*\*המאמר צפוי להתפרסם בכרך כ"ה של כתב העת משפט וממשל, והוא עתיד עוד לעבור עריכה לשונית.*

המשך המדרון:

התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בגדה המערבית, בירושלים או ברמת הגולן בקבלתן "ברוב מיוחס"

אילן סבן[[1]](#footnote-1)\*

**מבוא**

**א. הכרעות טריטוריאליות במשפט המצוי של ישראל**

**ב. הצעות לשינוי המשפט: יוזמות "לרוב מיוחס" לצורך קבלת הכרעות טריטוריאליות בדבר נסיגה**

**ג. כשליהן של ההצדקות המושמעות בעד הצעות ל"רוב מיוחס" לצורך קבלת הכרעות טריטוריאליות בדבר נסיגה**

**1. טיעון זכויות האדם של המתנחלים המבקש להיסמך על המשפט הקנדי ביחס למשאל עם על פרישת הפרובינציה קֶבֵּק**

**2. טיעון השוואתי נוסף, לפיו משאלי-עם רבים מלווים בדרישה "לרוב מיוחס" – תשובת הנגד שניתנה בחוות הדעת משנת 2000 של מחלקת החקיקה במשרד המשפטים**

**3. טיעון אי־נאמנותם של האזרחים הערבים**

**4. הטענה כי הכרעה של מלחמה ושלום צריכה להתקבל רק על־ידי מי שיישא בתוצאות המלחמה, משמע, "היהודים ובעלי בריתם המשרתים בצבא"**

**5. הטענה: "טוב, אבל לפחות נסיגה בירושלים מצדיקה הכרעה של רוב מיוחס"**

**ד. תוכנית טראמפ וההצעה להעברת אזור המשולש "בהסכמת" הצדדים לסכסוך**

**הערת סיום**

מבוא

למן שנת 1967 אנו שולטים שלטון ללא מיצרים במיליוני בני־אדם אחרים. שליטה זו איבדה את אופיה הזמני לא רק בשל אורכה, אלא גם משום שמתלווה אליה התיישבות מסיבית בשטח הכבוש, שהוא גם שארית המולדת שנותרה לפלסטינים למימוש זכותם להגדרה עצמית. זהו מצב קולוניאלי; אי־אפשר להגדירו ביושר אחרת.

עתה גם דומה שאנו חולים במחלה שליוותה מדינות קולוניאליות בעת המודרנית. הינה מעגל המחלה: מדינה או עם משתלטים על טריטוריה המיושבת על־ידי בני־אדם אחרים; אלה אינם נהפכים לאזרחיה של המסגרת המדינית השולטת בטריטוריה, אלא מהווים נשלטיה; אם את ההשתלטות מבצעת מדינה מבחוץ הרי שהיא נהפכת למדינה־אם, שכן אזרחיה מגיעים להתיישב באותה טריטוריה; השליטה וההתיישבות (והגזל והאפליה המלווים אותן תכופות) מולידות התנגדות, שנעשית בשלב מסוים אלימה ורצחנית; אלימות זו מזמינה מהלכי דיכוי נוספים; במעגל המתעצם של אלימות הדדית המדינה השלטת עושה מעשים קשים – הן כלפי נשלטיה המתקוממים והן כלפי אזרחיה המתנגדים למדיניותה; היא מתקטבת, לחצים מבחוץ מתעצמים לעיתים, יציבותה הפוליטית מתערערת, האיזון בין מוסדותיה השלטוניים נשחק, וקדימויותיה וערכיה משתנים.

כך קרה, לדוגמה, עם צרפת באלג'יריה. במלחמת העצמאות האלג'ירית (1954–1962) עשה הצבא הצרפתי מעשים נוראים, ובכללם הוצאות להורג בלא משפט ועינויים, וצרפת עצמה לקתה באי־יציבות כרונית. ממשלות הרפובליקה הרביעית התחלפו בקצב מהיר, ובסוף שנות החמישים התרחש בה שינוי משטרי: חוקתה השתנתה, ומשטר פרלמנטרי הוחלף בנשיאותי – הרפובליקה הרביעית הוחלפה ברפובליקה החמישית, ודה־גול נהפך לנשיאהּ. כאשר התבהרה החלטתו להוביל את צרפת ליציאה מאלג'יריה, התרחש באפריל 1961 ניסיון להפיכה צבאית ("מרד הגנרלים"), וסמוך לכך קמה מחתרת רצחנית (ה־OAS) בקרב המתיישבים הצרפתים באלג'יריה ועריקים מהצבא, שביצעה מעשי זוועה כלפי אלג'יראים וכלפי מתנגדיה בקרב הצרפתים ואף ניסתה פעמים מספר להתנקש בחייו של דה־גול.[[2]](#footnote-2)

גם בבריטניה, בסוף המאה התשע־עשרה ובראשית המאה העשרים, השתרר שיתוק פוליטי חריף סביב שאלת אירלנד, אשר זכה להיקרא "המחלה האירית". לאחר מאבק ארוך התקבל בשנת 1921 ההסכם האנגלו־אירי. הוא הוביל לחלוקת האי האירי וקידם לעצמאות מלאה את אירלנד, שהופרדה מצפון־אירלנד, אך גם הוביל אותה למלחמת־אזרחים פנימית בין מתנגדי ההסכם לתומכיו. במקביל נותרה צפון־אירלנד חלק מהממלכה המאוחדת, והתמידו בה ההפליה וההדרה של הקתולים (תושביה הילידים, האירים בזהותם, של צפון אירלנד) על ידי מי שהפכו לקהילת רוב בצפון אירלנד, הפרוטסטנטים, צאצאי המתיישבים הבריטים. מאבק אזרחי של המיעוט הקתולי שהתעצם בשנות הששים דוכא, ובעקבות זאת התרחש שברון אלים. בין סוף שנות השישים לסוף שנות התשעים התקיימה בצפון־אירלנד התגוששות־דמים, המכונה "ה־Troubles", שגבתה את חייהם של שלושת אלפים בני־אדם ויותר.[[3]](#footnote-3)

אצלנו כבר נרצח ראש ממשלה. הקדימה את הרצח מחתרת יהודית שהפנתה את רצחנותה כלפי פלסטינים, והתרחשו שתי אינתיפאדות פלסטיניות, שהשנייה מהן הייתה אלימה בהרבה מהראשונה. במהלך השנים נסוגה ישראל מחלק מהטריטוריות שכבשה: היא נסוגה מסיני ופירקה את ישוביה שם בעקבות הסכם שלום עם מצרים, שהגיע שנים מספר לאחר מלחמת יום־הכיפורים (הנסיגה הושלמה בשנת 1982); היא נסוגה מלבנון לאחר שפיכות דמים ארוכה (הנסיגה הושלמה בחודש מאי 2000); והיא נסוגה מרצועת עזה בקיץ 2005 לאחר שפיכות דמים רבה ופינתה את ישוביה שם (להלן: ההתנתקות), אך נותרה עם מרכיבי שליטה מקיפים על הרצועה. במקביל היא ממשיכה כל העת בקולוניזציה של הגדה המערבית וירושלים המזרחית. הסכמים שכרתה עם אש"ף, ובראשם הסכמי אוסלו, התמוטטו בחלקם וחלקם האחר תלויים על בלימה, ובסוף ספטמבר 2000 פרצה האינתיפאדה השנייה.[[4]](#footnote-4) האלימות ההדדית לא שככה. במקביל לאירועים ולתהליכים הללו, ובמידה רבה בעטיים, ישראל עוברת שלבים קשים של קיטוב, אי־יציבות ושחיקה של ערכים ומוסדות.[[5]](#footnote-5)

קשה לנבא מה יקרה הלאה. יש סיכוי גדול שישראל תנסה להמשיך לעשות את שעשתה עד עתה, כלומר, תפעל לשמר ולהעמיק ככל יכולתה את מפעלה הקולוניאלי, לפחות ברוב חלקיו. בעקבות "תוכנית טראמפ", מינואר 2020,[[6]](#footnote-6) היא שקלה לעשות כן תוך המרה של הסיפוח דה־פקטו של הגדה המערבית בסיפוח דה־יורה של חלקים ממנה. בינתיים, מטעמים שונים, היא נרתעת מכך. ואכן תום ממשל טראמפ, בתוספת לחצים מבחוץ ומבפנים, וכן האפשרות לאינתיפאדה שלישית, עשויים לדחוק בישראל להכרעה אחרת מאשר הניסיון להתמיד במצב הדברים. בעת שהכרעה זו תתדפק, האם תעמוד על הפרק, הפעם באופן ממשי, חלוקת הארץ לשתי מדינות? או שמא ישתנה כיוון המאבק, והפלסטינים ותומכי שאיפתם לחירות ולשוויון יחתרו למדינה אחת בארץ־ישראל/פלסטין – רצועת עזה, ישראל והגדה המערבית – שבה "קול אחד לכל אחד"?

אינני יודע להשיב לשאלה הגדולה הזו של העתיד לבוא. השאלה שאציב היא אחרת והיא כפולה. ראשית, במישור המשפטי־חוקתי: אם תפנה ישראל, לאחר ההתרחשויות שעוד נכונו לנו, לכיוונה של חלוקת הארץ, אילו משוכות של משפטה הפנימי יצטרך הסדר כזה לצלוח? אתבונן על המשוכות שכבר ניצבות במשפט בהווה, אך בעיקר אבחן הצעות למשוכות חדשות. שנית, במישור הערכי: האם המשוכות הללו, אלו הקיימות ואלו המוצעות, ראויות? אאמוד אותן ואת ההצדקות הנשמעות בעדן מנקודת־הראות של מוסר ליברלי ומנקודות־הראות של משפט חוקתי השוואתי והמשפט הבינלאומי.

ניסיון להשיב לשאלות שהצבתי נתקל בקושי מקדמי. עד שתעמוד חלוקת הארץ על הפרק – אם אכן תעמוד – יתרחשו אירועים ותהליכים שיולידו שינויים במשפט ושינויים במציאות. מה התועלת, אם כן, בניסיון להשיב על שאלות שעניינן הצעות שחלקן עתידיות? הנה תשובתי. ההצעות שיעמדו על הפרק אז, באותו עתיד, דומות לאלו שהושמעו ומושמעות בהווה, שכן טעמים דומים דוחפים ומניעים אותן. ליבון הטעמים הללו הוא לכן חשוב, וכדאי לעשותו מבעוד מועד.

ועוד קושי מקדמי: השאלה הנורמטיבית (המשפטית והערכית) שמעוררות היוזמות להערמת משוכות מפני חלוקת הארץ תלויות ב"תוכנית החלוקה" שתעמוד להכרעה, אם וכאשר. שהרי ייתכן קו גבול שישורטט בהסכמת הצדדים, וייתכן קו גבול בלתי־מוסכם שעלול לעורר התנגדות רבה; יתר על כן, קו הגבול שיעמוד על הפרק ישפיע על מגוון של קבוצות: "תושבים מוגנים" תחת כיבוש, תושבי קבע שאינם אזרחים, אזרחים, מתנחלים-אזרחים; והנה להבדלי המעמד האזרחי והמיקום הגיאוגרפי יש השלכות משפטיות וערכיות ממשיות. התשובות שאנסה לתת יושפעו מכל אלה.

היוזמות שבהן אתמקד הן להצבתן של משוכות משפטיות מוגבהות, ובאופן קונקרטי דרישה "לרוב מיוחס", כתנאי לחלוקת הארץ בהסדר בין ישראל לפלסטינים; השאיפה היא להתנות, ככל האפשר, קבלת הכרעות שכאלו "ברוב יהודי". אתבונן בתוכנן של היוזמות הללו אבל בעיקר אתעמק בהצדקות השונות המושמעות בעבורן.

אחת ההצדקות מדברת על "ניגוד עניינים חמור" של האזרחים הערבים־פלסטינים, שמוביל "לבעיית נאמנות" מצידם, אשר "מצדיקה" גריעה עמוקה מזכותם לשוויון, מזכותם לבחור ולהיבחר, מזכותם להשפיע על הכרעות כלל־חברתיות מסוימות.

הצעה אחת, שנשענת על הנחת זהות ועל "בעיית הנאמנות", היא ההצעה להעביר אזרחים ערבים, על שטחם, לריבונות אחרת – למדינה הפלסטינית לכשתקום. זו התוכנית ל"חילופי שטחים מאוכלסים", אשר הוצעה לראשונה לפני מעט פחות משני עשורים על־ידי מפלגת "ישראל ביתנו", והיא זכתה בעדנה בתוכנית טראמפ מינואר 2020. עסקתי בגלגולה הראשון בהרחבה במקום אחר,[[7]](#footnote-7) אבל אשוב אליה בקצרה לקראת סיום המאמר.

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

אני מתחייב להיות נאמן למדינת ישראל כמדינה יהודית, ציונית ודמוקרטית, לסמליה ולערכיה, ולשרת את המדינה, ככל שאדרש לכך, בשירות צבאי, כמשמעותו בחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו–1986 או בשירות חלופי, כפי שיקבע בחוק.[[8]](#footnote-8)

כיוון הצעות נוסף, שהוא הכיוון שבו אתמקד במאמר, הוא זה שכבר הוזכר: דילול משקל הצבעתם של האזרחים הערבים ונציגיהם בהכרעות מסוימות. היוזמה העיקרית היא דרישה ל"רוב מיוחס" או ל"רוב מוגבר" כבסיס לקבלת הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית.

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

אין לשנות את הוראות סעיף 6 [שלפיהן "לא תועבר לגורם זר, מדיני או שלטוני, או לגורם זר אחר בדומה לכך, בין דרך קבע ובין לתקופה קצובה, כל סמכות המתייחסת לתחום עיריית ירושלים"] אלא בחוק־יסוד שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת; אין לשנות את הוראות סעיף זה אלא בחוק־יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת.[[9]](#footnote-9)

לשון אחר, לצורך שינויים בגבולותיה של ישראל באזור ירושלים (או גריעה מבלעדיות ריבונותה שם) נדרש רוב מיוחד בין חברי הכנסת: לא רוב רגיל, ולא "רוב של חברי הכנסת" (שישים ואחד מחבריה לפחות), אלא רוב של שני שלישים מחבריה. עם זאת, נותר מכך פתח מילוט, שכן הכנסת יכולה לשנות את סעיף 7 הנזכר, את הרוב המיוחס הנדרש, באמצעות חוק יסוד מתקן שיתקבל "ברוב" של חבריה (שישים ואחד חברי כנסת). בין שמדובר בגיבוש שלם או (כמו כאן) חלקי בלבד של "נוקשות" חוקתית, משתקפים כאן פני העתיד: הופעתן של הוראות דין שתכליתן לפגוע ביכולת לקבל הסדר עם הפלסטינים בדבר חלוקת הארץ.[[10]](#footnote-10)

להלן ניסוח אחד, בוטה אך מנומק, של טיעון "ניגוד העניינים"/"בעיית הנאמנות" של האזרחים הערבים. הוא התפרסם ב**הארץ** סמוך לקבלת חוק יסוד הלאום,[[11]](#footnote-11) ובו הצדקה לחוק היסוד החדש מפיו של שופט בית־המשפט המחוזי בדימוס אורי שטרוזמן. הינה דבריו במלואם:

**חוק הלאום מוצדק**

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

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

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

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

רק הצביעות של השמאל השונא את הממשלה וראשה מניעה את ההתחסדות, הטוענת עתה ליישום עקרון השוויון. במציאות חיינו, מניעת אפשרות השימוש בעקרון השוויון, העלול לכרסם ולמוטט את מדינת היהודים – היא הכרח בל יגונה.[[12]](#footnote-12)

בריאיון שקִיים שנים מספר קודם לכן הרחיב שטרוזמן מעט:

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

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

...כל עוד העם היהודי נמצא במלחמה עם העם הערבי, יש ניגוד עניינים מובנה. כל עוד מדינת ישראל איננה יושבת לבטח, צריך לתת העדפה ליהודים בשאלות קיומיות כגון קיבוץ גלויות או התיישבות.[[13]](#footnote-13)

רבים שותפים לטיעוניו של שטרוזמן. הם מהדהדים, למשל, בהתנגדות שהושמעה לכך שמשפחות ערביות ירכשו קרקע ויתגוררו ביישובים שתושביהם הנוכחיים תופסים אותם כיישובים יהודיים. ראו את דבריה של התאחדות האיכרים במסגרת התנגדותה לבקשת בני־הזוג קעדאן להתגורר ביישוב קציר:

בעניין הספציפי, טוענת התאחדות האיכרים, כי מתיישבים ערביים עלולים להיתקל בקשיים במילוי חובות השמירה על היישוב, שנחשף בעבר לפעולות טרור שונות.[[14]](#footnote-14)

והשוו לדברים שהסבירה היועצת המשפטית של ועדת החוקה, חוק ומשפט, במסגרת הדיונים ב"חוק ועדות הקבלה":[[15]](#footnote-15)

היועצת המשפטית של הוועדה הסבירה בגלוי, כי אחד הטעמים לחקיקת החוק הוא רצונו של הרוב שהמיעוט לא ייטמע בו. בהמשך ציינה כי "יש כאן סכסוך לאומי ויש תחושת איום הדדית, ואין טעם להתעלם מהדבר הזה"...[[16]](#footnote-16)

חשוב מכך, המסר בדבר האיום הטמון במיעוט, הדיבורים על חוסר נאמנותו, מגיעים פעם אחר פעם מפיו של נושא המשרה החזק ביותר בפוליטיקה הישראלית – ראש הממשלה. כך, למשל, בשנת 2015, ביום הבחירות לכנסת העשרים, הזהיר נתניהו את מצביעיו הפוטנציאליים כי "המצביעים הערבים באים בכמויות אדירות לקלפי".[[17]](#footnote-17) ובמרץ 2020, למחרת הבחירות לכנסת העשרים ושלוש, הוא הגדיר את נציגיהם של האזרחים הערבים (ושל אזרחים נוספים) "תומכי הטרור ברשימה המשותפת".[[18]](#footnote-18)

יתר על כן, הטאבו הפוליטי על השתתפותן של מפלגות ערביות בקואליציות המרכיבות את הממשלה – טאבו שטרם נשבר שבעים שנה ויותר – מעיד על נוכחותה הנוכחת-תמיד של התפיסה החשדנית, שלעולם מטילה ספק בנאמנותו של המיעוט הערבי-פלסטיני על אף שנים ארוכות מאד של התמדה עיקשת שלו להתנהל ולהיאבק באמצעים אזרחיים בלבד.

על כל פנים, כיוון שחברי הכנסת הערבים אינם "אצילים" כפי ששטרוזמן דורש מהם, והם "מתעקשים" להשתתף בהכרעות הכלל־חברתיות, הרי ש"המוח היהודי ממציא לנו פטנטים". אחד מהם הוא כאמור דילול כוח הצבעתם של האזרחים הערבים באמצעות דרישות ל"רוב מיוחס". אני מבקש להתמקד בדרישות הללו, ככל שהן נוגעות להכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית, ואעסוק במגוון ההנמקות המושמעות בעדן. טיעון אי-הנאמנות הוא רק אחד מהם. אעשה כן מייד לאחר ההערה המבואית האחרונה.

משפטן של רוב רובן של המדינות הדמוקרטיות מכיל נורמות יסוד המוגנות ברוב מיוחס, ברוב מוגבר, במעין שריון או נוקשות. אלה הן החוקות של אותן מדינות, על מוסדות השלטון שלהן וחלוקת הכוח ביניהם, ועל ערכי היסוד שלהן, ובכללם מגילת זכויות האדם הנוהגת בהן. מדינות שונות אף עוסקות בחוקתן בשלמותן הטריטוריאלית.[[19]](#footnote-19) עולה לפיכך השאלה: אם זה מצב הדברים במשפט החוקתי ההשוואתי, מדוע ראוי לפסול הצעות להתנות נסיגה טריטוריאלית של ישראל בקבלתה ב"רוב מיוחס"? להלן תמצית תשובתי:

ראשית, ה"מניע" שביסוד מהלכו של שטרוזמן המכוון לדילול משקל הצבעתם של האזרחים הערבים הוא פסול. הוא מתנגש במהותה של הדרישה הדמוקרטית להתייחס לכל האזרחים כאל שווים "ללא הבדל דת, גזע או מין". יש כאן הצטברות של היבט דאונטולוגי – החובה המוחלטת המוטלת על המדינה להתייחס לכולם כאל שווים – והיבט תוצאתני – ההשפעה הקשה של ההסדרים ששטרוזמן ואחרים מציעים על מערכת היחסים בין ערבים ויהודים בארץ הזו.

שנית ובעיקר, ההכרעות ששטרוזמן מבקש להדיר מהן או להחליש בהן את המיעוט הערבי־פלסטיני אינן הולמות את קו ההבחנה בין ההחלטות אשר **לגיטימי** להוציאן מגדר ברירת המחדל של "עקרון הרוב" ולהכפיפן להגנתו של שריוּן ("רוב מיוחס") לבין אלה שאין זה לגיטימי לעשות כן בהקשרן.[[20]](#footnote-20) אם להתמקד בהכרעות טריטוריאליות, המשפט החוקתי ההשוואתי והמשפט הבינלאומי מגלים בעניינן שלוש הבחנות מרכזיות: (א) הבחנה בין הכרעה שעניינה שטחה הריבוני – המוכר במשפט הבינלאומי – של מדינה (לגביו חל העקרון בדבר "שלמותן הטריטוריאלית" של מדינות) לבין הכרעה ביחס לשטח אחר, חיצוני למדינה, הנתון בשליטתה; (ב) הבחנה הנוגעת לאופי השליטה בבני אדם בטריטוריה שנסיגה ממנה נבחנת: האם שליטה זו מפרה את "זכות ההגדרה העצמית" של עם וזכויות אדם אחרות? קונקרטית, האם מתקיים בטריטוריה הנבחנת "מצב קולוניאלי" (או "קולוניאליזם פנימי", שפירושו שלילה חדה של זכויות יסוד מרכזיות מבני קהילה בתוך המדינה, בלוויית שיעבוד או ניצול מקיף שלהם על ידי בני קהילה שלטת); או שמא, להבדיל, מדובר במערכת יחסים אחרת, רגילה, שמקיימת מדינה כלפי קהילת אזרחים שלה; ו-(ג) מופיעה גם הבחנה בין החלטה של מדינה לשנות את תחומי ריבונותה בדרך של נסיגה או העברה של שטח שלה (downsizing), לבין החלטה כנגד רצונה של המדינה: החלטה של קהילת אזרחים החיה באזור של המדינה לפרוש ממנה (secession), להתפצל טריטוריאלית ממנה.

הבעייתיות בהצעות נוסח שטרוזמן עמוקה במיוחד, משום שההכרעות הטריטוריאליות שבהקשרן הוא מבקש לפגוע במשקל הצבעתם של האזרחים הערבים מתאפיינות בהצטברות הדברים הבאה: (1) לעיתים הכרעות אלו יגעו בשטחה הריבוני של ישראל במשפט הפנימי שלה (ירושלים, רמת הגולן, שטחים אחרים בישראל) ולעיתים לא (הגדה המערבית); (2) הכרעות אלו לא נוגעות ל"פרישה" שיוזמת קהילת המיעוט, אלא להחלטה אפשרית של ישראל, בתמיכת רוב של אזרחיה, על נסיגה משטחים שבשליטתה או בריבונותה; (3) וחשוב מכל: ההצעה לפגוע במשקל ההצבעה של האזרחים הערבים נוגעת גם להחלטות לסגת מאזורים שבהם ישראל אוחזת, עשרות שנים, בבני־אדם אחרים, שאינם נהנים מהגנת אזרחותה, והם נתונים לגזל, ניצול ומנגנוני דיכוי שלה.בקצרה, הצבת משוכה של "רוב מיוחס" כתנאי לנסיגות טריטוריאליות מעין אלה הנוגעות למצב הקולוניאלי שמקיימת ישראל היא פשוט פסולה, שכן מטרתה ובוודאי תוצאתה, היא הכבדת האפשרות לשחרר את הפלסטינים ממצב דברים שחייב ערכית להשתנות.

להלן סדר הדיון במאמר. תחילה אציג את האופן שבו המשפט המצוי של ישראל מסדיר הכרעות טריטוריאליות, כולל המשוכות שהוא מציב כבר בהווה בפני נסיגה, ואחר כך אפרט הצעות של הימין הישראלי להגביה את המשוכות הללו. בחלק שאחריו, שהוא חלקו העיקרי של המאמר, אתמודד עם הצדקות המושמעות בתמיכה בהצעות הללו. לקראת סיום אעסוק באותה הצעה חדשה־ישנה שכבר הזכרתי, שלפיה ישראל "תוותר" על אזור המשולש ותעביר אותו ואת אזרחיה הערבים-הפלסטינים המתגוררים בו, גם כנגד רצונם, לישות הפלסטינית שאולי תקום.

א. הכרעות טריטוריאליות במשפט המצוי של ישראל

ההיסטוריה של המשפט הישראלי מגלה בהקשרם של גבולות המדינה והכרעות הנוגעות בהם דינמיקה הניתנת לתמצות כך:[[21]](#footnote-21)

(א) ביחס לסיפוח שטח לשטחה של המדינה, הרי שמשפטה הפנימי של ישראל איפשר לה בעבר לעשות כן בקלות יחסית ככל שמדובר בשטח המצוי בארץ ישראל. במקרה של ירושלים המזרחית זה נעשה בחקיקת משנה של הממשלה ובחקיקת משנה נוספת של שר הפנים.[[22]](#footnote-22) ביחס לסיפוח שטח שאינו בארץ ישראל פנתה הכנסת לחקיקה: חוק רמת הגולן, התשמ"ב–1981,[[23]](#footnote-23) אך עשתה זאת (בעניינו של חוק זה) בהליך מהיר במיוחד שהסתיים תוך יממה.

עם זאת, במרוצת השנים השתנה מצב הדברים המשפטי. אני מצטרף כאן לתפיסתם של אחרים, לפיה בהווה כל פעולת סיפוח של שטח, גם אם הוא בגבולותיה של ארץ ישראל, טעונה חקיקה של הכנסת להבדיל מהחלטת ממשלה וחקיקת משנה שלה. שינוי זה הוא תולדה של התפתחות ההלכה ביחס "לעקרון ההסדרים הראשוניים".[[24]](#footnote-24) הנה עמדתם בהקשר זה, עמדה המקובלת עליי במלואה, של מדינה ולוין-שנור: "התחולה של עקרון ההסדרים הראשוניים באשר לסוגית הסיפוח היא בבחינת המובן מאליו. החלטה על סיפוח שטחים בגדה המערבית/יהודה ושומרון למדינת ישראל היא, ניתן לקבוע, **ההחלטה המובהקת ביותר שראוי לסווג כהסדר ראשוני**. זו סוגיה שעומדת ביסוד השסע הפוליטי בישראל, צפויות להיות לה השלכות מדיניות, כלכליות, ביטחוניות וחברתיות כה ניכרות, עד שניתן לקבוע שיש בה כדי לעצב את אופייה של מדינת ישראל לשנים הבאות", ועל כן חובה לקבלה בחקיקה.[[25]](#footnote-25) יתר על כן, אפשר שהתגבשו תנאי קדם נוספים לפעולת סיפוח.[[26]](#footnote-26)

(ב) במקביל, באשר לוויתור על שטח: הבחנה מרכזית היא בין נסיגה של המדינה משטח שהוא שטחה לבין נסיגה משטח שבו היא שולטת אך אינו חלק משטחה – שטח הנתון "בתפיסתה הלוחמתית". וכך, כפי שמייד אפרט, המשוכות או תנאי הקדם לוויתור על שטח משטחה של ירושלים הם תובעניים, ואף נעשו תובעניים יותר ב 2018; והם תובעניים גם ביחס לוויתור על כל שטח אחר משטחה של המדינה. מנגד, מצב הדברים המשפטי שונה ביחס לשטח שאינו חלק משטחה של המדינה; ואותן משוכות קיימות, שמייד אפרט, לכאורה אינן ניצבות כאן.

את עיקר המאמר אקדיש ליוזמות לשנות את מצב הדברים הזה – להציב משוכות גבוהות, ואפילו גבוהות יותר מאלו הקיימות בהווה, בפני נסיגה **מכל** שטח – בין שהוא שטח משטחה של ישראל ובין כזה הנתון בשליטתה אך אינו מצוי בריבונותה.

מהן המשוכות הקיימות והיכן הן חלות? אתחיל בהשתלשלות הדברים הנוגעת בירושלים. תיאור ההשתלשלות להלן נעשה על־ידי עיתונאי שאוהד את התהליך שהוא מתאר:

**כך חוקקנו – ירושלים של חוקים**

**התיקון האחרון לחוק יסוד ירושלים שאוסר על העברת שטח כלשהוא מירושלים לגורם זר ברוב של פחות מ־80 חברי כנסת הוא החמישי בסדרת 'פעימות'**

• המהלך התחיקתי הראשון ב־1967 של הרחבת ירושלים נעשה בלי להזכיר את שמה.[[27]](#footnote-27)

• חוק יסוד ירושלים ב־1980[[28]](#footnote-28) קבע שירושלים היא בירת ישראל, אך לא הגדיר את גבולותיה.

• רק בשנת 2000 הוגדרו בחוק גבולות ירושלים ונאסר להעבירה לגורם מדיני או שלטוני זר.[[29]](#footnote-29)

• החוק [חוק־יסוד: משאל עם[[30]](#footnote-30)] שאסר ב־2014 ויתור על שטח ריבוני ישראלי, ללא משאל עם – כוון לגולן ולירושלים.

• התיקון האחרון לחוק יסוד ירושלים מינואר 2018,[[31]](#footnote-31) קובע שלא ניתן להעביר שטחים מירושלים לגורם זר, ברוב של פחות מ־80 חכי"ם.[[32]](#footnote-32)

על הוראות הדין האמורות יש להוסיף גם את חוק היסוד החדש, חוק יסוד הלאום, הקובע בסעיף 3 כי "ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל". חוק יסוד זה משוריין ב"רוב" של חברי הכנסת, משמע, לשם שינויו נדרש רוב של שישים ואחד חברי כנסת.

הסדרה נוספת של פעולת סיפוח נעשתה בחוק רמת הגולן, שהוזכר לעיל. נסיגה אחרת, הנסיגה מסיני בשנים 1980–1982, שהתרחשה בעקבות הסכמי קמפ־דייוויד, אושרה בשתי החלטות של הכנסת – בספטמבר 1978 ובמרץ 1979. ביחס למתיישבי סיני התקבל חוק פיצוי מפוני סיני, התשמ"ב-1982.[[33]](#footnote-33) הסכם השלום בין ישראל לירדן אומץ בכנסת, וחילופים מוגבלים של שטחים לא-מיושבים בין ישראל לירדן באזור הערבה וכן כינון משטרים מיוחדים במובלעות צופר ונהריים אומצו בחוק.[[34]](#footnote-34)

ההתנתקות מרצועת עזה בקיץ 2005 התקיימה על יסוד החלטת ממשלה שזכתה באישור הכנסת בחודש אפריל 2004. אתעכב כאן מעט. ההתנתקות מגלה כי במשפט הישראלי לא קיימת עדיין מגבלה חוקתית מיוחדת ביחס לעצם הנסיגה משטח שאינו שטחה הריבוני של ישראל על פי משפטה; ואולם ככל שנסיגה זו פוגעת ישירות בזכויותיהם של אזרחים, הרי שהיא מותנית בקבלתה בחקיקה שתעמוד גם ביתר דרישותיה של פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואכן הכנסת אימצה את ההתנתקות בחוק: חוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, ובית המשפט העליון בחן אותו.[[35]](#footnote-35)

ההתנתקות הייתה נקודת שבר פנימית בחברה הישראלית־יהודית, שהייתה קשה בהרבה מהנסיגה מסיני. זאת, משום שהיא הייתה חד־צדדית, ולא הבטיחה שינוי רב לטובה, בניגוד להסדר השלום עם מצרים; ומשום שהמתנחלים שנעקרו בה – בניגוד למתנחלי ימית, אופירה וישובים נוספים שפונו עם הנסיגה מסיני – התיישבו שם ברובם הגדול מתוך דחף אידיאולוגי, והם ותומכיהם נאבקו בעוצמה עד לרגע עקירתם. השבר העמיק עוד יותר בשל עליית שלטון החמאס ברצועת עזה שנה לאחר ההתנתקות, ובשל שפיכות־הדמים הרבה המלווה את העימות בין ישראל לבין החמאס מני אז. התרחשויות אלה חיזקו מאוד בציבוריות הישראלית את הלך המחשבה לפיו "הסיפור האמיתי הוא 1948 ולא 1967" ו"אין עם מי לדבר". זהו הסבר חשוב בעיניי להתחזקות הימין הישראלי ולתחושת הצדק של תומכיו.

כל זה הוביל לשינוי בהתנהלות הפוליטית ובמשפט בישראל. בשנת 2014 קיבלה הכנסת את חוק יסוד: משאל עם.[[36]](#footnote-36) חוק יסוד זה אמנם חל ישירות רק על נסיגה משטח המצוי בריבונות ישראל (על־פי משפטה הפנימי), להבדיל מנסיגה משטח הנתון ב"תפיסה לוחמתית"; אולם כיוון שכל הסדר טריטוריאלי עם הפלסטינים צפוי להיות כרוך בחילופי שטחים כלשהם (וצפוי לעסוק בהסדרים הנוגעים לירושלים), אימוצו של הסדר זה, אם וכאשר יתגבש, יהא כפוף למשאל עם. להלן עיקרי ההסדר הקבוע בחוק היסוד:

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

...

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

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

ההכרעה על נסיגה משטח מכילה אם כן פרוצדורה שמשקפת בעיני הכנסת את כובד ההכרעה, ולכן חוק היסוד מערב הן את הממשלה, הן את הכנסת, והן את הריבון – האזרחים. שלוש נקודות לפחות חשובות כאן. ראשית, הכנסת ייעדה את הפרוצדורה הזו, במישור הפורמלי, רק לשינוי בגבולותיה הריבוניים של המדינה על פי משפטה, להבדיל מנסיגה משטח הנתון ב"תפיסה לוחמתית" שלה.[[37]](#footnote-37) שנית, הכבדת ההליך הנדרש לשם שינוי גבולות המדינה בדרך של נסיגה מוצאת ביטוי בזכות הווטו של כל אחד משלושת המשתתפים הנדרשים לאשרה ברוב. שלישית, מן הצד האחר, מנגנון ההכרעה בכל אחד משותפיה של הכרעה זו הוא בכל זאת "עקרון הרוב", להבדיל מ"רוב מיוחס".[[38]](#footnote-38)

את שילוב המרכיבים הזה מנסה לשנות התיקון לחוק יסוד: ירושלים, כמתואר בפתח הדברים, וכך מבקשות לעשות כל ההצעות שאציג מיד. ההצעות הללו או דומותיהן יעמדו על הפרק ככל שהסדר טריטוריאלי יסתמן.

לפני שאפנה להציג ולדון בהצעות לשינוי מצב הדברים המשפטי המתואר, מתעוררת שאלה ביחס להשפעתו של חוק יסוד הלאום על מצב דברים זה; קונקרטית, האם הוא מציב תנאי-קדם חדשים ביחס לנסיגה טריטוריאלית? הזכרתי לעיל את השפעתו של סעיף 3 לחוק יסוד זה בהקשרה של ירושלים. היש לו השפעה נוספת?

סעיף 7 של חוק היסוד קובע, כי "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". האם הוראה זו חלה על מפעל ההתנחלות של ישראל? אשוב לעסוק בסעיף זה בפסקאות הסיום של המאמר. אציין כבר עתה, בקצרה, שתיים. ראשית, בית המשפט העליון עמד על החזקה ביחס לתחולה הטריטוריאלית של החקיקה הישראלית: "ככלל חקיקה ישראלית היא בעלת תחולה טריטוריאלית. כאשר חוק מבקש להחיל עצמו על אנשים או פעולות שמחוץ לישראל, צריך הדבר להיאמר בחוק (במפורש או במשתמע). אכן, חזקה היא כי חוקיה של ישראל חלים על יחסים משפטיים בישראל, והם אינם מכוונים להסדיר יחסים משפטיים מחוץ לישראל... דין דומה חל גם לעניין חוקי היסוד. חזקה היא, איפוא, כי חוקי היסוד השונים חלים על פעולות בישראל. ...חזקה זו ניתנת לסתירה (אם במפורש ואם במשתמע)".[[39]](#footnote-39) שנית, פסק דין מרכזי שהתמקד "במאחזים", וביטל חוק שביקש להסדיר ולהכשיר את חלקם, שנבנו על קרקע פרטית פלסטינית – "חוק ההסדרה" – אינו מזכיר כלל את חוק יסוד הלאום; לא את סעיף 7 ולא סעיף אחר.[[40]](#footnote-40)

לבסוף, סעיף מרכזי ביותר בחוק יסוד הלאום הוא זה הפותח אותו, סעיף 1, הקובע, תחת כותרת המשנה "עקרונות יסוד", כך:

"(א) ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי, שבה קמה מדינת ישראל.

(ב) מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, שבה הוא מממש את זכותו הטבעית, התרבותית, הדתית וההיסטורית להגדרה עצמית.

(ג) מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי".

לא אדון בסעיף זה בהרחבה, רק אציין כי ההבדל המקבל בו ביטוי מפורש, בין "ארץ ישראל" לבין "מדינת ישראל", ותיחום הייחודיות של זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי למדינה להבדיל מן הארץ – שולל בעיניי את האפשרות לטעון כי הוא מערים משוכה לנסיגה מאזור של ארץ ישראל שאיננו חלק ממדינת ישראל.

ב. הצעות לשינוי המשפט: יוזמות "לרוב מיוחס" לצורך קבלת הכרעות טריטוריאליות בדבר נסיגה

ההתנגחות "בעקרון הרוב" הופיעה בצורה קונקרטית למן תהליך אוסלו, בדמות הצעות לחוקי יסוד והצעות חוק שמבקשות להציב תנאי קדם מיוחדים בטרם נסיגה ברמת הגולן או בירושלים או בכל מקום אחר בשליטת ישראל גם אם אינם בתחום ריבונותה. דברי ההסבר הנלווים להצעות הללו אינם מציינים כי מטרתן היא לדלל את משקל הצבעתם של המצביעים הערבים או של נציגיהם, אך כפי שראינו בדברי השופט בדימוס שטרוזמן וכפי שאראה בהמשך, השיח הציבורי הוא לעיתים תכופות מנומס פחות וגלוי לב יותר.

הינה כמה דוגמאות לאותן הצעות, מסודרות בסדר כרונולוגי.

**הצעת חוק משאל עם על נסיגה מרמת הגולן (הוראת שעה), התש"ס-1999**[[41]](#footnote-41)

...

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

**הצעת חוק יסוד: משאל עם**[[42]](#footnote-42)

...

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ההצבעה במשאל העם | 8. | בוחר במשאל העם יצביע "בעד" שמשמעו תמיכה בהחלטת הממשלה והכנסת או "נגד" שמשמעו התנגדות להחלטת הממשלה והכנסת; בוחר יכול להצביע כי הוא נמנע מתשובה לשאלה. |
| הרוב הנדרש במשאל העם | 9. | הרוב הדרוש לאישור השאלה במשאל העם יהיה רוב של יותר מחמישים אחוזים מקרב בעלי זכות ההצבעה. |

לא צריך להיות חד עין כדי להבין שההצעה, שאותה יזם חבר הכנסת סילבן שלום ואליה הצטרפו חברי כנסת רבים, מגבשת "רוב מוגבר מאוד". היא דורשת לא רוב מקרב המשתתפים במשאל העם, אלא רוב מבין הזכאים להשתתף במשאל העם, כלומר, רוב מקרב כלל בעלי זכות הבחירה. משמעות הדבר היא שאלה אשר לא השתתפו במשאל נספרים כמתנגדים להכרעה שהועלתה בו להצבעה.

**הצעת חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון – משאל עם על ירושלים)**[[43]](#footnote-43)

...

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ההצבעה במשאל העם | 6ה. | בוחר במשאל העם יצביע בעד או נגד החלטת הממשלה והכנסת; ואולם, בוחר רשאי להצביע כי הוא נמנע. |
| הרוב הנדרש במשאל העם | 6ו. | הרוב הדרוש לאישור החלטת הממשלה והכנסת במשאל העם יהיה רוב של יותר מחמישים אחוזים מקרב המשתתפים בהצבעה. |

זו הצעה מאוחרת יותר של חבר הכנסת סילבן שלום (וחברי כנסת רבים אחרים), שמתמקדת בירושלים. כאן ה"טריק" המוצע שונה אך תכליתו דומה. אומנם לא נדרש רוב בין בעלי **זכות** ההצבעה במשאל העם, אך גם אין מסתפקים ברוב בין משתתפי המשאל. נדרש רוב של יותר מ־50% שיגידו "כן" להצעה העומדת למשאל עם; משמע, משתתפים שהצביעו "נמנע" (פתק לבן) נספרים למעשה כמתנגדים. ראו, למשל, את הדוגמה ההיפותטית הבאה של תוצאות משאל עם בעניין חלוקת ירושלים: 48% תומכים, 42% מתנגדים ו־10% נמנעים. התוצאה היא שאף־על־פי שיש תמיכת רוב בחלוקת ירושלים, תמיכה זו כושלת בהעברת ההחלטה, שכן ההחלטה לא זכתה בתמיכתם של יותר מ־50% מהמצביעים.

**הצעת חוק רמת הגולן (תיקון – רוב מיוחס), התשס"ט–2009**[[44]](#footnote-44)

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| הוספת סעיף 2א |  | 1. בחוק רמת הגולן, התשמ"ב–1981 אחרי סעיף 2 יבוא: | | | | |
|  |  | "ויתור על שטח" | | | 2א. | (א) ויתור על שטח משטחי המדינה כמתואר בתוספת, כפי שהם מוכרים ביום קבלת חוק זה, בין בהחלטה ובין בחוק, טעון רוב של 80 חברי הכנסת. |
|  |  |  |  |  |  | (ב) אין לשנות סעיף זה אלא ברוב של 80 חברי הכנסת.". |

קיימים מהלכים נוספים, שתכליתם מתן ביטוי לדרישה ל"רוב יהודי" ו/או דילול אחר במשקל הצבעתם של האזרחים הערבים. דרך אחת שכזו, שבה אעסוק בהרחבה בהמשך, היא בגדר ממשות להבדיל מהצעה. מדובר בסיפוחם לישראל של בני אדם פלסטינים בירושלים ודרוזים ברמת הגולן, סיפוח דה-יורה, תוך הסתפקות בהקניית מעמד להם של "תושבות" להבדיל מ"אזרחות". מהלך בעייתי ביותר זה שומר על הרוב הדמוגרפי היהודי מפני גריעה חלקית במידת "רוביותו", שהייתה מתרחשת לו התושבים שסופחו היו לאזרחים.

בנוסף מצויות שתי הצעות שתכליתן או תוצאתן "דילול" במשקל הצבעתם של אזרחים ערבים. מטעמי היקף אאזכר אותן רק ברמת הכותרת. הצעה אחת, בדרך כלל של חברי כנסת מהימין, היא להעניק זכות הצבעה לאזרחים ישראלים החיים מחוץ לישראל (ומחוץ לשטחים).[[45]](#footnote-45) אזרחים ישראלים בחו"ל הם גם יהודים וגם ערבים, ואולם מתעוררים שני חששות שבשלהם נראה כי מוטיבציה משמעותית להצעה היא "דילול" משקל הצבעתם של המצביעים הערבים על ידי הגדלת מספר המצביעים היהודים. ראשית, דומה כי השיעור היחסי של אזרחים יהודים בחו"ל גבוה בהשוואה לשיעורם היחסי של האזרחים הערבים המצויים בחו"ל; ושנית, ואולי חשוב יותר, דומה כי שיעור ההצבעה בקרב כל אחת משתי הקהילות "הישראליות" בחו"ל צפוי להיות שונה.

הצעה נוספת עוברת דרך שני שלבים. שלב ראשון הוא להכריז על ירושלים לא רק כבירת ישראל אלא "כבירת ישראל והעם היהודי".[[46]](#footnote-46) השלב השני יתרחש רק לאחר התממשות הראשון, והוא, כך ניתן להניח, ינסח תביעה למעורבות של "נציגי העם היהודי" שמחוץ לישראל בהחלטות הנוגעות לחלוקה טריטוריאלית או לשיתוף ריבונות בירושלים.

אסתפק בהצעות החוק שאותן פרטתי לעיל. כפי שציינתי, השיח הציבורי הוא גלוי לב יותר באשר לטעמים העומדים מאחוריהן מאשר דברי ההסבר שליוו אותן. ראינו לעיל את דברי השופט בדימוס שטרוזמן, וכך מוסיף, בין היתר, הרב אליעזר מלמד:

...אם לא יהיה רוב יהודי, אין שום ערך למשאל. אין כאן שום גזענות, רק צדק. צריך שיהיה רוב ברור בקרב מי שעלול לשאת בתוצאות ההכרעה. את מחיר המלחמות כאן משלמים היהודים ובעלי בריתם המשרתים בצבא, והם שצריכים להכריע.[[47]](#footnote-47)

ג. כשליהן של ההצדקות המושמעות בעד "רוב מיוחס" לצורך קבלת הכרעות טריטוריאליות בדבר נסיגה

חמישה טיעונים לפחות מוּעלים להצדקת "רוב מוגבר/ מיוחס/ מיוחד" בהכרעות טריטוריאליות של נסיגה משטח, ולהצדקת דילול הצבעת בני קהילת המיעוט הערבי-פלסטיני בהכרעות שכאלו. שניים מהם הושמעו בפרקים הקודמים: הטיעון בדבר ניגוד העניינים ואי־הנאמנות של האזרחים הערבים; והטיעון שהכרעה של מלחמה ושלום צריכה להתקבל רק על־ידי מי שיישא בתוצאות המלחמה, משמע, על־ידי "היהודים ובעלי בריתם המשרתים בצבא". בצד טיעונים אלו מושמעים שני טיעונים השוואתיים. ראשית, טיעון המדבר בשמן של זכויות האדם – הצורך בהגנה על המיעוט (המתנחלים) מפני הרוב הפוליטי – והוא מתיימר להישען על המשפט החוקתי הקנדי ועל המקרה של הפרובינציה של קֶבֵּק. טיעון השוואתי שני מתיימר להצביע על מקרים רבים של דרישות "לרוב מיוחס" במשאלי-עם שונים-בנושאיהם במגוון של מדינות. וקיים טיעון נוסף, חמישי, המתמקד קונקרטית בנסיגה או בפשרה בירושלים, והוא תולה את דרישת הרוב המיוחד בחשיבותה יוצאת הדופן.

אתחיל בטיעון שעניינו זכויות האדם של המתנחלים. התופעה של מתנחלים ותומכיהם המלינים על "עושק מיעוט" התחזקה בשנים האחרונות. היא הופיעה לקראת ההתנתקות ולאחריה,[[48]](#footnote-48) היא מלווה את ההתנגדות לפינוי המאחזים, והיא בלטה בשנים האחרונות במסגרת התמיכה ב"חוק ההסדרה", שהוזכר לעיל, שהוא הניסיון להכשיר בדיעבד השתלטות של מתנחלים על קרקע שבבעלותם הפרטית של פלסטינים.[[49]](#footnote-49) תופעה זו של רטוריקת זכויות האדם שבה עושים שימוש המתנחלים ותומכיהם זכתה בתשומת לב אקדמית.[[50]](#footnote-50) אחד הטיעונים הקונקרטיים המושמעים במסגרת אותה רטוריקה, הוא הצדקת דרישה לרוב מיוחס לשם הגנת המתנחלים מפני "עושק" שלהם על ידי הרוב הפוליטי, והוא מתיימר להישען על משפט השוואתי, ובאופן ספציפי על המשפט הקנדי ביחס להחלטה אפשרית של הפרובינציה קבק לפרוש מקנדה.

1. טיעון זכויות האדם של המתנחלים המבקש להיסמך על המשפט הקנדי ביחס למשאל עם על פרישת הפרובינציה קֶבֵּק

סמוך לקבלת הסכמי אוסלו בין ישראל והפלסטינים, ולמשא ומתן המקביל שהתקיים אז עם סוריה בתיווך אמריקאי, הושמעה על־ידי נציגים של הימין הישראלי הדוגמה ההשוואתית הקנדית.[[51]](#footnote-51)

שני משאלי עם התקיימו בקבק ביחס להיפרדותה מקנדה – בשנת 1980 ובשנת 1995. שניהם התקיימו ברוב רגיל, ובשניהם הפסידו הבדלנים. כאשר העז מנהיג המפלגה הבדלנית בקבק Parizeau לבטא את תסכולו לנוכח "ההצבעה האתנית" של דוברי האנגלית בקבק, ודיבר על הרוב "שלנו" (דוברי הצרפתית שתמכו במהלך היפרדות), עוררו דבריו תגובה קשה גם במחנה שלו.[[52]](#footnote-52) על מה נשענים אפוא תומכי הדרישה אצלנו לרוב מוגבר או לרוב יהודי? הם נסמכים על פרשנות שהם נותנים לפסק דין חשוב של בית המשפט העליון הקנדי משנת 1998: *Reference Re Secession of Quebec*.[[53]](#footnote-53) פסק הדין ניתן בעקבות פניית הממשלה הפדרלית לבית המשפט לאחר משאל העם השני בקבק. בית המשפט התבקש להכריע בשאלה אם המשפט הפנימי של קנדה מאפשר פרישה חד־צדדית של קבק מהפדרציה הקנדית. קבק סירבה להשתתף בדיון. בית המשפט קבע כי לא המשפט הפנימי הקנדי ולא המשפט הבין־לאומי מקנים זכות לפרישה חד־צדדית בהקשרה של קבק. זכות שכזו קמה במשפט הבינלאומי רק בשני הקשרים ובהקשר אפשרי שלישי, שאף אחד משלושתם לא מתקיים בהקשרן של קבק וקנדה:[[54]](#footnote-54)

… where "a people" is governed as part of a colonial empire; where "a people" is subject to alien subjugation, domination or exploitation; and possibly where "a people" is denied any meaningful exercise of its right to self-determination within the state of which it forms a part.

עם זאת, בית המשפט העליון הוסיף כי תקום חובה לקנדה להתדיין "בתום לב" עם קבק ביחס לפרישתה אם הכרעה בדבר פרישה תתקבל במשאל עם בקבק "ברוב ברור ביחס לשאלה ברורה". שנים מספר לאחר פסק הדין קיבל הפרלמנט הקנדי את ה־Clarity Act,[[55]](#footnote-55) אשר מורה לפרובינציה קבק את שנאמר בפסק הדין: עלייך (א) להציב שאלה ברורה: האם אתם, הרוב של תושבי קבק, בעד פרישה מקנדה?; (ב) להשיג רוב ברור (clear majority) בעד הפרישה.

הדוגמה הקנדית אינה מועילה לתומכי "הרוב היהודי" במשאל העם – לא מבחינה ערכית ולא מבחינה משפטית; נהפוך הוא! ארחיב בדיון בה, שכן פסיקת בית המשפט העליון הקנדי מרכזית בהבנה של תכנים של משפט חוקתי השוואתי ומשפט בינלאומי בהקשרים של שינויים טריטוריאליים, ומשום שההשוואה לקנדה מחדדת מאד את השוני בין המקרה הישראלי-פלסטיני לבינה, וכך היא מאפשרת לנו להבין ביתר חדות את עוצמת כשליה של היוזמה "לרוב מיוחס" בהקשר הישראלי. הנה נקודות ההבחנה בין שני המקרים.

**ראשית**, תהום מפרידה בין הכרעה של מדינה בדבר נסיגתה משטח הנתון לשליטתה (בין ב"תפיסה לוחמתית" ובין באופן אחר), שבגדרה היא אוחזת בבני-אדם ללא הגנת אזרחותה ותוך שלילה עמוקה של זכויותיהם, ובכללן הזכות להגדרה עצמית – לבין יוזמה של חלקים מקהילת אזרחים לפרוש ולפרק מדינה דמוקרטית. תהום זו מקבלת ביטוי גם בפסק דינו של בית המשפט העליון הקנדי וגם בפסיקה ובחוות-דעת של בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ).[[56]](#footnote-56)

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

נקודה מהותית במיוחד בהקשר זה של "מעמד אזרחי" נובעת מההבדל בין התנהלותה של ישראל בשנת 1948 להתנהלותה בשנת 1967. בניגוד לקום המדינה, שאז העניקה ישראל את אזרחותה לכל תושביה (גם לאלה שחיו בשטחים שיועדו ל"מדינה היהודית" לפי תוכנית החלוקה של האו"ם וגם לאלה שחיו בשטחים שהמדינה כבשה במלחמה שליוותה את הקמתה ואשר היו מעבר לגבולותיה לפי תוכנית החלוקה), הרי שאת סיפוחה של ירושלים המזרחית בשנת 1967, וכן את הסיפוח של רמת הגולן בשנת 1981, ליוותה ישראל בפעולה שונה: היא לא העניקה את אזרחותה אלא הסתפקה בהענקת מעמד של תושבוּת – מעמד שנלווית אליו אפשרות להתאזרחות. פירוש הדבר (כל עוד לא מתרחשת התאזרחות), העדר כוח השתתפות בהכרעות המרכזיות של החברה, בעיקר בשל העדר זכות לבחור ולהיבחר לכנסת, וכן מרכיבי חולשה נוספים בהשוואה להגנה הנתונה לאזרח.[[57]](#footnote-57)

קיומם של נתיבי התאזרחות הפתוחים בפני תושבי ירושלים המזרחית ורמת הגולן ממתן את הקושי המוסרי בהתנהלותה של ישראל אך הוא רחוק מלאיינו. מדובר בשני נתיבי התאזרחות.[[58]](#footnote-58) ראשית, בקשת התאזרחות על פי סעיף 5 לחוק האזרחות, התש"י-1950. בקשה מעין זו מצדו של התושב מהווה סוג של הכרה בפעולת הסיפוח של ישראל. יתר על כן, היא מותנית מפורשות בהצהרה על נאמנות למדינה; כמו כן לשר הפנים נתון שיקול דעת ממשי להעניק או שלא להעניק אזרחות; [[59]](#footnote-59) וקיימת גם דרישה כי המתאזרח "יודע ידיעת-מה את השפה העברית" (סע' 5(א)(5) לחוק). זאת ועוד, במישור המעש, ישראל גוררת את רגליה מאד ביחס לבקשות התאזרחות של פלסטינים תושבי ירושלים.[[60]](#footnote-60) נתיב התאזרחות שני, שבו הקניית האזרחות אמורה להיות אוטומטית (אם מוגשת בקשת התאזרחות), מתרחשת בנסיבות הבאות הרלוונטיות לתושביה הפלסטינים של ירושלים המזרחית שגילם פחות מ 21: "מי שנולד אחרי הקמת המדינה במקום שהיה שטח ישראל ביום לידתו, ולא היתה לו מעולם שום אזרחות, יהיה לאזרח ישראלי, אם ביקש זאת בתקופה שבין יום הולדתו ה-18 לבין יום הולדתו ה-21 ואם היה תושב ישראל חמש שנים רצופות בתכוף לפני יום הגשת בקשתו" (סעיף 4א(א) לחוק האזרחות, התש"י-1950). מאז התנתקותה של ירדן מהפלסטינים תושבי ירושלים והגדה המערבית, בסוף שנות השמונים, התגבשה אפשרות זו, שכן הפלסטינים הפסיקו לשאת את אזרחותה של ירדן והם נטולי אזרחות. אלא שישראל נמנעה, עד לאחרונה, מלקיים את הזכות המשפטית האמורה.[[61]](#footnote-61) מכל מקום, גם באפשרות זו נדרשת פעולה יזומה של התושב – בקשת ההתאזרחות – והיא צפויה להיתפס כמתן הכשר לסיפוחה של ישראל את ירושלים המזרחית.

בעיניי הדרישה להגשת בקשה להתאזרח (בוודאי כשנלווית לה דרישה להצהרת נאמנות לישראל, אך גם בלעדיה) היא הסדר פסול עבור בני-אדם שהמדינה כבשה וסיפחה. מי שסופח למדינה, מי שנשלט בדרך זו על-ידה **חייב** ליהנות, ללא התנייה, מאזרחותה.[[62]](#footnote-62) טעם עיקרי לכך הוא שהאזרחות היא נגזרת של התפיסה הדמוקרטית, המזהה את בני-האדם כסוביקטים המשתתפים בשליטה בחייהם באמצעות שליטתם בבעלי הסמכות השלטונית; בעיקר באמצעות הזכות לבחור – כלומר הזכות לשנות, מעת לעת, את בעלי הסמכות השלטונית, שהם ככלות הכל רק השליחים או הנאמנים שלנו, בני-החברה, שהרי אנו הריבון. בניסוח אחר, "שליטה" בנו מנביעה זכאות שלנו, הכפופים לה, להיות שותפים לה; ודמותה היסודית של שותפות זו היא "האזרחות", על הזכויות הנלוות לה.[[63]](#footnote-63)

גם התושבים הערבים־הפלסטינים שנותרו בישראל לאחר הקמתה, וגם הפלסטינים בירושלים המזרחית של 1967 וגם הדרוזים ברמת־הגולן של 1981 לא בחרו בסיפוחם על ידי ישראל; והנה אין מה שיצדיק את ההבדל בין פעולת ישראל בהקשר הראשון לבין התנהלותה בשני ההקשרים המאוחרים. בשלושת המצבים חייבת הייתה ישראל, מנקודת הראות של מוסר ליברלי, להעניק את אזרחותה לתושבים שאותם סיפחה.[[64]](#footnote-64) ודוקו, תגובת המסופחים כלפי מעשה הסיפוח עשויה להיות מגוונת. יש מהם שיסכינו עמו, ולו בדיעבד, ויש שיתמידו בהתנגדותם לו, ואולם שאלת הסכמתם או התנגדותם לסיפוח אינה רלוונטית לעצם זכאותם לאזרחות. לשון אחר, בני-אדם אלה, לא המדינה, הם שאמורים להחליט מה לעשות בזכות שקמה להם לאזרחות. אם ירצו, למשל, לבטא את אי-הסכמתם לסיפוחם בדרך של החרמת הבחירות – אי-שימוש בזכות, הנגזרת מאזרחותם, לבחור ולהיבחר – זה נתון להכרעתם; אם ירצו, מנגד, להשתתף במשחק הפוליטי כדי לשנות או להשפיע על כיוונו, הברירה בידם.[[65]](#footnote-65) כך אכן עשו תושביה הפלסטינים של ירושלים ביחס לבחירות המקומיות שבהן הם זכאים להשתתף כתושבים.

עולה מהאמור, כי מעבר לקושי המוסרי ולקושי במשפט הבינלאומי הטמון בעצם פעולת הסיפוח של טריטוריה כבושה (בשל הזכות להגדרה עצמית, בשל החשש משימוש לרעה בכוח ומטעמים נוספים), הרי שבמקרה הישראלי הופיע קושי גדול נוסף בדמות המעמד האזרחי המוגבל שאותו בחרה המדינה להעניק לתושבי הטריטוריות המסופחות של מזרח ירושלים ורמת־הגולן. אי־אפשר "להיות עם ולהרגיש בלי" בהקשרם של בני אדם.

ועוד נקודה. אריאל צמח משמיע טיעון חשוב, לפיו נשחקת והולכת במשפט הבינלאומי ההבחנה בין הפלסטינים בירושלים המזרחית, שסופחו דה-יורה לישראל (מבחינת משפטה הפנימי), לבין הפלסטינים בגדה המערבית; וכי גם אלה וגם אלה זכאים לאזרחות הישראלית. עיקר מאמרו של צמח מוקדש לטיעון לפיו הפלסטינים בגדה זכאים לאזרחותה של ישראל נוכח "הסיפוח דה-פקטו" שזו ביצעה כלפיהם. סיפוח דה-פקטו הוא תוצר של מכלול ממושך ומקיף של "צעדים המבטאים ריבונות" – ההתנחלויות והמאחזים בכל רחבי הגדה, פרוייקטי תשתית גדולים וצעדים משפטיים מגוונים – והוא מצמיח זכות לאזרחותה של המדינה המספחת.[[66]](#footnote-66)

צבר הטענות שלעיל מקדם לפיכך לקידמת הבמה את שתי השאלות הבאות, שהן שני צדיו של אותו מטבע, והן לב הדברים: א. האם ראוי להערים משוכה של "רוב מיוחס" בקרב אזרחי המעצמה השלטת כתנאי להכרעה לשחרר את בני העם הנשלט צבאית על ידה (או כתנאי להכרעה להעניק אזרחות לנשלטיה-מסופחיה)? ב. האם הצדקה למשוכה שכזו עשויה להתגבש נוכח השפעתן של הכרעות נסיגה על אזרחיה של ישראל, המתנחלים? התשובה השלילית לשתי השאלות הללו מתבקשת בעיניי בשל שני טעמים לפחות.

ראשית, תשובה שלילית מתבקשת לנוכח ההשוואה בין הפגיעות המתאזנות כאן. מצד אחד, המחירים שמשלמים נשלטיה הפלסטינים של ישראל בגדה ובירושלים בהשוואה למחיר, הקשה אף הוא אך השונה מהותית בטיבו ובעוצמתו, של עקירת אזרחי ישראל משטח הנתון "לתפיסתה הלוחמתית" של המדינה אל שטחה הריבוני. שנית ובסמוך, המתנחלים בגדה פנו מראש להתיישב באזור המצוי בשליטתה הצבאית של ישראל, לחיות לצידם – ולעיתים במקומם – של "תושבים מוגנים", שזכויותיהם האזרחיות והפוליטיות מוגבלות ביותר. בהתיישבם שם בתמיכת המדינה הם יצרו קולוניה שלה, והם כוח-דחף מרכזי בהתמדת המצב הקולוניאלי. שני טעמים אלו דוחקים לקבל הכרעה בדבר נסיגה ושחרור הפלסטינים, ולחלופין בעד הענקה של אזרחות ישראלית להם; ודחיפות זו עומדת בסתירה ליוזמות לעכב ואולי למנוע מי מההכרעות הללו באמצעות הערמת משוכה כנגדה: התנייתה "ברוב מיוחס" בקרב אזרחי המדינה השלטת.

**נקודת הבחנה שניה בין המצב הקנדי והמצב הישראלי,** נקודה הסמוכה לקודמתה, מתגלה בשאלה על מי דרישת "הרוב הברור" באה לגונן בהקשר הקנדי, ועל מי מבקשים לגונן יוזמי "הרוב המיוחס/ המיוחד/ היהודי" בישראל. ה־Clarity Act עוסק בהחלטה אפשרית של הרוב בקבק על פרישת הפרובינציה מהפדרציה הקנדית. אפשרות זו מעוררת, בין היתר, צורך לגונן על המיעוטים שבתוך קבק – המיעוט דובר האנגלית והמיעוט הילידי דובר האנגלית (Native Canadians) שהם תושבי קבק – מפני החלטה שיש לה משמעות קשה לגביהם, שכן היא עתידה לנתק אותם ממדינת אזרחותם ומהקהילה שהם משתייכים אליה (קהילת הרוב בקנדה: הקנדים דוברי האנגלית).[[67]](#footnote-67)

דרישת "הרוב הברור" בקנדה נועדה להקשות קבלת החלטה כזו. בית המשפט העליון הקנדי קבע, כזכור, את שקבע על יסוד שני מהלכי מחשבה עיקריים: (א) לקבק **אין** זכות לפרישה חד־צדדית מהפדרציה הקנדית, משום שהזכות להגדרה עצמית של דוברי הצרפתית מתקיימת במישור הפנים-מדינתי. היא מקבלת ביטוי במבנה הפדרלי באמצעות הפרובינציה דוברת הצרפתית של קבק, ובאמצעות שותפותם של הקנדים דוברי-הצרפתית בממשלה הפדרלית, ובאמצעות הגנת החוקה הקנדית על השפה, החינוך והתרבות של דוברי הצרפתית (הן בקבק והן ביתר קנדה); (ב) אף־על־פי־כן, על קנדה להיכנס למשא ומתן רציני ובתום לב על הסכם לפרישת קבק אם יתקיימו התנאים של "רוב ברור ביחס לשאלה ברורה" במשאל-עם בקבק.

בהקשר הישראלי–פלסטיני, לעומת זאת, המבקשים את ההגנה של "רוב מיוחס" הם המתנחלים ותומכיהם. כפי שהסברתי לעיל, זהו "עולם הפוך" בהשוואה למצב הקנדי, שכן הגנה על המתנחלים באמצעות "רוב מיוחס" עלולה לסכל את האפשרות לממש את הזכות להגדרה עצמית מדינתית של מי שראוי באופן מובהק למימוש זכותו לכך – העם הפלסטיני. לשון אחר, בקנדה הגנת "הרוב הברור" באה לגונן על אזרחים קנדים מפני מהלך שהזכות להגדרה עצמית מדינתית אינה עומדת לצידו, בעוד בישראל מבוקש "רוב מיוחס" כדי לסכל מימוש של זכות להגדרה עצמית מדינתית למי שהיא עומדת לזכותו.

**הבחנה שלישית** בין שני המקרים. המיעוט דובר הצרפתית בקנדה מקביל לכאורה למיעוט הערבי־פלסטיני בתוך ישראל. שני הבדלים בולטים כאן לעין. ראשית, לא עומדת על הפרק, ולו בשלב זה של חיינו הלאומיים, יוזמה של חלקים מהמיעוט הערבי-פלסטיני "לפרישתו". שנית, מופיע שוני לעניין "המיעוט הנוסף" שהכרעה ביחס לפרישה או לנסיגה משפיעה עליו – שם, הקנדים הילידים והקנדים דוברי האנגלית בפרובינציה של קבק, וכאן, אצלנו, המתנחלים. המשפט הקנדי בא ואומר לאותם חלקים בקהילת המיעוט דוברת הצרפתית בקנדה היוזמת את פרישת קבק: אינכם יכולים לבדכם להכריע את גורל המיעוטים החיים עמכם – אתם זקוקים לשם כך למשא ומתן שיוביל להסכמה כזו או אחרת עם הממשלה הפדרלית, ומשא ומתן שכזה ייפתח רק לאחר שתגייסו "רוב ברור" של **כלל** תושבי קבק. והנה בישראל, מי שיקבע את גורל המיעוט (המתנחלים) הוא, מראש, כלל אזרחי ישראל בהכרעת רוב בתוכם (ולא המיעוט הערבי-פלסטיני, המקביל, כאמור, לדוברי הצרפתית בקנדה).

**הבחנה רביעית.** הדרישה לרוב מיוחס במשאל עם בישראל נועדה לדלל את משקל הצבעתם של האזרחים הערבים; לפגוע בהם בשמה של טענה בדבר חוסר נאמנות שלהם. אין דרך לראות מהלך כזה, אם יתקבל, אלא כמסר גזעני הנושא עימו השלכות חברתיות קשות. אם הטענה שבבסיסו תתקבל היא תשפיע כמעט בהכרח על עמדתם והתנהגותם של בני קהילת הרוב כלפי בני קהילת המיעוט במכלול של התייחסויות גומלין ביניהם.[[68]](#footnote-68) מסר מעין זה נעדר לחלוטין מהכרעתו של בית המשפט העליון הקנדי, שהגיונה נעוץ דווקא בזכותם של אזרחי קנדה כולם לשוויון.

**הבחנה חמישית.** ההחלטה של הפרובינציה של קבק לפרוש מקנדה עלולה לנתק אזרחים של קנדה ממדינתם; לעומת זאת, החלטה של הרוב בישראל לסגת ברמת הגולן או בגדה המערבית לא תנתק אזרחים ממדינתם, אלא תגרום – כך צפוי – לעקירתם משטח אחד שבשליטת ישראל לשטח אחר, בדומה לאשר אירע ב"התנתקות". תשובת הנגד הצפויה היא שאפשרות העקירה קיימת גם לתושבי קבק דוברי האנגלית והקנדים הילידים שיופרדו ממדינתם קנדה. אמירה זו נכונה. אולם, כפי שכבר רמזתי, תהא זו שגיאה ערכית קשה להשוות בין המיעוטים תושביה של קבק לבין המתנחלים. האחרונים העתיקו את מקומם כדי להתיישב בשטחים מתוך מודעות חדה לסכסוך הטריטוריאלי (ולעיתים בגללו); יתר על כן, הם ניגשו בעיניים פקוחות לעשות פעולה שמעורבות המדינה בה הופכת אותה לבלתי־חוקית מבחינת המשפט הבין־לאומי, ואפילו בית המשפט העליון הצביע על תו ה"זמניוּת" המלווה אותה.[[69]](#footnote-69) הם אינם זכאים על־כן למידת ההתחשבות שתושביה המקוריים של אותה טריטוריה זכאים לה.[[70]](#footnote-70) יהיו בוודאי מחמירים שיאמרו כי משום שמדובר במי שמעורבים בעוולה, ואף בעוולה מתמשכת, קמה חובה לא להתחשב בהם, וקיימת אף חובה להשיב את מצב הדברים לקדמותו, משמע, לעוקרם. אני מתקשה לקבל עמדה שכזו, וזאת בשל חלוף השנים והעובדה שילדיהם וילדי ילדיהם של המתיישבים כבר נולדו בשטחים,[[71]](#footnote-71) אבל אני מסכים מאד עם הטענה בדבר חוסר הסימטריה בינם לבין התושבים הילידים הנתונים תחת הכיבוש.[[72]](#footnote-72)

**הבחנה שישית.** דרישת "הרוב הברור" (clear majority) בחוק הקנדי היא עמומה ולא במקרה,[[73]](#footnote-73) ואין היא זהה בהכרח להצעות המושמעות ל"רוב מיוחס". ראוי על כן לשאול אם המנגנון הקיים בהווה בישראל בחוק יסוד: משאל עם אינו עונה די הצורך על דרישה זו לבהירות של הרוב התומך. מדובר ככלות הכול בדרישה **מצטברת** לקיומו של רוב בקרב שלושת "השחקנים" הבכירים ביותר: הממשלה, הכנסת, ועוד ברוב של לפחות שישים ואחד חבריה, ותמיכת רוב מקרב משתתפי משאל העם.[[74]](#footnote-74)

**לבסוף, הבחנה שביעית** בין המקרה הקנדי לזה של ישראל-פלסטין. במקרה של קבק אין מדובר בהחלטה שיוזמת קנדה בדבר פירוקה החלקי והיפרדות יזומה שלה מטריטוריה שלה, אלא בהחלטה אפשרית של קהילת מיעוט המהווה רוב באחת הפרובינציות על יוזמת פרישה. הן המשפט הבין־לאומי והן המשפט החוקתי ההשוואתי מבחינים בין פירוק מדינה בשל הכרעת מיעוט לפרוש ממנה לבין הכרעה של מדינה, באמצעות רוב אזרחיה, להיפרד משטח כזה או אחר שלה. קיימות אמנם מגבלות חשובות מאוד גם בנוגע ליכולתה של מדינה להיפרד משטח מאוכלס שלה, להיפרד מאזרחיה (ארחיב בכך לקראת סוף המאמר);[[75]](#footnote-75) אבל עוצמת המגבלות אינה זהה לאלו הקיימות למול יוזמת פרישה של מיעוט ממדינה דמוקרטית.

יש מדינות שחוסמות מהלכי "פרישה" כליל בחוקתן,[[76]](#footnote-76) ומלחמת האזרחים האמריקאית היא דוגמה חריפה לכך. גם ספרד קבעה בחוקתה את אחדותה הטריטוריאלית, וחסמה הכרזה של קטלוניה על עצמאותה.[[77]](#footnote-77) לעומת זאת, בריטניה הביעה הסכמה לפרישתה של סקוטלנד, אם כך יחליטו רוב תושביה.[[78]](#footnote-78) הסכם בלפסט (1998) הסדיר את פרישתה האפשרית של צפון־אירלנד מהממלכה המאוחדת ואיחודה עם הרפובליקה של אירלנד, אם כך יחליטו רוב תושביה של צפון־אירלנד במשאל עם.[[79]](#footnote-79) המשפט ההשוואתי בהקשר זה הוא אם כן מגוּון, אך הוא נוגע כאמור לאותם מצבים שבהם קהילת אזרחים מבקשת לפרק את המדינה שבתוכה היא חיה, להבדיל מהכרעות טריטוריאליות שאותן מבקשת המדינה עצמה לקבל.[[80]](#footnote-80)

מתי קמה לה, לקהילת אזרחים, זכות לפרישה? עסקתי בכך לעיל. התשובה המוסכמת מופיעה אכן בפסק־הדין הנזכר של בית־המשפט העליון הקנדי. היא קושרת את עצמה למצבים קולוניאליים או דכאניים אחרים, ולשאלת היקף ההגדרה העצמית של הקהילה לאומית התובעת לפרוש, ובתוך כך לשאלת מידת השמירה על זכויות אזרחיות ופוליטיות של בני אותה קהילה לאומית ועל זכויות קיבוציות החיוניות לשמירת תרבותם וזהותם.[[81]](#footnote-81) בית הדין הבינלאומי בהאג, בחוות הדעת המייעצת שלו בעניין קוסובו, משתמש במונח remedial secession כדי לתאר מצבים מהסוגים שהוזכרו, שבהם פרישת מיעוט מהמדינה צפויה להיתפס כזכותו.[[82]](#footnote-82) והנה מתווה ניתוח זה, לו יושם כלפי הפלסטינים, בין בגדה המערבית ובין בירושלים המזרחית, היה מניב תשובה לפיה **יש להם זכות ל"פרישה" מישראל** ללא תלות בקיומו או בהעדרו של רוב בישראל לפרישה שכזו.[[83]](#footnote-83)

בתמצית, שבע ההבחנות שפורטו לעיל – כל אחת מהן בנפרד ובוודאי בהצטברותן – מחדדות את מופרכות הניסיון לבסס על המקרה של קבק-קנדה (ודרישת "הרוב הברור" שהוצבה שם כתנאי למשא ומתן בתום לב על פירוק קנדה) הצדקה להצבת דרישה ל"רוב מוגבר/ מיוחס/ יהודי" בקרב אזרחי ישראל למהלך של נסיגה מהגדה המערבית והיפרדות (או שיתוף ריבונות) בירושלים.

2. טיעון השוואתי נוסף, לפיו משאלי-עם רבים מלווים בדרישה "לרוב מיוחס" – תשובת הנגד שניתנה בחוות הדעת משנת 2000 של מחלקת החקיקה במשרד המשפטים[[84]](#footnote-84)

ראויה תשומת-הלב לחוות דעת של משפט חוקתי השוואתי שהוכנה לפני שני עשורים על ידי עורכי הדין יהושע שופמן וסיגל קוגוט, שהיו באותה עת בכירי מחלקת החקיקה במשרד המשפטים. היא הוכנה סמוך לאחר שהונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק יסוד: משאל עם על-ידי חבר הכנסת סילבן שלום ואחרים. ההצעה אוזכרה לעיל ועיקר תוכנה צוטט. חוות הדעת של שופמן וקוגוט מתמקדת **בהסדרתם של משאלי-עם, באופן כללי, לאו דווקא בהקשר טריטוריאלי, ושל היקף הרוב הנדרש בהם**. הנה הנקודות והנימוקים העיקריים המופיעים בה. הציטוטים להלן הם של קטעים מתוכה.

א. חוות הדעת הוכנה לשם בחינת "הטענה כי במדינות דמוקרטיות שונות המקיימות משאלי עם נדרש רוב מיוחד או רוב מיוחס על מנת שתוצאות המשאל תחייבנה את המוסדות הנבחרים. טענות אלו הועלו גם במסגרת הדיון הציבורי מחוץ לכנסת ובאמצעי התקשורת".

ב. הבחינה ההשוואתית עסקה ב 22 מדינות: "אוסטרליה, אוסטריה, אורוגוואי, איטליה, אירלנד, אנגליה, ארגנטינה, גמביה, גרמניה, דנמרק, דרום אפריקה, הונגריה, יוון, ניו זילנד, ספרד, פולין, פורטוגל, צרפת, קונגו, קנדה, שוודיה, שוויץ. (מדינות בהן לא נוהג מוסד משאל העם הן הולנד, יפן וארה"ב ברמה הפדרלית)".

ג. ביחס לדרישת "הרוב המיוחד" (ההדגשות להלן הן במקור): "ברוב המדינות המקיימות בעולם משאלי עם במגוון נושאים, לרבות תיקוני חוקה, תיקוני חקיקה, ואף אמנות, **נדרש רוב רגיל של המשתתפים במשאל על מנת שתוצאותיו תחייבנה**. במדינות פדרליות שונות (כגון אוסטרליה, קנדה או שוויץ כשמדובר בתיקון חוקה) נדרש גם רוב של המדינות או הקנטונים המרכיבים את הפדרציה, ברם הרוב הוא רוב רגיל. עוד ניתן לקבוע כי, ככלל, המקרים בהם נדרש שהרוב [במשאל] יהווה גם אחוז מסויים מכלל בעלי זכות ההצבעה **הם מקרים בהם מבקשים במשאל עם לבטל החלטה או מעשה חקיקה של המוסדות הנבחרים ולא במקרים בהם מאשרים את החלטות או מעשי השלטון.** בכל מקרה, גם במדינות הסוטות מן הכלל של הסתפקות ברוב רגיל מבין המצביעים במשאל – מדובר על רוב המהווה 25% עד 40% מבעלי זכות הבחירה ולא למעלה מזה. המדינה הדמוקרטית היחידה בה נדרש רוב של 40% מכלל בעלי זכות ההצבעה לצורך אישור מעשה שלטוני (תיקון חוקה) היא דנמרק".

ד. כותבי חוות הדעת פנו גם לעסוק בממוקד במדינות מסוימות שטענות ביחס אליהן הושמעו בדיונים בכנסת ובציבור (ההדגשות להלן הן במקור):

"(א) אירלנד – המשאלים שהיו באירלנד הוכרעו ברוב רגיל ... סעיף 27 לחוקה מאפשר לערוך משאל עם גם לצורך **ביטול** חוק. במקרה כזה (ביטול מעשה שלטוני) נדרש שרוב המצביעים יהוו גם 33.3% מכלל בעלי זכות ההצבעה. משאל מסוג זה טרם נערך באירלנד.

(ב) אנגליה – באנגליה התקיימו בשנת 1979 שני משאלי עם מייעצים (שאינם מחייבים את השלטון) בנושא העברת סמכויות מהפרלמנט לסקוטלנד ווילס. המשאלים נערכו רק בסקוטלנד ובווילס ונדרש אז רוב המהווה 40% מבעלי זכות ההצבעה. לכן, לא העבירה הממשלה את הסמכויות לסקוטלנד. מאז נוצר קונצנזוס באנגליה להסתפק ברוב רגיל במשאלי העם והיום אין על כך מחלוקת. במשאלים שנערכו שם בשנים האחרונות (הקמת פרלמנט בסקוטלנד (1997), קיום בחירות לאסיפה נבחרת בווילס (1997), הסכם השלום בצפון אירלנד (1998) – נדרש רוב רגיל.

(ג) צרפת – בניגוד לנטען [בשיח הפוליטי-ציבורי], גם החוקה הצרפתית אינה קובעת דרישה לרוב מיוחד. הסכם מאסטריכט אושר ברוב של 50.05% לעומת 48.95% מבין המשתתפים במשאל. אין לבלבל בין דרישות חוקיות לבין הצהרות פוליטיות של מנהיגים [לפיהן הם] יפעלו רק אם הרוב במשאל יהיה משמעותי במיוחד (כפי שנטען שהצהיר דה-גול לפני המשאלים בנושא ההגדרה העצמית של האלג'יראים והסכם השלום עם אלג'יר ב-1961 וב-1962).

(ד) קנדה – חוק משאל העם הקנדי קובע אפשרות לערוך משאל עם בנוגע לחוקה הקנדית. הוא חוקק לקראת משאל עם מייעץ שנערך ב-1992, ולא קובע דרישה לרוב מיוחד... חבילת התיקונים שהוצעה נדחתה שכן רוב המצביעים ורוב המדינות [הפרובינציות] התנגדו לשינויים.

לאחרונה מביאים מדינה זו כדוגמה למדינה שנדרש בה רוב מיוחד לצורך פרישה מהפדרציה, בשל פסיקת בית המשפט העליון [הקנדי]..."

וכאן, ביחס לפסק הדין *Reference Re Secession*, הופיע ניתוח שעומד אף הוא על חלק מהנקודות שפרסתי לעיל, ביחס לדרישת "הרוב הברור" המופיעה בפסק הדין ותכליתה.

ה. שופמן וקוגוט מסכמים כך את חוות-דעתם (ההדגשה במקור):

"על פי ניסיונן של המדינות הדמוקרטיות בעולם שקיימו משאלי עם, יש לקבוע כי הרוב הדרוש לאישור החלטת הממשלה והכנסת במשאל עם הוא רוב רגיל של המצביעים במשאל. אך אם נאמץ את הגישה של מקצת המדינות שבהן יש צורך ברוב מיוחד מקרב בעלי זכות הבחירה – יש לקבוע כי החלטת הממשלה והכנסת לאשר הסכם מדיני תקבל תוקף אלא אם יש רוב מיוחד למצביעים **נגד** ההסכם".

3. טיעון אי־נאמנותם של האזרחים הערבים

הצגתי לעיל בהרחבה את טיעוניו של השופט בדימוס שטרוזמן ביחס "לבעיית הנאמנות" של אזרחים הערבים, וציטטתי התבטאויות קשות של ראש הממשלה נתניהו בהקשרם, כולל האשמת נציגיהם בתמיכה בטרור.

"נאמנות" היא מושג רגיש ומורכב, שהשימוש בו עלול להתגלות לתומכיו כחרב פיפיות. ישראל מגדירה את עצמה מדינה יהודית ודמוקרטית. מי שמתנה השתתפות במשחק הפוליטי בהסכמה לציר יסוד אחד של ישראל – היותה מדינה יהודית – אמור להתנות את הזכות להשתתפות גם בהסכמה לציר האחר: היותה דמוקרטית. האם רוב ציבור המתנחלים עומד בכך? האם כל המשתייכים לציונות הדתית עומדים בכך? האם רוב המשתייכים לציבור החרדי עומדים בכך? האם מגזרים אחרים בציבור הישראלי-יהודי (או הערבי-פלסטיני בישראל) עומדים בכך? האם הם נאמנים לערכי היסוד של ישראל המבוטאים בהתחייבויותיה הבאות של מגילת העצמאות?

מדינת ישראל... תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות.

השאלות שהשמעתי באו להקשות על מי שקוראים להתניית זכויות "בנאמנות". חשוב לי להזדרז לומר, שאני מתנגד לכל אחת מההתניות הנזכרות – הן לדרישת הנאמנות לאופייה הלאומי של המדינה והן לדרישת הנאמנות לדמוקרטיוּת שלה – אם הן באות לסייג את הזכות להשתתפות פוליטית או לסייג זכויות אחרות.[[85]](#footnote-85)

הצהרת אמונים מצויה בדין הישראלי, אך מדובר בדרישה להצהרת אמונים "למדינת ישראל" או "למדינת ישראל ולחוקיה", ורק לאלה, כתנאי לפעולה במשרות ציבוריות שונות[[86]](#footnote-86) או כדרישה במסגרת הליך "התאזרחות".[[87]](#footnote-87) אני עצמי נוטה להתנגד לדרישה להצהרת אמונים כתנאי לכשירות לפעולה במשרה ציבורית, אך אין זה המקום ללבֵּן זאת.[[88]](#footnote-88) כמו כן, כפי שציינתי במפורט לעיל, אני מתנגד נחרצות לדרישה להצהרת אמונים כתנאי להתאזרחות של הפלסטינים והדרוזים שסופחו על ידי ישראל. ובכיוון נוסף, איני מכיר מערכת משפט דמוקרטית כלשהי המאפשרת לשלול ממי שהם כבר אזרחי המדינה את הזכות לבחור או את זכותם להשתתף בהכרעות מסוימות אלא אם "ישבעו אמונים".[[89]](#footnote-89) לבסוף, איני מכיר מדינה המתנהלת ממשית כדמוקרטיה שתבחר לדלל את משמעות ההצבעה של אזרחי מיעוט שלה בטענות מעין אלה. חִשבו, לשם הדוגמה, על המיעוט המוסלמי בהודו ביחס לסכסוך בין הודו לפקיסטן ולשאלת קשמיר. היעלה על הדעת כי הרשויות הפוליטיות בהודו יוכלו, באופן התקף חוקתית, לדלל את משקל הצבעתם של אזרחי הודו המוסלמים ביחס להכרעות הנוגעות באותם מתחים?[[90]](#footnote-90)

4. הטענה כי הכרעה של מלחמה ושלום צריכה להתקבל רק על־ידי מי שיישא בתוצאות המלחמה, משמע, "היהודים ובעלי בריתם המשרתים בצבא"

הינה דברים חשובים של מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס נגד התיקון מ 2018, שאוזכר לעיל, לחוק יסוד ירושלים. דברים אלו רלוונטיים גם לטענה שאני עוסק בה כאן, ואוסיף עליהם:

כל שריון בחוקי יסוד הוא בעצם הגבלת כנסות עתידיות לפעול, גם כאשר מתגבש רוב ולכן הוא חריג לעקרון הדמוקרטי. ישנם תחומים בהם טבעי ומקובל להגביל את הרוב, והם בעיקר אלה השומרים על ערכי המשטר הבסיסיים: שיטת הבחירות, זכויות האדם, הפרדת רשויות[,] הגדרת אופי המדינה וכד'. מעבר לענינים אלה, הכרעות דמוקרטיות צריכות להתקבל ברוב רגיל, אחרת יוצא שדווקא דעתו של המיעוט מקבלת עדיפות על פני הרוב, בניגוד להגיון הדמוקרטי.[[91]](#footnote-91)

הסכם מדיני הוא עניין של מלחמה ושלום, חיים ומוות. הכרעות גורליות כאלה צריכות להתקבל על־ידי בני החברה, שגורלם הוא שנקבע באותן הכרעות. יתר על כן, הן צריכות להתקבל **ברוב רגיל**, שכן אין הצדקה שבנושאים מעין אלה יהיה לקול של חלק מאיתנו כוח רב יותר, משקל רב יותר, מאשר לקול של חלק אחר מאיתנו.[[92]](#footnote-92) קל וחומר שאסור שתהא הפליה על בסיס אתני בכל הנוגע במשקל קולו של אדם ביחס להכרעה מהסוג המעורב בהסכם מדיני.[[93]](#footnote-93)

תומכי "הרוב היהודי" חושבים אחרת, ומנמקים זאת כך: "צריך שיהיה רוב ברור בקרב מי שעלול לשאת בתוצאות ההכרעה. את מחיר המלחמות כאן משלמים היהודים ובעלי בריתם המשרתים בצבא, והם שצריכים להכריע".[[94]](#footnote-94) הבעיה העמוקה של טענה הקושרת בין הכרעות פוליטיות כלל-חברתיות לבין שירות צבאי נעוצה בכך שהיא חורגת בצורה ממשית מהתפיסה הדמוקרטית. זו קושרת זכויות יסוד מסוימות לעצם האזרחות, ולא לתועלת החברתית הטמונה באדם כזה או אחר או למילוי חובה כזו או אחרת.[[95]](#footnote-95) ניתן להסתייע כאן בהבחנתו של זריק, בעקבות הארט, בין "זכויות ספציפיות" (specific rights) לבין "זכויות כלליות" (general rights). אלה האחרונות נתונות לכל אדם מבלי שיהא עליו להראות כי הוא עשה מעשה שמזכה אותו בהן. כאלה הן הזכות לא לעבור עינויים, הזכות להיות מיוצג על־ידי עורך־דין, הזכות לבחור ולהיבחר, וכדומה. לעומת זאת, זכות ספציפית היא בסיסית פחות, והיא מאפשרת – ולעיתים אף מחייבת – התניה. למשל, הזכות לקבל שכר תלויה בביצועה של עבודה, והזכות לעבוד בשירות הציבורי מותנית בכישורים המתאימים למשרה.[[96]](#footnote-96) תפיסה ליברלית־דמוקרטית, בהתייחסותה לזכויות יסוד, אינה מבחינה לכן בין משרתים בצבא לבין אלה שאינם משרתים בצבא, בין "קרביים" לבין "לא־קרביים", בין נשים לגברים, בין זקנים לצעירים, בין יהודים לערבים, בין אזרחים ותיקים לאזרחים־זה־מקרוב (ובעבר היו מדינות שהתנו את הזכות לבחור בבעלות על קניין פרטי בשווי מסוים). יתר על כן, את מחיר המלחמות (בוודאי המודרניות) משלמים כל בני החברה, ובעיקר החלשים, העניים, המוגנים פחות.

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

5. הטענה: "טוב, אבל לפחות נסיגה בירושלים מצדיקה הכרעה של רוב מיוחס"

השמעתי בפרק המבוא את הנוסח המעודכן של חוק יסוד: ירושלים לאחר תיקונו ב 2018. נדרש עתה רוב מיוחס בין חברי הכנסת: רוב של שני שלישים מחבריה, 80 חברי כנסת, לצורך שינויים בגבולותיה של ישראל באזור ירושלים (או גריעה מבלעדיות ריבונותה שם), ואולם, וזו כמובן נקודה חשובה, הכנסת יכולה לבטל את ההגבלה הנזכרת באמצעות חוק יסוד מתקן שיתקבל "ברוב" של חבריה (61 חברי כנסת).

ההצדקה האחרונה בה אדון בהקשרן של יוזמות להצבת משוכות של "רוב מיוחס" ביחס לוויתורים טריטוריאליים מתמקדת אכן בירושלים. זו הצדקה פרטיקולרית; מעין טענה של "לפחות שם מותר ואף ראוי": לא דומה נסיגה בירושלים לנסיגה אחרת. רבים מאזרחי ישראל נשבעים ביום כלולותיהם: "אם אשכחך ירושלִָם תשכח ימיני, תדבק לשוני לחכי אם לא אזכרכי, אם לא אעלה את ירושלִַם על ראש שמחתי" (תהלים קלז 5–6). האין ירושלים לפחות ראויה להגנה מיוחדת, לרוב מיוחס?

תשובתי לכך עוברת בתחילתה דרך הפניית תשומת הלב לשאלה: למה נשבעים אלו הנשבעים "אם אשכחך ירושלים תשכח ימיני"? האם לריבונות בלעדית של ישראל בכל המרחב שישראל עיצבה לירושלים (הגולש הרבה מעבר לגבולותיה ההיסטוריים של העיר, ובוודאי מעבר למקומות הקדושים בה)?[[97]](#footnote-97) או שמא לירושלים המטפורית, משמע, לקוממיות יהודית ב(חלק מ)ארץ־ישראל? או אולי לעיר ירושלים כבירתם הלאומית? דומה כי מה שחשוב לציבור הדתי בקהילת הרוב, לציבור המסורתי וגם לחלקים ניכרים מהציבור היהודי החילוני הוא שעיר בירתם תהיה ירושלים; דומה גם שחשוב מאוד לרובם הכותל המערבי, ובכלל זה חופש הגישה אליו וחופש הפולחן בו; ודומה כי חשוב מאוד לרבים גם הר הבית עצמו (שהרי הוא – ולא הכותל המערבי – המקום הקדוש ביותר ליהודים דתיים). והינה, שריוּן ברוב מוגבר מפני חלוקת ירושלים מקשה להבחין בין הטריטוריה הקיימת של העיר (במשפט הישראלי) לבין הסתפקות באותם חלקים של העיר שהם רבי-משמעות במיוחד. רוב מיוחס עלול גם לחסום את הדיון בהבחנה בין ריבונות בלעדית של ישראל לבין הסדרים של חלוקת ריבונות או ריבונות משותפת בעיר העתיקה על אתריה הקדושים.

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

לבסוף, בכל מקרה הכרח הוא שהפלסטינים תושבי ירושלים יהיו צד משתתף במשאל עם שכזה של מדינת תושבותם. הימנעות ישראל מלהעניק להם אזרחות בעת סיפוחם היא, כאמור לעיל, כֶּשל קשה ביותר אשר חובה לתקנו; למצער יש להעניק להם זכות השתתפות במשאל עם שיתקיים ביחס לעירם.[[98]](#footnote-98)

ד. תוכנית טראמפ וההצעה להעברת אזור המשולש "בהסכמת" הצדדים לסכסוך

אחד מסעיפיה של תוכנית טראמפ מינואר 2020 מבקש כזכור להשיב לתחייה את הצעתה של מפלגת "ישראל ביתנו" מלפני שנים מספר ל"חילופי שטחים מאוכלסים". מדובר בהצעה שישראל תעביר אזרחים שלה, על שטחם, **בניגוד לרצונם** אך בהסכמת הישות הפלסטינית, לריבונותה של זו האחרונה. את התנגדויותיי להצעה פירטתי במקום אחר, ואשמיען להלן בתמצית את העיקריות שבהן.[[99]](#footnote-99)

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

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

מה ההצדקה המושמעת לכל הסבל הזה? תומכי התוכנית עונים שכך ייחסך כאב העקירה שייגרם לקבוצת אזרחים אחרת – המתנחלים. אין חולק על הכאב הטמון בעקירה, אך זו הצדקה בעייתית מאד.

א. משום שהיא מתייחסת באופן שגוי לכל אחת משתי הקבוצות הרלוונטיות. על תושבי המשולש כפו בהסכמי שביתת־הנשק של 1949 להיות נכסים ניידים, והעבירו אותם לשלטונה של ישראל. עתה, לאחר יותר משבעים שנה, התוכנית מבקשת – מטעמים אתנוצנטריים של קהילת-הרוב – לעשות זאת שוב: להפוך עליהם את חייהם בניגוד לרצונם. המתנחלים, לעומת זאת, פנו בעיניים פקוחות לבצע הפרה של המשפט הבין־לאומי ושל ערכים אנושיים. אשר על כן, אם כדי לעשות הסדר בין העמים חייבים לפגוע בחלק מהאזרחים, ראוי שהנפגעים יהיו אותם אזרחים שיש להם תרומה ישירה לסכסוך שמבקשים להסדירו.

ב. משום שפגיעה בזכויות אדם עוברת דרך השאלה של מידתיות, ובתוך כך דרך שאלת קיומה או היעדרה של חלופה פוגענית פחות לפעולה השלטונית הרלוונטית. בהצעה להעביר אזרחים ערבים של ישראל לריבונות אחרת, בניגוד לרצונם, אין שמץ של הכרחיות במסגרתו של המשא ומתן שהתנהל וזה שיתנהל בין ישראל והפלסטינים. אם כך, מהי ההצדקה לפעול בכיוון זה?

ג. לבסוף, גם אם נתעלם לרגע מאחריותם של המתנחלים לתוצאות מעשיהם, ונסתפק רק בהשוואת מחירי הפגיעה בינם לבין תושבי המשולש, נגיע לאותה מסקנה. הרי דומה כי לגבי רוב בני האדם הצבת חיץ בינם לבין ילדיהם, בני משפחתם, עבודתם וחבריהם – הצבת גבול בינם לבין החברה שהם חלק ממנה – היא נטל כבד יותר מעקירה של בני אדם מבית ומיישוב, תוך מתן פיצוי, אל מקום אחר בתוך החברה שהם חלק ממנה.

טעמים מצטברים אלה מגבשים את התנגדותי לתוכנית.

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

יש כאן ביטוי לתופעה חשובה אשר טרם זכתה בבּולטוּת שהיא ראויה לה. כוונתי ל"הקרנה ההיקפית" המופיעה במשפט.[[100]](#footnote-100) מדובר בהשלכות של מציאות חיים שבה מערכות יחסים מגוּונות מוסדרות בכפיפה אחת, במערכת משפטית אחת. בשל אופיין המכליל של הנורמות המשפטיות, תופעה זו גורמת לכך שמתכונת יחסים רוב-מיעוט אחת משפיעה על מתכונת יחסים רוב-מיעוט אחרת. כך, למשל, לא קל ליצור נורמה שתעדיף קהילת מיעוט חזקה ותפגע במקביל במיעוט דחוי.[[101]](#footnote-101)

לענייננו כאן: המשפט, דרך ההקרנה ההיקפית, גורם לכך ששניים מהגיונות הימין הישראלי בהווה – המשך הפרויקט הקולוניאלי והגנת המתנחלים, מצד אחד, ונכונותו של הימין לפגוע באזרחים הערבים, מצד אחר – לא יפעלו תמיד באופן משולב ומתואם, אלא יקזזו לעיתים זה את זה. בקצרה, "הרוב המיוחד" שנועד לגונן על המתנחלים יגונן (במידה מסוימת) במקביל, אם יתקבל, על האזרחים הערבים תושבי המשולש.

הערת סיום

בחנתי הצעות שונות של חלקים בימין הישראלי להגביה משוכות בפני נסיגה טריטוריאלית – זאת בדרך של התנייתה בקבלתה "ברוב מיוחס". רוב מיוחס הוא תכופות פרוקסי ל"רוב יהודי". חלק מההצעות הללו, אולי רובן, טרם התקבלו; חלק אחר מהן התקבל חלקית. כוונתי לתיקון מ-2018 לחוק יסוד: ירושלים, ולחוק יסוד: משאל עם שהתקבל ב 2014. האחרון נוגע פורמאלית רק לנסיגה משטח שעליו חל המשפט הישראלי, אך בפועל הוא משפיע על כל נסיגה, ואחד ממרכיביו הוא קבלתה של הכרעת הנסיגה "ברוב" של חברי הכנסת.

בחנתי חמישה טעמים המבקשים להצדיק יוזמות ל"רוב מיוחס": הטיעון בדבר ניגוד העניינים ואי־הנאמנות של האזרחים הערבים; הטיעון לפיו הכרעה של מלחמה ושלום צריכה להתקבל רק על־ידי מי שיישא בתוצאות המלחמה, משמע, על־ידי "היהודים ובעלי בריתם המשרתים בצבא"; הטיעון המדבר בשמן של זכויות האדם: קונקרטית, הצורך בהגנה על המיעוט (המתנחלים) מפני הרוב הפוליטי – והוא מתיימר להישען על המשפט החוקתי הקנדי ועל המקרה של הפרובינציה של קֶבֵּק; טיעון השוואתי נוסף המתיימר להצביע על "מקרים רבים" של דרישות לרוב מיוחס במשאלי-עם למיניהם במגוון של מדינות; וטיעון חמישי המתמקד קונקרטית בנסיגה או בפשרה אחרת בירושלים, והוא תולה את דרישת הרוב המיוחד בחשיבותה יוצאת הדופן. בחנתי את ניסיונות ההצדקה הללו, הן מנקודת הראות של מוסר ליברלי, והן מנקודת ראות משפטית, שכללה את המשפט החוקתי של ישראל, המשפט החוקתי ההשוואתי, בעיקר הקנדי, והמשפט הבינלאומי במישור הזכות להגדרה עצמית. ניתוח זה איפשר לי להצביע על חולשתם העמוקה. טמונים בהם לפחות שני כשלים קשים.

ראשית, ניסיונות ההצדקה הללו מחטיאים מאד את המשפט החוקתי ההשוואתי ואת המשפט הבינלאומי. הם אינם מבחינים בין הגבלת יכולתם של מיעוטים לפרוש ממדינה דמוקרטית ולפגוע כך בשלמותה הטריטוריאלית (ובזכויות אזרחים הנקשרים באותה פגיעה), לבין השתחררות רצונית של מדינה מטריטוריה שבה היא הפעילה "מצב קולוניאלי" עד לאותה הכרעה.

כשל שני נעוץ בכך שיוזמות "הרוב המיוחס" מבקשות לדלל את משקל הצבעתם של האזרחים הערבים ולפגוע בכך עמוקות הן בשוויונם והן בחירותם. פגיעה שכזו מתנגשת במשפט החוקתי של ישראל, והוא צפוי לפיכך להגבילה.

זיהוי הפגיעה החוקתית באזרחים הערבים הטמונה בהצעות "הרוב המיוחס" נשען על הכרעותיו של בית המשפט העליון ביחס למהותה של "מדינה יהודית ודמוקרטית". הנה דבריו של השופט חשין בפסק דין **איזקסון**:

וכי יישמע מי בטענה כי מדינת ישראל אינה מדינת כל אזרחיה? האם ניתן לטעון כי מדינת ישראל היא מדינת חלק מאזרחיה בלבד? והרי עקרון יסוד הוא בדמוקרטיה: שוויון האזרחים בינם לבין עצמם. ... את המובן מאליו קבעה גם ההכרזה על הקמת המדינה, היא ההכרזה שקבעה כי מדינת ישראל היא מדינה יהודית: ...

הנה הינו ה"אני מאמין" שלנו, ואותו נשווה נגד עינינו תמיד בבואנו לפרש את חוקי הכנסת. **אכן, כל אזרחי ישראל – יהודים ושאינם יהודים – הינם "בעלי מניות" במדינה**, והאמירה כי המדינה היא "מדינת כל אזרחיה" אין בה כדי לחסר מהיותה של המדינה מדינה יהודית, ואם תרצה: מדינת העם היהודי. נזכור ונדע – כיצד נוכל לשכוח – כי לא הייתה לו לעם היהודי – לא הייתה לו ואין לו – מדינה אחרת זולתי מדינת ישראל, מדינת היהודים. **ואולם בתוככי המדינה כל אזרחי המדינה הם שווי זכויות**.[[102]](#footnote-102)

ודברים דומים נאמרו על-ידי הנשיא ברק בפסק־דין **קעדאן**:

מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות), **אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים**.[[103]](#footnote-103)

ואכן, שלא במפתיע, פסקי-דין אלו ובעיקר **קעדאן** הם לצנינים בעיני כוחות שונים בחברה הישראלית, והתנגדותם הניעה את היוזמות לקבלת חוק ועדות הקבלה ולחוק יסוד הלאום. לא לחינם המילה "שוויון" אינה מופיעה כלל בזה האחרון, ולא בכדי מגילת העצמאות אינה מאוזכרת בו. יתר על כן, מתוך אותה עוינות לפסק דין **קעדאן** מופיעה בחוק היסוד החדש הוראת סעיף 7: "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה".[[104]](#footnote-104)

עסקתי לעיל במשמעותו של חוק יסוד הלאום לסוגיות שהן מושא הדיון כאן, ואוסיף זאת. נמתין לפרשנות שתינתן לסעיף 7 ולחוק יסוד הלאום בכללותו, אך הנוסחה המפורטת לעיל בדברי השופטים חשין וברק – זו שניתן לכנותה "נוסחת קעדאן" – נותרת על כנה, שכן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נותר על כנו; הוא לא בוטל ולא תוקן. נקודה חשובה נוספת, המספקת מידה של תקווה, היא ששני חוקי היסוד הללו – הלאום מצד אחד וכבוד האדם וחירותו מצד אחר – נמצאים יחדיו, על המתח שביניהם, תחת "המטרייה הנורמטיבית" המסייעת לפרשם. מקום של כבוד שמור כאן לחוקתה המהותית של ישראל, עם מגילת העצמאות כמקור עיקרי לה.[[105]](#footnote-105) בתמצית, המסגרת החוקתית של ישראל מגבשת סייגים לתקפותן, והיא צפויה להשפיע על פרשנותן, של הצעות שונות שעולות בכנסת להצבת משוכות של רוב מיוחס.

אני מתקשה, עם זאת, לסיים את המאמר בתו של אופטימיות. ההצעות שנדונו במאמר הן חלק מגל עכור, רב-עוצמה, שכוחו המניע אף מתעצם, והוא מלווה את חיינו כבר למעלה מעשור וחצי. אמנם רוב הצעות החוק שבחנתי התנפצו לפי שעה על "שובר גלים" שעדיין עומד לה לחברה הישראלית, אך הוא נסדק ונשחק, ומרכיבים של הגל העכור הצליחו לחצותו. חוק יסוד הלאום הוא ההרסני שבאותן "הצלחות", אך אליו הצטרפו ומצטרפים אחרים.[[106]](#footnote-106) ההצעות שאותן בחנתי ושלמזלנו לא אומצו או טרם אומצו צפויות לפיכך לשוב כאשר המשא ומתן עם הפלסטינים יתחדש, והן תתעצמנה אם תתרחש התקרבות לפשרה היסטורית, כלומר הוגנת. תכליתו של המאמר היא לשרטט ולנמק טעמי התנגדות למולן. הוא ומאמרים נוספים שנכתבו על ידי אחרים וכאלה שעוד ייכתבו, אולי יעזרו לנו אז, באותה שעה של חסד.

1. \* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי נתונה למערכת משפט וממשל על הערותיה, וכן לגדי ברזילי, תמר הוסטובסקי ברנדס, ראיף זריק, ברק מדינה, איתמר מן, סמי סמוחה, רובי ציגלר, יניב רוזנאי ויהושע שופמן. תודה עמוקה לג'נאן תומא-ח'ורי על עזרת מחקר מצוינת. גרסה מוקדמת וקצרה יותר של המאמר התפרסמה בקובץ המאמרים **חוקתיות, כינון חוקה וריבונות: מבט תיאורטי והשוואתי** (בעריכת אמל ג'מאל, נאוה זוננשיין ואמיר פאח'ורי) (מכון וולטר ליבך לחקר הדו־קיום היהודי־ערבי, 2020). [↑](#footnote-ref-1)
2. לדיון היסטורי מקיף ראו, בין היתר, אליסטר הורן **מלחמה פראית לשלום: מלחמת אלג'יריה 1954–1962** (עמנואל לוטם מתרגם, 1989); Ian S. Lustick, Unsettled States, Disputed Lands: Britain and Ireland, France and Algeria, Israel and the West Bank-Gaza (Cornell Uni. Press, 1993). [↑](#footnote-ref-2)
3. ראו, בין היתר, Brendon O`leary & John McGarry, The Politics of Antagonizm: Understanding Northern Irland (1993). [↑](#footnote-ref-3)
4. לנקודות ראות שונות ראו, בין היתר, בני מוריס **קורבנות: תולדות הסכסוך הציוני-הערבי, 1881–2001** (יעקב שרת מתרגם, 2003); Menachem Klein, The Shift: Israel-Palestine from Border Conflict to Ethnic Straggle (2010); רשיד ח'אלידי **כלוב הברזל: סיפור מאבקם של הפלסטינים למדינה** (איה ברויר מתרגמת, 2010). [↑](#footnote-ref-4)
5. לדיון חלקי ראו, בין היתר, אילן סבן "תגובת־הנגד הפוליטית ל'מהפכה החוקתית'" **המרחב הציבורי** 13 13 (2018) (להלן: סבן, "תגובת-הנגד הפוליטית"). [↑](#footnote-ref-5)
6. [*www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/01/Peace-to-Prosperity-0120.pdf*](https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2020/01/Peace-to-Prosperity-0120.pdf). [↑](#footnote-ref-6)
7. ראו: אילן סבן "אזרחות ומהלכים לשחיקתה: משפט, מוסר ותחשיבי תועלת בנוגע להצעות 'ישראל ביתנו' לחילופי שטחים מאוכלסים ולהתניית הזכות לבחור לכנסת בשבועת אמונים" **הפרקליט** נא(1) 105 (2011) (להלן: סבן, "אזרחות ומהלכים לשחיקתה"). [↑](#footnote-ref-7)
8. ס' 1 להצעת חוק האזרחות (תיקון – הצהרת אמונים), התשס"ט-2009, פ/102/18 (להלן: הצעת החוק), שהוגשה על־ידי ארבעה מחברי הכנסת של "ישראל ביתנו": דוד רותם, רוברט אילטוב, משה מטלון ואלכס מילר. דברי ההסבר של ההצעה מפרטים את ההסברים הבאים: "הקשר בין אזרחות ונאמנות למדינה הוא קשר בלתי ניתן לניתוק. בשנים האחרונות התגלה כי האזרחים במדינת ישראל אינם נאמנים למדינה, לסמליה ולערכיה, והם משתמטים משירות צבאי או שירות לאומי. הצעת חוק זו באה לקשור נאמנות למדינה, לסמליה ולערכיה, ושירות צבאי או לאומי לאזרחות הישראלית. מוצע כי לשם קבלת האזרחות הישראלית, יהיה המבקש מחויב להצהיר אמונים למדינה, וכן יתחייב לשרת שירות צבאי או שירות חלופי, ככל שיידרש. שר הפנים רשאי יהיה לשלול אזרחותו של מי שנדרש לכך, אך מסרב לקיים התחייבותו לשרת שירות צבאי או חלופי". לדיון במהלך זה ובכשליו הכבדים מנשוא ראו סבן, "אזרחות ומהלכים לשחיקתה", שם, בעיקר בעמ' 117–122; וכן תמר הוסטובסקי־ברנדס "'בלי נאמנות אין אזרחות': על נאמנות, אזרחות וסולידריות חברתית" **המרחב הציבורי** 11 11 (2016). [↑](#footnote-ref-8)
9. ס' 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח התש"ם 186 (להלן: חוק יסוד ירושלים). [↑](#footnote-ref-9)
10. למעשה, אין אלה מהלכים שטמונים רק בחיק העתיד או שהחלו רק בתיקון משנת 2018 לחוק יסוד ירושלים. למן "ההתנתקות" בקיץ 2005, הימין הפוליטי פועל למנוע את הישנותה של נסיגה משטחים אחרים הנתונים ב"תפיסה לוחמתית" של ישראל, ולשם כך הוא מערים עוד ועוד משוכות לפני מהלך אפשרי כזה. לדוגמאות ראו ברק מדינה ואילן סבן "על 'עם', קרעיו ושאיפת איחוי: פסק הדין בעניין חוק החנינה למפֵרי חוק על רקע התנגדותם לתכנית ההתנתקות" **משפט, מיעוט וסכסוך לאומי** 375, 376–378 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים, 2017) (להלן: מדינה וסבן, "על 'עם', קרעיו ושאיפת איחוי"). [↑](#footnote-ref-10)
11. חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ס"ח התשע"ח 898 (להלן: חוק יסוד הלאום). [↑](#footnote-ref-11)
12. אורי שטרוזמן "חוק הלאום מוצדק" **הארץ** (21.8.2018) [www.haaretz.co.il/opinions/letters/.premium-1.6407592](https://www.haaretz.co.il/opinions/letters/.premium-1.6407592). [↑](#footnote-ref-12)
13. הדברים נאמרו בריאיון שנערך עם שטרוזמן על־ידי העיתונאי יוחאי דנינו "'זו לא גזענות' – גיבוי משפטי לחבר הכנסת סמוטריץ" **כל הזמן** (17.4.2016) [www.kolhazman.co.il/105557](http://www.kolhazman.co.il/105557). [↑](#footnote-ref-13)
14. בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, פס' 27 לפסק דינו של הנשיא ברק (2000). [↑](#footnote-ref-14)
15. או בשמו הרשמי – חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, ס"ח 683. [↑](#footnote-ref-15)
16. בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת**, פס' 58 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 17.9.2014). [↑](#footnote-ref-16)
17. בנימין נתניהו ״שלטון הימין בסכנה – חייבים לצאת ולהצביע מחל״ **יוטיוב** (17.03.2015) [www.youtube.com/watch?v=Q2cUoglR1yk](https://www.youtube.com/watch?v=Q2cUoglR1yk). [↑](#footnote-ref-17)
18. Benjamin Netanyahu (@netanyahu) **טוויטר** (04.03.2020, 16:14) [twitter.com/netanyahu/status/1235237067434622977](https://twitter.com/netanyahu/status/1235237067434622977). [↑](#footnote-ref-18)
19. למחקר מקיף מאד של המשפט החוקתי ההשוואתי בהקשר זה, ראו: Rivka Weill, *Secession and the Prevalence of Both Militant Democracy and Eternity Clauses Worldwide*, 40 Cardozo L. Rev. 905 (2018) (להלן: "Weill, Secession"). [↑](#footnote-ref-19)
20. ואכן חלקו העיקרי של מאמרי דן בשאלת ההצדקה / חוסר ההצדקה בהצבת משוכות של שיריון או נוקשות בטרם קבלת החלטות מסוימות; וקונקרטית, הכרעות בדבר היפרדות משטחים ומבני-אדם הנתונים תחת כיבוש. בניסיוני להשיב לכך אני עובר גם דרך שאלת-משנה תיאורטית, שעניינה בהצדקות לשריוּנה של חוקה ובגבולות כוחה של הכנסת לעשות כן, משמע לכבול את עצמה. ראו להלן, בעיקר, את הטקסט המלווה את הערות שוליים 90 עד 92 על הסימוכין שבהן. [↑](#footnote-ref-20)
21. היסטוריה זו, עד למועד כתיבתה ב-2005, נפרסת בפרק 15 לספרם של אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** (2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה). [↑](#footnote-ref-21)
22. צו סדרי השלטון והמשפט (מס׳ 1), התשכ״ז-1967, שהותקן על ידי הממשלה מכוח סעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ק"ת תשכ"ז 2690. השטח המסופח הוכלל בתחום עיריית ירושלים בהכרזה שהוצאה באותו יום, על-פי חוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 6), התשכ"ז-1967, ק"ת תשכ"ז 2694, לפיו רשאי שר הפנים להרחיב בהכרזה תחומה של עירייה. לדיון בפעולה זו של סיפוח, שהתרחשה ב-27.6.1967, ראו רובינשטיין ומדינה, שם, סעיף 15.12. [↑](#footnote-ref-22)
23. חוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981. [↑](#footnote-ref-23)
24. ההכרה הפסיקתית בעקרון זה יסודה בקביעה בעניין **רובינשטיין**, בעניין הפטור משירות בצה"ל לתלמידי ישיבות, כי זהו עיקרון בעל מעמד חוקתי, מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: בג״ץ 3267/97 **רובינשטיין נ׳ שר הביטחון**, פ״ד נה(2) 255 (2000). ראו גם בג״ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ׳ ממשלת ישראל**, פ״ד סז(1) 177 (2014), עניין "מתווה הגז". [↑](#footnote-ref-24)
25. ראו מכתב מברק מדינה ורונית לוין-שנור ליועץ המשפטי לממשלה (11.06.2020) (ההדגשה במקור) (עותק שמור בידי הכותב). [↑](#footnote-ref-25)
26. מכתבם של מדינה ולוין-שנור מלבֵּן ומנמק דרישות סף נוספות שאותן מאתרים הכותבים למהלך של סיפוח חלקים מהגדה המערבית. לתפיסתם השילוב של עקרון ההסדרים הראשוניים עם קבלתו של חוק יסוד: משאל עם (שיאוזכר מיד, החל מפורשות רק ביחס לנסיגה משטח שבו הוחל המשפט הישראלי), וכן התפתחויות שונות בתחום "הנוהג החוקתי" – מוליד שלוש דרישות-סף: חקיקה של הכנסת, אישור של הכנסת ברוב של 61 ואשרור במשאל עם. אני מצטרף לגמרי למסקנה בדבר התגבשותה של דרישת הסף הראשונה אך מתלבט ביחס לשתי האחרות. לא אפרט כאן את לבטיי. [↑](#footnote-ref-26)
27. ה"ש 21 לעיל. [↑](#footnote-ref-27)
28. חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל. [↑](#footnote-ref-28)
29. חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון מס' 1), ס״ח התשס״א 28, משנת 2000. [↑](#footnote-ref-29)
30. חוק-יסוד: משאל עם. ראו להלן בה"ש 35 את ההשתלשלות שליוותה את קבלתו. [↑](#footnote-ref-30)
31. לעיל, ה"ש 8. [↑](#footnote-ref-31)
32. נדב שרגאי "כך חוקקנו – ירושלים של חוקים" **המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה** (04.02.2018) [jcpa.org.il/article/כך-חוקקנו-ירושלים-של-חוקים/](http://jcpa.org.il/article/%D7%9B%D7%9A-%D7%97%D7%95%D7%A7%D7%A7%D7%A0%D7%95-%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A9%D7%9C%D7%99%D7%9D-%D7%A9%D7%9C-%D7%97%D7%95%D7%A7%D7%99%D7%9D/). בתיקון האחרון המוזכר בציטוט עסקתי בקצרה בפתח דבריי. ציינתי כי הדרישה שלגביה נלהב שרגאי – הדרישה לרוב מיוחד של 80 חברי כנסת – ניתנת היא עצמה לשינוי "ברוב", משמע, הרוב של 61 חברי כנסת. [↑](#footnote-ref-32)
33. חוק פיצוי מפוני סיני, התשמ"ב-1982. [↑](#footnote-ref-33)
34. חוק יישום חוזה השלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה הירדנית ההאשמית, התשנ"ה-1995. [↑](#footnote-ref-34)
35. בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005). בפסק הדין התערב בית המשפט בחוק והורה להרחיב את מרכיב הפיצוי ("המענק האישי") שנקבע בו, כך שיחול גם על מי שנעקרים והם בני אדם צעירים, שגילם פחות מעשרים ואחת שנים. [↑](#footnote-ref-35)
36. להלן גלגולי התחיקה שהובילו לקבלת חוק היסוד: תחילה נחקק חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999, שזכה בכינוי "חוק שריוּן רמת הגולן", ועל־פיו החלטת ממשלה לוותר על שטחים בריבונות המדינה – דהיינו, שטחים שהמשפט, השיפוט והמינהל של השלטון הישראלי חלים בהם – תידרש לאישור של רוב מוחלט מקרב חברי הכנסת (שישים ואחד חברי כנסת או יותר) ואישור של רוב המשתתפים בהצבעה במשאל עם. בחוק נקבע עוד כי הסעיף הנוגע בקיום משאל עם יחול רק כאשר הוא יוסמך על־ידי חוק יסוד שיחוקַק בנושא, ובכך נותר החוק עקר מבחינה זו. ב־22 בנובמבר 2010 אישרה הכנסת תיקון לחוק הקיים, שזכה בכינוי הנוסף "חוק משאל עם", ולפיו בטלה הדרישה לעיגון בחוק יסוד, ושורטט בו עצמו המנגנון למשאל העם ביחס להכרעה בדבר ויתור על שטח בריבונות המדינה. לדיון ברקע לתיקון וכן עיון בתוכנו, ראו: רון קליין "כובד סוגיית 'משאל העם': חוק סדרי השלטון והמשפט )ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) (תיקון), התשע"א–2010" **חוקים בקצרה** 3 2010)). כשלושה שבועות לאחר אישור התיקון לחוק הוגשה עתירה לבג"ץ נגדו, בטענה שהחוק במתכונתו החדשה פוגע בסדרי השלטון של מדינת ישראל ועוקף חוקי יסוד אחרים, ועל־כן אין זה ראוי להעבירו בחקיקה רגילה. בשנת 2013 יזמה הממשלה את הצעת חוק יסוד: משאל עם, וזו נהפכה לחוק יסוד בשנת 2014 – חוק-יסוד: משאל עם, ס"ח התשע"ד 400. [↑](#footnote-ref-36)
37. את מצב דברים זה מבקשת לשנות הצעת החוק של חבה"כ צבי האוזר. הצעת חוק-יסוד: משאל עם (תיקון – יישובים באזור יהודה ושומרון), התש״ף-2020, פ/1843/23, הונחה על שולחן הכנסת ביום 10.8.2020. [↑](#footnote-ref-37)
38. לא למותר להוסיף, כי המנגנון הזה, שנקבע בחוק-יסוד: משאל עם, התגבש לאחר "ההתנתקות". במילים אחרות, על אף אותה התרחשות שנתפסה כטראומטית התגבשו ההתניות של חוק יסוד משאל-עם, כך שיחולו פורמלית רק על נסיגה משטח המצוי בתוך גבולה הריבוני של ישראל, ואין בו בחוק היסוד דרישה לרוב מוגבר. מופיעה אמנם דרישה ל"רוב" חברי הכנסת, משמע, 61 חברי כנסת, שזה סוג של רוב מיוחד אך לא "רוב מוגבר או מיוחס", ומה שחשוב הוא שההכרעה העממית – משאל העם עצמו – מתקבלת ברוב רגיל של משתתפיה. ראו נקודה זו, ביתר הרחבה, בהערת השוליים 69 להלן. [↑](#footnote-ref-38)
39. דברי הנשיא ברק בבג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, פ״ד סב(1) 1, בפס׳ 22 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) [עניין חוק פיצויי האינתיפדה]. [↑](#footnote-ref-39)
40. חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017. פסק הדין, שבו הכריע בית המשפט העליון לאחרונה כי החוק בטל, הוא בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 9.6.2020). אגב, פסק הדין מפעיל כאן תחולה חוץ-טריטוריאלית לחוק יסוד, אך זהו חוק יסוד אחר, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק יסוד זה מגונן גם על המתיישבים הישראלים, כפי שהזכרתי לעיל ביחס לחוק ההתנתקות, אבל גם על הפלסטינים. [↑](#footnote-ref-40)
41. הצעת חוק משאל עם על נסיגה מרמת הגולן (הוראת שעה), התש״ס-1999, פ/803/15 של חבר הכנסת אברהם (אבי) יחזקאל, הונחה על שולחן הכנסת ביום 1.11.1999. דברי ההסבר מתמצים פחות או יותר באמירות הבאות: "ממשלת ישראל צועדת לקראת הסכם שלום עם סוריה. הסכם זה עשוי לכלול בתוכו פשרות טרטוריאליות ברמת הגולן. חשיבותה של רמת הגולן במישור ההיסטורי, ביטחוני והכלכלי מחייבות קבלת החלטה שתביא לידי ביטוי באופן המירבי, את רחשי הלב של הציבור בישראל. לכן מין הראוי שנושא רגיש ובעל חשיבות עליונה כמו נסיגה מרמת הגולן יקבע לא רק על ידי צוותי המשא ומתן אלא גם באמצעות משאל עם". אין הסבר ביחס לרוב הנדרש. [↑](#footnote-ref-41)
42. הצעת חוק-יסוד: משאל עם, התש״ס-1999, פ/1107/15 של חבר הכנסת סילבן שלום וארבעים וארבעה חברי כנסת נוספים, הונחה על שולחן הכנסת ביום 20.12.1999. דברי ההסבר מציינים, בין היתר, כך: "ההצעה מסדירה את מכלול הנושאים הקשורים בעריכת משאל עם לרבות: אופן ניסוח השאלה, הזכות להשתתף במשאל, הרוב הנדרש וכדומה". אין תוספת הסבר ביחס "לרוב הנדרש". [↑](#footnote-ref-42)
43. הצעת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון – משאל עם על ירושלים), התשס״ח-2007, פ/3069/17 של חבר הכנסת סילבן שלום וחמישים ושניים חברי כנסת נוספים, הונחה על שולחן הכנסת ביום 12.11.2007. דברי ההסבר מציינים, בין היתר, כך: "ההצעה מסדירה את מכלול הנושאים הקשורים בעריכת משאל עם לרבות: אופן ניסוח השאלה, הזכות להשתתף במשאל, הרוב הנדרש וכדומה". אין תוספת הסבר ביחס "לרוב הנדרש". [↑](#footnote-ref-43)
44. הצעת חוק רמת הגולן (תיקון – רוב מיוחס), התשס״ט-2009, פ/1100/18 של חבר הכנסת כרמל שאמה ואחרים, הונחה על שולחן הכנסת ביום 18.5.2009. בדברי ההסבר מופיעים הדברים הבאים: "מטרת הצעת חוק זו היא לדאוג לכך שההחלטות המתקבלות בעניין ויתורים על שטח משטחי רמת הגולן יתקבלו אך ורק ברוב מיוחד של 80 חברי כנסת, בשל חשיבותה של רמת הגולן במישור ההיסטורי, הביטחוני, הכלכלי והלאומי". [↑](#footnote-ref-44)
45. הצעה של חבר הכנסת משה ארנס: הצעת חוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה (תיקון – הצבעה על ידי אזרחים בחוץ לארץ), התשס”א-2001, פ/2857/15, הונחה על שולחן הכנסת ביום 23.07.2001. ראו גם את ההצעות הדומות שבאו לאחריה: הצעת חוק הבחירות לכנסת (תיקון – הצבעה על ידי אזרחים בחוץ לארץ), התשס״ו-2006, פ/1067/17, שהוגשה על ידי חבה"כ מיכאל איתן, והונחה על שולחן הכנסת ביום 17.07.2006; הצעת חוק הבחירות לכנסת (תיקון – הצבעה על ידי אזרחים בחוץ לארץ), התשס״ז-2006, פ/2595/17, שהוגשה על ידי חבה"כ אפי איטם, והונחה על שולחן הכנסת ביום 28.05.2007; הצעת חוק הבחירות לכנסת (תיקון – הצבעה על ידי אזרחים בחוץ לארץ), התשס״ט-2009, פ/914/18, שהוגשה על ידי חבה"כ אלכס מילר ואחרים, והונחה על שולחן הכנסת ביום 04.05.2009; הצעת חוק הבחירות לכנסת (תיקון – הצבעה על ידי אזרחים בחוץ לארץ), התש״ע-2010, פ/2521/18, שהוגשה על ידי חבה"כ יעקב כץ, והונחה על שולחן הכנסת ביום 12.07.2010. [↑](#footnote-ref-45)
46. ראו בעיקר את ההצעות השונות לתיקון חוק יסוד ירושלים שהגישו בנפרד חברי הכנסת זבולון אורלב ואריה אלדד. הצעה של חבר הכנסת אורלב: הצעת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון – בירת ישראל והעם היהודי), התשס״ז-2007, פ/2814/17. היא הונחה על שולחן הכנסת ביום 16.07.2007. ראו הצעה דומה של חבה"כ אלדד: הצעת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון – בירת העם היהודי), התשס״ח-2007, פ/3161/17, שהונחה על שולחן הכנסת ביום 17.12.2007. להלן דברי ההסבר הנלווים לה: "בימים אלו מנהל ראש הממשלה מגעים נמרצים להביא לביצוע תוכנית מדינית הכוללת את חלוקת העיר ירושלים. כמו כן, השנה חגגנו 40 שנה לאיחודה מחדש של ירושלים, בירת הנצח של מדינת ישראל והעם היהודי. הצעת חוק זו באה לבטא את מרכזיותה של ירושלים בחיי מדינת ישראל והעם היהודי, ולחזק את אחיזתו של העם היהודי בירושלים המאוחדת". [↑](#footnote-ref-46)
47. אליעזר מלמד "רק ברוב מיוחס" **ערוץ 7** (28.10.2004) [www.inn.co.il/Besheva/Article.aspx/3460](https://www.inn.co.il/Besheva/Article.aspx/3460). [↑](#footnote-ref-47)
48. לפירוט, ראו, בין היתר, מדינה וסבן, "על 'עם', קרעיו ושאיפת איחוי", לעיל ה"ש 9. לטיעון מעין זה ראו אורית סטרוק "אורית סטרוק מגיבה: צביעות השמאל וארגוני זכויות האדם" **הארץ** (23.03.2013) [www.haaretz.co.il/magazine/1.1973843](https://www.haaretz.co.il/magazine/1.1973843). [↑](#footnote-ref-48)
49. סוגיית השימוש שישראל עושה **בקרקע הציבורית** בשטחים, להבדיל מקרקע פרטית של פלסטינים, לצורך התנחלויות ומאחזים, מטואטאת כל העת אל מתחת לשטיח. השימוש הישראלי בקרקע זו – שהמפקד הצבאי היה אמור להחזיקה ולהפעילה בנאמנות עבור "התושבים המוגנים" – אינה חשופה לביקורת שיפוטית, שכן בג"ץ שמר בעניינה על דוקטרינות שמהן נפרד במידה רבה בהקשרן של כמעט כל הסוגיות האחרות – כוונתי לעילות־הסף של זכות העמידה ושל השפיטוּת – ובכך "מנע עצמו" מלדון בה. ראו בג"ץ 4481/91 **ברגיל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז(4) 210 (1993); בג"ץ 3125/98 **עיאד נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון**, פ"ד נה(1) 913 (1999) – שם נקבע כי סוגיית ההתנחלויות על קרקע ציבורית **אינה שפיטה**. וביחס להיבטים אחרים של סוגיית הקרקע הציבורית, הוא קבע כי **"זכות העמידה" מוגבלת**: בג"ץ 277/84 **אע׳רייב נ' הממונה על הרכוש הנטוש והממשלתי, אזור יהודה ושומרון**, פ"ד מ(2) 57 (1986); בג"ץ 2676/09 **אבו קמל נ' הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש באיזור יהודה ושומרון** (פורסם בנבו, 7.9.2014). להתייחסות נוספת, ראו סבן, "תגובת-הנגד הפוליטית", לעיל ה"ש 4, בעמ' 19-18. [↑](#footnote-ref-49)
50. ראו, בין היתר: Nicola Perugini & Neve Gordon, The Human Right to Dominate (2015). [↑](#footnote-ref-50)
51. ראו, בין היתר, את הדיון הסוער בוועדת החוקה, חוק ומשפט בהצעת חוק-יסוד: משאל עם שהוגשה על ידי חבר הכנסת סילבן שלום ואחרים. פרוטוקול ישיבה 117 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (15.05.2000) [www.nevo.co.il/law\_html/Law103/15\_ptv\_495881.htm](https://www.nevo.co.il/law_html/Law103/15_ptv_495881.htm). [↑](#footnote-ref-51)
52. Mario Cardinal, Breaking Point Quebec-Canada: The 1995 Referendum, 398–400, 407 (2005).. בישיבת קבינט שנערכה למחרת היום התעמת חבר המפלגה הבדלנית Landry עם Parizeau בנוגע להתבטאויותיו, ואמר כי התנועה "נאלצה להסתיר את ראשה מרוב בושה". [↑](#footnote-ref-52)
53. Reference Re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217 (להלן: "Reference Re Secession"). [↑](#footnote-ref-53)
54. שם.הציטוט שלהלן הוא מתוך אחת מפסקאות הסיכום, פסקה 154 של פסק הדין, והדיון המפורט יותר מופיע בעיקר בפסקאות 138-132 של פסק הדין. לדיון תמציתי בפסק הדין ראו, בין היתר, Weill, Secession, לעיל ה״ש 18, בעיקר בעמ' 983 - 985; וכן תמר הוסטובסקי ברנדס "הזכות להגדרה עצמית בחוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי" **תרבות דמוקרטית** 20 (2020) )להלן: הוסטובסקי ברנדס, הגדרה עצמית(. [↑](#footnote-ref-54)
55. An Act to give effect to the requirement for clarity as set out in the opinion of the Supreme Court of Canada in the Quebec Secession Reference, S.C. 2000, c. 26 (Clarity Act). [↑](#footnote-ref-55)
56. ראו את דבריו של בית המשפט העליון הקנדי *Reference Re Secession* , לעיל ה״ש 52, ביחס לזכות ההגדרה העצמית במשפט הבינלאומי, בין היתר בפסקה 138:

    … where a people is oppressed, as for example under foreign military occupation; or where a definable group is denied meaningful access to government to pursue their political, economic, social and cultural development.

    וראו גם את דברי בית הדין הבינלאומי לצדק (ה-ICJ) בחוות הדעת המייעצת שלו ביחס לקוסובו.

    Accordance with International Law of Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, 2010 I.C.J. 403, para 79:

    During the second half of the twentieth century, the international law of self-determination developed in such a way as to create a right to independence for the peoples of non-self-governing territories and peoples subject to alien subjugation, domination and exploitation.

    כסימוכין מפנה בית הדין להכרעות קודמות שלו בעניין נמיביה, סהרה המערבית, מזרח טימור, וגם בעניין גדר ההפרדה שהקימה ישראל, וחלקה נבנה בתוך הגדה המערבית תוך השלכות קשות על "התושבים המוגנים": Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I), pp. 171-172, para. 88. הנה דברים שמוסיף שם בית הדין, בפסקה 118 לחוות דעתו בעניין גדר ההפרדה, זאת ביחס לזכויות הפלסטינים:

    As regards the principle of the right of peoples to self-determination, the Court observes that the existence of a “Palestinian people” is no longer in issue. …The Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip of 28 September 1995 also refers a number of times to the Palestinian people and its “legitimate rights” ... The Court considers that those rights include the right to self-determination... [↑](#footnote-ref-56)
57. השוו לדיון מאיר העיניים המתקיים בהכרעתו של שופט הרוב פוגלמן בבג"ץ 7803/06 **אבו ערפה נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 13.09.2017) (פסילת החלטתו של שר הפנים לשלול את תושבותם של מנהיגי חמאס בירושלים המזרחית בהעדר חקיקה מסמיכה של הכנסת). [↑](#footnote-ref-57)
58. ראו דיונה המקיף של יעל רונן "ריבונות ברירנית: תחולת המשפט הישראלי במזרח ירושלים" **משפט וממשל** כא 267 (2020) (להלן: רונן "ריבונות ברירנית"). [↑](#footnote-ref-58)
59. "...(ב) מי שביקש להתאזרח ונתקיימו בו התנאים שבסעיף קטן (א), יעניק לו שר הפנים, אם ראה זאת לנכון, את האזרחות הישראלית על ידי מתן תעודת האזרחות. (ג) לפני הענקת האזרחות יצהיר המבקש הצהרה זו: 'אני מצהיר שאהיה אזרח נאמן למדינת ישראל'...". [↑](#footnote-ref-59)
60. רונן "ריבונות ברירנית", לעיל ה"ש 57, בעמ׳ 286-284. [↑](#footnote-ref-60)
61. שם, בעמ׳ 288-286. בנושא זה חל לאחרונה שינוי במדיניותה של ישראל, בלחץ עתירות שהוגשו כנגדה; ראו ניר חסון "משרד הפנים פרסם נוהל שיקל על 20 אלף תושבי מזרח ירושלים לקבל אזרחות" **הארץ** (25.11.2020) [www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.9324313](https://www.haaretz.co.il/news/education/.premium-1.9324313). [↑](#footnote-ref-61)
62. לדיון חשוב שמפרט את היסודות התיאורטיים שביסוד הזכות לאזרחות ואת עמדות המשפט הבינלאומי בהקשרה, ראו: Ariel Zemach, *The Emerging Right of West Bank Palestinians to Israeli Citizenship*, 42 U. of Pa. J. of Int'l L. 271 (2020) **(להלן:** (Zemach, citizenship, בעיקר בעמודים 295-282. [↑](#footnote-ref-62)
63. לדיון רב ערך במהותה ובמשמעותה של האזרחות, ראו גם את נימוקיו של השופט זמיר בבג"ץ 2757/96 **אלראי נ' שר הפנים** פ"ד נ(2) 18 (1996) [דחיית העתירה לשלילת אזרחותו של רוצח ראש הממשלה]. [↑](#footnote-ref-63)
64. לחלופין (אך כאפשרות שהיא ממש פחות ראויה בעיניי) היא חייבת להעניק את אזרחותה לאחר שהמסופחים ביקשו זאת, אך **זאת ללא כל התניה מצדה;** למשל, דרישותמהסוג שהיא מפעילה כלפי המבקשים להתאזרח דרך סעיף 5 לחוק האזרחות: הדרישה להצהרת אמונים למדינה, וידיעת השפה העברית ברמת סף. דומה כי חלופה זו, על הסייגים שהיא מכילה, היא עמדתה של רונן, במאמרה על ריבונות ברירנית, לעיל ה"ש 57, שם היא עומדת על כך "שההסדרים הקיימים לרכישת אזרחות אינם מתאימים למי שאינם מהגרים, ובוודאי אינם מביאים בחשבון את הנסיבות המיוחדות של המגורים במזרח ירושלים" (הטקסט שלאחר ה"ש 101 שם); והיא מוסיפה שהדרישה להצהרת נאמנות "אינה מתאימה כאשר המבקש אינו מהגר המבקש להצטרף למדינה, אלא אדם המבקש להסדיר את מעמדו במדינה שצירופו אליה נכפה עליו" (הטקסט המקדים את ה"ש 102). [↑](#footnote-ref-64)
65. השוו לדיונו מאיר העיניים של חסן ג'בארין על משמעות השתתפותם של האזרחים הערבים בבחירות 1949 לכנסת הראשונה: חסן ג׳בארין "הנכבה, המשפט והנאמנות: הרגע ההובסיאני של הפלסטינים בישראל" **תיאוריה וביקורת** 42 13 (2014). [↑](#footnote-ref-65)
66. Zemach, citizenship, לעיל ה"ש 61, בעיקר בעמודים 331-330. וראו נקודות דומות גם בעמדתם של איתמר מן ויעל ברדה: Itamar Mann & Yael Berda, *Annexation or Not, It's Time All Palestinians Under Israeli Control Had the Right to Vote*, Newsweek, (May 21, 2020) [www.newsweek.com/annexation-west-bank-right-vote-1505494](https://www.newsweek.com/annexation-west-bank-right-vote-1505494). [↑](#footnote-ref-66)
67. *Reference Re Secession*, לעיל ה״ש 52: השוו, בעיקר, עם פסקאות 139, 149 ו-151 של פסק הדין. [↑](#footnote-ref-67)
68. לדיון בנזקיו המסועפים של "תיוג" כזה ראו, בין היתר: ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, 'תיוג אתני' ומבחני פסקת ההגבלה" (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל) **משפטים** לט(1) 47 (2009). חלק חשוב מההשלכות הקשות של "התיוג" בחוסר נאמנות נובע מה"מוּדעות" לו, להבדיל מאופן הפעלתו. הכוונה למודעותם של האזרחים הערבים לכך שמדינתם שלהם מבדלת אותם ומסווגת אותם רק בשל מוצאם כמסוכנים יותר וכחשודים יותר מאחרים; ולמודעותם של בני קהילת הרוב לאופן שבו רשויות המדינה נוטות לסווג את האזרחים הערבים. תיוג זה גורר השלכות על מידת הפלייתם (ובאופן כללי על שבריריות מעמדם) של בני קהילת המיעוט, שכן הוא משפיע כמעט בהכרח על עמדתם והתנהגותם של בני קהילת הרוב כלפי בני קהילת המיעוט באינטראקציות השונות ביניהם: בחיפושם של האחרונים אחר מקום עבודה או דירה להשכרה, בעת בקשה להיכנס למרחבים ציבוריים שונים וכדומה. במקביל, תיוג כזה משפיע לרעה על תחושת השייכות של בני קהילת המיעוט כלפי החברה והמדינה המתייגות. [↑](#footnote-ref-68)
69. בג"ץ 390/79 **דויקאת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(1) 1, 19–21 (1979): "התעוררה לפנינו שאלה נכבדה... כיצד ניתן להקים ישוב של קבע על אדמה אשר נתפסה רק לשם שימוש זמני?... נראתה לנו תשובת מר בך [פרקליט המדינה – א' ס']: 'שהיישוב האזרחי יוכל להתקיים באותו מקום רק כל עוד מחזיק צה"ל בשטח בתוקף צו התפיסה. החזקה זו עצמה יכולה לבוא לידי גמר באחד הימים, כתוצאה ממשא ומתן בינלאומי העשוי להסתיים בהסדר חדש שיקבל תוקף לפי המשפט הבינלאומי והוא אשר יקבע את גורל היישוב הזה, כמו של ישובים אחרים הקיימים בשטחים המוחזקים'...". [↑](#footnote-ref-69)
70. להצגה מפורטת למדי של הטענה ראו סבן, "אזרחות ומהלכים לשחיקתה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 126–129. לדיון מעמיק ראו: יעל רונן "המשפט הבין־לאומי ושאלת זכותם של מתנחלים להישאר בשטח לאחר העברת השליטה בו: מתנחלים בגדה המערבית, בצפון קפריסין ובמדינות הבלטיות" **משפט וממשל** יג 49 (2010) (להלן: רונן "זכותם של מתנחלים"). [↑](#footnote-ref-70)
71. לעניין משמעות חלוף הזמן בהקשרם של מתיישבים השוו, בין היתר: רונן "זכותם של מתנחלים", שם; Aeyal Gross, The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation (2017); Raef Zreik, *When Does a Settler Become Native? (With Apologies to Mamdani)*, 23(3) Constalation, 351 (2016). [↑](#footnote-ref-71)
72. ראו למשל Gross, שם; וכן את ביקורתו של עמיחי כהן על הסימטריה המזויפת הננקטת בין התושבים המוגנים הפלסטינים לבין המתנחלים: עמיחי כהן "סופו של נשף המסכות? בעקבות בג"ץ 794/17 זיאדה נ׳ מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית" **המשפט ברשת** 73 5 (2018). הוא מפנה שם לדבריו של השופט ג'ובראן, היוצאים כנגד הסימטריה הזו, בבג"ץ 794/17 **זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פורסם בנבו, 31.10.2017), בפסקה 115: "... אך אין בכך כדי לטשטש את המעמד הייחודי השמור לקבוצת התושבים המוגנים, או את הזהירות היתרה שנדרש המפקד הצבאי לנקוט בפועלו תוך פגיעה בזכויותיהם, לבל ישמשו דיני זכויות האדם כסות להחרפת חולשתם ולהעדפת תושביה של המדינה המחזיקה בשטח..". [↑](#footnote-ref-72)
73. *Reference Re Secession*, לעיל ה״ש 52: ראו בעיקר פסקה 153. [↑](#footnote-ref-73)
74. חשוב אכן לאבחן בין דרישת "הרוב הברור" שהושמעה בקנדה לבין הדרישה "לרוב מיוחס", "רוב מועצם" וכדומה שמקודמת בישראל. כל אחד מהמונחים הללו הוא רב-משמעי וזה עלול להטעות. חשובה לפיכך התייחסות קונקרטית. כך למשל, דרישה למשאל-עם, שההכרעה בו – כפי שמוצע בחלק מההצעות שסקרנו – תתקבל ביותר ממחצית בעלי זכות ההצבעה, להבדיל מרוב בקרב המצביעים עצמם; או לחלופין, דרישה לכך שיותר מחמישים אחוזים מהמשתתפים במשאל יהיו מצביעי "הן" מפורש, כלומר, שהמצביעים שהצביעו בפתק לבן ייחשבו למתנגדים להכרעה, היא דרישה נטולת הצדקה. שתי ההצעות נושאות עמן עיוות של רצון רוב המשתתפים בהצבעה העממית. לעומת זאת, דרישה לרוב של 61 חברי כנסת, הקבועה בחוק-יסוד: משאל עם, גם היא אמנם דרישה לרוב מיוחד, בהיותה חורגת מפרוצדורת קבלת ההכרעות הרגילה בכנסת, וגם היא לא נקייה ממחלוקת או מקשיים, שלא אדון בהם כאן, אך היא בעלת אופי אחר, מתון יותר. אין בה החלשה מכוונת של הח"כים הערבים או המצביעים הערבים, ואין מאחוריה אידיאולוגיה של "רוב יהודי"; זו טכניקה שנוהגת בחלק מהמדינות ביחס להכרעות חוקתיות עקרוניות, כדי להבטיח שכל חברי הבית ישתתפו בהכרעה. (אני מודה ליהושע שופמן על הצעתו להדגיש נקודה זו). [↑](#footnote-ref-74)
75. סבן, "אזרחות ומהלכים לשחיקתה", לעיל ה"ש 6. ביחס לעמדת המשפט הבינלאומי ראו בעיקר את הסימוכין המובאים שם בהערת שוליים 17. [↑](#footnote-ref-75)
76. ראו:

    Weill, Secession, לעיל ה״ש 18; Tom Ginsburg & Mila Versteeg, *From Catalonia to California: Secession in Constitutional Law*, 70 Ala. L. Rev. 923 (2018); Yaniv Roznai & Silvia Suteu, *The Eternal Territory? The Crimean Crisis and Ukraine's Territorial Integrity as an Unamendable Constitutional Principle*, 16(3) German L. J. 542 (2015). [↑](#footnote-ref-76)
77. להתרחשויות ב-2017 סביב יחסי ספרד-קטלוניה, ראו, בין היתר, Weill, Secession, לעיל ה״ש 18, בעמ' 940 ו-953. [↑](#footnote-ref-77)
78. ראו, בין היתר, שם, בעמ' 913-912, 917-916, 956-955. [↑](#footnote-ref-78)
79. ראו, בין היתר, שם, בעמ' 956, וראו את המקורות אליהם היא מפנה שם בה"ש 242. הערה חשובה: מעולם לא עלה על דעתם של הנציגים הפוליטיים של קהילת הרוב הפרוטסטנטי־בריטי בצפון־אירלנד לדרוש "רוב מיוחס" במשאל עם כזה, על אף שהרוב המספרי של בני קהילה זו קטן; שיעורו קרוב לזה של בני קהילת המיעוט הקתולי-אירי. [↑](#footnote-ref-79)
80. שאלה נוספת שעולה במשפט ההשוואתי נוגעת למצב שהוא הפוך מפרישה, כלומר, הכרעה ביחס לאיחוד: כאשר פיסת ארץ השסועה לשתיים מנסה להגיע להסכם ביחס לאיחודה או לאיחודה מחדש. דומה כי המנגנון הוא הכרעת רוב בשני האזורים בטרם איחודם. זוהי, למשל, "תוכנית אנאן" (2004) ביחס למשאל עם כפול בקפריסין, שחולקה בעקבות הפלישה הטורקית בשנת 1974: Neophytos Loizides & John Mcgarry, *The 2002-04 Annan Plan in Cyprus: An Attempted UN-Mediated Constitutional Transition*, 27 Forum of Federations (2019) [constitutionnet.org/sites/default/files/2019-06/Cyprus\_27.pdf](http://constitutionnet.org/sites/default/files/2019-06/Cyprus_27.pdf) [↑](#footnote-ref-80)
81. Weill, Secession, לעיל ה"ש 18; הוסטובסקי ברנדס, הגדרה עצמית, ה"ש 53. [↑](#footnote-ref-81)
82. *Reference Re Secession*, לעיל ה״ש 52: ראו בעיקר פסקאות 138-132 ו-154 של פסק הדין; בית הדין הבינלאומי בהאג, בחוות הדעת המייעצת שלו בעניין קוסובו, לעיל, ה"ש 55, שם בפסקאות 82 ו-83. [↑](#footnote-ref-82)
83. לשם הבהירות אוסיף, כי פורמאלית רק הפלסטינים שבירושלים סופחו על ידי ישראל ולכן שאלת זכותם לפרישה ממנה נוכחת במובהק. מנגד, הפלסטינים בגדה לא סופחו דה-יורה לישראל ולכן מתעוררת שאלה בהקשר זה. פגשנו לעיל, במאמרו של צמח ובטקסט המלווה את ה"ש 65, את עמדתו לפיה הם סופחו דה-פקטו על ידי ישראל ולכן הם זכאים לאזרחותה. אם אכן כך, אזי שאלת זכותם לפרוש מתעוררת אף היא, ויש להשיב עליה בחיוב החלטי. [↑](#footnote-ref-83)
84. המסמך נמצא ברשות המחבר. [↑](#footnote-ref-84)
85. אני מסתמך כאן על דברים שכתבתי במקום אחר: סבן, "אזרחות ומהלכים לשחיקתה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 117–122.

    חשוב לי עם זאת להוסיף כי יש הבדל ממשי בין אופייה הדמוקרטי של המדינה לבין אופייה הלאומי. הבדל זה ניתן לניסוח באופן הבא: גם מי שחושב כי לישראל עומד צידוק לשני יסודותיה צריך להסכים כי קיים שוני ביניהם, וכי הצידוק לזהותהּ הלאומית הוא צידוק קונטינגנטי / תלוי־נסיבות, להבדיל מהצידוק לאופייה הדמוקרטי. במילים אחרות, שינוי נסיבות – דוגמת שינוי דמוגרפי מקיף בקרב תושבי המדינה או שינוי בזהויותיהם או בשאיפותיהם הפוליטיות של תושבים אלו – עשוי להשמיט את הצידוק לשמירת זהותה הלאומית של ישראל. לעומת זאת, על־פי התפיסה הליברלית, שינוי נסיבתי קיצוני (שעת חירום חריפה) עשוי **להשעות באופן זמני בלבד** את התנהלותה של מדינה בדרך דמוקרטית. באופן קונקרטי יותר, קשה מאוד לשלול את האפשרות לחולל, בדרכי שלום, דינמיקה בזהויות קיבוציות של בני אדם ובמסגרת היחסים הבין־קהילתיים במדינה. מה מצדיק, למשל, הטלת הגבלות מהותיות על היכולת לנסות לשכנע כי הזכות להגדרה עצמית של העם היהודי תישמר במידה רבה גם במדינה דו־לאומית (כפי שנשמרת, למשל, הזהות האנגלופונית בקנדה)? אשר על־כן, גם מי שמסיבות שונות אינו תומך בניסיון המעבר למדינה דו־לאומית – ראו, למשל: אילן סבן "הפיתוי הקודר של האופציה הדו־לאומית" **רב־תרבותיות ואתגרי האזרחות הדיפרנציאלית בישראל** 42 (אמל ג'מאל עורך, 2007), זמין בכתובת [law.haifa.ac.il/images/documents/Roundtable.pdf](http://law.haifa.ac.il/images/documents/Roundtable.pdf) – חייב להכיר בזכותם של נוקטי מהלך זה לחתור להגשמתו במכלול האמצעים שדמוקרטיה מהותית מעמידה למאבקים מעין אלה. ההגבלה העיקרית נוגעת לפיכך באמצעים להשגת התכלית של שינוי הזהות הלאומית של ישראל, וקשה מאוד להצדיק הגבלות לגבי אמצעים לא־אלימים להשגת שינוי כזה. לעומת זאת, אופייה הדמוקרטי של מדינה הוא אקסיומטי מנקודת ראות ליברלית. הוא אינו תלוי ב"הסכמת רוב", ולכן ניתן לחסום גם מי שחותר להשיג את ביטול הדמוקרטיה לא בדרך אלימה; די לשם כך בזיהוי מהימן של השלב שבו מתגבשת **הסתברות ממשית** לכך שהדמוקרטיה במדינה תתבטל אם לא יוגבלו הכוחות הלא־דמוקרטיים.

    מידת הדיוק מחייבת להוסיף כי המשפט הישראלי מתנהג, לפחות בשתי נקודות מרכזיות, בניגוד להבחנה שנותחה זה עתה. ראשית, מדובר בס' 7א לחוק יסוד: הכנסת, אשר אינו מבחין לכאורה בין היכולת לגונן על זהותה הלאומית של המדינה לבין שמירת יסודותיה הדמוקרטיים. לדיון ביקורתי בכך ראו, בין היתר: אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי־פלסטיני: היש, האַין ותחום הטאבּוּ" **עיוני משפט** כו(1) 241 (2002), בעיקר בעמ' 317-313. יש לשים לב שס' 7א הוא תיקון לנורמה המצויה בחלקה העליון של הפירמידה הנורמטיבית של ישראל – חוק יסוד – ולכן קשה ביותר לתקוף את תוקפו. שנית, גם לעניין הדוקטרינה של "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", אם תאומץ, הרי שהיא מגוננת באופן דומה (מפני פגיעה יוצאת-דופן) על כל אחד משני צירי "מהותה" של ישראל "כמדינה יהודית ודמוקרטית": בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פ״ד סד(3) 275 (2011), בעיקר בפס׳ 34-33 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. [↑](#footnote-ref-85)
86. באשר לזכות להיבחר למשרות בשירות המדינה ולמשרות שיפוט, ראו בעיקר את הוראות הדין הבאות: ס' 34 ו־52 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959; ס' 7 לחוק הקאדים, התשכ"א-1961; ס' 6 לחוק יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78. יתר על כן, בדרך כלל נוסח ההצהרה הוא כלהלן: "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה". זהו נוסח ניטרלי בהרבה מהצהרת אמונים למדינת ישראל "כמדינה יהודית, ציונית ודמוקרטית", כמוצע בהצעת החוק, לעיל ה"ש 7. השוו לדברים שכותב ליאב אורגד: "בחוקות שהן ניטרליות יותר, ואשר אינן מדירות חלק מאזרחי המדינה, ייתכן שראוי לדרוש שבועת אמונים לחוקה. אולם בחוקות מדירות לא ראוי שקבוצת הרוב תכפה על המיעוט להישבע אמונים לערכיה. יתרה מזו, במדינת־ישראל יש קושי להצהיר נאמנות למדינה יהודית ודמוקרטית ואז לפעול באופן חוקי לשינוי מצב דברים זה". ליאב אורגד "חידת הנאמנות: מי חב מה למי ומדוע?" **משפט ועסקים** יד 723, 755 (2012). ראו גם: גיא זיידמן "חידת ההֲנִיעָה – על שבועות, מתנות, פרסים וביוש: חלק ראשון – על השבועה במשפט" **משפט ועסקים** כ 423, 542–555 (2017). [↑](#footnote-ref-86)
87. לעיל, הטקסט המלווה את ה"ש 57 עד 64. [↑](#footnote-ref-87)
88. אומר בקצרה רק כי התניה כזו בהקשרן של משרות ציבוריות, המוטלת על מיעוט לא־יהודי במדינה המגדירה את עצמה כמדינת העם היהודי, אינה עניין של מה בכך. מהו הצידוק המקנה למדינה זכות לשלול את זכותו השווה של אדם להיבחר לכנסת או להתמנות לתפקידים ציבוריים שונים רק משום שהוא מבקש לשנות את אופייה הלאומי של המדינה – **בדרכים שאינן אלימות** – ממדינה יהודית למדינה דו־לאומית בגבולות הקו הירוק או בגבולות ארץ־ישראל/פלשתינה המנדטורית? לשם השוואה, בשנת 1973 בוטלה בצפון־אירלנד חובת שבועת האמונים של נבחרי ציבור לכתר (Northern Ireland Constitutional Act 1973 § 21). השבועה נתפסה כפוגעת במהות התפיסה הרפובליקאית בצפון־אירלנד, זו החותרת לאיחוד אירלנד, ובה־בעת כהצהרה שאינה עוסקת ישירות בחשש שהוליד אותה – החשש מפני בחירה באמצעים אלימים לשם השגת היעד הרפובליקאי. לדיון ראו Clive Walker, *Political Violence and Democracy in Northern Ireland*, 51(3) Mod. L. Rev. 605 (1988). [↑](#footnote-ref-88)
89. השוו לדיון (כולל הדיון המשווה) בשלילת אזרחות, במהותה של האזרחות ובהיקף ההגנה שהיא ראויה לה: George P. Fletcher, Loyalty: An Essay on the Morality of Realationships65-68 (1993).; אפרת רחף **אף על פי שחטא – ישראלי הוא? שלילת אזרחות בגין הפרת אמונים** (מרדכי קרמניצר מנחה, המכון הישראלי לדמוקרטיה, מחקר מדיניות 73, 2008), זמין בכתובת [www.idi.org.il/books/4950](https://www.idi.org.il/books/4950). פרופ' זילברשץ, מן הצד האחר, משמיעה בנוסח לקוני רעיון כללי בדבר האפשרות לדרוש הצהרת אמונים גם ממי שהם כבר אזרחים: יפה זילברשץ "נאמנות למדינה" **ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה** 491, 527 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005). עם זאת, היא משמיעה רעיון זה ללא תמיכה נחרצת בו, ויתרה מזו – אין היא מצביעה ולוּ על מדינה דמוקרטית אחת שאימצה אותו. [↑](#footnote-ref-89)
90. הטענה שאני משמיע היא נורמטיבית, להבדיל מתיאורית. למרבה הצער, הודו סובלת בשנים האחרונות מלחצים קשים על אופייה הדמוקרטי ובית המשפט העליון שלה מתקשה לעמוד בפרץ. ראו, בין היתר, אילת הראל-שלו ושרינה חן "ישראל והודו בין דמוקרטיה ללאומנות: דואליות נורמטיבית בחברות שסועות" **תיאוריה וביקורת** 44 151, 175-151 (2015). [↑](#footnote-ref-90)
91. פס׳ 3 למכתב מפרופ' מרדכי קרמניצר וד"ר עמיר פוקס, המכון הישראלי לדמוקרטיה, לחברי ועדת השרים לענייני חקיקה בעניין הצעת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון – רוב מיוחס) (06.07.2017). [↑](#footnote-ref-91)
92. לדיון בהצדקות לשריוּנה של חוקה ובגבולות כוחה של הכנסת לעשות כן, משמע לכבול את עצמה, ראו, בין היתר, רובינשטיין ומדינה, לעיל, ה"ש 20, בעיקר פס' 2.47–2.55; וכן ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" **משפט וממשל** ו(2) 509, 532-531 (2003), שם הוא מבהיר, כי תכליתה הראויה של הוראת שריון בחוקי היסוד היא קביעת העדפות מסדר שני, קרי קביעת כלל הכרעה ראוי באשר לטווח רחב של מקרים, ולא הנצחת הסטטוס קוו באשר להכרעה חברתית ספציפית; וראו גם ברק מדינה ״פרק יא: משפט ציבורי״ **הגישה הכלכלית למשפט** 565, 608 (אוריאל פרוקצ׳יה עורך, 2012), שם הוא מסביר כי יש קושי של ממש בקביעת הוראת כבילה שמבטאת ניסיון של הרוב הנוכחי לכבול את כוחו של רוב בעתיד לשנות את הסטטוס קוו: ״זהו שימוש לרעה בכוחו של הרוב לקבוע הוראות חוקתיות, ולכן תוקפו מוטל בספק. לעומת זאת, אין קושי של ממש במקרה שבו הרוב בכנסת מחליט להחיל כלל הכרעה ׳על רובי׳ על כל ההחלטות בתחום יחסי החוץ של ישראל ובטחונה״. אני מסכים עם חלקה הראשון של הטענה אך מסתייג מסופה. אני מוצא קושי בהצבת כלל הכרעה "על רובי" מקיף ביחס להחלטות בתחום יחסי חוץ וביטחון. [↑](#footnote-ref-92)
93. אני מסתייע כאן בהבחנתו של דבורקין בין "עקרונות" לבין "תכליות" חברתיות. עקרונות מציבים גבולות הן לתכליות, הן לפרוצדורות לקבלתן והן לאמצעים הננקטים בשירותן. גבולות אלו נגזרים מהחובה המוטלת על המדינה, ואותה משרטטים העקרונות – חובתה לבטא ***equal respect and concern*** כלפי אזרחיה. Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously 90–101(1977). [↑](#footnote-ref-93)
94. מלמד, לעיל ה"ש 46. [↑](#footnote-ref-94)
95. השוו לדיון המעמיק באזרחות כקטגוריה שחורגת מאנושיות לבדה, ובמקביל גם משבטיות לסוגיה, אצל ראיף זריק "אזרחות, זכויות וחובות: על הדיונים בנושא השירות האזרחי בישראל" **עיוני משפט** לז(2) 289 (2015). [↑](#footnote-ref-95)
96. שם, בעמ' 318–319. [↑](#footnote-ref-96)
97. ראו למשל את הצעת החוק של חבר הכנסת יואל חסון: הצעת חוק-יסוד: הצלת ירושלים כעיר בירה יהודית ודמוקרטית, התשע״ח-2018, פ/5700/20, שהונחה על שולחן הכנסת ב-18.7.2018. סעיף 1 של ההצעה מבקש לקבוע כך: "מטרת חוק זה להבטיח את הצלת ירושלים כבירת מדינת ישראל היהודית והדמוקרטית, באמצעות הוצאת הכפרים הפלסטיניים שסופחו למדינת ישראל אל מחוץ לתחום השיפוט של מדינת ישראל ועיריית ירושלים, זאת תוך שמירה על ריבונות ישראלית מלאה בירושלים ההיסטורית הכוללת את האזורים המקודשים ליהדות, וכן הקפדה על סידורי ביטחון נאותים". [↑](#footnote-ref-97)
98. חלופה זו מופיעה בהצעה חשובה לתיקון חוק יסוד: משאל עם שאותה הגישה חבה"כ תמר זנדברג. הצעת חוק יסוד: משאל עם (תיקון – זכות הצבעה לתושבי קבע בשטח לגביו מתקיים משאל העם), התשפ״א-2020, פ/2213/23, הונחה על שולחן הכנסת ביום 19.10.2020. זו לשון התיקון המוצע: "בחוק יסוד: משאל עם בסעיף 2 אחרי 'זכאי להשתתף במשאל העם מי שהיה זכאי להשתתף בבחירות לכנסת' יבוא 'או בבחירות לרשות המקומית בשטח לגביו מתקיים משאל העם'". [↑](#footnote-ref-98)
99. סבן, "אזרחות ומהלכים לשחיקתה", לעיל ה"ש 6. הנקודות התמציתיות שלהלן פורסמו ברשימה שהייתי אחד משני מחבריה: האלה ח'ורי-בשאראת ואילן סבן "קסם אין ב'עסקת המאה', רק אבק שריפה" **העוקץ** (8.3.2020)  
    [/קסם-אין-בעסקת-המאה-רק-אבק-שריפהwww.haokets.org/2020/03/08/](https://www.haokets.org/2020/03/08/%D7%A7%D7%A1%D7%9D-%D7%90%D7%99%D7%9F-%D7%91%D7%A2%D7%A1%D7%A7%D7%AA-%D7%94%D7%9E%D7%90%D7%94-%D7%A8%D7%A7-%D7%90%D7%91%D7%A7-%D7%A9%D7%A8%D7%99%D7%A4%D7%94/). [↑](#footnote-ref-99)
100. לפיתוחו של טיעון ההקרנה ההיקפית ראו אילן סבן "השפעת בית־המשפט העליון על מעמד הערבים בישראל" **משפט וממשל** ג 541, 551 (1996); אילן סבן "המשפט והמיעוט הערבי־פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח" **מחקרי משפט** כד(2) 565, 599 (2008). [↑](#footnote-ref-100)
101. משקלה של ההקרנה ההיקפית מתעצם במערכות משפט המכילות את עקרון ההסדרים הראשוניים, המחייב את הסדרתן של שאלות חברתיות מרכזיות באמצעות הכנסת, משמע, בדרך של חוק; וכן באלה הכוללות רובד חוקתי, שכן בהן אין די בהתגייסות המחוקק להפליה – קיבוע מדיניות בחוק שיאפשר התנהלות שונה כלפי יחידיהן של קהילות שונות יצטרך לחצות את משוכת איסור ההפליה המעוגנת ברובד החוקתי של המשפט. חשוב להוסיף במקביל כי ההקרנה ההיקפית נעקפת לעיתים בתחבולות שונות. ראו, למשל, את ההנמקות של המדינה ושל חלק מהשופטים בניסיון להצדיק את התגובה השלטונית השונה כלפי מְפַגעים יהודים וכלפי מְפַגעים ערבים. ראו בהקשר זה, בין היתר, את הנמקתו של השופט סולברג בהקשרה של הסמכות הנתונה בתקנות ההגנה להריסת בתים: בג"ץ 8091/14 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 31.12.2014); בג"ץ 7040/15 **חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית** (פורסם בנבו, 12.11.2015). ראו גם את הנמקתו של השופט אליקים בהקשרה של הסמכות לשלילת אזרחות: עת"ם (מנהליים חי') 57857-05-16 **שר הפנים נ' זיוד** (פורסם בנבו, 6.8.2017) (ערעור על פסק דין זה תלוי ועומד בבית־המשפט העליון: עע"ם 8277/17 **זיוד נ' שר הפנים**). לביקורת על הנמקתו של השופט סולברג ראו, בין היתר: אילן סבן "הריסה, אפליה ושיר הלל שבטי" **העוקץ** (4.12.2015)  
     [/שיר-הלל-שבטי-להריסת-בתיםwww.haokets.org/2015/12/04/](https://www.haokets.org/2015/12/04/%D7%A9%D7%99%D7%A8-%D7%94%D7%9C%D7%9C-%D7%A9%D7%91%D7%98%D7%99-%D7%9C%D7%94%D7%A8%D7%99%D7%A1%D7%AA-%D7%91%D7%AA%D7%99%D7%9D/). [↑](#footnote-ref-101)
102. רע"א 2316/96 **איזקסון נ' רשם המפלגות**, פ״ד נ(2) 529, פס' 23 לפסק דינו של השופט חשין (1996) (ההדגשות הוספו). [↑](#footnote-ref-102)
103. עניין **קעדאן**, לעיל ה"ש 13, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק (ההדגשה הוספה). [↑](#footnote-ref-103)
104. לדיון בס' 7 לחוק יסוד הלאום ראו והשוו בין שני המאמרים הבאים: רונית לוין־שנור ואדם שנער "סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקות?" **תרבות דמוקרטית** 20 (2020); אמל ג'בארין "סעיף ההתיישבות ואופייה של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי, מה הקשר?" **תרבות דמוקרטית** 20 (2020). [↑](#footnote-ref-104)
105. אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" **חוקים** יא 9 (2018). לפיתוח הטיעון לפיו הפרשנות מקהה ממשית את הבעייתיות של סעיף 7, סעיף ההתיישבות, בחוק יסוד הלאום, ראו לוין-שנור ושנער, שם. [↑](#footnote-ref-105)
106. לרשימה של חוקים רעים שהתקבלו בשנים האחרונות ולסממנים נוספים של "הגל העכור", ראו, בין היתר, סבן "תגובת-הנגד הפוליטית", לעיל ה"ש 4, בעיקר בעמ' 23-19. [↑](#footnote-ref-106)