

המשך המדרון:

התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בגדה המערבית,

בירושלים או ברמת-הגולן בקבלתן ב"רוב מיוחס"

אילן סבן*

אני בוחן הצעות שונות של חלקים בימין הישראלי להגביה משוכות בפני נסיגה טריטוריאלית באמצעות התנייתה בקבלתה ב"רוב מיוחס". רוב מיוחס הוא לעיתים תכופות פרוקסי ל"רוב יהודי". ההצעות הללו טרם התקבלו ברובן, אך הכוח המניע אותן ו"הגיון" נוכחים כל העת, ואני מבקש להקדים להן תרופה. אחת ההצעות הללו כן התקבלה. כוונתי לתיקון משנת 2018 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל. אבל גם חוק-יסוד: משאל עם, שהתקבל בשנת 2014, מערים משוכה משלו בפני נסיגה. המאמר בוחן חמישה טעמים המבקשים להצדיק יוזמות ל"רוב מיוחס": (א) הטיעון בדבר ניגוד עניינים ואי-נאמנות של האזרחים הערבים; (ב) הטיעון כי הכרעה בעניינים של מלחמה ושלוש צריכה להתקבל רק על-ידי מי שיישא בתוצאות המלחמה, משמע, על-ידי "היהודים ובעלי בריתם המשרתים בצבא"; (ג) הטיעון שמדבר בשמן של זכויות האדם – הצורך בהגנה על המיעוט (המתנחלים) מפני הרוב הפוליטי – ואשר מתיימר להישען על המשפט החוקתי הקנדי ועל המקרה של הפרובינציה של קֶבֶק; (ד) הטיעון ההשוואתי המתיימר להצביע על "מקרים רבים" של דרישות ל"רוב מיוחס" במשאל-עם למיניהם במגוון של מדינות; (ה) הטיעון המתמקד באופן קונקרטי בנסיגה או בפשרה אחרת בירושלים ותולה את דרישת הרוב המיוחד בחשיבותה יוצאת-הדופן.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי נתונה למערכת משפט וממשל על הערותיה, וכן לגדי ברזילי, לתמר הוסטובסקי ברנדס, לראיף זריק, לברק מדינה, לאיתמר מן, לסמי סמוחה, לרובי ציגלר, ליניב רוזנאי, ליעל רונן וליהושע 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 (אמל ג'מאל, נאווה זונגשיין ואמיר פאח'ורי עורכים, מכון וולטר ליבך לחקר הדו-קיום היהודי-ערבי 2020).

נסיונות ההצדקה הללו נבחנים הן מנקודת-הראות של מוסר ליברלי והן מנקודת-ראות משפטית. זו האחרונה כוללת את המשפט החוקתי של ישראל, את המשפט החוקתי ההשוואתי, בעיקר הקנדי, ואת המשפט הבין-לאומי במישור של הזכות להגדרה עצמית. בחינה זו מאפשרת להצביע על חולשתם העמוקה של נסיונות ההצדקה האמורים. טמונים בהם לפחות שני כשלים קשים. ראשית, הם אינם מבחינים בין הגבלת יכולתם של מיעוטים לפרוש ממדינה דמוקרטית ולפגוע כך בשלמותה הטריטוריאלית (ובזכויותיהם של בני-אדם הנפגעים עקב כך) לבין השתחררות רצונית של מדינה מ"המצב הקולוניאלי" שאותו היא קיימה עד לאותה הכרעה. כשל שני נעוץ בכך שיוזמות "הרוב המיוחס" מבקשות לדלל את משקל הצבעתם של האזרחים הערבים באופן שיפגע עמוקות הן בשוויונם והן בחירותם.

מבוא. א. הכרעות טריטוריאליות במשפט המצוי של ישראל. ב. הצעות לשינוי המשפט: יוזמות ל"רוב מיוחס" לצורך קבלת הכרעות טריטוריאליות בדבר נסיגה. ג. כשליהן של ההצדקות המושמעות בעד "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 קֶבֶק; 2. הטענה כי משאל-עם רבים מלווים בדרישה ל"רוב 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 ושלוש צריכה להתקבל רק על-ידי מי שישא בתוצאות המלחמה, משמע, "היהודים ובעלי בריתם המשרתים בצבא"; 5. הטענה כי לפחות נסיגה בירושלים מצדיקה הכרעה של רוב מיוחס. ד. תוכנית טראמפ והצעה להעברת אזור המשולש ב"הסכמת" הצדדים לסכסוך. ה. הערת סיום.

מבוא

למן שנת 1967 אנו שולטים ללא קצרים במיליוני בני-אדם אחרים. שליטה זו איבדה את אופייה 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. הנה 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, היא נהפכת למדינה-אם, שכן אזרחיה מגיעים להתיישב באותה טריטוריה; השליטה וההתיישבות (והגזל וההפליה המלווים אותן פעמים רבות) מולידות התנגדות, שנעשית בשלב מסוים אלימה

משפט וממשל כה תשפ"ב – התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

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, 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, לרבות 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 לנשיאה. 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'ירים וכלפי מתנגדיה בקרב הצרפתים, ואף ניסתה פעמים מספר להתנקש בחייו של דה-גול.¹

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, אשר הוביל לחלוקת האי האירי וקידם את אירלנד לעצמאות מלאה, 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 שנהפכו לקהילת רוב בצפון-אירלנד – הפרוטסטנטים, צאצאי המתיישבים הבריטים. מאבק אזרחי של המיעוט הקתולי לזכויות האזרח של יחידיו – אשר התעצם בשנות השישים – דוכא, ובעקבות זאת התרחש שיברון 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.²

אצלנו כבר נרצח ראש ממשלה. הקדימה את הרצח מחתרת יהודית שהפנתה את רצחנותה כלפי פלסטינים, והתרחשו שתי אינתיפאדות פלסטיניות, שהשנייה מביניהן הייתה אלימה בהרבה מהראשונה. אלימות בין-קהילתית פנימית והרג אזרחים מפגינים ערבים על ידי המשטרה אירעו אף הם. במהלך השנים נסוגה ישראל מחלק מהטריטוריות שכבשה: היא נסוגה מסיני ופירקה את יישוביה שם בעקבות הסכם שלום עם מצרים, שנכרת שנים מספר לאחר מלחמת יום-הכיפורים (הנסיגה הושלמה בשנת 1982); היא

1 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 (1993).

2 ראו, בין היתר, BRENDAN O'LEARY & JOHN MCGARRY, THE POLITICS OF ANTAGONISM: UNDERSTANDING NORTHERN IRELAND (1993).

נסוגה מלבנון לאחר שפיקוח-דמים ארוכה (הנסיגה הושלמה בחודש מאי 2000); ולאחר שפיקוח-דמים רבה היא נסוגה מרצועת עזה ופינתה את יישוביה שם בקיץ 2005 (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.³ האלימות ההדדית לא שככה. במקביל לאירועים ולתהליכים הללו, ובמידה רבה בעטיים, ישראל עוברת שלבים קשים של קיטוב, אי-יציבות ושחיקה של ערכים ומוסדות.⁴

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 2020,⁵ 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. אכן, תום ממשל טראמפ, בתוספת לחצים מבחוץ ומבפנים, וכן האפשרות לאינתיפאדה שלישית עשויים לדחוק בישראל להגיע להכרעה אחרת. כאשר הכרעה כזו תתדפק על דלתה, האם תעמוד על הפרק, הפעם באופן ממש, 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"?

איני יודע להשיב על שאלה גדולה זו של העתיד לבוא. השאלה שאציב במאמר שונה, והיא כפולה. ראשית, במישור המשפטי-החוקתי, אם תפסע ישראל, לאחר ההתרחשויות שעוד נכוננו לנו, לכיוונה של חלוקת הארץ, אילו משוכות של משפטה הפנימי יצטרך הסדר כזה לצלוח? אתבונן על המשוכות שכבר ניצבות במשפט הישראלי בהווה, אך בעיקר אבחן הצעות למשוכות חדשות. שנית, במישור הערכי, האם המשוכות הללו – אלה הקיימות ואלה המוצעות – ראויות? אאמוד אותן ואת ההצדקות הנשמעות בעדן מנקודת-הראות של מוסר ליברלי ומנקודת-הראות של המשפט החוקתי ההשוואתי והמשפט הבינ-לאומי.

ניסיון להשיב על השאלות שהצבתי נתקל בקושי מקדמי. עד שתעמוד חלוקת הארץ על הפרק – אם אכן תעמוד – יתרחשו אירועים ותהליכים שיולידו שינויים במשפט

3 לנקודות-ראות שונות ראו, בין היתר, בני מוריס קורבנות: **תולדות הסכסוך הציוני-הערבי 1881–2001** (יעקב שרת מתרגם 2003); MENACHEM KLEIN, THE SHIFT: ISRAEL- (2003); PALESTINE FROM BORDER CONFLICT TO ETHNIC STRAGGLE (2010); רשיד ח'אלידי **כלוב הברזל: סיפור מאבקם של הפלסטינים למדינה** (איה ברזיר מתרגמת 2010).

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

5 PEACE TO PROSPERITY: A VISION TO IMPROVE THE LIVES OF THE PALESTINIAN AND ISRAELI PEOPLE (2020), available at <https://trumpwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2020/01/Peace-to-Prosperity-0120.pdf>

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

ושינויים במציאות. מה התועלת, אם כן, בניסיון להשיב על שאלות שעניינן הצעות שחלקן עתידיות? הנה תשובתי. ההצעות שיעמדו על הפרק אז, באותו עתיד, דומות לאלה שהושמעו בעבר ומושמעות בהווה, שכן טעמים דומים דוחפים ומניעים אותן. לכן ליבון הטעמים להצעות וההתנגדויות להן הוא חשוב, וכדאי לעשותו בעוד מועד.

ועוד קושי מקדמי: השאלה הנורמטיבית (המשפטית והערכית) שהיוזמות להערמת משוכות מפני חלוקת הארץ מעוררות תלויה ב"תוכנית החלוקה" שתעמוד להכרעה, 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, להבדלים במעמד האזרחי ובמיקום הגיאוגרפי יש השלכות משפטיות וערכיות ממשיות. התשובות שאנסה לתת יושפעו מכל אלה.

במאמר זה אתמקד ביוזמות להצבתן של משוכות משפטיות מוגבהות, ובאופן קונקרטי דרישה ל"רוב מיוחס", כתנאי לחלוקת הארץ בהסדר בין ישראל לפלסטינים. שאיפתן של יוזמות אלו היא להתנות, ככל האפשר, קבלת הכרעות כאלה ב"רוב יהודי". אתבונן על תוכנן של היוזמות הללו, אבל בעיקר אתעמק בהצדקות השונות המושמעות בעדן.

אחת ההצדקות מדברת על "ניגוד עניינים חמור" של האזרחים הערבים־הפלסטינים, שמוביל ל"בעיית נאמנות" מצידם, אשר "מצדיקה" גריעה עמוקה מזכותם לשוויון, מזכותם לבחור ולהיבחר, ומזכותם להשפיע על הכרעות כלל־חברתיות מסוימות. כך, למשל, ועל בסיס אותה הצדקה, הועלתה 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", ואשר זכתה בעדנה בתוכנית טראמפ מינואר 2020. עסקתי בגלגולה הראשון בהרחבה במקום אחר,⁶ 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.⁷

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' 102/18 (להלן: הצעת החוק), שהוגשה על־ידי ארבעה מחברי הכנסת של "ישראל ביתנו": דוד רותם,

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.

הנה דוגמה חשובה למשוכה כזו שכבר זכתה בעיגון ברובד החוקתי של המשפט הישראלי. מדובר בתיקון שהתקבל בינואר 2018 והחדיר את הנוסח הנוכחי לסעיף 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (להלן: חוק-יסוד ירושלים):

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, נותר פתח מילוט מכך, שכן הכנסת יכולה לשנות את סעיף 7 הנזכר, ובכלל זה את הרוב המיוחס הנדרש, באמצעות חוק-יסוד מתקן שיתקבל "ברוב של חברי הכנסת" (שישים ואחד חברי כנסת לפחות). מכל מקום, בין שמדובר בגיבוש שלם של "נוקשות" חוקתית ובין שמדובר בגיבוש חלקי בלבד שלה (כמו במקרה של חוק-יסוד ירושלים), משתקפים כאן פני העתיד: הופעתן של הוראות דין שתכליתן לפגוע ביכולת לקבל הסדר עם הפלסטינים בדבר חלוקת הארץ.⁹

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 ובכשלו הכבדים מנשוא ראו סבן "אזרחות ומהלכים לשחיקתה", לעיל ה"ש 6, בעיקר בעמ' 117–122; וכן תמר הוסטובסקי-ברנדס "בלי נאמנות אין אזרחות": על נאמנות, אזרחות וסולידריות חברתית" **המרחב הציבורי** 11, 11 (2016).

8 ראו ס' 2 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון מס' 2), ס"ח התשע"ח 94.

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 הישנותה של נסיגה משטחים אחרים הנתונים ב"תפיסה לוחמתית" של ישראל, ולשם כך הוא מערים עוד ועוד משוכות בפני מהלך אפשרי כזה. לדוגמאות ראו ברק מדינה ואילן סבן "על 'עם', קרעו ושאיפת אחי: פסק הדין בעניין חוק החנינה למפרי חוק על קע התנגדותם לתכנית

משפט וממשל כה תשפ"ב – התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

להלן ניסוח אחד, בוטה אך מנומק, של טיעון "ניגוד העניינים"/"בעיית הנאמנות" של האזרחים הערבים. הוא התפרסם בהארץ סמוך לקבלת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק-יסוד הלאום), ובו הצדקה לחוק-היסוד החדש מפיו של שופט בית-המשפט המחוזי בדימוס אורי שטרוזמן. הנה 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 מאחד 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 יהוד 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 כשתקבל 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

ההתנתקות "משפט, מיעוט וסכסוך לאומי 375, 376–378 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים 2017) (להלן: מדינה וסבן "על 'עם', קרעיו ושאיפת איחוי").

אפשרות השימוש בעקרון השוויון, העלול לכרסם ולמוטט את מדינת היהודים – היא הכרח בל יגונה.¹⁰

בריאיון 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.¹¹

טענות מ"משפחה דומה" מהדהדות לעיתים תכופות בשיח הציבורי בישראל – 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:

10 אורי שטרומן "חוק הלאום מוצדק" **הארץ** (21.8.2018) <https://www.haaretz.co.il/opinions/letters/premium-1.6407592>

11 הדברים נאמרו בריאיון שנערך עם שטרומן על-ידי העיתונאי יוחאי דנינו "זו לא גזענות" – גיבוי משפטי לחבר הכנסת סמוטריץ' "כל הזמן" (17.4.2016) <http://www.kolhazman.co.il/105557>. רבים שותפים לטיעוניו של שטרומן. לסקירה חשובה ומפורטת של טיעונים דומים מתקופת המשא-ומתן בין ישראל לסוריה בממשלת ברק בסוף שנות התשעים, וכן לקראת תקופת "ההתנתקות", ראו אשר כהן וג'ונתן ריינהולד "דמוקרטיה ישירה בסבך הדמוקרטיה השסועה: האומנם משאל עם ימנע קרע בעם?" **פנטום בפוליטיקה – ישראל ומשאל עם**, 139, בעיקר 148–150 (דנה אריאלי-הורוביץ עורכת, 2006).

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

בעניין הספציפי, טוענת התאחדות האיכרים, כי מתיישבים ערביים עלולים להיתקל בקשיים במילוי חובות השמירה על היישוב, שנחשף בעבר לפעולות טרור שונות.¹²

והשוו לדברים שהסבירה היועצת המשפטית של ועדת החוקה, חוק ומשפט, במסגרת הדיונים ב"חוק ועדות הקבלה":¹³

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..."¹⁴

חשוב מכך, הדיבורים על חוסר נאמנותם של בני קהילת המיעוט והמסר בדבר האיום הטמון בהם הגיעו פעם אחר פעם מפיו של מי שהיה עד לאחרונה נושא-המשרה החזק ביותר בפוליטיקה הישראלית – ראש הממשלה לשעבר בנימין נתניהו. כך, למשל, בשנת 2015, ביום הבחירות לכנסת העשרים, הזהיר נתניהו את מצביעיו הפוטנציאליים כי "המצביעים הערבים באים בכמויות אדירות לקלפי".¹⁵ ובמרץ 2020, למחרת הבחירות לכנסת העשרים ושלוש, הוא הגדיר את נציגיהם של האזרחים הערבים (ושל אזרחים נוספים) "תומכי הטרור ברשימה המשותפת".¹⁶

יתר על כן, הטאבו הפוליטי על השתתפותן של מפלגות ערביות בקואליציות המרכיבות את הממשלה – טאבו שנשבר רק לאחרונה, יותר משבעים שנה לאחר הקמת המדינה – מעיד על נוכחותה הנוכחת-תמיד של התפיסה החשדנית, אשר לעולם מטילה ספק בנאמנותו של המיעוט הערבי-הפלסטיני על-אף שנים ארוכות מאוד של התמדה עיקשת שלו להתנהל ולהיאבק באמצעים אזרחיים בלבד.

על כל פנים, מכיוון שחברי הכנסת הערבים אינם "אצילים" כפי ששטרזמן דורש מהם, ו"מתעקשים" להשתתף בהכרעות הכלל-חברתיות, "המוח היהודי ממציא לנו פטנטים". אחד מהם, כאמור, הוא דילול כוח הצבעתם של האזרחים הערבים באמצעות דרישות ל"רוב מיוחס". אני מבקש להתמקד בדרישות הללו ככל שהן נוגעות בהכרעות

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

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

14 בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פס' 58 לפסק-הדין של השופט ג'ובראן (נבו 17.9.2014).

15 בנימין נתניהו "שלטון הימין בסכנה – חייבים לצאת ולהצביע מחל" יוטיוב (17.3.2015) <https://www.youtube.com/watch?v=Q2cUogIRIyk>

16 Benjamin Netanyahu (@netanyahu) טוויטר (4.3.2020, 18:14) <https://twitter.com/netanyahu/status/1235237067434622977>

בדבר נסיגה טריטוריאלית, ואעסוק במגוון ההנמקות המושמעות בעדן, אשר טיעון אי-הנאמנות הוא רק אחד מהם. אעשה כן מייד לאחר ההערה המבוארת האחרונה. משפטן של רוב-רובן של המדינות הדמוקרטיות מכיל נורמות-יסוד המוגנות ברוב מיוחס, ברוב מוגבר, במעין שריון או בנוקשות. 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.¹⁷ 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 שטרזמן, המכוון לדילול משקל הצבעתם של האזרחים הערבים, הוא פסול. הוא מתנגש במהותה של הדרישה הדמוקרטית להתייחס לכל האזרחים כאל שווים, "בלי הבדל דת, גזע ומין". יש כאן הצטברות של היבט דאונטולוגי – החובה המוחלטת המוטלת על המדינה להתייחס לכולם כאל שווים – ושל היבט תוצאתני: ההשפעה הקשה של ההסדרים ששטרזמן ואחרים מצייעים על מערכת היחסים בין ערבים ליהודים בארץ הזו.

שנית, ועיקר, ההכרעות ששטרזמן מבקש להדיר מהן או להחליש בהן את המיעוט הערבי-הפלסטיני אינן הולמות את קו ההבחנה בין ההחלטות אשר לגיטימי להוציאן מגדר בררת-המחדל של "עקרון הרוב" ולהכפיף להגנתו של שריון ("רוב מיוחס") לבין אלה שאין זה לגיטימי לעשות כן בהקשרן.¹⁸ אם נתמקד בהכרעות טריטוריאליות, המשפט החוקתי ההשוואתי והמשפט הבינ-לאומי מגלים בעניינן שלוש הבחנות מרכזיות: (א) הבחנה בין הכרעה שעניינה שטחה הריבוני – המוכר במשפט הבינ-לאומי – של מדינה (שלגביו חל העיקרון בדבר "שלמותן הטריטוריאלית" של מדינות) לבין הכרעה ביחס לשטח אחר, חיצוני למדינה, הנתון בשליטתה; (ב) הבחנה הנוגעת באופי השליטה באנשים בטריטוריה שהנסיגה ממנה נבחנת, דהיינו, הבחנה בין הכרעה המתייחסת למצב שבו שליטה זו מפרה את "זכות ההגדרה העצמית" של עם וזכויות אדם אחרות, ובפרט מתקיים בטריטוריה הנבחנת "מצב קולוניאלי" (או "קולוניאליזם פנימי", שפירושו שלילה חדה של זכויות-יסוד מרכזיות מבני קהילה בתוך המדינה, בלויית שעבוד או ניצול מקיף שלהם על-ידי בני הקהילה השלטת), לבין הכרעה המתייחסת למצב שבו שוררת מערכת יחסים אחרת, רגילה, בין המדינה לבין קהילת

17 למחקר מקיף מאוד 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).

18 אכן, חלקו העיקרי של מאמרי דן בשאלת ההצדקה/אי-ההצדקה להצבת משוכות של שריון או נוקשות לפני קבלת החלטות מסוימות, ובפרט לפני הכרעות בדבר היפרדות משטחים ומבני-אדם הנתונים תחת כיבוש. בניסיוני להשיב על כך אני עובר גם דרך שאלת-משנה תיאורטית שעניינה בהצדקות לשריונה של חוקה ובגבולות כוחה של הכנסת לעשות כן, משמע, לכבול את עצמה. ראו להלן בעיקר ליד ה"ש 94–96, על הסימוכין שבהן.

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

האזרחים בטריטוריה הנבחרת; (ג) הבחנה בין החלטה של מדינה לשנות את תחומי ריבונותה בדרך של נסיגה או העברה של שטח שלה (downsizing) לבין החלטה בניגוד לרצונה של המדינה, קרי, החלטה של קהילת אזרחים החיה באזור של המדינה לפרוש ממנה (secession), להתפצל ממנה באופן טריטוריאלי.

הבעייתיות בהצעות נוסח שטרזמן עמוקה במיוחד, משום שההכרעות הטריטוריאליות שבהקשרן הוא מבקש לפגוע במשקל הצבעתם של האזרחים הערבים מתאפיינות בהצטברות הדברים הבאה: (1) לעיתים הכרעות אלו ייגעו בשטחה הריבוני של ישראל לפי משפטה הפנימי (ירושלים, רמת-הגולן ושטחים אחרים בישראל) ולעיתים לא (הגדה המערבית); (2) הכרעות אלו אינן נוגעות ב"פרישה" שקהילת מיעוט יוזמת, אלא בהחלטה אפשרית של ישראל, בתמיכת רוב אזרחיה, על נסיגה משטחים שבשליטתה או בריבונותה; (3) וחשוב מכל – ההצעה לפגוע במשקל הצבעתם של האזרחים הערבים נוגעת גם בהחלטות לסגת מאזורים שבהם ישראל שולטת, כבר עשרות שנים, בכני-אדם אחרים, שאינם נהנים מהגנת אזרחותה, ואשר חשופים לגזל, לניצול ולמנגנוני דיכוי שלה. בקצרה, הצבת משוכה של "רוב מיוחס" כתנאי לנסיגות טריטוריאליות מעין אלה, הנוגעות במצב הקולוניאלי שישראל מקיימת, היא פשוט פסולה, שכן מטרתה ובוודאי תוצאתה הן הכבדת האפשרות לשחרר את הפלסטינים ממצב דברים שחייב מבחינה 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 חלקים בימין 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, שישראל "תוותר" על אזור המשולש ותעביר אותו ואת אזרחיה הערבים-הפלסטינים המתגוררים בו, גם בניגוד לרצונם, אל הישות 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:¹⁹

(א) ביחס לסיפוח שטח לשטחה של המדינה, משפטה הפנימי של ישראל אפשר לה בעבר לעשות כן בקלות יחסית ככל שמדובר בשטח המצוי בארץ-ישראל. במקרה של ירושלים המזרחית נעשה הדבר בחקיקת-משנה של הממשלה ובחקיקת-משנה

19 היסטוריה זו, עד לשנת 2005, נפרשת בפרק 15 לספרם של אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (מהדורה שיטת 2005).

נוספת של שר הפנים.²⁰ ביחס לסיפוח שטח שאינו בארץ-ישראל – רמת-הגולן – פנתה הכנסת לחקיקה,²¹ אך עשתה זאת בהליך מהיר במיוחד שהסתיים תוך יממה. עם זאת, במרוצת השנים השתנה מצב הדברים המשפטי. אני מצטרף כאן לתפיסתם של אחרים שלפיה 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 ל"עקרון ההסדרים הראשוניים".²² הנה עמדתם בהקשר זה של מדינה ולוין-שנור, אשר מקובלת עליי במלואה: "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.²³ יתר על כן, אפשר שהתגבשו תנאי-קדם נוספים לפעולת סיפוח.²⁴

(ב) במקביל, באשר לויתור על שטח קיימת הבחנה מרכזית בין נסיגה של המדינה משטח שהוא שטח לבין נסיגה משטח שהיא שולטת בו אך שאינו חלק משטחה – שטח הנתון ב"תפיסתה הלוחמתית". כך, כפי שאפרט מייד, המשוכות או תנאי-הקדם לויתור על שטח משטחה של ירושלים הם תובעניים, ואף נעשו תובעניים

20 צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז–1967, ק"ת 2690, שהותקן על-ידי הממשלה מכוח ס' 111 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח–1948. השטח המסופח הוכלל בתחום עיריית ירושלים בהכרזה שהוצאה באותו יום על-פי חוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 6), התשכ"ז–1967, ס"ח 74, שלפיו שר הפנים רשאי להרחיב בהכרזה את תחומה של עירייה. לדיון בפעולת סיפוח זו, שהתרחשה ב-27.6.1967, ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 19, ס' 15.12.

21 חוק רמת הגולן, התשמ"ב–1981.

22 ההכרה הפסיקתית בעיקרון זה יסודה בקביעה בעניין רובינשטיין – שעסק בפטור 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) 246 (2000). ראו גם בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פ"ד סז(1) 177 (2014), שעסק ב"מתווה הגו".

23 ראו מכתב מברק מדינה ורונית לוין-שנור ליועץ המשפטי לממשלה (11.6.2020) (ההדגשה במקור) (עותק שמור ביד הידי הכותב).

24 מכתבם של מדינה ולוין-שנור, שם, מלבן ומנמק דרישות-סף נוספות שהכותבים מאתרים למהלך של סיפוח חלקים מהגדה המערבית. לתפיסתם, השילוב של עקרון ההסדרים הראשוניים עם קבלתו של חוק-יסוד: משאל עם (החל מפורשות רק ביחס לנסיגה משטח שבו הוחל המשפט הישראלי, כפי שיוסבר מייד) ועם התפתחויות שונות בתחום "הנוהג החוקתי" מוליד שלוש דרישות-סף: חקיקה של הכנסת, אישור ברוב של שישים ואחד חברי כנסת לפחות ואשרור במשאל-עם. אני מצטרף לגמרי למסקנה בדבר התגבשותה של דרישת-הסף הראשונה, אך מתלבט ביחס לשתי האחרות. לא אפרט כאן את לבטיי.

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

יותר בשנת 2018, והם תובעניים גם ביחס לויתור על כל שטח אחר משטחה של המדינה. לעומת זאת, מצב הדברים המשפטי שונה ביחס לשטח שאינו חלק משטחה של המדינה, והמשוכות האמורות אינן ניצבות כאן לכאורה.

את עיקר המאמר אקדיש ליוזמות לשנות את מצב הדברים ביחס לויתור על שטח, דהיינו, להציב משוכות גבוהות – ואפילו גבוהות מאלה הקיימות בהווה – בפני נסיגה מכל שטח, בין שהוא שטח משטחה של ישראל ובין שהוא שטח הנתון בשליטתה אך אינו מצוי בריבונותה.

אתחיל מהמשוכות שכבר קיימות במשפט. להלן השתלשלות 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 התמישי בסדרת 'פעילות'

- המהלך התחיקתי הראשון ב-1967 של הרחבת ירושלים נעשה בלי להזכיר את שמה.²⁵
- 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.²⁶
- החוק [חוק-יסוד: משאל עם]²⁷ שאסר ב-2014 ויתור על שטח ריבוני ישראלי, ללא משאל עם – כוון לגולן ולירושלים.
- התיקון האחרון לחוק יסוד ירושלים מינואר 2018,²⁸ קובע שלא ניתן להעביר שטחים מירושלים לגורם זר, ברוב של פחות מ-80 חכ"ם.²⁹

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

25 ראו ה"ש 20 לעיל.

26 חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון), ס"ח התשס"א 28.

27 ראו להלן בה"ש 32 את ההשתלשלות של תהליך קבלתו.

28 לעיל ה"ש 8.

29 נדב שרגאי "כך חוקקנו – ירושלים של חוקים" המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה (4.2.2018) (עותק שמור בידי הכותב). בתיקון האחרון המוזכר בציטוט עסקתי בקצרה בפתח דבריי, לעיל ליד ה"ש 8–9. ציינתי כי הדרישה ששרגאי נלהב ממנה – הדרישה לרוב מיוחד של שמונים חברי כנסת – ניתנת היא עצמה לשינוי "ברוב של חברי הכנסת", משמע, בתמיכה של שישים ואחד חברי כנסת בלבד.

משורייך ב"רוב של חברי הכנסת", משמע, לשם שינויו נדרשת תמיכה של שישים ואחד חברי כנסת לפחות.

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 מפונוי סיני, התשמ"ב–1982. 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.³⁰

ההתנתקות מרצועת עזה בקיץ 2005 התקיימה על יסוד החלטת ממשלה שזכתה באישור הכנסת בחודש אפריל 2004. על אירוע זה אתעכב מעט. ההתנתקות מגלה כי במשפט הישראלי אין עדיין מגבלה חוקתית מיוחדת ביחס לעצם הנסיגה משטח שאינו שטחה הריבוני של ישראל על-פי משפטה, אולם ככל שנסיגה זו פוגעת ישירות בזכויותיהם של אזרחים, היא מותנית בקבלתה בחקיקה שתעמוד בדרישותיה של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אכן, הכנסת אימצה את ההתנתקות בחוק: חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה–2005, ובית-המשפט העליון בחן אותו.³¹

ההתנתקות הייתה נקודת שבר פנימית בחברה הישראלית-היהודית, 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 ויישובים נוספים שפוננו 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 אלו חיקו מאוד בציבוריות הישראלית את הלך-המחשבה שלפיו "הסיפור האמיתי הוא 1948, ולא 1967" ו"אין עם מי לדבר". זהו הסבר חשוב להתחזקות הימין הישראלי ולתחושת הצדק של תומכיו.

כל זה הוביל לשינוי בהתנהלות הפוליטית ובמשפט בישראל. בשנת 2014 קיבלה הכנסת את חוק-יסוד: משאל עם.³² חוק-יסוד זה אומנם חל באופן ישיר רק על נסיגה

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

31 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 אלה מבין הנעקרים שהם בני-אדם צעירים, דהיינו, שגילם פחות מעשרים ואחת שנים.

32 להלן גלגולי התחיקה שהובילו לקבלת חוק-היסוד: תחילה נחקק חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט–1999, שזכה בכינוי "חוק שריון 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) ולאישור

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

משטח המצוי בריבונות ישראל (על-פי משפטה הפנימי), להבדיל מנסיגה משטח הנתון ב"תפיסה לוחמתית", אולם מכיוון שכל הסדר טריטוריאלי עם הפלסטינים צפוי להיות כרוך בחילופי שטחים כלשהם (וצפוי לעסוק בהסדרים הנוגעים בירושלים), 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 לפי שעה 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 ב"רוב" של חבריה, והכרעת רוב בין המשתתפים במשאל-עם (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

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, ושורטט בחוק עצמו המנגנון של משאל-העם ביחס להכרעה בדבר ויתור על שטח שבריבונות המדינה. לדיון ברקע לתיקון ובתוכנו 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 לבג"ץ עתירה 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.

מנסיגה משטח הנתון ב"תפיסה לוחמתית" שלה.³³ שנית, הכבדת ההליך הנדרש לשם שינוי גבולות המדינה בדרך של נסיגה מוצאת ביטוי בזכות הווטו של כל אחד משלושת המשתתפים הנדרשים לאשרה ברוב. שלישית, ומן הצד האחר, מנגנון ההכרעה בכל אחד מהשותפים להכרעה זו הוא בכל-זאת "עקרון הרוב", להבדיל מ"רוב מיוחס".³⁴ את שילוב המרכיבים הזה מנסה לשנות התיקון לחוק-יסוד ירושלים, כמתואר בפתח הדברים, וכך מבקשות לעשות גם כל ההצעות שאציג מיד. ההצעות הללו או דומותיהן ינכחו בעוצמה ככל שיתמזן הסדר עם הפלסטינים.

לפני שאפנה להציג את ההצעות לשינוי מצב הדברים המשפטי המתואר ולדון בהן, מתעוררת שאלה ביחס להשפעתו של חוק-יסוד הלאום על מצב דברים זה: האם הוא מציב תנאי-קדם חדשים 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 גם על מפעל ההתנחלות של ישראל? אשוב לעסוק בסעיף זה בפסקות הסיום של המאמר, אולם כבר עתה אשיב לשאלה הנזכרת בשלילה. 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 על פעולות שמחוץ לישראל, צריך שהדבר ייאמר 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, אפוא, כי חוקי היסוד השונים חלים על פעולות בישראל... חזקה זו ניתנת לסתירה (בין במפורש בין במשתמע)".³⁵ שנית, פסק-דין מרכזי אשר התמקד ב"מאחזים" וביטל חוק שביקש

33 את מצב הדברים הזה מבקשת לשנות הצעת החוק של חבר הכנסת צבי האזור. הצעת חוק-יסוד: משאל עם (תיקון – יישובים באזור יהודה ושומרון), פ/1843/23, הונחה על שולחן הכנסת ביום 10.8.2020.

34 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 שהם יחולו מבחינה פורמלית רק על נסיגה משטח המצוי בתוך גבולה הריבוני של ישראל, ואין בו בחוק-היסוד דרישה לרוב מוגבר. מופיעה אומנם דרישה ל"רוב של חברי הכנסת", משמע שישים ואחד חברי כנסת לפחות, 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, בה"ש 75 להלן.

35 דברי הנשיא (בדימי) ברק בבג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד (1) 1, פס' 22 לפסק-הדין של הנשיא (בדימי) ברק (2006) (שעסק ב"חוק פיצויי האינתיפאדה" – חוק הנוזקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה–2005, ס"ח 953).

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

להסדיר ולהכשיר מאחזים אחדים שנבנו על קרקע פרטית פלסטינית ("חוק ההסדרה"³⁶) אינו מזכיר כלל את חוק-יסוד הלאום – לא את סעיף 7 ולא כל סעיף אחר.³⁷ שלישית ועיקר, חוק-יסוד הלאום נדון לאחרונה באורח מקיף בבית-המשפט העליון. תוקפו נבחן, ופרשנותו נדונה בהרחבה. הנה דברים שאמרה בעניין זה הנשיאה חיות בחוות-הדעת המרכזית בפסק-הדין: "האם ניתן לומר שחוק יסוד: הלאום או איזה מסעיפיו מוביל – במפורש או במשתמע – למסקנה כי יש לו תחולה מחוץ לשטחה של מדינת ישראל? לגישתי, התשובה לשאלה זו היא בשלילה"³⁸. 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;³⁹ אציין רק כי ההבדל – המקבל בו ביטוי מפורש – בין "ארץ ישראל" לבין "מדינת ישראל", והעובדה שייחודיותה של זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי מתוחמת למדינה, להבדיל מן הארץ, שוללים בעיניי את האפשרות לטעון כי הוא מציב משוכה בפני נסיגה מאזור של ארץ-ישראל שאינו חלק ממדינת-ישראל.

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

ההתנגחות ב"עקרון הרוב" הופיעה בצורה קונקרטיה למן תהליך אוסלו, בדמות הצעות לחוק-יסוד והצעות חוק שמבקשות להציב תנאי-קדם מיוחדים לנסיגה בירושלים, ברמת-הגולן או בכל מקום אחר שבשליטת ישראל, גם אם הוא אינו בתחום ריבונותה.

36 חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז–2017.

37 בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (נבו 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 המתישבים הישראלים, כפי שהזכרתי לעיל ביחס לחוק ההתנתקות, אבל גם על הפלסטינים.

38 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 54 לפסק-הדין של הנשיאה חיות (נבו 8.7.2021).

39 לדיון פרשני מקיף בס' 1 לחוק-יסוד הלאום ראו שם, בעיקר בפס' 61–70 לפסק-הדין של הנשיאה חיות.

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. הנה כמה דוגמאות לאותן הצעות, מסודרות בסדר כרונולוגי.

הצעת חוק משאל עם על נסיגה מרמת הגולן (הוראת שעה), התש"ס-40

1999⁴⁰

...

8. רוב מיוחס 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 עם⁴¹

...

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

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

40 הצעת חוק משאל עם על נסיגה מרמת הגולן (הוראת שעה), התש"ס-1999, פ/803/15, שהוגשה על-ידי חבר הכנסת אברהם (אבי) יחזקאל והונחה 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.

41 הצעת חוק יסוד: משאל עם, פ/1107/15, שהוגשה על-ידי חבר הכנסת סילבן שלום וארבעים וארבעה חברי כנסת נוספים, והונחה 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.

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

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)⁴²

...

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

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-העם; 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.

הצעת חוק רמת הגולן (תיקון – רוב מיוחס), התשס"ט–2009⁴³

42 הצעת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון – משאל עם על ירושלים), פ/3069/17, שהוגשה על-ידי חבר הכנסת סילבן שלום וחמישים ושניים חברי כנסת נוספים, והונחה 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.

43 הצעת חוק רמת הגולן (תיקון – רוב מיוחס), התשס"ט–2009, פ/1100/18, שהוגשה על-ידי חבר הכנסת כרמל שאמה ועשרים וארבעה חברי כנסת אחרים, והונחה 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".

הוספת 1 בחוק רמת הגולן, התשמ"ב-1981 אחרי סעיף 2
סעיף 2א 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 כזו, שבה אעסוק בהרחבה בהמשך, היא בגדר צעד ממשלי, להבדיל מהצעה. מדובר בסיפוחם דה-יורה לישראל של פלסטינים בירושלים ושל דרוזים ברמת-הגולן תוך הסתפקות בהקניית מעמד של "תושבות" לאותם בני-אדם, להבדיל מ"אזרחות". מהלך בעייתי ביותר זה שומר על הרוב הדמוגרפי היהודי מפני גריעה חלקית במידת "רוביותו", שהייתה מתרחשת אילו נהיו התושבים שסופחו לאזרחים.

קיימות שתי הצעות נוספות 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).⁴⁴ בין האזרחים הישראלים השוהים בחו"ל יש גם יהודים וגם ערבים, אולם שני נתונים מעוררים את החשש שהניעה משמעותית להצעה היא "דילול" משקל הצבעתם של המצביעים הערבים על-ידי הגדלת מספר המצביעים היהודים: ראשית, דומה כי שיעורם היחסי של האזרחים היהודים השוהים בחו"ל גבוה

44 הצעת חוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה (תיקון – הצבעה על ידי אזרחים בחוץ לארץ), התשס"א-2001, פ/2857/15, שהוגשה על-ידי חבר הכנסת משה ארנס והונחה על שולחן הכנסת ביום 23.7.2001. 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 חבר הכנסת מיכאל איתן והונחה על שולחן הכנסת ביום 17.7.2006; הצעת חוק הבחירות לכנסת (תיקון – הצבעה על ידי אזרחים בחוץ לארץ), התשס"ז-2007, פ/2595/17, שהוגשה על-ידי חבר הכנסת אפי איתם, והונחה על שולחן הכנסת ביום 28.5.2007; הצעת חוק הבחירות לכנסת (תיקון – הצבעה על ידי אזרחים בחוץ לארץ), התשס"ט-2009, פ/914/18, שהוגשה על-ידי חבר הכנסת אלכס מילר וארבעה חברי כנסת אחרים, והונחה על שולחן הכנסת ביום 4.5.2009; הצעת חוק הבחירות לכנסת (תיקון – הצבעה על ידי אזרחים בחוץ לארץ), התש"ע-2010, פ/2521/18, שהוגשה על-ידי חבר הכנסת יעקב כץ והונחה על שולחן הכנסת ביום 12.7.2010.

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

משיעורם היחסי של האזרחים הערבים המצויים שם; ושנית, ואולי חשוב יותר, שיעור ההצבעה בקרב כל אחת משתי הקהילות ה"ישראליות" בחו"ל צפוי להיות שונה. הצעה נוספת עוברת דרך שני שלבים: השלב הראשון הוא להכריז על ירושלים לא רק כבירת ישראל, אלא כ"בירת ישראל והעם היהודי";⁴⁵ והשלב השני, שיתרחש רק לאחר התממשות הראשון, הוא לנסח תביעה – כך ניתן להניח – למעורבות של "נציגי העם היהודי" שמחוץ לישראל בהחלטות הנוגעות בחלוקה טריטוריאלית או בשיתוף ריבונות בירושלים. אסתפק בהצעות החוק שפירטתי לעיל כדוגמאות של יוזמות ל"רוב מיוחס". כפי שצינתי, השיח הציבורי גלוי לב יותר באשר לטעמים העומדים מאחוריהן מאשר דברי ההסבר שליוו אותן. ראינו לעיל את דבריו של השופט בדימוס שטרומן, 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.⁴⁶

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

חמישה טיעונים לפחות מועלים להצדקת "רוב מוגבר/מיוחס/מיוחד" בהכרעות טריטוריאליות בדבר נסיגה משטח ולהצדקת דילול הצבעתם של בני קהילת המיעוט הערבי-הפלסטיני בהכרעות כאלה. שניים מהם הושמעו בפרקים הקודמים: הטיעון בדבר ניגוד העניינים ואי-הנאמנות של האזרחים הערבים; והטיעון שהכרעה של מלחמה ושלוש צריכה להתקבל רק על-ידי מי שישא בתוצאות המלחמה, משמע, על-ידי "היהודים ובעלי בריתם המשרתים בצבא". בצד טיעונים אלו מושמעים שני טיעונים

45 ראו בעיקר את ההצעות השונות לתיקון חוק-יסוד ירושלים שהגישו בנפרד חברי הכנסת זבולון אורלב ואריה אלדר. הצעת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון – בירת ישראל והעם היהודי), פ/2814/17, שהוגשה על-ידי חבר הכנסת זבולון אורלב והונחה על שולחן הכנסת ביום 16.7.2007; הצעת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון – בירת העם היהודי), פ/3161/17, שהוגשה על-ידי חבר הכנסת אריה אלדר והונחה 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".

46 אליעזר מלמד "רק ברוב מיוחס" ערוץ 7 (28.10.2004) <https://www.inn.co.il/Besheva/Article.aspx/3460>

השוואתיים: האחד מדבר בשמן של זכויות האדם – הצורך בהגנה על המיעוט (המתנחלים) מפני הרוב הפוליטי – ומתיימר להישען על המשפט החוקתי הקנדי ועל המקרה של הפרובינציה של קֶבֶק; והאחר מתיימר להצביע על "מקרים רבים" של דרישות ל"רוב מיוחס" במשאל-עם בנושאים שונים במגוון מדינות. קיים טיעון נוסף, חמישי, המתמקד באופן קונקרטי בנסיגה או בפשרה בירושלים ותולה את דרישת הרוב המיוחד בחשיבותה יוצאת-הדופן.

אתחיל בטיעון שעניינו זכויות האדם של המתנחלים. התופעה של מתנחלים ותומכיהם המלינים על "עושה מיעוט" התחזקה בשנים האחרונות. היא הופיעה לקראת ההתנתקות ולאחריה,⁴⁷ 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.⁴⁸ תופעה זו של רטוריקת זכויות האדם שהמתנחלים ותומכיהם עושים בה שימוש זכתה בתשומת-לב אקדמית.⁴⁹ אחד הטיעונים הקונקרטיים המושמעים במסגרת אותה רטוריקה הוא הצדקת הדרישה לרוב מיוחס בצורך להגן על המתנחלים מפני "עושה" שלהם על-ידי הרוב הפוליטי, והוא מתיימר להישען על משפט השוואתי, ובאופן ספציפי על המשפט הקנדי ביחס להחלטה אפשרית של הפרובינציה קבֶק לפרוש מקנדה.

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

47 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 (23.3.2013) <https://www.haaretz.co.il/magazine/1.1973843>

48 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 בעבור "התושבים המוגנים", אינה חשופה לביקורת שיפוטית, שכן בג"ץ שמר בעניינה על דוקטרינות שמהן הוא נפרד במידה רבה בהקשרן של כמעט כל הסוגיות האחרות – כוונתי לעילות-הסף של זכות העמידה ושל השפיטות – ובכך "מנע עצמו" מלדון בה. ראו בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993); בג"ץ 3125/98 עיאר 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 נקבע כי "זכות העמידה" מוגבלת; בג"ץ 277/84 אערייב נ' ועדת העררים לפי צו דבר רכוש ממשלתי, אזור יהודה ושומרון, פ"ד מ(2) 57 (1986); בג"ץ 2676/09 אבו קמל נ' הממונה על הרכוש הממשלתי הנטוש באזור יהודה ושומרון (נבו) 7.9.2014. להתייחסות נוספת ראו סבן "תגובת-הנגד הפוליטית", לעיל ה"ש 4, בעמ' 18–19.

49 ראו, בין היתר, NICOLA PERUGINI & NEVE GORDON, THE HUMAN RIGHT TO DOMINATE (2015).

משפט וממשל כה תשפ"ב – התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

סמוך לקבלת הסכמי אוסלו בין ישראל לפלסטינים ולמשא-ומתן המקביל שהתקיים אז עם סוריה בתיווך אמריקאי, העלו נציגים של הימין הישראלי, במסגרת טיעוניהם, את הדוגמה ההשוואתית הקנדית.⁵⁰

שני משאלי-עם התקיימו בקבוק ביחס להיפרדותה מקנדה – בשנת 1980 ובשנת 1995. שניהם התקיימו ברוב רגיל, ובשניהם הפסידו הבלדנים. כאשר העז מנהיג המפלגה הבלדנית 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.⁵¹ 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*.⁵² פסק-הדין ניתן בעקבות פניית הממשלה הפדרלית לבית-המשפט לאחר משאל-העם השני בקבוק. בית-המשפט התבקש להכריע בשאלה אם המשפט הפנימי של קנדה מאפשר פרישה חד-צדדית של קבוק מהפדרציה הקנדית. קבוק סירבה להשתתף בדיון. בית-המשפט קבע כי לא המשפט הפנימי הקנדי ולא המשפט הבינ-לאומי מקנים זכות לפרישה חד-צדדית בהקשר של קבוק. זכות כזו קמה במשפט הבינ-לאומי רק בשני הקשרים ובהקשר אפשרי שלישי, שאף לא אחד מהם מתקיים בהקשר של קבוק וקנדה:

...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.⁵³

עם זאת, בית-המשפט העליון הוסיף כי תקום חובה לקנדה להתדיין "בתום-לב" עם קבוק ביחס לפרישתה אם הכרעה בדבר פרישה תתקבל במשאל-עם בקבוק "ברוב ברור ביחס

50 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 (15.5.2000) https://www.nevo.co.il/law/html/Law103/15_ptv_495881.htm

51 MARIO CARDINAL, BREAKING POINT QUEBEC-CANADA: THE 1995 REFERENDUM 398–400, 407 (2005). בישיבת קבינט שנערכה למחרת היום התעמת חבר המפלגה הבלדנית Landry עם Parizeau בנוגע להתבטאויותיו, ואמר כי התנועה "נאלצה להסתיר את ראשה מרוב בושה".

52 *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 SCR 217 (להלן: עניין *Reference re Secession*).

53 שם, בפס' 154. הציטוט האמור הוא מתוך אחת מפסקות הסיכום של פסק-הדין. דיון מפורט יותר מופיע בעיקר שם, בפס' 132–138. לדיון תמציתי בפסק-הדין ראו, בין היתר, Weill, לעיל ה"ש 17, בעיקר בעמ' 983–985; וכן תמר הוסטובסקי ברנדס "הזכות להגדרה עצמית בחוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי" *תרבות דמוקרטית* 20 (צפוי להתפרסם ב-2022) (להלן: הוסטובסקי ברנדס "הזכות להגדרה עצמית").

לשאלה ברורה". שנים מספר לאחר פסק-הדין קיבל הפרלמנט הקנדי את ה- Clarity Act,⁵⁴ 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 לצורך הבנת תכנים של משפט חוקתי השוואתי ומשפט בין-לאומי בהקשרים של שינויים טריטוריאליים, ומשום שההשוואה למקרה של קנדה-קבק מחדדת מאוד את השוני בין המקרה הישראלי-פלסטיני לבינו, וכך מאפשרת לנו להבין ביתר חדות את עוצמת כשליה של היוזמה ל"רוב מיוחס" בהקשר הישראלי. הנה נקודות ההבחנה בין שני המקרים.

ראשית, תהום מפרידה בין הכרעה של מדינה בדבר נסיגתה משטח הנתון בשליטתה (בין ב"תפיסה לוחמתית" ובין באופן אחר) – שבגדרה היא אוחזת בכני-אדם ללא הגנת אזרחותה ותוך שלילה עמוקה של זכויותיהם, לרבות 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 הבין-לאומי לצדק (ICJ).⁵⁵

54 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).

55 ראו את דבריו של בית-המשפט העליון הקנדי בעניין *Reference re Secession*, לעיל ה"ש 52, בפס' 138, בדבר קיומה של זכות להגדרה עצמית לפי המשפט הבין-לאומי –

...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 דבריו של בית-הדין הבין-לאומי לצדק בחוות-הדעת המייעצת שלו ביחס לקוסובו – *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, 2010 I.C.J. 403, para. 79 (להלן: חוות-הדעת המייעצת של בית-הדין הבין-לאומי לצדק בעניין קוסובו):

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, בעניין סהרה המערבית, בעניין מזרח טימור, וגם בעניין גדר ההפרדה שהקימה ישראל, ואשר חלקה 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. 171–72, para. 88. הנה דברים שמוסיף בית-הדין שם, בפס' 118 לחוות-דעתו בעניין גדר ההפרדה, וזאת ביחס לזכויות הפלסטינים:

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

ביתר פירוט, משאל-עם שיערך בישראל בעקבות הסדר עם הפלסטינים, אם יושג הסדר כזה, ייגע 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, אשר 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), את 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 תושבות – מעמד שנלווית אליו אפשרות להתאזרחות. פירוש הדבר (כל עוד לא מתרחשת התאזרחות) הוא העדר כוח השתתפות בהכרעות המרכזיות של החברה, בעיקר בשל העדר זכות לבחור ולהיבחר לכנסת, וכן מרכיבי חולשה נוספים בהשוואה להגנה הנתונה לאזרח.⁵⁶

קיומם של נתיבי התאזרחות הפתוחים לפני תושבי ירושלים המזרחית ורמת-הגולן ממתן את הקושי המוסרי בהתנהלותה של ישראל, אך רחוק מלאינו. מדובר בשני נתיבי התאזרחות.⁵⁷ נתיב אחד הוא בקשת התאזרחות על-פי סעיף 5 לחוק האזרחות, התש"י-1950. בקשה מעין זו מצידו 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 בהחלטה אם להעניק אזרחות או להימנע מכך,⁵⁸ וקיימת

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...

56 השוו לדיון מאיר-העיניים של שופט הרוב פוגלמן בבג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים (נבו) 13.9.2017 (פסילת החלטתו של שר הפנים לשלול את תושבותם של מנהיגי חמאס בירושלים המזרחית, בהעדר חקיקה מסמיכה של הכנסת).

57 ראו את דיונה המקיף של יעל רונן "ריבונות ברירנית: תחולת המשפט הישראלי במזרח ירושלים" **משפט וממשל** כא 267 (2020) (להלן: רונן "ריבונות ברירנית").

58 ס' 5 לחוק האזרחות: "... (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

גם דרישה שהמתאזרח "יודע ידיעת־מה את השפה העברית"⁵⁹. זאת ועוד, במישור המעש, ישראל גוררת את רגליה מאוד ביחס לבקשות התאזרחות של פלסטינים תושבי ירושלים.⁶⁰ נתיב ההתאזרחות האחר, שבו הקניית האזרחות אמורה להיות אוטומטית (אם מוגשת בקשת התאזרחות), מתרחשת בנסיבות הבאות, אשר רלוונטיות רק לתושביה הפלסטינים של ירושלים המזרחית שגילם פחות מעשרים ואחת: "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"⁶¹. למן התנתקותה של ירדן מהפלסטינים תושבי ירושלים והגדה המערבית, בסוף שנות השמונים, התגבשה אפשרות זו, שכן הפלסטינים הפסיקו לשאת את אזרחותה של ירדן ונותרו נטולי אזרחות. אלא שעד לאחרונה נמנעה ישראל מלקיים את הזכות המשפטית האמורה.⁶² מכל מקום, גם באפשרות זו נדרשת פעולה יזומה של התושב – בקשת התאזרחות – וזו צפויה להיתפס כמתן הכשר לסיפוחה של ירושלים המזרחית על־ידי ישראל.

בעיני הדרישה להגשת בקשה להתאזרח (בוודאי כאשר נלווית לה דרישה להצהרת נאמנות לישראל, אך גם בלעדיה) היא הסדר פסול לגבי בני־אדם שהמדינה כבשה וסיפחה. מי שסופח למדינה, מי שנשלט בדרך זו על־ידיה, חייב ליהנות, ללא התניה, מאזרחותה.⁶³ טעם עיקרי לכך הוא שהאזרחות היא נגזרת של התפיסה הדמוקרטית, המזהה את בני־האדם כסובייקטים המשתתפים בשליטה בחייהם באמצעות שליטתם בעלי הסמכות השלטונית. שליטה זו באה לידי ביטוי בעיקר באמצעות הזכות לבחור, כלומר, הזכות לשנות מדי תקופה את בעלי הסמכות השלטונית, שהם ככלות הכול רק השליחים או הנאמנים שלנו, בני החברה, שהרי אנו הריבון. בניסוח אחר, "שליטה" בנו

האזרחות. (ג) לפני הענקת האזרחות יצהיר המבקש הצהרה זו: 'אני מצהיר שאהיה אזרח נאמן למדינת ישראל'..."

59 ס' 5(א) לחוק האזרחות.

60 רונן "ריבונות ברירנית", לעיל ה"ש 57, בעמ' 284–286.

61 ס' 4א(א) לחוק האזרחות.

62 שם, בעמ' 286–288. בנושא זה חל לאחרונה שינוי במדיניותה של ישראל, בלחץ עתירות שהוגשו נגדה. ראו ניר חסון "משרד הפנים פרסם נוהל שיקל על 20 אלף תושבי מזרח ירושלים לקבל אזרחות" **הארץ** (25.11.2020) <https://www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.9324313>

63 לדיון חשוב שמפרט את היסודות התיאורטיים שביסוד הזכות לאזרחות ואת עמדות המשפט הבין־לאומי בהקשרה ראו Ariel Zemach, *The Emerging Right of West Bank Palestinians to Israeli Citizenship*, 42 U. PA. J. INT'L L. 271, esp. 282–95 (2020).

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

מנביעה זכאות שלנו, הכפופים לה, להיות שותפים לה; ודמותה היסודית של שותפות זו היא ה"אזרחות", על הזכויות הנלוות אליה.⁶⁴

גם התושבים הערבים הפלסטינים שנותרו בישראל לאחר הקמתה, גם הפלסטינים בירושלים המזרחית של 1967 וגם הדרוזים ברמת הגולן של 1981 לא בחרו בסיפוחם על-ידי ישראל, ואין מה שיצדיק את ההבדל בין פעולת ישראל בהקשר הראשון לבין התנהלותה בשני ההקשרים המאוחרים. בשלושת המצבים הייתה ישראל חייבת, מנקודת-הראות של מוסר ליברלי, להעניק את אזרחותה לתושבים שאותם סיפחה.⁶⁵ ודוק, תגובת המסופחים כלפי מעשה הסיפוח עשויה להיות מגוונת. יש מהם שסיכינו עימו, ולו בדיעבד, ויש שיתמידו בהתנגדותם לו, אולם שאלת הסכמתם או התנגדותם לסיפוח אינה רלוונטית לעצם זכאותם לאזרחות. לשון אחר, בני-אדם אלו – ולא המדינה – הם שאמורים להחליט מה לעשות בזכות שקמה להם לאזרחות. כך, אם ירצו לבטא את אי-הסכמתם לסיפוחם בדרך של החרמת הבחירות – אי-שימוש בזכות, הנגזרת מאזרחותם, לבחור ולהיבחר – הדבר נתון להכרעתם; לעומת זאת, אם ירצו להשתתף במשחק הפוליטי כדי לשנות או להשפיע על כיוונו, הבררה בידם.⁶⁶ כך אכן עשו תושביה הפלסטינים של ירושלים ביחס לבחירות המקומיות, שבהן הם זכאים להשתתף כתושבים.

מן האמור עולה כי מעבר לקושי המוסרי ולקושי במשפט הבין-לאומי הטמון בעצם פעולת הסיפוח של טריטוריה כבושה (בשל הזכות להגדרה עצמית, בשל החשש משימוש לרעה בכוח ומטעמים נוספים), במקרה 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.

נקודה נוספת בהקשר זה: אריאל צמח משמיע טיעון חשוב שלפיו במשפט הבין-לאומי הולכת ונשחקת ההבחנה בין הפלסטינים בירושלים המזרחית, שסופחו דה-יורה

64 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).

65 לחלופין (אך כאפשרות ראויה פחות בעיניי) היא חייבת להעניק את אזרחותה למסופחים המבקשים זאת, אך **ללא כל התניה מצידה**, דוגמת הדרישות שהיא מפנה כלפי המבקשים להתאזרח דרך ס' 5 לחוק האזרחות: הדרישה להצהרת אמונים למדינה והדרישה לידיעת השפה העברית ברמת סף. דומה כי חלופה זו, על הסייגים שהיא מכילה, היא עמדתה של רונן במאמרה "ריבונות ברינית", לעיל ה"ש 57, בעמ' 285, שם היא עומדת על כך ש"ההסדרים הקיימים לרכישת אזרחות אינם מתאימים למי שאינם מהגרים, ובוודאי אינם מביאים בחשבון את הנסיבות המיוחדות של המגורים במזרח ירושלים", ומוסיפה כי הדרישה להצהרת נאמנות "אינה מתאימה כאשר המבקש אינו מהגר המבקש להצטרף למדינה, אלא אדם המבקש להסדיר את מעמדו במדינה שצירפו אליה נכפה עליו".

66 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 ההובסאיני של הפלסטינים בישראל" **תיאוריה וביקורת** 13, 42 (2014).

לישראל (מבחינת משפטה הפנימי), לבין הפלסטינים בגדה המערבית, וכי גם אלה וגם אלה זכאים לאזרחות הישראלית. עיקר מאמרו של צמח מוקדש לטיעון כי הפלסטינים בגדה זכאים לאזרחותה של ישראל לנוכח ה"סיפוח דה־פקטו" שזו ביצעה כלפיהם. סיפוח דה־פקטו הוא תוצר של מכלול ממושך ומקיף של "צעדים המבטאים ריבונות" – ההתנחלויות והמאחזים בכל רחבי הגדה, מיזמי תשתית גדולים וצעדים משפטיים מגוונים – והוא מצמיח זכות לאזרחותה של המדינה המספחת.⁶⁷

צבר הטענות שלעיל מקדם לפיכך אל קדמת הבמה את שתי השאלות הבאות, שהן שני צידיו של אותו מטבע, והן לב הדברים: (א) האם ראוי להציב משוכה של "רוב מיוחס" בקרב אזרחי המעצמה השלטת כתנאי להכרעה לשחרר את בני העם הנשלט על־ידיה (או כתנאי להכרעה להעניק אזרחות לנשלטיה־מסופחיה)? (ב) האם הצדקה למשוכה כזו עשויה להתגבש לנוכח השפעתן של הכרעות נסיגה על אזרחיה של ישראל בטריטוריה הנבחרת – המתנחלים? התשובה השלילית לשתי השאלות הללו מתבקשת בעיניי בשל שני טעמים לפחות. ראשית, היא מתבקשת לנוכח ההשוואה בין הפגיעות המתאזנות כאן: מצד אחד, המחירים שמשלמים נשלטיה הפלסטינים של ישראל בגדה ובירושלים בהשוואה למחיר – הקשה אף הוא אך השונה באופן מהותי בטיבו ובעוצמתו – של עקירת אזרחי ישראל משטח הנתון ב"תפיסתה הלוחמתית" של המדינה אל שטחה הריבוני. שנית, ובסמוך, המתנחלים בגדה פנו מראש להתיישב באזור המצוי בשליטתה הצבאית של ישראל, ולחיות 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 של הפלסטינים או לחלופין בעד הענקת אזרחות ישראלית להם; ודחיפות זו עומדת בסתירה ליוזמות לעכב ואולי למנוע הכרעה לכאן או לכאן באמצעות התנייתה ב"רוב מיוחס" בקרב אזרחי המדינה השלטת.

נקודת הבחנה שנייה בין המצב הקנדי למצב הישראלי, אשר סמוכה 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 ומקהילה שהם משתייכים אליה (קהילת הרוב בקנדה: הקנדים דוברי האנגלית).⁶⁸

67 Zemach, לעיל ה"ש 63, בעיקר בעמ' 330–331. ראו נקודות דומות גם בעמדתם של Itamar Mann & Yael Berda, *Annexation or Not, It's Time All*: איתמר מן ויעל ברדה: *Palestinians Under Israeli Control Had the Right to Vote*, NEWSWEEK (May 21, 2020), <https://www.newsweek.com/annexation-west-bank-right-vote-1505494>.

68 עניין *Reference re Secession*, לעיל ה"ש 52, בעיקר בפס' 139, 149 ו־151.

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

דרישת "הרוב הברור" בקנדה נועדה להקשות קבלת החלטה כזו. בית-המשפט העליון הקנדי, כזכור, קבע את שקבע על יסוד שני מהלכי מחשבה עיקריים: (א) לקבץ אינן 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 קבץ, באמצעות שותפותם של הקנדים דוברי הצרפתית בממשלה הפדרלית, ובאמצעות הגנת החוקה הקנדית על השפה, החינוך והתרבות של דוברי הצרפתית (הן בקבץ והן ביתר קנדה); (ב) אף-על-פי-כן, על קנדה להיכנס למשא-ומתן רציני ובתום-לב על הסכם לפרישת קבץ אם יתקיימו התנאים של "רוב ברור ביחס לשאלה ברורה" במשאל-עם בקבץ.

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 לצידו.

הבחנה שלישית בין שני המקרים נוגעת בשני הבדלים בולטים לעין בין המיעוט דובר הצרפתית בקנדה לבין הקבוצה המקבילה לו לכאורה במקרה הישראלי – המיעוט הערבי-הפלסטיני בתוך ישראל. ראשית, לא עומדת על הפרק, ולו בשלב זה של חינוך הלאומיים, יוזמה של חלקים מהמיעוט הערבי-הפלסטיני "לפרוש" מן המדינה. שנית, קיים שוני לעניין "המיעוט הנוסף" שההכרעה ביחס לפרישה או לנסיגה משפיעה עליו – שם, הקנדים הילידים והקנדים דוברי האנגלית בפרובינציה של קבץ, ואילו כאן, אצלנו, המתנחלים. המשפט הקנדי בא ואומר לאותם חלקים בקהילת המיעוט דוברת הצרפתית בקנדה היוזמים את פרישת קבץ: 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 כזה יפתח רק לאחר שתגייסו "רוב ברור" של כלל תושבי קבץ. והנה בישראל, מלכתחילה, מי שיקבע את גורל המיעוט (המתנחלים) הוא כלל אזרחי ישראל בהכרעה רוב בתוכם (ולא המיעוט הערבי-הפלסטיני, המקביל כאמור לדוברי הצרפתית בקנדה).

הבחנה רביעית – הדרישה לרוב מיוחס במשאל-עם בישראל נועדה לדלל את משקל הצבעתם של האזרחים הערבים על בסיס 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.⁶⁹ מסר

69 לדיון בנושאי המסופים 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 47 (2009). חלק חשוב מההשלכות

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 בהתנתקות. תשובת-הנגד הצפויה היא שאפשרות העקירה קיימת גם לתושבי קבק דוברי האנגלית ולקנדים 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 הבינ-לאומי, ואפילו בית-המשפט העליון הצביע על תו ה"זמניות" המלווה אותה.⁷⁰ הם אינם זכאים על-כן למידת ההתחשבות שתושביה המקוריים של אותה טריטוריה זכאים לה.⁷¹ יהיו בוודאי מחמירים שיאמרו כי מכיוון 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 זו, וזאת בשל חלוף השנים והעובדה

הקשות של התיוג בחוסר נאמנות נובע מעצם המודעות לו, להבדיל מאופן הפעלתו. הכוונה למודעותם של האזרחים הערבים לכך שמדינתם שלהם מבדלת אותם ומסווגת אותם רק בשל מוצאם כמסוכנים יותר וכחשודים יותר מאחרים, וכן למודעותם 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 בהתייחסויות-הגומלין 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 ההשתייכות של בני קהילת המיעוט אל החברה והמדינה המתיוגות.

70 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 כן [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'..."

71 להצגה מפורטת למדי של הטענה ראו סבן "אזרחות ומהלכים לשחיקתה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 126–129. 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).

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

שילדיהם וילדי ילדיהם של המתנחלים כבר נולדו בשטחים, 72 אבל אני מסכים מאוד עם הטענה בדבר חוסר הסימטריה בינם לבין התושבים הילידים הנתונים תחת הכיבוש.⁷³ **הבחנה שישית** – דרישת "הרוב הברור" (clear majority) בחוק הקנדי היא עמומה, ולא במקרה,⁷⁴ ואין היא זהה בהכרח להצעות המושמעות בדבר "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 הכל, בדרישה **מצטברת** לקיומו של רוב בקרב שלושת ה"שחקנים" הבכירים ביותר: הממשלה, הכנסת (ועוד ברוב של שישים ואחד מחבריה לפחות) ומשתתפי משאל-העם.⁷⁵

לבסוף, הבחנה שביעית בין המקרה הקנדי לזה של ישראל – פלסטין היא שבמקרה של קבק אין מדובר בהחלטה שיוזמת קנדה בדבר פירוקה החלקי והיפרדות 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

72 לעניין משמעות חלוף הזמן בהקשרם של מתיישבים השוו, בין היתר, שם; Aeyal Gross, *The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation* (2017); Raef Zreik, *When Does a Settler Become a Native? (With Apologies to Mamdani)*, 23 *CONSTELLATIONS* 351 (2016).

73 ראו למשל Gross, לעיל ה"ש 72. כן ראו 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: זכויות אדם – מבוקשי הארות פסיקה** 73, 5 (2018). כהן מפנה שם לדבריו של השופט ג'ובראן, היוצאים נגד הסימטריה הזו, בבג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פס' 116 (נבו 31.10.2017): "...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...".

74 עניין *Reference re Secession*, לעיל ה"ש 52, בעיקר בפס' 153.

75 חשוב אכן להבחין בין דרישת "הרוב הברור" שהושמעה בקנדה לבין הדרישה ל"רוב מיוחס", ל"רוב מועצם" וכדומה שמקודמת בישראל. כל אחד מהמונחים הללו הוא רב-משמעי, והדבר עלול להטעות. חשובה לפיכך התייחסות קונקרטית. כך, למשל, דרישה למשאל-עם שהכרעה בו – כמוצע בחלק מההצעות שסקרנו – תתקבל ברוב של יותר ממחצית בעלי זכות ההצבעה, להבדיל מרוב בקרב המצביעים עצמם, או לחלופין דרישה לכך שיותר ממחצית המשתתפים במשאל יהיו מצביעי "הן" מפורש, כלומר שהמצביעים שהצביעו בפתק לבן ייחשבו מתנגדים להכרעה, הן דרישות נטולות הצדקה. שתי ההצעות נושאות עימן עיוות של רצון רוב המשתתפים בהצבעה העממית. לעומת זאת, דרישה לרוב של שישים ואחד חברי כנסת לפחות, הקבועה בחוק-יסוד: משאל עם, גם היא אומנם דרישה לרוב מיוחד, בהיותה חורגת מפרוצדורת קבלת ההכרעות הרגילה בכנסת, וגם היא אינה נקיייה 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.)

פירוק מדינה בשל הכרעת מיעוט לפרוש ממנה לבין הכרעה של מדינה, באמצעות רוב אזרחיה, להיפרד משטח כזה או אחר שלה. קיימות אומנם מגבלות חשובות מאוד גם בנוגע ליכולתה של מדינה להיפרד משטח מאוכלס שלה, להיפרד מאזרחיה (וארחיב בכך לקראת סוף המאמר),⁷⁶ אבל עוצמת המגבלות אינה זהה לאלה הקיימות בנוגע ליוזמת פרישה של מיעוט ממדינה דמוקרטית.

יש מדינות שחוסמות מהלכי "פרישה" כליל בחוקתן,⁷⁷ ומלחמת-האזרחים האמריקאית היא דוגמה חריפה לכך. גם ספרד קבעה בחוקתה את אחדותה הטריטוריאלית, וחסמה הכרזה של קטלוניה על עצמאותה.⁷⁸ לעומת זאת, בריטניה הביעה הסכמה לפרישתה של סקוטלנד, אם כך יחליטו רוב תושביה,⁷⁹ והסכם בלפסט (1998) הסדיר את פרישתה האפשרית של צפון-אירלנד מהממלכה המאוחדת ואת איחודה עם הרפובליקה של אירלנד, אם כך יחליטו רוב תושביה של צפון-אירלנד במשאל-עם.⁸⁰ המשפט ההשוואתי בהקשר זה הוא מגוון, אם כן, אך הוא נוגע כאמור באותם מצבים שבהם קהילת אזרחים מבקשת לפרק את המדינה שבתוכה היא חיה, להבדיל מהכרעות טריטוריאליות שהמדינה עצמה מבקשת לקבל.⁸¹ מתי קמה לה, לקהילת אזרחים, זכות לפרישה? עסקתי בכך לעיל. התשובה המוסכמת אכן מופיעה בפסק-הדין הנזכר של בית-המשפט העליון הקנדי. היא קושרת את עצמה למצבים קולוניאליים או דכאניים אחרים, ולשאלת היקף ההגדרה העצמית של

76 סבן "אזרחות ומהלכים לשחיקתה", לעיל ה"ש 6. ביחס לעמדת המשפט הבין-לאומי ראו בעיקר את הסימוכין המובאים שם בה"ש 17.

77 ראו Weill, לעיל ה"ש 17; Tom Ginsburg & Mila Versteeg, *From Catalonia to California: Secession in Constitutional Law*, 70 ALA. L. REV. 923 (2019); 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).

78 להתרחשויות בשנת 2017 סביב יחסי ספרד-קטלוניה ראו, בין היתר, Weill, לעיל ה"ש 17, בעמ' 940 ו-953.

79 ראו, בין היתר, שם, בעמ' 912-913, 916-917 ו-955-956.

80 ראו, בין היתר, שם, בעמ' 956, וכן את המקורות שאליהם היא מפנה שם בה"ש 242. יוער כי מעולם לא עלה על דעתם של הנציגים הפוליטיים של קהילת הרוב הפרוטסטנטי-הבריטי בצפון-אירלנד לדרוש "רוב מיוחס" במשאל-עם כזה, אף שהרוב המספרי של בני קהילה זו קטן, שכן שיעורם קרוב לזה של בני קהילת המיעוט הקתולי-האירי.

81 שאלה נוספת שעולה במשפט ההשוואתי נוגעת במצב שהוא הפוך מפרישה, כלומר, בהכרעה ביחס לאיחוד: כאשר פיסת ארץ השסועה לשתיים מנסה להגיע להסכם ביחס לאיחודה או לאיחודה מחדש. דומה כי המנגנון הוא הכרעת רוב בשני האזורים לפני 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* (Occasional Paper Series No. 27, Forum of Federations, 2019), http://constitutionnet.org/sites/default/files/2019-06/Cyprus_27.pdf.

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

הקהילה הלאומית התובעת לפרוש, ובתוך כך לשאלה בדבר מידת השמירה על זכויות אזרחיות ופוליטיות של בני אותה קהילה לאומית ועל זכויות קיבוציות החיוניות לשמירת תרבותם וזהותם.⁸² בית-הדין הבין-לאומי לצדק, בחוות-הדעת המייעצת שלו בעניין קוסובו, משתמש במונח remedial secession כדי לתאר מצבים מהסוגים שהוזכרו, שבהם פרישת מיעוט מהמדינה צפויה להיתפס כזכות.⁸³ והנה מתווה ניתוח זה, אילו יושם כלפי הפלסטינים, בין בגדה המערבית ובין בירושלים המזרחית, היה מניב תשובה שלפיה יש להם זכות ל"פרישה" מישראל ללא תלות בקיומו או בהעדרו של רוב בישראל לפרישה כזו.⁸⁴

בתמצית, שבע ההבחנות שפורטו לעיל – כל אחת מהן בנפרד ובוודאי בהצטברותן – מחדדות את מופרכות הניסיון לבסס על המקרה של קב-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. הטיעון כי משאלי-עם רבים מלווים בדרישה ל"רוב מיוחס" – תשובת-הנגד שניתנה בחוות-הדעת משנת 2000 של מחלקת החקיקה במשרד המשפטים⁸⁵

ראוי להקדיש תשומת-לב לחוות-הדעת מקיפה של משפט חוקתי השוואתי שהוכנה לפני שני עשורים על-ידי עורכי-הדין יהושע שופמן וסיגל קוגוט, שהיו באותה עת בכירי מחלקת החקיקה במשרד המשפטים. חוות-הדעת זו הוכנה סמוך לאחר שהונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק-יסוד: משאל עם על-ידי חבר הכנסת סילבן שלום ואחרים.⁸⁶ 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, וכל ההדגשות שבהם מופיעות במקור.

82 Weill, לעיל ה"ש 17; הוסטובסקי ברנדס "הזכות להגדרה עצמית", ה"ש 53.

83 עניין *Reference re Secession*, לעיל ה"ש 52, בעיקר בפס' 132–138 ו-154; חוות-הדעת המייעצת של בית-הדין הבין-לאומי לצדק בעניין קוסובו, לעיל ה"ש 55, בפס' 82 ו-83.

84 לשם הבהירות אוסיף כי מבחינה פורמלית רק הפלסטינים שבירושלים סופחו על-ידי ישראל, ולכן שאלת זכותם לפרישה ממנה נוכחת באופן מובהק. לעומת זאת, הפלסטינים בגדה לא סופחו דה-יורה לישראל, ולכן בהקשר זה מתעוררת שאלה. ראינו לעיל, ליד ה"ש 67, כי צמח גורס שהפלסטינים בגדה סופחו דה-פקטו על-ידי ישראל ולכן זכאים לאזרחותה. אם אכן כך, אזי גם ביחס אליהם מתעוררת שאלת זכותם לפרוש, ויש להשיב עליה בחיוב החלטי.

85 המסמך נמצא ברשות המחבר.

86 ראו לעיל ה"ש 41 ואת הציטוט שלידיה.

- 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 בעשרים ושתיים מדינות: "אוסטרליה, אוסטרליה, 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 נהג מוסד משאל העם הן הולנד, יפן וארה"ב ברמה הפדרלית)".
- ג. ביחס לדרישת "הרוב המיוחד" נכתב בחוות־הדעת כך: "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 לכתל 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 באופן ממוקד במדינות מסוימות שטענות ביחס אליהן הושמעו בדיונים בכנסת ובציבור:

- (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 בוילס (1997), הסכם השלום בצפון אירלנד (1998)) – נדרש רוב רגיל.

משפט וממשל כה תשפ"ב – התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

(ג) **צרפת** – בניגוד לנטען [בשיח הפוליטי-הציבורי], 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 [שלפיהן 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 מייצג 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]...

כאן, ביחס לפסק-הדין *Reference re Secession*, הופיע בחוות-הדעת ניתוח שעומד אף הוא על חלק מהנקודות שפרשתי לעיל ביחס לדרישת "הרוב הברור" המופיעה בפסק-הדין ולתכליתה. ה. שופמן וקוגוט מסכמים את חוות-הדעתם כך:

על פי ניסיון 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 ל"בעיית הנאמנות" של האזרחים 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 לצינונות הדתית עומדים בכך? האם רוב המשתייכים לציבור החרדי עומדים בכך? האם מגזרים אחרים בציבור הישראלי-היהודי (או הערבי-הפלסטיני 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 שוויון 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 ב"נאמנות". חשוב לי להזכיר ולומר כי אני מתנגד לכל אחת מההתניות הנזכרות – הן לדרישת הנאמנות לאופייה הלאומי של המדינה והן לדרישת הנאמנות לדמוקרטיה שלה – אם הן באות לסייג את הזכות להשתתפות פוליטית או לסייג זכויות אחרות.⁸⁷

87 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 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 נסיבות 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 בנסיון 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 <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 תבטל אם לא יוגבלו הכוחות הלא-דמוקרטיים.

הצהרת אמונים מצויה בדין הישראלי, אך מדובר בדרישה להצהרת אמונים "למדינת ישראל" או "למדינת ישראל ולחוקיה", ורק לאלה, כתנאי לפעולה במשרות ציבוריות שונות⁸⁸ או כדרישה במסגרת הליך "התאזרחות"⁸⁹. אני עצמי נוטה להתנגד לדרישה להצהרת אמונים כתנאי לכשירות לפעולה במשרה ציבורית, אך אין זה המקום ללפן זאת.⁹⁰ כמו־כן, כפי שצינתי במפורט לעיל, אני מתנגד נחרצות לדרישה להצהרת

מידת הדיוק מחייבת להוסיף כי המשפט הישראלי מתנהג, לפחות בשתי נקודות מרכזיות, בניגוד להבחנה שנותחה זה עתה. ראשית, ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת אינו מבחין לכאורה בין היכולת לגונן על זהותה הלאומית של המדינה לבין שמירת יסודותיה הדמוקרטיות. לדיון ביקורתי בכך ראו, בין היתר, אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" **עיוני משפט** כו 241, בעיקר 313–317 (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. שנית, גם הדוקטרינה של "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", אם תאומץ, מגוננת באופן דומה (מפני פגיעה יוצאת-דופן) על כל אחד משני צירי "מהותה" של ישראל "כמדינה יהודית ודמוקרטית". ראו בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד (סד) 275, בעיקר פס' 33–34 לפסק-הדין של הנשיאה ביניש (2011); וכן עניין **חסון**, לעיל ה"ש 38, בעיקר בפס' 16 ו-24 לפסק-הדין של הנשיאה חיות.

88 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. 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 ההגניעה – על שבועות, מתנות, פרסים וביוש: חלק ראשון – על השבועה במשפט" **משפט ועסקים** כ 423, 542–555 (2017).

89 לעיל ליד ה"ש 57–66.

90 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 נבחר 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

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 כן יישבעו אמונים.⁹¹ לבסוף, איני מכיר מדינה המתנהלת באופן ממשי כדמוקרטיה שתבחר לדלל את משמעות ההצבעה של אזרחי מיעוט שלה בטענות מעין אלה. חשוב, לשם הדוגמה, 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 פוליטיות הנוגעות באותם מתחים?⁹²

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

הנה דברים חשובים של פרופ' מרדכי קרמניצר וד"ר עמיר פוקס נגד התיקון משנת 2018, שאוזכר לעיל, לחוק-יסוד ירושלים.⁹³ 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

Clive Walker, *Political Violence and Democracy in Northern Ireland*, 51 MOD. L. REV. 605 (1988).

91 השוו דיון (כולל הדיון המשווה) בשלילת אזרחות, במהותה של האזרחות ובהיקף ההגנה שהיא ראוייה לה: GEORGE P. FLETCHER, *LOYALTY: AN ESSAY ON THE MORALITY OF RELATIONSHIPS* 65–68 (1993); אפרת רחף **אף על פי שחטא – ישראל היא? שלילת אזרחות בנין הפרת אמונים** (מחקר מדיניות 73, מרדכי קרמניצר מנחה, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2008), זמין בכתובת <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 ולו על מדינה דמוקרטית אחת שאימצה אותו.

92 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 (2015).

93 ראו לעיל ה"ש 8 ואת הציטוט שלידה.

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

ברוב רגיל, אחרת יוצא שדווקא דעתו של המיעוט מקבלת עדיפות על פני הרוב, בניגוד להגיון הדמוקרטי.⁹⁴

הסכם מדיני הוא לעיתים 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.⁹⁵ קל וחומר שאסור שתהא הפליה על בסיס אתני בכל הנוגע במשקל קולו של אדם ביחס להכרעה מהסוג המעורב בהסכם מדיני.⁹⁶

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".⁹⁷ 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

94 מכתב ממרדכי קרמניצר ועמיר פוקס, המכון הישראלי לדמוקרטיה, לחברי ועדת השרים לענייני חקיקה בעניין הצעת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון – רוב מיוחס), פס' 3 (6.7.2017).

95 לדיון בהצדקות לשריונה של חוקה ובגבולות כוחה של הכנסת לעשות כן, משמע לכבול את עצמה, ראו, בין היתר, רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 19, בעיקר בפס' 2.47–2.55; וכן ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל ו 509, 531–532 (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. ראו 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, ולפיכך תוקפו מוטל בספק. לעומת זאת אין קושי ממשי במקרה שבו הרוב בכנסת מחליט להחיל כלל הכרעה 'על-רובי' על כל ההחלטות בתחום יחסי החוץ של ישראל וביטחונה". 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.

96 אני מסתייע כאן בהבחנתו של דוורקין בין "עקרונות" לבין "תכליות" חברתיות. עקרונות מצביעים גבולות הן לתכליות, הן לפרוצדורות לקבלתן והן לאמצעים הננקטים בשירותן. גבולות אלו נגזרים מהחובה שמוטלת על המדינה – ואשר אותה משרטטים העקרונות – לבטא equal respect and concern כלפי אזרחיה. RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 90–101 (1977).

97 מלמד, לעיל ה"ש 46.

אחרת.⁹⁸ 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.⁹⁹ 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, 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 מאוד – 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 כי לפחות נסיגה בירושלים מצדיקה הכרעה של רוב מיוחס

הצגתי בפרק המבוא את הנוסח המעודכן של חוק-יסוד ירושלים לאחר תיקונו בשנת 2018. נדרש עתה רוב מיוחס של שני שלישים מבין חברי הכנסת, שמונים חברי כנסת, לצורך שינויים בגבולותיה של ישראל באזור ירושלים (או גריעה מבלעדיות ריבונותה שם). אולם, וזו נקודה חשובה כמובן, הכנסת יכולה לבטל את ההגבלה הנזכרת באמצעות חוק-יסוד מתקן שיתקבל ברוב של חברה (שישים ואחד חברי כנסת). ההצדקה האחרונה שאדון בה בהקשרן של יוזמות להצבת משוכות של "רוב מיוחס" ביחס לוותורים טריטוריאליים אכן מתמקדת 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 ירושלים תשכח ימיני, תדבק לשוני לחכי אם לא אזכרכי, אם לא אעלה את ירושלים על ראש שמחתי" (תהלים קלז 5–6). האין ירושלים לפחות ראויה להגנה מיוחדת, לרוב מיוחס?

98 השוו לדין 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' 289 (2015).

99 שם, בעמ' 318–319.

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

תשובתי לכך מתחילה בהפניית תשומת-הלב לשאלה הבאה: למה נשבעים אלה הנשבעים "אם אשכחך ירושלם תשכח ימיני"? האם הם נשבעים לריבונות בלעדית של ישראל בכל המרחב שישראל עיצבה לירושלים (הגולש הרבה מעבר לגבולותיה ההיסטוריים של העיר, ובוודאי מעבר למקומות הקדושים בה)?¹⁰⁰ 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 שער 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). והנה, שריון ברוב מוגבר מפני חלוקת ירושלים מקשה את ההבחנה 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 כזה של מדינת תושבותם. הימנעותה של ישראל מלהעניק להם אזרחות בעת סיפוחם היא כאמור פְּשֵׁל קְשָׁה ביותר, אשר חובה לתקנו; למצער יש להעניק להם זכות השתתפות במשאל-עם שיתקיים ביחס לעירם.¹⁰¹

100 ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: הצלת ירושלים כעיר בירה יהודית ודמוקרטית, פ/5700/20, שהוגשה על-ידי חבר הכנסת יואל חסון והונחה על שולחן הכנסת ב-18.7.2018. ס' 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".

101 חלופה זו מופיעה בהצעה חשובה לתיקון חוק-יסוד: משאל עם שאותה הגישה חברת הכנסת תמר זנדברג. הצעת חוק יסוד: משאל עם (תיקון – זכות הצבעה לתושבי קבע בשטח לגביו מתקיים משאל העם), 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'".

ד. תוכנית טראמפ והצעה להעברת אזור המשולש ב"הסכמת" הצדדים לסכסוך

אחד מסעיפיה של תוכנית טראמפ מינואר 2020 מבקש להשיב לתחייה את הצעתה של מפלגת "ישראל ביתנו" מלפני כעשרים שנים ל"חילופי שטחים מאוכלסים". מדובר בהצעה שישראל תעביר אזרחים שלה, על שטחם, בניגוד לרצונם אך בהסכמת הישות הפלסטינית, לריבונותה של זו האחרונה. את התנגדותי להצעה פירטתי במקום אחר, ואשמיע להלן בתמצית את העיקריות שביניהן.¹⁰²

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-הפלסטיני 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 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 מאוד משלוש בחינות עיקריות:

א. הצדקה זו 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

102 סבן "אזרחות ומהלכים לשחיקתה", לעיל ה"ש 6. הנקודות התמציתיות שלהלן פורסמו ברשימה שהייתי אחד משני מחברייה: האלה ח'ורי-בשאראת ואילן סבן "קסם אין בעסקת המאה", רק אבק שריפה" העוקץ (8.3.2020) <https://www.haokets.org/2020/03/08/קסם-אין-בעסקת-המאה-רק-אבק-שריפה/>

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

- חייבים לפגוע בחלק מהאזרחים, ראוי שהנפגעים יהיו אותם אזרחים שיש להם תרומה ישירה לסכסוך שמבקשים להסדירו.
- ב. פגיעה בזכויות אדם עוברת דרך השאלה של מידתיות, ובתוך כך דרך שאלת קיומה או העדרה 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 ובמסגרת זה שיתנהל בין ישראל לפלסטינים. 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 אלו 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 בפולטות שהיא ראויה לה. כוונתי ל"הקרנה ההיקפית" המופיעה במשפט.¹⁰³ 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 אחת של רוב-מיעוט משפיעה על מתכונת יחסים אחרת של רוב-מיעוט. כך, למשל, לא קל ליצור נורמה שתעדיף קהילת מיעוט חזקה ותפגע במקביל במיעוט דחוי.¹⁰⁴

103 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).

104 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, שהרי 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,

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

ה. הערת סיום

בחנתי הצעות שונות של חלקים בימין הישראלי להגביה משוכות בפני נסיגה טריטוריאלית באמצעות התנייתה בקבלתה ב"רוב מיוחס". רוב מיוחס הוא לעיתים תכופות פרוקסי ל"רוב יהודי". חלק מההצעות הללו – אולי רובן – טרם התקבלו, אולם חלקן התקבלו, אף אם בצורה חלקית. כוונתי לחוק-יסוד: משאל עם, שהתקבל בשנת 2014, ולתיקון משנת 2018 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל. הראשון נוגע מבחינה פורמלית רק בנסיגה משטח שהמשפט הישראלי חל עליו, אך בפועל הוא משפיע על כל נסיגה, ואחד ממרכיביו הוא קבלת ההכרעה בדבר הנסיגה ב"רוב של חברי הכנסת".

בחנתי חמישה טעמים המבקשים להצדיק יוזמות ל"רוב מיוחס": הטיעון בדבר ניגוד עניינים ואי-נאמנות של האזרחים הערבים; הטיעון כי הכרעה בעניינים של מלחמה ושלוש צריכה להתקבל רק על-ידי מי שישא בתוצאות המלחמה, משמע, על-ידי "היהודים ובעלי בריתם המשרתים בצבא"; הטיעון שמדובר בשמן של זכויות האדם – הצורך בהגנה על המיעוט (המתנחלים) מפני הרוב הפוליטי – ואשר מתיימר להישען על המשפט החוקתי הקנדי ועל המקרה של הפרובינציה של קֶבֶק; הטיעון ההשוואתי המתיימר להצביע על "מקרים רבים" של דרישות לרוב מיוחס במשאלי-עם למיניהם במגוון של מדינות; והטיעון המתמקד באופן קונקרטי בנסיגה או בפשרה אחרת בירושלים, ותולה את דרישת הרוב המיוחד בחשיבותה יוצאת-הדופן. בחנתי את נסיונות ההצדקה הללו הן מנקודת-הראות של מוסר ליברלי והן מנקודת-ראות משפטית. זו

למשל, את ההנמקות של המדינה ושל חלק מהשופטים בניסיון להצדיק את התגובה השלטונית השונה כלפי מְפגעים יהודים וכלפי מְפגעים 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** (נבו 31.12.2014); בג"ץ 7040/15 **חמאד נ' המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית** (נבו 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' זיור** (נבו 6.8.2017) (ערעור על פסק-דין זה תלוי ועומד בבית-המשפט העליון: עע"ם 8277/17 **זיור נ' שר הפנים**). לביקורת על הנמקתו של השופט סולברג ראו, בין היתר, אילן סבן "הריסה, אפליה ושיר הלל שבטי" **העוקץ** (4.12.2015) <https://www.haokets.org/2015/12/04/שיר-הלל-שבטי-להריסת-בתים>.

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

האחרונה כללה את המשפט החוקתי של ישראל, את המשפט החוקתי ההשוואתי, בעיקר הקנדי, ואת המשפט הביין-לאומי במישור של הזכות להגדרה עצמית.

ניתוח זה אפשר לי להצביע על חולשתם העמוקה של נסיונות ההצדקה האמורים. טמונים בהם לפחות שני כשלים קשים. ראשית, נסיונות ההצדקה הללו מחטיאים מאוד את המשפט החוקתי ההשוואתי ואת המשפט הביין-לאומי. הם אינם מבחינים בין הגבלת יכולתם של מיעוטים לפרוש ממדינה דמוקרטית ולפגוע כך בשלמותה הטריטוריאלית (ובזכויותיהם של אזרחים הנקשרים לאותה פגיעה) לבין השתחררות רצונית של מדינה מטריטוריה שבה היא קיימה "מצב קולוניאלי" עד לאותה הכרעה. כשל שני נעוץ בכך שיוזמות "הרוב המיוחס" מבקשות לדלל את משקל הצבעתם של האזרחים הערבים באופן שיפגע עמוקות הן בשוויונם והן בחירותם. פגיעה כזו 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 יסודי 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.**¹⁰⁵

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

105 רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 529, פס' 23 לפסק-הדין של השופט חשין (1996) (ההדגשות הוספו).

שוות כמו כל בני הבית האחרים.¹⁰⁶ (ראו חוק השבות), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות

אכן, לא במפתיע, פסקי-דין אלו, ובעיקר פסק-דין קעדאן, הם לצנינים בעיני כוחות שונים בחברה הישראלית, והתנגדותם הניעה את היוזמות לקבלת "חוק ועדות הקבלה" וחוק-יסוד הלאום. לא לחינם המילה "שוויון" אינה מופיעה כלל בזה האחרון, ולא בכדי מגילת העצמאות אינה מאוזכרת בו. יתר על כן, מתוך אותה עיונות 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". נזקה האפשרי של הוראה זו הוקחה בפרשנות שהוקנתה לה בפסק-הדין שדן לאחרונה בתוקפו של חוק-יסוד הלאום.¹⁰⁷ בקצרה, 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. שני חוקי-היסוד הללו – הלאום מצד אחד וכבוד האדם וחירותו מצד אחר – נמצאים יחדיו, על המתח שביניהם, תחת "המטרייה הנורמטיבית" המסייעת לפרשם, ומקום של כבוד שמור כאן לחוקתה המהותית של ישראל, עם מגילת העצמאות כמקור עיקרי לה.¹⁰⁸

בתמצית, המסגרת החוקתית של ישראל תשפיע הן על פרשנותן והן על תקפותן של הצעות מהסוג שבו דנתי במאמר, אם חלילה ייהפכו לחוק: משוכות לנסיגה מהשטחים (ומבני-אדם) שישאל שולטת בהם, בדמות דרישות לרוב מיוחס.

אני מתקשה, עם זאת, לסיים את המאמר בתו של אופטימיות. ההצעות שנדונו במאמר הן חלק מגל עכור, שכוחו המניע אף מתעצם, ואשר מלווה את חיינו כבר יותר מעשור וחצי. אומנם 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 מבין אותן "הצלחות", אך אליו הצטרפו ומצטרפים אחרים.¹⁰⁹ ההצעות שבחנתי ואשר למזלנו לא אומצו או טרם אומצו צפויות לפיכך לשוב כאשר המשא-ומתן עם הפלסטינים יתחדש, והן יתעצמו אם תתרחש

106 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 12, בפס' 31 לפסק-הדין של הנשיא ברק (ההדגשה הוספה).

107 עניין חסון, לעיל ה"ש 38, בעיקר בפס' 82–90 לפסק-הדין של הנשיאה חיות. לדיון אקדמי בס' 7 לחוק-יסוד הלאום ראו והשוו בין שני המאמרים הבאים: רונית לויין-שנור ואדם שנער "סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקות?" "תרבות דמוקרטית" 20 (צפוי להתפרסם ב-2022); אמל ג'בארין "סעיף ההתיישבות ואופייה של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי, מה הקשר?" "תרבות דמוקרטית" 20 (צפוי להתפרסם ב-2022).

108 ראו עניין חסון, לעיל ה"ש 38, בפס' 20 לפסק-הדין של הנשיאה חיות וכן פסק-הדין של השופט עמית. כן ראו אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכווננת" חוקים יא 9 (2018).

109 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' 19–23.

משפט וממשל כה תשפ"ב התניית הכרעות בדבר נסיגה טריטוריאלית בקבלתן ב"רוב מיוחס"

התקרבות לפשרה היסטורית, כלומר, הוגנת. תכליתו של המאמר היא לשרטט ולנמק טעמי התנגדות מולן. הוא ומאמרים נוספים שנכתבו על-ידי אחרים, כמו-גם כאלה שעוד ייכתבו, אולי יעזרו לנו אז, באותה שעה של חסד.