



היועץ המשפטי לכנסת

סימוכין: 02883618
ירושלים, כ"ז בתמוז, התשע"ח
10 ביולי 2018

לכבוד
חה"כ אמיר אוחנה
יו"ר הוועדה המשותפת לדיון בהצעת חוק-יסוד הלאום

שלום רב,

הנדון: סעיף 7(ב) להצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי

אני מתכבד לפנות אליך, ואל חברי הוועדה המשותפת, בעניין שבנדון כדלקמן:

הצעת חוק היסוד שעליה עמלה הוועדה בראשותך בחודשים האחרונים עוסקת בסוגיות הליבה של זהותה ואופייה של מדינת ישראל.

לאורך הדיונים בהצעת החוק הניח צוות הייעוץ המשפטי לוועדה בפני חברי הוועדה שורה של מסמכי הכנה המתייחסים לסעיפים השונים בהצעת החוק. עתה, משקרבים אנו לישורת הסופית, ולפני אישורה של ההצעה לקריאה השנייה והשלישית, אני רואה לעצמי חובה להדגיש בפניך, ובפני חברי הוועדה, ובהמשך לאותם מסמכי הכנה, את הקשיים המשמעותיים המתעוררים בקשר לסעיף 7(ב) להצעה.

סעיף 7(ב) להצעת חוק היסוד קובע כי "המדינה רשאית לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת".

סעיף זה נועד לפרוס הגנה חוקתית על האפשרות להקים ישובים על בסיס דת, לאום, או מאפיין קהילתי אחר, ולהדיר מיישובים אלה אנשים בשל עצם השתייכותם לדת או ללאום אחר, או קיומו של מאפיין אחר בהם שאינו נתון לבחירתם ושליטתם, וזאת באופן גורף ובלי קשר לשאלה האם יש בהצטרפותם ליישוב כדי לפגוע במרקם החברתי-תרבותי של היישוב או באופיו הייחודי. כפי שאפרט להלן, זהו שינוי משמעותי מהמצב המשפטי הקיים המעוגן כיום בתיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות, התשע"א-2011 (הידוע בכינויו "חוק ועדות קבלה").

כאן המקום לציין כי לאורך השנים הכירה פסיקת בית המשפט העליון באפשרות של קהילות בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צורכיהן ושאיפותיהן, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת. כך למשל, היה בהקצאת מקרקעין ברובע היהודי בירושלים ליהודים במסגרת שיקום הרובע לאחר מלחמת ששת הימים (בג"ץ בורקאן); כך גם היה ביחס להקצאת מקרקעין במסגרת הקמת יישוב לבני שבט בדואי בנגב כחלק מהמגמה ליישב את האוכלוסייה הבדואית ביישובי קבע (בג"ץ

אביטן); וכך גם לגבי הקצאת מקרקעין במסגרת הקמת עיר חדשה לאוכלוסייה החרדית (בג"ץ עם חופשי).

בפסק הדין בעניין קעדאן קבע בית המשפט כי **מדיניות של הפרדה בהקצאת מקרקעין על בסיס דת או לאום בלבד היא פסולה**, וכי אמות המידה להקצאה שכזאת צריכות להיות שוויוניות וענייניות בלבד. עם זאת, בית המשפט קבע כי המדינה יכולה לאפשר התיישבות נפרדת לאוכלוסיות שונות, באופן שלא יהיה בו כדי להפר את עקרון השוויון, כאשר הרצון לטיפול נפרד אך שווה בא מקרב **קבוצות מיעוט** המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן הייחודי והחפצות למנוע "התבוללות כפויה" (שם, בעמ' 279).

מאז פסק הדין האמור, עסקו מלומדים רבים בזכות של קהילה לקיים התיישבות קהילתית נפרדת, ובכלל זה גם בזכותה של **קבוצת הרוב** לקיים התיישבות קהילתית כדי לאפשר לבני הרוב לשמר את תרבותם, להגן על רצונם הטבעי של אנשים לחיות בסביבה חברתית תומכת ולא להיות מנוכרים לסביבתם. ואולם, אף המלומדים שהדגישו כי ניתן להצדיק בדלנות במגורים של **קבוצת הרוב** שתזכה להגנה משפטית, הבהירו כי ניתן לעשות כן רק אם הקבוצה המבקשת לקיים התיישבות נפרדת תוכל "**להראות מה מייחד אותה על פני קבוצות אחרות ולהוכיח שמגורים משותפים עם מי שאינו בן הקבוצה עלולים לפגום בגיבוש הזהות הלאומית ובשימורה**" (כדברי פרופ' יפה זילברשץ במאמרה "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האומנם רק זכותו של המיעוט?" **משפט וממשל** ו (תשס"א), עמ' 106).

בדומה, גם פרופ' רות גביזון הבהירה שלדעתה יש מקום לאפשר לבני הקהילות השונות החיות בארץ לבחור לחיות בסביבה תרבותית תומכת שיש בה רוב מוצק לבני קהילתם – "חשוב גם לא להתעלם מן המאפיינים המיוחדים של המציאות בישראל. אלה כוללים, ומוצדק שיכללו, מרכיבים קהילתיים-חזותיים רבים. שימורם מחייב במקרים רבים הסתמכות על השתייכות לאומית-תרבותית כשיקול בהשתלבות בשכונה, ביישוב או במוסד חינוכי". **ואולם, גם היא הדגישה כי אין בהתחשבות זו כדי להצדיק הזרה מוחלטת על בסיס לאום והקמת יישובים "ליהודים בלבד"** (רות גביזון, "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן", **משפט וממשל** ו 25, 41 (תשס"א); רות גביזון, "ועדות קבלה ביישובים קהילתיים: תשובה לפרופ' קרמניצר", בלוג המרצים למשפטים, 7.11.2010).

ואכן, בשנת 2011 כשחוקקה הכנסת את חוק ועדות קבלה, היא צעדה בנתיב זה. חוק ועדות קבלה מאפשר ליישובים קהילתיים קטנים בנגב ובגליל, להקים "ועדות קבלה" שיקבעו למי יוקצו מקרקעין ביישוב, תוך שהמחוקק קבע בחוק רשימה סגורה של טעמים המצדיקים סירוב לקבל מועמד ליישוב, ובהם "**חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה**" (סעיף 6א(5) לפקודת האגודות השיתופיות). עוד הודגש בחוק ועדות קבלה כי בבואה לשקול את הטעמים לסירוב, "תיתן ועדת הקבלה את דעתה לגודל היישוב הקהילתי, לוותקו, לחוסנו ולאופי האוכלוסייה בו" (סעיף 6ב) לפקודת האגודות השיתופיות).

לצד זאת, נכללה בחוק ועדות קבלה הוראה מפורשת האוסרת על הפליית מועמדים מטעמי "גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית" (סעיף 6ג(ג) לפקודה).

יצוין כי בית המשפט העליון דחה (ברוב דעות) עתירות שהוגשו נגד חוק ועדות קבלה, בנימוק כי נכון יהיה לבחון את חוקתיות החוק על בסיס הפעלתו במקרה ספציפי ולא במישור העקרוני הכללי (בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (פורסם ביום 17.9.2014)). למיטב ידיעתנו, מאז פסק הדין בתי המשפט לא שבו ונדרשו לחוקתיותו של החוק.

בתמצית אומר כי הקושי המתעורר עם הסעיף המוצע בחוק היסוד נובע מכך שבניגוד לאיזונים העדינים שנכללו בחוק ועדות קבלה, כמפורט לעיל, הסעיף המוצע מתיר הדרה גורפת של ציבורים שלמים במדינת ישראל, רק בשל מאפיינים בזהותם שאינם ניתנים לשינוי, דוגמת דתם, לאומיותם, נטייתם המינית או ארץ מוצאם. הדרה זו יכולה להיעשות בלא קשר לשאלה אם יש בקבלתם כדי לפגוע במרקם החברתי-תרבותי הייחודי של היישוב.

יתר על כן, הסעיף המוצע נבדל מיתר סעיפי חוק היסוד, משום שהוא משליך באופן ישיר על מעמדו האישי של האזרח הנמנה עם קבוצות מיעוט בחברה, ועל הזכויות המוקנות לו כפרט במדינה. זאת בשונה מיתר הסעיפים המעניקים עדיפות ברמה הלאומית למאפיינים השונים המייחדים את הלאום היהודי (סמלים, ימי מנוחה, שפה וכיו"ב), אך אינם גורעים מזכותו של הפרט.

עוד יש לציין כי בניגוד להסדרים אחרים שנכללים בהצעת חוק היסוד ושנדונו בישיבות הוועדה הקודמות, לא מצאנו מקבילה לסעיף המוצע באף חוקה בעולם.

אני מודע לטענה הגורסת כי היות ומדובר בחוק יסוד הרי שהסעיף הנדון מוגן ואינו חשוף לביקורת חוקתית "רגילה". ואולם, יש לזכור כי בשנים האחרונות העלה בית המשפט העליון במספר הזדמנויות את השאלה האם יש מקום לאמץ את דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי", שמאפשרת במקרי קיצון לפסול גם הוראות בחוקי יסוד. אף כי דוקטרינה זו טרם אומצה על ידי בית המשפט, איני יכול להוציא מכלל אפשרות כי סעיף מסוג זה, המעורר קשיים משמעותיים ביחס לעקרונות היסוד של השיטה, יוביל לאימוץ הדוקטרינה ולהתערבות שיפוטית בסעיף.

סיכומם של דברים, אכן, הערך של התיישבות יהודית בארץ ישראל ליווה את התנועה הציונית מראשיתה, והיה לחלק מן האתוס המכונן של הקמתה ופיתוחה של מדינת ישראל. ואולם, ברור כי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מחויבת לאזן בין ערך חשוב זה ובין ערכים של שוויון ושמירה על זכויותיהם של בני קבוצות מיעוט שונות בחברה הישראלית.

אני סבור כי הנוסח המוצע של סעיף 7(ב) להצעת החוק חורג בצורה משמעותית מן האיזונים העדינים הנדרשים בהקשר זה. הסעיף עלול להכתים את חוק היסוד החשוב, המבקש לעגן ברמה החוקתית, לראשונה בצורה מפורטת, את זהותה ואופיה של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי, ואף עלול להביא להתערבות שיפוטית תקדימית בחקיקת יסוד של הכנסת.

לאור כל האמור לעיל, אנו ממליצים לחברי הוועדה שלא לאשר את הסעיף בנוסח המוצע. אנו מציעים לשקול אימוץ נוסחים חלופיים המתירים הקמת התיישבות קהילתית נפרדת בעלת ייחוד חברתי-תרבותי, אך כזו שלא ניתן יהיה להדיר ממנה **בצורה גורפת** אזרחים על בסיס לאומיותם, דתיותם, נטייתם המינית או מאפיין אחר, ככל שאין בקבלתם כדי לפגוע במרקם החברתי-תרבותי של היישוב.

בברכה,
איל ינון

העתק:
יו"ר הכנסת, חה"כ יולי (יואל) אדלשטיין
חברי הוועדה המשותפת
יוזם הצעת החוק, חה"כ אבי דיכטר
היועץ המשפטי לוועדה המשותפת, עו"ד גור בליי