

תוכן עניינים

מבוא	3
חוק הלאום	4
בג"צ 5555/18 חסון	5
העדפה מתקנת בהקצאת קרקעות	11
העדפה מתקנת כחלק מעיקרון השוויון או כחריגה ממנו	14
דיון	15
סיכום	21
רשימה ביבליוגרפית	23

מבוא

בעבודה נדון בשאלה האם סעיף 7 לחוק הלאום¹ פוגע בעיקרון השוויון החוקתי. סעיף 7 לחוק הלאום קובע: "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". לאחרונה ממש ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת חסון², שבה דן בית המשפט העליון במאחד במספר עתירות שהוגשו כנגד החוק או כנגד סעיפים מסוימים שבו. באופן כללי נטען בעתירות כי החוק פוגע בזהותה הדמוקרטית של המדינה, ופוגע בעיקרון השוויון, ויש לבטל אותו, או סעיפים מסוימים שבו, לאור דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי. ביחס לסעיף 7 נטען כי הוא מאפשר הלכה למעשה הפליה של הציבור הערבי בהקצאת קרקעות ובהקצאת משאבים של המדינה לצרכי התיישבות, וסעיף 7 מאפשר למעשה "עקיפה" של הלכות קודמות שנקבעו על ידי בית המשפט העליון שבהן קבע בית המשפט העליון כי הפליה בהקצאת קרקעות היא אסורה. בפסק הדין דחה בית המשפט העליון בדעת רוב את העתירות, וקבע כי חוק הלאום והסעיפים הקונקרטיים שבו אינם משנים את זהותה הדמוקרטית של המדינה, ואינם מנוגדים למארג החוקתי הקיים במדינת ישראל. ביחס לסעיף 7 קבע בית המשפט כי הוא איננו יוצר הפליה. לגבי הרישא של סעיף 7 קבע בית המשפט כי הוא הצהרתי בלבד, ולכן איננו פוגע בשוויון. לגבי הסיפא של סעיף 7 קבע בית המשפט כי אפשר לפרש אותו באופן שאיננו פוגע בעיקרון השוויון, וחובתה של המדינה לקדם התיישבות יהודית מכוח סעיף 7 איננה שוללת את חובתה המקבילה של המדינה לפעול לקידום התיישבות לאוכלוסיות שאינן יהודיות מכוח עיקרון השוויון הכללי.

בעבודה נטען כי הנימוקים שהעלה בית המשפט בפרשת חסון לדחיית העתירות בקשר לסעיף 7 נובעים מהפרשנות, הסמויה, של בית המשפט לעיקרון השוויון – כשוויון פורמאלי. אולם הדעה הרווחת היא כי משמעותו של עיקרון השוויון היא שוויון מהותי במבחן התוצאה. חילוקי הדעות הללו באו לידי ביטוי בהקשר של דוקטרינת ההעדפה המתקנת. על פי גישת השוויון הפורמאלי, דוקטרינת ההעדפה המתקנת מנוגדת לעיקרון השוויון, ויש למצוא טעמים על מנת להצדיק אותה חרף הפגיעה בעיקרון השוויון. על פי גישת השוויון המהותי, דוקטרינת ההעדפה המתקנת היא חלק מעיקרון השוויון, משום שמשמעותו של השוויון היא שוויון מהותי במבחן התוצאה, ולעיתים ניתן להשיג את השוויון התוצאתי באמצעות כלים כמו העדפה מתקנת, למרות שהשימוש בהם כרוך בפגיעה בשוויון הפורמאלי. לדעתנו, גם אם נקבל את הפרשנות של בית המשפט בפרשת חסון לסעיף 7, ונניח כי הוא איננו שולל את השוויון הפורמאלי, אבל הוא בוודאי שולל את השוויון המהותי והתוצאתי. במסגרת השוויון התוצאתי יש לעיתים לעשות שימוש בדוקטרינת ההעדפה המתקנת, ולדעתנו סעיף 7 שולל את האפשרות לעשות שימוש בעתיד בדוקטרינת ההעדפה המתקנת בקשר להקצאת קרקעות לטובת אוכלוסיות שאינן יהודיות. אם כך, וככל שדוקטרינת ההעדפה המתקנת היא חלק מעיקרון השוויון, המסקנה המתבקשת היא כי סעיף 7 מנוגד לעיקרון השוויון. נטען כי לדעתנו למרות שכיום אין דבר חקיקה המחייב העדפה מתקנת בהקצאת קרקעות לטובת אוכלוסייה מסוימת, אך עצם העובדה שדבר חקיקה מסוים שולל מראש בצורה גורפת את האפשרות לעשות כל שימוש בעתיד בדוקטרינת ההעדפה המתקנת מהווה כבר היום פגיעה בעיקרון השוויון.

בפרק הראשון של העבודה נציג את הוראותיו של חוק הלאום. בפרק השני של העבודה נציג את הטענות שעלו בעתירות שנדונו בפרשת חסון ואת קביעותיו של בית המשפט. בפרק השלישי נדון בדוקטרינת ההעדפה המתקנת, נראה כיצד היא נקבעה בחקיקה בתחום התעסוקה, וכיצד בתי המשפט הרחיבו אותה גם לנושא

¹ חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. (להלן: "חוק יסוד הלאום").
² בג"צ 5555/18 ח"כ אכרם חסון ואח' נ' כנסת ישראל, (פורסם בבנו, 08.07.21). (להלן: "חסון").

הקצאת קרקעות על ידי המדינה. בפרק הרביעי נדון בשאלה האם דוקטרינת ההעדפה המתקנת היא חלק מעיקרון השוויון או מנוגדת לו, ונציג את הדעות השונות בשאלה זו. בפרק החמישי, נטען כי גם אם סעיף 7 לחוק הלאום איננו פוגע בשוויון הפורמאלי, הוא פוגע בשוויון המהותי, מאחר והוא שולל מראש בצורה גורפת את האפשרות ליישם בעתיד מדיניות של העדפה מתקנת בהקצאת קרקעות לטובת אוכלוסיות שאינן יהודיות, ונטען כי ככל שדוקטרינת ההעדפה המתקנת היא חלק מעיקרון השוויון, המסקנה המתבקשת היא כי סעיף 7 לחוק הלאום פוגע בהכרח בעיקרון השוויון.

חוק הלאום

ביום 19.07.2018 אושר בקריאה שלישית בכנסת חוק יסוד הלאום, והוא פורסם ברשומות ביום 26.07.2018. החוק הוגש לכנסת כהצעת חוק פרטית, על ידי 14 חברי כנסת, כבר ביולי 2015, אולם עד לשנת 2018 התקיימו דיונים רבים לגבי בוועדה מיוחדת של הכנסת שהוקמה לשם דיון בהצעת חוק זו בלבד, אשר כללה את וועדת הכנסת ואת וועדת החוקה, חוק ומשפט. הצעת החוק המקורית כללה 15 סעיפים שחלקם הגדול הושמט במהלך הדיונים בוועדה, ובמקביל נוספו לנוסח המתגבש הוראות נוספות. בסופו של דבר, עבר החוק בקריאה שלישית ביולי 2018, על פי הנוסח שהתגבש במסגרת דיוני הוועדה.

בדברי ההסבר להצעת החוק נכתב בקשר למטרת הצעת החוק:

"מטרתה של הצעת חוק יסוד זו היא לעגן בחקיקת יסוד את זהותה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, וכן להוסיף למערך החוקתי סדרת הוראות העוסקות במאפייניה היסודיים של המדינה כמדינה יהודית. חוק היסוד המוצע יצטרף לחוקי היסוד הקיימים, המעגנים מרכיבים נוספים באופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

נוסח החוק שעוגן בסופו של דבר כולל 11 סעיפים. סעיף 1 לחוק היסוד קובע את עקרונות היסוד של החוק:

(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.

סעיף 2 לחוק היסוד קובע את סמלי המדינה, ונקבע בו כי שם המדינה הוא "ישראל", כי דגל המדינה הוא לבן עם שני פסי תכלת ומגן דוד תכול במרכזו, כי סמל המדינה הוא המנורה וכי המנון המדינה הוא "התקווה". סעיף 3 לחוק היסוד קובע כי "ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל". סעיף 4 לחוק היסוד קובע כי עברית היא שפת המדינה, וכי לשפה הערבית יהיה מעמד מיוחד במדינה. סעיף 5 לחוק היסוד קובע כי "המדינה תהיה פתוחה לעליית יהודים ולקיבוץ גלויות". סעיף 6 לחוק היסוד עוסק בקשר שבין מדינת ישראל לבין העם היהודי בגולה, וקובע כי המדינה תשקוד להבטיח את שלומם של אזרחיה ושל בני העם היהודי שאינם אזרחיה הנמצאים בצרה בשל יהדותם או אזרחותם. הסעיף גם קובע כי המדינה תפעל לשימור הזיקה בין מדינת ישראל לבין בני העם היהודי במדינות אחרות, וכי המדינה תפעל לשימור המורשת התרבותית וההיסטורית של העם היהודי בגולה. סעיף 7, שהוא הסעיף שבו נתמקד להלן, עוסק בהתיישבות