

אל: חברי הוועדה המשותפת לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי  
מאת: הייעוץ המשפטי לוועדה

**מסמך הכנה לדיון ביום 28.11.2017 - הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי**

בישיבה הקרובה תדון הוועדה בסעיף 8 העוסק ב"שימור מורשת". במסגרת סעיף-קטן (א) מוצע להעניק זכות לכל תושב ישראל לפעול לשימור תרבותו, מורשתו, שפתו וזהותו. בנוסף, מוצע במסגרת סעיף קטן (ב), להתיר למדינה לאפשר התיישבות קהילתית נפרדת, לרבות לבני דת אחת או בני לאום אחד.

בשונה מיתר סעיפי הצעת חוק היסוד שבהם דנה הוועדה עד עתה, בהם מוצע לעגן ברמה נורמטיבית גבוהה **הסדרים שקיימים כיום בחוקים רגילים, הסעיף המוצע מבקש לעגן בחוק יסוד שתי זכויות שאינן מעוגנות כיום בחקיקה.**

כמפורט להלן, נוכח אופיו של הסעיף כעוסק **בהענקת זכויות**, עולה השאלה בדבר ההצדקה להכללתו במסגרת חוק היסוד דגן העוסק בעקרונות היסוד של המדינה. על-פי המקובל בעולם, מקומם של סעיפים מסוג זה הוא דווקא בפרק הזכויות של החוק ולא בפרק עקרונות היסוד.

**מעבר לכך, אנו סבורים כי הוראת סעיף-קטן (ב) המתירה למדינה לאפשר התיישבות קהילתית נפרדת לבני לאום אחד, היא חסרת תקדים ברמה השוואתית, ומעוררת קשיים משמעותיים ביחס לעקרונות היסוד של השיטה, ובפרט ביחס לעקרון השוויון. בהתאם לכך, נציע לנסחו כסעיף המאפשר התיישבות קהילתית על בסיס תרבותי-ייחודי, ולא כסעיף המאפשר הדרה של תושבים מיישוב רק על יסוד זהותם הלאומית או הדתית.**  
בסעיף מוצע לקבוע כדלקמן:

- שימור מורשת 8. (א) כל תושב ישראל, ללא הבדל דת או לאום, רשאי לפעול לשימור תרבותו, מורשתו, שפתו וזהותו.
- (ב) המדינה רשאית לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת.

**(א) הזכות לפעול לשימור תרבות, מורשת, שפה וזהות – סעיף-קטן (א)**

עניינו של הסעיף המוצע בהענקת זכות חוקתית **לכל תושב** בישראל לפעול לשימור תרבותו, מורשתו, שפתו וזהותו. זכות זו מוענקת הן לבן הרוב היהודי, והן לבן המיעוט הערבי, וכן על בסיס דתי – לבני הדת הנוצרית או המוסלמית (ולבני דתות אחרות).

כיום אין עיגון מפורש בחקיקה או בפסיקה הישראלית ל**זכות של הפרט** במדינה לפעול לשימור תרבותו. עם זאת, ככל שמדובר בהגנה על זכותו התרבותית-קהילתית של ה**לאום היהודי** לשימור תרבותי-זהותי, הרי שחוק היסוד המוצע עוסק בכך בהרחבה: באמצעות מתן מעמד ממלכתי לסמלים המזוהים עם הרוב היהודי; עיגון ימי המנוחה של הדת היהודית כימי המנוחה הקבועים במדינת ישראל; הגדרת השפה העברית כשפת המדינה;

מתן מעמד למשפט העברי ומורשת ישראל כמקור השלמה במצב של לקונה וכיוצא באלה.

ככל שמדובר בזכויות קבוצתיות של בני המיעוט הערבי, לשימור תרבותם, הרי שעד היום לא ניתנה הכרה רחבה בזכות שכזאת בחקיקה הישראלית. אולם, קיימים ביטויים מעשיים לכך, אשר חלקם מעוגנים בחקיקה. כך למשל:

(1) בתחום **מעמד השפה הערבית** – כמפורט במסמך ההכנה הקודם, יש הכרה במעמדה של השפה הערבית כשפתו של המיעוט העיקרי במדינה (לרבות מכוח סימן 82 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922).

(2) בתחום **החינוך** – מערכת החינוך הממלכתית במגזר הערבי מתנהלת בשפה הערבית, ואף יש הכרה מפורשת בסעיף 2(11) לחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953 בכך שאחת ממטרות החינוך הממלכתי היא: "**להכיר את השפה, התרבות, ההיסטוריה, המורשת והמסורת הייחודית של האוכלוסיה הערבית** ושל קבוצות אוכלוסיה אחרות במדינת ישראל, ולהכיר בזכויות השוות של כל אזרחי ישראל".

(3) בתחום **הדין האישי** – סימנים 51-54 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, מעניקים לכל עדה דתית, לרבות לבני הדת המוסלמית ולעדות הנוצריות, סמכות שיפוט במסגרת מערכת בתי דין נפרדת לעניין המעמד האישי, ובראשם נישואין וגירושין.

גם בפסיקתו של בית המשפט העליון לא ניתן למצוא הכרה נרחבת בזכויות לשימור תרבותי כפרטים, או בזכויות קיבוציות המוקנות לבני המיעוט הערבי, ואולם ניתן למצוא ביטויים מוגבלים לזכויות אלה. למשל, בפסק דינו של הנשיא ברק שעסק במעמד המיוחד של השפה הערבית הוא הסביר כי מדובר ב"שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל, החי בישראל מימים ימימה. זוהי **שפה הקשורה למאפיינים תרבותיים, היסטוריים ודתיים של קבוצת המיעוט הערבית בישראל**" (בג"ץ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נו(5) 393, בעמ' 419). מנגד, השופט חשין (בדעת מיעוט) התייחס במפורש באותו פסק דין לכך ש"**זכות קולקטיבית כללית של האוכלוסיה הערבית** – כקבוצת מיעוט – לטיפוח ולשימורה של זהותה הלאומית והתרבותית בסיוע המדינה **לא נוצרה ולא הוכרה במשפט ישראל**" (שם, בעמ' 460).

לאחרונה במסגרת פסק דין שעסק בחוק המסדיר את פעילותה של החטיבה להתיישבות, התייחס המשנה לנשיאה רובינשטיין לכך ש**בתחום המקרקעין** "עליהם אמונה החטיבה ... **חלה הזכות לשיוון גם במישור הזכויות הקבוצתיות של הציבור הערבי** ... בהתאם נקבע, כי לאוכלוסיה הערבית – ולא רק לאזרחים או תושבים ערבים ספציפיים – נתונה זכות לחלוקה שיוונית של משאבי המדינה, לרבות הקצאת מקרקעין" (בג"ץ 9518/16 **הראל נ' הכנסת** (מיום 5.9.2017), פס' ס"א לפסק דינו).

**בכל מקרה, כאמור, לא ניתן למצוא כיום בחקיקה או בפסיקה עיגון מפורש ונרחב לזכות לשימור תרבותי לפרטים בנוסח המוצע בסעיף האמור.**

## המשפט המשווה

בסעיף 27 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות, שישראל חתומה עליה ואשררה אותה, מעוגנת הזכות לתרבות של בני קבוצות המיעוט במדינה בנוסח שלהלן: "באותן מדינות שבהן קיימים מיעוטים אתניים, דתיים או לשוניים, לא ישללו מבני אדם המשתייכים למיעוטים אלה את הזכות לקיים את תרבותם, להחזיק בדתם ולשמור על מצוותיה, או להשתמש בלשונם, בצוותא עם החברים האחרים שבקבוצתם".

במקביל, במשפט המשווה ניתן למצוא בחוקות שונות בעולם עיגון זכות פוזיטיבית לשימור תרבותי, ואולם, גם במדינות אלה, באופן טיפוסי, הדגש מושם על הזכות לתרבות של בני קבוצות המיעוט.

כך למשל, סעיף 41 לחוקה הארמנית, הנכלל בפרק הזכויות של החוקה הארמנית, נקבע כי כולם יהיו בעלי זכות לשמר את זהותם הלאומית וזהותם האתנית, ואולם נקבע באופן ספציפי כי אנשים שמשתייכים למיעוטים לאומיים יהיו בעלי זכות לשמר ולפתח את מסורותיהם, דתם, שפתם ותרבותם.<sup>1</sup> סעיף 114 לחוקה הלטבית, הנכלל בפרק הזכויות של החוקה, קובע כי אנשים שמשתייכים למיעוט אתני יהיו בעלי זכות לשמר ולפתח את שפתם וכן את זהותם האתנית והתרבותית;<sup>2</sup> סעיף 6 לחוקה הרומנית קובע כי המדינה מכירה ומבטיחה את הזכות של אנשים השייכים למיעוטים לאומיים לשמר, לפתח ולהביע את זהותם האתנית, התרבותית, הלשונית והדתית. כמו כן, נקבע בסעיף כי אמצעי ההגנה (protection measures) שהמדינה תנקוט בכדי לשמר, לפתח ולהביע את הזהות של מי ששייכים למיעוטים כאמור צריכים יהיו לעמוד בעקרונות של שוויון ואי הפליה ביחס ליתר אזרחי רומניה (in relation to other Romanian citizens).<sup>3</sup>

מנגד, יש מדינות שבהן התייחסות לזכות של אדם לשמור על תרבותו מנוסחת במונחים כלליים יותר. כך למשל, בסעיף 54 לחוקה הבולגרית<sup>4</sup> מוענקת הגנה לזכותו של כל אדם לפתח את תרבותו בהתאם לזהותו העצמית האתנית, המוכרת ומובטחת על-פי חוק.

## שאלות לדיון:

### 1. האם יש מקום לכלול את הסעיף במסגרת חוק היסוד?

נוכח אופיו של הסעיף כעוסק בהענקת זכויות לשימור תרבותי וזהותי, עולה השאלה בדבר ההצדקה להכללתו במסגרת חוק היסוד דן. כידוע, עניינו של חוק היסוד בקביעת עקרונות היסוד של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי, ובהתאם לכך, סעיפיו עוסקים בביטויים השונים לאופייה זה של המדינה. כאמור לעיל, בחוקות אחרות, הסעיפים העוסקים בהגנה על זכותו של אדם לתרבות נכללו בפרק הזכויות בחוקה ולא בפרק עקרונות

<sup>1</sup> "Everyone shall have the right to preserve his or her national and ethnic identity. Persons belonging to national minorities shall have the right to preservation and development of their traditions, religion, language and culture."

<sup>2</sup> 114. Persons belonging to ethnic minorities have the right to preserve and develop their language and their ethnic and cultural identity

<sup>3</sup> (1) The State recognizes and guarantees the right of persons belonging to national minorities to the preservation, development and expression of their ethnic, cultural, linguistic and religious identity.

(2) The protection measures taken by the Romanian State for the preservation, development and expression of identity of the persons belonging to national minorities shall conform to the principles of equality and non-discrimination in relation to the other Romanian citizens.

<sup>4</sup> Everyone shall have the right to avail himself of the national and universal human cultural values and to develop his own culture in accordance with his ethnic self-identification, which shall be recognized and guaranteed by the law.

(2) Artistic, scientific and technological creativity shall be recognized and guaranteed by the law

(3) The State shall protect all inventors' rights, copyrights and related rights

**היסוד**, וכאמור רובם עוסקים בצורה מפורשת בהיבטים מיוחדים של זכויות מיעוטים. על כן, כלל אין זה ברור האם מקומו של הסעיף בחוק יסוד זה.

מנגד, על רקע הדגש הניתן בחוק היסוד לאופיה של המדינה כמדינה המבטאת את התרבות והמורשת של בני הלאום היהודי, יתכן ויש במתן הגנה מפורשת לזכות לשימור תרבותי של כלל תושבי המדינה, כדי לאזן ולהעניק הכרה בזכויותיהם התרבותיות של בני לאומים אחרים, ובראשם בני המיעוט הערבי, **כפרטים במדינה**.

## **2. מהי הגדרתה ואופייה של הזכות?**

הזכות לתרבות היא זכות "צעירה" יחסית אשר גבולותיה עמומים גם במבט השוואתי ובינלאומי. מטבע הדברים, המשמעות של עמימות זו היא כי תיוותר בידי בית המשפט המפרש את הסעיף כר נרחב לפרשנות באשר לגבולותיה של הזכות.

כך למשל, האם יש בזכות כדי להטיל חובות "עשה" על המדינה, או שמא מדובר בזכות במובן של "חירות" בלבד, כלומר: הגנה מפני התערבות המדינה? האם המדינה תהיה רשאית לפגוע באותה זכות לתרבות כדי לקדם ערכים אחרים? באיזו מידה המדינה תפעל לשימור תרבותי-זהותי גם כאשר יש בכך כדי לפגוע בעקרונות יסוד אחרים, דוגמת עקרון השוויון? האם חלה על המדינה גם חובה לממן את צרכי שימור התרבות של קבוצות אוכלוסיה שונות, לרבות קבוצות מיעוט במדינה?

בכל מקרה, כפי שצינו ביחס לסעיפים אחרים, ככל שהוועדה תבקש להותיר את הסעיף בחוק היסוד, נראה כי יהיה צורך בהוספת **פסקת הגבלה** בדומה לזו הקיימת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, המאפשרת הגבלת הזכות אם היא נעשית בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

## **3. האם מדובר בזכות המוענקת לכל תושבי המדינה או רק לבני קבוצות המיעוט?**

כאמור לעיל, ברבות מחוקות העולם הזכות לשימור תרבותי מוקנית דווקא לבני קבוצת המיעוט, מתוך תפיסה כי בני קבוצת הרוב אינם זקוקים להגנה מיוחדת משום שהתרבות שלהם היא השולטת במרחב הציבורי ואינה מאוימת. הדברים אמורים ביתר שאת בהתחשב בכך שחוק היסוד דן כולל, כאמור, בסעיפיו השונים ביטויים רבים להדגשת אופייה התרבותי-לאומי של המדינה כמדינה יהודית.

מנגד, קיימת תפיסה הגורסת שהזכות לתרבות היא אוניברסלית, ולמעשה מהווה מרכיב חיוני במימוש זכויות הפרט של כל אדם. בהתאם לכך, על-פי תפיסה זו, יש להעניק הגנה רחבה וכללית לזכות לשימור תרבותי של כל קבוצה ולרצון שלה לשמר ולעצב את הזהות התרבותית שלה.<sup>5</sup> אימוץ של גישה זו יוביל למסקנה כי יש הצדקה להעניק זכות לתרבות לכל קבוצות האוכלוסייה.

Avishai Margalit, Moshe Halbertal, Liberalism and the Right to Culture, *Social Research: An International Quarterly* 71(3) Fall 2004 <sup>5</sup>

## התיישבות קהילתית נפרדת – סעיף קטן (ב)

הסעיף הקטן המוצע מבקש להסמיך את המדינה לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת. כאמור, זכות זו אינה מעוגנת כיום בחקיקה, אך לפני מספר שנים נקבעה בחוק האפשרות לקיים התיישבות קהילתית נפרדת ביישובים קהילתיים בהתאם לתנאים הנכללים בתיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות, התשע"א-2011 (לצד זאת, קיימת התיישבות קהילתית נפרדת ביישובים בעלי מאפיינים של שיתוף כלכלי דוגמת קיבוצים ומושבים שלא מכוח התיקון האמור).

### רקע

ככלל, מתן האפשרות לקיום התיישבות קהילתית נפרדת מצויה במתח מובנה עם עקרון השוויון שבין האזרחים. בפסק הדין המפורסם שניתן בארה"ב עוד בשנות ה-50 של המאה הקודמת, *Brown v. Board of Education*,<sup>6</sup> הודגש כי מדיניות של הפרדה בין לבנים ושחורים, הנעשית בידי בני קבוצת הרוב, מפלה מעצם טיבה כלפי קבוצת המיעוט, אף אם היא נעשית באופן שוויוני (מה שמכונה "נפרד אבל שווה"), שכן היא מייצרת תחושת נחיתות של בני אותה קבוצת המיעוט.

בישראל, לאורך השנים, הכירה פסיקת בית המשפט העליון באפשרות של קהילות בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צורכיהן ושאיפותיהן, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת. כך למשל, כשדובר בהקצאת מקרקעין ברובע היהודי בירושלים ליהודים במסגרת שיקום הרובע לאחר מלחמת ששת הימים;<sup>7</sup> הקצאת מקרקעין במסגרת הקמת יישוב לבני שבט בדואי בנגב כחלק מהמגמה ליישב את האוכלוסיה הבדואית ביישובי קבע;<sup>8</sup> הקצאת מקרקעין במסגרת הקמת עיר חדשה לאוכלוסייה החרדית.<sup>9</sup>

בפסק הדין בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) 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. בית המשפט הדגיש עם זאת 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 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, לחוש "בבית", ולא להיות מנוכרים לסביבתם.<sup>10</sup>

בין היתר, ד"ר גונטובניק שעסק בסוגיה הדגיש כי ניתן לראות שיש הפרדה טבעית במגורים בין קבוצות שונות בחברה, בשל הרצון של חלק מהאנשים להתגורר עם אנשים שדומים להם. ואולם, חידד את ההבחנה שבין "גדרות חברתיות" הנובעות מבחירה חופשית של אנשים, ובין "חומות משפטיות" המוקמות על-ידי המדינה

<sup>6</sup> Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)

<sup>7</sup> בג"צ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר (1978).

<sup>8</sup> בג"צ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל (1989).

<sup>9</sup> בג"צ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון (2000).

<sup>10</sup> רות גביוון ואסנת גריידי שוורץ, "חומר רקע לדיון בסוגיית ההסדרה החוקתית של נושאי מקרקעין והתיישבות" (מסמך שהוגש לוועדת חוקה בכנסת ה-16 במסגרת פרוייקט "חוקה בהסכמה").

ומעגנות הפרדה זו. ד"ר גונטובניק סבר בהקשר זה כי, ככלל, "במצואות בה קיימות גדרות חברתיות לא יהיה נכון להפוך אותן לחומות משפטיות אם לא נשקפת סכנה למפעל התרבותי של הקהילה שבה אנו עוסקים. על כן, בדרך כלל, ניטה לשלול מקבוצת הרוב התרבותית את היכולת להשתמש בכלי של חומה משפטית הנבנית על ידי המדינה כדי לחזק את מטענה התרבותי"<sup>11</sup>.

אף המלומדים שהדגישו כי ניתן להצדיק בדלנות במגורים של בני 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)<sup>12</sup>.

בדומה, פרופ' גביון 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, היא הדגישה כי אין בהתחשבות זו כדי להצדיק הדרה מוחלטת על בסיס לאום והקמת יישובים "ליהודים בלבד"<sup>13</sup>.

#### תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות

ואכן, בשנת 2011 כשחוקקה הכנסת את החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, הידוע בכינוי "חוק ועדות קבלה", צעדה היא בנתיב שעולה מכתבי המלומדים האמורים. במסגרת התיקון, ניתנה האפשרות ליישובים קהילתיים קטנים בנגב ובגליל, להקים "ועדות קבלה" שיקבעו למי יוקצו מקרקעין ביישוב, תוך שהמחוקק מבנה את שיקול הדעת של ועדות הקבלה. בכלל זה, נקבעה 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) לפקודה). עוד הודגש כי בבואה לשקול את הטעמים לסירוב, "תיתן ועדת הקבלה את דעתה לגודל היישוב הקהילתי, לוותקו, לחוסנו ולאופי האוכלוסייה בו" (סעיף 6ב לפקודה).

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

בדברי ההסבר לתיקון הובהר כי המחוקק ביקש לאזן בין הזכות לתרבות, שמתממשת לעתים בתוך קהילת המגורים ובין החובה לנהוג בשוויון, והודגש כי "יישובים כאמור מתאפיינים באורח חיים קהילתי-כפרי המבוסס על לכידות חברתית ותרבותית. קיום מאפיינים אלו מצדיק הפעלת מנגנון של מיון מועמדים בקבלה למגורים ביישובים האלה. התיקון המוצע מבקש לאזן בין הזכות למימוש עצמי בקהילה לבין הזכויות לכבוד

<sup>11</sup> גרשון גונטובניק, "הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות", חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", בעמ' 139.  
<sup>12</sup> זילברשץ, "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האומנם רק זכותו של המיעוט?" משפט וממשל ו (תשס"א), עמ' 106. ור' גם גונטובניק, עמ' 143.  
<sup>13</sup> רות גביון, "ציונות בישראל! בעקבות בג"ץ קעדאן", משפט וממשל ו 25, 41 (תשס"א); רות גביון, "ועדות קבלה ביישובים קהילתיים: תשובה לפרופ' קרמניצר", בלוג המרצים למשפטים, 7.11.2010.

## ולשוויון, הן בקביעת אמות מידה לשיקול הדעת של ועדת הקבלה והן בקביעת הליך שיבטיח הפעלה מיידית

של אמות המידה הללו.<sup>14</sup>

יצוין כי בית המשפט העליון דחה (ברוב דעות) עתירות שהוגשו נגד התיקון האמור, בנימוק כי מדובר ב"בעיה בלתי בשלה" להכרעה משפטית, במידה רבה על יסוד הכללת הסעיף האמור האוסר על הפליה בשל טעמים "חשודים" בלשון החוק. עם זאת, בית המשפט קבע כי ניתן יהיה לעתור נגד החוק בעתיד, על יסוד אופן הפעלתו במקרים ספציפיים (בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (פורסם ביום 17.9.2014)).

### נקודות לדיון:

1. אנו סבורים כי הנוסח המוצע, המתיר למדינה לאפשר לבני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת, בלא להגביל זאת ליישובים קטנים בעלי אפיון ייחודי קהילתי-תרבותי, מעורר קשיים משמעותיים ביחס לעקרונות היסוד של השיטה, ובראשם החובה של המדינה לנהוג בשוויון כלפי אזרחיה ולא להפלות על רקע דת ולאום.

כפי שעולה מן התיאור שלעיל, ההסדר המוצע עומד בניגוד לפסיקתו של בית המשפט העליון, ואף בניגוד לעקרונות שהנחו את הכנסת בחקיקת התיקון לפקודת האגודות השיתופיות לפני שנים ספורות, ואשר ביקשו לאזן בין הזכות למימוש התרבות באמצעות קהילת המגורים ובין הזכויות לכבוד ולשוויון של כלל האוכלוסייה.

יודגש כי גם אם ההפרדה המבוקשת במגורים אינה נובעת ממניעים מפלים אלא מרצון לשמר את התרבות של בני קבוצת הרוב, וגם אם מוקנית זכות של מגורים נפרדים לבני קבוצת המיעוט, הרי שטמון בה מסר קשה של הדרה והפליה ביחס לפרטים הנמנים עם בני קבוצת המיעוט, היכולים להיות מודרים בצורה גורפת מיישובים של בני קבוצת הרוב. יש בה כדי להוציא את בני קבוצת המיעוט מן הכלל, ולחדד את השוני בינם ובין קבוצת הרוב.

מבחינה זו נבדל הסעיף המוצע מיתר סעיפי חוק היסוד, המעניקים עדיפות ברמה הלאומית למאפיינים השונים המייחדים את הלאום היהודי (סמלים, ימי מנוחה, שפה וכיו"ב), אך אינם משליכים באופן ישיר על מעמדו האישי של אזרח, בן למיעוט הערבי, ועל הזכויות המוקנות לו כפרט במדינה. הדברים אמורים ביתר שאת, בהתחשב בכך שבמדינת ישראל רוב המקרקעין מצויים בבעלות המדינה, ולכן הסעיף המוצע עלול לא רק להכשיר הפליה על בסיס דת או לאום על ידי פרטים, אלא אף הפליה בידי המדינה עצמה בהקצאת המקרקעין.

אין זה מקרה כי, בניגוד להסדרים האחרים שנכללים בהצעת חוק היסוד ושנזונו בישיבות הוועדה הקודמות, לסעיף המוצע אין מקבילה באף חוקה בעולם.

אכן, הזכות לשימור תרבותי עשויה להצדיק התחשבות מסוימת בשיקולים חברתיים-תרבותיים בכל הנוגע להקצאת מקרקעין, לשם שימור אופיו המיוחד של היישוב ואף של אזור המגורים (סוגיה המתעוררת לא רק במישור הלאומי אלא גם בין קהילות שונות בקרב הציבור היהודי, דוגמת ציבור חילוני אל מול ציבור חרדי). ואולם, היא אינה יכולה להצדיק מתן בלעדיות מוחלטת לקהילה אחת באזור המגורים.

<sup>14</sup> ה"ח הכנסת 341, הצעת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8) (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים), התשי"ע-2010.

בהתאם לכך, נציע לשקול אימוץ נוסח של הסעיף העולה בקנה אחד עם רוחו של תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות ועם הפסיקה בהקשר זה, המתירה הקמת התיישבות קהילתית נפרדת **רק על בסיס ייחוד חברתי-תרבותי**. ליישובים מסוג זה עשויה להיות "זהות" מסוימת, אך לא ניתן להדיר מהם בצורה גורפת תושבים רק על בסיס לאומיותם או דתיותם, או להדיר תושבים שאינם מבקשים לפגוע במרקם החברתי-תרבותי של היישוב.

**חלופין**, ניתן לשקול גם כאן אימוץ של סעיפים הכוללים הצהרות כלליות בדבר האפשרות לכלול במסגרת השיקולים הכרוכים בהקצאת מקרקעין סוגיות של שימור תרבותי, מבלי להתחייב להסדרים ספציפיים הקובעים זכויות והיתרים מפורטים.

2. מעבר לכך, כאמור לעיל ביחס לסעיף-קטן (א), כלל אין זה ברור האם יש הצדקה להכללתו של סעיף זה בחוק היסוד בהתחשב בכך שאין הוא עוסק במאפיינים הלאומיים של המדינה אלא בזכויות לשימור תרבותי שמקומן בפרק הזכויות שבחוקי היסוד.

#### **נוסח מוצע:**

שימור תרבות 8. (א) לכל תושב ישראל, ללא הבדל דת או לאום, זכות לפעול לשימור תרבותו, מורשתו, שפתו וזהותו.

#### **חלופה א':**

(א) המדינה תכבד את זכותם של תושבי ישראל, ללא הבדל דת או לאום, לפעול לשימור תרבותו, מורשתו, שפתו וזהותו.

(ב) המדינה רשאית לאפשר לקהילה בעלת ייחוד תרבותי או חברתי [המצדיק/הדורש הגנה מיוחדת] לקיים התיישבות קהילתית נפרדת.