

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

רונית לוין-שנור ואדם שנער*

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. לאחר שאנו מציגים 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 ההכרה כי לפיתוח התיישבות יהודית ערך רווח ונוהג במדינת ישראל משחר היוולדה. ערך זה מחייב, כך אנו טוענים, השוואה כלפי מעלה לפיתוח התיישבות עבור מי שאינם יהודים. לסיכום 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 מסים.

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

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. 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

* מרצים בכירים, בית ספר הארי רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתנו נתונה למאיה גזית ושני ארד על עזרה מעולה במחקר, לאורי אהרונסון, 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.

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 Israel, but this recognition requires the leveling up of settlements for non-Jews. In conclusion, we 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.

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 מרכיב חשוב ומשמעותי במארג החוקתי של ישראל.¹ הוא סוטה ממנהגה של הכנסת למעט בהפעלת הסמכות המכוננת לצורך חקיקת ערכי היסוד של המשטר הישראלי. לראשונה מזה רבע מאה נקבעו הסדרים משוריינים שתתכן ותהיה להם השלכה 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, בהם ישנה רק הפניה כללית לערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.² חקיקת חוק היסוד לוותה על כן במחלוקות רבות. תומכי חוק היסוד הכריזו על רגע מכונן בתולדות הציונות והמדינה היהודית, בעוד מתנגדיו גרסו כי חוק היסוד מבסס אפרטהייד ועליונות גזעית, מדיר את אזרחיה הלא-יהודים של ישראל, ועומד בניגוד לתפיסה של ישראל כמדינה דמוקרטית.³

¹ חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק יסוד הלאום).
² חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס' 1א; חוק יסוד: חופש העיסוק, ס' 2. בחוק יסוד: הכנסת, סעיף 7א(א)(1), ישנה התייחסות ל"שליטת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" כעילה למניעת השתתפות בבחירות. בנוסח הצעת החוק המקורית מכוחה הוסף סעיף 7א ההתייחסות היתה ל"שליטת קיומה של המדינה כאמור בהכרזה על הקמת מדינת ישראל" וכן, כעילה נוספת, ל"שליטת האופי הדמוקרטי של המדינה". הי"ח 1728 (1985.4.17). בסיומו של דבר אומץ לגבי העילה הראשונה הנוסח "שליטת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי". ס"ח 1155 (1985.8.7). בתיקון נוסף מ-2002 אומצה ההצעה לאחד את שני הסעיפים לסעיף אחד, בהתאם לנוסחו כיום של הסעיף. ס"ח 1845 (2002.5.22); הי"ח 3048 (2001.11.5).
³ ראו לדוגמה, מורן אזולאי "אושר חוק הלאום: בקואליציה מחאו כפיים, באופוזיציה קראו 'אפרטהייד'" *ynet* 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, 928–927 (17.7.2018).

באופן בולט, ולא במקרה, אין בחוק יסוד הלאום כל אזכור לאופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל ולמאפייניה הרב-לאומיים והרב-תרבותיים.⁴ יש בו תביעת ריבונות הצהרתית של העם היהודי על ארץ ישראל כמולדת היסטורית, לצד היעדר כל התייחסות לארץ כמולדת ההיסטורית של העם הפלסטיני.⁵ יש בו קביעה הצהרתית כי ישראל היא "מדינת לאום" יהודית, ואין בו כל התייחסות לזכויות הטבעיות, תרבותיות, דתיות והיסטוריות של קבוצות אתניות ודתיות לא-יהודיות.⁶ חוק היסוד שולל את הזכות להגדרה עצמית לאומית של לא-יהודים משום ייחוד הזכות להגדרה כזו בישראל לעם היהודי,⁷ תוך שהוא איננו כולל כל התייחסות למחויבות לשוויון או ליחס של כבוד לכל אדם באשר הוא.⁸

לשם ביטוי אופייה הלאומי-יהודי של ישראל קובע חוק היסוד את מאפייניה הייצוגיים של המדינה – שמה, דגלה, סמלה, המנונה, שפתה, בירתה, לוח השנה הנהוג בה, ימי מנוחה וימי ציון מיוחדים – מתוך זיקה למסורת ומורשת ישראל.⁹ חוק היסוד מפנה במרבית מעניינים אלה לקביעות מפורטות שיערכו בחוק.¹⁰ כמו כן, קובע חוק יסוד הלאום ארבעה היבטים נוספים, שאינם ייצוגיים-סמליים, אך עם זאת, לא אופרטיביים, המבטאים את מחויבותה של המדינה לזהותה הלאומית-יהודית: פתיחות לעלייה יהודית ולקבוצות גלויות;¹¹ מחויבות לשמירה על בני העם היהודי הנרדפים בשל השתייכותם זו,¹² מחויבות לשמירת הזיקה בין בני העם היהודי שבתפוצות לבין המדינה והמורשת היהודית,¹³ וזיהויו של פיתוח התיישבות יהודית כערך לאומי.¹⁴

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, ולמעשה רק ימים ספורים לפני אישור חוק היסוד, גובשה על ידי הקואליציה הסכמה לשינוי מהותי בנוסח ההוראה והוא אשר אושר לבסוף.¹⁵ אך אף הנוסח שאושר מעורר קשיים, שכן תחת המחויבות שבמגילת העצמאות לשקוד על "פיתוח הארץ לטובת כל תושביה", מאפיין חוק היסוד כערך לאומי את פיתוח התיישבות היהודית דווקא. בכך יתכן שסעיף 7 לחוק

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

⁵ שם, בס' 1(א). ראו גם לעניין מעמדה של ירושלים "השלמה והמאוחדת", שם, בס' 3.

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

⁷ שם, בס' 1(ג).

⁸ 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'.

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

¹⁰ כך לגבי הסמלים, השפה, לוח השנה וימי המנוחה; חריגים לכך הם קביעת הבירה וימי הציון המיוחדים.

¹¹ שם, בס' 5.

¹² שם, בס' 6(א).

¹³ שם, בס' 6(ב)–(ג).

¹⁴ שם, בס' 7.

¹⁵ ראו להלן, בחלק א'.

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".¹⁶

מטרת המאמר על כן היא לעמוד על טיבו של מתח זה בין 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.¹⁷ פסילת חוק היסוד (או חלקים ממנו) תחייב את בית המשפט להפעיל את דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי, או אף את דוקטרינת החוקה הלא חוקתית.¹⁸ מאמר זה אינו נוקט עמדה ישירה בסוגיות אלה. תחת זאת, נבקש לעמוד על אפשרויות פרשנויות לסעיף 7 לחוק היסוד, כולל כאלה אשר יהיה בהם אולי כדי ליישב את המחלוקת בין מתנגדי החוק ותומכיו בנוגע להיבט זה, ולייתר את הצורך בהכרעה בסוגיה הרחבה של התיקון הלא חוקתי בכלל ובהקשר של חוק היסוד דגן 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, תוך קירוב ישראל למשטר גזעני של מדינת אפרטהייד שאיננו הולם את אופיה 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

¹⁶ 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).

¹⁷ 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.

¹⁸ David E. Landau, Rosalind Dixon & Yaniv Roznai, "From an Unconstitutional Constitutional Amendment to an Unconstitutional Constitution? Lessons from Honduras" 8 *Global Constitutionalism* 40 (2019).

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 אותה יזם חבר הכנסת אבי דיכטר,¹⁹ כללה סעיף שכונה "שימור מורשת", ובו הוצע כי:²⁰

(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.²¹ הדברים באו לידי ביטוי גם בדברי ההסבר שפורסמו, במסגרתם צוין כי בעת הכנת ההצעה לקריאה שניה ושלישית תיבחן שנית הכללת האמור בס"ק (ב) (הערה כאמור לא צוינה לגבי סעיפים אחרים בהצעה).²² עם זאת, גם ביחס לס"ק (א) התעוררה התנגדות כאשר כבר בראשית הדיונים בהצעה התריע הייעוץ המשפטי לכנסת כי ישנה שאלה לגבי עצם ההכללה של הוראה חדשנית שכזו הנוגעת לזכויות בחוק היסוד אשר עוסק בעקרונות היסוד של המדינה.²³ בהמשך הדרך התנהלו מעט דיונים, אנקדוטליים בעיקרם, באשר לה, ונראה היה כי היא צפויה לעורר קשיים יישומיים לא מעטים. ניתן לשער כי כוונת מנסחיה היתה לתמוך בהצדקה לקיום התיישבות קהילתית נבדלת המעוגנת בס"ק (ב), כך ששימור מורשת יבוא לידי ביטוי בהתיישבות נפרדת. לכן, למעשה, 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.²⁴ 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. אמנם, 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 ישובים לערבים בלבד, וכן כי יהיו מאפיינים ההופכים את היהודים המבקשים להתבדל ל"קבוצה ייחודית".²⁵ עולה אם כן שאלה, האם הניסוח שבס"ק (ב) היה בו כדי לעקוף את תוצאת פסק הדין, שכן עשויה היתה

¹⁹ הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, התשע"ח-2018, 1989/20/פ (להלן: הצעת חוק היסוד הפרטית).

²⁰ הצעת חוק היסוד, לעיל ה"ש 8, בס' 7.

²¹ 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).

²² 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).

²³ עו"ד גור בליי, בפרוטוקול ישיבה מס' 9, לעיל ה"ש 21, בעמ' 15.

²⁴ 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, 20-19, 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" (עתידי להתפרסם, המכון הישראלי לדמוקרטיה).

²⁵ עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 280-281.

להתעורר שאלה האם על "קהילה" בה עוסק הסעיף להתאפיין כך שאין היא מוגדרת רק על ידי דחיית כל מי שאינו יהודי או שדי בכך שכל טיבה של ה"קהילה" הוא בהדרת לא-יהודים.²⁶

נציגי היועץ המשפטי לממשלה והיועץ המשפטי לכנסת הביעו התנגדות להדרה על בסיס הלאום לבדו.²⁷ הוועדה המשותפת עסקה ביחס בין הסעיף המוצע ל"חוק ועדות קבלה",²⁸ ובפרט באיזונים הקבועים שם בין הזכות לשימור אופי הקהילה לבין איסור אפליה.²⁹ איזונים אלה מטרתם לאסור, מחד, על ועדת קבלה לדחות מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום וכו', ומאידך, להתיר לוועדת קבלה לדחות מועמד מטעמי חוסר התאמה למרקם החברתי-תרבותי של היישוב או מטעמים הנוגעים לייחודו של היישוב הקהילתי אשר קיבלו את אישור רשם האגודות השיתופיות. על כן, נשקלה האפשרות לתקן את חוק ועדות קבלה כך שיביא לידי ביטוי את האמור בסעיף 7(ב) לחוק יסוד המוצע, ובכך גם לשנמך את מעמד התיקון המוצע וגם להכפיפו למנגנוני האיזון שם.³⁰ בהקשר זה העירה נציגת רשם האגודות השיתופיות כי נכון לאותה העת לא מאושרים תקנוני ישובים בהם נקבע כתנאי כשירות לחברות באגודה השיתופית השתייכות ללאום היהודי. לסברתה, אם יאושר חוק יסוד הלאום בנוסח המוצע, יתכן והרשם לא יפסול סעיפים המגבילים קבלה על בסיס דת ולאום.³¹ יש להדגיש כי חוק ועדות קבלה מאפשר סינון מועמדים רק בישובי הגליל והנגב המסווגים כהתיישבות קהילתית ובהם לא יותר מ-400 משפחות, הגבלות שלא נקבעו בסעיף המוצע.³²

חברי כנסת מן האופוזיציה שהתנגדו לסעיף טענו כי המורשת והייחוד של קבוצת היהודים לא נמצאים בסכנה, ולכן אין טעם להעניק ליהודים זכות להתיישבות נפרדת, אשר מוצדק לתיתה לקבוצת מיעוט.³³ זאת ועוד, נטען כי סעיף 7 פוגע בלגיטימציה של הציונות, שכן בשם הציונות מתאפשרת אפליה של מיעוטים, שתתדלק את טענות האפרטהייד נגד ישראל.³⁴ זאת ועוד. נטען כי אין צורך ממשי בסעיף, שכן ממילא ישראל פועלת, מאז הקמתה, להקמת יישובים יהודיים מבלי שתהיה לכך כל הנחייה מפורשת בחוק.³⁵ מנגד, חברי כנסת מהקואליציה הביעו 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 לשיטתו מצריך ייצור תמריצים להתיישבות יהודית שם.³⁶ ללא תמריצים אלה, טען, "נצרת עילית תיפול", משל הייתה גמלא (רק עם רוב ערבי).³⁷ גם כאן הדגיש היועץ

²⁶ שם, בעמ' 280.

²⁷ 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)).

²⁸ 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).

²⁹ האיסור קבוע בסעיף 6ג(ג) לפקודת האגודות השיתופיות. השיקולים אשר ניתן לשקול (חוסר והתאמה וייחודו של היישוב) קבועים בסעיפים 5(ג) ו-6(ג) לפקודת האגודות השיתופיות, בהתאמה.

³⁰ 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 27, בעמ' 28).

³¹ פרוטוקול ישיבה מס' 9, לעיל ה"ש 21, בעמ' 38–39.

³² ס' 2 (הגדרת "יישוב קהילתי") + ס' 6ב לפקודה.

³³ פרוטוקול ישיבה מס' 9, לעיל ה"ש 21, בעמ' 22.

³⁴ שם, בעמ' 36, 42, 47–48; פרוטוקול ישיבה מס' 17, לעיל ה"ש 24, בעמ' 67.

³⁵ פרוטוקול ישיבה מס' 9, לעיל ה"ש 21, בעמ' 46; פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 1), לעיל ה"ש 27, בעמ' 38, 71.

³⁶ פרוטוקול ישיבה מס' 9, שם, בעמ' 44; פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 1), שם, בעמ' 93; פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 2), לעיל ה"ש 27, בעמ' 68.

³⁷ פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 1), שם, בעמ' 31–32.

המשפטי לכנסת כי אין כל פסול ב"ייהוד הגלילי", 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.³⁸

עיקר הדיון, עם זאת, לא נסב סביב משמעות הציונות, או הלגיטימיות של ייהוד הגליל, אלא על אודות היחס בין סעיף 7 לעקרון השוויון.³⁹ הטענה המרכזית של מתנגדי הסעיף, אליהם הצטרף היועץ המשפטי לממשלה, הייתה כי הסעיף פוגע בשוויון ומבסס אפליה במגורים ברמה חוקתית, ובכך יתרום לסגרגציה באופן כללי.⁴⁰ זאת ועוד. נטען כי בעוד חוק היסוד הוא, רובו, ככולו, ברמה ההצהרתית ואינו דן בזכויות אישיות, סעיף 7 סוטה מקו זה בבססו זכות שווה לכל קהילה המעוניינת בכך להקים התיישבות משלה.⁴²

שתי התנגדויות עיקריות עמדו למול הוועדה שמכינה את הצעת חוק היסוד. אחת, התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה על כך שסעיף 7 סותר את עקרון השוויון, עלול לפגוע בישראל במישור הבינלאומי, ועשוי להיפסל בבג"ץ.⁴³ השנייה, הערתו של נשיא המדינה, אשר ברגיל אינו מתערב בהליכי חקיקה, אשר ציין במכתב ששלח לוועדה כי ישנו 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".⁴⁴

2. הנוסח הסופי

ההתנגדות לסעיף 7 שבהצעת חוק היסוד הביאה לבחינת נוסחים חלופיים. כך, הוצגה הצעתם של ד"ר חגי ויינצקי ועו"ד שמחה רוטמן, אשר התבססה על כתב המנדט, ולפיה "מדינת ישראל רואה עצמה מחויבת להקמה וביסוסה של התיישבות יהודית צפופה בשטחי ארץ ישראל הנתונים לשליטתה".⁴⁵ נוסח דומה הוצע על ידי ח"כ עודד פורר (ישראל ביתנו), לפיו מדינת ישראל "תשקוד על פיתוח התיישבות יהודית בארץ ישראל".⁴⁶ יש לזכור עם זאת, כי בכתב המנדט נאמר במפורש כי התיישבות זאת תעשה מבלי לפגוע בלא-יהודים: "ממשלת ארץ-ישראל, בהבטיחה שזכויותיהם ומצבם של חלקי אוכלוסייה אחרים לא ייפגעו לרעה... [ו]תעודד... התיישבות

³⁸ שם, בעמ' 31, 35, 38.

³⁹ 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 תייצר 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 ה"ש 24, בעמ' 6, 36, 50, 63; פרוטוקול ישיבה מס' 17, לעיל ה"ש 24, בעמ' 38; פרוטוקול ישיבה מס' 9, לעיל ה"ש 21, בעמ' 13, 24-27, 41; דבריו של פרופ' ידידיה שטרן, פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 2), שם, בעמ' 31-33.

⁴⁰ פרוטוקול ישיבה מס' 9, שם, בעמ' 16, 24; פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 2), שם, בעמ' 38, 63, 65.

⁴¹ פרוטוקול ישיבה מס' 9, שם, בעמ' 27; דבריו של המשנה ליועמ"ש רז נורי, פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 1), לעיל ה"ש 27, בעמ' 40-43, 47.

⁴² פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 2), לעיל ה"ש 24, בעמ' 39-42.

⁴³ נעה לנדאו ויהונתן ליס "מנדלבליט הזהיר את נתניהו: לאישור חוק הלאום עלולות להיות השלכות בינלאומיות" הארץ 10.7.2018. www.haaretz.com/news/politi/1.6265549

⁴⁴ 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

⁴⁵ פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 2), לעיל ה"ש 24, בעמ' 29-30, 44-46.

⁴⁶ פרוטוקול ישיבה מס' 15 (חלק 1), לעיל ה"ש 27, בעמ' 77.

צפופה של יהודים על הקרקע, לרבות אדמות המדינה".⁴⁷ לבסוף, סמוך מאוד לפני ההצבעה על חוק היסוד הוצגה על ידי הקואליציה חלופה אחרת לסעיף 7 על שני חלקיו.⁴⁸ חלופה זו, שהוצגה כמתונה יותר,⁴⁹ היא אשר נקבעה לבסוף:

המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי,

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.⁵⁰ בהמשך טען עם זאת כי יש לראות גם בנוסח החדש ככזה המאפשר התיישבות יהודית נפרדת.⁵¹ עיקר ההתנגדויות, עם זאת, הגיעו מגורמים באופוזיציה, אשר סברו כי הסעיף החדש עדיין לא פותר את הבעיות שבנוסח המקורי. כך, למשל, ח"כ יעל גרמן (יש עתיד) טענה כי מתוך העקרון של ביסוס התיישבות יהודית ניתן ללמוד שאין מקום להתיישבות שאינה יהודית בישראל.⁵² בהמשך לכך, ח"כ דב חנין (הרשימה המשותפת) הצביע על כך שהנוסח החדש גרוע יותר מהנוסח המקורי. כך, משום שהסעיף הקודם הציג תפיסה של "הפרדה גזעית ביישנית", כלומר – כל קבוצה יכולה לבחור להיות נפרדת, גם קבוצת המיעוט, מבלי שיש עדיפות לאף קבוצה (תפיסת "נפרד אבל שווה"). הנוסח החדש, עם זאת, מעגן באופן מפורש את ההעדפה הלאומית לה תזכה קבוצת היהודים על פני הקבוצות האחרות. זוהי גישה של עליונות יהודית שתבסס את ישראל כמדינת אפרטהייד.⁵³ ברוח זו, הוצעו הסתייגויות ותוספות לנוסח החדש.⁵⁴

בתשובה לטענות אלה, סבר היועץ המשפטי לכנסת כי היה ראוי להתייחס לנושא השוויון בחוק היסוד החדש או מחויבות לפיתוח הארץ לטובת כל תושביה. אולם משהתייחסות זו לא הוספה, טען כי הפרשנות שתינתן לסעיף 7 צריכה לעלות בקנה אחד עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ושאר חוקי היסוד, מתוך ניסיון ליצור הרמוניזציה בין חוקי היסוד, כלומר עליה לתאום את חוקי היסוד האחרים, שממם 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.⁵⁵ לדברים אלה הצטרף גם היועץ המשפטי לממשלה, אשר סבר כי הנוסח החדש מבטא באופן הצהרתי את הערך של התיישבות יהודית במדינת ישראל, בדומה לאופן שביטא זאת נשיא בית

⁴⁷ ס' 6 לכתב-המנדט הבריטי. ראו ברנרד יוסף **השלטון הבריטי בארץ-ישראל** 272 (מוסד ביאליק, 1948).
⁴⁸ 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).

⁴⁹ שם, בעמ' 5 (ח"כ אבי דיכטר).

⁵⁰ 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).

⁵¹ פרוטוקול ישיבה מס' 19, לעיל הי"ש 48, בעמ' 68.

⁵² 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... "היו"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 – ר.ל.ש.ו.א.ש).

⁵³ שם, בעמ' 13.

⁵⁴ 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 שישמר 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).

⁵⁵ פרוטוקול ישיבה מס' 19, לעיל הי"ש 48, בעמ' 84, 89.

המשפט העליון השופט אהרן ברק: "מדינה יהודית היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה, ובמושבותיה היא בראש דאגותיה".⁵⁶ אולם, ערך זה ימומש בכפוף לעקרון השוויון. לכן, נוסח זה של חוק היסוד לא יאפשר אי-קבלה ליישוב על בסיס זהות לאומית בלבד. לגבי מתן תמריצים – ברמה הפרטנית לא ניתן יהיה לתת תמריץ ליהודי המתגורר בצפון הארץ ולערבי לא, אולם יתכן שניתן יהיה לתת תמריצים להקמת ערים יהודיות.⁵⁷ עמדת היועץ, אם כן, נותרה עמומה. מחד גיסא, ציין כי רק ליהודים יש זכויות קולקטיביות כיהודים, ולכן ניתן לתמרץ ערים יהודיות. באותה נשימה, הוא 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.⁵⁸ נציג היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד רז נזרי, ציין את ייחודיותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אשר שמה לה כערך את עקרון ההתיישבות היהודית, אך באותה נשימה 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 אינדיבידואליות (ליהודים ולערבים כאחד), שכן זו המשמעות של מדינה יהודית, אשר כאמור אינה סותרת את היותה של ישראל מדינה דמוקרטית.⁵⁹

בסופו של יום, למרות ההתנגדויות משני הצדדים הוועדה החליטה 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 הכוונה המפלה לא הוסרה 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".⁶⁰ גם מהצד הימני נמתחה ביקורת, שהדהדה את הדיונים בוועדה. ביקורת זו התמקדה במה שנתפס כריכוך הסעיף עד כדי מסמוסו וסירוסו.⁶¹ בתשובה לכל אלה, המסר שהועבר מלשכת ראש הממשלה היה כי חוק היסוד הלאום לא גורע מזכויות הפרט, מחד, ומאידך סעיף 7 מעגן ערך ציוני שכל ממשלות ישראל פעלו למימוש, תוך שפעלו במקביל למתן פתרונות למגזרים הלא יהודיים בישראל.⁶²

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 הבדלים מעטים ביותר בין הצעת חוק היסוד לנוסחו הסופי, וזאת ביחס למעמדה של השפה הערבית (סעיף 4ב), לסעיף 11 אשר ביקש לעגן בחוק היסוד את מקורות המשפט

⁵⁶ למשל אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 331–332 (1994); עו"ד רז נזרי בפרוטוקול ישיבה מס' 19, לעיל ה"ש 48, בעמ' 62.

⁵⁷ שם, בעמ' 62, 70, 73.

⁵⁸ שם, בעמ' 67–68, 75–76, 78–79.

⁵⁹ שם, בעמ' 59, 61, 63–64.

⁶⁰ נספח מס' 765-א' להצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (הצעת חוק לקריאה השנייה והשלישית), התשע"ח-2018, מ/1989/20.

⁶¹ 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

⁶² ירון אברהם "דף המסרים של נתניהו: יחוק 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.

המשלימים במקרה של חסר (לקונה),⁶³ וכן שינוי מסוים בסעיף 6(ב) לענין שימור הזיקה בין המדינה ליהדות התפוצות.

ב. מבנה, לשון וכוונת המכונן

נוסחו ולשונו של סעיף 7 לחוק היסוד נוקטים בלשון עמומה (יתכן, במכוון, על מנת לגבש הסכמה),⁶⁴ 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 פיתוח התיישבות יהודית כ"ערך לאומי"?

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

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 פיתוח התיישבות היהודית כערך לאומי היא כינונו של **טעם נורמטיבי** לפעולה של עידוד וקידום הקמה וביסוס של התיישבות כזו. ניתן מנגד 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 אמנם כך, המשמעות של הפעולה לעידוד ולקידום התיישבות יהודית היא שיש ערך (טעם) לאומי בכך, והמשמעות של לראות בפיתוח התיישבות ערך לאומי היא שזהו **הטעם המצדיק הצהרתי (מוטיבציוני)** פעולה לשם כך.⁶⁵ במילים אחרות, אין זה שעל מנת לממש את מעמדה של פיתוח התיישבות היהודית כערך לאומי יש לפעול באופנים שהוגדרו, אלא שהפעולה באופנים שהוגדרו נעשית משום שפיתוח התיישבות הוא ערך לאומי. אפשרות זו מתיישבת עם לשון ההוראה: "רואה", שהוא פועל המאפיין את היש, הרווח, ולא המכונן מכוח חוק היסוד;⁶⁶ כמו גם עם "וי" היפוך זמן הפועל ב"ותפעל" (מהווה מתמשך של "רואה"

⁶³ כקבוע בס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980.

⁶⁴ על החשיבות של עמימות ואי פירוט כאמצעי להשיג הסכמות רחבות, ראו Cass R. Sunstein "Incompletely Theorized Agreements" 108 *Harvard Law Review* 1733 (1995).

⁶⁵ 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 21, בעמ' 62.

⁶⁶ ראו גם חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג-1952, ס' 1 (להלן: חוק ההסתדרות).

לזמן עתיד), המקשרת 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, מהם 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, בהם זיהויו של "ערך לאומי" סייע לשופטים להכריע בעניין חוקתיותם של חוקים בעלי אופי דתי.⁶⁷ כמו גם בהקשר פגיעתן או לחומרתן של התבטאויות החותרות תחת מורשת או ערכים לאומיים (זכרה של חנה סנש, למשל).⁶⁸ כך גם לגבי שימור 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.⁶⁹ בנוסף, בתקנות התכנון והבניה המונח "אתר בעל ערך לאומי" נכלל תחת ההגדרה "מבנה היסטורי", אשר מצדיק הטלת מגבלות תכנון ובנייה.⁷⁰ 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.⁷¹

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 הוא הצהרתי בלבד, אין בסעיף 7 לחוק יסוד האדם 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, כלל ועיקר, מן החובה לנהוג בשוויון. ואולם, אף אם יש בסעיף 7 כדי להוות טעם נורמטיבי, אין בכך כדי לשלול את קיומם של טעמים מוציאים או טעמים מתחרים אותם יש לשקול בנוסף באיזון (אנכי או אופקי) ובמבחני המידתיות.⁷² קודם שנפנה לשקילת היבטים אלה ביתר פירוט, נבקש לעמוד עוד על כוונתו הסוביקטיבית של המכונן.

⁶⁷ רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(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 – יפו נ' קולנוע "דקל" בע"מ, פ"ד תשי"ח(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 סולדוקין, שם, בעמ' 621. בעניין גיוס בני ישיבות ראו: בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פס"י 2 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם באר"ש, 21.2.2012).

⁶⁸ בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817, 833–835 (1999). ראו גם רע"א 10520/03 בן גביר נ' דנקנר, פס"י 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם באר"ש, 12.11.2006).

⁶⁹ חוק העתיקות, התשל"ח-1978, ס' 19, 22, 36. ראו גם טדסקי "עתיקות בדיני קניין" משפטים ט 363, 382 (1979).
⁷⁰ תקנות התכנון והבניה (בקשה להיתר, תנאים ואגרות), התש"ל-1970, התוספת החמישית, ס' 1.00 (הגדרת "מבנה היסטורי").

⁷¹ בשי"פ 4073/17 ראדה נ' מדינת ישראל, פס"י 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). כן ראו חוק גנים לאומיים, שמורות טבע, אתרים לאומיים ואתרי הנצחה, התשנ"ח-1988, ס' 38.

⁷² השו"ב בג"ץ 1308/17 עיריית סילווד נ' הכנסת, פס"י 61 ו-79 לחוות דעתה של הנשיאה חיות (ניתן ביום 9.6.2020), שם נפסלה כלא ראויה "התכלית המערכתית" של החוק להסדרת התיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017, לפיה 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 תחולת סעיף 7 לחוק יסוד האדם על האזור, ראו רונית לוי-שנור "ללא תקנה": על תקנת השוק במקרקעין באזור יהודה והשומרון" משפטים נ (עתיד להתפרסם).

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:

(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 – היינו, על מקרקעי ישראל שבניהולה, תוך מתן מעמד של יישוב, גבולות מוניציפליים, ותוקף תכנוני. ראוי להדגיש כי בלתי אפשרי 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, יתכן שנוסח זה יכול היה דווקא להתיישב עם הפסיקה שכן יש בו מענה לכאורה לשני הסייגים לדחיית מדיניות "נפרד אבל שווה" שהודגשו שם.⁷³ ראשית, האמור בס"ק (א) עשוי להוות אמצעי לכפיית המדינה לתמוך אקטיבית בהתיישבות נבדלת של לא-יהודים, משום שאת מתן האפשרות לקיים התיישבות נפרדת, אם ניתנת, יש להעניק באופן בלתי מפלה; שנית, בס"ק (ב) מושם דגש על אופיה ה**קהילתי** (לא רק יהודי) של ההתיישבות המתבדלת, באופן שעשוי לעלות בקנה אחד עם הדרישה כי הדרת הלא-יהודים תהיה מבוססת על שיקול אחר מעצם אי-הדותם. זאת, בדומה לאמור בחוק ועדות קבלה ביחס לדחיית מועמד ליישוב קהילתי מטעם של חוסר התאמה "למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי".⁷⁴ לפי פרשנות זו, בכל הנוגע לסוגיית ההתיישבות, סעיף 7 כפי שהוצע 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 כי הזכות להגדרה עצמית שמורה ללאום היהודי בלבד.⁷⁵

לעומת שיח הזכויות שבנוסח שהוצע במקור, בנוסח שאושר נמען ההוראה אינו עוד הפרט אלא המדינה. המדינה היא זו שרואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ועליה מוטלת כעת (באופן רשמי) החובה החוקתית לעודד

⁷³ עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 16, בעמ' 279-280.

⁷⁴ פקודת האגודות השיתופיות, ס' 6ג(א)(5).

⁷⁵ ס' 1ג) לחוק יסוד הלאום.

ולקדם הקמה וביסוס של התיישבות שכזו. זאת ועוד. בעוד שהסעיף המקורי אימץ לשון ניטרלית ושוויונית לכאורה, לפיה לכל קבוצה יש זכות להתיישבות נפרדת, כאחד האמצעים לשימור מורשת וזהות נבדלת, הנוסח החדש זונח את השפה הנייטרלית ומצהיר באופן מפורש על הערך הלאומי של פיתוח התיישבות יהודית בלבד.

כיצד, אם כן, הבינו המכוננים את הסעיף החדש שהצביעו לאישורו? כמובן שקשה לדעת כיצד נתפס הסעיף בעיני כלל חברי הכנסת, אולם ראוי להתעכב על מספר אמירות של חברי כנסת אשר היו מעורבים במיוחד בהליך חקיקת 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, ואיננו אפליה פסולה או חוסר שוויון. לדבריו, חוק היסוד לא מחדש דבר שכן הדברים היו מובנים מאליהם בעת קום המדינה אלא שכורסמו משך השנים, בפרט בפסיקה בעניין קעזאן. על כן יהיה לשיטתו בחוק היסוד כדי לאפשר הקמת מצפים בגליל לשם השבת הרוב היהודי בו, ולהצדיק מתן תמריצים להתיישבות יהודית.⁷⁶ ואולם, אף לשיטתו של חה"כ לוין, יש להבין את חוק היסוד בהתאם לעמדת היועץ המשפטי לממשלה. כך, חוק היסוד מהווה נדבך אחד מבין שניים: הנדבך האחד הוא היותה של מדינת ישראל מדינת הלאום של העם היהודי; והנדבך השני הוא של הדמוקרטיה ושוויון זכויות הפרט. נדבך אחרון זה כבר קבוע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁷⁷ אף יוזם חוק היסוד, ח"כ אבי דיכטר (ליכוד), הדגיש כי חוק היסוד מונע כל אפשרות שישראל תהיה מדינת כל אזרחיה וכי לערבים מעמד של מיעוט לאומי הנהנה משוויון זכויות לפרטים אך לא שוויון כמיעוט לאומי.⁷⁸ בעוד שהנוסח הקודם ניסה לבסס מובן של שוויון פורמלי, הנוסח שאושר זונח את הכוונה להצהיר על מראית פני שוויון.

מהי, אפוא, כוונת המכונן כפי שהיא נלמדת מהדיון לעיל? לפני שננסה 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 בו יש לפרש את החוקה, והאם, ועד כמה, יש לתת משקל לכוונת מחברי החוקה או לאופן שבו החוקה הובנה על-ידי הציבור בתקופה בה היא אומצה.⁷⁹ הגישה המקובלת בישראל (המצויה אולי בתקופה של תמורות) היא כי "כוונת המכונן" שביסוד ההוראה החוקתית, קרי למטרות ולערכים שהיה ברצונו להגשים, יש משקל בפרשנות החוקה, אולם זהו אך שיקול אחד מבין שיקולים רבים שעל הפרשן לקחת בחשבון.⁸⁰ זאת, שכן ישנן מספר בעיות ידועות עם מתן משקל לכוונה סובייקטיבית של המחוקק. ראשית, קשה עד בלתי אפשרי לגבש "כוונת מחוקק" כאשר המחוקק הוא יותר מאדם אחד, לא כל שכן גוף מורכב כמו בית מחוקקים. שנית, יתכן (ואף סביר), שלמחוקק אחד יש מספר כוונות שעלולות לסתור זו את זו. במקרה כזה, כיצד נדע לאיזו כוונה להתייחס? שלישית, מרחק הזמן וקשיים ראייתיים עלולים למנוע מאתנו גישה לכוונת המחוקק האמיתית. רביעית, ניתן לטעון שכוונתו של המחוקק אינה משנה, אלא רק הטקסט המשפטי. הטקסט הוא התוצר

⁷⁶ 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 ליהארץ' על חוק הלאום: כשהרכב השופטים יהיה אחר, נוכל להשיג מה שרצינו" **הארץ** 6.8.2018 www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.6343171

⁷⁷ פרוטוקול ישיבה מס' 359 של הכנסת ה-20, 1140 (17.7.2018).

⁷⁸ שם, בעמ' 1135.

⁷⁹ להבחנה בין אוריגניליזם גס ל- public meaning originalism, ראו Richard Kay "Original Intention and Public Meaning" **Northwestern University Law Review** 703 (2009) 103; Norman Dorsen "The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation Between U.S. Supreme Court Justices" **International Journal of Constitutional Law** 519 (2005) 3.

⁸⁰ ברק, לעיל ה"ש, 56, בעמ' 151.

החקיקתי, ולא כוונות מוצהרות או עלומות שלא באו לידי ביטוי בטקסט. לבעיות אלה תשובות, וכמובן שיש בעיות נוספות, שלא זה המקום לדון בהן.⁸¹

בענייננו, חלק מהבעיות הקיימות עם הבנת התכלית הסובייקטיבית בדרך כלל אינן משמעותיות. חוק יסודי 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 קעזאן. 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 זו ניתן למצוא גם במטרתו השנייה של המכונן – ייחוד הגליל והנגב במטרה להעניק להם רוב יהודי מוצק, סוגיה שזכתה להתייחסות נרחבת בדיוני הוועדה. אכן, מהניסוח המקורי ומדברי חברי הכנסת הוועדה, גם קהילות ערביות יוכלו להדיר יהודים מקרבן. הדרה בכיוון הזה לא הטרידה את חברי הוועדה, בין אם משום שיש מעט מאוד יהודים שמעוניינים לגור ביישובים ערבים, ובין אם משום שככלל, למעט בחברה הבדואית, ישראל לא מקימה יישובים ערביים על מקרקעי ישראל.⁸²

אילו הנוסח המקורי היה מתקבל, קשה היה לחמוק מפרשנות אחרת (שוב, בכפוף לדרישה שהדבר יהיה לצורכי שימור קהילתי). דא עקא, שהנוסח המקורי הוחלף בנוסח עמום הרבה יותר, אשר גם לגביו נחלקו הדעות בוועדה באשר למשמעותו. דעתם של חלק מחברי הכנסת הייתה כי אין הבדל בין הנוסח המקורי לנוסח החדש. אחרים חשבו כי הנוסח החדש גרוע יותר, שכן הוא מעניק פריבילגיה ליהודים בלבד. חלק מאלה שתמכו בנוסח המקורי של חוק היסוד סברו כי הנוסח החדש זונח מטרות חשובות (יישובים ליהודים בלבד וייחוד הנגב והגליל), בעוד שחלק אחר סבר כי אין מניעה לקיים התיישבות נפרדת גם עם הנוסח החדש. עמדת היועץ המשפטי לממשלה, אשר הודה בדבריהם של ראש הממשלה וח"כ לוי, הייתה כאמור כי לא 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, המכונן ביקש להסתייג מהנוסח המקורי שעיגן זכות אישית-קבוצתית להתיישבות נפרדת ולשימור תרבות, מורשת, שפה וזהות, על בסיס דת או לאום. לכן קשה לפרש את כוונת המכונן ככזו המבקשת להשאיר זכות להתיישבות נפרדת על כנה. שנית, יתכן שהכנסת בחרה בנוסח יותר מעודן ואולם עדיין הייתה מעוניינת לשמר זכות להתיישבות נפרדת (ליהודים). אולם מוטיבציה זו נשארה כמוסה ולא באה לידי ביטוי בדיונים ובכוונה הגלויה. אדרבא, חברי כנסת מהימין מחו על הנוסח החדש בטענה כי הוא מעקר את הנוסח המקורי וכי ימנע התיישבות נפרדת ופיתוח הנגב והגליל. כל אלה הן כוונות שליליות, קרי "מה לא".

מה הייתה, לעומת זאת, כוונתו החיובית של המכונן? קשה לגזור מסקנה ברורה מהדיון בוועדה. ברי כי המכונן התכוון לשנמך את הזכות לקהילה נפרדת מזכות חוקתית לכוח שיש בידי המדינה. כפי שציין היועץ המשפטי

⁸¹ שם, בעמ' 154–159.

⁸² לא הוקם ישוב 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 והדיור במגזר הערבי 1 (הוגש לצוות המשנה בנושא דיור בוועדה לשינוי כלכלי חברתי בראשות פרופ' מנואל טרכטנברג, 2011).

לממשלה, ניתן לראות בסעיף כבעל ערך הצהרתי בלבד.⁸³ זאת ועוד, לא הושגה הסכמה על משמעות המושג "התיישבות יהודית". אמנם מדובר במונח לו היסטוריה ארוכה, אולם גם היסטוריה זו אינה מנביעה הגדרה אחת למושג, אפילו אם ניתן לטעון כי בקרב החברה היהודית קיימת הסכמה רחבה יחסית באשר לחשיבותו.⁸⁴ כך, רק לצורך הדוגמה, ניתן לטעון כי התיישבות יהודית היא התיישבות אשר מוקמת על ידי יהודים אך אינה מונעת מגורים מאלה שאינם יהודים,⁸⁵ מול תפיסה כי התיישבות יהודית צריכה להתפרש כקידום התיישבות צפופה של יהודים גם באזורים ערבים,⁸⁶ לעומת תפיסה כי התיישבות יהודית היא התיישבות ליהודים בלבד.⁸⁷ התחרות בין גרסאות אלה לא הוכרעה על ידי המכון ברמת הלשון על כל פנים. אולם, 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 התפרשותו. 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 היא המדינה ולא אדם בעל זכות. לצד זאת, הבחירה במילים "פיתוח התיישבות יהודית" להבדיל מהתיישבות ניטרלית, מלמדת על כך שהמכון כן ביקש לבטא את יחסו המיוחד לקבוצת הרוב היהודי, מבלי שניתן לקבוע בוודאות, מתוך הלשון והכוונה הסובייקטיבית, מהו היקפה ותוכנה של יחס מיוחד זה.

ג. הצדקה נורמטיבית ופרשנות התואמת לחוקה

בחלק הקודם התמקדנו בניסיון להבין את המשתמע מתוך לשון ההוראה על פי הגיונה הפנימי ובהתאם לכוונת המכון הסובייקטיבית. הראינו, כי תכנה 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, אליה 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

⁸³ עו"ד נזרי, פרוטוקול ישיבה מס' 19, לעיל ה"ש 21, בעמ' 62.

⁸⁴ להבדיל בין concept ל- "Essentially" ראו Walter Bryce Gallie "Contested Concepts" 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* 167 (1956); Ronald Dworkin *Law's Empire* 70-72 (1986).

⁸⁵ 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' 15(2), לעיל ה"ש 24, בעמ' 44.

⁸⁶ דברי ד"ר ויניצקי, שם, בעמ' 29-30.

⁸⁷ 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".

הפשטה שונות... בנסיבות שבפנינו... אין קיימות תכליות מיוחדות שכאלה אשר ידן על העליונה".⁸⁸ והנה, חוק יסוד הלאום, מגבש את אותה תכלית מיוחדת של פיתוח התיישבות יהודית, ומבקש להקנות אלה מעמד חוקתי. אפשרות פרשנית זו מחייבת את בחינת היחס בין הטעם הנורמטיבי המכונן בסעיף 7 לחוק היסוד, לבין המערך החוקתי הרחב יותר, במסגרתו משתלבת ההוראה.

ביחס לכך תתכנה 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 תתקבל טענה לתיקון חוקתי לא חוקתי תגבר ההוראה החדשה על הוראות קיימות קודמות. לפי הפרשנות השניה, ניתן ליישב את הוראות הסעיף עם הוראות חוקתיות שקדמו לו. הבחירה בין חלופות פרשניות אלה צריכה להיעשות תוך הישענות על ההנחה הכללית של חוקתיות מעשה החקיקה, הנחה שיש לה אף תוקף רב יותר בהתייחס למעשה חקיקה חוקתי.⁸⁹ לפיכך, יש 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).⁹⁰ פסילה חוקתית צריכה להיות אמצעי של בליית ברירה.⁹¹ כפי שנאמר פעמים רבות, חוקה יש לפרש מתוך מבט רחב והוליסטי, וככל שמדובר בזכויות אדם, יש לפרשן בנדיבות.⁹² ככל שיש בטקסט החוקתי סתירות, אלה צריכות להיפתר תוך "איזון" בין הערכים והזכויות המתנגשים.⁹³

ספרות ענפה במשפט החוקתי הישראלי והמשווה עוסקת בקשיים המלווים את מלאכת האיזון, החל מדחיית שיטת האיזון בכללותה, ועד בעיות קונקרטריות כמו קביעת מעמד הזכויות והערכים, העמימות הנלווית לתהליך זה, ועוצמת שיקול הדעת השיפוטי הכרוכה במלאכת האיזון.⁹⁴ איזונים חוקתיים, אם כן, מעלים שאלות מוסדיות ונורמטיביות רבות. לצורך הנוכחי נוכל לקבל את השיטה לאיזון התנגשויות בין זכויות וערכים הנהוגה בבית המשפט העליון כנתונה ולבחון כיצד ניתן לאורה להבין 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 ופיתוח התיישבות יהודית מאידך, אם כי אין להתעלם גם ממקומו של ערך הקניין הפרטי, המעוגן בזכות חוקתית.⁹⁵

מבחינת תוכנו של ערך פיתוח התיישבות היהודית, זהו ערך העולה בקנה אחד עם מחויבותה של ישראל כמדינה יהודית ועם מפעל ההתיישבות, שאף קיבל עיגון בחקיקה ובהכרזת העצמאות.⁹⁶ השאלה היא האם ערך זה

⁸⁸ עניין קעדאן, לעיל ה"ש 16, בעמ' 283.

⁸⁹ Dietrich Conrad "Constituent Power, Amendment and Basic Structure of the Constitution: A Critical Reconsideration" 6-7 *Delhi Law Review* 17, 18 (1977).

⁹⁰ Sanford Levinson *Constitutional Faith* (2011).

⁹¹ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* 217-218 (2017).

⁹² ברק, לעיל ה"ש 56, 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) (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).

⁹³ ברק, לעיל ה"ש 56, בעמ' 215.

⁹⁴ לדוגמה בלבד, T. Alexander Aleinikoff "Constitutional Law in the Age of Balancing" 96 *Yale Law Journal* 943 (1986); Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat *Proportionality and Constitutional Culture* (2013).

⁹⁵ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס' 3.

⁹⁶ ראו שוחטמן, לעיל ה"ש 87; 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.

מתיישב או מתנגש עם המחויבות לשוויון. התנגשות קיימת כאשר ההסדרים הנורמטיביים אינם ניתנים ליישוב (זה עם זה).⁹⁷ האם זהו המקרה? בפסק הדין בעניין **הראל** כתב השופט רובינשטיין כי התיישבות יהודית ושוויון אינם משחק סכום אפס, והא בהא לא תליא,⁹⁸ ומכאן, לטעמו, שאין ביניהם התנגשות הכרחית. לכן, עוד קודם להכרעה בדבר משקלם היחסי של הערכים השונים, אפשר להגיע למסקנה כי את הערך הלאומי של פיתוח התיישבות יהודית יש לפרש כך שהוא אינו כולל פגיעה בשוויון. מסקנה זו חייבת להוציא מכלל התחום הרלבנטי, המוגן כערך לאומי, את אופני הפיתוח של התיישבות שיש עמם פגיעה בשוויון. היינו, כלפי פנים, אין למנות בתחום תכלית זו פיתוח ישובים שיש עמם הדרה ללא-יהודים אך בשל כך שהם אינם יהודים, היינו הפליה כלפי מי שאינם יהודים ללא כל טעם מצדיק לכך (ובפרט, אופיה 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 שאיפשרה 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, וכיו"ב.⁹⁹ הכרה בערך הלאומי של התיישבות יהודית אינה מנביעה את המסקנה כי הדרך לקדם התיישבות זו הוא על ידי הקטנה בהתאמה של קידום ההתיישבות בשאר המגזרים.¹⁰⁰

יש לדחות על כן את הטענה לפיה 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 הפליה במכירת דירות הנבנות על מקרקעי ישראל. השופט שטיין מציין כי מקרקעי המדינה כפופים לאינטרס הציבור אשר משמעו איסור חמור על הפליה 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 מהעקרון בדבר איסור הפליה.¹⁰¹

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, אותן סברנו כי יש להוציא מגרעין תחום ההתפרשות 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.¹⁰² 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 בהינתן פגיעה קשה ורצינית בהסתברות קרובה לוודאי בערך אשר משקלו נמוך יותר.¹⁰³ גישת האיזון האופקי, להבדיל, מניחה כי הערכים המתנגשים הם שווי משקל, ועל כן

⁹⁷ ברק, לעיל ה"ש 56, בעמ' 515.

⁹⁸ בג"ץ 9518/16 **הראל נ' כנסת ישראל**, בפס' סב לחוות דעתו של השופט רובינשטיין (5.9.2017).

⁹⁹ ראו רות גביון "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" **משפט וממשל** ו 25 (2001).

¹⁰⁰ בג"ץ **הראל**, לעיל ה"ש 98, בפס' סב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

¹⁰¹ 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 24, הטוענים כי אין לפרש את סעיף כמתיר לשלטון לנקוט מדיניות מפלה.

¹⁰² ברק, לעיל ה"ש 56, בעמ' 221.

¹⁰³ ראו למשל בג"ץ 73/53 **חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871 (1953).

יש לאפשר את קיומן המקביל באופן מירבי, כאשר הערכים "מוותרים" באופן הדדי על מקצתם כדי לקיים את שניהם.¹⁰⁴

מהו אם כן המשקל היחסי של שני הערכים, פיתוח התיישבות יהודית (במובנה הרחב) ושוויון? לגרסה אחת, ניתן לראות בסעיף 7 לחוק יסוד הלאום כמבסס עקרון עצמאי שמשקלו גובר על ערכים אחרים בחוקה. ישנם טעמים לתמוך בגישה זו. כך, משום שסעיף 7 נחקק כאשר העקרונות החוקתיים, לרבות עקרון השוויון, כבר היו מוכרים וידועים. חוק יסוד הלאום הוא מאוחר לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת ועוד. ניתן לטעון שהנורמה ביסוד סעיף 7 היא נורמה מיוחדת, בעוד שעקרון השוויון הוא נורמה כללית. על פי כללי הפרשנות הרגילים, כאשר מדובר בכללים באותו מדרג נורמטיבי, נורמה מאוחרת וספציפית גוברת על נורמה כללית ומוקדמת.¹⁰⁵ לפיכך, בהתנגשות בין שני העקרונות על עקרון התיישבות היהודית לגבור. זאת ועוד, חוק יסוד הלאום הוא חוק יסוד משוריין, וזאת בהשוואה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אשר אינו משוריין באופן פורמלי.¹⁰⁶ כן ניתן לטעון 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,¹⁰⁷ 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 לקבל עדיפות אינה משכנעת, לאור הקשר ההדוק בין כבוד האדם לבין שוויון והאיסור הפליה על בסיס גזע, דת או מוצא.

לסיכום נקודה זו, לטענתנו שוויון ופיתוח התיישבות יהודית אינם מוציאים זה את זה. לפיכך, כוונתנו אינה כי יש לבצע "איזון אנכי" המבליע את עליונותו של השוויון, ואף לא "איזון אופקי" האמור להוביל ליתור פרשני כדי לקיים בצורה מקסימלית את שני הערכים. כוונתנו היא כי פירושנו מאפשר לקיים את המובן הנכון והמלא הן של "התיישבות יהודית" והן של "שוויון", ולכן אין צורך "לאזן" או "לוותר" בין הערכים המתנגשים שכן הפירוש הנכון אינו מוביל להתנגשות המצריכה איזון מלכתחילה. גישה פרשנית זו מוצדקת, לטעמנו, לאור טענתנו כי סעיף 7 לחוק יסוד הלאום מכונן הצדקה הצהרתית בלבד. נפנה כעת להסביר מדוע כך הם פני הדברים.

ד. ערך הצהרתי והשוואה כלפי מעלה

¹⁰⁴ ברק, לעיל ה"ש 56, בעמ' 220.

¹⁰⁵ אהרן ברק פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית 546 (1992).

¹⁰⁶ אם כי לשיטת פרופ' ברק, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משוריין באופן מהותי. ראו ברק, לעיל ה"ש 56, בעמ' 53.

¹⁰⁷ ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003).

כפי שהסברנו, ניתן לראות בסעיף 7 לחוק יסוד הלאום מקור בעל ערך נורמטיבי או מקור בעל ערך הצהרתי. לפי המשמעות השניה, בה נדון כעת, מטרתו ותכליתו של סעיף 7 היא 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 ואידיאולוגית עמוקה, אשר באה לידי ביטוי מראשית ימי הציונות בקונגרס הציוני העולמי הראשון, בשנת התרנ"ז (1897). בקונגרס זה אושרה תכנית בזל, אשר הצהירה כי **"מטרת הציונות היא ליצור לעם היהודי בית ונחלה בארץ ישראל, שיובטחו במשפט הכללי"**.¹⁰⁸ מטרה זו עמדה לנגד עיני 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 זהות לאומית של בני אומה אחת הטוענת שערש היווסדה באדמה הזו. בסעיף 7 לחוק יסוד הלאום ישנו אישור "במשפט הכללי" של מחויבות שורשית ועקבית זו לכינונה ולפיתוחה של מדינת ישראל כבית לישוב היהודי. להתיישבות של יהודים. להתיישבויות יהודיות. זהו הערך הלאומי עליו מושתת מדינת ישראל. אכן, סעיף 7 מורה על "התיישבות יהודית", ולא רק (או בכלל) על "התיישבות של יהודים". ניתן אפוא לטעון כי מכיוון שטענתנו נסמכת על לשונו המדויקת של הסעיף, אנו סוטים ממשמעותו. ואולם לשיטתנו אין כאן קושי. המונח "התיישבות יהודית" אינו מתפרש באופן עצמאי, והוא יכול לשאת מספר פרשנויות אפשריות, העולות גם בקנה אחד עם הכוונה הסובייקטיבית כפי שזו משתקפת מהדיונים השונים עובר לחקיקתו. כך, ניתן לפרש התיישבות יהודית כהתיישבות של יהודים בלבד, כשם שניתן לפרש התיישבות יהודית כערך ציוני המבטא התיישבות של יהודים (אך לא רק) בישראל. מכיוון שהמובן הלשוני שבחרנו הולם את המובן המילולי, יש לפרשו גם בהתאם לשאר המחויבויות החוקתיות של ישראל. ודוק: אם המובן הלשוני שבחרנו היה זר למילות הסעיף, היה בטיעון זה ממש, אך כאמור לטענתנו אין סתירה בין "התיישבות יהודית" ו"התיישבות של יהודים".¹⁰⁹

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. אך אין בין חוסר אדישות זו, בין המחויבות לבניין הבית לעם היהודי, לבין נקיטה בחוסר שוויון כלפי מי שאינם יהודים ולו כלום. סעיף 7 לחוק היסוד מסביר קבל עם ועדה מדוע במדינת ישראל יושקעו מאמצים ומשאבים ממשלתיים בפיתוח ישובים: כדי שניתן יהיה לאפשר את התיישבות היהודים בני הארץ והיהודים מן העולם אם יבקשו להיקלט בה. אך אין בסעיף 7 לחוק היסוד דבר ממנו ניתן ללמוד על כך שהתיישבות יהודית זו תהיה באופי ובאופן הפוגע בעקרונות היסוד האחרים של שיטתנו: שוויון, כבוד לאדם באשר הוא, והגנה על הקניין וחירויות

¹⁰⁸ "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)" <https://www.jewishvirtuallibrary.org/first-zionist-congress-and-basel-program-1897>

¹⁰⁹ בהקשר זה ניתן להוסיף ולהקשות. אם אנו מחויבים למובן של "התיישבות של יהודים", האם אין בכך כדי לייתר את סעיף 5 לחוק היסוד? סעיף זה קובע כי "המדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות". ניתן היה לטעון שנוצרת כפילות עם סעיף 7, שכן סעיף 5 מעודד עליה לישראל, קרי התיישבות של יהודים, ואם אכן כך, אין כל צורך בסעיף נוסף שקובע שהמדינה צריכה לקדם התיישבות יהודית המפורשת כהתיישבות של יהודים. טענה זו אינה נראית לנו. ראשית, סעיף 5 אינו "מעודד" עלייה לישראל, אלא מצהיר רק כי ישראל תהיה "פתוחה" לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות. במושג עידוד יש משום נקיטת אמצעים פוזיטיביים כדי לקדם עליה. סעיף 5 אינו מכיל כפי שפה שכזו, בניגוד אגב לשפה החיובית בה נוקט סעיף 7. שנית, הנמנעים בשני הסעיפים שונים. סעיף 5 פונה ליהודים המתגוררים מחוץ לישראל, בעוד שסעיף 7 פונה למדינה ומורה לה לקדם התיישבות בתוך ישראל, ללא כל קשר לשאלה מהיכן אותם יהודים הגיעו (מחוץ לישראל או אלה הנמצאים כבר בתוכה). במילים אחרות, התיישבות יהודית היא התיישבות של יהודים (לפי הפרשנות שלנו), ואחת היא אם היהודים הגיעו מישראל או מחוצה לה.

הפרט. כיוון שהמוטיבציה ההצדקתית של מדינת ישראל בפעולות התיישבות הן הכנת הארץ ושימורה לטובת העם היהודי, הגשמת מטרה זו תיעשה בכפוף ובהינתן כלל האילוצים האחרים. לכן, אין בסעיף 7 לחוק היסוד כדי להצדיק הפחתה כלפי מטה (levelling down) של זכותם ומעמדם של הלא-יהודים. נהפוך הוא. ככל שמדינת ישראל אינה פועלת באופן המדיר ידיים מהשקעה בהתיישבות, וזאת משום הצורך הפנימי-לאומי של השקעה בהתיישבות עבור העם היהודי, הרי שיהיה עליה הנטל לקיים חובות ראויות באופן המוסיף כלפי מעלה (levelling up) של מי שאינם יהודים.¹¹⁰

לפי פרשנות זו, משמעות הדברים היא שאין בחוק היסוד, בנוסחו כיום, כדי להצדיק התיישבות מתבדלת, אלא אם כן התיישבות מתבדלת, במקרים מסוימים, היא הכרחית לשם הבטחת אפשרות המחייבה 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 הפליה 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. אך ככל שהיא עושה כן, תעשה כן בכפוף לחובות השוויון והכבוד. לכן, השקעות בתמריצים, בתשתיות, בתכנון, בהקמה, בעידוד, שאנחנו רוצים כדי להבטיח מקום בעולם ליהודים, נעשה גם כלפי מי שאינו יהודים, משום שהתיישבות יהודית במדינת ישראל משמעה התיישבות ליהודים המכבדת את ערכי השוויון והכבוד של מדינת ישראל.

ה. סיכום

במסגרת הדברים שהעמדנו כאן, בחנו את שאלת פרשנותו הראויה של סעיף 7 לחוק יסוד הלאום מתוך ניסיון 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 לפיו יהיה בסעיף 7 לחוק היסוד עוגן למצדדי הפגיעה בשוויון. למסקנה זו אנו מגיעים מתוך ההיסטוריה החקיקתית של ההוראה, מבנה הסעיף ולשונו; כמו גם מתוך הצגת מרחב הפרישה של המחויבות החוקתית שבסעיף 7 לחוק היסוד, ואיזונה מול מחויבויות חוקתיות אחרות; ולבסוף גם מתוך הצגת העמדה לפיה סעיף 7 לחוק היסוד מבסס הצדקה מוטיבציונית ולא נורמטיבית לפעולה, הנושאת עמה מחויבות להשוואה כלפי מעלה להשקעה בפיתוח התיישבות שאינה יהודית.

משמעות הדברים היא כי בשאלות כגון קביעת איזורי עדיפות לאומית,¹¹¹ הענקת מענקי ישוב,¹¹² איחוד ישובים,¹¹³ הענקות אישיות תלויות מקום,¹¹⁴ לא אמור להיות שינוי בעתיד למול מצב הדברים הקיים המחייב

¹¹⁰ השו"ב בג"ץ 5004/14 ג'קלין נ' משרד החינוך, בפס' 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).

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).

את המדינה לנהוג בשוויון בין תושבי הארץ וישוביה, יהיה הרכבם הדמוגרפי אשר יהיה. כך גם לגבי מגמות של התבדלות והפרדה, למשל בכניסה למקומות ציבוריים,¹¹⁵ בקבלה לישובים,¹¹⁶ 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.

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

¹¹⁶ עניין סבח, לעיל הי"ש 28.

¹¹⁷ עניין מי-טל הנדסה ושירותים, לעיל הי"ש 101; עע"מ 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (7.11.2010).