

## סעיף 7 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי: "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה"

### עשור ויצמן וברק מדינה

- א. הקדמה
- ב. המדיניות הממשלתית והמצב המשפטי עד שנות התשעים
- ג. השינוי במדיניות הממשלה בשנות התשעים והלכת קעדאן
- ד. תגובות ביקורתיות להלכת קעדאן
- ה. קיצור תולדות סעיף 7 לחוק הלאום
- ו. פרשנות סעיף 7 לחוק הלאום והסוגיות המשפטיות שהוא מעורר
- ז. סוף-דבר

### א. הקדמה

חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי ("חוק הלאום") נועד, כך לפי דברי ההסבר להצעת החוק, "לעגן בחקיקת יסוד את זהותה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי".<sup>1</sup> עובדת זהותה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, לצד היותה מדינה דמוקרטית, היתה מעוגנת בסדר החוקתי הישראלי עוד בטרם חוקק חוק הלאום בחודש יולי 2018. הדבר עולה בבירור ממגילת העצמאות, בין היתר בהכרזה כי "זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית", וכן קיבל ביטוי מפורש בחוק-יסוד שונים.<sup>2</sup> על אמיתה זו עמד גם בית-המשפט העליון בשלל הזדמנויות, בין היתר בקביעה המפורסמת של הנשיא שמעון אגרנט בפרשת ירדור משנת 1965 כי מדובר ב"עובדת יסוד קונסטיטוציונית".<sup>3</sup> על-כן, נראה שתכלית חקיקתו של חוק הלאום נעוצה, כפי שנאמר בהמשך דברי ההסבר, ברצון לצקת תוכן חוקתי לזהותה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. מטרתם של יוזמי חוק הלאום הייתה לחזק את מה שנתפס בעיניהם כביטוי לאופייה של ישראל כמדינה יהודית, ולגבי חלק מהוראות החוק הוצהר מפורשות על ידי חברי כנסת אחדים כי הדבר יעשה בדרך של צמצום המחויבות לעקרונות יסוד דמוקרטיים, ובראשם החובה לנהוג בשוויון כלפי כלל האזרחים.<sup>4</sup> לפי גישה זו, חוק הלאום נועד להעניק לרשויות השלטון סמכות לפגוע בזכויות אדם, בעיקר בזכות

<sup>1</sup> דברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ה"ח 768, עמ' 134 (13.3.2018).

<sup>2</sup> סעיף 7א(1) לחוק-יסוד: הכנסת; סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; וכן ראו: חוק השבות, התש"י-1950; סעיף 3ב(1) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985.

<sup>3</sup> ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 385-386 (1965): "לא יוכל להיות ספק בדבר – וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה – כי לא זו בלבד שישראל היא מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על-ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה כמדינה יהודית בארץ ישראל", כי האקט של הקמתה נעשה, בראש וראשונה, בתוקף "זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו, באקט זה, משום הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל [...] דבר המשכיותה – ואם תמצית לומר: 'נצחיותה' – של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית", אשר חלילה לה לרשות כלשהי של המדינה [...] להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכותיה".

<sup>4</sup> ראו, למשל, דברי ח"כ בצלאל סמוטריץ' בדיון על סעיף 7 לחוק הלאום, בפרוטוקול מס' 17 מישיבת הוועדה המשותפת של ועדת הכנסת וועדת החוקה, חוק ומשפט ("הוועדה המשותפת") (12.7.2018): "אני רוצה היום לייצר תוכניות שאומרות שכל יהודי שעובר מתל אביב לגליל מקבל שלוש שנים סיוע בשכר דירה, ליהודים בלבד, כי אני לא רוצה שערבים יבואו לשם, מה לעשות, יש שם כבר מספיק, יש יותר מדי, יש רוב" (עמ' 79). חשוב לציין בהקשר זה כי חוק הלאום שאושר אינו כולל הוראה שנכללה בהצעת חוק הלאום (לעיל ה"ש 1) לפיה "כל תושב ישראל, ללא הבדל דת או לאום, זכאי לפעול לשימור תרבותו, מורשתו, שפתו וזהותו" (סעיף 7) להצעת החוק). עליה נאמר בדברי ההסבר כי מוצע בה "לראשונה בחקיקה, להעניק זכות לכל תושבי המדינה לפעול לשימור תרבותם, מורשתם, שפתם וזהותם".

לשוויון, שלא היתה קיימת אלמלא נחקק חוק-היסוד, וזאת מכוח הדגשת האפיון של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי.

תכלית זו לא הושגה, במידה רבה משום שמרבית ההוראות בחוק הלאום נוסחו לבסוף בלשון הצהרתית, בלא לקבוע היתר לפגוע בזכות לשוויון או בזכויות חוקתיות אחרות, מעבר למה שממילא התפרש בפסיקת בית-המשפט העליון כפגיעה מותרת בזכויות בהתבסס על זהותה היהודית והדמוקרטית של המדינה.<sup>5</sup> לא זאת בלבד, אלא שדברי ההסבר לחוק הלאום מבטאים בפירוש עמדה שחוק-יסוד זה לא נועד לגבור על המארג החוקתי הקיים אלא שהוא "יצטרף לחוקי היסוד הקיימים, המעגנים מרכיבים נוספים באופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ברוח העקרונות שבהכרזה על מגילת העצמאות".<sup>6</sup> משום כך, קשה לומר כי הקביעה של הוראות הצהרתיות כלליות בחוק הלאום, שמבטאות את היותה של מדינת ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, מסמנת שינוי מבורר של המשפט החוקתי הישראלי החורג מהשפעתה החינוכית וההצהרתית. לא כך בהכרח באשר להוראות הבודדות בחוק הלאום שבהן נקבעו הסדרים שלפחות לכאורה חורגים מגדר הצהרות כלליות. המדובר, בעיקרו של דבר, בשתי הוראות: סעיף 4 בדבר מעמדה של השפה העברית והשפה הערבית; וסעיף 7, שבו עוסק פרק זה, בדבר מעמדה המיוחד של "התיישבות יהודית".

חקיקת סעיף 7 היתה, במידה רבה, המניע העיקרי ליוזמה לחוקק את חוק הלאום. סעיף זה עוסק באחד ההיבטים שהגדירו את מהותה של התנועה הציונית ואת היסוד החשוב ביותר בפעילותה לפני הקמת המדינה – התיישבות יהודית בארץ-ישראל. בה בעת, המעבר ממאבק להקמת מדינה יהודית אל עבר כינונה של מדינה דמוקרטית, שיסוד הכרחי בה הוא התייחסות לכל האזרחים כאל שווים, הציב אתגר מרכזי באשר למשמעות שיש לייחס ל"התיישבות יהודית" במדינת ישראל. בעניין זה ניכר פער בין המדיניות המוצהרת לבין זו שיושמה בפועל. מצד אחד, ההכרזה על הקמת המדינה מבטאת התנערות מן התפיסה הסקטוריאלית של הכרה בהתיישבות היהודית ערך לאומי: מיד בצמוד לקביעה ש"מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות" מובהר שהמדינה "תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה [...] [ותקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין]", ומובאת קריאה "לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל [...] ליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים". מצד שני, על רקע הצרכים שנבעו מן העלייה של מאות אלפי יהודים, אך גם על יסוד שיקולים אידיאולוגיים שונים, מדיניות ההתיישבות שבה נקטה מדינת ישראל במשך עשרות שנים ביטאה העדפה ניכרת לאינטרסים של אזרחי ישראל היהודים. התוצאה, שביטויי חד לה ניתן, בין היתר, בדוח ועדת החקירה הממלכתית לבריור אירועי אוקטובר 2000 (ועדת אור),<sup>7</sup> היא הפרדה-למעשה בין יישובים ליהודים ליישובים לערבים, הפליה במדיניות הפקעת הקרקעות ובהקצאת קרקע לבנייה ושורה של השלכות שליליות שנבעו מכך.

השינוי בעניין זה, לפחות במישור המשפטי-הפורמאלי, הגיע בפסק-הדין בעניין קעדאן, שניתן בחודש מרץ 2000, ובו נקבע כי מדינת ישראל אינה רשאית עוד להקצות קרקע להקמת יישוב

<sup>5</sup> הוראת פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8) ובחוק-יסוד: חופש העיסוק (סעיף 4), ממילא קובעת כי מותר לפגוע בזכויות בחוק ש"הולם את ערכיה של מדינת ישראל" ("אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"). הוראה זו מתפרשת בהתאם לאמור בפסקת המטרה של חוקי היסוד הללו (סעיפים 1 א ו-2, בהתאמה), שלפיה הם נועדו "לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". כך, למשל, הוכר תוקפו של איסור על פתיחת בתי עסק בשבתות ובחגי ישראל, שחל לא רק ביום המנוחה עצמו אלא גם בערב שבת, בהתאם למקובל בהלכה היהודית (רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 1, 5 (2003)); וכך גם הוכרה החוקיות של איסור על מכירת בשר חזיר בהסתמך בין היתר על כך שתכלית האיסור מתיישבת עם "התודעה הלאומית של עם ישראל" (בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595, 609-608 (2004)). יש לציין כי זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ניצבה לעתים גם ביסוד הקביעה כי פגיעה בזכויות הפרט אינה כדוין (ראו, למשל, בג"ץ 2293/17 גרסגור נ' כנסת, פס" 10-11 לפסק-דינו של השופט עמית (23.4.2020)).

<sup>6</sup> ראו לעיל, ה"ש 1. ראו בנוסף את האמור בדברי ההסבר להצעת חוק הלאום, שהונחה על שולחן הכנסת ביום 29.7.2015 ונדונה בכנסת העשרים בהכנה לקריאה הראשונה, כי "מדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית המחויבת לזכויות האדם והאזרח", וכן כי סעיף עקרונות היסוד של חוק הלאום בנוסחו לקראת הקריאה הראשונה "לא נועד אפוא להעניק עדיפות לחוק-יסוד זה מול חוקי-היסוד שעוסקים בזכויות אדם אלא דווקא להבטיח שוויון מעמד לחוק-יסוד זה עם אותם חוקי-יסוד".

<sup>7</sup> דין וחשבון ועדת חקירה ממלכתית לבריור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000 (2003).

שנועד להתיישבות של יהודים בלבד.<sup>8</sup> אף שספק עד כמה משמעותיות היו השלכותיו המעשיות של פסק-הדין, הוא עורר תגובות רבות משום שנתפס כהגדרה-מחדש של מהות הציונות. הכנסת הגיבה להכרעה זו בשנת 2011, בחקיקה של הסדר המתיר לוועדות קבלה ליישובים קהילתיים לסרב לקבל מועמד על יסוד חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, לצד הוראה האוסרת על ועדת הקבלה לסרב לקבל מועמד בין היתר מטעמי גזע, דת, מין, לאום.<sup>9</sup> הוראה זו, על אף הקשיים הניכרים שהיא מעוררת, לא הביאה לשינוי מהותי במצב המשפטי הנוהג. הקביעה של סעיף 7 לחוק הלאום, בכובעה של הכנסת כרשות מכוננת, נועדה להביא לשינוי במצב המשפטי ולהתיר לכנסת ולממשלה להעדיף את קבוצת הרוב היהודי בענייני התיישבות, ללא סייג מפורש בדבר איסור הפליה מטעמי דת ולאום.

על רקע זה, מתעוררות שתי סוגיות עקרוניות באשר לסעיף 7 לחוק הלאום. האחת, אם יש לפרשו כמתיר לרשויות השלטון לפגוע בזכות לשוויון, שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ובהנחה שהתשובה לשאלה זו היא בחיוב, נשאלת השאלה מה דינה של הסתירה הזו שבין סעיף 7 לבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שהתפרש בפסיקה. הסוגיה העקרונית השנייה שמתעוררת כאן היא האם לאור לשונו, סעיף 7 פוגע בכבוד האדם, בשל המסר הפוגעני שעלול לנבוע ממנו כלפי הציבור הערבי. שתי סוגיות אלו עשויות לעורר את השאלה אם סעיף 7 לחוק הלאום הוא מסוג ההוראות שיש להחיל לגביהן את הדוקטרינה הידועה כ-"תיקון חוקתי לא חוקתי".

בטרם נפנה לניתוח המשפטי, נסקור את התמורות במדיניות הממשלה ובמצב המשפטי בסוגיית פיתוח ההתיישבות היהודית והערבית: המדיניות הממשלתית והמצב המשפטי עד שנות התשעים (פרק ב'); השינוי במדיניות הממשלה בשנות התשעים והלכת **קעדאן** (פרק ג'); והתגובות להלכת **קעדאן** (פרק ד'). על יסוד רקע זה נדון בהיסטוריה החקיקתית של סעיף 7 לחוק הלאום (פרק ה'). תשתית זו תוביל לדיון בפרשנות סעיף 7 ובשאלות החוקתיות שהוא מעורר (פרק ו'). לב הסוגיה נעוץ בכך שסעיף זה עלול להתפרש כמתיר חריגה מהיבטים יסודיים בזהות החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, על-ידי הקצאה בלתי-שוויונית של משאבי הקרקע במדינה והמשאבים הנלווים לכך על בסיס השתייכות לאומית.

## ב. המדיניות הממשלתית והמצב המשפטי עד שנות התשעים

הכרזת העצמאות מבטאת את ההכרה בכך שאין סתירה בין האפיון של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין נאמנות מלאה לחובה להתייחס באופן שווה לכל האזרחים. בה בעת, לאורך השנים ננקטה מדיניות שלטונית מפלה, וזאת, בין היתר, מכוח העובדה שלא כובדה ההתיישבות שנקבעה כאמור בהכרזה על הקמת המדינה, להעניק לציבור הערבי "נציגות מתאימה" בכל מוסדות השלטון. הסדרים רבים שנקבעו בשנים הראשונות לאחר הקמת המדינה כללו יחס לא שוויוני כלפי הציבור הערבי, וביטאו בכך מסר של התייחסות אל האזרחים הערבים כאל מי שאינם שווים לאזרחים היהודים.

ההפליה באה לידי ביטוי בתחומים שונים של הקצאת המשאבים הציבוריים, כגון חינוך, בריאות, דיור, תעסוקה ותרבות.<sup>10</sup> בהקשר הנדון כאן, במשך שנים רבות ראתה עצמה ממשלת ישראל מופקדת על קידום כמעט בלעדי של האינטרסים ההתיישבותיים של הציבור היהודי במדינת ישראל ועל יצירת רוב יהודי באזורים השונים של המדינה.<sup>11</sup> אי-השוויון ניכר במיוחד בכך

<sup>8</sup> בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

<sup>9</sup> סעיפים 6ב-6ד לפקודת האגודות השיתופיות ("חוק ועדות הקבלה"). לצד הסדר זה, חוקה הכנסת הוראה נוספת, אף היא בשנת 2011, בחוק מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, המגבילה את האפשרות להקנות זכויות במקרקעין שבבעלות המדינה למי שאינו אזרח או תושב ישראל או יהודי על-פי חוק השבות.

<sup>10</sup> להרחבה בעניין זה ולדיון ביקורתי בנושאים אחרים שנדונים ברשימה זו ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 375-342 (2016).

<sup>11</sup> ראו, למשל, גרשון גונטובניק הפרדה בדיור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 209-213 (2014); דפנה ברק-ארז "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים" עיוני משפט כא 613 (1998); יפתחאל (1998); אורן יפתחאל "אתנוקרטיה", גיאוגרפיה ודמוקרטיה: הערות על הפוליטיקה של ייחוד הארץ" אלפיים 19, 78 (2000). ראו בנוסף את קביעת בית המשפט לאחרונה בדבר הפגיעה המובהקת בשוויון של החוק

שהמדינה לא הקצתה כמעט בכלל קרקעות שבבעלותה או שבבעלות הקרן הקיימת לישראל להקמה של יישובים חדשים שנועדו לציבור הערבי או להרחבה של יישובים קיימים שבהם מתגוררים אזרחים ערבים.<sup>12</sup> למעשה, מתוקף העובדה שמכוח חוק מינהל מקרקעי ישראל ניהול קרקעות המדינה נעשה במשותף עם ניהול קרקעות הקרן הקיימת לישראל, נוצרה בתחום המדיניות הקרקעית של ישראל זהות בין האינטרס הציבורי לבין האינטרסים של העם היהודי. הקושי שבמדיניות זו הוחמר לאור כך שחלק לא מבוטל מקרקעות המדינה הוא שטח שהופקע מאזרחים ערבים לשם הקמת יישובים יהודיים או הועבר אליה מכוח חוק נכסי נפקדים וחוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים).<sup>13</sup> יתר על-כן, לא ננקטו צעדים שוויוניים לקביעת תוכניות מתאר שיאפשרו פיתוח מסודר של היישובים הערביים. פירוט נרחב בעניינים אלה ניתן למצוא למשל בדו"ח ועדת אור, אשר סיכם את הדברים במילים נוקבות:

אזרחי המדינה הערבים חיים במציאות שבה הם מופלים לרעה כערבים. חוסר השוויון תועד במספר רב של סקרים ומחקרים מקצועיים, הוא אושר בפסקי דין ובהחלטות הממשלה וכן מצא את ביטויו בדו"חות מבקר המדינה ובמסמכים רשמיים אחרים. אף שרמת המודעות להפליה זו בקרב הרוב היהודי היא לעתים קרובות נמוכה למדי, בתחושותיהם ובעמדותיהם של האזרחים הערבים היא תופשת מקום מרכזי.<sup>14</sup>

מקרה שהפך לסמל של מדיניות הפקעת הקרקעות של הציבור הערבי הוא פרשת הכפרים איקרית ובריעם הסמוכים לגבול הלבנון. הכפר איקרית נכבש ביום 31.10.1948 ובסמוך לאחר מכן דרש צה"ל מתושבי הכפר להתפנות עד שמצב הביטחון יאפשר להם לשוב. בפועל, נמנע מהם לחזור לכפר ועניינם של התושבים נדון למעלה מ-50 שנה בערכאות, ללא הצלחה.<sup>15</sup> מקרה אחר שהפך סמל הוא מה שנודע לאחר מכן כ"יום האדמה", הפגנות של אזרחי ישראל הערבים ב-30.3.1976, במחאה על החלטת ממשלת רבין הראשונה להפקיע קרקעות לצורך הרחבת היישוב כרמיאל, הפגנות שבהן נהרגו מירי כוחות הביטחון שישה אזרחים ערבים.

תחום נוסף שבו בוטא אי-השוויון ומרכזי לענייננו הוא ההפרדה במגורים בין יהודים לערבים. ככל שמדובר בערים, במדינת ישראל לא הונהגה מדיניות שלטונית שאסרה על מגורי ערבים בערים שמרבית תושביהן יהודים. לעומת זאת, במאות היישובים הכפריים והקהילתיים שהמדינה הקצתה להם קרקעות לשם הקמתם נהגה כעניין שבשגרה מדיניות של הדרת הציבור הערבי. במקרים רבים נעשה הדבר באמצעות העברת קרקעות המדינה לידי הקרן הקיימת לישראל או לידי הסוכנות היהודית, שאמונות על קידום אינטרסים של הציבור היהודי. במקרים אחרים הדבר נעשה ישירות על-ידי גורמים ממשלתיים, שאפשרו ליהודים בלבד להתיישב ביישובים אלה, וזאת לעיתים ללא תשלום תמורת הקצאת הקרקע ולעיתים בתשלום מופחת. בצד מדיניותם של הגורמים הממשלתיים, תרמה למציאות זו גם הפעילות של ועדות קבלה (ועדות סינון) של האגודות השיתופיות והיישובים הקהילתיים. תפיסה זו הייתה המשך ישיר למדיניות שנהגה לפני קום המדינה, שבה מילאה ההתיישבות היהודית רכיב מכריע במערך האינטרסים הלאומיים של היישוב היהודי בארץ-ישראל. המעבר מקהילת מיעוט למדינה לא הביא לשינוי מידי של תפיסה זו של הציבור היהודי בישראל. מפעל ההתיישבות המשיך להיות חלק משמעותי במערך ההגנה המרחבית

להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פס' 48-56, 74, 79-110-106 לפסק-דין של הנשיאה חיות (9.6.2020)).

<sup>12</sup> ראו הרשות לפיתוח כלכלי של המגזר הערבי, הדו"ח והצ'רקי במשרד ראש הממשלה הצעת הרשות לפיתוח כלכלי של מגזר המיעוטים במשרד ראש הממשלה לפתרון סוגיית התכנון והדיור במגזר הערבי – מוגש לצוות המשנה בנושא דיור בוועדה לשינוי כלכלי חברתי בראשון פרופ' מנואל טרכטנברג 2 (ספטמבר 2011): "מאז קום המדינה הוקמו כ-700 יישובים יהודיים ולעומת זאת לא הוקם – מלבד היישובים הבדואים בנגב – אף יישוב ערבי חדש על אף שהאוכלוסייה הערבית גדלה בשיעור דומה לזה של האוכלוסייה היהודית".

<sup>13</sup> ראו בנוסף עניין עיריית סלואד, לעיל ה"ש 11, פס' 72-73 לפסק-דין של הנשיאה חיות, וההפניות שם.

<sup>14</sup> דו"ח ועדת אור, לעיל ה"ש 7, פרק א, פס' 19. לפירוט ההיבטים השונים של ההפליה ואי-השוויון, כגון בתחום הקצאת הקרקעות, ראו למשל שם, פס' 26-58.

<sup>15</sup> ראו בעניין זה את הצו שניתן בבג"ץ 64/51 דאוד נ' שר הבטחון, פ"ד ה 1117 (1951), שהורה לממשלת ישראל להתיר לתושבים לחזור לכפריהם, ואשר לא קיים הלכה למעשה.

של המדינה, ועל-כן נקטו ממשלות ישראל במשך עשרות שנים במדיניות שתבטיח רוב יהודי באזורים שונים בארץ (כגון החלטת הממשלה בשנת 1979 על תכנית "יהוד הגליל").

בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה לא הופעל לחץ ממשי מצד הציבור הערבי נגד מדיניות ההדרה ועיקר המאבק הוקדש לקידום השוויון בהקצאת הקרקעות ובתקצוב הציבורי.<sup>16</sup> בהתאם לכך, בית-המשפט כמעט ולא נדרש לבחינת החוקיות של מדיניות זו. חריג לכך נמצא בפרשת **בורקאן** משנת 1978, שעסקה ביישוב מחדש של הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים, לאחר שהרובע נחרב בעקבות הכיבוש הירדני. באותו המקרה נדונה מדיניות ממשלתית של החכרת דירות למגורים ברובע היהודי רק למי שהוא אזרח ישראל שהוא תושב בה ושרת בצה"ל (או קיבל פטור משירות בצה"ל), או עולה חדש שהוא תושב ישראל; כלומר, כמעט אך ורק ליהודים. בית-המשפט אישר את חוקיות מדיניות ההחכרה, אך נימק זאת בעיקר בנסיבות המיוחדות של העיר העתיקה בירושלים, המחולקת מבחינה היסטורית לרבעים של העדות הדתיות השונות, ובצורך ב"החזרת עטרת הישוב היהודי בעיר העתיקה ליושנה".<sup>17</sup>

פסק-הדין בפרשת **בורקאן** סומן על-ידי תומכי חקיקת סעיף 7 לחוק הלאום כהוכחה לעמדה שבתקופה שקדמה לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשנת 1992, בית-המשפט העליון הכיר בחוקיות של העדפת יהודים במדיניות ההתיישבות.<sup>18</sup> אולם, הנימוקים הייחודיים שעליהם התבסס פסק-הדין מקשים מאד על קבלת טענה זו.<sup>19</sup> בית-המשפט ציין שם כי "מדובר על מערכת עובדות מיוחדת במינה", תוך שהוא מבחיר מפורשות כי "הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, מוצא, דת, השקפה או מעמד חברתי הוא עקרון יסודי חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד הממשטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן".<sup>20</sup>

לאמיתו של דבר, בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה לא נדרש בית-המשפט העליון להיעדר השוויון ביחסו של השלטון לצרכי ההתיישבות של האזרחים היהודים לעומת צרכי ההתיישבות של האזרחים הערבים. אין בפסיקה שקדמה לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הכשר לנקוט במדיניות מפלה, ובה בעת, לא ניתנו גם הכרעות שחייבו את הממשלה לנקוט במדיניות שיוויונית בתחום הקצאת הקרקעות וההתיישבות.

## ג. השינוי במדיניות הממשלה בשנות התשעים והלכת קעדאן

החל משנות התשעים של המאה העשרים ניכר שינוי במדיניות הממשלה ובגישה הנוהגת בפסיקה. ממשלת רבין השנייה נקטה בצעדים שונים לתיקון אי-השוויון בהקצאת תקציבים ואף נקטה מדיניות של העדפה מתקנת. לכך נוספה החקיקה של חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, שהרחיבה במידה ניכרת את האיסור על גורמים פרטיים להפלות בהספקת מוצרים ושירותים, בין היתר על בסיס השתייכות לאומית-אתנית. כמו כן, עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עוגנה בפסיקה התפיסה שאופיייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינו מתיר להעדיף אינטרסים של אזרחים יהודים, ולפיכך להפלות אזרחים ערבים, בהקצאת משאבים ציבוריים.<sup>21</sup> גישה זו הוחלה גם

<sup>16</sup> ראו, ברוח זו, חסן ג'בארין "ישראליות" הצופה פני עתיד' של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני "משפט וממשל" ו 53 (2001). ראו גם יופי תירוש "על קציר וליסבון כמקומות לימינליים במאבקים למימוש עצמי ולשוויון" המשפט ח 105 (2003).

<sup>17</sup> בג"ץ 114/78 **בורקאן נ' שר האוצר**, פ"ד לב(2) 800 (1978) (השופט חיים כהן).

<sup>18</sup> ראו, למשל, חוות הדעת שהוגשה לוועדה המשותפת לצורך דיונים בהכנה לקריאה ראשונה של חוק הלאום בכנסת העשרים: אביעד בקשי **חוק-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי – הצורך המשפטי** 17-18 (2013); וכן פרוטוקול מס' 8 משיבת הוועדה המשותפת לדיון בהצעת חוק הלאום, עמ' 30 (28.11.2017).

<sup>19</sup> לטענה דומה ראו גונטובניק, לעיל ה"ש 11, עמ' 213-216.

<sup>20</sup> עניין **בורקאן**, לעיל ה"ש 17, עמ' 806-807 (השופט מאיר שמגר).

<sup>21</sup> ראו, למשל, בג"ץ 1113/99 **עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נד(2) 164 (2000), בעניין תקציב שירותי הדת; בג"ץ 727/00 **ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד נו(2) 79 (2001), בעניין החובה להחיל את תכנית שיקום השכונות גם במגזר הערבי; בג"ץ 6488/02 **הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' ועדת המנכ"לים לטיפול נקודתי ביישובים** (2004), בעניין תוכניות סיוע ליישובים מסוימים.

באמצעות החלת האיסור להתייחס באופן שונה לאזרחים ערבים גם על מדיניות שהיא לכאורה ניטרלית אך תוצאתה מפלה את הציבור הערבי, למשל לעניין הסדר שתוצאתו היתה שכמעט אך ורק יישובים שתושביהם יהודים הוכרו ישובי עדיפות לאומית, שזכאים לסיוע מן המדינה.<sup>22</sup>

לצד זאת, החל בשנות התשעים של המאה העשרים חל שינוי בעמדתם של רבים מבני הציבור הערבי ביחס למדיניות ההדרה. עם העמקת הפערים במצב החברתי-כלכלי ביישובים הערביים לעומת היישובים היהודיים, בצד התחזקותו של מעמד ביניים בציבור הערבי, שרבים מן הנמנים עמו השתלבו בעבודה במסגרות משותפות ליהודים ולערבים, נוצר ביקוש בקרב אזרחים ערבים להתגורר ביישובים שתושביהם יהודים ולהשתלב במסגרות החינוך הממלכתיות הכלליות. בערים מגמה זו באה לידי ביטוי ביציאה מן השכונות שבהן התגוררו באופן מסורתי תושבים ערבים לעבר שכונות אחרות ובמעבר לערים שבעבר התיישבו בהן כמעט אך ורק יהודים. בעוד שביחס לערים לא ננקטה מדיניות שלטונית מובהקת למניעת מהלך זה, בכלל הקשור לקליטת תושבים ליישובים קהילתיים וכפריים דבקה הממשלה במדיניות שנהגה לאורך השנים. התפיסה המנחה הייתה שעידוד התיישבות יהודית באזורי ספר, אחד הדגלים העיקריים של התנועה הציונית, ממשיך להיות מטרה ראויה של מדינת ישראל.

עתירה ראשונה בנושא זה, עניין **קעדאן**, הוגשה בשנת 1995, על-ידי משפחה ערבית שביקשה לרכוש בית ביישוב הקהילתי קציר. הקרקע להקמת היישוב הוקצתה על-ידי המדינה לסוכנות היהודית, וזו הקצתה קרקעות ביישוב לחבריה של אגודה שיתופית אשר סירבה לקבל לשורותיה ערבים. העתירה הוכרעה בשנת 2000, ונקבע בה, בדעת רוב, כי אין למנוע מאדם להתגורר ביישוב רק מחמת היותו ערבי.

בפסק-הדין בעניין **קעדאן** נקבעו שתי הלכות עיקריות. הלכה אחת היא שהזהות החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינה מצדיקה מדיניות מפלה בהקצאת קרקעות ובהקמת יישובים. באי-כוח המדינה טענו שם כי הממשלה הקצתה את הקרקע להקמת היישוב לסוכנות היהודית, ואין מניעה לכך שהסוכנות תפעל בהתאם למטרותיה שלה, שעיקרן קידום אינטרסים של הציבור היהודי. בית-המשפט קבע כי אם המדינה אינה רשאית להפלות, היא אינה רשאית להשיג תוצאה זו באמצעות העברת הקרקע לגוף אחר, שיפלה במקומה.<sup>23</sup> לגופו של עניין נפסק כי מכוח עקרון השוויון, אסור "טיפול שונה" על בסיס לאום. הנשיא ברק הבהיר כי מ"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אין מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה. יהודים ולא-יהודים הם אזרחים שווים זכויות וחובות במדינת ישראל. [...] לא זו אף זו: לא רק שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם דורשים הפליה על בסיס דת ולאום במדינה, אלא שערכים אלה עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שוויון בין הדתות והלאומים".<sup>24</sup> הנשיא ברק הוסיף וקבע דברים שמרבים לצטט, בהתייחסו לשינוי הכרחי של המדיניות שנהגה בעבר, בתקופה שקדמה להקמת המדינה: "אכן, 'העם היהודי הקים את המדינה היהודית' [...] אך משהוקמה המדינה, הרי היא נוהגת שוויון בין אזרחיה. [...] אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים".<sup>25</sup> כאמור, עמדה זו מבטאת, הלכה למעשה, את האמור במגילת העצמאות. הנשיא ברק הכיר במשתמע בכך שאף אם אין בהלכה זו חידוש משפטי, ההצהרה עליה בפסק-הדין מחייבת שינוי במדיניות הממשלה, ולפיכך שב והדגיש כי ההכרעה "צופה פני עתיד" בלבד, ואין עניינה תיקון מדיניות מפלה שנוקטה בעבר.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד סא (1) (2006); ראו בנוסף בג"ץ 8300/02 **נסר נ' ממשלת ישראל** (22.5.2012).

<sup>23</sup> בית-המשפט שב על עמדה זו, למשל, בבג"ץ 9518/16 **הראל נ' כנסת ישראל**, פס"ס-ס"א לפסק-דינו של המשנה לנשיאה (בדימו') רובינשטיין (5.9.2017), בכל הנוגע לפעילותה של החטיבה להתיישבות בהסדרות הציונית העולמית. ראו בנוסף בג"ץ 6411/16 **הועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות נ' כנסת ישראל**, פס"ס 8-5 לפסק-דינו של השופט סולברג (19.6.2018); רע"א 10011/17 **מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן** (19.8.2019).

<sup>24</sup> עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 8, עמ' 281.

<sup>25</sup> שם, עמ' 282.

<sup>26</sup> שם, עמ' 285-286.

ההלכה השנייה שנקבעה בפרשת **קעדאן** עסקה בטענה מצומצמת יותר להצדקת המדיניות הנדונה, ולפיה יש להכיר בכך שלקבוצת אזרחים הזכות, או לכל הפחות אינטרס מוגן, להקים לעצמה יישוב שיהא הומוגני מבחינה לאומית-תרבותית. הטענה הייתה שהמינהל נכון להקצות קרקע להקמת יישוב שנועד להתיישבות של ערבים, ולפיכך ההקמה של יישובים נפרדים אינה פוגעת בשוויון שבין הקהילות, שהרי זוהי מדיניות של "נפרד אך שווה". בדחיית הטענה הזו יכול היה בית-המשפט להסתפק במישור העובדתי: המדיניות השלטונית שנקטה לאורך עשרות השנים מאז הקמת המדינה ביטאה, כאמור לעיל, העדפה מוחלטת של יהודים בהקצאת קרקעות ובהקמת יישובים שנועדו להתיישבות יהודים בלבד. לפיכך, אף אם מדיניות מן הסוג של "נפרד אך שווה" היא מותרת, די היה בכך שההפרדה אינה מלווה בשוויון כדי לשלול את חוקיותה.<sup>27</sup> אולם, וזה חידוש חשוב של הלכת **קעדאן**, בית-המשפט לא הסתפק בכך, אלא המשיך וקבע כי אפילו הייתה המדיניות הקרקעית של מדינת ישראל שוויונית, ובפועל היו מוקמים גם יישובים שנועדו להתיישבות ערבים שהיו זוכים להקצאה שוויונית של קרקעות ותקציבים, לא היה בכך כדי להצדיק את המדיניות הנדונה. הנשיא ברק התבסס על פסק-הדין פורץ הדרך של בית-המשפט העליון האמריקני בעניין Brown משנת 1954, שבו נשלל תוקפה של מדיניות ההפרדה על בסיס גזעי בין שחורים ללבנים בארצות-הברית בתחום החינוך הציבורי, ואשר נודעה בכינוי "נפרד אך שווה" (separate but equal). בית-המשפט העליון האמריקני קבע שם כי מדיניות זו הינה מעצם טבעה בלתי שווה.<sup>28</sup> הנשיא ברק אימץ תפיסה זו וקבע כי הציבור היהודי אינו רשאי להדיר אזרחים ערבים משכונות מגורים בהטעמים כי "הפרדה משדרת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית".<sup>29</sup>

בפרשת **קעדאן** אמנם לא נשללה האפשרות שקהילות יהיו רשאיות להקים לעצמן יישוב משלהן, אך נקבע, בלי לטעת מסמרות, שאפשרות זו פתוחה רק בפני קהילת מיעוט שיכולה להיחשב "קבוצה ייחודית". סוגיה זו לא הוכרעה שם לאור כך שהיישוב הקהילתי קציר היה "פתוח לכל יהודי באשר הוא", ולפיכך "תושבי היישוב אינם מהווים 'קבוצה ייחודית'", מלבד הקריטריון של היותם יהודים, שהוא קריטריון מפלה שאין להתבסס עליו.<sup>30</sup> מדברים אלה משתמעת המסקנה שכאשר מדובר ב"קבוצה ייחודית" עשויה להיות הצדקה להקמת יישוב או שכונה שבהם יתגוררו רק בני הקבוצה.

#### ד. תגובות ביקורתיות להלכת **קעדאן**

מניע מרכזי לחקיקת סעיף 7 לחוק הלאום היה רצון ליצור נורמה חוקתית שתתגבר על הלכת **קעדאן**.<sup>31</sup> לתגובה זו של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת קדמו תגובות ביקורתיות לא מעטות, שהתמקדו הן במישור הציבורי והן במישור הפרטי של פסק-הדין. הביקורת במישור הראשון עסקה בקביעת בית-המשפט שהממשלה אינה רשאית להפעיל סמכויות שלטוניות לשם קידום אינטרסים התיישבותיים של הציבור היהודי.<sup>32</sup> במסגרת זו נטען בין היתר כי עידוד יישובם של יהודים בכל חלקי הארץ הוא תכלית לאומית ראויה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, וכי נטרול האיום של יצירת רצף טריטוריאלי של יישובים ערבים הוא יעד לגיטימי של רשויות המדינה.<sup>33</sup> לכך נלוו גם

<sup>27</sup> שם, עמ' 280: "נמצא, כי מדיניות המינהל כיום מעניקה לערבים בפועל טיפול נפרד ולא שווה".

<sup>28</sup> Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>29</sup> עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 8, עמ' 279.

<sup>30</sup> שם, עמ' 280: "אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב הקהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד".

<sup>31</sup> ראו, למשל, דברי ח"כ בצלאל סמוטריץ' בפרוטוקול מס' 17 משיבת הוועדה המשותפת, לעיל ה"ש 4, עמ' 80: "אני שם את זה על השולחן – הוא נועד להפוך את פסק דין קעדאן". ראו בנוסף פרוטוקול מס' 8 משיבת הוועדה המשותפת, לעיל ה"ש 18, עמ' 12, 18, 20, 24-26; פרוטוקול מס' 15 משיבת הוועדה המשותפת, עמ' 38 (10.7.2018); שעה 12:00.

<sup>32</sup> בית-המשפט ציין כי מטרת מסוג זה מעוררות "בעיות כלליות קשות וסבוכות" (עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 8, עמ' 278).

<sup>33</sup> ראו, למשל, רות גביון "ציונות בישראל? – בעקבות בג"ץ קעדאן" **משפט וממשל** ו 25, 76 (2002). ראו גם ג'ראלד שטיינברג "עניי עירך קודמים: השגת על בג"ץ קעדאן-קציר" **כיוונים חדשים** 4, 31 (2001); שמעון שטרית "הפסיקה

תגובות על קביעת פסק-הדין במישור הפרטי, שעניינה האינטרס של אזרחים יהודים לחיות בקהילה הומוגנית. ההכרעה במישור זה, לשיטת המבקרים, חותרת תחת אחת התכליות החשובות של הקמת מדינה יהודית, שעניינה מימוש הזכות לתרבות של העם היהודי.<sup>34</sup> בהקשר זה נטען גם כי "את חובת אי-ההפליה נכון לממש [...] כשמדובר ביישובים קטנים, באמצעות העיקרון 'נפרד אבל שווה', שהוא העיקרון המועדף ממילא גם על רוב הערכים".<sup>35</sup> כפי שפרט אחד מאיתנו במקום אחר, אנו סבורים שביקורות אלו שגויות, והלכת **קעדאן** מבטאת היטב את הזהות החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>36</sup>

בטרם חקיקת חוק הלאום הגיבה הכנסת לפסק-דין **קעדאן** כשחוקקה בשנת 2011 את חוק ועדות הקבלה. חוק זה נועד להעלות את קרנו של האינטרס של קבוצת אזרחים לווסת את סוג האנשים המצטרפים לקהילה קיימת, וכדברי ההסבר לחוק, החוק "מבקש לאזן בין הזכות למימוש עצמי בקהילה לבין הזכויות לכבוד ולשוויון".<sup>37</sup> הוראות חוק ועדות הקבלה מתיישבות עם הדין הכללי שלפיו האיסור על הדרה מטעמי לאום חל גם על גורמים פרטיים, ובכלל זה הפסיקה הענפה שבה הוחלה ביקורת שיפוטית על הכרעותיהן של ועדות קבלה עוד קודם לחקיקת החוק.<sup>38</sup> כך, החוק אמנם מתיר ליישובים קהילתיים קטנים מסוימים לסרב לקבל מועמד בשל "חוסר התאמה למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי", אך נקבע שם מפורשות כי "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". בפרשת **סבח** משנת 2014 דחה בית-המשפט, ברוב של חמישה שופטים מול ארבעה, עתירה להכריז על בטלות החוק. כל תשעת השופטים הסכימו לכך שהחוק הנדון אוסר לא רק הפליה ישירה, שאסורה כאמור מפורשות, אלא גם תוצאה מפלה. המחלוקת בין השופטים עסקה רק בשאלה אם ראוי להכריע בתוקפו של ההסדר שנקבע בחוק מיד לאחר חקיקתו, בהתבסס על הסיכון שאופן יישום ההסדר שנקבע יגרום תוצאה מפלה ובשל המסר הפוגעני שעלול לנבוע מן החוק, כפי שסברה עמדת המיעוט, או שמא יש לדחות את בירור החוקתיות של החוק מכוח דוקטרינת ה"בטלות", עד שייצבר ניסיון בהפעלת החוק ויתברר אם יש אמנם יסוד לחשש שההסדר הקבוע בו יוביל להפליה סמויה נגד אזרחים ערבים, כפי שקבעה עמדת הרוב.<sup>39</sup>

כאמור, חוק ועדות הקבלה אוסר על יישובים לקבוע מדיניות קבלה שנועדה להפלות על בסיס לאומי-אתני. בהתאם להלכת **קעדאן**, ה-"מרקם החברתי-תרבותי" של היישוב או "המאפיינים הייחודיים" שלו, המוזכרים בחוק ועדות הקבלה, אינם יכולים לכלול היבטים מפלים. יישוב קהילתי מסוים יכול על-כן להיות מאופיין במרקם חברתי-תרבותי יהודי, למשל כזה המזוהה עם ערכי הציונות, התפיסה הדתית-לאומית או תפיסה יהודית חרדית. אך אין בכך כדי להצדיק סירוב לאפשר לאדם להתגורר ביישוב רק משום שהוא אינו יהודי. יתר על-כן, העובדה שמועמד אינו מזדהה עם התפיסה התרבותית או הפוליטית ביישוב אינה מספיקה כדי להצדיק את דחייתו, משום שהפעלת סמכותה של הוועדה כפופה לדרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה.<sup>40</sup> רק בנסיבות חריגות במיוחד, שספק אם בכלל יכולות להתקיים, שבהן הטלת איסור על אדם להתגורר ביישוב

בפרשת בג"ץ קעדאן לא היתה מחויבת המציאות "קרקע" 56, 27, 44-47 (2003); אליאב שוחטמן "חוקיותה וחוקיותה של התיישבות יהודית בארץ ישראל" **משפט וממשל** ו' 109 (2001).

<sup>34</sup> גביון, שם, עמ' 43.

<sup>35</sup> שם, בעמ' 76. ראו גם יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית: האומנם רק זכותו של המיעוט" **משפט וממשל** ו' 87, 92-94 (2001); שטיינברג, לעיל ה"ש 33; שטרית, לעיל ה"ש 33.

<sup>36</sup> מדינה, לעיל ה"ש 10, עמ' 366-368.

<sup>37</sup> דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8) (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים), התש"ע-2010, ה"ח 341, עמ' 222 (12.7.2010).

<sup>38</sup> בפסיקה זו נקבע במפורש איסור להפלות, ובתוך כך הקביעה שגם תוצאה מפלה עלולה להיחשב פגיעה בזכות לשוויון. ראו, למשל, ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר, **כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ**, פ"ד ס(2) 277, 291-295 (2005); בג"ץ 8036/07 אבריק-זבידאת נ' מינהל מקרקעי ישראל (2011). לסקירת הפסיקה בנושא ראו גונטובניק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 360-386; עדיאל זימרון "חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011" **חוקים בקצרה** 7, 1 (2015).

<sup>39</sup> בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (17.9.2014).

<sup>40</sup> ראו לעיל, ה"ש 5.



היא הדרך היחידה האפשרית לשם שימור ולו חלקי של האופי הייחודי של המקום, עשויה הוועדה להיות רשאית לנהוג כך.

הבחנה זו מוליכה להיבט נוסף של הביקורת על הלכת **קעדאן** והוא החרג בדבר זכותן של קבוצות מיעוט לזכות להגנה על תרבותן בדרך של יצירת מסגרות מגורים נפרדות. נראה שיש להבדיל בעניין זה בין שני מצבים.<sup>41</sup> האחד, שמעורר קושי לא מבוטל, הוא כאשר היוזמה להקמת היישוב הנפרד לבני קבוצת המיעוט היא של המדינה, ואינה משקפת את עמדתה של קבוצת המיעוט עצמה. מקרה מסוג זה התעורר ביחס לאזרחים הבדואים המתגוררים ביישובים לא מוכרים בנגב. מדיניות הממשלה היא לעודד אזרחים אלה, ובמקרים אחדים אף לכפות עליהם, לעבור להתגורר בעיירות שבהן ניתן יהיה לקיים תשתיות ולהציע שירותי חינוך, בריאות ורווחה. הממשלה העדיפה להקים עיירות שיועדו באופן בלעדי לתושבים אלה, משיקולים שרק בחלקם עוסקים בטובת האזרחים הבדואים והתרבות הייחודית שלהם. לאור כך שהקרקעות בעיירות אלה הוקצו במחיר מוזל, ביקשו גם אזרחים יהודים לרכוש אותן, אך המדינה סירבה לאפשר זאת. בית-המשפט קבע, בפרשת **אביטן** משנת 1989, שאין פגם במדיניות זו.<sup>42</sup> התפיסה שהשתרשה – ומצאה ביטוי גם במסגרת הדיונים שקדמו לחקיקת סעיף 7 לחוק הלאום<sup>43</sup> – היא שהלכת **אביטן** מלמדת שהמדינה רשאית להקים יישוב שמיועד אך ורק לציבור הערבי. אך זוהי תפיסה שגויה. הלכת **אביטן** הכירה בכוחה של הממשלה להעניק הטבה כספית, בדרך של הקצאת קרקע במחיר מוזל, לבדואים בלבד, לאור מצבם הכלכלי הקשה ובשל האינטרס הציבורי בעידודם לעבור להתגורר ביישובי קבע. אין ללמוד ממנה הצדקה כללית להקים יישוב שנועד להתיישבות ערבים בלבד. בוודאי שאין מקום להצדיק זאת בנסיבות כמו אלה שהיו בפרשה שנדונה שם,<sup>44</sup> שבהן ההחלטה על הקמת היישוב נעשתה בלעדית על-ידי הממשלה, מבלי להיוועץ בציבור הבדואי ובוודאי בלא למסור לו את סמכות ההכרעה בעניין.

במקרים מסוג שני, והם הנפוצים יותר, קבוצה מבקשת מיוזמתה לקיים שכונת מגורים או יישוב קהילתי נפרד. סוגיה זו מתעוררת לעיתים תכופות ביחס לקבוצות מקרב הציבור היהודי, בעיקר הציבור הדתי-לאומי והציבור החרדי, שמבקשות להקים יישוב בעל צביון ציבורי-מקומי דתי-לאומי. לעיתים השאיפה היא להיבדל מן הציבור היהודי חילוני, אך במקרים אחרים, בעיקר כאשר מדובר בהקמת שכונות בערים שמתגוררים בהן יהודים וערבים, תכלית נוספת היא להיבדל מן הציבור הערבי. לעיתים גם עומדת ביסודה הפליה בהענקת הטבות: הממשלה או היזם הפרטי מבקשים להעניק הטבה כספית לציבור אחד בלבד, מטעמים של צדק חלוקתי, משיקולים פוליטיים או משיקולים עסקיים, והדרך לכך היא באמצעות הקביעה שהשכונה מיועדת למגורים של בני הקבוצה האמורה בלבד. בפסיקה הוחלה אמנם לא אחת ביקורת שיפוטית על הענקת הטבות מפלה מטעם השלטון, בעיקר לציבור החרדי, אך אגב כך בוטאה בפירוש הכרה בחוקיות של עצם ההקמה של שכונות נפרדות לציבור החרדי.<sup>45</sup> במקרה אחד בית-המשפט המחוזי אף חייב את המדינה להגביל את ההשתתפות במכרז לרכישת מגרשים לדיוור בשכונה מסוימת בחיפה, שרוב תושביה דתיים, ל"אוכלוסייה בעלת צביון דתי בלבד".<sup>46</sup>

<sup>41</sup> ראו אמנון רובינשטיין **שבטי מדינת ישראל: ביחוד ולחוד – ליברליזם ורב-תרבותיות בישראל** פרק עשירי (2017).

<sup>42</sup> בג"ץ 528/88 **אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מג(4) 297, 303 (1989).

<sup>43</sup> ראו, למשל, פרוטוקול מס' 8 מישיבת הוועדה המשותפת, לעיל ה"ש 18, עמ' 29.

<sup>44</sup> עניין **אביטן**, לעיל ה"ש 42, בעמ' 303-305.

<sup>45</sup> למשל, בג"ץ 1/98 **כבל נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד נג(2) 241, 256 (1999) (השופט חשין): "החרדים ראויים וזכאים, אם אך יחפצו סכך, כי נעשה כמיטבנו להקצאת מקומות דיוור ייחודיים להם, כדי לאפשר להם להוסיף ולקיים אורחות-חיים"; בג"ץ 4906/98 **עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נד(2) 503, 507 (2000) (השופט ביניש): "הקצאת קרקע לבניית יישוב נפרד לאוכלוסייה החרדית כדי לאפשר לה לקיים ולשמר את אורחות חייה היא מותרת, וכשלעצמה אין בה פסול. [...] ההכרה באפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיוור נפרד לקבוצות אוכלוסייה בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צורכיהן ושאיפותיהן, משתלבת בתפיסה המכירה בזכותן של קהילות מיעוט המעוניינות בכך, לשמר את ייחודיותן; זוהי תפיסה המייצגת גישה הרווחת כיום [...] ולפיה זכאי גם היחיד... לממש את השתייכותו לקהילה ולתרבותה המיוחדת כחלק מזכותו לאוטונומיה האישית שלו"; בג"ץ 5023/91 **פורז נ' שחר השיכון והבינוי**, פ"ד מו(2) 793 (1992); ע"מ 7561/01 **פיניץ נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד נו(3) 611 (2003).

<sup>46</sup> ה"פ (חי) 102/99 **שכונה שיתופית של הפועל המזרחי בעמק זבולון קרית שמואל בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"מ תשנ"ח(3) 193 (1999).

מכל מקום, התחולה של החריג בדבר מסגרות מגורים נפרדות מוגבלת כאמור לנסיבות שבהן מדובר בקבוצת מיעוט ייחודית, להבדיל מהציבור היהודי בכללו. הדבר נובע משילוב של שני גורמים: האחד הוא העובדה שהזכות לתרבות של הציבור היהודי כבר באה לידי מימוש ניכר במרחב הציבורי הארצי, באופן חריג בהיקפו לעומת המקובל בדמוקרטיה ליברליות אחרות. לכך נוספת העובדה שבמציאות הקיימת, על רקע המדיניות השלטונית שננקטה בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה, כבר קיימים מאות יישובים קהילתיים וכפריים שכל התושבים בהם יהודים. העדר ההכרה בציבור היהודי בכללו כ"קבוצה ייחודית" אינו צפוי לגרום לאבדן הרוב המכריע של יהודים ביישובים אלה וממילא אינו צפוי להוביל לשינוי ממשי בצביון הציבורי שלהם. בכוחו של הרוב ביישוב או בשכונה לקבוע כללי התנהגות במרחב הציבורי, את אופייה של מערכת החינוך, את השימוש במשאבים הציבוריים ועוד. די בכך כדי להבטיח מידת מימוש רבה של הזכות לתרבות של הרוב היהודי, בלא שקיים כל צורך בהדרה של אנשים רק מחמת היותם ערבים. לכך נוסף הגורם השני, שעניינו המחיר החברתי הכרוך בהדרה, כפי שציין הנשיא ברק בעניין **קעדאן**.<sup>47</sup> ההדרה פוגעת בכבוד האדם, משום שנובע ממנה מסר של רצון להיבדל מבני הציבור הערבי, שמועצם כאשר הוא נעשה מכוח הפעלה ישירה של סמכות שלטונית. זאת, לאור כך שהכרעה שלטונית לנקוט במדיניות הדרה במגורים של כל מי שאינו יהודי אינה נעשית מנקודת מבט ניטראלית, אלא על-ידי גורמי שלטון שמזוהים, באופן מלא, עם האינטרסים של הציבור היהודי.<sup>48</sup> ההדרה היא אף חד-כיוונית במהותה, בהינתן הפער במעמד החברתי-כלכלי בין יהודים לערבים בישראל. יתר על-כן, מתן הכשר להדרה כאמור עלול להעמיק תפיסות של עוינות בקרב חלקים בציבור היהודי כלפי המיעוט הערבי, שבאות לידי ביטוי בהפליה בהשכרת דירות, בתעסוקה ובהספקת שירותים. השילוב של היעדר צורך ממשי בהדרה לשם קידום הזכות לתרבות של אזרחים יהודים מכאן, והמחיר החברתי הכבד במיוחד שעלול להיות למדיניות כזו מכאן, מוביל לכך שאין להתיר להקים יישוב שנועד להתיישבות יהודים בלבד.

## ה. קיצור תולדות סעיף 7 לחוק הלאום

חוק הלאום נחקק כחוק-יסוד. מטרתו לעגן במישור החוקתי את זהותה ואופייה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. במסגרת זו ביקשה הכנסת לקבוע הסדר חוקתי ייעודי בתחום ההתיישבות. הנוסח שאישרה הכנסת העשרים בקריאה הראשונה בחודש מאי 2018 התבסס על נוסח שהונח על שולחן הכנסת כבר בשנת 2011, ולפיו "המדינה רשאית לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת".<sup>49</sup> מאוחר יותר, ב-9.7.2018, עשרה ימים לפני שאושר חוק הלאום בקריאה שנייה ושלישית, שיגר נשיא המדינה, ראובן (רובי) ריבלין, מכתב לחברי הכנסת, ובצעד חריג ביותר הביע דעתו באשר לחקיקה המתהווה:

אני חושש כי האופן הרחב שבו נוסח סעיף זה, ללא איזונים, עלול לפגוע בעם היהודי, ביהודים ברחבי העולם ובמדינת ישראל, ואף יכול לשמש כנושק בידי אויבינו. [הנוסח המוצע של הסעיף] העומד בפניכם לדיון, מאפשר למעשה לכל קהילה, בצורה הרחבה ביותר וללא שום הגבלה או איזון, להקים יישוב ללא מזרחיים, ללא חרדים, יישוב ללא דרוזים, ללא להט"ב. האם זו משמעותו של החזון הציוני? בטוחני כי לא זאת הייתה כוונת מציעי החוק, וכי אין זאת כוונתכם, חברי הוועדה, חברי הכנסת.

<sup>47</sup> ראו לעיל, ה"ש 29.

<sup>48</sup> ראו בנוסף מדינה, לעיל ה"ש 10, עמ' 367-368; גוטנבניק, לעיל ה"ש 11, עמ' 147-154; איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים "ציוני משפט" כא 769 (1998).

<sup>49</sup> היה זה למעשה סעיף קטן (ב) בנוסח הקודם של סעיף 7, שכותרתו "שימור מורשת". מעניין לציין כי בדברי ההסבר (לעיל ה"ש 1) להוראה זו, להבדיל מיתר הוראות חוק הלאום, צוין כי "הסמכה כזאת אינה מופיעה כיום בחקיקה. בעת הכנת הצעת החוק לקריאה השנייה ולקריאה השלישית תיבחן שנית הכללתה של הוראה זו בחוק היסוד". לעניין ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 7 ראו עוד רונית לוי-שנור ואדם שנער "סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקת" **תרבות דמוקרטית** פרק א' (יתפרסם בקרום).

יום לאחר מכן פרסם היועץ המשפטי לכנסת חוות דעת שבה המליץ "שלא לאשר את הסעיף בנוסח המוצע". חוות הדעת הדגישה כי בנוסח זה מבטא הסעיף שינוי משמעותי מהמצב המשפטי הקיים שמעוגן בחוק ועדות הקבלה ובפסיקה שהכירה אך ורק "באפשרות של קהילות בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צורכיהן ושאיפותיהן, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת" (ההדגשה במקור).<sup>50</sup> בנוסף נטען בחוות הדעת כי אף התגובות הביקורתיות לפסק-דין קעדאן לא הרחיקו לכת עד כדי הצדקה משפטית של בדלנות גורפת במגורים של קבוצת הרוב היהודית. היועץ המשפטי לכנסת הוסיף והדגיש את חריגותו של סעיף 7 המוצע בנוף סעיפי חוק הלאום: בשונה מיתר הסעיפים המעניקים עדיפות ללאום היהודי ברמה הלאומית, סעיף 7 פוגע ישירות בזכויות המוקנות לאזרח הנמנה עם קבוצות מיעוט בחברה. חוות הדעת הוסיפה וציינה כי לא נמצאה מקבילה לסעיף המוצע באף חוקה בעולם. מעל הכל, חוות הדעת הזהירה כי נוכח הקשיים המשמעותיים שמעורר הסעיף המוצע ביחס לעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית, בית-המשפט עשוי לאמץ לראשונה את דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי" ולפסול את הסעיף.<sup>51</sup> על רקע זה הוצע "לשקול אימוץ נוסחים חלופיים המתירים הקמת התיישבות קהילתית נפרדת בעלת ייחוד חברתי-תרבותי, אך כזו שלא ניתן יהיה להדיר ממנה בצורה גורפת אזרחים על בסיס לאומיותם, דתיותם, נטייתם המינית או מאפיין אחר, ככל שאין בקבלתם כדי לפגוע במרקם החרבתי-תרבותי של היישוב" (ההדגשה במקור).

תוך מספר ימים גובש נוסח חלופי של סעיף ההתיישבות היהודית בחוק הלאום. במסגרתו נזנחה הסמכת המדינה לאפשר התיישבות קהילתית נפרדת ובמקום זאת נקבע כי "פיתוח ההתיישבות היהודית" הוא ערך לאומי, ולפיכך המדינה "תפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס" של התיישבות זו. בכך, ככל הנראה, יצאה לאור מטרתו הסמויה של נוסחו הקודם, הניטרלי-לכאורה, של הסעיף.<sup>52</sup> אך לאור החזות ההצהרתית והעמיתות שנלוותה לנוסח המתוקן, הוסרה ההתנגדות של הייעוץ המשפטי מהמשך קידום הליך החקיקה וב-19.7.2018 אישרה מליאת הכנסת את חוק הלאום.

ההיסטוריה החקיקתית שתוארה לעיל נושאת משקל בפרשנות סעיף 7 לחוק הלאום. בגינה קשה לטעון כי המחוקק המכוון התכוון להסמיך את רשויות המדינה לקדם הקמה של יישובים ליהודים בלבד. בה בעת, מסקנה זו אינה נקייה מקשיים. קידום ההתיישבות היהודית על-פי הסעיף אינו מוגבל לאזורים מסוימים בארץ, לתכליות מסוימות או למידת חומרה מסוימת של פגיעה בזכויות הפרט. מעבר לכך, שינוי נוסח הסעיף נחזה על-ידי חלק מחברי הכנסת תומכי החוק כבלתי משמעותי. בדיוני הכנסת בסעיף 7 המתוקן הסבירו גורמי הייעוץ המשפטי כי שינוי נוסח הסעיף נועד ליישבו עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולצמצם את תחולת ערך ההתיישבות היהודית למישור הלאומי ההצהרתי בלבד, בלא להתיר העדפה של אזרחים יהודים.<sup>53</sup> בה בעת, יוזמי החוק, שחשו שבכך יינטל עוקצו של סעיף ההתיישבות היהודית בחוק הלאום, הבהירו "לפרוטוקול" כי פרשנות זו אינה מקובלת עליהם.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> חוות דעת היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, בעניין סעיף 7(ב) להצעת חוק הלאום (10.7.2018). חשש זה הושמע בדיונים גם על-ידי תומכי החוק. ראו, למשל, דברי ח"כ אמיר אוחנה בפרוטוקול מס' 8 משיבת הוועדה המשותפת, לעיל ה"ש 18, עמ' 11-12.

<sup>51</sup> ראו בנוסף דברי עו"ד ינון בפרוטוקול מס' 15 משיבת הוועדה המשותפת, לעיל ה"ש 31, עמ' 47-48.

<sup>52</sup> ראו בהקשר זה דברי ח"כ דב חנין בפרוטוקול מס' 19 משיבת הוועדה המשותפת לדיון בהצעת חוק הלאום, עמ' 10 (16.7.2018): "החוק הזה עכשיו אומר בצורה מפורשת: העדפה להתיישבות של יהודים [...] לא היה עדיין בהיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל סעיף כזה מפורש וגלוי של אפליה מובנית ופורמלית".

<sup>53</sup> ראו דברי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד רוז נורי, שם, עמ' 54-63: "הנוסח הנוכחי שמדבר על התיישבות יהודית, כמו שאנחנו רואים אותו, הוא נוסח שמדבר על ערכים של התיישבות [...] יש פה הצהרה שמדינת ישראל רואה בהתיישבות היהודית ערך לאומי [...] יחד עם זאת, זה לא מאפשר, לצור העניין, להגיד שיהודי שיעבור לצפון יקבל תמריץ, ערבי שיעבור לצפון לא יקבל תמריץ [...] זה לא מאפשר שרק יהודי יוכל לגור באותה התיישבות יהודית וערבי לא יוכל לגור".

<sup>54</sup> ראו, למשל, דבר ח"כ בצלאל סמורטין, שם, עמ' 64: "לא, אני רק מבקש שייכתב לפרוטוקול, שהפרשנות [של עו"ד נזרי] אין לה שום תוקף משפטי. אני מתכוון אחרת. אני המחוקק, לא הוא [...] אני מודיע כאן שהקואליציה התכוונה אחרת"; ראו עם זאת מיד בסמוך לכך את דברי ח"כ רועי פולקמן: "ואני מודיע כאן שלבצלאל אין סמכות לדבר בשם הקואליציה".

## ו. פרשנות סעיף 7 לחוק הלאום והסוגיות המשפטיות שהוא מעורר

סעיף 7 הוא ייחודי לעומת שאר הוראות חוק הלאום בכך שהוא מסמיך את רשויות המדינה לפעול באופן אקטיבי למען ערכים לאומיים יהודיים בקרב ציבור האזרחים.<sup>55</sup> לאור כך שהעדפת אינטרסים של אזרחים יהודים על-פני אזרחים ערבים פוגעת שלא כדין בזכות החוקתית לשוויון,<sup>56</sup> ככל שההסדר הנדון יתפרש כמתיר לכנסת ולממשלה להפלות לרעה אזרחים ערבים בתחומים שקשורים לדיוור ולהתיישבות, תתעורר השאלה מה דינה של הוראה בחוק-יסוד שמעניקה סמכות להפלות.

הסוגיה היסודית היא לפיכך פרשנותו של סעיף 7. כמתואר לעיל, התיקון של סעיף 7 במהלך החקיקה נעשה, בעיקרו של דבר, כדי להסיר מן השולחן את החשש שבחקיקת חוק הלאום מסמיכה הרשות המכוננת את רשויות המדינה לקדם הקמה של יישובים ליהודים בלבד או להתיר הפליה בדרך אחרת של אזרחי ישראל הערבים. על רקע זה, חלק לא מבוטל מדיוני הכנסת על נוסחו המתוקן של הסעיף הוקדש, הן מצד תומכי החוק והן מצד מתנגדיו, לבירור המובנים החדשים שבהם המדינה תוכל "לפעול" לקידום ההתיישבות היהודית בהסתמך על סעיף 7.<sup>57</sup> גורמי הייעוץ המשפטי הביעו עמדה עמומה לפיה מלבד הערך ההצהרתי של סעיף 7 רשויות המדינה תהיינה מוסמכות מכוחו להעניק תמריצים כלכליים לקידום התיישבות יהודית, אך זאת מבלי לעקור התיישבות ערבית קיימת ומבלי שהדבר ימנע ממי שאינם יהודים את אפשרות המגורים בהתיישבות היהודית המקודמת.<sup>58</sup> אם תיושם פרשנות זו, יש בסעיף 7 לשנות מן המצב המשפטי שהיה קיים ערב חקיקת חוק הלאום, שאוסר מתן תמריצים לעידוד התיישבות יהודית דווקא.<sup>59</sup> משום כך, לאור ההצהרה האמורה של גורמי הייעוץ המשפטי ונוכח אי הוודאות באשר לפרשנות הנכונה של סעיף 7, יש מקום לצפות לכך שבית-המשפט יידרש לפרשנות הסעיף גם בטרם ייושם במקרים קונקרטיים.<sup>60</sup> במסגרת זו יידרש בית-המשפט לפסוק בשתי ההכרעות העקרוניות עליהן עמדנו בפתח הדברים: האם יש לפרש את סעיף 7 כמתיר לרשויות השלטון לפגוע בזכות לשוויון שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה; והאם לשונו של סעיף 7 כשלעצמה פוגעת בכבוד האדם.

בסוגיה הראשונה ייתכנו שתי אפשרויות עיקריות. אפשרות אחת, הסבירה יותר בעינינו, היא שבית-המשפט יקבע שאין בסעיף 7 כדי להסמיך את הממשלה או את הכנסת לפעול באופן

<sup>55</sup> ראו את דבריו של ח"כ בצלאל סמוטריץ בנוגע לשינוי נוסח סעיף 7 לחוק לאום, בפרוטוקול מס' 15, לעיל ה"ש 31, בעמ' 64-65: "יש מרכיב מרכזי מאוד בחוק הזה של דקלרציה, סעיף 7 (ב) נועד לא לייצר דקלרציה, אלא לייצר יכולת מעשית ברורה". אגב, סעיף 6 לחוק הלאום נוקט גם הוא בלשון אקטיבית, אך עניינו בקשר עם העם היהודי בתפוצות. ראו עוד לוי-שנור ושנער, לעיל ה"ש 49, פרק ב'; מרדכי קרמניצר "שבע הערות על חוק הלאום" **חוקתיות, כינון חוקה וריבונות – מבט תיאורטי והשוואתי** 35, 38 (אמל ג'מאל, נאוה זוננשיין ואמיר פאחורי עורכים, 2020).

<sup>56</sup> ב-בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פ"ד סא(1) 619, 687 (2006), הכיר בית-המשפט בזכות לשוויון כזכות בת של הזכות החוקתית לכבוד המעוגנת במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ראו עוד אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** 688-690 (2014); מדינה, לעיל ה"ש 10, עמ' 277-287.

<sup>57</sup> ראו, למשל, דברי ח"כ מיכל רוזין בפרוטוקול מס' 19 משיבת הוועדה המשותפת, לעיל ה"ש 52: "אני שואלת אותך [המשהנה ליועץ המשפטי לממשלה] שאלה משפטיות: האם יכולה להיות [פינוי של יישוב ערבי כדי להקים עליו יישוב יהודי] כי? זו אחרת באמת, אומר סמוטריץ, ובעניין הזה צר לי אבל אני מסכימה איתו, אחרת אין משמעות. כי גם היום בנית את כרמיאל, בנית את מודיעין, לא הייתה לך בעיה בחוק לבנות עיר יהודית. אז מה המשמעות? מה מוסף משפטית המשפט הזה?" (עמ' 71).

<sup>58</sup> שם, עמ' 68-75.

<sup>59</sup> כך, למשל, בעניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 21, נפסק כי על משרד הדתות להקצות את הכספים שיועדו לצורך החזקה של בתי עלמין באופן שוויוני ותוך הימנעות מהפליית האוכלוסייה הערבית. השופט זמיר קבע שם, תוך הפניה לעקרון השוויון במגילת העצמאות, כי "עקרון השוויון מחייב כל גוף ציבורי במדינה. הוא מחייב, קודם כול, את המדינה עצמה. עקרון השוויון חל על כל התחומים שבהם פועלת המדינה. הוא חל, בראש וראשונה, על הקצאת משאבים של המדינה. המשאבים של המדינה, אם קרקע ואם כסף, וכן גם משאבים אחרים, שייכים לכלל האזרחים, וכלל האזרחים זכאים ליהנות מהם על-פי עקרון השוויון, ללא הפליה מחמת דת, גזע, מין או שיקול פסול אחר" (עמ' 170), ובהמשך לכך כי "הפליה על בסיס של דת או לאום בהקצאת משאבים של המדינה, שהיא אסורה גם אם היא נעשית בעקיפין, ודאי שהיא אסורה, בחינת קל וחומר, כאשר היא נעשית במישרין" (עמ' 172). בדומה לכך, בפרשת **נסר**, לעיל ה"ש 22, נפסלה הוראה בחוק שמכוחה הוענקה הנחה במס הכנסה לתושבים המתגוררים ביישובים יהודיים, לאחר שנמצא כי ההטבה נשללה מתושבים המתגוררים ביישובים ערביים סמוכים. הנשיאה ביניש עמדה שם על "חובתה של המדינה לנהוג על-פי אמוד מידה שוויוניות שעה שהיא מבקשת להקצות את משאביה לטובתם של יחידים או קבוצות" (פס' 35).

<sup>60</sup> ראו והשוו בג"ץ 3166/14 **גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 43 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס (12.3.2015).

שפוגע בזכות החוקתית לשוויון שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>61</sup> העובדה שבמסגרת חקיקת הסעיף אחדים מתומכי החוק ציינו כי תכלית הסעיף לשנות מן המצב המשפטי הקיים אינה משמעותית. הקושי לאפיין את כוונת המחוקק, שמורכב מאוסף של אנשים שונים, בעלי עמדות ומניעים מגוונים, מוליך לכך שבפרשנות סעיף 7 יעניק בית-המשפט משקל קטן לכוונה הסובייקטיבית של יוזמי חוק הלאום ועיקר הדגש יינתן לפרשנות המבוססת על לשון החוק.<sup>62</sup> מושכלת יסוד בשיטת המשפט בישראל היא שבפרשנות חוק-יסוד על בית-המשפט להביאו לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים במדינה.<sup>63</sup> כמו כן, התפיסה המנחה בפרשנות כל דבר חקיקה היא שיש להחיל חזקה שתכליתו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה ועם עקרונות הכרזת העצמאות, ובהם החובה לכבד את השוויון.<sup>64</sup> סעיף 7 אינו קובע הסדרים מפורטים כלשהם ואין בו הסמכה מפורשת לרשויות המדינה לפגוע בזכות לשוויון, ולפיכך אין בו כדי לסתור את החזקה הפרשנית האמורה. אם תכליתו של סעיף 7 היתה להסמיך את הכנסת והממשלה לפגוע בשוויון, סביר להניח שהיו נקבעות בו הוראות מפורטות באשר לתנאים שבהם הפגיעה בשוויון מותרת, לרבות לעניין היקף הפגיעה, סוגי תכליות-המשנה אשר לשם השגתן מותרת הפלות – ובכלל זה, אינטרסים לאומיים ואינטרסים פרטיים – בדומה להסדרים שנקבעו, למשל, בחוק ועדות הקבלה.<sup>65</sup> בהיעדר הסדרים מסוג זה, סביר יותר לראות בסעיף 7 הצהרה כללית בדבר הכרה בהתיישבות יהודית כערך לאומי, בלא היתר לכנסת ולממשלה לפעול למימושו של ערך זה בדרכים שיש בהן משום פגיעה באזרחי ישראל הערכים. בפרט, בהיעדר הוראה מפורשת לסתור ובהינתן זניחת הנוסח שעליו הצביעה הכנסת בקריאה הראשונה, אין בסעיף 7 הסמכה להקים יישוב שנועד להתיישבות יהודים בלבד, היתר להדיר ערבים באופן אחר אף בדרך של תוצאה לא שוויונית או להעדיף אינטרסים של אזרחים יהודים בהקצאת קרקעות ובמתן הלוואות לצורך התיישבות.<sup>66</sup> דווקא העובדה שהחוק מותיר לרשויות השלטון מרחב תמרון רחב באשר לאופן יישומו שוללת את המסקנה שיש בחוק היתר להפלות.<sup>67</sup>

אפשרות חלופית היא שייקבע כי סעיף 7 לחוק הלאום הביא לשינוי במצב המשפטי הנוהג, כך שמעתיקה רשאיות הכנסת והממשלה לנקוט בצעדים שתכליתם העדפת אינטרסים של אזרחים יהודים, תוך שינוי המצב המשפטי שנהג בטרם חקיקת הוראה זו.<sup>68</sup> לנוכח מעמדה הרם של הזכות לשוויון בפסיקה, וזיהויה כמרכיב מרכזי בזהות החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, סביר להניח שגם אם בית-המשפט יפסע בדרך פרשנית זו, לא ייקבע כי סעיף 7 מסמיך את רשויות המדינה לקדם את ההתיישבות היהודית, ובכך לפגוע בשוויון, ללא כל מגבלה. דומה כי הדיון בעניין זה יתמקד באפשרות שסעיף 7 מסמיך את רשויות המדינה לפגוע בשוויון בהקשרים מוגבלים ומסוימים בלבד. דוגמה לכך היא הפרשנות שהציעו נציגי הייעוץ המשפטי במהלך הדיונים בכנסת, לפיה סעיף 7 מסמיך את רשויות המדינה לעודד הקמה של יישובים חדשים המיועדים בעיקרו של דבר, אך לא בלעדית, לאוכלוסייה היהודית. כך, למשל, המשנה ליועץ

<sup>61</sup> לטענה דומה ראו לוי-שנור ושנער, לעיל ה"ש 49.

<sup>62</sup> ראו בעניין זה לעיל, ה"ש 54, בעניין המחלוקת בקרב הקואליציה גופה באשר לתכלית סעיף 7 לחוק הלאום. ראו עוד ברק מדינה "פרק יא: משפט ציבורי" הגישה הכלכלית למשפט 565, 610-611 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

<sup>63</sup> ראו, למשל, בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 2 לפסק-דין של השופט מינץ (27.5.2020), וההפניות שם. ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 63, 85, 151 (1995).

<sup>64</sup> ראו, למשל, בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (1953); ראו גם אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא, 9, 27-28 (2018).

<sup>65</sup> הדבר נכון גם לגבי פגיעה בזכויות חוקתיות בחוק-יסוד. כך, למשל, שיקול מרכזי בדחיית העתירות כנגד תוקפו של "חוק ההדחה" היה שהפגיעה הנגרמת ממנו בזכויות חוקתיות מוגבלת על-ידי מנגנוני איון שנקבעו בחוק לצורך הפעלת סמכות ההדחה של חבר-כנסת. בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פס' 26 לפסק-דין של הנשיאה חיות (27.5.2018) (פרשת חוק ההדחה).

<sup>66</sup> ראו, למשל, החלטות של בית-המשפט לדחות טענות לפיהן חקיקת חוק הלאום מצדיקה התייחסות שונה לאנשים העומדים לדין פלילי בהתאם למוצאם הלאומי או הדתי: ע"פ 2490/18 ז'ורנו נ' מדינת ישראל, פס' 33 לפסק-דין של השופט סולברג (8.1.2019); ע"פ 9203/18 גבר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 24 לפסק-דין של השופט פוגלמן ופס' 2 לפסק-דין של השופטת ברק-ארו (14.7.2019).

<sup>67</sup> ראו בעניין זה, למשל, בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט, פס' 39 לפסק-דין של המשנה לנשיאה מלצר (13.5.2020), וההפניות שם.

<sup>68</sup> ראו גילה שטופלר "חוק הלאום כאנטיזה לחוקתיות ליברלית" חוקתיות, כינון חוקה וריבונות – מבט תיאורטי והשוואתי 67, 69 (אמל ג'מאל, נאוה זוננשיין ואמיר פאחורי עורכים, 2020).

המשפטי לממשלה טען באחד הדיונים כי לדעתו, מבחינה מעשית ניתן יהיה מכוח הסעיף לקדם הקמת עיר שבה בתי-כנסת ולא מסגדים ולתמוך בתכנון אורבאני המועדף ככלל על האוכלוסייה היהודית.<sup>69</sup> קביעה מרחיקת לכת יותר תהא סעיף 7 לחוק הלאום נועד להסמיך את רשויות המדינה לקבוע הסדר המעניק תמריץ כלכלי אישי לאזרחים המבקשים לגור באזורי ספר, תוך החלת אמות-מידה שתוצאתן היא העדפה מובהקת ליהודים בקבלת ההטבה.<sup>70</sup>

כל אחת משתי החלופות הללו מחייבת הכרעה נוספת. גם אם האפשרות הראשונה היא זו שתאומץ, וייקבע כי אין בסעיף 7 הסמכה לפגוע בשוויון, עדיין תידרש קביעה אם עצם קביעת הסעיף פוגע בכבוד האדם במידה המצדיקה התערבות שיפוטית. בפסיקה הובעה העמדה כי חרף דוקטרינת הבטלות, שעל בסיסה כאמור דחה בית-המשפט בפרשת סבב את העתירות שתקפו את חוק ועדות הקבלה, תיתכנה הוראות חוק שעצם קיומן יצדיק את פסילתן אף מבלי להמתין ולבחון באיזה אופן הן תיושמו. כך, נקבע כי "לא ניתן יהיה להשלים עם קיומה של הוראת חוק או הוראת חוק יסוד, אשר תתיר, למשל, אפליה כלפי אנשים בשל מוצאם, עדתם, דתם, או צבע עורם, אף אם ייטען שמדובר ב'אות מתה'".<sup>71</sup> בענייננו, יכולה להישמע הטענה שגם פרשנות מצמצמת של סעיף 7 באשר לאופן יישומו לא תרפא את המסר הפוגעני שנובע ממנו כלפי הציבור הערבי וההשלכות השליליות שעלולות להיות לו, וכן את החשש שהוא יעגן דעות קדומות מפלות בקרב חלק מאזרחי ישראל היהודים כלפי האזרחים הערבים. בניגוד לנוסחו הקודם של הסעיף שקבע כי המדינה "רשאית לאפשר" התיישבות קהילתית נפרדת, הרי שהנוסח המתוקן של הסעיף קובע כי רשויות השלטון "יפעלו" על-מנת לעודד, לקדם ולבסס את ההתיישבות היהודית. העובדה שכונתם של לפחות חלק מיוזמי החוק היתה להתיר פגיעה רחבה יותר בשוויון מזו שמתרת כיום עשויה אף היא לבסס את המסקנה שלחקיקת החוק נודע מסר פוגעני. עם זאת, בהתחשב בלשונו הכללית והרחבה של סעיף 7, ובכך שהוא אינו כולל הוראה באשר לתוצאה המתחייבת מקידום ההתיישבות היהודית, סביר להניח שעמדה זו לא תיושם בהקשר הנוכחי. הערכה זו מתחזקת בהינתן כך שמדובר בהוראת חוק המצויה בחוק-יסוד ועל-כן פסילתה תהא צעד תקדימי, כמפורט להלן.

הסוגיה האחרונה שבה נדון היא האפשרות שתאומץ החלופה הפרשנית השנייה, לפיה סעיף 7 לחוק הלאום סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בכך שהוא מסמיך את רשויות המדינה לפגוע בשוויון שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה. במקרה זה תידרש הכרעה בשאלת תוקפו של סעיף 7. סתירה בין חוקי-יסוד היא נושא מורכב שטרם לובן עד תום בהלכה הפסוקה, וודאי שאין לו מענה בחוקה הישראלית הבלתי שלמה. במסגרת הנוכחית נאלץ להסתפק בעניין זה בדיון תמציתי בלבד.<sup>72</sup>

בשיטת המשפט הישראלית אין משנה סדורה באשר לפשר הקביעה כי סעיף 7 לחוק הלאום סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנחת המוצא לעניין זה היא כי היותו של חוק הלאום בעל מעמד נורמטיבי חוקתי על-חוקי משליכה על דפוס הביקורת השיפוטית. בעוד שביקורת שיפוטית חוקתית על חקיקה ראשית או פעולה של הרשות המבצעת הפוגעות בזכויות חוקתיות נערכת בהתאם למבחני פסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, נשאלת השאלה מהן אמות-המידה לביקורת שיפוטית הנערכת בעניין חקיקת-יסוד הפוגעת בזכויות יסוד. מצד אחד, בית-המשפט הבהיר ששינוי של חוק-יסוד אינו כפוף לדרישותיה של פסקת ההגבלה אלא רק ל"הוראת נוקשות", ככל שכזו אכן קיימת בחוק-היסוד (לדוגמה, סעיף 11 לחוק הלאום מורה כי אין לשנות את החוק אלא בחוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת).<sup>73</sup> מצד שני, ישנה מוסכמה כי גם הסמכות לתיקון חוקי-היסוד אינה בלתי מוגבלת. למדינות שונות דוקטרינות שונות

<sup>69</sup> ראו פרוטוקול מס' 19 משיבת הוועדה המשותפת, לעיל ה"ש 52, עמ' 73.

<sup>70</sup> ראו יעל רונן "חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי בראי המשפט הבין-לאומי" **חוקתיות, כינון חוקה וריבונות – מבט תיאורטי והשוואתי** 73, 80 (אמל ג'מאל, נאוה זוננשיין ואמיר פאח'ורי עורכים, 2020).

<sup>71</sup> פרשת **חוק ההדחה**, לעיל ה"ש 65, פסק-הדין של השופט (בדימ') דנציגר. ראו גם שם, פס' 2 לפסק-דינו של השופט שם; פס' 4 לפסק-דינו של השופט מזוז; פס' 2 לפסק-דינו של השופט הנדל.

<sup>72</sup> לדיון מפורט יותר, עם הפנייה למקורות רלוונטיים, ראו ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ודמוקרטיה ליברלית" **עיוני משפט** מד (יתפרסם בקרוב).

<sup>73</sup> בג"ץ 1368/94 **פורת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נו(5) 913, 914 (1994).

בסוגיה המכונה "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" והחלה מתגבשת לגביה גם ספרות לא מועטה.<sup>74</sup> בפסיקה הוכרה עקרונית בשנים האחרונות, באמרות אגב, מגבלה בלתי כתובה על כוחה של הכנסת כרשות מכוונת, שאותה יש לאכוף "רק במקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי".<sup>75</sup> בית-המשפט נמנע עד כה מלהכריע בנושא, במידה רבה בנימוק שמוטב כי הדבר לא יעשה בשלב זה על-ידי הרשות השופטת אלא עם השלמת מפעל חוקי-היסוד לכלל חוקה מלאה על-ידי הרשות המכוונת.<sup>76</sup>

החלת ביקורת שיפוטית על סעיף 7 לחוק הלאום תעשה על קרקע חוקתית בלתי חרושה מסיבה נוספת. עיון בפסיקה מלמד כי אין הסכמה בקרב שופטי בית-המשפט העליון באשר לעצם הסיווג המתודולוגי של סתירה בין חוק-יסוד ובין החובה לכבד זכויות חוקתיות. דוגמה מרכזית לכך היא מחלוקת שנפלה בין חלק משופטי ההרכב המורחב בפרשת **חוק ההדחה** (2018), שם נדחו פה אחד עתירות כנגד תוקפו של תיקון לחוק-יסוד: הכנסת, אשר הסמיך את הכנסת להורות בתנאים מסוימים על הפסקת חברות של חבר כנסת שיש במעשיו הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל. הנשיאה חיות קבעה כי חוק ההדחה "פוגע" בזכויות חוקתיות שבראשן הזכויות לבחור ולהיבחר וחופש הביטוי הפוליטי. היא גם הדגישה כי חוק ההדחה מקנה לכנסת סמכות לפגיעה בזכויות ש"לא הייתה קיימת קודם לכינונו של חוק ההדחה, ומכוחה ניתן לפגוע בזכויות חוקתיות ולמנוע את הגשמתן כדי מלוא היקפן".<sup>77</sup> אולם הנשיאה חיות הבהירה כי בשל מעמדו הנורמטיבי החוקתי של חוק ההדחה, המסלול לבחינת "הפגיעה" בזכויות הגלומה בו אינו עובר דרך תנאיה של פסקת ההגבלה. לאור תכלית סמכות הפסקת הכהונה של חבר כנסת על-פי חוק ההדחה ובהינתן מנגנוני האיזון שנקבעו בחוק לצורך הפעלתה, הנשיאה הוסיפה וקבעה כי לשיטתה אין לומר כי "הפגיעה הנגרמת יש בה משום שלילת עקרונות-על של שיטתנו המשפטית כמשמעות הדבר בדוקטרינה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי, אפילו היתה חלה".<sup>78</sup>

השופט סולברג, לעומת זאת, חלק על עצם השימוש במונח "פגיעה" בזכויות חוקתיות על עוסקים בסתירה בין חוקי-יסוד. לשיטתו, לה הסכים גם השופט מזוז, חוקי-היסוד הם שמגדירים את הזכויות החוקתיות ועל-כן בניגוד לחקיקה רגילה ש"פוגעת" בזכות חוקתית, הרי שחוק-יסוד לכל היותר "מגדיר אותה מחדש, מצמצם או מרחיב את תחום השתרעותה, תוחם את היקפה".<sup>79</sup> על-פי עמדה זו, הביקורת השיפוטית על שינוי החוקה אינה בוחנת האם ובאיזו מידה "פוגע" חוק-היסוד בזכות חוקתית אלא האם ובאיזו מידה הוא "משנה" את היקפה. אף שעמדה זו נאמנה מבחינה פורמאלית למדרג הנורמטיבי שמבחיין בין חוקי-היסוד לבין חקיקה ראשית, ניתן להטיל ספק אם מתודולוגיה זו מאפשרת להעניק משקל הולם למכלול הנסיבות הנוגעות לעניין.

מחלוקת מתודולוגית זו בפרשת **חוק ההדחה** לא השליכה על המסקנה של כלל שופטי המותב לפיה יש לדחות את העתירות. אך נשאלת השאלה מה טומנת בחובה מחלוקת זו לעתיד. על-פני הדברים, ניתן לטעון כי למחלוקת זו לא תהא משמעות מעשית לעניין הקביעה שפרשנות סעיף 7 לחוק הלאום מוליכה למסקנה כי הוא סותר את הזכות החוקתית לשוויון. הסיבה לכך היא שדומה כי אין מחלוקת שסתירה זו, ככל שהיא קיימת, לא רק "פוגעת" בזכות החוקתית לשוויון אלא גם "משנה" את היקפה, בהשוואה לאופן שבו פותחה בפסיקה; ועל-כן ממילא יידרש להכריע אם "פגיעה" או "שינוי" זה של הזכות החוקתית לשוויון מפרים את עקרונות-העל של השיטה באופן המצדיק התערבות שיפוטית. אך הדברים עשויים להיות סבוכים יותר. פסק-הדין בפרשת **חוק ההדחה** מעלה כי ישנו הבדל מהותי בין שתי הגישות המתודולוגיות האמורות. עמדה הבוחנת את

<sup>74</sup> ראו, למשל, פרשת **חוק ההדחה**, לעיל ה"ש 65, פס' 19-25 לפסק-דינה של הנשיאה חיות, פס' 8-12 לפסק-דינו של השופט מזוז, וההפניות הרבות שם.

<sup>75</sup> בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, 717 (2006).

<sup>76</sup> ראו, למשל, פרשת **חוק ההדחה**, לעיל ה"ש 65, פס' 25 לפסק-דינה של הנשיאה חיות. בית-המשפט קבע בנוסף בעניין זה כי "השאלה אם בית המשפט בישראל מוסמך לפסול חקיקת יסוד משום שהיא עומדת בסתירה לעקרונות-על של שיטתנו, היא שאלה סבוכה היורדת לשורש הלגיטימיות של הרשות המכוונת לקבל הסדרים חוקתיים המשנים את אופיים של חוקי היסוד, ולשורש הסמכות של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תוצרי פעולתה של הכנסת כרשות מכוונת" (בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275, 310 (2011)).

<sup>77</sup> פרשת **חוק ההדחה**, לעיל ה"ש 65, פס' 26.

<sup>78</sup> שם, פס' 32.

<sup>79</sup> שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט סולברג ופס' 14 לפסק-דינו של השופט מזוז.

מידת "הפגיעה" של חוק-יסוד חדש בזכויות חוקתיות מניחה כתשתית לדיון את המצב המשפטי הקיים. בהשוואה אליו הביקורת השיפוטית נערכת תוך הבאה בחשבון של תכלית חוק-היסוד הנבחן ועוצמת הפגיעה שלו בזכויות החוקתיות בהתחשב במכלול הנסיבות הנוגעות לעניין. לעומת זאת, עמדה הנוגדת את מידת "שינוי" היקפה של הזכות החוקתית על-ידי חוק-יסוד חדש מניחה כבסיס לדיון שהכנסת כרשות מכוננת היא זו שקובעת את היקף פרישתן של הזכויות החוקתיות והביקורת השיפוטית נערכת מבלי לבחון את משקלן ההולם של מכלול נסיבות הפגיעה בזכויות החוקתיות. בהתאם להשקפה אחרונה זו, ייתכן למשל שההצדקה לאי-התערבות שיפוטית בסעיף 7 לחוק הלאום כלל לא תידרש לבחינת מידתיות ההסדר אלא תסתפק בקביעה כי במדינה יהודית ודמוקרטית מוסמכת הרשות המכוננת לצמצם במידה מסוימת את זהותה הדמוקרטית (היקף פרישתה של הזכות החוקתית לשוויון) עבור הרחבתה של זהותה הלאומית (ערך ההתיישבות היהודית).

סוגיה נפרדת, אך חשובה לא פחות, עניינה באמות-המידה להפעלת הסמכות שמעניק סעיף 7 לחוק הלאום. לשם המחשה, נניח כי מכוח סעיף 7 תכריז הממשלה על תכנית לקידום ההתיישבות היהודית ואולי אף הכנסת תחוקק את החוק לקידום ההתיישבות היהודית. נניח בנוסף כי הסדרי התוכנית או החוק החדשים פוגעים שלא כדין בזכות החוקתית לשוויון לפי אמות המידה שנקבעו בפסיקה לפני חקיקת חוק הלאום. מעבר לשאלת תוקפו של סעיף 7 לחוק הלאום במקרה כזה, בה דנו לעיל, נשאלת השאלה מהם הכלים לבחינת החוקתיות של מעשה שלטוני שנעשה מכוח סעיף 7. חוק הלאום אינו כולל פסקת הגבלה כלשהי, אך מובן שההסמכה לקדם את ההתיישבות היהודית במדינת ישראל אינה בלתי מוגבלת. בית-המשפט החיל לא אחת "פסקת הגבלה משתמעת" (או "שיפוטית") על הוראות חוקתיות שונות, מלבד אלה המצויות בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם.<sup>80</sup> כך, למשל, בפרשת גוטמן משנת 2015 נידון תיקון לחוק שהעלה את אחוז החסימה בבחירות לכנסת. הנשיאה נאור קבעה כי העלאת אחוז החסימה פוגעת בעקרון השוויון הקבוע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, והוסיפה את עמדתה – שזכתה בתמיכת רוב שופטי ההרכב – כי "על ההוראה לעמוד במבחני פיסקת הגבלה השיפוטית".<sup>81</sup> בית-המשפט ציין שם כי מהלך זה נדרש כדי שחוק-יסוד: הכנסת "ידור בכפיפה אחת עם חוקי היסוד ה'חדשים' יותר [חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם]... ובכך תהא הרמוניה חוקתית".<sup>82</sup> משמעות החלטה של פסקת הגבלה משתמעת על פגיעה בזכויות חוקתיות שתעשה מכוח סעיף 7 לחוק הלאום תלויה בפרשנותו של סעיף זה. אם ייקבע כי סעיף 7 מסמך את רשויות המדינה לפגוע בזכות החוקתית לשוויון מעבר להסמכה שהייתה נתונה להן קודם לחקיקת חוק הלאום, יידרש פיתוח של דוקטרינה אחרת לאיזון בין ערך ההתיישבות היהודית ובין הזכות החוקתית לשוויון.

מכל מקום, העובדה שסעיף 7 לחוק הלאום אינו כולל ביטול מפורש של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מותרת בידי בית-המשפט את המוצא הפשוט יותר מן ה"מעוק החוקתית": לפנינו שתי הוראות חוקתיות, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מזה וסעיף 7 לחוק הלאום מזה, שלפי ההנחה הפרשנות של כל אחת מהן כשהיא לעצמה סותרת את האחרת. במצב זה, אין נדרשת הכרעה שיפוטית בדבר בטלות של אחת ההוראות, אלא רק פרשנות חוקתית, באשר לאופן שבו מיישבים מה שנראה כסתירה בין שתי הוראות בחוקי יסוד. האפשרות הסבירה בהקשר זה היא שעל יסוד השיקולים שתוארו לעיל, והגישה הנוהגת בפסיקה באשר ל"איזון" בין שני מאפייני היסוד של הזהות החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, יינתן לסעיף 7 המובן המצמצם, שאין בו משום סתירה להוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשם השגת תוצאה אחרת, של העדפת אינטרסים של יהודים תוך הפליית ערבים, היה על הכנסת לבטל מפורשות את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או לסייג את תחולתו (ואז היתה מתעוררת סוגיית התיקון החוקתי הלא חוקתי).

<sup>80</sup> לדיון ביקורתי בנושא ראו ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ' 595, 599-600 (2017).

<sup>81</sup> עניין גוטמן, לעיל ה"ש 60, פס' 2 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (12.3.2015); ראו בנוסף מדינה ויצמן, לעיל ה"ש 80, עמ' 648-653.

<sup>82</sup> פרשת גוטמן, לעיל ה"ש 60, פס' 16 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.



## ז. סוף-דבר

אין ספק כי הערך של התיישבות יהודית בארץ ישראל ליווה את התנועה הציונית מראשיתה. העובדה כי קידום ההתיישבות היהודית היה לחלק מן האתוס המכונן של הקמתה ופיתוחה של מדינת ישראל, גם היא אינה שנויה במחלוקת. אך במעבר ממאבק להקמת מדינה יהודית אל עבר כינונה של מדינה דמוקרטית התחייבו מחברי מגילת העצמאות כי המדינה "תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה" וכן כי היא "תקים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".

חקיקת סעיף 7 לחוק הלאום מזמינה דיון במשמעות זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. באופן יותר ספציפי, פרשנות סעיף 7 לחוק הלאום מעוררת את השאלה כיצד על מדינת ישראל לאזן בין הערך של התיישבות יהודית ובין הערכים של שוויון ושמירה על זכויותיהם של בני קבוצות המיעוט בחברה הישראלית, ובפרט הציבור הערבי. רשימה זו נועדה לתרום לדיון זה בשני מובנים. הראשון, באמצעות הצגה תמציתית של הרקע לחקיקת סעיף 7 חוק הלאום בכל הנוגע לתמורות במדיניות הממשלתית ובמצב המשפטי בסוגיית פיתוח ההתיישבות היהודית והערבית. השני, על-ידי אפיון הסוגיות המשפטיות המרכזיות שמתעוררות מחקיקת הסעיף.