



פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 57 : הרחבת חוק ועדות קבלה – תיקון פקודת

האגודות השיתופיות (מס' 12), התשפ"ג-2023

הופץ ביום 3.9.2023*

תקציר

ביום 25.7.2023 אישרה הכנסת את פקודת האגודות השיתופיות (תיקון מס' 12), התשפ"ג-2023 המרחיב את תחום פעילותו המותר של מנגנון ועדות קבלה. עיקר התיקון לחוק נוגע לגודל ולסוג היישוב שבו יהיה מותר לקיים הליך מיון וסינון של מועמדים באמצעות ועדת קבלה.

ההסדר החקיקתי הראשון בנושא זה התקבל בשנת 2011, והתיר ליישובים הממוקמים באיזורי הגליל והנגב המונים עד 400 יחידות דיור לקיים ועדות קבלה. ועדות אלו הוסמכו לדחות מועמדים להתיישבות בין היתר בנימוק שהמועמד/ת "אינו מתאים לחיי חברה בקהילה", או שנמצא שהוא/היא אינם מתאימים "למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, ויש יסוד להניח כי יהיה בהם כדי לפגוע במרקם הזה".

התיקון החקיקתי הנוכחי מגדיל באופן משמעותי את האפשרות לקיים ועדות קבלה. הוא מאפשר ליישובים הכוללים עד 700 יחידות דיור (ואף יותר לפי צו מיניסטרילי) לעשות שימוש במנגנון זה, ומרחיב את התחום הטריטוריאלי מעבר לנגב ולגליל לכל היישובים שיוגדרו כבעלי "עדיפות לאומית".

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה – קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות – סבור כי:

- התיקון מעמיק את הפגיעה בזכות לשוויון, לפרטיות ולכבוד של מועמדים המבקשים להצטרף לקהילה, כמו גם את הפגיעה בזכויות הקניין הפרטי של חברי האגודה השיתופית, ושל אלה המבקשים להצטרף לקהילה.
- הענקת כוח משפטי שכזה ליישובים קהילתיים, שמרחיב את יכולתם לסנן ולהדיר את מי שהם אינם מעוניינים בקרבנם, ובכלל זה קבוצות מיעוט או קבוצות מוחלשות אחרות – מהווה הפליה פסולה. הפליה זו סותרת את פסיקת בית המשפט העליון בנושא וקרוב לוודאי שתהווה מנגנון שיעקוף וירוקן מתוכן את האיסור הקבוע בחוק על ועדות קבלה להפלות "מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית" (סעיף 6א(ג) לפקודת האגודות השיתופיות).
- הנסיבות החריגות שבהן עשויה אולי להיות הצדקה משפטית לקיומו של הליך מיון על ידי יישוב בעל מאפיינים ייחודיים, אינן מתקיימות במרבית היישובים הקהילתיים בישראל. על כן אנו סבורים, שתיקון

מס' 12 יגביר את ההדרה המרחבית השוררת כבר עתה, ויוביל להפליה קשה של חלק ניכר מן האנשים והקבוצות המרכיבות את החברה הישראלית ובעיקר קבוצות מוחלשות, כגון ערבים, מזרחים, משפחות חד הוריות ואנשים עם מוגבלות. לנוכח כל אלה, אנו סבורים כי התיקון אינו חוקתי.

תוכן העניינים

2.....	רקע - סקירה היסטורית	א.
2.....	הלאמה, שליטה ריכוזית והקצאה סלקטיבית	1.
4.....	פרשת קעדאן	2.
6.....	תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות (2011)	3.
7.....	פרשת סבח	4.
8.....	חוק יסוד: ישראל-מדינת הלאום של העם היהודי, סעיף 7	5.
10.....	תיקון מס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות (2023)	ב.
12.....	הסוגיות והפגיעות העיקריות העומדות לדיון	ג.
13.....	הפגיעה בזכות לשוויון ובזכות לכבוד – הדרה גלויה והדרה סמויה	1.
16.....	הפגיעה בזכות לקניין	2.
17.....	פגיעה בקופה הציבורית ובעקרונות הצדק החלוקתי	3.
18.....	פגיעה בזכות לפרטיות	4.
20.....	האם התיקון עומד בתנאי פסקת ההגבלה?	5.
23.....	פרשנות מקיימת- פס"ד חוק יסוד הלאום	6.

א. רקע - סקירה היסטורית

1. הלאמה, שליטה ריכוזית והקצאה סלקטיבית

האידאולוגיה הציונית שעמדה בבסיס מדיניות התכנון בראשית ימיה של המדינה תרמה רבות להתפתחות המרחב הישראלי כמרחב המבוסס על עליונות ערך ההתיישבות היהודית.¹ אידאולוגיה זו קידמה שני עקרונות מרכזיים: הראשון – קליטה ושיכון מהירים של מהגרים יהודים שהגיעו למדינה לאחר שהוקמה, והשני – פיזור האוכלוסייה

¹ אורן יפתחאל ואלכסנדר (סנדי) קדר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי" **מרחב: אדמה, בית** 18 (יהודה שנהב עורך, 2003).

היהודית כאמצעי ביטחון שמטרתו לשמור ולהגן על מרחבים בלתי מיושבים,² אזורים הסמוכים לגבול,³ אזורי הפריפריה, אזורים שהיה בהם שיעור גבוה של אוכלוסייה ערבית ואזורים שיועדו על פי תוכנית החלוקה של האו"ם לשמש את המדינה הפלסטינית.⁴ לשם כך, בשנים הראשונות שלאחר קום המדינה החל תהליך הלאמת המקרקעין באמצעות נכסים שהוגדרו על פי חוק נכסי נפקדים (1950) כ"נכסי נפקדים". נכסים אחרים הולאמו והועברו לבעלות או החזקה ציבורית על סמך מגוון עילות משפטיות אחרות. עילות אלו כללו הכרזה על אדמות בבעלות ערבית כשטחים סגורים לצורכי ביטחון או אימונים צבאיים,⁵ והפקעה מסיבית לצורכי ציבור ולצורכי פיתוח.⁶ הפקעת קרקעות בבעלות אזרחים ותושבים ערבים בשנות החמישים והשישים נעשתה בבירור ובמוצהר לטובת קידום ההתיישבות היהודית, ולאחר ההלאמה החל תהליך הקצאה של הקרקעות לשם הקמת יישובים יהודיים חדשים והרחבת הקיימים, בעיקר באזור הגליל (אך לא רק), כמו נצרת עילית (כיום נוף הגליל) וכרמיאל.⁷ בתוך כך קודמה ונשמרה, כעניין של מדיניות המגובה בתשתית משפטית, הפרדה מרחבית במגורים על רקע אתנו-לאומי בין יהודים לערבים ובין מזרחים לאשכנזים. חשוב לציין כי כמעט בכל המקרים, הקצאת המקרקעין לא כללה העברת בעלות, אלא זכויות מוגבלות במקרקעין, כגון חכירה, שכירות ורשיון במקרקעין. הבעלות במקרקעין נותרה בידי הבעלים הציבוריים, קרי מדינת ישראל, רשות הפיתוח והקק"ל, הקרויים יחדיו "מקרקעי ישראל", ובניהול מינהל מקרקעי ישראל (כיום רשות מקרקעי ישראל). ההקצאה כפופה למגבלות שיכולות להביא בהתקיימן לסיום ההקצאה (כגון משך זמן, חובת עיבוד חקלאי וכו'). הבעלות עצמה כמעט בכל המקרקעין האלו שייכת לציבור.

סוגיית ההדרה וההפליה במגורים בישראל על רקע אתנו-לאומי נמצאת על סדר היום הציבורי והפוליטי מאז קום המדינה ובעשורים האחרונים מעסיקה רבות את בתי המשפט. אחד ממופעי הבולטים הוא מנגנון הפעלת

² הדבר התבטא בתוכנית המתאר הראשונה של מדינת ישראל, שהכין אריה שרון בשנת 1951. התוכנית התבססה על עקרון פיזור האוכלוסין ויישוב הספר, וחילקה את המדינה לארבעה מטרופולינים עיקריים: הצפון (שבירתו חיפה), אזור המרכז (שבירתו תל אביב), אזור ירושלים, ואזור הדרום והנגב (שבירתו באר שבע). ראו אריה שרון **תכנון פיזי בישראל** (1951).

³ אדריאנה קמפ "הגבול כפני יאנוס: מרחב ותודעה לאומית בישראל" **מרחב: אדמה, בית** 52 (יהודה שנהב עורך, 1999).

⁴ רחל קלוש ויוברט לו-יון "הבית הלאומי והבית האישי: תפקיד השיכון הציבורי בעיצוב המרחב" **תיאוריה וביקורת** 16, 153, 156 (2000).

⁵ תהליך הלאמת הבתים הנטושים של התושבים הערבים נערך באמצעות חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950, ס"ח 86, שבמסגרתו הוקם "האפוטרופוס לנכסי נפקדים", הגוף שהופקד על רכוש הנפקדים, וחוק רשות הפיתוח (העברת נכסים) התש"י-1950, ס"ח 278, שמכוחו הוקמה רשות הפיתוח. רשות הפיתוח הוקמה לשם ניהול האדמות שהוקנו לאפוטרופוס לנכסי נפקדים לאחר מלחמת 1948, וכן, לאחר מכן, את הקרקעות שהופקעו על פי חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התש"י-ג-1953, ס"ח 58. לסקירה ראו, (Sandy) Kedar, *The Legal Transformation of Ethnic Geography: Alexandre (Sandy) Kedar, Israeli Law and the Palestinian Landholder 1948-1967*, 33 (4) NYU J. OF INTERNATIONAL LAW AND POLITICS, 923-1000 (2001); Alexandre (Sandy) Kedar, *On the Legal Geography of Ethnocratic Settler States: Notes Towards a Research Agenda*, 5 CURRENT LEGAL ISSUES 401-441 (2003); Forman, Jeremy, Alexandre (Sandy) Kedar, *From Arab Land to "Israel Lands": The Legal Dispossession of the Palestinians Displaced by Israel in the Wake of 1948*, 22 ENVIRONMENT AND PLANNING: SOCIETY AND SPACE 809-830 (2004); Alexandre (Sandy) Kedar, *Dignity Takings and Dispossession in Israel*, 41(4) LAW AND SOCIAL INQUIRY 41(4) 866-887 (2016) רונית לוין-שנור "'ללא תקנה': על תקנת השוק במקרקעין באזור יהודה והשומרון" **משפטים** נ 307 (2020); Ronit Levine-Schnur, *Constitutional Property Rights in Israel and the West Bank*, in OXFORD HANDBOOK OF THE ISRAELI CONSTITUTION (Aharon Barak, Barak Medina & Yaniv Roznai, eds., forthcoming, Oxford University Press).

⁶ ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 **דין וחשבון** סעיף 33 (2003) (להלן: דוח ועדת אור).

⁷ מנאל תותרי-גיבוראן "ערבים מעורבות בהתהוות: בין הפרטי לציבורי" **דין ודברים** י 17 (2017).

ועדות קבלה במגזר הכפרי היהודי,⁸ ולאחרונה גם, אם כי בצורה אחרת, במרחב העירוני.⁹ עד לתיקון לפקודת האגודות השיתופיות ב-2011, פעלו ועדות הקבלה מכוח החלטות מינהליות של רשות מקרקעי ישראל (שכונתה אז מינהל מקרקעי ישראל), וזאת במסגרת מנגנון הקצאה מורכב, המכונה "ההסכם המשולש" שנחתם בין מינהל מקרקעי ישראל, האגודה השיתופית והסוכנות היהודית, האמונה על פי חוק על מפעלי קליטה והתיישבות במדינה.¹⁰

במהלך השנים הפכו מנגנוני ההלאמה, השליטה הריכוזית בידי מנהל מקרקעי ישראל, וההקצאה הסלקטיבית של זכויות במקרקעין, ששירתו תחילה את האידיאולוגיה של התיישבות יהודית, לאמצעים להדרת אוכלוסיות נוספות ממגורים ביישובים קהילתיים והרחבות קהילתיות. קבוצות אלו כוללות בין השאר יהודים ממוצא מזרחי, שברובם לא היוו חלק מההתיישבות היהודית החקלאית ההיסטורית טרם הקמת המדינה. תיעוד (חלקי) של המקרים במהלך השנים מלמד על כך שוועדות הקבלה דחו בקשות להתיישבות של מועמדים מזרחים, אנשים עם מוגבלות, משפחות במבנה משפחתי לא מסורתי, ועוד.¹¹ בנוסף, מנגנוני המיון שהוחלו במקור על קבלה לקיבוצים ולמושבים והועתקו ליישובים קהילתיים, הוחלו בהמשך גם על "הרחבות" של קיבוצים ומושבים, ולמעשה כיום רוב הליכי המיון מתקיימים במסגרת הרחבות אלו.

2. פרשת קעדאן

חוקיות מנגנוני המיון כאמצעי להקצאת מקרקעין אותגרה לראשונה בעתירה לבג"ץ של בני הזוג עאדל ואימאן קעדאן שזכתה לדיון מקיף בבית המשפט העליון, בתקשורת ובמחקר האקדמי בנוגע למדיניות לפיה ניתן היה לסרב לקבל אזרחים ערבים כחברים באגודות השיתופיות ולחכור קרקע.¹² העתירה הוגשה על ידי האגודה לזכויות האזרח כנגד מינהל מקרקעי ישראל, הסוכנות היהודית והיישוב הקהילתי קציר, לאחר שבקשת בני הזוג קעדאן לרכוש בית או מגרש בקציר נדחתה על ידי האגודה השיתופית, שהקימה את היישוב וניהלה אותו. הדחייה התבססה, בין היתר, על תקנון האגודה השיתופית, לפיו לאגודה יתקבל רק אדם ששירת שירות חובה בצה"ל או שמשוחרר משירות כזה לפי חוק. בפועל, האגודה השיתופית קציר לא קיבלה לשורותיה ערבים.¹³

⁸ בג"ץ 272/74 כפר אז"ר מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' שר העבודה, פ"ד כט(2) 667 (1975); ע"א 8398/00 כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 602 (2002); ה"פ 362/03 רזון נ' בני דרוור – מושב שתופי להתיישבות בע"מ (19.1.2004); ה"פ (מח' י-ם) 168/03 מנשה נ' ועד מקומי עלי (19.9.2004); ע"א 10419/03 דור נ' כפר שיתופי להתיישבות (5.9.2005); בג"ץ 7574/06 הסוללים קבוצת מכבי צעיר להתיישבות נ' מנהל מקרקעי ישראל (23.1.2007), בג"ץ 8036/07 זבידאת נ' מינהל מקרקעי ישראל (13.9.2011); ע"א 7094/10 צורן נ' האגודה שיתופית נחושה (18.4.2012). ראו גם נטע זיו וחרן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים מלכוד ברשת טובענית ומחוררת" קהילות מגודרות 311 (אמנון להבי עורך, 2010).

⁹ תא"מ (שלום ח') 1749-12-12 הווארי נ' משה חריף בנין והשקעות בע"מ (12.6.2013); רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (19.8.2019); עע"מ 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (7.11.2010).

¹⁰ להתפתחות הרגולטורית בנושא ועדות קבלה ראו זיו ותירוש, לעיל ה"ש 8.

¹¹ שם. וכן ראו עדי ניר-בנימיני וטל גנור "מתחת לרדאר: מנגנוני הדרה סמויים בהליכי מיון למגורים בישראל" מעשי משפט ה 143 (2013).

¹² בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000). לניתוחים שונים של פסק הדין ראו, בין השאר, הגיליון המיוחד של כתב העת משפט וממשל ו (ת2001) שכותרתו "בעקבות פסק דין קעדאן"; אלכסנדר (סנדי) קדר, "מחוזות החולשה: המשפט הישראלי והמרחב האתנו-לאומי בישראל" מדינה וחברה (1) 845-884 (2004).

¹³ עניין קעדאן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 265.

בג"ץ **קעדאן** מיקד לראשונה ובמישרין את הדיון בסוגיית הפלייתם של האזרחים הערבים (כקבוצת מיעוט לאומית, לצד קבוצות מודרות נוספות), במדיניות הקצאת קרקעות המדינה. הפליה זו התבטאה במהלך השנים בשלל מנגנונים, וועדות קבלה בכללם, שתוצאתם הקצאה לא שוויונית של קרקע ציבורית, תוך קידום ערך ההתיישבות היהודית במרחב.¹⁴ לאחר דיונים ומאמצים רבים להגיע לפשרה שלא נשאו פרי, קבע בית המשפט העליון בראשות הנשיא (דאז) השופט ברק, כי המדינה מחויבת לנהוג ולפעול על פי עקרון השוויון. מסיבה זו אין היא יכולה להשתמש בסוכנות היהודית כדי לעקוף החלת עיקרון זה על הקצאת קרקעות לערבים.¹⁵ בכך, הפך בג"ץ **קעדאן** לפסיקה תקדימית בה בית המשפט קבע כי התיישבות יהודית או מדיניות הקצאת קרקע שבבסיסה הבחנה על בסיס לאום משמעה הפליה והדרה ואסורה של לא יהודים ובפרט אזרחי המדינה הערבים.¹⁶ עוד קבע בית המשפט, כי לא זו בלבד שעקרון השוויון אינו מנוגד לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אלא שיישומו אף מחויב על-פי ערכים אלו ממש.¹⁷ בית המשפט העליון קבע כי עקרון השוויון אינו מאפשר החלת מדיניות המושתתת על גישת "נפרד אבל שווה", קרי, מדיניות המאפשרת מתן הטבות זהות לקבוצות שונות תוך שמירה על הפרדה (מבחינת מקום או זמן) ביניהן.¹⁸ בנוסף, בית המשפט דחה את גישת "נפרד אבל שווה", בין השאר, כי המדינה לא הראתה שיש תוכנית להקמת יישוב קהילתי לערבים בלבד, אלא הקצתה מקרקעין רק ליישובים קהילתיים יהודיים.

כמו כן, בית המשפט הדגיש כי פסיקתו אינה מערערת על המדיניות שהייתה נהוגה במשך שנים בעניין הקמתם של יישובים יהודיים המדירים מהם ערבים. נקבע כי זו "עתירה צופה פני עתיד הממוקדת ביישוב הקהילתי קציר **ובנסיבות המיוחדות לו**. יישובים מסוגים שונים, כגון קיבוצים, מושבים ומצפים, עשויים לעורר בעיות שונות, שידרשו מענה שונה. לנסיבות מיוחדות ביחס לסוג היישוב, כמו גם לנסיבות מיוחדות מבחינת ביטחון המדינה, עשויה להיות חשיבות, ואין פסק-הדין קובע עמדה לגבי המשמעות שלהן" (ההדגשה שלנו).¹⁹ בכך, הותיר בית המשפט מרחב תמרון מסוים להתבדלות מרחבית, משקבע כי ייתכנו מקרים שבהם יהיה אפשר לחרוג מקביעה עקרונית זו. בית המשפט הביא כדוגמה את פסיקתו בעניין **אביטן**,²⁰ שעסקה בשלילת יכולתו של רוכש פוטנציאלי יהודי לרכוש קרקע ביישוב שיועד לאוכלוסייה הבדווית. באותו מקרה נקבע, כי בשל ייחודיותה של הקהילה הבדווית ראוי לשמור על הומוגניות קהילתית, גם במחיר הדרתם של מי שאינם משתייכים לקהילה הבדווית.²¹

בית המשפט הבהיר, כי בעניין **קעדאן** אין הצדקה להתבדלות מרחבית, וזאת מאחר שאין מאפיינים ייחודיים לאוכלוסייה היהודית המבקשת לבנות את ביתה ביישוב הקהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע של המדינה להתיישבות יהודית בלבד – כל יהודי בישראל שמעוניין בחיים קהילתיים

¹⁴ לסקירת חשיבות השאלות האלה בעתירה זו ראו רות גביזון "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" **משפט וממשל** ו 25 (2001); רות גביזון ואורי שוורץ "הפרדה בדיון כמרכיב בהפליה: הניסיון האמריקאי" **עיוני משפט** כה 73, 97-98 (2001).

¹⁵ בעניין החשיבות הציבורית של עתירת משפחת קעדאן, ראו נטע זיו "עריכת דין למען מטרה ציבורית – מיהו ציבור? מהי מטרה? דילמות אתיות בייצוג משפטי של קבוצות מיעוט בישראל" **משפט וממשל** ו 129 (2001).

¹⁶ שם.

¹⁷ עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 281.

¹⁸ שם, בעמ' 279-281.

¹⁹ שם, בעמ' 284-285.

²⁰ בג"ץ 528/88 **אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מג(4) 297 (1989).

²¹ שם, בעמ' 304.

כפריים כשיר לכאורה להתקבל לאגודה השיתופית קציר. על העיקרון שנקבע בבג"ץ **קעדאן**, לפיו ליישובים שאינם בעלי אוכלוסייה עם מאפיינים ייחודיים אין הצדקה להתבדלות מרחבית, חזר בית המשפט העליון במספר פסקי דין חשובים נוספים בנוגע למקרים בהם נמנע מאזרחים ערבים ומאחרים להתקבל ליישובים קהילתיים והרחבות קהילתיות.²²

עם זאת, בית המשפט נמנע בעניין **קעדאן** מלדון ולקבוע מסמרות בשני עניינים חשובים: 1. עצם חוקיות השימוש בוועדות הקבלה ושל האגודות השיתופיות כגופים הממלאים תפקיד ציבורי של הקצאת-משנה של קרקעות המדינה; 2. חוקיות פעילותה של הסוכנות היהודית כמיישבת יהודים בלבד וכן הכללים הראויים לחול עליה.²³

3. תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות (2011)

בשנת 2011 נוסף תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות, שהקים מנגנון מתוחכם המאפשר הפליה.²⁴ מנגנון זה מתיר ליישובים באזור הגליל והנגב, שמונים עד 400 יחידות דיור, לקיים הליכי מיון מועמדים באמצעות ועדות הקבלה – ליישוב הקהילתי ולהרחבה בקיבוץ או במושב.²⁵ חקיקת תיקון מס' 8 לוותה בדיונים נוקבים והתנגדויות לא מעטות, מחשש שהוא יהיה מנגנון אשר יתיר וכשיר הפליה במקרקעי ציבור.²⁶

סעיף 6 לפקודת האגודות השיתופיות כפי שתוקנה בתיקון מס' 8, שכותרתו "שיקולי ועדת הקבלה", קובע רשימה של מצבים בהם אגודה שיתופית רשאית לסרב לקבל מועמד ליישוב קהילתי או הרחבה קהילתית. ס"ק (א)4 – (א)5 מאפשרים לוועדות אלו לדחות מועמדים שאינם מתאימים ל"חיי החברה בקהילה" או שנמצא שהם אינם מתאימים ל"מרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בהם כדי לפגוע במרקם הזה". סעיף 6(א)4 קובע כי קריטריון אי ההתאמה לחיי החברה בקהילה ייבחן על בסיס "חווית דעת מקצועית של מי שהתמחותו באבחון התאמה". במקביל, קובע סעיף 6(ג) עיקרון של איסור הפליה במסגרת הסדר שיקולי ועדת הקבלה, בזו הלשון: "ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית". התיקון לחוק לא הגדיר כלל את טיב הקהילה, המצדיק סינון מועמדים. למעשה ניתן לסבור כי התיקון דיבר בשני קולות: בקול גבוה אסר על הפליה, אך בקול נמוך ובקריצה יצר מנגנונים המאפשרים סינון מועמדים בלתי רצויים וזאת בכסות המונח "מרקם חברתי". בעקבות התיקון הוגשו לבית המשפט העליון מספר עתירות נגד חוקתיותו, והן נדונו יחד בפרשת **סבח נ' הכנסת**.²⁷

²² ראו פסקי הדין המוזכרים לעיל, בה"ש 8. ראו גם זיו ותירוש, לעיל ה"ש 8.

²³ ראו את עמדתו של השופט קדמי בעניין **קעדאן** (לעיל ה"ש 12, בעמ' 261): "כך מקובלת עלי עמדת הנשיא, לפיה לא ניתן לעקוף את יישום ערך השוויון בהקשר הנדון כאן, על ידי הקצאת קרקע ממלכתית לסוכנות היהודית; אשר לה, כשלעצמה, מותר להגביל את פלג האוכלוסייה שיהנה מפעילותה, בהיותה מוסד התיישבותי יהודי-ציוני".

²⁴ סעיפים 6ב-6ג לפקודת האגודות השיתופיות.

²⁵ שם, סעיף 2.

²⁶ ראו בעניין זה נייר העמדה של האגודה לזכויות האזרח "חוק ועדות קבלה" (30.9.2014), זמין [כאן](#).

²⁷ בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת** (17.9.2014). את העתירה הגישו הארגונים עדאלה, קרן אברהם, האגודה לזכויות האזרח, המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי, הקשת הדמוקרטית המזרחית, במקום – מתכננים למען זכויות תכנון, קול אחר בגליל והבית הפתוח בירושלים לגאוה ולסובלנות.

בעתירות שהוגשו נגד תיקון מס' 8 נטען כי יש בתיקון משום פגיעה בזכות למגורים, וכי אין כל אפיון ייחודי ביישובים עליהם הוא חל המצדיק פגיעה מסוג זה.²⁸ כמו כן נטען, כי הרקע העיקרי לחקיקת החוק הוא הרצון לעקוף את פסק דין קעזאן ולהבטיח את קיומם של יישובים יהודים בלבד.

הרכב מורחב של תשעה שופטים ושופטות דן בעתירות, ודחה אותן ברוב של חמישה שופטים (גרונים, נאור, רובינשטיין, חיות ומלצר) כנגד ארבעה (גיבראן, דנציגר, הנדל, ארבל). הנשיא גרונים ציין, שאף על פי שהעתירות מעלות שאלות חוקתיות, "לא ניתן להכריע בשאלות אלה בשלב הנוכחי". זאת, מכיוון שהעתירות חסרות בסיס עובדתי והפגיעה בזכויות יסוד הנה "בגדר אפשרות בלבד", שאין לדעת בשלב המוקדם בו אנו מצויים אם אומנם תתממש. לדבריו, העתירות הוגשו זמן קצר לאחר קבלת החוק, מבלי שניתן היה לבחון כיצד מתקיים, בפועל, היחס בין איסור ההפליה המפורש הקבוע בחוק לבין הפעלת הקריטריון של אי התאמה לחיי קהילה. בנסיבות אלו, ציין הנשיא גרונים, לא ניתן להשתכנע שמדובר במונחים המהווים "כסות" להפליה אסורה, כפי שטענו העותרים. לטענת חוסר הבשלות הצטרפה גם המשנה לנשיאה השופטת נאור, תוך שהיא מדגישה שאת שאלת החוקתיות של התיקון יש לברר אגב דיון בעותרים קונקרטיים ולא באופן כללי. השופט רובינשטיין סבר אף הוא שיש להמתין ולראות כיצד ייושם החוק. השופטת חיות והשופט מלצר אף הם סברו כי בשלב הנדון אל לו לבית המשפט לנקוט בצעד של ביטול החוק אלא שיש לבחון את דרך יישומו.²⁹ כפי שנטען בהמשך, מאז פרשת סבה, נראה כי ה"כסות" הוסרה וכי אחת ממטרותיו המרכזיות של תיקון מס' 12 הינה הדרה והפליה של קבוצות מוחלשות בחברה הישראלית.

שופטי המיעוט, בהובלת השופט ג'ובראן, לא ראו בעילת הסף של חוסר הבשלות בסיס לדחיית העתירה, וסברו שהפגיעה שעלולה להיגרם לפרט אם לא תבורר העתירה היא גדולה, גם טרם בירור דרך הפעלת התיקון בפועל. השופט ג'ובראן הסביר, שלמרות שתיקון מס' 8 אינו פוגע כשלעצמו בזכויות, בפועל הוא יוצר מנגנון משפטי אשר מעניק שיקול דעת כמעט בלתי מוגבל לוועדות הקבלה, העולה לכדי שרירותיות,³⁰ ומוביל להפליה סמויה בקבלה ליישובים קהילתיים. אף שסעיף 6 אוסר על הפליה פסולה, הוא מאפשר לדחות מועמד על בסיס נימוקים עמומים, כגון חוסר התאמה לחיי חברה וקהילה או חוסר התאמה למרקם חברתי ותרבותי של היישוב הקהילתי. נימוקים אלה מאפשרים, ואף מעודדים ומתמרצים, הפליה אסורה בניגוד ללשון החוק, שקשה להוכיחה. לגישת

²⁸ בעתירה שהוגשה בעניין סבה נטען כי במסגרת תיקון פקודת האגודות השיתופיות עוגנה בחוק סמכותם של מעל ל-30 יישובים קהילתיים ויישובים כפריים בהם הוקמו שכונות הרחבה קהילתיות, שנבנו על קרקעות הציבור, לערוך הליכי מיון לתושבים המבקשים להתגורר באותם יישובים. תושבי יישובים אלו הוסמכו למעשה לברור את שכניהם על פי פרמטרים רחבים ועמומים ובין היתר לדחות מועמדים רק משום שאינם חלק מ"המרקם החברתי-תרבותי" של היישוב, גם כשמדובר ביישובי ללא כל אפיון תרבותי ייחודי. נטען גם כי מדובר בחוק הפוגע בזכות לבחור את מקום המגורים, שהיא חירות אישית המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – שכן כל אדם המבקש להתגורר ביישוב יוכפף להליכי סינון כתנאי לקבלה ליישוב, אף שלמרבית היישובים הממוקמים על קרקעות ציבוריות אין כל מרכיב של שיתופיות כלכלית או אפיון ייחודי המצדיק את הליכי הסינון האלה. הליכים אלו אף פוגעים בפרטיות ומדירים קבוצות אוכלוסייה הרואות חשיבות מיוחדת בשמירה על פרטיותן. עוד נטען כי החוק פוגע בזכות לשוויון, שכן הקריטריונים הכלולים בו מאפשרים לדחות אדם רק משום שהוא שונה (אינו מתאים למרקם החברתי של היישוב), וכי הם מביאים להפליה של קבוצות מיעוט בניגוד לאיסור להפלות אדם בשל השתייכותו הקבוצתית. עוד טענו כי החוק פוגע בזכות הקניין וכי פגיעה זו אינה מידתית. להרחבה ראו את [כתב העתירה](#) שהוגשה.

²⁹ עניין סבה, לעיל ה"ש 27.

³⁰ שם, בפס' 1, 14, 17 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. ראו גם מיטל פינטו "בשבח פסיקתו של השופט ג'ובראן בעניין סבה: על הקשר בין שרירותיות להפליה במישור החוקתי" ספר סלים ג'ובראן 325 (אהרן ברק, מוחמד ס' ותד, גד ברזילי ז"ל ודורית פרידמן עורכים, 2023) (הספר להלן: ספר ג'ובראן).

שופטי המיעוט, את הוראות החוק הזה יש לנתח במסגרת המציאות החברתית והנורמטיבית השוררת בישראל, לפיה המרקם החברתי נשען על מרכיבי זהות אתנו-לאומית שהפנייה אליהם נאסרה כביכול בסעיף 6א(ג). כמו כן, מאחר שלדעת שופטי המיעוט התיקון פוגע בזכות לשוויון בגלל שהוא מקנה שיקול דעת רחב מדי לוועדות הקבלה, העולה לכדי שרירותיות, הרי שיש לבחון אם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. עיקר הבחינה התמקד בעקרון המידתיות, ונקבע כי הפגיעה אינה מידתית.³¹

שאלת גודל היישוב (400 יחידות דיור) נדונה במישרין ובעקיפין בפסק הדין. השופט דנציגר, גם הוא מקרב שופטי המיעוט, התייחס לכך בכותבו: "מתעורר בעיני ספק, מבלי לקבוע מסמרות, האם יישובים שבהם 400 יחידות דיור ראויים להיחשב כיישובים קטנים בעלי אופי קהילתי דומיננטי".³² השופט דנציגר תמך בהבחנה בין יישובים קהילתיים "רגילים" לבין יישובים בעלי מאפיינים ייחודיים. כדוגמה ליישובים ייחודיים נזכרו בפסק הדין היישוב "כליל", המתאפיין בתפיסת חיים אקולוגית עמוקה (צורת בנייה, פעילות במרחב הציבורי, ועוד) והיישוב "אמירים" המאופיין בדרך חיים של תזונה צמחונית.³³ גם השופטת חיות, שנמנתה על שופטי הרוב, ציינה כי יש לפרש את החוק כך שהוראת סעיף 6א(ג), האוסרת על הפליה, תהיה על העליונה "בייחוד ככל שהמאפיינים הקהילתיים המוצהרים והמוכחים של היישוב אינם ברורים ואינם מובהקים דיים וכן ככל שמספר בתי האב ביישוב הקהילתי רב יותר, גם אם אינו מגיע כדי 400, והוא נעדר אינטימיות קהילתית אמיתית המדמה מסגרת משפחתית השמורה בדרך כלל לקהילות קטנות דוגמת קהילות המונות עד 50 או 100 בתי אב".³⁴ כפי שנטען להלן, נראה כי הרחבה גורפת של מספר יחידות הדיור ושל היישובים המוסמכים לקיים ועדות קבלה כפי שעושה תיקון מס' 12, מנוגדת לעמדתה של השופטת חיות בפרשת **סבח**.

החלטת שופטי הרוב בפרשת **סבח** הותירה פער בין פסיקת בית המשפט בעניין **קעדאן**, שקבע כי בידול של קהילה במגורים אינו מהווה הפליה רק אם יש לה מאפיינים ייחודיים המצדיקים ביצוע הליכי מיון וקבלה של מועמדים, לבין תיקון מס' 8 שאינו מתייחס כלל למאפיינים קהילתיים ייחודיים. אם לא די בכך, תוצאת פסק דין **סבח** אפשרה ליישובים להמשיך בהפעלת מנגנון המיון בעשרות יישובים קהילתיים והרחבות קהילתיות, אך זאת ללא אפשרות לייצר "תשתית עובדתית" ממנה ניתן יהיה ללמוד אם החוק מיושם באופן הפוגע בזכויות יסוד אם לאו. היעדרו של מנגנון בקרה אפקטיבי על דרך הפעלת ועדות הקבלה יצר מראית עין של תקינות ו"עסקים כרגיל" ביישובים. אלו ראו כי טוב, ואף ביקשו להרחיב את האפשרות לקיימן ביישובים גדולים יותר. שאלת אופי היישוב והגדרתה של קהילה בעלת לכידות או אורח חיים ייחודי המצדיקה מיון מועמדים – נדמה שנשכחה בדרך.

5. חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, סעיף 7

בנוסף לתיקון לפקודת האגודות השיתופיות, מדיניות יישוב וייחוד המרחב קיבלה ביטוי חוקתי בסעיף 7 לחוק **יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי** (להלן "חוק הלאום") הקובע: "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". סעיף זה, כמו הוראות אחרות בחוק הלאום,

³¹ עניין **סבח**, לעיל ה"ש 27, בפס' 12-15 לפסק דינו של השופט הנדל.

³² שם, בפס' 3 לפסק דינו של השופט דנציגר.

³³ שם.

³⁴ שם, בפס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות.

נתקלו בהתנגדות והיו לו מספר גרסאות עד שאושר נוסחו הסופי.³⁵ פרשנותו של הסעיף עשויה להשליך על היקף תחולתו של עקרון השוויון, ובמיוחד על הקצאת מקרקעין לאזרחים הלא-יהודים, כלומר אותם אזרחים ערבים המעוניינים לגור ביישובים קהילתיים המאוכלסים על ידי יהודים, כפי שהיה בבג"ץ **קעדאן**.³⁶

בהקשר זה ניתנו שני פסקי-דין אשר לא עסקו אומנם באופן ישיר בסוגיית ההתיישבות, אך התייחסו לפרשנותו של סעיף 7 לחוק-יסוד הלאום. פסק הדין הראשון ניתן בנובמבר 2020 על-ידי הרשם הבכיר ניב לוזון בבית משפט השלום בקריות, אשר מחק עתירה בה נדרשה עיריית כרמיאל לממן הסעות של ילדים ערבים לבתי-ספר מחוץ לעיר.³⁷ הרשם לוזון ציין כי כרמיאל היא עיר יהודית שנועדה לבסס את ההתיישבות היהודית בגליל, והקמת בית-ספר בשפה הערבית או מימון הסעות לתלמידים ערבים עלולים לשנות את המאזן הדמוגרפי בעיר ולפגוע בצביונה.³⁸ בית המשפט הפנה לסעיף 7 לחוק הלאום וקבע, כי בכך שפיתוח ההתיישבות היהודית וביסוסה הינו ערך לאומי המעוגן בחוק יסוד, יש בזה כדי להוות שיקול ראוי ודומיננטי במערכת השיקולים העירונית, ובכלל זה לעניין הקמתם של בתי-ספר וקביעת מדיניות בנוגע למימון הסעות אל מחוץ לעיר. אימרת אגב זו עוררה מחלוקת באשר לפרשנותו הראויה של סעיף 7 לחוק הלאום אל מול עקרון השוויון.³⁹ היועץ המשפטי לממשלה הביע הסתייגות מפרשנות זו של החוק, שיש בה כדי לפגוע בזכותם לשוויון של האזרחים הערבים.⁴⁰ בפסק דין בערעור שהוגש נגד החלטת הרשם, הקדיש נשיא בית-המשפט המחוזי בחיפה, השופט רון שפירא, חלק מיוחד מפסק דינו לנימוקו זה של בית-המשפט קמא. הנשיא שפירא הדגיש כי "אין בהוראות חוק הלאום סעיף המורה לבטל חוקי יסוד אחרים שחוקקו, כגון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק יסוד: חופש העיסוק ועוד".⁴¹ כן ציין הנשיא כי "פרשנותו של בית משפט קמא להוראות החוק ולדרכי יישומו שגויה מן היסוד".⁴² נדמה כי בכך הוא ביקש לצמצם את פרשנות סעיף 7 לחוק הלאום בדרך שאינה גורעת מתחולתו של עקרון השוויון על מימוש.⁴³

³⁵ רונית לוי-שנור ואדם שנער "סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקת?" **תרבות דמוקרטית** 20 127 (2023).

³⁶ עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 12. להרחבה ראו: מנאל תותרי-ג'ובראן "חוק יסוד הלאום: פרשנות סעיף ההתיישבות היהודית בראי עקרון השוויון" **ספר הפרשנות של חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי** 539 (יובל שני וידידיה שטרן עורכים, 2023) (הספר להלן: **ספר הפרשנות**); עשור ויצמן וברק מדינה "סעיף 7 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי: 'המדינה רואה בפיתוח ההתיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה'" **ספר הפרשנות**, 507; חיים זנדברג "הצעת פירוש לסעיף 7 לחוק הלאום: 'התיישבות יהודית'" **ספר הפרשנות**, 567; לוי-שנור ושנער, לעיל ה"ש 35.

³⁷ ת"א"ם (שלום קרי) 12092-06-18 **פלוני (קטין) נ' עיריית כרמיאל** (24.11.2020) (להלן: עניין **כרמיאל בשלום**). פסק הדין נהפך בעניין זה בערעור: ע"א (מח' חי') 49111-12-20 **פלוני (קטין) נ' עיריית כרמיאל** (3.2.2021) (להלן: עניין **כרמיאל במחוזי**).

³⁸ עניין **כרמיאל בשלום**, לעיל ה"ש 37, בפס' 6, ס' ז.

³⁹ ראו חיים זנדברג "חוק הלאום והזכות לשוויון – ילכו שניים יחדיו! – אגב פסיקתו של בית המשפט בקריות בנוגע לצביונה של כרמיאל" (29.7.2021) <https://cutt.ly/7lxqXIP>; שאול שארף "נוק תדמיתי מיותר לחוק יסוד הלאום" **מגזין בית המשפט** (18.1.2021) <https://www.court-magazine.co.il/tips-for-writing-great-posts-that-increase-your-site-traffic>.

⁴⁰ נעה שפיגל "היועמ"ש על פסיקה שניתנה על בסיס חוק הלאום: 'פרשנות שגויה'" **הארץ** (16.12.2020) <https://www.haaretz.co.il/news/law/2020-12-16/ty-article.premium/0000017f-e63e-d62c-a1ff-fe7f70470000>.

⁴¹ עניין **כרמיאל במחוזי**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 7.

⁴² שם, בעמ' 8.

⁴³ להרחבה ראו: מנאל תותרי-ג'ובראן "בין התנגשויות חיזוניות למאבקים פנימיים: הסתכלות מחודשת על הזכויות הקבוצתיות של המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל" **משפט וממשל** כה (2023).

חוקתיותו ופרשנותו של חוק הלאום נדונה בפרשת **חסון**, שדן בנושא בהרכב מורחב של 11 שופטים ושופטות.⁴⁴ עיקר הטענות המשפטיות התמקד בהעדר עיגון של עקרון השוויון בחוק, בפגיעה בהסדרים קיימים בנוגע לשפה הערבית (סתירה בין סעיף 4 לחוק יסוד הלאום לבין ההסדר הקבוע בדבר המלך במועצתו) ובנוגע לסוגיית ההתיישבות (סתירה בין סעיף 7 לחוק יסוד הלאום לבין הפסיקה הקיימת לעניין תחולתו של עקרון השוויון בנושא זה). הסדר נוסף שנתקף הוא סעיף 1(ג) לחוק יסוד: הלאום, הקובע כי "מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי", ופותח בכך פתח לפגיעה במימוש הזכויות הקבוצתיות של המיעוט הערבי.

בפסק דין ארוך ומקיף קבע בית המשפט העליון, ברוב דעות של עשרה שופטים כנגד דעתו החולקת של השופט ג'ורג' קרא, כי אין מקום להורות על בטלותו של חוק יסוד הלאום או להתערב בהוראותיו, וכי יש לפרשו **פרשנות מקיימת**, העולה בקנה אחד עם חוקי היסוד האחרים ועם העקרונות והערכים של שיטת המשפט הישראלית. **המשמעות היא שלפי דעת הרוב יש לפרש את סעיף 7 לחוק יסוד הלאום וכן חוקים ומדיניות המממשות אותו, ככפופים לעקרון השוויון, שהוכר על ידי בית המשפט העליון כאחד מיסודות המשפט הישראלי.**⁴⁵ לעומת שופטי הרוב, השופט קרא קבע בדעת מיעוט כי הוראות סעיפים 1(ג), 4 ו-7 לחוק יסוד הלאום שוללות את ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה ומזעזעות את אמות-הסיפים של המבנה החוקתי, ולכן דינן בטלות.

ב. תיקון מס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות (2023)

תיקון מס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות שהתקבל בכנסת בחודש יולי 2023 ממשיך את המהלך רב השנים של חיזוק כוחם של יישובים קהילתיים לקיים הליכי מיון בקבלת מועמדים להתיישבות ומגורים. תיקון מס' 12 כולל שלושה שינויים מרכזיים לעומת המצב שקדם לו. השינוי הראשון הוא הרחבת האיזורים הגיאוגרפיים בהם יהיו יישובים קהילתיים רשאים לקיים ועדות קבלה. בעוד שבמצב שקדם לחוק רק יישובים בנגב ובגליל יכלו היו להדיר מועמדים, הרי שבתיקון הנוכחי כל ישוב שיוגדר כ"יישוב עדיפות לאומית" אשר הממשלה החליטה עליו ככזה לעניין תחום הבינוי והשיכון רשאי לעשות כן.⁴⁶

השינוי השני הוא הגדרת יישובים כ"יישוב קהילתי המשכ"י קרי "יישוב קהילתי שמספר יחידות הדיור בו, או ביישוב המקורי ובהרחבה יחד, אינו עולה על 700".⁴⁷ לצורך הכרה כיישוב קהילתי המשכ"י יש צורך באישור של ועדה

⁴⁴ בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021).

⁴⁵ ראו בהקשר זה: רונית לוי-שנור "הסרט 'קופסה כחולה' ופסק הדין בעניין חוק הלאום" בלוג המרצים של בית ספר הארי רדזינר למשפטים באוניברסיטת רייכמן (9.7.2021). כן ראו [הצעה להחלטת ממשלה](#) בעניין "ציונות כערך מנחה בפעולות הממשלה", הונחה על שולחן הממשלה ביום 25.5.2023; [החלטה מס' 585](#) של הממשלה ה-37 מיום 28.5.2023 בעניין "ציונות כערך מנחה בפעולות הממשלה" ("מחליטים: המשך הדיון נדחה"). כן ראו ספיר ליפקין "חוק הציונות": איך ישפיע עלינו ומה המשמעות של לימוד תורה כערך עליון? **N12** (29.5.2023).

⁴⁶ סעיף 2 לפקודת האגודות השיתופיות מגדיר "יישוב עדיפות לאומית" – יישוב שהממשלה החליטה כי הוא יישוב בעל עדיפות לאומית לעניין תחום הבינוי והשיכון, בהתאם להוראות פרק כ"ו לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התוכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009, והוא אינו באזור, וטרם חלפו חמש שנים מיום שהחלטת הממשלה כאמור הפסיקה לחול עליו, ובלבד שהוא מסווג באשכול 1 עד 5 במדד הפריפריאליות כהגדרתו בסעיף 11 לפקודת מס הכנסה".

⁴⁷ סעיף 2 לפקודה מגדיר "יישוב קהילתי המשכ"י – יישוב קהילתי שמספר יחידות הדיור בו, או ביישוב המקורי ובהרחבה יחד, אינו עולה על 700...".

ליישובים קהילתיים, שתמנה חמישה חברים ויעמוד בראשה נציג משרד ההתיישבות והמשימות והלאומיות, ויהיו חברים בה נציגי גורמים ממשלתיים וכן נציג הסוכנות היהודית והמועצה האזורית שבתחום שיפוטה נמצא הישוב.⁴⁸ בישובים אלו ניתן יהיה לשמר את סמכויות הסינון באמצעות ועדות קבלה גם אם מספר יחידות הדיור חצה את רף ה-400 שהוכר עובר לחקיקת התיקון. אמות המידה לאישור ישוב קהילתי המשכי הן כלליות ועמומות, וסובבות סביב התנאי של הספקת שירותים קהילתיים.⁴⁹ לכאורה, בשלב זה מגביל התיקון את מספר יחידות הדיור בישוב לצורך קבלת סמכויות סינון מועמדים ל-700 יחידות דיור.

לבסוף השינוי השלישי מקנה אפשרות להעניק ליישובים קהילתיים סמכויות לקיים ועדות קבלה גם אם יחצו את רף 700 יחידות הדיור, זאת בכפוף לצו של שר הכלכלה, במסגרתו ייקבע המספר המירבי של יחידות הדיור.⁵⁰ לא למותר לציין, כי בשלב זה אין כל אינדיקציה למספר העתידי שייקבע, אם בכלל, על ידי שר הכלכלה כרף העליון להענקת סמכויות לסינון והדרה של מועמדים.

תיקון מס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות מרחיב אפוא באופן משמעותי את הסמכויות לקיים הליכי מיון באמצעות ועדות קבלה, למסגרות התיישבותיות נוספות על אלו שהיו בהסדר הקודם. הנימוק שהוצג להצעת החוק במליאת הכנסת בעת קבלתו היה שהיישובים בהם יש 400 יחידות דיור נמנעים מלהתרחב, מכיוון שההתרחבות תמנע מהם להוסיף ולהפעיל ועדות קבלה, והדבר פוגע בחיזוק ההתיישבות. במהלך הדיון בכנסת בקריאה שנייה ושלישית לא דובר על יישובים בעלי לכידות גבוהה במיוחד או כאלה המנהלים אורח חיים ייחודי, אלא על יישובים שיש בהם "מערכת פנימית ייחודית של שיתופי פעולה בתחומי החיים השונים".⁵¹ במהלך הדיון

⁴⁸ סעיף 16(א) לפקודה: "הוועדה ליישובים קהילתיים תורכב מחמישה חברים והם: נציג משרד ההתיישבות והמשימות הלאומיות – והוא יהיה היושב ראש, רשם האגודות השיתופיות או נציגו – והוא יהיה ממלא מקום יושב הראש, נציג המועצה האזורית שבתחום שיפוטה נמצא היישוב הקהילתי, נציג הסוכנות היהודית לארץ ישראל או ההסתדרות הציונית העולמית ונציג משרד החקלאות ופיתוח הכפר; החלטות הוועדה יתקבלו ברוב קולות של חברי הוועדה המשתתפים בהצבעה; היו הקולות שקולים, יכריע יושב ראש הוועדה, ובהיעדרו – ממלא מקומו".

⁴⁹ סעיף 16(ב) לפקודה: "הוועדה ליישובים קהילתיים רשאית לאשר סיווג של יישוב קהילתי כיישוב קהילתי המשכי, בהחלטה מנומקת בכתב, לאחר שבחנה את ההיבטים השונים בתפקודו של היישוב כיישוב קהילתי, ושוכנעה כי יש הצדקה שהגדלת היישוב מעבר ל-400 יחידות דיור תיעשה בהליך הכולל ועדת קבלה כדי לאפשר את המשך תפקודו כיישוב קהילתי; בסעיף קטן זה, "תפקוד כיישוב קהילתי" – מנגנון גבייה לתקציב קהילתי, וכן ארגון וניהול של שירותים קהילתיים ופעילות ציבורית קהילתית על ידי היישוב שהרשות המקומית שבתחום שיפוטה הוא נמצא אינה מספקת, או שירותים עודפים על השירותים כאמור, החיוניים לקיומו ולחוסנו כיישוב קהילתי".

⁵⁰ סעיף 16(א) לפקודה: "שר הכלכלה רשאי לקבוע בצו, באישור הכנסת לאחר שקיבלה את המלצתה של ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, כי יהיה ניתן להקצות מקרקעין בהליך הכולל ועדות קבלה כאמור בחוק זה, ביישובים קהילתיים המשכיים שמספר יחידות הדיור בהם עולה על 700; בצו כאמור ייקבע המספר המרבי של יחידות הדיור.

(ב) נקבע צו כאמור בסעיף קטן (א), תהיה הוועדה ליישובים קהילתיים רשאית לאשר, בהתאם להוראות סעיף 16 ובשינויים המחויבים, ליישוב קהילתי המשכי כי הגדלת מספר יחידות הדיור ביישוב מעבר ל-700 תמשיך להתנהל בהליך הכולל ועדת קבלה, אם שוכנעה כי יש צורך בהגדלה נוספת בדרך זו, כדי להבטיח את המשך תפקודו כיישוב קהילתי כאמור בסעיף 16(ב), ובלבד שמספר יחידות הדיור בו לא יעלה על המספר שנקבע בצו כאמור בסעיף קטן (א); נתנה הוועדה ליישובים קהילתיים אישור כאמור, יחולו על היישוב ההוראות החלות על יישובים קהילתיים המשכיים.

(ג) צו כאמור בסעיף קטן (א) יינתן פעם אחת בלבד, ולא לפני שחלפו חמש שנים מיום פרסומו של חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (תיקון מס' 12), התשפ"ג-2023".

⁵¹ דברי ח"כ אוהד טל, יו"ר הוועדה למיזמים ציבוריים, בישיבת מס' 99 של הכנסת מיום 25.7.2023, בעמ' 17.

הוזכרו מטרות של "פיזור אוכלוסיין" וחיזוק ההתיישבות. בתיקון תמכו חברי וחברות כנסת מהקואליציה וכן מן האופוזיציה.⁵²

התיקון לחוק מאפשר אם כן מתן סמכויות מיון ובעקבותיו הדרה ליישובים גדולים (או יישובים שהחלו כיישובים קטנים מתפתחים ליישובים גדולים), באזורים רבים ברחבי המדינה, הרבה מעבר לרציונל של הגנה על התגבשותה של קהילה בשלביה הראשונים, או לצידוק של הגנה על קיומו של אורח חיים ייחודי מבחינה חברתית, תרבותית או דתית שהוזכר בפרשת **קעדאן**.

ג. הסוגיות והפגיעות העיקריות העומדות לדיון

תיקון מס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות מעורר שורה של שאלות חוקתיות מהותיות הנוגעות בפגיעות במספר זכויות יסוד, בראשן הזכות לשוויון, לקניין, לפרטיות ולכבוד האדם. התיקון מעמיק את הפגיעה בזכות לשוויון ולכבוד של מועמדים המבקשים להצטרף לקהילה, כמו גם את הפגיעה בזכויות הקניין הפרטי של חברי האגודה השיתופית, ושל אלה המבקשים להצטרף לקהילה. **למרות שלכאורה המטרה היא ייחוד המרחב, בפועל מנגנון ועדות הקבלה, שהתקיים עוד לפני תיקון מס' 8, מדיר בעיקר יהודים מזרחיים, משפחות חד הוריות, אנשים עם מוגבלות, ואנשים מוחלשים אחרים.** כלומר, תיקונים מס' 8 ו-12 לפקודה מעמיקים את הפגיעה גם, ואולי בעיקר, בקבוצות מוחלשות בתוך קבוצת הרוב היהודי.⁵³ למעשה, התיקון לפקודה מייצר מרחב עצום הסגור בפני רוב האוכלוסייה הישראלית, והנשלט בפועל על ידי קבוצה קטנה ופריבילגית של אזרחי המדינה.

לאור העובדה שמרבית היישובים הקהילתיים, אם לא כולם, מאוגדים במסגרת מועצות אזוריות השולטות בכ-80% מהשטח בישראל,⁵⁴ הרי שהתיקון לחוק מחריף תהליכי החצנה הפוגעים ביישובים ללא ועדות קבלה: לשם תתנקזנה האוכלוסיות המודרות, שמן הסתם מגיעות מרקע סוציו אקונומי חלש יותר. אם נוסיף לכך את אי הצדק החלוקתי שבחלוקת המרחב הישראלי בכלל ושטחי הרשויות המקומיות בפרט, נראה כי מנגנון זה יחליש את ערי הפיתוח והיישובים העירוניים האחרים שאין להם ועדות קבלה, אליהם יתנקזו כל המודרים, ויחזק את החזקים.

הענקת הכוח להפעיל מנגנוני סינון והדרה ליישובים קהילתיים בתיקון מס' 8 משנת 2011 הוצדקה, בין היתר, בטענה כי יישובים בעלי מספר קטן של יחידות דיור נדרשים למנגנונים אלה על מנת למנוע פגיעה במאפייני היישוב והקהילה.⁵⁵ הרחבה מתמשכת של מספר יחידות הדיור ב"יישוב המשכ"י" (בלשון תיקון מס' 12), הזכאי להשתמש במנגנוני סינון והדרה, חותרת תחת ההצדקה של שמירה על לכידות קהילות קטנות בפריפריה. משגדלו

⁵² בחוק תמכו 47 חברי/ות כנסת. 44 חברי/ות כנסת מהקואליציה ושלושה מהאופוזיציה (ח"כ אלקין, ח"כ סער וח"כ שוסטר). נגד החוק הצביעו 11 חברי/ות כנסת (כולם ערבים/יות, למעט ח"כ כסיף, ח"כ לזימי וח"כ קריב).

⁵³ מיטל פינטו ומרים ביטון "עיון ביקורתי בגישתה של פרופ' רות גביון בתחום ההתיישבות" **מאזני משפט** טו 97, 133-136 (2022).

⁵⁴ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "שימושי הקרקע בישראל" **סטטיסטיקל** 173 (2018), זמין [כאן](#).

⁵⁵ ראו פס' 8 לפסק דינו של הנשיא גרוניס בעניין **סבח**, לעיל, ה"ש 27: "הכנסת והמשיבים טענו כי ככל שישנה פגיעה חוקתית, הרי היא עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה. בעניין זה דחתה הכנסת את הטענה כאילו החוק כוללני, וגרסה כי החוק כולל פירוט מספק אודות הקריטריונים לדחיית מועמדים. עוד נטען כי **תכליתו – להגן על לכידותן של קהילות קטנות בפריפריה ולאפשר לאזרחים לממש את זכותם לחיי קהילה במסגרת יישובים אלה**" (ההדגשות שלנו).

הקהילות, כבר לא ניתן לראות בהן קטנות, והשמירה על הלכידות שלהן נראית מלאכותית.⁵⁶ הרחבה של מספר יחידות הדיור ב"יישוב המשכני" מהווה אינדיקציה לכך שהטענה שכביכול היוותה בזמנו הצדקה לתיקון מס' 8, ואשר היוותה בסיס לצליחת ביקורת חוקתית על ידי בית המשפט העליון בפרשת **סבח**, אינה עומדת עוד. תיקון מס' 12 מסיר את מסיכת "מאפייני היישוב והקהילה", והמניעים העומדים בבסיסו מתגלים. בכל מקרה, עם תיקון מס' 12, הכמות, קרי מספר יחידות הדיור ביישוב, הופכת לאיכות, ומטילה ספק גדול על אופיו הקהילתי של היישוב.

בנוסף, תיקון מס' 12 מותיר את שיקול הדעת בדבר המשך הרחבת הענקת סמכויות הדרה גם ליישובים שמספר יחידות הדיור בהן יעלה על 700 (יישוב המשכני) בידי הרשות המבצעת בלבד. זאת, ללא כל צורך בעריכת דיונים נוספים בשאלות ערכיות אלה, הנושאות פגיעה בזכויות חוקתיות, ברשות המחוקקת. הקניית סמכות בלתי מוגבלת לשר הכלכלה להעלות את רף יחידות הדיור ביישובים שייחננו מסמכויות הדרה, מבלי שיערך דיון בסוגיה זו בפני המחוקק, מעמיקה את הפגיעה בזכויות החוקתיות הנזכרות.

1. הפגיעה בזכות לשוויון ובזכות לכבוד – הדרה גלויה והדרה סמויה

על הפגיעה של תיקון מס' 12 בזכות לשוויון ובזכות לכבוד ניתן ללמוד מהנתונים (המעטים) שיש בידינו על אופן פעולת תיקון מס' 8. כזכור, בעניין **סבח** בחן בית המשפט את חוקתיותו של התיקון על בסיס נוסחו הרשמי, ולא דרך פעולתו "בשטח". שופטי הרוב, שהסתמכו על עילת "חוסר הבשלות" לדחיית העתירה, סברו שאת מעמדו החוקתי של התיקון יש לבחון לאחר שיצטבר ניסיון ומידע על דרך פעולתו. לעמדה זו היו חולשות מובנות היות וקשה או בלתי אפשרי לדעת באמת כיצד החוק מיושם בפועל, וזאת ממספר סיבות. המדינה איננה מפרסמת ברבים באופן יזום נתונים על דרך הפעלת הוועדות, לא קיימים נתונים גלויים על מספר המועמדויות, הקבלות והדחיות, ומועמדים נדחים נרתעים פעמים רבות מלמצות את זכויותיהם מכוח הליך ההשגה בהיעדר משאבים (חומריים, נפשיים), כך שקשה לקבל תמונה כוללת על דרך פעולתו של החוק. והעיקר, לא ניתן לכמת את מספר האנשים שנסוגו מכוונה להגיש מועמדות בשל המנגנון המדיר של ועדת קבלה ואופן הפעלתו, הכרוך בהשפלה ובפגיעה קשה בפרטיות. אלה שקידמו את תכליתה האמיתית של חקיקה כזו הצליחו לייצר מנגנון שלמרות שלכאורה אוסר על הפליה, למעשה מרתיע מראש כל מי שחושש להיות קרבן להפליה אסורה. לוועדות האלו יש אפקט מצנן שאותו לא ניתן למדוד. הוא גורם לאנשים שהיו מעוניינים לגור ביישוב כפרי או קהילתי אך מעריכים מראש כי אין להם סיכוי להתקבל, שלא להציג כלל מועמדות לוועדת הקבלה.

המידע החלקי המצוי בידינו מצביע על הקושי בהערכת מידת ההפליה של מנגנון ועדת הקבלה.

ראשית, בעקבות בקשה שהגישה התנועה לחופש מידע, מסרה רשות מקרקעי ישראל נתונים לגבי הליכי ההשגה על דחיית מועמדים (ראו [כאן](#)). נמסר כי בין השנים 2014-2018 הוגשו בסה"כ 54 השגות לוועדת ההשגות על דחייה מיישובים (ממוצע של כ-11 השגות לשנה). מתוכן התקבלו סך הכל כ-31 השגות. ממצאים אחרים חשפו נתונים נמוכים של דחיות מועמדים בוועדות קבלה בין השנים 2016-2021.⁵⁷ רשות מקרקעי ישראל מציגה נתונים אלו כראייה ליעילותו ו"אמיתותו" של ההליך; אולם כאמור, אין מידע לגבי מספר הדחיות שלא הגיעו לידי השגה

⁵⁶ לרעיון המרכזי שבאינטרס הקהילתי לפיו ככל שהקהילה קטנה יותר, כך יכול כל תושב למצוא התאמה ושייכות לקהילה, וככל שהקהילה גדלה כך מתקחה האופי הייחודי שלה ראו עומר קמחי "הדמוקרטיה הישירה בהתיישבות הכפרית - האגודות השיתופיות, הוועד המקומי והצעה לכינון ועד מקומי ישר" **משפטים** נג (עתיד להתפרסם).

⁵⁷ אמנון רייכמן ומורן ברדה מלכה "על ערכה ומיקומה של עילת מיצוי הליכים בעתירות חוקתיות" **ספר ג'ובראן**, לעיל ה"ש 466-464, 431, 30.

רשמית, וללא נתון זה קשה ואולי בלתי אפשרי להעריך את מידת האפקטיביות של מנגנון ההשגה ומשמעות הפיקוח על החלטות וועדות הקבלה. בקשה לפי חוק חופש המידע לקבל פרוטוקולים (ללא פרטים מזהים) של דיוני ועדת ההשגות סורבה, בטענה שהפרוטוקולים מכילים מידע פרטי ואישי. בקשה לקבל מידע אודות מאפייניהם האישיים של המשיגים סורבה אף היא, בטענה ש"מידע זה אינו מצוין בפרוטוקול הוועדה".⁵⁸

שנית, ומעבר לכך, ממחקר שנערך על ידי עדי ניר-בנימיני וטל גנור ופורסם ב-2013, עולה כי לצד המנגנון הרשמי של ביקורת על ועדות הקבלה, מתקיים תהליך סמוי, המצוי כלשון המחברות "מתחת לרדאר", שבו מועמדים המתעניינים במגורים ביישוב מקבלים "מסרים" בלתי רשמיים אך חדים וברורים, לפיהם סיכוייהם להתקבל ליישוב נמוכים. רובם מוותרים מראש על המאבק הקשה "להשתייך למועדון שאינו מעוניין בהם", בפראפרזה על אמרתו של גראוצ'ו מרקס.⁵⁹ מהמחקר עולה שבפני מועמדים ליישובים קהילתיים ניצבים קשיים לא מעטים: חוסר סדירות בפעילות הוועדות ופער בין הנורמה הכתובה לזו הקיימת בפועל, מסרי דחייה סמויים ודינמיקה של התנשאות במהלך דיוני הוועדה, תחושת הטיה ושרירות של המכונים האמורים לבחון את התאמתם, תחושת השפלה ו"תיגו עצמי" של המועמדים כמפסידנים, התשה ביורוקרטית, ועוד. מכאן, שעצם הצורך לעמוד מול ועדת קבלה מייצר חוויה שלילית ואף משפילה אצל חלק מהמועמדים, כך שכל "שכלול" של התהליך ויצירת הליך שהוא הוגן מבחינה רשמית, מחמיץ את שלל ההתרחשויות "מתחת לרדאר", אותן עוברים מועמדים המשתייכים, במרבית המקרים, לקבוצות מודרות מבחינה חברתית. קולם של אלה אינו נשמע.⁶⁰

הרחבת מנגנון ועדות הקבלה ליישובים גדולים תחמיר מציאות זו משלושה טעמים. ראשית, הרחבת תחולתו של מנגנון ועדות הקבלה בתיקון מס' 12 מכפיפה אוכלוסייה רחבה יותר של מועמדים פוטנציאלים למנגנון זה. זאת ללא שהתיקון משנה או מדייק את הקריטריונים שבגינם יכולה ועדת קבלה לפסול מועמדים, או לחילופין, תובע חובת שקיפות "בזמן אמיתי" ביחס להליך ו/או להחלטה.⁶¹ שנית, תיקון מס' 12 מהווה תיקוף וחיזוק הלגיטימיות של מנגנון ועדות הקבלה אשר הפסיקה נמנעה מלהכשירו עד עתה גם אם הוא חמק מביטול, מנגנון שנועד היסטורית לקדם יעד של ייחוד המרחב, באופן שעומד בסתירה למכלול המחויבויות החוקתיות, מבלי להביא בחשבון את השפעותיו השליליות על המרחב והחברה בישראל. לבסוף, לא זו בלבד שהתיקון מחזק ומעצים את מנגנון ועדות הקבלה, אלא שהוא אף מרחיב אותו ומעמעם עוד יותר את המגבלות על אופן יישומו. התיקון נמנע מעיצוב מנגנון זה בהתאם לאופיו של היישוב ומידת השיתופיות בו, ו/או קובע קריטריונים ברורים יותר בהם יוחל, מעבר לגודל היישוב. כך, הוועדה שמוסיף התיקון, אשר תהא אמונה על הגדרת "יישוב קהילתי המשכיל", והאפשרות לאישור מיניסטרילי להפעלת ועדה בהרחבה נוספת, נעשה מבלי לקבוע קריטריונים מספקים או להחיל חובת שקיפות בהחלטות אלה.

לפי הוראות התיקון הוועדה ליישובים קהילתיים תוכל לאשר ליישוב קהילתי המשכיל אפשרות הפעלה של ועדת קבלה, אם שוכנעה שהדבר נדרש "כדי לאפשר תפקודו כיישוב קהילתי". "תיפקוד" כיישוב קהילתי הוגדר

⁵⁸ תשובת הממונה על העמדת מידע ברשות מקרקעי ישראל לדור כהן בעניין "פרוטוקול ועדת השגות" (5.11.2017). ראו: דור כהן "האם קיומן של ועדות הקבלה ביישובים הקהילתיים מגיעה עד כדי פגיעה בזכות השוויון?" (עבודה סמינריונית בהנחיית ד"ר רונית לוי-שנור, המרכז הבינתחומי הרצליה, אוגוסט 2018).

⁵⁹ נירפ-בנימיני וגנור, לעיל ה"ש 11.

⁶⁰ רייכמן וברדה מלכה, לעיל ה"ש 57, בעמ' 465-466.

⁶¹ סעיף 6 לפקודה. התיקון מחייב דיווח שנתי, בדיעבד על אופן יישומו. אולם דיווח זה לא יכול לתת מענה לחלק ניכר מהקשיים עליהם הצבענו.

כעניין ניהולי בלבד, ולא קיימת כל דרישה מהותית באשר לאופי היישוב, מערכת היחסים בין התושבים, קיום הכרה באורח חיים ייחודי שהוכר בחוק ובפסיקה כחריג להקצאה ציבורית של מקרקעין ציבוריים וכיו"ב.⁶² די בכך שהיישוב מקיים "מנגנון גביה לתקציב קהילתי", וכן מארגן ומנהל "שירותים קהילתיים ופעילות ציבורית קהילתית על ידי היישוב", מעבר למה שמספקת הרשות המקומית.

מדובר בהליך ובקריטריונים שנועדו, למראית עין, לבחון את ההצדקה להמשך קיום ועדות הקבלה ביישוב גדול. מראית עין - משום שניתן לעמוד בקריטריונים אלו ללא קושי, ואין בהתקיימותם כדי להעיד על אופי ייחודי מובהק של היישוב. הרכבה של הוועדה: נציג המשרד ההתיישבות והמשימות הלאומיות (יו"ר), נציג המועצה האזורית בה מצוי היישוב, נציג הסוכנות היהודית/ההסתדרות הציונית, והמשרד לפיתוח הכפר (סעי' 6א) מלמד שיישוב שיבקש לקבל מעמד של "יישוב קהילתי המשכי", לא ייתקל בשום קושי. ההליך אינו פתוח לציבור, לא ברור אם ניתן להתנגד לו; ונראה, לכן, שמדובר בקריטריונים שנועדו לייצר מראית של הליך תקין, כאשר סופו באישור ידוע מראש. בפועל, הוספת הגדרה של "יישוב קהילתי המשכי" מהווה הרחבה נוספת שעוברת "מתחת לרדאר" של הרחבת היקף היישובים ויחידות הדיוור.

מכאן, שאין בחוק דבר המצדיק מתן סמכויות כה רחבות ליישובים העשויים למנות מאות ואף אלפי תושבים, להחליט מי יבוא בשעריהם ומי יודרו מהם – וכל זאת על מקרקעי ציבור. התיקון הנוכחי לפקודת האגודות השיתופיות מרחיב לפיכך את המרחב הגיאוגרפי בו יוכלו יישובים קהילתיים להחזיק בסמכויות הדרה וסינון של מועמדים, כמו גם את גודלם של היישובים שיוכלו להשתמש בסמכויות אלה. במובן זה, התיקון הנוכחי לחוק מרחיב את הפגיעה בזכות לשוויון. נראה כי בכסות של מילים כגון: "לכידות", "פיזור אוכלוסין" ו"אורח חיים קהילתי" מסתתר אותו מניע מוכר, ישן נושן, של הקמת יישובים יהודיים, ובמסגרת החברה היהודית של אוכלוסייה אקסקלוסיבית ונבחרת, הפותחים את שערים רק למי שנראה להם כראוי להתקבל ל"קהילה".

אמנם, סעיף 6ג(ג) לפקודה, אינו מאפשר לוועדת קבלה לדחות מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית. כלומר, לכאורה הגנה על מרקם חברתי-לאומי, או מימוש ערך ההתיישבות היהודית אינם יכולים לשמש טיעון משפטי לדחייה של מועמד, ובכך גם התיקון הזה לכאורה כפוף לעקרון השוויון. אולם, כפי שהסביר השופט ג'ובראן בפרשת סבח, הוראות סעיף 6ג(ג) אינן מאיינות את החשש שוועדות הקבלה תשתמשנה בסעיפים הקטנים 6ג(א)-(4) כדי להדיר מהיישוב תושבים ערבים וכאלה שאינם מתאימים. זאת, כיוון שהסעיף לא אוסר בפועל הפליה על בסיס מאפיינים שאינם "גנריים" (כגון מין, דת וכד'). החוק מעניק שיקול דעת רחב לוועדות הקבלה, המאפשר לה לדחות מועמדים מטעמים לא ענייניים תחת הכסות של אי התאמה למרקם החיים ביישוב, כאשר בפועל הדחייה היא על בסיס טעמים שאסורים על פי חוק. כפי שעמד על כך השופט ג'ובראן בפרשת סבח: "הסמכות לדחות מועמד על יסוד התרשמות אישית שאינה כפופה לאמת מידה ממשית, מרוקנת מתוכן הוראה שאוסרת להפלות על בסיס זה או אחר".⁶³ מכאן, שתיקון מס' 12 לפקודה משמר את שיקול הדעת הרחב של ועדות הקבלה לדחות מועמדים על יסוד התרשמות אישית שאינה

⁶² ראו בעניין זה בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000) (להלן: עניין "עם חופשי"); ועניין אביטן, לעיל ה"ש 20. בנוסף, תיקון מס' 8 פקודת האגודות השיתופיות קובע כי ניתן לדחות מועמד מיישוב על רקע "מאפיינים ייחודיים של היישוב הקהילתי או תנאי קבלה הקבועים בתקנות האגודה, אם ישנם כאלה, ובלבד שקיבלו את אישור הרשם" (סעיף 6א(6) לפקודה). גם מפסק דין קעדאן משתמע כי יכולים להיות מצבים של "יישובים סוגים שונים" שדינם יהיה שונה מהדין הכללי שנקבע שם (עניין קעדאן, לעיל ה"ש 12, פס' 37 לפסק הדין של הנשיא ברק).

⁶³ סעיף 36 לפסק דינו של השופט ג'ובראן בפרשת סבח, לעיל ה"ש 27.

כפופה לאמת מידה קונקרטי. העולה מן המקובץ הוא שהתיקון מעמיק את הפגיעה בזכות לשוויון בכך שהוא מאפשר את קיומן של ועדות הקבלה בעלות שיקול דעת רחב גם ביישובים המונים יותר מ-400 יחידות דיור ובכלל הארץ.

2. הפגיעה בזכות לקניין

הזכות לקניין פרטי היא אחת מהזכויות אשר עוגנו במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומהווה נדבך מרכזי בשיח על אודות הדרה מרחבית. הגם שזכאותם של בעלי קניין להדיר נתפסת כאחת הזכאויות הקנייניות המרכזיות באגד הזכאויות הקנייני, הרי שזכאות זו מוגבלת לערכים החברתיים החשובים שבשם קיים ופועל הקניין הפרטי.⁶⁴ על כן, בכל מקום שבו נגמרת הזכות להדיר, נולדת זכאותם של מי שאינם בעלי זכות קניין לכניסה. על פי תפיסה זו היקפה של זכאותם של בעלי זכויות קניין להדיר אחרים מקניינים מעוצבת על ידי ערכים חברתיים. הבנה זו מחייבת חשיבה אודות היקפה של הזכות להדרה מרחבית, המוענקת לישובים קהילתיים בפקודת האגודות השיתופיות, ויש בה כדי להשפיע על מידתיותה של הדרה זו.⁶⁵

ככלל, הפקדת מנגנוני סינון והדרה בדמות ועדות קבלה בידי ישובים קהילתיים גורמת לפגיעה בזכויות הקניין של חברי הקהילה, כמו גם בזכויותיהם של הרוכשים הפוטנציאליים. הפגיעה בזכות הקניין של חברי הקהילה מוצאת ביטוי בהכפפת יכולתם להעביר את זכויותיהם במקרקעין לרוכשים פוטנציאליים לשיקול דעתה של ועדת הקבלה. הפגיעה בזכות הקניין של רוכשים פוטנציאליים נובעת מהחלת מנגנוני הסינון וההדרה, אשר מונעים מהם, הלכה למעשה, לרכוש זכות קניינית ציבורית בישוב. כאמור, כוחם של בעלי קניין לבצע הדרה מנכסיהם צריכה להיות כפופה לערכים חברתיים המצדיקים זאת. ההסדר המקנה סמכות סינון והדרה לישובים קהילתיים בפקודת האגודות השיתופיות מבוסס על הכרה בחשיבות פעילותן התקינה של קהילות מגורים ומחשש לפגיעה במרקם הקהילתי. ואולם (כפי שנקבע על ידי בית המשפט בעניין **קעדאן**, ובהתאם לקריאתו של השופט גיבוראן בעניין **סבח**), גם לשיטתם של אלה הסוברים שניתן להכיר במקרים חריגים בחשש מפגיעה במרקם קהילתי, הענקת סמכויות סינון והדרה אינה יכולה להינתן באופן גורף, על בסיס מספר יחידות הדיור בישוב או קיומו של מערך ארגוני יישובי. סמכויות הסינון וההדרה בדמות ועדות קבלה מהוות פגיעה משמעותית בזכויות הקניין של חברי הקהילה ושל הרוכשים הפוטנציאליים. על מנת להצדיק פגיעה זו, גם אלו התומכים בזכויות קהילתניות חייבים להצביע על קיומו של חשש משמעותי ומבוסס שמניעת מנגנונים אלה תיצור פגיעה אמיתית ביכולתה של קהילת מגורים לממש את אורחות חייה הייחודיים. לצורך זה יש, ראשית, להוכיח כי הקהילה הרלוונטית אכן מקיימת אורחות חיים ייחודיים, ולאחר מכן, כי הצטרפות לא מבוקרת של תושבים אכן תפגע – או לכל הפחות תעלה חשש משמעותי ומבוסס לפגיעה – באורחות חיים אלה.

אמנם התיקון הנוכחי לפקודת האגודות השיתופיות אינו זה שיצר את העמימות המכוונת שנקט המחוקק כבר בתיקון מס' 8 לפקודה שנחקק בשנת 2011 ביחס לזהות הקהילות שצריכות להנות מהגנה על אורחות חייהן באמצעות ועדות קבלה. אף על פי כן, הוא מרחיב את הענקת סמכויות ההדרה והסינון למספר רב של ישובים קהילתיים, לרבות ישובים בעלי מספר תושבים גבוה, באופן שמקשה עוד יותר להמשיך ולהחזיק בהצדקה זו כבסיס

⁶⁴ חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** (2005); חנוך דגן "זכות הכניסה" **מחקרי משפט** כד 59 (2008); יהושע ויסמן **דיני קניין (חלק כללי)** (1993); יהושע ויסמן **החזקה ושימוש** (2005).

⁶⁵ שי שטרן "הכלה והדרה במרחב הישראלי: הזכות לקניין כמפתח לפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית" **עיוני משפט** לו 95 (2014).

להענקת הסמכויות. כאמור, תיקון מס' 8 לפקודה העניק סמכויות הדרה וסינון רק לישובים קטנים יחסית (עד 400 יחידות דיור), כחלק מההנחה הרווחת לישובים קטנים נדרשים להגנה מפני הצטרפות לא מבוקרת של תושבים. כלל אין זה מובן מאליו שהיקף יחידות הדיור ביישוב צריך לשמש לצורך הצדקת החשש מפגיעה באורחות החיים של קהילה בשל הצטרפות לא מבוקרת של תושבים, וכלל לא ברור מדוע, לשיטת המחוקק, היקף התושבים מצביע על קיומו של אורח חיים שראוי להגנה. ואולם גם לשיטת אלו הסבורים כי גודלו של הישוב מעיד במשהו על הצורך בסינון והדרה של מועמדים כדי לשמר את אורחות החיים הייחודיים - ברי כי התיקון הנוכחי, אשר מעניק סמכויות אלו גם לישובים גדולים יותר (ואף נמנע מלקבוע רף עליון למספר יחידות הדיור או התושבים) פוגע ביכולת להסתמך על הצדקה זו. במונח זה, התיקון הנוכחי מרחיב את הפגיעה בזכות הקניין של חברי הקהילה והרוכשים הפוטנציאליים, מבלי שיש להדרה זו בסיס ערכי. במצב דברים זה, הענקת סמכויות הדרה וסינון מהווה פגיעה לא מידתית בזכות הקניין הפרטי.

3. פגיעה בקופה הציבורית ובעקרונות הצדק החלוקתי

הרחבת הסמכות לקיום ועדות קבלה עלולה לאפשר גם הטבה נוספת משמעותית ביותר והיא האפשרות להקצאת המגרשים בפטור ממכרז ובהנחה כספית משמעותית. בעת שיווק הקרקע בפטור ממכרז, מחיר המגרש לא נקבע בהליך תחרותי אלא בהתאם לשומת השמאי הממשלתי, עליו ניתנת הנחה כפי שקבועה בהחלטות מועצת מקרקעי ישראל. כך, לפי החלטות מועצת מקרקעי ישראל התשלום על הקרקע ביישובים המצויים באזור עדיפות לאומית הוא 31% מערך הקרקע, וביישובים המצויים באזור עדיפות לאומית ב' – 51% מערך הקרקע – כאשר תקרת ההנחה עומדת כיום על 450,000 ש"ח.⁶⁶ משמעות הדבר היא, שהמדינה מעניקה הטבות הן באמצעות מתן זכות הווטו במנגנון הקבלה ליישוב (וכנגזר מכך במנגנון הקצאת הקרקע) והן במחיר הקרקע, המגיע למאות אלפי שקלים למשפחה. הטבות אלו ניתנות במגזר הכפרי ביישובים קהילתיים, שרבים מהם (במיוחד בגליל) מאופיינים באוכלוסייה במדד סוציאקונומי גבוה (8-10), בוודאי בהשוואה לערים הפריפריאליות הסמוכות להן. ככל שהטבה זו תוחל גם על היישובים שחל בהם תיקון מס' 12, תהיה בכך החמרה של הפגיעה בשוויון הנגרמת עקב מנגנון הקצאה זה.

זאת ועוד, בתקופה האחרונה יוזמת הממשלה מספר מהלכים שמטרתם להגדיל את היקף ההטבות שתוענקנה ליישובים המוגדרים כ"יישובים כפריים" שברובם המכריע קיימות ועדות קבלה.⁶⁷ במכתבים מטעם אגף התקציבים במשרד האוצר ורשות מקרקעי ישראל מיום 28.8.23 הביעו אלו את עמדתם, כי הגדלת ההנחה לסכום של 1,100,000 או 850,000 ₪ – כמבוקש על ידי משרד השיכון ומשרד ההתיישבות ומשימות לאומיות – איננה מידתית, והיא תיטיב עם היישובים החזקים ותושביהם. על כן המלצתם היא להעמיד את תקרת ההנחה על 600,000-650,000 ₪.⁶⁸ מכאן, שגם באופציה המצמצמת הזו, שווי ההטבות למתגוררים ביישובים יהודים מבוססים יגיע למאות אלפי שקלים למשפחה.⁶⁹ אם יוזמה זו או דומה לה תתממש, תהיה גם בכך החמרה של הפגיעה בשוויון.

⁶⁶ ס' 4.2.2 לקובץ החלטות מועצת מקרקעי ישראל.

⁶⁷ החלטת ממשלה מס' 561, "קביעת איזורי עדיפות לאומית לענין מתן הטבות בתחום הבינוי והשיכון" מיום 21.5.2023. ראו במיוחד סעיפים 4 ו-15.

⁶⁸ מכתבים אלו מצויים בידי הפרורום. מהמסמכים עולה עוד כי ב-75% מהעיסקאות שבוצעו ביישובים אלו באחרונה עלות הקרקע לא עלתה על 600,000 ₪.

⁶⁹ ראו גם: אמיתי גזית "יהוד או השבחה? משרד רה"מ בשירות היישובים העשירים" כלכליסט, 9.8.2023.

לבסוף, מנגנון ועדת הקבלה מאפשר להקצות מקרקעין בבעלות ציבורית לקבוצה מסוימת של אזרחים, ולפי גישה מסוימת, שניתן לה ביטוי בפרשת **שיח חדש**,⁷⁰ הדבר עלול להפר עקרונות של צדק חלוקתי.

"הערך של צדק חלוקתי הינו ערך כבד משקל, אשר כל רשות מינהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקת משאבים ציבוריים... קיים אינטרס ציבורי רב משקל בכך שמשאבים מסוג זה יחולקו על-ידי המדינה, או הרשויות הפועלות מטעמה, באופן הוגן, צודק וסביר... המקרקעין הם...משאב חיוני מאין כמותו ובעל ערך רב. יש להם חשיבות גדולה במיוחד במדינה כמו ישראל, אשר גבולותיה צרים, צפיפות האוכלוסייה בה גדולה, ובהיותה ארץ קולטת עולים. אי אפשר לייצר קרקע, ועל כן על מדינה לכלכל צעדיה בהתחשב במצאי המקרקעין שבידה. עניינו של ערך הגשמת צדק חלוקתי בהקצאת מקרקעין... בחלוקה החברתית הצודקת של משאבים...מתן קרקע לאחד מונע אותה מאחרים, ושאלת סדר העדיפויות צצה ועולה בכל חריפותה. טענות להפליה קיימות בין מגזרים שונים בציבור, כמו גם בין יחידים וקבוצות באותו מגזר".⁷¹

נמצא איפה כי העברת סמכותה של המדינה, האמונה על הקצאת מקרקעי ציבור, לגורמים פרטיים, אשר כפי שנציג להלן, נמצאים בניגוד עניינים מובהק, ופועלים בחוסר שקיפות, עלולה לסתור עקרונות שהותו בפסיקתו של בית המשפט העליון בנדון.

4. פגיעה בזכות לפרטיות

הליך המיון בוועדות הקבלה כרוך בפגיעה קשה בפרטיות המועמדים והמועמדות. הם נדרשים להיחשף באופן מוחלט ומלא, בכל היבט של חייהם, לפני אנשים זרים, שעשויים להיות שכניהם בעתיד – או שלא. החשיפה כוללת פירוט של מידע אישי רגיש מאוד, כמו מצב משפחתי, מצב כלכלי, התנהגות בזמן ראיון, מצב רפואי, ופרטי מידע אישי נוספים כמו גיל. המידע נאסף בפניה, בראיון בוועדת הקבלה עצמה, ובמבדקי התאמה, אבחונים ומבחני אישיות שנערכים במכוני הערכה חיצוניים, בהם יש בין היתר אבחון פסיכולוגי ובחלקם נערכים מבדקים גרפולוגיים.⁷² זו הפשטה מלאה של האדם, שחודרת עד לנימי נפשו הפרטיים ביותר.⁷³ מסירת המידע נעשית במודע ובאופן מפורש, בדרך של חתימה על טופס ויתור סודיות. אולם קיים ספק ניכר עד כמה הסכמה זו חופשית. המועמדים מבקשים לעצמם מקום לחיות בו, ואין להם ברירה אלא להיחשף בצורה האמורה.

הטענה בדבר הפגיעה בפרטיות עלתה בעניין **סבח**. המדינה טענה שם (כי החוק אינו פוגע בפרטיות עקב ההסכמה החופשית של המועמדים, וכי הדבר דומה למועמדים לעבודה.⁷⁴ הנשיא גרוניס הוביל את דעת הרוב לדחיית העתירה, אולם לעניין הטענות החוקתיות, ובכללן הפרטיות, ציין כי לבעלי הדין שמורה הטענה ויוכלו

⁷⁰ בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002).

⁷¹ שם, בעמ' 64.

⁷² ראו ניר-בנימיני וגנור, לעיל ה"ש 11, במיוחד בעמ' 151, 157.

⁷³ עדויות שונות חושפות מעט מסוג השאלות. נטע זיו וכן תירוש מדווחות, למשל, על שאלות שהופנו למועמד בדווי כמו מדוע אין לו בת זוג; פגמים שמצאו המעריכים ביחסים בין בני זוג שפנו לשוב מסוים. ראו זיו ותירוש, לעיל ה"ש 8.

⁷⁴ עניין **סבח**, לעיל ה"ש 27, פס' 8 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

להעלותה שוב בעתיד.⁷⁵ גם השופט הנדל, בדעת המיעוט, הבהיר כי הטענה בעניין הפרטיות מצריכה יישום בפועל של החוק בטרם תתאפשר בחינה חוקתית.⁷⁶ הפרטיות נזכרה גם אצל השופטת ארבל, בדעת המיעוט. השופט ג'ובראן, אף הוא בדעת המיעוט פתח את פסק דינו בעמידה על הפגיעה החמורה בזכות לפרטיות של המועמדים לקבלה:

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

שאלת הפגיעה בפרטיות נותרה אם כן פתוחה בעניין סבא. כעת קיימת הזדמנות לבחון אותה שנית. נסתפק במסגרת הכללית: המועמדים נדרשים לחשוף את חייהם עד לנימי נפשם. דווקא טענת המדינה, שהשוותה בין הפגיעה בפרטיות במקרה הזה לפגיעה בהליכי מיון למקום העבודה מאלפת. אכן, מעסיקים מבקשים לדעת לא מעט על המועמדים לעבודה. אולם, החוק ובתי המשפט הציבו גבולות ברורים בעניין. חוק שוויון הזדמנויות בעבודה קובע חזקות בעניין. סעיף 2 קובע איסורי אפליה, אבל אין בחוק איסור ישיר על מעסיק לשאול שאלות בעניין.⁷⁷ עם זאת, קיים תמריץ חזק מאוד שלא לשאול – ולא לשקול – שיקולים מפלים. לפי סעיף 9(ג) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, כאשר מעסיק דורש במישרין או בעקיפין מידע בסוגיות שבגינן אסור להפלות, חובת ההוכחה מועברת למעסיק, להראות שלא הפלה.⁷⁸

בנוסף, בית הדין הארצי לעבודה קבע שורה של עקרונות שחלים על מעסיקים, שמקורם בשילוב של דיני העבודה וזכויות חוקתיות, ובהם עקרונות של לגיטימיות, מידתיות, תום לב, ושקיפות, ועקרונות מתחום דיני הפרטיות כמו עקרון צמידות המטרה.⁷⁹

בחזרה לוועדות הקבלה. לטעמנו קיימת בהן פגיעה בזכות החוקתית לפרטיות שהכשרתה מותרת רק לפי פסקת ההגבלה. הפרטיות מוגנת בסעיף 7(א) לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הקובע כי "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת הפרט". מאחר שפקודת האגודות השיתופיות, על תיקוניה, יוצרים פרקטיקה של סינון, וסינון בהכרח

⁷⁵ שם, בפס' 28 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

⁷⁶ שם, בפס' 11-12 לפסק דינו של השופט הנדל.

⁷⁷ האיסור המפורש היחיד הוא לגבי פרופיל צבאי. סעיף 2א לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

⁷⁸ כך קובע סעיף 9(ג) לחוק: "... בתובענה של עובד או של דורש עבודה בשל הפרת הוראות סעיף 2, תהא חובת ההוכחה על הנתבע כי פעל שלא בניגוד להוראות הסעיף האמור, אם הוכח כי דרש, במישרין או בעקיפין, מעובד או מדורש עבודה, מידע בנושא שהפליה בשלו אסורה מחמת הטעמים המפורטים בסעיף 2(א)".

⁷⁹ ע"ע (ארצי) 8/90 איסקוב ענבר נ' מדינת ישראל - הממונה על חוק עבודת נשים (8.2.2011).

מתבסס על איסוף מידע, הרי תיקוניה של הפקודה פוגעים בזכות לפרטיות, ועליהם לעמוד במסגרת פסקת ההגבלה שבחוק היסוד. בנוסף, הפרקטיקה בישובים השונים צריכה לעמוד בדרישות חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

באשר לחוקתיות הפקודה ותיקוניה, בהיבט הפרטיות: הפקודה שותקת בקשר לאיסוף המידע. ראוי היה שההסמכה לאיסוף מידע תהיה מפורשת, כנדרש מעיקרון החוקיות.

כמו כן, יש להגביל את איסוף המידע לתכלית הראויה של החוק בלבד. האם התכלית ראויה? שאלה זו קשורה הן באופן כללי לתכלית קיומו של הליך המיון בכלל, שבו דנים שאר חלקי נייר העמדה, והיא קשורה גם בכל מקרה ומקרה. בקיבוץ שיתופי (שלא הופרט), ויש בו שיתוף כלכלי מלא, איסוף מידע על יכולת ההשתכרות של המועמדים ומצבם הכלכלי עשוי להיות רלוונטי, אך ביישוב שאין בו שום מרכיב של שיתופיות כלכלית, חדירה זו לפרטיות אינה רלבנטית ולכן אינה לתכלית ראויה.

חסר מרכזי בפקודה הוא שאין בה הסדרים מידתיים לגבי איסוף המידע והשימושים בו. ניתן למלא את החסר הזה על ידי פנייה לחוק הגנת הפרטיות. אולם בהיעדר הסדרה של הנושא, נראה שבפועל, ועדות הקבלה אוספות מידע ללא כל מגבלה. למשל, עקרון צמידות המטרה שמגביל את השימושים במידע (ס' 9), 8 (ב) לחוק הגנת הפרטיות), עקרון מזעור המידע שמשקף את העיקרון החוקתי של דרישת המידתיות; חובות סודיות ואבטחת מידע (ס' 16, 17 לחוק, ותקנות נלוות) שמגובות בזכות תביעה ובאיסור פלילי במקרה של הפרה; זכות לעיין במידע (ס' 13 לחוק), לדרוש את תיקונו במידת הצורך (ס' 14), ובליווי מערך אכיפה, שכולל בין היתר פיצוי סטטוטורי (ס' 29א לחוק), רשות ייעודית שיש לה סמכויות אכיפה (הרשות להגנת הפרטיות).

5. האם התיקון עומד בתנאי פסקת ההגבלה?

הרחבת הסמכות להפעיל ועדות קבלה נעשית מכוח חוק, לכן נבחן אם עומדת ביתר התנאים של ביקורת חוקתית.

מבחן התכלית הראויה: בדברי ההסבר להצעת החוק שהונחה על שולחן הכנסת לדיון מוקדם (26.7.2021) נכתב כי עברו 9 שנים מאז תיקון מס' 8 וכי "המציאות מלמדת כי ישנו צורך בתיקון חקיקה שיעדכן את הגדרת היישוב הקהילתי ליישוב המונה 700 בתי אב וגם יחיל אותו על כלל ההתיישבות הקהילתית בפריפריה. בכך יתאפשר ליישובים קהילתיים המעוניינים לשמור על אופי ייחודי לגדול ולהתרחב תוך שמירה על לכידות חברתית ותרבותית ומבלי לפגוע באורח החיים הקהילתי-כפרי המבוסס". בהצעת החוק לקריאה ראשונה, שהונחה על שולחן הכנסת ב-29.6.2022, לא צוינה תכלית התיקון, אלא נכתב כי מוצע להרחיב את תחולתו של תיקון מס' 8 על יישובים גדולים יותר ועל יישובים באזורים גיאוגרפיים נוספים. אולם, בדיון קודם שנערך ביום 14.6.23 בוועדה למיזמים כלכליים שדנה בחוק, ציין יו"ר הוועדה, ח"כ אוהד טל כי: "המטרה של התיקונים הללו היא לאפשר ליישובים להתפתח, לגדול, להתרחב, מבלי לאבד את המאפיינים הייחודיים הקהילתיים ואת מרקם החיים הייחודי של ההתיישבות הכפרית. מאז שחוקק החוק רבים מהיישובים בנגב ובגליל הגיעו לתקרה הזאת של 400 משפחות, ובעצם המציאות היום מייצרת מצב שהחוק הנוכחי הופך להיות חסם בפני משפחות נוספות להצטרף ליישובים, חונק את היישובים, מונע מהם את היכולת לגדול ולהתפתח. הוא בעצם מחטיא את המטרה שלשמה הוא נועד וכופה על היישובים לבחור באחת משתי אפשרויות, או לוותר על התהליך של ועדות הקבלה ולגדול, אבל המחיר של זה הוא הוויתור על הצביון הקהילתי של היישוב, או האפשרות השנייה שכרגע מונחת בפניהם היא לשמור על הצביון הקהילתי, אבל

לוותר על האפשרות לגדול ולהתפתח".⁸⁰ חבר הכנסת יצחק קרויזר ציין כי "זה חוק שהולך לשנות מציאות בפריפריה, בנגב ובגליל, ורגע לפני שחבר הכנסת שוסטר יוצא אגיד לו שכן, אנחנו ממשלה לאומית ולא צריך להתבייש. אנחנו תומכים ביהוד הגליל והנגב, בחיזוק ההתיישבות היהודית בנגב ובגליל. אני גר בגולן ואני רואה את חבריי מהיישובים בגליל, גנים נסגרים. זה חוק שהוא חשוב מאוד. כן, כשאנחנו רוצים לחזק את הפריפריה, לחזק את ההתיישבות הקהילתית, הכפרית, במושבים, בקיבוצים וביישובים הקהילתיים אנחנו חייבים לחזק את הקהילה. כאשר הקהילה חזקה, ההתיישבות חזקה והדרך להגדיל את ועדות הקבלה ל-1,000, למספר שהוא מוחץ ומשנה מציאות מספרית של משפחות חדשות שיגיעו, של זוגות צעירים, של בנים ממשיכים שירצו לחזור ויוכלו לגור במקום שהם נולדו, במקום שהם גדלו, ולהמשיך לשמור על הצביון של אותו יישוב, מושב או קיבוץ שהם גרו בו, לחזק את אותו יישוב, את אותו כפר – החוק הזה מגיע ומציע את הפתרון הטוב ביותר. אני שמח מאוד, כמו שאמרה השרה, להצטרף לחוק חשוב וציוני כזה".⁸¹

מכאן ניתן להסיק כי התכלית שביסודו של תיקון מס' 12 היא לאפשר לשמר "לכידות חברתית" גם ביישובים קהילתיים גדולים יותר ובאזורים גיאוגרפים נוספים, שאינם מוגבלים לשטחי הנגב והגליל. למעשה, תכלית החוק היא לאפשר את "הזכות לקהילתיות" גם ביישובים גדולים יותר. על עצם הצדקתה של הדרה על בסיס של קהילה קיימת מחלוקת בין החוקרים בכלל, ואף בין כותבי מסמך זה בפרט. אך גם בקרב אלו התומכים בהצדקה הקהילתית בנסיבות מסוימות נראה, כי יישומה בתיקון מס' 12 אינו ראוי משתי סיבות עיקריות. ראשית, הזכות לקהילתיות מוכרת כזכות חזקה, הנגזרת מהזכות לתרבות, רק כאשר היא מגינה על תרבות ייחודית, בדרך כלל של קבוצת מיעוט, שהמכנה המשותף בין חבריהם רחב ושונה מזה המאפיין את קבוצת הרוב. דוגמאות לקבוצות כאלה בהקשר הישראלי הן קבוצת המיעוט החרדי או קבוצת המיעוט הבדווי.⁸² ליישובים הנכללים בתיקון מס' 12 לפקודה אין כל מכנה תרבותי או דתי משותף וייחודי המצדיק הענקת הגנה משפטית להדרתם של אזרחים המבקשים להצטרף ליישוב. היישובים אף אינם נדרשים להוכיח את קיומם של מאפיינים אלה כדי שיהיה באפשרותם לקיים מנגנונים של ועדות קבלה המסננות מועמדים לפי קריטריונים עמומים כגון מידת התאמתם של המועמדים לחיי הקהילה או למרקם החברתי-תרבותי בה. מכאן החשש, כי התכלית הסמויה של החוק היא למעשה ביצור יכולתן של קהילות המורכבות מאוכלוסייה יהודית, ובמיוחד כזו שהיא מחתך סוציו-אקונומי גבוה – גם כאשר הן גדלות. אוכלוסייה זו למעשה נהנית מאיכות חיים גבוהה יותר על קרקעות מדינה, שבדרך כלל אינה מנת חלקן של אלה המתגוררים בערים השונות בגליל ובנגב.

גם אם נניח, שהזכות לקהילתיות נגזרת מהזכות להתאגדות, המוכרת כזכות אוניברסלית שאינה מגינה דווקא על קבוצת תרבותיות בעלות מאפיינים ייחודיים, מדובר בצידוק חלש מאוד, מכיוון שבפועל הוא יוביל לפגיעה בזכות לשוויון, ונראה שמהווה כסות לתכלית האמיתית של התיקון - הפליה. הזכות להתאגדות משמשת צידוק חזק למנגנוני סינון מועמדים כאשר מדובר בהתאגדות אקספרסיבית, שמטרתה להעביר מסר מסוים

⁸⁰ דברי ח"כ אוהד טל, יו"ר הוועדה למיזמים ציבוריים, בפרוטוקול מס' בישיבת הוועדה למיזמים ציבוריים בכנסת, מיום 14.6.2023, בעמ' 3.

⁸¹ שם, בעמ' 11.

⁸² איל בנבנישתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים "עיוני משפט" כא 769, 781 (1998); דגן "זכות הכניסה", לעיל ה"ש 64, בעמ' 65; מיטל פינטו "על ההבדל בין הזכות לתרבות לזכות להתאגדות: בעקבות ספרו של גרשון גונטובניק הפליה בדיוור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות" "דין ודברים" ט 497, 508-509 (2016).

באמצעות הקבוצה המאוגדת.⁸³ בדומה לתיקון מס' 8, גם תיקון מס' 12 אינו מזכיר את רצונן של אותן אגודות להביא לידי ביטוי תפיסת עולם ייחודית, אורח חיים מובחן וכיו"ב.⁸⁴ למעשה המשותף העיקרי ל"קהילות" רבות המוכרות כישובים קהילתיים הוא הרצון והכוח להדיר לפי בחירתן.

יתכן כי לעיתים הזכות להתאגדות יכולה לקבל משנה חשיבות וזאת כאשר ההצדקה לה היא קניין קהילתי משותף המוחזק בידי קבוצה של אנשים המתאגדת יחדיו כדי לשמור עליו. אולם, גם מנקודת מבט של אלו המצדיקים גישה זו, הצדקה זו קיימת רק כאשר השיתוף הקנייני נדרש לביסוס מוסדות וערכים משותפים, המהווים תנאי להצלחת השיתוף הקנייני.⁸⁵ גם הצדקה זו אינה מתקיימת במקרה של תיקון מס' 12, שכן היישובים אינם נדרשים לשיתוף קנייני או לביסוס מוסדות משותפים. כמוסבר לעיל, סעיף 16(ב) לתיקון קובע כי כדי שיישוב יוכל להיות מסווג כ"יישוב קהילתי המשכי", עליו להוכיח כי הוא מתפקד כיישוב קהילתי, ש"יש בו מנגנון גבייה לתקציב קהילתי, וכן ארגון וניהול של שירותים קהילתיים ופעילות ציבורית קהילתית על ידי היישוב שהרשות המקומית שבתחום שיפוטה הוא נמצא אינה מספקת, או שירותים עודפים על השירותים כאמור, החיוניים לקיומו ולחוסנו כיישוב קהילתי". מדובר בתנאים בסיסים הקיימים בכל יישוב המוגדר כשייך לסקטור ה"כפרי". הם אינם מלמדים בשום צורה על יישוב שיש בו פעילות מובחנת וייחודית, שאינה מתקיימת גם בשכונות בערים וביישובים אחרים בישראל.

מידתיות: מבחן האמצעי ההולם: כאמור לעיל, אנו סבורים כי התכלית של התיקון-חיזוק הלכידות החברתית ביישובים המונים מעל 400 יחידות דיור, אינה ראויה. זאת מאחר שמרבית יישובים אלה מלכתחילה אינם בהכרח בעלי זהות קהילתית מובחנת המצדיקה סינון מועמדים. אולם, גם אם נניח כי היישובים הקיימים בגליל ובנגב, בני פחות מ-400 משפחות הם אכן בעלי זהות קהילתית מובחנת, וכי תיאורטית זהות כזו יכולה להישמר במקרים מסוימים גם כאשר מספר המשפחות גדל באותם יישובים, עדיין לא ברור כיצד המנגנון הקבוע בתיקון מס' 12 מאפשר לזהות יישובים כאלה. כאמור לעיל, התנאים של מנגנון גבייה לתקציב קהילתי או ארגון של שירותים קהילתיים לא מהווים אינדיקציה לכך שמדובר ביישוב בעל צביון קהילתי מובהק וייחודי, והם בוודאי לא מהווים אינדיקציה לכך שהאופי הקהילתי לכאורה שיש בהם יישמר גם כאשר מספר יחידות הדיור יגדל מעבר ל-400. גם שכונות בערים מסוימות מקיימות מנגנונים עצמאיים של שירותי שמרטפות וחוגים לילדים, כמו גם שירותים התנדבותיים המסייעים למשטרה ולכוחות הביטחון בפעולתם השוטפת בערים אלו. ובכל זאת, אין אנו מניחים שקיומם של מנגנונים כאלה מצדיק את האפשרות לסנן מועמדים למגורים בשכונות אלה על ידי ועדות קבלה. מכאן, שאין מדובר באמצעי הולם.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה: גם מנקודת מבטם של התומכים בהצדקה מסוימת של יכולת סינון של יישובים קהילתיים במטרה לשמר יישובים בעלי זהות קהילתית חזקה ומובחנת, נראה שניתן להשיג מטרה זו על ידי ברור קריטריונים מהותיים וקונקרטיים בדבר אופי היישוב והתושבים בו. כך, למשל, יש לברר מהי בדיוק התפיסה הקהילתית המובחנת שיישוב מסוים טוען לה? איזה שירותים קהילתיים מוענקים באותו יישוב כדי לשמר אותה? מדוע כלל המבקשים לגור באותו יישוב לא יכולים לתרום לאותם שירותים קהילתיים? או מדוע שירותים אלה לא יכולים להינתן לכלל המועמדים המבקשים לגור בו? קריטריונים ברורים וקונקרטיים מסוג אלו היו יכולים

⁸³ גרשון גונטובניק **הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות** 313 (2014).

⁸⁴ פינטו "על ההבדל בין הזכות לתרבות לזכות להתאגדות", לעיל ה"ש 82, בעמ' 513.

⁸⁵ דגן "זכות הכניסה", לעיל ה"ש 64, בעמ' 65.

לסייע באיתור יישובים בעלי זהות קהילתית חזקה ומובחנת, ולצמצם את מספר היישובים הרשאים לקיים וועדות קבלה מדירות. ככל שיצטמצמו מספר היישובים העומדים בקריטריונים אלה, כך גם הפגיעה בזכויות לשוויון, פרטיות, לכבוד ולקניין תהיה מידתית יותר. בנוסף, ולאור האמור לעיל, גם ככל שוועדות קבלה מוכרות כאמצעי לגיטימי (וכאמור סוגיה זו שנויה במחלוקת), הרי שהעובדה שפעולתן אינה תובעת מהקהילה כל שקיפות ביחס להליך ותוצאותיו, כשם שאינה נשענת על כללים הליכיים וקריטריונים ברורים, הופכת את המנגנון במתכונתו המוצעת בתיקון מס' 12 ללא מידתי. בהיעדר קריטריונים ברורים להענקת מנגנון של ועדת קבלה, כמו גם חובת שקיפות ביחס להליך ותוצאותיו, התיקון נכשל גם במבחן זה.

מבחן האמצעי המידתי הצר: מבחן זה מתמקד בקיומו של יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכלית של תיקון מס' 12 לבין הנזק שעלול להיגרם לזכויות החוקתיות שהתיקון מעמיק את הפגיעה בהן. לדעתנו, אם בכלל קיימים יישובים בעלי זהות קהילתית מובחנת המצדיקה סינון והדרה של מועמדים, הרי שמדובר במספר מצומצם מאוד. בהינתן זאת, נראה לנו כי גם בהנחה שהתכלית ראויה (הנחה שאיננו שותפים לה, כאמור), התועלת שבהשגתה אינה עולה על הנזק החמור הנגרם מהעמקת הפגיעה בזכויות אדם.

לאור אי עמידתו של התיקון במבחני המידתיות מתחזקת המסקנה בדבר תכליתו הפסולה, קרי הפליה.

6. פרשנות מקיימת – פס"ד חוק יסוד הלאום

יש מי שיטענו כי תיקון מס' 12 מממש את ערך ההתיישבות היהודית הקבוע בסעיף 7 בחוק יסוד הלאום. בהקשר הזה, יש לציין כי אכן סעיף 7 לחוק יסוד הלאום יצר מצב חוקתי חדש של התנגשות בין שני ערכים שמוגנים בשלב זה תחת המטריה החוקתית. על פניו, חוק יסוד: הלאום סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ופוגע בזכויות של כל מי שאינו חלק מ"העם היהודי". כלומר, חוק יסוד: הלאום פוגע בעיקר באזרחים הערבים, אך גם באזרחים אחרים שאינם חלק מהעם היהודי, כמו מהגרי עבודה מתאזרחים ופרטים מתאזרחים אחרים. אולם, בפסק הדין שניתן בעניין חוקתיות חוק הלאום נקבע כי ככל שתהיה התנגשות בין הוראות חוק יסוד זה להוראות חוקי יסוד אחרות (ובכלל זה חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), יש לפרש את חוק יסוד: הלאום, ובכלל זה סעיף 7 העוסק בהתיישבות יהודית, לפי עקרון הפרשנות המקיימת, קרי: כזו העולה בקנה אחד עם חוקי היסוד האחרים ועם העקרונות והערכים של שיטת המשפט הישראלית.⁸⁶

כאמור בפרק א.2 לעיל, הכלל המשפטי אשר התפתח בפסיקה הענפה שניתנה בשני העשורים האחרונים בסוגיית היחס שבין קידום עקרון ההתיישבות היהודית לבין יישום עקרון השוויון הוא שקרקעות מדינה ישוקו בדרך שוויונית לכלל אזרחיה. החרג היחיד שהוכר עד כה לעניין הסטייה מעקרון השוויון הוא דוקטרינת "מיעוט בעל אורח חיים ייחודי" וזאת בשלושה פסקי דין מרכזיים: פסק דין **אביטן** (לגבי האוכלוסייה הברדווית)⁸⁷, פסק דין קעדאן, פסק דין **"עם חופשי"** (לגבי האוכלוסייה החרדית).⁸⁸ דוקטרינה זו נועדה להעניק הגנה משפטית על אורחות החיים של קבוצות מיעוט אשר לולא התערבות המדינה עלולות להישחק ולהיטמע בתרבות הרוב, או הזכאיות להגנה בגלל אורח חיים המחייב אחידות. הרציונל העומד מאחורי דוקטרינה זו הוא, שקבוצת הרוב אינה זקוקה להגנה משפטית. בהיותה רוב היא מגנה על עצמה היטב, והיא אף מסוגלת לייצר מרחב הגמוני העלול לאיים על

⁸⁶ עניין **חסון**, לעיל ה"ש 44, בפס' 87-88 לפסק דינה של הנשיא חיות.

⁸⁷ עניין **אביטן**, לעיל ה"ש 20.

⁸⁸ עניין **"עם חופשי"**, לעיל ה"ש 62.

זהות המיעוט ותרבותו. מלבד זאת, בספרות המשפטית קיימת הסכמה על כך, שכאשר קיימים לקבוצה, דוגמת חרדים או בדווים מאפיינים תרבותיים ייחודיים (השונים ממאפייני הרוב), אשר הקצאת קרקע היא הכרחית לצורך שימורם, היא תהא מוצדקת.

תיקון מס' 12 לפקודת האגודות השיתופיות מרחיב בצורה משמעותית חריג ויוצא מהכלל, ולמעשה הופך אותו לכלל. תוצאתו העיקרית היא הרחבת האפשרות למיין, להדיר ו"לסגור" יישובים יהודיים על בסיס טענה קהילתית-לאומית, ולא לפי אמות מידה מוסדרות ומוגדרות של אורח חיים ייחודי הזקוק ומצדיק הגנה. על כן, תיקון זה אינו מתיישב עם עקרונות המשפט הישראלי משום שתוצאתו הן הפליה והדרה.

מעבר לכך, כפי שהראינו, ההדרה אינה מכוונת רק למיעוט הערבי אלא גם לקבוצות מוחלשות במסגרת הישראלית-יהודית. מאחר שאוכלוסיות חזקות יעדיפו להתגורר ביישובים קהילתיים על פני ערים, הרחבת המנגנון המפלה של ועדות הקבלה תפגע באוכלוסיות מוחלשות בערים פריפריאליות וביכולת שלהן להתחזק. זאת, בנוסף להפלייתן לרעה מבחינת הקצאת הקרקע ליישובים קהילתיים.

נייר עמדה זה נכתב על ידי:

פרופ' מיכאל בירנהק, אוניברסיטת תל אביב
פרופ' נטע זיו, אוניברסיטת תל אביב
ד"ר מיטל פינטו, המכללה האקדמית צפת והקריה האקדמית אונו
פרופ' סנדי קדר, אוניברסיטת חיפה
פרופ' מרדכי קרמניצר, האוניברסיטה העברית
ד"ר שי שטרן, אוניברסיטת בר אילן
ד"ר מנאל תותרי-גיבראן, אוניברסיטת בר אילן

העירו:

ד"ר מיכל ברייאר, האוניברסיטה העברית
פרופ' אורן יפתחאל, אוניברסיטת בן גוריון
ד"ר רונית לוין-שנור, אוניברסיטת רייכמן
פרופ' ארז צפדיה, המכללה האקדמית ספיר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה הוא קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי, של מומחים ומומחיות למשפט, הפועלת בהתנדבות למען ההגנה על הדמוקרטיה הליברלית בישראל ולקידומה. הפורום פועל באמצעות מחקר, ניתוח הצעות חוק, כתיבת ניירות עמדה ופעילות הסברה לקהל הרחב ולקהלים מקצועיים. במסגרת זו, הפורום פועל נגד יוזמות ופעולות לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הקואליציה, ונגד יוזמות לפגיעה במוסדות דמוקרטיים, בבחירות חופשיות ושוות, בזכות לשוויון, בחופש הביטוי, בחופש הדת, ובזכויות אדם נוספות.

חברות וחברי הפורום בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידינו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניין מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה שלנו: <https://lawprofsforum.org> עקבו אחרינו בטוויטר [@lawprofsforum](https://twitter.com/lawprofsforum). ליצירת קשר lawprofessorsforum@gmail.com.