

חוקתיות, כינון חוקה וריבונות

מבט תיאורטי והשוואתי

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

מכון וולטר ליבך לחקר הדו־קיום היהודי-ערבי

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

معهد والتر ليباخ لأبحاث
التعايش اليهودي-العربي
كلية العلوم الاجتماعية على
إسم عرشون غوردون
جامعة تل أبيب

מכון וולטר ליבך לחקר
הדוֹקוּים היהודי-ערבי
הפקולטה למדעי החברה
ע"ש נחשון גרדון
אוניברסיטת תל אביב



חוקתיות, כינון חוקה וריבונות מבט תיאורטי והשוואתי

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

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

Amal Jamal, Nava Sonnenschein and Ameer Fakhoury, editors

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

ISBN: 978-965-91574-4-0

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

תוכן העניינים

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

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

אילן סבן*

אוניברסיטת חיפה

מבוא

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

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

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

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

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

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

1 לדיון היסטורי מקיף ראו, בין היתר, אליסטר הורן, מלחמה פראית לשלום: מלחמת אלג'יריה 1962-1954 (מערכות, 1989); Lustick, Ian S. 1993, *Unsettled States, Disputed Lands: Britain*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

חוק הלאום מוצדק

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

עקרון השוויון נכלל במגילת העצמאות, אבל בעת כתיבתה ב-1948 היתה תקווה שבתום המלחמה ישרימו הערבים עם הקמת מדינת היהודים. היום, עקרון השוויון אומר שאין למנוע מאחמד טיבי את האפשרות להיות שר הביטחון או מאיימן עודה לכהן כשר לביטחון פנים. כיום, לפי עקרון השוויון, אין למנוע הקמת יישובים ערביים לאורך גבול לבנון והמחשבה על 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.

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

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

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

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

האם על פי עקרון השוויון יהיה על המדינה למסור את רמת הגולן לסוריה כשתתקבל החלטה כזאת בכנסת בגלל רוב המורכב מחברי כנסת ערבים? האם הצבעתם תושפע מטובת המדינה היהודית או מהאינטרסים של סוריה? כל השוואה בין חבר כנסת ערבי בישראל ליהודי חבר בפרלמנט הבריטי או בקונגרס האמריקאי איננה נכונה, כי העם היהודי איננו מאיים על קיומה של בריטניה, 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.¹¹

בריאיין שקיים שנים מספר קודם לכן הרחיב שטרומן מעט:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

א. הכרעות טריטוריאליות במשפט הישראלי

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

כך חוקקנו – ירושלים של חוקים

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

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

...

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

הצעת חוק יסוד: משאל עם²⁵

...

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

35. 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).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. טיעון אי-נאמנותם של האזרחים הערבים

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

53 מלמד, לעיל ה"ש 27.

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

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

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

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

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

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

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

55 שם, בעמ' 318-319.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

הערת סיום

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

מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים.⁵⁹

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

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

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

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

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

