

חוקתיות, כינון חוקה וריבונות

מבט תיאורטי והשוואתי

אמל ג'מאל, נאוה זוננשיין ואמיר פאח'ורי
עורכים

מכון וולטר ליבך לחקר הדו־קיום היהודי־ערבי

מכון וולטר ליבך לחקר הדו־קיום היהודי־ערבי הוא מכון מחקר אקדמי שהוקם בשנת תשס"ג (2002), ופועל במסגרת הפקולטה למדעי החברה והפקולטה למדעי הרוח באוניברסיטת תל אביב. המכון מבקש לייצר ולקדם דיון ביקורתי בסוגיות הקשורות לסכסוך היהודי־פלסטיני ולחיים המשותפים בישראל. פעילות המכון כוללת ארגון כנסים, פרסום ספרים ומאמרים, והוראת קורסים אקדמיים בנושאים הקשורים לפעילותו, בהם: השפעות גורמים פסיכולוגיים על תהליך השלום, פעילות החברה האזרחית בישראל, מדיניות הקרקעות כלפי האוכלוסייה הערבית בישראל, נושאי חקיקה ושפיטה הנוגעים למעמדם של האזרחים הערבים, השלכות הכיבוש על החברה בישראל ודילמות של הכרה בקונפליקטים. מלבד זאת, המכון מעניק מדי שנה מלגות לסטודנטים/ות וחוקרים/ות מצטיינים/ות אשר עוסקים/ות בנושאים אלה, ומקיים כל העת שיתופי פעולה עם מכונים ומרכזי מחקר נוספים.

חוקתיות, כינון חוקה וריבונות מבט תיאורטי והשוואתי

אמל ג'מאל, נאוה זוננשיין ואמיר פאח'ורי
עורכים



Constitutionalism, Constitution Making and Sovereignty: A Theoretical and Comparative View

Amal Jamal, Nava Sonnenschein and Ameer Fakhoury, editors

עריכת לשון: ד"ר תרצה יובל
עיצוב העטיפה: יעל כפיר, המשרד לעיצוב גרפי, אוניברסיטת תל אביב
עיצוב והפקה: מיכל סמו קובץ, המשרד לעיצוב גרפי, אוניברסיטת תל אביב
דפוס: סדר צלם

ISBN: 978-965-91574-4-0

© יולי 2020
כל הזכויות שמורות למכון וולטר ליבך לחקר הדו־קיום היהודי־ערבי.

תוכן העניינים

7	הקדמה
	יסודות הזהות החוקתית: מחשבות על דילמה ישראלית
10	גארי ג'יי ג'קובסון
	חוק הלאום במבט השוואתי
22	אלכס יעקובסון
	שבע הערות על חוק הלאום
35	מרדכי קרמניצר
	הדמיון החוקתי החדש של ישראל: חוק הלאום ומעבר לו
41	אמל ג'מאל
	חוק הלאום כאנטיתזה לחוקתיות ליברלית
67	גילה שטופלר
	חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי בראי המשפט הבין-לאומי
73	יעל רונן
	חוק הלאום, הצורך בו והצורך לשנותו
84	הלל סומר
	"תהליך כינון חוקה מפייס": על הפוליטיקה של תהליכי כינון חוקה ופיוס
	בחברות קונפליקטואליות
89	מנאר מחמוד
	כינון חוקות במבט השוואתי
97	חני לרנר
	תיקונים חוקתיים שאינם חוקתיים? כמה לקחים השוואתיים
104	יניב רוזנאי
	המשך המדרון: יוזמות ל"רוב מיוחד" בהכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית
114	אילן סבן

הקדמה

ספר זה עוסק בחוקתיות, כינון חוקות וריבונות בישראל במבט תיאורטי והשוואתי. סוגיות אלה כובשות מקום מרכזי במרחב הציבורי הישראלי בשנים האחרונות, ושלושתן חוברות יחד לדיון החריף הנוגע לחקיקת חוקי יסוד, שפרט לכך שהם בעלי אופי חוקתי, יש להם השלכות כבירות על זהותה החוקתית של המדינה. חקיקת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום), אשר אושר בכנסת ביולי 2018, היוותה ציון דרך מרכזי במאבק על זהותה ועל ערכיה של המדינה, במיוחד נוכח השלכותיו כבדות המשקל של חוק זה הן על מערכת יחסיה של המדינה עם אזרחיה הפלסטינים והן על פתרון הקונפליקט הישראלי-פלסטיני. חקיקת חוק הלאום הציגה מחלוקות ודיונים לא רק בין מפלגות ומחנות פוליטיים שונים, אלא גם בין גדולי המשפטנים והתיאורטיקנים הפוליטיים בארץ. המחלוקות והדיונים על זהותה החוקתית של המדינה התעצמו בעקבות המאבק המחריף על מעמדה של מערכת המשפט בישראל, בפרט נוכח המתקפות על מוסדות אכיפת החוק מצידם של מנהיגים פוליטיים מרכזיים ברשות המבצעת וברשות המחוקקת, בסיועם של כוחות פוליטיים חוץ-פרלמנטריים.

אחדים מפרקי הספר מבוססים על הרצאות שניתנו במסגרת כנס על חוקתיות, כינון חוקה וריבונות, אשר התקיים על רקע חקיקתו של חוק הלאום. הכנס התקיים ב-25-26 במרץ 2019, במכון ללימודים מתקדמים באוניברסיטה העברית, ביוזמת מכון וולטר ליבך לחקר הדו-קיום היהודי-ערבי באוניברסיטת תל אביב ובית הספר לשלום בנווה שלום/וואחת אל סאלאם. פרקים אחרים בספר הם מאמרים שנכתבו לקראת הכנס ובעקבותיו. הכנס עסק בחוקתיות וכינון חוקות במבט השוואתי, תוך התמקדות במספר צירים עיקריים. הציר הראשון בחן גורמים ומאפיינים בכינון חוקות. ציר זה האיר את סוגיית חוקתיות כינון חוקות, ועמד על חשיבות המסגרת החוקתית שמלווה את תהליך החקיקה, והשלכותיה על לגיטימיות החוקה המכוננת. צירו השני של הכנס עסק באתגרים המרכזיים העומדים בפני חקיקת חוקות, בעיקר בחברות שסועות על רקע לאומי, אתני ודתי. השאלה המרכזית שעמדה לדיון בהקשר זה היא כיצד תהליכי חוקה משקפים מחלוקות חברתיות שונות על רקע לאומי, אתני, דתי ועוד, משפיעים עליהן ומושפעים מהן. הדיון בסוגיות אלה סיפק מבט השוואתי על תהליכי כינון חוקה במדינות שונות

בעולם, בהן הודו, אינדונזיה, קנדה, אירלנד ובלגיה. המבט ההשוואתי אפשר לעמוד על תובנות מרכזיות העולות מן המחקר בתחום זה, ובחן את השלכותיהן על המתרחש בישראל בשנים האחרונות. כפי שניתן ללמוד מן המחקר ההשוואתי, התהליכים המתרחשים בישראל בשנים האחרונות בכל הקשור לכינון חוקה וחקיקת חוקי יסוד הם חלק ממגמה עולמית, הבאה לידי ביטוי בשאיפות של כוחות פוליטיים שמרניים לחזק את הרשות המבצעת על חשבון רשויות אחרות, ולהכתיב מערכת ערכית שמרנית היוצרת בידול והבחנה בין סוגים שונים של אזרחים. על אף המשותף בין ישראל למדינות רבות אחרות, דוגמת הונגריה, פולין, הודו ועוד, מקצת ההרצאות בכנס הבליטו את ייחודיותו של המקרה הישראלי, והצביעו על מגמות השוחקות ערכי יסוד של שיטת המשטר בישראל, בהם ערך הממלכתיות, ערך השוויון וערך שלטון החוק. הציר השלישי של הכנס עסק בחוקתיות ובכתיבת חוקה בישראל במבט השוואתי. כאמור, סוגיה זו נבחנה על רקע חקיקת חוק הלאום ביולי 2018 כחלק מכינון החוקה בישראל. חוקרים וחקרות שונים עסקו במשמעויות החוק, במקורותיו ובהשלכותיו העתידיות, תוך כדי מתן תשומת לב לשסעים המרכזיים בחברה הישראלית, ובראשם השסע הלאומי, המהווה חלק מרכזי בקונפליקט הישראלי-פלסטיני. ההרצאות שנישאו בכנס, והמאמרים שנכתבו בעקבות כך והמובאים כאן לקורא המתעניין בתחומים אלה, באים לקדם חשיבה ביקורתית על הממדים הפוליטיים והערכיים של תהליכי כינון חוקה, ולקדם רגישות מחקרית וציבורית להיבטים ולהשלכות של תהליכים כאלה על אופי המשטר במדינה. כמו כן, הם עומדים על האמביוולנטיות של תהליכי כינון חוקה, ועל האפשרות הטמונה בהם – להוות מכניזם לקידום התפיסות בין לאומים, קבוצות אתניות ומגזרים דתיים הנמצאים במצבי קונפליקט במדינה. אחת התובנות המרכזיות העולה מפרקי הספר השונים היא חשיבות הקשר בין מידת האינקלוסיביות של מרכיבי החברה השונים בתהליך כינון חוקה ליכולתה של החוקה להכיל את האיזונים והרגישויות הנדרשים להבטחת חוקה יציבה, הזוכה ללגיטימציה ציבורית רחבה. תובנה נוספת קשורה לחקיקת חוק הלאום בישראל, חקיקה שלילית, שמהווה דוגמה לתהליכי כינון חוקה מדירים, היוצרים אנטגוניזם אזרחי ופוגעים באושיות המשטר הדמוקרטי ובאמון הציבור בו.

לפני שנחתום הקדמה קצרה זו, אנו מבקשים להודות למספר אנשים, אשר ללא תרומתם לא ניתן היה לקיים את הכנס ולהוציא את החוברת הזו לאור. אנו רוצים להודות מקרב לב לפרופ' מיכל ליניאל, ראשת המכון הישראלי ללימודים מתקדמים לשעבר, אשר תמכה באישור מימון הכנס ואפשרה את קיומו. אנו גם רוצים להודות מקרב לב לפרופ' יצחק חן, מנהל המכון במועד קיום הכנס, ולענת יגיל וסמדר ברגמן מצוות המכון, שעמלו רבות בארגונו הלוגיסטי ודאגו לכל הצרכים הטכניים שהבטיחו את הצלחתו. תודות גם לויקטוריה (ויקה) קוקבין, המנהלת האדמיניסטרטיבית של מכון וולטר ליבך לחקר הדו-קיום היהודי-ערבי באוניברסיטת תל אביב, אשר סייעה רבות בקידום הכנס

ובקשרים עם אורחיו. לבסוף, אנו רוצים להודות לכל הדוברים והדוברות בכנס ולכל מי שתרמו מפרי עטם לספר זה.

אמל ג'מאל
נאוה זוננשיין
אמיר פאח'ורי

יסודות הזהות החוקתית: מחשבות על דילמה ישראלית

גארי ג'יי ג'קובסון

אוניברסיטת טקסס

זהו ביקורי השמיני בישראל. ביקורי השלישי והארון ביותר היה בשנת 1988, אז באתי לערוך מחקר על הספר *Apple of Gold*. אותו ביקור עמד בסימן ראיונות ארוכים עם כמה מהענקים בתחום המשפט הישראלי, ששלושה מהם כבר אינם עימנו – שמעון אגרנט, חיים כהן ומשה לנדאו – ולהבדיל, אהרון ברק, שממשיך לעורר בנו השראה ועניין במחשבותיו על החוק ועל החיים. הייתה זו גם חוויה מעוררת ענווה, כאשר דייוויד קרץ' (בקבלת פנים לא ברורה) גרם לי להיות מודע עד כאב לכך שמגבלות השפה ימנעו ממני לכתוב דבר כלשהו בעל ערך של ממש. כעבור שנים הוא נדיב מספיק כדי לציין שייתכן כי לא העריך אותי כראוי, אלא שלא אוכל להתווכח עם הרעיון שהשתמע מהנחת היסוד שלו, שאפשר למצוא אותה גם אצל קונפוציוס: "מי שאינו מדבר בענווה יתקשה לעמוד בהבטחותיו". לכן, הרשו לי לפתוח את דבריי באומרי את המובן מאליו: יש אנשים בחדר זה, ככל הנראה מרביתם אפילו, שהבנתם בסוגיות הקשורות לחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום) השנוי במחלוקת, ואשר נמצא במוקד הכנס הנוכחי – מרובה משלי, ללא ספק.

ביחס למהות החוק אוכל להוסיף רק מעט מאוד למה שכבר ידוע על העובדות הרלוונטיות ועל היתרונות והחסרונות שהצטברו. לכן לא אקדיש זמן רב להרחיב בעניינים אלו, כיוון שכל דבר שאוכל להוסיף, סביר להניח שכבר ידוע לאלה שקרובים לנושא הרבה יותר ממני. מה שאעשה, וזו הסיבה לכך שאני כאן, יהיה להציע נקודת מבט מסוימת על חוק היסוד ועל הקשר שלו לשאלה של זהות חוקתית.

כידוע, שלילת התוקף השיפוטי של תיקונים חוקתיים על בסיס אי-התאמתם לכאורה להתחייבויות מהותיות בחוקה הקיימת אינה עוד בגדר אפשרות דמיונית. יותר ויותר בתי משפט ברחבי העולם מנצלים את הנוהג הזה, וכאשר הם עושים כן, או מאיימים

לעשות כן, הם לרוב מעלים את הזהות החוקתית כדי להצדיק את מעשיהם. הדבר נכון במיוחד בהורו ובגרמניה, שני מקומות שבהם התפיסה המשפטית בדבר אי־החוקתיות של התיקון החוקתי היא המתקדמת ביותר. מובן שהמציאות החוקתית במדינות אלה שונה מאוד מהמתרחש כאן, בישראל, ודי בהבדלים הללו כדי לדחות את הטיעון הזהותי בבתי משפט שאימצו את מה שיש לראות בו דוגמה קיצונית ביותר של אקטיביזם שיפוטי.

הגישה שאציג כאן היום תימנע ברובה מללכת בנתיב זה. במקום זאת, ברצוני להציג הבנה של מושג הזהות החוקתית, שמתעלה מעל ההבחנות ההשוואתיות הגלויות לעין. במילים אחרות, בכל מקום שבו מבקשים לעשות שימוש בזהות חוקתית כדי להכריז על הוראה חוקתית כבלתי־חוקתית, על העושים כן להתעמת עם מציאויות מסוימות, ולשקלל אותן בקבלת ההחלטות שלהם בטרם ימשיכו בדרך שהם מתווים.

בפתח דבריי אציין שלפני שנים אחדות הצעתי כמה מחשבות בנושא הכדאיות של חקיקת חוק יסוד שיבהיר את מעמדה של הזהות החוקתית בישראל. נמנית עם קבוצת אנשים שהתבקשו על ידי פרופ' רות גביון להעיר על דוח שהיא הכינה לשרת המשפטים דאז, ציפי לבני. מקצת מן הדברים שאמרתי אז יכול לשמש רקע להערותיי כיום. השאלה שהוצבה בפניי בשעתו הייתה: האם על ישראל לחתור לעיגון חוקתי ומרחיב נוסף של זהותה כמדינה יהודית ודמוקרטית?

אולם תשובתי לשאלה זו מתחילה בשאלה אחרת: מהי המשמעות של עיגון זהות חוקתית? אם המשמעות פירושה שבאמצעות ניסוח קודיפיקציה של הזהות הישראלית תושג משמעות קבועה שאי־אפשר יהיה לשנותה, אני חושש שיוזמה כזו שוגגה בהנחת היסוד שלה, שלפיה זהות חוקתית היא דבר שאפשר ללכוד אותו ולשמר אותו באמצעות טקסט. לא זה המקרה. אפילו בישויות פוליטיות שבהן הזהות היא תופעה פחות טעונה, במובן זה שתכניה חושפים קוהרנטיות גדולה יותר מזו שמוציאים בישראל, עדיין לרוב לא יתיימר הנוסח החוקתי לספק ניסוח דקדקני ומקיף של משמעות. החוקה האמריקנית, למשל, גדושה בהכללות מרשימות, אולם הביטוי החוקתי הספציפי שלהן נשען במידה רבה, אם לא באופן גורף, על התהליך הפוליטי, תהליך שכולל בין היתר גם את מערכת המשפט, יותר מאשר על מה שמעוגן במסמך. זהות חוקתית היא תופעה דינמית שהפרמטרים שלה אינם מתוחמים על ידי גבולות הטקסט של המסמך.

הנקודה שהעליתי מושפעת ממה שהתרחש באירופה, כאשר הטווח והסמכות של האיחוד האירופי התרחבו בעקבות אמנות מאסטריכט וליסבון, ובתי משפט עליונים במדינות החברות, ובמיוחד בית המשפט הגרמני, מצאו עצמם יותר ויותר בעמדת התגוננות, נתונים ללחצים מבית ומחוץ, במאמץ לשמור על זהות חוקתית מקומית נגד ממשל מרכזי, שאולי משתלט יותר מדי. הטענה הייתה שאסור שבית המשפט ייתן למטרה של איחוד אירופה לדלל או לעקוף זהות חוקתית מובחנת שהוטבעה בהוראות של חוקי היסוד. להוראות אלה משמעות כבדת משקל מבחינה היסטורית, אך יש שיטענו שאי־

אפשר לצקת בה משמעות חוקתית דרך מעורבות מוסדית בקהילה האירופית הכללית. כאמור, זהות אינה דבר קבוע, והפרשנות שתקבל תסתמך, או צריכה להסתמך, במידה מסוימת על הפוליטיקה החוקתית האינטראקטיבית שמתפתחת ביבשת אירופה. הניסיון ההיסטורי של המדינות החברות מציב גבולות לזהות החוקתית הנפרדת, אך הניסיון לצקת משמעויות מוגדרות ספציפיות לתוך מבנה שיכול להשיג קונצנזוס רק סביב הביטויים הכלליים ביותר, אינו לוקח ברצינות מספקת את התכונות הדינמיות של הזהות. אחת האפשרויות שעמדו בפני ישראל הייתה לא לעשות דבר, ובהקשר זה השמעת את קולי. תמכתי ברעיון לאמץ מסמך חוקתי רשמי, שמשאיר את הביטוי העמום במצבו הנוכחי והלא מחייב. יש להודות שנדיר כי גישה שדוגלת בלא לעשות דבר תקסום לאנשים, במיוחד כאשר לסטטוס קוו אין מגינים נלהבים (כמו במקרה זה). אף שהרקע ליוזמת לבני היה חוסר שביעות רצון יהודית מההסדרים שהיו קיימים באותה עת, קשה לומר שדמוקרטים חילונים, יהודים וערבים, ייצגו ציבור בוחרים ישראלי שחי בשלום עם הסטטוס קוו. ואומנם, מה שנקרא סטטוס קוו היה עבור רבים התנגדות מתמשכת לערכים שוויוניים.

כפי שציינתי, השימוש בשפה לניסוח מעמד החוק הדתי בצורה חוקתית היה מציב את ישראל בקבוצה של 21 מדינות שהחוקות שלהן עושות בדיוק את זה. מבין 21 המדינות הללו, כולן פרט לאחת מתייחסות למעמד זה בהקשר של אסלאם. לכן, מסקנתי היא כי בהתחשב במציאות ארוכת השנים של החברה הישראלית המפולגת פוליטית ודמוגרפית, ייתכן שהמתח הבלתי־פתור בזהות החוקתית הישראלית אינו הדרך הבטוחה ביותר ללכת בה. אין סיבה טובה להניח כי עמימות יצירתית תוכל להציע אופציה טובה יותר מאשר לנסות לנסח במדויק את המחויבות הכפולה של המשטר. אפילו בארצות הברית, שם הזהות החוקתית הייתה במקרה הטוב כמיהה לשאוף אליה, המסמך המקורי בקושי מזכיר הוראות על אמונה דתית ועל זכויות אדם, והיה צורך במלחמת אזרחים עקובה מדם בטרם הוכנס אזכור כלשהו לשוויון. לעומת זאת, עצם הדקיקות של החוקה אֶפְשֶׁר ללינקולן אחד, והרבה יותר מאוחר לקינג אחד, לדחוף ל"פוליטיקה של גאולה", שהגבירה את הסיכוי שהחוקה תעמוד בהתחייבות שאינה נכללת בטקסט החוקתי. מובן שזו לא הייתה האופציה שהפְּנֶסֶת חתרה אליה. אומנם חוק הלאום אינו דוחה במפורש את השאיפות הדמוקרטיות של מגילת העצמאות, אך שתיקתו בנוגע להתחייבות זו הדהדה היטב כהתנכרות שאין לטעות בה. וכך החל הוויכוח הסוער.

כאמור, כל זה מוכר לכם. השמטות החוק כיוונו לכך שהאיוון בין ערכים יהודיים לדמוקרטיים כבר אינו מציאות אופרטיבית. התוצאה, טוענים המבקרים, הייתה לא פחות מאשר כינון המדינה מחדש ומתקפה על זהותה החילונית. שטויות, אמרה שרת המשפטים, אין שום דבר מהפכני בחוק הספציפי הזה. הוא מכיל, כך לטענתה, את הערכים שעליהם הוקמה המדינה, ערכים של זהות לאומית. תומכיה תיארו אותו כאמצעי

מתון שרק בישראל נתפס כשנוי במחלוקת, וכי מה שהוא עושה זה להבהיר את נושא הזהות הלאומית הישראלית, שזה מכבר נזקקה להבהרה. הם ראו בהבהרה חשיבות לציבורי בוחרים רבים, בתוך המדינה ומחוצה לה, אך בפרט לשופטי בית המשפט העליון, שפסיקותיהם ממחישות כי יותר מכל אחד אחר הם זקוקים להנחיות בנושא עקרונית היסוד של המשטר. כפי שהגדיר זאת אחד מתומכי החוק: חוק הלאום נועד להרחיק את בית המשפט העליון מהפוסט-ציונות, ולהחזירו לימים שבהם היה ברור שצורכי הפרויקט הציוני מקבלים עדיפות על פני כל דבר, או כפי שאולי היו אומרים זאת היום: "להחזיר את ישראל לגדולתה" (make Israel great again). התגובה להצהרה כזו תואמת את זו שאני שומע בארצות הברית, כאשר "מנהיגנו הדגול" [דונלד טראמפ] מצהיר הצהרות דומות.

הפסיקו לעודד מלחמת תרבות. כל מה שחוק הלאום עושה הוא להעמיק את השסעים בחברה לרעת כולם, ובמיוחד לרעת מיעוטים פגיעים שאינם זקוקים לתזכורת רשמית תמידית למה שהם כבר יודעים. הערבויות המיוחדות האלה אינן נחוצות כדי להבטיח את זכויותיו ואת עדיפותו של הרוב. כפי שטען אחד ממבקרי החוק בצורה כה משכנעת: כוונת המפתח של החוק אינה רק להטות את יחסי הכוחות לרעת הדמוקרטיה כחלק ממלחמת התרבות המתמשכת, אלא כוונה עגומה יותר – לאותת לאוכלוסייה הערבית בישראל כי הרצון הוא להשאירם כפופים ליהודים במדינת ישראל. ראש הממשלה בנימין נתניהו אמר לאחרונה כי "ישראל היא מדינת הלאום לא של כל אזרחיה, אלא רק של העם היהודי", ובזאת הוכיח את ההשלכות המאיימות של החקיקה. בהצבת המחלוקת לפתחה של הרשות השופטת, אנו עומדים כעת בפני עימות ישיר עם שאלת הזהות החוקתית. אתיחס לסוגיה זו בעזרת העתירה שהוגשה לבית המשפט העליון על ידי ארגון עדאלה, עתירה הכוללת כמה טיעונים חזקים ומנומקים היטב בנוגע למהות (או להיעדרה) בחוק הלאום. אתמקד בעיקר בדרישת העתירה לפסול את החוק. בהתחשב בדגש שהעתירה שמה על זהות חוקתית ישראלית, אראה בכך הזדמנות לשתף אתכם במחשבותיי על השימושים, בהם גם השימושים לרעה, שנעשים במושג זה לצורך מימוש הצורה האגרסיבית ביותר של כוח שיפוטי. למען הסר ספק, לא אתיחס למכלול השיקולים שעל בית משפט לשקול בטרם יחליט אם לפסול חוק בעל מעמד חוקתי. אשאיר לאחרים את השאלה המסובכת באשר לדרך שבה אומץ חוק היסוד, ואם דרך זו עומדת בציפיות לגבי האופן שבו אמור להיראות מימוש כוח המחוקק. ברור שלבית המשפט צריך להיות חשוב אם הכנסת אינה נותנת ביטוי מלא לריבונות העם. אני נזכר כמה שאמר ד"ר בהימראו ראמג'י אמבדקר, ה"ג'יימס מדיסון" של החוקה ההודית, בעצרת המכוננת: "בעצרת מכוננת, בכינון חוקה, אין שום מניע מפלגתי מעבר לרצון להבטיח חוקה טובה ומעשית, שאין מאחוריה עמדה של צד פוליטי אחד". זהו ההבדל בין האסיפה המכוננת לפרלמנט שיקום בהמשך. באופן דומה, אשאיר בצד את הבעיה

כיצד יש להתמודד עם ההשלכות השיפוטיות הנובעות מהקלות היחסית שבה אפשר לשנות שינוי חוקתי רשמי לפי ההסדר החוקתי הקיים.

בארצות הברית, כישלוננו של "התיקון החוקתי שאיננו חוקתי" לצבור תמיכה בבית המשפט העליון קשור ודאי למכשולים האימתניים שיש להתגבר עליהם כדי שהשינוי הטקסטואלי המוצע יעשה את כל הדרך לכדי תיקון. מה אם כן לזהות החוקתית ולמדינת הלאום של העם היהודי? ארגון עדאלה מייצר את הקשר כבר בתחילת העתירה: "חוק היסוד קובע את הקונסטיטוציה ואת הזהות החוקתית של המשטר". בסיום העתירה הוא מעניק לבית המשפט את האקסטרפולציה שאמורה להכתיב את תוצאות התיק: "המהלך של עיגון הזהות החוקתית של המדינה בעקרונות של הדרה שולל את הלגיטימיות של כל המשטר הפוליטי והחוקתי, מטעמים מהותיים ופרוצדורליים גם יחד. הארגון רואה בקודיפיקציה הזו של זהות חוקתית כפגומה באופן בוטה ומעוררת התנגדות. חוסר הלגיטימיות של תוקף הזהות מתגלה בבירור, בהיותה מנוכסת על ידי קבוצה אתנית ומדירה קבוצות אחרות על בסיס לאום, דת וגזע". בשל מספר רב של סיבות, שמתחזקות עקב הקצנה של מפלגתיות ושל טקטיקות כפייה, העתירה מתארת את אימוץ החוק כתוצאה של תהליך לכינון חוקתי בהיבט של כפייה. בהשאלה ממערכת הכלים הרעיונית של ברוס אקרמן, חוק היסוד הוא רגע חוקתי בהיסטוריה הישראלית, התחלה חדשה, המייצגת את קיצה של כל יומרה לממשל דמוקרטי. לכך יש לי שלוש תגובות, שייבנו לאורך קווי טיעון שונים, אך הנוגעים כולם ליתרונות ולחסרונות של הזהות החוקתית כאסטרטגיה משפטית.

תגובתי הראשונה מחייבת לעשות שימוש בשולחן מטפורי. תיקון חוקתי, או במקרה זה חוק יסוד, עלול להיחשב בעייתי באחת משתי דרכים: השינוי שהוא מסמל עלול לפגוע ביסודות הריבונות החוקתית שבסיסם הוא שלטון החוק ומשפט חסר פניות, או שהשינוי שהוא מבטיח עלול לשנות או לשלול מהותית התחייבות פוליטית מהותית של הסדר החוקתי שהיה מרכזי בתפיסה העצמית של האומה. למשל, לנניח שהתיקון שילב בתוך הטקסט החוקתי התחייבות חדשה למערך של זכויות חברתיות וכלכליות. שינוי כזה יכול להוביל לזהות חוקתית שונה מיסודה.

האפשרות השנייה יכולה להיחשב וריאציה של הראשונה, אך יכולה גם לעמוד בנפרד. היא מתייחסת להבחנה בין חוקה ובין 'חוקתיות' (constitutionalism). דמיינו שולחן. זיהויו תלוי בכך שנראה בו משהו שיאשר את הקריטריונים החלים על אובייקט כזה. אם אנו רוצים לשמור על זהותו כשולחן, עלינו להבטיח שהבסיס שלו והמשטח האופקי שמעל יישארו כפי שהם. שמירת זהותו הספציפית – למשל כשולחן ביליארד או כשולחן אוכל – פירושה לשמור על מה שהופך אותו לסוג מסוים של שולחן ולא לסוג אחר. כדי לשמור על זהותו כשולחן ביליארד היינו מונעים את הסרת הפתחים

והכיסוי הייחודי שלו, אך נוכל לשקול גם דרכים לשינוי השולחן הספציפי כדי לשפר אותו, תוך שמירה על האופי ועל הייעוד החיוניים שלו.

הניסיון העולמי מלמד שכדי לשכנע בית משפט לבטל תוספת לחוקה יש להוכיח שמדובר ביותר משינוי שיהפוך את הסדר החוקתי למשהו שונה ממה שהוא כיום. יש להראות שהשינוי מאיים על עצם קיומו של הסדר החוקתי, קרי, בהשאלה, שהוא ינתק לשולחן את רגליו. אפילו בהודו, שם דוקטרינת "המבנה הבסיסי" היא המודל המוביל לאופן שבו יש לקבוע באופן שיפוטי שתיקון כלשהו אינו חוקתי – כפי שמצוין בצדק בסיכום של עדאלה – המקרים הנדירים שבהם קרה הדבר התרחשו כאשר בית המשפט הגן מפני מה שנתפס כמתקפה על יסודות הממשל החוקתי, לרבות על עצמאותו.

גם בישראל, נשיאת בית המשפט העליון חיות אמרה כי כדי שבית משפט יפסול תיקון חוקה כלא־חוקתי, יש לבסס תחילה את הטענה כי היעד שנגדרו יופעל כוח שיפוטי כה רב־עוצמה מאיים על יסודותיו של המבנה החוקתי. מובן שהעתירה בפני בית המשפט העליון מעלה את טיעון היסודות, בתזה הגורסת שחוק יסוד הלאום "אינו עומד בתנאים הדרושים שלמענם חוקות מיוצרות". היא טוענת לעמידה בקריטריונים של הנשיאה חיות, ומוצאת לכך תמיכה נוספת בנשיא בית המשפט הקודם, בפרט בחוות דעתו של השופט ברק בפרשת המזרחי, שם אישר אדריכל המהפכה החוקתית כי ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. לטענת השופט ברק, בעקבות אימוץ חוק יסוד: כבוד האדם הפכו הישראלים חלק ממהפכת זכויות האדם המאפיינת את המחצית השנייה של המאה ה־20. מסקנן אותי לדעת אם רוב הערבים הישראלים היו שותפים להערכה זו בשעתו.

חוק היסוד משנת 1992 מייצר קודיפיקציה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אך בדומה לחוק הנוכחי, אין בו כל ערובה לשוויון. בסיכומה של עתירת עדאלה מתוארת השמטת הוראה זו מהחוק האחרון כבלתי־מפתיעה, שכן השמטה זהה בחוק הקודם הוצגה באותו אופן. הנקודה שלי היא פשוטה: אם החוק החדש יפסל משפטית בגלל חסרונותיו, שייתפסו כהרסניים למשטר חוקתי לגיטימי, אזי יהיה צורך להכיר בקיומם של אותם ליקויים עוד טרם חקיקת הביטוי האחרון והשקוף ביותר הזה למחויבות ציונית מתמשכת. כפי שנאמר נכון בעתירה, החוקה הישראלית אינה כפי שהייתה לפני חקיקת חוק יסוד הלאום, אבל עד כמה היא שונה מהסדר החוקתי שהיה קיים בפועל? בראשי עולה הבחנה המוכרת מאוד לאלה העוסקים בתיאוריה בתחום, בין המסמך הכתוב בפועל ובין העובדות המיישמות את הסדר החוקתי בשטח. היישום בשטח עשוי לכלול חוקי־על (super statutes) וחוקים רגילים, שבפועל מתפקדים כחוקתיים בצורה עמוקה, כפי שאפשר לומר על חוק הביטוח הלאומי בארצות הברית או על חוק זכויות האזרח משנת 1964. היישום עשוי לכלול גם נורמות מוסדיות שהתפתחו במהלך הזמן, כגון פיליבסטר בחקיקה – נוהג שמאפשר בפועל סמכות שליטה גדולה יותר מזו שנקבעה בטקסט החוקתי. ובישראל ישנו כמובן חוק השבות, שעליו אמר דוד בן גוריון את

האמירה הידועה: "חוק זה קובע, שלא המדינה מקנה ליהודי מחוץ לארץ זכות להתיישב במדינה, אלא זכות זו טבועה בו באשר הוא יהודי... אין המדינה מקנה ליהודי הגולה זכות לשוב. זכות זו קדמה למדינת ישראל, והיא היא שבנתה המדינה. זכות זו מקורה בקשר ההיסטורי שלא נפסק אף פעם בין העם היהודי למולדתו". ראוי לשאול עד כמה רחוקים דברים אלה מהסנטימנט שעולה מהנוסח מעורר המחלוקת של סעיף 7 בחוק היסוד החדש, שכידוע מצהיר כי המדינה רואה בהתפתחות ההתיישבות היהודית ערך לאומי, והיא תפעל לעידוד ולקידום הקמתה וביסוסה. אי-אפשר לפסול את האפשרות שהניסוח החדש יחמיר את מה שרבים מאמינים שהוא כבר עתה מצב בלתי-נסבל. עם זאת, הייתי חושב כי אלה הנוטים לצפות לגרוע מכול עלולים לראות בקודיפיקציה הרשמית של הכפיפות האתנית את ההתפתחות הטבעית של כללי האידיאולוגיה הציונית שהתבססו היטב. אם לחזור למטפורת השולחן, ייתכן כי הדרך הטובה ביותר להבין את השינוי שהביא עימו החוק החדש היא לראות בו מאמץ מצד תומכיו לתקן את זהות הסדר החוקתי במטרה לשפר את ביצועיו, תוך שמירה על ייעודו ועל אופיו המהותיים. אם נהיה נאמנים לאטימולוגיה של המילה "לתקן", פירושה לחזק משהו שכבר קיים, לא לעסוק בבנייה מחדש. נותרנו אם כן עם דילמה. אם ייעודו ואופיו של חוק היסוד אכן נוגדים לחוקתיות, על בית המשפט העליון לשקול בכובד ראש את פסילתו. אבל אם... אם הביקורת הרדיקלית נגד המדינה הישראלית, ביקורת שעומדת בבסיס העתירה של עדאלה נכונה, מה הסיכוי שיעשה זאת? אחרי הכול, באופן משתמע, פירוש הדבר ששופטי הערכאה שתכריע, כמו ישראלים רבים אחרים, יצטרכו להכיר בהיותם משפטי פעולה עם פגם בצדק.

תגובתי השנייה כרוכה בהעמדת עצמי בנעליו של חבר בבית המשפט העליון, אשר מסיבות רבות שהוזכרו בעתירה סבור כי חוק היסוד השנוי במחלוקת פגום מיסודו ופוגעני. בהערכת המשמעות האמורה של טענת הזהות, יהיה עליי לשקול לא רק אם הקונספט הוצג כך שהוא נאמן למשמעותו המהותית, אלא גם אם מבחינה אסטרטגית, השימוש בו כדי לנצח בקרב הנוכחי עלול להתגלות כנושא מחיר יקר מדי בטווח הרחוק, ואולי אפילו בטווח הקצר. ייתכן שהשקפותיי הנאורות לגבי זהות ישראלית אינן מנת חלקם של רוב עמיתי, וכי ההזמנה להתעמת עם שאלת הזהות החוקתית תוביל אותם למסקנה שונה לחלוטין משלי. יש לי אפילו חשד מסוים שמקצתם שותפים לדעותיה של שרת המשפטים, איילת שקד, שכידוע, מילאה תפקיד פעיל יותר ויותר בתהליך מינוי השופטים. תקוות שרת המשפטים הייתה שדור חדש של שופטי עליון, אשר במינויים הייתה לה יד, ישכילו להשתמש בחוק החדש כבסיס לסדר יום שיפוטי פחות פרוגרסיבי. כאשר חושבים על אפשרות זו, כדאי מאוד להרהר בלקחים שנלמדו ממקומות אחרים שבהם העלה בית משפט גבוה את הזהות החוקתית כדי להצדיק את החלטתו במקרה

שנוי במחלוקת, ובמיוחד אם טיעון כזה התרחש במקום שהקשרו הפוליטי דומה, ובמקרה שלנו – הונגריה.

בדצמבר 2016 אישר בית המשפט החוקתי ההונגרי את סירוב ממשלת אורבן ליישם את תוכנית מכסות הפליטים של האיחוד האירופי. בכך קיבלו השופטים את הטענה המשפטית של ויקטור אורבן, שלפיה מדיניות ההגירה המגבילה שלו תואמת היטב את השאיפה הלגיטימית של הונגריה לזהות חוקתית. אורבן הציג עצמו כמי שמגן על התרבות הנוצרית של אירופה, תרבות שלטענתו מושרשת עמוק בחוקה ההיסטורית של המדינה, מפני פלישה אסלאמית. בית המשפט – זה שהוא עצמו מינה – הסכים באומרו: "ההגנה על הזהות החוקתית תישאר חובתו של בית המשפט החוקתי, כל עוד הונגריה היא מדינה ריבונית". בתגובה להחלטה אמר ראש הממשלה בעל הנטיות האוטוריטאניות: "כאשר בית המשפט החוקתי קבע שלממשלה יש זכות וחובה לעמוד על זהותה החוקתית של הונגריה, השלכתי את כובעי באוויר". לדבריו: "זו תוצאה נהדרת עבור כל מי שלא רוצה לראות את המדינה נכבשת". מובן שכדי לראות מדינה כבושה, כל שנדרש הוא להעניף מבט בגרמניה, שעבור אורבן היא המודל של מה לא לעשות. אולם בית המשפט פעל בעצם על-פי פילוסופיית המשפט של בית המשפט החוקתי הגרמני, אשר ידוע כמי שהעלה את טיעון הזהות החוקתית בהתנהלותו מול הקהילה האירופית. אלא שבניגוד לבית המשפט ההונגרי, אשר שיחק בקלף הזהות כדי לקדם סטנדרטים נמוכים מאלה הנדרשים לפי חוקי האיחוד האירופי, הדאגה של מקבילו הגרמני התמקדה באיום הפוטנציאלי על המחויבות לכבוד האדם, העומדת בליבת התפיסה העצמית של גרמניה בעידן שלאחר המלחמה. למראית עין, גישתן של שתי הערכאות דומה, שכן בשני המקרים יישום הזהות החוקתית הוא עניין של הצבת גבולות להשפעתם של חוקי האיחוד האירופי על הסביבה המשפטית המקומית.

כשופט ישראלי הייתי רוצה להעמיק מעבר לדמיון השטחי, ולראות אם יש כאן לקח עבור מה שניצב לפנינו היום. הדבר הראשון שעולה על דעתי הוא שלפנייה של בתי המשפט בגרמניה לזהות חוקתית יש בסיס טקסטואלי ברור בסעיפי עיגון מסוימים של חוק היסוד, המכונים לא פעם "סעיפי נצחיות" (eternity clauses). בניגוד לכך, יישום הקונספט על ידי בית המשפט ההונגרי הוטבע בחוקה ההיסטורית – המצאה מעורפלת במכוון, שמציעה למפרשיה מרחב תמרון רב בזכות הכרה סלקטיבית רק באותם מופעי עבר המקדמים בצורה הטובה ביותר את סדר היום הלא-ליברלי של הממשלה. למשל, היו שציינו כי אפשר לדמיין חוקה שהייתה מאשרת גם את חוקי הונגריה נגד היהודים, חוקים שעוצבו על-פי חוקי נירנברג הידועים לשמצה ואומצו במהלך שלטונו של מנהיג פוליטי שבמובנים מסוימים בישר את המנהיג הנוכחי. חשוב להבהיר שאיני מנבא שזה מה שיקרה, אבל עצם ההכרה בסבירות של התפתחות כזו יש בה כדי לגרום לי לעצור

לרגע, כשאני שוקל את ההזמנה לפתור את המחלוקת סביב חוק הלאום דרך העדשות של זהות חוקתית.

כחלק מהשיקול הזה, האם אין עליי לקחת בחשבון את "ברית האחים הלא-ליברלים" שבין בנימין נתניהו לוויקטור אורבן? למעשה, רק שעות ספורות לפני העברת חוק הלאום נפגש נתניהו עם אורבן בירושלים, וקרא לו "ידיד אמת של ישראל". כפי שציין אחד מהפרשנים הישראליים, שני המנהיגים חולקים הבנה מעמיקה בהיסטוריה, כל אחד של מדינתו, ומיומנים מאוד בלעשות בה שימוש פוליטי לטובתם, הן בפוליטיקה הפנימית, ובאופן גובר גם בזירה הגלובלית. ההקבלות בין ראשי הממשלה הנוכחיים של ישראל ושל הונגריה מדהימות למדי, כך שאולי אין זה מפתיע שהם כרתו ברית חזקה בעשור האחרון, ולמדו "טריקים" חדשים זה מזה. דוגמה אחת – השימוש של ראש ממשלת ישראל בסוגיית מבקשי המקלט כסוגיה המשלהבת את בוחרי הליכוד היה טקטיקה ששאל מהשימוש שעשה אורבן במשבר הפליטים של אירופה כדי להגביר את הפופולריות הדועכת שלו בשנת 2015, או כפי שניסח זאת אחד מהפרשנים של הונגריה: אם אתה רוצה להבין את ביבי, הבט על אורבן, ולהיפך. לכן, התגובה הטובה ביותר להזמנה כזו היא לומר: היו זהירים במשאלותיכם.

קשה לעמוד בפיתוי טיעון הזהות החוקתית, וחלק גדול מהקסם שלו קשור ודאי בפוליטיקה של רגש האותנטיות. תרגיל נוסף שאפשר אולי ללמוד מהניסיון ההונגרי הוא שהחוקה ההיסטורית יכולה להדהד בישראל אפילו יותר, שכן אחרי הכול, זו המדינה ששורת הפתיחה של המסמך המכונן שלה כאומה מציינת כי ארץ ישראל היא מולדתו של העם היהודי. ברגע שתיפתח דלת הזהות, ייתכן שתופתעו לראות מי עובר בה. כאשר נפתחה בהונגריה, הפכה החוקה ההיסטורית ליעד עבור אלה המבקשים הצדקה להשקפתם צרת האופקים על הלאום, ויש לזכור שמדובר במקום שבו הייתה קיימת חוקה רשמית בכתב. שעררו כמה קל יותר להגיע ליעד הזה במקום שבו עצם היעדרו של מסמך כזה מגדיר את סיפורה החוקתי של האומה.

ההתייחסות השלישית והאחרונה שלי אינה קשורה לספקות או לחששות לגבי ההתחייבויות והמוטיבציות של תומכי החוק או של אלה שבהם נוגעת הפרשנות, ושלא כמו הטענה הקודמת, גם אינה מבקשת לשקול מחדש מבחינה אסטרטגית את הגישה המציבה זהות חוקתית בחזית המתקפה המשפטית בחוק היסוד. עם זאת, היא מציעה מחשבה מטרידה, שלפיה בעצם המרדף אחר גישה זו, תומכיה עלולים למצוא עצמם שלא מרצונם מוותרים ליריביהם יותר מכפי שהם צריכים. באופן ספציפי, מה שמדאיג אותי בטענה כי חוק היסוד מכונן זהות חוקתית חדשה למשטר הוא ההסכמה המשתמעת מכך למה שתומכי החוק אומרים שהשיגו באמצעות החקיקה. גם הם גורסים כי כל מה שצריך כדי לאשר את תוכן הזהות החוקתית הישראלית הוא לקרוא את הוראות החוק. אולם הטענה שבאה מכל צד של הדיון בונה בדרך לא נכונה את מושג הזהות

החוקתית. מה שכה ברור מאליו במקרה החריג מאוד של החוקה הישראלית הוא למעשה אנדמי למצב החוקתי. חוקות רוכשות את זהותן באמצעות ניסיון. זהות זו מתקיימת לא כהמצאה בדידה, ולא כפי שאנו עדים לכך בהונגריה – כמהות המוטבעת בתרבות החברה ורק מחפשת להתגלות. צדקה המשפטנית ההונגרית (Tünde Handó) כאשר אמרה, הרבה לפני המשבר הנוכחי: "לטקסט החוקתי עצמו יש רק יכולת מוגבלת לכונן זהות". מסמך המחייב מבחינה משפטית אינו אלא צעד ראשון בדרך הארוכה והמפותלת, המתחילה מעיצוב פוליטי של הזהות הקולקטיבית ועד להיותה מוסד הטבוע בחברה ומטפח זהות כזו בפועל. בעבודותיי נהגתי לטעון שיש לעכב פסקי דין בנושא זהות עד שאפשר יהיה לאשר שהכללים והעקרונות המנוסחים במסמך אכן נוכחים בפועל בפרקטיקות הפוליטיות של הישות. לכן, הינה דעתי: קשה לחשוב שתיתכן חוקה שלא תציע יותר מחזון אחד או שאיפות חלופיות, המביאים לידי ביטוי ענפים שונים בתוך מסורת היסטורית משותפת. חוקה הרמונית לחלוטין היא אשליה. אשוב ואדגיש: חוקה הרמונית לחלוטין היא אשליה, ולרוב זהו אותו חוסר הרמוניה שהוא חלק בלתי נפרד מהטקסט החוקתי, שפועל ככוח המניע את זהות החוקתית המתפתחת של האומה. בהודו למשל, יש שתי טענות רבות-עוצמה לגבי זהות חוקתית, ושתיהן מושרשות היטב במאות שנים של קונפליקטים ושל תחרות. מאז עצמאותה שלטה בה בעיקר הטענה לתרבות מורכבת חילונית של האומה, אולם הטענה השנייה, זו של היות הודו אומה הינדית, הציבה לפרקים איום מובהק על ההגמוניה של הדעה השלטת. עם הזמן צמחה זהות המשקפת את המציאות המעוגנת של שני החזונות, והטקסט החוקתי שלה מגלם אותם, וכך גם ההיסטוריה של הבנייה ושל פרשנות החוקה. ממש כפי שאנו רואים כאן בישראל, גם בהודו נעשו מאמצים להמציא את העבר מחדש, ובמיוחד על ידי מי שנחושבים ליצור היסטוריה שתמחק כל אמת המסבכת את סיפורם האתני-דתי. גם בארצות הברית הייתה סיבה לחשוב כי הקודיפיקציה של עקרון השוויון בתיקונים שנעשו בחוקה לאחר מלחמת האזרחים הייתה הישג נכבד בהתפתחות הזהות החוקתית האמריקנית, שסימן את עליית זרם האוניברסליות במסורת החוקתית המסוכסכת של האומה. אך בדומה מאוד לנסיגה שחלה בישראל ביחס לחוק כבוד האדם ולפרשנותו על ידי בית המשפט העליון, גם לתומכים בענף הפרטיקולרי יותר של המסורת לא חסר שריר חוקתי בכואם לערער על המשמעות המכוננת של התיקונים. הזהות החוקתית של הטקסט אולי השתנתה, אך השינוי הגדול יותר, שרק החל, היה בזהות של הסדר החוקתי, במובן של הנעת המדינה לקראת קבלת החזון הנאור יותר. בתי המשפט מילאו תפקיד, אך העבודה החשובה והמכרעת ביותר נעשתה במסגרת התהליך הפוליטי הרחב יותר, בגופי החקיקה וברחוב. כיצד הדבר קשור לבעיה שמציב חוק הלאום? התשובה בעיניי נובעת מכך שיש למסגר את טיעון הזהות החוקתית בדרך מסוימת מאוד. יש ללוות אותה בהכרה בניזולתו של המושג, כלומר בכך ששום דבר מכריע לא נקבע באופן נחרץ בעת אימוץ חוק היסוד.

ייתכן בהחלט שתומכי החוק התכוונו שהוא ייתפס כסגירת מעגל במאבק על זהותה החוקתית של ישראל, אך מדוע לקבל את המסגור השגוי במופגן שלהם? במקום זאת, יש לטעון שאם לחוק יש אמירה על שאלת הזהות, הרי שאמירה כזו צריכה להיתפס כמרכיב בתוך תהליך אינטראקטיבי הכולל את הוראות החוק הנוכחי והוראות אחרות שאליהן הוא מכוון. המושא לאינטראקציה כזו טמון בליבת הרציונליזציה לחוק החדש, שלפיה זהו איזון הכרחי לחוקי היסוד של שנות ה-90, שהאיצו לכאורה את המהפכה החוקתית. בניגוד לסעיף "פשרת שלוש החמישיות" של חוקת ארצות הברית, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עדיין חי ובעט, וכך גם אותם חלקים בהכרזת העצמאות שתוכנם שואף לכיוון שונה מאוד מזה של חקיקת 2018 של הכנסת. כמו כן, מקורות קיימים אלה של פרשנות ליברלית יצרו גוף חוקים שאי-אפשר יהיה לפטור אותם בקלות כאשר יעמדו לדיון השלכותיו המעשיות של חוק.

העתירה של עדאלה גרושה בהתייחסות לאופיו הגזעני של החוק השנוי במחלוקת. ייתכן מאוד שיש צדק רב בטענותיה, אך אולי, וכחלק מדרך הפעולה הדיאלוגית שאני מציע, יש מקום לאמץ גישה שקולה יותר. בגישה שאני מציע, כאשר יעלה לדיון המקרה המתאים, כדאי יהיה להדגיש, לפחות במהלך סבב השיפוט הראשוני, את העמימות והמעורפלות שבחוק, ולא את נטיותיו הגרועות ביותר. האם אין סיבה לקוות שפרשנותם המרחיבה של שופטי העליון, שקראו את חוקי היסוד הקודמים בקריאה מרחיבה כך שיגדילו את היקף שיפוט כבוד האדם, תקל על השופטים כיום לתת ביטוי לשיקול דעתם ותשאיר פתח צר בלבד לסדר יום שונה מאוד? אם מטרת הפרשנות השיפוטית היא להשיג אחרות והרמוניה חוקתית, כפי שכתב השופט ברק, אזי אפילו שופטים שאינם חולקים עימו את השקפתו הליברלית עשויים לנטות להתאים את עצמם, ולו חלקית, למה שנתפס בעיניו כחלק השנוי ביותר במחלוקת בחוק היסוד – סעיף 7: ההוראה הרואה בפיתוח ההתיישבות היהודית ערך לאומי, ומעודדת את המדינה לקדם ולחזק את המוסד. עתירת עדאלה מייחדת גינוי מיוחד לסעיף זה, וטוענת שהוא מעגן אפליה גזעית בחוקה. היא מציינת את ההיסטוריה המצערת של דרום אפריקה ואת אפשרות האפרטהייד, ומוצאת שהחוק מתנער בצורה בוטה מעקרונות השוויון שהוכרזו בפסק דין קעדאן, לצד התעלמות שאי-אפשר לטעות בה מסוגיות הנוגעות להתנחלויות, להקצאת קרקעות ולדיור. לא אתיימר להציע כאן דעה נחרצת על נושא שאני רחוק מלשלוט ברזי מורכבותו, רק אומר זאת: אין ספק כי תומכי החוק מקווים כי ישמש להתיר הפרדה גזעית או אתנית, אלא שנוסח ההוראה אינו אומר או מתיר זאת במפורש. כאשר השופט ברק קבע בפסק דין קאעדן כי הקצאת האדמות של המדינה לאזרחיה משיקולי מוצא אסורה על-פי עקרון השוויון, הוא גזר את מסקנתו מהערכים הגלומים הן באופייה היהודי והן באופייה הדמוקרטי של ישראל. בתגובות העוינות לאותה פסיקה נשמעה הקריאה לראות בכך מכה לחזון הציוני של מדינה יהודית, ולהוקיע את מה שנתפס כדחייה של זהותה היהודית. כמו

במקרה הפסיקה האמריקנית בתיק "בראון נגד משרד החינוך", שאת נימוקיה ציטט בית המשפט העליון בישראל בחוות דעתו, גם כאן, התגובה לפסק הדין הייתה מאמצי חקיקה לבטלו, וכאשר אלה נכשלו, החליטו המתנגדים שהדרך הטובה ביותר לשמור על זהות יהודית היא לעגן את האידיאולוגיה המזיקה שלהם בחוקי יסוד. אך מדוע לקבל את הטענה כי לאחר 18 שנה מאמצי העיגון האלה הם כעת עובדה מוגמרת? באותה מידה היינו יכולים לתהות מדוע קיבלנו את עקרון השוויון של ברק, שלא נכתב בשום מקום בחוק יסוד כבוד האדם, אך הצליח מכוח הכרזה שיפוטית להפוך לנורמה בסיסית בזהות החוקתית של ישראל. במבט לאחור, האם אי-אפשר לומר כי חוות דעתו הצהירה בטרם עת על נורמה חוקתית שהייתה ונתרה שנויה במחלוקת עמוקה? איני יודע. מה שאני יודע הוא שההחלטה במקרה הוא הפכה לחלק בלתי נפרד מהשיח הציבורי ההכרחי בנושא הזהות הלאומית, כפי שסביר מאוד שיקרה לפסק הדין בתיק עתידי שיבחן את המשמעות ואת ההיקף של חוק היסוד של 2018, וזהו תנאי הכרחי להתגבשותה של זהות חוקתית בפועל. ידיעה זו היא שמביאה אותי לטעון בתוקף להתערבות זהירה יותר בבית המשפט בנוגע לנושא הזהות החוקתית. ואם לצטט את השופט האמריקני לרנד הנד: "חברה שהיא כה משוסעת עד שרוח המתונות נמוגה ממנה – אף בית משפט לא יוכל להצילה; חברה שבה רוח כזו נושבת בעוז אינה זקוקה לאף בית משפט שיציל אותה; וחברה המתחמקת מאחריותה ומטילה על בתי המשפט את טיפוח הרוח הזו – סופה שהרוח הזו תדעך".

חוק הלאום במבט השוואתי

אלכס יעקובסון

האוניברסיטה העברית

הייתי מבקש לפתוח בשתי הערות. ראשית, חוק הלאום בנוסח שבו התקבל, הוא לדעתי חקיקה נבזית במיוחד. ו"נבזית" הוא המונח הנכון ביותר שאני יכול להשתמש בו, כיוון שמדובר ביצירה שערורייתית באמת. מאחר שבעשרים השנים האחרונות הקדשתי זמן רב להשוואה בין ההגדרה החוקתית של ישראל כמדינה יהודית להגדרות אחרות הנוגעות לזהות לאומית בחוקות אחרות, אני חושב שביכולתי להעיד, לא פחות מכל אדם אחר, שאף שלדעתי עצם הגדרתה של ישראל כמדינה יהודית עולה בקנה אחד עם נורמות דמוקרטיות בין-לאומיות, וגם ניתן למצוא לה מקבילות רלוונטיות במדינות שהן דמוקרטיות וליברליות מעל לכל ספק, הרי שלדרך ייחודית זו של הגדרת ישראל כמדינה יהודית, כפי שהיא מעוגנת בחוק הלאום, אין אח ורע בעולם הדמוקרטי, ואני חושש שגם לא בעולם הלא-דמוקרטי. מבחינה זו, החוקה של פקיסטן ליברלית יותר מאשר חוק הלאום. לא שהמשטר בפקיסטן ליברלי יותר מזה שבישראל, אולם הניסוח של החוקה בפקיסטן סביר יותר בהקשר זה, כיוון שלצד הדגשה ברורה של זהותה המוסלמית של פקיסטן הוא כולל מחויבות מפורשת להגנה על זכויותיהם של מיעוטים לא-מוסלמים. גם החוקה של הונגריה, אשר נחקקה על ידי ממשלתו של אורבן, כטקסט – היא טובה יותר מחוק הלאום הישראלי – אף כי הונגריה אינה ליברלית יותר מישראל, כמובן, וללא קשר לחיבה העשויה לשרור בין מר נתניהו למר אורבן. המשטרה ההונגרית אינה מנהלת חקירות נגד ראש הממשלה ואינה ממליצה על הגשת כתב אישום נגדו – הונגריה אינה ליברלית מספיק עבור זה. ואולם, אם בודקים את הסעיפים העוסקים בזהות לאומית ותרבותית בחוקה ההונגרית, רואים מייד שהם ראוים יותר מחוק הלאום. מדובר, אם כן, בטקסט שערורייתי.

שנית, אני חושב שלבית המשפט העליון בישראל אין סמכות חוקית לפסול את החוק. כלומר, מדובר בשתי שאלות נפרדות, אף-על-פי שיש המסרבים להבחין ביניהן – אם אני אוהב את החוק, ואם ישנה סמכות חוקית לפסול אותו. בתי המשפט העוסקים בשאלות

חוקתיות, כולל בית המשפט העליון בישראל כאשר הוא מפרש חוקי יסוד האמורים להיות חלק מחוקה, תפקידם לפרש את החוקה – לא לכתוב אותה. באותן מדינות שבהן בתי המשפט פסלו תיקונים לחוקה על רקע מהותי, פסילה שהיא הביטוי הרדיקלי ביותר של אקטיביזם שיפוטי, שם כולל נוסח החוקה סעיפים המאפשרים זאת במפורש, או לכל הפחות במשמעות. כך שבאופן עקרוני ניתן לומר שהם פועלים לפי החוקה עצמה. ואם יש מקום שבו בית משפט נטל לעצמו סמכות זו ללא הרשאה חוקתית, אני מתנגד לכך. בחוקה הגרמנית, למשל, יש הוראות שאינן ניתנות לשינוי על-ידי תיקון חוקתי. גם בהודו ישנם עקרונות בסיסיים אחרים של החוקה שנחשבים קבועים ובלתי-ניתנים לשינוי. אחד מהם הוא שהודו היא מדינה סוציאליסטית. העקרונות הבסיסיים הם ריבונות, דמוקרטיה, חילוניות וסוציאליזם. אין ברצוני להתווכח לגבי הסוציאליזם, כי נולדתי במדינה סוציאליסטית, כך שייתכן שאיני אובייקטיבי לגמרי בעניין. אולם ניתן ללמוד מכך כי הניסיון לעגן תפיסת עולם אידיאולוגית בחוקה אינו מוצלח. אם מר מודי, ראש ממשלת הודו, הוא סוציאליסט, אזי אני מניח שחנן זועבי היא ציונית אדוקה, תומכת גדולה של המדינה היהודית. אני חושב שיש הבדל כלשהו בין המחויבות של מודי לסוציאליזם למחויבות של זועבי למדינה יהודית. מכאן עולה שהמאמץ לומר שיש לנו עקרונות, עקרונות אידיאולוגיים, שאם נכתוב אותם בחוקה תיאלץ המערכת הפוליטית לדבוק בהם, גם נגד רצונה – הוא מאמץ שווא. כי הרי ברור לכול שמשום שהמערכת הפוליטית בהודו אינה רוצה שהודו תהיה מדינה סוציאליסטית, הודו אינה מדינה סוציאליסטית, ולא משנה מה כתוב בחוקתה.

מכל מקום, לבית המשפט בישראל אין סמכות לפסול חוקי יסוד. עם זאת, יש לו סמכות לפסול חוקים רגילים הסותרים חוקי יסוד, ולדעת, בניגוד לטענות שנשמעות מדי פעם, אפשר להסיק זאת מהנוסח של חוקי היסוד עצמם: אני חושב שיש אפשרות סבירה אחרת לקרוא את "פסקת ההגבלה" המפורסמת. לעומת זאת, אין סמכות לפסול חוקי יסוד לאור עקרונות-על כלשהם, ובית המשפט העליון אינו צריך להצדיק את אלו שטוענים שהוא נוטל לעצמו סמכויות שהחוק לא העניק לו. כאשר בית המשפט העליון מפרש את החוקה הישראלית, כלומר את חוקי היסוד, מבקרי המערכת המשפטית נוהגים לטעון כי הוא למעשה כותב אותם לפי ראות עיניו. בית המשפט אינו צריך להצדיק את הטענה הזו באמצעות נטילת סמכות שאין לו. אני צופה שבית המשפט לא יעשה זאת ולא יפסול את החוק. מנגד, אני צופה, לצערי, שבית המשפט גם לא יקבע שאין בידיו הסמכות לפסול חוק יסוד. כיוון ששופטים לא אוהבים להוציא מפהם את המילים "אין לנו סמכות", הם מתקשים מאוד לבטא את המילים האלה. אני מניח שהם יאמרו שאין צורך לשקול את השאלה אם יש לבית המשפט סמכות לפסול חוק יסוד, משום שאפשרות זו צריכה להישקל רק במקרים קיצוניים ביותר, כאשר קיימת הפרה ברורה של העקרונות החוקתיים הבסיסיים. ובמקרה של חוק הלאום – כך אני מעריך שהם יאמרו – זה אינו

המצב, כי למעשה לא קיימת כל סתירה חוקית בין עקרון השוויון האזרחי לבין סעיף כלשהו בחוק הזה. אין כל סתירה חוקית של ממש גם בהתייחס למשפט לגבי עידוד התיישבות יהודית, תוך סירוב שערורייתי לומר, כפי שנאמר במגילת העצמאות, "פיתוח הארץ לטובת כל תושביה". שום שוויון, שום רווחת כל תושביה, רק התיישבות יהודית. לכאורה יהיה הגיוני לטעון שהמשמעות המילולית של הסעיף היא שמותר לנקוט אפליה על בסיס אתני. אולם אין כל סיכוי שבית המשפט העליון בישראל יפרש את הסעיף הזה בדרך זו. בית המשפט העליון לא יאפשר את מה שייראה בעיניו הפרת השוויון, וחוק הלאום לא ישנה זאת. שהרי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עדיין קיים, והוא אינו מושפע מחוק הלאום. וכיוון שאפליה על בסיס אתני הוגדרה כהפרה של כבוד האדם, ולכן היא בלתי-חוקתית גם לאחר חקיקת חוק הלאום – בית המשפט יפסוק, להערכתו, שאין צורך לבטל את חוק הלאום כדי להגן על השוויון.

אני מדגיש – מדובר במה שבית המשפט יראה בו הפרה של השוויון האזרחי. אולי יש מי שחושבים שתפיסת השוויון האזרחי של בית המשפט אינה רדיקלית דייה, בעוד אחרים חושבים שהיא רדיקלית מדי, אלא שבית המשפט העליון יפסול את מה שהוא רואה כהפרה של עקרון השוויון האזרחי, על סמך הפרשנות שלו לעיקרון זה, כולל בנושא ההתיישבות היהודית. ואין צורך לשאול על כך את אהרון ברק. נציגים של היועץ המשפטי לממשלה אמרו לוועדה בכנסת שדנה בחוק הזה: אל תחשבו לרגע שהנוסחה הזו תאפשר להקים יישובים המיועדים ליהודים בלבד. זה לא יהיה חוקי על-פי החוק הזה, והסעיף בחוק המכריז על התיישבות יהודית כעל יעד לאומי לא יוכל להתפרש באופן הזה. אגב, יוזמי החוק רצו לכתוב זאת במפורש, אך נאלצו לוותר, כי מה שרצו לכתוב, במפורש, לא היה יישובים יהודיים, אלא יישובים לפי זהות לאומית – מותר להקים יישובים עבור קבוצה לאומית או דתית מוגדרת. אלא שאז נאמר להם כי פירוש הדבר שכל קבוצה תהיה רשאית להקים יישובים לפי זהותה, לא רק יהודים. כלומר, כעיקרון, לפחות בתיאוריה, זכויותיהם של הערבים אינן מופרות, אבל אלו של הרוסים מופרות כי הם אינם משתייכים לאף לא אחת מהקבוצות הלאומיות או הדתיות. יוצאי ברית המועצות לשעבר, שאינם יהודים באופן רשמי, הם לא יהודים ולא ערבים, ולכן ייאלצו להקים יישובים עם רוסים או עם אוקראינים, וזהו אבסורד.

משום כך נאלצו יוזמי החוק לנטוש את רעיון היישובים הנפרדים לפי לאום, אבל הניסוח כפי שהוא, עידוד התיישבות יהודית, הוא שערורייתי משום שאין חוקה שיכולה לומר דבר כזה, ודאי לא מבלי להוסיף התייחסות לכך שעקרון השוויון בין דתות וקבוצות אתניות יישמר בכל מקרה. לדעתי, עניין זה לא היה צריך להיות כלול שם. מגילת העצמאות קובעת שהמדינה תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה, בלי להתייחס במפורש להתיישבות יהודית, למרות שזה ודאי מה שחשבו כותביה. אך אין ספק שאי-אפשר להתייחס להתיישבות יהודית מבלי להבטיח שוויון אזרחי, ובלי לקבוע

שהמדינה תפעל לטובת כל תושביה. מדובר בדבר שערורייתי, מעליב, שלחלוטין אינו בר-ביצוע בכל מה שנוגע לסמכות השיפוט של בית המשפט העליון.

איני תמים, ואיני מתעלם מן הסכנות הקיימות. אם ימונו לבית המשפט העליון שופטים שיהיו מוכנים לפרש את המצב המשפטי בצורה מפלה, מובן שיעשו זאת. אלא שכל שופט שרצה לעשות זאת, יכול היה לעשות זאת גם בלי החוק הזה, על בסיס ההגדרה של המדינה כיהודית ודמוקרטית, כפי שנקבע בחוקי היסוד הקודמים. אם רוצים לפרש את אופייה היהודי של המדינה באופן מפלה, ולומר שהאופי היהודי של המדינה מצדיק אפליה על בסיס אתני, אפשר היה לעשות זאת לפני החוק הזה, כך שאימוצו של חוק הלאום אינו משפיע על המצב החוקי הקיים מבחינה זו. אולם בית המשפט העליון פוסק כבר עשרות שנים שלא קיימת כל סתירה בין שוויון אזרחי לבין אופייה היהודי של המדינה. הוא גם פסק שהפרת השוויון האתני היא הפרה של אופייה הדמוקרטי, אך גם של אופייה היהודי של המדינה. אפשר להעלות טיעונים אידיאולוגיים כאלה או אחרים בנושא זה, אבל זוהי ההלכה הפסוקה של בית המשפט העליון, זוהי הפרשנות המוסמכת של המצב החוקי, גם לאחר קבלת חוק הלאום. פירושו של דבר, שאם תכפילו את יהדותה של המדינה פי עשרה, אינכם הופכים אותה בכך לפחות דמוקרטית. ייתכן שאתם חושבים כי מבחינה אידיאולוגית או רטורית זה מה שאתם עושים, אך מבחינה משפטית, כל עוד בית המשפט קובע שהדברים האלה אינם סותרים, הם למעשה הולכים יחד. כיוון שבית המשפט קבע שאפליה מהווה גם פגיעה במדינה היהודית, אפשר לטעון שחזוק אופייה היהודי של המדינה מחזק גם את אופייה הדמוקרטי. אולם אניח לזאת כרגע. אתם ודאי אינכם הופכים אותה לפחות דמוקרטית, לפחות מבחינתו של בית המשפט העליון. בית המשפט העליון יפסול כל דבר שייתפס כמפלה, לאחר חקיקת חוק הלאום כמו לפניו. איני חושב שפשוט וקל למנות שופטים שיפסקו שהמדינה היהודית מאפשרת אפליה על בסיס אתני. אתם ממנים שופטים, והם אינם פוסקים בדיוק על-פי הציפיות שלכם. כך היה הניסיון האמריקני, וכך גם היה הניסיון עם לפחות מקצת מהשופטים שמונו בזמן כהונת הממשלה הנוכחית. איני אומר שהכול יישאר בהכרח כמו עכשיו מהבחינה הזו. מדובר כעת בהצעות לשנות את שיטת מינוי השופטים, וייתכן ששינויים יתרחשו בעתיד, איני אומר שאין כל סכנה. אך גם אם קיימת סכנה, פירושה שימונו שופטים שיפרשו את עקרון השוויון האזרחי בדרך שמרנית יותר. לפי הערכתי, איש מהם לא יאמר לעולם, גם אם יפרשו את עקרון השוויון באופן צר מדי לטעמי, שהם מאפשרים אפליה אתנית בין אזרחים על בסיס אופייה היהודי של המדינה. הם לעולם לא יאמרו זאת. אי לכך, מבחינה חוקית המאזן הזה לא יופר. אני מקווה שגם לא יופר בפועל בפסיקות של בית המשפט.

אם זהו המצב, מדוע החוק הזה כל כך גרוע? כי אני באמת מאמין שהחוק אינו משנה דבר כשמדובר בעיקרון המשפטי של השוויון. אגב, נכון שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

לא מוזכר השוויון. על החוק היה להזכיר את עקרון השוויון האזרחי או לכלול סעיף אחר המתייחס לשוויון באופן מפורש. אך העובדה היא ששוויון בישראל הוא נורמה חוקתית באמצעות כבוד האדם, כי בית המשפט פסק שפגיעה בשוויון פוגעת בכבוד האדם. יש לעובדה זו היבט שלילי: המילה "שוויון" אינה מופיעה בחוק. עם זאת, מצידו השני של המטבע – השוויון האזרחי מעוגן בכבוד האדם. בכך מוצב השוויון האזרחי ללא ספק כאחד העקרונות המוסריים היסודיים ביותר. כבוד האדם הוא הדבר שהחוקה הגרמנית מעמידה מעל לכול, מעל לכל סמכות ארצית. הייתי רוצה שהשוויון יכלל במפורש בחוק כבוד האדם, וכך צריך היה להיות. היעדרו מחוק הלאום הוא שערורייה, ועוד אחזור לזה. אך נכון גם לומר שההתייחסות לשוויון כחלק מכבוד האדם אינה באמת ביטולו, אלא במובן מסוים – חיזוקו. יתרה מזאת, הלגיטימיות הציבורית לפרשנות הזו של חוק כבוד האדם, חזקה היום, אחרי אישורו של חוק הלאום, יותר מאי פעם. הסיבה לכך פשוטה: המגינים על החוק, יוזמיו, הצדיקו את סירובם להזכיר את השוויון בחוק הלאום בטענה שהדבר מיותר, כיוון שכל הזכויות, כולל השוויון, מוגנות כבר באמצעות חוק כבוד האדם וחירותו. ועכשיו, לדבריהם, הם אינם מדברים על זכויות אזרח, אלא על המדינה היהודית. כעת, לאחר שכל הנציגים של הימין הישראלי צוטטו באומנם שהזכויות האזרחיות, כולל השוויון, מוגנות במידה מספקת באמצעות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ההיגיון אומר שהם אינם יכולים לטעון שהן אינן מוגנות באמצעות חוק היסוד הזה. הם ויתרו על זכותם להציג את הטענות. זו הייתה מניפולציה כדי להצדיק את סירובם לכלול את עקרון השוויון בחוק הלאום. אלא שתוצאתה של המניפולציה הזו היא שעקרון השוויון האזרחי נכלל, גם לשיטתם, תחת הכותרת של כבוד האדם. זוהי פרשנות משפטית שהייתה שנויה במחלוקת, ואשר הובילה למתקפות על בית המשפט ולהאשמתו באקטיביזם שיפוטי מופרז. הפרשנות הזו אינה שנויה במחלוקת עוד, לאחר שהימין השתמש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כאליבי לאי-אזכור השוויון בחוק הלאום. אם כן, מדוע החוק שערורייתי, ולא סתם גרוע? משום שמדינת לאום דמוקרטית אינה יכולה להגדיר את אופייה הלאומי מבלי להבטיח גם את השוויון האזרחי המלא של אלה שאינם שייכים ללאום הרוב, ומנסחי חוק הלאום סירבו לעשות זאת. הסירוב הזה הוא שערורייה בלי קשר להשלכותיו המשפטיות. מדינה יהודית היא קונספט אידיאולוגי, וכמו עם כל קונספט אידיאולוגי, אין זה מפתיע שקיימות לגביה פרשנויות שונות וסותרות. זוהי תופעה מוכרת: כאשר מנהלים ויכוח, לא תמיד ברור אם המחלוקת היא על הסוגיה המהותית או על הניסוח, על הבנת המונחים שכל צד משתמש בהם. עניין זה מזכיר לי בדיחה על יהודי דתי, חסיד, שבא לרבי ואומר: "רבי, קרה לי דבר נורא, איבדתי את האמונה שלי, אני לא מאמין יותר באלוהים". והרבי אומר: "אל תדאג, באלוהים שאתה לא מאמין בו גם אני לא מאמין". כך שהמדינה היהודית, שחלק (אני מדגיש, רק חלק) מהאנשים המתנגדים למונח הזה אינם מאמינים בה, גם אני איני מאמין בה, אולם אני

בהחלט מאמין בה כמוכּן אחר, שהוא לדעתי המוכּן הנכוּן. אם כן, למונח מדינה יהודית, או מדינתו של העם היהודי, כפי שקובע החוק, יכולים להיות שני פירושים שונים: או שזו מדינה שמגלמת את העצמאות הלאומית של העם היהודי, או שזו מדינה ששייכת ליהודים בלבד. השימוש שנעשה במונח "מדינת העם היהודי" בחוק הלאום רומז לפירוש השני – בראש ובראשונה, בשל הסירוב לכלול בחוק גם את השוויון האזרחי.

כשמישהו אומר שהמדינה היא "של" העם היהודי, או של כל עם אחר, למה בדיוק כוונתו במילה "של"? המילה "של" היא המעניינת כאן, לא "העם היהודי", שאיש אינו יודע בדיוק מה הוא ומהם גבולותיו. איש אינו יודע בדיוק מה הוא עם כלשהו, והדבר אינו אמור לשנות כלל. לעמים יש זכות להגדרה עצמית, גם כאשר – וזה מצב רווח מאוד – אי-אפשר להגדיר במדויק את גבולותיה של אותה עמיות. לקבוצות לאומיות אין גבולות ברורים, ולעיתים קרובות עולים חילוקי דעות בנוגע להיבטים שונים של זהותן. מדובר אפוא בטיעון חסר משמעות לחלוטין. אבל מה פירוש האמירה שהמדינה היא "של" העם היהודי? לדעתי, הפרשנות הלגיטימית היא שזו מדינה המעניקה לעם היהודי את עצמאותו הלאומית, מגשימה את זכותו להגדרה עצמית, הופכת אותו מעם ללא מדינה, עם חסר מדינה, לעם שיש לו מדינה, עם הנהנה מעצמאות לאומית. זוהי משמעותו של המונח במגילת העצמאות הישראלית. במגילת העצמאות, לפני שמדברים על שוויון אזרחי, ולפני שמציעים לערביי ישראל אזרחות מלאה ושווה, ישנה התייחסות להיסטוריה היהודית כפי שהיא נתפסת בנרטיב הציוני, לאחריה מוזכרת החלטת החלוקה של האו"ם, ואז באה האמירה: "זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית". אם כן, מדובר בזכות ההגדרה העצמית הלאומית של העמים, שמנסחי ההכרזה מכירים בה כנורמה אוניברסלית, והם באים ליישם את הנורמה הזו במקרה היהודי, להחיל אותה על העם היהודי.

משמעות זו של המדינה היהודית היא לדעתי לגיטימית ואינה פוגעת בעקרון השוויון, ויותר מכך, בהתכשורת לה אני רואה הפרה של עקרון השוויון, ואין מדובר בשאלה תיאורטית. היא מוכחשת, הוכחשה תמיד ועדיין מוכחשת. במדינה המעניקה עצמאות לעם מסוים, באופן טבעי יהיו כמעט תמיד אזרחים המשתייכים לעם אחר או לעמים אחרים. אם התפיסה המקובלת היא שכל אזרחי המדינה, בני כל הקבוצות האתניות, הם עם אחד, שותפים לזהות לאומית אחת, אזי נפתרה הבעיה. המצב שונה כאשר קיים במדינה מיעוט לאומי, כלומר קבוצה של אזרחים שאינם רואים את עצמם כשייכים לאותו עם כמו רוב האזרחים, אלא לעם אחר. באופן זה בדיוק רואים יהודים וערבים בישראל את זהותם, ואין למעשה ביניהם חילוקי דעות בנושא הזה: הם מסכימים שהם שייכים לשתי זהויות לאומיות שונות. אם במדינה המעניקה עצמאות לאומית לעם מסוים יש מספר ניכר של אזרחים המשתייכים למיעוט לאומי, אזי מוכּן שהמדינה היא גם שלהם. אם המדינה אינה גם שלהם – הם אינם אזרחים של ממש. ואם הם אינם אזרחים של

ממש – הרי שהמדינה אינה דמוקרטיה, היא אפילו לא ממש מדינה, היא שבט, היא שבט חמוש. אחד המאפיינים היסודיים של מדינה, ודאי של מדינה דמוקרטית, הוא שהיא מדינת כל אזרחיה – שאין בה אף אזרח שהמדינה אינה גם מדינתו. ובה בעת, אם היא מדינת לאום עם מיעוט לאומי, קיימת זיקה רשמית מוצהרת בין המדינה לעם הרוב, שזהותו הלאומית מבוטאת על ידי המדינה. זו דרך אחת להבין את הקונספט של מדינה יהודית או של כל מדינת לאום אחרת שבה קיימים מיעוטים לאומיים.

הדרך האפשרית האחרת לקריאת הביטוי הזה היא לומר שאם המדינה היא "של" העם היהודי, אזי היא שייכת ליהודים וליהודים בלבד, היא הרכוש המשותף של הקבוצה הנקראת העם היהודי. אם המדינה נמצאת בבעלותם של היהודים ושל היהודים בלבד, כי אז מי שאינו שייך לעם היהודי – אין לו כל חלק במדינה, המדינה אינה שלו. ייתכן שיש לו כל מיני זכויות במדינה הזאת, אבל מבחינה מהותית המדינה אינה שלו. חוק הלאום אינו אומר זאת במפורש, ושום בית משפט בישראל לא יפרש אותו כך, אך זו הרוח העולה בבירור מקריאת הטקסט. אין ספק שזהו הטון שעושה את המוסיקה. כל האווירה שהטקסט הזה יוצר, ההנחה האידיאולוגית שנמצאת ביסוד חוק הלאום היא זו: המדינה שייכת ליהודים וליהודים בלבד. והביטוי המובהק לכך הוא הסירוב לומר את מה שמתבקש ונדרש (לפי מה שנהוג בחוקות של מדינות לאום דמוקרטיות, כפי שנראה בהמשך) לומר בהקשר הזה, דווקא כאשר מגדירים את האופי היהודי של המדינה – כי במדינה הזאת לכל האזרחים, בלי הבדל דת ולאום, יש שוויון זכויות ("אזרחות מלאה ושווה", כלשון מגילת העצמאות), ומשום כך המדינה היא גם שלהם. לאחרים יש, לשיטת מנסחי החוק, "זכויות אישיות", זה הביטוי שהם משתמשים בו. זכויות אלה מוגנות, לשיטתם, במקום אחר, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן אין צורך להזכיר אותן בחוק הלאום, כיוון שהחוק הזה עוסק באופייה הלאומי של המדינה ולא בזכויות אישיות. אלא שאזרחות ושוויון אזרחי אינם זכויות אישיות בלבד. גם לתיירים יש זכויות אישיות, לכל בן אדם יש זכויות אישיות, והיום אפשר לטעון שלא רק לבני אדם יש זכויות אישיות, אך אזרחות בדמוקרטיה משמעותה חלק שווה במדינה, חלק שווה, וכל דבר פחות מזה אינו מספק. באמירה שלפיה המדינה היא רק של היהודים, ובמקביל – שמכבדים בה שוויון אזרחי, ישנה סתירה. אזרח אינו שווה זכויות במובן המלא אלא אם הוא מופך – היא מוכרת – כבעלי חלק שווה במדינה. וכיוון שקובעים באופן רשמי שזהותו הלאומית של עם הרוב היא הזהות הלאומית של המדינה, הדבר יכול להתפרש כאילו המדינה שייכת באופן בלעדי לרוב. כל החוקות הדמוקרטיות הכוללות הצהרות והגדרות בנות-השוואה להגדרה של ישראל כמדינה יהודית מקפידות להבהיר באופן מפורש, באותה נשימה, באותם סעיפים ממש, במקביל להתייחסות לאופייה הלאומי של המדינה, שכל מי שמשתייך למיעוט או למיעוטים, ולא לעם הרוב, הוא אזרח שווה

זכויות, והמדינה שייכת גם לו. זהו בדיוק מה שהמנסחים של חוק הלאום סירבו באופן שערורייתי לומר.

פירושו של דבר, שחוק הלאום אימץ פרשנות אידיאולוגית של המדינה היהודית, אותה פרשנות שהוצגה מאז ומעולם על ידי אלה המתנגדים למדינה היהודית מבחינה אידיאולוגית, וכמובן, גם על ידי הימין הקיצוני בישראל. על-פי פרשנות זו, המדינה היהודית היא מדינה ששייכת רק ליהודים, ומי שאינו יהודי, המדינה אינה שייכת לו. ולכן, על אף שטענתי פעמים רבות בהזדמנויות שונות שזו אינה הפרשנות הנכונה של המדינה היהודית, שלא זו המשמעות של הביטוי הזה במגילת העצמאות של ישראל, בפסיקה הישראלית ובחוקי היסוד של שנות ה-90, וכמובן, לא זו המשמעות של המדינה היהודית בהחלטת החלוקה של האו"ם מ-1947 – למרות כל זאת, עובדה היא שאותה פרשנות אומצה כעת על-ידי הכנסת כחוק יסוד. לכן ברור שהחקיקה הזאת היא מעשה שערורייתי. מבחינה אידיאולוגית ומבחינה רטורית זו מתנה של הימין הישראלי לכל שוללי המדינה היהודית בישראל ומחוצה לה.

ומדוע האזרחים הערבים נפגעים מן החוק הזה, במקום לשמוח עליו? הרי ברור שמבחינה טקטית ניתן לומר שמדובר בהישג חשוב מבחינת המאבק נגד המדינה היהודית: יש בסיס לטענה כי החוק מודה למעשה במה שנציגייהם ודובריהם של האזרחים הערבים טענו כל הזמן כנגד המונח "מדינה יהודית". אני חושב שהם נעלבים כי האמת היא, לשמחתי, שבניגוד לרטוריקה הנשמעת לעיתים קרובות, רוב האזרחים הערבים חשים שישראל היא גם המדינה שלהם. לא מדובר רק בהשלמה עם מה שנוח יותר עכשיו, ובהבנה שב"שכונה" הזו יש המון דברים שהם גרועים יותר ממדינת ישראל. יש כאן משהו עמוק יותר. אני חושב שעולה מן הדברים יחס רגשי כלפי המדינה, יחס שהוא דר-משמעי. איני אומר שהוא חיובי בלבד. הדבר בלתי-אפשרי בתנאים הנוכחיים. אבל זה גם לא יחס שלילי ומנוכר בלבד. רחוק מזה. לכן ישנה כאן, להערכתך, תחושה אמיתית של עלבון, ולא של הישג טקטי במאבק. קל מאוד לדבר על הדרוזים שנעלבו, כמובן, אלא שגם המיעוט הערבי הלא-דרוזי בישראל נעלב, משום שרובו המכריע רוצה להיות חלק מהמדינה, והוא נפגע מן העובדה שהמדינה הזו ניסחה את זהותה באופן הפוגעני הזה, שמשמע ממנו שהיא אינה רואה עצמה גם כמדינתם של האזרחים הערבים.

אני רוצה לספר לכם סיפור. במהלך אחד מדיוני הוועדה על החוק, שאליו הוזמנתי, שתיתי כוס קפה, בהפסקה, עם אחד הפעילים שתמכו בחוק הזה וקידמו אותו בוועדה, בעוד שאני באתי לדבר נגדו. כידוע, בכנסת נמצאים כולם: יהודים, ערבים, ימין, שמאל, אנשים שאומרים דברים נוראיים זה על זה, אבל במזנון הכנסת – כולנו חברים. שתיתי כוס קפה עם אותו בחור, והוא אמר לי: "הם (כלומר, האזרחים הערבים) צריכים לדעת שזה לא הבית שלהם". כלומר, המדינה הזאת אינה הבית שלהם. אמרתי: מה? ומן הסתם נשמעתי נדהם. ואז הוא תיקן: "לא הבית הלאומי שלהם". הוא כנראה הרגיש שעליו

לקחת צעד אחורה. אמרתי: "אבל אלה שני דברים שונים לגמרי. כל מיעוט לאומי יודע שהמדינה היא ביתו הלאומי של עם אחר, עם הרוב, אבל להגיד שזה לא הבית שלהם כאזרחים – זה דבר נורא". הבחור נסוג מעט, אך לצערי הרב, אין לי ספק שהגרסה המקורית ביטאה את רגשותיו האמיתיים. מובן שאי־אפשר לומר זאת בפומבי, ואולם זה המסר שמתקבל כשמסרבים להזכיר שוויון אזרחי בזמן שמאשררים את אופייה היהודי של המדינה.

ואז הוא אמר לי: "אם אתה אומר שערבית היא שפה רשמית שנייה, אתה הופך את המדינה לבית לאומי שלהם". עניתי לו: "לא נכון. אם שתי השפות מקבלות מעמד שווה, אם הן רשמיות באותה מידה, אכן משתמע מזה שזאת מדינה דו־לאומית, בית לאומי של שני עמים. זוהי המשמעות של נוסחה כזו, אם כי לא בהכרח, אבל זו התוצאה הטבעית, ודאי במקרה הזה. זה נכון. אבל אם אתה אומר שעברית היא השפה הרשמית הראשונה, או שפת המדינה העיקרית, וערבית היא שפה רשמית שנייה, מה שהיה הסטטוס קוו מאז הקמת המדינה, וזו הפסיקה של בית המשפט העליון בנושא הזה, אתה לא הופך את ישראל למדינה דו־לאומית, אלא אומר שיש מיעוט לאומי ערבי גדול, שהמדינה מכבדת אותו ואת שפתו. ואם אין אמירה כזאת, פירוש הדבר שלא רוצים להגיד שהמדינה מכבדת את המיעוט הערבי ואת שפתו, וזהו ההבדל". אולם אני משער שיש כאן נקודה נוספת. מבחינתו, הכרה בכך שהערבית היא שפה רשמית – גם כשהיא שפה רשמית שנייה – משמעה במובן מסוים שהרשמיות הישראלית היא גם ערבית, שישנו מרכיב תרבותי ערבי כלשהו בזהות של המדינה. אין כאן רצון לפגוע במעמדה של הערבית כשפה המדוברת על ידי ערבים. אין לימין הישראלי, כידוע, שום כוונה לגרום לכך שהערבים ייטמעו ושהערבית תחדל להיות שפתם. אבל הם רוצים לומר שהמדינה היא יהודית באופן בלעדי – כלומר שייכת באופן בלעדי ליהודים – ולא מדינה יהודית בעיקרה, כמו כל מדינת לאום דמוקרטית שיש בה מיעוט לאומי ניכר, ולאחרים יש זכויות אישיות אבל אין להם חלק במדינה עצמה.

אגב, בהיבט המשפטי, לדעתי, לא השתנה דבר כתוצאה מהחקיקה הזאת מבחינת מעמד השפה הערבית. החוק כפי שהתקבל קובע שעברית היא שפת המדינה, ולערבית יש "מעמד מיוחד". כך מתחיל הסעיף הרלוונטי. אלא שלאחר מכן, לאור ההתנגדות שהייתה בעניין זה בקואליציה, היו חייבים להוסיף ערב חקיקת החוק תוספת הקובעת כי "אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית לפני תחילתו של חוק יסוד זה". כך שהסטטוס קוו לא ישתנה, אבל אנחנו מסרבים לומר שהשפה הערבית היא שפה רשמית שנייה. כך שאם מדברים על כוונת המחוקק, למחוקק היו במקרה זה שתי כוונות. האחת הייתה לפגוע במעמדה של הערבית ("לפגוע" יותר במובן של להעליב, לא לגרום נזק מעשי), והשנייה – להעמיד פנים שלא רוצים לפגוע במעמדה של הערבית. הבעיה של תומכי החוק היא שאת שהכוונה השנייה הם הכניסו

לנוסח החוק, ולכן, כשהחוק יגיע לבית המשפט העליון, בית המשפט יצטרך לפרש את מה שנאמר שם. ולפי דעתי זוהי פרשנות סבירה בהחלט של נוסח החוק כפי שהתקבל לומר: מה פירוש "המעמד שניתן בפועל לערבית לפני תחילת החוק"? האם זה אומר שצריך לספור את השלטים בערבית ולדאוג לכך שמספר השלטים האלה לא יפחת? לא. מבחינה משפטית, "המעמד שניתן בפועל" הוא מעמד משפטי, כלומר מעמד המשתקף בפסיקה של בית המשפט העליון. והמעמד של הערבית, כפי שנקבע בפסיקה של בית המשפט העליון עד לקבלת חוק הלאום, הוא מעמד של שפה רשמית שנייה. החוק המנדטורי שמתייחס לשפות, "דבר המלך במועצה", הגדיר את שתי השפות כרשמיות (אחרי האנגלית). הוא לא דיבר על ראשונה ושנייה. מובן שבישראל הייתה העברית תמיד השפה הרשמית הראשונה, וכך, לדעתי, צריך להיות, ופסיקת בית המשפט העליון נותנת ביטוי מלא לבכורה של העברית. הפסיקה קושרת במפורש את מעמד הבכורה של העברית להיותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. אולם בית המשפט גם חזר ופסק שערבית היא השפה הרשמית השנייה. אני חושב שהם יאמרו עכשיו כי מבחינה משפטית, מעמד הערבית עכשיו, בדיוק כפי שהיה לפני קבלת החוק, הוא של שפה רשמית שנייה. אומנם מנסחי חוק הלאום סירבו להכניס את הביטוי הזה לגוף החוק, ולכן אין לערבית מעמד חוקתי של שפה רשמית שנייה אלא רק מעמד משפטי, בעוד שמעמד העברית כשפת המדינה, לפי לשון החוק, הוא מעמד חוקתי מפורש. אם מישהו ירצה לבטל את מעמדה הרשמי של העברית, יהיה עליו להעביר תיקון לחוק היסוד, מה שדורש רוב של 61 חברי כנסת, בעוד שאת מעמדה הרשמי של הערבית אפשר לשנות באמצעות חקיקה רגילה (כפי שהיה גם לפני חוק הלאום). אולם עד שהדבר ייעשה, מה שלהערכתו מאוד לא סביר, אני חושב שהפירוש של הנוסח של החוק כפי שהוא, לא רק שאינו גורם כל נזק מעשי למעמד של הערבית, אלא שהערבית עדיין מוכרת כעת, כפי שהייתה מוכרת באופן רשמי ערב קבלת חוק הלאום – כשפה רשמית שנייה, כי כאמור זה המעמד ש"ניתן לה בפועל" לפני שחוק הלאום התקבל.

לדעתי, מה שנעשה בעניין השפה זו נבזות לשם נבזות, וכך אמרתי בוועדה. אמרתי שם כי פרשנות החוק אינה ביטול מעמדה של הערבית כשפה רשמית שנייה, אלא פשוט עלבון. מובן שעדיף לא להעליב, לא אנשים ולא עמים, קבוצות וקהילות, אבל אם כבר מעליבים מישהו, לפחות כדאי שהמעליב יפיק מכך תועלת מעשית. אם אין כל תועלת מעשית, והעלבון הוא לשם העלבה בלבד, זהו עלבון חמור יותר. וזה מה שיש כאן – עלבון טהור.

ובאשר למצב שנוצר עכשיו, בעקבות חקיקה זו: לפני שעבר החוק הייתה הנוסחה הכללית של מדינה יהודית ודמוקרטית, והוויכוח היה לגבי משמעויות כאלה ואחרות של נוסחה זו, אך הפרשנות המשפטית המוסמכת הייתה דומה מאוד לפרשנות הרגילה של מדינת הלאום הדמוקרטית: מדינה דמוקרטית המגלמת את העצמאות הלאומית

של העם היהודי. מה צריך לעשות כעת? עכשיו, לאחר שהוכנסה למעשה הפרשנות של המדינה היהודית בתור "קניינם הבלעדי של יהודים" לחוק היסוד, איננו יכולים להסתפק בהגדרה הכללית המסורתית. לגבי הדרישות לביטול החוק – ברור שאין לכך סיכוי פוליטי, וכאמור, עצם העיקרון של מדינת לאום יהודית הוא לדעתי עיקרון נכון וצודק, ויש לו מקום במערכת חוקי היסוד של ישראל – אבל בהחלט לא בנוסח זה. ולכן צריך לדרוש את תיקון החוק. צריך להיות חוק שמגדיר את אופייה של המדינה, המדינה היהודית והדמוקרטית, ובו צריך להיות כתוב בפירוש שמדינת ישראל היא התגלמות העצמאות הלאומית של העם היהודי. וצריך להיות כתוב בו גם שמדינת ישראל היא דמוקרטית, והיא מכבדת את שוויון הזכויות בין אזרחיה. בני בגין הציע תיקון לחוק הלאום, תיקון שהיה צנוע מאוד, ובסירוב לאמץ אותו אני רואה שערורייה. הוא הציע לומר שישראל היא מדינת לאום של העם היהודי, המכבדת את זכויותיהם השוות של כל אזרחיה. כעת, אני חושב שהמטרה צריכה להיות להגיד יותר ממה שבני בגין הציע, וללכת בעקבותיהן של אותן מדינות לאום שאימצו בחוקותיהן נוסחאות דומות למונח "מדינה יהודית" או "מדינת לאום יהודית".

חשוב לציין שבחוקותיהן של רוב המדינות הדמוקרטיות אין הצהרה ברוח זו. אין זה אומר שהמדינות האלה והחוקות שלהן ניטרליות מבחינה תרבותית או לאומית. רוב המדינות אינן כאלה, ורבות מהן "לא-ניטרליות" מבחינה לאומית ותרבותית באופן מובהק מאוד. אך הסיבה לכך שמרביתן אינן אומרות שהן מדינה של עם מסוים, שהוא הרוב, היא שאינן רוצות להכיר בכך שהמיעוט והרוב אינם משתייכים לאותו העם. הן רוצות להאמין, או לפעמים להעמיד פנים שהן מאמינות, שכל האזרחים של המדינה הזו הם עם אחד, לאום אחד, שותפים לאותה זהות לאומית. בכך יש היבט מכליל. בצרפת, למשל, לפחות לכאורה (למרות שהחילוניות הצרפתית כיום היא לאו דווקא מכלילה בכל מה שנוגע למיעוט המוסלמי), העיקרון הוא שכל האזרחים הצרפתים אמורים להשתייך לעם הצרפתי ולו בלבד, ולא יכולה להתקיים עמיות אחרת או זהות לאומיות אחרת בצרפת, זולת זו הצרפתית.

אולם במדינה כמו יוון, שהחוקה שלה היא אתנו-לאומית וכוללת מרכיב דתי חזק מאוד, העם היווני כולל בהגדרתו את הקהילה המוסלמית דוברת הטורקית ביוון, כיוון שלא רוצים להכיר בהם כמיעוט לאומי. אני חושד שמעטים מאוד ביוון באמת מאמינים ומרגישים שהמיעוט הזה הוא אכן יווני בזהותו הלאומית, כפי שההגדרה הרשמית קובעת, אם כי, כמובן, הם אזרחי הרפובליקה היוונית. לכן, מבחינת החוקה היוונית, אמירה שלפיה יוון היא מדינת לאום של העם היווני, לא תבטא את האופי הלאומי והתרבותי של המדינה, שהרי ברמה הרשמית כל האזרחים הם בני העם היווני. במדינות כאלה נהוג, בדרך כלל, להגדיר לאומיות אזרחית כמובן זה שהיא כוללת את כל האזרחים, אך לייחס למדינה את המאפיינים התרבותיים של הרוב (מעבר לעניין השפה, הקיים כמובן

גם בצרפת, ובעוצמה רבה). כך, החוקה כיוון נפתחת כמילים "בשם השילוש הקדוש". כמו כן, החוקה קובעת שנשיא הרפובליקה יישבע אמונים בשם השילוש הקדוש. כמה פוליטיקאים דתיים בישראל הציעו הצעה כזו כשקמה המדינה, ודרשו שנשיא המדינה יהיה לפי חוק יהודי, כביטוי סמלי פורמלי של אופייה היהודי, אלא שבן גוריון דחה את ההצעה. בחוקה היוונית מוגדר מעמדה של הכנסייה האורתודוכסית כ"כנסייה השלטת", ומוגדר הקשר הרשמי עם יוונים אתניים שחיים בתפוצות, וכמובן – היוונית כשפה רשמית. הצלב על דגלה של המדינה היוונית מבטא בבירור את האופי התרבותי שלה. יוון היא בשום אופן לא מדינה ניטרלית, אולם החוקה אינה אומרת שיוון היא מדינת הלאום של העם היווני, כי באופן רשמי העם היווני אינו עם הרוב אלא עם כלל-אזרחי. אולם ישנן כמה מדינות המכירות במפורש בכך שיש בהן עם שהוא הרוב, וישנן קבוצות משמעותיות של אזרחים בעלי זהות לאומית נפרדת, ומנסחי החוקה במדינות אלה רצו לומר במפורש שהמדינה היא מדינת לאום של עם הרוב. במצב כזה, איך מוודאים שלא תתקבל הפרשנות שלפיה המדינה שייכת באופן בלעדי לרוב, פרשנות שממנה משתמע כי בני מיעוטים הם דיירי-משנה, אזרחים, תיירים או משהו דומה? איך מונעים פרשנות כזו? ישנן דרכים לעשות זאת. הדוגמה הקלסית היא החוקה של קרואטיה. קרואטיה היא ללא ספק מדינת לאום עם היסטוריה עמוסה בלאומיות ובמתחים לאומיים, שחורות לאחרונה סכסוך לאומי מדמם ונורא. אם לומר בכנות, איני בטוח שיותר נעים להיות סרבי בקרואטיה מאשר ערבי בישראל, לא בדקתי זאת, אך איני משוכנע בזה. אבל החוקה של קרואטיה נכתבה על-ידי אנשים בני-תרבות שיודעים איך צריכה להיכתב חוקה של מדינה מודרנית מתוקנת, שרוצה להיות חלק ממשפחת המדינות הדמוקרטיות (במקרה של קרואטיה ומדינת אחרות במזרח אירופה, היה גם רצון להתקבל לקהילה האירופית), ולכן היא נכתבה בהתאם.

בחוקה כתוב שקרואטיה היא מדינת הלאום של העם הקרואטי ומדינתם של בני המיעוטים הלאומיים שהם אזרחיה, ואז יש רשימה ארוכה של מיעוטים לאומיים, כולל היהודים. מצטער, הם פסקו בניגוד לעזמי בשארה בוויכוח המפורסם אם היהודים הם קבוצה לאומית או רק דתית. הם מכירים ביהודים כלאום. איני יודע כמה יהודים יש בקרואטיה, לא הרבה כנראה. בכל מקרה, קרואטיה היא מדינת הלאום של העם הקרואטי, ומדינה (לא "מדינת לאום") של בני המיעוטים הלאומיים שבה, כולל רשימה מלאה של אותם מיעוטים. לאחר מכן כתוב: "ושל כל שאר האזרחים". אם אתה זר שהתחתן עם בחורה קרואטית נחמדה והתאזרת, אינך לא זה ולא זה. אינך שייך לעם הקרואטי כפי שהוגדר בחוקה וגם לא לאחד המיעוטים הלאומיים, אבל אתה אזרח קרואטיה, ומשום כך המדינה היא גם שלך. וכל האנשים האלה, כך אומרת החוקה בהמשך אותו משפט, נהנים משוויון זכויות מלא עם בני הלאום הקרואטי. הפירוש של לאומיות בקרואטיה הוא בדיוק מה שזה אומר כאן, השתייכות אתנו-לאומית המשותפת לרוב האזרחים,

אבל לא לכולם. אומנם המדינה מכריזה על אופייה הלאומי הקרואטי, אבל בה בעת היא אומרת כי העובדה שקרואטיה היא מדינת לאום של העם הקרואטי, אין משמעה שהיא אינה מדינתם של כל אזרחיה האחרים. קיימות נוסחאות דומות בעוד מספר "דמוקרטיות חדשות" במזרח אירופה. מקצתן מציינות במפורש את המיעוטים, ואחרות מדברות באופן כללי על כלל האזרחים. אפשר לקחת את זה צעדים ספורים שמאלה או ימינה, אבל זהו העיקרון.

אני חושב שזה הדבר שנכון לדרוש אותו עכשיו. להגיד: אנחנו לוקחים את ההגדרה הזו, של ישראל כמדינת הלאום היהודי, ואנחנו מוסיפים לה לא רק שוויון אזרחי, אלא הצהרה מפורשת שמדינת ישראל היא בית משותף, מולדת משותפת עבור כל אזרחיה. ואני חושב שיש לציין במפורש את המיעוט הערבי בהקשר הזה. לדעתי, הדבר חשוב מאותה הסיבה שמנסחי מגילת העצמאות, לאחר שהכריזו על הקמת "מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל", והתחייבו לשוויון אזרחי כללי, פנו בהמשך למיעוט הערבי באופן ספציפי, בשמו, כי כמו שאנחנו יודעים, מדובר ברוב מכריע מקרב האזרחים הלא-יהודים של מדינת ישראל, והבטיחו לו "אזרחות מלאה ושווה". זו צריכה להיות עתה מטרתם של אלה הרוצים שהמדינה זו תנסח את חוקי היסוד שלה באופן שהולם ערכים דמוקרטיים בסיסיים, באופן שיכבד את המדינה היהודית ולא יבייש אותה.

שבע הערות על חוק הלאום

מרדכי קרמניצר

האוניברסיטה העברית והמכון הישראלי לדמוקרטיה

שבעה חלקים בדבריי הקצרים: חוק היסוד כ"אני מאמין" של הימין הישראלי החדש; ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי; מדינה ללא גבולות פרסונאליים וטריטוריאליים; הרוב הלאומי-אתני היהודי נהנה ממעמד עליון; משפיל לעפר ארץ את המיעוטים הלא-יהודים; הערבים – אויב; גם מתנגדי החוק הם אויבים.

חוק יסוד: הלאום – ה"אני מאמין" של הימין הישראלי החדש

נקודת המוצא לבחינת חוק יסוד: הלאום, המאומצת כאן, היא בעיקר נקודת מבט פוליטית. מן הבחינה הזו, חוק היסוד מבטא באופן עמוק את הזהות הפוליטית של הימין הישראלי – הימין הישראלי החדש (שנמצא לא רק במפלגה הנושאת שם זה אלא גם במפלגות ימין נוספות, בהן הליכוד), שנטש את מורשתו הליברלית והחליף את הלאומיות בלאומנות. התעקשותם של מובילי החוק שלא לרכך אותו, שלא לשלם אפילו מס שפתיים לאופיייה הדמוקרטי של המדינה ולזכות לשוויון, מלמדת על הלך נפש של מיצוי ההישג הפוליטי שבשלטון הימין. הימין מבקש לומר קבל עם ועולם: אנחנו הימין החדש במשמעות שתוארה לעיל, חיכינו זמן רב להזדמנות לבטא את עצמנו באופן שיהיה נאמן לנו, להשקפת העולם היסודית שלנו, והינה, בחוק יסוד הלאום יש לנו הזדמנות להגשמה עצמית. ליתר דיוק, אנחנו מייצרים לעצמנו הזדמנות לבטא את תפיסת המדינה שלנו, כמו שהיא, כמעט ללא כחל וסרק, ובאופן כזה גם להטביע חותם משמעותי, בר-קיימא וקשה לשינוי, על זהות המדינה לעתיד לבוא. מבחינת השיח המובהק של הימין, המציג עצמו כמי שאין מאפשרים לו לשלוט אף שנבחר לשלוט ונמצא בשלטון – חוק היסוד הוא אקט לדוגמה של המשילות הרצויה מבית מדרשו של הימין. יש בו נימה של התרסה, כמעט הוצאת לשון כלפי מתנגדי החוק, מיצוי הכוח של הרוב ואי-נכונות להתפשר. מדובר בחוק יסוד – לא רק מבחינה פורמלית אלא גם מהותית – מדובר באבן הראשה

של המדינה, בזהותה ובאופייה. לכאורה, התבקש מאופיו זה של החוק שייעשה מאמץ להשיג לגביו רוב גדול, חוצה מחנות פוליטיים. לא כך נהג הימין. לא נעשה ניסיון של ממש לשנות את נוסח החוק כדי לאפשר הגדלת התמיכה בו, והוא עבר בכנסת, למרות התנגדות כללית של האופוזיציה. גם כשמדובר בחוק יסוד כזה, משמעות המשילות לפי הימין החדש היא – אנחנו עושים כטוב בעינינו ו"מצפצפים" על המתנגדים, כמו גם על ההשלכות השליליות הכרוכות בסוג כזה של חקיקה. מבין המסרים הגלויים יותר והנדרונים יותר, ואלה שהם גלויים פחות וחשופים פחות לאור הזרקורים, אתמקד בסוג השני של הדברים. למרות שגם מה שבולט פחות ונדון פחות אינו ממש מוסתר, וניתן לאתר בקלות.

ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי

סעיף 1(ב) לחוק היסוד קובע שהמדינה, מדינת ישראל, היא מדינת הלאום של העם היהודי. מתבקש להתייחס לאפיון המדינה כ"מדינת הלאום של העם היהודי". יש כאן עיגון לטענה שעולה מדי פעם, ולדעתי נשמע אותה יותר בעתיד, לפיה המדינה שייכת לעם היהודי בכללותו. ואם כך, לעם היהודי בכלל זכות להשתתף בניהול ענייני המדינה שהיא שלו, להשתתף בעיצוב דמותה ובקביעת דרכי התנהלותה ואורחות החיים בה. כך נובע באופן פשוט וישיר מן העובדה שהמדינה היא שלו. זאת, להבדיל מהגדרה שלפיה במדינת ישראל ממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית-לאומית. לא ברור מנין שואב מכונן חוק היסוד הישראלי לגיטימיות לקבוע קביעה כזו ביחס ליהודי העולם שלא בחרו בו, ושהוא עושה איתם את החסד המפוקפק – להעניק להם בפועל (לפחות להתיימר לכך) מעמד מעין-אזרחי בישראל, והופך אותם עקב כך לאנשים בעלי אזרחות כפולה ונאמנות כפולה. אין לו גם לגיטימיות כזו כלפי פנים, משום שרוב פוליטי אינו יכול להעניק כוחות אזרחיים-ריבוניים למי שאינם אזרחים – אינם חיים כלל במדינה ואינם נוטלים חלק בבנינה ובפיתוחה, וכך לדלל את אזרחותם של האזרחים הממשיים. האפיון הזה של המדינה מקבל בולטות מיוחדת על רקע העובדה שמי שאינם יהודים אינם מוזכרים כלל בהקשר של הבעלות על המדינה ושל הריבונות עליה. לכך עוד אשוב. מכל מקום, ברור שמדינה שהריבונות עליה אינה של אזרחיה אינה יכולה להיות מדינה דמוקרטית. ספק אם היא בכלל מדינה ריבונית. מן הבחינה הזו, חוק היסוד הוא אנטי-ציוני ומעודד חיים יהודיים בגולה. הציונות חתרה לשיבת היהודים למולדתם ההיסטורית, ואילו חוק היסוד מוותר על יסוד ההגשמה של הציונות – השבות לארץ. הריבונות על הארץ, לפיו, אינה מותנית בשבות.

מדינה ללא גבולות – פרסונאליים וטריטוריאליים

ישראל, לפי חוק יסוד הלאום, היא מדינה ללא גבול פרסונאלי הנקבע על ידי אזרחות ותושבות קבע בה. מבחינה תיאורטית, גם אם יעזבו התושבים היהודיים את המדינה, כולם או חלקם, היא תוסיף להיות מדינה יהודית מכוח קניינם של יהודי העולם בה. לא זו, אף זו: כידוע, אין לישראל גבולות, ולכן יש קושי לקבוע את זהותה ולשרטט את מאפייניה. קושי זה אינו ניצב בפני הימין החדש. חוק יסוד הלאום מבקש לקבוע את אופייה של המדינה בלי קשר למציאות הדמוגרפית. לפי שיטת הימין החדש, אם תספח ישראל שטחים בגדה המערבית (ואין הברדל אם פעולה זו תיקרא סיפוח או החלת החוק, הממשל והמנהל הישראלי, ובהחלט ייתכן שכך ייעשה, ובעתיד הלא רחוק) – היא תתקדם לעבר אפרטהייד מלא. יש להזכיר שהגורמים הפוליטיים שמדברים בלשון כל כך גבוהה ונשגבה על זכותו הטבעית של העם היהודי למדינה (ומזהים שלילה של הזכות הזו עם אנטישמיות), הם אותם גורמים עצמם שמתנגדים לקיומה של זכות טבעית מקבילה לפלסטינים, על ידי כך שהם שוללים את קיומה של לאומיות פלסטינית. בהיעדר זכות כזו, הקרקע הרעיונית לסיפוח – בשלה. כזכור, חוק היסוד עושה כן תוך השמטה מכוונת של אופייה הדמוקרטי של המדינה. במקרה של סיפוח שטחים, חוק היסוד מבשר משטר של אפרטהייד. יתרה מזו, הוא מעניק עיגון למשטר של אפרטהייד. הרי ברור שאם ישראל המספחת תעניק זכויות אזרחיות לתושבי השטחים שיוספחו, לא תוכל המדינה להישאר בפועל מדינתו של העם היהודי. הדרך היחידה להתאים בין אופייה העקרוני של המדינה למהותה המעשית תהיה שלילת זכויות אזרח בישראל מן הפלסטינים שיוספחו. כך מתחייב גם מתפיסת הפלסטינים כאויב מהותי ונצחי, שעליה אעמוד להלן. גם החלקים היותר הזויים בימין הישראלי מבינים שבלי קשר להצהרות חוקתיות, לא תהיה ישראל מדינה יהודית ללא רוב יהודי משמעותי. סיפוח משמעותי ורוב יהודי מחייבים משטר של אפרטהייד. אל נכון, גם עתה אין לתושבי השטחים זכויות אזרחיות, אך המציאות הזו מתקיימת במצב של תפיסה צבאית של השטח, שאמורה להיות זמנית. מזה זמן שישראל חרגה במובהק מתפיסה צבאית של השטחים, והזמניות התבררה כהונאה. ועם זאת, במקרה של סיפוח, מדובר באזרח פורמלי של מצב צבאי ובמעמד קבע מוצהר של השטח ושל תושביו. במצב כזה, אך טבעי הוא שכל תושבי השטח יהיו אזרחים שווים. זו אכן הייתה תפיסתו של הימין הישן ושל מי שנשארו ממנו לפליטה. נגד הטבעיות הזו יוצא חוק היסוד שמקבע את המדינה כיהודית – תהא המציאות הדמוגרפית אשר תהא. לא מן הנמנע שיונהג בהקשר זה מהלך של "ישראלוף", שיאפשר לכאורה לתושבים המסופחים לקבל אזרחות ישראלית. ואולם, ברור שהתנאים לכך יהיו כאלה שרק מתי מעט, אם בכלל, יקבלו בפועל אזרחות ישראלית. בהקשר זה יכולה מזרח ירושלים, שבה ניתן לבקש אזרחות ישראלית אך כמעט שלא ניתן לקבלה, לשמש

דוגמה לצפוי. גם מי שמסרכים להעלות את הביטוי אפרטהייד על דל שפתותיהם, לא יוכלו להימנע מכך – אם ינהגו ביושר. חוק היסוד אינו מסתפק בכך. הוא יוצר תשתית להשתלטות על קרקע פלסטינית ולסיפוח דה־פקטו בדמות התיישבות יהודית בשטחי הגדה המערבית, שהוא מעניק לה לגיטימציה חוקתית חזקה. חלפו הימים שניתן היה להעמיד פנים שמדובר במהלך זמני והפיך. ברור שמבחינת הימין החדש – ההיפך הוא הנכון. מדובר בהתיישבות קבועה שאינה יכולה להיעקר. בסעיף 7 בחוק היסוד נדרשת המדינה "לעודד ולקדם הקמה וביסוס" של התיישבות יהודית. מאחורי ההוראה הזו ניצבת תפיסה אקסטרה טריטוריאלית. הערך המפורש שביסודה הוא ערך לאומי. הוא מצטייר כערך עליון, וברור בעליל שהוא אינו מוגבל ואינו נעצר על ידי איזשהו קו חסר משמעות בדמות הקו הירוק. לפי לשון החוק אין מדובר בפעילות שהיא בסמכותה של המדינה, אלא בעשייה המגשימה חובה המוטלת עליה. ברור שפינוי יישוב יהודי בגדה כפעולה חד־צדדית לקידום הסדר או במסגרת הסכם שלום אינו יכול לבוא בחשבון, שכן הוא נוגד את המצווה החוקתית לקדם ביסוס של יישובים יהודיים. כאשר ראש הממשלה מצהיר שלא יהיה פינוי כזה לעולם, יש לדבריו ביסוס חוקתי.

הרוב הלאומי־אתני היהודי נהנה ממעמד עליון

מאחורי ההיבטים האלה של חוק היסוד מסתתר רעיון יסודי יותר, עמוק יותר. מי שיזם וחתום על הצעת החוק הראשונה, חבר הכנסת אברהם דיכטר, הרבה לנמק את ההצעה בכך שגם לרוב יש זכויות. לא היה ברור מה הוא אומר ומדוע הוא אומר זאת. האם מישוהו כופר בכך שלרוב יש זכויות? מישוהו יכול לכפור בכך? ברור שלרוב יש זכויות, ומכוח היותו רוב יש לו גם יכולות להגשים את עצמו ואת מאווייו בדרך מובהקת ומשמעותית מאוד. לקח זמן עד ש"נפל אצלי האסימון". הכוונה אינה שגם לרוב יש זכויות, אלא שלרוב יש יותר זכויות, לרוב יש עליונות. זהו טיבו האמיתי של חוק הבלע הזה: הוא חוק העליונות היהודית במדינת ישראל. וכדי להסיר כל ספק, כדי להעביר את המסר הלא־ייאמן הזה במלוא חדותו ועוצמתו המבהילות, היה צריך להימנע מאזכורם של האזרחים הלא־יהודים כמי שהם בעלי זיקה קניינית־ריבונית למדינה. היה צריך – לשיטתם של יוזמי החוק ותומכיו – להימנע מאזכור דמוקרטיה ושוויון. כל אזכור כזה מעמעם את המסר החשוב מכול – עליונות יהודית. התנהלותו זו של המחוקק הביאה לכך שישראל שברה את השיא של לאומנות גסה ומדירה. איני מכיר חוקה בעולם המעיין־דמוקרטי או הקורא לעצמו דמוקרטי, גם במדינות הכי לאומניות, שבה מתקיימים שני אלה: הראשון – לא מזכירים בהגדרת המדינה שיש בה גם אזרחים, יחידים ומיעוטים לאומיים שאינם שייכים לרוב הלאומי (מה שקיים בחוקות מאוד לאומניות, לרבות בחוקה ההונגרית); והשני, שברמה החוקתית – המוצהרת, המפורשת – לא מדובר על שוויון

לכלל האזרחים. היעדרם של שני אלה אצלנו הוא חידוש מבית היוצר הישראלי – שלא לתפארת מדינת ישראל.

משפיל לעפר ארץ את המיעוטים הלא-יהודיים

למתכונת החוקתית החסרה הזו מצטרף נתון נוסף: חוק יסוד הלאום מעלה לשמיים את חשיבותו של הלאום היהודי, אך בה בעת הוא נמנע מהכרה בזכויות הקבוצתיות-תרבותיות של המיעוטים שאינם יהודים, זכויות שנובעות מן הזכות לכבוד אנושי. וכדי להוסיף פצע לחבורה, הוא מפחית ממעמדה של השפה הערבית. בכל אלה בועט החוק החוצה מן המדינה את האזרחים והמיעוטים הלא-יהודיים. הוא מבצע בהם טרנספר סמלי, ומשפיל אותם. בכך מזהה החוק את המדינה היהודית עם השפלת האחר, שאינו יהודי, ועם רמיסת תחושת הערך העצמי שלו.

היחס הזה כלפי הערבים – אויב

ההיבט הזה של חוק היסוד מתקשר היטב ליחסו של הימין החדש כלפי הפלסטינים וכלפי אזרחי המדינה הערבים-פלסטינים. העם הפלסטיני – לפי הנרטיב של הימין החדש, ש"נמכר" בהצלחה לרוב היהודי – הוא אויב מהותי ונצחי של מדינת ישראל ושל תושביה היהודים, והאזרחים הערבים הם חלק מהעם הפלסטיני. משום שמדובר באיבה נצחית ובלתי-ניתנת לשינוי, לא ייתכן שלום עם הפלסטינים, וגם אין חשיבות למעשיה של ישראל וליחסה שלה כלפיהם. דבר אינו יכול לעזור וגם לא להזיק, אף לא ההתנחלות היהודית בגדה. גם אם מכירים בהבדל בין האזרחים הערבים בישראל לבין הפלסטינים בשטחים, ורבים אינם מכירים, עדיין מדובר – לפי הנרטיב של הימין – במיעוט שאינו נאמן למדינה, משום שאינו מקבל את התפיסה הציונית שביסוד המדינה. ומכאן, שמעמדו האזרחי במדינה הוא מלכתחילה מעורער, בעייתי, ולכל היותר חלקי. הערבים אמורים להבין, לקבל ולהפנים זאת, ולהודות על מה שהם מקבלים מהמדינה. וכאן "תרומתו" המכרעת הנוספת של חוק היסוד למדינת ישראל ולחברה הישראלית: החוק נועד להגביה חומה, כך שלא ניתן יהיה לעבור אותה, בין המדינה והרוב היהודי למיעוט הערבי. החוק נועד להנציח ניכור ואיבה בין יהודים לערבים, בין המדינה למיעוט הערבי. כיצד? על ידי הפיכת יהודיותה של המדינה ליסוד שלא-יהודים שמכבדים את עצמם אינם יכולים לקבלו. אם זו יהודיותה של המדינה, הם נדחפים לשלילת קיומה של המדינה כמדינה יהודית. כאשר הם שוללים את קיומה כמדינה יהודית, הם מוציאים עצמם ממעגל ההשתתפות הפוליטית לפי חוק יסוד: הכנסת, סעיף 7(א). ככל שמאפשרים להם להשתתף בכחירות, לפי המתכונת החוקתית הזו, מדובר בחסד יותר מאשר בזכות.

ברור, לפי גישה זו, שהערכים אזרחי המדינה אינם כשירים להשתתף בממשלה בישראל או אף להיות חלק מגוש התומך בממשלה מבחוץ.

גם מתנגדי החוק הם אויבים

טעות היא לחשוב שהמחלוקת על חוק יסוד: הלאום מצטמצמת למחלוקת בין יהודים לערכים. היא משתרעת גם על כל התומכים בחוק ועל כל המתנגדים לו. משום שהימין החדש, הפופוליסטי, רואה עצמו כדובר היחיד הלגיטימי של העם ובשמו, ההתנגדות לחוק נתפסת בעיניו בלתי-לגיטימית. כדי להדגיש זאת מתוארים המתנגדים, באופן שקרי, כאנטי-ציוניים, כמי שמתנגדים לישראל כמדינה יהודית. ומכאן שאין מדובר ביריבים פוליטיים אלא באויבים, אויבים מבפנים, שהם שותפים לאויבים אחרים – מבפנים ומבחוץ. בכך משיג לעצמו מחנה הימין הישג נוסף – הוא מפחיד את מחנה המתנגדים ומרכז את התנגדותו. חוק יסוד: הלאום דורך על הדמוקרטיה הישראלית ומבזה אותה. הוא מפחית בכוונת מכוון מחשיבותו ומערכו של השוויון. בהופכו את המחנות הפוליטיים בישראל לאויבים בשאלת יסוד שיש לה חשיבות מופלגת הוא מעמיד בסכנה את הדמוקרטיה הישראלית. אכן, "צלחה" דרכו של חוק יסוד: הלאום – הוא יצר משחק סכום אפס בין יהודיותה של המדינה לבין הדמוקרטיה שלה. הוא שלל קיום הדדי שלהן, והכריע לטובת יהודיות המדינה תוך הבסת הדמוקרטיה שלה.

הדמיון החוקתי החדש של ישראל: חוק הלאום ומעבר לו

אמל ג'מאל
אוניברסיטת תל אביב

מבוא

חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום) עורר תשומת לב רבה בקרב חוקרים ואנשי תקשורת בישראל ובעולם. חוקרים שונים עמדו כבר על המניעים שהובילו לחקיקתו (Jamal, 2018; Ben-Youssef & Tamari, 2018; Rabinovitch, 2018), ויש הטוענים כי חוק היסוד החדש צריך להיבחן על רקע תהליכים ומניעים רחבים יותר, פנימיים וחיצוניים כאחד (Jamal, 2016). במאמר זה אתמקד במידה שבה חוק הלאום החדש הוא חלק ממאמץ רחב יותר לייצר זהות חוקתית חדשה, השואפת להיבדל מזו שאפיינה את המדינה עד השנים האחרונות. טיעון זה יוצג באמצעות דקונסטרוקציה מדוקדקת של סעיפי החוק המרכזיים, התייחסות לפרוטוקולים של ועדת הכנסת המיוחדת אשר הכינה את החוק לפני הצגתו (הכנסת, 2018), והודעות לעיתונות של פוליטיקאים אשר הובילו את קידום החוק. הניתוח שיובא להלן מבחיר כי החוק החדש משקף דמיון חוקתי הנטוע בשינויי עומק חברתיים ופוליטיים בישראל. האליטות החברתיות והפוליטיות החדשות מנסות להפוך את הזהות החוקתית של ישראל מזהות המבוססת על עמימות חוקתית קונסטרוקטיבית, שגם אם אינה מחויבת לערכי היסוד החוקתיים, כפי שהם מנוסחים במסמכי היסוד של המדינה, היא משאירה אופק עתידי פתוח למימושם, לזהות המבוססת על ערכים אתנורתיאולוגיים מדירים ומקובעים. האבות המייסדים של מדינת ישראל סברו כי שילוב ערכים ליברליים לצד הערכים הלאומיים במגילת העצמאות הוא כלי קונסטרוקטיבי, אשר יכול לשרת את הדימוי הדמוקרטי של המדינה. אותם אבות מייסדים מצאו טעם בשילוב זה, גם אם לא היו מחויבים לחלוטין למשמעויותיהם של אותם ערכים ליברליים. לעומתם, האליטות ההגמוניות של ימינו מחויבות לדמיון חוקתי חדש, הגורס כי שילוב זה אינו נחוץ ואפילו מסוכן.

הטיעונים העיקריים מבוססים על ניתוח טקסטואלי יסודי של חוק הלאום. כדי להיטיב להבין את משמעותו, יוצג החוק על רקע המציאות הישראלית הפוליטית המורכבת, ובעיקר על רקע ההקשרים הלאומיים וההיסטוריים הרחבים יותר שבהם מתבצעת החקיקה. גישה זו מאפשרת לנו להדגים טוב יותר את משמעות החוק, במיוחד כאשר הוא נקרא תוך בחינה של שלוש רמות שאליהן נתייחס להלן. הרמה הראשונה היא הפלסטינים – אזרחי ישראל ואלו שאינם אזרחים. ברמה הזו החוק משנה את היחסים בין יהודים לפלסטינים מיחסים המבוססים על חילוקי דעות ליחסים בין בעלי בית זרים, ירודים ואויבים. החוק מציג את היהודים כאדוני הארץ הבלעדיים, ואף מגדיל לעשות ומציג אותם במונחים של שבט סגור. הפלסטינים – אזרחי ישראל ואלו שאינם אזרחים – מוצגים לא רק כתושבים ארעיים אלא גם כאויבים, אשר נגזר גורלם להיכנע או למות. המסגור השמיטיאני של החוק נטוע בתפיסה מהותנית של הפלסטינים, אשר עצם זהותם ונוכחותם כאוכלוסייה ילידית מוצג כחריג, ומצדיק צעדים פוליטיים חריגים של הכוח הריבוני (Schmitt, 1988).

הרמה השנייה שנתייחס אליה להלן קשורה לכך שחוק הלאום מרוקן למעשה את האזרחות הישראלית מתוכן מהותי, ומתייחס לשוויון זכויות כאל נקודת חולשה הדרושת טיפול ותיקון. עקרון שוויון הזכויות נתפס בחוק כסותר את שיטת הממשל הרובנית במדינה (majoritarianism). שלטון הרוב, לפי הגיון החוק, מצדיק נקיטת אמצעים יוצאי דופן, הנדרשים כדי להבטיח את הזהות הלאומית הייחודית של המדינה. תובנה מדירה זו מתנגשת עם ההבטחה ההיסטורית שלפיה התרומה לטוב הקולקטיבי המשותף של העם תביא לשוויון זכויות בין מרכיבי השונים. הבטחה זו, שעוגנה במגילת העצמאות, היא שעמדה מאחורי נכונותם של בני העדה הדרוזית להתגייס לצבא ולדאוג לביטחון המדינה (Firro, 1999). המשבר העמוק עם בני עדה זו בעקבות חקיקת חוק הלאום ממחיש את משמעות החוק ואת השלכותיו בהציבו גבול אתנו-לאומי ברור בין מי שהמדינה שייכת לו ובין אלה שעל בסיס זהותם, ולא מעשיהם, לעולם לא יוכלו ליהנות משוויון זכויות במדינה היהודית. הדרוזים מחו נמרצות נגד החוק, וטענו כי הזהות החוקתית החדשה של ישראל הופכת אותם לשכירי חרב הפועלים בשירותה של מדינה שאינה שייכת להם עוד (Jamal, 2018; ג'מאל, 2018; והבה, 2019). אותו סדר "דמוי-אפרטהייד", לטענת מקצתם, מבוסס על הבחנה אתנו-דתית בין יהודים למי שאינם יהודים, ולא על אופי היחסים בין האזרחים למדינה.

רמת ההבחנה השלישית מבוססת על עקרון הנאמנות והכניעה לסדר החוקתי החדש. הבחנה זו מתייחסת ליהודים ליברלים (שמאלנים), המואשמים בבגידה במחויבויותיהם הלאומיות בכך שהם מבטאים נאמנות לערכים אזרחיים אוניברסליים (מטר, 2019). ניתוח הטקסט חושף את הדמיון החוקתי המתיישב-קולוניאליסטי שעליו מבוסס החוק, דמיון חוקתי המבוסס על נרטיב ליניארי החותר לעקוף את עצמו ובכך להסתיר

את עקבותיו (Veracini, 2012: 98). זהו נרטיב מדיר. הוא אינו מכבד את מקומם של הפלסטינים ומאפשר מחיקה של עקבותיהם הלאומיים והתרבותיים. נרטיב זה מקדם פוליטיקה של הכחשה, ויותר מזה – על בסיס הנרטיב החדש, כל ניסיון לתרגם את זכויותיהם ההיסטוריות והאזרחיות של הפלסטינים לכדי סדר חוקתי של המדינה, לעמוד על ההקשר ההיסטורי שבו נוסדה ועל הנוכחות הדמוגרפית של מיליוני פלסטינים ילידים באותו תא שטח שבו מתקיימת המדינה, הופך לעבירה פלילית. במילים אחרות, להלן נמחיש שהדמיון החוקתי הנטוע בחוק מוביל למיסוד של עליונות והגמוניה יהודית-ציונית בכלל השטח שבין הירדן והים. כך, תורת המשפט הופכת לאמצעי טרנספורמטיבי במטרה לבסס סדר חוקתי אתנר-איולוגי חדש, שאינו מכבד את העמימות החוקתית אשר נקבעה על ידי האבות המייסדים באמצעות מגילת העצמאות. הדמיון החוקתי החדש חוסם את האופק החוקתי הפתוח יחסית שהוגדר במגילת העצמאות, שבה מדינת ישראל מוגדרת אומנם כמדינה יהודית המתבססת על הנרטיב הציוני, אך מותירה פתח לאפשרות של שוויון אזרחי בעתיד, שוויון המותנה בהתנהגותם של אזרחיה הפלסטינים של המדינה. החוק החדש מעדיף זהות חוקתית אתנר-דתית על פני "דת אזרחית" משותפת שתוכל להתבסס בעתיד.

החוק החדש לא ציץ יש מאין. הוא קשור לתהליכי עומק חברתיים המתרחשים בחברה הישראלית, ובמיוחד לעלייתן של אליטות חדשות הנוטות להיות יותר מיניות, לאומניות, שמרניות ודתיות (אלבז וגולן-נדיר, 2018; אלמוג, 2004; קימרינג, 2011; Peled & Peled, 2019; Feige, 2009). האליטות החדשות צברו בהדרגה כוח תשתיתי, והן שולטות כיום ברבים ממוסדות המדינה, בכללם כוחות הביטחון (לוי, 2015). חוק האום הוא ביטוי לעלייתן של אותן אליטות, אשר הפכו את אמונותיהן האתנר-איולוגיות המסוגרות מתפיסה נישתית לזהות חוקתית אוטופית השלטת במדינה. אותו חזון אוטופי שואף לייצר זהות מלאה בין "ארץ ישראל" ל"עם ישראל" ול"מדינת ישראל" על בסיס ההבטחה האלוהית. שאיפה זו מונעת כל אפשרות לפיוס בין הפן היהודי לפן האזרחי של המדינה.

דמיון חוקתי ותיאולוגיה אוטופית

סוגיית הדמיון בפוליטיקה משכה תשומת לב מחקרית רבה במהלך העשורים האחרונים. מונח הדמיון, שנתבע במקור על ידי ויקו (Vico, 2002), התפתח בנתיבים שונים, החל מהמושג של קהילה מדומיינת (Anderson, 1983), דרך דמיון סוציולוגי (Mills, 1959), ועד להגדרתו של הדמיון כמושג מרכזי במבנה היחסים החברתיים (Riendeau, 2014). אחד הנתיבים החשובים בהקשר זה הוא המושג של דמיון חברתי (Berger & Lockman, 1966). בעיני צ'רלס טיילור (Taylor),

למשל, דמיונות חברתיים משקפים "את האופן שבו אנשים מדמיינים את הקיום החברתי שלהם, כיצד הם מתחברים לאחרים, כיצד דברים מתנהלים בינם לבין חבריהם, הציפיות שנענות בדרך כלל וכן תחושות ודימויים נורמטיביים עמוקים יותר המייצרים את אותן ציפיות" (2003: 22-25). ליתר דיוק, אנו עוסקים כאן במושג של דמיון פוליטי, אשר נוגע ליחסים בין הדמיון החברתי לבין שאלות של כוח ועוצמה ושל האופן שבו דמיונות מצדיקים ומגבים מבני כוח, יחסים חברתיים והתנהגות פוליטית. פילוסופים פוליטיים רבים התייחסו לחשיבות הדמיון בהוויה האנושית, החל מאפלטון ואוגוסטינוס ועד קאנט (2013), מרקס (2004), טיילור (2003), בוטיצי (2014), ובהקשר הישראלי – אזרחי (2012). כיוון שכל אחד מהם תיאר שימוש שונה בדמיון פוליטי, אפשר לומר שמופעים שונים של המושג משרתים מטרת שונות בחיים הפוליטיים. דמיון פוליטי נשען על מיתוסים, על פחדים ועל תקוות, ומהווה מקור לסדר מדומיין (Renger, 2014). דמיון פוליטי מווסת ומעניק משמעות לרגעים שמסמלים את היווצרותם של חיים שונים, אשר יהפכו מאותו רגע לחלק מהחוויה הקולקטיבית. לכן, לדעתו של ויקו (Vico), אם להיסטוריה האנושית יש משמעות, לא מדובר במשמעות נגזרת מהיגיון רציונלי העומד בבסיסם של אירועים היסטוריים, אלא בהשלכה של הסדר הנורמטיבי על אותם אירועים – סדר הנובע מדמיון ומנורמות אנושיות (Cassin, Apter, 2014: 520). בעיניו של קאנט, לדמיון ישנו אופי יצרני, המאפשר לנו לגבור על מכשולים קוגניטיביים והכרתיים הנובעים ממגבלות חושניות (קאנט, 2013; סנדרוביץ, 2017).

מושג הדמיון נפוץ במדעי החברה בכלל, אך המונח "דמיון חוקתי" (constitutional imagination) כמעט ואינו בשימוש. אף שמדובר בתת-קטגוריה חשובה של דמיון חברתי, הוא הוכנס לשימוש רק לאחרונה בהקשר של בניית חוקה על ידי מרטין לופלין (Loughlin, 2015). כפי שהדגים לופלין, הדמיון נטוע עמוק בבסיסו של כל תהליך חברתי של יצירת זהות, ובמיוחד כאשר תהליך כזה מנוסח באופן רשמי כטקסט מחייב, דוגמת חוקה. לכן, בחינה של הדמיון המוטמע בתהליך עיצוב החוקה מאפשר העמקה בהיבטים חוקתיים, יצירתיים וחיוניים. יש צורך לבחון את המאפיינים העיקריים של זהות חוקתית המדומינת על ידי אומה כזו או אחרת. על אחת כמה וכמה כאשר לוקחים בחשבון את העובדה שלחוקה יש מעמד מיתי, המתייחס לדמיון האומה במהלך ההיסטוריה, ואת התמודדותה אל מול אתגרים פנימיים וחיצוניים (Edelman, 1985; Cassirer, 1974). חוקות נפתחות בדרך כלל בנרטיב שקדם לסדר החוקי, המוסדי והממשלתי המוצג בחוקה עצמה (Orgad, 2010; Bali & Lerner, 2017). נרטיב זה כולל תפיסות דומיננטיות של העבר, תיאור העתיד הרצוי והפעילויות שצריכות להתבצע בהווה כדי לחבר בין העבר לעתיד. מצבה הנוכחי של האומה, כפי שהוא מתואר במסמך החוקתי, הופך להיות כלי

מרכזי להבטחת הנוכחות הנצחית שלה כסוכן היסטורי. ההקדמה לחוקה משלבת שתי תכונות חשובות, והן הזיכרון שמביט אל העבר והדמיון ששזור את העבר בהווה ובעתיד. היות ומציאות פוליטית זקוקה לאשרור של בסיס לגיטימציה סימבולי הקשור באופן עמוק למקור קדוש או לצורה כלשהי של ייצוג עצמי קולקטיבי, הצהרות עצמאות או חוקות שימשו מאז ומעולם בסיס לגיטימציה סמלי חשוב במדינות המודרניות (Marmor, 2003; Barnett, 2007). בסיס זה קשור באופן עמוק לתפקידו המרכזי של הדמיון כממד יסודי של כל קהילה פוליטית (Frank, 2010).

הפילוסוף הצרפתי פול ריקר (Ricoeur, 1991) השקיע מאמצים רבים בהוכחת מקומו המרכזי של הדמיון בחיים הפוליטיים. ריקר הבחין בין דמיון פרודוקטיבי, אשר בא לידי ביטוי באידיאולוגיה, לבין דמיון פרודוקטיבי, המתבטא באוטופיה (שם). דמיון פרודוקטיבי מניח כי קיימת מציאות מקורית, וכי הדמיון לעולם אינו העתק מדויק שלה. דמיון פרודוקטיבי אינו שכפול ואינו מוכתב על ידי מציאות מקורית, אלא קשור ל"אפשרות של השום מקום בהקשר למצבנו החברתי" (Ricoeur, "Lectures", צוטט אצל Taylor, 2006: 96). דמיון פרודוקטיבי עוסק בהבניה של מציאות עתידית מדומיינת שאינה שכפול של המציאות הקיימת, ועם זאת אינה מנותקת ממנה לחלוטין. על אף האבחנה האנליטית שמבצע ריקר בין אידיאולוגיה לאוטופיה, יחסי הגומלין ביניהן הם עדיין ממד חשוב במציאות הפרקטית של יצירת חוקה.

על בסיס יחסי הגומלין בין אידיאולוגיה ואוטופיה, לופלין טוען כי "דמיון חוקתי מתייחס לאופן שבו חוקות יכולות לרתום את כוחם של הנרטיב, הסימבול, הטקס והמיתוס כדי לייצר תיאור של קיום פוליטי באופן שמעצב – ומעצב מחדש – את המציאות הפוליטית" (Loughlin, 2015: 11). לדעתו, הרעיון של ייצוג עצמי קולקטיבי "ניצב בלב הדמיון החוקתי ומשמעותו נקבעת על ידי האינטראקציה בין תפיסות האידיאולוגיה והאוטופיה" (שם).

ג'ורג' טיילור מבהיר שכדי שדמיון כזה יהיה יעיל, הוא אינו יכול לצוץ יש מאין או להיות חסר היגיון (Taylor, 2006). עליו להתבסס במידה מספקת על מציאות קיימת, כך שהמרחק הפרודוקטיבי אינו "גדול מדי" (Taylor, 2006: 98). לכן, עליו לשנות קטגוריות קיימות כדי להצביע על "סוג חדש של מציאות" (Taylor, 2006: 96).

תפקידה של האוטופיה הוא להדגיש את האקראיות של הסדר הקיים על ידי הצגת גרסה של מה שיכול להיות, גרסה שאינה חלום באספמיה. אף כי המאפיין המרכזי של הדמיון החוקתי אינו "מידת היכולת לממשו" אלא שימורה של "אופוזיציה", הוא עדיין שואף להיות סכמה שמבקשת להתממש (Loughlin, 2015: 13).

קנת בירק (Burke) העלה בעבר טיעון דומה כשאמר ש"חוקות הן כלים אגוניסטיים. הן כוללות אויב, באופן מפורש או מובלע... בפרויקטים מסוג זה, נעשה ניסיון, בכלים ורביילים או סימבוליים, לבסס קבוע מוטיבציוני מסוג מסוים, לעומת משהו שנחשד

כמהווה סכנה לאותו קבוע" (1945, מצוטט אצל 15: Loughlin, 2015). טבען הבעייתי של חוקות מתבטא במאבק בין אוטופיה של סגירות לבין אוטופיה של פתיחות. בעוד השנייה מבוססת על דמיון פתוח של אפשרויות, אשר הוצג באמצעות הנוסחה הדרידריאנית של משהו "שעתיד לבוא" (Derrida, 2005), הראשונה מבוססת על פילוסופיה של זהות, כנוסחה קבועה וידועה מראש שיש להגן עליה, ובכך לאששה מחדש.

הספרות המחקרית הקדישה תשומת לב לדמיון חוקתי ולקשריו למיתוסים ולהיסטוריה אגדתית, אך הקשרים בין דמיון חוקתי לתיאוריה קולוניאלית לא זכו לתשומת לב רבה (Tully, 2009; 1995). עם זאת, בשנים האחרונות יוחדה תשומת לב מחקרית לקשרים ההרדיים שבין דמיון פוליטי, סדר חוקתי וקולוניאליזם (Rana, 2014; 2010; Mantena, 2010; Pitts, 2005; Hornqvist, 2004; Muthu, 2003; Spencer, 1997; Pagden, 1995; Tully, 1993). יותר ויותר מחקרים עושים מאמץ לבחון את היחסים בין חוויות קולוניאליות מן העבר ומבני כוח עכשוויים, במה שמוכר כיום כדמוקרטיזציה קולוניאלית (Allen, 2005; Tully, 2016). מספרם ההולך וגדל של מחקרים העוסקים בקשר שבין תיאוריה פוליטית וקולוניאליזם מצביע על החשיבות בהפניית הזרקור אל המחויבות האידיאולוגית של תיאוריה פוליטית לדמיון ליברלי ובחשיפת ההשלכות העכשוויות של הקולוניאליזם (Mills, 2015; Pitts, 2010; Pateman, 2007; Tully, 2005; Nichols, 2005). קביעה זו נכונה במיוחד כאשר מדובר במציאות התיישבותית-קולוניאליסטית (settler colonialism) שבה ננקטים אמצעים חוקתיים יוצאי דופן על ידי הלאומיות ההגמונית כדי למנוע מיסוד כלשהו של זכויות האוכלוסייה הילידית (Martinovic & Verkuuyten, 2013; Gausset, 2011; Knrick, & Gibb, 2011). צעדים חריגים אלו זוכים ללגיטימציה כדי להגן על הזהות הלאומית הבלעדית של המדינה באמצעות מחיקת עקבותיו של העבר הקולוניאלי.

בשנים האחרונות שימשה התיאוריה התיישבותית-קולוניאלית בין השאר גם בהתייחס למקרה הישראלי (Jamal, 2018; Salamanca, Qato, Rabie, & Samour, 2012; Lloyd, 2008; Makdisi, 2012). אך המחקרים החשובים בתחום לא התייחסו ליסודות האידיאולוגיים והאוטופיים של התהליך החוקתי המתרחש בישראל. קביעה זו נכונה במיוחד כשמדובר בתהליך החוקתי ובתוכנו של חוק הלאום השנוי במחלוקת. המחלוקת סביב החוק השתקפה בתהליך הארוך שנדרש לאישורו ברוב בכנסת. סביב החוק התעוררו דיונים סוערים. קצרה היריעה מלתאר את כלל הוויכוחים, אך אפשר להגדיר מספר עמדות שהתפתחו במרחב הציבורי הישראלי סביב החוק. המחנה הראשון הוא זה של תומכי החוק. חלק מן המחנה הזה רחב את הביקורת כלפיו, ולזל במשמעותיותו ובהשלכותיו, וטען כי החוק בסך הכול מתרגם את המציאות שהתקיימה במשך שנים רבות בישראל והופך אותה לחוק יסוד (בקשי, 2018). מתנגדי החוק נחלקו ביניהם על-פי הסיבות שבגללן התנגדו לחוק. המתנגדים הפרגמטיים טענו שהחוק מיותר ואינו נחוץ. הם הוסיפו שכיוון שהחוק אינו מחדש, הוא מייצר אכזבה ותסכול מיותרים בקרב אזרחי ישראל שאינם יהודים,

אשר מרגישים שהחוק מוריד אותם לדרגה של אזרחים סוג ב'. המתנגדים לחוק בגלל תוכנו ומשמעויותיו החוקתיות על זהותה של ישראל טוענים כי הוא משנה לא רק את המציאות החוקתית בישראל, אלא אף את זהותה החוקתית של המדינה, ומייצר בפועל מציאות של אפרטהייד (קרמניצר, 2018).

הניתוח הנוכחי יכול לסייע בהבנת השינויים המתרחשים כיום בישראל, להבהיר את חשיבותו של החוק לאור הייחודיות התיאורטית של המקרה הישראלי, ולקבוע מי מבין שני המחנות שהוזכרו לעיל בנוגע למשמעויותיו והשפעותיו של החוק צודק. דקונסטרוקציה של השיח סביב חוק הלאום וחשיפת הדמיון החוקתי המוטמע בשיח זה מאפשרים לנו לטעון שהחוק אינו מהפכני ביחס להיסטוריה הציונית. ובכל זאת, החוק מתרחק מהטיעונים הליברליים המתוחכמים המשמשים בדרך כלל להסתרת ההיסטוריה ההתיישבותית-קולוניאליסטית של ישראל, ומדגים את הנחישות לייצר שיח חדש המאורגן סביב היררכיות אתנו-תיאולוגיות ותורת עליונות פוליטית.

היסטוריה קצרה של החוק

טיעונים אלו נסמכים על ההקשר ההיסטורי והחוקתי אשר לאורו יש להבין את החוק. ישראל החלה בתהליך הדרגתי של יצירת חוקה בראשית שנות החמישים של המאה ה-20, על בסיס פשרת הררי מיוני 1950 (Lerner, 2011; רובינשטיין ומדינה, 2005). מרגע לידתו של חוק היסוד הראשון – חוק יסוד: הכנסת ב-1958, ועד היום, אישרה כנסת ישראל 14 חוקי יסוד המגדירים מאפיינים נורמטיביים, מוסדיים ופרוצדוראליים של המדינה. כלל החוקים הללו – מלבד חוק הלאום וחוק היסוד: משאל עם, אשר עבר בשנת 2014 – נחקקו ברוח מגילת העצמאות, לפחות בכל הנוגע לניסיון לשמר את האיזון בין מה שנחשב לאופי ה"ממלכתי" היהודי-ציוני של המדינה לבין שלטון הרוב המודרני על-פי הרוח הדמוקרטית המאפיינת מדינות אתניות. חוק הלאום, כפי שטוענים חלק גדול מהוגיו וממגיניו, אינו עוד נדבך בזהות החוקתית של המדינה; לפי דברי רבים מתומכיו הוא שואף לשנות אותה (בקשי, 2018).

הנוסח של חוק הלאום עבר שינויים רבים מאז 2011, אך רק שלושה גלגולים רשמיים (Jamal, 2018). חבר הכנסת אבי דיכטר, כנציג של מפלגת קדימה בזמנו, הגיש את הנוסח הראשון של הצעת החוק באוגוסט 2011, בהסתמכו כנראה על הצעה של המוסד לאסטרטגיה ציונית (Institute of Zionist Strategies). באחד הפרסומים של המכון משנת 2009 ניסחו דובי הלמן ועדי ארבל את היחסים המדירים בין זהותה היהודית של המדינה לעקרונות השוויון. במסמך טענו:

בעבר, לא נדרשה המדינה לשאלת משמעות היותה ביתו הלאומי של העם היהודי, משום שמשמעות זו הייתה ברורה מאליה לציבור ולרשויות, בכללן

הרשות השופטת. עקרון זה בא לידי ביטוי החל מבחירת שמה של המדינה וכלה במגוון חוקים מובנים מאליהם כגון: חוק הדגל, הסמל וההמנון, התש"ט-4111; חוק יום העצמאות, התש"ט-4111; חוק השבות, התש"י-4181 (מעניק לכל יהודי את הזכות לעלות ארצה); חוק שעות העבודה והמנוחה, התשי"א-4184 (מעניק מעמד מיוחד לשבת ולחגי ישראל); חוקים הממסדים את שיתוף הפעולה בין מדינת ישראל למוסדות הלאומיים של העם היהודי, ועוד. כמו כן, יזמה מדינת ישראל תוכניות והשקיעה משאבים לטובת העם היהודי בתפוצות ובכלל: עידוד העלייה לארץ ישראל, תוכנית המצפים ("יהוד הגליל"), העלאת יהודי אתיופיה, הנצחת השואה ועוד (הלמן וארבל, 2009: 5).

הלמן וארבל מתלוננים שעקרון השוויון הפך מרכזי בשיח המשפטי הישראלי והוצג כדרישה לגיטימית מצד אזרחים לא-יהודים של מדינת ישראל. הם מסבירים כיצד הפך עקרון השוויון לסכנה פנימית שיש לתקנה באמצעות חקיקה. לדעתם, שוויון סותר את זכותו הבסיסית של העם היהודי לזכויות יתר בלעדיות בארצו, על אף העובדה ש-20% מהאוכלוסייה מורכבת מלא-יהודים.

בשנים האחרונות חלה מגמה של היפוך היוצרות, המכרסמת במעמדה של מדינת ישראל כביתו הלאומי של העם היהודי. מדינת ישראל, שהוקמה כמדינת היהודים וכבעלת משטר דמוקרטי, הופכת להיות מדינה דמוקרטית-ליברלית בעלת מאפיינים יהודיים, כל עוד אלה אינם סותרים את עקרון השוויון המוחלט. על פי התפיסה הליברלית הקיצונית המקדשת את ערך השוויון המוחלט כערך עליון ובלעדי... (הלמן וארבל, 2009: 6).

הלמן וארבל (2009) קובעים כי הפרשנות שנתן בית המשפט העליון לעקרון השוויון "מעוותת את כוונתם של האבות המייסדים של מדינת ישראל" (עמ' 6). לדעתם, "על פי הגדרה זו של עקרון השוויון כערך עליון ובלעדי, כל אותם חוקים המעצבים את אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, פרט לחוק השבות, נוגדים את עקרון השוויון המוחלט והעיוור ולכן סופם להתבטל" (שם, עמ' 6).

נוכח הסכנה הפנימית הזו – וכדרך להתמודדות עימה – הם מבהירים שישראל חייבת לחוקק חוק יסוד המגדיר במפורש את ישראל כמדינה יהודית וכבית לאומי של העם היהודי, תוך הגדרה ברורה של אופייה וייעודה היהודיים (הלמן וארבל, 2009: 14). לדעתם, "החזון היהודי ציוני שולל באופן חד וברור את האפשרות להכיל במסגרת הבית הלאומי של העם היהודי שאיפות לאומיות אחרות" (שם, עמ' 15).

דיכטר המשיך את היוזמה, ובשנת 2011 הציג את הצעת החוק. נוסח שני של החוק הוצג על ידי איילת שקד ממפלגת הבית היהודי בזמנו ויריב לוי ממופלגת הליכוד במהלך כהונתה של הכנסת ה-19, בשנת 2013. על אף שינויים קלים בין הגרסאות, שתי ההצעות מדגישות את מעמדה של ישראל כמדינתו של העם היהודי, המאפשרת זכות הגדרה עצמית ליהודים בלבד, ואשר בה האופי היהודי של המדינה גובר על השיקול הדמוקרטי.

הצעת החוק הוגשה לוועדת השרים לחקיקה בנובמבר 2014 (עזרא, 2014). ראשת הוועדה, חברת הכנסת ציפי לבני, ששימשה באותה עת גם כשרת המשפטים, הציגה נימוקים פוליטיים ואידיאולוגיים נגד הצעת החוק לאורך כל הדרך, וטענה כי הוא סותר את מגילת העצמאות. לאור התנגדותה של לבני החליט ראש הממשלה בנימין נתניהו לתמוך בגרסה משוכתבת של החוק, שנועדה להסיר את ההתנגדות. ההצעה שאושרה בסופו של דבר בקבינט לא הגיעה אל שולחן הכנסת בגלל קריסת הקואליציה בסתיו 2014 והקדמת הבחירות (Rabinovitch, 2018). הצעת הפשרה של נתניהו כללה 14 עקרונות אשר תורגמו להצעת חוק חדשה, שהוגשה על ידי דיכטר והועלתה מחדש לאישור במהלך הכנסת ה-20 אחרי בחירות 2015. המשא ומתן בין מפלגות הקואליציה הוביל לשינויים רבים בנוסח של הצעת החוק, אך הצעה ששימרה את העקרונות הראשוניים של ההצעות הקודמות עברה בקריאה ראשונה בכנסת ב-1 במאי 2018, ברוב של 64 מול 50 חברי כנסת. ב-19 ביולי 2018 עבר החוק בקריאה שלישית בכנסת ברוב של 62 חברי כנסת מול 55 מתנגדים ו-3 נעדרים.

הדמיון החוקתי החדש בישראל

אין צורך לנתח את כלל סעיפי החוק כדי להדגים את הטיעון המרכזי במאמר זה, הקובע כי חוק הלאום טומן בחובו דמיון חוקתי פרודוקטיבי, בלשונו של ריקר. דמיון חוקתי זה מהפכני מעצם היותו מחזק את הממדים התיאולוגיים-אוטופיים על חשבון העקרונות האזרחיים של שוויון וכבוד האדם.

1. שכתוב עקרונות היסוד של השיטה

להלן נתייחס רק לחלקים המדגימים את אותו דמיון חוקתי שעליו מדובר: שלושת העקרונות המרכזיים; סעיפי החוק הנוגעים לשפה; הסעיפים הנוגעים לקיבוץ גלויות וליחסים בין מדינת ישראל ויהודי התפוצות; הסעיף הנוגע להתיישבות יהודית. ניסוחם המדויק של סעיפי החוק, תוכנם וסדר הופעתם אינם מקריים, כמובן. לכן, עלינו להתייחס לסדר שעל פיו מאורגנים העקרונות הבסיסיים בפתח של החוק. העיקרון הבסיסי הראשון הוא "ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי, שבה קמה מדינת ישראל". עיקרון זה מופיע זה מכבר בנרטיב הישראלי ובמסמכים רשמיים, כולל במגילת העצמאות מ-1948. חזרתו של החוק על העיקרון שעל פיו "ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי" נועדה לא רק להעניק שם לטריטוריה מסוימת ולסמנה כקשורה באופן היסטורי לעם היהודי, אלא גם כדי לציין שזו נקודת המוצא של הזהות היהודית הקולקטיבית. ארץ ישראל קיימת עוד לפני מדינת ישראל, ומכאן היא חשובה יותר מבחינה ערכית ומעשית. הסעיף מציין את המקום שבו נולד העם

היהודי כעם, והיוולדות העם קודמת להיוולדות המדינה וחשובה ממנה. חשיבותה נובעת מעצם הפונקציונליות שלה בהגנה על המולדת ועל העם. הארץ מהווה חלק מהותי ממה שהעם הינו, ובלתה לא יכול עם זה להיות עצמו. ניסוח זה מסמן את הברית ההיסטורית המתמשכת בין העם היהודי ל"ארץ ישראל", ברית אשר הופכת את "ארץ ישראל" לא רק לרכיב מרכזי בזוהו של העם היהודי, אלא גם לחלק בלתי נפרד מהזיכרון היהודי, גם בתקופות שבהן העם "נעדר" מן הארץ. המונח "מולדת היסטורית" אינו מעיד בהכרח שבני העם התגוררו בארץ לאורך כל ההיסטוריה. חשיבותו של הקיום הפיזי בארץ מצטמצמת לנוכח הברית הרוחנית והנצחית המהדהדת בשאיפותיהם של היהודים לשוב למולדתם ההיסטורית (Neumann, 2009). בהתאם, מהלך הזמן מדלג ומתעלה מעל הרצף הכרונולוגי של האירועים. מרחב המולדת הופך לנצחי, ואינו מושפע מרצף האירועים שהתרחשו בו. החשוב הוא שהמולדת מוטבעת עמוק בהווה ובתודעה של העם היהודי, שכמייתה לחזרה למולדתו היא עדות למיקומה בזוהו. מאפייניה המהותיים של הברית ההיסטורית של העם היהודי עם מולדתו מוחלטים. ניסוח הסעיף מהדהד את הנרטיב הישראלי המוכר, שעל פיו ההיעדרות הפיזית של העם היהודי מארצו היא תוצאה של גלות כפויה, ולכן היא אינה מפחיתה ממעמדה של הארץ בזוהו של העם היהודי או מזכותו של העם על הארץ (שפק-ליסק, 2018).

נקודה חשובה נוספת הבאה לידי ביטוי בעיקרון הראשון של החוק היא ההצהרה כי מדינת ישראל נוסדה בארץ ישראל, ולא על כולה. ניסוח זה מבהיר שאין חפיפה מלאה בין המדינה של העם היהודי לארץ שלו. הטריטוריה שבה נוסדה מדינת ישראל היא רק חלק מהמולדת, דבר שמהווה פשרה לא־רצונית ואף כואבת. חשיבותו של הניסוח טמונה לא רק בממד ההיסטורי שלו, אלא בפוטנציאל העתידי שבו. כאשר מתייחסים לעובדה שגבולותיה של "ארץ ישראל", כמו גם גבולותיה של המדינה, אינם מוגדרים באופן רשמי, הניסוח "שָׁבָה קמה מדינת ישראל" הופך למייצגו של מהלך שטרם הושלם ואינו סופי. ניתן לומר שכיוון שמדינת ישראל נוסדה בשנת 1948, סעיף זה של החוק מתייחס לגבולות המדינה שנקבעו עם הפסקת האש מול מדינות ערב במלחמת 1948-9. אך החוק משאיר את גבולותיה של הארץ, כמו גם את גבולותיה של המדינה, ללא הגדרה ברורה וחד־משמעית. חשיבותה של עמימות הניסוח בכל הנוגע לגבולות המולדת והמדינה קשורה לכך שהוא מנוסח חמישים שנה ויותר אחרי 1967 וכיבוש הגדה המערבית, אשר נחשבת בעיני רוב חברי הכנסת התומכים בחוק הלאום לחלק בלתי נפרד מ"ארץ ישראל". לכן, אין לפרש את הניסוח "שבה קמה מדינת ישראל" בלי להתייחס למדינת ישראל מאז 1967. ייסוד המדינה בשיח הישראלי ההגמוני אינו נתפס כמהלך חד־פעמי, אלא כתהליך שטרם הגיע אל סופו. היעדר הגדרה רשמית של גבולות המדינה הוא תוצאה של החלטה מודעת של המערכת הפוליטית הישראלית, שהרי איש לא מנע מישראל לקבל החלטה בנוגע לגבולותיה. העובדה שגבולות המדינה

אינם מוגדרים, והמדינה יושבת על חלקים ממולדתה ההיסטורית של האומה הריבונית במדינה, מבליטה את הקשרים שבין הממדים האידיאולוגיים והאוטופיים המוטמעים בדמיון החוקתי שאותו מייצג חוק הלאום.

גם "העם היהודי" שאליו מתייחס החוק דורש בחינה מעמיקה. הגדרתה של "ארץ ישראל" כמולדתו ההיסטורית של העם היהודי לא רק מונעת כל אפשרות הבחנה בין חלקיו השונים של העם היהודי, אשר חלקו מתגורר מחוץ למדינת ישראל, אלא גם בין אותו חלק לבין ארץ ישראל. קיימת התאמה מלאה בין הארץ כולה לעם כולו, אשר הופכת את השאיפה האוטופית לתרגם את הכמיהה ההיסטורית של העם לארץ למשימה שהמדינה מופקדת על יישומה. במילים אחרות, העתיד האוטופי שמאחורי העיקרון הראשון של חוק הלאום הוא מתאם מלא בין העם לבין הארץ. זהו ניסוח הנשען על דמיון פרודוקטיבי, המבנה מציאות עתידית שאינה שכפול של המציאות הקיימת, ועם זאת, אינה מנותקת ממנה לחלוטין.

התפיסה האורגנית והאינטגרטיבית של העם היהודי על שלל פזורותיו ונסיבות חייו מתבהרת עוד יותר כאשר ממשיכים לעיקרון השני של חוק הלאום. על-פי עיקרון זה: "מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, שבה הוא מממש את זכותו הטבעית, התרבותית, הדתית וההיסטורית להגדרה עצמית". ישראל מוגדרת כמדינת הלאום של העם היהודי, שבה הוא מממש את זכותו להגדרה עצמית על בסיס הצדקות טבעיות, תרבותיות, דתיות והיסטוריות. המדינה מוגדרת כמדינת לאום, תוך התעלמות מהעובדה שעל-פי הנתונים, מאז 1967 מתקיימים בשטח מדינת ישראל שני לאומים, שמבחינה גודלם הדמוגרפי הם כמעט דומים. פרשנותו זו של העיקרון האמור נגזרת מנוסחו של הסעיף הקודם לחוק, אשר בו נרמז כי מדינת הלאום של העם היהודי אינה מתקיימת רק בתוך גבולותיה של המדינה שנוסדה בשנת 1948.

בהתאם לטענתו של טיילור (Taylor, 2006), דמיון חוקתי אפקטיבי לא יכול להיות פיקטיבי או חסר הגיון לחלוטין. אפשר לטעון שכיוון שישראל שולטת בשטח המשתרע בין נהר הירדן לים התיכון מאז 1967, ומרחיבה את ההתנחלויות היהודיות באותם אזורים כבושים, אי-אפשר להפריד בין שאיפות התרחבות אידיאולוגיות של המדינה לבין המציאות ההתיישבותית-קולוניאלית בשטח. לכן, מדינת הלאום הישראלית שנוסדה "בארץ ישראל" ומוצגת לכאורה כ"מולדתו ההיסטורית" של העם היהודי אינה יכולה להיות מוגבלת לגבולות של מדינת ישראל כפי שנקבעו בקווי הפסקת האש של 1949. הממדים האידיאולוגיים של ההצהרות המוצגות בשני העקרונות הראשונים של חוק הלאום מאששים את השאיפות הציוניות האוטופיות המוטמעות בהם. המשמעות היא שהשאיפות האוטופיות הטמונות בחוק הן הגשמה של התפיסה לגבי הברית ההיסטורית בין "ארץ ישראל" כולה, "העם היהודי" ו"מדינת ישראל". במילים אחרות, סעיפים אלו

של החוק מבססים ללא ספק "קיבעון מוטיבציוני" נגד הסכנה של הפרדת העם היהודי מחלקים מ"ארץ ישראל" אשר נכבשו על ידי ישראל ב-1967.

פרשנות זו נתמכת על ידי ההצדקות הנכללות באותו עיקרון. העובדה כי הסעיף מדבר על ארבע זכויות ריבונות שונות אך קשורות – טבעית, תרבותית, דתית והיסטורית – היא משמעותית. הזכות הטבעית להגדרה עצמית לכל עם מוצגת כהצדקה הראשונה, כזכותו של העם היהודי להגדרה עצמית. זכויות טבעיות מבוססות בהיסטוריה המודרנית של העמים כאוניברסליות וחד-משמעיות. אף כי המדינה היהודית מונעת את אותה זכות טבעית מהעם הנוסף המתגורר בארץ, בכל הנוגע לעם היהודי – אין ספק באשר לזכותו למדינה משלו במולדתו. בהמשך, אותה זכות אוניברסלית נתמכת על ידי מספר הצדקות פרטיקולריות. הזכויות התרבותיות, הדתיות וההיסטוריות של העם היהודי להגדרה עצמית בארץ ישראל הן הצדקות פרטיקולריות שנוספו לזכות האוניברסלית ומתנות את משמעותה, שכן על-פי הניסוח, הזכות הטבעית והאוניברסלית מושפעת גם מהברית התרבותית, הדתית וההיסטורית הייחודית בין עם ישראל ל"ארץ ישראל". ניסוח הסעיף בא להתנות את האוניברסליות של הזכות הטבעית להגדרה עצמית, ולהצדיק את ההבחנה בין זכויותיו של העם היהודי לבין אלו של הפלסטינים, אשר חיים על אותו תא שטח ורואים בו את מולדתם. הסדר של ארבע ההצדקות משמעותי, כיוון שהוא מפחית מחשיבותה של הזכות האוניברסלית, ומתנה את זכותו של עם להגדרה עצמית בזכויות תרבותיות, דתיות והיסטוריות. במילים אחרות, סעיף זה של החוק מעניק עדיפות לפרשנות פרטיקולרית של הזכות הטבעית, ולכן מכחיש את הברית התרבותית, הדתית וההיסטורית בין הפלסטינים לבין מולדתם. בכך, החוק מבסס את השיח הישראלי הנפוץ, הקובע שהפלסטינים הם מהגרים שהגיעו זה מקרוב לארץ ולא פיתחו בה תרבות לאומית עצמאית (שפק-ליסק, 2014).

נוסח הסעיף הזה של החוק מגדיר את ישראל כמדינתו של העם היהודי, ומונע מכל אזרח ישראלי שאינו יהודי אפשרות כלשהי להיות חלק מזהותה של המדינה, גם אם הוא ממלא את כלל החובות האזרחיות, כולל שירות בצבא. נוסח הסעיף מרוקן מתוכן מהותי כלשהו את אזרחותם הישראלית של כל האזרחים הלא-יהודים, ובמקום זאת מגדיר זהות אתנית סגורה כקריטריון העיקרי להזדהות עם הקהילה הפוליטית הריבונית בישראל. בכך, נוסח זה מנטרל את לגיטימיות ההשתתפות הפוליטית של האזרחים הלא-יהודים בהגדרת הטוב הקולקטיבי המשותף, ומנמיך את מעמדם לסטטוס של מחוסרי-מדינה-למחצה (half-stateless) (Jamal & Kensicki, 2020; Arendt, 1973).

משמעות הדבר היא לא רק הדרת עקרון השוויון מן המסורת החוקתית הישראלית, אלא גם דה-הומניזציה של האזרחים הלא-יהודים, מעצם כך שפעילותם הפוליטית מרוקנת מכל אפקטיביות פוליטית. השגת מטרה זו היוותה שאיפה של האליטות הלאומניות, השולטות במדינה מזה יותר משני עשורים, ובעיקר רצון לנטרל את השפעת חוקי היסוד

הליברליים – חופש העיסוק וכבוד האדם וחירותו – אשר נחקקו בראשית שנות התשעים של המאה ה-20, וזוהו עם אותם כוחות פוליטיים שהביאו להסכם אוסלו (Rubinstein, 2010). מאז ועד חקיקת חוק הלאום הצהירו רבים במחנה הפוליטי הימני על התנגדותם להכללת עקרון השוויון כעיקרון חוקתי בסיסי במדינה (שם). עמדה זו מבוססת על ההנחה שקיימת סתירה בין זהותה של המדינה כמדינה יהודית לבין העיקרון של שוויון, היות ועיקרון זה מניח שוויון קולקטיבי, מה שלדעתם הופך את המדינה לדו-לאומית (שלג, 2018). אמונה זו נתמכת על ידי המפלגות הדתיות, המשתמשות בנימוקים תיאולוגיים ולאומיים, הנסמכים על ההבטחה האלוהית, כדי לשלול מעמד שווה לפלסטינים. גם המפלגות החרדיות מתנגדות לעיקרון זה בגלל חשש משוויון מגדרי. הסתירה בין הזהות היהודית של המדינה לבין עקרון השוויון הפכה רשמית כאשר הוגשה ההצעה הראשונה של חוק הלאום ב־2011, כפי שתיארו הלמן וארבל.

חשוב לציין שההצדקה הדתית להגדרה עצמית לא הייתה קיימת בגרסאות המוקדמות של החוק. היא נוספה במהלך השלבים האחרונים של תהליך החקיקה. העיקרון המסוים הזה – הכנסת התנ"ך כטקסט היסטורי עובדתי התומך בהגדרה עצמית יהודית בארץ ישראל – משקף את התחזקותם של גורמים דתיים בתהליכי החקיקה (Almog, Reinhartz, 2010; Peled & Peled, 2018; Shapira, 1998). כפי שהדגינו כבר חוקרים שונים, החברה הישראלית עוברת תהליך הדתה הדרגתי (Peled & Peled, 2018). אחד הביטויים של תהליך זה הוא התבססות התפיסה הרכושנית הבלתי־מתפשרת של הקשר בין ארץ ישראל, עם ישראל ומדינת ישראל (Gans, 2016; Herman, 2014). בשל השימוש בתנ"ך כהצדקה להגדרה עצמית, כל מחאה כנגד המציאות שאליה שואף הנוסח הופכת לפגיעה באמונה. פגיעה באמונה זו בעייתית מבחינה דתית, במיוחד לאור העובדה שמנהיגים דתיים מדגישים שגם ספרים קדושים אחרים מודים בקשר שבין העם היהודי לארץ ישראל (Spencer, 2009). כך, כל פשרה על ארץ ישראל משמעותה התפשרות על ההבטחה האלוהית, ולכן היא נתפסת ככפירה. אחד המנהיגים הבולטים של האליטה הדתית־לאומית, אשר חוק הלאום מבטא את השיח ההגמוני שלה בישראל של היום, מבהיר את הנקודה באומרו:

העם היהודי וארץ ישראל הם סיפור מההפטרות. איפה יש עוד מקרה של עם שיצא לגלות וחזר אחרי 1,900 שנה? תנו להיות נורמליים, אומרת המדינה, בלי סיפורים מהתנ"ך ובלי כל הסיכוכים והתסביכים של העם היהודי. לא בשביל זה קמת? לא. לא הקמנו את המדינה כדי להיות נורמליים, אלא כדי להחזיר את העם היהודי לארץ ישראל. ככל שאנחנו יותר מתחזים לנורמליים, כך העולם הנורמלי פחות מקבל אותנו. בלי הסיפור מהתנ"ך אנחנו התיישבות קולוניאלית של אירופה במזרח התיכון (אליצור, 2013).

אם לוקחים בחשבון שהזהות היהודית היא זהות מורכבת ומגוונת, ואינה מוגבלת ל"זהות הלאומית" הישראלית-ציונית, ברור כי הקישור בין ה"דת" ל"לאומי" בחוק הלאום אינו מקרי. החוק מונע כל הפרדה בין הדת למדינה, ובולם כל מאמץ של כוחות חברתיים חילוניים וליברליים לקדם ליברליזם במדינת ישראל, כולל בכל הנוגע למעמד אישי. החוק מעצים את המגמה של התחזקות תפקידה של הדת במרחב הציבורי ובקביעת הזהות של המדינה. החוק גם נותן רוח גבית למאמציהם של מחוקקים דתיים, אשר מספרם הולך וגדל, לעודד את המדינה למלא תפקיד פעיל יותר בהגנה על האמונות הדתיות של היהדות, ובכך מגדיר אותן חלק מריבונות העם. מגמה זו, לא רק שהיא מרוקנת את הריבונות האזרחית מתוכן, היא גם מבטלת כל אפשרות לפשרה עתידית בין אופייה היהודי של המדינה לאופייה האזרחי. פשרה כזו הובטחה במגילת העצמאות, והיותה מניע מרכזי לנכונותם של קצינים דרוזים רבים לשרת בצבא הישראלי (Jamal, 2018). ההתייחסות של חוק הלאום אל הדת היהודית כמקור מרכזי של לגיטימציה להגדרה העצמית של העם היהודי קשורה קשר הדוק לעובדה שהרוב הפוליטי התומך בחוק החדש מאמין כי חלקים מרכזיים מהגדה המערבית הכבושה הם ערש היהדות. היעדר גבולות מוגדרים למדינה ולארץ ישראל הופך את ההצדקה הדתית של הזכות להגדרה עצמית יהודית (ציונית) למנגנון לגיטימי להרחבת הריבונות היהודית אל אותם שטחים כבושים, כפי שעולה מן המאמצים האחרונים לספח חלקים נרחבים מהגדה המערבית. מאמצים אלו, הבאים לידי ביטוי בחקיקה, מעידים כי המחוקק הישראלי מתעלם מנוכחותם של מיליוני פלסטינים בשטחים אלה, הנאבקים לשחרר עצמם מעול הכיבוש הישראלי ולהקים מדינה משלהם. יתרה מכך – הם גם מעידים שהסכסוך הישראלי-פלסטיני הולך ולובש גוון דתי.

מעבר להשלכותיו של החוק על הפלסטינים בשטחים הכבושים, ניסוח הסעיף הזה של החוק משמעותו שהבית הלאומי של העם היהודי לא יכול להיות בית לאומי גם לאזרחיה הפלסטינים של ישראל. שני הדברים סותרים זה את זה, ועל-פי החוק, אין נוסחה חוקתית שיכולה לשלב ביניהם, אפילו על ידי הגדרה של המדינה כמדינה יהודית וגם מדינת כל אזרחיה. ההבנה הזו מבוססת על האפשרות הלא-קיימת, שלפיה המסורת התרבותית, הדתית וההיסטורית של האזרחים הפלסטינים תוכל להתרגם לזהות של המדינה.

פרשנות זו נתמכת על ידי הרכיב השלישי של החוק, אשר קובע כי: "מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי". המשמעות המיידית של סעיף זה היא שהזכות להגדרה עצמית במדינת ישראל, אשר אינה מוגדרת מבחינה גיאוגרפית או חברתית, היא בלעדית לעם היהודי. נוסח זה מבהיר מעל לכל ספק שהריבונות הדמוקרטית של האזרחים ריקה מתוכן, וכי הריבונות מוגבלת לכני העם היהודי, גם אם אינם אזרחים. משמעותו של הניסוח היא שכל דרישה לריבונות אזרחית הופכת לבלתי-חוקית, ולכן יש להשתקף. הדרישה למדינת כל אזרחיה, גם אם היא

מקבלת את היותה של ישראל ביטוי לזכות ההגדרה העצמית של העם היהודי, פסולה. אזרחים פלסטינים הדורשים זכויות קולקטיביות ושואפים לממש את זכותם להגדרה עצמית כבני העם הפלסטיני, שזכותו להגדרה עצמית לא ממומשת בגלל מדיניות השליטה הישראלית, לא יכולים לעשות זאת במסגרת המערכת הפוליטית הישראלית. פירוש הדבר לא רק פגיעה בזכות יסוד קולקטיבית שלהם, אלא גם הגבלה של חופש הביטוי שלהם, כפי שהמחישו המתקפות הפוליטיות על הנהגתם במערכות הבחירות האחרונות (ג'מאל, 2020). אזרחים פלסטינים הרואים בפלסטין מולדת יכולים לקרוא להגדרה עצמית רק מחוץ לארץ ישראל, שבה נוסדה מדינת ישראל, מבלי שגבולותיה יהיו ברורים. הם הופכים לקבוצה של פרטים שיכולים לדרוש זכויות פרטיות בלבד, בהנחה שקיימת אפשרות כזאת במדינה המוגדרת כמונחים אתניים מדירים; אך הם אינם יכולים לחלום על ביטוי קולקטיבי כלשהו של זהותם במסגרת המדינה. בעוד הזכות לרמיון אוטופי נשמרת לעם היהודי, זכות טבעית זו נשללת מהפלסטינים, אם היא באה לידי ביטוי בשיח הפוליטי שלהם. הבנה כזו מציבה אותם בדרגה נמוכה דוגמת זו של קהילות מהגרים במדינות זרות, ועל רקע מעמד הזמני הם נדרשים לקבל את כללי המשחק ואת ערכיה של המדינה שבה הם אורחים. כיוון שהאזרחים הפלסטינים נתפסים על ידי המערכת הביטחונית ועל ידי המערכת הפוליטית בישראל כאיום ביטחוני (שיפטן, 2011; Jamal, 2019) – במיוחד משום שמדובר בקהילה ילידית שמזכירה לישראל את "החטא הקדמון" של הנֶפֶבָה (ג'מאל ולביא, 2017) – סעיף החוק הופך כל מאמץ שלהם לדרוש הכרה כאוכלוסייה ילידית לעבירה פלילית שעלולה להוביל לעונש. ראוי לציין כאן שמגמה זו של הגבלת הזכות הבסיסית של אזרחים פלסטינים לדרוש זכויות קולקטיביות כתושבים הילידיים של פלסטין מופיעה כבר בחוקים קודמים. למשל, חוק יסוד: הכנסת, אשר מגביל בפירוש את זכותן של המפלגות הערביות לאתגר את זהותה היהודית של ישראל, אם ברצונן להשתתף בבחירות הכלליות (Jamal, 2009).

במילים אחרות, מניעת הזכות האזרחית לדרישה לייצוג מלא במוסדות המדינה ובסמליה מרוקנת למעשה מתוכן את משמעותה של הריבונות האזרחית. סגנון כזה של ריבונות דמוקרטית הופך לבלתי־אפשרי ואף לבלתי־חוקי. כיוון שהמפלגות הערביות בישראל הוסיפו דרישה כזו למצע שלהן, וזכו לתמיכה של חלקים נרחבים מן הציבור הפלסטיני, סעיף זה של החוק מתייחס לאותם מאמצים, ומגדיר את הדרישה לשוויון אזרחי מלא בלתי־חוקתית. קריאה זו נתמכת בדבריו של אבי דיכטר, אשר הצהיר עם אישור החוק: "אנחנו מחוקקים את חוק היסוד החשוב הזה, כדי למנוע בדל של מחשבה, שלא לומר ניסיון, להפוך את ישראל למדינת כל אזרחיה" (בנדר, 2018).

אחת המשמעויות הבולטות של תוכן החוק היא שאם מדינת ישראל אינה יכולה להיות מדינת כל אזרחיה, היא אינה יכולה להיות מדינה דמוקרטית, היות ובדמוקרטיה הריבונות היא באופן מהותי אזרחית. חיזוק לפרשנות זו ניתן לראות בהשמטת סעיף

שעלה בגרסה מוקדמת של החוק. הסעיף שהושמט קבע כי מטרתו של חוק הלאום "להגדיר את זהותה של מדינת ישראל כמדינת לאום של העם היהודי ולעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ברוח העקרונות של מגילת העצמאות של מדינת ישראל". המשמעות המיידית של השמטת הסעיף וכן של ויתור על סעיף דומה בגרסה הסופית היא שהחוק אינו מאזן בין זהות היהודית לבין האופי הדמוקרטי של המדינה, כפי שנקבע בחוקי יסוד קודמים. החוק גם מצמצם את מעמדם של ערכים ליברליים בסיסיים כגון שוויון, חופש מצפון, חופש ביטוי וחופש התאגדות בהשוואה לערכים האתנו-רציונליים. זהו שינוי הטומן בחובו מהפך בסיסי בזהות החוקתית של המדינה, שינוי בעל השלכות כבדות משקל לא רק כלפי האזרחים הפלסטינים, אלא גם כלפי קהילות יהודיות שונות, ובמיוחד קהילות חילוניות וליברליות.

פרשנות זו סבירה נוכח הגידול המתמשך במספר המחוקקים הדתיים (קניג, 2015), ואל מול המאמצים הגלויים והמודעים לפגוע בזהותו הליברלית של בית המשפט העליון ולהפוך אותו לשמרני יותר על ידי מינוי שופטים דתיים ולאומיים, בהם גם מתנחלים (לוריא, 2019). אין לזלזל בפרשנות של סעיפי החוק ככאלו שנועדו לשרת את הדמיון החוקתי שהוגדר על ידי הקואליציה החברתית והפוליטית השלטת. לסיכום, שלושת העקרונות הבסיסיים של חוק הלאום באים לבטל את האיזון הנדרש בין אופייה הדמוקרטי של המדינה לאופייה היהודי, כפי שנקבע במסורת החוקתית הישראלית ובתמיכה של בית המשפט העליון.

2. פחות במעמדה (downgrading) של השפה הערבית

הסעיפים הנוגעים לשפה מגלים עוד טפח ושופכים אור נוסף על הדמיון החוקתי שבבסיס תהליך החקיקה של חוק הלאום. הסעיפים קובעים כי: (א) "עברית היא שפת המדינה"; (ב) "לשפה הערבית מעמד מיוחד במדינה; הסדרת השימוש בשפה הערבית במוסדות ממלכתיים או בפניהם תהיה בחוק"; (ג) אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית לפני תחילתו של חוק-יסוד זה."

הקריאה בסעיפים אלו מעוררת פליאה, אלא אם מכירים באופיו של החוק כמחולל שינוי חוקתי. אופיו המהפכני של החוק בא לידי ביטוי בניסיון הברור לנסח מחדש זכויות חוקתיות בסיסיות. הדבר נעשה על ידי הנמכת מעמדה של השפה הערבית, והודאה עקיפה בכך שקיימת סתירה היסטורית בין זהותה של המדינה כיהודית לבין מעמדה הרשמי של השפה הערבית. ראוי גם לתהות על הניסוח של סעיפים אלו, במיוחד לאור העובדה שצמצום מעמדה של השפה הערבית משפה רשמית לשפה בעלת "מעמד מיוחד" אין בו כדי לפגוע במעמד שניתן לשפה הערבית לפני תחילתו של חוק-יסוד זה". אם זה המצב, מה הטעם בסעיף זה? שהרי יש בו הודאה ברורה כי בפועל לא התייחסה מדינת ישראל לערבית כשפה רשמית עד כה. הניסוח המוזר של סעיפי השפה חושף את ההטיה

ההיסטורית נגד השפה הערבית ואת העוינות הגורפת מן השימוש בה, עוד לפני חקיקתו של חוק הלאום, אשר הפך את האפליה הזו למדיניות רשמית המוגדרת על ידי המדינה. חוסר הצדק חמור אף יותר כאשר לוקחים בחשבון שהשפה אינה רק אמצעי תקשורת. כפי שכבר הוכח בספרות המחקרית, שפה כוללת ומסמלת תרבות, זיכרונות, תודעה, זהות והיסטוריה (Wittgenstein, 1953; Joseph, 1991; Cohen, 1993). לכן, יחס לא הוגן כלפי שפתו של אדם, קל וחומר של קבוצת מיעוט לאומי ילידי של אזרחי המדינה, מעיד על זלזול בזהותם התרבותית וההיסטורית כולה.

ידוע כי בישראל לא זכתה השפה הערבית מעולם לכבוד הראוי לה (Mendel, 2009). השפה הערבית נתפסת בישראל כשפת האויב, הנלמדת בעיקר לצרכים ביטחוניים. ידוע גם כי למעלה מ-90% מהיהודים בישראל אינם דוברי ערבית, על אף העובדה שכמעט 40% מהאוכלוסייה היהודית בישראל מוצאה ממדינות ערב (Shenhav, Dallashi, Avnimelech, Mizrahi, & Mendel, 2015). מציאות זו מפליאה אף יותר לאור העובדה שהאבות המייסדים של מדינת ישראל החליטו ב-1948 לבטל את מעמדה הרשמי של האנגלית, אך לשמר את מעמד הערבית (Hofnung, 1991). אומנם אותה החלטה היסטורית לא יושמה במלואה, ובכל זאת היא שיקפה תפיסה שרווחה בקרב האבות המייסדים, שסברו כי המדינה היהודית תצטרך להתפייס עם שכנותיה הערביות, וכי אזרחיה הפלסטינים יוכלו למלא תפקיד מרכזי בהשגת מטרה זו. עם זאת, ההחלטה לגרוע ממעמדה של השפה הערבית, על אף העובדה כי האוכלוסייה הפלסטינית בישראל גדלה, ומהווה 20% מהאוכלוסייה הכללית, מעידה על השינוי שחל אצל האליטות הדומיננטיות כיום. ההצדקה המעשית לפגיעה במעמדה של השפה הערבית ולניסוח המתוחכם שלה, על פיו "אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית לפני תחילתו של חוק יסוד זה", אינם מסתירים את העוינות שמבטאות האליטות הדומיננטיות כלפי השפה הערבית. אפשר להסיק זאת גם מהעובדה שתומכי החוק מודים כי השפה הערבית מעולם לא שימשה בפועל שפה רשמית. אם כך, מה הצורך בפיחות מעמדה הרשמי של השפה הערבית, אלא אם עצם מעמדה הרשמי פוגע בכוונותיהם לגבי ההגדרה של המדינה כיהודית בלבד? כיוון שהדמויות הפוליטיות העומדות מאחורי המהלך הרדיקלי הזה הן לאומנים קיצוניים, ומשום שבסופו של דבר זכה החוק לתמיכה של רוב חברי הכנסת, ניתן להסיק שרוב היהודים במדינה רואים בשפה ובתרבות הערבית איום. מגמה זה באה כבר לידי ביטוי בבית המשפט העליון, כאשר ב-2002 הוגשה עתירה בדרישה להוסיף על שלטי רחובות כיתוב בערבית, כדי להגן על שוויון הזכויות של דוברי הערבית ולאפשר להם ניווט בטוח בכבישים (Adalah, 2002). כבר אז הציג נשיא בית המשפט העליון את הטענה המתוחכמת שעל פיה רגשות אנטי-ערביים בחברה הישראלית הובילו להחלטה להגדיר את העברית לא רק כשפה הרשמית, אלא כ"שפת המדינה".

הניסוח, אם כן, אינו מקרי. הניגוד שבין שדרוג מעמדה של העברית לפיחות במעמדה של הערבית אינו מותר מקום לספק כי הערבית נתפסת כתזכורת להיסטוריה הארוכה של הארץ, ולכן סותרת את הטענה בנוגע לזהותה הבלעדית של המדינה כמדינה יהודית. במונחים תיאורטיים, הניסוח החדש הזה מוביל ל"חזרת המודחק" (Freud, 1937). הצורך להגדיר את שפתה של המדינה בניסוח בוטה כל כך, בה בעת שהמחוקקים חוגגים ברוב פאר והדר את שנת ה-70 למדינה, משקף חוסר ביטחון ציוני, הדרוש דיכוי והעלמה נוספים. הצעד הדרמטי הזה מדיר לא רק את אזרחיה הפלסטינים של ישראל אלא גם את היהודים הליברלים בישראל ומחוצה לה. אלו האחרונים מתבוננים מהצד בתהליך החקיקה שבו עשרות חוקים קיצוניים חדשים מקודמים על ידי קואליציה של מפלגות לאומיות ודתיות קיצוניות. יתר על כן, כיוון שהעברית היא שפתם של היהודים בישראל, הגדרת השפה כשפת המדינה לא הייתה מהווה בעיה כשלעצמה, אילולא הייתה מתלווה אליה הפגיעה במעמדה של השפה הערבית באותו סעיף בחוק ממש. העובדה שאזרחי ישראל הפלסטינים הם דו-לשוניים (Abu-Rabia, 1998) משמעה שהם נדרשים לשלוט בשפה העברית לא רק כשפה משלימה לשפת האם שלהם (ערבית), אלא כשפה הנכפית עליהם כדי לתקשר עם המדינה, במקום שישתמשו בשפתם.

3. הגבולות האתניים והחוקתיים של העם הריבון

הרכיב השלישי בחוק הלאום, אשר מסייע לנו להדגים את הדמיון החוקתי החדש, מצוי בסעיפים הקשורים ליחסים שבין המדינה לבין יהודים החיים מחוץ לישראל. התפיסה שעל פיה "המדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות" אינה חדשה. גם לא הקביעה כי "המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים בצרה ובשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם". אך הדגש על כך ש"המדינה תפעל בתפוצות לשימור הזיקה בין המדינה ובין בני העם היהודי", וכן "תפעל לשימור המורשת התרבותית, ההיסטורית והדתית של העם היהודי בקרב יהדות התפוצות" מציג מגמה חדשה, המשקפת את התפיסה ההולכת ונעשית רווחת של "זהות יהודית לאומית" מצד אחד, ותפיסת עולם הממקמת את ישראל במרכז עולמו הרוחני והתרבותי של העם היהודי בקרב האליטות הלאומיות והדתיות בישראל, מנגד. מגמות אלו נוצרו מאז ומעולם עם מטרה אסטרטגית ומעשית, במיוחד לאור הצורך בתמיכה פוליטית וכלכלית של קהילות יהודיות במערב. אלא שהמגמות החדשות משקפות טענה ציונית שעל פיה ישראל היא המוקד המרכזי של "זהות ותרבות יהודית", ולכן היא נושאת באחריות לא רק לשלומם של היהודים אלא גם להגנה על "זהותם היהודית". זוהי הצהרה ברורה בנוגע למאמצים הרשמיים לישראליות של "הזהות היהודית" ומיסוד העליונות של האליטה הציונית השלטת בישראל – עליונות גם ביחס למרכזי תרבות יהודית שונים

מחוץ לישראל (שיין, 2019). תפיסה זו באה לידי ביטוי בהצהרות ובהתנהגות של ראש ממשלת ישראל, בנימין נתניהו (Weisman, 2019; Raphael, 2018). כיוון שרוב הקהילות היהודיות מתקיימות בדמוקרטיה מערבית ואינן נתונות לאיומים ברמה הפיזית, ברור שמאמצי הממשלה בקרב הקהילות היהודיות נועדו לסייע במלחמה בהתבוללות ולקדם מהלך אסטרטגי של בניית יהדות התפוצות (Abramson, 2016; Cohen, 2017). בניגוד לעבר, אז ראתה המדיניות הרשמית של ישראל ביהדות התפוצות חיסרון ועודדה יהודים לעלות לישראל, בשנים האחרונות השתנתה מעט המדיניות (Beilin, 2000). נוכחותם של יהודים במדינות אחרות מנוצלת לגיוס תמיכה דיפלומטית, פוליטית וכלכלית במדינת היהודים, ולכן יש צורך, ממניעים אנוכיים של מדינת ישראל, להגן על הזהות היהודית ולהבטיח שהיהודים יישארו נאמנים למורשת ולמסורת היהודית. מאמצים אלו ממומנים בכספי ציבור בעקבות מדיניות מפלה, אשר מתעלמת מהתרבות ומהמסורת של האזרחים הלא-יהודים, ואף מקדישה משאבים חומריים לטובת יהודים שאינם אזרחי המדינה תוך הדרה של אזרחי המדינה שאינם יהודים. לפי נוסח החוק, המדינה אינה רואה עצמה מחויבת לתמיכה ולפיתוח התרבות, השפה והזהות של האזרחים הפלסטינים, וכך הופכת אותם לזרים במולדתם.

4. סגרגציה לא-שוויונית (separate but not equal)

כיוון שחוק הלאום מקבע את הסמלים ואת לוח השנה היהודי, הדרת הפלסטינים הופכת לאחד הערכים המרכזיים במדינה. עם אישור החוק הפכה הפוליטיקה של ההזרה, אשר הייתה תמיד חלק מהמדיניות המעשית של המדינה כלפי אזרחיה הפלסטינים, למדיניות רשמית ולגיטימית. מדיניות זו באה לידי ביטוי בסעיף החוק העוסק ב"התיישבות יהודית" (כולל בשטחים הכבושים), המתגאה בפוליטיקה של הפרדה גזענית. הסעיף קובע כי "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". ההתייחסות להתיישבות יהודית בלבד במציאות שבה 20% מאזרחי המדינה חיים ביישובים ובכפרים שאינם יהודיים היא הודאה בהיררכיה גזענית. בכך נתמך הטיעון של חוקרים פלסטינים הטוענים כי הנפְּבָה, המסמלת את עקירתה של האוכלוסייה הפלסטינית ואת הרס האדריכלות האוריינטלית של הקרקע, נמשכת באמצעים שונים עד היום (Manna', 2013; Sa'di & Abu-Lughod, 2007). רבים טוענים שמדיניות ההתיישבות היהודית הנפרדת, שאותה מהלל החוק, משקפת אופי מתיישבי-קולוניאלי של האידיאולוגיה הציונית ושל המדיניות הישראלית. הנוסח הסופי של החוק מדבר על יישובים יהודיים בלבד. משמעויותיו הגזעניות של סעיף זה מתבררות עוד יותר כאשר משווים זאת לנוסח הסעיף בגרסתו הקודמת. בנוסח של דיכטר מ-2017 נקבע כי "המדינה יכולה לאשר לקהילה בעלת זהות דתית או לאומית מסוימת להקים התיישבות נפרדת". נוסח זה נפסל לא מפני שהוא מכיל קונוטציות

גזעניות, אלא משום שהוא עלול להתפרש כמתן אפשרות לאזרחים פלסטינים לדרוש שוויון זכויות ולהקים יישובים משלהם.

נוסח הסעיף של החוק משקף את ההיגיון המארגן של גזע, העומד מאחורי תהליך החקיקה כולו. לא רק שהוא מהלל את מדיניותה העכשווית של הממשלה, הוא גם מעודד את האופי המתיישב-קולוניאלי המתפשט של ההתיישבות היהודית כחלק בלתי נפרד מרוחו של החוק החדש. יתר על כן, יישובים יהודיים בלבד המוקמים על אדמה פלסטינית שהופקעה נתפסים כלא-מפלים כלפי מי שאינם יהודים, על אף העובדה שצרכיה הדמוגרפיים של הקהילה הפלסטינית נותרים חסרי מענה. להיפך: הנוכחות הערבית בשטח נתפסת כאיום שיש להרחיקו (Jamal, 2019). נוסח החוק מביא לידי ביטוי את מה שציינה דבורה בירד רוז (Bird Rose, 1991) – אוכלוסיות ילדות שנשארות בביתן נתפסות כמפריעות לפרויקטים מתיישבים-קולוניאליים. תפיסה זו נתמכת לא רק על ידי העובדה ההיסטורית שההפרדה על בסיס לאומי הייתה מדיניות רשמית לא-מוצהרת של המדינה מאז הקמתה (Albana, 2014; Khamaisi, 2007; Lustick, 1980), אלא גם על ידי המדיניות המפלה בתחום התכנון והבנייה שנקטה המדינה מאז הקמתה (Yiftachel, 1999). מאז ומעולם ראתה המדינה בערים ובכפרים הערביים איום טריטוריאלי שיש לרכאו על ידי כיתור וגטואיזציה (Jamal, 2007). ניסיונות של אזרחים ערבים לעבור ליישובים יהודיים בגלל מחסור בהיצע דיור בכפריהם המקוריים נתפסו תמיד כמהלכים שליליים (Lavi, 2018).

סיכום ומסקנות

ניתוח של חמשת הסעיפים המרכזיים של חוק הלאום מסייע לנו להבין כי החוק מצביע על דמיון חוקתי חדש שהלך והתגבש בעשורים האחרונים, ואשר מביא לשינוי בזהותה החוקתית של המדינה. דמיון זה לא רק משקף את המציאות הפוליטית הקיימת במדינה, אלא כדמיון חוקתי פרודוקטיבי הוא משנה באופן אקטיבי את זהותה החוקתית. שפת החוק משמרת מצב חריג הנמשך לנצח ומצדיק צעדים חריגים המבטיחים זהות שבטית בלעדית של המדינה. החוק משקף את השימוש בהליכים של עריצות הרוב כדי להבטיח עקרונות חוקתיים שמשנים את הזהות החוקתית של המדינה. עקרונות אלו קשורים באופן עמוק לחיבור בין ארץ ישראל, עם ישראל ומדינת ישראל על בסיס התנ"ך. הדמיון החוקתי שעליו מתבסס החוק רואה את "ארץ ישראל" ואת "עם ישראל" במונחים החורגים מעבר לגבולותיה המוכרים של המדינה. הוא מדמיין את ישראל ככוללת את האזורים שנכבשו ב-1967, ובמיוחד את הגדה המערבית ואת מזרח ירושלים, כפי שמוכיחים מהלכי הסיפוח שקודמו בשנים האחרונות.

חוק היסוד החדש מתפשר על ערכים דמוקרטיים ליברליים כאשר הם "מאיימים" על הזהות היהודית השבטית הבלעדית של המדינה. צעדים כאלה מוכיחים שהפלסטינים – אזרחים ושאינם אזרחים – נתפסים במונחים תיאולוגיים כאויבים, אשר כל פיוס עימם מהווה איום קיומי על הזהות הלאומית של המדינה. חוק היסוד החדש משבש בכירור את המשמעות המהותית של שוויון אזרחי, על ידי הפיכת ההזדהות האתנו־דתית לעיקרון היחיד שעל פיו המדינה צריכה להתנהל. החוק גם מבטיח את ההבחנה בין הזכויות הלאומיות של העם היהודי לזכויות האזרחיות של אזרחי המדינה. על-פי החוק החדש, העם היהודי כולו נמצא תחת חסותה של מדינת ישראל והוא הריבון היחיד בה. מהלך זה מוביל ללחץ ולפיחות במעמד האזרחי והלאומי של התושבים הפלסטינים – אזרחים ושאינם אזרחים – החיים תחת ריבונות יהודית. הדבר נעשה על ידי הדגשת החיבור בין הארץ לבין תושביה היהודיים בכל מקום שבו הם חיים, תוך התעלמות מוחלטת מהזהות הלאומית, התרבותית והדתית ומזכויותיהם של הפלסטינים שחיים באותם אזורים. בכך, החוק הופך את המאמץ הפלסטיני לדרישת ייצוג שווה ולחלק שווה במדינה באמצעות הכנסת, בתי המשפט או אמצעים פופולאריים אחרים, לעבירה פלילית. תהליך קרימינליזציה זה משקף את תהליך הלאומנות שמתרחש בחברה הישראלית, ואשר מוביל באופן הדרגתי לנטישה של ערכי הדמוקרטיה ולהחלשתם של שומרי הסף המוסדיים אשר עדיין רואים בדמוקרטיה סוג משטר לגיטימי עבור המדינה.

לאור המסקנות של מאמר זה, חוק הלאום מעמיד בספק רב את סיווגה של ישראל כדמוקרטיה ואת התרבות הפוליטית הישראלית כדמוקרטית. חוק הלאום הוא מהלך חוקתי חמור, המבסס משטר סוציו־פוליטי על בסיס הבחנה גזענית בין יהודים ללא־יהודים החיים באותו אזור גיאוגרפי. כתוצאה מכך, הוא משפיע על כל ניסיון אנליטי או תיאורטי להבין את הפוליטיקה הישראלית. חוק הלאום מדגים שוב את האידיאולוגיה המתיישבת־קולוניאלית ואת הפרקטיקות הרווחות בישראל, לא רק ביחס לשטחים הכבושים, אלא גם בתוך הגבולות הבין־לאומיים המוכרים. הדמיון החוקתי שעליו מתבסס חוק הלאום תומך במאמצים לעקירתם של הפלסטינים, פיזית וסמלית, ובייסודה של נוכחות יהודית כתופעה ילדית.

לסיכום, הדמיון החוקתי של תומכי החוק מנסה לבסס ערכים ציוניים אתנו־תיאולוגיים במדינה כדי להשיג חמש מטרות עיקריות: ראשית: לכפות נרטיב ילידי יהודי ולהפוך את התודעה הישראלית הרווחת לתודעה ילדית. שנית: להפוך כל התרסה כנגד מה שמוגדר בחוקה חלק ממאפייניה היהודיים של המדינה לבלתי־חוקתית. שלישית: לגרוע ממעמדם של התושבים הפלסטינים המתגוררים תחת שלטון יהודי, ולהפיל אותם בשל טענותיהם על היותם התושבים הילידיים של פלסטין. רביעית: לדחוק את הקבוצות הליברליות בחברה הישראלית ולבלום את השפעתן על אופייה העתידי של המדינה באמצעים חוקתיים. חמישית: לבלום כל שיתוף פעולה אפשרי בין יהודים ליברלים

לאזרחים פלסטינים של ישראל, אשר עלול להוביל לכיסוס חקיקתי של אופיייה הליברלי והאזרחי של המדינה, דבר שבא לידי ביטוי בבחירות לכנסות ה-21, ה-22 וה-23.

ביבליוגרפיה

- אלכז, שגיא, וניבה נדיר-גולן (2018). אליטות אסטרטגיות בישראל: חלוקת הכוח בחברה הישראלית. חיפה: כרמל.
- אליצור, אורי (2013). על שלושה דגלים. NRG, 12.4.2013, <https://www.makorrishon.co.il/nrg/>, online/1/ART2/459/912.html (אוחזר ב-4.5.2020).
- אלמוג, עוז (2004). פרידה משרוליק: שינוי ערכים באליטה הישראלית. חיפה: אוניברסיטת חיפה וזמורה ביתן.
- בנדר, אריק (2018). ברוב של 62 תומכים ו-55 מתנגדים: חוק הלאום אושר בכנסת. מעריב, 19.7.2018. <https://www.maariv.co.il/news/politics/Article-652012> (אוחזר ב-10.5.2020).
- בקשי, אביעד (2018). חוק הלאום: המהפכה החוקתית הציונית. ישראל היום, 18.7.2018. <https://www.israelhayom.co.il/opinion/572299> (אוחזר ב-7.5.2020).
- ברוך, חזקי (2014). חוק הלאום אושר בממשלה. ערוץ 7, 23.11.2014. <https://www.inn.co.il/News/News.aspx/287869> (אוחזר ב-4.5.2020).
- ג'מאל, אמל (2020). ניתוח סוציולוגי ותיאורטי לייצוגיות והנהגה הערבית בישראל מאז הנכבה ועד היום. כתב העת למחקרים פלסטינים. 123. טרם התפרסם.
- ג'מאל, אמל (2018). אסור למאבק הדרוזי להיות אפורטוניסטי. הארץ, 2.8.2018. <https://www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.6338484> (אוחזר ב-10 במרץ 2019).
- ג'מאל, אמל ואפרים לביא (עורכים) (2015). הנכבה בזיכרון הלאומי של ישראל. תל אביב: מכון תמי שטיינמץ למחקרי שלום ומכון וולטר ליבך.
- הופנונג, מנחם (1991). בטחון המדינה מול שלטון החוק. ירושלים: נבו. הכנסת, 2018. https://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestionssearch&la_witemid=565913 (אוחזר ב-14 במרץ 2019).
- הלמן, רובי ועדי ארבל (2009). דורש עיגון. המכון לאסטרטגיה ציונית. <https://izs.org.il/papers/refinal.pdf> (אוחזר ב-4.5.2020).
- והבה, מג'אלי. הגיע הזמן שפוליטיקאים יהיו כנים לגבי חוק הלאום, Ynet, 18.1.2019. [ynetnews.com/articles/0,7340,L-448576,00.html](https://www.ynetnews.com/articles/0,7340,L-448576,00.html) (אוחזר ב-10 במרץ 2019).
- לבני, רמי (2018). קץ עידן העבריות. ירושלים: כרמל.
- לוי, יגיל (2015). המפקד האליון: התיאוקרטיזציה של הצבא בישראל. תל אביב: עם עובד.
- לוריא, גיא (2019). הוועדה למינוי שופטים. נייר עמדה 137. ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה. <https://www.idi.org.il/media/13321/the-judicial-selection-committee.pdf> (אוחזר ב-10.5.2020).
- מטר, ענת (2019). על דלות המוסר: מסה קריטית. תל אביב: הקיבוץ המאוחד.
- סנדרוביץ, ירון (2017). פנומנולוגיה של הזמן: תודעת זמן וסובייקטיביות. תל אביב: רסלינג.
- קימלרלינג, ברוך (2001). קץ שלטון האחוס"לים. ירושלים: כתר.
- קינג, עופר (2015). יותר נשים, יותר "צברים", יותר "סלכס": כיצד תיראה הכנסת הבאה? 1.2.2015. המכון הישראלי לדמוקרטיה. <https://www.idi.org.il/articles/3789> (אוחזר ב-10.5.2020).
- קרמניצר, מרדכי (2018). מומלץ שלא להירגע: משבר חוק הלאום, לישראל אין יותר לאן להוליך את החרפה. הארץ, 19.7.2018. <https://www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.6290995> (אוחזר ב-10.5.2020).
- רובינשטיין, אמנון (2012). סיפורם של חוקי היסוד. משפט ועסקים, 14: 79-109.

- רובינשטיין, אמנון וברק מדינה (2005, מהדורה 6). *המשפט החוקתי של ישראל – עקרונות יסוד*. ירושלים: שוקן.
- שיין, יוסי (2019). *המאה הישראלית והישראליוציה של היהדות*. ראשון לציון: ידיעות ספרים.
- שיפטן, דן (2011). *פלסטינים בישראל: מאבקו של המיעוט הערבי במדינה היהודית*. תל אביב: כנרת-זמורה-ביתן-דביר.
- שלג, יאיר (2018). חוק הלאום: משמעות היסטורית או נזק אסטרטגי? *מקור ראשון*, 28.8.2018. <https://www.makorishon.co.il/judaism/72725> (אוחזר ב-10.5.2020).
- שפק-ליסק, רבקה (2018). *מתי ואיך היגרו הערבים והמוסלמים לארץ ישראל*. ראשון לציון: משכל.
- שפק-ליסק, רבקה (2014). *מתי ואיך חוסל הרוב היהודי בארץ ישראל*. ירושלים: כרמל.
- Ahren, Raphael (2018). Netanyahu Suggests Diaspora is Drifting away from Judaism. *Times of Israel* 29. www.timesofisrael.com/netanyahu_suggests_diaspora_is_drifting_from_judaism/ (last retrieved 4 March 2019).
- Abramson, Yontathan (2017). Making a Homeland, Constructing a Diaspora: The Case of Taglit-Birthright Israel, *Political Geography* 58: 14–23.
- Abu-Rabia, Salim (1998). The Learning of Hebrew by Israeli Arab Students in Israel, *The Journal of Social Psychology* 138(3): 41–331.
- Adalah (2002). Use of Arabic on Signs in Mixed Cities, *Adalah* (last retrieved 11 March 2019).
- Albana, Awni (2014). Planning policy in Arab towns: Discrimination and barriers. Retrieved from: [https://law.acri.org.il/The/wp-content/uploads/2015/037planning-housing-arab-citizens0414.pdf](https://law.acri.org.il/The/wp-content/uploads/2015/03/wp-content/uploads/2015/037planning-housing-arab-citizens0414.pdf)
- Allen, Amy (2016). *The End of Progress: Decolonizing the Normative Foundations of Critical Theory*. New York: Columbia University Press.
- Almog, Shmuel, Jehuda Reinharz, & Anita Shapira (eds.) (1998). *Zionism and religion*. Hanover: Brandeis University Press in association with the Zalman Shazar Center for Jewish History.
- Anderson, Benedict (1983). *Imagined Community: Reflections on the Origins and Spread of Nationalism*. New York: Verso.
- Bali, U. Asli. & Hanna Lerner (eds.) (2017). *Constitution Writing, Religion and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Barnett, Randy (2003). Constitutional Legitimacy, *Columbia Law Review* 103: 111–148.
- Beilin, Yossi (2000). *His Brother's Keeper: Israel and the Diaspora Jewry in the Twenty-Fist Century*. New York: Schocken Books.
- Ben Youssef, Nadia & Sandra Samaan Tamari (2018). Enshrining Discrimination: Israel's Nation State Law, *Journal of Palestine Studies* 48(1): 73–87.
- Berger, Peter & Thomas Luckman (1966). *The Social Construction of Reality: Treatise in the Sociology of Knowledge*. New York: Penguin Books.
- Bottici, Chiara (2014). *Imaginal Politics: Images beyond the Imagination and the Imaginary*. New York: Columbia University Press.
- Cassin, Barbara, Emily Apter, Jacques Lezra, & Michael Wood (2014). *Dictionary of Untranslatables: A Philosophical Lexicon*. Princeton: Princeton University Press.
- Cassirer, Ernst (1974). *The Myth of the State*. New Haven: Yale University Press.
- Cohen, Nir (2016). A Web of Repatriation: The Changing Politics of Israel's Diaspora Strategy, *Population, Space and Place* 22(3): 288–300.
- Cohen, Joshua (1993). Freedom of Expression, *Philosophy and Public Affairs* 22(3): 207–263.
- Charles, Taylor (2004). *Modern Social Imaginaries*. Durham: Duke University Press.

- Derrida, Jacques (2005). *Rogues: Two Essays on Reason*. Stanford: Stanford University Press.
- Edelman, Murray (1985). *The Symbolic Uses of Politics*. Urbana: University of Illinois Press.
- Ezrahi, Yaron (2012). *Imagined Democracy: Necessary Political Fiction*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Firro, Kais (1999). *The Druze in the Jewish State: A Brief History*. Leiden: Brill.
- Frank Jason (2010). *Constituent Moments: Enacting the People in Postrevolutionary America*. Duke University Press Books.
- Freud, Anna (1937). *The Ego and the Mechanisms of Defense*. London: Hogarth Press and the Institute of Psycho-Analysis.
- Feige, Michael (2009). *Settling in the Hearts: Jewish Fundamentalism in the Occupied Territories*. Detroit: Wayne State University Press.
- Gans, Chaim (2016). *A Political Theory for the Jewish People*. New York: Oxford University Press.
- Gausset, Quentin, Justin Knrick & Robert Gibb, (2011). Indigeneity and autochthony: A couple of false twins? *Social Anthropology*, 19, 135–142.
- Herman, Tamer (2014). *The National-Religious Sector in Israel 2014*. Jerusalem: The Israel Democracy Institute.
- Hornqvist, Mikael (2004). *Machiavelli and Empire*. New York: Cambridge University Press.
- Lerner, Hanna (2011). *Making Constitutions in Deeply Divided Societies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ghanim, Honaida (2019). Introduction: Israel's Jewish Nation-State Law: The Re-exclusion of the Palestinian from the Universe of Obligation, in Honaida Ghanim (ed.), *Basic Law: Israel as the Nation-State of the Jewish People: Facts and Dimensions*. Ramallah: Madar Center: 7–10.
- Jamal, Amal (2018). The Hegemony of Neo-Zionism and the Nationalizing State in Israel: The Meaning and Implications of the Nation-State Law, in Simon Rabinovitch (ed.), *Defining Israel: The Jewish State Democracy and the Law*. Hebrew Union College Press: 159–182.
- Jamal, Amal (2017). Neo-Zionism and Palestine: The unveiling of settler-colonial practices in mainstream Zionism, *Journal of Holy Land and Palestine Studies* 16(1): 47–78.
- Jamal, Amal (2016). Constitutionalizing Sophisticated Racism: Israel's Proposed Nationality Law, *Journal of Palestine Studies* 45(2): 40–51.
- Jamal, Amal (2009). Contradictions of State-Minority Relations in Israel: The Search for Clarification, *Constellations* 16(3) (September): 493–508.
- Khamaisi, Rassem (2007). *Between Customs and Laws: Planning and Managing of Land in Arab Localities in Israel*. Jerusalem: The Institute of Urban and Regional Studies, Floersheimer Studies.
- Khoury, Jaki, Ravit Hovel, & Jonathan Lis (2014). Breaking ranks: Livni, Lapid say they won't support Jewish nation-state law. *Haaretz*, 23.11.2014. https://www.haaretz.com/.premium-ministers-say-won-t-support-nation-state-bill-1.5334095?=&ts=_1589005844834 (Retrieved 7.5.2020).
- Lavi, Ephraim (2018). *Integrating the Arab-Palestinian Minority in Israeli Society: Time for a Strategic Change*. Tel Aviv: Institute for National Security Studies.
- Loughlin, Martin (2015). The Constitutional Imagination, *Modern Law Review* 78(1): 1–25.
- Lustick, Ian (1980). *Arabs in the Jewish State: Israel's Control of a National Minority*. Austin: University of Texas Press.

- Lechte, John (1997). "Language and symbolic power", *Australian and New Zealand Journal of Sociology*, 33(3): 403–407.
- Makdisi, Saree (2008). *Palestine Inside Out: An Everyday Occupation*. New York: Norton.
- Manna, Adel (2013). "The Palestinian Nakba and its Continuous Repercussions", *Israel Studies*, 18(2): 86–99.
- Mantena, Karuna (2010). *Alibis of Empire: Henry Maine and the Ends of Liberal Imperialism*. Princeton: Princeton University Press.
- Marmor, Andrei (2007). Are Constitutions Legitimate? *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 20(1): 69–94.
- Martinovic, Borja & Maykel Verkuyten (2013). 'We Were Here First, So We Determine the Rules of the Game': Autochthony and Prejudice toward Out-groups. *European Journal of Social Psychology*, 43: 637–647.
- Marx, Karl (2004). *The German Ideology*. edited by Christopher John. Arthur. New York: International Publishers.
- Mehta, Uday Mehta (1999). *Liberalism and Empire: A Study in Nineteenth-Century British Liberal Thought*. Chicago: University of Chicago Press.
- Mendel, Yonatan. (2014). *The Creation of Israeli Arabic: Political and Security Consideration in the Making of Arabic Language Studies in Israel*, *Palgrave Studies in Languages at War*. London: Palgrave Macmillan.
- Mills, Charles (2015). Decolonizing Western Political Philosophy, *New Political Science* 37(1): 1–24.
- Mills, C. Wright (1959). *The Sociological Imagination*. Oxford: Oxford University Press.
- Muthu, Sankar Muthu (2003). *Enlightenment Against Empire*. Princeton: Princeton University Press.
- Neumann, Boaz (2011). *Land and Desire in Early Zionism*. Waltham: Brandeis University.
- Nichols, Robert (2005). Realizing the Social Contract: The Case of Colonialism and Indigenous Peoples, *Contemporary Political Theory* 4: 42–62.
- Oakeshott, Michael (1975). *On Human Conduct*. New York: Oxford University Press.
- Orgad, Liav (2010). The Preamble in Constitutional Interpretation, *International Journal of Constitutional Law* 8(4): 714–783.
- Pagden, Anthony (1995). *Lords of all the World: Ideologies of Empire in Spain, Britain and France, c.1500–1800*. New Haven: Yale University Press.
- Pateman, Carole (2007). The Settler Contract, in Mills, Charles & Carole Pateman (eds.), *Contract and Domination*. Malden, MA: Polity: 35–78.
- Peled, Yoav & Horit Peled (2018). *The Religionization of Israeli Society*. London: Routledge.
- Pitts, Jennifer (2010). Political Theory of Empire and Imperialism, *Annual Review of Political Science* 13: 211–315.
- Pitts, Jennifer (2005). *A Turn to Empire: The Rise of Imperial Liberalism in Britain and France*. Princeton: Princeton University Press.
- Raz, Joseph (1991). "Freedom of Expression and Personal Identification", *Oxford Journal of Legal Studies*, 11(3): 303–324.
- Rabinovitch, S. (2018). *Defining Israel: The Jewish State, Democracy, and the Law*. Cincinnati: Hebrew Union College Press.
- Rana, Aziz (2014). Colonialism and Constitutional Memory, *University of California Irvine Law Review* 5(2): 263–288.

- Rana, Aziz (2010). *The Two Faces of American Freedom*. Cambridge: Harvard University Press.
- Renger, Barbara. (2014). Between History and Reason: Giambattista Vico and the Promise of Classical Myth, *Journal of Cultural and Religious Theory* 14(1): 38–52.
- Ricoeur, Paul (1991). *A Ricoeur Reader: Reflection and Imagination*. edited by Mario J. Valdes. Toronto: University of Toronto Press.
- Riendeau, Natalie (2014). *The Legendary Past: Michael Oakeshott on Imagination and Political Identity*. New York: Ingram Books.
- Rose, Deborah Bird (1991) *Hidden Histories: Black Stories from Victoria River Downs, Humbert River and Wave Hill Stations*. Canberra: Aboriginal Studies Press.
- Rubinstein, Amnon (2010). The Curious Case of Jewish Democracy, *Azure* 41: 33–51.
- Sa'di, Ahmad & Lila Abu-Lughod, (eds.) (2007). *Nakba: Palestine, 1948 and the Claims of Memory*. New York: Columbia University Press.
- Salamanca Omar Jabary, Mezna Qato, Kareem Rabie, & Sobhi Samour (2012). Past is Present: Settler Colonialism in Palestine, *Settler Colonial Studies* 2(1): 1–8.
- Schmitt, Carl (1988). *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Translated by Ellen Kennedy. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- Shenhav, Yehouda, Maisalom Dallashi, Rami Avnimelech, Nissim Mizrachi, & Yonatan Mendel (2015). *Command of Arabic among Israeli Jews*. Jerusalem: Van Leer Institute Press.
- Spencer, Robert (2009). The Qur'an: Israel Is Not for the Jews Claims to the Holy Land, *Middle East Quarterly* 16(4): 3–8.
- Spencer, Jonathan (1997). Post-Colonialism and the Political Imagination, *The Journal of the Royal Anthropological Institute* 3(1): 1–19.
- Taylor, Charles (2003). *Modern Social Imaginaries*. Raleigh: Duke University Press.
- Taylor, George H. (2006). Ricoeur's Philosophy of Imagination, *Journal of French Philosophy* 16 (1-2): 93–104.
- Tully, James (2009). *Public Philosophy in a New Key*, Vols. 1 and 2. New York: Cambridge University Press.
- Tully, James (2005). Exclusion and Assimilation: Two Forms of Domination in Relation to Freedom, *Nomos*, 46 *Political Exclusion and Domination* (2005): 191–229.
- Tully, James (1995). *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tully, James (1993). *An Approach to Political Philosophy: Locke in Contexts*. New York: Cambridge University Press.
- Veracini, Lorenzo (2013). The Other Shift: Settler Colonialism, Israel and the Occupation, *Journal of Palestine Studies* 42(2): 26–42.
- Veracini, Lorenzo (2011). Introducing Settler Colonial Studies, *Journal of Settler Colonial Studies* 1(1): 1–12.
- Vico, Giambattista (2002). *The First New Science*, edited and translated by Leon Pompa. Cambridge: Cambridge University Press.
- Weisman, Jonathan (2019). American Jews and Israeli Jews are Headed for a Messy Breakup. *New York Times*, 4 January 2019. <https://www.nytimes.com/2019/01/04/opinion/sunday/israeli-jews-american-jews-divide.html> (last retrieved 4 March, 2019).
- Wittgenstein, Ludwig (1953). *Philosophical Investigations*. New York: Macmillan.
- Yiftachel, Oren (1999). 'Ethnocracy': The Politics of Judaizing Israel/Palestine, *Constellations* 6(3): 364–390

חוק הלאום כאנטיתזה לחוקתיות ליברלית

גילה שטופלר

המרכז האקדמי למשפט ולעסקים

שחיקת הדמוקרטיה הליברלית בישראל מצטרפת לתופעה העולמית של משברים דמוקרטיים במדינות כגון הונגריה, פולין, ונצואלה, ואף ארצות-הברית מאז בחירתו של טראמפ. שחיקתה בישראל מקבלת רוח גבית משמעותית מהירידה הכללית בקרנה של הדמוקרטיה הליברלית ברחבי העולם, אולם כמו במקומות אחרים, גם כאן יש לשחיקה הזו מאפיינים ייחודיים שחשוב להבינם.

חוקרים מציעים הסברים שונים לשחיקה הנוכחית של הדמוקרטיה הליברלית ברחבי העולם. הסבר אחד הוא הגידול באי-השוויון ובמצוקה הכלכלית של חלקים גדלים והולכים מהאוכלוסייה במדינות המערב כתוצאה מהגלובליזציה ומההגירה, שגורמים לאוכלוסיות אלה להתנגד לדמוקרטיה הליברלית ולשאוף להסתגרות ולמנהיג חזק; הסבר שני לשחיקת הדמוקרטיה הליברלית הוא תגובת נגד של ההמון למה שישעיה מונק מכנה "הליברליזם האנטי-דמוקרטי", שבמסגרתו האליטה החברתית והאליטה הבירוקרטית עוקפות לכאורה את הדמוקרטיה וכופות את הליברליזם, וכתגובת נגד ההמונים מואסים ברעיונות ליברליים וחותרים לדמוקרטיה לא-ליברלית שבה רק הרוב קובע; הסבר שלישי הוא החזרה לשבטיות ולערכי הדת והמסורת, שמביאה לדחיית הערכים הליברליים ולשאיפה למנהיגים חזקים ושמרנים.

ההסברים הללו אינם מוציאים זה את זה, ובכולם יש מידה של אמת שמשתנה ממדינה למדינה בהתאם לתנאים העובדתיים השוררים בה. גם בישראל ההסברים הללו ממלאים כולם תפקיד מסוים בשחיקת הדמוקרטיה הליברלית.

בהרצאתי אני רוצה להתמקד בהסבר השלישי – החזרה לשבטיות והשימוש בה ככלי לשחיקת הדמוקרטיה הליברלית.

מובן שהשבטיות הייתה תמיד נוכחת בחברה הישראלית ובמשפט הישראלי, אך בשנים האחרונות כוחה הולך ועולה, וקבלתו של חוק הלאום היא הביטוי החוקתי לכך. אטען כי בסיס תיאורטי טוב להבנת תהליך השחיקה של הדמוקרטיה הליברלית בישראל

והחזרה לשבטיות ניתן למצוא בביקורתו של המשפטן והפילוסוף הגרמני קרל שמיט על החוקתיות הליברלית, ובתחליפים שהוא מציג לה.

על-פי מדדי הדמוקרטיה השונים המתפרסמים בעולם, ישראל היא לכאורה דמוקרטיה ליברלית יציבה (למרות שציוניה ירדו בשנה האחרונה). אולם לטענתי ישראל אינה דמוקרטיה ליברלית ומעולם לא הייתה כזו. הגדרה מדויקת יותר של ישראל תהיה הגדרתה כמדינה שהיא בעלת מבנה חוקתי סמיליברלי, שמשלב בין ליברליזם לשבטיות. כלומר, בתחומים מסוימים המשפט הישראלי מחויב לתפיסה ליברלית שמגינה על זכויות הפרט ורואה בכלל אזרחיה אנשים שווים וחופשיים, אלא שבתחומים אחרים המשפט הישראלי נותן קדימות ברורה ומכוונת לאופי היהודי של המדינה על חשבון זכויות הפרט.

החוקתיות הסמיליברלית מתבטאת בישראל בכמה מישורים – האחד הוא היבטים מסוימים ביחסה של ישראל לאזרחים הערבים, כשנושא הקרקעות מרכזי בהם. השני הוא יחסי הדת והמדינה בישראל, ובעיקר כפיית נישואין וגירושין דתיים על כלל האזרחים, תוך פגיעה חמורה בזכותן של נשים לשוויון ובחופש הדת והמצפון.

נושא שלישי הוא הכיבוש. עד היום, כיוון שמרבית השטחים הכבושים אינם נחשבים לחלק מישראל, והמשפט החוקתי הישראלי אינו מוחל עליהם ישירות, לכאורה לא היה הנושא מושפע ישירות מקיומם. בהמשך אטען שמטרת חוק הלאום היא, בין השאר, להכין את הקרקע החוקתית לשינוי מעמדם המשפטי של השטחים, ולשם כך הוא מניח את הבסיס לשינוי יסודי בחוקתיות הישראלית.

חקיקת חוקי היסוד על זכויות האדם – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק – והמהפכה החוקתית שהביאו, לא שינו את האופי הסמיליברלי של החוקתיות הישראלית. אומנם המהפכה החוקתית העניקה לבית המשפט העליון לראשונה את האפשרות הקיימת כמעט בכל הדמוקרטיות המתקנות – לפסול חוק של הכנסת הפוגע בהיבטים של זכויות היסוד המעוגנים בחוקי היסוד. אך לא הייתה לה כמעט כל השפעה על החלקים הלא-ליברליים של החוקתיות הישראלית.

למשל, בגלל סעיף שמירת הדינים, הקובע שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא יחול על חקיקה שקדמה לו, דיני הנישואין והגירושין המפלים עומדים בעינם. באותו אופן המהפכה החוקתית, אף שהכירה בזכות הקניין כזכות חוקתית, לא שינתה את שלילת זכותם של ערבים אזרחי ישראל לקרקעות שהופקעו מהם בשנים הראשונות של המדינה, אפילו אם לא נעשה בהן שימוש מאז. המהפכה החוקתית גם כמעט ולא שיפרה את מצבם של הפלסטינים החיים בשטחים הכבושים.

כפי שהבהרתי, כבר שנים שהדו-קיום בין החוקתיות הדמוקרטית-ליברלית לבין החוקתיות היהודית בישראל מתוח ובעייתי. אם כך, איזה שינוי מביא בעצם חוק הלאום? אולי הוא פשוט עוד מאותו הדבר? לצערי, איני סבורה כך.

הסיבה שחוק הלאום עבר דווקא עכשיו היא שהוא יוצר את המסגרת החוקתית המאפשרת את תהליך ההתנתקות מההיבטים הליברליים של החוקתיות בישראל, תהליך שהוביל השלטון בכנסת העשרים, ומעבר למה שאפשר אולי לכנותו חוקתיות שבטית. לכן חוק הלאום אינו מהווה רק שינוי כמותי בהיקף הפרות זכויות האדם שהמשפט הישראלי מוכן לאפשר, אלא הוא בבחינת שינוי איכותי. מערכת המשפט הישראלית שאחרי חקיקת חוק הלאום אינה אותה מערכת משפט שהייתה עד לחקיקתו, שכן מטרתו היא לשנות מן היסוד את המשפט החוקתי הישראלי, באופן עמוק בהרבה מאשר רוב מחוקקיו מוכנים להודות.

כדי להבהיר את כוונתי אשתמש בכתביו של הפילוסוף והמשפטן הגרמני השנוי במחלוקת, קרל שמיט, שהוא תיאורטיקן מרכזי שבאמצעותו מנסים חוקרים להבין את הגורמים למשבר העולמי של הדמוקרטיה הליברלית. אדריכלי מהלך הנטישה של החוקתיות הליברלית במדינות דוגמת פולין והונגריה, ולטענתי גם בישראל, שותפים לביקורתו של שמיט על החוקתיות הליברלית, ולכן ביקורת זו יכולה לסייע בהבנת מהלכיהם. אציין את המובן מאליו, שלפיו איני טוענת שמי מהם שותף לתמיכתו של שמיט במשטר הנאצי, אבל הם אכן שותפים לביקורתו על החוקתיות הליברלית ועל מה שהם רואים כחולשותיה הפטאליות, וכן על מה שהם רואים כאלטרנטיבה לה.

בלב טיעונו של שמיט עומדת הביקורת על הניטרליות ועל האוניברסליות של החוקתיות הליברלית. שמיט טוען שכיוון שהתפיסה הליברלית מבקשת להיות ניטרלית בין תפיסות שונות של הטוב, ואוניברסלית בתחולתה על בני האדם בדמוקרטיה הליברלית, היא חסרת תוכן מהותי, חסרת מחויבות מוסרית ופוליטית וחסרת יכולת עמידה והישרדות. לטענת שמיט, בליבו של הפוליטי עומדת ההבחנה בין עמית לאויב. הישרדותה של חברה ברגעי משבר תלויה בכך שהניטרליות והאוניברסליות הליברליות יוחלפו באופן קבוע בהבחנה ברורה בין עמית לאויב.

באותו אופן גם עקרון שלטון החוק כעיקרון נורמטיבי אוניברסלי עליון שכולם כפופים לו הוא לדעת שמיט עיקרון מדומה וצבוע. לגישתו, מאחר שהחוק מיושם תמיד על ידי בעלי שררה ועל בסיס החלטותיהם, כוח השררה גובר תמיד על כוח החוק. נוסף לכך, במצב החירום (the state of exception), שהוא מצב קיצון שתמיד מגיע, וכל חברה חייבת להיות מוכנה לו, עקרון שלטון החוק ממילא מתמוטט ומוחלף בכוח ההחלטה הבלתי-מוגבל של בעלי השררה, ובסמכותם לקבוע מי עמית ומי אויב ולפעול כדי להכריע את האחרון.

יתרה מזאת, לפי שמיט קיימת סתירה עמוקה ובלתי-ניתנת ליישוב בין חוקתיות ליברלית מכילה וניטרלית לקיומה של דמוקרטיה. דמוקרטיה שמיטיאנית יכולה להתקיים רק בקרב קבוצה חברתית המאופיינת בהומוגניות ובמכנה משותף משמעותי, שבאמצעותו חברי הקבוצה או העם יכולים להבחין בינם לבין מי שאינם חברי הקבוצה, ולהתאחד סביב

זהות ייחודית הנגזרת מתרבות, דת, מוצא אתני, אדמה, שפה או אידיאולוגיה משותפים. לדעתו, רק מקום שבו חברי קבוצה תרבותית הומוגנית שכזו הם בעלי סמכות ריבונית לנהל את חייהם ולבטא את זהותם הקולקטיבית כראות עיניהם וללא כל מגבלה הוא מצב אמיתי של דמוקרטיה.

לכן, לפי שמיט, חוקתיות ליברלית, שמגינה על זכויות אדם ומחייבת הפרדת רשויות בין הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת, מטילה מגבלות חסרות הצדקה על מהות הדמוקרטיה – שהיא כאמור המימוש החופשי של זהותו הקולקטיבית של העם.

לטענתו, דמוקרטיה ליברלית מכילה בתוכה סתירה פנימית בלתי-ניתנת ליישוב, שהפתרון לה הוא נטישת החוקתיות הליברלית – ובעיקר נטישת ההגנה על זכויות האדם האוניברסליות וביטול הפרדת הרשויות – ואימוץ מלא של דמוקרטיה שמיטיאנית, כלומר מתן חופש מוחלט לעם לפעול באמצעות בעלי השררה כדי לממש את זהותו הקולקטיבית. לגישתו רק כך יוכל העם להוסיף להתקיים ולנצח את אויבו.

לא קשה למצוא את קווי הדמיון בין תפיסתו של קרל שמיט לתפיסות המנחות את מתנגדיה העכשוויים של הדמוקרטיה הליברלית בעולם וגם בישראל.

כאמור, ישראל לא הייתה מעולם דמוקרטיה ליברלית במלוא מובן המילה, אך המאפיינים של החוקתיות הישראלית, שהם אכן ליברליים, מהווים לדעת חלקים נרחבים בשלטון הנוכחי סכנה ליהודיותה של המדינה ואפילו לעצם קיומה, ולכן יש לצמצם ואולי אף לבטלם.

לא אחת הצהירה שרת המשפטים שקד, שמטרתו של חוק הלאום היא לשנות את נקודת האיזון בין יהודית לדמוקרטית, כאשר המונח דמוקרטיה בהקשר זה משמעו דמוקרטיה ליברלית. לטעמה, בית המשפט הגן על אופייה הדמוקרטי-ליברלי של ישראל יותר מדי, על חשבון אופייה היהודי, וחוק הלאום נועד לשנות זאת. לכן, חוק הלאום אינו כולל כל התייחסות לאופייה הדמוקרטי של ישראל, לזכות לשוויון או לזכויות המיעוטים החיים במדינה. העדיפות הברורה שחוק היסוד נתן ליהודיותה של המדינה על-פני אופייה הדמוקרטי גלומה בין השאר בקביעת ההתיישבות היהודית כערך חוקתי שיש לעודדו ולבססו, בביטול מעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית, ובקביעה שלפיה העם היהודי מממש את זכותו הדתית להגדרה עצמית במדינת ישראל שהוקמה בארץ ישראל.

המטרה המשפטית הישירה בחקיקת חוק הלאום היא שחוקים שייגזרו מהסדרים אלה יעמדו בבקורת שיפוטית, משום שהעקרונות שעליהם יתבססו מעוגנים בחוק יסוד הלאום. אולם המטרה העקרונית והערכית של חוק הלאום רחבה הרבה יותר.

בלשונו של שמיט, המטרה היא להגדיר מיהו העמית – העם – השבט – ה"אנחנו", וכפועל יוצא, גם מיהו האויב. העמיתים הם חברי הקולקטיב היהודי, אם כי, כפי שנראה מייד, לא כולם. אולם לא בכדי המילים דמוקרטיה ושוויון אינן מופיעות כלל בחוק

הלאום. אנחנו יודעים עובדתית שהן אינן מופיעות שם במכוון. אך שמיט מבהיר לנו גם רעיונית מדוע: כיוון שמתן שוויון אוניברסלי לכלל אזרחי המדינה הוא רעיון ליברלי המנוגד להבחנה בין עמית לאויב, ובכך הוא מחליש ומסכן, לפי שמיט, את הקיום הקולקטיבי של העם.

אצל שמיט זהותו הקולקטיבית הייחודית של העם נגזרת לא רק מתרבות, שפה או דת, אלא גם מהאדמה שהוא יושב עליה. גם כאן הקשר בין תפיסתו של שמיט למצב הישראלי ברור. רבים בממשלה הנוכחית רואים בסיפוח השטחים מטרה מרכזית, ואת חקיקת חוק הלאום יש להבין גם בהקשר זה.

אם עד כה, כיוון שהשטחים נחשבים עדיין שטח כבוש, המשפט החוקתי כמעט שלא היה מושפע ישירות מקיומם, הרי שסיפוחם יהפוך את שאלת זכויותיהם ומעמדם של הפלסטינים בארץ ישראל השלמה לשאלת היסוד של המשפט החוקתי הישראלי. מטרה מרכזית של חקיקת חוק הלאום אצל רבים ממחוקקיו היא להבטיח את העליונות היהודית בארץ ישראל השלמה, אף שבארץ ישראל השלמה לא יהיה רוב יהודי.

חוק הלאום נועד להבטיח שכל חקיקה השוללת זכויות מפלסטינים, כמו למשל חוק ההסדרה, ואף חוקים מרחיקי לכת בהרבה, תוכל להוסיף ולהתקיים באין מפריע. כך למשל, עורך הדין הראל ארנון, שייצג את הממשלה בעתירה נגד חוק ההסדרה, טען כי העלאת ערך ההתיישבות היהודית לערך חוקתי בחוק הלאום מצדיקה את הפרת זכויות הפרט של הפלסטינים ומכשירה את חוקתיותו של חוק ההסדרה. אומנם בית המשפט העליון פסל את חוק ההסדרה, ונמנע במכוון להתייחס לטענה בדבר תחולת חוק הלאום ונפקותו, אך דווקא פסק דינו של בית המשפט העליון, שקצרה היריעה מלדון בו כאן, חושף במלוא עוזה את ההתנגשות החזיתית בין החוקתיות השבטית שעליה מבוססים חזון הסיפוח וחוק הלאום, לבין ההיבטים הליברליים החלקיים של החוקתיות בישראל, עליהם נשען בית המשפט בניתוחו החוקתי.

ונקודה אחרונה – גם אם חוק הלאום לכאורה רק מסמן עמיתים, הרי שמהלכי החקיקה הרבים שהתחוללו בשנים האחרונות, ושמטרתם הייתה סימון אויבים, אינם מותירים ספק באשר למטרה של המהלך הנרחב, שחוק הלאום הוא גולת הכותרת והעוגן החוקתי שלו. לא רק הערבים בישראל והפלסטינים בשטחים הם אויבים המפריעים למימוש זהותו הקולקטיבית של העם היהודי בארץ ישראל השלמה.

גם היהודים הליברלים, שסבורים שישראל צריכה להיות דמוקרטיה ליברלית וחולקים על החזון הכמו-שמיטיאני של פסאודו דמוקרטיה יהודית בארץ ישראל השלמה, מסומנים כאויבים המפריעים למימוש העצמי של הקולקטיב היהודי.

הצעת חוק הנאמנות בתרבות של השרה רגב, מניעת הכניסה לישראל מיהודים המתנגדים לכיבוש, מסע הדה-לגיטימציה הנרחב נגד "שוברים שתיקה" ו"בצלם", חוק החרם וחוק העמותות, כולם דוגמאות לסימון אויביו הפנימיים של הקולקטיב היהודי.

גם הכשרתה הפוליטית של מפלגת עוצמה יהודית הכהניסטית, ממשרכת דרכה של תנועת הטרור כך, וחיבוקה בפועל על ידי כל מפלגות הימין, ובראשן על ידי בנימין נתניהו, קשורה קשר ישיר לשינוי החוקתי העובר על ישראל בחסות חוק הלאום ולשינוי בקו השמיטיאני המבדיל בין עמית לאויב ומגדיר את השבט.

לא במקרה אישרה ועדת הבחירות, בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה, את מועמדותו לכנסת של מיכאל בן ארי, שאמר, ואני מצטטת: "מי שרק מעז לדבר נגד יהודי – הוא לא חי. לא מגרשים אותו, לא שוללים לו אזרחות – הוא לא חי. כיתת יורים הורגים אותו. מחסלים אותו, כמו שערכים מבינים. זו השפה שלהם."

כלומר, יהודים הדוגלים במימוש הזהות הקולקטיבית בארץ ישראל השלמה, תוך הפרות חמורות של זכויות האחר, הם עמיתים, בעוד שכל המתנגדים לכך, כולל יהודים, הם אויבים. לכן גם אין זה מקרי שזו הפעם הראשונה שוועדת הבחירות פסלה את מועמדותו של מועמד יהודי, עופר כסיף מחד"ש, בשל ביקורות נוקבות שלו נגד המדינה ונגד צה"ל בשל הכיבוש.

נכון שבסבב הנוכחי ביטל העליון את פסילת עופר כסיף, ואפילו פסל את בן ארי, ואין ספק שהחלטה שלו מהווה התייצבות שאינה מובנת מאליה מצד בית המשפט להגנת ההיבטים הליברליים ההולכים ונשחקים של החוקתיות הישראלית. לא בכדי הבטיחו אותם חברי כנסת האחראים לחקיקת חוק הלאום כי לאחר הבחירות יגבילו את סמכויות העליון, ולדבריהם "יחזירו את הסמכות לעם". מבחינתם, התהליך של מחיקת סממניה הליברליים של ישראל וביסוסה כמדינה יהודית ואוטוריטרית המממשת את זהותו הקולקטיבית של העם היהודי בארץ ישראל השלמה על בסיס חוק יסוד הלאום, הוא בעיצומו, והם מחויבים לסכל כל ניסיון לעצרו.

חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי בראי המשפט הבין-לאומי

יעל רונן

המרכז האקדמי שערי משפט ומדע

הרצאה זו בוחנת את הוראותיו של חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי בראי כללי המשפט הבין-לאומי הנוגעים לזכויות קבוצתיות ולאיסור על אפליה. כללים אלו מעוגנים בין היתר באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מ-1966, שישראל צד לה מאז 1992.¹ הניתוח שלהלן יסתמך על האמנה הזו ועל פרשנותה. כן עוסקת הרצאה זו בקצרה בהשלכות של חוק היסוד על טענות בדבר זכויות של עמים ילידים.

1. זכויות קבוצתיות

סעיף 1 לחוק קובע:

- (א) ארץ ישראל מהווה מולדתו ההיסטורית של העם היהודי, שבה קמה מדינת ישראל.
- (ב) מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, שבה הוא מממש את זכותו הטבעית, התרבותית, הדתית וההיסטורית להגדרה עצמית.
- (ג) מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי.

1 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (בתוקף לגבי ישראל מ-1992), האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (בתוקף לגבי ישראל מ-1992)

א. הגדרה עצמית

הזכות להגדרה עצמית מעוגנת במסמכים בין-לאומיים רבים,² בהם האמנות הבין-לאומיות משנת 1966 בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות וכדבר זכויות אזרחיות, כלכליות ותרבותיות. הזכות להגדרה עצמית היא זכותו של עם לקבוע באופן חופשי את עתידו – הפוליטי, הכלכלי, התרבותי ועוד. זו זכות קבוצתית, ולא זכות של יחידים. הביטוי המובהק של הגדרה עצמית הוא עצמאות מדינית. אך עם בעל זכות להגדרה עצמית במישור הבין-לאומי יכול לבחור גם בדרך אחרת לבטא עצמו (להסתפח למדינה, להיות תחת חסות כלשהי וכדומה). הקמת מדינה מהווה מיצוי של הזכות להגדרה עצמית במובן החיצוני, כלפי הקהילה הבין-לאומית.³

המסמכים הבין-לאומיים אינם מגדירים מהו "עם". זוהי שאלה חוץ-משפטית. עם זאת, המשפט הבין-לאומי מזהה את הזכות להגדרה עצמית כבעלת מרכיב טריטוריאלי: הזכות מוקנית לעם ביחס לשטח המזוהה עימו. תפיסה זו של הזכות קשורה בכך שהיא התפתחה בעיקר במסגרת תהליך הדה-קולוניזציה שהחל בתום מלחמת העולם השנייה. יחידות ההגדרה העצמית באותה עת היו המושבות של המעצמות הקולוניאליות.⁴ בהקשר זה לא התעורר הצורך להגדיר מיהו עם, כיוון שההבחנה בין המעצמה השולטת לאוכלוסייה הנשלטת הייתה מובהקת וברורה. כך גם השטח שלגביו קמה הזכות היה ברור. בתהליך הדה-קולוניזציה לא התעוררה הבעיה שעיימה מתמודדים ישראל והפלסטינים, והיא ששני עמים יטענו לזכות להגדרה עצמית באותו שטח עצמו. מבחינה זו ניתוח המצב השורר בישראל ובסביבותיה על-פי המשפט הבין-לאומי הוא עניין מורכב, כי יש קושי לקבוע מה מלכתחילה מתחייב מהמשפט הבין-לאומי.⁵

אך השאלה שמעורר חוק היסוד אינה מימוש הזכות להגדרה עצמית במישור הבין-לאומי. כיוון שעצמאות היא הביטוי המובהק להגדרה עצמית, הרי שהקמת מדינת ישראל

2 מגילת האו"ם '21(2), 55, מתייחסת להגדרה עצמית כעיקרון בסיסי במטרות האו"ם וביעדיו, אך לא כזכות משפטית. הצהרת האו"ם בדבר עקרונות המשפט הבין-לאומי ובדבר יחסים ידידותיים ושותוף פעולה בין מדינות בהתאם למגילת האו"ם מתייחסת לזכות להגדרה עצמית, ונחשבת משקפת משפט מנהגי. החלטת העצרת הכללית של האו"ם 2625 משנת 1970 בדבר יחסים ידידותיים בין מדינות, UN General Assembly's Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, GA Res. 2625 (XXV), 24 October 1970.

3 על הזכות להגדרה עצמית באופן כללי ראו גיא הרפז, "הגדרה עצמית", משפט בינלאומי (רובי סיבל ויעל רונן, עורכים, מהדורה שלישית, תשע"ו) פרק 5.

4 על הקשר בין הזכות להגדרה עצמית לבין דה-קולוניזציה ראו חוות הדעת המייעצת של בית הדין הבין-לאומי בהאג בנושא צ'אגוס: *ICJ, Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion (25 February 2019).

5 'Recognition in the Context of the Israeli-Palestinian Conflict', Proceedings of an International Workshop held at the Hebrew University of Jerusalem 5 November 2018, *Israel Law Review* 52: 367-412 (2019).

ייתרה את הדיון בשאלת ההגדרה העצמית במישור הבין-לאומי של העם היהודי. אך החוק עומד על כך שיש זכות להגדרה עצמית "במדינה". אם כן, מדובר בהכרח בהיבט האחר של הזכות להגדרה עצמית, והוא "הגדרה עצמית פנימית", כלומר במימושה של הזכות בד' אמות המסגרת המדינתית. כאשר במדינה עצמאית יש אוכלוסיית מיעוט אתנית-לאומית שונה מהאוכלוסייה שאיתה מזוהה המדינה, גם לאוכלוסיית מיעוט זו יש זכות להגדרה עצמית. זכות זו לא תבוא לידי ביטוי בהקמת מדינה עצמאית, משום שהזכות להגדרה עצמית מוגבלת על ידי עקרון השלמות הטריטוריאלית של מדינות ריבוניות, אך יהיה לה ביטוי פנים-מדינתי. ביטוי זה, שנועד לממש באופן חופשי את העתיד הפוליטי, הכלכלי והחברתי של העם, יכול להתבטא באוטונומיה, וכן בייצוג ובשותפות בקבלת החלטות פוליטיות.⁶

גם על סמך פרשנות זו של החוק, משמעות סעיף 1(ג) נותרת סתומה. החוק מבחיר שה"עם" שמדינת ישראל מבטאת (כעניין של עובדה), או יכולה לבטא (כעניין של זכות) את הגדרתו העצמית, הוא העם היהודי בלבד. אלא שהייחוד של הזכות להגדרה עצמית במובנה הפנים-מדינתי לעם היהודי חסר משמעות. זכות להגדרה עצמית פנים-מדינתית נחוצה ונוגעת רק לקבוצה שאינה שלטת. הקבוצה השלטת נהנית מהגדרה עצמית מעצם מעמדה ההגמוני, בהיותה שולטת ומכתיבה את אופייה של המדינה. הרוב אינו זקוק להגדרה עצמית פנים-מדינתית. ניתן היה לסבור שסעיף 1(ג) מיותר, אך חשוב לציין שהוא גם מזיק, כיוון שלא רק שהוא קובע את זכותו של העם היהודי, אלא הוא גם מייחד לו את הזכות. ייחוד הזכות לקבוצה אחת משמעו שלילת הזכות של קבוצות לאומיות אחרות ליהנות מזכויות קבוצתיות. על-פי החוק, לאוכלוסייה הערבית – כקבוצה – אין זכות להגדרה עצמית. אך האוכלוסייה הערבית אינה חלק מה"עם". אזרחי ותושבי מדינת ישראל הערבים אינם זכאים להיות חלק מהקולקטיב שמממש את עצמו במדינת ישראל. שלילה זו עומדת בניגוד לנורמות של המשפט הבין-לאומי המכירות בזכותם של מיעוטים לאומיים לזכויות קולקטיביות מכוח הגדרה עצמית פנימית.

בשולי הדברים נציין שהחוק מתייחס לזכותו "התרבותית, הדתית וההיסטורית" של העם היהודי להגדרה עצמית. מינוח זה אף הוא חסר פשר. הזכות להגדרה עצמית היא זכות משפטית המבוססת על זיהוי לאומי. היא מבוססת על קשר בין עם לשטח, וזיהוי של עם כרוך לעיתים קרובות במאפיינים תרבותיים, דתיים והיסטוריים. ייתכן שכוונת המחוקק הייתה להדגיש את הקשרים הללו כרקע לקשר של העם היהודי למדינת ישראל. אך יש טעם לפגם בכך שמסמך משפטי, הקובע זכויות משפטיות, מכריז על זכויות מסוגים אחרים. הכרזה כזו, מקומה ראוי בדברי הסבר, אך לא במסמך מכונן.⁷

6 Manfred Nowak, *CCPR Commentary* (2nd edition, 2005). 24

7 לביקורת על עיגון הזכות הדתית ראו גייל טלשיר, "הבחירות האומללות של גנץ", הארץ (31.1.2019), וכן איל בנבנישתי ודורין לוסטיג, "שיקוי הלאומיות" (24.10.2018). ICON-S-IL Blog

ב. זכויות מיעוטים

סעיף 27 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קובע שבמדינות שבהן יש מיעוטים אתניים, דתיים ולשוניים, "לא ישללו מבני אדם המשתייכים למיעוטים אלו את הזכות לקיים את תרבותם, להחזיק בדתם ולשמור על מצוותיה, או להשתמש בלשונם, בצוותא עם החברים האחרים שבקבוצתם".

מקובל לומר ש"זכויות מיעוטים" הוא הביטוי של הגדרה עצמית במישור הפנימי. זאת על אף שהמשטר של הגדרה עצמית פנימית והמשטר של זכויות מיעוטים אינם זהים. ראשית, האינטרסים המהותיים המוגנים בכל אחת מהקטגוריות שונים. כאמור לעיל, הזכות להגדרה עצמית היא זכותו הקבוצתית של עם לקבוע באופן חופשי את עתידו הפוליטי, הכלכלי והחברתי. לעומת זאת, תוכנה המהותי של הזכות להגנה כמיעוט הוא לכאורה צר יותר ומוגבל לתחומים ספציפיים, בעיקרם בתחום הפולחן הדתי, השימוש בשפה והתרבות. הבדל נוסף הוא הנהנים מהזכות. לשונו של סעיף 27 מעגנת זכויות מיעוטים לכאורה כזכויות של בני אדם המשתייכים למיעוט, ולא כזכויות של המיעוט עצמו, כקבוצה. עם זאת, הפרשנות המקובלת היא שהסעיף מגן על אינטרסים קבוצתיים ולא רק אישיים. פרשנות זו מבוססת על לשון הסעיף ועל הרציונל שלו, כפי שהבהירה אותו הוועדה לזכויות אדם המפקחת על יישום האמנה.⁸ הזכויות האישיות נועדו, בין היתר, להגן על הישרדותה של הקבוצה, והישרדות זו חיונית על מנת שניתן יהיה לממש את הזכויות האישיות. לפיכך לא ניתן לנתק לחלוטין את המרכיב הקבוצתי מהמרכיב האישי בזכות. פרשנות מרחיבה זו נתמכת הן בלשונו של הסעיף, המדגיש את זכותם של יחידים המשתייכים למיעוט ליהנות מהזכויות "בצוותא עם החברים האחרים שבקבוצתם", והן בכך שללא המרכיב הקולקטיבי, הסעיף מיותר, כיוון שהזכויות האמורות בו מופיעות בחלקים אחרים באמנה.⁹

חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי אינו מתייחס במפורש לזכויות מיעוטים. ככל שמדובר בזכויות אישיות של חברי קבוצות מיעוט, לכאורה החוק אינו עוסק בהן כלל, שהרי מטרתו הייתה לעגן את זכותו של העם, ומקדמיו שבו וטענו שהוא אינו עוסק בזכויות הפרט.¹⁰ אמירה זו ודאי אינה מדויקת. סעיף 10 לחוק, למשל, קובע את יום המנוחה, ומתייחס לזכותם של מי שאינם יהודים למנוחה "בשבתם ובחגיהם".

8 Human Rights Committee, General Comment No 23(5) (art.27), UN Doc CCPR/C/21/ Rev.1/Add.5 (26 April 1994) para 9
 Jelena Pejic, "Minority Rights in International Law" *Human Rights Quarterly* 19, 666–685 (1997).

10 פורום קהלת, "מה שרציתם לדעת על חוק הלאום ולא העזתם לשאול" (11.7.2018) <https://kohelet.org.il/publication/%D7%9E%D7%94-%D7%A9%D7%A8%D7%A6%D7%99%D7%AA%D7%9D-%D7%9C%D7%93%D7%A2%D7%AA-%D7%A2%D7%9C-%D7%97%D7%95%D7%A7-%D7%94%D7%9C%D7%90%D7%95%D->

כלומר, החוק מגן על חופש האמונה והפולחן ברמה האישית. לכל היותר ניתן לומר שהחוק אינו פוגע במישרין בזכויות הפרט. אך זכויות מיעוטים הן כאמור גם זכויות קבוצתיות. אלו יכולות לבוא לידי ביטוי באוטונומיה בתחומים הקבועים באמנה, אך גם בהקשרים אחרים. למשל, ככל שיש הקצאת תקציבים ממשלתיים על בסיס קבוצתי, הזכות לשוויון מחייבת שכל הקבוצות תהיינה זכאיות לתקציבים. כאשר סעיף 1(ג) שולל את הזכות להגדרה עצמית, אשר ביטויה הפנים-מדינתי הוא בזכויות מיעוטים קבוצתיות, לא ניתן לקרוא את החוק באופן שאינו שולל זכויות קבוצתיות באשר הן, היא אשר היא שָׁמֶן.

חשוב להבהיר שחוק היסוד אינו אוסר את קיומם של מנגנונים משפטיים להגנת אינטרסים קבוצתיים, ואפילו לא קביעת זכויות קבוצתיות בחקיקה. כך למשל, בישראל יש כיום הסדר למימוש אינטרס אתני/לאומי על בסיס קבוצתי, והוא מערכת החינוך הערבית. ההסדר הקיים חורג מהחובה בסעיף 27 לאמנה, אשר כלל אינה מזכירה זכויות בתחום החינוך. יתר על כן, גם במסמכים העוסקים בזכות של קבוצת מיעוט לחינוך בשפתה ועל-פי תרבותה, הזכות אינה כוללת חובת מימון ציבורי על ידי המדינה, כפי שיש בישראל. אלא שמערכת החינוך הערבית קיימת כעניין של משפט מצוי, ולא מכוח הכרה בזכות (מכוח המשפט הבין-לאומי או החוקתי) של הקבוצה לקיים מסגרת חינוך משלה. גם הפסיקה לא הכירה עד היום באזרחי ישראל הערבים כקבוצה בעלת זכויות קבוצתיות (ובפרשת עדאלה דחה השופט חשין במפורש את האפשרות לכך).¹¹

ג. זכויות עמים ילידים ומיעוטי מולדת

בישראל נשמעות תביעות להכרה במיעוט הערבי ובאוכלוסייה הבדואית כקבוצות ילידיות.¹² להכרה כזו, נוסף ומעבר להכרה בהם כקבוצות מיעוט לאומיות, יש חשיבות

7%D-9%7%D7%95%D7%9C%D7%90-%D7%94%D7%A2%D7%96%D7%AA%D7%9D-
%D7%9C%D7%A9

11 בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל אביב – יפו, פ"ד (5) 393. לדיון ראו יצחק זמיר, "שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל", מעמד המיעוט הערבי במדינת הלאום היהודית (אלי רכס ושרה אוסצקי-לזר עורכים, אוניברסיטת תל אביב 2005) 59-83, ומוחמד דחלה, "דרישה לזכויות קיבוציות למיעוט הערבי בישראל", מעמד המיעוט הערבי במדינת הלאום היהודית (אלי רכס ושרה אוסצקי-לזר עורכים, אוניברסיטת תל אביב 2005) 84-90.

12 לספרות אקדמית ראו יוסף ג'בארין, "על מעמדו החוקתי של המיעוט הערבי בישראל: הצעה חדשה לסדר", מדינה וחברה 7, 105, 116; אילן סבן, "קול (דו לשוני) בודד באפלה? בעקבות בג"ץ 4112.99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו", עיוני משפט כז 1, 109, 130-133; מיכל טמיר וגרשון גונטובניק, "אתגר המציאות של הקהילה הבדואית בנגב: הכרה בתורת ההכרה" במשפט, חברה ותרבות, משפט, מיעוט וסכסוך לאומי 429 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים, 2017). ראו גם אורן יפתחאל ובתיה רוזד, "בין זכויות והכחשות: ילידיות בדווית בנגב?" המרחב הציבורי 9 (2015). אמל ג'מאל, "זכויות קיבוציות למיעוטים מקוריים – היבטים תאורטיים ונורמטיביים", מעמד המיעוט הערבי במדינת הלאום היהודית (אלי רכס ושרה אוסצקי-לזר עורכים, אוניברסיטת תל אביב 2005) 27-44.

בכמה הקשרים: היבט אחד הוא שההגנה על קבוצות ילידיות מתייחסת במפורש לאינטרסים קולקטיביים לצד ההגנה על זכויותיהם של פרטים המשתייכים לקבוצות אלו, ובמידה מסוימת מייתרת את הדיון בזכויות מיעוטים, שהן צרות יותר. היבט אחר הוא הזכויות המהותיות אשר מוגנות בהקשר של קבוצות ילידיות, אך לא בהקשר של קבוצות מיעוטים. בין אלו ישנו הדגש על הקשר אל הקרקע, שהוא אחד המאפיינים הזהותיים של קבוצה ילידית.¹³

עם זאת, זכויות עמים ילידים ומיעוטי מולדת עדיין אינן חלק מהמשפט הבין-לאומי הפוזיטיבי. הזכויות של עמים ילידים מעוגנות באמנת ה-ILO מ-1991 בדבר עמים ילידים ושבטיים במדינות עצמאיות.¹⁴ קדמה לה אמנה מספר 107 של ה-ILO בדבר הגנה ואינטגרציה של אוכלוסיות ילידות ואוכלוסיות שבטיות וחצי-שבטיות אחרות במדינות עצמאיות.¹⁵ ישראל אינה חברה באמנות אלו. זכויות עמים ילידים כשלעצמן אינן נתפסות כחלק מהמשפט המנהגי.¹⁶

דווקא בית המשפט העליון התייחס בשנים האחרונות בכמה פסקי דין לתושבים "ילידים" בהחלטות הנוגעות לתושבי מזרח ירושלים הפלסטינים.¹⁷ משמעות המילים "תושבים ילידים" בפסקי דין אלו אינה ברורה לחלוטין, אף שנראה שיש בהן הכרה במאפיין קבוצתי של אוכלוסייה אשר מתגוררת בשטח שנים רבות, עוד מלפני החלת ריבונותה של המדינה בו.¹⁸ עם זאת, לא ניתן לטעון שמוסדות השלטון בישראל מכירים

13 מהכרזת האו"ם מ-2007 בדבר זכויותיהם של עמים ילידים עולה שהמאפיינים העיקריים של אוכלוסייה ילידית הם נוכחותה בשטח עוד קודם למדינה, נבדלותה מרצון מבחינה תרבותית מאוכלוסיית הרוב, זיהויה העצמי כאוכלוסייה ילידית, והיסטוריה של דיכוי, הדרה ואפליה מצד האוכלוסייה השלטת, המתבטא לא פעם בגזל קרקעות ומשאבים. UN General Assembly Resolution 61/295 (13 September 2007) Declaration on the Rights of Indigenous Peoples

14 Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO Convention no. 169) באמנה חברות 24 מדינות, מהן 15 לטינו-אמריקאיות, ו-4 אירופאיות.

15 Convention concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries. כיום חברות באמנה מס' 107 מדינות, לאחר ש-10 מתוך החברות בעבר יצאו ממנה כשהצטרפו לאמנה 169.

16 לפסיקה ברוח זו ראו ע"א 4220/12 אלעוקבי נ' מדינת ישראל (14.5.2015) פס' 81 לפסק דינה של השופטת חיות.

17 עע"ם 3268/14 אלחאק נ' שר הפנים (14.3.2017), פס' 3 לפסק דינו של השופט מזוז, עע"ם 08/5037 נאדיה חליל נ' שר הפנים (19.12.2017), פס' 27 לפסק דינה של השופטת נאור, בג"ץ 06/7803 אבו ערפה נ' שר הפנים.

18 יעל רונן, "פני הלכת עווד – לאן? מעמדם של תושבי מזרח ירושלים הפלסטינים", ספר רות לפידות (יובל שני והילי מודריק-אבן חן עורכים), המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר ונבו (2020).

בקיומן של קבוצות ילידיות במדינת ישראל, לא כל שכן בזכויות, קולקטיביות או אישיות, המבוססות על מאפיין זה.¹⁹ לסיכום, חוק היסוד שולל את הזכות של ערביי ישראל לתבוע זכויות קבוצתיות, בין אם כעם בעל זכות להגדרה עצמית ובין אם כמיעוט. בכך הוא עומד בניגוד למחויבויות הבין-לאומיות של ישראל לגבי זכויות אלו. מחויבויות אלו אינן כוללות ההגנה על עמים ילידים.

2. איסור על אפליה אישית על בסיס השתייכות לקבוצה

סעיף 26 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות קובע:

כל בני אנוש שווים בפני החוק וזכאים, בלא כל הפליה, להגנה שווה מטעם החוק. לעניין זה יאסור החוק כל הפליה ויבטיח לכל בני אנוש הגנה שווה ויעילה בפני כל הפליה, במיוחד בשל טעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה מדינית או דעה אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, ייחוס או מעמד אחר.

משמעות הסעיף היא שכאשר המדינה מאמצת הסדר, בחקיקה או באופן אחר, אסור לתוכנו של ההסדר להיות מפלה.²⁰ יחס שונה אינו בהכרח מפלה, ובלבד שההבחנה סבירה ואובייקטיבית, ויעדה היא מימוש מטרה לגיטימית על-פי אמות המידה של האמנה.²¹ בהקשר של איסור אפליה במישור האישי, חוק היסוד מעורר שני סוגים של בעיות. סוג אחד הוצג לעיל בדבר הקשר שבין זכויות אישיות לקבוצתיות. כאמור, לא ניתן להבטיח זכויות אישיות לבני קבוצת מיעוט מבלי להתמודד עם גורמי רקע המעמידים אותם בעמדת נחיתות. התמודדות זו מחייבת הכרה בצורכי הקבוצה, שהיא המנגנון המקנה לפרט עוצמה וגיבוי בתביעת זכויותיו.²² סוג אחר של בעיה הוא סכנת האפליה בין פרטים על סמך השתייכותם לקבוצות שונות. במהלך המשא ומתן על ניסוח החוק, וגם לאחר קבלתו, שָׁבו וטענו תומכיו שהעובדה שהחוק אינו מזכיר את זכות השוויון אינה מעידה על כוונת אפליה, שכן החוק אינו עוסק כלל בזכויות אישיות. בדיקה קפדנית מעידה שלא כך המצב. לחוק ישנו ודאי פוטנציאל תחולה גם בהקשר של זכויות אישיות, וייתכן שהוא כבר עושה זאת.

19 למעט, אולי, בעם היהודי, אם כי השיח לגבי מעמדו אינו משתמש במושג זה. בהתחשב בהגדרה של קבוצות ילידיות באמנות הבין-לאומיות ואפיוןן במסמכים בין-לאומיים אחרים העוסקים בעמים ילידיים, היהודים במדינת ישראל אכן אינם קבוצה ילידית הזכאית להגנה במשפט הבין-לאומי, שכן הגנה זו מבוססת על מאפיינים נוספים מלבד השתייכות היסטורית ופרה-מדינתית לשטח.

20 Human Rights Committee, General Comment No 18 (1989) Non Discrimination para 12

21 שם, פס' 13.

22 חסן ג'באריין, "ישראליות" הצופה פני העתיד' של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני, משפט וממשל ו 53, 79-82 (תשס"א).

עיון מפורש לאפשרות האפליה מצויה בסעיף 7 לחוק היסוד, אשר מעגן כערך חוקתי (!) מדיניות שמבוססת על הבחנה לאומית-אתנית: "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה".²³ החוק אינו מבהיר מהי משמעותה של "התיישבות יהודית", אך קשה להעלות על הדעת קריאה שאינה לכל הפחות הבחנה בהקצאת משאבים בין קבוצות לאומיות. זהו הקושי הראשון שלעיל. כלומר, גם אם מדובר בהבחנה קבוצתית בלבד, יש לה השלכות גם על הפרטים המשותפים לקבוצות אלו. יהודים זכאים לעדיפות בהקצאת משאבים לצורכי התיישבות (יהא אשר יהא ביטויה). מלבד זאת, וזהו הקושי השני שצוין, הסעיף עשוי לעגן גם הבחנה ישירה בין פרטים. אין חולק על כך שבנוסחו המקורי של הסעיף הייתה הוראה השוללת במפורש את הלכת קעדאן.²⁴ הצעת החוק קבעה ש"המדינה רשאית לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת".²⁵ היתר זה הוא הפרה ישירה ובוטה של סעיף 26 לאמנה.

נוסחו של הסעיף כפי שהתקבל בסופו של דבר שונה מהנוסח שביקש לאפשר הבחנה על בסיס השתייכות לאומית-אתנית. אך אין זה ברור כלל ששינוי הנוסח השפיע על תוכן הסעיף. עיון בדיוני ועדת הכנסת שניסחה את החוק מלמד שלחברי הכנסת עצמם לא ברורה משמעות הסעיף. חבר הכנסת סמוטריץ' ציין שמטרת הקואליציה הייתה להפוך את הלכת קעדאן גם בנוסח כפי שהתקבל. הוא אף התאכזב כאשר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, רז נזרי, אמר כי לא ניתן לפרש את החוק כמכשיר מתן תמריצים ליהודים, אך לא לערבים, לעבור לגור בצפון. כאשר נשאל נזרי מה היא, אם כן, משמעות הסעיף, הוא שב ואמר שמדובר בקביעה ערכית חשובה, שאינה הצהרתית בלבד, אך לא פירט. הוא אף שב ואמר לחברי הכנסת שהם המחוקקים, משמע הם אלו שצריכים לקבוע מהי המשמעות של החוק.²⁶

23 יש לדחות טענות שלפיהן מכלל הן אין ללמוד לאו. אם בסעיף זה אין כדי לתת עדיפות כלשהי למשהו "יהודי" על פני מה שאינו "יהודי", אין בו כל טעם.

24 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעין ישראל ואח' (8.3.2000)

25 אומנם הוראה זו עסקה ב"קהילה" ולא בזכויותיו של הפרט, אך ההשלכה המעשית של זכותה של הקהילה להתיישבות קהילתית נפרדת היא היעדר זכותו של פרט להתגורר באותה התיישבות, כיוון שהוא שייך לקבוצת דת או לאום שונה.

26 נזרי: סעיף 7(ב) בניסוחו הקודם לא קיים – – – אם אני מקבל את האמירה של חבר הכנסת רב חנין וח"כים אחרים, שהסעיף הזה גרוע יותר – לגמרי לא. ברמה המשפטית זה לגמרי לא נכון. לכן גם בסעיף הזה יש מורכבויות.

רוזין (מרצ): מה המשמעות שלו ברמה המשפטית?

נזרי: ... יש מורכבויות. לא אנחנו מחוקקים, אתם מחוקקים את הסעיפים האלה... קודם כול יש פה הצהרה שמדינת ישראל רואה בהתיישבות היהודית ערך לאומי. זה הצהרה שאתם כמחוקקים מצהירים אותה. ... זו הצהרה, משפט דומה למשפט שאמר השופט ברק, שמדינה יהודית זו מדינה שהתיישבות יהודית בשדותיה, עריה ומושביה הן בראש דאגותיה. זה משפט שהשופט ברק אמר... יחד עם זאת, זה לא מאפשר, לצורך העניין, להגיד שיהודי שיעבור לצפון יקבל תמריץ, ערבי שיעבור לצפון לא יקבל תמריץ.

עד סיומו של הדיון לא הובהרה משמעות הסעיף, אולם חבר הכנסת סמוטריץ' חזר והדגיש שזורי אינו מבטא את עמדת הקואליציה המחוקקת.²⁷ אפשרות אחת היא שמטרת החוק "רק" להשפיע על מדיניות הקצאת המשאבים. משמעות המילים "התיישבות יהודית" היא לכל הפחות "יישובים המיועדים ליהודים" (אם לא, כאמור, "התיישבות על ידי יהודים"). גם אם ההבחנה אינה במישרין בין הפרטים אלא בין רשויות מקומיות או גופים אחרים המעורבים בהתיישבות, היא תשפיע על מי שנהנים מהמשאבים המחולקים. עדיין קשה לנתק את הקשר לזכויות הפרט. אפשרות אחרת היא שזהו נוסח מכובס של הצעת החוק שנועדה לאפשר הדרה על בסיס אינדיבידואלי של ערכים מיישובים "יהודיים". אם כך, הוא לוקה באותו הפסול, וודאי מפר את איסור האפליה שבסעיף 26 לאמנה.

כשתתבהר משמעות הסעיף, הצדקתה של ההבחנה הזו כסבירה, אובייקטיבית ולגיטימית, בהתחשב במטרות האמנה, תטיל נטל כבד על המבקשים לממשו. ספק אם

סמוטריץ' (הבית היהודי): רגע, זה לא מאפשר את זה?
נזרי: לא מאפשר.

סמוטריץ' (הבית היהודי): אז מה זה כן מאפשר?
... נזרי: יש לזה משמעות. זה לא מאפשר שרק יהודי יוכל לגור באותה התיישבות יהודית וערבי לא יכול לגור. זה כן מאפשר, זה כן נותן אמירה של חוק יסוד, אמירה שיש בה משמעות, שלהתיישבות יהודית יש ערך, כמו שכתוב בסעיף.

...
סמוטריץ' (הבית היהודי): לא, אני רק מבקש שייכתב לפרוטוקול, שהפרשנות שלו – אין לה שום תוקף משפטי. אני מתכוון אחרת. אני המחוקק, לא הוא....אני מודיע כאן שהקואליציה התכוונה אחרת.

...
נזרי: מה שאני רוצה להגיד לך, חבר הכנסת סמוטריץ': אתם המחוקקים, אתם קובעים את הטקסט. אנחנו, לפי המצב המשפטי במדינת ישראל, יש ייעוץ משפטי שהוא בעצם הפרשן המוסמך של הדין. אז אתם מתווכחים מה יהיה כתוב. אני אומר לך, כי אני נשאל גם, מה לדעת המשפטית, לדעת היועץ המשפטי לממשלה, צריכה להיות הפרשנות הראויה של הדבר הזה.
נזרי: יקימו עוד ערים, ירצו לתת תמריצים לערים יהודיות וכו' – זה דבר שהחוק הזה, הפרשנות שלו, אני מניח שיקל לפרש אפשרות למתן תמריצים בהקשר הזה לפי החוק הזה.

... יחד עם זאת, זה כן נותן משקל או נותן אפשרות במובן הזה של עידוד התיישבות יהודית במובן של ערים שמיועדו בגדול, שמאוכלסות, שוב, לא רק ליהודים, אלא להתיישבות יהודית, כמו שמופיע בסעיף, אם זה מה שהכנסת תחוקק. ...
החוק הזה הוא לא כלום, יש בו משהו. החוק הזה נותן משקל לזכויות של הקולקטיב היהודי. כשהוא כותב התיישבות יהודית הוא נותן ערך להתיישבות יהודית כהקשר פרשנות...
מעניין לציין בהקשר זה את דבריו של חגי ויניצקי, ממנסחי החוק. לדבריו, הסעיף אינו הופך את הלכת קעדאן, ולא ימנע מערבים להשתקע בכל מקום בארץ שירצו. (כנס חוק הלאום באוניברסיטה העברית, 12.3.2019). עם זאת, במסמך שפרסם ב-2017 (עמ' 2) טען ויניצקי שהחוק (בנוסחו הכולל את הפסקה שהושמטה בסופו של דבר) נחוץ נוכח שחיקת זהותה היהודית של המדינה, בין היתר בכרסום בהקצאת קרקעות להתיישבות יהודית, וכדוגמה נתן את פרשת קעדאן. בדיון בוועדת הכנסת נמנע ויניצקי מלהבהיר מה כן משמעותו של הסעיף.

ניתן יהיה להימנע בהקשר זה מלהתייחס לכך שלא רק שהגנה על הרוב חשודה באופן כללי, הרי שבאופן ספציפי בכל הנוגע להתיישבות, יש לזכור שבמשך כל שנות קיומה של המדינה הוקמו יישובים ערביים ספורים (בדואים), אך הוקמו מאות יישובים יהודיים. קשה לראות כיצד אפשר יהיה להצדיק עיגון של הפערים הללו כלגיטימי או סביר. לסיכום, מתן עדיפות ל"התיישבות יהודית" משמעה העדפת יהודים על פני ערבים, אם באופן ישיר כלפי הפרט בזכות לבחירת מקום מגורים, אם בהקצאת משאבים לקהילה ואם בדרכים אחרות. סעיף 7 לחוק היסוד מעגן אפליה בין תושבי המדינה על בסיס השתייכותם הלאומית, בניגוד להוראת סעיף 26 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. פוטנציאל האפליה מצוי, כך מסתבר, גם בהוראות אחרות של החוק, אשר למראית עין אין בהן נגיעה לזכויותיהם של פרטים. דוגמה לכך הוא סעיף 6 לחוק היסוד, שעל פי כותרתו עוסק בקשר עם "העם היהודי" ולא בחובות כלפי יחידים. סעיף 6(א) קובע ש"המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים בצרה ובשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם". ניתן לפרש את רישת הסעיף כמתייחס לעם היהודי, למשל בהקשר של המאבק באנטישמיות. עם זאת, קשה לפרש את התיבה "אזרחיה הנתונים בצרה ובשביה..." אלא כהתייחסות לחובה כלפי יחידים. זו דוגמה נוספת לכך שהטענה שחוק היסוד אינו עוסק בזכויות הפרט ולכן אינו נוגע כלל לזכות האישית לשוויון, אינה יכולה לעמוד.

הסעיף כשלעצמו אינו פוגע בשוויון בין אזרחי המדינה, שכן החובה הקבועה בו לשקוד על הבטחת השלום מתייחסת לאזרחים ולא רק ליהודים. אך בסדרת פסקי דין בתביעות נזיקיות נגד הרשות הפלסטינית עשה בית המשפט המחוזי בירושלים שימוש בסעיף 6(א) כדי להצדיק פסיקת פיצויים עונשיים לטובת תובע יהודי שנפגע ממעשה טרור. בסדרת פסקי דין הסתמך בית המשפט על סעיף 6(א) בדבר חובת המדינה "לשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי", כדי לקבוע שחובתה של המדינה היא לעודד יהודי שנפגע בפיגוע שנעשה על ידי החמאס לקבל את הפיצויים המרביים האפשריים על-פי שיטת המשפט הישראלית, או לכל הפחות לא להפריע לו.²⁸ אף כשהיה מדובר באזרחי המדינה, בית המשפט התייחס להיותם יהודים כבסיס להפעלת החוק, ובכך יצר הבחנה על בסיס לאומי אף שכלל לא נדרשה. ניתן לבטל את חשיבותם של פסקי דין בהיותם פסקי דין של בית המשפט המחוזי, ובכך שניתן היה להגיע לאותה התוצאה ללא הסתמכות על חוק היסוד. אך לא ניתן להתעלם מכך שהם מממשים את הפוטנציאל הגלום בחוק להפלות בין אזרחי המדינה באופן אישי על בסיס השתייכותם הלאומית.

28 ת"א 07-9135 משיח דוד ואח' נ' הרשות הפלשתינאית ו/או המועצה הפלשתינאית ואח', פס' 260-266, ת"א 13-03-36844 פלונית (1) ואח' נ' הרשות הפלשתינאית ואח' פס' 151-161.

3. השימוש במשפט הבין-לאומי במסגרת המשפט הישראלי

הניתוח שלעיל מצביע על סתירות לכאורה בין חוק היסוד למחויבותיה של ישראל על-פי המשפט הבין-לאומי. שאלה אחת היא אם ניתן ליישב סתירות אלו. על-פי חזקת ההתאמה הפרשנית, על בית המשפט לפרש חקיקה ישראלית ככל הניתן באופן שמתיישב עם מחויבותיה של ישראל. חזקה זו חלה לגבי חקיקה רגילה, אך יש מחלוקת בשאלה אם היא חלה גם לגבי חוקי יסוד.²⁹ במקום שבו לא ניתן ליישב את הסתירה באמצעות פרשנות, דין המדינה גובר.³⁰

בנוגע לזכות להגדרה עצמית, לא נראה שהסתירה בין סעיף 1 לחוק היסוד לבין סעיף 1 לאמנות הבין-לאומיות ניתנת ליישוב. במצב זה, להוראות סעיף 1 יש עדיפות על פני המשפט הבין-לאומי. מרחב הפרשנות נראה גדול יותר בכל הנוגע לטענות שעשויות לעלות בדבר סעיף 7 לחוק היסוד. אם תתעורר שאלה לגבי צעדים חקיקתיים (שלא בחוק יסוד) ומנהליים למימוש הסעיף, הרי שיש מרחב פרשני המאפשר לבחור בפרשנות שאינה מפלה. לפיכך, יש לפסוק, למשל, שאסור לתמרץ (בחוק או בהליך מנהלי) העתקת מגורים של יהודים בלבד לצפון הארץ. לעומת זאת, יהיה קשה יותר להסתמך על סעיף 26 כדי למנוע הקצאת משאבים קולקטיביים לא-שוויוניים מכוח סעיף 7.

לכאורה ניתן להסתמך על הזכות לשוויון המעוגנת במשפט הישראלי. אלא שזכות זו אינה מעוגנת במפורש בחקיקה, והיא נגזרת מכבוד האדם המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מעמדו של חוק יסוד זה ושל הזכות לשוויון בפרט הם-הם המצויים בבסיס המחלוקת לגבי הלגיטימיות של חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. בנסיבות אלו יכול להיות יתרון, גם אם לא רב, בהסתמכות על המחויבות הבין-לאומית של ישראל.

סיכום

חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי אינו עולה בקנה אחד עם מחויבותיה הבין-לאומיות של ישראל בנוגע לזכות להגדרה עצמית, לזכויות מיעוטים, ואולי אף לאיסור אפליה על בסיס אישי. אך מעמדו של חוק היסוד כנורמת-על במשפט הישראלי מקשה על תקיפה בבית משפט של הפערים בין המשפט הישראלי לבין המשפט הבין-לאומי. נותר לקוות שהרשויות השונות ירסנו את השימוש בחוק מלכתחילה.

29 בג"ץ 12/7146 אדם ואח' נ' הכנסת ואח' (16.9.2013) פסקאות 7, 57

30 לסקירה כללית של היחס בין משפט המדינה למשפט הבין לאומי ראו תומר ברודי, "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי", משפט בינלאומי (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, תשע"ו) פרק 3.

חוק הלאום, הצורך בו והצורך לשנותו

הלל סומר

המרכז הבינתחומי הרצליה

באופן עקרוני אני סבור שאין כל בעיה בכך שיהיה למדינת ישראל "חוק לאום", או אם תרצו, הגדרה של זהותה החוקתית. כידוע, ישנם חוקים, או סעיפי חוקה כאלה גם במדינות אחרות. אבל כאן חשוב לזכור, ונפלנו קצת בפח הזה גם בכנס הנוכחי, שאנחנו כל הזמן קוראים לזה "חוק הלאום", וזהו, כמובן, לא חוק הלאום, אלא "חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי". ואני חושב שישראל אכן ראויה כאמור לחוק לאום, אבל עליו להיות חוק לאום שלם, שיכלול את תמצית ערכי המדינה.

חלק מהדוברים הקודמים הציגו עצמם כמציגים תיאוריה משפטית או תיאוריה פוליטית. אני בא מנקודת ראות משפטית, אך גם פוליטית-פרגמטית. כלומר, אני מסתכל על הפוליטיקה – ותוהה מה אפשר או יש סיכוי כלשהו להשיגו; ואני מסתכל משפטית, ואני מסתכל במונחים של אופטימום, של *paretto efficiency*, אם תרצו – האם ניתן לשפר מצב קיים.

אך אפתח בחלק קטן של ניתוח איך הגענו עד הלום, שהוא חשוב כדי להציע לאן נלך מכאן ואילך. נדמה לי שיש לנו ארבע תפיסות אפשריות לזהות המדינה בקרב אזרחים ישראלים. תפיסה ראשונה – שמדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, ושנושא ההפליה של אזרחי ישראל הערבים בעיני קבוצה זו, הוא לפחות אופציה. אני חושב שאלו שבאמת רוצים להפלות את הערבים, הם אכן בצד הקיצון, והציטוט שהובא קודם על ידי גילה שטופלר הוא מהז'אנר הזה. אבל אני חושב שזו תפיסה שלפחות מגלה אי-אכפתיות להפליה של ערבים. זו תפיסה של מדינה יהודית, לא בהכרח דמוקרטית. לעמדה השנייה יש ביטוי במה שהציג ברק מדינה לגבי הזהות החוקתית של ישראל ערב חוק הלאום. זוהי העמדה שאומרת שישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, ויש בה שוויון זכויות מלא לכלל אזרחי ישראל, פרט לחוסר שוויון מסוים בנושא ההגירה. זאת העמדה של ברק בפסק הדין קעדאן עם תיאוריית המפתח והבית, ואני הייתי מכנה אותה בשם הקוד המקוצר והמוכר – מדינה יהודית ודמוקרטית.

העמדה השלישית היא הנרטיב שישראל היא מדינת כל אזרחיה. העמדה הזו אינה תומכת בכך שישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי כאידיאל. היא מוכנה לאפשר חלק מהסמלים היהודיים במרחב הציבורי משום שכרגע הרוב בישראל הוא רוב יהודי. אבל היא אינה מוכנה לנקוט פעולות לשימור הרוב הזה, למשל במישור הדמוגרפי. והעמדה הרביעית – יש להזכיר שהיא קיימת אף שלא תהיה חלק מהדיון שלי – שאומרת כי לא צריכה להיות כאן מדינה יהודית בכלל, צריכה להיות פה מדינה ערבית. ולגבי היהודים, חלקם יישארו וחלקם יחזרו למקומות שמהם באו.

ופה שתי הערות. אני חושב שערכים צריכים להשתתף בשיח, חשוב מאוד שישתתפו בשיח. אם אפילו מקבלים את הנתונים שהציג מרדכי קרמניצר בדברי התשובה שלו בסוף הפנל הקודם, שלפיהם אין בהכרח רוב יהודי לנושא של שיתוף ערכים ולנושאים דמוקרטיים מסוימים. גם אם זה נכון (איני משוכנע), אני סבור שתפיסות העומק הן מעט שונות. ואני חושב כי ברור שהכנסת הציבור הערבי לשיח הזה יכולה לשנות את המאזן. אז מבחינתי הם לגמרי חלק מהמאזן.

אני רוצה להזכיר לכם שבשיח שאחרי חוק הלאום, הקול הכי צלול לעמדה מספר שתיים שלי, כלומר לעמדה שישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי ובה שוויון לכל אזרחיה (מדינה יהודית ודמוקרטית), הייתה עמדתם של הדרוזים, עמדה שעלתה בהפגנה של הדרוזים, שגם הסתיימה בשירת "התקווה", ובנרטיבים שעלו מההפגנה הזאת. איני מחייב, חלילה, את הציבור הערבי בעמדה הזאת דווקא, אך אני חושב שבתהליכים פוליטיים – להבדיל מתהליכים משפטיים – כולנו צריכים לקחת חלק. כל עוד הציבור הערבי אינו משתתף בדיון, אזי עמדה שלוש, מדינת כל אזרחיה, היא עמדה מאוד מאוד מבחינת מספר תומכיה הגלויים. במצב זה, כל השיח נותר בעצם בין העמדה של מדינה יהודית, לא בהכרח דמוקרטית, לבין העמדה של מדינה יהודית ודמוקרטית.

ההנחה שלי מעט שונה ממה שאמר קרמניצר לגבי הסקרים: אני סבור שקיים רוב מוצק למדי בציבור הישראלי לעמדה מספר שתיים, מדינה יהודית ודמוקרטית, זאת גם העמדה הפרטית שלי. אני סבור שזו עמדת העומק של רוב הציבור הישראלי, ושהסקרים חסרי יכולת לשקף עמדות עומק.

ביחס לחוק הלאום הנוכחי ישנן שתי עמדות עיקריות. עמדה אחת היא שהוא משנה את הזהות החוקתית שלנו, ומסיט אותה מהמדינה היהודית והדמוקרטית לכיוון של עמדת מדינה יהודית, ואם מסתדר לנו שוויון על הדרך – אז זה בסדר. האפשרות הנוספת היא שחוק הלאום מוסיף לשקף את עמדת המדינה היהודית ודמוקרטית.

חלק מהדוברים שניסו לנבא את פסק הדין של בית המשפט העליון בעתירות נגד חוק הלאום סבורים שבית המשפט העליון יפתור את הבעיה בדרך של פרשנות. הוא

יקבע שחוק הלאום אינו משנה את ערכי היסוד של המדינה, ולכן אין צורך או יכולת לפסול אותו.

אני מבקש לקדם הצעה מתוקנת. חולקו עותקים של ההצעה המלאה, שגם היא work in progress. הטיוטה היא רצון לשיח. אני יכול לספר לכם שכאשר שכתבתי את הטיוטה הראשונה שלחתי אותה לשני חברים, שניהם מלומדי משפט חוקתי, אחד ממוצב בצורה ברורה מאוד כאיש ימין, ואחת ממוצבת באופן ברור מאוד כאשת שמאל, ושאלתי אם יש על מה לדבר. אומנם לכל אחד מהשניים הייתה איזו הסתייגות, אך באופן כללי הם אמרו כי "יש על מה לדבר". לכן חשבתי שפירוש העניין כי יש סיכוי שאפשר להגיע כאן למשהו טוב יותר מהמצב הקיים.

אילו היינו עכשיו מקימים ועדות ומנסים לערוך תהליכים חוקתיים מסודרים, ייתכן מאוד שהיינו מגיעים לתוצאות טובות יותר. אבל אנחנו איננו בוואקום, אנחנו נמצאים עם חוק קיים. וכשאתה נמצא עם חוק קיים, וכשהמטרה, לפחות שלי, היא להגיע לחוק עם קונצנזוס רחב, אזי אני חושב שיש להבין שאנחנו כבר איננו בטבלה ראסה, וצריך לעבוד בדרך כלשהי גם עם החוק הקיים. בהקשר הזה, דווקא הדברים שאומרים היום תומכי החוק, שלפתע נאלצים להגן במלוא העוז על קיומו של עקרון השוויון כחלק מכבוד האדם, יכולים להוות גשר כלשהו, שבו בקונסטלציה פוליטית מסוימת נוכל להגיע להצעה שגם הם יוכלו לקבל אותה.

ולכן, הנוסח שניסיתי לבנות משלב למעשה את הנוסח של חוק הלאום הנוכחי עם קטעים ממגילת העצמאות, שגם אם אינם הנוסחים האידיאליים, יש סביבם הסכמה רחבה, לפחות בציבור היהודי. לכן אתחיל משם, ואציג תיקונים מסוימים לגבי השפה הערבית, ההתיישבות וסמלי המדינה. לדוגמה, אם בסעיף 5 לחוק היסוד הנוכחי נאמר שהמדינה תהיה פתוחה לעלייה היהודית ולקיבוץ גלויות, זהו טקסט ממגילת העצמאות, אבל, יכול להיות נחמד מאוד להמשיך את הטקסט ממגילת העצמאות, ובתוך מגילת העצמאות יש לנו כמובן את פיתוח הארץ לטובת כל תושביה, יש לנו שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין, יש לנו את השמירה על חופש דת, מצפון, חינוך ותרבות, ויש לנו גם את השמירה על המקומות הקדושים של הדתות – והינה לכם, הסעיף הזה מתוך הכרזת העצמאות, תוך שמירה על מה שבחוק הלאום יכול לעבוד. מובן שלא תמיד ה"הוקוס פוקוס" הזה עובד בקלות כזו, אך כאן נדמה לי שסביב זה לא צריכה להיות בעיה קשה במיוחד.

אני רוצה להפנות תשומת לב לסעיף ממגילת העצמאות. ישנה נקודה שלטעמי לא טופלה משפטית די צורכה, והיא שלא רק שהוצעה לערביי ישראל "אזרחות מלאה ושווה", אלא כמרכיב נפרד, דובר גם על "נציגות מתאימה בכל מוסדותיה". עד היום לא ראיתי טיפול אמיתי ברמה המשפטית ב"נציגות מתאימה". נציגות מתאימה, כסעיף

נפרד מאזרחות שווה, ניתנת למשל לפירוש כמבטיחה מינימום נציגים, ואני מציע להתחיל את הדיון הזה לפחות.

אני יודע שבקונסטלציה של הכנס הזה, למרות שעמדותיי הן עמדות שמאל-מרכז, אני כרגע בערך הסמן הימני יחד עם אלכס יעקובסון. ישנם דברים שאני מאמין כי בעולם המעשי אין סיכוי לגרום לציבור היהודי לוותר עליהם. וממש מילים ספורות על שלושת הנושאים שאני חושב כי יש לעשות בהם עבודה מעבר להצעה לייצר fusion של חוק הלאום ושל הכרזת העצמאות.

הנושא הראשון הוא השפה הערבית. ובכן, זהו הסעיף שאני מציע:

א. "עברית היא שפתה הרשמית של המדינה, ולצידה תשמש השפה הערבית כשפה רשמית. השימוש בשפות הרשמיות ייקבע בחוק".

ב. "כל רשות מרשויות השלטון לא תפרסם או תעשה שימוש אחר בשפה שאינה עברית וערבית בטרם עשתה את השימוש בעברית ובערבית".

ג. אישור למדינה לפעול לקידומה של השפה העברית – יש לזכור שישאל היא המדינה היחידה של השפה העברית, בניגוד לערבית שפעילה במדינות רבות. ראו לרגע את הסעיף מצד שמאל, הוא הסעיף שעליו לא מדברים כלל בחוק הלאום כי הוא אינו מעניין איש. זהו סעיף הלוח: "הלוח העברי הוא לוח רשמי של המדינה, ולצידו ישמש הלוח הגרגוריאני כלוח רשמי נוסף". בואו נפרוץ בצחוק ביחד. אני רוצה לשאול כמה אנשים בחדר יודעים מהו התאריך העברי היום, אבל ברמה הסימבולית, הציבו פה רגע את הלוח העברי כלוח הראשי, ואמרו ש"לצידו" ישמש הלוח הלועזי כלוח רשמי. זהו בדיוק הנוסח שבחרתי לשפה, ולכן כאשר אנחנו מתעלמים מהעניין הסמלי, ואני כן הולך על השפה הרשמית, אך לצידה של העברית, אני חושב שזהו שיפור משמעותי לעומת חוק הלאום.

לדבר השני שהצעתי אני קורא "MFN – Most Favored Nation" – זה מונח מעולמות היחסים הבין-לאומיים, שם מדובר על מעמד שמדינה בת-ברית, היא "מדינה מועדפת ביותר", ובעצם אני אומר כי אם המדינה עושה משהו בשפה שאינה עברית, זה חייב להיות קודם כול בערבית, לפני שפה אחרת שאינה עברית (כמו רוסית למשל). כרגע שהשתמשת בשפה אחרת, העברית והערבית הן ראשונות. אם הממשלה רוצה לעודד מחר פסטיבל שירים ביידיש, זה בסדר גמור מבחינתי, אבל היא תיאלץ לעשות זאת גם לגבי הערבית. זהו כמובן סעיף מאוד פרקטי.

לבסוף, פינת הנאיבי. אני רוצה לדבר רגע על הסמלים, על הדגל, על הסמל, על ההמנון. הייתי מאוד מאוד רוצה שתהיה חשיבה אמיתית על שילוב ביטויי המיעוט הערבי בסמלי המדינה, הדגל וההמנון. ישנן שתי דרכים לעשות זאת. האחת היא להחליף אותם, אלא שאיני מאמין שהדרך הזו היא בת-סיכוי. שוב, אני באלמנט הפרגמטי שלי.

ואולם, אני חושב שאפשר להוסיף. ההצעה שלי בנוסח שלה קובעת בתוך הסעיפים האלה שניתן יהיה לקבוע בחוק תוספות לסמלי המדינה, אשר יביאו לידי ביטוי את המיעוטים החיים בה. אני חושב שזהו מנגנון שאם הייתה מתארגנת עליו קבוצה רצינית, שתביא את המחשבה הזו כמו שצריך, אני חושב שאפשר שהיינו יכולים להגיע למצב שיש משהו שכולנו יכולים להשאיר ולהסתכל עליו.

”תהליך כינון חוקה מפיס”: על הפוליטיקה של תהליכי כינון חוקה ופיוס בחברות קונפליקטואליות

מנאר מחמוד

אוניברסיטת תל אביב

בהרצאה קצרה זו אציג את המודל התיאורטי ”תהליך כינון חוקה מפיס”. זהו מודל שבאמצעותו אפשר להבין את אופי התנהלותו של תהליך כינון החוקה בחברות קונפליקטואליות, ואת האופן שבו הוא יכול להיות גם תהליך מפיס. למעשה, המודל מתמקד ביחסי הגומלין או בקשר שבין תהליכים חוקתיים ותהליכי פיוס, כדי לבחון מתי וכיצד כינון חוקה מקדם תהליכי פיוס במקרים מסוימים, אך אינו מצליח לעשות זאת במקרים אחרים. מטרת המודל להגדיר את התנאים שיכולים להפוך תהליך כינון חוקה מתהליך שבמהותו הוא תהליך לגאלי, פורמלי, לתהליך שמטרתו להגיע לפיוס ולהתפייסות בין קהילות שביניהן סכסוך מתמשך.¹ עניין זה חשוב כיוון שעיצוב חוקתי יכול להיות אחת האסטרטגיות הפוליטיות לפתרון קונפליקטים. במיוחד משום שבמדינות רבות, כגון בלגיה, קנדה, ספרד, סרי לנקה ויוגוסלביה התנהלו ועדיין מתנהלים מאבקים, שלעיתים אף גולשים לאלימות. באופן כללי, תפקידה העיקרי של חוקה הוא תפקיד רגולטיבי, המסדיר את פעילות רשויות הממשל, את חלוקת הכוח ביניהן, התוויית החוקים המאפשרים את פעילותן והגדרת יחסי האינטראקציה ביניהן. אך מלבד זאת, לחוקה יש תפקיד חשוב בעיצוב הזהות של הקהילות השונות והגדרת זכויותיהן וחובותיהן. חשיבותו של תפקיד זה מתעצמת והוא מקבל משמעות נוספת בחברות קונפליקטואליות, שכן בחברות כאלה, בגלל אופי הקונפליקט או בשל היעדר קיום משותף, עיצוב החוקה ואופן יצירתה יכולים לשמש כלי לחיזוק הזהות הפוליטית, הנושאת איתה השלכות על הקהילות השונות.

1 מנאר מחמוד, הפוליטיקה של תהליכי כינון חוקה ופיוס בחברות קונפליקטואליות, אוניברסיטת תל אביב, 2014.

אני יוצאת מהנחה כי העיסוק בתהליך כינון החוקה אינו מנותק מהחוקה עצמה וממהותה. יש צורך להגיש את הקשר בין "התהליך" לבין "החוקה" כקשר אינהרנטי. להתנהלות התהליך עצמו יש השפעה גדולה על תוכנה של החוקה, ובכך, על זכויותיהן של הקהילות. לכן מתחייב עיסוק בתהליך זה, במאפייניו, בשותפים לו ובתנאים ובאופן שבו הוא מתנהל. במיוחד מפני שתהליכים חוקתיים יכולים לעיתים להיות תהליכים מדירים. שכן, מעצבי החוקות מנסים באמצעות היצירה של המסמך החוקתי לבנות זהות לאומית. הנקודה היא שתוך כדי ניסיון לקבוע את הנרטיב המגדיר של הלאום, הם אינם יכולים למחוק את הנרטיבים האחרים. ההצלחה של הפרויקט החוקתי תלויה ביכולת ובאפשרות לבטא את הזהויות התרבותיות הקיימות, וכן ליצור זהות פוליטית משותפת, היכולה לגשר על הפער בין הזהויות של הקבוצות השונות. לכן חשוב כי עיצוב חוקתי יהיה רגיש להיבטים הקשורים בקונטקסט ההיסטורי, התרבותי, הכלכלי והגיאוגרפי של מדינה העוברת תהליך כזה, ולא יתמקד רק בהיבטים הלגאליים, המשפטיים והמוסדיים.

המודל התיאורטי "תהליך כינון חוקה מפייס" מבקש להתגבר על מגבלות העיסוק הפורמלי בחוקה, תוך שימת דגש על ההיבטים הפוליטיים-חברתיים, מתוך ראייה כי לעיצוב חוקתי יכול להיות תפקיד בפתרון הקונפליקטים בין הקבוצות ובהשגת פיוס ביניהן. הטיעון המרכזי הוא כי תהליך כינון חוקה יכול להיות גם תהליך כינון חוקה מפייס, כלומר תהליך שבסופו מגובשת חוקה המוסכמת על הקהילות השונות, ומתרחש פיוס בין הקהילות שהתנהל ביניהן סכסוך קשה ומתמשך, אם מתאפשרים התנאים הדרושים לכך. יש לציין כי המודל מתבסס על שלוש תיאוריות מרכזיות המספקות בסיס רעיוני ותיאורטי: פטריוטיזם חוקתי, חוקתיות דמוקרטית וצדק מעברי.² חלק מהתפיסות מדגישות היבטים הקשורים בתהליך החוקתי, התנהלותו ומאפייניו, בעוד אחרות מדגישות את ההיבטים הקשורים בתהליך הפיוס.

2 Jurgen Habermas, *Inclusion of the Other* (Cambridge: Mitt Press, 1988); Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contricutions to a Discorse Theory of Law and Democracy* (Cambridge: Mitt Press, 1996); Jan Werner Muller, "A General Theory of Constitutional patriotism", *International Journal of Constitutional Law* 6 no. 1 (2008):72–95; Vivien Hart, "Democratic Constitution Making", *Special Report* (United States Institute of Peace, 2003); Vivien Hart, "Constituon-Making and the Transformation of Conflict", *Peace and Change*, 2001): 153–176; Antje Wiener, Vincent Della Salla, "Constituon-Making and Citizenship Practice – Bridging the Democracy Gap in the EU?" *Journal of Common Market Studies* 35, no. 4 (1997): 595–615; Siphwe Ignatius Dube, "Transitional Justice Beyond the Normative: Towards a Literary Theory of Political Transition", *The International Journal of Transitional Justice* 5 (2011): 177–197; Ruti Tietle, *Transitional Justice* (Oxford: Oxford University Press, 2000); Ruti Tietle, "Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation", *The Yale Law Journal* 106 (1996–1997): p. 2013.

מאפייניו של "תהליך כינון חוקה מפייס"

תהליך כינון חוקה מפייס יתאפיין בהיותו: 1. אינקלוסיבי: מכיל את כל הקבוצות ומאפשר התגברות על סוגים שונים של הדרה פנימית וחיזונית, כחלק מהלגיטימיות של החוקה. 2. דליברטיבי\התדיינותי: מבוסס על התדיינות והתייעצות בין הקבוצות השונות על נושאי החוקה ועל מרכיביה. 3. השתתפותי: שם דגש על השתתפות אקטיבית ושותפות של האזרחים, ולא רק של האליטות, בעיצוב החוקה, תוך כדי הבטחת מנגנונים פוליטיים המאפשרים זאת, כחלק מחינוך האזרחים לערכים דמוקרטיים ולמהותה של האזרחות. 4. טרנספורמטיבי: כלומר, תהליך המכוון לקראת טרנספורמציה של מערכת היחסים הקונפליקטואלית בין הקבוצות, ומיועד להוביל את החברה ממצב של עוינות למצב של שלום, תוך כדי עיסוק במקורות הסכסוך ובגורמיו. הטרנספורמציה באה לידי ביטוי בשניויים במרכיבים הפוליטיים הקיימים (הגדרה מחדש). היבט הזה הוא היבט מרכזי, כיוון שהמודל "תהליך כינון חוקה מפייס" מבוסס על טרנסצנדנציה של מערכת היחסים ושל המבנה הפוליטי הקיים.

התנאים ל"תהליך כינון חוקה מפייס"

כדי שתהליך כינון חוקה יהפוך לתהליך כינון חוקה מפייס, עליו להכיל ארבע מערכות של תנאים:

1. **תנאים מבניים:** הכוונה היא: א. לטרנספורמציה באופי המשטר, שלפני תחילתו של תהליך כינון החוקה היה משטר הגמוני, שהעדיף קהילה אחת על פני הקהילות האחרות, ומעבר למשטר אינקלוסיבי, המכיל בתוכו את כל הקהילות. משטר כזה יכול להתבסס על מודל "הדמוקרטיה הקונסוציונאלית-הסדרית", משטר פדרלי או משטר קונפדרלי. לעניין זה חשיבות מיוחדת, כיוון שמשטר הגמוני נתפס בעיני מקצת מהקהילות כלא-לגיטימי, ועל כן אין ביכולתו להחזיק מעמד באופן שבו התנהל לפני תחילתו של תהליך כינון החוקה. תהליך כזה אמור לפתור את ה"שבר" או הבעייתיות הקיימים באופיו של משטר זה, ולסגור את הפער בינו לבין המציאות הסוציו-פוליטית על ידי מעבר לאופי משטר המשקף מציאות זו. הדברים נכונים בעיקר אם אופי המשטר הוא אחת הסיבות העיקריות לקונפליקט בין הקהילות.

ב. לטרנספורמציה בתרבות הפוליטית, שלפני תחילת התהליך התאפיינה בהיותה תרבות אתנו-לאומית הגמונית, השוללת את תרבותן של הקהילות השונות ומבוססת על מערכת הערכים של הקהילה הדומיננטית, ומעבר לתרבות פוליטית המאופיינת בערכים שאינם עומדים בסתירה לערכיהן של הקהילות השונות, אלא מאחדת אותן סביב ערכים

- המקובלים עליהן. תרבות כזו יכולה להיות תרבות פוליטית רב־תרבותית, או תרבות פוליטית המבוססת על בניית זהות על־לאומית.
- 2. הסדרת השונות של הקהילות בהסדר החוקתי והכרה חוקתית בזכויותיהן.** ההבחנה כאן היא בין אסטרטגיה הקשורה בהתאמה או בהסדרה של השונות התרבותית ובין אסטרטגיה המבוססת על אינטגרציה או אסימיליזציה שלה.
- 3. מערכת תנאים שלישית מהותה בהשתתפות הקהילות בתהליך כינון החוקה** ובהכלתם של האזרחים והקהילות באופן פעיל בתהליך החוקתי. יש לציין כי היום תהליכים חוקתיים שותפותיים והשתתפותיים נעשו חלק מן הנורמה החוקתית.
- 4. אמצעים להשגת פיוס:** מערכת תנאים רביעית קשורה באופן שבו תהליך כינון החוקה לוקח בחשבון את פתרון הקונפליקט הפוליטי ומשלב בו אמצעים להשגת פיוס, ובמיוחד: א. בחינת ההיסטוריה של הקונפליקט באמצעות הקמת ועדת אמת ופיוס והתנצלות של הממשל על העוול ההיסטורי שנעשה לקבוצה המוחלשת. ב. התמודדות עם ביטויים של אי־הצדק, באמצעות 1. החזרה\השבה (restitution), כאשר החזרה מתייחסת להשבה של שייכות ספציפית אשר נפגעה, הוחרמה, נתפסה או נגנבה, כגון ארמה, חפצי אומנות וכיוצא בזה. 2. פיצוי "compensation" על העוול שנגרם או על מה שאבד לקבוצות שסבלו לפני תהליך הפיוס, והוא מתייחס לפיצוי חומרי על חלק מהפגיעות שאי־אפשר להחזירן, דוגמת גזילה של תרבות וזהות.

המקרים השונים

אתייחס בקצרה להתפתחויות העיקריות של תהליכי כינון החוקה ולאופן שהוא בא לידי ביטוי ב"תהליך כינון חוקה מפייס" בשלושה מקרים: דרום אפריקה, קנדה ובלגיה. חשוב להתייחס לשלושת המקרים מאחר שהם מגלמים שלוש אפשרויות של כינון חוקה. בשלושתם התנהלו תהליכי עיצוב חוקתי או רפורמה חוקתית, בעיקר עקב שינויים במערכות היחסים בין הקבוצות החיות בהן. אך הם שונים מבחינת האופן שבו הצליח או נכשל תהליך כינון החוקה בהשגת פיוס.

1. המקרה של דרום אפריקה

התהליך החוקתי והמשא ומתן על החוקה בתקופת הפוסט־אפרטהייד התנהל בשני שלבים: הראשון היה קבלתה של החוקה המעברית בשנת 1994, שהביאה להקמת ממשל אחדות לאומית שניהל את דרום אפריקה בתקופה המעברית. החוקה המעברית היוותה סוג של הסכם שלום שמטרתו לסיים את הקונפליקט. היא הייתה ביטוי של חוק מעברי, מאחר שהייתה בתוקף תקופה שהוגדרה מראש, ותפקידה היה לכונן מועצה חוקתית נבחרת לעיצובה ולניסוחה של חוקה סופית, ולשמש ערובה למעבר לדמוקרטיה. החוקה המעברית

הגדירה את מסגרת תהליך המשא ומתן ואת "חוקי המשחק הפוליטי" לתקופת מעבר של חמש שנים. נוסף לכך, הבטיחה שתוקם מערכת משפט חדשה, שתהיה האחראית להענקת מחילה כחלק מ"הרצון לאחדות לאומית" ומתוך הצורך להשיג פיוס לאומי. כבר בחוקה המעברית הוחלט על הקמת ועדת הפיוס, על דרכי פעולתה ועל יישום מנגנון המחילה, שהיה מרכיב מרכזי בתפיסת הפיוס. החשוב מכול הוא שהחוקה המעברית היוותה גשר היסטורי בשני מובנים: מצד אחד היא הייתה גשר בין העבר לעתיד, ומן הצד האחר – גשר בין ההווה והעתיד, הנשלט במושגים של חוקה חדשה.

בשונה מהחוקה המעברית, החוקה הסופית התקבלה במועצה חוקתית שנבחרה באופן דמוקרטי. המסמך החוקתי שאומץ על ידי קרוב ל-85 אחוזים מהמועצה סימל, במובן מסוים, את לידת "החווה של האומה". החוקה סימלה סיומו של פרק זמן בהיסטוריה, ותחילתו של עתיד חדש. במידה רבה היא ייצגה את האינטרסים של מרבית האוכלוסייה בדרום אפריקה. התהליך עצמו נחשב אחד התהליכים הייחודיים והמעניינים ביותר, מאחר שהיה מבוסס על פרויקט השתתפותי, התדיינותי ועל הסכמה של האזרחים והקבוצות השונות, שהרגישו כי יש להם חלק בבניית החוקה החדשה. מובן שלהקמת ועדת האמת והפיוס ומנגנון המחילה הייתה השפעה מכרעת, מאחר שזכו להכרה חוקתית כבר בחוקה המעברית ועוגנו בסעיפי החוקה, ובמיוחד ההקדמה שהדגישה את חשיבות ההתרחקות מתפיסות של צדק מעניש. התוצאה של הפרויקט החוקתי הייתה עיצוב חוקה המקובלת על מרבית האזרחים בדרום אפריקה. החוקה היוותה הוכחה מעשית למעבר ממשטר האפרטהייד לדמוקרטיה חוקתית. כפי שציינתי, רעיון מרכזי בתהליך החוקתי בדרום אפריקה הוא ההתבססות על תפיסת הצדק המעברי, גם בהיבטים הקשורים בחוקה וגם בהיבטים הקשורים בתפיסת הפיוס.

2. המקרה של קנדה

במקרה הקנדי יש ניסיון רב-שנים לפתור את הקונפליקט עם הקבוצה הילידה, אך עדיין ללא הצלחה. נקודה מרכזית בתביעות הילידים היא זכותם להגדרה עצמית. הקהילה הילידה ממשיכה לטעון לאורך השנים כי יש צורך בשינויים חוקתיים שיביאו בחשבון את עמדותיהם ואת תביעותיהם. במיוחד לאחר שנים רבות שבהן סבלו האבוריגי'נים מביטויים שונים של אסימיליזציה, אפליה ואי-צדק. הממשל הקנדי ניסה לפתור את הקונפליקט באמצעות רפורמה חוקתית שהתקבלה בשנת 1982. התיקונים החוקתיים סימלו שינוי מסוים ביחסו של הממשל הקנדי לאבוריגי'נים, במיוחד בסעיפים (25) ו-(35) בחוקה, שבהם הייתה עיקר ההתייחסות לזכויות האבוריגי'נים. אומנם תיקונים אלה התייחסו לחלק מתביעות האבוריגי'נים, אולם הם היו עמומים, לא הבהירו את משמעות הזכויות ולא התייחסו לאחת התביעות המרכזיות של האבוריגי'נים – תביעתם

לממשל עצמי. פרט לכך, הם נתפסו כלא-מספיקים, מאחר שלא התייחסו להיסטוריה של הקהילה הילידה, הקודמת להקמתה של קנדה. בהמשך אימץ הממשל הקנדי את מדיניות הרב-תרבותיות כחלק מניסיון לענות על תביעת האבוריג'נים להכרה בשונותם. אף-על-פי שמדיניות זו הפכה למדיניות רשמית בקנדה, ואף לאחד המאפיינים המרכזיים בתרבות הפוליטית הקנדית, מדיניות זו נתפסה בקרב האבוריג'נים כלא-מספיקה. זאת משום שמדיניות זו יכולה לענות על היבטים מסוימים הקשורים בעוול, אך היא אינה עונה על התביעות האחרות הנובעות מהקונפליקט ההיסטורי.

במקביל נקט הממשל הקנדי כמה צעדים כדי להגיע לפיוס, תחילה באמצעות הקמת Royal Commission on Aboriginal Peoples. התקדמות נוספת הייתה עם הקמת ועדת הפיוס ב-2008 וההתנצלות של הממשל לפני האבוריג'נים על אי-הצדק שממנו סבלו. הקבוצה הילידה מותחת ביקורת על צעדים אלה, שלטענתה לא שיקפו את הרצון ואת האינטרסים שלהם, והתמקדו רק בהיבטים מסוימים של העוול, דוגמת נושא לימוד ילדי האבוריג'נים בבתי הספר הפנימיים, סוגיה שהיו לה השלכות פוליטיות, חברתיות ונפשיות קשות עליהם, אך לא התייחסו לתביעתם המרכזית, שהיא הזכות להגדרה עצמית. ולכן אין ביכולתם לאפשר השגה של פיוס.

3. המקרה של בלגיה

במקרה הבלגי התנהל התהליך החוקתי לאורך שנים, וספג ביקורת אדירה מצד הקבוצות השונות בבלגיה. ייחודיותו של התהליך החוקתי במקרה זה נובעת מהאופן שבו ניסה הממשל הבלגי לפתור את הקונפליקט בין הפלמים (דוברי ההולנדית) והוולנים (דוברי הצרפתית). שכן, במשך שנים התנהלו רפורמות חוקתיות חוזרות, שלא רק שלא הביאו לפיוס, אלא גם לא הצליחו לסיים את הקונפליקט. מאז שנות השבעים של המאה הקודמת עברה בלגיה תהליך פורמלי של ניסוח מחדש של החוקה, שכלל שינויים מוסדיים רבים. החשוב בהם הוא השינוי המבני – ממשטר יוניטרי למשטר פדראלי, כחלק מרצון לתחזק באופן אפקטיבי את הישות הפוליטית על בסיס חלוקה חדה לפי קווים אתנו-לינגוויסטיים, ולהתמודד עם הקונפליקט בין שתי הקהילות.

התהליך החוקתי התבסס על הסדרים בין האליטות ולא על דיונים ומשא ומתן בין האזרחים והקבוצות החברתיות. התהליך לא התנהל בדרך מובנית וסיסטמית, אלא התפרש על פני פרקי זמן שונים. הדיונים על השינויים החוקתיים לא כללו התדיינות על נושאי המחלוקת בין הקבוצות ועל ההיסטוריה של הקונפליקט. הקונפליקט בין הפלמים והוולנים לא נפתר, והוא אף התעצם, עד שהפלמים העלו דרישה לקבל עצמאות בשנת 2005. כך נקלעה בלגיה לסדרה של משברים חוקתיים חוזרים ונשנים החל משנת 2007, שהקשו על ניהול ממשל קואליציוני. היום החוקה הבלגית מחלקת את הכוח ואת

האחריות בין הממשל לשלוש הקהילות הלינגוויסטיות ולשלושת האזורים, שלהם רשות מחוקקת נפרדת ומדיניות ואחריות בתחומים כגון חינוך, תרבות, כלכלה, סביבה ועוד.

סיכום

בהרצאה קצרה זו ניסיתי להציג באופן כללי את המודל התיאורטי "תהליך כינון חוקה מפייס" ואת מאפייניו, וכן את התנאים החיוניים להפיכת תהליך כינון חוקה מתהליך שהוא במהותו לגאלי-פורמלי לתהליך שיש ביכולתו לפתור מחלוקות פוליטיות עמוקות ואף להגיע לפיוס בין קבוצות שמתנהל ביניהן קונפליקט היסטורי ארוך שנים. תפיסת הפיוס העומדת בלב מודל זה מדגישה כי פיוס אין משמעותו רק הגעה לפתרון של הסכסוך. הדגש הוא על שינוי במערכת התפיסות שכל קבוצה מחזיקה ביחס לקבוצות האחרות, הבטחה של כיבוד הדדי, מחילה והתמודדות עם ההשלכות של העוול. פיוס מצריך חזרה לעבר כדי לענות על ביטויי העוול. עם זאת, הכרה בהיסטוריה של הקבוצות השונות אין משמעותה הכרה רק בזהות של הקורבנות, אלא גם בסבל ובהיסטוריה של הצד האחר. ההיסטוריה של אי-הצדק אמורה להיות מובאת בחשבון מבלי להוות הצדקה לאי-צדק כלפי הקבוצה האחרת.

ראוי לציין כי חשיבותו של המודל בכך שהוא אינו רק מגדיר את התנאים הדרושים, אלא ביכולתו גם לקבוע את סוגם (תנאים הכרחיים ומספיקים). מפתח קוצר היריעה לא יכולתי להתייחס בהרחבה לנקודה זו. אציין כי תהליך כינון חוקה מפייס הוא תהליך של שלבים ואינו ליניארי. מצד אחד, השלב הגבוה ביותר מכיל את כל התנאים, ומנגד, התהליך יכול להצליח אם התנאים השונים מצטברים, אך הוא יכול להיכשל אם אחד מהם, במיוחד אחד ההכרחיים אינו מתממש במהלך תהליך כינון החוקה. תהליך כינון חוקה מפייס נמצא ברמה הנמוכה ביותר אם אינו מכיל את כל התנאים או אם נעדרים ממנו התנאים שהזכרתי לעיל. אם הוא מכיל רק חלק מהתנאים, הוא נמצא במקום כלשהו באמצע. חשוב להדגיש כי בתהליך כינון חוקה מפייס לא קיימת הסכמה בין הקבוצות השונות על מסגרת מדינית חדשה לפני תחילתו של התהליך החוקתי, אלא התייחסות לתהליך עצמו ככזה שיביא במסגרתו להסכמה כזו, על ידי ניהול משא ומתן ודיונים מתמשכים על הסוגיות שבמחלוקת. הטענה היא כי תהליך כינון חוקה שנועד רק לקבוע כללי משחק ולא לפתור מחלוקות אינו מצליח להביא לפיוס. נוסף לכך, היצירה של חוקה חדשה אינה מבטיחה כי התהליך החוקתי יהיה תהליך מפייס, אלא התנאים שנקבעו הם המביאים לכך. במקרה של דרום אפריקה, יצירתה של חוקה חדשה לא היא שהביאה לפיוס, אלא מאחר שתהליך זה הכיל את התנאים ההכרחיים להיות תהליך כינון חוקה, תהליך מפייס. לעומת זאת, המקרה הקנדי הוא מקרה הצועד לקראת פיוס, משום שהתהליך החוקתי הכיל רק מקצת מהתנאים ההכרחיים להיות תהליך כינון חוקה

תהליך מפייס. במקביל, המקרה הבלגי גם הוא מקרה שהתנהלה בו רפורמה חוקתית, אך הוא לא הצליח להיות תהליך מפייס כיוון שלא הכיל את התנאים ההכרחיים לכך. אסכם ואציין כי במדינות המתאפיינות בקונפליקט עמוק בין הקבוצות המרכיבות אותן, תהליך כינון חוקה שאינו לוקח בחשבון את הקונפליקט ההיסטורי יכול אולי להוביל למצב של הסדר פוליטי, אך אינו יכול לאפשר סיום של קונפליקט והגעה לפיוס.

כינון חוקות במבט השוואתי

חני לרנר

אוניברסיטת תל אביב

בשנים האחרונות אנו עדים לתקוות גדולות הנתלות בזירה החוקתית, מתוך ציפייה שכלים חוקתיים ישמשו אמצעי מרכזי לקידום דמוקרטיזציה, לעיגון וחיזוק שלטון החוק, להגנה על זכויות אדם, ליצירת איזון בין רשויות המדינה, או ליישוב סכסוכים ומחלוקות בין קבוצות בחברה. תקוות גדולות אלה הניעו תהליכים של כתיבת חוקה או של כתיבה מחדש של החוקה במדינות רבות בעולם. הן גם עמדו ביסוד מהלכים שנועדו לחזק את בית המשפט כמוסד המרכזי במדינה ולהעניק למערכת המשפט סמכויות נרחבות. ההרצאה הקצרה שלי היום לא תעסוק בהיבט פוסט-חוקתי זה, כלומר בשלב שבו בית המשפט מפרש את החוקה הקיימת ומיישם את עקרונותיה, אלא תתמקד בהתפתחויות מהסוג הראשון, כלומר במהלכים של כינון חוקה.

מה ניתן ללמוד מהניסיון של מדינות דומות לישראל לגבי הגורמים להצלחתו או לכישלוננו של תהליך דמוקרטי לכתיבת חוקה? כדאי להדגיש ש"דמיון לישראל" נמדד בעיניי במובן של סוג הבעיות הפוליטיות שעמן מתמודדת המדינה. חוקרים רבים במדע המדינה ובמשפטים בארץ נוטים להשוות את המקרה הישראלי לדמוקרטיות מערביות בצפון אמריקה ובמערב אירופה. הבסיס להשוואה הזו הוא במידה רבה aspirational, כלומר נשען על תקווה ישראלית להידמות לדמוקרטיות המערביות. אולם אם נתמקד בסוג הבעיות הפוליטיות שעמן מתמודדת החברה הישראלית, בהרכב האוכלוסייה ובסוג הקונפליקטים והשסעים האתניים, הדתיים והלשוניים שקיימים בישראל, הרי שישראל מצטיירת כדומה הרבה יותר לדמוקרטיות פוסט-קולוניאליות באסיה, דוגמת הודו, סרי לנקה ואינדונזיה, או למדינות במזרח התיכון שמנסות, או ניסו, לקדם משטר דמוקרטי, דוגמת תוניס וטורקיה.

במחקר שערכתי לפני מספר שנים (שהתפרסם בספר על אסיפות מכוננות, בעריכת וון אלסטר ושותפים, בהוצאת אוניברסיטת קיימברידג'),¹ השווייתי בין שש אסיפות מכוננות במדינות שניתן להגדירן, בדומה לישראל, מדינות שסועות (deeply divided society). מדינות אלו מאופיינות בשסעים עמוקים בין קבוצות זהות שונות הנאבקות על ההגדרה של אופי המדינה ועל ערכי היסוד שעל פיהם אמורים לפעול מוסדות המדינה. המאבק יכול להיות בין קבוצות אתניות או דתיות שונות, אבל בדרך כלל הקונפליקטים לא פחות חריפים, או אף יותר חריפים, כשהם פנים-אתניים או פנים-דתיים, כלומר בין המחנה השמרני לבין המחנה הליברלי באותה קבוצה אתנית/דתית. שש המדינות שנכללו במחקר היו: הודו, סרי לנקה, אינדונזיה, ישראל, תוניס ומצרים. אחת השאלות המרכזיות שהתעוררו בכל שש המדינות במהלך כתיבת החוקה קשורה להגדרת זהותו של "העם" שאמור כביכול לכונן את החוקה. בהשראת החוקה האמריקנית נפתחות חוקות רבות במלים "we the people" כלומר "אנחנו העם" שניסח את החוקה. והשאלה שעמדה במרכז הדיונים במדינות השסועות שבחנתי הייתה מי זה "אנחנו"? בהודו, למשל, שהיא אחת המדינה המגוונות ביותר בעולם מבחינה אתנית, דתית ותרבותית, התווכחו מנסחי החוקה במשך שלוש שנים על השאלה מהי המשמעות של להיות הודים. האם רק הינדים הם "באמת" הודים, או שזהות הודית אינה חופפת לזהות דתית או אתנית מסוימת? באופן דומה, מנסחי החוקה בסרי לנקה התווכחו על השאלה: האם הזהות הלאומית מחייבת שימוש בשפה הסינהלית או אמונה בדת הבודהיסטית? או באינדונזיה, שמורכבת מכ-300 איים, ושהרכב האוכלוסייה בה מגוון ביותר, אחת המחלוקות הקשות הייתה סביב הגדרת הזהות הלאומית המשותפת. וכך גם ביתר המדינות שנבחנו במחקר. הקונפליקט המרכזי במדינות אלו התנהל לא רק בין קבוצות אתניות, דתיות או לשוניות שונות, אלא גם שיקף מתחים פנים-דתיים ופנים-לשוניים בין קבוצות ליברליות יותר לבין קבוצות שמרניות ודתיות יותר.

כשמדינות שסועות כאלו מנסות לכתוב חוקה, עצם קיומו של הסכסוך העמוק על זהות מדינה או על ערכי היסוד שלה מקשה מאוד על ההפרדה בין שתי רמות של חקיקה, כפי שאלו הוגדרו על ידי ברוס אקרמן (Bruce Ackerman): מצד אחד, "חקיקה עליונה" (higher lawmaking), שמתנהלת ברמה של הפוליטיקה החוקתית, כלומר אותם רגעים חגיגיים המכוננים את כללי המשחק הדמוקרטי, ומן הצד האחר, החקיקה הרגילה, שמתנהלת במסגרתה של הפוליטיקה הרגילה, ומושפעת מאינטריגות ומאינטרסים של היום-יום הפוליטי במדינה. ההפרדה בין שתי רמות החקיקה הללו במדינות שסועות קשה ומורכבת.

Hanna Lerner, "Constituent Assemblies in Divided Societies" in: *Constituent Assemblies*, 1 edited by Jon Elster, Roberto Gargarella and Bjorn Erik Rasch (Cambridge University Press, 2018).

המאמר בדק כיצד התמודדו שש אסיפות מכוננות בשש מדינות שסועות עם סוג כזה של אתגר. בכל אותם המקרים נבחרה האסיפה המכוננת בבחירות דמוקרטיות, במטרה לנסח חוקה דמוקרטית. ששת המקרים שנבחנו במאמר כללו את האסיפות המכוננות שפעלו בהודו בין 1946-1950, באינדונזיה בשנים 1955-1957, בסרי לנקה ב-1972, בתוניס בשנים 2011-2014, במצרים ב-2012 (הפרויקט של כתיבת החוקה המצרית מחדש ב-2014 לא נכלל במחקר משום שבאותה עת לא נכתבה החוקה על ידי אסיפה מכוננת נבחרת, והכוונה לא הייתה לנסח חוקה דמוקרטית), ובישראל בשנים 1949-1950. הערה חשובה לגבי הודו: בהודו התרחשו בפועל שני תהליכים של כתיבת חוקה. הראשון החל בדצמבר 1946 ונמשך עד לקבלת העצמאות ההודית והחלוקה בינה לבין פקיסטן ביולי 1947. התהליך הזה הסתיים בכישלון. האסיפה המכוננת לא הצליחה לכתוב חוקה להודו השלמה. אחרי החלוקה המשיכה חלק מהאסיפה המכוננת לפעול בהודו וניסחה את חוקתה, שנכנסה לתוקף בינואר 1950.

מכלל המקרים שנכללו במחקר, רק שלושה הסתיימו בהצלחה. אני מגדירה "הצלחה" במונחים מינימליסטיים, כלומר עצם השגת המטרה שלשמה התכנסה האסיפה המכוננת – ניסוח של חוקה כתובה, דמוקרטית ויציבה. שלושת המקרים שהוכתרו כ"הצלחה" לפי קריטריון זה הם מהלך כתיבת החוקה בהודו אחרי החלוקה בין 1947-1950, סרי לנקה ב-1972 (למרות שמידת ההצלחה נתונה במחלוקת), ותוניס 2014 (שעדיין נחשבת לחוקה צעירה יחסית).

הסיבות לכישלון במקרים האחרים שונות ומורכבות. במאמר ניסיתי לבודד את הגורמים המשותפים לאסיפות המכוננות שהצליחו לנסח חוקה דמוקרטית למרות השסעים הפנימיים העמוקים במדינה.

מן הראוי לציין בשלב זה כי באופן כללי, הספרות המחקרית על כתיבת חוקות החלה להתעניין בשנים האחרונות במידת ההשפעה של מאפיינים מסוימים בתהליך כתיבת החוקה על התוצר הסופי של התהליך, כלומר על תוכן החוקה הכתובה. קיימים מספר מחקרים גדולים בתחום זה, אולם מסקנות המחקר מוגבלות ואינן חד-משמעיות. בין היתר משום שמהלך כתיבת חוקה מושפע ממשתנים רבים מאוד, וקשה לבודד אותם. הפרויקט שלי היה צנוע יותר, והתמקד באסיפות מכוננות בלבד. גם מבחינת התוצר התמקדתי בעצם היכולת להשיג את היעד שלשמו התכנסה האסיפה המכוננת, כלומר עצם כתיבתה של חוקה דמוקרטית, מבלי להיכנס למאפיינים שקשורים לתוכן החוקה. במהלך המחקר בדקתי מגוון רחב מאוד של משתנים שקשורים לאסיפה המכוננת, בין היתר בנוגע לאופן שבו נבחרו חברי האסיפה (בחירות ישירות או עקיפות), לגודל האסיפה, למבנה הוועדות שהוקמו במסגרת האסיפה המכוננת, ללוח הזמנים של הדיונים, לפרוצדורות שעל פיהן התנהלו הדיונים והתקבלו ההחלטות באסיפה, למידת ההשפעה של הציבור ולמידת הדומיננטיות של מפלגה מרכזית. אף אחד מהגורמים הללו לא

היה משותף לשלושת המקרים שהוגדרו "הצלחה". במילים אחרות, לא מצאתי משתנה משותף לשלושת המקרים שקשור לאופן שבו התנהלה האסיפה המכוננת. המאפיין היחיד שהיה משותף לשלוש האסיפות היה חיצוני לעבודת האסיפה – העובדה שבשלושת המקרים התנהל בין הצדדים היריבים באסיפה המכוננת משא ומתן פוליטי מספר שנים לפני שהתכנסה האסיפה. זאת אומרת, המחנות השונים ניהלו תהליך פוליטי בניסיון להשיג פשרות, תהליך שהתקיים שנים, ולעיתים אפילו עשרים שנה לפני שהחל התהליך הפורמלי של כתיבת החוקה.

מפאת קוצר הזמן לא אוכל להרחיב בנוגע לכל המקרים. אתייחס בקצרה לדוגמה של הודו. השלב הראשון של כתיבת החוקה, כפי שצינתי, לא הסתיים בהצלחה. האסיפה המכוננת החלה לפעול בהודו בדצמבר 1946, שבעה חודשים לפני הכרזת העצמאות ההודית ולפני החלוקה עם פקיסטן. הרכב האסיפה, כמו גם הפרוצדורות שעל פיהן התנהלו הדיונים, הוכתבו מראש על ידי נציגי הממשל הבריטי במסגרת תוכנית שנקראה ה־Cabinet mission plan, ואשר נוסחה לאחר החלטת הבריטים להעביר את סמכויות השלטון בהודו לידיים עצמאיות. תוכנית הממשל הבריטי אף הגדירה את קווי המתאר הכלליים של המבנה הפדרלי העתידי של הודו העצמאית, שכלל שלושה אזורים ממשל: אזור בעל רוב הינדי, אזור בעל רוב מוסלמי ואזור חצוי בין אוכלוסייה הינדית ומוסלמית. במהלך כל התקופה עד לעצמאות התנהל מאבק פוליטי חריף בין מפלגת הקונגרס למפלגת הליגה המוסלמית, שהחרימה את דיוני האסיפה המכוננת. מתוך כ־300 נציגים באסיפה המכוננת, כ־70 נציגים של מפלגת הליגה המוסלמית לא הגיעו לדיונים. לאחר עזיבת הבריטים ביולי 1947 והעברת סמכויות השלטון לממשל ההודי העצמאי, פרשו 70 הנציגים של הליגה המוסלמית והפכו לחברי האסיפה המכוננת של פקיסטן. כלומר, האסיפה המכוננת התפצלה בין שתי המדינות העצמאיות, והפרויקט של כתיבת חוקה להודו המאוחדת נכשל.

אחרי החלוקה המשיכו חברי האסיפה שייצגו את המחוזות שנותרו בהודו העצמאית בדיונים. בשלב זה הם חשו משוחררים מכבלי תוכנית הממשל הבריטי. הם שינו חלק מהפרוצדורות של דיוני האסיפה והתעלמו מקווי המתאר שהציעו הבריטים לגבי מבנה הממשל ההודי. הדומיננטיות של מפלגת הקונגרס גדלה עוד יותר, ודיוני האסיפה התמקדו בטיוטות מוקדמות של החוקה ההודית שגובשו החל משנת 1928, כלומר עשרים שנה קודם לדיוני האסיפה המכוננת. טיוטת החוקה הראשונה התפרסמה ב־1928 במסמך שנקרא דוח נהרו (על שמו של ראש מפלגת הקונגרס מוטיילל נהרו, אביו של ראש הממשלה הראשון של הודו), שנכתב בוועידת לאקנאו. בוועידה השתתפו כל המפלגות ההודיות שנטלו חלק במאבק לשחרור לאומי כנגד הממשל הקולוניאלי הבריטי. במסגרת דוח נהרו נוסחו עקרונות היסוד של החוקה העתידית של הודו העצמאית. נוסף על כך הסתמכו דיוני האסיפה המכוננת על מסמכים מאוחרים יותר, בהם נוסח של מגילת זכויות

מפורטת משנות ה-30. הנוסח הסופי של החוקה ההודית נשען במידה רבה על אותם מסמכים שגובשו במהלך שני עשורים במשא ומתן פוליטי פנימי בקרב ההנהגה ההודית. דוגמה נוספת להשפעה של הסכמים טרום-חוקתיים ניתן למצוא בתוניס. אחת השאלות שהעסיקה חוקרים בשנים האחרונות היא מדוע פרויקט כתיבת חוקה דמוקרטית הצליח בתוניס אחרי המהפכה של 2011, ונכשל במצרים. קיימים כמובן הבדלים רבים, וההסברים השונים נשענים על מגוון משתנים שהשפיעו על התהליך. עם זאת, אחד ההבדלים הבולטים נוגע לעובדה שבתוניס, ראשי האופוזיציה בתקופת בן-עלי, הן ראשי המפלגה האסלאמיסטית והן ראשי המפלגה החילונית, נפגשו בשנות הגלות בפריז בתחילת שנות ה-2000, וניהלו משא ומתן פוליטי בניסיון לגשר על הפערים ביניהם ולגבש חזון משותף לתוניס הדמוקרטית בעידן שאחרי בן-עלי. כלומר, הדיונים בין הצדדים התנהלו כעשר שנים לפני המהפכה בתוניס וכינוס האסיפה המכוננת. שני הצדדים הגיעו להסכמות ואף ניסחו מסמכים משותפים, שלימים היוו בסיס למשא ומתן במסגרת האסיפה המכוננת, ולגיבוש עקרונות היסוד שעל פיהם תפעל תוניס הדמוקרטית אחרי המהפכה של 2011. אחת הטענות של חוקרים דוגמת אלפרד סטפן, למשל, היא שהמגעיים הפוליטיים וההסכמות הראשוניות שהושגו כמעט עשור לפני ההפיכה היוו בסיס חשוב להשגת הפשרות שנדרשו בתהליך כתיבת החוקה.

איני מבקשת לטעון שפשרות פוליטיות שהושגו בשלב הטרם-חוקתי מהוות מפתח יחיד להצלחת תהליכי כתיבת חוקה דמוקרטית. עם זאת, אני סבורה שהשוואה בין המקרים השונים מדגישה את החשיבות של תהליכים פוליטיים שקודמים למהלך הפורמלי של כתיבת חוקה ואת הצורך בהישענות על הסכמה פוליטית רחבה בנוגע לסוגיות יסוד של זהות המדינה. מבחינה זו, חוק הלאום, שאינו נשען על הסכמה פוליטית רחבה, מהווה בדיוק דוגמה הפוכה.

מלבד זאת, חשוב לי להדגיש שגם איני מבקשת לצמצם את החשיבות של דיוני האסיפה המכוננת והדליברציה שמתרחשת במסגרתה. לסיכום ההרצאה אני מבקשת לומר מספר מילים על הרעיון של "מורשת חוקתית". אמל ג'מאל הזכיר מוקדם יותר את המושג "דמיון חוקתי". גארי ג'ייקובסון דיבר על "זהות חוקתית". אני סבורה שיש מקום להוסיף אלמנט נוסף לדיון – החשיבות של מורשת חוקתית. למה הכוונה? אסיפות מכוננות שפעלו בתנאים של אי-הסכמה בסיסית ושל שסעים עמוקים בחברה לגבי שאלות של זהות ושל ערכי היסוד של המדינה, ושהצליחו לנסח חוקה דמוקרטית, הותירו בדרך כלל חלק מהבעיות הפוליטיות לא פתורות. כלומר, מנסחי החוקה העבירו את "תפוחי האדמה הלוהטים" הלאה, אל המערכת הפוליטית, להמשך דיון בשנים הבאות. הם עשו זאת באמצעות שימוש בטכניקות שונות, דוגמת ניסוחים עמומים, סתירות פנימיות בין סעיפים שונים בחוקה, דחיית הכרעות או הכנסת סעיפים לא-שפיטיים לחוקה (כפי שקרה בהודו, למשל). בספר שכתבתי בנושא כיניתי את כלל הטכניקות

הללו חלק מאסטרטגיה כללית – הגישה האינקרמנטלית לכתיבת חוקה. הכוונה היא להכרה שלא ניתן לפתור את כלל הבעיות הפוליטיות באמצעות הסדרים בחוקה. חלק מההכרעות נדחות לשלב פוסט-חוקתי. בינתיים, החוקות שנכתבו מגדירות את מוסדות המדינה הדמוקרטית וזכות לתמיכה רחבה של הציבור בדיוק משום שהן משקפות את הזהות הקונפליקטואלית של העם. חוקות אמורות לשקף את זהות העם. בתנאים של אי-הסכמה עמוקה בעם, חוקות אינקרמנטליות מצליחות לשרוד ולהישען על תמיכה רחבה, בין היתר בזכות העובדה שהן משקפות את הזהות המפולגת שקיימת במציאות, את אי-ההסכמה, את השסעים העמוקים.

לאור זאת אני סבורה שיש חשיבות גדולה לתיעוד הדיונים של האסיפה המכוננת ולפרסום הפרוטוקולים של אותם דיונים. הדבר נכון לאסיפות שהצליחו לנסח חוקה דמוקרטית כתובה וגם לאלו שלא הצליחו. גם במקומות שלכאורה נכשלו במשימה, עצם קיומם של דיונים פתוחים, חופשיים, שהתנהלו על ידי קבוצה של נציגים שנבחרו בבחירות דמוקרטיות, מהווה מורשת חשובה והכרחית להמשך פיתוחה או הישרדותה של דמוקרטיה. האופן שבו דיוני אסיפה מכוננת מבטאים את המחלוקות הפוליטיות ומאפשרים הצגה של עמדות מנוגדות, ואף עמדות מיעוט שלא התקבלו בסופו של דבר בחוקה הכתובה, דומה במידה רבה לפרסום של דעות מיעוט במסגרת פסיקות של בית המשפט העליון. זו שאלה מעניינת – מדוע בית המשפט מפרסם את דעת המיעוט של שופטים במסגרת פסק הדין, הרי עמדה זו לא התקבלה בסיכומו של דבר? באותו אופן יש חשיבות בעיניי לתיעוד של דעות מיעוט שהושמעו בדיונים על החוקה, אף אם לא נכללו בסופו של דבר בנוסח הסופי של החוקה. בדיוק כמו דעות מיעוט בבית המשפט, עמדות אלו מציגות את מגוון האפשרויות הפוליטיות ואת מרחב אפשרויות ההחלטה שעמדו בפני האסיפה המכוננת, מרחב שהוא רחב יותר מסך ההחלטות שהתקבלו, ויכול להיות בסיס חשוב ומנומק לרפורמות עתידיות.

בהקשר הזה, ההשוואה בין דמוקרטיה בדרום אסיה ובמזרח התיכון מגלה שלא כל המדינות המבקשות להפוך לדמוקרטיה או נאבקות על אופייה הדמוקרטי של המדינה, יכולות להישען על מורשת חוקתית דמוקרטית כזו. מעניין להשוות, למשל, את הודו וטורקיה. למרות הבעיות הרבות שקיימות בדמוקרטיה ההודית, הפרוטוקולים של דיוני האסיפה המכוננת שכתבה את החוקה מרתקים, ומשקפים דיון דמוקרטי פתוח ותוסס. הפרוטוקולים של הדיונים פורסמו בחמישה כרכים עבים, ובשנים האחרונות הם אפילו זמינים לקריאה באינטרנט. הקריאה בהם היא חוויה מרתקת, המאפשרת חשיפה למגוון דעות, בחלקן סותרות. לא כל העמדות התקבלו והשפיעו על הטקסט של החוקה, אך הדיון היה פתוח וחופשי, והציג מגוון רחב של עמדות. בטורקיה המצב שונה. שם הוכתבה החוקה על ידי הצבא בשנת 1982 בעקבות הפיכה צבאית. בטורקיה לא קיימת המורשת החוקתית הדמוקרטית שקיימת בהודו. אסלא באלי (Asli Bali) כתבה מאמר

נהדר על הפתולוגיות של המורשת החוקתית הטורקית. מעניין יהיה לראות אם ההכרל הזה יוכל להסביר, ולו באופן חלקי, את יכולת הישרדותה של הדמוקרטיה ההודית לעומת זו הטורקית.

תיקונים חוקתיים שאינם חוקתיים? כמה לקחים השוואתיים

יניב רוזנאי

המרכז הבינתחומי הרצליה

סמכות מפורשות לביקורת שיפוטית על שינויים חוקתיים

האם יש לבית המשפט העליון סמכות לפסול חוקי יסוד? האם חוקי יסוד – שלהם מעמד חוקתי – נתונים בכלל לביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון? האם ייתכן חוק יסוד שאינו חוקתי? שאלות אלו, שעד לאחרונה נדמו תיאורטיות בלבד, קיבלו תפנית פרקטית ואקטואלית עם העתירות השונות נגד חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי. מטרת הרצאה זו היא לראות אילו לקחים השוואתיים יכולים להיות רלוונטיים לדיון הישראלי בדילמה מורכבת זו.

ראשית, יש לציין כי במדינות שונות בעולם, למשל, בתוניסיה, רומניה, אוקראינה, קוסובו, מולדובה ואנגולה, החוקה מקנה סמכות מפורשות לבית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית מהותית על תיקונים לחוקה. במדינות אלו אין בעיה אמיתית עם ביקורת שיפוטית על נורמות חוקתיות. אך לא זה המצב בישראל. לבית המשפט אין סמכות מפורשת לבקר חוקי יסוד. האם הדבר אומר בהכרח כי בהיעדר סמכות מפורשת אין סמכות לביקורת שיפוטית על נורמות חוקתיות? בחינה השוואתית מגלה שאין הדבר בהכרח כך, וכי גם בהיעדר סמכות מפורשת כאמור קבעו בתי משפט כי יש בידם הסמכות לבקר גם תיקונים חוקתיים.

הגבלות מפורשות על הסמכות לתקן חוקה

החלטה של בתי משפט לבקר תיקונים לחוקה נעשית, בדרך כלל, על בסיס הוראה חוקתית מפורשת המגבילה את הסמכות לתיקון החוקה, מה שמכונה בספרות "פסקאות נצחיות". הטלת מגבלות מפורשות על הסמכות לתיקון החוקה היא מגמה גוברת בחוקתיות

הגלובלית. בין השנים 1789 (המהפכה הצרפתית) ו-1944, כ-52 מתוך 306 חוקות, כלומר כ-17% מהן, נכללו פסקאות נצחיות. אלו הגנו בעיקר על שיטת המשטר או עסקו בהפרדה בין דת ומדינה. אחרי מלחמת העולם השנייה, בין השנים 1945 ו-1988, מתוך 287 חוקות, 79 חוקות, המהוות 27% מהחוקות שכווננו באותה העת, כללו פסקאות נצחיות. הפעם גם התוכן היה רחב יותר, וכלל עקרונות יסוד של הסדר הדמוקרטי, כגון הפרדת רשויות, שלטון החוק, עצמאות שיפוטית וזכויות אדם. אחרי 1989 ועד היום, בגל החוקתיות השלישי, 81 מתוך 149, שהן 54% מן החוקות שנתקבלו באותה העת, כוללות פסקאות כאמור. כלומר, הכללה של פסקת נצחיות בחוקה הפכה למאפיין מרכזי בעיצוב חוקתי. כאשר החוקה כוללת הגבלה מפורשת, הטיעון בזכות ביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה, שתאכוף הגבלה זו, גובר. ביקורת שיפוטית במקרים אלו, ניתן לטעון, רק נותנת "שיניים משפטיות" לאכיפת החוקה. כך למשל, בגרמניה, בברזיל וברפובליקה הצ'כית, על אף שהחוקה אינה כוללת סמכות מפורשת לביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה, קבעו בתי המשפט בהתבסס על פסקאות הנצחיות, כי בידם הסמכות לבחון אם תיקונים לחוקה חורגים מן הגבולות המוטלים על הסמכות לתקן חוקה, ואף לפסול תיקונים חוקתיים שאינם עומדים בהגבלות. זה תפקידנו כמגיני החוקה, קבעו בתי המשפט באותן מדינות.

ומה לגבי ישראל? חוקי היסוד המוסדיים, וכן אלו בדבר זכויות האדם אינם כוללים פסקאות נצחיות. אין הגבלות מפורשות על הסמכות לתקן חוקה. יש הטוענים, בהם למשל פרופסור מאזן מאסרי, פרופסור רבקה ווייל ודוקטור שרון וינטל, שניתן לראות בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, הקובע את האפשרות של פסילת מפלגות, מעין סוג של פסקת נצחיות המופיעה בשלב מוקדם יותר של ההליך הפוליטי. לא רק שלא ניתן לשנות עקרונות חוקתיים מסוימים, אלא מי שקורא לשינוי כאמור אף אינו רשאי להתמודד בבחירות. עם זאת, מבחינה פורמלית, היות שסעיף 7א עצמו נתון לתיקונים חוקתיים, אין לראות בו פסקת נצחיות, על אף ששני המנגנונים הם כלים המשמשים את הדמוקרטיה להגן על עצמה ("דמוקרטיה מתגוננת"). האם היעדר פסקת נצחיות או הגבלה מפורשת על הסמכות לתקן את החוקה פירושו שלגוף האוחז בסמכות המכוננת "צ'ק פתוח" לעשות כל שינוי חוקתי שהוא? האם אותו גוף הוא כול יכול?

פסקת הגבלה? "אין פוגעים הזכויות אלא בחוק..."

שאלת מגבלות היכולת לתקן את החוקה מתעוררת, בין היתר, לאור פסקאות ההגבלה שקיימות ברבות מן החוקות הדמוקרטיות, ואשר מגבילות את האפשרות לזכויות יסוד. שאלה שנשאלת בהקשר זה היא אם פסקת ההגבלה חלה גם על הסמכות לתקן את החוקה. שאלה זו התעוררה בהודו, בסוף שנות ה-50 ותחילת שנות ה-60 של המאה הקודמת,

בהקשר של רפורמות אגרריות שפגעו בזכות החוקתית לקניין. בפסק-דין Golaknath v. State of Punjab משנת 1967, קבע בית המשפט העליון של הודו כי הפרלמנט אינו רשאי להשתמש בסמכותו לתקן את החוקה כדי להפר זכויות יסוד. בית המשפט הגיע למסקנה זו על-ידי פרשנות. לפי בית המשפט, היות שסעיף 13 לחוקה אוסר על הפרלמנט לחוקק כל חוק ('any law') שמפר זכויות יסוד, וכיוון שתיקון חוקתי הוא 'חוק', אזי לא ניתן לפגוע בזכויות יסוד, גם לא באמצעות תיקונים לחוקה. הלכה זו של בית המשפט העליון ההודי התהפכה, כפי שארחיב מאוחר יותר.

לכאורה, טיעון דומה יכול לחול גם בהקשר הישראלי. חוקי היסוד בדבר זכויות האדם מגבילים את היכולת לפגוע בזכויות יסוד מוגנות רק באופן שעולה בקנה אחד עם פסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) – כלומר, רק פגיעה שהיא לתכלית ראויה, עולה בקנה אחד עם ערכי היסוד ושאינה עולה על הנדרש היא מותרת. סעיף 11 לחוק היסוד מוסיף וקובע ש"כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". למראית עין, התיבה 'כל רשות מרשויות השלטון' כוללת גם את הכנסת כרשות מכווננת, כלומר את הכנסת כאשר היא מכווננת חוקי יסוד או מתקנת אותם. שאלת היחס בין פסקת ההגבלה והסמכות לתקן את חוקי היסוד התעוררה באיזשהו אופן גם בישראל. בבג"ץ 94/1398 שי פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 913, 914 משנת 1994, קובע הנשיא אהרון ברק את הדבר הבא:

עיקר מטרתה של פסקת ההגבלה היא להגביל את המחוקק 'הרגיל'..... פסקת ההגבלה אינה מכווננת כלפי הכנסת המשנה חוקי יסוד בהליך החוקתי שנועד במיוחד לעניין זה. אכן, יש להבחין הבחן היטב בין פגיעה בזכות יסוד או הגבלה של זכות יסוד שאינה נגזרות משינוי חוק היסוד לבין פגיעה בזכות יסוד או הגבלה של זכות יסוד או שינויה בגדריו של שינוי חוק היסוד עצמו. חוקתיותו של העניין הראשון נקבעת על-פי תנאיה של פסקת ההגבלה. חוקתיותו של העניין השני מותנית בקיום התנאים שנקבעו בפסקת נוקשות החוק.

כלומר, פסקת ההגבלה מכווננת למחוקק הרגיל ולא למכוונן החוקה, לרשות המכווננת כשהיא מכווננת או מתקנת חוקי יסוד. לגבי שינויים חוקתיים, ההוראה שחלה היא פסקת הנוקשות – איזה רוב או אילו הגבלות חלים באופן מפורש על הרשות המכווננת. משמע, פסקת ההגבלה אינה חלה לגבי חוקי היסוד. האם יש בידינו כלים נוספים, או שאולי זהו סוף הסיפור?

הגבלות משתמעות על הסמכות לתקן חוקה

כאן יכול המשפט ההשוואתי ללמד לקח חשוב. עצם העובדה שחוקות שותקות לעניין הגבלות על הסמכות לתקן את החוקה, או שהן אינן כוללות פסקאות נצחיות, אינו

בהכרח סוף הסיפור. בחינת פסיקה חוקתית במשפט ההשוואתי מלמדת שבתי משפט ברחבי העולם קבעו שקיימת ליבה חוקתית ('constitutional core') או ליבה של ערכים חוקתיים שמוגנת באופן משתמע מפני שינויים. נחזור להודו, שם רעיון זה הוא המבוסס ביותר. בשנת 1973 קיבל בית המשפט העליון ההודי את פסק דין Kesavananda Bharati v. State of Kerala, שהפך את הלכת Golaknath v. State of Punjab. באותו פסק דין קבע בית המשפט העליון שהפרלמנט יכול לשנות כל סעיף בחוקה, גם את אלו הנוגעים לזכויות יסוד. אין הוראה חוקתית שהיא חסינה מפני תיקון. עם זאת, הסמכות של הפרלמנט לתיקון החוקה אינה כוללת את הסמכות לשנות את המבנה הבסיסי של החוקה באופן שישנה את זהותה. כלומר, לחוקה יש איזושהי זהות (identity), איזושהי רוח (spirit), ולא ניתן לשנות את המבנה הבסיסי (basic structure) של החוקה באופן שישנה את זהותה החוקתית. למראית עין רעיון זה נראה מוזר. מהיכן קיבלו ההודים – שמסורתם המשפטית נטועה במורשת הבריטית – את הרעיון של הגבלות משתמעות על סמכות הפרלמנט לתקן את החוקה? התשובה: מגרמניה. את הרעיון שהסמכות לתיקון החוקה אינה כוללת את הזכות לשנות את המבנה הבסיסי באופן שישנה את הזהות הביע המשפטן הגרמני המפורסם (והנודע לשמצה) קרל שמייט עוד בשנת 1928, בספרו *Verfassungslehre* (תיאוריה חוקתית). תיאוריה זו נדרה מגרמניה להודו בזכות פרופסור גרמני, דיטריך קונרד, שהציג אותה בהרצאה שנשא בהודו ושהתגלגלה לבית המשפט העליון ההודי. מאז שדוקטרינת "המבנה הבסיסי" התקבלה בהודו, היא הופעלה על-ידי בית המשפט העליון מספר פעמים כדי לפסול תיקונים חוקתיים שפגעו בעקרונות יסוד שמהווים את הזהות החוקתית.

אחרי שדוקטרינה זו אומצה בהודו, היא נדרה למדינות אחרות. כך, למשל, היא הוחלה במדינות שכנות כגון בנגלדש ופקיסטן, וגם בקניה, דרום אפריקה, טייוואן, קולומביה, פרו, ומדינת בליז שבקריביים. בתחילת שנת 2019 קבע בית המשפט החוקתי של סלובקיה שקיימת ליבה מהותית (material core) של החוקה, שבאופן משתמע מוגנת מפני שינויים, וביטל תיקון לחוקה שפגע בעצמאות השיפוטית ובהפרדת הרשויות.

האם דוקטרינת המבנה הבסיסי חלה בישראל? בעיה 1 – השלם שטרם הושלם

לכאורה, דוקטרינת המבנה הבסיסי ההודית נראית כדוקטרינה המשפטית הרלוונטית ביותר למקרה הישראלי. בהיעדר הגבלות מפורשות על הסמכות המכוננת, ייתכן שחלות הגבלות משתמעות. אלא שבחינה מעמיקה יותר מגלה שהדבר אינו פשוט כל כך. יש כמה בעיות בהחלת הדוקטרינה ההודית. הראשונה בהן היא כיצד ניתן לדבר על דוקטרינת המבנה הבסיסי אם עדיין אין לנו מבנה חוקתי? אם אנחנו עדיין בונים

אותו? החוקה שלנו היא חוקה בהתהוות. מדי כמה שנים אנחנו מכוננים חוק יסוד חדש, שהוא כמו פרק חדש בחוקה. בשנים האחרונות כוננו את חוק יסוד: משאל עם; תקציב המדינה השתנה מתקציב חד-שנתי לדר-שנתי; וכמובן חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי. החוקה שלנו עודנה בהכנה, ואנחנו עדיין מוסיפים פרקים לחוקה. ייתכן שכאשר יושלם המבנה החוקתי, ניתן יהיה לדבר על דוקטרינת המבנה הבסיסי, אלא שהמבנה הבסיסי עדיין אינו קיים. את הבעיה הזו מעלה פרופסור אהרון ברק במאמר שפרסם בשנת 2011, וכך אמר:

מפעל החוקה בישראל הוא בהתהוות. המשימה טרם הושלמה. 'השלם' טרם הושלם, וממילא התיקון בו טרם הבשיל... לדעתי, יש מקום לגישה כי סמכותה המכוננת של הכנסת אינה כל יכולה. כך לעניין כינונו של חוק יסוד חדש, וכך לעניין תיקונו של חוק יסוד קיים. ... בשני המקרים חייבת הכנסת, כרשות מכוננת, לפעול במסגרת עקרונות יסוד וערכי היסוד של המבנה החוקתי שלנו. עליה לפעול במסגרת אמות המידה העקרוניות עליהן מבוססת הכרזת העצמאות ועליהם מבוסס מפעל החוקה כולו. ... כל עוד מפעל חוקי היסוד לא הסתיים, מגבלות אלה פועלות במסגרת צרה יותר מאלה המקובלות במשפט המשווה [אהרון ברק, "תיקון של חוקה שאינו חוקתי", ספר גבריאל בך 361, 379-380 (2011)].

כלומר, כל עוד טרם הושלם השלם, יש בעיה לאמץ דוקטרינה כמו זו שקיימת בהודו. אך האם משמעות הדבר שהכנסת פועלת ללא גבולות? לא בהכרח. לדעת פרופסור ברק, בין אם היא מכוננת חוקי יסוד חדשים ובין אם היא מתקנת חוקי יסוד קיימים, עדיין עליה לפעול במסגרת עקרונות היסוד וערכי היסוד של המבנה החוקתי שלנו. היא חייבת לפעול במסגרת אמות המידה העקרוניות שעליהן מבוססת הכרזת העצמאות. ועדיין, אם אנחנו משווים את המצב להודו, הגבולות צרים הרבה יותר. עמדה דומה הביעה נשיאת בית המשפט העליון, אסתר חיות, בפסק דין בעניין "חוק ההדחה" – תיקון לחוק יסוד: הכנסת, שמאפשר הדחת חבר הכנסת בהתקיים עילות מסוימות. באותו פסק דין הותיר בית המשפט העליון ב"צריך עיון" את השאלה אם דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי חלה בישראל, אך הנשיאה חיות מצטטת בהסכמה את פרופסור ברק, וטוענת:

נראה כי לעת הזו, ובהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה, ובפרט משלא נקבעו עד כה ההליכים לכינון ולתיקון של חוקי יסוד, יש בעייתיות לא מבוטלת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי דוגמת הדוקטרינות הנוהגות במשפט המשווה... אכן, הדוקטרינה שאותה יש ליישם בהקשר זה במשפט הישראלי מן הראוי כי תקבע עם השלמת מפעל חוקי היסוד לכלל חוקה מלאה (בג"צ 5744/16 בן שחר ואח' נ' הכנסת ואח' (27.05.2018), פסקה 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

כלומר, לפי גישה זו של פרופסור ברק ושל הנשיאה חיות, דוקטרינה מקיפה של הגבלות משתמעות על הסמכות לתקן חוקה אינה חלה בישראל. ייתכן שחלות מגבלות מצומצמות יותר. במאמר שהתפרסם לאחרונה בכתב העת "חוקים", פרופסור ברק מפרט את תפיסתו, ומציע את הגישה הפרשנית הבאה:

היקף סמכותה של האסיפה המכוננת, כפי שהוא נקבע בחלק השני של הכרזת העצמאות, צריך להתפרש על רקע שני החלקים האחרים של הכרזת העצמאות. על פי גישה זו, סמכותה של הכנסת כאסיפה מכוננת אינה סמכות מוחלטת. היא אמנם סמכות רחבה ביותר, אך היא מוגבלת על ידי העקרונות של החזון של העם והאני מאמין שלו הקבועים בהכרזת העצמאות. מתבקשות מכך מספר מסקנות. כך למשל, הכנסת כרשות מכוננת אינה מוסמכת לבטל את אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, או לבטל את אופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית " (אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כאסיפה מכוננת", חוקים (2018)).

במילים אחרות, הסמכות של הכנסת כאסיפה מכוננת נובעת מהכרזת העצמאות. את הפסקה האופרטיבית המתייחסת לבחירות לאסיפה מכוננת לא ניתן לקרוא במנותק מיתר פסקאות ההכרזה, כגון פסקת עקרונות היסוד – ה"אני מאמין" של המדינה. יש לקרוא את הפסקאות הללו יחד. לכן, לפי ברק, הסמכות של הכנסת כאסיפה מכוננת היא בהחלט מאוד מאוד רחבה, אך היא אינה כול יכולה. היא חייבת להיות תלויה באותה פסקה של עקרונות יסוד, ולכן היא מוגבלת על ידי העקרונות של העם ועל ידי ה"אני מאמין" שלו. פרופסור ברק הביע עמדה דומה בהערות אגב גם בפסיקתו. כך, למשל, ציין הנשיא ברק:

יש מקום לתפיסה כי חוק או חוק יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם" (הנשיא ברק בבג"ץ 02/6427 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, סא (1) 619 (2006)).

עם זאת, חשוב לציין כי על אף שבפסיקות שונות הביעו שופטים אחדים נכונות מסוימת לאמץ דוקטרינה שלפיה סמכות הכנסת בחקיקת חוקי יסוד מוגבלת מכוח עקרונות היסוד של השיטה, עד כה היא הועלתה כאמרות אגב, וטרם נתקבלה הלכה בדבר מגבלות סמכותה המכוננת של הכנסת או אף בדבר סמכותו של בית המשפט לבטל חקיקת יסוד. בקצרה, חוק יסוד מעולם לא בוטל בשל פגיעה בעקרונות-על. אם לסכם את הבעיה הראשונה, הדוקטרינה של הגבלות משתמעות על הסמכות לתקן חוקה בסגנון ההודי אינה יכולה לחול באופן מלא, וככל שמדובר על הגבלות, אזי הן הרבה יותר מצומצמות, אם הן קיימות כלל. אך כאן לא מסתיימות הבעיות. קיימת בעיה נוספת.

האם דוקטרינת המבנה הבסיסי חלה בישראל? בעיה 2 – סמכות מקורית או נגזרת?

הדוקטרינה של תיקון לא-חוקתי בעולם מסתמכת על איזושהי הבניה תיאורטית, שמקורה בהבחנה בין סמכות מכוונת מקורית (original constituent power) לסמכות מכוונת נגזרת (derived constituent power). לפי תיאוריה זו, הסמכות לתקן את החוקה היא סמכות הקבועה בחוקה, שנובעת מכוח החוקה עצמה, ולכן היא חייבת להיתפס כמוגבלת, ועליה לפעול במסגרת הסדר החוקתי הקיים. אך מה בישראל? כיצד נגדיר את הסמכות המכוונת של הכנסת? האם זו סמכות מכוונת מקורית או נגזרת? לאור אופיו המתמשך של הליך הכינון החוקתי, לנו, בישראל, אין את ההבחנה הזו.

פרופסור קלוד קליין הציע את הדבר הבא: הסמכות המכוונת המקורית שהייתה לאסיפה המכוונת שנבחרה הועברה מן הכנסת הראשונה אל הכנסות שלאחריה. לכן, הכנסת אוחדת בסמכות משולשת: סמכות מכוונת מקורית, מכוונת נגזרת ומחוקקת. הסמכות המכוונת המקורית (בניגוד לנגזרת) היא "ריבונית", והיא "ממשיכה להתקיים לגבי הנושאים שבהם עדיין לא נחקקו חוקי-יסוד, ואילו באותם הנושאים שבהם נחקקו כבר חוקי-יסוד מצתה הכנסת את סמכותה המכוונת המקורית" וקלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוונת בראי בית-המשפט העליון" משפטים כח 341 (1997). כלומר, לדעת קלוד קליין, כשהכנסת מכוונת חוק יסוד בנושא חדש, למשל, חוק יסוד הלאום, היא מפעילה סמכות מכוונת מקורית, כי היא פועלת כאילו בוואקום. לעומת זאת, כאשר הכנסת מתקנת חוק יסוד קיים, אזי היא מפעילה סמכות מכוונת נגזרת, ולכן היא מוגבלת. על-פניו, תפיסה זו אינה נראית לי סבירה. כדי להמחיש את הבעייתיות דמיינו את הדוגמה הבאה: נניח שהכנסת מבקשת לתקן את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כדי להכניס הסתייגות באשר לתחולת החוק לעניין מהגרים או פליטים. במקרה כזה היא פועלת, לפי גישת פרופסור קליין, כסמכות מכוונת נגזרת, ואז סמכותה מוגבלת. לעומת זאת, אם הכנסת תרצה לכונן חוק יסוד חדש, למשל חוק יסוד: הגירה לישראל, היא תהפוך לפתע לכול יכולה (omnipotent)? נראה לי שגישה זו, הגם שיש היגיון בבסיסה, אינה קוהרנטית.

תפיסה מתאימה יותר, לדעתי, היא זו שהוצעה על-ידי פרופסור אריאל בנדור. לדעת פרופסור בנדור, בקבלתה את חוקי-היסוד, הכנסת אינה פועלת כאסיפה מכוונת מקורית אלא נגזרת. המוסד המשפטי הראשוני של ישראל היה מועצת המדינה הזמנית, שקיבלה את ההכרזה על הקמת המדינה, ואשר מכוחה נבחרה האסיפה המכוונת. בהיות הכנסת סמכות מכוונת נגזרת מהכרזת העצמאות, היא מוגבלת לקבלת נורמות חוקתיות הנדרשות להלום את מושכלות היסוד של המדינה שנקבעו בהכרזה, והם הזיקה של המדינה לעם היהודי והיותה דמוקרטית. סיווגה של הכנסת כאסיפה מכוונת נגזרת ולא

כאסיפה מכוננת מקורית, לפי פרופסור בנדור, מתיישב טוב יותר עם אופיו המתמשך של מפעל חוקי היסוד ועם הרציפות המשטרית והחוקתית הקיימת, ונגזר ממנה [אריאל בנדור, "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד", ספר ברנזון כרך שני 119 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000)]. גישה זו נראית לי, במבט ראשון, ראויה. אם אנו בוחנים את הכנסת כאורגן חוקתי ובמבט השוואתי, מדובר על אורגן חוקתי הפועל בתוך סדר חוקתי קיים. גם מבחינה פרוצדוראלית דומה יותר פעולת הכנסת לזו של 'תיקון חוקה' מאשר 'כינון חוקה', זאת במיוחד כאשר אין הבחנה בין חקיקה רגילה ובין חקיקת חוקי יסוד. לכן, נראה לי שיש משקל רב בטיעון שלכנסת יש סמכות מכוננת, אך זו נגזרת ומוגבלת.

הערה השוואתית אחרונה: על הגבלת הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד

בדצמבר 2017 הופץ על-ידי שרת המשפטים תזכיר חוק יסוד: החקיקה, המסדיר, בין היתר, את הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד. לפי המוצע בתזכיר, "בית המשפט העליון לא יקבע כי חוק יסוד אינו תקף זולת אם הליך חקיקתו סטה מההוראות הקבועות בחוק יסוד". כלומר, יש כאן ניסיון לקבוע שבית המשפט לא יוכל לבצע ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (למעט בענייני פרוצדורה), ולמעשה, בחקיקת חוקי היסוד תהא הכנסת חופשיה למלאם בתוכן ככל העולה על רוחה. האם אנו יכולים ללמוד משהו מהמשפט ההשוואתי בעניין זה? והאם קביעה השוללת את סמכותו של בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד ראויה?

ראשית, המשפט החוקתי ההשוואתי מספק לנו לקחים גם ביחס לדוגמאות כגון ההוראה המוצעת. כך למשל בהונגריה, בהחלטה של בית המשפט החוקתי משנת 2012, ביצע בית המשפט ביקורת שיפוטית פורמלית על נורמה חוקתית. דעת הרוב התייחסה גם לאפשרות שבית המשפט יבצע ביקורת שיפוטית מהותית על תיקונים לחוקה. שלטון החוקה, ציין בית המשפט, אינו אך פורמלי או פרוצדוראלי, אלא גם מהותי (Hungarian Constitutional Court, Decision 45/2012 (XII. 29)). בתגובה לאמירה זו תיקן הפרלמנט את החוקה (תיקון מספר 4), וקבע, בין היתר, שבית המשפט יכול לבצע רק ביקורת שיפוטית פרוצדוראלית, ואסר מפורשות על ביקורת שיפוטית מהותית על תיקונים לחוקה. בהתאם לכך, בפסק דין של בית המשפט החוקתי משנת 2013 על חוקתיותו של תיקון מספר 4, קבעה דעת הרוב כי אין לבית המשפט סמכות לבצע ביקורת שיפוטית על תיקונים לחוקה. שליטת ממשלת הונגריה בהליך התיקון החוקתי אפשר לה לפעול, לפחות תיאורטית, כדי לשחרר עצמה מכל מגבלות חוקתיות [Hungarian Constitutional Court, Decision 12/2013 (V. 24)].

טלו כדוגמה נוספת את המקרה ההודי. בעקבות סדרה של פסקי דין שבהם ביטל בית המשפט העליון בהודו מספר תיקונים לחוקה מכוח דוקטרינת המבנה הבסיסי שהוזכרה לעיל, תוקנה החוקה ההודית בשנת 1977 באמצעות התיקון ה-42 לחוקה, שקבע – באופן דומה למוצע בחוק יסוד: החקיקה – כי שום תיקון חוקתי לא יעמוד בפני ביקורת שיפוטית, וכי לא קיימות הגבלות על הסמכות המכוננת של הפרלמנט. כאשר הוראה זו עמדה למבחן שיפוטי, נקבע בפסק דין *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, משנת 1980, כי הוראה זו אינה חוקתית וכי היא בטלה. לפרלמנט, כך נקבע, סמכות חקיקה (לרבות חקיקת חוקתית) מוגבלת, וסמכות מוגבלת אינה יכולה להפוך עצמה לסמכות בלתי-מוגבלת.

באופן דומה, במדינת בליז שבקריביים, בתגובה ישירה לפסיקה של בית המשפט העליון משנת 2008, שלפיה קיימות הגבלות משתמעות על הסמכות המכוננת של האסיפה הלאומית *Barry M. Brown v. Attorney General of Belize* (Claim No. 4451 of 2008), BZ 2009 SC 2, התקבל תיקון מספר 8 לחוקה, שקבע כי "למען הסר ספק, אין על הגבלות, מהותיות או פרוצדוראליות, על הסמכות המכוננת של האסיפה הלאומית לתקן את החוקה" בהתאם לסעיף התיקון החוקתי. עם זאת, בפסק דין *British Caribbean Bank Ltd v. AG Belize*, שניתן בשנת 2012, בהתבסס על דוקטרינת המבנה הבסיסי בהודו, נקבע שיש הגבלות משתמעות על הסמכות המכוננת של האסיפה הלאומית, וכי תיקון מספר 8 סותר את עקרון הפרדת הרשויות, אינו חוקתי, ובטל. כלומר, במשפט ההשוואתי ישנן דוגמאות שבהן כאמור נאכפו הוראות על ידי בתי המשפט, אך ישנן גם דוגמאות שבהן הוראות דומות נפסלו.

סבורני כי הרעיון שלפיו סמכות הכנסת בכוננה חוקי יסוד תהא בלתי-מוגבלת וללא ביקורת שיפוטית אינו ראוי במציאות שבה אנו חיים, וגם אינו עולה בקנה אחד עם המגמות הגלובליות המטילות הגבלות מפורשות ומשתמעות על סמכותם של בתי מחוקקים לחוקק ולתקן נורמות חוקתיות כדי להגן על ערכי יסוד חוקתיים.

סיכום: מדוע ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד רצויה?

בחינה השוואתית מלמדת כי בתי משפט אינם מתערבים בשינויים חוקתיים כאשר הליך השינוי החוקתי נוקשה, מורכב, איטי, ומערב גורמים רבים – לרבות העם (למשל בצרפת, אירלנד וארצות הברית). כלומר, המידה שבה ראוי ליתן בידי בית המשפט את הסמכות לביקורת שיפוטית של תיקוני חקיקה צריכה להיות תלויה, במידה מסוימת למצער, בקושי או בקלות היחסית של תיקון אותה חוקה ובוזות השחקנים המעורבים בהליך התיקון החוקתי. בישראל הכנסת מחזיקה בשני כובעי סמכות: המחוקקת והמכוננת, בלי הברדל פרוצדוראלי בין תוצרי החקיקה של שתי הסמכויות, ואילו הרשות המבצעת

שולטת למעשה ברשות המחוקקת. זהות הגופים עשויה להביא לעירוב של אינטרסים צרים עם החלטות חוקתיות יסודיות. במצב דברים זה עלולים חוקי היסוד להיות "קורבן" לשיקולים צרים בכל עת, אם הוראה מהוראותיהם מהווה מכשול לאינטרס או לגחמה של רוב נתון בכנסת.

בהיעדר חוקה נוקשה ומערכת של איזונים ובלמים (דוגמת מערכת פדראלית, שני בתים, כפיפות למשפט על-לאומי), נדרש פיקוח שיפוטי שיש בו כדי להגן על הסדר החוקתי והדמוקרטי וכדי למנוע שימוש לרעה בסמכות המכוננת.

המשך המדרון: יוזמות ל"רוב מיוחד" בהכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית

אילן סבן*

אוניברסיטת חיפה

מבוא

למן שנת 1967, במשך יותר מחמישה עשורים, אנו שולטים במיליוני בני-אדם אחרים. שליטה זו איבדה את זמניותה לא רק בשל אורכה, אלא גם משום שמתלווה אליה התיישבות מסיבית בשטח הכבוש, שהוא גם שארית המולדת שנותרה לפלסטינים למימוש זכותם להגדרה עצמית. זהו מצב קולוניאלי; אי-אפשר להגדירו ביושר אחרת. עתה גם דומה שאנו חולים במחלה שליוותה מדינות שהתעקשו להתמיד בשליטה קולוניאלית. הינה מעגל המחלה: מדינה ועם משתלטים על טריטוריה המיושבת על-ידי בני אדם אחרים; אלה אינם נהפכים לאזרחיה, אלא מהווים לעד נשלטיה; המדינה נהפכת למדינה-אם, שכן אזרחיה מגיעים להתיישב באותה טריטוריה; השליטה, ההתיישבות (והגזל והאפליה המלווים אותה תכופות) מולידים התנגדות, שנעשית בשלב מסוים אלימה ורצחנית; התנגדות זו מזמינה מהלכי דיכוי נוספים; במעגל המתעצם של אלימות הדרית המדינה השלטת עושה מעשים קשים – הן כלפי נשלטיה המתקוממים והן כלפי אזרחיה המתנגדים למדיניותה; היא מתקטבת, יציבותה הפוליטית מתערערת, האיזון בין מוסדותיה השלטוניים נשחק, וקדימויותיה וערכיה משתנים.

כך קרה, לדוגמה, עם צרפת באלג'יריה. בשנים של מלחמת העצמאות האלג'ירית (1954-1962) עשה הצבא הצרפתי דברים נוראים, וצרפת עצמה לקתה באי-יציבות כרונית. ממשלות הרפובליקה הרביעית התחלפו בקצב מהיר, ובסוף שנות החמישים התרחש בה שינוי משטרי: חוקתה השתנתה, ומשטר פרלמנטרי הוחלף בנשיאותי – הרפובליקה הרביעית הוחלפה ברפובליקה החמישית, ודה-גול נהפך לנשיאה. כאשר

* תודה עמוקה לראיף זריק, ברק מדינה, איתמר מן, סמי סמוחה, רובי ציגלר, גד ברזילי ויניב רוזנאי על הערותיהם לטיוטת המאמר. גרסה מורחבת ממאמר זה צפויה להתפרסם בכתב העת משפט וממשל.

התבהרה החלטתו להוביל את צרפת ליציאה מאלג'יריה, התרחש באפריל 1961 ניסיון להפיכה צבאית ("מרד הגנרלים"), וסמוך לכך קמה מחתרת רצחנית ביותר (ה-OAS) בקרב המתישבים הצרפתים באלג'יריה ועריקים מהצבא, וזו אף ניסתה פעמים מספר להתנקש בחייו של דה-גול.¹

גם בכריטניה, בסוף המאה התשע-עשרה ובראשית המאה העשרים, השתרר שיתוק פוליטי חריף סביב שאלת אירלנד, אשר זכה להיקרא "המחלה האירית". לאחר מאבק ארוך התקבל בשנת 1921 ההסכם האנגלו-אירי. הסכם זה הוביל לחלוקת האי והעלה את אירלנד (שהופרדה מצפון-אירלנד) על נתיב של עצמאות, אך גם הוביל שם לפרוץ מלחמת-אזרחים בין מתנגדי ההסכם לתומכיו. במקביל, בצפון-אירלנד, שנותרה חלק מהממלכה המאוחדת, התפתחו הפליה והדרה של המיעוט הקתולי-אירי על-ידי הרוב הפרוטסטנטי-בריטי; מאבק אזרחי לזכויות אדם דוכא, ובעקבות זאת התרחש שברון אלים. בין סוף שנות השישים לסוף שנות התשעים של המאה העשרים התקיימה בצפון-אירלנד התגוששות-דמים, המכונה ה-"Troubles", שגבתה את חייהם של שלושת אלפים בני-אדם ויותר.²

אצלנו כבר נרצח ראש ממשלה. הייתה מחתרת יהודית שהפנתה את רצחנותה כלפי פלסטינים, והתרחשו שתי אינתיפאדות, שהשנייה מהן הייתה אלימה בהרבה מהראשונה. ישראל נסוגה מחלק מהטריטוריות שכבשה במהלך השנים: היא נסוגה מסיני שנים מספר לאחר מלחמת יום-הכיפורים, בעקבות הסכם שלום עם מצרים (הנסיגה הושלמה בשנת 1982); היא נסוגה מלבנון לאחר שנים של אלימות קשה (הנסיגה הושלמה בחודש מאי 2000); והיא נסוגה מרצועת עזה בקיץ 2005, כחמש שנים לאחר פרוץ האינתיפאדה השנייה (להלן: ההתנתקות). אולם במקביל ישראל ממשיכה כל העת בקולוניזציה של הגדה המערבית וירושלים המזרחית. הסכמים שכרתה עם אש"ף, ובראשם הסכמי אוסלו, התמוטטו בחלקם, וחלקם האחר תלויים על בלימה, ובסוף ספטמבר 2000 פרצה האינתיפאדה השנייה.³ במקביל לאירועים ולתהליכים הללו, ובמידה רבה בעטיים, ישראל עוברת תהליכים קשים של קיטוב, אי-יציבות פוליטית ושחיקה של ערכים ומוסדות.⁴

1 לדיון היסטורי מקיף ראו, בין היתר, אליסטר הורן, מלחמה פראית לשלום: מלחמת אלג'יריה 1962-1954 (מערכות, 1989); Lustick, Ian S. 1993, *Unsettled States, Disputed Lands: Britain and Ireland, France and Algeria, Israel and the West Bank-Gaza*, Cornell Uni. Press

2 ראו, בין היתר, Brendon O'leary & John McGarry, *The Politics of Antagonism: Understanding Northern Ireland* (1939)

3 לנקודות ראות שונות ראו, בין היתר, בני מוריס, קורבנות – תולדות הסכסוך הציוני-הערבי: 1881-2001 (יעקב שרת מתרגם, 2004); Menachem Klein, *The Shift: Israel-Palestine from Border Conflict to Ethnic Struggle* (2010); רשיד ח'אלידי, כלוב הברזל – סיפור מאבקם של הפלסטינים למדינה (איה ברזיר, 2010).

4 לדיון חלקי ראו, בין היתר, אילן סבן, "תגובת-הנגד הפוליטית ל'מהפכה החוקתית'", המרחב הציבורי 13, 13 (2018).

קשה לנבא מה יקרה הלאה. יש סיכוי גדול שישראל תנסה להמשיך לעשות את שעשתה עד עתה, כלומר, תפעל לשמר ולהעמיק ככל יכולתה את מפעלה הקולוניאלי, לפחות ברוב חלקיו. בעקבות תוכנית השלום של טראמפ, מינואר 2020,⁵ היא תנסה אולי לעשות כן תוך המרה של סיפוח דה-פקטו של חלקים גדולים מהגדה המערבית בסיפוח דה-יורה. אלא שאינתיפאדה שלישית, שהיתכנותה גבוהה, וכן לחצים נוספים מבחוץ ומבפנים, עשויים לדחוק בה להכרעה אחרת. האם תעמוד אז על הפרק, הפעם באופן ממשי, חלוקת הארץ לשתי מדינות, או שמא ישתנה כיוון המאבק, והפלסטינים ותומכי שאיפתם לחירות ולשוויון יחתרו למדינה אחת בארץ-ישראל/פלסטין – רצועת עזה, ישראל והגדה המערבית – שבה "קול אחד לכל אחד"?

אין בכוונתי לנסות להשיב כאן על השאלה הגדולה הזו. מטרת המאמר צנועה יותר. השאלה שאציב לדיון היא כפולה. במישור המשפטי-חוקתי אשאל: אם תפנה ישראל, לאחר ההתרחשויות שעוד נכוננו לנו, לכיוונה של חלוקת הארץ, אילו משוכות משפטיות יצטרך הסדר כזה לעבור? אתבונן על המשוכות שכבר ניצבות בהווה, אך אבחן גם הצעות למשוכות חדשות. ובמישור הערכי אשאל: האם המשוכות הללו, הקיימות והמוצעות, ראויות? אאמוד את ההצדקות הנשמעות בעדן מנקודת-הראות של מוסר ליברלי ומנקודת-הראות של משפט חוקתי השוואתי.

ניסיון להשיב על שתי השאלות הללו – שאלת המשוכות ושאלת צידוקן – נתקל בקושי מקדמי. עד שתעמוד חלוקת הארץ על הפרק – אם אכן תעמוד – יתרחשו אירועים ותהליכים שיולידו שינויים במשפט ושינויים במציאות. מה התועלת, לפיכך, בניסיון להשיב על שאלות שגיבושן המפורט טמון בחיק העתיד? הינה תשובתי. ראשית, ההצעות שכבר מושמעות לשינוי המשפט (להגבהת המשוכות בפני חלוקת הארץ) הן עצמן צופות פני עתיד, ולכן ההתמודדות עימן ועם ההצדקות הנלוות אליהן גם היא צופה פני עתיד: צופה את הצורך בליבון מוקדם של הצעות הצפויות להתנפל על סדר יומנו בעתיד. שנית, יש אמיתות מוסריות – ביחס לחירותם ולשוויונם הבסיסי של בני אדם – שאינן תלויות בזמן ובמקום, ולכן חיוני, בכל זמן, לבחון למולן משוכות המבקשות לשמר את המצב הקולוניאלי.

ועוד קושי מקדמי: השאלה הנורמטיבית (המשפטית והערכית) שמעוררות המשוכות מפני חלוקת הארץ תלויות ב"תוכנית החלוקה" שתעמוד להכרעה. ייתכן קו גבול שישורטט בהסכמת הצדדים, וייתכן קו גבול בלתי-מוסכם שעלול לעורר התנגדות רבה. התשובות שאנסה לתת לשאלה הנורמטיבית אכן יעסקו באפשרויות שונות לחלוקת הארץ שיעמדו על הפרק.

והינה לב המאמר. הצדקה מרכזית שמושמעת להצבת משוכות מוגבהות, ובאופן קונקרטי לדרישה "לרוב מיוחד" כתנאי לחלוקת הארץ בהסדר בין ישראל לפלסטינים, מדברת על "ניגוד עניינים חמור" של האזרחים הערבים-פלסטינים, שמוכיל לבעיית

"נאמנות" מצידם, אשר "מצדיקה" גריעה עמוקה מזכותם לשוויון, מזכותם לכחור ולהיבחר, מזכותם להשפיע על הכרעות כלל-חברתיות מסוימות, ואולי אף על עצם זכותם לאזרחות.

הצעה אחת כזו היא ההצעה להעביר אזרחים ערבים, על שטחם, לריבונות אחרת – למדינה הפלסטינית לכשתקום. זו התוכנית ל"חילופי שטחים מאוכלסים", אשר הוצעה לראשונה לפני כחמש-עשרה שנים על-ידי מפלגת "ישראל ביתנו", והיא זוכה עתה בעדנה בתוכנית טראמפ מינואר 2020. עסקתי בה בהרחבה במקום אחר,⁶ אבל חשוב אליה כאן לקראת סיום המאמר.

בת-לווייתה של אותה הצעה תומצתה בסיסמה "בלי נאמנות – אין אזרחות", והוגשה בעניינה הצעת חוק אשר מתנה את הזכות להשתתף בבחירות לכנסת (ובגרסה מסוימת אף את האזרחות עצמה) בהצהרת האמונים הבאה:

אני מתחייב להיות נאמן למדינת ישראל כמדינה יהודית, ציונית ודמוקרטית, לסמליה ולערכיה, ולשרת את המדינה, ככל שאדרש לכך, בשירות צבאי, כמשמעותו בחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 או בשירות חלופי, כפי שיקבע בחוק.⁷

כיוון הצעות נוסף – שהוא הכיוון שבו אתמקד במאמר זה – הוא דילול משקל הצבעתם של האזרחים הערבים ונציגיהם. היוזמה העיקרית היא דרישה ל"רוב מיוחד" או ל"רוב מוגבר" כבסיס לקבלת הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית.

הינה דוגמה חשובה למשוכה כזו שכבר זכתה בעיגון ברובד החוקתי של המשפט הישראלי. מדובר בתיקון מס' 2 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, שהתקבל בינואר 2018, והחדיר את הנוסח הנוכחי לסעיף 7 לחוק היסוד:

6 ראו אילן סבן, "אזרחות ומהלכים לשחיקתה: משפט, מוסר ותחשיבי תועלת בנוגע להצעות ישראל ביתנו' לחילופי שטחים מאוכלסים ולהתניית הזכות לבחור לכנסת בשבועת אמונים". הפרקליט נא 105 (2011) (להלן: סבן, "אזרחות ומהלכים לשחיקתה").

7 ס' 1 להצעת חוק האזרחות (תיקון – הצהרת אמונים), התשס"ט-2009, פ/18/102 (להלן: הצעת החוק), שהוגשה על-ידי ארבעה מחברי הכנסת של "ישראל ביתנו": דוד רותם, רוברט אילטוב, משה מטלון ואלכס מילר. דברי ההסבר של ההצעה מפרטים את ההסברים הבאים: "הקשר בין אזרחות ונאמנות למדינה הוא קשר בלתי ניתן לניתוק. בשנים האחרונות התגלה כי האזרחים במדינת ישראל אינם נאמנים למדינה, לסמליה ולערכיה, והם משתמטים משירות צבאי או שירות לאומי. הצעת חוק זו באה לקשור נאמנות למדינה, לסמליה ולערכיה, ושירות צבאי או לאומי לאזרחות הישראלית. מוצע כי לשם קבלת האזרחות הישראלית, יהיה המבקש מחויב להצהיר אמונים למדינה, וכן יתחייב לשרת שירות צבאי או שירות חלופי, ככל שיידרש. שר הפנים רשאי יהיה לשלול אזרחות של מי שנדרש לכך, אך מסרב לקיים התחייבותו לשרת שירות צבאי או חלופי". לדיון במהלך זה ובכשלו הערכיים הכבדים מנשוא ראו סבן, "אזרחות ומהלכים לשחיקתה", שם, בעיקר בעמ' 117-122; תמר הוסטובסקי-ברנדס, "בלי נאמנות אין אזרחות": על נאמנות, אזרחות וסולידריות חברתית". המרחב הציבורי 11, 11 (2016).

אין לשנות את הוראות סעיף 6 [שלפיהן "לא תועבר לגורם זר, מדיני או שלטוני, או לגורם זר אחר בדומה לכך, בין דרך קבע ובין לתקופה קצובה, כל סמכות המתייחסת לתחום עיריית ירושלים"] אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת; אין לשנות את הוראות סעיף זה אלא בחוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת.⁸

לשון אחר, לצורך שינויים בגבולותיה של ישראל באזור ירושלים (או גריעה מבלעדיות ריבוניתה שם) נדרש רוב מיוחד בין חברי הכנסת: לא רוב רגיל, ולא "רוב של חברי הכנסת" (שישים ואחד מחבריה לפחות), אלא רוב של שני שלישים מחבריה. עם זאת, פעולת השריון הזו – ההכבדה הרבה של קבלת הכרעה מעין זו – אינה שלמה. נותר פתח מילוט, שכן הכנסת יכולה לשנות את סעיף 7 הנזכר באמצעות חוק יסוד מתקן שיתקבל "ברוב" של חבריה (שישים ואחד חברי כנסת). בין שמדובר בגיבוש שלם או חלקי של נוקשות, זו השתקפות פני העתיד: הופעתן של הוראות דין שתכליתן לפגוע ביכולתן של מפלגות המרכז והשמאל לחבור יחדיו לצורך קבלת הסדר עם הפלסטינים בדבר חלוקת הארץ.⁹ להלן ניסוח אחד, בוטה אך מנומק, של טיעון "ניגוד העניינים המובנה"/"בעיית הנאמנות" של האזרחים הערבים. הוא התפרסם בהארץ סמוך לקבלת חוק יסוד הלאום,¹⁰ ובו הצדקה לחוק היסוד החדש מפיו של שופט בית-המשפט המחוזי (בדימוס) אורי שטרזמן. הינה דבריו במלואם:

חוק הלאום מוצדק

לא גזענות ולא אפרטהייד – ניגוד עניינים חמור הוא שמצדיק את חוק הלאום.

עקרון השוויון נכלל במגילת העצמאות, אבל בעת כתיבתה ב-1948 היתה תקווה שבתום המלחמה ישרימו הערבים עם הקמת מדינת היהודים. היום, עקרון השוויון אומר שאין למנוע מאחמד טיבי את האפשרות להיות שר הביטחון או מאיימן עודה לכהן כשר לביטחון פנים. כיום, לפי עקרון השוויון, אין למנוע הקמת יישובים ערביים לאורך גבול לבנון והמחשבה על ייחוד הגליל היא גזענות. עיקרון זה גם אומר, שבמקביל לחוק השבות יש לחוקק את חוק השיבה, המקנה לכל פליט פלסטיני את הזכות לשוב לפלסטינה ולקבל אזרחות ישראלית.

8 ס' 7 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח התש"ם 186 (להלן: חוק יסוד ירושלים) (ההדגשה הוספה).

9 למעשה, אין אלה מהלכים שטמונים רק בחיק העתיד או שהחלו רק בתיקון משנת 2018 לחוק יסוד ירושלים. למן "ההתנתקות" בקיץ 2005, הימין הפוליטי פועל למנוע את הישגותה של נסיגה משטחים אחרים הנתונים ב"תפיסה לוחמתית" של ישראל, ולשם כך הוא מערים עוד ועוד משוכות לפני מהלך אפשרי כזה. לדוגמאות ראו ברק מדינה ואילן סבן, "על 'עם', קרעיו ושאפת איחוי: פסק הדין בעניין חוק החנינה למפרי חוק על רקע התנגדותם לתכנית ההתנתקות". משפט, מיעוט וסכסוך לאומי 375-378 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים, סדרת "משפט, חברה ותרבות", 2017) (להלן: מדינה וסבן, "על 'עם', קרעיו ושאפת איחוי").

10 חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ס"ח התשע"ח 898 (להלן: חוק יסוד הלאום).

אנשי שמאל טוענים, שלפי תורת ז'בוטינסקי במדינת ישראל הדמוקרטית כל בני האדם שווים. אבל הם מתעלמים מכך ששוויון מוחלט כזה יחול, לדעתו, רק כאשר יהיה שלום אמת בין היהודים והערבים, אחרי שהערבים יכירו בזכות היהודים למדינה יהודית.

האם על פי עקרון השוויון יהיה על המדינה למסור את רמת הגולן לסוריה כשתתקבל החלטה כזאת בכנסת בגלל רוב המורכב מחברי כנסת ערבים? האם הצבעתם תושפע מטובת המדינה היהודית או מהאינטרסים של סוריה? כל השוואה בין חבר כנסת ערבי בישראל ליהודי חבר בפרלמנט הבריטי או בקונגרס האמריקאי איננה נכונה, כי העם היהודי איננו מאיים על קיומה של בריטניה, ואיננו רוצה בחיסולה של ארה"ב. אם בית המשפט העליון שלנו היה קובע שכל עוד אין שלום אמת חייבת המדינה לתת העדפה לעם היהודי בנושאי ביטחון, התיישבות, עלייה ומדיניות חוץ – לא היה צורך בחוק הלאום (שחוקק בתקווה שיהיה עוגן לפסיקה נכונה של השופטים).

רק הצביעות של השמאל השונא את הממשלה וראשה מניעה את ההתחסדות, הטוענת עתה ליישום עקרון השוויון. במציאות חיינו, מניעת אפשרות השימוש בעקרון השוויון, העלול לכרסם ולמוטט את מדינת היהודים – היא הכרח בל יגונה.¹¹

בריאיין שקיים שנים מספר קודם לכן הרחיב שטרומן מעט:

אני חושב שניגוד העניינים הזה צריך להביא לכך שהערבים לא יהיו שותפים להחלטות קיומיות לעם ישראל ולמדינת ישראל. לא ייתכן שלחבר כנסת ערבי תהיה זכות הצבעה על תקציב הביטחון. לא ייתכן שהבן שלי יילחם ברמאללה, וחבר כנסת ערבי יקבע איזה תקציב ביטחון יהיה לו...

חברי הכנסת הערבים לא צריכים להידרש לשאלה האם לעקור את ההתיישבות מגוש קטיף, או להצביע אם חלילה יבוא יום שבו תוצג בכנסת השאלה אם למסור את רמת הגולן לסורים או לדאע"ש. אם חברי הכנסת הערבים היו אצילים, הם היו אומרים – אנחנו לא משתתפים בהצבעות אלו. הם ישתתפו בהכנת חוקי ירושה, חוזים וכדומה – אבל לא בשאלות קיומיות לעם ישראל ולמדינה. כך גם בשאלה של איחוד משפחות ערביות, כלומר הבאת בני זוג ערבים משטחי יהודה ושומרון לשטח המדינה. הח"כים הערבים צריכים לבוא ולהגיד – זו שאלה קיומית עבור עם ישראל, ואנחנו לא משתתפים בהצבעה.

...כל עוד העם היהודי נמצא במלחמה עם העם הערבי, יש ניגוד עניינים מובנה. כל עוד מדינת ישראל איננה יושבת לבטח, צריך לתת העדפה ליהודים בשאלות קיומיות כגון קיבוץ גלויות או התיישבות.¹²

11 אורי שטרומן, "חוק הלאום מוצדק". הארץ (מכתבים למערכת) 21.8.2018. www.haaretz.co.il/1.6407592/opinions/letters/premium-1

12 הדברים נאמרו בריאיין שנערך עם שטרומן על-ידי העיתונאי יוחאי דנינו: "זו לא גזענות" – גיבוי משפטי לחבר הכנסת סמוטריץ'. כל הזמן 17.4.2016. www.kolhazman.co.il/105557

רכים שותפים לטיעונו של שטרומן. טיעונו מהדהדים, למשל, בהתנגדות שהושמעה לכך שמשפחות ערביות ירכשו קרקע ויתגוררו ביישובים שתושביהם הנוכחיים תופסים אותם כיישובים יהודיים. ראו את דבריה של התאחדות האיכרים במסגרת התנגדותה לבקשת בני-הזוג קעדאן להתגורר ביישוב קציר:

בעניין הספציפי, טוענת התאחדות האיכרים, כי מתיישבים ערביים עלולים להיתקל בקשיים במילוי חובות השמירה על היישוב, שנחשף בעבר לפעולות טרור שונות.¹³

והינה דברים שהסבירה היועצת המשפטית של ועדת החוקה, חוק ומשפט, במסגרת הדיונים ב"חוק ועדות הקבלה":¹⁴

היועצת המשפטית של הוועדה הסבירה בגלוי, כי אחד הטעמים לחקיקת החוק הוא רצונו של הרוב שהמיעוט לא ייטמע בו. בהמשך ציינה כי "יש כאן סכסוך לאומי ויש תחושת איום הדדית, ואין טעם להתעלם מהדבר הזה..."¹⁵

חשוב מכך, המסר בדבר האיום הטמון במיעוט, בדבר חוסר נאמנותו, מגיע פעם אחר פעם מפיו של נושא המשרה החזק ביותר בפוליטיקה הישראלית – ראש הממשלה. כך, למשל, בשנת 2015, ביום הבחירות לכנסת העשרים, הזהיר נתניהו את מצביעיו הפוטנציאליים כי "המצביעים הערבים באים בכמויות אדירות לקלפי".¹⁶ ובמרץ 2020, למחרת הבחירות לכנסת העשרים ושלוש, הוא הגדיר את נציגיהם של האזרחים הערבים (ושל אזרחים נוספים) "תומכי הטרור ברשימה המשותפת".¹⁷

על כל פנים, כיוון שחברי הכנסת הערבים אינם "אצילים" כפי ששטרומן דורש מהם, ומתעקשים להשתתף בהכרעות הכלל-חברתיות, "המוח היהודי ממציא לנו פטנטים". אחד מהם, כאמור, הוא דילול כוח הצבעתם של האזרחים הערבים ונציגיהם באמצעות דרישות שונות ל"רוב מיוחד". דרישות אלו הן קירוב (פרוקסי) להתניית אימוצה של החלטה בדבר נסיגה טריטוריאלית בקיומו של "רוב יהודי" בעדה. בדרישות אלו אתמקד. אעשה כן מיידי לאחר ההערה המבוארת האחרונה, המנסה לתמצת את לב הדברים. משפטן של רוב רובן של המדינות הדמוקרטיות מכיל נורמות יסוד המוגנות ברוב מיוחד. אלה הן החוקות של אותן מדינות, על מוסדות השלטון שלהן וחלוקת הכוח ביניהם, ועל ערכי היסוד שלהן, ובכלל זה מגילת זכויות האדם הנוהגת בהן. מדינות שונות אף עוסקות בחוקתן בשלמותן הטריטוריאלית. עולה לפיכך השאלה: אם זה מצב הדברים

13 בג"ץ 95/6698 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, פס' 27 לפסק דינו של הנשיא ברק (2000).

14 או בשמו הרשמי – חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, ס"ח 683.

15 בג"ץ 11/2311 סכח נ' הכנסת, פס' 58 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם באר"ש, 17.9.2014).

16 <https://www.youtube.com/watch?v=Q2cUogIR1yk>

17 <https://twitter.com/netanyahu/status/1235237067434622977>

במשפט החוקתי ההשוואתי, מדוע ראוי לפסול את הצעותיהם של שטרומן ושל אחרים להתנות נסיגה טריטוריאלית בקבלתה ב"רוב מיוחד"?

להלן עיקר תשובתי: ראשית, ה"מניע" של שטרומן פסול. הוא מתנגש במהותה של הדרישה הדמוקרטית להתייחס לכל האזרחים כאל שווים. יש כאן הצטברות של היבט דאוונטולוגי – החובה המוחלטת המוטלת על המדינה להתייחס לכולם כאל שווים – והיבט תוצאתי – ההשפעה הקשה של הסדרים מסוג אלה הנדונים כאן על התפיסות של הרוב היהודי כלפי האזרחים הערבים, וכתולדה מכך גם על מערכת היחסים ביניהם. שנית, ההכרעות ששטרומן מבקש להדיר מהן את המיעוט הערבי-פלסטיני אינן הולמות את קו ההבחנה בין ההחלטות אשר לגיטימי להוציאן מגדר ברירת המחדל של "עקרון הרוב" ולהכפיף להגנתו של שריון ("רוב מיוחד") לבין אלה שאין זה לגיטימי לעשות כן בהקשרן.¹⁸ המשפט החוקתי ההשוואתי מגלה שתי הבחנות מרכזיות ביחס להכרעות טריטוריאליות של מדינה: (א) הבחנה בין שטחה הריבוני לבין שטח אחר הנתון בשליטתה; (ב) הבחנה בין החלטה שלה לשנות את תחומי שליטתה או את תחומי ריבונותה בדרך של נסיגה או העברה של שטח (downsizing), לבין החלטה של קהילת אזרחים החיה באזור של המדינה לפרוש ממנה (secession) בניגוד לרצונה של המדינה. הבעייתיות בהצעות נוסח שטרומן עמוקה במיוחד, משום שההכרעות שבהקשרן הוא מבקש לפגוע במשקל הצבעתם של האזרחים הערבים (באמצעות הדרישה ל"רוב מיוחד") מתאפיינות בשילוב הבא: (א) הן באות לפגוע בהם ביחס להחלטות שרובן נוגעות לשטחים המצויים מעבר לשטחה הריבוני של ישראל (קונקרטית, נסיגה מהגדה המערבית); (ב) הן באות לפגוע בהם לא ביחס לקבלת החלטות שעניינן "פרישה" שלהם, של האזרחים הערבים, מהמדינה, אלא ביחס להחלטה של ישראל, בתמיכת רוב אזרחיה, על נסיגה/ויתור על שטח שבשליטתה; (ג) ההצעה לפגוע במשקל ההצבעה של האזרחים הערבים נוגעת לקבלת החלטות לסגת מאזורים שבהם ישראל אוזרת, כבר עשרות שנים, כבני אדם שאינם אזרחיה ואינם נהנים מהגנת אזרחותה. במילים אחרות, הצבת משוכה של "רוב מיוחד" בהקשרן של הכרעות טריטוריאליות מעין אלה היא פסולה, משום שתכליתה, וכוודאי תוצאתה, היא הכבדת האפשרות לשחרר את הפלסטינים בגדה המערבית וכירושלים המזרחית מהמצב הקולוניאלי שבו הם שרויים תחת אחיזתה של ישראל.

להלן סדר הדיון במאמר. תחילה אציג את האופן שבו המשפט המצוי של ישראל מסדיר הכרעות טריטוריאליות, ואחר כך אפרט הצעות של הימין הישראלי לשנות זאת. בחלק שאחרי, שהוא חלקו העיקרי של המאמר, אתמודד עם הצדקות המושמעות

18 לדיון מקיף וחשוב הן בהצדקות לשריונה של חוקה והן בגבולות כוחה של הכנסת לעשות כן, משמע לכבול את עצמה, ראו, בין היתר, אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א – עקרונות יסוד, פרק 2 ("החוקה של מדינת ישראל"), בעיקר פס' 2.47-2.55 (מהדורה שישית, 2005).

בתמיכה בהצעות הללו. לקראת סיום אעסוק באותה הצעה חדשה-ישנה שכבר הזכרתי, שלפיה ישראל "תוותר" על אזור המשולש.

א. הכרעות טריטוריאליות במשפט הישראלי

ההיסטוריה של המשפט הישראלי מגלה בהקשרן של הכרעות טריטוריאליות דינמיקה הניתנת לתמצות כך: (א) משפטה הפנימי של ישראל מאפשר לה לספח לשטחה טריטוריה המצויה ב"תפיסה לוחמתית" שלה – כולל כזו המיושבת ב"תושבים מוגנים" – בקלות רבה, לעיתים אפילו בתוך יממה, כמו במקרה של חוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981;¹⁹ (ב) לעומת זאת, ניסיון לסגת משטח שישראל שולטת בו – בין שהוא חלק משטחה הריבוני ובין שהוא נתון ב"תפיסה לוחמתית" שלה – נתקל בשנים האחרונות במשוכות גבוהות, אשר בהקשרים מסוימים אף הולכות ומתגבחות, כמו במקרה של ירושלים. להלן השתלשלות הדברים הנוגעת בסיפוח ירושלים המזרחית (ובסיפוחם של כפרים מהגדה המערבית שהיו סמוכים לה). תיאור ההשתלשלות להלן נעשה על-ידי עיתונאי שאוהד את התהליך שהוא מתאר:

כך חוקקנו – ירושלים של חוקים

- התיקון האחרון לחוק יסוד ירושלים שאוסר על העברת שטח כלשהוא מירושלים לגורם זר ברוב של פחות מ-80 חברי כנסת הוא החמישי בסדרת 'פעילות'.
- המהלך התחיקתי הראשון ב-1967 של הרחבת ירושלים נעשה בלי להזכיר את שמה.
- חוק יסוד ירושלים ב-1980 קבע שירושלים היא בירת ישראל, אך לא הגדיר את גבולותיה.
- רק בשנת 2000 הוגדרו בחוק גבולות ירושלים ונאסר להעבירה לגורם מדיני או שלטוני זר.
- החוק (חוק-יסוד: משאל עם) שאסר ב-2014 ויתור על שטח ריבוני ישראלי, ללא משאל עם – כוון לגולן ולירושלים.
- התיקון האחרון לחוק יסוד ירושלים מינואר 2018, קובע שלא ניתן להעביר שטחים מירושלים לגורם זר, ברוב של פחות מ-80 חכ"ם.²⁰

19 לעמדה שונה ומורכבת ראו את מכתבם של ברק מדינה ורונית לויין-שנור ליועץ המשפטי לממשלה. המכתב מלבין את דרישות הסף שאותם מוצאים הכותבים למהלך של סיפוח חלקים מהגדה המערבית, זאת על יסוד פרשנותם למשפט החוקתי של ישראל. המכתב הוא מ-11 ביוני 2020 (עותק שמור בידי הכותב). הסכמתי עם המסמך חלקית בלבד. לא אלבן כאן את נקודות אי-ההסכמה.

20 נדב שרגאי, "כך חוקקנו – ירושלים של חוקים". המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה (4.2.2018) /כך-חוקקנו-ירושלים-של-חוקים/jcpa.org.il/article. בתיקון האחרון המוזכר בציטוט עסקתי בקצרה בפתח דבריי. הדרישה לרוב מיוחד של 80 חברי כנסת ניתנת היא עצמה לשינוי ברוב של 61 חברי כנסת.

על החקיקה האמורה ראוי להוסיף גם את חוק היסוד החדש, חוק יסוד הלאום, הקובע בסעיף 3 כי "ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל". חוק יסוד זה משוייך ב"רוב" של חברי הכנסת, משמע, לשם שינויו נדרש רוב של שישים ואחד חברי כנסת. הסדרה נוספת של פעולות סיפוח ופעולות של נסיגה נוגעת ברמת הגולן, ונעשתה בחוק רמת הגולן. הנסיגה מסיני בשנים 1980-1982, שהתחוללה בעקבות הסכמי קמפ-דייוויד, אושרה בשתי החלטות של הכנסת – בספטמבר 1978 ובמרץ 1979. במקביל התקבל חוק פיצוי מפוני סיני, התשמ"ב-1982. הסכם השלום בין ישראל לירדן אומץ בכנסת, וחילופים מוגבלים של שטחים בין ישראל לירדן באזור הערבה וכן כינון משטרים מיוחדים במובלעות צופר ונהריים אומצו בחוק.²¹

לבסוף, ההתנתקות מרצועת עזה בקיץ 2005 התקיימה על יסוד החלטת ממשלה שזכתה באישור הכנסת בחודש אפריל 2004. אולם נסיגה זו הותנתה משפטית בחקיקה שתהא תקפה מבחינה חוקתית, משמע, בחקיקה שתעמוד בדרישותיה של פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בכל הנוגע בפגיעה בזכויותיהם של המתישבים היהודים שתוכנית ההתנתקות עקרה אותם מבתיהם ומיישוביהם. מדובר בחוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, ובפסק הדין שניתן בעתירה שהוגשה נגד חוק זה,²² שבמסגרתו הורה בית המשפט להרחיב את מרכיב הפיצוי ("המענק האישי") שנקבע בחוק, כך שיחול גם על מי שנעקרים והם בני אדם צעירים, שגילם פחות מעשרים ואחת שנים. ההתנתקות הייתה נקודת שבר פנימית בחברה הישראלית-יהודית, שהייתה קשה בהרבה מהנסיגה מסיני. זאת, משום שהיא הייתה חד-צדדית, ולא הבטיחה שינוי רב לטובה, בניגוד להסדר השלום עם מצרים; ומשום שהמתנחלים שנעקרו בה – בניגוד למתנחלי ימית ואופירה שפוננו עם הנסיגה מסיני – הגיעו ברובם הגדול מתוך מטען אידיאולוגי מקיף (היו חלק מתנועת "גוש-אמונים"), והם ותומכיהם נאבקו בעוצמה עד לרגע עקירתם. השבר העמיק עוד יותר בשל עליית שלטון החמאס ברצועת עזה שנה לאחר ההתנתקות, ובשל שפיכות-הדמים הרבה המלווה את העימות בין ישראל לבין החמאס מני אז. התרחשויות אלה חיזקו מאוד את הלך המחשבה הבא: "הנה השכנו לפלסטינים שטח שנכבש בשנת 1967 'עד הסנטימטר האחרון', היינו על סף מלחמת-אחים, ומה קיבלנו בתמורה? רקטות על אשקלון ועל תל-אביב. אין עם מי לדבר, בעיקר משום שהסיפור האמיתי הוא 1948, ולא 1967, ומשום שהעתיד הפלסטיני הוא פונדמנטליסטי ואלים". עמדה זו – שלשם הקיצור אכנה "אין עם מי לדבר", ואשר ליתר דיוק יש לכנותה "אין עם מי לדבר על המקסימום שאנחנו מוכנים, אולי, לתת" – היא הסבר חשוב לעליית הימין הישראלי ולתחושת הצדק של רבים מתומכיו.

21 חוק יישום חוזה השלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה הירדנית ההאשמית, התשנ"ה-1995.

22 בג"ץ 05/1661 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).

כל זה הוביל לשינוי בהתנהלות הפוליטית וכמשפט בישראל. בשנת 2014 קיבלה הכנסת את חוק יסוד: משאל עם.²³ חוק יסוד זה נוגע באופן מפורש רק בנסיגה משטח המצוי בריבונות ישראל (על-פי משפטה הפנימי), להבדיל מנסיגה משטח הנתון ב"תפיסה לוחמתית". אולם כיוון שכל הסדר עם הפלסטינים ביחס לגדה המערבית ולירושלים המזרחית צפוי להיות כרוך בחילופי שטחים כלשהם, אימוצו של הסדר זה, אם וכאשר יתגבש, יהא כפוף למשאל עם. להלן עיקרי ההסדר הקבוע בחוק יסוד: משאל עם:

1. (א) החליטה הממשלה לאשרר הסכם או לחתום על הסכם, שלפיו המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח שהם חלים בו, לרבות הסכם הכולל התחייבות לעתיד והתחייבות המותנית בתנאים, יהא ההסכם, לאחר שאושר בכנסת ברוב חבריה, טעון אישור במשאל עם, אלא אם כן אושר ברוב של שמונים חברי הכנסת.

...

2. זכאי להשתתף במשאל העם מי שהיה זכאי להשתתף בבחירות לכנסת לו היו מתקיימות במועד עריכת משאל העם.

בקצרה, דרך המלך שנוצרה לנסיגה משטח שהמשפט הישראלי חל עליו (ומבחינה מעשית, הדרך לנסיגה מכל שטח שבשליטת ישראל, בהינתן ההסתברות הגבוהה לחילופי שטחים כאלה ואחרים במסגרת הסדר עתידי) היא זו שהתגבשה בחוק יסוד: משאל עם, והיא מכילה את המרכיבים המצטברים הבאים: הכרעת ממשלה, הכרעת הכנסת ברוב חבריה, והכרעת רוב בין המשתתפים במשאל עם. פטור מקיום משאל עם מותנה בתמיכת הכנסת בפעולת הנסיגה ברוב של שמונים מחבריה.

ההכרעה על נסיגה משטח מכילה אם כן פרוצדורה שמשקפת בעיני הכנסת את כובד ההכרעה, ולכן היא מערבת הן את הרשות המבצעת, הן את הכנסת והן את הריבון – האזרחים. שלוש נקודות לפחות חשובות כאן. ראשית, הכנסת ייעדה את הפרוצדורה הזו, במישור הפורמלי, רק לשינוי בגבולותיה הריבוניים, להבדיל מנסיגה משטח הנתון

23 להלן גלגולי התחיקה שהובילו לקבלת חוק היסוד: תחילה נחקק חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלטת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999, שזכה בכינוי "חוק שריון רמת הגולן", ועל-פי החלטת ממשלה לוותר על שטחים בריבונות המדינה – דהיינו, שטחים שהמשפט, השיפוט והמינהל של השלטון הישראלי חלים בהם – תידרש לאישור של רוב מוחלט מקרב חברי הכנסת (שישים ואחד חברי כנסת או יותר) ואישור של רוב המשתתפים בהצבעה במשאל עם. בחוק נקבע עוד כי הסעיף הנוגע בקיום משאל עם יחול רק כאשר הוא יוסמך על-ידי חוק יסוד שיחוקק בנושא, ובכך נותר החוק עקר מבחינה זו. ב-22 בנובמבר 2010 אישרה הכנסת תיקון לחוק הקיים, שזכה בכינוי הנוסף "חוק משאל עם", ולפיו בטלה הדרישה לעיגון בחוק יסוד. כשלושה שבועות לאחר אישור התיקון בכנסת הוגשה עתירה לבג"ץ נגד החלטת הכנסת, בטענה שהחוק במתכונתו החדשה פוגע בסדרי השלטון של מדינת ישראל ועוקף חוקי יסוד אחרים, ועל-כן אין זה ראוי להעבירו בחקיקה רגילה. בשנת 2013 יזמה הממשלה את הצעת חוק יסוד: משאל עם, וזו נהפכה לחוק יסוד בשנת 2014 – חוק יסוד: משאל עם, ס"ח התשע"ד 400.

ב"תפיסה לוחמתית" שלה. שנית, הכבדת ההליך הנדרש לשם שינוי גבולות המדינה בדרך של נסיגה מוצאת ביטוי בזכות הווטו של כל אחד משלושת המשתתפים הנדרשים לאשרה ברוב. שלישית, מן הצד האחר, מנגנון ההכרעה בכל אחד משותפיה של הכרעה זו הוא בכל זאת "עקרון הרוב", להבדיל מ"רוב מיוחד". את זה התיקון לחוק יסוד ירושלים מנסה לשנות, כמתואר בפתח הדברים, וכך מבקשות לעשות גם ההצעות שאציג מייד, וכן דומות להן שיעמדו בעתיד על הפרק.

ההתנגחות בעקרון הרוב הופיעה בצורה קונקרטית למן תהליך אוסלו, בדמות הצעות לחוקי יסוד והצעות חוק שמבקשות להציב דרישה ל"רוב מיוחד" כתנאי לנסיגה ברמת הגולן או בירושלים או בכל מקום אחר. דברי ההסבר הנלווים להצעות הללו אינם מציינים לרוב כי מטרתן היא לדלל את משקל הצבעתם של המצביעים הערבים או של נציגיהם, אך כפי שראינו בדברי שטרומן וכפי שאראה בהמשך, השיח הציבורי הוא לעיתים תכופות מנומס פחות וגלוי לב יותר. הינה כמה דוגמאות לאותן הצעות, מסודרות בסדר כרונולוגי.

הצעת חוק משאל עם על נסיגה מרמת הגולן (הוראת שעה), התש"ס-1999²⁴

...

רוב מיוחד 8. לתוצאה המאשרת את ההסכם תחשב תוצאה שהתקבלה ברוב של שישים אחוזים מהקולות הכשרים שנמנו או חמישים אחוזים ממספר הבוחרים הרשומים בפנקס הבוחרים התקף ביום המשאל – לפי הנמוך מבין השניים.

הצעת חוק יסוד: משאל עם²⁵

...

8. ההצבעה בוחר במשאל העם יצביע "בעד" שמשמעו תמיכה בהחלטת הממשלה במשאל העם והכנסת או "נגד" שמשמעו התנגדות להחלטת הממשלה והכנסת; בוחר יכול להצביע כי הוא נמנע מתשובה לשאלה.

9. הרוב הנדרש הרוב הדרוש לאישור השאלה במשאל העם יהיה רוב של יותר מחמישים במשאל העם אחוזים מקרב בעלי זכות ההצבעה.

לא צריך להיות חד עין כדי להבין שההצעה מגבשת "רוב מוגבר מאוד". היא דורשת לא רוב מקרב המשתתפים במשאל העם, אלא רוב מבין הזכאים להשתתף במשאל העם,

24 הצעה פ/803 של חבר הכנסת אברהם (אבי) יחזקאל, הונחה על שולחן הכנסת ביום 1.11.1999.

25 הצעה פ/1107 של חבר הכנסת סילבן שלום וארבעים וארבעה חברי כנסת נוספים, הונחה על שולחן הכנסת ביום 20.12.1999.

כלומר, רוב מקרב כלל בעלי זכות הבחירה. משמעות הדבר היא שאלה אשר לא השתתפו במשאל נספרים כמתנגדים להכרעה שהועלתה בו להצבעה.

הצעת חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון – משאל עם על ירושלים)²⁶

...

ההצבעה	66.	בוחר במשאל העם יצביע בעד או נגד החלטת הממשלה והכנסת;
במשאל העם		ואולם, בוחר רשאי להצביע כי הוא נמנע.
הרוב הנדרש	16.	הרוב הדרוש לאישור החלטת הממשלה והכנסת במשאל העם יהיה רוב
במשאל העם		של יותר מחמישים אחוזים מקרב המשתתפים בהצבעה.

כאן ה"טריק" שונה מעט. אומנם לא נדרש רוב בין בעלי זכות ההצבעה במשאל העם, אך גם אין מסתפקים ברוב בין משתתפי המשאל. נדרש רוב של יותר מ-50% שיגידו "כן" להצעה העומדת למשאל עם; משמע, משתתפים שהצביעו "נמנע" (פתק לבן) נספרים למעשה כמתנגדים. ראוי, למשל, את הדוגמה ההיפותטית הבאה של תוצאות משאל עם בעניין חלוקת ירושלים: 48% תומכים, 42% מתנגדים ו-10% נמנעים. התוצאה היא שאף-על-פי שיש תמיכת רוב בחלוקת ירושלים, תמיכה זו כושלת בהעברת ההחלטה, שכן ההחלטה לא זכתה בתמיכתם של יותר מ-50% מהמצביעים. כפי שציניתי, השיח הציבורי הוא גלוי לב יותר ביחס לטעמים העומדים מאחורי ההצעות לרוב מיוחס. כך כותב הרב אליעזר מלמד:

...אם לא יהיה רוב יהודי, אין שום ערך למשאל. אין כאן שום גזענות, רק צדק. צריך שיהיה רוב ברור בקרב מי שעלול לשאת בתוצאות ההכרעה. את מחיר המלחמות כאן משלמים היהודים ובעלי בריתם המשרתים בצבא, והם שצריכים להכריע.²⁷

ב. כשלי ההצדקות המושמעות בעד "רוב מיוחס" לצורך קבלת הכרעות טריטוריאליות

ארבעה טיעונים לפחות מועלים להצדקת רוב מוגבר שידלל את הצבעת המיעוט. שניים מהם הושמעו בחלק הקודם: הטיעון בדבר ניגוד העניינים ואי-הנאמנות של האזרחים הערבים; והטיעון שהכרעה של מלחמה ושלום צריכה להתקבל רק על-ידי מי שיישא

26 הצעה פ/3069/17 של חבר הכנסת סילבן שלום וחמישים ושניים חברי כנסת נוספים, הונחה על שולחן הכנסת ביום 12.11.2007.

27 אליעזר מלמד, "רק ברוב מיוחס". בשבע 115 (28.10.2004). www.inn.co.il/Besheva/Article.aspx/3460

בתוצאות המלחמה, משמע, על-ידי "היהודים ובעלי בריתם המשרתים בצבא". כצידם מושמע גם טיעון שלישי, של זכויות אדם: הצורך בהגנה על המיעוט (המתנחלים) מפני הרוב. וקיים טיעון נוסף, רביעי, שעניינו חשיבותה יוצאת הדופן של ירושלים. אתחיל בטיעון שעניינו זכויות האדם של המתנחלים. התופעה של מתנחלים ותומכיהם המלינים על "עושק מיעוט" התחזקה בשנים האחרונות. היא הופיעה לקראת ההתנתקות ולאחריה,²⁸ היא מלווה את ההתנגדות לפינוי המאחזים, והיא בלטה בשנים האחרונות במסגרת התמיכה ב"חוק ההסדרה",²⁹ משמע, ביחס למתנחלים שבנו את מאחזיהם על קרקע שבבעלותם הפרטית של פלסטינים.³⁰ תופעה זו זכתה בתשומת לב אקדמית.³¹ אחד הטיעונים הקונקרטיים המושמעים להצדקת דרישה לרוב מיוחד לשם הגנת המתנחלים מפני "עושק מיעוט" מתיימר להישען גם על משפט השוואתי, ובאופן ספציפי על המשפט הקנדי ביחס להחלטה אפשרית של הפרובינציה קֶבֶק לפרוש מקנדה.

1. טיעון זכויות האדם של המתנחלים והמשפט הקנדי ביחס למשאל עם על פרישת הפרובינציה קֶבֶק

סמוך לקבלת הסכמי אוסלו ולמשאל ומתן שהתקיים אז עם סוריה בתיווך אמריקאי הושמעה על-ידי הימין הישראלי הרוגמה ההשוואתית הקנדית.³² שני משאלי עם התקיימו בקבק ביחס להיפרדותה מקנדה – בשנת 1980 ובשנת 1995. שני המשאלים התקיימו ברוב רגיל, ובשניהם הפסידו הברלנים. כאשר העז מנהיג המפלגה הברלנית בקבק Parizeau לבטא את תסכולו לנוכח "ההצבעה האתנית" של דוברי האנגלית בקבק, ודיבר על הרוב "שלנו" (דוברי הצרפתית שתמכו במהלך היפרדות), עוררו דבריו תגובה קשה גם במחנה שלו.³³ על מה נשענים אם כן תומכי הדרישה לרוב מוגבר? הם נסמכים על פרשנות מסוימת לפסק דין חשוב של בית המשפט העליון הקנדי

28 ראו, בין היתר, מדינה וסבן, "על 'עם', קרעיו ושאיתפ איחוי", לעיל ה"ש 9.
29 חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017. בית המשפט העליון הכריע לאחרונה כי החוק בטל: בג"ץ 17/1308 עיריית סלואד נ' הכנסת (2020).

30 אורית סטרוק מגיבה: צביעות השמאל וארגוני זכויות האדם. הארץ 23.3.2013. סוגיית השימוש שישראל עושה בקרקע הציבורית בשטחים לצורך התנחלויות ומאחזים – קרקע שהמפקד הצבאי היה אמור להחזיק ולהפעילה בנאמנות עבור "התושבים המוגנים" – טואטאה אל מתחת לשטיח. היא אינה חשופה עוד לביקורת שיפוטית, שכן בג"ץ שמר בעניינה על הגרסה הישנה של עילות-הסף של זכות העמידה ושל השפיטות, ומנע עצמו מלדון בה.

31 ראו, בין היתר, Nicola Perugini & Neve Gordon, *The Human Right to Dominate* (2015).
32 ראו את הדיון הסוער בוועדת החוקה, חוק ומשפט בהצעת חוק יסוד: משאל עם, שהוגשה על ידי חבר הכנסת סילבן שלום ואחרים. הדיון התקיים ב-15.5.2000 (פרוטוקול מס' 117).

33 Mario Cardinal, *Breaking Point Quebec-Canada: The 1995 Referendum*, 398–400, 407 (2005). בישיבת קבינט שנערכה למחרת היום התעמת חבר המפלגה הברלנית עם Parizeau בנוגע להתבטאויותיו, ואמר כי התנועה "נאלצה להסתיר את ראשה מרוב בושה".

משנת 1998.³⁴ פסק הדין ניתן בעקבות פניית הממשלה הפדרלית לבית המשפט לאחר משאל העם השני בקבק. בית המשפט התבקש להכריע בשאלה אם המשפט הפנימי של קנדה מאפשר פרישה חד-צדדית של קבק מהפדרציה הקנדית. קבק סירבה להשתתף בדיון. בית המשפט קבע כי לא המשפט הפנימי הקנדי ולא המשפט הבינ-לאומי מקנים זכות לפרישה חד-צדדית בהקשרה של קבק. עם זאת, הוא הוסיף כי תקום חובה לקנדה להתדיין "בתום לב" עם קבק ביחס לפרישתה אם הכרעה בדבר פרישה תתקבל במשאל עם בקבק "ברוב ברור ביחס לשאלה ברורה". שנים מספר לאחר פסק הדין קיבל הפרלמנט הקנדי את ה-*Clarity Act*,³⁵ אשר מורה לפרובינציה קבק את שנאמר בפסק הדין: עליך (א) להציב שאלה ברורה: "האם אתם, הרוב של תושבי קבק, בעד פרישה מקנדה?"; (ב) להשיג רוב ברור (clear majority) בעד הפרישה.

הדוגמה הקנדית אינה מועילה לתומכי "הרוב היהודי" במשאל העם – לא מבחינה ערכית ולא מבחינה משפטית. ארחיב בדיון בה, שכן היא מלמדת הרבה על תכניו של המשפט החוקתי ההשוואתי בהקשרים טריטוריאליים, ומשום שהיא מאפשרת לומר דברים חשובים על המציאות הישראלית-פלסטינית, המתחדדים דווקא מתוך ההנגדה למקרה הקנדי.

ראשית, משאל עם בישראל בעקבות הסדר עם הפלסטינים ייגע לא במצב דברים אחד, אלא במצבים מובחנים שיתהוו בשלוש טריטוריות בעלות מעמד שונה משפטית, שבכל אחת מהן חיות כיום אוכלוסיות שונות בעלות מעמד אזרחי שונה: (א) השטח הנתון כיום ב"תפיסה לוחמתית" של ישראל (הגדה המערבית), ובו נמצאים מתיישביה של ישראל לצד נשלטיה הפלסטינים; (ב) השטח של ירושלים המזרחית שאותו סיפחה ישראל לתחומה בשנת 1967, ובו מצויים אזרחיה של ישראל לצד הפלסטינים שהם במעמד של תושביה בלבד; (ג) במקרה של "חילופי שטחים" יעסוק משאל העם גם בהעברת שטחים של ישראל, בין כאלה שמיושבים על-ידי אזרחיה ובין כאלה שאינם מיושבים על-ידיהם.

חשוב להתייחס, ולו בקצרה, להבחנה בין ירושלים המזרחית לבין הגדה המערבית. הבנת ההבחנה הזו קשורה גם להבדל בין התנהלותה של ישראל בשנת 1948 להתנהלותה בשנת 1967. בניגוד לשנת 1948, שאז העניקה ישראל את אזרחותה לכל תושביה (גם לאלה שחיו בשטחים שיועדו ל"מדינה היהודית" לפי תוכנית החלוקה של האו"ם וגם לאלה שחיו בשטחים שהמדינה הצעירה כבשה במלחמה שליוותה את הקמתה ואשר היו מעבר לגבולות המדינה לפי תוכנית החלוקה), הרי שאת סיפוחה של ירושלים המזרחית בשנת 1967, וכן את הסיפוח של רמת הגולן בשנת 1981, ליוותה ישראל בפעולה שונה:

Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217 34

An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme 35
Court of Canada in the Quebec Secession Reference, S.C. 2000, c. 26 (Clarity Act)

היא לא העניקה את אזרחותה לתושבים המוגנים שסיפחה, אלא הסתפקה בהענקת מעמד של תושבות – מעמד שנלווית אליו אפשרות להתאזרחות. בקשת התאזרחות מהווה סוג של הכרה בפעולת הסיפוח של ישראל, והיא מותנית, בין היתר, בהצהרה על נאמנות למדינת ישראל (סעיף 5 לחוק האזרחות, התש"י-1950); נלווה לה גם שיקול דעת של שר הפנים להעניק או שלא להעניק אזרחות. זה היה ועודנו הסדר פסול. מי שחי בשטח שמדינה מספחת לריבונותה חייב ליהנות מאזרחותה מעצם היותו, שהרי אזרחות היא הזיקה הבסיסית בין מדינה לבין בני האדם המרכיבים אותה – אלה שנולדו בה, אלה שהוריהם הם אזרחיה, ואלה שהמדינה נכנסה אל הטריטוריה שבה הם חיים וסיפחה אותה ואותם אליה.

גם הערכים-פּלֶסטינים בישראל של 1948, גם הפלסטינים בירושלים המזרחית של 1967 וגם הדרוזים ברמת-הגולן של 1982 לא ביקשו ולא בחרו בסיפוח. מה מצדיק אפוא את ההבדל בין פעולת ישראל במצב הראשון לבין התנהלותה בשני המצבים המאוחרים? איני מוצא הבדל. ככולם הייתה ישראל חייבת להעניק את אזרחותה לתושבים שסיפחה – ולחלופין, להעניק את אזרחותה לאחר שהמסופחים ביקשו אותה, וזאת ללא כל התניה מצד המדינה מהסוג שהזכרתי לעיל; זאת להבדיל מהסתפקותה בשני המקרים המאוחרים בהענקת המעמד מהדרגה הנמוכה יותר של "תושב". הם, ולא ישראל, היו זכאים להחליט אם לעשות שימוש בזכויות האקטיביות הנלוות למעמד האזרחות שהם זכאים לו – למשל, אם להשתמש בזכות לבחור ולהיבחר לכנסת.³⁶ כידוע, מעטפת ההגנה על אדם מכוח אזרחותו היא משמעותית בהרבה מזו הנלווית לתושבותו לברדה.³⁷ מה שאני מבקש לומר הוא שמעבר לקושי המוסרי והמשפטי הטמון בעצם פעולת הסיפוח של טריטוריה כבושה, במקרה הישראלי הופיע קושי עמוק נוסף בדמות המעמד האזרחי החלקי שאותו בחרה המדינה להעניק לתושבי ירושלים המזרחית ורמת-הגולן.³⁸ אי-אפשר "להיות עם ולהרגיש בלי" בהקשרם של בני אדם.

מה באשר להכרעות המשפיעות על המתנחלים – אזרחי ישראל שהתיישבו בגדה המערבית? הללו פנו מראש להתיישב כאזור המצוי בשליטתה הצבאית של ישראל אך לא בריבונותה, לחיות לצידם – ולעיתים במקומם – של "תושבים מוגנים", שזכויותיהם האזרחיות והפוליטיות מוגבלות ביותר; בהתיישבם בתמיכת המדינה הם יצרו קולוניה שלה.

36 ראו את דיונו החשוב של חסן ג'בארין, "הנכבה, המשפט והנאמנות: הרגע ההובסיאני של הפלסטינים בישראל". תיאוריה וביקורת 42, 13 (2014).

37 השוו לריון מאיר העיניים המתקיים בהכרעתו של שופט הרוב פוגלמן בבג"ץ 06/7803 אבו ערפה נ' שר הפנים (פורסם באר"ש, 13.9.2017) (פסילת החלטתו של שר הפנים לשלול את תושבותם של מנהיגי חמאס בירושלים המזרחית).

38 השוו לריון המקיף של יעל רונן, "ריבונות ברירתית: תחולת המשפט הישראלי במזרח ירושלים". משפט וממשל כ"א (תש"ף) (להלן: רונן "ריבונות ברירתית").

אם נשוב עתה אל טענת האנלוגיה בין החלטה אפשרית על נסיגה מהגדרה המערבית לבין יחסי קב־קנדה, נמצא כי היא מופרכת מהטעם הקריטי הבא: נסיגה של מדינה משטח הנתון ב"תפיסה לוחמתית" שלה, להבדיל מריבונותה, תוך שחרורם של מי שאינם אזרחיה – אלה הנתונים תחת כיבושה – היא עניין שונה בתכלית מהסכם בין מיעוט לרוב על פירוק המדינה, על החלטת ויתור של מדינה על טריטוריה המצויה בריבונותה. **שנית**, ובסמוך לנקודה הקודמת, קיים שוני חשוב בתשובה שיש לתת לשאלה על מי דרישת "הרוב הברור" באה לגונן בהקשר הקנדי, ועל מי מבקשים לגונן מי שדורשים "רוב מוגבר/ מיוחד/ יהודי" להכרעה שתתקבל בישראל. ה־Clarity Act עוסק בהחלטה אפשרית של הרוב בקב־ק על פרישת הפרובינציה מהפדרציה הקנדית. אפשרות זו מעוררת צורך לגונן על המיעוטים שבתוך קב־ק – המיעוט דובר האנגלית והמיעוט הילידי דובר האנגלית (Native Canadians) שהם תושבי קב־ק – מפני החלטה שיש לה משמעות קשה לגביהם, שכן היא עתידה לנתק אותם ממדינת אזרחותם ומהקהילה שהם משתייכים אליה (קהילת הרוב בקנדה: הקנדים דוברי האנגלית). דרישת "הרוב הברור" בקנדה נועדה להקשות קבלת החלטה כזו. בית המשפט העליון הקנדי קבע את שקבע על יסוד שני מהלכי טיעון עיקריים: (א) לקב־ק אין זכות לפרישה חד־צדדית מהפדרציה הקנדית, משום שהזכות להגדרה עצמית של דוברי הצרפתית זוכה בהגנה במבנה הפדרלי באמצעות הפרובינציה דוברת הצרפתית של קב־ק ובאמצעות הגנת החוקה הקנדית על השפה, החינוך והתרבות של דוברי הצרפתית (הן בקב־ק והן ביתר קנדה); (ב) אף־על־פי־כן, על קנדה להיכנס למשא ומתן רציני ובתום לב על הסכם לפרישת קב־ק אם יתקיימו התנאים של "רוב ברור ביחס לשאלה ברורה".

בהקשר הישראלי-פלסטיני, לעומת זאת, המבקשים את ההגנה של "רוב מיוחד" הם המתנחלים ותומכיהם. זהו "עולם הפוך" בהשוואה למצב הקנדי, שכן הגנה על המתנחלים באמצעות "רוב מיוחד" עלולה לסכל את האפשרות לממש את הזכות להגדרה עצמית מדינתית של מי שראוי באופן מובהק למימוש זכותו לכך – העם הפלסטיני. משמע, בקנדה הגנת "הרוב הברור" באה לגונן על אזרחים קנדים מפני מהלך שהזכות להגדרה עצמית מדינתית אינה עומדת לצידו, בעוד בישראל מבוקש "רוב מיוחד" כדי לסכל מימוש של זכות להגדרה עצמית מדינתית למי שהיא עומדת לצידו כבר שנים ארוכות. **שלישית**, המיעוט דובר הצרפתית בקנדה מקביל למיעוט הערבי־פלסטיני בתוך ישראל. המשפט הקנדי בא ואומר: אי־אפשר להכריע את גורל המיעוטים החיים בקב־ק אלא ב"רוב ברור" של כלל תושבי קב־ק (ואז במשא ומתן עם הפדרציה הקנדית). והינה, אם חוזרים להשוואה לישראל, אזי בעניין רמת הגולן או ירושלים המזרחית או הגדה המערבית לא עומדת כלל לדיון הכרעה פוליטית מקבילה מעין זו. המיעוט הערבי־פלסטיני אינו קובע לכדו – ברוב כלשהו – את גורל המתיישבים היהודים ברמת הגולן,

בירושלים המזרחית או בגדה המערבית. מי שיקבעו זאת כמשאל עם, אם וכאשר ייערך, הם רוב אזרחי ישראל.

רביעית, הדרישה לרוב מיוחד כמשאל עם בישראל נועדה לדלל את משקל הצבעתם של האזרחים הערבים. תכליתה לפגוע במיעוט הכרוני בחברה הישראלית, וזאת בשמה של טענה בדבר חוסר נאמנות שלו. אין דרך לראות מהלך כזה, אם יתקבל, אלא כמסר גזעני הנושא עימו השלכות חברתיות קשות. אם "הם", האזרחים הערבים, אינם שווים ביכולתם להכריע בסוגיות של טריטוריה ושל שלום ומלחמה, אזי הם אינם יכולים גם לעסוק במשרות מסוימות, לגור במקומות מסוימים וכדומה. הטענה בדבר ניגוד עניינים או אי-נאמנות של המיעוט משפיעה כמעט בהכרח על עמדתם והתנהגותם של בני קהילת הרוב כלפי בני קהילת המיעוט במכלול של התייחסויות גומלין ביניהם.³⁹

חמישית, ההחלטה של הפרובינציה של קבק לפרוש מקנדה עלולה לנתק אזרחים של קנדה ממדינתם; לעומת זאת, החלטה של הרוב בישראל לסגת ברמת הגולן או בגדה המערבית לא תנתק אזרחים ממדינתם, אלא תגרום – כך צפוי – לעקירתם משטח אחד שבשליטת ישראל לשטח אחר, בדומה לאשר אירע ב"התנתקות". תשובת הנגד הצפויה היא שאפשרות העקירה קיימת גם לתושבי קבק דוברי האנגלית שיופרדו ממדינתם קנדה. אמירה זו נכונה. אולם, כפי שכבר רמזתי, תהא זו שגיאה ערכית קשה להשוות בין תושביה של קבק משכבר הימים – הקנדים הילידים והמיעוט דובר האנגלית – לבין המתנחלים. האחרונים העתיקו את מקומם כדי להתיישב בשטחים מתוך מודעות חדה לסכסוך הטריטוריאלי (ולעיתים בגלל הסכסוך הזה); יתר על כן, הם ניגשו בעיניים פקוחות לעשות פעולה שמעורבות המדינה בה הופכת אותה לבלתי-חוקית מבחינת המשפט הבינ-לאומי, ואפילו בית המשפט העליון הצביע על תו "זמניות" המלווה אותה.⁴⁰ הם אינם זכאים על-כן למידת ההתחשבות שתושביה המקוריים של אותה טריטוריה זכאים לה.⁴¹ יש מחמירים שיאמרו כי כיוון שמדובר במי שמעורבים בעוולה,

39 לדיון בנזקיו המסופעים של "תיוג" כזה ראו, בין היתר, ברק מדינה ואילן סבן, "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה" (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל). משפטים לט 47 (2009).

40 בג"ץ 79/390 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 19-21 (1979): "התעוררה לפנינו שאלה נכבדה... כיצד ניתן להקים ישוב של קבע על אדמה אשר נתפסה רק לשם שימוש זמני?... נראתה לנו תשובת מר כך [פרקליט המדינה – א' ס':] 'שהיישוב האזרחי יוכל להתקיים באותו מקום רק כל עוד מחזיק צה"ל בשטח בתוקף צו התפיסה. החזקה זו עצמה יכולה לבוא לידי גמר באחד הימים, כתוצאה ממשא ומתן בינלאומי העשוי להסתיים בהסדר חדש שיקבל תוקף לפי המשפט הבינלאומי והוא אשר יקבע את גורל היישוב הזה, כמו של ישובים אחרים הקיימים בשטחים המוחזקים'..."

41 129-126. לדיון מעמיק ראו יעל רונן, "המשפט הבינ-לאומי ושאלת זכותם של מתנחלים להישאר בשטח לאחר העברת השליטה בו: מתנחלים בגדה המערבית, בצפון קפריסין ובמדינות הבלטיות". משפט וממשל יג 49 (2010).

ואף בעוולה מתמשכת, קמה חובה לא להתחשב בהם, וקיימת אף חובה להשיב את מצב הדברים לקדמותו, משמע, לעוקרם. אני מתקשה לקבל עמדה זו, וזאת בשל חלוף השנים והעובדה שילדיהם וילדי ילדיהם של המתיישבים כבר נולדו בשטחים, אבל אני מסכים מאוד עם הטענה בדבר חוסר הסימטריה בינם לבין תושבים ילידים.⁴²

שישית, דרישת "הרוב הברור" (clear majority) בחוק הקנדי היא עמומה במתכוון, ואין היא זהה בהכרח ל"רוב מוגבר". ראוי על כן לשאול אם המנגנון הקיים בהווה בישראל בחוק יסוד: משאל עם אינו עונה די הצורך על דרישה זו לבהירות של הרוב התומך. זכור, מדובר בדרישה מצטברת לקיומו של רוב בקרב שלושה שחקנים: הממשלה, הכנסת (ועוד ברוב של שישים ואחד חברי כנסת) ותמיכת רוב מקרב משתתפי משאל העם.

לבסוף, במקרה של קבק אין מדובר בהחלטה של הפדרציה הקנדית על פירוקה החלקי והיפרדות יזומה שלה מטריטוריה מרכזית שלה, אלא בהחלטה של תושבים של חלק מהפדרציה, פרובינציה שלה, על פרישה מהמדינה. הן המשפט הבין-לאומי והן המשפט החוקתי ההשוואתי מבחינים בין פירוק מדינה בשל הכרעת מיעוט לפרוש ממנה לבין הכרעה של מדינה, באמצעות הרוב שבתוכה, להיפרד משטח כזה או אחר שלה. קיימות מגבלות חשובות מאוד גם בנוגע ליכולתה של מדינה להיפרד משטח מאוכלס שלה, להיפרד מאזרחיה; אבל עוצמת המגבלות אינה זהה.⁴³ אתיחס לכך מייד.

יש מדינות שחוסמות "פרישה" כליל בחוקתן, ומלחמת האזרחים האמריקאית היא דוגמה חריפה לכך. גם ספרד קבעה בחוקתה את אחדותה הטריטוריאלית, וחסמה הכרזה של קטלוניה על משאל עם בנוגע לפרישתה. לעומת זאת, הממלכה המאוחדת הביעה הסכמה לפרישתה של סקוטלנד, אם כך יחליטו רוב תושביה. גם הסכם בלפסט (1998) הסדיר את פרישתה האפשרית של צפון-אירלנד מהממלכה המאוחדת ואיחודה עם הרפובליקה של אירלנד, אם כך יחליטו רוב תושביה של צפון-אירלנד במשאל עם. מעולם לא עלה על דעתם של הנציגים הפוליטיים של הרוב הפרוטסטנטי-בריטי בצפון-אירלנד לדרוש "רוב מיוחד" במשאל עם כזה. בקצרה, המשפט ההשוואתי בהקשר זה מגוון.⁴⁴ השאלה המוסרית ביחס לזכות ל"פרישה" של קהילת מיעוט לאומית מנותחת

42 לעניין משמעות חלוף הזמן בהקשרם של מתיישבים ראו, בין היתר: Jeremy Waldron, Superseding Historic Justice. *Ethics* 103(1) (1992); Jeremy Waldron, Redressing Historic Justice, in: 52 *University of Toronto Law Journal* 135; Raef Zreik, *When Does a Settler Become Native?* (With Apologies to Mamdani), 23 *Constalation*, 351 (2016).

43 סבן, "אזרחות ומהלכים לשחיקתה", לעיל ה"ש 6.

44 יש אף מדינות שמפליגות להגנה ב"פסקת נצחיות" על השלמות הטריטוריאלית. ראו Tom Ginsburg & Mila Versteeg, *From Catalonia to California: Secession in Constitutional Law*, 70 *Ala. L. Rev.* 923 (2019); Rivka Weill, *Secession and the Prevalence of Both Militant Democracy and Eternity Clauses Worldwide*, 40 *Cardozo L. Rev.* 905 (2018); Yaniv Roznai & Silvia Suteu, *The Eternal Territory? The Crimean Crisis and Ukraine's Territorial Integrity as an Unamendable Constitutional Principle*, 16 *German L. J.* 542 (2015).

היטב בפסק־הדין הנזכר של בית־המשפט העליון הקנדי. היא נקשרת לשאלת ההגדרה העצמית של אותה קהילה, וכן לשאלת זכויותיהם של בני אותה קהילה (זכויות אזרחיות ופוליטיות וזכויות קיבוציות) בפני המדינה. ניתוחו של בית־המשפט העליון הקנדי, אילו יושם כלפי הפלסטינים בירושלים המזרחית, היה מוצא כי יש להם זכות ל"פרישה" מישראל. מכל מקום, בהקשרה של ירושלים עשוי לעמוד על הפרק לא מהלך חד־צדדי של פרישת התושבים הפלסטינים, אלא הסדר בין ישראל לבין הפלסטינים בדבר חלוקת ירושלים (ו/או יצירת ריבונות משותפת בחלק ממנה). מהלך כזה יגרור פְּרֵדה מוצדקת, שחרור מישראל, של מי שאינם אזרחיה – מי שלא זכו באזרחותה אף שהיא סיפחה אותם אליה.⁴⁵

הטעמים שפורטו לעיל – כל אחד מהם בנפרד ובוודאי צירופם – מפריכים את הניסיון להתבסס על המקרה של קבק לצורך טיעון שמתנה ברוב מיוחס בקרב אזרחי ישראל את תוצאות משאל העם בעניין נסיגה מהגדה המערבית ובעניין היפרדות (או שיתוף ריבונות) בירושלים המזרחית.

2. טיעון אי-נאמנותם של האזרחים הערבים

הצגתי לעיל בהרחבה את טיעוניו של שטרומן, וציטטתי את התבטאויותיו של ראש הממשלה נתניהו בהקשר של נאמנותם של האזרחים הערבים למדינה. "נאמנות" היא מושג מורכב, שהשימוש בו עלול להתגלות לתומכיו כחרב פיפיות. ישראל מגדירה את עצמה מדינה יהודית ודמוקרטית. מי שמתנה השתתפות במשחק הפוליטי בהסכמה לציר יסוד אחד של ישראל – היותה מדינה יהודית – אמור להתנות את הזכות להשתתפות גם בהסכמה לציר האחר: היותה דמוקרטית. האם רוב ציבור המתנחלים עומד בכך? האם כל המשתייכים לציונות הדתית עומדים בכך? האם רוב המשתייכים לציבור החרדי עומדים בכך? האם מגזרים אחרים בציבור הישראלי־יהודי עומדים בכך? האם הם מקבלים את ערכי היסוד של ישראל המבוטאים בהתחייבויותיה הבאות של מגילת העצמאות?

מדינת ישראל... תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שויון

שאלה נוספת שאנו פוגשים במשפט ההשוואתי היא מתי נדרשת הכרעת רוב בקרב כל אחת מהקהילות הלאומיות (או בכל אחד משני אזורים) ביחס להכרעה טריטוריאלית. אחד המקרים שבהם נדרש רוב כזה הוא במצב הפוך מפרישה, כלומר, בהכרעה ביחס לאיחוד: כאשר פיסת ארץ השטועה לשתיים מנסה להגיע להסכם ביחס לאיחודה או לאיחודה מחדש. זוהי, למשל, "הצעת אנאן" (2004) ביחס למשאל עם כפול בקפריסין, שחולקה בעקבות הפלישה הטורקית בשנת 1974.

45 ראו את הדיון המפורט והשוו עם מאמרה החשוב של רונן "ריבונות בריבנית", לעיל ה"ש 38. לדיון נוסף, חלקי, במעמדם של הפלסטינים תושבי ירושלים המזרחית ראו סבן, "אזרחות ומהלכים לשחיקתה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 135-136, שם השמעתי גם את השאלה (שלא הכרעתי בה) אם אין זו חובתה של ישראל, במקרה של חלוקה פיזית, לאפשר לאותם תושבים פלסטינים שיבכרו זאת לעקור מבתיים ומירושלים המזרחית כדי להיותר בישראל.

זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות.

חשוב לי למהר לומר: יש להתנגד לכל אחת מההתניות הנזכרות – הן לדרישת הנאמנות לאופייה הלאומי של המדינה והן לדרישת הנאמנות לדמוקרטיה שלה – אם הן באות לסייג את הזכות להשתתפות פוליטית.⁴⁶ הצהרת אמונים מצויה בדין הישראלי, אך מדובר בדרישה להצהרת אמונים "למדינת ישראל" או "למדינת ישראל ולחוקיה", ורק לשני אלה, כתנאי לפעולה במשרות ציבוריות שונות⁴⁷ או כדרישה במסגרת הליך

46 אני מסתמך כאן על דברים שכתבתי במקום אחר: סבן, "אזרחות ומהלכים לשחיקתה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 117-122. חשוב לי עם זאת להוסיף כי יש הבדל ממשי בין אופייה הדמוקרטי של המדינה לבין אופייה הלאומי. הבדל זה ניתן לביטוי באופן הבא: גם מי שחושב כי לישראל עומד צידוק לשני יסודותיה צריך להסכים כי קיים שוני ביניהם, וכי הצידוק לזהותה הלאומית הוא צידוק קונטינגנטי/תלוי-נסיבות, להבדיל מהצידוק לאופייה הדמוקרטי. במילים אחרות, שינוי נסיבות – דוגמת שינוי דמוגרפי מקיף בקרב תושבי המדינה או שינוי בזהויותיהם או בשאיפותיהם הפוליטיות של תושבים אלו – עשוי להשמיט את הצידוק לשמירת זהותה הלאומית של ישראל. לעומת זאת, על-פי התפיסה הליברלית, שינוי נסיבותי קיצוני (למשל, שעת חירום) עשוי להשעות באופן זמני בלבד את התנהלותה של מדינה בדרך דמוקרטית. באופן קונקרטי יותר, קשה מאוד לשלול את האפשרות לחולל, בדרכי שלום, דינמיקה בזהויות קיבוציות של בני אדם ובמסגרת היחסים הבינ-קהילתיים במדינה. מה מצדיק, למשל, הטלת הגבלות מהותיות על היכולת לנסות לשכנע כי הזכות להגדרה עצמית של העם היהודי תישמר במידה רבה גם במדינה דו-לאומית (כפי שנשמרת, למשל, הזהות האנגלו-פונית בקנדה)? אשר על-כן, גם מי שמסויבות שונות אינו תומך בניסיון המעבר למדינה דו-לאומית – ראו, למשל, אילן סבן, "הפיתוי הקודר של האופציה הדו-לאומית". רב-תרבותיות ואתגרי האזרחות הדיפרנציאלית בישראל 42 (אמל ג'מאל עורך, 2007) (להלן: "סבן", הפיתוי הקודר של האופציה הדו-לאומית"), זמין בכתובת law.haifa.ac.il/images/documents/Roundtable.pdf – חייב להכיר בזכותם של נוקטי מהלך זה לחתור להגשמתו במכלול האמצעים שדמוקרטיה מהותית מעמידה למאבקים מעין אלה. ההגבלה העיקרית נוגעת לפיכך באמצעים להשגת התכלית של שינוי הזהות הלאומית של ישראל, וקשה מאוד להצדיק הגבלות לגבי אמצעים לא-אלימים להשגת שינוי כזה. לעומת זאת, אופייה הדמוקרטי של מדינה הוא אקסיומטי מנקודת ראות ליברלית. הוא אינו תלוי ב"הסכמת רוב", ולכן ניתן לחסום גם מי שחותר להשיג את ביטול הדמוקרטיה לא בדרך אלימה; די לשם כך בזהויה מהימן של השלב שבו מתגבשת הסתברות ממשית לכך שהדמוקרטיה במדינה תתבטל אם לא יוגבלו הכוחות הלא-דמוקרטיים. מידת הדיוק מחייבת להוסיף כי המשפט הישראלי מתנהג, לפחות בנקודה מרכזית אחת, בניגוד להבחנה שנותחה זה עתה. מדובר בס' 7 לחוק יסוד: הכנסת, אשר אינו מבחין לכאורה בין היכולת לגונן על זהותה הלאומית של המדינה לבין שמירת יסודותיה הדמוקרטיים. לדיון ביקורתי בכך ראו, בין היתר, אילן סבן, "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו". עיוני משפט כו 241 (2002). יש לשים לב שס' 7א הוא תיקון לנוסחה המצויה בחלקה העליון של הפירמידה הנורמטיבית של ישראל – חוק יסוד – ולכן קשה ביותר לתקוף את תוקפו.

47 באשר לזכות להיבחר למשרות בשירות המדינה ולמשרות שיפוט, ראו בעיקר את הוראות הדין הבאות: ס' 34 ו-52 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959; ס' 7 לחוק הקאדים, התשכ"א-1961; ס' 6 לחוק יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78. יתר על כן, בדרך כלל נוסח ההצהרה הוא כלהלן: "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה". זהו נוסח ניטרלי בהרבה מהצהרת אמונים למדינת ישראל "כמדינה יהודית, ציונית ודמוקרטית", כמוצע בהצעת החוק, לעיל ה"ש 7. השוו

ה"התאזרחות" של מי שרוכשים את אזרחותם הישראלית בעקבות הגעה לישראל ושהייה נמשכת בה, ולא מכוח חוק השבות.⁴⁸

יש מקום למתוח ביקורת על הדרישה להצהרת אמונים כתנאי לכשירות לפעולה במשרה ציבורית, אך אין זה המקום ללפן זאת.⁴⁹ מכל מקום, תומכי "הרוב היהודי" מרחיבים באורח מרחיק לכת את דרישתם לנאמנות, ושוללים את זכותם של האזרחים הערבים להשתתף באורח אפקטיבי בשורה של הכרעות כלל-חברתיות, וזאת בגלל "ניגוד עניינים חמור" שלהם. איני מכיר מערכת משפט דמוקרטית כלשהי המאפשרת לשלול מאזרחים את הזכות לבחור או את זכותם להשתתף בהכרעות כלל-חברתיות מאחר שהם אינם חפצים "להישבע אמונים".⁵⁰ איני מכיר גם מדינה דמוקרטית המדללת את משמעות ההצבעה של אזרחי מיעוט שלה בטענות מעין אלה. חָשְבוּ, לשם הדוגמה,

לדברים שכותב ליאב אורגד: "בחוקות שהן ניטרליות יותר, ואשר אינן מדירות חלק מאזרחי המדינה, ייתכן שראוי לדרוש שבועת אמונים לחוקה. אולם בחוקות מדירות לא ראוי שקבוצת הרוב תכפה על המיעוט להישבע אמונים לערכיה. יתרה מזו, במדינת-ישראל יש קושי להצהיר נאמנות למדינה יהודית ודמוקרטית ואז לפעול באופן חוקי לשינוי מצב דברים זה". ליאב אורגד, "חידת הנאמנות: מי חב מה למי ומדוע?" **משפט ועסקים** יד 723, 755 (2012). ראו גם גיא זיידמן, "חידת ההֶנִיָּעָה – על שבועות, מתנות, פרסים וביטוי: חלק ראשון – על השבועה במשפט". **משפט ועסקים** כ 423, 555-542 (2017).

48 ראו ס' 5 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952: "... (ב) מי שביקש להתאזרח ונתקיימו בו התנאים שבסעיף קטן (א), יעניק לו שר הפנים, אם ראה זאת לנכון, את האזרחות הישראלית על ידי מתן תעודת האזרחות. (ג) לפני הענקת האזרחות יצהיר המבקש הצהרה זו: 'אני מצהיר שאהיה אזרח נאמן למדינת ישראל'. (ד) האזרחות נקנית מיום ההצהרה".

49 אומר בקצרה רק כי התניה כזו בהקשרן של משרות ציבוריות, המוטלת על מיעוט לא-יהודי במדינה המגדירה את עצמה כמדינת העם היהודי, אינה עניין של מה בכך. מהו הצידוק המקנה למדינה זכות לשלול את זכותו השווה של אדם להיבחר לכנסת או להתמנות לתפקידים ציבוריים שונים רק משום שהוא מבקש לשנות את אופייה הלאומי של המדינה – בדרכים שאינן אלימות – ממדינה יהודית למדינה דו-לאומית בגבולות הקו הירוק או בגבולות ארץ-ישראל/פלשתינה המנדטורית? לשם השוואה, בשנת 1973 בוטלה בצפון-אירלנד חובת שבועת האמונים של נבחרי ציבור לכתר (Northern Ireland Constitutional Act 1973 § 21). השבועה נתפסה כפוגעת במהות התפיסה הרפובליקאית בצפון-אירלנד, זו החותרת לאיחוד אירלנד, ובהיבט כהצהרה שאינה עוסקת ישירות בחשש שהוליד אותה – החשש מפני בחירה באמצעים אלימים לשם השגת היעד הרפובליקאי. ראו Clive Walker, *Political Violence and Democracy in Northern Ireland*, 51 Mod. L. Rev. 605 (1988).

50 השוו לריון (כולל הדיון המשווה) בשלילת אזרחות, במהותה של האזרחות ובהיקף ההגנה שהיא ראויה לה: George P. Fletcher, *Loyalty: An Essay on the Morality of Relationships*, 65-68 (1993); אפרת רחף (בהנחיית מרדכי קרמיניצר), **אף על פי שחטא – ישראלי הוא? שלילת אזרחות בגין הפרת אמונים** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 73, 2008), זמין בכתובת www.idi.org.il/books/4950. פרופ' זילברשץ, מן הצד האחר, משמיעה בנוסח לקוני רעיון כללי בדבר האפשרות לדרוש הצהרת אמונים גם מאזרחים מלידה: יפה זילברשץ, "נאמנות למדינה". **ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה** 491, 527 (יואב רותן ואריאל בנדור עורכים, 2005). עם זאת, היא משמיעה רעיון זה ללא תמיכה נחרצת בו, ויתרה מזו – אין היא מצביעה ולו על מדינה דמוקרטית אחת שאימצה אותו.

על המיעוט המוסלמי בהודו ביחס לסכסוך בין הודו לפקיסטן ולשאלת קשמיר. היעלה על הדעת כי הרשויות הפוליטיות בהודו יוכלו, באופן תקף מבחינה חוקתית, לדלל את משקל הצבעתם של אזרחי הודו המוסלמים ביחס להכרעות הנוגעות באותם מתחים?

3. הטענה כי הכרעה של מלחמה ושלום צריכה להתקבל רק על-ידי מי שיישא בתוצאות המלחמה, משמע, "היהודים ובעלי בריתם המשרתים בצבא" הינה דברים חשובים של מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס נגד התיקון, שצוטט לעיל, לחוק יסוד ירושלים. דברים אלו רלוונטיים גם לטענה שאני עוסק בה כאן, ואוסף עליהם:

כל שריון בחוקי יסוד הוא בעצם הגבלת כנסות עתידיות לפעול, גם כאשר מתגבש רוב ולכן הוא חריג לעקרון הדמוקרטי. ישנם תחומים בהם טבעי ומקובל להגביל את הרוב, והם בעיקר אלה השומרים על ערכי המשטר הבסיסיים: שיטת הבחירות, זכויות האדם, הפרדת רשויות, הגדרת אופי המדינה וכד'. מעבר לעניינים אלה, הכרעות דמוקרטיות צריכות להתקבל ברוב רגיל, אחרת יוצא שדווקא דעתו של המיעוט מקבלת עדיפות על פני הרוב, בניגוד להגיון הדמוקרטי.⁵¹

הסכם מדיני הוא עניין של מלחמה ושלום, חיים ומוות. הכרעות גורליות כאלה צריכות להתקבל בדמוקרטיה על-ידי בני החברה הזו, שגורלם הוא שנקבע באותן הכרעות. יתר על כן, הן צריכות להתקבל ברוב רגיל, שכן אין הצדקה שבנושאים מעין אלה יהיה לקול של חלק מאיתנו כוח רב יותר, משקל רב יותר, מאשר לקול של חלק אחר מאיתנו. קל וחומר שאסור שתהא הפליה על בסיס אתני בכל הנוגע במשקל קולו של אדם ביחס להכרעה מהסוג המעורב בהסכם מדיני.⁵²

תומכי "הרוב היהודי" חושבים אחרת, ומנמקים זאת כך: "צריך שיהיה רוב ברור בקרב מי שעלול לשאת בתוצאות ההכרעה. את מחיר המלחמות כאן משלמים היהודים ובעלי בריתם המשרתים בצבא, והם שצריכים להכריע".⁵³ טענה זו ראויה לדחייה מוחלטת. הבעיה העמוקה של טענה הקושרת בין הכרעות פוליטיות לבין שירות צבאי נעוצה בכך שהיא חורגת בצורה ממשית מהתפיסה הדמוקרטית. זו קושרת זכויות יסוד לעצם האזרחות, ולא לתועלת החברתית הטמונה באדם כזה או אחר או למילוי חובה כזו או

51 מכתב מפרופ' מרדכי קרמניצר ומד"ר עמיר פוקס, המכון הישראלי לדמוקרטיה, לחברי ועדת השרים לענייני חקיקה בנוגע ל"הצעת חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון – רוב מיוחד)", פס' 3 (6.7.2017). ראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 18.

52 אני מסתייע כאן בהבחנתו של דבורקין בין "עקרונות" לבין "תכליות" חברתיות. עקרונות מציינים גבולות לתכליות, לפרוצדורות לקבלתן ולאמצעים הננקטים בשירותן. גבולות אלו נגזרים מהחובה המוטלת על המדינה, ואותה משרטטים העקרונות, לבטא equal respect and concern כלפי אזרחיה.

Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1978) 90–101.

53 מלמד, לעיל ה"ש 27.

אחרת.⁵⁴ ניתן להסתייע כאן בהבחנתו של זריק, בעקבות הארט, בין "זכויות ספציפיות" (specific rights) לבין "זכויות כלליות" (general rights). אלה האחרונות נתונות לכל אדם מבלי שיהא עליו להראות כי הוא עשה מעשה שמזכה אותו בהן. כאלה הן הזכות לא לעבור עינויים, הזכות להיות מיוצג על-ידי עורך-דין, הזכות לבחור ולהיבחר, וכדומה. לעומת זאת, זכות ספציפית היא בסיסית פחות, והיא מאפשרת – ולעיתים אף מחייבת – התניה. למשל, הזכות לקבל שכר תלויה בביצועה של עבודה, והזכות לעבוד בשירות הציבורי מותנית בכישורים המתאימים למשרה.⁵⁵

תפיסה ליברלית-דמוקרטית, בהתייחסותה לזכויות יסוד, אינה מבחינה לכן בין משרתים בצבא לבין אלה שאינם משרתים בצבא, בין "קרביים" לבין "לא-קרביים", בין נשים לגברים, בין זקנים לצעירים, בין יהודים לערבים, בין אזרחים ותיקים לאזרחים-זה-מקורב (ובעבר היו מדינות שהתנו את הזכות לבחור בבעלות על קניין פרטי בשווי מסוים). יתר על כן, את מחיר המלחמות (בוודאי המודרניות) משלמים כל בני החברה, ובעיקר החלשים, העניים, המוגנים פחות.

לבסוף, כהערה כללית הרלוונטית לשיח הציבורי בישראל: רוב האזרחים מן היישוב, מכוח אנושיותם, הם מבקשי שלום וביטחון, ולא שוחרי מלחמה. הטוענים אחרת מבלבלים (ואולי רוצים לבלבל) בין ויכוח בשאלה אם עמדה מסוימת תוביל למלחמה – שהוא ויכוח לגיטימי, כמובן – לבין השאלה אם מי שתומך בעמדה זו עושה זאת משום שהוא תאב מלחמה. העמדה המסוימת אולי מוטעית (ואולי צודקת), אבל יהיה קשה לשכנע שהיא אינה נובעת מהחיפוש האנושי הבסיסי אחר שלום, ביטחון וצדק על-פי תפיסתו של התומך בה.

4. "טוב, אבל לפחות נסיגה בירושלים מצדיקה הכרעה של רוב מיוחד"

ההצדקה האחרונה ל"רוב מיוחד" מתמקדת בירושלים, ואומרת פחות או יותר כך: לא דומה נסיגה בירושלים לנסיגה אחרת. רבים מאזרחי ישראל נשבעים ביום כלולותיהם: "אם אשכחך ירושלם תשכח ימיני, תדבק לשוני לחכי אם לא אזכרכי, אם לא אעלה את ירושלם על ראש שמחתי" (תהלים קלז 5-6). האין ירושלם לפחות ראויה להגנה מיוחדת, לרוב מיוחד?

תשובתי עוברת דרך הפניית תשומת הלב לנקודה הבאה: כאשר יהודים נשבעים "אם אשכחך ירושלם תשכח ימיני" – למה הם נשבעים? האם הם נשבעים לריבונות בלעדית של ישראל בכל המרחב שישראל עיצבה לירושלים (הגולש הרבה מעבר לגבולותיה

54 השוו לדיון המעמיק במהותה של האזרחות כקטגוריה שחורגת מאנושיות לברה, ובמקביל גם משבטיות לסוגיה, אצל ראיף זריק, "אזרחות, זכויות וחובות: על הדיונים בנושא השירות האזרחי בישראל". עיוני משפט לו 289 (2015).

55 שם, בעמ' 318-319.

ההיסטוריים של העיר, ובוודאי מעבר למקומות הקדושים (בה)? או שמא הם נשבעים לירושלים המטפורית – לקוממיות יהודית ב(חלק מ)ארץ־ישראל? או אולי לעיר ירושלים כבירתם הלאומית? דומה כי מה שחשוב לציבור הדתי בקהילת הרוב, לציבור המסורתי וגם לחלקים ניכרים מהציבור היהודי החילוני הוא שעיר בירתם תהיה ירושלים. חשוב מאוד לרובם גם הכותל המערבי, ובכלל זה חופש הגישה אליו וחופש הפולחן בו; ולגבי חלק משמעותי בציבור הישראלי־יהודי חשוב מאוד גם הר הבית עצמו (שהרי הוא – ולא הכותל המערבי – המקום הקדוש ביותר ליהודים דתיים).

והינה, שריון ברוב מוגבר מפני חלוקת ירושלים מאיים לסכל אפשרות להבחין בין הטריטוריה הקיימת של העיר (במשפט הישראלי) לבין הסתפקות באותם חלקים של העיר שהם רבי־משמעות במיוחד. רוב מוגבר עלול גם לחסום את הדיון בהבחנה בין ריבונות בלעדית של ישראל לבין הסדרים של חלוקת ריבונות או ריבונות משותפת בעיר העתיקה על אתריה הקדושים.

לא חשבתי עד תום על השאלה של עוצמת ההגנה שהמשפט אמור להעניק לשאלת ריבונותה של ישראל במה שקרוי "האגן הקדוש", כלומר, הר הבית/אל־חרם א־שריף, הכותל המערבי וכנסיית הקבר. אני נוטה להשיב כי המתווה הנוכחי של חוק יסוד: משאל עם הוא הראוי גם בהקשרו של האזור הרגיש במיוחד הזה. אבל קל לי יותר להשיב ביחס לחלוקת ירושלים (או ביחס להסדר מיוחד אחר בעניינה) מעבר ל"אגן הקדוש". הכרעות כאלה אין הצדקה שיוחרגו מעקרון הרוב; עקרון־היסוד של "קול אחד לכל אחד" חל עליהן.

לבסוף, בכל מקרה הכרח הוא שהפלסטינים שסופחו לישראל בשנת 1967 וצאצאיהם יהיו צד משתתף בהכרעות שתקבל מדינת תושבותם ביחס לעיר תושבותם. ההימנעות מלהעניק להם אזרחות היא, כאמור לעיל, פְּשַׁל קשה של ישראל, אשר חובה לתקנו; למצער יש להעניק להם זכות הצבעה כמשאל עם ביחס לעיר.

ג. "טוויסט בעלילה": תוכנית טראמפ וההצעה להעברת אזור המשולש "בהסכמת" הצדדים לסכסוך

אחד מסעיפיה של תוכנית טראמפ מינואר 2020 משיב כזכור לתחייה את הצעתה של מפלגת "ישראל ביתנו" מלפני שנים מספר ל"חילופי שטחים מאוכלסים". מדובר בהצעה שישראל תעביר אזרחים שלה, על שטחם, בניגוד לרצונם אך בהסכמת הישות הפלסטינית, לריבונותה של זו האחרונה. את התנגדויותיי להצעה פירטתי בהרחבה במקום אחר, ואשמיען להלן בתמצית.⁵⁶

56 סבן, "אזרחות ומהלכים לשחיקתה", לעיל ה"ש 6. הנקודות התמציתיות שלהלן פורסמו ברשימה שהייתי אחד משני מחבריה: האלה ח'ורי בשאראת ואילן סבן, "קסם אין בעסקת המאה", רק אבק

נתחיל בשני טעמי ההתנגדות המרכזיים של אזרחי ישראל תושבי המשולש להעברתם. ראשית, ישראל נהפכה לעיקר עולמם בשבעים השנים האחרונות. כמעט כל הקשרים האנושיים החשובים להם – משפחה, עבודה, זכרונות, שאיפות לב – נמתחים אל מול ישראל שבקו הירוק, אל מול קהילת המיעוט הערבי-פלסטיני בישראל ואל מול החברה הישראלית-יהודית. עכשיו אומרים להם: תצטרכו לעבור במחסומי גבול כדי לראות את ילדיכם או את בני משפחתכם שעברו להתגורר בנצרת, בחיפה, בסח'נין, ברמלה, או סתם כדי להגיע למקום עבודתכם, והגבול הזה ייסגר בכל עת של מתח בטחוני. בעיה זו מוטלת במקביל גם על האזרחים הערבים שמתגוררים בגליל, בערים המעורבות או בנגב: תצטרכו לעבור מחסום גבול לפני שתבקרו את יקיריכם וחבריכם באום אל-פחם, בכפר קאסם, בטייבה וכדומה.

שנית, הקושי טמון לא רק במה שהתוכנית מבקשת לנתק את האזרחים הללו ממנו, אלא גם בשאלה אל מה היא מבקשת לחברם. הישות הפלסטינית המדומיינת של תוכנית טראמפ תישא סיכונים מתמשכים בתחום היציבות הפוליטית, איכות ההגנות הדמוקרטיות והרווחה הכלכלית. היא גם תחיה בצילו של שכן רב-כוח אשר עד עתה התגלה כחמדן ודורסני.

מה ההצדקה המושמעת לכל הסבל הזה? תומכי התוכנית עונים שכך ייחסך כאב העקירה שייגרם לקבוצת אזרחים אחרת – המתנחלים. אין חולק על הכאב הטמון בעקירה, אך זו הצדקה בעייתית ביותר. זאת, ראשית, משום שהיא מתייחסת באופן שגוי לכל אחת משתי הקבוצות הרלוונטיות. על תושבי המשולש כפו בהסכמי שביתת-הנשק של 1949 להיות נכסים ניידים, והעבירו אותם לשלטונה של ישראל. עתה, לאחר יותר משבעים שנה, התוכנית מבקשת לעשות זאת שוב – להפוך עליהם את חייהם בניגוד לרצונם. המתנחלים, לעומת זאת, פנו בעיניים פקוחות לבצע הפרה של המשפט הבינ-לאומי. אשר על כן, אם כדי לעשות הסדר בין העמים חייבים לפגוע בחלק מהאזרחים, ראוי שהנפגעים יהיו אותם אזרחים שיש להם תרומה ישירה לסכסוך שמבקשים להסדירו.

שנית, פגיעה בזכויות אדם עוברת דרך השאלה של מידתיות, ובתוך כך דרך שאלת קיומה או היעדרה של חלופה פוגענית פחות. בהצעה להעביר אזרחים ערבים של ישראל לריבונות אחרת, בניגוד לרצונם, אין שמץ של הכרחיות. אם כך, מהי ההצדקה לפעול כך? לבסוף, גם אם נתעלם לרגע מאחריותם של המתנחלים לתוצאות מעשיהם, ונסתפק רק בהשוואת מחירי הפגיעה בינם לבין תושבי המשולש, נגיע לאותה מסקנה. הרי דומה כי לגבי רוב בני האדם הצבת חיץ בינם לבין ילדיהם, בני משפחתם ועבודתם – הצבת גבול בינם לבין החברה שהם חלק ממנה – היא נטל כבד יותר מעקירה של בני אדם מבית ומיישוב, תוך מתן פיצוי, אל מקום אחר בתוך החברה שהם חלק ממנה. טעמים

מצטברים אלה, אשר גם מי שאינו מקבל את חלקם חייב להודות בממשיות של חלקם האחר, מגבשים את התנגדותי לתוכנית.

לקראת סיום אני מבקש להפנות את תשומת הלב לנקודה חשובה שעולה משילוב ההצעות השונות של הימין הישראלי. זוהי נקודה תיאורית – סוציולוגית-משפטית – להבדיל מטענה ערכית. מצד אחד, חלקים מהימין מבקשים לדלל את משקל הצבעתם של האזרחים הערבים באמצעות דרישות לרוב מיוחד בהכרעות טריטוריאליות. מצד אחר, אותם חלקים בימין שואפים לשינוי טריטוריאלי שיאפשר להוציא אל מחוץ לישראל חלק מאזרחיה הערבים. אלה שאיפות שמתח מובהק ביניהן, שהרי התניית הכרעה טריטוריאלית ברוב מיוחד תקשה גם את העברת אזרחי ישראל תושבי המשולש, בניגוד לרצונם, לריבונות אחרת.

מתח זה בין שתי השאיפות מוביל למעין קיזוז. יש כאן ביטוי לתופעה חשובה אשר טרם זכתה בפולטות שהיא ראויה לה. כוונתי ל"הקרנה ההיקפית" המופיעה במשפט.⁵⁷ מדובר בהשלכות של מציאות חיים שבה מערכות יחסים מגוונות מוסדרות בכפיפה אחת, במערכת משפטית אחת. בשל אופיין המכליל של הנורמות המשפטיות, תופעה זו גורמת לכך שמתכונת יחסים רוב-מיעוט אחת משפיעה על מתכונת יחסים רוב-מיעוט אחרת. כך, למשל, לא קל ליצור נורמה שתעדיף קהילת מיעוט חזקה ותפגע במקביל במיעוט דחוי.⁵⁸

אם לשוב לענייננו כאן: המשפט, דרך ההקרנה ההיקפית, גורם לכך ששניים מהגיונות הימין הישראלי בהווה – המשך הפרויקט הקולוניאלי והגנת המתנחלים, מצד אחד, ונכונותו של הימין לפגוע באזרחים הערבים, מצד אחר – לא יפעלו תמיד באופן סינרגי,

57 לפיתוחו של טיעון ההקרנה ההיקפית ראו אילן סבן, "השפעת בית-המשפט העליון על מעמד הערבים בישראל". משפט וממשל ג 541, 551 (1996); אילן סבן, "המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח". מחקרי משפט כד 565, 599 (2008).

58 משקלה של ההקרנה ההיקפית מתעצם במערכות משפט המכילות את עקרון ההסדרים הראשוניים, המחייב את הסדרתן של שאלות חברתיות מרכזיות באמצעות הכנסת, משמע, בדרך של חוק; וכן באלה הכוללות רובד חוקתי, שכן בהן אין די בהתגייסות המחוקק להפליה – קיבוע מדיניות בחוק שיאפשר התנהלות שונה כלפי יחידה של קהילות שונות יצטרך לחצות את משוכת איסור ההפליה המעוגנת ברובד החוקתי של המשפט. חשוב להוסיף במקביל כי ההקרנה ההיקפית נעקפת לעיתים בתחבולות שונות. ראו, למשל, את ההנמקות של המדינה ושל חלק מהשופטים בניסיון להצדיק את התגובה השלטונית השונה כלפי מְפָגעים יהודים וכלפי מְפָגעים ערבים. ראו בהקשר זה, בין היתר, את הנמקתו של השופט סולברג בהקשרה של הסמכות הנתונה בתקנות ההגנה להריסת בתים: בג"ץ 15/7040 חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית (פורסם באר"ש, 31.12.2014); בג"ץ 12.11.2015. ראו גם את הנמקתו של השופט אליקים בהקשרה של הסמכות לשלילת אזרחות: עת"ם (מנהליים ח"י) 16-05-57857 שר הפנים נ' זיור (פורסם בנבו, 6.8.2017) (עריור על פסק דין זה תלוי ועומד בבית-המשפט העליון: ע"ם 17/8277 זיור נ' שר הפנים). לביקורת על הנמקתו של השופט סולברג ראו, בין היתר, אילן סבן, "הריסה, אפליה ושיר הלל שבטי" העוקץ 4.12.2015 /שיר-הלל-שבטי-להריסת-בתים/2015/12/04/www.haokets.org

אלא יקזו לעיתים זה את זה. בקצרה, "הרוב המיוחד" שנועד לגונן על המתנחלים יגונן במקביל, אם יתקבל, על האזרחים הערבים תושבי המשולש.

הערת סיום

הדיון שקיימתי במאמר זה היה ערכי ומשפטי ב־זמנית. התבוננתי בהצעות שונות של חלקים בימין הישראלי מנקודת הראות של מוסר ליברלי, אך גם כחנתי אותן במישור המשפטי: המשפט החוקתי של ישראל ומשפט חוקתי השוואתי, בעיקר אל מול קנדה. במישור החוקתי הפנימי טיעוני נשענים למעשה על הכרעתו של בית המשפט העליון ביחס למהותה של "מדינה יהודית ודמוקרטית". הינה הדברים הבאים מתוך פסק־דין קעדאן:

מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. 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.⁵⁹

פסק־דין קעדאן הוא לצנינים בעיני כוחות שונים בחברה הישראלית, והתנגדות זו הדריכה את יוזמיהם של חוק ועדות הקבלה וחוק יסוד הלאום. לא אחינם המילה "שוויון" אינה מופיעה כלל בזה האחרון, ולא בכדי מגילת העצמאות אינה מאוזכרת בו. יתר על כן, מתוך אותה עוינות לפסק דין קעדאן מופיעה בחוק היסוד החדש הוראת סעיף 7: "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה".⁶⁰

נמתין לפרשנות שתינתן לסעיף זה, אך הנוסחה המפורטת לעיל בדבריו של הנשיא ברק – "נוסחת קעדאן" – נותרת על כנה, שכן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נותר על כנו; הוא לא בוטל ולא תוקן. נקודה חשובה נוספת, המספקת מידה של תקווה, היא ששני חוקי היסוד הללו – הלאום מצד אחד וכבוד האדם וחירותו מצד אחר – נמצאים יחדיו, על המתח שביניהם, תחת "המטרייה הנורמטיבית" המסייעת לפרשם. מקום של כבוד שמור כאן לחוקתה המהותית של ישראל, על מגילת העצמאות כמקור עיקרי לה,⁶¹ ועל המחויבות שבה הן לשוויון והן לחירות.

59 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 13, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק (ההדגשה הוספה).

60 לדיון נרחב בס' 7 לחוק יסוד הלאום ראו רונית לויין-שנור ואדם שנער, "סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקת?" תרבות דמוקרטית (צפוי להתפרסם ב־2020).

61 אהרן ברק, "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת". חוקים יא 9 (2018).

