

## אזרחות ומהלכים לשחיקתה:

משפט, מוסר ותחשיבי תועלת בנוגע להצעות "ישראל ביתנו" לחילופי שטחים מאוכלסים ולהתניית הזכות לבחור לכנסת בשבועת אמונים

אילו סבן\*

- א. פתח דבר
- ב. תמצית הבעייתיות במישור המוסרי והתועלתני: קסם אפל וקוצר-ראייה
- ג. משוכות חוקתיות
  1. "חילופי שטחים": משוכות חוקתיות ביחס להעברת שטחים מתחום ריבונותה של ישראל
  2. "חילופי אוכלוסין" ומהלכים הנלווים להם: משוכות חוקתיות שעניינן פגיעה באזרחים ובתושבים – האם נפגעות זכויות בעלות הגנה חוקתית?
    - 2.1 הפגיעה הטמונה בהוספת הדרישה ל"שבועת אמונים": זכות-היסוד לבחור
    - 2.2 פגיעתה של התכנית בזכויות-יסוד חוקתיות אחרות
  3. האם הפגיעה בזכויות החוקתיות עונה על דרישותיה של פסקת ההגבלה? סוגיית "התכלית הראויה" וסוגיית "מידתיות האמצעים"
    - 3.1 הטענה כי זו התוכנית "הגורמת את המידה הפחותה של סבל"
    - 3.2 הטענה כי זו התוכנית "המבטיחה ביטחון ויציבות"
    - 3.3 הטיעון הדמוגרפי במשולב עם הטענה לזכות ההגדרה העצמית היהודית בישראל
    - 3.4 הטיעון של "מניעת מלחמת-אזרחים פנימית ישראלית-יהודית"
- ד. ירושלים המזרחית והכפר רג'ר בגבול לבנון-סוריה-ישראל
- ה. סוף-דבר: שילוב מבלבל של משוכות חוקתיות בצד התדלדלותה של תרבות פוליטית דמוקרטית ובצד חולשתה של ה"חוקתיות" שהתגבשה

---

\* מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. המאמר אסף בדרכו טיוטות לא-מעטות וצבר שלמי-תודה רבים. תודתי העמוקה נתונה לדני סטטמן ולסמי סמוחה, וכן לשי אוצרי, חסן ג'בארין, חיים גנז, ירון זיגלר, באדי חסיסי, משה כהן-אליה, ברק מדינה, אמיר מלצר, דורון מנשה, קייס נאסר, סאמר נג'אר, ערן פיש, טל צור, יעל רונן, מאיה רפפורט וגילה שטופלר. כל כתובות האינטרנט המאוזכרות במאמר זה נבדקו לאחרונה ב-12.5.2011.

**א. פתח דבר**

תחילה אציג את אשר נתפס בעיניי כתמצית הבעייתיות המוסרית והתועלתנית הטמונה בתוכנית של מפלגת "ישראל ביתנו" לחילופי שטחים מאוכלסים בין ישראל לבין הישות הפלסטינית (להלן: התוכנית), ולאחר-מכן אנתח את המשוכות החוקתיות העומדות בדרכה. אגב דיון זה אעסוק גם במרכיב של התוכנית – שהוא חלק מהצעה כוללת אחרת של "ישראל ביתנו" – להתנות את האזרחות הישראלית או את הזכות לבחור לכנסת בשבועת אמונים לישראל כמדינה יהודית. להלן עיקרי התוכנית של "ישראל ביתנו":<sup>1</sup>

- (1) ישראל תיזום מהלך בו יקבע גבולה עם הפלסטינים.
  - (2) הגבול החדש יביא לכך כי הרוב היהודי במדינת ישראל יהיה יציב ומובטח לשנים רבות.
  - (3) ההתייחסות לגבול תכלול שני מרכיבים: 'מיקום הגבול' ו-'יחסי הגבול'.
  - (א) ישראל והפלסטינים יחליפו שטחים כשהבסיס לחילופים אלה יהיו שיקולים דמוגרפים. השאיפה היא להגיע לקו מוסכם עם הפלסטינים ולקבע הסכמה זו בקהילייה הבינלאומית ובאו"ם.
  - (ב) הישובים הערבים בוואדי ערה ו'במשולש' יעברו לריבונות של הרשות הפלסטינית.
  - (ג) ההתיישובות הישראליות ב'גושים הגדולים' הסמוכים ל'קו הירוק' תעבור לריבונות ישראלית. (דוגמת אריאל, מעלה אדומים, גוש עציון ואחרים).
  - (ד) כ-170,000 ערבים באזור מטרופולין ירושלים יכללו בשטח הפלסטיני.
  - (ה) לאחר ההעברה ישראל תשתחרר ממחויבויותיה הכלכליות לאזרחים שיהיו מחוץ לתחומה, כולל תשלומי הביטוח הלאומי.
  - (ו) יחסי הגבול יהיו בשאיפה ל'גבול פתוח', המאפשר מעבר מבוקר של אנשים וסחורות. מידת הפתיחות תהיה בהתאם לרמת הביטחון שתהיה לישראל. ככל שהשקט יגבר – הגבול יהיה פתוח יותר.
- כולם נשבעים אמונים למדינה."

<sup>1</sup> תוכנית מפלגת "ישראל ביתנו" ניתנת לצפייה באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, המפנה למצעה של המפלגה: [www.idi.org.il/elections\\_and\\_parties/documents/israel\\_beytanu](http://www.idi.org.il/elections_and_parties/documents/israel_beytanu). 18.pdf. לעיקרי התוכנית ראו שם, בעמ' 6.

## ב. תמצית הבעייתיות במישור המוסרי והתועלתני: קסם אפל וקוצר-ראייה

מפלגת "ישראל ביתנו" זוכה בעדנה; היא מציעה קסם שכובש לב רבים בציבוריות הישראלית: גם להתנחל; גם לשמור עתה, אל מול הקשיים המתעצמים, על חלקים ניכרים מאותה התנחלות; וגם לקבל על כך "בונוס" – "בתמורה" לקבלת רוב המתנחלים, על הטריטוריות שהם התיישבו עליהן, יוצאו רבבות אזרחים ערבים ויועברו, על שטחם, למדינה או לישות הפלסטינית.

אלא שיש כמה פרכות בקסם. על אחת כבר דובר בשיח הציבורי בישראל.<sup>2</sup> לעסקת חילופי השטחים יש שלושה צדדים לפחות: ישראל, פלסטין ואזרחיה הערבים-פלסטינים של ישראל המועמדים להעברה. אלה האחרונים דוחים את ההצעה בנחרצות.<sup>3</sup> גם יחסה של פלסטין אינו צפוי להיטיב עם התוכנית, שכן היא לא תסכים בוודאי לכפות את עצמה על מיעוט הרוצה להישאר חלק ממדינת אזרחותו.<sup>4</sup> בהעדר

<sup>2</sup> לדיון חשוב המחדד שאלות של מוסר, תועלת ומשפט בעניינה של התוכנית ראו שאול אריאלי, דובי שורץ והדס תגרי "עוון ואיוולת: על ההצעות להעביר יישובים ערביים מישראל לפלסטין" **מחקרי פלורסהיימר** (2006). ניתן לצפייה בכתובת: [www.fips.org.il/Site/p\\_publications/item\\_he.asp?iid=751](http://www.fips.org.il/Site/p_publications/item_he.asp?iid=751); שאול אריאלי "לא כך נשיג רוב" **הארץ** 3.9.2007. ניתן לצפייה בכתובת: [www.haaretz.co.il/hasite/spages/900235.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/900235.html). לתמיכה ברעיון שביסוד התוכנית ראו ארנון סופר "דמוגרפיה וטריטוריה: גורמים מרכזיים ביחסי יהודים וערבים" **אופקים בגיאוגרפיה** 23, 60–61 (2004); גדעון ביגר "הדרך היחידה להסכם" **הארץ** 13.8.2007, ניתן לצפייה בכתובת: [www.haaretz.co.il/hasite/spages/893001.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/893001.html); וכן: Uzi Arad, *Territorial Exchanges and the Two-State Solution for the Palestinian-Israeli Conflict* (working paper, submitted for the Herzeliya Conference, 2006); Uzi Arad, *Trading Land for Peace. Swap Meet*, THE NEW REPUBLIC (November 2005). ניתן לצפייה בכתובת: [www.tnr.com/article/trading-land-peace](http://www.tnr.com/article/trading-land-peace); Sergio Della Pergolla, *Demographic Trends in Israel and Palestine: Prospects and Policy Implications*, 103 AMERICAN JEWISH YEARBOOK 3 (2003).

<sup>3</sup> לפי סקר ארצי מייצג שערך סמי סמוחה במסגרת מדד יחסי ערבים-יהודים בישראל 2007, נמצא שרק 10.1% מהנשאלים הערבים היו מוכנים לעבור לגור במדינה הפלסטינית. בעמדה זו מחזיקים גם תושבי ה"משולש" ומנהיגי הציבור הערבי. ממצא זה מקבל אישור גם בסקרים אחרים שנערכו בשני העשורים האחרונים. לתמצית של דוח המדד ראו: סמי סמוחה "מדד יחסי ערבים-יהודים בישראל 2007" **כנס חיפה לאחריות חברתית** 44 (2007) (להלן: "סקר מדד יחסי ערבים-יהודים 2007"). ניתן לצפייה בכתובת: [http://soc.haifa.ac.il/~s.smoocha/download/Index\\_2007\\_Highlights\\_Heb.pdf](http://soc.haifa.ac.il/~s.smoocha/download/Index_2007_Highlights_Heb.pdf). ראו גם את הסקר *Land and Population Exchange Survey*, שערך מכון מדה אל-כרמל למחקרים חברתיים, שלפיו 91% מהנשאלים, תושבי ה"משולש", מתנגדים לתוכנית. הסקר ניתן לצפייה בכתובת: [www.madaresearch.org/?LanguageId=1&System=Item&MenuId=11&PMenuId=2&MenuTemplateId=1&MenuGroupLinkId=1&CategoryId=10&ItemId=264&ItemTemplateId=1](http://www.madaresearch.org/?LanguageId=1&System=Item&MenuId=11&PMenuId=2&MenuTemplateId=1&MenuGroupLinkId=1&CategoryId=10&ItemId=264&ItemTemplateId=1).

<sup>4</sup> אריאלי, שורץ ותגרי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 45–46. פרופ' מתי שטיינברג מבהיר (בשיחה עימו מיום 28 ביוני 2010) כי הנהגת הרשות הפלסטינית דוחה באופן עקרוני גם את התוכנית

הסכמה להצעה מצד שניים משלושת הצדדים לתוכנית, גואים קשייה הפוליטיים, המוסריים והמשפטיים. ארחיב על כך בהמשך, אך תחילה אדון בקשיים מרכזיים אחרים של התוכנית.

אקדים ואומר שתיים: ראשית, הקשיים והתחזיות שאשרטט להלן נושאים מטבעם אופי ספקולטיבי. זה טיבו ההכרחי של העיסוק בחיזוי התרחשויות במציאות מורכבת ורבת-משתנים – חיזוי אשר לבני-אדם תאבי חיים אין ממנו מנוס. אלא שניתן למתן את מידת הספקולטיביות של תחזיות, ואני מקווה שאצליח בכך בנימוקים שאשמיע להלן. שנית, המחירים שאפרט בגדר אותן תחזיות צפויים ברובם להיגבות בה-בעת מכל הקהילות המעורבות – הישראלים-היהודים, הערבים-הפלסטינים אזרחי ישראל והפלסטינים בשטחים. להדגשה זו נודעת חשיבות, שכן חלקנו רגילים לתפוס את הסכסוך הלאומי כ"משחק סכום אפס", כזירה שבה "מה שרע ליריבי טוב לי, ולהפך". זו תפיסה פשטנית; משחק באש מאיים תכופות על כל הניצבים סמוך אליה.

מחירה הצפויים של תוכנית "ישראל ביתנו" הם משני סוגים: נזקים שהיא גורמת, בעיקר לאזרחים הערבים באזור ה"משולש"; וסיכונים כלל-חברתיים שהנזקים הללו גורמים.

ראשית, התוכנית שוחקת את מעטה האזרחות המגונן על המיעוט הערבי-פלסטיני, והנה מעטה זה הוא אחד המנגנונים המרכזיים הבולמים שיכרון אלים של מערכת היחסים הבין-קהילתית בתוך ישראל והיסחפות של האזרחים הערבים להשתתפות במאבק המזוין של עמם.<sup>5</sup>

שנית, פתרון הסכסוך בדמות אפשרות של חלוקת הארץ לשתי מדינות נותר בעינו רק כל עוד אין הפכים את אזרחיה הערבים של ישראל לאויביה או למתנגדיה המרים. אם אזרחי המדינה נהפכים לאויביה או נעשים למתנגדים נחושים למסגרת הטריטוריאלית שלה, מתערערת מאוד אפשרות החלוקה, שהרי רוב האזרחים הערבים חיים באזורים מעורבים אשר קשים ביותר לחלוקה גם מבחינה תיאורטית (הגליל, הנגב, הערים המעורבות וכדומה).<sup>6</sup> אני בין הסוברים כי פתרון שתי המדינות הוא

---

הקונקרטי וגם את עצם הרעיון של החלפת שטחים מיושבים, שכן היא רואה בהם מדרון חלקלק לפעולות גירוש נגד המיעוט הערבי-פלסטיני.

<sup>5</sup> השוו: Sammy Smooha, *Minority Status in an Ethnic Democracy: The Status of the Arab* (1990) *Minority in Israel*, 13 ETHNIC & RACIAL STUD. 389. ניתן לצפייה בכתובת: <http://soc.haifa.ac.il/~s.smooha/download/MinorityStatusEthnicDemocracy.pdf> לאזהרה בדבר סכנותיה של התוכנית ליציבותה הפוליטית של החברה הישראלית ראו: עלי חידר "דין אום אל-פחם כדין נצרת" *Ynet* 22.8.2007. ניתן לצפייה בכתובת: [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3440396,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3440396,00.html)

<sup>6</sup> ונקודה נוספת סמוכה: תוכנית "ישראל ביתנו" מערערת על הגבולות הטריטוריאליים היחידים של ישראל שזכו בהכרה (מעשית, ובאופן חלקי גם משפטית) במישור הבין-לאומי – גבולות "הקו הירוק". אם כך, מדוע לא תבוא פנייה לעסוק בתביעה לשינוי אותם גבולות מוסכמים – למשל,

האפשרות הטומנת בחובה את המידה הפחותה ביותר של שפיות-דמים ואת הסיכוי הגבוה יותר ליציבות ארוכת-טווח.

אפרט יותר באשר לזיקה בין זהות ואזרחות. לאזרחות הישראלית נודע עד עתה משקל של ממש בזהותו של המיעוט הערבי-פלסטיני. ההיסטוריה של האזרחים הערבים היא ההיסטוריה של מדינת-ישראל: הם גדלו איתה; היא מרכז ההווה שלהם – הפוליטית, הכלכלית והחברתית; והיא המסגרת שבה הם רואים את עתידם.<sup>7</sup> השפה העברית שגורה בפייהם, והתרבות הישראלית חלחלה בחלקה לתוכם. בישראל הם נהנים מרשתות מסוימות של הגנה סוציאלית, מרמה מסוימת של שלטון חוק ושל חופש פעולה פוליטי, מהגנה מסוימת מפני כפייה דתית ועוד. אולי בשל כך (ובשל טעמים נוספים) נותר שיתוף-הפעולה של אזרחים ערבים עם הטרור בגדר תופעה שולית הנתקלת בגינוי פנימי.<sup>8</sup> יתר על כן, קריאת-התיגר האידיאולוגית העכשווית על אופייה של המדינה "היהודית והדמוקרטית" (למשל, במסמכי "החזון העתידי") נעשית בדרכי שלום, והיא גם מתמקדת באופייה של הטרטוריה האמורה להישאר המסגרת המשותפת לרוב ולמיעוט – מדינת-ישראל בגבולות הקו הירוק.<sup>9</sup>

אולם מה יתרחש אם יישבר במיעוט דבר-מה עמוק בשל התנהגותה של ישראל? לתפיסתי, אם תוכנית "חילופי השטחים" תקרום עור וגידים ותעבור לשלב של ביצוע, תיגדש סאת הסבל. על דברים שנראים קטנים יותר נשברה הלגיטימציה של "הממשל העצמי" (The Home Rule) בצפון אירלנד בסוף שנות השישים של המאה העשרים, ונפתחה תקופה בת שלושים שנה של אלימות וטרור מצד שתי הקהילות הלאומיות במקום.<sup>10</sup> שיברון אלים זה התרחש אף שיחסי בריטניה-אירלנד היו שקטים כל אותה

לגבולות שהותוו בהצעת החלוקה של האו"ם? לטענה דומה ראו גם אריאלי, לעיל ה"ש 2.

7 השו: סמי סמוחה **העשור האבוד של יחסי ערבים-יהודים בישראל: סקירת ממצאי המדד בין השנים 2003–2009** (הונח לפני משתתפי המפגש והדיון בכנסת על מדד יחסי יהודים-ערבים 2009, שהתקיים בחודש מאי 2010).

8 השו: סמוחה, שם, בעמ' 14, וראו גם את עמדתו של שירות הביטחון הכללי בסקירה שנתן בשנת 2004 או 2005 תחת הכותרת **סיכום 4 שנות עימות – נתונים ומגמות בטרור**, שם נאמר, בעמ' 9: "יש לציין ולהדגיש, כי העוסקים בטרור מקרב ערביי ישראל הנם שוליים קיצוניים המהווים אחוז קטן מאד מאוכלוסייה זו". ניתן לצפייה בכתובת: [www.shabak.gov.il/SiteCollectionImages/סקירות20%ופרסומים/terror-summary-4years-new.pdf](http://www.shabak.gov.il/SiteCollectionImages/סקירות20%ופרסומים/terror-summary-4years-new.pdf).

9 ראו את חוברת כתב-העת **מדינה וחברה** המוקדשת לנושא מסמכי החזון שפורסמה ב-2010, וכן את אסופת המאמרים **בין חזון למציאות: מסמכי החזון של הערבים בישראל 2006–2007** (שרה אוסצקי-לור ומוסטפא כבהא עורכים, 2008).

10 ראו, בין היתר: John Whyte, *How Much Discrimination Was There under the Unionist Regime, 1921–68?* in CONTEMPORARY IRISH STUDIES 1 (Tom Gallagher & James O'Connell eds., 1983); Graham Ellison & Greg Martin, *Policing, Collective Action and Social Movement Theory: The Case of the Northern Ireland Civil Rights Campaign*, 51 BRIT. J. SOCIOL. 681 (2000) (וייט בוחן ומשרטט את ממדי ההפליה בפועל בהשוואה לקובלנותיו של המיעוט הקתולי כלפי משטר הממשל העצמי; אליסון ומרטין

עת, שלא כיחסי ישראל עם עמו של המיעוט.

הנקודה העיקרית שעל כל אחד מאיתנו להבין בעניינה של תוכנית "ישראל ביתנו" היא מה פירושו של מהלך המבהיר בדרך כה חדה לאזרחים בני קהילת מיעוט עד כמה אזרחותם שבירה וזמנית. מה פירושו של מהלך המודיע לאותם אזרחים – אשר במשך שלושה דורות מנהלים את חייהם ואת זהותם בתוך קהילה מסוימת מול חברה מסוימת, כלכלה מסוימת, תרבות מסוימת – כי הנה עתה תועתק גדר הגבול מערבה וצפונה ותנתק אותם מכל אשר הכירו ומכל אשר הכשירו את עצמם להכיר ולהשתלב בו? ההשכלה המוכרת מכולן היא תעסוקתם של אזרחים אלה, הצפויה במקרים רבים להישלל בשל הצבתו של גבול לא-שקט – משמע, מעורער וחוסם לעיתים תכופות – בין יישובי המגורים שלהם לבין מקומות עבודתם (נצרת, חיפה, עפולה, חדרה, כפר-סבא, תל-אביב וכדומה). אולם פגיעה זו היא רק מרכיב אחד של התמונה הקשה. מימוש התוכנית יביא לידי פגיעה חמורה בקשרים הקהילתיים, הן החברתיים והן התרבותיים, בין האזרחים המועברים לבין חברתם הקרובה – קהילת המיעוט הערבי-פלסטיני (וכן בינם לבין החברה הישראלית-יהודית). יתר על כן, וחשוב עד-מאוד, מדובר בבני-אדם שקשרי המשפחה שלהם מתקיימים במשך שלושה דורות עם קרוביהם מאזורי הגליל, המרכז והנגב. והנה מדינת אזרחותם עומדת לומר להם: "עכשיו יהיה עליכם לעבור במחסומי גבול כדי לראות את ילדיכם הבגירים, את הוריהם ואת אחיהם, היושבים בנצרת, בחיפה, בסח'נין, ברמלה; או בכיוון האחר – באום אל-פחם או בכפר קאסם".

פרט לכל אלה, אין זו רק השאלה ממה מבקשים לנתק את האזרחים הערבים תושבי ה"משולש", אלא גם השאלה אל מה מבקשים לחברם. ייתכן שבעתיד יראו הדברים באור אחר, ואולי אז תשתנה תגובתם של האזרחים הערבים (או חלקם) על יוזמת העברתם, אולם עתה המדינה הפלסטינית העתידית נחזית בלתי-יציבה, ענייה, לא דמוקרטית דייה ולא מאירת-פנים – חברה הנתונה בצילו של מי שנתפס כשכן רב-כוח ונצלן, הצפוי להמשיך להתערב בענייניה; חברה השקועה בסכסוכים פנימיים עזים בין קיצונים ומתונים, בין פונדמנטליסטים וחילונים; חברה שעונייה יקשה עליה להיות מכניסת-אזרחים, ואשר מפגינה ממילא חשדנות כלפי "ערביי 48".

לנוכח חבלי הניתוק וקשיי הקליטה הצפויים, אין להתפלא על ההתנגדות העזה לתוכנית בקרב הרוב המוחלט של תושבי אזור ה"משולש" ושל קהילת המיעוט בכללותה.<sup>11</sup>

נקודה אחת נוספת, במישור "תבונת המעשה": תכופות אנשים לובשים זהות ומתנהגים על-סמך ציפיותיהם, כלומר, על-סמך האופן שבו הם רואים בדמיונם את

מצביעים על התרומה המרכזית לשיכרון האלים בצפון אירלנד שהייתה טמונה בתגובת המשטרה על המצעים וההפגנות הלא-אלימות של התנועה לזכויות האזרח (סם).

<sup>11</sup> ראו את הנתונים המופיעים במקורות הנזכרים לעיל בה"ש 3.

עיתידם. כך, למשל, תושביה הפלסטינים של ירושלים המזרחית חשים זיקה הדוקה לגדה המערבית, הן משום הזהות שהתפתחה בהם לאורך השנים ככני העם הערבי-פלסטיני והן משום שהם רואים בדמיונם את עתידם כמעוגן בעיקרו במדינת פלסטין לכשתקום. לפיכך יש להניח כי ביום שבו יעכלו האזרחים הערבים באזור ה"משולש" כי הם נהפכו או נהפכים לאזרחיה הזמניים בלבד של ישראל, לאנשים שעתידם החזוי הוא כחלק של פלסטין, ישתנו גם זהותם והתנהגותם הפוליטית, על כל הכרוך בדבר.

ישאלו השואלים: האם התחזית בדבר פגיעה בזהותו ובהתנהגותו הפוליטית של המיעוט הערבי-פלסטיני בעטייה של התוכנית אינה מתממשת כבר עתה גם בלעדיה, וביטויה הוא ההתנגדות הפנימית הגוברת של המיעוט לאופייה של ישראל כמדינה יהודית? על כך יש להשיב שלוש תשובות. ראשית, יש הבדל ניכר בין מישור התכליות לבין מישור האמצעים להגשמתן. על-כן, גם אם המיעוט (ובעיקר האליטות שלו) משלים במידה פחותה מבעבר עם אופייה של המדינה, יש בו עדיין בלמים פנימיים ממשיים מפני פנייה למאבק מזוין כדי לשנות את מצב הדברים.<sup>12</sup> שנית, הערעור על אופייה של ישראל כמדינה יהודית נובע ממה שנתפס כהשתקפות מתמשכת של צדדיה האתנוצנטריים של ישראל הן כלפי העם הפלסטיני (התמשכות הכיבוש וההתנחלות) והן כלפי המיעוט הערבי-פלסטיני (קיפוח ממושך, אירועי אוקטובר 2000 וזניחתו של דוח ועדת אור שפורסם בעקבותיהם, ובתמצית – ייאוש מהנוסחה של "מדינה יהודית ודמוקרטית"). על-כן אין זה מפתיע, כפי שהמחישה תקופת ממשלת רבין-פרס, שכאשר מתחולל שינוי במדיניותה של ישראל גם כלפי הפלסטינים שתחת כיבושה וגם כלפי אזרחיה הערבים, מתחולל שינוי ממשי עוקב בעמדת המיעוט הערבי-פלסטיני כלפי המדינה.<sup>13</sup> שלישית, גם אם מתכונת היחסים הבין-קהילתית בתוך ישראל היא שברירית, במה תוכנית חילופי השטחים המאוכלסים מייצבת את מצב הדברים? הרי היא מאיימת באופן ישיר וחד על יותר מעשרה אחוזים מבני קהילת המיעוט, והיא מנכרת ומקוממת גם את כל היתר. הניכור והכעס אינם מתוחמים על-פי המקום הגיאוגרפי, שכן התוכנית ממחישה לכל האזרחים הערבים את שברירותה של אזרחותם, אשר מתבלטת ביתר שאת לנוכח "נצחיות" זכותו של כל יהודי לקבל מייד אזרחות בישראל. כמו-כן, המחירים הכרוכים בהעתקת הגבול, כגון הקושי שיווצר בשמירת הקשרים המשפחתיים במעגלי המשפחה הקרובים, נגבים לא רק מהאזרחים הערבים המועברים אל מעבר לגבול, אלא כמוכן גם מקרוביהם הנותרים בצידו האחר.

<sup>12</sup> ראו את ההערכות והנתונים המופיעים לעיל בה"ש 8, וכן בסקר מדד יחסי ערבים-יהודים 2007, לעיל ה"ש 3, שם הראו הממצאים כי רק 10.8% מהנשאלים הערבים הסכימו לשימוש ב"כל הדרכים, כולל אלימות, כדי לשפר את מצבם בישראל".

<sup>13</sup> סקר מדד יחסי ערבים-יהודים 2007, שם.

אך אם עסקינן בחישובי עלות-תועלת, מה לגבי צד "הזכות" של התוכנית, קרי, תועלתה? תומכיה טוענים לשורה של תועלות: תועלת דמוגרפית; היותה, על-פי תפיסתם, "הדרך היחידה להסכם" עם הפלסטינים; והטענה כי היא מביאה לידי הפחתת מספרם של הנעקרים באופן פיזי מביתם ומיישובם, על הסבל ועל נטל הפיזיו הנלווים לכך, ועל הקרע הפנים-קהילתי בין המתנחלים ותומכיהם לבין אחרים בקהילת הרוב.<sup>14</sup> חלק מהטיעונים הללו הם בעלי משקל, ואדון בהם במסגרת הניתוח החוקתי בהמשך. כאן אסתפק בהערה הבאה: דיונים מוסריים וחוקתיים בוחנים טענות תועלתניות באופן שונה מהאופן שבו השיח הציבורי הפנים-קהילתי נוטה להתנהל. במילים אחרות, תחשיבי התועלת במוסר התועלתני, כמו-גם מבחני ה"מידתיות" החוקתיים שאותם נפגוש בהמשך, אינם מתעניינים בזהותו של הנפגע או של הנהנה (יהודי לעומת ערבי), אלא בסך הסבל שנגרם (אל מול ההנאה שנגרמה או הסבל שנחסך). והנה הנקודות ששורטטו לעיל מצביעות על תחשיב תועלתני קשה מאוד של נזק וסיכון הטמונים בתוכנית, ועל כך שמחיריה הכבדים ייגבו מכל הצדדים לסכסוך. יתר על כן, ורק לצורך השלמת התמונה בעבור מי שמתעקש להתמקד בשיקולי תועלת קצרי-טווח ואתנוצנטריים: נשמעים פקפוקים של ממש באשר לתחשיבים של תומכי התוכנית. למשל, במישור התועלת הדמוגרפית ליהודים, משמיע אריאלי את הטיעון הבא:<sup>15</sup>

"ביגר טוען שהמהלך יצמצם את המיעוט הערבי ל-14% מהאוכלוסייה בישראל, וטוען כי 200 אלף ערבים יעברו לרשות הפלשתינית. אך מעשית לא ניתן להגיע לכך. הדבר מחייב את העברתם של יישובים ערביים היושבים ממערב לכביש 'חוצה ישראל' – קלנסואה, טירה וג'לג'וליה; ויתור על גוש ההתנחלויות שקד בכדי להעביר את יישובי ואדי ערה ויתור על גוש יישובי מערב השומרון (אלקנה, אורנית, שערי תקווה, עץ אפרים ועוד) באם רוצים להעביר את כפר קאסם וסביבתו.

אם מורידים את היישובים הללו, שבלתי אפשרי להעבירם, יוצא שרק 12% מהמיעוט הערבי בישראל – 2.3% בלבד מאוכלוסיית המדינה יועבר לרשות הפלשתינית. זאת ועוד: שטח מגוריה של אוכלוסייה קטנה זו משתרע על קצת יותר מ-120 קמ"ר, הרבה פחות ממה שישראל מבקשת לספח במסגרת גושי ההתנחלויות בגדה."

על-כן קסם אין בתוכנית, רק אבק שרפה לרוב.

<sup>14</sup> לנימוקיה של הצגת הדברים התומכת ראו את המקורות שהוזכרו לעיל בה"ש 2.

<sup>15</sup> אריאלי, לעיל ה"ש 2.



## ג. משוכות חוקתיות

חלק-הארי של המאמר מוקדש לניתוח משפטי של התוכנית ולשאלת תוקפה במשפטה הפנימי של ישראל. שתי שאלות לפנינו: האם חקיקה שתבקש לאמץ תוכנית זו ניצבת בפני משוכות חוקתיות? והאם תוכל לחצותן?

אתחיל מפרישת הממדים המשפטיים העיקריים של התוכנית:

- א. התוכנית מבקשת להעביר אזרחים לריבונות אחרת.
- ב. היא מבקשת גם להעביר שטח משטחי המדינה לריבונות אחרת.
- ג. לכאורה, לפי הניסוח הנזכר לעיל, לא תישלל אומנם אזרחותם של אזרחים אלה, אך ייפגעו זכויות-יסוד מרכזיות שלהם, ולא יישמרו "המחויבויות הכלכליות" של המדינה כלפיהם.
- ד. יתר על כן, שחיקת האזרחות צפויה להתעצם מאד אם תתמש השורה האחרונה בהצעת "ישראל ביתנו": "כולם נשבעים אמונים למדינה". נקודה זו משלבת בין חילופי השטחים לבין תוכנית אחרת של מפלגת "ישראל ביתנו", והיא הוספת התניה שלפיה האזרחות הישראלית תוענק (או הזכות לבחור לכנסת תישמר) רק למי שיצהיר הצהרת אמונים<sup>16</sup>.
- ה. התוכנית מתנה את פתיחתו של הגבול לתנועתם של אותם אזרחים שהועברו אל מעבר לו ב"רמת הביטחון שתהיה לישראל". משמע, היא מגבילה – במידה כזו או אחרת, התלויה בהתנהגותם של אחרים – את חירות תנועתם של אותם אזרחים ושל אזרחים אחרים המבקשים להמשיך את הקשר עימם, על כל הכרוך בכך. כאמור לעיל, פירוש הדבר הוא הגבלת יכולתם של אותם אזרחים לשמור על מכלול של תחומי הוויה אנושית: קשרי משפחה, קשרי תעסוקה וקשרי תרבות וזהות עם בניה האחרים של קהילת המיעוט הערבי-פלסטיני וכן עם בני הקהילה הישראלית-יהודית.

הניתוח להלן מתמקד במשפטה הפנימי של ישראל – המשפט החוקתי שלה. איני עוסק כאן בתוקפה של תוכנית חילופי השטחים במשפט הבין-לאומי – על סוגיה זו נסבו דיון ומחלוקת חשובים.<sup>17</sup> המשפט החוקתי הוא תכופות מפורט יותר, ובחלק

<sup>16</sup> במאמרו המופיע באתר "ישראל ביתנו" מצהיר חבר-הכנסת ליברמן על ההתחייבות שלהלן: "בכנסת הבאה תפעל ישראל ביתנו לחקיקת חוק האזרחות, אשר ישיב לנו את הכבוד הלאומי ויכניס תוכן למילה נאמנות. החוק יחייב כל אזרח להתחייב על הצהרת נאמנות למדינה היהודית, לעקרונותיה ולחוקיה. מי שיסרב לעשות כן, יאבד את זכותו לבחור ולהיבחר. בנוסף, תפעל ישראל ביתנו להגדרת קשר הדוק יותר בין השירות הצבאי או השירות הלאומי לבין הזכויות, הניתנות מביטוח לאומי. כל זאת ברוח העקרון הברור שמי שנאמן יותר מקבל יותר". ראו: אביגדור ליברמן "בלי נאמנות – אין אזרחות!" (2009). ניתן לצפייה בכתובת: [www.beytenu.org.il/147/2674/article.html](http://www.beytenu.org.il/147/2674/article.html). ראו ניסוח מפורט יותר במצע המפלגה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 7, וראו גם את הצעת החוק הנזכרת להלן בה"ש 24.

<sup>17</sup> ליאב אורגד, יורם רבין ורועי פלד "העברת ריבונות בשטחים מאוכלסים מישראל למדינה

מהמדינות גם מגונן יותר, מהמשפט הבין-לאומי.<sup>18</sup>

פלסטינית: נקודת-מבטו של המשפט הבין-לאומי "משפט וממשל" 187 (2006). ראו גם את הוויכוח בין פרופ' וטרס לבין פרופ' שני: Timothy William Waters, *The Blessing of Departure: Acceptable and Unacceptable State Support for Demographic Transformation: The Lieberman Plan to Exchange Populated Territories in Cisjordan*, 2 LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS, Article 9 (2008) (להלן: Waters, *The Blessing of Departure*); Yuval Shany, *Redrawing Maps, Manipulating Demographics: On Exchange of Populated Territories and Self-Determination*, 2 LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS, Article 10 (2008); Timothy William Waters, *A Different Departure: A Reply to Shany's "Redrawing Maps, Manipulating Demographics: On Exchange of Populated Territories and Self-Determination"*, 2 LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS, Article 11 (2008) (להלן: Waters, *A Different Departure*); Yoram Rabin & Roy Peled, *Transfer of Sovereignty over Populated Territories from Israel to a Palestinian State: The International Law Perspective*, 17 MINN. J. INT'L L. 59 (2008).

להלן מסקנותיהם המרכזיות של אורגד, רבין ופלד, שם, בעמ' 190: "התזה המוצגת במאמר היא שמבחינת העקרונות המנחים בדין הבין-לאומי אין מניעה עקרונית כי בהסכמה הדדית בין מדינת-ישראל למדינה פלסטינית עתידית ישתנה קו הגבול מעבר ל'קו הירוק', לרבות בדרך של העברת ריבונות בשטחים מאוכלסים מצד לצד. מהלכים של העברת ריבונות התרחשו בעולם הדמוקרטי, ואינם כה חריגים. עם זאת, לצורך יישום של מהלך מעין זה, המשפט הבין-לאומי המודרני דורש עמידה בכמה תנאים קפדניים ונוקשים ביותר, שבמרכוזם הענקת זכות בחירה כפולה לתושבי השטח המועבר: האחת, זכות בחירה להישאר בתחומי ריבונותה של מדינת-ישראל; האחרת, זכות לשמירת האזרחות הישראלית במקרה של הישארות רצונית בשטח המועבר למדינה הפלסטינית. לכן, מסקנתנו היא כי בכל העברת ריבונות, אין לאלץ את תושבי השטח לעבור יחד עם השטח, ואין לאלצם לוותר על אזרחותם הישראלית אם עברו עם שטחם למדינה האחרת. החובה למלא אחר תנאים אלה, הנדרשים לפי המשפט הבין-לאומי, עשויה לרוקן מתוכן, במידה רבה, את סיכויי התממשותה של התכלית המוצהרת של מציעי ההצעות לחילופי שטחים מאוכלסים – תכלית של תכנון לאומי שעניינה שימור הרוב היהודי בישראל. נקודה נוספת שראוי להדגישה היא שתנאי חיוני למהלך של חילופי שטחים הוא הסכמתה של המדינה הפלסטינית. יש להניח כי סיכויי התגבשותו של תנאי זה תלויים במידה רבה בעמדתם של הערבים אזרחי ישראל שהם תושבי השטח המוצע".

עם זאת, אורגד, רבין ופלד אינם עוסקים במשמעות העובדה שמעורבים כאן גם מתנחלים בשטחים כבושים, אשר המהלך המוצע מבוקש בעיקר בעבורם, ואשר זכויותיהם במשפט הבין-לאומי עשויות להיות מושפעות מאי-חוקיותה של מעורבות ישראל במעשה ההתנחלות. אדון בכך באופן חלקי בהמשך, בתת-פרק 3.1.

למאמר עשויה להיות תרומה מכיוונו של המשפט החוקתי ההשוואתי, משום ששאלות הנוגעות בהיפרדות של מדינות מחלק משטחן – תופעה הקרויה לעיתים Downsizing the State – אינן כה נדירות. אכן, הניתוח החוקתי הנערך כאן יכול לעזור, ובמקביל גם להסתייע, בדיונים חוקתיים הנערכים במדינות אחרות, דוגמת בריטניה/צפון אירלנד, בריטניה/הונג-קונג, בריטניה/גיברלטר ועוד. ראו את הדיונים באסופת המאמרים הבאה: RIGHT-SIZING THE STATE: THE POLITICS OF MOVING BORDERS (Brendan O'Leary, Ian S. Lustick & Thomas Callaghy eds., 2001). כן ראו מאמרם של אורגד, רבין ופלד, שם.

## 1. "חילופי שטחים": משוכות חוקתיות ביחס להעברת שטחים מתחום ריבונותה של ישראל

התוכנית מציעה הן "חילופי אוכלוסין" והן "חילופי שטחים", וכוונתה להעביר את אזור ה"משולש" וחלקים מירושלים המזרחית לפלסטין. אפתח בנושא הסבוך פחות: האם ניצבת משוכה חוקתית בדרכה של העברת שטח משטחי המדינה לריבונות אחרת?

ירושלים המזרחית מעוררת סוגיה חוקתית מובהקת, שכן חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל קובע בסעיף 5 את שטח "תחום ירושלים", ובסעיף 6 נאמר כי "לא תועבר לגורם זר, מדיני או שלטוני, או לגורם זר אחר בדומה לכן, בין דרך קבע ובין לתקופה קצובה, כל סמכות המתייחסת לתחום ירושלים והנתונה על פי דין למדינת ישראל או לעיריית ירושלים". סעיף 7 לחוק-היסוד מוסיף כי "אין לשנות את הוראות סעיפים 5 ו-6 אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת". "רוב של חברי הכנסת" הוא כידוע 61 חברי-כנסת לפחות. אם כן, מדובר במשוכה חוקתית של ממש: אין די בחוק רגיל, בלי קשר לרוב שבו התקבל, אלא נדרש חוק-יסוד או תיקון בחוק-יסוד – כאלה שהתקבלו "ברוב" של חברי-הכנסת – לצורך העברת ירושלים המזרחית או חלקים ממנה לפלסטין.

המצב החוקתי אינו זהה ביחס לאזור ה"משולש". על העברה טריטוריאלית זו שולט חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999. חוק זה מתנה ויתור על שטח משטחי מדינת-ישראל (כולל בירושלים, אלא ששם מתווספות המשוכות שהוזכרו לעיל) בכמה תנאים: (א) החלטת ממשלה; (ב) החלטת כנסת (להבדיל מחוק, קל וחומר חוק-יסוד), החלטה שאותה קיבלה "ברוב חבריה" (61 חברי-כנסת, כאמור); (ג) אישור במשאל עם, שיתקבל ברוב הקולות הכשרים של המשתתפים במשאל. תנאי אחרון זה נכנס לתוקף לאחרונה, בעקבות תיקון לחוק: חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) (תיקון), התשע"א-2010. משאל-עם יתקיים אלא אם כן 80 חברי כנסת אישרו את ההסכם המדיני הכרוך בהעברת השטח (סעי' 3(ב)). אינני נכנס לדיון בדרישות הנזכרות ובמנגנון החדש שנוצר, קרי, משאל-עם בהקשרן של הכרעות טריטוריאליות שעניינן העברת שטח שהמשפט הפנימי של ישראל מכיר בו כחלק משטח המדינה. יש לי התנגדות רבה למנגנון חדש זה מטעמים ערכיים ופוליטיים, ואולם לא כאן המקום ללבנם. ניתן אמנם לעורר גם שאלה ביחס לתוקפו החוקתי של מנגנון משאל-העם, שכן הוא נוצר בדרך של תיקון לחוק, להבדיל מתיקון לחוק-יסוד או כינון חוק יסוד חדש, על אף שהוא משנה מהותית את אופן קבלתן של הכרעות מרכזיות מסוימות בדמוקרטיה הפרלמנטרית שלנו. ואולם משום שמדובר בחוק "הפוגע" בחוק-יסוד: הכנסת (משפיע נקודתית של הכרעות מסוימות של הכנסת), להבדיל מחוק שבמפורש או במשתמע "משנה" את חוק היסוד בצורה מקיפה, הרי

שדומה כי לא מתגבשת כאן משוכה חוקתית גבוהה. חשוב לשים לב בהקשר זה, כי חוק סדרי השלטון והמשפט הוא חוק רגיל שניתן לבטלו ברוב רגיל, וניתן לגבור עליו באמצעות חקיקת חוק מאוחר רגיל, במיוחד אם הוא מפורש וממוקד. תמציתם של דברים, המשוכה החוקתית הממשית בהקשר של העברת שטחים לריבונות אחרת נוגעת אם כן רק בירושלים המזרחית. אלא שהצעותיה של "ישראל ביתנו" לא מתמצות, כאמור, בסוגיית העברתו של שטח מריבונות ישראל.

## 2. "חילופי אוכלוסין" ומהלכים הנלווים להם: משוכות חוקתיות שעניינן פגיעה באזרחים ובתושבים – האם נפגעות זכויות בעלות הגנה חוקתית?

תוכנית "ישראל ביתנו", על העברת האוכלוסין והשטחים שבה, פוגעת גם בזכויות-יסוד, אולם האם מדובר בפגיעה בזכויות שנתונה להן הגנה חוקתית? שאלת ההגנה החוקתית היא שאלה מרכזית לענייננו, שכן רק היא מולידה סמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה של הכנסת.<sup>19</sup>

ביקורת שיפוטית פירושה הקניית סמכות לבתי-המשפט לשלול את תוקפו של החוק (ובענייננו – החוק שיאמץ את תוכנית חילופי השטחים) לאורם של סייגים חשובים. סייגים אלה מאוגדים בעיקרם בפסקת ההגבלה.<sup>20</sup> זו דורשת: (א) כי הפגיעה בזכויות החוקתיות תהיה אך ורק "בחוק" או מכוח "הסמכה מפורשת" בו; (ב) כי החוק יהלום את "ערכיה של מדינת ישראל" כמדינה יהודית ודמוקרטית. מקובל להניח כי הלימה זו מתקיימת בהתקיים שתי הדרישות המפורטות הנוספות של פסקת ההגבלה: (ג) כי החוק יהא "תכליתי ראוי"; (ד) וכי פגיעתו של החוק בזכות החוקתית תהא רק "במידה שאינה עולה על הנדרש".

פסקת ההגבלה חלה ישירות אם מדובר בזכויות-יסוד המוגנות במפורש או במשתמע מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או מכוח חוק-יסוד: חופש העיסוק; והיא תחול בדרך של היקש אם הפגיעה הטמונה בחוק היא בזכות-יסוד המוגנת באחד מחוקי-היסוד האחרים שאין בהם פסקת הגבלה מפורשת.<sup>21</sup> כפי שנראה מייד, התוכנית של "ישראל ביתנו" פוגעת בכמה זכויות-יסוד חוקתיות בעת ובעונה אחת. הבהרה מקדמית נוספת נחוצה בעניינה של המסגרת החוקתית שהתגבשה בישראל בשני העשורים האחרונים, והיא נדרשת כדי להעמיד את הדברים באור

<sup>19</sup> ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי).

<sup>20</sup> ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

<sup>21</sup> כך קבע בית המשפט העליון כאשר ניתח את הזכות להיבחר (ס' 6 ו-7 לחוק-יסוד: הכנסת). ראו ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003).

מציאותי (ועגום) יותר. נקודה זו נוגעת בחולשתה/שבריריותה של מסגרת חוקתית זו. מסגרת זו יצרה אומנם נורמות על-חוקיות שמגבילות את הכנסת בחקיקתה הרגילה, ואשר נשמרות על-ידי סמכותו של בית-המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה זו, אלא שנורמות אלה – קרי, הוראות חוקי-היסוד, כולל אלה שעניינן זכויות האדם – אינן משוריינות ברובן הגדול. משמע, שינוין אינו מותנה בהליך מיוחד או תובעני שהרוב בכנסת צריך לעמוד בו בעת גיבוש השינוי. מצב דברים זה גורע הן מכוח עמידתן של הזכויות החוקתיות מול עקרון הרוב והן מכוחם של המוסדות המגוננים על זכויות אלה – לענייננו, בתי-המשפט.<sup>22</sup> אשוב לנקודה זו בפרק הסיום של המאמר.

### 2.1 הפגיעה הטמונה בהוספת הדרישה ל"שבועת אמונים": זכות-היסוד לבחור

משפט הסיום בתוכניתה של "ישראל ביתנו" להעברת שטחים מאוכלסים אומר כי "כולם נשבעים אמונים למדינה". אין זו "הצהרה" גרידא, ואין היא אגבית. כפי שהוזכר לעיל, מנהיג המפלגה חבר-הכנסת ליברמן התחייב לפעול לחקיקת תיקון לחוק האזרחות, שלפיו מי שלא יישבע אמונים למדינה היהודית "יאבד את זכותו לבחור ולהיבחר".<sup>23</sup> אכן, ארבעה מחברי "ישראל ביתנו" עומדים מאחורי הצעת תיקון לחוק האזרחות שמרחיקה לכת אף מעבר לזכות לבחור ולהיבחר, ולפיה "תנאי לקבלת אזרחות לפי חוק זה [חוק האזרחות, התשי"ב–1952] יהא כי מקבל האזרחות הצהיר אמונים בנוסח שלהלן: '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".<sup>24</sup>

<sup>22</sup> יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח 149, 199–192, 207–203 (1997); אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" **עיוני משפט** כו 241, 297 (2002), ניתן לצפייה בכתובת: [http://law.haifa.ac.il/faculty/lec\\_papers/saban/minority\\_rights\\_final.pdf](http://law.haifa.ac.il/faculty/lec_papers/saban/minority_rights_final.pdf). השוו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** א 77–78 (מהדורה שישית, 2005).

<sup>23</sup> לעיל ה"ש 16.

<sup>24</sup> ראו הצעת חוק האזרחות (תיקון – הצהרת אמונים), התשס"ט–2009, ה"ח 102 (להלן: הצעת החוק), שהוגשה על-ידי ארבעה מחברי-הכנסת של "ישראל ביתנו": רותם, אילטוב, מטלון ומילר. דברי ההסבר של ההצעה נוקבים 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

אף אם בהמשך הדרך "תתפשר" "ישראל ביתנו" על הסתפקות "רק" בפגיעה בזכות לבחור ולהיבחר (ולא באזרחות בכללותה), ואף אם תגביל את הפגיעה המוצעת "רק לאזרחים שמחוץ לישראל", מרכיב שבועת האמונים צפוי לגרור פגיעה בזכות החוקתית לבחור ולהיבחר של אזרחי ישראל שיועברו אל מעבר לגבול. ראוי להבהיר כי חוק-יסוד: הכנסת אומנם מתנה כבר בהווה את הזכות להיבחר לכנסת בהצגת אמונים (אם כי בנוסח שונה מהצעתה של "ישראל ביתנו"), אך אין הוא מגביל באופן דומה את הזכות לבחור.<sup>25</sup> תוכנית "ישראל ביתנו" מבקשת לשנות זאת. אומך כבר עתה כי לשינוי מוצע זה אין סיכוי ממשי לעמוד בדרישותיה של פסקת ההגבלה. איני מכיר מערכת משפט דמוקרטית כלשהי המאפשרת לשלול מאזרחים את הזכות לבחור מאחר שהם אינם חפצים "להישבע אמונים".<sup>26</sup> לפיכך מרכיב זה של תוכנית "ישראל ביתנו" אינו מעורר התלבטות משפטית של ממש; במסגרת החוקתית הנוכחית של ישראל הוא צפוי להיפסל.<sup>27</sup> ארחיב מעט את הנמקתי. הצהרת 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".  
 25 ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת קובע, בין היתר, כי "מועמד יצהיר הצהרה לענין סעיף זה", וכי "פרטים לענין [...] הצהרה [זו] ייקבעו בחוק". אכן, ס' 57(ט) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, קובע כי "בכתב ההסכמה [...] יצהיר המועמד הצהרה זו: אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולהימנע מלפעול בניגוד לעקרונות סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת". ראו גם את ההוראות הבאות: ס' 15 ו-16 לחוק-יסוד: הכנסת וס' 72 לתקנון הכנסת. לעומת זאת, הזכות לבחור אינה מותנית בכל הצהרה שהיא. ראו ס' 5 לחוק-יסוד: הכנסת. יתר על כן, בהינתן שהחברה הישראלית היא חברה שסועה מבחינה לאומית, הצהרת אמונים למדינה כ"מדינה יהודית" צופנת קושי רב בעבור המיעוט הערבי-פלסטיני. קושי זה פוגע אפוא גם ב"שוויון" של הבחירות לכנסת – זכות המעוגנת בס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

26 השוו לדין (כולל הדיון המשווה) בשלילת אזרחות, במהותה של האזרחות ובהיקף ההגנה שהיא ראויה לה: GEORGE P. FLETCHER, LOYALTY: AN ESSAY ON THE MORALITY OF RELATIONSHIPS 65-68 (1993); אפרת רחף (בהנחיית מרדכי קרמניצר) "אף על פי שחטא – ישראלי הוא? שלילת אזרחות כגין הפרת אמונים" **מחקר מדיניות** 73 (2008). ניתן לצפייה גם באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, בכתובת: [www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Pages/PP\\_73/Publications\\_Catalog\\_2073.aspx](http://www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Pages/PP_73/Publications_Catalog_2073.aspx). פרופ' זילברשץ, מן הצד האחר, משמיעה בנוסח לקוני רעיון כללי בדבר האפשרות לדרוש הצהרת אמונים גם מאזרחים מלידה: יפה זילברשץ "נאמנות למדינה" **ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה** 491, 527 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005). עם זאת, היא משמיעה רעיון זה ללא תמיכה נחרצת בו, ויתרה מזו – אין היא מצביעה ולו על דוגמה אחת של מדינה דמוקרטית שאימצה אותו.

27 לא אדון כאן באפשרות הסבוכה של קבלת תוכניתה של "ישראל ביתנו" בדרך של חוק-יסוד דווקא, להבדיל מחוק. אפשרות זו מקשה מאוד את האפשרות לביקורת שיפוטית, אך נראה שהיא אינה חוסמת אותה. מתעורר כאן סכך של סוגיות, שחלקן נדונו בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 19. ראו גם דותן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 151-166. אכן, במשפט ההשוואתי אנו פוגשים מדי פעם התערבות שיפוטית הפוסלת "תיקונים חוקתיים שאינם חוקתיים", אך זו התערבות יוצאת-דופן עד-מאור. התערבות כזו אירעה לאחרונה בטורקיה: בית-המשפט החוקתי שם

מצויה בדין הישראלי, אך זאת רק בשני אלה: כתנאי לפעולה במשרות ציבוריות שונות<sup>28</sup> או כדרישה במסגרת הליך ה"התאזרחות" של מי שרוכשים את אזרחותם הישראלית בעקבות הגעה לישראל ושהייה נמשכת בה, ולא מכוח חוק השבות.<sup>29</sup> לדעתי, יש מקום למתוח ביקורת על הדרישה להצהרת אמונים כתנאי לכשירות לפעולה במשרה ציבורית, אך אין זה המקום ללבן זאת.<sup>30</sup> מכל מקום, תוכניתה של "ישראל ביתנו" היא להרחיב באורח מרחיק-לכת את הדרישה להצהרת נאמנות, קרי, להתנות בה את עצם זכותם של אזרחי המדינה לאזרחותם או למצער את זכותם לבחור. כבר הערתי כי במשפטן של מדינות דמוקרטיות איננו מוצאים כלל נורמה כזו.

יוזמי התוכנית מצביעים לעיתים על הצהרת האמונים (Pledge of Allegiance) שחלק מבתי-הספר בארצות-הברית דורשים מתלמידיהם בטקסים שונים, אלא שדוגמה זו אינה משרתת את תומכי התוכנית. ראשית, לדרישה זו מהתלמידים האמריקנים לא מתלווה על-פי-רוב צל של סנקציה כלשהי. שנית, בעבר העונש

---

ביטל ביוני 2008 שני תיקונים לחוקה שתכליתם הייתה הסרת ההגבלה המונעת נשים העוטות כיסוי-ראש מסורותי מלהיות סטודנטיות באוניברסיטות. ראו: Emrullah Uslu, *Constitutional Court Ruling on Headscarf Deepens the Democracy Crisis in Turkey*, 204(5) EURASIA DAILY MONITOR (October 24, 2008). ניתן לצפייה בכתובת: [www.jamestown.org/single/?no\\_cache=1&tx\\_ttnews%5Btt\\_news%5D=34051](http://www.jamestown.org/single/?no_cache=1&tx_ttnews%5Btt_news%5D=34051)

<sup>28</sup> ראו את הטקסט הסמוך לה"ש 25 לעיל בדבר הזכות להיבחר לכנסת. 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 24.

<sup>29</sup> ראו ס' 5 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952: "ב) מי שביקש להתאזרח ונתקיימו בו התנאים שבסעיף קטן (א), יעניק לו שר הפנים, אם ראה זאת לנכון, את האזרחות הישראלית על ידי מתן תעודת האזרחות. ג) לפני הענקת האזרחות יצהיר המבקש הצהרה זו: 'אני מצהיר שאהיה אזרח נאמן למדינת ישראל.' ד) האזרחות נקנית מיום ההצהרה".

<sup>30</sup> 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: Walker Clive, *Political Violence and Democracy in Northern Ireland*, 51 MODERN L. REV. 605-622 (1988).

האפשרי על אי-נכונות של תלמיד "להצהיר אמונים" היה רק ענישה משמעתית של בית-הספר (עונש שרחוק כמובן משלילת הזכות לבחור), אך אפילו עונש זה נפסל באורח מוחלט במשפט האמריקאי: בפסק-הדין המנחה בעניין *Barnette* פסל בית-המשפט העליון הוראה של מועצת החינוך של מדינת וירג'יניה המערבית שהתירה לבתי-הספר לחייב תלמידים להצדיע לדגל ארצות-הברית ולהטיל עליהם עונש משמעתי אם יסרבו לעשות כן.<sup>31</sup>

עם זאת, יש להזכיר כי בית-המשפט העליון בישראל דן בעבר בדרישה דומה של מפלגה אחרת שנרשמה בישראל, מפלגת "ימין ישראל", שלפיה "הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת תותנה בשבועת נאמנות למדינת ישראל כמדינה יהודית". אולם הוא עשה כן לא בגדר הליך שבחן את חוקתיותה של הדרישה האמורה, אלא בגדר הליך שבחן אם הצבת דרישה זו כמטרתה של מפלגה פוסלת אותה מלהירשם כמפלגה. מדובר בפרשת **יאסין**,<sup>32</sup> שבה ביקשו העותרים לפסול את החלטתו של רשם המפלגות להתיר את רישומה של מפלגת "ימין ישראל". זאת, מאחר שהדרישה האמורה הייתה חלק ממטרותיה כמפלגה. מבקשי הפסילה נימקו את בקשתם בכך שהדרישה הנזכרת "מהווה הסתה לגזענות, והיא כשלעצמה מטרה בלתי חוקית". בית-המשפט העליון, מפי הנשיא אהרן ברק, דחה נימוק זה. הוא סבר כי "הקביעה, כי הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת תותנה בשבועת אמונים למדינת ישראל כמדינה יהודית – בלי שבכך נשללת גם השבועה אליה כאל מדינה דמוקרטית – אינה מטרה בלתי חוקית ואין בה גזענות".<sup>33</sup> לא מעט קושי ולא מעט עמימות יש בהתנסחות זו של הנשיא ברק, אולם החשוב לענייננו, כאמור, הוא שההכרעה בפרשת **יאסין** אינה נוגעת בעצם חוקתיותה של התניה כזו על הזכות לבחור אילו ביקשה הכנסת לאמצה. נקודה זו חשובה, שכן ההכרעה בפרשת **יאסין** עניינה בשלב מוקדם יחסית של התגבשות הסכנה מפני מפלגות מסוכנות – שלב רישומן. שלבים מתקדמים יותר, הטעונים סיכון רב יותר, הם השלבים שבהם אותן מפלגות מתמודדות בבחירות לכנסת ומגישות הצעות חוק. הדין מקנה סמכות לוועדת הבחירות המרכזית (וסמכות ערעור לבית-המשפט העליון) בנוגע לפסילת התמודדותה של מפלגה בבחירות לכנסת – זהו סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. הדין גם מעניק סמכות ליושב-ראש הכנסת ולסגניו לא לאשר הצעת חוק "שהיא לדעתם, גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי" (סעיף 134(ג) לתקנון הכנסת); וביחס לזכויות-יסוד

<sup>31</sup> *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). ראו את דבריו הידועים של השופט ג'קסון (Jackson) בלב הנמקתו (שם, בעמ' 642): "If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or act their faith therein"

<sup>32</sup> רע"א 7504/95 **יאסין נ' ימין ישראל**, פ"ד נ(2) 45 (1995).

<sup>33</sup> שם, פס' 27 לפסק הדין.



חוקתיות הוא מקנה כאמור גם סמכות – זו שאנו עוסקים בה כאן ועתה – לביקורת שיפוטית חוקתית על תוקפם של חוקים שפוגעים בהן.

לקראת הבחירות האחרונות, הבחירות לכנסת השמונה-עשרה, לא הוגשה בקשת פסילה נגד "ישראל ביתנו". באשר להצעות החוק שלה: התוכנית לחילופי שטחים טרם גובשה כהצעת חוק, אולם הצעה כללית להתנות קבלת אזרחות בהצהרת נאמנות אכן התגבשה לכלל הצעת חוק, ולא נחסמה על-ידי נשיאות הכנסת.<sup>34</sup> מה הדבר מלמד? ייתכן שנשיאות הכנסת הושפעה מהדברים שנאמרו בפרשת **יאסין**, וייתכן שהיא פשוט לא מצאה כי אותה הצעת חוק היא "גזענית". לא אדון או אתווכח על כך כאן. כל שאבקש להדגיש בשלב זה הוא כי ביקורת שיפוטית על תוקפה של חקיקה הפוגעת בזכויות-יסוד חוקתיות אינה מותנית במציאת החוק "גזעני"; די בכך שהחקיקה לא תמלא אחר אחד מתנאיה של פסקת ההגבלה ("חוק", "תכלית ראויה" או "מידתיות" של האמצעי שנבחר בשירותה של התכלית).

והנה קשה ביותר להניח כי בית-משפט אשר דחה בעבר עתירה נגד החלטת שר הפנים לא לשלול את אזרחותו של יגאל עמיר, רוצח ראש הממשלה – זאת, בין היתר, משום שמצא כי האזרחות המוקנית לאדם היא זכות-יסוד, ובלשונו "היסוד לזכות הבחירה לכנסת, ממנה צומחת הדמוקרטיה"<sup>35</sup> – יאשר חוק המבקש לשלול את האזרחות או את הזכות לבחור מאזרחים שכל חטאם הוא אי-רצונם "להישבע אמונים". דמוקרטיה ליברלית אינה פוגעת בזכויות-יסוד של אזרחיה על-סמך השאלה כיצד ראוי שהם יחוו כלפיה או כיצד ניתן לעודד בהם תחושות של שותפות-גורל וסולידריות, וגם לא כדי להבחין בהם בין נאמנים לבין לא-נאמנים. פגיעה בזכויות מותנית בהתגבשותו של "עקרון הנזק"<sup>36</sup>: תנאי לפגיעה בזכויותיו של אדם הוא גרימת נזק על-ידיו לאדם אחר או לאינטרס ציבורי (על-פי-רוב נזק הנגרם במכוון או מתוך פזיזות או אדישות לזולת) או העמדת הזולת בסיכון ממשי לנזק כזה. והנה מחשבותיו של אזרח מלידה על מדינת אזרחותו – מדינה שהוא תופסה לעיתים ככזו שנכפתה עליו וככזו שברצונו לשנותה – רחוקות מלגבש את "עקרון הנזק". קהילת רוב במדינה דמוקרטית אינה יכולה להעמיד מיעוט יליד בתוכה בפני הפְּרָה לאמץ את האופי הלאומי שקהילת הרוב מבקשת לשמר למדינה או לוותר על זכויותיו האזרחיות והפוליטיות. כל עוד אדם פועל ליישם את מחשבותיו ורצונותיו ביחס לאופייה הלאומי של מדינתו בדרכים שאינן אלימות, עקרון הנזק אינו מתגבש.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> מדובר בהצעת חוק זהה לזו שהוזכרה לעיל בה"ש 24, שהוגשה על-ידי דוד רותם וחברי-כנסת אחרים בנובמבר 2007 – הצעת חוק האזרחות (תיקון – הצהרת אמונים), התשס"ח–2007, ה"ח 3046.

<sup>35</sup> בג"ץ 2757/96 **אלראי נ' שר הפנים**, פ"ד נ(2) 18, ס' 4 לפסק-דינו של השופט יצחק זמיר (1996).

<sup>36</sup> ג'ון סטיוארט מיל **על החירות** פרק ד, במיוחד עמ' 140–142 (אריה סימון תרגם, 2002).

<sup>37</sup> חשוב לי להוסיף כי יש הבדל ממשי בין אופייה הדמוקרטי של המדינה לבין אופייה הלאומי. הבדל זה ניתן לביטוי באופן הבא. גם מי שחושב כי לישראל עומד צידוק לשני יסודותיה צריך להסכים כי קיים שוני ביניהם, וכי הצידוק לזהותה הלאומית הוא צידוק קונטיננטלי/תלוי-

יתר על כן, אפילו חצה אדם קווים אסורים בתכלית – ויגאל עמיר, שהוזכר זה עתה, הוא דוגמה קיצונית לכך – מתעורר ספק עמוק בשאלה אם ראוי להוסיף על צעדי הענישה או ההגבלה הקיימים בדין גם צעד של שלילת אזרחות, וכן בשאלה אם הדבר תקף משפטית.<sup>38</sup>

כדי להמשיך את הדיון החוקתי, הבה נניח כי על השולחן הפוליטי והמשפטי תונח הצעה מרוככת של "ישראל ביתנו", שלפיה תישמר אזרחותם הישראלית של האזרחים הערבים המועברים לריבונות הפלסטינית, מבלי להתנות את זכותם לבחור לכנסת באותה הצהרה או שבועת אמונים.<sup>39</sup> מהם מרכיבי הפגיעה הטמונים ביתר יסודות התוכנית?

נסיבות, להבדיל מהצידוק לאופייה הדמוקרטי. במילים אחרות, שינוי נסיבות – דוגמת שינוי דמוגרפי מקיף בקרב תושבי המדינה או שינוי בזהויותיהם או בשיאיותיהם הפוליטיות של תושבים אלה – עשוי להשמיט את הצידוק לשמירת זהותה הלאומית של ישראל; זאת, בשעה שעל-פי התפיסה הליברלית, שינוי נסיבותי קיצוני (למשל, שעת חירום) עשוי להשעות באופן זמני בלבד את התנהלותה של מדינה בדרך דמוקרטית. באופן קונקרטי יותר, קשה מאוד לשלול את האפשרות לחלל, 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) (להלן: סבן "הפיתוי הקודר של האופציה הדו-לאומית"). ניתן לצפייה בכתובת: <http://weblaw.haifa.ac.il/he/Faculty/Saban/Publications/Roundtable.pdf> – חייב להכיר בזכותם של נוקטי מהלך זה לחתור להגשמתו במכלול האמצעים שדמוקרטיה מהותית מעמידה למאבקים מעין אלה. ההגבלה העיקרית נוגעת לפיכך באמצעים להשגת התכלית של שינוי הזהות הלאומית של ישראל, וקשה מאוד להצדיק הגבלות לגבי אמצעים לא-אלימים להשגת שינוי כזה. לעומת זאת, אופייה הדמוקרטי של מדינה הוא אקסיומטי מנקודת-ראות ליברלית. הוא אינו תלוי ב"הסכמת רוב", ולכן ניתן לחסום גם מי שחותר להשיג את ביטול הדמוקרטיה לא בדרך אלימה; די לשם כך בזיהוי מהימן של השלב שבו מתגבשת הסתברות ממשית לכך שהדמוקרטיה במדינה תתבטל אם לא יוגבלו הכוחות הלא-דמוקרטיים. מידת הדיוק מחייבת להוסיף כי המשפט הישראלי מתנהג, לפחות בנקודה מרכזית אחת, בניגוד להבחנה שנותחת זה עתה. מדובר בס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת, אשר אינו מבחין לכאורה בין היכולת לגונן על זהותה הלאומית של המדינה לבין שמירת יסודותיה הדמוקרטיים. לדיון ביקורתי בכך ראו, בין היתר, סבן, לעיל ה"ש 22. יש לשים לב, עם זאת, כי ס' 7א הוא תיקון לנורמה המצויה בחלקה העליון של הפירמידה הנורמטיבית של ישראל – חוק-יסוד – ולכן קשה מאוד לתקוף אותו חוקתית (ראו את הדיון בה"ש 27 לעיל). חוק רגיל, לעומת זאת, אינו נהנה מאותה חסינות ממשית מפני פגיעה, וניתן להעלות נגדו את כל הטענות המושמעות כאן.

<sup>38</sup> רחף, לעיל ה"ש 26.

<sup>39</sup> לשם השלמת התמונה אוסיף כי הזכות לבחור עלולה להיפגע על-ידי התוכנית גם מכיוון אחר, כזה שאין עניינו בשבועת אמונים, אלא בעצם שינויו של תוואי הגבול. כפי שמבהירים אורגד, רבין ופלד במאמרם לעיל ה"ש 17, בעמ' 215, בהערה 105: "זכותו העקרונית של אזרח להצביע כפופה להיותו רשום בפנקס הבחורים. תנאי להיכללות בפנקס הבחורים הוא היות האזרח רשום

## 2.2 פגיעתה של התוכנית בזכויות-יסוד חוקתיות אחרות

פרק ב' לעיל שרטט את הנזקים והסיכונים העיקריים של התוכנית. כאן אשוב אליהם בקצרה רק כדי לבחון את השאלה אם קיימת הגנה מפני התוכנית והשלכותיה במישורן של הזכויות החוקתיות, קרי, זכויות המקנות סמכות לביקורת שיפוטית חוקתית על החוק הנדרש לשם יישום התוכנית.

א. השלכה מרכזית של החוק שיאמץ את התוכנית היא הצבת האזרחים המתגוררים בישראל (באזור ה"משולש") והמיועדים להעברה עם שטחם לפלסטין בפני דילמה אכזרית: לעקור מביתם, מיישובם ומקניינם, כדי להיוותר במדינת אזרחותם עם קהילת המיעוט הנתרת, או לעבור עם ביתם וקניינם לריבונות הפלסטינית. אכן, אזרח בוחר לעיתים להגר למדינה אחרת ולהיכפף לריבונות אחרת, אולם כאשר הדבר נעשה לא מרצונו, כפרי לחץ של מדינתו שלו, התמונה המוסרית והמשפטית משתנה מן היסוד. אולם המשפט הישראלי אינו מכיל חוק-יסוד המגונן על האזרחות **כשלעצמה**, ועל-כן יש להישען בביקורת החוקתית על אותם ממדים של האזרחות והתושבות שזכו בהגנתן של זכויות אדם חוקתיות.

ב. אי-יציבותו הצפויה של הגבול בין ישראל לבין המדינה הפלסטינית או הישות הפלסטינית צפויה לפגוע בזכות החוקתית של האזרח להיכנס למדינתו. זכות זו מופיעה בסעיף 6(ב) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיו "כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל".

ג. באמצעות פגיעתו בחופש התנועה אל ישראל של אזרחיה המועברים אל מעבר לגבול, שינוי תוואי הגבול פוגע בזכותם לחיי משפחה. אך האם מדובר בזכות חוקתית? בפסק-הדין שעסק בתוקפו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003<sup>40</sup> קבע בית-המשפט העליון כי לזכות לחיי משפחה יש הגנה חוקתית מכוח הזכות ל"כבוד האדם", אלא ששם עסק בית-המשפט בזכות לאיחוד משפחות בין בני-זוג וכן בין הורים וילדיהם הקטנים. לא ברורה עמדתו ביחס למעמד החוקתי של קשרי משפחה במעגלים רחוקים יותר. ייתכן מאוד שמעגלי קרבה אלה לא יזכו במעמד של זכות חוקתית.

ד. שינוי תוואי הגבול והגבלת חופש התנועה בעקבותיו יפגעו באופן מובהק בזכות לחופש העיסוק של האזרחים שיועברו אל מעבר לגבול. זו זכות

במרשם התושבים. אזרח שאינו תושב ישראל אינו רשום בפנקס הבוחרים ולכן אינו זכאי להצביע. ראו סעיף 28 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, ס"ח 103. זאת, אלא אם כן אותו אזרח זכה בהסדר מיוחד בדין, כפי שזכו בו המתנחלים בשטחים.

<sup>40</sup> בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (לא פורסם, 14.5.2006) (להלן: פרשת עדאלה).

חוקתית המוגנת מכוח חוק-יסוד: חופש העיסוק, והיא מוקנית לכל אזרח או תושב.

ה. זכות מרכזית נוספת שנפגעת כאן, ואשר בעניינה ארחיב בהמשך, היא הזכות לשוויון. מפלגה פוליטית משורותיה של קהילת הרוב מציעה שקהילת המיעוט תהיה מושא עיקר המחיר שייגבה מישראל בגדרה של הפרשה עם העם הפלסטיני. בלשון משפטית: תוצאתה של ההצעה, וקרוב לוודאי גם תכליתה, היא להיטיב עם קהילת הרוב או להקל עליה, תוך גלגול עיקר משא הכאב אל כתפיה של קהילת המיעוט. בית-המשפט העליון הכיר בתווים מסוימים של הזכות לשוויון, וביניהם במיוחד איסור ההפליה על בסיס השתייכות קבוצתית, כמוגנים חוקתית בגדרה של הזכות ל"כבוד האדם".<sup>41</sup>

ו. מרכיב נוסף של התוכנית הוא שלילת "המחויבויות הכלכליות" של המדינה כלפי האזרחים המועברים. זהו נושא מורכב הקשור (חוקתית) הן לזכות לקיום מינימלי בכבוד והן לזכות הקניין.<sup>42</sup> יש לסבור כי מכוח תשלום דמי הביטוח

<sup>41</sup> זאת, בפסק-הדין שעסק בתוקפו של חוק טל, שביקש להסדיר את סוגיית גיוסם של תלמידי ישיבות לשירות צבאי או אזרחי: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון (לא פורסם, 11.5.2006). לקביעה דומה, וקונקרטיה ביחס לשסע האתנו-לאומי, ראו פרשת עדאלה, שם.

<sup>42</sup> רבות מן הזכויות החברתיות מעוגנות בחקיקה: חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה – 1995. לכאורה אפשר לשלול את תשלומי המוסד לביטוח לאומי באמצעות חוק מאוחר (קל וחומר חוק מאוחר וספציפי), אולם האין זכויות חברתיות מסוימות שזכאיות להגנה חוקתית, קרי, שחוק אינו יכול לפגוע בהן אלא על-פי פסקת ההגבלה? הפסיקה השיבה על שאלה זו בחיוב. זכויות חברתיות שתפקידן לערוב לשמירתו של "מינימום הקיום האנושי" פורשו כחלק מהזכות ל"כבוד האדם". ראו: רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד (3) 360, 375–376 (2001). לפיכך, אם יתקבל חוק המאמץ את תוכניתה של "ישראל ביתנו", יהיה צורך לבחון את משמעותה ואת תוקפה של ההוראה הקובעת כי המדינה "תשתחרר ממחויבויותיה הכלכליות לאזרחים שיהיו מחוץ לתחומה, כולל תשלומי הביטוח הלאומי". איזו פרשנות תינתן לה? האם תינתן לה משמעות הפוטרת את המדינה רק "מהיקף התשלומים הרגילים" של המוסד לביטוח לאומי או שמה כזו הפוטרת אותה מכל חבות של המוסד, כולל אותם תשלומים החיוניים לשמירת "מינימום הקיום האנושי"? אם תאומץ הפרשנות הראשונה, לא יהא צורך להגיע לפסקת ההגבלה, שכן לפי פרשנות זו אין מתגבשת פגיעה בזכות המוגנת חוקתית. ראו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד (3) 464 (2005). מאידך גיסא, אם הפרשנות השנייה היא הפרשנות הראויה, כי-אז יהא עלינו לפנות לפסקת ההגבלה. יתר על כן ובה-בעת עולה שאלה נוספת: האם הפגיעה בקצבאות המוסד לביטוח לאומי (בחלקן לפחות) אינה פגיעה גם בזכות הקניין? בית-המשפט השיב על כך בחיוב בבג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד (1) 729, 739 (2004): "נותרה טענת העותרים לעניין הפגיעה בזכות החוקתית לקניין. הנני סבור כי הזכות החוקתית לקניין חלה על קצבת זקנה [...]. אכן, הזכאי לקצבת הזקנה שילם במשך מרבית שנות חייו תשלומים שיועדו – בתוספת תמיכה כספית מאת המדינה – לצורך קבלת קצבת הזקנה".

הלאומי אדם רוכש זכויות לקבלת קצבאות, זכויות שלא ראוי לבטלן (קל וחומר אם האדם לא עזב את הארץ מרצונו).<sup>43</sup>

ז. התמונה המצטיירת למעלה – גם ללא התניית הזכות לבחור לכנסת בשבועת נאמנות – היא שתוכניתה של "ישראל ביתנו", אם תמומש, תגרום לשחיקה עמוקה באזרחותם של אותם אזרחים שקו הגבול החדש יותירם מחוץ לגבולות המדינה. אזרחות פירושה זכות לשותפות בחיי החברה, ושותפות כזו מתקשה מאוד להתיישב עם הוצאתם של אותם אזרחים אל מחוץ לגבולותיה; עם הגבלת זכותם להיכנס אליה; עם פגיעה בקשרי המשפחה, החברות והעבודה שלהם עם שותפיהם לאזרחות; עם פגיעה בהטבות הכלכליות הניתנות להם בהשוואה לאלה שיתר בני החברה זוכים בהן; וכללית, ובאופן עמוק, עם פגיעה בוטה בזכותם של אותם אזרחים ליחס שווה של מדינתם "כלי הבדל דת, גזע ומין". לשון אחר, זכותם של אזרחים היא לכך שאזרחותם לא תרוקן מתוכן במסווה של אי-שלילתה הפורמלית.

יש מישור נוסף של פגיעה הטמונה בתוכנית, אך בו איני עוסק כאן: בחינת השפעותיה של הקמת "גדר-ההפרדה" בתוך השטח הפלסטיני מלמדת כבר עתה כי לתוכנית חילופי השטחים יש מחיר שצפוי להיגבות לא רק מהערכים הפלסטינים אזרחי ישראל, אלא גם מהפלסטינים שתחת הכיבוש. מדובר בפלסטינים שאדמותיהם (לפחות) אמורות לעבור על-פי התוכנית של "ישראל ביתנו" לריבונותה של ישראל. אני מותר נקודה זו רק ברמה של אזכור, שכן שאלת חלותן של ההגנות החוקתיות על הפלסטינים המצויים בשליטתה של ישראל טרם הוכרעה באופן החלטי במשפט הישראלי.<sup>44</sup>

עתה, משזיהינו את פגיעותיה של תוכנית חילופי השטחים בזכויות-יסוד חוקתיות של האזרחים הערבים המועברים, נפנה לשלב האחרון של הניתוח החוקתי: האפשרות להצדיקן. מדובר בדרישותיה של פסקת ההגבלה.

### 3. האם הפגיעה בזכויות החוקתיות עונה על דרישותיה של פסקת ההגבלה? סוגיית "התכלית הראויה" וסוגיית "מידתיותם של האמצעים"

תכליתו של חוק הפוגע בזכויות אדם היא ראויה אם היא "מכוונת להגשים יעדים חברתיים חשובים, אשר השגתם עולה בקנה אחד עם אופייה של החברה כמגנה על

<sup>43</sup> לדיון בסוגיה זו בקשר לירושלים המזרחית ראו: Yehezkel Lein, *The Holy City in Human Dimensions: The Partition of Jerusalem and the Right to Social Security*, 26(2) NETH. Q. HUM. RTS. 199 (2008). ניתן לצפייה בכתובת: [www.hamoked.org.il/items/110760.pdf](http://www.hamoked.org.il/items/110760.pdf).

<sup>44</sup> ליאב אורגר "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי-היסוד" *משפט וממשל יב* 145 (2009).

זכויות האדם".<sup>45</sup> יתר על כן, החתירה לתכלית ראויה מותנית בנקיטת אמצעים ראויים, משמע מידתיים, להשגתה – כאלה שפוגעים בזכות המוגנת "במידה שאינה עולה על הנדרש". אמצעים עונים על דרישה זו אם הם עומדים בשלוש דרישות מצטברות, שהן מבחני-המשנה של "המידתיות". מבחן-המשנה הראשון הוא "מבחן הקשר הרציונלי" או "מבחן ההתאמה", ועל-פיו נדרש שהאמצעי שנבחר אכן ישרת באורח ממשי את תכלית החוק הפוגע בזכויות האדם. מבחן-המשנה השני הוא "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה" או "מבחן הצורך": מבין האפשרויות הרציונליות שמבחן-המשנה הראשון מזהה, יש לבחור "אותה אפשרות, אשר בנסיבות הקונקרטיות, יש בכוחה להשיג את התכליות הראויות תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם".<sup>46</sup> מבחן-המשנה השלישי הוא "מבחן האמצעי המידתי" או "מבחן המידתיות במובן הצר", והוא בודק אם קיים מתאם סביר בין הנזק שהאמצעי הננקט מצליח למנוע או להקטין לבין עוצמת הפגיעה הנגרמת על-ידיו.

הניתוח שלהלן בוחן כל אחד מהטיעונים העיקריים של תומכי תוכניתה של "ישראל ביתנו".

### 3.1 הטענה כי זו התוכנית "הגורמת את המידה הפחותה של סבל"

טיעון מרכזי של "ישראל ביתנו" ותומכיה צפוי להתנסח כך: הצעתנו היא המידתית מבין האפשרויות העומדות על הפרק להשגת הסכם-קבע עם הפלסטינים – היא האמצעי הפחות בחומרתו. אנו מבקשים לחסוך את הנטל העצום הכרוך בעקירת קבוצת אזרחים א (המתנחלים) באמצעות מהלך שאין כרוכה בו עקירה פיזית של אזרחים מקבוצה אחרת ב (תושבי אזור ה"משולש"). ייסוריהם של האזרחים הערבים המועברים בחילופי השטחים קטנים מייסוריהם של האזרחים היהודים המתגוררים בהתנחלויות, שכן העול על הראשונים אינו כולל עקירה מבתיהם ומיישוביהם. טיעון זה אינו טיעון בטל, אך אין בכוחו לצלוח משוכות מוסריות וחוקתיות שקמות מולו.

אתחיל מהזווית המוסרית. באיזו מידה ניתן להשוות באמת בין תושבים ילידים לבין המתנחלים? את הראשונים, תושבי ה"משולש", כפו בהסכמי שביתת-הנשק של 1949 להיות "נכסים ניידים" בסכסוך, והעבירו אותם אז לשלטונה של ישראל. עתה, לאחר יותר משישים שנה, מבקשים לעשות זאת שוב – להפוך עליהם את חייהם בניגוד לרצונם. לעומת זאת, המתנחלים פנו בעיניים פקוחות לעשות פעולה שמעורבות המדינה בה הופכת אותה לבלתי-חוקית מבחינת המשפט הבין-לאומי,

<sup>45</sup> בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 665, 640 (השופט תאודור אור) (2002).

<sup>46</sup> פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 40, פס' 68 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ואפילו בית-המשפט העליון הצביע על תו ה"זמניות" המלווה אותה.<sup>47</sup> אילו התבקשנו להשיב על שאלת ההבחנה בין המתנחלים לבין תושבי ה"משולש" מנקודת-ראותו של המשפט הבין-לאומי, הייתה התשובה ברורה למדי: זכויותיהם של מתנחלים אינן שוות לזכויותיהם של אזרחים רגילים, קל וחומר בני קהילות ילידות, בעיקר משום שהתנחלות בשטח כבוש היא מעשה מדינתי בלתי-חוקי.<sup>48</sup> נקודה נוספת מזווית-הראייה הערכית: אם כדי לעשות הסדר המפסיק את האלימות, ואולי אף כזה המניב שלום בין העמים, חייבים לפגוע בחלק מהאזרחים, מוטב שהנפגעים יהיו אותם אזרחים שיש להם אחריות ישירה ליצירת מכשול משמעותי בפני אותו הסדר.

אולם הדיון במאמר מתמקד במשפט החוקתי הישראלי, ומבחינתו השלכותיה של העובדה שמקימי ההתנחלויות ומשמריהן היו מעורבים בפעולה שהיא בלתי-חוקית מבחינת המשפט הבין-לאומי הן נחרצות הרבה פחות. ככלות הכול, זהו משפט של אותה מדינה אשר עודדה את מעשה ההתנחלות וממשיכה לתמוך בו באורח מקיף. אכן, יש הבדלים של ממש בין עמדת המשפט הבין-לאומי לבין עמדת המשפט החוקתי הישראלי בשאלת זכויות המתנחלים.<sup>49</sup> לפיכך המשפט החוקתי מאלץ אותנו לבחון אם אין טעמים נוספים הפוסלים את הבחירה באזרחים הערבים ב"משולש" כנושאי מחיריה הכפויים של התוכנית. אכן, נקודת-ראות זו מגלה לפחות שתי בעיות רציניות הנלוות לטיעון כי זו התוכנית "הגורמת את המידה הפחותה של סבל".

ראשית, המשפט החוקתי מעודד אותנו להיות חשדניים כלפי טיעונים בדבר מאזן תועלת/נזק כאשר אלה מושמעים על-ידי מפלגה פוליטית לאומנית הבאה מקרבה של קהילת הרוב. החשד מתחדד כאשר נוקטים השוואה ל"תוכנית ההתנתקות" –

<sup>47</sup> בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד (לד) 1, 21 (1979): "התעוררה לפנינו שאלה נכבדה [...] כיצד ניתן להקים ישוב של קבע על אדמה אשר נתפסה רק לשם שמוש זמני? [...] נראתה לנו תשובת מר בך [פרקליט המדינה – ההערה שלי – א.ס.]: 'שהיישוב האזרחי יוכל להתקיים באותו מקום רק כל עוד מחזיק זה'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".

<sup>48</sup> ס' 49 לאמנת ז'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949, וכן חוות-דעתו של בית-הדין הבין-לאומי בהאג בנושא הגדר: Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion (No.131), 2004 ICJ 136 (July 9).

<sup>49</sup> בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005); וכן בג"ץ 7957/04 מרעאבה נ' ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477, 498, פס' 19 (2005): "מסקנתנו היא אפוא כי המפקד הצבאי מוסמך להקים גדר הפרדה באזור להגנה על חייהם ועל ביטחונם של המתיישבים הישראליים באזור. לעניין מסקנה זו אין זה רלוונטי כלל לבחון אם התיישבות זו היא בהתאם למשפט הבין-לאומי או שהיא בניגוד לו".

עקירת המתנחלים מרצועת עזה בשנת 2005. לתוכנית זו נלוותה תכלית של טובת הכלל: כלל אזרחיה של החברה הישראלית. הממשלה והרוב בכנסת הניחו כי עקירת ההתנחלויות ברצועת עזה וחזרה לגבול הבין-לאומי באותה זירה ישפרו את מצב היחסים עם העם הפלסטיני, ימתנו את שפיכות-הדמים ויטיבו את מצבה הבין-לאומי של ישראל. בדיעבד למדנו כי הנחות אלה היו שגויות, אולם טעות קשה זו – אשר ההסברים לה והחלופות לה שנויים במחלוקת – אינה גורעת מהיותה של תכלית ההתנתקות טובת הכלל. לעומת זאת, מצב הדברים בענייננו שונה בתכלית. התו הבולט ביותר של תוכנית חילופי השטחים הוא התו המפלה שלה: בחירה בכך שאת עיקר מחיר מעשיה של ישראל בשטחים ואת עיקר מחיר הפשרה עם העם הפלסטיני לא תשלם כלל החברה הישראלית יחד עם המתנחלים עצמם, אלא דווקא בני קהילת המיעוט.

אם להרחיב כאן מעט: אילו היה המצב הפוך, והפלסטינים הם שהיו דורשים את האיחוד הזה עם חלק מעמם החי בישראל כתנאי לשלום עם ישראל, אזי יכלו אולי יוזמי ההצעה לדבר בשמה של "טובת הכלל"; או אילו דובר בהעדפה של העברת אזור של ישראל שהוא דליל-אוכלוסין על העברת אזור אחר של ישראל שהוא צפוף-אוכלוסין, שוב היה אפשר לחשוב על ההחלטה כעל החלטה שהייתה מתקבלת אילו היינו מאחורי "מסך בערות". אלא שמצב הדברים כאן שונה בתכלית: ברור לחלוטין מדוע נבחרו דווקא היישובים הללו להעברה – על-אף התנגדות תושביהם – ונקודה זו חושפת את אופייה של הבחירה.

שנית, השוואת העול והייסורים שייגרמו למתנחלים הנעקרים לעומת אלה שייגרמו לאזרחים המועברים על שטחם היא רבת-משתנים, אך דומה שהיא מניבה תשובה שונה מאוד מזו של תומכי התוכנית. אקט אחד הוא עקירה של אזרחי המדינה מבתיים וממקום יישובם שמחוץ לגבולות המדינה אל תוכה (ההתנתקות); אקט אחר, זה המוצע, הוא הוצאת אזרחים (על בתיים וחלק משטחם) והעברתם אל מחוץ למדינה, אל ריבונות אחרת. התשובה המתבקשת יותר ל"השוואת המחירים" היא שבעבור רובנו הצבת חיץ של גבול (בוודאי גבול לא-יציב) בינינו לבין ילדינו, הורינו, אחינו, חברינו, עבודתנו, וככלל בינינו לבין החברה שאנחנו חלק ממנה כל חינו, היא נטל כבד יותר מעקירה מבית ומיישוב, בוודאי כאשר לעקירה זו מתלווה פיצוי חומרי. עקירת המתנחלים – על כל הכאב הרב שאכן כרוך בה – מותירה אותם בתוך החברה שבה מתנהל מכלול חייהם ואשר אליה הם קשורים בעבותות חברתיות, משפחתיות, כלכליות, פוליטיות, לאומיות ותרבותיות.<sup>50</sup> לא כך האזרחים הערבים-פלסטינים

<sup>50</sup> זו גם עמדתה של יעל רונן, העוסקת בשאלת זכותם של המתנחלים – מכוח המשפט הבין-לאומי – להישאר בטריטוריה שבה התנחלו גם משזו תעבור לריבונות/לשליטה של העם היליד. יעל רונן "המשפט הבין-לאומי ושאלת זכותם של מתנחלים להישאר בשטח לאחר העברת השליטה בו: מתנחלים בגדה המערבית, בצפון קפריסין ובמדינות הבלטיות" **משפט וממשל** יג (2010).



באזור ה"משולש", אשר התוכנית מבקשת להחליפם: קשריהם עם חלקי עם בגדה המערבית אכן רבי-חשיבות, אך משקלם פחות מאותן מרכזיות המעצבות את חייהם בהווה, הנקשרות ביתר חלקיו של המיעוט הערבי-פלסטיני ובחברה הישראלית בכללותה.

### 3.2 הטענה כי זו התוכנית "המבטיחה ביטחון ויציבות"

"ישראל ביתנו" מנסה לנתב את עצמה אל התכלית של "טובת הכלל" בדרך נוספת. טיעונה, בלשון משפטית, גורס כי רק תוכניתה ממלאת אחר המבחן הראשון של המידתיות – מבחן הקשר הרציונלי או מבחן ההתאמה – שכן רק היא תבטיח את השגת התכלית של "הסדר יציב" עם הפלסטינים. כך כותבת "ישראל ביתנו" במצעה: "ברמה התיאורטית חייב ההסדר להיות סימטרי ולהבטיח יציבות לטווח הארוך, בניגוד לכזה שרק ינציח את הסכסוך, שסיבתו היא, בין היתר, חיכוך בין שני העמים. בכל מקום בעולם בו חיים זה לצד זה שני עמים, המאמינים בשתי דתות שונות, ומדברים שתי שפות שונות, קיימים קונפליקטים. מאזור הקווקז ברוסיה, דרך הבלקנים, מבלגיה ועד קנדה. בשל כך, כל פתרון חייב לכלול הפרדה מקסימאלית בין שני העמים."<sup>51</sup>

קו המחשבה שלפיו יציבות בין-קהילתית מותנית בהומוגניות אתנית הוא קו מחשבה בעייתי מאוד. ראשית, הוא שדחף אך לאחרונה את עמי הבלקן למסעות נוראיים של "טיהור אתני", שתולדתם בבוסניה לבדה הייתה יותר ממאה אלף הרוגים ו-1.8 מיליון פליטים ועקורים.<sup>52</sup> שנית, הומוגניות ו"הפרדה מקסימאלית" אינן מציאותיות בחברה הישראלית, בין אם תוגשם התוכנית בין אם לאו, שהרי הצעתו של חבר-הכנסת ליברמן נוגעת במאה אלף אזרחים ערבים בקירוב, ומקוממת על ישראל גם אותם וגם מיליון אזרחים אחרים אשר ייוותרו כאן לאחר יישום התוכנית אם תיושם. שלישית, האומנם "הפרדה מקסימאלית" היא הלקח שמלמדות אותנו דמוקרטיות שסועות שהצליחו ומצליחות לשמור על יציבותן? כל הדוגמות הבאות הן של סכסוכים שנפתרו או התמתנו מבלי שרעיון החלפת האוכלוסין או החלפת שטחים מאוכלסים הועלה בהם כלל במידה של רצינות: קנדה;<sup>53</sup> ספרד, שם

<sup>51</sup> הדברים מופיעים במצע המפלגה המעודכן לחודש ינואר 2009, ומתפרסמים באתר "ישראל ביתנו" תחת הכותרת "חילופי שטחים ואוכלוסיות". ניתן לצפייה בכתובת: [www.beytenu.org.il/85/2627/article.html](http://www.beytenu.org.il/85/2627/article.html)

<sup>52</sup> Ewa Tabeau & Jakub Bijak, *War-related Deaths in the 1992–1995 Armed Conflicts in Bosnia and Herzegovina: A Critique of Previous Estimates and Recent Results*, 21(2–3) EUR. J. POPULATION 187 (2005).

<sup>53</sup> ראו, בין היתר, אילן סבן וסקוט סטריינר "על שני סוגים של 'ייצוג הולם': מסגרת תיאורטית, הדוגמה הקנדית והשוואה ראשונית לישראל" *עבודה, חברה ומשפט* יא 247 (2005); Stephane

האוטונומיה הטריטוריאלית הנוכחית מונעת סכסוך חריף בקטלוגיה וממתנת גם סכסוך חריף בין ספרד והבסקים;<sup>54</sup> דרום-אפריקה, שם החוקה החדשה מתמודדת עם הגיוון הגזעי, האתני והלשוני הגדול בתוכה;<sup>55</sup> וצפון אירלנד, שם יושב הסכסוך במידה רבה על-ידי הסכם בלפסט משנת 1998.<sup>56</sup> רביעית, הטענה כי התוכנית היא האמצעי הרציונלי להשגת הסדר יציב עם הפלסטינים נתקלת גם היא באותה התנגדות פלסטינית, שעליה עמדנו לעיל, לכל הסדר הכופה מחיר מיוחד על בני המיעוט הערבי-פלסטיני.<sup>57</sup>

אם לסכם בקצרה את הקושי שמעורר טיעון זה לתמיכה בתוכנית, הוא כושל הן במישור מבחן-המשנה הראשון של המידתיות – יכולתו לתרום באופן ממשי להשגתה של תכלית ראויה, ובענייננו הסדר עם הפלסטינים – והן במישור מבחן-המשנה השני, של האמצעי הפחות בחומרתו, שכן השגת הסדר עם הפלסטינים תלויה דווקא בהליכה בדרך שתרחק מהכפייה ומשחיקת האזרחות המוצעות בתוכנית. הדוגמות ההשוואתיות הנזכרות לעיל מחזקות נקודה זו.

בעיה חוקתית נוספת הטמונה בתוכניתה של "ישראל ביתנו" נוגעת בשאלה אם היא מכוונת באמת ל"תכלית ראויה". מייד אעסוק בתכלית הדמוגרפית, אולם בשיח הגלוי ואפילו הרשמי של "ישראל ביתנו" נחשפת תכלית נוספת בעייתית מאוד. שיח זה מבחיר שהיא תופסת את האזרחים הערבים כ"מיעוט לא נאמן", ושהיא

---

Dion, *Explaining Quebec Nationalism*, in *THE COLLAPSE OF CANADA?* 78 (R. Kent Weaver ed., 1992); KENNETH MCROBERTS, *QUEBEC: SOCIAL CHANGE AND POLITICAL CRISIS* 434 (1993)

ראו, בין היתר: Luis Moreno, *Ethnoterritorial Concurrence: The Spanish Comunidades Autonomas*, in *MULTINATIONAL DEMOCRACIES* 201 (Alain-G. Gagnon & James Tully eds., 2001); ARANGO E. RAMON, *SPAIN: DEMOCRACY REGAINED* 179–180 (1995)

ראו רן גרינשטיין "על אזרחות ואינטגרציה פוליטית: האם נוכל להפיק לקחים מעלייתו ונפילתו של משטר האפרטהייד?" **משפט וממשל** י 117 (2006). ראו גם: ADAM HERIBERT & KOGILA MOODLEY, *SEEKING MANDELA: PEACEMAKING BETWEEN ISRAELIS AND PALESTINIANS* (2005); Courtney Jung, Ellen Lust-Okar & Ian Shapiro, *Problems and Prospects for Democratic Settlements: South Africa as a Model for the Middle East and Northern Ireland?* 33 *POL. & SOC.* 277 (2005)

ראו, בין היתר: Colm Campbell & Fionnuala Ni Aolain, *Overview: Local Meets Global: Transitional Justice in Northern Ireland*, 26 *FORDHAM INT'L L.J.* 871–892 (2003); Colm Campbell, Fionnuala Ni Aolain & Colin Harvey, *The Frontiers of Legal Analysis: Reframing the Transition in Northern Ireland*, 66 *MODERN L. REV.* 317–345 (2003); Geoff Gilbert, *The Northern Ireland Peace Agreement, Minority Rights and Self-Determination*, 47 *INT'L & COMP. L.Q.* 943, 946, 950 (1998); Brian Thompson, *Transcending Territory: Towards an Agreed Northern Ireland?* 6 *INT'L J. MINORITY & GROUP RTS.* 235, 255–259 (1999)

ראו את המקורות בה"ש 4 לעיל.

מניחה כי על בסיס זה מותר לה להענישם, קרי, לפגוע בזכויות-יסוד שלהם ולכפות עליהם את שאין הם בוחרים בו – העברתם לריבונות פלסטינית. אלא שכפי שנונתה לעיל, בעת הדיון בסוגיית שבועת הנאמנות, מדינה אינה יכולה לפגוע בזכויות-היסוד של אזרחיה על-סמך אי-נאמנותם לאופי הלאומי שקהילת הרוב מבקשת להעניק למדינה (כפי שאין היא יכולה לעשות אפילו על-סמך אי-נאמנותם לאופייה הדמוקרטי, כמו במקרה של האזרחים החרדים או של חלק מהאזרחים הערבים השואפים למדינת שריעה); "עקרון הנזק" צריך להתגבש כתנאי להגבלת הזכויות.

### 3.3 הטיעון הדמוגרפי במשולב עם הטענה לזכות ההגדרה העצמית היהודית בישראל

יוזמי התוכנית חותרים לחיזוק הרוב היהודי באמצעות סילוק חלק מהאזרחים הערבים, על יישוביהם, אל מעבר לגבול. אזרחים אלה אמורים להיגרע מציבור בעלי זכות הבחירה באמצעות התניית הזכות לבחור לכנסת בשבועת אמונים למדינה היהודית או באמצעות הוצאתם מפנקס הבוחרים משהפסיקו להיות תושביה. יתר על כן, ומכל מקום, ילדי הקבוצה המועברת אל מעבר לגבול, אלה שייוולדו בצידו האחר של הגבול, יאבדו את הזכות להוריש לילדיהם שלהם את האזרחות הישראלית.<sup>58</sup> הנחנו לצורך הדיון כי הצעתה של "ישראל ביתנו" להתניית האזרחות בשבועת נאמנות אינה עומדת עוד על הפרק. אלא שהמציאות הישראלית מראה כי הצעת ההתניה חיה וקיימת, ואף מגייסת לה אהדה בציבוריות הישראלית. הבה נשוב אליה לפיכך בתת-פרק זה. האם ניתן למצוא לה צידוק? האם בכוחה לגבור על משוכות חוקתיות המגוננות על זכויותיהם של האזרחים הערבים?

הדיון עד לנקודה זו הראה כי אי-נאמנות או חתירה לשינוי אופייה של המדינה (להבדיל משימוש באלימות לשם השגת השינוי) אינן כשלעצמן הצדקה לפגיעה באזרחים, קל וחומר לשלילת אזרחותם. הדיון הראה גם כי תומכי התוכנית יתקשו עד-מאוד להראות כי היא גורמת מידה פחותה של סכל או מבטיחה יתר יציבות בהשוואה לחלופותיה. עוד גילינו כי לא "טובת הכלל" – כלל אזרחי ישראל – מנחה את התוכנית, אלא תכלית אתנוצנטרית של הקלת משאה של קהילת הרוב על-חשבונה של קהילת המיעוט. אשר על-כן מתחדדת השאלה כיצד ניתן להצדיק מבחינה מוסרית וחוקתית את תוכניתה של "ישראל ביתנו". אחד הנסיגות הנוספים

<sup>58</sup> ילדו של הורה ישראלי אינו זכאי לאזרחות ישראלית אם ההורה נולד מחוץ לישראל ואינו תושב ישראל (אלא אם כן הוא זכאי לאזרחות מתוקף היותו יהודי או בן משפחתו של יהודי, כקבוע בחוק השבות). ראו ס' 4 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, וכן אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** ב 1103 (מהדורה שישיית, 2005).

להצביע על צידוק כזה מתאמץ להיאחז בזכות להגדרה עצמית בישראל של העם היהודי כהצדקה לשיקולים דמוגרפיים וכהצדקה להפעלתם של שיקולים אלה כלפי אזרחי המדינה בדרך של ויתור המדינה על חבלי ארץ מסוימים ובתוך כך על אזרחיהם-תושביהם.<sup>59</sup> אני נוטה להשתכנע מטיעוניו של יובל שני לכך שהמשפט הבין-לאומי המודרני אינו מפרש ולא יפרש את הזכות להגדרה עצמית כמקנה אפשרות למהלך כזה.<sup>60</sup> יתר על כן, הצידוק מכוח הזכות להגדרה עצמית יתקשה ממילא לשאת משקל גדול בהינתן שהיחסים הדמוגרפיים לא השתנו בצורה דרמטית לרעת קהילת הרוב היהודית, עד כדי סכנה לאובדן הרוב המספרי בישראל.<sup>61</sup>

כך או כך, למשפט החוקתי הישראלי יש תשובה, והיא שלילית והחלטית, ביחס ללגיטימיות של התכלית הדמוגרפית בכל הנוגע בצעדי הגבלה המופעלים ביחסים בין המדינה לבין אזרחיה. בית-המשפט העליון קבע כי מדינת-ישראל אינה מחויבת אומנם לתכלית של שוויון למיעוט הלאומי הערבי בתחום הזכויות הקיבוציות, אך היא מבטיחה לו "שוויון זכויות גמור" בתחום זכויות הפרט. ראו את אשר נאמר בפרשת **קעדאן**: "אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות, התש"ו-1950). אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדן, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים."<sup>62</sup> פירוש הדבר הוא כי התכלית הדמוגרפית אפשרית מבחינה משפטית במישור "מכסות ההגירה", קרי, במישור המדיניות כלפי זרים המבקשים להגר לישראל, אך היא פסולה ביחסים בין המדינה לבין אזרחיה בכל הנוגע בזכויות-יסוד שלהם.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> טיעון זה מפותח בכתיבתו של וטרס: Waters, *The Blessing of Departure*, לעיל ה"ש 17;

Waters, *A Different Departure: A Reply*, לעיל ה"ש 17.

<sup>60</sup> ראו את תשובתו של שני לוטרס: Shany, לעיל ה"ש 17.

<sup>61</sup> אני מטפל כאן בטיעון חשוב נוסף, שלפיו הזכות להגדרה עצמית יכולה להתממש גם בדרך של הגדרה עצמית תת-מדינתית – דוגמת זו המתגבשת לכל קהילה לאומית במדינה הדו-לאומית. טיעון זה מפותח על-ידי חיים גנז **מריכרד ואגנר עד זכות השיבה – ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות** פרק 5 (2006). הגדרה עצמית זו, ואולי גם צורות אחרות של הגדרה עצמית, אינן מותנות בקיומו של רוב מספרי לקהילה נבחנת. טיעון נוסף שלא יטופל כאן נוגע ביחסיותה, להבדיל ממוחלטותה, של הזכות להגדרה עצמית. ראו, בין היתר: Hurst Hannum, *Rethinking Self-Determination*, 34 VA. J. INT'L L. 1 (1993).

<sup>62</sup> בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 264 (2000).

<sup>63</sup> להצגה נרחבת יותר של טיעון זה ראו גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" **משפט וממשל** ח 643, 679-684 (2005). כן ראו גילה שטופלר "מדיניותה הדמוגרפית של ישראל בתחום הילודה וזכויות נשים ומיעוטים" **משפט וממשל** יא 473, 507-516 (2008).

### 3.4 הטיעון של "מניעת מלחמת-אזרחים פנימית ישראלית-יהודית"

אני מגיע לטיעון האפשרי האחרון (האחרון שאני יכול לאתר) שבאמצעותו תומכי התוכנית עשויים לבקש להצדיקה ולמצוא לה תוקף חוקתי. צידוק זה הוא הרצון להימנע ממלחמת-אזרחים פנים-קהילתית בין יהודים בישראל.

במישור הסוציולוגי החשש מפני מלחמת-אזרחים פנים-יהודית-ישראלית, זו הקרויה מלחמת-אחים, הוא גורם מסביר בעל עוצמה. קשה לדעתי להבין את הפוליטיקה הישראלית-יהודית ואת התנהלותה של ישראל במשא-ומתן המדיני בלעדיו. אולם מה כוחו במישור הערכי ובמישור החוקתי?

ראשית, ההערכה הסוציולוגית, שיש לה גם משמעות נורמטיבית, היא שהחשש מפני מלחמת-אחים יהודית אינו "חשש מוזמן" או התרחשות דמיונית; ההסתברות להתממשות של חשש זה אינה נמוכה. הטעמים לכך מגוונים ומצטברים. עקירתם של עשרות אלפי מתנחלים לא תדמה לעקירתם של 8,000 המתנחלים מחבל עזה. הלהט הדתי הנלווה לאחיזה באזורים שהם ערש הדת והלאום היהודיים (ירושלים, יהודה ושומרון) שונה לחלוטין מזה הנלווה לאחיזה בשערי עזה. יתר על כן, וחשוב עד-מאוד, האמונה כי הסכסוך אכן יסתיים עם תום הכיבוש של 1967 – קרי, עם הנסיגה והעקירה של רוב המתנחלים – הינה קטנה למדי, משום שבעם הפלסטיני קיימים כוחות משמעותיים השוללים את זכות קיומה של ישראל כמדינה ריבונית, ובוודאי את זכות קיומה כמדינה "יהודית ודמוקרטית", ואלה ימשיכו להיאבק נגדה עד להפיכתה למדינה דו-לאומית בגבולות הקו הירוק או בגבולות פלסטין המנדטורית או עד להפיכתה למדינת שריעה, וימשיכו להיאבק למימושה של זכות השיבה של הפליטים. לפיכך פעולה של נסיגה ועקירת מתנחלים משטחי הגדה המערבית תהיה שנויה במחלוקת הרבה יותר מאשר בעת ההתנתקות מרצועת עזה או בעת העקירה מסיני בראשית שנות השמונים של המאה הקודמת.

כל מלחמת-אזרחים היא עניין מבהיל וכבד-משקל עד-מאוד, שיש לעשות מאמץ גדול להימנע ממנו. עם זאת, תפיסה ליברלית-הומניסטית אינה יכולה להסכים לכך שהחשש ממלחמה כזו ינציח את המשך הכיבוש, השעבוד והנישול של עם אחר. מחיר זה פשוט כבד מדי, והוא משולם כבר שני דורות יותר מדי. אלא שיבואו תומכיה של התוכנית ויאמרו כי אין הם באים להמשיך את הכיבוש, אלא דווקא לסיימו, ושהם תרים אחר דרך שבה הסבל והסכנה קטנים יותר, ולכן מציעים אפשרות שאינה כרוכה במלחמת-אזרחים פנים-יהודית. זו טענה שובת-לב, אלא שהיא כושלת בשתי נקודות עיקריות, אשר מצויות מבחינה משפטית במישורה של המידתיות.

ראשית, אם המטרה היא להשיג קסדר שלום עם הפלסטינים, אזי כיצד התוכנית מתיישבת עם התנגדותם של הפלסטינים לכפיית "חילופי האוכלוסין" על הפלסטינים אזרחי ישראל שב"משולש"?

שנית, אם התכלית היא להקטין ככל האפשר את שיעור האלימות הצפויה, אזי כיצד התוכנית עונה על כל הנזקים והסיכונים שנמנו לעיל (בפרק ב')? מה תשובתה לשינוי שהיא תגרור בזהותם הפוליטית ובהתנהגותם הפוליטית של האזרחים תושבי ה"משולש"; למטרות העצומה שהיא תעורר בקרב קהילת המיעוט הערבי-פלסטיני כולה, עד כדי חשש כבד לשיברון אלים של היחסים הבין-קהילתיים בישראל; ולהשלכות שיהיו לשיברון אלים זה על ישימותו של פתרון "שתי המדינות"? מה יקרה כאשר החלוקה לאורכו של הקו הירוק לא תתאפשר עוד, ופלסטינים אזרחי ישראל יצטרפו לסכסוך-הדמים הישראלי-פלסטיני, הישראלי-ערבי והישראלי-איסלמיסטי? יש (בצד הישראלי-יהודי) מי שכנראה אינו פוחד מכך או סבור כי מחיר זה קטן מהמחירים של הנתים או הנתים החלופיים; יש (בצד הפלסטיני) מי שאולי אינו נבהל מכך, משום שתמונת ההשלכות שהוא רואה בעיני רוחו היא זו של דרום-אפריקה של ראשית שנות התשעים של המאה הקודמת – מה שקרוי "הנס הדרום-אפריקאי"; ויש אחרים, ביניהם אני, שמתקשים להניח התרחשותם של ניסים, ושתמונת ההתרחשויות שהם חוזים בעת שיברון אלים של היחסים גם אל מול המיעוט הערבי, ובעת התפוגגותה של אפשרות החלוקה של הארץ בין שני העמים, היא דווקא תמונת ההתרחשויות הבלקניות של אותן שנים. תמונה זו צריכה להביע כל אדם.<sup>64</sup>

במילים אחרות, ובלשון משפטית, הטיעון המבקש לתמוך בתוכניתה של "ישראל ביתנו" בשל הרצון להימנע ממלחמת-אזרחים פנים-יהודית חוטא לדרישת המידתיות מכיוונם של כלל מבחני-המשנה שלה: הוא אינו משכנע שהתוכנית תוביל להסדר ישראלי-פלסטיני, שכן הצד הפלסטיני מתנגד לה; הוא אינו משכנע שהתוכנית היא החלופה הפחותה בחומרתה לנוכח ההשלכות הקשות כל-כך הצפויות ממנה, ולנוכח העובדה שחלופה אחרת אכן קיימת – פינוי כלל המתנחלים או רובם; ומן הטעמים שהוזכרו לעיל ניתן גם לגרוס בסבירות רבה כי הנזק הטמון בתוכנית גדול בהרבה מן התועלת שבצידה.

אנו פוגשים כאן – כפי שפגשנו בטיעון הראשון לעיל, אשר ביקש להצדיק את התוכנית בטענה שהיא נושאת את "הנזק הקטן יותר" (בשל ההבדל בין עקירה מבית לבין אי-עקירה מבית) – מצב שבו מקבלי ההחלטות עלולים לחטוא בהטיה אתנוצנטרית. בהיותם יהודים, הם עלולים לייחס כאב רב יותר ולצפות סכנה גדולה וקרובה יותר כאשר הנפגעים קרובים לליבם. כאבם של מתנחלים עקורים יתפס כדואב יותר מכאבם של אזרחים ערבים מועברים, גם אם "מאחורי מסך בערות" הערכת הכאב ו/או שאלות של הוגנות מגבשות תמונת שונה של כאב וצדק. באופן דומה, האפשרות לשיברון אלים של היחסים עם האזרחים ערבים צפויה להיתפס

<sup>64</sup> סבן "הפיתוי הקודר של האופציה הדרו-לאומית", לעיל ה"ש 37.

כדואבת פחות, כמסוכנת פחות וכ"טבעית" יותר מאשר הסכנה למלחמת-אחים. יש לקוות כי תובן הסכנה הטמונה בהטיה אתנוצנטרית כזו בנסיבות הנפיצות והקשות שלנו. תהליך הניתוח החוקתי, עם דרישת השוויון בין אזרחים המופנמת בו, אמור לסייע לנו למתן כשלים של קוצר-ראייה ומלכודות של ראייה פרייגית. הבה נקווה שכך יקרה, והבה נקווה עוד יותר שלא יהיה צורך באותו תהליך של ניתוח וביקורת חוקתיים, ושהפוליטיקה הישראלית תצליח למצוא בה די כוחות פנימיים לגדוע את התוכנית.

#### ד. ירושלים המזרחית והכפר רג'ר בגבול לבנון—סוריה—ישראל

יקשו המקשים: מדוע יש נטייה להסכים לשינוי הגבולות בירושלים ולהפסקת תושבותם הישראלית של תושביה הפלסטינים של מזרח העיר, ואילו ביחס לאזרחי ישראל הערבים שב"משולש" מושמעת התנגדות חריפה?

תשובה אחת קשורה להבדל במישור הסכמתם של המועברים. מדובר במשתנה בעל משמעות מוסרית ומשפטית גדולה, ומשמעות שמתעצמת עד-מאוד כאשר מדובר בהעברת אזרחים לריבונות אחרת. והנה דומה כי תושביה הפלסטינים של ירושלים המזרחית מעדיפים ברובם את "סיפוחם" למדינה פלסטינית ריבונית.<sup>65</sup> רוב זכויות-היסוד אשר נפגעות-בכוח ממהלך ההעברה של התושב הפלסטיני של ירושלים המזרחית הן זכויות שהסכמה ממתנת ולעיתים מעקרת את מימד הפגיעה בהן. השלכה נוספת הנלווית לכך היא ששינוי מתווה הגבול בירושלים המזרחית צפוי דווקא להשפיע לטובה גם על היחסים אל מול תושביה הערבים של ירושלים וגם על היחסים הבין-קהילתיים בתוך ישראל, שכן הוא עונה על רצונם של תושבי ירושלים המזרחית ועל רצונם של אזרחיה הערבים של ישראל, בעוד שינוי מתווה הגבול באזור ה"משולש" צופן בוודאות ערעור חריף של היחסים הבין-קהילתיים בין יהודים וערבים בישראל. תשובה שנייה נוגעת בסיכויי ההסדר עם הפלסטינים ללא מהלך כזה. סיפוח ירושלים המזרחית לפלסטין (משמע, ביטול הסיפוח הישראלי של החלק המזרחי של ירושלים) הוא תנאי החלטי של הצד הפלסטיני. נקודה זו, כמוסבר לעיל, עשויה לגבש "טובת כלל" המצדיקה את המהלך.

<sup>65</sup> אומנם, נכון להיום תושבי ירושלים המזרחית מקפידים לשמור על תושבותם הישראלית, הן משום שתושבות זו היא תנאי להמשך מגוריהם בעיר והן משום ההטבות הכלכליות והתעסוקתיות הנלוות לתושבות זו, חופש התנועה הגדול יותר הנלווה אליה וכדומה. עם זאת, אין להתבלבל בין התנהגותם בהווה לבין שאלת הסכמתם הצפויה לסיפוח המשפטי למדינה הפלסטינית. זאת, משום שמצב הדברים בהווה מגלה את העדפותיהם של הפלסטינים בירושלים כאנשים תחת כיבוש, ונוח להם ככאלה להתמיד בעירם ולהתמיד בתושבותם הישראלית. לעומת זאת, כאשר יוכלו להיות אזרחים חופשיים במדינה פלסטינית חופשית, וזאת מבלי שהדבר יפגע בהמשך מגוריהם בביתם ובעירם ירושלים, הסכמתם להתרחשות זו צפויה להיות גבוהה מאוד.

יש לשים לב לנקודה שלישית – הדברים שיאבדו תושביה הפלסטינים של ירושלים בעקבות הזזת הגבול הם פחותי-משקל בהשוואה למשא שיוטל על הערבים אזרחי ישראל שיועברו אל מעבר לגבול: (א) הפלסטינים בירושלים המזרחית הם תושביה – להבדיל מאזרחיה – של ישראל; הזכות לבחור ולהיבחר למוסדות השלטון הישראליים מלכתחילה לא הוענקה להם. משום כך שינוי תוואי הגבול צפוי דווקא לשפר את זכויותיהם הפוליטיות, ולא לגרוע מהן. (ב) המחיר בכל הנוגע בקשריהם המשפחתיים, הקהילתיים והתרבותיים הוא כמעט הפוך באופיו מזה של אזרחי ה"משולש", שכן מאז ומעולם הם ניהלו את עיקר יחסי-הגומלין עם העם הפלסטיני שבשטחים, ולא עם קהילת המיעוט הערבי-פלסטיני בתוך ישראל. לפיכך משמעותה של הזזת הגבול לגביהם הפוכה בהקשרים אלה, למעט בתחום החשוב של התעסוקה.<sup>66</sup>

עדיין מתעוררת שאלה ממשית ביחס לאותם תושבים פלסטינים של ירושלים המזרחית שאינם אזרחי ישראל ואשר מסיבות כאלה ואחרות אינם מסכימים להעברתם (עם בתייהם וקהילתם המקומית) לפלסטין. היש צידוק מספיק לכפות זאת עליהם? הדיון לעיל מגלה כי היקף הזכויות הנפגעות קטן יותר, ואולי כך גם עומק הפגיעה בחלק מהזכויות הנפגעות. עם זאת, מתעורר עדיין הצורך בהפעלת פסקת ההגבלה ביחס לאותם מעטים מתנגדים. מטעמי היקף לא אנהל ניתוח כזה כאן. ניתן להניח כי תתעורר השאלה – שאיני יכול לאמוד בשלב זה את עוצמתה המשפטית – אם אין זו חובתה של ישראל לאפשר לאותם תושבים מעטים שיבכרו זאת לעקור מבתייהם ומירושלים המזרחית כדי להיוותר בישראל.

לאחרונה התחדשו דברים בעניינו של הכפר רג'ר. ישראל כבשה את הכפר בשנת 1967, כאשר כבשה את רמת-הגולן, והיא סיפחה אותו בשנת 1981 במסגרת החלת המשפט, השיפוט והמנהל שלה על רמת-הגולן (חוק רמת הגולן, התשמ"ב–1981). והנה האו"ם גורס כי הכפר רג'ר בהתפרשותו המרחבית הנוכחית נחצה על-ידי הגבול שבין לבנון וסוריה, וכי חלקו הצפוני הוא שטח לבנוני. על-פי החלטות האו"ם 425 ו-1701, ישראל אמורה לסגת מחלקו הצפוני של הכפר.

ההתפתחויות מן העת הזו הן שישראל, בעצת שר החוץ ליברמן, תיסוג כנראה מהחלק הצפוני של הכפר ותעבירו בחודשים הקרובים במלואו לשליטת יוניפי"ל. על-פי דיווחי העיתונות, במסגרת ההסדר המסתמן לא תשתנה בשלב זה מציאות החיים בכפר, לא ייקרעו שני חלקיו, ותושביו אמורים להמשיך לשאת תעודות-זהות ישראליות ולקבל שירותים מוניציפליים ושירותי בריאות וחינוך מהמדינה. אלא שקשה להניח בביטחון שכך אכן יקרה, וכבר עתה מושמעות טענות קשות של

<sup>66</sup> נזכור במקביל כי הנכונות להפסקת תושבותם הישראלית של תושביה הפלסטינים של ירושלים המזרחית אין פירושה כלל הסכמה לשלילת הזכויות הכלכליות שהם צברו במהלך השנים, כולל הזכויות שהם צברו במסגרת ההפרשות למוסד לביטוח לאומי. Lein, לעיל ה"ש 43.



התושבים נגד המדינה על מצב הדברים הנוכחי, עוד לפני בוא השינוי. מכל מקום, עתידם של תושבי הכפר (ובעיקר של תושבי חלקו הצפוני) לוט בערפל.<sup>67</sup> לעניין הסוגיות החוקתיות שבהן עסקינו, מצבו של הכפר רג'ר סבוך. רג'ר שונה מירושלים המזרחית בתווים לא-מעטים. תווי שוני אלה פועלים מבחינה ערכית ומשפטית בכיוונים נוגדים בצורה חלקית. (א) בכל הנוגע בשאלת "הסכמתם" של המועברים להעברתם, בכפר רג'ר, בניגוד לירושלים המזרחית, אין הסכמה של תושבי החלק הצפוני של הכפר להעברתם על שטחם ללבנון. (ב) קיים שוני בין ירושלים לרג'ר בכל הנוגע במעמד האזרחי של התושבים המועברים, שכן תושבי רג'ר הם אזרחי ישראל, ולא רק תושביה. (ג) קיים הבדל בכל הנוגע במקום שבו "מירב זיקותיהם" של המועברים נטועות, וכן בנוגע לעוצמת הפגיעה הצפויה במרקם חייהם, שכן תושבי רג'ר, בניגוד לרוב תושבי הדרוזים של רמת-הגולן ובניגוד לתושבי ירושלים המזרחית, בחרו באזרחות הישראלית עם סיפוחם. תווים אלה אכן מציבים משוכות לאפשרות התנתקותה של ישראל מתושבי החלק הצפוני של הכפר. עם זאת, קיימות שתי נקודות אחרות שפועלות בכיוון ההפוך. ראשית, על-פי דיווחים עיתונאיים, לפחות חלק מהבתים בחלקו הצפוני-הלבנוני של הכפר נבנו בשנים האחרונות, משמע, לאחר שחלק זה הוכר כחדות כלבנוני בעת נסיגת ישראל מלבנון בשנת 2000. מכל מקום, על-פי החלטות האו"ם, ההתנתקות מהחלק הצפוני של הכפר היא החזרת שטח ללבנון, להבדיל מהעברת שטח אליה. מצב דברים זה שונה במובהק מהחלטה להעביר את שטח המשולש, והוא דומה לעמדה הבינלאומית ביחס לירושלים המזרחית הרואה בהתנתקות ישראל ממנה מקרה של החזרה להבדיל מהעברה. שנית, קיימת נקודת דמיון נוספת בין המקרה של רג'ר לבין זה של ירושלים המזרחית, והיא שבשני המקרים המניע להעברתם האפשרית של התושבים על שטחם הוא "טובת הכלל", ולא "נוחות הבחירה" במי ש"אינם אנחנו" כמשלמי המחיר. החלטות האו"ם והסכסוך בין ישראל ללבנון ובין ישראל לסוריה הם הדוחקים

<sup>67</sup> ראו את כתב-העתירה בעתירה שהוגשה לפני שנים אחדות ונמחקה בשנת 2007: בג"ץ 3149/03 המועצה המקומית רג'ר נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם 10.10.2007). ראו גם את פסק-דינו הקצר של השופט יצחק עמית, הדוחה בקשה לסעד הצהרתי בעניין זה: ה"פ (מחוזי חי') 54/03 דרויש נ' מדינת ישראל ומינהל מקרעי ישראל (לא פורסם, 3.11.2005). להתפתחויות המדיניות שאירעו לאחרונה ראו: ברק רביד "תוכנית: מאות חיילי יוניפי"ל יוצבו ברג'ר" **הארץ** 4.5.2009. ניתן לצפייה בכתובת: [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1082879.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1082879.html); אלי אשכנזי "חיים על הגבול: תושבי רג'ר מרגישים שהם לא שייכים לאף אחד" **הארץ** 4.5.2009. ניתן לצפייה בכתובת: [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1082837.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1082837.html). לאחרונה הושמעו בעיתונות קוויה המתגבשים של תוכנית אחרת, תוכניתו של משרד החוץ, שלפיה בשל נקודות תורפה בטחוניות דווקא יחולק הכפר פיזית באמצעות גדר גבול, ותושבי חלקו הצפוני, הלבנוני, יוזמנו לעקור לחלקו שבהחזקת ישראל. ברק רביד "ליברמן מציע: גדר תחצה את רג'ר, חלקו הצפוני יהפוך ללבנוני" **הארץ** 5.8.2009. ניתן לצפייה בכתובת: [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1105391.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1105391.html). שר החוץ ליברמן הכחיש, עם זאת, כי תוכנית כזו כבר התגבשה.

להתנתקות זו, שכן מדובר כאמור בהחזרת שטח (להבדיל מהעברת שטח) לריבונותה המקורית של לבנון. עקב ההחלטות הללו ועקב סכסוכי-הדמים אל מול לבנון וסוריה מתגבשת לכאורה "תכלית ראויה" להעברת חלקו הצפוני של הכפר לריבונותה של לבנון – זאת, תוך מתן אפשרות לתושבי אותו חלק לעבור אל חלקו הדרומי שסופח על-ידי ישראל ולזכות בפיצוי על עקירתם. עם זאת, נותר עדיין צורך בניתוח ממש, שלא יוכל להיעשות כאן, באשר לשאלת "מידתיותו" של מהלך כזה.<sup>68</sup>

### ה. סוף-דבר: שילוב מבלבל של משוכות חוקתיות בצד התרדלותה של תרבות פוליטית דמוקרטית ובצד חולשתה של ה"חוקתיות" שהתגבשה

תוכנית "ישראל ביתנו" לחילופי שטחים מאוכלסים, והצעתה להתנות את האזרחות או את הזכות לבחור לכנסת בשבועת אמונים למדינה כמדינה יהודית, באות בידועין לפגוע באזרחים הערבים. הן מעמידות בסכנה רבה את היחסים הבין-קהילתיים בתוך ישראל, מעמידות בסכנה את פתרון "שתי המדינות", ופוגעות פגיעה קשה בצווים מוסריים. למזלנו עומדים לנו עדיין כלים חוקתיים המערימים משוכות בפני מימושן של יוזמות אלה. העיקריים מבין הכלים הללו הם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: הכנסת.

עם זאת, כל העת נוכחת שאלת איתנותם של הכלים החוקתיים שהמשפט הישראלי מגבש, שכן כפי שהוזכר לעיל, חוקי-היסוד אומנם עליונים על חקיקה רגילה, אך הם עצמם לא זכו במעטה הגנה של ממש. רוב חוקי-היסוד, כולל חוקי-היסוד בתחום זכויות האדם וחוק-יסוד: השפיטה (שמכוחו הרשות השופטת מפעילה ביקורת שיפוטית חוקתית), ניתנים לשינוי בהצבעה בכנסת בהכרעה של רוב פשוט.<sup>69</sup> הסיכויים להתרחשותו של שינוי מעין זה, שישלול זכויות או יחליש מנגנוני הגנה עליהן, תלויים בקיומה של תרבות פוליטית אשר מכבדת זכויות אדם וזכויות מיעוט ומבינה את חיוניותה של ה"חוקתיות" דווקא בחברה שסועה ודווקא בעיתות סערה ומשבר. תרבות פוליטית זו נשחקה בישראל וממשיכה להישחק.

היש בנו עדיין נוגדנים חזקים דיים לעמוד בנחשול העכור הזה של פחד, המוליד תוקפנות, לאומנות ומשיחיות (בשני הצדדים)? בעבר הייתי אופטימי יותר ביחס לתשובה.

<sup>68</sup> כך, למשל, יש לשאול אם לא ראוי ליזום הסדר עם לבנון ובגדרו חילופי שטחים: העברה ללבנון של שטח לא-מיושב של ישראל בגבול בין המדינות, בתמורה להעברת חלקו הצפוני של הכפר רג'ר לשטח שבשליטת ישראל. יש להודות, עם זאת, כי הסדר כזה בעייתי ללבנון, משום שחלקה ה"ישראלי" של רג'ר הוא אדמה סורית שנכבשה על-ידי ישראל. הסדר כזה צפוי לפיכך להיות מותנה בהסכמה משולשת – כזו שסוריה צד לה.

<sup>69</sup> ראו לעיל ה"ש 22 והטקסט הסמוך אליה.