

**סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקת?
רונית לוי-שנור ואדם שנער**

**Section 7 of the Basic Law: Nation State: Can the
Controversy be Settled?**

Ronit Levine-Schnur and Adam Shinar

נייר עבודה - GG3/2020

יולי 2020

סדרת ניירות העבודה של מכון גזית-גלוב לחקר נדל"ן הנה תוצר של מחקרים והצעות מדיניות אשר נבחרו על-ידי המכון וזכו לסיוע כספי מטעמו. העמדות המובאות בניירות העבודה הן באחריות הכותבים ואין למכון אחריות על הממצאים והמסקנות המוצעים בהם.

סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקת?

רונית לוין-שנור ואדם שנער

Section 7 of the Basic Law: Nation State: Can the Controversy be Settled?

Ronit Levine-Schnur and Adam Shinar

תקציר: במאמר זה אנו דנים בשאלה מהי משמעות המחויבות ל"התיישבות יהודית" שנקבעה בסעיף 7 לחוק יסוד הלאום. אנו מציעים כי כשאר סעיפיו של חוק היסוד, גם בהקשר של סעיף זה אין חוק היסוד קובע חובות או זכויות בעלות משמעות אופרטיבית. יתר על כן, יש לקרוא את הסעיף ככפוף לחובת השוויון, ובכלל זאת לגבי השאלה האם המונח "התיישבות יהודית" מתיר התיישבות ליהודים בלבד. לאחר שאנו מציינים ומעיינים בדרך חקיקת הסעיף, אנו מנסים להתחקות אחר כוונת המחוקק הסובייקטיבית. אנו מזהים שתי אפשרויות פרשניות לסעיף. האחת, בעלת ערך נורמטיבי, לפיה הוראת הסעיף צריכה להתפרש כקובעת את מקומה הנורמטיבי של התכלית "פיתוח התיישבות יהודית". עם זאת, אנו מציעים לקרוא תכלית זו באופן המתיישב וההולם את מכלול החובות החוקתיות ובכלל זה החובה לנהוג בשוויון. השניה, היא בעיקרה בעלת ערך הצהרתי. עולה ממנה כי פיתוח התיישבות יהודית הנו ערך רווח ונהג במדינת ישראל מיום הקמתה. אך עיגונו של ערך זה בחוק היסוד מחייב השוואה כלפי מעלה לפיתוח יישובי עבר מי שאינם יהודים. לאור האמור אנו סבורים כי אין בהוראת סעיף 7 לחוק יסוד הלאום כדי להצדיק שינוי של ממש בכללים קיימים ומוסכמים של שימוש והקצאה טובין ציבוריים, ובכלל זה מקרקעין והטבות מס.

Abstract: This Article seeks to inquire into the proper interpretation of section 7 of the Basic Law: The Nation State, which states a commitment to "Jewish settlement". We propose that like the other sections of the Basic Law, this Section does not provide operative obligations or rights. Moreover, the section should be read together with the commitment to equality and non-discrimination. The commitment to equality should also dictate the meaning of the term "Jewish settlement". After presenting the legislative history of Section 7, we track the legislator's subjective intent. We identify two interpretive possibilities: The first, according to which the Section should be interpreted as determining the normative location of the promotion of Jewish settlement. However, we suggest that this purpose should be read together with the entirety of constitutional obligations, including the duty of equality. The second, according to which Section 7 is mostly declarative. From it we can deduce the historical value of Jewish settlement in the creation of the State of Israel, which until this point had not been incorporated into the constitutional text. However, we argue that this incorporation requires the leveling up of settlement components for non-Jews. We therefore argue that Section 7 of the Basic Law: Nation

State does not justify any significant changes in the extant legal landscape regarding the use and allocation of public goods, including land and tax benefits.

עתיד להתפרסם, בכפוף לשינויים, בכתב העת **תרבות דמוקרטית**

סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקות?

רונית לוי-שנור ואדם שנער¹

מבוא. א. סעיף 7 לחוק יסוד הלאום: היסטוריה חקיקתית. 1. הנוסח שהוצע במקור. 2. הנוסח שאושר. ב. מבנה, לשון וכוונת המכונן. ג. הצדקה נורמטיבית ופרשנות התואמת לחוקה. ד. ערך הצהרתי והשוואה כלפי מעלה. ה. סיכום.

מבוא

חוק יסוד הלאום, היינו חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, אשר התקבל בכנסת ביום 19 ביולי 2018, הוא רכיב חשוב ומשמעותי במארג החוקתי של ישראל.² הוא סוטה ממנהגה של הכנסת למעט בהפעלת הסמכות המכוננת לצורך חקיקת ערכי היסוד של המשטר הישראלי. לראשונה זה רבע מאה נקבעו הסדרים משוריינים, שייתכן ותהיה להם השפעה על זכויות אדם חוקתיות. חוק יסוד הלאום מעגן (או משנה, כטענת מתנגדיו) את אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית באופן מפורט יותר מההתייחסות הלקונית שבחוקי יסוד אחרים, שבהם יש רק הפניה כללית לערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.³ חקיקת חוק היסוד לוותה על כן במחלוקות רבות. תומכי חוק היסוד הכריזו על רגע מכונן בתולדות הציונות והמדינה היהודית, בעוד

¹ מרצים בכירים, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתנו נתונה למאיה גזית ושני ארד על עזרה מעולה במחקר, לאורי אהרונוסון, למשתתפי כנס צובה התשיעי בנושא משפט עברי ודיני קניין (3.9.2018), ולמשתתפי כנס המרכז למשפט יהודי ודמוקרטי באוניברסיטת בר-אילן בנושא פרשנות חוק הלאום (11.6.2019), ולמכון גזית-גלוב לחקר נדל"ן במרכז הבינתחומי הרצליה על התמיכה.

² חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק יסוד הלאום).

³ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס' 1א; חוק יסוד: חופש העיסוק, ס' 2. בחוק יסוד: הכנסת, סעיף 7א(א)(1), יש התייחסות ל"שליטת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" כעילה למניעת השתתפות בבחירות. בנוסח של הצעת החוק המקורית שמכוחה הוסף סעיף 7א הייתה ההתייחסות ל"שליטת קיומה של המדינה כאמור בהכרזה על הקמת מדינת ישראל" וכן, כעילה נוספת, ל"שליטת האופי הדמוקרטי של המדינה". ה"ח 1728 (1985.4.17). בסיומו של דבר אומץ בנוגע לעילה הראשונה הנוסח "שליטת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי". ס"ח 1155 (1985.7.8). בתיקון נוסף מ-2002 אומצה ההצעה לאחד את שני הסעיפים לסעיף אחד, בהתאם לנוסחו כיום של הסעיף. ס"ח 1845 (2002.5.22); ה"ח 3048 (2001.11.5).

מתנגדיו גרסו כי חוק היסוד מבסס אפרטהייד ועליונות גזעית, מדיר את אזרחיה הלא-יהודים של ישראל ועומד בניגוד לתפיסה של ישראל כמדינה דמוקרטית.⁴

באופן בולט, ולא במקרה, אין בחוק יסוד הלאום כל אזכור לאופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל ולמאפייניה הרב-לאומיים והרב-תרבותיים.⁵ יש בו תביעת ריבונות הצהרתית של העם היהודי על ארץ ישראל כמולדת היסטורית, לצד היעדר כל התייחסות לארץ כמולדת ההיסטורית של העם הפלסטיני.⁶ יש בו קביעה הצהרתית שישראל היא "מדינת לאום" יהודית, ואין בו כל התייחסות לזכויות הטבעיות, תרבותיות, דתיות והיסטוריות של קבוצות אתניות ודתיות לא-יהודיות.⁷ חוק היסוד שולל את הזכות להגדרה עצמית לאומית של לא-יהודים משום ייחוד הזכות להגדרה כזו בישראל לעם היהודי,⁸ ואיננו כולל כל התייחסות למחויבות לשוויון או ליחס של כבוד לכל אדם באשר הוא.⁹

לשם ביטוי אופייה הלאומי-יהודי של ישראל קובע חוק היסוד את מאפייניה הייצוגיים של המדינה – שמה, דגלה, סמלה, המנונה, שפתה, בירתה, לוח השנה הנוהג בה, ימי מנוחה וימי ציון מיוחדים – מתוך זיקה למסורת היהודית ומורשת ישראל.¹⁰ חוק היסוד מפנה במרבית עניינים אלה לקביעות מפורטות שיערכו בחוק.¹¹ כמו כן קובע חוק יסוד הלאום ארבעה היבטים נוספים, שאינם ייצוגיים-סמליים אך עם זאת אינם אופרטיביים, המבטאים את מחויבותה של המדינה לזהותה הלאומית-יהודית: פתיחות לעלייה יהודית ולקידום גלויות,¹²

⁴ ראו לדוגמה, מורן אזולאי "אושר חוק הלאום: בקואליציה מחאו כפיים, באופוזיציה קראו 'אפרטהייד'" [ynet](https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5312599,00.html) 19.7.2018; www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5312599,00.html; הבוקר הזה "אלהו מצא על חוק הלאום: 'נהיה מדינת אפרטהייד פר אקסלנס'" כאן 30.7.2018; www.kan.org.il/Item/?itemId=35266; ח"כ יוסף ג'בארין (הרשימה המשותפת), בפרוטוקול ישיבה מס' 359 של הכנסת ה-20, 927–928 (17.7.2018).

⁵ זאת, למעט ההתייחסות למעמדה של השפה הערבית, כאמור בחוק יסוד הלאום, ס' 4.

⁶ שם, בס' 1(א). ראו גם לעניין מעמדה של ירושלים "השלמה והמאוחדת", שם, בס' 3.

⁷ שם, בס' 1(ב). בס' 10 מוזכר קיומם של "ימי שאינם יהודים", הזכאים לימי מנוחה "בשבתם ובחגיהם". בס' 6(א) מצוין כי המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל "אזרחיה".

⁸ שם, בס' 1(ג).

⁹ ראוי לציין כי מחוק היסוד שאושר הושמטה הוראה שנכללה בהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ה"ח התשע"ח 768 (להלן: הצעת חוק היסוד), לפיה "כל תושב ישראל, ללא הבדל דת או לאום, רשאי לפעול לשימור תרבותו, מורשתו, שפתו וזהותו" (בס' 7(א)). עליה נאמר בדברי ההסבר כי מוצע בה "לראשונה בחקיקה, להעניק זכות לכל תושבי המדינה לפעול לשימור תרבותם, מורשתם, שפתם וזהותם". וראו עוד על כך להלן, בחלק א'.

¹⁰ חוק יסוד הלאום, בס' 2, 3, 4, 8, 9, 10.

¹¹ כך באשר לסמלים, לשפה, ללוח השנה ולימי המנוחה; חריגים לכך הם קביעת הבירה וימי הציון המיוחדים.

¹² שם, בס' 5.

מחויבות לשמירה על בני העם היהודי הנרדפים בשל השתייכותם זו,¹³ מחויבות לשמירת הזיקה בין בני העם היהודי שבתפוצות לבין המדינה והמורשת היהודית¹⁴ וזיהויו של פיתוח התיישבות יהודית כערך לאומי.¹⁵ מאמר זה עוסק במשמעות שיש לייחס לקביעה אחרונה זו בדבר מחויבותה של ישראל לפיתוח התיישבות יהודית כערך לאומי, כאמור בסעיף 7 לחוק יסוד הלאום:

המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה.

הוראת סעיף 7 לא נכללה בנוסח זה בהצעת החוק שאושרה בקריאה ראשונה, ולאמיתו של דבר, רק ימים ספורים לפני אישור חוק היסוד גובשה על ידי הקואליציה הסכמה לשינוי מהותי בנוסח ההוראה, והוא אשר אושר לבסוף.¹⁶ ואולם, גם הנוסח שאושר מעורר קשיים, שכן תחת המחויבות שבמגילת העצמאות לשקוד על "פיתוח הארץ לטובת כל תושביה", חוק היסוד מאפיין כערך לאומי את פיתוח ההתיישבות היהודית דווקא. בכך ייתכן שסעיף 7 לחוק היסוד מאפשר את העדפתם של "אינטרסים יהודיים" בהתיישבות על פני אינטרסים אחרים, ולפיכך הוא עשוי לעמוד במתח עם עקרון השוויון, שהוא "מערכי היסוד של מדינת ישראל", המהווה "עקרון יסוד חוקתי".¹⁷

מטרת המאמר היא אפוא לעמוד על טיבו של מתח זה שבין הוראת סעיף 7 לחוק יסוד הלאום לבין עקרון השוויון, וזאת בהנחה שחוק היסוד (או סעיף 7 עצמו) לא ייפסל על ידי בג"ץ במסגרת העתירות שהוגשו כנגד חוקתיותו.¹⁸ פסילת חוק היסוד (או חלקים ממנו) תחייב את בית המשפט להפעיל את דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי,

¹³ שם, בס' 6(א).

¹⁴ שם, בס' 6(ב)–(ג).

¹⁵ שם, בס' 7.

¹⁶ ראו להלן, בחלק א'.

¹⁷ בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 273–274 (2000). ראו גם בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 65–66 (2002).

¹⁸ עתירה למתן צו על תנאי ובקשה למתן צו ביניים בבג"ץ 5555/18 ח"כ חסון נ' כנסת ירושלים; עתירה למתן צו על תנאי בבג"ץ 5624/18 אגבאריה נ' כנסת ישראל; עתירה דחופה למתן צו על תנאי בבג"ץ 5741/18 מר"צ נ' כנסת ישראל; עתירה למתן צו על תנאי בבג"ץ 5742/18 ראש עיריית באקה אל גרבייה נ' כנסת ישראל; עתירה למתן צו על תנאי בבג"ץ 5866/18 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' הכנסת; עתירה למתן צו על תנאי בבג"ץ 6066/18 חלבי נ' הכנסת; עתירה למתן צו על תנאי בבג"ץ 6622/18 עאזם נ' כנסת ישראל; עתירה למתן צו על תנאי בבג"ץ 6710/18 טרקטינסקי נ' מדינת ישראל – כנסת ישראל; עתירה למתן צו על תנאי בבג"ץ 6939/18 גבריהו נ' הכנסת; עתירה למתן צו על-תנאי בבג"ץ 7256/18 שקיב נ' כנסת ישראל; עתירה למתן צו על תנאי בבג"ץ 9027/18 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת; עתירה למתן צו על תנאי בבג"ץ 9257/18 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת; עתירה למתן צו על תנאי בבג"ץ 4/19 מיכאל נ' הכנסת.

או אף את דוקטרינת החוקה הלא חוקתית.¹⁹ מאמר זה אינו נוקט עמדה ישירה בסוגיות אלה. תחת זאת, נבקש לעמוד על פרשנויות אפשריות לסעיף 7 לחוק היסוד, כולל כאלה אשר אולי יהיה בהן כדי ליישב את המחלוקת בין מתנגדי החוק ובין תומכיו בנוגע להיבט זה, ולייתר את הצורך בהכרעה בסוגיה הרחבה של התיקון הלא חוקתי בכלל ובהקשר של חוק היסוד דן בפרט.

מאמרנו בוחן שני מבטים פרשניים על סעיף ההתיישבות שבחוק הלאום. המבט הפרשני הראשון מתבסס על כוונת המחוקק הסובייקטיבית, כפי שהיא נלמדת מהליכי החקיקה ומלשון הסעיף. לשם כך נעמוד על ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 7 לחוק היסוד, על גלגוליו השונים עד לנוסחו הסופי, וכן על הקשיים הפרשניים הנובעים מלשון ההוראה. המבט הפרשני השני מתמקד בשאלת קיומו של מתח בין ההוראה שבסעיף זה לבין הזכות לכבוד ולשוויון המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועל הצורך הפרשני ליישב את המתח בין שתי הוראות חוקתיות. נבקש להראות כיצד ניתן להקנות לסעיף ההתיישבות מובן העולה בקנה אחד (in conformity) עם המחויבות החוקתית לשוויון. בפרשנות זו יש כדי למנוע את התוצאה הקשה של הכשרת פגיעה בשוויון לטובת קידומה של קבוצה אתנית אחת – קבוצת הרוב היהודית – על חשבון קבוצות אחרות, אגב קירוב ישראל למשטר גזעני של מדינת אפרטהייד, שאיננו הולם את אופייה הדמוקרטי. לאחר שנבסס את גישתנו הפרשנית, נטען כי כאשר בוחנים את הוראתו של סעיף 7 לחוק היסוד לצד הזכות לשוויון, יש לפרש אותו כאוסר על אפלייתן של קבוצות לא-יהודיות.

א. סעיף 7 לחוק יסוד הלאום: היסטוריה חקיקתית

1. הנוסח שהוצע במקור

נבחן תחילה את גלגולי החקיקה של סעיף 7 לחוק יסוד הלאום. כאמור, נוסחו הסופי של הסעיף שונה מהותית מראשיתו. הצעת החוק שאושרה לקריאה ראשונה, בדומה להצעת החוק הפרטית שאותה יזם חבר הכנסת אבי דיכטר,²⁰ כללה סעיף שכונה "שימור מורשת", ובו הוצע כי:²¹

¹⁹ David E. Landau, Rosalind Dixon & Yaniv Roznai, "From an Unconstitutional Constitutional Amendment to an Unconstitutional Constitution? Lessons from Honduras" 8 *Global Constitutionalism* 40 (2019).

²⁰ הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, התשע"ח-2018, 1989/20/פ (להלן: הצעת חוק היסוד הפרטית).
²¹ הצעת חוק היסוד, לעיל ה"ש 9, בסי' 7.

(א) כל תושב ישראל ללא הבדל דת או לאום, זכאי לפעול לשימור תרבותו, מורשתו,

שפתו וזהותו.

(ב) המדינה רשאית לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים

התיישבות קהילתית נפרדת.

הוראה זו, ובפרט ס"ק (ב) שבה, זכתה לתשומת לב ולהסתייגות עוד טרם הקריאה הראשונה, בישיבת הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט, אשר הכינה את ההצעה לקריאה ראשונה.²² הדברים באו לידי ביטוי גם בדברי ההסבר שפורסמו, שבמסגרתם צוין כי בעת הכנת ההצעה לקריאה שנייה ושלישית תיבחן שנית הכללת האמור בס"ק (ב) (הערה כאמור לא צוינה בנוגע לסעיפים אחרים בהצעה).²³ עם זאת, גם ביחס לס"ק (א) התעוררה התנגדות, וכבר בראשית הדיונים בהצעה התריע הייעוץ המשפטי לכנסת כי עולה שאלה באשר לעצם ההכללה של הוראה חדשנית שכזו, הנוגעת לזכויות, בחוק היסוד אשר עוסק בעקרונות היסוד של המדינה.²⁴ בהמשך הדרך התנהלו דיונים מעטים, אנקדוטליים בעיקרם, בנוגע אליה, ונראה היה כי היא צפויה לעורר קשיים יישומיים לא מעטים. ניתן לשער כי כוונת מנסחיה הייתה לתמוך בהצדקה לקיום התיישבות קהילתית נבדלת המעוגנת בס"ק (ב), כך ששימור מורשת יבוא לידי ביטוי בהתיישבות נפרדת. עקב כך מוקדו הדיונים בס"ק (ב).

מפרטי דיונים אלה עולה כי בקרב חברי כנסת שררה הסברה כי מטרתו של סעיף 7(ב) המוצע היא הפיכתו (או עקיפתו) של פסק דין **קעדאן** כך שתתאפשר התיישבות יהודית נבדלת.²⁵ בפסק הדין, כזכור, נקבע כי אין להפלות בין יהודים לערבים בהקצאת מקרקעין ציבוריים. לפי התפיסה הרווחת, פסק הדין שלל את האפשרות לכונן התיישבות קהילתית נפרדת ליהודים בלבד. אומנם בפסק הדין ציין הנשיא ברק כי הוא מוכן להניח, מבלי לפסוק בדבר, כי "קיימים מצבים בהם טיפול נפרד אבל שווה הוא טיפול חוקי", אולם לשם כך נחוץ כי יוקמו גם

²² פרוטוקול ישיבה מס' 9 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20, 13 (28.11.2017) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 9).

²³ פרוטוקול ישיבה מס' 13 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20 (13.3.2018).

²⁴ עו"ד גור בליי, בפרוטוקול ישיבה מס' 9, לעיל ה"ש 22, בעמ' 15.

²⁵ פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 2) של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20, 19–20, 40–42 (10.7.2018) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 2)); פרוטוקול ישיבה מס' 17 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20, 82–83 (12.7.2018) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 17). ראו גם עשור ויצמן וברק מדינה "סעיף 7 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי": "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה" (עתיד להתפרסם, המכון הישראלי לדמוקרטיה).

ישובים לערבים בלבד, וכן כי יהיו מאפיינים ההופכים את היהודים המבקשים להתבדל ל"קבוצה ייחודית".²⁶ עולה אפוא שאלה, האם הניסוח שבס"ק (ב) היה בו כדי לעקוף את תוצאת פסק הדין, שכן עשויה הייתה להתעורר שאלה אם על "קהילה" שבה עוסק הסעיף להתאפיין כך שאינה מוגדרת רק על ידי דחיית כל מי שאינו יהודי? או שמא די בכך שכל טיבה של ה"קהילה" הוא בהדרת לא-יהודים?²⁷

נציגי היועץ המשפטי לממשלה והיועץ המשפטי לכנסת הביעו התנגדות להדרה על בסיס הלאום לבדו.²⁸ הוועדה המשותפת עסקה ביחס בין הסעיף המוצע ל"חוק ועדות קבלה",²⁹ ובפרט באיזונים הקבועים שם בין הזכות לשימור אופי הקהילה לבין איסור אפליה.³⁰ איזונים אלה מטרתם לאסור, מחד גיסא, על ועדת קבלה לדחות מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום וכו', ומאידך גיסא, להתיר לוועדת קבלה לדחות מועמד מטעמי חוסר התאמה למרקם החברתי-תרבותי של היישוב או מטעמים הנוגעים לייחודו של היישוב הקהילתי אשר קיבלו את אישורו של רשם האגודות השיתופיות. עקב כך נשקלה האפשרות לתקן את חוק ועדות קבלה באופן שיביא לידי ביטוי את האמור בסעיף 7(ב) לחוק יסוד המוצע, ובכך גם לשנמך את מעמד התיקון המוצע וגם להכפיפו למנגנוני האיזון שם.³¹ בהקשר זה העירה נציגת רשם האגודות השיתופיות כי נכון לאותה העת לא מאושרים תקנוני יישובים שבהם נקבעה השתייכות ללאום היהודי כתנאי כשירות לחברות באגודה השיתופית. לסברתה, אם יאושר חוק יסוד הלאום בנוסח המוצע, ייתכן שהרשם לא יפסול סעיפים המגבילים קבלה על בסיס דת ולאום.³² יש להדגיש כי חוק ועדות קבלה מאפשר סינון מועמדים רק ביישובי הגליל והנגב המסווגים כהתיישבות קהילתית ובהם לא יותר מ-400 משפחות, הגבלות שלא נקבעו בסעיף המוצע.³³

²⁶ עניין קעדאן, לעיל ה"ש 17, בעמ' 280–281.

²⁷ שם, בעמ' 280.

²⁸ פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 1) של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20, 28 (10.7.2018) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 1)).

²⁹ ס' 6ב–6ג לפקודת האגודות השיתופיות, 1933, שהוספו בחוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, ס"ח 683 (להלן: הפקודה); בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (פורסם באר"ש, 17.9.2014).

³⁰ האיסור קבוע בסעיף 6ג(ג) לפקודת האגודות השיתופיות. השיקולים אשר ניתן לשקול (חוסר והתאמה וייחודו של היישוב) קבועים בסעיפים 6(5) ו-6(6) לפקודות האגודות השיתופיות, בהתאמה.

³¹ אייל ינון, היועץ המשפטי של הכנסת, טען: "הסעיף המוצע [סעיף 7] מתיר הדרה גורפת של ציבורים שלמים במדינת ישראל רק בשל מאפיינים בזהותם שאינם ניתנים לשינוי, דוגמת דתם, לאומיותם, נטייתם המינית או ארץ מוצאם. הדרה זו יכולה להיעשות בלא קשר לשאלה אם יש בקבלתם כדי לפגוע במרקם החברתי-תרבותי הייחודי של היישוב" (פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 1), לעיל ה"ש 28, בעמ' 28).

³² פרוטוקול ישיבה מס' 9, לעיל ה"ש 22, בעמ' 38–39.

³³ ס' 2 (הגדרת "יישוב קהילתי") + ס' 6 לפקודה.

חברי כנסת מן האופוזיציה שהתנגדו לסעיף טענו כי המורשת והייחוד של קבוצת היהודים אינם נמצאים בסכנה, ולכן אין טעם להעניק ליהודים זכות להתיישבות נפרדת, אשר מוצדק לתיתה לקבוצת מיעוט.³⁴ זאת ועוד, נטען כי סעיף 7 פוגע בלגיטימציה של הציונות, שכן בשם הציונות מתאפשרת אפליה של מיעוטים, שתתדלק את טענות האפרטהייד נגד ישראל.³⁵ כמו כן נטען כי אין צורך ממשי בסעיף, שכן ממילא ישראל פועלת, מאז הקמתה, להקמת יישובים יהודיים מבלי שתהיה לכך כל הנחיה מפורשת בחוק.³⁶ מנגד, חברי כנסת מהקואליציה הביעו את עמדתם כי דווקא הגשמת החזון הציוני מצריכה את חקיקת הסעיף. כך, למשל, ח"כ בצלאל סמוטריץ' (הבית היהודי) היה מודאג מאובדן הרוב היהודי בגליל, אשר להשקפתו מצריך יצירת תמריצים להתיישבות יהודית שם.³⁷ ללא תמריצים אלה, טען, "נצרת עילית תיפול", משל הייתה גמלא (רק עם רוב ערבי).³⁸ גם כאן הדגיש היועץ המשפטי לכנסת כי אין כל פסול ב"ייחוד הגליל", כל עוד אין המשמעות הדרה גורפת של מיעוטים אחרים. אף הוא הדגיש כי מאז הקמת המדינה הוקמו מאות יישובים יהודיים ללא כל צורך בהוראה חוקתית.³⁹

עיקר הדיון, עם זאת, לא נסב על משמעות הציונות, או הלגיטימיות של ייחוד הגליל, אלא על אודות היחס בין סעיף 7 לעקרון השוויון.⁴⁰ הטענה המרכזית של מתנגדי הסעיף, שאליהם הצטרף היועץ המשפטי לממשלה, הייתה שהסעיף פוגע בשוויון ומבסס אפליה במגורים ברמה חוקתית, ובכך יתרום לסדרגציה באופן כללי.⁴¹ זאת ועוד, נטען כי בעוד חוק היסוד הוא, רובו ככולו, ברמה ההצהרתית ואינו דן בזכויות אישיות, סעיף 7 סוטה מקו זה בבססו זכות אינדיווידואלית להפרדה.⁴² מנגד, תומכי הסעיף טענו כי הסעיף עצמו אינו מפלה, שכן הוא מאפשר זכות שווה לכל קהילה המעוניינת בכך להקים התיישבות משלה.⁴³

³⁴ פרוטוקול ישיבה מס' 9, לעיל הי"ש 22, בעמ' 22.

³⁵ שם, בעמ' 36, 42, 47-48; פרוטוקול ישיבה מס' 17, לעיל הי"ש 25, בעמ' 67.

³⁶ פרוטוקול ישיבה מס' 9, לעיל הי"ש 22, בעמ' 46; פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 1), לעיל הי"ש 28, בעמ' 38, 71.

³⁷ פרוטוקול ישיבה מס' 9, שם, בעמ' 44; פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 1), שם, בעמ' 93; פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 2), לעיל הי"ש 25, בעמ' 68.

³⁸ פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 1), שם, בעמ' 31-32.

³⁹ שם, בעמ' 31, 35, 38.

⁴⁰ כנגד הסעיף הועלו טענות נוספות שלא מצאנו מקום להרחיב על אודותיהן. כך, למשל, נטען כי הסעיף סותר את האמור בהכרזת העצמאות, כי הוא עלול להביא להדרה גם בקרב קבוצות יהודיות וכי קבלתו תיצור משבר מול בג"ץ, אשר עשוי להפעיל את דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 1), שם, בעמ' 10-12, 28, 30, 61-62, 66, 68-69, 75-78; פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 2), לעיל הי"ש 25, בעמ' 6, 36, 50, 63; פרוטוקול ישיבה מס' 17, לעיל הי"ש 25, בעמ' 38; פרוטוקול ישיבה מס' 9, לעיל הי"ש 22, בעמ' 13, 24-27, 41; דבריו של פרופ' ידידיה שטרן, פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 2), שם, בעמ' 31-33.

⁴¹ פרוטוקול ישיבה מס' 9, שם, בעמ' 16, 24; פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 2), שם, בעמ' 38, 63, 65.

⁴² פרוטוקול ישיבה מס' 9, שם, בעמ' 27; דבריו של המשנה ליועמ"ס רז נורי, פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 1), לעיל הי"ש 28, בעמ' 40-43, 47. על הניסוח ההצהרתי של חוק היסוד, ראו גם ויצמן ומדינה, לעיל הערה 25.

⁴³ פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 2), לעיל הי"ש 25, בעמ' 39-42.

שתי התנגדויות עיקריות עמדו למול הוועדה שמכינה את הצעת חוק היסוד. האחת, התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה, הנשענת על כך שסעיף 7 סותר את עקרון השוויון, עלול לפגוע בישראל במישור הבין-לאומי ועשוי להיפסל בבג"ץ;⁴⁴ האחרת, הערתו של נשיא המדינה, אשר ברגיל אינו מתערב בהליכי חקיקה, אשר ציין במכתב ששלח לוועדה כי יש חשש שסעיף 7, אשר אינו כולל את האיזונים שנכללו בחוק ועדות קבלה, "עלול לפגוע בעם היהודי, ביהודים ברחבי העולם ובמדינת ישראל, ואף יכול לשמש כנשק בידי אויבינו".⁴⁵

2. הנוסח הסופי

ההתנגדות לסעיף 7 שבהצעת חוק היסוד הביאה לבחינת נוסחים חלופיים. כך, הוצגה הצעתם של ד"ר חגי ויניצקי ועו"ד שמחה רוטמן, אשר התבססה על כתב המנדט, ולפיה "מדינת ישראל רואה עצמה מחויבת להקמתה וביסוסה של התיישבות יהודית צפופה בשטחי ארץ ישראל הנתונים לשליטתה".⁴⁶ נוסח דומה הוצע על ידי ח"כ עודד פורר (ישראל ביתנו), ולפיו מדינת ישראל "תשקוד על פיתוח התיישבות יהודית בארץ ישראל".⁴⁷ עם זאת, יש לזכור כי בכתב המנדט נאמר במפורש כי התיישבות זאת תיעשה מבלי לפגוע בלא-יהודים: "ממשלת ארץ-ישראל, בהבטיחה שזכויותיהם ומצבם של חלקי אוכלוסייה אחרים לא ייפגעו לרעה [...] [ו]תעודד [...] התיישבות צפופה של יהודים על הקרקע, לרבות אדמות המדינה".⁴⁸ לבסוף, סמוך מאוד לפני ההצבעה על חוק היסוד הוצגה על ידי הקואליציה חלופה אחרת לסעיף 7 על שני חלקיו.⁴⁹ חלופה זו, שהוצגה כמתונה יותר,⁵⁰ היא אשר נקבעה לבסוף:

המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי,

⁴⁴ נעה לנדאו ויהונתן ליס "מנדלבלטי הזהיר את נתניהו: לאישור חוק הלאום עלולות להיות השלכות בינלאומיות" **הארץ** 10.7.2018 www.haaretz.co.il/news/politi/1.6265549

⁴⁵ מכתב מנשיא המדינה, מר ראובן ריבלין, לוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (10.7.2018); ראה גם מורן אזולאי "ריבלין נגד חוק הלאום: 'הקמת יישובים לבני דת אחת - פגיעה בעם היהודי'" **ynet** 10.7.2018 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5307210,00.html

⁴⁶ פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 2), לעיל ה"ש 25, בעמ' 28–30, 44–46.

⁴⁷ פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 1), לעיל ה"ש 28, בעמ' 77.

⁴⁸ ס' 6 לכתב-המנדט הבריטי. ראו ברנרד יוסף **השלטון הבריטי בארץ-ישראל** 272 (מוסד ביאליק, 1948).

⁴⁹ פרוטוקול ישיבה מס' 19 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20, 5 (16.7.2018). להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 19 (ח"כ אמיר אוחנה).

⁵⁰ שם, בעמ' 5 (ח"כ אבי דיכטר).

ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה.

גם לנוסח זה היו התנגדויות, מימין ומשמאל. כך, למשל, ח"כ בצלאל סמוטריץ' טען תחילה כי מדובר בריקון הסעיף מתוכן ונסיגה מעקרון ייחוד הגליל והנגב.⁵¹ מאוחר יותר טען כי יש לראות גם את הנוסח החדש ככזה המאפשר התיישבות יהודית נפרדת.⁵² עם זאת, עיקר ההתנגדויות הגיעו מגורמים באופוזיציה, אשר סברו כי הסעיף החדש עדיין אינו פותר את הבעיות שבנוסח המקורי. כך, למשל, ח"כ יעל גרמן (יש עתיד) טענה כי מתוך העיקרון של ביסוס התיישבות יהודית ניתן ללמוד שאין מקום להתיישבות שאינה יהודית בישראל.⁵³ ח"כ דב חנין (הרשימה המשותפת) הצביע על כך שהנוסח החדש גרוע מהנוסח המקורי, משום שהסעיף בנוסחו הקודם הציג תפיסה של "הפרדה גזעית ביישנית", כלומר כל קבוצה, גם קבוצת מיעוט, יכולה לבחור להיות נפרדת מבלי שיש עדיפות לקבוצה כלשהי (תפיסת "נפרד אבל שווה"). אלא שהנוסח החדש מעגן במפורש את ההעדפה הלאומית שלה תזכה קבוצת היהודים על פני הקבוצות האחרות. זוהי גישה של עליונות יהודית שתבסס את ישראל כמדינת אפרטהייד.⁵⁴ ברוח זו, הוצעו הסתייגויות ותוספות לנוסח החדש.⁵⁵

בתשובה לטענות אלה סבר היועץ המשפטי לכנסת כי היה ראוי להתייחס לנושא השוויון בחוק היסוד החדש או מחויבות לפיתוח הארץ לטובת כל תושביה. ואולם, משהתייחסות זו לא הוספה, טען כי הפרשנות שתינתן לסעיף 7 צריכה לעלות בקנה אחד עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ושאר חוקי היסוד, בניסיון ליצור הרמוניזציה בין חוקי היסוד, כלומר עליה לתאום את חוקי היסוד האחרים, שמהם נגזר ערך השוויון. ככלל סבר היועץ המשפטי לכנסת כי מבחינה נורמטיבית אין עדיפות לחוק יסוד הלאום על פני חוקי יסוד אחרים, שכן כולם ממוקמים באותו מדרג.⁵⁶ לדברים אלה הצטרף גם היועץ המשפטי לממשלה, אשר סבר כי הנוסח החדש מבטא

⁵¹ פרוטוקול ישיבה מס' 18 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20, 5 (15.7.2018).

⁵² פרוטוקול ישיבה מס' 19, לעיל הי"ש 49, בעמ' 68.

⁵³ שם, בעמ' 7-8. ח"כ גרמן: "ומה שקורה בסעיף הזה, שבאמת במיקרו אנחנו רואים את מה שקורה בכל החוק הזה. מה אומר הסעיף? המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי – אין ספק שהתיישבות יהודית היא ערך לאומי, אף אחד הרי לא מכחיש את זה. אבל מה עם התיישבויות אחרות? האם ברגע שיש לנו התיישבות יהודית אנחנו מבטלים גם את האפשרות [...] ה"יו"ר אמיר אוחנה: "לא מבטלים, הם לא ערך לאומי אבל". ח"כ גרמן: "הם לא ערך לאומי אבל ברגע – תראה, מתוך הכן ניתן להבין את הלאו. ואם אין לך בתוך הכן עוד משהו, הרי שאתה מבין מה זה הלאו". (הדגשה שלנו – רל"ש וא"ש).
⁵⁴ שם, בעמ' 13.

⁵⁵ כך, למשל, ח"כ רועי פולקמן (כולנו) הציע כי "היה מקום לרשום את המשפט, וזה עוד יתווסף לחוק הזה: תשקוד על פיתוח הארץ לכל אזרחיה". ראו שם, בעמ' 55. ח"כ יעל גרמן הציעה בדומה להוסיף כי "ובלבד שיישמר עקרון השוויון בין כל אזרחי מדינת ישראל", וכי "לא יופלה אף אדם מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 21 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20, 9-10 (17.7.2018).

⁵⁶ פרוטוקול ישיבה מס' 19, לעיל הי"ש 49, בעמ' 84, 89.

באופן הצהרתי את הערך של התיישבות יהודית במדינת ישראל, בדומה לאופן שביטא זאת נשיא בית המשפט העליון השופט אהרן ברק: "מדינה יהודית היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה, ובמושבותיה היא בראש דאגותיה".⁵⁷ ואולם, ערך זה ימומש בכפוף לעקרון השוויון, ולכן לא יאפשר נוסח זה של חוק היסוד אי-קבלה ליישוב על בסיס זהות לאומית בלבד. אשר למתן תמריצים – ברמה הפרטנית לא ניתן יהיה לתת תמריץ ליהודי המתגורר בצפון הארץ ולערבי לא, אולם ייתכן שניתן יהיה לתת תמריצים להקמת ערים יהודיות.⁵⁸ אם כן, עמדת היועץ נותרה עמומה: הוא ציין כי רק ליהודים יש זכויות קולקטיביות כיהודים, ולכן ניתן לתמרץ ערים יהודיות, אך באותה נשימה נמנע מלומר מהי בדיוק התיישבות יהודית, וציין כי גם ערבים יוכלו לגור בהתיישבות יהודית, וכי כל תמריץ שיהודי יקבל להתגורר בהתיישבות יהודית יינתן גם למי שאינו יהודי שירצה להתיישב שם.⁵⁹ נציג היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד רוז נזרי, ציין את ייחודיותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אשר שמה לה כערך את עקרון ההתיישבות היהודית, אך בה בעת התעקש כי אין שלילה של התיישבות ערבית ולכן אין סתירה לעקרון השוויון, גם אם התיישבות אחת מועדפת על פני האחרת. את המתח הוא הציע לפתור באמצעות הבחנה בין זכויות קולקטיביות (רק ליהודים) לבין זכויות אינדיווידואליות (ליהודים ולערבים כאחד), שכן זו המשמעות של מדינה יהודית, אשר כאמור אינה סותרת את היותה של ישראל מדינה דמוקרטית.⁶⁰

בסופו של יום, למרות ההתנגדויות משני הצדדים, החליטה הוועדה על שינוי נוסחו של סעיף 7 והעלאת הנוסח החדש לקריאה שנייה ושלישית. המחלוקת על אודות נוסחו של סעיף 7 לא פסקה גם כשהגיעה הצעת חוק היסוד לדיון במליאה. הסתייגויות שהוגשו נגד הנוסח החדש מעידות כי בעיני מתנגדיו לא הוסרה הכוונה המפלה מעל סעיף 7 אף בנוסחו החדש. כך, למשל, הוצע במסגרת ההסתייגויות כי לסעיף יתווספו סייגים כגון: "בלי לפגוע בזכויות הפרט של כלל תושבי המדינה", "ברחבי מדינת ישראל הריבונית, וזאת לצד התיישבות ערבית, בדואית, דרוזית, צירקסית, ארמנית ובוכרית", ו"ובלבד שיישמר עקרון השוויון בין כל אזרחי מדינת ישראל".⁶¹ גם מהצד הימני נמתחה ביקורת, שבה הדהדו הדיונים בוועדה. ביקורת זו התמקדה במה שנתפס כריכוך הסעיף עד כדי

⁵⁷ למשל אהרן ברק **פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית** 331–332 (1994); עו"ד רוז נזרי בפרוטוקול ישיבה מס' 19, לעיל ה"ש 49, בעמ' 62.

⁵⁸ שם, בעמ' 62, 70, 73.

⁵⁹ שם, בעמ' 67–68, 75–76, 78–79.

⁶⁰ שם, בעמ' 59, 61, 63–64.

⁶¹ נספח מס' כ/765-א' להצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (הצעת חוק לקריאה השנייה והשלישית), התשע"ח-1989/20/פ, 2018.

מסמוסו וסירוסו.⁶² בתשובה לכל אלה, המסר שהועבר מלשכת ראש הממשלה היה שחוק יסוד הלאום אינו גורע מזכויות הפרט, מחד גיסא, ומאידך גיסא סעיף 7 מעגן ערך ציוני שכל ממשלות ישראל פעלו למימוש, תוך שפעלו בו-זמנית למתן פתרונות למגזרים הלא יהודיים בישראל.⁶³

כך או כך, ההסתייגויות לסעיף 7 בנוסחו החדש נדחו, וחוק היסוד עבר בקריאה השנייה והשלישית בהתאם לנוסח המתוקן. יש לציין כי מלבד שינוי זה נערכו שינויים מעטים ביותר בין הצעת חוק היסוד לנוסחו הסופי, וזאת ביחס למעמדה של השפה הערבית (סעיף 4(ב)), לסעיף 11, אשר ביקש לעגן בחוק היסוד את מקורות המשפט המשלימים במקרה של חסר (לקונה),⁶⁴ וכן שינוי מסוים בסעיף 6(ב) לעניין שימור הזיקה בין המדינה ליהדות התפוצות.

ב. מבנה, לשון וכוונת המכוון

נוסחו ולשונו של סעיף 7 לחוק היסוד נוקטים לשון עמומה (דבר שייתכן כי נעשה במכוון, על מנת לגבש הסכמה),⁶⁵ ומעוררים שאלות פרשניות שונות: מהי "התיישבות יהודית"? האם מדובר על רק יישובים הנבנים על ידי יהודים, עבור יהודים בלבד, שמירה על רוב יהודי או חלק יהודי מובחן בתוך יישוב קיים? מהו "פיתוח התיישבות יהודית"? מהי המשמעות של הפעלים המיוחסים למדינה ביחס לערך זה: רואה, תפעל, תעודד, תקדם? מהי המשמעות של זיהוי פיתוחה של התיישבות יהודית כ"ערך לאומי"?

המבט הפרשני הראשון שנציע מתמקד בבחינת ההוראה על פי מבנה הסעיף, לשונו ובניסיון להתחקות אחר כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק. כידוע, יש קושי באומדן כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק, שבו נדון בהמשך הדברים. נפנה תחילה לפרשנות מילולית של הסעיף עצמו, ובפרט למבנה הסעיף, המורכב משני חלקים שקולים:

⁶² משה ויסטוך "רגבים על חוק הלאום: מעוקר. אין טעם בחקיקתו" כיפה 15.7.2018 www.kipa.co.il חדשות/רגבים-על-חוק-הלאום-מעוקר-אין-טעם-בחקיקתו; עמית סגל "המדינה תעודד התיישבות יהודית" mako 15.7.2018 www.mako.co.il/news-military/politics-q3_2018/Article-e6afa2e8dfc9461004.htm

⁶³ ירון אברהם "דף המסרים של נתניהו: חוק הלאום לא גורע מזכויות הפרט" mako 19.7.2018 www.mako.co.il/news-military/politics-q3_2018/Article-6de0f052782b461004.htm. עמדה זו דומה לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה, שנדונה לעיל.

⁶⁴ כקבוע בס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.

⁶⁵ על החשיבות של עמימות ואי-פירוט כאמצעי להשיג הסכמות רחבות, ראו Cass R. Sunstein "Incompletely Theorized Agreements" 108 Harvard Law Review 1733 (1995).

המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה

ניתן לסבור כי הפסוקית הראשונה בהוראה מכריזה על פיתוח התיישבות יהודית כערך לאומי, והפסוקית השנייה מאפיינת את המשמעות האופרטיבית של הכרזה זו: פעולה לעידוד ולקידום הקמה וביסוס של התיישבות יהודית. אם כך, המשמעות של ראיית פיתוחה של ההתיישבות היהודית כערך לאומי היא כינונו של **טעם נורמטיבי** לפעולה של עידוד וקידום של הקמה וביסוס של התיישבות כזו. מנגד ניתן לסבור כי הסעיף בנוי כתקבולת נרדפת מוצלבת, כאשר שני חלקי הפסוק חוזרים על אותו רעיון במילים נרדפות, מתוך רצון לחזק את הרעיון באמצעות הצורה. אם אומנם כך, המשמעות של הפעולה לעידוד ולקידום התיישבות יהודית היא שיש ערך (טעם) לאומי בכך, והמשמעות של ראיית פיתוח התיישבות כערך לאומי היא שזהו **הטעם המצדיק הצהרתי (מוטיבציוני)** פעולה לשם כך.⁶⁶ במילים אחרות, אין זה שכדי לממש את מעמדה של ההתיישבות היהודית כערך לאומי יש לפעול באופנים שהוגדרו, אלא שהפעולה באופנים שהוגדרו נעשית משום שפיתוח ההתיישבות הוא ערך לאומי. אפשרות זו מתיישבת עם לשון ההוראה: "רואה", שהוא פועל המאפיין את היש, הרווח, ולא המכונן מכוח חוק היסוד;⁶⁷ כמו כן, "וי" היפוך זמן הפועל ב"ותפעל" (מהווה מתמשך של "רואה" לזמן עתיד), מקשרת את הפסוקיות כתקבולת נרדפת ולא כמבנה של כלל-תוצאה. אפשרות זו מתיישבת גם עם המשמעות שהוענקה עד היום למונח "ערך לאומי" בהקשרים אחרים.

המונח "ערך לאומי" מופיע במשפט הישראלי בכמה הקשרים, שמהם עולה כי המונח מבטא שיקול בקבלת החלטות המתיישב עם תפיסת טוב ציבורית, אף כי לשיקול זה אין משקל נורמטיבי כשלעצמו. כך היה בהקשרים דתיים-חברתיים של שמירת השבת, מכירת חזיר וגיוס בחורי ישיבות, שבהם זיהויו של "ערך לאומי" סייע לשופטים להכריע בעניין חוקתיותם של חוקים בעלי אופי דתי.⁶⁸ כך היה גם בהקשר של פגיעתן או חומרתן של

⁶⁶ על ההבחנה בין טעם נורמטיבי לטעם מוטיבציוני, ראו Maria Alvarez "Reasons for Action: Justification, Motivation, Explanation" in **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Edward N. Zalta, ed., Winter 2017), Jonathan Dancy, "Why There Is Really No ; <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/reasons-just-vs-expl> Jonathan Dancy, "Such Thing as the Theory of Motivation", 95 **Proceedings of the Aristotelian Society** 1 (1995) **Practical Reality** (Oxford: Clarendon Press, 2000). לערך ההצהרתי של ההוראה שבסעיף 7 לחוק היסוד, ראו דברי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד נזרי, פרוטוקול ישיבה מס' 19, לעיל ה"ש 22, בעמ' 62.

⁶⁷ ראו גם חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג-1952, ס' 1 (להלן: חוק ההסתדרות).

⁶⁸ רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 1, 5 (2003). ראו גם: בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוסקו רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38 (2005); ראו בנוסף: בג"ץ 171/78 אשכר נ' שר העבודה והרווחה החברתית, פ"ד לו(3) 141, 160 (1982). ראו בנוסף בעניין פתיחת עסקים בשבת: ע"פ (ת"א) 1925/86 עיריית תל-אביב – יפן נ' קולנוע "דקל" בע"מ, פ"ד תש"ן(2) 138, 147, 152–153 (1989); בג"ץ 953/01 ח"כ סולדוקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595, 607–609, 612 (2004). ראו בנוסף בג"ץ 122/54 אקסל נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר של אזור נתניה, פ"ד ח 1524, 1532 (1954); בג"ץ 72/55 פריידי נ' עיריית תל אביב-יפו, פ"ד י 734, 748 (1956). בעניין מכירת חזיר: ראו עניין

התבטאויות החותרות תחת מורשת או ערכים לאומיים (זכרה של חנה סנש, למשל).⁶⁹ כך גם בנוגע לשימור נכסי צאן ברזל ממשיים, כגון נכסים בעלי חשיבות היסטורית ומשאבי טבע. בחקיקה עצמה נעשה שימוש מוגבל מאוד במונח "ערך לאומי". חוק העתיקות מאפשר הכרה בעתיקה כ"בעלת ערך לאומי", כך שיוטלו מגבלות על מכירתה, העברתה והוצאתה מהארץ, ואף ניתן לכפות את מכירתה למדינה.⁷⁰ נוסף על כך, בתקנות התכנון והבנייה המונח "אתר בעל ערך לאומי" נכלל תחת ההגדרה של "מבנה היסטורי", אשר מצדיק הטלת מגבלות תכנון ובנייה.⁷¹ גם חוק הארכיונים, שלא נכלל בו במפורש המונח "ערך לאומי", פורש על ידי בית המשפט כחוק אשר תכליתו לשמור חומר ארכיוני, בעל ערך היסטורי ולאומי.⁷²

לשאלה זו בעניין הכוח הנורמטיבי או ההצדקתי של "ערך לאומי" וליחס בין חלקי הסעיף יש השפעה מסוימת, גם אם מוגבלת, על הפרשנות הנכונה שיש ליתן לסעיף. אם הטעם הצהרתי בלבד, אין בסעיף 7 לחוק יסוד הלאום כדי לשמש מקור הצדקה (נורמטיבי) לגבור על מחויבויות חוקתיות מתחרות (למשל, חובה לנהוג בכבוד ובכפוף לדרישת השוויון): השאיפה להקים התיישבות יהודית במדינת ישראל צריכה להיעשות בכפוף לאילוצים הנובעים מן החובה לנהוג בשוויון. ואולם, אף אם יש בסעיף 7 משום טעם נורמטיבי, אין בכך כדי לשלול את קיומם של טעמים מוציאים או טעמים מתחרים שאותם יש לשקול נוסף על איזון (אנכי או אופקי) ובמבחי המידתיות.⁷³ קודם שנפנה לשקילת היבטים אלה ביתר פירוט, נבקש לעמוד עוד על כוונתו הסובייקטיבית של המכונן.

לשם כך, יש לבחון את נוסחו של סעיף 7 לחוק יסוד הלאום לאור שינויו מול נוסחו המקורי. למען הנוחות, נביא שוב את שני הנוסחים זה לצד זה.

סעיף 7 כפי שהוצע במקור:

סולדזקין, שם, בעמ' 621. בעניין גיוס בני ישיבות ראו: בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פס' 2 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם באר"ש, 21.2.2012).

⁶⁹ בג"ץ 6126/94 **סנש נ' רשות השידור**, פ"ד נג' 817, 833–835 (1999). ראו גם רע"א 10520/03 **בן גביר נ' דנקנר**, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקציה (פורסם באר"ש, 12.11.2006).

⁷⁰ חוק העתיקות, התשל"ח-1978, ס' 19, 22, 36. ראו גם טדסקי "עתיקות בדיני קניין" **משפטים** ט 363, 382 (1979).

⁷¹ תקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאים ואגרות), התשל"ל-1970, התוספת החמישית, ס' 1.00 (הגדרת "מבנה היסטורי").

⁷² בש"פ 4073/17 **ראדה נ' מדינת ישראל**, פס' 22, 28 לפסק דינו של השופט עמית; פסק דינו של השופט סולברג (פורסם באר"ש, 26.3.2018). ראו גם ע"א 8323/17 **מדינת ישראל נ' בעהם** (20.5.2019). כך ראו חוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח-1988, ס' 38.

⁷³ השוו בג"ץ 1308/17 **עיריית סילוואד נ' הכנסת**, פס' 61 ו-79 לחוות דעתה של הנשיאה חיות (ניתן ביום 9.6.2020), שם נפסלה כלא ראויה ה"תכלית המערכתית" של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017, שלפיה תבוסס ההתיישבות באזור יהודה והשומרון בדרך של הסדרה קניינית ותכנונית בדיעבד של בנייה בלתי חוקית על מקרקעין שאינם "רכוש ממשלתי", בשל פגיעתה בקניין הפרטי ובשלטון החוק. לשאלת תחולתו של סעיף 7 לחוק יסוד הלאום על האזור, ראו רונית לוי-שנור "ללא תקנה": על תקנת השוק במקרקעין באזור יהודה והשומרון" **משפטים** נ 307 (2020).

(א) כל תושב ישראל ללא הבדל דת או לאום, זכאי לפעול לשימור תרבותו, מורשתו, שפתו

וזהותו.

(ב) המדינה רשאית לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים

התיישבות קהילתית נפרדת.

סעיף 7 כפי שאושר :

המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה

וביסוס שלה.

סעיף 7 כפי שהוצע במקור, בפרט בשילוב ההוראות של ס"ק (א) ו-(ב) שלו, נוסח בצורה של זכות אישית מסוג חירות וביטא הכרה בזכויות תרבותיות-חברתיות, ובכלל זה זכויות התבדלות, של בני קבוצות, יהודים ולא-יהודים. לפי נוסח זה, קהילה, לרבות בני לאום או דת אחת, זכאים לבקש להקים ולקיים התיישבות קהילתית נפרדת לשם שימור תרבותם וזהותם, והמדינה רשאית לאפשר זאת, באמצעות מקרקעי ישראל שבניהולה, תוך מתן מעמד של יישוב, גבולות מוניציפליים ותוקף תכנוני. ראוי להדגיש כי אי-אפשר לממש את החירות האמורה בלא התערבות המדינה. פועל יוצא של זכות זו הוא כוחה של אותה קהילה, למשל קהילה יהודית, שלא להתיר לבן לאום אחר, למשל ערבי, לחיות באותה קהילה. נוסח זה אימץ בשתי ידיים את עקרון "נפרד אבל שווה". ביחס לאמור בעניין **קעדאן**, נדמה כי בניגוד לחששות שעלו במהלך הדיונים בהצעה, ייתכן שנוסח זה יכול היה דווקא להתיישב עם הפסיקה, שכן יש בו מענה לכאורה לשני הסייגים לדחיית מדיניות "נפרד אבל שווה" שהודגשו שם.⁷⁴ ראשית, האמור בס"ק (א) עשוי להיות אמצעי לכפיית המדינה לתמוך אקטיבית בהתיישבות נבדלת של לא-יהודים, משום שאת האפשרות לקיים התיישבות נפרדת, אם זו ניתנת, יש להעניק באופן בלתי מפלה; שנית, בס"ק (ב) מושם דגש באופייה **הקהילתי** (לא רק יהודי) של ההתיישבות המתבדלת, באופן שעשוי לעלות בקנה אחד עם הדרישה שהדרת הלא-יהודים תהיה מבוססת על שיקול אחר מעצם אי-יהדותם, זאת בדומה לאמור בחוק ועדות קבלה ביחס לדחיית מועמד ליישוב קהילתי מטעם של חוסר התאמה "למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי".⁷⁵ לפי פרשנות זו, בכל הנוגע לסוגיית ההתיישבות, סעיף 7 כפי שהוצע

⁷⁴ עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 279-280.

⁷⁵ פקודת האגודות השיתופיות, ס' 6(א)(5).

במקור יכול היה להתיישב עם פסק דין **קעדאן** ועם חוק ועדות קבלה. ואולם, היה לכך "מחיר" גבוה, הן בפן ההצהרתי והן בעצם ההכרה בזכויות תרבותיות-חברתיות של לא-יהודים, אשר עשויה גם לעמוד בהתנגשות עם הקביעה שהזכות להגדרה עצמית שמורה ללאום היהודי בלבד.⁷⁶

לעומת שיח הזכויות שבנוסח שהוצע במקור, בנוסח שאושר נמען ההוראה אינו עוד הפרט אלא המדינה. המדינה היא שרואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ועליה מוטלת כעת (באופן רשמי) החובה החוקתית לעודד ולקדם הקמה וביסוס של התיישבות שכזו. זאת ועוד, בעוד הסעיף המקורי אימץ לשון ניטרלית ושוויונית לכאורה, שלפיה לכל קבוצה יש זכות להתיישבות נפרדת, כאחד האמצעים לשימור מורשת וזהות נבדלות, הנוסח החדש זונח את השפה הניטרלית ומצהיר במפורש על הערך הלאומי של פיתוח התיישבות יהודית בלבד.

כיצד הבינו אפוא המכוננים את הסעיף החדש שהצביעו לאישורו? מובן שקשה לדעת כיצד נתפס הסעיף בעיני כלל חברי הכנסת, אולם ראוי להתעכב על כמה אמירות של חברי כנסת אשר היו מעורבים במיוחד בהליך חקיקתו של חוק היסוד ובגיבוש נוסחו הסופי של הסעיף בפרט. כך, למשל, חה"כ יריב לוין, כשהציג את הנוסח החדש, טען שהוא מבהיר כי עידוד ההתיישבות היהודית הוא מימוש לגיטימי של החזון הציוני, ואין בו משום אפליה פסולה או חוסר שוויון. לדבריו, חוק היסוד אינו מחדש דבר שכן הדברים היו מובנים מאליהם בעת קום המדינה, אלא שכורסמו משך השנים, בפרט בפסיקה בעניין **קעדאן**. להשקפתו יהיה בחוק היסוד כדי לאפשר הקמת מצפים בגליל לשם השבת הרוב היהודי בו, ולהצדיק מתן תמריצים להתיישבות יהודית.⁷⁷ ואולם, אף לגישתו של חה"כ לוין, יש להבין את חוק היסוד בהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה. כך, חוק היסוד הינו נדבך אחד מבין שניים: הנדבך האחד הוא היותה של מדינת ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, והנדבך האחר הוא של הדמוקרטיה ושוויון זכויות הפרט. נדבך אחרון זה כבר קבוע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁷⁸ אף יוזם חוק היסוד, ח"כ אבי דיכטר (ליכוד), הדגיש כי חוק היסוד מונע כל אפשרות שישראל תהיה מדינת כל אזרחיה וכי לערבים יהיה מעמד של מיעוט לאומי הנהנה משוויון זכויות לפרטים אך לא שוויון כמיעוט לאומי.⁷⁹

⁷⁶ סי' 11(ג) לחוק יסוד הלאום.

⁷⁷ מתי טוכפלד "נוסח חדש לסעיף המחלוקת בחוק הלאום: מימוש לגיטימי של החזון הציוני" **ישראל היום** 15.7.2018 www.israelhayom.co.il/article/571537; מורן אזולאי "השר לוין: 'חוק הלאום יחזיר את הרוב היהודי לגליל'" **ynet** 16.7.2018 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5310882,00.html; יהונתן ליס "לוין ל'הארץ' על חוק הלאום: כשהרכב השופטים יהיה אחר, נוכל להשיג מה שרצינו" **הארץ** 6.8.2018 www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.6343171

⁷⁸ פרוטוקול ישיבה מס' 359 של הכנסת ה-20, 1140 (17.7.2018).

⁷⁹ שם, בעמ' 1135.

בעוד הנוסח הקודם ניסה לבסס מובן של שוויון פורמלי, הנוסח שאושר זונח את הכוונה להצהיר על מראית עין של שוויון.

מהי אפוא כוונת המכוון כפי שהיא נלמדת מהדיון לעיל? בטרם ננסה לברר סוגיה זו, עולה שאלה מקדמית באשר למעמד שעלינו לייחס לכוונה הסובייקטיבית של יוצר הטקסט החוקתי. כידוע, יש דיון ער, בעיקר בארצות הברית, על האופן שבו יש לפרש את החוקה, ובשאלה אם, ועד כמה, יש לתת משקל לכוונתם של מחברי החוקה או לאופן שבו החוקה הובנה על ידי הציבור בתקופה שבה אומצה.⁸⁰ הגישה המקובלת בישראל (המצויה אולי בתקופה של תמורות) היא כי של"כוונת המכוון" שביסוד ההוראה החוקתית, קרי למטרות ולערכים שהיה ברצונו להגשים, יש משקל בפרשנות החוקה, אולם זהו אך שיקול אחד מבין שיקולים רבים שעל הפרשן להביא בחשבון.⁸¹ הדבר נובע מכך שיש כמה בעיות ידועות בעלות מתן משקל לכוונה סובייקטיבית של המחוקק. ראשית, קשה וכמעט בלתי אפשרי לגבש "כוונת המכוון" כאשר המחוקק הוא יותר מאדם אחד, לא כל שכן גוף מורכב כמו בית מחוקקים. שנית, ייתכן (ואף סביר) שלמחוקק אחד יש כוונות מספר, העלולות לסתור זו את זו. במקרה כזה, כיצד נדע לאיזו כוונה להתייחס? שלישית, מרחק הזמן וקשיים ראייתיים עלולים למנוע מאיתנו גישה לכוונת המחוקק האמיתית. רביעית, ניתן לטעון שבהקשר זה אין חשיבות לכוונתו של המחוקק, אלא רק לטקסט המשפטי. הטקסט הוא התוצר החקיקתי, ולא כוונות מוצהרות או עלומות שלא באו בו לידי ביטוי. לבעיות אלה יש תשובות, וכמובן יש בעיות נוספות, שלא זה המקום לדון בהן.⁸²

בענייננו, חלק מהבעיות הקיימות עם הבנת התכלית הסובייקטיבית בדרך כלל אינן משמעותיות. חוק יסוד הלאום נחקק זה עתה, כל הפרוטוקולים נגישים, וכיסוי תקשורתי מעמיק לאורך זמן מצליח להבהיר מה רצו לפחות חלק מחברי הכנסת לעשות בחוקקם את סעיף 7. ואכן, בכל האמור לנוסח המקורי, לא יכול להיות ספק רציני שמטרת המחוקקים שתמכו בסעיף הייתה לכוון נורמה חוקתית שתאפשר את עקיפתו של פסק דין **קעדאן**. יוזמי חוק היסוד היו ברורים בעניין זה, מה גם שלשון הסעיף אינה משתמעת לשתי פנים. המשמעות של זכות אישית לקהילה נפרדת על בסיס דת ולאום מטרתה לאפשר ליהודים – המשתייכים לקהילה, ובהתאם לפרשנות מונח זה – לבנות ולקיים יישובים ליהודים בלבד, אם הדבר הוא לשם שימור זהותם ומורשתם. חיזוק לעמדה

⁸⁰ להבחנה בין אוריגינליזם גס ל- public meaning originalism, ראו Richard Kay "Original Intention and Public Meaning", *Northwestern University Law Review* 703 (2009) 103. גם Norman Dorsen "The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation Between U.S. Supreme Court Justices" 3 *International Journal of Constitutional Law* 519 (2005).

⁸¹ ברק, לעיל ה"ש 57, בעמ' 151.

⁸² שם, בעמ' 154–159.

זו ניתן למצוא גם במטרתו השנייה של המכון – ייחוד הגליל והנגב במטרה להעניק להם רוב יהודי מוצק, סוגיה שזכתה להתייחסות נרחבת בדיוני הוועדה. אכן, מהניסוח המקורי ומדבריהם של חברי הכנסת בוועדה, גם קהילות ערביות יוכלו להדיר יהודים מקרבן. הדרה בכיוון הזה לא הטרידה את חברי הוועדה, בין אם משום שיהודים מעטים מאוד מעוניינים לגור ביישובים ערבים, ובין אם משום שככלל, למעט בחברה הבדואית, ישראל אינה מקימה יישובים ערביים על מקרקעי ישראל.⁸³

אילו התקבל הנוסח המקורי, קשה היה לחמוק מפרשנות אחרת (שוב, בכפוף לדרישה שהדבר יהיה לצורכי שימור קהילתי). דא עקא, שהנוסח המקורי הוחלף בנוסח עמום הרבה יותר, אשר באשר למשמעותו נחלקו הדעות בוועדה. דעתם של חלק מחברי הכנסת הייתה שאין הבדל בין הנוסח המקורי לנוסח החדש. אחרים חשבו כי הנוסח החדש גרוע יותר, שכן הוא מעניק פריווילגיה ליהודים בלבד. חלק מאלה שתמכו בנוסח המקורי של חוק היסוד סברו כי הנוסח החדש זנח מטרות חשובות (יישובים ליהודים בלבד וייחוד הנגב והגליל), בעוד חלק אחר סבר כי אין מניעה לקיים התיישבות נפרדת גם עם הנוסח החדש. עמדת היועץ המשפטי לממשלה, אשר הזהדה בדבריהם של ראש הממשלה וח"כ לוי, הייתה כאמור שלא ניתן יהיה לקיים יישובים נפרדים וגם תמריצים יינתנו באופן שוויוני, וכי הסעיף החדש עולה בקנה אחד עם גישה זו.

מסקנותינו מהדיון לעיל הן כדלקמן: ראשית, המכון ביקש להסתייג מהנוסח המקורי שענין זכות אישית-קבוצתית להתיישבות נפרדת ולשימור תרבות, מורשת, שפה וזהות, על בסיס דת או לאום. לכן קשה לפרש את כוונת המכון ככזו המבקשת להשאיר זכות להתיישבות נפרדת על כנה. שנית, ייתכן שהכנסת בחרה בנוסח מעודן יותר, אך עדיין הייתה מעוניינת לשמר זכות להתיישבות נפרדת (ליהודים). ואולם, מוטיבציה זו נשארה כמוסה ולא באה לידי ביטוי בדיונים ובכוונה הגלויה. אדרבא, חברי כנסת מהימין מחו על הנוסח החדש בטענה שהוא מעקר את הנוסח המקורי ושימנע התיישבות נפרדת ופיתוח הנגב והגליל. כל אלה הן כוונות שליליות, קרי "מה לא".

מה הייתה, לעומת זאת, כוונתו החיובית של המכון? קשה לגזור מסקנה ברורה מהדיון בוועדה. ברי כי המכון התכוון לשנמך את הזכות לקהילה נפרדת מזכות חוקתית לכוח שיש בידי המדינה. כפי שציין היועץ המשפטי לממשלה, ניתן לראות את הסעיף כבעל ערך הצהרתי בלבד.⁸⁴ זאת ועוד, לא הושגה הסכמה על משמעות המושג

⁸³ לא הוקם יישוב ערבי אחד שאינו בדואי מאז קום המדינה. ראו, הרשות לפיתוח כלכלי של המגזר הערבי, הדרוזי והצ'רקסי הצעת הרשות לפיתוח כלכלי של מגזר המיעוטים במשרד ראש הממשלה לפתרון סוגיית התכנון והדיר במגזר הערבי 1 (הוגש לצוות המשנה בנושא דיר בוועדה לשינוי כלכלי חברתי בראשות פרופ' מנואל טרכטנברג, 2011).

⁸⁴ עו"ד נזרי, פרוטוקול ישיבה מס' 19, לעיל ה"ש 22, בעמ' 62.

"התיישבות יהודית". אומנם מדובר במונח בעל היסטוריה ארוכה, אולם גם היסטוריה זו אינה מנביעה הגדרה אחת למושג, אף אם ניתן לטעון כי בקרב החברה היהודית קיימת הסכמה רחבה יחסית באשר לחשיבותו.⁸⁵ כך, רק לצורך הדוגמה, ניתן לטעון כי התיישבות יהודית היא התיישבות אשר מוקמת על ידי יהודים אך אינה מונעת מגורים מאלה שאינם יהודים,⁸⁶ מול תפיסה שהתיישבות יהודית צריכה להתפרש כקידום התיישבות צפופה של יהודים גם באזורים ערביים,⁸⁷ לעומת תפיסה שהתיישבות יהודית פירושה התיישבות ליהודים בלבד.⁸⁸ התחרות בין גרסאות אלה לא הוכרעה על ידי המכון ברמת הלשון. ואולם, כפי שנראה להלן, המבטים הפרשניים הנוספים יספקו את מסגרת האילוצים החוקתית, הנובעת מן ההכרה בפיתוח התיישבות יהודית כערך לאומי.

לסיכום חלק זה, פרשנות שתבקש להסתמך אך ורק על כוונת המכון הסובייקטיבית כאמצעי להבנת סעיף 7 לחוק יסוד הלאום לא תוכל להגיע למסקנה חד-משמעית באשר למשמעותו והיקף התפרסותו - כך בשל העמימות סביב המונח "התיישבות יהודית", כפי שעלה בדיונים בכנסת, וכך בשל היעדר ההתייחסות לצעדים האקטיביים שעל המדינה לנקוט כדי לממש את פיתוח ההתיישבות היהודית. עם זאת, ניתן לומר במידה רבה של ביטחון כי כוונת המכון הסובייקטיבית הייתה להפחית מהחשיבות של הזכות למגורים נפרדים. כך, משום שאנו יודעים כי הנוסח החדש בא לעולם בעקבות התנגדויות לנוסח המקורי החד-משמעי, ובמכוון נבחר נוסח אשר הינו בעל ממד הצהרתי ובו הנמען הוא המדינה ולא אדם בעל זכות. לצד זאת, הבחירה במילים "פיתוח התיישבות יהודית", בניגוד להתיישבות ניטרלית, מלמדת על כך שהמכון אכן ביקש לבטא את יחסו המיוחד לקבוצת הרוב היהודי, מבלי שניתן לקבוע בוודאות, מתוך הלשון והכוונה הסובייקטיבית, מהם היקפו ותוכנו של יחס מיוחד זה.

ג. הצדקה נורמטיבית ופרשנות התואמת את החוקה

⁸⁵ להבדל בין concept ל-conception, ראו Ronald Dworkin *Law's Empire* 70-72 (1986); Walter Bryce Gallie "Essentially Contested Concepts" 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* 167 (1956).

⁸⁶ זו הייתה, למשל, עמדתו של פרופ' אלכסנדר יעקובסון בדיוני הוועדה, על כך שמה שקובע את הצביון של היישוב זה מי שמקים אותו ולכן התיישבות יהודית קיימת גם בלי חוק היסוד. פרוטוקול ישיבה מס' 215(2), לעיל ה"ש 25, בעמ' 44.

⁸⁷ דברי ד"ר ויניצקי, שם, בעמ' 29-30.

⁸⁸ ראו אליאב שוחטמן "חוקיותה וחוקתיותה של התיישבות יהודית בארץ-ישראל" **משפט וממשל** ו 109, 118 (2001): "התיישבות יהודים היא התיישבות במסגרות קהילתיות של יהודים, בלא שמתקפחת זכותם של לא-יהודים להתיישב במקומות אחרים שאינם מוגדרים כהתיישבות יהודית".

בחלק הקודם התמקדנו בניסיון להבין את המשתמע מתוך לשון ההוראה על פי הגיונה הפנימי ובהתאם לכוונת המכונן הסובייקטיבית. הראינו כי תיתכנה שתי אפשרויות לקריאת האמור בסעיף 7 לחוק היסוד: אחת, כמבססת טעם נורמטיבי לפעולה של פיתוח התיישבות יהודית; האחרת, כמצהירה על טעם מוטיבציוני לפעולה של פיתוח התיישבות יהודית, שאליה נתייחס בחלק הבא.

האפשרות הפרשנית הראשונה עשויה לראות בחוק היסוד משום תגובה להערת בית המשפט בעניין **קעדאן**, שם נאמר כי "מקובל עלינו כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עשויים לגבש תכליות מיוחדות, ברמות הפשטה שונות [...] בנסיבות שבפנינו [...] אין קיימות תכליות מיוחדות שכאלה אשר ידן על העליונה".⁸⁹ והנה, חוק יסוד הלאום מגבש את אותה תכלית מיוחדת של פיתוח התיישבות יהודית, ומבקש להקנות לה מעמד חוקתי. אפשרות פרשנית זו מחייבת את בחינת היחס בין הטעם הנורמטיבי המכונן בסעיף 7 לחוק היסוד לבין המערך החוקתי הרחב יותר, שבמסגרתו משתלבת ההוראה.

ביחס לכך תיתכנה שתי חלופות פרשניות עקרוניות: לפי האפשרות הראשונה, סעיף 7 לחוק יסוד הלאום עומד בסתירה, בניגוד, להוראות חוקתיות שקדמו לו, ובפרט המחויבות לשוויון, באופן שלא ניתן ליישב סתירה זו. על כן, אלא אם כן תתקבל טענה לתיקון חוקתי לא חוקתי, תגבר ההוראה החדשה על הוראות קיימות קודמות. לפי הפרשנות השנייה, ניתן ליישב את הוראות הסעיף עם הוראות חוקתיות שקדמו לו. הבחירה בין חלופות פרשניות אלה צריכה להיעשות אגב הישענות על ההנחה הכללית של חוקתיות מעשה החקיקה, הנחה שיש לה אף תוקף רב יותר בהתייחס למעשה חקיקה חוקתי.⁹⁰ יש אפוא להחיל ככל הניתן מאמץ פרשני ליישב את התיקון החוקתי עם העקרונות החוקתיים הקיימים, על פי השיטה הגרמנית המכונה *Verfassungskonforme Auslegung*, שמשמעה פרשנות המתיישבת עם החוקה (in conformity).⁹¹ פסילה חוקתית צריכה להיות אמצעי שיינקט רק בלית ברירה.⁹² כפי שנאמר פעמים רבות, חוקה יש לפרש מתוך מבט רחב והוליסטי, וכאשר מדובר

⁸⁹ עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 283.

⁹⁰ Dietrich Conrad "Constituent Power, Amendment and Basic Structure of the Constitution: A Critical Reconsideration" 6-7 **Delhi Law Review** 17, 18 (1977).

⁹¹ Sanford Levinson **Constitutional Faith** (2011).

⁹² Yaniv Roznai, **Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers** 217-218 (2017).

בזכויות אדם, יש לפרשן בנדיבות.⁹³ אם יש בטקסט החוקתי סתירות, אלה צריכות להיפתר אגב "איזון" בין הערכים והזכויות המתנגשים.⁹⁴

ספרות ענפה במשפט החוקתי הישראלי והמשווה עוסקת בקשיים המלווים את מלאכת האיזון, החל מדחיית שיטת האיזון בכללותה ועד בעיות קונקרטיות כמו קביעת מעמדם של הזכויות והערכים, העמימות הנלווית לתהליך זה ועוצמת שיקול הדעת השיפוטי הכרוכה במלאכת האיזון.⁹⁵ איזונים חוקתיים מעלים אפוא שאלות מוסדיות ונורמטיביות רבות. לצורך הנוכחי נוכל לקבל את השיטה לאיזון התנגשויות בין זכויות ובין ערכים הנהוגה בבית המשפט העליון כנתונה ולבחון כיצד אפשר להבין לאורה את המתח בין סעיף 7 לחוק יסוד הלאום לבין מחויבויות חוקתיות אחרות, בהקשרנו, מול הזכות לכבוד ולשוויון. איזון בין ערך ההתיישבות היהודית לבין עקרון השוויון מצריך את קביעת תוכנם ומשקלם של הערכים שעל הפרק: שוויון מחד גיסא ופיתוח התיישבות יהודית מאידך גיסא, אם כי אין להתעלם גם ממקומו של ערך הקניין הפרטי, המעוגן בזכות חוקתית.⁹⁶

מבחינת תוכנו של ערך פיתוח התיישבות היהודית, זהו ערך העולה בקנה אחד עם מחויבותה של ישראל כמדינה יהודית ועם מפעל התיישבות, שאף קיבל עיגון בחקיקה ובהכרזת העצמאות.⁹⁷ השאלה היא אם ערך זה מתיישב או מתנגש עם המחויבות לשוויון. התנגשות קיימת כאשר ההסדרים הנורמטיביים אינם ניתנים ליישוב (זה עם זה).⁹⁸ האם זהו המקרה? בפסק הדין בעניין **הראל** כתב השופט רובינשטיין כי התיישבות יהודית ושוויון אינם משחק סכום אפס, והא בהא לא תליא,⁹⁹ ומכאן, לגישתו, שאין ביניהם התנגשות הכרחית. אם כן, עוד קודם להכרעה בדבר משקלם היחסי של הערכים השונים, אפשר להגיע למסקנה שאת הערך הלאומי של פיתוח התיישבות יהודית יש לפרש כך שהוא אינו כולל פגיעה בשוויון. מסקנה זו חייבת להוציא מכלל התחום הרלוונטי, המוגן כערך לאומי, את אופני הפיתוח של התיישבות שיש עימם פגיעה בשוויון. במילים אחרות, כלפי

⁹³ ברק, לעיל ה"ש 57, בעמ' 82, 289. ראו התבטאותו המפורסמת של נשיא בית המשפט העליון האמריקאי, השופט מרשל, "It is a constitution we are expounding" (1819) 316, 407 (1819) (4 Wheat) 316, 407 (1819) (McCulloch v. Maryland), כאשר כוונתו הייתה כי הטקסט החוקתי צריך להתפרש באופן שונה מחוק רגיל. על המחלוקת בין הנשיא ברק לשופט חשין באשר הדרך הנכונה לפרש זכויות חוקתיות ראו בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006).

⁹⁴ ברק, לעיל ה"ש 57, בעמ' 215.

⁹⁵ לדוגמה בלבד, 96 **Yale Law Journal** 943 (1986) "Constitutional Law in the Age of Balancing" T. Alexander Aleinikoff; Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat **Proportionality and Constitutional Culture** (2013).

⁹⁶ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס' 3.

⁹⁷ ראו שוחטמן, לעיל ה"ש 88; גרשון גונטובניק "הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל – הפליה אסורה בדיוור או התחשבות מותרת?" **משפט וצבא** כא 33, 47, בה"ש 45 (2015); חוק ההסתדרות, בס' 1.

⁹⁸ ברק, לעיל ה"ש 57, בעמ' 515.

⁹⁹ בג"ץ 9518/16 **הראל נ' כנסת ישראל**, בפס' סב לחוות דעתו של השופט רובינשטיין (5.9.2017).

פנים, אין למנות בתחום תכלית זו פיתוח יישובים שיש עימם הדרה ללא-יהודים אך בשל כך שהם אינם יהודים, היינו אפליה כלפי מי שאינם יהודים ללא כל טעם מצדיק לכך (ובפרט, אופייה של הקהילה); כלפי חוץ, אין למעט בהקצאת תשתיות ומשאבים לטובת התיישבותם של לא-יהודים כדי ליצור העדפה יחסית להתיישבות היהודית. הכרה בסעיף 7 לחוק היסוד כמאפשר התיישבות נבדלת ליהודים בלבד אינה נובעת בהכרח מהאופן שבו נתפסה תכלית זו של התיישבות יהודית לאורך השנים, והיא אינה מתיישבת עם ההתנגדות המובהקת בהליך החקיקה לחלופה ניסוחית שאפשרה זאת במפורש. אין בעמדה זו כדי לשלול את מה שהוכר בעניין **קעדאן** ובחוק ועדות קבלה בעקבותיו: קיומה של זכות לקבוצות קהילתיות מובחנות להתגורר עם אנשים הדומים להם מבחינת זהות, לאום, שפה וכיוצא בזה.¹⁰⁰ הכרה בערך הלאומי של התיישבות יהודית אינה מנביעה את המסקנה שהדרך לקדם התיישבות זו הוא על ידי צמצום בהתאמה של קידום ההתיישבות בשאר המגזרים.¹⁰¹

יש לדחות על כן את הטענה שלפיה סעיף 7 לחוק יסוד הלאום תומך בהתיישבות נפרדת גם אם אינה מתיישבת עם עקרון השוויון, כמו גם בהקצאה לא שווה של משאבים להתיישבות. תימוכין לגישה זו ניתן למצוא בפסק הדין שניתן לאחרונה, לאחר שחוק היסוד נכנס לתוקף, בעניין אפליה במכירת דירות הנבנות על מקרקעי ישראל. השופט שטיין מציין כי מקרקעי המדינה כפופים לאינטרס הציבור, אשר משמעו איסור חמור על אפליה בין אזרחי המדינה מטעמים כגון דת, גזע והשתייכות לאומית בהקצאת זכויות במקרקעי המדינה. כדבריו, "איסור זה נצמד למקרקעי המדינה מכוח הדין". השופט שטיין כלל אינו רואה לנכון להזכיר את סעיף 7 לחוק היסוד, ואינו רואה בחקיקתו משום סטייה כהוא זה מהעיקרון בדבר איסור אפליה.¹⁰²

למסקנה דומה ניתן להגיע גם באמצעות ניתוח משקלם היחסי של האינטרסים השונים, אף אם ניחס למונח "פיתוח התיישבות יהודית", כשלעצמו, את שתי ההרחבות, כלפי פנים וחוץ, שסברנו כי יש להוציאן מגרעין תחום ההתפרסות של המונח. כידוע, שיטת המשפט הישראלית אימצה שני סוגי איזון: אופקי ואנכי. הבחירה בין סוגי האיזון נעשית לפי המשקל היחסי של הזכויות או האינטרסים המתנגשים.¹⁰³ גישת האיזון האנכי מתאימה כאשר משקלם היחסי של הערכים המתחרים אינו זהה (בדרך כלל התנגשות בין זכות לאינטרס), ולכן תותר פגיעה בערך בעל המשקל הגבוה יותר רק כשמדובר בפגיעה קשה ורצינית בהסתברות קרובה לוודאי בערך

¹⁰⁰ ראו רות גביזון "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" **משפט וממשל** ו' 25 (2001).

¹⁰¹ בג"ץ **הראל**, לעיל ה"ש 99, בפס' סב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

¹⁰² רע"א 10011/17 **מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן**, בפס' 17 לחוות דעתו של השופט שטיין; ראו גם בפס' 3 לחוות דעתו של השופט הנדל (19.8.2019). וראו גם ויצמן ומדינה, **לעיל** הערה 25, הטוענים כי אין לפרש את סעיף כמתיר לשלטון לנקוט מדיניות מפלה.

¹⁰³ ברק, לעיל ה"ש 57, בעמ' 221.

אשר משקלו נמוך יותר.¹⁰⁴ גישת האיזון האופקי, לעומת זאת, מניחה כי הערכים המתנגשים הם שווי משקל, ועל כן יש לאפשר את קיומם המקביל באופן מרבי, כאשר הערכים "מוותרים" באופן הדדי על מקצתם כדי לקיים את שניהם.¹⁰⁵

אם כן, מהו המשקל היחסי של שני הערכים, פיתוח התיישבות יהודית (במובנה הרחב) ושוויון? לגרסה אחת, ניתן לראות את סעיף 7 לחוק יסוד הלאום כמבסס עיקרון עצמאי שמשקלו גובר על ערכים אחרים בחוקה. יש טעמים לתמוך בגישה זו. כך, משום שסעיף 7 נחקק כאשר העקרונות החוקתיים, לרבות עקרון השוויון, כבר היו מוכרים וידועים. חוק יסוד הלאום מאוחר לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת ועוד, ניתן לטעון שהנורמה ביסוד סעיף 7 היא נורמה מיוחדת, בעוד עקרון השוויון הוא נורמה כללית. על פי כללי הפרשנות הרגילים, כאשר מדובר בכללים באותו מדרג נורמטיבי, נורמה מאוחרת וספציפית גוברת על נורמה כללית ומוקדמת.¹⁰⁶ לפיכך, בהתנגשות בין שני העקרונות על עקרון התיישבות היהודית לגבור. נוסף על כך, חוק יסוד הלאום הוא חוק יסוד משוריין, וזאת בהשוואה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר אינו משוריין באופן פרמלי.¹⁰⁷ טענה נוספת היא שבעוד שניתן לפגוע בזכות לשוויון בהתאם להוראותיה של פסקת הגבלה, הרי שפיתוח התיישבות יהודית הוא ערך מוגן יותר, שכן אין בחוק יסוד הלאום פסקת הגבלה המתירה לפגוע בעקרונות אותם הוא מקדם. אמנם פסק דין מופז מאפשר יצירה של "פסקת הגבלה שיפוטית" בחוקי יסוד הנעדרים פסקת הגבלה,¹⁰⁸ אולם הדברים נאמרו ביחס לחוק יסוד: הכנסת שקדם לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואין כך בעניינו. לכן העדרה של פסקת הגבלה הייתה החלטה מודעת. מאידך, ניתן לטעון שחוק יסוד הלאום הוא הצהרתי ברובו, וגם מטעם זה לא נדרשה פסקת הגבלה. ואולם, על מנת שתכונן המסקנה מרחיקת הלכת שחוק היסוד בא לשלול את תחולתו של עקרון השוויון, או לפגוע בו באופן מהותי, היה על הדבר להיעשות במפורש, כדי לקבוע את היחס בין השוויון לפיתוח התיישבות יהודית באופן חד-משמעי. אחרת, המסקנה הפרשנית תיטה שוב לכיוון של מובן המתיישב עם המחויבות החוקתית. גם הטענה כי מדובר בנורמה מיוחדת או "מפורשת" בהשוואה לשוויון ולכן עליה לזכות בעדיפות אינה משכנעת, לאור הקשר ההדוק בין כבוד האדם לבין שוויון ואיסור האפליה על בסיס גזע, דת או מוצא. עקב כך, ניתן לטעון כי יש לבצע איזון אופקי בין העיקרון החוקתי של שוויון ויחס של כבוד

¹⁰⁴ ראו למשל בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

¹⁰⁵ ברק, לעיל ה"ש 57, בעמ' 220.

¹⁰⁶ אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 546 (1992).

¹⁰⁷ אם כי לשיטת פרופ' ברק, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משורין באופן מהותי. ראו ברק, לעיל ה"ש 57, בעמ' 53.

¹⁰⁸ ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003).

לכל אדם, הנותן לגיטימציה למערכת המשפטית ולדמוקרטיה הישראלית, לבין העיקרון של פיתוח התיישבות יהודית, שזכה עתה למעמד חוקתי. בחלק הבא נסביר מדוע גישה פרשנית זו עדיפה פחות מן החלופה, הרואה את סעיף 7 לחוק יסוד הלאום כמכונן הצדקה הצהרתית בלבד.

ד. ערך הצהרתי והשוואה כלפי מעלה

כאמור, ניתן לראות בסעיף 7 לחוק יסוד הלאום מקור בעל ערך נורמטיבי או מקור בעל ערך הצהרתי. לפי המשמעות השנייה, שבה נדון להלן, מטרתו ותכליתו של סעיף 7 הן להצהיר על החשיבות הערכית-פנימית שבהתיישבות יהודית במדינת ישראל. משמעות הצהרתית כזו עולה בקנה אחד עם מכלול הוראותיו של חוק היסוד, שאינן מטילות חובות או קובעות זכויות. אכן, להתיישבות יהודית בארץ חשיבות היסטורית ואידאולוגית עמוקה, וזו באה לידי ביטוי מראשית ימי הציונות בקונגרס הציוני העולמי הראשון, בשנת התרנ"ז (1897). בקונגרס זה אושרה תוכנית בזל, אשר הצהירה כי **"מטרת הציונות היא ליצור לעם היהודי בית ונחלה בארץ ישראל, שיובטחו במשפט הכללי"**.¹⁰⁹ מטרה זו עמדה לנגד עיניהם של ראשי הציונות ומקדמיה, חלוצי הארץ ומתיישביה. היא בליבת תנועת השחרור הלאומית של העם היהודי. יצירת בית ונחלה בארץ ישראל ו"פיתוח התיישבות יהודית" חד הם. לא ניתן לומר כי מדינת ישראל הוקמה על ידי מנהיגיה ותומכיה בעולם על מנת שתשמש כמדינה ניטרלית, חסרת זהות. נהפוך הוא. מדינת ישראל היא ביטוי מובהק ליצירה פוליטית שמטרתה שימור ומימוש של זהות לאומית של בני אומה אחת, הטוענת שערש היווסדה באדמה הזו. בסעיף 7 לחוק יסוד הלאום יש אשרור ב"משפט הפומבי" של מחויבות שורשית ועקבית זו לכינונה ולפיתוחה של מדינת ישראל כבית ליישוב היהודי, להתיישבות של יהודים, להתיישבויות יהודיות. זהו הערך הלאומי שעליו מושתתת מדינת ישראל. שוויון והתיישבות יהודית אינם הפכים. תמונת המראה של פיתוח התיישבות יהודית אינה (חוסר) שוויון. תמונת המראה שלה היא אדישות ביחס לחשיבות ההתיישבות היהודית. ואכן, ישראל איננה אדישה לכך. ואולם, אין בין חוסר אדישות זו, בין המחויבות לבניין הבית לעם היהודי, לבין נקיטת חוסר שוויון כלפי מי שאינם יהודים ולא כלום.

¹⁰⁹ "Zionism seeks to establish a home for the Jewish people in Eretz Israel secured under public law". See "Zionist LIBRARY VIRTUAL Congress: First Zionist Congress & Basel Program (August 1897)" JEWISH <https://www.jewishvirtuallibrary.org/first-zionist-congress-and-basel-program-1897>

סעיף 7 לחוק היסוד מסביר קבל עם ועדה מדוע יושקעו במדינת ישראל מאמצים ומשאבים ממשלתיים בפיתוח יישובים: כדי שניתן יהיה לאפשר את התיישבות היהודים בני הארץ והיהודים מן העולם אם יבקשו להיקלט בה. ואולם, אין בסעיף 7 לחוק היסוד דבר שממנו ניתן ללמוד על כך שהתיישבות יהודית זו תהיה באופי ובאופן הפוגעים בעקרונות היסוד האחרים של שיטתנו: שוויון, כבוד לאדם באשר הוא והגנה על הקניין וחירויות הפרט. כיוון שהמוטיבציה ההצדקתית של מדינת ישראל בפעולות התיישבות היא הכנת הארץ ושימורה לטובת העם היהודי, הגשמת מטרה זו תיעשה בכפוף לכלל האילוצים האחרים ולאורם. בסעיף 7 לחוק היסוד אין אפוא כדי להצדיק הפחתה כלפי מטה (levelling down) של זכותם ומעמדם של הלא-יהודים. נהפוך הוא. אם מדינת ישראל אינה פועלת באופן המדיר ידיים מהשקעה בהתיישבות, וזאת משום הצורך הפנימי-לאומי של השקעה בהתיישבות עבור העם היהודי, יהיה עליה הנטל לקיים, באופן המוסיף כלפי מעלה (levelling up), חובות ראויות כלפי מי שאינם יהודים.¹¹⁰

לפי פרשנות זו, משמעות הדברים היא שאין בחוק היסוד, בנוסחו כיום, כדי להצדיק התיישבות מתבדלת, אלא אם כן התיישבות מתבדלת הכרחית, במקרים מסוימים, לשם הבטחת אפשרות המחיה של קהילה הזקוקה להגנה. הגנה כזו אינה מותנית בהיותה של הקבוצה יהודית. כאמור בחוק ועדות קבלה, היא שמורה לכל קהילה. אין בחוק היסוד כדי להצדיק אפליה הפוגעת בכבוד האדם או בקניינו, בין שהוא יהודי ובין שאינו יהודי, בין שהוא יהודי דתי ובין שאינו יהודי דתי. יש בחוק היסוד כדי להצדיק השקעות ממשלתיות בהתיישבות. הסיבה שהמדינה פועלת היא רצונה בבית ונחלה לעם היהודי במדינת ישראל. ואולם, כאשר היא עושה כן, תעשה כן בכפוף לחובות השוויון והכבוד. עקב כך, השקעות בתמריצים, בתשתיות, בתכנון, בהקמה, בעידוד, שאנחנו רוצים בהם כדי להבטיח מקום בעולם ליהודים, ייעשו גם כלפי מי שאינם יהודים, משום שהתיישבות יהודית במדינת ישראל משמעה התיישבות ליהודים המכבדת את ערכי השוויון והכבוד של מדינת ישראל.

ה. סיכום

¹¹⁰ השו"ב בג"ץ 5004/14 ג'קלין נ' משרד החינוך, בפסי' 14-17 לחוות דעתו של השופט עמית (7.8.2019). ראו Deborah L. Brake "When Equality Leaves Everyone Worse Off: The Problem of Leveling Down in Equality Law" 46 *William & Mary Law Review* 513 (2004).

במסגרת הדברים שהעמדנו כאן בחנו את שאלת פרשנותו הראויה של סעיף 7 לחוק יסוד הלאום בניסיון להקנות להוראה מובן פרשני המכבד את המוטיבציה החקיקתית שמאחוריה, אך מתוך כבוד לערכי היסוד של השיטה המשפטית שאליה חוק היסוד מצטרף. מנקודות המבט הסובייקטיביות והאובייקטיביות הראינו כי אין מקום לחשש שלפיו יהיה בסעיף 7 לחוק היסוד עוגן למצדדי הפגיעה בשוויון. למסקנה זו אנו מגיעים מתוך שלושה היבטים: ההיסטוריה החקיקתית של ההוראה, מבנה הסעיף ולשונו; הצגת מרחב הפריסה של המחויבות החוקתית שבסעיף 7 לחוק היסוד, ואיזונה מול מחויבויות חוקתיות אחרות; הצגת העמדה שלפיה סעיף 7 לחוק היסוד מבסס הצדקה מוטיבציונית ולא נורמטיבית לפעולה, הנושאת עימה מחויבות להשוואה כלפי מעלה להשקעה בפיתוח התיישבות שאינה יהודית.

משמעות הדברים היא כי בשאלות כגון קביעת אזורי עדיפות לאומית,¹¹¹ הענקת מענקי יישוב,¹¹² איחוד יישובים¹¹³ או הענקות אישיות תלויות מקום,¹¹⁴ לא אמור להיות בעתיד שינוי למול מצב הדברים הקיים, המחייב את המדינה לנהוג בשוויון בין תושבי הארץ ויישוביה, יהיה הרכבם הדמוגרפי אשר יהיה. כך גם באשר למגמות של התבדלות והפרדה, למשל בכניסה למקומות ציבוריים,¹¹⁵ בקבלה ליישובים¹¹⁶ או בהקצאת מקרקעין ציבוריים,¹¹⁷ אשר לא אמור להיות בסעיף 7 לחוק היסוד כדי להצדיק את הרחבתם או העמקתם מעבר למדיניות הנוקטת כיום. אנו תקווה כי פרשנות אחראית זו תאומץ בפועל.

¹¹¹ ראו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (27.2.2006); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (22.5.2012).

¹¹² ראו בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000); בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004).

¹¹³ ראו בג"ץ 7138/03 המועצה המקומית יאנוח-ג'ת נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 709 (2004).

¹¹⁴ ראו בג"ץ 7872/10 המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל (7.6.2012).

¹¹⁵ ראו ה"פ (מרכז) 18716-08-14 מנסור נ' המועצה המקומית כוכב יאיר צור יגאל (19.9.2017).

¹¹⁶ עניין סבח, לעיל ה"ש 29.

¹¹⁷ עניין מי-טל הנדסה ושירותים, לעיל ה"ש 102; ע"מ 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (7.11.2010).