



ספר הפרשנות של חוק יסוד:

# ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי

עורכים: יובל שני | ידידיה צ' שטרן



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה

---

# ספר הפרשנות של חוק-יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי

---

עורכים:

יובל שני | ידידיה צ' שטרן

Commentary on the Basic Law: Israel – the Nation-state  
of the Jewish People

Editors:

Yuval Shany | Yedidia Z. Stern

עורכת הטקסט: לילך צ'ינוב  
עיצוב הסדרה: סטודיו AlfaBees  
עיצוב העטיפה: Mootagoc.com  
מפתח: יובל אלעזרי  
ביצוע גרפי: רונית גלעד, ירושלים  
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

התצלום על העטיפה: Noam Revkin Fenton/Flash90

מסת"ב: 3-420-519-965-978 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרר או לקלוט  
בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר  
זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות  
מפורשת בכתב מהמור"ל.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר) 2023  
נדפס בישראל, תשפ"ג/ג' 2023

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

טל': 02-5300888

אתר האינטרנט: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: [www.idi.org.il/books](http://www.idi.org.il/books)

דוא"ל: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)

טל': 02-5300888; פקס: 02-5300867

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

## המכון הישראלי לדמוקרטיה

---

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי א-מפלגתי, מחקרי ויישומי, הפועל בזירה הציבורית הישראלית בתחומי הממשל, הכלכלה והחברה. יעדיו הם חיזוק התשתית הערכית והמוסדית של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שיפור התפקוד של מבני הממשל והמשק, גיבוש דרכים להתמודדות עם אתגרי הביטחון מתוך שמירה על הערכים הדמוקרטיים וטיפוח שותפות ומכנה משותף אזרחי בחברה הישראלית רבת הפנים.

לצורך מימוש יעדים אלו חוקרי המכון שוקדים על מחקרים המניחים תשתית רעיונית ומעשית לדמוקרטיה הישראלית. בעקבותיהם מגובשות המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפוח חזון ארוך טווח של תרבות דמוקרטית נכונה לחברה הישראלית ולמגוון הזהויות שבה. המכון שם לו למטרה לקדם בישראל שיח ציבורי מבוסס ידע בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות ולשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולציבור הרחב.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

## תוכן העניינים

8	המשתתפים בקובץ
11	חוקי־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי [נוסח החוק]
13	מבוא
31	שער ראשון: חוק היסוד והמארג החוקתי
	בחוקותיהם לא תלכו: חוק הלאום הישראלי והוראות בדבר זהות לאומית בחוקות דמוקרטיות אלכסנדר יעקובסון
33	
	סעיף ההגדרה העצמית בחוק הלאום יובל שני
53	
	חוק הלאום בראי חוקי היסוד האחרים אורי אהרונסון
79	
	חוק הלאום ואתגר השוויון ידידיה צ' שטרן
119	
	שער שני: הליך
161	
	ניצד יש לחוקק חוק יסוד? הליך ומהות בחקיקת חוק הלאום וחוקי היסוד של זכויות האדם עידו פורת
163	

**נוקשות - סעיף 11 לחוק-יסוד: ישראל -  
מדינת הלאום של העם היהודי**

203

סודי נבות

---

237

**שער שלישי: סמלים**

---

**סמלי המדינה והקהילה הפוליטית:  
סעיפים, 2, 8 ו-9 לחוק הלאום**

239

גיא לוריא

---

271

**ירושלים, דיבורים סביב לה  
יעל רונן**

---

297

**פרשנות סעיף 10: ימי מנוחה ושבטון  
אביעד הכהן**

---

337

**שער רביעי: שפה**

---

**מעמדה המשפטי של השפה הערבית  
בעקבות חוק-יסוד: הלאום  
מוחמד ס' ותד**

339

---

365

**המעמד המשפטי של השפה הערבית בישראל  
בעקבות סעיף 4 בחוק הלאום  
אלכסנדר יעקובסון**

---

387

**שער חמישי: קיבוץ גלויות והקשר עם העם היהודי**

---

389

**סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום - שבות וקיבוץ גלויות  
אריאל בנדור**

---

מעמדן החוקתי של התפוצות בישראל:

מהצורה להתחייבות

שוקי פרידמן

445

---

סעיף 6(א): המדינה תשקוד על הבטחת  
שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים  
בצרה ובשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם

יורם שחר

473

---

**שער שישי: התיישבות יהודית**

505

---

סעיף 7: המדינה רואה בפיתוח התיישבות  
יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם  
הקמה וביטוס שלה

עשור ויצמן | ברק מדינה

507

---

חוק־יסוד: הלאום - פרשנות סעיף ההתיישבות  
היהודית בראי עקרון השוויון

מנאל תותרי־ג'ובראן

539

---

הצעת פירוש לסעיף 7 לחוק הלאום:  
התיישבות יהודית

חיים זנדברג

567

---

מפתח כללי

599

---

Introduction

iii

---

## המשתתפים בקובץ

### **ד"ר אורי אהרונטון**

מרצה בכיר וסגן ראש מרכז מנומדין למשפט יהודי ודמוקרטי  
בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. חוקר תאוריה  
חוקתית ומשפט חוקתי, שיפוט ובתי משפט ופלורליזם במשפט.

### **פרופ' אריאל בנדור**

פרופסור מן המניין ומופקד הקתדרה למחקר משפטי ע"ש פרנק  
צ'רץ' בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן; עמית בכיר  
במכון למדיניות העם היהודי, שבו הוא מנהל את מיזם "חוקת  
ישראל". מתמחה במשפט חוקתי, במשפט מינהלי ובממשקים  
שבין התחומים האלה למשפט פלילי, אזרחי ודיוני.

### **פרופ' אביעד הכהן**

נשיא המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט, ולשעבר דיקן  
בית הספר למשפטים שבו; עמית מחקר בכיר במכון ון ליר  
בירושלים; חבר הוועדה למונחי לשון, אקדמיה ללשון העברית;  
תחומי מחקרו: משפט חוקתי, משפט זכויות האדם, דת ומדינה  
ומשפט עברי. נוסף על עבודתו האקדמית, עו"ד פעיל שהופיע  
בלמעלה מ-200 תיקים בבית המשפט העליון, רבים מהם  
בסוגיות חוקתיות עקרוניות, בדגש על ענייני דת ומדינה.

### **עשור יצמן**

בעל תואר בוגר במשפטים ובתוכנית "אמירים" במדעי הרוח  
באוניברסיטה העברית בירושלים. מוסמך במשפטים עם  
התמחות במשפט ציבורי בתוכנית תל אביב-נורת'ווסטרן.

### **פרופ' מוחמד ס' ותד**

פרופסור חבר, דקן בית הספר למשפטים וממלא מקום סגן  
הנשיא לעניינים אקדמיים במכללה האקדמית צפת; חוקר בכיר  
במכון למחקרי ביטחון לאומי; עמית מחקר במכון למדיניות  
נגד טרור באוניברסיטת רייכמן, ועמית מחקר במרכז מינרובה  
לשלטון החוק במצבי קיצון של אוניברסיטת חיפה. מומחה  
בהיבטים ההשוואתיים והבינלאומיים של המשפט הפלילי  
והמשפט החוקתי, משפט בינלאומי, דיני מלחמה, עינויים  
וטרור, אתיקה מקצועית, בריאות ומשפט ויחסי הגומלין בין  
המשפט לבין מדעי המדינה.



פרופסור, מומחה ומרצה לדיני מקרקעין ודיני קניין בפקולטות למשפטים של המכללה למינהל, האוניברסיטה העברית בירושלים ואוניברסיטת תל אביב.

## פרופ' חיים זנדברג

פרופסור חבר בחוג להיסטוריה באוניברסיטה העברית בירושלים, עמית במכון שלום הרטמן. עוסק בהיסטוריה של העולם העתיק וכן בשאלות של דמוקרטיה, לאומיות, מדינת לאום, דת ומדינה וזכויות של מיעוטים לאומיים בישראל ובעולם.

## פרופ' אלכסנדר יעקובסון

עמית מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה. תחומי המומחיות שלו הם הרשות השופטת, היועץ המשפטי לממשלה ורשויות התביעה, דיני תעמולת בחירות וצנזורה, היסטוריה של המשפט והיסטוריה של המחשבה המדינית והאזרחות.

## ד"ר גיא לוריא

חבר סגל בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, מכהן בקתדרה לזכויות האדם על שם השופט חיים כהן ז"ל. עוסק במחקר ובהוראה במשפט חוקתי ובידיני זכויות האדם.

## פרופ' ברק מדינה

פרופסור מן המניין, סגנית נשיא למחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

## פרופ' סוזי נבות

פרופסור חבר במרכז האקדמי למשפט ולעסקים. מומחה למשפט חוקתי, משפט חוקתי השוואתי ותורת המשפט.

## פרופ' עידו פורת

מוסמך לרבנות, משפטן ומומחה למשפט מוסלמי וחוקתי. סגן נשיא המכון למדיניות העם היהודי ומרצה למשפטים במרכז האקדמי פרס. לאורך השנים עבד במשרד ראש הממשלה, גם כיו"ר ועדת הסנקציות נגד איראן, ולאחר מכן הוביל שינויי מדיניות הנוגעים ליחסי דת ומדינה.

## ד"ר שוקי פרידמן

חברת סגל במרכז האקדמי שערי מדע ומשפט ועמיתת מחקר במרכז מינרבה לזכויות אדם באוניברסיטה העברית בירושלים. מומחית במשפט בינלאומי פומבי ודיני זכויות אדם, ברגש על סוגיות של מעמד טריטוריאלי.

## פרופ' יעל רונן

## פרופ' יורם שחר

פרופסור (אמריטוס), בית ספר רדזינר למשפטים באוניברסיטת רייכמן. עוסק בהיסטוריה משפטית, משפט השוואתי ודיני עונשין.

## פרופ' ידידיה צ' שטרן

נשיא המכון למדיניות העם היהודי (JPPI), פרופסור למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, לשעבר סגן נשיא למחקר ועמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה. מומחה למשפט ציבורי וחוקתי, משפט מסחרי, דת ומדינה, יהדות ודמוקרטיה וזכויות אדם.

## פרופ' יובל שני

עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה וראש הקתדרה למשפט בינלאומי פומבי באוניברסיטה העברית בירושלים. תחומי המומחיות שלו הם משפט בינלאומי וזכויות אדם.

## ד"ר מנאל תותרי-ג'ובראן

מרצה בכירה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. חברה בפורום "חוקרות לומדות משפיעות" ופעילה במרכז מנומדין למשפט יהודי ודמוקרטי. חברה בפורום המייעץ של הקונגרס הישראלי וחברת דירקטוריון באגודה לצדק חלוקתי. תחומי עניין עיקריים: משפט וחברה, גאוגרפיה משפטית, משפט מינהלי, רב-תרבותיות וזכויות מיעוט.

## חוקי־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי

- עקרונות יסוד
1. (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.
- סמלי המדינה
2. (א) שם המדינה הוא "ישראל".  
 (ב) דגל המדינה הוא לבן, שני פסי תכלת סמוך לשוליו, ומגן־דוד תכול במרכזו.  
 (ג) סמל המדינה הוא מנורת שבעת הקנים, עלי זית בשני צדדיה, והמילה "ישראל" למרגלותיה.  
 (ד) המנון המדינה הוא "התקווה".  
 (ה) פרטים לעניין סמלי המדינה ייקבעו בחוק.
- בירת המדינה
3. ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל.  
 4. (א) עברית היא שפת המדינה.  
 (ב) לשפה הערבית מעמד מיוחד במדינה; הסדרת השימוש בשפה הערבית במוסדות ממלכתיים או בפניהם תהיה בחוק.  
 (ג) אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית לפני תחילתו של חוק־יסוד זה.
- קיבוץ גלויות
5. המדינה תהא פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות.
- הקשר עם העם היהודי
6. (א) המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים בצרה ובשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם.

\* התקבל בכנסת ביום ז' באב התשע"ח (19 ביולי 2018) [בישיבה שהחלה ביום ה' באב התשע"ח (17 ביולי 2018)]; הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעות חוק הכנסת – 768, מיום כ"ו באדר התשע"ח (13 במרס 2018), עמ' 134.

- (ב) המדינה תפעל בתפוצות לשימור הזיקה בין המדינה ובין בני העם היהודי.
- (ג) המדינה תפעל לשימור המורשת התרבותית, ההיסטורית והדתית של העם היהודי בקרב יהדות התפוצות.
7. המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה.
8. הלוח העברי הוא לוח רשמי של המדינה ולצידו ישמש הלוח הלועזי כלוח רשמי; השימוש בלוח העברי ובלוח הלועזי ייקבע בחוק.
9. (א) יום העצמאות הוא יום החג הלאומי הרשמי של המדינה.
- (ב) יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל ויום הזיכרון לשואה ולגבורה הם ימי זיכרון רשמיים של המדינה.
10. שבת ומועדי ישראל הם ימי המנוחה הקבועים במדינה; למי שאינם יהודים זכות לקיים את ימי המנוחה בשבתם ובחגיהם; פרטים לעניין זה ייקבעו בחוק.
11. אין לשנות חוק יסוד זה אלא בחוק יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת.
- התיישבות יהודית
- לוח רשמי
- יום העצמאות וימי זיכרון
- ימי מנוחה ושבתון
- נוקשות

## בנימין נתניהו

### ראש הממשלה

יולי יואל אדלשטיין

יושב ראש הכנסת

ראובן ריבלין

נשיא המדינה

## מבוא

---

מונח לפניכם ספר הפרשנות של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שנחקק בשנת 2018. הספר, בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה ובעריכת מחברי רשימה זו, מציע פרשנות לסעיפי חוק-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק-יסוד: הלאום, חוק הלאום, או חוק היסוד). את פרקי הספר חיברו בכירות ובכירי החוקרים של המשפט החוקתי בישראל, שקיבלו על עצמם משימה מורכבת – לקרוא את חוק היסוד כחלק ממארג החוקים והעקרונות המשפטיים המרכיבים את מערכת המשפט הישראלית. בהקדמה קצרה זו נציג את תכליתו של הספר ונסקור בקצרה את פרקיו לפי סדר הופעתם בין דפיו.

חוק היסוד האמור הוא דבר החקיקה החוקתית החשוב ביותר שיצא מתחת ידיה של הסמכות המכוונת בישראל, היא הכנסת, בשני העשורים האחרונים. אפשר להשוותו רק לחוקי היסוד החדשים שנחקקו

1.  
**על כוונת העורכים ואופיו  
 של החיבור**

---

באמצע שנות התשעים,<sup>1</sup> אף שהללו חשובים ממנו בשל השינוי שהביאו עימם במעמד הנורמטיבי של חוקיה הרגילים של הכנסת ביחס לחקיקה החוקתית.<sup>2</sup> חוק-יסוד: הלאום שואף – לדעת מכונניו, על פי לשונו ועל פי תכליתו – לעגן היבטים מסוימים בזהותה החוקתית הלאומית של מדינת ישראל, מהם שהיו מעוגנים כבר בחקיקה תת-חוקתית ומהם חדשים. אין מדובר ב"חוק חזון" מלא המעגן את כל רכיבי הזהות של המדינה (הדמוקרטית, היהודית, המגינה על זכויות אדם והמקדמת ערכים נוספים הנוגעים לחזונה), אלא ב"חוק לאום", המעגן פן אחד בחזון המדינה – היותה מדינת הלאום של העם היהודי.<sup>3</sup> חוק זה הוא בת קול המבקשת, במובהק, להדגיש את הפן ה"יהודי" באנטינומיה הדיס-הרמונית אך המקיימת של היותה של מדינת ישראל מדינה "יהודית ודמוקרטית".<sup>4</sup> בחוקקה את החוק הזה כוננה הכנסת חלקים של החוקה החרוטה ולא הותירה אותם פתוחים לשיחה ולא-הסכמה מוסרית, חברתית, פוליטית, משפטית ותרבותית נמשכת. הכנסת הציבה לנו, המשפטנים והמשפטניות, עובדה שאין אנו בני חורין להתעלם ממנה.

ואולם, כינונו של חוק-יסוד: הלאום הוא גם כינונו של שבר. בדונה בשאלת כינונו של חזון חוקתי במדינת ישראל הבהירה פרופ' רות גביון המנוחה מדוע לא נכון ולא חכם לשאוף לחקיקה חוקתית שתכריע בסוגיות של זהות ישראלית.<sup>5</sup> חוק לאום, כך סברה, "עלול להפר את האיזון החיוני לשמירת כלל החזון", ולצמצם דווקא את ההסכמה הרחבה ביחס למרכיב היהודיות בנוסחת האיזון. ואכן, חקיקה של זהות לאומית יש בה אתגר וסיכון. בתקופות מעבר היא יכולה לייצב ולגבש סדר חוקתי, ובכך להיות כלי עזר לחברה ולאזרחיה. אולם שעה שאין היא עולה מתוך הסכמה רחבה ומתוך תחושה של התעלות, היא עלולה להיות גם פתח להעמקת המחלוקת ולהעצמה של קונפליקטים חברתיים ומשפטיים. אכן, בלעדיה הם אינם נעלמים, אבל איתה הם מוחרפים. אם כן, החשש שעמד ועומד ברקע חקיקתו של חוק היסוד הוא שכינון חוקתי חלקי של נורמות זהות לאומיות של המדינה, בלי כינון משלים

1 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק-יסוד: חופש העיסוק. והשוו הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1.

2 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

3 ראו רות גביון עיגון חוקתי לחזון המדינה? – המלצות מכוח מינוי שרת המשפטים מאוגוסט 2013 ומסמכי רקע לגיבושן (משרד המשפטים 2013), בעמ' 14-15; וכן ניר קידר האם נכון לעגן את הזהות היהודית במשפט הישראלי? (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2015).

4 ראו Yael Tamir, Liberal Nationalism (1993).

5 גביון לעיל ה"ש 3, בעמ' 15, 27-33.

של נורמות החזון כולן, יקציץ את המתח בין היותה של ישראל מדינה יהודית לבין היותה מדינה דמוקרטית ויעמיק את השסע החברתי בשאלות הזהות.

ואכן, החשש הזה התממש: חוקי־סוד: הלאום נחקק מתוך מחלוקת, לעיתים עזה ביותר, ולא בהסכמה חברתית האמורה לאפיין כינון נורמות יסוד. הכנסת הצביעה בעדו בתנאים של "פוליטיקה רגילה" ולא בשעה של "רגע חוקתי" והליך חוקתי חגיגי. רבים סבורים שהוא נושא עימו פגיעה קשה בקבוצות חברתיות גדולות וחשובות שהם מבניה ובנותיה של החברה הישראלית, ראשונה שבהן היא קבוצת המיעוט הלאומי של הערבים אזרחי ישראל. בין שמדובר בפגיעה חוקתית של ממש, בזכויות של אזרחים, בין בפגיעה חברתית ותרבותית העולה מתהליך כינונו ומהעיקר שחסר בו – עיגון ערכיה הדמוקרטיים של המדינה, בכלל, ועיגון נורמות של שוויון בין אזרחיה, בפרט – חלקים נרחבים של החברה הישראלית סברו שהחוק הוא פוגעני כלפי המיעוט הערבי.

כאמור, חוק היסוד הוא המשך מפעל הגדרת הזהות הישראלית. מטרתו המרכזית – קיבוע חוקתי של ישראל כמדינת לאום יהודית – חוזרת על הברור מאליה,<sup>6</sup> והיא מקובלת על רבים בציבוריות הישראלית. אף על פי כן, תהליך חקיקת חוק הלאום לווה במחלוקת ציבורית ומקצועית סוערת שנבעה, בעיקר, מכך שהחוק איננו כולל סעיף המבטיח יחס שוויוני לאזרחי המדינה שאינם יהודים.<sup>7</sup> התעלמות זו היא לצנינים בעיני המבקרים, וגם בעינינו,<sup>8</sup> ועמדה גם במרכז הדיון המשפטי בעתירות שהוגשו נגד חוק היסוד. האם היעדרו של ערך השוויון מחוקי־סוד: הלאום מחייב פרשנות המסיגה לאחור את ערך השוויון מפני הלאומיות? אי־אפשר לדון דיון שיטתי בחוק

6 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 385–386 (1965).

7 מרתק לגלות שבסקר של מרכז גוטמן במכון הישראלי לדמוקרטיה, שנערך ביולי 2020, במלאת שנתיים לחוק, התברר ששיעור הישראלים המרוצים מהנוסח הנוכחי של החוק, בלא ההבטחה לשוויון, נמוך במיוחד – פחות מרבע (23%). מספר נמוך יותר (18%) תומך בביטול החוק, והקבוצה הגדולה ביותר (40%) סבורה שיש לתקנו ולהבטיח שוויון, אם בדרך ישירה של הוספת סעיף שוויון, ואם בדרך עקיפה של הוספת התחייבות חוקתית לפעול ברוח הכרזת העצמות, שבה הובטח השוויון. ראו ידידיה שטרן "שתי תעודות זהות" ידיעות אחרונות 17.7.2020.

8 נוסף על זרם סוער של מאמרי דעה והתבטאויות של אישי ציבור ומלומדים, לא נגרע גם חלקן של הצעות חוק שהונחו על שולחן הכנסת ה־20 וביקשו לתקן את חוק הלאום: הצעת חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (הוספת שוויון זכויות לכלל אזרחי המדינה) (פ/5774/20); הצעת חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (הרחבת תחולת ההגדרה העצמית הלאומית במדינת ישראל לעדה הדרוזית) (פ/5750/20); הצעת חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (הוספת מחויבות לשוויון זכויות) (פ/5725/20).

היסוד בלי שמתח זה ילווה את הפרשנות של כל אחד מסעיפיו כמעט. זהו הרקע למהלך הפרשני שיזמנו. הספר שלפניכם אינו מבקש להציע פרשנות מונוליתית לסעיפי החוק, אלא נוקט גישה פרשנית פלורליסטית.<sup>9</sup> זהו מהלך שיטתי החוקר את פשרו האפשרי של כל אחד מסעיפי חוק היסוד, מתוך הצגת תוכנו וההצעות הפרשניות שלאורן אפשר לקוראו. פרשני החוק המשתתפים בספר ערים למחלוקת סביבו, ולכל אחד ואחת מהם עמדה בעניין זה. הספר לא נועד ליישב את המחלוקת או להכריע בה, אלא להציב מסד פרשני-חוקתי מסודר של פרשנות החוק, ובכך להמשיך את המחלוקת שסביבו, אך על בסיס אדניים עיוניים יציבים יותר.

חשיבותו של חוק היסוד והתעצמות המחלוקת על זהות המדינה שהוא עורר דרבנה אותנו לפנות לטובי המומחים והמומחיות במשפט החוקתי בישראל בבקשה שיעמיקו מחשבה בפרשנות החוק וייתנו בו סימנים. ספר זה שייך למסורת ספרי ה"קומנטר", אבל אין הוא מציית למשמעות המשפטית המסורתית הצרה של המונח הזה. המשתתפים בכתיבה אינם מסתפקים בפרשנות הסעיפים השונים (אף שמבנה הספר עוקב אחר סעיפי החוק), אלא מביטים בחוק מתוך תשקופת רחבה המעיינת בזהותה הדמוקרטית-חוקתית של המדינה. ביקשנו מהם שלא להסתפק בדבר פרשנות משפטית של לשון החוק, אף שזו כמובן נדרשת, אלא למקם את פרשנותם מתוך פרישה של מצודה רחבה המתחשבת במורכבות המשמעויות של חוק היסוד ובמתחים שכינונו מעלה ועוד יעלה בשנים הבאות. קו פרשני העולה שוב ושוב מפרקי הספר בהקשר הזה הוא הנטייה של החוקרים והחוקרות להציע פרשנות חוקתית המקיימת, כמובן, את לשון החוק, ומבקשת לאפשר את השתלבותו במארג החוקתי הישראלי. פרשנות הרמונית כזאת תאפשר להמשיך את השיחה על דמותה של מדינת ישראל בהיותה מדינה דמוקרטית באמת ויהודית באמת. לשמחנתנו, רבים וטובים נענו להצעתנו, והספר מחזיק לא פחות מ-17 פרקים המצטרפים לאסופה שתוכל לשמש את הפרשנים החוקתיים, את הקוראים המשכילים, את החוקרים והסוציולוגים של החברה הישראלית, ואת האזרחים והאזרחיות כולם כבואם להכיר את חוק היסוד ולפרשו.

בספר שישה שערים. השער הראשון מתבונן בחוק היסוד ממבט-על, מתוך נקודת ראות השוואתית בינלאומית ובחינה של מקומו במארג החוקתי

## 2. סקירת שערי הספר

9 ידידיה שטרן "פלורליזם משפטי בישראל" צדק שלי, צדק שלך 291-325 (ידידיה צ' שטרן עורך, מרכז זלמן שזר והמכון הישראלי לדמוקרטיה 2010).



הכולל. חוק היסוד אינו עומד לבדו, אלא מצטרף לשורה של חוקי יסוד קיימים. מהו אפוא היחס הראוי שבין חוק היסוד לבין הנורמות והזהותיות האחרות שבסדר החוקתי הישראלי? תשומת לב מיוחדת ניתנת לפרשנות הזכות להגדרה עצמית ולשאלה אם אפשר לפרש את חוק היסוד פרשנות שאינה פוגעת בזכות לשוויון. השער השני עוסק בהליך כינונו של חוק היסוד. חקיקה חוקתית מתאפיינת בדרך כלל בהליך "עבה" ומיוחד המשקף את חשיבותה החברתית ואת הצורך בהסכמה רחבה על תוכנה הכובל. בישראל, חוק-יסוד: הלאום (כמו חוק יסוד נוספים) הוא דוגמה לבעייתיות הטמונה ביכולתה של הכנסת לכוון חקיקת יסוד ברוב הפרלמנטרי הרגיל ובתנאים של פוליטיקה רגילה, ולא של "שעת רצון" חוקתית. פרקי השער עוסקים בסוגיית הליך כינון חוק היסוד – מתארים את תהליך הפשרה הפוליטית סביב החוק, משווים את ההליך לזה של כינון חוקי היסוד משנות התשעים, או עוסקים בשאלת נוקשותו (entrenchment) של החוק לנוכח הסעיפים הרלוונטיים ומבנה "כלל השינוי" החוקתי שלנו. עניינו של השער השלישי הוא סמלים. חוק היסוד, כיאה לנורמה זהותית, מעגן כמה סמלים של מדינת ישראל, מהם שנקבעו בחקיקה או בחקיקת יסוד קודמת, מהם שעוגנו בו בפעם הראשונה. השער כורך יחדיו את העיגון החוקתי של כל הסמלים המופיעים בחוק, ומדגיש את הסעיפים המגדירים את מעמדה של ירושלים ואת אופיים של יום השבת וימי המנוחה. השער הרביעי מתמקד בשפה. השפה הרשמית של מדינה והנורמות הנהוגות ביחס אליה הן עניין לעיגון חוקתי במדינות שונות. בישראל הדיון מתמקד בשאלת מעמדה של השפה הערבית לצד השפה העברית.<sup>10</sup> שער זה מציג עמדות פרשניות בדבר מעמדה של השפה הערבית בעקבות חוק היסוד. השער החמישי עוסק בקיבוץ גלויות ובקשר של מדינת ישראל עם העם היהודי. מערך היחסים שבין מדינת לאום לבין התפוצות שלה הוא עניין שכיח למדי בחקיקה חוקתית של נורמות זהות במדינות לאום,<sup>11</sup> ונודעת לו חשיבות מיוחדת בהקשר של ישראל, לנוכח ההיסטוריה שלה ושל פזורותיה, לפני הקמת המדינה ואחריה. השער דן בהשלכות העיגון החוקתי של משימת קיבוץ הגלויות על הסדרים תת-חוקתיים קיימים, כמו חוק השבות, ודן במשמעות של עיגון המחויבות החוקתית של ישראל כלפי התפוצות בחוק היסוד, ובכלל זה ההתחייבות שהמדינה "תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים

10 למשל, בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל אביב יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002).

11 אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין ישראל ומשפחה העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם 222-240 (2003); וכן, למשל, European Commission for Democracy Through Law, Report on the Preferential Treatment of National Minorities by their Kin States, adopted by the Venice Commission at its 48th Plenary Meeting (Venice, October 19-20, 2001)

בצרה ובשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם". השער השישי מתחבט בפרשנות ההסדרה של ההתיישבות היהודית בחוק היסוד, הקובע כי "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". חובה זו היא במידה רבה ייחודית לחוק היסוד הישראלי, ואינה שכיחה בחוקות של מדינות אחרות בעולם. המתח שבין הרצון לקדם התיישבות בעלת מאפיינים לאומיים לבין הזכות להקצאה שוויונית של משאבי קרקע מלווה את הסדר החוקתי הישראלי מאז ומתמיד, וביתר שאת בעשורים שלאחר המהפכה החוקתית.<sup>12</sup> מתח זה עומד במוקד המחלוקת המשפטית בדבר חוקתיותו של החוק. פרקי השער מציגים את ההיסטוריה הרחוקה והקרובה של הסדרת הנושא ומציעים דרכי פרשנות לסעיף.

כדרכו של ספר פרשנות משפטית חילקנו את פרקיו לפי סעיפי חוק היסוד, אם כי החלוקה אינה חדה וחותרת, וכמה פרקים עוסקים בסוגיות חופפות או משיקות. בחלק הבא נסקור בקצרה את פרקי הספר.

**השער הראשון עוסק, כאמור, במיקומו של חוק היסוד במארג החוקתי. בפרק "בחוקותיהם לא תלכו: חוק הלאום והוראות בדבר זהות לאומית בחוקות דמוקרטיות" אלכסנדר יעקובסון מציג את**

### 3. סקירת הפרקים

המסקנה העולה מההשוואה בין חוק היסוד לבין הוראות חוקתיות העוסקות בזהות לאומית בחוקותיהן של כמה מדינות אחרות. לדבריו, חוק הלאום הישראלי חורג מהמקובל במדינות לאום דמוקרטיות – לא משום שהוא קובע שישראל היא מדינת לאום יהודית, אלא משום שמנסחיו סירבו לכלול בו את עקרון השוויון האזרחי. בכך הם סטו מהכלל שכל חוקה דמוקרטית הקובעת למדינה אופי לאומי המשקף את זהותו של עם הרוב מקפידה עליו: בכל החוקות של מדינות הלאום הדמוקרטיות מובהר, בניסוחים שונים, כי המדינה היא גם מדינתם של האזרחים שאינם שייכים לקבוצה הלאומית שהמדינה מגלמת את עצמאותו הלאומית.

את המבט ההשוואתי על קביעת הזהות החוקתית ממשך הפרק של יובל שני "סעיף ההגדרה העצמית בחוק הלאום". הפרק מתמקד ברעיון ההגדרה העצמית, השזור בהוראותיו של סעיף 1 לחוק הלאום, ומשווה בין תפיסת ההגדרה העצמית שבסעיף 1 לחוק היסוד לבין הזכות להגדרה עצמית כפי שהתפתחה במשפט הבינלאומי. סעיף 1 מגדיר שהמדינה היא יהודית ומתווה את ההצדקה להיותה כזאת. אך

הגדרה עצמית אינה תפיסה חוקתית-ישראלית, וממילא אי-אפשר להבין את המודל שאימץ חוק יסוד הלאום ולפרש אותו בלי הבנה של מאפייניה הכלליים של הזכות להגדרה עצמית. שורשיה של זכות זו בתפיסות אוניברסליות של זכויות לאומיות במחשבה המדינית, בפוליטיקה המדינית, ביחסים הבינלאומיים ובמשפט הבינלאומי. שני מבקר את הבחירה המודעת של מנסחי חוק הלאום לסטות מנוסחות מפיסיות המצויות בחוקות אחרות ובמסמכים ההיסטוריים המרכזיים שהתבססו על הזכות להגדרה עצמית של העם היהודי, ולהימנע מלהכיר במפורש במסגרת חוק הלאום באופייה הדמוקרטי של המדינה, בשוויון בין אזרחיה ובזכויות הקבוצתיות התת-מדינתיות או הקהילתיות של קבוצות המיעוט. לטענתו, אף שאין לבחירה זו משמעות מעשית או פרשנית רבה, הבחירה המודעת של מנסחי חוק הלאום לסטות ממודל ההגדרה העצמית המקובל בחוקות אחרות מעוררת חשש שהחוקה הישראלית תיתפס כמבוססת על אמנה חברתית בלתי הוגנת ובלתי משתפת, ושתפיסה זו עלולה להכשיל את כוונת מנסחי החוק להדוף באמצעותו את ההתקפות נגד הלגיטימיות של הגדרתה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי.

לאחר המבט ההשוואתי הרחב ופרשנות של הזכות להגדרה עצמית, הפרק שכתב אורי אהרונוסון, "חוק הלאום בראי חוקי היסוד האחרים", ממקם את חוק יסוד הלאום במארג החוקתי של חוקי היסוד הקיימים, ומציע תפיסה פרשנית הנובעת מכך. כפי שמראה אהרונוסון, חוק היסוד עוסק בהסדרים חוקתיים מסוג חדש, שלא היה דומיננטי בחקיקה החוקתית שלנו עד עתה. אף שהחוק מעגן הסדרים קיימים ומעלה אותם לדרגה החוקתית, הוא נמנע מלאמץ, מבחינת לשונו, את הערך החוקתי של היותה של ישראל "יהודית ודמוקרטית" ולוקה בערכוב מושגי בין הוראות שעיקר מעמדן הוא סמלי והצהרתי לבין הוראות חוקתיות מהותיות. מאפיינים אלו מציגים אתגר לפרשנים המבקשים לשלב את חוק היסוד אל תוך המארג החוקתי הקיים. אהרונוסון מנתח את החוק ניתוח אקלקטי ומציע שלוש גישות להבנת חוק היסוד: גישה הצהרתית, גישה פרשנית וגישה אופרטיבית. לפי הגישה הצהרתית, חוק היסוד שונה מחוקי היסוד האחרים לא רק בתוכנו, אלא גם במידת החיוב המשפטי שלו. יש לראות בו חוק הצהרתי בלבד. לפי הגישה הפרשנית, חוקי-יסוד: הלאום אינו יוצר הסדרים אופרטיביים חדשים במשפטנו החוקתי, אבל ברוח הפרשנות החוקתית הקיימת, הוא מציב אמת מידה פרשנית האמורה להשפיע על דינים תת-חוקתיים. לפי גישה זו חוק הלאום הוא מקור להשראה פרשנית, אך אין הוא קובע חובות או זכויות חדשות. ולבסוף, לפי הגישה האופרטיבית, חוקי-יסוד: הלאום מייצר תוצאות נורמטיביות מלאות, דומות לחוקי היסוד שקדמו לו. כלומר, הוא מחייב את רשויות השלטון ואת בתי המשפט מוסמכים לבטל חוקים ופעולות שלטוניות אחרות הסותרות אותו.

השער הראשון נחתם בפרק מאת ידידיה צ' שטרן, "חוק הלאום ואתגר השוויון". כאמור לעיל, עקרון השוויון אינו מוזכר בחוק היסוד, והמחלוקת העיקרית שהסעירה את הציבור ואת מומחי המשפט בעת הליך החקיקה וממשיכה להסעירו גם כיום נסובה על השאלה אם (א) היעדר מחויבות מפורשת של חוק היסוד לשוויון ו-(ב) הנורמות הכלולות בסעיפי חוק היסוד שיש בהם ממד לאומי-יהודי פרטיקולרי, משמעם שמדינת ישראל איננה מחויבות עוד לשוויון, בניגוד למחויבות שנטלה על עצמה בעבר. האם החקיקה הקודמת והפסיקה הענפה בתחומים רבים, שכללה מחויבות גבוהה לשוויון אזרחי, השתנתה עם קבלת חוק היסוד?

שטרן מציע פרשנות של כל אחד מסעיפי חוק היסוד, ולדעתו היא איננה סותרת את המחויבות הקודמת לערך השוויון. לשם כך הוא בונה מודל המבחין בין כמה רמות של מחויבות אפשרית של מדינה, כל מדינה, לשוויון: במישור הראשון המחויבות היא לשוויון אזרחי לפרט בלי תלות בלאומיותו; במישור השני המחויבות היא לשוויון לפרט בהיותו חלק מקבוצת המיעוט הלאומי; במישור השלישי המחויבות היא לשוויון בין קבוצת הלאום של הרוב לבין קבוצת הלאום של המיעוטים (זכויות קבוצתיות); ובמישור הרביעי המחויבות היא לעיקור כל סממן לאומי מהמדינה ומהרחב הציבורי כך שההבחנה בין קבוצות לאומיות לא תהיה רלוונטית ("מדינת כל אזרחיה").

שטרן מראה כי החוק איננו פוגע בשוויון של אזרחי ישראל מהמיעוט הלאומי הערבי בשני המישורים הראשונים. לדעתו דרך מלך של פרשנות החוק מאפשרת לטעון שחוק הלאום איננו מסיט לאחור את המחויבות הקודמת של מדינת ישראל ליתן יחס שוויוני לערבים אזרחי ישראל כפרטים וכפרטים שהם חלק מקבוצת מיעוט.

לעומת זאת, חוק היסוד סותר את המחויבות לשוויון בשני המישורים האחרונים, אולם גם הדין הישראלי שקדם לחוק היסוד וגם הדין הנוהג ברוב מדינות הלאום הליברליות איננו מבטיח זכויות קבוצתיות למיעוטים ואינו מציע ויתור מלא של מדינת הלאום על זהותה הפרקטיקולרית בשם ערך השוויון. אכן, כפי ששטרן מדגיש, אף שהשוויון הוא ערך חשוב מאין כמותו, אין הוא ערך מוחלט. מותר למדינות לאום – וכך הן אכן נוהגות – לתת עדיפות בחוקיהן לקבוצת הלאום של הרוב, כל עוד אין הן מפלות לרעה את האזרחים שהם בני קבוצת המיעוט הלאומי. המסקנה היא אפוא שאפשר לפרש את חוק היסוד בדרך התואמת את מחויבותן של מדינות לאום ליברליות לשוויון האזרחים מקבוצות מיעוט.

השער השני עוסק בהליך חקיקת חוק היסוד, ובו שני פרקים. הפרק של עידו פורת, "כיצד יש לחוקק חוק יסוד?": הליך ומהות בחקיקת חוק הלאום וחוקי היסוד של זכויות האדם", מתמודד עם הליך החקיקה של חוק היסוד מנקודת המבט

ההשוואתית ה"פנימית", כלומר מתוך השוואת הליך החקיקה של חוק היסוד עם הליך החקיקה של חוקי היסוד הקודמים, משנות התשעים, והוא עושה זאת דרך ניתוח שאלת הלגיטימציה של ההליך בכל אחד מהם. לעמדת פורת, הטוענים לשלילת הלגיטימיות של חוק הלאום בשל הליך החקיקה הפגום שלו צריכים להסביר את עמדתם בעניין הלגיטימיות של חוקי היסוד של זכויות האדם משנת 1992 – חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוקי-יסוד: חופש העיסוק. גם חוקי יסוד אלו נחקקו ברוב קטן של חברי כנסת ובתמיכה פחותה מהתמיכה שחוק הלאום זכה לה. פורת מצביע על הדמיון בין הליך החקיקה של חוק הלאום להליך החקיקה של חוקי היסוד האמורים (כולם כוננו בהליך חקיקה רגיל), ובודק אם ניכרים הבדלים המצדיקים מתן לגיטימציה מוגברת למי מהם. הוא מבחין שבניגוד לחוקי היסוד משנות התשעים, שנחקקו כ"פשרה בין-גושית", חוק הלאום נחקק ברוב קואליציוני ובדפוס של "עימות בין-גושי", עובדה המפחיתה מהלגיטימציה שלו, ודן גם בשאלת היקף השיח הציבורי ובמידת המעורבות של גורמים חוץ-פרלמנטריים בהליכי החקיקה ובהשפעתם על הלגיטימציה של החוקים. לצד זאת פורת עומד על הבעיות בהליך החקיקה של חוקי היסוד משנות התשעים ומגיע למסקנה ששאלת ההליך בלבד אינה הדרך הנכונה לבחון את הלגיטימציה של חוק יסוד. אם רוצים להקיש מאופיו של ההליך על תקפותם של החוקים, הרי שכולם תקפים (אם יש דרישות הליכיות מינימליות) או שכולם אינם תקפים (אם יש דרישות הליכיות של הסכמה רחבה והליך דליברטיבי מתאים). מכאן פורת עובר להשוואה מהותית יותר בין חוקי-יסוד: הלאום לבין חוקי היסוד הקודמים, ומשתמש בתאוריות מהותיות של חוקתיות שמכוחן תחומים מסוימים של אסדרה חוקתית מוצדקים יותר מאחרים. במבחן כזה יש עדיפות לחוקי היסוד הקודמים, אך גם עדיפות זו אינה נקייה מבעיות נורמטיביות ומעשיות משמעותיות. לטענת פורת, השוואה על פי קריטריון מהותי אינה יכולה לספק הבחנה בין חוק הלאום לבין חוקי היסוד של זכויות האדם, לכל הפחות, לא השוואה היכולה לשמש הלכה למעשה מוסדות פוליטיים בבואם לבחון את תקפותו של חוק הלאום.

הפרק השני בשער זה, "נוקשות – סעיף 11 לחוקי-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי", מאת סוזי נבות עוסק בסעיף הנוקשות שבחוק היסוד. נבות פורשת ריעה רחבה ביותר המהווה מבוא להבנת כללי השריון החוקתי בחוקות בכלל, ובשיטת המשפט החוקתית שלנו בפרט. סעיף 11, המשריין את חוק היסוד מפני שינוי באמצעות דרישה לרוב של חברי כנסת, מקבע את העיקרון החוקתי של נוקשות החוק. הוא מבטא את עמדתו של המכונן הישראלי בשאלת היחס שבין חוקתיות לבין דמוקרטיה, שכפי שמראה נבות, הם שני העקרונות הדיאלקטיים של כל הסדר שריון חוקתי. לאחר שהיא סוקרת את המתח הבסיסי שבין גמישות לנוקשות בעיצוב

המוסדי של כללי שריון חוקתי, נבות עוברת לתאר את ההיסטוריה של שריון חוקתי בישראל, מפרשת ברגמן ועד התפתחות השריון המהותי בפסק הדין בעניין המזרחי. לאחר מכן, וכמבוא לניתוח הוראת השריון שבחוק היסוד, היא מציגה את מודל השריון החוקתי בישראל, על חולשותיו וחוזקותיו, ובעיקר, מנתחת את המאפיינים הבסיסיים שלו, שלפיו הכנסת אוחות בסמכות מכווננת ומחוקקת גם יחד ויכולה לכבול את עצמה. נבות דנה במגבלות על יכולתה של הכנסת להשתמש בשריון החוקתי, ולאחר מכן פונה לנתח את סעיף השריון שבחוק היסוד – סעיף 11 – ומביעה את העמדה שסעיף זה אינו חורג מכוחה של הכנסת לקבוע הוראות שריון. עם זאת, ואף שהוראה זו צולחת את ההצדקה לשריון והיא דומה להוראות אחרות בנוף החוקתי הישראלי, בהמשך ישיר לגישה המתפתחת בעולם, נבות סבורה כי חקיקה של פסקת יציבות גבוהה במיוחד, המנותקת מן הרוב שחוקק אותה, ומתוך ניצול כוחו של רוב קואליציוני רגיל, בהליך חקיקה מזורז ובלא דיון ציבורי – יכולה לעלות לכדי שימוש לרעה בכוח השריון ויהיה אפשר לראות בה "שריון חורג". עם זאת, כאמור, לעמדתה זה אינו המצב בכל הנוגע להוראה שבסעיף 11 לחוק הלאום.

**השער השלישי עוסק בסמלים.** בפרק "סמלי המדינה והקהילה הפוליטית: סעיפים, 2, 8 ו-9 לחוק הלאום", מאגד גיא לוריא יחדיו ניתוח של סעיפי החוק העוסקים בהוראות הסמלים והטקסים. הוא מתחקה אחרי המשמעות המשפטית של עיגון הסמלים והטקסים בחוק היסוד ומגיע למסקנה שסעיפים אלו אינם מבשרים שינוי של ממש, מעבר להעלאת העיגון של הסמלים והטקסים לרמה חוקתית. אך מעבר להיבט המשפטי, הפרק בוחן את עיגון הסמלים והטקסים מנקודת מבט פילוסופית-פוליטית. עיגון של סמל וטקס הוא דרך של הקהילה הפוליטית להגדיר את עצמה, ובעיקר לכלול בה ולהדיר ממנה קהילות ותת-קבוצות חברתיות למיניהן. בתפקיד זה סמלים וטקסים משפיעים על יצירתה ועל התפתחותה של האזרחות ועל הגדרת גבולותיה. לטענת לוריא, אף שאין חידוש רב בעצם הסמלים והטקסים שבחוק היסוד מלבד עיגונם החוקתי, העיגון הבלעדי של סמלים וטקסים יהודיים-ציוניים בחוק הלאום פוגע במיעוטים בישראל העלולים לראות בעצמם אזרחים סוג ב', על שום הדרתם מהמשאבים הציבוריים הסמליים של המדינה. מהטעם הזה יש לשאוף לצמצם או לאיין את הפגיעה בשוויון הגלומה בעיגון של סמלי קבוצת הרוב היהודי-ציוני בזוהת החוקתית של מדינת ישראל על ידי פרשנות חוקתית מצמצמת וסמלית בלבד.

הפרק שכתבה יעל רונן, "ירושלים, דיבורים סביב לה", מביט בסעיף 3 לחוק היסוד, העוסק במעמדה של ירושלים כבירת ישראל. חוק הלאום הוא הפעם השלישית שהכנסת מכריזה שירושלים היא בירתה, ונוסח הסעיף בו זהה לנוסחו של סעיף 1 בחוק היסוד: ירושלים בירת ישראל. כידוע, היותה של ירושלים בירתה של מדינת

ישראל מעולם לא הוטל בספק בכנסת ישראל, ויש הסכמה גורפת בכל רחבי הקשת הפוליטית על מעמדה זה. מנגד, יש מחלוקת בעניין דרישתה של ישראל לריבונות בלעדית בעיר ובסביבותיה. במהלך השנים זכתה שליטתה של ישראל במערב העיר להכרה משתמעת נרחבת (אם כי לא מלאה) כשליטה ריבונית. לעומת זאת, לדרישתה של ישראל לריבונות במזרח העיר לא הייתה מעולם תמיכה בינלאומית, אף לא מיום שהחלה לשלוט בשטח בפועל ב-1967. למחלוקת הבינלאומית יש ביטוי גם בשיח הפנים-מדינתי. בחלקו הראשון של הפרק מוצג הרקע הפוליטי-היסטורי לכינון הסעיף ונסקר בהרחבה גלגולו של מעמדה של ירושלים במשפט הבינלאומי והפנימי. הפרק פורס יריעה רחבה בשאלת השפעתם של המשפט והסדר הבינלאומיים על התפתחות מעמדה של ירושלים במשפט הפנימי, ומצביע על שינוי גישה של ישראל: מניסיון להימנע מעימות עם הקהילה הבינלאומית לאימוץ גישה של הפגנת עמדה פומבית ולעומתית. חלקו השני של הפרק מוקדש להבהרת משמעותם של המונחים המופיעים בו: "ירושלים השלמה והמאוחדת" ו"בירת ישראל". לטענת רונן, ההכרזה על ירושלים (השלמה והמאוחדת) כבירת ישראל היא בעצמה הצהרתית ואין לה השלכות משפטיות, אך היא חלק ממהלך פוליטי-זהותי סמלי של עיגון זהות המדינה כיהודית.

את השער השלישי סוגר הפרק של אביעד הכהן, "פרשנות סעיף 10: ימי מנוחה ושבתון". פרק זה מפרש את הסעיף המעגן את מעמדם של ימי המנוחה ומועדי ישראל מפרספקטיבה היסטורית ומשפטית. הסעיף אינו מפרט מה כלול במנוח "שבת ומועדי ישראל", אך בחינת רקעו מלמדת שהוא מבקש להוסיף קומה נוספת על הסעיף הקבוע כבר בחוק הראשון שחוקק במדינת ישראל לאחר הקמתה – פקודת סדרי שלטון ומשפט – שבה עוגן היותם של השבת ומועדי ישראל ימי המנוחה. הסעיף מוסיף הסדר מיוחד הנוגע לימי המנוחה של מי "שאינם יהודים", עניין המעלה צורך בדיון משפטי ופרשני במשמעות המנוח הזה. לאחר שהוא מציג את הביקורת שנמתחה על הסעיף, על שהוא משלב תוכן דתי בעיגון של ימי המנוחה שבחוקה (עניין שאינו שכיח בעיגון שכזה), הכהן עובר לדיון ברקע ההיסטורי הרחב יותר: התפתחות מעמדם של השבת ומועדי ישראל כסמל היסטורי לאומי. לטענתו, אף שבמקורות הקדומים ימי המנוחה האלה נושאים אופי דתי מובהק, חלקים רבים בתנועה הציונית ביקשו לרוקן את יום המנוחה מתוכנו הדתי ולהותירו רק כיום מועד לאומי. כדי להמחיש את טענתו הכהן סוקר את שמירת השבת בתל אביב, כדוגמה לשימוש במוסד-הסמל הישן של השבת כבסיס לעיגון צביונה היהודי של העיר והבלטתו לעין כול. לאחר מכן עובר הכהן לפרשנות משפטית של מונחי הסעיף, בהם "שבת ומועדי ישראל", "ימי מנוחה ושבתון", ו"יהודים ושאינם יהודים". לאחר מעשה הפירוש, ובאחרית הדבר הוא מעלה את השאלה אם העלאת נושא מעמדם של

"ימי המנוחה" למישור החוקתי תיצור אנטגוניזם מיותר בקרב חלק מהציבור במישור החברתי, ותעורר שיח מקטב ומפלג דווקא, או שמא תוביל להגבחה מעמדם של ימי המנוחה והשבתון.

**השער הרביעי דן בשפה, ושני הפרקים בו מפרשים את סעיף 4 לחוק היסוד. הפרק מאת מוחמד ס' ותד, "מעמדה המשפטי של השפה הערבית בעקבות חוק-יסוד: הלאום", מתמקד בשאלת מעמדה של הערבית במדינת ישראל לאחר כינונו של חוק היסוד. ותד מציב את השאלות הפרשניות שמעלה הסעיף: מה משמעות הקביעה שעברית היא שפת המדינה ושהשפה הערבית נהנית ממעמד מיוחד? האם אפשר להבין שקביעה זו מבססת את מעמדה הרשמי של השפה העברית אך גם את מעמדה המיוחד והלא-רשמי של השפה הערבית? על שום מה נמנע המחוקק משימוש בביטוי "שפות רשמיות", הן ביחס לשפה העברית, הן ביחס לשפה הערבית, והסתפק בביטוי "שפות"? האם יש לראות בביטוי "מעמד מיוחד" המיוחס לשפה הערבית משום פגיעה במעמדה המשפטי? מה משמעות ומה נפקות סעיף שימור הדינים? האם הוא בא לבטל חקיקה ופסיקה קיימות המבססות את מעמדה הרשמי של השפה הערבית, או שמא הוא נועד לשמר דברי חקיקה ומחלוקות משפטיות ביחס למעמדה המשפטי של השפה הערבית כפי שהם היו ערב כינון חוק-יסוד: הלאום?**

בפרק מוצגות שלוש גישות פרשניות: הראשונה ("שנמוך עטוף בגלימה חוקתית") גורסת שחוק היסוד פוגע במעמד הרשמי של השפה הערבית יחסית למעמדה ערב כינונו, ושמטרתו של סעיף שימור הדינים היא למנוע מבית המשפט את היכולת לפתח את מעמדה המשפטי של השפה הערבית מעבר למעמד שנקבע לה טרם כינון חוק היסוד. על פי הגישה השנייה ("מה שהיה הוא שנותר") חוק-יסוד: הלאום אינו פוגע במאומה במעמדה המשפטי של השפה הערבית, כלומר בהיותה שפה רשמית, אלא רק חוזר ומקבע אותו במסגרת חקיקת יסוד, ובכך מדגיש את מעמד הבכורה של השפה העברית בהשוואה לשפה הערבית. הגישה השלישית ("עוד לא אבדה תקוותנו") מציעה כי חוק-יסוד: הלאום מבסס מקור משפטי המשדרג את מעמדה המשפטי של השפה הערבית, ואף עשוי לשדרג את מעמדו המשפטי של המיעוט הערבי בישראל. ותד אינו חסר דעה בנושא, אבל הפרק מציג לקוראים שלוש אפשרויות פרשניות בלי להציע מי מהן תקפה יותר מחברותיה, ועל פי ניתוחו עמדות השופטים בפסק הדין בעניין חסון יכולות לשקף כל אחת מהגישות.

הפרק של אלכסנדר יעקובסון בשער זה, "המעמד המשפטי של השפה הערבית בישראל בעקבות סעיף 4 בחוק הלאום", ממשיך ומפרש את סעיף 4, ומגיע למסקנה שמעמדה של השפה הערבית לא נפגע בעקבות כינון חוק היסוד. הפרק מתמקד בסעיף שמירת הדינים שבסעיף, ושואל מהו המעמד שניתן בפועל לשפה הערבית



לפני תחילתו של חוק יסוד זה האמור להישמר? אם מגיעים למסקנה שמדובר במעמד משפטי, ואם המעמד המשפטי של השפה הערבית לפני קבלת חוק הלאום אכן היה, כפי שמקובל לומר, מעמד של שפה רשמית שנייה – המסקנה הפרשנית היא שחוק הלאום לא פגע במעמד זה של הערבית. מסקנה זו מתחזקת גם לאחר הניתוח שיעקובסון מנתח את הליך החקיקה של הסעיף, ובכלל זה את התנגדותם של חלק מהמשתתפים בהליך החקיקה למתן מעמד של שפה רשמית לערבית. ויכוח כזה אכן התקיים, אך אינו גורע כלל מהמסקנה הפרשנית הסופית, אלא, אדרבא, מחזק אותה. מסקנתו של יעקובסון היא שמטרת הסעיף היא לבצר את מעמד העברית בהיותה חלק מהאופי היהודי של המדינה בלי לפגוע במעמד השפה הערבית. הפרשנות המוצעת שלו לסעיף 4 לחוק מגשימה את המטרה הזאת במלואה, ולטענתו לא נראה שיש דרך אחרת להגשימה.

**השער החמישי מוקדש לקיבוץ גלויות ולקשר עם העם היהודי.** הפרק של אריאל בנדור, "סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום – שבות וקיבוץ גלויות", עוסק בפרשנות הסעיף לנוכח ההסדרים התת-חוקתיים שקדמו לו ולנוכח העיגון החוקתי שלהם בחוק היסוד. הסעיף כמעט שלא עורר מחלוקת, אף שהוא עוסק בעקרונות העומדים בבסיס הזהות החוקתית הלאומית של המדינה ושאפשר לראות בו אולי הסעיף החשוב ביותר בסעיפי חוק היסוד, ואולי דווקא משום כך. הפרק מברר אם וכיצד משנה הסעיף את המשפט הישראלי לנוכח עיגונם של עקרונות השבות וקיבוץ הגלויות בשני מסמכים בעלי מעמד "מעין חוקתי": ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, שאיננה מסמך משפטי מחייב, וחוק השבות, תש"י-1950. בנדור סוקר ומפרש את היחס שבין העקרונות האלה, הקבועים בהכרזה ובחוק, לבין ההסדר החדש שבחוק היסוד. כדי לעשות זאת הוא מנתח את מערכת היחסים בין חוק יסוד לבין חוק, וגם את ההשפעה הפרשנית של חוק היסוד, בעיקר כדי להציג את ההיסטוריה של פרשנות חוק השבות וכיצד היא יכולה להתיישב עם הסעיף שבחוק היסוד. לטענת בנדור, לעיגון של פתיחת המדינה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות בחוק היסוד יש בוודאי ממד הצהרתי וסימבולי. ואולם, האם עשויה להיות לסעיף השפעה על הדין הפוזיטיבי בישראל, הכולל הסדרים מפורטים בחוק השבות, בחוק האזרחות ובפסיקה שפירשה אותם? בלשון הסעיף ובדיוני הכנסת אין מענה ברור לכך. בנדור מציג את הבעיות והספקות הנוגעים לפירושו של סעיף 5 ומנתח היבטים שבהם הסעיף, לנוכח הכללתו בחוק יסוד, עשוי להשליך על הדין בישראל, היבטים שנראה שהכנסת לא נתנה להם את דעתה.

הפרק של שוקי פרידמן, "מעמדן החוקתי של התפוצות בישראל: מהצהרה להתחייבות", מפרש את סעיף 6 לחוק היסוד. יחסי מדינת ישראל ויהדות התפוצות נמצאים בנקודת מפנה היסטורית: ממצב שבו יהודי התפוצות הם כוח מרכזי בקימומה

של מדינת ישראל ומשענתה, למצב שבו מדינת ישראל היא "הצד החזק" ומשענתם של יהודי התפוצות. חוק הלאום, הקובע בפעם הראשונה בחוק הישראלי, ובמסגרת מסמך בעל מעמד חוקתי, את חובותיה של מדינת ישראל כלפי הקהילות היהודיות בתפוצות ואת חשיבות הזיקה ביניהן לבין מדינת ישראל, מבטא את השינוי הזה. בסעיף זה נקבעת בפעם הראשונה עצם מחויבותה ומסגרת מחויבותה של מדינת ישראל לעם היהודי בתפוצות. הפרק דן בתוכנה של מחויבות זו, בקשיים החוקתיים שהיא עלולה לעורר ובמשמעות שאפשר לתת לה בכינון מאזן חדש במערכת היחסים שבין מדינת ישראל לבין יהדות התפוצות. פרידמן מציג את הקושי החוקתי שמעלה המחויבות ליחס מיוחד של המדינה ליהודית התפוצות גם בהשוואה להסדרים דומים הקיימים במדינות אחרות שיש להן תפוצה משמעותית. הוא בוחן את ההתייחסות הנורמטיבית, הדלה מאוד לדעתו, ליחסה של מדינת ישראל לתפוצות עד חקיקת חוק היסוד, ובסופה של הדרך הוא מבקש להניח תשתית ראשונית אפשרית ליישום נכון, לגישתו, של סעיף התפוצות שבחוק היסוד, מתוך תפיסה חיובית ואוהדת לצורך לתת משקל נורמטיבי ואופרטיבי גדול לסעיף, ולהמיר את המצוי בו לתוכנית פעולה שהמדינה יכולה וצריכה ליישם.

פרקו של יורם שחר, "סעיף 6(א): המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים בצרה ובשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם", מתמקד בניתוח פרשני רחב של סעיף 6(ג) לחוק היסוד. הפרק חורג מניתוח פרשני של הסעיף עצמו, ועובר ממנו לניתוח המוטיבציה של מכונני הסעיף, בעזרת פרשנות הליך החקיקה ויחסו לשאלת הבטחת שלומם של הנתונים בצרה ובשביה. לטענתו, פירוש צר של סעיף 6(א) – ביטוי סמלי לנכונותה של המדינה לפעול באמצעים דיפלומטיים מוכרים לשחרורם של יהודים הכלואים במדינה זרה בשל יהדותם בלבד – אינו מעלה כל שאלה. לעומת זאת, עיון בעבודות ההכנה שעיצבו סעיף זה בכנסת ומחוצה לה, מצביע על כוונה מרחיבה לקבוע חובה חוקתית של המדינה להפעיל כוח במדינות ריבוניות אחרות לשם הגנתם של יהודים הנתונים במצוקות למיניהן. ברמה הנורמטיבית, שחר טוען כי פעולה כזאת מנוגדת למשפט הבינלאומי, ואין לכלול אותה בחוקתה של מדינת ישראל.

השער השישי דן בסוגיות ההתיישבות היהודית שעוגנה בסעיף 7 לחוק היסוד. שלושה פרקים יוחדו לפרשנות הסעיף, ומספר זה משקף את המחלוקת העזה שעורר הסעיף הזה, הן בשיחה הציבורית והן בהליך החקיקה של חוק היסוד, וגם בהליכים המשפטיים בפני בית המשפט העליון. בפרק "סעיף 7: המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה", עשור ויצמן וברק מדינה מנתחים את השאלות המשפטיות הבסיסיות שהסעיף מעורר. הפרק מציב תשתית היסטורית ופרשנית לניתוח הסעיף וסוקר את

התמורות במדיניות הממשלה ובמצב המשפטי בסוגיית פיתוח ההתיישבות היהודית והערבית: תחילה, את המדיניות הממשלתית והמצב המשפטי עד שנות התשעים של המאה העשרים; את השינוי במדיניות הממשלה בשנות התשעים, ואת "הלכת קעדאן" והתגובות לה. על רקע זה ויצמן ומדינה דנים בהיסטוריה החקיקתית של סעיף 7 ובפרשנותו, וגם בשאלות החוקתיות העולות ממנו. הפרק מנתח שתי סוגיות עקרוניות בהקשר זה. הראשונה, אם יש לפרש את הסעיף כמתיר מבחינה מהותית לרשויות השלטון לפגוע בזכות לשוויון, והשנייה, אם לנוכח לשונו סעיף 7 פוגע בכבוד האדם, בשל המסר הפוגעני שעלול לנבוע ממנו כלפי הציבור הערבי. לעמדת ויצמן ומדינה, שתי הסוגיות האלה גם עשויות לעורר את השאלה אם סעיף 7 לחוק הלאום הוא מסוג ההוראות שיש להחיל עליהן את הדוקטרינה הידועה בכינוי "תיקון חוקתי לא חוקתי", למרות עמדת הרוב בבית המשפט העליון, שבחר שלא לצעוד בכיוון זה.

גם מנאל תותריי-ג'ובראן בוחנת את השפעת סעיף 7 על זכויות המיעוט הערבי ומפרשת את הסעיף על פי עקרון השוויון והפסיקה הקיימת. הפרק "חוקי-יסוד: הלאום – פרשנות סעיף ההתיישבות היהודית בראי עקרון השוויון" מתמקד בשאלות של הקצאת קרקעות לדיור, הן במגזר ההתיישבותי, הן בשיווק מתחמי מגורים על ידי גופים פרטיים. הפרק מקדם שתי טענות בסיסיות: האחת, שחוקי-יסוד: הלאום, המבוסס על שיח קהילתני, סותר את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, המבוסס על שיח ליברלי. ליתר דיוק, סעיף 7 יוצר מתח בין עליונות ערך ההתיישבות היהודית, שהפך לערך חוקתי בשל עיגונו בחוק יסוד, לבין עקרון השוויון החל על התיישבות אזרחי המדינה הלא-יהודיים על קרקעות ציבוריות שבבעלות המדינה ומוסדותיה. מתח זה יחייב עריכת איזון בין הזכויות והערכים החוקתיים המתנגשים מתוך פירוש הוראות שני חוקי היסוד כדי שיתיישבו זה עם זה. הטענה השנייה נוגעת להיבט הפרשני הראוי של סעיף 7 לחוק היסוד, ככל שמדובר בהתיישבות אזרחי המדינה על קרקעותיה. על בסיס התאוריה הפוליטית של הליברליזם הרב-תרבותי, תותריי-ג'ובראן טוענת כי במצב של סתירה בין עקרון ההתיישבות היהודית לבין עקרון השוויון יש לפרש את סעיף 7, המשמר את כוחו של הרוב בקביעת אופי המרחב ההתיישבותי, בכפיפות לעקרון השוויון ועל פי הפסיקה הקיימת. תותריי-ג'ובראן מטעימה כי הדוקטרינה המשפטית שהתפתחה בסוגיית הענקת זכויות קבוצתיות בתחום ההתיישבות והדיור בישראל נשענת על התאוריה הפוליטית של הליברליזם הרב-תרבותי המאפשרת, בתנאים מסוימים, הענקת זכויות קבוצתיות ייחודיות לקבוצת המיעוט, ולה בלבד. על פי טענה זו, ההסדרים הנוגעים לזכויות קבוצת הרוב הם הסדרים הצהרתיים שנועדו לעמוד על אופייה ומהותה של המדינה, ואין בהם משום הענקת זכויות או הגנות קבוצתיות אקטיביות.

הפרק של חיים זנדברג, "הצעת פירוש לסעיף 7 לחוק הלאום: התיישבות יהודית", מדגיש את הממד ההתיישבותי של הרכיב היהודי בזהות המדינה, ואת ההשלכות האפשרויות של הסעיף על הגבלות עתידיות על התיישבות יהודית. לטענת זנדברג, חוק הלאום משקף דווקא התרופפות בערך ההתיישבות היהודית-ציונית, שכן ערך זה אינו מופיע בסעיף עקרונות היסוד, ומכך אפשר להסיק שערך ההתיישבות היהודית (הנזכר רק בסעיף 7) כפוף למטרה הנזכרת בסעיף העקרונות לחוק – מימושה של זכות ההגדרה העצמית. על כן, ככל שיש קשר בין התיישבות יהודית לבין שימורה וביסוסה של מדינת ישראל כמדינת לאום יהודית, ראוי להקנות הגנה חוקתית לערך ההתיישבות היהודית. סעיף 7 לחוק הלאום מטיל על המדינה חובה לפעול לקידום התיישבות יהודית ושולל את הטענות שיש אזורים במדינה שבהם אסור להקים התיישבות יהודית. חובה זו מוטלת על המדינה בתחומי מדינת ישראל, אולם לא מחוצה לה. עם זאת, על פי הפרשנות המוצעת בפרק, אין בסעיף ההתיישבות בחוק הלאום שינוי מהדין שקדם לו, ועיקר תרומתו היא בהפגת החשש שהדין הקיים ייושם או ישונה באופן הפוגע בעקרונות חוק הלאום ובאופייה היהודי של מדינת ישראל. זנדברג בוחן אם ועד כמה יש לניתוח זה ולפרשנות זו של סעיף 7 גם משמעות מעשית, ומסיק כי כל עוד לא השתנתה המציאות הישראלית ולא שונה הדין הקיים יש לקרוא את הלשון העמומה של המונח "התיישבות יהודית" כלשון השוללת התיישבות יהודית נפרדת הסוגרת את שעריה בפני מי שאינם יהודים. הוא מציע לפרש סעיף זה פרשנות שאינה משנה הלכה למעשה את המצב המשפטי הקיים בכל הנוגע להקמת התיישבות יהודית, וגם אינה מאפשרת פגיעה בזכויות אדם, כגון זכות הקניין והזכות לשוויון מעבר למותר ולמקובל כיום. פרשנות כזאת תשריין את האפשרות ליישב יהודים בתחומי מדינת ישראל, או באזורים מסוימים שלה, מפני הסכנה שהדין הקיים ייושם או ישונה ויפגע בעקרונות החוק ובאופייה היהודי של מדינת ישראל.

ספר פרשנות זה נכתב בשוך סערה חוקתית-פוליטית, שבהלמות תופיה נדונה גם חוקתיותו של חוק-יסוד: הלאום בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת חסון. כותבי פסק הדין בחרו, כצפוי,

בדרך של פרשנות חוקתית מקיימת העולה בקנה אחד עם הגישה הדומיננטית בספר זה. בית המשפט לא פסל שום סעיף מסעיפי החוק – שאת כולם פירשו בהרחבה כותבי וכותבות הפרקים שבספרנו – אבל את עיקר מלאכת הפרשנות טרם עשה. אם כן, פסק הדין בעניין חסון אינו אחרית דבר, אלא רק ראשיתו של תהליך הפרשנות החוקתית של חוק היסוד בבית המשפט העליון ובערכאות המשפט האחרות בישראל.

.4

#### אחרית דבר שהיא ראשית

אנו מקווים כי התרומה הגלומה בספר זה תהווה מסד חשוב לבניית המהלך הפרשני השלם של חוק היסוד במערכת המשפט הישראלית.

עורכי הספר מודים מקרב לב לכל כותבי וכותבות הפרקים שתרמו מזמנם ומכישרונם לספר ולצוות ההוצאה לאור של המכון הישראלי לדמוקרטיה שהביא את הספר לדפוס. אנו מבקשים להודות במיוחד לד"ר נדיב מרדכי על תרומתו הרבה לניהול פרויקט הספר, על סיועו הרב בעבודת העריכה ובכתיבת פרק המבוא הזה. תודה רבה!

**תודות**

---



## שער ראשון: חוק היסוד והמארג החוקתי





## בחוקותיהם לא תלכו

חוק הלאום הישראלי והוראות בדבר זהות  
לאומית בחוקות דמוקרטיות

---

אלכסנדר יעקובסון

1. מדינה "של" העם היהודי – באיזה מובן?
2. ציבור הבוחרים כ"בעל הבית" של המדינה
3. מדינה יהודית ו"אזרחות שווה ומלאה" בהכרזת העצמאות
4. זהות לאומית פרטיקולרית ואזרחות מכלילה בחוקות דמוקרטיות בנות זמננו

סיכום

1.

## מדינה "של" העם היהודי - באיזה מובן?

מה פירוש הביטוי "מדינת העם היהודי", או כפי שהוא מופיע בחוק-יסוד: ישראל – מדינת העם היהודי (להלן: חוק הלאום) – "מדינת הלאום של העם היהודי"? באיזה מובן המדינה היא "של" העם היהודי? האם ביטוי זה פירושו שזוהי מדינה המעניקה לעם היהודי עצמאות לאומית, או שהכוונה היא לכך שהמדינה "שייכת" לעם היהודי, שהיא מעין קניין משותף של היהודים, ושלהם בלבד? אלה שתי משמעויות שונות מאוד של המונחים הרווחים "מדינה יהודית" ו"מדינת העם היהודי". הוויכוח על חוק הלאום הוא במידה רבה עימות בין שתי הפרשנויות האלה של "יהודיות" המדינה.

מובן שמבחינה משפטית, המדינה אינה כלל קניין; אי-אפשר למכור אותה או להוריש אותה. אין עליה "בעלות" אלא יש ריבונות. אולם הדימוי של הריבון כ"בעל הבית" של המדינה הוא דימוי עתיק, שלא היה מוגבל, לאורך ההיסטוריה, לשליטים אוטוקרטיים שפעלו ברוח האמירה "המדינה זה אני".<sup>1</sup> במסורת המערבית יכול דימוי זה להסתמך על התקדים המכובד של אותה מדינה, שכינויה הרשמי היה "הרפובליקה [קניין משותף] של העם הרומי". האם האמירה שישראל היא מדינה "של" העם היהודי פירושה אפוא שהעם היהודי הוא "בעל הבית" הבלעדי של המדינה הזאת? ברוח זו נאמר לעיתים כי לערבים יש זכויות, או אף "כל הזכויות", בתוך המדינה, אבל שום זכות על המדינה.

התשובה לשאלה אם הזיקה הרשמית של המדינה לעם היהודי תואמת את עקרונות הדמוקרטיה המודרנית, ואת הנורמות הבינלאומיות של זכויות האדם, תלויה בשאלה איזו משתי המשמעויות האפשריות האלה מאמצים. שלילת זכותו של העם היהודי למדינה מצד מי שנוקטים עמדה זו בנימוק של הגנה על השוויון, במצב שבו אין חולק על כך שאוכלוסיית הארץ מחולקת לשני עמים ואחד מהם מגדיר את עצמו כ(חלק מ-)העם היהודי היא התכחות לערך השוויון במסווה של הגנה עליו. התפיסה שלפיה המדינה היא קניינם הבלעדי של היהודים הופכת את האזרחים הלא-יהודים בה ל"דיירי משנה" במדינתם. זוהי רמיסה של הצדק במסווה של תביעה לעשות צדק היסטורי עם העם היהודי.

\* מאמר זה פורסם גם בספר מדינת לאום במאה העשרים ואחת, בעריכת ידידיה צ' שטרן, שוקי פרידמן וישי (ג'סי) פרס, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2022, עמ' 85-105.

1 יצוין כי התפיסה המסורתית שמלך אבסולוטי הוא "ריבון" אינדיבידואלי על המדינה כללה לאורך ההיסטוריה לא רק ירושה והורשה משפחתית של השלטון, אלא במקרים לא מעטים את האפשרות לחלק את המדינה עצמה בין בני-ירשיו של השליט.

אין שום דבר מפתיע או חריג בעצם העובדה שהמונחים "מדינה יהודית", או "מדינת העם היהודי", ניתנים לפרשנויות שונות וסותרות, ואין הדבר מצביע בהכרח על בעייתיות מיוחדת של המונחים האלה: זו דרכם הרגילה של מונחים אידאולוגיים. אני נולדתי וגדלתי במדינה שהגדירה את עצמה מדינה סוציאליסטית (ברית המועצות). גם למונחים "סוציאליזם", כמו ל"כלכלת שוק", כמו ל"מדינת רווחה" או ל"מדינה חילונית", ולבסוף גם ל"דמוקרטיה" בכבודה ובעצמה, יש והיו לאורך זמן פירושים שונים וסותרים. "מדינה יהודית" אינה מונח מעורפל יותר מכל המונחים האלה. ככלל, זו אשליה לחשוב שאפשר לנסח טקסט חוקתי הכולל התייחסות לעקרונות יסוד בלי שימוש במונחים הפותחים פתח רחב לפרשנויות שונות על פי השקפת עולם זו או אחרת. אין גם שום דבר מיוחד בכך שאחד הפרושים האפשריים למונח זה הוא פירוש אנטי-דמוקרטי. ספק אם יש מונח פוליטי בשיח המודרני שלא ניתן לו – לא תמיד על-ידי גורמי שוליים – גם פרשנויות אנטי-דמוקרטיות.

במדינה המממשת את זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית לאומית, מעניקה לו עצמאות, מגשימה את שאיפתו "להיות עם חופשי בארצנו", במדינה ההופכת אותו מעם נטול מדינה לעם שיש לו מדינה – במדינה כזאת יכולים וצריכים אזרחים שאינם שייכים לעם זה להיות אזרחים שווים זכויות – כלומר, אזרחים שהמדינה היא גם מדינתם.<sup>2</sup> לא המצאנו את הגלגל, ואיננו העם היחיד ששאף להקים, ולבסוף הקים, מדינה עצמאית, כאשר בשטח המדינה יש ציבור גדול שכביורו אינו שייך לעם הרוב, וגם אינו נטמע בעם הרוב לאחר הקמת המדינה – דבר שבמקרה הישראלי תואם את אופי הזהות הערבית (ובאופן ספציפי, ערבית-פלסטינית) לא פחות מאשר את אופי הזהות היהודית. באופן עקרוני, אין המצב כאן שונה במהותו ממצבה של כל מדינת לאום דמוקרטית שיש בה מיעוט לאומי, או מיעוטים לאומיים, בהיקף ניכר. ברור אומנם שמיעוט לאומי גדול כמו בישראל מחדד את ההבחנה בין האזרחות לבין זהות לאומית. ההבחנה בין אזרחות לבין זהות לאומית מתחייבת באופן טבעי מעצם קיומו של מיעוט לאומי מובהק – חלק מציבור האזרחים שזהותו הלאומית שונה במוצהר מזהותו הלאומית של עם הרוב במדינה. אולם אין ספק שיש להבחנה זו מחיר,<sup>3</sup> גם

2 בעניין מאפייני היסוד של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, והחמתם לנורמות הבינלאומיות של דמוקרטיה, זכויות אדם וזכויות מיעוטים, ראו אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין, ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם, ירושלים ותל אביב: שוקן, 2003.

3 ראו בעניין זה Alexander Yakobson, "State, National Identity, Ethnicity: Normative And Constitutional Aspects," in: Azar Gat with Alex Yakobson, *Nations: The Long History and Deep Roots of Political Ethnicity and Nationalism*, chapter 7, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 328–379

בהיעדר סכסוך לאומי (כשם שיש במצב זה גם יתרונות מבחינת מיעוט המבקש לשמור על ייחורו) – מחיר שצריך להודות בקיומו; ואין ספק שסכסוך לאומי ממושך יוצר קושי מיוחד, גם לרוב וגם למיעוט.

לעומת זאת, אם המדינה היא ב"בעלות" בלעדית של העם היהודי, פירוש הדבר הוא שאין היא יכולה להיות (גם) מדינתו של שום לא־יהודי. הסכסוך הלאומי אינו באמת רלוונטי, ביסודו של דבר, לפי תפיסה זו, למרות שמי שמחזיקים בה מרבים להזכיר אותו. מכל מקום, עם הסכסוך או בלעדיו, המדינה היהודית שייכת, לפי תפיסה זו, ליהודים בלבד. המדינה יכולה להעניק "זכויות אישיות" ללא־יהודים, אבל הבעלות על המדינה היא רק של היהודים. אם לא־יהודי תומך בצד הישראלי בסכסוך, ואף משרת בצה"ל, אנחנו כמובן מחבבים אותו הרבה יותר מאשר את אלה המזדהים עם הצד השני. אבל גם למי שאנחנו מחבבים אין, לפי שיטה זו, מניה במפעל שנקרא מדינת ישראל – לא משום שאיננו מעריכים אותו ואת שירותו למדינה "שלנו", אלא פשוט מפני שכל המניות במפעל זה שמורות ליהודים. תפיסה זו מתכחשת לעובדה שהאזרחות, במדינה דמוקרטית, אינה רק אחת "הזכויות האישיות" אלא היא מניה שווה במדינה; משום כך, עצם הניסיון להבחין בין השאלה למי "שייכת" המדינה, לבין השאלה למי יש "זכויות אישיות" בתוכה, הוא חסר שחר. במדינה כזאת אזרח לא יהודי אינו יכול להיות אזרח במלוא מובן המילה, ולוחם לא־יהודי הוא, לאמיתו של דבר, שכיר חרב, או, אם נרצה להיות מנומסים, לוחם בלגיון הזרים. ספק אם אדם הגון זקוק למחקר השוואתי בחוקות כדי לחוש שיש משהו פגום בתפיסה כזאת.

הכרזת העצמאות של מדינת ישראל נותנת ביטוי ברור לתפיסה של מדינה יהודית כמדינה המעניקה עצמאות לאומית לעם היהודי, המממשת את זכותו להגדרה עצמית. לצד זאת, ההכרזה מבהירה היטב, כפי שנראה בהמשך, כי המדינה אמורה להיות גם מדינתם של אזרחיה הלא־יהודים. אין אפוא כל הצדקה לטענות שתפיסת ה"קניין הבלעדי" עומדת ביסוד השקפת הזרם המרכזי של התנועה הציונית בנושאים אלו. חוק הלאום, לעומת זאת, ספוג כולו בתפיסה שלפיה המדינה היא "של" העם היהודי במובן זה שהיא נמצאת בבעלותו הבלעדית. הדברים אינם נאמרים במפורש, ושום בית משפט ישראלי לא יפרש אותם כך, אולם זהו, ללא ספק, "הטון שעושה את המוזיקה". זאת, בראש ובראשונה, המסקנה הבלתי נמנעת מסירובם של מנסחי החוק לכלול בו את עקרון השוויון האזרחי, כפי שהציע ח"כ בני בגין (לא אדם שניתן לחשוך בו שעניין המדינה היהודית אינו קרוב לליבו). סירוב זה עומד, כפי שנראה, בניגוד מוחלט לפרקטיקה המקובלת במדינות דמוקרטיות שכללו בחוקותיהן הוראות בדבר זהותן הלאומית כזהות פרטיקולרית (כזאת שאינה משותפת לכל ציבור האזרחים). בכל המקרים האלה, מופיעות לצד ההוראות האלה גם אמירות המבהירות, בנוסח זה או אחר, שהמדינה היא גם מדינתם של האזרחים שאינם שייכים ללאום הרוב.

2.

## ציבור הבוחרים כ"בעל הבית" של המדינה

האמת היא שמבחינה משפטית, לחוק הלאום אין מה לומר בשאלה מיהו "בעל הבית" – כלומר הריבון – של המדינה. זהות הריבון במדינת ישראל אינה נקבעת בחוק יסוד: מדינת הלאום של העם היהודי, אלא בחוק יסוד: הכנסת. שם גם ניתן למצוא את עקרון השוויון, שמנסחי חוק הלאום הדירו אותו מהחוק שלהם, ושהמפלגות הדתיות מנעו את אזכורו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אם כי בית המשפט העליון פסק שהשוויון כלול בכבוד האדם, ומשום כך מוגן על ידי חוק יסוד זה.<sup>4</sup> לפי סעיף 4, הבחירות לכנסת הן, בין היתר, "כלליות" ו"שוות". אין להקל ראש בשוויון זה: זהו שוויון המכונן את הריבון. כדי שהעם היהודי יהיה, מבחינה משפטית, "בעל הבית" הבלעדי של המדינה, צריך לשלול מהמיעוט הערבי – ומכל אזרח שאינו יהודי – את האזרחות ואת זכות הבחירה.

"בעל הבית" של כל מדינה שיש בה שלטון נבחר הוא ציבור המצביעים הבוחר בשלטון זה. הריבון במדינת ישראל, מאז הקמתה, הינו – לא צריך להיות, אלא הינו, בפועל – אותו עם שאנחנו מתכוונים אליו כשאנחנו אומרים שהכנסת נבחרת על ידי העם בבחירות חופשיות, שחברי הכנסת הם נבחרים העם, ושתוצאות שהבחירות הן משפט העם. בתוך "העם" הזה – ציבור האזרחים המצביעים – יש כמובן רוב יהודי גדול, שזהותו היהודית חשובה לו, ודבר זה – הוא והוא בלבד – מבטיח את האופי היהודי של המדינה. אולם אין העם הזה זהה לעם היהודי, ומספר הלא-יהודים בתוכו רחוק כידוע מלהיות שולי. למונח "עם" יש משמעויות שונות בהקשרים שונים, ואין הדבר צריך להפתיע. העם הבוחר את הכנסת הוא אותו "עם ישראל", לפי שגרת

4 ראו, למשל, בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (2006). למרות חילוקי הדעות בין השופטים בנושא שעמד לדיון – חוק הכניסה לישראל – הייתה ביניהם הסכמה בעניין זה. לפי הנשיא ברק: "הזכות לשוויון היא חלק בלתי נפרד מהזכות לכבוד האדם" (פס' 39 לפסק דינו, שבה הוא גם מפנה להכרעה קודמת של בית המשפט בנושא זה). אולם גם השופט חשין, שתמך בפרשנות שמרנית יותר של זכויות יסוד משפטיות, לרבות כבוד האדם, קבע (בפס' 90 לפסק דינו) כי "חוק המפלה לרעה את ערביי ישראל [...] דינו להיבטל כחוק הפוגע בעקרון השוויון", כלומר, שהשוויון – על כל פנים, במה שנוגע לאיסור ההפליה לפי דת ולאום – כלול בכבוד האדם המוגן על ידי חוק היסוד. אומנם העיקרון שהשוויון כלול בכבוד האדם אינו חל על כל היבטי השוויון, אולם ברור שהפליה מטעמי דת ולאום נחשבת לפגיעה חמורה בגרעין הקשה של עקרון השוויון ומכאן – בכבוד האדם. אשר לחומרה המיוחדת של הפליה כזאת, ראו בפס' 39 לפסק דינו של הנשיא ברק בפרשת עדאלה, שבה הוא מפנה לקביעות קודמות של שופטים אחרים: "במסגרת זו קשה ואכזרית היא ההפליה בשל דתו או גזעו של אדם, הפליה 'גנרית' כזו 'פוצעת אנושות' (השופט מ' חשין בבג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה פ"ד נב (30), 630, 658 א; ברק, שם (142))."

דיבור מקובלת, התקוע בפקקים ושיש לו אינטרס משותף, או הבדלי אינטרסים חוצי גבולות אתנר-לאומיים, בתחום זה, כמו בתחומים רבים וחשובים אחרים. אולם אין הוא זהה לאותו "עם ישראל" האומר (או העשוי לומר) בליל הסדר "עבדים היינו לפרעה במצרים" (שגם לו שני מובנים שונים מאוד זה מזה: הישראלים היהודים, "העם היושב בציון", והעם היהודי בעולם כולו), וגם לא לאותו "עם" שעליו אומרים שהוא "נגד תקשורת עוינת", או ל"עם" להבריל מהממשלה, או מהאליטות החברתיות או התרבותיות. אם לוקחים ברצינות את האמירה שהמדינה "שייכת" לעם היהודי כולו, ולא רק ליהודים הישראלים, צריך לא רק לשלול את זכות ההצבעה מהאזרחים הלא-יהודים, אלא גם לתת אותה לכל מי שלפי התפיסה הציונית שייך לעם היהודי, בכל העולם. משום כך ניתן לומר שהתפיסה שלפיה המדינה היא "של" העם היהודי כמובן זה שהיא מגלמת, באמצעות הרוב היהודי בקרב ציבור אזרחיה, את עצמאותו הלאומית (ומאפשרת לכל בניו ובנותיו בעולם לבוא ולהצטרף לבית הלאומי היהודי) היא הפרשנות היחידה העולה בקנה אחד לא רק עם העקרונות הדמוקרטיים אלא גם עם המציאות המשפטית (שאינו אינו מציע ברצינות לשנותה). כנגד זאת, הפרשנות ה"קניינית" למושג מדינת העם היהודי היא רק סיסמה מעליבה ומופרכת.

אולם ברור שבפועל המציאות מורכבת יותר. כל רוב עלול לנצל את כוחו לרעה ולפגוע במיעוט – במודע או שלא במודע – מתוך שהוא מזהה את עצמו עם הכלל. הדבר נכון בוודאי כשמדובר ברוב לאומי, שהוא מטבעו קבוע ואינו מועד להשתנות מבחירות לבחירות. נטייתו של רוב כזה לזהות את עצמו עם מדינת הלאום "שלו" כולה היא נטייה טבעית – קל וחומר, במצב של סכסוך לאומי. הדבר עלול להביא לידי פגיעה בלתי מוצדקת בזכויות ובאינטרסים של המיעוט.

מובן שאין די בשוויון בקלפי, המגלם את השותפות השווה בהכרעה הריבונית הדמוקרטית – למרות חשיבותו המכרעת, גם פרקטית וגם סמלית, של עניין זה – כדי לממש את האידאל הדמוקרטי שלפיו כל אזרחי המדינה הם בעלי מניה שווה בה זכאים לחוש שהוא גם מדינתם. מימוש העיקרון הזה מחייב שוויון אזרחי מלא.<sup>5</sup> שוויון כזה, ללא הבדל (בין היתר) דת ולאום, מעוגן במפורש ובמודגש בחוקות הדמוקרטיות המודרניות בלי קשר למגוון התפיסות הלאומיות הבאות לדי ביטוי בחוקות השונות. שוויון זה הוא נורמה חוקתית מחייבת בישראל, אחרי קבלת חוק

5 "הדמוקרטיה דורשת, לא רק קול אחד לכל אחד בעת הבחירות, אלא גם שוויון לכל אחד בכל עת" – בג"ץ 6924/93 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה (5), עמ' 27 (דברי השופט יצחק זמיר).

הלאום, כמו לפניו,<sup>6</sup> למרות הסירוב להזכיר אותו במפורש, בשל הפרשנות המשפטית שלפיה הוא כלול ב"כבוד האדם". אף על פי כן, כוחו של הרוב במשטר דמוקרטי עלול להביא לפגיעה במיעוט. לא כל דבר ניתן להוכחה משפטית ולאכיפה משפטית, ולא כל פגיעה במיעוט היא מודעת.

האמירות האידאולוגיות בחוקות דמוקרטיות, המזכירות לעם הרוב שהמדינה אינה שייכת רק לו, ממלאות אפוא תפקיד חשוב, וסירובם של מנסחי חוק הלאום הישראלי לכלול "תזכורת" כזאת בחוק המגדיר את אופי המדינה הוא מעשה חמור. הוא מעיד על כך שהתפיסה המנחה אותם היא אכן של בעלות בלעדית. זה המסר האידאולוגי והחינוכי (אנטי-חינוכי, לטעמי) של החוק. זו, לדעתי, הסיבה המרכזית לכך שמנסחי החוק סירבו לכלול בו את עקרון השוויון האזרחי – בניגוד מוחלט למה שנהוג, כפי שנראה בהמשך, באותן מדינות לאום דמוקרטיות הקובעות בחוקותיהן, בדומה לישראל, שהמדינה היא "של" עם מסוים, אף על פי שלא כל האזרחים משתייכים אליו. כל החוקות האלה מקפידות להבהיר, נוסף על ההוראות הרגילות בדבר שוויון זכויות ללא ההבדל דת ולאום המופיעות כחלק מרשימת הזכויות וחירויות האזרח, באותם הסעיפים עצמם שבהם הן מגדירות את האופי הלאומי של המדינה, שהגדרה זו אינה צריכה להתפרש כמעניקה ללאום הרוב בעלות בלעדית – דבר שהיה מרוקן מתוכן את אזרחותם השווה של בני המיעוטים הלאומיים. שתיקתו של חוק הלאום הישראלי בנושא זה היא שתיקה רועמת מאוד.

במובן זה חוק הלאום שונה מאוד מחוקי היסוד של שנות השמונים והתשעים של המאה העשרים: תיקון 7 א' לחוק יסוד: הכנסת, הדין בפסילת רשימות, וכן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוקים אלו לא עסקו בהגדרת אופי המדינה במישור ובמפורט, אולם הנוסחה הקצרה שהם אימצו בעניין זה – "מדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 7א' דיבר בנוסחו המקורי, לפני שתוקן, על "מדינת העם היהודי" ו"משטר דמוקרטי") מצביעה על שני האפיונים האלה כעקרונות היסוד של המדינה. בניגוד לטענות

6 סעיף 7 של חוק הלאום, שלפיו ההתיישבות היהודית היא "ערך לאומי" והמדינה "תעודד ותקדם" אותה, צפוי להתפרש באופן שאינו סותר את השוויון האזרחי. ראו בעניין זה הפרק של עשור ויצמן וברק מדינה על סעיף 7 בקובץ זה. באשר לסעיף 1 (ג) של החוק, הקובע כי "מימוש זכות ההגדרה העצמית הלאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי", זהו נוסח צורם, שאינו מקובל בטקסטים חוקתיים, אף שהוא אמור לבטא רעיון נכון: שישראל אינה מדינה דו-לאומית (דבר הנובע מעצם הקביעה שישראל היא מדינת לאום יהודית). אין הכרח לזהות את "ההגדרה העצמית הלאומית" עם "הגדרה עצמית פנימית", שהיא הכינוי שניתן לעיתים לזכויות קולקטיביות של קבוצות מיעוט לאומיות שנועדו לאפשר להן לשמור על זהותן. משום כך, אין לפרש קביעה זו כשוללת את הזכויות הקיבוציות הלא-מעטות (מעבר לשוויון אזרחי "קלסי" הנוגע לפרטים) שיש לציבור הערבי בישראל בחוום זה. ראו בעניין זה הפרק של יובל שני בקובץ זה.

מבקריו בימין (במיוחד בימין הדתי), בית המשפט העליון מעולם לא קבע, בפסיקתו לאורך השנים לטובת עקרון השוויון האזרחי (שהוכר כנורמה חוקתית בפרשנותו לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), שהדמוקרטיה והשוויון האזרחי עולים בחשיבותם על אופייה היהודי של המדינה. בית המשפט פסק בעקביות שאין כל סתירה בין האופי היהודי של המדינה לבין הדמוקרטיה והשוויון האזרחי. זאת ועוד – הוא פסק שהפליה בין האזרחים על בסיס דת ולאום פוגעת הן בערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית, והן בערכיה כמדינה יהודית.<sup>7</sup> ניתן אולי לטעון נגד בית המשפט שהוא לא גילה זהירות מספקת במתן מחמאות לדת היהודית בנושא זה, עד כמה ש"ערכי המדינה היהודית" קשורים בדת ובמסורת (ויש לזכור כי לפי הפסיקה, אין לדת ולמסורת מנופול על התוכן התרבותי של יהודיות המדינה). אולם זו הפרשנות המשפטית המוסמכת למושג "מדינה יהודית".

משום כך גם אין שחר, מבחינה משפטית, לניסיון של מנסחי חוק הלאום לחזק את מעמדה של המדינה היהודית מול הדמוקרטיה והשוויון על ידי הדגשות חוזרות ונשנות של יהודיותה. מבחינה משפטית, אם המדינה היא "יותר" יהודית, אין זה הופך אותה כלל לדמוקרטית ושוויונית פחות – כשם שהדגשת אופייה הדמוקרטי והשוויוני לא הייתה הופכת אותה ליהודית פחות. לו היו מוסיפים לחוק הלאום סעיף המורה להדפיס את הביטוי "מדינה יהודית" בגופן עבה במיוחד בכל פעם שהוא מופיע בספר החוקים של מדינת ישראל, גם דבר זה לא היה משנה את היחס המשפטי בין המדינה היהודית לבין עקרון השוויון. אפילו "סעיף העליונות" הידוע לשמצה, שמנסחי החוק ביקשו להכניס לתוכו, אבל נאלצו לוותר על כך בעיקר בשל התנגדותה של סיעת "כולנו" – הסעיף שלפיו כל הוראה בכל חוק תתפרש לאור הסעיף בחוק הלאום הקובע שישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי – לא היה משנה דבר, להערכתו, מבחינה משפטית אילו התקבל. בית המשפט היה אומר – והוא לא היה זקוק ליצירתיות פרשנית מיוחדת לשם אמירה זו, אלא רק היה דבק בפרשנותם של כל השופטים, שמרנים כליברליים, במשך עשרות שנים, שלפיה אין סתירה בין המדינה היהודית לדמוקרטיה – שהמדינה היהודית היא אומנם, בעקבות קבלת חוק הלאום, מעל לכל החוקים; ואולם דבר זה יכול לפגוע רק בתוקפם של אותם חוקים שיש סתירה ביניהם לבין המדינה היהודית, ואילו בין הדמוקרטיה והשוויון לבין המדינה היהודית אין כידוע סתירה. הסירוב לכלול את עקרון השוויון האזרחי בחוק הלאום לא גרע מתוקפו המשפטי המחייב ולא שינה את פרשנותו: מאחר שהשוויון הוא נורמה חוקתית לפי הפרשנות המשפטית ל"כבוד האדם" המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין זה משנה מבחינה משפטית

7 ראו, למשל, בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 264 (2000).



אם נורמה זו מופיעה בשני חוקי יסוד, או בחוק אחד, או שהיא רק משתמעת, לפי הפרשנות במוסמכת, ממה שנאמר באחד החוקים, אף שהמילה "שוויון" עצמה אינה מופיעה בטקסט.<sup>8</sup>

גם הטענות של יוזמי החוק נגד הרדיקליות של הפרשנות המשפטית לעקרון השוויון שניתנה על ידי בית המשפט העליון,<sup>9</sup> אינן סיבה רציונלית, גם לשיטתם, לסרב לכלול את עקרון השוויון בחוק הלאום. מאחר שהעיקרון תקף בכל מקרה, מידת הרדיקליות של פרשנותו אינה תלויה כלל בשאלה אם עיקרון זה נאמר במפורש או במשתמע, במקום אחד או במקומות רבים (דבר הידוע היטב לכל מי שמצוי מעט באופן שבו מתפרשים "חוקי היסוד" בתרבות הדתית היהודית). כשם שדחיקתו של בית כנסת למרתף אינה הופכת אותו לאורתודוקסי פחות, כך דחיקתו של עקרון השוויון במערכת חוקי היסוד של ישראל לפינה נידחת על ידי יצירת מצב שבו השוויון האזרחי אינו מוזכר בחוק המגדיר את אופי המדינה, וגם אינו מוזכר במפורש בחוק העוסק בזכויות האדם, אלא רק משתמע ממנו לפי הפסיקה (שבית המשפט העליון מותקף בגינה) – גם דחיקתו של ערך השוויון ל"פינה" סמלית זו אינה גורעת דבר לא מתוקפו ולא ממידת הרדיקליות של פרשנותו. מנסחי חוק הלאום לא גרמו לדמוקרטיה ולשוויון נזק משפטי – הם רק ביזו אותם, כמו את מדינת היהודים. אם רוצים לפגוע בשוויון מבחינה משפטית יש רק דרך אחת לעשות זאת: לומר במפורש בחוק יסוד שעיקרון זה אינו מתקיים בישראל, או שאינו חל על לא־יהודים. בינתיים, לכל הפחות, דברים כאלה אינם יכולים להיכתב על נייר רשמי של הכנסת, ואינני צופה שינוי בנושא זה.

ניתן, כמובן, ובמידה מסוימת גם לגיטימי, לנסות ולהשפיע על הפסיקה באמצעות מינוי שופטים. פרשנות משפטית, ובוודאי חוקתית, אינה מדע מדויק. אולם לעקרונות היסוד של משפט מודרני יש עמידות לא מועטה. לפי הערכתי, גם שופטים שמרנים לא יפסקו שיש להקריב את השוויון לטובת המדינה היהודית, מאחר שיש סתירה

8 מאחר שחוק הלאום אינו כולל הוראה בדבר שמירת הדינים, בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 10), ניתן לטעון, לכאורה, שלא־הכללתו של השוויון בחוק הלאום יש משמעות משפטית, מאחר שאילו נכלל, הייתה לו תחולה גם בדיעבד. אולם במקרה כזה אין ספק שהיו כוללים את ההוראה הזאת גם בחוק הלאום, כדי להגן על אותם דינים מן העבר (בעיקרם – חוקי הסטטוס־קוו הדתי) שהשמירה עליהם הייתה חלק מהפשרה הפוליטית שאפשרה את קבלת חוק כבוד האדם וחירותו.

9 מובן שבנושא זה יש השקפות שונות. לדעה הפוכה ראו, למשל, אילן סבן, "הגובת־הנגד הפוליטית ל"מהפכה החוקתית", המרחב הציבורי 13 (2018), עמ' 27–30. לדעת סבן, בשנים האחרונות "בית המשפט העליון הוא 'בית משפט מורחע', במיוחד בעניינם של הפלסטינים ובעניינם של השטע הלאומי בישראל" (עמ' 28).

ביניהם. אולם כדרכם של שופטים שמרנים, הם עשויים לתת בחלק מהמקרים למושג השוויון פרשנות שמרנית יותר – לפי הניסיון בארץ והעולם, לא בהכרח שמרנית מספיק לטעמם של מי שתלו תקוות במינויים. ניתן לטעון שהייתה סיבה רציונלית לחקיקת חוק הלאום, מבחינת תומכיו, בכך שהם רצו לתת לשופטים כאלה "בשר" של טקסט חוקתי כדי להסתמך עליו – אם כי לדעתי, די היה לשם כך בביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" המופיע בחוקי היסוד הקודמים. אולם בוודאי שלא הייתה שום סיבה רציונלית להתעקש על הסירוב לכלול בחוק הלאום את עקרון השוויון האזרחי, כפי שהציע בני בגין. גם אם הטענה היא ששופטים ליברלים נותנים לעיתים לעקרון השוויון פרשנות הפוגעת במדינה היהודית (דבר שחוק הלאום אינו יכול לשנותו), אין לחשוד בשופטים השמרנים שלמענם, כביכול, נחקק החוק, בנטייה כזאת. משום כך, הכללת עקרון השוויון בחוק הלאום בוודאי לא הייתה "מאלצת" אותם לפגוע באופי היהודי של המדינה, לשיטת יוזמי החוק. הרושם הוא שמה שעיצב יותר מכול את אופיו של החוק הזה לא הייתה ציפייה מסוימת כלשהי (סבירה או לא סבירה) של מנסחיו בדבר התוצאות המשפטיות של חקיקתו, אלא רצונם הנחרץ לתת סוף־סוף ביטוי ברור וצלול, בקומה זקופה ובלתי להיות כפופים לאילושי ה"תקינות הפוליטית", להשקפת עולמם העמוקה והמושרשת באשר למשמעות המושג "מדינה היהודית". זה מה שהופך את סיפורו של חוק הלאום לסיפור עצוב כל כך.

.3

### **מדינה יהודית ו"אזרחות שווה ומלאה" בהנרות העצמאות**

לשם השוואה ראוי להתבונן מקרוב באופן המדויק שבו ניסחו מייסדיה של מדינת ישראל את הזיקה בין המדינה לבין העם היהודי ואת מעמדם של האזרחים הלא־יהודים במדינה במסמך שעליו חתמו נציגי תנועת העבודה הציונית, הימין הציוני, המרכז הציוני, הציונות הדתית, החרדים והקומוניסטים. החלק הראשון, ההיסטורי, של הכרזת העצמאות עוסק בקשר "היסטורי ומסורתי" בין העם לארץ, בציונות המודרנית ובהחלטת החלוקה של האומות המאוחדות. הוא מסתיים במשפט "זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות כמו כל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית". זוהי הזכות להגדרה עצמית לאומית שמייסדי המדינה מכירים בה כזכות אוניברסלית, ובאים לממש אותה במקרה של העם היהודי. מדינת לאום דמוקרטית שיש בה מיעוט לאומי ניכר היא אומנם "מדינתו הריבונית" של עם הרוב במובן זה שהיא מעניקה לו עצמאות לאומית ומכוחה הוא "עומד ברשות עצמו"; אולם אין היא נמצאת בשליטתו הבלעדית, דבר שהיה הופך את שאר האזרחים בה למעין דיירי משנה במדינתם. כך לגבי "כל עם ועם" ומדינתו, וכך, כפי שיובהר היטב בהמשך

ההכרזה, לגבי עם היהודי ומדינת הלאום שלו. מייד לאחר מכן בא החלק האופרטיבי של ההכרזה:

לפיכך התכנסנו אנו [...] ובתוקף זכותנו הטבעית [זו הזכות להגדרה עצמית המוזכרת במשפט הקודם] והיסטורית [כלומר כל ההיסטוריה היהודית המוצגת בחלק הראשון של ההכרזה] ועל יסוד החלטת עצרת האומות המאוחדות [תוכנית החלוקה] אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל.

המדינה היהודית – Jewish State בלשון החלטת החלוקה – היא אפוא מדינה המגשימה את זכותו של העם היהודי "לעמוד ברשות עצמו במדינתו הריבונית".

לאחר מכן בא החלק המתאר את אופייה של המדינה המוקמת – החלק המכונה לעיתים "האני מאמין" של הכרזת העצמאות. הדבר הראשון שנאמר על המדינה הוא שהיא תהיה "פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות" – העיקרון שמאחורי חוק השבות. הדבר השני, עוד לפני ההכרזה הכללית על שוויון הזכויות האזרחי – הוא שהיא "תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה". זיקתה של מדינת לאום לציבורים מחוץ לגבולותיה שהיא רואה אותם כפזורה אתגור-לאומית היא תופעה מוכרת הבאה לידי ביטוי בחוקות של מדינות דמוקרטיות וגם בחוקי הגירה והתאזרחות – אף שברור שהקשר בין המדינה לפזורה חזק במיוחד במקרה היהודי, לפי התפיסה הציונית.<sup>10</sup> אולם ברגע שמנסחי ההכרזה עוברים מהיחס בין המדינה לבין העם היהודי בתפוצות לתחום השייך למשטר הפנימי בתוך המדינה וליחסים בין האזרחים, הם מכריזים על מחויבותם לכך שפיתוח הארץ ייעשה לטובת כל תושביה. לאחר מכן בא המשפט על יסודות החרות הצדק והשלום, לאור חזונו של נביאי ישראל, שעליהם תושבת המדינה, והקביעה שהיא "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות". המילה "לשון" היא התוספת היחידה לטקסט המקורי של ההכרזה שבן-גוריון הסכים להכניס, לפי הצעת אחד מחברי "מועצת העם" (נציג מפא"י), שנימק זאת בצורך להגן על מעמד השפה הערבית.<sup>11</sup> יצוין כי "גזע", לפי המוסכמות במסמכים הנורמטיביים של התקופה (ובהם החלטת החלוקה של האו"ם ב-1947), פירושו, במובן הרחב, השתייכות לאומית או אתנית.

10 ראו בעניין זה, אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין, ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם, ירושלים ותל אביב: שוקן, 2003, עמ' 222-239.

11 ראו "הישיבה השלישית של מועצת העם", תל אביב, ה' אייר תש"ח, 14.5.1948, דברי מ' גרבוטסקי, עמ' 15, אתר הכנסת.

אולם מנסחי ההכרזה לא הסתפקו בקביעת עיקרון כללי של שוויון זכויות אזרחי כחלק מ"האני מאמין" של המדינה. בהמשך הטקסט הם כללו פנייה מיוחדת וישירה למיעוט הערבי בישראל.

אנו קוראים – גם בתוך התקפת־הדמים הנערכת עלינו זה חדשים – לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על שלום וליטול חלקם בבניין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים.

"אזרחות מלאה ושווה" ("מלאה" עוד לפני ה"שווה") ל"בני העם הערבי" (לא דוברי ערבית ולא בני דתות אחרות, אלא בני עם השונה מעם הרוב, אנשים בעלי זהות לאומית אחרת – כלומר, מיעוט לאומי ערבי) פירושה שהמדינה, משעה שהיא מוקמת, היא גם מדינתם. ל"דיירי משנה" שהוענקו להם "זכויות אישיות" במדינה השייכת באופן בלעדי לעם אחר, אין אזרחות מלאה ושווה. אמירה ברורה זו ביחס למעמד הציבור הערבי במדינה נאמרה בעיצומה של לחימה קשה בין שני העמים. יש להניח שאמירה מפורשת זו נדרשה, לדעת מנסחי ההכרזה, דווקא משום שהמדינה היא במוצהר מדינה יהודית, משום שהקמתה הייתה פרויקט לאומי יהודי, ומשום שפרויקט זה נמשך גם לאחר הקמת המדינה באמצעות העלייה היהודית ההמונית, ובאמצעות הקשר ליהודי התפוצות. היהודים האלה נקראים בפנייה ישירה אליהם, בהמשך הטקסט, "להתלכד סביב הישוב בעליה ובבניין"; ברור שמשמעות המילה "בניין" כאן הוא המשמעות הרחבה. גם הקריאה לערבים ליטול חלק בבניין המדינה אינה מליצה גרידא, וגם לא המלצה תעסוקתית. צריך להבין אותה כאמירה רחבה ומשמעותית יותר מאשר ציון העובדה הטריטוריאלית שהאזרחים הערביים עתידים לעבוד לפרנסתם וכך לתרום למשק הישראלי. משעה שהמדינה מוקמת, בניינה הוא פרויקט ישראלי אזרחי משותף, בו בזמן שמבחינת העם היהודי זהו פרויקט יהודי חוצה גבולות. ברור שיש מתח בין שני ההיבטים האלה של בניין המדינה, אבל מנסחי ההכרזה מדגישים את מחויבותם לשניהם; משום כך גם הדגש על "פיתוח הארץ לטובת כל תושביה" במקום כה בולט בהכרזה, מייד לאחר המחויבות לקליטת העלייה.

יש הטוענים שהאמירות בזכות השוויון האזרחי בהכרזה על הקמת המדינה נועדו בעיקרן לצאת ידי חובה כלפי הקהילה הבינלאומית, מאחר שהחלטת החלוקה דרשה משתי המדינות שהיו אמורות לקום לאמץ חוקה דמוקרטית שתבטיח שוויון זכויות מלא למיעוטים. הצורך להבטיח לגיטימיות בינלאומית בוודאי עמד לנגד עיני מנסחי ההכרזה. אולם לשם כך הייתה מספיקה האמירה הכללית, החד־משמעית, על "שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור" לכל אזרחי המדינה "בלי הבדל דת גזע

ומיין" (יצוין שגם הוספת שוויון "חברתי", לשוויון "מדיני", כלומר פוליטי, בהקשר זה, היא מעבר למה שמתחייב בטקסטים כאלה, והיא משקפת בוודאי את העובדה שמנסחי ההכרזה היו אנשי תנועת העבודה). הפנייה הישירה ל"בני העם הערבי", נוסף על האמירה הכללית על שוויון זכויות, וההכרזה על "אזרחות מלאה ושווה" שלהם במדינה שבנייתה הם נקראו ליטול חלק – אינה מקרית. נראה שהיא משקפת את ההכרה בכך שדווקא מדינה יהודית במוצהר, המוקמת כדי לתת עצמאות לעם היהודי, תוך עימות קשה עם ערביי הארץ ועם מדינות ערב, צריכה לומר במפורש, ולא רק במשתמע, כי לאחר הקמתה היא רואה את עצמה גם כמדינתם של אזרחיה הערבים. לעיתים נטען כי הזרם המרכזי בתנועה הציונית ראה בארץ ישראל כולה, ובוודאי במדינה היהודית העתידה, "קניין בלעדי" של העם היהודי, או שהוא שאף, במסגרת מדינה זו, ל"הגמוניה" יהודית השוללת את השוויון האזרחי המלא של בני המיעוט הערבי.<sup>12</sup> מה שנאמר, בהדגשה רבה, בהכרזה על הקמת המדינה סותר לחלוטין תפיסה כזאת.

חוקות בנות זמננו של אותן מדינות דמוקרטיות שמצאו לנכון לתת ביטוי מפורש לזיקה בין המדינה לבין עם הרוב מביאות לידי ביטוי את אותה התפיסה המשתקפת בהכרות העצמאות הישראלית: ככל שהזהות הלאומית של המדינה, כאשר אין היא משותפת, במוצהר, לכלל האזרחים, מודגשת יותר, כך מודגש גם, באותה נשימה, העיקרון שלפיו המדינה היא גם מדינתם של האזרחים שאינם שייכים לעם הרוב. מאחר שהקביעה שהמדינה היא "של" עם הרוב יכולה להתפרש כאילו אין היא, משום כך, מדינתם של האזרחים השייכים למיעוט או

#### 4. זהות לאומית פרטיקולרית ואזרחות מכלילה בחוקות דמוקרטיות בנות זמננו

12 כך, למשל, לדעת חיים גנז, הגשמת "הפירוש המדינתי למימוש זכות ההגדרה העצמית" מבאי "ליצירת מעמדות שונים של אזרחים במדינה: אזרחים השייכים לקבוצה האתנו-תרבותית הראשית שהמדינה שייכת לה, ואזרחים שהם דירי משנה בה. בשיח הישראלי על יהודיותה של מדינת ישראל, וגם בשיח היהודי שקדם לכינון המדינה בציונות ומחוץ לה, מובלט דיר עניין זה. מאז ראשית הציונות נטען כי התפיסה ההגמונית של זכות ההגדרה העצמית היהודית מוכרחה לגרום לחוסר שוויון כלפי (הערבים). הפירוש הנוכחי של הזכות ההגדרה עצמית כזכות להגמוניה [מחייב] כי האוכלוסייה הערבית תהפוך לבעלת מעמד אזרחי נחות [...] פירוש הגמוני זה מחייב את הפיכת הפלסטינים בישראל לנוכרים במולדתם" (חיים גנז, **ציונות שווינית**, ירושלים: מולד, 2013, עמ' 80). לשיטתו של גנז, הפירוש ה"הגמוני" של זכות ההגדרה העצמית היהודית הוא אומנם מתון יותר מהפירוש ה"קנייני", והוא מאפשר הענקת זכויות אזרח מסוימות לערבים, אבל הוא מונע שוויון אזרחי מלא.

למיעוטים במדינה, נוהגות החוקות של מדינות לאום כאלה להבהיר, בו בזמן שהן מכריזות על אופיין הלאומי, שאין זו הכוונה.<sup>13</sup>

יש לומר שמרבית מדינות הלאום הדמוקרטיות אינן הולכות בדרך זו, ואינן כוללות בחוקותיהן קביעות מפורשות בדבר זיקתן לעם הרוב. אין פירוש הדבר שיש משהו נדיר ויוצא דופן במתכונת הבסיסית של מדינת לאום שיש לה אופי לאומי-תרבותי שאינו משותף לכל האזרחים: אדרבה, זהו המצב הרגיל והרווח. ואולם, רוב המדינות האלה אינן מוצאות לנכון לציין במפורש את זהותן הלאומית הפרטיקולרית בחוקה, וזאת, מן הסתם, משתי סיבות. מצד אחד, במרבית המקרים, שמו המקובל שם העם (עם הרוב) זהה לשם הארץ והמדינה, וכן לשמה של השפה הרשמית, או הלאומית – שלא כמו במקרה הישראלי-היהודי-העברי המסובך יותר מבחינה סמנטית. עצם שמה של המדינה, וכן ההוראה בדבר השפה הרשמית, הן הדרכים המקובלות ביותר לתת ביטוי לזהות הלאומית של המדינה בטקסט חוקתי. מצד שני, רוב המדינות מעדיפות שלא להתייחס למיעוטים האתנו-לשוניים שבשטחן כאל מיעוטים לאומיים במלוא מובן המילה, כלומר קבוצות אזרחית שהזהות הלאומית שלהם שונה מזו של הרוב. במקום זאת, הן מעדיפות לראות בקבוצות המיעוט מעוטים אתניים ותרבותיים שהם מרכיבי משנה של עם או לאום כלל-אזרחי אחד, לציודו של הרוב. במצב זה, ניתן להגדיר את הזהות הלאומית של המדינה ככלל-אזרחית ("לאומיות אזרחית", להבדיל מ"אתנית", לפי מינוח רווח), והעיקרון של הגדרה עצמית לאומית מתלכד עם העיקרון הדמוקרטי של ריבונות העם.<sup>14</sup> עם זאת, זהותה של המדינה אינה "ניטרלית" כלל בין הרוב למיעוט, ותרבותו של הרוב – ובראש ובראשונה שפתו – מטביעה את חותמה על המדינה כולה.<sup>15</sup>

כך, למשל, חוקת יוון אינה אומרת שיוון היא "מדינת העם היווני", וגם אילו אמרה זאת, קביעה זו כשלעצמה לא הייתה קביעה זהותית "פרטיקולרית": באופן רשמי כל אזרחי הרפובליקה היוונית שייכים לעם היווני, לרבות המיעוט הטורקי המוסלמי, שרשמית נחשב למיעוט דתי בלבד. ואולם לא זו בלבד שהשפה היוונית היא השפה הרשמית, והחוקה כוללת גם הוראה בדבר זיקה רשמית לפזורה היוונית בעולם, אלא שהיא גם מעניקה מעמד ממלכתי לכנסייה היוונית-אורתודוקסית, והיא נפתחת

13 ראו בעניין זה שני (לעיל הערה 6), הערה 37 והטקסט שהיא מתייחסת אליו.

14 ש.ס.

15 לדעת גנז (לעיל הערה 13), סידורים כאלה מחאימים לפירוש "הגמוני" של זכות ההגדרה העצמית הלאומית, ואילו הפירוש ה"שויוני" לזכות זו, שהוא דוגל בו, מחייב סידורים דו- או רב-לאומיים (אתניים) בכל מדינה שיש בה מיעוטים משמעותיים, כדי להבטיח את ההגדרה העצמית גם לרוב וגם למיעוטים.

במילים "בשם השילוש הקדוש" (כך גם חוקת אירלנד). בניגוד למה שנטען לעיתים קרובות, חוקותיהן של מדינות דמוקרטיות לא מעטות אינן ניטרליות בתחום הדת. כך, למשל, החוקות של דנמרק ושל נורווגיה מעניקות מעמד רשמי או לאומי לכנסייה הלותרנית, כחלק מהמסורת הלאומית בארצות אלו (כמובן, לצד הוראות חוקתיות המבטיחות חופש דת לכל ושוויון מלא ללא הבדל דת).<sup>16</sup> ביוון הקשר בין התרבות הלאומית לבין הכנסייה היוונית-אורתודוקסית חזק במיוחד. אופייה הלאומי הייחודי של המדינה בא לידי ביטוי מלא בלי להכיר בטורקים כמיעוט לאומי. מובן מאליה שחוקת יוון כוללת גם הוראה בדבר שוויון בין כל האזרחים. בלי הוראה כזאת אין חוקה דמוקרטית מודרנית, וספק אם יש חוקה לא-דמוקרטית.

הלאומיות הכלל-אזרחית, לכאורה, הקיימת ביוון, רחוקה מדגם הלאומיות האזרחית נוסח צרפת, הבנוי על העיקרון של זהות מלאה בין לאומיות לאזרחות. הדגם הצרפתי מבוסס על ההנחה – שהיום המרחק בינה לבין המציאות החברתית-תרבותית הוא ניכר – שהעם הצרפתי הכלל-אזרחי הוא גם ישות לאומיות-תרבותית המעניקה לכל האזרחים זהות משותפת. אחד מיסודותיה של זהות זו, לצד השפה הצרפתית, הוא החילוניות (שהיום ברור שאין היא בסיס תרבותי משותף לכל קבוצות האזרחים). מה שמשותף ליוון האורתודוקסית (לפי חוקתה) שסימן הצלב מתנוסס על דגלה הלאומי, ולצרפת החילונית הוא שבשתייהן המדינה אינה יכולה להכיר בקיומם של מיעוטים לאומיים.

לעומת זאת, כמה מדינות באירופה – כולן "דמוקרטיות חדשות" במזרח אירופה הפוסט-קומוניסטית – החליטו לציין במפורש את הזיקה הרשמית בין המדינה לבין לאום הרוב, ובו בזמן להכיר, במוצהר, בקיומן של זהויות לאומיות שונות בקרב ציבור האזרחים. יש לציין כי אומנם לא מדובר בדמוקרטיות ותיקות ומבוססות, ואולם, בשל רצונן להשתלב במועצת אירופה ובאיחוד האירופי, ניסחו המדינות האלה את חוקותיהן תחת עינם הפקוחה של "משגיחי כשרות" מטעם המוסדות האירופיים. "משגיחים" אלה היו אמורים לספק, ואכן סיפקו, אישור לכך שחוקות אלה, כפי שאושרו לבסוף, לעיתים לאחר הערות ותיקונים, עומדות בסטנדרטים האירופיים הנוכחים של דמוקרטיה, זכויות אדם וזכויות מיעוטים.

16 ראו בעניין זה Alexander Yakobson, "God and Religion in Modern Democratic Constitutions," in: Anita Shapira, Yedidia Z. Stern and Alexander Yakobson (eds.), *The Nation State and Religion, The Resurgence of Faith (Contemporary Challenges to the Nation State: Global and Israeli Perspectives, Vol. 2)*, Sussex: Sussex Academic Press, 2013, pp. 1-13

דוגמה מובהקת לחוקה מסוג זה היא החוקה של קרואטיה. קרואטיה היא מדינת לאום בעלת היסטוריה ארוכה, קרובה ורחוקה, של מאבקים לאומיים ועמידה על חשיבות הזהות הלאומית. מדינה זו ראתה חשיבות באמירה מפורשת שהיא מגלמת את עצמאותו לאומית של העם הקרואטי – תוך הכרה בכך שציבור האזרחים שלה כולל גם מיעוטים לאומיים. לפיכך קובע המבוא לחוקה הקרואטית, לאחר שהוא מציג את הנרטיב ההיסטורי הקרואטי בדבר שאיפתו עתיקת הימין של העם הקרואטי לעצמאות לאומית, כי הרפובליקה הקרואטית –

מוקמת כמדינתה הלאומית של האומה הקרואטית ומדינתם של בני המיעוטים הלאומיים: סרבים, צ'כים, סלובקים, איטלקים, הונגרים, יהודים גרמנים [ועוד שורה ארוכה של קבוצות; בסך הכול – 22] ושאר האזרחים, אשר להם מובטח שוויון זכויות עם בני הלאום הקרואטי.

יש לשים לב לכך שהמדינה היא מדינתה הלאומית של האומה הקרואטית ומדינתם (כלי "לאומית") של בני המיעוטים הלאומיים ושל שאר האזרחים (מי שלא נמצאה שום קבוצה אתנו-לאומית שאפשר לשייך אותם אליה). כלומר, הזהות הלאומית של המדינה היא קרואטית וקרואטית בלבד. זוהי מדינת לאום קרואטית, ולא מדינה רב-לאומית, למרות ריבוי הקבוצות הלאומיות המוזכרות (לרבות היהודים, שהפרלמנט הקרואטי הכריע בוויכוח הידוע – או הידוע לשמצה – בשאלה אם הם מהווים עם או רק עדה דתית). בו בזמן, מבחינה אזרחית, קרואטיה היא מדינתם של כל אזרחיה, קבוצות ופרטים. ברור שרשימת המיעוטים הארוכה, הכוללת גם קבוצות קטנות מאוד, נועדה להדגיש, מצד אחד, את האינקלוסיביות של הרפובליקה הקרואטית, מצד שני – את המרכזיות של האומה הקרואטית, שרשימת המיעוטים הארוכה רק מבליטה אותה. סעיף 2 בחוקה קובע ש"השלטון ברפובליקה של קרואטיה נובע מהעם ושייך לעם כקהילה של אזרחים חופשיים ושווים" – כלומר, העם, שהוא הריבון במדינה, העם הבוחר את מוסדות השלטון, הוא עם במובן הכלל-אזרחי ואינו זהה לעם הרוב הקרואטי האתנו-לאומי ("האומה הקרואטית"). סעיף 3 בחוקה מכריז ששוויון הזכויות האזרחי הוא אחד מהעקרונות היסוד של הסדר החוקתי הקרואטי, וסעיף 14, בפרק העוסק בזכויות האדם, קובע שכל אדם יינה מזכויות אלה ללא הבדל, בין היתר, דת, גזע, לאום, ומוצא אתני. סעיף 15 עוסק באופן ספציפי במיעוטים הלאומיים, ומבטיח להם שוויון אזרחי וזכויות לשוניות ותרבותיות. לצד כל זאת, החוקה כוללת התייחסות מודגשת מאוד לקשר של המדינה עם התפוצה האתנו-לאומית הקרואטית ("לחלקים מהאומה הקרואטית במדינות אחרות תובטח דאגה מיוחדת והגנה מצד הרפובליקה הקרואטית", סעיף 10), סמלי המדינה הם



הסמלים הלאומיים הקרואטיים, והשפה הקרואטית היא השפה הרשמית (סעיפים 11 ו-12).

המבוא לחוקה הסרבית מכריז על קבלתה "בהתחשב במסורת הממלכתית של העם הסרבי ובשוויון של כל האזרחים והקהילות האתניות בסרביה", והסעיף הראשון קובע ש"הרפובליקה של סרביה היא מדינת העם הסרבי וכל האזרחים החיים בה, המבוססת על שלטון החוק וצדק חברתי, עקרונות הדמוקרטיה האזרחית, זכויות האדם וזכויות המיעוטים, ומחויבות לעקרונות וערכים אירופיים".

סלובניה, לפי סעיף 3 של חוקתה (לאחר שהסעיפים הקודמים מגדירים אותה כרפובליקה דמוקרטית וסוציאלית ומדינת חוק), היא "מדינת כל אזרחיה המבוססת על זכותה הפרמננטית והבלתי ניתנת להפקעה של האומה הסלובנית להגדרה עצמית". האומה הסלובנית, לפי המבוא לחוקה, היא עם הרוב דובר הסלובנית, עם בעל היסטוריה של מאבקים לעצמאות ולשמירת שפתו ותרבותו – ובה בעת החוקה מבטיחה את זכויות המיעוטים הלאומיים (סעיפים 61 ו-64). גם בסרביה וגם בסלובניה החוקה מבטחה שוויון זכויות אזרחי וזכויות תרבותיות למיעוטים, קובעת ששפת הרוב היא השפה הרשמית והסמלים הלאומיים של הרוב הם סמלי המדינה, ומזכירה את זיקתה של המדינה לפזורה האתנו-לאומית.

חוקת סלובקיה אינה כוללת את הביטוי "מדינתו של העם הסלובקי", אולם המבוא לחוקה מדבר בשם "אנחנו, האומה הסלובקית". זהו "אנחנו" סלובקי אתנו-לאומי, מה שמתבטא באזכור השפה, התרבות והיסטוריה של השאיפה לעצמאות לאומית של עם הרוב. אולם "אנחנו" זה אינו פועל לבדו. הוא מקבל את החוקה "יחד עם נציגי המיעוטים הלאומיים והקבוצות האתניות" של סלובקיה. לפי סעיף 2, מקור הריבונות הוא אזרחי סלובקיה (ולא "האומה"). ההוראות המפורטות של החוקה כוללות את האיוון המוכר לנו מדוגמאות קודמות בין צביון לאומי פרטיקולרי (לרבות קשר עם פזורה) לבין שוויון אזרחי כולל.

אפילו הממשלה הלאומנית של אורבן בהונגריה, שחוקקה בשנת 2011 חוקה חדשה במקום חוקה ליברלית יותר שקדמה לה, לא חשבה שאפשר לקבוע למדינה זהות לאומיות פרטיקולרית מבלי לומר, בו בזמן, שהמיעוטים הלאומיים הם חלק בלתי נפרד מהמדינה. המבוא לחוקה חוגג את זהותה הלאומית הייחודית של הונגריה, ואת אחדות האומה ההונגרית, הכוללת במוצהר גם הונגרים אתניים ממחוז לגבולותיה, בכל דרך אפשרית, באופן שמנסחי חוק הלאום הישראלי היו יכולים רק להתקנא בו. בין היתר המבוא כולל שורה ארוכה של דברים ש"אנחנו, בני האומה ההונגרית" גאים בהם; ועם זאת הוא קובע, כי "אנחנו מכריזים כי בני המיעוטים הלאומיים החיים איתנו בהונגריה הם חלק מהקהילה הפוליטית ההונגרית וחלק בלתי נפרד מהמדינה

(constituent parts of the State) "דווקא משום שהגדרה של האומה ההונגרית היא הגדרה אתנו-לאומית ותרבותית והאומה אינה זהה לכלל ציבור האזרחים, יש צורך להגדיר שהמיעוטים הלאומיים הם חלק מה"קהילה הפוליטית ההונגרית" (גם אם אינם חלק מה"אומה"). בנפרד מכך, סעיף 15 בחוקה מונה את שוויון הזכויות בלי הבדל (בין ההיתר) דת, גזע ומוצא לאומי או אתני, כחלק מהרשימה המקובלת של זכויות הפרט.

## סיכום

מנסחי חוק הלאום הישראלי רחו כל הצעה שהייתה אומרת, במפורש או במשתמע, שבני המיעוט הערבי, וכלל האזרחים הלא-יהודיים, הם חלק מהקהילה הפוליטית הישראלית וחלק בלתי נפרד מהמדינה. הניסוח של בני בגין (שהקואליציה דאז דחתה) – הגדרת ישראל כ"מדינת הלאום של העם היהודי המקיימת שוויון זכויות לכל אזרחיה" – היה גרסה מתונה של הניסוחים המקובלים בחוקות של מדינות לאום דמוקרטיות. אילו רצתה ישראל להידמות בנושא זה למדינות לאום מובהקות כמו קרואטיה וסרביה, היא הייתה מגדירה את עצמה מדינת הלאום של העם היהודי ומדינת כל אזרחיה – וקובעת בנפרד מכך את עקרון השוויון האזרחי בפרק הדין בזכויות האדם והאזרח. ניתן לטעון שהשימוש שעשה עזמי בשארה במונח "מדינת כל אזרחיה" כדי לשלול את זכותו של העם היהודי למדינה משלו מקשה, במציאות הפוליטית הישראלית, על אימוצו של ביטוי זה. בנוסח שהציע בני בגין היה אפשר לראות ביטוי הולם, באמצעות עקרון השוויון האזרחי המופיע כחלק מהגדרת המדינה, לרעיון שאין בישראל שום אורח שהמדינה אינה גם מדינתו. חוק הלאום כפי שהתקבל הוא טקסט חוקתי שאין לו אח ורע בעולם הדמוקרטי. צריך, כמובן, להשוות את חוק הלאום לא לטקסט מלא של חוקה כלשהי, על כל סעיפיה המקובלים (לרבות עקרון השוויון), אלא לאותם סעיפים של חוקות דמוקרטיות העוסקים בזהות הלאומית. כפי שראינו לעיל, יש הבדל עצום בין הסעיפים האלה לבין חוק הלאום הישראלי.

כאשר בוחנים את כל מערכת חוקי היסוד של ישראל, צריך לציין שהשוויון אינו מופיע במפורש גם בחוק העוסק בזכויות הפרט – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אומנם בית המשפט העליון פירש את "כבוד האדם" ככולל גם את איסור ההפליה מטעמיה דת ולאום, והודות לפרשנות זו, עקרון השוויון הוא נורמה חוקתית בישראל (שכן "כבוד האדם" מעוגן במפורש בחוק יסוד). אולם אין לקבל מצב שבו הבסיס היחיד לעקרון השוויון במערכת החוקתית של ישראל הוא פרשנות משפטית (שבית המשפט גם מותקף בגינה) לחוק העוסק בזכויות האדם – לאו דווקא בזכויות של אזרחי ישראל. האזרחות הישראלית, האמורה להיות ערך חינוכי ולא רק משפטי,

אינה מופיעה, בעקבות דחית ההצעה של בני בגין, בתעודת הזהות החוקתית של המדינה – למרות שהפליה בין אזרחים תיפסל, כאמור, בבית משפט בעילה של פגיעה בכבוד האדם.

בחוק הלאום כפי שאושר בכנסת יש עוד שורה של פגמים, ובראשם – פגיעה סמלית במעמד השפה הערבית, שמנסחי החוק סירבו להכיר בה כשפה רשמית שנייה (סעיף 4ב). זהו מעמד שהשפה הערבית נהנתה ממנו במשך עשרות שנים. פסיקת בג"ץ הכירה לאורך השנים גם במעמד זה וגם במעמד הבכיר של העברית במדינה היהודית והדמוקרטית. מאחר שנוספה לחוק הלאום ההוראה הקובעת כי אין בו כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית עד עתה (סעיף 4ג), הפגיעה היא סמלית בלבד – כלומר, חסרת תועלת מעשית לשיטת יוזמי החוק, ודווקא משום כך – מכוערת במיוחד. אולם הסירוב לכלול את עקרון השוויון מבטא את ליבה של התפיסה שהדריכה את מנסחי החוק. החובה להתנער באופן חד-משמעי, בלי גמגום, מתפיסה זו ולפעול למען חקיקה מתקנת מוטלת בראש ובראשונה על אלה התומכים באופן חד-משמעי ובלי גמגום בזכותו של העם היהודי למדינה משלו ובכך שזכות זו תקבל את הביטוי הראוי לה בחוקי היסוד של מדינת ישראל.



# סעיף ההגדרה העצמית בחוק הלאום

---

יובל שני

הקדמה

1. הזכות להגדרה עצמית במשפט וביחסים הבינלאומיים

2. ההסדרים בנושא הגדרה עצמית בחוק הלאום

3. עבודת ההכנה לחקיקת חוק הלאום

סיכום

## הקדמה

סעיף 1 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום) חוסה תחת הכותרת "עקרונות יסוד", אך למעשה, מדובר בסעיף שתכליתו שונה מתכליתם של הסעיפים המקבילים לו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק, החוסים אף הם תחת אותה הכותרת. סעיף 1 בשני חוקי היסוד מ-1992 זהה בנוסחו: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו, ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". הוראות אלו מצביעות על ערכי היסוד שמהם נובעות הזכויות המנויות בחוקי היסוד, ועל עקרונות הפרשנות החוקתית הרלוונטיים לחוק.<sup>1</sup> לעומת זאת, סעיף 1 בחוק הלאום אינו מזהה מפורשות ערך או עיקרון כלשהו, אלא מתאר עובדה היסטורית ("ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי, שבה קמה מדינת ישראל"), ומציאות פוליטית ונורמטיבית ("מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, שבה הוא ממש את זכותו הטבעית, התרבותית, הדתית וההיסטורית להגדרה עצמית") וקובע מסקנה משפטית ("מימוש הזכות להגדרה עצמית בישראל ייחודי לעם היהודי"). למעשה, מדובר בסעיף המגדיר את ישראל כמדינת לאום אתנית ומצדיק את הגדרתה ככזאת. העיגון בחוק של הגדרתה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי הוא נתון חוקתי, וממנו נובעים הסדרים חוקתיים ספציפיים יותר המופיעים בחוק היסוד, למשל בעניין סמלי המדינה וערך ההתיישבות היהודית. במובן זה אפשר לראות בסעיף מקור שממנו ניתן לחלץ במשתמע "עקרונות יסוד" מסוימים.

פרק זה מתמקד ברעיון ההגדרה העצמית השזור בהוראותיו של סעיף 1 לחוק הלאום. רעיון זה עומד בבסיס הגדרת אופייה של המדינה בסעיף ובבסיס ההצדקה להיותה כזאת. כאמור לעיל, ייתכן שרעיון זה אף מנביע חלק מעקרונות היסוד של המדינה. הואיל והזכות להגדרה העצמית אינה מושג חוקתי ישראלי, אלא מושג בעל משמעות נורמטיבית המעוגנת בתפיסות אוניברסליות של זכויות לאומיות במחשבה המדינית, בפוליטיקה המדינית, ביחסים הבינלאומיים ובמשפט הבינלאומי, אי-אפשר להבין את המציאות החוקתית שחוק הלאום יצר במלואה בלי להכיר את משמעות המושג שאליו הוא מפנה. עם זאת, כפי שנראה בהמשך, מנסחי החוק נתנו לנורמה האוניברסלית משמעות ישראלית מיוחדת, ונמנעו מלאזן את ההכרה בזכות להגדרה עצמית לאומית של העם היהודי בהכרה מפורשת בעקרונות המגנים על זכויות של בני ובנות המיעוט הערבי בישראל, כגון שוויון והזיקה של המדינה למיעוטים החיים בה.

1 ראו אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" המשפט יא 79, 103-105 (תשס"ז).

מבנה הפרק הוא כדלקמן: בחלקו הראשון אסקור בקצרה את הזכות להגדרה עצמית כפי שהתפתחה במרוצת השנים במחשבה המדינית, בפוליטיקה המדינית, ביחסים הבינלאומיים ובמשפט הבינלאומי; בחלק השני אבחן את היחס בין הזכות להגדרה עצמית במשפט הבינלאומי לבין השימוש שנעשה בה בסעיף 1 של חוק הלאום; בחלק השלישי אדון בדברים שנאמרו במסגרת עבודת ההכנה לחקיקת החוק, ובמיוחד בדגשים שהמנסחים ביקשו לקדם ובמשמעותם המעשית והסמלית, ובחלק הרביעי אסכם את הפרק.

רעיון הזכות להגדרה עצמית הופיע בזירה העולמית בר ברד עם שני תהליכים היסטוריים מודרניים חשובים שהתרחשו במאות השמונה עשרה והתשע עשרה – ההשתחררות מעולם של משטרים מלוכניים או זרים והופעתן של מדינות הלאום.

בבסיס המהפכה הצרפתית והמהפכה האמריקאית עמד הרעיון שרצון העם או האומה הוא מקור הלגיטימציה הבסיסית של השלטון. ההכרזה בדבר זכויות האדם והאזרח מ-1789 קבעה את העיקרון ש"האומה, מעצם מהותה היא מקור כל ריבונות. ושום איש או קבוצת אנשים, אינו זכאי לסמכות כלשהי שאינה נובעת במפורש מן האומה".<sup>2</sup>

את רעיון "שלטון העם", שבבסיס המשטר הדמוקרטי, משלים רעיון "רצון העם", שבבסיס עקרון ההגדרה העצמית.<sup>3</sup> בהקשר של המהפכה הצרפתית, קייטנר כותבת על ארבעה שלבים של יישום רעיון ההגדרה העצמית במהלך שנות המהפכה: (א) קונספציה – זיהוי האומה כישות נפרדת מגופיה הפוליטיים (ישות פרה-פוליטית) בעלת יכולת לגבש רצון קולקטיבי (voluntarist nation); (ב) התגבשות הרצון – קביעת הסדרים פוליטיים חדשים שהם ביטוי לגיטימי לרצון האומה; (ג) השלמת הרכב האומה – יצירת כללים התוחמים במדויק את גבולות ההשתייכות לאומה;

2 אודי מנור מתרגם, בבלוג אודי מנור, היסטוריון ציוני. בניסוח המקורי: "Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément"

3 רעיון "הרצון הכללי" שפיתח רוסו, מבטא רעיון דומה, שלפיו הרצון הקולקטיבי של האזרחים יוצר מסגרת גוף חדש, שלפי האמנה החברתית האזרחים מסכימים לסור למרותו. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, DU CONTRAT SOCIAL (1797, originally published in 1762)

(ד) עימות חיצוני – התנגשות עם ישויות פוליטיות אחרות שאינן מקבלות את עקרון ההגדרה העצמית.<sup>4</sup>

עוד לפני המהפכה הצרפתית נקבע בהכרזת העצמאות האמריקאית (1776) כי ממשלות שואבות את כוחן מהסכמת הנשלטים, וכי לעם שממשלתו פוגעת בזכויות הבסיסיות של הנשלטים הזכות להחליף צורת שלטון אחת בצורת שלטון אחרת, שאותה הוא ישתית על עקרונות מתאימים ועל ארגון של כוח בדרך שתוכל להבטיח את ביטחונו ואושרו.<sup>5</sup> גם במקרה הזה ניתן לזהות תפיסה פרה-פוליטית של הקהילה – המובילה להסדר חוקתי שנועד להבטיח את מימוש הרצון הקולקטיבי של חברה, ובהמשך הסדרים (ומאבקים) להגדרת גבולות האומה ולקידום סדר בינלאומי המבוסס על רעיון רחב של הגדרה עצמית.

המהפכה הצרפתית, ובמידה מסוימת גם המהפכה האמריקאית, התבססו על אומות שהתקיימו עוד לפני המהפכה והיו קהילות תרבותיות ופוליטיות מגובשות למדי תחת שלטון שנתפס בלתי לגיטימי, במובן זה שהוא לא שיקף את רצון העם. לעומת זאת, חלק ממאבקי השחרור הלאומי במאה התשע עשרה היו מאבקים ששילבו את החתירה למימוש רצון האומה עם גיבושה כקהילה תרבותית ופוליטית. דוגמה מובהקת לכך היא המאבק לאיחוד איטליה (תהליך ה־risorgimento), שנועד לגבש אוסף של קהילות נבדלות שחיו תחת פסיפס של שליטים זרים ומקומיים למדינה אחת שתגשים את מאווייה הלאומיים של האומה החדשה-ישנה שכל הקהילות האלה השתייכו אליה. ג'וזפה מציני, ממנהיגי תנועת שחרור איטליה, הדגיש, למשל, את

Chimene I. Keitner, *National Self-Determination in Historical Perspective: The Legacy of the French Revolution for Today's Debates*, 2 INTERNATIONAL STUDIES REVIEW 3, 9 (2000)

US Declaration of Independence, 4 July 1776:

5

We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness.



תפיסת העם כמשפחה שבניה חולקים טריטוריה, דת, היסטוריה, שפה, השקפת עולם וגורל.<sup>6</sup>

אכן, מודל מדינת הלאום האתנית באירופה במאה התשע עשרה התבסס על התפיסה שאומה בעלת מאפיינים הומוגניים היא בסיס מתאים לאמנה חברתית ולמסגרת של חיים פוליטיים משותפים, המבוססים על אותן מסורות היסטוריות ועל מאפיינים תרבותיים דומים.<sup>7</sup> תפיסה זו בדבר היתרון הטמון בארגון החיים הפוליטיים על בסיס אומות הומוגניות יחסית ובעלות יכולת לבטא רצון משותף, עמדה בבסיס דרישותיהם של עמים רבים במאה התשע עשרה ובמאה העשרים לפרוש משטחן של המדינות המולטי־אתניות הגדולות שבמרכז אירופה ובמזרח (בעיקר האימפריה האוסטרו־הונגרית, האימפריה העותמאנית והאימפריה הרוסית), להקים מדינה עצמאית משלהן או להתחבר למדינה קיימת אחרת שבני אותה האומה חיים בה.<sup>8</sup>

המשגה חשובה במיוחד של רעיון ההגדרה העצמית כעיקרון של צדק גלובלי המצדיק קידום אקטיבי של הקמת מדינות לאום חדשות, ניתן למצוא בנאום 14 הנקודות של נשיא ארצות הברית וילסון משנת 1918, שבו הוא שרטט את קווי המתאר של הסדר העולמי שלאחר מלחמת העולם הראשונה. הנקודה החמישית של וילסון קובעת מפורשות כי יש להתחשב באינטרסים של האוכלוסייה המקומית בעת הכרעה בסוגיות טריטוריאליות קולוניאליות:

יישוב כל התביעות הקולוניאליות באופן חופשי, פתוח וחסר פניות, המבוסס על הקפדה על העיקרון לפיו בכל השאלות של קביעת ריבונות יינתן משקל שווה לאינטרסים של האוכלוסיות הנוגעות בדבר ולתביעותיהן הצודקות של הממשלות, שאת זכויותיהן הריבוניות יש לקבוע.<sup>9</sup>

GIUSEPPE MAZZINI, A COSMOPOLITANISM OF NATIONS: GIUSEPPE MAZZINI'S WRITINGS ON DEMOCRACY, 6 NATION BUILDING, AND INTERNATIONAL RELATIONS (Stefano Rechia & Nadia Urbinati eds., 2009) 12; EMILIE ASHURST VENTURI, JOSEPH MAZZINI. A MEMOIR BY E.A.V WITH TWO ESSAYS BY MAZZINI: THOUGHTS ON DEMOCRACY, AND THE DUTIES OF MAN (1875) 2

Sylvain Kahn, *The Nation-State as a Territorial Myth of European Construction*, 43 L'ESPACE GÉOGRAPHIQUE 220, 222 (2014)

8 תמיכה משמעותית בזכות ההגדרה העצמית, הכוללת זכות של עמים לפרוש ממדינה קיימת, ניתנה ב־1917 על ידי לנין, ערב המהפכה הבולשוויקית. Stanley W. Page, *Lenin and Self-Determination*, 28 THE SLAVONIC AND EAST EUROPEAN REVIEW 342, 353 (1949)

9 התרגום שלי. הנוסח המקורי הוא:

A free, open-minded, and absolutely impartial adjustment of all colonial claims, based upon a strict observance of the principle

יתר על כן, מכיוון שלתפיסתו של וילסון מתחים בין קבוצות אתניות מתחרות בתוך אימפריות רב-לאומיות היו חלק מהגורמים לחוסר היציבות הכרונית ביבשת אירופה שהובילה למלחמה, הוא תמך בהקמתן של מדינת לאום על חורבותיהן של האימפריות הישנות, ופעל במסגרת הסכמי השלום שלאחר המלחמה לשרטוט גבולות חדשים שיגבירו את ההומוגניות האתנית של מדינות הלאום החדשות והוותיקות באירופה. היגיון דומה הוביל גם את מעצבי הסדר העולמי שלאחר המלחמה לתמוך בהסדרים של חילופי אוכלוסין בכפייה בין מדינות הטרוגניות בדרום-מזרח אירופה, או לפחות להשלים עימם.<sup>10</sup> בה בעת החיל חבר הלאומים את שיטת המנדטים על שטחים שהיו כפופים לשלטון הקולוניאלי של המעצמות שהפסידו במלחמת העולם. לפי שיטה זו הועברו שטחים נרחבים באסיה ובאירופה לפיקוח מעצמה מנדטורית שהופקדה על קידום האוכלוסייה המקומית עד שזו תוכל לעמוד על הגליה שלה ולממש את ריבונותה במדינה עצמאית.<sup>11</sup> תהליך זה הוביל להקמתן של מדינות חדשות רבות, לרבות מדינת ישראל.

אף על פי שבמאה העשרים התגברה האהדה לרעיון ההגדרה העצמית כרעיון פוליטי חשוב וצודק שיש לארגן לפיו את הסדר הבינלאומי, המשפט הבינלאומי לא הכיר בזכות המשפטית הגורפת להגדרה עצמית של עמים כאשר הם עד הקמת ארגון האו"ם ב-1945.<sup>12</sup> מצב דברים זה השתנה לאחר שורה של התפתחויות משפטיות: הכללת עקרון ההגדרה העצמית במגילת האו"ם<sup>13</sup> וקביעת הסדרים מפורשים במגילה בדבר קידום עצמאותם של שטחים שאינם נהנים משלטון עצמי ושל שטחים הנשלטים במשטר נאמנות (לרבות שטחים מנדטוריים);<sup>14</sup> אימוץ החלטות או"ם בשנות החמישים והשישים בנושא קיומה של חובה משפטית להביא את המשטרים הקולוניאליים לכלל

---

that in determining all such questions of sovereignty the interests of the populations concerned must have equal weight with the equitable claims of the government whose title is to be determined. (President Wilson's 14 Points, 8 Jan. 1918)

Eric D. Weitz, *From the Vienna to the Paris System: International Politics and the Entangled Histories of Human Rights, Forced Deportations, and Civilizing Missions*, 113 *THE AMERICAN HISTORICAL REVIEW* 1313, 1334 (2008)

Covenant of the League of Nations, 28 June 1919, art. 22 11

12 ראו גיא הרפז "הגדרה עצמית" *משפט בינלאומי* 95, 97 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישיית, 2016).

UN Charter, art. 1(2) 13

UN Charter, Ch. 11-12 14

סיום<sup>15</sup> – בד בבד עם תנועה משמעותית בפועל אל עבר דקולוניזציה נרחבת וכריתת האמנות הבינלאומיות בנושא זכויות אדם בשנת 1966 – "האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות" ו"האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות".

שתי האמנות כוללות בסעיף 1 שלהן את אותן ההוראות בנושא הגדרה עצמית:

(1) לכל העמים הזכות להגדרה עצמית. בתוקף זכות זו חופשיים הם לקבוע את מעמדם הפוליטי ולשקוד בחופשיות על פיתוחם הכלכלי, החברתי והתרבותי.

(2) כל העמים רשאים, למטרותיהם שלהם, להעניק באורח חופשי מעושרם וממשאביהם הטבעיים, מבלי לפגוע בהתחייבויות הנובעות משיתוף פעולה כלכלי בינלאומי, המבוסס על עקרון התועלת ההדדית, ומן המשפט הבינלאומי, בשום מקרה אין לשלול מעם את אמצעי מחייתו.

(3) המדינות בעלות האמנה הזאת, לרבות אלו הנושאות באחריות לגבי ניהול שטחים שאינם בעלי ממשל עצמי ושטחי נאמנות, יקדמו את מימוש הזכות להגדרה עצמית, ויכבדו זכות זו, בהתאם להוראותיה של מגילת האומות המאוחדות.<sup>16</sup>

רוב גדול של מדינות העולם – לרבות ישראל – הצטרפו לאמנות האלה, וגם המדינות שלא הצטרפו אליהן אינן חולקות על מעמדה המשפטי של הזכות להגדרה עצמית. מכאן מדובר בכלל של משפט בינלאומי מנהגי והסכמי. עם זאת, עדיין קיימת מחלוקת בדבר היקפה המדויק של הזכות והתנאים למימושה.

הזכות להגדרה עצמית במשפט הבינלאומי מוקנית כאמור לכל העמים, אך במסגרתה מקובל להבחין בין הזכות להגדרה עצמית חיצונית לבין הזכות להגדרה עצמית פנימית. הזכות הראשונה כוללת את זכותו של העם לקבוע את המעמד הפוליטי שלו – קרי, את המסגרת המדינית שבה יתקיימו חיי הלאומיים. מסגרת זאת יכולה להיות מדינה עצמאית, השתלכות במדינה אחרת או מעמד אחר, כגון

Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, 14 Dec. 1960, UN Doc. A/RES/1514(XV)(1960) 15

<sup>16</sup> סעיף 1 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כא 31, 269 (16.12.1966); סעיף 1 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 31, 205 (16.12.1966). לפי הוועדה לזכויות האדם, ההכרה בזכות להגדרה עצמית היא תנאי מקדים ליישומן האפקטיבי של זכויות האדם. Human Rights Committee, General Comment No. 12: Article 1 (The Right to Self-Determination of Peoples), UN Doc. A/39/40 (1984), para. 1

יחידה אוטונומית או פדרלית במדינה קיימת.<sup>17</sup> זכות זו מוקנית כיום לכל עם החי תחת משטר כיבוש או משטר קולוניאלי, או, במקרה של התפוררות מדינה קיימת, מקום שבו אין שלטון אחר בנמצא. לעומת זאת, במשפט הבינלאומי אין לעם החי בשטחה של מדינה קיימת זכות לפרוש ממנה, אלא – וגם זאת רק לפי חלק מהגישות הקיימות בתחום – במקרי קיצון שבהם קבוצה אתנית מסוימת נופלת קורבן לרדיפות קשות ולהפרות קיצוניות של זכויות האדם, ההופכות את המשך השתתפותה במדינה הקיימת לבלתי אפשרית.<sup>18</sup> מכאן שבמצב הדברים הרגיל המדינה הקיימת היא ביטוי של הזכות להגדרה עצמית של כלל תושביה, וממשלתה נתפסת כביטוי הפוליטי של שאיפותיהם של התושבים, זולת במקרה המיוחד של משטר גזעני – כגון משטר האפרטהייד בדרום אפריקה שהדיר חלק מתושבי המדינה מהשתתפות בחיים הפוליטיים.<sup>19</sup>

הזכות להגדרה עצמית פנימית מוגבלת יותר בהיקפה, והיא אינה כוללת את רכיב קביעת המעמד הפוליטי הנמצא בהגדרה העצמית החיצונית, לרבות הזכות לפרוש ולהקים מדינה עצמאית.<sup>20</sup> עמים החיים בשטחה של מדינה קיימת זכאים, עם זאת, להישען על רכיבים אחרים של הזכות להגדרה עצמית, ובראשם הזכות לפיתוח כלכלי, חברתי ותרבותי, הכוללת את הזכות לשמר חיים קהילתיים משותפים לבני ובנות הקבוצה, ואת הזכות ליהנות מעושרם של משאבי הטבע – זכות רלוונטית במיוחד לעמים ילידיים שמסגרת חייהם הקהילתיים שלובה בצורות חיים מסורתית בסביבה הטבעית שבה הם חיים עוד מהתקופה שקדמה להקמת המדינה המודרנית

17 הרפז, לעיל ה"ש 12, בעמ' 95.

18 שם, בעמ' 105.

19 ראו Declaration on Principles of International Law Friendly Relations and Co-Operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, 24 Oct, 1970, UN Doc. A/RES/2625(XXV)(1970)

Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour.

20 תמר הוסטובסקי-ברנדס "הזכות להגדרה עצמית בחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי" תרבות דמוקרטית 20, 1, 8-11 (2020).

שהם משתייכים לה כיום.<sup>21</sup> לעמים ילידיים עשויה להיות גם זכות לניהול עצמי של ענייניהם שלהם – קרי, הזכות למידה מסוימת של אוטונומיה,<sup>22</sup> ולכלל העמים – ילידיים ושאינם ילידיים – יש זכות להשתתף בחיים הפוליטיים של המדינה על בסיס שוויוני.<sup>23</sup> יש לציין בהקשר זה כי יש חפיפה לא מבוטלת בין רעיון זכות ההגדרה העצמית הפנימית לבין זכותם המוכרת של מיעוטים לאומיים, דתיים ולשוניים לטפח את תרבותם, לשמור על מנהגי דתם ולדבר בשפתם.<sup>24</sup>

סעיף 1 לחוק הלאום משקף נרטיב מוכר ומקובל, ולפיו הקמת מדינת ישראל היא מימוש הזכות להגדרה עצמית של העם היהודי. את הרעיון שהעם היהודי יכול לפתור את מצוקותיו אם יתארגן ויפעל כ"עם ככלל העמים" כדי להקים מדינה יהודית, ניסח

כבר בנימין זאב הרצל.<sup>25</sup> ההכרה בתוכנית "הבית הלאומי" בהצהרת בלפור מ-1917 ואישורה בוועידת סן רמו (1920) ובכתב המנדט על פלשתינה (1922), הובילה לשילוב התנועה הציונית בשיטת המנדטים של חבר הלאומים, שהייתה, כאמור לעיל, חלק מרכזי ממימוש רעיון ההגדרה העצמית בזירה הבינלאומית בתקופה שלאחר מלחמת העולם הראשונה.<sup>26</sup>

אכן, קשה שלא לקרוא את כתב המנדט אלא כביטוי של רעיון ההגדרה העצמית של וילסון, אף על פי שהוא נועד להקים בית לאומי (ולא מדינה), ואף על פי שהיהודים – שזכותם לבית לאומי היא שהוכרה – היו מיעוט בפלשתינה-ארץ ישראל במועד אישור כתב המנדט (וגם במועד הקמת מדינת ישראל). במיוחד, יש לציין, שכתב המנדט הזכיר מפורשות את הקשר ההיסטורי בין העם היהודי לארץ ישראל כהצדקה להקמת בית לאומי ליהודים שם, העניק לסוכנות היהודית מטעם ההסדרות הציונית מעמד רשמי של גוף מייצג ומשתף פעולה עם שלטונות המנדט במימוש חזון הבית

21 ראו The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 13 Sept. 2007, art. 26, UN Doc. A/61/295 (2007)

22 שם, בסעיפים 4-5.

23 הוטובסקי-ברנדס, לעיל ה"ש 20, בעמ' 10.

24 האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, לעיל ה"ש 16, סעיף 27.

25 דוד בן-גוריון "מהרצל ועד היום", י"ט בחמוז, תש"ד, פרויקט בן יהודה.

26 San Remo Resolution, 25 April 1920; The British Mandate for Palestine, 24 July 1922, League of Nations Doc. C.529.M.314 (1922)

## 2. ההסדרים בנושא הגדרה עצמית בחוק הלאום

הלאומי ובפיתוח מוסדות לשלטון עצמי, וקבע הסדרים בנוגע לעליית יהודים ארצה והתיישבותם בה.<sup>27</sup> הסדרים אחרונים אלו נועדו לאפשר את התנאים להיווצרותו של רוב יהודי ממערב לירדן, רוב שיאפשר בסופו של התהליך את מימוש רעיון הגדרה עצמית בתא השטח שנועד לבית הלאומי היהודי. ניתן לראות אפוא בכתב המנדט מתווה לבניית אומה (בארץ ישנה-חדשה), מתווה שנועד להוביל לכינונה של מדינת לאום שתממש את זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי.

יש לציין עוד כי בכתב המנדט נקבע שזכויותיהם האזרחיות והדתיות של תושבי פלשתינה הלא-יהודים – שהיו את קבוצת הרוב בשטח המנדט ב-1922 – תישמרנה.<sup>28</sup> באותה התקופה נתפס ניסוח זה כביטוי, על דרך השלילה, לאי-ההכרה בזכויות הלאומיות של ערביי פלשתינה.<sup>29</sup> עמדה משפטית זו עברה שינוי במהלך שנות המנדט הבריטי, ובמהלכן התחזקה הזהות הלאומית הפלסטינית ועימה התביעה להגדרה עצמית. תהליך זה הוביל, בסופו של דבר, ליוזמות לחלוקת הארץ בין שתי התנועות הלאומיות המתחרות ולהחלטת החלוקה של העצרת הכללית של האו"ם – החלטה 181 מיום כ"ט בנובמבר 1947 – שבה הוחלט על הקמת שתי מדינות בשטח המנדט – מדינה יהודית ומדינה ערבית – ועל הקמת אזור בינלאומי נפרד בירושלים (corpus separatum) שיפעל במשך פרק זמן קצוב.<sup>30</sup>

ההכרזה על הקמת מדינת ישראל ב-14 במאי 1948 – שעם לשונה מתכתב סעיף 1 בחוק הלאום – מנכיחה את הזכות להגדרה עצמית כבסיס חשוב להצדקת הקמתה של המדינה החדשה. שלוש הפסקאות הראשונות של ההכרזה עוסקות בקשר ההיסטורי בין העם היהודי לבין ארץ ישראל, ומזכירות את הקשר הרוחני של העם לארץ, ששורשיו בעבר הרחוק, ואת בניין הארץ על ידי השבים אליה בעבר הקרוב. הפסקה הרביעית מציגה את הדרישה שהוצגה בקונגרס הציוני הראשון (1897) לתקומה לאומית בארץ ישראל, והפסקה החמישית מציגה את ההכרה הבינלאומית בקשר ההיסטורי ואת הזכות לבית לאומי הגלומה בהכרזת בלפור ובכתב המנדט. הפסקה התשיעית להכרזה מפנה להחלטת החלוקה ומדגישה:

הכרה זו של האומות המאוחדות בזכות העם היהודי להקים את מדינתו אינה ניתנת להפקעה.

27 Mandate for Palestine, שם, מבוא וסעיפים 4, 6.

28 שם, במבוא ובסעיף 2. סעיף 6 קבע כי המדיניות בנושא הגירה והתיישבות יהודית לא תפגע בזכויות ובמעמדם של התושבים הלא-יהודים.

29 ראו למשל ERNST FRANKENSTEIN, PALESTINE IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW 17 (1946)

30 G.A. Res. 181, 29 Nov. 1947, UN Doc. A/RES/181(II)(1947)

זאת למעשה טענה משפטית בדבר האופי הבלתי ניתן לחזרה של הכרה בינלאומית בזכות לאומית. שתי הפסקאות הבאות של ההכרזה מסכמות את שלוש ההצדקות להקמת המדינה – הזכות הטבעית, הזכות ההיסטורית והזכות המשפטית:

זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית.

לפיכך נתכנסנו, אנו חברי מועצת העם, נציגי הישוב העברי והתנועה הציונית, ביום סיום המנדט הבריטי על ארץ-ישראל, ובתוקף זכותנו הטבעית וההיסטורית ועל יסוד החלטת עצרת האומות המאוחדות אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל.

סעיף 1 לחוק הלאום מעגן חלקים מההצדקה הקבועה בהכרזת העצמאות כדי להדוף, כפי שנראה בהמשך, ניסיונות לערער על ההצדקה להיותה של מדינת ישראל מדינת הלאום של העם היהודי. סעיף קטן (א) מזכיר את הקשר ההיסטורי בין העם היהודי לבין ארץ ישראל שהוביל להקמת מדינת ישראל בארץ ישראל. אפשר להניח כי, כמו בכתב המנדט, ההפניה לקשר היסטורי זה נועדה להצדיק את הקמת הבית הלאומי היהודי בארץ ישראל דווקא. בבסיסה של הצדקה זו עומדת הנחה דומה לזו שעמדה בבסיס פרויקטים אחרים של תחייה לאומית או שחרור לאומי, שלצד שפה, דת, תרבות, עבר וגורל משותפים, הזיקה לאותה הטריטוריה היא חלק חשוב מהמכנה המשותף היוצר עם בעל רמת לכידות גבוהה מספיק כדי לקיים קהילה פוליטית עצמאית.<sup>31</sup>

יש להדגיש כי כמו בהכרזת העצמאות, סעיף 1 לחוק הלאום אינו מזהה בין גבולותיה של ארץ ישראל לבין גבולותיה של מדינת ישראל. מדינת ישראל הוקמה רק בחלק משטח ארץ ישראל, על בסיס החלטת או"ם שהקצתה לה 62% משטח ארץ ישראל המנדטורית. גם כיום המדינה אינה שולטת ואינה מפעילה את ריבונותה בכל שטחי ארץ ישראל המנדטורית (למשל, ברצועת עזה). עם זאת, היא מפעילה את ריבונותה באזורים שלא נכללו בארץ ישראל המנדטורית (רמת הגולן). נראה אפוא כי חוק הלאום אינו מקנה לגבולותיה של ארץ ישראל משמעות חוקית מיוחדת (מסקנה זו נתמכת גם בעמדות שהובעו במהלך עבודה על ניסוח החוק המובאות בחלק הבא). מכאן עולה שהוראותיו הטריטוריאליות של החוק (בעיקר ההוראות שבסעיף 7

31 לעם כזה עשוי להיות מה שהגדיר רנן – מורשת עשירה של זיכרונות ורצון נמשך לחיות יחד ולהעריך את המורשת המשותפת. Ernst Renan, Qu'est-ce qu'une nation?, Conference at the Sorbonne, 11 March 1882

בנושא ערך ההתיישבות היהודית) חלות בשטח המדינה בלבד, ולא בשטחי ארץ ישראל המנדטורית שאינם חלק משטח המדינה.

סעיף קטן 1(ב) לחוק קושר בין היותה של ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, לבין מימוש זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית. אומנם אין הכרח שעם או אומה יארגנו את חייהם הלאומיים במסגרת מדינת לאום אתנית דווקא (ולא במסגרת מדינה רב־תרבותית, רב־לאומית או מדינת לאום אזרחית – מדינת "כל אזרחיה"), אך זו בוודאי בחירה לגיטימית ומקובלת בעולם (העולה בקנה אחד עם תפיסת וילסון של עיקרון ההגדרה העצמית).<sup>32</sup> יש לשים לב, עם זאת, כי ניסוח מקורות ההצדקה של הזכות – "זכותו הטבעית, התרבותית, הדתית וההיסטורית להגדרה עצמית", סוטה מנוסח מגילת העצמאות, המסתפק באזכור הזכות הטבעית וההיסטורית ואינו כולל במפורש את הביטוי "הגדרה עצמית".<sup>33</sup> נראה כי מנסחי החוק לקו בבלבול מושגי בין המקורות הנורמטיביים של הזכות, לבין סוגי ההגדרה שהזכות מאפשרת. הגדרת המסגרת הפוליטית של חיי העם (מדינת לאום), מנביעה גם את קביעת מסגרת חייו התרבותיים והדתיים. אך הואיל ובבסיס רעיון הזכות עומדת תפיסה של יחסי גומלין עם אחרים – לזכותו של האחד נלווית בהכרח דרישה מאחר לפעול באופן המתיישב עם הזכות, להימנע מפעולה המנוגדת לה או להכיר בזכות של בעל הזכות לפעול או להימנע מפעולה<sup>34</sup> – הרי שהזכות להגדרה עצמית, אם היא מופנית לא רק פנימה אלא גם החוצה, כלפי שאר עמי ומדינות העולם, אינה יכולה להתבסס על מקור נורמטיבי ייחודי לאותו העם המסתמך על הזכות – תרבותו של אותו העם או הדת שלו. ואכן, מגילת העצמאות הסתמכה על תפיסות כלליות של צדק טבעי והיסטורי כדי לבסס את אותה הזכות, ולא על זכות תרבותית או דתית פרטיקולרית.

מקור נוסף שההכרזה מ־1948 הסתמכה עליו כדי לבסס את זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית – מקור שנעדר כליל מחוק הלאום – הוא תמיכתה של הקהילה הבינלאומית בזכות. ההכרזה מתארת שלושה מופעים של הכרה בינלאומית

32 ראו Sammy Smooha, *Types of Democracies and Modes of Conflict Management in Ethnically-Divided Societies*, 8 *NATIONS AND NATIONALISM* 423, 423-424 (2002)

33 יש לציין כי הפניה בחוקה לזכות להגדרה עצמית אינה תופעה חריגה, וכי בחוקות רבות – בעיקר של מדינות הגוש הקומוניסטי לשעבר – יש הפניות דומות. ראו Eugene Kontorovich, *A Comparative Constitutional Perspective on Israel's Nation-State Law*, 25 *ISRAEL STUDIES* 137, 142-143 (2020)

34 ראו Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 *YALE LAW JOURNAL* 710 (1917)



בפרויקט הבית הלאומי היהודי או בהקמת מדינה יהודית: הכרזת בלפור, כתב המנדט והחלטת החלוקה. ייתכן שמנסחי חוק הלאום לא רצו להפנות למקורות האלה בשל האופי המוגבל של הישות הפוליטית שהם הכירו בה (בית לאומי או ריבונות על חלק קטן למדי משטחי ארץ ישראל), אך לגמרי לא ברור מדוע בחרו מנסחי החוק שלא להפנות לזכות המשפטית להגדרה עצמית, שהיא, כאמור לעיל, זכות מוכרת במשפט הבינלאומי המודרני, ולמעשה, אבן פינה של הסדר המשפטי העולמי העכשווי.<sup>35</sup> הנמקות המבוססות על צדק טבעי או היסטורי חשופות לביקורת על רקע תפיסות מתחרות של צדק או ניתוח אחר של המאורעות ההיסטוריים הרלוונטיים, ואילו ההנמקה שמדינת ישראל היא מימוש של זכות ההגדרה העצמית שהמשפט הבינלאומי מקנה לעם היהודי היא הנמקה מוצקה יותר. אף על פי שהדבר אינו נזכר בעבודות ההכנה לחקיקת החוק, ייתכן שהשיקול הדומיננטי של המנסחים כאן היה הרצון להתחמק מלדון בהשלכות היותה של זכות ההגדרה העצמית זכות משפטית אוניברסלית על זכותם להגדרה עצמית של הפלסטינים החיים בשטחים ובשטחי מדינת ישראל עצמה.

קושי נוסף בסעיף 1 לחוק הלאום טמון בסעיף קטן (ג), הקובע כי מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי. הוראה זו נועדה, כפי שנראה בהמשך, לשלול את האפשרות שישאל תהפוך למדינה דו-לאומית, אך לא ברור מה השלכותיה על זכויותיהם של הפלסטינים בשטחים ובישראל. רעיון הייחודיות של ההגדרה העצמית היהודית ניתן להצדקה על בסיס שרשרת הטיעונים הזאת – מדינת ישראל היא גלגול מאוחר של פרויקט "הבית הלאומי" שאימץ כתב המנדט, ושל המדינה היהודית שאישרה החלטת החלוקה. ואם כך, מדינת ישראל היא יישום המאוויים הפוליטיים של תנועה לאומית אחת – התנועה הציונית – בחלק משטחי ארץ ישראל המנדטורית. אולם הסדר זה אינו שולל בהכרח הגשמה של המאוויים הפוליטיים של התנועה הלאומית המתחרה – התנועה הלאומית הפלסטינית – בשטחי ארץ ישראל שאינם חלק ממדינת ישראל (לפי מודל שתי המדינות, או מודלים אחרים של פדרציה או שלטון עצמי שהפלסטינים יהיו מעוניינים בהם).

השאלה הגדולה האחרת שסעיף 1 אינו עוסק בה, ועקב כך נמתחה עליו ביקורת נוקבת, היא מעמדם וזכויותיהם של הפלסטינים אזרחי ישראל – הם אינם נזכרים כלל, לא במישרין ולא בעקיפין, בסעיף 1, ונפקדים גם מרוב סעיפי החוק האחרים (סעיף 4 העוסק בזכות לשפה, חריג בהקשר הזה, וגם עליו נמתחה ביקורת בשל

הפגיעה לכאורה במעמד השפה הערבית).<sup>36</sup> לשאלה זו לפחות שלושה היבטים משמעותיים הרלוונטיים לדיון במעמד הזכות להגדרה עצמית:

א. של מי המדינה? סעיף קטן 1(ב) יוצר מעין זיקת שייכות בין מדינת ישראל לבין העם היהודי, ואינו מזכיר את מעמדם של שאר אזרחי המדינה. ניסוח זה אינו ניסוח מקובל של סעיפים חוקתיים המגדירים את אופייה של מדינת לאום אתנית, שכן בצד הזיקה בין המדינה לקבוצה האתנית הדומיננטית בה, סעיפים אלו נוטים לכלול גם זיקה בין המדינה לבין כלל אזרחיה או בין המדינה לבין קבוצות מיעוט החיות בה.<sup>37</sup> מטרת התוספת הזאת היא להבהיר כי המדינה אינה רק של קבוצת הרוב, וכי היא

36 ראו, למשל, הפרקים של אלכסנדר יעקובסון ומוחמד ותד בקובץ זה.

37 ראו, למשל, המבוא לחוקת קרואטיה 1994:

Setting forth from these historical facts and the universally accepted principles governing the contemporary world and the inalienable and indivisible, non-transferable and perpetual right of the Croatian nation to self-determination and state sovereignty, including the inviolable right to secession and association as the fundamental conditions for peace and stability of the international order, the Republic of Croatia is hereby established as the nation state of the Croatian nation and the state of the members of its national minorities: Serbs, Czechs, Slovaks, Italians, Hungarians, Jews, Germans, Austrians, Ukrainians, Rusyns, Bosniaks, Slovenians, Montenegrins, Macedonians, Russians, Bulgarians, Poles, Roma, Romanians, Turks, Vlachs, Albanians and others who are its citizens and who are guaranteed equality with citizens of Croatian nationality and the exercise of their national rights in accordance with the democratic norms of the United Nations and the countries of the free world.

המבוא לחוקת אוקראינה 1996:

The Verkhovna Rada of Ukraine, on behalf of the Ukrainian people – citizens of Ukraine of all nationalities expressing the sovereign will of the people.

המבוא לחוקת סלובקיה 1992:

We, the Slovak Nation, Bearing in mind the political and cultural heritage of our predecessors and the experience gained through centuries of struggle for our national existence and statehood, Mindful of the spiritual bequest of Cyril and Methodius and the historical legacy of Great Moravia, Recognizing the natural right of nations to self-determination, Together with members of national minorities and ethnic groups living on the territory of the Slovak Republic.

אינה מדירה בני ובנות מיעוטים מהמדינה ומהשתתפות בחיים משותפים במסגרתה. מכאן שבצד ההצהרה החוקתית שהמדינה מספקת את המאוויים הלאומיים של קבוצה אתנית מסוימת, חוקות של מדינות לאום אחרות משתדלות לכוונן גם מסר מאזן של שותפות ושוויון כלפי כל הקבוצות החיות במדינה, כדי ליצור מסגרת חוקתית שתיתפס כהוגנת מספיק וכדי לבסס אמנה חברתית של חיים משותפים במדינה. מסר מסוג זה אפשר למצוא בהכרזת העצמאות:

אנו קוראים – גם בתוך התקפת־הדמים הנערכת עלינו זה חדשים – לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על שלום וליטול חלקם בבניין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים.

בחוק הלאום, לעומת זאת, לא מופיע מסר מקביל של שותפות ושוויון.

עם זאת, ספק אם יש משמעות משפטית רבה לבחירת המנסחים שלא להזכיר בסעיף 1 הסדרים מאזנים כלשהם, כגון הפניה למגילת העצמאות, לעקרון השוויון או לאופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל, שכן המשפט הבינלאומי ממילא אינו מכיר ברעיון השייכות הבלעדית של מדינה לעם מסוים. למעשה, אפשר לראות בזכות המשפטית להגדרה עצמית זכות קדם־מדינתית, המְבַנָּה באמצעות הקמת המדינה קהילה פוליטית חדשה הכוללת את כל אזרחי המדינה. לפי גישה אחת לסוגיה זו, הזכות להגדרה עצמית חיצונית המאפשרת לקבוצה אתנית להקים מדינה היא חד־פעמית בעיקרה,<sup>38</sup> במובן זה שהיא מצדיקה את הקמתה של המדינה החדשה, אך משהוקמה המדינה מומשה הזכות של העם, ומכאן ואילך המשך פעולתה של הזכות להגדרה עצמית הוא במסגרת המדינה כולה, שבה לכל קבוצה אתנית הזכות לקדם את ענייניה באמצעות המוסדות הדמוקרטיים הקיימים במדינה, המתבססים על שוויון בין כל אזרחיה.<sup>39</sup> במילים אחרות, בזירה הבינלאומית המדינה מחליפה את העם כמסגרת הפוליטית הרלוונטית לקידום ענייני הקבוצה מול מדינות אחרות (בהקשר זה אפשר לשים לב שהמסמך המכוון את הארגון הבין־מדינתי המרכזי בעולם – "מגילת האומות המאוחדות" – אינו מבחין הבחנה חדה בין מדינות לאומות).

38 ראו עניין ANTONIO CASSESE, SELF-DETERMINATION OF PEOPLES: A LEGAL REAPPRAISAL 73 (1995)

39 אך ראו סעיף 3 לחוק סלובניה: "Slovenia is a state of all its citizens and is founded on the permanent and inalienable right of the Slovene nation to self-determination"

לפי גישה אחרת לאותה הסוגיה, מבחינת המשפט הבינלאומי גבולות המדינה מתווים גם את גבולות הקהילה הפוליטית – העם – שלו מסורה הזכות להגדרה עצמית חיצונית.<sup>40</sup> לפי תפיסה זו, הזכות המודרנית שהתעצבה סביב המתח בין תהליך הרה-קולוניזציה לבין העיקרון שאין לפגוע בגבולות הקיימים של המדינה, מקנה את הזכות להגדרה עצמית חיצונית הלכה למעשה לכל הקהילה הפוליטית החיה בתוך הגבולות המוכרים של היחידה הטריטוריאלית הרלוונטית (בין שהיא עצמאית ובין לאו). לחברי קבוצת הרוב, בהיותם הרוב, יש אפשרות פוליטית עודפת לבטא את מאווייהם הקולקטיביים במסגרת ההגדרה העצמית של העם, אך אין להם מעמד מיוחד כנשאי זכות בינלאומית ביחס לחברי קבוצת המיעוט.

העובדה שסעיף קטן 1(ב) לחוק הלאום אינו מתייחס כלל לזכות המשפטית להגדרה עצמית מדגישה עוד יותר את הרלוונטיות המשפטית המוגבלת של הרעיון שהמדינה "שייכת" לעם היהודי (ועל דרך השלילה, כך נטען, אינה שייכת לאזרחים המשתייכים לקבוצות לאומיות אחרות). הסעיף נותן ביטוי להתפתחות היסטורית מסוימת – העם היהודי שאף למדינה משלו, הצדיק את שאיפתו על בסיס הזכות להגדרה עצמית, ומדינת ישראל היא מימוש של שאיפה זו. הסבר זה עשוי אולי להצדיק הסדרים מסוימים בחוק הלאום המשקפים את אופייה של המדינה כמדינה יהודית, אך הוא אינו מנביע את המסקנה שכעניין משפטי המדינה אינה של כל אזרחיה, או שהקהילה הפוליטית שהיא כוננה מדירה חלק מהם.

**ב. האם מימוש הזכות להגדרה עצמית פוגע בזכויות האזרחים הלא-יהודים?**  
הפער בין לשונו של סעיף 1 לחוק הלאום לבין חוקות של מדינות לאום אחרות, הכוללות מחויבות ברורה לזכות לשוויון, ולעיתים קרובות גם לזכויות קבוצתיות של מיעוטים לאומיים,<sup>41</sup> הוא פער בולט. פער דומה ניכר גם בין סעיף 1 לבין נוסחה

40 לעניין זה ראו, JAMES CRAWFORD, THE CREATION OF NEW STATES IN INTERNATIONAL LAW (2<sup>nd</sup> ed., 2007) 125

41 ראו, למשל, סעיף 1 לחוקת סרביה 2006:

Republic of Serbia is a state of Serbian people and all citizens who live in it, based on the rule of law and social justice, principles of civil democracy, human and minority rights and freedoms, and commitment to European principles and values.

סעיף 35 לחוקת פולין 1997:

The Republic of Poland shall ensure Polish citizens belonging to national or ethnic minorities the freedom to maintain and develop their own language, to maintain customs and traditions, and to develop their own culture. National and ethnic minorities shall have the right to establish educational and cultural institutions,

של הכרזת העצמאות, שהדגישה את רעיון שוויון הזכויות החברתי והמדיני ה"גמור" לכל האזרחים, וגם בינו לבין נוסחם של המסמכים ההיסטוריים – הצהרת בלפור, כתב המנדט והחלטת החלוקה – שהדגישו בצד זכויות העם היהודי את זכויותיהם האזרחיות והדתיות של התושבים הלא-יהודים בארץ ישראל.

הסטייה של חוק הלאום מנוסחאות מאזנות קודמות היא צעד סמלי פוגעני ומיותר המטיל ספק בהגינות האמנה החברתית שהחוק מתיימר לכונן. אך כמו בדיון הקודם בנושא שאלת השייכות, אין לדבר נפקות משפטית מעשית של ממש, שכן אין סתירה הכרחית בין קיומה של מדינת לאום אתנית, המוקמת על בסיס מימוש זכותו של עם מסוים להגדרה עצמית, לבין התנהלותה, משהוקמה, כדמוקרטיה ליברלית המחויבת לעקרון השוויון. למעשה, ההיפך הוא הנכון: ניתן לטעון כי מדינת לאום המדירה ממוסדות השלטון שלה קבוצת מיעוט אינה מדינת לאום הנהנית מלגיטימיות בינלאומית. הכרזת העצרת הכללית של האו"ם משנת 1970 בנושא עקרונות המשפט הבינלאומי, הנתפסת כבעלת השפעה רבה על פרשנות המשפט הבינלאומי המודרני, רלוונטית במיוחד בהקשר הזה. ההכרזה קובעת שההגנה שהמשפט הבינלאומי מעניק למדינות קיימות מפני פגיעה בשלמותן הטריטוריאלית ובאחדותן הפוליטית באמצעות פרישה מהן של קבוצות אתניות החיות בהן מותנית בכך שהן יכבדו את עקרונות השוויון וההגדרה העצמית ושתהיה להן שיטת ממשל המייצגת את כל האנשים השייכים לטריטוריה בלי הבחנה על בסיס, גזע, אמונה או צבע.<sup>42</sup> הסדר זה נקבע כחלק מהמאמצים לשלול לגיטימציה מצורות שלטון המבוססות על אפרטהייד, והוא כורך בפועל את הזכות להגדרה עצמית עם החובה להסדר פוליטי מכליל.

בצד ההכרה בזכות להגדרה עצמית של כל העמים, גם האמנות בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות ובדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, שישאל היא צד להן, קובעות הסדרים שנועדו להבטיח את הזכות לשוויון ואת זכויותיהם של בני ובנות קבוצות מיעוט במדינה. ברור אפוא, כי הגנאלוגיה של מדינת ישראל – העובדה שמבחינה היסטורית היא נועדה לממש מאוויים לאומיים של עם אחד – אינה מקנה, מבחינת המשפט הבינלאומי, מעמד משפטי עדיף לאזרחים המשתייכים לאותו העם, ואינה מצדיקה פגיעה בזכויות האדם של האזרחים הערבים ובזכויות הקבוצתיות המגיעות למיעוט הערבי בישראל. ראוי לפרש את הוראות חוק הלאום המבוססות על רעיון

---

institutions designed to protect religious identity, as well as to participate in the resolution of matters connected with their cultural identity.

ההגדרה העצמית, בין היתר, לנוכח הנורמה המשפטית הבינלאומית של ההגדרה עצמית שממנה החוק שואב השראה.

ג. האם לאזרחים הערכים-פלסטינים במדינת ישראל זכות להגדרה עצמית? סעיף קטן 1(ג) לחוק הלאום מדגיש את ייחודיות הזכות להגדרה עצמית לאומית של העם היהודי. הערתי כבר למעלה כי הדבר אינו שולל את זכותם להגדרה עצמית של הפלסטינים החיים בשטחי ארץ ישראל שאינם כלולים בגבולות מדינת ישראל (מסקנה זו נתמכת בעבודות ההכנה המתוארות בחלק הבא). אך מה משמעות הדבר עבור זכויותיו הקבוצתיות של המיעוט הערבי החי במדינת ישראל? המשפט הבינלאומי אינו מקנה לקבוצה לאומית החיה בשטחה של מדינה מוכרת את הזכות להגדרה עצמית חיצונית.<sup>43</sup> אך לכל עם, לרבות העם הפלסטיני בישראל, הזכות להגדרה עצמית פנימית. זכות זו כוללת הגנה על האינטרס הקבוצתי של המיעוט בשימור שפתו, תרבותו ודתו, וגם זכות להשתתפות בחיים הציבוריים של המדינה. יש מקום גם לטענה שתתקבוצות השייכות לעם הזה – הבדואים בנגב, למשל – אף עונות להגדרות מקובלות של עמים ילידיים במשפט הבינלאומי, במובן זה שהם ממשיכות, או המשיכו עד לא מכבר, לחיות במסגרות חברתיות פרה-מודרניות (וקודמות למדינה), המקיימות יחסי גומלין הדוקים עם סביבתן הטבעית. מתפיסה זו נובעות, ככל הנראה, זכויות נוספות להגנה על אינטרסים שלהם בקרקע ובמשאבי טבע ולמידה רבה יותר של אוטונומיה בניהול ענייניהם.<sup>44</sup>

אם הביטוי "זכות להגדרה עצמית לאומית" המופיע בסעיף 1(ג) לחוק הלאום מתייחס להגדרה עצמית חיצונית בלבד, אין בו כדי להוציא מכלל תחולה את הזכויות הקבוצתיות המגיעות למיעוט הערבי-פלסטיני בישראל – לרבות הזכות להגדרה עצמית פנימית.<sup>45</sup> זו הפרשנות הראויה של הסעיף, היא מתיישבת עם

43 השווו Reference re Secession of Quebec [1998] SCR 217

44 לדיון בנושא ראו אורן יפתחאל ובתיה רודד "בין זכויות והכשות: ילידיות בדויות בנגב?" המרחב הציבורי 9 (2015). הוויכוח סביב מעמדם של הבדואים כמיעוט ילידי סב במידה רבה סביב המועד המדויק שבו הגיעו השבטים לאזור הנגב, והרלוונטיות של נתון זה.

45 השווו סעיף 235 לחוקת דרום אפריקה 1996:

The right of the South African people as a whole to self-determination, as manifested in this Constitution, does not preclude, within the framework of this right, recognition of the notion of the right of self-determination of any community sharing a common cultural and language heritage, within a territorial entity in the Republic or in any other way, determined by national legislation.

התחייבויותיה הבינלאומית של מדינת ישראל, וכפי שנראה בפרק הבא, יש תמיכה מסוימת בפרשנות זו בעבודת ההכנה שהובילו לניסוח חוק הלאום.

.3

### עבודת ההכנה לחקיקת חוק הלאום

את הצעת החוק המקורית של חוק הלאום הגיש ב-3 באוגוסט 2011 ח"כ אבי דיכטר, והצטרפו אליה 37 ח"כים נוספים מסייעות שונות. בסעיף 1 בהצעה זו הופיעו שני סעיפי משנה דומים, או כמעט זהים, לסעיפי המשנה בהצעה שהתקבלה.<sup>46</sup> סעיף קטן (א) קבע כי "מדינת ישראל היא הבית הלאומי של העם היהודי בו הוא מממש את שאיפתו להגדרה עצמית על-פי מורשתו התרבותית וההיסטורית", וסעיף קטן (ב) קבע כי "הזכות למימוש ההגדרה העצמית הלאומית במדינה ישראל ייחודית לעם היהודי". סעיף קטן (ג), שעסק ביחס שבין סעיף 1 לבין שאר חוק היסוד וחוקים אחרים – סעיף שנתפס כמתיימר להציב את האופי היהודי של המדינה בראש הפירמידה הנורמטיבית של המשפט הישראלי – לא אומץ בסופו של דבר. מעניין לציין כי ההצעה המקורית כללה גם התייחסות למשטרה הדמוקרטית של המדינה (סעיף 2) ולזכותו של כל תושב לפעול לשימור תרבותו, מורשתו, שפתו וזהותו (סעיף 9א). מדובר בהסדרים מרכזיים המתכתבים עם זכות ההגדרה העצמית הפנימית ועם זכויות בני ובנות מיעוטים, אך, כאמור, הם הושמטו מהנוסח הסופי של החוק.

דברי ההסבר של הצעת החוק בדבר היותה של ישראל הבית הלאומי של העם היהודי מפנים לא רק לקונגרס הציוני הראשון בבאזל ולהכרזת העצמאות, אלא גם לאמנת כינרת משנת 2001 – מסמך שביטא ניסיון לגבש הסכמות חברתיות בסיסיות בין אנשי ציבור והוגי דעות האוחזים במגוון רחב השקפות פוליטיות מקרב החברה היהודית בישראל.<sup>47</sup> אמנת כינרת ביטאה מחויבות עמוקה לזכותו של העם היהודי לחיים ריבוניים בארץ ישראל (בלי להשתמש במונח "הגדרה עצמית"), אך כללה גם הסדרים מאזנים, לרבות ההכרה בזכויות המיעוט הערכי בישראל לשוויון ולשמירה על זהות לשונית, תרבותית ולאומית.<sup>48</sup>

פסקה חשובה בדברי ההסבר להצעת חוק הלאום קובעת כי "נחיצותו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, מקבלת משנה תוקף במיוחד בזמנים בהם יש

46 הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/3541/18, 3.8.11.

47 אמנת כינרת, אחר חופש, 2001.

48 שם, סעיפים 1 ו-5.

המבקשים לבטל את זכותו של העם היהודי לבית לאומי בארצו, ואת ההכרה במדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי". כוונת המנסחים הייתה, ככל הנראה, להגיב לעמדות שהובעו במסמכי החזון של המיעוט הערבי בישראל שהתפרסמו בשנים 2006-2007 וקראו לשינוי אופייה של המדינה ממדינת לאום אתנית יהודית לדמוקרטיה הסדרית.<sup>49</sup> מכאן שניתן להבין את סעיף 1 לחוק הלאום ואת העיגון בחוק של זכות ההגדרה העצמית הלאומית הייחודית לעם היהודי כמאמץ להסיר מהשולחן תביעות פוליטיות המכוונות לשנות את אופייה של המדינה למדינה דו-לאומית או למדינת כל אזרחיה – קרי למדינת לאום אזרחית.<sup>50</sup>

כזכור, קידום החוק התעכב כמה שנים על רקע הסתייגויות פוליטיות ממנו. פרופ' רות גביוזן, שמונתה על ידי שרת המשפטים ציפי לבני לבחון את הצורך בחקיקה, המליצה שלא לקדם את החוק, בין היתר מן הטעם שזכות ההגדרה העצמית מעוגנת כבר, במשתמע, במסמכי היסוד של המדינה, וכי עיגונה בחוק המוצע יזיק יותר משיועיל.<sup>51</sup> למרות זאת, ב־2017 החליטה הקואליציה לקדם את חקיקת החוק, והקימה ועדת כנסת מיוחדת לשם כך (ועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק־היסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, להלן: הוועדה המשותפת).

בישיבה הראשונה של הוועדה המשותפת הסביר ח"כ דיכטר את היחס בין הזכות להגדרה עצמית של העם היהודי, לפי הנוסח המוצע, לבין זכויות הפרט של אזרחי המדינה:

נדמה לי שזה סעיף שמגדיר בצורה הכי ברורה ברמה הלאומית את הזכות של העם היהודי, ולא נותן ולא מקנה זכות דומה לאף מיעוט אחר. הוא לא פוגע כהוא זה בזכויות האישיות. הוא עוסק בזכויות המיעוט, בין אם זה מיעוט לאומי, בין אם זה מיעוט דתי או מיעוט על רקע אחר.<sup>52</sup>

49 ראו, למשל, הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל, החזון העתידי לערבים הפלסטינים בישראל (2006), בעמ' 10.

50 ביטוי נוסף של אותו המאמץ ניתן למצוא בהחלטת נשיאות הכנסת שלא להניח על שולחן המליאה את הצעת חוק־יסוד: מדינת כל אזרחיה. ראו "נשיאות הכנסת דחתה הצעת חוק של סיעת בל"ד" חדשות הכנסת 4.8.2018. ראו גם בג"ץ 4552/18 זחאלקה נ' יו"ר הכנסת (טרם פורסם).

51 רות גביוזן עיגון חוקתי לחזון המדינה: המלצות מכוח מינוי שרת המשפטים מאוגוסט 2013 ומסמכי רקע לגיבושן (2015).

52 פרוטוקול ישיבה 1 של הוועדה המשותפת לדיון בהצעת חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה־20 (להלן: הוועדה המשותפת), 22 (26.7.2017).



כבר באותה ישיבה ראשונה העלתה מאחת מחברות הכנסת מהקואליציה (ח"כ טלי פלוסקוב) את הדרישה להוסיף את הביטוי המאזן "יהודית ודמוקרטית" לסעיף 1 של החוק.<sup>53</sup> בישיבות מאוחרות יותר ביקרו חברי כנסת מהאופוזיציה (ובראשם ח"כ לבני) את הנוסח המוצע על שהוא אינו משמר את "שני הצדדים של המשוואה" – הגדרה עצמית ושוויון לכל אזרחי המדינה.<sup>54</sup> הם טענו כי פרשנות של הזכות להגדרה העצמית של העם היהודי שתפלה את האזרחים הערבים תערער את הלגיטימציה של הזכות.<sup>55</sup> מומחים שהשתתפו בדיוני הוועדה טענו גם הם כי הנוסח שהוצע לקוי מפני שהוא מדיר את האזרחים הערבים מהמרחב הסמלי של מדינת ישראל ואינו מבטא את התפיסה שהמדינה היא גם "מדינתם הדמוקרטית של אזרחיה כולם".<sup>56</sup>

התשובה שניתנה לביקורת זו מן הצד המצדד בנוסח החוק שהוגש הייתה שהרכיבים של זכויות הפרט – "הצד השני של המשוואה" – מקבלים מענה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שהתפרש בפסיקה.<sup>57</sup> גם נציג משרד המשפטים הביע את העמדה שהחוק המוצע אינו יוצר הסדר מפלה ברמת הפרט (בכפוף לצורך לתקן את סעיף 8 להצעה שעסק בהתיישבות על בסיס קבוצתי).<sup>58</sup> במילים אחרות, מנסחי החוק קידמו עמדה שברמה הלאומית המדינה אינה מאוזנת, היא רק יהודית, ואילו ברמת הפרט היא מדינה מאוזנת המחויבת לעקרון השוויון.

נושא חשוב שעלה בדיונים בעניין יחסה של הצעת חוק הלאום לעקרון ההגדרה העצמית הוא השלכותיו של החוק על פתרון שתי המדינות – קרי על זכות ההגדרה העצמית של הפלסטינים בשטחים.<sup>59</sup> התומכים בחוק הבהירו במפורש כי החוק אינו

53 שם, בעמ' 29. ראו גם פרוטוקול ישיבה 17 של הוועדה המשותפת, 46 (12.7.2018) (תמנו־שטה), ואת עמדת הייעוץ המשפטי לכנסת בנושא, פרוטוקול ישיבה 3 של הוועד המשותפת, 66-67 (26.9.2017) (בליי).

54 פרוטוקול 3, לעיל ה"ש 53, בעמ' 20; פרוטוקול ישיבה 9 של הוועדה המשותפת, 6 (11.12.2017) (ארז־לחובסקי).

55 פרוטוקול ישיבה 4 של הוועדה המשותפת, 35-37 (23.10.2017) (חנין). ראו גם פרוטוקול ישיבה 15 של הוועדה המשותפת, 64 (10.7.2018) (תמנו־שטה); פרוטוקול 17, לעיל ה"ש 53, בעמ' 45-50 (ג'בארין, לבני).

56 פרוטוקול 4, לעיל ה"ש 55, בעמ' 47-49 (קריב). ראו גם פרוטוקול ישיבה 325 של הכנסת ה־20 (30.4.2018) (רז).

57 פרוטוקול 3, לעיל ה"ש 53, בעמ' 35-36 (בקשי).

58 פרוטוקול ישיבה 8 של הוועדה המשותפת, 24 (28.11.2017) (זנדברג). ראו גם פרוטוקול ישיבה 15 של הוועדה המשותפת, 41 (10.7.2018) (נזרי).

59 פרוטוקול 9, לעיל ה"ש 54, בעמ' 21-25 (ג'בארין). ראו גם פרוטוקול 17, לעיל ה"ש 55, בעמ' 44-46 (ג'בארין).

מתיימר להכריע בסוגיה זו, וכי הוא חל רק בשטח הריבוני של מדינת ישראל.<sup>60</sup> ברור אפוא כי כוונת המחוקק הייתה להתמקד באופייה של המדינה פנימה, ולא ביחסיה עם הפלסטינים שמחוץ לשטחה.

ביטוי מסוים שעורר מחלוקת במהלך ניסוח החוק הוא המונח "ייחודי", שקישר בין מימוש הזכות להגדרה עצמית לבין העם היהודי בלבד ("מימוש הזכות להגדרה עצמית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי"). הייעוץ המשפטי לכנסת הביע תהיה בדבר הצורך להשתמש במונח הזה בהינתן האפשרות לטעון כי המיעוט הערבי נהנה כבר היום מסוג של הגדרה עצמית תת-מדינתית או קהילתית, במישורי חיים כגון חינוך ודת.<sup>61</sup> לדברי היועץ גור בליי, הנוסח המוצע עלול להתפרש כפגיעה בהסדרים הקיימים. המצדדים בחוק הדגישו בהקשר זה כי מושג ה"ייחודיות מתייחס אך ורק להגדרה עצמית 'לאומית'".<sup>62</sup> מכאן, שמטרתו העיקרית של הסעיף היא להבהיר כי אין לעם אחר זכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל (קרי, היא אינה מדינה דו-לאומית). נראה אפוא כי לשיטת מנסחי החוק עצמם יש לרעיון הייחודיות משמעות מוגבלת, והוא אינו מונע בהכרח הכרה בזכות להגדרה עצמית פנימית, ברמה התת-מדינתית או קהילתית, של קבוצות לא יהודיות.<sup>63</sup> למרות זאת, ח"כ גרמן קראה להסתפק בנוסח המופיע בסעיף קטן (א) של הצעת החוק (הגדרת המדינה כבית לאומי שבו העם היהודי ממש את שאיפתו להגדרה עצמית), שכן לשיטתה הנוסח המלא של הסעיף הוא פעולה של "להכניס אצבעות לתוך העיניים של המיעוט".<sup>64</sup> ככל הנראה אפשר להבין את ההתנגדות הזאת על רקע נוסחו הבלתי מאוזן של סעיף 1 לחוק – אף שסעיף 1 אינו מחייב את המסקנה שהמשתייכים לקבוצת המיעוט אינם זכאים להגנה על זכויותיהם כפרטים וקבוצה, הסעיף, כמו סעיפים אחרים בחוק, אינו קובע במפורש אחרת – קרי, שהם זכאים להגנה על זכויותיהם אלו. הדגשת ייחודיות הזכות העומדת לרשות העם היהודי מבליטה את הפער שיצר החוק בין הכרה בזכויות אזרחים המשתייכים לקבוצות השונות.

60 פרוטוקול 9, לעיל ה"ש 54, בעמ' 22-23, 33-34, 41 (אוחנה, סולמינסקי, האוזר). ראו גם פרוטוקול 325, לעיל ה"ש 56 (דיכטר).

61 פרוטוקול ישיבה 9 של הוועדה המשותפת, 22 (11.12.2017) (בליי). ראו גם פרוטוקול ישיבה 17 של הוועדה השותפת, 44-46 (12.7.2018) (תמנור-שטה).

62 פרוטוקול 9, שם, בעמ' 33 (האוזר).

63 לקריאה אחרת של הפרוטוקולים של הוועדה, קריאה הרואה בחוק קריאת ח'גר רחבה יותר על הזכויות הקולקטיביות של המיעוט הערבי בישראל, ראו הוטובסקי-ברנדס, לעיל ה"ש 20, בעמ' 21.

64 פרוטוקול ישיבה 7 של הוועדה המשותפת, 35 (27.11.2017) (גרמן).

במהלך הדיונים בוועדה המשותפת הביעו כמה מומחים חיצוניים עמדות לכאן ולכאן בדבר קיומה של פרקטיקה בדין המשווה הקושרת בין הזכות להגדרה העצמית של קבוצת הרוב, מחד גיסא, לבין ההכרה בזכות לשוויון של אזרחי המדינה ובהגדרת המדינה גם כמדינתה של האזרחים המשתייכים לקבוצת המיעוט, מאידך גיסא. מומחים משני צדי המתרס הסתמכו בהקשר זה על חוקת סלובניה, שהיא מודל לחוקה של מדינת לאום אתנית. אחד המומחים הדגיש את הקשר החזק בחוקה זו בין המדינה לבין הקבוצה האתנית הדומיננטית במדינה, ואילו מומחה אחר הדגיש את העובדה שהחוקה מעגנת את הזכות לשוויון ואת דבר קיומה של זיקת שייכות בין המדינה לבין כל האזרחים שלה.<sup>65</sup>

בסופו של דבר, שאלת הזיקה בין זכות ההגדרה העצמית של הרוב לבין זכויות בני ובנות המיעוט היא אכן ההיבט המטריד ביותר של סעיף 1 לחוק הלאום. גם אם אין חובה משפטית בדין הבינלאומי לקשור בין ההכרה המפורשת בזכות ההגדרה העצמית של הקבוצה האתנית הדומיננטית לבין ההכרה בזכויות השוות של אזרחים המשתייכים לקבוצת מיעוט ובזיקתם למדינה, לא מקרה שהסדרים כאלה מופיעים בחוקות מדינתיות בדרך כלל כמוואה שתכליתה להסיר חשש ההכרה בקשר המיוחד בין המדינה לבין קבוצת הרוב תוביל להפליה של קבוצת המיעוט, או תמנע מההסדר החוקתי להיתפס כבסיס הוגן לחיים משותפים בקהילה פוליטית אחת. מנסחי חוק הלאום בחרו בחירה מודעת לחרוג מתנאי המשוואה המקובלת. הם הדגישו את ייחודיות הקשר בין העם היהודי למדינת ישראל, אך סירבו לעגן בחוק את עקרונות השוויון על בסיס הטענה – האפשרית מבחינה לוגית, אך נעדרת רגישות לצורכי

65 פרוטוקול ישיבה 2 של הוועדה המשותפת, 24-25 (18.9.2017) (יעקובסון וקנטורוביץ); פרוטוקול 3, לעיל ה"ש 53, בעמ' 4-7 (יעקובסון). המבוא לחוקת סלובניה קובע כדלקמן:

Proceeding from the Basic Constitutional Charter on the Sovereignty and Independence of the Republic of Slovenia, and from fundamental human rights and freedoms, and the fundamental and permanent right of the Slovene nation to self-determination; and from the historical fact that in a centuries-long struggle for national liberation we Slovenes have established our national identity and asserted our statehood, the Assembly of the Republic of Slovenia hereby adopts.

סעיף 3 לחוקת סלובניה קובע כי:

Slovenia is a state of all its citizens and is founded on the permanent and inalienable right of the Slovene nation to self-determination.

סעיף 5 לחוקה מגן על זכויות מיעוטים אתניים בסלובניה ומעניק זכויות גם למיעוטים סלובניים במדינות שכנות. סעיף 14 מקנה זכות חוקתית לשוויון.

המיעוט, לממד הסמלי של הדברים ולפגיעה ברגשות חלק מהאזרחים – שהוא מעוגן, במשתמע בלבד, בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו. הם גם סירבו להשתמש בנוסחה המקובלת "יהודית ודמוקרטית", הכוללת בין היתר מחויבות להגנה על זכויות של אזרחים המשתייכים לקבוצת המיעוט, או למצוא דרך אחרת לבטא את הזיקה בין המדינה לבין כלל אזרחיה. גם הוראות אחרות של החוק כמעט שאינן מתייחסות לזכויות הקבוצתיות התת־מדינתיות או קהילתיות של המיעוט הערבי. למעשה, ההוראה הרלוונטית העיקרית בנושא השפה הערבית נועדה, כנראה, לפגוע במעמד שהיה לה קודם.<sup>66</sup> יוצא אפוא כי גם אם אפשר לקרוא את חוק הלאום כחוק שאינו משנה שינוי של ממש את ההגנות המשפטיות והמעשיות המגיעות לאזרחי ישראל הערבים, חוק זה מחריף את הדרתם משותפות בפרויקט שנקרא "מדינת ישראל" ומחליש את שייכותם למדינה במישור הסמלי.

## סיכום

סעיף 1 לחוק הלאום מבסס את ההצדקה להגדרתה של ישראל כמדינת לאום אתנית של העם היהודי על עקרון ההגדרה העצמית. פרק זה הראה כי הצדקה זו – אם היא מתייחסת לנסיבות שהובילו להקמתה של מדינת ישראל – מעוגנת כדבעי במשפט הבינלאומי ובתפיסות מקובלות של לאומיות ובניית אומה. עם זאת, הפרק מראה גם כי אין סתירה בין הזכות להגדרה עצמית חיצונית (או לאומית) של קבוצת הרוב, לבין הזכות להגדרה עצמית פנימית (או הכרה בזכויות קבוצתיות תת־מדינתיות או קהילתיות) של קבוצת המיעוט ובזכויותיהם של כל האזרחים לשוויון מלא ולשותפות מלאה בקהילה הפוליטית. לאור זאת יש לקרוא את הקביעה שהזכות להגדרה עצמית ייחודית לעם היהודי קריאה מצמצמת – כרעיון המשריין מבחינה חוקתית את אופייה של ישראל כמדינת לאום אתנית יהודית, אך לא כרעיון המנביע מסקנות כלשהן בדבר זכויותיהם ומעמדם של האזרחים הערבים בישראל (או של הפלסטינים בשטחים).

למרות המשמעות המעשית המוגבלת של הדבר, יש מקום לבקר את הבחירה המודעת של מנסחי חוק הלאום לסטות מנוסחות מפייסות המצויות בחוקות אחרות ובמסמכים ההיסטוריים המרכזיים שהתבססו על הזכות להגדרה עצמית של העם היהודי ולהימנע מלהכיר מפורשות במסגרת חוק הלאום באופייה הדמוקרטי של המדינה, בשוויון בין אזרחיה ובזכויות הקבוצתיות התת־מדינתיות או קהילתיות של קבוצות המיעוט (המעוגנות כבר היום בחוק ובפרקטיקה במישורי חיים מסוימים).

הימנעות זו מעוררת חשש שתתקבע תפיסה שהחוקה הישראלית מבוססת על אמנה חברתית בלתי הוגנת ובלתי משתפת, תפיסה העלולה להכשיל את אחת ממטרותיו של חוק הלאום – המאמץ להרוף ניסיונות לשלול את הלגיטימציה של עצם קיומה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי.



# חוק הלאום בראי חוקי היסוד האחרים

---

אורי אהרוזנטון

מבוא: מעמדו של חוק הלאום במפעל חוקי-היסוד

1. שלושה מובנים אפשריים לחוק הלאום

2. חוק הלאום בראי חוקי היסוד הקודמים

סיכום

## מבוא: מעמדו של חוק הלאום במפעל חוקי היסוד

חוקי-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי  
(להלן: חוק הלאום) נראה על פניו כפרק נוסף  
במסורת החקיקה של חוקי היסוד הישראליים.  
מסורת זו, שעוצבה ב"החלטת הררי" מ-1950,  
החלה בחקיקת חוקי-יסוד: הכנסת ב-1958, המשיכה

בחקיקת רצף חוקי היסוד המוסדיים בשלושת העשורים שאחר כך, וקיבלה תוקף  
חוקתי מובהק בעקבות חקיקת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש  
העיסוק ב-1992 ובאופן שבו פורשו ונאכפו על ידי בית המשפט העליון מאז פסק  
הדין בעניין בנק המזרחי ב-1995.<sup>1</sup> חוק הלאום נושא את המאפיינים הצורניים  
שהוגדרו לחקיקת יסוד חוקתית במשפט הישראלי (כותרת והיעדר שנת חקיקה);  
רבים מהנושאים הכלולים בו אופייניים להסדרה חוקתית (זהות, סמלים, בירה, שפה,  
חג לאומי); הוא רומז למעמדו בהיררכיה החוקתית בארבע הפניות לקביעת פרטי  
ההסדרים "בחוק" – נוסח המוכר מחוקי יסוד אחרים; והוא כולל הוראת שריון  
(נומינלי – רוב של חברי הכנסת), המופיעה במשפט הישראלי בעיקר בחוקי יסוד.

בה בעת חוק הלאום מעורר שאלות בדבר יחסו הנורמטיבי למרקם החוקתי הישראלי.  
כפי שהוגדר גם על ידי מקדמיו, חוק הלאום הוא חוק יסוד העוסק בעיקר בהסדרים  
חוקתיים מסוג חדש, סוג שלא היה דומיננטי בחקיקת יסוד קודמת: זהות המדינה  
וערכיה. אף שחוקי יסוד קודמים כללו, כמובן, הוראות זהותיות וערכיות מפורשות  
("ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית") והוראות זהותיות וערכיות  
משתמעות ("הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה"), הן נועדו בעיקרן ללוות  
הסדרים המשותפים לפרקים המוסדיים של החוקה או למגילת הזכויות החוקתית.  
חוק הלאום, לעומת זאת, עומד כולו על יסודות הזהות החוקתית של המדינה ועל  
התכנים הערכיים הנגזרים ממנה. חוקות רבות בעולם כוללות, כמובן, גם הוראות  
בדבר זהות וערכים, אך מעמדן המשפטי של אלו ויחסן ליתר הוראות החוקה  
מעוררים לא אחת שאלות מורכבות של פרשנות ויישום. נוסף על כך, העובדה שחוק  
הלאום אינו מאמץ את הלשון הזהותית שננקטה בחוקי יסוד קודמים – "מדינה  
יהודית ודמוקרטית" – אלא מציג ניסוח אחר של זהות המדינה, ושרבות מהוראותיו  
חוזרות על הסדרים קיימים בחקיקה הישראלית, יוצרת אתגר של התאמה, וממילא  
מעוררת את שאלת מעמדו של חוק הלאום ביחס לחקיקת היסוד הקודמת.

\* תודה לטל אייל-ליפשיץ ולאילי עקיבא על עזרה מצוינת במחקר.

1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נגד מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).



תיתכנה שלוש גישות עקרוניות לתהייה בדבר מעמדו של חוק הלאום ביחס לחקיקת-היסוד שקדמה לו: הראשונה, שחוק הלאום שונה מחקיקת היסוד הקודמת לא רק באופי ההסדרים הכלולים בו, אלא גם במידת החיוב המשפטי שהוא יוצר. לפי גישה זו, חוק הלאום הוא חוק שמהותו הצהרתית, ולא אופרטיבית; השנייה, שחוק הלאום אינו יוצר הסדרים אופרטיביים חדשים במשפט, אך תכליתו להשפיע – השפעה משפטית אפקטיבית – על פרשנותם של דינים אחרים במשפט. לפי גישה זו חוק הלאום הוא מקור להשראה פרשנית, לא לחובות או לזכויות חדשות; השלישית, שחוק הלאום הוא חוק יסוד בעל מעמד משפטי של ממש, ובכוחו לייצר תוצאות נורמטיביות מלאות באותה מידה כמו חוקי היסוד שקדמו לו, כלומר, הוא מחייב את רשויות השלטון ואת בתי המשפט המוסמכים לבטל חוקים ופעולות שלטוניות אחרות הסותרים אותו. אבחן להלן בקצרה את שלוש הגישות.<sup>2</sup> הבחינה הפרשנית תיעשה מעמדה אקלקטית, כלומר עמדה המתחשבת בכמה גישות פרשניות לטקסט החוקתי – לשונית, מקורנית, הקשרית, ותכליתית.<sup>3</sup> אף שבפסיקת בית המשפט העליון הפרשנות התכליתית היא המתודה הבסיסית לפרשנות במשפט, יש גם עמדות אחרות בעניין זה,<sup>4</sup> ומטרת הפרק הזה היא לשמש כלי בידי מגוון הפרשנים והפרשניות, לפי שיטותיהם השונות. כפי שנראה, יש בהיסטוריה החקיקתית, בלשונו של חוק הלאום, ובפסיקה שעסקה בפירושו עד כה ראיות התומכות בכל אחת משלוש הגישות למעמדו. עם זאת, מתוך עמדה של קוהרנטיות חוקתית אציע להעדיף כברירת מחדל את הגישה השלישית (האופרטיבית), מתוך הותרת האפשרות להכיר בכך שהוראות מסוימות בחוק הלאום הולמות יותר את הגישות האחרות. על בסיס הצעה זו יבחן החלק השני של הפרק כמה שאלות משפטיות המתעוררות בהנחה שחוק הלאום הוא אומנם חוק יסוד במעמד נורמטיבי דומה לזה של חוקי היסוד האחרים, ומצטרף כ"שווה בין שווים" לשרשרת חוקי היסוד שקדמו לו.

2 לדיון בשלוש הגישות ראו גם אורי אהרונוסון "חוקה ליום סגריר: חוק הלאום והרוב היהודי" *תרבות דמוקרטית* 20, 9 (2021).

3 ראו Richard H. Fallon Jr., *The Meaning of Legal "Meaning" and Its Implications for Theories of Legal Interpretation*, 82 U. CHI. L. REV. 1235, (2015) 1297-1307 (הצגת הטיעון בזכות גישה פרשנית אקלקטית לטקסט משפטיים, נוכח מגבלות הגישה של תאוריות קטגוריות למובן משפטי נכון).

4 ראו רפי רזניק "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המקובנות? לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי" *משפטים על אחר* יב 67 (תשע"ח).

## 1.

שלושה מובנים אפשריים לחוק הלאום

**1.1 חוק הלאום - טקסט חוקתי הצהרתי**

לפי גישה זו, רוב ההוראות בחוק הלאום, אם לא כולן, לא נועדו לשנות בפועל את המשפט הישראלי הפוזיטיבי, ואף לא להטיל הגבלות אפקטיביות חדשות על כוחה של הכנסת כרשות מחוקקת. תפקידן של מרבית ההוראות החוק, לפי הסבר זה, הוא להדגיש ולהנכיח ערכים לאומיים חשובים לשם גיבוש האומה, כחלק מן המשימה הסמלית-אקספרסיבית של החוקה, המקבלת לרוב ביטוי בפרק המבוא לחוקה השלמה (ה-preamble).<sup>5</sup> סעיפים 1(א) ו-1(ב) לחוק הלאום נדמים במיוחד כטקסט מבוא הצהרתי, שקשה לראות בו משמעות משפטית אפקטיבית.<sup>6</sup> כמחצית מסעיפיו של חוק הלאום חוזרים – לעיתים מילה במילה, לעיתים בניסוח אחר – על הסדרים הקיימים כבר במשפט הישראלי, מה שמחדר לכאורה את ההיבט הסמלי-הדגשתי שלו, להבדיל מההיבט האופרטיבי.<sup>7</sup> גם בסעיפים המחדשים בחוק הלאום, כלומר הסעיפים שלהסדרים המצוינים בהם אין תקדים מובהק בחקיקה הישראלית, מופיעה לשון שניתן לקוראה כמצהירה על מחויבות למערכת ערכים ולתוכנית

5 ראו Dieter Grimm, *Integration by Constitution*, 3 (2-3) ICON 193 (2005); Peter A. J. van den Berg, *The Integrative Function of Constitutions: A Historical Perspective*, in THE CONSTITUTIONAL INTEGRITY OF THE EUROPEAN UNION 13 (Fabian Amtenbrink ed., 2010); Liav Orgad, *The Preamble in Constitutional Interpretation*, 8 ICON 714, 722-723 (2010); Tom Ginsburg, Daniel Rockmore & Nick Foti, *'We the Peoples': The Global Origins of Constitutional Preambles*, 46 GEO. WASH. INT'L L. REV. 101, 115-117 (2014)

6 ראו גם בג"ץ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 535 (1994) (על לסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כלא יותר מ"הצהרה נאה שבפועל אינה מחדשת דבר, שהרי כך נהגנו מאז ומתמיד").

7 ראו בפרט סעיף 2 לחוק הלאום, החופף לחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, תש"ט-1949; סעיף 5, החופף לכאורה לחוק השבות, תשי"ב-1950; סעיף 8, החופף לחוק השימוש בתאריך העברי, התשנ"ח-1998; סעיף 9, החופף לחוק יום העצמאות, תשי"ט-1949, לחוק יום הזכרון לחללי מערכות ישראל, התשכ"ג-1963 ולחוק יום הזכרון לשואה ולגבורה, התשי"ט-1959; סעיף 10, החופף לסעיף 18א לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תשי"ח-1948. נוסף לאלה מופיעות בחוק הלאום הוראות שאינן חופפות אומנם לחקיקה קיימת, אך יוצרות הסדרים מקבילים לנושאים המוסדרים כבר בחקיקה רגילה: סעיף 4 לחוק הלאום, המקביל להסדר הקבוע בסעיף 82 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922, וסעיף 6(א), המקביל בחלקו להסדר הקבוע בסעיף 13(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. ולבסוף, חוק הלאום כולל הוראה זהה להוראה בחוק יסוד אחר: סעיף 3, החופף לסעיף 1 בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (ראו להלן הטקסט שליד ה"ש 118-120).

פעולה כללית, יותר משהיא קובעת הנחיית אכיפה למעשים שלטוניים: "תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות", "תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי [...]". "תפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס [...]". אלו ניסוחים המהדהדים את סגנונה השאיפתי של ההכרזה על הקמת המדינה, שכידוע התפרש במשפט הישראלי כנעדר תוקף אופרטיבי מובהק.

להבנה ההצהרתית של חוק הלאום יש גם עוגנים הן בריוני החקיקה בכנסת,<sup>8</sup> הן במסמכי הכנה לחקיקה שהוגשו לוועדה המשותפת בכנסת שעסקה בחוק הלאום,<sup>9</sup> והן בעמדות הכנסת והממשלה שהוגשו לבג"ץ במענה לעתירות נגד חוקתיותו.<sup>10</sup>

יחסו של בית המשפט העליון לחוק הלאום, לפי שעה, עשוי אף הוא לחזק את הרושם שמהותו של החוק הצהרתית בעיקרה. בפסק הדין של בג"ץ שעסק בחוקתיותו של חוק הלאום קבעה דעת הרוב שניתן לפרשו "פרשנות מקיימת", וכך הוא ישתלב במרקם החוקתי הקיים ולא ישנה את הסטטוס קוו המשפטי בנושאים כמו זהות המדינה, ההגדרה העצמית, השפה וההתיישבות. בית המשפט תיאר את חוק הלאום כ"מנוסח בלשון דקלרטיבית ואינו כולל הוראות אופרטיביות המקנות זכויות אישיות

8 ראו למשל דברי ח"כ אמיר אוחנה, יו"ר הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-20 (להלן: הוועדה המשותפת), שהכינה את חוק הלאום לקריאה ראשונה ולקריאה שנייה, בפרוטוקול ישיבה 10 של הוועדה המשותפת, 3 (3.1.2018): "חוק יסוד: הלאום [...] הוא חוק הכרזתי, דקלרטיבי, חגיגי, חזוני נקרא לזה, שלא בטוח שהוראות אופרטיביות לפרשנות של חוקים צריכות להיות בו כלל"; דברי ח"כ יוסף ג'בארין בפרוטוקול ישיבה 2 של הוועדה המשותפת, 40 (18.9.2017): "מה התוספת של החוק? זאת אומרת, אם נסתכל על המשפט הפוזיטיבי בישראל ואני רואה כאן את חברי המשפטנים, מה הוא מוסיף? הרי כולנו יודעים שהשבות קיימת, הסמלים מעוגנים בחוק, ימי המנוחה וכולי. ואז אני פשוט מאבחן ארבעה דברים מרכזיים שהחוק הזה מוסיף אל הדברים שכבר קיימים, ולכן העיגון שלהם בחוק היסוד הוא יותר הצהרתי"; דברי ח"כ צבי האוזר בפרוטוקול ישיבה 9 של הוועדה המשותפת, 40 (11.12.2017): "מעשה החקיקה הז[ה], [...] הוא, כפי שזוגדר, מעין המבוא לחוקה הישראלית, וכך יש להתייחס אליו".

9 ראו למשל הייעוץ המשפטי לוועדה המשותפת, "מסמך הכנה לדיון ביום 27.11.2017 - הצעת חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי" 6 (26.11.2017), התייחסות לאפשרות שחוק הלאום יובן כחוק יסוד "שאינו רק 'פרק העקרונות' או פרק 'המבוא' לחוקה, הכולל סעיפים הצהרתיים וחגיגיים"; נייר עמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה: מרכזי קרמניצר ועמיר פוקס לאמיר אוחנה, בעניין הצעת חוק יסוד: מדינת ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי לקראת דיון הוועדה המשותפת (15.5.2018), בעמ' 1, חוק הלאום "נועד להיות 'תעודת הזהות' של המדינה, או פסקת המבוא לחוקה העמידית, זה המגדיר אותה ואת ערכיה".

10 ראו בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו) (8.7.2021), פס' 8-9 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

לפרטים בשל השתייכותם ללאום מסוים.<sup>11</sup> גם לפני כן, בשורה של פסקי דין שעסקו בפסילת רשימות ומועמדים לבחירות לכנסת, התעלם בית המשפט העליון לחלוטין מחוק הלאום, אפילו כשעסק בפירושו של סעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת ("שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית")<sup>12</sup> – ובכך רמז, במשתמע שלהגדרה החוקתית של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי ולנגזרות הערכיות של הגדרה זו המנויות בחוק הלאום אין השפעה על ההסדר האמור.<sup>13</sup> גם כשעסק בחוקתיותו של חוק שסעיף המטרה שבו קבע כי תכליתו "להסדיר את ההתיישבות ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה", לא מצא בית המשפט העליון לנכון להזכיר את סעיף 7 לחוק הלאום, העוסק בפיתוח, קידום וביסוס של התיישבות יהודית.<sup>14</sup> במקרים הספורים שבהם הזכיר בית המשפט העליון את חוק הלאום, נעשה הדבר בזהירות רבה, והוא נמנע מהקניית משקל נורמטיבי כלשהו לאיזו מהוראותיו. כך, בשורה של פסקי דין נדחו טענות של יהודים ישראלים שנועדו להסגרה שחוק הלאום שינה את האיזון בדיני ההסגרה הישראלים – איזון שעוצב בעקבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – לכיוון המצמצם את אפשרות ההסגרה של יהודים.<sup>15</sup> גם הניסיון להטיל חובה חדשה על המדינה להשתתף במימון אבטחתם של נוסעים ישראלים בספינות תענוגים, על סמך סעיף 6א לחוק הלאום, נדחה כלאחר יד.<sup>16</sup> בפסק דין שניתן בדין יחיד, נקבע מבלי להעמיק בדבר (ובהקשר שאפשר לפרשו כאמרת אגב), שמעמדן המשפטי של העברית והערבית כשפות רשמיות בישראל מכוח סימן 82 לדבר המלך, עומד בעינו, ואילו סעיף 4 לחוק

11 שם, פס' 48 לפסק הדין של הנשיאה חיות. ראו גם פס' 22 לפסק הדין של השופטת ברק-ארז: "חוק יסוד: הלאום אינו מקנה זכויות ברמת הפרט ובהתאמה אף אינו נוטל זכויות. זהו חוק שמבטא אחוס לאומי. לא פחות, אך גם לא יותר".

12 א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף (נבו, נימוקים מ-18.7.2019); ע"ב 5487/19 סגל נ' בן גביר (נבו 25.8.2019); א"ב 852/20 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23 נ' יזבק (נבו 9.2.2020).

13 ראו אורי אהרונסון "האם בג"ץ כבר ביטל את חוק הלאום? על הנימוקים לפסק הדין בעניין פסילת רשימות ומועמדים לכנסת ה-21" ICON-S-IL Blog (1.8.2019).

14 בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (נבו 9.6.2020).

15 ראו ע"פ 2490/18 ג'ורנו נ' מדינת ישראל, פס' 33 (נבו 8.1.2019); ע"פ 9203/18 גבר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 24 לחוות הדעת של השופט פוגלמן, פס' 2 לחוות הדעת של השופטת ברק-ארז (נבו 14.7.2019); ע"פ 2542/19 טוויל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 12 (נבו 3.12.2019). בדחותה בקשה לקיום דיון נוסף באחד המקרים הגדירה הנשיאה חיות עמדה זו כ"הלכה" פסוקה של בית המשפט. ראו ד"פ 5212/19 גבר נ' מדינת ישראל (נבו 24.11.2019).

16 בג"ץ 5042/15 מנו ספנות נ' מדינת ישראל, פס' 12 (נבו 3.4.2019) (סעיף 6).

הלאום, המבחין ביניהן, מוצג רק כרקע לניתוח המשפטי.<sup>17</sup> ובמקרה אחר – בעתירה נגד איסור הביקור בבתי עלמין צבאיים ביום הזיכרון לחללי מערכות ישראל עקב מגפת הקורונה – לא הועיל לעותרים ציון המעמד החוקתי שניתן ליום זה בחוק הלאום, ופניהם הושבו ריקם.<sup>18</sup> ולבסוף, אף שופטי ערכאות הדיון ממעטים מאוד לפי שעה בהתייחסויות בעלות משקל לחוק הלאום;<sup>19</sup> והמקרים הספורים שבהם נעשה ניסיון לגזור תוצאות נורמטיביות מעוררות מחלוקת מחוק הלאום נענו בביקורת מבטלת של בית המשפט העליון.<sup>20</sup>

המשפט החוקתי המשווה מכיר בקיומן של הוראות חוקתיות הצהרתיות, כלומר הוראות הנכללות בחוקה שהיא כשלעצמה בעלת תוקף משפטי, אך הן מזוהות בה כהוראות שאי-אפשר לאוכפן ושמהותן היא פרוגרמטית, השראתית, סמלית או רטורית. כך, למשל, גישה מקובלת בעולם היא שפסקאות מבוא לחוקה (preambles) הן ביטוי פומבי לאמונות ולערכים של הקהילה הפוליטית, ואינן מקור לאכיפה שיפוטית ישירה.<sup>21</sup> מעבר למבוא, חוקות רבות כוללות הוראות המפרשות מחויבויות ערכיות ומשימות לאומיות. אף שאלה ניתנות לכאורה לאכיפה שיפוטית, לעיתים ניתן להן מעמד נורמטיבי נבדל מן ההוראות האופרטיביות המובהקות כדי לצמצם את מידת המעורבות השיפוטית בהובלת פרויקטים אידאולוגיים ובקביעת סדרי

17 בש"א 815/19 גריב נ' Fidam Select (נבו 5.2.2019). כמה החלטות של בתי משפט שלום הציגו פסיפה דומה: ראו פ"ל (תעבורה י"ם) 4834-07-18 מדינת ישראל נ' אבו שושה (נבו 19.3.2019); ת"א (שלום פ"ח) 60349-01-18 פלוני נ' סבה, פס' 8-6 (נבו 19.5.2019); ת"א (שלום חי') 29062-10-15 פלוני נ' באולינג גן שמואל, פס' 12 (נבו 10.6.2019). מנגד השו"א (שלום פ"ח) 64946-11-18 פלוני נ' אי. אס. שגב תעשיות (נבו 22.1.2020).

18 בג"ץ 2705/20 סמדר נ' ראש הממשלה (נבו 27.4.2020).

19 היוצא מן הכלל, המעיד במובהק על הכלל, היה השופט בדימוס משה יאיר דרורי בבית המשפט המחוזי בירושלים, שבשורה של החלטות יחידניות קבע תוצאות משפטיות מגוונות לסעיף 6(א) לחוק הלאום. ראו ת"א (מח' י"ם) 9135/07 משיח נ' הרשות הפלשתינאית (נבו 17.9.2018) (הטלת פיצויים עונשיים על ארגון החמאס בגין פיגוע טרור נגד ישראלים); ת"א (מח' י"ם) 2287/00 עזבון המנוחה סופי צ'סר ז"ל נ' זיידאן (נבו 4.11.2018) (קביעה שמדינת ישראל היא פורום נאות לבירור תביעה בגין פיגוע טרור אנטי-ישראלי שבוצע נגד יהודים לא-ישראלים מחוץ לשטח המדינה); ת"א (מח' י"ם) 36844-03-13 פלונית נ' הרשות הפלשתינאית (נבו 17.1.2019) (הטלת חובה על השב"כ לספק מידע שיישע לחובעת לנהל תביעה נגד הרשות הפלשתינית בגין פיגועי טרור).

20 ראו בג"ץ חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 47 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

21 ראו למשל אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" המשפט יא 79, 93-95 (תשס"ז); Beau Breslin, *From Words to Worlds: Exploring Constitutional Functionality* 52 (2009) ("Preambles are rarely, if ever, used as authoritative legal doctrine")

העדיפויות הלאומיים.<sup>22</sup> כך, למשל, סעיף 37 לחוקת הודו קובע שהוראות החוקה הנכללות בפרק IV, שכותרתו Directive Principles of State Policy, מחייבות את המדינה אך אינן אכיפות בבית משפט.<sup>23</sup> הסדר דומה, החל ביחס להוראות בעלות אופי דומה (Directive Principles of Social Policy), מופיע גם בסעיף 45 לחוקת אירלנד. עם זאת, גם במקרים שבהם ללשון חוקתית אין מעמד אכיף משפטית היא עשויה להשפיע על יישומם ועל פרשנותם של דינים אחרים – בחוקה עצמה ובדברי חקיקה אחרים.<sup>24</sup>

סעיפי חוק הלאום כוללים, כאמור, הן לשון זהותית כללית מן הסוג המופיע בפסקאות מבוא, הן לשון שאיפתית מן הסוג המופיע בדירקטיבות חוקתיות. עם זאת, בהקשר הישראלי, בראייה פרשנית קוהרנטית, קריאה הצהרתית מובהקת של ההוראות האלה מעוררת קשיים לא מבוטלים. אציין שני קשיים עיקריים: ראשית, לשונו של חוק הלאום היא לשון משפטית, והוא נקרא על פניו כצופה אכיפה שלטונית של הוראותיו או פעולה שלטונית המבוססת עליהן. כך, חוק הלאום מורה לא פחות מארבע פעמים, ובנוסף המוכר בחוקי יסוד אחרים, על קביעת פרטי ההסדרים האמורים בו "בחוק";<sup>25</sup> הוא מרמז שהוראותיו היו יכולות להביא לשינוי הסטטוס קוו המעשי ("בפועל") בעניין מעמד השפה הערבית בישראל;<sup>26</sup> הוא כולל הוראת זכות (המטילה במשתמע חובה במשפט) בקשר ליום המנוחה של מי שאינם יהודים;<sup>27</sup> והוא משתמש בכיטוי אופרטיבי ("ותפעל"), גם אם בהקשר עמום, ביחס לתמיכה בהתיישבות יהודית.<sup>28</sup> גם בהיסטוריה החקיקתית יש ראיות לכך שהנוסחים האלה נועדו לשנות בפועל את המשפט בשורה של סוגיות, ולא להישאר רק ברמה ההצהרתית.<sup>29</sup> כוונה זו הובילה

22 ראו Mark Tushnet, *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*, 82 (7) Tex. L. Rev. 1895, 1898-1902 (2004)

23 בלשונו של הראל, "binding unenforceable constitutional directives". ראו ALON HAREL, WHY LAW MATTERS 158-168 (2014)

24 ראו למשל HAREL, שם; Ginsburg et al., לעיל ה"ש 5, בעמ' 113; רובינשטיין ואורגד, לעיל ה"ש 21, בעמ' 95-98.

25 סעיף 2(ה), 4(ב), 8 סיפא, 10 סיפא.

26 סעיף 4(ג) – מתבקש להבין מהוראת סעיף קטן (ג) שבהיעדרה היה מתרחש שינוי במעמדה בפועל של השפה הערבית בעקבות חוק הלאום.

27 סעיף 10 מציעתא.

28 סעיף 7.

29 ראו למשל דברי יו"ר הוועדה המשותפת, ח"כ אמיר אוחנה, בפרוטוקול ישיבה 8 של הוועדה המשותפת, 18 (28.11.2017): "סעיף זה [סעיף 7 בנוסח הסופי של חוק הלאום] [...] ברור שבא לתת תגובה לפסק דין קעדאן"; דברי ד"ר חגי ויניצקי בישיבה 14 של הוועדה

בכמה מן ההקשרים לשילוב הלשון האופרטיבית, ובהקשרים אחרים להסרת נוסחים מסוימים, בדיוק בגלל החשש מפני האופן שבו יאכפו אותם רשויות השלטון ובתי המשפט.<sup>30</sup>

שנית, קריאה הצהרתית של חוק הלאום לא תתיישב עם האופן שבו המשפט הישראלי פירש, יישם ואכף את כל יתר חוקי היסוד, בוודאי מאז נקבע מעמד המשותף כנורמות חוקתיות אכיפות בפסק דין בנק המזרחי. גם אם יש בחוקי היסוד הוראות בעלות אופי הצהרתי יותר מאופרטיבי – סעיפים 1 ו-1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הם דוגמה בולטת – הרי שאגד חוקי היסוד יוצר תוצאות משפטיות מובהקות במשפט הישראלי, ובהיעדר הוראה מפורשת, מתבקש לקרוא גם את חוק הלאום, העשיר כל כך בהסדרים ובהוראות בעלי לשון משפטית, כחלק ממסורת זו. חשוב להדגיש בהקשר זה את המשמעות הפוטנציאלית של קריאה הצהרתית של חוק הלאום למכלול הפרויקט החוקתי הישראלי – מ"החלטת הררי", דרך "המהפכה החוקתית" של שנות התשעים, ועד העידן הנוכחי: גם אם יש טעמים להפחתת המשקל האופרטיבי של חוק הלאום – למשל, כדי ליישבו ביתר נוחות עם עקרונות היסוד של השיטה הכוללים מחויבות לשוויון אזרחי גמור<sup>31</sup> – הרי שפחות במעמד הנורמטיבי של החוק עשוי לעורר ספק בדיעבד גם בדבר המעמד המשפטי של חוקי היסוד הקודמים, בדגש על חוקי היסוד בנושא זכויות האדם, העשירים יחסית בלשון ערכית כללית ומופשטת.

## 1.2 חוק הלאום - לפי הגישה השנייה, חוק הלאום נועד להוביל לשינוי אופרטיבי במשפט הישראלי, אך הוא לא נועד לעשות זאת דרך הנחת היסודות להסדרים חדשים פרשנית

המשותפת, 5-6 (2018.16.5): "בשני פסקי דין מאוד ידועים [- פרשות קסטנבאום וראם -] השפה העברית [...] הפסידה במירכאות, מול חופש הביטוי, כי לא היה לה מעמד חוקתי אלא רק אינטרס ציבורי חשוב. לכן עיגון השפה העברית במעמד חוקתי זה לא רק מול שפות אחרות, אלא גם מול זכויות יסוד אחרות".

30 ראו למשל דברי יו"ר הוועדה המשותפת, ח"כ אמיר אוחנה, בפתח ישיבה 10 (פרוטוקול 10, לעיל ה"ש 8), שבה נדונה ההצעה לציין את המשפט העברי כאחד המקורות להשלמת חסר בדין: "הסעיף הזה בנוסח הזה לא יישאר פה, לא יהיה בחוק הזה [...] אני לא יכול לשלול את העובדה שסעיף כזה כפי שהוא עלול להביא לפגיעה מסוימת [...] אני לא יכול לשלול שתתרחש תקרית משפטית שבמסגרתה יובא מקרה שיש לו אספקט להט"בי למשל או של זכויות נשים למשל לבית משפט [...] ואז השופט יכריע בו לאור עקרונות המשפט העברי ולרעת העניין" (שם, בעמ' 3).

31 ראו אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9, 27-28 (2017).

במשפט, אלא דרך השפעה על פירושם של יתר הדינים במשפט הישראלי העוסקים בנושאים המוסדרים בו. לפי מובן זה, פעולתו של חוק הלאום תהא במצבים של ספק פרשני, שבהם יידרשו מפרשי הדין ברשויות השלטון להעדיף את הערכים המעוגנים בו, כמו חשיבות השבת והחגים הלאומיים, ההיררכיה בין העברית לערבית (ובין לבין שפות אחרות), מרכזיותם של ערכי העלייה היהודית וההתיישבות היהודית, ועוד. המובן הפרשני הזה מספק היגיון לעיגון החוזר של הסדרים רבים, המופיעים כבר בחקיקה מוקדמת, בחוק הלאום. זאת משום שלפי ההלכות שנקבעו בעבר ביחס לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לחוקי יסוד – להבדיל מחוקים גיליים – יש השלכה פרשנית על כל הנורמות במשפט הישראלי, המחייבת לתת לנורמות האלה מובן המתיישב ככל האפשר עם הלשון החוקתית.<sup>32</sup> כלומר, עיגון של נורמות שנכללו בעבר בחקיקה רגילה בחוק יסוד הופכת אותן לבעלות משקל רב יותר מבעבר במצבים של איזון בין ערכים, תכליות או אינטרסים.<sup>33</sup>

אומנם, במהלך החקיקה של חוק הלאום הוסר ממנו סעיף שנכלל בהצעת החוק המקורית והציע לקבוע ברחל בתך הקטנה כי להוראות חוק הלאום עליונות פרשנית על כל הוראה אחרת בדין הישראלי.<sup>34</sup> את הסרתה של הוראה זו, במסגרת עבודת הוועדה המשותפת שהכינה את חוק היסוד לקריאה ראשונה, אפשר לפרש כביטוי לנטיית המחוקקים לוותר על היומרה שחוק הלאום ישמש השראה פרשנית, אף שראש הוועדה ציין מפורשות שזו אינה הכוונה.<sup>35</sup> אכן, בחומרי ההכנה שהוצגו למחוקקים ובנימוקים הפומביים שהובאו לתמיכה בחוק ניתן ביטוי לכוונה מפורשת להביא לשינוי בעמדות הפרשניות של בית המשפט העליון בשורה של

32 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995). ההלכה הוחלה על נורמות החוסות תחת משטר של שמירת דינים, ומקל וחומר על כאלה שחוקפן אינו מוגן באופן הזה.

33 ראו Akhil Reed Amar, *Constitutional Redundancies and Clarifying Clauses*, 33 Val. U. L. Rev. 1 (1998)

34 סעיף 1(ג) להצעת החוק הפרטית המקורית (שהפך בהמשך לסעיף 1(ד) בנוסח שנדון בשלב ההכנה לקריאה ראשונה) קבע ש"האמור בחוקי-יסוד זה או בכל דבר חקיקה אחר יפורש לאור הקבוע בסעיף זה" (פ/1989/20, 29.7.2015). ההוראה נדונה באריכות בוועדה המשותפת (בישיבתה מיום 11.12.2017), ולבסוף הוחלט להסירה מהנוסח שהוצג למליאת הכנסת בקריאה ראשונה (ראו דברי ח"כ אוחנה בפתח ישיבת הוועדה המשותפת מיום 13.3.2018: "הסעיף שהדאיג רבים מאתנו, סעיף 1(ד), שיצר למעשה עליונות של סעיף אחד והכפפה של האלמנט הדמוקרטי לאלמנט היהודי, הוסר מההצעה שנמצאת בפניכם").

35 ראו בהמשך דבריו של ח"כ אוחנה, שם: "אני רוצה להדגיש שלא מדובר בהסדר שלילי. כלומר, אנחנו לא טוענים שהחוק הזה הוא נחות ביחס לחוקי יסוד אחרים ושהיהודית והדמוקרטית אכן צריכים להיות שלובים אלה באלה ולא כפופים זה לזה".



סוגיות משפטיות, שעל פי הטענה קיבלו מענה שיפוטי שהפריז בהדגשת ההיבט הדמוקרטי באופייה של המדינה, על חשבון ההיבט היהודי. כך בפרט בעניין מעמדן היחסי של העברית והערבית, בעניין האפשרות לעורר התיישבות נפרדת ליהודים, ובעניין מדיניות ההגירה של לא-יהודים לישראל.<sup>36</sup> נראה אפוא שהסרתה של הוראת העליונות הפרשנית ביטאה פשרה פוליטית מיידית, ולא ויתור על אפקט פרשני מן הסוג שניתן לכל חוקי היסוד.

עם זאת, בולט שבחוק הלאום לא נכללו, מלכתחילה, כמה הוראות שסימנו מאז חקיקת היסוד בדבר זכויות האדם את העליונות האופרטיבית של חוק יסוד על יתר הדינים. כך, להבדיל מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומחוק-יסוד: חופש העיסוק, חוק הלאום אינו כולל פסקת כיבוד ("כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד [...]");<sup>37</sup> ויתרה מזו, הוא אף אינו כולל פסקת הגבלה ("אין פוגעים [...] אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו").<sup>38</sup> כידוע פסקת ההגבלה הייתה הבסיס החשוב ביותר לקביעת העליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד שנחקקו ב-1992, משום שהיא שקבעה בפעם הראשונה תנאי תוקף תוכניים-מהותיים לדינים תת-חוקתיים סותרים.<sup>39</sup> בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יש גם הוראה של שמירת דינים,<sup>40</sup> וחוק-יסוד: חופש העיסוק כולל הוראת התגברות<sup>41</sup> – שני הסדרים המורים במשתמע על השפעתם הפוטנציאלית של חוקי היסוד האלה על תוקפם של דינים סותרים. חוק הלאום אינו כולל איזו מן ההוראות הללו,<sup>42</sup>

36 ראו למשל אביעד בקשי חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי – הצורך המשפטי (נייר עמדה של המכון לאסטרטגיה ציונית, 2013); רויטל חובל "שקד: יש מקום לשמור על רוב יהודי במדינה גם במחיר של פגיעה בזכויות אדם" הארץ 12.2.2018 (ציטוט מדברי שרת המשפטים אז: "מבחינה חוקתית יש יתרון לדמוקרטיה וצריך לאזן את זה ולתת לבית המשפט העליון עוד כלי חוקתי שייתן כוח גם ליהודית").

37 סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

38 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

39 ראו דברי הנשיא ברק בע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 354: "חוק רגיל הפוגע בזכות חוקתית המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בלא לקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה והקובע – אם במפורש ואם במשתמע – כי הוא מכוון לפגוע בזכות האדם, אינו חוקתי, וביטול המשפט יצהיר על בטלותו. זהו שורש השינוי החוקתי" (ההדגשה שלי).

40 סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

41 סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

42 את סעיף 4(ג) לחוק הלאום ניתן להבין כמכוון ל"שמירת דינים" בנושא השפה הערבית. אך בולט שהמילים עצמן אינן מופיעות בו, ומה שנשמר בו הוא "במעמד שניתן

ובנתון הזה אפשר לראות כוונה להגבלת משקלו הנורמטיבי להשפעה פרשנית בלבד.<sup>43</sup>

קשה לחלוק אפוא על כך שלחוק הלאום אמורה, ואולי אף צפויה, להיות השפעה פרשנית על יישום נורמות אחרות במשפט, בוודאי על אלו שבמדרג נורמטיבי נמוך מחוקי היסוד. כפי שצוין, במשפט המשווה מוכרת ההשפעה הפרשנית של הוראות בלתי אכיפות, וגם היחס שניתן במשפט הישראלי להכרות המדינה, או ההשפעה הפרשנית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דינים שתוקפם מוגן באמצעות שמירת הדינים, מלמדים על זמינותה של דוקטרינה בדבר השפעה פרשנית של טקסט נורמטיבי שאינה מגיעה עד כדי הכרה בו כמקור לחובות משפטיות אכיפות, דומה למעמדן במשפט הישראלי של אמנות בינלאומיות.<sup>44</sup> בפסק הדין של בית המשפט העליון שעסק בחוקתיותו של חוק הלאום יש הכרה עקרונית בתפיסה זו בדבר ההשראה הפרשנית של חוק היסוד, גם אם אין בו פיתוח מלא של משמעויותיה למשפט הישראלי לעתיד לבוא.<sup>45</sup>

ובכל זאת יש קושי במסקנה שפעולתו של חוק הלאום מוגבלת רק להשפעה על פירושה של דינים תת-חוקתיים. ראשית, כפי שצוין לעיל, בנוסחו של חוק הלאום ובתהליכי הכנתו ניתן למצוא לא מעט ראיות לפוטנציאל של תוצאה משפטית אכיפה. שנית, גם חוקי היסוד המוסדיים, שרובם נחקקו לפני 1992, אינם כוללים פסקות כיבוד, הגבלה, שמירת דינים, או התגברות, ורבים מהם אף אינם משוריינים (בניגוד לחוק הלאום). למרות זאת, בשורה של הלכות קבע בית המשפט העליון שחוקי היסוד נהנים ממעמד חוקתי על-חוקי זהה לזה של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. גם אם אפשר לבקר את המהלך הפרשני הזה כעניין דוקטרינרי,<sup>46</sup> אין מחלוקת

בפועל לשפה הערבית" – ביטוי עמום בהרבה מהמושג המשפטי המוכר "חוקף", שבו משתמש סעיף שמירת הדינים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

43 ראו בג"ץ חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 48 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

44 ראו ברק, לעיל ה"ש 31, בעמ' 21-27.

45 ראו בג"ץ חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 49 לפסק הדין של הנשיאה חיות: "עוד טרם שנחקק חוק יסוד: הלאום הובהר כי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית משפיעים על פרשנותם של כלל הטקסטים המשפטיים, וכי תכליתו הכללית של כל דבר חקיקה בשיטתנו היא להגשים ערכים אלה, הפרושים כ'מטריה נורמטיבית' מעל כלל הנורמות [...] במובן זה, חוק יסוד: הלאום נועד ליתן ביטוי חוקתי קונקרטי לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית" (הפניות הוסרו).

46 ראו למשל אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו 305 (2003); הלל סומר "מילדותו לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א 59, 65-62 (2004).

שהוא השתרש עמוק במרקם החוקתי של המשפט הישראלי, וכיום היחס למכלול חוקי היסוד שקדמו לחוק הלאום הוא כאל פרקים בעלי מעמד שווה בחוקה הבלתי שלמה של ישראל. כידוע, את היעדרה של פסקת הגבלה מחוקי היסוד המוסדיים החל בית המשפט העליון להשלים באמצעות פיתוח פסיקתי של "פסקת הגבלה שיפוטית",<sup>47</sup> ובכך סימן את מחויבותו לתפיסה אחודה של חוקי היסוד כולם, גם אם יש ביניהם פערים צורניים משמעותיים. אכן, כאשר ניסטה הכנסת במכוון ליצור חוק יסוד שיהיה במעמד נחות מיתר חוקי היסוד, באמצעות חקיקה של חוקי יסוד זמניים (הוראות שעה) בנושא התקציב הדרושני – בלם אותה בית המשפט העליון מתוך אותה עמדה של קוהרנטיות חוקתית.<sup>48</sup>

**1.3. חוק הלאום - תוצאת הדיון שלעיל היא שחוק הלאום כולל רכיבים מסוגים מגוונים. יש בו הוראות שהן הצהרתיות תוקף נורמטיבי רגיל מובהקות וקשה לראות אותן פועלות פעולה אופרטיבית במשפט הישראלי; יש בו הוראות שהדרך ההגיונית ביותר להבינן היא שהן מכוונות להשפיע השפעה פרשנית על דינים קיימים; ויש בו הוראות שמתבקש לקוראן כבעלות כוח משפטי אופרטיבי. אכן, לעיתים אפשר להבין את אותה ההוראה ממש לפי יותר מגישה אחת.**

אופי זה של חוק הלאום אינו שונה מאוד מאופיין של הוראות ברבים מחוקי היסוד שקדמו לו. כך, למשל, דן בית המשפט העליון במעמדו של סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה ("הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה"), בעתירה בנושא חוקתיות הפרטה של סמכויות מאסר. בית המשפט נמנע אז מהכרעה בעניין, אך הנשיאה ביניש, שכתבה את פסק הדין המוביל, ציינה בהערת אגב שסעיף זה הוא "סעיף הצהרתי בעיקרו", שבה בעת "מעגן ברמה החוקתית את קיומו של 'גרעין קשה' של סמכויות שלטוניות", והותירה לעת אחרת את פיתוח הדוקטרינה שתגדיר בבירור את הרכיבים האופרטיביים של הסעיף לעומת רכיביו ההצהרתיים.<sup>49</sup> כך אי-אפשר לשלול מראש את ההבנה האופרטיבית של חוק הלאום, וגישה קוהרנטית למפעל

47 ראו להלן הטקסט שליד ה"ש 106.

48 בג"ץ 8260/16 מרמז המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (נבו) 6.9.2017.

49 בג"ץ 2605/05 מרמז המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 613 (2009). ראו Barak Medina, *Constitutional Limits to Privatization: The Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization*, 8 ICon 690 (2010).

חוקי היסוד בכללותו – גישה המאפיינת את פסיקתו של בית המשפט העליון<sup>50</sup> – תעדיף את ההבנה הזאת כברירת המחדל לפירוש חוק הלאום, והגישות החלופיות (הצהרתית או פרשנית) הן החרגי שיצריך הוכחה בהקשרים נקודתיים.

יצוין שבפסק הדין שעסק בחוקתיות חוק הלאום נזהר בית המשפט העליון – למעט דעת המיעוט של השופט קרא – מהכרה מפורשת בתוצאות אופרטיביות כלשהן לחוק הלאום, אך לא שלל אותן לחלוטין. כך, בסכמה את הדיון בנושא "השלכותיו המעשיות של חוק יסוד: הלאום", קבעה הנשיאה חיות כי אין בידה "לקבל את טענת העותרים לפיה חוק יסוד: הלאום הוביל בפועל לשינוי דרסטי של המשטר החוקתי בישראל"<sup>51</sup> – מותירה במשתמע פתח לאפשרות שהחוק הביא לשינוי שאינו "דרסטי". כפי שיתואר בהמשך הפרק,<sup>52</sup> הנשיאה מתייחסת בפסק דינה גם לדרכי היישוב של סתירות משפטיות העלולות להיווצר בין מחויבויות מכוח חוקי היסוד למיניהם ורומזת שחוק הלאום עשוי להוביל לתוצאות משפטיות פוזיטיביות.

חשוב להבהיר, עמדה בשאלה זו יכולה להיות מכריעה מבחינה משפטית. טלו חוק היפותטי שהיה קובע הפעלתה של תחבורה ציבורית בשבת.<sup>53</sup> סעיף 10 לחוק הלאום קובע ש"שבת ומועדי ישראל הם ימי המנוחה הקבועים במדינה". לפי הקריאה ההצהרתית, אין בכך אלא הכרזה על חשיבותו של ערך השבת במדינת הלאום של העם היהודי, וממילא חקיקת הכנסת יכולה לקבוע את היקף המחויבות לערך זה. לפי הקריאה הפרשנית, חוק התחבורה הציבורית בשבת היה עומד בתוקפו, אך נדרש היה לפרשו פרשנות המצמצמת, למשל, את היתר ההפעלה של תחבורה ציבורית ומרחיבה את חריגי מניעתה. לפי הקריאה האופרטיבית של חוק הלאום, תיתכן ביקורת שיפוטית חוקתית ביחס לתוקפו של חוק התחבורה הציבורית מכוח סעיף 10 לחוק הלאום, ואפשר לתהות מה הייתה תוצאתו של הליך כזה.<sup>54</sup> העמדה שהוצגה כאן, המבוססת בעיקרו של דבר על עקרון הקוהרנטיות החוקתית, היא שכברירת מחדל יש לייחס לסעיף 10, כמו ליתר הוראות חוק הלאום, משמעות משפטית אופרטיבית. עמדה אחרת תידרש לביסוס פרשני נקודתי, כמו למשל ראייה מובהקת

50 ראו למשל בג"ץ 2605/05, שם: "בהחשב בתפיסתנו בדבר הפרשנות המרחיבה שיש ליתן להוראות בעלות מעמד חוקתי".

51 בג"ץ חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 49 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

52 ראו להלן הטקסט שליד ה"ש 95-98.

53 ראו לדוגמה הצעת חוק הפעלת תחבורה ציבורית ביום המנוחה השבועי, התש"ף-2019, 115/22/פ (4.11.2019).

54 שאלה זו קשורה, בין היתר, להסדר ההגבלה שיושם לחוק הלאום. ראו להלן הטקסט שליד ה"ש 99-110.

מן ההיסטוריה החקיקתית, או צורך פרשני למנוע סתירה עם הוראות חוקתיות אחרות.

המשמעות הרגילה שהתגבשה במשפט הישראלי לחוק יסוד בעל תוקף נורמטיבי רגיל היא שאפשר להפעיל מכוחו ביקורת שיפוטית "חזקה" – כלומר לצוות על בטלותם של חוק של הכנסת או של פעולה שלטונית אחרת הסותרים את הוראות חוק היסוד. עם זאת, המשפט המשווה מכיר גם טכניקות שיפוטיות אחרות של מתן תוקף אופרטיבי להוראה חוקתית, ובפרט הוראות חוקתיות המנוסחות בלשון שאיפתית, כמו סעיפים 5, 6 ו-7 בחוק הלאום. כפי שראינו, יש חוקות הקובעות מפורשות שדירקטיבות חוקתיות אינן אכיפות במשפט. אך שיטות אחרות פיתחו כלים של ביקורת שיפוטית "חלשה", שמטרתם לוודא שרשויות השלטון פועלות בשקידה סבירה לקיום הדירקטיבות החוקתיות בלי לבקר את תוכן הפעולות עצמן.<sup>55</sup> כך, למשל, סעיף 27 לחוקת דרום אפריקה, העוסק בזכויות לטיפול רפואי, למזון, למים ולשירותי רווחה, קובע שהמדינה חייבת לנקוט אמצעים סבירים לקידום מימושן של הזכויות האלה.<sup>56</sup> בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה קבע שניתן לאכוף הוראה זו במשפט, אך שהאכיפה תוגבל לוודא שהשלטון אומנם מתחשב בזכויות הקבועות בחוקה בעצבו את מדיניות הרווחה שלו.<sup>57</sup> זהו אפוא מודל אפשרי נוסף למתן תוקף משפטי אופרטיבי להוראות השאיפתיות בחוק הלאום. אמת, המודל הזה טרם הוכר מפורשות בפסיקת בית המשפט העליון, גם בהקשרים שבהם התבקש לכאורה להפעילו.<sup>58</sup> עם זאת, יש לו הדים במקרים שבהם נמנע בית המשפט מפסיקה סופית בעתירות עקרוניות ותחת זאת "מנהל" אותן באמצעות ליווי מתמשך של הפעילות השלטונית לתיקון הפגם החוקתי.<sup>59</sup>

55 ראו Tushnet, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1902-1906, 1910-1912.

56 S. A. Const. § 27(2) ("The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights")

57 *Government of the Rep. of South Africa v. Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC)

58 כוונתי בעיקרו של דבר להליכים בנושא הזכות ל"קיום בכבוד". ראו בג"צ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(4) 464 (2005); ברק מדינה "הגנה משפטית על הזכות לקיום אנושי בכבוד: הזכות החוקתית ומעבר לה" עבודה חברה ומשפט יד 227 (2015).

59 ראו אריאל בנדור וטל סלע "שיקול דעת שיפוטי: העידן השלישי" משפטים 605, 639-641 (2017).

הדיון שלהלן ינוהל על יסוד ההבנה שחוק הלאום הוא, בסופו של דבר, "עוד חוק יסוד" העומד על אותה מדרגה נורמטיבית כמו חוקי היסוד שקדמו לו.<sup>60</sup> בחלק הבא אעסוק אפוא בשורה של שאלות משפטיות העשויות להתעורר אם וכאשר ייקלט חוק הלאום במרקם החוקתי הישראלי, ויהיה שקול במעמדו לחוקי היסוד הקודמים.

.2

## חוק הלאום בראי חוקי היסוד הקודמים

אופיו המגובב של הליך החקיקה החוקתי בישראל, במסורת "החלטת הררי" ובהיעדר חוקי-יסוד: החקיקה, והאופן הבלתי מתוכנן שבו "שודרגו" כל חוקי היסוד למעלה חוקתית על-חוקית, הובילו למגוון שאלות בדוקטרינה חוקתית בדבר היחס

שבין הסדרים בלתי אחידים בחוקי היסוד למיניהם. השאלות האלה היו מנת חלקו של המשפט החוקתי הישראלי גם לפני חקיקת חוק הלאום, אך הן מקבלות דגשים מיוחדים בשורה של הקשרים חדשים לנוכח אופיו המיוחד של חוק הלאום. שאלת הבריה המחייבת מענה לשם שילובו של חוק הלאום במרקם החוקתי הישראלי היא יחסו להגדרתה של מדינת ישראל, המופיעה בשלושה חוקי יסוד קודמים – "מדינת יהודית ודמוקרטית". אפתח בשאלה זו, והיא תוביל לעיון בשתי שאלות נגזרות של מתודולוגיה חוקתית: מה דין סתירה בין הוראות שבחוק הלאום להוראות שבחוקי יסוד אחרים? ומה דין פגיעה של הוראה תת-חוקתית בהוראות חוק הלאום? אחרי כן אפנה לעסוק בשאלות ממוקדות יותר הנוגעות להוראות הזוהות והערכים שחוק הלאום רווי בהן. ארון בשלוש שאלות בולטות מסוג זה: מה משמעותו של חוק הלאום למערכת האיזונים הערכיים המגולמת בפסקת ההגבלה, בדגש על הדיבור "תכלית ראויה"? מה משמעותן של הוראות בחוק הלאום החוזרות על הוראות מחקיקה קודמת? ומה תחום התחולה הטריטוריאלית של חוק הלאום?

### 2.1 חוק הלאום

עוד קודם לחוק הלאום נקטו שלושה חוקי יסוד לשון זהותית, בהגדירם את ישראל מדינה "יהודית ודמוקרטית". סעיף 7א(א)(1) לחוקי-יסוד: הכנסת

אוסר על התמודדות לכנסת של רשימות ומועמדים השוללים את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; וסעיף 1א לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו

60 ראו בג"ץ חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 49 לפסק הדין של הנשיאה חיות: "אופיו הדקלרטיבי של חוק יסוד: הלאום אינו גורע ממעמדו המשפטי כאחד מפרקי חוקתה העתידית של מדינת ישראל".

וסעיף 2 לחוק־יסוד: חופש העיסוק מגדירים את מטרת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם – עיגון ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. יתרה מזו, לביטוי הזהותי בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם נועד גם תפקיד נורמטיבי ביישומה של פסקת ההגבלה, שאחד התנאים הקבועים בה להיתר פגיעה בזכויות הוא הלימה לערכיה של מדינת ישראל – במשמע ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית; ואם פסקת הגבלה משתמעת מוכרת במשפטנו גם ביחס לחוקי יסוד אחרים, הרי שקיום ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית הוא תנאי לפגיעה תת־חוקתית בכל עיקרון חוקתי במשפט הישראלי.

אכן, לביטוי "יהודית ודמוקרטית" לא הייתה עד כה השפעה משמעותית על המשפט החוקתי הפוזיטיבי בישראל. בית המשפט העליון דחה את כל הניסיונות – הרבים – להביא לפסילת רשימות או מועמדים לכנסת מכוח העילה שבסעיף 7א(א) (1) לחוק־יסוד: הכנסת. כך גם מעולם לא נפסלו חוק של הכנסת או החלטה שלטונית אחרת מחמת אי־הלימה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>61</sup> אכן, בדוקטרינה שהתפתחה ליישום פסקת ההגבלה מקובל שתנאי זה מציב את הרף הנמוך ביותר למעבר בהשוואה לתנאים המהותיים האחרים – תכלית ראויה ובמיוחד מידתיות.<sup>62</sup> ובכל זאת, למושג "יהודית ודמוקרטית" יש משמעות לא מבוטלת במשפט, בחברה ובתרבות בישראל. הצימוד הזה – שהורתו בצירוף נסיבות פוליטי מינוריות<sup>63</sup> – הצליח לתפוס מקום בולט בשיח הזהותי הישראלי, ולהתגבש לכדי מסגרת ערכית מארגנת למסורת החוקתית הישראלית הצעירה.<sup>64</sup> עד כדי כך שבית

61 לאורך השנים התבלטו שתי דעות מיעוט שביקשו לעשות כן: ראו עמדת השופט חשין בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006); עמדת השופט לוי בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44 (2012). וראו בעת האחרונה דעת היחיד של השופט עמית בבג"ץ 2293/17 גרסגרה נ' כנסת, פס' 10-11 (נבו 23.4.2020).

62 ראו למשל אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות" משפטים מב 1097, 1111 (תשע"ב): "במשך השנים איבדה הדרישה [כי החוק יהלום את ערכיה של מדינה ישראל], כרכיב של פסקת ההגבלה, מחשיבותה, וכמעט אין מתייחסים אליה בבדיקה החוקתית"; Talya Steiner, *Proportionality Analysis by the Israeli Supreme Court, in* PROPORTIONALITY IN ACTION: COMPARATIVE AND EMPIRICAL PERSPECTIVES ON THE JUDICIAL PRACTICE 285, 296 (Mordechai Kremnitzer et al. eds., 2020)

63 ראו ניר קידר משפט כחול לבן 141-137 (2017).

64 ראו שחר ליפשיץ ואורי אהרונוסון "יהודית ודמוקרטית כמתודולוגיה" *תרבות דמוקרטית* 9, 19 (2020).

המשפט העליון הגדיר את הצימוד הזה "הלב הפועם של 'החוקה נוסח ישראל'", שאף הסמכות המכוננת של הכנסת אינה רשאית לשלול.<sup>65</sup>

בהינתן הנוכחות המשמעותית של המושגיות הזהותית הדואלית "יהודית ודמוקרטית" במרקם החוקתי הישראלי, נשאלת שאלת יחסו של חוק הלאום – שגם הוא רווי היגדים זהותיים – לצימוד הזה. כידוע חוק הלאום אינו כולל את הביטוי "יהודית ודמוקרטית". אף שהוא נכלל בהצעת החוק המקורית,<sup>66</sup> הוא הוסר מן הגרסאות הסופיות במסגרת פשרה פוליטית שכללה גם את הסרתה של הוראת העליינות הפרשנית של חוק הלאום על יתר הדינים.<sup>67</sup> ואכן, חוק הלאום אינו מגדיר את ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית", ואף לא "מדינה יהודית" (ביטוי שהופיע בהכרזת המדינה), כי אם "מדינת הלאום של העם היהודי" (סעיף 1(ב)). מהו אפוא היחס בין הביטויים האלה?

אפשרות הקצה היא שחוק הלאום ביטל את הלשון החוקתית הקודמת והחליף אותה בחדשה, כלומר שמבחינה משפטית ישראל איננה עוד "מדינה יהודית ודמוקרטית". אפשרות זו אינה סבירה. החוק אינו אומר זאת, ואין גם ראייה לכוונה כזאת בדברי החקיקה; למעשה, במהלך כל דיוני החקיקה שבו תומכי החוק והדגישו שהוא עולה בקנה אחד עם הגדרת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית".<sup>68</sup> וכל עוד אין סתירה

65 בג"ץ חסון, לעיל הש"ש 10, פס' 18 לפסק הדין של הנשיאה חיות; ראו גם פס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל, פס' 9 לפסק הדין של השופט מזוז, פס' 3-6 לפסק הדין של המשנה לנשיאה מלצר.

66 הצעת החוק הפרטית שעברה בקריאה טרומית בכנסת כללה סעיף מקביל לסעיפי המטרה של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ולפיו "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על מעמדה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". ראו סעיף 2 להצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/פ 1989/20, 29.7.2015.

67 ראו דברי יו"ר הוועדה, ח"כ אמיר אוחנה, והיועץ המשפטי לוועדה, ד"ר גור בליי, פרוטוקול ישיבה 11 של הוועדה המשותפת, 3, 6-7 (13.3.2018).

68 ראו למשל דברי שרת המשפטים איילת שקד בפרוטוקול ישיבה 1 של הוועדה המשותפת, 21 (26.7.2017): "זה יישאר אתנו אחר כך לנצח נצחים. המדינה שלנו היא מדינה יהודית ודמוקרטית. אני מאמינה ששני הערכים האלה מקבילים"; דברי ח"כ אבי דיכטר (יוזם החוק), פרוטוקול ישיבה 3 של הוועדה המשותפת, 50 (26.9.2017): "בהתחלה אמרו לי: קח את מגילת העצמאות ותשב אותה להצעת חוק יסוד. אמרתי, תראו, אנחנו מדברים על מדינה יהודית ודמוקרטית, בעוד שבמגילת העצמאות מופיעה המילה 'יהודית' אבל לא מופיעה המילה 'דמוקרטית'. יש הרבה מאוד רכיבים דמוקרטיים במגילת העצמאות, אבל לא 'יהודית' ודמוקרטית"; דברי יו"ר הוועדה, ח"כ אמיר אוחנה, פרוטוקול ישיבה 11, לעיל הש"ש 67: "[בהסרת הביטוי 'יהודית ודמוקרטית' מהצעת החוק] איננו באים לומר דבר אחר מאשר מה



מובהקת בין ההיגדים החוקתיים, מתבקש אפוא פירוש שיישב ביניהם וישמור על הרמוניה בין ההסדרים.<sup>69</sup>

כאן יש להבחין בין הרעיון הזהותי המרכזי של חוק הלאום – היות ישראל "מדינת הלאום של העם היהודי" – לבין כמה מן ההסדרים המפורטים בו. דומה שאין קושי של ממש ליישב את הזהות הדואלית של מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית" עם היותה "מדינת הלאום של העם היהודי". אכן, אפשר להבין ביטוי זה כמבקש להנהיר את ה"צלע" היהודית באותו צימוד מקורי, מבלי לפגוע במעמד הצימוד כולו, ובמיוחד ב"צלע" הדמוקרטית שלו – זהו גם הפירוש שניתן לו בבית המשפט העליון.<sup>70</sup> בהיסטוריה החקיקתית ראיות רבות לכך שזאת הייתה כוונת המנסחים – לספק לפרשנים החוקתיים כלים בהירים להזנה בתוכן נורמטיבי של זהותה של ישראל כמדינה יהודית, בין היתר כדי לאזן את נטייתו הנטענת של בית המשפט העליון להקנות משקל עורף לערכי הדמוקרטיה המעוגנים בצימוד, ושפירוט שלהם מופיע כבר בסעיפי הזכויות ובהוראות שונות בחוקי היסוד המוסדיים.<sup>71</sup> במסגרת זו אפשר לטעון שהמילים "מדינת הלאום של העם היהודי" מנהירות את ההיגד "מדינה יהודית" – למשל בהבחנה ממובנים אחרים אפשריים של הביטוי הזה, כמו מדינת הלכה או מדינה שחיים בה יהודים.<sup>72</sup>

בקריאה זו מתבקש לפרש שההסדרים המפורטים בחוק הלאום הם רשימה – לא בהכרח סגורה – של מה שנתפס בעיני הרשות המכוננת כרכיבים יסודיים בהגדרת ישראל כמדינה יהודית. בתחום זה קיימת כידוע מסורת פסיקתית יציבה למדי

שאנחנו יודעים לכל אורך שנות קיומה של המדינה ואנחנו מתכוונים לכך שמדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית ברוח ההכרזה על הקמת המדינה [...] זה לא הסדר שלילי".

69 ראו בג"ץ חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 59 לפסק הדין של הנשיאה חיות: "ביסוד התפישה בדבר הרמוניה פרשנית עומדת ההנחה כי כל חוק יסוד מצטרף למארג חוקי היסוד הקיימים, המעגנים את אופייה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית [...] שאיפה זו להרמוניה חוקתית היא המשמיעה לנו כי מבין מספר פירושים אפשריים, יש לבחור באותו הפירוש אשר מיישב את חוק היסוד עם המארג החוקתי הקיים" (הפניות הוטר).

70 ראו שם, פס' 38 לפסק הדין של הנשיאה חיות (חוק הלאום) "נועד לצקת תוכן קונקרטי לביטוי 'מדינה יהודית' ולהבהיר באופן מפורש מהם אותם רכיבים באופייה היהודי של המדינה שיש להם מעמד חוקתי".

71 ראו שם, פס' 4-9 לפסק הדין של השופט מינץ: "אפיונה של מדינת ישראל כמדינה 'יהודית' נידון אפוא במגוון הקשרים. ברם, אף כי הוצהר כי ההכרה ביסוד זה באה בגדר עיקרון יסוד של משפטנו, בסופו של יום הוא נותר במידה רבה 'מדדה מאחורי' [...] חוק יסוד: הלאום בא למלא את החסר".

72 ראו למשל רות גביזון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – מתחים וסיכויים 25-28 (2006).

המונה, מפיו של הנשיא ברק, שורה של רכיבי מינימום המתחייבים מהיותה של ישראל מדינה יהודית:

זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, שהיהודים יהו בה רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה, ועיקר חגיגה וסמליה משקפים את תקומתה הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית.<sup>73</sup>

רשימה קצרה זו נוסחה אומנם בהקשר של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, שפירושו מאופיין בעקביות בגישה מצמצמת ביותר, נוכח פגיעתו בזכויות היסוד להיבחר ולבחור. עם זאת, בית המשפט העליון חזר וציטט אותה גם בפירוש הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם,<sup>74</sup> רמז שזו תפיסתו העקרונית להיקף המושג.<sup>75</sup>

כפי שצויין, לפי שעה בית המשפט העליון נוהג כאילו לא חל שינוי בפירושו ל"מדינה יהודית" נוכח חוק הלאום. במיוחד, חוק הלאום לא זכה להתייחסות כלשהי בפסיקות שעסקו בפסילת רשימות ומועמדים בבחירות לכנסות ה-21 וה-23,<sup>76</sup> שנפסקו אחרי כניסתו לתוקף ועסקו בעילה הקבועה בסעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת. גם בפסק הדין בנושא חוקתיותו של חוק הלאום נרמז – כמדומה, על דעת רוב שופטי ההרכב – שמאפייני המדינה היהודית המנויים בחוק הלאום אינם מחדשים ביחס למה שכבר נקבע בעבר בחקיקה או בפסיקה.<sup>77</sup>

73 א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 21 (2003). ראו גם א"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' זועבי (נבו 10.12.2015), פס' 60 לפסק הדין של הנשיאה נאור.

74 ראו למשל בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים נ' רוזנצווייג, פ"ד ט(1) 38, 54 (2005); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 547 (2005).

75 בכתבתו האקדמית של ברק מופיעה רשימה מקיפה ומפורטת בהרבה, החופפת באופן מסקרן לרבות מהוראות חוק הלאום. ראו אהרן ברק פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית 332 (התשנ"ד). לגישה שיפוטית המסתייגת מניסוח רשימה סגורה של רכיבי הזהות ל"מדינה יהודית ודמוקרטית" ראו בג"ץ חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.

76 ראו א"ב כסיף, לעיל ה"ש 12; א"ב יזבק, לעיל ה"ש 12.

77 ראו בג"ץ חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 38 לפסק הדין של הנשיאה חיות: "מאפיינים לאומיים" אלה לא הופיעו יש מאין, אלא קובצו להוראות חוק היסוד בהתבסס על מאפיינים שונים שזכו לאורך השנים להכרה בדין [...] לא בכדי הובהר במהלך הדיונים בוועדה המשותפת כי חוק יסוד: הלאום 'אינו בא לקבוע דברים חדשים' אלא 'בא לומר במידה רבה את המובן

קשה לקבל עמדה זו. כל עוד יעמוד חוק הלאום בתוקפו, בלשונו הנוכחית, ספק אם יש דרך להימנע מהרחבת הפירוש שניתן ל"מדינה יהודית" בחוקי היסוד כך שיתקרב לאופן שבו המושג מפותח בחוק הלאום. ספק אם קריאה של חוק הלאום כולו, כאילו אין בו אלא חזרה על המובן שכבר ניתן להיגד "מדינה יהודית" במשפט הישראלי – ובמיוחד המובן המינימלי שנוסח בפסק הדין בעניין טיבי – תתיישב הן עם המסורת הפרשנית הנרתעת ממיותרות (redundancy) בחקיקה,<sup>78</sup> הן עם העמדות שביטאו רבים ממקדמי חוק הלאום בהליך החקיקה בכנסת. בראייה קוהרנטית של החוקה הישראלית, נדמה שיקשה אפוא לפרש את ביטוי המשפטי "מדינה יהודית" בלי לכלול היבט כלשהו של זיקה לירושלים כבירת המדינה, של קשר עם התפוצות, ושל משימה התיישבותית – רכיבים שלא נכללו עד כה בהגדרה המקובלת בפסיקה. היות של"ערכיה של מדינת ישראל" תפקיד שולי כתנאי מתנאי פסקת ההגבלה בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, המשמעות האופרטיבית העיקרית של מסקנה זו צפויה בעיקר בהפעלת סעיף 7א(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת, כלומר בהרמת רף ההתמודדות לכנסת של רשימות ומועמדים השוללים את הרכיבים האלה. התוצאה העקיפה היא אפוא צמצום פוטנציאלי בזכויות לבחור ולהיבחר לכנסת.<sup>79</sup>

הקושי הפרשני המוחשי יותר נוגע, כמובן, באותן הוראות בחוק הלאום המעוררות מתח עם הצלע השנייה בהגדרה הוותיקה לזהות המדינה – היותה מדינה דמוקרטית. כמה הוראות עשויות לעורר מתח זה, והבולטת מכולן היא סעיף 7, המורה למדינה לעודד ולקדם הקמה וביסוס של התיישבות רק לחלק מאוכלוסיית המדינה, וניתן לכן להבינו כסעיף המפר את העיקר הדמוקרטי של אזרחות שווה ואת המחויבות הנגזרת ממנו של השלטון לקידום טובת האזרחים כולם במידה שווה. עם זאת, כאמור, אין לראות באיזו מהוראות חוק הלאום בבחינת תיקון (משתמע) לחוקי היסוד הקודמים, ובמיוחד אין למצוא בו שלילה של זהותה הדמוקרטית של ישראל, אף לא הוספת תוכן נורמטיבי חדש למובן שניתן לרעיון הדמוקרטי במשפט הישראלי עד כה. לכן

---

מאלי – שמדינת ישראל, היא מדינת הלאום של העם היהודי". השוו פס' 9 לפסק הדין של השופט מינץ: "חוק יסוד: הלאום [...] מגדיר בבהירות מהם המאפיינים היהודיים של המדינה הנגזרים מאופיה הלאומי [...]. סממנים אלו, אשר חלקם נזכרו בעבר בפסיקה, חלקם לא נזכרו עד עתה בפסיקה, ולחלקם לא ניתן מעמד ברור – הפכו עתה להיות חלק משמעותי ממהותה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי וחלק מן המשפט החוקתי הישראלי".

78 ראו למשל ע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 27 (נבו 29.1.2019): J. Kodwo Benti, *Statutory Surplusage*, 12 Stat. L. Rev. 64 (1991); John M. Golden, *Redundancy: When Law Repeats Itself*, 94 Tex. L. Rev. 629 (2016)

79 חידרש עדיין הכרעה בשאלה מה שיעור הרכיבים שיש לשלול מתוך המכלול העשיר המבוטא בחוק הלאום, כדי להיחשב למי ששולל את "קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית [...]".

יהיה על הפרשנים ליישב את המתח הזה במישור התת-חוקתי, כדי שכל פגיעה שתיגרם בעקבות חוק הלאום בזכות האדם לשוויון תעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה – כפי שיוסבר להלן.

**2.2. מה דין סתירה בין חוק הלאום לבין חוקי יסוד אחרים?**  
 כמה מן ההוראות המופיעות בחוק הלאום צפויות לעורר טענות לסתירה עם הוראות בחוקי יסוד קודמים, כלומר עם הוראות ממעמד נורמטיבי זהה. מצב זה עשוי להתעורר לפחות בשני סוגים של נסיבות:

(א) הכנסת או הממשלה קובעת הסדר שנועד לקיים את אחת מהנחיות המדיניות הקבועות בחוק הלאום, אך נטען שהסדר זה סותר את חובות המדינה לפי חוק יסוד קודם. כך, למשל, בבואן ליישם את הנחיית סעיף 7 לחוק הלאום כי יש לפעול "על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס" של "התיישבות יהודית", רשויות המדינה עשויות לקבוע הסדרים הסותרים את איסור ההפליה על רקע דתי ולאומי שנכלל באיסור לפגוע בזכות לכבוד המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; או בבואן לקבוע בחוק פרטים לעניין ההוראה בסעיף 10 לחוק הלאום ששבת היא יום המנוחה הקבוע בישראל, הכנסת או הממשלה עשויות לקבוע הסדר הסותר את איסור הפגיעה בחופש התנועה,<sup>80</sup> הנכלל בזכות לחירות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, או בחופש העיסוק, המעוגן בחוק יסוד: חופש העיסוק.<sup>81</sup>

(ב) הכנסת או הממשלה קובעות הסדר שנועד לקיים את אחת מהנחיות המדיניות או הוראות הזכויות בחוקי היסוד הקודמים, אך נטען שהסדר זה סותר את חובות המדינה לפי חוק הלאום. כך, למשל, בבואן לממש את חובתן להגן על כבודו של כל אדם לפי סעיף 4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, רשויות המדינה עשויות לנקוט מדיניות של השוואת היחס לעברית ולערבית בכל הפרסומים והמוסדות הציבוריים, לכאורה בניגוד להבחנה שיוצר סעיף 4 לחוק הלאום בין מעמדם של שתי השפות; או מצב שבו הכנסת פועלת לפי חובתה להימנע מפגיעה לא מידתית בחופש העיסוק לפי סעיף 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק, ומתקנת את חוק שעות עבודה ומנוחה כך

80 ראו למשל בנימין ברגר "גפני: 'נדרוש חוק שיסדיר שלא תהיה תח"צ בשבת – אין הבדל בין ת"א לב"ב" 26.2.2020 jdn.

81 חוקתיותם של ההסדרים הקבועים כבר בחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951 בנושא השבת אושרה בעבר על ידי בית המשפט העליון. ראו בג"ץ דיזיין 22, לעיל ה"ש 74. חוק הלאום עשוי, עם זאת, לשמש זרז לחקיקה נוספת שתעמיק עוד את הפגיעה בחופש העיסוק.

שיתיר עבודה בכל ימות השבוע, לכאורה בסתירה להוראות סעיף 10 בחוק הלאום, הקובע ששבת הוא יום המנוחה הרשמי.

סתירות בין הוראות בחוקה, ובמקרה הישראלי בין שני חוקי יסוד, אינן תופעה נדירה, והיא מתבקשת במיוחד כאשר החקיקה החוקתית מתנהלת בתהליך ממושך ומקוטע.<sup>82</sup> עם זאת, חוק הלאום עשוי להעלות את שיעור המתחים הפנים-חוקתיים במשפט הישראלי, משלוש סיבות הייחודיות לאופי ההסדרים הקבועים בו: ראשית, מבחינת היקף תחולתו של החוק, חוק הלאום כולל ארבע הפניות לחקיקה מיישמת ("בחוק") ועוד שלוש הנחיות למעשה ("תפעל"). אם חוק הלאום ייתפס במערכות הפוליטית והמשפטית כבעל תוקף אופרטיבי מלא, יהיה אפשר להבינו כיוצר חובה לחוקק שורה של הסדרים מפורטים, וכולם בנושאים טעונים ביותר מבחינה אידאולוגית שצפוי שיותקפו בטענה שהם מפריים את חובות המדינה בתחום זכויות האדם. שנית, מבחינת תוכנו של החוק, יחסית לתמצות המאפיין את חוקי היסוד הקודמים בכל הנוגע לשיח זהות וערכים, המתמצה למעשה בביטוי "יהודית ודמוקרטית", חוק הלאום מתאפיין ברמת פירוט חריגה ביותר במישור זה. ריבוי ההיגדים היהודי-צנטריים הכלולים בו צפוי לזמן אפוא מגוון של שאלות פרשניות על מובניהם ותחומי חלותם, ומתבקש שאלה יעוררו מתחים הן עם ההיגדים האוניברסליסטיים של חוקי הזכויות, הן עם המבנים המשטריים הניטרליים-בעיקרם של חוקי היסוד המוסדיים. ולבסוף, מבחינת כוונתם של כמה מן המחוקקים שתמכו בחוק הלאום (אם יש לה משקל כלשהו בפרשנותו), מטרתו המוצהרת הייתה "לתקן" את המצב המשפטי שנבע מחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, כלומר מדובר בסתירה שהיא בחלקה מכוונת, ולא בתוצאה של תקלה חוקתית.

למצבים של סתירה אפשרית בין הוראות בחוקי היסוד ייתכנו שלושה מענים: מענה אחד מראש ("אקס אנטה") ושניים בדיעבד ("אקס פוסט"). המענה הראשון, שנועד למנוע מראש את היווצרותה של סתירה, הוא פרשני. בכל שיטות המשפט מקובלת הגישה שכדי להימנע ככל האפשר מסתירה, על הפרשן להתאמץ וליישב בהרמוניה הוראות שונות בשדה הנורמטיבי.<sup>83</sup> לכן, אם יש כמה פירושים להוראה

82 ראו בעת האחרונה את סעיף 3(ג) להחלטת הביניים של בית המשפט העליון בבג"ץ 2109/20 בן מאיר נ' ראש הממשלה (נבו 19.3.2020), המבקש השלמת טיעון בדבר היחס שבין סעיף 39(ד) לחוק-יסוד: הממשלה וסעיף 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכוללים הסדרים שונים זה מזה בנושא הפגיעה של תקנות שעת חירום בכבוד האדם.

83 ראו למשל בג"ץ 4676/94 מיטראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 30 (1996): "הפרשנות החוקתית צריכה לשאוף לכך שההוראות החוקתיות השונות – בין שהן במסמך אחד ובין שהן במסמכים שונים – ישתלבו זו בזו ויקדמו את האחדות ואחידות ההרמוניה החוקתית"; Antonin Scalia & Bryan A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts* 180–182 (2012).

מסוימת, ראוי לאמץ את הפירוש המתיישב עם הסכיבה הנורמטיבית ואינו מוביל לסתירה.<sup>84</sup> מוסכמה זו מבוססת על עקרון שלטון החוק ועל התביעה מן החוק שיהיה הוגן ולא שרירותי, במובן זה שלא יעמיד את נמעניו בפני הנחיות סותרות לפעולה.<sup>85</sup> בהקשר החוקתי, לחוקה נגד סתירה תפקיד נוסף, פוליטי: אם תפקיד החוקה הוא לגבש את האומה סביב אתוס נורמטיבי משותף, עליה לשאוף לקוהרנטיות ערכית, כדי שלא תהפוך למקור לפיצול ולקיטוב.

לפי גישה זו, מתבקש אפוא לפרש את חוק הלאום פירוש המתיישב ככל הניתן עם חובותיה של המדינה לפי חוקי היסוד הקודמים, ובפרט חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בה בשעה שיש לפרש את חוקי היסוד הקודמים פירוש המתיישב עם התפיסה החוקתית המבוטאת בחוק הלאום. בדוגמאות שהובאו לעיל משמעות הדברים היא, למשל, שנדרש לעשות מאמץ לפרש את מחויבות המדינה לעודד ולקדם הקמה וביסוס של התיישבות יהודית כמבטאת את מחויבותה הכללית לעודד הגעה של יהודים לארץ והשתקעותם בה, להבדיל מהקמת יישובים ייחודיים ליהודים בתוכה.<sup>86</sup> או, למשל, לפרש שהביטוי "ימי המנוחה הקבועים במדינה" מכוון לרשויות המדינה ולא לפרטים בתוכה. בה בעת, את הזכות לשוויון, שהוכר שהיא חלק מהזכות לכבוד האדם אך היקפה כזכות נגזרת טרם הוכרע, יידרש עתה לנסות לתחום באופן המכיר בהבחנות מסוימות על בסיס דת או לאום, למשל, הבחנות הנוגעות לאופיו של המרחב הציבורי, להבדיל מזכויות של פרטים מול המדינה.<sup>87</sup>

כמוכן, לא תמיד אפשר ליישב מה שנחזה כסתירה בין הוראות נורמטיביות שוות מעמד בעזרת פרשנות. המאמצים הפרשניים שהודגמו לעיל עשויים להיכשל: ייתכן שאין פירוש סביר המאפשר ליישב יישוב מלא את עקרון ההתיישבות היהודית עם איסור ההפליה המעוגן בזכות לכבוד. אכן, בית המשפט העליון קבע שניתן לפרש את מכלול הוראותיו של חוק הלאום "פרשנות מקיימת" שתיישב אותן עם המארג החוקתי הקיים.<sup>88</sup> אלא שפסיקה זו ניתנה בעתירה כללית ומופשטת, בלי שעמד לפני

84 ראו בג"ץ חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 59 לפסק הדין של הנשיאה חיות: "עקרון מרכזי המנחה אותנו בפרשנות של חוקי היסוד הוא שאיפה להגשמת הרמוניה ביניהם". לרקע עיוני, ראו למשל אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 116-118, 415-417 (החש"ג).

85 ראו למשל Brian Tamanaha, On the Rule of Law: History, Politics, Theory 92-96 (2004).

86 להצעה פרשנית ברוח זו ראו רונית לוי-שנור ואדם שנער "סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקת?" *תרבות דמוקרטית* 20, 127 (2021).

87 השוו את דעות השופטים בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002).

88 בג"ץ חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 10 לפסק הדין של הנשיאה חיות: "ניתן לפרש את חוק

בית המשפט מקרה מסוים שהציג מתח פרשני נקודתי. אם יתעורר מצב כזה, על המענה יהיה לבוא בדיעבד, כלומר אחרי שהסתירה נחשפה ונדרשת הכרעה בין חלופות נורמטיביות מתחרות. בפסיקה הוצעו שתי טכניקות עיקריות לפתרון סתירה:

מענה "אקס פוסט" אחד משתמש ביוריסטיקות הפרשניות של המשפט המקובל: דין מאוחר גובר על דין מוקדם, ודין ספציפי גובר על דין כללי.<sup>89</sup> גישה זו הוצעה בהקשר של סתירה בין חוקי יסוד בפסק דין פלוני נ' בית הדין למשמעת, שעסק במתח שבין עקרון פומביות הדין, המעוגן בסעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה, לבין הזכות לפרטיות, המעוגנת בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>90</sup> באותו מקרה קבעה השופטת דורנר בדעת יחיד, שיש לראות בהוראת הזכות הסדר כללי, ובהוראת הפומביות הסדר ספציפי המחריג את הנאמר בבית המשפט מהיקפה של הזכות לפרטיות.<sup>91</sup> ברוח זו היה אפשר לכאורה לטעון שההסדרים הספציפיים של חוק הלאום מכרסמים בהיקפן של הזכויות המוגנות באופן כללי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הקושי של דרך הפתרון הפורמליסטית הזאת ניכר: ראשית, כשאנו עוסקים בהצהרות עקרוניות על זכויות וערכים, הקביעה מהו הדין הכללי ומהו הדין הספציפי נדמית לא פחות משרירותית.<sup>92</sup> ניתן הרי לומר באותה מידה של שכנוע שעקרון ההתייחסות היהודית הוא ההסדר הכללי, ואילו הזכות לכבוד האדם היא הסדר ספציפי המחריג ממנו את כל קווי המדיניות הכרוכים בהפליה של לא-יהודים. שנית, כזכור, בהליך החקיקה נדחה במפורש הנוסח שביקש להעמיד את חוק הלאום במעמד עדיף ביחס לכל יתר חוקי היסוד<sup>93</sup> – נתון הסותר את פרשנות חוק הלאום כדין מאוחר הגובר על קודמיו. שלישית, וחשוב מכול, העדפה מכאנית של הוראה חוקתית אחת על פני אחרת אינה מתיישבת עם אופיין הכללי של נורמות חוקתיות ערכיות, שתחומי

היסוד פרשנות מקיימת העולה בקנה אחד עם חוקי היסוד האחרים, ועם העקרונות והערכים שעוגנו בהם זה מכבר"; פס' 22 לפסק הדין של השופט הנדל: "ההרמוניה החוקתית ועקרון הפרשנות המקיימת מובילים למסקנה שאין בחוק יסוד: הלאום כדי לגרוע מזכותו של אזרח שאינו יהודי לשוויון זכויות הפרט".

89 ראו למשל ברק, לעיל ה"ש 75, בעמ' 117.

90 בג"ץ 1435/03 פלוני נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 541-542 (2003).

91 שם, בעמ' 542: "הזכות לפרטיות, כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינה משתרעת אפוא על מקרים המוסדרים בסעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה".

92 ראו מיכאל בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591 (2003).

93 ראו לעיל הטקסט שליד ה"ש 34-36.

חלותן חופפים בהכרח. אכן, גישה כזאת אינה מתיישבת עם האופן שבו פותחו עד כה דיני הזכויות החוקתיות במשפט הישראלי, שבמרכזו תפיסה מרחיבה ביותר של הגדרת הזכות (למשל, שחופש הביטוי כולל גם ביטוי מסית או גזעני, או שהזכות לחירות כוללת גם את החופש להזיק). תפיסה כזאת מכירה בכך שדינים רבים יפגעו בזכויות חוקתיות, וחוקיות הפגיעה אינה נבדקת במישור היקף הזכות כאילו היה אפשר לתחום אותו שלא יעמוד בסתירה עם ערכים אחרים, אלא במישור הצידוק לפגיעה בה, באמצעות מבחני איזון ומידתיות.<sup>94</sup>

הביקורות האלה עמדו ביסוד עמדתו של הנשיא ברק בפסק הדין בעניין פלונית,<sup>95</sup> ובכתיבתו האקדמית הענפה בנושא. ברק מסביר שכללי הברירה הפורמליים מועילים רק במצבים של סתירות בין כללים, אך לא במצבי סתירה בין עקרונות. מתוך הגישה המרחיבה הזאת בפירושם של היגדים ערכיים ברמה החוקתית, ברק מציע להכיר בכך שתיתכנה סתירות מגוונות בין עקרונות חוקתיים, ושהפתרון לסתירות אלו הוא במסגרת בדיקת הצידוק לפגיעה באותם העקרונות במישור התת-חוקתי, למשל באמצעות מבחניה של פסקת ההגבלה.<sup>96</sup> יתרון הגישה הזאת כפול: מצד אחד הוא חוסך הכרעה מופשטת ובינארית, כבמשחק סכום אפס, בין תחומי החלות של עקרונות שונים בחוקה; ומצד שני הוא מחייב בירור מהותי של שיקולי המדיניות ושל הצידוקים הערכיים שביסוד העקרונות החוקתיים, כפי שהם מיושמים בהסדר נתון המונח לפני הפרשן. מסיבות אלו זכתה גישה זו לתמיכה בספרות המחקר,<sup>97</sup> והיא אומצה בידי הנשיאה חיות בפסק דינה בעתירות שעסקו בחוקתיותו של חוק הלאום.<sup>98</sup> אכן, נראה שלגישה זו הפוטנציאל המעשי ביותר ליישוב סתירות מן הסוג שהודגם לעיל בין התוצאות המשפטיות של חוק הלאום לתוצאות המשפטיות של חוקי היסוד שקדמו לו. משמעות הדבר היא שהכנסת תידרש להתנסות בחקיקה

94 ראו משה כהן-אליה "מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק" משפט ועסקים טו 317, 326-327 (החשע"ב).

95 בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 90, בעמ' 537-540.

96 ראו למשל אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 119, 129 (החשע"ב): "במישור החוקתי כל אינטרס ציבורי וכל זכות חוקתית נשארים בהיקף שניתן להם על-פי הפרשנות התכליתית, בלא התחשבות בהתנגשות האפשרית. 'פתרונם של ניגודים אלה הוא בהשארת הניגוד ברמה החוקתית תוך קביעת מידתה של ההגנה הניתנת לזכויות [...] ברמה של חקיקה רגילה [...] החייבת לקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה'" (הציטוטים מבג"ץ פלונית, שם).

97 ראו למשל ברק מדינה והגר שגב "התנגשות' בין זכויות: אפיון מחדש של איזון אנכי ואופקי" משפטים מו 535, 596 (החשע"ב); מיכאל בירנהק "חשיפה מקוונת וחשיפה משפטית: על פרטיות ופומביות של פסקי דין ברשת" משפטים מח 31, 40 (החשע"ט).

98 בג"ץ חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 49 לפסק הדין של הנשיאה חיות. ראו גם פס' 16 לפסק הדין של השופט מינץ.



ליישום חוק הלאום בלא היתר אפריורי לפגוע בזכויות חוקתיות. משייבחר הסדר מסוים יהיה אפשר לבחון באורח הקשרי את עוצמת הפגיעה שלו בזכות החוקתית לעומת מידת הנחיצות שלו למימוש העיקרון החוקתי ולהכריע בדבר חוקתיותו, מתוך הנחה של שקילות במעמד הנורמטיבי של כל חוקי היסוד, וחוק הלאום בכללם. בירור זה יידרש לנוסחת איזון כלשהי – נושאו של החלק הבא.

**2.3. מה דין פגיעה של הוראה תת-חוקתית בהוראות חוק הלאום?**  
כפי שכבר צוין, למעט שריון נומינלי, אין בחוק הלאום כל הוראה הקובעת מפורשות את מקומו במדרג החוקתי או מסמנת שמעמדו עליון על חקיקה רגילה. עם זאת, כפי שהוסבר, גישה של קוהרנטיות

חוקתית מצדיקה לראות בו נורמה במעמד זהה למעמדם של חוקי היסוד שקדמו לו, ובמשפט הישראלי כבר הוכר שהם עליונים ביחס לחקיקה רגילה של הכנסת ולחקיקת משנה. לנוכח זאת מתעוררת השאלה: מה דינה של חקיקה תת-חוקתית שייטען כי היא פוגעת באמור בחוק הלאום? טענות לפגיעה בהסדריו של חוק הלאום יכולות להיטען בנסיבות מגוונות. ניתן לחשוב, למשל, על חוק שיאסור על שימוש בשפה הערבית במוסדות המדינה; על חוק שיגדיר מחדש מיהו יהודי לצורך שבות; על חוק שיבטל את סמכות השיפוט של ישראל בעבירות נגד העם היהודי; על חוק שיאסור התיישבות מופרדת לפי דת או לאום בישראל; על רשות שלטונית שתשתמש רק בלוח הלועזי לניהול ענייניה; על חוק שיחייב הפעלתה של תחבורה ציבורית בשבת, וכדומה. בכל המקרים האלה צפוי שיועלו טענות בדבר סתירה בין הפעולות השלטוניות הללו לבין חוק הלאום. מה דינן?

חוק הלאום אינו קובע כל הסדר באשר לתוקפם של דינים תת-חוקתיים הפוגעים בהסדריו. מן הנתון הזה תיתכנה שתי מסקנות, האחת בלתי סבירה, השנייה סבירה גם אם מורכבת.

האפשרות הראשונה היא שהוראות חוק הלאום פשוט אינן ניתנות לפגיעה או לסתירה ברמה התת-חוקתית. כלומר, כל חקיקה תת-חוקתית הסותרת הוראה כלשהי מהוראותיו של חוק הלאום (לפי פירוש הנכון) – בטלה. מסקנה זו אינה סבירה מבחינה דוקטרינרית לנוכח הלשון הערכית הרחבה והכללית המאפיינת את הוראות חוק הלאום, ואף אינה הולמת את התפתחות הדוקטרינה במצבים האלה במשפט הישראלי. גם אם ניתן לטעון שאין להתיר פגיעה תת-חוקתית, אפילו מוצדקת, בהוראות הקובעות כללים מובהקים בחוקה (כמו רבות מן ההוראות המוסדרות

וההליכיות הנוגעות למבנה המשטר),<sup>99</sup> אין לקבל עמדה כזאת ביחס לנורמות חוקתיות המנוסחות כעקרונות. קשה ביותר – ולמעשה ספק אם אפשר אף כעניין מושגי – לנסח עיקרון חוקתי, כמו היגד זכותני או ערכי, שיישומו לא יחייב איזון עם אינטרסים או עם זכויות מתחרים כדי לקבוע את תחום חלותו או את הצדקת הסטייה ממנו.<sup>100</sup> שיטות משפט למיניהן מבטאות את הרעיון הזה בדרכים מגוונות – בין באמצעות החלת הסדר הגבלה הקובע מבחן לצידוק הפגיעה בעיקרון חוקתי,<sup>101</sup> בין באמצעות הותרת שיקול הדעת לרשויות קובעות המדיניות באשר לאופן יישום העיקרון,<sup>102</sup> ובין באמצעות הגדרת העיקרון החוקתי או פירושו פירוש נסיבתי, כך שיוחרגו ממנו תחומים שבהם לא ראוי שיפעל.<sup>103</sup>

עיון בחוק הלאום מלמד שכמעט כל הוראותיו הן עקרונות חוקתיים ולא כללים. חריג יחיד הוא אולי סעיף 2, המגדיר בפירוט את סמלי המדינה, ולכאורה יישומו נגזר מן הלשון המפורשת של החוק ואינו מצריך שיקול נורמטיבי כדי להגדיר את החובות שהוא יוצר; אף שניתן לתהות מה דין חקיקה שתבקש, למשל, להוסיף לסמל המדינה את המילה *إسرائيل* ("ישראל" בערבית) לצד השם העברי, מתחת למנורת שבעת הקנים;<sup>104</sup> או להוסיף בית חדש להמנון "התקווה".<sup>105</sup> מכל מקום, כל יתר ההוראות קובעות עקרונות, שיידרש איזון נורמטיבי מורכב כדי לקבוע את תוכנם או את אפשרויות הסטייה מהם.

99 ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ 595, 609–610 (2017).

100 ראו למשל Robert Alexy, *Proportionality, Constitutional Law, and Sub-Constitutional Law: A Reply to Aharon Barak*, 16 (3) *ICon* 871, 872 (2018): "Principles, each taken alone, always comprise merely prima facie requirements. The determination of the appropriate degree of satisfaction of one principle relative to the requirements of other principles is brought about by means of balancing"

101 למשל סעיף 36 לחוקת דרום אפריקה; סעיף 1 לצ'רטר הקנדי.

102 למשל סעיף 26(2) לחוקת דרום אפריקה.

103 למשל סעיף 5(2) לחוקת גרמניה; או הגישה המקובלת לפרשנות הזכויות הקבועות בחוקת ארצות הברית.

104 ראו למשל פרוטוקול ישיבה 128 של ועדת החוקה, חוק ומשפט שבחנה כוועדה להכנת חוקה, הכנסת ה-17 (4.2.2007).

105 ראו למשל "התקווה 2: מבקרת המדינה לשעבר מציעה להוסיף בית להמנון" וואלה! news 14.9.2000; רעות וילף "מס' 10 במרצ: להוסיף בית להמנון התקווה" 12.2.2015 nrg.

האפשרות השנייה היא אפוא פיתוח גישה פרשנית לחוק הלאום, שתאפשר הפעלה של איזון נורמטיבי באשר לשאלות יישומו ברמה התת-חוקתית. גישה זו בוטאה במשפט הישראלי ברעיון "פסקת ההגבלה המשתמעת" (או "השיפוטית"). במסגרת המאמץ של בית המשפט העליון לנהוג שיטתיות ביחסו לכל חוקי היסוד, כפרקים אחודים בחוקה קוהרנטית, בכמה מקרים הקישו שופטיו מפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד בדבר זכויות האדם לשם בדיקת תוקפן של נורמות תת-חוקתיות שנטען שפגעו בהוראות מחוקי היסוד המוסדיים: שעליהן להלום את ערכיה של מדינת ישראל, להיות לתכלית ראויה, ולפגוע בעיקרון החוקתי רק במידה שאינה עולה על הנדרש.<sup>106</sup> רעיון זה הוכר בשורה של פסקי דין ודעות יחיד המגלים עקביות, אף שהם טרם אומצו כמדומה כהלכה שרירה ומובהקת, ומעולם לא בוטל במשפטנו חוק שסתר הוראה בחוק יסוד מוסדי משום שלא עמד בתנאי של פסקת ההגבלה המשתמעת.<sup>107</sup>

אם כן, האם פסקת ההגבלה המשתמעת חלה גם בחוק הלאום? לפי הגיון הדוקטרינה, נראה שהתשובה חיובית. בהיעדר הוראת עליונות מוחלטת, ולנוכח אופיו הרווי בהיגדים עקרוניים-כלליים, פסקת הגבלה משתמעת היא האמצעי המתבקש במשפט הישראלי לשימור יכולתן של הרשויות הפוליטיות לאזן בין הוראות חוק הלאום ליתר הערכים, האינטרסים והזכויות שהמשפט החוקתי הישראלי מכיל. החלה של פסקת הגבלה משתמעת מתיישבת גם עם ההפניות החוזרות בחוק הלאום לקביעת פרטיו "בחוק" – והגיוני שהפניות אלו לא נועדו לאפשר חוקים שיסתרו את חוק הלאום ללא כל הגבלה.

אכן, עד כה נדונה פסקת ההגבלה המשתמעת כמעט רק בהקשר של הפגיעה בהוראות מוסדיות בעלות יסוד זכותני – עקרון השוויון בבחירות לפי סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת,<sup>108</sup> או עקרון הפומביות בהליך המשפטי לפי סעיף 3 לחוק-יסוד: השיטה<sup>109</sup> –

106 פסק הדין הבולט במסורת זו הוא ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793, 811-812 (2003). לסיכום כלל הפסיקה בנושא זה, המסיק ממנה התגבשותה של הלכה מוסכמת, ראו אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא 77 (2015).

107 השוו בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750, 755-756 (2003) (קביעה, בהקשר של חוק יסוד מוסדי, ש"אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראת חוק יסוד אלא אם כן הדבר מתאפשר על-ידי פסקת ההגבלה", אך פסיקה על בטלות ההוראה הפוגעת מבלי לקיים ניתוח של פסקת ההגבלה). ראו מרגית כהן "אחרי עשרים שנה": הרהורים על מוסכמות מקובלות בשיח המידתי "משפט וממשל יט 229, 256-262 (החשע"ח).

108 ראו בעיקר ע"ב מופז, לעיל ה"ש 106; וביתר הרחבה דעת המיעוט של השופט ג'ובראן בבג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו) 12.3.2015.

109 ראו בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 90.

אך מבחינה אנליטית הוראות אלו שקולות להוראות חוק הלאום בכטאן עקרונות רחבים שיצריכו איוון בשלב הבחינה של תוקפן של נורמות תת-חוקתיות.<sup>110</sup>

**2.4. חוק הלאום** האם חוק הלאום משפיע על ניתוח התנאי השלישי של פסקת ההגבלה בחוקי היסוד בדבר זכויות אדם, שלפיו חקיקה הפוגעת בזכויות נדרשת להיות "לתכלית ראויה"? טענה מסוג זה עשויה להיות מוסבת הן על המתודה לזיהוי תכליתו של מעשה שלטוני, הן על השיקולים לקביעה אם התכלית שזוהתה ראויה.

המתודה לזיהוי תכליתו של דבר חקיקה היא, כידוע, נושא מורכב ושנוי במחלוקת, המתקשר לשאלות רחבות הן של תורת משפט ושל הרמנויטיקה, הן של כשירות ושל לגיטימיות שיפוטית. במסורת הפסיקתית בישראל, הנסמכת על תורת הפרשנות התכליתית של הנשיא ברק, מקובלת הגישה ולפיה במתן מובן לדבר חקיקה יש להתחשב הן בתכלית הסובייקטיבית (או הספציפית) שלו, שעניינה "המטרה הספציפית שביקש המחוקק להגשים באמצעות החוק", הן בתכלית האובייקטיבית (או הכללית), שבה מגולמים "עקרונות היסוד של השיטה המשפטית".<sup>111</sup> התכלית הסובייקטיבית של דבר חקיקה נלמדת בעיקר מחומרי החקיקה ומן ההקשר ההיסטורי שבו הוא נחקק, ואילו התכלית האובייקטיבית מתייחסת לערכים החוקתיים של המדינה, כפי שהם ניבטים ממכלול הטקסטים החוקתיים ומהמחויבויות הערכיות שמערכת המשפט גיבשה לאורך השנים.<sup>112</sup>

חוק הלאום עשוי להשפיע על שני מישורי התכלית. ראשית, הוא צפוי להיות מקור לתכליות סובייקטיביות חדשות. כזכור החוק כולל הנחיות ליישום בחקיקה או במאמץ שלטוני, ומתבקש שהכנסת והממשלה תיגשנה בשלב כלשהו למימוש המחויבויות החדשות הנכללות בו. במצבים שבהם תהיה התלבטות באשר לתכלית

110 ראו גם את דברי השופט לוי בבג"ץ חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 49, בעמ' 706-707: "מוכן הייתי להניח כי פסקת הגבלה, כדמותה השגורה במשפטנו החוקתי, כוחה יהא יפה בהתווית גבולותיה של ההגנה על כל אותם ערכים חוקתיים, לאמור - גם על ערכים חוקתיים המבטאים אינטרס ציבורי חשוב שאין ענינו בזכויות", וכן דברי הנשיאה ביניש, שם, בעמ' 613: שרון וינטל, "פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים" מאזני משפט ט 177 (התשע"ד). לדעה נוגדת, המעוגנת בעיקר בגבולות הפוזיטיביים של פיתוח הדוקטרינה עד כה, ראו אריאל בנדור "בשלוח ועוד" משפטים על אתר ח 33, 44-45 ה"ש 56 (התשע"ו).

111 בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 30 (נבו 8.10.2017).

112 ראו רזניק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 74-75.

הסובייקטיבית של מעשה שלטוני, העובדה שקיימת ברקע המעשה הנחיה חוקתית מפורשת עשויה להשפיע על זיהוי התכלית. המקרה הידוע בהקשר זה הוא החקיקה בעניין "איחוד משפחות" (איסור כניסה והתאזרחות של בני זוג של ערבים אזרחי ישראל מיהודה, שומרון ועזה), ששרדה ביקורת חוקתית על חודו של קול בשני הרכבים מורחבים של בג"ץ.<sup>113</sup> בשני פסקי הדין דבקו רוב השופטים בהצהרתם של נציגי המדינה, שלפיה תכלית החוק היא ביטחונית – מניעת חדירתם של פעילי טרור במסווה של נישואים – וביססו על תכלית זו את ניתוח פסקת ההגבלה. בית המשפט מיאן, באופן מלאכותי למדי, להתחשב בטיעונים ובראיות שהעידו שלפחות את חלק מהמחוקקים העסיקה "התכלית הדמוגרפית" – מניעת הגירה לא מבוקרת של לא-יהודים לשטח ישראל. חוק הלאום, אם יפורש כמעגן ציפיה לקיומו של רוב יהודי יציב בישראל,<sup>114</sup> יכול להיות מובן כמקור חדש לתכלית חקיקתית דמוגרפית.

שנית, כפי שראינו, חוק הלאום מתייחד בעושר הלשון הערכית שלו. ניתן אפוא לצפות שתכניו יוסיפו משקל ליסודות הלאומיים-יהודיים של התכלית האובייקטיבית (הכללית) של החקיקה בישראל, ובדרך זו ישפיעו על המובן שיינתן לחוקים שאפשר לפרשם בדרכים שונות.<sup>115</sup> עם זאת, היות שרעיון התכלית האובייקטיבית הוגדרה רחבה כל כך בדוקטרינה הפרשנית הישראלית, הוא אפשר ממילא לשופטים שונים למלא אותו בתוכן ערכי מגוון, כולל כזה הנגזר מזהותה של ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית". לכן מדויק יותר לשער שחוק הלאום יקל על שופטים המבקשים להצדיק הדגשה של יסוד הזהות הלאומית בפרשנות החקיקה הישראלית, גם אם ההסתמכות עליו אינה הכרחית להשגת תוצאה זו.

בה בעת, חוק הלאום, הנותן לגיטימציה חוקתית מפורשת לשורה של היבטים בזהות היהודית של המדינה, עשוי להשפיע גם על הקביעה אם תכליות כאלה ואחרות של דברי חקיקה הן תכליות ראיות. אומנם אין מדובר בהשפעה דרמטית. ראשית, כפי שצוין, רבים מההיגדים הנכללים בחוק הלאום מתיישבים עם המובן הכללי שניתן כבר במשפט הישראלי לרעיון המדינה היהודית, ומכאן שעיקר התכליות הנלמדות ממנו נחשבות מן הסתם "ראויות" לעניין פסקת ההגבלה. שנית, בדוקטרינה החוקתית הישראלית ממילא הציב מבחן התכלית הראויה רף נמוך, שנקל היה לעבור אותו, ובלבד שהוצגה תכלית שניתן ליישבה, ברמת הפשטה כלשהי, עם איזה מערכי היסוד של המדינה או המחויבויות הערכיות הבסיסיות שלה. ובכל זאת, כפי שראינו, בית

113 בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד טא(2) 202 (2006); בג"ץ גלאון, לעיל ה"ש 61.

114 ראו אהרונסון, לעיל ה"ש 2.

115 ציפיה זו היא טעם מרכזי לתמיכה בחוק הלאום אצל בקשי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 24-26, 34-36.

המשפט העליון העדיף בעבר שלא לעסוק בתכליות המעוררות קשיים לתאוריית הזכויות הליברלית, דוגמת "התכלית הדמוגרפית". כך, אף שהפסיקה הכירה ברוב היהודי כערך מתבקש במדינה יהודית, היא נמנעה עד כה – וניתן להבין מדוע – להגדירה כ"תכלית" ולקבוע לכן אילו דרכים רשאית המדינה לנקוט כדי לממשה, אם בכלל.<sup>116</sup> אם וכאשר תעמודנה תכליות כאלה לביקורת שיפוטית בעתיד, קביעות מן הסוג המופיע בסעיפים 1(ג), 4(א), או 7 לחוק הלאום עשויות להשפיע על הקביעה אם הן ראויות.

**2.5. הוראות חוזרות בחוק הלאום**  
 כמחצית מסעיפי חוק הלאום חוזרים על הוראות הקיימות כבר בחקיקה הישראלית, לעיתים באותה לשון ממש, ולכאורה אין בהם חידוש. המשמעות הכללית של מאפיין זה של חוק הלאום נדונה לעיל.<sup>117</sup> המשמעות הנקודתית של החזרות בהקשרים השונים, רובן של הסדרים בחקיקה תת-חוקתית, תידון בפרקים אחרים בקובץ זה. עם זאת, שתיים מהחזרות מעוררות שאלות שעניינן היחס בין חוק הלאום לחוקי יסוד קודמים:

(א) **בירת המדינה.** לשונו של סעיף 3 לחוק הלאום זהה ללשון סעיף 1 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל (להלן: חוק ירושלים): "ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל". מן ההיסטוריה החקיקתית ניכר שהכפילות היא תוצאה של האופי המקוטע של החקיקה החוקתית הישראלית, ולא של מטרה משפטית כלשהי;<sup>118</sup> למנסחי חוק הלאום היה חשוב שייאמר בו שירושלים היא בירת ישראל, ולשם כך נבחרה הלשון המופיעה בחוק ירושלים, דווקא כדי שלא לרמוז לעדכון כלשהו בתפיסה המשפטית בנושא זה. הצעות הייעוץ המשפטי למחוק את סעיף 1 מחוק ירושלים, או להוסיף הפניה לחוק היסוד הזה בסיפא של סעיף 3 לחוק הלאום,<sup>119</sup> נדחו על ידי המחוקקים. לכפילות שנתררה עשויות להיות כמה משמעויות משפטיות.

116 ראו גם אורי אהרונסון "חופש המימון' והמשפט החוקתי: הערות על פסק הדין של בג"ץ בנושא מבחני התמיכה" ICION-S-IL Blog (24.5.2020), (על נטייתו של בית המשפט העליון להימנע מזיהוי תכליות שבמחלוקת אידאולוגית).

117 ראו לעיל הטקסט שליד ה"ש 7, 32-33.

118 ראו למשל דברי יו"ר הוועדה, ח"כ אמיר אוחנה, פרוטוקול ישיבה 4 של הוועדה המשותפת, 66 (23.10.2017): "אילו היינו עכשיו מחוקקים חוקה, בוודאי לא היינו חוזרים על אחו סעיף פעמיים".

119 ראו שם, בעמ' 56-65.

ראשית, סעיף 1 לחוק ירושלים הוא פתיח הצהרתי לרצף של הסדרים מפורטים הממלאים את ההצהרה הזאת בתוכן מוסדי ונורמטיבי, כמו רבים מחוקי היסוד המוסדיים האחרים, הפותחים אף הם בהגדרה עקרונית קצרה ופונים אחריה לפירוט הסמכויות של המוסד בסעיפים העוקבים.<sup>120</sup> לעומת זאת, סעיף 3 לחוק הלאום עומד לעצמו ללא הסבר. מתבקש אפוא להבין שתוכנו המשפטי ממולא בהוראות חוק ירושלים. הלשון הזוהה של שני הסעיפים, והגישה הפרשנית השואפת לקוהרנטיות חוקתית, מצדיקות עמדה זו. בה בעת, יש להבחין, למשל, שסעיף 5 לחוק ירושלים קובע כיצד נקבעים גבולות העיר "לעניין חוקי-יסוד זה". האם גבולות "ירושלים השלמה והמאוחדת" לעניין חוק הלאום עשויים להיות אחרים? בשאלה נקודתית זו עוסק הפרק של יעל רונן בקובץ זה.<sup>121</sup> ככלל יש להבחין שככל שהחקיקה החוקתית הישראלית מסתעפת, כך רבות השאלות מסוג זה והצורך בכינון חוקה שלמה שתיישבן – מתחדר.

שנית, סעיף 11 לחוק הלאום קובע שכל הוראותיו משוריינות, כלומר שינויין מחייב הצבעת רוב של חברי הכנסת. סעיף 1 לחוק ירושלים, לעומת זאת, אינו משוריין, וניתן לשנותו בכל רוב בכנסת.<sup>122</sup> ייתכן אפוא מצב שבו רוב רגיל בכנסת ישנה את הגדרתה של בירת ישראל בחוק ירושלים, אך זו תיוותר בחוק הלאום. להבדיל ממצבים אחרים של סתירה רעיונית בין חוק הלאום לחוקי יסוד אחרים, שהמענה להם יינתן ברגיל במישור התת-חוקתי,<sup>123</sup> כאן ידובר לכאורה בסתירה לשונית ישירה בתוך הטקסט החוקתי, בין שתי הגדרות של אותו דבר ממש – מקומה או אופייה של בירת ישראל – ותידרש הכרעה במקרי מחלוקת בדבר עלינותו של הסדר אחד על האחר. במישור המשפטי הפורמלי, תיקון כזה לחוק ירושלים יהיה מאוחר לחוק הלאום ולכן אפשר לפרש שהוא גובר עליו. ייתכן, עם זאת, גם יישוב פרשני של מתח כזה – למשל בקביעה שהביטוי "ירושלים השלמה והמאוחדת" בחוק הלאום יתפרש לפי הגדרת תחום הבירה בחוק ירושלים, תהא אשר תהא הגדרה זו.<sup>124</sup>

120 כך מנוסחים חוקי-יסוד: הכנסת, חוקי-יסוד: הממשלה, חוקי-יסוד: נשיא המדינה, חוקי-יסוד: הצבא, וחוקי-יסוד: מבקר המדינה.

121 יעל רונן "ירושלים, דיבורים סביבה לה", בקובץ זה.

122 זאת להבדיל מסעיף 6 לחוק ירושלים, שלו הסדר שריון ייחודי הקבוע בסעיף 7.

123 ראו לעיל הטקסט שליד ה"ש 95-98.

124 ראו רונן, לעיל ה"ש 121, המדגישה ששינוי גבולותיה בפועל של ירושלים מחייב רוב מיוחד ההולם את השריון הקבוע גם בחוק הלאום.

(ב) קיבוץ גלויות. סעיף 5 לחוק הלאום קובע ש"המדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות". בולט שלשון זו נלקחה מן ההכרזה על הקמת המדינה ("מדינת ישראל תהא פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות"), ולא – בניגוד להוראות אחרות בחוק הלאום – מן הלשון החקיקתית המסדירה נושא זה, כלומר מחוק השבות, תש"י-1950 (להלן: חוק השבות). בחירה זו עשויה לעורר שאלות פרשניות מגוונות, למשל, מה כוחה של ההגדרה התת-חוקתית של "יהודי" בסעיף 4ב לחוק השבות במתן מובן לביטוי החוקתי "עלייה יהודית" בחוק הלאום. שאלה זו ואחרות יידונו בפרקים הנוגעים לסעיף 5 בחוק.

במישור היחס שבין חוק הלאום לחוקי היסוד הקודמים עשויה להתעורר שאלה בדבר היחס שבין סעיף 5 לחוק הלאום לסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעניינו שמירת דינים. כידוע, ההוראה בדבר שמירת הדינים שולבה בחוק היסוד ב-1992 בעיקר כדי לשמור את משטר הנישואים והגירושים הישראלי, הפוגע במגוון זכויות ליברליות.<sup>125</sup> אך תחולתו הרחבה של סעיף 10 יצרה הבחנה שרירותית בין מכלול החקיקה שקדמה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לזו שנוצרה אחריו, והקנתה הגנה גורפת לחקיקה הישנה מפני ביקורת זכותנית. בחוקים הנהנים מהגנה זו נמנה גם חוק השבות,<sup>126</sup> שמעמדו כאחד "מחוקי-השתיה של מדינת ישראל"<sup>127</sup> אינו גורע מן הטענות המוכרות על ההיבט המפלה שלו כלפי קבוצות שונות של ישראלים, יהודים ולא-יהודים<sup>128</sup> – טענות שהיה אפשר להימנע מבירוורן במישור החוקתי הודות לשמירת הדינים.

אלא דומה שכעת לעקרון השבות יש בפעם הראשונה עוגן משפטי חוקתי, הקובע את חובת המדינה להיפתח לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות: זהו סעיף 5 לחוק הלאום, ולפי הגיון ההיררכיה הנורמטיבית המנחה את השיטה החוקתית הישראלית לפחות מאז "המהפכה החוקתית", נראה שחוק השבות יונק כיום את תוקפו מן ההוראה החוקתית הקובעת את העיקרון שהוא מסדיר. האם משמעות הדבר היא שהחקיקה

125 ראו בג"ץ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' משרד הפנים, פס' לג-לה (נבו) 31.8.2017.

126 ראו נעמה כרמי "דינו כדין מי שעלה לפי חוק זה": המבוי הסתום של פרשת סטמקה, תכליתו של חוק השבות והזיקה בין שבות לאזרחות" משפט וממשל י 151, 171 ה"ש 63 (התשס"ז).

127 דברי ראש הממשלה דוד בן-גוריון בהציגו את חוק השבות לקריאה ראשונה בכנסת, ד"כ 1950, עמ' 2036.

128 ראו למשל יוסף ג'בארין "על מעמדו החוקתי של המיעוט הערבי בישראל: הצעה חדשה לסדר" מדינה וחברה 7, 105, 110 (2010).



המיישמת את ההוראה החוקתית נחשבת גם היא חדשה ואינה כפופה עוד לשמירת הדינים? במילים אחרות, הייתכן שעיון עקרון השבות בחוק הלאום שלל מחוק השבות את החסינות מביקורת חוקתית שהקנתה לו שמירת הדינים בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו?

אפשרות כזאת טרם נדונה בפסיקת בית המשפט העליון. בכתיבתו האקדמית המאוחרת דן אהרן ברק במצב אנלוגי, שבו פירושו של חוק מסמך ישן משתנה בעקבות חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. במצב זה, תקנות שנחקקו לפי הפירוש הישן עשויות לסתור את הפירוש החדש שניתן לחוק המסמך, המתחשב בחקיקת הזכויות. ברק שואל אם במצב כזה התקנות, שהיו תקפות לפי הפירוש הישן אך חורגות מן ההסמכה לפי הפירוש החדש, עומדות בתוקפן. תשובתו שלילית; לדעתו הן בטלות.<sup>129</sup> והנמשל: אם יש להבין את חוק הלאום כחוק יסוד מסמך חדש לחקיקה ותיקה בנושא השבות, אפשר שהתוקף שניתן לה מכוח שמירת הדינים שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו לא יעמוד לה עוד. לפי הניתוח הזה, חוק השבות חשוף כעת לביקורת חוקתית מכוח חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

זהו מהלך אפשרי, והוא מתיישב עם הגישה הרואה בשמירת הדינים "אנומליה נורמטיבית" שיש לצמצם את פגיעתה במסגרת האפשר. עם זאת, יש לו מגבלות. ראשית, סעיף 5 לחוק הלאום אינו מורה שפרטיו "ייקבעו בחוק", ולכן אפשר להבין שהוא קובע עיקרון ולא יוצר מקור תוקף משפטי לחקיקה מיישמת. כך במיוחד לנוכח הניגוד לסעיפים אחרים בחוק הלאום, שמהנחייתם המפורשת לקביעת פרטים בחוק משתמעת בבירור הפניה לחקיקה קיימת זה מכבר – למשל סעיף 2(ה) לעניין סמלי המדינה (שפרטיהם קבועים בחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, תש"ט-1949), סעיף 8 סיפא לעניין הלוחות הרשמיים (שפרטיהם קבועים בחוק השימוש בתאריך העברי, התשנ"ח-1998), או סעיף 10 סיפא לעניין ימי מנוחה (שפרטיהם קבועים בחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951).<sup>131</sup>

129 אהרן ברק "שמירת דינים" ספר דורית ביניש 413, 426-427 (קרן אזולאי ואח' עורכים 2018).

130 שם, בעמ' 415; דעת היחיד של השופט ברון בבג"ץ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' משרד הפנים, פס' 3 (נבו 2017.8.31).

131 ההפניה הרביעית בחוק הלאום להסדרת נושא בחוק מופיעה בסעיף 4(ב), לעניין השימוש בשפה הערבית במוסדות ממלכתיים או בפניהם. עניין זה, בניגוד לאחרים, אינו מוסדר כיום בחוק, וניתן לשאול אם חוק הלאום יצר חובה חוקתית חדשה לחוקק הסדר בנושא זה. ראו באופן כללי, רונן פוליאק "סעד החובה לחוקק: הצעה למתווה הדרגתי" משפטים 675 (2017).

שנית, גם אם יעמוד כעת חוק השבות לבחינה חוקתית כנגד חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לזכור שכעת כולל השדה החוקתי גם את חוק הלאום עצמו, ואם ימצא שחוק השבות פוגע בזכויות המעוגנות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שתכלית הפגיעה ומידתיותה ייבחנו מתוך התחשבות בהנחיה החוקתית שחוק השבות בא לקדם. יידרש כאן אפוא ניתוח במתכונת שהותוותה בחלקים הקודמים של פרק זה.

**2.6. חוק הלאום והתחולה הטריטוריאלית של חקיקת היסוד**  
 חקיקת היסוד הישראלית כוללת שורה של היגדים "טריטוריאליים", כלומר התייחסויות מסוג כזה או אחר לנושאי גבול או מקום. חוק־יסוד: מקרקעי ישראל קובע הגבלות על העברת מקרקעים המצויים "בישראל". גבולותיה של בירת ישראל נדונים בחוק ירושלים, שהוזכר לעיל, הן במרומז ("השלמה והמאוחדת"), הן במפורש ("תחום ירושלים"). חוק־יסוד: משאל עם קובע הליך מיוחד לאישור החלטה של ממשלת ישראל שהמשפט, השיפוט והמינהל של המדינה לא יחולו "על שטח שהם חלים בו". עם זאת, שום חוק יסוד לא קבע עד כה הוראה בדבר שטחה הכללי של המדינה.

חוק הלאום, לעומת זאת, מתייחד בהיגד המתייחס להיקפה של המדינה. סעיף 1(א) קובע ש"ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי, שבה קמה מדינת ישראל". נוסחו של סעיף זה מעורר שאלה ממוקדת במישור היחס בין חוק הלאום לחוקי היסוד האחרים, שעניינה היקף התחולה הטריטוריאלית של חקיקת היסוד הישראלית בכלל, ובשטחים שבשליטתה ביהודה ושומרון בפרט.<sup>132</sup> האם חולל סעיף 1(א) שינוי בדיני התחולה הטריטוריאלית של חקיקת היסוד הישראלית?

על רקע התפתחות הפסיקה בנושא זה ביחס לחוקי היסוד הקודמים, חשיבותה של השאלה מוגבלת. אף שהוגשו לבית המשפט העליון כמה עתירות שביקשו להחיל זכויות מכוח חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו גם על פעילות המדינה ב"שטחים", הוא נמנע בעקביות מקביעת מסמרות בשאלה זו, אך בכל זאת מצא דרכים להחלה משמעותית של הזכויות במקרים מגוונים. כך, בפסק הדין שבו ביטל בית המשפט העליון רכיבים מסוימים בהסדר הפיצויים למפונים הישראלים בתוכנית ההתנתקות

132 ראו ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי־היסוד" *משפט וממשל* יב 145 (התש"ע); יעל רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית" *שערי משפט* ז 149 (2014); Adam Shinar, *Israel's External Constitution: Friends, Enemies, and the Constitutional/Administrative Law Distinction*, 57 Va. J. Int'l L. 735 (2018).

נקבע שחוק היסוד חל בתחולה פרסונלית על אזרחי ישראל שבשליטתה, ולכן לא נדרשה הכרעה בדבר התחולה החוץ-טריטוריאלית שלו;<sup>133</sup> בפסק הדין שבו ביטל הוראת חוק שפטרה את המדינה מאחריות לנזקים שגרמו כוחות הביטחון באזור עימות, קבע בית המשפט שחוק היסוד מקנה זכויות בתוך ישראל לפלסטינים התובעים בבתי המשפט שלה, ולכן אין צורך להכריע בשאלת תחולתו ב"שטחים";<sup>134</sup> ואפילו בפסק הדין שביטל את החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון (להלן: חוק ההסדרה) – שלפי פשוטו יצר תוצאות משפטיות קנייניות עבור פלסטינים ביחס למקרקעין באותם אזורים – הסתפק בית המשפט בקביעה שהכנסת כפופה לחוק היסוד במעשה החקיקה, תהא אשר תהא התחולה הטריטוריאלית של חוקיה.<sup>135</sup>

וראי לאחר קביעתו של בית המשפט העליון בעניין חוק ההסדרה, שהכנסת (וממילא יתר רשויות השלטון) כפופות לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו גם כשהיא מחוקקת ל"שטחים", נדמה פשוט שכשמדינת ישראל פועלת ביהודה ושומרון היא כפופה גם להוראות חוק הלאום בדבר סמליה, בירתה, שפתה, הלוח הרשמי שלה וימי החג, הזיכרון והמנוחה החלים בה – באותה המידה שהיא כפופה בפעולותיה באזורים האלה לחוקי היסוד המוסדיים המסדירים את סמכויות הממשלה והצבא, את תקציב המדינה או את הליך החקיקה בכנסת. ככל הנוגע לחוק הלאום, היקף השאלה המעשית מוגבל אפוא לאותן הוראות שניתן להבינן כמטילות חובות או משימות על המדינה, ומעוררות לכן את השאלה אם חובות או משימות אלו חלות גם בשטחי "ארץ ישראל" שמחוץ לגבולותיה של "מדינת ישראל". כך, אפשר לשאול אם הסדרת השימוש בשפה הערבית במוסדות ממלכתיים (סעיף 4(ב)) דרושה גם במגעיו של זה"ל עם האוכלוסייה האזרחית הפלסטינית ביהודה ושומרון;<sup>136</sup> ובעיקר אם מחויבות המדינה לעודד ולקדם הקמה וביסוס של התיישבות יהודית (סעיף 7) חלה גם באזורים האלה.

כזכור, פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין חוק ההסדרה לא הזכיר אפילו את האפשרות שחוק הלאום רלוונטי לשאלת החוקתיות של החוק.<sup>137</sup> ניתן להבין זאת

133 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 529, 560 (2005).

134 בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 19-21 (2006).

135 בג"ץ סלואד, לעיל ה"ש 14, פס' 32 לחוות הדעת של הנשיאה חיות; פס' 5-6 לחוות הדעת השופט סולברג.

136 ראו למשל בג"ץ 2775/11 אלעארג' נ' אלוף פיקוד המרכז (נבו) 3.2.2013.

137 בג"ץ סלואד, לעיל ה"ש 14. בניגוד, למשל, לתחזית של מני מאוטנר "חוק הלאום נותן תוקף משפטי לכיבוש" הארץ 31.7.2018.

כרמז לעמדה שחוק הלאום אינו חל באזורים האלה. ואכן הגישה העקבית במשפט הישראלי היא שברירת המחדל הפרשנית היא של תחולה טריטוריאלית של חקיקה, ובכלל זה חקיקת יסוד; ושהחלה חוץ-טריטוריאלית של חקיקה, גם בשטחי יהודה ושומרון, מצריכה קביעה חקיקתית (מפורשת או משתמעת).<sup>138</sup> כך קבע בית המשפט העליון גם ביחס לחוק הלאום בעתירות שעסקו בחוקתיותו:<sup>139</sup> חוק הלאום מציין אומנם "ארץ ישראל" היא המקום שבו קמה מדינת ישראל, אלא שהנוסח העמום של הסעיף מותיר פתח לספק בדבר החפיפה שבין תחום הארץ (שאף הוא אינו מוגדר) לתחום המדינה, וקשה לכן לראות בו הגדרה חוקתית מובהקת לגבולותיה של ישראל,<sup>140</sup> או החלה של משפט המדינה באזורים שמחוץ לגבולות האלה.<sup>141</sup> יתרה מכך, הסעיף, שאופיו ההצהרתי מהדהד את ההכרזה על הקמת המדינה, והוא אף נוקט כמדומה לשון עבר ("קמה"),<sup>142</sup> גם אינו מנוסח כהוראה של תחולה משפטית טריטוריאלית.<sup>143</sup> אכן, אומנם חוק הלאום פותח במילים "ארץ ישראל", אך הוא אינו חוזר עוד להיגד הזה ומדבר לכל אורכו רק על "המדינה", ללא רמז לכך שתחומי המשפט שלה השתנו בעקבות החקיקה. ולבסוף, כאשר חוק הלאום ניגש לעסוק בפעילות של המדינה מחוץ לגבולותיה הוא עושה זאת ברחל בתך הקטנה: את מלאכת שימור הקשר עם העם היהודי נדרשת המדינה לבצע "בתפוצות" (סעיף 6(ב)). קשה להסיק אפוא שחוק הלאום סוטה מן הגישה הקיימת במשפט הישראלי בנושא התחולה הטריטוריאלית של חוקי היסוד. ממילא אין בו גם להרחיב את

138 בג"ץ עדאלה, לעיל ה"ש 134, בעמ' 20-21.

139 בג"ץ חסון, לעיל ה"ש 10, פס' 54-56 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

140 ראו Alexander Yakobson, *Jewish Nation-State, Not This Law*, 25 *ISR. Stud.* 167, 171 (2020).

141 ראו גם דברי יו"ר הוועדה המשותפת, ח"כ אמיר אוחנה, בפרוטוקול 9, לעיל ה"ש 8, בעמ' 45: "כפי שהם אינם יכולים לומר: הנה, ארץ ישראל וכו', החוק צריך לחול גם שם, אני לא חושב שהטעון שמדבר על ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי יכול להביא מישהו כמוני, שמאמין ששתי מדינות לשני עמים אינו פתרון ולא צריך לקרות, לטעון מכוח החוק הזה. החוק הזה אינו מתיימר להכריע בשאלת שתי מדינות לשני עמים, שאלת הגבולות, כן 67' או לא 67', אבל הוא בא לבטא למה אנחנו כאן ולא, למשל, באוגנדה".

142 עקרונית אפשר לקרוא את הפועל "קמה" גם בלשון הווה, כאילו הקוממיות נמשכת כל העת. עם זאת, הרמז (האלוזיה) להכרזת המדינה, הנוקטת מפורשות בלשון עבר, וכן התרגום (הלא-רשמי אומנם) שפרסמה הכנסת לחוק הלאום - "was established" - מכוונים לקריאה בלשון עבר. לתרגום ראו Basic-Law: Israel - The Nation State of the Jewish People (Originally adopted in 5778-2018).

143 השוו, למשל, לסעיף 13(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ("דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירות-חוץ [...]").

התחולה של חוקי היסוד הקודמים, מעבר לאופני ההחלה שפותחו זה מכבר בפסיקת בית המשפט.

## סיכום

אם וכאשר ייקלט חוק הלאום במשפט הישראלי כחוק יסוד בעל משקל חוקתי אופרטיבי, הוא צפוי לעורר שורה של מתחים ומורכבויות בסביבה הנורמטיבית שהוא שייך לה. נתון זה אינו מחדש או מפתיע כשלעצמו – שיטות משפט רבות מתלבטות ברגיל בדבר היחס שבין ההיגדים הערכיים, המוסדיים והזכותניים המופיעים בחוקותיהן, ומגוון של הסדרים פותחו לשם כך. הייחודיות שבאתגר הישראלי נובעת משני מקורות: האופי האפיזודי של החקיקה החוקתית הישראלית, היוצר יותר אי-התיישבויות ומתחים פנימיים מן המוכר בחוקות "טיפוסיות"; והמתח המכונן והבלתי פתור שבין הזהות הלאומית-פרטיקולרית של ישראל לבין המחויבות הליברלית-אוניברסליסטית שלה. חקיקת חוק הלאום הייתה מהלך נוסף במלחמת התרבות הניטשת כבר דורות סביב המתח הזה, והמענים הפרשניים שיינתנו למהלך אל מול המהלכים שקדמו לו יקבעו את מידת הצלחתו.



# חוק הלאום ואתגר השוויון

---

ידידיה צ' שטרן

## מבוא

1. המסגרת החוקתית – פרשנות הרמונית
2. שוויון כערך יחסי
3. המישור הראשון: שוויון אזרחי לפרט
4. ההיבט הקבוצתי של הדרישה לשוויון
5. המישור השני: זכות הפרט לשוויון בהיותו חלק מקבוצה
6. המישור השלישי: זכות הקבוצה לשוויון – תביעה לזכויות עבור הקבוצה עצמה
7. המישור הרביעי: זכות הקבוצה לשוויון – תביעה כלפי המרחב הציבורי
8. חוק הלאום והשאיפה לשוויון

## סיכום

הכרזת העצמאות, שהיא המסמך המכונן של מדינת ישראל, לוקה, לכאורה, בסתירה פנימית: מצד אחד היא קובעת כי המדינה הצעירה תהיה "מדינה יהודית" ותשמש בית לאומי לעם היהודי, ומצד שני היא מבטיחה כי "המדינה תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". אם המדינה היא בעלת זהות יהודית פרטיקולרית (ולא רק "מדינת יהודים" מבחינת הרכבה הדמוגרפית), כיצד יכולים חמישית מאזרחיה שהם ערבים להיות בה אזרחים שווים?

הכרזת העצמאות איננה מסמך משפטי מחייב.<sup>1</sup> היא מכשיר מגבש זהות, בעל ערך חינוכי ותרבותי. היא המכנה המשותף שממנו יוצאים הישראלים למאבקי הזהות, ואליו הם חוזרים. בהיותה כזאת היא איננה נדרשת להציע תשובה אנליטית ליישוב המתח שבין ייחודה של המדינה בהיותה מדינת הלאום ובין ההתחייבות לשוויון גמור.

שונים הדברים כאשר המתח האמור בא לידי ביטוי במסמכים משפטיים. כך, חוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין פוגעים [...] בכבודו של אדם באשר הוא אדם",<sup>2</sup> ונקבע כי זכות זו כוללת את היבטי השוויון המגשימים את הערכים המונחים ביסוד כבוד האדם (להבדיל מפגיעה בשוויון שאיננה עולה כדי פגיעה בכבוד האדם).<sup>3</sup> זהו העיגון המרכזי של הזכות לשוויון, ברמה החוקתית, בישראל. ואולם, גם כאן מתקיים המתח: החוק מבהיר כי זכויות היסוד של האדם בישראל,

1 המחבר מבקש להודות לכל הבאים על עצותיהם המועילות וביקורתם הבונה: אורי אהרונוסון, דנה בלאנדר, אלכסנדר יעקובסון, עמיחי כהן, מני מאוטנר, נדיב מרדכי, טליה פישר, אורית קמיר ויובל שני. תודה שלוחה גם לקבוצת החוקרים בתוכנית "זכויות אדם והיהדות" במכון הישראלי לדמוקרטיה, שדנה בפרק ביסודיות. עם זאת, הכרזת העצמאות היא מקור שבתי המשפט נזקקים לו, מעת לעת, לשם קידום הכרעות חוקתיות. ראו, למשל, בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (1953); ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365, 385-386 (1965). כמו כן, סעיף 1 לחוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "זכויות היסוד של האדם בישראל [...] יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". בעת האחרונה העלה השופט אהרן ברק טענה שיש לראות בהכרזה מקור משפטי שמכוחו יהיה אפשר לבטל חוק יסוד שסותר את עקרונות המגילה, ראו אהרן ברק, "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת", חוקים יא (2018), עמ' 9.

2 סעיף 3 לחוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו.

3 "כבוד האדם מניח כי כל אדם הוא יצור חופשי, המהווה מטרה בפני עצמו. תפישה זו מחייבת שוויון בין בני אדם ואין להכיר במושג של כבוד האדם מבלי לגזור מכך, כמסקנה הכרחית, את השוויון בין בני האדם. זהו השוויון בזכויות האדם; זהו שוויון בהטבות שהמדינה מעניקה ובהזדמנויות שהיא יוצרת" (אהרן ברק, "כבוד האדם", משפטים ז (תשס"ב), עמ' 517), וכן ראו אהרן ברק, כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה, כרך ב, שריגים־ליאון: נבו, 2014, עמ' 688-690; בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 677-679 (2006).



בצד היותן מושתתות על ערכים אוניברסליים – ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין – מושתתות גם על ערכים פרטיקולריים: ראשית, החוק קובע כי זכויות היסוד "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל",<sup>4</sup> שכאמור כוללת רכיבים פרטיקולריים. שנית, בחוק נקבע כי מטרתו היא להגן על כבוד האדם וחירותו "כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>5</sup> על פי הוראות פסקת ההגבלה שבחוק, מותר לפגוע בזכויות – ובהן, כמובן, הזכות לשוויון – בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל (ושנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו) המתפרשים לאור פסקת המטרה, המתייחסת, כאמור, גם לאופייה היהודי של המדינה.<sup>6</sup>

על האתגר הזה באשר לדרך יישוב המתח הפנימי שבהכרזה העצמאות ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התווסף בשנת 2018 נדבך נוסף וחשוב,<sup>7</sup> – חוק-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום). חוק הלאום הוא המשך של מפעל הגדרת הזהות הישראלית. מטרתו המרכזית של החוק – קיבוע חוקתי של ישראל כמדינת לאום יהודית החוזרת על הברור מאליה<sup>8</sup> – מקובלת על רבים בציבוריות הישראלית. אף על פי כן, תהליך חקיקת חוק הלאום לווה במחלוקת

4 סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

5 שם, סעיף 1א.

6 כך, למשל, בחי משפט הכירו בחוקתיות הפגיעה בשוויון משום ערכים יהודיים לאומיים (נקבעה חוקיות האיסור למכור בשר חזיר, בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595, 608-609 (2004)), ומשום ערכים יהודיים דתיים (נקבעה חוקיות האיסור על פתיחת בתי עסק בשבתות ובחגים, כבר בערב השבת והחג, על פי הגדרת ה"יום" בהלכה, רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 1, 5 (2003)).

7 אין זה נדבך יחיד. כידוע, ספר החוקים הישראלי כולל שורה ארוכה למדי של הסדרים האוסרים הפליה ומצווים על שוויון בהקשרים ספציפיים, אך ענייננו כאן ממוקד בנורמות כלליות ובהיבט אחד של השוויון בהקשר הלאומי.

8 עניין ירדור (לעיל הערה 1):

לא יכול להיות ספק בדבר – וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה – כי לא זו בלבד שישראל היא מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על-ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה "כמדינה יהודית בארץ ישראל", כי האקט של הקמתה נעשה, בראש וראשונה, בחוקף 'זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו, באקט זה, משום הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל [...]. דבר המשכיחה – ואם תמצי לומר: "נצחיותה" – של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית", אשר חלילה לה לרשות כלשהי של המדינה [...] להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה.

ציבורית ומקצועית סוערת שנבעה, בעיקר, מהיעדרו של סעיף בחוק המבטיח יחס שוויוני לאזרחי המדינה שאינם יהודים.<sup>9</sup> התעלמות זו היא לצנינים בעיני המבקרים,<sup>10</sup> ושורה של עתירות הוגשה לכג"ץ כדי שיכריז על בטלותו.<sup>11</sup>

האם היעדרו של ערך השוויון מחוק-יסוד: הלאום מחייב פרשנות המסיגה אחור את המקום המכובד של השוויון מפני הלאומיות? בכך יעסוק פרק זה.

אין חולק על החשיבות העקרונית שמייחס המשפט הישראלי לזכות לשוויון. כך, למשל, השופט יצחק עמית:

1.  
**המסגרת החוקתית - פרשנות הרמונית**

על הזכות לשוויון נאמר ונכתב הרבה בפסיקה – "זכות על" שהיא "מאבני היסוד" "מערכי היסוד" "נשמת אפה" "אבן הראשה"

9 מרתק לגלות שבסקר שערך מרכז גוטמן במכון הישראלי לדמוקרטיה ביולי 2020, במלאת שנתיים לחוק, התברר ששיעור הישראלים המרוצים מהנוסח הנוכחי של החוק, ללא ההבטחה לשוויון, נמוך במיוחד – פחות מרבע (23%). שיעור נמוך יותר (18%) תומך בביטול החוק, והקבוצה הגדולה ביותר (40%) סבורה שיש לתקנו כך שיובטח השוויון, בין בדרך ישירה של הוספת סעיף שוויון, בין בדרך עקיפה של הוספת התחייבות חוקתית לפעול ברוח הכרזת העצמאות, שבה, כאמור, הובטח השוויון. מתברר שהתומכים בהשארת החוק כמו שהוא הם מיעוט בקרב המצביעים לכל אחת מהמפלגות. כך, לא רק במפלגות השמאל (מרצ-עבודה – 5%), המרכז (כחול לבן – 8%) והמפלגות הערביות (הרשימה המשותפת – 16%), אלא אפילו במפלגות ימין (הליכוד – 34%, ישראל ביתנו – 26%).

10 נוסף על זרם סוער של מאמרי דעה והתבטאויות של אישי ציבור ומלומדים, לא נגרע גם חלקן של הצעות חוק שהונחו על שולחן הכנסת ה-20 וביקשו לתקן את חוק הלאום: הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (הוספת שוויון זכויות לכלל אזרחי המדינה) (פ/5774/20); הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (הרחבת תחולת ההגדרה העצמית הלאומית במדינת ישראל לעדה הדרוזית) (פ/5750/20); הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (הוספת מחויבות לשוויון זכויות) (פ/5725/20).

11 ראו בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו 8.7.2021); בג"ץ 5624/18 אגבאריה נ' כנסת ישראל (נבו 25.7.2018); בג"ץ 5741/18 מרצ נ' כנסת ישראל (נבו 31.7.2018); בג"ץ 5742/18 ראש עיריית באקה אל גרבייה נ' כנסת ישראל (נבו 31.7.2018); בג"ץ 5866/18 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' הכנסת (נבו 7.8.2018); בג"ץ 6066/18 חלבי נ' כנסת ישראל (נבו 19.8.2018); בג"ץ 6622/18 עאזם נ' כנסת ישראל (נבו 16.9.2018); בג"ץ 6710/18 טרקטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו 16.10.2018); בג"ץ 6939/18 גבריהו נ' כנסת ישראל (נבו 7.10.2018); בג"ץ 7256/18 עלי נ' כנסת ישראל (נבו 23.12.2018); בג"ץ 9027/18 האגודה לזכויות האזרח נ' הכנסת (נבו 1.1.2019); בג"ץ 4/19 מיכאל נ' כנסת ישראל (נבו 17.12.2020).

**"מעמודי התווך" "נדרבך מרכזי" של שיטתנו המשפטית ושל המשטר החוקתי שלנו, ועוד ביטויים כגון דא, הקושרים כתרם לראשה של הזכות.<sup>12</sup>**

במבט ראשון ניתן לייחס להיעדרו של השוויון מחוק הלאום חשיבות מכרעת. על פי פרשנות רדיקלית של החוק, הוא מבקש לצאת נגד המחויבות של המדינה לשוויון כלפי המיעוט הלאומי,<sup>13</sup> ומשנה את האיזון שנהג עד 2018 בין זכויות הפרט לבין זכויות קבוצתיות לאומיות לטובת האחרונות. ואולם, פרשנות זו – שלפיה חוק הלאום הוא מהפכה חוקתית<sup>14</sup> – איננה עולה בקנה אחד עם ההיסטוריה החקיקתית של חוק הלאום: מלכתחילה שאפו יזמי החוק ליצור היררכיה בינו ובין כלל חוקי מדינת ישראל (ובכללם שאר חוקי היסוד) בדרך שתעמיד את חוק הלאום בראש הפירמידה הנורמטיבית.<sup>15</sup> לו כך היה, על פרשני החוק הייתה מוטלת החובה לתת משקל יתר להיבט הפרטיקולרי היהודי המופיע בחוק הלאום, מקום שהוא סותר את הפרשנות המקובלת של חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו בעניין השוויון (ובוודאי,

12 בג"ץ 1877/14 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת פס' 2 לחוות דעתו של השופט עמית (נבו 12.9.2017).

13 כך כתב מנחם (מני) מאוטנר, "חוק הלאום, ההסלמה במלחמת התרבות, והצורך בהכרזה על 'תיקוני', תרבות דמוקרטית 20 (2020):

על פי הפרשנות הרדיקלית, החוק מבקש להחליף את הכרזת העצמאות (שספק עד כמה היא בכלל מקור מחייב במשפט הישראלי) כביטוי העדכני ל"אני מאמין" הלאומי של העם, וזאת באופן המבקש לכונן איזון חדש בין רכיב ה"יהודית" ורכיב ה"דמוקרטית" במשפט הישראלי, היינו שלרכיב הראשון תינתן עדיפות על פני הרכיב השני, ובאופן שבשם הלאומיות היהודית ניתן יהיה להפלות מכאן ולהבא את מי שאינם יהודים. הכרזת העצמאות כוללת את עקרון השוויון, וזאת בלשון "חזקה" [...] בניגוד להכרזת העצמאות, חוק הלאום נמנע מכלול את עקרון השוויון, וגם נמנע מלאזכר את קיומו של מיעוט לאומי ערבי במדינה. החוק גם מטיל חובה על המדינה לקדם התיישבות יהודית, לא התיישבות לטובת כל אזרחי המדינה, וגם מנמיך את מעמדה של השפה הערבית במדינה. בכך עשוי חוק הלאום לשמש בסיס חוקתי לטיעון שמכאן ואילך המוסדות הפוליטיים של המדינה אמורים לקדם את הטוב של קבוצה אחת בלבד, הקבוצה היהודית, ולא את הטוב הכללי של אזרחי המדינה [...] על פי דרך הפרשנות הרדיקלית, אפוא, חוק הלאום אמור להיחשב כמי שניצב מעל לכל המשפט הישראלי כדי לשמש מקור השראה לפרשנות המשפט הקיים ולהמשך פיתוחו של המשפט.

14 כך נטען בעתירה לבג"ץ בעניין מרצ (לעיל הערה 11), פס' 25. בעתירה אחרת נטען כי "החוק ביטל את הזכות לשוויון במדינת ישראל בשם החוק", וכי "חוק הלאום ביטל את הזהות הדמוקרטית של המדינה, ולכל היותר הדמוקרטיה היא רק ליהודים בלבד" (עניין חסון (שם), פס' 34).

15 סעיף 1(ג) להצעת החוק הפרטית המקורית קבע ש"האמור בחוק היסוד זה או בכל דבר חקיקה אחר יפורש לאור הקבוע בסעיף זה" (פ/1989/20).

מקום שהוא סותר את הזכות לשוויון בין בני לאומים שונים, המעוגנת בחוק או בהסדר אחר). אולם בסופו של דבר לא כך נקבע.<sup>16</sup> יאים לעניין זה דברי ההסבר הנלווים לחוק, המלמדים על כוונת המחוקק שהחוק "יצטרף לחוקי היסוד הקיימים, המעגנים מרכיבים נוספים באופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ברוח העקרונות בהכרזה על מגילת העצמאות".<sup>17</sup>

לפיכך מתבקש לתת לחוק הלאום פרשנות הרמונית המיישבת אותו עם שאר חוקי היסוד, ובכלל זה עם ערך השוויון, כפי שהוא עולה מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>18</sup> על פי קו מחשבה זה חוק הלאום מפרט את התכנים המעניקים משמעות קונקרטית לאחת משתי התיבות המגדירות את המדינה – "מדינה יהודית",<sup>19</sup> לצד המשך התחולה של ערכים דמוקרטיים ליברליים, כפי שהדבר עולה מהתיבה השנייה המגדירה את המדינה – "מדינה דמוקרטית". פרשנות זו נתמכת בעקרונות פרשניים כלליים של חקיקה בישראל – "הרמוניה חקיקתית" אכן רצויה היא וראוי להתחשב בה, שעה שנדרשים לפרש הוראת חוק".<sup>20</sup>

16 "הסעיף שהדאיג רבים מאתנו [...] שיצר למעשה עליונות של סעיף אחד והכפפה של האלמנט הדמוקרטי לאלמנט היהודי, הוסר מההצעה שנמצאת בפניכם. אני רוצה להדגיש שלא מדובר בהסדר שלילי. כלומר, אנחנו לא טוענים שהחוק הזה הוא נחות ביחס לחוקי יסוד אחרים ושהיהודית והדמוקרטית אכן צריכים להיות שלובים אלה באלה ולא כפופים זה לזה" (ח"כ אמיר אוחנה, יו"ר הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20 (הוועדה שהכינה את חוק הלאום לקריאה ראשונה ולקריאה שנייה, להלן: הוועדה המשותפת), פרוטוקול ישיבה 13 (13.3.2018)).

17 דברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ה"ח 768, עמ' 134 (13.3.2018).

18 Tamar Hostovsky Brandes, "Basic Law: Israel as the Nation State of the Jewish People: Implications for Equality, Self Determination and Social Solidarity," *Minnesota Journal of International Law* 29 (1) (2020), pp. 65–107. דורין לוטטיג ואיל בנבנישתי מציעים "לפרש את חוק הלאום ככל האפשר באופן שעולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מדינה בה מוסדותיה השונים מכוונים לטובת הכלל ולא לטובת קבוצה מועדפת" (איל בנבנישתי ודורין לוטטיג "שיקוי הלאומיות" *ICON-S-IL Blog* (24.10.2018) (ההדגשה במקור)), וכן Doreen Lustig, "We the Majority...": The Israeli Nationality Basic Law," *Israel Studies* 25 (3) (2020), pp. 256–266; אלכסנדר יעקובסון, "חוק הלאום: בושה כן, אפליה לא", *הארץ*, 22.7.2018.

19 ראו אורי אהרונוסון, "האם בג"ץ כבר ביטל את חוק הלאום? על הנימוקים לפסק הדין בעניין פסילת רשימות ומועמדים לכנסת ה-21", *ICON-S-IL Blog* (1.8.2019), הקובע שאף שחוק הלאום אינו משתמש בביטוי "יהודית ודמוקרטית", "קשה שלא לקרוא בו עמדה חוקתית באשר למובן המשפטי של 'מדינה יהודית'".

20 השופט ד' לוין ברע"א 2512/090 סופרגז חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נ' תופיני

גם אם תתקבל, כמוצע, פרשנות הרמונית של חוק הלאום, צצה ועולה שאלה נוספת: האם יש לאמץ עמדה פרשנית שלפיה חוק הלאום הוא בעיקרו טקסט הצהרתי המשקף את המציאות ואינו מבקש לשנות אותה,<sup>21</sup> או שיש להעדיף פרשנות שתייחס לחוק הלאום משמעות משפטית מעשית – כיוון שהוא "מעלה" נורמות חוקיות קיימות לרמה החוקתית ועשוי לשמש בסיס לפרשנות ולביקורת שיפוטית של חוקים באופן שישנה את הנורמה הנוהגת.<sup>22</sup> אם תתקבל הפרשנות השנייה, שלפיה חוק הלאום הוא

סער, פד"י מה(4) 405, 420 (1991). וראו בעת האחרונה, בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה פס' 2 לחוות דעתו של השופט מינץ (נבו) 6.5.2020.

21 ראו למשל דברי ח"כ אמיר אוחנה, יו"ר הוועדה המשותפת, פרוטוקול ישיבה 10 של הוועדה המשותפת (3.1.2018), עמ' 3: "[חוק הלאום] הוא חוק הכרזתי, דקלרטיבי, חגיגי, חזוני נקרא לזה, שלא בטוח שהוראות אופרטיביות לפרשנות של חוקים צריכות להיות בו כלל". אחרי אישור חוק הלאום בקריאה שלישית הכריז ראש הממשלה בנימין נתניהו במליאת הכנסת: "כשאני מדבר ברחבי העולם, מעל כל במה, מול כל מנהיג, אני חוזר ואומר: זוהי המדינה שלנו, מדינת היהודים. אבל בשנים האחרונות יש מי שמנסה לערער על כך, ובכך לערער את יסודות קיומנו וזכויותינו. ובכך, היום חקקנו בסלע החוק: זוהי המדינה שלנו, זוהי השפה שלנו, זהו ההמנון, וזהו הדגל שלנו. תחי מדינת ישראל" (ד"כ 17.7.2018, עמ' 1261).

22 אביעד בקשי, **חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי – הצורך המשפטי**, נייר עמדה של המכון לאסטרטגיה ציונית, 2013:

בעשרים השנים האחרונות אנו עדים לשחיקה משמעותית של המשקל שמייחס בית המשפט העליון לערך של הגנת זהותה היהודית של ישראל לעומת המשקל שייחס בית המשפט העליון לערך זה בארבעים וארבע שנותיה הראשונות של המדינה. על כן יש צורך לחוקק חוק יסוד אשר יעגן חוקתית את ערכיה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. חוק יסוד כזה, לצד חוקי היסוד הקיימים העוסקים בזכויות אדם אינדיבידואליות, יחזיר את המשפט הישראלי למורשתו מעידן המשפט המקובל, בהתאם לערכיה של מגילת העצמאות ולערכיו של הציבור הישראלי אליהם ישראל מחויבת הן כמדינה יהודית והן כמדינה דמוקרטית.

ועוד באותה הרוח, "מה שרציתם לדעת על חוק הלאום ולא העזתם לשאול", פורום קהלת, 11.7.2018:

ההצעה מבקשת לתת לחוק יסוד הלאום מעמד שווה לזה של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. המשמעות היא שכאשר ידונו באירוע כמו בג"ץ איחוד המשפחות יאזן בית המשפט בין היותה של ישראל מדינה יהודית לבין הפגיעה של מי שתשלל זכותו לחיות בישראל עם בן זוג ממדינת אויב. מכיוון שביה המשפט בישראל פועל באופן אקטיביסטי והוכיח בעבר שהוא נוטה לנהל סדר יום משלו, חוק הענקת פרשנות שהמחוקק שלל במפורש מחוק היסוד, נדרש כעת המחוקק לעגן הסדרים ברמת הפשטה נמוכה יחסית בחוק הלאום בכדי בית המשפט לא יטרס את כוונתו.

גם האגודה לזכויות האזרח סבורה כי –

לא ניתן לטעון כי חוק הלאום הינו חוק הצהרתי בלבד. חוק זה, כפי שעולה באופן חד משמעי מדברי השר ארדן, חבר הכנסת סמוטריץ' ורבים אחרים שהתבטאו בנושא במהלך השנים, נועד לשנות מציאות, לסובב את הגלגל אחורה ברמה המשפטית, הנורמטיבית והחשיבתית, לעצב מחדש את יחסי הרוב והמיעוט בישראל, ולהשליך

מקור בעל ערך נורמטיבי ולא רק הצהרתי, הרי שחוק הלאום יהיה שינוי ראשון, זה דור, בקביעת מערך זכויות האדם בישראל ברמה החוקתית.<sup>23</sup>

תרגום האמירות האלה לשפה החוקתית משמעו שעל הפרשנים להימנע מעריכת איזון אנכי בין הערך החוקתי של השוויון מכאן לבין הערכים הלאומיים משם. אלו ערכים שווי מעמד – כך עולה גם מהכרזת העצמאות וגם מהמערך הקיים של חוקי היסוד (אף שאין להתעלם מהעובדה שהשוויון איננו מעוגן מפורשות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן הוא חל רק כאשר הוא נוגע לכבוד האדם). לכן יש להעניק את מלוא המשקל הן לערכים הלאומיים הקבועים בחוק הלאום, הן לערכי כבוד האדם ולשוויון הנגזר מהם הקבועים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היעדר היררכיה בין ערכים אלו מחייב את הפרשנים לערוך איזון אופקי ביניהם כדי לממש את ההרמוניה החוקתית. משמעות הדבר היא שיש להתרחק מפרשנות של כל אחד מהערכים האלה בדרך היוצרת ביניהם התנגשות, ולהעדיף, ככל האפשר, פרשנות של ערך השוויון בדרך שתכיר בייחוד הלאומי של מדינת ישראל, ופרשנות של סעיפיו של חוק הלאום בדרך שתכיר במחויבות של מדינת ישראל ליחס שוויוני לכלל אזרחיה בלא תלות בשיוכם הלאומי.

אולם, האם פרשנות הרמונית היא בגדר האפשר? כיצד ניתן לרבע את המעגל? בפרק הזה אבקש להציע תשובה אנליטית לשאלה זו. אציג מודל כללי (להלן: המודל הכללי) שיעמוד על התנאים שמדינת לאום, המחויבת לשוויון, חייבת לקיים ביחס למיעוט לאומי שהוא חלק משמעותי מכלל אזרחיה. המודל הכללי אמור לשמש את פרשני החוק הישראלי בכל ההקשרים שבהם יש מתח בין העיקרון החוקתי של שוויון ויחס של כבוד לכל אדם, לבין נורמה ספציפית כלשהי (בחוק או בחוק יסוד, ובכלל זה, כמוכבן, חוק הלאום), המבחינה בין אזרחים יהודים לבין אזרחים אחרים.

---

בצורה משמעותית על מימוש זכויות היסוד הבסיסיות של אזרחי המדינה בכלל ושל בנות ובני המיעוט הערבי בפרט (מתוך העתירה לבג"ץ של האגודה לזכויות האזרח (לעיל הערה 11)).

23 עם זאת, על פי הפרשנות ההרמונית של חוק הלאום, גם אם יש לו משמעות מעשית, כיוון שהוא טוען אחי יהדות המדינה בתכנים פרטיקולריים הנטועים מעתה במסמך על-חוקי, נראה שאין מקום לחיבורים הקיצוניים של השלכותיו הן מצד תומכיו ("הבשורה הציונית החשובה ביותר בספר החוקים הישראלי, מאז שנחקק חוק השבות", אביעד בקשי, "חוק הלאום: המהפכה החוקתית הציונית", ישראל היום, 18.7.2018), הן מצד מבקרי ("הצעת החוק שומטת רגל אחת מתוך שתי הרגליים עליהם עומדת המדינה, והיא עלולה לגרום לקריסת המפעל הציוני", מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס, "הצעת חוק-יסוד: מדינת ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי: חוות דעת שהוגשה לוועדת השרים לענייני חקיקה", אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (2.5.2014)).

דרך הילוכי בדיון כאן תהיה כדלהלן: אפתח בטענה שגם אם אפיונה החוקתי של ישראל כמדינת לאום, בחוק הלאום ובחוקים אחרים, פוגע בשוויון כלפי המיעוט הלאומי, אין בכך, בהכרח, כדי לגרום להסתייגות של המחשבה הליברלית ממדינת הלאום. כפי שיוסבר, אף שהשוויון הוא המצב שאליו יש לשאוף והחתיירה אליו היא הכרח דמוקרטי, אין הוא ערך מוחלט; יש לבדוק אם יש טעמים מוצדקים למדינת הלאום לפעול בדרך העלולה לפגוע בו (סעיף 2). לפיכך, בארבעת הסעיפים הבאים אערוך את הבדיקה העניינית המתבקשת – באופן כללי, שלא מבעד לפרספקטיבה של חוק הלאום. אבחין בין המישור הפרטי – שבו תוצג זכותו של אזרח מקבוצה אתנית לא יהודית לשוויון אזרחי, ויובהר כי השיוך הלאומי איננו אמור לשמש גורם מפר שוויון בשום אופן שהוא במישור זה (סעיף 3), לבין המישור הציבורי – שבו אדון בזכותם של הערבים אזרחי ישראל לטעון לשוויון מכוח היותם קבוצת מיעוט לאומי (סעיף 4). המישור הציבורי ינותח בשלוש רמות: שוויון לפרט הערבי בגין היותו חלק מקבוצה (סעיף 5); שוויון לקבוצה באשר לזכויות שהיא מבקשת לעצמה (סעיף 6); שוויון לקבוצה באשר למרחב הציבורי כולו (סעיף 7). הדיון בשני המישורים ובכל הרמות ישרטט את התמונה השלמה שעל פיה ראוי לה, למדינת לאום ליברלית, להתנהג כלפי אזרחים בני מיעוטים. לבסוף אציג עמדה שלפיה חוק הלאום סובל פרשנות התואמת את המודל הכללי המוצע, ולכן יש לאמצה (סעיף 8).

מדינות לאום נבדלות זו מזו בביטויים שהן מאמצות – בחוקיהן ובאורחותיהן – לאופיין הלאומי. בישראל הביטוי היהודי הלאומי של המדינה עשיר למדי וכולל, נוסף על ההגדרה

החוקתית של המדינה כ"יהודית", גם עניינים נוספים, שהמרכזיים שבהם מנויים בחוק הלאום. כמובן, הלאומיות היהודית של המדינה באה לידי ביטוי גם – ובעיקר – בחיי היום-יום הישראליים.

ככל שהביטויים של אופייה הלאומי של מדינה עשירים יותר כך גדל המתח בינה ובין אזרחיה שהם בני מיעוט לאומי. ואולם, אפילו התוכן הרזה ביותר של מדינת הלאום – למשל רק בסמלי המדינה – מכרסם בתחושת השייכות של המיעוט כלפי מדינת האזרחות שלו. יש להודות כי עצם יצירת זיקת זהות בין מדינה לבין קבוצה לאומית אחת פוגעת בשוויון כלפי הקבוצות הלאומיות שבמיעוט. לפיכך, מי שגורס שהשוויון הוא ערך מוחלט, קרי שאסור לפגוע בו בשום מקרה ואין לאזן אותו עם ערכים אחרים, חייב לסכור שמדינת לאום, במובנה האתני, איננה לגיטימית.

2.

## השוויון – ערך יחסי

עמדה זו, המושמעת לעיתים בשיח הציבורי, איננה סבירה. יש להבין: אין בשיטת המשפט שלנו שום זכות מוחלטת,<sup>24</sup> במובן זה שבכל מקרה, תמיד, היא עדיפה וגוברת על כל זכות אחרת.<sup>25</sup> כך כל הזכויות כולן – ובכללן זכויות קריטיות, כמו הזכות לחיים,<sup>26</sup> הזכות לכבוד<sup>27</sup> והזכות לחופש ביטוי<sup>28</sup> – וכך גם הזכות לשוויון.<sup>29</sup> אמרו מעתה, הזכות לשוויון איננה בת יחידה במגילת הזכויות, והיא עלולה לעמוד במתח ואף בסתירה מול זכויות אדם אחרות המבטאות ערכים ואינטרסים אחרים. במקרה כזה נדרשת הפעלה של שיקול דעת בדבר הדרך הנכונה לאיזון בין זכות השוויון, והאינטרסים החשובים כל כך שהיא מגינה עליהם, לבין זכויות אחרות, שנועדו להגן על אינטרסים אחרים.<sup>30</sup> לא תמיד תהיה ידה של זכות השוויון על העליונה. כאשר

24 "כל נורמה במשפט הינה 'איזון' בין אינטרסים וכוחות המושכים לצדדים. כך חוקה של אמת, כך חוקי יסוד, כך חוקים מן המניין, כך חקיקת משנה, כך כל נורמה כללית ואינדיווידואלית. כל 'דיון' הוא 'איזון'. לכל נורמה במשפט 'איזון' משלה [...]" (השופט חשין בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל פ"ד מט (3) 355, 397 (1995)).

25 תאורטית אפשר להעלות על הדעת עמדה ולפיה השוויון איננו רק זכות חשובה מאוד שייעודה לאפשר חיים אנושיים טובים יותר (במובנים מגוונים), אלא היא המטרה המרכזית של החיים האנושיים. מי שסבור כך יטען שלא קיימת שום זכות או אינטרס נוגד המצדיק פגיעה בשוויון. ואולם עמדה כזאת איננה מקובלת על שום הוגה רציני. אנשים שונים מציגים מטרות מגוונות לחיים האנושיים, ובהן, למשל, "אושר", "מימוש עצמי", "השגת צדק", "מימוש רצון האל". אין סיבה רצינית להעמיד את ה"שוויון" מעליהן, כמטרת על של האנושות.

26 "על אף מקומה הרם של הזכות לחיים, זכות זו בוודאי אינה מוחלטת, והיא לא חגבר באופן אוטומטי על זכויות אחרות" (יניב רוזנאי והלל סומר, "אם כל הזכויות": הזכות החוקתית לחיים", **משפט ועסקים** יט (תשע"ו), עמ' 537, 562). כך, למשל, בשאלה של המתח חסד הזכות לחיים נסוגה מפני הזכות לחיים בכבוד והאוטונומיה של הרצון הפרטי.

27 כך, למשל, יש מצבים שבהם הערך של שלום הציבור עדיף על הערך של כבוד האדם. לדעות אחרות ראו אביחי דורפמן, "כבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי", **עיוני משפט** לו (תשע"ג), עמ' 111; מרדכי קרמניצר ומיכל קרמר, **כבוד האדם כערך חוקתי עליון ומוחלט במשפט הגרמני – האם גם בישראל?**, מחקר מדיניות 85, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2011.

28 "הגישה המקובלת בכל שיטות המשפט הינה, כי חופש הביטוי אינו חופש 'מוחלט'" (אהרן ברק, חופש הביטוי ומגבלותיו" **הפרקליט** מ (תשנ"א), עמ' 13). ובהמשך: "במקום שקיימים ערכים ועקרונות המצדיקים את הגבלתו של חופש הביטוי, תיווצר התנגשות, אשר תצריך יצירתו של איזון באשר להגבלות על חופש הביטוי ועל הערך האחר המתנגש עימו" (שם, 14). בין הערכים המתנגשים מקובל למנות את ביטחון המדינה, הגנה על רגשות הציבור, רגשות דתיים ועוד.

29 כמוזכר לעיל, חוקי היסוד של מדינת ישראל אינם מזכירים במפורש את הזכות לשוויון – לא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולא חוק האדם – אף שהיה ראוי שכך יהיה. בדברים הבאים אתעלם מתקלה זו כיוון שמטרתי היא להציג מודל עקרוני, שלטעמי יהיה תקף גם אם התקלה תחוק.

30 כדברי השופט ברק בבג"ץ 7052/03 **עדאלה**, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים פ"ד סא(2) (2006), פס' 74:



ה"מחיר" של הפגיעה בשוויון מוצדק, מלאכת האיזון בין הערכים תוביל לתוצאה שאיננה מייצרת שוויון מושלם. ודוק: לעיתים תוצאת האיזון היא פגיעה בשוויון הפורמלי (למשל, יום מנוחה שבועי שאיננו זהה לקבוצות זהות שונות), אך השוויון המהותי נשמר כי יש לו צידוק פנימי (לכל קבוצה נקבע יום מנוחה המתאים לה), ולעיתים גם השוויון המהותי איננו נשמר משום הצורך להגן על אינטרסים וערכים אחרים.

הספרות עמוסה בניתוחים של משמעות ה"שוויון" והיקף תחולתו, ולא כאן המקום להרחיב. אסתפק בהליכה בשביל הברור שכבש עבורנו אחד מחשובי ההוגים הליברליים והפילוסופים הפוליטיים של המאה העשרים – ישעיהו ברלין, בחיבורו *Equality*:

ההנחה היא ששוויון אינו זקוק להצדקות, רק אי-שוויון נזקק להן [...] אחדות, סדירות, דמיון, סימטריה, המתאם הפונקציונלי של מאפיינים מסוימים עם הזכויות המתאימות [...] אין צורך לתת את הדעת עליהם במיוחד, ולעומת זאת, הברלים, התנהגות לא שיטתית, שינוי בהתנהגות מצריכים הסבר, וככלל, הצדקה.

[The assumption is that equality needs no reasons, only inequality does so... uniformity, regulatory, similarity, symmetry, the functional correlation of certain characteristics with corresponding rights... need not be specially accounted for, whereas differences, unsystematic behavior, change in conduct, need explanation and, as a rule, justification.]<sup>31</sup>

ברלין מדגים: אפילו מי שתומך בשוויון תמיכה קיצונית יסכים כי יש לתת סמכות עודפת, לא שוויונית, למנצח בתזמורת, על פני שאר הנגנים. ההצדקה לכך נובעת ממטרת התזמורת להפיק צלילים בדרכים מסוימות, שללא יצירת ההיררכיה

---

יש לאזן בין מידת הפגיעה בזכות לבין מידת הקידום של האינטרס הציבורי. בהיבט של הזכות יש להתחשב במהותה של הזכות, ובהיקף הפגיעה בה. ככל שהזכות הנפגעת היא יסודית יותר, והפגיעה היא חריפה יותר, כן נדרש משקל כבד יותר לשיקולים המצדיקים פגיעה זו. בהיבט האינטרס הציבורי, יש להתחשב בחשיבותו של האינטרס, ובמידת התועלת הנגרמת ממנו באמצעות הפגיעה בזכויות האדם. ככל שהאינטרס הציבורי הוא חשוב יותר, כן יש בו כדי להצדיק פגיעה קשה יותר בזכות האדם.

Isaiah Berlin, "Equality," *Proceedings of the Aristotelian Society* 56 31  
(1955) (התרגום שלנו), pp. 301, 305.

והמשמעת הלא-שוויוניות לא תושג. הוא הדין באשר לסמכות העודפת של מפקד בצבא על פיקודיו, המוצדקת כדי להשיג ביעילות המרבית את מטרות הפעולה של הצבא.

כמובן, ככל שמשמעות הפגיעה בשוויון גדולה יותר, כך גם ההצדקה לפגיעה בו צריכה להיות בעלת משקל כבד יותר. הסמכות העודפת של המנצח בתזמורת איננה פוגעת קשה בשוויון, ולכן אפשר להסתפק בהצדקה קלת משקל כדי לפגוע בשוויון. לעומת זאת, אי-שוויון בפני החוק (למשל בזכויות אזרחיות) או אי-שוויון בזכויות פוליטיות (למשל, בזכות ההצבעה), משמעותם גדולה וחשובה, ולכן ההצדקה לפגיעה בהן, אם ישנה, חייבת להיות כבדת משקל, ויש לדון בה בזהירות רבה,<sup>32</sup> אך יש להודות שהשוויון איננו יכול לשמש אמת מידה מוחלטת לחיים טובים.

כך, ברלין:

כאשר החתירה לשוויון מתנגשת עם מטרות אנושיות אחרות, יהיו אשר יהיו – כגון הרצון לאושר או להנאה, או לצדק או ליושרה, או לצבע ומגוון בחברה כשלעצמם, או הרצון לחופש

32 אכן, קיים גם מחוץ פנימי בין היבטים שונים של הזכות לשוויון. כך, ברלין מציג את הטענה ששוויון חוקי ופוליטי יוצר אי-שוויון כלכלי, וההפך: הדרך היחידה למנוע אי-שוויון כלכלי וחברתי היא פגיעה בשוויון החוקי והפוליטי. שם, עמ' 316. בתנאים של שוויון חוקי ופוליטי מלא, המוצלחים יותר – במובן של כישרונות, מוטיבציה ותנאי פתיחה טובים יותר – יגיעו להישגים גבוהים יותר מאחרים, וייוצרו מעמדות כלכליים. תומכי השוויון הכלכלי חייבים אפוא להגן על "המוצלחים פחות" באמצעות הפעלה של משטר זכויות לא שוויוני האמור "לאזן" את הכוחות (למשל, העדפה מתקנת). דוגמה נוספת היא המחח בין התביעה של קבוצה לזכויות בעבור עצמה לבין הזכות לשוויון של פרט באותה קבוצה. למשל, הכרה של המדינה בזכויות של קבוצות מיעוט הרואות שבט או במשפחה – ולא בפרט – את יחידת הייצוג ההולמת, עלולה להתנגש עם מימוש הזכות לשוויון במובנה הפרטי. הכרה מדינתית כזאת עלולה להקשות על פרטים המבקשים לקרוא תיגר על הסטטוס קוו הקהילתי ועל ההנהגה של קבוצת המיעוט. ראו, למשל, Michael Karayanni, "Two Concepts of Group Rights for the Palestinian-Arab Minority Under Israel's Constitutional Definition as a 'Jewish And Democratic' State," *International Journal of Constitutional Law* 10 (2) (2012), p. 304.

המחח הפנימי נובע גם מהשונויות והגיוון האנושיים:

demanding equality in terms of one variable tends to clash – in fact and not just in theory – with wanting equality in terms of another. We deeply diverge in our internal characteristics [...] as well as in external circumstances. It is precisely because of such diversity that the instance on egalitarianism in one field requires the rejection of egalitarianism in another. (Amartya Sen, *Inequality Reexamined*, Cambridge, MA: Harvard University press, 1992, pp. x-xi)

הבחירה כמטרה בפני עצמה, או לפיתוח מלא יותר של היכולות האנושיות, רק מבקש השוויון הקנאי ביותר ידרוש שקונפליקטים כאלה יוכרעו תמיד לטובת שוויון בלבד, מתוך התעלמות יחסית משאר ה"ערכים" הנוגעים בדבר.

[when the pursuit of equality comes into conflict with other human aims, be they what they may – such as the desire for happiness or pleasure, or for justice or virtue, or colour and variety in a society for their own sake, or for liberty of choice as an end in itself, or for the fuller development of all human faculties, it is only the most fanatical egalitarian that will demand that such conflicts invariably be decided in favour of equality alone, with relative disregard of the other "values" concerned.]<sup>33</sup>

והוא מסכם:

שוויון הוא ערך אחד מני רבים: מידת תאימותו למטרות אחרות תלויה במצב המסוים שמדובר בו, ואינה ניתנת להסקה מחוקים כלליים למיניהם; הוא אינו רציונלי יותר או פחות

מכל ערך מוחלט אחר [...]

[Equality is one value among many: the degree to which it is compatible with other ends depends on the concrete situation, and cannot be deduced from general laws of any kind; it is neither more or less rational than any other ultimate principle ...]<sup>34</sup>

כאמור לעיל, מי שדורש את זכות השוויון איננו נדרש להצדיק את דרישתו או להציג לה טעם. שוויון הוא הדבר הברור מאליו, וטוב שכך. ואולם, כיוון שהשוויון איננו ערך מוחלט, אפשר למתן את תחולתו ואף להתנהג באופן שאיננו שוויוני, אם יש הצדקה משכנעת לכך; הצדקה המגלה טעמים חזקים דיים יחסית לעוצמת הפגיעה בשוויון. בהיעדר טעמים כאלה, הפגיעה בשוויון תיחשב שרירותית ולכן אסורה.

Berlin (לעיל הערה 31), עמ' 319.

בסעיפים הבאים אברוק אם, באיזה הקשר ובאיזו מידה יש טעמים המצדיקים פגיעה בשוויון כלפי המיעוט הלאומי הערבי במדינת ישראל.

3.

### המישור הראשון – שוויון אזרחי לפרט

השוויון האזרחי לפרט הוא עקרון יסודי המקובל ללא סייג במדינות ליברליות דמוקרטיות. השיוך הלאומי של האזרח – היותו ערבי או יהודי – איננו רלוונטי כאשר אנו באים לדרון בזכויותיו האזרחיות האישיות. לפיכך יש לקבוע בבהירות מלאה: כאשר זכויותיו האזרחיות האישיות של ישראלי או ישראלית נפגעות משום שהם ערבים – אין אפשרות להצדיק זאת.

במישור זה, הפרטי, הנוגע לזכויות אזרחיות ופוליטיות, וגם לזכויות חברתיות, הפליה לרעה של הערבים דומה לכאורה להפליה לרעה של אחרים, כגון נשים (בדין האישי), יוצאי אתיופיה (בהזדמנויות), בעלי מוגבלויות (במצויאות החברתית) ועוד. ואולם בפועל הפליית הערבים שונה איכותית מההפליה לרעה של שאר ה"אחרים" בחברה הישראלית: רוב הישראלים אינם בעד הפליית נשים, יוצאי אתיופיה או בעלי מוגבלויות, בוודאי שהיא אינה חלק מהאידאולוגיה שלהם, והם אינם מנופפים בה כדגל או כנכס פוליטי. לעומת זאת, תמיכה בהפליית ערבים, המוזנת על ידי רתיעה רגשית מהם, היא עמדה מוצהרת של מיעוט גדול מהיהודים בישראל, ועמדה לא מוצהרת אך שכיחה למדי ביחס לכמה וכמה סוגיות בציבור הרחב. היא קשורה, כמוכן, למערכת היחסים המורכבת, על ההיסטוריה וההווה הכואבים שלה, בין שני הלאומים.

ראוי להודות בפה מלא: ערבים אזרחי ישראל מופלים הפליה מתמשכת וזכותם לשוויון אזרחי איננה ממומשת כראוי. הפערים בין היהודים לבין הערבים בישראל אינם סבירים. דוח ועדת חקירה ממלכתית – ועדת אור – משנת 2003 עמד על קיומה של הפליה נרחבת בתחומי חיים שונים וקבע כך: "על פי עקרון השוויון אסור לרשות ציבורית במדינת ישראל להפלות, היינו – אסור לה לנקוט יחס שונה לשווים, בלא שיש לכך הצדקה עניינית [...] בישראל אסורה הפליה לרעה של בני הציבור הערבי בישראל, על רקע השתייכותם האתנית, או הלאומית או הדתית".<sup>35</sup>

35 ועדת אור: ועדת חקירה ממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000, דין וחשבון – נוסח מלא, שער ראשון, פרק א, סעיף 23.

אכן, המדינה וארגוני חברה אזרחית הקדישו ומקדישים תשומת לב רבה במהלך השנים לשינוי המצב המפלה,<sup>36</sup> חלקה ממוקדת במישור האזרחי וחלקה עוסקת במישורים אחרים הנוגעים למעמד המיעוט בצד הסמלי והאידאולוגי. נערכו ועידות, חלקן ביוזמת הממשלה והעומד בראשה; הוקמו ועדות – חלקן מקצועיות וחלקן ייצוגיות, כמה ממוקדות בנושא מסוים וכמה כלליות; מונו שרים והוקמו מנגנונים ורשויות לטיפול "בענייני מיעוטים"; הוכנו "תוכניות חומש" ו"תוכניות רב-שנתיות"; גובשו "פתרונות מערכתיים" והתקבלו החלטות ממשלה, שהאחרונות שבהן – והמשמעותיות מכולן – הן שתי תוכניות חומש, האחת שכבר מומשה והאחת שהושקה בעת האחרונה, המייעדות סכומי עתק בסך של עשרות מיליארדי ש"ח לצרכים שונים של החברה הערבית בישראל.<sup>37</sup>

פעם אחר פעם הוגשו הצעות מפורטות להשקעות ניכרות בתשתיות פיזיות, בשרוג ההון האנושי, בדיוור ובתוכניות מתאר, במערכת החינוך וביצירת מקומות עבודה, מתוך מגמה כפולה – לצמצם פערים וגם לתרום לצמיחה ולהתפתחות הכלכלית של המדינה כולה. יש מגמת שיפור במישורים שונים. ניתן להצביע על נקודות אור, ובהן כניסת נשים ערביות לשוק העבודה, יצירת תשתיות לתחבורה ציבורית ביישובים ערביים ועלייה ברמת החיים של בנות ובני הקבוצה.<sup>38</sup>

ואולם, 73 שנים לאחר קום המדינה ו-55 שנים לאחר ביטול הממשל הצבאי אפשר לקבוע כי הדרך המוליכה למימוש היעד של שוויון אזרחי מלא לערבים עדיין ארוכה מאוד. כך, למשל, אף ששיעור האוכלוסייה הערבית בישראל הוא כ-20%, תרומתה לתמ"ג היא כ-8% בלבד.<sup>39</sup> תחולת העוני בה היא מעל 50%, שיעור בעלי ההשכלה הגבוהה נמוך – רק 11% מבוגרי תואר ראשון וכ-4% מבוגרי תואר שלישי.<sup>40</sup> תוחלת החיים של ערבים נמוכה מזו של יהודים, ושיעור תמותת התינוקות, אף שהוא

36 לסקירה ראו שרה אוסצקי-לזר, סקירת תכניות ממשלתיות והצעות של ארגוני חברה האזרחית לשינוי מעמדו ומצבו של המיעוט הערבי-פלסטיני במדינת ישראל 1998-2015, גבעת חביבה, 2016 (לא פורסם).

37 החלטות ממשלה 922 ו-923.

38 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, הסקר החברתי, 2016.

39 אימן סייף, "פתח דבר", בתוך: נטרין חאג'-יחיא, החברה הערבית בישראל – תמונת מצב חברתית כלכלית ומבט לעתיד, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה והמשרד לשוויון חברתי, 2017, עמ' 2. חוברת זו היא מקור המידע לנתונים המופיעים בחלק זה.

40 עם זאת, על פי נתוני הלמ"ס לשנת הלימודים תשע"ח, בטכניון, מוסד עילית, שיעור הסטודנטים הערבים עולה על שיעורם באוכלוסייה (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שנתון סטטיסטי לישראל, 2019, לוח 2.17). כמו כן, משנת 2010 נרשם זינוק של כ-80% במספר הסטודנטים הערבים באקדמיה בישראל בכלל.

במגמת ירידה, עדיין גבוה בהרבה מזה שבקרב האוכלוסייה היהודית. לא כל הפערים מקורם בהתנהגות של המדינה והחברה היהודית; יש גם חסמים להשוואת התנאים שמקורם בחברה הערבית עצמה. אך ברור שהמדינה חייבת לעשות עוד כהנה וכהנה כדי לקדם את השוויון. ראוי לציון מיוחד בנושא המרחבי – מאז קום המדינה לא הוקמו יישובים ערביים חדשים (למעט יישובים בדואיים בנגב), הקצאת הקרקעות אינה הוגנת ואינה תואמת את הגידול באוכלוסייה, תהליכי תכנון בתוך היישובים הערביים אינם מתקיימים כנדרש ועוד.

מפעם לפעם נשמעים קולות המבקשים להצדיק את היעדר השוויון בכך שהערבים אזרחי ישראל אינם שותפים מלאים לנשיאה בחובה האזרחית של שירות צבאי, ויש שמעלים טענות בדבר אי-כיבוד של סמלי המדינה ועוד. אחרים מבקשים להתנות את השוויון בהתייבות של הערבים למסדר נאמנות ישראלי: "כלי נאמנות אין אזרחות". עמדות אלו נוגדות את המקובל בדמוקרטיה ליברלית, ואין לקבלן. אזרחות (והזכויות הנלוות אליה) איננה "שכר" או "עונש", היא הבסיס הראשוני, יחידת היסוד, של האמנה המכוננת את המדינה ונותנת תוקף לחוקיה.

ישראלים הגונים אינם יכולים לחשות נוכח הפערים בין אזרחים בני לאום שונה.<sup>41</sup> יחס מפלה כלפי ערבים עולה כדי הפרה בוטה של ההבטחה שהבטחנו לעצמנו ולעולם כולו בהכרזת העצמאות. זאת ועוד: יהודים הגונים אינם יכולים להתעלם מאחריותם לגונן על המיעוט הלאומי מפני הפגיעה בזכויותיו, שהיא ביטוי לגזענות מחפירה. התנהגות זו היא הפרה בוטה של הציווי הדתי "כי תבואו אל ארץ מושבותיכם, אשר אני נותן לכם [...] תורה אחת ומשפט אחד יהיה לכם ולגר הגר אתכם" (במדבר טו, ב ו-טז), שהמקרא חוזר עליו, בכמה דרכים, לא פחות מ-36 פעמים; יותר מכל ציווי דתי אחר.<sup>42</sup>

41 עמדה זו הייתה מקובלת על ראשי התנועה הציונית. כך, למשל, הנשיא הראשון של מדינת ישראל, ד"ר חיים ויצמן כתב "I am certain that the world will judge the Jewish state by what it will do with the Arabs" (Chaim Weizmann, *Trial and Error: The Autobiography of Chaim Weizmann*, New York: Harper & Brothers, 1949, p. 462). זאב ז'בוטינסקי הרוויזיוניסט ניסח בשנת חייו האחרונה מתווה חוקתי שכלל סעיף שכותרתו "שוויון אזרחי", וזו לשונו: "עקרון שיווי הזכויות שבביל כל האזרחים מכל הגזעים, האמונות, הלשונות או המעמדות, יונהג בלי כל הגבלה, בכל המיגזרים של חיי הציבור במדינה, בתנאי שלא ייעשה דבר העלול להפריע לכל יהודי מארץ זרה לשוב למולדת" (ראו אריה נאור, "המתווה החוקתי של זאב ז'בוטינסקי למדינה היהודית בארץ ישראל", מתוך: אבי בראלי ופנחס גינוסר (עורכים), *איש בסער: מסות ומחקרים על זאב ז'בוטינסקי*, עיונים בתקומת ישראל, סדרת הנושא, שדה בוקר: מכון בן-גוריון לחקר ישראל והציונות, תשס"ד, עמ' 51).

42 אין זהות מושגית בין ה"גר" המקראי לבין האזרח הישראלי בן המיעוטים. כמו כן ראוי להבחין בין הנורמות שהדין הדתי קובע באשר ליחס הראוי כלפי גר, כפי שעיבנו אותו חכמים

במישור זה על המדינה ורשויותיה ועל ארגוני חברה אזרחית, וגם על כל אזרחית ואזרח, להתגייס לשלושה מאמצים חיוניים: (א) ביעור הסתה לגזענות כלפי הערבים; (ב) ביצור ההגנה על חירויות היסוד של האזרחים הערבים (כגון חופש הביטוי, התנועה, ההתאגדות) ו-(ג) ביטול הפליה בכל שטחי החיים (כגון התעסוקה, דור, הקצאת תקציבים והספקת שירותים ציבוריים).

לא התאמצנו דיינו לבסס שותפות אזרחית. לא יצרנו תנאים לדו-קיום שוויוני. ההפליה והקיפוח מעוררים ספק בדבר מידת המחויבות האמיתית של המדינה והחברה בישראל הן לערכיה של "מדינה יהודית", הן לערכיה של "מדינה דמוקרטית". כדי שהמדינה תהיה דמוקרטית ויהודית היא חייבת להיות גם שוויונית ולהעניק זכויות אזרחיות, פוליטיות וחברתיות לכל האזרחים, כפרטים, כנגזר מאנושיותם ומאזרחותם.

אזרחי ישראל הערבים הם קבוצת זהות ייחודית. אפשר לעורר את השאלה מהי אמת המידה לקיבוצם יחדיו – לאומית (פלסטינים), אתנית (ערבים) או דתית (מוסלמים, נוצרים על עדותיהם השונות) – אך לשם הדיון כאן אבחר את גדר הזוהות שההנהגה הפוליטית של אזרחי ישראל הערבים (כמו מרבית הקהילה הבינלאומית) מעדיפה: קבוצת זהות המאופיינת בעיקר בהיותה מיעוט לאומי ילידי. לעובדה זו יש לתת נפח ומשמעות במרחב המדיני הישראלי.

#### 4. ההיבט הקבוצתי של הדרישה לשוויון

ואכן, הערבים אזרחי ישראל, בניגוד לשאר ה"אחרים" בישראל, שואפים גם לקבל הכרה בזהותם הקבוצתית, ולא רק בזהותם כיחידים. ראוי להכיר בערך האמיתי של הדרישה לשוויון גם ברמה הקבוצתית ולכבד אותה. יחסים בין בני אדם אינם מתמצים בהקצאה שוויונית של זכויות בין פרטים. ניסיון החיים מלמד שלמרחב הציבורי יש חשיבות רבה בבניית זהות קולקטיבית: כשם שאני מתקשה לקבל את הרעיון של "היה יהודי בביתך ואדם בצאתך", כך גם אינני יכול לבקש מחברי, האזרח הערבי, כי יפרוק את משא זהותו כבואו לרשות הרבים. אדרבא: במרחב הציבורי מתחולל המפגש הממשי בין בעלי זהויות שונות, המאתגרות זו את זו; דווקא שם יש חשיבות יתרה להבדלים בין בני אדם, קבוצות וקהילות. שיקולים של סובלנות ושל

---

במהלך הדורות, לבין הנורמות השוויוניות הנהוגות כיום במדינות ליברליות. ואף על פי כן, למרות ההבדלים, המסר המקראי של יחס הוגן כלפי ה"אחר" ברור מאוד, והוא העיקר.

יציבות, וגם הרצון לאפשר פיתוח אוטונומיה של הפרט, הם ההצדקות המופיעות בספרות להכרה בזכויות קבוצה של מיעוט. לכן, לטענת האזרחים הערבים, אם המרחב הציבורי הישראלי הוא יהודי במפגיע – אתוס ציוני, לוח שנה המבוסס על התרבות היהודית, שפה עברית, סמלים היסטוריים מהזיכרון ההיסטורי של יהודים, כללי הגירה ייחודיים ליהודים ("שבות"), דת מדינה שהיא הדת היהודית וכיוצא באלה – מסוכלת יכולתם לבטא את הזהות הקבוצתית הלאומית הערבית המיוחדת אותם בתוך מדינת ישראל. היעדר הנוכחות של הזהות הקבוצתית הלאומית הערבית מרשות הרבים הישראלית מצמצמת את אופק האפשרויות של האזרחים הערבים לבטא את עצמם במלאות, מחלישה את תחושות השייכות, ההזדהות והסולידריות שלהם עם המדינה ופוגמת בתחושת הערך והכבוד העצמי של בני הקהילה.<sup>43</sup>

במענה לכך מועלות שתי אפשרויות:

האחת, ביטול הזהות היהודית של המדינה, וכך הזהות הייחודית לכל קבוצה לאומית – יהודים וערבים – תבוא לידי ביטוי רק במרחבים תת-מדינתיים (משפחה וקהילה). באפשרות זו אדון בסעיף 7 להלן.

האפשרות השנייה מקבלת את יהודיותה של המדינה אבל מבקשת להעניק למיעוט הלאומי הערבי "זכויות קבוצה". חלק מנציגי הציבור ערביים דורשים כי הערבים, בהיותם קבוצה, יהיו זכאים לקבל את חלקם השווה במשאבים הציבוריים במדינה – משאבים חומריים (תקציבים, קרקעות, תעשייה, דיור וכו'), משאבים פוליטיים (ייצוג הולם במוקדי קבלת החלטות ובמשרות ציבוריות), משאבים תרבותיים (שפה רשמית, טיפוח תרבות לגוניה), משאבים סמליים (יחס שוויוני בסמלי המדינה, הדגל וההמנון) ומשאבי הגירה והתאזרחות. נוסף על הקצאת המשאבים, זכויות קבוצה עשויות לכלול גם הבטחה לניהול עצמי של הערבים בתחומי החינוך, הדת, התרבות, תקשורת המונים והתכנון המרחבי,<sup>44</sup> וכן הבטחה לייצוג יחסי במוסדות השלטון.<sup>45</sup> זכויות קבוצה יכולות גם לכלול היבטים נוספים, מרחיקי לכת, כגון דרישה לזכות וטו על החלטות בעלות השלכות ציבוריות, או

43 חיבורים רבים עוסקים בשאלות אלו, לדוגמה ראו Avishai Margalit and Joseph Raz, "National Self-Determination," *Journal of Philosophy* 87 (1990), pp. 439, 447–449.

44 על פי המסמך "שוויון שותפותי" שחיבר יוסף ג'בארין. ראו גם יוסף ג'בארין, "על מעמדו החוקתי של המיעוט הערבי בישראל: הצעה חדשה לסדר", *מדינה וחברה* 7 (1) (2017), עמ' 139–105.

45 לדיון מקיף ראו אילן סבן, "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו", *עיוני משפט* כו (1) (2002), עמ' 241.



דרישה לפלורליזם משפטי, שמשמעותן שהמיעוט הלאומי יוכל לנהל את חייו על פי מערכת חוקים ומערכת שפיטה המתאימה לזהותו הנפרדת, שאיננה חוקי הכנסת, אך המדינה מכירה שהיא המערכת הנורמטיבית החלה על בני המיעוט הבוחרים בכך (נניח, חוק השריעה המוסלמי ומערכת שפיטה דתית).<sup>46</sup>

ואולם, מנגד מתעורר החשש שהכרה משפטית בקבוצת הזהות הייחודית, קרי הכרה שהמיעוט הערבי הוא יישות בעלת אישיות משפטית נפרדת הזכאית לתבוע לעצמה זכויות קבוצה – תיצוק יסודות לקיומה של "מדינה בתוך מדינה", מעין אוטונומיה לאומית מתבדלת בתוך מדינת ישראל. הטענה היא שהכרה כזאת עלולה להיות תחילתו של מדרון חלקלק שבסופו תשמע דרישה להיפרדות של חלק מהגליל והמשולש, ואולי גם של חלקים מהנגב, מתחומיה הריבוניים של מדינת ישראל. כמובן, היפרדות כזאת היא אפשרות לגיטימית – כך הוצע, למשל, בתוכנית החלוקה – אך מי שאיננו מעוניין בה אמור לחשוב פעמיים על המשמעות של מתן זכויות קבוצתיות. אין אלו דברים בעלמא: תהליכים מעין אלו ידועים מההיסטוריה, וגם כיום הם מאיימים על הלכידות של מדינות ליברליות ודמוקרטיות, כגון בלגיה, ספרד וקנדה.

כיצד אפשר לאזן בין האינטרסים הסותרים?<sup>47</sup> את הדרישה לשוויון בהקשר זה אנתח בשלוש רמות, שתוצגנה בשלושת הסעיפים הבאים, מהדרישה הצנועה יותר (זכות פרט, שאיננה זכות קבוצה אך נובעת מהשתייכותו לקבוצה) דרך הדרישה היותר שאפתנית (זכות קבוצה לקבלת זכויות שוויוניות), ועד לדרישת הקצה (זכות קבוצה הרוצה לשנות את כל המרחב הציבורי בישראל, מתוך טענת שוויון).

הרמה הראשונה של זכויות קבוצתיות מכירה בצורך להעניק זכויות ייחודיות לערבים אזרחי ישראל – זכויות שהן מעבר לזכויות האזרח שאחרים זכאים להם. הזכות ניתנת לאזרח עצמו, ולא לקבוצה, אך הוא זכאי לה משום היותו חלק מהקבוצה. הזכויות

## 5. המישור השני – זכות הפרט לשוויון בהיותו חלק מקבוצה

46 ידידיה צ' שטרן, "פלורליזם משפטי בישראל", בתוך: ידידיה צ' שטרן (עורך), *צדק שלי, צדק שלך* (ירושלים: מרכז זלמן שזר והמכון הישראלי לדמוקרטיה, 2010, עמ' 291).

47 כך קובע יצחק זמיר: "עקרון השוויון, המחייב דין שווה ליהודים ולא־יהודים, חל במישור הזכויות האישיות – נראה שאין הוא חל במישור הזכויות הקיבוציות [...] יתכן שיש מקום להבחין לעניין זה בין זכויות קיבוציות שבאופן עקרוני ראוי להעניק למיעוט, לבין זכויות לאומיות שאינן מתיישבות עם העובדה שמדינת ישראל היא מדינה יהודית" (יצחק זמיר, *הסמכות המינהלית, שריגים־ליאון: נבו הוצאה לאור, חש"ו, כרך א, עמ' 44*).

הייחודיות לא נועדו להעניק לאזרח הערבי יתרון כלשהו על פני אחרים, אלא להקטין את רמת הפגיעה בו, ככל הניתן, משום שהוא "לא בבית" במדינה היהודית. ההצדקה למתן הזכויות הייחודיות היא אפוא הרצון לקדם את השוויון בין כלל האזרחים במובן המהותי.

אדגים: אזרח ערבי המעוניין לשמר את זהותו הייחודית גם בדור הבא, ירצה לאפשר לילדיו להתחנך במסגרת חינוכית שתטפח את הזהות הזאת. לפיכך על המדינה לאפשר לאזרח הערבי לבחור בבית ספר שיתנהל בשפה הערבית והתלמידים בו יהיו ערבים. אזרח ערבי זכאי לכך שחיי האישיים – נישואים, גירושים, ירושה – יוסדרו על פי נורמות ומערכת משפטית שיבטאו את זהותו. אם הוא מוסלמי, השריעה והקאדי, ולא ההלכה והרב, הם שיטפלו בהיבטים האינטימיים האלה. אזרח ערבי שרוצה להמשיך את מסורת אבותיו, שלפיה יום המנוחה השבועי הוא יום שישי ולא השבת, יוכל לבחור בכך.

ובמישור אחר: כפי שראינו, ההפליה של המיעוט הערבי, כאזרחים פרטיים, טרם פסה מן הארץ. לפיכך ראוי במקרים המתאימים לאפשר לאזרח הערבי לשפר את מצבו באמצעות כללים של העדפה מתקנת. העדפה מתקנת סותרת, לכאורה, את עקרון השוויון: על פי העיקרון הזה אין לשקול את ההשתייכות הקבוצתית של הפרט, אלא לדרון בפרט עצמו, לגופו בלבד, ואילו העדפה מתקנת מתייחסת לפרט על פי ההשתייכות הקבוצתית שלו, ובעקבותיה מופלים לרעה בני ובנות קבוצת הרוב. ובכל זאת, העדפה מתקנה היא עניין ראוי ורצוי כאשר היא נועדה לרפא הפליה קיימת או כאשר היא נועדה להבטיח ייצוג הולם של קבוצה בהקשרים שבהם הדבר נחוץ.

כך, למשל, אזרח ערבי זכאי ליהנות מהעדפה מתקנת בקבלת משרה אצל המעסיק הגדול ביותר במדינה – השירות הציבורי. העדפה זו מוצדקת הן כדי לאפשר לו להתגבר על התוצאות ההפליה שממנה סבל במהלך חייו (למשל, רמת חינוך נמוכה בגלל הקצאת משאבים לא שוויונית<sup>48</sup>), הן משום הרצון להבטיח ייצוג הולם של בני המיעוטים כדי שישקף את המגוון האנושי והתרבותי במדינה, יגביר את אמון האזרחים בה וישפר את רמת השירות הניתן לציבור (שלעיתים זקוק לקבל שירות ממי שדומה לו). גם כאן, יודגש, הזכות היא של האזרח הערבי ולא של הקבוצה, אך היא ניתנת לו משום היותו חלק מהקבוצה.

48 ממציאים מלמדים שחלמיד ערבי מקבל הקצאה נמוכה בכ-80% בהשוואה לתלמיד יהודי. ראו מרב ארלוזורוב, "ילד ערבי שווה תשיעת מילד יהודי", דה מרקר, 9.1.2016, איימ סייף, בן פרג'ון, ניצה (קלינר) קסיר ונסרין חדאד חאג'י-יחיא, חינוך והשכלה בחברה הערבית פועלים וניצנים של שינוי, מחקר מדיניות 159, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2021.

יש להעניק זכויות אלו לאזרחים הערבים בני המיעוט הלאומי משום שאין שום טעם מוצדק למנוע אותן מהם. קידום השוויון בדרך זו איננו פוגע באופייה ובטיבה של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי. הוא המעט שהכרחי לעשות כדי להקל על המצב.

ואומנם, ככלל, מדינת ישראל מכירה בזכויות ייחודיות של הפרט הערבי עקב היותו בן לקבוצה הלאומית הערבית. זהו הדין הנוהג בכל הדוגמאות שהוזכרו לעיל: הערבים אזרחי ישראל מתחנכים בשפתם בבתי ספר משלהם;<sup>49</sup> הדין האישי שלהם נגזר מהשתייכותם הדתית (שיטת המילת);<sup>50</sup> הם זכאים לנוח ביום שישי;<sup>51</sup> ונהנים מהעדפה מתקנת בקבלה לעבודה בשירות הציבורי.<sup>52</sup> כמו כן, ראוי לציין שהערבים פטורים מחובת שירות צבאי. מדובר אפוא בזכות המוענקת לפרטים שהם בני הלאום הערבי הנגזרת משייכותם לקבוצה.

האם בצד זכותו של הפרט לשוויון – בין בהיותו אזרח (סעיף 3 לעיל), בין בהיותו חלק מקבוצה (סעיף 5 לעיל), ראוי להכיר גם בזכותה של הקבוצה עצמה לטעון טענות בשם השוויון? האם המיעוט הלאומי אמור להיות מוכר, ככזה, במשפט הישראלי?

## 6. המישור השלישי – זכות הקבוצה לשוויון: תביעה לזכויות עבור הקבוצה עצמה

בהקשר הזה יש להבחין בין שני מקרים: בין תביעה של הקבוצה לזכויות עבור עצמה, כדי להשפיע על החיים הפנימיים של בני ובנות הקבוצה, לבין תביעה של הקבוצה שמטרתה לשנות את המציאות שמחוצה לה ולהשפיע גם על מי שאינם בני הקבוצה. בסעיף זה אדון במקרה הראשון ובסעיף 7 במקרה השני.

49 חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, איננו מכיר בייחודה של האוכלוסייה הערבית, אך בשנת 2003 נוסף לו תיקון מס' 11 הקובע כי אחת ממטרות החוק היא "להכיר את השפה, התרבות, ההיסטוריה, המורשת והמסורת הייחודית של האוכלוסייה הערבית ושל קבוצות אוכלוסייה אחרות במדינת ישראל, ולהכיר בזכויות השוות של כל אזרחי ישראל". עם זאת, הקבוצה הערבית, להבדיל מהיהודים הדתיים-לאומיים ומהחרדים, אינם קובעים בעצמם את מדיניות החינוך ואת התכנים הנלמדים בבתי הספר הערביים.

50 הדין האישי החל על מוסלמים בישראל, מכוח סימן 52 לדבר המלך במועצתו, הוא חוק זכויות המשפחה העותומני משנת 1917. לעניין ירושה ראו סעיף 155 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

51 סעיף 9(א) לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, מאפשר בחירה בין יום שישי לשבת למי שמקום עבודתו הוא בתחום רשות מקומית שלפחות רבע מתושביה אינם יהודים.

52 סעיף 15(א) לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.

יש הסבורים שמתן זכויות שוות לפרט הערבי אין בו די, משום שהפרט איננו מייצג את האינטרס המצרפי של המיעוט הערבי כקבוצה. כדי שהשוויון יקודם קידום של ממש, כך הטענה, על הקבוצה לצרף כוחות, לעצב מוסדות, לאגד יכולות, לבנות מנהיגות. רק בדרך זו תצבור קבוצת המיעוט יכולת פעולה ממשית – בגיבוש מדיניות, בהתוויית דרכי פעולה, בקבלת החלטות ובמשא ומתן מול קבוצת הרוב ומול המדינה. מגמה זו מסמנת רצון להתבדלות מהסביבה והיבטים מסוימים שלה יכולים להיות ניצנים לקיומה של אוטונומיה (תרבותית, גאוגרפית או אחרת) של המיעוט הלאומי בתוך מדינת הלאום היהודית.

ההכרה בזכויות הקבוצה ככזאת יכולה להיות לכתחילה, מכוח חוק מדינה שיכיר בכך, או בדעיבה, מכוח חיי מעשה שבהם הקבוצה פועלת כך ומצליחה לקדם אינטרסים של המיעוט. אכן, לא תמיד יש הלימה בין זכויות המעוגנות במשפט לבין עולם המעשה: לעיתים זכויות שהמשפט מעניק אינן ממומשות במציאות (למשל, מעמדה הנחות של השפה הערבית ברשות הרבים הישראלית למרות ההכרה המשפטית במעמדה המיוחד גם כיום), ולעיתים נוצרות זכויות קיבוציות הנובעות מהסדרים פוליטיים או חברתיים אף שהמשפט איננו מכיר בהן.

ככלל החוק הישראלי איננו מכיר בזכויות קבוצת המיעוט במובן הנדרש כאן. הוא איננו רואה במיעוט הערבי אישיות משפטית או קבוצה שיש לה זכות להגדרה עצמית, ולכן אין בישראל שום ארגון או התאגדות שהחוק רואה בו כגוף ייצוגי של הערבים אזרחי ישראל.<sup>53</sup> עם זאת, בפועל, במציאות, אפשר להבחין בסממנים של ניהול עצמי, על בסיס רצוני, של קבוצת המיעוט. העובדה שחלק גדול מהערכים אזרחי ישראל חיים במרחב גאוגרפי מובחן היא בסיס מעשי ליצירת קבוצה נבדלת מהכלל הישראלי בהיבטים חשובים (דומה, אגב, לציבור החרדי). במדינת ישראל יש "יישובים ערביים", "ערים ערביות" ו"רשויות מקומיות ערביות", שרוב תושביהם, לפעמים כולם, הם בני המיעוט הלאומי. לפיכך, במישור המוניציפלי, שיש לו השפעה רבה על מהלך חייו של האזרח, הייצוג הקבוצתי של הערבים מובטח במידה רבה כעניין שבעובדה. כמו כן, הציבור הערבי מאורגן גם באמצעות ועדת המעקב העליונה של הציבור הערבי בישראל וגופים נוספים.<sup>54</sup> המציאות של התבדלות פיזית והתארגנויות קבוצתיות וולונטריות משפרת את היכולת של המיעוט להתגונן מפני טמיעה זהותית או תרבותית בתוך הרוב היהודי.

53 כמובן, עצם ההתאגדות מותרת, אולם המדינה אינה רואה בה גוף ייצוגי של הקבוצה.

54 ועדת המעקב מורכבת מראשי הרשויות המקומיות הערביות, מחברי כנסת ערבים ומנציגים של ארגונים חוץ-פרלמנטריים ערביים. היא הקימה מחוכה חמש ועדות משנה העוסקות בחינוך, בבריאות, בספורט, בשירותים סוציאליים ובחקלאות. גופים נוספים הם, למשל, הוועד הארצי של ראשי המועצות המקומיות הערביות.

כמו כן, להבדיל מהמצב בחלק ניכר ממדינות העולם, בישראל שיטת הבחירות הנהוגת היא יחסית-ארצית. במדינות אחרות, שבהן נוהגות שיטות בחירה אזוריות למיניהן, יש לרוב אפשרות לעצב את גבולות אזורי הבחירה כדי "לדלל" את הכוח הפוליטי של קבוצות מיעוט. בישראל, לעומת זאת, כיוון שהבחירות הן ארציות, שמור ומובטח למיעוט הלאומי כי האזרחים הנמנים על בני הקבוצה יוכלו, אם יחפצו בכך, להביא לידי ביטוי מלא את כוחם הפוליטי היחסי.<sup>55</sup>

עולה אפוא שבישראל יש למיעוט הלאומי הערבי יכולת לא מבוטלת של התארגנות לפעולה כקבוצה גם במישור המקומי וגם במישור הארצי. עם זאת, ברור שהיעדר ההכרה החוקית במנגנוני ההתבדלות ובמוסדות של המיעוט הערבי פוגם ביכולתו של המיעוט לממש את שאיפתיו הקבוצתיות מימוש מיטבי.<sup>56</sup> האם היעדר ההכרה שבחוק בזכויות הקבוצה לתפקד כאישיות משפטית – מוצדק?

רבות ממדינות הלאום האירופיות מאוכלסות במיעוטים לאומיים או אתניים בשיעורים לא מבוטלים. גם בהן מוצגת תביעה להכרה בזכויות קבוצתיות לשוויון, וגם שם יש חשש שמא הכרה זו תאיים על שלמות המדינה וריבונותה. לשם בחינת המצב באירופה ראוי להבחין בין ההסדרים הפנים-מדינתיים לבין ההסדרים הקבוציים באמנות בין-מדינתיות:

מדינות אירופה קובעות הסדרים פנים-מדינתיים מגוונים המעניקים זכויות ייחודיות למיעוטים כדי לקדם את היחס השוויוני כלפיהם. כך, למשל, נהוג להקים גופים מייעצים לממשלה בנושאים הנוגעים למיעוט; לקדם מדיניות של ייצוג המיעוטים במערכת הממשלתית; להעניק דרגה כלשהי של תמיכה בזכות של המיעוט לטפח את תרבותו (במערכת חינוך משלו, במוסדות ייעודיים ועוד) ואת דתו, ובכמה מדינות יש גם הכרה בזכות של המיעוטים שיינתן מעמד מיוחד לשפתם.<sup>57</sup> ככלל, מדינת ישראל

55 עם זאת, ראויה לציון העובדה שחושביה הערביים של מזרח ירושלים, שטופחה למדינת ישראל, מחזיקים במעמד של תושבי קבע, להבדיל מאזרחים, ולכן אינם יכולים להצביע לבחירות לכנסת.

56 כך, למשל, בסעיף 38 במסמך חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005, עמ' 98, הוצע כי זכויות מסוימות – שימור ופיתוח של תרבות, דת, לשון ומורשת – יינתנו לכל אדם המשתייך לקבוצה לאומית-אתנית, דתית, תרבותית או לשונית – "לבדו או עם שאר חברי הקבוצה" (ההדגשה שלי). בכך הכיר המסמך בנחיצות של הרחבת קבוצת בעלי הזכות, בהקשר הזה, מעבר לפרט, אל הקבוצה עצמה. עם זאת, הניסוח וגם דברי ההסבר עמומים למדי בעניין למשמעותה של קביעה זו, ולא בכדי.

57 לסקירה ההסדרים השונים, ראו, למשל, Thomas Benedikter (ed.), *Europe's Ethnic Mosaic: A Short Guide to Minority Rights in Europe*, EURAC, 2008

מבטיחה למיעוט הלאומי שבתוכה את עיקרי ההסדרים שנמנו כאן, ואף מממנת חלק מהותי מהעלויות הנדרשות לצרכים אלו של המיעוט הלאומי הערבי. במובן זה ישראל עומדת בסטנדרט האירופי. ואולם כלל לא ברור שהסדרים אלו עולים כדי "זכויות קבוצה". כך, למשל, האם טיפוח תרבות המיעוט או מתן מעמד מיוחד לשפתו היא זכות של הקבוצה או זכות של היחיד בהיותו חלק מהקבוצה? זהו דיון חשוב, אך אדחה אותו להזדמנות אחרת.

בצד ההתמודדות של כל אחת מהמדינות באמצעות ההסדרים הפנימיים שלה, חשוב אף יותר להתבונן בהסדרים הבין־מדינתיים של זכויות מיעוטים במדינת לאום. מתברר שהסדרים אלו נמנעים מלהעניק למיעוטים לאומיים במדינות אירופה זכויות קבוצתיות. המסמך החשוב מכולם הוא האמנה של מועצת אירופה (The Council of Europe) משנת 1995, שכותרתה Framework Convention for the Protection of National Minorities. אמנה מפורטת זו חרתה על דגלה, בסעיפה הראשון, את הקביעה העקרונית ש –

ההגנה על מיעוטים לאומיים ועל הזכויות והחירויות של מי שמשתייכים למיעוטים אלו היא חלק בלתי נפרד מההגנה הבינלאומית על זכויות אדם, וככזאת היא נופלת בגדר שיתוף הפעולה הבינלאומי.

[The protection of national minorities and of the rights and freedoms of persons belonging to those minorities forms an integral part of the international protection of human rights, and as such falls within the scope of international co-operation.]<sup>58</sup>

האמנה מבקשת לקדם שוויון "מלא ואפקטיבי" במכלול רחב של נושאים – כלכלה, חברה, פוליטיקה, תרבות, שפה, דת, מורשת, זהות, כבוד הדדי, זכויות אזרחיות (כגון זכות ההתאגדות וחופש ביטוי ומחשבה) ועוד. ואולם – וזה העיקר – בכל אחד מסעיפיה האמנה קובעת כי בעל הזכות, או מי שמוענקת לו ההגנה, הוא האדם, החבר בקבוצת המיעוט ("every person belonging to a national minority"). האמנה איננה מעניקה זכות לקבוצה, בהיותה קבוצה. מנסחי האמנה היו ערים להבדל בין זכות הפרט בהיותו חלק מהקבוצה (שנרונה בסעיף הקודם) לבין זכות הקבוצה

Council of Europe, Framework Convention for the Protection of National Minorities and Explanatory Report, Strasbourg 1995, article 1 (התרגום שלנו).

עצמה. בדברי ההסבר הרשמיים של האמנה מפורטות גישות היסוד שלה, ושם נקבע מפורשות כי האמנה –

אינה רומזת להכרה בזכויות קולקטיביות. הדגש מושם על הגנה על אנשים המשתייכים למיעוטים לאומיים, העשויים לממש את זכויותיהם כפרטים ועם אחרים השייכים לאותה קהילה. [...] בהקשר זה, אמנת המסגרת פועלת על פי הגישה המקובלת בטקסטים שאומצו על ידי ארגונים בינלאומיים אחרים.

[does not imply the recognition of collective rights. The emphasis is placed on the protection of persons belonging to national minorities, who may exercise their rights individually and in community with others. ... in this respect, the Framework Convention follows the approach of texts adopted by other international organizations.]<sup>59</sup>

לפיכך, מי שדורשים כי ישראל תכיר בזכויות קבוצתיות של המיעוט הלאומי הערבי מבקשים כי נפעל מעבר לנדרש בסטנדרטים הבינלאומיים.

יש, כמובן, הבדלים בין המקרה הישראלי לבין המקרה האירופי: מצד אחד, המיעוט הלאומי בישראל הוא מיעוט ילידי (להבדיל ממיעוטים אירופיים, שרובם מהגרים),<sup>60</sup> ולכן אפשר שהדבר נותן תוקף נוסף לדרישה של הערבים אזרחי ישראל להכיר בזכויותיהם הקבוצתיות. מצד שני, המיעוט הלאומי בישראל רואה עצמו חלק מקבוצה לאומית השוכנת בקרבת המדינה ונמצאת עימה בסכסוך אלים מתמשך – הפלסטינים. אם נוסיף לכך את העובדה שחלקים מבני הלאום הפלסטיני שמחוץ לישראל מבקשים להשמיד את מדינת ישראל, דומה כי הטיעון נגד הענקת זכויות קבוצתיות, שאפילו האירופאים נמנעים ממנו, מקבל חיזוק של ממש. אין זו

59 שם, article 13.

60 אף שהאמנה האירופית אינה מבחינה בין מיעוט ילידי לכל מיעוט אחר, האו"ם מבחין ביניהם. ב-2007 קיבלה ערצה האו"ם אמנה העוסקת במיעוט ילידי, UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, המכירה בזכויות קבוצה של מיעוט ילידי, ובכלל זה גם בזכות להגדרה עצמית, בזכות לאוטונומיה או לממשל עצמי בנושאים פנימיים או מקומיים הנוגעים למיעוט. ואולם, ארבע מדינות חשובות הצביעו נגד האמנה – אוסטרליה, קנדה, ניו זילנד וארצות הברית. אלו, כמובן, דמוקרטיה ליברלית מהמפותחות בעולם, שהצבעתן הושפעה, מן הסתם, מהעובדה שבכל אחת מהן יש מיעוט ילידי משמעותי. האם ישראל צריכה לקבל על עצמה הסדר שמדינות אלו דחו?

טענה נורמטיבית, כמובן, אך מציאות החיים של סכסוך דמים יוצרת אקלים פוליטי מורכב המקשה על מימוש הזכות הקבוצתית.

.7

### **המישור הרביעי - זכות הקבוצה לשוויון: תביעה כלפי המרחב הציבורי**

האם מכוח הזכות לשוויון רשאי המיעוט לדרוש כי כל המרחב הציבורי בישראל לא יביא לידי ביטוי את הזהות הייחודית של קבוצת הרוב היהודית ("מדינת כל אזרחיה"), או, לחלופין, יביא לידי ביטוי שווה את שתי הזהויות הלאומיות הדומיננטיות במדינה ("מדינה דו־לאומית")? האם

יש להאזין לטענה שעצם אפיון המדינה כיהודית פוגע בערך השוויון ולכן איננו לגיטימי?

מדעני מדינה נוהגים להבחין בין שני מודלים של מדינות לאום: מדינות לאום אזרחיות ומדינות לאום אתניות. במדינות לאום אזרחיות הלאום מוגדר על פי האזרחות. כך, למשל, כל אזרח אמריקאי, מכוח אזרחותו, נחשב בן של הלאום האמריקאי, בין שהוא שחור, היספני או יפני. כל אזרח צרפתי, מכוח אזרחותו, נחשב בן הלאום הצרפתי, בין שהוא נוצרי, יהודי או מוסלמי. במדינות אלו נשמר (לפחות תאורטית) השוויון גם במרחב הציבורי משום הזיהוי המלא בין האזרחות (שהיא תמיד שוויונית) לבין הלאום. לעומת זאת, במדינות לאום אתניות, השייכות האתנית או הדתית או התרבותית היא הקובעת את גבולות הלאום, ולא האזרחות. אכן, כמעט כל מדינות אירופה אינן "מדינות כל אזרחיהן" ואינן "מדינות רב־לאומיות", אלא מדינות לאום אתניות. הן מקיימות מרחב ציבורי בעל זהות לאומית ייחודית, שלא כל האזרחים שותפים לה. יש בהן חוקים ופרקטיקות המבטאים העדפות או טעמים או זיכרון של לאום מסוים, דומה למצב הנוהג בישראל.

כך, למשל, גרמניה, יוון וארמניה מאפשרות הגירה אוטומטית אליהן אך ורק לצאצאי הפזורות האתניות שלהן.<sup>61</sup> עשרות מדינות – ובהן כל המדינות הנורדיות – מציגות את הצלב, הסמל הנוצרי, על דגליהן. גם הרעיון של דת (או כנסייה) רשמית למדינה

61 אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין, ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם, ירושלים: שוקן, 2003, עמ' 222-240. ראוי לציין כי מדינה מהאיחוד האירופי רשאית לעודד אזרחים זרים, הנמנים עם קבוצת הלאום שלה, להגר אליה: European Commission for Democracy Through Law, Report on the Preferential Treatment of National Minorities by their Kin States, adopted by the Venice Commission at its 48th Plenary Meeting (Venice, October 19-20, 2001)



נוכה במדינות רבות, ובהן אנגליה, סקוטלנד, פינלנד וקפריסין.<sup>62</sup> בכל המדינות האלה יש מיעוטים לאומיים ודתיים, ובכל זאת לא נשמעת טענה רצינית שבשם השוויון עליהן לשנות את טבען. כך אין הצדקה לטענה נגד מדינת ישראל על שהיא מבקשת לשמר את ייחודה היהודי באמצעים מעין אלו.

השכיחות הרבה של מדינות הלאום במאה העשרים ואחת איננה מעוררת פליאה: כפי שראינו לעיל, בני אדם אינם מסתפקים בקבלת זכויות כפרטים, אלא מבקשים לעצמם זיקות שייכות לקבוצות. "לאום", "דת" ו"תרבות" הן זיקות העומק המרכזיות המעניקות לבני אדם משמעות וזהות כקבוצה, ולכן טבעי שקבוצות לאום מבקשות לממש את הגדרתן העצמית, על בסיס זהותן הייחודית, במסגרת מדינית. הגלובליזציה הכלכלית והתרבותית לא שינתה זאת.

על רקע זה מטרידה הקביעה שנכתבה ב"מסמכי החזון העתידי" שניסחה העילית האינטלקטואלית של ערבים אזרחי ישראל, שהשוויון הראוי לא יושג כל עוד מדינת ישראל היא מדינה יהודית.<sup>63</sup> מחברי המסמכים האלה לא הסתפקו בקריאה לתיקון העוולות כלפי המיעוט אלא הקדישו את עיקר תשומת ליבם להגדרת השאיפות הלאומיות והפוליטיות של הקבוצה מתוך שלילה של הלגיטימיות של שאיפות קבוצת הלאום היהודית להגדרה עצמית מדינית.

הצדקה אחת לעמדה היוצאת חזיתית נגד האופי היהודי של המדינה, המובעת לצערי בכמה מהמסמכים, היא שמדינת ישראל היא בסך הכול שלוחה קולוניאליסטית של המערב. כביכול, ההכרזות "לשנה הבאה בירושלים הבנויה", "כל עוד בלכב פנימה", "ליבי במזרח ואני בסוף מערב" – אינן ביטוי אותנטי לנפש היהודית לדורותיה. ואולם, תאוריות פוסט־קולוניאליות אינן יכולות להפוך חיים מלאים לבדיה. גם מי שחשים "נפגעני נכבה" אינם יכולים למחוק את העובדה ש"בארץ ישראל קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית והמדינית", כלשון הכרזת העצמאות. על כל פנים, ראוי להבהיר כי שלילת הזהות של הזולת איננה יכולה להוות בסיס לכל שיח שהוא, גם אם הוא מתהדר בכותרת "שוויון".

62 יעקובסון ורובינשטיין, שם, עמ' 151-152, 290-291.

63 ארבעה מסמכים חוברו בשנים 2006-2007: "החזון העתידי לערבים הפלסטינים בישראל" (ועד ראשי הרשויות הערביות); "החוקה הדמוקרטית" (עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל); "חוקה שוויונית לכל?" (מרכז מוסאוו לזכויות אזרחים ערבים בישראל); "הצהרת חיפה" (מרכז מדא אל-כרמל – מרכז ערבי למחקר חברתי יישומי). לנוסח המסמכים ולמאמרי תגובה וניתוח ראו שרה אוסצקי־לזר ומוסטפא כבהא (עורכים), בין חזון למציאות, ירושלים: הפורום להסכמה אזרחית, 2008.

לגופו של עניין, מנסחי מסמכי החזון העתידי לא הסתפקו בדרישה שמרחבים ציבוריים מסוימים, המאוכלסים בעיקר בבני המיעוט הערבי, יהיו מוגנים מסממני הרוב היהודי ויגלמו את התרבות והזהות הערבית. הם מבקשים הרבה מעבר לכך, שכל מרכיבי המרחב הישראלי – הריבונות, השטח, הנורמות והסמלים – יהיו משוחררים מזהות ספציפית כלשהי. אותה עילית ערבית איננה מוכנה להסתפק בזכויות המוקנות למיעוט תרבותי, אלא דורשת מהרוב היהודי לצמצם את זהותו וליישמה אך ורק במרחבים תת־מדינתיים. המדינה תהיה מגרש משחקים ניטרלי, שקוף וחלול, בעל אופי אוניברסלי.

זו דרישה מוזרה, במיוחד כשהיא באה ממי שרגישים כל כך לחשיבות של המרחב הציבורי לשם גיבוש הזהות הקבוצתית. המסמכים דורשים שהרוב המכריע של אזרחי המדינה יסיגו את זהותם הקולקטיבית אל מחוץ למרחב הציבורי, החיוני כל כך למימוש הזהות. בהיעדר מדינה יהודית אחרת, משמעות דרישתם היא גימוד ורידוד הזהות היהודית בדורנו לממדיה הפרטיים והקהילתיים, ממש כפי שהיה משך אלפי שנים, בהיות היהודים עם גולה.

כאמור לעיל, תביעתם של בני המיעוט הערבי לשוויון אזרחי ברמת הפרט ראויה משום שלא מוצב מולה טעם מספק המצדיק את שלילתה. לעומת זאת, תביעתם לשוויון במרחב הציבורי, באמצעות סילוקה של הזהות הקולקטיבית של יותר משלושה רבעים מאזרחי המדינה מהמרחב הריבוני, איננה מוצדקת.<sup>64</sup> עומדים מולה טעמים חזקים ביותר:<sup>65</sup>

ראשית, זו הפליה לרעה של הזהות הלאומית היהודית לעומת זהויות לאומיות אחרות הבאות לידי ביטוי במרחב מדיני, ובכללן גם זהויות של לאומים ערביים שונים.<sup>66</sup>

64 שאלות כמותיות – מדידה של שוויון ושל אי־שוויון – מעסיקות מאוד את הספרות, ואין כאן המקום להאריך בהן. לשם הדיון כאן נסתפק באינטואיציה הברורה שפגיעה בשלושה רבעים מהאזרחים נראית, על פניה, גרועה יותר מפגיעה במיעוט, בהנחה שאופי הפגיעה דומה.

65 לדיון בהצדקות שונות לשימור האופי הלאומי הייחודי של מדינת ישראל, ראו, למשל, רוח גביון, **ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים**, ירושלים: מכון ון ליר והקיבוץ המאוחד, 1999, עמ' 41–45; אביעד בקשי וגדעון ספיר, "בזכות הזכות למדינת לאום – על חסרונו של השיקול הלאומי בפסק הדין בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003", **עיוני משפט** לו (2013), עמ' 509–534. לדיון רחב ומאיר עיניים בהצדקות הצינוניות להקמת מדינת הלאום, ראו גדעון שמעוני, **האידיאולוגיה הצינונית**, ירושלים: מאגנס, 2001.

66 הצדקה זו לאי־שוויון כלפי המיעוט הלאומי הערבי מניחה שהדרישה לשוויון אינה רק לשוויון בתוך המדינה, בין אזרחים וקבוצות, אלא גם לשוויון בין קבוצות לאומיות על־מדינתיות ולשוויון גלובלי.

ליהודים, כמו לכל קבוצה אתנו־תרבותית אחרת, יש אינטרס לשמר את תרבותם לפתח אותה ולחיות במסגרתה. "זהו אינטרס שראוי למדינות לקדמו".<sup>67</sup>

שנית, אם המרחב הציבורי בישראל יהיה ניטרלי תפגע הזהות היהודית ותתנוון משום שהביטויים הציבוריים שלה יושקו. על פי החזון הציבורי, מדינת ישראל איננה רק מקום מקלט פיזי ליהודים מפני רדיפות,<sup>68</sup> אלא גם מקום שבו תוכל היהדות לפרוח מעבר לממדים האישיים והקהילתיים אל הממד הריבוני, על כל המשתמע מכך, ובכלל זה ניהול מערכות ממשל, הפעלת כוח צבאי וגם – אחריות כלפי מיעוטים.<sup>69</sup>

שלישית, חוסנה הנוכחי של מדינת ישראל נשען במידה רבה על מקורות היניקה של האזרחים מזהותם היהודית.<sup>70</sup> ריקון המדינה מזהותה היהודית עלול לפורר את הלכידות האזרחית ואת הסולידריות ולהוביל לפירוק הגוף המדיני הישראלי ליחידות משנה בלתי קשורות זו לזו. הפרטת הזהות מהמדינה אל הפרטים עלולה לאיים על עצם יכולת השרירות של המדינה.<sup>71</sup>

מי שמקבל את הטענה של המיעוט הלאומי הערבי בדבר חשיבות המרחב הציבורי בגיבוש הזהות, חייב גם להכיר בחשיבות המקבילה של קיומו של מרחב ציבורי יהודי. למרבה הצער, לא כל הנכסים הציבוריים ניתנים לחלוקה בין רוב למיעוט. כך, למשל, הגדרת אופייה של המדינה כ"יהודית", שנגדה יוצאים מסמכי

67 חיים גנז, ציונות שוויונית: מסה על המעמד המוסרי של מדינת היהודים, ירושלים: מולד, 2013, עמ' 33.

68 "ה'התעקשות' של חלק מהוגי הציונות, ובעיקר הרצל, על מדינה דווקא, ולא על אוטונומיה תרבותית או הסדרים אחרים של הגדרה עצמית, נבעה מן האבחון שלהם את 'בעיית היהודים' – חשש מרדיפה ומאנטישמיות. טענת ה'מתעקשים' הייתה, כי רק שליטה פיסית על מדינה ועל משאביה חאפשר מניעה ממשית של רדיפות שלטוניות, או של רדיפות מטעמן של קבוצות אוכלוסייה שהשלטון לא ידכא מחמת חוסר עניין או חוסר יכולת" (גביוון |לעיל הערה 171, עמ' 43).

69 ראו, למשל, ידידיה שטרן, "משבר הזהות במדינת ישראל", *תרבות דמוקרטית* 14 (2012), עמ' 257–275.

70 Yedidia Z. Stern, "Jewish, Democratic and Resilient? On Competing Visions of Israel," in: Stuart A. Cohen and Aharon Klieman (eds.), *Routledge Handbook on Israeli Security*, Abingdon and New York: Routledge, 2018, pp. 332–342

71 על ההצדקה לשימור אופייה הלאומי של מדינה לשם שימור אופייה הסולידרי, ראו, למשל, Yael Tamir, *Liberal Nationalism*, Princeton: Princeton University Press, 1993, ch. 6

החזון, איננה ניתנת לחלוקה. לפיכך, אנו נדרשים לבחור בין "גם לי גם לך לא יהיה" לבין מתן האפשרות לרוב לממש את היותו רוב דרך ביטוי זהותו במרחב הציבורי.

.8

### חוק הלאום והשאיפה לשוויון

הדיון עד כה הציג מודל כללי שעל פיו אמורה מדינת לאום – המחויבת לערכים של שוויון – להתנהל. עליה להבטיח שוויון אזרחי לפרט בלי תלות בהשתייכותו האתנית (המישור הראשון);

עליה להכיר בחשיבותו של ההיבט הקבוצתי של הדרישה לשוויון ולכבד אותו, אך רק ביחס לזכות האישית של האזרח בהיותו חלק מהקבוצה (המישור השני). שונים הדברים כאשר לזכות הקבוצה לבוא בתביעות קבוצתיות לשוויון עבור הקבוצה עצמה (המישור השלישי). כפי שראינו, מדינות לאום אירופיות נמנעות מלהכיר בזכויות כאלה, וכך גם נוהג הדין הישראלי, אך בפועל, המיעוט הלאומי הערבי בישראל מצליח להתארגן ולקדם אינטרסים קבוצתיים גם במישור המקומי וגם במישור הארצי. ולבסוף, מדינות לאום, מעצם טבען והיותן בעלות זהות ייחודית, אינן מכירות בתביעה של קבוצה לשוויון כשהיא מופנית אל המרחב הציבורי ומבקשת להפוך אותו לניטרלי (המישור הרביעי).

על רקע זה בשלה העת לבחון האם ניתן לפרש את חוק הלאום פרשנות העולה בקנה אחד עם המודל הכללי המוצע? אם החוק מחייב פרשנות הסותרת את המודל הכללי, בהיותו כולל הטיות אתגור-תרבותיות מפלות שאינן מוצדקות, נאלץ להודות כי מדינת ישראל איננה עומדת באתגר השוויון. ואולם, להערכתנו, אין זה מצב הדברים. קיימת אפשרות פרשנית סבירה, של כל סעיפי חוק הלאום, התואמת את המודל הכללי. אם תאומץ פרשנות זו, הרי שלמרות העובדה המצערת שחוק הלאום איננו כולל מחויבות מפורשת לשוויון, יהיה אפשר לקבוע כי החוק איננו מסכל את היכולת של מדינת ישראל להתנהל כמדינת לאום שוויונית.

נעבור אפוא על כל סעיפי החוק ונבדוק זאת.

עקרונות היסוד המנויים בחוק הלאום קובעים כי מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם יהודי ובה הוא מממש את זכותו להגדרה עצמית, וכי מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי

### עקרונות היסוד

(סעיף 1).<sup>72</sup> כיוון שהחוק מונע מהמיעוט הלאומי לממש את זכותו להגדרה עצמית לאומית במסגרת מדינת ישראל, ברור שהסעיף איננו שוויוני, אך אין זה אומר שהוא בעייתי. כפי שראינו, השוויון הוא ערך יחסי, ויש לברוק אם הנורמה הבלתי שוויונית יכולה להיות מוצדקת בנסיבות העניין. הדיון במישור הרביעי הציג טעמים חזקים המצדיקים את הפגיעה האמורה בשוויון, ומכוחם נטען כי אין לקבל דרישה של המיעוט הלאומי להפוך את ישראל למדינה נעדרת זהות, בעלת אופי ניטרלי.<sup>73</sup> נראה כי עקרונות היסוד תואמים את המוצע במודל.

**מאפיינים ייצוגיים של המדינה**  
 חוק הלאום קובע שורה ארוכה של מאפיינים ייצוגיים של המדינה: סמלי המדינה – שמה, הרגל, הסמל, ההמנון (סעיף 2), בירתה (סעיף 3), לוח השנה העברי (סעיף 8), וימי ציון מיוחדים (סעיף 9). כל אלו מבטאים את האופי היהודי הייחודי של המרחב הציבורי של המדינה (למעט יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל), והטעמים החזקים שהוזכרו לעיל, בדיון במישור הרביעי, רלוונטיים גם כאן. אכן, מדינות רבות נוהגות לציין את המאפיינים הייצוגיים של המדינה באמצעות זיקות ייחודיות ללאום הדומיננטי, ולא נשמעות טענות נגד פרקטיקות רווחות אלו. אין בכך כדי לפסול את הדרישה להקצאה שותפתית של משאבים סימבוליים, אך נראה כי בלעדיות סימבולית, כשלעצמה, איננה סותרת את המחויבות הבסיסית לשוויון.

יודגש, כשרותם של הסדרים אלו נובעת מכך – ותלויה בכך – שאין הם מפורשים בדרך הפוגעת בשוויון האזרחי של הפרט (המישור הראשון) ובזכות הפרט לשוויון בהיותו חלק מהקבוצה (המישור השני). על פניו נראה כי לא מתעורר אתגר מיוחד בהקשר זה.

בצד המאפיינים הייצוגיים, חוק הלאום כולל גם הסדרים בעלי אופי מעשי.

72 סעיף 1 לחוק הלאום מונה עקרונות יסוד נוסף, הצהרתי, שעל פניו אין לו משמעות לדיון בשוויון: "ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי, שבה קמה מדינת ישראל".

73 אין זה המקום להרחיב בדיון באפשרות של מדינה דו-לאומית – שתיקרא, נניח, ישראלין (ישראל-פליסטין). ככלל, בחירה באפשרות זו תסכל את מימוש הצרכים של העם היהודי המצדיקים את ההגדרה העצמית של היהודים במדינת ישראל שפורטו לעיל בסעיף 7. לפיכך, הבחירה של חוק הלאום להעניק בלעדיות להגדרה העצמית היהודית – מוצדקת.

**ימי מנוחה ושבֹתון**  
 על פי החוק, ימי המנוחה והשבֹתון בישראל יהיו שבת ומועדי ישראל, אך למי שאינו יהודי זכות לקיים את ימי המנוחה "בשבתם ובחגיהם" (סעיף 10). זוהי נורמה (קרובה ל) שוויונית<sup>74</sup> – האזרח הערבי זכאי לימי מנוחה התואמים את תרבותו ודתו בהיותו חלק מקבוצת המיעוט. זוהי נורמה העולה בקנה אחד עם המודל הכללי (במישור השני).

**שפה**  
 אומנם בחוק הלאום נקבע כי "שפת המדינה" היא עברית, אך נקבע גם כי לשפה הערבית "מעמד מיוחד" במדינה, וכי החוק איננו מכוון לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית לפני תחילתו של החוק (סעיף 4). אין זה המקום לנתח את מלוא מנעד האפשרויות הפרשניות העולות מניסוחים פתלתלים אלו – שיש מחלוקת בשאלה אם הם משרגים<sup>75</sup> את מעמד הערבית יחסית למעמד שקדם לחקיקת החוק,<sup>76</sup> משנמכים אותו,<sup>77</sup> או אינם משנים אותו.<sup>78</sup> אך ככל שהפרשנות העתידית של הסעיף – משמעות

74 ההסדר איננו שוויוני לחלוטין, משום שימי המנוחה והשבֹתון במרחבים הכלליים הם שבת ומועדי ישראל. על כל פנים, חוק הלאום איננו מפרט כיצד תיושם הנורמה של ימי מנוחה שונים לבני לאומים שונים, וקובע כי "פרטים לעניין זה ייקבעו בחוק".

75 בעקבות חוק הלאום "הועלה" מעמדה של הערבית, בפעם הראשונה, אל הרמה החוקתית. נוצרה נורמה חוקתית שלפיה יש להסדיר את השימוש בערבית במוסדות ממלכתיים בחוק. התפתחות זו מעניקה לערבית חשיבות גבוהה יותר משהייתה לה בעבר. ראו עודד מודריק, "מדינה יהודית ודמוקרטיה: זכויות אדם ונכסים לאומיים – עקרון השוויון בראי זכויות בני המיעוט הערבי", כתב העת הבינחומי ללימודי המזרח התיכון 3 (2018), עמ' 5–55.

76 כך, למשל, האם הקביעה בסעיף 4(ג) ש"אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית לפני תחילתו של חוק יסוד זה" משמעה שהמעמד הרשמי של הערבית, כקבוע בסעיף 82 לדבר מלך במועצתו, נשמר? או שמה השתנה המעמד בעקבות החוק, שהרי נקבע בס"ק (א) שרק העברית היא שפת המדינה? אולי האיטור על פגיעה במעמד "שניתן בפועל" לערבית מתייחס לפסיקה בית המשפט שקדמה למועד חקיקת החוק וחיזקה את מעמד הערבית (למשל, לעניין כיהוב בערבית על שלטי רחוב בערים מעורבות בבג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל אביב יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002)) או שמה כוונת הסעיף היא שאין לפגוע במעמד השפה הערבית כפי שהוא היה במציאות החיים בישראל בשנת 2018?

77 יש המזהים פגיעה ברובד הסמלי, בכך שנוצר פער בהגדרת מעמדן של שתי השפות, ראו יעקובסון (לעיל הערה 18). וראו הפרק של אלכסנדר יעקובסון, "המעמד המשפטי של השפה הערבית בישראל בעקבות סעיף 4 בחוק הלאום", בקובץ זה.

78 יש הסבורים שהחוק אינו משנה את המצב הקיים: דבר המלך במועצתו, סימן 82, קבע כי גם הערבית, לצד העברית, הן שפות רשמיות בישראל. ואולם, בפועל חתימתה של הערבית על המרחב הציבורי בישראל לא הייתה גבוהה, ולכן חוק הלאום איננו מעלה ואינו מוריד. ראו

המונח "מעמד מיוחד"<sup>79</sup>, וגם הסדרת השימוש בשפה הערבית במוסדות ממלכתיים או בפניהם, האמורה להיקבע בחוק (סעיף 4(ב)) – תכבד את זכותו של האזרח הערבי, בהיותו חלק מהקבוצה הערבית, לעשות שימוש בשפתו באופן שוויוני, כך יתאם הדבר את המודל המוצע (המישור השני). ודוק: אין מדובר כאן בזכות קבוצתית שניתנת למיעוט הלאומי, ככזה, אלא בזכותו של הפרט, אדם הכלול בקבוצה הערבית, שהוא או היא יוכלו להתנהל במרחב הציבורי בישראל מתוך שהם עושים שימוש בשפתם. חוק הלאום, כשלעצמו, איננו מונע זאת. כדי להגיע לתוצאה הראויה באשר ליישום המעמד המיוחד של הערבית יהיה על הפרשן לשקול אלו מול אלו את השיקולים האלה:

מצד אחד, האם יהודיותה של מדינת ישראל (מבחינה לאומית ותרבותית) תיפגע אם היא תתנהל (לפחות חלקית) כמדינה דו־לשונית? ואם כן, מה משקלה הריאלי של פגיעה זו בהינתן שאר מאפייניה היהודיים־פרטיקולריים של המדינה, ובמיוחד מעמדה הדומיננטי כל כך של השפה העברית במציאות שבה רוב היהודים אינם דוברי ערבית וחלק משמעותי מהערבים הם דוברי עברית? ומצד שני, מה משקלה של הפגיעה באזרחים הערביים, הן בצד המעשי (אם הם אינם דוברי עברית והוטה), הן בצד הסמלי־רגשי, הן בצד התרבותי והן בהקלשת הסולידריות האזרחית בין יהודים לערבים?<sup>80</sup> חוק הלאום פותח את הדרך בפני שקילה עניינית, על פי המוצע במודל הכללי, של משמעויותיה של כל הכרעה באשר למעמדה של הערבית במדינת ישראל.

---

נחנאל פישר, "חוק הלאום הוא תשובה לאלטיות", *ynet*, 31.7.2018. כמו כן, מאחר שחוק הלאום קובע שאין הוא פוגע במעמד של הערבית כפי שהיה לפני חקיקתו, הרי שהפטיקה הקודמת שתמכה בחיזוק מעמדה של הערבית במדינת ישראל תוכל להמשיך להתפתח באותו כיוון. ראו מוחמד ס' ותד, "מעמדה המשפטי של השפה הערבית בעקבות חוק יסוד הלאום", *ICON-S-Blag* (7.1.2020). וראו הפרק של מוחמד ס' ותד, "מעמדה המשפטי של השפה הערבית בעקבות חוק יסוד: הלאום", בקובץ זה.

79 ראו מיטל פינטו, "שפה שסועה: בין מעמד רשמי למעמד מיוחד של השפה הערבית בישראל", *תרבות דמוקרטית* 20 (2020).

80 "טיעונים בדבר הרחקתה של הערבית מהמרחב הציבורי לטובת בלעדיות של השפה העברית כמי שמבטאת הלאומיות היהודית, מדירה את מי שאיננו יהודי מקבוצת הסולידאריות האזרחית בישראל. מרחב ציבורי דו־לשוני בישראל, שיוכלו למצוא בו מקום יהודים וערבים, יכול לעומת זאת להוות את תחילתו של מכנה אזרחי משותף בין יהודים לערבים בישראל" (שם, ליד הערה 109).

## קִיבוּץ גְלוּיּוֹת

חוק הלאום חוזר על מה שכבר נקבע בהכרזת העצמאות – "המדינה תהא פתוחה לעלייה יהודית ולקִבוּץ גְלוּיּוֹת" (סעיף 5). האם זכות שבות ליהודים בלבד, בלא הקצאה של מכסות הגירה למיעוט הלאומי, תואמת את המודל הכללי? המודל עוסק בשוויון בין אזרחי המדינה, ואילו חוק השבות עניינו שונה: הענקת זכות למי שאינם אזרחים. זאת ההבחנה שבית המשפט עליון עשה בה שימוש בהכשירו את חוק השבות.<sup>81</sup> על כל פנים, על פי המודל המוצע, אין לתת לקבוצה הערבית של אזרחי ישראל בהיותה קבוצה לאומית זכות לתבוע שוויון בכללי הכניסה למדינה – במובן של זכות הגירה בלתי מותנית, דומה לזכות השבות השמורה ליהודים – משום שמתן זכות כזאת עלול לשנות את אופי המרחב הציבורי. זכות כזאת נשללת גם מקבוצות מיעוטים בדמוקרטיות ליברליות אחרות. עם זאת, שאלה פתוחה היא האם שלילת זכות איחוד בישראל בין אזרח לא יהודי לבין בני משפחתו שאינם אזרחים עומדת באמת המידה המוצעת על ידי המודל: האם יש למסגר את הדילמה הזאת בהקשר של התביעה הבלתי מסויגת למתן שוויון אזרחי מלא לפרט הערכי (המישור הראשון), או שמא מיקומה הנכון נוגע לאופי המרחב הציבורי כולו (המישור הרביעי)? אם הפרשנים העתידיים ישתכנעו שאיחוד המשפחות איננו משפיע על אופייה היהודי של המדינה, כך גם יהיה עליהם לאפשר את איחוד המשפחות מכוח הזכות לשוויון, וההפך: אם הם יעריכו שפתיחת הדלת בפני איחוד משפחות עלולה, ברבות השנים, לפגוע באופייה היהודי של המדינה, ניתן יהיה להצדיק, על פי המודל המוצע, שלילה של הזכות לאיחוד משפחות.

## הקשר עם העם היהודי

על פי החוק, המדינה מתחייבת לשקוד על הבטחת שלומם של כלל האזרחים – יהודים ושאינם יהודים – "הנתונים בצרה ובשביה [...] בשל אזרחותם" (סעיף 6(א)). היינו, יש שוויון ביחס כלפי אזרחים כפרטים, בלא תלות בזהותם הלאומית,

81 כך קבע השופט אהרן ברק:

לכל יהודי הזכות לעלות לארץ ולקבל את אזרחותה. בכך אין פגיעה בעקרון השוויון. כאשר הטעם המונח ביסוד הקמת המדינה הינו שהיא תשמש בית לאומי ליהודים באשר הם, אין במתן זכות עלייה ליהודים משום הפליה כלפי מי שאינו יהודי [...]. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי. אך משמצוי אדם בבית פנימה, הרי הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים. אין מפלים בינו לבין בני הבית האחרים (אהרן ברק, "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", עיוני משפט כד (2000), עמ' 12).



כנדרש (במישור הראשון – הזכות של הפרט, ובמישור השני – הזכות של הפרט כחלק מהקבוצה).

עם זאת, בהיות מדינת ישראל מדינת לאום של העם היהודי, היא מקבלת על עצמה התחייבויות נוספות כלפי יהודים שאינם אזרחים: היא תשקוד על הבטחת שלומם אם הם נתונים בצרה ובשביה בשל יהדותם (סעיף 6(א)), והיא תפעל למען שימור הזיקה שלהם כלפי המדינה ולמען שימור מורשתם היהודית (סעיפים 6(ב) ו-6(ג)). כפי שהוסבר לעיל, המודל עוסק בשוויון בין אזרחי המדינה, שכאמור – נשמר, ואילו ההתחייבויות האלה מופנות כלפי מי שאינם אזרחים. למעלה מן הנדרש אוסיף שקשה לקבל טענה של ערבים אזרחי ישראל בדבר הצורך להעניק לערבים שאינם אזרחי ישראל זכות שהמדינה תגן עליהם בגלל ערבותם, או שהיא תפעל לשימור הזיקה שלהם כלפי המדינה ולמען שימור מורשתם הערבית (במובן הלאומי או הדתי). גם מי שמוכן להכיר בזכות של הקבוצה עצמה לשוויון (וכאמור, המודל הכללי איננו מכיר בכך, ראו המישור השלישי), עושה זאת ביחס לחברי הקבוצה שהם אזרחים. המדינה איננה חייבת לפעול למען מי שאינם אזרחים ואינם בני הלאום של מדינת הלאום.

**התיישבות יהודית** הסעיף המציב את האתגר הגדול ביותר למודל הכללי של שוויון במדינת הלאום הוא סעיף 7, הקובע ש"המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". כיוון שכך, אפרט מעט ביחס לדרך הפרשנות הראויה של סעיף זה.<sup>82</sup>

כזכור, הכרזת העצמאות הבטיחה כי מדינת ישראל "תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה" – לא רק היהודים, והדברים מופיעים צמוד להבטחה כללית יותר בדבר קיומו של "שוויון זכויות חברתי [...] גמור לכל אזרחיה בלי הברל דת, גזע ומין". אך המציאות התפתחה אחרת לגמרי:

הפעולות שנעשו לשם פיתוח הארץ וקידום התיישבות בה תמכו בעיקר בבני הלאום היהודי, מסיבות רבות: תוצאות מלחמת העצמאות (והחוקים שהעבירו לרשות המדינה את נכסי הערבים שלא היו בישראל במועד הקובע – הנפקדים); פעולתם של כוחות השוק (גלי העלייה הגדולים שיצרו ביקוש גדול לאדמות וליישובים עבור

82 ראו הפרקים של ברק מדינה ועשור ויצמן, מנאל חותר-ג'ובראן וחיים זנדברג בקובץ זה.

יהודים); אידאולוגיה (האתוס הציוני של גאולת הארץ על ידי יהודים ולמען יהודים, והמדיניות שנגזרה מכך – "ייהוד" חלקי הארץ שבהם התגוררו ערבים רבים יחסית); מוסדות ייעודיים (המוסדות הלאומיים הפועלים למען העם היהודי, ובהקשר הזה בעיקר הקרן הקיימת לישראל, הסוכנות היהודית והחטיבה להתיישבות יהודית בהסתדרות הציונית העולמית), וענייני ביטחון (שהצדיקו הפקעה מאסיבית של קרקעות, רובן מידי בעלים ערבים).<sup>85</sup>

בקווים כלליים, אתגר השוויון בהקשר של התיישבות בארץ בא לידי ביטוי כיום בעיקר בארבעה עניינים: שאלת הבעלות בקרקעות והפקעתן; שאלות של הקצאת משאבים (למשל לשם השפעה על כוחות השוק במטרה "לייהד" חבל ארץ); תכנון ובנייה (בלא תכנון מסוכלת היכולת של יישובים ושל אזרחים ערביים לפתח את יישוביהם ובתיהם); ושאלות הנוגעות להפרדה במגורים בין יהודים לערבים.

לנוכח כל אלו – מהן השלכותיו של סעיף 7 לחוק הלאום? בנוסח מוקדם של הסעיף נכתב כי "המדינה רשאית לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת". נוסח זה, לו היה מתקבל, היה פוגע (גם) בזכויות של האזרח הלא-יהודי, כפרט. משום כך נתקל הנוסח הזה בביקורת חריפה, בין היתר מצד נשיא המדינה דאז<sup>84</sup> ומצד גורמי מקצוע בכנסת.<sup>85</sup> לבסוף נדחה הנוסח המוקדם והתקבל נוסח אחר, שאין בו קביעה מפורשת שהמדינה יכולה "לאפשר" התיישבות ליהודים בלבד, אלא קביעה שפיתוח התיישבות היהודית הוא ערך לאומי והסמכה של המדינה לפעול כדי לעודד ולקדם הקמה של התיישבות יהודית וביסוס שלה.

בסעיף 7, בצורתו הסופית, כלול חלק הנושא אופי הצהרתי ברור – "המדינה רואה...", וחלק שהוא ספק הצהרתי ספק ביצועי – "המדינה תפעל...". הסעיף איננו מפרט כיצד המדינה אמורה לפעול, ואין בו הוראה חד-משמעית שתוצאתה היא

83 על כל אלו נוסף, כמובן, מפעל ההתנחלויות המסיבי בשטחים שמחוץ לגבולות מדינת ישראל.

84 הנשיא ראובן ריבלין שלח מכתב חריג לחברי הכנסת, ביום 9.7.2018, ובו כתב כי הנוסח המוצע "עלול לפגוע בעם היהודי, ביהודים ברחבי העולם ובמדינת ישראל, ואף יכול לשמש כנשק בידי אויבנו".

85 ראו חוות הדעת של עו"ד איל ינון, היועץ המשפטי של הכנסת, בעניין סעיף 7(ב) להצעת חוק הלאום (10.7.2018). לדעתו הסעיף היה עלול להיפסל בביקורת שיפוטית "משום שהוא משליך באופן ישיר על מעמדו האישי של האזרח במדינה הנמנה על קבוצות מיעוט בחברה, ועל הזכויות המוקנות לו כפרט במדינה. זאת, בשונה מיתר הסעיפים בהצעה, שמעניקים עדיפות ברמה הלאומית למאפיינים השונים המייחדים את הלאום היהודי – סמלים, ימי מנוחה, שפה וכיוצא באלה, אך אינם גורעים מזכותו של הפרט".

פגיעה בשוויון. כיצד יש לפרש אפוא את הסעיף הזה נוכח אתגר השוויון? עולות על הדעת שלוש דרכים אפשריות:

א. משמעות הסעיף היא הצהרתית, והיא מתיישבת עם ערך השוויון: חוק הלאום, שרבים מחלקיו הם הצהרתיים באופיים, ביקש להוסיף לרשימת ההצהרות גם הצהרה המעלה על נס את חשיבותה של ההתיישבות היהודית במדינת ישראל. אין בכך משום אמירה נורמטיבית המתירה למדינה להעדיף יהודים או התיישבות יהודית בכל דרך שהיא, אלא הצהרה – דומה לאמור בהכרזת העצמאות – שהמדינה תפתח את הארץ לטובת כל תושביה, ומאחר שהיהודים הם הרוב הגדול במדינה, ממילא תתממש המשימה הציונית החשובה, הערך הלאומי, של התיישבות יהודית. כמובן, פרשנות ברוח זו מתיישבת ללא דופי עם מחויבות מלאה לשוויון ללא צורך באיזון כלשהו.<sup>86</sup>

ב. משמעות הסעיף היא נורמטיבית, והיא איננה מתיישבת עם ערך השוויון: על פי הצעה פרשנית זו, הסעיף מורה למדינה להתנהל בדרך שתעדיף את האינטרסים ההתיישבותיים של היהודים גם כאשר הם סותרים את המחויבות לשוויון העולה מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. למשל, ניתן לטעון כי פעולתה של המדינה בעידוד, הקמה וביסוס של התיישבות יהודית משמעה שמותר להדיר ערכים מיישובים יהודיים, שמותר למדינה לפעול ל"ייהוד" חלקים של המדינה שבהם מתגוררות קבוצות ערביות גדולות, שאפשר לתת תמריצים לאזרחים שיתיישבו במקום מסוים ולייחד אותם רק לאזרחים יהודים ועוד.

86 פרשנות ברוח זו הוציעו רונית לוי-שנור ואדם שנער, "סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקת?", תרבות דמוקרטית 20 (2020): "תמונת המראה של פיתוח התיישבות יהודית אינה (חוסר) שוויון. תמונת המראה שלה היא אדישות ביחס לחשיבות ההתיישבות היהודית. ואכן, ישראל איננה אדישה לכך. אך אין בין חוסר אדישות זו, בין המחויבות לבניין הבית לעם היהודי, לבין נקיטה בחוסר שוויון כלפי מי שאינם יהודים ולא כלום". זו גם עמדתה של מנאל תותרי-גינבראן, "חוק יסוד: הלאום – פרשנות סעיף ההתיישבות היהודית בראי עקרון השוויון", בקובץ זה: "לפיכך, אם ייווצרו מתח או סתירה בין ערך ההתיישבות היהודית לעקרון השוויון על בית המשפט לעמוד על כך שמדובר בסעיף הצהרתי שמטרתו לאשרר את אופי המדינה ומהותה היהודיים, אך אין בו כדי לשנות את אופייה הדמוקרטי-ליברלי ואת מחויבותה לעקרון השוויון". מנגד אמל ג'בארין טוען שפרשנות זו מוקשת הן משום שהיא מרוקנת את הסעיף מתוכן ממשי, והן משום שהיא מנתקת בינו לבין עיקרו של החוק שעניינו ביצור זהותה של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי. כמו כן הוא דוחה את הפרשנות ההצהרתית משום שסעיף ההתיישבות, שלא כמו שאר הסעיפים ההצהרתיים שבחוק הלאום, איננו מהדהד חקיקה קודמת: "להבדיל מיתר הסעיפים של חוק הלאום, אין בחקיקה הקיימת שום הוראה המתייחסת לעידוד התיישבות יהודית לבדה; דבר שיש בו כדי לחזק את האופרטיביות של סעיף זה ואת פוטנציאל האפליה הטמון בו" (אמל ג'בארין, "סעיף ההתיישבות ואופייה של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי, ומה הקשר?", תרבות דמוקרטית 20 (2020), הערה 41).

כמה נימוקים מצטברים תומכים בפרשנות המעמידה את סעיף 7 גבוה יותר מערך השוויון במדרג הנורמטיבי: ראשית, חוק הלאום הוא חוק מאוחר יותר מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן במקרה של סתירה הוא גובר עליו; שנית, סעיף 7 הוא סעיף ספציפי – הוא עוסק בהסדרת ההתיישבות, ולכן עדיף על הנורמה הכללית שקובע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; שלישית, חוק הלאום הוא חוק משוריין, להבדיל מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שאיננו משוריין; רביעית, בחוק הלאום אין פסקת הגבלה, שלא כמו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן, לכאורה, אין אפשרות לפגוע בעקרונות המנויים בו.

בניגוד לארבע הטענות שבפסקה הקודמת, יש טענות חזקות נגד הפרשנות שלפיה סעיף 7 מחולל מהפכה חוקתית אנטי-שוויונית: ראשית, ההיסטוריה החקיקתית – דחיית הנוסח המוקדם, שעילתה הברורה הייתה התנגדות לפגיעה בזכויות האישיות של האזרח הערבי – איננה תומכת בפרשנות זו. שינוי הנוסח נועד למנוע פגיעה בשוויון (לפחות ביחס לפגיעה אישית באזרח הלא-יהודי). שנית, כמפורט בסעיף 1 לעיל, יש להעדיף פרשנות הרמונית של שני חוקי היסוד ולדחות את הפרשנות הרדיקלית של איוון אנכי בין חוקים וערכים.<sup>87</sup> סעיף 7 אינו מסמיך את רשויות המדינה במפורש לפגוע בזכות השוויון, ולכן נשמרת החזקה הפרשנית של קריאה הרמונית של חוקי היסוד. שלישית, הפרשנות ההרמונית נתמכת גם מדברי ההסבר הנלווים לחוק.<sup>88</sup>

על כל פנים, פרשנות זו מוליכה לתוצאה משפטית שאיננה תואמת את הצעתי באשר למעמדו הראוי של השוויון בדין הישראלי.

ג. משמעות הסעיף היא נורמטיבית, אך היא מתיישבת עם ערך השוויון: ניתן לפרש את סעיף 7 בדרך התואמת את המודל הכללי. הנה:

המישור הראשון – שוויון אזרחי לפרט: במישור זה קבענו שאין להתיר הפליה של אזרח משום השתייכותו האתנית. סעיף 7 בנוסחו הקודם התיר פגיעה אישית בערבים לשם קידום התיישבות יהודית. משום כך שונה הנוסח, והנורמה שנחקקה איננה מתירה פגיעה בזכויות אישיות של ערבי כפרט גם אם הדבר מקדם פיתוח של התיישבות יהודית.

87 בתקופה שקדמה לחקיקת חוק הלאום הביע השופט אליקים רובינשטיין עמדה שהתיישבות יהודית ושוויון אינם משחק סכום אפט, בג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל פס' טב לחוות דעהו (נבו 5.9.2017).

88 ראו לעיל הערה 17.

המישור השני – זכות הפרט לשוויון בהיותו חלק מקבוצה: סעיף 7 סובל פרשנות התואמת את האיסור על הפליית האזרח הערבי בהיותו חלק מהקבוצה. כך, למשל, ראוי שתשמע תביעתו של ערבי הגורס כי יש לתת קדימות לפתרון בעיות של תכנון ובנייה הפוגעות בו, אם יתברר שתושבי היישוב הערבי שבו הוא מתגורר הופלו לרעה בשל זהותם האתנית. היינו, תתאפשר תביעה להעדפה מתקנת של אזרחים ערבים שהופלו לרעה בגלל השתייכותם לקבוצת המיעוט, ואין בכך לסתור את העדיפות שחוק הלאום מקנה לפיתוח ההתיישבות היהודית כערך לאומי. ועוד: על פי הדין הנוהג מקדמת דנא, ניתן להפקיע קרקעות לצורכי ציבור, ובכלל זה גם הצורך לפתח התיישבות יהודית. ואולם יש להפקיע את הקרקעות מיהודים ומערבים בשווה, על פי העניין. אסור להפקיע דווקא מערבים בשל השתייכותם האתנית כדי לפתח את ההתיישבות היהודית.

דוגמה נוספת, שהייתה מרכזית במוטיבציה לחקיקת סעיף 7, עוסקת בשאלה אם ניתן להתיר התיישבות יהודית נפרדת, המדירה אזרחים על בסיס אתני. בפסק הדין קעדאן נפסק כי אסור לוועדת קבלה של יישוב קהילתי שהוקם על קרקעות מדינה להפלות בין מועמדים להצטרפות ליישוב מחמת זהות לאומית (למעט מקרים מיוחדים, כגון אורח חיים ייחודי או שיקולי ביטחון).<sup>89</sup> בחוק ועדות קבלה, החל על יישובים קהילתיים בנגב ובגליל שמספר בתי המשפחה בהם אינו עולה על 400, נקבע איסור על ועדות קבלה לסרב לקבל מועמד מטעמים שונים, ובהם גזע, דת ולאום.<sup>90</sup> נראה כי סעיף 7 איננו מזמין פרשנות המשנה את מצב הדברים הזה; גם על פיו אסור למנוע מערבי להצטרף למקום יישוב שתושביו יהודים. ואולם, בדברים אלו אין כדי לרוקן את סעיף 7 ממשמעות מעשית. כך, למשל, כדי לעודד ולקדם התיישבות יהודית כמצוות הסעיף, מותר להקים יישוב בדרך התואמת את הצרכים הייחודיים של יהודים, כולל תמריצים כלכליים לקידום מימוש הצרכים הייחודיים, ובלבד שלא תיחסם הזכות האישית של לא-יהודי המבקש להצטרף ליישוב זה ולחיות בו את חייו לא רק כאזרח (המישור הראשון) אלא גם כאזרח שהוא בן קבוצת המיעוט (המישור השני).<sup>91</sup> כך אפשר לקדם את הערך של פיתוח התיישבות יהודית בלי לפגוע בזכות האישית של אזרח בשל היותו בן קבוצת המיעוט.

89 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

90 החוק לחיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011. החוק קובע גם רשימה של עילות שבעטיין רשאית ועדת קבלה לסרב לקבל מועמד ליישוב קהילתי, ובכלל זה מקרים שבהם המועמד אינו מתאים לחיי החברה בקהילה או למרקם חברתי-תרבותי של היישוב.

91 עמדה פרשנית דומה הביעו גורמי הייעוץ המשפטי בכנסת, ראו פרוטוקול ישיבה 19 של הוועדה המשותפת (16.7.2018), עמ' 68-75.

המישור השלישי – זכות הקבוצה לשוויון: חשיבותו המרכזית של סעיף 7 היא בדחיית האפשרות שקבוצת המיעוט הלאומי הערבי תדרוש שוויון זכויות בנושאי התיישבות בהיותה קבוצה. על פי עקרונות היסוד שבחוק, מדינת הלאום של העם היהודי היא המקום שבו ממומשת הזכות להגדרה עצמית לאומית של העם היהודי, וזכות זו ייחודית ליהודים. הביטוי של ייחוד זה, בהקשר להתיישבות, הוא שהמדינה רשאית ואף נדרשת לפעול לקידום ולביסוס התיישבות יהודית. החוק מכיר בקיומן של זכויות קבוצתיות ליהודים – ולכן, למשל, ניתן לתמרץ התיישבות יהודית ולעצב מדיניות שתקדם אותה. לעומת זאת, החוק איננו מכיר בזכויות קבוצתיות של המיעוט הערבי – ולכן אזרחי ישראל הערבים אינם זכאים לדרוש זכות זהה – שהמדינה תפעל למען קידום האינטרסים ההתיישבותיים שלהם, כקבוצה. כך למשל, המיעוט הערבי איננו זכאי לדרוש ייחוד של חבל ארץ להתיישבות ערבית.<sup>92</sup> אך בכל הנוגע לזכויות אישיות, יש להקפיד על שוויון, כך שכל אזרח ערבי יהיה זכאי להקצאה שוויונית של משאבים ושל תשתיות במקום מגוריו ביישוב הערבי, ובכלל זה הכנת תוכניות מתאר לבנייה, התחשבות בגידול הטבעי של האוכלוסייה בהקצאת משאבים וכל היוצא באלה.

ניתוח קצר זה של סעיף ההתיישבות היהודית מלמד שלמרות הקשיים שהוא מעורר, אפשר לפרש אותו בדרך שתתאם את המודל הכללי.

בכך, למעשה, הושלמה התמונה הכוללת: אף שחוק הלאום איננו עוסק בשוויון ואיננו מצהיר על מחויבות לאי-הפליה של המיעוט הלאומי, ניתן לפרש את כל סעיפיו – בניחותא – בדרך שתתאם את המודל הכללי ליישום ערך השוויון במדינת הלאום.

השיח על יחסי רוב-מיעוט לאומי בישראל נוטה להקצנה: חלק מהמנהיגות הפוליטית ומהאליטות האינטלקטואליות של הערבים אזרחי ישראל טוענים שעצם הגדרתה של ישראל מדינת לאום פסול, משום שהוא פוגע בשוויון המיעוט. רק מדינה נעדרת זהות, ניטרלית לחלוטין, יכולה להיחשב דמוקרטית

## סיכום

92 אכן, כפי שמעיד ג'בארין (לעיל הערה 85), בהערה 54, רוב האזרחים הערבים המבקשים שהמדינה תעניק להם זכויות קבוצתיות, מבקשים אוטונומיה פרסונלית (שחלה על הערבים במדינה, בלא תלות במקום מגוריהם) ולא אוטונומיה טריטוריאלית (החלה על ערבים הגרים במקום מסוים). הוא מפנה להבחנה זו אצל רות לפידות, "אוטונומיה", משפט וממשל א (תשנ"ב), עמ' 37, 53.

ליברלית. מבחינתם, חוק הלאום הוא רק קצה הקרחון; קרשנדו סוער ביצירה ציונית שכל הורתה בחטא.

ומנגד, קולות רמים בקרב חלקים מהציבור היהודי מתנגדים להכללה בלתי מותנית של בני המיעוט הלאומי בחברה האזרחית – הדמוס. למשל, יש הנתלים בכך שהערכים אינם ממלאים חובות כשאר האזרחים (למשל, את חובת הגיוס הצבאי), ושהם מזדהים עם הפלסטינים, שמדינת ישראל מתעמתת עימם, לפרקים עימות אליים. חלק לא מבוטל בציבור היהודי מצדיק הפליית ערכים בהקשרים שונים – מהקצאת משאבים לא שוויונית ועד היעדר שיתוף בקבלת החלטות בממשלה. עמדות אלו מניחות שהמדינה "שייכת" לרוב היהודי, וכי המשמעות של היותה מדינת לאום היא שהמיעוט הערבי הוא סוג של דייר-משנה בה.

בצד עמדות הקצה האלה, מכאן ומשם, מתקיימת קשת שלמה של מתחים, חלקם מורכבים ריאליים ותאורטית, המקשים על מי שמעוניין להצביע על נקודת שיווי המשקל הראויה ביחסי רוב-מיעוט במדינת הלאום של העם היהודי. בעקבות זאת, המדינה, החברה והמשפט בישראל מתחבטים בשאלה הכפולה: מהן מגבלות הכוח של קבוצת הרוב במדינת הלאום כלפי המיעוט הלאומי, מצד אחד, ומהן מגבלות זכות הווטו של קבוצת המיעוט הלאומי נגד העדפות קבוצת הרוב, מהצד השני.

כן השילוח לדיון חייב להיות נטוע בהכרה ובהפנמה של העובדה שהמיעוט הערבי הוא בשר מבשרה של החברה הישראלית. הערבייה היא הרופאה המקבלת את פני החולים בחדר המיון; הערבי הוא השוטר המטפל בכיטחון האישי של כלל האזרחים; הוא הגשש המפנה מוקשים על דרך הפטרולים. לכל איש, יהודי כערבי, יש שם, גם אם הוא שם ערבי. השם שנתנו לו אביו, אימו ואלוהיו הוא שמו הפרטי ושם המשפחה; השם שנתנה לו מדינתו הוא האזרחות.

האזרחות נושאת בכנפיה זכות לשוויון. זו שפת הדמוקרטיה וזו שפת היהדות. כפי שקבע בית המשפט העליון: "יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוהים (בראשית א, כז). בכך פותחת תורת ישראל, וממנה מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם – כל אדם באשר הוא – שוויונו ואהבתו."<sup>93</sup> עם זאת, גם הזכות לשוויון איננה זכות מוחלטת, ויש לבחון את תוכנה ואת היקפה מתוך איזון עם ערכים אחרים ועם זכויות אחרות. בפרק זה הצעתי מודל כללי המבחין בין ארבעה מישורים של תחולה אפשרית של השוויון במדינת לאום, ושרטטתי את האיזונים המתבקשים בכל אחד מהם.

חוק הלאום – אף שלמרבח הצער הוא איננו כולל בתוכו הבטחה לשוויון בין כל האזרחים בלי תלות בלאומיותם – ניתן לפרשנות בדרך שתתאם את הניתוח דלעיל. על פי פרשנות זו החוק משתלב בהסדר החוקתי שקדם לו וטוען בתוכו קונקרטי, ברמה החוקתית, את ההגדרה של המדינה כ"יהודית", בלי שיפנה את הגב לערך השוויון. הפרשנות ההרמונית המיישבת את חוק הלאום עם המחויבות החוקתית לשוויון, כפי שהיא עולה מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מתבקשת באופן טבעי ויש לנהוג על פיה.

מערכת היחסים בין המדינה והחברה היהודית בה לבין אזרחי ישראל הערבים חייבת להיות מבוססת על מחויבות מופנמת, של כולנו – יהודים כערבים – להסיר את המסך מעל פני הזולת (הפרט וקהילת זהות) כדי שנוכל לפגוש אלו את אלו ולהקשיב בלב פתוח למאויים ולכאבים ההדדיים. עלינו לפעול מחוץ למסגרת החששות ומתוך רצון להפיגן.

כשם שעל הרוב היהודי לפעול בכנות ובהגינות למימוש ערך השוויון במדינת הלאום על פי המודל המוצע, כך על המיעוט הלאומי הערבי להכיר בעובדת היותו מיעוט במדינה שיש לה אופי ייחודי: מדינה יהודית. אלו גם אלו הן מושכלות יסוד המתווים את הגבול בין האפשרי לבין הבלתי אפשרי עבור הרוב ועבור המיעוט.



שער שני: הליך



## כיצד יש לחוקק חוק יסוד?

הליך ומהות בחקיקת חוק הלאום  
וחוקי היסוד של זכויות האדם

---

עידו פורת

### הקדמה

1. חשיבותו של הליך חקיקת החוקה וההליך לחקיקת חוקי יסוד בישראל
2. הבדלים הליכיים בין חוק הלאום לחוקי היסוד של זכויות האדם
3. הבדלים מהותיים בין חוק הלאום לחוקי היסוד של זכויות האדם
4. הערכה נורמטיבית של הגישה המהותית

סיכום

## הקדמה

חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי  
 (להלן: חוק הלאום) עורר שורה של ויכוחים עזים  
 הבאים לידי ביטוי בקובץ עשיר זה; רובם נוגעים  
 לתוכנו של חוק הלאום, על פי הסעיפים השונים שבו. אולם, כפי שטענתי גם במקום  
 אחר,<sup>1</sup> חלק לא מבוטל מן הוויכוחים על חוק הלאום לא נסב על תוכנו אלא על הליך  
 חקיקתו. נשיא בית המשפט העליון בדימוס אהרן ברק, למשל, טען כי "אין לי  
 התנגדות לחוק כולו, אבל אני חושב שהאופן שבו חוקק היה גרוע מאוד".<sup>2</sup> הביקורת  
 הנוגעת להליך קשורה לעובדה שחוק הלאום נחקק ברוב צר, ללא הסכמה פוליטית  
 רחבה, ובהליך קבלת החלטות כאוטי ולא סדור, שהיה זהה להליך של חקיקה רגילה,  
 ולא כפי שראוי לצפות מחוקה, ברוב גדול, מתוך דיון ציבורי ארוך ושיקול דעת,  
 וגיבוש קונצנזוס רחב שישקף את עמדות כל חלקי הציבור. בהצהרה מטעם הנהלת  
 המכון הישראלי לדמוקרטיה, למשל, נאמר כי "מדובר בחוק המגדיר את אופייה של  
 המדינה, ולכן חובה להביאו בהסכמה רחבה",<sup>3</sup> וסרטון הומוריסטי מטעם המכון נושא  
 את הכותרת "חוק לאום לא מכינים כמו פיצה",<sup>4</sup> ככוונו, בין היתר, להליך החפוז  
 והבלתי ממלכתי של חקיקת החוק. ביקורות דומות נשמעו גם בזירה הפוליטית.<sup>5</sup>  
 אחרים טענו כי העובדה שקל היה כל כך לחוקק את חוק היסוד, ושכניגוד לחוקות  
 של מדינות אחרות, בישראל מספיק רוב קטן כדי לחוקק וכדי לשנות את החוקה  
 הישראלית, מצדיקה את התערבות בית המשפט לביטול חוק יסוד זה.  
 סווי נבות ויניב רוזנאי, למשל, טענו בהקשר של חוק הלאום כי "ככל שהליך חקיקת  
 נורמות חוקתיות מצוי בידי אותו אורגן שלו ניתנת סמכות החקיקה הרגילה,  
 והליך החקיקה אינו יותר מאתגר מאשר חקיקה רגילה, צריכה להיות נכונות  
 רבה יותר לקבל הפעלתה של ביקורת שיפוטית על תיקוני חקיקה [של

1 עידו פורת "פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה: חוק הלאום, תורת הסמכות המכוננת, ודואליזם חוקתי" תרבות דמוקרטית 20 (2021).

2 טובה צימוקי "אהרן ברק על חוק הלאום: 'האופן שבו חוקק גרוע מאוד'" ynet 20.12.2018.

3 יוחנן פלסנר, יובל שני וידידיה שטרן "חוק הלאום: בכייה לדורות" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (11.7.2018).

4 יוחנן פלסנר, יובל שני, ידידיה שטרן ומרדכי קרמניצר "חד הצדדיות של חוק הלאום" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (13.3.2018).

5 ראו לדוגמה דבריו של בודי הרצוג, יו"ר מפלגת העבודה בזמנו, שחקף את החוק, בין היתר, משום שהונע משיקולים פוליטיים צרים של השגת "הון פוליטי רגעי" ומתוך "אינטרס אלקטוראלי רגעי של קהל מתפקדים, כזה או אחר". אריק בנדר "בוז'י הרצוג: 'חוק הלאום מבזה את מגילת העצמות'" מעריב online 8.5.2017.

החוקה<sup>6</sup>, ריובל שני טען כי "במציאות בה חוקי היסוד אינם מבטאים הסכמה רחבה על העקרונות שלאורם פועלת מדינת ישראל ושבה הליך חקיקת חוקי יסוד אינו שונה למעשה מהליך חקיקת חוק רגיל, קיים חשש ממשי לשימוש לרעה בכלי של חקיקת חוק יסוד באופן שמהווה ביטוי של 'עריצות הרוב' או אשר נועד לביצוע מניפולציה בכללי המשחק הדמוקרטי"<sup>7</sup>. לפי הטיעון הזה, ההליך הזהה לזה של חקיקה רגילה והרוב הפוליטי הצר שבו התקבל פוגעים בתוקף המוסרי של חוק הלאום בהיותו חלק מן החוקה הישראלית ומהווים שיקול (יחיד או מצטרף) לאפשרות שלילת התוקף המשפטי של חוק הלאום כחוק עליון או לביטולו על ידי בית המשפט.

אולם, אתגר מרכזי העומד בפני הטוענים כך הוא עמדתם בעניין תוקפם המוסרי והמשפטי של חוקי היסוד של זכויות האדם משנת 1992 – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק – כחוקים עליונים וכחלק מן החוקה הישראלית.<sup>8</sup> כידוע, חוקי יסוד אלו נחקקו ברוב קטן של חברי כנסת – קטן בהרבה מהרוב שבו נחקק חוק הלאום – בפרק זמן קצר יותר ובהליך שהיה רחוק יותר מעין הציבור. נוסף על כך, מבחינה פורמלית, אף הם, כמו חוק הלאום, נחקקו בדרך זהה לזו שבה נחקקת חקיקה רגילה, ונדרש רוב רגיל בלבד כדי לחוקק אותם, ולא הליך מיוחד ורוב גדול. כיצד יוכלו אפוא המבקרים את חוק הלאום משום שנחקק בהליך חפוז, ברוב קטן ובדרך זהה לחקיקה רגילה ולהצדיק את עליונות חוקי היסוד של זכויות האדם, שגם הם נחקקו בהליך חפוז, ברוב קטן ובדרך זהה לחקיקה רגילה?

במילים אחרות, נשאלת השאלה, האם ניתן "לרבע את המעגל", או "לאכול מן העוגה" (לערער על תוקפו החוקתי של חוק הלאום בשל הליך פגום) "אך להשאיר אותה שלמה" (ולא לערער על תוקפם החוקתי של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם בשל הליך פגום)? זו תהיה השאלה שתעמוד במרכזו של פרק זה. אם כן, מטרתו המרכזית של הפרק היא לבדוק מהן ההנחות שמבקרי חוק הלאום בשל ההליך שנחקק בו חייבים להניח, אם הן יכולות להתיישב עם שמירה על תוקפם החוקתי של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ואם כן – כיצד. ישנן, כך אטען, שתי דרכים עיקריות לנסות לעשות זאת: (1) לטעון כי יש הבדלים הליכיים רלוונטיים בין חקיקת חוקי היסוד של זכויות האדם לחקיקת חוק הלאום. לפי טיעון זה, ההליך של חקיקת חוקי

6 סוזי נבות ויניב רוזנאי "על הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי היסוד" ICON-S-IL Blog (4.11.2018).

7 יובל שני "בידי מי הסמכות לפסול את חוק הלאום?" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (28.1.2019).

8 על ההבחנה בין חוק מוסרי לחוק משפטי, ראו עוד להלן, בסעיף 1.

היסוד בדבר זכויות האדם היה פגום פחות מן ההליך של חקיקת חוק הלאום, ולכן מוצדק להקנות עליונות ותוקף חוקתי לראשונים אך לא לאחרון. (2) לטעון כי יש הבדלים מהותיים רלוונטיים, כלומר הבדלים הנוגעים לתוכן, בין חוקי היסוד של זכויות האדם לחוק הלאום, ולכן מוצדק להבחין ביניהם לעניין תוקפם, גם בהנחה שכולם נחקקו בהליך בעייתי.

הדיון בפרק יעסוק בשתי האפשרויות שצוינו לעיל. אשר לאפשרות הראשונה, הפרק יסקור את הליכי החקיקה של חוק הלאום וישווה אותם להליכי החקיקה של שני חוקי היסוד של זכויות האדם משנת 1992 – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק. ברקע הדיון תיסקר הדרישה ההליכית המינימלית הנדרשת על פי הדין הקיים להקניית עליונות לחוק יסוד. גם חוק הלאום וגם חוקי היסוד בדבר זכויות האדם עומדים בתנאים ההליכיים המינימליים שהפסיקה דורשת, המתמצים בהכרזה הפורמלית שהם חוקי יסוד.<sup>9</sup> אך הביקורת ההליכית שאנו דנים בה עוסקת בהליך מבחינה מהותית ולא רק מבחינה פורמלית, כלומר מבחינת השגת המטרות של הליך חוקתי ראוי. הדיון יתעד את הפגמים הקשים שנפלו בהליך חקיקת חוק הלאום, אם הוא היה אמור להשיג את המטרות של הליך חוקתי ראוי – שיתוף של חלקים גדולים בציבור, הבטחת הסכמה רחבה, פשרה חברתית ודיון ציבורי של ממש. בניגוד למטרות אלו בהליך חוק הלאום לא היו גיבוש הסכמה רחבה שיח ראוי, ואולי אף הפוך מכך – הוא היה הליך פרטיזני שבו כפה צד אחד את עמדתו על הצד השני והתוצאה הסופית התקבלה בהסכמתו של צד אחד בלבד. הליך חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם לא התאפיינו באותה מידה של פרטיזניות פוליטית, אלא היו תוצר של פשרה פוליטית שהייתה מקובלת על שני צדי המתרס הפוליטי. אך, כך ייטען בחלק זה, גם הליך חקיקת חוקי יסוד אלו היה רחוק מהשגת המטרות של שיתוף הציבור, הסכמה רחבה ודליברציה ראויה. נוסף על כך, אם היתרונות הנוגעים לפשרה פוליטית הם המצדיקים את עדיפות חוקי היסוד בדבר זכויות האדם על חוק הלאום, הרי שהם לא נשמרו מרגע שבית המשפט העליון פירש אותם בניגוד לפשרה הפוליטית והפך אותם למושא למחלוקת פוליטית קשה כיום.

האפשרות השנייה "לרבע את המעגל" היא, כאמור, לטעון שהבדלים מהותיים, הבדלים בתוכן, יוצרים הבחנה בנוגע לתוקפם החוקתי של שני סוגי חוקי היסוד. הפרק יסקור גישה זו, שאותה אכנה הגישה המהותית, וידגים את ביטוייה בפסיקה וכן בכתיבה האקדמית. בגישה המהותית יש שתי אפשרויות לטעון להבחנה בין תוקפו

של חוק הלאום לתוקפם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. האחת היא לטעון כי אף על פי שההליך בשני סוגי חוקי היסוד היה פגום ופגע בתוקפם החוקתי, תוכנם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ובמיוחד היותם נוגעים לעקרונות אוניברסליים של זכויות אדם, "מציל" את תוקפם החוקתי, ומהווה מקור עצמאי לתוקפם, ללא קשר להליך. את הגישה הזאת אכנה גישה מהותית-פוזיטיבית. האפשרות השנייה היא לטעון כי גם אם מבחינה הליכית שני סוגי חוקי היסוד תקפים, חוק הלאום בטל, או על בית המשפט לבטלו, בשל תוכנו בלבד, ללא קשר להליך שבו נחקק, וכי טיעון זה אינו נוגע לחוקי היסוד של זכויות האדם.<sup>10</sup> אפשרות זו אינה מתקשרת ישירות למטרתו של הפרק, כיוון שהפרק עוסק בביקורת ההליכית על חוק הלאום ומה שמשממע ממנה. אך בפועל פעמים רבות בדיון על חוק הלאום משמשים טיעונים של הליך ושל תוכן בערבוביה, והפרק יעסוק גם באפשרות זו. את הגישה הזאת אכנה גישה מהותית-נגטיבית.

בניגוד לגישה הליכית, גישה מהותית אכן יכולה להבחין בין חוק הלאום לחוקי היסוד של זכויות האדם, אך הפרק יראה כי שתי הגרסאות לגישה מהותית שצוינו לעיל מעלות כל אחת קשיים ניכרים, וכי באופן כללי, גישות מהותיות הן בעייתיות מאוד מבחינה דמוקרטית ומבחינת עקרונות של שלטון עצמי. אין דרך מוצלחת ומוצדקת, כך אטען, לעקוף את הצורך בהליך השתתפותי רחב לכינון חוקה, ובית המשפט העליון אינו יכול לשמש תחליף להליך כזה, כפי שהגישה המהותיות מבקשת, למעשה, לעשות. המסקנה היא אפוא כי לא ניתן (במסגרת תאוריה חוקתית הניתנת להצדקה) "לרבע את המעגל" ולהצדיק פסילה של חוק הלאום אך לא של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם.

בחלק הראשון של הפרק אדון בקצרה בחשיבותו של הליך השתתפותי רחב לחקיקת חוקה, ואתאר בקצרה את ההליך הנדרש מחוקי היסוד כיום כדי לקבל מעמד פורמלי של חוק עליון. בחלק השני אתעד את ההבדלים ההליכיים בין חוק הלאום לחוקי היסוד של זכויות האדם ואשאל עד כמה הם יכולים לבסס הבחנה ביניהם לעניין עליונותם, ובחלק השלישי אדון בתאוריות המבססות הבחנה מהותית בין שני סוגי חוקי היסוד. החלק הרביעי יעסוק בביקורת הנורמטיבית על הגישה המהותית לחוקה.<sup>11</sup>

10 ראו להלן, סעיף 2.1.

11 פרק זה נכתב, רובו ככולו, לפני מתן פסק הדין בעתירות נגד חוקפו של חוק הלאום, ולכן אינו מתייחס לפסק הדין הזה. עם זאת, הדיון ומסקנותיו אינם נסמכים על חוצאה כזאת או אחרת של העתירה, ולכן אין בכך כדי לפגום במהלך הטיעון.

## 1.

## חשיבותו של הליך חקיקת החוקה וההליך לחקיקת חוקי יסוד בישראל

**1.1 חשיבותו של הליך מיוחד ומכביד לחקיקה ולשינוי של חוקה**

בחלקו הראשון של פרק זה אבחן את תקפותן של טענות המבוססות על הנחה מסוימת – ההנחה שכדי לתת לחוקה תוקף מוסרי של חוק עליון וכדי שתהיה לגיטימציה למהלך הפוליטי המקנה לה עליונות על פני חקיקה רגילה, הליך החקיקה שלה צריך להיות שונה מזה של חקיקה רגילה ולשקף הסכמה רחבה ורוב גדול. לשם הדיון בפרק זה אין צורך להוכיח את ההנחה הזאת, ואני מנסה לעשות זאת במקום אחר,<sup>12</sup> אך בפתח הדברים ראוי להתעכב מעט על הגיונה של ההנחה, כיוון שהגיון זה מובלע בדיון שלהלן.

חקיקת חוקה יוצרת, למעשה, שני ערוצים נפרדים לפעולה פוליטית – ערוץ החקיקה הרגילה והערוץ החוקתי.<sup>13</sup> מטרת הערוץ החוקתי היא ליצור מערכת נורמות יציבה יותר ובמעמד גבוה יותר ממעמד של חקיקה רגילה, כדי לחסן הסדרים מסוימים מפני שינוי תכופ ולהכפיף את ההסדרים הרגילים להסדרים האלה, וכך להקנות יציבות לשיטה כולה. נוסף על כך, מטרת הערוץ החוקתי היא לייצר הסדרים שיהיו מוגנים מפני רוב רגיל, וכך להוות מעין תעודת ביטוח לחלקים שונים בחברה מפני פגיעות יסודיות ושינויים חד-צדדיים של כללי היסוד מצד חלקים אחרים בחברה. בין היתר, תעודת ביטוח זו ניתנת גם לפרט ביחסיו אל מול השלטון, כאשר החוקה מעגנת גם זכויות פרט.<sup>14</sup> כדי ששיטה תהיה דמוקרטית, ליברלית, וצודקת אין הכרח

12 ראו פורת, לעיל ה"ש 1.

13 ראו William Partlett & Zim Nwokora, *The Foundations of Democratic Dualism: Why Constitutional Politics and Ordinary Politics are Different*, 26 (2) CONSTELLATIONS 177-193 (2019).

14 ראו, שם, בעמ' 5.

[We also argue that constitutional and ordinary politics ought to be structured and organized according to different principles. Lengthy deliberation in a "one-shot game" provides a reliable way to achieve inclusiveness and responsiveness in constitutional politics, but would be an inefficient way to achieve these goals in ordinary politics. In the latter setting, multiple rounds of interaction between competing political parties provides a more efficient mechanism for achieving inclusiveness and responsiveness in the long run.



ליצור ערוץ חוקתי נפרד מהערוץ החקיקתי הרגיל, ומדינות כמו אנגליה וניו זילנד הן דוגמה לכך. אך, בין היתר, בשל היתרונות שלמעלה, רוב המדינות הדמוקרטיות והליברליות, נכון להיום, בחרו ביצירת ערוץ נפרד כזה.

לפי ההנחה בדבר חשיבות ההליך, כדי להשיג את יתרונות הערוץ החוקתי שתוארו לעיל הכרחי שההליך לקבלת חוקה ולשינוייה יהיה נפרד ומכביד יותר מהליך חקיקה רגילה.<sup>15</sup> לא ניתן להשיג מטרות אלו אם הליך חקיקת החוקה ושינוייה יהיה זהה להליך החקיקה והשינוי של חקיקה רגילה; הן מבחינה תועלתנית, או אינסטרומנטלית, הן מן הבחינה המוסרית או המהותית. מבחינה תועלתנית, הליך ארוך, השתתפותי, וכזה הדורש רוב גדול, מייצר יותר הסדרים שהסיכוי שיהיו נכונים וטובים ויחזיקו מעמד לאורך זמן גדול יותר.<sup>16</sup> כמו כן, הליך השתתפותי הזוכה לרוב גדול בחברה מבטיח הסכמה ולגיטימציה מחלקים גדולים יותר בציבור מהליך של רוב רגיל, וגם הוא תורם ליציבות.<sup>17</sup> לבסוף, אם אנו מעוניינים להגן על חלקים באוכלוסייה מפני השתלטותם של חלקים אחרים, רוב גדול ודרישות הסכמה רחבה או קונצנזוס ימנעו השתלטות קלה של חלק אחד על ההליך החוקתי ופגיעה

15 לפי כמה דעות זהו אף אחד מהאפיינים ההכרחיים להגדרת משטר חוקתי. ראו, לדוגמה, רות גביון "המהפכה החוקתית: תיאור המציאות או נבואה שמגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 39 (1997): "משטר יהיה חוקתי כאשר תהיה בו הבחנה בין הליכי קבלת החלטות חוקתיים לחקיקה רגילה". ראו גם בהגדרת הערך "חוקתיות" באנציקלופדיה הפילוסופית של סטנפורד – שריון מופיע כאחד מהאפיינים ההכרחיים של משטר חוקתי: "According to: most theorists, another important feature of constitutionalism is that the norms imposing limits upon government power must be in some way, and to some degree, *entrenched*, either legally or by way of constitutional convention" (Wil Waluchow, *Constitutionalism*, in THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., 2018))

16 John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *Our Supermajoritarian* ראו *Constitution* 80 Tex. L. Rev. 703 (2002) המצדיקים את עליונות החוקה על פני חוקים רגילים בעדיפות שלה, בשל ההליכים של רוב גדול המטייבים את החלטה לעומת הליכי רוב רגיל של חקיקה רגילה.

17 כך, לדוגמה, על פי מחקר משנת 2008, יותר מ-40% מהחוקות הקיימות אושררו במשאל עם, והמאפיין של השתתפות עממית רחבה נעשה מרכיב הכרחי כמעט בלגיטימיות של חוקות חדשות. ראו Angela M. Banks, *Expanding Participation in Constitution Making: Challenges and Opportunities* 49 Wm. & Mary L. Rev. 1043, 1050 (2008):

According to studies of late, among current existing constitutions more than 40 per cent were publicly ratified by referendums and many others involved different forms of popular participation in the constitution-making process. As Cheryl Saunders notes, "popular participation is a distinctive feature of constitution-making in the 21st century."

בחלק אחר, ובעיקר במיעוט.<sup>18</sup> מבחינה מהותית, העיקרון הדמוקרטי המבוסס על כבוד שווה לכל אדם ועל אוטונומיה לכל אדם מחייב לרוב שככל שהחלטה היא בעלת משמעות גדולה יותר, שהשלכותיה נמשכות על פני זמן רב יותר, ושהיא עליונה על פני החלטות אחרות, היא תקבל את הסכמתם של אנשים רבים יותר ותשקף את רצונותיהם של חלקים גדולים יותר באוכלוסייה. דברים אלו נכונים הן בנוגע להליך קבלת חוקה, הן בנוגע להליך שינויה. במילים אחרות, קשה להצדיק הקניית עליונות לחוקים מסוימים על פני חוקים אחרים אם הרוב הדמוקרטי התומך בהם וההליך לחקיקתם זהה.

ואכן הרוב המכריע של החוקות בכל העולם נחקק בהליך שונה ומכביד יותר מהליך חקיקת חוקים רגילים, והן גם יכולות להשתנות רק בהליך כזה, ונראה שהדבר משקף את ההיגיון שבבסיס ההנחה.<sup>19</sup> נראה גם שהביקורות שצוטטו בהקדמה על היעדר הסכמה רחבה לחקיקת חוק הלאום מסתמכות על הנחות דומות.

**1.2. ההליך הנדרש להקניית עליונות לחוקי היסוד בישראל**  
 למרות הנאמר לעיל חשוב להבין כי בית המשפט העליון בישראל אינו שותף להנחה כי כדי להשיג את מטרת החוקה ולתת לה תוקף מוסרי יש צורך לחוקק אותה בהליך ייחודי ובהשתתפות רחבה. בשנת 1995, בפסק הדין מזרחי נ' מגדל, אימץ בית המשפט העליון את התפיסה שבישראל חוקי היסוד מהווים חוקה, והם תקפים כחוק עליון, וכן שלגיטימי ומוצדק

18 ראו Partlet & Nwokora, לעיל ה"ש 13, בעמ' 15:

The factional capture of constitutional politics is a key threat to democratic politics: it can undermine formal institutions and reduce the competitiveness of the party system, thereby undermining the critical mechanism for managing factionalism in ordinary politics. [This] suggests that constitutional lawmaking should be relatively difficult because it ought to occur within a super-majoritarian arena.

וכן שני, לעיל ה"ש 7.

19 בין הדרכים המוכרות לחקיקת חוקה ניתן למנות: משאל עם; בחירות מיוחדות לאספה מכוננת; רוב גדול בפרלמנט (בשיטה אחידה), בשני בחי המחוקקים (בשיטה ביקרמלינית), או גם בפרלמנט וגם במדינות השונות (בשיטה פדרלית); הליך אשור נוסף על הליך הניסוח; ושילובים למיניהם של המרכיבים שהוזכרו לעיל. בעקבות הליכים מכבידים אלו חוקות נחקקות ומשתנות בהסכמה ובקונצנזוס רחבים יותר, מתוך פשרות משמעותיות יותר בין חלקי האוכלוסייה והפגלים הפוליטיים, בהשתתפות של חלקים גדולים יותר בציבור, ובהליך ארוך יותר הכולל דיון ציבורי משמעותי יותר מחקיקה רגילה.

שמעמדם יהיה כשל חוק עליון, ללא קשר להליך בו התקבלו ואף על פי שחלקם התקבלו ברוב קטן בכנסת וכולם התקבלו בהליך זהה להליך חקיקת חוק רגיל.<sup>20</sup>

מצב ייחודי זה לא אפיין את השיטה הישראלית עד 1995, שכן עד שנה זו לא היה נהוג לחשוב כי בישראל יש חוקה. בישראל היו חוקי יסוד עוד לפני 1995, והראשון שבהם, חוק יסוד: הכנסת, נחקק עוד בשנת 1958, אך עד 1995 לא הייתה להם עליונות על פני חקיקה רגילה, מעמדם היה כשל חוק רגיל, וחוק רגיל היה יכול לשנותם או לגבור עליהם.<sup>21</sup> חוקי היסוד הם תוצר החלטה של הכנסת הראשונה משנת 1951 – "החלטת הררי" – שלפיה חקיקת חוקה בישראל תיעשה "פרקים פרקים", וכל פרק יהיה "חוק יסודי בפני עצמו". אך החלטה זו לא קבעה מה יהיה מעמדם של חוקי היסוד עד שיתכנסו לכדי חוקה, או כיצד יש לחוקק אותם. בפועל נחקקו חוקי היסוד כולם בהליך חקיקה רגיל (שלוש קריאות ורוב רגיל של הנוכחים בכל אחת מן הקריאות), והמשמעות שניתנה להם עד 1995 הייתה שפרט לסעיפים אחדים המשוריינים בתוך חוקי היסוד,<sup>22</sup> אין להם מעמד מיוחד או עליון, לפחות כל עוד לא התקבצו לחוקה.

בשנת 1995, בעקבות חקיקתם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם בשנת 1992, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, קבע בית המשפט העליון בפעם הראשונה כי חוקי היסוד כולם נחקקו לא על ידי הכנסת כרשות מחוקקת, אלא על ידי הכנסת כרשות מכוננת – סמכות שהיא ירשה מן הכנסת הראשונה, שנבחרה גם כאספה מכוננת. מכאן, כך קבע בית המשפט העליון, שהם הננים מעליונות כבר כעת, ללא קשר להליך שבו התקבלו ומתוקף כינויים

20 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיחופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פסק דין מזרחי).

21 ראו בג"ץ 73/148 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 795 (1973): "לא מצאנו אחיזה בלשון חוק היסוד לטענת (בא כוחו של) העותר ששינוי משתמע לפי סעיף 46, סיפא, חייב להיעשות בדרך חקיקת חוק-יסוד או חוק מיוחד דוקא. לדעתנו הוא יכול להיעשות גם בדרך חקיקה רגילה של הכנסת, כמו בתיקון החוק הנדון כאן"; ע"פ 107/73 נגב תחנת שירות לאוטומובילים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 640 (1973); בג"ץ 60/77 רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא(2) 556 (1977): "אין כל אסמכתה לכך שלא ניתן לשנות חוק-יסוד אלא על-ידי חוק שהכנסת כינתה אותו כחוק-יסוד, שהעניין הוא עניין שבסמנטיקה בלבד, וכי למעשה הפסיקה היא אחרת".

22 גם בנוגע לסעיפים משוריינים בחוקי יסוד (כלומר סעיפים שנקבע בהם כי לא ניתן לשנותם אלא ברוב מיוחד של חברי כנסת, כגון סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת) לא נקבעה במפורש עליונות על פני חקיקה רגילה. עם זאת, בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שאוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969), היה בית המשפט מוכן להכריז על חוסר חוקפו של חוק המשנה סעיפים אלו ואינו עומד ברוב הדרוש.

"חוק יסוד"<sup>23</sup> אם כן, באותה החלטה הוכרה עליונותם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם משנת 1992, ומאוחר יותר של כל חוקי היסוד שקדמו להם, וגם נסללה הדרך לחקיקת חוקי יסוד חדשים, כגון חוק הלאום, שגם הם יקבלו עליונות עם חקיקתם בלי צורך שיתקבלו בהליך השונה מהליך חקיקה רגיל.

רקע זה חשוב להבנת מעמדן של הטענות בפרק זה בדבר הפגמים בהליך חקיקת חוקי-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום). ראשית, טענות אלו אינן טענות לפגם בתוקפו של חוק הלאום ברמה המשפטית הצרה. מהבחינה המשפטית הליך חקיקת חוק הלאום היה תקין, שכן הוא נקרא "חוק יסוד", מה שמעיד שהוא נחקק על ידי הסמכות המכוננת, ודי בכך כדי להקנות לו מעמד חוקתי. משום כך הטענות בנוגע להליך חקיקת חוק הלאום הן ברמת הראויות והלגיטימיות המוסרית של מעמדו כחוק עליון, ועל סמך ההנחה בדבר חשיבותם של הליך מכיל ושל הסכמה רחבה לביסוס הלגיטימציה של הסדרים חוקתיים.

שנית, רקע זה חשוב כדי להבין כי הטענות שנשמעו בשיח הציבורי בדבר היעדר הסכמה רחבה והליך פגום, בין שהדבר נעשה במכוון בין לאו, מערערות גם את ההנחות שבבסיס תורת הסמכות המכוננת ופסיקת בית המשפט העליון בעניין מזרחי. שכן ההנחה היסודית בפסק הדין מזרחי היא כי הליך המעיד על הסכמה רחבה אינו נדרש כדי לתת עליונות לחוק יסוד, והנחה זו היא שעומדת בבסיס הקניית המעמד העליון לחוקי היסוד כולם ולמה שכונה ה"מהפכה החוקתית"<sup>24</sup>.

23 ראו פסק דינו של הנשיא ברק בפסק דין מזרחי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 352: "ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. עתה הצטרפנו לקהילת המדינות הדמוקרטיות (ובהן ארצות-הברית, קנדה, גרמניה, איטליה, דרום-אפריקה) אשר להן מגילת זכויות אדם (Bill of Rights) חוקתית". הקביעה שגם חוקי היסוד שמלפני 1992 הם בעלי מעמד חוקתי נעשתה פורמלית מאוחר יותר, בבג"ץ 212/03 חירות נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נז(1) 750 (2003) (פסקאות 5-1 לפסק הדין של הנשיא ברק), אך הגיונה טבוע בחורת הסמכות המכוננת שבפסק דינו של השופט ברק בפסק דין מזרחי. ראו פסק הדין של הנשיא ברק בפסק דין מזרחי, לעיל ה"ש 20, בעמ' 403: "הכנסת היא בעלת סמכות מכוננת. מכוחה היא העניקה חוקה לישראל. היא עשתה כן פרקים פרקים, על-פי 'החלטת הררי'. כל אחד מחוקי היסוד הוא פרק בחוקתה של מדינת ישראל. כל פרק עומד בראש הפירמידה הנורמטיבית [...] אכן, יש למדינת ישראל חוקה. אלה הם חוקי היסוד".

24 לטענה דומה ראו גם להלן, סעיף 3.2.2, הדיון בגישה המהותית-נגטיבית.

2.

## **הבדלים הליכיים בין חוק הלאום לחוקי היסוד של זכויות האדם**

לאחר שניתן הרקע לדיון אפשר לפנות לשני הטיעונים המרכזיים שלפיהם ניתן "לרבע את המעגל" ולבקר את חוק הלאום בשל ההליך שלו, בלי שביקורת זו תפגע במעמד של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. הטיעון הראשון הוא, כאמור, שבהליך חקיקת חוק הלאום נפלו פגמים חמורים יותר מהפגמים שנפלו בחקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם.

### 2.1. הליך חקיקת חוק הלאום

#### 2.1.1. רוב רגיל והליך רגיל

היוזמה הראשונה לחקיקת חוק הלאום החלה עוד בשנת 2011,<sup>25</sup> אך הצעה זו נגנזה, כמו כמה הצעות שלאחריה. הגרסה שהתקבלה בסופו של דבר החלה כהצעת חוק פרטית של ח"כ אבי דיכטר ממפלגת קדימה, שהונחה על שולחן הכנסת בחודש מרץ 2017. ועדת השרים לענייני חקיקה דנה בהצעת החוק, ובחודש מאי באותה השנה החליטה הממשלה לתמוך בה אגב הכנסת שינויים.<sup>26</sup> לאחר מכן עברה ההצעה בקריאה טרומית (ברוב של 48 תומכים מול 44 מתנגדים) והועברה לוועדה מיוחדת של הכנסת, שהורכבה מחברים בוועדת הכנסת ובוועדת החוקה, חוק ומשפט, כדי שתכין אותה לקריאה ראשונה.<sup>27</sup> ההצעה עברה בקריאה ראשונה ב־1 במאי 2018 (64 בעד 50 נגד), הועברה לוועדה שוב והוגשה לקריאה שנייה ושלישית ב־18 ביולי 2017 (ההסתייגויות נדחו כולן ברוב של 62 חברי כנסת או יותר, ובקריאה השלישית והאחרונה התקבל החוק ברוב של 62 תומכים מול 55 מתנגדים ו־2 נמנעים). בדיון נדונו 133 התנגדויות, וכולן נדחו.<sup>28</sup>

25 ראו הצעת חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי - ח"כ אבי דיכטר - הכנסת ה־18 באתר משרד המשפטים. ראו גם יהונתן ליס "מה נותר מחוק הלאום, שבע שנים אחרי שהונח על שולחן הכנסת?" הארץ 6.8.2018.

26 יהונתן ליס "השרים אישרו את חוק הלאום, אך בתוך חודשיים יוצג נוסח חדש" הארץ 7.5.2017.

27 מורן אזולאי "חוק הלאום עבר בקריאה טרומית בכנסת, זועבי וחאלקה הורחקו מהמליאה" ynet 10.5.2017.

28 מורן אזולאי "אושר חוק הלאום: בקואליציה מחאו כפיים, באופוזיציה קראו "אפרטהייד" ynet 19.7.2018.

באותו יום דיונים שבו הונח חוק הלאום על שולחן הכנסת לדיון בקריאה שנייה ושלישית, ב-17 ביולי 2018, היה הדיון בחוק הלאום דיון מספר 26 בסדר היום מתוך 34 הצעות חוק נוספות שהיו על סדר היום. בין החוקים שעברו באותו היום והחלו להצעת חוק פרטית היו חוק פנייה לגופים ציבוריים באמצעי קשר דיגיטליים, התשע"ח-2018; חוק המרכז להנצחת מורשת גוש קטיף וצפון השומרון (תיקון), התשע"ח-2018; וחוק הגבלות על משך השעיה של עובד גוף ציבורי עקב הליכים פליליים, התשע"ח-2018. שלושת החוקים האלה, העוסקים בנושאים שהם חלק מן הפוליטיקה הרגילה והיום-יומית של הכנסת, נחקקו אפוא בהליך זהה לזה של חוק הלאום, שנחשב לחלק מחוקת המדינה וזכה לכן לעליונות על פניהם.<sup>29</sup>

### 2.1.2. היעדר פשרה בין גושית ופוליטיקה מפלגתית צרה

העובדה שמבחינה פורמלית לא הייתה בהליך חקיקת חוק הלאום דרישה לרוב מיוחד או להליך מיוחד, מכביד וקונצנזואלי – כמו בכל חוק יסוד אחר – היא שאפשרה לקואליציה צרה של 64 חברי כנסת לחוקק חוק חוקתי בלי שתידרש השתתפותו של שום חבר כנסת מהאופוזיציה. בקריאה השלישית היו כל 62 חברי הכנסת שהצביעו בעד החוק, וגם אחד מן הנמנעים (ח"כ בני בגין), חברי הקואליציה (הנמנעת השנייה הייתה ח"כ אורלי לוי-אבקסיס, שהייתה חברת קואליציה אך פרשה מסיעתה, ישראל ביתנו, והקימה סיעת יחיד). כל חברי האופוזיציה שנכחו במליאה הצביעו נגד חוק הלאום. ההיבט הפורמלי התקשר אפוא להיבט המהותי – הפוליטיקה שאפיינה את חקיקת חוק הלאום הייתה בעיקרה פוליטיקה סיעתית-מפלגתית צרה, שבה סיעות הקואליציה תומכות בחוק וכל סיעות האופוזיציה מתנגדות לו.<sup>30</sup>

ההתנהלות הפוליטית המפלגתית הצרה סביב חקיקת חוק הלאום התבטאה גם באופי הדיונים והפשרות שהתקבלו במהלכים האחרונים של חקיקתו. ראשית, חוק הלאום נוסח בוועדה מיוחדת שהוקמה לשם כך ונתפסה בידי מבקריו כמחטף שמטרתו

29 פרוטוקול ישיבה 359 של הכנסת ה-20 (17.7.2018).

30 דוגמה למורכבות המטרות שביקשו הגורמים המעורבים בחקיקה להשיג, ראו אבישי גרינצ'יג, ינר קוזין ואריק בנדר "היועמ"ש הסיר את התנגדותו: הוסגה הסכמה על חוק הלאום" מעריב on line 15.5.2018. אבל ראו את תגובתם של קרמניצר ופוקס למורכבות זו: "החוק המקורי כלל 'פסקת עליונות' שבאופן מובהק נועדה להתגבר על חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ופרשנותו וחשפה את מטרתו האמיתית. העובדה שבלחץ היועץ המשפטי לממשלה הוצאה הפסקה אינה שוללת את מטרת החוק המקורית שהיא לגמד את זכויות האדם, ובמיוחד את הזכות לשוויון; ואין מקום להיתממות בדיעבד באשר לכך" (מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס "חוק-ייסוד: מדינת ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי: משמעויות, פרשנות, השלכות" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (24.8.2018), ההדגשה במקור).

למנוע ביקורת מצד האופוזיציה.<sup>31</sup> נוסף על כך, הצעות מטעם האופוזיציה להכנסת היבטים מאזנים לחוק, כגון הכרה בשוויון זכויות למיעוטים או באופי הדמוקרטי של המדינה, שהיו חלק מנוסחים קודמים של חוק הלאום, נדחו במפורש בהליך הסופי שהוביל לחקיקתו ונמחקו מן הנוסח הסופי.<sup>32</sup> גם אם הקואליציה החליטה בסופו של דבר לסגת מכמה ניסוחים מקסימליסטיים עוד יותר, למעשה לא היה כל משא ומתן של ממש או התדיינות בין הקואליציה לאופוזיציה בעניין הנוסח, מלבד חילופי האשמות שאפיינו את הדיונים בוועדה, שהיו החשופים לתקשורת, אך לא השפיעו על הנוסח הסופי, שנקבע, למעשה, בדיונים בין נציגי הקואליציה בלבד מאחורי הקלעים.

חקיקת חוק הלאום לא אופיינה אפוא במהלכים של פשרה חוצה גושים, ולא קיימה את אחת מהמטרות של גיבוש חוקה – גיבוש קונצנזוס חברתי סביב ערכים מרכזיים. נראה היה שחוק הלאום לא רק שלא תרם לגיבוש קונצנזוס לאומי, אלא פגע בקונצנזוס שהיה לפניו בציבור היהודי בישראל בנושאים שהוא עסק בהם – כגון האופי היהודי של המדינה – והחריף פילוג וסיעתיות. ידידה שטרן מהמכון הישראלי לדמוקרטיה כתב כי "סאגת החוק הפכה את המוסכמה המקובלת על הרוב המכריע של היהודים בישראלי לעניין שהוא נושא לוויכוח",<sup>33</sup> וכן כי –

על פניו, תהליך חקיקתו של חוק יסוד מסוג זה היה אמור להיות מהלך חגיגי במיוחד. ואולם, המציאות הפוכה לחלוטין. מהלך החקיקה הפך למלחמת בוך, של הכול ככול: יהודים נגד ערבים; חילונים נגד דתיים; חרדים נגד רפורמים; יהודי ישראל נגד יהודי התפוצות; ימין נגד שמאל; הכנסת נגד בית המשפט; הנשיא נגד הכנסת ועוד ועוד. תחת דיאלוג מכיל בין בעלי חזונות שונים שמבקש לקדם את המכנה המשותף, קיבלנו מופע של "איש אוחז בצוואר רעהו".<sup>34</sup>

ביקורת דומה הגיעה גם מהמישור הפוליטי, מכיוונו של ראש האופוזיציה יאיר לפיד:

31 פלסנר ואח', לעיל ה"ש 4.

32 ראו דבריו של ח"כ יריב לוין, שלפיהם הוא פעל להוציא את עקרון השוויון מתוך הנוסח הסופי של חוק הלאום.

33 ידידה שטרן "גול עצמי מרהיב" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (1.8.2018).

34 ידידה שטרן "איש אוחז בצוואר רעהו" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (18.7.2018).

אם הקואליציה הזו היא רצינית. אם היא באמת רוצה להעביר חוק לאום אמיתי שיש סביבו הסכמה לאומית רחבה, אנחנו נשמח לעבוד איתם ביחד [...] בנוסח הנכון, ברוח הנכונה, החוק הזה יכול להביא, לאיחוד, לחיבור, ליצירת חברה ישראלית טובה יותר [...] קואליציה ואופוזיציה רוב רחב, קונצנזוס לאומי אמיתי, מרימים את ידינו ביחד כולנו בשביל ולמען חוק הלאום. במקום זה מנסים גורמים בקואליציה להפוך את מה שיכול היה להיות חוק חשוב ומשמעותי לעוד סיכוב של שנאה ופחד, לעוד ניסיון לפצל ולשסע את המדינה הזו [...] למה הם חושבים שקרע בעם מועיל להם פוליטית?<sup>35</sup>

אם הליך חקיקת חוק הלאום לווה בפשרות ודרש שינויי נוסח ממנסחו, הרי הייתה זו פשרה בין נציגי הקואליציה לבין היועצים המשפטיים לממשלה ולכנסת, בשל החשש שהם יתנגדו לחוק, התנגדות שיש לה משמעות חשובה לעתירות אפשריות נגד החוק בעתיד. היועץ המשפטי לממשלה והיועץ המשפטי של הכנסת איימו שלא לתמוך בחוק בנוסחיו הראשונים, בעיקר בשל סעיף "ההתיישבות", שבנוסחו המקורי אפשר התיישבות יהודית שתדיר ערבים.<sup>36</sup> הפשרה שהושגה לכסוף הייתה תוצר של הצעת ראש הממשלה בנימין נתניהו ושר החינוך נפתלי בנט וכללה שינוי של הסעיף הזה, שינוי שאפשר את הסרת התנגדותם לחוק של שני היועצים המשפטיים. התפקיד המכריע של הייעוץ המשפטי, והאופן שבו הוא מחליף, למעשה, את תהליך האיזונים והפשרות הפוליטי, הוא מאפיין בעייתי נוסף של הליך החוקתי שהתפתח בישראל, והוא ראוי להתייחסות נפרדת.

### 2.1.3. דיון ציבורי ונבולטות ציבורית

מבחינת הדיון הציבורי והנבולטות הציבורית סביב חוק הלאום התמונה מורכבת מעט יותר, אך בסופו של דבר גם כאן ניכרת בעייתיות רבה. ניתן לטעון לכמה היבטים המעידים שהיה הליך ראוי של דליברציה בחקיקת חוק הלאום, כפי שראוי שיאפיין הליך חוקתי. ראשית, היה פער זמנים ארוך בין ההצעות הראשונות לחקיקת חוק הלאום לבין חקיקתו בפועל, עובדה היכולה להעיד על תהליך עיבוד ושקילה משמעותי. שנית, ההליך כלל גם פנייה למומחים והכנת חוות דעת מקיפה – בדמות

35 חזקי ברוך "לפידי: תומכים בחוק הלאום של בגין", אתר ערוץ 7 (8.5.2017).

36 ראו גרינצייג ואח', לעיל ה"ש 30.



חוות הדעת של רות גביוון.<sup>37</sup> שלישית, ההליך כלל מספר לא קטן של נוסחים, שהגיעו בשלבים מסוימים לא רק מן הימין אלא גם מן המרכז הפוליטי, וזכה לחשיפה תקשורתית גדולה ולדיון ציבורי נרחב, ובכלל זה מאמרי דעה וניירות עמדה לא מעטים.<sup>38</sup>

אם כן, בהשוואה להליך שקדם לחקיקת שני חוקי היסוד של זכויות האדם משנת 1992, שיידון בהמשך, אפשר לצייר תמונה ולפיה הליך חקיקת חוק הלאום היה הליך ראוי, ארוך, ודליברטיבי. עם זאת, היבטים אלו אינם מספיקים לשנות את התמונה כפי שהוצגה לעיל. ראשית, הם מתגמדים לעומת הפוליטיקה המגזרית שהניעה את חקיקתו של חוק הלאום, ושנית, ובעיקר, הם לא באו לידי ביטוי במהלך הסופי והאחרון של החקיקה, שהוא המהלך שקבע את נוסחו של חוק הלאום והביא לחקיקתו. המהלך המוקדם, שהחל ביוזמתה של השרה ציפי לבני וכלל את חוות הדעת של רות גביוון, נקטע למעשה, ולא היה לו ביטוי בנוסחי החוק שקודמו בסופו של דבר. חוות הדעת של גביוון, יש לזכור, המליצה שלא לחוקק את חוק הלאום אלא לחוקק חוק אחר – חוק חזון.<sup>39</sup> ההליך המשיך להיות מקוטע, והצעות שונות לא התגבשו לכלל הליך מתמשך. ההליך הסופי, שהחל רק במרץ 2017, התאפיין בעיקר בסטוריאליות, לא כלל דיונים כלשהם עם האופוזיציה, ואף שהיו בו ריכוכים ופשרות מסוימים, הם היו, כאמור, בעיקר אילוצים בעקבות עמדות הייעוץ המשפטי, וכנגדם הושמטו מנוסח החוק היבטים מרכזיים אחרים שהיו בניסוחים קודמים. בסופו של דבר, הראייה הטובה ביותר לכך שלא התקיים הליך דליברטיבי במובן המהותי היא העובדה שבהצעה המקורית תמכו גם חברי אופוזיציה מהשמאל, ואילו בהצבעה על החוק לא תמך אף לא חבר כנסת אחד מהאופוזיציה.

37 ראו רות גביוון עיגון חוקתי של חזון המדינה: המלצות לשרת המשפטים (נובמבר 2014).

38 כך, למשל, על הצעת החוק של ח"כ דיכטר וח"כ אלקין משנת 2011 חתמו 40 חברי כנסת ממפלגות הקואליציה והאופוזיציה, ובכלל זה מהמפלגות העבודה, קדימה, הליכוד העצמאות, ישראל ביתנו, האיחוד הלאומי, והבית היהודי. ראו פנחס וולף "דיכטר מאתגר את נמניהו: יזם חוק 'מדינת הלאום היהודי'" וואלה!news 3.8.2011.

39 ראו גביוון, לעיל ה"ש 37, בעמ' 5:

אם יוחלט על מהלך של עיגון חוקתי, חיוני שהחוק המוצע יהיה חוק חזון ולא חוק לאום, וכי החוק וההליך חקיקתו ישקפו את גודל המשימה ואם חשיבותה. יש להגיע לתוצאה שתעורר לכידות ולא מחלוקות, כך שחזון המדינה יצא מחוזק ולא מוחלש מתהליך החקיקה; יחזק את הלכידות האזרחית; ישמר את הלכידות היהודית בארץ ובעולם; ויבטא גישה הוגנת, נדיבה ומכילה לבני המיעוט הערבי.

## 2.2. הליך חקיקת חוקי היסוד של זכויות האדם משנת 1992

### 2.2.1. פשרות, איזונים, והסכמה רחבה

רבות דובר ונכתב על הליך חקיקת חוקי היסוד משנת 1992, ובכלל זה בידי אנשים שהיו שותפים להליך, כגון חברי הכנסת דאז אמנון רובינשטיין ואוריאל לין.<sup>40</sup> אף שהעובדות המרכזיות אינן שנויות במחלוקת, יש מחלוקת על פרטים מסוימים בתיאור, ובעיקר על הדגשים בתיאור, כיוון שהם משפיעים על הוויכוח הנורמטיבי בדבר הלגיטימיות של ה"מהפכה החוקתית".<sup>41</sup>

הוויכוח נסוב בעיקר סביב השאלה אם כל השותפים לחקיקת החוקים, ובמיוחד נציגי המפלגות החרדיות, ידעו מראש שלחוקי היסוד תהיה עליונות על פני חקיקה רגילה, ושכית המשפט יוכל לבטל חקיקה רגילה הנוגדת אותם. ישנן כמה ראיות התומכות בכך שהייתה מודעות כזאת, והעיקרית שבהן היא התעקשותם של חברי המפלגות הדתיות להוסיף פסקת "שמירת דינים" לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שתשמור על תוקפה של חקיקה ישנה, לפני 1992, מפני חוק היסוד. ההנחה המובלעת במהלך הזה הייתה חייבת להיות שללא פסקת שמירת הדינים ייפגע תוקפה של חקיקה מלפני 1992 אם תתנגש עם חוק היסוד.<sup>42</sup> מן הצד השני ידועה ההתבטאות של ח"כ אוריאל לין, שאמר בעת הדיונים על החוק: "אנחנו לא מעבירים את המשקל לבית-המשפט העליון. אנחנו לא עושים כפי שהוצע ב'חוקי-יסוד: החקיקה', או ב'חוקי-יסוד: זכויות האדם', שהוגשו בזמנם. אין מוקם בית משפט לחוקה, ואין מוקם בית משפט לחוקה שמקבל כוח מיוחד לבטל חוקים".<sup>43</sup>

40 ראו אוריאל לין ושלמה לוי "כיצד הצליחה ועדת החוקה של הכנסת השניים-עשרה במקום שבו נכשלו אחרים: דגשים והרהורים לגבי העתיד" משפט ועסקים יד 261 (2012); אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי היסוד" משפט ועסקים יד 79 (2012); יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323 (1993).

41 למבט ביקורתי על הליך החקיקה ראו גדעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" משפט וממשל יא 571 (החש"ס"ח).

42 גם העובדה שהכנסת בחרה לשריין רק את חוקי-יסוד: חופש העיסוק, ולא את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מצביעה על החשיבות שהיא ייחסה לחוקי היסוד, ואת החשש שלה מהשפעתו הרבה מדי של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוא הרחב יותר מהשניים, ובעקיפין, לכן, על ההכרה בכך שיוכל להתגבר על חוקים.

43 ד"כ 17.3.1992, 3783. אוריאל לין בתשובה למיכאל איתן. מאוחר יותר ציין לין כי בחר במודע [ושל] לא לציין בחוק במפורש שמוענק לגוף חיצוני הכוח לבטל חוקים של הכנסת [...] ציון מפורש של סמכותו [של בית משפט] לפסול חוקים [...] ייתכן שהייתה מתנופפת כמטליח אדומה מול עיני חברי הכנסת – ומכשילה את החוק".

עם זאת, השאלה העיקרית לצורכי הפרק הזה אינה אם הליך החקיקה של חוקי היסוד של זכויות האדם שיקף מודעות לעליונותם – אם כן, שאלה זו יכולה להשתלב במסגרת הדיון בשאלה המרכזית – אלא, אם הליך החקיקה שיקף תהליך של הסכמה רחבה, פשרות ודליברציה ראויה, האמורות לאפיין חקיקה חוקתית, והיעדרם היווה מקור לביקורת על חוק הלאום.

כמה עובדות מחזקות את הטענה שבניגוד לחוק הלאום תהליך חקיקת חוקי היסוד של זכויות האדם שיקף הסכמה רחבה והיה תוצר של פשרה. ראשית, המהלך של חקיקת חוקי היסוד משנת 1992 התחיל כמהלך של פשרה לאחר כשלון ארוך שנים של הניסיון לחוקק מגילת זכויות מלאה תחת הכותרת "חוקי-יסוד: זכויות האדם". מהות הפשרה הייתה לנסות ולהגיע לרשימה של זכויות שתהיינה מוסכמות גם על המתנגדים העיקריים לחקיקת מגילת זכויות מלאה – בעיקר המפלגות החרדיות – ולעגן אותן בחוק יסוד, כמהלך ראשון להשלמה אפשרית של מגילת הזכויות למגילה מלאה. זה היה היגיון המהלך כפי שתיארו אותו רובינשטיין ואחרים. רשימת הזכויות שנבחרה בסופו של דבר להיכלל בשני חוקי היסוד הייתה תוצר של אותה פשרה.<sup>44</sup>

שנית, הליך החקיקה עצמו שיקף כמה פשרות ואיזונים שהושגו בעקבות המשא ומתן בין נציגי המפלגות. כך, כאמור, הוכנס סעיף שמירת הדינים לתוך חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמנגנון מאזן להיקף הגדול של הזכויות המוגנות בחוק הזה. כך גם הוכנסה המילה "יהודית" לסעיף המטרה של חוקי היסוד, במסגרת הביטוי "ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". מצדדי החוק מהמפלגות הדתיות והחרדיות ראו בהכנסת המונח "יהודית" הישג גדול לאיזון שבין דת למדינה בישראל ומנגנון שירסן את ההיבט של זכויות האדם בפסיקת בית המשפט העליון לטובת ההיבט היהודי.<sup>45</sup> מאוחר יותר, בעת תיקון שני חוקי היסוד, שיקפה פסקת ההתגברות בחוקי-יסוד: חופש העיסוק פשרה ואיזון עם תביעות המפלגות החרדיות, בכך שאפשרה לכנסת לחסן חקיקה מפני חוק היסוד, ובמיוחד בפני חקיקה הפוגעת בחופש העיסוק מטעמי דת.<sup>46</sup> לבסוף – אף על פי שבעת ההצבעות עצמן על חוקי היסוד הייתה נוכחות חברי הכנסת במליאה דלה, וחברי הכנסת החרדים לא השתתפו

44 ראו רובינשטיין, לעיל ה"ש 40.

45 ראו גדעון ספיר "המהפכה החוקתית – כיצד זה קרה?" משפט וממשל יא 571, 581 (2018).

46 ראו סעיף 8 לחוק יסוד חופש העיסוק – "תוקפו של חוק חורג"; וכן בג"ץ 4676/94 מישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (1996), שעסק בהגבלת ייבוא בשר לא כשר והכיר ביכולת של חוק חורג להתגבר על הוראות פסקת ההגבלה בחוקי-יסוד: חופש העיסוק, בתנאים מסוימים.

בהצבעות, הדיונים שלפני ההצבעות והפשרות שהושגו שיקפו הסכמה של חברי קואליציה ואופוזיציה כאחד, וכן של מפלגות חילוניות, דתיות וחרדיות.

בהשוואה להליך חקיקת חוק הלאום ניתן אפוא להגיד כי ההליך חקיקת חוקי היסוד של זכויות האדם לווה ברצון להשיג פשרה ולא לכפות הסדר על המתנגדים לו בכנסת. כמו כן, בניגוד לחוק הלאום, חוקי היסוד של זכויות האדם לא היו מקור לחלוקה גושית ולהגברת המפלג והמפריד בחברה הישראלית ובמערכת הפוליטית הישראלית. נהפוך הוא, הם היו דוגמה לאפשרות להגיע להסכמות סביב עקרונות בסיסיים בין מפלגות השונות זו מזו מבחינה אידאולוגית.

### 2.2.2. קבוצות מודרות, אי־שיתוף הציבור, הליך מהיר בבולטות נמוכה

עם זאת, כמה מאפיינים פוגמים מאוד בתמונה שלפיה ההליך שקדם לחקיקת חוקי היסוד בשנת 1992 התאים לחקיקה חוקתית. ראשית, ההליך לא הקיף את כל קבוצות הציבור, ולפחות קבוצה אחת חשובה – הציבור הערבי ונציגיו בכנסת – לא היו שותפים כלל להליך חקיקת חוקי היסוד. שנית, ההליך עצמו לא לווה בהליך התייעצות ודליברציה ציבורית, הכולל את התקשורת, אנשי רוח והציבור הרחב. הליכים של חקיקת חוקה ומגילת זכויות אדם מתאפיינים בהליך של התייעצות עמוקה וארוכה המבקשת לכלול כמה שיותר קולות מן הציבור ולערב גורמים רבים בהליך. בין היתר הדבר נעשה על ידי הקמתן של אספות מכוננות המייצגות את חלקי הציבור או עריכת משאל עם המשתף את הציבור כולו. בחקיקת חוקות בעת האחרונה יש לעיתים ניסיון לערב את הציבור כולו בהגשת הצעות לנוסח החוקה, ובעיקר ניסיון לוודא כי מגזרים שונים בחברה יוכלו להציע הצעות.<sup>47</sup> הליך החקיקה של חוקי היסוד של זכויות האדם, לעומת זאת, נערך ב"פרופיל נמוך" (אפילו ביחס לחקיקה רגילה), ללא סיקור תקשורתי, ועירב חוגים מצומצמים בכנסת, בבית המשפט העליון ובמשרד המשפטים.<sup>48</sup> מבחינה זו היה יתרון להליך חקיקת חוק הלאום דווקא, כיוון שכאמור הליך זה לווה בבולטות ציבורית ותקשורתית גדולה, מתוך מודעות לחשיבות ההחלטה ולחשיבות השתתפותם של אנשי רוח, אנשי תקשורת, וחוגים

47 Tom Ginsburg, Justin Blount & Zachary Elkins, *The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval*, 81 TEMPLE LAW REVIEW 361 (2008); Vivien Hart, *Constitution Making and the Right to Take Part in a Public Affair*, in FRAMING THE STATE IN TIME OF TRANSITION: CASE STUDIES IN CONSTITUTION MAKING (Laurel E. Miller ed., 2010)

48 ראו ביקורתו של ספיר על הליך חקיקת חוקי היסוד של זכויות האדם, ספיר, לעיל ה"ש 45.

רחבים בחברה הישראלית בשיח הציבורי. אם כי, כפי שצוין לעיל גם כן, אין להגזים בחשיבות השיח הציבורי הרחב שליווה את החוק הלאום בשל תרומתו המוגבלת לעיצוב הנוסח הסופי של החוק.

שלישית, הדיונים וההצבעות נערכו בעת שמשלה ממשלת מעבר, כאשר הממשלה כבר לא נשענה על אמון הכנסת ולא הייתה משמעת קואליציונית; מכיוון שהיה מדובר למעשה בזמן בחירות, היו רבים מחברי הכנסת עסוקים בהתמודדות בפריימריז בתוך מפלגותיהם, ורק חברי כנסת מועטים השתתפו בישיבות ובהצבעות.<sup>49</sup> לעניינים אלו ניתן להוסיף את העמימות המכוונת שליוותה היבטים מרכזיים בחוקים, כגון השאלה אם הם יאפשרו לבטל חקיקה של הכנסת, והאמירות המטעות מצד חלק מהמנסחים, שגם הן פגמו בראויות ההליך, בכלל, ובוודאי כהליך האמור לשקף הסכמה רחבה ועקרונית כפי שמתחייב מחוקה.<sup>50</sup>

### 2.2.3. אי־עמידה בתנאי הפשרה

יתר על כן, בהנחה שהלגיטימיות של חוקי היסוד של זכויות האדם מתבססת על כך שהליך חקיקתם כלל פשרה וקונצנזוס, הפשרה והקונצנזוס שהושגו חייבים להשפיע על תוכנם. אולם לא כך היה בנוגע לפרשנות חוקי היסוד. כידוע, במסגרת היקף הזכויות המוגנות על ידי חוקי היסוד כלל בית המשפט העליון בפרשנותו זכויות רבות שנשללו במפורש כחלק מן הפשרה הפוליטית, ובראשן הזכות לשוויון, לחופש הביטוי ולחופש הדת והמצפון – על ידי קריאת הזכויות האלה, וגם זכויות אחרות, כנגזרות מן הזכות לכבוד האדם.<sup>51</sup> פסיקת בית המשפט העליון דחתה במפורש ניסיונות לפרש את חוקי היסוד לאור הכוונה המקורית שנתנו לו המנסחים, וכן ניסיונות לפרש אותם פרשנות מילולית או צרה, ובמקום זאת הפרשנות שלהם היא

49 ש.ס.

50 ראו ש.ס, בעמ' 582-592. ניתן להשוות את הכשלים בהליך החקיקה של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם לתנאים המחמירים שנקבעו בפסק הדין קוונטינסקי בנוגע להליכי חקיקה. ראו בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (טרם פורסם), פסקאות 90-95 לפסק הדין של השופט סולברג. לפי פסק הדין הזה, על חברי הכנסת להבין היטב את מה שהם מצביעים עליו, והכרח שיוקצב להם די זמן לקרוא ולעבד את המידע, במיוחד אם הנושא הוא בעל חשיבות גדולה, כדי לקיים את עקרון ה"השתתפות" הדמוקרטי. נראה שהדברים יפים מקל וחומר לחקיקת חוק יסוד.

51 ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (התשנ"ז); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006), פסקאות 30-43 לפסק הדין של הנשיא ברק. בפסק הדין הזה קבע הנשיא ברק את מבחן "האוטונומיה של הרצון החופשי" להיקפה של הזכות לכבוד האדם, המאפשר לכלול, למעשה, את כל הזכויות במסגרת זכות זו.

פרשנות רחבה החורגת מן הטקסט. בית המשפט דחה גם ניסיונות לקרוא את חוקי היסוד על פי העיקרון "מכלל הן אתה שומע לאו", ולא ראה בקיומה של רשימה חלקית של זכויות הנכללת בתוך חוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו עדות לכך שזכויות שלא נכללו ברשימה אינן מוגנות על ידי חוק היסוד.<sup>52</sup> כלומר, העובדה שחוקי היסוד של זכויות האדם נחקקו בדרך של פשרה איברה חלק חשוב ממשמעותה המעשית מכיוון שתוכן פשרה זו לא השפיע על תוכן חוקי היסוד עצמם. לשון אחר, לפשרה הבין-גושית לא הייתה השפעה מעשית על תוכניהם של חוקי היסוד, בשל הפרשנות המרחיבה שניתנה להם, שביטלה למעשה את הפשרה והביאה את חוקי היסוד למצב דומה לזה שבו אחד הצדדים כופה את עמדתו על השני.

נמצא אפוא כי מי שטוענים שהליך חוקי היסוד משנת 1992 היה ראוי יותר מזה של חוק הלאום כיוון ששיקף הליך ראוי יותר של פשרה והסכמה רחבה, חייבים להסכים גם כי יש לפרש את חוקי היסוד פרשנות מצמצמת המוציאה מהם את הזכויות לשוויון, את חופש הביטוי, את חופש הדת ועוד.

**2.3. טיכום טיעון המסתמך על הבדלים הליכניים**

לסיכום, גישה המתבססת על הליך החקיקה של חוקי היסוד אין בה כדי ליצור הבדל מספיק בין חוקי היסוד של זכויות האדם לבין חוק הלאום כדי לבסס טיעון שהראשונים תקפים מבחינת הראויות והתוקף המוסרי והשני לא. לפני מי שמבקשים להסתמך על ההליך בלבד כדי להעריך את תוקפם של חוקי יסוד ולא על שיקולים מהותיים הנוגעים לתוכן, פתוחות לכן שתי אפשרויות בלבד: להכיר בתוקפם של חוק הלאום וגם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, או שלא להכיר בתוקפו של אף אחד מהם.

**3. הבדלים מהותיים בין חוק הלאום לחוקי היסוד של זכויות האדם**

חלק זה של הפרק ידון באופציה התאורטית השנייה הפתוחה לפני מי שמבקשים "לרבע את המעגל" ולערער על תוקפו של חוק הלאום בשל הליך פגום והיעדר הסכמה רחבה בלי שהדבר יערער את תוקפם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם: הגישה המהותית. ראשית אתאר גישה זו ואז אפנה להראות כיצד היא יכולה לסייע בטיעון מסוג זה.

3.1. הגישה המהותית: מה שאני מכנה כאן "הגישה המהותית" הוא זיקוק של טיעונים והנחות מתוך כתבי מלומדים ופסקי דין. רוב הדיון יתמקד כאן בפסיקה ובכתיבה בישראל, אך ניתן למצוא לגישה זו ביטויים רבים גם בכתיבה ובפסיקה במדינות אחרות. הגישה המהותית

לפרשנות חוקתית נשענת על כמה הנחות בדבר מקור תוקפה של החוקה. לפי גישה זו, יש מערך של זכויות אדם, וכן של הסדרים מוסדיים, כגון מוסד הביקורת השיפוטית, הבחירה השווה והעצמאות השיפוטית – הנובע באופן אובייקטיבי מעקרונות של שוויון ערך האדם, האוטונומיה של הפרט והדמוקרטיה הליברלית. עקרונות אלו עומדים בבסיס המבנה הדמוקרטי הליברלי כולו ונותנים לו תוקף, ולכן לפי תפיסה זו, איי אפשר לפגוע בהם או לשלול אותם באמצעות ההליך הדמוקרטי. נוסף על כך, מקור התוקף והלגיטימיות שלהם אינו ההליך הדמוקרטי, כיוון, שכאמור, הם נובעים אובייקטיבית מעקרונות מוסריים כלליים ואינם תלויים בהסכמה של רוב כזה או אחר בתוך מסגרת מדינית. ההליך הדמוקרטי יכול, לכל היותר, לתת ביטוי חיצוני פורמלי לזכויות ולהסדרים מוסדיים אלו, למשל, לכלול אותם בחוקה כתובה, וכך לחזק את ההתאחדות של הציבור סביב אותם זכויות וערכים.

בעת אחרונה ניתן ביטוי מובהק לגישה זו בישראל, בכתיבתו של ברק מדינה. מדינה מכנה את הגישה הזאת "דמוקרטיה ליברלית" ומבחין אותה מ"דמוקרטיה הליכית":

דמוקרטיה ליברלית היא שיטה המבוססת על שלטון הרוב, אשר כפוף למגבלות טבועות. המגבלות נובעות מעקרונות היסוד של הליברליזם, בעיקר מן החובה לכבד את זכויות האדם ומעקרון הפרדת הרשויות, ובצידן גם נורמות שנגזרות מעקרון הכרעת הרוב, ובהן החובה לקיים בחירות חופשיות וכלליות. בשונה מדמוקרטיה הליכית, שלפיה כוחו של הרוב אינו מוגבל אלא ככל שבחר להגביל עצמו במפורש, בדמוקרטיה ליברלית ההגבלה על כוחו של הרוב נובעת מן העקרונות שמכוחם מוכר תוקפה של הסמכות השלטונית עצמה. [...] החובה שמוטלת על רשויות השלטון לכבד את זכויות האדם אינה תוצאה של בחירתן להכפיף עצמן לחובה לעשות כן – ולכן הן אינן "מעניקות" זכויות אדם – אלא של עצם ההכרה בסמכותן כרשויות שלטון. משמעות הדבר היא שיש מגבלות טבועות על כוחו של השלטון. מגבלות אלה עשויות למצוא ביטוי בחוקה כתובה, אך עיגונן בחוקה אינו

תנאי הכרחי ואף אינו תנאי מספיק, להכרה במעמד החוקתי של  
המגבלות.<sup>53</sup>

במקום אחר הצעתי לקרוא לגישה זו "הגישה האפלטונית לחוקה", כיוון שהיא מקבילה לתפיסה של אפלטון בתורת האידאות שלו. לפי אפלטון,<sup>54</sup> העצמים שבני אדם קולטים בחושיהם הם השתקפויות בלבד, או ייצוגים חלקיים ופגומים בלבד, של אידאות, ועולם החומר הוא השתקפות של עולם האידאות. ה"אידאות" הן אובייקטיביות, אמיתיות, מושלמות ובלתי תלויות באדם, ואילו הייצוגים של האידאות בעולם החומר הם סובייקטיביים, בלתי מושלמים ותלויים בתפיסתו של האדם. כך, למשל, לפי אפלטון, כל משולש שאנו מציירים בגיר על לוח הוא השתקפות של האידאה של המשולש. המשולש על הלוח יכול להיות עקום מעט, או בעל צלעות בעובי כזה או אחר, לפי היד המשרטטת אותו; הוא גם זמני כיוון שניתן למחוק אותו; אך האדיאה של המשולש היא מושלמת ונצחית ואינה תלויה באדם או בתפיסתו.<sup>55</sup>

כך, עקרונות היסוד של זכויות האדם והליברליזם, כגון העיקרון בדבר הערך השווה של כל בני האדם, וכן ההסדרים והזכויות הנגזרים מהם, כגון הזכות לשוויון ולחופש הביטוי, הם, לפי התפיסה המהותית, נכונים אובייקטיבית ונצחיים, והנכונות שלהם אינה תלויה באדם או בהסכמה של קהילה פוליטית כלשהי לאמץ אותם. לעומת זאת, הסעיפים והניסוחים הספציפיים שקהילות שונות מאמצות במסגרת החוקה שלהם הם ייצוגים בלתי מושלמים וסובייקטיביים של אותם עקרונות אובייקטיביים. הם מושפעים מרוב פוליטי כזה או אחר בעת חקיקת החוקה, מקוצר הראות של המנסחים, ממגבלות התקופה שבה החוקה נוסחה ועוד. תוקפם של ההסדרים החוקתיים, לפי הגישה המהותית, נקבע אפוא מתוקף הדמיון שלהם למקור שהם

53 ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" עיוני משפט מד 5-48 (2021), בעמ' 28.

54 Iddo Porat, *The Platonic Conception of the Israeli Constitution*, in *THE INVISIBLE CONSTITUTION IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 268 (Rosalind Dixon & Adrienne Stone eds., 2017)

55 Allan Silverman, *Plato's Middle Period Metaphysics and Epistemology*, in *THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY* (Edward N. Zalta ed., 2014); תורת האידאות של אפלטון מומחשת במשלו המפורסם "משל המערה", אפלטון הפוליטיאה ז (י"ג ליבס מתרגם 1954). העצמים שאנו קולטים בחושינו מומשלים לצללים המוטלים על קיר מערה שבה אנו כלואים. מאחורינו נמצאים העצמים עצמם, המשולים לאידאות, שאת צילם בלבד אנו רואים מושלך על הקיר המערה מאור מדורה הנמצאת מאחוריהם, ואילו אותם עצמם איננו יכולים לראות.



הייצוג שלו – לעקרונות הליברליזם ולזכויות האדם האובייקטיביים. אומנם האימוץ של בני האדם את העקרונות האלה בחוקה כתובה חשוב מבחינה פרקטית, כיוון שהוא נותן להם ביטוי ברמת הפשטה נמוכה יותר המקלה על הפעלתם בעולם האמיתי,<sup>56</sup> וכיוון שהוא מגביר את הלגיטימציה הציבורית לאכיפת העקרונות האלה; אך הוא אינו תנאי לתוקפם או לאמיתותם, ואימוץ בחוקה של עקרונות המנוגדים למערך האובייקטיבי של עקרונות וזכויות לא יהיה לו תוקף. מעבר לכך, לפי הגישה המהותית, עקרונות הליברליזם וזכויות האדם יהיו תקפים כחוק עליון גם אם לא קיבלו ייצוג בחוקה מסוימת או בטקסט מסוים, כפי שהאידאות הן אמיתיות גם אם אין להן ייצוג בעולם החומר.

את הגישה שתוארה למעלה בכתיבתו של ברק מדינה, ושאני מכנה הגישה האפלטונית או המהותית לחוקה, ניתן למצוא בשיטות משפט אחרות גם כן, ברמות מובהקות שונות, והיא מנחה את הכתיבה של מלומדי משפט מרכזיים בעולם.<sup>57</sup> בפסיקת בית המשפט העליון בישראל ניתן למצוא את הגישה המהותית בעיקר סביב הביטוי "עקרונות היסוד של השיטה". הביטוי המובהק הראשון לתפיסה זו ניתן

56 השור, למשל, Alon Harel, *Why Law Matters* 16, 41 (2014), הטוען כי זכויות הן קונקרטיזציה של טענות מוסריות.

57 לתיעוד הביטויים לגישה המהותית בכמה שיטות משפט ובכתיבתם של כמה מלומדים, ראו Porat, לעיל ה"ש 54, בעמ' 286–289. דוגמה מובהקת לאימוץ הגישה המהותית יש בכתיבה של המשפטנית הקנדית Lorraine Weinrib הכותבת כך:

The judicial function is to evaluate whether the state's encroachment on the right violates the constitutional principles of equal citizenship and inherent human dignity [the objective right], of which the specific guarantees [subjective right] are important but not exhaustive exemplars.

וכן כך:

The rights-protecting instruments adopted in the aftermath of the Second World War share a constitutional conception that transcends the history, cultural heritage and social mores of any particular nation state (Lorraine Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in *THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS* 84 (Sujit Choudhry ed., 2006))

דוגמה נוספת לאימוץ הגישה המהותית היא בתאוריה שפיתח בית המשפט החוקתי הגרמני בפסק דין Lüth משנת 1958 בדבר Objective Value Order, שלפיה לזכויות יש מובן אובייקטיבי שאינו תלוי בקיומו של טקסט חוקתי כזה או אחר. Lüth, Bundesverfassungsgericht. [BVerfG] [Federal Constitutional Court] January 15, 1958, 7 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BverfGE] 198 (F.R.G.)

בפסק הדין לאור<sup>58</sup>, שבו קבע השופט ברק כי לשם פסילת דברי חקיקה אין צורך בחוקה פורמלית, ופסלותו יכולה לנבוע ישירות מעקרונות יסוד:

באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה, גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה. [אולם] על-פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו, [משום ש]אם נעשה כן, ניראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית. [...] תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על ידי העם ונציגיו הנבחרים.<sup>58</sup>

בהמשך קיבלה התפיסה ביטוי בפסיקתו של השופט חשין בפסק הדין התנועה למען איכות השלטון:<sup>59</sup>

סמכותה המשפטית, החברתית והמוסרית [של הכנסת] לחוקק חוקים ולקבוע הסדרים ראשוניים שואבת את כוחה מעיקרי הדמוקרטיה ומן ההסכמה החברתית השוררים בחברה. עיקרים אלה והסכמה זו מתירים לכנסת לפעול בתוככי גבולות הדמוקרטיה עד אשר תמלא תקופת כהונתה כפי שנקבעה בחוק. [...] אין בסמכותה של הכנסת לשלול את זכויות היסוד של האדם.<sup>60</sup>

וכן בפסק הדין עדאלה, שבו כתב: "במדינות כישאל, שאין בהן חוקה פורמלית ומפורטת [...] נגזרות זכויות-היסוד של הפרט מערכי-היסוד עצמם, ומטבע הדברים מוגבלות הן לערכי-יסוד ואין הן פורשות עצמן על הסדרים פרטיקולריים שאינם אוניברסליים, הסדרים שאפשר מצאו מקומם בחוקות פורמליות".<sup>61</sup>

58 בג"ץ 142/89 תנועת לאור<sup>58</sup>, לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 555 (1990).

59 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: פסק דין התנועה למען איכות השלטון).

60 שם, פסקה 28 לפסק הדין של השופט חשין.

61 בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006), פסקה 38 לפסק הדין של השופט חשין.

התפיסה המהותית קיבלה ביטוי משתמע גם בפרשנות המרחיבה של הזכות לכבוד האדם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כפי שתואר לעיל, במסגרת הפרשנות הזאת קרא בית המשפט לתוך הזכות לכבוד האדם זכויות שאינן מנויות בו ושהכנסת ביקשה להוציא מתוך חוק היסוד במסגרת הפשרה הפוליטית שקדמה לחקיקתו. מבחינה פרשנית קשה להצדיק קריאה זו. היא אינה מוצדקת מבחינת כוונת המנסחים,<sup>62</sup> וגם לא מבחינת ההיגיון הטקסטואלי והמבני של חוק היסוד, כיוון שאין ההיגיון למנות רשימה חלקית של זכויות ולהותיר זכויות מסוימות מחוץ לרשימה אם הכוונה לכלול גם את הזכויות שהוצאו מן הרשימה במסגרת חוק היסוד. כלומר, אם הכוונה הייתה לכלול את הזכויות כולן בתוך זכות אחת – הזכות לכבוד האדם – אין ההיגיון טקסטואלי בהוספת זכויות נוספות בחוקי היסוד מעבר לזכות זו.<sup>63</sup> לכן, לטעמי, הגישה היחידה המתאימת עם המהלך הפרשני של בית המשפט היא הגישה המהותית, כיוון שלפי הגישה הזאת הטקסט החלקי של חוק היסוד הוא רק ייצוג בלתי שלם של המערך המלא של הזכויות – האידאה של הזכויות – שתוקפן נובע מהנכונות האובייקטיביות שלהן ולא מן הטקסט. ולפיכך, גם אם ניסתה הכנסת לשלול את תוקפן של זכויות מסוימות על ידי אי-כלילתן בחוקי היסוד, לא היה בסמכותה לעשות כן, כיוון שהן נובעות מן האידאה של הזכויות, או בלשון הפסיקה, מעקרונות היסוד של השיטה ומעקרונות הדמוקרטיה עצמה.<sup>64</sup>

בישראל יש מתח בין הגישה המהותית לבין העובדה שבית המשפט העליון לא הכיר בעליונות עקרונות היסוד גם לפני חקיקת חוקי היסוד של זכויות האדם, ולא ביטל חוקים המתנגשים איתם לפני כן, אף על פי שעליונותם, לפי הגישה המהותית, הייתה קיימת עוד קודם לכן. התשובה שנתן לכך השופט ברק בפסק הדין לאור"ר הייתה כזכור ש"אם נעשה כן [כלומר נכיר בעליונות עקרונות יסוד בלתי כתובים], ניראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית", וכי "תפיסת הציבור היא כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על ידי העם ונציגיו הנבחרים". ברק מדינה במאמרו הסתמך על הסבר דומה כדי לטעון שחקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הייתה עדות לשינוי עמדת הציבור ואפשרה שימוש בעקרונות היסוד שהיו

62 ראו לעיל ה"ש 51-52 והטקסט הנלווה להן.

63 ראו סומר, לעיל ה"ש 51.

64 הפרשנות שהנשיא ברק נוקט, הנקראת "פרשנות חכליתית", דומה בעיניי לפרשנות שאני קורא לה "פרשנות מהותית", כיוון שהיא אינה נשענת על הטקסט, כלומר על ההליך שבו נקבע תוכנו של חוק או של חוק יסוד, אלא על עקרונות כלליים הנכונים אובייקטיבית, והטקסט מנסה לנסח אותם או להתקרב אליהם.

קיימים עוד לפני אותם חוקי יסוד. פתרון זה מדגיש שוב את העיקרון הבסיסי בגישה המהותית, שלפיו לעיגון עקרונות יסוד בחוקי יסוד יש ערך אינסטרומטלי בלבד, והוא מחזק את הלגיטימיות של פעולת בית המשפט על פיהם, אך לא הוא שנותן לעקרונות אלו תוקף.

עד כה הזכרנו ביטויים לגישה המהותית בפסיקה בהקשר של פסילת חוק על ידי בית המשפט. אבקש לקרוא להיבט זה של הגישה המהותית הגישה המהותית-הפוזיטיבית, כיוון שמשמעותו יצירת סעיפים חוקתיים בלי שהם נכללו במפורש בחוקה ורק מכוח התאמתם לעקרונות יסוד. לגישה המהותית, עם זאת, ישנו גם היבט נגטיבי. משמעותו של ההיבט הנגטיבי – הגישה המהותית-הנגטיבית – היא האפשרות לפסול חוק יסוד, או סעיף חוקתי, אם הם מנוגדים לעקרונות יסוד. כפי שכתב ברק מדינה, "עיגון [של המגבלות על כוח השלטון] בחוקה אינו תנאי הכרחי, ואף אינו תנאי מספיק, להכרה במעמד החוקתי של המגבלות" [ההדגשה שלי]. כלומר, עיגון בחוקה אינו מקנה כשלעצמו תוקף חוקתי להסדר מסוים, שכן התוקף נובע מההתאמה לעקרונות היסוד. במילים אחרות, גם הרשות המכוננת, או העם כאשר הוא מכונן חוקה, כפופים לעקרונות היסוד, ואין בסמכותם לפגוע בהם, כיוון שעקרונות אלו הם מקור התוקף למבנה הדמוקרטי כולו, ובכלל זה גם לסמכות המכוננת. השימוש בגישה המהותית ובתיבה "עקרונות היסוד" בהקשר של יכולתו של בית המשפט לפסול חוקי יסוד נרמז כבר בפסק הדין מזרחי על ידי השופט ברק,<sup>65</sup> והוא הפך מפורש בפסיקת בית המשפט העליון בשנים שלאחר מכן באמצעות תורת ה"תיקון החוקתי שאינו חוקתי" או בחינת התאמת חוקי היסוד לעקרונות היסוד.<sup>66</sup>

לעומת הגישה המסתמכת על ההליך בלבד, נראה שהגישה המהותית מאפשרת דווקא הבחנה בין חוק הלאום לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ואף מאפשרת לטעון כי רק חוקי היסוד בדבר זכויות

**3.2. החלת הגישה המהותית על חוק הלאום וחוקי היסוד בדבר זכויות האדם**

65 פסק דין מזרחי, לעיל ה"ש 20, פסקה 58 לפסק הדין של הנשיא ברק:

השאלה השנייה הינה, מה דין חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה 'שימוש לרעה' בדיבור 'חוקי-יסוד' תוך שחצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום? שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, והתשובה לה יורדת לשורשי היחסים בין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט). אף אותה אני מבקש להשאיר בצריך עיון.

66 ראו בג"ץ 4908/10 בראון נ' כנסת ישראל (להלן: בג"ץ בראון), פסקאות 31-34 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.

האדם תקפים אך חוק הלאום אינו תקף. ניתן לעשות זאת בשתי דרכים עיקריות: (1) לטעון כי שני סוגי חוקי היסוד אינם תקפים כחוקים עליונים בשל הליך חקיקתם הפגום, אך רק תוקפם העליון של חוקי היסוד של זכויות האדם, ולא תוקפם של חוק הלאום, נובע ישירות מעקרונות היסוד, ולכן הם תקפים ללא תלות בהליך חוקתי מתאים – תפיסה מהותית-פוזיטיבית. (2) לטעון כי למרות הפגמים שנפלו בהליך בשניהם שני סוגי חוקי היסוד עדיין תקפים כחוק עליון (למשל, אם אנו מאמצים את תורת הסמכות המכוננת), אך רק חוק הלאום, ולא חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, נוגד עקרונות יסוד של זכויות אדם, של אוטונומיה ושל דמוקרטיה ליברלית, ולכן אינו תקף או שיש לבטלו – תפיסה מהותית-נגטיבית.

### 3.2.1. האם חוק היסוד נובע מעקרונות היסוד של השיטה? הגישה המהותית-פוזיטיבית

לפי הגישה המהותית, עקרונות היסוד הם עקרונות בסיסיים ואוניברסליים הנובעים מן ההנחות המוסריות שבבסיס הדמוקרטיה והליברליזם – הנחות בדבר אוטונומיה, כבוד שווה לכל בני האדם ועוד.<sup>67</sup> מבחינה זו אפשר לטעון כי חוקי היסוד בדבר זכויות האדם נבחנים מחוק הלאום. אפשר לטעון שההכרה שמדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי וההסדרים הנובעים מהכרה זו בחוק הלאום אינם נובעים מהעקרונות הבסיסיים האלה, אלא הם מסוג העקרונות שחברה יכולה לבחור לעצמה (כל עוד אינם נוגדים את עקרונות היסוד), אך הם אינם חלק הכרחי מכל מערך של עקרונות יסוד באשר הוא, ואינם נובעים ישירות מעקרונות היסוד. על פי הטענה הזאת, חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, לעומת זאת, מקבעים הסדרים שהם חלק הכרחי בכל מערך של עקרונות יסוד, ונובעים ישירות מן העקרונות שבבסיס הדמוקרטיה. דבריו של השופט חשין בפסק הדין התנועה לאיכות השלטון רומזים להבחנה זו. כזכור, על פי חשין, "נגזרות זכויות היסוד של הפרט מערכי-היסוד עצמם, ומטבע הדברים מוגבלות הן לערכי-יסוד ואין הן פורשות עצמן על הסדרים פרטיקולריים שאינם אוניברסליים, הסדרים שאפשר מצאו מקומם בחוקות פורמליות".<sup>68</sup>

לכן, אם אנו מניחים, על פי הביקורת ההליכית, כי ההליך לחקיקת חוק הלאום היה פגום ולא העיד שהקהילה בישראל בחרה לתת תוקף חוקתי להסדרים שלו, הרי אין לו תוקף חוקתי. לעומת זאת, עליונותן של זכויות האדם נובעת ישירות מעקרונות

67 ראו מדינה, לעיל ה"ש 53.

68 ראו התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 51, פס' 28 לפסק הדין של השופט חשין.

היסוד, ולכן לפי התפיסה המהותית יש להם תוקף עליון גם אם לא התקבלו בחוקה ובהליך חוקתי מתאים. במילים אחרות, הגישה המהותית מאפשרת לטעון שאפשר "להציל" את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם למרות הפגמים ההליכיים שנפלו בעת קבלתם, אך את חוק הלאום אי-אפשר להציל באותו אופן.<sup>69</sup>

אפשרות זו מסתמכת על מה שכונה לעיל הביטוי הפוזיטיבי של הגישה המהותית – המאפשר "ליצור" חוקים עליונים שאין להם ביטוי בחוקה. כזכור ביטוי לגישה הפוזיטיבית ניתן למצוא בגישתו של נשיא בית המשפט העליון בדימוס אהרן ברק בפסק דין לאור<sup>70</sup> ובגישתו של ברק מדינה, ונעשה בה שימוש משתמע כאשר קרא בית המשפט זכויות שנדחו במפורש על ידי הכנסת אל תוך חוקי היסוד.<sup>70</sup> לפי הגישה המהותית-הפוזיטיבית, עקרונות היסוד בדבר זכויות האדם היו עקרונות-על מאז ומתמיד, גם לפני שנחקקו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. מקור תוקפם כעקרונות עליונים לא היה חקיקתם בחוק יסוד, אלא, לכל היותר, החקיקה סיפקה חיזוק ללגיטימציה החברתית לעליונותם ולנכונותה של החברה לקבל שבית המשפט יאכוף אותם ויוציא אותם מן הכוח אל הפועל. לעומת זאת, אפשר לטעון שתוקפו של חוק הלאום נובע (ולא רק מתחזק) רק מהליך קבלתו בחוקה, ולכן הפגם בהליך מבטל את תוקפו.

שלוש סוגיות יש לדרון בהן בהקשר של גישה זו: ראשית, אם אנו מקבלים את ההנחה שכמו חוק הלאום הליך קבלתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם בשנת 1992 לא שיקף הסכמה רחבה והליך ראוי, צריך לשאול כיצד חיזקה קבלתם את הלגיטימציה החברתית לכך שבית המשפט יתערב ויאכוף אותם? כלומר, מהלך הטיעון המתחיל בביקורת ההליכית על חוק הלאום אך מבקש להציל את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם משום שהם נובעים מעקרונות היסוד, נתקל בקושי כאשר הוא מנסה לתת הסבר לכך שבית המשפט החל להגן בפועל על הזכויות המנויות בחוקי היסוד (ועל אילו שאינן מנויות שם) רק מרגע שנחקקו בחוקי יסוד.<sup>71</sup>

שנית, בחירה בגישה המהותית-הפוזיטיבית כדי להבחין בין חוק הלאום לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם דורשת לנקוט עמדה ברורה בדבר משמעותם והיקפם של עקרונות היסוד בישראל. כאשר הפסיקה עושה שימוש במונח "עקרונות היסוד", לרוב היא מדגישה כי מדובר בעקרונות היסוד של השיטה בישראל, ולעיתים מוסיפה במפורש

69 השוו לטיעון דומה של אלון הראל, להלן, סעיף 3.3.1.

70 ראו לעיל ה"ש 51-52 והטקסט הנלווה להן.

71 השוו את הביקורת על גישתו של אלון הראל, להלן, סעיף 3.3.1.

כי מדובר בעקרונות היסוד של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית,<sup>72</sup> בהתאם לנוסח סעיף המטרה בשני חוקי היסוד של זכויות האדם.<sup>73</sup> עם זאת, כפי שניסיתי להראות בתיאור הגישה המהותית ובאנלוגיה שלה לתפיסה האפלטונית, ההיגיון של תפיסה זו מתיישב טוב הרבה יותר עם דבריו של חשין לעיל,<sup>74</sup> ועם הרעיון שלפיו עקרונות היסוד האלה הם אוניברסליים ולא פרטיקולריים. בין היתר, כיוון שעקרונות פרטיקולריים הם עניין של בחירה, ואילו ההיגיון של הגישה המהותית קשור קשר הדוק לרעיון שדברים מסוימים אינם ניתנים לבחירה, גם לא לבחירה במסגרת ההליך הדמוקרטי. ייתכן כי הפסיקה הוסיפה את עקרון המדינה היהודית לעקרונות היסוד בעיקר כעניין של נראות ושכנוע ציבוריים, ובשל הצירוף "יהודית ודמוקרטית" המופיע בחוקי היסוד, וביקשה לטשטש את המתח שהכללת העיקרון הזה מכניס לתוך התפיסה של עקרונות היסוד. אימוץ טיעון המבחין במפורש בין חוק הלאום לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם על בסיס ההתאמה לעקרונות יסוד, ידרוש ממי שירצה להשתמש בו להסיר את העמימות ולנקוט עמדה ברורה יותר בדבר טבעם של עקרונות היסוד.

**שלישית,** יש לדון בהשלכות של אימוץ הגישה המהותית-הפוזיטיבית על שאר חוקי היסוד. הגישה בחלק זה, כאמור, מבקשת להציל את תוקפם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם (אך לא של חוק הלאום) למרות ההליך הפגום שהתקבל בו. הגישה מתחילה אפוא מן ההנחה שהליך חקיקתם של חוקי היסוד לא היה מקור תוקף מספיק כדי לבסס את עליונותם, מכל הסיבות שמנינו בתחילת הפרק בנוגע להיקף ההסכמה וההליך הראוי. אך כיוון שכל שאר חוקי היסוד התקבלו אף הם בהליך הזה לזה של חקיקה רגילה, וגם כיוון ששאר חוקי היסוד עוסקים כולם בהיבטים המוסדיים הפרטיקולריים של מדינת ישראל ולכן אינם נובעים מעקרונות היסוד, עולה מאימוץ הגישה בחלק זה כי אין להכיר בעליונותם של חוקי היסוד כולם פרט

72 ראו בג"ץ בר און, לעיל ה"ש 66: "בית המשפט [יידרש] להכריע האם הכנסת חרגה מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית" (ההדגשה שלי). ראו גם אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בר 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בר עורכים 2011): "הכנסת, כרשות מכוננת [...] חייבת לפעול במסגרת עקרונות יסוד וערכי היסוד של המבנה החוקתי שלנו [...] הכנסת לא הוסמכה לפגוע בליבת הדמוקרטיה, ובדרישת המינימום לאופייה של מדינה כדמוקרטית". בדומה, היא לא הוסמכה לפגוע בליבת היותה של ישראל מדינה יהודית ובדרישת המינימום לאופייה זה".

73 סעיף 1א בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"; וסעיף 2 בחוק-יסוד: חופש העיסוק: "חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

74 ראו לעיל ה"ש 68 והטקסט הנלווה לה.

לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם. כלומר, מי שמעוניין להחזיק בעמדה שחוק הלאום אינו חוק עליון בשל ההליך הפגום שבו נחקק, נראה שיכול, על פי הגישה המהותית-הפוזיטיבית, "להציל" את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, אך לא את חוקי היסוד האחרים, שעבורם אי-אפשר למצוא מקור תוקף אחר.<sup>75</sup>

### 3.2.2. האם חוק היסוד נוגד את עקרונות היסוד של השיטה? הגישה המהותית-נגטיבית

האפשרות השנייה להסתמך על הגישה המהותית כדי להבחין בין חוק הלאום לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם יוצאת מנקודת מוצא אחרת בדבר תוקפם של שני סוגי חוקי היסוד מבחינת ההליך בלבד. נקודת המוצא של אפשרות זו היא שההליך, למרות הפגמים שבו, אכן מספק תוקף לעליונות שני סוגי חוקי היסוד. עמדה כזאת יכולה, למשל, להישען על תורת הסמכות המכוננת הדורשת כדרישה הליכית אך ורק שהכנסת תכנה את החוק "חוק יסוד".<sup>76</sup> החלת הגישה המהותית מתוך נקודת מוצא זו יכולה להתיישב עם הטיעון שלפיו יש לפסול רק את חוק הלאום אם היא תשען על ההנחה שחוק הלאום בלבד נוגד את עקרונות היסוד, ולכן יש לבטלו, ואילו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם אינם נוגדים את עקרונות היסוד, ולכן תוקפם יישמר. טיעון זה הוא למעשה הטיעון הרווח ביותר בקרב המבקשים לפסול את חוק הלאום, ובכלל זה בקרב העותרים בהליך לפסילת חוק הלאום, והוא מסתמך לרוב על הטענה שחוק הלאום פוגע בעקרון השוויון ובשותפות השווה של המיעוטים שאינם יהודים בדמוקרטיה הישראלית. אפשרות זו מתאימה להיבט הנגיטיבי של הגישה המהותית – כלומר, ההיבט שלפיו בכוחה של הגישה המהותית להביא לביטולם של חוקים עליונים המנוגדים לעקרונות היסוד ולפסילתם.

כפי שעלה גם מן המבוא, נראה כי הגישה המהותית-הנגטיבית, כגישה העומדת בפני עצמה, חורגת מהשאלה המרכזית שהוצבה בראשית הפרק. השאלה שבמרכז הפרק נוגעת להנחות והמסקנות שחייבים לקבל מי שמבקרים את חוק הלאום בשל הפגמים בהליך חקיקתו, כגון היעדר הסכמה רחבה, דליברציה ראויה וכדומה. האפשרות שאנו דנים בה כעת אינה מחויבת לביקורת הליכית כלשהי, ויכולה להתקיים גם מתוך נקודת מוצא שההליך לקבלת חוק הלאום היה ראוי לחלוטין מבחינה חוקתית. עם זאת, רוב החוקרים התומכים בגישה המהותית-הנגטיבית בנוגע לחוק הלאום גם

75 השוו לדיון בחורת הסמכות המכוננת בסעיף 1.1 לעיל, ובטענה שערעור על תוקפו של חוק היסוד בשל ההליך הפגום שלו מערער את תורת הסמכות המכוננת כולה, ולכן את מעמדם העליון של כל שאר חוקי היסוד.

76 ראו הדיון לעיל בסעיף 1.1.



מבקרים את חוק הלאום בשל ההליך הבעייתי שלו, ואף נראה שהם מבקשים לקשור בין שני סוגי הטיעונים. כך למשל, נבות ורוזנאי, וכן שני, המבקרים את הקלות הבלתי נסבלת שבה נחקק חוק הלאום ואת היעדר ההסכמה הרחבה סביב חקיקתו, נשענים על טיעונים אלו כדי לחזק את עמדתם שלבית המשפט מסורה הסמכות לבקר את חוק הלאום בשל תוכנו – כלומר, בשל המהות שלו.<sup>77</sup> את הגישה הזאת אכנה הגישה המהותית-נגטיבית-הליכית, וכעת אפנה לדון בה ובקשיים שהיא מעלה.

### הגישה המהותית-נגטיבית-הליכית

כיצד מבקשים אנשי הגישה המהותית-נגטיבית-הליכית לכרוך ביקורת הליכית וביקורת מהותית בכריכה אחת? נראה שהחוקרים המחזיקים בעמדה זו מחויבים לעמדה שהפגם ההליכי בלבד אינו מספיק כדי לפגוע בתוקפו של חוק הלאום כחוק עליון, כיוון שלו כך היה לא היה צורך גם בביקורת המהותית (וכן, כיוון שמעמדה זו משתמע, כפי שטענתי בחלק 2, כי יש לפסול גם את כל שאר חוקי היסוד). הטיעון שלהם מבקש, למעשה, להשתמש בביקורת על ההליך כנימוק לכך שבית המשפט יהיה חופשי יותר לפקח על חוקי היסוד מבחינת המהות, ויהיה נכון לבטלם אם הם נוגדים עקרונות יסוד, גם אם הפגם בהליך עצמו אינו חמור מספיק כדי להביא לבטלות חוק היסוד. כלומר, ביסוד הגישה עומדת ההנחה שככל שההליך פגום יותר ומעיד פחות על הסכמה רחבה, כך ראוי יותר שבית המשפט יתערב ויפסול את חוק היסוד על בסיס תוכנו המנוגד לעקרונות היסוד.

עמדה זו מעלה כמה קשיים. ראשית, נראה שיש כאן התנגשות עם ההנחות שבבסיס התפיסה המהותית, שלפיהן עקרונות היסוד אינם עניין של בחירה, אלא מדובר במגבלות טבועות החלות, בהגדרה, על כל המשתתפים בהליך הפוליטי מכוח התפיסה הדמוקרטית והליברלית. אם כך הוא הדבר, נשאלת השאלה מהו הקשר של הליך ראוי או לא ראוי לתוקפה של חקיקה חוקתית הנוגדת את עקרונות היסוד? לפי הגישה המהותית, אם חקיקה חוקתית נוגדת עקרונות יסוד אין לה תוקף, בין שהתקבלה בהליך ראוי בין לאו. אם כך, את חוק הלאום, אם הוא נוגד עקרונות יסוד, יש צורך לפסול בין שנחקק בהסכמה צרה, בין שהתקבל בהסכמה רחבה.<sup>78</sup>

77 ראו נבות ורוזנאי, לעיל ה"ש 6; שני, לעיל ה"ש 7.

78 מסקנה זו נראית מתחייבת אם מבקשים לראות בגישה המהותית גישה החלה במדינות רבות ולא רק בישראל, שכן אין שום מדינה פרט לישראל שבה חקיקה חוקתית מתקבלת בהליך זהה לחקיקה רגילה, ולכן, ברוב המקרים החלת הגישה המהותית (הנגטיבית) משמעותה פסילה של חקיקה חוקתית שהתקבלה ברוב גדול ולא ברוב רגיל. השוו, למשל, לגישה המהותית כפי

שנית, גישה שלפיה ההליך הפגום של חקיקת חוק הלאום מצדיק שבית המשפט יתערב בו ביותר קלות בשל תוכנו, מתקשה לענות על השאלה – מדוע לחוק הלאום (ולשאר חוקי היסוד) תוקף של חוק עליון מלכתחילה? הכרה בעליונות של חקיקה חייבת לנבוע ממקור או מעיקרון כלשהו. עיקרון אחד יכול להיות תורת הסמכות המכוננת. אם זהו המקור, הרי שלעובדות שחוק הלאום לא התקבל בהסכמה רחבה ונחקק בהליך של חקיקה רגילה אין כל משמעות, כיוון שלפי תורה זו, חוק הלאום התקבל על ידי הסמכות המכוננת ולא הסמכות המחוקקת, וסמכות זו יונקת את סמכותה לחוקק חקיקה עליונה ישירות מהעם, ולא נדרש הליך השתתפותי רחב או הסכמה רחבה נוספת כדי שהתוצרים שלה יקבלו עליונות.<sup>79</sup> אם, לעומת זאת, המקור לתוקפם של חוקי היסוד אינו (או אינו רק) הסמכות המכוננת, והתפיסה היא שהליך השתתפותי רחב והסכמה רחבה הכרחיים כדי לתת תוקף עליון לחוקי היסוד, הרי שאין תוקף לחוק הלאום, וכך גם לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם ולשאר חוקי היסוד, בלי קשר לתוכנם.<sup>80</sup> אם כן, או שלחוקי היסוד יש עליונות מתוקף תורת הסמכות המכוננת, ואז אין לבקר את העובדה שהתקבלו ללא הסכמה רחבה ואין לה משמעות בנוגע לנכונות בית המשפט לפסול חוקי יסוד; או שנדרשת הסכמה רחבה, ואז אין צורך שבית המשפט יתערב ויבטל את חוק הלאום, כיוון שממילא אין מקור לתוקפו.

לכסוף, ייתכן כי אפשר להצדיק את הגישה המהותית-נגטיבי-הליכית מבחינת לגיטימציה ציבורית בלבד, בטענה שחשיבות ההליך הפגום של חקיקת חוק הלאום היא רק במישור של נכונות הציבור להכיר בסמכות בית המשפט לפסול את חוק הלאום. מהלך הטיעון יהיה כזה: כיוון שחוק הלאום לא זכה לתמיכה רחבה הציבור

---

שהיא משתקפת בפסק דין של בית המשפט החוקתי הפדרלי בגרמניה, שם שינוי החוקה דורש רוב של שני שלישים בכל אחד מבתי המחוקקים:

Laws are not constitutional merely because they have been passed in conformity with procedural provisions [...] They must be substantively compatible with the highest values of a free and democratic order, i.e. the constitutional order of values, and must also conform to unwritten fundamental constitutional principles as well as the fundamental decisions of the Basic Law (6 BverfGE 32 [109])

79 ראו פסק דין מזרחי, לעיל ה"ש 20.

80 אלא אם כן מקבלים את העמדה המהותית-הפוזיטיבי-הליכית, שתוארה בחלק הקודם, שלפיה לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם יש תוקף בלי קשר להליך שבו התקבלו כיוון שתוקפם נובע מעקרונות היסוד. אולם גם עמדה זו טוביל למסקנה שפרט לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, כל שאר חוקי היסוד אינם תקפים.

אינו מיחס לו חשיבות רבה, ולכן יהיה מוטred פחות מהאפשרות שבית המשפט יתערב ויפסול אותו, כפי שראוי שיעשה ממילא כיוון שהוא נוגד עקרונות יסוד. לפי הטיעון הזה, התערבות בית המשפט תלויה, בין היתר, בנכונות הציבור להכיר בלגיטימיות של התערבות בית המשפט, ולא רק בשאלה אם ההתערבות נכונה או מתחייבת. מעבר לכך שקשה למרוד לגיטימיות ציבורית להתערבות בית המשפט בכלל, ובעניין חוק הלאום בפרט, טיעון מסוג זה יכול גם הוא לפגוע במעמד חוקי היסוד עצמם ובלגיטימיות של בית המשפט לבטל חקיקה רגילה מכוחם, כיוון שאם הרוב שבו התקבל חוק הלאום מעיד שהציבור אינו מיחס לו חשיבות מיוחדת, הרי שהדבר נכון גם למעמדו כחוק עליון, וגם למעמדו העליון של שאר חוקי היסוד שהתקבלו ברוב רגיל, ואם כך הציבור לא יהיה נכון לקבל את הלגיטימיות של בית המשפט לבטל מכוחם חקיקה רגילה שהתקבלה ברוב זהה.<sup>81</sup>

נראה אפוא שהגישה המהותית-נגטיבית-הליכית, שהיא נגזרת אחת של הגישה המהותית-נגטיבית (ורלוונטית יותר לנושא הפרק הזה) נתקלת בכמה קשיים, שכמה מהם עקרוניים ונוגעים למתח בין ההיגיון ההליכי להיגיון המהותי, וכמה מהם ייחודיים להקשר הישראלי ונוגעים לרצון לערער את מעמדו של חוק הלאום, אך באותה נשימה לרצון שלא לאפשר ערעור על מעמדו של שאר חוקי היסוד.

### הבדלים בין הגישה המהותית-נגטיבית לגישה המהותית-פוזיטיבית

לסיום הדיון בגישה המהותית-הנגטיבית אציין שני הבדלים חשובים בינה לבין הגישה המהותית-הפוזיטיבית בהקשר הנדון. ראשית, הגישה המהותית-הנגטיבית (לא רק זו המשלבת ביקורת הליכית) עומדת בפני אתגר קשה יותר מן הגישה המהותית-הפוזיטיבית בנוגע ליחס בין חוק הלאום לעקרונות היסוד. לפי גישה זו, לא רק שחוק הלאום אינו נובע מעקרונות היסוד, אלא שיש להראות כי הוא מנוגד להם. כלומר, לפי גישה זו יש להראות שחוק הלאום אינו רק הסדר פרטיקולרי שאינו מחויב מעקרונות היסוד, אלא שהוא פסול כל כך עד שהוא מנוגד חזיתית לעקרונות היסוד ועקרונות היסוד מחייבים את שלילתו או הופכים אותו לבטל.

81 טיעון אחרון היכול להצטרף לטיעונים האחרים הוא שמדובר בעניין של מידה ושל הצבת רף – אם נערך הליך ראוי צריך רף גבוה מאוד של פגיעה בעקרונות יסוד כדי שבית המשפט יתערב, לעומת זאת, אם ההליך אינו ראוי – מספיק רף נמוך. אך נראה שטיעון מסוג זה מנוגד לגישה המהותית הנכנסת לפעולה רק אם מדובר בעניינים עקרוניים במיוחד, עניינים שהם ביסוד המשטר עצמו ונכונותם אינה מוטלת בספק. קשה ליישב זאת עם תפיסה שבית המשפט יכול לבטל חקיקת יסוד בשל פגיעה קלה בעקרונות היסוד, או עם התפיסה שעקרונות יסוד הם עניין של מידה ועוצמה. חשובה זו לטיעון מתקשרת לחשובה שלעיל, בה"ש 78 ובטקסט שהיא מתייחסת אליו.

נראה שמדובר בנטל גבוה הרבה יותר להוכחת פסלות חוק הלאום מהנטל שדורשת הגישה הפוזיטיבית. הכרעה בשאלה אם חוק הלאום מנוגד לעקרונות היסוד גם היא, כמובן, תדרוש להסיר את העמימות בדבר הכללת עקרון המדינה היהודית כחלק מעקרונות היסוד, או לכל הפחות תדרוש לסייג ולחדד את עקרון היסוד של מדינה יהודית כדי להראות מדוע ההיבטים הפסולים של חוק הלאום אינם חלק מאותו עיקרון.

מבחינת היתרונות של הגישה המהותית-הנגטיבית על פני הגישה המהותית-הפוזיטיבית, גישה זו אינה נדרשת לעמדה המערערת על כל חוקי היסוד פרט לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, כיוון שהגישה המהותית-הנגטיבית מתיישבת גם עם טיעון שלפיו הליך חקיקת חוקי היסוד היה תקין, או לכל הפחות הקנה להם תוקף. עם זאת, אם מדובר בגרסה המהותית-נגטיבית-הליכית, הקושרת בין הליך קל לחקיקה חוקתית לבין אפשרות קלה שבית המשפט יבקר אותם בשל תוכנם, הרי שגרסה זו תספק אפשרות קלה לביקורת שיפוטית על כל חוקי היסוד, ולא רק על חוק הלאום, כיוון שכולם נחקקו בהליך זהה וקל.

### 3.3 גישות מהותיות נוספות והחלתן על ההבחנה בין חוק הלאום לחוקי היסוד של זכויות האדם

#### 3.3.1 גישת "טיב" החוקה וההסכמה בדיעבד של אלון הראל

במאמר מהעת האחרונה הציע אלון הראל כי תנאי ההסכמה לחוקה על ידי הקהילה הפוליטית, שהוא למעשה הגישה ההליכית לחוקה, אינו נדרש תמיד, וכי חוקה יכולה להיות תקפה גם ללא הסכמה כזאת.<sup>82</sup> תקפות חוקה יכולה לנבוע פשוט מהיותה חוקה טובה המנביעה תוצאות צודקות והוגנות עבור החברה. הראל מביא לדוגמה את חוקת גרמניה, שבעת קבלתה לא היה לעם הגרמני החופש לסרב לה, כיוון שהיה נתון עדיין למשטר הכיבוש של בנות הברית. אך למרות היעדר הסכמה שכזאת קיבלה החוקה בדיעבד תוקף מלא כיוון שהיא ממלאת את תפקידה כראוי, מביאה לתוצאות טובות והוגנות, וזכתה להכרה ולתמיכה של העם הגרמני. לפי הראל, "הלגיטימציה של חוקה אינה נשענת בהכרח על האמונה שהיא מייצגת את

Alon Harel, *A Defense of Non-Representational Constitutionalism: Why Constitutions Need Not Be Representational*, 14 *LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS* 181 (2020)

העם אותו היא מנהיגה; היא יכולה פשוט להישען על האמונה שהיא חוקה טובה או צודקת".<sup>83</sup>

את הטענות של הראל אפשר, לטעמי, לקרוא באחת משתי דרכים. בדרך הראשונה לראות בו גרסה נוספת של הגישה המהותית-הפוזיטיבית, ולכן מסקנותיו בדבר חוק הלאום וחוקי היסוד בדבר זכויות האדם תהיינה זהות למסקנות שהוצגו לעיל – יהיה אפשר לטעון כי חוקי היסוד בדבר זכויות האדם מקבלים לגיטימציה מכוח היותם צודקים ונכונים גם אם לא התקבלו בהליך המשקף את רצונו של העם, ואילו בעניין חוק הלאום יהיה אפשר לטעון שהוא אינו נהנה מלגיטימציה בדרך זו, ולכן אם הוא אינו משקף את רצונו של העם (כפי שאולי ההליך הפגום לחקיקתו מעיד) אין לו לגיטימציה.

הדרך השנייה לקרוא את הראל היא לראות בדבריו טענות של הסכמה בדיעבד, שהוא למעשה טענות הליכי ולא מהותי. לפי טענות אלו, גם אם הליך חקיקת החוקה היה פגום, במובן שלא העיד על הסכמה חברתית רחבה כפי שנדרש, ניתן לתקן פגם זה על ידי תהליכים חברתיים המעידים על הסכמה חברתית רחבה בדיעבד ובעזרת הכרה בכך שהחוקה ראויה ומועילה.<sup>84</sup> כלומר ניתן להקנות לגיטימציה הליכית גם באמצעות הליך משתמע של אשרור בדיעבד – הסכמה בפועל של חלקים גדולים בחברה ללגיטימיות של החוקה ולכך שהיא חוקה טובה. נראה שחוקת גרמניה, וגם חוקות אחרות שהתקבלו בהליך בעייתי מבחינת ההסכמה הראשונית, יכולות להיות דוגמאות לחוקות המתפקדות טוב וזוכות ללגיטימיות רחבה למרות זאת, ולכן מעירות כי לגיטימיות בזכות הסכמה רחבה בדיעבד אפשרית. עם זאת, לא נראה כי ניתן להחיל גישה זו בהקשר הישראלי כדי לתת תוקף לא לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם ולא לחוק הלאום, כיוון שחוקי היסוד האלה עדיין עומדים בליבה של מחלוקת ציבורית המפלגת את הציבור – לכל הפחות ככל שהדבר נוגע לתקפותם כחוק עליון ולהסמכת בית המשפט לאכוף אותם על הכנסת. בהקשר הישראלי אי-אפשר להעיד על הסכמה רחבה בדיעבד למעמדם החוקתי של חוקי היסוד – אף על פי שזאת הייתה תקוותו של הנשיא ברק.<sup>85</sup>

83 שם (התרגום שלי).

84 "They are legitimated by virtue of being perceived as good, just, efficacious or desirable on other grounds that do not presuppose (שם) representational legitimacy"

85 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 412 (2004):

[יש לצפות לכך ש]שינויים בתפיסתה של הדמוקרטיה החוקתית [...] יופנמו גם אצלנו. ה"איש ברחוב" יבין יותר [מאשר הוא מבין] היום, כי דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב

### 3.3.2. גישת התיקון החוקתי הלא־חוקתי וגישת השימוש לרעה בסמכות המכוננת

לבסוף ייסקרו כאן שתי גישות נוספות המצדיקות פסילת חוקי היסוד כדי לבדוק אם גם הן יכולות להצדיק הבחנה בין פסילת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם לפסילת חוק הלאום. הראשונה היא גישת ה"תיקון החוקתי הלא־חוקתי" והגישה הדומה לה, גישת ה"מבנה הבסיסי של החוקה" (basic structure), שנעשה בהן שימוש בטורקיה, בהודו ובכמה מדינות באמריקה הלטינית. גישות אלו אינן מסתמכות על תוכן החוקה ללא קשר להליך כתנאי לתקפות, אלא תולות את תקפות החוקה, על פי הגישה ההלכית, בכך שנחקקה בדרך פורמלית ראויה. עם זאת, גישות אלו מוצאות בתוך החוקה דירוג של זכויות, סדר עדיפויות ועליונות, ולכן תיקונים מסוימים המתקבלים בדרך פורמלית נדחים מפני עקרונות אחרים בחוקה עצמה שהחוקה נותנת להם עליונות. במקרה כזה בית המשפט עשוי לבטל תיקון חוקתי, אך מקור התוקף יהיה החוקה עצמה, כלומר יסתמך על הליך קבלת החוקה, ולא על עקרונות הנמצאים מחוץ לחוקה או תקפים ללא קשר לחוקה. כיוון שהחוקה הישראלית, ככל שניתן לדבר על חוקי היסוד כחוקה, אינה מסמך אחד קוהרנטי אלא אוסף של מסמכים, והיא אינה קובעת עקרונות עליונים או בעלת מבנה ברור, קשה לדבר על החלת הגישות האלה בהקשר הישראלי, וממילא קשה להסתמך עליהם כדי להבחין בין חוקי היסוד בדבר זכויות האדם לבין חוק הלאום.

הגישה השנייה היא גישה ייחודית לישראל, והיא גישת "השימוש לרעה בסמכות המכוננת" של השופט אליקים רובינשטיין בעניין המרכז האקדמי.<sup>86</sup> גם גישה זו אינה נותנת תוקף או שוללת תוקף על בסיס תוכן בלבד, אלא על בסיס שילוב של תוכן וצורה. לפי גישה זו אם הכנסת מבקשת לכלול בחוקה הסדר שהוא באופיו זמני, או מפורט מדי, או שייך להתנהלות השוטפת של השיטה ולא לעקרונות היסוד שלה, גם אם היא עושה זאת בהליך הפורמלי הנכון (קוראת לו חוק יסוד) אין לכך תוקף כיוון שהיא עושה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת. רובינשטיין מפנה אל השופט גבריאלי כך, שלדבריו "הזהיר מפני שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת ביחס לנושאים אשר משקלם הציבורי-ממלכתי אינו מצדיק את השימוש בסמכות המיוחדת האמורה של הכנסת, ואינם ראויים להיכלל בחוקה", ומצטט

אלא גם שלטונם של ערכים, ובהם זכויות האדם. בעקבות חינוך הנוער יהא זה מובן מאליו כי ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק אינה פוגעת בדמוקרטיה אלא מגשימה אותה. המחלוקות המפלגות אותנו כיום בעניין זה ייראו בלתי מובנות בעוד שנים מספר.

86 בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (טרם פורסם), פס' כו-לו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

מדברים דומים של הנשיא ברק שתהה: "מה דין חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה 'שימוש לרעה' בדיבור 'חוק-יסוד' תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום?"<sup>87</sup> גישה זו אכן מתייחסת לתוכן החוקה, אך רק למאפיין צורני של התוכן – הוא היותו נוגע לעניינים זמניים, בעלי חשיבות שאינה עקרונית, השייכים לניהול השוטף של המדינה, ושהכללתם בתוך חוק יסוד משקפת אפוא זלוזל בחוקה ואי-הכרה בחשיבות החוקה כטקסט בסיסי ומקודש. כיוון שגם חוקי היסוד בדבר זכויות האדם וגם חוק הלאום עוסקים בעניינים עקרוניים, מרכזיים, ולא זמניים, גם גישה זו אינה רלוונטית להבחנה ביניהם.

4.

#### הערכה נורמטיבית של הגישה המהותית

עד כאן נמנע הדיון מהערכה נורמטיבית של הגישות השונות. הדיון התמקד בחידוד ההבחנה בין הגישות, בשמירה על קוהרנטיות בתוך כל גישה, ובבדיקת השלכות התמיכה בגישה כלשהי על מושא הדיון. אך כדי לגזור מסקנות מעשיות מן הדיון ולנקוט

עמדה יש להידרש גם להערכה נורמטיבית. תוצאת הדיון עד כה הייתה כי רק לפי הגישה המהותית, פוזיטיבית או נגטיבית, ניתן לבסס טיעון שלפיו חוק הלאום אינו תקף אף על פי שחוקי היסוד בדבר זכויות האדם תקפים. כדי להעריך אם ראוי, למשל, שבית המשפט העליון יקבל את העתירה נגד חוק הלאום (גישה מהותית-נגטיבית), או אם יש לקבל את עמדתם של מדינה והראל בדבר מקור תוקפם הבלתי הסכמי של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם (גישה מהותית-פוזיטיבית), יש להעריך אפוא אם הגישה המהותית היא גישה ראויה נורמטיבית. במסגרת פרק זה לא ניתן לתת תשובה מקיפה לשאלה זו, אך בחלק זה אציע ראשיתה של תשובה ואת השיקולים המרכזיים בהערכת הגישה המהותית לדעת.

לטעמי ההנחות העומדות בבסיס הגישה המהותית נכונות וניתנות להצדקה. בהחלט אפשר לטעון כי ישנם ערכים, זכויות והסדרים העומדים בבסיס הדמוקרטיה והתפיסה הליברלית ושבלעדיהם לא יהיה אפשר לכנות שיטה "דמוקרטית", וכי הסדרים אלו אינם עניין להערכה סובייקטיבית או לנקודת מבט כלשהי, ואינם תלויים ברוב כזה או אחר שייתן להם תוקף.

אולם מהנחות אלו בדבר קיומם של עקרונות יסוד לא נובעת המסקנה המוסדית, שהיא מה שמייחד את הגישה המהותית. המסקנה המוסדית שבבסיס הגישה המהותית

היא שיש להפקיד את זיהוי עקרונות היסוד שהם תנאי הכרחי לרמוקרטיה, את זיהוי דרך התממשותם במקרים ספציפיים, ואת הסמכות לאכוף אותם במקרים ספציפיים על הקהילה הפוליטית, בידי גוף מסוים שנקרא בית משפט. כלומר, הגישה המהותית הופכת אמירה תאורטית, נכונה לטעמי, המשמשת דרך להסתכל מבחוץ ולהעריך שיטה פוליטית, ועבור יחידים משמשת גם כלי מוסרי בשאלות של ציות לחוק ומוסריות החוק, לכלל מתפקד המופקד באופן שוטף בידי גוף מוסדי מסוים בתוך שיטה פוליטית מסוימת. המעבר הזה – מהנחה תאורטית למסקנה מוסדית – אינו מעבר הכרחי, ולטעמי גם אינו מוצדק.

את ה"קפיצה הלוגית" מההנחה התאורטית למסקנה המוסדית ניתן לקרוא בדבריה של הנשיאה בדימוס דורית ביניש בבג"ץ בראון:

אכן, אף אני סבורה כי קיימים עקרונות יסוד, העומדים בבסיס קיומנו כחברה ומדינה, אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה כזה – ומוטב אם לא יתרחש לעולם – יידרש בית המשפט להכריע האם הכנסת חרזה מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ורמוקרטיית.<sup>88</sup>

איך נובעת המסקנה שבית המשפט הוא שיצטרך להכריע אם הכנסת כרשות מכוננת חרזה מעקרונות היסוד מההנחה שישנם עקרונות העומדים בבסיס קיומנו כחברה ומדינה? הקפיצה הלוגית הזאת מורכבת למעשה משתי מסקנות, ששתייהן אינן נובעות מההנחה. המסקנה הראשונה היא שמקיומם של עקרונות יסוד נובע בהכרח כי יהיה גוף – כלשהו – שיהיה מוסמך לאכוף את עקרונות היסוד האלה גם על הרשות הפוליטית העליונה בשיטה, כלומר הכנסת בהיותה סמכות מכוננת. כדי לראות שמסקנה זו אינה הכרחית די להסתכל על בית המשפט העליון עצמו. לפי ההנחה עקרונות היסוד עומדים בבסיס החברה כולה, ואין סמכות לשום גוף לחרוג מהם, ובכלל זה לבית המשפט העליון. אך מכך לא נובעת המסקנה, אליבא ד'השופטת ביניש, שחייב להיות גוף שיאכוף את עקרונות היסוד גם על בית המשפט העליון. העובדה שבית המשפט העליון חייב לפעול במסגרת עקרונות היסוד ואסור לו לחרוג מהם אין פירושה שבהכרח יהיה גוף כלשהו שיחליט מתי הוא חרג מעקרונות יסוד אלו ויבטל את החלטותיו אם עשה כן.

88 ראו בג"ץ בראון, לעיל ה"ש 66, פס' 34 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (ההדגשה שלי).



המסקנה השנייה שהנשיאה ביניש גוזרת מן ההנחה היא שגוף זה הוא בהכרח בית המשפט העליון, באופן טבעי, וגם בלא שהוסמך לכך בטקסט פורמלי כלשהו. גם מסקנה זו אינה הכרחית. אפשר לטעון כי בית המשפט הוא הגוף הראוי לעשות כך, ואפילו שראוי שיעשה זאת גם ללא הסמכה מפורשת, אך יש לטעון לכך. עבור מי שחושב שהמסקנה המוסדית – הטלת תפקיד זיהוי והחלת עקרונות היסוד על בית המשפט – מוצדקת מוטל הנטל להצדיק מדוע בית המשפט, מבחינת המאפיינים המוסדיים שלו, מתאים למילוי הפונקציה הספציפית הזאת, ומדוע גם לגיטימי מבחינה דמוקרטית להטיל עליו את התפקיד הזה. דיון שכזה חסר לחלוטין מדיוני השופטים העוסקים בהחלת הגישה המהותית.

סיבות טובות הביאו לכך שהרוב המכריע של השיטות הדמוקרטיות המתפקדות בחרו שלא להפקיד סמכות כזאת בידי שום גוף, גם לא בידי בית משפט. בין היתר ניתן לציין כאן שלוש: הראשונה, הבעיה הדמוקרטית – כיוון שזיהוי הכללים העומדים בבסיס הדמוקרטיה אינו עניין פשוט, ובוודאי שלא זיהוי התממשותם במקרים ספציפיים מורכבים, והוא מקור למחלוקות בתוך החברה, נשאלת השאלה מדוע יש לחרוג מהעיקרון הנובע מהדמוקרטיה שלפיו במחלוקות בין חברי החברה יש להכריע באופן המכבד ביותר את ההכרעה והתבונה של כל אחד מהם – כלומר בהחלטת רוב; השנייה, הבעיה המוסדית – שופטים נבחרים ועוברים הכשרה המכשירה אותם לפונקציה מסוימת. לא ברור כי זיהוי נורמות מופשטות ולא כתובות העומדות בבסיס החברה והדמוקרטיה מתאים לסוג כזה של הכשרה. האם, למשל, הכשרתם של שופטים בבית ספר למשפטים בפרשנות טקסטים הנקראים חוק או פסק דין והניסיון שלהם בשיפוט בסכסוכים בין בני אדם על פי אותם טקסטים, יש בה כדי להצדיק הפקדה של סמכות מעין זו בידיהם? האם הדרך שבה הם מחליטים – (במקרה של ישראל) בהרכבים של שלושה, על פי עקרון רוב רגיל, ולעיתים בהרכבים אי-זוגיים גדולים יותר – מתאימה להפקדת סמכות זו בידיהם? האם הדרך שבה הם נבחרים, בוועדה לבחירת שופטים, עד גיל פרישה, לכהונה שבה ייהנו מעצמאות שיפוטית, ובלי שיצטרכו להיבחר שוב, מצדיקה זאת? ולבסוף, השלישית, ודאות וצפיות – עיקרון בסיסי במה שמכונה "שלטון החוק" הוא שהמערכות השלטוניות פועלות בתוך מסגרת שלא ניתן להחליט בה בדרך שרירותית, אלא היא מוגבלת על ידי כללים כתובים, המספקים גם ודאות וצפיות לאזרחים. אם בית המשפט פועל ישירות על בסיס עקרונות מופשטים ולא כתובים, בלי שיהיה נתון למגבלה כלשהי, הוא פועל במידה רבה מאוד של חוסר ודאות החותרת תחת העקרונות של שלטון החוק.

פרק זה ביקש לפרק למרכיביהם את הטיעונים השונים – המפורשים והבלתי מפורשים – בדבר תוקפו החוקתי של חוק הלאום אל מול תוקפם החוקתי של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ולעקוב אחריהם עד המסקנות הנובעות מהם. הטענה הייתה שסוג אחד של טיעונים, המתבסס על הליך החקיקה הראוי לחוקה, מבסס אומנם הברלים מסוימים בין הליך חקיקת חוק הלאום להליך חקיקת חוקי היסוד של זכויות האדם, אבל הברלים אלו אינם מצדיקים הבחנה ביניהם לעניין תוקפם. פסילה של חוק הלאום בשל ההליך הפגום של קבלתו צריכה אפוא להוביל גם לפסילת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. לעומת זאת, גישה מהותית, המאפשרת פסילה של סעיפים בחוקה על בסיס תוכנם או יצירה של סעיפים חוקתיים חדשים יכולה לבסס הברל בין חוק הלאום לחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, אם מצרפים לה הנחות שונות. אך גישה מהותית – בכיטוי המוסדי שלה המפקיד את הסמכות הבלעדית לזיהוי עקרונות היסוד והחלתם על החוקה בידי בית המשפט ללא הסמכה או בסיס טקסטואלי מפורשים – חריגה מאוד בנוף הבינלאומי, אינה נובעת מן ההנחות שלה עצמה ואף סותרת אותן, וישנן סיבות טובות לדחות אותה. הפרק דוחה גם גישות ביניים המבקשות לשלב בין הפגם ההליכי בקבלת חוק הלאום לבין הפגם המהותי שבתוכנו.

חוק הלאום אכן נחקק בהליך פגום מאוד מבחינה חוקתית, כיוון שלא כלל השתתפות רחבה, ולכן הוא אינו ממלא כראוי אף אחת מהמטרות שלשמן אנו מבקשים שתהיה לנו חוקה. אך עובדה זו נכונה לא רק לחוק הלאום אלא לחוקי היסוד כולם. הרעיון שאפשר לתת תוקף רק לחוקי יסוד מסוימים כיוון שתוכנם ראוי, וזאת גם בהנחה שכולם נחקקו בהליך בעייתי, מבוסס על ניסיון לעקוף את הדרישה להליך השתתפותי רחב לחקיקת חוקה מתוך פנייה ישירה לתוכן. למעשה מדובר בניסיון להחליף הליך אחד של השתתפות רחבה והשגת פשרות בהליך אחר – פסק דין של בית המשפט העליון. אך זו אינה חלופה ראויה.

# נוקשות - סעיף 11 לחוק-יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי

---

סזזי נבות

מבוא

1. על תפקידן של הוראות שריון
2. ההיסטוריה של ה"שריונים" בישראל – מברגמן ועד בנק המזרחי
3. המבנה החוקתי הישראלי בעניין פסקאות שריון
4. מגבלות על כוח השריון

סיכום

סעיף 11, המשריין את חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי מפני שינוי באמצעות דרישה לרוב של חברי כנסת, מקבע את העיקרון החוקתי של נוקשות החוק. הוא מבטא את עמדתו של המכונן הישראלי בשאלת היחס שבין חוקתיות לבין דמוקרטיה. הסמכות לתקן טקסט חוקתי, אם קיימת סמכות כזאת, היא התשובה של כל מדינה למתח המתמשך שבין חוקתיות לבין דמוקרטיה. בישראל המתח הזה מוכרע לטובת העיקרון הדמוקרטי, משום שלנציג הריבון יש האפשרות לתקן את חוק היסוד באמצעות מנגנון גמיש, קרי "המפתח" לפתיחת האזיקים החוקתיים.<sup>1</sup>

מתח זה שבין חוקתיות לבין דמוקרטיה אינו מיוחד לישראל, והספרות על אודותיו רבה.<sup>2</sup>

1 בלשונו של ריצ'רד אלברט. ראו Richard Albert, *Constitutional Handcuffs*, 42 ARIZ. ST. L. J. 663, 665 (2010)

2 רשימה חלקית בלבד בנושא הקשר שבין שריון לבין דמוקרטיה וחוקתיות, ראו RICHARD ALBERT, *CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: MAKING, BREAKING, AND CHANGING CONSTITUTIONS* (2019); Rosalind Dixon & Richard Holden, *Constitutional Amendment Rules: The Denominator Problem*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL DESIGN* 195 (Tom Ginsburg ed., 2012); Donald J. Boudreaux & A. C. Pritchard, *Rewriting the Constitution: An Economic Analysis of the Constitutional Amendment Process*, 62 (1) FORDHAM L. REV. 111 (1993); Rosalind Dixon, *Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective*, in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* 96 (Tom Ginsburg & Rosalind Dixon eds., 2011); Michael Hein, *Do constitutional entrenchment clauses matter?*, 18 (1) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 78 (2020); Elay Katz, *On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment*, 29 COLUM. J. L. & SOC. PROBS. 251 (1996); Donald S. Lutz, *Toward a Theory of Constitutional Amendment*, 88 AM. POL. SCI. REV. 355, 355-357 (1994); Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Legislative Entrenchment: A Reappraisal*, 111 YALE L. J. 1665 (2002); John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *Symmetric Entrenchment: A Constitutional and Normative Theory*, 89 VA. L. REV. 385 (2003); Sanford Levinson, *Designing an Amendment Process*, in *CONSTITUTIONAL CULTURE AND DEMOCRATIC RULE* 271, 276 (John Ferejohn et al. eds., 2001); Richard Albert, *The Structure of Constitutional Amendment Rules*, 49 ALBERT, *Handcuffs*; WAKE FOREST L. REV. 913, 918-928 (2014) 1. ש"ע 1. באשר לישראל כותב ברק מדינה כי –

בנסיבות הקיימות בישראל, שבהן חקיקת "חוקי-היסוד" [...] נעשה ברוב רגיל על-ידי אותו גוף המכהן גם כרשות המחוקקת, קיים חשש ממשי להתנגשות בין "חוקתיות", במובן של עיגון הכרעות חברתיות יסודיות, ובין "דמוקרטיה", במובן של שלטון עצמי. בהיעדר אמת-מידה מוסכמת להבחנה בין הכרעות חברתיות "יסודיות" שאפשר לשריינן ובין הכרעות אחרות נוצר חשש מפני שימוש-לרעה בסמכות "מכוננת", שכל תכליתו שאיפה להנציח מצב נתון כלשהו, שהרוב בכנסת תומך בו. הניסיון שנצבר בפעולתה של הכנסת [...] מראה כי אין מדובר בחשש היפותטי בלבד. (ברק

קיימים בעולם מודלים רבים של שריון,<sup>3</sup> ומדינות מאזנות בין שני העקרונות במגוון דרכים. למשל, יש מדינות המעדיפות חוקתיות על פני התפיסה הדמוקרטית של ריבונות העם וקובעות הסדרים חוקתיים "נצחיים" שאינם ניתנים לתיקון או לשינוי,<sup>4</sup> קרי ההוראות החוקתיות נהנות מחסינות מפני פגיעה בעקרונות הקבועים בהן.<sup>5</sup> שפירא וברכה הבחינו בין שלושה מודלים של שריון חוקתי:<sup>6</sup> חוקה נוקשה לחלוטין, שלא ניתן לשנות את הוראותיה כלל; חוקה נוקשה בחלקה, ובה סעיפים שלא ניתן לשנות כלל (פסקאות נצחיות) בצד סעיפים שנדרש רוב מיוחד לשינויים וחוקה נעדרת נוקשות לחלוטין, שאפשר לשנות את הוראותיה בהליכי חקיקה רגילים. חוקות מודרניות כוללות לעיתים הוראות שאפשר לתקן בקלות יחסית, בצד הוראות

מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל ו 509, 516 (חש"ג).

3 הערה מקדמת על השימוש במונח "שריון" – בישראל מקובל להבחין בין שלושה סוגים של הוראות שריון: הראשון, שינוי דבר החקיקה – לרבות בדרך של "פגיעה" בו – צריך להיעשות בקולותיהם של רוב חברי הכנסת, היינו לפחות 61 (כמו למשל ניסוחו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת). השני, כדי לשנות את דבר החקיקה, נדרש מספר תומכים מסוים, הגבוה מ-61 חברי כנסת. השלישי הוא שריון "תוכני" או "מהותי", הקובע הגבלות באשר לתוכנה של חקיקה עתידית, בלא קשר למספר התומכים בה (כגון פסקת ההגבלה המופיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק). פרק זה עוסק אך ורק בשריון מן הסוג השני. להרחבה ראו מדינה "גבולות סמכותה", שם, בעמ' 511. סעיפי השריון בחוקות העולם נועדו, בין היתר, לשמור על מאפיינים מבניים מסוימים של המדינה, למשל שמירה על הפדרליזם, על החילוניות או על המשטר הרפובליקני. אחרים נועדו לשמר קשת רחבה של זכויות וחירויות. בחלק מן החוקות קיימות הוראות חוקתיות שאינן כפופות לתיקון, היינו – בלתי ניתנות לשינוי. ההוראות האלה עמידות בפני הליכי התיקון חוקתי כפי שמפורטים בחוקה – גם אם המחוקק, האזרחים והמוסדות המוסמכים משיגים את הרוב הדרוש לתיקון החוקה. הוראות אלו, "פסקאות נצחיות", מבטאות למשל ערכים, עקרונות משפטיים או חברתיים. לדיון במודלים השונים של שריון מן הסוג השני, ראו למשל *Albert, Handcuffs*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 670. לדיון בהגבלות זמניות, ראו *Richard Albert, Temporal Limitations in Constitutional Amendment*, 21 Rev. Const. Stud. 37 (2016).

4 ראו למשל שרון וינטל "פסקאות נצחיות" בחוקה – הסטנדר המורטיבי המחמיר בכינון סדר חוקתי חדש (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים 2005); Sharon Weintal, *The Challenge of Reconciling Constitutional Eternity Clauses with Popular Sovereignty: Toward Three-Track Democracy in Israel as a Universal Holistic Constitutional System and Theory*, 44 (3) I.Sr. L. Rev. 449 (2011).

5 יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 157 (תשנ"ז).

6 עמוס שפירא וברוך ברכה "המעמד החוקתי של זכויות הפרט" עיוני משפט ב 20, 28 (חשל"ב); Suzie Navot, *Israel, in How Constitutions Change – A Comparative Study* 191 (Dawn Oliver & Carlo Fusaro eds., 2011).

שהתיקון שלהם נוקשה יותר.<sup>7</sup> השריון הוא אפוא עניין של מידה – סקאלה שבקצה האחד הוראות חוקיות רגילות ללא כל שריון, ובקצה השני פסקאות נצחיות שאינן ניתנות לשינוי.<sup>8</sup> מדינות ממקמות את ההוראות החוקתיות שלהן במקומות שונים על פני הסקאלה. שריון הוא אף עניין של אופן וצורה. למשל, השלבים הנדרשים בשלבי התיקון, מעורבותם של גורמים למיניהם בתיקון החוקתי, השאלה אם יש דרישה למשאל עם; כל אלו הן שאלות המקבעות את מיקומה של המדינה על פני הסקאלה (ולא רק הרוב הנדרש לתיקון החוקה או לשינויה).<sup>9</sup> ברור לפיכך שככל שהשינוי נוקשה יותר ומעורבים בו גורמים רבים יותר, כך שריון ההוראה חזק יותר. שריון הוא גם עניין של תרבות פוליטית. השריון החוקתי מושפע גם מדרך הפעולה של השחקנים הפוליטיים במדינות שונות. למשל, לעיתים, גם אם הליך התיקון קל יחסית, שחקנים פוליטיים לא יעלו על דעתם לשנות את כללי המשחק כעניין שגרתני. מחד גיסא, הוראות השריון יכולות להפוך את המוסדות הפוליטיים למיותרים כמעט במשחק הפוליטי עקב החלטות נוקשות שהתקבלו בעבר המוטלות על השחקנים הנוכחיים. מאידך גיסא, במצב של מגבלות שריון חלשות דווקא, השחקנים הפוליטיים עלולים לכלול תיקונים חוקתיים בסדר היום שלהם בכל פעם שיש מחלוקת על הכללים החוקתיים עצמם.<sup>10</sup> ולבסוף, שריון הוא גם עניין של כמות. בכחינת נוקשות החוקה יש להביא בחשבון גם את המשתנה הבוחן את תדירות התיקונים החוקתיים הנעשים במסגרת הליכי התיקון, שכן לעיתים "הכמות עושה איכות".<sup>11</sup>

7 להרחבה ראו, Yaniv Roznai, *Rigid (entrenched) / Flexible Constitutions*, MPECCoL (2018) וכן Rosalind Dixon & David Landau, *Tiered Constitutional Design*, 86 Geo. Wash. L. Rev. 438 (2018)

8 Weintal, לעיל ה"ש 4.

9 ראו למשל את מחקרם של טום גינזבורג וג'יימס מלטון על הקשיים במדידת תיקונים חוקתיים והמשתנים הרלוונטים: Tom Ginsburg & James Melton, *Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty*, 13(3) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 686 (2015)

10 George Tsebelis, *Constitutional Rigidity Matters: A Veto Players Approach* (Working Paper 2018)

11 גלישה "הכמות עושה איכות" בהקשר של תיקונים חוקתיים, ראו למשל את עמדתו של השופט מלצר בפרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים: בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל, פט' 7 לפסק הדין של השופט מלצר (נבו 6.9.2017); יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוקי יסוד" ספר אליקים רובינשטיין 1349 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, מרים ביטון ורינת סופר עורכים 2020); Yaniv Roznai & Tamar Hostovsky Brandes, *Democratic Erosion, Populist Constitutionalism, and the Unconstitutional Constitutional Amendments Doctrine*, 14 (1) L. & ETHICS HUM. RTS. 19 (2020).  
 כן השוה זמר בלונדהיים ונדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בביקורת שיפוטית חוקתית" משפטים מד 569 (2014).

## על תפקידן של הוראות שריון

אחד הביטויים של יציבות החוקה הוא קיומה של מגבלה פרוצדורלית על הרשות המכוננת בבואה לשנות את החוקה, הדורשת פרוצדורת הכרעה שונה מהליך ההכרעה הדמוקרטי הרגיל.<sup>12</sup> מלומדים מייחסים יתרונות לכללי שריון שאינם נוקשים. כללים אלו מאפשרים גמישות, התאמת החוקה לרוח הזמן, התמודדות ראויה עם ביקורת שיפוטית ועוד: "נוסחאות תיקון קובעות מנגנונים שמטרתם להגביל שחקנים חוקתיים ולכלול במסגרתם את היחס שבין החוקה לבין חלוף הזמן".<sup>13</sup>

כך, למשל, כללי השריון מאפשרים שיפורים ותיקונים בטקסט החוקתי בשם עיקרון השקיפות. הם גם מאפשרים לשחקנים פוליטיים להגיב לשינויים הפוליטיים, החברתיים והכלכליים.<sup>14</sup> היכולת של הציבור באמצעות נבחריו לשנות הסדרים חוקתיים אף מחזקת את הלגיטימיות של החוקה. כמו כן, כללי השריון מאפשרים לשחקנים הפוליטיים לכוון את בתי המשפט אל עבר פרשנויות חוקתיות חדשות.<sup>15</sup> הזכות לתיקון חוקה היא, מעל הכול, הזכות לבחירה דמוקרטית, המביאה לידי ביטוי את רצון העם.<sup>16</sup> השריון נועד למנוע קבלת החלטות פזיזות המשנות את עקרונות היסוד שעליהם מושתתת המדינה ברוב מזדמן, שלעיתים אינו מייצג את רצונו של רוב העם.<sup>17</sup> לשריון יש גם תפקיד הצהרתי וחינוכי – לשדר לציבור מהם עקרונות היסוד החשובים מבחינת הסדר החוקתי: "מעצבי החוקה עשויים לשריין כללי תיקון פורמליים לא רק כדי לשרת את התפקידים

12 אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט נ 291, 342 (2013);  
כן ראו ZACHARY ELKINS, TOM GINSBURG & JAMES MELTON, THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS (2009)

13 "Amending formulas set up mechanisms that endeavor to tame constitutional actors and encapsulate the relationship between the constitution and the passage of time" (Xenophon Contiades & Alkmene Fotiadou, *Models of Constitutional Change*, in ENGINEERING CONSTITUTIONAL CHANGE: A COMPARATIVE PERSPECTIVE ON EUROPE, CANADA AND THE USA 417, 431 (Xenophon Contiades ed., 2013)).

14 Brannon P. Denning & John R. Vile, *The Relevance of Constitutional Amendments: A Response to David Strauss*, 77 (1) TUL. L. REV. 247, 275 (2002)

15 Dixon, לעיל ה"ש 2, בעמ' 98.

16 להרחבה ראו MELISSA SCHWARBERG, DEMOCRACY AND LEGAL CHANGE (2009)

17 אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי יסוד" ספר ברנזון כרך ב 119, 157 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים 2000).

המקובלים שהחוקרים מייחסים לכללים אלו [...] אלא גם כדי לבטא ערכים חוקתיים".<sup>18</sup>

עצם הפעולה הכובלת את המחוקק העתידי מסייעת למחוקק לבטא באמינות את מחויבותו למדיניות מסוימות ומייצבת את הוודאות ההכרחית של כללי המשחק.<sup>19</sup> השריון מאפשר גם לתת למיעוט ערובה מפני פגיעה בו, ואף מסייע להסיר נושאים שנויים במחלוקת מסדר היום הציבורי.<sup>20</sup>

אלא שכללי השריון מבחינים בדרך כלל בין הוראות חוקתיות לבין חקיקה רגילה,<sup>21</sup> ובישראל הבחנה זו בעייתית. לא משום שיש הוראות שריון בחקיקה רגילה,<sup>22</sup> אלא משום הקלות והתכיפות השינויים בהוראות משוריינות בחוקי היסוד, המקשות על ההבחנה התאורטית בין הוראה חוקתית לבין הוראה רגילה.<sup>23</sup> נדמה שככל שהשינוי תכוף יותר, כך הופכת החקיקה החוקתית קרובה יותר לחקיקה רגילה ועולה כוחם של השחקנים הפוליטיים לעצב מחדש את החוקתית במדינה.<sup>24</sup> אלא שמחקרם של

18 "Constitutional designers may entrench formal amendment rules not only to serve the conventional functions scholars attribute to these rules [...] but also to express constitutional values" (Richard Albert, *The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules*, 59 (2) McGill L. J. (2013), 280, 225. (התרגום שלי).

19 רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטטי של חוקת הכלאים הישראלית" עיוני משפט לח 501, 516 (2016).

20 ש.ס.

21 לא נעטוק כאן באפשרות השריון של הוראות חוק רגילות. ראו, למשל, סעיף 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, תשמ"ד-1984. להרחבה ראו ווייל, ש.ס, בעמ' 524. עד תשנ"ה נכללה הוראת שריון גם בסעיף 45 לחוק בנק ישראל, תשי"ד-1954. הגבלת כוחה של הממשלה ללוות כספים מבנק ישראל. ראו מדינה "גבולות סמכותה", לעיל ה"ש 2, בעמ' 512.

22 מאז פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** לא שוריינו חוק רגיל או הוראת חוק רגילה.

23 אף שעל פי התאוריה של הסמכות המכוננת, כפי שנראה להלן, לא ניתן לקבוע הוראות שריון בחקיקה רגילה, למשל תיקונים לחוק-יסוד: הממשלה הכולל פסקת נוקשות. מאז נכנס לחוקף נוסחו החדש של חוק-יסוד: הממשלה, נעשו בו חשעה תיקונים. העיקרי שבהם הסדיר את "ממשלת החילופין". התיקונים במסגרת הקמתה של "ממשלת החילופין" בעייתיים במיוחד, ויש בהם שינויים משמעותיים ביותר בחוקי היסוד המשטרניים המסדירים את מבנה השלטון, והוגשה נגדם עתירה לבג"ץ על ידי התנועה לאיכות השלטון, החלויה ועומדת. הדיון בנושא זה חורג ממסגרתו של פרק זה.

24 Albert, לעיל ה"ש 18, בעמ' 235.



אלקינס, גינזבורג ומלטון מראה כי בניגוד לתחושה הרווחת, חוקות גמישות מאוד מחזיקות מעמד שנים רבות דווקא.<sup>25</sup>

היתרון המוזכר במאמרו של ריצ'רד אלברט הוא –

כללי תיקון פורמליים גם מגבירים את המודעות והשיח בציבור. הם מזמינים שחקנים פוליטיים להתווכח ולנהל משא ומתן פומבי על מה שהם מאמינים שמשרת את האינטרס המשותף בדרך הטובה ביותר, והם "מבטיחים שהחברה תפעל לפי ציפיות מבוססות ויציבות באשר להשלכות של תיקון החוקה".<sup>26</sup>

יתרון זה עשוי לעלות חיוך על שפתיהם של קוראים המכירים את המשפט החוקתי הישראלי. קשה לחשוב על המושגים של שיתוף הציבור, דליברציה, אינטרס משותף וצפויות מבוססות, כשבוחנים את התיקונים שנעשו לחוקי היסוד בכלל, ולחוקי היסוד המשוריינים בפרט, בשנים האחרונות (אולי למעט הדיון שנערך סביב חוקי היסוד בדבר זכויות האדם).<sup>27</sup>

"Constitutions are more likely to endure when they are flexible, 25 detailed, and able to induce interest groups to invest in their processes" (Zachary Elkins et al., לעיל ה"ש 12, בעמ' 89).

Albert 26, לעיל ה"ש 18, בעמ' 280 (התרגום שלי). וזו לשון הדברים במקורם: Formal amendment rules also heighten public awareness and deliberation. They invite political actors to debate and negotiate publicly about what they believe best serves the common interest, and they 'ensure that society acts on well-founded and stable expectations about the consequences' of amending a constitution.

27 דוגמאות אחדות בלבד: להעברת חקיקה בזמן קצר במיוחד ראו חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 5), ס"ח תשע"ח 112, בדבר סגן שר; לתיקון מהותי כמעט ללא כל דיון ציבורי ראו חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8), ס"ח תש"ף 34; כן ראו אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב 443 (1994). על הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי יסוד ותיקונם ראו גם Suzie Navot, *Israel, in How Constitutions Change - A Comparative Study* 191 (Dawn Oliver & Carlo Fusaro eds., 2011)

.2

## ההיסטוריה של ה"שריונים" בישראל - מברגמן ועד בנק המזרחי

אחת עשרה שנים חלפו עד שעמדה הוראת השריון בחוקי-יסוד: הכנסת, סעיף 4, שנחקקה בשנת 1958, במבחן החוקתי הראשון.<sup>28</sup> בפסק דין ברגמן<sup>29</sup> קבע בית המשפט העליון כי חוק המימון סותר במשתמע את עקרון השוויון בבחירות המעוגן בסעיף 4.

פסילת החוק נבעה מן העובדה שהחוק לא עבר ברוב הדרוש לפי סעיף 46 לחוק-יסוד: הכנסת, קרי רוב של 61 חברי כנסת. פסק הדין, המבוסס על ההנחה שיש תוקף להוראות פורמליות משוריינות בחוק,<sup>30</sup> אומנם אינו מכיר במפורש בעליונותם הנורמטיבית של הוראות השריון בחוקי היסוד, אך הוא מעיד על נכונותו של בית המשפט לייחס לחוקי היסוד המשוריינים מעמד שונה ממעמדם של חוקי היסוד שאינם משוריינים.<sup>31</sup> כיום ניתן לומר כי "הפסיקה התייחסה להוראות המשוריינות כנורמות עליונות, כחלק מחוקה פורמאלית נוקשה. לעומת זאת, שאר ההוראות של חוקי-היסוד – והן הרוב – נתפסו כחוקה פורמאלית גמישה".<sup>32</sup>

לפסק דין ברגמן הצטרפו פרשת דרך ארץ ופרשת רובינשטיין.<sup>33</sup> בשלושתם ביטל בית המשפט חוקים שפגעו בעקרון השוויון בבחירות שנקבע בסעיף 4 בחוקי-יסוד: הכנסת ולא התקבלו ברוב הדרוש. כפי שכתב מאיר שמגר, פסקי הדין הללו הסירו את הספקות האחרונים בעניין תוקפן המשפטי של הוראות שריון חוקתי.<sup>34</sup>

תפיסה זו של עליונותם הנורמטיבית של חוקי היסוד המשוריינים קיבלה חיזוק בפרשת לאו"ר,<sup>35</sup> שם כתב השופט ברק: "קיומה של הוראת שריון מניח ביקורת

28 רוח גביון "המהפכה החוקתית - תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 82 (תשנ"ז).

29 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693 (1969).

30 אריאל בנדור "שריון וחוקה - פסק דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" משפטים לא 821, 825 (תשס"א).

31 קלוד קליין "הרשות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב 51, 56 (תש"ל).

32 אהרן ברק "החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד" הפרקליט מג א-ב 5, 10 (תשנ"ז).

33 בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב - ראש הכנסת, פ"ד לז (3) 141 (2003); בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1 (1981).

34 ראו מאיר שמגר "חקיקה, שפיטה וזכויות האזרח" הפרקליט לז 5, 9 (תשמ"ז); כן ראו אביגדור קלגטבלד "מהלכת רובינשטיין עד ספר רובינשטיין - על פירושו העדכני של סעיף 4 לחוקי-יסוד: הכנסת" משפט ועסקים יד 183 (תשע"ב).

35 בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד (3) 529 (1990).

שיפוטית, וביקורת שיפוטית זו בכוחה לקבוע כי הוראת חוק, בין חוק 'רגיל' ובין חוק-יסוד - שנתקבלה על ידי רוב רגיל ולא על ידי הרוב המיוחד הנדרש בהוראת השריון, בטלה היא ומבוטלת".<sup>36</sup> פסק דין לאו"ר הכיר בכך שהרוב הדרוש לשינוי ישיר או משתמע של סעיף משוריין דרוש בכל שלב משלבי החקיקה.<sup>37</sup> בעקבות פסק הדין שונה סעיף 46 לחוק-יסוד: הכנסת, ונקבע במפורש כי דרישת הרוב לחברי הכנסת דרושה בשלושת הקריאות - ראשונה, שנייה ושלישית, ללא התייחסות לקריאה טרומית.<sup>38</sup>

חקיקתם של חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יצרה שריון חדש, שריון מהותי,<sup>39</sup> ובמסגרתם גם נולדה ההבחנה בין "שינוי" לבין "פגיעה". חקיקה רגילה אינה יכולה עוד לפגוע בזכויות המוגנת בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם בלא לקיים דרישות מהותיות הגלומות בפסקת ההגבלה.<sup>40</sup> למעשה, "המהפכה החוקתית" כלל לא התרחשה בשנת 1992 עם חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, רק חוק-יסוד: חופש העיסוק נשא אופי חוקתי במובן של שריון פורמלי, המאפשר ביקורת שיפוטית בהתאם להלכת ברגמן. המהפכה התרחשה למעשה בפסק הדין בעניין בנק המזרחי, שבו שינה בית המשפט את הדוקטרינה החוקתית בדבר עליונותם של חוקי היסוד.<sup>41</sup> גזעון ספיר כתב כי "אילו לא ההכרה בכלל חוקי היסוד כבעלי מעמד עליון המהפכה החוקתית הייתה בעצם 'מהפכה זוטא'".<sup>42</sup>

ההבחנה בין הוראת שריון לבין פסקת הגבלה, קרי בין "שינוי" לבין "פגיעה", נדונה בפסק דין פורת.<sup>43</sup> במקרה זה טען העותר כי חוק-יסוד: חופש העיסוק החדש בטל, משום שאינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. העתירה נדחתה משום

36 שם, בעמ' 540.

37 רענן רה-זהב "תיקונים קונסטיטוציוניים - סקירה מהכנסת" המשפט א 111, 116 (תשנ"ג).

38 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך א 386 (מהדורה חמישית 1996).

39 סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

40 ברק "החוקה של ישראל", לעיל ה"ש 32, בעמ' 12.

41 גזעון ספיר "המהפכה החוקתית - איך זה קרה?" משפט וממשל יא 571, 587 (תשס"ח).

42 גזעון ספיר "בין ליברליזם לרב-תרבותיות בעקבות ספרו של מנחם מאונטר: משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת" מחקרי משפט כו 311, 314 (2010).

43 בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 913 (2004).

שמדובר בשינוי של חוק היסוד, הדורש שני תנאים מצטברים: חקיקת חוק יסוד ורוב של חברי כנסת. מטרתה של פסקת ההגבלה היא לבחון ולהגביל חוקים רגילים, תוצר מלאכתה של הרשות המחוקקת ולא של הרשות המכוננת:

שינוי חוק־יסוד: חופש העיסוק (המקורי) – לרבות שינויו [...] נעשה על־פי הוראת סעיף 5 לחוק־יסוד: חופש העיסוק (המקורי) ("פיסקת נוקשות החוק"). על־פי הוראה זו, שינוי חוק היסוד דורש שני תנאים מצטברים: חוק יסוד ורוב של חברי־הכנסת. כאשר תנאים אלה מתקיימים חל שינוי בחוק היסוד בלי ששינוי זה כפוף לדרישותיה של פיסקת ההגבלה.<sup>44</sup>

פסק דין בנק המזרחי הכיר בפעם הראשונה בעליונותם הנורמטיבית של כל חוקי היסוד, בין משוריינים בין לאו. מאז פרשת בנק המזרחי אין לשנות חוק יסוד אלא על ידי הוראה בחוק יסוד.<sup>45</sup> כל חוקי היסוד הם פרי סמכותה המכוננת של הכנסת ועל כן נהנים מעליונות נורמטיבית. כמו שריון פרוצדורלי, עליונות נורמטיבית מגנה על נורמות חוקתיות. התפיסה שהתקבלה בפסק דין היא שהוראת חוק המתיימרת לכבול את כוחה של הכנסת תקפה רק אם הוראת ה"כבילה" היא תוצר הפעלתה של "סמכות מכוננת". ההצדקה לכבילה עצמית נגזרת ממהותה של חוקה. לפיכך, "רשאית הכנסת, כגוף מחוקק, לחוקק כל חוק, מבלי שתוגבל על ידי כנסת קודמת [...] אם מבקשים להגביל את כוחו של מחוקק מאוחר, יש לעשות כן תוך הפעלת סמכות מכוננת".<sup>46</sup>

### 3.

## המבנה החוקתי הישראלי בעניין פסקאות שריון

השריון החוקתי הישראלי, שבא לידי ביטוי בפסקאות יציבות בחלק מחוקי היסוד, נחשב חלש

מודל הסמכות  
המכוננת

44 ש.ס.

45 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיחופי, פ"ד מט (4) 221, 408 (1995).

46 אהרן ברק פרשנות במשפט 569 כרך א (1992); רובינשטיין ומדינה "החוקה", לעיל ה"ש 12, בעמ' 312.

יחסית לחוקות אחרות בעולם ואיננו אחיד.<sup>47</sup> נוסף על כך, מספר התיקונים הרב שנעשו בחוקי היסוד - בעיקר בחוקי היסוד המוסדיים - מטיל ספק בחוזקה של החוקתיות הישראלית.<sup>48</sup> על "הכשלים" של מפעל החוקה בישראל אמרה הנשיאה ביניש:

חסרים בחוקה שלנו מאפיינים רבים המקובלים במדינות בהן יש חוקה שלמה. כך למשל, חלק מן הזכויות הבסיסיות אינן מוגנות בחקיקת יסוד. חלק מההוראות הקבועות בחוקי היסוד משוריינות ואחרות ניתנות לשינוי ברוב רגיל. חלק מן ההוראות מנוסחות בלשון חגיגית, כללית וקצרה וחלק מן ההוראות מפורטות מדי ומסורבלות [...] חלק מחוקי היסוד מסדירים נושאים שמטיבם נועדו להוות חלק מחוקה עתידית בעוד שחלק מחוקי היסוד מסדירים נושאים שאינם כלולים, בדרך כלל, בחוקות המוכרות לנו בעולם. חלק מן הנושאים המרכזיים בחוקות העולם אינם מוסדרים אצלנו בחוקי יסוד כלל ומתעוררת שאלה לגבי מעמדם החוקתי [...] זוהי החוקה "נוסח ישראל". במידה לא מבוטלת, היא חוקה שעודנה בתהליך התגבשות.<sup>49</sup>

מה מקור סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון? הדעה הרווחת כיום, עשרים וחמש שנה לאחר פרשת בנק המזרחי, היא כי זו תאוריית "שני הכובעים" של הכנסת.<sup>50</sup> הכנסת בכובעה המכונן, קרי בחוקה חוקי יסוד, מוסמכת ליצור הוראות שריון למיניהן, דוגמת פסקת יציבות, פסקת הגבלה ופסקת התגברות: "תורת הסמכות המכוננת מכירה בכוחה של הכנסת, שעה שהיא עושה שימוש בסמכותה המכוננת, לכבול או להגביל את כוחה של הכנסת [...]".<sup>51</sup> הנחת היסוד היא שהסמכות המכוננת שואבת את תוקפה מהסכמה ציבורית רחבה ומאמון הציבור. לכן קביעת מאפיינים של נוקשות ועליונות אינה סותרת עקרונות דמוקרטיים, אלא מבטאת את

47 רוב חוקי היסוד אינם משוריינים. חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח תשס"א 158; חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90; חוק-יסוד: משאל עם, ס"ח תשע"ד 400, וחוק-יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי, ס"ח תשע"ח 898 כוללים פסקת יציבות המשריינת את כל חוק היסוד מפני שינוי, בחוק יסוד וברוב של 61 חברי כנסת. סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת הוא סעיף משוריין וסעיף 46 לחוק-היסוד: הכנסת, קובע כי לא ניתן לשנות כמה סעיפים בחוק אלא ברוב של חברי כנסת.

48 ראו בהקשר זה בנדר "פגמים", לעיל ה"ש 27; Navot, לעיל ה"ש 27.

49 בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פס' 19 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (נבו 7.4.2011).

50 לדעה אחרת ראו וייל, לעיל ה"ש 19, שאליה נחייס בהמשך.

51 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 410.

העקרונות האלה.<sup>52</sup> אולם, כאשר המחוקק הרגיל הוא גם מכונן החוקה, יש חשש לטשטוש ההבחנה בין פוליטיקה חוקתית לבין פוליטיקה יום-יומית ולשימוש לרעה בסמכות המכוננת.<sup>53</sup> נוסף על כך, בהיעדרו של חוקי-יסוד: החקיקה, מותרת תאוריה זו שאלות רבות ללא מענה, כגון הליכי החקיקה של חוקי היסוד, מבחני הזיהוי של חוק יסוד, גבולותיה של הסמכות המכוננת, סמכותה של הכנסת לחוקק חוקי יסוד זמניים ותיקונים זמניים לחוקי יסוד:

לא נקבע המתווה לתיקון ולשינוי החוקה; הרוב הדרוש לתיקון החוקה; והאפשרות, אם בכלל, לתקן את החוקה או לתקנה באופן זמני. כתוצאה מכך, תקנון הכנסת הוא המנגנון המרכזי החל על הליכי החקיקה של חוקי יסוד, והוא אינו כולל הוראה מיוחדת המבחינה בין הליך החקיקה של חוקים "רגילים" והליך החקיקה של חוקי יסוד.<sup>54</sup>

אף שתאוריית הסמכות המכוננת היא המקובלת כיום על בית המשפט העליון בישראל, והיא המסבירה בדרך הטובה ביותר את קיומה של החוקה בישראל, גם תאוריה אחרת, המכירה באפשרות של הכנסת לכבול את עצמה, ראויה לדיון קצר, שכן גם מכוחה יכולה הכנסת לשריין חוקי יסוד, ואפילו חוקים רגילים. גישה זו נדונה בהרחבה במאמרה של רבקה ווייל.<sup>55</sup> ווייל סבורה כי עדיין לא הוכרעה שאלת החוקתיות הישראלית וטרם התעוררו די מחלוקות משפטיות שהברדלים בין הגישות שהוצגו בפרשת בנק המזרחי יכולים להשפיע עליהן בפועל, ולכן גם טרם התעורר צורך להכריע במחלוקות שבין הגישות האלה.

לשאלה אם הכנסת מוסמכת לחוקק הוראות חוק המגבילות את סמכות החקיקה שלה בעתיד ענה הנשיא שמגר בפרשת בנק המזרחי כי "יש לכנסת

מודל הנבילה  
העצמית

52 מדינה "גבולות סמכותה", לעיל ה"ש 2, בעמ' 523.

53 ראו בעניין זה Claude Klein, *Is There a Need For an Amending Theory?*, 13 *Isr. L. Rev.* 203 (1978); כן ראו אביחי דורפמן "התיאוריה של כלל השינוי החוקתי: מדוע אופן חיקון החוקה משליך על אופי המשטר?" *משפט וממשל* י 429 (נשט"ט); David Landau, *Abusive Constitutionalism*, 47 *U.C. L. Rev.* 189 (2013).

54 עניין בראון, לעיל ה"ש 49, בפס' 20 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.

55 ווייל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 505.

כל סמכות, לרבות זו של כבילת עצמה בדרך החקיקה"<sup>56</sup>. על פי גישתו, כוחה של הכנסת לכבול את עצמה אינו מותנה כלל בקיומה של "סמכות מכוננת" בידי הכנסת. אין תנאי פרוצדורלי שהציב המחוקק כדי להגביל את עצמו, וסמכות הכבילה קיימת גם ביחס לחקיקה רגילה ולא רק ביחס לחוקי יסוד.

ווייל סבורה כי יש תימוכין רבים לתאוריה זו בהיסטוריה החוקתית הישראלית. למשל, הדרך שבה נחקקים חוקי היסוד - בהליך חקיקה זהה לזה של חוק רגיל, ההשפעה של מערכת המשפט הבריטית והתקדימים המשפטיים.<sup>57</sup> הקושי בגישה זו - לפי ווייל - הוא בין היתר שכבילה איננה יוצרת עליונות. בפסק הדין בנק המזרחי, הבהיר בית המשפט שכל חוקי היסוד עליונים נורמטיבית, גם חוקי היסוד שאינם משוריינים. הכנסת עצמה אינה מכירה תמיד בקשר שבין כבילה לבין עליונות,<sup>58</sup> ויש חוקים רגילים ששוריינו ואינם חוקי יסוד.<sup>59</sup> קושי נוסף מתבטא בגירעון דמוקרטי ובאפשרות שיש לכנסת לכבול את יורשיה, מבלי שתהיה לכך לגיטימיות דמוקרטית.<sup>60</sup> ספק אם די בעובדה שהכנסת נבחרה על ידי העם כדי להקנות לה סמכות לכבילה עצמית.<sup>61</sup> אגב, על פי מודל הכבילה העצמית, הכנסת יכולה לשריין חוק יסוד, ואף חוק רגיל, בכל רוב שהוא.<sup>62</sup>

מכל מקום, מאז פרשת בנק המזרחי ועד העת האחרונה הבהירה הפסיקה החוקתית שבחנה חוקי יסוד - כגון בפרשת בר־און ופרשת המרכז האקדמי למשפט

56 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 288.

57 ווייל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 517-518. באשר לפסיקה, ווייל מזכירה את פסק דין ברגמן ואח פסקי הדין שבאו אחריו, שבהם ביטל בית המשפט חוקים הסותרים את סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ובכך הכיר בסמכותה של הכנסת לשריין חוקי יסוד, ובסמכותה לכבול את עצמה.

58 שם, בעמ' 520.

59 סעיף 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, לעיל ה"ש 21. ראוי לציין כי מאז פסק דין בנק המזרחי לא שוריינו חוקים רגילים.

60 ווייל, לעיל ה"ש 19, בעמ' 521.

61 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד כרך א (מהדורה שישיה 2005). 74

62 שאלה היא אם תאוריית הכבילה העצמית מכירה בהגבלות כלשהן על כוחה של הכנסת להגביל את עצמה. בהקשר זה גם התאוריה של *manner and form* מכירה בכבילה עצמית. הדיון בשאלה זו ובמודל הנוסף חורג ממסגרת הפרק הזה, שכן המודל שעליו יתבסס הדיון כאן הוא מודל הסמכות המכוננת.

**ועסקים**<sup>63</sup> – כי התאוריה המכירה בכוחה של הכנסת לכבול את עצמה בהוראות שריון שונות היא התאוריה של הסמכות המכוננת.

**גבולות הסמכות המכוננת**  
 זיהוי השימוש בסמכות המכוננת כיום הוא בעיקרו באמצעות מבחן "פורמלי", שעל פיו הכנסת עושה שימוש בכובעה המכונן כאשר היא מחוקקת חוק המוכתר בביטוי "חוק יסוד"<sup>64</sup>. ביסוד ההחלטה לאמץ את המבחן הצורני עמדה ההנחה שנדרש מבחן פשוט לזיהוי חוקי יסוד, כדי שלא יתעוררו קשיים ותשרור אי-וודאות באשר לחוקים שמעמדם הנורמטיבי על-חוקי. כפי שציין הנשיא ברק: "מבחן צורני זה – השימוש בדיבור 'חוק יסוד' – הוא פשוט להפעלה. הוא מעניק ביטחון וודאות"<sup>65</sup>. קלוד קליין כותב כי: "הדוגל בסמכות מכוננת כמקור לסמכות לחקיקתם של חוקי יסוד, חייב גם לדגול בגישה פורמלית או פורמליסטית לגבי אמצעי הזיהוי של הנורמות הנהנות מעליונות נורמטיבית"<sup>66</sup>.

השאלה אם מוטלות מגבלות כלשהן על סמכותה של הכנסת לחוקק חוקי יסוד נדונה בעת האחרונה בשלושה פסקי דין עקרוניים, שפורסמו בתוך פרק זמן קצר.<sup>67</sup> התפיסה המקובלת היא שהוראת חוק המתיימרת לכבול את כוחה של הכנסת תקפה אם הוראת ה"כבילה" היא תוצר הפעלתה של סמכות

63 ראו, למשל, עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 11, בפס' יג ו-כה לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "שלושה תפקידים מרכזיים לכנסת, השלובים זה בזה: האחד, חקיקת חוקים בכובעה כרשות מחוקקת, וכינון חוקה בכובעה כרשות מכוננת [...] נפנה לבחינת הביקורת השיפוטית האפשרית על חקיקת יסוד של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת, בפרט מקום שעסקינן בחיקון חקיקת יסוד על דרך של הוראת שעה".

64 מדינה גבולות סמכותה", לעיל ה"ש 2, בעמ' 509. לעניין קיומו של מבחן משולב לזיהוי הסמכות המכוננת, ראו עניין בר-און, לעיל ה"ש 49.

65 עניין בר-און, שם, בפס' 11 לפסק הדין של הנשיאה ביניש. לדיון נרחב ביתרונות ובחסרונות של אימוץ מבחן משולב לזיהוי חוק יסוד ראו עניין בר-און, שם. דיון במבחן מהותי לזיהוי חורג ממסגרתו של הפרק הזה.

66 קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון" משפטים כח 341, 353 (תשנ"ז). וכן CLAUDE KLEIN, THEORIE ET PRATIQUE DU POUVOIR CONSTITUANT (Paris: Presses Universitaires de France, 1996)

67 הראשון, בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (נבו 23.5.2021) (להלן: עניין שפיר); השני, בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו 8.7.2021) (להלן: עניין חוק-יסוד: הלאום); השלישי, בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון נ' כנסת ישראל (נבו 12.07.21) (להלן: עניין ממשלת החילופין).



מכוננת.<sup>68</sup> אלא שבעניין שפיר, פיתחה הנשיאה חיות את המבחנים לזיהוי חוק יסודי כדי לבסס את העילה של שימוש לרעה במסכות המכוננת. לא עוד מבחן פורמלי בלבד, מעתה יש לבחון אם הנורמה שעוגנה בחוק היסוד מתאימה לשמש נושא לחוקה מבחינת אופייה ומאפייניה הצורניים. אם הנורמה אינה מתאימה, למשל משום שהיא אינה כללית או בשל היותה זמנית, יהיה על המשיבים להצביע על הסבר שיש בכוחו להצדיק הכרה בסטטוס החוקתי של הנורמה, שמבחינת מאפייניה איננה נורמה חוקתית.<sup>69</sup>

בכפוף למבחנה של הנשיאה חיות, הנוגע לשימוש לרעה בסמכות זו, לכאורה, בכל הנוגע ליכולת הכבילה, התאוריה של הסמכות המכוננת אינה מטילה מגבלות על כוח הכבילה במסגרת חוקי יסוד.<sup>70</sup>

אלא שהשאלה העקרונית על "גבולות" הסמכות המכוננת של הכנסת התעוררה וגם נדונה במשפט הישראלי בספרות ובפסיקה. אבן הפינה הראשונה לעניין זה הונחה בעניין ירדור, שבו הוכר, בדעת רוב, כי יש כללים יסודיים על-חוקתיים שהם מעל הדין הפוזיטיבי ומגנים על ערכיה המכוננים של האומה.<sup>71</sup> בפסק הדין בעניין לאור העיר השופט ברק כי באופן תאורטי ניתן להביא לביטולו של חוק הסותר את עקרונות היסוד של השיטה.<sup>72</sup> שנים אחר כך, בעניין התנועה למען איכות השלטון, ציין הנשיא ברק כי "יש מקום לתפיסה כי חוק או חוק-יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי".<sup>73</sup> מכוח פרשנותה של הכרזת העצמאות כתב אהרן ברק:

68 רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי, לעיל ה"ש 61, בעמ' 74; רובינשטיין ומדינה "החוקה", לעיל ה"ש 12, בעמ' 312.

69 עניין שפיר, לעיל ה"ש 67, בפס' 36-45.

70 להבחנה בין סמכות מכוננת מקורית לסמכות מכוננת נגזרת, ראו קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי", לעיל ה"ש 66, בעמ' 347; קליין "הרשות המכוננת", לעיל ה"ש 31, בעמ' 54; כן ראו Yaniv Roznai, *Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures*, in THE FOUNDATIONS AND TRADITIONS OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 23, 46-48 (Richard Albert et al. eds., 2017).

71 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד (3) 365, 387-390 (1965).

72 עניין תנועת לאו"ר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 553-554. אולם, באותה פרשה סבר השופט ברק כי באותה העת, לנוכח התפיסות החברתיות-משפטיות הנהוגות בישראל והפסיקה העקיבה של בית המשפט העליון, אין על בית המשפט ליטול לעצמו סמכות להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה.

73 ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 74 לפסק הדין

היקף סמכותה של האסיפה המכוננת, כפי שהוא נקבע בחלק השני של הכרזת העצמאות, צריך להתפרש על רקע שני החלקים האחרים של הכרזת העצמאות. על פי גישה זו, סמכותה של הכנסת כאסיפה מכוננת אינה סמכות מוחלטת [...] הכנסת כרשות מכוננת אינה מוסמכת לבטל את אופיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, או לבטל את אופיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.<sup>74</sup>

למרות שלל הערות האגב שהושמעו בפסיקת בית המשפט העליון, דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי טרם התקבלה במשפט הישראלי, למעט בהקשר של דוקטרינת ה"שימוש לרעה בחוקי יסוד" ביחס לסוגיית התקציב הדרוש-שנתי, שבה הוציא בית המשפט העליון "התראת בטלות" לחוק יסוד הקובע תקציב דו-שנתי בהוראת שעה.<sup>75</sup> בפרשת שפיר נקבעו, כאמור, מבחנים חדשים לעילה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת, אולם הם לא הופעלו על המקרה עצמו. אף שהדוקטרינה של התיקון הלא-חוקתי לחוקה לא התקבלה, בעניין חוק-יסוד: הלאום כתבה הנשיאה חיות:

שאלת אימוצה של דוקטרינה מקיפה לבחינת חוקתיותם של תיקונים לחוקה, מן הראוי שתוכרע עם השלמת מפעל חוקי היסוד לכדי חוקה מלאה [...] עם זאת, משמעות הדבר אינה בהכרח כי בהיעדר דוקטרינה מקיפה כזו, סמכויותיה של הרשות המכוננת בישראל הן בלתי-מוגבלות.<sup>76</sup>

בדבריה יצרה הנשיאה הגבלה מפורשת על סמכותה המכוננת של הכנסת:

חקיקת הוראה חוקתית אשר שוללת את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית עולה כדי זעזוע אמות הסיפים של החוקה ההולכת ונבנית פרקים-פרקים, וכבר צוין בעבר כי "העם, הריבון,

של הנשיא ברק (נבו 11.5.2006); בג"ץ 4676/94 מישראל נ' הכנסת, פ"ד נ(5) 15, 28-29 (1996).

74 ראו אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כאסיפה מכוננת" חוקים יא 9, 30 (2018).

75 ראו עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 11; וכן רוזנאי "שימוש לרעה", לעיל ה"ש 11.

76 עניין חוק-יסוד: הלאום, לעיל ה"ש 67, בפס' 15 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר [...] היא לא הוסמכה לבטלם.<sup>77</sup>

שאלת המגבלות על כוחה של הכנסת בהיותה רשות מכווננת עלתה בספרות כתלויה גם במעמדה כרשות מכווננת "מקורית" או "נגזרת".<sup>78</sup> קלוד קליין כותב כי הסמכות המכווננת של הכנסת בכל הנוגע לחוקי יסוד חדשים היא סמכות מכווננת מקורית, ועל כן בלתי מוגבלת:

ריבונותה של הסמכות המכווננת באה לידי ביטוי גם בכך שאין היא כפופה לשום דרישה של רוב מיוחד כדי לאשר את החוקה שהיא מכינה [...] – אותה סמכות מכווננת מקורית ממשיכה להתקיים גם לאחר קבלתם של חוקי-היסוד. עובדה זו מובילה לאנומליה הבאה: הסמכות המכווננת המקורית ממשיכה להתקיים לגבי הנושאים שבהם עדיין לא נחקקו חוקי-יסוד, ואילו באותם הנושאים שבהם נחקקו כבר חוקי-היסוד מצתה הכנסת את סמכותה המכווננת המקורית.<sup>79</sup>

אריאל בנדור טוען כי הכנסת היא אספה מכווננת נגזרת ולא מקורית. אין בכך כדי למנוע ממנה מלכבול עצמה, ובלבד שכבילה זו לא תסתור את קביעותיו של המוסד המשפטי הראשוני – מועצת העם – שמכוון רכשה את סמכויותיה. לפיכך ביושבה כרשות המכווננת היא יכולה לשריין הסדרים חוקתיים ביסודם, וכפופה לערכי היסוד שנקבעו בהכרזת העצמאות.<sup>80</sup>

אהרן ברק סבור אף הוא כי סמכותה של הכנסת כאספה מכווננת – בין הסמכות ליצור חוקי יסוד חדשים כגון חוק-יסוד: הלאום, בין הסמכות לתקן חוקי יסוד קיימים – אינה סמכות מוחלטת. היא אומנם סמכות רחבה ביותר, אך היא מוגבלת באמצעות העקרונות של "ההיסטוריה והאידיאולוגיה" ו"האני מאמין והחזון" של העם, הקבועים בהכרזת העצמאות.<sup>81</sup> בעניין חוק-יסוד: הלאום כתבה הנשיאה חיות:

77 שם, בפס' 24 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

78 דיון מקיף בשאלת הסמכות המכווננת חורג ממסגרת הפרק.

79 קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי", לעיל ה"ש 66, בעמ' 357-357.

80 בנדור "המעמד המשפטי", לעיל ה"ש 17, בעמ' 181.

81 ברק "מגילת העצמאות", לעיל ה"ש 74, בעמ' 30.

אינני רואה צורך להידרש לגישות השונות ולהבחנות ביניהן שכן בענייננו הן מתלכדות, בסופו של דבר, לשורה תחתונה אחת והיא שבשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי קיימות מגבלות – צרות ביותר בהיקפן – על סמכותה של הרשות המכוננת, המתמצות בשלילת זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית. במאמר מוסגר אוסיף כי לגישה, אין למצוא בהקשר זה הבדל של ממש בין שלילת אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית בחוק יסוד חדש ובין שלילת אופי זה במסגרת תיקון לחוק יסוד קיים.<sup>82</sup>

הצורך בהגבלת הסמכות המכוננת נדונה בהרחבה גם בכתביו של יניב רוזנאי.<sup>83</sup> רוזנאי עסק במפורש בהבחנה שבין הסמכות המכוננת המקורית לבין הסמכות המכוננת הנגזרת, כבסיס לבחינת ההגבלות שראוי להטיל על הסמכות לתיקון החוקה.<sup>84</sup> רוזנאי מציג קשת של סמכויות לתיקון חוקתי ובוחר אם הסמכות לתיקון החוקה מוגבלת גם בשיטות המשפט שהליך התיקון בהן מנסה לדמות את הסמכות המכוננת המקורית – למשל באמצעות שילוב של כלים, כגון משאלי עם. רוזנאי כותב כי ככל שהליך תיקון החוקה במסגרת הסמכות המכוננת הנגזרת דומה יותר להפעלתה של הסמכות המכוננת המקורית (היינו הליך תיקון מורכב, הגוזל זמן, מחייב דיון ועוד), כך תהא פחות הצדקה להטיל עליו מגבלות; ולהפך. הצורך בהגבלות על כוח השינוי משמעו שתיקונים מסוימים היוצרים "חוקה חדשה" או "זהות חוקתית חדשה" – אי-אפשר לשנות במסגרת הליך התיקון הרגיל אלא נדרש הליך מכונן אחר.<sup>85</sup> גישה דומה נוקט קולון-ריוס, הטוען כי שינויים חוקתיים משמעותיים דורשים הליך המנסה לשכפל את ההשתתפות העממית ואת הפתיחות הדמוקרטית ולמקסם אותן, הליך הדומה במהותו להליכים של כתיבת חוקה. על כן, שינויים חוקתיים מהותיים צריכים להתקיים בהליך משתף, המעניק לאזרחים

82 עניין חוקי-יסוד: הלאום, לעיל ה"ש 67, בפס' 27 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

83 YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS (2017); Yaniv Roznai & Serkan Yolcu, *An Unconstitutional Constitutional Amendment – The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court's Headscarf Decision*, 10 (1) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 175 (2012); Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Migration and Success of a Constitutional Idea*, 61 (3) AM. J. COMP. L. 657 (2013).

84 Roznai, לעיל ה"ש 70.

85 שם, בעמ' 46.

את ההזדמנות להחליט על שינויים כאלה. כך, למשל, משאלי עם ואספות מכוונות מקלות על הפעלת סמכות מכוונת.<sup>86</sup>

נרמה שהמשותף לברק, לחיות, לבנדור ולרוזנאי הוא ההכרה שכוחה של הכנסת כרשות מכוונת מוגבל. הן ברק, הן חיות והן בנדור מבססים את ההגבלה על הרעיון שהסמכות המכוונת של הכנסת שואבת את כוחה ממועצת העם ומהכרזת העצמאות. אלא שהמדובר, ככל הנראה, במגבלות מהותיות בעיקרן, להבדיל ממגבלות על כוח השריון של הכנסת. הדבר עולה בבירור מן הדוגמאות המובאות בכתביהם. למשל, ברק כותב כי הכנסת כרשות מכוונת אינה מוסמכת לבטל את אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שכן שני ההיבטים האלה – היהודי והדמוקרטי – הם הביטוי ל"היסטוריה והאידיאולוגיה" ו"האני מאמין" והחזון שבהכרזת העצמאות.<sup>87</sup> כך כותבת גם הנשיאה חיות בעניין חוק-יסוד: הלאום. עם זאת, ברק מכיר בכוחה של הכנסת כרשות מכוונת, למשל, לשנות את שם המדינה.<sup>88</sup>

כאמור, הספרות עסקה בעיקר באפשרות להטיל מגבלות על כוחה המהותי של הכנסת כסמכות מכוונת ולא למגבלות בעלות אופי "טכני", קרי למגבלות על כוח השריון.

האם כוחה של הכנסת לקבוע הוראת שריון במסגרת חוק יסוד היא בלתי מוגבלת? האם יכולה הכנסת לשריין חוק יסוד ברוב העולה על 61? ברוב של 80, 90, או אף לקבוע שאין לשנות הוראות חוק יסוד זה

#### 4. מגבלות על כוח השריון

86 Joel I. Colón-Ríos, *The Second Dimension of Democracy: The People and Their Constitution*, 2 (2) *BALTIC J. L. & POL.* 1 (2012); JUAN COLÓN RÍOS, *WEAK CONSTITUTIONALISM DEMOCRATIC LEGITIMACY AND THE QUESTION OF CONSTITUENT POWER* (2012)

87 ברק "מגילת העצמאות", לעיל ה"ש 74, בעמ' 30. התזה של ברק היא סוג של "החממה" למודל הישראלי של רעיון ה-"basic structure" שנקבע בהודו בפרשת *Kesavanda Bharati v. State of Kerala*, AIR 1973 SC 1461 (India)

88 בספרות הרבה בתחום זה קיימת גם הבחנה בין שני סוגים של תיקונים חוקתיים: תיקונים חוקתיים התואמים את הקיים בחוקה, ובהתאם לכך לא ידרשו מידה מיוחדת של הליך או אישור, ותיקונים חוקתיים הגוררים "שבר" בחוקה, שכן הם משנים את זכויות האדם, את מבנה החוקה או את זהות שלה. בתיקונים מן הסוג השני ראוי שההליך לשינוי יהיה מוכיח יותר ויערב גופים רבים יותר. להרחבה ראו Richard Albert, *Constitutional Amendment and Dismemberment*, 43 *YALE J. INT'L. L.* 1 (2018)

כלל?<sup>89</sup> בהקשר זה ידועה עמדתו של השופט חשין בפרשת בנק המזרחי, ולפיה רוב של 61 חברי הכנסת אין בו "כבילה" עצמית שהכנסת מטילה על עצמה:<sup>90</sup>

המוסמכת היא הכנסת לקבוע כי חוק יסוד פלוני לא ניתן יהיה לבטלו, לשנותו או לפגוע בהיקף תחולתו אלא ברוב של 70 או 80 מחברי הכנסת? (ואם 70 או 80 חברי-כנסת – מדוע לא 90 או 100?). הרשאית היא הכנסת לכבול את סמכותה שלה ולשריין כך חוק יסוד? לדעת עמיתי, הנשיא שמגר והנשיא ברק, רשאית היא הכנסת כך לחוקק. לפי השקפתי שלי, הכנסת לא קנתה סמכות כך לשריין חוק, ואם תעבור ותחקוק תחרוג מסמכותה [...] דרישה כי תעמיד הכנסת לרוב בן 62 חברי-כנסת לשינויו של חוק, תחצה הדרישה את גבול המותר. מעבר לגבול ה-61 אין בכוחה של הכנסת לילך.<sup>91</sup>

אולם גישתו זו, שלפיה אין בכוחה של הכנסת לכבול את סמכותה ולשריין חוקי יסוד ברוב העולה על 61, לא חזרה בפסיקה המאוחרת.

ווייל טוענת שלפי המודל החוקתי המתקיים כיום בישראל ראוי להימנע משריון חוקתי הגובר על דרישת הרוב המוחלט. לשיטתה, המודל הזה דומה יותר למודל "ריבונות המחוקק" מלמודל "ריבונות העם", ולכן שריון חוקתי גדול משריון של רוב מוחלט עשוי להיות לא דמוקרטי.<sup>92</sup>

גישה אחרת מכירה באפשרות לשריין חוק יסוד ברוב מיוחס הגדול מרוב חברי כנסת, שכן אפשרות זו מעניקה כוח ממשי למיעוט, ובמקרים מסוימים אף כוח בדמות וטו.<sup>93</sup>

89 אגב, בעת האחרונה שריינה הכנסת סעיף ברוב של 70 חברי כנסת, במסגרת חיקון לחוק-יסוד: הממשלה. חוקתיותו של מהלך זה טרם נבחנה בבית המשפט העליון. ראו חוק-יסוד: הממשלה (חיקון מס' 8), שערב בחודש מאי 2020 ועוסק בממשלת חילופין. התיקון כולל סעיף המשריין את התיקון ברוב של 70 ח"כים. סוגית השריון ברוב של 70 ח"כ בהוראת שעה לא נדונה בפסק הדין בעניין ממשלת החילופין, שכן פג חוקפה. ראו בעניין זה עניין ממשלת החילופין, לעיל ה"ש 67.

90 השופט חשין בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 45, בעמ' 540.

91 שם, בעמ' 542.

92 רבקה ווייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי חיקונה" משפט וממשל י 449, 455 (תשס"ז).

93 יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" משפטים לח (2) 217, 252 (תשס"ח).

בגישה זו תמך יצחק הנס קלינגהופר, שהציע לשריין את זכויות היסוד החוקתיות ברוב של שני שלישים מכל חברי הכנסת.<sup>94</sup>

בפועל יש בישראל כמה חוקי יסוד המשריינים עקרונות או הסדרים ברוב הגבוה מ-61 חברי כנסת. דוגמה לכך הוא חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8) משנת 2020. סעיף 7(א) בחוק המתקן קובע כי אין לשנות את סעיפים 1(1) ו-2(2), 2, 4 עד 6 וסעיף 7 עצמו אלא ברוב של 70 חברי כנסת, רוב זה דרוש בשלושת הקריאות.<sup>95</sup> יש לציין כי בהצעה המקורית לתיקון חוק היסוד כלל הסעיף שריון של 75 חברי כנסת.<sup>96</sup> גם סעיף 45 לחוק-יסוד: הכנסת קובע שאין לשנות את סעיף 44, אלא ברוב של 80 חברי כנסת.<sup>97</sup> זאת ועוד. בחוקי היסוד קיימת תופעה של "שריון כפול" – הוראות חוקתיות הקובעות שריון אך הן עצמן אינן משריינות. מבנה אנומלי זה מאפשר להתגבר על הוראת השריון בלא לקיים אותה, על ידי הסרת עצם סעיף השריון.<sup>98</sup>

הספק קיים לא רק בשאלת הרוב הנדרש במסגרת השריון, אלא גם בשאלת "הליך ההפעלה" של הסמכות לשריין חוקי יסוד. האם לצורך קבלת פסקת שריון נדרש רוב

94 יצחק הנס קלינגהופר ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 144 (יצחק זמיר עורך 1993).

95 חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8). ראוי להדגיש כי תיקון זה נדון בעניין ממשלת החילופין, לעיל ה"ש 67, בפס' 10 לפסק הדין של הנשיאה חיות, אולם לא הוכרע. בית המשפט קבע כי כיוון שדובר בשריון שנעשה בהוראת שעה, ובזמן מתן פסק הדין הוראת השעה פקעה, הרי שהעניין הפך תאורטי:

הוראת השריון בתיקון מס' 8 קבעה, בהוראת שעה, כי בתקופת הכנסת ה-23 ניתן יהיה לשנות את הוראותיו המרכזיות של התיקון ברוב של 70 חברי כנסת, ותמימת דעים אני עם כלל חבריי כי משעה שהכנסת ה-23 התפזרה והוראת השריון פקעה, הפך הדין בהוראה זו לתיאורטי וניתן להותיר סוגיה זו לעת מצוא.

96 הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 9 והוראת שעה) (ממשלת חילופים), ה"ח תש"ף 16.

97 סעיף 45 לחוק-יסוד: הכנסת. ראו גם סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת העוסק בהארכת כהונתה של הכנסת ואת סעיף 45 לחוק-יסוד: הכנסת. גם במסגרת זו קיים שריון ברוב של 80 חברי כנסת.

98 ראו למשל את חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח תש"ס 186, הקובע בסעיף 7 פסקת נוקשות בזו הלשון: "אין לשנות את הוראות סעיף 6 אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת; אין לשנות את הוראות סעיף זה אלא בחוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת". בפועל, אין משמעות לשריון של סעיף 6 ברוב של 80 חברי כנסת, שהרי די ברוב של 61 כדי "למחוק" את סעיף 7, ועימו את השריון לסעיף 6.

הזהה לזה הקבוע בפסקת השריון עצמה? או שמא רוב רגיל ומזדמן של הכנסת יכול לשריין חוק יסוד ברוב מיוחד של 61?<sup>99</sup>

כבר בשנת 1958 עמד על קושי זה ח"כ ברוך אזניה, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, כשהוצע לשריין את הסדרים בחוק-יסוד: הכנסת ברוב של 80 חברי כנסת. הוא טען שאי-אפשר לקבוע שריון של 80 חברי כנסת אם לא יצביעו בעד החוק לפחות 80 חברי כנסת.<sup>100</sup> לבסוף השריון שנקבע לסעיף 4 דורש רוב של 61 ולא רוב של 80, והחוק עבר ברוב של 96 חברי כנסת.<sup>101</sup> חוק-יסוד: חופש העיסוק משוריין ברוב של 61, התקבל אומנם בלא מתנגדים, אך ברוב של 23 חברי כנסת (החוק המקורי משנת 1992).<sup>102</sup>

הכשל הנובע מן האפשרות שרוב רגיל של חברי כנסת ישריין חוק יסוד ברוב מיוחד, אמור להיפתר עם קבלתו של חוק-יסוד: החקיקה. אולם כל עוד חוק היסוד לא עבר עלול להיווצר מצב שבו יהיו נוכחים בהצבעה על חוק יסוד חברי כנסת ספורים שיצביעו בעד שרינון של חוק יסוד מפני שינוי בעתיד ברוב מיוחד ובלתי מוגבל של חברי כנסת (לרבות, עקרונית, ברוב של 120 חברי כנסת).<sup>103</sup> מדבריה של הנשיאה ביניש עולה כי בשל היעדרו של חוק-יסוד: החקיקה הכנסת מוסמכת לחוקק חוק יסוד בכל רוב שהוא:

חסר בולט במשטרנו החוקתי קיים בכל הנוגע לאופן חקיקת חוקי יסוד [...] ניתן לחוקק חוקי יסוד בכל רוב בכנסת; וניתן לשנות חוקי יסוד – אלא אם הם משוריינים בשריון מיוחד – בכל רוב, ובכלבד שהחוק המשנה הוא חוק יסוד.<sup>104</sup>

אולם לא ברור מדבריה של הנשיאה ביניש אם היעדרו של חוק-יסוד: החקיקה מלמד גם שניתן לשריין את חוק היסוד בכל רוב שהוא, אולי אף ללא קשר לרוב שקיבל את

99 כך היה, למשל, בעת חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. חוק-יסוד: חופש העיסוק נחקק ברוב של 23 וכולל פסקת יצבות הדורשת רוב של 61 כדי לשנותו.

100 גביזון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 28, בעמ' 80.

101 שם, בעמ' 101. גביזון מתארת כי הנושא הועלה שוב כאשר עלתה שנית ההצעה לשריין את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1993. גם חברי הכנסת שתמכו בשריון הסבירו שיש בעיה של ממש שמספר קטן של חברי כנסת משריין חוק ודורש לשינויו רוב של 61.

102 ד"כ 3.3.1992, 3393.

103 דותן "חוקה למדינת ישראל?", לעיל ה"ש 5, בעמ' 182.

104 עניין בראון, לעיל ה"ש 49, בפס' 20 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.



הוראת השריון. ברק מדינה סבור, אגב, שאין לקשור בין הוראת השריון עצמה לבין הרוב הנדרש לקבלתה:

אין לקבל גם את הטענה כי ההכרה בתוקפו של כלל הכרעה על-רובי כלשהו צריכה להיות מותנית בכך שהחלטה בדבר החלתו של כלל זה התקבלה באותו רוב מיוחס הנדרש על-פי כלל ההכרעה. תוכנו של כלל ההכרעה הראוי הוא עניין אחד ואופן הקביעה שלו הוא עניין אחר. כך, למשל, אם רוב חברי-הכנסת סבורים כי ראוי לקבוע כלל הכרעה על-רובי כלשהו בעניין מסוים, אין זה ברור מהי ההצדקה להקנות כוח וטו בעניין למיעוט המתנגד להחלת כלל ההכרעה העל-רובי שהרוב תומך בו. דרישה לתמיכה של רוב מיוחס בקביעת הוראת שריון מבטאת העדפה של הכרעה על-פי רוב רגיל ובכך יש, כאמור, משום כפייה של עמדה ערכית מסוימת, באשר לכלל ההכרעה הראוי.<sup>105</sup>

מדינה טוען כי הפעלת סמכות הכבילה העצמית של הרשות המכוננת חייבת לבטא את רצון הציבור.<sup>106</sup> הרציונל העומד בבסיס הגישה הזאת הוא הרצון למנוע מן הנציגים לסכל את העדפותיהם של הבוחרים. לפיכך יש להכריע בשאלה מהו "כלל ההכרעה" שיקבע כיצד מתקבלות ההחלטות החברתיות בדבר הוראות השריון. לגישתו של מדינה, "יש לעשות כן באמצעות פנייה אל המוסכמה הציבורית".<sup>107</sup> לשיטתו, הכנסת מוסמכת לקבוע הוראות חוקתיות, אך סמכות זו אינה בלתי מוגבלת. הכנסת רשאית לכבול את עצמה בעניינים משטריים, ואף ברוב מיוחס, אך לא מדובר בהכרה בכוחה הבלתי מוגבל של הכנסת לשריין הכרעות חברתיות ספציפיות. לדעתו, שריון מוסכמות חברתיות שכאלה חייב להיעשות בהסכמה רחבה, בניגוד למוסכמות משטריות.<sup>108</sup> מסקנתו היא שקיימות מגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת לקבוע הוראות שריון.

נראה כי יש נכונות להגביל את סמכות הכבילה העצמית של הכנסת, כך שחקיקת חוק שכותרתו "חוק יסוד" לא תהיה תנאי מספיק להכרה בתוקפה של הוראת שריון.<sup>109</sup>

105 מדינה "גבולות סמכותה", לעיל ה"ש 2, בעמ' 521-522.  
 106 שם, בעמ' 519.  
 107 שם, בעמ' 522.  
 108 שם, בעמ' 526.  
 109 רובינשטיין ומדינה "החוקה", לעיל ה"ש 12, בעמ' 343.

גם הנשיא שמגר, שדגל בגישת "הריבונות הבלתי מוגבלת" של הכנסת, ציין כי "סמכות הכבילה איננה בלתי מוגבלת. הדעת נותנת כי לכבילת בית המחוקקים יהיו גבולות".<sup>110</sup>

הגישה העולה מדבריהם של בנדור ומדינה היא שכוחה של הכנסת לשריין הוראות בחוקי יסוד ראוי שיהיה מוגבל ל"הכרעות משטריות" ול"הסדרים חוקתיים ביסודם", אלא שמושגים אלו, במיוחד בהקשר הישראלי, עמומים במיוחד. רבקה ווייל מציינת כי הקושי בעניין השריון החוקתי נוצר כשהוא אינו משקף את דעת העם.<sup>111</sup> לגישתה, המצב הראוי הוא שהמחוקק מחוקק הוראות כבילה עצמית בתמיכת רוב מיוחס של בית המחוקקים, "וזה משקפת תמיכה רחבה, עמוקה והחלטית (broad, deep and decisive) של העם".<sup>112</sup>

פסקת הנוקשות שבחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי משריינת את חוק היסוד מפני שינוי בחוק יסוד וברוב של 61. פסקת נוקשות זו נכתבה במסגרתו של חוק יסוד חדש לחלוטין. אלא ששריון זה שונה במהותו משריונו של חוק-יסוד: חופש העיסוק למשל. עמיחי כהן כותב כי –

גם צורת החקיקה של חוק הלאום הייתה אופיינית לתנועות ומשטרים פופוליסטיים. החוק עבר בתמיכת רוב לא-גדול. לאחר סחר-מכר פוליטי ארוך הצליחו תומכי החוק לגייס בקושי את חברי הקואליציה לתמיכה בו, והאופוזיציה התייצבה נגדו כאיש אחד כלומר, בחקיקת חוק הלאום, בניגוד לחוקי-היסוד של זכויות האדם, לא היה שיתוף-פעולה בין קואליציה לאופוזיציה וניסיון ליצור חוק שיבטא את זהותם של כלל אזרחי המדינה. היה בו בחוק לא רק "אצבע בעין" כלפי הציבור הערבי, אלא גם "אצבע בעין" כלפי האופוזיציה. "הנה לכם", כמו אמרו מעצביו של החוק, "אנו יכולים להשיג רוב של שישים ואחד חברי כנסת, וברוב הזה נעשה כל מה שבא לנו".<sup>113</sup>

110 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 45, בפס' 35 לפסק הדין של הנשיא שמגר.

111 ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי", לעיל ה"ש 19, בעמ' 522.

112 ש.ס.

113 עמיחי כהן "תיקון חוקתי לא-חוקתי בעידן של פוליטיקה פופוליסטית – בעקבות ספרו של יניב רוזנאי CONSTITUTIONAL AMENDMENTS UNCONSTITUTIONAL" משפט וממשל כא 1, 14-15 (תש"ף).

השאלה היא אם בכך מפעילה הכנסת את סמכותה המכוננת "המקורית", ולפיכך, לכאורה, אין כל מניעה בקביעתה של פסקת נוקשות המשריינת את חוק היסוד מפני שינוי ברוב של 61 חברי כנסת. קלוד קליין רואה בעצם חקיקתו של חוק יסוד חדש שלא היה קיים קודם הפעלתה של הסמכות המכוננת המקורית (ולפיכך, לשיטתו, סמכות בלתי מוגבלת).<sup>114</sup>

עם זאת, כיום לא בטוח שניתן לדבר על סמכות מכוננת "מקורית" במונחים של קלוד קליין. סמכות הכנסת כיום נובעת ממסמכי היסוד של המדינה, מחוק מהעבר, מחוק-יסוד: הכנסת, ומופעלת בתוך סדר חוקתי קיים. גם אם "סדר" זה אינו ברור לגמרי, נדמה שקשה לראות בכנסת כיום בעלת סמכות מכוננת "מקורית", בלתי מוגבלת, כל אימת שהיא מחוקקת חוק יסוד "חדש". גישה זו עולה, כאמור, גם מדבריה של הנשיאה חיות בפסק הדין בעניין חוק-יסוד: הלאום.

אני סבורה כי בכל הנוגע לשריון, הסמכות המכוננת איננה בלתי מוגבלת. כפי שראוי להתייחס למגבלות הקיימות על סמכותה המכוננת "המהותית" של הכנסת, כך ראוי להתייחס גם לסמכותה ה"פורמלית" לשריין חוקי יסוד. אולי אפילו "מקל וחומר". לכאורה, התערבות שיפוטית בטענה של פגם שהוא "פורמלי" במהותו – כגון פסקת נוקשות חריגה – קלה יותר מהתערבות שיפוטית בחוק יסוד בטענה מהותית הנוגעת להסדרים שלו.<sup>115</sup> זהו אולי אחד ההסברים האפשריים לפסיקה בעניין בר-און ובעניין המרכז האקדמי למשפט ועסקים, שהדיון בהם עסק בעיקרו בשאלה פורמלית. שאלת היקפה של הביקורת השיפוטית על חוק יסוד הפוגע בעקרונות יסוד הוכרעה בפסיקה הישראלית רק בהתייחס לעקרונות היסוד של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>116</sup>

כאמור, הגישה הראויה לדעתי היא שהסמכות המכוננת, ובמסגרתה הסמכות לכבילה עצמית, איננה בלתי מוגבלת. הרעיון שסמכות הכנסת ככוננת חוקי יסוד ובתיקונם תהא בלתי מוגבלת אינו ראוי ואינו מתאים לשיטת המשטר החוקתית שלנו. שאלת גבולות הסמכות המכוננת חייבת להיות מושפעת משאלת הקושי או הקלות היחסיים

114 קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי", לעיל ה"ש 66, בעמ' 357.

115 נושא הביקורת השיפוטית הפורמלית או המהותית חורג ממסגרתו של פרק זה. בהקשר זה ראו למשל איחי בר-סימן טוב "ביקורת שיפוטית תוכנית וביקורת שיפוטית הליכית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי-פרוצדורלי בישראל" ספר דורית ביניש 299 (קרן אזולאי, איחי בר-סימן טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים) 2018; Ittai Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, 6 (3) LEGISPRUDENCE 271(2012)

116 עניין חוק-יסוד: הלאום, לעיל ה"ש 67.

של הליך השריון והליך התיקון של החוקה ובוהות השחקנים המעורבים בהליך השריון והשינוי החוקתי.<sup>117</sup> ככל שהליך חקיקת הנורמות החוקתיות נמצא בידי אותו אורגן שבידו סמכות החקיקה הרגילה, והליך החקיקה אינו מאתגר יותר מחקיקה רגילה, צריכה להיות נכונות רבה יותר לקבל הגבלה על כוח השריון, ועימה אף ביקורת שיפוטית על תיקוני חקיקה. זאת לעומת מדינות שבהן הליך התיקון החוקתי הוא מורכב, כוללני ודליברטיבי ומבקש להבטיח כי מתקיימת הבחנה בין הפוליטיקה היום-יומית, שבה שולטים האינטרסים הצרים וקצרי הטווח, לבין הפוליטיקה החוקתית.<sup>118</sup>

**תורת "השימוש  
לרעה" בכוח השריון**

ביסוס לצורך בהגבלת כוחה של הכנסת בקביעת פסקאות יציבות לחוקי יסוד אפשר למצוא במסגרת התאוריה של השימוש לרעה בסמכות המכוננת.<sup>119</sup>

כפרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים כתב המשנה לנשיאה רובינשטיין כי "השימוש לרעה יכול שיהא שימוש לרעה בסמכות המכוננת כשלעצמה", הרשות המכוננת אינה פטורה מכללי היסוד של המרקם החוקתי וכמו כל כוח שלטוני, צריכה להפעיל את סמכותה "בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה

117 בעת האחרונה קיבלה גישה זו, שנידונה במאמריהם של יניב רוזנאי וריצ'רד אלברט, חיזוק בעקיפין בהחלטה של בית הדין החוקתי בסלובקיה. על פי פסק הדין, ככל שהמערכת הפוליטית מאפשרת לסמכות המכוננת המקורית (קרי העם באמצעות משאל עם) להיות מעורבת בהליך תיקון החוקה, כך על בית משפט חוקתי להימנע מהתערבות, ואילו אם התיקון החוקתי מתקבל על ידי הסמכות המכוננת הנגזרת, ראוי שבית המשפט יהיה נכון יותר למהלך של ביקורת שיפוטית. ראו Tomáš Lalík, *The Slovak Constitutional Court on Law* (2019) Eu. Const. Unconstitutional Constitutional Amendment (PL. US 21/2014) 16 (2) Eu. Const. 328, 338 (2020).

118 Roznai, לעיל ה"ש 70, בעמ' 46-48; Roznai, לעיל ה"ש 83. בהקשר זה השוו סוזי נבות ויניב רוזנאי "על הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד" ICON-S-IL Blog (4.11.2018); Suzie Navot & Yaniv Roznai, *From Supra-Constitutional* 21 (3) Eur. J. L. (2019) 403 REFORM; כן ראו עניין חוקי-יסוד: הלאום, לעיל ה"ש 67, בפס' 34 לפסק הדין של הנשיאה חיות:

מנגד, קיימים טעמים חומכים בגישה כי מן המגבלות המהותיות על סמכותה של הרשות המכוננת יש לגזור את סמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי היסוד [...] הצורך בביקורת שיפוטית על תוכנו של נורמות חוקתיות מתעורר אולי ביתר שאת בשיטות - כגון השיטה הישראלית - שבהן הליך חקיקתן של נורמות חוקתיות ושינוין אינו כרוך בפרוצדורה נוקשה וייחודית, באופן שמקל על רוב מקרי לשנות מקצה לקצה את הקדר החוקתי הקיים.

119 Navot & Roznai, לעיל ה"ש 118; כן ראו רוזנאי "שימוש לרעה", לעיל ה"ש 11.

הסמכות", במקום שמזוהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטקסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני "הליכה החוקתית" ו"קרושה" - חשיבותה המשפטית והערכית.<sup>120</sup>

ברק מדינה מציע במאמרו אמת מידה המסווגת את הוראות הכבילה על פי עוצמת החשש מפני שימוש לרעה בסמכות הכנסת לקבוע כללי הכרעה. לשיטתו, כאשר מדובר בכבילה של הרשות המכוננת את עצמה לסטטוס קוו כלשהו, אין הכנסת יכולה ליהנות מתוקפו של השריון מבלי להוכיח שיש הצדקה מובהקת להחלתה,<sup>121</sup> שהרי לשיטתו במקרים אלו ניתן להניח כי חברי הכנסת יושפעו במידה כזאת או אחרת מעניינים אישיים. מדינה מציע לקבוע כי היקף הביקורת השיפוטית על השימוש בסמכות השריון צריך להתבסס על בחינת תכלית קביעתה של הוראת השריון.<sup>122</sup> בעניין אמת המידה שלפיה יש לבחון את הוראת השריון, לגישתו של מדינה יש להביא בחשבון את המניע של הרוב לקבל כללי שריון על-רוביים. לעיתים המניע לקביעת כלל כזה עשוי להיות השאיפה לשלול מקבוצה מסוימת בחברה להשתתף בהכרעה. הדוגמה שמדינה מביא מעניינת במיוחד ביחס לחוק-יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי, ונוגעת לחברה הערבית. לשיטתו של מדינה במקרים כאלה דרישת הרוב המיוחס נועדה להסוות דרישה לרוב (רגיל) בקרב חברי הכנסת המייצגים את המגזר היהודי.<sup>123</sup>

הטענה בדבר שימוש לרעה בסמכות המכוננת עלתה גם בפסיקה. בפרשת בר-און התייחסה הנשיאה ביניש לחקיקת חוק יסוד בהוראת שעה כאפשרות של "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת. לדבריה, ייתכן כי חקיקת חוק יסוד כהוראת שעה עלולה לעלות כדי "שימוש לרעה" בכותרת "חוק יסוד".<sup>124</sup> בעניין שפיר ובעניין ממשלת

120 המשנה לנשיאה רובינשטיין בעניין המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, בעמ' 27.

121 מדינה כותב כי במקרים שבהם מדובר בקביעה של כלל הכרעה על-רובי או בעיגון של הכרעה חברתית, החשש מפני שימוש לרעה בכוח הכבילה של הכנסת אינו ממשי. לעומת זאת, אם מדובר בכבילה לסטטוס קוו מסוים, הכנסת אינה יכולה ליהנות מחזקה בדבר תקינות פעולתה. מדינה משווה לביקורת השיפוטית על פעולתה של הכנסת כ"מחוקקת לעצמה". המדובר במצבים שבהם לחברי הכנסת עניין אישי, דוגמת קביעת שכרם, תקופת כהונתם, גובה מימון המפלגות וכדומה. במקרים אלו החשש משימוש לרעה בסמכותה של הכנסת ניכר במיוחד, והחשש הוא כי הכרעותיהם של חברי הכנסת תשקפנה בעיקר את האינטרס האישי שלהם ולא את עמדתם העקרונית בסוגיות הנדונות. ראו מדינה "גבולות סמכותה", לעיל ה"ש 2, בעמ' 530-531.

122 רובינשטיין ומדינה "החוקה", לעיל ה"ש 12, בעמ' 345.

123 מדינה "גבולות סמכותה", לעיל ה"ש 2, בעמ' 537.

124 עניין בר-און, לעיל ה"ש 49, בפס' 24 לפסק הדין של הנשיאה ביניש. בהקשר זה מעניין לציין את חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 - הוראת שעה), ס"ח תש"ף 420, שנועד לשנות

החילופין נדונה בהרחבה העילה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת. בעניין שפיר קבעה הנשיאה חיות מבחן דו-שלבי ליישומה של עילה זו, ועל פיו יש לבחון תחילה אם ההסדר צולח את "שלב הזיהוי", דהיינו אם הוא נושא את המאפיינים הצורניים של נורמות חוקתיות, ובהם יציבות, כלליות, והתאמה למארג החוקתי הכולל. אם ההסדר אינו מקיים אחד או יותר מן המאפיינים האלה, יש להידרש לשלב השני של המבחן, הוא שלב הצידוק.<sup>125</sup> אולם הנשיאה חיות הבהירה כי "ברי, עם זאת, כי אין מדובר ברשימה סגורה של שיקולים, וכפי שציינה הנשיאה ביניש בעניין בר-און, יש לבחון כל מקרה לגופו".<sup>126</sup> מכל מקום, בקביעת המבחן הדו-שלבי נעשה ניסיון להימנע מעיסוק בשיקולים בעלי אופי "סובייקטיבי" של המכונן. כך, למשל, באשר למבחן המשנה של התאמה למארג החוקתי כתבה הנשיאה כי השאלה שמבחן עזר זה נועד לברר איננה אם התיקון או ההוראה ראויים מבחינת תוכנם. עניינו בשאלה מושגית-רעיונית והיא: האם מדובר בנורמה המתאימה מבחינת מאפייניה לעיגון חוקתי, המשתלבת ככזאת במארג ההוראות הרלוונטיות המצויות באותה סביבה חוקתית? ובהמשך, באשר למבחן הצידוק: "אשוב ואדגיש – מבחן הצידוק אינו תר אחר מניעיו של המכונן, אלא אחר קיומו של טעם עקרוני אובייקטיבי להצדקת הפגיעה שיוצרת עצם ההכרה בנורמה חורגת כנורמה בעלת מעמד חוקתי".<sup>127</sup>

גיב רזנאי מציג גישה שלפיה מי שאוחז בסמכות לתקן את החוקה, כמו כל מוסד שלטוני, חייב לפעול בתום לב – *bona fides*, כפי שכתב המשנה לנשיאה רובינשטיין בפרשת המרכז האקדמי.<sup>128</sup> חובת תום הלב חלה גם כאשר אין פסקאות נצחיות מפורשות. זוהי הגבלה משתמעת הנובעת מעצם רעיון החוקתיות, שמשמעו הגבלה על כוח המשטר.<sup>129</sup>

---

אח היום הקובע לפיזור הכנסת אם לא עובר תקציב מדינה. תיקון 50 מתקן בהוראת שעה הן את חוק-יסוד: הכנסת והן את חוק-יסוד: משק המדינה, ס"ח תש"ף 16. התיקון הוא פרי ויכוח קואליציוני בין השותפות ב"ממשלת חילופין" שהוקמה בשנת 2020. לא נערך כלל דיון ציבורי במשמעות המהותית של התיקון, הדוחה בארבעה חודשים את השימוש באחד משני אמצעי הפיקוח המרכזיים שיש לכנסת כלפי הממשלה – פיזור הכנסת בעקבות אי-קבלת תקציב.

125 עניין שפיר, לעיל ה"ש 67; עניין ממשלת החילופין, לעיל ה"ש 67.

126 עניין שפיר, לעיל ה"ש 67, בפס' 37 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

127 שם, בפס' 37 ו-64.

128 עניין המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, בפס' ל לפסק הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

129 רזנאי "שימוש לרעה", לעיל ה"ש 11, בעמ' 28.

גם דיוויד לנדאו סבור כי כאשר סמכות התיקון החוקתי מופעלת כמכשיר של הממשל, ללא עירוב של גופים והליכים אחרים, וקיימת סכנה של עירוב אינטרסים ממשליים עם החלטות חוקתיות יסודיות, מי שנושא בסמכות לתיקון החוקה עושה בה שימוש לרעה, דבר המצדיק התערבות שיפוטית.<sup>130</sup>

סוגיית ה"מניע" לחקיקתה של פסקת יציבות מעניינת. האם המניע לחקיקתה של הוראת שריון יכול כשלעצמו להגיע לכדי "שימוש לרעה בסמכות המחוקקת"? הגישה בפסיקה היום היא כי -

ספק רב אם מניעים לחקיקת חוק יסוד - אף אם ניתן לטעון שאינם ראויים - עשויים כשלעצמם להוות פגם משפטי המהווה עילה לביקורת שיפוטית" (בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת החוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999).<sup>131</sup>

גם בעניין שפיר ובעניין ממשלת החילופין נמנע בית המשפט מלעסוק בסוגיית המניע.<sup>132</sup>

נדמה שתורת "השימוש לרעה", ככל שהיא מתייחסת לשריון חוקי יסוד, נמצאת בשלבי התפתחותה הראשוניים. הפסיקה החדשה, שפיתחה את המבחן הדו-שלבי, לא התייחסה במפורש לסוגיית השריון. תורת השימוש לרעה הזאת יכול שתחייב - בנסיבות מסוימות - גם התחקות אחר המניע של חקיקת פסקת שריון. ייתכן שהתאוריה של השימוש לרעה בפועל תאפשר גם בחינה של שריון חוקתי מינורי יחסי, כגון שריון ברוב של 61, אלא שעם תיקונים אחרים שנעשו יחד, עלול להיות לשריון הזה "אפקט מצטבר", של פגיעה קשה בערכי יסוד, במסגרת הכלל של

130 Landau, לעיל ה"ש 53.

131 עניין בר-און, לעיל ה"ש 49, בפס' 17 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.

132 ראו בהקשר זה למשל, עניין שפיר, לעיל ה"ש 67, בפס' 7-9 לפסק הדין של השופט אלרון. לשיטתו, מבחני הנשיאה חיות מביאים בפועל את בית המשפט לבחינת המניע של חברי הכנסת: "אני סבור שאין זה מתפקידו של בית משפט זה לעמוד על מניעיהם של חברי הכנסת בחקיקת דבר חוק, ודאי חוק-יסוד - וגם לא על ה'צידוק' לכך [...] טוב נעשה אם נימנע מלמנות עצמנו לבחון את מניעיהם, הצדקותיהם וטיב כוונותיהם של חברי הרשות המכוננת". השופט עמית, לעומתו, מבהיר כי המבחן הדו-שלבי של הנשיאה חיות אינו מתייחס למניע של חברי הכנסת: "עם זאת, ראיתי להעיר כי המבחן הדו-שלבי הוצע על ידי הנשיאה מבקש, להבנתי, להתחקות בשלב השני אחר צידוק ולא אחר מניע. לצורך איתור צידוק כאמור, אין בית המשפט נדרש לבחון את מניעיהם הגלויים או הנסתרים של המחוקקים". ראו עניין שפיר, לעיל ה"ש 67, בפס' 6 לפסק הדין של השופט עמית.

”כמות עושה איכות”<sup>133</sup>. כאמור, אלו מחשבות ראשונות בלבד המחייבות פיתוח מקיף של תורת השריון החוקתי.

כמו הנשיאה חיות בפרשת שפיר, אני סבורה, שלא רק השימוש בכותרת ”חוק יסוד” יכול לעלות כדי שימוש לרעה בחוק יסוד. בהמשך ישיר לגישה המתפתחת בעולם, גם קביעתה של פסקת יציבות גבוהה במיוחד, המנותקת למשל מן הרוב שקיבל את החוק בפועל, אגב ניצול כוחו של רוב קואליציוני רגיל, בהליך חקיקה מזורז ובלא דיון ציבורי, יכולה לעלות כדי שימוש לרעה בכוח השריון ותהיה ”שריון חורג”, מקרה מיוחד של הפעלתה של תורת השימוש לרעה בסמכות המכוננת.<sup>134</sup> גם מהות ההסדר שמבקשים לשריין והשאלה אם הוא מתאים לשריון גבוה במיוחד מחייבות דיון (כמו מבחן ההתאמה למארג החוקתי). כמו כן מתחייב דיון בנסיבות הכלליות סביב השריון.

## סיכום

• חוק יסוד: הלאום עבר ברוב של 62 נגד 55. נראה שמטרתו של השריון בחוק יסוד: הלאום, כפולה: שריון פונקציונלי – המבטיח שיהיה קשה יותר

לשנות את חוק היסוד, לאחר חקיקתו.

• שריון הצהרתי – למרות שמו, חוק היסוד אינו עוסק רק בלאום. הוא עוסק במהותה של מדינת ישראל, בערכי היסוד שלה, בתעודת הזהות שלה ובמאפייניה. חלק מההסדרים שבו חשובים וראויים להיכלל במסגרת חוק יסוד. אולם חוק היסוד משמיט כל זכר לאופייה הדמוקרטי של ישראל, מתמודד רק עם אחד הערכים במשוואה, ולכן מעמיד בספק את הנוסחה המוכרת והמקובלת של ”יהודית

133 רוזנאי מציע לשקול במקרים האלה את השינויים הכמותיים בעקרונות החוקתיים הבסיסיים כדי לבחון את ההשפעה ה”איכותית” עליהם. במילים אחרות, אף שהתיקון החוקתי שנבחן באותו רגע כשלעצמו פוגע במידה מועטה בעקרונות היסוד, הרי שעם התיקונים החוקתיים הקודמים יחד, יהיה אפשר לראות בו משום ”הקש ששבר את גב החוקה”. נדמה שגם פסקת שריון יכולה להיכלל במסגרת זו. ראו Yaniv Roznai, *The Straw that Broke the Constitution's Back? Qualitative Quantity in Judicial Review of Constitutional Amendments*, in CONSTITUTIONALISM: OLD DILEMMAS, NEW INSIGHTS 147 (Alejandro Linares-Cantillo, Camilo Valdivieso-Leon and Santiago Garcia-Jaramillo eds., 2021); Yaniv Roznai & Tamar Hostovsky Brandes, *Democratic Erosion, Populist Constitutionalism, and the Unconstitutional Constitutional Amendments Doctrine*, 14 (1) LAW & ETHICS OF HUMAN RIGHTS 19–48 (2020).

134 השו Navot & Roznai, לעיל ה”ש 118.



והדמוקרטיה" המופיעה בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ובמיוחד בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק-יסוד: הלאום אינו כולל כל אמירה בנוגע לשוויון, והשריון שלו מבטא בעצם את מעמדו העליון לא רק כחוק יסודי, אלא במיוחד ביחס לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאינו משוריין.

אף על פי שהגישה שלפיה ניתן לבחון את המניעים לחקיקת חוק יסוד לא נדחתה במפורש בפסיקה, היא עומדת, כאמור, ב"ספק רב". נדמה כי בית המשפט מאותת כי אין בכוונתו בשלב זה לבחון את מניעי המכוננים, אלא רק את הנסיבות ה"אובייקטיביות" הסובבות את התיקונים החוקתיים. בהקשר זה ראוי לציין כי במסגרת הדיונים בהצעת חוק-היסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי, עלתה הטענה שמטרת השריון היא להפר את האיזון החוקתי הקיים. ראו למשל את דבריה של ח"כ מיכל רוזין בעת ההצבעה על החוק בקריאה השנייה והשלישית:

והמטרה העיקרית פה של החוק - ואני חושבת שעמדת על כך מאוד יפה, חבר הכנסת בגין, והם אמרו את זה שוב ושוב - היא לנסות לתת קונטרה, אני לא רוצה להגיד אפילו איזון; לנסות להילחם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שצריך להגיד פה בצורה ברורה: החוק הוא - ניתן להפר אותו בכל רגע, ברוב של שני חברי כנסת; לעומת זאת, החוק שאנחנו היום מחוקקים הוא חוק שדורש רוב משוריין, למעלה מ-61 חברי כנסת, והמטרה העיקרית היא לנסות להפר את אותו איזון שלאורך השנים קיים בשוויון מול היותנו מדינת העם היהודי.<sup>135</sup>

בהקשר זה מעניין לציין כי דווקא כדי לאפשר פרשנות מקיימת של חוק-יסוד: הלאום כולו, כפי שנעשה בפסק הדין בעניין חוק-יסוד: הלאום, הכוונות והמניעים של חברי הכנסת הם שעמדו בבסיס ההנמקה של פסק הדין ואפשרו פרשנות "מקיימת", למרות היעדרם של עקרון השוויון ושל הנוסחה שלפיה מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>136</sup>

135 ד"כ 17.7.2018, 947.

136 עניין חוק-יסוד: הלאום, לעיל ה"ש 67, בפס' 39 ו-54 לפסק הדין של הנשיאה חיות. כך למשל כותבת הנשיאה: "כוונת יוזמי הצעת החוק לא הייתה לשנות מן היחס השווה בין מעמדו של המרכיב היהודי בזהותה של המדינה לזה הדמוקרטי [...] גם בדיוני הוועדה המשותפת לא ניתן למצוא תימוכין לכך שכוונת המכונן הייתה להחיל את חוק היסוד באופן אקסטרנה-טריטוריאלי".

התזה המוצגת כאן, ולפיה יש אפשרות ל"שריון חורג" כחלק מתורת השימוש לרעה בסמכות, נועדה לאפשר לבית המשפט העליון להגביל את כוחה של הכנסת בכל הנוגע לקביעת פסקת נוקשות בחוק יסוד שהיא חריגה בנסיבותיה. כל עוד לא נקבעו "כללי ההסדרה" בחוק-יסוד: החקיקה, הכנסת מוסמכת במסגרת סמכותה המכוננת לקבוע פסקאות שריון בחוקי היסוד. אולם, כאמור, סמכות זו מוגבלת. המבחן לבחינת "השימוש לרעה" בהוראת השריון ראוי שייתן את הדעת לסוג חוק היסוד שמבקשים לשריין, למהות השריון (רוב של 61 או גבוה מזה), לנסיבות השריון החוקתי – למשל, אם מדובר בתיקון כללי או אד הוק, המאופייין בפוליטיקה יום-יומית<sup>137</sup> המופעל מייד כדי לשנות את כללי המשחק שלא מאחורי מסך של בערות.<sup>138</sup> ייתכן שהמבחן הדו-שלבי שהוצע בפסיקה האחרונה יחייב פיתוח נוסף כדי להתמודד עם שריון "חורג" של חוק יסוד.

השריון בחוק-יסוד: הלאום דורש רוב של 61 חברי כנסת. דרישת רוב זו כשלעצמה אינה נחשבת חריגה במצב החוקתי בישראל. למרות הנסיבות הבעייתיות סביב חקיקתו של חוק היסוד, ולמרות הקשיים שהתעוררו מבחינת תוכנו – בעיקר בשל מה שאינו נכלל בו – לדעתי אין לומר כי דרישת הרוב של 61 היא [בבחינת שימוש לרעה בכוח השריון].

בדחותו את העתירות נגד חוק-יסוד: הלאום (ברוב של שמונה שופטים נגד דעת החולקת של השופט קרא) הבהיר בית המשפט כי חוק היסוד אינו שולל את אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל ואינו נותן עדיפות לזהות היהודית של ישראל על פני זהותה הדמוקרטית. גם אם לדעת השופטים היה ראוי לכלול בו את עקרון השוויון, חוק היסוד אינו גורע ממעמדו של השוויון כשיטת המשפט; הוא גם אינו פוגע במעמדה של השפה הערבית, אינו שולל זכויות אישיות ממי שמשתייך לקבוצות מיעוט, ואינו מקנה זכויות יתר למי שמשתייך ללאום היהודי.

137 הוטפת סעיף 43 לחוק-יסוד: הממשלה, קרוב מאוד לקריטריונים האלה.

138 בהקשר זה ראו מדינה "גבולות סמכותה", לעיל ה"ש 2; גם יניב רוזנאי קושר בין הליכי החיקון החוקתי לבין הביקורת השיפוטית (Roznai, לעיל ה"ש 70, בעמ' 48):

I claim that these two variables – judicial scrutiny and the amendment process – are mutually reinforcing. Since the spectrum of amendment power is linked to the question of unamendability, the mirror picture of the spectrum of amendment power is the spectrum of intensity of judicial scrutiny and restraint which should be exercised over constitutional amendments.

יש לקוות כי חקיקתו העתידית של חוק-יסוד: החקיקה תפתור את הכשלים שעליהם עמדנו בפרק זה. כפי שכתב אהרן ברק: "קל מידי אצלנו - על פי השקפה זו - להחליף כובע. יש להגביר את המחיצה בין החקיקה הרגילה לכינון החוקתי. יש צורך, איפוא, לשקול שריון פורמלי של כל חוקי-היסוד, תוך קביעת הרוב המיוחס הראוי".<sup>139</sup>

עד אז ראוי שלא להותיר ריק בכל הנוגע לגבולות סמכות השריון שמשמע ממנו שהכנסת כרשות מכוננת אינה מוגבלת כלל בכל הנוגע לשריונם של חוקי היסוד. תורת השימוש לרעה, ובמסגרתה האפשרות להכריז על "שריון חורג", תעניק למחוקק הדרכה באשר לשימוש במסכות השריון ותעניק לבית המשפט עליון כלי נוסף לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד במקרים חריגים במיוחד.



## שער שלישי: סמלים



## סמלי המדינה והקהילה הפוליטית

סעיפים, 2, 8 ו-9 לחוק הלאום

---

גיא לוריא

מבוא

1. משמעותם האזרחית של סמלים וטקסים מדינתיים
2. משמעותן המשפטית של הוראות הסמלים והטקסים בחוק הלאום
3. סמלי המדינה, לא סמלי הקהילה הפוליטית
4. האם נקבעה בלעדיות יהודית-ציונית בסמלי המדינה וטקסיה?
5. דגמים אפשריים של השפעה משפטית
6. עקרונות מוצעים להשפעה המשפטית של הוראות הסמלים

סיכום

פרק זה עוסק בהוראות הסמלים והטקסים בחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום או חוק היסוד): סמלי המדינה (סעיף 2 לחוק היסוד), הלוח הרשמי (סעיף 8), ויום העצמאות וימי הזיכרון (סעיף 9) (להלן: הוראות הסמלים).<sup>1</sup> פרק זה מתחקה במיוחד אחר משמעותן המשפטית של ההוראות האלה.

לכאורה, ההוראות שבהן עוסק הפרק אינן מחדשות דבר. מדובר בהוראות הנוגעות לסמלים ולטקסים יהודיים-ציוניים ותיקים. התנועה הציונית אימצה את הדגל ואת ההמנון, לדוגמה, שנים רבות לפני הקמת המדינה. גם אחרי הקמת המדינה המשיכו הסמלים והטקסים האלה ללוותנו. שמה של המדינה ניתן לה עם הקמתה. מעט אחר כך, לאחר התלבטות, קבעו קברניטי המדינה הצעירה מה יהיו הדגל והסמל שלה.<sup>2</sup> "התקווה" היה המנון המדינה מיום הקמתה.<sup>3</sup> גם הלוח העברי, בצד הלוח הלועזי, שימשו בחוקי המדינה מאז הקמתה. יום השנה להכרזת המדינה נחגג כחג הלאומי של ישראל כבר בשנת 1949,<sup>4</sup> מועדו של יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל התקבע בשנת 1951,<sup>5</sup> וגם יום הזיכרון לשואה ולגבורה התקבע במועדו בשנת 1951.<sup>6</sup> העיגון החוקי של הסמלים האלה איחר לעיתים לבוא,<sup>7</sup> אך גם הוא הושלם לפני שנים. חוק הדגל, הסמל והמנון המדינה מעגן בחוק את דגלה של ישראל ואת סמלה משנת 1949, מ-2004 את המנונה, ובשנת 2016 נוסף לו גם שמה.<sup>8</sup> חוק יום העצמאות מכיר

1 חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ס"ח 2743, 898.

2 אלכסנדר מישורי "לקורותיו של דגל מדינת ישראל" קתדרה 62, 155 (1991); אלכסנדר מישורי "מנורה וענפי זית: קורות עיצובו של סמל מדינת ישראל" קתדרה 46, 169 (1987).

3 התקווה הייתה ההמנון במעמד הכרזת העצמאות ב-1948 ובטקסים חגיגיים בכנסת בשנת 1949 (כבר בשנת 1933 הוכרז בקונגרס הציוני שהיא "ההמנון הלאומי של העם היהודי"). ראו מנשה רבינא "התקווה": מקורו של ההמנון, תולדותיו ותכונותיו בהשוואה להמנונים של אומות אחרות 49, 119 (1968).

4 מעוז עזריהו פולחני מדינה: חגיגות העצמאות והנצחת הנופלים בישראל 1948-1956 24 (1995).

5 שם, בעמ' 142.

6 מעוז עזריהו מיצוב הזיכרון: אסופת מחקרים (א') 87 (2018).

7 לתיאור היסטורי של הסיבות לכך שראשי המדינה בראשית דרכה העדיפו שלא לעגן בחוק סממנים של הזהות היהודית-ישראלית, ראו ניר קידר משפט כחול-לבן: זהות ומשפט בישראל מאה שנים של פולמוס 89 (2017).

8 חוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, תש"ט-1949, ס"ח 8, 37 (להלן: חוק הדגל); השור בג"ץ 5555/18 ח"כ אכרם חסון ואחי' נ' כנסת ישראל פס' 38 לפסק הדין של הנשיאה חיות (אר"ש 8.7.21). (להלן: פרשת חסון). על הסדרה חוקית של שמות של מדינות במבט השוואתי,



חוקית ביום העצמאות כ"חג המדינה",<sup>9</sup> חוק יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל מכיר בתאריך ד' באייר כ"יום זכרון גבורה ללוחמי צבא־הגנה לישראל",<sup>10</sup> וחוק יום הזיכרון לשואה ולגבורה מקדיש את כ"ז בניסן ליום הזיכרון לשואה ולגבורה.<sup>11</sup> השימוש של הרשויות הציבוריות בלוח העברי, ובציודו הלוח הלועזי, מוסדר בחוק השימוש בתאריך העברי.<sup>12</sup>

לנוכח הבסיס הקיים לסמלים אלו, הן בפועל הן בחוק, פרק זה דן בשאלה מהי המשמעות המשפטית של קביעת ההוראות האמורות בחוק הלאום. כפי שמראה הפרק, מדינות משתמשות בטקסים ובסמלים ככלים ליציקת משמעות ותוכן רוחניים לזהות הקולקטיבית שלהן. במילים אחרות, לסמלים תפקיד ביצירתה של האזרחות (באחד ממובניה, זהות אזרחית, כפי שמוסבר להלן), בפיתוחה ובהגדרת גבולותיה. חוקי יסוד הם, בין היתר, החזון או ה"אני מאמין" של המדינה, הוזהות החוקתית שלה. משום כך, סמלי מדינה וטקסי מדינה, במיוחד משעוגנו בחוק יסוד בעל מעמד על־חוקי, הם חלק מהוזהות החוקתית של המדינה ועשויה להיות להם השלכה על פרשנות חוקי היסוד והחוקים האחרים ועל הזכויות הנובעות מהם – לרבות הדרה או הכלה של קבוצות שונות בחברה.

עוד לפני חקיקת חוק הלאום היו רבים שטענו – ואני מסכים עימם – ששריון של הזהות היהודית־ציונית בחוק יסוד בעת הזאת מיותר ומזיק, וכי הוא יביא להקצנת מתחים ולפגיעה בלכידות האזרחית, משום שיש אזרחים רבים בישראל מהמיעוטים הלא־יהודיים או הלא־ציוניים, שסמלים אלו זרים להם.<sup>13</sup> אכן, כפי שאראה בפרק, הבלעדיות של האופי היהודי־ציוני של הסמלים והטקסים שעוגנו בחוק הלאום פוגעת במיעוטים בישראל, והם עלולים לראות את עצמם אזרחים סוג ב', שאין להם חלק במשאבים הציבוריים הסמליים של המדינה. לכן עלינו לשאוף לצמצם, או לאיין, את

Manuel Brunner, *Name of a State*, in Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law (online edition, March 2018)

9 חוק יום העצמאות, תש"ט-1949, ס"ח 5, 10 (להלן: חוק יום העצמאות).

10 חוק יום הזכרון לחללי מערכות ישראל, תשכ"ג-1963, ס"ח 393, 72 (להלן: חוק יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל).

11 חוק יום הזכרון לשואה ולגבורה, תשי"א-1959, ס"ח 280, 112 (להלן: חוק יום הזיכרון לשואה ולגבורה).

12 חוק השימוש בתאריך העברי, תשנ"ח-1998, ס"ח 1682, 312 (להלן: חוק השימוש בתאריך העברי).

13 לדוגמה, ניר קידר האם נכון לעגן את הזהות היהודית במשפט הישראלי? (2015): רות גביזון עיגון חוקתי לחזון המדינה? (המלצות מכוח מינוי שרת המשפטים, 2015).

הפגיעה בשוויון הגלומה בעיגון של סמלי קבוצת הרוב היהודי-ציוני בזהות החוקתית של מדינת ישראל. יש להניח שתכליתן של הוראות אלו בחוק סמלית, ושהוראות הסמלים בחוק הלאום מופנות לרשויות השלטון ולא לאזרחי המדינה, שהם חברי הקהילה הפוליטית – הריבון שיצר את המדינה. נוסף על כך, עלינו לפרש את חוק הלאום כמאפשר למדינה ולרשויות השונות בה לאמץ גם סמלים וטקסים אחרים, כל עוד אין בכך סתירה עם לשון החוק. ולבסוף, אומנם הוראות הסמלים האלה הן מעתה חלק מהזהות החוקתית של המדינה, אולם יש לפרשן כך שהשפעתן המשפטית תהיה בעיקר סמלית. כך תצומצם הפגיעה בשוויון הגלומה בהוראות האלה, ותפגע כמה שפחות בשוויון האזרחי והמשפטי שכל אזרחי ישראל זכאים לו.

1.

## משמעותם האזרחית של סמלים וטקסים מדינתיים

כפי שמסביר פייר בורדייה, טקסים, דגלים וסמלי מדינה הם חלק משפה סמלית שנועדה לגבש תפיסת מציאות, שלפיה יש ממשות לדברים המיוצגים בטקסים, בדגלים ובסמלים האלה,<sup>14</sup> בין שמדובר בייצוגים הקשורים לקבוצה אתנית או דתית (כגון היהודים), בין בייצוגים הקשורים לאזור גאוגרפי (כגון ארץ ישראל) או לגוף פוליטי (כמו מדינת ישראל), הם מבססים את הגבולות הגאוגרפיים והזהותיים שבין ה"אנחנו" לבין ה"הם". סמלים וטקסים הם חלק מאידאולוגיה שהיא למעשה "מערכת תרבותית", כפי שכינה זאת קליפורד גירץ, מערכת שבה אידאולוגיות הן "מטפורות" ו"רעיונות מסדרים" ה"נותנות משמעות למצבים חברתיים".<sup>15</sup> ואכן, מבחינה היסטורית, סמלי מדינה, דגלים, טקסי זיכרון וכדומה היו אמצעים רבי עוצמה לביסוס הלגיטימציה של המדינה המודרנית במערב, ובמיוחד נעשה בהם שימוש כדי לתת לגיטימציה לכוחה הכופה של המדינה וכדי לתת משמעות רוחנית לזהות הקולקטיבית של קבוצות חברתיות המזדהות עימה.<sup>16</sup> כך גם בישראל, סמלי המדינה, ימי חגה וימי הזיכרון שלה הם חלק משפה סמלית המשמשת, כך נטען, דת אזרחית (או תרבות אזרחית) לביצור הלגיטימציה של המדינה ומוסדות השלטון שלה ולהנכחתם.<sup>17</sup>

PIERRE BOURDIEU, CE QUE PARLER VEUT DIRE 135-136 (1982) 14

Clifford Geertz, *Ideology as a Cultural System*, in THE INTERPRETATION OF CULTURES 193-233 (1973) 15

COLETTE BEAUNE, NAISSANCE DE LA NATION FRANCE (1985) 16 לודגמה,

17 עזריהו, לעיל ה"ש 4; גד ברזילי "סמלים (Symbols) במשפט: איסור גידול חזיר כמשל "משפט וממשל יא 600, 603 (תשס"ח). שפה סמלית כזאת היא גם בסיס חשוב ללגיטימציה של הרשות השופטת. ראו ליאור ברשק "בית המשפט והדת האזרחית" המשפט ה 35 (תשס"א); אלעד

מדינות, בהיותן "קהילות מדומיינות",<sup>18</sup> משתמשות בטקסים ובסמלים כדי לצקת משמעות ותוכן רוחניים לזהות הקולקטיבית שלהן או של הקבוצות החברתיות המזדהות עימן.<sup>19</sup> במילים אחרות, לטקסים, לדגלים ולסמלים תפקיד ביצירתה של האזרחות, במובן של זהות קולקטיבית, ובפיתוחה.<sup>20</sup> אדרבה, פיתוח זהות אזרחית באמצעות סמלים וטקסים ששימשו לגיבוש הקהילה הפוליטית המדומיינת קדם למדינת הלאום המודרנית,<sup>21</sup> בלי קשר לוויכוח השורר בין היסטוריונים בשאלה אם אפשר לדבר על לאומיות בתקופה הטרנס-מודרנית.<sup>22</sup> על רקע זה אני סבור שגם להוראות ביחס לסמלים בחוק הלאום, בדיוק כמו לסמלים עצמם שהקדימו את ההוראות האלה (הדגל, הסמל, ההמנון, יום העצמאות וכו'), יש תפקיד חברתי של מתן לגיטימציה וממשות למדינה ולחוקיה. באמצעות הוראות אלו בחוק הלאום המדינה מנסה לרתום את הסמלים והטקסים שקדמו לחוק לגיבוש הסולידריות

ליסון "דת אזרחית ותיאולוגיה פוליטית: על מעמד המקודש של שלטון החוק ושל בית המשפט העליון בישראל" **עלי משפט** יד 33 (2018); גיא לוריא ויאיר שגיא "טקס הצהרת האמונים של השופטים בישראל: היסטוריה, תיאולוגיה וסוציולוגיה אירגונית" **מחקרי משפט** לג (2) 491 (2022).

18 בהשאלה מ־Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (2006)

19 על טקסים כאמצעים לביסוס זיכרון וזהות קולקטיביים, ראו לדוגמה ורד ויניצקי־סרוסי "מי היינו, מי אנחנו: הסיפור הרשמי" בין האני לאנחנו: הבניית זהויות וזהות ישראל 17-19 (עזמי בשארה עורך 1999). ראו גם את המקורות המוזכרים לעיל בה"ש 17. על תפקיד ההמנון הלאומי בגיבוש הזהות הקולקטיבית במדינת הלאום המודרנית, ראו Manuel Brunner, *National Anthem*, in Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law (online edition, May 2018)

20 למונחים מגוונים של "אזרחות", ובהם זהות קולקטיבית, ראו Christian Joppke, *Transformation of Citizenship: Status, Rights, Identity*, 11 *Citizenship Studies* 37 (2007); Rogers M. Smith, *Modern Citizenship*, in *Handbook of Citizenship Studies* 105 (Engin F. Isin & Bryan S. Turner eds., 2002); Will Kymlicka & Wayne Norman, *Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory*, 104 *Ethics* 352 (1994)

21 לדוגמה לזהות אזרחית טרום-מודרנית ולסקירת ספרות המחקר בנושא, ראו Guy Lurie, *Citizenship in Late Medieval Champagne: The Towns of Châlons, Reims, and Troyes (1417 - circa 1435)*, 38 (3) *French Historical Studies* 365 (2015)

22 היסטוריונים של הלאומיות חלוקים בין מי שרואים בלאומיות תופעה מודרנית (כגון אנדרסון, הובסבאום וגלנר) לבין מי שרואים בלאום קטגוריה רלוונטית גם בתקופות טרום-מודרניות (כגון סמיח', הסטינגס וקמפ). ראו Anderson, *Imagined Communities* (1991); Barry J. Kemp, *Ancient Egypt: Anatomy of a Civilization* (2006); Anthony D. Smith, *Myths and Memories of the Nation* (1999); Adrian Hastings, *The Construction of Nationhood: Ethnicity, Religion and Nationalism* (1997); Eric John Hobsbawm, *Nations and Nationalism since 1780: Programme, Myth, Reality* (1990); Ernest Gellner, *Nations and Nationalism* (1983)

והזהות האזרחית של תושביה ופיתוחה, כחלק מהדת האזרחית או התרבות האזרחית שלה.<sup>23</sup>

טקסי מדינה וסמליה יכולים לשמש להכללה של קבוצות באוכלוסייה בזהות האזרחית המדינית, אך בה במידה הם יכולים לשמש להדרה. בתקופת מלחמת מאה השנים בין צרפת לאנגליה, לדוגמה, פיתח הכתר הצרפתי והנכיח סמלים וטקסים מלכותיים רשמיים וקשר אותם לסמלים פופולריים של "האומה הצרפתית", בין היתר, בניסיון להדק את אחיזתו באוכלוסיית צרפת – שהייתה בחלקה בשליטת מלך אנגליה.<sup>24</sup> כך, טקסי זיכרון לזכר הנופלים וטקסים לזכר ניצחונות במלחמה החלו להיות נפוצים יותר ויותר, ועודדו תחושת נאמנות לכתר הצרפתי והקרבה אישית למענו, וגם הזהרות של קהילות מקומיות עם ממלכת צרפת.<sup>25</sup> אולם, כאמור, לימי זיכרון רשמיים לזכר נופלים יכול להיות גם ממד מדיר, שבמסגרתו מוצגים יחסי הכוחות בחברה והגדרת גבולותיה. מעוז עזריהו מדגים זאת היטב במחקרו על טקסי הנצחה של חללי מלחמת העצמאות בישראל הצעירה. כפי שהוא מסביר: "לפולחן הנופלים היו תפקידים ברורים בהגדרת היחסים בין קבוצות ומגזרים שונים בחברה הישראלית". הנצחת חללי מלחמת העצמאות הדישה, לדעתו, את "ההגמוניה הפוליטית-החברתית של היישוב הוותיק", שהעולים החדשים שהגיעו לאחר המלחמה נותרו מחוצה לה. העולים החדשים אומנם לא היו חלק מההגמוניה הפוליטית, לפי טענה זו, אך הם נכללו ברטוריקה הפולחנית של הטקסים, והיו מבחינה "פורמלית חלק אינטגרלי מהעם הזוכר והמנצח". לא כך היו הדברים ביחס לאזרחיה הערבים של מדינת ישראל, שהיו במסגרת הפולחן הזה "האויב".<sup>26</sup>

במילים אחרות, אם נחזור למסגרת המושגית של בורדייה, טקסי מדינה וסמלי מדינה מציגים לעין כול את מערכות היחסים החברתיות, לרבות הגבולות בין

23 השו עזריהו, לעיל ה"ש 4, Cass R. Sunstein & Edna Ullmann-Margalit, *Solidarity Goods*, 9 THE JOURNAL OF POLITICAL PHILOSOPHY 129, 144 (2001)

24 Beaufort, לעיל ה"ש 16, בעמ' 74-55, PETER SHERVEY LEWIS, LATER MEDIEVAL FRANCE; THE POLITY 59-77 (1968); BERNARD GUENÉE & FRANÇOISE LEHOX, eds., LES ENTRÉES ROYALES FRANÇAISES 7-30 (1968); Nicole Pons, *La propagande de guerre française avant l'apparition de Jeanne d'Arc*, 2 JOURNAL DES SAVANTS 191 (1982); Nicloe Pons, *De la renommée du royaume à l'honneur de la France*, 24 MÉDIEVALES 101 (1993); JACQUES KRYNEN, L'EMPIRE DU ROI: IDÉES ET CROYANCES POLITIQUES EN FRANCE XIII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> SIÈCLE 336 (1993)

25 Beaufort, לעיל ה"ש 16, בעמ' 182-175, Philippe Contamine, Mourir pour la patrie, in LES LIEUX DE MÉMOIRE: LA NATION vol. 3, 11-43 (Pierre Nora, ed., 1986)

26 עזריהו, לעיל ה"ש 4, בעמ' 114-113.

הקבוצות החברתיות ויחסי הכוחות ביניהן.<sup>27</sup> חשוב לחזור בהקשר הזה למושג האזרחות, שהסמלים והטקסים המדינתיים יכולים להמחיש את גבולותיה. בהקשר הזה חיוני להגדיר שלושה מושגים שונים של אזרחות מבין כל המושגים הנדונים בספרות המחקר על אזרחות כיום.<sup>28</sup> כבר הזכרנו את האזרחות כמובן של זהות אזרחית, אך מלבדה לאזרחות גם מובן פוליטי ומובן משפטי.<sup>29</sup> במובן הפוליטי, אזרחות היא חברות בקהילה עצמאית המאפשרת השתתפות בשלטון בה. במובן המשפטי, אזרחות היא מעמד המקנה זכויות. אומנם היום אנחנו מניחים מנקודת מוצא דמוקרטית, שהאזרחות הפוליטית והאזרחות המשפטית חופפות ומוקנות לכל האזרחים באופן שוויוני ואוניברסלי, אולם היסטורית לא כך היו הדברים. בתקופת הרנסנס באירופה, לדוגמה, ניתנה אזרחות פוליטית לעילית מצומצמת (למשל, במסגרת הערים האיטלקיות).<sup>30</sup> אזרחות משפטית ניתנה לעיתים לחלקים גדולים יותר בחברה, אך הגדרתה הייתה כלכלית, והיא עדיין הדירה במכוון חלקים נרחבים באוכלוסייה. לעומת זאת, במהלך הרנסנס החלה להתרחב האזרחות במובן של זהות, ויחידות ההתייחסות הפוליטיות, שעיינו דרשו הוגים הומניסטיים יותר ויותר הזדהות, לדוגמה, במסגרת מה שקרוי היום רפובליקניזם קלסי, החלו לעיתים לגדול.<sup>31</sup>

בעשורים האחרונים אנחנו עדיין עדים לתהליכים מכילים ומדירים של המובנים השונים של האזרחות. אף שכיום יש לעיתים נטייה לזהות את האזרחות במובן של זהות עם לאומיות, נסיגתה של מדינת הלאום, קיומם של מיעוטים אתניים והמגוון התרבותי המאפיין את המדינה המודרנית מאתגרים מאוד את התפיסה הזאת.<sup>32</sup> כפי שמסביר מישל רוזנפלד, האידיאל הליברלי אינו רואה קושי בהפיכתן

27 Pierre Bourdieu, *Language and Symbolic Power* 186 (1992). לפיתוח הטיעון הזה ביחס לטקסי הצהרות האמונים של השופטים, ראו לוריא ושגיא, לעיל ה"ש 17.

28 למושגים נוספים, ראו: Gianfranco Poggi, *Citizens and the State: Retrospect and Prospect*, in *STATES AND CITIZENS: HISTORY, THEORY, PROSPECTS* 39–48 (Quentin Skinner & Bo Stråth eds., 2003)

29 ראו לעיל ה"ש 20.

30 וגם מאוחר יותר, במאה התשע עשרה, דמוקרטיה עדיין הדירו אנשים נטולי רכוש (ממעמד הפועלים), ורק במהלך המאה העשרים הפסיקו הדמוקרטיה המערביות להדיר נשים מהאזרחות הפוליטית המלאה.

31 Guy Lurie, *Citizenship, Renaissance*, in *ENCYCLOPEDIA OF RENAISSANCE PHILOSOPHY* 31 (Marco Sgarbi ed., online edition, 2018)

32 Kymlicka & Norman, לעיל ה"ש 20, בעמ' 370–377; Joppke, לעיל ה"ש 20; Linda Bosniak, *The Citizen and the Alien: Dilemmas of Contemporary Membership* 3–9 (2006)

של האזרחות הפוליטית והמשפטית לשוויוניות ואוניברסליות, אבל השוני התרבותי הרב בתוך מדינות הלאום מאתגר את התפיסה הליברלית של שוויוניות ואוניברסליות של האזרחות במובן של זהות.<sup>33</sup> על רקע זה דן ויל קימליקה במשמעותם האזרחית של סמלי מדינה וטקסי מדינה. המדינה הליברלית, לדעתו, מניחה בטעות שאין הצדקה להתערב בסוגיות הזהות האתנית והתרבותית של אזרחיה. אולם טקסים וסמלים המוקדשים לרוב הלאומי בלבד עשויים להדיר את המיעוטים האתניים מהזהות האזרחית של המדינה ופוגעים בזכויותיהם האזרחיות. ובמילותיו:

ליברלים רבים מאמינים שהאינטרס של העם בחברות תרבותית מוגן מספיק על ידי הזכויות המשותפות של אזרחות, ושצעדים נוספים להגנה על האינטרס הזה אינם לגיטימיים [...] המדינה, בתפיסה זו, לא צריכה להתערב בשוק התרבותי [...] אני חושב שהתפיסה המקובלת הזאת לא רק שגויה, אלא למעשה גם אינה קוהרנטית [...] החלטות ממשלתיות בנוגע לשפות, לגבולות פנימיים, לחגים לאומיים, לסמלי מדינה, כרוכות בהכרח בהכרה, בהתאמה ובתמיכה בצרכים ובזהויות של קבוצות אתניות ולאומיות מסוימות. המדינה אינה יכולה שלא לקדם זהויות תרבותיות מסוימות, וכך לפגוע באחרות.<sup>34</sup>

ניתוח דומה באותו הקשר הציגו אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין:

דגל המדינה, סמלה והמנונה, דברי הפתיחה החגיגיים של חוקתה, החגים וימי הזיכרון הלאומיים, אופיים של הטקסים הממלכתיים ותוכנה של הרטוריקה הרשמית [...] כל אלה, בדרך כלל, אינם ניטרליים כלל, ובמובנים רבים אינם יכולים להיות ניטרליים.<sup>35</sup>

כפי שהסביר מישל רוזנפלד באותו הקשר:

במקרים מסוימים, לדוגמה כאשר שפת הרוב הלאומי היא השפה הרשמית היחידה [...] גם אם כולם זוכים לאותן זכויות אזרחיות,

33 MICHEL ROSENFELD, THE IDENTITY OF THE CONSTITUTIONAL SUBJECT 225 (2010)

34 WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 107-108 (1995) (כל החרגומים שלי).

35 אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין ישראל ומשפחת העמים - מדינת לאום יהודית וזכויות האדם 289 (2003).

פוליטיות, חברתיות וכלכליות, בני המיעוט הלאומי עשויים לראות את עצמם אזרחים מדרגה שנייה.<sup>36</sup>

בניסוח אחר, סמלים רשמיים של המדינה הם משאבים או נכסים ציבוריים.<sup>37</sup> כשם שהמדינה עלולה להפלות לרעה מיעוטים בהקצאת המשאבים הציבוריים הממשיים שלה (כגון קרקעות מדינה), כך היא עלולה להפלות אותם לרעה בהקצאת המשאבים הסמליים שלה (כגון דגל המדינה והשפה הרשמית), ולפגוע בשוויון האזרחי.<sup>38</sup> הפליה אפשרית זו – ותפיסת הלגיטימיות שלה – קשורות למתח בין היותה של ישראל "מדינת הלאום של העם היהודי",<sup>39</sup> לבין היותה "מדינת כל אזרחיה", הרואה בסמלים מכונני זהות משותפת המתחרה בזהות הלאומית הקדם-מדינתית. ייתכן שלנוכח האתגרים האלה עלתה וצמחה מחדש בעשורים האחרונים התעניינות בתפיסה של רפובליקניזם קלסי כזהות אזרחית ושותפות אזרחית אקטיבית – לאו דווקא אתנית.<sup>40</sup>

במילים אחרות, הסמלים המדינתיים והטקסים המדינתיים עשויים להכיל קבוצות אחדות ולהדיר קבוצות אחרות. במיוחד אם הם כלולים בחוקה (או בהקשר הישראלי – בחוק יסוד), במסגרת הפרק העוסק ב"חזון המדינה" או בערכי היסוד של החברה,<sup>41</sup> הסמלים והטקסים האלה הם חלק ממה שמכונה בשנים האחרונות "זהות חוקתית".<sup>42</sup> כפי שמסביר גארי ג'קובסון, ל"עמוד הראשון של החוקה" – לרכיבים הזהותיים של החוקה – יש השלכה על המשפט החוקתי של המדינה. הוא

36 Rosenfeld, לעיל ה"ש 33, בעמ' 228.

37 לאפיון סמל המדינה כ"נכס בלתי מוחשי" של המדינה, ראו תב"כ 28/22 שילוני נ' בנימין נתניהו (נבו 16.9.2019).

38 לניתוח מעין זה בישראל, ראו יוסף ג'בארין חוקה שוויונית לכל? על חוקה וזכויות קולקטיביות של האזרחים הערבים בישראל (2006); חזקי שוהם נעשה לנו חג: חגים ותרבות אזרחית בישראל 204 (2014).

39 סעיף 1(ב) לחוק הלאום.

40 JOHN GREVILLE AGARD POCOCK, THE MACHIAVELLIAN MOMENT: FLORENTINE POLITICAL THOUGHT AND THE ATLANTIC REPUBLICAN TRADITION (1975) 2003

41 לחלקים אלו בחוקות מודרניות, ראו לדוגמה רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 34 (תשנ"ז); גביון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 34.

42 להגדרת שונות של המונח הזה ולסקירת ספרות בנושא, ראו Monika Polzin, *Constitutional Identity as a Constructed Reality and a Restless Soul*, 18 (7) GERMAN LAW JOURNAL 1595 (2017)

משפיע על הפרשנות החוקתית של בתי המשפט ועל הזכויות לפי החוקה.<sup>43</sup> כלומר, בהקשר שלנו, סמלי מדינה וטקסי מדינה בעלי תוכן של זהות לאומית מסוימת הם חלק מהמשפט החוקתי של המדינה, ועשויה להיות להם השלכה על פרשנות החוקה והחוקים, ועל הזכויות שלפיהם – לרבות הדרה או הכלה של קבוצות שונות בחברה.

אם ננסח זאת באמצעות מובניה השונים של האזרחות: לאזרחות במובן של זהות השפעה על האזרחות במובן המשפטי שלה. כלומר, הזהות החוקתית של מדינת ישראל, הנקבעת, בין היתר, באמצעות הגדרת חוק היסוד בדבר סמלי המדינה וטקסיה,<sup>44</sup> משפיעה על הזהות האזרחית של אזרחי ישראל בשלושת מובניה: היא משפיעה על האזרחות במובן של זהות (התפיסה מיהם האנשים המשתייכים לקהילה הפוליטית שכוונה את המדינה), היא משפיעה על האזרחות במובן הפוליטי (מיהם האנשים השותפים בפועל בממשל), והיא משפיעה על האזרחות במובן המשפטי (מיהם הנהנים ממלוא הזכויות המשפטיות הבאות עם האזרחות).<sup>45</sup>

האם לגיטימי מבחינה דמוקרטית שסמליהן הרשמיים של מדינות ישקפו את סמליה של קבוצה אתנית אחת בלבד? בשאלה זו הובעו כמה עמדות. כאמור לעיל, יש הרואים בהיעדר הניטרליות של סמלי מדינת האום פרקטיקה בלתי נמנעת, ולמעשה, בחוקותיהן של מדינות דמוקרטיות רבות אכן מעוגנים רק סמלים של קבוצת הרוב האתני.<sup>46</sup> אסף מלאך, לדוגמה, טען שבהקשר הישראלי הזהות אזרחית חייבת להיות על בסיס אתני-תרבותי: "הזהדות עם הזהות היהודית", והוא ביסס זאת, בין היתר, על הטיעון של אזרחות רפובליקנית-קהילתנית.<sup>47</sup> לעומתו, אני מסכים עם יפתח אלעזר ונתן מיליקובסקי הגורסים שזהות אזרחית "אתנו-רפובליקנית" כזאת, המבוססת רק על הזהות היהודית-ציונית, אינה מתיישבת עם אידיאל החירות השווה של האזרחות, גם בניסוח הרפובליקני שלו.<sup>48</sup> מכל מקום, לדעתי קשה לסתור את הטיעון שפרקטיקה זו, קרי עיגונם של סמלי הרוב בחוקה כחלק מהזהות החוקתית

GARY JEFFREY JACOBSON, CONSTITUTIONAL IDENTITY 302 (2010) 43

44 ראו פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס' 39 לפסק הדין של הנשיאה חיות ("חוק-יסוד: הלאום הוא פרק בחוקה העתידית של מדינת ישראל, אשר נועד לרכז את ההיבטים הנוגעים לאופייה כמדינה יהודית").

45 השוו Rosenfeld, לעיל ה"ש 33, בעמ' 19.

46 יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה"ש 35, בעמ' 289-304; חגי ויניצקי ושאל שארף הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (2017).

47 אסף מלאך "תקפות הטיעונים בזכות מדינת הלאום במקרה הישראלי" משפט, מיעוט וסכסוך לאומי 123, 136 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים) (2017).

48 Yiftah Elazar & Natan Milikowsky, *Ethnicizing the Republic: The Strange Career of the Concept of Republican Citizenship in Israel*, 24 (6)



של המדינה, פוגעת בשותפותם של המיעוטים באזרחות כמובן של זהות (ועל פי התפיסה שהסמלים הם נכסים בלתי מוחשיים של המדינה, פרקטיקה זו פוגעת בשוויון ומפלה את המיעוטים בהקצאת המשאבים הסמליים של המדינה<sup>49</sup>). מנקודת מבט דמוקרטית-ליברלית, המקדשת ערכים של שוויון ואוניברסליות באזרחות במדינה, האתגר הוא לצמצם את ההשפעה הזאת רק לגדר האזרחות כמובן של זהות, ולמנוע את התפשטותה לאזרחות הפוליטית והמשפטית.

תוצאה זו רצויה, לדעתי, גם מנקודת המבט של מי שמצדיקים את בלעדיות הרוב על הסמלים מבחינת הזהות האזרחית. גם אם לשיטתם יש הצדקה לפגוע בשוויון האזרחי כמובן הזהותי – וכן להימנע מהענקת זכויות קבוצתיות למיעוטים – בכל זאת שאיפתם תהיה למנוע את פגיעתם של הסמלים בשוויון האזרחי. גם בראייתם, חוק הלאום הוא "חידוד הצהרתי" של הזהות היהודית של המדינה, והוא "אינו פוגע בזכויותיהם של מיעוטים במדינה, אשר זכאים לכל הזכויות האזרחיות באופן מוחלט"<sup>50</sup>. כפי שהגדיר זאת ח"כ ניסן סלומינסקי בעת דיון בכנסת על חוק הלאום:

יש הבדל בין שוויון לאומי לשוויון חברתי. בחוק הזה בחלק אחד, כשמדובר על החלק הלאומי, אין שוויון. [...] אני לא חושב שיש משהו מאתנו [...] שחושב שלא צריך להיות שוויון בין כולם, בין כל האזרחים בזכויות ובחובות [...] מבחינת החוק צריך להיות שוויון בין כולם בזכויות ובחובות, אבל לא שוויון לאומי.<sup>51</sup>

נקודת המוצא של פרק זה היא אפוא שהשאיפה צריכה להיות לצמצם או לאיין את הפגיעה בשוויון הגלומה בעיגון של סמלי קבוצת הרוב בזהות החוקתית של המדינה. לדעתי, נקודת המוצא הזאת עולה גם מגישתו הפרשנית של בית המשפט העליון, הן כאשר גרס כי אופיו של חוק הלאום הוא בעיקרו הצהרתי ועניינו המאפיינים הזהותיים של המדינה ולא זכויות אופרטיביות של אזרחי המדינה,<sup>52</sup> הן כאשר גרס

CITIZENSHIP STUDIES 789 (2020). הטעון האתנו-רפובליקני אינו חדש. לסקירה של הספרות העוסקת בטיעון זה, ראו שם.

49 ג'בארין, לעיל ה"ש 38.

50 ויניצקי ושארף, לעיל ה"ש 46, בעמ' 52-53.

51 פרוטוקול ישיבה 4 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20, 28-29 (23.10.2017).

52 פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס' 47 לפסק הדין של הנשיאה חיות; ע"א 1604/19 מדינת ישראל נ' פלוגית פס' 5 לפסק הדין של השופט עמית (אר"ש 26.1.2021).

שיש לפרש את חוק הלאום פרשנות שאין בה סתירה בין מאפייני הזהות היהודית לבין אופייה הדמוקרטי של המדינה,<sup>53</sup> והן כאשר הנחיל בעבר גישה המפרשת בצמצום חקיקה המגבילה זכויות יסוד.<sup>54</sup>

.2

## משמעותן המשפטית של הוראות הסמלים והטקסים בחוק הלאום

מהן אפוא המשמעויות המשפטיות של הוראות הסמלים והטקסים בחוק הלאום? כאמור לעיל, השימוש בסמלים האלה ודרכי קיום הטקסים כבר מוסדרים היום בכמה וכמה דברי חקיקה ובהקשרים מגוונים, כגון חוק הדגל, הסמל והמנון המדינה; חוק השימוש בתאריך העברי; חוק יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל, ועוד. פסיקת בתי המשפט פירשה את הוראות החוקים האלה הרבה לפני שחוקק חוק הלאום. לדוגמה, בית המשפט העליון דן בשאלת התקיימות יסודות העבירה הקבועה בסעיף 5 לחוק הדגל, האוסרת פגיעה בכבוד דגל המדינה, ובשאלה מתי רשאי יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת לפסול תעמולת בחירות העוברת על איסור זה (או תעמולת בחירות המבזה את המנון המדינה) – שנים לפני חקיקת חוק הלאום.<sup>55</sup> מהי אפוא משמעותה של חקיקת הוראות הסמלים בחוק הלאום מבחינת המצב המשפטי? מה נשתנה?

שני מאפיינים של הוראות הסמלים והטקסים יכולים להביא לשינוי המצב המשפטי בישראל: התוכן שלהן ומעמדן הנורמטיבי כהוראות בחוק יסוד. תוכן ההוראות, אם הוא שונה מנוסח החוקים הקיימים שקדמו להן, עשוי להשפיע על הדין הנוהג. אולם מעבר לכך, גם אם תוכן ההוראות זהה לחקיקה הקודמת בדבר סמלי המדינה וטקסיה, עצם העלאתן של ההוראות האלה לרמה חוקתית משפיעה על המצב החוקי בישראל. שני הנושאים האלה שלובים זה בזה, אך אתחיל בסקירת ההשפעות האפשריות על המצב החוקי בעקבות תוכן של ההוראות.


53 פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס" 40 ו-45 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

54 ראו לדוגמה רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות פ"ד נ(2) 549 (1996) (להלן: פרשת איזקסון).

55 בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 פ"ד נ(1) 750 (2003).

כדי להעריך את השפעת תוכן ההוראות על המצב המשפטי בישראל יש להתחיל בהעמדת לשון הוראות הסמלים והטקסים בהשוואה להוראות החוקים הרלוונטיים שנחקקו בעבר.

**לוח 1: השוואה בין החוקים הקודמים לחוק היסוד**

חוק יסוד: הלאום	החוקים הקודמים
שם המדינה הוא "ישראל".	"שם המדינה" - פירושו השם "ישראל" כפי שמועצת העם הכריזה עליו ביום ה' באייר התש"ח (14 במאי 1948) כעל שם המדינה. (סעיף 1(ד) לחוק הדגל)
דגל המדינה הוא לבן, שני פסי תכלת סמוך לשוליו, ומגן דוד תכול במרכזו.	"דגל המדינה" - פירושו הדגל שמועצת המדינה הזמנית הכריזה עליו ביום כ"ה בתשרי תש"ט (28 באוקטובר 1948) כעל דגל מדינת ישראל, או דגל, בכל גודל שהוא, שדמותו כדמות הדגל האמור, וכולל כל דבר שיש בו דמות דגל המדינה. (סעיף 1(א) לחוק הדגל)
	מועצת המדינה הזמנית מכריזה בזה כי דגל מדינת ישראל הוא כמצויר וכמתואר להלן. [...] הדגל - 220 ס"מ ארכו, 160 ס"מ רחבו. הרקע - לבן ועליו שני פסי תכלת כהה, 25 ס"מ רוחב הפס, נטויים לכל ארכו של הדגל מצלע אל צלע. [...] בין שני פסי התכלת ובמרחק שווה משניהם - מגן דוד עשוי ששה פסי תכלת. [...] (הכרזת מועצת המדינה הזמנית על דגל ישראל)
סמל המדינה הוא מנורת שבעת הקנים, עלי זית בשני צדדיה, והמילה "ישראל" למרגלותיה.	"סמל המדינה" - פירושו הסמל שמועצת המדינה הזמנית הכריזה עליו ביום י"א בשבט תש"ט (10 בפברואר 1949) כעל סמל מדינת ישראל. (סעיף 1(ב) לחוק הדגל)
	מועצת המדינה הזמנית מכריזה ומודיעה כי סמל מדינת ישראל הוא כמצויר בזה:
	
	(הכרזת מועצת המדינה הזמנית על סמל המדינה)
המנון המדינה הוא "התקווה".	"המנון המדינה" - השיר "התקווה" בנוסח המובא בחוספת. (סעיף 1(ג) לחוק הדגל)
פרטים לעניין סמלי המדינה ייקבעו בחוק.	



חוקי-יסוד: הלאום	החוקים הקודמים
<p>הלוח העברי הוא לוח רשמי של המדינה ולצדו ישמש הלוח הלועזי כלוח רשמי;</p>	<p>התאריך העברי יצוין בכל מכתב רשמי בשפה העברית הנשלח על ידי רשות ציבורית, ובכל הודעה רשמית לציבור בשפה העברית המתפרסמת מטעמה. (סעיף 2 לחוק השימוש בתאריך העברי)</p> <p>התאריך הלועזי יצוין נוסף על התאריך העברי. (סעיף 3 לחוק השימוש בתאריך העברי)</p> <p>"שנה" ו-"חודש" – לפי הלוח הגריגוריאני, ואם צויינה תחילת תקופתם או סופה לפי הלוח העברי בלבד לפי הלוח העברי; (סעיף 3 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981)</p>
<p>השימוש בלוח העברי ובלוח הלועזי ייקבע בחוק.</p>	
<p>יום העצמאות הוא יום החג הלאומי הרשמי של המדינה.</p>	<p>הכנסת מכריזה בזה על יום ה' באייר כעל "יום העצמאות" שיוחג מדי שנה בשנה כחג המדינה. (סעיף 1א) לחוק יום העצמאות)</p>
<p>יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל ויום הזיכרון לשואה ולגבורה הם ימי זיכרון רשמיים של המדינה.</p>	<p>ד' באייר הוא יום זכרון גבורה ללוחמי צבא-הגנה לישראל שנתנו נפשם על הבטחת קיומה של מדינת ישראל וללוחמי מערכות ישראל שנפלו למען תקומת ישראל, להתייחדות עם זכרם ולהעלאת מעשי גבורתם. (סעיף 1א) לחוק יום הזיכרון למערכי מערכות ישראל)</p> <p>כ"ז בניסן הוא יום הזכרון לשואה ולגבורה, מוקדש, מדי שנה בשנה, להתייחדות עם זכר השואה שהמיטו הנאצים ועוזריהם על העם היהודי ועם זכר מעשי הגבורה ומעשי המרד בימים ההם. [...] (סעיף 1 לחוק יום הזיכרון לשואה ולגבורה)</p>

כפי שאפשר לראות מלוח 1, בהשוואה לחוקים שקדמו לחוק היסוד, פרטים אחדים בנוסח הוראות הסמלים נדמים כשינויים של הדין. בראש ובראשונה, הלוח העברי, שהשימוש בו כבר הוסדר בעבר בחוק, הוכרז בחוק היסוד בפעם הראשונה כלוח רשמי של המדינה. נוסף על כך, בחוק יום העצמאות מדובר ב"חג המדינה", ואילו בהוראות החדשות בחוק הלאום מכונה יום העצמאות "יום החג הלאומי הרשמי של המדינה". ישנם גם שינויים נוספים, כגון הפירוט המועט יחסית בתיאור סמל המדינה בחוק היסוד, המאפשר גמישות בהגדרתו בחוק רגיל.

שינוי מהותי יותר מאלה, שאינו נובע מהגדרת הסמלים, הוא אולי המובן ביותר מאיליו – הוראות הסמלים הועברו מדרגת חוק גרידא ועוגנו בחוק הלאום, שהוא

חוק יסוד עם הוראת שריון, כלומר נהפכו לנוקשות.<sup>56</sup> הן עברו מגדרי הדיון הפוליטי הרגיל למעמד חוקתי על-חוקי, וכך יהיה קשה יותר לשנותן. וכאמור, מכוח מעמד זה עשויות להיות להן גם השפעות רחבות היקף יותר על המשפט הישראלי ועל הזהות הישראלית. בטרם נעבור להשפעות הנרחבות העשויות להיות להוראות הסמלים על המשפט הישראלי, אבקש להדגיש שתי נקודות. הנקודה הראשונה נוגעת למשמעות המונחים "סמל המדינה", "דגל המדינה", "לוח רשמי של המדינה" וכו' – בדגש על הכוונה בשיוך הסמלים והטקסים האלה למדינה, במיוחד בחוק יסוד, ולא דווקא בחוק רגיל, כפי שהיה עד כה. הנקודה השנייה נוגעת לשינוי הנובע במשולב מתוכן הוראות הסמלים ומהעברתן למעמד של חוק יסוד: סוגיית הפיכת האופי היהודי בסמלי המדינה וטקסיה ממרכיב עיקרי או המרכיב המרכזי בהם, למרכיב הבלעדי. ארחיב מעט בשתי הנקודות האלה.

הוראות הסמלים והטקסים בחוק הלאום אינן מחדשות, עיקרון זה היה ברור כבר מהחוקים הקודמים בנושא: הסמלים והטקסים המצויינים בחוק הלאום הם סמלים וטקסיים רשמיים של המדינה. הם משמשים לייצוג ממשותה וריבונותה של

### 3. סמלי המדינה, לא סמלי הקהילה הפוליטית

המדינה, למשל, ביחסים עם מדינות אחרות ובארגונים בינלאומיים. חוק הלאום מעלה את העיקרון הזה לרמה נורמטיבית גבוהה יותר, לחוק יסוד. מה משמעותו של שיוך הסמלים והטקסים האלה למדינה בחוק יסוד דווקא? עוד לפני חקיקת חוק הלאום היה ברור שהסמלים האלה שייכים למדינה, ובמקרים מסוימים להפרת תנאי השימוש בהם על ידי מי מן הציבור עשויות להיות השלכות חוקיות. לדוגמה, לפי חוק הדגל, אין לייצר דבר ובו סמל המדינה אלא על פי רישיון או כתב היתר של שר הפנים, ושימוש בסמל המדינה "שיש בו כדי לפגוע בכבודו" הוא עבירה פלילית.<sup>57</sup> דוגמה נוספת: מכיוון שראה בסמל המדינה "נכס בלתי מוחשי" של המדינה, פסק יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת כי שימוש בו במסגרת תעמולת בחירות יהיה הפרה של סעיף 2א לחוק הבחירות (דרכי תעמולה), האוסר לעשות שימוש בתעמולת בחירות בנכסי ציבור, מוחשיים או בלתי מוחשיים (וזאת, בלא הסתמכות על חוק הלאום אלא על חוקים שקדמו לו).<sup>58</sup> בכל זה – חוק היסוד אינו מחדש.

56 סעיף 11 לחוק היסוד.

57 סעיפים 3-5 לחוק הדגל.

58 פרשת שילוני, לעיל ה"ש 37.

אולם עם העלאת הוראות הסמלים למעמד על-חוקי, למעמד חוק יסוד, עלינו לשים לב לשתי הבחנות חשובות. ראשית, כפי שכבר הובהר לעיל, הכנסת העלתה את הסמלים והטקסים האמורים למעמד נורמטיבי חוקתי, ובכך עיגנה אותם בזהות החוקתית של המדינה. למעמד חוקתי זה עשויות להיות, כאמור לעיל, השלכות מרחיקות לכת על המצב המשפטי במדינה – ובכך אדון בהמשך.

שנית, חשוב להבהיר למה הכוונה במילה "המדינה". הוראות הסמלים נוקטות שוב ושוב לשון המשייכת את הסמלים והטקסים ל"מדינה" – הם אינם סמלי "העם", "האומה" או כיוצא באלה. כלומר, ההוראות האלה משייכות את הסמלים ל"מדינה" ולא לקהילה הפוליטית שיצרה את המדינה (commonwealth או republic באנגלית, res publica בלטינית). זאת הבחנה חשובה. האזרחים, במונח הפוליטי של המילה, הם הריבון שבשמו חוקקה הכנסת את חוק הלאום. בהקשר של כינון חוק היסוד, מעמדם של האזרחים כריבון שונה מאותם האזרחים עצמם כשהם כפופים לחוק בהיותם נתיניו. עמנואל קאנט הסביר היטב את מעמדם של האזרחים כחברי הקהילה הפוליטית: "כל אחד באומה (nation) אשר כפוף (subject to) לחוקים הוא נתין (a subject) ולכן הוא, עם כל יתר חברי הקהילה הפוליטית (commonwealth) כפוף לזכות האכיפה".<sup>59</sup> מן הצד השני של המטבע, הסביר קאנט, כל אדם (כלומר, אצל קאנט, כל גבר בעל רכוש) "הוא חבר בקהילה הפוליטית (commonwealth) כאזרח, כלומר כמחוקק־שותף".<sup>60</sup>

בחקיקת חוק היסוד פעלה הכנסת כאספה מכוונת ולא כמחוקק רגיל.<sup>61</sup> מנקודת מבט דמוקרטית היא פעלה כמי שפועלת מטעם אזרחי המדינה כדי להסדיר מהן סמכויות המדינה, מהן תכליותיה, כיצד צריכים לנהוג המדינה ורשויות השלטון שלה, ומהן המגבלות שלהן ביחסיהן עם האזרחים.<sup>62</sup> במונח מסוים, משום שבישראל הכנסת מכוונת בחוקי יסוד, בתהליך מתמשך, את החוקה שהיא "פועלת עם היוצרת שלטון",<sup>63</sup> חוק היסוד הזה הוא חלק מהאמנה החברתית היוצרת את המדינה ומגדירה

Immanuel Kant, *On the Proverb: That may be True in Theory, but is of no Practical Use*, in *PERPETUAL PEACE AND OTHER ESSAYS ON POLITICS, HISTORY AND MORALS* 73 (Ted Humphrey trans., 1983)

60 שם, בעמ' 75.

61 לפי דגם הסמכות המכוונת שאימץ הנשיא אהרן ברק בפרשת בנק המזרחי: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 403 (1995).

62 השוו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקי של מדינת ישראל כרך א 53 (2005).

63 הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 61, בעמ' 391.

את המבנה שלה.<sup>64</sup> בהוראות הסמלים קבעה הרשות המכוננת מה יהיו סמליה של המדינה וטקסיה. אולם קביעה זו נוגעת למדינה, לזהות החוקתית שלה, ולא לקהילה הפוליטית של האזרחים שהקימה את המדינה וחוקקה את חוק היסוד באמצעות נציגיה בכנסת. במילים אחרות, מבחינה משפטית, לנוכח הנחות היסוד הדמוקרטיות האלה, יש להניח שהוראות הסמלים מופנות לרשויות השלטון של המדינה, ולא לאזרחי המדינה שחוקקו אותן. לדוגמה, במישור אחר – חוק־יסוד: הכנסת קובע בסעיף 4 כי הבחירות לכנסת תהיינה חשאיות. כלומר, רשויות המדינה מחויבות להבטיח שהפרט יוכל להצביע הצבעה חשאית. אולם הוראה זו מחייבת את המדינה, ולא את הפרט, הרשאי לגלות למי הצביע.

המסקנה שהוראות הסמלים מופנות למדינה ולא לאזרחים משליכה על דגם השפעתן המשפטית של הוראות אלו, שאליו אפנה להלן, חלק 6. אולם לפני כן, בחלק 4, אפנה לסוגיית הבלעדיות היהודית־ציונית בסמלי המדינה וטקסיה. למסקנה שהוראות הסמלים מופנות למדינה ולא לאזרחים תהיה השלכה גם על הפרשנות החוקתית שאני סבור שיש לפרש את הבלעדיות הזאת.

עם ההבנה שהוראות הסמלים מופנות לרשויות השלטון במדינה, מתבהרת קביעה עקרונית נוספת בחוק היסוד. הוראות הסמלים קובעות שכאשר המדינה מבקשת להשתמש בסמל, בדגל, בהמנון, בחג לאומי או בלוח שנה – אלו הם סמליה וטקסיה, ובהם עליה להשתמש. הם המייצגים את ריבונותה

של המדינה, לדוגמה, במגעים עם מדינות אחרות או בארגונים בינלאומיים. ובעניין הסמלים ולוח השנה: חוק היסוד מצווה על המדינה להסדיר את השימוש בהם לפי חוק.

נזכיר: כמעט כל הסמלים והטקסים המפורטים בהוראות הסמלים והטקסים בחוק הלאום הם בעלי אופי יהודי־ציוני (מלבד לוח השנה הלועזי). אחת המסקנות שאפשר להסיק מנוסח הוראות הסמלים ומהעלאתן למעמד של חוק יסוד היא שכוונת המחוקק הייתה לקבוע שהסמלים הציוניים־יהודיים הם – ורק הם – הסמלים והטקסים המהווים חלק רשמי ומוכר בזהות החוקתית של המדינה. כוונה זו עולה מנוסח החוק. השימוש בה"א הידיעה בחלק מהסמלים והטקסים (דגל "המדינה",

#### 4. האם נקבעה בלעדיות יהודית־ציונית בסמלי המדינה וטקסיה?

סמל "המדינה", יום העצמאות כ"יום החג הלאומי הרשמי" מעיד על כך. מלבד נוסח ההוראות האלה עצמן, גם נוסח יתר הוראות חוק הלאום (לדוגמה, סעיף 1(ג) המבהיר שמימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית בישראל "ייחודי" לעם היהודי), שם חוק היסוד וכותרות ההוראות ("סמלי המדינה"), מבהירים את הכוונה לקבוע שהאופי היהודי הוא הבלעדי בסמלי המדינה המוכרים רשמית, ושרק הם חלק מהזהות החוקתית של המדינה.

מעניין לשים לב שבסעיף הנוגע ליום העצמאות נעשה שימוש בה"א הידיעה כדי לקבוע שהוא, ורק הוא, הוא יום החג הלאומי של המדינה, אבל לא כך הוא בניסוח הסעיפים הנוגעים לשני ימי הזיכרון המוזכרים בחוק. כלומר, המדינה רשאית לציין ימי זיכרון רשמיים נוספים. נוסף על כך, לא נעשה שימוש בה"א הידיעה גם בניסוח הסעיף הנוגע ללוח העברי (הביטוי הוא "לוח רשמי" ולא "הלוח הרשמי"), וגם הובהר במפורש שלצידו "ישמש הלוח הלועזי כלוח רשמי". כלומר, הייחודיות היהודית-צינונית אינה נשמרת בהכרח בעניין הלוח הרשמי של המדינה ובעניין ימי הזיכרון שלה (שלא כמו בסמלים אחרים, לדוגמה, בהמנון המדינה).

אם כן, בעיקרו של דבר, על פניו חוק הלאום מעניק אופי יהודי בלעדי לזהותה החוקתית של המדינה – לכל הפחות בכל האמור בסמליה וטקסיה. הכרעה זו עומדת בניגוד לפסיקה קודמת של בית המשפט העליון בנושא, שבאה לידי ביטוי אגב דיון בשימוש בקרקעות מדינה או אגב הדיון במניעת השתתפותם של מועמדים בבחירות לכנסת. במקרים האלה הדגיש בית המשפט העליון שהאופי היהודי של סמלי המדינה הוא "מרכיב מרכזי" או "עיקרי" בהם, להבדיל ממרכיב בלעדי.<sup>65</sup> כוונת המחוקק לשנות באמצעות חוק הלאום את המצב המשפטי, שהשתמע מפסיקת בית המשפט העליון, נדונה במפורש בדיוני הכנסת שקדמו לחקיקת חוק הלאום. מהדיונים האלה ברור שהמחוקק התכוון שהוראות הסמלים והטקסים יתפכו את האופי היהודי מ"מרכיב מרכזי" או "עיקרי" בסמלי המדינה ובהותה החוקתית, כאמור בפסיקת בית המשפט העליון, ל"מרכיב בלעדי" בהם.<sup>66</sup> ח"כ יוסף ג'בארין, למשל, ביקר בדיון בוועדה את נוסח הוראות הסמלים והטקסים:

65 בג"ץ 6698/95 עאדל קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נד(1) 258, 281 (2000) (להלן: בג"ץ קעדאן); א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ אחמד טיבי פ"ד נד(4) 1, 22 (2003) (להלן: בג"ץ קעדאן).

66 ראו פרוטוקול 4, לעיל ה"ש 51.



בג"ץ אמר באופן מפורש שעיקר חגייה וסמליה משקפים, זאת אומרת, שבג"ץ הבחין בין עיקר הסמלים לבין, באופן אקסקלוסיבי, כל הסמלים. [...] כשאומרים "עיקר סמליה" בפסיקה של בג"ץ ואתה מסתכל על הניסוח שמוגש כאן, אין שום התייחסות למי שאינו יהודי במדינה הזאת, ואני מתייחס כמובן בעיקר לציבור הערבי [...] אתה בא עם איזה נוסח, שלא רק שהוא מתייחס באופן בלעדי רק לקולקטיב היהודי ולנרטיב הלאומי שלו, אלא גם אין שום יחס לקבוצת המיעוט. יתר על כן, קבוצת המיעוט גם אינה יכולה להזדהות עם הסמלים הללו, לא יכולים להיות חלק מהם. [...] הסמלים של המדינה צריכים להתייחס באופן שוויוני לכלל האזרחים, אחרת הם סמלים שמדירים, הם סמלים שמפלים את האזרחים הערבים. תפעילו קצת חוכמה, לא עמדה פוליטית. מה אתם אומרים לאזרחים הערבים? לא אכפת לנו שלא תהיו חלק מהקולקטיב במדינה הזאת? אתם אאוט, אתם לא שווים, אתם לא חלק? [...] גם מבחינה משפטית דמוקרטית מערך הסמלים של המדינה, הדגל שלה, ההמנון שלה, הם חלק מהמשאבים הציבוריים שצריכים להיות לכלל האזרחים. זה לא משהו שהוא רק ליהודים. למה רק ליהודים?<sup>67</sup>

לכך ענו לו חברי כנסת אחרים במפורש – כן, זאת הכוונה: לשנות את המצב המשפטי העולה מפסיקת בית המשפט העליון ולקבוע בלעדיות יהודית בסמליה וטקסיה של המדינה המעוגנים בחוק היסוד. כך, לדוגמה, השיב ח"כ אבי דיכטר:

אומרים לך בצורה הכי ברורה שישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי. [...] המדינה הזאת קובעת את סמליה [...] לפי החלטות של הכנסת. ומה שאמרת קודם, סליחה שאני מתפרץ, הרי חוק היסוד הזה נועד להכתיב לבית המשפט לקבוע הלכות על-פי החוק, ולא קובעים חוק לפי הלכות בית המשפט העליון. [...] זו הסיבה שהחוק הזה עולה למעלה כחוק יסוד והוא רוצה להעלות את נושא הסמלים למעלת חוק יסוד.<sup>68</sup>

וכך ענה לח"כ ג'בארין ח"כ סלומינסקי, בדברים שחלקם צוטט כבר לעיל:

67 שם, בעמ' 23-25.

68 שם, בעמ' 24-25.

אני רוצה לומר לחבריי שאני חושב שיש הבדל בין שוויון לאומי לשוויון חברתי. בחוק הזה בחלק אחד, כשמדובר על החלק הלאומי, אין שוויון. הכוונה שזו מדינת הלאום היהודית, נקודה. נכון, אנחנו מכירים בזה שיש מיעוטים, אבל זו מדינת הלאום היהודית, נקודה. אין שוויון.<sup>69</sup>

כוונת המחוקק הייתה אפוא לקבוע בלעדיות לאופי היהודי בסמליה ובטקסיה של המדינה שהם חלק מזהותה החוקתית הבאה לידי ביטוי בחוק היסוד, ובכך לשנות את המצב המשפטי שהשתמע מאמירות של בית המשפט העליון, שהאופי היהודי הזה הוא מרכזי אך לאו דווקא בלעדי.

יש לומר, עוד לפני חקיקת חוק הלאום נטען כי בניגוד לאמירות בפסיקת בית המשפט העליון נתנה החקיקה בישראל בפועל בלעדיות לאופי היהודי בסמלי המדינה.<sup>70</sup> כפי שראינו, תוכנן של הוראות הסמלים והטקסים לא הוסיף רבות על החקיקה הקיימת, שכבר התייחסה בלעדית אך ורק לסמלים ולטקסים יהודיים וציוניים. השפעתן המדירה של הוראות הסמלים בהקשר הזה היא מתוקף העלאתן למעמד נורמטיבי של חוק יסוד, אולם עוד לפני כן הדירה החקיקה בישראל את המיעוטים שבה מסמלי המדינה ומטקסיה.

בבואנו לבחון את כוונת המחוקק יש לעמוד גם על כוונתו האובייקטיבית, העולה גם מהמחויבות לערכיה של מדינת ישראל בהיותה מדינה יהודית ודמוקרטית. האם קביעת בלעדיות לזהות היהודית בסמלי המדינה, שהם חלק מזהותה החוקתית, מתיישבת עם אופייה הדמוקרטי של המדינה? אומנם, כאמור לעיל, מבחינה השוואתית מדינות דמוקרטיות רבות, גם כאלה המצהירות על מחויבותן לערכים ליברליים של חירות ושוויון אזרחיים אוניברסליים, מעניקות בלעדיות בחוקתן לקבוצה לאומית אחת בכל האמור בה בסמלי המדינה וטקסיה.<sup>71</sup> כפי שפסק בעבר בית המשפט העליון, אין סתירה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין מתן שוויון גמור לכל אזרחיה.<sup>72</sup> אולם כפי שהבהירו קימליקה ורוזנפלד, כאמור, היעדר הניטרליות

69 שם, בעמ' 28.

70 אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו (1) 241, 293 (2002).

71 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 62, בעמ' 326; יעקובסון ורובינשטיין, לעיל ה"ש 35, בעמ' 289-304.

72 בג"ץ קעדאן, לעיל ה"ש 65; פרשת איזקסון, לעיל ה"ש 54, בעמ' 549. השוו קידר, לעיל ה"ש 7, בעמ' 144.

בסמלי המדינה פוגע במיעוטים, והם עלולים לראות את עצמם כאזרחים סוג ב'. כך גם בישראל: הבלעדיות היהודית של סמלי המדינה פוגעת באזרחים הערבים.<sup>73</sup> היא מדירה אותם מהמשאבים הסמליים של המדינה, ולפי טענתו של ח"כ ג'בארין גם סוללת את הדרך להפליה במשאבים החומריים וביתר הזכויות.<sup>74</sup> בהקשר של חוק הלאום נטען גם שהדרה זו עשויה לסתור את מחויבותיה של ישראל, מכוח המשפט הבינלאומי, לכבד את זכויותיו הקבוצתיות של המיעוט הערבי כמיעוט מולדת.<sup>75</sup>

לדעתי, היות שהוראות הסמלים והטקסים בחוק הלאום מתייחסות בלעדית לרוב היהודי-ציוני, מוצדק לטעון שהחוק תורם להדרה של המיעוטים בישראל ולפגיעה בשוויון האזרחי. הבלעדיות שניתנה לאופי היהודי-ציוני בסמלי המדינה המוגנים ומעוגנים בחוק היסוד מדירה את המיעוט הערבי בישראל, וגם מיעוטים לא ציוניים אחרים, מסמלי המדינה, וכך מגדילה את הפער בין היקף האזרחות הפוליטית לבין היקף האזרחות הזוהרית בישראל. באמצעות הוראות הסמלים והטקסים, מיעוטים שאינם יהודיים-ציוניים מוצאים ממסגרת הקולקטיב האזרחי בישראל. הדרה זו בעייתית במיוחד כאשר היא מצטרפת להפליה בהקצאת משאבים חומריים ולהדרה של חלק מהמיעוטים בישראל, ובמיוחד המיעוט הערבי, ממלוא היקף האזרחות הפוליטית בישראל, לנוכח הייצוג החסר של מיעוט זה במוקדי קבלת ההחלטות בממשלה ובשירות הציבורי. הדרת המיעוטים שאינם יהודיים-ציוניים באמצעות הוראות הסמלים והטקסים בעייתית מנקודת מבט דמוקרטית-ליברלית, ולכן יש להעניק להוראות אלו, לדעתי, פרשנות חוקתית מצמצמת – כפי שאפרט מיד.

חשוב לשים לב: ההדרה הזאת בהוראות הסמלים והטקסים התקבלה בכנסת בניגוד לאפשרויות אחרות שעמדו בפניה. ראשית, הכנסת הייתה מודעת לסכנות ולבעייתיות שבעצם עיגון הסמלים והטקסים האלה בחוק יסוד על רקע חוסר הקונצנזוס עליהם, ובמיוחד הקצנת המתחים והפגיעה בלכידות האזרחית הגלומות במהלך הזה.<sup>76</sup> שנית, גם אם ביקשה לעגן בחוק יסוד את סמלי המדינה, הייתה הכנסת יכולה לתת ביטוי בסמלי המדינה ובטקסיה גם למיעוטים שבה (לדוגמה, לכתוב את שם המדינה

73 רוח גביזון "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה" תכלת 13, 50, 58 (2002).

74 ג'בארין, לעיל ה"ש 38, בעמ' 40.

75 העתירה בבג"ץ 5866/18 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' הכנסת 21 (7.8.2018); פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס' 50-52 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

76 ראו קידר, לעיל ה"ש 13; גביזון, לעיל ה"ש 13.

בסמל המדינה גם בערבית, מתחת לכיתוב בעברית),<sup>77</sup> והיה אפשר לחשוב על דרכים אחרות להכללה של המיעוטים בישראל במסגרת הזהות האזרחית (כגון פיתוח סמלים ישראלים, להבדיל מיהודיים, לדוגמה חג שיוכל לאגד יהודים וערבים).<sup>78</sup>

מכל מקום, כפי שהבהרתי לעיל, לדעתי מנקודת מבט דמוקרטית-ליברלית, שאיפתנו צריכה להיות לצמצם או לאיין את הפגיעה בשוויון הגלומה בהדרת המיעוטים בהוראות הסמלים. עלינו לפרש את הוראות הסמלים פרשנות המאפשרת ליישב בין הבלעדיות היהודית שבהן לבין ערך הדמוקרטיה ועקרון השוויון.<sup>79</sup> במיוחד עלינו לפרש את הבלעדיות היהודית בהוראות הסמלים פירוש שאינו מצדיק פגיעה בזכויות יסוד ובעקרון השוויון. כפי שסיכם חיים כהן את היחס בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית: "חפיפת הערכים שאמרנו, היא הנותנת שבדרך כלל לא יצטרכו ערכים יהודיים להתנגש עם ערכים דימוקרטיים; אך בשעת התנגשות ביניהם צריכה יד הדימוקרטיה להיות תמיד על העליונה".<sup>80</sup> אני סבור שלדבריו יש משנה תוקף במקרה של הוראות הסמלים – בלי קשר לדיון הכללי ביחס בין הערכים היהודיים לבין הערכים הדמוקרטיים<sup>81</sup> – משום שהן עוסקות בסמלים ובטקסים ואינן עוסקות בעקרונות או בערכים כלליים.

משום כך אני סבור שמבחינת הפרשנות החוקתית של חוק הלאום, יש להעדיף פרשנות המאפשרת פלורליזם בסמלים שנעשה בהם שימוש במדינה – עד כמה שהדברים מתיישבים עם לשון החוק. (שאלה נפרדת, שאינני עוסק בה בפרק זה, כדי שלא לפרוץ את מסגרת הדיון, היא אם העיגון הבלעדי של הסמלים היהודיים

77 דוגמאות נוספות: הוספת המנון נוסף (או בית נוסף להמנון) או כיבוד סמלים של המיעוט הערבי. ראו לדוגמה גביזון, לעיל ה"ש 73, בעמ' 84.

78 שוהם, לעיל ה"ש 38, בעמ' 211. השוו להצעות לפתח רכיבים מכלילים של זהות לאומית ישראלית אצל מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 363-365 (2008). ראו גם מנחם מאוטנר "משבר הרפובליקניות בישראל" משפט ועסקים יד - משפט ואדם 559 (2012).

79 בהקשר של חוק הלאום, השוו פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס' 40-41 לפסק הדין של הנשיאה חיות; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 36 (1997): "ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ירדו כרוכים יחד. שניהם עקרונות חוקתיים. לשניהם מעמד חוקתי. [...] יש לעשות כל מאמץ פרשני להבטחת סינתזה והתאמה בין השניים".

80 חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית - עיונים בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט ספר היובל 9, 24 (1993).

81 על היחס בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית נכתב רבות. לסיכום מעודכן של גישות שונות ומתחרות בסוגייה זו, ראו שחר ליפשיץ ואורי אהרונסון "הקדמה: 'יהודית ודמוקרטית' כמתודולוגיה" תרבות דמוקרטית 19, 9 (2020).

בחוק היסוד סותר את ליבת הגדרתה של ישראל כמדינה דמוקרטית.<sup>82</sup> עתירה בדבר חוקתיות חוק הלאום נדחתה על ידי בית המשפט העליון.<sup>83</sup> במה דברים אמורים? אומנם מבחינת הזהות החוקתית של המדינה, לכל הפחות הזהות הבאה לידי ביטוי בחוק היסוד, הסמלים והטקסים הם בעלי אופי יהודי-ציוני. אולם אזרחי המדינה חופשיים לאמץ לעצמם סמלים אחרים לצידם. קביעת חוק הלאום מחייבת כאמור את המדינה, לא את האזרחים בהיותם חברי הקהילה הפוליטית – הריבון. לדוגמה, קהילות רשאיות לקבוע לעצמן דגלים וסמלים, כגון דגל הגאווה ומצעד הגאווה. נוסף על כך, גם במסגרת המדינה רשויות למיניהן רשאיות לאמץ לעצמן סמלים למיניהם בכפוף להוראות החוק, בלא שהדבר ייחשב סותר את חוק הלאום. חוק הלאום קובע רשימת סמלים סגורה של המדינה, אבל בכל זאת מאפשר שיהיו סמלים נוספים במדינה. כמו כן, לא נקבע בחוק הלאום שאין לאמץ סמלים וטקסים אחרים מאלו המוזכרים בו ובעלי אופי אחר. לנוכח אופייה הדמוקרטי של ישראל, יש לפרש את חוק הלאום כמאפשר למדינה ולרשויות השונות בה לאמץ גם סמלים אחרים, ככל שאין בכך סתירה עם לשון החוק. המדינה רשאית, כאמור, לציין ימי זיכרון נוספים שאינם מתיישבים בהכרח עם הנרטיב היהודי-ציוני; רשות מקומית חופשייה לאמץ לעצמה סמל המייצג את זהותם של תושביה (בדיוק כשם שצה"ל רשאי להחזיק בסמליו, ויחידות בו יכולות לאמץ סמלים שאינם מוכרים בחוק הלאום).<sup>84</sup> במילים אחרות, הסמלים והטקסים הקבועים בהוראות הסמלים בחוק היסוד אינם מוציאים מכלל אפשרות אימוץ של סמלים וטקסים אחרים במדינה, שאופיים לא יהיה בהכרח יהודי-ציוני.

הבהרנו אפוא שהוראות הסמלים בחוק הלאום משייכות את הסמלים והטקסים המפורטים בהן למדינה, וקובעות שסמלים וטקסים יהודיים-ציוניים אלו הם – ורק הם – סמלי וטקסי המדינה המעוגנים

## 5. דגמים אפשריים של השפעה משפטית

82 לסוגיה זו באופן כללי, ראו לדוגמה בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (אר"ש 6.9.2017); Yaniv Roznai, Unconstitutional Constitutional Amendments (2017).

83 פרשת חסון, לעיל ה"ש 8.

84 אם רשויות למיניהן (כגון רשויות מקומיות ומשרדי ממשלה) לא יוכלו להמשיך לעשות זאת, לא יהיה אפשר ליישב את הוראות חוק הלאום עם הוראות חוק הגנת הסמלים, המסמך רשויות שונות לאמץ לעצמן סמלים, בתנאים הקבועים בחוק. ראו חוק הגנת סמלים, תשל"ה-1974, ס"ח 751, בעמ' 22.

בחוק היסוד, בכפוף לחריגים שהצבעתי עליהם לעיל. מהי ההשפעה המשפטית של הבלעדיות היהודית-ציונית בסמלים ובטקסים המעוגנים בחוק היסוד על יתר המשפט הנוהג? כזכור, לזהות החוקתית הזאת יכולה להיות השפעה על יתר המשפט החוקתי, וגם על יתר חוקי המדינה ופרשנותם. ארון עתה בחמישה דגמים אפשריים של השפעתם המשפטית של הוראות הסמלים:<sup>85</sup>

(1) הדגם הסמלי;

(2) הדגם הפרשני;

(3) הדגם החוקתי המסמך;

(4) הדגם החוקתי המגביל;

(5) הדגם החוקי.

יודגש, דגמים אלו אינם מוציאים בהכרח אלו את אלו.

## 1. הדגם הסמלי

האם הוראות הסמלים חסרות השלכה משפטית מעשית, ומדובר אך ורק בהצהרה? כפי שפסק בית המשפט העליון, חוק הלאום הוא בעל אופי הצהרתי.<sup>86</sup> בכמה מהדיונים שקדמו לחקיקת חוק הלאום השתמע מפי כמה מהדוברים שלדעתם ההוראות האלה הן החלק ההצהרתי-סמלי של חוק הלאום, ואין להן השפעה מעשית.<sup>87</sup> אכן, אין כל ספק שהמטרה העיקרית של הוראות הסמלים היא חינוכית וסמלית.<sup>88</sup> הן נועדו לחזק את המרכיב היהודי-ציוני בזהותה של המדינה. אולם השאלה היא אם אין להן כל השלכות משפטיות-מעשיות אחרות מעבר לכך.

85 לדגמים דומים, ראו אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" המשפט י"א 79 (תשס"ז). יש לציין שמאמר זה עסק במבוא לחוקה, ולא התמקד בהוראות המסדירות את סמלי המדינה.

86 פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס' 49 לפסק הדין של הנשיאה חיות. כפי שהבהירה הנשיאה חיות, אופי דקלרטיבי זה אינו גורע ממעמדו המשפטי של חוק הלאום כאחד מפרקי חוקתה העתידית של ישראל.

87 ראו לדוגמה את העמדה שהביע ד"ר חגי ויניצקי בעניין הוראת הלוח העברי, שלפיה מדובר בהצהרה דקלרטיבית שאינה אמורה בעצמה להיות בעלת משמעות מעשית, בפרוטוקול 4, לעיל ה"ש 51.

88 פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס' 48 לפסק הדין של הנשיאה חיות ("חוק יסוד: הלאום הוא הצהרתי בעיקרו"). השוו עודד מודריק "מדינה יהודית ודמוקרטית: זכויות אדם ונכסים לאומיים – עקרון השוויון בראי זכויות בני המיעוט הערבי" כתב העת הבינתחומי ללימודי המזרח התיכון 3, 5, 46 (2018): "עיקרו של חוק הלאום בכוחו ההצהרתי, והוראות מעטות מאוד בעלות פועל תחיקתי כלולות בו".

## 2. הדגם הפרשני

אחת ההשפעות המרכזיות האפשריות של הוראות הסמלים היא שמעתה הן חלק מה"אני מאמין" ש"יש לשוות לנגד עינינו בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה".<sup>89</sup> לפי השיטה החוקתית בישראל, חוקי היסוד עשויים להשפיע על פרשנות החקיקה, הן חקיקה חדשה, הן חקיקה שקדמה לחוקי היסוד.<sup>90</sup> במיוחד בעניין חוק הלאום, פסק בית המשפט העליון כי הוא נועד לתת "ביטוי חוקתי קונקרטי לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית".<sup>91</sup> אם כן, האם הוראות הסמלים משנות את פרשנותן של הוראות פליליות ורגולטוריות הקיימות כבר במשפט הישראלי? לדוגמה, האם משמעות הוראות הסמלים היא החמרת הענישה בהפעלת האיסורים הפליליים על ביזוי הדגל והסמלים, או שינוי בשיקולי התביעה בשאלת העמדתו לדין של אדם בגין עבירות אלו?<sup>92</sup> האם יש להתחשב בהוראות הסמלים בהחלטה מה גובה התקציב שאפשר לשלול לפי חוק יסודות התקציב בשל ביזוי הדגל או בשל ציון יום העצמאות כיום אבל?<sup>93</sup>

בתי המשפט כבר החלו לרונן בשאלות מסוג זה בהקשר של חוק הלאום בכלל, אולם עד כה הם נמנעו מהחלה אוטומטית של הוראות חוק הלאום בפרשנותם של חוקים אחרים, ואדרבה – בית המשפט העליון פסק שחוק הלאום לא נועד "לקבוע מסמרות" או לבטל את הצורך באיזון חוקתי בין מרכיבי זהותה של ישראל.<sup>94</sup> כך, לדוגמה, בכמה פסקי דין נמנע בית המשפט העליון בינתיים מהחלה של חוק הלאום באופן שישפיע על פרשנות חוק ההסגרה, תשי"ד-1954.<sup>95</sup> במקרים אחרים נקטו בתי משפט (לא בית המשפט העליון) פרשנות חדשה לחוקים קיימים בעקבות חקיקת חוק הלאום. לדוגמה, כך עשה סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים משה דרורי

89 פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס' 49 לפסק הדין של הנשיאה חיות. השוו ע"ב 1/65 ירדור נ' יורר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית פ"ד יט(3) 365, 386 (1965).

90 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995).

91 פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס' 49 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

92 על שיקול דעת התביעה בעבירה של ביזוי הדגל, ראו בג"ץ 8507/96 תיאודור אורין נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(1) 269 (1997) (להלן: פרשת אורין).

93 סעיף 33(ב) לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, ס"ח 1139, בעמ' 60.

94 פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס' 49 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

95 ע"פ 2490/18 משה ג'ורנו נ' מדינת ישראל (נבו 8.1.2019); ע"פ 9203/18 אלעד גבר נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 14.7.2019); דנ"פ 5212/19 אלעד גבר נ' מדינת ישראל (נבו 24.11.2019); ע"פ 2542/19 ג'רמי ריצ'רד טוויל נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 3.12.2019).

בחיוב פיצויים עונשיים במסגרת תביעת נזיקין בשל פיגוע, מכוח הוראת סעיף 6(א) לחוק הלאום.<sup>96</sup> מכל מקום, טרם נדונו בהקשר הזה הוראות הסמלים.

### 3. הדגם החוקתי המסמיך

האם הוראות הסמלים מחזקות את הלגיטימציה של הכרעות שלטוניות? לדוגמה, אם חקיקה תקבע פרטים חדשים לעניין דרכי השימוש בסמלי המדינה, למשל חובה נרחבת יותר להניף את הדגל מהחובה הקבועה היום בחוק, האם הוראות הסמלים מבססות יותר את תכליתה של החקיקה הזאת גם על חשבון פגיעה בזכויות?<sup>97</sup>

### 4. הדגם החוקתי המגביל

האם הוראות הסמלים מגבילות את רשויות השלטון באפשרויות החקיקה והביצוע שלהן בהקשר של הסמלים והטקסים המעוגנים בחוק היסוד? האם הן מגבילות את האפשרות לשנות, לדוגמה, את חוק הדגל, הסמל והמנון המדינה? האם רשויות השלטון רשאיות לעשות שימוש בסמלים אחרים לצד סמלי המדינה? האם שימוש בסמלים אחרים או היעדר שימוש בסמלי המדינה יפגע בתוקף החוקי של מעשים שלטוניים?

### 5. הדגם החוקי

האם הוראות הסמלים עצמן מטילות חובות ומקנות זכויות לאזרחים ותושבים? לדוגמה, האם מכוח הוראות הסמלים מוטלת חובה ישירה להניף את דגלי המדינה בטקסי יום הזיכרון, שנקבעו בחוק היסוד כטקסים רשמיים של המדינה? האם משפחה שכולה תהיה זכאית לפיצוי מהמדינה או ממנהלי טקס בגין הפרת חובה מסוג זה? ודוגמה אחרת: האם ספורטאים המייצגים את ישראל בתחרויות בינלאומיות חייבים מכוח הוראות הסמלים לשאת על מדיהם את סמל המדינה, והאם הקהל הצופה בתחרות יהיה זכאי לפיצוי מהמדינה או מהוועד האולימפי על הפרת חובה זו? מפסיקת בית המשפט העליון עד כה בקשר לחוק הלאום, לא רק שלא ניכרת החלה אוטומטית של חובות אופרטיביות על המדינה באופן המקנה

96 ת"א (י"ם) 9135/07 משיח דוד נ' הרשות הפלשתינאית (נבו 17.9.2018). השוו ת"א 2287/00 (י"ם) עזבון המנוחה סופי צ'סר ז"ל נ' עבאס מחמוד זיידאן (נבו 4.11.2018); ת"א 15-09-19833 (י"ם) פלוני נ' אחמד מונה (נבו 9.12.2018); ת"א 13-03-36844 (י"ם) פלונית נ' הרשות הפלשתינאית (נבו 17.1.2019).

97 השוו רון תקוה חובת הנפת הדגל הלאומי והצבתו בבניינים ציבוריים: סקירת חקיקה בישראל ובכמה מדינות מערביות (הכנסת, מרכז המחקר והמידע, 3.8.2005).



זכויות לאזרחים, אלא אף ניכרת דחייה של אפשרות זו, כפי שפסקה הנשיאה חיות בפרשת חסון: "חוק היסוד מנוסח בלשון דקלרטיבית ואינו כולל הוראות המקנות זכויות אישיות לפרטים בשל השתייכותם ללאום מסוים".<sup>98</sup> כך, לדוגמה, דחה בית המשפט העליון טענה שיש לחייב את המדינה להשתתף בהוצאות אבטחה של חברת ספנות, מכוח סעיף 6 לחוק הלאום, הקובע שעל המדינה לשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים בצרה וכשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם.<sup>99</sup>

במקום לענות על כל השאלות האמורות, אתווה כמה עקרונות פרשניים, שלאורם אני מציע לענות על השאלות האלה. לדעתי, העקרונות האלה מצמצמים את טווח התשובות האפשריות והדגמים שאפשר להחיל.

## 6. עקרונות מוצעים להשפעה המשפטית של הוראות הסמלים

1. עד כמה שאפשר יש להעדיף את הדגם הסמלי של השפעת הוראות הסמלים. ההדרה הגלומה בהוראות הסמלים מנקודת המבט של האזרחות הדמוקרטית-ליברלית מבססת לדעתי את הגישה הפרשנית שיש לנקוט: לצמצם עד כמה שאפשר את השפעתן הרעה על זכויות המיעוטים בישראל. גישה פרשנית זו מבוססת, למעשה, על גישתו של בית המשפט העליון, שכבר קבע באשר לחוק הלאום שיש לנסות ליישב בין ערכיה של ישראל בהיותה מדינה יהודית לבין ערכיה בהיותה מדינה דמוקרטית, ובכלל זה תחולתו של עקרון השוויון, ולא לראותם כסותרים זה את זה,<sup>100</sup> וכן (בהקשרים אחרים מחוק הלאום) לפרש בצמצום הוראות העשויות לפגוע בזכויות יסוד.<sup>101</sup> גם לפי גישה הטוענת שחוק הלאום שינה את האיזון בין הערכים האלה במשפט החוקתי בישראל, הוא לא נועד לפגוע בזכויות הפרט או בתחולתו של עקרון השוויון.<sup>102</sup> מעבר לכך, במיוחד בהקשר של הוראות הסמלים, שאינן קובעות עקרונות או ערכים כלליים אלא עוסקות בסמלים וטקסים בלבד, יש

98 פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס' 48 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

99 בג"ץ 5042/15 מנו ספנות בע"מ נ' מדינת ישראל (נבו) (3.4.2019).

100 פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס' 40 ו-45 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

101 פרשת חורב, לעיל ה"ש 79. השוו פרשת איזקסון, לעיל ה"ש 54, 549.

102 לדוגמה: אביעד בקשי "האם חוק הלאום שולל את הזכות לשוויון?" ICON-S-IL Blog (21.10.2018); ויניצקי ושארף, לעיל ה"ש 46.

לנקוט פרשנות המנסה להשיג הרמוניה חוקתית שתיישב בין שני ערכי היסוד האלה של ישראל, כמו בין חוק הלאום לבין חוקי היסוד האחרים.<sup>103</sup> משום כך, כאמור לעיל, אין לראות באופי היהודי של הוראות הסמלים הכשר לפגיעה בזכויות יסוד או בעקרונות השוויון.<sup>104</sup> ולכן, ככל האפשר, יש לשאוף להתקרב להחלת הדגם הסמלי.

2. יש להניח שהוראות הסמלים אינן משנות את פרשנותם של חוקים קיימים. שאלת השפעת הוראות הסמלים על הפרשנות של חוקים קיימים מורכבת ותלויה בדין הרלוונטי ובתכליותיו. כשם שבעבר פירשו בתי המשפט חוקים על פי זהותה היהודית של המדינה, לנוכח מרכזיותם של הסמלים היהודיים-ציוניים במדינה והמעמד החוקתי שהאופי היהודי שלה זכה לו,<sup>105</sup> כך ייתכן שיהיה מקום לכך גם בעתיד – הפעם לנוכח בלעדיותם של הסמלים היהודיים-ציוניים בחוק היסוד.

אולם לעצם השינויים שהביא חוק היסוד – העיגון הבלעדי בחוק יסוד של הסמלים היהודיים-ציוניים – צריכה לדעתי להיות השפעה קטנה, מתוך הגישה הפרשנית שהוזכרה לעיל, המנסה ליישב בין חוק הלאום לבין חוקי היסוד האחרים כדי להשיג הרמוניה חוקתית.<sup>106</sup> כל זאת לאור שני העקרונות שהותוו לעיל: ראשית, מן הראוי לצמצם עד כמה שניתן את ההשפעה המדירה של חוק היסוד, מתוקף אופייה הדמוקרטי של המדינה ומעמדו של השוויון האזרחי בה – וכדרך פרשנית ליישב את הבלעדיות היהודית הזאת עם אופייה הדמוקרטי של המדינה פרשנות הרמונית. שנית, השפעת חוק היסוד הזו נועדה בראש ובראשונה להגביל את רשויות המדינה, ועל כן – עד כמה שאפשר – אין לפרשה באופן הפוגע בזכויותיהם של אזרחים. גישה זו מתיישבת, כאמור לעיל, גם עם העמדה שחוק הלאום שינה את האיזון החוקתי בישראל, משום שגם לפי גישה זו אין מטרתו לפגוע בזכויות הפרט או בשוויון האזרחי. אם נשוב לדוגמה שהוזכרה לעיל, לעצם העיגון הבלעדי של

103 השוו מנחם מאוטנר "חוק הלאום, ההסלמה במלחמת התרבות, והצורך בהכרזה על 'תיקון' תרבות דמוקרטית 20 (2020); פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס' 40 לפסק הדין של הנשיאה חיות. לפרשנות חוקתית הרמונית בפירוש של חוק-יסוד: הכנסת, ראו את פסק דינו של השופט ג'ורבאן בבג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (א"ש 12.3.2015). לפרשנות חוקתית המבקשת ליישב סתירות ולראות את ההוראות החוקתיות בחוקי היסוד השונים כמכלול, ראו אהרן ברק "פרשנותם של חוקי-היסוד" משפטים כב 31, 42 (תשנ"ג).

104 השוו פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס' 40 לפסק הדין של הנשיאה חיות; כהן, לעיל ה"ש 80.

105 בג"ץ קעדאן, לעיל ה"ש 65, בעמ' 281.

106 ראו פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס' 49 לפסק הדין של הנשיאה חיות ("חוק יסוד: הלאום לא שינה את הצורך בעריכת איזון מתמיד בין מרכיבי זהותה של המדינה במקרה של התנגשות ביניהם. איזון זה יש לבצע תוך סינתזה והרמוניה").

הסמלים היהודיים-ציוניים בהוראות הסמלים לא צריכה להיות, לדעתי, השפעה על מדיניות התביעה בשאלת העמדתו לדין של אדם בגין עבירה של פגיעה בכבוד דגל המדינה או סמלה,<sup>107</sup> מדיניות זו צריכה להיות מרוסנת לנוכח מעמדו של חופש הביטוי בישראל.<sup>108</sup>

3. הוראות הסמלים אינן מעניקות לגיטימציה רבה יותר מבעבר לפגיעה בזכויות ואינן משנות את האיזונים החוקתיים בין זכויות לבין ערכים אחרים. הזהות היהודית כבר שימשה בעבר להכשרת חקיקה והחלטות מינהליות.<sup>109</sup> אולם אין בעצם העיגון של סמלים יהודיים-ציוניים בחוק היסוד כדי לשנות את האיזון בין ערכים וזכויות.<sup>110</sup> כך, לדוגמה, במישור של הערכת מידת הפגיעה המותרת בזכויות מוגנות באמצעות מבחני המידתיות מכוח סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוראות סמלי המדינה אינן מתירות פגיעה רבה יותר בזכויות. אומנם במסגרת מבחני סעיף 8 האמור, הוראות הסמלים עשויות לבסס את הקביעה שחוק חדש "הולם את ערכיה של מדינת ישראל" ו"נועד לתכלית ראויה", אך זאת כשם שהזהות היהודית של ישראל ביססה זאת גם לפני חוק הלאום. אולם אין להוראות הסמלים השפעה על הבחינה אם הפגיעה בזכויות היא ב"מידה שאינה עולה על הנדרש". זאת, כאמור לעיל, לנוכח שני העקרונות האמורים: השאיפה לצמצם עד כמה שניתן את ההשפעה המדירה של חוק היסוד, והימנעות מפרשנות הפוגעת בזכויותיהם של אזרחים.

4. הוראות הסמלים מגבילות את המחוקק וגם את יתר רשויות השלטון, אך אינן מצדיקות פגיעה בזכויות אזרח. כמקובל במשפט החוקתי בישראל, יש להניח שחוק הלאום הוא בעל מעמד נורמטיבי עדיף על פני חקיקה רגילה, והיא אינה יכולה לסתור אותו. נוסף על כך, הוראת הנוקשות של חוק הלאום, הקבועה בסעיף 11 בו ("אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת"), אינה מאפשרת שינוי של הוראות החוק אלא על פי תנאי ההוראה הזאת. בכל מקרה ומקרה יהיה מקום לבחון אם החקיקה סותרת את הוראות הסמלים בחוק הלאום. גם מעשים שלטוניים אחרים ייבחנו לגופם ויהיו מוגבלים לנוכח הוראות הסמלים.

107 סעיף 5 לחוק הדגל.

108 ראו פרשת אורין, לעיל ה"ש 92. השוו לפסיקה בגרמניה שפירשה בצמצום את ההגנה החוקית של ההמנון הלאומי, לנוכח מעמדו של חופש הביטוי: Brunner, לעיל ה"ש 19, פסי' 28.

109 ראו לדוגמה יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 61 (2010).

110 ראו פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פסי' 49 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

אולם גם בהקשר זה עשויות להתעורר שאלות של פגיעה בזכויות המיעוטים. לדוגמה, האם סמל של רשות מקומית, שקיבל כבר הכרה משר הפנים, עשוי להיות פסול בשל אופי לא יהודי-ציוני? האם עתה שר הפנים אינו רשאי להגן על סמל של רשות מקומית המעגנת סמל בעל אופי שאינו יהודי-ציוני?<sup>111</sup> אני סבור שהתשובה לכך שלילית, משני טעמים עיקריים: ראשית, יש לשים לב שהוראות הסמלים נוגעות אך ורק לסמל, לדגל ולהמנון של המדינה – לא של כל רשויותיה. שנית, כאמור לעיל, מן הראוי לצמצם עד כמה שניתן את ההשפעה המדירה של חוק היסוד, ולפרשו באופן שאינו פוגע בזכויותיהם של האזרחים – וכדי שיתיישב כאמור עם אופייה הדמוקרטי של המדינה. כאמור, החוק מחייב את רשויות המדינה – לא את הקהילה הפוליטית שלה.

5. יש להימנע מהחלה ישירה של הוראות הסמלים על אזרחים ותושבים. לנוכח העקרונות שהותוו לעיל, הוראות הסמלים אינן יכולות להיות התוקף הישיר להטלת חובות על אזרחים ותושבים או למתן זכויות.<sup>112</sup> לכך נועדו החוקים המוזכרים בהוראות הסמלים – לפרט את הסדריהן ואת דרכי השימוש וההסדרה של הסמלים והטקסים.

## סיכום

אני בעצמי חש הזדהות עמוקה עם הסמלים והטקסים המעוגנים בחוק הלאום. הם חלק מהזהות האישית שלי ומההיסטוריה האישית והמשפחתית שלי. עד היום אני זוכר את התחושות שחשתי, לדוגמה, כשהשתתפתי באחד מטקסי יום הזיכרון במוצב בדרום לבנון, שעות לפני שעמדתי לצאת לפעילות מבצעית. השתתפות בטקס יום זיכרון בנסיבות האלה חיזק בי תחושות של הזדהות ושליחות. הן פיעמו בי אז – כמו גם עתה. אולם העיגון החוקתי של הסמלים והטקסים האלה בחוק הלאום מעורר בעיות לא פשוטות בראייה דמוקרטית. הדרך שבה נעשה העיגון החוקתי הזה, קרי הבלעדיות שניתנה בחוק הלאום לזהות היהודית-ציונית מדירה מיעוטים שאינם משתייכים לקבוצת הרוב היהודי-ציוני בישראל. לצערי, הם עלולים לחוש אזרחים בלתי רצויים במדינתם. האתגר המשפטי העומד בפנינו הוא למצוא דרך לצמצם עד כמה שניתן את פגיעתן של ההוראות האלה במעמד האזרחי של המיעוטים בישראל. אי-אפשר להימלט כליל מהפגיעה הזאת. ההוראות האלה הן חלק מהזהות החוקתית של המדינה, ולכן תהיה להן השפעה על יתר הדין. אולם עד

111 ראו חוק הגנת סמלים, תשל"ה-1974, ס"ח 751, 22.

112 ראו פרשת חסון, לעיל ה"ש 8, פס' 48 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

כמה שניתן, יש לפרש את הדין באופן שאינו מדיר את המיעוטים בעקבות אימוץ ההוראות האלה.

ברוח זו הצעתי בפרק זה כמה עקרונות פרשניים להוראות הסמלים בחוק הלאום. ראשית, אני מציע לקרוא את הוראות הסמלים כמאפשרות לאמץ גם סמלים וטקסים אחרים מלבד סמלי המדינה וטקסיה המעוגנים בחוק הלאום. שנית, אומנם הוראות הסמלים הן חלק מהזהות החוקתית של המדינה, אולם בפרשנות המשפטית יש להעדיף שההשפעה המשפטית של ההוראות האלה במשפט הישראלי תהיה סמלית בעיקרה: יש להניח שהוראות הסמלים אינן משנות את פרשנותם של חוקים קיימים; הוראות הסמלים אינן מעניקות לגיטימציה רבה יותר מבעבר לפגיעה בזכויות ואינן משנות את האיזונים החוקתיים בין זכויות לבין ערכים אחרים; אומנם הוראות הסמלים מגבילות את המחוקק, כמו את יתר רשויות השלטון, אך הגבלה זו אינה מצדיקה פגיעה בזכויות אזרח; יש להימנע מהחלה ישירה של הוראות הסמלים על אזרחים ותושבים. מעל לכול, עלינו לשאוף לצמצם בפרשנות המשפטית את ההשפעה המדירה של הוראות הסמלים, ולהימנע מפרשנות הפוגעת בזכויותיהם של אזרחים.



# ירושלים, דיבורים סביב לה

---

יעל רונן

מבוא

1. ירושלים בירת ישראל: מהצהרת כנסת לחוק יסוד משוריין  
הצהרת הכנסת, 1950-1948  
החלת הריבונות במזרח ירושלים, 1967  
חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, 1980  
חוק-יסוד: הלאום, 2018
2. "ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל": פרשנות  
המונחים בסעיף 3 לחוק-יסוד: הלאום  
"ירושלים השלמה והמאוחדת"  
"בירת ישראל"  
סיכום

סעיף 3 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק-יסוד: הלאום) קובע ש"ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל".

סעיף זה הוא הפעם השלישית שהכנסת מכריזה שירושלים היא בירתה של מדינת ישראל, ונוסחו של הסעיף זהה לנוסחו של סעיף 1 בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (להלן: חוק-יסוד: ירושלים). מדוע מצא המחוקק לנכון להכריז שלוש פעמים על ירושלים כבירה? ומה שטחה של "ירושלים" שההכרזות האלה מתייחסות אליה? האם הכוונה לעיר העתיקה, לשטחה של העיר המנדטורית, לשטח השיפוט של עיריית ירושלים, או אולי מעבר לכך? חלקו הראשון של הפרק מתאר את הרקע הפוליטי לשלוש ההכרזות של הכנסת בדבר היותה של ירושלים בירת המדינה, וחלקו השני מוקדש להבהרת משמעותם של המונחים המופיעים בסעיף.

1.

## ירושלים בירת ישראל: הצהרת כנסת לחוק יסוד משוריין

יוזמות חקיקה לקביעת מעמדה של ירושלים כבירה עלו פעמים רבות במהלך השנים, אף לאחר שמעמד זה כבר עוגן במשפט הישראלי. שלוש מיוזמות אלו הביאו לפעולה פורמלית של הכנסת: הצהרה ב־1950 ושני חוקי יסוד, ב־1980 וב־2018. המשותף

ליוזמות השונות הוא שמעולם לא היה ספק שירושלים היא הבירה של ישראל, אך ככולן נכרך מעמדה של העיר בסוגיה שהייתה ועודנה במחלוקת פוליטית עזה, בינלאומית ופנים-מדינתית, והיא – ריבונותה של ישראל בשטח. היוזמות השונות ניסו לבצר עמדות מסוימות בנושאים אלו. כך התגלגלה קביעה בעלת תוקף הצהרתי בלבד מהחלטת כנסת שאינה מחייבת מבחינה משפטית, להוראה בחוק יסוד שהוראותיו משוריינות. לעומת זאת, הסדרים קונקרטיים בעלי השלכות משפטיות ישירות בעניין ירושלים נקבעו בחקיקת משנה. חלק זה מתחקה אחר השתלשלות העניינים שהביאה לכך.

בשני העשורים שקדמו לקום המדינה עוצבה מדיניותה של ההנהגה הציונית על ידי ההערכה שהמשך קיומו של היישוב היהודי מותנה בריבונות מדינית לפחות בחלק מארץ ישראל, ובמיוחד

הצהרת הכנסת,  
1950-1948

\* כותרת הפרק לקוחה מדבריו של חבר הכנסת אורי אבנרי (מחנה שלי), ד"כ 15.7.1980, 3683.



בירושלים. ב-1937, אגב התכנסותה של ועדת פיל (שחקרה את הסיבות למרד הערבי שפרץ ב-1936) והצעתה לחלק את ארץ ישראל בין שתי מדינות, הגיעה הנהגת התנועה הציונית למסקנה שהתביעה לריבונות בכל ארץ ישראל לא תזכה לתמיכה בינלאומית. לפיכך היא הציעה חלוקה של ירושלים: חלקה המערבי של העיר, שבו אין מקומות קדושים, יהיה בירתה של מדינה יהודית, ואילו חלקה המזרחי של העיר, לרבות העיר העתיקה והמקומות הקדושים, ייוותר בשליטה בריטית.<sup>1</sup> ב-1947, כאשר התברר שאין תמיכה בינלאומית בריבונות יהודית, ולו בחלק מהעיר, השלימה ההנהגה הציונית עם כך שבנאום העיר הוא תנאי הכרחי לתמיכה בהקמת מדינה יהודית.<sup>2</sup> אך לאחר מלחמת העצמאות, כאשר השליטה בעיר נחלקה בפועל בין ישראל לבין ירדן, נסוגה ממשלת ישראל מההסכמה לבנאום העיר.<sup>3</sup>

ישראל ניסתה להחזיק בחבל משתי קצותיו: מהצד האחד, היא לא ויתרה על שאיפות הריבונות בשטח שהיווה את פלשתינה-א"י המנדטורית כולה, ובמסגרת זו בירושלים, ובראש ובראשונה בעיר העתיקה. משום כך היא נמנעה מלהסתמך על החלטת החלוקה, ואף הכריזה שלנוכח תוצאות המלחמה, החלטה זו מבוטלת ככל הנוגע לירושלים.<sup>4</sup> תחת זאת הסתמכה ישראל במידה מסוימת על החזקתה בפועל בחלקה המערבי של העיר ישראל כדי לבסס את טענתה לריבונות. מהצד האחר התנגדה ישראל לטענת ירדן לריבונות בחלקה המזרחי של העיר, אף שטענה זו הסתמכה גם היא על החזקה בפועל. לנוכח המתח בין עמדות אלו נמנעה ממשלת ישראל מנקיטת עמדה פומבית ברורה בעניין ירושלים,<sup>5</sup> והעדיפה לבסס את ריבונותה בעיר על ידי צעדים מעשיים לחיזוק שליטתה בשטח העיר "היהודית" או המערבית. בשני קצוות המפה הפוליטית היו עמדות אחרות: סיעת החרות טענה שיש לדרוש במפורש ובמופגן ריבונות גם בעיר העתיקה, וסיעות מפ"ם ומק"י טענו שיש לבנאם את העיר כולה כחלק מהסדר המבוסס על שותפות יהודית-ערבית במרחב כולו.

1 Motti Golani, *Jerusalem's Hope Lies Only in Partition: Israeli Policy on the Jerusalem Question, 1948-67*, 31 INTERNATIONAL JOURNAL OF MIDDLE EAST STUDIES 577, 579 (1999)

2 מוטי גולני "ציונות ללא ציון? עמדת הנהגת היישוב ומדינת ישראל בשאלת ירושלים, 1947-1967" ירושלים החצויה 1948-1967, 30, 34 (אבי בראלי עורך 1994).

3 לפרטים ראו שם. אמנון רמון בהשתתפות יעל רונן תושבים, לא אזרחים: ישראל וערביי מזרח ירושלים, 1967-2017 32 (2017).

4 בן-גוריון, ד"כ 5.12.1949, 221.

5 אורי ביאלר "הדרך לבירה - הפיכת ירושלים למקום מושבה הרשמי של ממשלת ישראל בשנת 1949" קהדרה 35, 103 (1985).

על רקע זה, את הצעדים לביסוס מעמדה של העיר כחלק ממדינת ישראל, כל שכן כבירתה, עשתה הממשלה מתוך שמירה על פרופיל נמוך ככל הניתן. ב־2 באוגוסט 1948, כשבועיים לאחר כניסתה לתוקף של הפסקת האש בירושלים, פרסם דוד בן־גוריון בתפקידו כשר הביטחון שני מנשרים בדבר שלטון צה"ל בירושלים. המנשר הראשון החיל את המשפט הישראלי על "השטח המוחזק", שכלל את "מרביתה של העיר, חלק מסביבותיה ומבואותיה המערביים והדרכים המחברות את ירושלים עם השפלה" כאמור במפה שנספחה למנשר.<sup>6</sup> במנשר השני מינה בן־גוריון מושל צבאי "בשטח המוחזק של ירושלים".<sup>7</sup> כלומר החלת המשפט הישראלי כשלעצמה לא קבעה את מעמדה של העיר כחלק ממדינת ישראל.<sup>8</sup> בספטמבר 1948 נקבע מושבו של בית המשפט העליון בירושלים. ב־2 בפברואר 1949 ביטל בן־גוריון את תפקיד המושל הצבאי מהטעם ש"ירושלים אינה עוד שטח כבוש".<sup>9</sup> שבועיים לאחר מכן קיימה הכנסת הראשונה בהיותה האספה המכוננת את ישיבתה הראשונה בירושלים, והנשיא הראשון הצהיר אמונים בעיר. בהמשך קיימה הכנסת את ישיבותיה בתל אביב.

כבר בישיבה הרביעית של האספה המכוננת, באמצע פברואר 1949, הציע חבר הכנסת דאז מנחם בגין שחוקת המעבר תקבע ש"מקום מושבן של האסיפה המכוננת והממשלה הוא בירושלים הבירה".<sup>10</sup> הממשלה התנגדה להצעה בטענה שיש להימנע מחקיקה מכריעה ומרחיקת לכת, אשר תכבול את ידי ממשלת הקבע (העתידית) בגיבוש מדיניות מעשית.<sup>11</sup> התנגדות נוספת להצעה הייתה שהיא מחלישה את עמדתה של ישראל "בימי סכנות של אינטרנאציונליזאציה לירושלים או חלוקתה".<sup>12</sup> בסופו של הדיון החליטה האספה המכוננת להעביר את הנושא לוועדת החוקה, שתדון בו לאחר הקמת ממשלת הקבע.<sup>13</sup>

6 שלטון צבא ההגנה לישראל בירושלים, מנשר מס' 1, ע"ר 12 (2.8.1948), 66.

7 שלטון צבא ההגנה לישראל בירושלים, מנשר מס' 2, ע"ר 12 (2.8.1948), 67.

8 מכתב בן־גוריון לדב יוסף, 26 בספטמבר 1948, מצוטט אצל נתנאל לורך "בן גוריון וקביעת ירושלים כבירת ישראל: שאלה מורכבת ואישיות רבת פנים" ירושלים בתודעה ובעשיה הציונית (חגית לבסקי עורכת 1989). ההבחנה בין החלת המשפט לבין הכרזת ריבונות עלתה שוב כאשר נחקק חוק רמת הגולן, התש"ם-1981.

## 9 ש.ם.

10 ד"כ 16.2.1949, 44. להצעה הצטרפה החזית הדתית המאוחדת, מפי אברהם־חיים שאג (צוובנר) (החזית הדתית הלאומית), שם, בעמ' 44-45.

11 שר החוץ משה שרתוק, שם, בעמ' 44.

12 ברל רפטור (מפ"ם), שם, בעמ' 45.

13 "האסיפה מעבירה את השאלה לוועדת החוקה ומחליטה להקדיש לבריור העניין ישיבה מיוחדת לאחר שתוקם הממשלה הקבועה ולאחר שיוגש דין וחשבון ועדת החוקה בשאלה זו"

פני הדברים השתנו לאחר קבלת ישראל לאו"ם במאי 1949,<sup>14</sup> ובמיוחד כאשר התחדשו באו"ם יוזמות לבנאום העיר, ובישראל גברה התחושה שיש לא רק ליצור עובדות בשטח שיכשילו יוזמות כאלה, אלא גם לנקוט צעדים פומביים להדיפתן.<sup>15</sup> עם זאת, בן-גוריון המשיך לבכר צעדים מעשיים לכיסוס השליטה בעיר, כגון העברת משרדי הממשלה לעיר, על פני חקיקה.

בנובמבר 1949, בעת שבאו"ם כבר התנהל משא ומתן אינטנסיבי על הצעת החלטה בנושא ירושלים, הגישה סיעת החרות את הצעת חוק ירושלים הבירה, תש"י-1949, שנוסחה היה:<sup>16</sup>

1. בחוק זה – פירושים: בירת ישראל – בירתה הנצחית של האומה ובירת המדינה. גבולות ירושלים – גבולות השטח העירוני שנקבעו לפי חוק העיריות והיו קיימים ביום ה' באייר תש"ח (יום ה' 14 במאי 1948). ירושלים – הר הבית, הכותל המערבי וכל השטח העירוני משני עברי החומות.
2. הבירה – ירושלים היא בירת ישראל.
3. המושב –
- (א) מושבם הקבוע של נשיא המדינה, הכנסת, בית הדין העליון, הממשלה ומבקר המדינה הוא בירושלים.
- (ב) נשיא המדינה, הכנסת ורוב משרדי הממשלה מושבם יועבר ירושלימה בהקדם האפשרי.
4. השטח – שטח ירושלים אינו ניתן להגבלה או לחלוקה.
5. שטח השיפוט – כל עוד לא הוחזרה ירושלים כולה לישראל מבלי לנגוע בריבונות ישראל על בירתה ובזכות הכנסת לחוקק

(שם, בעמ' 46). לאחר הקמת הממשלה החליטה הוועדה לדון בשאלה במשותף עם ועדת החוץ והביטחון. עדכון ח"כ נחום ניר-רפאלקס (יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט), ד"כ 18.5.1949, 585.

UN General Assembly Res 273(III), 11 May 1949 14

15 יוסי גולדשטיין "בן-גוריון וירושלים" מחקרי יהודה ושומרון כה (2) 183, 199-198, 2016).

16 ד"כ 9.11.1949, 25. באותה העת כבר החליטה ועדת החוקה להימנע מאימוץ חוקה. ב-22 בנובמבר 1949 הציע בגין שבחוק ייקבע שהמשפט הישראלי חל על חלקה של ירושלים הנמצא בידי ישראל, וכן להכריז "קבל עם ועדה כי כאשר יבוא יום וירושלים כולה תשוחזר [...] אזי יוטלו החוקים הללו על כל עיר הבירה, גם על החלק הקדוש ביותר של ירושלים". נוסח זה נראה משקף את כוונת סעיף 5 בהצעה המקורית. ד"כ 22.11.1949, 135.

חוקים לירושלים כולה, יהיו חוקי ישראל וצווי רשויותיה חלים על החלק המשוחרר של ירושלים – אשר הנשק העברי מגן עליו.  
6. ביצוע – ראש הממשלה ממונה על ביצוע חוק זה.

החוק המוצע נועד להרוף את הלחץ הבינלאומי לבנאם את העיר באמצעות מסר תקיף בדבר נחישות כוונותיה של ישראל בדבר ריבונותה להלכה ולמעשה בירושלים שבשליטתה, ובדבר דרישתה לשלוט גם בעיר העתיקה.<sup>17</sup> בגין ייחס לחוק המוצע חשיבות גם בזירה הפנימית, כיוון שלדבריו המוסדות היהודיים הרשמיים הסכימו לבנאום העיר.<sup>18</sup> קבלת החוק המוצע הייתה מונעת מהממשלה את האפשרות לסגת (בלא אישור הכנסת בחקיקה) מהשטח שבשליטה ישראלית, או לוותר על תביעת ריבונות ושליטה פונקציונלית מלאה בשטחה של העיר כהגדרתה על ידי שלטון המנדט.

לכאורה היו לחוק המוצע השלכות מעשיות, נוכח סעיף 3 שקבע את מושבם הקבוע של מוסדות המדינה בירושלים והטיל חובת מעבר של משרדי ממשלה לירושלים. אך למעשה הכרזה על מושב קבוע אינה מחייבת ישיבה בפועל בירושלים (ואולי אף מקלה על הימנעות בפועל מישיבה כזאת מבלי שהדבר יתפרש כוויתור על הזכות), והחובה להעביר את המוסדות "בהקדם האפשרי" השאירה מרחב פעולה ניכר. יתר על כן, החוק המוצע לא חייב את המעבר לירושלים של משרד החוץ, שהיה האתגר הגדול ביותר מול הקהילה הבינלאומית.<sup>19</sup> גם הצעת החוק הזאת הועברה לוועדת החוקה, שהייתה מופקדת על ההכרעה בדבר הסדרת מעמדה של ירושלים.<sup>20</sup>

ב־5 בדצמבר 1949, בשעה שבעצרת הכללית של האו"ם התנהל דיון בהצעה לבנאום ירושלים, הודיע בן־גוריון בכנסת שהחלטת החלוקה "בטלה ומבוטלת", ש"ירושלים היהודית היא חלק אורגאני ובלתי נפרד של מדינת ישראל", וש"אין אנו מעלים על דעתנו שארגון האו"ם ינסה לעקור את ירושלים ממדינת ישראל או לפגוע בריבונותה של ישראל – בבירת הנצח של ישראל".<sup>21</sup> הדיון הסתיים בהצהרת יו"ר הכנסת ש"ירושלים היא חלק בלתי נפרד ממדינת ישראל ואין להטיל עליה שלטון זר בשום

17 ד"כ 8.3.1949, 65-66.

18 ד"כ 23.1.1950, 604.

19 לגורמים שעיקבו את מעבר משרד החוץ לירושלים עד 1953, ראו אופירה גראוויס-קובלסקי ויוסי כץ "העיכוב במעבר משרד החוץ לירושלים כבבואה למעמד העיר בשנות החמישיים של המאה העשרים" קתדרה 140, 131 (2001).

20 ד"כ 22.11.1949, 136.

21 ד"כ 5.12.1949, 221.

צורה ואופן. זוהי דעתה והודעתה של הכנסת הראשונה למדינת-ישראל".<sup>22</sup> הודעת ראש הממשלה הותרה, לכאורה, ספק אם ירושלים היא בירה מדינית או היסטורית.<sup>23</sup> ספק זה הוסר כשבוע מאוחר יותר. לאחר אימוצה באו"ם של החלטה 303 שקראה לבנאום טריטוריאלי מלא של ירושלים,<sup>24</sup> הקשיחה ממשלת ישראל את עמדתה,<sup>25</sup> בין היתר בהכרזת ראש הממשלה בכנסת: "למדינת-ישראל היתה ותהיה רק בירה אחת – ירושלים הנצחית".<sup>26</sup> בתום הישיבה הכריז יושב הראש יוסף שפרינצק ש"הכנסת כמעט כולה מאוחדת בעיקר הדברים של ראש-הממשלה".<sup>27</sup>

בשבועות שלאחר מכן דנה הכנסת בשאלה כיצד יש לפעול לנוכח החלטה 303, בין היתר על סמך הצעת החוק של סיעת החרות. היו מפלגות שהדגישו את הצורך בחקיקה הפגנתית,<sup>28</sup> אך רוב הדוברים, אף שדחו נחרצות את בנאום העיר, התנגדו לשימוש בחקיקה, או אפילו בהכרזה, במאבק נגד היוזמה הבינלאומית. רובם סברו שחוק יהיה מעשה התגרות מזיק,<sup>29</sup> חלקם סברו שהצעת החוק מכריזה על מה שאמור

22 שם, בעמ' 226, מפי היו"ר יוסף שפרינצק.

23 לורך, לעיל ה"ש 8.

24 UN General Assembly Resolution A/RES/303(IV), 9 December 1949. החלטה 303 מאמצת את החלטה 181(III) מ-29 בנובמבר 1947, שלפיה אזור ירושלים (מאבו דיס במזרח, ביח לחם בדרום, עין כרם במערב ושועפט בצפון) יהיה גוף נפרד בשליטה אפקטיבית של האו"ם ("החלטת החלוקה").

25 אלעד בן-דרור ואסף זידלר "ניצחון הצהרתי: החלטת האו"ם על בינאום ירושלים מ-9 בדצמבר 1949" עיונים 29, 162, 180 (2018).

26 ד"כ 13.12.1949, 282. הודעה זו שיקפה החלטת ממשלה שהתקבלה ב-10 בדצמבר. עם זאת, את ההשלכות המעשיות של מעמד העיר כבירה הציג בן-גוריון כעניין לקוני של "חזרת" הכנסת לירושלים נוכח סיום הקרבות. לורך, לעיל ה"ש 8.

27 בן-גוריון, ד"כ 13.12.1949, 287.

28 יוסף ספיר (הציונים הכלליים), שם, בעמ' 284. פרץ ברנשטיין (הציונים הכלליים), ד"כ 23.1.1950, 6059; יעקב גיל (הציונים הכלליים), שם, בעמ' 606. הצעתם של הציונים הכלליים התייחסה ל"ירושלים" ולא ל"ירושלים השלמה". ד"כ 4.1.1950, 447.

29 אברהם-חיים שאג (צוונבר), ד"כ 4.1.1950, 423, הסביר את התנגדותו להצעתו של בגין מדצמבר 1949 במטפורה שרמזה על חשש שהביעה אגרסיבית חיענה בחביעה אגרסיבית נגדית מצד ירדן. חבר הכנסת זלמן אהרונוביץ ממפא"י טען שלו הכריזה ישראל על ירושלים כבירה, המערכה באו"ם הייתה רק מחריפה, ד"כ 2.1.1950, 394. שלום מביא מדברי משה שרת בשיבות מפא"י על שהעמדה הבינלאומית הוחרפה כי "הגורם הראשון זה אנחנו בעצמנו, בזה שעוררנו את שאלת הבירה, והתחלנו לכתוב ולנאום ולדבר על ירושלים כבירת מדינת ישראל" (זכי שלום "מאבקה של מדינת ישראל לסיכול החלטות עצרת האו"ם על בינאום ירושלים בשנות החמישים" עיונים 3, 75, 77-78, וראו גם 82-93 (1993)).

להיות מוכן מאליו,<sup>30</sup> ומשום כך היא מבטאת חולשה.<sup>31</sup> אחרים התנגדו מהטעם שירושלים קדושה כל כך שכלל אין לדון במעמדה.<sup>32</sup> התנגדות נוספת הייתה מצד מי שסברו שהכרזה על ריבונות בירושלים תשתמע כוויתור על תביעות לריבונות בשטחים שאינם בשליטת ישראל.

הרעות נחלקו לא רק בעניין האסטרטגיה אלא גם בעניין המהות. מפלגות האופוזיציה העיקריות דרשו שישראל תכריז בכירור על דרישתה לריבונות בעיר העתיקה.<sup>33</sup> ראש הממשלה בן-גוריון ושר החוץ שרת, לעומת זאת, היו מוכנים להסכים לפיקוח בינלאומי על המקומות הקדושים (בנאום פונקציונלי),<sup>34</sup> ואולי אף לויתור מרחיק לכת יותר. בן-גוריון השתמש, בדבריו בדבר זכותה של ישראל לריבונות, בכיטוי "ירושלים היהודית" (כלומר המערבית).<sup>35</sup>

ועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת החוץ והביטחון, שהופקדו לדון בשאלת הסדרת מעמדה של ירושלים, הציעו להסתפק בהצהרה בדבר היות ירושלים בירת ישראל. לגישת הוועדות, לא היה טעם בחקיקה, שהרי חוק אינו יכול לחייב ארגון מחוץ למדינה, ואין ספק ש"בירת-מדינתנו היתה ותהיה" ירושלים. הוועדות סברו שהצהרה נחוצה כדי להחיש את בנייתם בעיר של מוסדות המדינה.<sup>36</sup>

30 נחום ניר-רפאלקט בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט והוועדה לענייני חוץ ובטחון, ד"כ 23.1.1950, 602-603, 605.

31 יוסף ספיר, ד"כ 5.12.1949, 223. אידוב כהן (המפלגה הפרוגרסיבית), שם, בעמ' 223. בן-ציון דינבורג (מפא"י) אמר שירושלים אינה זקוקה לחוק, שהרי ישראל וירושלים חד הם, ומעשה חקיקה יוריד מערכה של העיר. מנגד, טען, יש "לבצע את זהותה [כך] של ירושלים עם ישראל: להביא לידי כך שירושלים תמלא אותו תפקיד גדול בחיי המדינה ובחיי העם, שיתן לנו את הזכות לזהותה שוב הזדהות גמורה עם ישראל" (ד"כ 4.1.1950, 418). בן-גוריון, שם, בעמ' 444. חוסר הביטחון המשתמע מהחלטה להעביר את המוסדות הוזכר מפורשות על ידי שרת, שלום, לעיל ה"ש 29, בעמ' 83.

32 שאג (צוונבר), לעיל ה"ש 29.

33 מפ"ם דרשה את פיתוח העיר כדי להבטיח את מעמדה של ירושלים כבירה, מתוך הדגשה שאין להתפשר על "החזרתה של ירושלים כולה, הבלתי מחולקת, למדינת ישראל ולעם ישראל". יצחק בן-אהרון, ד"כ 13.12.1949, 282. בגין בשם סיעת החרות, שם, בעמ' 284. הצעת סיעת תנועת החרות, ד"כ 4.1.1950, 446. הוחלט להעביר את ההצעה לוועדת החוקה, חוק ומשפט.

34 שר החוץ משה שרת, ד"כ 2.1.1950, 380. את סקירתו הוא סיכם בכך ש"מניו וגמור עמנו, לשמור על מעמד ירושלים כבירת ישראל" לצד הנכונות לפיקוח האו"ם על שמירת המקומות הקדושים.

35 ד"כ 8.11.1949, 15; 5.12.1949, 221.

36 נחום ניר-רפאלקט בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט והוועדה לענייני חוץ ובטחון, ד"כ 23.1.1950, 602-603. חיים בן אשר בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט והוועדה לענייני חוץ ובטחון, שם, בעמ' 609.

המחלוקת בדבר המהלך הראוי ביטאה שוני בעמדות בשני הקשרים. האחד, השאלה אם במישור הבינלאומי יש לפעול באופן לעומתי או לא. האחר, השאלה אם ראוי לכבול את ידי הממשלה בדבר חקיקה. שני ההקשרים התלכדו למחלוקת הן על צורה, הן על תוכן. ראש הממשלה בן-גוריון סבר שדי בהצהרה שלא תכלול שאיפות או מגמות היסטוריות, אלא תציין את "העובדה היסודית" שעם ההכרזה על הקמת מדינת ישראל שבה ירושלים להיות בירת ישראל, ותחייב מעשים הנובעים מכך.<sup>37</sup> לעומתו סבר בגין שראוי לחוקק חוק שיחרוג מהכרה במציאות ויצהיר על המצב הרצוי.<sup>38</sup> הברדלי הגישות התבטאו, בין היתר, במחלוקת על השימוש בביטוי "ירושלים השלמה". בגין שב ודרש לקבוע את מעמדה של ירושלים "השלמה" כבירת המדינה כדי לסכל ויתורים במסגרת המשא ומתן שהתנהל באותה עת עם עבדאללה מלך ירדן.<sup>39</sup> רוב המשתתפים בדיון התנגדו להוספת המילה "השלמה",<sup>40</sup> אך כאמור, לא מתוך התנגדות לדרישת הריבונות במזרח העיר, אלא כדי להימנע מגישה לעומתית. חלק מהסיעות סברו שאין צורך בתוספת כי אין ירושלים בלתי אם ירושלים השלמה.<sup>41</sup> היו גם מי שפירשו את ההצהרה כמתייחסת לחלק שבידי ישראל בפועל, ולא רצו לסכל פרשנות זו.

בהצבעת רוב חברי הכנסת הוחלט לאמץ את ההצהרה שהציעו הוועדות לכנסת, שלשונה:<sup>42</sup>

הואיל ועם הקמת מדינת ישראל שבה ירושלים להיות בירתה;  
הואיל והקשיים המעשיים שגרמו לשיכון זמני של הכנסת  
ומוסדות הממשלה במקום אחר הוסרו ברובם, והממשלה מבצעת  
העברת מוסדותיה לירושלים;

37 שם, בעמ' 611.

38 מנחם בגין, שם, בעמ' 604.

39 שם, בעמ' 604, 608. עמדה דומה הביעה סיעת מפ"ס, אך בהיעדר תמיכה בהצעתה היא נמנעה מהגשת הסתייגות ברוח זו ונמנעה בהצבעה על נוסח ההצהרה. יצחק בן-אהרון, שם, בעמ' 608.

40 בדברי הכנסת אין תיעוד של פרטי ההצבעה.

41 נתן ילין-מור (הלוחמים) הבהיר שלגישתו "השם ירושלים חופף את כל העיר, אשר נכבשה על ידי דוד" (ד"כ 23.1.1950, 610). עמדה דומה לצד הצעה לשינוי נוסח שיגשר על העמדות השונות הביע אליהו אלישר (הספרדים), שם, בעמ' 611.

42 שם, בעמ' 606.

הואיל והכנסת החליטה ביום כ"ב בכסלו תש"י (13 לדצמבר 1949) על החזרת הכנסת לירושלים, ומאז היא מתכנסת שוב בעיר הבירה;

מביעה הכנסת רצונה שיוגש במהרה לבניני מושב הממשלה והכנסת (הקריה) בירושלים, בשטח שהוקצה לכך על ידי הממשלה.

בהצהרה זו "אבדה" מטרתה המקורית של הצעת החוק שהובילה אליה: כמו הודעת ראש הממשלה, הצהרת הכנסת ביטאה עמדה ברורה כלפי הקהילה הבינלאומית, אך מבחינה משפטית לא היה בה כדי להגביל את חופש הפעולה המדיני של הממשלה כפי שבגיין ביקש לעשות. ראשית, כיוון שהצהרה לא הייתה מכוח חוק הקובע את סמכותה של הכנסת ולא נגעה לסמכות הממשלה על פי חוק, היא לא חייבה את הממשלה.<sup>43</sup> היותה של ירושלים בירת ישראל (וחלק משטח המדינה) נותר מעוגן רק בהודעת הממשלה, שהיא בעלת סמכות הביצוע השיורית בכל מה שלא הוטל בדין על רשות אחרת.<sup>44</sup> שנית, מבחינת תוכנה הייתה ההצהרה מוגבלת לתיאור המצב הקיים ולא יצרה חובה של ממש אפילו בהקשר של העברת המוסדות לירושלים. לשון ההחלטה עצמה עמומה ולא הייתה בה אלא חובת השתדלות. גם מבחינה פוליטית ערכה של ההצהרה לא היה רב, כיוון שממילא לא הייתה מחלוקת פנים-מדינתית על עצם היותה של ירושלים חלק ממדינת ישראל ובירתה. אך הסוגיה העיקרית שבמחלוקת – מהות תביעתה של ישראל בעניין העיר העתיקה ושטחים אחרים שמעבר לקו שביתת הנשק ("הקו הירוק") – לא נזכרה בהצהרה. יוזמי המהלך ותומכיו יצאו בידיים ריקות למדי.

החלת הריבונות  
במזרח ירושלים,  
1967

כפי שתואר לעיל, בשורת צעדים בשנים 1948-  
1950 החילה ממשלת ישראל את המשפט הישראלי  
במערב ירושלים אגב הימנעות מהכרזה על ריבונות,  
ואף הכחשתה בפומבי, אך לאחר מכן היא ראתה  
בריבונות עובדה מוגמרת. מהלך דומה התרחש לאחר מלחמת ששת הימים. ב-27  
ביוני 1967 התקבל בכנסת החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (תיקון מס'

43 הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 21.422 (1.8.1976). לדיון ראו יורם דנציגר "חיזוק מעמדן של החלטות הכנסת – כיצד? חלק א" הפרקליט לד 212, 220-221 (1982), וביקורתו: יורם דנציגר "חיזוק מעמדן של החלטות הכנסת – כיצד? חלק ב" שם, 413.

44 כיום, סעיף 32 לחוק-יסוד: הממשלה.



(11), תשכ"ז-1967.<sup>45</sup> התיקון הוסיף את סעיף 11 לפקודה, שלפיו "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו". באותה העת תוקנה גם פקודת העיריות על ידי הוספת סעיף 8א, שהסמיך את שר הפנים להרחיב את תחומה של עירייה פלונית על סמך צו, כאמור בסעיף 11ב החדש.<sup>46</sup> למוחרת התיקון פרסמה הממשלה את צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1) מ-1967 ("הצו הממשלתי"). הצו תיאר, באמצעות נקודות ציון, שטח שכלל אזורים ממזרח, מצפון ומדרום לירושלים המערבית (ומקובל לכנותם, וכך ייעשה גם כאן, "מזרח ירושלים"), שבהם יחולו המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה.<sup>47</sup> בה בעת השתמש שר הפנים בסמכותו על פי התיקון לפקודת העיריות והרחיב את שטחה העירוני של עיריית ירושלים באמצעות אותן נקודות ציון שנקבעו בצו הממשלתי ("אכרזת ירושלים").<sup>48</sup> בעקבות צעדים אלו הוחל המשפט הישראלי במזרח ירושלים, והשטח נעשה לחלק מתחום עיריית ירושלים, ובמשתמע, לחלק מהבירה. שר החוץ הודיע למזכ"ל האו"ם שאין בצעדים אלו משום סיפוח אלא אינטגרציה מינהלית ועירונית.<sup>49</sup> עם זאת, על פי פסיקת בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, היו החקיקה והצו "מעשה ריבונות מובהק מצד המדינה כדי שיהא המשפט הישראלי חל על שטח זה".<sup>50</sup> השטח שהוגדר בצו הממשלתי ובאכרזת ירושלים משתרע על כ-70 קמ"ר,

45 חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (תיקון מס' 11), התשכ"ז-1967, ס"ח 74.

46 חוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 6) התשכ"ז-1967, ס"ח 74.

47 צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1) התשכ"ז-1967, ק"ת 2690.

48 אכרזת ירושלים (הרחבת חחום העירייה), התשכ"ז-1967, ק"ת 2694.

49 UN Doc A/6753-S/8052, 10 July 1967: "The term 'annexation' used by supporters of the resolution is out of place. The measures adopted relate to the integration of Jerusalem in the administrative and municipal spheres, and furnish a legal basis for the protection of the Holy Places in Jerusalem"

50 בג"ץ 4185/90 נאמני הר הבית - עמותה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 221, בפס' 39 לפסק הדין של השופט אלון (1993): "ימובן ואין צריך לומר כי מריבונות מדינת ישראל על ירושלים המאוחדת בכלל ועל שטח הר-הבית בפרט נובע, כי כל חוקי המדינה - ובניהם חוק התכנון והבניה וחוק העתיקות - חלים בשטח הר-הבית". למעשה "צריך לומר" זאת, כיוון שקודם לכן באותו פסק הדין, וכן בפסיקה אחרת, קבע בית המשפט שהריבונות נלמדת מהחלת המשפט; למעגליות דומה ראו בג"ץ 223/67 בן-דב נ' שר הדתות, פ"ד כב(1) 440, 442 (1968): עוד על ריבונותה של ישראל, ראו בג"ץ 171/68 חאנזאליס נ' ביה"ד של הכנסיה הפטריארכית היוונית-אורתודוקסית, פ"ד כג(1) 260, בפס' 11 לפסק הדין של הנשיא זילברג (1969), שבו נקבע שסמכות השיפוט הטריטוריאלית של בית הדין של הכנסייה נקבעת על פי "ריבונות המדינה". בג"ץ 256/01 רבאח נ' בית-המשפט לעניינים מקומיים בירושלים, פ"ד נו(2) 930, פס' 4 לפסק הדין של השופט שטרסברג-כהן (2002).

הרבה מעבר לגבולות העיר העתיקה, שטח השיפוט העירוני הירדני או שטחה של עיריית ירושלים בתקופת שלטון המנדט.

הדיון בשאלה אם כדי להרחיב את ריבונותה של ישראל יש צורך בחקיקה התנהל בממשלה ולא בכנסת. כמו ב־1949-1950, החשש מלחץ בינלאומי הניע אחדים מהשרים לדרוש חקיקה, ואחרים – להתנגד לה. שר המשפטים, שיוזם את החקיקה, סבר שלא די בצו המחיל את המשפט הישראלי בשטח כפי שנעשה ב־1948, אלא יש צורך בצעד חקיקתי, שבלעדיו תהיה ישראל מוגבלת על ידי דיני הכיבוש. ראש הממשלה קיבל את עמדתו של שר המשפטים.<sup>51</sup> יש לציין שדברי שר המשפטים התייחסו למצב במשפט הישראלי בלבד, שבו חוקי הכנסת עדיפים על הוראה סותרת של המשפט הבינלאומי. אך מבחינת המשפט הבינלאומי, אין בכוחה של חקיקה של הכנסת לרפא הפרה של המשפט הזה עצמו, אם הייתה כזאת במעשיה של ישראל. טעם נוסף שהועלה בממשלה לצורך בחקיקה היה שבניגוד למצב ששרר ב־1948, ב־1967 לא היה אפשר לקבוע עובדות בשטח ולהפוך את המצב לעובדה מוגמרת.<sup>52</sup> בסופו של דבר, כדי להימנע ככל האפשר מהתנגדות בינלאומית, הוחלט על חקיקה זהירה, שלא תזכיר במפורש את ירושלים.

אותם הגורמים שהתנגדו לחקיקה (ודעתם נדחתה) סברו שלכל הפחות יש לדחות אותה עד תום מושב העצרת הכללית של האו"ם, כדי להימנע מעימות בזירה הבינלאומית. אך מרגע שהחליטה הממשלה לפעול במסלול החקיקה, הבאת ההצעות לכנסת נהייתה דחופה, מחשש שכל עיכוב ייצור בקהילה הבינלאומית רושם שישראל נבהלה, ויעודד את הקהילה הבינלאומית ללחוץ על ישראל שלא לחוקק גם בשלב מאוחר.<sup>53</sup> התוצאה הייתה שגם מי שהתנגדו לחקיקה, בוודאי בעיתויה הספציפי, בחרו בלית ברירה לתמוך בה, שמא מהתנגדותם תשתמע חולשה של ישראל.

שר המשפטים לא הזכיר את השם "ירושלים" כאשר הציג את התיקונים לפקודת סדרי השלטון והמשפט ולפקודת העיריות. היחיד שהזכיר את השם "ירושלים" היה שר הדרתות, כשהציג את הצעת חוק השמירה על המקומות הקדושים (שהיה לדבריו

51 עפרה פריזל "סיפוח ירושלים המזרחית: מקומם של שיקולים משפטיים ודיפלומטיים בדיון בשאלת עתיד השטח" ספר רוח לפידות 117, 120 (יובל שני והילי מודריק-אבן חן עורכים 2020); אמנון רמון "מחששות כבדים לסיפוח נלהב ונרחב: מהלכי השלטון הישראלי ל'איחוד ירושלים' (יוני 1967)" חקר ירושלים לתקופותיה: חומר ודעת 365, 384-385 (יהושע בן-אריה ואח' עורכים 2015).

52 רמון, שם, בעמ' 380. בדיון לא הובהר מה היה ההבדל. ייתכן שהכוונה הייתה שבניגוד ל-1948, ב-1967 היו בשטח חושבים פלסטינים שהתנגדו למהלכים המהותיים.

53 פריזל, לעיל ה"ש 51, בעמ' 124-125.

אשרור של מחויבות קודמת ומדיניות קיימת ולא חידוש נורמטיבי).<sup>54</sup> החלת המשפט והרחבת תחום העירייה נעשו, בסופו של דבר, בחקיקת משנה ולא בחקיקה ראשית. למרבה האירוניה, סוגיה הנוגעת ליסודות ריבונותה של המדינה – שטח תחולת משפט – נקבעה באמצעות פקודת סדרי השלטון והמשפט, חקיקה ששר המשפטים סבר שיש לה מעמד מעין־חוקתי, אך טופלה בהיחבא.<sup>55</sup>

חוק־יסוד:  
ירושלים בירת  
ישראל, 1980

ב־14 במאי 1980, יום ירושלים תש"ם, הגישה חברת הכנסת גאולה כהן לקריאה טרומית את הצעת חוק־יסוד: ירושלים. נוסח הצעתה של כהן היה:

1. ירושלים היא בירת ישראל.
2. שלמותה ואחדותה של ירושלים רבתי, בגבולותיה שלאחר מלחמת ששת הימים, לא תיפגענה.
3. נשיא המדינה, הכנסת, הממשלה ובית המשפט העליון – מקום מושבם הקבוע הוא ירושלים.

כהן הכירה בכך שההצעה "באה לאשר את המאושר", אך טענה שההצעה נחוצה כלפי חוץ ו"חיונית כלפי פנים",<sup>56</sup> כדי שממשלת ישראל תוסיף "לעמוד איתנה בדעתה שישאל לא תסכים לרון במשא־ומתן על האוטונומיה על מעמדה של ירושלים".<sup>57</sup> כלומר, מטרת החוק הייתה להקשות על הממשלה – מבחינה פוליטית, אם לא משפטית – לוותר ויתורים טריטוריאליים בירושלים.

למרות המהפך הפוליטי בישראל, גישת הממשלה בראשות בגין ב־1980 לא הייתה שונה בהרבה מעמדתה של ממשלת בן־גוריון ב־1949, כלומר הסתייגות מעצם הגשת הצעת החוק ומפרטיה שאינם הצהרתיים גרידא, לצד ניסיון להימנע מהתנגדות

54 רמון ורונו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 61. השם "ירושלים" נזכר גם באכרזת ירושלים.

55 פריזל, לעיל ה"ש 51, בעמ' 127-123. שלוש הקריאות התקבלו באותו היום. אורי אבנרי (העולם הזה – כוח חדש) קבל על כר שההליך נעשה ללא דיון והתעלם מההקשר הכללי. ד"כ 2426, 27.6.1967

56 גאולה כהן (בנא"י), ד"כ 14.5.1980, 2867.

57 שם, בעמ' 2866; ד"כ 23.7.1980, 4037 והלאה.

מפורשת לה. הממשלה לא נקטה עמדה ברורה בעניין ההצעה,<sup>58</sup> וניסתה להנמיך את הנראות הציבורית של הסוגיה. השר משה נסים הסביר זאת בעמדת הממשלה שלא להתערב בעבודת הכנסת.<sup>59</sup> שר הפנים יוסף בורג עדכן שהממשלה בעצמה מכינה הצעה לחוק-יסוד: המדינה, שבו "מופיעה גם ירושלים בתור בירת ישראל". הוא הציע – והכנסת ניאותה – להעביר את הצעתה של כהן ל"עין הבוחנת" של ועדת החוקה, חוק ומשפט, "בגלל חשיבות העניין ובגלל אמונת-אמונתנו שמסביב לירושלים קיים קונצנזוס לאומי מקיף ביותר, רחב ביותר, עמוק ביותר".<sup>60</sup> בסופו של דבר הממשלה לא הגישה את הצעתה-שלה, והטיפול בהצעתה של כהן נמשך.<sup>61</sup>

כמו ב-1949, גם ב-1980 הועלו טענות שהחוק מעיד על חוסר ביטחון<sup>62</sup> וגורע מיוקרתה וכבודה של ירושלים,<sup>63</sup> ולעומת זאת נטען שהוא חסר כי אין בו הוראות מעשיות.<sup>64</sup> עוד, כמו ב-1967, מרגע שהועלתה הצעת חקיקה, גם המתנגדים לה, בין התנגדות עקרונית, בין התנגדות לפרטיה, חשו שהם מוכרחים להסכים לה שמא התנגדותם תתפרש כחולשה.<sup>65</sup> חברי הכנסת דיברו על צורך להפגין עוצמה כלפי

58 מאיר חלמי (המערך) ד"כ 9.7.1980, 3792; יוסי שריד (המערך), שם, בעמ' 3794.

59 שם, בעמ' 3795. על כך השיב ח"כ משה עמאר (המערך) שלו היה החוק נחוץ הייתה הממשלה יוזמת אותו, ד"כ 23.7.1980, 4044. ח"כ חייקה גרוסמן (המערך) כינתה את ההסבר "טענה מתחסדת" ובלתי משכנעת, של ממשלה שאינה שלמה עם ההצעה, שם, בעמ' 4050-4051.

60 ד"כ 14.5.1980, 2868.

61 עמדתה של הממשלה – הסתייגות בפועל מההצעה לעגן את מעמד העיר בחקיקה, אך הימנעות מהתנגדות מפורשת והצעה לפנות לוועדה, לא הייתה חדשה. שנים ספורות קודם לכן הגיש ח"כ אלימלך רימלט (הליכוד), הצעה לחוק-יסוד: המדינה, ובה נכלל טעיף ולשונו "ירושלים השלמה, הקדושה לעם היהודי מראשית קורותיו, היא בירת המדינה". שר המשפטים חיים צדוק ביקש להסיר את ההצעה מסדר היום. אך מעניינת עמדתו הרשמית: "על אף פגמיה היסודיים מאוד אין לי הכוח הנפשי להציע להסיר מסדר היום הצעה המדברת על [...] קדושתה של ירושלים – בקיצור, על ערכי יסוד המשותפים לכולנו. אין לי איפוא הכוח להתנגד להעברת הצעה זו לדיון מוקדם בוועדה" (ד"כ 28.7.1976, 3915-3916). בהצבעה הוחלט להעביר את ההצעה לוועדת החוק, חוק ומשפט. שם, בעמ' 3918.

62 גדעון האוזנר (המפלגה הליברלית העצמאית), ד"כ 23.7.1980, 4043, מרדכי וירשובסקי (התנועה לשינוי ויזמה), שם, בעמ' 4064.

63 משה עמאר, שם, בעמ' 4044; חייקה גרוסמן, שם, בעמ' 4050.

64 עוזי ברעם (המערך), שם, בעמ' 4068.

65 אמנון רובינשטיין (התנועה לשינוי ויזמה), שם, בעמ' 4049; מרדכי אלגרבל (התנועה לשינוי ויזמה), שם, בעמ' 4066.

הקהילה הבינלאומית,<sup>66</sup> אך לא מן הנמנע שגם דעת הקהל הישראלי עמדה לנגד עיניהם. העמדה בדבר הצעת החוק הוצגה במפורש כמבחן נאמנות. ח"כ מאיר תלמי (המעריך) אמר שהממשלה נמנעה מלהתנגד לחוק כדי שלא תיחשב פחות פטריוטית מגאולה כהן.<sup>67</sup> השר נסים כינה את ההתנגדות לחוק "תבוסתנות", וחברי כנסת אחרים ייחסו למתנגדים להצעה נכונות ל"ויתור" על ירושלים.<sup>68</sup> חברי כנסת מהאופוזיציה שהשיגו השגות על הצעת החוק הקפידו להדגיש את מחויבותם לאחדותה של ירושלים בריבונות ישראלית. ח"כ מרדכי וירשובסקי (התנועה לשינוי ויזמה) התבטא בחריפות בדבר ההתניה הפוליטית והרגשית שבגינה "אי אפשר להצביע נגד חוק על ירושלים אפילו אם זה חוק מזיק [...] מוכרחים להצביע בעד החוק, כי כתוב עליו: 'חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל', כי למלים האלה יש משמעות מיסטית כזאת שמוכרחים לשים את ההגיון בצד, אסור לחשוב לגופו של עניין, לא צריך לחשוב לשם מה זה טוב; צריך רק לעמוד דום ולהצביע בעד החוק".<sup>69</sup> כך, חברי כנסת שאמרו במפורש שההצעה מזיקה,<sup>70</sup> ולכל הפחות מיותרת, בחרו בכל זאת לתמוך בהעברתה לוועדה.<sup>71</sup> ייתכן שכמו ב-1949, חלק מחברי הכנסת ראו בהעברה של ההצעה לוועדה דרך להביא לקבורתה, מבלי לצאת חוצץ נגדה בפומבי.<sup>72</sup> אולם בסופו של דבר התקבל חוק-יסוד: ירושלים בתמיכה של 69 חברי כנסת, ובהם אחדים שהתנגדו לו בחריפות.<sup>73</sup>

מבחינה משפטית "דילל" נוסחו הסופי של חוק-יסוד: ירושלים מאוד את ההצעה המקורית של ח"כ כהן. אומנם הוא מעגן את מעמד העיר כבירה בחקיקה ולא רק בהחלטה ממשלתית, אך סעיפי החוק לא שוריינו, ולכן די ברוב רגיל לשינוי מעמד זה. חוק היסוד הוא גם הצהרה משתמעת שישיראל רואה בירושלים "השלמה והמאוחדת" שטח ריבוני של מדינת ישראל ולא רק שטח שחל בו המשפט הישראלי

66 משה הלל, שם, בעמ' 4063-4065; אמנון רובינשטיין, שם, בעמ' 4049.

67 ד"כ 9.7.1980, 3792.

68 דוד שטרן ורוני מילוא (הליכוד), שם, בעמ' 3796; גאולה כהן, 23.7.1980, 4038.

69 מרדכי וירשובסקי, שם, בעמ' 4065.

70 זלמן שובל (ליכוד), ד"כ 15.7.1980, 3862.

71 דברי הכנסת אינם כוללים את שמות המצביעים (65 בעד, 12 נגד), אך בין חברי הכנסת היו מי שאמרו מפורשות שיתמכו בחוק למרות התנגדותם לו: זלמן שובל, 23.7.1980, 4042; יהודה בן-מאיר (חזית דתית לאומית), שם, בעמ' 4045; יצחק יצחקי (הליכוד), שם, בעמ' 4053; משה הלל, אמנון רובינשטיין ומרדכי אלגרבל, לעיל ה"ש 65 ו-66.

72 ח'אר זאת מרדכי וירשובסקי, 23.7.1980, 4065.

73 ד"כ 30.7.1980, 4325. 15 חברי כנסת התנגדו להצעה ושלושה נמנעו.

אם כי פסיקת בית המשפט העליון איששה תפיסה זו שנים רבות קודם לכן). אך מטרתה העיקרית והמוצהרת של ההצעה כפי שהגישה אותה ח"כ כהן, להקשות מבחינה פורמלית על ויתור טריטוריאלי בירושלים ללא תמיכת הכנסת, נשמטה, כיוון שסעיף 2 להצעה לא התקבל, ותחולת המשפט, השיפוט והמינהל הישראלי נותרה מוגדרת בחקיקת משנה בלבד. גם מבחינה מהותית לא היה בנוסחו הסופי של חוק היסוד כפי שהתקבל ב-1980 חידוש רב. תוכנו של סעיף 2 נמצא כבר בחוקי יסוד אחרים,<sup>74</sup> וסעיף 3 הועתק מחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967.<sup>75</sup> החידוש היחיד בחוק-יסוד: ירושלים היה סעיף 4, שקבע את החובה "להפלות את ירושלים לטובה מכל שאר הרשויות המקומיות" בהקצאת משאבים ובנושאי משק וכלכלה ונושאים אחרים.<sup>76</sup>

לעומת זאת, לחוק היסוד ב-1980 היו השלכות מעשיות בזירה הפוליטית: הצעתה של כהן התפרשה כתכסיס שמטרתו למנוע משא ומתן עם מצרים על פי הסכמי קמפ דייוויד, לא רק על ירושלים אלא גם על אוטונומיה ביהודה ושומרון ובחבל עזה.<sup>77</sup> ואכן, מייד עם העלאת ההצעה לחוק היסוד השעתה מצרים את שיחות האוטונומיה עם ישראל, הן על ירושלים, הן על הגדה המערבית ועזה.<sup>78</sup> השפעה נוספת בתחום יחסי החוץ הייתה החלטתן של 13 המדינות שהחזיקו שגרירויות בירושלים להעביר את שגרירותיהן לתל אביב.

בשנת 2000 נוספו שלושה סעיפים לחוק-יסוד: ירושלים. סעיף 5 הקובע את תחום העיר, שהוא כולל גם את השטח שסופח ב-1967, סעיף 6 המגביל את ההעברה של

74 חוק-יסוד: הממשלה סעיף 2, שנכלל בגרסתו המקורית של חוק היסוד מ-1968, ובחוק היסוד מ-1992. חוק-יסוד: הכנסת, סעיף 2, חוק-יסוד: נשיא המדינה, סעיף 2, חוק-יסוד: השפיטה סעיף 15(א) שהחליף את חוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, סעיף 1.

75 שר הדתות זרח ורהפטיג בהצגת החוק בכנסת, ד"כ 27.6.1967, 2422.

76 חיים כהן "מעמדה של ירושלים במשפט מדינת ישראל" עשרים שנה בירושלים 1967-1987 246, 264-265 (יהושע פראוור ואורה אחימאיר עורכים 1988).

77 אורי אבנרי, ד"כ 14.5.1980, 2868; ד"כ 9.7.1980, 3800; מרדכי וירשובסקי, שם, בעמ' 3800. יוסף תמיר (התנועה לשינוי ויזמה), ד"כ 23.7.1980, 4046, חייקה גרוסמן, שם, בעמ' 4051; צ'ירלי ביטון (החזית הדמוקרטית לשלום ולשוויון), שם, בעמ' 4056; יוסי שריד, שם, בעמ' 4055.

78 "הודעת משרד החוץ המצרי על השעיית המשא-ומתן - 15 במאי 1980" המשא-ומתן על כנון האוטונומיה (אפריל 1979-אוקטובר 1980) 73, 74 (משה גנור עורך מרץ 1981); זיו רובינוביץ "תכנית האוטונומיה של מנחם בגין - מינהל עצמי ללא שטח" (מרכז מורשת מנחם בגין, 25 במאי 2017). הקפאה נוספת, לנוכח מלחמת לבנון הראשונה ב-1982, שמה קץ לשיחות אלו מבלי שהושג הסכם.

סמכויות בעיר לגורם זה, וסעיף 7 המשריין את שני הסעיפים כך ששינוי שלהם יכול להיעשות רק ב"חוק-יסוד שהתקבל ברוב חברי הכנסת".

**חוק-יסוד: הלאום, 2018**  
 הכללתו של סעיף 3 בחוק-יסוד: הלאום נועדה להעביר מסר פוליטי לא רק בדעת הקהל הבינלאומית אלא גם בדעת הקהל הישראלית. יוזם הצעת חוק היסוד, ח"כ אבי דיכטר, ציין שהחוק נועד "לקבע ולעגן בתודעה הישראלית והבין-לאומית, היהודית והלא-יהודית, את מעמדה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי".<sup>79</sup> בעניין ירושלים נאמר בהצעת החוק שירושלים כבירת ישראל היא אחד מכמה "היבטים מעשיים המבטאים את היותה של מדינת ישראל כמדינת [כך] הלאום של העם היהודי".<sup>80</sup>

הזהות בין נוסחו של סעיף 3 לחוק-יסוד: הלאום לבין נוסחו של סעיף 1 לחוק-יסוד: ירושלים ביטאה תפיסה שאין בסעיף 3 משום חידוש משפטי. משום כך הסעיף לא נדון בהרחבה במליאת הכנסת. הכללתו בחוק הוצגה בדיוני הוועדה המנסחת כמהלך כמעט טכני של ריכוז ההוראות בדבר סמלי המדינה במסגרת תהליך ממושך ומקוטע של גיבוש חוקה.<sup>81</sup> בדיוני ההכנה אמר היועץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט, שהסעיף המוצע "הוא בעיקרו סעיף חגיגי, הוא סעיף הצהרתי", שלא כמו הסעיפים שנוספו לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל ב-2000.<sup>82</sup> ההסתייגויות שהוגשו לסעיף 3 עסקו כולן במעמדה הבינלאומי של העיר,<sup>83</sup> והדיון הקצר שהתקיים בוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק-יסוד (להלן: הוועדה המשותפת), התמקד כמעט כולו בשאלת השלכות חוק היסוד על מהלכים אפשריים של שינוי גבולות העיר והמדינה.

79 אבי דיכטר (הליכוד), ד"כ 30.4.2018, 141.

80 הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/1989/20, הונחה על שולחן הכנסת 29.7.2015.

81 יו"ר הוועדה המשותפת אמיר אוחנה, פרוטוקול ישיבה 4 של הוועדה המשותפת לדיון בהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20, 56 (23.10.2017).

82 שם, בעמ' 57.

83 חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הצעת חוק לקריאה השנייה ולקריאה השלישית, נספח מס' כ-768/א' (פ/1989).

כמו ביוזמות החקיקה הקודמות, בדיון בסעיף נטען שהוא מיותר,<sup>84</sup> ושהוא מעיד על הכרת הממשלה בכישלון הסיפוח.<sup>85</sup> טענות דומות הועלו על חוק היסוד בכללותו, ובהן הטענה ש"תועלת הוא לא מביא אבל נזק הוא גורם",<sup>86</sup> ושהוא "משדר לא רק חוסר ביטחון, הוא משדר רגשי נחיתות".<sup>87</sup>

אך שלא כמו הצהרת הכנסת מ־1950 וחוק־יסוד: ירושלים מ־1980, חוק־יסוד: הלאום נועד לבצר לא רק את עמדתה של מדינת ישראל בשאלות טריטוריאליות, אלא גם את זהותה וערכיה של המדינה.<sup>88</sup> במהלך עבודתה של הוועדה המשותפת הפנה הייעוץ המשפטי את תשומת ליבם של חברי הוועדה לכך שהדגשת הייחוד היהודי של המדינה באמצעות הסמלים (ייחוד הקיים ממילא בחקיקה אחרת) "עלול לעורר תחושת ניכור במידה זו או אחרת אצל חלק מאזרחי המדינה הלא־יהודיים".<sup>89</sup> בשני קצוות הקשת הפוליטית הייתה הסכמה על משמעות זו של הסעיף. ד"ר חגי ויניצקי ציין בדיון בוועדה המשותפת שהחוק "מדגיש שירושלים היא לא רק בירה, היא גם מאפיין יהודי של הזהות היהודית של עם ישראל בארצו".<sup>90</sup> מנגד, בדיון במליאה הזכיר ח"כ אחמד טיבי שהסעיף על ירושלים עם הסעיף על עליונות השפה העברית והסעיף על עידוד התיישבות יהודית הם ביטויים לכך שהחוק מייחד את הזכויות לאומיות בישראל ליהודים, ואילו הערכים הם "אורחים נסבלים".<sup>91</sup> כך הכללת ההוראה בדבר היותה של ירושלים השלמה והמאוחדת בירת ישראל בחוק־יסוד: הלאום הקנתה לה הקשר חקיקתי חדש. הדגש עבר מהיותה של ירושלים בירת המדינה, להיותה בירתה של מדינת הלאום של העם היהודי, כלומר סמל של קהילת הרוב.

84 עמ' בר־לב (המחנה הציוני), ד"כ 30.4.2018, 191.

85 מוסי רז (מרצ), ד"כ 17.7.2018, 368.

86 תמר זדנברג (מרצ), ד"כ 30.4.2018, 142.

87 ג'מעה אזברגה (הרשימה המשותפת), שם, בעמ' 167.

88 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021), פס' 38 לחוות דעתה של הנשיאה חיות.

89 הייעוץ המשפטי לוועדה המשותפת, "מסמך הכנה לדיון ביום 23.10.17 – הצעת חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי" (22.10.2017).

90 ד"ר חגי ויניצקי, פרוטוקול 4, לעיל ה"ש 81, בעמ' 64.

91 אחמד טיבי (הרשימה המשותפת), ד"כ 30.4.2018, 221.



הזהות בין לשונו של סעיף 3 לחוק-יסוד: הלאום לבין לשונו של סעיף 1 לחוק-יסוד: ירושלים היא מכוונת. היא משקפת את תפיסתם של חברי הוועדה המשותפת שהסעיף החדש לא נועד לשנות את המצב המשפטי הקיים.<sup>92</sup> אם כך, נראה שיש לפרש את מונחי הסעיף על פי משמעותם בחוק-יסוד: ירושלים.

## 2. "ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל": פרשנות המונחים בסעיף 3 לחוק-יסוד: הלאום

לכאורה חשוב לזהות את השטח שמציין הביטוי "שלמה ומאוחדת", כדי לדעת מהו שטח הבירה. שהרי אם שטחה של ירושלים ישתנה, והיא לא תהיה "שלמה ומאוחדת", ייתכן שהיא תחדל להיות בירת המדינה. השאלה עלתה בדיוני הוועדה המשותפת לניסוח חוק-יסוד: הלאום, כאשר ח"כ ציפי לבני תהתה אם הוצאת השכונות שמעבר לחומת ההפרדה או הרחבת הגבולות כך שיכללו את מעלה אדומים<sup>93</sup> יבטלו את מעמדה של ירושלים כבירה מהטעם שהיא תחדל להיות "שלמה".<sup>94</sup>

### "ירושלים השלמה והמאוחדת"

מנסיבות חקיקתו של חוק-יסוד: ירושלים ברור שהכוונה בביטוי "השלמה והמאוחדת" היא להכללת שטחים משני צדדיו של קו הפסקת שביתת הנשק ב-1949, ש"אוחדו" ב-1967 תחת שליטה ישראלית. בעניין השטח שמזרח לקו, אפשרות אחת היא שהכוונה לעיר העתיקה. ייתכן שהכוונה היא לשטחה של העיר ירושלים כפי שהוגדרה על ידי השלטונות המנדטוריים. עוד אפשרות היא שהכוונה היא לשטח השיפוט של עיריית ירושלים על פי המשפט הישראלי, המתפרש הרחק צפונה ודרומה. פרשנות רחבה עוד יותר היא שהכוונה גם לשטחים שמחוץ לגבולות העירוניים של העיר אך קשורים לה מבחינה תפקודית, בעיקר ממזרח (לכיוון מעלה אדומים) ומצפון-מערב (לכיוון גבעת זאב).

הצעת חוק-יסוד: ירושלים מ-1980 שהגישה חברת הכנסת גאולה כהן כללה סעיף שקבע ש"שלמותה ואחדותה של ירושלים רבתי, בגבולותיה שלאחר מלחמת ששת

92 יו"ר הוועדה אמיר אוחנה, פרוטוקול 4, לעיל ה"ש 81, בעמ' 56.

93 ליזמות כאלה ראו ניר חסון אורשלים: ישראלים ופלסטינים בירושלים 1967-2017 409-404 (2017).

94 פרוטוקול 4, לעיל ה"ש 81, בעמ' 58.

הימים, לא תיפגענה". הסעיף המוצע לא נכלל בסופו של דבר בחוק היסוד. שאלת השטח המדויק שעליו חל חוק היסוד לא נדונה. כיוון שלא היו לחוק השלכות משפטיות טריטוריאליות בעת קבלתו, לא היה צורך בזיהוי מדויק של שטח זה. עם זאת, סביר לפרש שביטוי "השלמה והמאוחדת" מציין את השטח שציינו הצו הממשלתי ואכרזת ירושלים מ-1967. פרשנות זו עולה בקנה אחד עם הצעת החוק, וגם עם השימוש במונח "ירושלים השלמה" בדיוני הממשלה ב-1967 לקראת החקיקה שהחילה את המשפט הישראלי במזרח העיר והרחיבה את גבולות השיפוט העירוני. השרים השתמשו במונח "ירושלים השלמה" כדי לציין את השטחים שמעבר לגבולות העיר העתיקה (היו גם מי שכינו את השטח הזה "ירושלים המורחבת",<sup>95</sup> וראש הממשלה דוד בן-גוריון התייחס ל"ירושלים רבתי" לעומת "זוטא").<sup>96</sup> עם זאת, יש לציין שהביטוי "ירושלים השלמה" שימש בשיח הפוליטי כבר בקום המדינה, עם חלוקת השליטה בירושלים בין ישראל לבין ירדן. בדיונים ב-1949 על הצעתו של בגין לעגן את מעמדה של ירושלים כבירת ישראל בחוקת המעבר השתמשו כמה חברי כנסת בביטוי "ירושלים השלמה" להבדילה מ"ירושלים המחולקת",<sup>97</sup> ועיקר עניינם היה בעיר העתיקה שבין החומות.<sup>98</sup>

ההבחנה בין "שלמה" ל"מאוחדת" אינה ברורה. אפשרות אחת היא שאלו מילים נרדפות המשמשות להדגשה בלבד.<sup>99</sup> פרשנות אחרת היא שהמונח "שלמה" מתאר את שטחה ההיסטורי של ירושלים טרם ביתורה במלחמת העצמאות, ואילו המונח "מאוחדת" מתאר את המצב המדיני, כלומר את העובדה שהשליטה בפועל בעיר היא כולה בידי ישראל. השופט חיים כהן סבר שהמילה "שלמה" מציינת את הרצף הטריטוריאלי של העיר "בגבולותיה המורחבים" בשליטה ישראלית מאז

95 רמון ורונן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 39.

96 שם, בעמ' 40.

97 יוסף ספיר, ד"כ 5.12.1949, 223; מנחם בגין, ד"כ 23.1.1950, 604; פרץ ברנשטיין, שם, בעמ' 605; זרח ורהפטיג (החזית הדתית המאוחדת), שם, בעמ' 607; מאיר וילנר (מק"י), שם, בעמ' 610; בן-גוריון (שהתנגד להוספת המילה "שלמה" דווקא מתוך הסכמה למשמעותה), שם, בעמ' 612.

98 הצעת החלטה של סיעת תנועת החרות המזכירה את "ירושלים השלמה" ואת "עיר-דוד" כבירה, ד"כ 4.1.1950, 445; הצעת אי-אמון של סיעת מפ"ם העוסקת ב"סיפוח ירושלים העתיקה וחלקי הארץ הכבושים אל ממלכת עבר-הירדן", שם; הצעת אי-אמון של סיעת תנועת החרות המתייחסת לשלטון הבריטי-ערבי "בחלקי ארץ-ישראל הכבושים ובעיר דוד", שם, בעמ' 446. לתחום השיפוט העירוני וחלוקתו לשכונות, ראו גדעון ביגר "ההתפרסות המרחבית של אוכלוסיית ירושלים במחצית הראשונה של תקופת המנדט" קתדרה 39, 125 (1986).

99 רות לפידות פירוש לחוקי-היסוד - חוקי-יסוד: ירושלים בירת ישראל 65 (1999).

1967, <sup>100</sup> ואילו המילה "מאוחדת" מציינת את תחולת המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל על השטח כולו מכוח אותו מקור משפטי. <sup>101</sup> כהן התייחס לאיחוד המסגרת המשפטית כיוון שעד לחקיקת חוק-יסוד: ירושלים היה מקור תחולת המשפט הישראלי במערב העיר מנשר שר הביטחון מ-1948, ואילו מקור תחולתו במזרח העיר היה הצו הממשלתי מ-1967. <sup>102</sup> לגישת כהן, ב-1980 איחד חוק היסוד את העיר להלכה (בדין) ולא רק למעשה. <sup>103</sup> אך כאמור לעיל, הביטוי "שלמה" שימש כבר בקום המדינה לתיאור שטח שהייתה שאיפה בלתי ממומשת לריבונות בו, ולא שליטה בפועל כדברי השופט כהן. לעומת זאת, הביטוי "מאוחדת" נכנס לשימוש בשיח הפוליטי ב-1967 עוד לפני שהמשפט הישראלי הוחל בשטח. <sup>104</sup> מאוחר יותר שימשו המילים "שלמה" ו"מאוחדת" לסירוגין ויחדיו, <sup>105</sup> וכיום הביטוי "שלמה ומאוחדת" שגור מבלי שנראה שמיוחסות משמעויות שונות למרכיבו.

כך או כך, ירושלים הייתה בירתה של מדינת ישראל עוד לפני איחוד חלקי העיר. אם כך, נראה שבביטוי "שלמה ומאוחדת" יש לראות תיאור של הכירה, ולא מושג משפטי המגדיר אותה. חיזוק לגישה זו נמצא בכך שביתר סעיפי חוק-יסוד: ירושלים נכתב "ירושלים" ולא ל"ירושלים השלמה והמאוחדת". חשוב במיוחד בהקשר הזה סעיף 5 לחוק היסוד, שנוסף ב-2000 וקובע את "תחום ירושלים" בשטח שמעבר לקו שביתת הנשק על פי הצו הממשלתי מ-1967. גם בסעיף הזה, הקובע במונחים אובייקטיביים את שטח העיר, לא כתוב שירושלים היא "שלמה ומאוחדת". לו הייתה הכוונה להתנות את היותה של העיר בירה (על פי סעיף 1) בהיותה משתרעת על

100 בישיבת הכנסת הראשונה לאחר מלחמת ששת הימים בירך היו"ר קדיש לוז על ההתכנסות ב"ירושלים השלמה". ד"כ 12.6.1967, 2327.

101 כהן, לעיל ה"ש 76, בעמ' 248.

102 למחלוקת על השלכות החקיקה מ-1948, ראו בנימין רובין "תחום תחולת המשפט, שטח המדינה ומה שביניהם" משפטים כה 215, 229 (1995); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב - רשויות השלטון והאזרחות 930-932 (מהדורה שישית 2005).

103 כהן, לעיל ה"ש 76, בעמ' 248. לשאלה אם הדין החל בשני חלקי העיר הוא אחיד, ראו יעל רונן "ריבונות ברירנית: תחולת המשפט הישראלי במזרח ירושלים" משפט וממשל כא 267 (2020).

104 ב-7 ביוני 1967 הכריז משה דיין: "צבא הגנה לישראל שחרר הבוקר את ירושלים. איחדנו מחדש את ירושלים המבוזרת, את בירת ישראל השטועה". מרדכי נאור ירושלים עיר ועם: מדוד המלך עד ימינו 239 (1995); מירון בנבנשתי מול החומה הסגורה: ירושלים החצוי והמאוחדת 122 (החש"ג).

105 שמואל תמיר (המרכז החופשי), ד"כ 21.6.1967, 2390; אורי אבנרי (העולם הזה-כוח חדש) 27.6.1967, 2426.

שטח מסוים, היה הביטוי "שלמה ומאוחדת" נכלל בסעיף הקובע את השטח. כיוון שלא סביר לפרש שהחוק מבקש להבחין בין שני שטחים גאוגרפיים – "ירושלים" ו"ירושלים השלמה והמאוחדת" – אין לפרש את הביטוי "שלמה ומאוחדת" כבעל משמעות משפטית. במילים אחרות, ההצהרה בסעיף 1 לחוק-יסוד: ירושלים (ובסעיף 3 לחוק-יסוד: הלאום) מתארת את ירושלים הבירה כ"שלמה ומאוחדת" ואינה מגדירה אותה. זו הייתה גם גישתו של היועץ המשפטי של ועדת החוקה סבר שסעיף 3 לחוק-יסוד: הלאום אינו קונסטיטוטיובי בעניין גבולות העיר.<sup>106</sup>

אך גם גישה אחרת באה לידי ביטוי בדיוני הוועדה, ולפיה הביטוי "השלמה והמאוחדת" הוא שטח ירושלים כפי שהיה קבוע בעת שאומץ חוק היסוד וכפי שעוגן בשנת 2000 בסעיף 5, כלומר השטח המוגדר בצו הממשלתי.<sup>107</sup> אומנם סעיף 5 לחוק-יסוד: ירושלים קובע את תחום ירושלים "לעניין חוק-יסוד זה", ולכאורה הוא משליך על פרשנותו של סעיף 1 לחוק-יסוד: ירושלים בלבד ולא על פרשנותו של סעיף 3 לחוק-יסוד: הלאום. אך כדי לשמור על הרמוניה חוקתית, ונוכח ההקשר הרחב יותר של מעמדן של הוראות בחוק-יסוד: הלאום החוזרות על חקיקה וחקיקת יסוד קיימת,<sup>108</sup> נראה שיש לפרש שסעיף 5 לחוק-יסוד: ירושלים משליך ישירות גם על סעיף 3 לחוק-יסוד: הלאום. יש להניח שהמילים "לעניין חוק-יסוד זה" שולבו בסעיף 5 לחוק-יסוד: ירושלים לנוכח סעיף 6 לאותו חוק יסוד, הקובע הסדר משפטי המחייב זיהוי שטח ספציפי שהוא "ירושלים".

הגישות האלה לפירוש הביטוי נבדלות זו מזו בהשלכות העשויות להיות להן על מעמדה של העיר כבירה אם ישתנה שטח השיפוט העירוני שלה. הרחבת שטח השיפוט (למשל אם הוא יכלול את מעלה אדומים) לא תעורר קושי מיוחד על פי אף אחת מהגישות. על פי הגישה הראשונה, הביטוי "השלמה והמאוחדת" יתאר את השטח החדש, הרחב יותר. גם על פי הגישה השנייה, שלפיה "ירושלים השלמה והמאוחדת" שהיא הבירה מוגדרת על פי הצו הממשלתי, הרחבת השטח לא תפגע במעמד העיר כבירה. עם זאת, נראה שצריך יהיה לתקן את סעיף 5 לחוק-יסוד: ירושלים (המשליך על סעיף 1 לחוק יסוד זה וגם על סעיף 3 לחוק-יסוד: הלאום)

106 פרוטוקול 4, לעיל ה"ש 81, בעמ' 58.

107 שתי הפרשנויות באו לידי ביטוי בדברי יו"ר הוועדה המשותפת אמיר אוחנה, שם, בעמ' 58: "כל מה שייקבע שהוא ירושלים הוא ירושלים, וירושלים היא בירת ישראל. זה הרעיון", אך גם "ירושלים או חלקים מירושלים שוחררו כידוע ב-67', אז 'השלמה והמאוחדת' זה אומר כולל אותם חלקים ששוחררו ב-67'" (שם, בעמ' 57).

108 סוגיה זו נדונה בפרק של אורי אהרונסון בקובץ זה.

כך שהגדרת הבירה בחוקי היסוד תחפוץ את הגדרת שטח השיפוט העירוני. אם לא, ייווצר מצב מוזר שבו חלק מהעיר הוא בירה ואילו חלק אחר – לא.

המצב יהיה שונה אם שטח העיר יצומצם. כאמור, על פי הגישה הראשונה, שלפיה הביטוי "השלמה והמאוחדת" הוא תיאורי בלבד, התיאור יתייחס לשטח החדש. אך היה וייגרע משטחה העירוני של ירושלים החלק המסופח כולו, ספק אם סביר יהיה לומר שהביטוי "שלמה ומאוחדת" מתאר את חלק המערבי של העיר בלבד. כלומר, גריעה כזו תהיה שינוי של סעיף 3 לחוק-יסוד: הלאום. על פי הגישה השנייה, שלפיה "ירושלים השלמה והמאוחדת", שהיא הבירה, מוגדרת מלכתחילה על פי הצו הממשלתי, די בגריעה של כל חלק שהוא שמהשטח המסופח כדי לפגוע בשלמותה ובאחדותה של העיר, ולכן גם במעמדה כבירה.

שינוי בשטחה של העיר שבעקבותיו היא כבר לא תהיה "שלמה ומאוחדת" ומשום כך לא תהיה הבירה (כלומר גריעת השטח המסופח כולו, על פי הגישה הראשונה, או לפחות חלק מהשטח המסופח, על פי הגישה השנייה), יצטרך לעמוד בהוראת השריון בסעיף 11 לחוק-יסוד: הלאום, המחייבת חקיקת "חוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת". אולם בפועל הוראה זו אינה מציבה רף חקיקתי חדש, כיוון שעל פי חוק-יסוד: ירושלים, ויתור על כל חלק שהוא מהשטח המסופח הוא שינוי של סעיף 5 ולכן טעון חוק יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת.<sup>109</sup> במילים אחרות, גם על פי הגישה המחמירה, הגורסת שירושלים שאינה "שלמה ומאוחדת" אינה בירת המדינה, גריעה משטח העיר שתעמוד בדרישות החוקתיות לעניין הגדרת שטחה של ירושלים ממילא תעמוד גם בדרישות החוקתיות לשינוי סעיף 3 לחוק-יסוד: הלאום.

לסיכום, ספק אם יש לפרש את סעיף 3 לחוק-יסוד: הלאום כמחייב שהשטח המסופח כולו יהיה חלק משטחה של ירושלים כדי שהיא תהיה "שלמה ומאוחדת" ולכן בירת המדינה. אך בפועל גם פרשנות מחמירה זו אינה מציבה מכשול חדש בפני שינויים טריטוריאליים, כיוון שהוראות זהות ונוספות מצויות ממילא בחקיקה שמסדירה במישרין את התנאים לויתור על תחולת המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל בשטח זה.

109 כאמור בהוראת השריון שבסעיף 7 לחוק-יסוד: ירושלים. הוראה רלוונטית נוספת היא סעיף 1 לחוק-יסוד: משאל עם, שלפיה כל גריעה משטחה של מדינת ישראל, בין בירושלים בין לאו, טעונה החלטה של רוב חברי הכנסת והסכמה במשאל עם (אלא אם כן החלטת הכנסת נתקבלה ברוב של 80 חברי כנסת). לכאורה, חוק יסוד זה מציב רף חקיקתי גבוה יותר לשינוי טריטוריאלי מהרף שבחוק-יסוד: הלאום ובחוק-יסוד: ירושלים, אלא שחוק-יסוד: משאל עם עצמו ניתן לשינוי ברוב רגיל של חברי הכנסת (סעיף 5 לחוק-יסוד: משאל עם).

"בירה" אינה קטגוריה משפטית מוכרת. המשפט הבינלאומי אינו קובע תנאים להכרזה על עיר "בירה" או השלכות של הכרזה כזאת. אין חובה להכריז על בירה ואין נוהל להכרזה כזאת. הכרזה על בירה היא אקט פוליטי הנתון לשיקול דעתן של רשויות המדינה.

תפקידה העיקרי של עיר בירה הוא לשמש ביטוי פנים-מדינתי של הזהות הלאומית (המדינתית) עבור קהילת המדינה, וכן ולהציג זהות זו כלפי חוץ, אל הקהילה הבינלאומית.<sup>110</sup> ההכרזה הנהוגה בחוקות מדינתיות בדבר היותה של עיר מסוימת בירה מבטאת על פי רוב את מעמדה של העיר – את היותה מוקד השיח הפנים-מדינתי, בסיס הכוח המדינתי כלפי הקהילה הבינלאומית, והאתר המרכזי לפעולות לגיבוש לאומי.<sup>111</sup> יש סממנים אופייניים לערי בירה המשקפים מעמד זה. המקובלים שבהם הם ישיבת רשויות השלטון ושגרירויות זרות בעיר (אם כי יש חוקות הכוללות היתר למושב או לפעולה של רשויות השלטון מחוץ לבירה בנסיבות מיוחדות). הבירה היא בדרך כלל גם מקום עריכתם של טקסים לאומיים שתפקידם חיזוק הזהות הלאומית. במדינות רבות יש הסדרי תקצוב מיוחדים לקידום יעדים לאומיים בעיר,<sup>112</sup> והסדרי הממשל בבירה שונים לעיתים מההסדרים שבערים אחרות (במיוחד במדינות פדרליות).<sup>113</sup> אלו סממנים תיאוריים. הם אינם תנאים הכרחיים או מספיקים להיותה של עיר מסוימת בירה.

גם המשפט הפנימי של ישראל אינו מגדיר מהי בירת המדינה. חוק-יסוד: הלאום (כמו חוק-יסוד: ירושלים) מזהה את ירושלים השלמה והמאוחדת כבירה, אך לקביעה זו אין השלכות משפטיות אוטומטיות, וגם חוק היסוד אינו מציין מה השלכותיה. הסעיפים המקוריים של חוק-יסוד: ירושלים מעגנים פרקטיקה שקדמה לחוק היסוד, אך הם אינם תנאים להיותה של העיר בירה, או נובעים בהכרח ממעמדה הזה.

VADIM ROSSMAN, CAPITAL CITIES: VARIETIES AND PATTERNS OF DEVELOPMENT AND RELOCATION 13 110 (2017)

Francis Delpérée, *Le Statut des capitales*, CAPITAL CITIES: INTERNATIONAL PERSPECTIVES 129, 134–143 (John Taylor, Jean G. Lengellé & Caroline Andrew eds., 1993)

Rossman 112, לעיל ה"ש 110, בעמ' 14–16.

Enid Slack and Rupak Chattopadhyay, *Comparative Conclusions*, 113 FINANCE AND GOVERNANCE OF CAPITAL CITIES IN FEDERAL SYSTEMS 29 (Enid Slack & Rupak Chattopadhyay eds., 2009). בישראל המניע להסדרה המיוחדת הוא חיזוק מעמדה של העיר כחלק משטח ישראל, מול עמדת הקהילה הבינלאומית.

סעיף 2 מבטא מאפיינים מקובלים של בירה, אך בספרות נדונה לא פעם העובדה שהיותה של ירושלים בירת ישראל אינו מותנה בהיותה מקום מושבם הקבוע של מוסדות המדינה או שגירויים זרות או בכלל סממן אחר.<sup>114</sup> סעיף 3 בדבר השמירה על המקומות הקדושים הופיע בפעם הראשונה בחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967 שנחקק עם איחוד חלקי העיר. אך הוראתו אינה מוגבלת לירושלים, ולכן בוודאי שאין בו כדי להעיד או להשליך על מעמדה של ירושלים כבירה. סעיף 4 קובע הסדר תקציבי חדש ומיוחד, אך כיוון שירושלים הייתה בירת ישראל גם קודם לחקיקת חוק היסוד ברור שההסדר הזה אינו תנאי למעמדה זה או נובע בהכרח ממעמד זה.<sup>115</sup>

אם כך, ההכרזה בחקיקה שירושלים (השלמה והמאוחדת) היא בירת ישראל היא הצהרתית. ההסדרים הקונקרטיים המבטאים מעמד זה מוסדרים בנפרד ואינם תלויים בהכרזה זו. אך אין לזלזל במשמעותו הסמלית של סעיף 3 לחוק-יסוד: הלאום. בהיותו עוסק באחד מסמליה החשובים של המדינה, הרי שאף שהוא אינו משנה את המצב המשפטי, הוא חלק ממהלך המעניק אופי יהודי בלעדי לזהותה החוקתית של המדינה.<sup>116</sup>

היותה של ירושלים בירתה של מדינת ישראל מעולם לא הוטל בספק בכנסת ישראל. בכל הקשת הפוליטית יש הסכמה שמעמדה זה הוא עובדה היסטורית. המחלוקת הניטשת מקום המדינה היא על דרישתה של ישראל לריבונות בלעדית בעיר ובסביבותיה. במהלך השנים זכתה שליטתה של ישראל במערב העיר להכרה משתמעת נרחבת (אם כי לא מלאה) כשליטה ריבונית. לעומת זאת, לדרישתה של ישראל לריבונות במזרח העיר לא הייתה מעולם תמיכה בינלאומית, אף לא מאז החלה לשלוט בשטח בפועל ב-1967. למחלוקת הבינלאומית יש ביטוי גם בשיח הפנים-מדינתי. החקיקה בנוגע למזרח ירושלים במהלך השנים נועדה לחזק עמדות

## סיכום

114 כהן, לעיל ה"ש 76, בעמ' 250, לפידות, לעיל ה"ש 98 בעמ' 74-75. אמירה זו מתייחסת למעמדה של הבירה מבחינת היחסים הבינלאומיים. מעמדה של בירה מבחינת המשפט הפנימי תלוי בדיני כל מדינה.

115 תוכנו של סעיף 4 היה חידוש בשנת 1980. ההצעה לקבוע הקצאה תקציבית מיוחדת לירושלים עלתה כבר ב-1949, ישעיהו פרדר (המפלגה הפרוגרסיבית), ד"כ 8.3.1949, 72.

116 על המשמעות האזרחית והמשפטית של סמלים בכלל, ובחוק היסוד בפרט, ראו בקובץ זה, גיא לוריא "סמלי המדינה והקהילה הפוליטית: סעיפים 2, 8 ו-9 לחוק הלאום".

מסוימות בהקשר זה, נגד לחצים פוליטיים מחוץ ונגד נכונות מבית להיכנע ללחצים אלו.

המפעל לעיגון שטחה של ירושלים כחלק ממדינת ישראל עבר שינויים משני סוגים: ראשית, העובדות בשטח השתנו, ומה שהיה בעת בקום המדינה בבחינת שאיפה בחוגים נרחבים נהפך ב-1967 לעובדה. שנית, וחלקית לפחות כפועל יוצא של השינוי הראשון, האסטרטגיה הפוליטית שבחרו הממשלה והכנסת השתנתה במהלך השנים. במקום ניסיון להימנע מעימות עם הקהילה הבינלאומית, אומצה גישה של הפגנת עמדה פומבית לעומתית.

בכריכה של סוגיית הריבונות בשטח עם שאלת מעמדה של העיר כבירה השיגו היוזמים של דברי החקיקה השונים יתרון טקטי: אי-הרצון של חברי כנסת להיתפס כמי שמערערים על מעמד העיר כבירה חייב התייצבות לצד עמדה מדינית בעניין היקף השליטה הטריטוריאלית, שלעיתים הייתה ניצית יותר מהעמדה שבה החזיקו באופן אישי. בעקבות זאת אומצו במהלך השנים מחסומים משפטיים נוקשים יותר בפני שינוי מעמדה של ישראל במזרח ירושלים. כך הפכה ההכרזה על העיר כבירת ישראל מהצהרת כנסת בלתי מחייבת ב-1949 להוראה בחוק יסוד משוריין ב-2018.

אומנם, כיוון ש"בירה" אינה קטגוריה משפטית במשפט הבינלאומי או המדינתי, בסופו של דבר אין להכרזה על מעמדה של העיר כבירה השלכות משפטיות ישירות. עם זאת, יש להכרזה חשיבות פוליטית. אף שסעיף 3 זהה בלשונו לסעיף 1 לחוק-יסוד: ירושלים, הכללתו בחוק-יסוד: הלאום מקנה לו חשיבות לא רק במחלוקת הבינלאומית בדבר מעמד העיר, אלא גם כסמל פנים-מדינתי של הזהות הלאומית,<sup>117</sup> סוגיה השנויה אף היא במחלוקת בישראל. לצד הדרישה לבלעדיות של ישראל על הריבונות בירושלים, סעיף 3 מנכס את העיר כסמל לאומי בלעדי לרוב היהודי במדינה. הכללתו במסמך חוקתי שעניינו הדגשת זהותה הקולקטיבית של קבוצה אתנית אחת במדינה מעבירה מסר מדיר כלפי חברי קבוצות אחרות.<sup>118</sup>

117 Delpérée, לעיל ה"ש 111.

118 על משמעות החוק בהקשר זה ראו בקובץ זה, יובל שני, "סעיף ההגדרה העצמית בחוק הלאום".



## פרשנות סעיף 10: ימי מנוחה ושבתון

---

אביעד הכהן

אקדמות מילין

1. מטרת הסעיף
  2. ביקורת על שילוב "ימי המנוחה" בחוק הלאום
  3. היסטוריה חוקתית
  4. עיגון משפטי – למה ולמה?
  5. אופיו של הסעיף
  6. רקע היסטורי כללי: הפיכת השבת ומועדי ישראל לסמל לאומי
  7. מיקום הסעיף
  8. קביעת סעיף "ימי מנוחה ושבתון" בחוקה: המצוי והרצוי
  9. פרשנות מונחי הסעיף
- אחרית דבר: מה ילד יום?

## אקדמות מילין

הגדרת מדינת ישראל – הן בהכרזת העצמאות הן בחוקי היסוד – כ"מדינה יהודית ודמוקרטית" מעוררת בעיות שאינן קיימות דרך כלל בחוקותיהן של מדינות אחרות. על דרך הכלל, במדינה המודרנית יש לאום אחד (כגון לאום צרפתי, גרמני או אנגלי) שתחת כנפיו עשויים לדור – ובדרך כלל גם דרים בצוותא (חדא) בני דתות למיניהן (כגון במדינת הלאום הצרפתית או הגרמנית גרים יחד מוסלמים, נוצרים – קתולים ופרוטסטנטים – יהודים, הינדים, בודהיסטים וכיוצ"ב).

לא כן במדינת ישראל. כפי שקבע בית המשפט העליון בפרשת "מיהו יהודי"<sup>1</sup>, המונח "יהודי" כולל בתוכו הן הגדרה לאומית (הלאום היהודי) והן הגדרה דתית (הדת היהודית).<sup>2</sup> שני אלו "באין כאחד", והם כתאומים סיאמיים שאינם ניתנים להפרדה. ממילא, גם כאשר באים לפרש מונחים שמופיעים בדין החילוני – כגון המונח "גירור" בחוק השבות (להבדיל מ"המרת דת" סתם, שהיא מונח אזרחי-חילוני-ניטרלי<sup>3</sup>) – אין הפרשן רשאי (ויש שיאמרו אף אינו יכול) להתעלם ממשמעותם הדתית של המונחים, לצד משמעותם הלאומית.

תוכנה זו יפה לדעתנו גם למונחים המופיעים בחוקי היסוד, וחוק הלאום בכללם. המחוקק עושה שימוש במונחים שהפן והתוכן הדתי שבהם – לצד הפן והתוכן הלאומי – הוא בשר מבשרם. כך, למשל, במונחים כגון "שבת" (להבדיל מ"יום שבתון", שהוא מונח אזרחי-ניטרלי) ו"קייבוץ גלויות" (להבדיל מ"עלייה" או

\* תודתי נחונה לד"ר נדיב מרדכי, פרופ' ידידיה שטרן ופרופ' יובל שני על הערות מחכימות לטייטה מוקדמת של פרק זה.

1 ראו למשל בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1969).

2 סוגיה בפני עצמה היא היחס לזרמים בתוך הדת היהודית. בית המשפט נטה לפרש מונחים כגון "יהודי", "דין תורה" (בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953) ו"דיני כשרות" (בחוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג-1983) רק לפי הפרשנות האורתודוקסית שלהם, ולא נתן כל ביטוי לזרמים האחרים. על הניסיון של הזרמים האחרים לקבל הכרה מכוח הפסיקה, ראו בהרחבה אביעד הכהן "בתי המשפט ובג"ץ: תל פיות לתנועה הרפורמית?" **היהדות הרפורמית: הגות, תרבות וחברה** 439-478 (אבינועם רוזנק עורך תשע"ד). להכרה בזרם הלא-אורתודוקסי בנושא הגירור, לצורכי רישום במרשם האוכלוסין, ראו בג"ץ 230/86 סוזן מילר נ' שר הפנים, פ"ד מ(4) 436 (1986); על ההכרה בגירור הרפורמי לצורכי שבות, ראו בג"ץ 11013/05 נטליה דהן ואח' נ' שר הפנים, 1.3.2021.

3 על הניסיונות ליצוק משמעות אזרחית בלבד למונח גירור, ועל התמורות שחלו בעניין זה במשפט הישראלי, ראו בהרחבה אביעד הכהן "גירור כדת משה (ומדינת) ישראל: בוקה, מבוקה ומבולקה – על מקום הגירור במערכותיה האזרחיות של מדינת ישראל" **ספר מנחם פינקלשטיין** 713-751 (שרון אפק, עופר גרוסקופף, שחר ליפשיץ ואלעד שפיגלמן עורכים תשפ"א), והספרות שנזכרה שם.

"הגירה" – התוכן הדתי שלוב בהם כאש בנעורת, וניתוקם הימנו הוא במידה רבה מעשה מלאכותי. אכן, בשכבר הימים קבע בית המשפט כי העובדה שמחוקק השתמש במונח שמקורו דתי אינה מחייבת ליצוק לתוכו רק את התוכן הדתי המקורי שלו.<sup>4</sup> ועם זאת, גם התעלמות מוחלטת מתוכנו הדתי של המונח אינה ראויה. הדרך הראויה בעינינו בפרשנות החוק היא לשלב את מסכת הערכים – הלאומיים והדתיים – ומתוכם ובם ליצוק אל קנקן החוק תוכן מורכב שישקף נאמנה את רקעו ההיסטורי של מונח ואת משמעותו הכוללת.

בדברים הבאים ביקשנו להצביע על הדרך שבה הלך המחוקק בסעיף "השבת ומועדי ישראל" בחוק הלאום, ולעמוד על משמעותו הדואלית, הכפולה, של המונח "שבת", ועל ההשלכות הפרשניות שעשויות לנבוע מכך.

מבט־על בחוק הלאום מלמד שרוב סעיפיו עוסקים בסמלי לאום יהודיים<sup>5</sup> וישראלים<sup>6</sup> מובהקים, דוגמת ארץ ישראל והלשון העברית, ערכים שלרבים מהם יש הר הן במגילת העצמאות, הן בחוקים למיניהם, בחוקי יסוד אחרים<sup>7</sup> ובחוקים אחרים.<sup>8</sup> כך, לדוגמה, ערכה הלאומי של ארץ ישראל בכלל והיותה מולדת העם היהודי בפרט ("בארץ ישראל קם העם היהודי"); הגדרה עצמית: מימוש זכותו הטבעית, התרבותית,<sup>9</sup> הדתית וההיסטורית של עם ישראל להגדרה עצמית (השוו

4 ראו המ' 89/51 מיטובה נ' קזם, פ"ד ו, 4 (1951).

5 לצד סממנים דתיים מובהקים (כגון תשמישי קדושה: ספר תורה, טלית, תפילין) ניתן למצוא בעולמה של "מורשת ישראל" גם נוהגים לאומיים, שמקורם אינו בהכרח "דתי", כגון חבישת כיסוי ראש (כיפה, כובע וכיוצ"ב) לגבר או לאישה נשואה שלא בשעת תפילה או לימוד תורה, לבוש מסוים (כגון שטריימל בקהילות חסידיות), מגן דוד (סמל שבמקורו אינו דתי ואפילו לא יהודי) אך במרוצת השנים הפך לסמל לאומי גם בדת ישראל (ולכן הוא מופיע על גבי תשמישי קדושה שונים, כגון פרוכת בבית הכנסת, ועוד; ציון ימי צום לזכר מאורעות לאומיים (כגון שרפת התלמוד).

6 על אי-הכרת המשפט הישראלי ב"ישראליות" כלאום העומד בפני עצמו, לכל הפחות לא לעניין מרשם האוכלוסין והרישום בתעודת הזהות, ראו ע"א 630/70 סמרינ נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 197 (1970); ה"פ (מחוזי ים) 6092/07 עוזי אורנן נ' שר הפנים, 15.7.2008. [=הכרה בלאום "ישראלי"]; ע"א 8573/08 עוזי אורנן ואחי נ' משרד הפנים ואח', 2.10.2013. והמקורות שנזכרו שם [ערעור על ההחלטה להימנע מרישומו כישראלי. הערעור נדחה. בקשה לדיון נוסף (דנ"א 7032/13 אורנן נ' מדינת ישראל) נדחתה ביום 15.5.2014].

7 ראו למשל חוק־יסוד: ירושלים בירת ישראל.

8 ראו למשל חוק המוסד העליון ללשון העברית, תשי"ג-1953.

9 ציון כי במגילת העצמאות התרבות אינה נזכרת בהקשר ל"זכות תרבותית", כפי שנאמר בחוק היסוד דנן, אלא רק במסגרת תיאורית: כך, לדוגמה, מתוארים בה העם היהודי כמי שיצר בארץ ישראל "נכסי תרבות לאומיים"; היהודים ש"הקימו ישוב גדל והולך השליט על משקו

ללשון מגילת העצמאות: "זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית", משפט הפתיחה שלה: "בה עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית והמדינית"; ואחד ממשפטי ההמשך: "בתוקף זכותנו הטבעית וההיסטורית"; שם המדינה: "ישראל" ("אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל"); דגל המדינה; סמל המדינה: כפי שנקבעו בחוק הדגל והסמל; המנון המדינה; עיר הבירה: ירושלים "השלמה והמאוחדת" כבירת ישראל (חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל); שפת המדינה: עברית; עלייה יהודית וקיבוץ גלויות. מדינת ישראל כמדינת העם היהודי; התיישבות יהודית; לוח השנה; יום העצמאות וימי הזיכרון; ימי מנוחה ושבתון.

"תורת הלאום" היא רבת פנים וקולמוסים רבים – שעלו כדי מאות ספרים ומאמרים – נשתברו בניסיון לייצר מעין מכנה משותף שיגדיר לאום מהו? עם זאת, מכנה משותף לרבות מן ההגדרות הוא השימוש בכמה סממני יסוד: עבר, דת ותרבות משותפים, שפה, לבוש, התרבויות בשטח גאוגרפי מסוים, וכיוצא באלה. לצד סממני היסוד יש סימנים נוספים שאינם משותפים לכל הלאומים. בבואו לאמץ את סממני היסוד כדי לזכות קבוצת אנשים בזכות להגדרה עצמית, עושה גם המשפט הבינלאומי שימוש בחלק מסממנים אלו. עם זאת, ניתן להבחין בבירור בין "סממני ליבה וגרעין", כגון שפה ולשון, מתחם גאוגרפי ודת – לבין סממני-מעטפת, המצויים בפריפריה ואינם בולטים בכל ההגדרות.

כך בסתם מדינות, וכך מקל וחומר במדינות לאום. סממנים אלו מצאו את דרכם גם לחוקותיהן של עשרות רבות של מדינות.<sup>10</sup> למרות השוני ביניהן, בחוקות אלו ניתן ביטוי לסממנים המיוחדים המצדיקים את ההגדרה העצמית של אותה מדינה.

עם זאת, כפי שיפורט להלן, העיסוק ב"ימי מנוחה" בחוקה – לרבות ימי מנוחה שמקורם במסורת "דתית" – זניח למדי.<sup>11</sup> עיגון "ימי מנוחה" מתוך ציון השם המפורש (ולא רק המונח הסתמי-ניטרלי "ימי מנוחה" או "ימי שבתון") – ויהא זה שם מפורש "דתי", "לאומי" או שניהם כאחד ("שבת ומועדי ישראל") – בחוק-יסוד:

10 ותרבותו; והחובה – לא הזכות (אם כי, כפי שלמדנו בתורת המשפט, דרך כלל מהחובה נובעת ונגזרת הזכות) של מדינת ישראל להבטיח "חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות".

11 ראו למשל את הדוגמאות המובאות אצל אמנון רובינשטיין ואלכס יעקובסון ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם (2003); ואת שלל המאמרים שהוקדשו לנושא זה בחבר העת ISRAEL STUDIES 25 (3) (Fall 2020).

11 ראו את ההפניות לחוקותיהן של 85 מדינות שיש בהן התייחסות לימי שבתון באחד *constitut* (תודתי נחונה לד"ר נדיב מרדכי על הפנייה זו).

ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי [להלן: חוק הלאום] הוא אפוא חריג במסכת החוקתית הכלל-עולמית.<sup>12</sup>

## מטרת הסעיף

על פני הדברים, הסעיף בחוק הלאום נועד לקבע את מעמדם של "שבת ומועדי ישראל" כסממן בולט – סממן יהודי לאומי, לא סממן דתי בלבד או אזרחי בלבד – נוסף של "המדינה היהודית".<sup>13</sup>

מכאן ההבחנה בסעיף בין ימי המנוחה של ה"יהודים" – שבת ומועדי ישראל, לבין "שבתם"<sup>14</sup> וחגיהם של מי "שאינם יהודים", הנזכרים בסוף הסעיף.

ימי מנוחה אלה, שמקורם, רקעם וצביונם הם בעלי סממנים דתיים ולאומיים מובהקים – נתקבעו זה מכבר הן במורשת ישראל, הן בדין הישראלי, וקיבועם בחוק היסוד מעניק להם, לכאורה, מעמד חוקתי.<sup>15</sup>

12 כך למשל לא נמצא זכר ל"שם המפורש" של החג כריסטוס בחוקה של מדינה נוצרית מובהקת. יתר על כן, בארצות הברית, שלפי סקרים שונים מידת הדחיות של רוב אוכלוסייתה גבוהה ביותר, לא רק שאין זכר לכריסטוס בחוקה אלא שכמה פסקי דין קבעו, מכוח העיקרון החוקתי של הפרדת הדת והמדינה הקבוע בתיקון הראשון לחוקה האמריקאית, כי אין להציב "סממני כריסטוס" בשטחים ציבוריים, כגון בחי ספר, גנים או מבנים ציבוריים.

13 על השאלה העקרונית אם נכון לעגן סממני זהות יהודיים במשפט הישראלי בכלל ובחוקה בפרט, ראו ניר קידר האם נכון לעגן את הזהות היהודית במשפט הישראלי? (מחקר מדיני 107, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2015).

14 השימוש המושאל במונח "שבת" לציון יום המנוחה של לא-יהודים עשוי להיראות משונה משהו, מכיוון שבמשורר הלשוני מונח זה מחייך לבטח של בני הדת היהודית. אכן, יש גם קבוצה נוצרית "אדוונטיסטים", שהם "שומרי שבת", אך משקלה בטל באלף בין כלל הנוצרים, ואפילו שמה, "אדוונטיסטים" ולא "שבתים" או "שבתאים" (Sabbatists) – מעיד עליה שהמונח "שבת" ככינוי מגדיר זהות זר לה. כך גם כינוי השבת בלשונות אחרות, כגון המונח הרומי הקדום (הרומים ראו בשמות ימות השבוע ביטוי אסטרולוגי מובהק), על שם הכוכב *Saturni diēs* (כלומר: היום של הכוכב סאטורן, הכוכב בעל הטבעות, שלימים ייקרא שמו בעברית "כוכב שבתאי"), וממנו ברוב השפות האירופיות. כך למשל באנגלית: Saturday, בגרמנית עתיקה: saterdach, ובגרמנית בח ימינו: Samstag (בחלק מחבלי גרמניה הוא מכונה היום גם Sonnabend); בהולנדית: Zaterdag, בצרפתית: Samedi ועוד. ביוונית העתיקה נקרא יום השבת *Σάββατο*, על שם השבת היהודית. כיוצא בו בערבית נקרא היום *يَوْمَ السَّبْتِ*, יום (אל) *سَبْت*, בעקבות השפעת הלשון העברית, ואילו יום שישי, יום המנוחה המרכזי באסלאם, מכונה *يَوْمَ الْجُمُعَةِ*, יום (א) *الْجُمُعَةِ*, של בני הקהילה. על ההבחנה הלשונית שהחוק מבחין בין "מועדי ישראל" לבין "חגיהם" (ולא: "מועדיהם") של הלא-יהודים ראו להלן.

15 על ההשלכות האפשריות של "שדרוג" מעמדם מדין רגיל, חוקי, למעמד על-חוקתי, ראו להלן.

הסעיף אינו מפרט מה כלול במונח "שבת ומועדי ישראל", אך בחינת רקעו מלמדת שהוא מבקש להוסיף קומה נוספת על הסעיף הקבוע בחוק הראשון שחוקק במדינת ישראל לאחר הקמתה, פקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח-1948, שבו נקבע כי "שבת ומועדי ישראל [...] הם ימי המנוחה הקבועים<sup>16</sup> במדינת ישראל".

## ביקורת על שילוב "ימי המנוחה" בחוק הלאום

אף שכאמור לעיל תוכן החוק מדבר בערכים שבמהותם הם לאומיים, לא דתיים, ניסוחו של הסעיף המסוים הזה בורא מעין יצור כלאיים שלא ברור מה טיבו. ראשית, כותרת הסעיף מדברת ב"ימי

מנוחה", צירוף לשון אזרחי-ניטרלי,<sup>17</sup> שעל פניו אינו מבטא בעצמו ערך לאומי.<sup>18</sup> תוכן הסעיף מדבר על "שבת ומועדי ישראל", אך מונחים אלו משקפים לכאורה תוכן בעל "ניחוח" דתי<sup>19</sup> – או לפחות, גם תוכן דתי – ולא רק תוכן לאומי, שהיה יכול לבוא על סיפוקו במונח הניטרלי יותר "ימי מנוחה", או "מועדי ישראל". יתר על כן: במהלך השנים נשמעו קולות ביקורת על הרצון לעגן מוסדות חברתיים או מוסדות שמקורם – שלא לומר תוכנם ומהותם – "דתי" במשפט בכלל ובחוקה בפרט.<sup>20</sup>

ביקורת זו נשמעה משני כיוונים נוגדים: מן הצד הדתי, יש הגורסים כי הכללת מונחים שמקורם או אופיים הוא "דתי" – ו"שבת ומועדי ישראל" בכלל זה – בתוך

16 דומה שתוספת מונח זה "הקבועים במדינה" – ש"הושאלה" גם לניסוח הסעיף בחוק הלאום – נועדה להחריג "ימי שבתון" אקראיים, שאינם קבועים דרך קבע בלוח השנה אלא נקבעים בהתאם לנסיבות, דוגמת "יום השבתון" שנהוג לקיים ביום הבחירות לכנסת. ראו סעיף 136(א) לחוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב), תשכ"ט-1969. לשימוש במונח זה, ראו גם חוק יום העצמאות (יובל לעצמאות ישראל יום שבתון) (הוראת שעה), תשנ"ח-1998.

17 ראו למשל את השימוש במונח ניטרלי זה בחוקים אזרחיים מובהקים, דוגמת סעיף 6 לחוק אומנה לילדים, תשע"ו-2016 ("זכותו של ילד לפנאי ולמנוחה"); סעיף 136(ג)(ד) לחוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב), תשכ"ט-1969 ("חלף ימי מנוחה שבועית"). והשוו למינוח המשולש בסעיף 10(ג) לחוק הפרשנות, תש"ס-1980: "במנין ימי תקופה יבואו גם ימי מנוחה, פגרה או שבתון שעל פי חיקוק".

18 העובדה שלאומים שונים מקיימים בפועל "ימי מנוחה" לכלל בניהם ובנותיהם עדיין אינה אומרת ש"יום המנוחה" הוא ערך בכלל, וערך לאומי בפרט.

19 בשל "ניחוחו" הדתי של המונח "שבת", החלו רבים מדוברי העברית המודרנית המסתייגים מאופיו הדתי של יום מנוחה זה לדבר על "סוף שבוע" (כגון "שיהיה לכם סופשבוע נעים"), ובקיצור סופ"ש, ולא על "שבת". הוא הדין בביטוי "מוצאי שבת" שהיה בפי רבים מדוברי העברית החדשה והמחולנת ל"מוצ"ש", כינוי שאומנם חובק בחוכו את מוצאי השבת, אך אינו מזכיר את ה"שבת" מפורשות.

20 לעניין זה ראו קידר, לעיל ה"ש 13.

מערכת אזרחית-חילונית של חוק, "מְחַלְלֵת" אותם,<sup>21</sup> מפחיתה את ערכם, ואף עשויה לפגוע ב"קדושתם". מן הצד החילוני, יש הגורסים כי הכללת מונחים או מוסדות אלו בחוק פוגעת בהפרדה הרצויה שבין הדת למדינה, ובמקרים מסוימים היא עשויה לעלות כדי "כפייה דתית" ופגיעה ב"חופש הדת".

במישור העיוני, במדינות שבהן יש הפרדה בין דת למדינה, דוגמת ארצות הברית, ציון "ימי מנוחה" בעלי מקור או אופי "דתי" בחוק – ומקל וחומר, ציונם של חגים של דת אחת בלבד ולא של כל הדתות – עשוי לפגוע ב"חומת ההפרדה" ולהיחשב הפרה של התיקון הראשון לחוקה האמריקאית, האוסר על "מיסודה" של דת והעדפת דת אחת על פני רעותיה. אכן, כפי שנראה להלן, במישור המעשי, אפילו באותן מדינות שבהן אין הפרדה בין דת למדינה, ואפילו ב"מדינות כנסייה" מובהקות, ימי המנוחה שמקורם או אופיים דתי או בעל סממנים דתיים אינם נכללים בחוקת המדינה.

## היסטוריה חוקתית

שאלת עיגונם של ימי מנוחה בחוק בכלל,<sup>22</sup> ובחוקה בפרט, עלתה על הפרק כבר בראשית ימיה של מדינת ישראל. עיון בטיוטות חוקה שונות שהוצעו למדינה היהודית ערב הקמת המדינה ולאחריה מלמד שבחלק מהן אכן הוצע לקבע את מעמדם של ימי המנוחה במפורש בחוקה. כך, למשל, הציעה "המועצה למען השבת" הצעה מפורטת ובה שישה סעיפים שראוי לדעתה שייכללו בחוקה. הסעיפים האלה עסקו בעיגון השבת ומועדי ישראל כימי המנוחה הרשמיים של המדינה.<sup>23</sup>

21 בעניין זה השוו למחלוקתם של השופטים אלון ואנגלרד בעניין "חילון" ההלכה המתבטא בהטעת ערכים ונורמות מן המשפט העברי במערכת האזרחית-חילונית של החוק. ראו יצחק אנגלרד "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית" הגות והלכה 161–198 (תשכ"ח) [=] בוק (עורך) המשפט העברי ומדינת ישראל 110 (תשכ"ט): יצחק אנגלרד "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו" משפטים ז 34–65 (תשל"ו): מנחם אלון, "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי" משפטים ח 99–137 (תשל"ז).

22 לעניין זה ראו אליאב שוחטמן "השבת אינה ניתנת לחלוקה: ארבעים שנה למאבק על חוק השבת הארצי" שנה בשנה 283–307 (תשס"ב); דוד ארנובסקי וגדעון ספיר "האם ההלכה מאפשרת להתפשר בחקיקה בענייני דת ומדינה? הפולמוס סביב הצעת חוק השבת (1961) כמקרה בוחן" מחקרי משפט לב 401 (תשע"ט), וכעת בספרם, הסיפור של השבת – השבת הציבורית בישראל: מבט לעבר, להווה ולעתיד (2022).

23 ראו עמיחי רדזינר ושוקי פרידמן בהנחיית ידידיה צ' שטרן חוקה שלא כתובה בתורה (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2006). ראו גם Amichay Radzyner, *A Constitution for Israel: The Design of the Leo Kohn Proposal, 1948*, 15 (1) ISRAEL STUDIES 1–24 (2010).

הצעה קודמת, שחיבר בשנת תרצ"ח (1938) הרב משה בלוי, ממנהיגי "אגודת ישראל", ביקשה להבטיח את זכותם של שומרי השבת במדינה העתידית. לפי הצעה זו, היה והמדינה לא תפעל לפי כל דיני התורה, תינתן אוטונומיה לעובדי ציבור שלא לחלל שבת ולקבל אוכל כשר.<sup>24</sup> נוסף על כך, בהצעה זו – כמו בהצעתו של ד"ר יצחק ברויער, ממנהיגי "פועלי אגודת ישראל" משנת 1948 – ייקבע בחוקה איסור על כל יהודי לחלל שבת בפרהסייה.<sup>25</sup>

הכללת סעיפים אלו בהצעת החוקה עלתה בקנה אחד עם דרישות מסמך הסטטוס קוו המפורסם, שאחת מאבניו המרכזיות הייתה סעיף שקבע ש"השבת"<sup>26</sup> הוא יום המנוחה הרשמי במדינה שתקום.<sup>27</sup>

לצד הוויכוח על עצם הכללת סעיף "ימי מנוחה" בחוקה, עלו גם הצעות לניסוחים שונים של סעיף מעין זה. כך, למשל, הציע זרח ורהפטיג, ממנהיגי "המזרחי", לקבע את מעמד השבת כיום של "מנוחת הגוף והנפש", ניסוח שעמד לימים במקור הדינונים על חוק שעות עבודה ומנוחה וחוק השבת.<sup>28</sup> הרב הראשי לישראל, הריא"ה הרצוג, לא הסתפק בכך ותבע לתקן את נוסח הסעיף 15(א) בהצעתו של ליאו כהן כדי שייכתב בו מפורשות שיום השבת יהיה "יום מנוחה כפי חוק התורה שבכתב ושבעל פה, ככל אשר תורה סמכות התורה המוכרת".<sup>29</sup>

24 רדזינר ופרידמן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 30.

25 רדזינר ופרידמן, שם.

26 יושם אל לב שבמכתב הסטטוס קוו ניתנה שימת לב רק לשבת, ולא לשאר מועדי ישראל. וכך נאמר בסעיף הראשון מארבעת סעיפי ההסדר: "ברור שיום המנוחה החוקי במדינה היהודית יהיה יום השבת, כמובן מתוך רשות לנוצרים ובעלי דת אחרת לשבות ביום החג השבועי שלהם". ההתעלמות מציון מפורש של יום המנוחה של המוסלמים אומרת דרשני, ואפשר שהיא משקפת רצון מכוון להתעלם ממנו ולא סתם שכחה או רשלנות. גם מכתב זה מדבר ב"יום המנוחה", אך נמנע, ולא במקרה, מפירוט מהותו או תוכנו.

27 ראו מנחם פרידמן "ואלה תולדות הסטטוס קוו: דת ומדינה בישראל" המעבר מיישוב למדינה, 1947-1949: רציפות ותמורות 47-65 (ורדה פילובסקי עורכת 1990); אביעד הכהן "מדינת ישראל, כאן מקום קדוש!" – עיצוב 'רשות רבים יהודית' במדינת ישראל" שני עברי הגשר – דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל 144-172 (מרדכי בראון וצבי צמרת עורכים תשס"ב); שוקי פרידמן שחיקתו של הסטטוס קוו ביחסי דת ומדינה (מחקר מדיניות 126, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019).

28 זרח ורהפטיג, חוקה לישראל: דת ומדינה 262-268 (תשמ"ח); רדזינר ופרידמן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 42.

29 רדזינר ופרידמן, שם, בעמ' 72-73.



הוויכוח על תוכנה ה"דתי" של החוקה העתידית לא שכך גם לאחר קום המדינה, ואף נתעורר ביתר שאת. מעניין לציין שמכל הסעיפים ה"דתיים" שהוצע לשלב בחוקה, סבר משה שפירא, מנהיג "המזרחי", שדווקא סעיף השבת לא יעורר התנגדות.

## עיגון משפטי - לְמָה הַלְמָה?

קודם שניכנס לטרקלין ראוי שנשעה מעט בפרוזדור ונתהה מה טעם יש לעגן את ימי המנוחה במשפט בכלל, ובחוקה בפרט.<sup>30</sup>

לעיגונם של סמלים לאומיים ורתיים במשפט ניתנו בעבר כמה צידוקים. האחד, תולה את יהבו בפן הסמלי והחינוכי שבדבר. לפי טענה זו, קיבוע יום מנוחה לאומי מחזק את אופייה המיוחד של המדינה – במקרה זה "מדינת העם היהודי" – המבדיל אותה משאר מדינות.

בהקשר שלנו: דומה שמדינת ישראל היא ייחודית במובן זה שיום המנוחה שלה נקבע ליום השבת דווקא, ואינו חל ביום אחר מימות השבוע, דוגמת יום שישי או יום ראשון. הוא הדין ל"מועדי ישראל", כגון פסח, ראש השנה, יום הכיפורים, סוכות, שבועות וכיוצ"ב, שאינם מקובעים במשפטה של שום מדינה אחרת בעולם. לשיטה זו, בכך ניתן ביטוי נוסף (לצד השימוש בלשון העברית, סמלי המדינה ודגלה, וכיוצ"ב) להיותה של המדינה "מדינה יהודית".<sup>31</sup>

30 כל זאת מעבר לשאלה העקרונית בדבר חוקה "רזה", המסתפקת במיקוד במוסדות השלטון, לעומת חוקה רחבה, שבה מפורטות גם זכויות האדם וגם נושאים אחרים, כמו מאפייניה הלאומיים של המדינה.

31 לעניין זה ראו למשל את דברי השופט ברק:

למדינה היהודית שני היבטים עיקריים: היבט ציוני והיבט מורשתי-הלכתי [...] ההיבט המורשתי-הלכתי, מבוסס על עולמה של היהדות. בגרעין של שני ההיבטים הללו – בלא למצותם – עומדת זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל; שהיהודים יהו בה רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה, ועיקר חגיה וסמלה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי. מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית [...] ביסוד איסורים אלה [שנקבעו לעניין "ימי המנוחה"] עמד הצורך החברתי-סוציאלי להעניק שעות מנוחה שבועית לעובד תוך קביעת יום מנוחה אחד ואחיד אשר יאפשר למשפחה כולה להיות יחד ביום המנוחה. זאת, תוך קביעה המבוססת על שיקול דתי-לאומי כי המנוחה השבועית תכלול "לגבי יהודי – את יום השבת; לגבי מי שאינו יהודי – את יום השבת או את היום הראשון או את היום השביעי בשבוע, הכל לפי המקובל עליו ביום המנוחה השבועית שלו" (בג"ץ 5026/04 דיזיין נ' רוזנצווייג צביקה, ראש ענף היתרי עבודה בשבת, פס' 15–16, פ"ד ס' 18) (31) (2005) 4.4.2005 [ההדגשות כאן ובכל מקום אחר הן שלי אלא אם נאמר אחרת].

## אופיו של הסעיף

להבריל משאר סעיפיו של חוק הלאום,<sup>32</sup> במישור הניסוחי, בסעיף השבת נקט המחוקק את ה"שם המפורש" של ה"זכות", וקבע כי למי שאינם יהודים "זכות לקיים את ימי המנוחה בשבתם ובחגיגהם". למרות זאת, במישור המהותי, על פני הדברים, וכמו סעיפים רבים אחרים בחוק הלאום<sup>33</sup> ובחוקי יסוד

ושם, בהמשך, בפס' 21:

קביעת יום מנוחה זה על בסיס דתי-לאומי (ליהודי - יום השבת; למי שאינם יהודי - יום ששי או שבת או ראשון, לפי המקובל עליו כיום המנוחה השבועית שלו), מהווה תכלית ראויה, כמשמעות דיבור זה בפסקת ההגבלה [...]. התכלית הדתית-לאומית ראויה היא. היא מתחשבת ברגשותיו של הציבור הדתי בישראל. היא נוחתת ביטוי לקשר הלאומי הקושר אותנו כבני עם אחד. היא משקפת את המסורת והמנהגים בארץ ישראל המנדטורית ובישראל. אכן, ברבות מהמדינות הדמוקרטיות נוהגים חוקים המקיימים יום מנוחה שבועי במשק, והקובעים ככלל יום אחיד אשר יחאים להשקפה הדתית הרווחת באותה מדינה.

ושם, בפסקה 23: "אכן, קביעת שעות המנוחה השבועית בשבת (דווקא, ולא ביום אחר שבוע) אין בה כפייה דתית; יש בה ביטוי לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית". ושם בדברי השופטת פרוקצ'יה, פס' 2: "המטרה הדתית-לאומית של השבת משווה ערך של ציווי דתי ליום המנוחה, המשקף את היות השבת קנין לאומי של העם היהודי שיש לשומרו בקהילת ישראל". בפס' 4 שם, מוסיפה השופטת פרוקצ'יה לדבר ב"אופי הלאומי הייחודי" של השבת בישראל, ועל "הוחרת יום השבת כיום מנוחה כללי בעל צביון דתי-לאומי", ועל אופיו הכפול של יום המנוחה במדינת ישראל: "השבת כנכס לאומי כללי, ובה בעת גם כיום מנוחה השמור לפרט, לרווחת הגוף והנפש, איש איש על פי מידותיו וסגנונו האישי".

32 אכן, המונח "זכות" מופיע פעמיים גם בסעיף "עקרונות היסוד" בחוק הלאום: (סעיף 1(ב) וסעיף 1(ג)), אך שם מדובר לכאורה על שם עצם, תיאור מצב ומציאות שמן ההווה (י"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), ולא על זכות "הנעה לפעולה" כמו בסעיף השבת: "זכות לקיים" את ימי המנוחה.

33 כך למשל סעיפים 5-8 ו-9 בחוק הלאום מגדירים סמלים למיניהם (מולדת, דגל, סמל, המנון, עיר בירה, שפה) אך אינם מפרטים את ההשלכה הנורמטיבית, המעשית-פראגמטית, הנובעת, אם בכלל, מהגדרה זו (ראו הפרק של גיא לוריא בקובץ זה). יצוין, כי לעומת סעיפים אחרים בחוק (כמו סעיף 6, המדברים לכאורה ב"נעה לפעולה" - ומאכן השימוש בהם בפעלים (כגון סעיף 6: "המדינה תשקוד", "המדינה תפעל") - ולא רק בלשון סבילה (ראו לדוגמה סעיף 3 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל: "המקומות הקדושים יהיו שמורים" ו"לא המדינה תשמור") מפני חילול וכל פגיעה אחרת", או בציון שמות תואר (דוגמת הניסוח בסעיפים 1-2 לחוק הלאום, "ארץ ישראל היא", "שם המדינה הוא", "סמל המדינה הוא", "המנון המדינה הוא"), גם סעיף ימי המנוחה מדבר בלשון הצהרתית - "ימי המנוחה הם" ולא בניסוח פראגמטי המניע לפעולה. אכן, יש לציין שאפילו הסעיפים "מניעי הפעולה" ולו למראית עין, כגון סעיף 6 הגורס "המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי", עשויים להיות בפועל - לא בתאוריה - רק מעין "הצהרת כוונות", שכן אין בהם פירוט (ואפילו לא הפניה לדין אחר), כפי שנעשה בחלק מהסעיפים דוגמת הסעיף דנן ("פרטים לעניין זה ייקבעו בחוק"), לא של מהות ה"שקידה" ו"הפעולה", ולא של האמצעים - כגון תקציב ומיסוד - שיאפשרו את מימושו בפועל

אחרים,<sup>34</sup> גם "סעיף ימי המנוחה" נראה כסעיף הצהרתי (דקלרטיבי) גרידא ולא סעיף חוק יצירתי או יוצר (קונסטיטויטיבי), היוצר זכויות וחובות חדשות.<sup>35</sup> לכאורה, הסעיף הזה עצמו אינו יוצר זכויות או חובות, לא על המדינה ולא על הפרט, ואפילו נעדרת הימנו הנעה לפעולה המחייבת את המדינה לעשות משהו – או להימנע מעשיית פעולה כלשהי – לשם הגשמתו. יש בו אפוא הצהרה גרידא, ולפיה "שבת ומועדי ישראל הם ימי המנוחה הקבועים במדינה".

גם ניסוח הסעיף מסורבל במקצת. במקום לכתוב בלשון "שבת ומועדי ישראל הם ימי המנוחה של המדינה (או 'של מדינת ישראל'), או 'ימי המנוחה הקבועים בדין'" מדבר הסעיף כימי החוק "הקבועים במדינה", ומשמעותה של "קביעות" זו נותרת עמומה.<sup>36</sup>

---

של ה"שקידה" וה"פעולה" האלה. ניסוחים עמומים מעין אלו רווחים לרוב בלשון המשפט, הן בהסכמים במשפט הפרטי (דוגמת "הצדדים יעשו מאמץ ל..."), הן במסמכי היסוד החוקתיים (ראו לדוגמה בניסוח מגילת העצמאות: "[מדינת ישראל] [...] תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה", והן בחוקים שבשדה המשפט הציבורי, ראו לדוגמה סעיף 1 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"ה-1965: "מוקמת בזה לשכת עורכי הדין שתאגד את עורכי הדין בישראל ותשקוד על רמתו וטהרו של מקצוע עריכת הדין וכן תפעל למען הגנה על שלטון החוק, זכויות האדם וערכי היסוד של מדינת ישראל"; אך מנגד ראו והשוו לסעיף 4(א) לחוק-ייסוד: ירושלים ("הממשלה תשקוד על פיתוחה ושגשוגה של ירושלים ועל רווחת תושביה על-ידי הקצאת משאבים מיוחדים") וסעיף 2 לחוק הגליל, תשמ"ח-1988: "הממשלה תשקוד על פיתוח הגליל ויישובו ובמסגרת תקציבי הפיתוח העומדים לרשותה, היא תקצה משאבים לפיתוחו", סעיפים שלצד הצהרת הכוונות הסתמית והעמומה שבהם ("חשקוד") מדברים גם על דרך השקידה, והיא הקצאת משאבים לשם מימוש החוק.

34 ראו לדוגמה סעיף 1 לחוק-ייסוד: ירושלים בירת ישראל: "ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל", ושם בסעיף 2: "ירושלים היא מקום מושבם של נשיא המדינה, הכנסת, הממשלה וביית המשפט העליון".

35 בכמה מפסקי דינו האחרונים (למשל ת"א (י"ם) 9135/07 דוד משיח ואח' נ' הרשות הפלשתינאית, 17.9.2018; ת"א (י"ם) 2287/00 עזבון המנוחה סופי צ'סר ואח' נ' זיידאן ואח', 4.11.2018; ת"א (י"ם) 13-03-36844 פלונית ואח' נ' הרשות הפלשתינאית ואחרים, 17.1.2019), קבע השופט דרורי, סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, כי חוק הלאום אינו רק חוק הצהרתי, אלא חוק שעשוי ליצור זכויות מהותיות ודינויות, אך דומה שעמדה זו אינה מקובלת על שופטי בית המשפט העליון, כפי שעולה הן מאמרות אגב שהשמיעו במהלך העתירות לפסילת חוק הלאום, הן במשחמע מפסקי דין הספורים שניתנו בבית המשפט העליון עד כה והתייחסו לחוק הלאום והשלכותיו המשפטיות. ראו למשל ע"א 1604/19 מדינת ישראל נ' פלונית ואח', 26.1.2021.

36 ראו לעיל ה"ש 16.

לא למותר להעיר כי ניסוח מעין זה, "הקבוע בדין", "הקבוע בתקנון", "הקבוע בסעיף פלוני" או "הקבוע בחוק", רווח מאוד בלשון החקיקה הישראלית.<sup>37</sup> לעומת זאת, עיון במאגר החקיקה הממוחשב מלמד כי הצירוף "הקבוע במדינה" (או בלשון רבים, "הקבועים במדינה") הוא יחידאי ומופיע רק בחוק היסוד דנן, ומעבר לעמימותו (היכן בדיוק במדינה קבוע "יום המנוחה"?), הוא נראה קלוקל מבחינה לשונית.

בעניין זה יש בניסוח החוק גם חוסר סימטריה מובהק בין הרישא של הסעיף המדברת ב"ימי המנוחה הקבועים במדינה", שהם בעליל ימי מנוחה של בני הלאום היהודי, לבין הסיפא שלו, המדברת בימי המנוחה של מי "שאינם יהודים".

בעניין הלא-יהודים לא נקבע כי ימי המנוחה שלהם "הם הימים הקבועים בספרי הדינים והמנהגים של דתם", אלא רק שיש לאותם לא-יהודים "זכות לקיים את ימי המנוחה בשבתם ובחגיהם". על פניו ניסוח זה יוצר מדרג בין "ימי מנוחה יהודיים" לבין ימי מנוחה אחרים.

התפיסה ששבת ומועדי ישראל הם חלק מערכי הלאום היהודי שראוי כי יקבעו בחוק יסוד, לא "עלתה מן הים", אף לא נקלטה מן האוויר.

**רקע היסטורי כללי:  
הפיכת השבת ומועדי  
ישראל לסמל לאומי**

אופיים של הימים האלה ומעמדם היה שנוי במחלוקת למן ראשית התנועה הציונית. מלכתחילה, במישור ההיסטורי, מקורם של "השבת ומועדי ישראל" דתי. הם מבוססים על הנאמר בתורה,<sup>38</sup> הם חלק מ"חזונו של נביאי ישראל",<sup>39</sup> ומשם ואילך מופיעים בכל מקורותיה של מורשת ישראל – דברי חז"ל, ספרות האגדה וההלכה ועד הספרות העברית החדשה.

ברם, במקורות הקדומים ימי המנוחה האלה נושאים אופי דתי מובהק,<sup>40</sup> ואילו חלקים

37 ראו למשל סעיף 37 לחוק אומנה לילדים, תשע"ו-2016; סעיף 10(3) לחוק איסור אלימות בספורט, תשס"ח-2008; סעיף 27(א) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994, ועוד מאות כהנה.

38 ראו למשל ויקרא כג, לב: "שֵׁשֶׁת יָמִים תַּעֲשֶׂה מְלֶאכֶה וּבַיּוֹם הַשְּׁבִיעִי שָׁבַת שַׁבְתוֹן מְקַא הַדָּשׁ כָּל מְלֶאכֶה לֹא תַעֲשׂוּ שַׁבַּת הוּא לְה' בְּכֹל מוֹשְׁבֹתֵיכֶם."

39 ראו למשל ישעיהו נח, יג: "אִם תִּשָּׁב מִשַׁבַּת בְּגִלָּה עֲשׂוֹת תִּפְצִיָּה בְּיוֹם הַדָּשִׁי וְקָרַאתָ לְשַׁבַּת עֲנָג לְקַדוֹשׁ ה' מִקֶּבֶד וּבְבִדְתוֹ מַעֲשׂוֹת דְּרָכֶיהָ מִמְצֹא תִפְצָה וְדָבַר דָּבַר."

40 ראו למשל את הפסוקים שבעשרת הדיברות, ובשאר ספרי המקרא, שלצד "שבת האדם" מדגישים את "שבת לה'", ומבליטים את היות השבת ברית בין האדם ואלוהיו ואת ממד

רבים בתנועה הציונית ביקשו לנטרל את המרכיב הדתי שבהם, לרוקן את היום מתוכנו ומאופיו הדתי, ולהותירו רק כיום מועד לאומי.<sup>41</sup>

מכאן גם המינוח שנקבע להם. בתורה ובמקורות הקדומים ימים אלו אינם רק "ימי מנוחה", אלא גם "מועדי קודש", ואילו המחוקק הישראלי נטרל את מרכיב הקדושה שבימים אלו והותיר בהם רק את מוטיב המנוחה, שהוא מונח ניטרלי, ובחוקות אחרות הוא מתפרש פרשנות אזרחית-חילונית מובהקת, כמו ימי מנוחה אזרחיים-חילוניים-סוציאליים שבדורות אחרות ובקרב לאומים אחרים.

במישור הדתי, השבת ומועדי ישראל אינם רק סמל ערטילאי, מופשט, אלא גם מחייבים עשיית מעשים מסוימים, בעלי צביון דתי מובהק (דוגמת הדלקת נרות, קידוש, תפילה, אכילת סעודה מיוחדת) ולצידם חרילה והימנעות ממעשים אחרים (דוגמת עשיית "מלאכה", שעל פי ההגדרה ההלכתית כוללת 39 "אבות מלאכה" – דגמים למלאכות האסורות בשבת, כמו הבערת אש וכיבויה, בניין וסתירה, טלטול חפצים – שמהם נגזרות עשרות רבות, אם לא מאות, של "תולדות" – מעשים האסורים בעשייה בשבת).

לעומת זאת, "מנוחה" היא מונח מופשט, שלכאורה כל אדם עשוי ליצוק בו תוכן משלו. האחד נח בכיתו ומבלה את יום המנוחה בקריאת ספר, בעבודה בגינה, בשמיעת מוזיקה, בצפייה בטלוויזיה וכיוצ"ב, ואילו חברו או חברתו עשויים "לנוח" דווקא באמצעות יציאה מן הבית, מן המרחב הפרטי ורשות היחיד, לפרהסיה, לרשות הרבים, לשם מטרות שונות ומגוונות, כגון צפייה במשחק ספורט, רחיצה בים, אכילה במסעדה, צפייה במופע תרבות, כגון תאטרון, קולנוע או מוזיקה, ביקור קרובים, מפגש חברים, טיול או קניות.

---

ה"קדושה" – ולא רק המנוחה – שביום זה, מונח מובהק של עולם הדת, ואף מפרטים את העונש הדתי שיבוא על כל המחלל את השבת. ראו למשל שמות לא, יג-יז: "אֲךְ אֵת שַׁבְּתֵי הַיְּמִינִי הַשְּׁמֵרוּ כִּי אוֹת הוּא בְּיָמֵי וּבְיָמֵיכֶם לְדֹרֹתֵיכֶם לְדַעַת כִּי אֲנִי ה' מְקַדְּשֶׁכֶם. וְשָׁמַרְתֶּם אֶת הַשַּׁבָּת כִּי קָדֹשׁ הוּא לְכֶם מִחֻלְיָהּ מִזֶּה יוֹמָתָא כִּי כָּל הָעֹשֶׂה בָּהּ מְלָאכָה וְנִבְרָתָה הַנְּפֹשׁ הוּא מְקַרְבַּ עֲוִיָּה. שְׁשֶׁת יָמִים יַעֲשֶׂה מְלָאכָה וּבְיוֹם הַשְּׁבִיעִי שָׁבַח שָׁבָחוּן קָדֹשׁ לַה', כָּל הָעֹשֶׂה מְלָאכָה בְּיוֹם הַשַּׁבָּת מוֹת יוֹמָתָא. וְשָׁמְרוּ בְּנֵי יִשְׂרָאֵל אֶת הַשַּׁבָּת לְעֹשׂוֹת אֶת הַשַּׁבָּת לְדֹרֹתָם בְּרִית עוֹלָם. בְּיָמֵי וּבְיָמֵי בְּנֵי יִשְׂרָאֵל אוֹת הוּא לְעֹלָם כִּי שְׁשֶׁת יָמִים עָשָׂה ה' אֶת הַשָּׁמַיִם וְאֶת הָאָרֶץ וּבְיוֹם הַשְּׁבִיעִי שָׁבַח וַיִּנְפַּשׁ."

41 לצידם יש גם היבט סוציאלי – מתן "יום מנוחה שבועי" לעובדים, אך מן הבחינה הסוציאלית ה"טהורה" אין הכרח שיום מנוחה שבועי זה יהיה ביום השבת דווקא, ולא באחד מימות השבוע האחרים. ואכן, מקומות עבודה הפועלים בשבת (כגון מוזאוניס ותחנות דלק), מעניקים לעובדיהם – מכוח ההיבט הסוציאלי – "יום מנוחה שבועי" באחד מימות השבוע האחרים.

עד פרוס האמנסיפציה, במאה השמונה עשרה הייתה החברה היהודית ברובה הגדול מורכבת משומרי תורה ומצוות, וממילא הייתה לרוב זהות בין הפן הדתי של השבת וימי המנוחה לבין הפן הלאומי שלהם. ככל שגברה תופעת ההתרחקות מהמסורת ומשמירת המצוות, נוצר פער בין ציון מועדים אלו כ"ימי חג ומועד" לאומיים לבין שמירה על צביונם הדתי.

יתר על כן: ברבות הימים הלכו ונתרכו מי שביקשו לעקר ולעקור את תוכנם הדתי של המועדים האלה לא רק במישור המעשי (דה פקטו), באמצעות אי-הקפדה על שמירת האיסורים הדתיים שנכרכו בהם, אלא גם במישור הסמלי-הגדרתי (דה יורה) – לחלן אותם. תופעה זו, שמקבילותיה ניכרות גם בלשון העברית,<sup>42</sup> הפכה את ימי השבת והמועד לימי חג אזרחיים לכל דבר, ומוטיב המנוחה הסוציאליית תופס בהם עיקר, ואילו הממד הדתי נדחק מהם לחלוטין או נותר בקרן זווית, סמלית בעיקרה.<sup>43</sup>

בתווך, בין שני הקצוות, על הרצף שבין שומרי השבת ה"הלכתית" לשומרי השבת ה"אזרחית-חילונית" עומדים אנשים רבים, מסורתיים, דתיים שאינם אורתודוקסיים וכיוצ"ב, המציינים את השבת ומועדי ישראל בדרכים שונות ומגוונות. תופעה זו הביאה גם ליצירת "שבת ישראלית" – יום חג ומועד השונה משאר ימי החולין, אך מתבטא בפעולות ומעשים שאינם בעלי צביון דתי מובהק, אם בכלל, דוגמת שירה בציבור, התכנסות קהילתית, אירועי תרבות וספורט וכיוצ"ב.

תופעה זו לחלה גם ללשון העברית. בעבר דיברו הכול בשבת סתם,<sup>44</sup> שבת כפשוטה, שבת כמות שהיא, (ולא כיום שבת), שבת המובחנת מימות החול, שלאחריהם בא

42 לעניין חילונה של הלשון העברית ועיקור מוסדות מקודשים מתוכנם הדתי (כגון "משכן הכנסת", "היכל הספורט", "המשכן לאומנויות הבמה", "מוסף" של עיתון וכיוצ"ב), ראו אביעד הכהן, "תרומת חכמי מרוקו בדורות האחרונים לפיתוח המשפט הציבורי העברי" לבי במזרח ב 103, 85 וההפניות שם (תש"ף).

43 כך, לדוגמה, מקפידים עד היום רבים ממי שאינם שומרי שבת במובן ההלכתי להדליק נרות שבת – אפילו בעיצומו של ליל השבת ולא רק בכניסתו, ועושים קידוש על היין בתחילת סעודת השבת והחג שלהם.

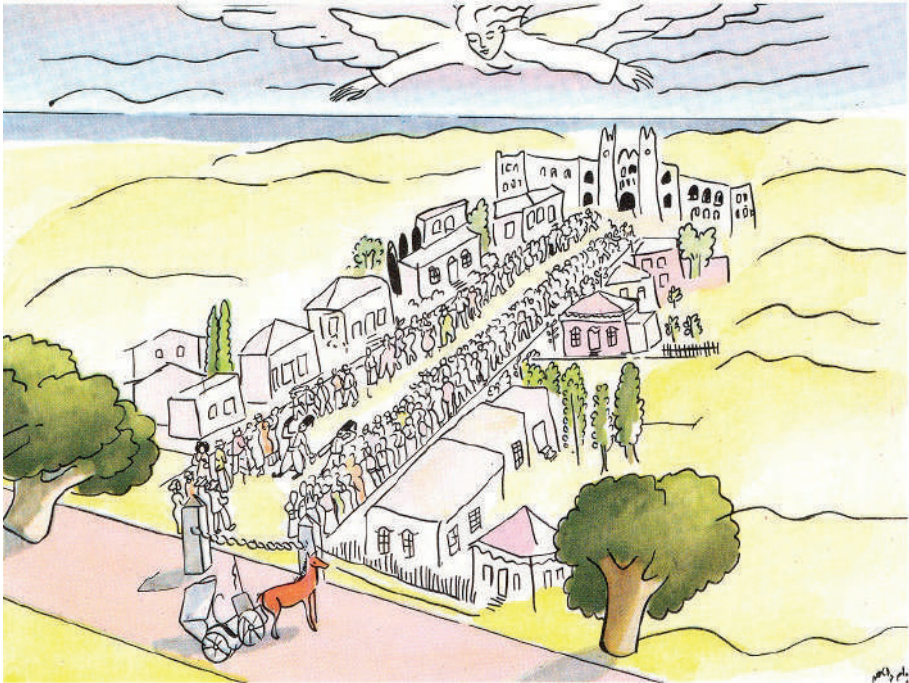
44 אכן, בלשון המקרא הקדומה (להבדיל מלשון חכמים המאוחרת יותר, שבה כבר נשתגר הכינוי המקוצר "שבת", ראו לדוגמה במשנה ובתלמוד "מסכת שבת" (ולא "מסכת יום שבת"), ושם (משנה שבת א, א): "יציאות השבת" (ולא "יציאות יום השבת"), ומופיעים זה לצד זה גם "שבת" גם "יום השבת". ראו לדוגמה ישעיהו נח, יג: "אִם תִּשִׁיב מִשְׁבַּת כְּגִלְגָּה עֲשׂוֹת חֲפָצֶיךָ יוֹם קִדְשִׁי וְקָרָאתָ לַשַּׁבָּת עֲנָג". אכן, בעשרת הדיברות ובמקורות אחרים בא לעיתים "יום השבת" (לדוגמה, נוסח מעורב, שמות כ, ח-ט: "שֵׁשֶׁת יָמִים תַּעֲבֹד וְעִשִׂיתָ כָּל מְלַאכְתְּךָ וְיוֹם הַשְּׁבִיעִי שַׁבָּת לְה' [...] וְיָנַח בַּיּוֹם הַשְּׁבִיעִי עַל כֵּן בָּרַךְ ה' אֶת יוֹם הַשַּׁבָּת וַיְקַדְּשֵׁהוּ"; ובפרשת הקורבנות, במדבר כח, ט: "וּבַיּוֹם הַשַּׁבָּת שְׁנֵי כָבָשִׂים בְּנֵי שָׁנָה תָּמִים").

מספרם – יום ראשון, יום שני וכיוצ"ב,<sup>45</sup> ואילו היום מדברים רבים מדוברי העברית ב"יום שבת"<sup>46</sup> (לדוגמה, "מה אתה עושה ביום שבת?", או "להתראות ביום שבת") – שהוא המשך ישיר לימי החולין, ללא ייחוד לשוני העומד בפני עצמו.

עיצובם של השבת ומועדי ישראל עבר אפוא תמורות מפליגות במרוצת השנים. בתקופה המנדטורית שימשו השבת והחגים – מעבר למשמעותם הדתית והלאומית – גם אמצעי נוסף של היישוב היהודי בארץ להבליט את צביונה היהודי של ארץ ישראל, בדרך להקמת מדינה יהודית עצמאית. מכיוון שביישובים רבים הייתה אוכלוסייה מעורבת, של יהודים ולא־יהודים, שחיו זה לצד זה (כגון ירושלים, חיפה, יפו, טבריה ועוד), לא הנהיגו בהם נורמות משפטיות ברמות חוקי עזר המחייבים יום מנוחה אחד, דוגמת השבת, כדי שלא לפגוע בשאר התושבים. במעין ניגוד לכך, ביישובים שבהם כל התושבים או רובם המכריע היו יהודים, הם ביקשו לקבע את ימי השבתון הלאומיים לא רק בשביתה ממסחר והימנעות מעבודה ביום המנוחה, אלא לתת להם גם צביון חוקי מחייב. לא יפלא אפוא ש"חוק השבת" הראשון נחקק ב"עיר העברית הראשונה", בתל אביב דווקא.

בכלל, שמירת השבת בתל אביב הייתה דוגמה לשימוש במוסד־הסמל הישן של השבת כבסיס לעיגון צביונה היהודי של העיר והבלטתו לעין כול. משום כך כבר בראשית ימיה של תל אביב נאסרה הנסיעה באוטומובילים (מכוניות) במרכז העיר בשבת, ואפילו כרכרות תומות לסוסים לא הורשו להיכנס בשבת לרחוב הרצל, רחובה הראשי של העיר שהוביל לגימנסיה הרצליה, אחד מסמליה הכולטים של העיר. ביטוי ציורי – תרתי משמע – למציאות זו ניתן באיור מפורסם של נחום גוטמן המתאר את לב תל אביב ביום השבת כשנות השלושים של המאה העשרים. ברחוב הרצל נראים רק הולכי רגל, ואילו הכרכרה והסוס הרתום אליה נאלצים להישאר "מחוץ לתחום", בקצה הרחוב, שלאורכו נמתחה שלשלת ברזל גדולה כדי למנוע תנועת כלי רכב ברחובות העיר. מעל העיר מרחף לו בשלווה מעין "מלאך השבת", כמין חדל "שלום עליכם, בואכם לשלום, מלאכי השלום".

45 ודוק: שלא כמו בשפות אחרות המדברות בימים "סתמיים", שאינם מתייחסים למונח "שבת" (כגון Sunday, Monday, Tuesday), בלשון העברית העתיקה שמות ימות השבוע מתייחסים לשבת דווקא, ומכאן: "יום ראשון", היום הראשון לאחר השבת, "יום שני" – היום השני לאחר השבת וכיוצ"ב. ולצד יום השישי נקבע ונטבע גם המונח "ערב שבת" – אף שדוברי העברית המודרנית, המחולנת, מדברים על "סוף שבוע" – או בקיצור "סופ"ש" – ולא על שבת, ואפילו "ליל שבת" היה (בטעות, מצד הלשון) "ליל שישי" ו"מוצאי השבת" ל"מוצ"ש".



נחום גוטמן, תל אביב בשבת

ביטוי לאומי נוסף ליום השבת בתל אביב היו הכינוסים שכוננו "עונג שבת" באולם "אוהל שם", פרי יוזמתו של המשורר הלאומי ח"נ ביאליק, שמשכו אליהם המון עם רב. בין המרצים הקבועים בכינוסי התרבות האלה, לצד ביאליק עצמו, היו השופטים משה זילברג ושניאור זלמן חשיין (לימים היו שניהם ממלאי מקום נשיא בית המשפט העליון).<sup>47</sup>

47 על אופי השבת ומלחמות השבת בתל אביב המנדטורית, ראו בהרחבה ענת הלמן "תורה, עבודה ובתי קפה: דת ופרהסיה בתל אביב המנדטורית" קתדרה 105, 85-110 (תשס"ג); אילן שחורי "מלחמת השבת של תל אביב" באתר תל אביב שלי. על הניסיון לעצב את "רשות הרבים" ולהעניק לה צביון יהודי, ראו בהרחבה הכהן, לעיל ה"ש 27.



  
**עירית תל-אביב**

# מודעה עירונית מס' 36

## נגד חלול שבת בפרהסיא

מעל במות צבוריותי, ובתוכן במת המועצה העירונית, פנו כמה וכמה לצבור התל-אביבי בבקשה ובדרישה נמרצה להמנע מחלול שבת בפרהסיא, דבר הפוגע ברגשות הצבור החרדי שבעיר וכן בשמה הטוב של תל-אביב כעיר עברית טהורה.

לצערו העילו הדברים רק מעט. אני עדים לחלול שבת בפרהסיא מדינת ביחוד ע"י הנערה. מרגיזה ביותר הנסיקה ברוב שאון וזריזות ברחובות העיר באפנינוע. אפנים ומי' לפעמים גם ליד בתיהםנסת בשעת התפלה. גם כמה מבתי הקפה שכער-ביחוד אלה שעל שפת הים- אינם שומרים על הגבוה אשר שמה להם העדיה ועלגים חרות נמורה במקח ובמסמר כמינות התיח.

המצב הזה מכאיב ועלוב מאוד לא רק את החרדים כי אם כל איש הרוצה לראות בתל-אביב עיר ואם בישראל, ורשתם של מרכזי החרות בגולה אשר נתרוקנו מתוכן ומצמורת יחדית.

עירית תל-אביב פניה איפוא טוב לצבור התושבים והחדשים מקרוב באו-שייכים מהם אינם יודעים אולי את מנהגי העיר הזאת-ומבקשת לנהוג כבודי כשבת ולשמור עליה מחללה גם בלי שומר ועגש.

**ואלה הם דרישותינו לצבור:**

- א. האבטובוסים הצבוריים- גם אלה השייכים למושבות- מתבקשים לא לנסוע ברחובות תל-אביב בימי שבת וחגים-
- ב. כל החנויות ובתי השעשועים צריכים להיות مغורים מערב שבת עד מוצאה המסעדות ובתי הקפה יכולים להיות פתוחים רק בשעות הקבועות ע"י העיריה בהסכמ עם הרבנות הראשית- כפי המפורט בחוק העוזר על אודות שמירת השבת שנתקבל פה אחד ע"י מועצת העיריה.
- ג. כל בעלי האבטובוסים הפרטיים ואפני-הנוע מתבקשים לא לנסוע בעיר בימי שבת וחג.
- ד. גם בעלי טגלות ואבטובוסים פרטיים מתבקשים לא לעבור לפני בתיהםנסת בשעת התפלה בשבת וביום טוב-

זכרו, כי השבת היא אות הסולידריות הלאומית הנפלאה ביותר מדור ודור, וכל הפוגע בה - באחדות ישראל הוא פוגע.

אנו מקיים, כי הצבור המבוגר והתרבותי של עירנו יבין וישים לב לבקשתנו זו, וקא יגרום למריבות אחים ומדנים בלתי-פוסקים הנגרמים ע"י חלול השבת בפרהסיא.

## שמרו על השבת והיא תשמור עלינו !

מ. דיזנגוף  
 י"ב ראש המועצה  
 עירית תל-אביב

כ"ג טבת א' תרצ"ז  
 17-8-1937  
 מ. דיזנגוף

כרוז הקורא למנוע חילול שבת בפרהסיא בתל אביב, תרצ"ז-1937

השבת והמועדים תפסו מקום מרכזי בתרבות העברית הלאומית – לאו דווקא הדתית – שעוצבה בשנים האלה. בתוך שנים ספורות נהפך היישוב היהודי בארץ ישראל – שעד ראשית המאה העשרים ניצב בשולי ההווה היהודית העולמית, מצד גודלו וחיבתו – למרכז חשוב, המתפתח וצומח במהירות עצומה, ועד מהרה ניצב בלב העשייה התרבותית היהודית בעולם. כך בחיי המעשה (השבתת בתי המסחר והמלאכה בימים האלה), בשדה החינוך (לימוד תוכני המועדים וציונם במוסדות החינוך באופנים שונים (כגון "קבלת שבת"), בשדה התרבות (כינוסי "עונג שבת", ובימינו "שבתרבות"); בשדה היצירה הספרותית (איץ-ספור שירים ופזמונים לאומיים ויצירות ספרות המעלות על נס את ערך השבת והמועדים, לצד אסופות וקבצים כגון "ספר השבת", "ספר המועדים" וכיוצ"ב); בשדה התקשורת (שידור התוכנית "פרקי חזנות" – ולימים "פרקי חזנות כבקשתך" ברדיו "קול ישראל" המנדטורי, בעיצומו של יום השבת, תוכנית שזכתה להאזנת שיא) ועוד.

כחלק מתופעה זו נהפכו גם בתי התפילה היהודיים – בתי הכנסת – למרכזים קהילתיים, בעלי ערך לאומי,<sup>48</sup> לא רק דתי, ורבים מן הפוקדים אותם באותם ימים לא היו בהכרח שומרי שבת אלא "מסורתיים" שביקשו לציין, גם בדרך זו, את היות יום השבת יום מיוחד במישור הלאומי. ככל שחלפו השנים הלך ופחת מספרם של אלו, וכיום הם בטלים בשישים, אם לא באלף, בין באי בתי הכנסת – בשבתות ובמועדים (בוודאי בבתי הכנסת האורתודוקסיים, שהם רוב מניינם ובניינם של בתי הכנסת בישראל).

למותר לומר שלזיקה בין לאומיות מודרנית לבין העולם והמסד הדתי או המסורתי יש הדים ועדים רבים, לא רק בישראל וברת היהודית, אלא בעולם כולו. המפגש שבין הדת והלאומיות – כל דת וכל לאום – יצר לא פעם מתחים, אבל לצידם גם זיקות ברורות, מורכבות ומגוונות. הלאום היהודי, וכמוהו התנועה הציונית, מראשיתה בסוף המאה התשע עשרה ועד ימינו, במדינת ישראל, הם חלק ממערכת יחסים זו.<sup>49</sup>

במסגרת זו, ימי השבת והמועד, שבמקורם צמחו על קרקע דתית מובהקת וניזונו הימנה, היו חלק ממארג של סמלי לאומיות יהודית, שניתקה עצמה מחבל הטבור הדתי ויצרה לה ימי מועד לאומיים משלה, בצביונה, בצלמה כרמותה, כמו בתופעות

48 הערך הלאומי של בתי הכנסת התבטא, בין השאר במיקומם במרכזי הערים והמושבות (כגון בית הכנסת הגדול בחל אביב, ובתי הכנסת בזיכרון יעקב, בפחח תקווה, במזכרת בתיה ועוד), ובהפיכתם לחלק מהסמלים הרשמיים של היישוב היהודי הלאומי בארץ ישראל המנדטורית. לעניין זה ראו בהרחבה ראובן גפני תחת כיפת הלאום – בתי כנסת ולאומיות בארץ ישראל בתקופת המנדט (תשע"ז), והביבליוגרפיה המקיפה שם.

49 לעניין זה ראו בהרחבה ארונובסקי וספיר הסיפור של השבת, לעיל ה"ש 22.

אחרות של יצירת דת אזרחית (דוגמת מנהגי "עלייה לרגל" למקומות "מקודשים" שבהם החליפה מצדה את ירושלים, או הסבת תוכנו הדתי של מועד מסורתי לתוכן אזרחי-לאומי, כמו נטיעות בט"ו בשבט, טקסי הבאת ביכורים בשבועות, הגדת פסח קיבוצית וכיוצ"ב).

שיבוץ סעיף "ימי המנוחה" בחוק הלאום לא חידש או יצר מעמד את הלאומי הזה, אלא לכל היותר שב והצהיר עליו.

## מיקום הסעיף

למרות האמירה ש"אין מוקדם ומאוחר בתורה"<sup>50</sup> – כך בתורת ישראל וכך בתורת הפרשנות החוקתית, בניגוד לחקיקתית<sup>51</sup> – בכל זאת יש חשיבות לסדר הופעת הסעיפים בחוק, ואפילו לסדר המרכיבים הפנימיים בכל סעיף וסעיף ולסדר הופעת המונחים בו עשויה להיות משמעות פרשנית, ציבורית וחינוכית.

מיקומו של הסעיף, הסעיף האחרון בסעיפים ה"תוכניים" (אחריו בא רק סעיף אחד, סעיף 11, שעניינו אינו תכנים לאומיים אלא "שריון" החוק ונוקשותו מפני שינוי) עשוי להצביע על החשיבות שייחס המחוקק לימי המנוחה במסכת ערכיה הלאומיים של מדינת ישראל.

לעניין זה יש ליתן את הדעת לכך שימי החג ה"לאומיים" – יום העצמאות ויום הזיכרון – נקבעו בסעיף קודם, סעיף 9 לחוק. הקדמת ימי המועד האזרחיים-חילוניים לימי המועד והחג הדתיים אומרת דרשני!

50 אמרה או כלל פרשני (מחייב?) זה נמצא במקורות המשפט העברי כבר בספרות התנאים, דוגמת מדרשי ההלכה (ראו לדוגמה מכילתא דרבי ישמעאל, שירה ז; מכילתא דרשב"י טו; ספרי במדבר, בהעלותך, טז, ובחלמוד (לדוגמה חלמוד ירושלמי, מגילה ז ע"א; חלמוד בבלי, פסחים ו ע"ב).

51 ראו דברי השופט פוגלמן, להלן ה"ש 60 ("מיקומו בחוק הכולל"). לעניין זה נזכיר כי השופט ברק ביטל את משמעותה הפרשנית של הקדמת המונח "יהודית" למונח "דמוקרטית" בצירוף הלשון השכיח "מדינה יהודית ודמוקרטית" (המופיע בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק, ומהם והלאה באלפי מופעים במקורות שונים, משפטיים ואחרים). לעומתו נטה השופט אלון לייחס חשיבות – גם אם לא מכרעת – לסדר הופעת המונחים. ראו מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב 266 (תשנ"ו).

## קביעת סעיף "ימי מנוחה ושבתון" בחוקה: המצוי והרצוי

ניתן להרהר אם יש מקום לקביעת סעיף המדבר ב"ימי חג ושבתון" בחוקתה של מדינה. אכן, כמה מלומדי משפט שדנו בחוק,<sup>52</sup> הצביעו על כך שסעיפים דומים מצויים בחוקות של מדינות אחרות.

ועם זאת, עיון ברבות מאותן חוקות מלמד שהן דיברו בימי מועד וזיכרון אזרחיים-לאומיים, כגון יום העצמאות של המדינה (דומה לסעיף 9 בחוק הלאום), ולא ב"ימי מנוחה", אפילו הם "ימי מנוחה לאומיים", שרקעם מבוסס בעליל על יסודות דתיים. כך, לדוגמה, בחוקת רומניה נקבע 1 בדצמבר כיום חג לאומי (National Day), בהונגריה 20 באוגוסט, ובאוקראינה היום שבו אומצה חוקת המדינה.

דוגמה נוספת בהקשר זה היא שווייץ, שבחוקתה נקבע כי 1 באוגוסט הוא "היום הלאומי של הקונפדרציה השווייצרית, ובמונחים של דיני עבודה מעמדו שווה ליום ראשון גם לעניין זכות התשלום". כאן יש עיסוק מפורט ביותר וחריג, ולצד הקביעה שהיום הוא יום לאומי מצוינות גם ההשלכות המעשיות של ההכרזה על היום כיום מנוחה לעניין דיני העבודה.

מבחינה זו הפך ציון "השבת ומועדי ישראל" – שבמקורם אינם ימי חג אזרחיים מובהקים אלא ימי חג מסורתיים-דתיים – את הימים האלה גם לימים בעלי סממנים לאומיים.

לשם השוואה: במדינות שרוב אוכלוסייתן נוצרית לא מצוינים דרך כלל בחוקה את ימי המועד הדתיים הנוצריים, כגון חג המולד וחג הפסחא, ובמדינות המוסלמיות אין ביטוי בחוקה לימי המועד המוסלמיים, כגון חג הקורבן (עיד אל-אדחא) וחג סיום צום הרמדאן (עיד אל פיטר).

כך, מקל וחומר, במדינות חילוניות מובהקות (דוגמת המדינות הקומוניסטיות, כמו ברית המועצות לפני הפרסטרויקה, סין הקומוניסטית וצפון קוריאה), אבל כך גם במדינות שיש בהן הפרדה בין דת למדינה, בין שמדובר בהפרדה "עוינת" (כמו צרפת), בין בהפרדה "אוהדת" (כמו ארצות הברית).<sup>53</sup>

52 ראו לדוגמה חגי ויניצקי ושאול שארף הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, 21, 46-48 (2017).

53 להבחנה בין מדינות על פי היחס בין הדת למדינה, ראו למשל בנימין נויברגר, דת, מדינה ופוליטיקה (תשנ"ד); בנימין נויברגר "דת ומדינה – הסדרים ומגמות במדינות דמוקרטיות" שני עברי הגשר – דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל 3-20 (מרדכי בראון וצבי צמרת עורכים תשס"ב).

דומה שבארצות הברית, שלמרות – ואולי בגלל – חומת ההפרדה הנוהגת בה בין דת למדינה, לעולם לא היה מתקבל בחוקה האמריקאית סעיף מעין הסעיף דנן. ולא רק משום שימי המנוחה הקבועים בחוק – "שבת ומועדי ישראל" נושאים על גבם גם – ואולי בראש ובראשונה – מטען דתי, המנוגד לעקרון ההפרדה, אלא גם בגלל חוסר הסימטריה שבין היהודים לשאינם יהודים שנקבע בחוק, ועלול להביא להעדפת הראשונים.<sup>54</sup>

בעוד שימי המנוחה היהודיים – "שבת ומועדי ישראל" – הם ימי המנוחה הרשמיים במדינת ישראל, ה"מועדים" של בני הדתות האחרות עשויים – לא חייבים – לשמש "ימי מנוחה", לפי בחירתם.

למען הסר ספק נוסף, כפי שיפורט להלן, כי אי-סימטריה זו אינה פרי חידושו של חוק היסוד, אלא נקבעה כבר עשרות שנים קודם לכן, בראשית ימי המדינה, כמו בעשרות חוקות של מדינות אחרות בעולם,<sup>55</sup> שנקבע בהן "יום מנוחה שבועי" המבוסס על סעיף 24 להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם.

להשלמת התמונה נציין את הפער העצום בין החוק "עלי ספר", המקבע את השבת ומועדי ישראל כ"ימי מנוחה", לבין המציאות העובדתית. לפי מחקרים שונים,<sup>56</sup> מאות אלפי יהודים בישראל (שלא לדבר על לא-יהודים), עובדים בימי המנוחה האלה, חלקם מרצון<sup>57</sup> וחלקם מאונס.<sup>58</sup>

54 לעקרון ההפרדה בין דת למדינה בארצות הברית ניתנת פעמים רבות הצדקה ברצון להימנע מהעדפת דת אחת על פני חברתה.

55 ראו לעיל ה"ש 11.

56 ראו לדוגמה שוקי פרידמן וגלעד ויינר "מעסוקה בשבת – תמונת מצב" אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (27.12.2017).

57 בין העובדים בשבת אפשר למנות גם שומרי שבת במישור הדתי, שהשבת היא חלק אינטגרלי מעבודתם, דוגמת חזן בבית הכנסת, רב קהילה, בעל "בית אוכל" (כגון מלון או מסעדה) ועובדיו, שלשם קיום מצוות עונג שבת של אורחיהם נאלצים לעבוד בשבת.

58 אונס זה עשוי ללוש פנים שונות: אונס פורמלי-משפטי, הנובע מסעיף בחוזה ההעסקה המחייב עובד או עובדת לעבוד גם בימי המנוחה, או אונס כלכלי: השכר הכפול שמשולם לעובדים ביום המנוחה השבועי מכוח החוק, מניע עובדים רבים – בעיקר מעוטי יכולת – לעבוד בשבת כדי להשיא את רווחיהם מעבודתם.

## פרשנות מונחי הסעיף

### כותרת הסעיף: "ימי מנוחה ושבתון"

כידוע, כותרות הסעיפים אינם חלק אינטגרלי מהחוק, וממילא אין לראות בהן גורם מחייב בפרשנות החוק.<sup>59</sup> עם זאת, בהיעדר כוונה לסתור מלשון החוק עצמו, לא אחת נודעת להם משמעות מסוימת בפרשנותו.<sup>60</sup>

ראשית, יושם לב לכך שבמקרה דנן אין התאמה מלאה בין כותרת הסעיף לתוכנו. הכותרת מדברת ב"ימי מנוחה" וב"שבתון",<sup>61</sup> ואילו תוכן החוק מדבר ב"שבת" וב"מועדי ישראל". דומה שבתוכן החוק נגרר המחוקק אחר המונח שנתקבע זה מכבר בחקיקה הישראלית, למן סעיף 18(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט (ראו להלן), ואילו בכותרת החוק ביקש המחוקק להבליט את אופיים ה"שילי" של הזמנים האלה כימי שבתה ממלאכה בפרהסיה הציבורית, ברשות הרבים, במוסדות

59 ראו למשל דברי השופט ש"ז חשין: "מן המפורסמות היא, כי הערת שוליים אינה מהווה חלק מהחוק גופו, ואף כי היא עשויה לעתים להפיץ אור על כוונתו של המחוקק, אין מחשיבים אותה במקום שכוונה זו אינה עולה מתוך החוק עצמו" (ע"פ 53/49 וייל נ' היועץ המשפטי, פ"ד ג, 108); וכיוצ"ב בדברי השופט חיים כהן, "הלכה פסוקה היא שאין נזקקים לכותרות שוליים לשם פירוש החוק, מקום שלשון החוק ברורה היא ואינה משתמעת לשתי פנים" (ע"פ 325/64 היועץ המשפטי לממשלה נ' שלמה ירקוני ושלמה גור פ"ד יח(4), 20, עמ' 29-30). והשוו לדברי השופט אגרטל: "מושכל ראשון הוא כי יש לעמוד על טיב העבירה הנדונה מתוך לשון הסעיף בו היא נקבעה. הכותרת הבאה בראש הפרק מטרחה רק לחת תיאור כללי של העבירות הכלולות בו, ואין הכרח בכך כי תיאור זה יתפשט באורח דווקני על כל אחת מהעבירות שבאותו פרק" (ע"פ 187/57 ד"ר קלי נ' היועץ המשפטי, פ"ד יב, 1014), ובעת האחרונה בדברי השופט נאור, עע"מ 1242/05 אולמי מצפור נוף האגם בע"מ נ' עיריית טבריה, 18.11.2008, פס' 8 לפסק דינה.

60 ראו למשל את דברי השופט פוגלמן בבג"ץ 9632/17 עמותת הזכיינים למען זכייני הפיס והטוטו בישראל נ' שר האוצר, 20.2.2019, פס' 22: "עוד נזכיר כי כדי ללמוד על כל אחת מן התכליות רשאי הפרשן לפנות אל כל מקור אמין ורלוונטי שבכוחו להעיד על תכלית החוק, פנימי וחיצוני. המקורות הפנימיים מצויים במישור הטקסטואלי: לשון הסעיף, כותרת המשנה המלווה אותו, מיקומו בחוק הכולל וכדומה. המקורות החיצוניים מתמקדים באינדיקציות חיצוניות ללשון החוק שעליהן נמנות, בין היתר, ההיסטוריה החקיקתית, הרקע לחקיקת החוק, הקשר הדברים הרחב ועקרונות היסוד של השיטה (ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים לישראל בע"מ, (נבו 14.5.2012), פס' 34; אהרן ברק, פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה 292-301 (תשנ"ג)."

61 אפשר שבניסוח הכותרת נטה המחוקק אחר כותרות סעיפים בחוקת שונות בעולם המדברות ב"זכות למנוחה" (The Right to Rest), ב"מנוחה שבועית" (Weekly Rest) וכיוצ"ב.

השלטון ובשירותים הניתנים על ידם, ולא כימי קדושה שתוכניהם שאובים מהמסורת הדתית, אוסרים על עשיית "מלאכה" (במונחה הרחב, לרבות נסיעה בשבת) במרחב הפרטי או לצרכים פרטיים ומחייבים פעולות דתיות מסוימות, כגון תפילה, קידוש וכיוצ"ב.

קודם שנתייחס בפירוט לתוכנם של המונחים האלה ולפירושם, הן בלשון העברית בכלל, הן בלשון המשפטית בפרט, נעיר כי בלשון העברית קיימים מונחים נרדפים לציון זמנים מיוחדים וכלליים (להבדיל ממועד ספציפי, שעליו נעמוד להלן) בלוח השנה: "שבת", "שבתון", "חג", "מועד" ו"יום טוב", הם רק חלק מהם. לצידם יש מונחי זמן נוספים המציינים זמנים מיוחדים במעגל השנה, כגון "חודש", "עצרת", "זמן", "כסה", "חגא".

המונח "שבתון" נתייחד דרך כלל במקורות הקדומים לציון זמנים ספציפיים שבהם שובת-הַדָּל אדם ממלאכתו ושמח בשמחת החג. כך, למשל, ככינוי למועדים שאינם מציינים מונחי זמן כלליים אלא נתייחדו ליום חג מיוחד בשנה, כגון "יום הכיפורים", "יום הביכורים", "חג המצות", "חג השבועות" ועוד.

מקצת המונחים האלה נושאים על גבם כמה משמעויות. כך, לדוגמה, המונח "חג" מציין סתם "יום חג" (festival), אבל בהקשרים מסוימים הוא מציין חג ספציפי דווקא, למשל את חג הסוכות (Sukkot).<sup>62</sup>

בשימוש במונח "ימי מנוחה" ו"שבתון" מדגיש החוק את אופיים ה"שלילי", הסביל, ה"מחדלי" (שביתה מ...) של הימים האלה, בהיותם ימי שביתה ממלאכה, שבהם "שובתים" ו"חדלים" מפעולות הנעשות בדרך כלל בשאר ימות השבוע.

אכן, המחוקק לא נדרש לפן ה"חיובי", הפעיל, המעשי, של הימים האלה,<sup>63</sup> ואינו קובע מה יהא טיבה של אותה "מנוחה", שהיא חלק אינטגרלי, ואולי הלוז, של "ימי המנוחה". האם "מנוחה" זו תתבטא אך ורק "על דרך השלילה", כחדילה מפעולות

62 כך, למשל, במקרא "וְשִׁמְחֶתָּ בְּחַגְּךָ" (דברים טז, יד), או "בְּיָרֵחַ הָאֶתְנַיִם בְּחַג" (מלכים א ח, ב). ומשמם במשנה (סוכה ד, ד): "יום טוב הראשון של חג".

63 כשם שעשה, למשל, בחוקים הקובעים את חובת סגירת בתי השעשועים בימי אבל לאומיים, כך, למשל, לצד קביעת אופיו של היום כיום אבל לאומי ("לעם היהודי"), בסעיף 1 לחוק איסור פתיחת בתי עינוגים בחשעה באב (הסמכה מיוחדת), תשנ"ח-1997: "חשעה באב הוא יום אבל לעם היהודי על חורבן בית המקדש", קבע המחוקק איסורים ספציפיים. ראו סעיף 3א לחוק הנזכר, המסמיך רשות מקומית לאסור "קיום עינוגים ציבוריים ביום האבל, או פתיחת בתי אוכל בליל יום האבל".

הנעשות בימי החול הרגילים? או שמא ייקבע לה גם צביון חיובי, של קיום מנהגים מסורתיים, פעולות חינוך ותרבות וכיוצ"ב?

נושא זה, דמות השבת וימי המנוחה ב"מדינה יהודית ודמוקרטית", ניצב זה עשרות שנים, ולמעשה למעלה ממאה ועשרים שנה, מאז ראשית פעולה של התנועה הציונית, בליבו של דיון – שלא לומר ויכוח ועימות – ציבורי, הלכתי ומשפטי.<sup>64</sup> חוק יסוד הלאום, כמו החוקים שקדמו לו בעניין, אינו נוקט עמדה בסוגיה זו.

מהם "ימי המנוחה והשבתון"? הסעיף אינו מפרט מהם "ימי המנוחה והשבתון". בעניין זה סמך המחוקק על הקביעה בחוק הקיים, שנקבע – אומנם רק כתיקון לחוק<sup>65</sup> – ועוגן בחוק הראשון<sup>66</sup> שנתקבל במדינת ישראל, פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948.

סעיף 18א לפקודה קובע בהאי לישנא:

(1) שבת ומועדי ישראל – שני ימי ראש השנה, יום הכיפורים, ראשון ושמיני עצרת של סוכות, ראשון ושביעי של פסח וחג השבועות – הם ימי המנוחה הקבועים במדינת ישראל.  
לשאינם יהודים הזכות לקיים ימי מנוחה בשבתם וחגיגהם.  
חגים אלה ייקבעו לגבי כל עדה על פי החלטת הממשלה שתפורסם ברשומות.<sup>67</sup>

64 ראו לדוגמה את הפרק שנתייחד ליום המנוחה באמנת גביון-מדו, אצל יואב ארציאלי אמנת גביון-מדו: עיקרים ועקרונות (המכון הישראלי לדמוקרטיה וקרן אביחי 2003); אליעזר שביד "השבת במדינת ישראל" היום השביעי (מיריק גרזי ובארי צימרמן עורכים 2001).

65 בנוסח הפקודה המקורית שנתקבלה במועצת העם הזמנית ופורסם שבוע ימים לאחר הכרזת המדינה לא נכלל סעיף בדבר "ימי המנוחה". המפלגות הדתיות, שראו חשיבות, ולו סמלית, בקיבועם של ימי מנוחה אלו דווקא בחוק הראשון שנחקק במדינת ישראל ביקשו לחקן אותו, וכך באה לעולם "פקודת ימי מנוחה", שנתקבלה במועצת העם הזמנית ביום כ"ה באייר תש"ח (3 ביוני 1948), כשלושה שבועות לאחר ההכרזה על הקמת המדינה (ראו ע"ר 4, תוספת א, מיום 9.6.1948, עמ' 12), הוחלה רטרואקטיבית – כמו פקודת סדרי שלטון ומשפט כולה – למן ליל שבת, ו' באייר תש"ח (15.5.1948), ושולבה – כסעיף 18א – בפקודת סדרי שלטון ומשפט המקורית.

66 כאמור בסעיף 23 שבו פקודת סדרי שלטון ומשפט הוחלה למפרע, "מליל שבת (!) ו' באייר תש"ח, 15 במאי 1948, שעה קלה לאחר סיום טקס ההכרזה על הקמת המדינה".

67 הודעה על קביעת ימי מנוחה לשאינם יהודים אכן פורסמה בחלוף כמה שנים, בשנת 1954. ראו י"פ תשי"ד מס' 356 מיום 17.6.1954, בעמ' 1284.



(2) הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, החלות על

המנוחה השבועית יחולו –

(1) לגבי יהודי – על מועדי ישראל;

(2) לגבי מי שאינו יהודי – על מועדי ישראל או על חגי

עדתו, הכל לפי המקובל עליו.

הימים שנזכרו בה הם כל אותם חגי ישראל שלפי ההלכה היהודית האורתודוקסית<sup>68</sup> אסורים במלאכה ואמורים להיות "ימי מנוחה". מסיבה זו לא נכללו ברשימה מועדים כגון חנוכה ופורים, או ימות חול המועד, שלמרות היותם חלק בלתי נפרד ממעגל השנה היהודי, מנקודת מבטה של ההלכה הם אינם אסורים בעשיית מלאכה כפי שזו נאסרה בשבת ויום טוב.<sup>69</sup>

כאמור לעיל, כבר בסעיף זה נעשתה הבחנה בין יהודים למי "שאינו יהודי", הבחנה שמטרתה לכבד את חופש הדת של מי שאינו יהודי ומבקש לקיים את ימי המנוחה השבועית שלו "לפי המקובל עליו".<sup>70</sup>

כמו במדינות אחרות (דוגמת ארצות הברית ומדינות אירופה, שבהן נקבע יום המנוחה ליום ראשון בשבוע, ומדינות מוסלמיות שבהן נקבע יום המנוחה ליום שישי) ביקש המחוקק לקבע את יום המנוחה השבועי ביום שנקבע לכך במסורת הדתית.

עם זאת, בתי משפט במדינות שונות הבהירו לא אחת שמן העובדה שיום המנוחה נקבע ביום המנוחה ה"מסורתי" דווקא, אין להסיק שגם תכניו יהיו תואמים לאלה של "יום המנוחה" במסגרת הדתית.

68 זרמים אחרים ביהדות, ובמיוחד הזרם הרפורמי, אינם אוסרים עשיית "מלאכות" בשבת. הזיקה שבין איסור המלאכה הדתי במועדים האלה (וההשלכות המעשיות שנובעות הימנו, ובהן ידובר להלן, כגון מסחר ותחבורה ציבורית בשבת) מבליטות פעם נוספת את הכרת המדינה רק בזרם האורתודוקסי, ואימתן זכויות שוות לזרמים שאינם אורתודוקסיים.

69 למען הדיוק יצוין שמנקודת המבט ההלכתית גם במועדים האלה, ימות חול המועד, חנוכה ופורים חל איסור מסוים של עשיית מלאכה (כגון מלאכה שאינה מוגדרת "דבר האבד" בחול המועד וניתן לדחותה ולעשותה, ללא הפסד ממשי, גם לאחר המועד), אך רמתו הנורמטיבית, תוכנו והיקפו מצומצם בהרבה מאיסור המלאכה שנקבע בשבתות ובימים טובים.

70 חובה זו נובעת מעקרון חופש הדת והמצפון, שנמנה כבר בין ערכי היסוד במגילת העצמאות, ולימים הוכר גם בפסיקה כזכות חוקתית. מעניין לציין שכבר בראשית ימי המדינה, כאשר נדונו הצעות לקבוע את "ימי המנוחה" ביום השבת, תבע הראשון לציין, הרב בצמ"ח עוזיאל, להחריג מפורשות את מי שאינו יהודי, והציע שכל דת תקבל את מלוא ההכרה בימי השבתון הדתיים שלה, ונימוקו עימו: "נגד חוק כזה צעקנו והתרענו ובצדק בכל פזורי גלותנו ובעשותנו כזאת במדינתנו נצדיק את העול שעשו ועושים נגדנו בכל פזורי הגולה". הדברים מובאים אצל רדזינר ופרידמן, לעיל ה"ש 23, בעמ' 67.

יהא אשר יהא תוכנם: רשימת "מועדי ישראל" המנויה בפקודת סדרי שלטון ומשפט מלמדת בעליל על מקורה הדתי של הוראה זו. לא פחות מכך, יש בכך כדי להצביע על עמדת המחוקק הרואה ב"שבת ומועדי ישראל" ערך לאומי ולא רק דתי.

משום כך סעיף "ימי המנוחה" בפקודת סדרי שלטון ומשפט – וגם חוק היסוד דנן – אינם מכירים בזכותו של יהודי – וגם בזכותו של בן דת אחרת – חילוני, או יהודי שאינו שומר את מצוות הדת כלל, ואפילו יהודי הכופר בעיקרי האמונה, כל אמונה דתית (כגון אתאיסט), לקיים את ימי המנוחה שלו בכל מועד שנראה יפה בעיניו, מועד שאינו תואם את המסורת הדתית והלאומית או "לעשות שבת לעצמו" בכל אחד מימות השבוע המתאימים לו. לפי גישה זו, גם יהודי שאינו דתי כלל, ואולי אף "אנטי־דתי", אגנוסטיקן או אתאיסט, צריך לקיים את "ימי המנוחה" הלאומיים כ"ימי מנוחה".

לצד ההיבט הסוציאלי המובהק שכרוך בה,<sup>71</sup> החלה גורפת זו, של קביעת "ימי מנוחה" החלים על הכול (לצד החריג של מי שאינו יהודי), אמורה ליצור "מרחב ציבורי שקט" לפחות יום אחד בשבוע (ביום השבת), ולצידו מרחבים שקטים ציבוריים נוספים בימות המועדים שנמנו בחוק. זאת, לצד מתן הגנה כלכלית למי שמכבד את יום המנוחה באמצעות סגירת בית העסק שלו, להבדיל מתחריו שמוותרים את בית העסק שלהם פתוח גם ביום המנוחה.

לצד השגת צביון של "יום מנוחה" כללי ברשות הרבים, נועדה קביעה אחידה של יום מנוחה לכלל האוכלוסייה גם לאפשר ולהבטיח פעילות משותפת של בני משפחה אחת, כגון הורים וילדים,<sup>72</sup> או כמה אנשים המבקשים לחוות את יום המנוחה או לבלותו בצוותא־חדא.

71 מנקודת מבט סוציאלית טהורה היה אפשר לאפשר לעובד מנוחה רציפה של 36 שעות לפחות בשבוע בכל יום שבו יבחר, והכרה בזכות סוציאלית זו אינה מחייבת ש"יום המנוחה" ייקבע דווקא על ידי המדינה ולצרכיה־שלה, ולא על פי בחירתו החופשית של העובד ולפי צרכיו־שלו.

72 קביעה אישית־סובייקטיבית של יום המנוחה השבועי הייתה עשויה להביא לכך שמעסיק ייתן להורה יום מנוחה שבועי ביום אחר בשבוע, לדוגמה ביום שלישי, ואילו ילדיו היו פנויים מלימודים רק ביום השבת, וכך חימנע מהם פעילות משותפת. ראו עניין דיזיין (לעיל ה"ש 31), פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק, והמקורות שנזכרו שם.

ההבחנה בין "יהודים" ל"שאינם יהודים" חוק היסוד משמר – לא מחדש – את ההבחנה בין יהודים ל"שאינם יהודים" לעניין ימי המנוחה. הבחנה זו מושרשת היטב בדין הישראלי כבר למן ימי הבראשית של מדינת ישראל.<sup>73</sup>

כך, כבר בסעיף 12א(ב) לפקודת סדרי שלטון ומשפט, שקבעה את ימי המנוחה בפעם הראשונה בדין הישראלי:

(א) הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, החלות על המנוחה השבועית יחולו –  
 (1) לגבי יהודי – על מועדי ישראל;  
 (2) לגבי מי שאינו יהודי – על מועדי ישראל או על חגי עדתו, הכל לפי המקובל עליו.

בעקבותיו, קובע גם סעיף 7(ב)(1) לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951:

(ב) המנוחה השבועית תכלול –  
 (1) לגבי יהודי – את יום השבת;  
 (2) לגבי מי שאינו יהודי – את יום השבת או את יום הראשון או את היום הששי בשבוע, הכל לפי המקובל עליו כיום המנוחה השבועית שלו.

בתיקון שתוקן בשנת תשכ"ט-1969 לחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, הוסף סעיף 12א(א) לחוק, ובין השאר נקבע בו כהאי לישנא:

(א) בימי המנוחה הקבועים כמשמעותם בפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, לא יעבוד בעל בית מלאכה בבית מלאכתו, ולא בעל מפעל תעשיה במפעלו, ולא יסחר בעל חנות בחנותו.  
 (ב) בימי מנוחה כאמור לא יעבוד חבר של אגודה שיתופית בבית מלאכה או במפעל תעשיה של האגודה; בבית מלאכה או מפעל תעשיה של אגודה שיתופית חקלאית לא יעבוד חבר אלא אם העבודה קשורה בשירותים הנחוצים למשק שלה.

73 כבר נזכר לעיל (ראו ה"ש 26) שכבר במכתב הסטטוס קוו ששלחו ראשי הסוכנות לאנשי אגודת ישראל, הוחרגו הלא-יהודים מחובת המנוחה בימי המנוחה היהודיים.

(ג) מי שאינו יהודי רשאי – לגבי בית מלאכתו, מפעל תעשייתי או חנותו, הנמצאים בתחום רשות מקומית שמספר תושביה שאינם יהודים הוא, לפי קביעת הרשות, לפחות רבע מכלל תושבי הרשות – לקיים את האיסורים לפי סעיף זה, או בימי המנוחה כאמור או בימי שבתו וחגיו, לפי בחירתו; והוא הדין לגבי רובע של רשות מקומית, שתחומו ומספרם היחסי של תושביו שאינם יהודים בכלל תושביו – שהוא רבע לפחות – נקבעו לענין זה על ידי אותה רשות.

(ד) האמור בסעיף קטן (ג) אין בו כדי למנוע נאשם לפי סעיף זה מלהביא ראיות כי מספר התושבים שאינם יהודים בתחום רשות מקומית או רובע שלה, לפי הענין, אינו פחות מרבע מכלל תושבי הרשות או הרובע.

הנה כי כן, ההבחנה בין "יהודים" למי "שאינם יהודים" נשמרה גם בסעיפים האלה, הפעם לא רק בהצהרה אלא יש להם גם השלכה מעשית-פרגמטית. לפי החוק, יהודי חייב לנוח ביום המנוחה שלו ונאסר עליו לעבוד במהלכו בבית מלאכתו, לפעול במפעלו או לסחור בחנותו. לעומתו, מי שאינו יהודי רשאי לקיים את האיסור או בימי המנוחה של היהודים, או ב"ימי שבתו וחגיו", והכול "לפי בחירתו".

ובכל זאת, אפילו אמרנו – ולא בהכרח אמרנו – שבדברו על "יהודים" ו"לא-יהודים", ועל ימי ה"שבת והחגים" שלהם, התכוון המחוקק רק להגדרה הלאומית של העובדים ושל הימים האלה, ולא על ההגדרה הדתית שלהם, הבחנה זו מביאה להבחנה בין בני דתות שונות, ויש שיאמרו, להפליה ממש, שלכאורה מקומה לא יכירנה בשיטות משפט אחרות, דוגמת המשפט החוקתי האמריקאי השואף לקיים שוויון מלא בין בני דתות שונות. כל זאת, להבדיל מעצם קביעת יום המנוחה באחד מימות השבוע ודווקא ביום שבת, שגם מבחינה היסטורית-דתית שימש יום המנוחה המקובל והמסורתי.<sup>74</sup>

על השאלה "מיהו יהודי" ומיהו "שאינו יהודי" לצורכי החוק הזה, ראו להלן.

74 על הטענה שקביעת "חוקי יום ראשון" (Sunday Laws) בארצות הברית מפרה את העיקרון החוקתי בדבר ההפרדה בין דת למדינה וסותרת את העקרונות חופש הדת והחופש מדת, טענה שנדחתה על ידי בית המשפט העליון האמריקאי, ראו *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961); ובקנדה: *R. v. Edwards Books and Art* [1986] 2 S.C.R. 713 (1986).

**"שבת ומועדי ישראל הם ימי המנוחה הקבועים במדינה"**  
 בראש הסעיף – והוא עיקרו – נקבע ש"שבת ומועדי ישראל הם ימי המנוחה הקבועים במדינה". כאמור לעיל, בקביעה זו אין חידוש בדין הישראלי, שכן היא העתקה כמעט מדויקת של סעיף 18(א) לפקודת סדרי שלטון ומשפט.

מעבר להצהרה-הכרזה על "ימי המנוחה הקבועים", גם אין בה כל הנחיה אופרטיבית הנגזרת הימנה לעניין עבודה בימי המנוחה, פתיחת מוסדות שלטוניים וציבוריים, האפשרות לקיים תחבורה ציבורית או מופעי תרבות וחינוך, וכל כיוצ"ב. ההשלכות המעשיות הנובעות מהכרזה זו הן פרי הפנייה של חוקים אחרים, והראשון שבהם – הסעיפים הרלוונטיים בחוק שעות עבודה ומנוחה המוחלים על ימי המנוחה. כאמור בסעיף 18(א) הנ"ל לפקודה:

הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, החלות על המנוחה השבועית יחולו –

- (1) לגבי יהודי – על מועדי ישראל;
- (2) לגבי מי שאינו יהודי – על מועדי ישראל או על חגי עדתו, הכל לפי המקובל עליו.

עיון בחוק שעות עבודה ומנוחה מלמד כי ההוראות שבו, "החלות על המנוחה השבועית", מרוכזות בעיקרן בפרק השלישי לחוק, בסעיפים 9-17, תחת הכותרת "מנוחה שבועית".<sup>75</sup>

הסדרים חשובים נוספים החלים על המנוחה השבועית קבועים בסעיף 12 לחוק שעות עבודה ומנוחה, סעיף ה"חריגים" לאיסור העבודה בתקופת ה"מנוחה השבועית"; וכן בסעיף 17 לחוק הקובע את שיעור גמול העבודה המשתלם תמורת עבודה בתקופת ה"מנוחה השבועית".

**"שבת וימי המנוחה"** המונח "שבת", והוא הדין "יום השבת", לא נתפרש בחוק היסוד. עם זאת, בחוקים אחרים – לרבות חוקים שמקורם ועיקרם בקביעת ימי זיכרון אזרחיים-לאומיים, דוגמת יום העצמאות, יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל ויום הזיכרון לשואה ולגבורה, וקל וחומר

75 הוראות נוספות, דינויות ומנהליות בעיקרן, קבועות בסעיפי חוק אחרים, דוגמת סעיפים 19, 20, 23 ו-25.

כאשר דובר במועדים שמקורם דתי, דוגמת תשעה באב<sup>76</sup> – נתפרש המונח "יום" לפי משמעותו בהלכה ובמסורת היהודית,<sup>77</sup> דהיינו, למן השעה שסמוכה לשקיעת החמה ועד כ־20 דקות לאחר שקיעת החמה או צאת הכוכבים<sup>78</sup> ביום שלמוחרת, "מוצאי השבת" או "מוצאי החג".<sup>79</sup>

76 ראו סעיף 2 לחוק איסור פתיחת בתי עינוגים בתשעה באב (הסמכה מיוחדת), תשנ"ח-1997: "תחילתו של יום האבל הוא משקיעת החמה וסיומו עם צאת הכוכבים למחרת; חל יום תשעה באב בשבת, יקום יום האבל ביום ראשון שלאחריו"; קביעה דומה אומצה גם בשורה ארוכה של חוקי עזר עירוניים. ראו לדוגמה ההגדרה שבסעיף 1 לחוק עזר לתל-אביב-יפו (רוכלות), תשס"א-2001: "ימי מנוחה" – כל שבתות השנה ומועדי ישראל כדלקמן: ראש השנה (2 ימים), יום הכיפורים, ראשון של סוכות ושמיני עצרת, ראשון ושבועי של פסח, חג השבועות, תחילתם עם שקיעת החמה בערבים שלפניהם וסיומם עם צאת הכוכבים במוצאי השבת או החג". והשוו לסעיף 1 לחוק חג המצות (איסורי חמץ), תשמ"ה-1985: "מצהרי יום י"ד בניסן עד עשרים דקות אחרי שקיעת החמה של יום כ"א בניסן, לא יציג בעל עסק בפומבי מוצר חמץ למכירה או לצריכה".

77 מעניין לציין שבדומה לקביעת הלוח העברי כלוח הרשמי של המדינה בסעיף 8 לחוק, גם גילו של אדם לעניין המשפט האזרחי נקבע במדינת ישראל לפי הגדרת ה"יום" ההלכתי. ראו סעיף 11 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ב-1962: "כל מקום שמדובר בו, בניב כל שהוא, באדם בגיל פלוני, ייחשב גילו מתחילת היום בו הוא נולד, והוא כשאינו כוונה אחרת מפורשת או משתמעת; יום מתחיל עם שקיעת החמה של היום שלפניו ונגמר עם שקיעת החמה של אותו יום"; והשוו לסעיף 1 (סעיף ההגדרות) לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965: "יום לפי הלוח העברי" – תקופה שתחילתה עשרים דקות לאחר שקיעת החמה וסופה בתום עשרים דקות לאחר שקיעת החמה למחרת". ביטוי נוסף להגדרת "יום" בדין הישראלי שעוקבת אחר ההגדרה המקובלת במסורת ובהלכה היהודית ניתן בסעיף 3(8) לפקודת בריאות העם, 1940, לעניין איסור הקבורה בלילה ולצידו איסור "הלנת המת": "אין קוברים מת לאחר שקיעת החמה, אלא בהסכמתו המפורשת של הממונה על המחוז, אך יהודי שמת בערב שבת לאחר שעה 4 אחה"צ, מותר להחיר את קבורתו עד לשעה 11 בלילה שביום השבת שלמחרת, אך לא לאחר השעה הזאת". ביטוי, אנקדוטלי-משהו לשימוש של המחוקק האזרחי בלשון החקיקה במונח "שקיעת החמה" – נקודת ציון הזמן המקובלת במסורת היהודית (וגם המוסלמית) ניתן בסעיף 9(ב)(I) לפקודת הכלבת, 1934 הקובע כי "חייבים בעלי כלבים לקשור את כלביהם בתמידות, בתנאי כי כלבי רועים אין צורך לקשרם אלא בשעות שבוין שקיעת החמה וזריחתה". בחקיקת המשנה כבר נעשה שימוש רב יחסית, במונחים האלה לציון גבולות ה"יום" וה"לילה". ראו לדוגמה, ת' 5 לתקנות להגנת חייית הבר, תשל"ו-1976: "לא יצוד אדם משקיעת החמה ועד זריחתה אלא אם קיבל לכך את כל אלה [...]"; ות' 98(ב) לתקנות הנמלים, תשל"א-1971: "הכבש יהיה מואר באור מתאים משקיעת החמה ועד זריחתה", והשוו לניסוח שבתקנה 110 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, שלפיה מפקד משטרה רשאי לצוות שאדם הנתון להשגחתו: "יישאר מאחורי דלתות ביתו למן שעה אחת לאחר שקיעת החמה ועד להנץ החמה, והמשטרה תהיה רשאית לבקר אותו במקום מושבו בכל זמן".

78 לצד "שקיעת החמה", אומצה גם נקודת ציון הזמן המסורתית "צאת הכוכבים" בלא מעט דברי חקיקה, בעיקר בחוקי עזר עירוניים. ראו לדוגמה את הגדרת "ימי מנוחה" בחוק עזר לבת ים, (רוכלים), תשמ"ג-1983: "ימי מנוחה" – הימים שנקבעו בפקודת ימי מנוחה, התש"ח-1948, כימי מנוחה – תחילתם כחצי שעה לפני שקיעת החמה בערבי ימי מנוחה וסופם במוצאי ימי מנוחה עם צאת הכוכבים".

79 ראו לדוגמה סעיף 1 לחוק יום הזיכרון לשואה ולגבורה, תשי"ט-1959: "תחילתו של יום הזיכרון היא משקיעת החמה אור ליום כ"ז בניסן, כ"ו בניסן או כ"ח בניסן, הכל לפי

במקרה אחד ביקש נאשם שהועמד לדין בגין הפרת חוק שעות עבודה ומנוחה להתגונן בטענה שלפי חוק הפרשנות ה"יום" מתחיל רק בשעה 00:00 ומסתיים בשעה 11:59 ביום שלאחריו, ולפיכך אף שעבד בלילה השבת, בשעת לילה מאוחרת אך קודם לחצות, יש לזכותו כי לא עבד ב"יום המנוחה".

בדחתו טיעון זה קבע בית המשפט כי לנוכח רקעו של החוק, מטרתו ותכליתו, יש לפרש את המונח "שבת" (או "יום השבת") כפי שהוא מוגדר במסורת ובהלכה היהודית, דהיינו יום שמתחיל בשעה הסמוכה לשקיעת החמה ומסתיים בצאת הכוכבים ביום שלאחריה. יש להניח שפרשנות דומה תינתן למונחים האלה גם בחוקי היסוד, לנוכח אופיו של החוק – חוק לאומי שאימץ את הפרשנות המסורתית המקובלת למונחים שנכללו בו, השאובים מהמורשת הלאומית ומהמסורת הדתית היהודית.<sup>80</sup>

**"ימי המנוחה"** כאמור, המונח "ימי המנוחה" נקבע בחוק הישראלי עוד בראשית ימי המדינה, בפקודת סדרי שלטון ומשפט, ולימים עשה בהם המחוקק שימוש רב בחוק שעות עבודה ומנוחה. עם זאת, המחוקק לא הגדיר בדיוק מה טיבה של "מנוחה" זו. מלכתחילה ניתן להעניק למונח "מנוחה" פרשנות מרחיבה או מצמצמת, "חיובית" או "שלילית". כך, למשל, פרשנות מצמצמת של המונח תצמצם את גבולותיו לדרך השלילה: בחוק פורטו כמה פעולות שאסור לעשות ב"יום המנוחה", וחוק מהן – כל מה שלא נאסר מפורשות בחוק הראשי או מכוחו – מותר.

מסקנה זו מתחייבת לכאורה גם מן העובדה שהאיסורים שהטיל המחוקק בנוגע ל"יום המנוחה" פוגעים, לעיתים פגיעה קשה, בזכויות היסוד של האדם ובחירותו. כך, לדוגמה, האיסור שמוטל על אדם לעבוד בבית מלאכתו או מסחרו בשבת, פוגע בחירותו ובחופש העיסוק שלו.

העניין, וסיומו עם צאת הכוכבים למחרתו; סעיף 3 לחוק יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל, תשכ"ג-1963: "תחילתו של יום הזיכרון היא משקיעת החמה אור ליום ד' באייר או ג' באייר או ב' באייר, הכל לפי העניין, וסיומו עם צאת הכוכבים למחרתו".

80 אף שבדרך כלל, כפי שקבע בית המשפט העליון בכמה הזדמנויות, העובדה שמונח מופיע בחוק שאוב ממקורות המשפט העברי אינו מחייב את הפרשן לחת לו משמעות וליצוק לחוכו את החוכן שניתן לו באותם מקורות עתיקים. ראו המ' 89/51 מיטובה נ' קזם, פ"ד ו, 4 (1951).

היעדר תחבורה ציבורית ראויה בימי המנוחה, שהיא פועל יוצא – גם אם לא תמיד מפורש – מקיומם של "ימי מנוחה" (וממילא, איסור העסקת נהגים בהם), פוגע בחופש התנועה של אזרחים רבים. יתר על כן: רבים מהם יכולים לטעון שהעובדה שהם נאלצים להימנע מפתיחת עסקיהם בשבת היא סוג של כפייה דתית ופגיעה בחופש הדת שלהם, גם אם המחוקק הגביל אותם מטעמים סוציאליים ולא מטעמים שבת.

לנוכח פגיעה זו בחירויות יסוד, מצווה גם הפרשן, גם אוכף החוק, לצקת לחוק היסוד פרשנות מצמצמת ככל שניתן, כדי למזער את הפגיעה ולא להרחיבה "במידה שעולה על הנדרש". ימים יגידו אם לעובדה שכיום נקבעו ימי המנוחה בחוק יסוד – ולא רק בחוק רגיל (דוגמת חוק שעות עבודה ומנוחה) – תהיה השפעה על הכרעת בית המשפט ועל מיקומה של נקודת האיזון בין זכויות יסוד חוקתיות שונות (כגון חופש העיסוק וחופש התנועה) המתנגשות זו עם זו.

מי שתומכים בפרשנות מרחיבה של חוק היסוד עשויים לטעון שמשעה שנתעלו "ימי המנוחה" וזכו למעמד-על, ולא למעמד רגיל של חוק "סתם", צריכה גם נקודת האיזון בין הזכויות השונות להשתנות. ממילא, כדי לשמר את אופיים האומי של ימי המנוחה – "שבתות ומועדי ישראל" – לפחות במרחב הציבורי, ברשות הרבים, יש לצמצם את החריגים שנקבעו בחוק שעות עבודה ומנוחה למינימום, ובכל מקרה של ספק – להכריע לאי-תחולת החריג ולקיבוע המנוחה ברשות הרבים.

הוא הדין במקרים שבהם הדין שותק ואינו קובע מפורשות מה על הרשות לעשות. כך, לדוגמה, אם רשות מנהלית דוגמת משרד התחבורה או המפקח על התעבורה שוקלים אם לסגור רחוב מסוים לתנועה בשבת או למנוע מתן רישיון להפעלת תחבורה ציבורית בשבת. מלכתחילה, עניין זה מסור לשיקול דעתם, ומרחב שיקול הדעת – לפתוח או לסגור, לתת רישיון או להימנע מכך – רחב למדי.

לפי פרשנות זו, העלאת מעמדם של ימי המנוחה לדרגה נורמטיבית גבוהה, של חוק-על, עשויה להביא להימנעות ממתן רישיון לפתוח עסק בשבת או לקיים תחבורה ציבורית בשבת.

אכן, גם פרשנות זו נגזרת משאלת היסוד שהוצגה לעיל, ואין לה הכרעה, "כשאת אומרת 'מנוחה' – למה את מתכוונת?". האם הכוונה ל"מנוחה" שתכליתה המעטה מרבית של התנועה בחוצות הערים וברשות הרבים, כדי לשמור על "אווירה שבתית שקטה ורגועה", או ל"מנוחת הנפש" שבעיני רבים מושגת רק אם ניתנים בידם החופש והחירות לטייל בשבת ברחבי הארץ ולבקר את בני משפחתם וחבריהם כאוות נפשם ללא מגבלות (וגם באמצעות נסיעה ממקום למקום ושימוש בתחבורה ציבורית), או



לבלות את שבתם וחגיגהם במרכזי קניות. התמורה המשמעותית שעברו ימי המנוחה במדינת ישראל משנות החמישים של המאה העשרים (שבהן לא היו לרוב האזרחים כלי רכב פרטיים, ולא היו קניונים ומרכזי בילוי רבים כל כך הפתוחים בשבתות ובמועדי ישראל) לישראל של העשור השלישי של המאה העשרים ואחת, מצריכה הסדרה מחודשת של "חוק שעות העבודה והמנוחה" שהתאים אולי ל"עולם הישן", אך אינו נותן מענה הולם למציאות בימינו.

**"למי שאינם יהודים  
זכות לקיים את ימי  
המנוחה בשבתם  
ובחגיגהם"**

כדומה למה שנקבע בפקודת סדרי שלטון ומשפט ובחוק שעות עבודה ומנוחה, הסיפא של הסעיף מחריגה את "מי שאינם יהודים" מחובת המנוחה ב"ימי המנוחה" הרשמיים, ומקנה לו "זכות"<sup>81</sup> – היה וירצה בכך – "לקיים את ימי המנוחה בשבתו ובחגו". סעיף זה מאפשר לבני דתות ולאומים אחרים, "שאינם יהודים", חופש דת וחירות לקיים את ימי המנוחה ב"ימי שבתם וחגיגהם".

גם בניסוח זה בא לביטוי אי-הסימטריה שבמצב המשפטי: "ימי המנוחה" הרשמיים במדינת ישראל הם רק ימי המנוחה המסורתיים שנקבעו ב"מורשת ישראל". ימי המנוחה של הלא-יהודים, אינם ימי מנוחה "רשמיים", אלא שלבני אותם לאומים או דתות "יש זכות" לשבות בהם ולהחיל עליהם את הוראות הדין שחלות על "ימי המנוחה הרשמיים".

יתר על כן, במישור הדתי – לא הלאומי – הסעיף אינו נותן מענה לחסרי דת, שמצד אחד "אינם יהודים", אך בה בעת בהיותם חסרי דת אין להם "ימי מועד ושבח" כלל. ניסוח זה, השם את הדגש על דתו של אדם, תהא אשר תהא, אופייני למחוקק הישראלי, שנקודת המוצא שלו גם בסוגיות רבות אחרות היא שכל אדם הוא בן דת אחת או אחרת, והוא אינו נותן דעתו לאנשים חסרי דת. שאלה מעניינת היא מה דינו של אדם "כפול דת", כגון מי שאביו מוסלמי ואימו יהודייה – האם יוכל לבחור גם ביום השישי כיום המנוחה שלו, מכיוון שלפי הדת המוסלמית הייחוס נקבע לפי האב, או שנחייב אותו לשבות ביום השבת היהודי, מכיוון שאימו יהודייה ולפי הדין הדתי היהודי הייחוס נקבע לפי האם?

81 מעבר למשמעות המשפטית, ניסוחו של הסעיף "אינו מוצלח", לשון המעטה, ואפילו עשוי להיחשב ניסוח פוגעני. אומנם המחוקק התכוון, מן הסתם, רק ל"זכות" לעניין דיני העבודה, אך קורא תמים עשוי לחשוב שהמחוקק מעניק "זכות" למי שאינו יהודי לחגוג את חגיו ומועדי לפי עיקרי אמונתו, דבר המתבקש מאליו – ולא מכוח המחוקק – במדינה דמוקרטית, החורחת על דגלה עקרונות של שוויון וחופש דת.

בסוף חוק היסוד מופיעה פסקת הפנייה הקובעת  
 ש"פרטים לעניין זה ייקבעו בחוק".

"פרטים לעניין  
 זה ייקבעו בחוק"

פסקאות הפנייה דומות יש גם בחוקות אחרות  
 ובחוקים אחרים, דוגמת סעיף 2 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל: "סעיף 1 לא יחול על  
 סוגי מקרקעין וסוגי עסקאות שנקבעו לעניין זה בחוק". וכיוצא בו בסעיף 8 לחוק  
 היסוד דנן שעניינו "הלוח העברי": "השימוש בלוח העברי ובלוח הלועזי ייקבע  
 בחוק".

המחוקק לא הבהיר אם המילים "לעניין זה" מכוונות – בדרך של פרשנות מרחיבה –  
 לסעיף כולו, גם לחובת המנוחה של היהודים ב"יום המנוחה" שלהם הקבועה בראש  
 הסעיף, או – בדרך של פרשנות מצמצמת – רק ל"מציעתא" שקדמה למילים האלה.  
 לעניין זכותו של "מי שאינו יהודי" לקיים את הוראות "ימי המנוחה" בשבתם וחגיגה.

לנוכח תכלית החוק ותוכנו, דומה שהפרשנות הראשונה, המרחיבה, היא הראויה  
 בנסיבות העניין. ואכן, כפי שראינו לעיל, מכיוון שניסוח הסעיף בחוק היסוד הוא  
 "סתמי", הצהרתי גרידא, ואין בו הנחיות מפורטות בדבר השלכותיו המעשיות-  
 פרגמטיות, אנו נדרשים ל"פרטים שייקבעו בחוק" – דוגמת הפרטים שנקבעו זה  
 כבר בחוק שעות עבודה ומנוחה – כדי להבין מתוכם ובמהן ההשלכות המעשיות  
 של "ימי המנוחה".

שאלה בפני עצמה היא אם ההוראה שלפיה "פרטים לעניין זה ייקבעו בחוק", בלשון  
 עתיד ("ייקבעו"), מכוונת רק לדינים שיחוקקו בעתיד, לאחר חקיקת חוק הלאום, או  
 גם לדינים רלוונטיים שנקבעו בחוק זה כבר.

פרשנות מרחיבה, הנראית בעינינו, תראה גם פרטים שנקבעו בחוק, לפני מועד חקיקת  
 חוק הלאום, כדין העשוי להשליך על יישומו של סעיף יום המנוחה בחוק הלאום  
 הלכה למעשה. וכמו מאליהם עולים "סעיפי חובת המנוחה", כגון סעיפים 7 ו-9  
 בחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, כ"פרטים שנקבעו בחוק" ועשויים לצקת  
 תוכן גם לסעיף יום המנוחה בחוק הלאום. מנגד, פרשנות מצמצמת עשויה לגרוס  
 ש"פרטים שייקבעו בחוק" הם רק מערכות דינים שייקבעו בדין הישראלי בעתיד,  
 לאחר כניסת חוק הלאום לתוקף, ולא בהסדרים חוקיים שנקבעו קודם חקיקתו.

יתר על כן, אפשר ויהא מי שיטען של"הסדרי השבת" שבחוק שעות עבודה ומנוחה  
 במיוחד אין כל רלוונטיות לחוק הלאום, "ולא קרב זה אל זה"<sup>82</sup> מכיוון שמדובר

בשני חוקים השונים במהותם זה מזה: חוק הלאום, כשמו כן הוא, נועד לעגן בדין הסדרים "לאומיים", ואילו חוק שעות עבודה ומנוחה – כפי שמלמדת הן ההיסטוריה החקיקתית שלו, הן הפרשנות שניתנה לו בבתי המשפט במשך שנות דור, משרת ומבטא הסדר סוציאלי.

**"מיהו יהודי" לצורך חוק היסוד** כמו בעשרות רבות של חוקים אחרים,<sup>83</sup> גם בחוק זה השתמש המחוקק במונחים "יהודי" ו"מי שאינו יהודי" בלא שיגדיר את המונחים האלה. החריג היחיד בחקיקה הישראלית לעניין זה הוסף לחוק השבות בשנת 1970, בעקבות משבר פוליטי גדול, ובסעיף 4(ב) שבו נקבע כי – "לענין חוק זה, "יהודי" – מי שנולד לאם יהודייה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת".

אכן, כפי שעולה מפורשות מהסעיף בחוק השבות, הגדרת "יהודי" שבו מוגבלת לחוק זה בלבד ("לעניין חוק זה"), ואין הכרח – אם כי גם אין מניעה – לפרש את המונח "יהודי" המופיע בחוקים אחרים בדרך זהה או דומה. כפי שנאמר לא אחת, ולמרות הרצון ליצור "הרמוניה חקיקתית ופרשנית", בכמה פסקי דין נקבע כי מבחינה פרשנית מונח המופיע בכמה חוקים יכול להתפרש אחרת בכל אחד מהם.<sup>84</sup> מי אפוא "ייחשב" יהודי לעניין חוק היסוד?

האם יש לתת למונח משמעות פרשנית מצמצמת, ולראות כ"יהודי" לעניין חוק זה רק מי שמוכר כיהודי לפי ההלכה האורתודוקסית, דהיינו "מי שנולד לאם יהודייה או שנתגייר בגיור המוכר בהלכה"<sup>85</sup>? או שמא נאמר שמכיוון שעיקר מטרתו של חוק שעות עבודה ומנוחה היא סוציאלית, גם חוק היסוד – המבוסס בעליל על מה

83 לפירוט חוקים אחרים שהיו בדין הישראלי עד מחצית שנות השבעים, ראו אבנר חי שאקי מיהו יהודי בדיני מדינת ישראל (תשל"ז).

84 ראו למשל דברי השופט ברק: "המשפט אינו גן-עדן של מושגים אלא חיי יומיום של צרכים, אינטרסים וערכים, אותם מבקשת חברה נחונה להגשים בזמן נתון. על כן, לביטויים זהים המופיעים בחוקים שונים עשויים להינתן מובנים שונים" (דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 828 (1998); והפניות נוספות שם.

85 בעבר הכירה מדינת ישראל – ולו לצורכי שבות או מרשם – רק בגיורים הנעשים בבתי דין "רשמיים" – בית דין רבני או בית דין הפועל באמצעות מערך הגיור הממלכתי שהוקמו על ידה או מוכרים על ידה (כגון בתי דין אורתודוקסיים בחו"ל המוכרים בישראל. לימים הוכר גם גיור שאינו אורתודוקסי הנעשה ב"קהילה מוכרת" בחו"ל ובישראל (ראו בג"ץ מילר ובג"ץ פסרו-גולדשטיין, להלן ה"ש 86). לפני כמה שנים קבע בית המשפט העליון כי גם "גיור פרטי" בישראל, שנעשה על פי כללי ההלכה, עשוי להיות מוכר לצרכים שונים, כגון אזרחות ורישום

שנקבע בחוק שעות עבודה ומנוחה – יתנתק מהגדרת "יהודי" בחוק השבות ויקבל הגדרה אחרת של "יהודי"?

ושמא גם מי שעלה לארץ בהיותו "יהודי" לפי חוק השבות, כגון בן לאב יהודי ואם לא-יהודייה, או מי שנתגייר בגיור שאינו אורתודוקסי בחו"ל<sup>86</sup> או בישראל,<sup>87</sup> יוכר כ"יהודי" לצורך חוק היסוד הזה והחלת נגזרותיו המעשיות לעניין "יום המנוחה" השבועי?

סוגיית פרשנותו של המונח "יהודי" בחוק הלאום טרם נדונה בכתי המשפט. אכן, היא נדונה ביחס לחוקים שהיוו לו מקור כגון חוק שעות עבודה ומנוחה. בעניין אחד טען קיבוץ שהוגש נגדו כתב אישום על הפרת החוק כי אין הוא "יהודי", וממילא החוק אינו חל עליו. בית המשפט רחה טענה זו.<sup>88</sup>

## אחרית דבר: מה ילד יום?

אחר שידענו כל אלה ועברנו בדרך הארוכה שסקרה "מאין באנו", ניתן להרהר – "לאן אנו הולכים", ואולי אף לערער על המחוקק, שביקש לקבוע דווקא

את ימי המנוחה בחוק יסוד – מה טעם ביכר המחוקק את קיבוע ימי המנוחה בחוקה העתידית – לצד ערכי יסוד לאומיים אחרים, דוגמת ארץ ישראל, קיבוץ גלויות והקשר עם העולם היהודי, מפעל ההתיישבות, הסמל, הדגל וההמנון הלאומי, לוח השנה העברי וימי הזיכרון הלאומיים – וביכר אותם על פני סמלים וערכים לאומיים

במרשם האוכלוסין. ראו בג"ץ 7625/06 רגצ'ובה נ' משרד הפנים, 31.3.2016. לימים, הורחבה הכרה זו גם לבית דין שאינו אורתודוקסי. ראו בג"ץ דהן (להלן ה"ש 87). לסוגיה זו, ראו בהרחבה אביעד הכהן "גיור כדת משה ו(מדינת) ישראל: בוקה, מבוקה ומבולקה – על מקום הגיור במערכותיה האזרחיות של מדינת ישראל" ספר מנחם פינקלשטיין 751-713 (שרון אפק, עופר גרוסקופף, שחר ליפשיץ ואלעד שפיגלמן עורכים תשפ"א), והספרות שנזכרה שם; ופסק דינה של השופטת בר-אשר מבית המשפט המחוזי בירושלים, עת"מ 54982-04-22 וולמר נ' משרד הפנים, 29.9.2022.

86 בג"ץ 230/86 שושנה (סוזן) מילר נ' שר הפנים, פ"ד מ(4) 436 (1986); בג"ץ 1031/93 פסרו גולדשטיין נ' שר הפנים, מט(4) 661 (1995).

87 בעקבות פסק דינו של בג"ץ, הוכר בעת האחרונה גם גיור שאינו אורתודוקסי שנערך בישראל לעניין חוק השבות. ראו בג"ץ 11013/05 נטליה דהן ואחי' נ' שר הפנים, 1.3.2021.

88 ע"פ 2/99 מדינת ישראל נ' קיבוץ צרעה, 4.12.2006. יושם אל לב שההליך שנדון שם היה הליך פלילי, שבו הספק פועל דרך כלל לטובת הנאשם, ולמרות זאת העניק בית המשפט למונח "יהודי" פרשנות מרחיבה, שהחמירה עימו.

אחרים, בעיני רבים מבני הציבור חשובים לא פחות – דוגמת התנ"ך,<sup>89</sup> הזכות לשבות,<sup>90</sup> המשפט העברי,<sup>91</sup> והמקומות הקדושים<sup>92</sup> – ערכים ש"מזלם לא שפר עליהם", כמו ימי המנוחה, והם לא זכו להיכלל בין סעיפי חוק הלאום?

האומנם תרם מעשה חקיקה זה להעצמתם של ימי המנוחה כערכים לאומיים, שינה את מעמדם המשפטי, העלה אותם למדרגה נורמטיבית הגבוהה ביותר והקנה להם מעמד על-חוקתי? או שמא מדובר ב"הצהרה" חלולה העלולה להרע דווקא את מעמדם הלאומי של ימי המנוחה, שיש קונצנזוס בעניינו ואינו זקוק ל"חיזוק" דוגמת קיבועו בחוקי היסוד?

89 חסרון מקומו של התנ"ך בחוק הלאום בולט במיוחד לנוכח מקומו החשוב במגילת העצמאות – "ספר הספרים הנצחי" – ולצידו אזכור "חזונם של נביאי ישראל". הירידה במעמד התנ"ך עשויה להיות מובנת הן על רקע פרסונלי (דוד בן-גוריון היה "איש התנ"ך", וכשניצח על ניסוח מגילת העצמאות שקד על הבלטת מקומו בה), והן על רקע כללי הרבה יותר, של הפיחות המתמשך והולך שחל במעמדו כערך לאומי וחינוכי במדינת ישראל דהאידיא, וכך באופן בולט במיוחד במערכת המשפט. לניחות מפורט של תופעה זו, ראו אביעד הכהן "התנ"ך – ספר הספרים של המשפטן!?" – על האב, הבן, רוח הקודש ומקום התנ"ך בעולמו – אולמו של בית המשפט" משפט ועסקים כו (תשפ"ג) (בדפוס), והמקורות הרבים שנזכרו שם.

90 כידוע, זכות זו עוגנה בחוק השבות, שניתן לו בפסיקה הישראלית מעמד של "חוק מעין-חוקתי". על המאבק לחקיקתו ראו מאמרה של אמו"ר דבורה הכהן "חוק השבות – תוכנו והוויכוחים סביבו" עצמאות – 50 השנים הראשונות 57-87 (תשנ"ח). על הניסיון לקבוע את זכות השבות בחוק הלאום, ראו טיוטת הצעת החוק של ח"כ יריב לוין, סעיף 5 |נדפס גם אצל גביזון, להלן ה"ש 93, בעמ' 148.

91 כידוע, בראשית הדרך היה ניסיון לייחד סעיף מיוחד למשפט העברי ומורשתו בחוק הלאום. ראו לדוגמה הצעת ח"כ דיכטר, סעיף 13 |נדפס גם אצל גביזון, להלן ה"ש 93, בעמ' 141; והצעת ח"כ לוין, סעיף 13 |נדפס גם אצל גביזון, להלן, ה"ש 93, בעמ' 148; על התמורה שחלה במקומו של המשפט העברי במסכת ערכיה של מדינת ישראל, ראו בהרחבה אביעד הכהן "עשייה עושר ולא במשפט העברי" משפט ועסקים י 183-232 (תשס"ט). כידוע, בסופו של דבר, ניסיון זה לא צלח, והמחוקק הסתפק בחיקון חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980, שבו הוסף "השם המפורש" של המשפט העברי לצד המונח המקורי "מורשת ישראל". לעניין ניסיון זה ורציתו, ראו אוריאל פרוקצ'יה "המשפט העברי וטוסי היאור" הארץ 3:12.2014; בני פורת ומרדכי קרמניצר חוק יסודות המשפט – הצעה לחיקון ודברי ביקורת (הצעה לסדר 11, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2016); אביעד הכהן "והעיקר לא לפחד כלל" שו"ת עו"ד – עלון למשפט עברי של לשכת עורכי הדין 18 1-4 (מרץ 2018).

92 כמו התנ"ך, גם נושא המקומות הקדושים וחובת השמירה עליהם נזכר במגילת העצמאות ואף נכלל בחלק מטיוטות חוק הלאום (ראו לדוגמה הצעות ח"כ דיכטר והצעת ח"כ לוין, סעיף 14 |נדפס גם אצל גביזון, להלן, ה"ש 93, בעמ' 141, 149). בסופו של דבר לא צלח הסעיף המדבר בעניין המקומות הקדושים את משוכות החקיקה ולא הוטמע בנוסח החוק הסופי. על מעמד המקום הקדוש במסכת הערכים של המשפט העברי ושל "מדינה יהודית ודמוקרטית", ראו בהרחבה Aviad Hacoen, *Holy Places in Jewish Law, in Sacred Space in Israel and Palestine: Religion and Politics* 25-48 (Marshall J. Berger, Yitzhak Reiter, & Leonard M. Hammer eds., 2012).

יתר על כן: אפשר שבעיני חלק מן הציבור, ניסיון זה לקבע בכוח החוק את ימי המנוחה כסמל לאומי דווקא פוגע במעמד, וכך במיוחד לנוכח ההבחנה שבחוק – ויש שיאמרו הפליה ממש – בין מעמדם הגבוה של חגיהם ומועדיהם, ש"נקבעו" בחוק היסוד כימי מועד רשמיים ולאומיים, לבין מעמדם הנחות של החגים והמועדים של הלא־יהודים".

לצד כל אלה, אפשר ש"הצפת" נושא מעמדם של ימי המנוחה תיצור אנטגוניזם מיותר בקרב חלק מהציבור – במישור החברתי, אם לא המשפטי – ותגביר ותעורר שיח מקטב ומפלא,<sup>93</sup> מעצים מחלוקות ושסעים. וכך, במקום שיכונן מתחים, הנמכת להבות ואיחוי קרעים, התוצאה תהיה מעשה חקיקה סמלי, ריק מתוכן ומשמעות מעשיים, שנזקו רב מתועלתו.

לנוכח פרק הזמן הקצר יחסית שחלף מאז חקיקת "חוק הלאום", כארבע שנים בסך הכול, מוקדם להשיב על שאלות אלו תשובה של ממש. הרבה תלוי בפרשנות שייצקו בתי המשפט לקנקנו של החוק,<sup>94</sup> ולא פחות באיפוק שינהגו בשינויו שלא באמצעות המחוקק. אכן, יושם אל לב כי בהשוואה לסעיפים אחרים בחוק הלאום, עברה חקיקת סעיף יום המנוחה בשקט יחסי, ואפשר שיש בכך כדי להעיד שלפחות לעת הזאת, תוכנו של סעיף זה אינו שנוי במחלוקת ציבורית חריפה, ואין הוא נושא עימו "מטען צד" מפלג שקיים ביחס להסדרים אחרים בחוק הלאום.

ימים יגידו אם בתי המשפט – כולם או מקצתם – ובעיקר בית המשפט העליון, יהפכו את סעיף ימי המנוחה בחוק הלאום ל"אות מתה", שלא שינתה דבר במשפט הישראלי, ולבד מערכה החינוכית-תרבותי – במישור המשפטי-המעשי הרי היא כ"פטומי מילי בעלמא", מילים חלולות, או שמא סעיף זה – מעבר לערכו הסמלי והחינוכי – ישמש כר נוח, ואולי עוגן, ליצירת הלכות משפטיות חדשות שיעניקו לימי המנוחה הלאומיים כוח נורמטיבי, יטמיעו בקנקנם תוכן מהותי ויקנו להם

93 על החשש שמא חוק הלאום כולו יגביר את הקיטוב והפילוג בחברה הישראלית, ראו רות גביון עיגון חוקתי לחזון המדינה? (המלצות מכוח מינוי שרת המשפטים מאוגוסט 2013 ומסמכי רקע לגיבושן, מצילה 2013), ובעמ' 30 ש.ס. על חשש דומה שהובע לפני שנים רבות ביחס לחוקה כולה, ראו משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" הפרקליט כז 30 (תשל"א).

94 בעת האחרונה ניכרת מגמה בקרב חלק משופטי בית המשפט העליון לבחון דבר חקיקה לא רק לפי הכותרת שניתנה לו וכותר "חוק היסוד" שהושם בראשו ("המבחן הצורני") אלא גם על פי מהותו ("המבחן המהותי"). ראו למשל בג"ץ 5969/20 סחיו שפיר ואח' נ' כנסת ישראל ואח', 23.5.2021. בעניין דנן, מעבר לראיית חוק הלאום כולו כחוק הצהרתי גרידא, שאינו יוצר זכויות וחובות, תוספת הליכה בדרך המבחן המהותי עשויה לצמצם עוד יותר את משמעותו המעשית של סעיף ימי המנוחה ולמעשה לעקר כליל מכל משמעות או תוצאה מעשית.

עוצמה משפטית, חינוכית, סמלית וציבורית שלא הייתה להם עד היום, וכך במיוחד ישנו את נקודת האיזון במערכה שבה עליהם להתמודד עם ערכים נוגדים, ואולי אף סותרים, דוגמת חירות, שוויון, חופש העיסוק, וחופש הדת.

ובקצירת האומר: האם, כלשונם של קדמונים, יהא מדובר ב"ימי מנוחה", או ב"ימי אנחה", שהם למנוחה, ואנחנו, חס ושלום, לאנחה.<sup>95</sup>





שער רביעי: שפה



# מעמדה המשפטי של השפה הערבית בעקבות חוק־יסוד: הלאום

---

מוחמד ס' ותד

מבוא

1. שנמוך עטוף בגלימה חוקתית
2. מה שהיה הוא שנתר
3. "עוד לא אבדה תקוותנו"
4. תהיות והרהורים: הערבית כשפה רשמית – "ההיית או חלמתי חלום"!

סיכום

אחרית דבר

האם שינה חוק־יסוד: הלאום את מעמדה המשפטי של השפה הערבית בישראל? ואם כן, כיצד ובאיזו מידה? עם שאלות אלו אבקש להתמודד ברשימה זו.

ב־26 ביולי 2018 כוננה הכנסת את חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק־יסוד: הלאום, או חוק הלאום), ובו ביססה את הקביעה ש"מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, שבה הוא מממש את זכותו הטבעית, התרבותית, הדתית וההיסטורית להגדרה עצמית"<sup>1</sup>. במסגרת חקיקת יסוד זו פירטה הכנסת את משמעות אופייה היהודי של המדינה, בין היתר, באמצעות הקביעה בסעיף 4 כי "עברית היא שפת המדינה"<sup>2</sup>. לצד זאת נקבע כי לשפה הערבית יהיה מעמד מיוחד וכי אין בהוראות סעיף זה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית לפני כינון חוק־יסוד: הלאום (להלן: סעיף שימור הדינים)<sup>3</sup>.

סעיף 4 לחוק־יסוד: הלאום מציב בפני הקוראים אתגר משפטי פרשני לא קל. מה משמעות הקביעה שהעברית היא שפת המדינה ושהשפה הערבית נהנית ממעמד מיוחד? האם קביעה זו מבססת את מעמדה הרשמי של השפה העברית אך לא את מעמדה המיוחד והלא־רשמי של השפה הערבית? על שום מה נמנע המחוקק משימוש בביטוי "שפות רשמיות", הן ביחס לשפה העברית הן ביחס לשפה הערבית, והסתפק בביטוי "שפות"? האם יש לראות בשימוש בביטוי "מעמד מיוחד" המיוחס לשפה הערבית ביטוי הפוגע בהכרח במעמדה המשפטי? מה משמעות סעיף שימור הדינים ומהן השלכותיו? האם הוא בא לבטל חקיקה ופסיקה קיימות המבססות את מעמדה הרשמי של השפה הערבית? האומנם זכתה השפה הערבית למעמד רשמי לפני כינון חוק־יסוד: הלאום? ואם כן, באיזה מובן, באיזה היקף ומה ההשלכות המשפטיות שנבעו ממעמד זה? האם סעיף שימור הדינים אינו משמר את דברי החקיקה והנימוקים המשפטיים, לרבות המחלוקות המשפטיות, ביחס למעמדה המשפטי של השפה הערבית, כפי שהיו ערב כינון חוק־יסוד: הלאום? ואם כן, מה נפקא מינה אפוא יש בכינון סעיף 4 לחוק־יסוד: הלאום? יהא מעמדה המשפטי של השפה הערבית אשר יהא, האם למרות סעיף שימור הדינים, ואולי בגללו, חוק־יסוד: הלאום סותם את הגולל על אפשרות פיתוח מעמדה המשפטי בעתיד? מה משמעות עיגון מעמדה המשפטי של השפה הערבית בחקיקת יסוד של מדינת ישראל להבדיל משפות מדוברות אחרות במדינה? האם יש בכך משום שדרוג מעמדה המשפטי? האם

1 חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, סעיף 1(ב).

2 שם, סעיף 4(א).

3 שם, סעיפים 4(ב) ו־4(ג).

יש לראות בכך משום הכללת ההגנה המשפטית על השפה הערבית בגדר ערכי היסוד החוקתיים של מדינת ישראל? האם העיגון המשפטי הזה מבסס, ולו ברמה הבסיסית והעקרונית ביותר, הכרה משפטית כלשהי במיעוט הערבי בישראל בהיותו מיעוט לאומי יליד הזכאי לזכויות קולקטיביות? ואם חוק-יסוד: הלאום פוגע בשפה הערבית, האם מדובר בפגיעה במישור המשפטי, או שמא פגיעה במישור הסמלי בלבד? האם יש השלכה כלשהי להבחנה זו בין פגישה במישור המשפטי לבין המישור הסמלי?

אלו הן רק מקצת מהשאלות המשפטיות המציפות אותי למקרא הוראות סעיף 4 לחוק הלאום. שאלות אלו מורכבות וסבוכות, ותשובה עליהן מחייבת פרישת פולמוס מושגי בשאלות מסד של דיני הפרשנות. פולמוס זה אינו יכול להתקיים בחלל ריק, אלא במסגרת הדינים הכלליים הנוגעים לעקרונות היסוד החוקתיים של מדינת ישראל, לרבות חקיקת היסוד על שלל גווניה, מגילת העצמאות וחקיקת היסוד הקובעת את אופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל.<sup>4</sup> הנחת היסוד של פרק זה היא שחוק-יסוד: הלאום אינו עולה מבחינה נורמטיבית מעל חקיקת יסוד אחרת; הוא לא בא לעולם כדי לבטל את עקרונות היסוד החוקתיים של מדינת ישראל כפי שפותחו בפסיקת בית המשפט העליון, ומניה וביה לא כדי לבטל את מגילת העצמאות ואת חוקי היסוד של המדינה.<sup>5</sup>

מטרתו של פרק זה היא להציג דיון משפטי מלווה בדבר הסבר ובהערות בגישות הפרשניות האפשריות לסעיף הנדון; בתקווה שהצגה זו תהא פלורליסטית והוגנת דיה. לפיכך, בפרק זה אציג שלוש גישות פרשניות אפשריות לסעיף 4 האמור: לפי הגישה הראשונה, חוק-יסוד: הלאום פוגע במעמדה הרשמי של השפה הערבית כפי שהיה ערב כינון חוק היסוד, ומטרתו של סעיף שימור הדינים היא למנוע מבית המשפט את היכולת לפתח את מעמדה המשפטי של השפה הערבית מעבר למעמד שפותח לפני כינון חוק היסוד. לפי הגישה השנייה, חוק-יסוד: הלאום אינו פוגע במאומה במעמדה המשפטי של השפה הערבית כשפה רשמית, לכל הפחות במעמדו ערב כינונו של חוק היסוד, אלא רק משכפל אותו במסגרת חקיקת יסוד, וליתר דיוק משכפל אותו ומדגיש את מעמד הבכורה של השפה הערבית בהשוואה לשפה הערבית. לפי הגישה השלישית, חוק-יסוד: הלאום מבסס מקור משפטי המשדרג

4 ההכרזה על הקמת מדינת ישראל (14.5.1948): סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

5 במכתב ההזמנה לתרום פרק לקומנטר בנושא חוק-יסוד: הלאום ביקשו העורכים כי זו תהא נקודת המוצא, וכך אני עושה. אף שאני מסכים להנחת יסוד זו, בכל זאת אפשר לספק טיעונים בעדה ונגדה, אלא שלא כאן המקום לדון בעניין זה.

את מעמדה המשפטי של השפה הערבית, ואף עשוי לשרדג את מעמדו המשפטי של המיעוט הערבי בישראל.

כאן המקום להודות כי אפשר בהחלט לחשוב על גישות פרשניות נוספות. עם זאת, מטרתו של הפרק אינה להציג את כל מנעד הפרשניות האפשריות לסעיף זה, כי אם לספק דיון פלורליסטי הוגן בגישות הפרשניות לסעיף 4 לחוק-יסוד: הלאום. כולי תקווה כי יש בהצגת שלוש גישות פרשניות אלו כדי להגשים מטרה זו.<sup>6</sup>

בשלושת חלקי הפרק הראשונים אציג את שלוש הגישות, ובחלק הרביעי אדרש לפסיקה שעסקה במעמדה המשפטי של השפה הערבית אחרי כינון חוק-יסוד: הלאום, ואגב זאת אציג בפני הקוראים תהיות והרהורים פרשניים.

1.

## שנמון עטוף בגלימה חוקתית

לפי הגישה הפרשנית הראשונה, חוק-יסוד: הלאום השיל מהשפה הערבית את המעמד הרשמי שהיה לה בעבר.<sup>7</sup> ביסוד טענה זו מונחת הסברה שערכ כינון חוק-יסוד: הלאום נהנתה השפה הערבית ממעמד

רשמי, בעיקר, אך לא רק, על בסיס סימן 82 לדבר המלך במועצתו (להלן: סימן 82).<sup>8</sup> לפי גישה זו, לפני כינון חוק-יסוד: הלאום, ברובה המכריע של פסיקת בית המשפט שררה תמימות דעים ביחס למעמדה הרשמי של השפה הערבית. הסכמה רחבה זו תמכה יתדותיה בכמה מקורות חקיקתיים וחוק-חקיקתיים. עם המקורות החקיקתיים נמנים סימן 82, לרבות הוראות חקיקתיות מיוחדות אחרות, וכן הזכות לחופש לשון, הנגזרת מהזכות לחופש ביטוי, הזכות לכבוד ועקרונן השוויון. לצד זאת, עם המקורות

6 אח עמדתו בדבר הגישה הפרשנית הנכונה הבעתי במקום אחר, ראו מוחמד ס' ותד "מעמדה המשפטי של השפה הערבית בעקבות חוק-יסוד הלאום" *ICON-S-IL Blog* (7.1.2020); Mohammed S. Wattad, *The Nation State Law and the Arabic Language in Israel: Downgrading, Replicating or Upgrading?* 54 (2) ISRAEL LAW REVIEW 263 (2021)

7 ראו, למשל, מיטל פינטו "מדוע חוק-יסוד הלאום כן משנה לרעה את מעמדה של השפה הערבית" *ICON-S-IL Blog* (31.10.2018); אליצור בר אשר סיגל "חוק-יסוד: השפלת האזרחים הערבים" הארץ 20.1.2019; עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה, כפי שפורסמה באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה; האגודה לזכויות האזרח בישראל "חוק לאומני וגזעני הפוגע בזכויות מיעוטים אתר האגודה (19.7.2018); יונתן מנדל "השעות האחרונות של הערבית כשפה רשמית" הארץ 18.7.2018. ראו גם כמה עתירות שהוגשו לבית המשפט העליון נגד חוק-יסוד הלאום: בג"ץ 5866/18 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל ואחי נ' הכנסת ואחי, במיוחד פסי' 65-67.

8 דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947, כפי שתוקן באמצעות סעיף 15(ב) לפקודת סדי השלטון והמשפט, תש"ח-1948.

החוק־חקיקתיים נמנים שיקולים בדבר ייחודה של השפה הערבית בהיותה שפתו של המיעוט הגדול בישראל, וכן התועלת העשויה לצמוח מההגנה על השפה הערבית להידוק היחסים בין המדינה לבין המיעוט הערבי החי בתוכה, ובוודאי בין המדינה לבין המדינות השכנות שמסביבה.

סימן 82, הנושא את הכותרת "שפות רשמיות", קובע:

כל הפקודות, המודעות הרשמיות והטפסים הרשמיים של הממשלה וכל המודעות הרשמיות של רשויות מקומיות ועיריות בתחומים שייקבעו עפ"י צו מאת הממשלה יפורסמו באנגלית, בעברית ובערבית. בכפוף לכל תקנות שתתקין הממשלה מותר להשתמש בשלוש השפות במשרדי הממשלה ובבתי המשפט.<sup>9</sup>

מדובר בחקיקה מנדטורית שחלקים ממנה אומצו אל החקיקה הישראלית לאחר קום המדינה, ובהם סימן 82.<sup>10</sup> עם זאת, המחוקק הישראלי תיקן את ההוראה הזאת באמצעות סעיף 15(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, הקובע כי "כל הוראה הדורשת שימוש בשפה האנגלית – בטלה".<sup>11</sup>

בשורה של פסקי דין – לרבות של ערכאות דיוניות<sup>12</sup> – היה סימן 82 העוגן הנורמטיבי העיקרי של בית המשפט להכרה במעמדה הרשמי של השפה הערבית.<sup>13</sup> כך, למשל, בעניין עדאלה קבעה השופטת דליה דורנר כי סימן 82 מבסס את מעמדה הרשמי של השפה הערבית בישראל, וכי רשימת ההקשרים המפורטת בגוף הסימן אינה אלא רשימה מדגימה.<sup>14</sup> לתמיכה בגישתה מנתה השופטת דורנר שורה של דברי חקיקה

## 9 ש.ם.

10 היו גם מי שכינו את דבר המלך במועצתו "חוקת ארץ־ישראל". ראו אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך ב 1172 (מהדורה חמישית, בשיתוף ברק מדינה, 1997).

11 לעיל ה"ש 8.

12 ראו, בין השאר, פינטו, לעיל ה"ש 7, הערות 3-4. על פסיקה מדגימה ראו בפירוט בהמשך.

13 ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189 (1993); בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל־אביב־יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002); ע"א 4926/08 נאשף נ' הרשות הממשלתית למים וביוב (נבו 9.10.2013); רע"א 12/99 מרעי נ' סאבק, פ"ד נג(2) 128 (1999). עוגנים נורמטיביים קונקרטיים נוספים ביססו את מעמד השפה הערבית בישראל. ראו עניין עדאלה, שם, פסק דינה של השופט דליה דורנר, בעמ' 478-480.

## 14 ש.ם.

פרטיקולריים הממחישים את היותה של השפה הערבית שפה רשמית בישראל, בין היתר, תקנות החינוך משנת 1933 המכירות במערכות חינוך נפרדות בשפה הערבית ובשפה העברית; חוק חינוך ממלכתי המחייב התאמת תוכנית הלימודים במוסדות חינוך לא יהודיים לתנאים המיוחדים, מתוך הדגשה כי אחת ממטרות החינוך הממלכתי היא להכיר, בין היתר, את שפתה של האוכלוסייה הערבית; חוק רשות השידור וחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו המחייבים לקיים שידורים בשפה הערבית לצרכיה של האוכלוסייה הדוברת ערבית.<sup>15</sup> על עמדה עקרונית זו עמד גם השופט סלים ג'ובראן בעניין נאשף, שם הוא קבע על סמך סימן 82, כי השפה הערבית, לצד השפה העברית, היא שפה רשמית בישראל.<sup>16</sup>

לצד סימן 82, היו גם הזכות לחופש לשון (הנגזרת מהזכות לחופש ביטוי), הזכות לכבוד ועקרון השוויון מקורות להגנה המשפטית על השפה הערבית כשפה רשמית. למשל, בעניין עדאלה, אף שהשופט דליה דורנר ביססה את הכרתה במעמדה הרשמי של השפה הערבית על סימן 82, היא הוסיפה והדגישה כי מסקנה זו מתחייבת גם מעקרון השוויון וגם מהזכות לחופש לשון. לגישה, אף שעקרון השוויון בין יהודים לערבים חל על זכויות אישיות, חריגה לעניין זה היא ההכרה בשפה הערבית כלשון רשמית שנייה לצד השפה העברית.<sup>17</sup> לגישה, הגנה שוויונית זו על השפה הערבית כשפה רשמית נועדה לקיים, בין היתר, את חופש הלשון שהובטח למיעוט הערבי בישראל במגילת העצמאות.<sup>18</sup>

ברוח דומה, בעניין עדאלה קבע הנשיא אהרן ברק כי בכל הנוגע למעמדה של השפה הערבית ביחס לשלטון המקומי, להבדיל מהשלטון המרכזי, בהיעדר צו ממשלה, כמצוות סימן 82, ניתן לבסס את מעמדה הרשמי של השפה הערבית הן על חופש הלשון כנגזרת של הזכות החוקתית לחופש ביטוי, הן על הזכות לכבוד, הן על עקרון השוויון.<sup>19</sup> לגישתו, מעמד זה מתחייב ביחס לשפה הערבית דווקא בשל ייחודה בהיותה שפתו של המיעוט הגדול ביותר במדינה, החי בארץ מימים

15 שם.

16 עניין נאשף, לעיל ה"ש 13. עם זאת, היו מי שטענו שסימן 82 מבסס אך ורק את מעמדה הנעלה במיוחד של השפה הערבית, ולא בהכרח את היותה שפה רשמית. ראו, למשל, השופט מישאל חשין בעניין מרעי ובעניין עדאלה, לעיל ה"ש 13.

17 עניין עדאלה, שם, בעמ' 480-482.

18 שם.

19 שם, בעמ' 414-416. גישה דומה הוא הביע בעניין ראם מהנדסים, שם, בעמ' 202-204.



ימימה,<sup>20</sup> והמבקש, חרף הסכסוך הערבי-ישראלי, לחיות כמיעוט נאמן ושווה זכויות.<sup>21</sup>

בהקשר הזה, חשיבות רבה ניכרת לעמדותיהם של הנשיא לשעבר אהרן ברק ושל השופטת דליה דורנר בהגנה על הזכות לחופש הלשון של המיעוט הערבי בישראל. שכן הגנה משפטית זו לא נעשתה בחלל ריק, כי אם במסגרת הקונקרטית של מגילת העצמאות, בהיותה מקור להכרה בזכותו של המיעוט בישראל לזכות לחופש הלשון, הדת והתרבות.<sup>22</sup>

בהקשר רחב יותר, בכמה הזדמנויות ביסס בית המשפט את חשיבות ההגנה על השפה הערבית כשפה רשמית גם על השאיפה להבטיח דו-קיום של האוכלוסייה הערבית והאוכלוסייה היהודית בישראל. בעניין עדאלה תיאר הנשיא אהרן ברק עמדה זו בקובעו:

הרצון להבטיח דו-קיום בכבוד של צאצאיו של אברהם אבינו תוך סובלנות הדדית ושוויון מצדיק הכרה בשפה הערבית בשילוט העירוני – באותן ערים שישנו בהן מיעוט ערבי ניכר (בין 6% ל-19% מהאוכלוסייה) – בצד אחותה הבכירה, העברית.<sup>23</sup>

עמדה דומה הביע השופט אליקים רובינשטיין בעניין נאשף. רובינשטיין הדגיש כי לצד הפולמוס המשפטי יש להפנות זרקור לחשיבות לימוד השפה הערבית בקרב הציבור היהודי בישראל. לגישתו של השופט רובינשטיין יש בכך משום תועלת להידוק היחסים בין המדינה לבין המיעוט הערבי הגדול החי בתוכה, כל שכן בין המדינה לבין המדינות השכנות.<sup>24</sup>

20 הנשיא ברק הדגיש את הקשר בין השפה הערבית לבין מאפייניו התרבותיים, ההיסטוריים והדתיים של המיעוט הערבי בישראל.

21 עניין עדאלה, שם, בעמ' 420. לתפיסתו של הנשיא ברק למעמד הרשמי של השפה הערבית בישראל יש ערך עודף וייחודי. בעניין זה ראו גם Meital Pinto, *On the Intrinsic Value of Arabic in Israel – Challenging Kymlicka on Language Rights* 20 Can. J. L. & Jurisprudence 143 (2007).

22 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 13, פסיקתם של הנשיא אהרן ברק ושל השופטת דליה דורנר.

23 שם, בעמ' 420.

24 עניין נאשף, לעיל ה"ש 13, פס' ב. ראו גם מיטל פינטו "אמור מעט ועשה הרבה": תפקידה של השפה הערבית ביצירת סולידריות אזרחית בין יהודים וערבים בישראל" 181 ספר אליקים רובינשטיין (מרים מרקוביץ'-ביטון עורכת 2019).

תהא ההנמקה למעמדה הרשמי של השפה הערבית אשר תהא, להכרה משפטית זו נלוו השלכות משפטיות מעשיות.<sup>25</sup> כך הוא בעניין עדאלה, שם הוטלה חובה על העיריות המעורבות לכלול בשילוט העירוני כיתוב בשפה הערבית ולא רק בשפה העברית.<sup>26</sup> כך היה גם בעניין האגודה הבינלאומית לזכויות הילד, אז הסכים המוסד לביטוח לאומי כי מעמדה הרשמי של השפה הערבית מחייב תרגום טפסים לשפה הערבית, ואף קבלת מסמכים הכתובים בשפה הערבית.<sup>27</sup> נוסף על כך, בעניין נאשף נקבע כי מכוח מעמדה המשפטי הרשמי של השפה הערבית, החובה לפרסם הזמנות לשימוע ציבורי של רשות מנהלית כוללת גם את החובה להתאים את תוכן ההזמנה גם לציבור דובר הערבית, בדרך של פרסום ההזמנה גם בעיתונות הערבית ובשפה הערבית, לצד הפרסום בשפה העברית בעיתונות הארצית.<sup>28</sup> בעניין אחר ביטל בית המשפט כתב אישום משום שההודעה על הזכות לשימוע לפני הגשת כתב האישום נשלחה לחשוד בשפה העברית בלבד, בלי תרגום לשפה הערבית.<sup>29</sup> יתרה מזו, בפרשה אחרת קבע בית המשפט כי במקום שבו דוברי הערבית המתדיינים בכתב המשפט הם רבים, הטלת הוצאה נוספת על אוכלוסייה זו, שגם אם היא מיעוט בקרב המתדיינים היא מיעוט גדול מאוד, יוצרת חוסר שוויון בין המתדיינים והפליה שספק אם יש לה מקום על פי הדין. לפיכך קבע בית המשפט שאין לחייב בעלי דין דוברי ערבית שאינם דוברי עברית לממן את עלות שכרו של מתורגמן בית המשפט שיוזמן כדי לתרגם את הדיינים בתובענה מסוימת מהלשון הערבית אל הלשון העברית ולהפך, ולכן מיומן שכרו של המתורגמן חל על הנהלת בתי המשפט.<sup>30</sup>

לנוכח הכרה פוזיטיבית זו במעמדה הרשמי של השפה הערבית, הן בחוק החרות הן בפסיקת בית המשפט, הרי משהשיל המחוקק בסעיף 4 לחוק-יסוד: הלאום את אפיונה של השפה הערבית כשפה רשמית, ובמקומו העניק לה מעמד מיוחד, הוא

25 לדין נרחב בעניין זה, ראו פינטו, שם, בעמ' 182-185.

26 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 13.

27 בג"ץ 2203/01 אב"י - האגודה הבינלאומית לזכויות הילד די. סי. אי. - ישראל נ' הביטוח הלאומי ואח' (נבו 15.12.2005).

28 עניין נאשף, לעיל ה"ש 13, פסק דינו של השופט סלים ג'ובראן.

29 בהקשר אחרון זה הדגיש בית המשפט כי מדובר בחובה הנובעת מסימן 82, הואיל ויש לראות בהודעה על הזכות לשימוע נגזרת של הביטוי "טפסים רשמיים" שלפי סימן 82. פס' 8 בהחלטתו של השופט משה יועד הכהן בח"פ (מחוזי-י"ם) 333/09 מדינת ישראל נ' חסין (נבו 5.1.2010).

30 ת"א (שלום י"ם) 2636-09 מוסטפא נ' עלי (נבו 24.6.2012). בעניין אחרון זה כל המתדיינים וכן העדים היו דוברי ערבית, ובית המשפט עצמו הוא שנזקק לתרגום. בפרשה זו קבע בית המשפט כי מעמדה הרשמי של השפה הערבית נגזר מסימן 82.

פגע במעמדה המשפטי כפי שהיה קיים לפני לכינון חוק היסוד.<sup>31</sup> מדובר למעשה בפגיעה כפולה – סעיף 4 לא רק קובע שהשפה העברית לבדה היא שפת המדינה, אלא בעיקר מבטל את ההכרה בהיותה של השפה הערבית שפה רשמית. בכך ביקש המחוקק לא רק להדגיש את מעמד הבכורה של השפה העברית, כי אם גם, ובעיקר, להנמיך את מעמדה המשפטי של השפה הערבית.

אומנם אפשר בהחלט להעלות על הדעת פרשנות שלפיה סעיף שימור הדינים משמר את מעמדן של השפות העברית והערבית כשפות רשמיות בישראל; לרבות ההסדרים המעשיים שנוצרו בנושא במרוצת השנים, בחקיקה ובפסיקה.<sup>32</sup> עם זאת, אפשר לפרש גם שסעיף 4(ב) לחוק-יסוד: הלאום מבטל את סימן 82. נוסף על כך, אפשר לטעון שסעיף שימור הדינים נועד להקפיא את אפשרות פיתוח מעמדה המשפטי של השפה הערבית כשפה רשמית, להבדיל אולי משפה בעלת מעמד מיוחד.<sup>33</sup> עמדה זו מחדדת ומדגישה כי חרף פיתוח מעמדה הרשמי של השפה הערבית ערב כינון חוק-יסוד: הלאום נותרו על המדוכה סוגיות משפטיות אקטואליות בוערות רבות הנוגעות למדיניות הלשונית של מדינת ישראל. עם הסוגיות האלה נמנות, בין השאר, שילוט עירוני בערים גדולות שאינן עונות על ההגדרה "עיר מעורבת", והמספקות שירותים חשובים לציבור בסביבה הגאוגרפית שלהן.<sup>34</sup> לא רק ששאלות אלו טרם הוכרעו בבית המשפט, אלא סביר להניח שבמצב המשפטי החוקתי שנוצר עם כינון חוק-יסוד: הלאום לא יוכל בית המשפט להמשיך ולפתח את מעמדה של השפה הערבית. שכן את הפגיעה במעמדה המשפטי של השפה הערבית יש לראות גם על רקע עיגון מעמדה המיוחד, להבדיל ממעמדה כשפת המדינה, בחוק יסוד בדמות חוק-יסוד: הלאום. כלומר, התכלית המונחת ביסוד כינונו של חוק הלאום וההשלכות המשפטיות הצפויות מעצם כינונו עלולות להשפיע על עקרונות היסוד של השיטה המשפטית בישראל, וכך גם על הכרעות שיפוטיות קונקרטיות הנוגעות למעמדה המשפטי של השפה הערבית בישראל.<sup>35</sup>

31 לעיל ה"ש 7.

32 פינטו, לעיל ה"ש 7.

33 ש.ם.

34 ש.ם.

35 לאחר כינון חוק-יסוד: הלאום ובתגובה לפניית האגודה לזכויות האזרח לתרגם נהלים של שירות בתי הסוהר לערבית, סירב הארגון הזה לבקשה בטענה שלנוכח חוק-יסוד: הלאום הערבית איננה עוד שפה רשמית. ראו יהושע (ג'וש) בריינר "שב"ס מסרב לתרגם את נהליו לערבית כי חוק הלאום אינו מחייב אותו לכך" הארץ 2019.9.3.

חשש זה מבוסס על התפיסה שבמצב הדברים הקיים לא נכון לצפות שבית המשפט הוא שיציל את מעמדה הרשמי של השפה הערבית בעזרת פרשנות יצירתית. שכן גם הפרשן המשפטי היצירתי ביותר יתקשה להתעלם מכוונתו המפורשת של המחוקק.<sup>36</sup> כדי להמחיש זאת די בפנייה לדיונים שנערכו בעניין זה בוועדות הכנסת. מדיונים אלו ניתן ללמוד כי המחוקק הבחין גם הבחין בין שפה רשמית לבין שפה בעלת מעמד מיוחד, במיוחד כאשר על המדוכה הונחה האפשרות שבחוק-יסוד: הלאום ייקבע מעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית שנייה, ואילו השפה העברית תוגדר כשפת המדינה; ניסוח שבסופו של דבר לא היה הניסוח שאומץ בהוראות סעיף 4 לחוק-יסוד: הלאום.<sup>37</sup>

גישה פרשנית זו מבליטה אפוא את תכליתו הסובייקטיבית של חוק-יסוד: הלאום, הן במובנה הרחב הן במובנה הצר. במובנה הרחב היא מדגישה את כוונת המחוקק, להבדיל מכוונתו של חבר כנסת פלוני או פלמוני. על כוונת המחוקק המבקשת לפגוע במעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית וליצור היררכיה בין מעמדה של השפה העברית – שפת המדינה, לבין מעמדה של השפה הערבית – שפה לא רשמית, ניתן ללמוד, בראש ובראשונה, מלשון סעיף 4 המבטל, פשוטו כמשמעו, את אפיונה של השפה הערבית כשפה רשמית. במובנה הצר, גישה זו סומכת את ידה על ההיסטוריה הפרלמנטרית של חוק-יסוד: הלאום, שממנה אפשר ללמוד בנקל כי לנגד עיני המחוקק עמדה האפשרות להגדיר את השפה העברית שפת המדינה ואת השפה הערבית שפה רשמית, ולפחות שפה רשמית שנייה, אך הוא לא בחר בכך, אלא בתואר "מעמד מיוחד".<sup>38</sup>

חיזוק לעמדה פרשנית זו ניתן למצוא גם בתכליתו האובייקטיבית המרכזית של סעיף 4 לחוק-יסוד: הלאום, שאותה יש לקרוא, כאמור, בהקשר הכללי יותר של חוק-יסוד: הלאום כולו, לרבות המטרות המונחות ביסוד כינונו, היינו – הדגשת ערכיה

36 פינטו, לעיל ה"ש 7.

37 בעניין זה התבטא עו"ד גור בליי, היועץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט: הסעיף הנוסף, שגם עלה בדיונים הקודמים, זה הסעיף של השפה. בנושא הזה, אני חושב שהרושם שהתקבל בדיונים הקודמים שעסקו בסעיף השפה, ואני מניח שחיה התייחסות לזה, שהייתה אפשר לומר הסכמה די רחבה בוועדה להתייחס לשפה הערבית כשפה רשמית שנייה ולא כשפה בעלת מעמד מיוחד במדינה, ליצור את ההיררכיה, שהעברית היא שפת המדינה, השפה הערבית אינה שפת המדינה, אבל היא שפה רשמית, או רשמית שנייה (פרוטוקול ישיבה 15 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20 (10.7.2018)).

הלאומיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית, מתוך התעלמות מערכיה הדמוקרטיות, לרבות עקרון השוויון, וגם מתוך שאיפה שכינונו יפר את האיזון בין אופייה היהודי לבין אופייה הדמוקרטי ויטה את הכף לטובת אופייה היהודי.<sup>39</sup>

הנה כי כן, יש לקרוא את התכלית האובייקטיבית ואת התכלית הסובייקטיבית של סעיף 4 לחוק-יסוד: הלאום בהרמוניה מלאה. לפיכך חוק-יסוד: הלאום לא רק פוגע במעמדה המשפטי של השפה הערבית, במובן זה שהוא מבטל את היותה שפה רשמית, אלא הוא גם מוסיף ומנמיך את מעמדה המשפטי לכדי שפה בעלת מעמד מיוחד בלבד. נוסף על כך, בשל מאפייניו הלאומיים הבולטים של חוק-יסוד: הלאום, לרבות הערכים הלאומיים שהוא מבקש לקדם, ובמיוחד עליונותה של השפה העברית ביחס לשפה הערבית, דומה כי יש בחוק-יסוד: הלאום כדי להוסיף ולפגוע בשפה הערבית במובן זה שהוא ימנע את המשך פיתוח מעמדה המשפטי כשפה רשמית, להבדיל אולי משפה בעלת מעמד מיוחד. כלומר, חוק-יסוד: הלאום מנמיך את מעמדה המשפטי של השפה הערבית, ואף מנציח את האפליה שלה כפי שהונהגה דה פקטו על ידי רשויות השלטון חרף מעמדה הרשמי דה יורה.<sup>40</sup> אם כן, החשש המשפטי עוסק בשני היבטים: ראשית, פגיעה מיידית במעמדה המשפטי של השפה הערבית בשל ביטול היותה שפה רשמית והכרזתה שפה בעלת מעמד מיוחד; שנית, פגיעה ארוכת טווח הצופה פני עתיד על ידי שלילת היכולת מבית המשפט להמשיך לפתח את מעמדה המשפטי של השפה הערבית.

לפי הגישה הפרשנית השנייה חוק-יסוד: הלאום אינו

פוגע במאומה במעמדה המשפטי של השפה הערבית כשפה רשמית, לכל הפחות לא במעמד שהיה לה בפועל ערב כינונו של חוק-יסוד: הלאום, כי אם רק

משכפל אותו במסגרת חקיקת יסוד, וליתר דיוק, משכפל אותו ומדגיש את מעמד הבכורה של השפה העברית בהשוואה לשפה הערבית.<sup>41</sup>

2.

## מה שהיה הוא שנותר

39 ראו, בין היתר, דבריו של ח"כ בצלאל סמוטריץ', שם.

40 ראו, למשל, בג"ץ ועדת המעקב העליונה, לעיל ה"ש 7, פס' 66-67.

41 וחד, לעיל ה"ש 7; Wattad, שם. ראו גם יעל פרנקל "שירה במצור – شعر تحت الحصار: בעקבות ח"פ 15-11-4480 מדינת ישראל נ' טאטור" מבזקי הארות פסיקה 82, 5, 11-19 (ספטמבר 2018); אביעד בקשי האמנם הערבית שפה רשמית בישראל? (המכון לאסטרטגיה ציונית 2011); אילן סבן ומוחמד אמארה "מעמד השפה הערבית בישראל: משפט, מציאות וגבולות; השימוש במשפט לשינוי המציאות" מדינה וחברה 4, 885 (תשס"ה).

אכן, נקודת המוצא לדיון במעמד השפה הערבית לפני כינון חוק-יסוד: הלאום היא סימן 82, שכותרתו "שפות רשמיות". אומנם, סימן 82 שימש את בית המשפט בשורה של פסקי דין והיה העוגן הנורמטיבי העיקרי להכרה במעמד השפה הערבית כשפה רשמית.<sup>42</sup> עם זאת, היו גם מי שטענו שהוא מבסס אך ורק את מעמדה הנעלה במיוחד של השפה הערבית ביחס לשפות אחרות המדוברות בישראל, אך אינו מקנה לה בהכרח מעמד של שפה רשמית.<sup>43</sup>

אלא ששאלת מעמדה של הערבית והיותה שפה רשמית לווה בפולמוס מורכב במיוחד, כפי שבא לידי ביטוי בעניין **עדאלה**,<sup>44</sup> שבו הוצגו שלוש גישות פרשניות לסימן 82. לפי **הגישה הראשונה**, סימן 82 מבסס את מעמדה הרשמי של השפה הערבית אך ורק ברשימת ההקשרים הקונקרטיים המצוינים בסימן גופו.<sup>45</sup> בגדר כך, הגנה על השפה הערבית בשילוט העירוני חייבה הנחה שהביטוי "מודעות רשמיות", המובא בסימן 82, יחול גם על שילוט עירוני; הנחה שבית המשפט בעצמו ציין כי היא אינה נקייה מספקות.<sup>46</sup> לפי **הגישה השנייה** סימן 82 קובע עקרונית את אופייה הרשמי של השפה הערבית, ורשימת המקרים המתוארת בסימן גופו אינה אלא רשימה מדגימה.<sup>47</sup> לפי **הגישה השלישית** אין בעצם השימוש במילים "שפות רשמיות" שבכותרת הסימן כדי ללמד על מהות הגדרתה של השפה הערבית כשפה רשמית. שכן בהיעדר הגדרה ברורה בגוף הסימן יש להיזהר מהסקת מסקנות פוזיטיביות ברורות ביחס למעמדה הרשמי.<sup>48</sup> לפי גישה זו, השפה הערבית נהנית ממעמד נעלה במיוחד, אך לא ממעמד של שפה רשמית בדמות מעמדן הרשמי של האנגלית והצרפתית בקנדה.<sup>49</sup> פולמוס זה לא צומצם רק לשאלת היקף ההכרה במעמדה הרשמי של השפה הערבית, אלא התרחב לסוגיית ההשלכות המשפטיות הנובעות מהכרה זו. לפי גישה אחת יש בהכרה זו כדי לחייב את הרשויות להרשות למיעוט הערבי לחיות את חייו במדינה

42 ראו רשימת הפסיקה, לעיל ה"ש 13.

43 פסיקתו של השופט מישאל חשין בעניין **מרעי, שם**, בעמ' 142, ובעניין **עדאלה, שם**, בעמ' 429.

44 עניין **עדאלה, שם**.

45 **שם**, פסק דינו של הנשיא אהרן ברק.

46 **שם**, בעמ' 413. למען הדיקו יצוין כי בסופו של דבר הנשיא אהרן ברק, אף שקיבל את העתירה לא ביטס את ההגנה על השפה הערבית על סימן 82 כי אם על הזכות לחופש לשון, הזכות לכבוד ועקרונות השוויון. ראו עניין **עדאלה, שם**, בעמ' 416-418.

47 **שם**, פסק דינה של השופטת דליה דורנר.

48 **שם**, פסק דינו של השופט מישאל חשין, בעמ' 429.

49 **שם**, פסק דינו של הנשיא אהרן ברק, בעמ' 428-430.

אגב שימוש בשפתו,<sup>50</sup> ואילו לפי הגישה האחרת סימן 82 מצומצם בתחולתו לשלטון המרכזי אך לא לשלטון המקומי.<sup>51</sup> הנה כי כן, השופט סלים ג'ובראן היטיב לסכם את המצב המשפטי לפני כינון חוק-יסוד: הלאום כאשר קבע כי מכוח סימן 82 השפה הערבית, לצד השפה העברית, היא שפה רשמית בישראל. אולם הוא הוסיף וקבע כי קשה לגזור מעניין עדאלה הלכה הקובעת חובה כללית לשימוש בשפה הערבית לצד השפה העברית, וכי השאלה בדבר נפקות מעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית נותרה פתוחה.<sup>52</sup>

עם זאת, אי-אפשר להתכחש לכך שהיותה של הערבית שפה רשמית עוגנה גם מחוץ לגבולות סימן 82, למשל, במגילת העצמאות המבטיחה למיעוט הערבי בישראל, לצד הזכות לכבוד ועקרון השוויון, חופש לשון, תרבות ודת.<sup>53</sup> בעשותו כן הציג בית המשפט שורה של נימוקים הנוגעים לחשיבות ההגנה על השפה הערבית דווקא בהיותה שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל – מיעוט שבחר, למרות הסכסוך הערבי-ישראלי, להיות במדינה כמיעוט נאמן ושווה זכויות<sup>54</sup> – וכן יכולתה של הערבית להביא להידוק היחסים בין המדינה לבין המיעוט הערבי החי בתוכה.<sup>55</sup> עם זאת, תהא חשיבות השפה הערבית אשר תהא, היו גם מי שהתנגדו לגזור מההבטחה לשוויון אזרחי ומהזכות לחופש לשון את החובה על רשויות המדינה להשתמש בשפה הערבית, ומכל מקום גם לא הכרה בשפה הערבית כשפה רשמית.<sup>56</sup>

המכנה המשותף לכל השופטים הוא שההכרה במעמדה הרשמי של השפה הערבית מותנית בהיותה של העברית שפת המדינה והשפה הדומיננטית במדינה,<sup>57</sup> בכך שהכרה במעמדה הרשמי של השפה הערבית אינו מסכן את מעמד הבכורה שניתן

50 שם, פסק דינה של השופטת דליה דורנר, בעמ' 481.

51 כאמור, בהיעדר צו מאת הממשלה. שם, פסק דינו של הנשיא אהרן ברק, בעמ' 413, ופסק דינו של השופט מישאל חשין, בעמ' 432-433.

52 עניין נאשף, לעיל ה"ש 13.

53 עניין עדאלה, שם, פסק דינו של הנשיא אהרן ברק, בעמ' 414-416, ופסק דינה של השופטת דליה דורנר, בעמ' 480-481. ראו גם עניין ראם מהנדסים, שם, פסק-דינו של הנשיא אהרן ברק, בעמ' 202-204.

54 עניין עדאלה, שם, פסק דינו של הנשיא אהרן ברק, בעמ' 420.

55 עניין נאשף, שם, פסק-דינו של השופט אליקים רובינשטיין, פס' ב' וח'.

56 עניין עדאלה, שם, פסק-דינו של השופט מישאל חשין.

57 שם, פסק דינו של הנשיא אהרן ברק, בעמ' 419, ופסק דינה של השופטת דורנר, בעמ' 480.

לשפה העברית,<sup>58</sup> ובכך שיש לפרש את סימן 82 לנוכח החקיקה המעניקה לשפה העברית, שפתו הלאומית של הרוב, עליונות ועדיפות במדינה היהודית והדמוקרטית, בהיותה "אחד מהכוחות המאחדים אותנו כעם".<sup>59</sup> בעניין זה אף ראוי להדגיש את דבריו של נשיא בית המשפט העליון דאז אהרן ברק בעניין עדאלה, שם הוא תיאר את השפה העברית כשפתם של הישראלים, ואת היותה יסוד בהגדרתה של ישראל כמדינה ריבונית; בדיוק כפי שצרפתית היא שפתם של הצרפתים והיא יסוד בהגדרת צרפת כמדינה ריבונית, ובדיוק כפי שאנגלית היא שפתם של האנגלית והיא יסוד בהגדרת אנגליה כמדינה ריבונית.<sup>60</sup> בהקשר אחר אף הודגש כי השפה הערבית, אף ששפה רשמית היא, עדיין נמנית היא עם השפות הלועזיות המדוברות בישראל.<sup>61</sup>

אם כן, אף שאפשר להסכים כי לפני כינון חוק-יסוד: הלאום הכירה פסיקת בית המשפט, ברובה המכריע, הכרה עקרונית בכך שהשפה הערבית היא שפה רשמית במדינה, בעיקר על בסיס סימן 82, בכל זאת יש מחלוקת רחבה בעניין משמעות הביטוי "שפה רשמית" ובשאלת היקף ההכרה במעמד זה של השפה הערבית, כל שכן בדבר ההשלכות המשפטיות המתחייבות מהכרה זו. נוסף על כך, אפילו הוכרה השפה הערבית כשפה רשמית ממש, ללא כל סייג, היא מעולם לא נהנתה ממעמד רשמי שווה לזה של השפה העברית. אדרבה, עליונותה של השפה העברית – שפת המדינה והשפה הדומיננטית של המדינה – הודגשה בכל פסקי הדין.

אם כך הם פני הדברים, דומה כי סעיף 4 לחוק-יסוד: הלאום, דווקא משום סעיף שימור הדינים, משכפל את מעמד השפה הערבית כפי שהיה לפני כינון חוק היסוד ואינו משנה אותו, לכל הפחות לא לרעה. סעיף 4 מכיר בעליונותה של השפה העברית כשפת המדינה, מכיר גם במעמדה הנעלה במיוחד של השפה הערבית ומשמר את מעמדה כפי שהיה ערב כינון חוק הלאום (יהא מעמד זה אשר יהא).

ההבחנה המעוגנת בסעיף 4 לחוק-יסוד: הלאום בין העברית – שהיא שפת המדינה, לבין הערבית – שהיא שפה בעלת מעמד מיוחד, אינה מובילה בהכרח למסקנה שעברית היא שפה רשמית ואילו ערבית אינה שפה רשמית. כלל וכלל לא; עניין לנו בהבחנה בין שפות רשמיות בכלל לבין שפת המדינה. עניין זה קיבל ביטוי בעניין ראם מהנדסים, שם הכירו השופטים אהרן ברק ורב לוין, הכרה עקרונית, שהשפה

58 שם, פסק דינו של הנשיא אהרן ברק, בעמ' 419.

59 שם, פסק דינה של השופטת דליה דורנר, בעמ' 480.

60 שם, פסק דינו של הנשיא אהרן ברק, בעמ' 417. הביטוי "ישראלים" כולל את כל אזרחי המדינה, יהודים וערבים כאחד. האם עברית היא גם שפת הערבים?!

61 עניין ראם מהנדסים, שם, פסק דינו של השופט דב לוין, בעמ' 219.



הערבית היא שפה רשמית במדינה, אך הדגישו כי עברית היא שפת המדינה; והשופט לוין הוסיף והדגיש כי אף שהשפה הערבית היא שפה רשמית עדיין נמנית היא עם השפות הלועזיות המדוברות בקרב אזרחי המדינה.<sup>62</sup> כלומר, אפשר לראות ביותר משפה אחת שפה רשמית ובכל זאת לתאר שפה אחת בלבד כשפת המדינה.

מכל מקום, מעיון בפסיקת בית המשפט עולה כי צמד המילים "מעמד מיוחד" אינו מלמד בהכרח על פגיעה במעמד השפה הערבית. בעניין *מרעי* השתמש השופט מישאל חשין בביטוי זה כדי להגדיר את השפה הערבית כבעלת מעמד נעלה במיוחד להבדיל מהגדרתה כבעלת מעמד רשמי,<sup>63</sup> ואילו בעניין *עדאלה* קבע הנשיא אהרן ברק כי על פי סימן 82 השפה הערבית היא שפה רשמית, מה שמעניק לה, להבדיל משפות מדוברות אחרות במדינה, מעמד "נעלה במיוחד", ביטוי ששאל מעניין *מרעי* לעיל.<sup>64</sup>

על כך יש להוסיף כי העובדה שהשפה הערבית אינה מוגדרת שפה רשמית בחוק־יסוד: הלאום אינה מעלה ואינה מורידה, שכן בחוק־יסוד: הלאום כולו המחוקק אינו משתמש במונח "שפה רשמית", לא בהקשר של השפה העברית ולא בהקשר של השפה הערבית. בדיוק כשם שהגדרת השפה העברית שפת המדינה, ולא שפתה הרשמית של המדינה, איננה שוללת מהשפה העברית את מעמדה הרשמי, הרי שבמיוחד לנוכח סעיף שימור הדינים הגדרת השפה הערבית שהיא בעלת מעמד מיוחד איננה שוללת ממנה את מעמדה הרשמי. שכן כאשר המחוקק היה חפץ בביטול מעמדה הרשמי של השפה האנגלית, למשל, הוא עשה זאת ברחל בתך הקטנה, בקובעו: "כל הוראה בחוק הדורשת את השימוש בשפה האנגלית, בטלה".<sup>65</sup> כך יש לקרוא את סעיף 4(ב) וסעיף 4(ג) לחוק־יסוד: הלאום בנשימה אחת, שכן סעיף שימור הדינים מספק הכרה מפורשת במעמד השפה הערבית כפי שהיה לפני כינון חוק־יסוד: הלאום, לא רק ביחס לסימן 82 אלא גם ביחס לפולמוס הפרשני סביב משמעות מעמדה המשפטי של השפה הערבית, לרבות בהשוואה לשפה העברית.

בדברי ההסבר לסעיף 4 לחוק־יסוד: הלאום נכתב:

מוצע לעגן את מעמדן של השפה העברית והשפה הערבית במדינה. סימן 82 לדבר המלך במועצה על ארץ־ישראל, 1922 עד

62 ש.ס.

63 עניין *מרעי*, ש.ס, פסק דינו של השופט מישאל חשין, בעמ' 142.

64 עניין *עדאלה*, ש.ס, פסק דינו של הנשיא אהרן ברק, בעמ' 413.

65 ראו סעיף 15(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט.

1947, קובע בנוסחו הנוכחי כי עברית וערבית הן שפות רשמיות במדינה, אך בפועל, הן בחקיקה והן בפסיקה, מוענק לשפה העברית מעמד של בכורה. לכן מוצע לקבוע כי עברית היא שפת המדינה, וכך לתת ביטוי למרכזיות השפה באופייה של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי ולחשיבות המיוחסת לתחיית הלשון העברית במפעל הציוני מתחילתו. לצד קביעה זו, מוצע לעגן בחוק היסוד את המעמד המיוחד המוקנה במדינה לשפה הערבית, ואף להדגיש כי אין בחוק היסוד כדי לפגוע במעמד המוענק בפועל לשפה הערבית כיום.<sup>66</sup>

מושכלות ראשוניים הם שנקודת המוצא לפרשנותה של נורמה משפטית היא לשון החוק, ומבין מגוון המשמעותיות הלשוניות שהנורמה המשפטית סובלת, על בית המשפט לבחור את הפרשנות המגשימה את תכליתה, המורכבת מיסוד סובייקטיבי ומיסוד אובייקטיבי (להלן: פרשנות תכליתית).<sup>67</sup> כך הם פני הדברים גם ביחס לפרשנות נורמה משפטית רגילה וגם ביחס לפרשנות נורמה משפטית חוקתית. אלא שבמקרה האחרון, ולנוכח מעמדה המשפטי המיוחד, הנורמות המשפטיות החוקתיות מתפרשות גם בהרמוניה חקיקתית ומתוך רחב על מכלול השיטה המשפטית.<sup>68</sup> בהקשר זה, הפרשנות החוקתית ממלאת תפקיד חשוב, שכן לצד שימור אחדות הגישה הפרשנית ביחס לכל טקסט משפטי, היא מדגישה את ייחודו של הטקסט המשפט החוקתי, ובתחרות בין התכלית הסובייקטיבית (כוונת יוצר החוקה), לבין התכלית האובייקטיבית (כוונת השיטה), היא נותנת יתרון לתכלית האובייקטיבית.<sup>69</sup>

מכל מקום, במסגרת קביעת תכליתה של כל נורמה משפטית יש לשופט מרחב של שיקול דעת, שבגדרו הוא פועל כדי לאזן בין היסוד הסובייקטיבי לבין היסוד האובייקטיבי.<sup>70</sup> התכלית הסובייקטיבית עוסקת בתכלית בפועל שהייתה למחוקק, היינו כוונת המחוקק הנלמדת, בראש ובראשונה, מלשון החוק, אך גם, בין היתר, מההיסטוריה הפרלמנטרית שלו, לרבות דברי הכנסת ודברי ההסבר המלוות הצעת

66 הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הצעת חוק הכנסת 768 (13.3.2018), 134, בעמ' 134-135.

67 בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 763 (1993).

68 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 437, 439 (2003).

69 שם, בעמ' 437-438; 442-452.

70 אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 81-94 (1993).

חוק.<sup>71</sup> ואולם זאת יש לעשות לא לשם בחינת השאלה כיצד הבין או פירש חבר כנסת פלוני או פלמוני מושג מסוים, שכן הרשות המחוקקת היא הכנסת ולא חבר כנסת כזה או אחר, אלא לשם איתור התכלית המונחת ביסוד אותו מושג.<sup>72</sup> לצד התכלית הסובייקטיבית עומדת התכלית האובייקטיבית, המשקפת ערכים ועקרונות שהחוק נועד להגשים בחברה דמוקרטית.<sup>73</sup> דווקא משום שחוק, ובוודאי חוק יסוד, אינו מתקיים בחלל חקיקתי, אלא הוא חלק משרשת חקיקתית של מחוקק קבוע – להבדיל מחברי כנסת מתחלפים – יש לשאוף להרמוניה חקיקתית בין דברי החקיקה, על אחת כמה וכמה כאשר עניין לנו בנורמות חוקתיות.<sup>74</sup> עם המקורות המשפטיים העשויים לסייע לשופט בקביעת תכליתו האובייקטיבית של דבר חקיקה נמנים עקרונות היסוד של השיטה,<sup>75</sup> בגדרם חי דבר החקיקה, והם סביבתו הנורמטיבית – הם כוללים לא רק את הסביבה הקרובה, בבחינת ההקשר החקיקתית הקרוב, כי אם גם עקרונות מקובלים, מטרות יסוד ואמות מידה בסיסיות.<sup>76</sup>

סעיף 4 לחוק־יסוד: הלאום, בדיוק כמו סימן 82, אינו אלא נורמה משפטית הניתנת לפיתוח. כך, וכמו הפרשנויות שהביאו לפיתוח מעמד השפה הערבית במסגרת סימן 82, יכול בית המשפט בכל זאת להמשיך ולפתח את מעמד השפה הערבית במסגרת סעיף 4 לחוק־יסוד: הלאום. כל זאת במיוחד משום שסעיף 4 לא ביטל את סימן 82, ואפילו ביטל אותו, הוא לא ביטל את החקיקה הפרטיקולרית שסייעה לבית המשפט בביסוס מעמדה הרשמי של השפה הערבית, ובוודאי שלא את חופש הלשון, את הזכות לכבוד ואת עקרון השוויון. על כן איני רואה כל מניעה להמשך פיתוח מעמדה של השפה הערבית. יתרה מזו, השיקולים החוץ־חקיקתיים ששימשו את בית המשפט כעוגן בפיתוח מעמד השפה הערבית עדיין קיימים ושרירים גם אחרי כינון חוק־יסוד: הלאום, ובמיוחד אחרי חקיקתו. כלומר, המיעוט הערבי הוא עדיין המיעוט הגדול ביותר במדינת ישראל, מיעוט אשר חרף הסכסוך הערבי-ישראלי המתמשך, וחרף חקיקת חוק־יסוד: הלאום (על כל המשתמע מכך), בוחר להיות נאמן

71 לדיון מקיף בנושא זה ראו נועה קבטץ-אברהם ובל יוסף "דברי ההסבר במשפט הישראלי" (טרם פורסם).

72 בג"ץ 5503/94 סגל נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד נא(4) 529, 562 (1997); בג"ץ 142/89 תנועת לאויר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב־ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 544 (1990).

73 בג"ץ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 689 (1991).

74 ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת־עשרה, פ"ד ט(2) 307, 225 (1997).

75 בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 626 (1989).

76 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513 (1970).

למדינת ישראל ולחיות בה על בסיס אזרחות שווה. נוסף על כך, הגנה כזאת על השפה הערבית עשויה בכל זאת, ואולי אף ביתר שאת, להיות בסיס להידוק היחסים בין המדינה לבין אזרחיה.

בסיכומו של דבר, לפי גישה פרשנית זו לא רק שחוק־יסוד: הלאום אינו פוגע במעמדה המשפטי של השפה הערבית כשפה רשמית, אלא שהוא משכפל את מעמדה זה בהרבה מובנים. ראשית, השפה העברית הייתה ונותרה שפת המדינה, השפה הדומיננטית של המדינה, השפה הרשמית הראשונה של המדינה ושפתו הלאומית של הרוב. שנית, עיגון מעמדה של השפה הערבית בחקיקת יסוד משקף את ההגנה המשפטית שהוא זכה לה במסגרת דבר המלך במועצתו, שתואר כחוקת ארץ ישראל. שלישית, עיגונה של השפה הערבית בחוק־יסוד: הלאום כשפה בעלת מעמד מיוחד משקף את היחס שהיא זכתה לו לפני כינון חוק־יסוד: הלאום, היינו שפה רשמית בעלת מעמד נעלה במיוחד. בהקשר אחרון זה, הגישה הפרשנית המוצעת בפרק זה מבקשת לראות במונח "מעמד מיוחד" מונח נרדף לכיטוי "שפה רשמית", ולמצער "שפה רשמית שנייה"; שהרי לא ברור, גם לא למשפטנים שליוו את עבודת הכנסת, מה ההבדל המשפטי בין המונחים "שפה רשמית" ו"שפה רשמית שנייה" לבין "מעמד מיוחד".<sup>77</sup>

אי לכך, אפשר לטעון שבחירתו של המחוקק שלא להשתמש בכיטוי "שפות רשמיות", הן ביחס לשפה העברית, הן ביחס לשפה הערבית, משקפת את השאיפה להקהות את חדות הפגיעה במעמדה של השפה הערבית במישור הסמלי, ולא דווקא במישור המשפטי, לעומת מצב שבו הייתה השפה העברית מכונה "שפה רשמית" ואילו הערבית – "שפה בעלת מעמד מיוחד". ברור שטוב היה עושה המחוקק אם היה משתמש במונח "שפות רשמיות" כדי לתאר את השפה העברית ואת השפה הערבית, ויכול היה אף להוסיף ולהשתמש במונח "שפת המדינה" ביחס לשפה העברית. ברם, משלא עשה כן, אין להסיק בהכרח כי השפה הערבית אינה עוד שפה רשמית. האמת היא שהמחוקק בעצמו אינו בטוח מה ההבחנה, אם יש כזאת בכלל, בין "מעמד מיוחד" לבין "שפה רשמית".<sup>78</sup>

77 ראו פרוטוקול 15, לעיל ה"ש 37.

**"עוד לא אבדה תקוותנו"**

על פי הגישה הפרשנית השלישית, סעיף 4 לחוק־יסוד: הלאום מבסס מקור משפטי המשדרג את מעמדה המשפטי של השפה הערבית, ואף עשוי לשדרג את מעמדו המשפטי של המיעוט הערבי בישראל. יהא מעמדה המשפטי של השפה הערבית אשר יהא, "שפה רשמית" או "שפה בעלת מעמד מיוחד" – אפילו היו אלו שני מושגים משפטיים שונים – סעיף 4 לחוק היסוד מעגן את המעמד המשפטי הזה עיגון עקרוני ובלתי מסויג בחקיקת יסוד. זהו שדרוג אנכי ואופקי שיש לייחס לו חשיבות משפטית־פרשנית רבה.

ברובד האנכי, מעמדה המשפטי של השפה הערבית אינו מעוגן יותר בדבר חקיקה מנדטורי, כי אם בחקיקת יסוד של מדינת ישראל. עניין זה אינו מובן מאליו. אומנם היו מי שתיארו את דבר המלך במועצתו כחוקת ארץ ישראל,<sup>79</sup> אולם דבר המלך במועצתו מעולם לא נהנה בפועל, אם בכלל, ממעמד נורמטיבי חוקתי על־חוקי. חקיקת היסוד בישראל נהנית מעליונות משפטית נורמטיבית, ולכן עיגון זה של השפה הערבית בחוק־יסוד: הלאום לא רק מקנה לה מעמד חוקתי על־חוקי, אלא גם מונה אותה עתה עם עקרונות היסוד של השיטה. זוהי הכרה נורמטיבית ראשונה במעלה במעמדה המשפטי הנעלה במיוחד של השפה הערבית, מעמד העשוי לאפשר לבית המשפט להמשיך ולפתח את מעמדה המשפטי של השפה הערבית בעתיד, בדיוק כמו שעשה בעבר, ואף מעבר לכך. זאת, הן בהקשר הקונקרטי של השפה הערבית, הן ברובד האופקי, היינו בהקשרים רחבים יותר הנוגעים לענייני המשפטיים של המיעוט הערבי בישראל, כפי שאפרט להלן.

ברובד האופקי, לפני כינון חוק־יסוד: הלאום, למעט השופטת דליה דורנר בעניין עדאלה,<sup>80</sup> היו השופטים תמימי דעים שהיקף ההגנה המשפטית על מעמדה המשפטי של השפה הערבית במסגרת סימן 82 מוגבל לשלטון המרכזי, שכן בהיעדר צו ממשלה אין לו תחולה על השלטון המקומי.<sup>81</sup> להבדיל מסימן 82, סעיף 4 לחוק־יסוד: הלאום מבסס את מעמדה המשפטי של השפה הערבית ביסוס עקרוני ובלתי מסויג.<sup>82</sup> בלי קשר לשאלת תוקפו המשפטי של סימן 82, אחרי כינון חוק־יסוד:

79 רובינשטיין, לעיל ה"ש 10.

80 לעיל ה"ש 13.

81 ראו, למשל, שם, פסיקתם של הנשיא אהרן ברק והשופט מישאל חשין בעניין עדאלה, ופסיקתו של השופט סלים ג'ובראן בעניין נאשף.

82 כאן המקום להעיר ולהדגיש את הסיפא לסעיף 4(ב), שלפיו: "הסדרת השימוש בשפה הערבית במוסדות ממלכתיים או בפניהם תהיה בחוק". עניין זה עלול להקשות על פיתוח מעמדה המשפטי המיוחד של השפה הערבית, אם יבחר המחוקק למלא את פיו מים ולהימנע מקידום חקיקה המגשימה את המעמד המיוחד הזה.

הלאום – שאלה חשובה היא – האם עדיין יש לטעון שסעיף 4 לחוק לא רק מעניק בכורה ליסודות המושגיים שעליהם הושתת פסק דינה של השופטת דליה דורנר בעניין **עדאלה**,<sup>83</sup> כי אם גם מבליט את ייחודה של השפה הערבית כשפה בעלת מעמד נעלה במיוחד כמובן שעליו עמד הנשיא אהרן ברק באותה פרשה.<sup>84</sup> ברמה המשפטית יש בהכרה זו בייחודה של השפה הערבית לא רק כדי להרחיב את תחולתה של ההגנה המשפטית על כל רשויות השלטון – המרכזי והמקומי כאחד – במישור הפורמלי, כי אם גם כדי להגשים את ההגיונות המונחים ביסוד פסיקתם של השופטת דורנר ושל הנשיא ברק בעניין **עדאלה**, שההגנה על השפה הערבית נגזרת מהחובה שנזכרה במגילת העצמאות להבטיח חופש לשון למיעוט הערבי בישראל ולנהוג בו בכבוד ובשוויוניות לשונית.<sup>85</sup> את השוויוניות הלשונית הזאת יש להבין על רקע שאיפתו של בית המשפט לאפשר שימוש בשפה הערבית לא רק בטרקליני רשויות השלטון, אלא גם, ואולי בעיקר, במרחב הציבורי, ואף להטיל חובה על רשויות השלטון כולן לאפשר נראות זו של השפה הערבית במרחב הציבורי.

תפיסה פרשנית כזאת, דווקא משום עיגון מעמד השפה הערבית בחקיקת יסוד, בהינתן סעיף שימור הדינים, ולנוכח מעמדה הנורמטיבי הגבוה של חקיקת היסוד, מצביעה לא רק על שדרוג מעמדה הנורמטיבי של השפה הערבית, כי אם גם על אפשרות שדרוג מעמדו המשפטי של המיעוט הערבי בישראל וביסוס עוגן משפטי להכרה בו כמיעוט לאומי יליד הזכאי לזכויות קולקטיביות. כידוע, לפני כינון חוק-יסוד: הלאום נרתע השופט מישאל חשין מהתערבות שיפוטית בסוגיה זו, וסיווג אותה כסוגיה פוליטית.<sup>86</sup> הנה לנו, כוחה של הגישה הפרשנית המוצעת בפרק זה יפה דווקא לאחר כינון חוק-יסוד: הלאום, ואולי דווקא משום כינונו. כל זאת, במיוחד לנוכח ההקשר הקולקטיבי שהונח ביסוד הגנת השופטים אהרן ברק ואליקים רובינשטיין, למשל, על השפה הערבית כשפה רשמית על יסוד ההכרה במיעוט

83 שם, עניין **עדאלה**.

84 שם.

85 שם.

86 שם, פסק דינו של השופט מישאל חשין. יוער כי סעיף 1(ג) לחוק-יסוד: הלאום קובע כי הזכות להגדרה עצמית במדינת ישראל ייחודית לעם היהודי. עם זאת, לא נקבע כי היא מצומצמת לעם היהודי. כלומר, הרעיון הוא לקבוע את אופייה היהודי של המדינה לאור קיומו של רוב יהודי, אך לא לשלול בהכרח הכרה בזכות להגדרה עצמית של מיעוטים ילידיים. עם זאת, זהו נושא סבוך הזקוק לדיון נרחב ויסודי ברשימה נפרדת. לדיון בנושא ההכרה במיעוט הערבי בישראל כמיעוט לאומי יליד הזכאי לזכויות קולקטיביות, ראו אילן סבן "קול (דר-לשוני) בודד באפלה" **עיוני משפט** כז (1) 109, 130-133 (2003); אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני, היש, האין ותחום הטאבו" **עיוני משפט** כו (1) 241, 260 ואילך (2003).

הערבי כמיעוט הגדול ביותר במדינת ישראל, מיעוט החי בישראל מימים ימימה, שלמרות הסכסוך הערבי-ישראלי המתמשך, וחרף חקיקת חוק־יסוד: הלאום (על כל המשתמע מכך), בוחר להיות נאמן ולחיות במדינת ישראל על בסיס אזרחות שווה. כוחה של הגישה הפרשנית המוצעת בפרק זה יפה גם בשל ההכרה בצורך להעניק הגנה משפטית רשמית לשפה הערבית כבסיס להידוק היחסים בין המדינה לבין אזרחיה, וגם בין המדינה לבין המדינות השכנות שמסביבה, ובמיוחד לנוכח כינון חוק־יסוד: הלאום.<sup>87</sup> עניין זה אינו זר לפסיקת בית המשפט העליון כל עיקר. לפני כינון חוק־יסוד: הלאום התבססה ההגנה על מעמדה הרשמי של השפה הערבית על מאפיינים קולקטיביים של המיעוט הערבי ועל יחסה של המדינה כלפי מיעוט זה. זו אפוא אבן פינה חוקתית חשובה ביותר לפיתוח מעמדו המשפטי של המיעוט הערבי כמיעוט לאומי ילידי, במיוחד לאחר כינון חוק הלאום ועיגון מעמדה המשפטי של השפה הערבית בחקיקת יסוד זו. סעיף 4 לחוק־יסוד: הלאום הוא חקיקת היסוד הראשונה בהיסטוריה של מדינת ישראל הנדרשת במפורש למאפיין קולקטיבי כלשהו של המיעוט הערבי בישראל. מאפיין זה אינו עוד מאפיין כללי ומופשט של המיעוט הערבי; עניין לנו במאפיין שבית המשפט תיאר אותו בהקשר של הגנה על זכויות מיעוטים כמשקף היסטוריה, תרבות ומסורת.<sup>88</sup> העובדה שחוק יסוד בדמות חוק־יסוד: הלאום, המדגיש את זהותו ומאפייניו הלאומיים של הרוב היהודי במדינה, נדרש למאפיין בולט ומהותי של מיעוט לאומי אחר החי בארץ מימים ימימה, מבסס, לפי הגישה הפרשנית המוצעת כאן, הכרה משפטית-חוקתית מפורשת – ולמצער משתמעת – בזהותו הלאומית הקולקטיבית של המיעוט הערבי בישראל.<sup>89</sup>

87 השופט אליקים רובינשטיין, עניין נאשף, לעיל ה"ש 13.

88 פסק דינו של הנשיא אהרן ברק בעניין עדאלה, שם. ראו והשוו עלאא מחאג'נה "השפה הערבית והילידות של הערבית בישראל" עדאלה (2008).

89 בשולי הדברים, אך לא בשולי חשיבותם, יצוין כי גישה פרשנית זו אינה חפה מקשיים, במיוחד לנוכח הסירוב העיקש לכלול את עקרון השוויון בגדר הנוראות חוק־יסוד: הלאום, בדיוק בשל החשש שהדבר יתפרש כפוחח פחה להכרה משפטית בזכויות קולקטיביות של המיעוט הערבי בישראל. עם זאת, היא טוען זה נכון ככל שיהא, עדיין אין בו כדי לשלול את הטענה שיש בחוק זה הכרה, ולו הכרה חלקית, במאפיינים קולקטיביים של המיעוט הערבי בישראל, בדמות הזכות לשפה בהיותה סממן מובהק של זכויות קולקטיביות.

## .4

## תהיות והרהורים: השפה הערבית כשפה רשמית - "ההיית או חלמתי חלום"?

השפה העברית היא השפה הרשמית במדינת ישראל, לצד המעמד המיוחד לו זוכה השפה הערבית (ראו: סעיף 4 לחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי; בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 3939 (2002)). מעבר לכך, השפה העברית משמשת, הלכה למעשה, כשפת המקום העיקרי [...] במדינת ישראל [...] ייתכן שדווקא בשל מעמד איתן זה, לא מצאתי הוראה מפורשת בדברי החקיקה והתקנות העדכניים הקובעת מהי השפה בה יש להגיש כתבי טענות ובקשות לבתי המשפט [...] המקור החוקי אפוא הוא סימן 82 לדבר המלך במועצה 1922 [...]<sup>90</sup>

את הדברים האלה כתב השופט דוד מינץ כשבעה חודשים לאחר כינון חוק-יסוד: הלאום. למקרא הדברים עולה כי לפי תפיסתו, לפני כינון חוק-יסוד: הלאום נהנתה השפה הערבית רק ממעמד מיוחד ולא דווקא ממעמד רשמי. הראייה לכך היא עצם ההפניה לא רק לסעיף 4 לחוק-יסוד: הלאום כי אם גם לעניין עדאלה.<sup>91</sup> בעשותו כן לא הפנה השופט מינץ דווקא לפסק דינו של השופט מישאל חשין, שכידוע טען שהשפה הערבית נהנית ממעמד נעלה במיוחד אך לא ממעמד רשמי, כי אם לפסק דין עדאלה בכללותו. כאמור, לא יהיה נכון להניח שהשופט מינץ לא הכיר את שלל הגישות שהוצגו בעניין עדאלה, אולם אפשר בהחלט לסבור כי לדעתו סעיף 4 מאמץ את גישתו הפרשנית של השופט חשין בעניין עדאלה, ולחלופין שהוא סבור שהמצב המשפטי לפני כינון חוק-יסוד: הלאום הקנה לשפה הערבית, הלכה למעשה, מעמד מיוחד אך לא בהכרח מעמד רשמי. עניין אחרון זה מודגש בפסק דינו של השופט מינץ, שאינו מתיר ספק ביחס לתפיסה לפני כינון חוק היסוד, וגם אחריה, בדבר הדומיננטיות ומעמד הבכורה של השפה העברית. מכל מקום, מפסק דינו של השופט מינץ אפשר ללמוד עוד כי סימן 82 לא בוטל. בעניין גריב דן השופט מינץ בשאלה אם אפשר להגיש לבית המשפט כתבי בית דין בשפה האנגלית. כדי להכריע

90 בש"א 815/19 גריב נ' Fidam Select (בפירוק) מספר חברה B89058 (נבו 5.2.2019).

91 לעיל ה"ש 13.



בשאלה זו הוא נדרש לסימן 82 בהיותו המקור החוקי לעניין הנדון, והסתמך על עניין עדאלה, שכן פרט לעובדה שמעמדה הרשמי של השפה האנגלית בוטל מכוח סעיף 15(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, סימן 82 עומד בתוקפו.<sup>92</sup>

כשנה לאחר כינון חוק־יסוד: הלאום הובא מקרה נוסף לפני בית המשפט, ובו נתבקש בית המשפט לקבל עתירה של מי שהציגו את עצמם כ"ציבור ערביי ישראל המתמחים במשפטים", ולהורות לשרת המשפטים, לוועדה הבוחנת לבחינות ההסכמה לעריכת דין בישראל וללשכת עורכי הדין בישראל לערוך את בחינות ההסכמה לעריכת דין גם בשפה הערבית. בעניין זה נשענו העותרים בעיקר על הוראות סימן 82 והפסיקה שלפיו, אף שהעתירה שלהם הוגשה ונדונה לאחר כינון חוק־יסוד: הלאום. אומנם בית המשפט דחה את העתירה בקובעו כי שליטה בשפה העברית היא עניין חיוני והכרחי לעיסוק בעריכת דין בישראל, וממילא הוא תנאי להסמכתם של משפטים מכוח סעיף 26 לחוק לשכת עורכי הדין. עם זאת, לא רק שהמשיבים לעתירה לא טענו בפני בית המשפט כי בעקבות חוק־יסוד: הלאום אין עוד מקום להידרש לסימן 82, אף בית המשפט בעצמו לא קבע כי סימן 82 בוטל בעקבות חוק־יסוד: הלאום. נהפוך הוא, בלי שהזכיר את חוק הלאום במאומה הדגיש בית־המשפט את חשיבותה של השפה הערבית במרקם החיים הישראלי בהיותה שפתו של המיעוט הגדול החי במדינה ואמצעי לביטוי ולשימור תרבותו וזהותו, וגם את משקלו של עקרון השוויון בהקשר הזה. בעשותו כן נשען בית המשפט על אותה פסיקה המבססת, ברובה המכריע, את מעמדה הרשמי של השפה הערבית.<sup>93</sup>

עיון בשתי הפרשות האלה, מלמד, לכאורה, כי לא רק שסימן 82 עומד בעינו גם היום, אלא גם שכוון של הקביעות בעניין עדאלה, על כל המחלוקות השיפוטיות שהתגלעו בהן בין השופטים, יפה גם לאחר כינון חוק־יסוד: הלאום. מכוח מה? מכוח סעיף שימור הדינים? או מכוח מגילת העצמאות, לרבות חופש הלשון, הזכות לכבוד ועקרון השוויון?

בפרק זה הצגתי שלוש גישות פרשניות למעמדה המשפטי של השפה הערבית בעקבות חוק־יסוד: הלאום. כל אחת משלוש הגישות עומדת בפני עצמה, אך גם מתחרה היא עם הגישות האחרות.

## סיכום

תהא הגישה הפרשנית הנכונה אשר תהא, אין מחלוקת כי כל דיון במעמדה המשפטי של השפה הערבית בעקבות חוק הלאום מחייב תחילה הידרשות לשאלת היסוד בדבר מעמדה המשפטי לפני כינונו. משתי סיבות: ראשית, כדי לדעת מה היה מעמדה המשפטי ערב כינון חוק-יסוד: הלאום ולבחון אם יש בחוק יסוד זה כדי לשנות את המעמד הזה, לרעה או לטובה, כיצד ובאיזו מידה; ושנית, משום שסעיף שימור הדינים קובע מפורשות כי אין בחוק-יסוד: הלאום כדי לפגוע במעמדה של השפה הערבית כפי שהיה לפני כינון חוק היסוד עצמו. בכך לא תם הסיפור, דיון כזה מצריך גם בחינת מעמדו המשפטי של חוק-יסוד: הלאום במרחב הנורמטיבי החוקתי של מדינת ישראל, לרבות אופן השתלבותו במערך חוקי היסוד ועקרונות היסוד החוקתיים של מדינת ישראל, ובכלל זה פסיקת בית המשפט העליון בהקשרים האלה. כך או כך, ברור שחוק-יסוד: הלאום לא ביטל את חוקי היסוד האחרים הקובעים את אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה.

## אחרית דבר

לאחר השלמת כתיבתו של פרק זה, אך לפני פרסומו, ב-8 ביולי 2021, הכריע בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, ב-15 עתירות שתקפו את חוקתיותו של חוק-יסוד: הלאום, לרבות את סעיף 4 העוסק במעמדה המשפטי של השפה הערבית.<sup>94</sup> בדעת רוב,<sup>95</sup> נגד דעתו החולקת של השופט ג'ורג' קרא, דחה בית המשפט את העתירות האלה, לרבות ביחס לסעיף 4.

ביסוד דעת הרוב הונח העיקרון בדבר פרשנות מקיימת, שלפיו יש לפרש את הוראות חוק-יסוד: הלאום בראייה רחבה ומתוך שאיפה להרמוניה חוקתית בין חוקי היסוד כולם. לפי גישת דעת הרוב, חוק-יסוד: הלאום הוא פרק בחוקה המתגבשת של מדינת ישראל, והוא נועד לעגן את מרכיבי זהותה היהודית של המדינה בלי לגרוע ממרכיבי זהותה הדמוקרטית, כפי שאלה מעוגנים בחוק יסוד אחרים ובעקרונות חוקתיים הנוהגים בשיטת המשפט בישראל. לעומת דעת הרוב, השופט ג'ורג' קרא, שכתב את דעת המיעוט, סבר כי יש בהוראות סעיפים 1(ג), 4 ו-7 לחוק הלאום כדי לשלול את ליבת זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל, בעוצמה המזעזעת את אמות

94 בג"ץ 5555/18 ואח' ח"כ אכרם חסון ואח' נ' כנסת ישראל ואח' (נבו 8.7.2021).

95 עם דעת הרוב נמנו הנשיאה אסתר חיות, המשנה לנשיאה (בדימוס) חנן מלצר, והשופטים ניל הנדל, עוזי פוגלמן, יצחק עמית, נעם סולברג, דפנה ברק-ארז, מנחם (מני) מזוז, ענת ברון ודוד מינץ.

הסיפּים של המבנה החוקתי, ולכן דינם בטלות. לגישתו, אין מתווה פרשני המרפא את אי־החוקתיות בחוק־יסוד: הלאום בנוגע לשלושת הסעיפים האלה.

בהקשר הקונקרטי הנוגע למעמדה המשפטי של השפה הערבית בישראל אפשר לטעון שפסק הדין הזה מבטא את שלוש הגישות הפרשניות המוצגות בפרק זה. כלומר, השופט ג'ורג' קרא, בדעת המיעוט, אימץ את הגישה הפרשנית הראשונה במלואה, ואילו דעת הרוב, בעיקרה, אימצה את הגישה הפרשנית השנייה במלואה. נוסף על כך, לדעתי ניתן למצוא בפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדיומוס) חנן מלצר, שנמנה עם דעת הרוב, ניצנים לאימוצה של הגישה הפרשנית השלישית. אפרט בקצרה.

דעת הרוב דגלה בפרשנות שלפיה סעיף 4 לחוק־יסוד: הלאום מעגן את היותה של השפה העברית שפתה העיקרית של המדינה, אך אינו גורע ממעמדה של השפה הערבית להלכה ולמעשה ומן האפשרות להמשיך ולקדם את מעמדה של שפה זו במרחב הציבורי במדינה. לעומת זאת, דעת המיעוט הדגישה כי את סעיף 4 האמור יש לקרוא על רקע תכלית חקיקתו של חוק־יסוד: הלאום ולנוכח היעדרם של מוסד הדמוקרטיה ושל עקרון השוויון מחוק היסוד. על רקע זה, לגישת דעת המיעוט קריאה זו מובילה למסקנה ש"איזכור מעמדה של השפה הערבית בחוק הלאום נדרש אך לשם 'הנמכת קומתה' ולהשפלת דובריה".<sup>96</sup>

במה דברים אמורים?

העיקר בחוות הדעת של הרוב הוא שאין בסעיף 4 לחוק הלאום כדי לבטל את מעמדה הרשמי של השפה הערבית בישראל מכוח סימן 82 לדבר המלך במועצתו,<sup>97</sup> משום שההשלכות המעשיות של הכרה זו נותרו, כפי שהיו, במחלוקת שיפוטית,<sup>98</sup> וכי מכל מקום, להבדיל מהשפה הערבית, השפה העברית זוכה לא רק במעמד רשמי כי אם גם במעמד של בכורה ביחס לשפה הערבית; היא השפה העיקרית של המדינה.<sup>99</sup> כך או כך, אין בהוראות סעיף 4 לחוק־יסוד: הלאום כדי למנוע את המשך פיתוח מעמדה

96 עניין חסון, לעיל ה"ש 94, פסק דינו של השופט ג'ורג' קרא, פס' 36-37.

97 שם, ראו למשל פסק דינה של הנשיאה אסתר חיות, פס' 72 ו-79.

98 שם, פס' 72-73; פסק דינו של השופט יצחק עמית, פס' 3 (השופט עמית סבור כי גישה פרשנית זו היא "גישה מפייסת־מגשרת־מרככת").

99 שם, ראו למשל פסק דינה של הנשיאה אסתר חיות, פס' 73 ו-77; פסק דינו של השופט יצחק עמית, פס' 3; פסק דינו של השופט עוזי פוגלמן, פס' 8; פסק דינו של השופט דוד מינץ, פס' 23-35; פסק דינו של השופט ניל הנדל, פס' 40; ופסק דינו של המשנה לנשיאה (בדיומוס) חנן מלצר, פס' 28.

המשפטי של השפה הערבית במרחב הציבורי בישראל.<sup>100</sup> זהו אימוץ מפורש של הגישה הפרשנית השנייה המוצגת בפרק זה.

עם זאת, בפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) חנן מלצר ניתן למצוא ניצנים של אימוץ הגישה הפרשנית השלישית שהוצגה כאן, הנוגעת להכרה משפטית-חוקתית – מפורשת או משתמעת – בזהותו הלאומית הקולקטיבית של המיעוט הערבי בישראל. כדבריו של המשנה לנשיאה (בדימוס) חנן מלצר: "המחויבות לזכויות המיעוטים בישראל, ובוודאי למיעוט הגדול ביותר החי בה, מנביעה גם חובה לכבד את זכותם האישית והקבוצתית לתרבות ובכלל זה לשפה".<sup>101</sup> השימוש המפורש בביטוי "זכות קבוצתית" בהקשר של המיעוט הערבי במדינת ישראל, אינו מובן מאליו, לא ברמה הכללית, ומכל מקום לא בהקשר הקונקרטי של חוק-יסוד: הלאום.

לעומת שופטי הרוב, השופט ג'ורג' קרא, שכתב את דעת המיעוט, הדגיש כי אומנם לפני כינון חוק-יסוד: הלאום ניתן לשפה הערבית מעמד רשמי מכוח סימן 82 לדבר המלך במועצתו, אולם בפועל היה מעמדה המשפטי חלש "ואין לה נוכחות חזקה במרחב הציבורי המשותף".<sup>102</sup> לגישתו יש לראות במילים של סעיף 4 לחוק היסוד: "אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל" כדי להוסיף ולפגוע במעמד המשפטי שהיה בפועל לשפה הערבית ערב כינונו של חוק היסוד, וכלשונו: "עוגנה הפגיעה בשפה הערבית מפגיעה דה פקטו לפגיעה דה יורה".<sup>103</sup> זהו אימוץ מפורש של הגישה הפרשנית הראשונה ודחייה מפורשת של הגישה הפרשנית השנייה המוצגות בפרק זה. לא זו בלבד, השופט ג'ורג' קרא אף דחה, ברחל בתך הקטנה, את הגישה הפרשנית השלישית שהוצגה כאן בקובעו כי אין לקבל את הטענה ולפיה יש בחוק-יסוד: הלאום כדי להעניק הגנה חוקתית למעמדה של השפה הערבית.<sup>104</sup>

האם זהו סוף הסיפור? כלל וכלל לא. בסופו של דבר, לא רק לדבר חקיקה חיים משלו, אלא גם לפסיקת בית המשפט העליון. כיצד ישפיע אפוא פסק דין זה על אופן התפתחותו ויישומו של חוק-יסוד: הלאום, לרבות ביחס לנקודת האיזון בין אופייה היהודי לבין אופייה הדמוקרטי של המדינה בכלל וביחס למעמדה המשפטי של השפה הערבית בישראל בפרט? ימים יגידו. אסיים כאן, מקום שיכולתי להרחיב.

100 שם, ראו למשל פסק דינה של הנשיאה אסתר חיות, פס' 79.

101 שם, ראו למשל פסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימוס) חנן מלצר, פס' 28.

102 שם, פסק דינו של השופט ג'ורג' קרא, פס' 35.

103 שם, פס' 37.

104 שם.

# המעמד המשפטי של השפה הערבית בישראל בעקבות סעיף 4 בחוק הלאום

---

אלכסנדר יעקובסון

1. סעיף 4 – מה נשתנה?
2. "המעמד שניתן בפועל" – מעמד משפטי
3. "דבר המלך במועצה" – שתי שפות רשמיות
4. הפסיקה: "שפה רשמית שנייה"
5. סימן 82 במשפט הישראלי – ביטול או שינוי?
6. משמעותה המעשית ומשמעותה הסמלית של ה"רשמיות"

סיכום

1.

**סעיף 4 - מה נשתנה?**

מהו מעמדה המשפטי של השפה הערבית בישראל בעקבות קבלת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום), שסעיף 4 שלו עוסק במעמד שתי השפות, העברית והערבית? האם הערבית היא עדיין "שפה רשמית", ומה היחס בין מעמדה למעמד השפה העברית? לפי לשון חוק היסוד (סעיף 4(ב)), הערבית היא שפה בעלת "מעמד מיוחד" שהסדרים הקשורים בה אמורים להיקבע בחוק, בעוד שהעברית היא "שפת המדינה" 4(א)). אבל האם נכונה האמירה הנפוצה שחוק הלאום ביטל את מעמדה המשפטי של הערבית כשפה רשמית שנייה? הדבר תלוי בפרשנות לסעיף קטן ג. מהו "המעמד שניתן בפועל לשפה הערבית לפני תחילתו של חוק יסוד זה", שלפי סעיף 4(ג) אינו אמור להיפגע בעקבות ההסדר שנקבע בסעיף 4? אם מגיעים למסקנה שמדובר במעמד משפטי, ואם המעמד המשפטי של השפה הערבית לפני קבלת חוק הלאום אכן היה, כפי שמקובל לומר, מעמד של שפה רשמית שנייה – המסקנה היא שקבלת חוק הלאום לא פגעה במעמד זה של הערבית.

לא נראה שהקביעה הפוזיטיבית ביחס למעמד הערבית המופיעה בגוף חוק היסוד – שפה בעלת "מעמד מיוחד" – סותרת את המסקנה הזאת, מאחר שאין סתירה בין "מיוחדות" (באופן כללי, ללא פירוט) לבין "רשמיות". ברור ששפה רשמית היא, בהגדרה, "מיוחדת" מבחינה משפטית, אם כי לא כל שפה "מיוחדת" היא בהכרח רשמית. פרשנות זו אינה מרוקנת מתוכנו את הסירוב (השנוי במחלוקת פוליטית עזה) של הרוב בכנסת להכניס את ה"רשמיות" של הערבית ללשון החוק. בעקבות סירוב זה חוק היסוד אינו מבטיח לערבית מעמד של שפה רשמית שנייה, כפי שתבעו רבים. משום כך ניתן לבטל את המעמד הזה בחקיקה רגילה (אפשרות שהייתה קיימת, כמובן, גם לפני חקיקת חוק הלאום, כאשר שום חוק יסוד לא הסדיר את מעמד שתי השפות), למשל, בחקיקה שתפרט את ההסדרים המעשיים המבטאים את המעמד ה"מיוחד" של הערבית, לפי סעיף קטן ב. שונה המצב בעניין מעמדה של העברית כשפת המדינה. מעמד זה נקבע בחוק היסוד במפורש, ומשום כך אי-אפשר לשנותו אלא על ידי תיקון של חוק היסוד.

האפשרות לבטל את המעמד הרשמי של הערבית בחקיקה רגילה מותנית בכך שחוק כזה לא יתיימר להפוך את הערבית, מבחינה משפטית, לשפה זרה רגילה בישראל, מה שבוודאי צריך להיחשב פגיעה במעמדה ה"מיוחד", המובטח בגוף חוק היסוד. זאת ועוד – במהלך הדיונים על חוק הלאום הועלתה הטענה שלשפה הערבית בישראל כלל לא היה מעמד משפטי רשמי לפני קבלת החוק הזה. הפרק

הזה בוחן טענה זו וחולק עליה. אולם אם בית המשפט העליון יקבל אותה בעתיד כפרשנות נכונה למצב ששרר לפני חוק הלאום, ברור שסעיף 4(ג) לא יוכל להתפרש כמקנה לה את המעמד הזה, ולא תידרש כל חקיקה כדי לבטלו. הכול תלוי בתשובה מוסמכת לשאלה מה היה מעמדה המשפטי של הערבית לפני חוק הלאום. כשם שפרשנות סבירה צריכה לתת תוקף לסירובה של הכנסת לקבוע לשפה הערבית מעמד רשמי בחוק היסוד, כך עליה לקבל במלוא הרצינות את הקביעה של הכנסת שחוק הלאום אינו פוגע במעמד שהשפה הערבית נהנתה ממנו לפני קבלתו.

2.

## **"המעמד שניתן בפועל" – מעמד משפטי**

משום כך, השאלה מה היה מעמדה של הערבית בישראל לפני קבלת חוק הלאום היא שאלה משפטית, ולא רק היסטורית. נראה שמבחינה משפטית "המעמד שניתן בפועל" צריך להתפרש כמעמד משפטי, זה המשתקף בפסיקה – כלומר,

כפי שנראה להלן, ואף על פי שהוטל בכך ספק בעת הדיונים בחוק הלאום, מעמד של שפה רשמית שנייה. האפשרות האחרת היא לומר ש"המעמד שניתן בפועל" הוא מצב הדברים ששרר בפועל בנושא זה ערב חקיקת חוק הלאום. אולם מצב הדברים בפועל בתחום מעין זה הוא, מטבע הדברים, גמיש, נזיל, לא אחיד ומשתנה (לכיוונים שונים) לאורך זמן. לא סביר לומר שהוראה זו פירושה שכל מקום שבו הוצב החלטה של גורם ציבורי שלט (גם) בערבית, השלט הזה חייב להישאר בכל מקרה (או שאין חובה להסיר אותו). גם לא ניתן לקבל שכל החלטה מקומית ופרטנית בנוגע למידת השימוש "בפועל" בערבית בישראל, גם אם התקבלה על ידי רשות מוסמכת, יש בכוחה "לתת מעמד" לשפה הערבית מבחינה נורמטיבית. מבחינה משפטית, לא סביר לפרש את הביטוי "המעמד שניתן בפועל" כניסיון "לצלם" את המצב העובדתי, על כל פרטיו הנזילים, השורר "בשטח" בנושא זה. ביטוי זה צריך להתפרש כמתייחס למסגרת הנורמטיבית שבתוכה נמצאים, או אמורים להימצא, כל הפרטים האלה – כלומר, למעמד המשפטי.

הפסיקה שהגדירה עד עתה את מעמד השפה הערבית בישראל היא גם המסגרת היחידה שבה הוגדר המעמד הזה הגדרה כוללת. מעבר לדברי החקיקה הרלוונטיים לנושא, שאין באף אחד מהם, כפי שנראה, הגדרה כוללת של מעמד הערבית עד לחקיקת חוק הלאום, אין בנמצא שום אמירה מוסמכת של הרשות המבצעת – ולו ברמה הצהרתית – המבקשת לתת הגדרה כללית ועקרונית ל"מעמד שניתן בפועל" לשפה הערבית בישראל, או שניתן לראות בה סיכום כללי סביר של

הסטטוס קוו (עד לאישור חוק הלאום) בתחום זה.<sup>1</sup> הגדרות כלליות כאלה ניתנו רק בפסקי דין.

במקרה הנדון הביטוי "מעמד שניתן בפועל" מתאים במיוחד לתיאור מעמדה המשפטי של הערבית בישראל בטרם חקיקת חוק הלאום, דווקא מאחר שאי אפשר לומר שמדובר במעמד סטטוטורי. מעמד הערבית לפי החוק היחיד העוסק בנושא במישרין ומגדיר הגדרה כוללת את מעמד הערבית והעברית בארץ, חוק שמעולם לא תוקן במפורש – סימן 82 לדבר המלך במועצה 1922 – אינו של שפה רשמית שנייה, אלא גבוה יותר: מעמד רשמי שווה לזה של העברית. ואולם בפועל לא זה היה מעמדה המשפטי והמעשי של הערבית בישראל, כפי שהתפתח וגובש במשך עשרות השנים מהקמת המדינה ועד לקבלת חוק הלאום. הפסיקה שקבעה את המסגרת הנורמטיבית למעמדה המעשי של הערבית נשענה על שיקולים משפטיים נוספים, מעבר ל"דבר המלך במועצה" – ובראשם, הנורמה החוקתית בדבר היותה של ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית". הביטוי "שפה רשמית שנייה" והביטוי המקביל לו ביחס למעמד העברית, "שפה רשמית ראשונה", אינם מופיעים בשום חוק – לא בדבר המלך במועצה ולא בחוקים שונים של הכנסת הנוגעים לנושא השפה. הביטויים האלה מופיעים בפסיקה, אם כי לא באופן אחיד ועקבי. התייחסויות אחרות לנושא זה בפסיקה אינן משתמשות במילים המפורשות האלה. אולם, כפי שנראה, ההתייחסויות השונות בפסיקה חוזרות, בניסוחים שונים, על אותם העקרונות: לשתי השפות, העברית והערבית, יש מעמד רשמי בישראל, אולם לעברית יש מעמד בכורה הקשור בהיותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. מכאן שהביטוי הרווח "שפה רשמית שנייה", המבטא הן את מעמדה הרשמי של הערבית והן את מעמד הבכורה של העברית, נראה כסיכום נכון של מה שנאמר בפסיקה, ואילו העקרונות שנקבעו בפסיקה מהווים, לדעתי, סיכום מתבקש, נטול "יצירתיות" פרשנית מגמתית, של מכלול דברי החקיקה הרלוונטיים לנושא. הגדרה זו של מעמד הערבית – "שפה רשמית שנייה" – נראית גם כתיאור כללי סביר של המצב העובדתי השורר בתחום זה, עם כל מורכבותו ונזילותו. אם מבקשים לראות במצב זה נוהג בעל תוקף נורמטיבי, גם בדרך זו מגיעים, לפי דעתי, לאותה מסקנה.

1 אלא אם כן מבקשים לראות כך את הודעה היועץ המשפט לממשלה לבית המשפט העליון בעניין עדאלה (ראו בהמשך), ולפיה הערבית היא שפה רשמית שנייה.



באשר למצב בחקיקה, הרי שהחוק המגדיר את המעמד המשפטי הכולל הן של הערבית הן של העברית בארץ הוא החוק המנדטורי, סימן 82 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922.<sup>2</sup> תחת הכותרת "שפות רשמיות" נאמר שם כי –

כל הפקודות, המודעות הרשמיות והטפסים הרשמיים של הממשלה וכל המודעות הרשמיות של רשויות מקומיות ועיריות באזורים שייקבעו על פי צו מאת הנציב העליון יפורסמו באנגלית, בערבית ובעברית. בהתחשב עם כל תקנות שיתקין הנציב העליון, אפשר להשתמש בשלוש השפות במשרדי הממשלה ובבתי המשפט.

אם תהא כל סתירה בין הנוסח האנגלי של כל פקודה או מודעה רשמית או טופס רשמי ובין הנוסח הערבי או העברי שלהם, הולכים אחר הנוסח האנגלי.<sup>3</sup>

לפי לשונו של סימן 82, לעברית ולערבית יש מעמד רשמי שווה; אפשר אפילו לראות בכך שהערבית מוזכרת לפני הערבית רמז למעמדה הבכיר יותר בפועל, כשם שהאנגלית, המוזכרת ראשונה, הייתה בוודאי, בפועל, השפה הדומיננטית בארץ ישראל המנדטורית. מעמדה הרשמי של האנגלית בוטל עם הקמת המדינה (סעיף 15(ב) של פקודת סדרי השלטון והמשפט 1948), ואילו מעמדה של העברית נהפך בפועל, ללא שינוי בחקיקה, לדומיננטי. "מעמד שניתן בפועל" לשפה הערבית בישראל היה מעמד רשמי בתחומים חשובים, אולם לא מעמד מקביל לזה של העברית. מעמד הבכורה של העברית במציאות הממלכתית והציבורית של ישראל – גם בנושאים המסוימים המוזכרים בסימן 82, וגם באופן רחב יותר – הוא מובהק. לאורך זמן גם נחקקו כמה חוקים שחזקו את המעמד הזה בכך שהתייחסו לשפה העברית בלבד, או בעיקר, בהקשרים רשמיים למיניהם (ראו בהמשך). בעת תהליכי החקיקה של חוק הלאום הועלתה, כפי שנראה להלן, הטענה שסימן 82 לדבר המלך במועצה איבד את תוקפו המשפטי, ולמעשה בוטל בעקיפין על ידי החקיקה הישראלית המעניקה בכורה לשפה העברית במגוון נושאים, מאחר שבכורה זו אינה מתיישבת עם התפיסה העקרונית של סימן 82. אולם, כפי שנראה מפסיקת בית המשפט העליון, תפיסת בית המשפט היא שסימן 82 תקף ומהווה בסיס למעמדה הרשמי של הערבית, אלא

2 דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947, כפי שחוקן באמצעות סעיף 15(ב) לפקודת סדי השלטון והמשפט, תש"ח-1948.

### 3. "דבר המלך במועצה" – שתי שפות רשמיות

שיש לפרש אותו באופן המעניק לשפה העברית את המעמד הבכיר הראוי במדינה יהודית ודמוקרטית.

.4

#### הפסיקה: "שפה רשמית שנייה"

באשר לפסיקה, הדיון המקיף ביותר במעמד המשפטי של הערבית לפני קבלת חוק הלאום התקיים במסגרת בג"ץ עדאלה, שחייב בפסק דין שניתן ב־2002 בעקבות עתירה של ארגון עדאלה, את הרשויות המקומיות שיש בהן אחוז ניכר של תושבים ערבים לכלול כיתוב ערבי בשלטי החוצות.<sup>4</sup> בפסיקה זו קובעים שופטי הרוב, הנשיא ברק והשופטת דורנר, כי לערבית מעמד רשמי בישראל, ואילו השופט חשין, שהיה בדעת מיעוט ופסק נגד קבלת העתירה, נדרש להגדרה זו בלי לאמץ אותה, אך גם בלי לשלול אותה. מאחר שבמהלך הדיונים על חוק הלאום הועלתה, כפי שנראה להלן, הטענה שסימן 82 אינו עוד בתוקף, ראוי להדגיש כי שלושת השופטים בעניין עדאלה פסקו כי דבר חקיקה הוזה תקף, אם כי הם נחלקו בדעותיהם באשר להשלכות של הוראה זו על המקרה הנדון.

פסק הדין של הנשיא ברק קובע כי הערבית היא שפה רשמית בישראל לפי סימן 82 לדבר המלך במועצה. אף על פי שסימן 82 אינו חל, לדעתו, במישרין על המקרה הנדון, והכרעתו בו מבוססת בעיקרה על שיקולים אחרים, כגון תכלית החקיקה וזכויות שונות המושפעות מהשימוש בשפה, הנשיא ברק קובע שהמעמד הרשמי שסימן 82 מקנה לערבית משליך באופן כללי ורחב על היחס הראוי לשפה זו:

12. סעיף 82 לדבר המלך במועצה 1922 [...] קובע כי עברית וערבית הן שפות רשמיות. הוא מוסיף וקובע כי חובה היא לפרסם את כל הפקודות, המודעות הרשמיות והטפסים הרשמיים של הממשלה בערבית ובעברית. כן נקבע כי זכותו של אדם היא להשתמש באחת משתי השפות הללו במשרדי הממשלה ובבתי המשפט [...] הוראות אלה עניינן השלטון המרכזי, ואין הן נוגעות במישרין לעניין שלפנינו, שעניינו השלטון המקומי [...]

13. המסקנה היא אפוא כי סעיף 82 לדבר המלך במועצה 1922 איננו מקור נורמטיבי חיצוני שניתן להסיק ממנו חובה לכיתוב

4 בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו (5) 393 (2002) (להלן: עניין עדאלה).

בערבית בשלטים העירוניים. מכאן אין נובע כי לסעיף 82 לדבר המלך במועצה 1922 אין כל חשיבות לפתרונה של הבעיה הניצבת בפנינו. אכן, סעיף זה קובע הוראה בעלת חשיבות רבה. מכוחה נקבע כי הערבית היא שפה רשמית. בכך ניתן לה "מעמד נעלה במיוחד" (השופט מ' חשין ברע"א 12/99 מרעי נ' סאבק, פ"ד נג(2) 128, 142). אין דינן כדין שפות אחרות שאזרחי המדינה או תושביה דוברים אותן. ממעמד מיוחד זה נובעות במישורן זכויות וחובות כלפי השלטון המרכזי. עם זאת, אין מעמד מיוחד זה מתמצה אך באותן זכויות וחובות הנובעות ממנו במישורן. מעמדה הרשמי של שפה מקרין עצמו אל תוך גופו של המשפט הישראלי, ומשפיע על פעולתו. השפעה זו מתבטאת, בין השאר, במשקל שיש ליתן לרשמיותה של השפה במכלול השיקולים שבעל סמכות צריך להתחשב בהם שעה שהוא מפעיל סמכות שלטונית. מקומה "הגיאומטרי" של השפעה זו הוא במסגרת פרשנותה של הסמכות השלטונית על פי תכליתה. זהו המקור השני (הפנימי) אליו נפנה עתה.<sup>5</sup>

כך גם בפסקה 25:

רבות הן השפות שמדברים הישראלים, אך רק ערבית – בצד העברית – היא שפה רשמית בישראל. לערבית ניתן אפוא מעמד מיוחד בישראל. למעמד זה אין תחולה ישירה בענייננו, אך יש לו תחולה עקיפה.<sup>6</sup>

ברור ש"מעמד מיוחד" של הערבית מופיע כאן לא בניגוד ל"רשמיות" של הערבית אלא כאפיון שלה. אשר למעמד העברית, הנשיא ברק חוזר וקובע, מתוך הפניה לפסיקה קודמת, את מעמד הבכורה של העברית בישראל כאחד הביטויים המרכזיים להיותה מדינה יהודית ודמוקרטית:

20. מדינת ישראל היא מדינה "יהודית ודמוקרטית" (ראו סעיף 1א' לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). אחד הביטויים החשובים של אופייה זה של מדינת ישראל הוא בהיות שפתה העיקרית עברית (ראו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל,

5 שם, פס' 13.

6 שם, פס' 25.

פ"ד נד(1) 281; ראו גם D. Kretzmer, *The Legal Status of* "קיומה של הלשון העברית, פיתוחה, שגשוגה והגברתה הינם ערך מרכזי של מדינת ישראל" (ע"א 105/92 הנ"ל, בעמ' 208).<sup>7</sup>

השופטת דורנר הגיעה בפסק דינה לאותה מסקנה אופרטיבית, אולם דרך ההנמקה שלה שונה, ולשיטתה סימן 82 חל במישרין על המקרה הנדון. במישור העקרוני פסק דינה מאמץ הן את הרשמיות של הערבית, על פי סימן 82, הן את הבכורה של העברית, לנוכח "התחיקה המעניקה עדיפות לשפה העברית" ועל רקע היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית: פסק הדין קובע כי סימן 82 צריך להתפרש על פי העקרונות האלה. פסק דין זה עושה שימוש בביטויים המפורשים "לשון רשמית שנייה" – על הערבית, ו"הלשון הרשמית הראשונה" על העברית:

6. ככלל, עקרון השוויון בין יהודים לערבים חל על זכויות אישיות. לכלל זה יוצאים מן הכלל אחדים, ובהם ההכרה בשפה הערבית כלשון רשמית שנייה, לצד השפה העברית. ראו יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (תשנ"ו), בעמ' 44.

את סימן 82, המעניק לערבית מעמד של שפה רשמית, יש לפרש בראש ובראשונה על רקע התחיקה המעניקה עדיפות לשפה העברית, שפת הרוב, ולמעמדה הבכיר של השפה העברית במדינה היהודית והדמוקרטית, שפה שהיא "אחד מהכוחות המאחדים אותנו כעם" (השופט ברק בע"א 105/92 **ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית**, פ"ד מז(5) 189, בעמ' 208 (להלן: ע"א ראם)).

במדינת ישראל הערבית אינה עוד שפתה של אחת מהקהילות הנשלטות על-ידי בריטניה, אלא שפת המיעוט, אשר בהכרות העצמאות הובטח לו – ככל אזרחי המדינה – חופש לשון, חינוך ותרבות. את סימן 82, כפי שתוקן עם הקמת המדינה, יש לפרש על-פי תכליתו במדינת ישראל היהודית והדמוקרטית. ראו: בג"ץ 680/88 **שניצר נ' הצנזור הצבאי**, פ"ד מב(4) 617; ע"א ראם, בעמ' 199.

7. המסקנה היא אפוא כי בעוד שהעברית היא הלשון הרשמית הראשונה של מדינת ישראל בהיותה השפה הלאומית של הרוב,

הרי שמעמדה של הערבית כשפה רשמית על-פי סימן 82 המתוקן נועד לקיים את חופש הלשון, הדת והתרבות של המיעוט הערבי.<sup>8</sup>

השופט חשין, שביקש ברעת מיעוט לדחות את העתירה, אינו מאמץ את הגדרת הערבית כשפה רשמית אך גם אינו שולל אותה. הוא חוזר על משפט שלו שהופיע בפסק דין קודם: "השפה הערבית בארצנו, נודע לה מעמד נעלה במיוחד, ויש אף הגורסים כי שפה 'רשמית' היא (יהא-אשר-יהא פירוש המושג 'רשמית')". הדגש בדבריו הוא על כך שאין להסיק מהביטוי "שפה רשמית" המופיע בכותרת של סימן 82, שהוא ביטוי כוללני ומעורפל הניתן לפירושים שונים בהקשרים שונים, מסקנות משפטיות מעשיות בנושאים ספציפיים מעבר למה שכלול בהוראות המפורטות המופיעות בסימן זה. אילו הייתה לשופט חשין עמדה ברורה שאין לערבית מעמד רשמי, ספק אם היה היגיון, לשיטתו, לנמק באריכות מדוע רשמיות זו אינה מחייבת את קבלת העתירה. פסק דינו בנוי כולו על ניתוח מפורט של סימן 82. לא זו בלבד שאין הוא מפקפק בתוקפו, אלא שהוא מסתמך עליו הרבה יותר מהנשיא ברק, שלשיטתו, כפי שראינו, יש למקור זה (ודווקא למושג "שפה רשמית" המופיע בכותרתו) השלכה עקיפה, ועקיפה בלבד, על ההכרעה המשפטית בנושא השילוט. מסקנתו של השופט חשין היא שאומנם שלטי החוצות בערים הם בגדר "מודעות רשמיות" מטעם השלטון המקומי שלפי סימן 82 אמורות להתפרסם גם בערבית, אולם מאחר שחובה זו חלה, לפי לשון החוק, רק ב"באזורים שייקבעו על פי צו מאת הנציב העליון", אין להחילה על הרשויות המקומיות בישראל, שהרי לא השלטון המנדטורי ולא ממשלת ישראל פרסמו צווים כאלה:

10. המושג "שפה רשמית" – באשר הוא – מושג רב-משמעי הוא; שמא נאמר: מושג מעורפל הוא, ותחום פרישתו יכול שישתנה מזמן לזמן ומשיטת משפט אחת למישנה. האמירה כי שפה פלונית "שפה רשמית" היא ברוריטניה, יש בה כדי להעיד, לכל הדעות, על "מעמד נעלה במיוחד" שאותה שפה קנתה לה במדינה (ראו רע"א 12/99 מרעי נ' סאבק, פ"ד נג(2) 128, 142), ואולם נתקשה להסיק מסקנות משפטיות בנות-פועל וחד-משמעיות מעצם היותה של שפה פלונית "שפה רשמית". [...]

נושא השפה עדין הוא מכרי שניתן יהא למותחו או לכווצו כרצון איש ואיש. שיקולים אלה בעיקר הביאוני לכתוב בפרשת מרעי נ' סאבק (שם, 142) כי "השפה הערבית בארצנו, נודע לה מעמד

נעלה במיוחד, ויש אף הגורסים כי שפה 'רשמית' היא (יהא- אשר-יהא פירוש המושג 'רשמית'). "באותו מקרה סברתי כי יש להטמיע אותו "מעמד נעלה במיוחד" של השפה הערבית בנושא הזכות לבחור שעמדה שם לדיון, ובפירושו של החוק ביכרתי לבחור – מבין חלופות-הפירוש השונות – ב"אותו פירוש המכיר במעמדה של השפה הערבית והמקדם שוויון בזכות לבחור ובזכות להיבחר" (שם, 142). 11. אשר לענייננו-שלנו. עד שנבוא אל סימן 82 גופו, לא נוכל להימנע מהעיר כי בנושא מעמדן של הלשונות ה"רשמיות" בישראל חיים אנו מפי דבר-המלך שנחקק לפני שמונים שנים, לא פחות [...]

12. ולפירושו של סימן 82 גופו: ראשית לכל נאמר, כי המושג "שפות רשמיות" (נעדיף לומר: "לשונות רשמיות") בא אך בכותרת השוליים לסימן 82 שלדבר המלך, ובגופו של הסימן הורנו המחוקק פירושה ופירוטה של אותה "רשמיות". החוק מבחין בין חובתו של השלטון המרכזי (the Government) לבין חובתו של השלטון המקומי (local authorities) [...]

15. כללם של דברים: שילוט-חוצות של הרשויות המקומיות יש וראוי לראותו כבא בגדר המושג "official notices" שבסימן 82 לדבר המלך; אלא שהנציב העליון לא ציווה כל צו כסמכותו בסימן 82, וממילא אין מוטלת על הרשויות המקומיות כל חובה לפרסומו של שילוט חוצות [...] בשפות העברית והערבית [...]

16. מדברים שאמרנו ומפירוש שפירשנו את סימן 82 לדבר המלך עולות כמה מסקנות חשובות לענייננו: ראשית לכול, המושג "שפה רשמית" אינו משמיע, כשהוא לעצמו, כל מסקנה בת-פועל משפטי. אכן, כינויה כ"רשמית" מקנה לשפה מעמד נעלה, אך אין להסיק מאותו מעמד מסקנה משפטית אופרטיבית אלא בנסיבות שהדבר נדרש ובכפפות לדבר החוק [...] נשמור אפוא דרכנו; ניזהר, ולא נסיק מסקנה משפטית אופרטיבית מ"רשמיותה" של שפה אלא אם ידרש הדבר כתוצאה מהחלתו של עיקרון יסוד אחר במשפט. כך, למשל, למימושה הראוי של הזכות לבחור ולהיבחר כהילכת מרעי נ' סאבק.<sup>9</sup>

לסיכום בעניין **עדאלה**: שניים משופטי ההרכב קובעים שהערבית היא שפה רשמית ומציינים את מעמד הבכורה של העברית, ושופט אחד מוזכר הגדרה זו בלי לאמץ אותה וכלי לדחותה; שלושת השופטים רואים בסימן 82 לדבר המלך במועצה מקור משפטי מחייב, אם כי הם חלוקים בעניין מידת הרלוונטיות שלו למקרה הנדון. עמדת היועץ המשפטי לממשלה שנמסרה לבית המשפט בנושא זה משקפת היטב את התפיסה המקובלת: העברית היא "שפה רשמית עיקרית", ואילו הערבית היא "שפה רשמית שניה".<sup>10</sup>

בפסק הדין בעניין **נאשף**, שניתן מאוחר יותר, ב-2013,<sup>11</sup> ובו התעוררה מחלוקת בשאלת החובה לפרסם הודעות רשמיות מסוימות גם בעיתונות הערבית, לצד זו העברית, המעמד הרשמי של השפה הערבית אינו מעורר היסוסים או ספקות בקרב שופטי ההרכב שדן בנושא. השופט רובינשטיין קובע בפסקה ב לפסק דינו כי "כידוע, לשפה הערבית מעמד של שפה רשמית במדינת ישראל", בעוד שהערבית היא "הלשון הדומיננטית במדינה, שפת הרוב והשפה הרשמית הראשונה". השופט ג'ובראן קובע בפסקה 20 לפסק דינו כי "השפה הערבית, לצד השפה העברית, היא שפה רשמית בישראל, וזאת מכוח סימן 82 לדבר המלך במועצה, 1922"; הוא בונה את הכרעתו בעניין זה במידה רבה על ניתוח המשמעויות המעשיות של הוראות סימן 82, ובין היתר מצטט מתוך הסכמה את דברי השופטת דורנר בפסקה 7 לפסק דינה בעניין **עדאלה**, שציטטנו לעיל, ולפיהם "בעוד שהערבית היא הלשון הרשמית הראשונה של מדינת-ישראל, בהיותה השפה הלאומית של הרוב, הרי שמעמדה של הערבית כשפה רשמית על-פי סימן 82 המתוקן ועל ידי ביטול המעמד הרשמי של האנגלית] נועד לקיים את חופש הלשון, הדת והתרבות של המיעוט הערבי".<sup>12</sup> השופט הנדל "מסכים לפסק דינו המקיף והמעורר מחשבה של חברי השופט ס' ג'ובראן, ולהערות החשובות של חברי השופט א' רובינשטיין".

התמונה העולה משני פסקי דין אלו בעניין המעמד הרשמי של הערבית כפי שהוא משתקף בפסיקה לפני קבלת חוק הלאום נראית ברורה. ואולם, במהלך הדיונים על חוק הלאום הועלתה הטענה כי

## 5. סימן 82 במשפט הישראלי - ביטול או שינוי?

10 שם, פס' 3 לפסק הדין של השופט חשין.

11 ע"א 4926/08 נאשף נ' הרשות הממשלתית למים וביוב (נבו 9.10.2013) (להלן: עניין נאשף).

12 שם, פס' 26.

לאמיתו של דבר השפה הערבית לא הייתה שפה רשמית בישראל. טענה זו התבססה על שוויון המעמד בין הערבית לעברית לפי סימן 82 לדבר המלך במועצה. לפי טענה זו, מאחר שה"רשמיות" של שתי השפות, לפי סימן 82, פירושה מעמד שווה, רק משטר של דו-לשוניות מלאה בישראל היה עומד בדרישה זו; ומאחר שברור כי משטר כזה אינו מתקיים למעשה בישראל, וגם אינו אמור להתקיים לפי הפסיקה, הרי שהערבית אינה שפה רשמית; יש לראות בשורה של חוקים שהתקבלו לאורך הזמן, שהעניקו לשפה העברית מעמד של בכורה בתחומים שונים, ביטול משתמע של סימן 82 ושל המעמד הרשמי של שפה הערבית שנקבע בו; לשפה הערבית בישראל יש אומנם מעמד מוכר בשורה של תחומים, גם מכוח הנוהג וגם לפי חוקים העוסקים בנושאים ספציפיים שונים, ומעמד זה הוכר בפסיקה, אולם אין זה מעמד של שפה רשמית כמשמעותה בסימן 82, שהיא המשמעות המשפטית היחידה של הביטוי "שפה רשמית" בישראל. את הטיעון הזה העלה אביעד בקשי בחיבורו "האומנם הערבית שפה רשמית בישראל", שהוא נייר עמדה שפרסם המכון הישראלי לאסטרטגיה ציונית.<sup>13</sup>

אביעד בקשי שולל, כאמור, את ה"הנחה מקובלת בציבור גורסת כי בישראל קיימות שתי שפות רשמיות: עברית וערבית", כפי שנאמר במשפט הפתיחה של נייר העמדה שלו.<sup>14</sup> בשום מקום בנייר העמדה אין הוא שולל את היותה של שהערבית "שפה רשמית שנייה" – ניסוח שנראה לי תיאור מדויק יותר הן של ההנחה המקובלת בדבר מצב הדברים, הן של הפסיקה בנושא זה – מאחר שהטיעון המרכזי שלו הוא, כאמור, כי רק שפה שוות מעמד לכל דבר ועניין עם העברית יכולה להיות "שפה רשמית" כמשמעותה בסימן 82, ורק דו-לשוניות מלאה הייתה יכולה להיחשב למילוי הוראותיו. אם כך, ברור ששפה אינה יכולה להיות גם "רשמית" וגם "שנייה". אין המחבר בוחן את האפשרות שהחקיקה הישראלית שהוא מפנה אליה אכן תיקנה את סימן 82 אולם לא ביטלה אותו כליל, ומשום כך היא גם שינתה את משמעות הרשמיות של השפה הערבית המופיעה שם, מבלי לבטלה. בכך נוצר מצב משפטי חדש שנכון לתארו, וכך הוא גם מתואר בפסיקה, מעמד של שפה רשמית שנייה לערבית בישראל.

13 אביעד בקשי, האמנם הערבית שפה רשמית בישראל, ירושלים: המכון לאסטרטגיה ציונית, 2011.

14 לעניין "ההנחה המקובלת" בעניין מעמדה הרשמי של השפה הערבית, לצד מעמד הבכורה של העברית, לפני קבלת חוק הלאום, ראו למשל אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, כרך א, עמ' 97-105, ירושלים ותל אביב: שוקן, 1996 (מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה).



אין ספק שסימן 82 אינו מעניק לשפה העברית כל יתרון על הערבית, ושמילוי הוראותיו כפשוטן – יהיה מה שיהיה הפירוש המדויק של כל אחת מהן – אכן היה יוצר בישראל משטר של דו־לשוניות מלאה, שהוא רחוק מאוד מהמציאות הישראלית.<sup>15</sup> כפי שראינו, בפסק דינה בעניין עדאלה, שבו היא מסיקה את החובה המשפטית של רשויות מקומיות לפרסם שלטים גם בערבית ישירות מהוראות סימן 82, השופטת דורנר קובעת כי "את סימן 82, המעניק לערבית מעמד של שפה רשמית, יש לפרש בראש־ובראשונה על־רקע התחיקה המעניקה עדיפות לשפה העברית, שפת הרוב, ולמעמדה הבכיר של השפה העברית במדינה היהודית והדמוקרטית";<sup>16</sup> את המשפט הזה ציטט בהסכמה השופט ג'ובראן בפסק דינו בעניין נאשף.<sup>17</sup> יש להניח ש"מעמדה הבכיר" של העברית "במדינה יהודית ודמוקרטית" מבוסס מבחינה משפטית על חוקי היסוד הכוללים את הביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית", ואילו "התחיקה המעניקה עדיפות לשפה העברית" היא, מן הסתם, אותה שורה של חוקים בנושאים ספציפיים שאביעד בקשי מונה ומנתח בחיבורו, "דוגמת: חוק סדר הדין הפלילי, חוק השיפוט הצבאי, תקנות סדר הדין האזרחי, חוק לשכת עורכי הדין, חוק האזרחות, חוק התכנון והבנייה, חוק הבחירות לכנסת, ותיקון פקודת הרופאים".<sup>18</sup> לפי תפיסתו של בקשי, חוקים אלו מבטלים כליל את סימן 82 ואת מעמדה הרשמי של הערבית המבוסס עליו:

לאור הגדרתה הגורפת של "שפה רשמית" [בסימן 82], ניתן לומר כי לערבית מעמד חוקי בישראל בתחומים ספציפיים שונים אך המעמד של שפה רשמית אותו העניק לערבית אותו סימן 82 עבר ובטל מן העולם [...] סיכומו של דבר, חקיקה מאוחרת ביטלה למעשה את סימן 82 וכך גם המדיניות והפסיקה בישראל

15 למעשה, גם בפלשתינה־א"י המנדטורית לא התקיים בפועל שוויון מלא במעמדן הרשמי של השפות המוזכרות בסימן 82, כי הרי ברור שהאנגלית הייתה השפה הדומיננטית בפעולות השלטון ובמרחב הציבורי. ניתן אף לראות אינדיקציה לבכורה של השפה האנגלית במשפט הסיום של סימן 82 עצמו, הקובע שהנוסח האנגלי הוא הנוסח המחייב "של כל פקודה או מודעה רשמית או טופס רשמי" במקרה של סתירה בינו לבין הנוסח הערבי או העברי. ספק אפוא אם ניתן להחיל את הכלל "אם אין שוויון מלא במעמד השפות, אין סימן 82" אפילו על סימן 82 המקורי ועל ימי המנדט. אם רוצים לראות בסדר אזכורן של השפות הרשמיות בסימן 82 אינדיקציה למעמדן, אפשר למצוא הצדקה לבכורה של האנגלית; אולם במקרה כזה צריך לומר שמעמד הערבית גבוה יותר מזה של העברית – מה שמבהיר ביתר שאת שקליטת הסימן הזה במשפט הישראלי אינה יכולה להיות ללא שינוי.

16 עניין עדאלה (לעיל הערה 4), פס' 6.

17 עניין נאשף (לעיל הערה 11), פס' 26.

18 בקשי (לעיל הערה 13), עמ' 4. ראו סקירה מפורטת בעניין זה שם, עמ' 10–14.

מעניקות מעמד של שפה רשמית אך ורק לשפה העברית [...]. לאור ההגדרה הטוטלית של המונח "שפה רשמית" עליו עמדתו בפרק הקודם, הרי שדי להוכיח כי המחוקק שולל מן הערבית את מעמדה זה בכמה מקרי מפתח, בכדי לקבוע כי המחוקק איננו רואה עוד בערבית שפה רשמית. במקרה כזה, יוסברו אותם דברי חקיקה אשר כן מחייבים שימוש בשפה הערבית כהטלת חובה על נגישות לשונית בשפה הערבית לשירותי המדינה.<sup>19</sup>

אם שואלים מתי בפעם הראשונה תיקן המחוקק הישראלי, במשתמע, את סימן 82 והעניק מעמד של בכורה לעברית, ניתן אולי לטעון שהדבר קרה עוד לפני חקיקתם של החוקים הספציפיים שבקשי מזכיר בסקירתו, ובוודאי לפני ש"המדינה היהודית והדמוקרטית" עוגנה בחוקי היסוד. פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 קבעה בסעיף 11 כי המשפט שנהג בארץ ישראל ערב הקמת המדינה "יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה, ובשנויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה". ניתן לטעון שהפיכת העברית לשפה רשמית ראשונה היא חלק מה"שינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה", תוצאה טבעית מעצם הקמתה של מדינת ישראל, גם בלי צורך בחקיקה מפורשת – אם כי הדבר מעולם לא עמד למבחן משפטי, אולי משום שהיה מובן מאליו. שינוי זה, שבא לידי ביטוי בהמשך בשורה של חוקים ספציפיים המשקפים את מעמד הבכורה של העברית, בוודאי תיקן את סעיף 82 ושינה את משמעות המעמד הרשמי של הערבית, אבל אין כל סיבה לומר שהוא ביטל אותם כליל. מכל מקום, כפי שראינו, לא זה מה שאומרת פסיקת בית המשפט העליון בנושא. בקשי מבקש למעט בחשיבותן המשפטית של האמירות של שופטי בית המשפט העליון הקובעות שיש לערבית מעמד רשמי. הוא מזכיר את העובדה כי בעניין עדאלה לא התבססו נימוקיו העיקריים של הנשיא ברק לקבלת העתירה על המעמד הרשמי של הערבית לפי סימן 82:

ברק מוסיף לכך שהערבית שפה רשמית אך ממחר להדגיש כי אין לכך תחולה ישירה בסוגיה אלא זו אינדיקציה למעמדה המיוחד של השפה הערבית בציבוריות הישראלית ולמעמדם המיוחד של דובריה המצדיק התייחסות מיוחדת. כך מותר ברק שוב בערפל את השאלה האם לערבית מעמד אפקטיבי של שפה רשמית או שמא מדובר במלל שאין אחריו דבר. בשורה התחתונה, על אף

שהנשיא ברק משתמש בביטוי "שפה רשמית" ביחס לערבית, הוא נמנע לחלוטין מלבסס על כך את פסק דינו.<sup>20</sup>

אם רואים במשטר דו־לשוני מלא את הגרסה האפשרית היחידה של מתן מעמד רשמי לערבית, אכן ניתן וראוי לפקפק ב"אופרטיביות" של המעמד הרשמי של הערבית כפי שהוא מופיע בפסק דין זה, כמו בפסקי דין אחרים של שופטי בית המשפט העליון. ואולם, כאמור, לא זו התפיסה המשתקפת בפסיקה. אומנם המעמד הרשמי של הערבית לא היה הבסיס העיקרי להכרעתו של הנשיא ברק בנושא זה, אך האם מדויק לומר שהוא "נמנע לחלוטין" לייחס לו משקל משפטי? כפי שראינו, הוא קובע כי –

המסקנה היא אפוא כי סעיף 82 לדבר המלך במועצה 1922 איננו מקור נורמטיבי חיצוני שניתן להסיק ממנו חובה לכיתוב בערבית בשלטים העירוניים. מכאן אין נובע כי לסעיף 82 לדבר המלך במועצה 1922 אין כל חשיבות לפתרונה של הבעיה הניצבת בפנינו [...] מעמדה הרשמי של שפה מקרין עצמו אל תוך גופו של המשפט הישראלי, ומשפיע על פעולתו. השפעה זו מתבטאת, בין השאר, במשקל שיש ליתן לרשמיותה של השפה במכלול השיקולים שבעל סמכות צריך להתחשב בהם שעה שהוא מפעיל סמכות שלטונית [...] <sup>21</sup>

רבות הן השפות שמדברים הישראלים, אך רק ערבית – בצד הערבית – היא שפה רשמית בישראל. לערבית ניתן אפוא מעמד מיוחד בישראל. למעמד זה אין תחולה ישירה בעניינינו, אך יש לו תחולה עקיפה.<sup>22</sup>

מכל מקום נראה שגם אילו היה המעמד הרשמי של הערבית, לדעת הנשיא ברק, בלתי רלוונטי לחלוטין לנושא השילוט העירוני, לא היה הדבר אמור לפגוע בתוקפה של ההכרה המפורשת במעמד זה הכלולה בפסק דינו.

20 שם, עמ' 29–30.

21 עניין עדאלה (לעיל הערה 4), פס' 13.

22 שם, פס' 25.

.6

## משמעותה המעשית ומשמעותה הסמלית של ה"רשמיות"

לדעת בקשי, החוקים, התקנות וההסדרים המעשיים המקנים מעמד לשפה הערבית נועדו, בעיקרם, להבטיח את זכויותיו הלשוניות של המיעוט הערבי ואת נגישותו למוסדות השלטון – מטרה ראויה לדעתו – ואילו ההסדרים בעניין השפה העברית

מבטאים לשיטתו, מעבר להיבט הפרקטי של הבטחת צורכי אוכלוסיית הרוב, גם את ההיבט העקרוני והסמלי של מעמדה כשפתו הלאומית של העם היהודי במדינת הלאום שלו.<sup>23</sup> בנושא זה נראה שיש קרבה רבה בין דעתו לבין התפיסה שבאה לידי ביטוי, כפי שראינו, בפסק דינה של השופטת דורנר בעניין עדאלה (שלא ראתה באופי המוגבל יחסית של מטרה זו בנוגע למעמד הערבית דבר הפוגם במעמדה הרשמי):

המסקנה היא אפוא כי בעוד שהעברית היא הלשון הרשמית הראשונה של מדינת-ישראל בהיותה השפה הלאומית של הרוב, הרי שמעמדה של הערבית כשפה רשמית על-פי סימן 82 המתוקן נועד לקיים את חופש הלשון, הדת והתרבות של המיעוט הערבי.<sup>24</sup>

ואולם חלק ניכר מה"סטטוס קוו" המושרש בנוגע למעמד השפה הערבית בישראל חורג בבירור מכל מה שניתן לתאר כהתחשבות בצרכים המעשיים של דוברי הערבית שאינם דו-לשוניים באופן מלא, או בצורך של הערבים כציבור לשמור על לשונם ותרבותם (צורך חשוב שקיומה של מערכת החינוך בערבית אמור להבטיח). הכיתוב בערבית מופיע על המטבעות ועל שטרות הכסף של המדינה, כמו על בולי הדואר שלה, לא משום שיש חשש שאחרת אזרחים ערבים לא יבינו בכמה שקלים מדובר, או משום שיש צורך מעשי לתרגם את המילה "ישראל" גם לערבית. הזכות של חברי כנסת ערבים לשאת דברים בערבית במליאת הכנסת (שהם ממעטים להשתמש בה) לא נועדה בשלב זה להקל עליהם מבחינה לשונית (אם כי ייתכן שהמצב היה אחר בשנים הראשונות של המדינה). אלו הסדרים בעלי משמעות סמלית מובהקת. זאת ועוד – יש גם משמעות סמלית רבה להסדרים שעיקר מטרתם המקורית הייתה, אולי, להקל על דוברי הערבית בארץ הקלה מעשית – לרבות שאלת השילוט העירוני שנדונה בעניין עדאלה (שבו המחלוקת המעשית הייתה אם הכיתוב בערבית יופיע גם

23 עם זאת הוא מציין שיש גם מקרים שמדובר בהם בתערובת של סיבות פונקציונליות וסמליות, ואף בעניינים הנראים כבעלי משמעות סמלית בלבד – כמו התיקון לחקנות התעבורה, שלפיו המילה "ישראל" תופיע על לוחיות הזיהוי של מכוניות בעבריה ובערבית. בקשי (לעיל הערה 13), עמ' 15.

24 עניין עדאלה (לעיל הערה 4), פס' 7.

ברחובות צדדיים בשכונות שאין בהן אוכלוסייה ערבית משמעותית). אולם הסמליות שבה מדובר אינה כלל אותה הסמליות שאליה מתכוון מי שמפרש את המעמד הרשמי של הערבית כשם קוד למשטר דו־לשוני מלא, שהוא עצמו שם קוד למדינה דו־לאומית. יש לומר כי לפרשנות כזאת יש אכן בסיס איתן בתביעות הפומביות של הנהגת הציבור הערבי בישראל, אבל אין לה שום יסוד בפסיקת בית המשפט העליון. בית המשפט טורח לומר בפסיקתו בנושא, באופן עקבי וחד־משמעי, את ההפך מכך.

מה שהסדרים בנושא מעמד הערבית בישראל מסמלים, תחת הכותרת של "שפה רשמית שנייה", היא ההכרה בכך שהערבית בישראל אינה שפה זרה, וגם לא שפת המוצא של קהילת מהגרים, אלא שפת האם של מיעוט גדול מאזרחי מדינת ישראל, שפתו הלאומית של מיעוט זה ומרכיב מרכזי בזהותו התרבותית. משום כך, מתן מעמד ממלכתי מכובד לשפה הערבית הוא ביטוי של כבוד לדובריה, המדגיש את היותם חלק בלתי נפרד מהמדינה ומציבור האזרחים הישראלי. דבר זה, שלמדינת ישראל, כמדינה, יש עניין רב בהדגשתו, אמור להיות מובן מאליו, אבל אינו מובן מאליו כלל בנסיבות הקשות של סכסוך לאומי מתמשך, שהוא רקע בלתי נמנע לכל מערכת היחסים בין הרוב היהודי למיעוט הערבי בישראל. משום כך, כל פגיעה במעמד הערבית, פגיעה סמלית לא פחות (ולעיתים אף יותר) מפגיעה מעשית, נתפסת על־ידי ציבור דוברי הערבית כביטוי של חוסר כבוד וכפגיעה במעמדו האזרחי. התווית ה"רשמית" ביחס למעמד הערבית בישראל, שהייתה מקובלת במשך עשרות שנים, נהפכה מטבע הדברים למה שניתן להגדיר כנכס רגשי של ציבור דוברי הערבית, כפי שמעמד מוכר של שפת מיעוט בכל מדינה שבה קיים הסדר כזה הוא נכס רגשי חשוב של המיעוט הזה. ושלילתו של נכס כזה היא, כשלעצמה, פגיעה ב"מעמד שניתן בפועל" לשפה הערבית, גם אם מניחים ששום הסדר מעשי לא ישתנה.

המעמד שניתן בפועל לשפה הערבית בישראל לפני קבלת חוק הלאום רחוק איפה מדו־לשוניות מלאה ומדו־לאומיות משתמעת – גם במישור המעשי וגם במישור הסמלי. הוא מייצג את הפרשנות שניתנה בפסיקה הישראלית ל"רשמיות" של הערבית על פי סימן 82 כפי שהוא מותאם למשפט הישראלי. מאחר שהמשמעות שניתנה בישראל למעמד הרשמי של הערבית ברורה למדי בקווים כלליים, אין צורך להיכנס כאן לדיון השוואתי מפורט במשמעויות שניתנו במדינות שונות לניסוחים כאלה ואחרים הקובעים מעמד רשמי, ברמה זו או אחרת, לשפות שונות. ברור שיש גיוון רב הן בניסוחים הן במשמעויות המעשיות שניתנו לניסוחים האלה, בהתאם לנסיבותיה של כל מדינה. נסתפק רק בדוגמה אחת, המבהירה עד כמה גמיש יכול להיות השימוש בניסוחים כאלה. ניו־זילנד קיבלה, בפעם הראשונה ב־1987 ובנוסח מרחיק לכת יותר ב־2016, חוק המסדיר את מעמדה של השפה המאורית – Maori Language Act. מטרתו המוצהרת של החוק היא להקנות לשפה המאורית "מעמד

נעלה במיוחד", אם נשתמש בלשונו של השופט חשין, בין היתר – אבל לא רק – באמצעות ההכרזה עליה כשפה רשמית (an official language). החוק מנוסח לפי מיטב הנורמות והרטוריקה של רבות-תרבותיות רדיקלית למדי, ובגוף החוק מביע המחוקק את צערו על העוולות שנעשו בעבר למורשתם התרבותית והלשונית של המאורים. במישור הסמלי, המגמות האלה מקבלות ביטוי חזק במיוחד: הנוסח המאורי של החוק באתר הרשמי של הפרלמנט קודם לנוסח האנגלי, ומונחים מאוריים לא-מתורגמים משובצים בטקסט האנגלי עצמו.

(2) The purpose of this Act is –

(a) to affirm the status of the Māori language as –

(i) the indigenous language of New Zealand; and

(ii) a taonga of iwi and Māori; and

(iii) a language valued by the nation; and

(iv) an official language of New Zealand; and

(b) to provide means to support and revitalise the Māori language.<sup>25</sup>

חלק 2,7 של החוק מסדיר את ה"זכות להשתמש במאורית בהליכים משפטיים". המעמד המוענק למאורית בפרק זה עולה בבירור על מעמד הערבית בהליכים משפטיים בישראל, אולם לא מדובר כלל בדו-לשוניות מלאה, וכל הפרק מבוסס על ההנחה שההליכים בבתי המשפט בניו זילנד מתנהלים בעיקרם באנגלית (מה שמתאים, כמובן, למציאות בתחום הזה). אשר למעמד השפה המאורית בפעולות המינהל, הפרק העוסק בכך מבהיר היטב עד כמה רחוקה התווית של "שפה רשמית" מלחייב באופן אוטומטי דו-לשוניות מלאה או משהו המתקרב לכך.

#### 9. Guidance for departments of State

(1) As far as is reasonably practicable, a department of State should, when exercising its powers and performing its functions, be guided by the following principles:

(a) iwi and Māori should be consulted on matters relating to the Māori language (including, for example, the promotion of the use of the language):

(b) the Māori language should be used in the promotion to the public of government services and in the provision of information to the public:

(c) government services and information should be made accessible to iwi and Māori through the use of appropriate means (including the use of the Māori language).

(2) This guidance does not confer on any person any legal right that is enforceable in a court of law.<sup>26</sup>

בפועל, מעמדה של המאורית במרחב הציבורי בניו זילנד חזק יותר ממה שמשמעת מניסוחים אלו, שהם זהירים עד מאוד. אולם ברור שאין זו התוצאה ההכרחית, מבחינה משפטית, מה"רשמיות" של שפה זו, שלפי לשון החוק היא רחוקה מלהבטיח דו־לשוניות מלאה אף יותר מבמציאות. השפה העיקרית בניו זילנד היא אנגלית; אולם היא אינה מוגדרת בשום חוק "שפה רשמית" (או "שפת המדינה", או "שפה לאומית", או ביטוי דומה מהביטויים הרווחים בתחום זה במדינות שונות). מי שייחס למונח "שפה רשמית", כשלעצמו, משמעות טבעית והכרחית מרחיקת לכת עלול לקבל רושם מוטעה לחלוטין מהעובדה שדווקא המאורית, ולא האנגלית, זוכה בחקיקה של מדינה זו לכינוי מפורש זה. ברור כי בעוד שלמתן מעמד רשמי לשפת מיעוט יש חשיבות סמלית ברורה, תוכנה המעשי של "הרשמיות" נקבע בכל מדינה לפי נסיבותיה; לא קיומו של מונח זה ולא היעדרו יכולים להכתיב, כשלעצמם, תוצאה הכרחית כלשהי.

לא הפרשנות המוסמכת שניתנה בפועל למעמד הרשמי של הערבית בישראל לפי סימן 82 של דבר המלך במועצה, ולא נורמה בינלאומית כלשהי, עקרונית או מעשית, הצדיקו אפוא את החששות שהועלו במהלך הדיונים בחוק הלאום מההשלכות הצפויות של הכללת ההכרה במעמד זה בחוק היסוד:

לפיכך ברגע שתקבע החוקה במדינת ישראל כי הערבית היא שפה רשמית הרי שבהכרח תיווצר מהפכה ערבית ביחס לאפשרות לפעול מול השלטון ומטעם השלטון בשפה הערבית. פסקי־דין, חוקים וטקסים ממלכתיים המנוהלים בערבית מהווים חלק הכרחי מהגדרת השפה הערבית כשפה רשמית [...]

ח"כ יצחק לוי הביע בדיון ועדת החוקה בנושא חשש שמא דווקא הביטוי שפה רשמית יתקבל כמקיף יותר מאשר הביטוי שפת המדינה. גם אם ח"כ לוי מרחיק לכת בחששותיו והביטוי "שפת המדינה" איננו נופל במשמעותו מן הביטוי "שפה רשמית", אין בכך בכדי לפגוע בסט המשמעויות הכרוך בביטוי האחרון. גם אם מבחינה סמלית הביטוי שפת המדינה ייתפס כבעל מעמד בכורה הרי שסוף סוף למונח הבינלאומי official language יש את המשמעות המעשית שלו ובשורה התחתונה נגיע בדיוק לאותה תוצאה מעשית של חסידי המודל השוויוני, מבלי שהתכוונו לכך.<sup>27</sup>

ההערה האחרונה מכוונת להצעה שהציע המכון הישראלי לרמוקרטיה לקבוע בחוק היסוד שהעברית היא שפת המדינה והערבית היא שפה רשמית, ובדרך זו ליצור מדרג של רשמיות בין שתי השפות. הטענה של בקשי נגד הצעה זו הייתה כי היא עלולה שלא להשיג את מטרתה המוצהרת בשל "סט המשמעויות" המתלווה בהכרח למונח "שפה רשמית". ואולם, כפי שראינו, "הכרח" כזה אינו קיים כלל בפסיקה הישראלית, וגם לא בנוהג הבינלאומי. מלבד זאת, כפי שראינו, הפסיקה הישראלית אינה רואה בערבית "שפה רשמית" סתם, אלא שפה רשמית שנייה, או שפה רשמית לצד העברית שהיא "שפתה העיקרית" של המדינה.

מטרתו המוצהרת של חוק הלאום בנושא הלשון הייתה לבצר את מעמד העברית כחלק מהאופי היהודי של המדינה מבלי לפגוע במעמד הערבית.

הפרשנות המוצעת כאן לסעיף 4 לחוק מגשימה את המטרה הזאת במלואה, ולא נראה שיש דרך אחרת להגשימה. בעקבות קבלת חוק היסוד מעמד הבכורה של העברית הוא נורמה חוקתית מפורשת. מול הדרישה שהושמעה במהלך החקיקה לעגן בגוף החוק גם את המעמד הרשמי של הערבית הועלו טענות וחששות שלפיהם לביטוי "שפה רשמית" יש משמעויות מרחיקות לכת העלולות לסתור את מעמד הבכורה של העברית, ומשום כך הכנסתו של ביטוי זה לחוק לא תגן על המעמד הקיים של הערבית, אלא תיצור שינוי דרמטי, עד כדי דו-לשוניות מלאה. ברור שאם כך מפרשים את הביטוי "שפה רשמית", לא זה היה המצב לפני קבלת חוק הלאום. רבים ממתנגדי החוק חלקו אומנם על הטענות האלה, אבל הן קיבלו חיזוק מסוים

## סיכום



מעמדתם המוצהרת של מנהיגי הציבור הערבי ונבחרי, שאכן מפרשים את המעמד הרשמי של הערבית לפי סימן 82 בדבר המלך במועצה ברוח זו. ייתכן שדברים אלו הם חלק מההסבר לכך שהביטוי "שפה רשמית" לא נכלל בסופו של דבר בגוף החוק – אם כי ברור שנוסח החוק היה נושא למאבקים פוליטיים שבהם היו לכל המעורבים שיקולים מורכבים ומגוונים. מכל מקום, המטרה המוצהרת שהמעמד בפועל של הערבית כפי שהיה לפני חקיקת חוק הלאום לא ייפגע כתוצאה מהוראותיו עוגנה בסעיף 4(ג) של החוק. כדי לדעת מהו אותו מעמד קודם של הערבית שאינו אמור להיפגע עתה אין מנוס אלא להסתמך על הפסיקה שהגדירה את המעמד הזה. פסיקה זו, כפי שראינו, אינה מערערת על מעמד הבכורה של העברית אלא מצהירה עליו במפורש. היא מסיקה אותו, בדרך פרשנית, בראש ובראשונה מאותו העיקרון שחוק הלאום נועד במוצהר לשרתו: היותה של ישראל מדינת לאום יהודית – וזאת, לצד מעמדה של הערבית כשפה רשמית שנייה.

הערה: פרק זה נכתב לפני שניתן פסק הדין של בג"ץ בעתירות נגד חוק הלאום.<sup>28</sup> אני שמח שבפסק הדין של הנשיאה חיות, שרוב השופטים הצטרפו אליו, נקבע שאכן, השפה הערבית מוסיפה להיות שפה רשמית בישראל גם לאחר חקיקת חוק הלאום – לצד מעמד הבכורה של השפה העברית כשפת המדינה העיקרית, כפי שנקבע בפסיקה לאורך השנים. קביעה זו מבוססת בעיקרה על מה שנאמר בסעיף 4(ג): "אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית לפני תחילתו של חוק-יסוד זה". פסק הדין מאשר את התפיסה המקובלת בדבר מעמדה הרשמי של השפה הערבית לפני קבלת חוק הלאום.



## שער חמישי: קיבוץ גלויות והקשר עם העם היהודי



## סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום - שבות וקיבוץ גלויות

---

אריאל בנדור

### פתיחה

1. סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום והכרזת העצמאות
2. שבות וקיבוץ גלויות כערכי ליבה של ישראל
3. היחס בין חוק יסוד לחוק
4. חוק השבות
5. סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום – התכלית הסובייקטיבית
6. סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום – בעיות פרשנות

סיום

1. עלייה יהודית וקיבוץ גלויות מבטאים, אולי יותר מכל מאפיין אחר של מדינת ישראל, את מהות המדינה – היותה מדינת הלאום של העם היהודי בהיבט הציוני.<sup>1</sup> להבדיל מסעיפים אחרים בחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק-יסוד: הלאום), סעיף 5 של חוק-יסוד: הלאום כמעט שלא עורר מחלוקת.<sup>2</sup> העדפה במדיניות ההגירה של קבוצה אתנית-לאומית מסוימת מקובלת בדמוקרטיה רבות בעולם;<sup>3</sup> ובהקשר של מדינת ישראל ניתן לתמוך את פתיחת המדינה לעלייה יהודית בתפיסה שבישראל מוגשמת זכות ההגדרה העצמית הלאומית של העם היהודי, שזכות זאת היא בעלת אופי קיבוצי, ושהזכות הקיבוצית של העם היהודי להגדרה לאומית בישראל כרוכה גם בזכות העם היהודי להעדיף בהגירה את בני קהילתו.<sup>4</sup> לא מפתיע אפוא כי עוד לפני חקיקת חוק-יסוד: הלאום היו שהציעו לחוקק חוק-יסוד: השבות, אשר יקנה לעקרונות השבות וקיבוץ הגלויות מעמד חוקתי על-חוקי.<sup>5</sup>

1 ראו אהרן ברק "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט כד, 9-11 (2000); חגי ויניצקי ושאל שארף הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי 43 (2017); רז נזרי "אתגר המדינה היהודית והדמוקרטיה – מתוכנית ההתנתקות ועד חוק הלאום" שורשים במשפט 1948-2019, 735, 340 (דינה זילבר עורכת 2020).

2 אף אחת מהעמירות הרבות שהוגשו נגד חוק-יסוד: הלאום לא תקפה את סעיף 5, אשר כמעט שאינו מוזכר בפסק הדין המונומנטלי שבו נדחו העתירות ברוב דעות. הסעיף אינו מוזכר כלל בדעת המיעוט של השופט ג'ורג' קרא, שסבר כי מן הדין לפסול את סעיף 1(ג): "מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי", את סעיף 4 (בעניין שפה), ואת סעיף 7 (בעניין התיישבות יהודית). ראו בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (נבו 8.7.2021) (להלן: פסק דין חסון).

3 ראו, למשל, אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א – עקרונות יסוד 403 (מהדורה שישית, 2005); אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם 224-239 (2003); ויניצקי ושארף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 18-20.

4 ראו חיים גנז "חוק השבות ואפליה מתקנת" עיוני משפט יט 693, 694-697 (1995); רובינשטיין ומדינה עקרונות יסוד, שם, בעמ' 403-406. להצדקות של עקרונות השבות וקיבוץ הגלויות בישראל ראו גם Nahshon Perez, *Israel's Law of Return: A Qualified Justification*, 31 MODERN JUDAISM 59 (2011); Dan Ernst, *The Meaning and Liberal Justifications of Israel's Law of Return*, 42 Isr. L. Rev. 564 (2009); Daphne Barak-Erez, *Israel: Citizenship and Immigration Law in the Vise of Security, Nationality, and Human Rights*, 6 INT'L J. CONST. L. 184, 185 (2008).

5 ראו, למשל, אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3, 57 (2004): "יש לכונן חוקי-יסוד חדשים, אשר החשובים שביניהם הם חוק-יסוד: שבות, אשר יעלה את חוק השבות [...] לדרגה חוקתית על-חוקית; וחוק-יסוד: החקיקה [...] (ההדגשות במקור); חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר 149 (2005): "מנסחי

2. פרק זה דן במשמעותו של סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום, כדי לברר אם וכיצד הסעיף משנה את המשפט הישראלי לנוכח עיגונם של עקרונות השבות וקיבוץ הגלויות בהכרזה על הקמת מדינת ישראל (להלן: הכרזת העצמאות)<sup>6</sup> ובחוק השבות, תשי"ב-1950 (להלן: חוק השבות).

וזה יהיה מהלך הפרק: חלק א ידון ביחס בין סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום להכרזת העצמאות. חלק ב ידון בשבות העם היהודי ובקיבוץ גלויות כערכי ליבה של מדינת ישראל. חלק ג יעסוק ביחס בין חוקי יסוד לחוקים "רגילים" בכלל, כרקע לבחינת היחס בין סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום לבין חוק השבות וחקיקה תת-חוקתית רלוונטית אחרת, ובמיוחד חוק האזרחות, תשי"ב-1952 (להלן: חוק האזרחות). לשם בחינת ההשפעה של סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום על המשפט הישראלי יציג חלק ד את חוק השבות ואת פסיקות בית המשפט העליון המפרשות אותו. חלק ה יציג את התכלית "הסובייקטיבית" של סעיף 5, כלומר יתאר כיצד תפסה הכנסת את מעמדו של הסעיף ואת פירושו, וחלק ו יציג בפירוט את מגוון בעיות הפרשנות שסעיף 5 מעורר.

3. נוסח סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום – "המדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות" – מרפרר להכרזת העצמאות, שבה נכתב כי "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות". לצד הקביעה הזאת, פתיחת הארץ לעלייה יהודית, שהיא יסוד מכוון של המדינה, מזוכרת בהכרזה עוד שלוש פעמים. כבר

א.  
**סעיף 5 לחוק-יסוד:  
 הלאום והכרזת העצמאות**

בארץ-ישראל קם העם היהודי. [...] לאחר שהוגלה העם מארצו בכוח הזרוע שמר לה אמונים בכל ארצות פזוריו, ולא חדל מתפילה ומתקוה לשוב לארצו ולחדש בתוכה את חירותו המדינית. מתוך קשר היסטורי ומסורתי זה חתרו היהודים בכל דור לשוב ולהאחז במולדתם העתיקה; ובדורות האחרונים שבו לארצם בהמונים.

בהמשך הכרזת העצמאות נכתב:

חוקה זו רואים בשבות ובעלייה אבני יסוד לקיום המדינה"; אריאל בנדור "הצעה לחוקת ישראל" משפט וממשל ה 23, 39-40 ("חלק רביעי - שבות") (2000).

6 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1.

השוואה שנתחוללה על עם ישראל [...] הוכיחה מחדש בעליל את ההכרח בפתרון בעית העם היהודי מחוסר המולדת והעצמאות על-ידי חידוש המדינה היהודית בארץ-ישראל, אשר תפתח לרווחה את שערי המולדת לכל יהודי.

ועוד נכתב בהכרזה:

אנו [חברי מועצת העם] קוראים אל העם היהודי בכל התפוצות להתלכד סביב הישוב בעליה ובבנין.

אכן, כדבריה של רות גביון:

פרק [ההתחייבויות הערכיות] [...] של [הכרזת העצמאות] [...] נפתח במשפט "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות". [...] קיבוץ הגלויות וחידוש העצמאות היהודית בארץ ישראל אכן נמנו עם המטרות החשובות ביותר של המפעל הציוני כולו, ששיאו היה הקמת מדינת ישראל, והיו חלק מן המאפיינים הבסיסיים ביותר של יהודיותה של המדינה.<sup>7</sup>

וכדבריו של השופט מנחם אלון, "אופיה היהודי של מדינת ישראל מצא את ביטויו בהכרזת העצמאות על-ידי עצם הגדרתה של המדינה כמדינה יהודית, ולא רק של יהודים, על-ידי פתיחת שעריה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות".<sup>8</sup>

4. בית המשפט העליון ציין בשורה של פסקי דין כי עקרונות השבות וקיבוץ הגלויות, המשתקפים בחוק השבות, הם ערכים ליבתיים של מדינת ישראל. כדבריו של השופט ניל הנדל:

אין חוק עלי ספר החוקים המבטא טוב יותר כחוק השבות את ייחודה ההיסטורי של הקמת מדינת ישראל ותכליתה בשנת 1948.

1.

### שבות וקיבוץ גלויות כערני ליבה של ישראל

7 רות גביון שישים שנה לחוק השבות: היסטוריה, אידאולוגיה, הצדקה 13 (נייר עמדה, 2009).

8 ע"ב 2/84 נימנן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 297 (1985). ראו גם אריאל בנדור ואלחי שילה "ישראל כמדינה יהודית: המשמעות החוקתית" ספר שטרסברג-כהן 149, 151-152 (אהרן ברק, יצחק זמיר, אבנר כהן, מורן סבוראי ואלעד פעארי עורכים 2017).



החוק ממזג בין ההיסטוריה, התרבות והדת; בין העבר, ההווה והעתיד; בין השאיפה, החלום והמציאות; בין מעוף השמיים, עפר הארץ ומצולות הים.<sup>9</sup>

עקרונות אלו מבטאים את מהותה של ישראל כמדינה יהודית, ושלילתם שקולה לשלילת קיומה של המדינה – שהיא עילה לפסילת רשימה מהתמודדות בבחירות לכנסת<sup>10</sup> ולרשויות המקומיות,<sup>11</sup> לשלילת רישומה של מפלגה,<sup>12</sup> לאי-אישור הצעת חוק פרטית<sup>13</sup> ולהסתייגות מהצעת חוק,<sup>14</sup> להפחתת תקצוב,<sup>15</sup> ולאיי-הכרה בגוף מוכר או כגוף מפעיל לצורך שירות לאומי<sup>16</sup> או שירות אזרחי.<sup>17</sup> ככלל גם אין רואים בהתבטאות או במעשה השוללים את עקרונות השבות וקיבוץ הגלויות הבעת דעה או מעשה הנעשים במילוי התפקיד או למען מילוי תפקיד חבר הכנסת, שבגינם נתונה לחברי הכנסת חסינות מהותית.<sup>18</sup>

כך, למשל, השופט שלמה לויין ציין "שאחד ממושכלות היסוד של המדינה הוא [...] מתן העדפה ליהודים על פני אחרים לשוב לארצם [...], הכול ברוחה של מגילת העצמאות";<sup>19</sup> השופט אהרן ברק כתב כי "במרכזם [של המאפיינים ה'גרעיניים' המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית] עומדת זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל"<sup>20</sup> וכי "חוק השבות – המכיר בזכותו של כל

9 בג"ץ 10226/08 זבידובסקי נ' שר הפנים, פס' 2 לפסק הדין של השופט ניל הנדל (נבו 2.8.2010) (להלן: פסק דין זבידובסקי).

10 ראו חוק-יסוד: הכנסת, סעיף 7א(א)(1).

11 ראו חוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965, סעיף 39א(1).

12 ראו חוק המפלגות, תשנ"ב-1992, סעיף 15(1).

13 ראו תקנון הכנסת, ת' 75(ה).

14 ראו שם, ת' 86(ד)(2).

15 ראו חוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, סעיף 3ב(ב)(1).

16 ראו חוק שירות לאומי-אזרחי, תשע"ד-2014, סעיף 14(ד)(4).

17 ראו חוק שירות אזרחי, תשע"ז-2017, סעיף 48(ב)(5) ו-65(א)(4).

18 ראו חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951, סעיף 1(א)(1).

19 ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221, 248 (1989) (להלן: פסק דין בן שלום).

20 א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 22 (2003).

יהודי לעלות לישראל – [...] משקף את הרציונל הבסיסי שעליו מונח עצם קיומה של מדינת ישראל<sup>21</sup>; והשופט יצחק עמית הטעים במילים נחרצות:

חוק השבות [...] הוא אכן "אבן השתיה" של מדינת ישראל כמדינה יהודית. חוק השבות הוא הראשית והוא התכלית לעצם קיומה של מדינת ישראל, והוא שמבטיח קיומו של רוב יהודי במדינת ישראל. [...] הצעת חוק לביטול חוק השבות או מצע של רשימה, הקוראים בריש גלי לביטול חוק השבות – עלולים להעביר את הרשימה אל מעבר לקו הגבול של הפסלות.<sup>22</sup>

מכאן גם הגישה שלפיה –

יסודיותו ומרכזיותו של חוק [...] (השבות) בהווייתה של מדינת ישראל הן בכך, שאין הוא יוצר את זכותו של כל יהודי, כאשר הוא, לשוב לארץ-ישראל, אלא בכך שהוא מצהיר על קיומה של זכות זו, שהיא זכות טבועה בכל יהודי כאשר הוא; ולא זו בלבד שזכות זו [...] קדמה להקמת מדינת ישראל, אלא שהיא הקימה ובנתה את מדינת ישראל. [...] מדינת ישראל מדינה יהודית היא [...], ומדינתו של עם ישראל היא, לא רק מבחינה תרבותית ורוחנית, אלא מבחינה משפטית נורמטיבית, כפי שהדבר בא לכלל ביטוי משפטי, בראש ובראשונה, בחוק השבות, שלפיו כל יהודי, כאשר הוא שם, זכאי לעלות ארצה ולהיות אזרח של המדינה היהודית, והמדינה אינה רשאית ואינה יכולה למנוע הימנו מימוש זכות משפטית זו.<sup>23</sup>

ודוקו: הטענה אינה שבמדינת לאום, בתור שכזאת, מתחייבת פתיחת המדינה להגירה של בני הלאום או שהזכות להגדרה עצמית מחייבת זאת; אלא שמהותה של ישראל

21 שם, בעמ' 40.

22 א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף, פס' 4 לפסק הדין של השופט יצחק עמית (נבו 18.7.2019). ראו גם דבריה של הנשיאה אסתר חיות, שם, פס' 58, בקשר להצעת חוק שבה נקבע, בין היתר, כי רכישת אזרחות מכוח עקרון השבות תתבטל, כי ההצעה "מבטאת שלילה של המאפיינים הגרעיניים ולו המינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית". השופט דוד מינץ כתב, שם, בפס' 14, כי חוק השבות הוא חוק "המבטא עיקרון על-חוקתי שישודו בהכרזת העצמאות, את זכות ההגדרה העצמית של עם ישראל ואת הזיקה למולדתו".

23 פסק דין בן שלום, לעיל ה"ש 19, בעמ' 263, 276 (המשנה לנשיא מנחם אלון, ההדגשות במקור).

כמדינת הלאום של העם היהודי, על רקע ההיסטוריה שהובילה להקמת המדינה והכרזת העצמאות, כרוכה בפתחתה לשבות של יהודים.

לאור זאת, שלילתם של עקרונות השבות וקיבוץ הגלויות, אף אילו הייתה נעשית בחוק יסוד ואף בחוקה, הייתה עשויה להיחשב "תיקון חוקתי בלתי חוקתי", בין לפי הדוקטרינה הגורסת כי הכנסת, גם בהיותה אספה מכוננת, אינה מוסמכת "לפגוע בליבת היותה של ישראל מדינה יהודית וברישות המינימום לאופייה זה"<sup>24</sup> באופן שאינו מתיישב עם המבנה הבסיסי של החוקה;<sup>25</sup> בין משום שביקורת שיפוטית על חוקי יסוד נדרשת בשל הקלות היתרה של חקיקת חוקי יסוד ותיקונם, שאינה כפופה למגבלות פרוצדורליות הולמות וגם לא למערכת פוליטית של ריסונים ובלמים;<sup>26</sup> בין לפי התפיסה שמכלול הכללים המשפטיים בישראל, לרבות חוקי היסוד, כפופים לעקרונות הכרזת העצמאות.<sup>27</sup>

5. עוד לפני חקיקת חוק-יסוד: הלאום, שבו עוגנו במפורש עקרונות השבות וקיבוץ הגלויות, הועלתה האפשרות שמעמדו של חוק השבות, אף שאינו חוק יסוד אך "הינו המשכה הישיר של ההכרזה על הקמת המדינה",<sup>28</sup> הוא מעמד

24 אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בר 361, 380 (דוד האן, דנה כהן - לקח ומיכאל בר עורכים 2011). ראו גם, בין היתר, בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 717 (2006) (הנשיא אהרן ברק): "יש מקום לתפישה כי חוק או חוק יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם".

25 כך גם עולה מקביעתה של הנשיאה חיות בפסק דין חסון, לעיל ה"ש 2, בפס' 16, כי "בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי קיימת מגבלה אחת, צרה ביותר, החלה על הכנסת בכובעה כרשות מכוננת והיא כי אין ביכולתה לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית" (ההדגשה במקור).

26 ראו סוזי נבות ויניב רוזנאי "על הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד" **ICON-S-IL Blog** (4.11.2018).

27 אכן, העיגון הנרחב של עקרונות השבות וקיבוץ הגלויות בהכרזת העצמאות אף עשוי להקנות להם מעמד על-חוקתי - ולא רק מעמד על-חוקי - לפי גישת שלפיהן הסמכות המכוננת, שמכוחה הכנסת מחוקקת חוקי יסוד, מוגבלת על ידי הכרזת העצמאות. לגישות כאלה ראו רובינשטיין ומדינה עקרונות יסוד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 43-44; אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" **חוקים** יא 9, 29-30 (2018); אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" ספר ברנזון כרך שני - בני סברה 119, 142-144 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים 2000). לגישה חולקת ראו חסן ג'בארין "הכרזת העצמאות' כקונסטיטוציה והמקרה האוריינליסטי-שמדיטאיני" **ICON-S-IL Blog** (24.4.2018).

28 בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 751 (1999) (השופט מישאל חשין) (להלן: פסק דין סטמקה).

חוקתי על-חוקי.<sup>29</sup> אפשרות זאת לא הועלתה רק בשל התחום החוקתי שחוק השבות מסדיר, אלא גם משום ש –

חוק השבות [...] חוקק בטרם נתקבלה "החלטת הררי", ובטרם עמדנו על ההבחנה הצורנית בין חוק-יסוד לבין חוק "רגיל". עם זאת, בכך בלבד לא היה כדי לשלול מחוק השבות את [ה]מעמד של חוק-יסוד. סמכותה של הכנסת כרשות מכווננת התקיימה שעה שחוק זה חוקק.<sup>30</sup>

בפסיקת בית המשפט העליון אף צוין כי חוק השבות "הוא חוק היסוד של המדינה היהודית, שמגשים את חזון הדורות של ושבו בנים לגבולם";<sup>31</sup> כי "אין לשכוח, כי חוק השבות הוא מחוקיה היסודיים ביותר של המדינה. אם תרצה, זהו חוק היסוד הראשון שלה";<sup>32</sup> כי "אף שאין מדובר בחוק יסוד באופן פורמאלי הרי שמבחינה מהותית ודאי מדובר בחוק יסוד";<sup>33</sup> וכי "אף שאין הוא [חוק השבות] 'חוק יסוד'

29 ראו, למשל, ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 294 (1995) (להלן: פסק דין בנק המזרחי) (הנשיא לשעבר מאיר שמגר):

אצלנו התגבשה בעקבות החלטת הררי חקיקה הנושאת את השם 'חוק יסוד'. הסימון האמור מבהיר את מעמדו של החוק. האם בהיעדר סימן היכר כאמור אפשרית פנייה אל נוסחו של החוק הספציפי הנתון לבחינה כדי לנסות וללמוד מתוכו ובו, לרבות ממעמדו, מטרות ותכליתו, על מהותו החוקתית? או שמא אין הוראה חוקתית פרט לזו הנושאת כותרת "חוק יסוד"? הרי לפי כל תיזה היסטורית-משפטית, חוק המעבר [תש"ט-1949] הוחק על-ידי האסיפה המכווננת. הוא איננו נושא את הכותרת חוק יסוד. האם הוא בגדר הוראה חוקתית? מה דינם של חוק השבות וחוק שיווי זכויות האשה [תשי"א-1951] שהוחקו על-ידי הכנסת הראשונה, שנשאה בחובה, במישור ובמפורש, את סמכויות האסיפה המכווננת? שניהם בעלי אופי חוקתי מובהק, אך האם הם חלק מן החקיקה החוקתית שלנו? אלה שאלות נכבדות, אך אניח לעניין זה, שאין מקומו כאן.

לדיון בטענה שחוק השבות, כמו חוקים נוספים שחוכנס חוקתי, ובמיוחד חוקים כאלה שנחקקו לפני החלטת הררי, הם בעלי מעמד של חוק יסוד, ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח 291, 333-334 (2003).

30 אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9, 19, ה"ש 60 (1992).

31 בג"ץ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793, 836 (1989) (הנשיא אלון) (להלן: פסק דין ברספורד).

32 שם, בעמ' 849 (השופט ברק). ראו גם בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 704 (1995) (להלן: פסק דין פסרו): פסק דין סטמקה, לעיל ה"ש 28, בעמ' 752.

33 בג"ץ 6247/04 גורודצקי נ' שר הפנים, פס' 15 לפסק הדין של השופטת עדנה ארבל (נבו 2010.23.3) (להלן: פסק דין גורודצקי).

בצורתו הוא בוודאי חוק יסודי במהותו [...] הוא היסודי בחוקים כולם".<sup>34</sup> הדברים האחרונים אף צוטטו על ידי בית המשפט העליון בפסק דין שניתן לאחר חקיקת חוק-יסוד: הלאום, ושבנו חוק-יסוד: הלאום לא הוזכר כלל.<sup>35</sup>

מכל מקום, עם חקיקתו של חוק-יסוד: הלאום, ובתוכו סעיף 5, אין עוד ספק שלעקרונות השבות וקיבוץ הגלויות נתון בישראל לפחות מעמד חוקתי על-חוקי.

6. הקניית מעמד חוקתי לערכים המעוגנים בחוק השבות בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום, ותחומי החפיפה והשוני בין סעיף 5 לחוק השבות, מעוררים את שאלת היחס בין חוק יסוד לחוק "רגיל".

## ג. היחס בין חוק יסוד לחוק

בין חוק יסוד לבין חוק העוסק באותו תחום עשויים להיות כמה סוגי יחסים. ככלל, יש להבחין בין הוראות בחוקי יסוד הכוללות ציון מפורש של חוקים, לבין הוראות בחוקי יסוד, דוגמת סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום, שאינן מזכירות חוקים במפורש.

סוגי ההתייחסות לחוק הקבועים בחוקי יסוד עשויים לחול, בדרך של פרשנות, גם על הוראות חוקי יסוד שאין בהם התייחסות מפורשת ליחס בינם לבין חוקים. זאת לפי תורה הדוגלת בקיום מובן חוקתי משתמע,<sup>36</sup> דוגמת "פסקת הגבלה שיפוטית" משתמעת, שהוא מובן של החוקה שאינו מעוגן בלשונה במפורש אך "מתקבל מקריאת הלשון החוקתית על רקע מבנה החוקה".<sup>37</sup> מכאן, שאף כי סעיף 5 לחוק-

34 בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 412, 428-429 (2004).

35 ראו בג"ץ 1775/19 מרינצ'בה נ' שר הפנים, פס" 1 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 29.8.2021) (להלן: פסק דין מרינצ'בה).

36 ראו בג"ץ 2257/04 סיעת חד"ש-תע"ל נ' יושבת-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-17, פ"ד נח(6) 685, 703-704 (2004) (הנשיא ברק):

המובן של הטקסט המשפטי אינו מתמקד רק בלשון המפורשת של הטקסט. הוא כולל גם את לשונו המשתמעת. [...] זו יכולה להיות מובנת ממבנה הטקסט וממכלול הוראותיו. [...] אכן, לשונו של הטקסט המשפטי אינה רק המילים שניתן למצוא להן הסבר במילון. לשונו של הטקסט היא גם המשתמע ממנו, מהמבנה שלו, מארגונו ומהיחסים בין הוראותיו השונות. [...] ניתן לומר כי לשונו המשתמעת של הטקסט כתובה בין השורות בדיו בלתי נראה.

37 אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא 77, 89 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים 2015). למהות הפרשנית של פסקת הגבלה שיפוטית משתמעת ראו גם שרון וינטל "פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים" מאזני משפט ט 177 (2014).

יסוד: הלאום אינו מזכיר במפורש חוקים "רגילים", יש לבחון את האפשרות שהוא כולל, במשתמע, התייחסות לחוקים מאחד הסוגים שאתאר להלן.

נוסף על כך מתעוררות שאלת תחולתו הישירה של חוק יסוד הקובע הסדר חוקתי מופשט שאינו מכוסה, או אינו מכוסה לגמרי, על ידי הסדר ביצוע בחוק; שאלות ההשפעה הפרשנית של חוק יסוד על חוק וההשפעה הפרשנית של חוק על חוק יסוד; וכן הסוגיה של חוק יסוד הצהרתי.

7. אפשר להצביע על סוגים שונים של התייחסות מפורשת לחוק בחוק יסוד. ראשית, חוק היסוד עשוי להורות לכנסת לחוקק חוק בעניין מסוים.<sup>38</sup> בחוק (א) התייחסות מפורשת לחוק בחוק יסוד

38 ראו חוק יסוד: הכנסת, סעיף 5א: "דרכי התאגדותן ורישומן של מפלגות ותנאים להגשת רשימת מועמדים ייקבעו בחוק", סעיף 6(א): "כל אזרח ישראלי שביום הגשת רשימת המועמדים הכוללת את שמו הוא בן עשרים ואחת שנה ומעלה, זכאי להיבחר לכנסת, זולה [...] אם הורשע בעבירת טרור חמורה או עבירת ביטחון חמורה, כפי שייקבע בחוק", סעיף 6א(א): "חבר הכנסת שפרש מסיעמו ולא התפטר מכהונתו סמוך לפרישתו, לא ייכלל, בבחירות לכנסת שלאחריה, ברשימת מועמדים שהגישה מפלגה שהיתה מיוצגת על ידי סיעה של הכנסת היוצאת; הוראה זו לא תחול על התפלגות סיעה בתנאים שנקבעו בחוק", סעיף 7: "אלה לא יהיו מועמדים לכנסת: [...] (8) עובדי מדינה בכירים וקציני צבא בדרגות או בתפקידים שייקבעו בחוק; (9) שוטרים וסוהרים בדרגות או בתפקידים שייקבעו בחוק; (10) עובדי תאגידים שהוקמו בחוק, בדרגות או בתפקידים שייקבעו בחוק", סעיף 7א(ד): "פרטים לענין הדיון בועדת הבחירות המרכזית ובביט המשפט העליון ולענין הצהרה [בעניין התנאים למועמדות בבחירות] ייקבעו בחוק", סעיף 12: הכנסת תתכנס לישיבתה הראשונה, לאחר פרסום תוצאות הבחירות, בתוך ארבעה עשר ימים מיום הבחירות לכנסת במועד שייקבע בחוק, אלא אם כן נקבע בחוק מועד סמוך אחר בשל יום מנוחה, חג, מועד, יום זיכרון או בשל סמיכות לאחד מהם, או בשל חול המועד", סעיף 14: "סדרי ישיבת הפתיחה [של הכנסת] ייקבעו בחוק, והם יבטאו את אופיה של מדינת ישראל ומורשתה", סעיף 15(ב): "סדרי [הצהרת האמונים של חברי הכנסת] ייקבעו בחוק", סעיף 17: "לחברי הכנסת תהיה חסינות; פרטים ייקבעו בחוק", סעיף 18: לבניני הכנסת תהיה חסינות; פרטים ייקבעו בחוק", סעיף 20(ד): "הכנסת רשאית [...] להעביר מכהונתו את יושב ראש הכנסת או סגן ליושב ראש הכנסת; פרטים ייקבעו בחוק", סעיף 31: "הוראות בדבר מועדי הכנסת של הכנסת ובדבר כינוס הכנסת שלא בתקופת הכנסת ייקבעו בחוק", סעיף 39: "חברי הכנסת יקבלו שכר כפי שנקבע בחוק", סעיף 41: "חבר הכנסת שהגיש התפטרותו, חברותו בכנסת נפסקת כעבור ארבעים ושמונה שעות [...] והכול כפי שייקבע בחוק", סעיף 42א(ג): "סעיף קטן [בעניין הפסקת חברות של חבר הכנסת] לא יחול בתקופת בחירות, כפי שתיקבע בחוק", סעיף 42ב(ב): "חבר הכנסת [שהוא שר או סגן שר] שמטר הודעה [על הפסקת חברותו בכנסת], חברותו בכנסת נפסקת כעבור 48 שעות לאחר שהודעה הגיעה לידי יושב ראש הכנסת [...] והכול כפי שייקבע בחוק"; חוק יסוד: הממשלה, סעיף 17(ג): "הוראות בענין כתב אישום שהוגש בטרם החל ראש הממשלה לכהן בתפקידו ייקבעו בחוק", סעיף 22(א): "שר, למעט ראש הממשלה, רשאי [...] להתפטר מן הממשלה [...] כהונתו בממשלה נפסקת כעבור 48 שעות לאחר שכתב התפטרות נמסר לראש הממשלה, [...] והכול כפי שייקבע בחוק", סעיף

יסוד: הלאום יש ארבעה סעיפים המורים לחוקק חוקים בעניינים אלה ואחרים.<sup>39</sup> שנית, חוק יסוד יכול להפנות להסדרים הקבועים בחוק או שייקבעו בחוק, להורות כי קביעת הסדרים בעניינים מסוימים תהיה בחוק, או לקבוע מעין הוראת הסמכה לחקיקת חוק.<sup>40</sup> לא תמיד ברור מלשון חוק היסוד אם הוא מחייב לחוקק חוק בעניין

23(א): "כתב אישום נגד שר, למעט בעבירות שייקבעו בחוק, יוגש ויתברר בבית משפט מחוזי; הוראות בענין כתב אישום שהוגש בטרם החל השר לכהן בתפקידו ייקבעו בחוק", סעיף 26: "כהונתו של סגן זר נפסקת בכל אחת מאלה. (1) סגן השר התפטר [...] ; כהונתו של סגן השר נפסקת כעבור 48 שעות [...] והכול כפי שייקבע בחוק; [...] (3) ראש הממשלה, הממשלה או השר שמינה את סגן השר החליטו להפסיק את כהונתו; [...] כהונתו של סגן השר נפסקת כעבור 48 שעות לאחר שכתב ההעברה מהכהונה נמסר לידיו [...] והכול כפי שייקבע בחוק; [...]", סעיף 42(א): "הממשלה תמסור לכנסת ולועדותיה מידע על פי דרישתן ותסייע להן במילוי תפקידן; הוראות מיוחדות ייקבעו בחוק לחיסוי מידע כשהדבר נחוץ להגנה על ביטחון המדינה ויחסי החוץ או קשרי מסחר בין-לאומיים שלה, או להגנה על זכות או חיסיון שבדיון; חוק-יסוד: משק המדינה, סעיף 3(א)1: "תקציב המדינה ייקבע בחוק", סעיף 3(ב)3: "הצעת התקציב המפורטת של משרד הבטחון והצעת התקציב המפורטת של גופים ביטחוניים שייקבעו לענין זה בחוק לא יונחו על שולחן הכנסת אלא על שולחן ועדה משותפת של ועדת הכספים וועדת החוץ והבטחון של הכנסת", סעיף 3(ה): "שר האוצר יגיש לכנסת מדי שנה דין וחשבון על ביצוע תקציב המדינה; פרטים ייקבעו בחוק"; חוק-יסוד: הצבא, סעיף 5: "הסמכות להוציא הוראות ופקודות המחייבות בצבא תיקבע בחוק או מכוחו"; חוק-יסוד: השפיטה, סעיף 13(ג): "הוראות בדבר העילות לדין המשמעתי ושל שופטים, דרכי הקבילה, הרכב המותב, הסמכויות של בית הדין המשמעתי ואמצעי המשמעת שהוא רשאי להטיל ייקבעו בחוק; סדרי הדין יהיו לפי חוק", סעיף 23: "בענינים אלה ייקבעו הוראות בחוק; [...]", סעיף 24: "בענינים אלה ייקבעו הוראות לפי חוק; [...]"; חוק-יסוד: מבקר המדינה, סעיף 4: "מבקר המדינה יברר תלונות מאת הציבור על גופים ואנשים כפי שייקבע בחוק או לפיו", סעיף 7(א): "מבקר המדינה ייבחר בידי הכנסת בהצבעה חשאית; סדרי הבחירה ייקבעו בחוק", סעיף 12: "א) מבקר המדינה יקיים קשר עם הכנסת, כפי שייקבע בחוק. (ב) מבקר המדינה יגיש לכנסת דיונים וחשבונות וחוות דעת בחוסר תפקידו ויפרסם אותם ברבים, והכל בדרך ובסייגים שייקבעו בחוק", סעיף 13: "מבקר המדינה לא יועבר מכהונתו אלא באחד מאלה: (1) מטעמי בריאות נבצר ממנו, דרך קבע, למלא את תפקידו - ביום שבו החליטה הכנסת על כך, בהחלטה שהתקבלה ברוב חבריה לפחות, לאחר הליך שייקבע בחוק; (2) מחמת התנהגות שאינה הולמת את מעמדו כמבקר המדינה - ביום שבו החליטה הכנסת על כך, בהחלטה שהתקבלה ברוב שלוש רבעים מחבריה לפחות, לאחר הליך שייקבע בחוק", סעיף 14: "נבצר ממבקר המדינה למלא תפקידו, ימונה ממלא מקום המבקר באופן ולתקופה כפי שייקבע בחוק".

39 ראו חוק-יסוד: הלאום, סעיף 2(ה): "פרטים לעניין סמלי המדינה ייקבעו בחוק", סעיף 4(ב): "לשפה הערבית מעמד מיוחד במדינה; הסדרת השימוש בשפה הערבית במוסדות ממלכתיים או בפניהם תהיה בחוק, סעיף 8: "השימוש בלוח העברי ובלוח הלועזי ייקבע בחוק", סעיף 10: "שבת ומועדי ישראל הם ימי המנוחה הקבועים במדינה; למי שאינם יהודים זכות לקיים את ימי המנוחה בשבתם ובחגיהם; פרטים לעניין זה ייקבעו בחוק".

40 ראו חוק-יסוד: הכנסת, סעיף 7: "בעלי משרות או תפקידים המצוינים בסעיף יהיו מנועים להיות מועמדים לכנסת] זולת אם חדלו לכהן במשרה או בתפקיד כאמור לפני המועד להגשת רשימות המועמדים לכנסת, ואם נקבע בחוק מועד מוקדם מזה, לפני המועד האמור", סעיף 9א(א): "הכנסת לא תאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי

## מסוים או קובע כי הסדרתו של אותו עניין, אם יוחלט להסדירו מעבר לקבוע בחוק

הכנסת ואם נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן; תקופת ההארכה לא תעלה על הזמן המתחייב מהנסיבות האמורות; בחוק כאמור ייקבע מועד הבחירות", סעיף 19: "במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבעם הכנסת בתקנון [...]". סעיף 21(א): "תפקידי הוועדות [של הכנסת], סמכויותיהן וסדרי עבודתן, במידה שלא נקבעו בחוק, ייקבעו בתקנון", סעיף 21(ב): "ב) [...] ניתן לקבוע הוראות בדבר סמכותן של הוועדות לזמן נושא משרה או ממלא תפקיד [...] בתאגיד שהוקם בחוק [...] ולחייבו למסור מידע שבידו על פעילות הגוף שבו הוא מכהן, זולת אם יש בגילוי משום פגיעה בחוק,"; חוק-ייסוד: הממשלה, סעיף 6(ב): "לא יתמנה לשר מי שמכהן במשרה או בתפקיד [שהנושאים בהם מנועים להיבחר לכנסת], אלא אם כן חדל לכהן באותה משרה או באותו תפקיד עובר למינויו או במועד מוקדם יותר, כפי שייקבע בחוק", סעיף 6(ה): "חבר הכנסת שפרש מסיעתו ולא התפטר מכהונתו סמוך לפרישתו, לא יהיה לשר בתקופת כהונתה של אותה כנסת; הוראה זו לא תחול על התפלגות סיעה בתנאים שנקבעו בחוק", סעיף 13א(ד)(2): "הוראות [...] לעניין מספר השרים יחולו גם על ועדות שרים, למעט על ועדות שרים שזהות חבריהן נקבעה בחוק, אם החוק האמור אינו מאפשר לממשלה למנות להן חברים נוספים", סעיף 39(ח): "חדל מצב החירום להתקיים, יוסיפו תקנות שעת חירום להתקיים לתקופת חוקפן אך לא יותר מ-60 ימים מסיום מצב החירום; תקנות שעת חירום שתוקפן הוארך בחוק, יוסיפו לעמוד בתוקפן", סעיף 40(א1): "הממשלה רשאית להחליט על אצילת סמכותה [...] דרך כלל או במקרה מסוים, לוועדת שרים שנקבעה בחוק", סעיף 42(ד): "ועדה מוועדות הכנסת רשאית [...] לחייב עובד המדינה או כל מי שייקבע בחוק, להתייצב לפניה", סעיף 42(ו): "פרטים לענין ביצוע סעיף זה [בעניין הממשלה ווועדות הכנסת] יכול שייקבעו בחוק או בתקנון הכנסת", סעיף 42א(ג)(6): "פרטים לעניין הגשת הבקשה [להפסקת חברות של חבר הכנסת], הדין בה וההשגה על ההחלטה ייקבעו בחוק או בתקנון הכנסת"; חוק-ייסוד: משק המדינה, סעיף 1(א): "מסים, מילואות חובה ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעוריהם לא יושנו, אלא בחוק או על פיו; הוא הדין לגבי אגרות", סעיף 1(ב): "מסים, מילואות חובה, תשלומי חובה אחרים ואגרות המשתלמים לאוצר המדינה, ושיעוריהם לא נקבעו בגוף החוק ולא נקבעה בחוק הוראה שקביעתם בתקנות טעונה אישור הכנסת או ועדה מוועדותיה, קביעתם בתקנות טעונה אישור מראש או תוך התקופה הקבועה לכך בחוק – בהחלטת הכנסת או בהחלטת ועדה מוועדותיה שהכנסת הסמיכה לכך"; חוק-ייסוד: הצבא, סעיף 4: "החובה לשרת בצבא והגיוס לצבא יהיו כפי שנקבע בחוק או מכוחו", סעיף 6: "אין להקים או לקיים כוח מזויין מחוץ לצבא-הגנה לישראל אלא על פי חוק"; חוק-ייסוד: השפיטה, סעיף 1(א): "אלה בתי המשפט שסמכות שפיטה נחונה בידיהם: [...] (4) בית משפט אחר שנקבע בחוק כבית משפט", סעיף 1(ב): "סמכות שפיטה נחונה גם בידי אלה: [...] (3) רשות אחרת, והכל כפי שנקבע בחוק", סעיף 8: "שופט שיצא לקיצבה יכול שיתמנה לתפקיד של שופט, לזמן, בדרך ובתנאים שנקבעו בחוק", סעיף 10(א): "משכורותיהם של שופטים ותשלומים אחרים שישולמו להם, בתקופת כהונתם או לאחריה, או לשאיריהם לאחר מותם, ייקבעו בחוק או בהחלטה של הכנסת או של ועדה מוועדותיה [...]". סעיף 15(ה): "סמכויות אחרות של בית המשפט העליון ייקבעו בחוק", סעיף 18: "ענין שפסק בית המשפט העליון בשלושה, ניתן לקיים בו דיון נוסף בבית המשפט העליון בחמישה או יותר, בעילות שנקבעו בחוק ובדרך שנקבעה לפי חוק", סעיף 19: "בענין פלילי שנפסק בו סופיה ניתן לקיים משפט חוזר בעילות שנקבעו בחוק ובדרך שנקבעה לפי חוק"; חוק-ייסוד: מבקר המדינה, סעיף 5: "מבקר המדינה ימלא תפקידים נוספים כפי שייקבע בחוק", סעיף 11: "משכורתו של מבקר המדינה ותשלומים אחרים שישולמו לו בתקופת כהונתו או לאחריה, או לשאיריו לאחר מותו, ייקבעו בחוק או בהחלטה של הכנסת או של ועדה מוועדותיה שהכנסת הסמיכה לכך"; חוק-ייסוד: משאל עם, סעיף 3: "על עריכת משאל העם יחולו הוראות הדין בעניין הבחירות לכנסת, בשינויים המחויבים ובשינויים שנקבעו בחוק"; חוק-ייסוד: נשיא המדינה, סעיף 11(א): "נשיא המדינה – [...] (6) ימלא כל תפקיד שיחוד לו בחוק בקשר למינוי שופטים ונושאי משרות אחרים ולהעברתם מכהונתם", סעיף 11(ג): "נשיא המדינה



היסוד, תהיה בחוק. אי-הבהירות עשויה להיות קשורה לכך שבפועל החוק שחוק היסוד מכונן אליו כבר קיים בעת שחוק היסוד נחקק.<sup>41</sup> שלישית, חוק יסוד יכול לקבוע סמכות לחרוג ממנו בחוק בתנאים המפורטים בחוק היסוד ("פסקת התגברות"),<sup>42</sup> או ללא תנאים,<sup>43</sup> להורות כי אפשר לפגוע בחוק בזכויות הקבועות בחוק היסוד, כתנאי יחיד או בצירוף תנאים נוספים ("פסקת הגבלה"),<sup>44</sup>

ימלא כל תפקיד אחר ונתונה לו כל סמכות אחרת שיוחדו לו בחוק", סעיף 23(ג): "בכהונתו כנשיא המדינה בפועל או כממלא מקום נשיא המדינה ימלא יושב ראש הכנסת את התפקידים המוטלים על נשיא המדינה בחוק וישתמש בסמכויות הנתונות לנשיא המדינה לפי החוק".

**41** השוו אמנון רובינשטיין ורענן הר־זהב חוק-יסוד: הכנסת פירוש לחוק-היסוד 76 (יצחק זמיר עורך 1993):

חוק-יסוד: הכנסת, לא מסדיר את נושא חסינותם של חברי-הכנסת ובנייניה, אלא מסתפק בקביעה עקרונית, כי תהיה חסינות כזו שתוכנה ייקבע בחוקים. סגנון הסדר זה מתאים להיותו של חוק-יסוד: הכנסת פרק מחוקה לעתיד. הסעיפים אינם קובעים פרטים אלא עקרונות שימולאו בתוכן בחקיקה. הניסוח באשר לקביעת הפרטים בחוק מתייחס לזמן עתיד, הגם שהחוקים המסדירים את חסינות חברי-הכנסת ובנייניה נחקקו כבר בשנת 1951 ו-1952, לפני חקיקת חוק-היסוד בשנת 1958.

**42** ראו חוק-יסוד: חופש העיסוק, סעיף 8(א): "הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר".

**43** ראו חוק-יסוד: הכנסת, סעיף 20(ד): "הכנסת רשאית, בהחלטה ברוב חבריה או ברוב גדול יותר שייקבע בחוק, להעביר מכהונתו את יושב ראש הכנסת או סגן ליושב ראש הכנסת: [...] סעיף 24: "הכנסת תדון ותחליט בכל מספר חברים, אם אין בחוק הוראה אחרת לענין זה", סעיף 25: "הכנסת תחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה, כשהנמנעים אינם באים במנין המשתתפים בהצבעה; [...] והכל כשאינו בחוק הוראה אחרת לענין זה"; חוק-יסוד הממשלה, סעיף 39(ג): "תקנות שעת חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים או תשלומי חובה אחרים, והכל זולת אם אין הוראה אחרת בחוק"; חוק-יסוד: השפיטה, סעיף 3: "בית משפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי חוק", סעיף 12: "(א) לא תיפתח חקירה פלילית נגד שופט אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה ולא יוגש כתב אישום נגד שופט אלא בידי היועץ המשפטי לממשלה. (ב) לא יידון אישום פלילי נגד שופט אלא לפני בית משפט מחוזי בהרכב של שלושה שופטים, זולת אם הסכים השופט שהאישום יידון בדרך הרגילה. (ג) הוראות סעיף זה לא יחולו על סוגי עבירות שנקבעו בחוק"; חוק-יסוד: מקרקעי ישראל, סעיף 2: "סעיף 1 [איסור העברת בעלות במקרקעי המדינה] לא יחול על סוגי מקרקעין וסוגי עסקאות שנקבעו לענין זה בחוק".

**44** ראו חוק-יסוד: חופש העיסוק, סעיף 4: "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"; חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 8: "אין פוגעים בזכויות הקבועות בחוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

או לקבוע כי תוקפם של חוקים שנחקקו לפני חוק היסוד יישמר ("שמירת הדינים").<sup>45</sup>

(1) אי־התייחסות 8. האם חוק יסוד שאינו מזכיר במפורש חוקים מגביל את כוח החקיקה של הכנסת? עוד בפסק דין בנק המזרחי קבע בית המשפט העליון שחוק אינו יכול לשנות חוק יסוד – לא שינוי מפורש וגם לא שינוי משתמע.<sup>46</sup>

בפסק דין בנק המזרחי השאיר בית המשפט בצריך עיון את השאלה "היכול חוק רגיל לפגוע בהסדריו של חוק יסוד" אם אין בחוק היסוד הסדר מפורש בעניין זה, דוגמת פסקת התגברות או פסקת הגבלה.<sup>47</sup> אף שעד היום לא קבע בית המשפט העליון הלכה מפורשת וחד־משמעית בעניין, הרעה שהשתרשה בספרות,<sup>48</sup> שיש לה אינדיקציות רבות גם בפסיקה,<sup>49</sup> והיא משקפת את הפרקטיקה שלפיה פועלת הכנסת,<sup>50</sup> היא שככלל, מעליונותם של חוקי יסוד נובע כי חוקים אינם יכולים לחרוג מהם אלא אם כן חוק היסוד מתיר זאת.

אומנם, השאלה הכללית: האם במסגרת בחינה חוקתית של חוק הנוגד לכאורה הוראה חוקתית שאינה במסגרת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו או חוק־יסוד: חופש

45 ראו חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 10: "אין בחוק־יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק־היסוד". לשמירת דינים שפגה ראו חוק־יסוד חופש העיסוק, סעיף 10: "הוראות חיקוק שאלמלא חוק־יסוד זה [...] היו תקפות ערב תחילתו של חוק־יסוד זה יעמדו בתוקפן עד יום א' בניסן החשס"ב (14 במרס 2002), אם לא בוטלו קודם לכן, ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק־יסוד זה".

46 ראו פסק דין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 29, בעמ' 276, 321, 351, 406-408.

47 ראו שם, בעמ' 408-409 (הנשיא ברק).

48 ראו, למשל, ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" עיוני משפט מ 595, 601-602 (2017); בנדור "המעמד המשפטי של חוק־יסוד", לעיל ה"ש 27, בעמ' 146-154.

49 ראו, למשל, בג"ץ 212/04 חרות התנועה הלאומית נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש־עשרה, פ"ד נז(1) 760, 755-756 (2003); בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102, 106 (2003); בג"ץ 729/10 תנועת דרוור ישראל נ' ממשלת ישראל, פס' 25-27 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') דורית ביניש (נבו 25.7.2012) (להלן: פסק דין דרוור ישראל).

50 ראו, למשל, אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה 339 (2000).

העיסוק – כגון הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת – חלים גם תנאי פסקת הגבלה (שיפוטית)? עדיין לא הוכרעה.<sup>51</sup> עם זאת, כאמור, ולמרות קשיים שמעוררת דוקטרינה המאפשרת חריגה מחוק יסוד בחוק "רגיל" בלא הוראה מפורשת בחוק היסוד המתירה זאת,<sup>52</sup> יש בפסיקה בסיס לאפשרות החלתה של פסקת הגבלה שיפוטית משתמעת, כלומר ניתן לפרש את חוק היסוד בדרך המאפשרת לחוקים לחרוג ממנו בתנאים המקבילים לתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה המפורשת שבחוקי היסוד על זכויות האדם.<sup>53</sup>

9. הנוסח הרחב והכללי של סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום עשוי לעורר את שאלת תחולתו הישירה של סעיף 5 בהנחה שחוק השבות אינו מכסה לחלוטין את מלוא ההסדר שנקבע בסעיף.<sup>54</sup>

(ג) תחולתו הישירה של חוק יסוד כללי

שאלה דומה, שעד כה לא הוכרעה על ידי בית המשפט העליון,<sup>55</sup> ועיקר הדיון בה היה אקדמי,<sup>56</sup> נוגעת לקיומה של עילת תביעה לסעד כספי מכוח חוקי היסוד על זכויות

- 51 בג"ץ 8568/19 אני ואתה – מפלגת העם הישראלית נ' כנסת ישראל, פס' 7 (נבו 22.1.2020).
- 52 ראו אריאל בנדר "בשלוח ועוד" משפטים על אחר ח 33, 44-45, ה"ש 56 (2016).
- 53 למהות הפרשנית של פסקת הגבלה שיפוטית משתמעת ראו שרון וינטל "פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים" מאזני משפט ט 177 (2014); ברק "פסקת הגבלה משתמעת", לעיל ה"ש 37, בעמ' 88-94.
- 54 שאלה דומה עשויה להתעורר במקרה תאורטי שבו הכנסת חבטל את חוק השבות, בהנחה שביטול כזה לא יסתור בעצמו את סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום.
- 55 ראו, למשל, ע"א 7703/10 ישועה נ' מדינת ישראל – מנהלת סל"ע, פ"ד סז(1) 25 (2014) (להלן: פסק דין ישועה). ראו גם ע"א 2118/12 פורגס מוצרי בשר אקספורט בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד החקלאות ופיתוח הכפר, פס' 9 (נבו 5.7.2015). לחילוקי דעות בשאלה אם סעיף שמירת הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 10) – סעיף שאינו קיים בחוק-יסוד: הלאום – משנה את הפירוש של חוק הפקעה מנדטורי מהסדר שלילי לנסיבות שבהן החוק אינו מזכה בפיצויים על פגיעה בקניין ללקונה המאפשרת פיצויים מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו ע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל, פס' 4-8 לפסק הדין של השופט סלים ג'ובראן ופס' 10-11 לפסק הדין של השופטת איילה פרוקצ'יה (שסברו כי מתקיים הסדר שלילי); פס' 56-67 לפסק הדין של השופט יורם דנציגר (שסבר כי יש לקונה) (נבו 28.4.2010).
- 56 ראו, למשל, יפעת ביטון "כאבים באזור הכבוד" – פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות" משפט וממשל ט 137 (2006); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 788-792 (1994) (להלן: ברק פרשנות חוקתית); אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט

האדם במקרים שבהם דיני הנזיקין אינם מקנים עילת תביעה. אף שבית המשפט העליון לא הכריע בשאלת קיומה של עילת תביעה חוקתית בשל פגיעה בזכויות האדם ללא אשם בשל נטל מיוחד שהוטל על התובעים בעקבות פעולה שכלל הציבור נהנה ממנה, בית המשפט ציין כי הוא מוכן "להניח כי נסיבות מיוחדות, כדוגמת מעשה שלטוני, הגם שלא נלווה לו אשם, המטיל נטל בלתי מידתי על פרט מסוים, עשויות להצדיק מתן פיצוי בגין פגיעה בזכות חוקתית".<sup>57</sup> בית המשפט הוסיף כי "כאשר הסדר חקיקתי מקנה פיצוי לפרט בגין הפגיעה בזכויותיו, יש לנקוט משנה זהירות בשאלה אם יש מקום להכיר בעילת תביעה נוספת, הנובעת ישירות מהפגיעה בזכות החוקתית".<sup>58</sup> אף שעיקר הדגש בפסיקה הושם על קיום עילת תביעה חוקתית ללא אשם, עשויים להיות מקרים של פגיעה בזכות חוקתית שבהם אין עילת תביעה לפי דיני הנזיקין התת-חוקתיים גם מטעמים אחרים.<sup>59</sup>

לדעתי, בהיעדר קביעה בחוק יסוד שביצוע הסדר כללי שנקבע בו טעון חקיקת חוק או שפרטי ההסדר ייקבעו בחוק, או אינדיקציה מובהקת אחרת לכך שחוק היסוד

ועסקים כ 301, 375-414 (2017); דפנה ברק־ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" משפט וממשל ט 103 (2006); רונן פוליאק פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות (2017).

57 פסק דין ישועה, לעיל ה"ש 55, פס' 26 לפסק הדין של המשנה לנשיא מרים נאור.

58 שם, פס' 28. לדעה אחרת ראו ברק "על תורת הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 56, בעמ' 396:

לעיתים יעמדו לרשות אדם שזכותו החוקתית נפגעה הן זכות לפיצויים לפי פקודת הנזיקין והן זכות לפיצויים לפי המשפט המקובל הציבורי. הבחירה ביניהן, במצב דברים זה, ראוי שתהיה בידי האדם שזכותו החוקתית נפגעה, ובלבד שלא יקבל פיצוי כפול. אין לראות את עילת התביעה הצעירה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי כעילת תביעה שיווית, שיש לפנות אליה רק בהעדר עילת תביעה ותיקה על פי המשפט הפרטי.

59 כך, למשל, ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 56, בעמ' 792, ציין כי -

דיני הנזיקין [...] מעניקים הגנה לעובד הציבור ולמעבידו, מקום שעובד הציבור פעל בתום לב בסברו שהוא פועל מכוח חוק חוקתי. ספק אם הגנה כה רחבה מתיישבת עם תכליתם של חוקי־היסוד [על זכויות האדם]. אפילו מוצדק הוא בנסיבות אלה לשחרר את העובד מאחריות אזרחית, מדוע תשוחרר המדינה מאחריות בנסיבות אלה? המדינה יצרה סיכון, ודומה כי מן הראוי הוא כי היא - ולא הניזוק התמים - תישא בנזק.

אשר לתחולת העוולה של הפרת חובה חקוקה, בית המשפט העליון קבע שהזכויות הקבועות בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינן מהוות חובה חקוקה, בהיותן חובות כלליות ועקרוניות המקנות זכויות יסוד, אך אינן יוצרות חובות ספציפיות על פי דין. ראו ע"א 10508/08 דור זהב חברה לקבלנות בניין והשקעות בע"מ נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז ת"א, פס' 54 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו 4.2.2010); רע"א 2063/16 גליק נ' משטרת ישראל, פס' 22 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 19.1.2017). לגישה אחרת ראו אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163, 196 (יצחק זמיר עורך 1993).

לא יחול ישירות, מן הדין שההסדר החוקתי יחול ויאיכף במלוא היקפו, גם במקרים שבהם תחום ההסדר החוקתי מטופל בחוק שאינו מכסה לחלוטין את ההסדר, שבתחום חוק היסוד אין חוק כלל, או שהכנסת ביטלה את החוק. לגישה שאני מציע יש גם היבט "מינימליסטי", במובן זה שהיא אינה מחייבת ביקורת שיפוטית על ביטול או תיקון חוקים המיישמים את חוק היסוד במקרה שבעקבות התיקון או הביטול נוצר חסר בהגשמת חוק היסוד, ואף אינה מחייבת מתן סעד המעורר קשיים ואינו מקובל בישראל,<sup>60</sup> של הטלת חובה על הכנסת לחוקק. כאמור, בית המשפט העליון לא הכריע בשאלה זאת – גם לא בהיבט החלקי של הזכות לפיצויים על פגיעה בזכויות חוקתיות – ואף רמז כי ינקוט "משנה זהירות" במקרים שבהם יש חוק המסדיר את תחום חוק היסוד, גם אם רק בחלקו.<sup>61</sup>

60 ראו, למשל, בג"ץ 129/13 אקסלרוד נ' ממשלת ישראל, פס' 2 לפסק הדין של הנשיא אשר גרוניס והמשנה לנשיא נאור (נבו 26.1.2014): "אין בידי בית המשפט להורות למחוקק לחוקק חוק. קיים הבדל תהומי בין ביטולו של חוק בשל פגם חוקתי לבין ציווי על המחוקק להסדיר נושא כלשהו בחקיקה"; בג"ץ 5186/13 מאיר נ' ממשלת ישראל, פס' 4 לפסק הדין של השופט עוזי פוגלמן (נבו 4.12.2013): "העותר מבקש כי בית המשפט יורה לממשלת ישראל לפעול במטרה לחוקק בתוך זמן קצר וקצוב. [...] סעד זה אינו מסוג הסעדים שנוהג בית המשפט להעניק". לדעה כי אין מניעה עקרונית ממתן סעד של ציווי לחוקק חוק, ראו רונן פוליאק "סעד החובה לחוקק: הצעה למתווה הדרגתי" משפטים 675 (2017); ברק "על תורת הסעדים החוקתיים", לעיל ה"ש 56, בעמ' 358.

61 שאלה דומה במידת-מה מתעוררת בעניין היכולת לבסס על סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, הקובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה", ועל סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע כי "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה", כללים משפטיים קונקרטיים בדבר הפרדת רשויות ומגבלות על הפרטת סמכויות שלטוניות. בהקשר הזה השאיר בית המשפט העליון בצריך עיון את השאלה אם סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה מונע מהכנסת לחוקק חוקים המקנים לגורמים פרטיים סמכויות מובהקות של הרשות המבצעת (במקרה שנדון – הפעלת בית סוהר), אך ציין באמרת אגב:

מקובל עלינו שחוק-יסוד: הממשלה – בהיותו חוק יסוד – נהנה ממעמד חוקתי על-חוקי, ולפיכך ניתן לבחון הוראות חקיקה "רגילה", שנטען כי היא מנוגדת להוראות בחוק יסוד הממשלה [...]; אלא שבעניין שלפנינו אמנם נראה כי [...] סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה [...] הוא סעיף הצהרתי בעיקרו, שנועד לקבוע באופן עקרוני את תפקידיה של הממשלה בשיטת המשטר בישראל. משכך ישנו קושי לבסס עליו טענות כנגד חוקתיות הפרטתם של שירותים ממשלתיים שונים. מקורו של הקושי האמור הוא בכך שסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה אינו קובע מפורשות תפקידים או תחומי פעילות פרטניים, שהאחריות לביצועם היא אחריות בלעדית של הממשלה. יחד עם זאת, ועל אף הקושי הנזכר – ובמיוחד בהתחשב בתפיסתנו בדבר הפרשנות המרחיבה שיש ליתן להוראות בעלות מעמד חוקתי – אנו נוטים לפרש את הוראת סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה באופן המעגן ברמה החוקתית את קיומו של 'גרעין קשה' של סמכויות שלטוניות, אותן הממשלה כרשות המבצעת של המדינה חייבת לבצע בעצמה ואסור לה להעבירן או להאצילן לידי גורמים פרטיים. [...] כמוכבן, שקבלת פרשנות מעין זו חייבת לשרטט באופן ברור את גבולותיו של אותו 'גרעין קשה'; שכן ניתן להניח כי אין מניעה חוקתית מפני הפרטת חלק מכריע מהשירותים שמטפקת המדינה, ועניין זה

**10. ככלל, לחוקי יסוד יש השפעה פרשנית על חוקים.**<sup>62</sup> חוק יתפרש, ככל האפשר, פירוש ההולם חוק יסוד – הן לנוכח החוקה שחוקים נועדו להגשים עקרונות חוקתיים הקבועים בחוקי יסוד,<sup>63</sup> הן לנוכח גישת הפרשנות המקיימת, שנועדה למנוע פרשנות הסותרת חוק יסוד ועלולה להוביל לאי־חוקתיות של החוק.<sup>64</sup> חוק יסוד משפיע לא רק על פירוש חוקים שהתקבלו אחריו, אלא גם על פירוש חוקים שהתקבלו לפניו (חקיקה "ישנה").<sup>65</sup> החובה לפרש לפי חוק־יסוד חוקים שנחקקו לפני חוק היסוד חלה גם אם בחוק היסוד כלולה "פסקת שמירת הדינים",

---

מצוי בעיקרו במתחם שיקול הדעת של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. מכל מקום, נוכח התוצאה אליה הגענו איננו נדרשים לקבוע מסמרות באשר לפרשנותו של סעיף 1 לחוק־יסוד: הממשלה" (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד טג(2) 545, פס' 63 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (2009) (להלן: פסק דין המרכז האקדמי)).

לדיון בהיבט זה של פסק דין המרכז האקדמי, לרבות בבחירתו של בית המשפט העליון לפסול את החוק שנדון שם בשל סתירתו את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מתוך השארה בצריך עיון של היחס בינו לסעיף 1 לחוק־יסוד: הממשלה, ראו דפנה ברק־ארז "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואחגרים" עיוני משפט ל 461, 494-495 (2008); אלון הראל "חוקתיותו של החוק וביקורת שיפוטית: עקרונות מוסדיים־ממשליים מול זכויות אדם" ספר דורית ביניש 273 (קרן אזולאי, איתי בר־סימן־טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים 2018); אלון הראל ואסף שרון "הפרטה רדיקאלית" משפטים מז 287, 311-313 (2018); מדינה וויצמן, לעיל ה"ש 48, בעמ' 643-644; גדעון ספיר "הפרטת בתי הסוהר" ספר דורית ביניש 273, 277-278 (קרן אזולאי, איתי בר־סימן־טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים 2018); Barak Medina, *Constitutional Limits to Privatization: The Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization*, 8 Int'l J. Const. L. (2010) 690-713. גם בפסק הדין שעסק בחוקתיותו של אצילת סמכויות הממשלה בתחום ההתיישבות ובתחומים נוספים לחטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית שאיר בית המשפט העליון בצריך עיון את משמעותו של סעיף 1 לחוק־יסוד: הממשלה, ויחד עם זאת היה מוכן "לצורך הדין, [...] לאמץ פרשנות לפיה הסעיף אכן אוסר על הממשלה לאצול סמכויות ליבה שלטוניות אשר משמעותן אצילתן היא התפרקות הממשלה מסמכויותיה. [...] כך – דומה – מורנו גם השכל הישר" (בג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל, פס' מז לפסק הדין של המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין (נבו 5.9.2017)).

62 ראו, למשל, ע"א 5931/06 חסיין נ' כהן, פסק הדין של השופט ג'וראן (נבו 15.4.2015).

63 ראו, למשל, ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה", לעיל ה"ש 5, בעמ' 48.

64 ראו, למשל, בג"ץ 781/15 ארד־פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פס' 21 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 27.2.2020).

65 ראו, למשל, רע"א 9064/11 קיסלביץ נ' הנסי פרופרטיס לימיטד (חברה זרה), פסק הדין של השופט דנציגר (נבו 19.2.2013).

השומרת על תוקפם של חוקים שנחקקו לפני חוק היסוד גם אם הם סותרים אותו.<sup>66</sup>

לעומת זאת, מעליונות חוקי יסוד על חוקים אחרים נובע, ככלל, שאין מפרשים חוק יסוד על סמך חוקים "רגילים".<sup>67</sup>

11. ייתכן כי הוראה בחוק יסוד תוכלל בו למטרות סמליות, כהצהרה לא־משפטית שבפועל אין לה השפעה על חוקים. לדוגמה, נראה שהשופט אדמונד א' לוי, בדעת מיעוט, פירש כך את סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, שבו נקבע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". לדברי השופט לוי –

מרחיק הדבר לכת לצקת לתוכה של הוראה זו הסדרים מוסדיים רחבי היקף, המקימים תשתית לקיומה של החברה המדינית ומשקפים ערכים חוקתיים מוגנים.

מסקנה זו נלמדת, ראשית, מן ההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד. הדיון באשר למהותו של הסעיף הפותח היה דל ובלתי ממצה, וכעולה מדיוני הכנסת עובר לחקיקתו – נועד הוא להיות "סעיף דקלרטיבי, שאינו מתכוון למצות את כל הפונקציות של הממשלה" [...]. מניסוח סעיפיו האחרים של חוק היסוד, המדברים לעתים ממש ברחל בתך הקטנה, ניתן ללמוד כי כאשר חפצה הכנסת לעשות כן, היא ידעה להגדיר את סמכויות הממשלה באופן מפורש ופרטני.

66 ראו, למשל, דנ"פ 2316/95 גנימאח נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 652-655 (1995) (הנשיא ברק); יצחק אנגלרד חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 פירוש לחוקי החוזים 14 (מהדורה שנייה, 1995).

67 ראו בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206, 209 (1998); אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "עברות פליליות וזכויות חוקתיות" משפט וממשל יז 325, 332 (2016). לגישה כי "יש להישמר [...] מתייחס מדויק של זכויות היסוד העל-חוקיות, על בסיס עיון בדבריי-חקיקה. אולם בהחלט ראוי ללמוד מדבריי-החקיקה השונים, על התפיסות החברתיות המקובלות של הרוב בישראל באשר לתוכנם של ערכי-היסוד שו"י, ראו בג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, פס' 65 לפסק הדין של השופט נעם סולברג (נבו 8.7.2021).

שנית, וחשוב מכך, על פירושו של הסעיף ניתן ללמוד מן המציאות הנוהגת במשפטנו הלכה למעשה [שבה הממשלה מבצעת גם תפקידי חקיקה ושפיטה] [...].<sup>68</sup>

נראה כי בחוק־יסוד: הלאום לא ניתן לפרש את סעיפים קטנים (א) ו-(ב) של סעיף 1 אלא כהוראות הצהרתיות, שאין להן נפקות משפטית:

(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.

עם זאת, הוראה הצהרתית בחוק יסוד, גם אם אין לה תוצאה משפטית ישירה במוכן זה שהיא אינה קובעת זכויות או חובות, עשויה לשמש לפירוש של הוראות אחרות בחוקי יסוד או בחוקים. כאלה הן, למשל, הקביעה בסעיף 1 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן־חורין";<sup>69</sup> והקביעה בסעיף 1א לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו כי "חוק־יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק־יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>70</sup>

12. חוק השבות, שתוקן פעמיים בלבד מאז חקיקתו ב־1950,<sup>71</sup> מנוסח במידה רבה כנורמה חוקתית. יש

ד.

## חוק השבות

68 פסק דין המרכז האקדמי, לעיל ה"ש 61, פס' 17 לפסק הדין של השופט אדמונד א' לוי.

69 הוראה זהה קבועה בסעיף 1 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

70 הוראה זהה בעיקרה: "חוק־יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק־יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" קבועה בסעיף 2 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

71 ראו חוק השבות (תיקון מס' 1), תשי"ד-1954, ס"ח מס' 163, עמ' 174, שבו הוספה לחוק השבות הסמכות לשלול את זכות השבות גם מ"בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור" (סעיף 2(ב)(3)); וחוק השבות (תיקון מס' 2), תשל"ל-1970, ס"ח מס' 586, עמ' 34 (להלן: תיקון (1970), שבו הוספה לחוק, מתוך שינוי פירוש המילה "יהודי" שנקבעה על ידי בית המשפט העליון בבג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970) (להלן: פסק דין שליט), הגדרה מצמצמת של "יהודי", ברוח ההגדרה ההלכתית (סעיף 24); וכן הורחבו הזכויות לפי החוק גם לילדים, לנכדים ולבני זוג של יהודים, של ילדים של יהודים ושל נכדים של יהודים,



בו שישה סעיפים בלבד, שאחד מהם (סעיף 5) הוא הוראת הסמכה להתקנת תקנות. חוק השבות וההוראות המשלימות הקבועות בחוק האזרחות ובחוקים נוספים פורשו על ידי בית המשפט העליון בפסקי דין רבים. אומנם, פרק זה אינו קומנטר על חוק השבות, אך לנוכח הזיקה בין חוק השבות לבין סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום, ששניהם מבטאים אותו עיקרון, והאינדיקציות שיפורטו בהמשך לכוונת הכנסת להעניק לעיקרי ההסדרים הקבועים בחוק השבות מעמד חוקתי בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום, אציג כאן את חוק השבות, ובעיקר את הפירושים שנתן לו בית המשפט העליון על רקע הימנעות הכנסת מהכרעה בשאלות מהותיות שונות.<sup>72</sup>

### 13. וכך נקבע בחוק השבות:

1. כל יהודי זכאי לעלות ארצה.
2. (א) העליה תהיה על פי אשרת עולה.
- (ב) אשרת עולה תינתן לכל יהודי שהביע את רצונו להשתקע בישראל חוץ אם נוכח שר הפנים שהמבקש –

להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון (סעיף 4א). לגלגולי חוק השבות ראו, בין היתר, דבורה הכהן "חוק השבות - תוכנו והוויכוחים סביבו" **עצמות - 50 השנים הראשונות 57** (אניטה שפירא עורכת 1998); מיכאל קורנאלדי "חוק השבות - הלכה למעשה" **קרית המשפט א** 155 (2001); Claude Klein, *The Right of Return in Israeli Law*, 13 TEL AVIV U. STUD. L. 53 (1997)

72 לקשיים לא פתורים בפירוש חוק השבות וביישומו ראו אמנון רובינשטיין "מיהו יהודי - 2016?" **ספר נילי כהן - משפט, תרבות וספר** 662, 670-671 (עופר גרוסקופף ושי לביא עורכים 2017). לביקורת על הימנעותה המכוונת של הכנסת להסדיר גיורים, לעניין חוק השבות ולצרכים אחרים, ראו אביעד הכהן "גיור כדת משה ו(מדינת) ישראל: בוקה, מבוקה ומבולקה - על מקום הגיור במערכת האזרחית של מדינת ישראל" **ספר מנחם פינקלשטיין - משפט, ביטחון וספר** 713 (שרון אפק, עופר גרוסקופף, שחר ליפשיץ ואלעד שפיגלמן עורכים 2020). בית המשפט העליון, דווקא בשל רגישותן הציבורית של השאלות (ראו, למשל, יעקב שפירא "הגיור המוכר לצרכי שבות - מיהו יהודי' או מיהו 'בן העם היהודי' (בעקבות בג"ץ טושביים)" **שורשים במשפט 1948-2019-719** (דינה זילבר עורכת 2020)), עיכב לא פעם את ההכרעה בהן בתקווה שלא התגשמה שהכנסת תתקן את החוק או כי הצדדים יגיעו להבנה, ויחסכו מבית המשפט את הצורך לפרש הוראות עמומות בנושאים שנויים במחלוקת. בולטת במיוחד ההשתוות של כ-16 שנה בהכרעת בית המשפט העליון בעתירות בשאלת ההכרה כיהודים לצורך חוק השבות בעותרים שהתגיירו בישראל בגיור שאינו אורתודוקסי. ראו בג"ץ 11013/05 דהן נ' שר הפנים - **משרד הפנים** (נבו 1.3.2021) (להלן: פסק דין דהן). בפסק דין דהן ציינה הנשיאה חיות בפס' 15 כי "ההכרעה בעתירות דנן נדחתה שוב ושוב מתוך תקווה כי סוגיה רגישה ומורכבת זו תמצא את פתרונה מחוץ לכותלי בית-המשפט ולאורך השנים אף היו ניסיונות להגיע להסכמות בין כל הגורמים הנוגעים הדבר. אך מהשובר כי הסיכוי להסדרה מוסכמת של הסוגיה אפסיים, וכי גם מהלך של חקיקה אינו נראה באופק, אין מנוס ממחן פסק-דין בעתירות שבפנינו".

- (1) פועל נגד העם היהודי; או
- (2) עלול לסכן בריאות הציבור או בטחון המדינה; או
- (3) בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור.
3. (א) יהודי שבא לישראל ולאחר בואו הביע את רצונו להשתקע בה, רשאי, בעודו בישראל, לקבל תעודת עולה.
- (ב) הסייגים המפורשים בסעיף 2(ב) יחולו גם על מתן תעודת עולה, אלא לא ייחשב אדם למסכן בריאות הציבור לרגל מחלה שלקה בה אחרי בואו לישראל.
4. כל יהודי שעלה לארץ לפני תחילת תקפו של חוק זה, וכל יהודי שנולד בארץ בין לפני תחילת תקפו של חוק זה ובין לאחריה, דינו כדין מי שעלה לפי חוק זה.
- 4א. (א) הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, תשי"ב-1952, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון.
- (ב) אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עודו בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו.
- (ג) הסייגים והתנאים הקבועים לגבי יהודי או עולה בחוק זה או על פיו או בחיקוקים כאמור בסעיף קטן (א), יחולו גם על מי שתובע זכות לפי סעיף קטן (א).
- 4ב. לענין חוק זה, "יהודי" – מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת.
5. שר הפנים ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו וכן למתן אשרות עולה ותעודות עולה לקטינים עד גיל 18.
- תקנות לענין סעיפים 4א ו-4ב טעונות אישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

משלימה את חוק השבות ההוראה בחוק האזרחות ש"כל עולה לפי חוק השבות [...] יהיה לאזרח ישראלי מכוח שבות [...]".<sup>73</sup>

14. בשנות המדינה הראשונות לא הגיעו שאלות הנוגעות לפירוש חוק השבות בכלל, ושאלות הנוגעות למשמעות "יהודי" הזכאי לעלות לישראל בפרט, להכרעה שיפוטית. המוסדות המוסמכים של המדינה לא הגדירו את המונח "יהודי", והסתפקו בהצהרה של המבקשים לעלות כי הם יהודים.<sup>74</sup> ב־1960 פרסם משרד הפנים הנחיות, שהתבססו על תפיסה הלכתית, שלפיה יהודים הם מי שנולדו לאם יהודייה ושאין בני דת אחרת, או שהתגיירו כהלכה. בפסק דין רופאיזון<sup>75</sup> מ־1962 קבע בית המשפט העליון ברוב דעות, לאור פירוש "חילוני" ו"עממי" של המונח "יהודי" כמשמעותו בחוק השבות, כי יהודי שהתנצר אינו יהודי לצורך החוק. פסיקה זו התבססה על ההכרה ש"השקפת-היסוד, כי 'יהודי' ו'נוצרי' הם שני תארים שאינן מתאחזין בנושא אחד, היא נחלת הכלל, הן של פשוטי עם והן של מלומדים"<sup>76</sup> – "תחושתו של הרוב המכריע של היהודים בימינו, במדינה ומחוצה לה";<sup>77</sup> שכן "בהכרת העם יהודי ונוצרי אינם יכולים לדור בכפיפתו של אדם אחד, יהודי וכומר קתולי – לא כל שכן, הרי הם תרתי דסתרי [...] רוח זו היא המפעמת בחוק השבות ובמלה 'יהודי' התכוונה הכנסת ליהודי במובנו העממי הנ"ל".<sup>78</sup> עם זאת, השופט משה לנדוי, שנמנה עם שופטי הרוב, ציין כי "אשר

73 חוק האזרחות, סעיף 2(א). לפי סעיף 2(ב)(4) לחוק האזרחות, "אזרחות מכוח שבות נקנית – למי שקיבל תעודת עולה לפי [...] חוק השבות [...] – מיום מתן התעודה. ראו גם סעיף 2(ה) לחוק האזרחות, שבו נקבע כי "מי שהביע רצונו להשתקע בישראל וקיבל, או זכאי לקבל, אשרת עולה לפי חוק השבות [...], רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו, להעניק לו, לפי בקשתו, אזרחות מכוח שבות עוד לפני עלייתו". הוראות משלימות נוספות להסדרים שבחוק השבות קבועות בחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, סעיף 11(ב): "שר הפנים רשאי בהחלטה מנומקת לבטל אשרת עולה ותעודת עולה שניתנו לפי חוק השבות [...], אם הושגו על ידי מתן ידיעות כוזבות"; בחוק שריון שלילת זכות השיבה, תשס"א-2001 (להלן: חוק שריון שלילת זכות השיבה), סעיף 5: "חוק זה לא יחול על מי שחל עליו חוק השבות [...]"; ובחוקים רבים נוספים. להוראות לעניין רישום כיהודי, המתבססות על הגדרת "יהודי" בחוק השבות, ראו חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, סעיף 3א(ב): "לענין חוק זה וכל רישום או תעודה לפיו, 'יהודי' – כמשמעותו בסעיף 4 לחוק השבות".

74 ראו גביזון, לעיל ה"ש 7, בעמ' 45.

75 בג"ץ 72/62 רופאיזון נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428 (1962).

76 שם, בעמ' 2439 (השופט משה זילברג).

77 שם, בעמ' 2447 (השופט משה לנדוי).

78 שם, בעמ' 2454 (השופט צבי ברנזון).

לדורות הבאים, [...] שאיש אינו יכול לדעת מה צפון בחיק העתיד, וכיצד תתפתח ברכות הימים דמותו הלאומית של העם היושב בציון";<sup>79</sup> ואילו השופט צבי ברנזון, שהצטרף לדעת הרוב למרות אהדתו הגלויה לעותר, שאותו כינה "האיש המופלא הזה",<sup>80</sup> כתב:

אילו מותר היה לי להכריע בשאלה זו לפי הכרתי האישית, לא הייתי מהסס לראות במבקש זה העומד לפנינו כבן האומה היהודית. [...] [ואולם] אינני חושב כי אנו השופטים רשאים לצאת חלוצים לפני המחנה ולפסוק היום את אשר נראה לנו שהוא בוא יבוא במשך הזמן. המשפט הולך בעקבות החיים ולא החיים בעקבות המשפט. אשרי המשפט שהוא משכיל להדביק את קצב החיים ואינו מפגר אחריהם. אכן, רוחות חדשות מנשבות גם בעולם האמונות. [...] אבל מציאות חדשה זו עודנה בחיתוליה ולא באה לכלל גיבוש בהכרת העם. זמן רב עוד יחלוף כנראה עד אשר תשתנה הדעה ותפוג ההרגשה המושרשת בעם כלפי הנצרות, שכה הרבתה להרע לעם היהודי ועשתה את ההיסטוריה שלו עקובה מדם יהודים שמתו על קידוש השם.<sup>81</sup>

פסק דין רופאיזן הוא הבסיס לתפיסה הפרשנית, שיש לה מהלכים גם כיום, ולפיה אף שהגדרת יהודי מושפעת ממקורות דתיים, הזכויות לפי החוק אינן ניתנות בהכרח לפי אמות מידה הלכתיות,<sup>82</sup> אלא משקפות תפיסות חברתיות שיש בהן, כפי שגם ציין השופט ברנזון, היבט דינמי, ה"משכיל להדביק את קצב החיים ואינו מפגר אחריהם".<sup>83</sup>

ב־1968 ניתן בהרכב מורחב במיוחד באותה תקופה, של תשעה שופטים, פסק דין שליט,<sup>84</sup> שלא דן בזכות לעלות לארץ מכוח חוק השבות, אלא ברישום הלאום מכוח חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, והפקודה שקדמה לו – פקודת מרשם התושבים, תש"ט-1949. העותר, יהודי, ביקש לרשום את לאום ילדיו כיהודי, אך

79 שם, בעמ' 2447.

80 שם, בעמ' 2449.

81 שם, בעמ' 2452, 2455.

82 אך ראו להלן, סעיף 17.

83 פסק דין רופאיזן, לעיל ה"ש 75, בעמ' 2455.

84 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970) (להלן: פסק דין שליט).

סורב על ידי פקיד הרישום משום שבת זוגו, אם הילדים, לא הייתה יהודייה. העתירה התקבלה ברוב של חמישה שופטים לעומת ארבעה, אך מרבית שופטי הרוב לא נזקקו לשאלה "מיהו יהודי", שלדעתם "אינה הבעיה";<sup>85</sup> אלא הכרעתם התבססה על ההיקף המצומצם של שיקול הרעת של פקיד הרישום.<sup>86</sup> ואכן, אף שניתן למתוח ביקורת<sup>87</sup> על נימוקי ההלכה הוותיקה ש"תפקידו של פקיד רישום [...] אינו אלא תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים",<sup>88</sup> חומר ש"יכול שיהא נכון ויכול שיהא לא נכון, ואיש אינו ערב לנכונותו",<sup>89</sup> תפיסה זאת – הפוטרת לא רק את פקיד הרישום אלא גם את בית המשפט עצמו מהכרעה בסוגיות רגישות – נותרה בעינה עד היום.<sup>90</sup>

15. בעקבות פסק דין שליט<sup>91</sup> תיקנה הכנסת את חוק השבות (להלן: תיקון 1970), ובמסגרת זאת גם את חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965,<sup>92</sup> שנקבע בו כי לעניינו ולעניין כל רישום או תעודה שלפיהם תחול הגדרת "יהודי" שבחוק השבות. בתיקון 1970 הוגדר "יהודי" – "מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת"; וכן נקבע כי "הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, תשי"ב-1952, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן

85 שם, בעמ' 505 (השופט יואל זוסמן).

86 כך, השופט זוסמן ציין כי "בידי פקיד הרישום לא הופקדו סמכויות שיפוט, ומטרת החיקוק שהוא ממונה עליו אף היא אינה מחייבת, כי הוא יהא הפוסק באיזו שאלה שהיא" (שם, בעמ' 506); כי "חייב פקיד הרישום ללכת אחר הצהרתו של אדם, ומבחן הדת אשר שימש לו עילה לסיורבו, אינו קנה-המידה אשר על-פיו מרכיבים את מרשם האוכלוסין" (שם, בעמ' 527); וכי "הנתונים המובאים על ידי העותר – ושאינן חולקים עליהם – זייס כדי לבטל בקשת רישום בתום-לב" (שם, בעמ' 515).

87 ראו, למשל, שחר ליפשיץ וגדעון ספיר "מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי? על פרשת שליט ותפקידו הראוי של בית המשפט בחברה דמוקרטית" מחקרי משפט כו 269, 285-292, 301-307 (2006).

88 בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225, 244 (1963).

89 שם, בעמ' 249.

90 ראו, לדוגמה, ע"א 7722/17 פלונית נ' שר הפנים, פס' 8 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 29.11.2020).

91 פסק דין שליט, לעיל ה"ש 84.

92 ראו סעיף 3 לחיקון 1970.

זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון", וכי "אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות [...] עודו בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו".

הגדרת "יהודי" בתיקון 1970 מצמצמת את תחום הפרישה של "יהודי", שלא הוגדר בנוסח המקורי של חוק השבות. כך, ילדי בני הזוג שליט, שאינם אינם יהודייה, בוודאי אינם יהודים לפי ההגדרה שבתיקון, וזאת להבדיל מדעת הרוב בפסק דין שליט שרישומם של הילדים כיהודים אינו "מופרך מעיקרו".<sup>93</sup> עם זאת, כדבריו של השופט ברק, "מתחת ידי המחוקק יצאה הגדרה סבוכה, אשר פותרת את המקרים הקלים הנופלים במסגרתה, אך היוצרת אזורים רחבים של חוסר בהירות ועמימות".<sup>94</sup>

### (1) משמעות "מי שנולד לאם יהודיה"

16. הרכיב הרקורסיבי<sup>95</sup> בהגדרת "יהודי" בתיקון 1970 לחוק השבות – "מי שנולד לאם יהודיה" – אינו כולל הגדרה מהותית ישימה. כדי לדעת אם אדם הוא יהודי לפי רכיב זה יש לדעת אם אימו יהודייה, כדי לדעת אם אימו יהודייה יש לדעת אם אימה של האם יהודייה, וכך עד אין-סוף. מכאן הרדוקציה שערכה הפסיקה של השאלה המהותית (שלא ניתן להשיב עליה) לשאלה ראייתית. כדבריו של השופט אליהו מצא:

החוק [חוק השבות] שותק באשר לשאלה על סמך מה תוכר יהדות אמו של הטוען כי נולד לאם יהודייה. גם בתקנות השבות, תש"ז-1956 אין התייחסות לשאלה זו. כל שנאמר [...] הוא כי "לפי דרישת השר ימסור המבקש אשרת עולה או תעודת עולה פרטים נוספים על אלה שבטופס הבקשה, ימציא ראיות לאימות הפרטים וכן יצרף לבקשתו תעודת רופא..." [...]. בנסיבות אלו של היעדר הסדר חקיקתי ספציפי חל הכלל הרגיל של המשפט המינהלי, ולפיו נדרשות "ראיות מינהליות" לביסוסה העובדתי של ההחלטה המבוקשת. ראיות מינהליות הן ראיות שאדם

93 פסק דין שליט, לעיל ה"ש 84, בעמ' 535 (השופט אלפרד ויתקון).

94 פסק דין ברספורד, לעיל ה"ש 31, בעמ' 838.ה"ש

95 רקורסיה היא הגדרת מושג המצריכה פנייה אינסופית אל אותה הגדרה.

**סביר – ורשות סבירה – היו מסתמכים עליהן ורואים בהן כבעלות ערך הוכחתי ראוי ומספיק בנסיבות המקרה.<sup>96</sup>**

השאלה אם ילדים שאומצו על ידי אם יהודייה נחשבים יהודים ולא רק כילדים של יהודים (שזכותם לשבות נובעת מהוריהם) טרם הוכרעה עד כה.<sup>97</sup> דומה כי התשובה לשאלה זאת תהיה תלויה במידת הנכונות לפרש את התנאי "נולד לאם יהודיה" בחוק השבות כחל גם על ילדים שאימהותיהן המאמצות יהודיות. זאת לאור סעיף 16(1) לחוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981, שבו נקבע כי "האימוץ יוצר בין המאמץ לבין המאומץ אותן החובות והזכויות הקיימות בין הורים ובין ילדיהם"; ובהינתן הקביעה המפורשת בסעיף 16(2) לחוק ש"האימוץ אינו פוגע בדיני איסור והיתר לעניני נישואין וגירושין", מבלי שהחרגה מפורשת דומה נקבעה בדבר זכות השבות של יהודים. נראה כי הנפקות המעשית הישירה של השאלה הזאת מוגבלת כיום לנינים ולחמישים של יהודים, שכיום אינם נהנים מזכות השבות אך עשויים ליהנות ממנה אם יתפרש ש"יהודי" בחוק השבות כולל גם ילד מאומץ של יהודייה.

**(2) משמעות "אינו בן דת אחרת"**

17. פירוש הרכיב "אינו בן דת אחרת" בהגדרת "יהודי" בחוק השבות שנוי במחלוקת. אומנם הדעה שיש לבחון את הרכיב הזה לפי השקפתה של הדת האחרת<sup>98</sup> נדחתה,<sup>99</sup> אך בבית המשפט העליון ניתנו לרכיב הזה שלושה פירושים שונים, וטרם הוכרע ביניהם. לפי דעה אחת, המזוהה עם השופט מנחם אלון והוצגה על ידיו בפירוט בפסק דין ברספורד,<sup>100</sup> יש לפרש את הרכיב "אינו בן דת אחרת" לפי "עולמה

96 בג"ץ 394/99 מקסימוב נ' משרד הפנים, פ"ד נח(1) 919, 928 (2003) (ההדגשה במקור). ראו גם בג"ץ 5493/11 ביזואיהו נ' שר הפנים, פס' 21-41 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור (נבו 6.8.2014); בג"ץ 842/16 אבבה נ' רשות האוכלוסין וההגירה (נבו 14.8.2018).

97 המקרים שנדונו עוסקים בילדים מאומצים שגויירו (ראו, למשל, בג"ץ 5070/95 נעמת - תנועת נשים עובדות ומחנדות נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721 (2002)) (להלן: פסק דין נעמת), ולכן לא התעוררה בהם השאלה אם אימוצם בידי אם יהודייה הפך אותם ליהודים; או בילדים מאומצים שאביהם המאמץ בלבד, ולא אימם המאמצת, היה יהודי, ונבדקה זכותם לשבות כילדים של יהודי (ראו, למשל, בג"ץ 8030/03 סמילוב נ' משרד הפנים, פ"ד נח(6) 115 (2004) (להלן: פסק דין סמילוב); בג"ץ 1188/10 פורסקי נ' משרד הפנים (נבו 31.7.2013) (להלן: פסק דין פורסקי)).

98 ראו בג"ץ 563/77 דורפלינגר נ' שר הפנים, פ"ד לג(2) 97, בעמ' 99-100 (1979) (השופט ויתקון).

99 ראו פסק דין ברספורד, לעיל ה"ש 31.

של היהדות וההיסטוריה היהודית",<sup>101</sup> המוליכים למבחני ההלכה היהודית. כדבריו של השופט אלון:

הדת היהודית וההיסטוריה היהודית קובעים מי ומי, מבחינת עולמה של יהדות, ממשיכים להימנות עם בניה, ומי ומי הוציאו עצמם מהכלל היהודי ונמנים, מבחינתה של זו, עם בני דת אחרת. [...] [תיקון 1970] [...] בא הוא לקבוע הגדרה נורמטיבית-אובייקטיבית, שיסודה ופירושה בעולמה של הלכה, במקום המרכיבים הסובייקטיביים והבלתי נורמטיביים שהיו בתוקף עד לתיקון האמור בחוק השבות.<sup>102</sup>

הגישה השנייה מזוהה עם השופט ברק, וגם היא הוצגה בפסק דין ברספורד. במקרה הזה תמך ברק, כמו השופט אלון, בתוצאה שהעותרים הם בני דת אחרת, והוא כינה את גישתו "חילונית-ליברלית-דינאמית".<sup>103</sup> וכך כתב:

תוכנו החילוני של הדיבור "אינו בן דת אחרת" [הוא] [...] אותה תוכן הנותן לדיבור "אינו בן דת אחרת" משמעות, המתיישבת עם התכלית הכללית להפוך את מדינת ישראל למדינת העם היהודי, ולא למדינתם של אלה, אשר, בשל דתם האחרת, אינם נתפסים – בתפיסה החילונית [...] כבני העם היהודי. לשם כך חיוני הוא, שדתם האחרת תהא דתם האפקטיבית, אליה הם יראו עצמם קשורים בחיי היום יום שלהם [...], וחיוני הוא כי קשר אפקטיבי זה לא יעלה בקנה אחד עם התפיסה החילונית של היות אדם יהודי. [...] מנקודת מבט זו, אם [...] [אדם] משתייך לקהילה יהודית מחוץ לישראל, אם הוא קושר גורלו בגורל העם היהודי ובניו, ואם מרכז הכובד של הווייתו הוא יהודי, אין לראותו לצורך חוק השבות – כבן דת אחרת. [...] התפיסה החילונית-ליברלית היא תפיסה דינאמית. היא משתנה עם הילוכו של העם היהודי על פני ההיסטוריה שלו. [...] מטבע הדברים, שעל בית המשפט להפעיל מבחן, שיש לגביו הסכמה

101 שם, בעמ' 829 (המשנה לנשיא אלון).

102 שם, בעמ' 827–833 (המשנה לנשיא אלון).

103 שם, בעמ' 846 (השופט ברק).



לאומית, והמשקף קונסנסוס באשר להיות אדם יהודי במדינת ישראל.<sup>104</sup>

למרות הרטוריקה הזאת, התפיסה "החילונית-ליברלית-דינאמית" הובילה את השופט ברק להישען על אמות מידה דתיות מובהקות:

קיים קונסנסוס רחב בעם היהודי, וקיימת בו הסכמה לאומית, כי אמונה בישוע כמשיח, מלך היהודים וכן האלוהים, והטפה אקטיבית להגשמת אמונה זו בין היהודים, תוך יצירת קהילה מיוחדת לשם כך – כל אלה עושים את האדם לבן דת אחרת, באופן שנשללת יהדותו.<sup>105</sup>

תפיסה שלישית, מעשית, המבקשת ליישב בין שתי הגישות, הציע השופט הנדל – בפסק דין שניתן ב-2010,<sup>106</sup> 21 שנים לאחר פסק דין ברספורד. השופט הנדל כינה את תפיסתו, שגם השופט אליקים רובינשטיין תמך בה,<sup>107</sup> "מבחן המשפט הישראלי".<sup>108</sup> וכך כתב השופט הנדל:

המשפט העברי לא המציא את הסיווג "בן דת אחרת" והוא אף מביע אי נוחות מהתופעה. עם זאת, הוא מכיר בקטגוריה זו כחלק ממצייאות החיים ובתור שכזאת, עליו להביע עמדתו ביחס אליה. אין בפנינו, אפוא, מונח דתי של היהדות או אפילו פרשנות של הדת במובן המקובל. [...] החריג [אינו בן דת אחרת] יוחל רק במקרה קיצוני. לא בנקל תילקח מיהודי הזכות המוענקת לו מכוח חוק השבות. עם זאת, מצב בו יהודי בוחר לצעוד בנתיביה של דת אחרת – תישלל זכותו להמשיך ולחסות תחת כנפי חוק השבות. [...] דומני כי המבחן [...] עונה על הרציונאל העומד הן מאחורי עמדת הנשיא ברק והן מאחורי עמדת השופט אלון. לא בכדי הגיעו השניים למסקנה דומה בעניין ברספורד.<sup>109</sup>

104 שם, בעמ' 847 (השופט ברק).

105 שם, בעמ' 851 (השופט ברק).

106 פסק דין זבידובסקי, לעיל ה"ש 9.

107 ראו שם, פס' יד-יז לפסק הדין של השופט רובינשטיין.

108 שם, פס' 5 לפסק הדין של השופט הנדל.

109 שם, פס' 6 לפסק הדין של השופט הנדל.

בפועל, הן המבחן ההלכתי, הן המבחן החילוני-ליברלי-דינמי, והן מבחן המשפט הישראלי בעניין "בן דת אחרת", הובילו לשימוש באמת מידה דתית שהוציאה מכלל "יהודים" לצורך חוק השבות חברים בקהילות דתיות המגדירות את עצמן יהודיות אך אמונתן כוללת רכיבים מהותיים שאובים מהנצרות.<sup>110</sup>

18. אכן, במקרים שבהם התעוררו מחלוקות שהגיעו להכרעתו של בית המשפט העליון יושמו גם הרכיב "יהודי" וגם הרכיב "אינו בן דת אחרת" לפי אמות מידה דתיות.<sup>111</sup> גם בתשובה החיובית שנתן בית המשפט העליון, לאחר היסוס,<sup>112</sup> בשאלה אם יהודים שהפכו לכני דת אחרת יכולים לחזור בהם לעניין חוק השבות ולשוב להיחשב יהודים,<sup>113</sup> אין כדי לגרוע מאמת המידה הדתית<sup>114</sup> שבפועל מקובלת כיום בשאלה מיהו "יהודי" לעניין חוק השבות.

110 ראו, למשל, בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505 (1992).

111 הנה דוגמה טיפוסית:

אין חולק [...] כי קסהון נישא לנוצרות, וסיגל, בחייו המשותפים עמו, ארחות חיים נוצריים. [...] ניסו העותרים [...] להראות, כי בכל זאת שמר המנוח על אמונתו בדת היהודית. מטבעם של דברים, עסקינו בעובדה אשר אינה קלה להוכחה מעיקרא, מאחר שנטועה היא בפנימיותו של אדם, ברגשותיו ובתחושותיו; זאת, במיוחד, נוכח אי הבהירות השוררת בענייננו סביב האופן שבו נתפס שיכו הדתי של קסהון בקרב הבריות. ואכן, התקשיתי לדלות מן הראיות אינדיקציות חד משמעיות כלשהן. כך, בכלל תצהירי העדות הוזכר ספר תורה גדול אשר היה בבעלותו של קסהון [...], כסממן מובהק לאחייניו ביהדות. ואולם, אותם עדים ציינו בה בעת, כי המנוח העניק את הספר לאחייניו בליינש לרגל נישואיה - עובדה שאינה בהכרח סותרת את גרסת המשיב בדבר התנצרותו. עניין נוסף [...] נוגע לקבורתו של קסהון. חומר הראיות מאשש, אמנם, כי לא נקבר המנוח בשטח הכנסייה, ומשכך ככל הנראה לא נערך לו טקס קבורה נוצרי. ואולם, בענייננו דומה שאין ההן משתמע מן הלאו, וישנה אי ודאות גדולה אם נקבר המנוח בקבר ישראל; ומכל מקום סבורני, כי אין שאלת הקבורה עקרונית לשם הסייג "אינו בן דת אחרת", המתייחס במהותו לשיכו של אדם במהלך חייו (בג"ץ 5345/13 קסהון נ' משרד הפנים, פס' כג (נבו 27.3.2017) (ההדגשה במקור)).

112 ראו פסק דין זבידובסקי, לעיל ה"ש 9, פס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל.

113 ראו בג"ץ 10535/09 פלונית נ' שר הפנים, פס' 2 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 29.12.2015).

114 לעמדתה החיובית של ההלכה בשאלה אם יש "בידי מומר לשוב ליהדות" ראו פסק דין זבידובסקי, לעיל ה"ש 9, פס' יח-כב לפסק הדין של השופט רובינשטיין. כן ראו דבריו של השופט חנן מלצר, שם בפס' 2, כי הוא מוכן שתיבדק האפשרות שהעותרת, שנולדה יהודייה והתנצרה, שבה להיות יהודייה "רק בשים לב לעובדה שהעותרת קיבלה [...] מבית הדין הרבני האזורי בחל אביב פסק דין המצהיר כי היא יהודייה [...] וכן השיגה אישור מבית דין צדק בלונדון, [...] המבהיר לכל מאן דבעי, שהעותרת, שהיא יהודייה מלידה, טבלה בפני בית דין במקווה [...]". (ההדגשה הוטפה).

### (3) משמעות "נתגייר"

19. הביטוי "נתגייר" בהגדרת "יהודי" בחוק השבות עמום, ובמכוון. אכן, כדבריו של אשר מעוז, "המחוקק שבקש ליטול מבית-המשפט העליון [בתיקון 1970] את ההכרעה בענין מיהו יהודי בחוק השבות ובחוק המרשם [חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965] החזיר את הכדור לידיהם של בתי-המשפט לגבי ההכרעה בשאלת מהותו של הגיור הנדרש כדי להפוך לא-יהודי ליהודי".<sup>115</sup>

עם זאת, להבדיל מהרכיב "יהודי" והרכיב "אינו בן דת אחרת" בהגדרת יהודי בחוק השבות, שאותם אפשר, לפחות תאורטית, לפרש כנושאים תוכן חילוני לא-דתי, הרכיב "נתגייר" הוא דתי מובהק. כדבריו של הנשיא ברק, "המושג 'ג'ור' הוא, בראש ובראשונה, מושג דתי, שהמחוקק החילוני עושה בו שימוש".<sup>116</sup>

בתיקון 1970 לא נקבע כי הגיור יהיה "כהלכה". בכך הושאר – מדעת<sup>117</sup> – פתח לכך שבית המשפט יפרש שלצורך חוק השבות (ואף לצורך מרשם האוכלוסין) החוק מכיר כיהודים לא רק באנשים שהתגיירו ג'ור אורתודוקסי,<sup>118</sup> אלא גם במי שהתגיירו ג'ור קונסרבטיבי או ג'ור רפורמי. ואכן, דווקא ברכיב הדתי, בענין הגיור, שביסודו אינו ליברלי, הפירוש שקבע בית המשפט העליון במהלך הדרגתי, לעיתים ברוב דעות, הוא שיש להכיר גם בג'ור דתי שאינו "כהלכה" במובנה האורתודוקסי, לרבות ג'ור קונסרבטיבי או רפורמי, ובלבד שנערך בקהילה יהודית.<sup>119</sup>

115 אשר מעוז "מיהו יהודי – רוב מהומה על לא מאומה" הפרקליט לא 271, 273 (1977).

116 פסק דין פסרו, לעיל ה"ש 32, בעמ' 474. אומנם, ניתן לתמוך בכינון דרכים לא-דתיות להצטרפות ללאום היהודי. עם זאת, לא נראה כי אפשר לכנות דרכים כאלה "ג'ור" במובן נוהג. לשאלה אם ראוי לאפשר הצטרפות ללאום היהודי שלא בהליך דתי ראו, למשל, ידידיה צ' שטרן "ג'ור ישראלי – מה מונח על הכף?" ג'ור ישראלי: חזון. הישגים. כישלונות. 21, 26, 33-34 (ידידיה צ' שטרן ונתנאל פישר עורכים 2018). לתמיכה בג'ור חילוני ראו יוסי ביילין "דלת כניסה נוספת ליהדות" ג'ור ישראלי: חזון. הישגים. כישלונות. 217 (ידידיה צ' שטרן ונתנאל פישר עורכים 2018).

117 ראו, בין היתר, פנחס שיפמן "על ג'ור שלא כהלכה" משפטים ו 391, 394 (1975): "למעשה נראה הוויכוח בשאלת פירוש המושג ג'ור [בחוק השבות] כוויכוח עקר. אחת הסיבות לכך היא שמציעי החוק [תיקון 1970] נקטו – ולדעתי נקטו במכוון – נוסח מעורפל בו ראה כל צד מהרהורי לבו".

118 לג'ור האורתודוקסי – "ג'ור כהלכה" – ראו מנחם פינקלשטיין הג'ור – הלכה ומעשה (2003).

119 לביקורת על בחירתו של בית המשפט העליון להכריע מהו "ג'ור", לצורך חוק השבות ולצורך חוקים אחרים, מתוך הצגת מצג של ניטרליות, ולקריאה לבית המשפט לנקוט טקטיקות כדי להניע את הכנסת להכריע בעניין, ראו ליפשיץ וספיר, לעיל ה"ש 87.

בעניין רישום כיהודי במרשם האוכלוסין קבע בית המשפט העליון בתחילה ברוב דעות כי –

הודעה בלוויית מסמך המעיד על גיור בקהילה יהודית כלשהי בחוץ-לארץ, די בהם כדי לחייב רישומו של אדם כיהודי. לעניין זה אין נפקא מינה, אם הקהילה היא אורתודוקסית, קונסרוואטיבית או רפורמית.<sup>120</sup>

דעת המיעוט של המשנה לנשיא מנחם אלון שללה את התפיסה הזאת. לדעתו של השופט אלון, דעת הרוב –

מתעלמת [...] מפירוש המונח "גיור" במערכת הנורמאטיבית שהימנה הוא בא ונוגדת היא את האופי האובייקטיבי של מונח זה. דרך משל, הליכי הגיור בקהילה הנמנית עם היהדות הרפורמית אינם מבוצעים לפי מערכת נורמות אחידה ומחייבת; הליכים אלה שונים הם מקהילה לקהילה, הכול לפי השקפת עולמו ודעותיו של מי שמבצע אותם. [...] הקביעה האמורה [בדעת הרוב] בדבר "גיור בקהילה יהודית כלשהי בחוץ-לארץ" מרובה בה הפרוץ על העומד, ואין בה משום הגדרה אובייקטיבית נורמאטיבית מינימאלית. [...] לאחר קביעת ההגדרה שבסעיף 4ב לחוק השבות, שביטלה את מסקנת הרוב [...] [בפסק דין שליט], חזרה אהירות משמעות המונח "יהודי" לכל חוקיה של מדינת ישראל. אהירות זו היא חיונית, וזהו המצב הרצוי והנכון, במיוחד במושג כה מהותי ויסודי המשמש חלק מעצם תוארה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. [...] למסקנה זו בדבר פירוש המונח "נתגייר" על-פי משמעותו במערכת ההלכה באים אנו גם מתוך עיון במרכיב אחר, הוא המרכיב הראשון שבהגדרה האמורה שבסעיף 4ב לחוק השבות, והוא: מי שנולד לאם יהודייה. לית מאן דפליג, כי מרכיב עקרוני זה יסודו במערכת ההלכה מקדמת דנא ומימים ימימה, ועל-פי מידת ההיקש ולפי כל מידה נכונה של פרשנות חוק יש להניח ויש להסיק, כי גם המרכיב שבא אחריו, היינו "נתגייר", פירושו כמשמעותו במערכת ההלכה מקדמת דנא ומימים ימימה.<sup>121</sup>

120 בג"ץ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה – תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 723, בעמ' 732 (1989) (הנשיא שמגר) (להלן: פסק דין תנועת ש"ס).

121 שס, בעמ' 744-745.

בהמשך קבע בית המשפט העליון, גם הפעם ברוב דעות, כי על פקיד המרשם "לרשום כיהודי מי שמציג לפניו תעודה המעידה כי הוא גוייר בישראל, כפי שעליו לרשום גיור כאמור שערך בחו"ל".<sup>122</sup> בית המשפט דחה את הטענה שרישום גיור שנערך בישראל מחייב אישור הגיור לפי פקודת העדה הדתית (המרה) מ-1927 של "ראש העדה הדתית" היהודית – הרבנים הראשיים – שמשמעותו הכרה בגיורים אורתודוקסיים בלבד. הנשיא לשעבר מאיר שמגר סיכם:

פירוש זה מקיים את ערכי היסוד של השיטה בדבר שוויון וחופש הדת והמצפון. הוא מתיישב אף עם הסדר הציבורי ועם הגיונו הפנימי וטעמו של חוק המרשם. הווי אומר, המרת דת כשלעצמה אינה אקט החייב להתלוות בהליך לפי הפקודה. כאשר נזקקים לענייני המעמד האישי עולה הצורך באישור לפי הפקודה.<sup>123</sup>

122 פסק דין פסרו, לעיל ה"ש 32, בעמ' 688 (הנשיא לשעבר שמגר).

123 שם, בעמ' 689. בדעת המיעוט המפורטת של השופט צבי א' טל נטען, בין היתר, בהיבט הנורמטיבי, שם, בעמ' 717, 719, כי -

הגיור הוא הצטרפות לעם ישראל. מכאן נגזרים כמה מאפיינים הכרחיים. החשוב שבהם הוא כי הגיור יוכר על-ידי הציבור שאליו מבקש המתגייר להצטרף. גיור שנעוץ לצרף אדם לקבוצה, אינו יכול להיות מקובל רק על חלק מהקבוצה. גיורים שאינם מקובלים על חלק נרחב מהעם מפלגים אותו ויוצרים שתי קבוצות: האחת, מכירה ביהדותם של כל חבריה, והאחרת הרואה בהם ערבוביה של בני העם ושל זרים. [...] השארת הסמכות לגייר גיורים רשמיים בידי הרבנים הראשיים, תבטיח שכל המתגיירים יוכרו על-ידי הציבור כולו. [...] בכל הנוגע לגיור לצורכי שבות ומרשם הנעשה בארץ, [...] יש לתת סמכות לגוף אחד ממלכתי שירכז בידי אדם עניין הגיור. גוף ממלכתי שכזה יכיר רק בגיור שיש עמו הזדהות עם עמנו ומורשתנו ולא רק רצון לקבל טובה הנאה. גוף ממלכתי שכזה יגייר בדרך ידועה ואחידה תוך שמירה על קו עקבי המוכר על-ידי כל עם ישראל כולו. מצב זה עדיף בוודאי על פני מצב מופקר, שבו כל קבוצה שאין אנו יודעים מה טיבה ומה טיב גיוריה תחזיק בידיה את מפתחות הכניסה להיכלו של העם היהודי במדינת ישראל.

מענה תמציתי של הרוב היה בדברים האלה של השופט טובה שטרסברג-כהן, שם, בעמ' 748:

חברי, השופט טל, מביע דאגה כנה לרישום שיבוצע על סמך גיור שיערך על-ידי מערכת שאיננה יהודית דתית, איננה ממוסדת, איננה ממלכתית ואיננה בלתי תלויה. לדעתו, גם ההשלכות האזרחיות מרחיקות הלכת של הגיור, המעניק זכות הגירה אוטומטית למדינת ישראל, מחייבות הפקדת הגיור בידי רשות ממלכתית מוסמכת, שהיא הרבנות הראשית המהווה גוף כזה מקדמת דנא. אם אכן דרוש גוף כזה, עניין הוא למחוקק לענות בו. על כל פנים, לא בפקודת ההמרה המנדטורית יימצא המקור להענקת בלעדיות לגוף זה.

בדעת מיעוט הביע השופט יצחק אנגלרד דעה נחרצת, דומה לדעת השופט אלון בפסק דין תנועת ש"ס<sup>124</sup> ולדעת השופט טל בפסק דין פסרו,<sup>125</sup> "שהגיור בחוק הוא חד-ערכי, ומשמעותו גיור על-פי דין תורה כפי שהתגבש בהלכה היהודית מדורי דורות".<sup>126</sup>

פסקי הדין תנועת ש"ס ופסרו התמקדו ברישום גרים כיהודים במרשם האוכלוסין, אולם המהלך הבא של בית המשפט העליון היה הכרה ביהדותם לעניין חוק השבות של מי שהתגיירו בקהילה יהודית מוכרת בחו"ל – אורתודוקסית, קונסרבטיבית או רפורמית. זאת לא רק באשר לגרים שהיו חברי הקהילה שבה התגיירו עוד לפני הגיור, אלא גם באשר לגרים שלא היו חברים בקהילה והגיעו אליה, גם מישראל, לימים אחרים, כדי להתגייר.

בהמשך הכיר בית המשפט העליון – לצורך חוק השבות, ולא רק לצורכי מרשם האוכלוסין – בגיור אורתודוקסי "פרטי" שנערך בישראל בקהילה מוכרת.<sup>127</sup>

ולבסוף, נקבע כי אותו מבחן יוחל גם על גיורים לא-אורתודוקסיים שנערכו בקהילה יהודית מוכרת בישראל,<sup>128</sup> ובלבד שמדובר ב"מתגיירים אשר שהו בישראל כדין קודם גיורם, וזאת כדי למנוע ניצול לרעה של הזכות למעמד מכוח שבות".<sup>129</sup> אף שהלכה אחרונה זו ניתנה זמן ניכר לאחר חקיקתו של חוק-יסוד: הלאום, חוק היסוד לא הוזכר בפסק הדין, והנשיאה אסתר חיות אף ציינה כי בפסק הדין ובפסקי הדין שקדמו לו ש"בכך אין כדי למנוע מן הכנסת לצקת בעתיד תוכן נוסף או אחר למושג הגיור בחוק השבות, ככל שתמצא זאת לנכון".<sup>130</sup>

124 פסק דין תנועת ש"ס, לעיל ה"ש 120.

125 פסק דין פסרו, לעיל ה"ש 32.

126 פסק דין נעמת, לעיל ה"ש 97, בעמ' 759.

127 ראו בג"ץ 7625/06 רגז'ובה נ' משרד הפנים (נבו 31.3.2016).

128 ראו פסק דין דהן, לעיל ה"ש 72.

129 שם, פס' 24 לפסק הדין של הנשיאה חיות (ההדגשה במקור).

130 שם, פס' 26 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

20. חוק השבות, לפי לשונו, מעניק בסעיף 4א את כל "הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות" גם לילדים, לנכדים ולבני זוג של יהודים, ואף מטעים כי "אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות [...] עורו בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו". בית המשפט העליון נוטה לפרש את ההרחבה הזאת של זכויות השבות באופן "תכליתי" מצמצם, שאף מתקשה לעיתים להתיישב עם לשון החוק. וכך נקבע:

(ג) זכותם של קרובי משפחה מכוח חוק השבות

הוראת סעיף 4א שלחוק השבות נועדה [...] להוות כלי-עזר להגשמת תכליתו העיקרית של חוק השבות; לא אך שכל יהודי כאשר הוא יהא זכאי לעלות לישראל, אלא שיהודים אכן יעלו לישראל; לעודד יהודים החיים מחוץ לישראל ולאפשר להם ככל הניתן לעלות לישראל. והגם שהחוק ביקש להרחיב את מעגל הזכאים לשבות אף למי שאינם יהודים, לא באה הרחבה זו לעולם אלא כדי לאפשר ליהודים לעלות ארצה. אכן כן: סעיף 4א מייחס חשיבות גם לקשר שקשרו אותם בני משפחה עם העם היהודי – לא אך עם אותו יהודי המבקש לעלות. כך (למשל) יש להבין ולפרש את הוראת סעיף 4א(ב) לחוק השבות, ולפיה "אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עורו בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו", ואולם חריג זה בא להעיד על הכלל, ועולה הוא בקנה אחד עם תכליתו העיקרית של החוק.<sup>131</sup>

131 פסק דין סמילוב, לעיל ה"ש 97, בעמ' 120 (השופט חשין). אומנם קשרי משפחה עם יהודים המקנים זכויות לפי חוק השבות כוללים גם קשרים שנוצרו בדרך של אימוץ. ראו נוהל מס' 5.2.0007 של רשות האוכלוסין וההגירה, "נוהל הטיפול במתן מעמד לקטין שאומץ ע"י זכאי שבות בטרם העליה". עם זאת, גם בעניין קרובי משפחה "ביולוגיים" של יהודים נקבע "שקשר משפחתי שנוצר עם יהודי אינו מקים מיניה וביה מעמד של עולה מכוח חוק השבות. זכות השבות ניתנת רק לבני משפחה המקיימים תא משפחתי ממשי ומהותי עם יהודי, ולעניין זה אין די בסטטוס רשמי של היותם בני משפחה. לאמור: בחינת קשר גורל, ולא בחינה פורמלית" (בג"ץ 5517/16 יעקובוב נ' שר הפנים, פס' 25 (נבו 24.4.2018)). עוד נקבע, במסגרת הפירוש התכליתי המצמצם של ההרחבה, כי "כל עוד לא נישא בן הזוג הלא יהודי שהתאלמן מבן זוג יהודי עומדת לו זכותו מכוח חוק השבות. עם זאת, משנישאה אלמנתו של יהודי מחדש מאבדת היא את זכאותה לשבות מכוח בעלה המנוח, וכך גם כאשר מדובר באלמן שהיה נשוי ליהודיה" (פסק דין גורודצקי, לעיל ה"ש 33, פס' 40 לפסק הדין של השופטת ארבל). אך לפסיקה בדעת רוב שאלמנה של זכאי שבות הממשיכה לקיים קשר גורל עם העם היהודי גם לאחר מותו של בן זוגה זכאית למעמד עולה מכוח חוק השבות, ראו פסק דין מרינצ'בה, לעיל ה"ש 35.

הנהרה מרכזית לפירוש מצמצם זה של זכות העלייה של לא־יהודים שהם קרובי משפחה של יהודים מצא בית המשפט העליון בעקרון השוויון:

לא יימצא לנו כל הצדק להעדיף יהודי היושב לבטח בארצו על־פני מי שאינו יהודי – שהראשון יוכל להקנות שבות לבן־זוג לא־יהודי ואילו אחרון לא יוכל. אם הסכמנו – ובכל־לב – לזכות שקנה כל יהודי – באשר־הוא־שם – לעלות ארצה, הוא ומשפחתו, נתקשה להסכים לזכות־יתר כי תינתן ליהודי, אזרח הארץ – לו, אך לא לאזרח הארץ שאינו־יהודי – לזכות בשבות לא־יהודי שהפך בן־זוגו בעוד הוא אזרח הארץ. כי נכיר בזכותו של יהודי אזרח ישראל לזכות את בן־זוגו הלא־יהודי בזכות־של־שבות, ובה־בעת נשלול זכות זו מאזרח ישראל לא־יהודי, נעשה מעשה חמור של הפליה ותכלית ראויה למעשה לא מצאנו.<sup>132</sup>

אכן, אף שמתן זכות שבות ליהודים שאינם אזרחי המדינה אינו פוגע בשוויון, מתן זכות לאזרחים יהודים בלבד להביא לארץ במעמד של עולים את קרובי משפחתם היה פוגע בשוויון בין אזרחי המדינה, ומכאן הפרשנות המצמצמת של זכויות קרובי משפחה מכוח חוק השבות, שלפיה קרובי משפחה של יהודים מוכרים כזכאי שבות רק אם קשרו את גורלם בעם היהודי.

(ד) חריגים לזכות לעלות לישראל

21. לפי סעיף 2(ב) לחוק השבות, אשרת עולה לפי החוק "תינתן לכל יהודי שהביע את רצונו להשתקע בישראל חוץ אם נוכח שר הפנים שהמבקש –

(1) פועל נגד העם היהודי; או (2) עלול לסכן בריאות הציבור או בטחון המדינה; או (3) בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור".

בעניין החריג של אי־הבעת רצון להשתקע בישראל חוק השבות נוקט לשון חיובית: מתן אשרת עולה "לכל יהודי שהביע את רצונו להשתקע בישראל". לפי לשון החוק, הבעת הרצון היא תנאי לקבלת אשרת עולה ולא חריג למתן האשרה. עם זאת, בפרקטיקה גם רכיב זה משמש חריג, ובפסיקה ניתן למצוא מקרים ספורים בלבד שבהם אשרת עולה לא ניתנה בשל אי־הבעת רצון להשתקע בישראל, אף שנקבע

132 פסק דין סטמקה, לעיל ה"ש 28, בעמ' 758–759 (השופט חשין). ראו גם, בין היתר, פסק דין פוזרסקי, לעיל ה"ש 97, פס' 25 לפסק הדין של המשנה לנשיא נאור.



כי אין די בהצהרה בדבר כוונה להשתקע בישראל אם נסיבות המקרה אינן מבססות כוונה כזאת.<sup>133</sup>

לא מצאתי בפסיקה מקרים שבהם לא ניתנה אשרת עולה עקב פעולה נגד העם היהודי או סיכון של בריאות הציבור או ביטחון המדינה, ונראה שההיזקקות לחריגים אלו הייתה זעומה, אם בכלל, בין מפני שלא התקיימו, בין מפני שמשרד הפנים לא הקפיד בהם ולכן עתירות בעניינם לא הוגשו לבית המשפט.

לעומת זאת, הימנעות ממתן אשרת עולה בשל "עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור" אינה נדירה. למרות הקביעה של בית המשפט העליון שאין לפרש חריג זה לכלל כי כל יהודי זכאי לעלות ארצה "על דרך ההרחבה",<sup>134</sup> בפועל הקל בית המשפט למדי עם המדינה בפירוש החריג וברמת ההוכחה הנדרשת להחלטתו, לנוכח "המגמה – ואף היא מושרשת היטב בתודעת העם – שלא יתקבצו כאן אנשים, אפילו הם יהודים, שבארץ מוצאם היו מ'ההופכים ללענה משפט וצדקה לארץ הניחור'".<sup>135</sup> כך, ראשית, נקבע, הן בדבר הוכחת העבר הפלילי, הן בדבר הוכחת הסיכון לשלום הציבור, כי די בכך שהם יוכחו ב"ראיות מינהליות".<sup>136</sup> שנית, לא נדרש כי סיכון שלום הציבור ינבע אך ורק מהעבירות המכוננות את העבר הפלילי.<sup>137</sup> שלישית, נקבע כי לשם בחינת העבר הפלילי אפשר להתחשב גם בעבירות שבוצעו בישראל, ובלבד שבוצעו לפני הגשת הבקשה לקבלת אשרת עולה.<sup>138</sup>

133 ראו בג"ץ 1292/12 ליבשיץ נ' שר הפנים, פס' 13 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 5.3.2014).

134 בג"ץ 94/62 גולד נ' שר הפנים, פ"ד טז 1846, 1855 (1962).

135 בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 399 (1972) (הנשיא שמעון אגרנט) (להלן: פסק דין לנסקי).

136 ראו בג"ץ 5067/02 גולייב נ' משרד הפנים, פס' 4 (נבו 8.9.2003) (להלן: פסק דין גולייב); בג"ץ 9056/11 מרמלשטיין נ' מדינת ישראל, פס' 9 (נבו 18.6.2013); בג"ץ 8292/11 פדצינקו נ' שר הפנים, פס' 16 (נבו 22.8.2013).

137 ראו פסק דין לנסקי, לעיל ה"ש 135, בעמ' 349 (הנשיא אגרנט): "משנוכח שר הפנים כי למבקש אשרת עולה עבר פלילי, אין מניעה לכך שיתחשב, לענין מילוי התנאי השני 'העלול לסכן את שלום הציבור', בעובדות וראיות אחרות, אשר גם אם הן אינן נוגעות במישרין לעברו הפלילי, יש בהן כדי להראות, בצירוף עברו זה, שהוא עלול לסכן את שלום הציבור".

138 ראו פסק דין גולייב, לעיל ה"ש 136, בפס' 4; בג"ץ 6624/06 פשקו נ' משרד הפנים (נבו 13.8.2007).

22. למרות העקרונות המשותפים לחוק השבות ולסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום, המכנה המשותף הטקסטואלי בין החוק לבין סעיף 5 צר למדי. ההשוואה ביניהם אינה קלה. יתר על כן, שאלות פרשניות שבית המשפט העליון הכריע בהן בעניין חוק השבות עדיין פתוחות בעניין סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום. עם זאת, ניתן להצביע על ההבדלים הבאים בין חוק השבות לסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום:

(1) להבדיל מחוק השבות, המקנה ליהודים ולבני משפחתם זכות לעלות ארצה ("כל יהודי זכאי לעלות ארצה"<sup>139</sup>, "הזכויות של יהודי [...] מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לכן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי [...]"<sup>140</sup>), סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום ("המדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות"), אינו מקנה זכות אינדיבידואלית.

(2) סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום, כמו חוק היסוד בכללותו, אינו מגדיר "יהודי". לעומת זאת, בחוק השבות נקבע בסעיף 4ב כי "לענין חוק זה, 'יהודי' – מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת". ממילא, ההכרעות הפרשניות של בית המשפט העליון בדבר משמעות "יהודי" לפי הגדרה זאת, ובמיוחד בדבר פירוש "נתגייר" והתנאים להכרה בזכויות העלייה של קרובי משפחה של יהודים, אינן חלות בהכרח לשם הגדרת הציורף "עלייה יהודית" בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום.

(3) לפי כותרתו של חוק-יסוד: הלאום וסעיפים מרכזיים בו,<sup>141</sup> עניינו של חוק היסוד הוא ביהדות כלאום וכעם. דת מוזכרת בחוק היסוד בהקשרים שוליים בלבד.<sup>142</sup>

139 חוק השבות, סעיף 1.

140 חוק השבות, סעיף 4א(א).

141 ראו חוק-יסוד: הלאום, סעיף 1(א): "ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי [...]"; סעיף 1(ב): "מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי [...]"; סעיף 1(ג): "מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי"; סעיף 7: "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי [...]"; סעיף 6(א): "המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה [...]"; סעיף 6(ב): "המדינה תפעל בתפוצות לשימור הזיקה בין המדינה ובין בני העם היהודי"; סעיף 6(ג): "המדינה תפעל לשימור המורשת [...] של העם היהודי בקרב יהדות התפוצות"; וסעיף 9(א): "יום העצמאות הוא יום החג הלאומי הרשמי של המדינה".

142 ראו שם, סעיף 1(ב): "[ב]מדינת ישראל העם היהודי מממש את זכותו [...] הדתית [...] להגדרה עצמית"; וסעיף 6(ג): "המדינה תפעל לשימור המורשת [...] הדתית של העם היהודי בקרב יהדות התפוצות". גם הציורף "מועדי ישראל" בסעיף 10 לחוק-יסוד: הלאום: "שבת ומועדי ישראל הם ימי המנוחה הקבועים במדינה; למי שאינם יהודים זכות לקיים את ימי המנוחה בשבתם ובחגיהם", מתייחס ככל הנראה לחגים דתיים.

לעומת זאת, בחוק השבות, שהגדרת "יהודי" בו מבוססת על קונספציה הלכתית;<sup>143</sup> נקבע כי בכל מקרה יהודי אינו יכול להיות "בן דת אחרת";<sup>144</sup> וכי גם הזכויות לפי החוק של קרובי משפחה של יהודים אינן נתונות ל"אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון".<sup>145</sup>

(4) ההסדר הקבוע בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום לפי לשונו אינו מסויג, והשאלה אם ניתן לפרש שהצירוף "פתוחה לעלייה יהודית" מאפשר הטלת סייגים כלשהם על עלייה או אם ניתן לסייג את ההסדר לפי הסעיף מכוח "פסקת הגבלה שיפוטית", טרם נדונה בבתי המשפט, וממילא עדיין לא הוכרעה. לעומת ההסדר הקבוע בסעיף 5, הזכות לשבות הקבועה בחוק השבות אינה חלה על אדם ששר הפנים נוכח שהוא פועל נגד העם היהודי; עלול לסכן את בריאות הציבור או את ביטחון המדינה; או שהוא בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור.<sup>146</sup>

(5) אף שחוק השבות מעניק את זכות השבות גם לקרובי משפחה של יהודים – בני זוגם, ילדיהם ונכדיהם שאינם יהודים, ובלבד שלא היו יהודים והמירו את דתם מרצון<sup>147</sup> – סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום קובע כי המדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות.

23. המשקל הניתן בפרשנותם של חוקי יסוד לתכלית "הסובייקטיבית" של הכנסת, כפי שהיא עולה מההיסטוריה החקיקתית, הוא בדרך כלל מוגבל.<sup>148</sup> עם זאת, בשל הנוסח העמום והכללי של

ה.

## סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום - התכלית הסובייקטיבית

143 ראו פסק דין ברספורד, לעיל ה"ש 31, בעמ' 842 (השופט ברק). עם זאת, התפיסה ההלכתית שביסוד הגדרת המונח "יהודי" בחוק השבות לא הובילה את בית המשפט לפרש את כלל רכיבי ההגדרה לפי התפיסה ההלכתית. ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב - רשויות השלטון ואזרחות 1079-1080 (מהדורה שישית, 2005).

144 ראו חוק השבות, סעיף 4ב (ההדגשה הוספה).

145 ראו שם, סעיף 4א(א) (ההדגשה הוספה).

146 ראו שם, סעיף 2(ב).

147 ראו שם, סעיף 4א(א).

148 ראו, למשל, ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 56, בעמ' 151; גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003" משפט וממשל ח 643, 661-662 (2005). לכך שלמניע לחקיקת חוק יסוד לא

סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום מן הראוי לנסות לברר אם לחברי הכנסת הייתה כוונה העשויה לסייע בפירוש הסעיף.<sup>149</sup> במיוחד לנוכח העובדה שחוק היסוד חוקק בעת האחרונה, ודומה שמיום חקיקתו עדיין לא חלו שינויים בחברה הישראלית העשויים להצדיק התעלמות מ"כוונת המכונן".<sup>150</sup>

24. סעיף השבות נוסח בדרכים שונות בהצעות חוק-יסוד: הלאום שהוגשו לכנסת.<sup>151</sup> בסופו של דבר עמדו לפני הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן: הוועדה המשותפת), שדנה בנוסח חוק היסוד, שלוש חלופות עיקריות. חלופות אלו פורטו במסמך הכנה שהגיש היועץ המשפטי לוועדה, ד"ר גור בליי.<sup>152</sup> החלופה האחת הייתה: "כל יהודי זכאי לעלות ארצה, ולקנות את אזרחות מדינת ישראל; פרטים ייקבעו בחוק". החלופה השנייה הייתה: "כל בן לעם היהודי זכאי לעלות ארצה, ולקנות את אזרחות מדינת ישראל; פרטים ייקבעו בחוק". החלופה השלישית – שעליה מבוסס הנוסח שהתקבל – הייתה: "מדינת ישראל תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות; פרטים ייקבעו בחוק".<sup>153</sup> עם זאת, נוסח הסעיף שהתקבל אינו כולל את הסיומת "פרטים ייקבעו בחוק". במסמך ההכנה

ניתן כל משקל לעניין חוקתיותו (לפי דוקטרינות "התיקון החוקתי הלא-חוקתי" ו"השימוש לרעה בסמכות המכוננת") ראו, למשל, בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פס' 12-14 לפסק הדין של השופט הנדל, פס' 8 לפסק הדין של השופטת ענת ברוך, ופס' 15 לפסק הדין של השופט מינץ (נבו 12.7.2021).

149 לפירוש חוקי יסוד הנשען על כוונת הכנסת כפי שהיא ממגלה בהיסטוריה החקיקתית ראו, למשל, בג"ץ 3747/19 אבירם נ' כנסת ישראל, פס' 12-15 לפסק הדין של השופט עמית (נבו 18.6.2019); פסק דין דרור ישראל, לעיל ה"ש 49, פס' 27-31 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') בינשי; אמנון רייכמן "גשרון צר מאוד: חוקה, צדק, יושר וסעד" משפטים 701, 725 (2007).

150 ראו, למשל, רייכמן, שם, בעמ' 727.

151 כך, למשל, בהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי שהגישה ח"כ מירי רגב (הונחה על שולחן הכנסת ביום 9.6.2014) נקבע בסעיף 5: "כל יהודי זכאי לעלות ארצה ולקנות את אזרחות מדינת ישראל על פי חוק"; ובסעיף 6: "המדינה תפעל לקיבוץ גלויות ישראל ולחילוץ הזיקה בין ישראל ובין הקהילות היהודיות בתפוצות"; ובהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי שהגישה ח"כ אברהם דיכטר עם חברי כנסת נוספים (הונחה על שולחן הכנסת ביום 29.7.2015) נקבע בסעיף 6: "כל יהודי זכאי לעלות ארצה ולקנות את אזרחות מדינת ישראל על פי חוק"; ובסעיף 7: "המדינה תפעל לקיבוץ גלויות ישראל".

152 היעוץ המשפטי לוועדה המשותפת, "מסמך הכנה לדיון ביום 13.11.17 – הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי" 4-6 (12.11.2017) (להלן: מסמך ההכנה).

153 ראו מסמך ההכנה, שם, בעמ' 6.

צוינו גם "תוספות אפשריות לנוסח"<sup>154</sup>. האחת – [...] זולת אם קיימת סבירות גבוהה שהמבקש יסכן את שלום הציבור, בריאותו או בטחונו או יפעל נגד המדינה או העם היהודי"; השנייה – "להוסיף כי 'מי שנדרף משום שנחשב ליהודי' גם יהיה זכאי לשבות".

שתי החלופות הראשונות נוקטות לשון "זכות", והנושא בהן הוא "יהודי" (בחלופה הראשונה) ו"כל בן לעם היהודי" (בחלופה השנייה, הרחבה יותר). לעומתן, בחלופה השלישית לא מופיע מושג הזכות, אלא היא נוקטת לשון מטפורית עמומה יותר ("תהיה פתוחה"), והנושא בה הוא "מדינת ישראל".

25. מדינוניה של הוועדה המשותפת ומהסבריו של ד"ר בליי, יועצה המשפטי, עולה כי הבחירה בחלופה שאינה כוללת את מושג הזכות, בעל המהות המשפטית המובהקת, אלא במושגיות מטפורית, ושהנושא בה הוא המדינה ולא בני אדם, נועדה לשלוש מטרות עיקריות: ראשית, למנוע יצירת היררכיה בין יהודים, שזכותם לשבות תשודרג לחוק יסוד, לבין בני משפחה של יהודים שאינם יהודים, שזכותם תיוותר בחוק השבות בלבד – חוק "רגיל"; שנית, לאפשר להטיל הגבלות על זכות השבות בחקיקה רגילה, לרבות על היקף הזכות של זכאי שבות לקבל אזרחות והגבלות מטעמים של ביטחון הציבור, בריאות הציבור וביטחון המדינה; שלישית, להימנע מלהכריע במחלוקות השונות בעניין אמות המידה לקביעת הזכאים לשבות, ובהן "מיהו יהודי". מטרות אלו הובילו לנוסח "חגיגי" של הסעיף, "מבלי להיכנס למחלוקות השונות". דבריו של בליי בוועדה המשותפת משקפים גם את הדעות שהביעו משתתפים אחרים:

השאלה היא קודם כול שאלה של מה רוצים לעשות. זאת אומרת, האם הוועדה רוצה ליצור את ההיררכיה הזאת ברמה של עיגון הזכות היהודי בחוק-היסוד ולהותיר את העיגון של הזכויות של בני המשפחה של יהודי רק בחוק רגיל? [...] בהמשך לכך צריך להחליט מה רוצים לעשות לגבי ההגבלות על הזכות הזאת, מטעמים של ביטחון הציבור, בריאות הציבור, ביטחון המדינה וכן הלאה, וגם לשאלה של היחס שבין השבות לבין האזרחות. [...] עלו בעבר הצעות שונות שלא מייד מקבלים אזרחות בעקבות חוק השבות, אלא יש אולי תקופת אכשרה מסוימת, לימוד השפה העברית, איזה פער זמנים. [...] ככל שמעלים את הדברים לרמה החוקתית, יותר קשה לערוך שינויים בחוק רגיל בלי הסמכה בחוק-

היסוד. קודם כול, צריך להחליט האם רוצים לשנות את הדברים האלה. ככל שהוועדה מבקשת שלא לשנות, ורוצה, כפי שנאמר פה, לתת ביטוי חוקתי לעיקרון השבות, מבלי להיכנס למחלוקות השונות לגבי על מי רוצים להחיל, אחת ההצעות שאנחנו מציעים פה [...] היא הצעה שמבטאת [...] את אותה גישה שאומרת: בואו נלך לכיוון של ניסוח חגיגי יותר ולא ניסוח שמבוסס על הקניה של זכויות לפרטים, וזה לאמץ מתוך מגילת העצמאות את המילים "מדינת ישראל תהא פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות; פרטים ייקבעו בחוק".<sup>155</sup>

הייעוץ המשפטי הטעים כי "ללא התייחסות מפורשת בחוק היסוד לקריטריונים הכלליים המאפשרים את הגבלת הזכות החוקתית לשבות, עלול להתעורר קושי עם הקביעה של הגבלות על מימושה במסגרת חוק רגיל (דוגמת חוק השבות)".<sup>156</sup> הייעוץ המשפטי ציין אפוא:

נוסח הסעיף [...] יכול להיות כללי ו"חגיגי" יותר [מנוסח הקובע זכות אינדיבידואלית לשבות], ולקבוע רק את העיקרון החוקתי שעומד בבסיס חוק השבות, למשל כמו הנוסח שהופיע בהכרזת העצמאות: "מדינת ישראל תהא פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות".<sup>157</sup>

באותה רוח אמר חבר הוועדה ח"כ רועי פולקמן:

אני כן חושב שעמדת הייעוץ המשפטי נכונה, שאנחנו חייבים לנסות לשמור גם על התפיסה שזה חוק-יסוד שיש בו מרכיב הצהרתי והוא לא נכנס לדקויות, כי אם נתחיל להיכנס גם לאיזה תנאים מותר להגביל, ובאיזה תנאים בני זוג ובאיזה תנאים צאצאים, זה לא הגיוני. וזה גם לא נכון בעיניי בגישה הכללית בהסתכלות על החוק הזה.<sup>158</sup>

155 פרוטוקול ישיבה 6 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק-יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20 (13.11.2017) 60. ראו גם מסמך ההכנה, לעיל ה"ש 152.

156 מסמך ההכנה, שם, בעמ' 6 (ההדגשה במקור).

157 שם, בעמ' 5 (ההדגשות במקור).

158 פרוטוקול 6, לעיל ה"ש 155, בעמ' 61.

בסופו של דבר, בלא הסבר בפרוטוקולים של הוועדה המשותפת או של מליאת הכנסת, נוסח הסעיף שהתקבל אומנם מתבסס על הגישה הזאת, אך אינו כולל את המילים "פרטים ייקבעו בחוק" (אף שבארבעה סעיפים אחרים בחוק היסוד מופיעה הפניה כזאת).<sup>159</sup> בחוק-יסוד: הלאום בכללותו אף אין פסקת הגבלה.

הדעת נותנת אפוא שחברי הכנסת הניחו כי הנוסח העמום של סעיף 5 שהתקבל, שאינו כולל הקניית זכות לפרטים, עולה בקנה אחד עם מכלול ההסדרים הקבועים כיום בחוק השבות ובחוק האזרחות, ואף יאפשר לערוך בהם תיקונים, ובלבד שיישמר העיקרון הרחב של פתיחת המדינה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות.

אומנם, בדיון נשמעו התבטאויות שניתן לפרשן ככוונה להעלות למדרגה חוקתית את ההסדר התת-חוקתי הקיים. כך, למשל, יושב ראש הוועדה המשותפת, ח"כ אמיר אוחנה, אמר כי "אנחנו לא מבקשים שהחוק הזה יבוא לשנות את המצב הקיים, אלא לעגן אותו".<sup>160</sup> עם זאת, קשה לראות בהתבטאות זאת ובהתבטאויות דומות אינדיקציה מספיקה לכוונה לשריין את כל ההסדרים הקיימים כיום בחוק השבות ולמנוע כל תיקון של החוק, אף אם, למשל, החוק יתוקן וירחיב את הזכויות שהחוק מקנה כיום או יצמצם את המגבלות שהוא מטיל עליהן.

בדיונים בוועדה המשותפת אין אפוא אינדיקציה של ממש שלמרות לשונו המשפטית של סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום, חברי הכנסת התכוונו לכך שהוא לא יהווה נורמה משפטית מחייבת אלא הצהרה בלבד. אכן, אין סתירה בין קביעת עיקרון "חגיגי" לבין הקניית תוקף משפטי מחייב לעיקרון.<sup>161</sup>

159 ראו לעיל ה"ש 39 והטקסט שלידה.

160 פרוטוקול 6, לעיל ה"ש 155, בעמ' 59 (ההדגשה הוספה).

161 השוו פסק דין דרור ישראל, לעיל ה"ש 49, פס' 26 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') ביניש:

לשון הוראות סעיף 1 וסעיף 1 לחוק היסוד [חוק-יסוד: מקרקעי ישראל] ברורה. עולה ממנה כי סעיף 1 קובע עיקרון כללי, חגיגי, לפיו לא תועבר הבעלות במקרקעי ישראל. לצידו של עיקרון זה, סעיף 2 מורה כי סוגי מקרקעין וסוגי עסקאות שנקבעו לענין זה בחוק, יצאו מתחולת עקרון הבעלות הלאומית. מלשון החוק עולה, איפוא, יחס של עיקרון וחריג. בעוד העיקרון חל על מכלול המקרקעין בישראל; החריג יחול על סוגים מסוימים של מקרקעין וסוגים מסוימים של עסקאות, שלא נקבעו בחוק היסוד, אלא ייקבעו על ידי הכנסת בחקיקה רגילה.

.1

**סעיף 5 לחוק יסוד:****הלאום - בעיות פרשנות**

26. בפסק דין חסון<sup>162</sup> כתבה הנשיאה חיות, שהסתמכה בין היתר על העמדות שהציגו בפני בית המשפט העליון באי כוחן של הכנסת והממשלה:

אכן, הגישה לפיה חוק יסוד: הלאום מעניק זכויות אישיות כלשהן לאזרחי המדינה היהודים, אינה עולה בקנה אחד עם לשונו של חוק היסוד, עם ההיסטוריה החקיקתית שלו ועם תכליותיו. חוק היסוד מנוסח בלשון דקלרטיבית ואינו כולל הוראות אופרטיביות המקנות זכויות אישיות לפרטים בשל השתייכותם ללאום מסוים (כאמור ב[...][תגובת הכנסת]). יתרה מכך, במהלך דיוני הוועדה המשותפת הושמטו מהצעת החוק הוראות אשר הקנו זכויות אישיות, ובהתאם אף הוחלט שלא לכלול בחוק היסוד פסקת הגבלה – מתוך תפישה שזו אינה נדרשת משעה שנוסחו הסופי של חוק היסוד אינו כולל זכויות אישיות (כאמור ב[תגובת הכנסת [...]]). הכנסת ומשיבי הממשלה אף הם עמדו על כך שחוק יסוד: הלאום הוא הצהרתי בעיקרו, ונועד לצקת תוכן למרכיבי זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.<sup>163</sup>

ואולם, פסק דין חסון, שבמסגרתו נכתבו דברים אלו, דן בחוקתיותם של שלושה סעיפים בחוק הלאום, אך לא בסעיף 5. ממילא דברים אלו של הנשיאה חיות, בהנחה שהתכוונו לחול גם על סעיף 5, הם בגדר אמרת אגב בכל הנוגע לסעיף זה.

162 פסק דין חסון, לעיל ה"ש 2.

163 שם, פס' 48 לפסק הדין של הנשיאה חיות. לדעה שונה ראו שם, פס' 48 ו-55 לפסק הדין, בדעת מיעוט, של השופט קרא. ראו גם, שם, פס' 9 לפסק הדין של השופט מינץ:

עם חקיקתו של חוק היסוד [חוק יסוד: הלאום] אין עוד מקום לגישה המוצאת את ערכיה היהודיים של המדינה רק היכן שהם מחייבים עם הערכים הדמוקרטיים, כאילו צוינו לתפארת המליצה בלבד. חוק יסוד: הלאום שהינו ביטוי לגיטימי ביותר ואף מתבקש נוכח שאיפתו הלאומית של העם היהודי היושב בציון, מגדיר בבהירות מהם המאפיינים היהודיים של המדינה הנגזרים מאופיה הלאומי [וביניהם] [...] קיבוץ גלויות וקליטת עליה [...]. סממנים אלו [...] – הפכו עתה להיות חלק משמעותי ממהותה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי וחלק מן המשפט החוקתי הישראלי.



מכל מקום, ספק אם דבריה של הנשיאה חיות חלים מעיקרם על פירוש סעיף 5, שגם בגרסאותיו הקודמות, וכמו חוק השבות, לא העניק "זכויות אישיות כלשהן לאזרחי המדינה היהודים",<sup>164</sup> וממילא לא נתפס כפוגע בשוויון.<sup>165</sup>

יתר על כן, אגב קבלת העמדה שהוצגה בשם הכנסת, הטעימה הנשיאה חיות כי אין בחוק-יסוד: הלאום כדי להשפיע על האיזון בין ערכי המדינה כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. וכך כתבה:

חוק יסוד: הלאום לא נועד לקבוע מסמרות באשר למצבים שבהם מתעורר מתח בין ערכיה החוקתיים של ישראל כמדינה יהודית ובין ערכיה החוקתיים כמדינה דמוקרטית, והדבר עולה מנוסחו של חוק היסוד ומדיוני הוועדה המשותפת (ראו: [...]) תגובת הכנסת). ככלל, הפתרון למתח זה מצוי ברמה התת-חוקתית, קרי, במסגרת בחינת חקיקה ראשית, חקיקת משנה ופעולות מנהליות. זאת, משום שבשיטת המשפט שלנו אין שוללים ערך, זכות או עקרון חוקתי אחד אך משום שהוא מצוי במתח עם ערך, זכות או עקרון חוקתי אחר.<sup>166</sup>

גם ההנמקה הזאת אינה חלה על סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום, שבעיקרו אינו מתחכך עם ערך השוויון בין אזרחי המדינה או עם ערכים דמוקרטיים אחרים. אכן, גם בפרשו את חוק השבות נתן בית המשפט העליון משקל לערך השוויון, בהיבט הצר שבו הוא רלוונטי, כשפירש בצמצום את קשרי המשפחה של לא-יהודים הזכאים לזכויות לפי חוק השבות.<sup>167</sup> הדעת נותנת שהכרה בקביעה בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום ש"המדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות" כמכוננת חובה משפטית, לא תגרע מפירוש זה.

164 שם, פס' 48 לפסק הדין של הנשיאה חיות (ההדגשה הוספה).

165 ראו, למשל, דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 6698/95 קעדא נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 282 (2000): "מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים, ובהם המיעוט הערבי. כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות), אך משמצי אדם בבית כאזרח כדיו, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים" (ההדגשה הוספה).

166 ראו שם, פס' 49 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

167 ראו לעיל ראש הסעיף (ג) זכותם של קרובי משפחה מכוח חוק השבות.

מכל מקום, דומה כי לאור סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום יהיה קושי לטעון טענה משפטית פוזיטיבית שחוק השבות, גם ללא שמירת הדינים, חשוף לתקיפה חוקתית בשל פגיעתו בזכות החוקתית לשוויון.

27. הן לשונו של סעיף 5, הן כוונתה של הכנסת, שאומנם הייתה ש"לא להיכנס לדקויות"<sup>168</sup> אך לא הייתה לשלול מהסעיף משמעות משפטית, אינן תומכות בטענה שסעיף 5 אינו מהווה נורמה משפטית מחייבת. אכן, כדבריו הקולעים של נציג משרד המשפטים, עו"ד איל זנדברג, ראש תחום משפט ציבורי במחלקת ייעוץ וחקיקה, בנושא אחר שהתעורר במהלך הדיון בהצעת חוק היסוד:<sup>169</sup> "צריך להבחין תמיד בין מה שהוועדה רוצה לבין מה שהטקסט אומר."<sup>170</sup>

מתעוררת אפוא השאלה אם ההבנה של הכנסת – "התכלית הסובייקטיבית" – עולה בקנה אחד עם "קרום המעטפת" (כלשונו של השופט מישאל חשין)<sup>171</sup> של נוסח סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום ועם כללי הפרשנות החוקתית.

על פי הפרוטוקולים של הישיבות, הכנסת אומנם ראתה בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום נורמה משפטית, וכך גם ניסחה אותו. עם זאת, חברי הכנסת לא התכוונו שהסעיף, בנוסח "החגיגי" שאומץ,<sup>172</sup> יביא כשלעצמו לשינוי ההסדרים הקבועים כיום בחוק השבות ובחוק האזרחות, או יוביל לפסילתם של הסדרים אלו; יכריע בשאלות הנוגעות לפירושם של חוק השבות וחוק האזרחות, או יחייב את שינוי הפירושים שהתקבלו בבית המשפט העליון; או יגביל את הכנסת בתיקון החוקים האלה או כל חוק אחר; ובלבד שיישמר העיקרון שמדינת ישראל תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות.

168 ראו לעיל דבריו של ח"כ פולקמן.

169 הדברים נסובו על מידת הצורך להוסיף את המילים "או על פיו" לסעיפים בחוק-יסוד: הלאום שבהם נקבע כי "פרטים ייקבעו בחוק".

170 פרוטוקול ישיבה 22 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20, 3 (18.7.2018).

171 רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 253 (1999): "כל מילה, כל ביטוי בשפה ניתן לפרשם בצמצום וניתן לפרשם ברחבות, אף ברחבות-יתר. ואולם ככל שנרחיב ונוסיף ונרחיב נגיע לנקודה שבה ימתח קרום המעטפת עד לקצה-יכולתו. משהגענו לכאן, ואם נוסיף ונרחיב, יפקע הקרום והמילה או הביטוי יאבדו ממשמעותם הגרעינית".

172 פרוטוקול 6, לעיל ה"ש 155, דברי ד"ר בליי, היועץ המשפטי לוועדה, בעמ' 54; מסמך ההכנה, לעיל ה"ש 152, בעמ' 5.

ואולם, נוסח הסעיף שהתקבל מעורר שורה של בעיות פרשנות, במיוחד משום שלא נכללה בו הפניה לחוק, כגון בנוסח שהוצע במסמך ההכנה ("פרטים ייקבעו בחוק"),<sup>173</sup> ואף לא פסקת הגבלה, אפשרות שנדונה בהרחבה בוועדה המשותפת.<sup>174</sup> לבעיות האלה קשה לתת מענה מלא על בסיס לשון הסעיף וכוננת חברי הכנסת. להלן אדון בכמה בעיות פרשנות שהסעיף מעורר: האם הסעיף קובע חובה משפטית אף על פי שהוא אינו מקנה זכות אינדיבידואלית? מהי משמעותם של שלושת מונחי המפתח המוזכרים בסעיף – "עלייה", "יהודית", ו"פתוחה"? והאם הסעיף ניתן להחלה ישירה בהנחה שהוא קובע הסדר רחב יותר מזה הקבוע, או שייקבע בעתיד, בחוקים (או בתרחיש התאורטי של ביטול חוק השבות)?

28. נוסח סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום שהכנסת (א) חובה משפטית  
 ללא זכות  
 אינדיבידואלית  
 בחרה אינו מקנה זכויות אינדיבידואליות, מתוך כוונה "לקבוע [בחוק-יסוד] רק את העיקרון החוקתי שעומד בבסיס חוק השבות".<sup>175</sup> ואולם, נראה כי אף שאינו נוקט לשון זכות, אפשר לפרש את הסעיף רק כקובע חובה – ציווי שהמדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות. ניסוח הסעיף הזה, שלא כמו ניסוח הסעיפים 1(א) ו-1(ב) לחוק-יסוד: הלאום, למשל, אינו יכול להתפרש כהצהרה בלבד.<sup>176</sup> אומנם בדברי ההסבר לסעיף מטעמה של הוועדה המשותפת, בנוסח שהתקבל, נכתב כי "מוצע לעגן באופן הצהרתי בחוק היסוד את המחויבות של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות, כפי שהיא

173 ראו מסמך ההכנה, שם, בעמ' 6.

174 ראו, למשל, פרוטוקול ישיבה 10 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20, דברי ד"ר בליי, היועץ המשפטי לוועדה, בעמ' 15 (3.1.2018):

ומה שאני מדבר עליו זה סעיף בנוסח פסקת הגבלה בכבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק שאומר: אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק האמור מכוח הסמכה מפורשת בו. זאת אומרת, סעיף שדומה למה שנכלל בכבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק, ושמאפשר את הגמישות ביחס לסעיפים שמדברים בלשון של זכויות, לאפשר סטייה או גריעה מהם. [...] למשל סיטואציות שבהן רוצים לחרוג מהכלל של השבות מנימוקים כאלה או אחרים, ולקבל הסמכה לדברים האלה באמצעות חקיקה שלא תסתור את הסעיף. [...] זו המחשבה או זו ההצעה לשקילת הוועדה.

175 מסמך ההכנה, לעיל ה"ש 152, בעמ' 5 (ההדגשה במקור).

176 ראו לעיל סעיף (ה) חוק-יסוד הצהרתי.

מוזכרת בהכרזה על הקמת המדינה<sup>177</sup>, אך הן לשון הסעיף והן הדיונים בוועדה המשותפת אינם תומכים בהבנה שהסעיף הזה קובע הסדר סימבולי בלבד. הסעיף הוא הצהרתי במובן זה שחקיקתו הביאה בחשבון שבחוק השבות ובחוק האזרחות מופיעים הסדרים מפורטים, אך אין אפשרות להבינו כהוראה שאינה מטילה חובה לפתוח את המדינה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות.<sup>178</sup> הדעת נותנת שלנוכח כללי זכות העמידה הרחבים בישראל,<sup>179</sup> אם תתעורר טענה להפרת החובה הקבועה בסעיף יכיר בית המשפט גם במעמדם של עותרים ציבוריים להעלות את הטענה, וכל שכן במעמדם של עותרים שיטענו שנפגעו עקב הפרת החובה הקבועה בסעיף.

**(ב) משמעות "עלייה"**  
**29.** לפי חוק השבות, משמעות המונח "עלייה" היא השתקעות בארץ.<sup>180</sup> עם זאת, אף שכל עולה לפי חוק השבות הופך מכוח חוק האזרחות, ככלל, לאזרח ישראל מכוח שבות,<sup>181</sup> בחוק האזרחות נקבע כי ההסדר בדבר קבלת אזרחות לא יחול "על [עולה] בגיר שערכ יום עלייתו או ערב יום מתן תעודת העולה היה אזרח חוץ, ובאותו יום, לפני כן או תוך שלושה חדשים לאחר מכן ובעודו אזרח חוץ,

177 הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ה"ח תשע"ח מס' 678, עמ' 134, בעמ' 135 (ההדגשה הוספה).

178 לשלילת הפירוש שחוק-יסוד: הלאום בכללותו נועד למטרות הצהרתיות בלבד או לשם פירוש חקיקה רגילה, בין היתר, היות שחוק-היסוד מנוסח בלשון משפטית וכתוב כצופה אכיפה שלטונית של הוראותיו או פעולה שלטונית המבוססת עליהן, ראו דבריו המשכנעים של אורי אהרונסון "חוקה ליום סגריר: חוק הלאום והרוב היהודי" *תרבות דמוקרטית* 20, 9, 20–33 (2021). ראו גם הפרק של אורי אהרונסון "חוק הלאום בראי חוקי היסוד האחרים" בקובץ זה. עם זאת, ייתכן כי טענתו של אהרונסון, שם, שחוק היסוד נועד בראש וראשונה להטיל איסורים ומגבלות חוקתיים על-חוקיים שיחולו בעידן שבו יהיה בישראל רוב לא יהודי, ולמצער לא ציוני, נכונה בחלקה בלבד באשר לסעיף 5, שלצד המטרה הזאת עשויות להיות לו גם השפעות משפטיות נוספות.

179 לסקירה מעודכנת של דיני המעמד בישראל ראו Ariel L. Bendor, *Standing of Public Interest Organizations in Israel*, 31 *TRANSNAT'L L. & CONTEMP. PROBS.* 191–210 (2022).

180 ראו סעיף 2(ב) לחוק השבות: "אשרת עולה תינתן לכל יהודי שהביע את רצונו להשתקע בישראל [...]"; וסעיף 3(א) לחוק: "יהודי שבא לישראל ולאחר בואו הביע את רצונו להשתקע בה, רשאי, בעודו בישראל, לקבל תעודת עולה" (ההדגשות הוספו).

181 ראו חוק האזרחות, סעיף 2(א) וס' 2(ב)(4).

הצהיר שאין ברצונו להיות אזרח ישראלי [...]".<sup>182</sup> אין אפוא זהות בין עלייה לבין קבלת אזרחות.

אומנם, כאמור, ככלל אין מפרשים חוק יסוד על סמך חוקים "רגילים".<sup>183</sup> עם זאת, הן המשמעות של המילה "עלייה" בהקשר הנדון, שהיא הגעתם של יהודים אל ארץ ישראל לגור בה,<sup>184</sup> ולא דווקא קבלת אזרחות במדינת ישראל; הן הרציונל של השבות;<sup>185</sup> והן כוונתה של הכנסת,<sup>186</sup> מובילים לכך שגם בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום פתיחת הארץ ל"עלייה" אינה מחייבת בהכרח הענקת אזרחות לעולים.

אשר ל"קיבוץ גלויות" – המוזכר לאור האמור בהכרזת העצמאות כי "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות", צירוף ששימש בסיס לניסוח סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום – הדעת נותנת שמשמעותו בסעיף זהה ל"עלייה יהודית". עם זאת, דומה כי לקיבוץ הגלויות, כערך נבדל המתמקד בהעלאתן לארץ של קהילות להבדיל מזכות אינדיבידואלית לעלות לישראל, הייתה משמעות מיוחדת בימי הבראשית של המדינה לנוכח מרכזיותו במאבקה של התנועה הציונית במנדט הבריטי, ממדי הפליטות היהודית אחרי מלחמת העולם השנייה, והרצון להבטיח רוב יהודי מוצק בשטח המדינה. אף שלכמה מההיבטים האלה לפחות יש רלוונטיות מסוימת גם כיום, חשיבותם המעשית פחתה עם השנים במידה ניכרת.

30. סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום אינו כולל הגדרה של המונח "יהודית". אף אם בעת ניסוח סעיף 5 ראתה הכנסת לנגד עיניה את הגדרת "יהודי" בחוק

(ג) משמעות  
"יהודית"

182 שם, סעיף 2(ג)2. ראו גם שם, סעיפים 2(ג)2-4, 2(ד)-1.

183 ראו לעיל הטקסט שליד ה"ש 67.

184 לפי מילון אבן-שושן "עלייה" בהקשר הזה היא "ביאה לארץ-ישראל כדי להשתקע בה [...] ("עלייה" אברהם אבן-שושן המלון החדש: המהדורה המשלבת 2344 (2000), ולפי רב-מילים - מילון עברי עברי (מקוון): "הגירתם של בני העם היהודי מן הגולה לארץ ישראל כדי לחיות בה".

185 ראו, למשל, דבריו של דוד בן-גוריון בכנסת בעת קבלת חוק השבות, ד"כ 6 (3.7.1950), 2035: "זכותו ההיסטורית של כל יהודי באשר הוא, לשוב ולהתישב בישראל, אם מפני שהוא עשוק-זכויות בנכר, אם מפני שאיננו בטוח בקיומו אם מפני שהוא נדחק ומנושל בארצותיו, אם מפני שהוא מוקף שנאה ובוז, אם מפני שאיננו יכול לחיות חיים חדשים כרצונו, ואם מפני אהבתו למסורת העברית, לתרבות העברית, ולקוממיות ישראל".

186 ראו לעיל דבריו של היועץ המשפטי של הוועדה המשותפת, ד"ר בליי, בטקסט שליד ה"ש 155.

השבות בנוסחו כיום, הרי לא זו בלבד שמעליונות חוקי יסוד לעומת חוקים נובע, כאמור, שאין מפרשים חוק יסוד על סמך חוק,<sup>187</sup> אלא גם אין בסיס להנחה שהסעיף מבקש להעניק מעמד חוקתי על-חוקי להגדרת "יהודי" בחוק השבות, לשריין את ההגדרה כפי שהיא קבועה בנוסח הקיים של החוק ולמנוע את שינוי ההגדרה באמצעות חקיקת חוק "רגיל" (לרבות תיקון חוק השבות).<sup>188</sup> קשה אפוא לקבל את האמור במסמך ההכנה של הייעוץ המשפטי לכנסת על הביטוי "יהודי" בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום, כי זהו "ביטוי שככל הנראה יפורש לפי ההגדרה שמופיעה בחוק השבות".<sup>189</sup>

אכן, ניתן להקנות בחוק "רגיל" (או במשפט המקובל שבהלכה הפסוקה) זכויות רחבות יותר מהזכויות המוקנות בחוק יסוד,<sup>190</sup> ואף לפתוח את שעריה של מדינת ישראל מכוח שבות גם למי שהגירתם אינה "עלייה יהודית" כמשמעותה בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום. אין לראות אפוא בסעיף 5 לחוק היסוד "הסדר שלילי" השולל הקניית זכויות הגירה לישראל, או אף זכות "עלייה", למי שאינם יהודים.<sup>191</sup>

31. ואולם, מה יהיה הדין אם הכנסת תצמצם את הגדרת "יהודי" בחוק השבות? כך, למשל, הוועדה לגיבוש רעיונות והצעות בנושא הגיור בישראל בראשות השר יעקב נאמן (להלן: ועדת נאמן) המליצה ב-1998 כי גיור בישראל ייערך רק על ידי בתי דין ממלכתיים מיוחדים לגיור שיפעלו במסגרת מערך גיור ממלכתי, שהגיור בהם יהיה אורתודוקסי (אך בהנהלת המכון שיכין את המבקשים להתגייר ובקורס ההכנה לגיור ישתתפו גם נציגי הזרמים הקונסרבטיבי והרפורמי), והממשלה והכנסת

187 ראו לעיל ה"ש 183 והטקסט שלידה.

188 ראו לעיל ה"ש 160 והטקסט שלידה.

189 מסמך ההכנה, לעיל ה"ש 152, בעמ' 5.

190 השוו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 56, בעמ' 355-356.

191 שלילת זכות השיבה קבועה ברמה התת-חוקתית בחוק שריון שלילת זכות השיבה. אך ראו ויניצקי ושארף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 43:

העיון החוקתי של חוק השבות חשוב [...] גם ביחס לטעון שלפיו גם קבוצות אחרות זכאיות ליחסול ירוק' לכניסה לישראל. כך למשל, המיעוט הדרוזי, שנאמנותו למדינה אינה מוטלת בספק, עשוי לטעון שיש לאפשר לכל הדרוזים שנמצאים בסיכון בסוריה ובלבנון לקבל זכאות לעליה אוטומטית לישראל. אכן, לכך נועד [...] (הסעיף בהצעת חוק-יסוד: הלאום) המעגן את זכות השבות לכל יהודי ברובד החוקתי.

עם זאת, ייתכן שניתן לראות הגבלה חוקתית על הכרה בזכות השיבה על רקע לאומי שאינו יהודי בסעיף 1(ג) לחוק-יסוד: הלאום, שבו נקבע כי "מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי". שאלה זאת חורגת מעניינו של פרק זה.

אימצו את המלצות ועדת נאמן.<sup>192</sup> בהחלטות האלה של הממשלה והכנסת אין כדי להשליך על פירושו של חוק השבות או להקנות מעמד מחייב או כופה להחלטות בתי הדין המיוחדים.<sup>193</sup> אך גם אם הכנסת תתקן את חוק השבות ותורה בו במפורש כי "יהודי" לעניין החוק, אם התגיייר בישראל, הוא רק מי שהתגיייר במסגרת מערך הגיור הממלכתי, לא נראה כי התיקון ישפיע על פירוש סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום.

יתר על כן, גם אם ייתכן שחברי הכנסת שהשתתפו בדיון הבינו ש"עלייה יהודית" מבוססת על הגדרת "יהודי" בחוק השבות הקיים ולא על הגדרה רחבה יותר, ספק אם בכל מקרה לעניין סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום תחול ההגדרה שבחוק השבות הקיים, ולא יחול, למשל, פירושו של השופט ברנזון ל"יהודי" בפסק דין שליט,<sup>194</sup> לפני תיקון 1970 לחוק השבות, שלפיו "תפיסתה של ההלכה הדתית בענין לאומיותו של תושב הארץ אינה יכולה לשמש בסיס לפסיקת בתי-המשפט האזרחיים במדינת ישראל",<sup>195</sup> ומכאן פסיקתו שגם ילדים של גבר יהודי אזרח ותושב ישראל וכת זוגו שאינה יהודייה הם יהודים.

פירוש רחב יותר של המילה "יהודית" בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום בהשוואה להגדרת "יהודי" בחוק השבות, המבוססת על מבחן דתי, עשוי למצוא תמיכה גם בכותרת חוק היסוד – "ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי" – וגם במכלול הוראות חוק היסוד, המתמקדות בהיבטים לאומיים, בעיקרם לא דתיים,<sup>196</sup> של זיקתה של ישראל לעם היהודי.

עם זאת, ראשית, למרות המקור הדתי-הלכתי של הגדרת "יהודי" בחוק השבות, מרבית השופטים בבית המשפט העליון גרסו כי יש לפרש "יהודי" בחוק לפי גישה שכונתה "חילונית-ליברלית-דינאמית",<sup>197</sup> ולחלופין לפי "מבחן המשפט הישראלי".<sup>198</sup> ואולם, בפועל הובילו המבחנים האלה את כל השופטים ליישומן של

192 לפירוט ראו יגאל-עם (איגי) פז "ועדה נאמן בנושא הגיור בישראל" שורשים במשפט 1948-2019 573 (דינה זילבר עורכת 2020).

193 ראו בג"ץ 552/04 גוזמן נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק הדין של הנשיא ברק (נבו) 3.7.2005.

194 פסק דין שליט, לעיל ה"ש 84.

195 שם, בעמ' 608.

196 ראו לעיל סעיף 22(ג).

197 ראו לעיל סעיף 17.

198 ראו שם.

אמות מידה דתיות.<sup>199</sup> הדעת נותנת שכך יהיה לעת הזאת גם בעניין פירוש המילה "יהודית" בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום. שנית, נראה כי גם הגדרה מרחיבה מזאת הכלולה בחוק השבות אינה כוללת כל ילד ונכד של יהודי, בן זוג של יהודי ובן זוג של ילד ושל נכד של יהודי, שלפי סעיף 4א(א) לחוק השבות מוקנות להם זכויות של יהודי לפי החוק וזכויות של עולה לפי חוק האזרחות ולפי חוקים אחרים. השאלה אם סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום חל גם על קרובי המשפחה האלה של יהודים נוגעת לפירוש המילה "פתוחה".

32. האם בהיעדר פסקת הגבלה מפורשת (או הפניה להגדרה שתיקבע בחוק) יכולה לחול על הגדרת המילה "יהודית" בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום פסקת הגבלה שיפוטית משתמעת – כך שהכנסת תוכל לקבוע בחוק הגדרה צרה מההגדרה שנקבעה בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום, ובלבד שתעשה זאת לתכלית ראויה וצמצום ההגדרה יהיה מידתי?

גם בהתעלם מהקשיים שמעוררת דוקטרינת פסקת ההגבלה השיפוטית המשתמעת,<sup>200</sup> נראה כי דוקטרינה זאת אינה חלה בכל הנוגע להגדרת "יהודית" בסעיף. לכך שני טעמים:

ראשית, התפיסה המקובלת היא שחוקה פרשנית שפסקת הגבלה משתמעת חלה כשחוק יסוד מעניק זכות, ואינה חלה כשחוק יסוד אינו מעניק זכות.<sup>201</sup> סעיף 5 אינו מעניק זכות אינדיבידואלית, אלא מטיל חובה על המדינה, ומכאן החוקה שאין לפרשו כמאפשר להגביל את החובה הקבועה בו.

שנית, ובכך העיקר: גם כשחוק יסוד קובע זכויות, וגם כשהוא כולל פסקת הגבלה מפורשת, פסקת ההגבלה אינה חלה על הגדרת הזכות אלא על פגיעה בה בלבד. פסקת הגבלה אינה מאפשרת שינוי של הזכויות הקבועות בחוק היסוד, או כל שינוי אחר של חוק היסוד, אלא רק חריגה מהזכויות או מהסדר אחר הקבוע בו.<sup>202</sup> מכאן שלא ניתן לשנות, גם לא לפרק זמן מוגבל, את הגדרת החובה הקבועה בסעיף 5

199 ראו שם, סעיפים 17 ו-18.

200 ראו לעיל הטקסט שליד ה"ש 52.

201 ראו, למשל, ברק "פסקת הגבלה משתמעת", לעיל ה"ש 37, בעמ' 97.

202 ראו, בין היתר, פסק דין דרור ישראל, לעיל ה"ש 49, פס' 34 לפסק הדין של הנשיאה (בדימ') ביניש: "שינוי של חוק יסוד הוא למעשה קביעה של הסדר חדש תחת ההסדר הקבוע בחוק היסוד עצמו. לעומת השינוי, פגיעה בחוק יסוד תוכר מקום בו אין שינוי של הנורמה החוקתית, אלא אך סטייה ממנה לעניין מסוים"; אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 133 (2010):



לחוק-יסוד: הלאום – המתייחסת לעלייה "יהודית" – יהיה פירוש "יהודית", כפי שיוכרע על ידי בית המשפט, אשר יהיה.

עם זאת, לנוכח כוונתה הברורה של הכנסת שלא לשנות בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום את ההסדר הקבוע כיום בחוק השבות, ובהינתן המעמד המעין-חוקתי שיוחס לחוק השבות,<sup>203</sup> ייתכן כי ניתן להחיל על חוק השבות ועל הסדרים המשלימים אותו בחוקים אחרים פסקת "שמירת דינים משתמעת", במובן של שריון מביקורת חוקתית של הנוסח הקיים של החוק וההסדרים המשלימים.<sup>204</sup>

33. דומה כי בהקשר של סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום ("מדינת ישראל תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות") המושג המטפורי "פתוחה" אינו מחייב הימנעות מהטלת מגבלות כלשהן על עליית יהודים ועל קיבוץ גלויות. ואכן, כאמור, הכנסת לא התכוונה לשלול הטלת מגבלות, דוגמת אלו הקבועות בסעיף 2(ב) לחוק השבות, על עלייתם של אנשים הפועלים נגד העם היהודי; של אנשים העלולים לסכן את בריאות הציבור או את ביטחון המדינה; או של אנשים בעלי עבר פלילי העלולים לסכן את שלום הציבור.<sup>205</sup> מכאן שגם ללא פסקת הגבלה – בין מפורשת, בין משתמעת – הלשון "פתוחה" וכוונת הכנסת מוליכות לכך שהחובה לאפשר עלייה יהודית וקיבוץ גלויות, כמשמעותה בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום, אינה חובה מוחלטת.

הבחנה בסיסית קיימת בין שינוי הזכות החוקתית לבין פגיעה בה או הגבלתה. שינוי הזכות החוקתית מחייב שינוי בחוקה (ואצלנו – שינוי בחוק יסוד באמצעות חוק יסוד), ואילו הגבלתה או פגיעה בה אפשרית ללא שינוי חוקתי. הבחנה זו נגזרת מההבחנה הבסיסית שבין היקף הזכות לבין ההגנה עליה. שינוי בזכות משמעותו צמצום או הרחבה מבחינת הגופים המחויבים בה, מבחינת תוכנה ומבחינת תחולתה בזמן ובמקום. [...] לעניין זה אין כל חשיבות למידתיות השינוי. חוק 'ריגילי המבקש להכניס שינוי [...] אינו חוקתי, בלא כל קשר למידתיותו. בשונה משינוי של הזכות החוקתית, פגיעה בזכות החוקתית או הגבלתה על ידי הרשות השלטונית מצמצמת זמנית או בדרך קבע את היכולת לממש את הזכות בלא לשנות את גבולותיה של הזכות עצמה. הגבלה זאת היא מטבעה בעלת אופי צר או נקודתי. הגבלה זאת תהיה חוקתית אם היא מידתית, כאמור בפסקת ההגבלה (ההפניות הושמטו).

203 ראו לעיל סעיף 5.

204 לשמירת הדינים ראו לעיל ה"ש 45 והטקסט שלידה.

205 לדיון במגבלות אלו, ראו לעיל סעיף 21.

עם זאת, הרעת נותנת שלא רק הטלת איסור מוחלט על עלייה יהודית תסתור את החובה לפתוח את הארץ לעלייה כזאת. גם אם יש קושי להצביע מראש על מבחן נוקשה בעניין זה, המדינה לא תיחשב "פתוחה" לעלייה יהודית אם יחולו הגבלות מהותיות על העלייה, כמו קביעת מכסה, הגבלת גיל, או דרישה לידע בשפה העברית.<sup>206</sup> ייתכן כי ניתן, מכוח היקש, להיעזר במבחנים של פסקת ההגבלה גם לשם הפירוש והיישום של המושג "פתוחה" בהקשר של סעיף 5.

34. בעניין פתיחת הארץ לעלייתם של קרובי משפחה של יהודים – הפירוש המצמצם יחסית שבית המשפט העליון נוקט, של קרבת המשפחה המקנה זכות לעלייה לפי חוק השבות,<sup>207</sup> עשוי לחול – ואף מכוח קל וחומר – גם על סעיף 5.

ראשית, אשר לסעיף 5, פתיחת הארץ לעלייה יהודית עשויה לחול על לא־יהודים רק אם עליית קרובי המשפחה היהודים מותנית בפועל בעליית הקרובים הלא־יהודים, כגון כשהלא־יהודים הם ילדים קטינים של היהודים הזכאים לעלות. נראה אפוא שהקביעה בסעיף 4א(ב) לחוק השבות כי "אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות [לעלייה של גרובי משפחה לא־יהודים] [...] עורר בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו" אינה במעמד חוקתי על־חוקי.

שנית, כפי שקבע בית המשפט העליון, "יש לפרש את חוק היסוד (חוק־יסוד: הלאום) פרשנות מקיימת העולה בקנה אחד עם חוקי היסוד האחרים, ועם העקרונות והערכים שעוגנו בהם זה מכבר",<sup>208</sup> על בסיס "השאיפה להגשמת הרמוניה ביניהם".<sup>209</sup> מכאן שאין לפרש שחוק היסוד מקנה לאזרחי המדינה היהודים, בשל היותם יהודים, זכויות להביא לישראל כעולים את קרובי משפחתם, זכויות שאינן מוקנות לאזרחי המדינה

206 השוו לסעיף 4(5) לחוק האזרחות, שאינו חל על התאזרחות מכוח שבות, שבו נקבע כי "בגיר שאיננו אזרח ישראלי יכול לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות אם [...] [הוא] יודע ידיעת־מה את השפה העברית".

207 ראו לעיל סעיף 20.

208 פסק דין חסון, לעיל ה"ש 2, פס' 10 לפסק הדין של הנשיאה חיות. ראו גם שם, פס' 7 לפסק הדין של השופט הנדל:

חוק יסוד: הלאום בא [...] לעולם על רקע חוקי היסוד הקודמים, ומתוך כוונה מוצהרת "להשלים [...] את השילוב הערכי", ולא לערער או לשנות את מערך הזכויות הקיים. על כן – ובהתחשב בכך שחוק יסוד: הלאום אף אינו ממצה את הגדרת רגלה היהודית של המדינה – סבורני כי יש לפרש אותו בראי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. במילים אחרות, דווקא בשל רוחב היריעה של חוק היסוד המוקדם, היוצר נורמה כללית רחבה, יש לחתור להרמוניה בינו ובין חוק־יסוד: הלאום ה"משלים", תוך מתן משקל פרשני רב יותר להסדרי הבסיס בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

209 שם, פס' 59 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

הלא-יהודים, אלא אם הדבר נדרש למימוש עקרונות השבות וקיבוץ הגלויות, שענינם ביהודים שעדיין אינם אזרחי המדינה.<sup>210</sup>

35. מה יהיה הדין אם ייקבע כי תיקון שתערוך  
 (ה) האם סעיף 5  
 הכנסת בעתיד בחוק השבות (או אולי אף חוק  
 לחוק-יסוד: השבות  
 השבות בנוסח הקיים) חורג שלא כדין מההסדר  
 ניתן להחלה ישירה?  
 הקבוע בסעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום כפי שבית  
 המשפט יפרש אותו, או במקרה תאורטי שבו תבטל הכנסת כליל את חוק השבות  
 (מבלי לבטל או לתקן את סעיף 5 עצמו)?<sup>211</sup>

מהטעמים שפורטו לעיל,<sup>212</sup> במקרה כזה יהיה אפשר לשקול החלה ישירה של סעיף 5 שתייתר את הסעד החוקתי של ביטול חקיקת הכנסת. הרשות המבצעת תחויב לכבד את הוראת סעיף 5, גם מתוך הרחבה של ההסדר הקבוע בחוק השבות אם החוק יתוקן באופן החורג שלא כדין מההסדר שנקבע בסעיף (למשל יגדיר את הזכאים לשבות, או יתנה את מימושה באופן שלא יתיישב עם הקביעה ש"המדינה תהיה פתוחה

210 הנשיאה חיות, שם בפסי' 49, ציינה כי -

על מנת ליישב מתחים [...] [בין הוראות חוק-יסוד שונים] יש לבחון כל מקרה לגופו בהתאם למבחני האיזון הרלוונטיים שנקבעו בחוקי היסוד ובפסיקה [...] כך למשל, ככל שחוק, תקנה או פעולה מנהלית פוגעים בזכות חוקתית, מורים לנו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק כי האכסניה לביצוע האיזונים האמורים היא פסקת ההגבלה [...], ובכלל זה מבחן המידתיות השלישי ("המידתיות במובן הצר"), אשר במסגרתו מתבצע האיזון העיקרי בין הערכים והעקרונות המתנגשים, על פי מעמדם הנורמטיבי ומשקלם בנסיבות העניין.

ואולם, שאלות הנוגעות ליחס בין חוקי יסוד שונים, לרבות לתחולה של עדיפות נורמה מיוחדת על נורמה כללית, מעוררות בעיות מורכבות שבהן הביעו כמה שופטים של בית המשפט העליון עמדות שונות. ראו אריאל בנדור ונדב דגן "התחולה העניינית של חוק-יסוד" ספר אליקים רובינשטיין 945, 951-961 (אהרן ברק, מרים מרקוביץ' ביטון, רינת סופר ואילה פרוקצ'יה עורכים 2020) בענייננו, הן לשונו של סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום והן כוונת הכנסת אינן שוללות את ההיזקקות לזכות לשוויון בפירוש הסעיף, ואף תומכות בפירוש הסעיף, בין היתר, מתוך התחשבות בערך השוויון בין אזרחי המדינה. ממילא אין צורך, בהקשרו של סעיף 5, לנקוט עמדה בשאלה הרחבה בדבר ההתמודדות עם המתח בין ערכי המדינה כמדינה יהודית לערכיה כמדינה דמוקרטית. ראו גם לעיל סעיף 26, הטקסט שליד ה"ש 165 ו-166.

211 אם הכנסת תבטל את סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום וגם את חוק השבות, או תתקן אותם תיקון מהותי, יצטרך בית המשפט לבחון אם חקיקה זאת מפרה את מחויבותה העל-חוקתית של הכנסת לקיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. למהות העל-חוקתית של שבות יהודים כחלק ממהות המדינה כמדינה יהודית, ראו לעיל סעיף 4.

212 ראו לעיל סעיף 9.

לעלייה יהודית"). ביטול מוחלט של חוק השבות, מבלי לבטל את סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום אינו נראה תרחיש מציאותי, אך אם יארע – גם אז יהיה אפשר לחייב את הממשלה לכבד את הוראת סעיף 5 כפי שבית המשפט יפרש אותה.

## סיום

36. סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום מבטא ערך ליבה מובהק של מדינת ישראל, שנחשב גם ערך חוקתי בסיסי של המדינה, ואף ערך על-חוקתי, גם לפני חקיקת חוק היסוד. על רקע זה, ולהבדיל מהוראות אחרות בחוק-יסוד: הלאום, סעיף 5 כמעט שלא עורר מחלוקות, והכללתו בחוק-יסוד: הלאום נראית מובנת מאליה.

לעיון של פתיחת המדינה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות בחוק-יסוד: הלאום יש בוודאי ממד הצהרתי וסימבולי. השאלה המרכזית שפרק זה התמקד בה היא אם לנוכח ההסדרים המפורטים בחוק השבות וההסדר המשלים בחוק האזרחות ובפסיקה הענפה שפירשה אותם, עשויה להיות לסעיף 5 השפעה על הדין הפוזיטיבי בישראל. כפי שראינו, שאלה זו היא שאלה מורכבת, ובלשון הסעיף ובדיוני הכנסת אין מענה ברור לכל הסוגיות המתעוררות.

בפרק הצגתי בעיות וספקות הנוגעים לפירושו של סעיף 5 לחוק-יסוד: הלאום, והצבעתי על היבטים, ובהם כאלה שנראה כי הכנסת לא נתנה להם את דעתה, שבהם לנוכח הכללתו בחוק יסוד, עשוי הסעיף להשליך על הדין בישראל.

# מעמדן החוקתי של התפוצות בישראל: מהצהרה להתחייבות

---

שוקי פרידמן

מבוא

1. מדינת ישראל והתפוצות – שינוי הנקודה הארכימדית
2. יהודי התפוצות נגד אזרחי ישראל
3. על התפוצות
4. על מדינות ותפוצות
5. למה מדינות משקיעות משאבים בתפוצה
6. התפוצות במשפט הישראלי לפני חוק הלאום
7. הפער בין המסגרת הנורמטיבית לעשייה "בשטח"
8. "חוקי תפוצות" ו"סעיפי התפוצות" בחוק הלאום

סיכום

יחסי מדינת ישראל ויהדות התפוצות נמצאים בנקודת מפנה היסטורית. יהודי התפוצות היו כוח מרכזי בקימומה של מדינת ישראל ומשענתה, ואילו עתה מדינת ישראל היא "הצד החזק" ומשענתם של יהודי התפוצות. חוק הלאום, הקובע, בפעם הראשונה בחוק הישראלי ובמסמך בעל מעמד חוקתי, את חובותיה של מדינת ישראל כלפי הקהילות היהודיות בתפוצות ואת חשיבות הזיקה ביניהן לבין מדינת ישראל, מבטא את השינוי הזה. גם אם מחוקקיו לא היו מודעים לתפנית הזאת, אין ספק שהחוק משרת היטב את המצב החדש ומאפשר, ואף מחייב, את מדינת ישראל לפעול לקידום הערכים שהוא מציב: חיזוק הקשר בין מדינת ישראל ליהודי התפוצות וחיזוק הזהות היהודית שלהם. הסעיף הזה בחוק גם פותר קושי חוקתי שהיה קיים תמיד בקשר עם יהודי התפוצות, ואף עתיד להתעצם ככל שמדינת ישראל תקבל על עצמה לפעול ברוח הסעיף בקרב יהודי התפוצות, והוא המתח בין מחויבות המדינה היהודית לעם היהודי באשר הוא, לבין המחויבות שיש לה כלפי אזרחיה, תהיה השתייכותם האתנית אשר תהיה.

בדברים שלהלן אני מבקש לעמוד על משמעותו של "סעיף התפוצות" שבחוק הלאום,<sup>1</sup> בהקשר הרחב שלו. בראשית הדברים אעמוד על המפנה המתחולל ביחסים בין מדינת ישראל לבין יהדות התפוצות, ועל השינוי בנקודה הארכימדית המכוננת את הקשר הזה, לאחר מכן, לנוכח החוק, אבחן את הקושי החוקתי שמעלה המחויבות של המדינה ליחס מיוחד כלפי יהודי התפוצות, במבט משווה על הסדרים דומים הקיימים במדינות שיש להן תפוצה משמעותית. כן אבחן את ההתייחסות הנורמטיבית, הדלה מאוד יש לומר, ליחסה של מדינת ישראל לתפוצות עד חקיקת חוק הלאום. לבסוף אנסה להניח תשתית ראשונית לאפשרויות היישום של סעיף התפוצות שבחוק הלאום.

1 הפרק יתמקד בטעיפים 6(ב): "המדינה תפעל בתפוצות לשימור הזיקה בין המדינה ובין בני העם היהודי" ו-6(ג): "המדינה תפעל לשימור המורשת התרבותית, ההיסטורית והדתית של העם היהודי בקרב יהדות התפוצות", העוסקים בקשר עם יהודי התפוצות. סעיף קטן 6(א), העוסק במחויבותה של מדינת ישראל לשלום בני העם היהודי ואזרחי המדינה הנמצאים מחוץ למדינה, הוא בעל אופי אחר, ובו עוסק הפרק של פרופ' יורם שחר שבקובץ זה.

1.

## מדינת ישראל והתפוצות - שינוי הנקודה הארכימדית

בתהליך ארוך שנמשך עשרות שנים (ועדיין מתהווה) נהפכה מדינת ישראל למרכזו של העם היהודי ומשענתו.<sup>2</sup> אפשר למנות שורה של גורמים שהביאו לשינוי הזה ולהעמיק בהם, אבל לצורך הפרק הזה די למנות בקצרה את העיקריים שבהם: שינויים דמוגרפיים, שינויים כלכליים, שינויים זהותיים ושינויים בדפוסי הקשר בין ישראל לתפוצות. דמוגרפיה: בעולם חיים היום כ-15,300,000 יהודים, 7,080,000 מהם (46%) בישראל.<sup>3</sup> עד 2012 הייתה יהדות ארצות הברית הקהילה היהודית הגדולה בעולם.<sup>4</sup> מאז נהפכה מדינת ישראל לקיבוץ היהודי הגדול בעולם, ובשל העלייה והריבוי טבעי הגבוה בישראל, מחד גיסא, והריבוי הטבעי הנמוך וההתבוללות בארצות הברית, מאידך גיסא, הפער הדמוגרפי בין הקהילות הולך וגדל. אם ימשיכו המגמות הדמוגרפיות האלה, צפוי שבתוך פחות מעשור יחזו רוב יהודי העולם במדינת ישראל.<sup>5</sup> כלכלה: ישראל היא נס כלכלי. מעלה נידף חסר משאבים הנישא על כתפי יהודי העולם היא הפכה למדינה עשירה המככבת בצמרת הטבלה בשורה של דירוגים כלכליים בינלאומיים. גם בעולם יש קהילות יהודיות מבוססות, ובראשן הקהילה היהודית בארצות הברית, שחבריה נמנים עם העילית הכלכלית שם.<sup>6</sup> אין ספק שתמיכת יהודי ארצות הברית ויהדות העולם במדינת ישראל הייתה בעבר תנאי לקיומה ולאחר מכן תנאי לשגשוגה.<sup>7</sup> אולם בהדרגה הפכה עוצמתה הכלכלית של ישראל את תמיכתם של יהודי העולם למשמעותית הרבה פחות, ובמבט "מקרו",

2 לשם השוואה, ראו גבי שפר והדס רוט-טולדנו, מי מנהיג?: על יחסי ישראל והתפוצה היהודית, ירושלים: מכון ון ליר והקיבוץ המאוחד, 2006, פרק המבוא.

3 על פי מחקר של פרופ' סרג'ו דלה-פרגולה שפרסמה הסוכנות היהודית. ראו איתמר אייכנר, "ערב ראש השנה החשפ"ג: 15.3 מיליון יהודים חיים בעולם - כ-46% מהם בישראל", *ynet* 25.9.2022.

4 Sergio DellaPergola, "World Jewish Population, 2013," in: Arnold Dashefsky and Ira Sheskin (eds.), *American Jewish Year Book 2013*, vol. 113, Heidelberg,: Springer, 2014, p. 19

5 על פי המגמות שהציג דלה פרגולה במאמרו, השינוי צפוי להרחש בשנת 2029. Sergio DellaPergola, "World Jewish Population, 2018," in: Arnold Dashefsky and Ira Sheskin (eds.), *American Jewish Year Book 2018*, vol 118, Heidelberg: Springer, Cham, 2019, p. 372

6 Paul Burstein, "Jewish Educational and Economic Success in the United States: A Search for Explanations," *Sociological Perspectives* 50 (2) (2007), pp. 209-228

7 "הדוד מאמריקה" הוא ביטוי שגור הממחיש את טיב הזיקה בין מדינת ישראל ליהדות ארצות הברית הציונית והעשירה. ראו יוסי ביילין, *מוחו של הדוד מאמריקה*, חל אביב: משכל, 1999.

אפילו לשולית. קשה להעריך כמה בדיוק תורמים יהודי ארצות הברית ושאר העולם לישראל היום, אבל ההערכה סבירה היא שמדובר בכ-10 מיליארד ש"ח בשנה. לשם המחשה, היקף תקציב המדינה לשנת 2022 היה כמעט 463 מיליארד שקלים. כלומר התרומות הן 2.1% מהתקציב. זה אינו סכום מבוטל,<sup>8</sup> אבל גם אינו סכום קיומי.<sup>9</sup> יהדות התפוצות, ובראשה יהדות ארצות הברית, עדיין תורמות רבות למדינת ישראל, ובהקשר של התמיכה הפוליטית האמריקאית, יש הסבורים שהתמיכה היא עדיין קיומית.<sup>10</sup>

זהות: למדינת ישראל אין מונופול על שימור הזהות היהודית. גם בישראל וגם מעבר לים חיים יהודים בתוך קשת רחבה וצבעונית של זהויות יהודיות. גם בישראל וגם בתפוצות, ובעיקר בארצות הברית, התפתחו מפעלים תרבותיים, דתיים ולאומיים מפוארים הבונים נדבכים נוספים בזהות היהודית או מסייעים לשמר אותה. ועם זאת, שימור הזהות היהודית והזיקה אליה נעשה אתגר משמעותי מאוד עבור הקהילות היהודיות בתפוצות. מספר היהודים שאינם חיים בישראל ומעידים על היעדר זיקה לזהותם היהודית מאמיר, ותוצאות המאמץ היהודי לשימור הזיקה הזאת, מוגבלות. כך, למשל, 7% מהיהודים בארצות הברית מעידים על עצמם שהם חסרי זיקה לזהותם היהודית או לזהות היהודית אין משמעות בחייהם, ו-17% נוספים מעידים לזהותם היהודית משמעות מינימלית בחייהם.<sup>11</sup> בישראל יש מאבק איתן על אופייה של הזהות היהודית,<sup>12</sup>

8 ראו Hanna Shaul Bar Nissim, "New Diaspora Philanthropy"? The Philanthropy of the UJA-Federation of New York Toward Israel," *Nonprofit and Voluntary Sector Quarterly* 48 (4) (2019), pp. 839-858; סטיבן פופר וג'ון רסקי, "שבעים שנה לפילנתרופיה האמריקאית למען הקהילה היהודית באמריקה ומדינת ישראל", בחוך: הערכה שנתיית לשנת 2018, ירושלים: המכון למדיניות העם היהודי; ויקי אוסלנדר, "תורמים אבל פחות: למה הפילנתרופים הגדולים של ארה"ב כבר לא להוטים לתרום לארגונים בישראל", גלובס, 23.8.2019.

9 בהקשר הכלכלי ראוי להזכיר את הסיוע הצבאי (ובעבר גם האזרחי) שמקבלת מדינת ישראל מארצות הברית. יש הגורסים כי גם סיוע זה ניתן, ואף גדל במרוצת השנים, בשל תמיכתם של יהודי ארצות הברית, בהובלת השדולה למען ישראל, AIPAC, במדינת ישראל.

10 ראו, למשל, בהרחבה: יחסי ישראל והעולם היהודי: לקראת הפתעת יום כיפור: מסגרת תפיסתית, תל אביב: קבוצת ראות, 2019.

11 ראו באתר *AJC 2019 Survey of American Jewish Opinion*

12 כך למשל, בארצות הברית, 58% מהיהודים הלא-אורתודוקסים (בגילים 25-50) נשואים ללא-יהודים. ראו רוזנר ואח' (לעיל הערה 3), עמ' 21. נישואים כאלה אינם מעידים בהכרח על התנכרות ליהדות, אבל הם מבטאים התנכרות כלשהי, ובחלק ניכר מהמקרים התנכרות ליהדות היא פועל יוצא של נישואים כאלה.



אבל רק ישראלים מעטים החיים במדינת ישראל מתנכרים לגמרי לזהותם היהודית.<sup>13</sup>

הפער בין תפיסת מדינת ישראל את עצמה ביחס ליהודים בתפוצות עם הקמתה, ולמעשה גם בעשורים הראשונים לקיומה, לבין תפיסתה את היחסים הללו היום, מומחש היטב בהבדל בין שני המסמכים הזהותיים-חוקתיים החשובים ביותר (לצד חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) במדינת ישראל: הכרזת העצמאות וחוק האום. לישראל אין חוקה. חוקי היסוד הם חליפיה של החוקה, והם מכוננים אותה פרקים-פרקים.<sup>14</sup> לצידם של חוקי היסוד, גם למגילת העצמאות יש מעמד מכונן, היסטורי אבל גם משפטי. אומנם אין להכרזה מעמד חוקתי, אבל שורה של פסיקות של בית המשפט העליון, וגם ניסיונות חקיקה והצעות לחוקה, מבקשים לראות בה מסמך בעל משקל חוקתי.<sup>15</sup> הכרזת העצמאות, אולי משום שהדבר היה ברור אז, אינה עוסקת בקשר בין המדינה שהיא מקימה ליהודי התפוצות. יהודי התפוצות נקראים בהכרזת העצמאות להתגייס ולסייע ו"לעמוד לימינו" של היישוב המתחדש בארץ ישראל כדי לכונונו ולאפשר את קיומו. בתקופה שקדמה לקום המדינה, בימים הראשונים ובעשרות השנים שלאחר מכן, הייתה מדינת ישראל שתיל רך הזקוק לסיועם ולהגנתם של יהודי התפוצות. לעומת זאת, "סעיף התפוצות" בחוק היסוד משרטט מציאות אחרת לחלוטין. מדינת ישראל היא המשענת; היא שנוטלת על עצמה שורה של התחייבויות כלפי העם היהודי, ביטחוננו, שימור זהותו והקשר שלו עם מדינת ישראל. מדינת ישראל היא הצד החזק, והעם היהודי זקוק לה ולסיועה. מכאן חשיבותם של סעיפים אלו. אולם, האם השינוי הזה מוצדק גם נורמטיבית?

13 87% מהיהודים בישראל סבורים שחשוב להיות יהודי ו-80% מרגישים מאוד יהודים. ראו שמואל רוזנר וקמיל פוקס, יהדות ישראלית: דיוקן של מהפכה תרבותית, חבל מודיעין: כנרת זמורה ביתן דביר, 2018, עמ' 222-223.

14 כלשונה של "החלטת הררי" שהתקבלה ב-13 ביוני 1950.

15 ראו, למשל, אהרן ברק, "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת", חוקים יא (2018), עמ' 9-36; אורי זילברשייד, "התפתחותה המשפטית פוליטית של הכרזת העצמאות: ניצחון תפיסת הדמוקרטיה הבורגנית", תרבות דמוקרטית 12, עמ' 7-58 (2009); יזהר טל, "הכרזת העצמאות: עיון היסטורי פרשני", משפט וממשל ו (חשס"ג), עמ' 551-590, 574. למעשה, גם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק מעניקים להכרזת העצמאות משקל חוקתי בקובעם כי זכויות האדם המעוגנות בחוק יכובדו "ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

**יהודי התפוצות נגד אזרחי ישראל**

באחד הדיונים על סעיפי התפוצות בחוק הלאום אמר ח"כ ד"ר יוסף ג' באריין, "זה לקבע את המעמד שלך כאזרח נחות, כאזרח סוג ב' וסוג ג' [...] לכן החוק הישראלי הוא חוק שמפלה אותי בהסדרים

הללו כי הוא משאיר אותי מחוץ לתמונת ההטבות כאן ולכן אני במעמד נחות כאזרח".<sup>16</sup> תחושותיו הקשות של ח"כ ג' באריין ממחישות את הדילמה החוקתית סביב "סעיפי התפוצות".<sup>17</sup>

על פי הגדרתה בחוק הלאום, "מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי". אף שהניסוח של חוק הלאום השמיט זאת, על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא גם יהודית אבל גם דמוקרטית. לפחות לעת עתה מרבית הסימנים מראים שהיא דמוקרטיה ליברלית.<sup>18</sup> המדינה מחויבת לפעול לפי ערכי היסוד המוגדרים בחוקי היסוד והערכים שבית המשפט העליון הגדיר שוב ושוב "ערכי היסוד של השיטה", ובראשם חובת השוויון.<sup>19</sup> נגזרת אחת מרכזית מהאופי הדמוקרטי של המדינה היא החובה לפעול בשוויון לטובת אזרחיה, יהודים ושאינם יהודים, ולעשות שימוש במשאביה הכלכליים של המדינה בראש ובראשונה לטובת אזרחיה.<sup>20</sup> אם כן, כיצד יכולה ישראל לטעון להיותה דמוקרטיה ליברלית ולהעדיף את האתנוס? כיצד היא יכולה להרשות לעצמה להעדיף את בני העם היהודי, היושבים אי שם בגולה ולהעניק להם ממשאביה על חשבון הקצאת המשאבים לאזרחיה? להתנגשות (לפחות לכאורה) בין אופייה היהודי-פרטיקולרי לאופייה הדמוקרטי-ליברלי אוניברסליסטי של מדינת ישראל הוקדשה כתיבה רבה.<sup>21</sup> היבט המחדד היטב את הדילמה הזאת

16 הדברים נאמרו בהקשר רחב, אגב הדיון ב"סעיפי התפוצות", בפרוטוקול ישיבה 15 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, עמ' 45 (10.7.2018).

17 לצד סעיפים נוספים.

18 הגם שיש שיאמרו שנוסחו הנוכחי של חוק הלאום אינו מחזק, ואף מערער, את הקביעה הזאת.

19 "מבין ערכי היסוד של השיטה, מקובל ומוכר הוא הערך בדבר השוויון". בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 331 מול האות ב' (1988).

20 פס"ד קעדאן והחובה לפעול בשוויון גם אל מול האתוס הציוני. בג"ץ 6698/95 קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל (2000).

21 אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין, ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם, ירושלים: שוקן, 2003; רות גביזון ופניה עוד-זלצברגר, "ישראל כמדינה לאומית וליברלית", משפט ואדם – משפט ועסקים יד (ספטמבר 2012), עמ' 293-328; אמנון רובינשטיין, "המקרה המוזר של הדמוקרטיה היהודית", תכלת 41 (סתיו תשע"א), עמ' 78-93.

וזכה לדיון בכתיבה המשפטית הוא הלגיטימציה של חוק השבות. בדברים שלהלן אני רוצה להתמקד בהיבט אחר, זנוח, של הדיון הזה, העולה אגב הדיון בממד הסמלי (הנדון לעיל) של חוק השבות, ומתחדד לנוכח "סעיף התפוצות" בחוק הלאום, והוא הלגיטימציה של מדינת ישראל הדמוקרטית לפעול למען יהודי התפוצות ובקרבם. את זאת אני מבקש לעשות באמצעות ניתוח הדילמה ובחינה של דגמים דומים לביטוי היחסים האלה במדינות אחרות, שגם להן יש "תפוצות".

### 3. על התפוצות

היהודים אולי המציאו את המונח "תפוצה" (diaspora),<sup>22</sup> אבל כיום מקובל להניח כי "תפוצה" היא תופעה אוניברסלית ולמדינות עם רבות יש תפוצה. ויליאם ספרן מציע כמה מאפיינים של

קבוצות תפוצה המבדילים אותן ממהגרים "רגילים": הם או אבותיהם מגיעים ממקור גאוגרפי אחד; יש להם זיכרון קולקטיבי מהארץ שעזבו וחזון משותף בדבר עתידה; יחסיהם עם בני המדינה המארחת מורכבים, ומקנן בהם החשש שהם לעולם לא יוכרו לחלוטין כבני הארץ המארחת. מלבד, אולי, היהודים,<sup>23</sup> לשום קבוצה אתנית אין בהכרח את כל המאפיינים האלה, אבל קבוצות אתניות רבות אכן מוגדרות, וגם רואות בעצמן תפוצה. חלקן תפוצות "ותיקות" או היסטוריות כמו זו היהודית, וחלקן צעירות יותר.

קיומן של תפוצות שלהן מאפיינים ייחודיים וזיקה מובהקת למדינת מקור מעסיקה את המדינות המארחות, ולעיתים הן מתקשות להכיל את השניות הזהותית של בני

22 באנציקלופדיה של מדעי החברה, שהתפרסמה בשנת 1937, תיאר ההיסטוריון היהודי שמעון דובנוב את התפוצה כחופעה יהודית ועל פי מאפייניה היהודיים. ראו William Safran, "The Jewish Diaspora in a Comparative and Theoretical Perspective," *Israel Studies* 10 (1) (2005), pp. 36-60

23 הבדל מרכזי בין התפוצה היהודית לבין רוב התפוצות האחרות הוא שבמקרה היהודי התפוצה קדמה למדינה, בוודאי בעת החדשה. לעומת זאת, רוב בני התפוצות האחרות היגרו מהטריטוריה שבה נמצאת מדינת האם שלהם, גם אם לפני כמה וכמה דורות. לכן קל יותר לקהילות יהודיות בעולם להתכחש לזיקה למדינת ישראל על בסיס הטענה שמה שמאפיין אותן הוא שייכות לדת, ולא ללאום, ובוודאי שאין להן בהכרח זיקה למדינת הלאום שהקימו יהודים. גישה כזאת רווחת בקהילות חרדיות בחו"ל (וגם בכמה קהילות שוליות בישראל), ובעת הקמת המדינה היא הייתה רווחת גם בקרב קהילות ליברליות שחששו מהקמת מדינת ישראל ומהאפשרות שהם יזוהו עימה בעל כורחן (למשל "הבונד", ראו אמנון רז-קורצקין, "גלות בתוך ריבונות: לביקורת "שלילת הגלות" בתרבות הישראלית", *תיאוריה וביקורת* 5 [1994], עמ' 113).

הקבוצות האלה, אבל חשוב מכך לענייננו – היא מעסיקה גם את מדינות המקור.<sup>24</sup> מדינות רבות שיש להן תפוצה מתחבטות בשאלת יחסן אל התפוצה ובשאלת דרכי הפעולה של המדינה אל מול בני העם המתגוררים מחוץ למדינה ואינם אזרחיה.<sup>25</sup> לדילמות האלה ולמדיניות שהן מאמצות יש במקרים רבים גם ביטוי משפטי.

אחת ההבחנות המקובלות בין מדינות לאום היא בין מדינות שהלאומיות בהן "אזרחית" למדינות שהלאומיות בהן "אתנית". מדינות לאום אתניות נקראות לעיתים "מדינות שבט" (kin states).<sup>26</sup> ראייה עדכנית של ההבחנה זו היא שלא מדובר בדיכוטומיה אלא ברצף. בקצה האחד מדינה כמו ארצות הברית – ספק מדינת לאום והמודל המובהק למדינה שהמגדיר הלאומי שלה הוא ערכים אזרחיים; בקצה האחר מדינות כמו ישראל או אירלנד שהרכיב האתני שלהן מודגש מאוד, ובתווך מדינות לאום רבות שהערכים האזרחיים שלהן מרכזיים, אבל לאתניות ולשבטיות יש בהן ביטוי משמעותי. כפי שאראה להלן, אחד הביטויים של זהות לאומית-אתנית-שבטית במדינות כאלה היא המדיניות היוזמה שלהן כלפי בני האתנוס החיים מחוץ לגבולות המדינה, גם אם הם צאצאים רחוקים של מי שעזבו את גבולה.

24 הדיון בעצם קיומן של תפוצות ובהגדרתן התעצב בעשורים האחרונים לנוכח תנועת ההגירה הגלובלית. מול מי שמבקשים להגדיר את "תפוצה" כתופעה היסטורית ועכשווית רלוונטית, יש חוקרים הסבורים שההגדרה הזאת אנכרוניסטית ומעדיפה לראות בקבוצות המהגרים ובתופעה של שימור זהות אתנית-לאומית-דתית-זהותית של קבוצה במדינה מארחת – "טרנס-לאומיות", כלומר מהגרים שמה שמגדיר אותם הוא בעיקר מדינת המקור שלהם והמתח ביחסים ביניהם לבין המדינה המארחת ומדינת המקור. ראו Safran, שם, עמ' 50-53. גם ספרו של גבי שפר עוסק בכך בהרחבה. ראו Gabriel Sheffer, *At Home and Abroad: Diaspora Politics*, New York: Cambridge University Press, 2003

25 בקרב בני קבוצות תפוצה אחרות, כמו במקרה של יהודי התפוצות, יש מי שנושאים אזרחות כפולה, זו של מדינת המקור וזו של המדינה המארחת. נשיאת אזרחות כפולה אינה מדינה בהכרח את נושאי אזרחות כפולה בענייניה של מדינת המקור. ראו Anupam Chander, "Diaspora Bonds," *New York University Law Review* 76 (4) (2001), pp. 1005, 1010, למשל בהקשר של הצבעה בבחירות. על ההקשר הישראלי, ראו עופר קניג ויוחנן פלסנר, הצבעת אזרחים ישראלים מחו"ל, הצעה לסדר 9, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2016.

26 Hans Kohn, *The Idea of Nationalism, a Study in Its Origins and Background*, New York: Macmillan, 1944

מדינות לאום רבות מקיימות יחסים מיוחדים עם בני התפוצה שלהן.<sup>27</sup> ברבות מהן חיים מיעוטים, ילידיים או מהגרים, שאינם שייכים לקבוצת הרוב, ולכן למדינות הזאת יש "מחיר" אינהרנטי של פגיעה בשוויון. למדיניות כלפי התפוצות ביטויים הצהרתיים-סמליים, אבל גם ביטויים פרקטיים המבטאים העדפה וזכויות יתר במדינת האם לבני התפוצה או מאפשרים למדינת האם להשקיע תשומות כלכליות ואחרות בבני התפוצה שלה. אפשר לזהות שלושה מאפיינים מובחנים של מדיניות של מדינות כלפי בני התפוצה:<sup>28</sup> (1) מדיניות הרואה במדינת האם מרכז תרבותי של בני האתנוס ופועלת לשימור ולקידום הזהות והתרבות האתנית גם בקרב בני התפוצה; (2) מדיניות הגירה המעדיפה את בני האתנוס ואת צאצאיהם על פני מהגרים אחרים – "זרים"; (3) קבלת אחריות מצד מדינת האם לשלומם של בני התפוצה שלה. הביקורת על ההסדרים האלה נוגעת לפגיעה האפשרית של מדיניות הגירה כזאת בנורמות של המדינות המארחות את בני האתנוס שלהן ניתנת העדפה בהגירה למדינת האם, האפשרות של פגיעה בנורמות בינלאומיות של אי-התערבות בענייניהן של מדינות אחרות,<sup>29</sup> וביקורת ליברלית על הסדרים כאלה,<sup>30</sup> ולפיה מדיניות כזאת פוגעת בשוויון של אזרחי מדינת האם שאינם בני קבוצת הרוב.<sup>31</sup>

27 במדינות רבות מאוד יש גופים ממשלתיים, כמו משרד התפוצות בישראל, העוסקים בקשר עם התפוצות. כיום, למעשה, לרוב המדינות החברות באו"ם יש גופים ממשלתיים כאלה. ראו Alan Gamlen, "Diaspora Institutions and Diaspora Governance," *International Migration Review* 48 (2014), p. 180

28 מאפיין נוסף, נפוץ פחות, הוא לאפשר לבני התפוצה להתערב בחיים הפוליטיים של מדינת האם. כמה מדינות אימצו מגוון דגמים של מעורבות כזאת, וגם בישראל יש קולות הקוראים להגביר את מעורבותם הפורמלית של יהודים בתפוצות בקבלת ההחלטות במדינת ישראל. ראו Adeno Addis, "Imagining the Homeland from Afar: Community and Peoplehood in the Age of the Diaspora," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 45, p. 963

29 Antonija Petričević, "The Rights of Minorities in International Law: Tracing Developments in Normative Arrangements of International Organizations," *Croatian International Relations Review* 11 (38/39), pp. 47-58; Nicholas Turner and Nanako Otsuki, *The Responsibility to Protect Minorities and the Problem of the Kin-State*, UNU Policy Brief 2, 2010

30 Myra Waterbury, *Between State and Nation: Diaspora Politics and Kin-state Nationalism in Hungary*, London: Palgrave Macmillan, 2010

31 לעניין זה ראו גם חגי ויניצקי ושאל שארף, הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (משפט וציונות א), תל אביב: מכון בגין למשפט וציונות, 2017, עמ' 18-22.

#### 4.1. מדיניות של ייצוג הלאום ואחריות תרבותית כלפי בני התפוצה

התפיסה שמדינת האם היא ליבו הפועם של עם רווחת במדינות לאום אתניות רבות.<sup>32</sup> על פי תפיסה זו, בני האתנוס המתגוררים מחוץ לגבולות המדינה הם בעלי זיקה למדינה ולתרבותה. על כן, חלק מביטוי הלאומיות ומקידום האתנוס המכונן את

המדינות הוא חובתן לפעול לקידום התרבות הלאומית-אתנית, לא רק בתוך גבולות המדינה אלא גם בקרב בני התפוצה. במקרים רבים מנהיגי המדינות האלה רואים בעצמם ובמדינתם מייצגים את כל בני העם, זה שבגבולות המדינה וזה החי מחוצה לה.<sup>33</sup>

לתפיסה הרווחת הזאת יש ביטוי גם בחוקותיהן של מדינות רבות המבקשות לפתח קשר עם בני התפוצה שלהן ולהשקיע בכך משאבים. כמה דוגמאות: סעיף 2 בחוקת אירלנד קובע כי "העם האירי נוצר את היחסים המיוחדים עם בני השבט האירי הגרים מחוץ לגבולות המדינה וחולקים את אותה זהות תרבותית ומורשת"; סעיף 7 לחוקת סלובקיה קובע כי "הרפובליקה הסלובקית תומכת במודעות הלאומית ובזהות התרבותית של סלובקים החיים מחוץ לגבולות המדינה; היא תומכת במוסדות שלהם שנבנו כדי להשיג את המטרות האלה ובקשריהם עם מדינת האם"; סעיף 1(19) לחוקת ארמניה קובע כי "הרפובליקה של ארמניה תנהיג מדיניות שמכוונת לפתח את הקשרים ואת ההזדהות התרבותית עם בני התפוצה הארמנית"; סעיף 7 לחוקת רומניה קובע כי "המדינה תתמוך בחיזוק הקשרים עם רומנים החיים מחוץ לגבולות המדינה ותפעל כדי לשמר, לפתח ולקדם את הביטוי של זהותם האתנית, התרבותית, הלשונית והדתית מתוך כיבוד חוקיה של המדינה המארחת שלהם"; סעיף 6 לחוקת פולין קובע כי "הרפובליקה של פולין תיתן לפולנים החיים מחוץ לגבולות המדינה סיוע בשימור המורשת התרבותית שלהם".<sup>34</sup> ואפשר למנות עוד דוגמאות כאלה. כפי שניתן להיווכח, רוב הסעיפים האלה נוקטים לשון שמשתמע ממנה כי האחריות לשימור המורשת התרבותית שלהן בקרב בני התפוצה החיים מחוץ למדינה אינה הצהרתית בעלמא. מאחורי עומדת נכונות להשקיע בכך תשומות ממשיות, הבאות, כמובן, גם על חשבון אזרחי המדינה שאינם שייכים לאתנוס השולט. ביטוי אחד,

32 Adeno Addis, "Constitutional Preambles as Narratives of Peoplehood," *ICL Journal* 12 (2) (2018), pp. 125-181

33 Steven Menashi, "Ethnonationalism and Liberal Democracy," *University of Pennsylvania Journal of International Law*, pp. 57-122

34 כמה מהמדינות האלה אינן נחשבות מדינות בעלות מסורת דמוקרטית מפותחת. ראו עוד רון (בשיחוף מרדכי קרמניצר ויובל שני), *דמוקרטיה במשבר*, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020.

בולט, לנכונות הזאת הוא הקמת גופים ממשלתיים שמטרתם לפעול לחיזוק הקשר בין בני התפוצה למדינת האם והזהות האתנית של בני התפוצה.<sup>35</sup>

4.2. מדיניות הגירה  
 המעדיפה את בני  
 האתנוס על פני  
 מהגרים אחרים

מדיניות ההגירה הישראלית המעדיפה יהודים בשער הכניסה לישראל, ו"חוק השבות" המממש אותה, אינם תופעה ייחודית.<sup>36</sup> שורה של מדינות קובעות, בחוקותיהן או בחוקי ההגירה שלהן, העדפה של בני האתנוס שלהן בהגירה למדינה.<sup>37</sup> המדינות האלה רואות בשיבה למדינה של מי שעזב אותה, וגם של צאצאי צאצאיו, לא רק זכות קנויה מכוח ההשתייכות לאתנוס, אלא גם מימוש של אינטרס פוליטי שנועד לבצר את הרוב הלאומי של בני אותו השבט. עם נפילתה של ברית המועצות ונפילת מסך הברזל נפתחה בפני בני עמים רבים שמצאו את עצמם בסוף מלחמת העולם השנייה מאחורי מסך הברזל ובמדינות בהן הם מהווים מיעוט, האפשרות לשוב אל מדינת האם שלהם.

יתר על כן, חוקי ההגירה של המדינות האלה כמעט שאינם מציבים דרישות סף לבני העם השבים אל מולדתם. גרמניה, למשל, מגדירה בחוקה שלה את בני העם הגרמני מי שרואים את עצמם מחויבים "למולדת הגרמנית, לשפה, לתרבות או לעם הגרמני" גם אם אין להם אזרחות גרמנית. חוק ההגירה של גרמניה מעניק למי שמוגדר גרמני אפשרות לקבל אזרחות גרמנית כמעט ללא דרישות סף, לאחר מילוי דרישות מופחתות משמעותית מאלה המוצבות בפני מי שאינם גרמנים.<sup>38</sup> גם חוק ההגירה של יוון מעניק לבני האתנוס היווני אפשרות לאזרחות כמעט ללא דרישות סף, ולמעשה כל יווני המבקש אזרחות יוונית יקבל אותה עם הגעתו למדינה בלא דרישה לשהות בה פרק זמן מסוים.<sup>39</sup> בהחלטה של בית המשפט המינהלי העליון ביוון המדיניות הזאת מוסכרת, כך משתמע, בצורך לשמר את הזהות היוונית ולאפשר דווקא למי

35 Gamlen (לעיל הערה 27).

36 לסקירת חוקים כאלה, ראו יעקובסון ורובישיטיין (לעיל הערה 21).

37 ראו גם Gideon Sapir and Mark Goldfeder, "Law, Religion, and Immigration: Building Bridges With Express Lanes," *Emory International Law Review* 32, p. 201

38 Policy Document, "Law to Reform the Citizenship Law (from 1945-1990: West Germany)," 2000, *splash database*

39 ראו Greek Citizenship Code

שמזדהים איתה להגר ליוון. בהחלטתו בית המשפט מדבר על בני האתנוס היווני השבים לארצם במונחים של "שיבה".<sup>40</sup> מדיניות "שבות" קיימת גם בפולין. חוקת פולין קובעת כי "מי שזהותו הפולנית אושררה, יכול להתגורר בפולין באופן קבוע". "חוק השבות הפולני" מעניק לבני הלאום הפולני המעוניינים לשוב לפולין אזרחות, והמדינה אף מעניקה להם סיוע ("סל קליטה") כדי לאפשר את שיבתם.<sup>41</sup> מדיניות דומה יש גם בבולגריה – החוקה וחוק ההגירה מעניקים "זכות שיבה" ואזרחות בולגרית למי שהוכיחו שהם צאצאי העם הבולגרי,<sup>42</sup> ובפינלנד – בני העם הפיני, מדורות, זכאים לתושבות קבועה ולאחר מכן לאזרחות.<sup>43</sup>

"חוקי השבות" של מדינות שונות שונים זה מזה בפרטיהם, אבל המכנה המשותף שלהם מעיד על תפיסת היסוד, שבני העם המכונן את קבוצת הרוב במדינה אינם רק מי שחיים בגבולותיה. כלומר, העם הוא מסגרת השתייכות, הכוללת גם את בני ובנותיו החיים מחוץ לגבולות מדינת האם ומכוננים את התפוצה שלה. חוקי השבות האלה מעניקים זכות ממשית ומשמעותית לאותם בני התפוצה – הזכות לאזרחות. חוקי השבות הם תוצאה של השתייכות לקבוצה אתנית, אבל במוכן מסוים, וכמו שנראה להלן בהקשר הישראלי, חוקי השבות מכוננים את מדינת הלאום, ומדינת האם היא צירה המרכזי.<sup>44</sup>

**4.3. גילוי אחריות מצד מדינת האם לשלומם של בני התפוצה שלה**  
 תהפוכות המחצית הראשונה של המאה הקודמת, ולאחר מכן נפילת מסך הברזל והתהוות המבנה המדינתי החדש באירופה, הותירו קבוצות גדולות של מיעוטים אתניים במדינות שכנות למדינת האם שלהם או במדינות אירופיות אחרות. מיעוטים אלו הם בני קבוצות התפוצה של מדינות אם למיניהן. ברבות מהמדינות האלה שוררים איבה וטינות ישנות וחדשות

Konstantinos Tsitselikis, "Citizenship in Greece: Present Challenges for Future Changes," in: Devorah Kalekin-Fishman and Pirkko Pitkänen eds., *Multiple Citizenship as a Challenge to European Nation-States*, 2007, pp. 145, 154-155

*Focus Migration*, "County Profile: Poland," 3 (2005) 41

National Assembly of The Republic of Bulgaria, Constitution, art. 42 ראו 25, § 2

"Remigration to Finland," 17.6.2022, *infoFinland* ראו 43

44 על כינון אומה בין מדינת אם לתפוצה, ראו Addis (לעיל הערה 28), עמ' 963.



בין קבוצת הרוב לבני מיעוט, והם גוררים הפליה, ולעיתים אפילו סיכון, מצד בני קבוצת הרוב. כמענה לכך, בעיקר בעשורים האחרונים, גיבשו כמה מדינות חוקים שבהם הן קובעות, במפורש או במשתמע, כי הן רואות עצמן אחראיות לשלומם של בני התפוצה שלהן החיים בשטחן של מדינות אחרות. מי שמובילה את המגמה הזאת באירופה היא הונגריה, הקובעת בחוקה שלה כי "הונגריה נושאת באחריות לגורלם של ההונגרים החיים מחוץ להונגריה"<sup>45</sup>, ביטוי שבחקיקה מאוחרת יצקו לו ההונגרים תוכן משמעותי יותר.<sup>46</sup> חקיקה כזאת, מטבעה, מעלה קשיים פנימיים, ובהם ההצדקה להפעיל אמצעים מדינתיים, או במילים ברורות יותר, "לשלם מחיר" מדינתי כדי להגן על בני התפוצה, אבל גם קשיים בהקשר של המשפט הבינלאומי, בשל האפשרות המשתמעת ממנה לפגיעה בריבונות של מדינה אחרת כדי להגן על בני התפוצה של המדינה הפועלת.<sup>47</sup>

ממד זה של נכונות מצד מדינות באירופה לפעול להגנת בני האתנוס שלהם שהם מיעוט במדינות אירופיות אחרות, טומן בחובו, מטבעו, איום אפשרי על היחסים בין המדינות.<sup>48</sup> החשש הזה הניע את ועדת ונציה (Venice Commission)<sup>49</sup> לבחון את "חוקי התפוצות" הישנים והחדשים יותר שחוקקו מדינות רבות באירופה ולהצביע על הקשיים המשפטיים שמעלים החוקים האלה במישור של המשפט הפנימי

45 אבל הונגריה אינה היחידה. סעיף 10 לחוקת קרואטיה, למשל, קובע כי "הרפובליקה הקרואטית תבטיח דאגה והגנה מיוחדת לאותם חלקים של העם הקרואטי שבמדינות אחרות".

46 Act LXII of 2001 on Hungarians Living in Neighbouring Countries 46. *International Legal Materials* 40 (5), pp. 1242-1253 (2001), (נוסח באנגלית).

47 פחרון אחר שמדינות אירופיות רבות נקטו כדי להגן על בני התפוצה שלהן הוא כריכת אמנות בילטרליות עם מדינות שבהן יש נוכחות משמעותית של בני התפוצה שלהן. ראו Anja Wiesbrock and Anna Gajda, "Maintaining Ethnic Ties in the Process of EU Enlargement: The Relationship between Kin-Minority Laws, EU Anti-Discrimination Law and the Schengen Acquis," *International Journal on Minority and Group Rights* 19 (4), pp. 399-426

48 הארגון לביטחון ושיתוף פעולה באירופה נתן דעתו לאיום הפוטנציאלי הזה וקבע כי בגילויי אחריות כזה אסור להיות ממד של קביעת סמכות שיפוט על אזרחים של מדינה ריבונית אחרת. ראו Organization for Security and Cooperation in Europe, High Commissioner on National Minorities, *The Bolzano/Bozen Recommendations on National Minorities in Inter-State Relations & Explanatory Note*, 2008, p. 5

49 או בשמה המלא European Commission For Democracy Through Law, גוף שנוסד על ידי מועצת אירופה (Council of Europe) בראשית שנות התשעים כדי לייעץ למדינות מועצת אירופה בנושאים חוקתיים.

והבינלאומי ולפרסם על כך דוח מפורט.<sup>50</sup> ההקשר של פעולת הוועדה הוא בעיקר אירופי, אבל עבודתה רלוונטית לחוקי תפוצה באשר הם וליחסים בין מדינות אֵם לתפוצה שלהם גם במקומות ובהקשרים אחרים.<sup>51</sup>

החששות העיקריים שהעלתה ועדת ונציה באשר לחוקות, החוקים והנורמות המדינתיות נוגעות לתפוצות הם: (1) פגיעה בריבונות המדינות המארחות; (2) פגיעה בהתחייבויות בינלאומיות של המדינות המארחות; (3) פגיעה ביחסים בין מדינות האם למדינות המארחות; ו-(4) הפליה שיוצרים החוקים האלה במדינות האם בין אזרחיהן שאינם שייכים לקבוצה האתנית המכוננת את הרוב, לבין בני האתנוס המתגוררים מחוץ למדינה אבל מועדפים על ידה.<sup>52</sup> הקשיים האלה הביאו את ועדת ונציה להמליץ על שורה של סייגים שבמסגרתם צריכות מדינות האם לפעול אם ברצונן לאמץ בכל זאת חוקי תפוצות. הקו המנחה של הסייגים האלה הוא הימנעות מהתנגשות עם נורמות אחרות, הנורמות של המדינות המארחות את בני התפוצה, נורמות בינלאומיות המסדירות יחסים בין מדינות ונורמות בינלאומיות ומדינתיות המטילות את החובות הנורמטיביות היסודיות של שוויון ואיסור על הפליה על רקע של השתייכות אתנית.<sup>53</sup>

הדיון שהציע דוח ועדת ונציה ממפה היטב את האינטרסים המתנגשים בין חוקי תפוצה (אירופיים) לנורמות אחרות, אבל הוא חף, אולי בשל אופי הגוף ורגישות פעולתו, מדיון נורמטיבי עקרוני בשאלת התכלית וההצדקה של חוקי תפוצות באשר הם.

Report on The Preferential Treatment of National Minorities by ראו 50  
their Kin-State (2001)

51 הדיון האירופוצנטרי-מערבי כאן אינו מבקש לגרוע מחשיבות הדיון הזה המחקיים גם בהקשרים אחרים לנוכח תפוצות בעלות היקף משמעותי מאוד ש"מדינות האם" שלהן הם מדינות בדרום-מזרח אסיה ומדינות באפריקה. ראו למשל William Safran, "Diasporas in Modern Societies: Myths of Homeland and Return," *Diasporas* 1 (1991), pp. 83-84; Anupam Chander, "Homeward Bound," *New York University Law Review* 81 (2006), pp. 60, 77. ראו גם Aaron Matteo Terrazas, "Beyond Regional Circularity: The Emergence of an Ethiopian Diaspora," *Migrationinformation.org* (June 2007)

52 שם, עמ' 16 והלאה.

53 שם, עמ' 22.

5.  
**למה מדינות משקיעות  
 משאבים בתפוצה**

חוקי התפוצות המעדיפים את בני התפוצה של מדינת אם בהגירה אל המדינה ואלו המחייבים את המדינה להשקיע משאבים בהגנה על בני התפוצה, לשמור על קשר עימם ולפתח את זהותם התרבותית אינם פועלים בחלל הריק. כמו כל שימוש אחר במשאבים, הם מעניקים משאבים הנמצאים בחסר (כסף, תשומות ביטחון, זכות להגירה אל המדינה ומשאבים סמליים-פוליטיים כגון שייכות לעם)<sup>54</sup>, לבני התפוצה השייכים לקבוצת הרוב במדינת האם, על חשבון אזרחים (בני מיעוטים) החיים במדינה. מהי אפוא ההצדקה לחוקים האלה? מהם הערכים או האינטרסים שבגללם לגיטימי וראוי לחוקק חוקים כאלה? את שורת ההצדקות לחוקי תפוצות אפשר לחלק להצדקות תועלתניות והצדקות נורמטיביות.<sup>55</sup>

דומה כי הבסיס לאימוץ חוקי תפוצות במדינות רבות הן ההצדקות תועלתניות. גם אם לעיתים הרטוריקה היא רטוריקה לאומית, יש מדינות הזקוקות לסיוע שהן יכולות לקבל מבני התפוצה שלהן. מדינות רבות שיש להן תפוצה משמעותית הן מדינות חלשות כלכלית, ולעיתים גם פוליטית. אל מול חולשתם הכלכלית, בני התפוצה שלהם התבססו לעיתים במדינות מארחות וצברו שם איתנות כלכלית והשפעה פוליטית.<sup>56</sup> היכולת של מדינת האם ליהנות מפירות הצלחתם של בני התפוצה שלה תלויה במידה רבה ביכולתה לשמר ולטפח את הקשר עימם. זאת על ידי טיפוח זהותם הלאומית של בני התפוצה באשר הם ושימור תחושת הזיקה והמחויבות שלהם למדינת האם, גם אם הם צאצאי צאצאים של מי שהיגרו ממדינת האם למדינה האחרת, או אפילו אם אין להם זיקה משפחתית כלשהי למדינת האם. דרך אחרת שבה בני תפוצה מסייעים למדינת האם במישור הכלכלי היא העברת סיוע כלכלי לקרובי משפחה שנותרו במדינת האם. בעיקר במדינות חלשות מאוד כלכלית, להעברות הכספים האלה משמעות לא מבוטלת לכלכלת המדינה ולתוצר המקומי שלה. כך למשל הדבר בפיליפינים, בטורקיה, בכמה מדינות באמריקה הלטינית, בכמה מדינות באפריקה ועוד.<sup>57</sup> היבט אחר של חוקי תפוצה הוא חוקי

54 ראו שוקי פרידמן, "הזכות לשייכות" (בהכנה).

55 Waterbury (לעיל הערה 30), עמ' 6.

56 השפעה פוליטית כזאת נוצלה על ידי בני תפוצות שונות בארצות הברית בעיקר במחצית הראשונה של המאה העשרים כדי להביא את ארצות הברית לתמוך בהקמת מדינות עצמאיות חדשות. ראו Menashi (לעיל הערה 33), עמ' 100.

57 Kathleen Newland and Erin Patrick, "Beyond Remittances: The Role of Diaspora in Poverty Reduction in their Countries of Origin," scoping study by the Migration Policy Institute for the Department of International Development (July 2004)

שבות. גם כאן ההצדקה התועלתנית ברורה. לכל מדינה בעלת זהות אתנית מובחנת יש אינטרס לשמר את הזהות הזאת,<sup>58</sup> גם אם קבוצת הרוב האתנית אינה מאוימת מבחינה דמוגרפית על ידי קבוצת מיעוט מובחנת, ועל אחת כמה וכמה אם יש איום כזה, ממשי או מדומיין.<sup>59</sup> ולבסוף, לשימור הקשר בין בני הקבוצה האתנית לבין בני הקבוצה בתפוצה יש גם תועלת זהותית-פוליטית. הוא מאפשר לבני הקבוצה כולם להבחין את עצמם מקבוצות מיעוט ולשייך את עצמם לעם אחד. שימוש באפיון הזה כאמצעי מבדל משרת את בניית האומה וזהותה גם כעניין נרטיבי.<sup>60</sup>

הבסיס האחר לקיומם של חוקי תפוצות הוא ההצדקה הנורמטיבית שלהם. כשמדובר במדינות לאום אתניות, כלומר מדינות שהלאומיות שלהן נובעת במובהק מהשתייכות לקבוצה אתנית, ההצדקה לחוקים כאלה "רוכבת" על ההצדקה לקיומן של מדינות לאום אתניות כשלעצמן. ישראל היא, כמובן, לא המדינה האתנו-לאומית היחידה, אבל מסיבות ידועות היא "זוכה" לתשומת לב מחקרית רבה בהקשר הזה. הכתיבה המצדיקה את האופי האתנו-לאומי של מדינת ישראל מתבססת על כמה הנמקות עיקריות:<sup>61</sup> הזכות להגדרה עצמית אתנו-לאומית והיכולת לשמר מדינת לאום בעלת מאפיינים לאומיים מוגדרים הנובעת ממנה;<sup>62</sup> הזכות למדינת לאום הנגזרת מהזכות

58 להבדיל מזכות לגיטימית, ועל כך, להלן.

59 ראו Menashi (לעיל הערה 33), עמ' 68; "Law, Religion, and Immigration: Building Bridges with Express Lanes," *Emory International Law Review* 32 (2018), p. 201. בקשי וספיר מכנים את התכלית הזאת "התכלית הדמוגרפית", ראו אביעד בקשי וגדעון ספיר, "בזכות הזכות למדינת לאום: על חסרונו של השיקול הלאומי בפסק-הדין בעניין חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003", עיוני משפט לו (2013), עמ' 531. וראו גם יעקב בן-שמש, "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה: בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל", משפט וממשל י (2006), עמ' 47.

60 Waterbury (לעיל הערה 30), עמ' 7.

61 אין בכוונתי לסכם כאן את הדיון כולו או להקיף את המקורות הרבים העוסקים בו, אלא רק להמחיש את עיקרי הטיעונים הנראים רלוונטיים לעניין. בדברים הקצרים האלה אני מתבסס על שורה של מאמרים מרכזיים בנושא: רות גביון, "מדינה יהודית ודמוקרטיה: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט", עיוני משפט יט (1995), עמ' 631-682; חיים גנז, "לאומיות והגירה", בתוך: מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר (עורכים), רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, תל אביב: רמות, 1998, עמ' 346-348; בקשי וספיר (לעיל הערה 59); Chaim Gans, *The Limits of Nationalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, ch. 1.

62 שם, עמ' 100.

לתרבות; ההצדקה הנובעת מן הצורך בסולידריות,<sup>63</sup> לנוכח ההנחה שבמדינת לאום שיש בה רוב לקבוצה אתנית אחת תהיה סולידריות גבוהה יותר; ההצדקה הנובעת מהזכות להימנע מרדיפות, או במילים אחרות, הזכות לחיים, הצדקה הבולטת בהקשר של מדינת ישראל אך אינה ייחודית לה.<sup>64</sup>

כמה מן ההצדקות האלה לקיומה של מדינת לאום בעלת מאפיינים אתניים תורמות גם להצדקת זכותה של מדינת הלאום להעדיף, בזכויות ובמשאבים, את בני התפוצה שלה על פני אזרחיה. יחסיה של מדינת אם עם בני התפוצה שלה הם במקרים רבים יסוד מכונן בדרך הקמתה ובזהותה של המדינה. כפי שהדבר בא לידי ביטוי בסיפור מימושה של ההגדרה העצמית של העם היהודי (אבל אינו ייחודי לו), הקמת מדינת הלאום היהודית הייתה פרי מאמציו של העם היהודי, והיא הייתה למדינה משגשגת גם בזכותו. מימוש החזון של המדינה היהודית היה יכול לצאת אל הפועל רק בתוך הקשר של הקשר של היהודים בישראל עם יהודים בתפוצות הרואים במדינת ישראל פרויקט משותף להם ולבני העם היהודי החיים בישראל.<sup>65</sup>

הזכות להגדרה עצמית היא זכותו של עם לחיים בשלטון עצמי בחלקת אדמה ספציפית. הזכות להגדרה עצמית מוקנית לעם. עם מימושה, בכלל, ובוודאי במקרה היהודי, העם אינו חדל להתקיים והופך למדינה. הוא ממשיך להתקיים לצד מדינתו והבית הלאומי שלו, אלא שכפי שמומחש היטב בהכרזת העצמאות ובחוק הלאום, המדינה שבה הוא מממש את זכותו להגדרה עצמית הופכת למוקד חייו הלאומיים. משום כך מימוש הזכות להגדרה עצמית טומנת בחובה את האפשרות, ואולי אף החובה, של מדינת הלאום להמשיך ולקיים את העם, להשקיע בו משאבים ולשמור על זהותו, על זיקתה אליו ועל זיקתו אליה. לכן חלק ממימוש זכותם של היהודים להגדרה עצמית הוא גם מימוש תפקידה של המדינה היהודית להיות מדינתו של כלל העם היהודי.

הצדקת הקמתה של מדינת לאום כדי לממש את הזכות לתרבות רלוונטית גם היא להשקעה של תשומות של מדינה בבני התפוצה שלה. ככלל, ובמקרה של מדינת ישראל בפרט, הזכות למדינה הנגזרת מהזכות לתרבות מניחה כי היכולת לממש את האפשרות לחיים תרבותיים-לאומיים מלאים, וגם היכולת לשמר תרבות לאומית מסוימת, יכולה להתממש רק אם לעם יש מדינת לאום משלו. העם היהודי מוכיח

Yael Tamir, *Liberal Nationalism*, Princeton: Princeton University Press, 1993, ch. 6

64 בקשי וספיר (לעיל הערה 59), עמ' 523.

65 גם בשל הפער הדמוגרפי "לרעת" היהודים טרם הקמת המדינה.

היטב את הטיעון הזה. כמעט בכל מהלך ההיסטוריה היהודית התעצבה תרבותו של עם ישראל ומורשתו לאו דווקא בארץ ישראל. חלק מהזמן היה מוקד היצירה והתסיסה האינטלקטואלית והתרבותית של העם היהודי בארץ ישראל, אבל לאורך תקופות ארוכות וחשובות בהיסטוריה היהודית, ובהן גם תקופות שבמהלכן היה יישוב יהודי בארץ ישראל, היה מוקד היצירה התרבותית היהודית מחוצה לה. לאחר חורבן הבית השני ובמשך רוב שנות הגלות הארוכות היו מוקדי היצירה התרבותית של העם היהודי מחוץ לארץ ישראל ובתנאים של רדיפה אתנית, במקרה הגרוע, ושל אוטונומיה מוגבלת מאוד, במקרה הטוב. למרות היצירה היהודית-תרבותית הענפה שנוצרה בגולה, המימוש המלא שלה במסגרת חיים לאומיים לא היה יכול להתקיים במלואו ללא מדינה, המאפשרת פריחה משמעותית עוד יותר של התרבות היהודית.

במציאות העכשווית ישנם שני זרמים מנוגדים הנוגעים לשימור התרבות היהודית ופיתוחה. גם במאה העשרים ואחת התרבות היהודית אינה מתפתחת רק במדינה היהודית. לקהילות היהודיות וליהודים הפועלים מחוץ למדינת ישראל תפקיד חשוב בפיתוח התרבות היהודית. מעורבותה של מדינת ישראל בסיוע להתפתחות התרבות היהודית בתוך גבולות מדינת ישראל מובנת מאליה. זהו חלק מתפקידה של המדינה ומימוש של ייעודה בשימור התרבות, שלשמו, בין השאר, היא קמה. כאשר ההתפתחות התרבותית מתרחשת גם מחוץ לגבולות המדינה טבעי וסביר שמדינת ישראל תסייע גם למאמצים אלו. הממד האחר של הקמת מדינה לשם מימוש הזכות לתרבות הוא הממד ה"הגנתי". ללא קיומה של מדינה יש חשש שהזהות והתרבות המיוחדות לעם יעלמו, כפי שאכן קרה לעמים רבים. למרות העוצמה היהודית העכשווית בתפוצות, יש חלקים ומקומות שבהם ניכרת דווקא חולשה, קהילות שבהן השותפות לחיים התרבותיים היהודיים נמצאת בנסיגה. במקרים האלה תפקידה של מדינת הלאום הוא להגן על שימור התרבות היהודית, גם מחוץ לגבולותיה, וגם אם נושאיה הם בני האתנוס היהודי אך אינם אזרחיה.<sup>66</sup>

ההצדקה האחרונה לקיומה של מדינת לאום (יהודית), הזכות לחיים, היא גם ההצדקה המובהקת ביותר וה"קלה" ביותר – חובתה וזכותה של מדינת לאום להגן על בני האתנוס שלה גם מחוץ לגבולותיה. ההיסטוריה היהודית, הקרובה והרחוקה, היא היסטוריה של רדיפות ופגיעות. ההצדקה הברורה ביותר להקמת מדינת ישראל, זו המופיעה באריכות גם בהכרזת העצמאות, היא לאפשר ליהודים לחיות חיים בטוחים

66 כפי שמתואר בפרק הזה, ובמקומות רבים אחרים, כשמדובר ביהדות ובמדינת ישראל המשולש דת-לאום-מדינה "מסבך" את הדברים, וכפי שיש הטוענים, הוא מחייב התייחסות נפרדת ליסוד הדתי וליסוד הלאומי, מה שמשליך גם על היחס בין מדינת ישראל היהודית-לאומית לבין בני הדת היהודית בתפוצות.

ונורמליים במדינה משלהם, ולא להיות כעלים נידפים הנתונים לחסדי אומות העולם ולהגנתם. רדיפת יהודים על רקע יהדותם אומנם נדירה יותר היום, אבל אנטישמיות ושנאה כלפי יהודים, וגם התקפות אלימות המופנות אליהם בשל השתייכותם האתנית, עדיין מתרחשות. זכותה וחובתה של מדינת ישראל לעשות כל שלאל ידה כדי לממש את הייעוד של הגנה על חיי יהודים, לא רק בגבולותיה, אלא גם בעולם כולו, ובכלל זה להשקיע את התשומות הכלכליות, הדיפלומטיות והאחרות הדרושות לשם כך.

אכן, המתח החוקתי בין זכויותיהם של אזרחי המדינה לבין האינטרס של מדינות אתנר-לאומיות לפעול למען בני התפוצה שלה אינו מבוטל. כפי שראינו, מדינות רבות מתחבטות בו. רוכן מכריעות בסופו של דבר בעד האינטרס הלאומי לפעול גם למען בני התפוצה שמחוץ לגבולות המדינה. כך בעולם וכך בישראל.

סעיף התפוצות בחוק הלאום הוא בעל מעמד חוקתי וחשיבות רבה, אבל אינו הנורמה הראשונה בהיסטוריה החקיקתית של ישראל המסדירה את יחסיה של מדינת ישראל עם יהדות התפוצות. עם זאת, ההתייחסות הנורמטיבית בחוק ובפסיקה למסגרת המכוננת את יחסי מדינת ישראל והתפוצות ומאפשרת את הפעילות הממשלתית למען העם היהודי – דלה למדי. החקיקה שהייתה בכל זאת לפני חוק היסוד ביטאה תפיסה דומה לתפיסה שמבטאת מגילת העצמאות, ולפיה מדינת ישראל היא מדינתו של העם היהודי, גם זה החי בתפוצות. לכל העם היהודי יש זכות להגר למדינת ישראל ואחריות כלפי מדינת ישראל. אך אחריותה של מדינת ישראל כלפי העם היהודי מוגבלת. החוק המרכזי הקושר את מדינת ישראל ויהדות התפוצות הוא חוק השבות. מלבדו העיסוק המשפטי במעמד התפוצות ובמחויבותה של מדינת ישראל כלפיהן היא עקיפה ושולית, ומופיעה בעיקרו של דבר בחוקים המסדירים את יחסיה של מדינת ישראל עם המוסדות הלאומיים.

חוק השבות אינו חוק יסודי,<sup>67</sup> אבל משום שהמגדיר היסודי ליהודיותה של המדינה הוא קיומו של רוב יהודי,<sup>68</sup> הוא החוק החשוב ביותר לשימור יהודיותה של מדינת

## 6. התפוצות במשפט הישראלי לפני חוק הלאום

67 חוק השבות, התש"י-1950.

68 גביזון (לעיל הערה 61), עמ' 631, 640.

ישראל.<sup>69</sup> אף שלִישראל יש חוק הגירה אזרחי,<sup>70</sup> הלכה למעשה רוב מכריע של המהגרים לישראל עושים זאת על בסיס חוק השבות.<sup>71</sup> מעבר להיותו שער הכניסה החוקי לישראל, לחוק השבות יש משמעות רבה להגדרתו של העם היהודי וליצירת הזיקה בין בני העם היהודי היושבים בתפוצות, לבין מדינת ישראל. כאמצעות האופציה שהחוק הזה מעניק לכל יהודי ויהודייה להפוך, ברצותם, לאזרחי ישראל, הוא הופך את הישראלים ואת היהודים החיים בתפוצות לבני קהילה אחת.<sup>72</sup> חלקם מימשו את זכותם לשבות או נולדו לתוכה, ואחרים טרם עשו זאת, אבל הזכות עומדת להם בכל עת. התפיסה שחוק השבות הוא המכונן את הקבוצה היהודית ומגדיר אותה כלאום וכקהילה בזיקה למדינת ישראל באה לידי ביטוי בדבריו של דוד בן-גוריון בעת הצגת החוק בכנסת. כשהציג את החוק בישיבה חגיגית הצהיר בן-גוריון כי "חוק השבות [...] קובע שלא המדינה מקנה ליהודי חו"ל זכות להתיישב במדינה, אלא זכות זו טבועה בו באשר הוא יהודי [...]".<sup>73</sup> כלומר, מדינת ישראל שהוקמה היא מדינתם של כלל היהודים בעולם ולא מדינת אזרחיה. מעם יהודי שהרבך המאגד שלו היה לאומיותו,<sup>74</sup> לעם יהודי שהרבך המאגד שלו הוא המדינה היהודית והזכות לאזרחות במדינתו זו.<sup>75</sup> התפיסה הזאת של חוק השבות מדגישה מנייה וביה את האחריות המוטלת על יהודי התפוצות לשגשוגה של מדינת ישראל.

המחשה לתפיסה שחוק השבות הוא המגדיר את העם היהודי אפשר למצוא בהדיה הרועמים של שאלת "מיהו יהודי" ובדיון העז המתנהל עדיין בשאלה זו בין מדינת ישראל לבין קהילות מרכזיות בתפוצות.<sup>76</sup> לכאורה, השאלה היא שאלה משפטית המשליכה על דיני ההגירה של מדינת ישראל. בפועל, מאז עלתה שאלת גבולות

69 רוח גביוון, ששים שנה לחוק השבות: היסטוריה, אידיאולוגיה, הצדקה, ירושלים: מרכז מציל"ה, 2009.

70 חוק האזרחות והכניסה לישראל, תשי"ב-1952.

71 אף שאינו חוק יסוד, יש הסבורים שיש לראות בחוק השבות חוק בעל מעמד חוקתי. ראו בג"ץ 7625/06 מרטינה רוגצ'ובה נ' משרד הפנים 6 (נבו 31.3.2016).

72 ואף את נכדיהם של יהודים, זכאי חוק השבות מכוח סעיף 4 לחוק, הנמצאים בשוליה של הקהילה היהודית.

73 ד"כ 6, 5032 (החש"י).

74 על היהודים כלאום ראו אסף מלאך, "חקר הלאומיות והמקרה היהודי-ישראלי", עיונים בתקומת ישראל 26 (2016), עמ' 135, 148.

75 הזכות הזאת, כמו הזיקה לישראל והמתח בין נאמנות לה לנאמנות למדינת האזרחות, מעוררת מתח מובנה. ראו Safran (לעיל הערה 51).

76 שוקי פרידמן, שחיקתו של הסטטוס־קוו ביחסי דת ומדינה, מחקר מדיניות 126, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019, עמ' 74-85; שוקי פרידמן, "המדינה היהודית וגבולות



היהדות בישראל בסוף שנות החמישים של המאה הקודמת, נעשו יהודי התפוצות לשותפים משמעותיים בדיון הזה ולשחקנים המשפיעים על עיצוב ההסדרים המשפטיים במדינת ישראל פנימה. ברור שיהודי התפוצות הוטרדו מהשאלה מעת שעלתה, אבל מי שהפך אותם לשותפים בדיון הזה, על בסיס החלטת ממשלה, היה בן-גוריון. בסוף שנות החמישים, כשעלה הצורך להכריע בשאלת קביעת גבולות היהודיות, בן-גוריון הוא שיזם פנייה למנהיגים והוגי דעות יהודים בעולם וביקש מהם לענות לשאלה שבמובן המשפטי שלה היא שאלת רישום פשוטה.<sup>77</sup> מאז ולאורך שנותיו של הדיון המשפטי-ציבורי-זהותי הזה, היו יהודי התפוצות, ובעיקר הקהילה הפרוגרסיבית בארצות הברית, שחקנים מרכזיים לא רק בשיח על הגדרת גבולות היהודיות בישראל, אלא גם בעיצוב ההסדרים הפוליטיים הנוגעים בה.<sup>78</sup> בכך הוגשם חזונו של בן-גוריון, וחוק השבות נעשה לצייר מרכזי שסביבו נסוב העם היהודי ואליו הוא מתייחס.

לסיכום, אפשר לטעון שחוק השבות מכונן את יחסי מדינת ישראל ויהדות התפוצות ושהוא הנורמה המגדירה את העם היהודי בתפוצות ואת מדינת ישראל כקבוצת התייחסות אחת. החוק אינו מגדיר את יחסי ישראל והתפוצות אלא מכונן אותם.

כאמור, העיסוק העקיף ביחסה של מדינת ישראל ליהדות התפוצות במשפט הישראלי מופיע בחוק המסדיר את יחסיה של מדינת ישראל עם המוסדות הלאומיים. ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית היו שותפות לבניין המדינה. עם הקמתה הן התייתרו לכאורה, אבל בשל יכולות גיוס המשאבים והביצוע שלהן, והיותן מפעלים ותיקים שהקימו יהודי העולם לשם הקמת מדינת ישראל, החליט בן-גוריון לאפשר את המשך פעילותן. הסדרת פעילותן בארץ של המוסדות האלה קובעה בחוק ובאמנה שנחתמה ביניהן לבין מדינת ישראל, והם מעניקים להן הכרה ומעמד רשמי במדינת ישראל.<sup>79</sup> החוק הזה, שנחקק במדינת ישראל הצעירה, משמר גם הוא את רוחה של מגילת העצמאות. הדגש בו הוא על תפקידיהן של ההסתדרות הציונית ושל הסוכנות היהודית בהבאת עולים לישראל ובבניין המדינה. סיוע

77 היהודיות", בתוך: ידידיה שטרן, ג'סי פרס ושוקי פרידמן (עורכים), מדינת לאום יהודית במאה העשרים ואחת, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2022, עמ' 187-209.

77 ראו אליעזר בן-רפאל, זהויות יהודיות - תשובות חכמי ישראל לבן-גוריון, באר שבע: אוניברסיטת בן-גוריון בנגב, 2001.

78 ראו פרידמן, שחיקתו של הסטטוס-קוו (לעיל הערה 76).

79 חוק מעמד ההסתדרות הציונית העולמית - הסוכנות היהודית לארץ ישראל, תשי"ג-1952; האמנה בין ממשלת ישראל לבין ההסתדרות הציונית העולמית והאמנה בין ממשלת ישראל לבין הסוכנות היהודית לארץ ישראל.

ופעילות בתפוצות כמעט שלא היו על סדר יומן ועל סדר יומה של מדינת ישראל. שלא במפתיע, ולנוכח המגמה המתוארת כאן, ב־2017 תוקן החוק וליעדים שהוא מגדיר לפעילותן של ההסתדרות הציונית והסוכנות היהודית (שהוגדרו באמנה) נוספה שורה של יעדים המכוונים לסייע לפעילות המוסדות הלאומיים בתפוצות, והם מבטאים, בפעם הראשונה, ובעקיפין, את התפיסה שפעילות זו היא אחריותה של מדינת ישראל. חוק המוסדות הלאומיים מגדיר את המוסדות האלה "סוכנויות מוסמכות". מלשון החוק לא ברור מהי משמעותה של הגדרה זו. האמנות שנחתמו בין ההסתדרות הציונית לסוכנות היהודית מדברות על רצון לשתוף פעולה ועל הסתייעות הדדית בינן לבין המדינה. לגופים האלה מוענקות גם הטבות מס מסוימות המבטאות גם הן את אופי הקשר בין המדינה לבין המוסדות הלאומיים. קשה לומר שהמוסדות הלאומיים הם גופים מדינתיים, אבל העובדה שמעמדם ומטרותיהם עוגנו בחקיקה מעידה על רצון להעניק לפעולתם נופך ממלכתי מסוים. לכן הקביעה החדשה יחסית שפעילות בקרב יהדות התפוצות היא חלק ממטרותיהם של המוסדות הלאומיים יש בה כדי להעיד על נכונותה של ממשלת ישראל לראות בכך חלק מאחריותה.<sup>80</sup>

.7

## הפער בין המסגרת הנורמטיבית לעשייה "בשטח"

דלותה של המסגרת המשפטית המסדירה את יחסה ומחויבותה של מדינת ישראל ליהדות התפוצות אינה מעידה בהכרח על התנכרות ממשלת ישראל לאחריותה כלפי יהודי התפוצות הלכה למעשה. בעשורים האחרונים ניכרת מגמת גידול באחריות

של מדינת ישראל ליהדות התפוצות, ויש לה ביטוי מינהלי ותקציבי. בשנת 1990 הקימה הממשלה את משרד התפוצות (שנקרא תחילה משרד ההסברה והתפוצות). אומנם מדובר במשרד קטן ודל תקציב החוסה בצילו המינהלי של משרד ראש הממשלה, אבל עצם קיומו (גם אם היה תולדה של צורך פוליטי) מבטא את האחריות שמדינת ישראל מקבלת על עצמה כלפי יהודי התפוצות.

לשינוי הזה גם ביטוי תקציבי. בשני העשורים האחרונים חל גידול משמעותי בהוצאה הממשלתית על סעיפים הנוגעים ליהדות התפוצות ומממשים הלכה למעשה את המטרות המופיעות בסופו של דבר גם בסעיף התפוצות בחוק הלאום. ההוצאה הממשלתית המרכזית בשנים האלה הייתה בפרויקטים שנגעו לחיזוק הקשר בין

80 על המוסדות הלאומיים ארכיב במחקר נפרד: שוקי פרידמן, מוסדות לאומיים במאה ה-21, המכון הישראלי לדמוקרטיה (בהכנה).

מדינת ישראל לבין יהדות התפוצות ולחיזוק הזהות היהודית בתפוצות. במונחים שנתיים ההוצאה הממשלתית הממוצעת על פרויקטים הנוגעים ליהדות התפוצות נעה בין כמה עשרות מיליוני ש"ח לסכומים הנושקים ל-300 מיליון ש"ח בשנת תקציב אחת.<sup>81</sup> מיעוטו של הסכום הזה היה הוצאה ממשלתית ישירה על פעילות בתפוצות, ורובו המכריע שימש לתמיכה ממשלתית בפרויקטים "תגלית" ו"מסע", שהוקמו כמיזמים לא ממשלתיים והצליחו לזכות בתמיכה ממשלתית משמעותית. זאת לצד הקמת יוזמת "מוזאיקה" להגברת הזהות היהודית בתפוצות ותמיכה בפעילויות שונות בקנה מידה מוגבל הרבה יותר.<sup>82</sup> לנוכח היקפו הכולל של תקציב מדינה ממוצע בישראל – כ-450 מיליארד ש"ח בשנים האלה<sup>83</sup> – היקף ההשקעה התקציבית ביהודי התפוצות אינו משמעותי, ועם זאת, במציאות מתמדת ומובנית של מחסור תקציבי, יש בה, לפחות לכאורה, העדפה של יהודים שמלבד יהדותם אין להם זיקה למדינת ישראל, על פני אזרחיה של מדינת ישראל.

8.

### **"חוקי תפוצות" ו"סעיפי התפוצות" בחוק הלאום**

כפי שתיארתי לעיל, מלבד חוק השבות היו החקיקה והמשפט בישראל חפים כמעט לגמרי מהתייחסות ליהודי התפוצות. עד חקיקת החוק לא הייתה הכרה חוקתית, או אפילו הכרה משפטית "פשוטה" בקשר המיוחד בין מדינת ישראל ליהדות התפוצות ובמחויבות, סמלית או קונקרטי, של מדינת ישראל ליהדות העולם. סעיפי התפוצות שבחוק הלאום תיקנו את המצב הזה, ולפחות מן הבחינה הזאת יש בחוק ברכה. בדברים הבאים אני מבקש לסקור בקצרה את ההיסטוריה החקיקתית (הדלה) של הסעיפים האלה ולנסות ולצקת בהם תוכן ראשוני בהקשר הרחב של "חוקי תפוצות".

סעיפי התפוצות בחוק הלאום הם סעיף 5 לחוק, הקובע כי "המדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית וקיבוץ גלויות", ומכניס בכך לחוק את מילותיה של מגילת העצמאות; סעיף 6(א), הקובע כי "המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים בצרה ובשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם";<sup>84</sup>

81 אתר מפתח התקציב.

82 החלטה 1426 של הממשלה מיום 18.3.2007. פרויקט "מסע" – חינוך יהודי-ציוני בישראל ליהודי התפוצות; החלטת ממשלה 1660 מיום 1.6.2014, היוזמה המשותפת לממשלה ישראל ולעם היהודי בתפוצות.

83 אתר משרד האוצר.

84 בסעיף הזה עוסק פרקו של יורם שחר בקובץ זה.

סעיף 6(ב), הקובע כי "המדינה תפעל בתפוצות לשימור הזיקה בין המדינה ובין בני העם היהודי"; סעיף 6(ג), הקובע כי "המדינה תפעל לשימור המורשת התרבותית, ההיסטורית והדתית של העם היהודי בקרב יהדות התפוצות". כפי שניתן לראות, הסעיפים האלה כוללים את הרכיבים ה"קלסיים" של חוקי תפוצות: שבות, מחויבות להגנה על בני התפוצה ומחויבות לשימור תרבותה של הקבוצה בקרב בני התפוצה ועל הקשר שלהם עם מדינת האם. כיאה למסמך כמרחוקתי, הסעיפים הצהרתיים ודלילים בהתחייבויות פוזיטיביות. כמוכן המעשי, דומה שהם מנוסחים כסעיפים "מאפשרים", כלומר הם יוצרים מסגרת נורמטיבית עקרונית שאליה אפשר לצקת תוכן פוזיטיבי, ולא כסעיפים המחייבים פעולה קונקרטיית. הופעתם בחלק של החוקה, בחוק יסוד שהוא באופיו חוק בעל משמעות זהותית, מחזקת את הפרשנות הזאת. ההיסטוריה החקיקתית הקצרה שלהם מלמדת גם היא שלכך כיוון המחוקק. מענין לציין בהקשר הזה את התפקיד שמדינת ישראל מקבלת על עצמה כשהיא מבקשת לפעול לשימור המורשת היהודית-היסטורית והדתית. למעשה, בכך מדינת ישראל מכריזה על עצמה לא רק שהיא מרכזו הלאומי של העם היהודי, אלא גם שהיא מרכזו הרוחני ומי שאחראית למורשת ההיסטורית היהודית שמדינת ישראל היא תוצר מאוחר שלה. לרכים בישראל נראה טבעי שהמדינה היהודית היא גם המוקד הרוחני-תרבותי של העם היהודי והאחראית לפיתוח מורשתו. עם זאת, חלק מההוגים ביהדות ארצות הברית מבקשים לשרטט תמונה מאוזנת יותר בין תפקידה של ישראל לבין תפקיד הקהילה היהודית הגדולה האחרת, בארצות הברית, בשימור המורשת היהודית ובפיתוחה, ולכן הם סבורים כי ההתפתחות של המורשת היהודית היא אחריות משותפת הנתונה בידיהם של היהודים בישראל ושל מדינת ישראל, וגם בידי היהודים בארצות הברית ובעולם.

סעיף 5 לחוק, המצהיר על ערכי העלייה וקיבוץ הגלויות, התחיל את דרכו כסעיף שבות "עבה" יותר. בגרסאות מוקדמות של הצעת החוק קבע הסעיף כי "כל יהודי זכאי לעלות ארצה ולקנות את אזרחות מדינת ישראל על פי חוק". בכך ביקש הסעיף המוצע להפוך את הזכות לשבות, הקבועה בחוק השבות, לבעלת מעמד חוקתי. לעומת חוק השבות, המעניק ב"סעיף הנכד" זכאות לשבות גם לבני משפחתו של יהודי,<sup>85</sup> הסעיף המוצע בחוק הלאום דיבר רק על שבות של "יהודי". בכך יצר הסעיף היררכיה בין זכותו לשבות של יהודי לזכותו לשבות של "זכאי חוק השבות", כלומר של מי שאינו יהודי. בדיון בוועדה המשותפת עלה החשש שקביעת זכות שבות חלקית ושונה מהסדר הקיים בחוק השבות תביא לפריצת ההסדר הקיים באמצעות

85 סעיף 4(א) לחוק השבות מעניק את הזכות לשבות גם למי שהוא ילד, נכד או בן זוג של יהודי, וכן לבן זוג של כל אלו, אף שאינם יהודים.

פרשנות המתבססת על ההבדל הנורמטיבי הזה.<sup>86</sup> משום כך בסופו של דבר ויתרו חברי הכנסת על עיגון השבות או חוק השבות בסעיף והסתפקו בהכרזה החגיגית, אך הדלה בתוכן, המופיעה במגילת העצמאות, מתוך הנחה שהדגשת "העלייה היהודית" תיתן תוקף, גם אם עקיף, להעדפת יהודים בחוק השבות (וכנגזרת שלהם גם להעדפת זכאי שבות). במהלך הדיון העלו ח"כים ערבים את הקושי המשפטי האינהרנטי שבחוק השבות, ואת הפגיעה החוקתית הצפויה אם חוק השבות או עקרון השבות של יהודים יזכה להגנה חוקתית, אך כצפוי, הדאגה שהביעו לא מצאה אוזן קשבת בקרב רוב חברי הכנסת. מאחר שחוק השבות זוכה במשפט הישראלי למעמד מעין-חוקתי, וסעיף השבות שבחוק הלאום מעניק לו מעטפת חוקתית-הצהרתית, אפשר לראות בסעיף השבות בניסוחו החדש מעין מעטפת הגנה חוקתית נוספת לחוק השבות ולערכים שהוא מייצג, או מקור חוקתי ראשוני לחוק השבות בכמו-חוקה הכתובה של מדינת ישראל. הניסוח העמום של הסעיף, המתבסס על מגילת העצמאות, מקטין גם את האפשרות לדיסהרמוניה חוקתית אל מול חוק השבות.

סעיפים 6(ב) ו-6(ג) זכו אך לדיון דל בוועדה המשותפת. רוב השינויים שנעשו בנוסח החוק בהקשר זה היו מינוריים. השינוי המהותי היחיד נעשה בסעיף 6(ב), שבו נקבע כי המדינה תפעל "בתפוצות" לחיזוק הקשר בין המדינה לבין בני העם היהודי. כידוע, יהודיותה של המדינה כפי שהיא באה לידי ביטוי בהסדרי דת ומדינה המרכזיים ובשירותי הדת היהודים, מבטאת רק את התפיסה האורתודוקסית של היהדות. הזרמים הלא-אורתודוקסיים מובילים מאבק ארוך שנים כדי לזכות בהכרה של מדינת ישראל ובתקצוב שירותי הדת שהם נותנים. זירת המאבק המרכזית, שבה הם זכו בהישגים מסוימים, היא בית המשפט העליון.<sup>87</sup> מצב הדברים הזה גורם למתיחות חריפה וארוכת שנים בין ממשלת ישראל, ששנים ארוכות שולטת בה קואליציית ימין-חרדים, לבין הקהילה היהודית בארצות הברית, שרוב מניינה ובניינה הם יהודים פרוגרסיביים המשתייכים לתנועות הרפורמית והקונסרבטיבית. בעת הדיון על נוסח חוק הלאום העלו חברי הכנסת החרדים והדתניים את החשש שאם החוק לא יגביל את הפעולה של חיזוק הקשר אל מחוץ לגבולות ישראל, יהפוך הסעיף לטיעון חוקתי נוסף בעד הכרה בזרמים הלא-אורתודוקסיים ובהסדרים בתחומי מדינת ישראל, בעיקר בתחומי דת ומדינה, אבל

86 פרוטוקול ישיבה 6 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20 (13.11.2017) (פ/1989/20), ופרוטוקול ישיבה 7 (27.11.2017) (פ/1989/20).

87 ראו פרידמן, שחיקתו של הסטטוס-קוו (לעיל הערה 76).

לא רק בהם, העלולים לפגוע, או אף פוגעים, בקשר בין העם היהודי לבין יהודי התפוצות.<sup>88</sup>

ובכל זאת, מעבר לממד ההצהרתי, דומה שבסעיפי החוק האלה יש כמה תועלות מעשיות. ראשית, בניגוד לרוב סעיפי חוק הלאום האחרים, המקבעים או מעניקים תוקף חוקתי להסדרים קיימים, הסעיפים האלה יוצרים נורמה חוקתית חדשה, שלא היה לה מקור נורמטיבי כלשהו בחוק הישראלי עד כה. מתן מסגרת נורמטיבית-חוקתית לעיקרון המוסכם אך לא חקוק של חיזוק הקשר עם יהודי התפוצות ולמחויבות לחיזוק זהותם היהודית, היא אמירה נורמטיבית מהמעלה הראשונה, והיא יכולה להגביל את יכולתו של המחוקק לפגוע בערך זה בעתיד. נוסף על היעדרו של שוויון והיעדר זכר לאופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל בחוק הלאום,<sup>89</sup> החוק מציע נקודת איזון חוקתית חדשה בין מחויבותה של מדינת ישראל לאזרחיה, לבין מחויבותה של המדינה לפעול למען בני העם היהודי, גם אם אינם אזרחיה. במובן העקרוני, כפי שאכן רצו מחוקקיו, החוק הופך את מדינת ישראל ליהודית יותר לא רק במובן של העדפה לגיטימית של אינטרסים יהודיים ואינטרסים של יהודים בתוך מדינת ישראל (למשל בהתיישבות), אלא גם בהענקתו מובן רחב ועמוק יותר להיותה של מדינת ישראל ביתו של העם היהודי. במובן הפרקטי, החוק מאפשר למדינה להשקיע משאבים גדולים יותר ביהודי התפוצות על בסיס חוקתי מוצק יותר, גם אם השקעה זו עלולה לפגוע בשוויון.

יתרה מזו, אומנם נוסח החוק שהתקבל בסופו של דבר אינו מגביל את פעילות המדינה לטובת שמירת הקשר עם יהודי התפוצות כאשר היא פועלת בתוך גבולותיה, אבל הוא בהחלט צריך להיות שיקול בכואה לפעול אל מול יהודי התפוצות "בכל ארצות זפוריהם". למשל, ככל שהמדינה תשקול להפעיל מחוץ לגבולותיה תוכניות חינוכיות המיועדות לחיזוק הקשר עם מדינת ישראל או הזהות היהודית של יהודי התפוצות, ייתכן שהיא תצטרך לעשות זאת בלי לפגוע בקשר עם התפוצות. כלומר, מתוך התחשבות ברגישויות הקיימות בתפוצות כלפי העדפה של זרם אחד על פני אחר. למשל, לפני כמה שנים הקימה הממשלה את מיזם "מוזאיקה" שתכליתו קידום

88 עוד על כך, ראו שוקי פרידמן, "לא רק ערבים, גם יהודים מסוימים נפגעים מחוק הלאום", הארץ, 10.7.2018.

89 בדיון הציבורי על חוק הלאום אמרה שרת המשפטים בעת חקיקת החוק איילת שקד שהיא מופתעת מהיעדרו של היסוד הדמוקרטי בחוק וכי יש מקום להכלילו. גם אם נניח שכך היה הדבר באשר לאופייה הדמוקרטי של המדינה, ברור שאי-הכללתו של ערך השוויון בחוק הלאום נעשתה בכוונה מכוון, ומתוך חשש (שעלה לפני כמעט עשרים שנה בעת חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), שחקיקת ערך השוויון בחוק יסוד חייב הלכה למעשה את השפעתו של חוק הלאום, שהוא אינו שוויוני במהותו. ראו בפרק של ידידיה צ' שטרן בקובץ זה.

הזהות היהודית בתפוצות, מתוך שיתוף פעולה משאבי בין ממשלת ישראל לבין תורמים יהודים. אחת הטענות שהושמעו כלפי מיוזם זה הייתה שהוא תומך כמעט אך ורק במיזמים המזוהים עם היהדות האורתודוקסית.<sup>90</sup> בלי להיכנס לשאלות העובדתיות, ורק לשם הדיון העקרוני, לו היה מתברר שהטענות האלה נכונות, היה אפשר להגיש בג"ץ נגד מדיניות המימון של המיזם הממשלתי הזה, בטענה שהיא נוגדת את חוק הלאום, משום שמעבר לפגיעה בשוויון, היא פוגעת גם באינטרס המוגן בחוק של שיפור הקשר בין מדינת ישראל לתפוצות.

השלכה אפשרית נוספת של עיגון המחויבות לפעול למען חיזוק הקשר עם יהודי התפוצות מחוץ לגבולות המדינה בחוק הלאום יכולה להיות על פעולות מדינתיות שאינן קשורות לפעולה ישירה אל מול יהדות התפוצות שיש להן השלכה לרעה על הערך הזה. כך למשל, אם ראש ממשלת ישראל ימצא את עצמו (שוב) בעימות עם נשיא ארצות הברית בשאלות מדיניות, וישקול לפעול באופן לעומתי (למשל לנאום בקונגרס) בארצות הברית, ייתכן שבין השיקולים שראוי שינחו אותו יהיו גם השלכותיה של פעולה כזאת על הקשר בין ישראל לתפוצות, כמו גם על שלומם של יהודים וישראלים בחו"ל. הערך הזה לא בהכרח יכריע את ההחלטה אם לפעול כך או אחרת, אבל מאחר שהוכר כערך חוקתי צריך הערך הזה "להיות על השולחן" וייתכן שיעלה בהקשרים כאלה גם על שולחנו של בג"ץ.

במובנים האלה החוק מעניק, למעשה, תוכן מחודש למשמעות יהודיותה של המדינה, ואפשר לטעון שתוכן זה צריך לחלחל גם אל מבחני פסקת ההגבלה המופיעים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. אם יתגלגלו לפתחו של המחוקק או לפתחו של בית המשפט נורמות או מעשים שלטוניים שיש בהם העדפה של אינטרסים של העם היהודי על פני אינטרסים של אזרחי מדינת ישראל, יוכלו השופטים להתחשב בסעיפים האלה בחוק הלאום כדי לתת לדיבר "יהודית" משמעות "עבה" יותר, הכוללת הפעם גם מבט אל מחוץ לגבולות מדינת ישראל, אל העם היהודי.

יש הדורשים את חוק הלאום לגנאי, ויש הדורשים אותו לשבח. אני מוצא בו, בנוסחו הנוכחי, דבש ועוקץ. על העוקץ נכתב בפרקי קובץ זה בהרחבה.

## סיכום

בראש הדברים המועילים שאני רואה בחוק נמצאים סעיפי התפוצות. מדינת ישראל היא הבית הלאומי של העם היהודי מיום היווסדה. אם בעשוריה הראשונים היא הייתה הפרויקט של העם היהודי, היום אפשר לומר שהעם היהודי הוא הפרויקט של מדינת ישראל. זאת היא המציאות, וטוב עשו מחוקקיו של חוק הלאום שנתנו לערכים של שבות, של קשר עם התפוצות ושל אחריות כלפי התפוצות, ביטוי נורמטיבי-חוקתי בחוק הלאום.



## סעיף 6(א): המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים בצרה ובשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם

---

יורם שחר

1. ההיסטוריה החקיקתית
2. הצהרה סמלית או חובה חוקתית?
3. תחולה אקס־טריטוריאלית?
4. "תשקוד על הבטחת שלומם של..."
5. "בני העם היהודי"
6. "אזרחיה" [של מדינת ישראל]
7. "הנתונים בצרה ובשביה"
8. "בשל יהדותם"

ניתוחו של סעיף זה בחוק הלאום מעלה דילמה ביקורתית קשה. פירוש צר של רכיביו העיקריים כקריאה סמלית לתמיכה שתדלנית ביהודים הנתונים במאסר או בשבי רק בשל יהדותם אינו מעלה שאלה משפטית או מוסרית ספציפית לסעיף עצמו, והוא חסר רלוונטיות. בעת הזאת יהודים אינם נתונים במאסר או בשבי רק בשל יהדותם. עם זאת, פתיחתו של כל אחד מרכיביו של סעיף זה לפרשנות מרחיבה גוררת בהכרח שאלות קשות יותר ממרבית השאלות העולות בשיח הציבורי והמשפטי סביב חוק הלאום.

ניתן להעריך בסבירות גבוהה כי רבים מהתומכים בחוק נתנו תמיכתם לסעיף 6(א) משום שראו בו ביטוי שולי וסמלי למצווה יהודית מסורתית וייחסו לו את הפירוש הצר שתואר למעלה. עם זאת, כמה וכמה סימנים מראים בכירור כי הוא עוצב מלכתחילה במשמעות רחבה הרבה יותר, וכי הוא עשוי להיות מיושם כך בעתיד. העמודים הבאים נכתבו כולם ברוחם של הסימנים האלה, לא משום שאני סבור שהם מעידים על פירושו הראוי של הסעיף, אלא משום שאני סבור שהם סימני אמת שיש להיערך לקראתם. חיבורם הקיצוני של פירושים מרחיבים לכל רכיביו של סעיף 6(א) עשוי להטיל על מדינת ישראל חובה חוקתית להפעיל כוח אלים במדינות ריבוניות להגנתם של אנשים הנתונים במצוקות למיניהן, גם אם זיקתם למדינת ישראל או לעם ישראל קלושה ועילת מצוקתם קשורה קשר חלש לזהותם. קשה להאמין כי נתיב פרשני קיצוני זה יאומץ אי־פעם על כל רכיביו, אך גם צירופים של חלק מהרכיבים האלה מעלים שאלות קשות בעניין התנהלותה של מדינת ישראל בסדר העולמי הקיים. בדיון הפרלמנטרי והאקדמי סביב חוק הלאום הוזכרה פעמים אחדות העובדה שמדינות לאום רבות בעולם עיגנו את אופיין הלאומי הפנימי ואת זיקתן המיוחדת לבני הלאום שבתפוצה עיגון חוקתי. עובדה נכונה זו רלוונטית להוראות רבות בחוק הלאום, ובהן ההוראות שבסעיפי המשנה האחרים שבסעיף 6, אך השלכתה על ההוראה הנדונה כאן מוגבלת מאוד. מדינות ספורות שאופיין לאומני במיוחד מדברות אכן על זיקה מגוננת כללית לקהילות הלאום שמחוץ לגבולותיה,<sup>1</sup> אך גם בהן אין אף אחת המחודדת זיקה זו בדרך שבה עושה זאת ישראל בסעיף 6(א) לחוק הלאום.

יועציה המשפטיים של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט שדנה בפרטי נוסח החוק (להלן: הוועדה המשותפת) הצביעו בפני המשתתפים בדיון על העובדה שהכרתו של המשפט הבינלאומי בזיקה בין מדינת לאום לתפוצתה

1 כך, למשל, סעיף 10 לחוקה הקרואטית קובע כי "הרפובליקה הקרואטית תבטיח דאגה והגנה מיוחדת לאותם חלקים של העם הקרואטי שבמדינות אחרות". ראו סקירה כללית מקיפה של הוראות זיקה לאומית בחוקות העולם אצל חגי ויניצקי ושאל שארף הצעת חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (2017).

כפופה לריבונותן של מדינות אחרות.<sup>2</sup> כך, למשל, היועצים ציטטו את המלצתו העיקרית של הארגון לביטחון ושיתוף פעולה באירופה בנושא זה:

למדינה יכול להיות אינטרס – אפילו חובה חוקתית מוצהרת – לתמוך באנשים המשתייכים למיעוטים לאומיים היושבים במדינות אחרות [...]. עם זאת, אין להסיק מכך בדרך כלשהי זכות על פי המשפט הבינלאומי להפעיל סמכות בעניינם של אותם אנשים בשטחה של מדינה אחרת בלא הסכמתה של אותה מדינה. [A state may have an interest – even a constitutionally declared responsibility – to support persons belonging to national minorities residing in other States [...]. However, this does not imply, in any way, a right under international law to exercise jurisdiction over these persons on the territory of another State without that State's consent.]<sup>3</sup>

בדברי ההסבר להמלצה זו מודגש כי המשפט הבינלאומי מתיר סטייה מסוימת מאיסור זה רק בהקשרן של שגרירויות,<sup>4</sup> ספינות ואזרחים השוהים מחוץ למדינתם, אך מההקדמה להם עולה כי אותה "סמכות שיפוט" (jurisdiction) שהמלצה מדברת עליה מוגבלת מלכתחילה ל"הטבות" (benefits) שמדינה מבקשת להעניק מחוץ לגבולותיה.<sup>5</sup> אם מדינת ישראל תפרש כך את סעיף 6(א) בעתיד, והוא יוגבל לעזרה הומניטרית בהסכמתה של המדינה שבה היא ניתנת, אין ספק כי הוא יעמוד בדרישות המשפט הבינלאומי. יועציה המשפטיים של הוועדה המשותפת תרמו תרומה משמעותית לעיצובו של סעיף 6(א), וראוי היה לכאורה לפרש תרומה זו במגבלות אזהרתם על מגבלות כוחה של המדינה מחוץ לגבולותיה, אלא שדברים רבים שנאמרו במהלך עיצובו של סעיף זה בכנסת ובקהילה המחוקקת שליוותה את עבודתה מעידים על כוונה אחרת לחלוטין. הדברים האלה יפורטו בהמשך הפרק,

2 הייעוץ המשפטי לוועדה המשותפת, " מסמך הכנה לקראת הדיון ביום 30.10.2017 – הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי" (29.10.2017), אתר הכנסת.

3 Organization for Security and Cooperation in Europe, "High Commissioner on National Minorities, The Bolzano/Bozen Recommendations on National Minorities in Inter-State Relations & Explanatory Note," 5, 2008

4 שם, בעמ' 12.

5 שם, בעמ' 2.

אך משותף להם דימוי מפורש או נרמז של כוחות ישראליים חמושים הפועלים בסמכותה של מדינת ישראל בלבד בכל מקום בעולם שבו נתונים יהודים במצוקה.

פסק דין שפסק בעת האחרונה בית המשפט העליון בהרכב גדול מייתר לכאורה את עיקר החששות המובעים בפרק זה.<sup>6</sup> נגיעותיו הישירות והעקיפות של פסק דין זה בחלק מהסוגיות הנדונות בפרק יפורטו בהמשך, אך יש להדגיש כאן כי עיקרו הנוגע לענייננו הוא תגובה פולמוסית לטענות הצדדים, ואין בו אמירה הלכתית נחושה שתבטיח את כליאתה של הדאגה לשלומם של יהודי התפוצות בגדריה של משאת הנפש השתדלנית שפיעמה בעם היהודי טרם זכה לריבונות מדינית.

## 1. ההיסטוריה החקיקתית

הוראה חוקתית הנוגעת ל"בני העם היהודי הנתונים בצרה ובשביה" הופיעה בפעם הראשונה בהצעת "חוקת מדינת ישראל" שהניח המכון לאסטרטגיה ציונית על שולחן הכנסת ה-17 ב-2006 (להלן):

הצעת המכון).<sup>7</sup> סעיף 63 להצעה היא קבע כי –

צבא ההגנה לישראל [...] מופקד על בטחון המדינה, אזרחיה ותושביה, ובני העם היהודי הנתונים בצרה ובשביה [...].

למיקומה זה של ההוראה בין שאר ההוראות של אותה הצעה חשיבות פרשנית שתפורט בהמשך, אך כאן יש להדגיש כי הצעתו זו של המכון, שגיבש צוות בראשותו של פרופ' אברהם דיסקין, הייתה הצעה לחוקה מלאה. סעיף 63 הנוגע לצה"ל נכלל בפרק שהוקדש לרשות המבצעת. הוראות אחרות הנוגעות לשבות ולקשר בין ישראל לתפוצות מוקמו בפרק נפרד שכותרתו הייתה "מדינת ישראל כבית הלאומי של העם היהודי".

משנכשל הניסיון לכוון חוקה מלאה הקים המכון לאסטרטגיה ציונית צוות ניסוח שחילץ מאותה הצעת חוקה "את הסעיפים הנוגעים במדינה יהודית לאומית" כדי לכנס אותם ל"חוק אחד המעגן את האופי היהודי של המדינה".<sup>8</sup> גרסה מוקדמת

6 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (22.12.2020).

7 ראו "חוקת מדינת ישראל" שהציע המכון לאסטרטגיה ציונית.

8 כך מתאר עו"ד עדי ארבל את מהלך הניסוח: רבקי גולדפינגר "עניין אישי והפעם עם עדי ארבל" בשבע (9.1.2020). בריאיון ארבל מזהה את עצמו כיוזמו של מהלך זה וכמי ש"זכה" ללוות את החוק מיומו הראשון".

ומקוצרת של מהלך זה פורסמה בנייר עמדה של המכון בשנת 2009, ובה מובאים אכן הסעיפים הרלוונטיים מתוך הצעת החוקה של המכון כלשונם.<sup>9</sup> בנייר עמדה זה עניינם של "בני העם היהודי הנתונים בצרה ובשביה" עדיין מקושר לתפקידיו של צבא ההגנה לישראל, למרות העובדה שהפרקים הנוגעים לרשויות המדינה הספציפיות הושמטו לחלוטין מ"חוק-יסוד: בית לאומי" המוצע בנייר העמדה.<sup>10</sup>

השוואתם של הנוסחים מראה כי הנוסח שגובש במכון לאסטרטגיה ציונית הוא בסיסה הרעיוני והטקסטואלי של הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי שהגישה קבוצה של חברי כנסת בראשותו של ח"כ אברהם דיכטר לכנסת ה-18 ב-2011 (להלן: הצעת דיכטר),<sup>11</sup> ועל כן הוא גם בסיסו של חוק היסוד בגרסתו הסופית. הנחה זו נכונה בעיקרה לחוק כולו, אך היא נכונה במיוחד לסעיפים הנוגעים לשבות ולזיקה שבין ישראל לתפוצות.

זו לשונו של סעיף 7(ב) להצעת דיכטר:

המדינה תושיט יד לבני העם היהודי הנתונים בצרה ובשבי בשל  
יהדותם.

מושאייה של ההוראה ממשיכים גם בשלב זה להיות "בני העם היהודי הנתונים בצרה ובשבי". נוסחה של הוראה זו נבדל מנוסחה של הצעת המכון בשלושה היבטים: האחד, ההוראה מופנית אל "המדינה" בכללותה ולא רק אל הזרוע הצבאית שלה; השני, צידה האופרטיבי של ההוראה מרוכך מילולית ל"הושטת יד", והשלישי, ה"צרה והשבי" נקשרים ליהדותם של הנתונים בהם. עד נוסחה הסופית בחוק היסוד שב צידה האופרטיבי של ההוראה והועצם ("תשקוד על הבטחת שלומם") ולמושאייה נוספו גם אזרחי המדינה שאינם יהודים. שינויים פרטניים אלו יידונו לגופם בהמשך, אך בשלב זה יש לשוב ולהדגיש כי רעיון ההגנה על יהודים הנתונים ב"צרה ובשבי" קושר בלידתו לזרועה הצבאית של המדינה ולא לזיקה תרבותית כללית בין מדינת

9 עדי ארבב ודובי להמן "דורש עיגון" (נייר עמדה, המכון לאסטרטגיה ציונית 2009).

10 הנוסח המלא של סעיף 21 ברשימת העקרונות שבנייר העמדה הוא "צה"ל מופקד על בטחון המדינה, אזרחיה, חושביה ובני העם היהודי הנתונים בצרה ושביה". בה"ש 29 מונים המחברים סעיף זה בין הסעיפים ש"מקורם [ב]חוקה לישראל", הצעת החוקה של המכון לאסטרטגיה ציונית, ירושלים 2006.

11 הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (פ/3541/18) (3.8.2011). במסמך שכתב יו"ר פורום קהלת מצביע הכותב על "ועדה במכון לאסטרטגיה ציונית" כאחראית לניסוחה של ההצעה. ראו משה קופל "תשובות לשאלות נפוצות בנושא חוק הלאום" אתר פורום קהלת (1.12.2014).

ישראל ליהדות התפוצות. הטענה העיקרית שאני טוען היא שמשמעות כוחנית זו של "הבטחת שלומם" של "בני העם היהודי" נשארה טמונה בהוראת סעיף 6(א) בכל גלגולי ניסוחה, וכי היא נשארת טמונה גם בנוסחו הסופי.

כדי לעמוד על השלכותיה של טענה זו ראוי לחזור לנוסח ההוראה בהצעת המכון ולהצביע על מקורו הברור של נוסח זה בתפילה היהודית.

זו לשונה של תפילה הנאמרת בקהילות אשכנז לאחר קריאת התורה בתפילת שחרית:

אחינו כל בית ישראל הנתונים בצרה ובשביה, העומדים בין בים ובין ביבשה, המקום ירחם עליהם ויוציאם מצרה לרוחה ומאפלה לאורה ומשעבוד לגאלה, השתא בעגלא ובזמן קריב ואמרו אמן.

מיקודו של סעיף 6(א) ביהודים "הנתונים בצרה ובשביה" אינו מותיר ספק שהרעיון שבבסיסו נשאב מתפילה זו על רקעה המסורתית. עובדה זו מובלטת במפורש במקורות מאוחרים המתייחסים לסעיף זה בחוק האום. למשל, השופט דרורי מצטט בפסק דין הנוגע לעניינינו את תפילת פדיון השבויים במלואה ומחיל את נוסחה במישרין על המקרה שלפניו.<sup>12</sup> כך גם בפרסום של מכון בגין למשפט וציונות, שחבריו ליוו שלבים שונים בגיבוש הצעת החוק. המחברים מבהירים שם כי הערך המגולם בסעיף זה הוא "מאפיין יהודי מובהק" ומפנים למקורות הלכתיים עיקריים הנוגעים למצוות פדיון שבויים.<sup>13</sup>

חובת פדיון שבויים היא מצווה ראשונה במעלה בהלכה היהודית ("אין לך מצוה גדולה כפדיון שבויים"<sup>14</sup>), והיא הניבה דיונים תכופים ומורכבים בספרות הרבנית לתולדותיה.<sup>15</sup> הנקודה החשובה לעניינינו היא שיישומה העיקרי של מצווה זו הוגבל להלכה ולמעשה בכל תולדותיה למובנה המילולי הצר, דהיינו תשלום כופר כסף לשחרורם של יהודים שנשבו בידי זרים, בין למטרות סחיטה בין מסיבות אחרות.

12 ת"א (י"ם) 2287-00 עזבון צ'יסר ז"ל נ' עבאס, בעמ' 22: "כאן המילים חלות באופן חד-חד-ערכי, על נסיבות תיק זה, בו אחיותינו בנות ישראל, התובעות [...] היו נתונות בשביה בים, ועלינו, מכוח סעיף 6(א) האמור, לגרום לכך שיובטח שלומם". פסק הדין יידון ביתר פירוט בהמשך.

13 ויניצקי ושארף, לעיל ה"ש 1, בעמ' 45.

14 משנה תורה, מתנות עניים, פרק ח, הלכה י. מובא על ידי השופט אנגלרד, בג"ץ 794/98 שייח עבדאל קארים עובייד נ' שר הבטחון, תק-על 2001(3) 675.

15 ראו הערך "פדיון שבויים" האנציקלופדיה העברית כרך שלושים ואחד 380 (נכתב בידי אליעזר בשן). לביבליוגרפיה מקפת ראו "פדיון שבויים" אצל נחום רקובר אוצר המשפט (תשנ"א).

לכאורה, הגבלה זו מתבקשת בהכרח מתנאי קיומו המיוחדים של העם היהודי בגלות, אך גם בישראל הריבונית התמקדו הדיונים ההלכתיים הנוגעים למצווה זו בנושא הצר של התמורה הראויה לשחרור שבויים.<sup>16</sup> הקריאה לפדיונם של "אחינו כל בית ישראל הנתונים בצרה ובשביה" לא הופנתה במסורת היהודית לזרועות הכוח של מדינה ריבונית, ולא דחקה בהן להפעיל כוח זה מחוץ לגבולותיה. תפילתם של יהודים לפדיון שבויים הופנתה אל היושב במרומים ויישומה הארצי הוטל על פרנסיהם של קהילות, שממילא לא היה להם כוח זולת כספם ושתדלנותם. הטענה העומדת במרכזו של פרק זה היא שסעיף 6(א) מסמן שיבוש חמור בהמרת ערכיה ונוהגיה של קהילה נרדפת וחסרת כוח לערכיה של מדינה ריבונית בוטחת ועתירת כוח. קהילה אינה מדינה ואין לה גבולות משום שאין לה כוח. לעומת זאת, למדינה יש גבולות משום שיש לה כוח, והיא רשאית להפעיל כוח זה בשטחן של מדינות ריבוניות אחרות רק במסגרתו של סדר עולמי קפדני שבלעדיו אין קיום לאנושות. בתוך סדר זה נפערים לעיתים סדקים גדולים להגנתה של המדינה עצמה מפני איומים חיצוניים, וסדקים קטנים הרבה יותר להגנתם של אזרחיה של מדינה ריבונית הנמצאים במדינה ריבונית אחרת, אך הסדר העולמי הנוכחי אינו מכיר בזכות כלשהי של מדינה כלשהי, גם אם היא מדינת לאום, להפעיל כוח מחוץ לגבולותיה להגנתם של בני הלאום שאינם אזרחיה.

בתחילתו של הפרק הבהרתי שאם סעיף 6(א) אינו מחייב את מדינת ישראל להפעיל כוח צבאי גלוי או כוח מבצעי סמוי מחוץ לגבולותיה מרבידתו מיותרת, אך סימנים רבים מראים כי הסעיף נחקק בכוונה ברורה להטיל חובה כזאת ולעגן אותה בחוקתה של המדינה. קשה להעלות על הדעת סימן ברור יותר להנחה זו ממיקומה המקורי של הוראתו בסעיף המפקיד את צבאה של המדינה במפורש ובנפרד על ביטחונם של "בני העם היהודי הנתונים בצרה ובשביה", לאחר שהוא עושה כן ביחס ל"מדינה, אזרחיה ותושביה".

האם נוקתה הוראתו של הסעיף מכוונה זו בדרכו אל הכנסת ובגלגוליו השונים עד נוסחו הסופי של חוק היסוד? עיון בדבריהם של התומכים העיקריים בחוק יראה כי התשובה לשאלה זו שלילית במובהק. חשובים במיוחד בהקשר זה דבריו של ח"כ אברהם דיכטר, האחראי העיקרי להנחתה של הצעת החוק בפני הכנסת. דיכטר הגיב

16 בכתב העת "תחומין" לבדו פורסמו במרוצת השנים חמישה מאמרים בנושא זה. ראו למשל הרב אברהם יצחק כאלב "שחרור שבויים תמורת בני ערובה" תחומין ד 108 (תשמ"ג). ראו גם הרב שאול ישראלי "האם יש להיענות לסחטנות בפדיון שבויים ובני ערובה?" תושבע"פ יז סט-עו (תשל"ה) (הודפס מחדש בחוות בנימין א, סימן טז, קכ-קכה (תשנ"ג)).

בדברים אלו להצעותיו החוזרות של אחד מיועצי הוועדה המשותפת שדנה בנוסח החוק לרכך את נוסחו של הסעיף הנדון. אלו דבריו:<sup>17</sup>

זה הסעיף שבו אסור בשום פנים ואופן לרכך. אנחנו לא יכולים לחשוב רק אחרי '48, אנחנו צריכים לשאול את עצמנו מה הייתה המחויבות של מדינת ישראל לו הייתה קיימת לפני 1939, איך היינו רוצים שתהיה המחויבות שלה אל מול מה שקרה בשואה. אני אומר לך, לא "רשאית", פה המילה "תפעל" היא המילה ההולמת את מה שאנחנו רוצים לעשות אל מול העם היהודי. לא כתבנו העם היהודי האורתודוכסי ולא כתבנו העם היהודי על פי ההלכה ולא כתבנו העם היהודי הזה או העם היהודי האחר. מדינת ישראל הביאה, בסיכון דרמטי של אנשים, יהודים שכאשר הם הגיעו ארצה התחיל דיון עד כמה הם יהודים, מי מהם יהודי. אבל קודם כל חילצו אותם מצרה, או אם תרצה משביה, והם לא היחידים.

בהמשך דבריו הוא מתייחס להערה הנוגעת להרחבת חובתה של המדינה כלפי מי שאינם יהודים.<sup>18</sup> עניין זה עצמו אינו חשוב להקשר הנוכחי, אך תשובתו של דיכטר מעידה על סוג הפעולות שהוא ממשיג בהקשרה של ההוראה הנדונה:

מדינת ישראל חילצה אזרחים ללא קשר אם הם יהודים [...]. במספרים אדירים, מלוע הארי ללא שום בעיה. זו מחויבות כלפי אזרחיה או כלפי מי שבוא הכי קרוב לאזרחיה, כאלה שתרמו למדינת ישראל או לביטחון של מדינת ישראל.

דיכטר אינו מדבר על פעולות שתדלנות לשחרורם של כלואים בודדים. הוא מדבר על מבצעים צבאיים רחבי היקף מעבר לגבולות המדינה. הוא עצמו השתתף בחלקם בשירותו בצה"ל ובשירות הביטחון הכללי,<sup>19</sup> וציטטה המיוחסת לו בכתבה עיתונאית מעידה היטב על הבנתו את הקשר בין מבצעים אלו לבין אסונה של היהדות בשואה. העיתונאי שראיין אותו על חלקו במבצע חילוץ צבאי נקודתי כתב בשמו וציטט אותו כך:

17 ד"כ (30.10.2017), 37.

18 שם.

19 ראו קורות חייו הרשמיים באתר הכנסת.



כמו לפני כל פעילות שבה השתתף, גם ברגעי המתח הללו עמדה  
לנגד עיניו תמונת הילד עם הידיים המורמות בזמן השואה.  
"התמונה הזאת נתנה לי תעצומות נפש בכל המבצעים".

פרטים בדבריו של ח"כ דיכטר הנוגעים להגדרתה של "צרה ושביה" ולאפיונו של  
הסעיף כולו כחובה חוקתית אופרטיבית (להבדיל מהצהרת ערך עקרונית) יידונו  
בהמשך, אך כאן הובאו דבריו בשלמותם כדי להצביע על העובדה שהתפילה היהודית  
המסורתית לרחמי של בורא עולם הוסבה בתפיסתם של מנסחי חוק הלאום להצהרה  
גאה ובוטחת על כוחו חובק העולם של האגרוף הצבאי היהודי. קריאה זו עולה פעם  
אחר פעם מדבריהם של חברי הכנסת שתמכו בחוק ושל פעילים שהשתתפו בניסוחו,  
אך ביטויה המחייב והממצה ביותר בא מפיו של ח"כ אמיר אוחנה שהוביל את דיוניה  
של הוועדה המשותפת בכל שלביהם. כך אמר אוחנה במהלך הדיון:

מה שהחוק הזה בא לבטא הוא את המילים "לעולם לא עוד".

גם אם הדבר מוכן מאליו יש להדגיש כי המילים "לעולם לא עוד" משמשות בשיח  
הישראלי בהקשר הספציפי של השואה. כך, למשל, קרא אותן ראש ממשלת ישראל  
בנימין נתניהו באוזני מנהיגי העולם בטקס לציון 75 שנה לשחרור מחנה ההשמדה  
אושוויץ,<sup>20</sup> ואין ספק כי יש קשר רעיוני ברור בין קריאה זו לבין תוכנו של סעיף 6(א)  
לחוק הלאום כפי שיוזמו ותומכיו העיקריים מבינים אותו.

למעלה כתבתי כי הסדר העולמי אינו מכיר בזכותה של מדינת לאום כלשהי להפעיל  
כוח במדינה ריבונית אחרת להגנתם של בני אותו הלאום שאינם אזרחיה. בפרק  
זה אינני עוסק בשאלה אם מדינת ישראל רשאית לחרוג מסדר זה בשל העובדה  
שהעם היהודי אינו ככל העמים ועל כן גם מדינתו אינה ככל המדינות. במקום אחר  
עניתי לשאלה זו בשלילה בהקשרו של חוק שהשלכותיו שוליות וסמליות הרבה יותר  
מהשלכותיו האפשריות של החוק הנוכחי,<sup>21</sup> אך בפרק זה אני מסתפק בטענה שפירוש  
מילולי של סעיף 6(א) עלול להסתיר את העובדה שמחוקקיו חשבו אחרת.

שאלת פירושו של סעיף 6(א) – אם הוא הצהרה  
סמלית או חובת פעולה חוקתית אופרטיבית –  
משליכה על חשיבותו של הדיון בכל אחד מרכיביו

## 2. הצהרה סמלית או חובה חוקתית?

20 איתי גדסי "נתניהו ב'יד ושם': 'אני מחייב ל"לעולם לא עוד", יהיה ציוי לפעולה" קול  
חי (23.1.2020).

21 יורם שחר "בגנות החולה הנציונלית של דיני העונשין" פלילים 5 (1996).

הפרטניים, ולכן יש לפתוח בה את הדיון. פירוש זה חשוב להבנת חוק היסוד כולו ולחוקי יסוד אחרים, אך יש לו חשיבות מיוחדת בהקשר הנוכחי, העשוי להניב חובת פעולה כוחנית.

שאלת אפיונו של חוק היסוד כולו תידון לאורו של פסק הדין בעניין חסון,<sup>22</sup> שהוזכר למעלה,<sup>23</sup> אך ראוי לפתוח את הדיון בדברים שכתב שר המשפטים אמיר אוחנה לאחר חקיקתו של חוק היסוד, בהקשרו הישיר של סעיף 6(א).

ב־20 באוקטובר 2019 כתב השר לקבוצת עורכי דין שפנו אליו בעניינה של נעמה יששכר, שהייתה כלואה באותה עת בפרדציה הרוסית:

מדינת ישראל וממשלתה רואות חובה לפעול באופן המיטבי להשבתה של נעמה יששכר למדינת ישראל.

חובה זו נובעת בין היתר מסעיף 6(א) לחוק־יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי אשר קובע כי "המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים בצרה ובשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם".

ואכן, כך פעלנו ונמשיך לפעול במקרה של נעמה, לרבות באמצעות צעדים ומהלכים אשר לא ננקטים דרך הכלל במקרים אחרים בהם אזרחים ישראלים עומדים לדין במדינות זרות, וזאת בשל ייחודיות המקרה ונסיבותיו.

יששכר היא אזרחית ישראלית שנגזרו עליה שבע שנות מאסר בפרדציה הרוסית בשל עבירת סמים פעוטה. סביר להניח כי רובו של עונש זה הוטל עליה "בשל אזרחותה", כדי לתמרץ את מדינת ישראל לקדם אינטרסים רוסיים שלא היה להם קשר לעבירתה. אין ספק כי הנחה אחרונה זו הצדיקה צעדים הנגזרים מסמכותה השיורית הכללית של הממשלה, אך דווקא עובדה זו נותנת תוקף מיוחד להכרזתו של שר המשפטים כי ה"צעדים" וה"מהלכים" האלה ננקטו מכוחה של "חובה", וכי חובה זו נובעת, לפחות בחלקה, מסעיף 6(א) הנדון כאן.

למכתב שכותב שר אין תוקף נורמטיבי כללי מכוח עצמו, אפילו הוא שר המשפטים, ואפילו מילא תפקיד מכריע בניסוחו של חוק שעליו הוא מסמך את פעולתו, אך האמור במפורש במכתב זה ורוחו הכללית מדגימים ומדגישים היטב היבט שהובלע

22 עניין חסון, לעיל ה"ש 6.

23 לעיל ה"ש 6 והטקסט שלידה.

בשיח שסבב את העתירה בעניין חסון ועליו השעיין בית המשפט את הכרעתו. משפט המפתח בשיח זה ובהכרעה שבעקבותיו הוא זה:

חוק היסוד מנוסח בלשון דקלרטיבית ואינו כולל הוראות אופרטיביות המקנות זכויות אישיות לפרטים.<sup>24</sup>

גם ניסוחו של משפט זה, וגם פיתוחו של הרעיון שבו בפסק הדין, רומזים לאפשרות הסבירה שסופו מגביל את משמעותו ואת השלכותיו העתידיות. ה"זכויות האישיות" שפירט בית המשפט לשלילה בדוגמאות שהביא היו כולן בתחומו של המשפט הפרטי, וחלקן אף בצידו הדיוני של תחום זה,<sup>25</sup> אך גם אם חוק היסוד אינו מניב "זכויות אישיות" כלשהן הוא עשוי להניב סמכויות, ולכן גם חובות ציבוריות, כגון זו שעליה דיבר השר אוחנה במכתבו.<sup>26</sup>

אפשרות זו, דהיינו שחוק-יסוד: הלאום עשוי להניב חובה אופרטיבית זו או אחרת, מסתברת גם מההתניות השונות שבהן הותנה אפיונו כטקסט הצהרתי בתגובות המשיבות בפרשת חסון ובהן שניתן להן בפסק הדין. היועץ המשפטי לממשלה הצהיר בשמה של ממשלת ישראל ש"חוק-יסוד הלאום הוא ברובו חוק-יסוד הצהרתי".<sup>27</sup> הצהרה זו מוזכרת פעמים אחדות בפסק הדין, לפעמים מתוך שימוש בביטוי "ברובו" שבמקור,<sup>28</sup> ולפעמים בהמרתו לביטוי "בעיקרו",<sup>29</sup> אך כך או כך היא משמיעה בהכרח את ההנחה המתבקשת שחלק כלשהו של חוק היסוד אינו דקלרטיבי. אם החלוקה בין "רובו" או "עיקרו" הדקלרטיבי של החוק למיעוט שאינו כזה מבדילה רוחבית בין סעיפיו, גם לשונו של סעיף 6(א), גם ראיות שהובאו ויובאו בפרק זה מתוך ההיסטוריה החקיקתית שלו, וגם מכתבו של השר שצוטט למעלה, מתיישבים היטב עם ההנחה שסעיף זה משתייך למיעוט של חוק היסוד שאינו דקלרטיבי.

24 שם, פס' 48 לפסק הדין של הנשיאה חיות (ההדגשה במקור).

25 פסקי הדין של בית המשפט העליון שהוזכרו בהקשר זה הם ע"א 1604/19 מדינת ישראל נ' פלונתי; ע"פ 2490/18 ג'ורנו נ' מדינת ישראל; ע"פ 9203/18 גבר נ' היועץ המשפטי לממשלה; בג"ץ 5042/15 מנו ספנות בע"מ נ' מדינת ישראל.

26 ראוי, עם זאת, להדגיש כי העובדה שהשר כתב את המכתב המצוטט מעלה בתגובה לפנייתו של עורכי דין שייצגו נפגעת קונקרטיה מחייבת עם תפיסת סעיף 6(א) כמקור לזכות אישית מובהקת.

27 סעיף 129 לחגובת היועץ המשפטי לממשלה (ההדגשה שלי). חגובה זו פורסמה באתר האגודה לזכויות האזרח "לבטל את חוק הלאום".

28 עניין חסון, לעיל ה"ש 6, פס' 12 לפסק הדין של הנשיאה.

29 שם, פס' 48 לפסק הדין של הנשיאה.

אפשרות אחרת להבין את הביטוי "ברובו" (או "בעיקרו") בהקשר הנוכחי נגזרת מאמירה על חוק היסוד בכללותו החוזרת בגרסאות שונות בשיח הסובב את פסק הדין. "הממונה על ייצוג הכנסת בערכאות" כתבה בתגובה לעתירה "מטעם הכנסת" כי אופיו ההצהרתי הכללי של החוק "אין משמעותו כי חוק היסוד חסר משמעות מעשית".<sup>30</sup> ביישומה של עמדה זו על סעיף ספציפי (7) היא הרחיבה אמרה זו וכתבה:<sup>31</sup>

עיון "ההתיישבות היהודית" בחוק-יסוד: הלאום כערך דקלרטיבי, אין משמעותו כי ערך זה חסר תוכן מעשי, משמעותו היא כי חוק היסוד מעמיד ערך זה במישור החוקתי, אך הוא אינו קובע את המתווה של אופן יישומו הקונקרטי.

הנשיאה חיות חזרה על עיקרה של עמדה זו בשינוי לשון קטן:

אופיו הדקלרטיבי של חוק-יסוד: הלאום אינו גורע ממעמדו המשפטי כאחד מפרקי חוקתה העתידית של מדינת ישראל.<sup>32</sup>

כוונתן הברורה של אמרות אלו בהקשר שבו נאמרו הייתה להדגיש כי הערכים שבחוק-יסוד: הלאום יצטרכו להתמודד עם ערכים חוקתיים אחרים טרם יזכו ליישום מעשי-אופרטיבי, אך דווקא הן מעמעמות ומצמצמות מאוד את משמעות אופיו ה"דקלרטיבי" של החוק. הוראות חקוקות הקובעות ערכים, ובמיוחד הוראות הקובעות ערכים חוקתיים, ממילא אינן קובעות כמעט אף פעם את "המתווה של אופן יישומן" הקונקרטי, והשלכתן המעשית נגזרת תמיד ממערך איזונים מורכב הכולל ערכים אחרים. וחשוב עוד יותר בהקשר הזה, פעולותיהם של גופי הביצוע של מדינת ישראל, הן בגבולותיה, הן חוצה להם, נעשות מכוחן של הסמכויות החקוקות המנויות, אך גם מכוח סמכותה השיווית של הממשלה. אם מעת חקיקתו של חוק היסוד כל הסמכויות האלה כפופות גם לערך החוקתי של "שקידה" על שלומם של בני העם היהודי" באשר הם, השלכותיו המעשיות-אופרטיביות של ערך זה אינן שונות בהרבה מהשלכותיו של כל ערך חוקתי אחר.

לתמיהה על משמעותו המדויקת של אפיון חוק היסוד כ"דקלרטיבי" יש להוסיף תמיהה על האופן שבו תוארה ההיסטוריה החקיקתית שלו בתגובתה של הכנסת

30 התגובה מטעם הכנסת לעתירה פורסמה באתר האגודה לזכויות האזרח, לעיל ה"ש 27. ראו שם, פס' 114.

31 שם, פס' 236.

32 עניין חסון, לעיל ה"ש 6, פסקה 49 לפסק דינה של הנשיאה.

לעתירה, ועל האופן שבו הועבר תיאור זה לפסק דינו של בית המשפט. באמרות שצוטטו למעלה מתואר אופיו ההצהרתי של חוק היסוד כאילו הוא עובדה מוגמרת. בחלקיה האחרים של התגובה מתוארת העובדה הנכונה יותר, והיא שלכל אורך ההיסטוריה החקיקתית התריעו יועציה המשפטיים של הכנסת כי יהיו לחוק השלכות משפטיות-אופרטיביות, ועל כן נעשו בנוסחו פשרות רבות שמטרתן לרכך את ההשלכות האלה. על עובדות נכונות אלו יש לומר את המובן מאליו, שלא הודגש דיו בתגובה מטעם הכנסת, ואף לא בפסק הדין: ריכוכם של סעיפי חוק-יסוד: הלאום הוא פרי פשרה שהניחה כי יהיו להם השלכות אופרטיביות, וכך יש לפרשם מתוך ההיסטוריה החקיקתית שלהם. בישיבות שבהן נדונו הסעיפים העוסקים בשבות ובקשר עם העם היהודי התרה יועצה המשפטי של הוועדה פעם אחר פעם במדויינים כי סעיפים אלו "יכולים להוות בסיס להטלת חובות פוזיטיביות על המדינה [...] [ו] לשמש כבסיס [...] להגשת עתירה או לתביעה לעשייה פוזיטיבית מצד המדינה"<sup>33</sup>. מגלגולי ניסוחו של סעיף 6(א) שיתוארו בהמשך ניכר בעליל כי הבהרתו של היועץ גרמה לחברי הכנסת לרכך מעט את לשונו של הסעיף, וכך למעשה אמרה גם הממונה על ייצוג הכנסת בתגובתה לעתירה בהקשרם של סעיפים אחרים בחוק היסוד. אך דווקא משום כך קשה להבין על מה ביססה הממונה את הטענה ההפוכה שסעיפי החוק אינם יכולים להוות בסיס להטלת חובות על המדינה.

דקויות הניסוח של תגובת משיבה לעתירה אינן ראויות בדרך כלל לעיון מפורט כגון זה שלמעלה, אך הכנסת אינה משיבה ככל המשיבות, במיוחד בעתירה הנוגעת ללב תפקידה כמחוקקת. הכנסת אומרת את דברה במעשי החקיקה הנעשים בה, ועקרונות פרשנות מקובלים סומכים גם על דברים שנאמרו ונעשו במליאתה ובוועדותיה קודם לאותם מעשים. אולם קשה לדעת אם דברים הנאמרים "בשמה" לאחר מעשה חקיקה, בתגובה לעתירה, נאמרים בשם מליאתה המכהנת באותה עת, בשם נשיאותה או בשם גורם אחר כלשהו בה, וקשה גם לדעת מה תוקפם הנורמטיבי הכללי ומהן השלכותיהם המשפטיות. קשיים אלו אינם צפים בדרך כלל בפסיקתו העקרונית של בית המשפט העליון, משום שעמדות הצדדים, גם אם הן מוצגות בתחילתו של פסק הדין, ממלאות תפקיד שולי בדיון ובהכרעה השיפוטית עצמה. לא כך בפרשת חסון. שאלת אפיונו של חוק היסוד כטקסט דקלרטיבי או אופרטיבי אינה זוכה בה לדיון שיפוטי עצמאי, והחלטתה של הנשיאה המובילה בה את עמדת הרוב נשענת בעיקרה על תגובת המשיבות, ועל כן היא סופחת את התמיהות והספקות הנלווים

33 גור בליי, פרוטוקול ישיבה 6 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20 (להלן: הוועדה המשותפת), 5 (13.11.2017) (ההדגשות שלי).

להם. טוב היה עושה חבר השופטים המורחב בפרשת חסון אם היה קובע עמדה שיפוטית משותפת, עצמאית, מנומקת ונחרצת השוללת מחוק היסוד כל תוקף או פרטיבי ומעמידה אותו במעמד נורמטיבי משני כמעמדם של טקסטים הכרזתיים אחרים. ייתכן שלא היה יכול לעשות כן בשל אילוצים פוליטיים ושיקולים טקטיים, והיה חייב להסמיך את קביעותיו על אמרותיהם של רשויות השלטון האחרות, אך משעשה כך ממשיכים להישמע בסוגיה זו שני הקולות שאפיינו אותה בכל תולדותיו של חוק היסוד.<sup>34</sup>

3.

### תחולה אקס-טריטוריאלי?

גם שאלת תחולתו של סעיף 6(א) מחוץ לגבולותיה של מדינת ישראל משליכה על משמעותם וחשיבותם של כל אחד מפרטיו, ולכן יש לדון בה לפניהם. אם כל מה שמדינת ישראל יכולה לעשות מכוחו של סעיף זה (או אף חייבת לעשות) מוגבל לגבולותיה של המדינה ולפעולותיה הדיפלומטיות והכלכליות המוכרות מחוץ לגבולות האלה, חשיבותו המעשית הכוללת של הסעיף וחשיבות כל אחד מפרטיו קטנה מאוד.

בית המשפט העליון פסל לכאורה תחולה אקס-טריטוריאלי כלשהי של סעיף 6(א) וכך הכריע אולי את גורלו העתידי, אך כמו בסוגיית אופיו הדקלרטיבי של הסעיף, גם כאן נשענת החלטתו במידה רבה על הנחות תלויות ומותנות, ועל כן אין לראות בה הכרעה סופית.

כך, למשל, הנשיאה השעינה את קביעתה על ההנחה ש –

בדיוני הוועדה המשותפת לא ניתן למצוא תימוכין לכך שכוונת המכונן הייתה להחיל את חוק היסוד באופן אקס-טריטוריאלי.

כראיה להנחה זו הביאה את הדברים שנאמרו מפיו של יו"ר הוועדה המשותפת בהקשרו של סעיף אחר באותו חוק:

החוק הזה אינו מתיימר להכריע בשאלת שתי מדינות לשני עמים, שאלת הגבולות, כן '67 או לא '67, אבל הוא בא לבטא למה אנחנו כאן ולא, למשל, באוגנדה.

34 ראו דברים ברוח זו שכתב שופט המיעוט קרא, עניין חסון, לעיל ה"ש 6, פס' 48 לפסק דינו.

למצער יש לומר כי אין כל קשר בין דבריו של ח"כ אוחנה לבין שאלת התחולה הטריטוריאלית בהקשר הנוכחי או בהקשר אחר כלשהו. "אנחנו" אכן "כאן", אך בעת צרה ושביה פעלנו גם "באוגנדה" וגם במקומות רבים נוספים, ולפעולות אלו ודומותיהן כיוונו פעם אחר פעם מובילי חוק-יסוד: הלאום בדברים שאמרו בדיוני הוועדה המשותפת. דברים אחדים הובאו למעלה, אך כאן יש לשוב ולהדגיש את אמרתו של ח"כ אוחנה עצמו שצוטטה שם. האמרה "לעולם לא עוד" שאמר לא רמזה למחאות דיפלומטיות מנומסות שהייתה מדינת ישראל שולחת לצוררים, או לתמיכות כספיות צנועות שהייתה מנסה להעביר לקורבנותיהם אילו הייתה קיימת בעת השואה. גם ח"כ דיכטר שהוביל את מציעי החוק לא התכוון לשטחה הריבוני של מדינת ישראל כשדיבר על חילוצם של אנשים "במספרים אדירים, מלוע הארי". ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 6(א) רוויה כולה באזכורים מפורשים וברמיים ברורים לפעולות כוחניות, גלויות וסמויות, שביצעו גופים ישראליים ממלכתיים במדינות ריבוניות אחרות, ולא יהיה כל קושי להצביע עליהם בפסיקה עתידית שתתמקד בסעיף זה, אם פסיקה זו תבחר גם היא להישען על כוונת מכונני חוק היסוד.

הטעם העקרוני היחידי המובא בהחלטתה של הנשיאה נגד חלותו האקס-טריטוריאלית של חוק היסוד הוא שכדי שתהיה לחוק תחולה כזאת "צריך הדבר להיאמר בחוק במפורש או כמשתמע", אך אין דבר בהחלטה עצמה המחבר טעם זה לנשואו. סעיף 6 כולו עוסק ביהודים היושבים "בתפוצות", וגם אם סעיף קטן (א) אינו נוקט מילה זו במפורש היא משתמעת בבירור מתוך לשונו ומתוך הקשרו. מדינת ישראל אינה יכולה "לשקוד" על דבר כלשהו הנוגע לאירועים שאינם מתרחשים בגבולותיה, ובוודאי אינה יכולה לשקוד על "הבטחת שלומם" של אנשים הנמצאים מחוץ לגבולותיה, אם היא נשארת, כמדינה, בגבולותיה.

טוב היה עושה בית המשפט העליון אם היה קובע בהכרעה מהפכנית מנומקת שמדינת ישראל אינה רשאית לחרוג בחוקיה, ואפילו בחוקתה, לא במפורש ולא כמשתמע, ממגבלות המשפט הבינלאומי. אם היה עושה כך היה אכן מרוקן את סעיף 6(א) מתוכן משמעותי בלא לפסול אותו, ועושה אגב כך תיקון חשוב בחריגה שהתיר המחוקק הישראלי לעצמו לפני כמעט שלושים שנה,<sup>35</sup> והזכרה כדוגמה נגדית

35 סעיף 13(ב)(2) לחוק העונשין תשל"ז-1977, כפי שתוקן ב-1994, ס"ח תשנ"ד מס' 1481. במאמרי שחר, לעיל ה"ש 21, נטען כי סעיף זה מרחיב את תחולת החוץ הפרוטקטיבית של מדינת ישראל להגנתם של יהודים שאינם אזרחיה מעבר למוחר במשפט הבינלאומי. דוגמה להפעלתו האפשרית של סעיף זה ראו איתמר אייכנר "תקדים: משפחתה של שרה חלימי שנרצחה בפריז הגישה תלונה בישראל" [ynet](http://ynet.com) 11.8.2021. דברים המצוטטים בכתבה מפיו של עורך הדין הם גם דוגמה טובה לכפול הלשון שתואר לעיל. הוא טוען שם כי "להגשת תלונה בישראל [נגד

בפרשת חסון.<sup>36</sup> כיוון שבחר שלא לעשות כן, ספק אם יש די בלשונו של סעיף 6(א) עצמה כדי לבלום את הפעלתו מחוץ לגבולות המדינה למטרה הברורה הנזכרת בו.

ככלל יש לשוב ולהזכיר כי על פי המדרג הנוכחי בין המשפט הבינלאומי למשפט הלאומי של מדינת ישראל, גופי הביטחון שלה פועלים דרך שגרה מחוץ לגבולותיה בלא שפעולה זו תעוגן בהיתר חקוק, מפורש או משתמע, וכי חלקם, כגון צבא ההגנה לישראל, עושים כך אף על פי שהיבטים רבים אחרים של פעולותיהם מעוגנים בחקיקה רגילה ואף בחקיקת יסוד. נובע מכך בבירור כי אם גופים אלו אינם פועלים בניגוד לחוק, הרשאתם לפעול מחוץ לגבולות המדינה "משתמעת" מנורמות עמומות הרבה יותר מזו שבסעיף 6(א) הנוכחי. אם, למשל, צה"ל הוא "צבאה של המדינה" על פי חוק-יסוד: הצבא, ואם חוק היסוד הנוכחי קובע כי המדינה "תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי" מפני סכנות מסוימות גם אם אינן מתממשות בישראל, קשה לראות מדוע הסמכתו ואף חובתו לפעול למטרה זו מחוץ לגבולות המדינה ברורה פחות מזו הנוגעת לפעולות שהוא עושה דרך שגרה מחוץ לגבולות המדינה. לחיזוקה של תמיכה זו יש לומר כי כיוון שסעיף 6(א) נוגע גם באזרחי מדינת ישראל, ולא רק ביהודים שאינם כאלה, עלולה החלטת בית המשפט בפרשת חסון לאסור על כל גופי הביטחון של מדינת ישראל לפעול מחוץ לגבולות המדינה לשחרורם של חיילי צה"ל שנשבו. כיוון שאפשרות אחרונה זו מופרכת על פניה יש להרחיב ולומר כי הניסיון לעגן בחוק היסוד הנוכחי עקרונות יסוד שעל פיהם התנהלה מדינת ישראל דרך שגרה מאז היווסדה עשוי לדחוק אל השיח המשפטי הגלוי שאלות קשות שהודחקו בעבר ולהטיל על גופים ממלכתיים למיניהם מגבלות שלא הוטלו עליהם בעבר.

---

נאשמ בעבירת חוץ אנטישמית נגד יהודייה] יש ערך סימבולי", אך מייד אחר כך מסביר כי פעולה זו "מהווה איתות אזהרה שלפיו כל פושע אנטישמי בחו"ל [...] עלול להישפט בישראל".

36 עניין חסון, לעיל ה"ש 6, פס' 53 לפסק הדין של הנשיאה. מעניין לציין כי הנשיאה ציינה בהקשר זה רק את סעיף 13(ב)(1) העוסק בתחולת החוץ הפרוטקטיבית של דיני העונשין של ישראל על אזרחיה, ולא את סעיף 13(ב)(2) המרחיב את אותה תחולה על יהודים שאין להם זיקה אזרחית למדינה.



.4

## **"תשקוד על הבטחת שלוםם של..."**

מהי הפעולה שעליה נסב טעיף 6(א), בין שהיא חובה הניתנת לאכיפה, בין שאינה כזאת? קשה לנתק שאלה זו לחלוטין מקודמתה ומהשאלות שאחריה, ולכן לא ניתן להימנע מחזרות מסוימות, אך השאלה עצמה ראויה לדיון נפרד.

בנוסחה המקורי של הצעת דיכטר (מ־2011) נאמר כך:

[המדינה] תושיט יד [לבני העם היהודי הנתונים בצרה ובשבי]

אין ספק כי הגדרה זו היא הגדרת הפעולה הרכה ביותר מכל הגדרות הפעולה שהופיעו בגרסאותיה השונות של ההוראה. אין להאריך בניתוח משמעותה משום שהיא הוחלפה בהמשך בנוסחאות תקיפות יותר, ודי להגיד כי ה"יד המושטת" שבמרכזה נגזרת בבירור מהמאגר הלשוני הרווח של ביטויי שלום בשיח הישראלי הממלכתי.<sup>37</sup>

קשה לדעת מי אחראי לנוסחה רכה זו, משום שקשה ליישבה עם עמדתו המפורשת של בעל ההצעה. ח"כ דיכטר שחזר ב־2015 על נוסחה זו כלשונה בהצעה ששימשה בסיס לדיוני הוועדה המשותפת של הכנסת,<sup>38</sup> ביטא בדברים שצוטטו למעלה העדפה ברורה ומנומקת לניסוח תקיף הרבה יותר וקישר אותו עם פעולות צבאיות מובהקות.<sup>39</sup> כמתואר למעלה,<sup>40</sup> היה לצוות של המכון לאסטרטגיה ציונית חלק בעיצובה של הצעת דיכטר המקורית, אך גם בנייר העמדה המוקדם שפרסם המכון יוחד עניינם של "הנתונים בצרה ובשבי" לזרועה הצבאית של המדינה.<sup>41</sup> התמיהה על הבסיס הרעיוני שמאחורי לשונה הרכה של הצעת דיכטר על שתי גרסותיה המקוריות מתחזקת לנוכח העובדה שהקריאה המפורשת ל"פעולה" הופיעה לפני 2015, בהצעתה המתחרה והתקיפה יותר של ח"כ איילת שקד מ־2013 דווקא,<sup>42</sup> והיא

37 כך, למשל, הכריזו חותמי הכרזת העצמאות כי הם "מושיטים יד שלום ושכנות טובה לכל המדינות השכנות ועמיהן".

38 הצעת חוק־יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, פ/1989/20 (27.9.2015).

39 ראו לעיל הטקסט שאחרי ה"ש 16, וכן פרוטוקול ישיבה 5 של הוועדה המשותפת (30.10.2017).

40 ראו לעיל בתחילת טעיף 1. ההיסטוריה החקיקתית.

41 ארבל והלמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 13. בסעיף 21 להצעה שבנייר עמדה זו נכתב: "צה"ל מופקד על בטחון [...] בני העם היהודי הנחונים בצרה ושביה".

42 הצעת חוק־יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי (פ/19/1550) (22.7.2013), טעיף 7.

אומצה גם בהודעתה של ממשלת ישראל מ-2014 על כוונתה לתמוך בחקיקת חוק הלאום.<sup>43</sup> מסיבות אלו קשה להבין מדוע דבק ח"כ דיכטר בכיטוי "תושיט יד" בהצעה החוזרת שהגיש לכנסת ב-2015.

כדי להבין את גלגוליו של רכיב הפעולה שבסעיף 6(א) לקראת נוסחו הסופי ("תשקוד על הבטחת שלומם של...") יש לעקוב אחר השיח בין יועציה המשפטיים של הוועדה המשותפת לחברי הוועדה. ממסמך ההכנה שהגישו היועצים לוועדה לקראת הישיבה שבה דרש ח"כ דיכטר כאמור להקשיח את נוסחו עולה כי נוסחו של הרכיב עודכן עוד קודם לכתובתו של המסמך ל"תשקוד על שלומם של...". ומחבריו הציעו לו חלופה נוספת לדיון, והיא "תושיט יד ל...".<sup>44</sup> קשה לזהות את כוונתם המדויקת של היועצים המשפטיים בשינוי הזה, על שתי חלופותיו. הם הדגישו את הנחתם שהוראתו של הסעיף עשויה להתפרש כחובת פעולה משפטית הכפופה לפירוש ואכיפה של הרשות המבצעת, ולכן הציעו "לשקול ניסוח 'רך' יחסית שיעניק למחוקק ולרשות המבצעת גמישות רבה בהכרעות בעניין זה", אך קשה להסיק אם התכוונו בדברים האלה להוראה הנדרונה כאן או לסעיפי המשנה האחרים של סעיף 6 העוסקים בזיקות מופשטות יותר בין המדינה לתפוצות העם.

נקודה אחרונה זו מתחדדת בפעם הראשונה בדבריו האמורים של ח"כ דיכטר בישיבה שלקראתה הוכן המסמך. מקריאת דבריו ברור כי לא דקויות היחסים בין הרשויות חשובות לו, ולא אותם חלקים בסעיף הזיקה לתפוצות העוסקים בקשרי תרבות ורוח. הוא מתמקד בהוראת "השביה והצרה", משום שהיא היחידה הנקשרת לפעולה כוחנית, ואותה בלבד הוא מבקש להציל מה"ריכוך" שהציעו היועצים המשפטיים. ברוח זו יש לחזור על תמצית דבריו בהדגשת המילה הראשונה שבהם:

זה הסעיף שבו אסור בשום פנים ואופן לרכך [...] אנחנו צריכים לשאול את עצמנו [...] איך היינו רוצים שתהיה המחויבות של [מדינת ישראל] אל מול מה שקרה בשואה [...] פה המילה "תפעל" היא המילה ההולמת את מה שאנחנו רוצים לעשות [...] מדינת ישראל הביאה, בסיכון דרמטי של אנשים [...] חילצו אותם מצרה [...] והם לא היחידים [...]<sup>45</sup>

43 הודעת מזכיר הממשלה, 23.11.2014. ראו נוסח ההודעה אצל רות גביזון עיגון חוקתי של חזון המדינה: המלצות לשרת המשפטים 155 (נובמבר 2014). ההוראה הרלוונטית מנוסחת כ"עיקרון 6", שם, בעמ' 156.

44 לעיל ה"ש 2.

45 לעיל ה"ש 17 (ההדגשה שלי).

יועציה המשפטיים של הוועדה הפנימו היטב את המיקוד הזה. הם סיכמו את הדברים במסמך ההכנה הבא,<sup>46</sup> וייחסו את מגמת דבריו של ח"כ דיכטר לוועדה בכללותה:

בדיון האחרון, הדוברים בוועדה חידדו כי הסעיף כולל שני עקרונות קשורים: הראשון, כי המדינה מבטיחה ליהודי העולם כי "לעולם לא עוד". כפי שאמר יו"ר הוועדה, "יהודי שנרדף על רקע יהדותו – מדינת ישראל מתערבת". השני, כי המדינה מחויבת לכבד ולשמור על התרבות ועל המורשת של היהודים בכל העולם, ולחזק את הקשרים בין יהודי העולם לבין יהודי מדינת ישראל. הייתה הסכמה בוועדה שהעיקרון הראשון יהיה מעוגן בחוק היסוד בצורה חזקה, בעוד שהעיקרון השני יכול למצוא את ביטויו במונחים "רכים" יותר.

ברוחה של "הסכמה" זו הציעו היועצים המשפטיים חלופה שלישית להוראת סעיף 6(א):

המדינה תשקוד על שלומם / תחתור לשלומם / מחויבת לשלומם של [...] בני העם היהודי הנתונים בצרה ובשביה בשל יהדותם.<sup>47</sup>

בפתיחתה של השיבה הבאה שב אחד היועצים והזכיר לנוכחים כי "הוועדה [...] דיברה על זה שהמחויבות לשלומם של בני העם היהודי צריכה להיכתב בלשון חזקה יותר",<sup>48</sup> והצביע על החלופות שבמסמך ההכנה אך לא הצליח לעורר דיון משמעותי בחלופות האלה. המשתתפת היחידה בדיון שנקטה עמדה הייתה ח"כ יעל גרמן:<sup>49</sup>

אני בהחלט חושבת שצריך לקחת את הנוסח הרך של "המדינה תשקוד על שלומם" או "תחתור לשלומם", ולא "מחויבות", כי אני חושבת שמחויבות תחייב יתר על המידה, מה שבכלל לא דנו בו.

ישיבה זו נגמרה בלא הצבעה על החלופה הראויה והנושא לא עלה לדיון נוסף, אך כמה שבועות לאחר מכן אימצה הוועדה המשותפת את נוסחה הסופי של הצעת החוק בכללותה, וסעיף 6(א) נוסח בה כך:

46 ראו מסמך הכנה לדיון ביום 30.10.2017, לעיל ה"ש 2 (ההדגשה שלי).

47 שם (ההדגשה שלי).

48 גור בליי, פרוטוקול 6, לעיל ה"ש 33, בעמ' 5.

49 שם, בעמ' 57.

[מדינת ישראל] תשקוד על הבטחת שלומם של [בני העם היהודי הנתונים בצרה ובשבי].

לכאורה, במהלך אחרון זה נדחתה החלופה התקיפה ביותר ("מחויבת לשלומם של...") שהוצעה בעקבות דרישתו של ח"כ דיכטר ואומצה ה"רכה" בחלופות שעמדו על הפרק באותה עת ("תשקוד על שלומם של..."), אך הוספת הביטוי "הבטחת" לחלופה זו שבה ועמעמה את משמעותה. ביטוי זה הוסף לנוסח החוק בדלתיים סגורות בהליך שתואר על ידי יו"ר הוועדה המשותפת כ"משא ומתן ו[...] איזונים בין המפלגות השונות בקואליציה, בין הקואליציה לאופוזיציה"<sup>50</sup>. ראוי היה לדעת שנסיונות הבחירה בכל מילה במסמך חוקתי מרכזי כל כך במטרה של מדינת ישראל יהיו גלויות ונגישות לציבור, אך בהיעדרה של ראייה ישירה לטעמו הרעיוני של הביטוי "הבטחת", ודווקא בשל חשיבותו של החוק, יש להניח כי ביטוי זה לא הוסף מטעמים של הדר לשוני בלבד. סביר יותר להערכתנו כי הוא נשאב מחלקו הביצועי-ביטחוני של מאגר המילים הממלכתיות, והוא נוטה במידה משמעותית לעמדה הרעיונית המקובלת על יוזמי חוק הלאום ותומכיו.

5.

**"בני העם היהודי"**

מיהם "בני העם היהודי" שעל הבטחת שלומם תשקוד המדינה? חידודה של שאלה זו היה עשוי לפלג בין תומכי חוק הלאום, ואין ספק שמסיבה זו ניסו מתנגדיו להציבו במרכז הדיון. אך בניגוד לזירות השיח הסובבות את חוק השבות זה כשבעים שנה נמנעו נציגי הסיעות הדתיות מכל דיון בזיקתו של ביטוי זה להגמוניה האורתודוקסית על המיהות היהודית. אין ספק כי למטרה זו עצמה השתמשו מנסחי החוק מלכתחילה בביטוי עמום יותר מהביטוי "יהודי" שבחוק השבות. דברים מפורשים ברוח זו אמר בדיני הוועדה ד"ר אביעד בקשי, שהיה מעורב בניסוח החוק בשלביו השונים:<sup>51</sup>

הסעיף הזה פוטר אותנו מהצורך להגדיר מיהו יהודי, כי לא מדובר פה על יהודי. מדובר פה על בני העם היהודי. מין מושג רחב, שהממשלה תפרש אותו בצורה רחבה [...] לא צריך פה

50 בפתיחת הישיבה ב-13.3.2018 (ראו פרוטוקול ישיבה 11 של הוועדה המשותפת (13.3.2018)), שאליה הובא הנוסח הסופי, אמר יו"ר הוועדה המשותפת כך: "הנוסח הוא שונה מהנוסח הראשוני שהגיע אלינו [...] התוצאה שניצבת בפניכם היא פרי של משא ומתן ושל איזונים בין המפלגות השונות בקואליציה, בין הקואליציה לאופוזיציה".

51 פרוטוקול 5, לעיל ה"ש 39, בעמ' 12.

לחפש בכוח את הוויכוח על ההגדרות הטכניות של מיהו יהודי.  
זה לא המקום.

על רקע זה דווקא יש להצביע על העובדה שיו"ר הוועדה ביקש לעגן את ההבדל בין "יהודי" ל"בן העם היהודי" בטעמים מהותיים, ותרם אגב כך תרומה מכרעת לאפיון רכיביו החשובים יותר של סעיף 6(א) בעיני האחראים לחקיקתו. כך אמר ח"כ אוחנה בתשובה לשאלתו של אחד המשתתפים על חלותה של הוראת הסעיף על לא-יהודים שגוריו בגיור רפורמי:<sup>52</sup>

נושא מיהו יהודי הוא נושא שנוי במחלוקת, כפי שכולנו יודעים. אבל הכול תלוי קונטקסט. אני חושב, ויתקנו אותי אחרים אם אני טועה, שבקונטקסט הזה של הצלת יהודי המצוי בצרה ובכשיהיה בשל יהדותו, על זה אין מחלוקת. זו לא שאלה של רבנות ולא שאלה של נישואים, זו שאלה של מה שדיברנו עליו קודם, לעולם לא עוד. הרי שם לא פשפשו בציציות. כשאני אומר "שם" אנחנו יודעים למה אני מתכוון. ולכן החוק נוקט במילים "בני העם היהודי" או "יהודי", בלי להיכנס לשאלה איזה זרם, האם הזרם הזה או הזרם האחר.

נציגי הסיעות הדתיות נענו לאתגר הזה, ואכן לא "תיקנו" את ח"כ אוחנה כאשר השיב בחיוב לשאלת אחד מהם אם הוראת סעיף 6(א) תחול לטעמו על גרים רפורמיים ש"מבחינת חלק מהציבור יכול להיות שהם לא יהודים".<sup>53</sup> נציג של סיעה חרדית סדק עמדה זו, לכאורה, ואמר שיהודים רפורמים אינם בני העם היהודי אלא מי שרק "אומרים [על עצמם] שהם קרובים" אליו,<sup>54</sup> אך מרוח דבריו אין ספק כי הוא ושותפיו לסיעה רואים אותם חוסים בהוראתו של סעיף 6(א) בפירוש זה או אחר של נוסחו.<sup>55</sup> מתנגדי חוק הלאום רמזו תכופות לאפשרות שעמדה זו הייתה מונעת משיקולים פוליטיים צרים, אך סביר להניח שאילו היו נציגיהם הרבים של גווני היהדות האורתודוקסית בכנסת מבינים שתוכנו של סעיף 6(א) עשוי להיות רלוונטי

52 רפאל נריה כנפו, מנהל מכון "על משמר הכנסת", שם, בעמ' 13.

53 שם, בעמ' 14. את השאלה שאל ח"כ ניסן סלומינסקי וח"כ אוחנה ענה לה בחיוב: "אם הם נרדפים כי הם יהודים [...] צריך להציל אותם".

54 ח"כ אורי מקלב מיהדות התורה, פרוטוקול 6, לעיל ה"ש 33, בעמ' 46. מייד לאחר דבריו אלו תיקן מקלב ואמר על היהודים הרפורמים שהם "קרובים לעם היהודי" (במקום "שהם אומרים שהם קרובים לעם היהודי"), אך הקפיד שלא לאפינם כבני העם ממש.

55 באותה רוח התבטא גם ח"כ יעקב אשר, גם הוא מסיעת יהדות התורה.

לסוגיות הליכה שח"כ אוחנה רמז להן הם היו מגלים עמדה תקיפה יותר, או לפחות עניין רב יותר, בניסוחו של הסעיף. די בהקשר זה לומר כי בשיח ההלכתי הפנימי סביב מצוות פדיון שבויים יהדותו של השבוי היא רכיב מרכזי ומוכן מאליו, והיא מניבה הבחנות דקות מדק באשר לפרטי זהותו ונוהגו של הזכאי לפדיון.<sup>56</sup>

מדוע אפוא לא ראו נציגי הסיעות הדתיות בשאלת משמעות מיהותם של "בני עם ישראל" בסעיף 6(א) "שאלה של רבנות" או "שאלה של נישואים", כלשונו של ח"כ אוחנה, היורדת לשורשה של ההגמוניה האורתודוקסית במדינת ישראל? התשובה לשאלה זו נעוצה להערכתי בתשובה לסוגיית המפתח שבמרכזו של הפרק הזה, והיא משמעותה של "הצרה ושביה" שעליהן מדבר הסעיף. משמעות זו תידון ביתר פירוט בהמשך, אך די בדברים שפורטו עד כאן כדי לעמוד על מורכבותה והשלכותיה. אם "צרה ושביה" מוגבלות לפדיונם של שבויים ספורים או קבוצות קטנות של אנשים, כדרך שהייתה מוגבלת מטעמים מעשיים בהווייה היהודית הקהילתית באלפיים שנות גלות, אכן אין לדקויות חלותר השלכה מעשית על "רבנות" או על "נישואים" במדינת ישראל העכשווית. בקצה השני של קשת המשמעויות של "צרה ושביה" אין גם משמעות מומשגת קונקרטי לאזכורה המרומז של שואת מיליונים ("לעולם לא עוד"). אלא שכבר בדבריו של ח"כ דיכטר נרמזות משמעויות של "צרה ושביה" שאינן גדולות כשואה ואינן קטנות כפדיונו של תינוק אחד שנשבה בין הגויים. בתווך שביניהם דיבר דיכטר על מבצעי חילוץ המוניים שהביאו לישראל קהילות שלמות. שאלת יהדותם של מגזרים גדולים בקהילות האלה מעסיקה את הממסד הדתי הישראלי זה עשרות שנים, והיא קשורה ל"רבנות" ול"נישואים" יותר מרבית השאלות המעסיקות את הממסד הזה. אני מאמין שנציגיו של אותו ממסד בכנסת נמנעו ממאבק על מיהותם של "בני העם היהודי" משום שכמו מרבית הדוברים בשיח סביב סעיף 6(א) שלא היו מעורבים בניסוחו, הם החמיצו את מלוא היקפו. פעם אחר פעם התמקדו חברי הכנסת מהסיעות הדתיות בפדיונם של בודדים שנשבו והחמיצו כנראה את החזון הכוחני הגדול יותר שיועד לגרסתה הריכונית של התפילה המסורתית לפדיון שבויים.<sup>57</sup>

56 דוגמה עכשווית וקרובה לעניין הגרות הנזכר כאן היא דיון הלכתי מורכב ומפורט בשאלת זכאותו של לוט לפדיון שבויים. הדיון התמקד בכמה גרסאות בעניין מעמד גרותו המדויק של לוט בעת הצלתו. ראו למשל "האם היה בלוט קיום מצוות פדיון שבויים?" מלאכת מחשבת: דיון לעומק בנושאים של פרשת השבוע: פרשת לך לך, אחר בינינו.

57 ח"כ מקלב דיבר, למשל, על "אח [...] ש נמצא בשבי של דאעש", פרוטוקול 6, לעיל ה"ש 33, בעמ' 31, ומייד אחר כך השווה בין "שני אחים פיליפיניים" הנחונים בשבי אחר, שם, בעמ' 32.

ימים יגידו כיצד יפורש הביטוי "בני עם ישראל" במשברים הבלתי נמנעים שיזמן העתיד, אך בעת הזאת יש לומר כי כל סיעות הכנסת היהודיות טמנו בביטוי זה כוונה מוצהרת שהחוק יפרוש מצורה רחבה יותר ממצורתו של הביטוי "יהודי" בחוקים קודמים.

.6

### "אזרחיה" [של מדינת ישראל]

ההצעה המקורית של חוק הלאום וכל הנוסחים שקדמו לה החילו את הוראת סעיף 6(א) על בני העם היהודי בלבד. הרחבת תחולתו של הסעיף גם על אזרחיה של מדינת ישראל שאינם יהודים נעשתה

בשלב מאוחר, על פי דרישתן הנמרצת של סיעות הכנסת שהתנגדו לעיקרו של חוק הלאום. הסיעות האלה ניתבו לשאלה זו את עיקר מאמציהן ואת עיקר השיח בוועדה המשותפת, אך בפרק זה יינתן לה משקל מועט, הן משום שהיא אינה מעוררת שאלות פרשניות משמעותיות, הן משום שהעיסוק בה מסיט את תשומת הלב מרכיביו החשובים של הסעיף ומהסכנות הטמונות בהם. חובתה של מדינת ישראל להגן על חייהם, על חירותם ועל שלומם של אזרחיה מעוגנת ממילא במשטרה החוקתית של מדינת ישראל ובמשפט הבינלאומי, והיא מובנת מאליה במובן עמוק הרבה יותר מזה הנוגע לשאר סעיפיו של חוק הלאום. הטלאתה של חובה מוצקה וראויה זו על חובה חדשה שכל בסיסה רעוע ומסופק מחזקת את בסיסו הרעיוני של סעיף 6(א) יותר משהיא מחלישה אותו. התמקדותם של נציגי סיעות השמאל והמרכז בעניינם של אזרחים לא יהודיים (בעיקר חיילים) הנתונים בשבי האויב מיקדה את מרביתו של השיח בתחום הצר של שבי חיילים ספורים בהקשרים צבאיים והסיטה אותו מחזונום הרחב הרבה יותר של מעצבי ההוראה שבסעיף 6(א). חובתה של המדינה כלפי חייל שנשבה בפעולה קרבית או כלפי אזרחית שנכלאה במדינה זרה כדי לסחוט את מדינת ישראל אינה נתונה בספק, אך אם דיכטר ו-13 חברי כנסת מארבע סיעות הקואליציה הגדולות שחברו אליו הציעו את סעיף 6(א) כדי להטיל חובה חוקתית על המדינה לשגר לקצווי עולם כוחות גדולים גלויים או חשאיים למבצעי הצלה המוניים, היה ראוי שייחשפו לשאלות מגוונות ונוקבות יתר מאלה המעסיקות את שגרת יומה של הכנסת.

**“הנתונים בצורה ובשבייה”**

רכיב זה הוא הרכיב המרכזי בסעיף 6(א), ושאלת פירושו היא השאלה המרכזית הנוגעת ליישומו העתידי של הסעיף. בפתיחתו של הדיון ברכיב זה ראוי להביא את מלוא דבריו של ד"ר חגי ויניצקי

בישיבת הוועדה המשותפת:<sup>58</sup>

רציתי לחדר את העניין מה המשמעות שמדינת ישראל תפעל לשמור על בני העם היהודי באשר הם. זו באמת מחויבות שיש לה משמעות מעשית. מעבר למה שראינו במבצעים ההרואיים להעלאת יהודי אתיופיה, צריך לזכור שכאשר ברית-המועצות עמדה להתפרק, יצחק שמיר כראש הממשלה תכנן מבצע גרנדיוזי להעלאת כל יהדות רוסיה, לאו דווקא רק בצורה מוסכמת, ממש מבצע צבאי, והוא אמר את המשפט שאמרת קודם, יושב-ראש הוועדה: במשמרת שלי לא תהיה שואה שנייה. זאת אומרת, הוא באמת ראה את זה כתפקידו, שהנה עוד פעם עוד פעם יכול להתרחש משהו מהסגנון הזה ויש לזה משמעות אופרטיבית.

בפרסום שד"ר ויניצקי הוא אחד ממחבריו נכתבו דברים זהים בפסקה הדנה בנושא הנוכחי, אך הוספה להם גם ההערה הבאה:

במוסד למודיעין ולתפקידים מיוחדים (המוסד) קיימת יחידה בשם “צפיריים” שעוסקת בהגנה על יהודים מחוץ למדינת ישראל ובהעלאת יהודים לישראל. יחידה זו נקראה בעבר בשם “ביצור” והיא פעלה למען העלאת יהודים ממדינות ערביות ומוסלמיות, ועסקה באבטחת יהודים ומוסדות יהודיים במדינות שונות.<sup>59</sup>

ויניצקי אינו חבר כנסת, אך מכון בגין למשפט וציונות שבראשו הוא עומד היה מעורב בהליך עיצובו של חוק הלאום, ודבריו מובאים כאן לא משום שיש להם ערך מחייב אלא משום שהם מעידים על היקפו המרבי של סעיף 6(א) בשיח שליווה את עיצובו. כמה פרטים בדברים שאמר ויניצקי וכתב יידונו בהמשך, אך כאן די שיוודגש כי אף על פי שהוא סיפר בכנסת על תכנונו של “מבצע גרנדיוזי להעלאת כל יהדות רוסיה”, ואף שטרח להדגיש שהוא תוכנן “ממש [כמבצע צבאי] שיבוצע גם בלא הסכמתם של השלטונות הריבוניים שם, שום חבר כנסת, משמאל או מימין, לא העלה תמיהה על הקשר בין הסיפור הזה, בין שהוא אמת בין לאו, לבין סעיף 6(א) שנדון באותה עת.

58 ש.ש.

59 ויניצקי ושארף, לעיל ה"ש 1, ה"ש 97, בעמ' 46-45.



האם ה"צרה" שבכ"טוי "צרה ושביה" מכוונת לכל צורות המצוקה האפשריות ש"שבי" הוא רק אחת מהן? כאמור למעלה, אין ספק כי מקורו הלשוני של צמד המילים "צרה ושביה" הוא בהלכה היהודית ובתפילה לפדיון שבויים, ואין ספק גם כי בעיקרו של מכלול אמוני זה הייתה ה"צרה" כפל לשון רטורי ל"שביה". אילו הייתה מתקיימת הדרישה העולה תכופות בשיח הציבורי הישראלי שההלכה היהודית תשמש בסיס פרשני לדין הישראלי, והדין היה משתמש בביטויים השאובים ישירות מתוך אותה הלכה, הייתה לדרישה זו תוקף מיוחד, ואילו הייתה הנחה זו מיושמת כפשוטה בסעיף 6(א) הייתה ה"צרה" צריכה להתפרש כ"שביה" בלבד, ולא כשם גנרי כללי לכל מצוקותיו של אדם, ובוודאי שלא לכלל מצוקותיה של קהילה. צידה השני של טענה פרשנית זו הוא שאם דרכם של רעיונות משפטיים הנשאבים ממקום אחד למקום אחר או מזמן אחר לזמן אחר שיש להתאימם לנסיבות הזמן והמקום שאליו הם נשאבים, גם תפילת פדיון השבויים צריכה להתאים את עצמה למגבלותיה של ריבונות מדינית מודרנית בטרם תפרוץ את גבולותיה המסורתיים ותחיל עצמה על כלל צרותיה של יהדות העולם.

גרסה ברורה ויפה של תוכנה זו כלולה ברשימה של העיתונאי יוסי מלמן שד"ר ויניצקי הסתמך עליה כדי לתמוך בטענתו שסעיף 6(א) מטיל חובה חוקתית על מדינת ישראל להפעיל את המוסד לתפקידים מיוחדים להגנתם הכללית של יהודים בעולם.<sup>60</sup> מילמן אכן הצביע על העובדה ש"קהילת המודיעין ראתה עצמה [בעבר] כמגינת העולם היהודי", מתוך הנחה ש"כשם שישאל היא מדינת העם היהודי, כך המודיעין הישראלי צריך להיות 'מודיעין יהודי'", אך הוא מדגיש שתפיסה זו, שהוא ממקם ב"תחום האפור", התחלפה בהנחה ש"באחריות להגנתם של היהודים ואבטחת מוסדותיהם מוטלת על שירותי הביטחון המקומיים". אחד מבכירי המוסד לשעבר מצוטט ברשימה ואומר כי "יהודים בתפוצות הם אזרחי המדינות שהם חיים ועל כן זו חובתה של המדינה 'המארכת', לדאוג לביטחונם", ומילמן שואל ועונה היטב כך:

האם יש למדינה זכות לפעול למען מיעוט אתני או דתי שיש לו זיקה אליה, במדינה אחרת? זכות כזו, שכרוכה בהתערבות בענייניה הפנימיים של מדינה זרה ולפגיעה בריבונותה, אינה מעוגנת במשפט הבינלאומי. המשפט הבינלאומי מכיר בזכות

60 יוסי מלמן "הזרוע הארוכה: האם המוסד יחזור להגם על קהילות יהודיות בעולם?" מעריב 17.1.2015.

להתערב במדינה אחרת רק אם היא מבוססת על החלטות מועצת הביטחון, או על החלטות של ארגון מדינות.

מלמן אינו משפטן, ואין תוקף לדבריו מעצם כתיבתם, אך דווקא משום כך הם מעידים שהספק החמור בדבר זכותה של מדינת לאום להפעיל כוח מעבר לגבולותיה מכוח זיקה לאומית בלבד מובן מאליו, והוא חייב לתפוס מקום מרכזי בשיח על עיצובו ופירושו של סעיף 6(א). כתיאורו של מלמן, מנהיגיה הראשונים של המדינה "קיבלו את ההחלטה שהייתה בעיניהם טבעית ומתבקשת" ו"לא נכנסו לשיקולים עקרוניים או לרקדוקי עניות משפטיים", אלא שגם בהתעלם מהשוני המבורך בין מצבם של מדינת ישראל והעם היהודי או למצבם היום, מה שהיה יכול לחסות "בתחום האפור" שבשיקול הדעת האקזוטיבי חייב לצאת לאור היום כשהוא מבקש לעגן את עצמו בחובה חוקתית בת אכיפה. כך, בכל סעיפיו של חוק הלאום, ובמיוחד בסעיף הזה החורג בהרבה מענייניה הפנימיים של מדינת ישראל ומהמחלוקות הרעיוניות המפלגות את אזרחיה.

הספק הנוגע למעורבות ישירה של מדינת ישראל באבטחה השוטפת של קהילות יהודיות הרבקות בארצות מושבן ברור ומובן מאליו, ואולי משום כך הוצנע נושא זה כולו בדיוני הוועדה המשותפת, אך האם יש ספק דומה גם בדבר מעורבות המכוונת להעלאתם של יהודים לישראל? שלא כמו נושא אבטחת הקהילות, מבצעי העלייה תפסו מקום מרכזי בדיוני הוועדה. כאמור למעלה, גם הם לא הניבו מחלוקת כלשהי גם כשהודגש אופיים הצבאי וחודדה האפשרות שהם נערכו בלא הסכמתן של המדינות שבהן נערכו. מטרתם של המבצעים האלה לאזרח את העולים יוצרת זיקה מובהקת יותר בינם לבין מדינת ישראל, ועל כן פגיעתם במשפט העמים חדה מעט פחות, אך יש להבהיר כי גם להם אין עיגון כלשהו בזירה הבינלאומית. אילו הייתה מתקבלת עמדה מוקדמת בעיצוב עקרון השבות היו כל יהודי העולם אזרחים אוטומטיים של מדינת ישראל, והיה אפשר אולי להחיל על חילוצם חריגים מוכרים במשפט הבינלאומי, אך עמדה זו לא התקבלה מטעמים זהים לאלה שהיו צריכים לעורר דיון נוקב בזירות השיח שבהן עוצב סעיף 6(א).

לסוגיה זו פנים רבות, אך בהקשר הזה חשובה מכול העובדה שמעורבותה הפעילה של המדינה בהעלאת עולים ממדינות חוץ נמחקה מסעיף אחר בחוק הלאום מטעמים דומים בעיקרם לאלה הנדונים כאן. לצד עקרון השבות שנוסח במונחים של זכות ("כל יהודי זכאי לעלות"),<sup>61</sup> כללה הצעת דיכטר במקורה הוראת פעולה

מפורשת למדינה כי "תפעל לקיבוץ גלויות ישראל"<sup>62</sup>. בהצעה שהוגשה לכנסת לקריאה ראשונה נמחקה ההוראה השנייה, ואילו ההוראה הראשונה נוסחה מחדש בלשון סמלית עוד יותר, דהיינו – "המדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות"<sup>63</sup>. שינוי זה בא לאחר תלת־שיח בין שלושה מהמשתתפים בדיון בנושא השבות בוועדה המשותפת. יועצה המשפטי של הוועדה פתח את השאלה כך:

יש בהצעת החוק האמירה: "המדינה תפעל לקיבוץ גלויות ישראל". פה רק עולה השאלה האם הניסוח צריך להיות בניסוח החזק יותר "שתפעל לקיבוץ גלויות" או להשתמש בניסוח יותר רך: "המדינה תהיה פתוחה לקיבוץ גלויות" וכדומה, שזה משהו שצריך לסגור אותו בנוסח.

ח"כ עודד פורר מסיעת ישראל ביתנו, שעניינה ביחס הראוי בין עלייה יהודית לריבונותה של מעצמה זרה גדול במיוחד, העיר כך:

אני רק חייב לציין בהקשר הזה שמי שפועל בחו"ל לקיבוץ גלויות זה לא מדינת ישראל, אלא הסוכנות היהודית. מטבע הדברים אף מדינה לא הייתה רוצה מדינה חברה שתעודד את אזרחיה לעזוב את מדינתם. כמובן, אין לי התנגדות לאמירה הזאת בחוק היסוד, אבל חשוב לדעת את המטריה הבעייתית הזאת.

יו"ר הוועדה אוחנה הגיב לאזהרה מתונה זו בהסכמה נדירה, אולי משום שמשמעותה הפוליטיות הקונקרטיות מעשית ועכשווית, ואמר בקצרה כך:

בהתאם להערה הזאת אז אולי הניסוח מתאים "תהיה פתוחה".

נוסח זה היה נוסחה הסופי של ההצעה ואף נוסחו הסופי של החוק. מדינת ישראל עומדת בשעריה שלה ופותחת אותם לנקבצים מן הגלויות, אך אינה שולחת את סוכניה שלה למדינות אחרות, משום שאכן "מטבע הדברים אף מדינה לא הייתה רוצה מדינה חברה שתעודד את אזרחיה לעזוב את מדינתם".

אם תובנה פשוטה זו הביאה להתפכחותם של מעצבי חוק מחוזן המדינה הכול יכולה ולהפנמתם את גבולות הריבונות בסדר העולמי בעניין מינורי הנוגע לעידודם של אזרחים להגר ממדינתם, התפכחות זו אינה ניכרת בדבריהם החוזרים ונשנים בשיח

62 טע"ף 6 בהצעת דיכטר.

63 הצעת חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, טע"ף 5, ה"ח 768 (13.3.2018).

"הצרה והשביה" על מהלכי כוח נרחבים וחד-צדדיים הנערכים במדינות אחרות לאותה מטרה. אם אסור למדינה אחת לקבץ גלויות במדינה אחרת בדרכי נועם, קל וחומר שאסור לה לעשות כך בכוח הזרוע, בין שהיא מדינה חזקה כרפובליקה הרוסית, בין שהיא מדינה חלשה כמו אתיופיה, בין שהיא "חברה" לישראל כלשונו של ח"כ פורר, ובין שהיא עוינת לה.

בשולי הדברים האלה יש לתת את הדעת להזכרתה התכופה של השואה בדברי הדוברים, למרות, ואולי בשל, רגישותו הגדולה של נושא זה. השמדת יהדות אירופה התרחשה בעיקרה במהלכה של מלחמת עולם כוללת. אילו הייתה מדינת ישראל קיימת באותה שעה היא הייתה מעורבת בהכרח במלחמה, משום שאם לא הייתה עושה כך היו מרבית אזרחיה מושמדים. דיני המלחמה במשפט הבינלאומי היו פותחים בפניה שפע אפשרויות שאינן פתוחות בעיתות שלום, וסביר להניח שאילו הייתה לה העוצמה הצבאית שיש לה היום היא הייתה יכולה למנוע את השואה היהודית או לצמצם אותה, אלא שסעיף 6(א) אינו רלוונטי כלל לתובנה ברורה זו. הזכרתה החוזרת והנשנית של השואה במהלך הדיון בסעיף זה הועילה אולי לגיוס לבבותיהם של תומכים ולהשתקתם של מתנגדים, אך ספק אם הייתה לה תרומה של ממש להבהרתן של השאלות הקשות הנוגעות לגבולות כוחה של מדינת ישראל.

ראוי לדעתי לתחום את "צרה ושביה" שבסעיף 6(א) להקשר המסורתי המצומצם במצוות פדיון שבויים, אך אי-אפשר להתעלם מהעובדה שמעצביו של סעיף זה ייעדו לו הקשר רחב יותר, שבו "צרות" למיניהן הן העיקר ו"שביה" היא דוגמה בלבד. סימן ברור אחרון למגמה זו אפשר למצוא בדברי ההסבר שצורפו להצעת החוק הסופית:

מוצע לעגן בחוק היסוד את [...] מחויבותה של המדינה להבטיח את שלומם של בני העם היהודי הנתונים בצרה בשל יהדותם, כפי שהיא מחויבת להבטיח את שלומם של אזרחי המדינה הנתונים בצרה בשל אזרחותם.

את ההצעה הזאת הגישה לכנסת הוועדה המשותפת (ולא הממשלה), ולכן יש להניח כי ראשיה של ועדה זו חברו למציעיו המקוריים של החוק וניסחו את דברי ההסבר לה. ספק אם הם השמיטו את ה"שביה" פעמיים בהיסח הדעת, ואם הם הונעו מהצורך לקצר ולברור מילים, בחירתם מעידה על כוונתם.

## 8. "בשל יהדותם"

רכיב זה נוסף להוראת הסעיף הנדון כבר בהצעת דיכטר המקורית מ-2011 ולא השתנה בכל גלגולי הנוסח. אם ייושם הרכיב בפועל הוא יגביל מאוד את תחולתו של סעיף 6(א) כולו, לכל הפחות במצבו הנוכחי של העם היהודי בתפוצות. גם כאן אני סבור שפירוש כזה הוא הפירוש הראוי, אלא שגם כאן פזורים בשיח שהתנהל סביב רכיב זה בכנסת ומחוצה לה סימנים ברורים ליישום מצמצם שיחליש את השפעתו. במקרים אחדים שיפורטו למטה היו הסימנים האלה בוטים עד כדי כך שהם מעלים חשש לריקונו של רכיב זה מכל תוכן, אך במקרים אחרים הם מעלים שאלות יסוד ראויות וחשובות היורדות לשורש היחס בין התנגדות למדינת ישראל לשנאת יהודים.

דוגמה לסימנים מהסוג הראשון הן ההתייחסויות החוזרות למבצעי העלאתם של יהודי אתיופיה. יו"ר הוועדה המשותפת הקפיד להזכיר את הרכיב "בשל יהדותם" לכל משתתף בדיון שביקש לאתגר את משמעות רכיבו האחרים של הסעיף, אך כשאחד המשתתפים הצביע פעמיים על העובדה שהחלטה לשלוח כוחות לחלץ את יהודי אתיופיה התקבלה בתגובה למצוקה קשה כללית ששררה באותה עת באותה מדינה ובמדינות סמוכות בשל רעב, מהפכות ורודנות, ולא בתגובה לרדיפה אנטישמית, לא היה אפילו חבר אחד מחברי הוועדה, לרבות היושב בראשה, שהשיב לו תשובה משמעותית.<sup>64</sup> ככל שנסיבותיהם המדויקות של מבצעי החילוץ האלה מעלות שאלות רגישות וקשות באשר למערכת המניעים של כל המעורבים בהם, אפשר להתעלם מהן לחלוטין רק במחיר ריקונו של הרכיב הנוכחי מתוכן.

דוגמה מעשית לשימוש המרוקן את הרכיב הזה מתוכנו כלולה בהחלטת ביניים שהחליט השופט משה דרורי בבית המשפט המחוזי בירושלים בתביעתן של שתי אזרחיות אמריקאיות נגד האחראים לחטיפתן בספינה האיטלקית "אקילה לאורו" בשנת 1985.<sup>65</sup> בהחלטתו להכיר בישראל כמקום שיפוט ראוי לתביעה זו הסתמך השופט דרורי על סעיף 6(א) וקבע כך:

אחיותינו בנות ישראל, התובעות [...], היו נתונות בשביה ביס, ועלינו, מכוח סעיף 6(א) האמור, לגרום לכך שיובטח שלומם,

64 צבי האוזר, פרוטוקול 6, לעיל ה"ש 33, בעמ' 19 ובעמ' 20.

65 תא (י"ם) 2287-00 עזבון צ'סר נ' עבאס (4.11.2018). החלטתו של השופט דרורי נגעה רק לשאלת סמכות השיפוט הטריטוריאלית. ההכרעה בתביעה פסקה שופטת אחרת ב-21.7.2021, ואין בה כל התייחסות לחוק ייסוד: הלאום.

וכלשון התפילה, הן ייצאו מצרה לרווחה, ומאפילה לאורה, ומשעבוד (של השבי) לגאולה.

אין חולק על כך כי התובעות יהודיות וכי הן היו נתונות בשביה במוכנה הפשוט והצר, משום שהוחזקו בעל כורחן על ידי חוטפים חמושים, אך השופט דרורי לא דן כלל בשאלה אם נשבו "בשל יהדותן". כדי לחדר את משמעותה של נקודה זו יש להבהיר כי היא אינה קשורה לשאלה הפרשנית הקשה הנוגעת לפגיעה ביהודים בשל תמיכתם האמיתית או המשוערת במדינת ישראל. שאלה זו תידון בהמשך, אך תחקירים אמניים של פרשת "אקילה לאורו" מראים כי חוטפי ספינת הטילים האיטלקית שנעה בין נמלי הים התיכון איימו לפגוע בנוסעים בשל דרכניהם האמריקאיים והבריטיים, וספק אם ידעו שהתובעות סופי צ'אסר ואנה שניידר היו יהודיות.<sup>66</sup> החוטפים היו חברי החזית לשחרור פלסטין, ודרישותיהם נגעו בעיקר לשחרור כלואים פלסטינים בישראל. ההנחה שהם רצחו את אחד מהחטופים בשל יהדותו הייתה מתבקשת מאליה בנסיבות אחרות, אך לא היה לה בסיס בנסיבותיו המיוחדות של המקרה הזה. קשה להניח שהשופט דרורי נמנע לחלוטין מלהזכיר את הרכיב הנדון כאן ("בשל יהדותו") משום שביקש להתעלם מעובדות אלו, אך אם מהלך הכרעתו מסמך את יישומו העתידי של רכיב זה ספק אם יגביל משמעותית את תחולתו של סעיף 6(א).

שאלה קשה הרבה יותר נוגעת להשלכותיה המדויקות של המילה "בשל" בביטוי "בשל יהדותו". פירושה הראוי מחייב בחינתו של כל שבי בעיניו של השוכה כדי לאתר את הטעם המדויק שהניע אותו. אם, כאמור למעלה, סעיף 6(א) אינו חל רק על שבי במוכנו הצר אלא על מצוקות רבות אחרות, המילה "בשל" מחייבת לבחון כל מצוקה כזאת בעיניו של הגורם לה כדי לזהות את המניע שמאחוריה. אין ספק שיהודים הנאסרים רק בשל פשעים שפשעו או סובלים ממצוקות כלשהן בשל טעמים שאין להם כל קשר ליהדותם אינם נתונים בצרה ובשביה "בשל יהדותם". אין גם ספק שיהודים הנפגעים בשל שנאת יהודים מסורתית נפגעים "בשל יהדותם". אך מה דינן של פגיעות המכוונות נגד יהודים רק משום שהם תומכים במדינת ישראל,

66 ראו לדוגמה מחקר חדש ומקיף על הפרשה, Julie Salamon, *An Innocent Bystander: The Killing of Leon Klinghoffer* (2019). בתקציר אירועים שכתבה מייד לאחר החטיפה תיארה סופי צ'אסר את חוויותיה כך: "אנשים (החוטפים) מדברים. מראים ששונאים אמריקאים. היו להם רובים, אקדחים ורימונים" ("Released Hostage Vows Never to Return to Middle East, AP News," 14.10.1985). גם מחיבור אירוע החטיפה בהכרעתו של בית המשפט המחוזי בירושלים בחביעה, לעיל ה"ש 65, פס' 40-53, עולה כי החטופים הופרדו מנוסעים אחרים בשל אזרחותם האמריקאית בלבד ולא בשל זיקה אישית כלשהי שלהם ליהדות או למדינת ישראל.

או משום שהפוגעים בהם מניחים בטעות שהם תומכים בה? האם גם במקרים האלה הם נפגעים "בשל יהדותם" בלבד? הזיקה בין מדינת ישראל לבין העם היהודי בכללותו נראית פשוטה לרבים במדינת ישראל, וגם לרבים מאויביה, אך היא אינה פשוטה במציאות. יהודים רבים בעולם, אולי רובם, אינם ציונים, ואין להם שום זיקה למדינת ישראל, אך גם הם נפגעים לעיתים מידם של אויבי המדינה, בעיקר מחוגים אסלאמיים קיצוניים. שאלת הקשר בין המניע לפגיעה בהם לבין זהותם העצמית קשה במקרים האלה במיוחד, משום שהיא ניתנת לשני פתרונות הפוכים. מצד אחד, דווקא במקרים האלה (להבדיל מפגיעות אנטישמיות מובהקות) יש זיקה חזקה בין הפגיעה לבין מדינת ישראל עצמה, ויש טעם בדרישה שמדינה זו "תשקוד על הבטחת שלומם" של הנפגעים. מצד אחר יש בחסות שמדינת ישראל פורשת על יהודים שאינם ציוניים סממן בוטה במיוחד של פטרונות וכפייה. כאמור, בפרשת "אקילה לאורו" לא היה קשר בין יהדותם של החטופים לחטיפתם, אך אילו היה קשר כזה הוא היה מונע מרצון לפגוע במדינת ישראל ולא מרצון לפגוע ביהודים. סופי צ'אסר, שעזבונה תבע את האחראים לחטיפה במדינת ישראל לאחר מותה, ורק לאחר שכשלו כל הניסיונות לעשות זאת במקום אחר, הזכירה את המדינה לאחר החטיפה רק במסגרת הבהרה רגוזה שלמרות אהבתה לנסיעות היא לא תחזור לעולם למזרח התיכון. מדינת ישראל, כך נראה, נתפסה בעינייה כגורם שולי באירוע אלים שהתרחש בשכונה רעה רחוקה מביתה ולא כביטוייה הכוחני של הריבונות היהודית בעולם כולו.





## שער שישי: התיישבות יהודית



# סעיף 7: המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה

עשור ויצמן | ברק מדינה

## הקדמה

1. המדיניות הממשלתית והמצב המשפטי עד שנות התשעים
2. השינוי במדיניות הממשלה בשנות התשעים והלכת קעדאן
3. תגובות ביקורתיות להלכת קעדאן
4. תולדות סעיף 7 לחוק הלאום
5. פרשנות סעיף 7 לחוק הלאום והסוגיות המשפטיות שהוא מעורר

סוף דבר

## הקדמה

חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי  
 (להלן: חוק הלאום) נועד, כך לפי דברי ההסבר  
 להצעת החוק, "לעגן בחקיקת יסוד את זהותה של  
 מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי"<sup>1</sup>. עובדת היותה של מדינת ישראל  
 מדינת הלאום של העם היהודי, לצד היותה מדינה דמוקרטית, הייתה מעוגנת בסדר  
 החוקתי הישראלי עוד בטרם חוקק חוק הלאום ביולי 2018. הדבר עולה בבירור  
 ממגילת העצמאות, בין היתר בהכרזה ש"זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות  
 ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית", וקיבל ביטוי מפורש בכמה  
 חוקי יסוד.<sup>2</sup> על אמיתה זו עמד גם בית המשפט העליון בשלל הזדמנויות, בין היתר  
 בקביעה המפורסמת של הנשיא שמעון אגרנט בפרשת ירדור משנת 1965 כי מדובר  
 ב"עובדת יסוד קונסטיטוציונית"<sup>3</sup>. מטרתם של יוזמי חוק הלאום הייתה לחזק את מה  
 שנתפס בעיניהם כביטוי לאופייה של ישראל כמדינה יהודית, ובעניין חלק מהוראות  
 החוק הצהירו חברי כנסת אחדים במפורש כי הדבר ייעשה בדרך של צמצום  
 המחויבות לעקרונות יסוד דמוקרטיים, ובראשם החובה לנהוג בשוויון כלפי כלל  
 האזרחים.<sup>4</sup> לפי גישה זו, חוק הלאום נועד להעניק לרשויות השלטון סמכות לפגוע

1 דברי ההסבר להצעת חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ה"ח 768, עמ' 134 (13.3.2018).

2 סעיף 7א(א)(1) לחוק־יסוד: הכנסת; סעיף 1א לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 2 לחוק־יסוד: חופש העיסוק; וכן ראו חוק השבות, התש"י-1950; סעיף 3ב(ב)(1) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985.

3 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 386-385 (1965).

לא יכול להיות ספק בדבר – וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה – כי לא זו בלבד שישראל היא מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על־ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה "כמדינה יהודית בארץ ישראל", כי האקט של הקמתה נעשה, בראש וראשונה, בתוקף "זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו, באקט זה, משום הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל" [...]. דבר המשכייתה – ואם תמצי לומר: "נצחיותה – של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית", אשר חלילה לה לרשות כלשהי של המדינה [...] להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכיותיה.

4 ראו, למשל, דברי ח"כ בצלאל סמוטריץ' בדיון על סעיף 7 לחוק הלאום, בפרוטוקול ישיבה 17 של הוועדה המשותפת של ועדת הכנסת וועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־20 (להלן: הוועדה המשותפת) (12.7.2018), בעמ' 79: "אני רוצה היום לייצר תוכניות שאומרות שכל יהודי שעובר מתל אביב לגליל מקבל שלוש שנים סיוע בשכר זירה, ליהודים בלבד, כי אני לא רוצה שערבים יבואו לשם, מה לעשות, יש שם כבר מספיק, יש יותר מדי, יש רוב". חשוב לציין בהקשר זה כי חוק הלאום שאושר אינו כולל הוראה שנכללה בהצעת חוק הלאום (לעיל ה"ש 1), ולפיה "כל תושב ישראל, ללא הבדל דת או לאום, זכאי לפעול לשימור תרבותו, מורשתו,

בזכויות אדם, בעיקר בזכות לשוויון, שלא בהתאם לתנאים הקבועים ב"פסקת ההגבלה" (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), סמכות שלא הייתה להם אלמלא נחקק חוק היסוד, וזאת מכוח הדגשת האפיון של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי.

תכלית זו לא הושגה, במידה רבה משום שמרבית ההוראות בחוק הלאום נוסחו בלשון הצהרתית, בלא לקבוע היתר לפגוע בזכות לשוויון או בזכויות חוקתיות אחרות, מעבר למה שהתפרש ממילא בפסיקת בית המשפט העליון כפגיעה מותרת בזכויות על בסיס זהותה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>5</sup> דברי ההסבר לחוק הלאום מבטאים בפירוש עמדה שחוק יסוד זה לא נועד לגבור על המארג החוקתי הקיים, אלא שהוא "יצטרף לחוקי היסוד הקיימים, המעגנים מרכיבים נוספים באופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ברוח העקרונות שבהכרזה על מגילת העצמאות".<sup>6</sup> משום כך, קשה לומר כי קביעתן של ההוראות ההצהרתיות הכלליות בחוק הלאום, המבטאות את היותה של מדינת ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, מסמנת שינוי של המשפט החוקתי הישראלי. לא כך בהכרח באשר להוראות

שפתו וזהותו" (סעיף 7(א) להצעת החוק). על ההוראה הזאת נאמר בדברי ההסבר כי מוצע בה "לראשונה בחקיקה, להעניק זכות לכל תושבי המדינה לפעול לשימור תרבותם, מורשתם, שפתם וזהותם".

5 הוראת פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 8) ובחוק-יסוד: חופש העיסוק (סעיף 4), קובעת ממילא כי מותר לפגוע בזכויות בחוק ש"הולם את ערכיה של מדינת ישראל" "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". הוראה זו מתפרשת על פי האמור בפסקת המטרה של חוקי היסוד האלה (סעיפים 1 ו-2, בהתאמה), שלפיה הם נועדו "לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". כך, למשל, הוכר חוקפו של האיסור על פתיחת בתי עסק בשבתות ובחגי ישראל, שחל לא רק ביום המנוחה עצמו אלא גם בערב שבת, על פי המקובל בהלכה היהודית (רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 1, 5 (2003)); וכך גם הוכרה החוקיות של איסור על מכירת בשר חזיר, בין היתר, על סמך העובדה/הטענה שתכלית האיסור מחייבת עם "התודעה הלאומית של עם ישראל" (בג"ץ 953/01 סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 608-609 (2004)). יש לציין כי זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ניצבה לעיתים גם ביסוד הקביעה שפגיעה בזכויות הפרט אינה כדין (ראו, למשל, בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' כנסת, פסי' 10-11 לפסק דינו של השופט עמית (23.4.2020)).

6 ראו לעיל ה"ש 1. ראו גם את האמור בדברי ההסבר להצעת חוק הלאום, שהונחה על שולחן הכנסת ביום 29.7.2015 ונדונה בכנסת העשרים בהכנה לקריאה הראשונה, כי "מדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית המחויבת לזכויות האדם והאזרח", וכן כי סעיף עקרונות היסוד של חוק הלאום בנוסחו לקראת הקריאה הראשונה "לא נועד אפוא להעניק עדיפות לחוק-יסוד זה מול חוקי-היסוד שעוסקים בזכויות אדם אלא דווקא להבטיח שוויון מעמד לחוק-יסוד זה עם אותם חוקי-יסוד".

הספורות בחוק הלאום שבהן נקבעו הסדרים החורגים, לכל הפחות לכאורה, מגדר הצהרות כלליות. המדובר, בעיקרו של דבר, בשתי הוראות: סעיף 4, בדבר מעמדן של השפה העברית והשפה הערבית; וסעיף 7, שבו עוסק פרק זה, בדבר מעמדה המיוחד של "התיישבות יהודית".

חקיקת סעיף 7 הייתה, במידה רבה, המניע העיקרי ליוזמה לחוקק את חוק הלאום. סעיף זה עוסק באחד ההיבטים שהגדירו את מהותה של התנועה הציונית ואת היסוד החשוב ביותר בפעילותה לפני הקמת המדינה – התיישבות יהודית בארץ ישראל. בה בעת, המעבר ממאבק להקמת מדינה יהודית אל עבר כינונה של מדינה דמוקרטית, שיסוד הכרחי בה הוא היחס השווה לכל האזרחים, הציב אתגר מרכזי לפני המשמעות שיש ליחס ל"התיישבות יהודית" במדינת ישראל. בעניין זה ניכר פער בין המדיניות המוצהרת לבין המדיניות שיושמה בפועל. מצד אחד, ההכרזה על הקמת המדינה מבטאת התנערות מהתפיסה המגזרית שלפיה ההתיישבות היהודית היא ערך לאומי: מייד לאחר הקביעה ש"מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות" מובהר שהמדינה "תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה [...] [ו]תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין", ומובאת קריאה "לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל [...] ליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה ככל מוסדותיה, הזמניים והקבועים". מצד שני, על רקע הצרכים שנבעו מעלייתם של מאות אלפי יהודים, אך גם על יסוד שיקולים אידאולוגיים שונים, מדיניות ההתיישבות שנקטה מדינת ישראל במשך עשרות שנים ביטאה העדפה ניכרת לאינטרסים של אזרחי ישראל היהודים. התוצאה, שביטויי חד לה ניתן, בין היתר, בדוח ועדת החקירה הממלכתית לבירור אירועי אוקטובר 2000 (ועדת אור),<sup>7</sup> היא הפרדה למעשה בין יישובים ליהודים ליישובים לערבים, הפליה במדיניות הפקעת הקרקעות ובהקצאת קרקע לבנייה ושורה של השלכות שליליות שנבעו מכך.

השינוי בעניין זה, לפחות במישור המשפטי-הפורמלי, הגיע כפסק הדין בעניין קעדאן, שניתן במרץ 2000, ובו נקבע כי מדינת ישראל אינה רשאית עוד להקצות קרקע להקמת יישוב שנועד להתיישבות של יהודים בלבד.<sup>8</sup> אף שספק עד כמה משמעותיות היו השלכותיו המעשיות של פסק הדין הזה, הוא עורר תגובות רבות משום שנתפס כהגדרה מחדש של מהות הציונות. הכנסת הגיבה להכרעה זו בשנת

7 דין וחשבון ועדת חקירה ממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000 (2003) (להלן: דוח ועדת אור).

8 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).

2011, בחקיקה של הסדר המתיר לוועדות קבלה של יישובים קהילתיים לסרב לקבל מועמד על יסוד חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, לצד הוראה האוסרת על ועדת הקבלה לסרב לקבל מועמד, בין היתר, מטעמי גזע, דת, מין ולאום.<sup>9</sup> הוראה זו, למרות הקשיים הניכרים שהיא מעוררת, לא הביאה לשינוי מהותי במצב המשפטי הנוהג. קביעת סעיף 7 לחוק הלאום, בכובעה של הכנסת כרשות מכוננת, נועדה להביא לשינוי במצב המשפטי ולהתיר לכנסת ולממשלה להעדיף את קבוצת הרוב היהודי בענייני התיישבות, ללא סייג מפורש בדבר איסור הפליה מטעמי דת ולאום.

על הרקע הזה מתעוררות שתי סוגיות עקרוניות בנוגע לסעיף 7 לחוק הלאום. האחת, אם יש לפרש סעיף זה כמתיר לרשויות השלטון לפגוע בזכות לשוויון שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ובהנחה שהתשובה לשאלה זו חיובית, מה דינה של הסתירה הזאת שבין סעיף 7 לבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שהתפרש בפסיקה. הסוגיה העקרונית השנייה המתעוררת כאן היא אם לנוכח לשונו, סעיף 7 פוגע בכבוד האדם, בשל המסר הפוגעני העלול לנבוע ממנו כלפי הציבור הערבי. שתי הסוגיות האלה עשויות לעורר את השאלה אם סעיף 7 לחוק הלאום הוא מסוג ההוראות שיש להחיל עליהן את הדוקטרינה בדבר "תיקון חוקתי לא חוקתי".

בטרם נפנה לניתוח המשפטי נסקור את התמורות במדיניות הממשלה ובמצב המשפטי בסוגיית פיתוח ההתיישבות היהודית והערבית: המדיניות הממשלתית והמצב המשפטי עד שנות התשעים (פרק א); השינוי במדיניות הממשלה בשנות התשעים והלכת קעדאן (פרק ב); והתגובות להלכת קעדאן (פרק ג). על רקע זה נדון בהיסטוריה החקיקתית של סעיף 7 לחוק הלאום (פרק ד). תשתית זו תוביל לדיון בפרשנות סעיף 7 ובשאלות החוקתיות שהוא מעורר (פרק ה). לב הסוגיה נעוץ בכך שסעיף זה עלול להתפרש כמתיר חריגה מהיבטים יסודיים בזהות החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, על ידי הקצאה בלתי שוויונית של משאבי הקרקע במדינה והמשאבים הנלווים לכך על בסיס השתייכות לאומית.

9 סעיפים 66-67 לפקודת האגודות השיתופיות (להלן: חוק ועדות הקבלה). לצד הסדר זה חוקקה הכנסת הוראה נוספת, אף היא בשנת 2011, בחוק מקרקעי ישראל, התש"ך-1960, המגבילה את האפשרות להקנות זכויות במקרקעין שבבעלות המדינה למי שאינו אזרח או תושב ישראל או יהודי על פי חוק השבות.

1.

## המדיניות הממשלתית והמצב המשפטי עד שנות התשעים

הכרזת העצמאות מבטאת את ההכרה בכך שאין סתירה בין האפיון של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין נאמנות מלאה לחובה להעניק יחס שווה לכל האזרחים. בה בעת, לאורך השנים ננקטה מדיניות שלטונית מפלה, בין היתר, מכוח העובדה שלא כובדה ההתחייבות שנקבעה כאמור בהכרזה על הקמת המדינה, להעניק לציבור הערבי "נציגות מתאימה" בכל מוסדות השלטון. הסדרים רבים שנקבעו בשנים הראשונות לאחר הקמת המדינה כללו יחס לא שוויוני כלפי הציבור הערבי, וביטאו בכך מסר שהאזרחים הערבים אינם שווים לאזרחים היהודים.

ההפליה באה לידי ביטוי בתחומים רבים של הקצאת המשאבים הציבוריים, כגון חינוך, בריאות, דיור, תעסוקה ותרכות.<sup>10</sup> בהקשר הנדון כאן, שנים רבות ראתה עצמה ממשלת ישראל מופקדת על קידום כמעט בלעדי של האינטרסים ההתיישבותיים של הציבור היהודי במדינת ישראל, ועל יצירת רוב יהודי באזורים השונים של המדינה.<sup>11</sup> אי-השוויון ניכר במיוחד בכך שהמדינה לא הקצתה כמעט בכלל קרקעות שבבעלותה או שבבעלות הקרן הקיימת לישראל להקמה של יישובים חדשים שנועדו לציבור הערבי, או להרחבה של יישובים קיימים שבהם מתגוררים אזרחים ערבים.<sup>12</sup> למעשה, מתוקף העובדה שמכוח חוק מינהל מקרקעי ישראל ניהול קרקעות המדינה נעשה במשותף עם ניהול קרקעות הקרן הקיימת לישראל, נוצרה בתחום המדיניות הקרקעית של ישראל זהות בין האינטרס הציבורי לבין האינטרסים של העם היהודי. הקושי שבמדיניות זו הוחמר לנוכח העובדה שחלק לא מבוטל מקרקעות המדינה הוא שטח שהופקע מאזרחים ערבים לשם הקמת יישובים יהודיים,

10 להרחבה בעניין זה ולדיון ביקורתי בנושאים אחרים הנדונים בפרק זה, ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 342-375 (2016).

11 ראו, למשל, דפנה ברק-ארז "דונם פה ודונם שם: מינהל מקרקעי ישראל בצבת האינטרסים" עיוני משפט כא 613 (1998); אורן יפתחאל "אתנוקרטיה", גיאוגרפיה ודמוקרטיה: הערות על הפוליטיקה של ייחוד הארץ" אלפיים 19, 78 (2000); גרשון גונטובניק הפרדה בדירור וקבוצות תרבותיות: בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות 209-213 (2014); ראו גם את קביעת בית המשפט בעת האחרונה בדבר הפגיעה המובהקת בשוויון של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017 (בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסי' 48-56, 74, 79-78, 106-110 לפסק דינה של הנשיאה חיות (9.6.2020)).

12 ראו הרשות לפיתוח כלכלי של המגזר הערבי, הדרוזי והצ'רקסי במשרד ראש הממשלה הצעת הרשות לפיתוח כלכלי של מגזר המיעוטים במשרד ראש הממשלה לפתרון סוגיית התכנון והדיור במגזר הערבי - מוגש לצוות המשנה בנושא דיור בוועדה לשינוי כלכלי חברתי בראשון פרופ' מנאל טרכטנברג 2 (ספטמבר 2011): "מאז קום המדינה הוקמו כ-700 יישובים יהודיים ולעומת זאת לא הוקם - מלבד היישובים הבדואים בנגב - אף יישוב ערבי חדש על אף שהאוכלוסייה הערבית גדלה בשיעור דומה לזה של האוכלוסייה היהודית".



או הועבר אליה מכוח חוק נכסי נפקדים וחוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים).<sup>13</sup> יתר על כן, לא ננקטו צעדים שוויוניים לקביעת תוכניות מתאר שיאפשרו פיתוח מסודר של היישובים הערביים. פירוט נרחב בעניינים האלה ניתן למצוא למשל בדוח ועדת אור, שסיכם את הדברים במילים נוקבות:

אזרחי המדינה הערבים חיים במציאות שבה הם מופלים לרעה כערבים. חוסר השוויון תועד במספר רב של סקרים ומחקרים מקצועיים, הוא אושר בפסקי דין ובהחלטות הממשלה וכן מצא את ביטויו בדו"חות מבקר המדינה ובמסמכים רשמיים אחרים. אף שרמת המודעות להפליה זו בקרב הרוב היהודי היא לעתים קרובות נמוכה למדי, בתחושותיהם ובעמדותיהם של האזרחים הערבים היא תופשת מקום מרכזי.<sup>14</sup>

מקרה שהפך לסמל של מדיניות הפקעת הקרקעות של הציבור הערבי הוא פרשת הכפרים איקרית ובירעם הסמוכים לגבול הלבנון. הכפר איקרית נכבש ב־31 באוקטובר 1948, וזמן קצר לאחר מכן דרש צה"ל מתושבי הכפר להתפנות עד שמצב הביטחון יאפשר להם לשוב. בפועל, מעולם לא הותר להם לחזור לכפר ועניינם של התושבים נדון למעלה מחמישים שנה בערכאות, ללא הצלחה.<sup>15</sup> מקרה אחר שהפך סמל הוא מה שנודע לאחר מכן כ"יום האדמה", הפגנות של אזרחי ישראל הערבים ב־30 במרץ 1976, במחאה על החלטת ממשלת רבין הראשונה להפקיע קרקעות לשם הרחבת היישוב כרמיאל, הפגנות שבהן נהרגו מירי כוחות הביטחון שישה אזרחים ערבים.

תחום נוסף שבו בוטא אי־השוויון והוא מרכזי לענייננו הוא ההפרדה במגורים בין יהודים לערבים. ככל שמדובר בערים, לא הונהגה במדינת ישראל מדיניות שלטונית שאסרה על מגורי ערבים בערים שמרבית תושביהן יהודים. לעומת זאת, במאות היישובים הכפריים והקהילתיים שהמדינה הקצתה להם קרקעות לשם הקמתם נהגה כעניין שבשגרה מדיניות של הדרת הציבור הערבי. במקרים רבים נעשה הדבר באמצעות העברת קרקעות המדינה לידי הקרן הקיימת לישראל או לידי הסוכנות היהודית, האמונות על קידום אינטרסים של הציבור היהודי. במקרים אחרים

13 ראו גם עניין עיריית סלואד, לעיל ה"ש 11, פס' 72-73 לפסק דינה של הנשיאה חיות, וההפניות שם.

14 דוח ועדת אור, לעיל ה"ש 7, פרק א, פס' 19. לפירוט ההיבטים השונים של ההפליה ואי־השוויון, כגון בתחום הקצאת הקרקעות, ראו למשל שם, פס' 26-58.

15 ראו בעניין זה את הצו שניתן בבג"ץ 64/51 דאוד נ' שר הבטחון, פ"ד ה 1117 (1951), שהורה לממשלת ישראל להחיר לתושבים לחזור לכפריהם, צו שלא קוים הלכה למעשה.

הדבר נעשה ישירות על ידי גורמים ממשלתיים, שאפשרו ליהודים בלבד להתיישב ביישובים האלה, לעיתים ללא תשלום תמורת הקצאת הקרקע ולעיתים בתשלום מופחת. בצד מדיניותם של הגורמים הממשלתיים, תרמה למציאות זו גם פעילותן של ועדות קבלה (ועדות סינון) של האגודות השיתופיות ושל היישובים הקהילתיים. תפיסה זו הייתה המשך ישיר של המדיניות שנהגה לפני קום המדינה, שבה מילאה ההתיישבות היהודית רכיב מכריע במערך האינטרסים הלאומיים של היישוב היהודי בארץ ישראל. המעבר מקהילת מיעוט למדינה לא הביא לשינוי מידי בתפיסה זו של הציבור היהודי בישראל. מפעל ההתיישבות המשיך להיות חלק משמעותי במערך ההגנה המרחבית של המדינה, ועל כן נקטו ממשלות ישראל במשך עשרות שנים מדיניות שתבטיח רוב יהודי באזורים רבים בארץ (כגון החלטת הממשלה בשנת 1979 על תוכנית "ייהוד הגליל").

בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה לא הופעל לחץ ממשי מצד הציבור הערבי נגד מדיניות ההדרה, ועיקר המאבק הוקדש לקידום השוויון בהקצאת הקרקעות ובתקצוב הציבורי.<sup>16</sup> משום כך, בית המשפט כמעט שלא נדרש לבחינת חוקיותה של מדיניות זו. חריג לכך נמצא בפרשת בורקאן משנת 1978, שעסקה ביישוב מחדש של הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים לאחר שהרובע נחרב בעקבות הכיבוש הירדני. במקרה הזה נדונה מדיניות ממשלתית של החכרת דירות למגורים ברובע היהודי רק למי שהוא אזרח ישראל שהוא תושב בה ושירת בצה"ל (או קיבל פטור משירות בצה"ל), או עולה חדש שהוא תושב ישראל; כלומר, כמעט אך ורק ליהודים. בית המשפט אישר את חוקיות מדיניות ההחכרה הזאת, אך נימק זאת בעיקר בנסיבות המיוחדות של העיר העתיקה בירושלים, המחולקת מבחינה היסטורית לרבעים של העדות הדתיות השונות, ובצורך ב"החזרת עטרת הישוב היהודי בעיר העתיקה ליושנה".<sup>17</sup>

תומכי חקיקת סעיף 7 לחוק הלאום ראו בפסק הדין בפרשת בורקאן הוכחה לעמדה שבתקופה שקדמה לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בשנת 1992, הכיר בית המשפט העליון בחוקיות של העדפת יהודים במדיניות ההתיישבות.<sup>18</sup> אולם

16 ראו, ברוח זו, חסן ג'בארין "ישראליות' הצופה פני עתיד' של הערבים לפי זמן יהודי- ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני" משפט וממשל 53 (2001). ראו גם יופי חירוש "על קציר וליטבון כמקומות לימנליים במאבקים למימוש עצמי ולשוויון" המשפט 105 (2003).

17 בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800 (1978) (השופט חיים כהן).

18 ראו, למשל, חוות הדעת שהוגשה לוועדה המשותפת לקראת הקריאה הראשונה של חוק הלאום בכנסת ה-20: אביעד בקשי חוק-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי - הצורך המשפטי 17-18 (2013); וכן פרוטוקול ישיבה 8 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 30 (28.11.2017).

הנימוקים הייחודיים שעליהם התבסס פסק הדין מקשים מאוד על קבלת טענה זו.<sup>19</sup> בית המשפט ציין שם כי "מדובר על מערכת עובדות מיוחדת במינה", והבהיר מפורשות כי "הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, מוצא, דת, השקפה או מעמד חברתי הוא עקרון יסודי חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן".<sup>20</sup> לאמיתו של דבר, בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה לא נדרש בית המשפט העליון להיעדר השוויון ביחסו של השלטון לצורכי ההתיישבות של האזרחים היהודים לעומת צורכי ההתיישבות של האזרחים הערבים. אין בפסיקה שקדמה לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הכשר לנקוט מדיניות מפלה, אם כי לא ניתנו גם הכרעות שחיבו את הממשלה לנקוט מדיניות שוויונית בתחום הקצאת הקרקעות וההתיישבות.

משנות התשעים של המאה העשרים ניכר שינוי במדיניות הממשלה ובגישה הנוהגת בפסיקה. ממשלת רבין השנייה נקטה מגוון צעדים לתיקון אי-השוויון בהקצאת תקציבים לציבור הערבי, ואף נקטה מדיניות של העדפה מתקנת. לכך נוספה

החקיקה של חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, שהרחיבה במידה ניכרת את האיסור על גורמים פרטיים להפלות בהספקת מוצרים ושירותים, בין היתר על בסיס השתייכות לאומית-אתנית. כמו כן, עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עוגנה בפסיקה התפיסה שאופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינו מתיר להעדיף אינטרסים של אזרחים יהודים, והחל להיאכף האיסור להפלות אזרחים ערבים בהקצאת משאבים ציבוריים.<sup>21</sup> גישה זו הוחלה גם באמצעות החלת האיסור על החלת מדיניות שהיא ניטרלית לכאורה אך תוצאתה מפלה את הציבור הערבי, למשל לעניין

2.

## השינוי במדיניות הממשלה בשנות התשעים והלכת קעדאן

19 לטענה דומה ראו גונטובניק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 213-216.

20 עניין בורקאן, לעיל ה"ש 17, עמ' 806-807 (השופט מאיר שמגר).

21 ראו, למשל, בג"ץ 1113/99 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164 (2000), בעניין תקציב שירותי הדת; בג"ץ 727/00 ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נו(2) 79 (2001), בעניין החובה להחיל את חכנית שיקום השכונות גם במגזר הערבי; בג"ץ 6488/02 הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל נ' ועדת המנכ"לים לטיפול נקודתי ביישובים (2004), בעניין תוכניות סיוע ליישובים מסוימים.

הסדר שתוצאתו הייתה שכמעט אך ורק יישובים שתושביהם יהודים הוכרו יישובי עדיפות לאומית, הזכאים לסיוע מן המדינה.<sup>22</sup>

לצד זאת, משנות התשעים של המאה העשרים חל שינוי בעמדתם של רבים מבני הציבור הערבי למדיניות ההדרה. עם העמקת הפערים החברתיים-כלכליים בין היישובים הערביים ליישובים היהודיים, בצד התחזקותו של מעמד ביניים בציבור הערבי, שרבים מן הנמנים עימו השתלבו בעבודה במסגרות משותפות ליהודים ולערבים, נוצר ביקוש בקרב אזרחים ערבים להתגורר ביישובים שתושביהם יהודים ולהשתלב במסגרות החינוך הממלכתיות הכלליות. בערים באה מגמה זו לידי ביטוי ביציאה מן השכונות שבהן התגוררו באופן מסורתי תושבים ערבים לעבר שכונות אחרות, ובמעבר לערים שבעבר התיישבו בהן כמעט אך ורק יהודים. אומנם ביחס לערים לא ננקטה מדיניות שלטונית מובהקת למניעת המהלך הזה, אולם בכלל הקשור לקליטת תושבים ערבים ביישובים קהילתיים וכפריים דבקה הממשלה במדיניות שנהגה לאורך השנים. התפיסה המנחה הייתה שעידוד התיישבות יהודית באזורי ספר, אחד הדגלים העיקריים של התנועה הציונית, ממשיך להיות מטרה ראויה של מדינת ישראל.

את העתירה הראשונה בנושא זה, עניין קעדאן, הגישה משפחה ערבית שביקשה לרכוש בית ביישוב הקהילתי קציר. הקרקע להקמת היישוב הוקצתה על ידי המדינה לסוכנות היהודית, וזו הקצתה קרקעות ביישוב לחבריה של אגודה שיתופית שסירבה לקבל לשורותיה ערבים. העתירה הוכרעה בשנת 2000, ונקבע בה, בדעת רוב, כי אין למנוע מאדם להתגורר ביישוב רק בשל היותו ערבי.

בפסק הדין בעניין קעדאן נקבעו שתי הלכות עיקריות. הלכה אחת היא שהזווה החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינה מצדיקה מדיניות מפלה בהקצאת קרקעות ובהקמת יישובים. באי כוח המדינה טענו שם כי הממשלה הקצתה את הקרקע להקמת היישוב לסוכנות היהודית, ואין מניעה שהסוכנות תפעל על פי מטרותיה שלה, שעיקרן קידום אינטרסים של הציבור היהודי. בית המשפט קבע כי אם המדינה אינה רשאית להפלות, היא אינה רשאית להשיג את התוצאה הזאת באמצעות העברת הקרקע לגוף אחר, שיפלה במקומה.<sup>23</sup> לגופו של עניין

22 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1 (2006); ראו גם בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (22.5.2012).

23 בית המשפט חזר על עמדה זו, למשל, בבג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל, פס' ס-סא לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (5.9.2017), בכל הנוגע לפעילותה של החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית. ראו גם בג"ץ 6411/16 הועד הארצי

נפסק כי מכוח עקרון השוויון, "טיפול שונה" אסור על בסיס לאום. הנשיא ברק  
הבהיר כי –

מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אין  
מתבקש כלל כי המדינה תנהג בהפליה בין אזרחיה. יהודים ולא-  
יהודים הם אזרחים שווי זכויות וחובות במדינת ישראל. [...] לא  
זו אף זו: לא רק שערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם  
דורשים הפליה על בסיס דת ולאום במדינה, אלא שערכים אלה  
עצמם אוסרים הפליה ומחייבים שוויון בין הדתות והלאומים.<sup>24</sup>

הנשיא ברק הוסיף וקבע, דברים שמרבים לצטט, בעניין השינוי ההכרחי של המדיניות  
שנהגה בעבר, לפני הקמת המדינה: "אכן, 'העם היהודי הקים את המדינה היהודית'  
[...] אך משהוקמה המדינה, הרי היא נוהגת שוויון בין אזרחיה. [...] אמת, מפתח  
מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ראו חוק השבות), אך משמצוי אדם  
בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים".<sup>25</sup> כאמור,  
עמדה זו מבטאת, הלכה למעשה, את האמור במגילת העצמאות. הנשיא ברק הכיר  
במשתמע בכך שאף אם אין בהלכה זו חידוש משפטי, ההצהרה עליה בפסק הדין  
מחייבת שינוי במדיניות הממשלה, ולפיכך שב והדגיש כי ההכרעה "צופה פני עתיד"  
בלבר, ואין עניינה תיקון מדיניות מפלה שננקטה בעבר.<sup>26</sup>

ההלכה השנייה שנקבעה בפרשת קעדאן עסקה בטענה מצומצמת יותר להצדקת  
המדיניות הנדונה, ולפיה יש להכיר בכך שלקבוצת אזרחים יש זכות, או לכל  
הפחות אינטרס מוגן, להקים לעצמה יישוב הומוגני מבחינה לאומית-תרבותית.  
הטענה הייתה שמינהל מקרקעי ישראל מוכן להקצות קרקע להקמת יישוב שנועד  
להתיישבות של ערבים, ולפיכך הקמה של יישובים נפרדים אינה פוגעת בשוויון בין  
הקהילות, שהרי זו מדיניות של "נפרד אך שווה". בית המשפט היה יכול להסתפק  
בדחיית הטענה הזאת במישור העובדתי: המדיניות השלטונית שננקטה מהקמת  
המדינה לאורך עשרות השנים, ביטאה, כאמור לעיל, העדפה מוחלטת של יהודים  
בהקצאת קרקעות ובהקמת יישובים שנועדו להתיישבות יהודים בלבד. לפיכך, אף  
אם מדיניות מן הסוג של "נפרד אך שווה" מותרת, די היה בכך שההפרדה אינה

לראשי הרשויות המקומיות הערביות נ' כנסת ישראל, פס' 5-8 לפסק דינו של השופט סולברג  
(19.6.2018); רע"א 10011/17 מ-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (19.8.2019).

24 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 281.

25 שם, בעמ' 282.

26 שם, בעמ' 285-286.

מלווה בשוויון כדי לשלול את חוקיותה.<sup>27</sup> אולם, וזה חידוש חשוב של הלכת קעדאן, בית המשפט המשיך וקבע כי אפילו הייתה המדיניות הקרקעית של מדינת ישראל שוויונית, ובפועל היו מוקמים גם יישובים שנועדו להתיישבות ערבים שהיו זוכים להקצאה שוויונית של קרקעות ותקציבים, לא היה בכך כדי להצדיק את המדיניות הנדונה. הנשיא ברק התבסס על פסק הדין פורץ הדרך של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Brown* משנת 1954, שבו נשלל תוקפה של מדיניות ההפרדה על בסיס גזעי בין שחורים ללבנים בארצות הברית בתחום החינוך הציבורי, מדיניות שנודעה מאז בכינוי "נפרד אך שווה" (*separate but equal*). בית המשפט העליון האמריקאי קבע שם כי מדיניות זו מעצם טבעה היא בלתי שווה.<sup>28</sup> הנשיא ברק אימץ תפיסה זו וקבע כי הציבור היהודי אינו רשאי להדיר אזרחים ערבים משכונות מגורים בהטעימו כי "הפרדה משדרת עלבון כלפי קבוצת מיעוט המוצאת מן הכלל, מחדדת את השוני בינה לבין האחרים, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית".<sup>29</sup>

אומנם בפרשת קעדאן לא נשללה האפשרות שקהילות יהיו רשאיות להקים לעצמן יישוב משלהן, אך נקבע, בלי לטעת מסמרות, שאפשרות זו פתוחה רק לקהילת מיעוט שיכולה להיחשב "קבוצה ייחודית". סוגיה זו לא הוכרעה שם משום שהיישוב הקהילתי קציר היה "פתוח לכל יהודי באשר הוא", ולפיכך "תושבי היישוב אינם מהווים 'קבוצה ייחודית'", מלבד הקריטריון של היותם יהודים, שהוא קריטריון מפלה שאין להתבסס עליו.<sup>30</sup> מדברים אלו משתמעת המסקנה שאם מדובר ב"קבוצה ייחודית" עשויה להיות הצדקה להקמת יישוב או שכונה שבהם יתגוררו רק בני הקבוצה.

27 שם, עמ' 280: "נמצא, כי מדיניות המינהל כיום מעניקה לערבים בפועל טיפול נפרד ולא שווה".

28 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

29 עניין קעדאן, לעיל ה"ש 8, עמ' 279.

30 שם, עמ' 280: "אין כל מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות ביתם ביישוב הקהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, המצדיקים הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד".

### תגובות ביקורתיות להלכת קעדאן

מניע מרכזי לחקיקת סעיף 7 לחוק הלאום היה הרצון ליצור נורמה חוקתית שתגבור על הלכת קעדאן.<sup>31</sup> הדבר נעשה בתגובה לתגובות ביקורתיות לא מעטות, שהתמקדו הן במישור הציבורי הן במישור הפרטי של פסק הדין. הביקורת במישור הציבורי עסקה בקביעת בית המשפט שהממשלה אינה רשאית להפעיל סמכויות שלטוניות לשם קידום אינטרסים התיישבותיים של הציבור היהודי.<sup>32</sup> במסגרת זו נטען, בין היתר, כי עידוד יישובם של יהודים בכל חלקי הארץ הוא תכלית לאומית ראויה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, וכי נטרול האיום שביצירת רצף טריטוריאלי של יישובים ערבים הוא יעד לגיטימי של רשויות המדינה.<sup>33</sup> לכך נלוו גם תגובות לקביעת פסק הדין במישור הפרטי, שעניינן האינטרס של אזרחים יהודים לחיות בקהילה הומוגנית. לשיטת המבקרים ההכרעה במישור זה חותרת תחת אחת התכליות החשובות של הקמת מדינה יהודית, שעניינה מימוש הזכות לתרבות של העם היהודי.<sup>34</sup> בהקשר הזה נטען כי "את חובת אי־ההפליה נכון לממש [...], כשמדובר ביישובים קטנים, באמצעות העיקרון 'נפרד אבל שווה', שהוא העיקרון המועדף ממילא גם על רוב הערבים".<sup>35</sup> כפי שפירט אחד מאיתנו במקום אחר, אנו סבורים שביקורות אלו שגויות, והלכת קעדאן מבטאת היטב את הזהות החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>36</sup>

31 ראו, למשל, דברי ח"כ בצלאל סמוטריץ' בפרוטוקול 17, לעיל ה"ש 4, בעמ' 80: "אני שם את זה על השולחן – הוא נועד להפוך את פסק דין קעדאן". ראו גם פרוטוקול ישיבה 8 של הוועדה המשותפת, לעיל ה"ש 18, בעמ' 12, 18, 20, 24–26; פרוטוקול ישיבה 15 מישיבת הוועדה המשותפת, עמ' 38 (10.7.2018).

32 בית המשפט ציין כי מטרת מסוג זה מעוררות "בעיות כלליות קשות וסבוכות" (עניין קעדאן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 278).

33 ראו, למשל, רות גביזון "ציונות בישראל? – בעקבות בג"ץ קעדאן" משפט וממשל ו 25, 76 (2002). ראו גם אליאב שוחטמן "חוקיותה וחוקתיותה של התיישבות יהודית בארץ ישראל" משפט וממשל ו 109 (2001); ג'ראלד שטיינברג "ענייני עירך קודמים: הגשת על בג"ץ קעדאן-קציר" כיוונים חדשים 4, 31 (2001); שמעון שטריח "הפסיקה בפרשת בג"ץ קעדאן לא היתה מחויבת המציאות" קרקע 56, 27, 44–47 (2003).

34 גביזון, שם, עמ' 43.

35 שם, בעמ' 76. ראו גם יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית: האומנם רק זכותו של המיעוט" משפט וממשל ו 87, 92–94 (2001); שטיינברג, לעיל ה"ש 33; שטריח, לעיל ה"ש 33.

36 מדינה, לעיל ה"ש 10, עמ' 366–368.

בטרם חקיקת חוק הלאום הגיבה הכנסת לפסק דין קעדאן כשחוקקה בשנת 2011 את חוק ועדות הקבלה. חוק זה נועד להעלות את קרנו של האינטרס של קבוצת אזרחים לווסת את סוג האנשים המצטרפים לקהילה קיימת, וכאמור בדברי ההסבר לחוק, החוק "מבקש לאזן בין הזכות למימוש עצמי בקהילה לבין הזכויות לכבוד ולשוויון".<sup>37</sup> הוראות חוק ועדות הקבלה מתיישבות עם הדין הכללי, שלפיו האיסור על הדרה מטעמי לאום חל גם על גורמים פרטיים, ובכלל זה הפסיקה הענפה שבה הוחלה ביקורת שיפוטית על הכרעותיהן של ועדות קבלה עוד קודם לחקיקת החוק.<sup>38</sup> כך, החוק אומנם מתיר ליישובים קהילתיים קטנים מסוימים לטרב לקבל מועמד בשל "חוסר התאמה למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי", אך נקבע שם מפורשות כי "ועדת הקבלה לא תטרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית". בפרשת סבח משנת 2014 דחה בית המשפט, ברוב של חמישה שופטים מול ארבעה, עתירה להכריז על בטלות החוק. כל תשעת השופטים הסכימו שהחוק הנדון אוסר לא רק הפליה ישירה, האסורה כאמור מפורשות, אלא גם תוצאה מפלה. המחלוקת בין השופטים עסקה רק בשאלה אם ראוי להכריע בתוקפו של ההסדר שנקבע בחוק מייד לאחר חקיקתו, על בסיס הסיכון שאופן יישום ההסדר שנקבע יגרום תוצאה מפלה ובשל המסר הפוגעני העלול לנבוע מן החוק, כפי שסברה עמדת המיעוט, או שמא יש לדחות את בירור החוקיות של החוק מכוח דוקטרינת ה"בטלות", עד שייצבר ניסיון בהפעלת החוק ויתברר אם אומנם יש יסוד לחשש שההסדר הקבוע בו יוביל להפליה סמויה של אזרחים ערבים, כפי שקבעה עמדת הרוב.<sup>39</sup>

כאמור, חוק ועדות הקבלה אוסר על יישובים לקבוע מדיניות קבלה שנועדה להפלות על בסיס לאומי-אתני. על פי הלכת קעדאן, ה"מרקם החברתי-תרבותי" של היישוב או "המאפיינים הייחודיים" שלו, המוזכרים בחוק ועדות הקבלה, אינם יכולים לכלול היבטים מפלים. יישוב קהילתי מסוים יכול על כן להיות מאופיין במרקם חברתי-

37 דברי ההסבר להצעת החוק לחיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8) (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים), התש"ע-2010, ה"ח 341, עמ' 222 (12.7.2010).

38 בפסיקה זו נקבע במפורש האיסור להפלות, ובחוק כך הקביעה שגם תוצאה מפלה עלולה להיחשב פגיעה בזכות לשוויון. ראו, למשל, ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר, כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד (2) 277, 291-295 (2005); בג"ץ 8036/07 אבריק-זבידאט נ' מינהל מקרקעי ישראל (2011). לסקירת הפסיקה בנושא ראו גונטובניק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 360-386; עדיאל זימון "חוק לחיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011" חוקים בקצרה 7, 1 (2015).

39 בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת (17.9.2014).



תרבותי יהודי, למשל, להיות מזוהה עם ערכי הציונות, עם התפיסה הדתית-לאומית או עם תפיסה יהודית חרדית, אך אין בכך כדי להצדיק סירוב לאפשר לאדם להתגורר ביישוב רק משום שהוא אינו יהודי. יתר על כן, העובדה שמועמד אינו מזדהה עם התפיסה התרבותית או הפוליטית של היישוב אינה מספיקה כדי להצדיק את דחייתו, משום שהפעלת סמכותה של הוועדה כפופה לדרישת המידתיות שבפסקת ההגבלה.<sup>40</sup> רק בנסיבות חריגות במיוחד, שספק אם יכולות להתקיים, שבהן הטלת איסור על אדם להתגורר ביישוב היא הדרך היחידה האפשרית לשימור, ולו חלקי, של האופי הייחודי של המקום, עשויה הוועדה להיות רשאית לנהוג כך. הבחנה זו מוליכה להיבט נוסף של הביקורת על הלכת קעדאן, והוא ההכרה בזכותן של קבוצות מיעוט להגן על תרבותן בדרך של יצירת מסגרות מגוריים נפרדות. נראה שיש להבדיל בעניין זה בין שני מצבים.<sup>41</sup> האחד, המעורר קושי לא מבוטל, הוא כאשר היוזמה להקמת היישוב הנפרד לבני קבוצת המיעוט היא של המדינה ואינה משקפת את עמדתה של קבוצת המיעוט עצמה. מקרה מסוג זה התעורר ביחס לאזרחים הברואים המתגוררים ביישובים לא מוכרים בנגב. מדיניות הממשלה היא לעודד את האזרחים האלה, ובמקרים אחדים אף לכפות עליהם, לעבור להתגורר בעיירות שבהן יהיה אפשר לקיים תשתיות ולהציע שירותי חינוך, בריאות ורווחה. הממשלה העדיפה להקים עיירות שיועדו לתושבים האלה בלבד, משיקולים שרק חלקם קשורים בטובת האזרחים הברואים ובתרבות הייחודית שלהם. משום שהקרקעות בעיירות האלה הוקצו במחיר מוזל, ביקשו גם אזרחים יהודים לרכוש אותן, אך המדינה סירבה לאפשר זאת. בפרשת אביטן משנת 1989 קבע בית המשפט שאין פגם במדיניות זו.<sup>42</sup> התפיסה שהשתרשה – ומצאה ביטוי גם בדיונים שקדמו לחקיקת סעיף 7 לחוק הלאום<sup>43</sup> – היא שהלכת אביטן מלמדת שהמדינה רשאית להקים יישוב המיועד אך ורק לציבור הערבי. אך תפיסה זו שגויה. הלכת אביטן הכירה בכוחה של הממשלה להעניק הטבה כספית בדרך של הקצאת קרקע במחיר מוזל לברואים בלבד בשל מצבם הכלכלי הקשה ובשל האינטרס הציבורי בעידודם לעבור להתגורר ביישובי קבע. אולם אין ללמוד ממנה הצדקה כללית להקים יישוב שנועד להתיישבות ערבים בלבד, ובוודאי שאין מקום להצדיק זאת בנסיבות שהיו בפרשה שנדונה שם,<sup>44</sup> שבהן

40 ראו לעיל ה"ש 5.

41 ראו אמנון רובינשטיין שבטי מדינת ישראל: ביחד ולחוד – ליברליזם ורב-תרבותיות בישראל פרק עשירי (2017).

42 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297, 303 (1989).

43 ראו, למשל, פרוטוקול 8, לעיל ה"ש 18, בעמ' 29.

44 עניין אביטן, לעיל ה"ש 42, בעמ' 303-305.

את ההחלטה על הקמת היישוב החליטה הממשלה מבלי להיוועץ בציבור הבדואי ובודאי בלא למסור לו את סמכות ההכרעה בעניין.

במקרים מסוג אחר, והם הנפוצים יותר, קבוצה מבקשת מיוזמתה לקיים שכונת מגורים או יישוב קהילתי נפרד. סוגיה זו מתעוררת לעיתים תכופות ביחס לקבוצות מקרב הציבור היהודי, בעיקר הציבור הדתי-לאומי והציבור החרדי, המבקשות להקים יישוב בעל צביון ציבורי-מקומי דתי-לאומי. לעיתים השאיפה היא להיבדל מהציבור החילוני, אך במקרים אחרים, בעיקר אם מדובר בהקמת שכונות בערים שמתגוררים בהן יהודים וערבים, תכלית נוספת היא להיבדל מהציבור הערבי. לעיתים עומדת ביסוד הבקשה גם הפליה בהענקת הטבות: הממשלה או הזים הפרטי מבקשים להעניק הטבה כספית לציבור אחד בלבד, מטעמים של צדק חלוקתי, משיקולים פוליטיים או משיקולים עסקיים, והדרך לכך היא הקביעה שהשכונה מיועדת למגורים של בני הקבוצה האמורה בלבד. בפסיקה הוחלה אומנם לא אחת ביקורת שיפוטית על הענקת הטבות מפלה מטעם השלטון, בעיקר לציבור החרדי, אך אגב כך בוטאה בפירוש הכרה בחוקיות של עצם ההקמה של שכונות נפרדות לציבור החרדי.<sup>45</sup> במקרה אחד אף חייב בית המשפט המחוזי את המדינה להגביל את ההשתתפות במכרז לרכישת מגרשים לדיור בשכונה מסוימת בחיפה, שרוב תושביה דתיים, ל"אוכלוסייה בעלת צביון דתי בלבד".<sup>46</sup>

מכל מקום, התחולה של ההיתר להקים מסגרות מגורים נפרדות מוגבלת, כאמור, לנסיבות שבהן מדובר בקבוצת מיעוט ייחודית, להבדיל מהציבור היהודי בכללו.

45 למשל, בג"ץ 1/98 כבל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נג(2) 241, 256 (1999) (השופט חשין): "החרדים ראוים וזכאים, אם אך יחפצו בכך, כי נעשה כמיטבנו להקצאת מקומות דיור ייחודיים להם, כדי לאפשר להם להוסיף ולקיים אורחות-חייהם"; בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 507 (2000) (השופט ביניש):

הקצאת קרקע לבניית יישוב נפרד לאוכלוסייה החרדית כדי לאפשר לה לקיים ולשמר את אורחות חייה היא מותרת, וכשלעצמה אין בה פסול. [...] ההכרה באפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסייה בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צורכיהן ושאיפותיהן, משתלבת בתפיסה המכירה בזכותן של הקהילות מיעוט המעוניינות בכך, לשמר את ייחודיותן; זוהי תפיסה המייצגת גישה הרווחת כיום [...]. ולפיה זכאי גם היחיד [...] לממש את השתייכותו לקהילה ולתרבותה המיוחדת כחלק מזכותו לאוטונומיה האישית שלו.

וכן, בג"ץ 5023/91 פורז נ' שכר השיכון והבינוי, פ"ד מו(2) 793 (1992): ע"מ 7561/01 פינץ' נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד נז(3) 611 (2003).

46 ה"פ (חי') 102/99 שכונה שיתופית של הפועל המזרחי בעמק זבולון קרית שמואל בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"מ תשנ"ח(3) 193 (1999).

הדבר נובע משילוב של שני גורמים: האחד הוא העובדה שהזכות לתרבות של הציבור היהודי כבר באה לידי מימוש ניכר במרחב הציבורי הארצי, בהיקף חריג לעומת המקובל בדמוקרטיה ליברליות אחרות. לכך נוספת העובדה שבמציאות הקיימת, על רקע המדיניות השלטונית שננקטה בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה, כבר קיימים מאות יישובים קהילתיים וכפריים שכל התושבים בהם יהודים. היעדר ההכרה בציבור היהודי בכללו כ"קבוצה ייחודית" לא צפוי לגרום לאובדן הרוב המכריע של היהודים ביישובים האלה, וממילא לא צפוי להוביל לשינוי ממשי בצביון הציבורי שלהם. בכוחו של הרוב ביישוב או בשכונה לקבוע את כללי ההתנהגות במרחב הציבורי, את אופייה של מערכת החינוך, את השימוש במשאבים הציבוריים ועוד. די בכך כדי להבטיח מידת מימוש רבה של הזכות לתרבות של הרוב היהודי, בלא כל צורך בהדרה של אנשים רק מחמת היותם ערבים. לכך נוסף הגורם השני, שעניינו המחיר החברתי הכרוך בהדרה.<sup>47</sup> ההדרה פוגעת בכבוד האדם, משום שנובע ממנה מסר של רצון להיבדל מבני הציבור הערבי, המועצם כאשר הוא נעשה מכוח הפעלה ישירה של סמכות שלטונית. ההכרעה השלטונית לנקוט מדיניות הדרה במגורים של כל מי שאינו יהודי אינה נעשית מנקודת מבט ניטרלית אלא על ידי גורמי שלטון המזוהים לחלוטין עם האינטרסים של הציבור היהודי.<sup>48</sup> ההדרה היא אף חד-כיוונית במהותה, על רקע הפער החברתי-כלכלי בין יהודים לערבים בישראל. יתר על-כן, מתן הכשר להדרה כזאת עלול להעמיק תפיסות של עוינות בקרב חלקים בציבור היהודי כלפי המיעוט הערבי, ולהתבטא בהפליה בהשכרת דירות, בתעסוקה ובהספקת שירותים. השילוב של היעדר צורך ממשי בהדרה לשם קידום הזכות לתרבות של אזרחים יהודים מכאן, והמחיר החברתי הכבד במיוחד שעלול להיות למדיניות כזאת מכאן, מוביל לכך שאין להתיר להקים יישוב שנועד להתיישבות יהודים בלבד.

חוק הלאום נחקק כחוק יסוד, ומטרתו לעגן במישור החוקתי את זהותה ואופייה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. במסגרת זו ביקשה הכנסת לקבוע הסדר חוקתי ייעודי בתחום ההתיישבות. הנוסח שאישרה הכנסת העשרים בקריאה הראשונה במאי 2018, על

.4

#### תולדות טעיה 7 לחוק הלאום

47 ראו לעיל ה"ש 29.

48 ראו גם מדינה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 367-368; גונטובניק, לעיל ה"ש 11, בעמ' 147-154; איל בנבנשהי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769 (1998).

בסיס נוסח שהונח על שולחן הכנסת כבר בשנת 2011, קבע כי "המדינה רשאית לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת".<sup>49</sup> מאוחר יותר, ב-9 ביולי 2018, עשרה ימים לפני שאושר חוק הלאום בקריאה שנייה ושלישית, שיגר נשיא המדינה, ראובן (רובי) ריבלין, מכתב לחברי הכנסת, ובצעד חריג ביותר הביע את דעתו על החקיקה המתהווה:

אני חושש כי האופן הרחב שבו נוסח סעיף זה, ללא איזונים, עלול לפגוע בעם היהודי, ביהודים ברחבי העולם ובמדינת ישראל, ואף יכול לשמש כנשק בידי אויבינו. [הנוסח המוצע של הסעיף] העומד בפניכם לדיון, מאפשר למעשה לכל קהילה, בצורה הרחבה ביותר וללא שום הגבלה או איזון, להקים יישוב ללא מזרחיים, ללא חרדים, יישוב ללא דרוזים, ללא להט"ב. האם זו משמעותו של החזון הציוני? בטוחני כי לא זאת הייתה כוונת מציעי החוק, וכי אין זאת כוונתכם, חברי הוועדה, חברי הכנסת.

יום לאחר מכן פרסם היועץ המשפטי לכנסת חוות דעת, ובה המליץ "שלא לאשר את הסעיף בנוסח המוצע". חוות הדעת הדגישה כי בנוסח זה מבטא הסעיף שינוי של ממש מהמצב המשפטי הקיים המעוגן בחוק ועדות הקבלה ובפסיקה שהכירה אך ורק "באפשרות של קהילות בעלות מאפיינים מיוחדים, על-פי צורכיהן ושאיפותיהן, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת" (ההדגשה במקור).<sup>50</sup> עוד נטען בחוות הדעת כי אף התגובות הביקורתיות לפסק דין קעדאן לא הרחיקו לכת עד כדי הצדקה משפטית של בדלנות גורפת במגורים של קבוצת הרוב היהודית. היועץ המשפטי לכנסת הוסיף והדגיש את חריגותו של סעיף 7 המוצע בנוף סעיפי חוק הלאום: להבדיל מיתר הסעיפים המעניקים עדיפות ללאום היהודי ברמה הלאומית, סעיף 7 פוגע ישירות בזכויות המוקנות לאזרחים הנמנים עם קבוצות מיעוט בחברה. חוות הדעת הוסיפה וציינה כי לא נמצאה מקבילה לסעיף המוצע בשום חוקה בעולם. מעל הכול, חוות הדעת הזהירה כי נוכח הקשיים המשמעותיים שמעורר הסעיף המוצע

49 היה זה למעשה סעיף קטן (ב) בנוסח הקודם של סעיף 7, שכותרתו "שימור מורשת". מעניין לציין כי בדברי ההסבר להוראה זו (לעיל ה"ש 1), להבדיל מדברי ההסבר ליחר הוראות חוק הלאום, צוין כי "הסמכה כזאת אינה מופיעה כיום בחקיקה. בעת הכנת הצעת החוק לקריאה השנייה ולקריאה השלישית תיבחן שנית הכללתה של הוראה זו בחוק היסוד". לעניין ההיסטוריה החקיקתית של סעיף 7, ראו עוד רוני לוי-שנור ואדם שנער "סעיף 7 לחוק יסוד הלאום - האם ניתן ליישב את המחלוקת" *תרבות דמוקרטית* 20 (2021) 127.

50 חוות דעת היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, בעניין סעיף 7(ב) להצעת חוק הלאום (10.7.2018). חשש זה הושמע בדיונים גם מצד תומכי החוק. ראו, למשל, דברי ח"כ אמיר אוחנה בפרוטוקול 8, לעיל ה"ש 18, בעמ' 11-12.

ביחס לעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית, בית המשפט עשוי לאמץ בפעם הראשונה את דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא-חוקתי" ולפסול את הסעיף.<sup>51</sup> על רקע זה הוצע –

לשקול אימוץ נוסחים חלופיים המתירים הקמת התיישבות קהילתית נפרדת בעלת ייחוד חברתי-תרבותי, אך כזו שלא ניתן יהיה להדיר ממנה בצורה גורפת אזרחים על בסיס לאומיותם, דתיותם, נטייתם המינית או מאפיין אחר, ככל שאין בקבלתם כדי לפגוע במרקם החברתי-תרבותי של היישוב (ההדגשה במקור).

בתוך ימים ספורים גובש נוסח חלופי של סעיף ההתיישבות היהודית בחוק הלאום. בנוסח המתוקן נזנחה הסמכת המדינה לאפשר התיישבות קהילתית נפרדת, ובמקום זאת נקבע כי "פיתוח ההתיישבות היהודית" הוא ערך לאומי, ולפיכך המדינה "תפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס" של התיישבות זו. בכך, ככל הנראה, יצאה לאור מטרתו הסמויה של נוסחו הקודם, הניטרלי-לכאורה, של הסעיף.<sup>52</sup> אך לנוכח החזות ההצהרתית והעמיתית שנלוותה לנוסח המתוקן, הוסרה ההתנגדות של הייעוץ המשפטי מהמשך קידום הליך החקיקה וב-19 ביולי 2018 אישרה מליאת הכנסת את חוק הלאום.

ההיסטוריה החקיקתית שתוארה לעיל נושאת משקל בפרשנות סעיף 7 לחוק הלאום. בגינה קשה לטעון כי המחוקק המכונן התכוון להסמיך את רשויות המדינה לקדם הקמה של יישובים ליהודים בלבד. בה בעת, מסקנה זו אינה נקיה מקשיים. קידום ההתיישבות היהודית על פי הסעיף אינו מוגבל לאזורים מסוימים בארץ, לתכליות מסוימות או למידת חומרה מסוימת של פגיעה בזכויות הפרט. מעבר לכך, כמה מחברי הכנסת סברו ששינוי נוסח הסעיף הוא חסר משמעות. בדיוני הכנסת בסעיף 7 המתוקן הסבירו גורמי הייעוץ המשפטי כי שינוי נוסח הסעיף נועד ליישבו עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולצמצם את תחולת ערך ההתיישבות היהודית למישור הלאומי ההצהרתי בלבד, בלא להתיר העדפה של אזרחים יהודים.<sup>53</sup> לעומתם, יוזמי

51 ראו גם דברי עו"ד ינון בפרוטוקול 15, לעיל ה"ש 31, בעמ' 47-48.

52 ראו בהקשר זה דברי ח"כ דב חנין בפרוטוקול ישיבה 19 של הוועדה המשותפת, 10 (16.7.2018): "החוק הזה עכשיו אומר בצורה מפורשת: העדפה להתיישבות של יהודים [...] לא היה עדיין בהיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל סעיף כזה מפורש וגלוי של אפליה מובנית ופורמלית".

53 ראו דברי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד רז נזרי, שם, בעמ' 54-63:

הנוסח הנוכחי שמדבר על התיישבות יהודית, כמו שאנחנו רואים אותו, הוא נוסח שמדבר על ערכים של התיישבות [...] יש פה הצהרה שמדינת ישראל רואה בהתיישבות

החוק, שחשו שבכך יינטל עוקצו של סעיף ההתיישבות היהודית בחוק הלאום, ציינו כי פרשנות זו אינה מקובלת עליהם.<sup>54</sup>

.5

## פרשנות סעיף 7 לחוק הלאום והסוגיות המשפטיות שהוא מעורר

סעיף 7 ייחודי לעומת שאר הוראות חוק הלאום בכך שהוא מסמיך את רשויות המדינה לפעול באופן אקטיבי למען ערכים לאומיים יהודיים בקרב ציבור האזרחים.<sup>55</sup> מכיוון שהעדפת אינטרסים של אזרחים יהודים על פני אינטרסים של אזרחים ערבים פוגעת שלא כדין בזכות החוקתית לשוויון,<sup>56</sup> ככל שיתפרש שהסדר הנדון מתיר לכנסת ולממשלה להפלות לרעה אזרחים ערבים בתחומים הקשורים לדיור ולהתיישבות, תתעורר השאלה מה דינה של הוראה בחוק יסוד המעניקה סמכות להפלות.

הסוגיה היסודית היא לפיכך פרשנותו של סעיף 7. כמתואר לעיל, שינוי נוסחו של סעיף 7 במהלך החקיקה נעשה, בעיקרו של דבר, כדי להסיר מן השולחן את החשש שבחקיקת חוק הלאום הרשות המכוננת מסמיכה את רשויות המדינה לקדם הקמה של יישובים ליהודים בלבד או להתיר הפליה בדרך אחרת של אזרחי ישראל הערבים. על רקע זה, חלק לא מבוטל מדיוני הכנסת בנוסחו המתוקן של הסעיף הוקדש, הן

---

היהודית ערך לאומי [...] יחד עם זאת, זה לא מאפשר, לצור העניין, להגיד שיהודי שיעבור לצפון יקבל תמריץ, ערבי שיעבור לצפון לא יקבל תמריץ [...] זה לא מאפשר שרק יהודי יוכל לגור באותה התיישבות יהודית וערבי לא יוכל לגור.

54 ראו, למשל, דבר ח"כ בצלאל סמוטריץ', שם, בעמ' 64: "לא, אני רק מבקש שייכתב לפרוטוקול, שהפרשנות [של עו"ד נזרי] אין לה שום חוקף משפטי. אני מתכוון אחרת. אני המחוקק, לא הוא [...]". אני מודיע כאן שהקואליציה התכוונה אחרת"; ראו עם זאת, מייד אחר כך, את דברי ח"כ רועי פולקמן: "ואני מודיע כאן שלבצלאל אין סמכות לדבר בשם הקואליציה".

55 ראו את דבריו של ח"כ בצלאל סמוטריץ' בנוגע לשינוי נוסח סעיף 7 לחוק הלאום, בפרוטוקול 15, לעיל ה"ש 31, בעמ' 64-65: "יש מרכיב מרכזי מאוד בחוק הזה של דקלרציה, סעיף 7 (ב) נועד לא לייצר דקלרציה, אלא לייצר יכולת מעשית ברורה". אגב, סעיף 6 לחוק הלאום נוקט גם הוא לשון אקטיבית, אך עניינו הקשר עם העם היהודי בתפוצות. ראו עוד לויק'שנור ושנער, לעיל ה"ש 49; מרדכי קרמניצר "שבע הערות על חוק הלאום" חוקתיות, כינון חוקה וריבונות – מבט תאורטי והשוואתי 35, 38 (אמל ג'מאל, נאוה זוננשיין ואמיר פאח'ורי עורכים 2020).

56 בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 687 (2006), הכיר בית המשפט בזכות לשוויון כזכות בה של הזכות החוקתית לכבוד המעוגנת במפורש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ראו עוד אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 688-690 (2014); מדינה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 277-278.

מצד תומכי החוק הן מצד מתנגדיו, לבירור המובנים החדשים שבהם המדינה תוכל "לפעול" לקידום ההתיישבות היהודית על סמך סעיף 7<sup>57</sup> גורמי הייעוץ המשפטי הביעו עמדה עמומה, ולפיה מלבד הערך ההצהרתי של סעיף 7 רשויות המדינה תהיינה מוסמכות מכוחו להעניק תמריצים כלכליים לקידום התיישבות יהודית, אך זאת מבלי לעקור התיישבות ערבית קיימת ומבלי שהדבר ימנע ממי שאינם יהודים את אפשרות המגורים בהתיישבות היהודית המקודמת.<sup>58</sup> אם תישם פרשנות זו, יש בסעיף 7 לשנות את המצב המשפטי שהיה קיים ערב חקיקת חוק הלאום, האוסר מתן תמריצים לעידוד התיישבות יהודית דווקא.<sup>59</sup> משום כך, לנוכח ההצהרה האמורה של גורמי הייעוץ המשפטי ונוכח אי-הוודאות בדבר הפרשנות הנכונה של סעיף 7, יש מקום לצפות שבית המשפט יידרש לפרשנות הסעיף גם בטרם ייושם במקרים קונקרטיים.<sup>60</sup> במסגרת זו יידרש בית המשפט לפסוק בשתי ההכרעות העקרוניות שעליהן עמדנו בפתח הדברים: האם יש לפרש את סעיף 7 כמתיר לרשויות השלטון לפגוע בזכות לשוויון שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה? והאם לשונו של סעיף 7 בעצמה פוגעת בכבוד האדם?

57 ראו, למשל, דברי ח"כ מיכל רוזין בפרוטוקול 19, לעיל ה"ש 52, בעמ' 71: "אני שואלת אותך (המשנה ליועץ המשפטי לממשלה) שאלה משפטיים: האם יכולה להיות [פינוי של יישוב ערבי כדי להקים עליו יישוב יהודי]? כי אחרת באמת, אומר סמוטריץ', ובעניין הזה צר לי אבל אני מסכימה איתו, אחרת אין משמעות. כי גם היום בנית את כרמיאל, בנית את מודיעין, לא הייתה לך בעיה בחוק לבנות עיר יהודית. אז מה המשמעות? מה מוסיף משפטי המשפט הזה?".

58 שם, עמ' 68-75.

59 כך, למשל, בעניין עדאלה, לעיל ה"ש 21, נפסק כי על משרד הדתות להקצות את הכספים שיועדו להחזקה של בתי עלמין באופן שוויוני ומתוך הימנעות מהפליית האוכלוסייה הערבית. השופט זמיר קבע שם (בעמ' 170), מתוך הפניה לעקרון השוויון במגילת העצמות, כי -

עקרון השוויון מחייב כל גוף ציבורי במדינה. הוא מחייב, קודם כול, את המדינה עצמה. עקרון השוויון חל על כל התחומים שבהם פועלת המדינה. הוא חל, בראש וראשונה, על הקצאת משאבים של המדינה. המשאבים של המדינה, אם קרקע ואם כסף, וכן גם משאבים אחרים, שייכים לכל האזרחים, וכל האזרחים זכאים ליחנות מהם על-פי עקרון השוויון, ללא הפליה מחמת דת, גזע, מין או שיקול פסול אחר.

ובהמשך לכך קבע כי "הפליה על בסיס של דת או לאום בהקצאת משאבים של המדינה, שהיא אסורה גם אם היא נעשית בעקיפין, ודאי שהיא אסורה, בחינת קל וחומר, כאשר היא נעשית במישרין" (בעמ' 172). בדומה לכך, בפרשת נטר, לעיל ה"ש 22, נפסלה הוראה בחוק שמכוחה הוענקה הנחה במס הכנסה לתושבים המתגוררים בישובים יהודיים, לאחר שנמצא כי ההטבה נשללה מתושבים המתגוררים בישובים ערביים סמוכים. הנשיאה ביגיש עמדה שם על "חובתה של המדינה לנהוג על-פי אמות מידה שוויוניות שעה שהיא מבקשת להקצות את משאביה לטובתם של יחידים או קבוצות" (פס' 35).

60 ראו והשוו בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 43 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס (12.3.2015).

בסוגיה הראשונה ייתכנו שתי אפשרויות עיקריות. אפשרות אחת, הסבירה יותר בעינינו, היא שבית המשפט יקבע שאין בסעיף 7 כדי להסמיך את הממשלה או את הכנסת לפעול באופן הפוגע בזכות החוקתית לשוויון שלא על פי תנאי פסקת ההגבלה שבחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>61</sup> העובדה שבמסגרת חקיקת הסעיף ציינו אחדים מתומכי החוק כי תכלית הסעיף לשנות את המצב המשפטי הקיים אינה משמעותית. הקושי לאפיין את כוונת המחוקק, המורכב מאוסף של כמה וכמה אנשים, בעלי עמדות ומניעים מגוונים, מוליך לכך שבפרשנות סעיף 7 יעניק בית המשפט משקל קטן לכוונה הסובייקטיבית של יוזמי חוק הלאום, ועיקר הדגש יושם על פרשנות המבוססת על לשון החוק.<sup>62</sup> מושכלת יסוד בשיטת המשפט בישראל היא שבפרשנות חוק יסוד על בית המשפט להביאו להרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי במדינה.<sup>63</sup> יש להחיל חזקה שתכלית החוק עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה ועם עקרונות הכרות העצמאות, ובהם החובה לכבד את השוויון.<sup>64</sup> סעיף 7 אינו קובע הסדרים מפורטים כלשהם, ואין בו הסמכה מפורשת לרשויות המדינה לפגוע בזכות לשוויון, ולפיכך אין בו כדי לסתור את החזקה הפרשנית האמורה. אם תכליתו של סעיף 7 הייתה להסמיך את הכנסת והממשלה לפגוע בשוויון, יש להניח שהיו נקבעות בו הוראות מפורטות בדבר התנאים שבהם הפגיעה בשוויון מותרת, לרבות לעניין היקף הפגיעה, סוגי תכליות המשנה שלשם השגתן מותר להפלות – ובכלל זה אינטרסים לאומיים ואינטרסים פרטיים – כמו ההסדרים שנקבעו, למשל, בחוק ועדות הקבלה.<sup>65</sup> בהיעדר הסדרים כאלה, יש לראות בסעיף 7 הצהרה כללית בדבר הכרה בהתיישבות יהודית כערך לאומי, בלא היתר לכנסת ולממשלה לפעול למימוש של ערך זה בדרכים שיש בהן משום פגיעה באזרחי

61 טענה דומה ראו לוי-שנור ושנער, לעיל ה"ש 49.

62 ראו בעניין זה לעיל ה"ש 54, בעניין המחלוקת בקרב הקואליציה גופה באשר לתכלית סעיף 7 לחוק הלאום. ראו עוד ברק מדינה "פרק יא: משפט ציבורי" הגישה הכלכלית למשפט 565, 610-611 (אוריאל פרוקציה עורך 2012).

63 ראו, למשל, בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 2 לפסק דינו של השופט מינץ (27.5.2020), וההפניות שם. ראו גם אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 63, 85, 151 (1995).

64 ראו, למשל, בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (1953); ראו גם אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9, 27-28 (2018).

65 הדבר נכון גם לפגיעה בזכויות חוקתיות בחוק יסוד. כך, למשל, שיקול מרכזי בדחיית העתירות נגד חוקפיו של "חוק ההדחה" היה שהפגיעה הנגרמת ממנו בזכויות חוקתיות מוגבלת על ידי מנגנוני איזון שנקבעו בחוק לשם הפעלת סמכות ההדחה של חבר כנסת. בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פס' 26 לפסק דינה של הנשיאה חיות (27.5.2018) (להלן: פרשת חוק ההדחה).



ישראל הערבים. במיוחד בהיעדר הוראה מפורשת לסתור ובהינתן זניחת הנוסח שעליו הצביעה הכנסת בקריאה הראשונה, אין בסעיף 7 הסמכה להקים יישוב שנועד להתיישבות יהודים בלבד, היתר להדיר ערבים באופן אחר, אף בדרך של תוצאה לא שוויונית, או להעדיף אינטרסים של אזרחים יהודים בהקצאת קרקעות ובמתן הלוואות לצורך התיישבות.<sup>66</sup> דווקא העובדה שהחוק מותיר לרשויות השלטון מרחב תמרון רחב באשר לאופן יישומו שוללת את המסקנה שיש בחוק היתר להפלות.<sup>67</sup>

האפשרות השנייה היא שייקבע כי סעיף 7 לחוק הלאום הביא לשינוי במצב המשפטי הנוהג, ומעתה הכנסת והממשלה רשאיות לנקוט צעדים שתכליתם העדפת אינטרסים של אזרחים יהודים, וכך ישתנה המצב המשפטי שנהג בטרם חקיקת הוראה זו.<sup>68</sup> לנוכח מעמדה הרם של הזכות לשוויון בפסיקה, והיותה מרכיב מרכזי בזהות החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, יש להניח שגם אם יפסע בית המשפט בדרך פרשנית זו, לא ייקבע כי סעיף 7 מסמיך את רשויות המדינה לפגוע בשוויון ללא כל מגבלה. דומה כי הדיון בעניין זה יתמקד באפשרות שסעיף 7 מסמיך את רשויות המדינה לפגוע בשוויון בהקשרים מוגבלים ומסוימים בלבד. דוגמה לכך היא הפרשנות שהציעו נציגי הייעוץ המשפטי במהלך הדיונים בכנסת, ולפיה סעיף 7 מסמיך את רשויות המדינה לעודד הקמה של יישובים חדשים המיועדים בעיקרו של דבר, אך לא בלעדית, לאוכלוסייה היהודית. כך, למשל, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה טען באחד הדיונים כי לדעתו מבחינה מעשית יהיה אפשר מכוח הסעיף לקדם הקמת עיר שבה בתי כנסת ולא מסגדים ולתמוך בתכנון עירוני המועדף ככלל על האוכלוסייה היהודית.<sup>69</sup> קביעה מרחיקת לכת יותר תהא שסעיף 7 לחוק הלאום נועד להסמיך את רשויות המדינה לקבוע הסדר המעניק תמריץ כלכלי אישי לאזרחים המבקשים לגור

66 ראו, למשל, החלטות של בית המשפט לדחות טענות שלפיהן חוק הלאום מצדיקה יחס שונה לאנשים העומדים לדין פלילי על פי מוצאם הלאומי או הדתי: ע"פ 2490/18 ז'ורנו נ' מדינת ישראל, פס' 33 לפסק דינו של השופט סולברג (8.1.2019); ע"פ 9203/18 גבר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 24 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (14.7.2019).

67 ראו בעניין זה, למשל, בג"ץ 7647/16 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שרת התרבות והספורט, פס' 39 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר (13.5.2020), וההפניות שם.

68 ראו גילה שטופלר "חוק הלאום כאנטיטזה לחוקתיות ליברלית" חוקתיות, כינון חוקה וריבונות – מבט תיאורטי והשוואתי 67, 69 (אמל ג'מאל, נאווה זוננשיין ואמיר פאח'ורי עורכים 2020).

69 ראו פרוטוקול 19, לעיל ה"ש 52, עמ' 73.

באזורי ספר, והחלת אמות מידה שתוצאתן היא העדפה מובהקת של יהודים בקבלת ההטבה.<sup>70</sup>

כל אחת משתי האפשרויות האלה מחייבת הכרעה נוספת. אם תאומץ האפשרות הראשונה וייקבע כי אין בסעיף 7 הסמכה לפגוע בשוויון, תידרש הכרעה אם עצם קביעת הסעיף פוגעת בכבוד האדם במידה המצדיקה התערבות שיפוטית. בפסיקה הובעה העמדה שלמרות דוקטרינת הבשלות, שעל בסיסה כאמור דחה בית המשפט בפרשת סבח את העתירות שתקפו את חוק ועדות הקבלה, תיתכנה הוראות חוק שעצם קיומן יצדיק את פסילתן אף מבלי להמתין ולבחון כיצד הן תיושמו. כך, נקבע כי "לא ניתן יהיה להשלים עם קיומה של הוראת חוק או הוראת חוק יסוד, אשר תתיר, למשל, אפליה כלפי אנשים בשל מוצאם, עדתם, דתם, או צבע עורם, אף אם ייטען שמדובר ב'אות מתה'".<sup>71</sup> בענייננו יכולה להישמע הטענה שגם פרשנות מצמצמת של סעיף 7 באשר לאופן יישומו לא תרפא את המסר הפוגעני הנובע ממנו כלפי הציבור הערבי וההשלכות השליליות שעלולות להיות לו, וכן את החשש שהוא יעגן דעות קדומות מפלות בקרב חלק מאזרחי ישראל היהודים כלפי האזרחים הערבים. בניגוד לנוסחו הקודם של הסעיף שקבע כי המדינה "רשאית לאפשר" התיישבות קהילתית נפרדת, הנוסח המתוקן של הסעיף קובע כי רשויות השלטון "יפעלו" לעודד, לקדם ולבסס את ההתיישבות היהודית. העובדה שכוונתם של חלק מיוזמי החוק לפחות הייתה להתיר פגיעה רחבה יותר בשוויון מזו המותרת כיום עשויה אף היא לבסס את המסקנה שבחקיקת החוק יש מסר פוגעני. עם זאת, בשל לשונו הכללית והרחבה של סעיף 7, ומשום שהוא אינו כולל הוראה בדבר התוצאה המתחייבת מקידום ההתיישבות היהודית, סביר להניח שעמדה זו לא תישם בהקשר הנוכחי. הערכה זו מתחזקת משום שמדובר בהוראת חוק המצויה בחוק יסוד ועל כן פסילתה תהא צעד תקדימי, כמפורט להלן.

הסוגיה האחרונה שבה נדון היא האפשרות שתאומץ החלופה הפרשנית השנייה, ולפיה סעיף 7 לחוק הלאום סותר את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, בכך שהוא מסמיך את רשויות המדינה לפגוע בשוויון שלא על פי תנאי פסקת ההגבלה. במקרה זה תידרש הכרעה בשאלת תוקפו של סעיף 7. סתירה בין חוקי יסוד היא נושא מורכב

70 ראו יעל רונן "חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי בראי המשפט הבינ-לאומי" חוקתיות, כינון חוקה וריבונות - מבט תיאורטי והשוואתי 73, 80 (אמל ג'מאל, נאוו זוננשיין ואמיר פאח'ורי עורכים 2020).

71 פרשת חוק ההדחה, לעיל ה"ש 65, פסק דינו של השופט (בדימ') דנציגר. ראו גם שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט שהם; פס' 4 לפסק דינו של השופט מזוז; פס' 2 לפסק דינו של השופט הנדל.

שטרם לובן עד תום בהלכה הפסוקה, וודאי שאין לו מענה בחוקה הישראלית הבלתי שלמה. במסגרת הזאת נאלץ להסתפק בדיון תמציתי בלבד בעניין זה.<sup>72</sup>

בשיטת המשפט הישראלית אין משנה סדורה באשר לאופן ההכרעה במקרים שבהם יש סתירה בין הוראה בחוק יסוד אחד, במקרה זה סעיף 7 לחוק הלאום, להוראה בחוק יסוד אחר, כאן סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנחת המוצא לעניין זה היא כי היותו של חוק הלאום בעל מעמד נורמטיבי חוקתי על-חוקי משליכה על דפוס הביקורת השיפוטית. ביקורת שיפוטית חוקתית על חקיקה ראשית או על פעולה של הרשות המבצעת הפוגעות בזכויות חוקתיות, נערכת על פי מבחני פסקת ההגבלה שבחוקי היסוד ברבר זכויות האדם. נשאלת השאלה מהן אמות המידה לביקורת שיפוטית הנערכת בעניין חקיקת יסוד הפוגעת בזכויות יסוד. מצד אחד, בית המשפט הבהיר ששינוי של חוק יסוד אינו כפוף לדרישותיה של פסקת ההגבלה אלא רק ל"הוראת נוקשות"<sup>73</sup>, ובחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין הוראה כזאת. מצד שני, יש מוסכמה כי גם הסמכות לחוקק חוקי היסוד או לתקן חוקי יסוד קיימים אינה בלתי מוגבלת. למדינות שונות דוקטרינות שונות בסוגיה המכונה "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" והחלה מתגבשת גם ספרות לא מועטה עליו.<sup>74</sup> בשנים האחרונות הוכרה עקרונית בפסיקה, באמרות אגב, מגבלה על כוחה של הכנסת בהיותה רשות מכוננת, שיש לאכוף אותה "רק במקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי".<sup>75</sup> בית המשפט נמנע עד כה מלהכריע בנושא, במידה רבה בנימוק שמוטב כי הדבר לא יעשה בשלב זה אלא רק עם השלמת מפעל חוקי היסוד לכלל חוקה מלאה.<sup>76</sup>

החלת ביקורת שיפוטית על סעיף 7 לחוק הלאום תעשה על קרקע חוקתית בלתי חרושה מסיבה נוספת. עיון בפסיקה מלמד כי אין הסכמה בקרב שופטי בית המשפט

72 לדיון מפורט יותר והפנייה למקורות רלוונטיים, ראו ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ודמוקרטיה ליברלית" עיוני משפט מד 5 (2021).

73 בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 913, 914 (1994).

74 ראו, למשל, פרשת חוק ההדחה, לעיל ה"ש 65, פס' 1-25 לפסק דינה של הנשיאה חיות, פס' 8-12 לפסק דינו של השופט מזוז, וההפניות הרבות שם.

75 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פ"ד טא(1) 619, 717 (2006).

76 ראו, למשל, פרשת חוק ההדחה, לעיל ה"ש 65, פס' 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות. בית המשפט קבע בעניין זה גם כי "השאלה אם בית המשפט בישראל מוסמך לפסול חקיקת יסוד משום שהיא עומדת בסתירה לעקרונות-על של שיטתנו, היא שאלה סבוכה היורדת לשורש הלגיטימיות של הרשות המכוננת לקבל הסדרים חוקתיים המשנים את אופיים של חוקי היסוד, ולשורש הסמכות של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תוצרי פעולתה של הכנסת כרשות מכוננת" (בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 310 (2011)).

העליון על עצם הסיווג המתודולוגי של סתירה בין חוק יסוד לבין החובה לכבד זכויות חוקתיות. דוגמה מרכזית לכך היא מחלוקת שנפלה בין חלק משופטי ההרכב המורחב בפרשת חוק ההדחה (2018), שם נדחו פה אחד עתירות נגד תוקפו של תיקון לחוק-יסוד: הכנסת, שהסמיך את הכנסת להורות בתנאים מסוימים על הפסקת חברות של חבר כנסת שיש במעשיו הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל. הנשיאה חיות קבעה כי חוק ההדחה פוגע בזכויות חוקתיות שבראשן הזכויות לבחור ולהיבחר וחופש הביטוי הפוליטי. היא גם הדגישה כי חוק ההדחה מקנה לכנסת סמכות לפגיעה בזכויות ש"לא הייתה קיימת קודם לכינונו של חוק ההדחה, ומכוחה ניתן לפגוע בזכויות חוקתיות ולמנוע את הגשתן כדי מלוא היקפן".<sup>77</sup> אולם הנשיאה חיות הבהירה כי בשל מעמדו הנורמטיבי החוקתי של חוק ההדחה, המסלול לבחינת הפגיעה בזכויות הגלומה בו אינו עובר דרך תנאיה של פסקת ההגבלה. לנוכח תכלית הענקת הסמכות להביא להפסקת הכהונה של חבר כנסת על פי חוק ההדחה ובהינתן מנגנוני האיזון שנקבעו בחוק לשם הפעלתה, הוסיפה הנשיאה וקבעה כי לשיטתה אין לומר כי "הפגיעה הנגרמת יש בה משום שלילת עקרונות-על של שיטתנו המשפטית כמשמעות הדבר בדוקטרינה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי, אפילו היתה חלה".<sup>78</sup> השופט סולברג, לעומת זאת, חלק על עצם השימוש במונח "פגיעה" בזכויות חוקתיות עת עוסקים בסתירה בין חוקי יסוד. לשיטתו, שלה הסכים גם השופט מזוז, חוקי היסוד הם המגדירים את הזכויות החוקתיות, ועל כן בניגוד לחקיקה רגילה הפוגעת בזכות חוקתית, חוק יסוד לכל היותר "מגדיר אותה מחדש, מצמצם או מרחיב את תחום השתרעותה, תוחם את היקפה".<sup>79</sup> על פי עמדה זו, הביקורת השיפוטית על שינוי החוקה אינה בוחנת אם חוק היסוד "פוגע" בזכות חוקתית ובאיזו מידה, אלא אם ובאיזו מידה הוא "משנה" את היקפה. אף שעמדה זו נאמנה מבחינה פורמלית למדרג הנורמטיבי המבחיין בין חוקי היסוד לבין חקיקה ראשית, אפשר להטיל ספק אם מתודולוגיה זו מאפשרת להעניק משקל הולם למכלול הנסיבות הנוגעות לעניין.

מחלוקת מתודולוגית זו בפרשת חוק ההדחה לא השליכה על המסקנה של כלל שופטי המותב, ולפיה יש לדחות את העתירות. אך נשאלת השאלה מה טומנת בחובה מחלוקת זו לעתיד. על פני הדברים אפשר לטעון כי למחלוקת זו לא תהא משמעות מעשית לעניין הקביעה שפרשנות סעיף 7 לחוק הלאום מוליכה למסקנה שהוא סותר את הזכות החוקתית לשוויון. הסיבה לכך היא שדומה כי אין מחלוקת שסתירה זו,

77 פרשת חוק ההדחה, לעיל ה"ש 65, פס' 26.

78 שם, פס' 32.

79 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט סולברג ופס' 14 לפסק דינו של השופט מזוז.

אם היא קיימת, לא רק "פוגעת" בזכות החוקתית לשוויון, אלא גם "משנה" את היקפה, בהשוואה לאופן שבו פותחה בפסיקה; ועל כן ממילא יידרש להכריע אם "פגיעה" או "שינוי" אלו של הזכות החוקתית לשוויון מפריס את עקרונות-העל של השיטה באופן המצדיק התערבות שיפוטית. אך הדברים עשויים להיות סבוכים יותר. פסק הדין בפרשת חוק ההדחה מעלה כי יש הבדל מהותי בין שתי הגישות המתודולוגיות האמורות. עמדה הבוחנת את מידת "הפגיעה" של חוק יסוד חדש בזכויות חוקתיות מניחה את המצב המשפטי הקיים בבסיס הדיון, ובהשוואה אליו הביקורת השיפוטית נערכת מתוך הבאה בחשבון של תכלית חוק היסוד הנבחן ועוצמת הפגיעה שלו בזכויות החוקתיות בהתחשב במכלול הנסיבות הנוגעות לעניין. לעומת זאת, עמדה הבוחנת את מידת "שינוי" היקפה של הזכות החוקתית על ידי חוק יסוד חדש מניחה שהכנסת, בהיותה רשות מכוננת, היא שקובעת את היקף פרישתן של הזכויות החוקתיות, והביקורת השיפוטית נערכת מבלי לבחון את משקלן ההולם של מכלול נסיבות הפגיעה בזכויות החוקתיות. על פי השקפה אחרונה זו, ייתכן למשל שההצדקה לאי-התערבות שיפוטית בסעיף 7 לחוק הלאום כלל לא תידרש לבחינת מידתיות ההסדר, אלא תסתפק בקביעה שהרשות המכוננת מוסמכת לצמצם במידה מסוימת את זהותה הדמוקרטית של המדינה (היקף פרישתה של הזכות החוקתית לשוויון) בעבור הרחבתה של זהותה הלאומית (ערך ההתיישבות היהודית).

סוגיה נפרדת, אך חשובה לא פחות, עניינה אמות המידה להפעלת הסמכות שמעניק סעיף 7 לחוק הלאום. לשם המחשה נניח כי מכוח סעיף 7 תכריז הממשלה על תוכנית לקידום ההתיישבות היהודית, ואולי אף הכנסת תחוקק את החוק לקידום ההתיישבות היהודית. נניח גם כי הסדרי התוכנית או החוק החדשים פוגעים שלא כדין בזכות החוקתית לשוויון לפי אמות המידה שנקבעו בפסיקה לפני חקיקת חוק הלאום. מעבר לשאלת תוקפו של סעיף 7 לחוק הלאום במקרה כזה, שבה דנו לעיל, נשאלת השאלה מהם הכלים לבחינת החוקתיות של מעשה שלטוני שנעשה מכוח סעיף 7. בחוק הלאום אין פסקת הגבלה כלשהי, אך מובן שההסמכה לקדם את ההתיישבות היהודית במדינת ישראל אינה בלתי מוגבלת. בית המשפט החיל לא אחת "פסקת הגבלה משתמעת" (או "שיפוטית") על הוראות חוקתיות שונות, מלבד אלו המצויות בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם.<sup>80</sup> כך, למשל, בפרשת גוטמן משנת 2015 נדון תיקון לחוק שהעלה את אחוז החסימה בבחירות לכנסת. הנשיאה נאור קבעה כי העלאת אחוז החסימה פוגעת בעקרון השוויון הקבוע בסעיף 4 לחוק-

80 לדיון ביקורתי בנושא, ראו ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיים" עיוני משפט מ 599, 600 (2017).

יסוד: הכנסת, והוסיפה את עמדתה – שזכתה בתמיכת רוב שופטי ההרכב – כי "על ההוראה לעמוד במבחני פסקת הגבלה השיפוטית".<sup>81</sup> בית המשפט ציין שם כי מהלך זה נדרש כדי שחוקי-יסוד: הכנסת "ידור בכפיפה אחת עם חוקי היסוד ה'חדשים' יותר [חוקי היסוד בדבר זכויות האדם] [...] ובכך תהא הרמוניה חוקתית".<sup>82</sup> משמעות החלתה של פסקת הגבלה משתמעת על פגיעה בזכויות חוקתיות שתיעשה מכוח סעיף 7 לחוק הלאום תלויה בפרשנותו של סעיף זה. אם ייקבע כי סעיף 7 מסמיך את רשויות המדינה לפגוע בזכות החוקתית לשוויון מעבר להסמכה שהייתה נתונה להן קודם לחקיקת חוק הלאום, יידרש פיתוח של דוקטרינה אחרת לאיזון בין ערך ההתיישבות היהודית לבין הזכות החוקתית לשוויון.

מכל מקום, העובדה שסעיף 7 לחוק הלאום אינו כולל ביטול מפורש של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מותירה בידי בית המשפט את המוצא הפשוט יותר מן ה"מעוק החוקתי": לפנינו שתי הוראות חוקתיות, חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו מזה וסעיף 7 לחוק הלאום מזה, שלפי ההנחה הפרשנות של כל אחת מהן כשהיא לעצמה סותרת את האחרת. במצב זה לא נדרשת הכרעה שיפוטית בדבר בטלות של אחת ההוראות, אלא רק פרשנות חוקתית של האופן שבו מיישבים מה שנראה כסתירה בין שתי הוראות בחוקי יסוד. האפשרות הסבירה בהקשר הזה היא שעל יסוד השיקולים שתוארו לעיל והגישה הנוהגת בפסיקה בעניין ה"איזון" בין שני מאפייני היסוד של הזהות החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, יינתן לסעיף 7 המובן המצמצם, שאין בו משום סתירה להוראות חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשם השגת תוצאה אחרת, של העדפת אינטרסים של יהודים מתוך הפליית ערכים, היה על הכנסת לבטל מפורשות את חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו או לסייג את תחולתו (ואז הייתה מתעוררת סוגית התיקון החוקתי הלא-חוקתי).

לאחר כתיבת הדברים פורסם פסק הדין בעתירה שבה נדרש בית המשפט לסוגיות האלה, פרשת חסון.<sup>83</sup> ברוב של עשרה שופטים נגד אחד דחה בית המשפט את העתירה להכריז על בטלותו של חוק הלאום. השופט קרא, בדעת מיעוט, קבע כי סעיף 7 "אינו הצהרתי בלבד והוא משנה מאופייה הדמוקרטי של המדינה וממחויבותה לעקרונות השוויון", שכן הוא "מקנה הגנה חוקתית לחקיקה מפלה

81 עניין גוטמן, לעיל ה"ש 60, פס' 2 לפסק דינה של הנשיאה נאור (12.3.2015); ראו גם מדינה ויצמן, לעיל ה"ש 80, בעמ' 648–653.

82 עניין גוטמן, לעיל ה"ש 60, פס' 16 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

83 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (8.7.2021).

ולחלטים מפלות שעלולות להתקבל בחסותו". לשיטתו של השופט קרא, סעיף 7 "מחייב את המדינה לפעול למימושו של ערך לאומי של פיתוח התיישבות יהודית על חשבון ערך השוויון ותוך פגיעה אנושה בו", ובנסיבות האלה "מדובר ב'התנגשות' חוקתית 'מובנית', חזיתית ובלתי־נמנעת". מכאן מסקנתו כי סעיף זה "פוגע באופן קיצוני בליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה"<sup>84</sup>. משום כך סבר השופט קרא כי יש להוציא צו על תנאי לשם בירור הטענה אם יש להכריז על בטלותה של הוראה זו, מכוח דוקטרינת התיקון החוקתי הלא־חוקתי. דעת הרוב העדיפה פרשנות אחרת.

גישת הרוב בפרשת חסון עשויה להתפרש כקובעת שסעיף 7 אינו הצהרתי בלבד, אלא עשוי להביא לשינוי במצב החוקתי הקיים, שינוי שטיבו לא הובהר בפסק הדין. לפי הפרשנות שהצענו לעיל, סמכות הממשלה או הכנסת לפעול באופן הפוגע בזכות החוקתית לשוויון לא השתנתה בעקבות חקיקת סעיף 7, והיא ממשיכה להיות כפופה לתנאי פסקת ההגבלה שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאופן יישומו לא השתנה. לעומת זאת, עמדת הרוב בעניין חסון אינה שוללת את האפשרות שייתכנו מצבים שבהם בעקבות חקיקת סעיף 7 תותר פגיעה בשוויון שלא הייתה מותרת לפני חקיקתו. פסק הדין אינו חד־משמעי בסוגיה זו. מצד אחד, בית המשפט פירט שורה של הסדרים שהחלתם ממשיכה להיות אסורה גם כיום, כפי שהיה לפני חקיקת חוק הלאום. מדובר בעיקר בהקמת יישובים נפרדים ליהודים שלא יתירו קבלתם של מי שאינם יהודים, והענקת תמריצים רק לאזרחים יהודים שיעברו להתגורר בצפונה של המדינה.<sup>85</sup> משמעות הדבר הותרת המצב המשפטי על כנו, חרף חקיקת סעיף 7. ברוח זו קבעה הנשיאה חיות כי "ככלל, ככל שחקיקה ראשית, חקיקת משנה או פעולה מנהלית אחרת שתכליתן לקדם את הערך החוקתי של התיישבות יהודית יובילו לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון או בזכות חוקתית אחרת, ייבחנו הדברים בגדרה של פסקת ההגבלה [שבחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו] ובהתאם לנסיבות העניין הקונקרטיות".<sup>86</sup> המשנה לנשיאה מלצר היה היחיד משופטי הרוב שקבע ברורות בהקשר זה כי "יש לפרש את סעיף 7 לחוק־יסוד: הלאום ככזה שאיננו מתיר אפליה".<sup>87</sup> מצד שני, שאר שופטי הרוב נמנעו מלקבוע מפורשות כי סעיף 7 לא שינה כלל את המצב המשפטי בסוגיה זו. הנשיאה חיות קבעה כי

84 שם, פס' 48-49 לפסק דינו של השופט קרא.

85 שם, פס' 89 לפסק דינה של הנשיאה חיות. בית המשפט אימץ בכך את עמדת היועץ המשפטי לממשלה.

86 שם.

87 שם, פס' 30 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר.

אין לקבל את הטענה שחוק הלאום "הוביל בפועל לשינוי דרסטי של המשטר החוקתי בישראל",<sup>88</sup> בלא לשלול מפורשות את האפשרות ששינוי כלשהו, שאינו "דרסטי" בכל זאת התרחש. שופטי הרוב שנדרשו לעניין קבעו כי יש להותיר את ההכרעה הקונקרטית במקרים של התנגשות בין "ערך השוויון וערך ההתיישבות היהודית" לדיון עתידי, בלי שנשללה מפורשות האפשרות שבמקרים מסוימים יצדיק האינטרס בדבר התיישבות יהודית פגיעה בזכות לשוויון שלא הייתה מותרת אלמלא סעיף 7.<sup>89</sup>

עמדת הרוב קבעה כאמור שאין להכריז על בטלותו של סעיף 7, משום שאין הוא שולל את אופייה של ישראל כמדינה דמוקרטית, שכן המחויבות לשוויון בעינה עומדת, אף שהיא אינה נזכרת בחוק הלאום. הקושי שאנו מוצאים בפסק הדין של הרוב הוא שלא נשללת בו במפורש האפשרות שחוקת סעיף 7 הביאה לשחיקה מסוימת, גם אם מצומצמת, בהיקף ההגנה על הזכות לשוויון בתחום ההתיישבות. חרף זאת, אנו סבורים שיש בדעת הרוב בעניין חסון עיגון להכרעה שסעיף 7 אינו מתיר פגיעה בזכות לשוויון שלא הייתה מותרת בטרם נחקק, ויש לקוות כי היא שתאומץ בפסיקה עתידית.

## סוף דבר

ערך ההתיישבות היהודית בארץ-ישראל ליווה את התנועה הציונית מראשיתה. קידום ההתיישבות היהודית היה לחלק מן האתוס המכונן של הקמתה של מדינת ישראל ופיתוחה. אך במעבר ממאבק להקמת מדינה יהודית אל עבר כינונה של מדינה דמוקרטית התחייבו מחברי מגילת העצמאות כי המדינה "תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה", וכן כי היא "תקים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".

88 שם, פס' 49 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

89 כך, הנשיאה חיות קבעה כי יש להעדיף "פרשנות הרמונית שחאפשר את קיומם של שני הערכים החוקתיים – ערך השוויון וערך ההתיישבות היהודית – זה לצד זה [...] ולהותיר את בחינת המתחים האפשריים בין שני ערכים אלה למישור המת-חוקתי ולמקרים קונקרטיים שבהם יתעוררו" (שם, פס' 88); והשופט פוגלמן הבהיר כי "אין מקום להעדפה אפריורית של ערך חוקתי אחד על משנהו. [...] האיזון הקונקרטי בין השוויון לבין ערך ההתיישבות היהודית ייערך בנסיבות הפרטניות של מקרים בהם תועלה טענה בדבר פגיעה בשוויון [...]". (שם, פס' 9). השופטת ברק-ארז ציינה כי "סעיף 7 אינו כולל הסדרים קונקרטיים המגלמים פגיעה בשוויון, ופרשנותו הרמונית מאפשרת את קיומם של ערך השוויון וערך ההתיישבות היהודית זה לצד זה" (שם, פס' 22).



חקיקת סעיף 7 לחוק הלאום מזמינה דיון במשמעות זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. פרשנות סעיף 7 לחוק הלאום מעוררת את השאלה כיצד על מדינת ישראל לאזן בין ערך ההתיישבות יהודית לבין ערכי השוויון והשמירה על זכויותיהם של בני קבוצות המיעוט בחברה הישראלית, ובמיוחד הציבור הערבי. יש לקוות כי בעקבות הקשיים הניכרים שמעורר סעיף 7, שאינו משנה את המצב המשפטי הקיים אך מבטא מסר פוגעני כלפי הציבור הערבי, תשוב הכנסת ותבחן אם יש אומנם הצדקה להותירו על כנו.



# חוקי־סוד: הלאום - פרשנות סעיף ההתיישבות היהודית בראי עקרון השוויון

---

מנאל תותרי־גיזבראן

מבוא

1. ערך ההתיישבות היהודית בבניית המדינה
2. ערך ההתיישבות היהודית מול עקרון השוויון בהקצאת קרקעות ציבוריות
3. עקרון השוויון מול ההפליה במגורים במרחב הפרטי

סיכום

חוק יסוד הלאום, שהתקבל ביולי 2018, מתווסף ל-12 חוקי יסוד שנחקקו בכנסת ביותר משבעים שנות קיומה של מדינת ישראל. את חוקי היסוד אפשר לסווג לשתי קבוצות, על פי התחומים שהם מסדירים: קבוצת חוקי יסוד אחת מסדירה את שיטת המשטר של המדינה ואת היחסים בין הרשויות השונות, ובה חוק-יסוד: הכנסת, חוק-יסוד: נשיא המדינה, חוק-יסוד: הממשלה, חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, חוק-יסוד: השפיטה, חוק-יסוד: משאל עם, חוק-יסוד: מבקר המדינה, חוק-יסוד: משק המדינה, חוק-יסוד: מקרקעי ישראל וחוק-יסוד: הצבא; קבוצת חוקי היסוד השנייה קובעת הסדרים מהותיים בנוגע לאופייה של המדינה, מהות הקהילה האזרחית, יחסה כלפי אזרחיה והיקף הזכויות הפוליטיות של הפרטים בתוכה. בפועל הקבוצה השנייה של החוקים מסדירה את חיי היום-יום של אזרחי המדינה, היחסים בין האזרחים, היחסים בין האזרחים לקהילות שהם שייכים אליהן והיחסים בין הקהילות למדינה – ובה החוקים האלה: חוק-יסוד: חופש העיסוק; חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והאחרון שהתקבל – חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, נשוא אסופה זו (להלן חוק-יסוד: הלאום, או חוק הלאום).

חוק-יסוד: הלאום מסדיר כמה נושאים מהותיים הנוגעים לאופייה של המדינה מתוך עמידה על מרכזיות יהדותה. נושאים אלו הם סמליה,<sup>1</sup> בירתה,<sup>2</sup> שפתה הרשמית,<sup>3</sup> לוח השנה הרשמי,<sup>4</sup> ימי החג הרשמיים,<sup>5</sup> ועוד. לכאורה חוק זה עוסק במעמד ובזכויות קבוצת הרוב היהודית ואינו נדרש לזכויות האזרחים הערכים ואזרחים אחרים שאינם חלק מהעם היהודי, עובדים זרים שהתאזרחו ואחרים שקיבלו אזרחות ישראלית. לפיכך, יש הטוענים כי הוא אינו מתיימר להסדיר את מעמדם של האזרחים הלא-יהודים, ולכן אינו בא לשנות דבר בנוגע למעמדם המשפטי.<sup>6</sup> למרות זאת, הסדרתם של נושאים מהותיים הנוגעים לאופייה של המדינה ולאופי המרחב הציבורי שלה משליכים השלכה ישירה על אופי הקהילה האזרחית הישראלית וגבולותיה, על מי נכלל בה ומי מודר ממנה, על זכויותיהם ועל מעמדם. חוק-יסוד: הלאום משפיע

1 סעיף 2 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.

2 שם, סעיף 3.

3 שם, סעיף 4.

4 שם, סעיף 8.

5 שם, סעיף 9.

6 טובה צימוקי "המשנה ליועמ"ש: חוק הלאום לא פוגע בשוויון שמוגדר בחוקים אחרים" ynet 9.10.2018; אמנון לורד "חוק הלאום לא פוגע בשום אזרח" ישראל היום 8.8.2018.

בראש ובראשונה על מעמד המיעוט הלאומי הילידי הגדול ביותר החי במדינה, שהוא חמישית מאזרחיה.

פרק זה יתמקד בניתוח סעיף 7 לחוק הלאום, שכותרתו "ההתיישבות היהודית", הקובע כי "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". סעיף ההתיישבות היה אחד הסעיפים השנויים במחלוקת משפטית, והיו לו כמה וכמה גרסאות עד שאושר נוסחו הסופי.<sup>7</sup> בפרק זה אתמקד בהשפעתו על זכויות המיעוט הערבי בתחום הדיור ואבקש לטעון שתי טענות.

הטענה הראשונה היא שחוק יסוד: הלאום, המבוסס על שיח קהילתני, סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המבוסס על שיח ליברלי. ובמיוחד, שסעיף 7 יוצר מתח בין עלינות ערך ההתיישבות היהודית, שנהפך לערך חוקתי בשל עיגונו בחוק יסוד, לבין עקרון השוויון, החל על התיישבות אזרחי המדינה הלא־יהודים על קרקעות ציבוריות שבבעלות המדינה ומוסדותיה.<sup>8</sup> מתח זה יחייב עריכת איזון בין הזכויות לערכים החוקתיים המתנגשים אגב פירוש הוראות שני חוקי היסוד כדי שיתיישבו אלו עם אלו.

הטענה השנייה נוגעת לפרשנות הראויה של סעיף 7 לחוק הלאום, ככל שמדובר בהתיישבות אזרחי המדינה על קרקעותיה. הכלל שהתפתח בפסיקה הענפה שניתנה בשני העשורים האחרונים בסוגיה זו הוא שקרקעות מדינה ישווקו בדרך שוויונית לכלל אזרחיה. החריג היחיד שהוכר עד כה בפסיקה לעניין הסטייה מעקרון השוויון הוא דוקטרינת "מיעוט בעל אורח חיים ייחודי".<sup>9</sup> דוקטרינה זו נשענת על מסד של תאוריות רב־תרבותיות, והיא נועדה להגן על אורחות החיים של קבוצות מיעוט מוחלשות שלולא התערבות המדינה עלולות להישחק ולהיטמע בתרבות הרוב. הרציונל העומד מאחורי הדוקטרינה הזאת הוא שקבוצת הרוב אינה זקוקה להגנה משפטית, שכן בהיותה רוב היא לא רק מגנה על עצמה היטב, אלא גם יוצרת מרחב הגמוני העלול לאיים על זהות המיעוט ותרבותו.

7 רונית לוי־שנור ואדם שנער "סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקת?" תרבות דמוקרטית 4, 20 (תשפ"א).

8 לעניין משמעות עיגון ערך ההתיישבות במסגרת חוק יסוד, ראו הלן טיעון I בפרק זה.

9 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989); בג"ץ 6864/13 רשימת "חרדים אלאעד" נ' מנהל הבחירות לעיר אלאעד (נבו 15.10.2013).

סעיף 7 הוא דוגמה לכוחו של הרוב לקבוע את אופי המרחב המדינתי, במקרה הזה האופי היהודי, אך בדמוקרטיה ליברלית הכוח הזה כפוף לעקרון השוויון, שבית המשפט העליון כבר קבע שהוא נשמת אפו של משטר מדינת ישראל.<sup>10</sup> על כן אטען, על בסיס התאוריה הפוליטית של הליברליזם הרב-תרבותי, כי במצב של סתירה בין עקרון ההתיישבות היהודית לבין עקרון השוויון יש לפרש את סעיף 7, המשמר את כוחו של הרוב בקביעת אופי המרחב ההתיישבותי, בכפיפות לעקרון השוויון ועל פי הפסיקה הקיימת בנדרון. כל פרשנות אחרת לסעיף זה תסתור תאוריות פוליטיות קיימות לעניין יחסי רוב-מיעוט במדינה דמוקרטית ליברלית (או המתיימרת להיות כזאת).

אתחיל בהצגת ערך ההתיישבות היהודית בכינוי המדינה. לאחר מכן אציג את המצב המשפטי בנוגע למתח בין ערך ההתיישבות לערך השוויון, כפי שעלה בפסיקה ובחקיקה לפני חקיקת סעיף 7 לחוק-יסוד: הלאום. הצגת המעמד המשפטי של ערך ההתיישבות תחולק לשני חלקים: אחד העוסק בהתיישבות על קרקעות ציבוריות, והשני העוסק בשיווק קרקעות פרטיות, והיא חיונית להבנת החלל המשפטי שבו (או אולי בתגובה אליו) צמח סעיף 7. נוסף על כך, הצגה זו הכרחית להבנת משמעות השלכות סעיף 7 לחוק-יסוד: הלאום על אזרחי המדינה הלא-יהודים – ובפרט על המיעוט הערבי הפלסטיני. החלקים העוקבים האלה מציגים את שתי הטענות של הפרק: הראשונה בעניין המתח החוקתי שבין סעיף 7 לעקרון השוויון, והשנייה בעניין הפרשנות הראויה של סעיף 7, ולבסוף אסכם.

## 1.

### ערך ההתיישבות היהודית בכינוי המדינה

האידאולוגיה הציונית שעמדה בבסיס מדיניות התכנון בראשית ימיה של המדינה תרמה רבות להתפתחות המרחב הישראלי כמרחב המבוסס על עליונות הערך של ההתיישבות היהודית. אידאולוגיה זו קידמה שני עקרונות מרכזיים:<sup>11</sup> הראשון – קליטה ושיכון מהירים של מהגרים יהודים שהגיעו למדינה לאחר שהוקמה, והשני – פיזור

10 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלה ישראל (נבו) 22.5.2012; בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (נבו) 21.2.2012; בג"ץ 5823/12 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון (נבו) 15.11.2012.

11 אורן יפחאל ואלכסנדר (סנדי) קדר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי" מרחב: אדמה, בית 18 (יהודה שנהב עורך 2003).

אוכלוסייה כאמצעי ביטחון שמטרתו לשמור ולהגן על מרחבים בלתי מיושבים,<sup>12</sup> אזורים הסמוכים לגבול,<sup>13</sup> אזורי הפריפריה ואזורים שהיה בהם אחוז גבוה של אוכלוסייה ערבית.<sup>14</sup>

לשם כך, בשנים הראשונות שלאחר קום המדינה החל תהליך של הלאמת הקרקעות והבתים הנתושים והעברתם לבעלות ציבורית על סמך מגוון עילות משפטיות. עילות אלו כללו הכרזה על אדמות בבעלות ערבית כשטחים סגורים לצורכי ביטחון או אימונים צבאיים<sup>15</sup> והפקעה מסיבית לצורכי ציבור ולצורכי פיתוח.<sup>16</sup> הפקעת קרקעות הערבים בשנות החמישים והשישים נעשתה בכירור ובמוצאה לטובת קידום ההתיישבות היהודית, ולאחר ההלאמה החל תהליך הקצאה של הקרקעות לשם הקמת יישובים יהודיים חדשים והרחבת הקיימים, בעיקר באזור הגליל (אך לא רק), כמו נוף הגליל (לשעבר נצרת עילית) וכרמיאל.

לעומת זאת, ביותר משבעים שנות קיומה של המדינה לא הוקם אף לא יישוב ערבי אחד, למעט כמה יישובים בדואיים באזור הנגב.<sup>17</sup> כל היישובים הערביים הקיימים היום הם יישובים שהיו קיימים לפני קום המדינה, חלקם הוקמו בתקופה

12 הדבר התבטא בחוכנית המתאר הראשונה של מדינת ישראל, שהכין אריה שרון בשנת 1951. החוכנית התבססה על עקרון פיזור האוכלוסין ויישוב הספר, וחילקה את המדינה לארבעה מטרופולינים עיקריים: הצפון (שבירתו חיפה), אזור המרכז (שבירתו תל אביב), אזור ירושלים, ואזור הדרום והנגב (שבירתו באר שבע). ראו אריה שרון **תכנון פיזי בישראל** (1951).

13 אדריאנה קמפ "הגבול כפני יאנוס: מרחב ותודעה לאומית בישראל" **מרחב: אדמה, בית** 52 (יהודה שנהב עורך 1999).

14 רחל קלוש ויוברט לויין "הבית הלאומי והבית האישי: תפקיד השיכון הציבורי בעיצוב המרחב" **תיאוריה וביקורת** 16, 153, 156 (2000).

15 תהליך הלאמת הבתים הנתושים של החושבים הערבים נערך באמצעות חוק נכסי נפקדים, התשי"ב-1950, ס"ח 86, שבמסגרתו הוקם "האפוטרופוס לנכסי נפקדים", הגוף שהופקד על רכוש הנפקדים, וחוק רשות הפיתוח (העברת נכסים) התשי"ב-1950, ס"ח 278, שבאמצעותו הוקמה רשות הפיתוח. רשות הפתוח הוקמה לשם ניהול האדמות שהופקדו בידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים לאחר מלחמת 1948, וכן את הקרקעות שהופקעו על פי חוק רכישת מקרקעים (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953, ס"ח 58.

16 ועדת החקירה הממלכתית לבריור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 **דו"ח הוועדה סעיף 33** (2003) (להלן: דוח ועדת אור).

17 שבעת היישובים האלה הם: רהט, כסיפה, חורה, ערעה בנגב (ערוער), לקיה ושגב שלום, כולם באזור בקעת באר שבע-ערד.

העותמאנית,<sup>18</sup> חלקם אף קודם לכן.<sup>19</sup> חשוב מכך, שטחי השיפוט שהוקצו ליישובים הערביים לאחר קום המדינה היו מצומצמים מאוד ביחס למספר תושביהם ובהשוואה לשטחי השיפוט של היישובים היהודים.<sup>20</sup> על פי רוב הם כללו את השטח הבנוי של היישוב בלבד;<sup>21</sup> מה שהגביל מאוד את התפתחותם של היישובים הערבים, וחשוב מכך, את יכולתם לייצר הכנסות מארנונה ממסחר ותעשייה, שהיא הכנסה גדולה הרבה יותר מהארנונה המתקבלת ממגורים. נוסף על כך, במשך כמה עשורים נמנעו ממשלות ישראל מלהקצות קרקעות ליישובים הערביים, לצד קידום מדיניות של "ייחוד המרחב" – מהלכים שנועדו להגביל את ההתפתחות וההתרחבות הפיזית של היישובים הערביים<sup>22</sup> ולרכזם באזורים מוגדרים ומצומצמים.<sup>23</sup>

כל עוד נשמרה ההפרדה המרחבית בין יהודים לערבים לא עלו כמעט שאלות חוקיותה של מדיניות ההתיישבות היהודית ואפשרות ההתנגשות בינה לבין עקרון השוויון לדיון משפטי וציבורי. חוקיותה של מדיניות זו אותגרה בפעם הראשונה

18 אציין כי יש שני סוגים של יישובים ערביים כפריים: כפרים מוכרים וכפרים לא מוכרים. להרחבה ראו את שלל הדוחות שחיברו ארגון רופאים לזכויות אדם באחר הארגון, והאגודה לזכויות האזרח בישראל זכויות האדם בישראל – תמונת מצב 2007 (2007); הוועדה להצעת מדיניות להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב, דו"ח הוועדה (2008).

19 כגון נצרת ושרפעם. כמו היישובים העירוניים היהודיים, חלק מהערים הערביות היו ערים מאז ומעולם, וחלק אחר היו יישובים כפריים שקיבלו מעמד של עיר בעקבות ההליכי עיור למיניהם (כמו עמרה, טייבה, סח'נין ושאר ערי המשולש).

20 אומנם הסקירה בחלק זה מתמקדת ביישובים העירוניים, אך לנוכח המאפיינים המשותפים הרבים במבנה המרחבי והתכנוני שלהם היא נכונה למעשה גם ליישובים הכפריים, ולכן נעשה שימוש במונח "יישובים" ולא במילה "ערים".

21 לרחבה ראו אורן יפתחאל קרקעות תכנון ואי־שוויון: חלוקת המרחב בין יהודים וערבים בישראל (2000).

22 המדיניות המרחבית המפלה מצטרפת למדיניות המפלה בחומים נוספים רבים, כגון החינוך. להרחבה ראו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלה ישראל (2006).

23 מדיניות ייחוד המרחב, ובמיוחד ייחוד הגליל, באה לידי ביטוי, בין השאר, בהפקעת הקרקעות נרחבת באזור הגליל העליון ובקיצוץ השטח המוניציפלי של היישובים הערביים – מהלך שהביא לצמצום נוסף של הקרקעות בשטחי היישובים. הפקעה זו הגיעה לשיאה ב-1976, בהחלטת הממשלה להפקיע 20,000 דונם באזור סח'נין למטרט "ייחוד הגליל". בשנה זו פרסם מינהל מקרקעי ישראל הודעה בדבר הפקעת מקרקעין באזור כרמיאל לפי סעיפים 5 ו-7 בפקודת הקרקעות המנדטורית משנת 1943 (רכישה לצורכי ציבור). הקרקעות האלה הופקעו לשם הרחבת העיר כרמיאל, על פי תוכנית שתכנן משרד השיכון לפיתוח עירוני מואץ בגליל. הפקעות אלו היו המשך של הפקעות קודמות שמטרתן הייתה "ייחוד הגליל", ועליהן התקומם הציבור הערבי בסוף 1975, ביום האדמה שהסתיים בהרג של שישה אזרחים ערבים. להרחבה, ראו דוח ועדת אור, לעיל ה"ש 16, סעיפים 33-44.



בבית המשפט העליון בעקבות תהליך ההגירה של התושבים הערבים מהיישובים הערביים ליישובים הקהילתיים היהודיים, והסירוב שתושבים אלו נתקלו בו לעיתים בנימוק של שמירה על הצביון היהודי של אותו מרחב. למעשה, תופעת ההגירה עוררה דיונים משפטיים בנוגע לחוקיות קידום ערך ההתיישבות היהודית על קרקעות ציבוריות, ולאחר מכן גם על קרקעות פרטיות, שלרוב עמד בסתירה מובנית עם קידום עקרון השוויון ועם זכותו של כל אזרח ואזרחית במדינה להתגורר היכן שיבחרו. בעקבות זאת, בעשורים האחרונים התפתחו פסיקה והסדרים חקיקתיים ורגולטוריים שביססו את מרכזיות עקרון השוויון בעיצוב המרחב הישראלי ואת כפיפות ערך ההתיישבות היהודית לעיקרון הזה, ואותם אציג בשני החלקים הבאים.

2.

## ערך ההתיישבות היהודית מול עקרון השוויון בהקצאת קרקעות ציבוריות

העתירה הראשונה שזכתה לדיון מקיף בבית המשפט העליון, בתקשורת ובמחקר האקדמי, ונחשבה להחלטה תקדימית בסוגיית המתח שנוצר בין יישום ערך ההתיישבות היהודית לפגיעה בעקרון השוויון, היא עתירתם של בני הזוג קעדאן.<sup>24</sup> את העתירה הגישה האגודה לזכויות האזרח נגד מינהל

מקרקעי ישראל, הסוכנות היהודית והיישוב הקהילתי קציר, לאחר שוועדת הקבלה של היישוב דחתה את בקשת בני הזוג לחכור בו בית. הדחייה התבססה על הטענה שהסוכנות היהודית, החתומה על הסכם החכירה, והאמונה, בין היתר, על מימוש עקרון ההתיישבות היהודית, אינה מחכירה קרקעות לערבים.<sup>25</sup> בג"ץ קעדאן הציף בפעם הראשונה ובמפורש את סוגיית נגישותם של התושבים הערבים, בהיותם קבוצת מיעוט לאומית, לקרקעות המדינה שהוקצו במהלך השנים הקצאה לא שוויונית מתוך קידום ערך ההתיישבות היהודית במרחב.<sup>26</sup>

לאחר דיונים ומאמצים רבים להגיע לפשרה ולהימנע מהכרעה תקדימית בנושא, קבע בית המשפט העליון בראשות הנשיא (דאז) השופט ברק כי המדינה מחויבת לנהוג ולפעול על פי עקרון השוויון, ומשום כך אינה יכולה לעשות שימוש בסוכנות

24 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן: בג"ץ קעדאן).

25 חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, תשי"ג-1952, ס"ח 112.

26 לסקירת חשיבות השאלות האלה בעמירה, זו ראו רות גביזון "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" משפט וממשל 25 (2001).

היהודית כדי לעקוף החלת העיקרון הזה בהקצאת קרקעות לערבים.<sup>27</sup> בכך הפך בג"ץ קעדאן להחלטה תקדימית, שבה הצהיר בית המשפט כי עקרון השוויון גובר על ערך ההתיישבות היהודית ואינו יכול להוות פתח לאפליית לא-יהודים בכלל, ואזרחי המדינה הערבים בפרט, בתחום ההתיישבות.<sup>28</sup>

עם זאת, בית המשפט נמנע מלדון ולקבוע מסמרות בשני עניינים חשובים: (1) עצם חוקיות השימוש בוועדות הקבלה ובאגודות השיתופיות – גופים הממלאים תפקיד ציבורי של הקצאת קרקעות המדינה;<sup>29</sup> (2) חוקיות פעילותה של הסוכנות היהודית המיישבת יהודים בלבד, וכן הכללים הראויים לחול עליה.<sup>30</sup> למעשה, אופי הפעילות של שיווק הקרקע על ידי הסוכנות לקבוצה אחת מתוך העדפתה על פני אחרת והשלכותיה של התנהלות זו לא נדונו בבג"ץ קעדאן כלל, וגם לא בפסקי דין אחרים מאוחרים יותר.<sup>31</sup>

כמו כן, בית המשפט הדגיש כי פסיקתו אינה מותחת ביקורת על המדיניות שהייתה נהוגה במשך שנים בעניין הקמתם של יישובים יהודיים הומוגניים המדירים מהם ערבים. נכתב כי זו –

עתירה צופה פני עתיד הממוקדת ביישוב הקהילתי קציר  
ובנסיבות המיוחדות לו (ההדגשה שלי). יישובים מסוגים שונים,

27 בג"ץ קעדאן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 259.

28 למשמעות העתירה ראו נטע זיו "עריכת דין למען מטרה ציבורית – מיהו ציבור? מהי מטרה? דילמות אחיות בייצוג משפטי של קבוצות מיעוט בישראל" משפט וממשל ו 129 (תשס"א).

29 בג"ץ קעדאן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 14.

30 ראו עמדתו של השופט קדמי בבג"ץ קעדאן: "כן מקובלת עלי עמדת הנשיא, לפיה לא ניתן לעקוף את יישום ערך השוויון בהקשר הנדון כאן, על ידי הקצאת קרקע ממלכתית לסוכנות היהודית; אשר לה, כשלעצמה, מותר להגביל את פלג האוכלוסייה שייחנה מפעילותה, בהיותה מוסד התיישבותי יהודי-צינוני" (שם, בעמ' 261).

31 בבג"ץ קעדאן עלתה השאלה "אם בקבלת זכות במקרקעי המדינה הוטלה על הצד השלישי גם החובה שלא הפלות בין יהודים לערבים", אך נקבע כי פסק הדין אינו דן בשאלה זו. אשר למהות והיקף הזכות להקילה בישראל, השופט ברק ציין:

העותרים אינם מתעלמים מן היסוד היהודי בזהותה של מדינת ישראל, כמו גם מן ההיסטוריה ההתיישבותית של ישראל. עתירתם צופה פני עתיד. לשיטתם, היסוד היהודי בזהותה של המדינה הוא בעל משקל מכריע רק בעניינים הירודים לשרש מהותה היהודית של המדינה – דוגמת חוק השבות, החש"י-1950. העותרים גם אינם שוללים לחלוטין את זכותה של הקהילה סגורה לקבוע תנאי הצטרפות ייחודיים לשרותיה – ובלבד שאכן מדובר בקהילה ייחודית בעלת מאפיינים מובהקים אשר רמת הטוּלִידריות והשיחוף בין חבריה היא גבוהה [...] (שם, בעמ' 7).

כגון קיבוצים, מושבים ומצפים, עשויים לעורר בעיות שונות, שירדשו מענה שונה. לנסיבות מיוחדות ביחס לסוג היישוב, כמו גם לנסיבות מיוחדות מבחינת ביטחון המדינה, עשויה להיות חשיבות, ואין פסק־הדין קובע עמדה לגבי המשמעות שלהן.<sup>32</sup>

במשפט המסויג הזה הותיר בית המשפט פתח לכיסוס חוקיות ההדרה מהיישובים האלה ב"נסיבות מיוחדות", או אם "סוג היישוב" מצדיק זאת. למרות זאת, בג"ץ קעדאן, שעליו בוססו החלטות עוקבות של בית המשפט העליון שיוצגו להלן, עורר הדים רבים בקרב חוקרי משפט – יש שראו בו צעד מבורך לקידום השוויון בין כלל אזרחי המדינה, ואחרים ראו בו צעד מסוכן העלול לאיים על ההגמוניה והשליטה היהודית במרחב.<sup>33</sup>

בית המשפט חזר על אותה ההלכה בעתירה שהגישו בני הזוג דווירי, תושבי העיר נצרת שביקשו לרכוש מגרש בהרחבה של קיבוץ הסוללים, אך ועדת הקבלה של היישוב דחתה את בקשתם על הסף.<sup>34</sup> הנימוק לסירוב היה שהם אינם עומדים בתנאי הסף של שירות צבאי וכשירות לחברות בהסתדרות הציונית העולמית. לאחר מסכת הליכים ושימועים אישרה ועדת הערר של מינהל מקרקעי ישראל את הקצאת הקרקע בעבורם בהרחבה של השכונה הקהילתית "נוף אלונים" הצמודה לקיבוץ, ולכן הם משכו את עתירתם.<sup>35</sup> עם זאת, קיבוץ הסוללים ותושבי השכונה החדשה (להלן: הסוללים) התנגדו נחרצות להחלטת המינהל ועתרו לבג"ץ נגד החלטת ההקצאה.<sup>36</sup>

32 שם, בעמ' 284-285.

33 לשלל העמדות בנדון, ראו הגיליון המיוחד של כתב העת משפט וממשל ו (תשס"א) שכותרתו "בעקבות פסק דין קעדאן".

34 בג"ץ 5601/01 דווירי נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 4.10.2006).

35 ההליכים האלה כללו דיון בעתירה ביום 24.8.2000, שבמהלכו הסכימו הצדדים כי "יניחו בצד" את טענותיהם העקרוניות בעניין חוקיותם של תנאי הסף, וכי בני הזוג יופנו להליכי קבלה רגילים, בהתעלמות מתנאי הסף, מתוך שמירת זכויות הצדדים להעלות טענותיהם בעניין תנאי הסף בשלב מאוחר יותר. מכאן ואילך נכנסו הצדדים למסכת רבת שנים של הליכים, חוות דעת פסיכולוגיות נוגדות ושימועים על גבי שימועים. בקיצור, בקשתם של בני הזוג נדחתה על ידי ועדת הקבלה של היישוב, בעקבות חוות דעת פסיכולוגיות שליליות שהוגשה לה בעניינם. בהמשך נדונה הבקשה בשתי ועדות ערר מטעם המינהל. הראשונה לא ראתה טעם להתערב בהחלטתה של ועדת הקבלה. בעקבות פנייה מצד בני הזוג, הסכים המינהל לקיים דיון מחודש בעניינם, מתוך קביעה שהוועדה תדון הפעם גם בבקשה גופא. ועדת ערר שנייה, שהוקמה על פי החלטת מועצת מקרקעי ישראל מספר 1015, המליצה לקבל את הערר על בסיס חוות דעת פסיכולוגית בלתי תלויה שהוגשה לה ולהקצות לבני הזוג מגרש בשכונת ההרחבה.

36 בג"ץ 7574/06 הסוללים קבוצת מכבי צעיר להתיישבות נ' מינהל מקרקעי ישראל (נבו 23.1.2007) (להלן: פרשת הסוללים).

בעתירתם הוצגו כמה טענות: ראשית, נטען כי תנאי הסף של שירות צבאי וכשירות לחברות בהסתדרות הציונית (שמשמעותם היא שערכים וחרדים אינם יכולים לרכוש מגרש בסוללים), הם תנאים לגיטימיים משום שמדובר ב"יישוב קהילתי קטן". שנית, נאמר בעתירה כי הקבלה של הזוג דווירי ואחרים ליישוב תביא להפיכתו ל"יישוב מעורב" וכך תשפיע השפעה של ממש על אורח החיים בו. שלישי, נטען כי בבסיס הקמת היישוב עומדת "הסכמה מקורית" שהיא בבחינת זכות יסוד לקיומם החברתי של תושביו, וכי קבלת בני הזוג ליישוב תביא לפגיעה בזכות זו.<sup>37</sup>

מינהל מקרקעי ישראל השיב כי לפי הלכת קעדאן, בהיותו רשות ציבורית הוא מחויב להקצאה שוויונית של קרקעות המדינה ועליו להימנע מלתת תוקף לתנאים המובילים לדחייתה על הסף של בקשה להתקבל ליישוב רק בשל שייכות לאומית. כלומר, גם הגוף המדינתי המרכזי המנהל את קרקעות המדינה הפנים את עליונות עקרון השוויון על ערך ההתיישבות היהודית בכל הנוגע לזכותם של אזרחי המדינה להתיישב על קרקעות ציבוריות.

בסופו של דבר דחה בית המשפט את העתירה על סמך בג"ץ קעדאן, והדגיש כי הגוף המוסמך להחליט בעניין ניהול קרקעות המדינה והקצאתן הוא מינהל מקרקעי ישראל, וכי הוא אינו כפוף לתנאי הסף שקובעת האגודה השיתופית.<sup>38</sup> אשר לטענות שהעלה קיבוץ הסוללים בדבר החשש לפגיעה באופי היהודי־חילוני שלו, המצדיק סינון של ערכים וחרדים ממנו, בית המשפט קבע כי הוא אינו נדרש לדון בטענות אלו, שכן מדובר ב"סכנה" תאורטית שאינה יכולה לבסס הבחנה מוצדקת בין פרטים על בסיס לאום. כך או כך, אפשר להיווכח כי במתח שבין עקרון השוויון לבין ערך ההתיישבות היהודית הכירו גם בית המשפט וגם מינהל מקרקעי ישראל (כיום רשות מקרקעי ישראל) בעליונות ערך השוויון ככל שהוא מתנגש עם ערך ההתיישבות היהודית.

מקרה נוסף שהגיע לדיון בפני בית המשפט העליון הוא סיפורם של בני הזוג זבידאת, שביקשו לחכור בית ביישוב הקהילתי רקפת שבמועצה האזורית משגב. לאחר מסכת ארוכה של דחיות בשני ראיונות של ועדת קבלה של היישוב עקב אי־התאמה לחיי הקהילה והגשת שני עררים למינהל מקרקעי ישראל הגישו בני הזוג עתירה לבית המשפט העליון. בעתירה נטען כי –

37 נוסף על הטענה שאי־אפשר לרכוש מגרש בהרחבה ללא חברות באגודה השיתופית הקהילתית, וכי חברות כזאת לא הושגה.

38 פרשת הסוללים, לעיל ה"ש 36, פס' 5.

לא ניתן להגביל אזרח ישראלי לבנות ביתו על קרקע ציבורית, שכללי המשפט הציבוריים מחייבים את חלוקתה באופן שוויוני ועל פי כללי הצדק החלוקתי. זו אפליה מנימוקים הקשורים בתכונות אישיות, מעמד חברתי ואישי, השקפות פוליטיות, צבע עור ומוצא עדתי או לאומי.<sup>39</sup>

בסופו של דבר, בפרשה זו הורה בג"ץ לקבל את בני הזוג לחברות ביישוב, על סמך החלטת מינהל מקרקעי ישראל, שפרסם החלטה סופית ומחייבת שעררם של העותרים התקבל והם יוכלו ליהנות מהקצאת מגרש ביישוב הקהילתי.

חשוב לציין כי מדיניות דחיית המועמדים מחברות באגודה השיתופית שהופעלה תחילה נגד התושבים הערבים הופעלה גם נגד מועמדים אחרים שאינם מתאימים לפרופיל שנקבע על ידי חברי היישוב, לרבות מאפיינים כלכליים, אתניים, דתיים, מוצא ועוד. חוקיות פרקטיקות ההדרה הזאת נדונה בכמה מקרים בפני בית המשפט ונגעה בעיקר בשאלת היקף סמכותן של האגודות השיתופיות האחראיות, הלכה למעשה, לנהל את קרקעות המדינה ולהדיר מהן אזרחים השייכים לקבוצות מיעוט למיניהן.<sup>40</sup>

בעקבות הפסיקות שנפסקו במהלך השנים, התקבל בשנת 2011 תיקון לפקודת האגודות השיתופיות,<sup>41</sup> המתיר ליישובים המוקמים באזור הגליל והנגב ומונים עד 400 בתי אב להקים ועדות הקבלה. ועדות אלו יוכלו לדחות מועמדים שאינם מתאימים לחיי החברה בקהילה או שנמצא שהם אינם מתאימים למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, ויש יסוד להניח כי יהיה בהם כדי לפגוע במרקם

39 בג"ץ 8036/07 זבידאח נ' מינהל מקרקעי ישראל (נבו) (13.9.2011). בני הזוג יוצגו על ידי ארגון עדאלה, ואליו הצטרפו הארגונים קול אחד בגליל, המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי, הקשת הדמוקרטית המזרחית, במקום - מחכננים למען זכויות תכנון והבית הפתוח בירושלים לגאווה וסבלנות.

40 ראו, לדוגמה, ע"א 10419/03 דור נ' כפר שיתופי להתיישבות (נבו) (5.9.2005); ה"פ 362/03 רוזן נ' בני דרוז - מושב שתופי להתיישבות בע"מ (נבו) (19.1.2004); ה"פ (י-ם) 168/03 מנשה נ' ועד מקומי עלי (נבו) (19.9.2004); בג"ץ 272/74 כפר אז"ר מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' שר העבודה, פ"ד כט(2) (1975); ע"א 8398/00 יונה כץ נ' קיבוץ עין צורים, פ"ד נו(6) 602 (2002); ע"א 7094/10 צורן נ' האגודה שיתופית נחושה (נבו) (18.4.2012). להרחבה על סוגיית ההדרה של פרטים מיישובים על בסיס שייכות קבוצתית על ידי האגודות השיתופיות המפעילות ועדות קבלה, ראו נטע זיו וחן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים מלכוד ברשת טובענית ומחוררת" קהילות מגודרות 311 (אמנון להבי עורך 2010).

41 סעיפים 16-6 לפקודת האגודות השיתופיות.

הזה.<sup>42</sup> ארגון עדאלה וארגונים אחרים הגישו לבית המשפט העליון כמה עתירות נגד חוקיות התיקון הזה, והן נדונו יחד.<sup>43</sup> בעתירות נטען כי יש בתיקון משום פגיעה בזכות למגורים, וכי אין כל אפיון ייחודי ביישובים האלה המצדיק פגיעה מסוג זה.<sup>44</sup> הרכב מורחב של תשעה שופטים דן בעתירות ודחה אותן ברוב דחוק של חמישה שופטים נגד ארבעה, בנימוק שהן אינן "בשלות" להכרעה.<sup>45</sup> מכל מקום, תיקון זה אינו מאפשר לוועדת קבלה לדחות מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית. כלומר, הגנה על מרקם חברתי-לאומי, או מימוש ערך ההתיישבות היהודית אינם יכולים לשמש טיעון משפטי לדחייה של מועמד, ובכך גם התיקון הזה כפוף לעקרונות השוויון.

אציין כי ב-12 בדצמבר 2018 הגיש ח"כ בצלאל סמוטריץ' הצעת תיקון נוספת לפקודת האגודות השיתופיות המגדילה את מספר היישובים הקהילתיים שיכולים להפעיל ועדות קבלה – מיישובים שיש בהם עד 400 בתי האב ליישובים שבהם עד 700 בתי אב. בדברי ההסבר להצעה נכתב כי –

42 מעבר לכך, כפי שטענה האגודה לזכויות האזרח, הרקע העיקרי לחקיקת החוק הזה הוא הרצון לעקוף את בג"ץ קעדאן ולהבטיח את קיומם של יישובים ליהודים בלבד. ראו בג"ץ 2311/11 אורי סבח נ' הכנסת, סעיפים 40-47 לעתירה (נבו 17.09.2014) (להלן: בג"ץ סבח).

43 בג"ץ 2504/11 עדאלה נ' הכנסת (נבו 17.9.2014). את העתירה הגישו הארגונים עדאלה, המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי, הקשח הדמוקרטית המזרחית, במקום – מחכמים למען זכויות תכנון, קול אחר בגליל והבית הפתוח בירושלים לגאווה ולטובלנות.

44 בעתירה שהגישו קרן אברהם והאגודה לזכויות האזרח (בג"ץ סבח, לעיל ה"ש 42) נטען: במסגרת תיקון פקודת האגודות השיתופיות עוגנה בחוק סמכותם של מעל ל-30 יישובים קהילתיים ויישובים כפריים בהם הוקמו שכונות הרחבה קהילתיות, שנבנו על קרקעות הציבור, לערוך הליכי מיון לתושבים המבקשים להתגורר באותם יישובים. תושבי יישובים אלו הוסמכו למעשה לברור את שכניהם על פי פרמטרים רחבים ועמומים ובין היתר לדחות מועמדים רק משום שאינם חלק מ"המרקם החברתי-תרבותי" של היישוב, גם כשמדובר ביישובי ללא כל אפיון תרבותי ייחודי.

נטען גם כי מדובר בחוק פוגע בזכות לבחור את מקום המגורים, שהיא חירות אישית המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – שכן כל אדם המבקש להתגורר ביישוב יוכפף להליכי סינון כתנאי לקבלה ליישוב, אף שלמרבית היישובים הממוקמים על קרקעות ציבוריות אין כל מרכיב של שיתופיות כלכלית או אפיון ייחודי המצדיק את הליכי הסינון האלה. הליכים אלו אף פוגעים בפרטיות ומדירים קבוצות אוכלוסייה הרואות חשיבות מיוחדת בשמירה על פרטיותן. עוד נטען כי החוק פוגע בזכות לשוויון, שכן הקריטריונים הכלולים בו מאפשרים לדחות אדם רק משום שהוא שונה (אינו מתאים למרקם החברתי של היישוב), וכי הם מביאים להפליה של קבוצות מיעוט בניגוד לאיסור הפלות אדם בשל השתייכותו הקבוצתית. עוד טענו כי החוק פוגע בזכות הקניין וכי פגיעה זו אינה מידתית. להרחבה ראו בעתירה שהוגשה.

החל משלהי שנות ה־70 של המאה הקודמת, יזמה המדינה הקמת שורה של יישובים קהילתיים קטנים בגליל (מפעל ה"מצפים") ובנגב. היישובים נועדו להגשים את יעדי הממשלה בדבר פיזור האוכלוסייה, וכמו כן לאפשר לתושבי יישובים אלה קיום אורח חיים קהילתי־כפרי המבוסס על לכידות חברתית ותרבותית. מימוש מטרות אלה חייב, ועודנו מחייב, קיום מנגנון של מיון בקבלת המועמדים להתיישבות ביישובים, וזאת כל עוד היישובים מוגדרים, על־פי החוק, כיישובים כפריים.

הצעת חוק זו עברה בקריאה טרומית בכנסת, אבל בשל פיזור הכנסת ירדה מסדר היום. חשיבותה היא בהבנת המניעים לעיגון מעמד ועדות הקבלה – שנועדו לשמר את אופיו היהודי של המרחב.

על כל פנים, כפי שלוין־שנור ושנער מציינים, המטרה בחקיקת סעיף ייחודי במסגרת הלאום שיסדיר את נושא ההתיישבות היהודית הייתה כפולה: גם לעקוף את בג"ץ קעדאן, וגם להפוך את פרקטיקת ההתיישבות היהודית, הכוללת בתוכה גם הדרה של מי שאינו יהודי (ערבים), לחוקית.<sup>46</sup> בדיון בסעיף ההתיישבות נדון גם היחס בין הסעיף המוצע לתיקון פקודות האגודות השיתופיות, האוסר במפורש על הפליה, בין היתר, על בסיס לאומי.

בשנים האחרונות אנו עדים להאצת תהליך ההגירה של תושבים ערבים מהיישובים הערביים הכפריים לערים המעורבות וליישובים היהודיים, כגון נוף הגליל (לשעבר נצרת עלית), עפולה וכרמיאל. מעבר זה התלווה לעיתים בדחייה של משפחות ערביות מרכישת דירות בפרויקטים למגורים בשל רצון החברה המשווקת לשמר את אופיו היהודי של מתחם המגורים. מקרים אלו העלו לדיון משפטי (וציבורי) את המתח שבין שמירה על ערך ההתיישבות היהודית וקידומו, למימוש עקרון השוויון במרחב הפרטי, שעליו ארחיב בחלק הבא.

46 לתיאור הלכה קעדאן בהקשר החברתי־משפטי שלה ובהיותה התשתית החוקתית שקדמה לחוק הלאום, ראו גם עשור ויצמן וברק מדינה, "סעיף 7: המדינה רואה בפיתוח ההתיישבות היהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה", בקובץ זה; וכן לוין־שנור ושנער, לעיל ה"ש 7, בעמ' 5, 20.

### עקרון השוויון מול ההפליה במגורים במרחב הפרטי

ההפרדה וההדרה במגורים על בסיס לאומי באות לידי ביטוי גם במרחב הפרטי, במרחבים עירוניים שבהם פרטים וגופים פרטיים, כגון חברות נדל"ן ועמותות לבנייה עצמית, מוכרים דירות למגורים רק ליהודים.<sup>47</sup> הגופים האלה מקדמים את ערך ההתיישבות היהודית הנפרדת לא פחות מגופים ציבוריים.<sup>48</sup> עם זאת, ההפרדה העמוקה הרווחת בין יהודים לערבים בתחום המגורים הביאה לכך שעד העת האחרונה כמעט שלא הוגשו עתירות או תביעות שתקפו את קידום ערך ההתיישבות היהודית על ידי פרטים וגופים ופרטיים, ולכן שנים רבות כמעט שלא היו עניין ציבורי ומחקר משפטי שהתמקדו במתרחש בספרה הפרטית ובקידום ערך ההתיישבות היהודית במסגרתה – לעיתים בגלוי, לעיתים בדרכים סמויות. סיבה נוספת למיעוט העניין המחקר נעוצה בהנחה הרווחת – והמוטעית בעיניי – שהמרחב הפרטי חשוב פחות מהמרחב הציבורי, וכן שהוא מוגן מביקורת משפטית בהיותו מגלם את מהות המרחב הפרטי של פרטים, מרחב שבו הם זכאים לעשות ככל העולה על רוחם כל עוד אינם גורמים נזק לאחרים.

אולם בעקבות תהליכים רבים המתרחשים בשנים האחרונות ניכר שהקו המבחין בין הפרטי לבין הציבורי במשפט הישראלי משתנה, ולעיתים אף נמחק,<sup>49</sup> ומה שהוגדר בעבר פרטי יכול להפוך לציבורי ולהפך. נוסף על כך, גוברת ההבנה שגם אם קו זה נשמר, הרי מה שמתרחש בספרה הפרטית משפיע בהכרח על המתרחש בספרה הציבורית והסדרים מתחום המשפט הפרטי, כגון דיני קניין וחוזים, המאפשרים לפרטים להפלות במכירה או בהשכרת דירתם או האוסרים עליהם לעשות כן, מעצבים את המרחב לא פחות מהסדרים מתחום המשפט הציבורי, כגון דיני תכנון ובנייה.<sup>50</sup> התובנות האלה מקבלות משנה תוקף בהקשר הישראלי, שבו תאגידים שהוקמו במסגרת המשפט הפרטי טרם הקמת המדינה ולאחר הקמתה נהפכו לדור-

47 ראו מנאל תותריי-ג'ובראן "ערים מעורבות בהתהוות: בין הפרטי לציבורי", דין ודברים י' 17 (תשע"ז).

48 אציין כי מימוש ערך ההתיישבות היהודית בהקשר של המרחבים העירוניים מקבל משמעות אחרת, שונה מהמשמעות המוכרת שלו באחוס ההתיישבות ההיסטורי כפי שהוא מוכר בהקשר הכפרי. עם זאת, ההדרה במגורים על בסיס לאומי במרחבים עירוניים מביאה לתוצאה דומה לזו שבהקשר הכפרי, וגם היא נועדה לשמר את הסטטוס קוו המרחבי של הפרדה בין יהודים לערבים ושל שמירת אופיו היהודי של המרחב.

49 דפנה ברק ארז "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" משפט וממשל ה' 95, 96 (תש"ס).

50 תותריי-ג'ובראן, לעיל ה"ש 47.



מהותיים, כגון הקרן קיימת לישראל והסוכנות היהודית, קידמו התיישבות יהודית במרחב לא פחות ממוסדות המדינה עצמה.<sup>51</sup>

מחקריי, לרבות פרק זה, משתייכים להתפתחות המחקרית הזאת, ולכן בעת בחינת השלכות סעיף 7 לחוק-יסוד: הלאום על משמעות ערך ההתיישבות אי-אפשר, בעיניי, להתעלם ממעמדו המשפטי של ערך זה במרחב הפרטי, כפי שיוצג בהרחבה בחלק הזה.

שאלת תחולת עקרון השוויון על גופים פרטיים המשווקים מתחמי מגורים ייעודיים רק ליהודים ומממשים בכך את עקרון ההתיישבות היהודית התעוררה בכמה מקרים. להלן אציג שניים מהם שהם חשובים במיוחד בעיניי: הראשון, משום שהוא יצר הסדר חדש לעניין איסור ההפליה החל על גופים פרטיים המשווקים דירות למגורים על קרקעות ציבוריות, והשני, מכיוון שהוא הוכרע לאחר חקיקת חוק-יסוד: הלאום והיה בבחינת הזדמנות לבחינת היחס שבין החוק לבין המצב הקיים והמצב החדש שנוצר.

המקרה הראשון נכלל בתביעה שהגישו לבית המשפט השלום סמי הווארי, אזרח ערבי תושב העיר עכו, האגודה לזכויות האזרח ועמותת אליאטר מעכו. מר הווארי טען כי ניסה לרכוש יחידת דיור בפרויקט הנדל"ן "גרין פאלאס" בעכו ונענה בסירוב בשל היותו ערבי. במסגרת התביעה נטען בפעם הראשונה כי חוק איסור הפליה אוסר על מי שעיסוקו באספקת מוצר להפלות לקוחות מחמת לאום, וכי מכירת דירות על ידי תאגיד נדל"ן היא בבחינת שיווק מוצר ציבורי ולכן נכללת בחוק. משום כך ביקשה התביעה להראות כי הסירוב של החברה הבונה את "גרין פאלאס" אוסר על פי חוק.<sup>52</sup> בסופו של דבר נמחקה העתירה לאחר שהושג הסכם פשרה, ושאלת תחולת החוק על תחום הדיור לא נדונה.

לתביעה זו חשיבות ניכרת, שכן בעקבותיה התקבלה החלטה, ביוזמת פרקליטות מחוז חיפה,<sup>53</sup> ולפיה תתווסף לחווי ההתקשרות עם היזמים סנקציה של חיוב

51 גם בהקשר האמריקאי יש יחס מורכב בין הפרטי לציבורי, והוא תרם רבות לעיצובם של כללי הפרדה וההדרה, להרחבה ראו רות גביזון ואורי שוורץ "הפרדה בדיור כמרכיב בהפליה: הנסיון האמריקאי" עיוני משפט כה 73, 97-98 (2001).

52 הסעד שביקש הווארי בעתירה היה סעד של פיצויים לפי סעיף 5 לחוק איסור הפליה. ראו כתב התביעה: תא"מ (חי') 1749-12-12 הווארי נ' משה חדיף ובניו השקעות בע"מ (נבו) (16.12.2012).

53 עידו באום "מינהל מקרקעי ישראל יתבע פיצוי מקבלנים שיפלו ערבים" דה מרקר, 12.6.2013.

בפיצויים מוסכמים אם הרשות תמצא כי היזם הפר את ההתחייבות שלא לנקוט הפליה פסולה בשיווק יחידות דיור.<sup>54</sup> בכך הוחל עקרון השוויון גם על חברות נדל"ן פרטיות המשווקות דירות למגורים על קרקעות ציבוריות באמצעות רגולציה חוזית. במילים אחרות, כמו במרחב הציבורי, כיום גם במרחב הפרטי שבו גופים פרטיים משווקים דירות למגורים על קרקעות מדינה, עקרון השוויון גובר על ערך ההתיישבות היהודית.

מקרה נוסף הנוגע בתחולת עקרון השוויון על שיווק דירות למגורים על ידי גופים פרטיים ובאיסור הפליה על בסיס לאומי הגיע לדיון בבית המשפט העליון באוגוסט 2019, כשנה לאחר קבלת חוק-יסוד: הלאום, בעקבות תביעתם של בני זוג ערבים שביקשו לרכוש דירת מגורים חדשה בירושלים (פרשת סלמאן). נציגת חברת מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ דחתה את בקשתם של בני הזוג בנימוק שהיא אינה מוכרת דירות לערבים. לנוכח סירובה של מי-טל הגישו בני הזוג תביעה לפיצוי כספי לבית המשפט השלום, שהתבססה על סעיף 5 לחוק איסור הפליה המסמיק את בית המשפט לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק אם מתקיימת אחת מהעילות המנויות בחוק. למעשה, תביעה זו עוררה שתי שאלות עיקריות: האם דירת מגורים היא "מוצר ציבורי" על פי חוק איסור ההפליה? ואם כן, האם יש להחיל את עקרון השוויון ואיסור ההפליה על גופים המשווקים את המוצרים האלה?<sup>55</sup>

בית המשפט השלום ובית המשפט המחוזי קבעו כי פרשנות ההוראות הרלוונטיות בחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים מאפשרת מבחינת לשונן להחיל אותן על מקרקעין שהן דירות מגורים שנבנו על ידי מי שעיסוקו בכך, במיוחד אם מדובר בדירות שנבנו על מקרקעי ציבור.<sup>56</sup> בהתאם לכך נפסק לכל אחד מבני הזוג תשלום פיצויים בסך 20,000 ש"ח. חברת הנדל"ן מי-טל הגישה בקשת רשות ערעור לבית

54 זהו נוסח תנאי 12 המופיע בכל מכרזי רשות מקרקעי ישראל לשיווק קרקעות לבנייה: הקונה מתחייב להימנע מלנקוט אפליה פסולה בעת שיווק יחידות דיור, והוא מצהיר בזאת כי הוא יודע, שאם יפר התחייבות זו, המוכר יהא רשאי, מבלי לפגוע בכל סעד אחר העומד לזכותו על פי דין, לבטל חוזה זה ו/או לדרוש ולקבל ממנו פיצויים מוסכמים בשיעור של 15% מהתמורה בצירוף הפרשי הצמדה בין המדד היסודי למדד המחירים לצרכן האחרון שיהיה ידוע במועד התשלום, ולא יהיו לו כל טענות ו/או דרישות ו/או תביעות כלפי המוכר במקרה כזה.

להרחבה, ראו מנאל תותרי-ג'ובראן "הפרטה והדרה בעיר: העמותות לבנייה עצמית כמייצרות מובלעות מרחביות מופרדות" משפטים 443, 458-459 (תשע"ז).

55 את השאלות האלה העלה ישי בלנק, אך הן לא נדונו. ישי בלנק "איים של פלורליזם: היפרדות ושילוב בין דתיים וחילוניים בישראל" דין ודברים 85, 108 (2011).

56 ת"א 14-01-54070 סלמאן נ' מי-טל הנדסה ושרותים בע"מ (נבו 12.3.2017).

המשפט העליון וטענה שאין להחיל את חוק איסור הפליה על מכר דירות בשוק הפרטי. בדיון בבקשה נחלקו שופטי בית המשפט העליון בסוגיה זו.<sup>57</sup> השופט מזוז הדגיש את חשיבותה הציבורית, הערכית והמעשית הרבה של ההכרעה בשאלה זו וקבע כי חוק איסור ההפליה חל על מכירת דירה על ידי מי שעיסוקו בכך. כן ציין השופט מזוז כי מסקנה זו עולה הן מכוח תכלית החוק, שנועדה להגשים את עקרון השוויון בתחומים החשובים בחיי הפרט, ובהם גם רכישת דירה, הן מלשונו של החוק, שאינו מגדיר את הביטוי "מוצר", המופיע בסעיף 3(א) לחוק איסור הפליה, ובכך כוללת בו גם מכירת דירה.<sup>58</sup>

מנגד, השופט שטיין קבע כי חוק איסור הפליה אינו חל על מכירת דירה על ידי מי שעיסוקו בכך, שכן פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק – פירושה של המילה "מוצר" הוא חפץ מטלטלין ולא נכס דלא נידי, וכן מכיוון שכוונת מחוקקי החוק, כפי שהובאה בדברי ההסבר לחוק איסור הפליה, הייתה שהאיסור לא יחול על מקרקעין.<sup>59</sup> השופט הנדל נמנע מלהכריע בשאלה עקרונית זו והותיר את ההכרעה בשאלת תחולת חוק איסור הפליה על מכירת דירות מגורים למקרה מתאים יותר.<sup>60</sup> בית המשפט הותיר אפוא את השאלה פתוחה להכרעה, אף על פי שבסופו של דבר נדחה הערעור והחלטת בתי המשפט קמא נותרה על כנה.

לסיכום, המצב המשפטי עד חקיקת חוק הלאום היה שככל שמדובר בדירות מגורים המשווקות על ידי פרטים ומוקמות על קרקעות ציבוריות, עקרון השוויון גובר על ערך ההתיישבות היהודית, ושאלת תחולת חוק איסור הפליה ועקרון השוויון על תחום הדיור בספרה הפרטית נותרה בצריך עיון. כל זאת אף שפסק דין סלמאן היה הזדמנות פז עבור בית המשפט להוקיע כל הפליה בתחום הדיור, גם, ובמיוחד, כשהיא מתקיימת בספרה הפרטית. חשוב מכך, פסק הדין הזה היה יכול להיות הזדמנות לפרש את היחס בין חוק הלאום לחקיקה הקיימת במשפט האזרחי ולמעמד ההתיישבות היהודית, שכאמור מקודמת גם במרחב הפרטי.

כפי שראינו בחלקים שלעיל, ערך פיתוח ההתיישבות היהודית באמצעות הקמה של יישובים יהודיים חדשים (אף מעבר לקו הירוק, בניגוד לחוק ולכללי המשפט הבינלאומי) והרחבה של יישובים יהודיים קיימים, היה מאז ומתמיד ערך לאומי

57 רע"א 10011/17 מ"טל הנדסה ושרותים בע"מ נ' סלמאן (נבו 19.8.2019).

58 שס, פס' 10, 23-24 לפסק הדין של השופט מזוז.

59 שס, פס' 4 ו-9 לפסק הדין של השופט שטיין.

60 שס, פס' 4 לפסק הדין של השופט הנדל.

עליון ועמד בבסיס המדיניות המרחבית והתכנונית של המדינה. ואם כך, מבחינת המצב העובדתי אין בסעיף 7 לחוק הלאום כל חידוש לעניין מרכזיות אופייה היהודי של המדינה ומחויבותה לקדם התיישבות יהודית במרחב.

אף על פי כן, לעיגון ערך ההתיישבות בחוק-יסוד: הלאום משמעות נורמטיבית ומשפטית רבה, שכן הוא הופך אותו לערך חוקתי. ערכים חוקתיים המעוגנים בחוקי יסוד מכתיבים את "האני מאמין" של שיטת הממשל, וחשוב מכך הם מגדירים את מהות הקהילה האזרחית ואת היקף הזכויות החוקתיות של אזרחי המדינה. לכן, גם אם סעיף זה אינו יוצר נורמות חדשות בהקשר הזה אלא רק מעגן הסדרים קיימים בחקיקת יסוד, בכל זאת יש משמעות חוקתית-משפטית רבה לעיגון הזכויות הייחודיות של הלאום היהודי דווקא בחוק יסוד, לעומת העיגון הקודם בחוק רגיל או במדיניות ממשלתית. מכאן מתעוררת השאלה המהותית בנוגע ליחס בין ערך ההתיישבות היהודית לבין עקרון השוויון במרחב, ובה ארון בחלק הבא.

טיעון I: מתח  
חוקתי בין חוק-יסוד:  
הלאום לחוק-יסוד:  
כבוד האדם וחירותו  
להבדיל מחוקי היסוד המעגנים נורמות משטריות ומוסדיות,<sup>61</sup> חוק-יסוד: הלאום מסדיר נורמות זהותיות של המדינה, וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מסדיר בתוכו נורמות של מגילת זכויות.<sup>62</sup> בחלק זה ארצה לטעון כי בכל הנוגע להסדרת תחום ההתיישבות, השיווק והקצאת הקרקעות, שני חוקי היסוד האלה כוללים בתוכם הסדרים מתנגשים. הטיעון נשען על ניתוח השיח הנבדל שכל חוק יסוד נשען עליו בכל הנוגע לסוגיית ההתיישבות היהודית. שיח נבדל זה יוצר מתח חוקתי בין הערכים המוגנים בכל אחד מחוקי היסוד.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, העוסק במעמדן החוקתי של זכויות אדם בישראל, נשען על שיח ורטוריקה ליברליים המספקים הגנה לזכויות האדם בשל היותו אדם – ללא קשר להשתייכותו הקבוצתית לעם היהודי או לקולקטיב אחר. כך קובע סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו", והוא כולל הגנה על הקניין, שמירה על החיים והגוף; חירות אישית; חופש התנועה ועוד. אף על פי שהזכות לשוויון אינה מופיעה במי מחוקי היסוד, ובמיוחד לא בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, קבע בית המשפט העליון כי מדובר בזכות

61 כגון חוק-יסוד: הממשלה, חוק-יסוד: מבקר המדינה ועוד.

62 נוסף על חוק-יסוד: חופש העיסוק.

חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד שבחוק היסוד. כפי שהסביר הנשיא (בדימוס) של בית המשפט העליון השופט ברק:

כבוד האדם מניח כי כל אדם הוא יצור חופשי, המהווה מטרה בפני עצמו. תפישה זו מחייבת שוויון בין בני אדם ואין להכיר במושג של כבוד האדם מבלי לגזור מכך, כמסקנה הכרחית, את השוויון בין בני האדם. זהו השוויון בזכויות האדם; זהו שוויון בהטבות שהמדינה מעניקה ובהזדמנויות שהיא יוצרת.<sup>63</sup>

במסגרת זו בוססה עליונותה של הזכות לשוויון בתחומי משפט מגוונים – רווחה, קניין, בריאות וחינוך, ועוגנה כחלק בלתי נפרד מהערך החוקתי המוגן של כבוד האדם.<sup>64</sup>

לעומת זאת, חוק־יסוד: הלאום נשען על שיח ועל אתוס קהילתניים יהודיים השמים את הקהילה וההשתייכות הקהילתית ל"עם היהודי" במרכז, ושבהם הקהילה היהודית היא החשובה ולא הפרט. לפיכך, חוק הלאום מעגן הסדרים משני סוגים: אחד נוגע למהות הזכויות הקבוצתיות של הרוב היהודי, והשני – לאופייה של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי.

שני האתוסים שלעיל יכולים להתיישב זה עם זה רק אם מדובר בפרטים יהודים המקבלים הגנה גם מכוח חוק־יסוד: הלאום וגם מכוח חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך מה קורה כאשר אזרח מבקש לקבל הגנה על בסיס ערך המוגן בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אך סותר את הערכים המוגנים בחוק־יסוד: הלאום? מצב זה יכול להתעורר כאשר מדובר באזרחים לא יהודים, למשל, משפחה ערבית המבקשת לקנות בית ביישוב קהילתי או בשכונה יהודית בעיר ונתקלת בסירוב של ועדת הקבלה או של כל גוף אחר, כגון חברת נדל"ן, בטענה שההתיישבות היהודית היא ערך לאומי מוגן על פי חוק־יסוד: הלאום.

עיגון ערך ההתיישבות היהודית בסעיף 7 בחוק הלאום יצר מצב חוקתי חדש – התנגשות בין שני ערכים מוגנים. למעשה, חוק־יסוד: הלאום, המבוסס על אתוס

63 אהרן ברק "כבוד האדם" משפטים ז 517 (תשט"ב).

64 ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (נבו) 22.5.2012; בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (נבו) 21.2.2012; בג"ץ 5823/12 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון (נבו) 15.11.2012; בג"ץ 8487/03 ארגון נכי צה"ל נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 296 (2006); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (2006).

קהילתני, סותר את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, המבוסס על אתוס ליברלי, ולכן פוגע בזכויות הליברליות של כל מי שאינו נמנה עם קבוצת הרוב היהודית, או לפי המונח הנקוט בחוק, עם מי שאינו חלק מ"העם היהודי" – כלומר, בעיקר, באזרחים הערבים (אך גם באזרחים אחרים שאינם חלק מהעם היהודי, כמו מהגרי עבודה מתאזרחים ופרטים מתאזרחים אחרים).

לפני קבלת חוק־יסוד: הלאום אם חוק מסוים, מדיניות, החלטה מנהלית או רגלטורית היו פוגעים בזכויות האדם המעוגנות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו היה על בית המשפט לבחון אם הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה המאפשרת פגיעה מוגבלת בזכויות. אם הפגיעה לא הייתה מידתית ולא הייתה לה מטרה ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל, היה אפשר לפסול אותה. בעקבות חקיקת חוק הלאום נעשה המצב המשפטי מורכב יותר. חקיקת חוק־יסוד: הלאום נועדה, כאמור, להעלות ערכים שבעבר היו מעוגנים בחקיקה רגילה או במדיניות ממשלתית לרמה החוקתית, ובכך הם הפסיקו להיות כפופים להוראות חוקי יסוד והפכו בעצמם לחוקתיים. משמע שכעת אם מתגלה סתירה בין ערך חוקתי אחד לערך חוקתי אחר יידרש בית המשפט להחליט מי מהם גובר, ובמקרה הזה: ערך ההתיישבות היהודית המוגן בחוק־יסוד: הלאום, או ערך השוויון המוגן בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בחלק הבא אבקש להציע דרך לפרשנות סעיף 7 הנדרשת בהקשר של הדרתם של האזרחים הערבים בטענה של קידום ומימוש ערך ההתיישבות היהודית.

טיעון II: פרשנות  
ראויה של סעיף 7

בחלק זה אטען כי יש לפרש את סעיף 7 לחוק־יסוד: הלאום המעגן את עליונות ערך ההתיישבות הקהילתית היהודית בכפוף לעקרון השוויון ובאופן המשתלב עם הפסיקה שנסקרה בחלקים הקודמים. טענה זו מתבססת על שני אדנים, האחד עובדתי והשני נורמטיבי. ראשית, מבחינת העובדות אראה כי הדוקטרינה המשפטית שהתפתחה בסוגיית הענקת זכויות קבוצתיות בתחום ההתיישבות והדיור בישראל נשענת על התאוריה הפוליטית של הליברליזם הרב־תרבותי המאפשרת הענקת זכויות קבוצתיות בתנאים מסוימים לקבוצת המיעוט בלבד. לפיכך יש לראות בהסדרים הנוגעים לזכויות קבוצת הרוב הסדרים הצהרתיים שנועדו לעמוד על אופייה ומהותה של המדינה, אך אין בהם משום הענקה אקטיבית של זכויות או הגנות קבוצתיות. שנית, פרשנות זו להסדרת יחסי רוב ומיעוט במדינה בהקשר המרחבי היא הפרשנות הראויה לטעמי גם מבחינה נורמטיבית, וכל פרשנות אחרת תפגע קשה באופייה הליברלי של המדינה ותשחק בראש ובראשונה את זכותה של קבוצת המיעוט הערבי שתיוותר ללא הגנה. אתחיל ברוכד הראשון של הטיעון.

על פי התאוריה של הליברליזם הרב-תרבותי, בדמוקרטיה ליברלית פרטים משתייכים לשתי קהילות מרכזיות בעת ובעונה אחת. האחת היא הקהילה הפוליטית-אזרחית, שבמסגרתה יש לפרט זכויות וחובות כלפי הקולקטיב האזרחי (המדינה); השנייה היא הקהילה התרבותית שחבריה חולקים תרבות, שפה והיסטוריה ומעצבים את תפיסת עולמם ומטרותיהם.<sup>65</sup> תאוריה זו מכירה בחשיבות ההשתייכות הקהילתית-תרבותית של פרטים שהם חלק מקבוצת המיעוט, וכן מקבוצת הרוב, בשל תרומתה של השתייכות זו למימוש יכולת הבחירה האוטונומית של פרטים. עם זאת, ההנחה של גישה זו היא שיחסי הכוחות בין שתי הקבוצות, המיעוט והרוב, אינם סימטריים והרוב אינו זקוק להגנה מיוחדת, משום שהוא הקובע את כללי המשחק ומכתיב את מהות התרבות השלטת – שהיא התרבות שלו. לעומת זאת, קבוצות מיעוט נמצאות בסכנת שחיקה מתמדת משום שהרוב שולט בסמלי המדינה, במרחבה ובאזרחות חייה, ולכן על המדינה לספק הגנה מיוחדת לקבוצות המיעוט כדי שיוכלו לשמר את תרבותן. מתוך הבנה זו צמח המושג "זכויות קבוצתיות" (group rights), והוא נועד להגן על תרבות המיעוט, לשמר אותה ולקדמה.<sup>66</sup> זכויות אלו מוענקות לחברי קבוצות מיעוט נוסף על הזכויות האזרחיות הבסיסיות שיש לכלל האזרחים.

בית המשפט בישראל אימץ את תאוריית הליברליזם הרב-תרבותי בתחום המרחב בשתי פרשות שעסקו בפיתוח דוקטרינת "מיעוט בעל אורח חיים ייחודי".<sup>67</sup> לפרשה הראשונה, הנחשבת אבן הפינה של דוקטרינה זו, היא פרשת אביטן,<sup>68</sup> הקשר לאומי, ולשנייה, פרשת עם חופשי, הקשר דתי.<sup>69</sup>

פרשת אביטן עסקה בעתירה שהגיש יהודי שביקש לחכור קרקע במחיר מוזל ביישוב שגב שלום, יישוב שהוקם למטרת יישוב בדואים באזור הנגב. אביטן, שנענה בסירוב, טען כי סירוב זה פוגע בעקרון השוויון והתבסס על שני טיעונים עיקריים: ראשית, שיש להחכיר קרקע בתוך היישוב שגב שלום גם למי שאינו בדואי; שנית, שיש להחכיר אותה באותם תנאים שהבדואים מחכירים. לטענתו, הסירוב לבקשתו מפר את עקרונות השוויון ואיסור ההפליה מטעמים לאומיים. בית המשפט קבע שכדי

WILLIAM KYMLICKA, LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE 176 (1989) 65

WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 84-93 (1995) 66

67 בלנק, לעיל ה"ש 55.

68 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989) (להלן: פרשת אביטן).

69 בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503 (2000) (להלן: פרשת עם חופשי).

לכסס טענת הפליה יש להוכיח כי היחס השונה ניתן משיקולים פסולים, וכי אין די להגדיר יחס שונה לקבוצות שונות אקט לא חוקי, אלא יש להצביע על היותו לא מוצדק בנסיבות העניין. בהחלטתו קבע בית המשפט כי מדובר בקהילה תרבותית בעלת מאפיינים ייחודיים המחייבים הגנה, ועל בסיס גישת הליברליזם הרב-תרבותי הוצגה בפעם הראשונה בישראל דוקטרינת ה"מיעוט בעל אורח חיים ייחודי". בית המשפט הצדיק את ההדרה של אביטן מהיישוב שגב שלום ואת ההקצאה הייעודית של קרקע ציבורית לקהילת הברואים על בסיס ההבנה שמדובר בקהילה בעלת צרכים ייחודיים ואורח חיים אחר המחייבים יחס שונה.<sup>70</sup>

פרשת הקמתו של היישוב החרדי אלעד היא מקרה נוסף שבו עסק בית המשפט בחוקיות ההטבות בשיווק קרקעות ציבוריות ייעודיות לקהילות תרבותיות. טענת העותרים בפרשת עם חופשי הייתה שההטבות בדירור שנתן משרד השיכון לרוכשי הדירות ביישוב הן חריגות ולא ניתנו לרוכשי דירות במקומות אחרים במרכז הארץ, באזורים הסמוכים לאלעד, ועל כן הן אינן שוויוניות.<sup>71</sup> בית המשפט קבע כי מתן הטבה ייחודית לתושבי אלעד ואי-מתן הטבה כספית דומה לזכאים אחרים באזור מרכז הארץ היא אכן הפליה.<sup>72</sup> עם זאת, בית המשפט הסביר כי הקצאת קרקע לבניית יישוב נפרד לאוכלוסייה החרדית כדי לאפשר לה לקיים ולשמר את אורחות חייה היא מהלך מותר שאין בו פסול כשלעצמו.<sup>73</sup> לטענתו, לעיתים אין די ביחס שווה

70 לגישות השונות להבנת פסק הדין הזה ראו Ronen Shamir, *Suspended in Space: Bedouins Under the Law of Israel*, 30 L. & Soc. Rev. 231 (1996); איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא 769 (תשנ"ח), המציג ניתוח המצדד בהחלטת בית המשפט העליון, שלפיה ההקצאה הייעודית היא צורך של הבדואים ונועדה לטובתם, ומציין כי פסק דין אביטן הכיר בדרישה הקהילתית להקצאה ייעודית של קרקע למגורים.

71 העותרים טענו שההטבות שקיבלו תושבי אלעד יצרו מצב של אי-שוויון בין משתכני אלעד לבין אחרים משתי סיבות: (1) הן יוצרות הפליה ביחס לכלל האוכלוסייה, וכן ביחס לאוכלוסייה החרדית במקומות אחרים במדינה, (2) לא ברור אם ישנה הצדקה להענקת תנאים מועדפים כל כך.

72 בהקשר הנדון תכליתה של הנורמה היא לסייע לאוכלוסייה שעל פי מדיניות הממשלה ראויה לתמיכה בדירור. האינטרסים הציבוריים והשיקולים העומדים בבסיס ההטבות כוללים "פיתוח אזורים גיאוגרפים שאינם מבוקשים, הצורך לעודד פיזור אוכלוסין בהתחשבות בצורכיהם הביטחוניים והכלכליים של יישובים הקרובים לגבול, שיקולים הנוגעים למדיניות הדירור והעירור של הממשלה על כל היבטיה הפוליטיים, החברתיים והגיאוגרפיים" (פרשת עם חופשי, לעיל ה"ש 69, בעמ' 514). במקרה זה מצוקת הדירור היא אותה המצוקה לכל משפחה נזקקת; כל הנזקקים לסיוע הם קבוצת שויון אחת, תהא אשר תהא השתייכותם הלאומית, הדתית, הקהילתית והחברתית.



כדי להבטיח שוויון, אלא חובה לנקוט יחס שונה והעדפה מסוימת כדי להטיב עם הקבוצה.<sup>74</sup> מהלך זה הוכר כבר על ידי בית משפט גם בעיסוקו באוכלוסייה אחרת, האוכלוסייה הברואית.<sup>75</sup> בכך ביסס בית המשפט גם את זכותם של התושבים החרדים למגורים נבדלים על דוקטרינת "מיעוט בעל אורח חיים ייחודי".<sup>76</sup>

בשני המקרים האלה הכיר בית המשפט העליון הישראלי בעליונות עקרון השוויון בשיווק קרקעות למגורים והתיר את הסטייה החריגה מהזכות לשוויון רק כאשר מדובר ב"מיעוט, בעל אורח חיים ייחודי" ובמטרה להגן על קבוצה זו. כאמור, הגנה על זכויות קבוצתיות מעוגנת בדרך כלל בחוקתה של המדינה ובחוקיה, היא יכולה להיות אקטיבית או פסיבית, והיא ניתנת אך ורק למיעוט ולא לרוב. אם יש עיגון כלשהו של זהות הרוב, או של אינטרסים אחרים של הרוב, המטרה בכך איננה להעניק הגנה משפטית על תרבות הרוב, משום שאין כל סכנה שתרכות זו תפגע, תיטמע או תוכחד. תרבות הרוב משתמרת מדי יום ביומו באמצעות שליטתו במערכת הפוליטית, בסמלי המדינה ובמרחבה, במערכת החינוך ועוד. לפיכך, כמו שאר

74 בהחלטתו ציין בית המשפט כי יש שני קריטריונים הקובעים את אמות המידה לבדיקה: (1) קבוצת ההשוואה, (2) הנורמה שאליה משווים, העשויה להיות חוק, החלטה מנהלית או פסק דין של בית המשפט:

נורמה מפלה, הפטולה מבחינה משפטית, היא נורמה שקובעת יחס שונה כלפי אנשים שקיימת חובה לנהוג כלפיהם בשוויון. הקבוצה אשר כלפיה קמה החובה לנהוג בשוויון היא קבוצה שהמאפיינים המיוחדים אותה רלוונטיים לתכליתה של הנורמה, למהות העניין ולנסיבותיו המיוחדות, קבוצה שיש לראותה כקבוצה הנבדלת מהאחרים לצורך אותו עניין (שם, בעמ' 513).

75 לדבריו:

ההכרה באפשרות להקצות מקרקעין ולאפשר דיור נפרד לקבוצות אוכלוסיה בעלות מאפיינים מיוחדים, על פי צרכיהן ושאיפותיהן, משתלבת בתפיסה המכירה בזכותן של קהילות מיעוט המעוניינות בכך, לשמר את ייחודיותן; זוהי תפיסה המייצגת גישה הרווחת כיום בקרב משפטנים, פילוסופים, אנשי חברה וחינוך, ולפיה זכאי גם היחיד – בין יתר זכויותיו – לממש את השתייכותו לקהילה ולתרבותה המיוחדת כחלק מזכותו לאוטונומיה האישית שלו (שם, בעמ' 508–509).

76 השופטת ביניש, שכתבה את עיקר פסק הדין עם חופשי, מציינת בהערת אגב כי היא אינה נדרשת להכריע בשאלות הנוגעות לטיבה של זכות היחיד לחיים בקהילה תרבותית, למקורה של זכות זו ולהיקפה – הסוגיה העיקרית שבה עוסק פרק זה. עם זאת, היא בעצמה נוטה להכיר בקיומה של זכות זו בהקשר הנדון, בהיקף המתאים למגבלות השיטה הישראלית. על פי שיטה זו, הזכות למימוש האוטונומיה האישית של הפרט והשתייכותו לקהילה ולתרבות מיוחדת הוכרה זה מכבר בהקשר של קבוצות מיעוט, בדואים וחרדים, ולכן גם ההקצאה הלא-שוויונית של קרקע מדינה לקבוצה מסוימת מוכרת ומוצדקת במשפט. בגישתה ביניש משלבת תובנות ליברליות, המדגישות את זכותו של הפרט להשתייך לקהילה ולממש את האוטונומיה האישית שלו, עם תובנות רב-תרבותיות המדגישות את הזכות לקהילה, קיומם של מאפיינים משותפים, גורל משותף ורוצן להגן על הקהילה. שם, בעמ' 510.

ההסדרים המעוגנים בחוק־יסוד: הלאום, יש לראות בסעיף 7 סעיף הצהרתי שנועד לעמוד על מרכזיות אופייה היהודי של המדינה. הצהרה זו מאשררת את המדיניות של המדינה ואת המציאות המרחבית בה מאז היווסדה; היא גם תואמת הצהרות קודמות שנדונו בפסיקת בית המשפט העליון,<sup>77</sup> חקיקה קיימת, ואף חקיקת יסוד.<sup>78</sup>

יהיו שיטענו בתגובה כי בחקיקת חוק־יסוד: הלאום ביקש המחוקק להחיל הסדרים נורמטיביים אחרים, הסוטים מהתאוריה הפוליטית של ליברליזם רב־תרבותי ומהדוקטרינה המשפטית שהתפתחה עד כה בנושא. במילים אחרות, שהמצב המשפטי השתנה ואין לפרש שערך השוויון עליון על פני ערכים אחרים, לרבות ערך ההתיישבות היהודית. נקודה זו מובילה אותי לדיון בטיעון הנורמטיבי ובמידת התאמתה של התאוריה הפוליטית של הליברליזם הרב־תרבותי לנסיבות המיוחדות של ישראל ולהסדרת יחסי הרוב והמיעוט בתוכה.

למעשה, הביקורת שאפשר להעלות נגד הפרשנות המוצעת כאן נוגעת לשאלה רחבה יותר בדבר סוג הדמוקרטיה המסדירה את המשטר הישראלי ואופייה. ההכרעה בדבר סוג הדמוקרטיה נוגעת בהיקף יכולת קבוצת הרוב לקבוע, לשנות ולחוקק הסדרים מסוימים הפוגעים בזכויות המיעוט, וכן בהגבלות המוטלות (ושיש להטיל) על המחוקק ועל הרשות המבצעת בעניין זה על היקף פגיעתו של חוק הלאום בזכויות האדם. בהקשר הזה ישנם כמה סוגים של משטרים דמוקרטיים – כאלה העומדים על קיומן של בחירות פומביות ושוויוניות בכל כמה שנים, שבהן נבחרים מנהגי המדינה לתקופה קצובה, ויש בהם הגבלות מנימליות על פעילות השלטון (דמוקרטיה פורמלית או הליכית), וכאלה שמלבד קיום סדיר של בחירות בכל כמה שנים, כוללים גם מחויבות עמוקה לשמירה על זכויות האדם והמיעוט ולקידומן, ומטילים הגבלות על רשויות הממשל (דמוקרטיה מהותית או ליברלית).<sup>79</sup>

כל מדינה בוחרת את שיטת הממשל הייחודית המתאימה לצרכיה ולמאפייניה, כך גם ישראל, שבה מתקיים זה שנים ויכוח משפטי, ציבורי ואקדמי בדבר מהות אופייה

77 בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 475 (1994); ע"א 6821/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיחופי, פ"ד מט(4) 221 (1995); בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 423 (1995); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 35, 42–47 (1997).

78 ראו סעיף 1א לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 2 לחוק־יסוד: חופש העיסוק הקובעים מטרה כפולה: "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק־יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

79 לסקירה בנושא ראו ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" עיוני משפט מד (א) (2021).

היהודי והדמוקרטי הקיים וזה הראוי להתקיים ולהסדיר, בין היתר, את יחסי הרוב והמיעוט שבתוכה.<sup>80</sup> בהקשר הזה הפרשנות המוצעת כאן נשענת על גישתו של ברק מדינה, ולפיה הנורמה הבסיסית של מדינת ישראל, בוודאי לאחר חקיקת חוקי היסוד, היא של דמוקרטיה ליברלית.<sup>81</sup> על פי מדינה, לא רק שזו השיטה המאפיינת את משטרה של ישראל, אלא היא גם השיטה הראויה מבחינה מוסרית. שיטה זו מבוססת על שלטון הרוב הכפוף למגבלות הנובעות מעקרונות היסוד של הליברליזם. עקרונות אלו כוללים את החובה לכבד זכויות אדם, את עקרון הפרדת הרשויות, ואת החובה לקיים בחירות חופשיות וכלליות.<sup>82</sup>

ישראל היא מדינה רב־תרבותית רב־לאומית משוסעת, המוגדרת כמדינת הלאום של העם היהודי, מערכת המשפט שלה משמרת את ההגדרה הזאת ומבוססת על שימור יחסי הכוחות בין הרוב היהודי למיעוט הערבי. כפי שראינו לעיל, בהקשר המרחבי, וגם בהקשרים אחרים, הסדרים חקיקתיים ופרקטיקות מדינתיות משמרים את יחסי את הכוחות האלה, יוצרים פערים בין שתי הקבוצות ופוגעים בזכות לשוויון של האזרחים הערבים. נוסף על כך, כפי שמדינה וגם אחרים מראים, בישראל מתקיים מאבק מתמיד על הגדרת המרכז מצד קבוצת המיעוט וגם מצד קבוצת הרוב. המיעוט הערבי אינו מסכים להגדרה היהודית של המדינה, ואילו חלקים מהרוב אינם מסכימים להגדרתה הדמוקרטית. במצב של חוסר הסכמה כזה, ובמדינה שבה שימור יחסי הכוחות בין הרוב למיעוט הוא תנאי להמשך קיומה, דמוקרטיה ליברלית היא בעיניי המשטר היחידי שיכול לספק הגנה בסיסית מפני הפרות פוטנציאליות של זכויות בסיסיות של מי שמשתייכים לקבוצות המיעוט.<sup>83</sup>

אומנם חוק־יסוד: הלאום עומד על אופייה היהודי של המדינה, אך הוא אינו צריך לרוקן מתוכו את היסודות הדמוקרטיים ואת הסממנים הליברליים שלה המעוגנים בשלל דברי חקיקה, בחוקי יסוד שקדמו לו ובפסיקה ארוכת שנים של בית המשפט בכלל, ובהיבט המרחבי בפרט. יתרה מזו, לא ראוי לשנות את היקף מחויבותה ואת ההגנה הקיימת על זכויות האדם והמיעוט (אם כי בתחומים מסוימים היא מעטה מאוד וראויה לחיזוק). כפי שראינו בחלק הראשון של הפרק, הגנה זו נחוצה דווקא

80 מדינה סוקר את הוויכוח הזה, שם. ראו גם את הדין במאמרו של רות גביזון ופניה עוז־זלצברגר "ישראל כמדינה יהודית וליברלית" משפט ועסקים יד 293, 297 (תשע"ב).

81 לעומתו, גביזון ועוז־זלצברגר טוענות כי משטרה של ישראל הוא דמוקרטיה הליכית. שם.

82 מדינה, לעיל ה"ש 80, בעמ' 14.

83 להרחבה ראו שם, בפרק ה.

במדינה היהודית, המבוססת על העדפה אתנו-לאומית של הרוב היהודי. לפיכך, אם ייווצרו מתח או סתירה בין ערך ההתיישבות היהודית לעקרון השוויון על בית המשפט לעמוד על כך שמדובר בסעיף הצהרתי שמטרתו לאשרר את אופי המדינה ומהותה היהודיים, אך אין בו כדי לשנות את אופייה הדמוקרטי-ליברלי ואת מחויבותה לעקרון השוויון.

## סיכום

פרק זה נכתב לפני מתן פסק דינו של בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק שבחן את חוקתיות חוק-יסוד: הלאום.<sup>84</sup> בפסק דין ארוך קבע בית המשפט העליון ברוב דעות כי אין מקום להורות על בטלותו של חוק הלאום או להתערב בהוראותיו, וכי יש לפרשו פרשנות מקיימת, העולה בקנה אחד עם חוקי היסוד האחרים ועם העקרונות והערכים של שיטת המשפט הישראלית. כמו כן, בית המשפט עמד על כך שחוק-יסוד: הלאום הוא פרק בחוקתה המתגבשת של ישראל, והוא נועד לעגן את מרכיבי זהותה של המדינה כמדינה יהודית, מבלי לגרוע במרכיבי זהותה הדמוקרטית המעוגנים בחוקי היסוד האחרים ובעקרונות החוקתיים הנוהגים בשיטתנו. לעומת שופטי הרוב, השופט קרא קבע בדעת מיעוט כי הוראות סעיפים 1(ג), 4 ו-7 לחוק הלאום שוללות את ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה ומזעזעות את אמות הסיפים של המבנה החוקתי, ולכן דינו בטלות.

חוק-יסוד: הלאום מתווסף ליוזמות חברתיות וחוקיות המגבירות את הניכור והשסע הקיימים כבר בין חלקים בחברה הישראלית, בין היתר, בין יהודים לערבים. חמור מכך, הוא מתווסף ליוזמות המגבילות ומצמצמות את היקף מחויבות המדינה לערכים הליברליים הצריכים לעמוד ביסודה בהיותה דמוקרטיה.

ערך ההתיישבות היהודית היה ועודנו ערך בסיסי במיסוד אופייה היהודי של המדינה. הוא בא לידי ביטוי בהקמת יישובים יהודיים חדשים, בהקצאת קרקעות ויחידות דיור לציבור היהודי ובתכנון מרחבי לטובתו, ולרוב מתוך הפליית האזרחים הערבים. עם זאת, כאשר התנגש מימוש הערך הזה עם זכויותיהם הליברליות של אזרחי המדינה, נקבע באופן חד-משמעי כי עקרון השוויון גובר על ערך ההתיישבות. חוק-יסוד: הלאום יצר מצב משפטי שבו ערך זה הוא ערך חוקתי, ולכן, כפי שנטען בפרק זה, ובהמשך לפסק דין שניתן לעניין חוקיות חוק-יסוד: הלאום, כדי שמהלך

זה ישתלב עם מהות הדוקטרינות המשפטיות הקיימות בתחום זה, וכדי לשמר את אופייה הדמוקרטי של המדינה ומחויבותה לערכי הליברליזם הבסיסיים, יש להכפיף את סעיף 7 לחוק לעקרון השוויון.



# הצעת פירוש לסעיף 7 לחוק הלאום: התיישבות יהודית

חיים זנדברג

איזו מין שאלה זאת: לשם מה צריכים היהודים ארץ משלהם? [...] כאילו היו שואלים אתכם: לשם מה צריך אדם בית? [...] וכי מה? ישב בחוץ? (שלום עליכם 1898)<sup>1</sup>

הקדמה: טריטוריה כמרכיב זהות

1. התיישבות יהודית כערך לאומי וככלי למימוש זכות ההגדרה העצמית
2. התיישבות יהודית לאחר הקמת מדינת ישראל
3. פרשנות סעיף ההתיישבות לאור סעיף העקרונות
4. תחולת חוק הלאום וסעיף 7 בתחומי מדינת ישראל
5. איזון בין ערך ההתיישבות היהודית לבין ההגנה על זכויות האדם

סיכום

1 שלום עליכם, לשם מה צריכים היהודים ארץ משלהם 69 (יוסף רובין מחרגם 1981).

## הקדמה: טריטוריה כמרכיב בזהות

קרקע וטריטוריה הם מרכיבים שכיחים ומרכזיים בחייהם ובזהותם של בעלי חיים,<sup>2</sup> צמחים<sup>3</sup> ובני אדם, הנוטים להיקשר למקומות<sup>4</sup> ולהגדיר עצמם באמצעות השתייכותם למקום מסוים (place attachment).<sup>5</sup> יחסו של אדם לנכסיו מבטא את אישיותו.<sup>6</sup> הביטוי "My land-my pride" נפוץ בשפות שונות ובפי בני לאומים שונים, והוא מבטא את הקשר החזק בין אדם לבין ארץ מולדתו.<sup>7</sup> שאול טשרניחובסקי היטיב לבטא את התוכנה בשירו "האדם אינו אלא...":<sup>8</sup>

הָאָדָם אֵינוֹ אֶלָּא קְרָקַע אֶרֶץ קִטְנָה,  
הָאָדָם אֵינוֹ אֶלָּא תְּבִנִית נוֹף-מוֹלְדָתוֹ [...]

גם קבוצות אנשים – משפחה, בית אב, שבט, קבוצות שבטים, מאמינים בדת, בני לאום, מדינה או פדרציה של מדינות – נקשרות לקרקע. ההיקשרות לטריטוריה תורמת להמשכיות הקבוצה.<sup>9</sup> טריטוריה מסוימת עומדת ביסוד מושג המדינה

ROBERT ARDREY, *THE TERRITORIAL IMPERATIVE* 3-7 (1966); Luca Giuggioli & V. M. Kenkre, *Consequences of Animal Interactions on their Dynamics: Emergence of Home Ranges and Territoriality*, 2 *MOVEMENT ECOLOGY* 1, 1 (2014)

H. J. Schenk, R. M. Callaway, & B. E. Mahall, *Spatial Root Segregation: Are Plants Territorial?* 28 *ADVANCES IN ECOLOGICAL RESEARCH* 145, 145-146, 162-168 (1999)

M. Carmen Hidalgo & Bernardo Hernandez, *Place Attachment: Conceptual and Empirical Questions*, 21 *JOURNAL OF ENVIRONMENTAL PSYCHOLOGY* 273, 273-275, 278 (2001)

Setha M. Low & Irwin Altman, *Place Attachment: a Conceptual Inquiry*, in 5 *PLACE ATTACHMENT*, 1, 1-6 (Irwin Altman & Setha M. Low eds., 1992)

Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 *STANFORD LAW REVIEW* 957, 991-996 (1982)

GORDON H. HILLS, *NATIVE LIBRARIES: CROSS-CULTURAL CONDITIONS IN THE CIRCUMPOLAR COUNTRIES* 7 165 (1997); Richard T. Antoun, *Civil Society, Tribal Process, and Change in Jordan: An Anthropological View*, 32 *INT. J. MIDDLE EAST STUD.* 441, 460 (2000);

Honaida Ghanim, *Poetics of Disaster: Nationalism, Gender, and Social Change Among Palestinian Poets in Israel After Nakba*, 22 *INTERNATIONAL JOURNAL OF POLITICS, CULTURE, AND SOCIETY* 23, 33-36 (2009)

8 שאול טשרניחובסקי "האדם אינו אלא..." כחגי שאול טשרניחובסקי טד (1929).

9 Ohad David & Daniel Bar-Tal, *A Sociopsychological Conception of Collective Identity: The Case of National Identity as an Example*, 13 *PERSONALITY AND SOCIAL PSYCHOLOGY REVIEW* 354, 367 (2009)



במשפט הבינלאומי.<sup>10</sup> לעיתים הקשר לטריטוריה חזק כל כך שהוא נחקק בזיכרון, בתרבות או באמונה האנושית, ויש לו קיום עצמאי משלו גם כאשר הקבוצה מתנתקת מהטריטוריה. אפילו קהילות מדומיינות מפתחות זיקה לטריטוריה.<sup>11</sup> הזיקה לקרקע הופכת לזיקה רוחנית מופשטת המבטאת את מה שהקרקע מסמלת או מעוררת: כמיהה לעבר, שאיפה לעתיד, אמונה או תחושה. כפי שקונן גיבורו של המשורר הפולני-ליטאי אדם מיצקביץ': "ליטא! מולדתי! את לבריאות נמשלת! / רק איש, אבדת לו, נפשו המייחלת / תדע הוקירך".<sup>12</sup> גולי בבל קוננו "על נהרות פְּכַל שָׁם יִשְׁכְּנוּ גַם בְּכִינוּ בְּזָכְרֵנוּ אֶת צִיּוֹן".<sup>13</sup> הזיקה הרוחנית לטריטוריה מעודדת שמירה על לכידות קבוצתית והמשכיות גם כאשר היתרון הטריטוריאלי אינו קיים בפועל. דוגמאות מובהקות לכך הן הזיקה הרוחנית של עמים ילידיים (indigenous people) לטריטוריות המסורתיות שלהם,<sup>14</sup> וכמובן הכמיהה היהודית והציונית לארץ הקודש.<sup>15</sup>

הקרקע והקשר אליה הם אפוא מרכיבים אינהרנטיים בזהות של רוב צורות החיים הקבוצתיות בתבל. חוקי-סוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום)<sup>16</sup> מבטא בכותרתו ובעקרונות היסוד שלו את הקשר ההיסטורי והתרבותי העמוק ורב השנים בין העם היהודי לבין ארץ ישראל. קשר זה בא לידי ביטוי בפסוקיה הראשונים של הכרזת העצמאות, לאמור:<sup>17</sup>

בארץ־ישראל קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית  
המדינית, בה חי חיי קוממיות ממלכתית, בה יצר נכסי תרבות

David B. Knight, *Identity and Territory: Geographical Perspectives on 10  
Nationalism and Regionalism*, 72 ANNALS OF THE ASSOCIATION OF AMERICAN GEOGRAPHERS  
514, 517, 519 (1982); John G. Sprankling, *THE INTERNATIONAL LAW OF PROPERTY* 5 (2014)

Benedict Anderson, *IMAGINED COMMUNITIES: REFLECTIONS ON THE ORIGIN AND SPREAD OF 11  
NATIONALISM* 53-55 (Revised Edition 2006)

אדם מיצקביץ' פן טדיאוש, או, מסע־האדרכתה האחרון בליטא (יוסף ליכטנבוים מתרגם  
Adam Mickiewicz, *PAN TADEUSZ – THE LAST FORAY IN LITHUANIA* (1953  
(George Rapall Noyes translator 1917)

13 תהילים קלז 1.

United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples 2007, 14  
g25, GA Res 61/295 UN GAOR 61st Sess., Supp. No.49, Vol. III, UN Doc. A/61/  
49 (2008) 15; Jérémie Gilbert, *INDIGENOUS PEOPLES' LAND RIGHTS UNDER INTERNATIONAL LAW:  
FROM VICTIMS TO ACTORS* 192-197 (2016)

15 Ardrey, לעיל ה"ש 2, בעמ' 305-307.

16 ס"ח תשע"ח 898.

17 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, עיתון רשמי התש"ח 1 (14.5.1948).

לאומיים וכלל-אנושיים והוריש לעולם כולו את ספר הספרים הנצחי.

לאחר שהוגלה העם מארצו בכוח הזרוע שמר לה אמונים בכל ארצות פזוריו, ולא חדל מתפילה ומתקווה לשוב לארצו ולחדש בתוכה את חירותו המדינית.

מתוך קשר היסטורי ומסורתי זה חתרו היהודים בכל דור לשוב ולהיאחזו במולדתם העתיקה; ובדורות האחרונים שבו לארצם בהמונים, וחלוצים, מעפילים ומגינים הפריחו נשמות, החיו שפתם העברית, בנו כפרים וערים, והקימו ישוב גדל והולך השליט על משקו ותרבותו, שוחר שלום ומגן על עצמו, מביא ברכת הקידמה לכל תושבי הארץ ונושא נפשו לעצמאות ממלכתית.

עיגונה של זיקה יסודית כל כך בזהותה של מדינה יהודית בחוק יסוד, ואולי גם בחוקה, ולו לשם הצהרה בלבד, נראה לי מובן מאליו. עם זאת, בפרק זה אבקש לבחון אם ועד כמה יש להוראות של סעיף 7 לחוק זה גם משמעות מעשית. אציע לפרש סעיף זה פרשנות שאינה משנה הלכה למעשה את המצב המשפטי הקיים בכל הנוגע להקמת התיישבות יהודית, וגם אינה מאפשרת פגיעה בזכויות אדם, כגון זכות הקניין או הזכות לשוויון מעבר למותר ולמקובל כיום, אך משריינת את האפשרות ליישב יהודים בתחומי מדינת ישראל או באזורים מסוימים שלה מפני הסכנה שהדין הקיים ייושם או ישונה באופן הפוגע בעקרונות החוק ובאופייה היהודי של מדינת ישראל.

את ספרו "מדינת היהודים" פתח בנימין זאב הרצל במשפט: "הרעיון שעליו אדבר בספרי זה הוא ישן נושן: לכוון ארץ מושב לבני ישראל".<sup>18</sup> את הזיקות העמוקות של העם היהודי לטריטוריה תרגם הרצל, ובעקבותיו התנועה הציונית לדורותיה, למטרה מדינית, שאליה כיוון כאשר דיבר על "ארץ מושב" – מימוש מדיני של זכות ההגדרה העצמית

## 1. התיישבות יהודית כערך לאומי וככלי למימוש זכות ההגדרה העצמית

18 בנימין זאב הרצל מדינת היהודים 1 (מיכל ברקוביץ' מתרגם 1896), ההדגשה שלי.

של העם היהודי בארץ ישראל על ידי הקמת מדינה יהודית.<sup>19</sup> גם במהלך פולמוס אוגנדה, ובוודאי לאחריו, הייתה ארץ ישראל הטריטוריה האולטימטיבית שאליה כווננו השאיפות המדיניות של התנועה הציונית, שכן רק הזיקה ההיסטורית אליה יכלה להוות, כפי שכתב נציגו של הרצל בלונדון, "מקור משיכה רב לבני עמנו".<sup>20</sup> רכישת קרקעות, "גאולת הקרקע" ויישוב הארץ היו ביטויים לזיקה הלאומית והתרבותית המתחדשת לארץ ישראל. תפיסת העולם החברתית שאפיינה את הציונות בראשית ימיה שאפה לייסד חברה יהודית יצרנית החיה מיגיע כפיה שתציע חלופה מושכת לדפוס החיים של היהודים בגלות, או ביישוב הישן. תפיסה זו, כמו תפיסות עולם דתיות, תרבותיות ולאומיות, המקשרות במנעד מגוון של עוצמות והצדקות בין ההתיישבות לבין הדבקות ההיסטורית של העם היהודי בארצו, תרמו לטיפוחו של ערך ההתיישבות. בה בשעה הפכו הערכים האלה לכלים להגשמה מדינית של הזיקה לארץ, קרי מימוש זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי בארץ ישראל על ידי הקמת מדינה. הם נועדו לאפשר קליטת עלייה, קרי הגירה יהודית לארץ ישראל, ואחיזה בטריטוריות שתשמשנה בסיס להקמת המדינה הזאת.<sup>21</sup> ההתנגדות לציונות, שבאה לידי ביטוי בניסיונות מדיניים ומזויינים להגביל את האפשרות לקלוט יהודים וליישבם בארץ, תרמה אף היא להגברת המשמעות הערכית של ההתיישבות. ההתיישבות נהפכה לסמל למאבק מדיני וצבאי.<sup>22</sup> ביטוי ציורי לכך אפשר לראות בסמליהם של הפלמ"ח והנח"ל המשלבים חרב, מצד אחד, ושיבולים או מגל, מצד שני.<sup>23</sup>

הקשר בין התיישבות יהודית לבין המטרות המדיניות של הציונות הודגש גם במסמכים המדיניים שהיו הבסיס הן להקמת הבית הלאומי היהודי, הן להקמתה של

19 יורם חזוני "האם הרצל רצה מדינה יהודית?" תכלת 73, 11, 78-79 (2001); שלמה אבינרי הרעיון הציוני לגווניו 247-248 (חש"ס).

20 ישעיהו פרידמן "הרצל ופולמוס אוגנדה" דברי הקונגרס העולמי למדעי היהדות יא 178 (1993).

21 שמואל אלמוג "הגאולה ברטוריקה הציונית" גאולת הקרקע בארץ ישראל רעיון ומעשה 13, 13-17 (רוח קרק עורכת 1990); הנרי ניר "גאולת הקרקע, גאולת האדם והחלוציות במחשבה של התנועה הציונית - מהעלייה השנייה ועד לחמישיה", שם 33, 40-46.

22 יעקב שביט וגדעון ביגר "המאנדאט הבריטי על ארץ-ישראל: שלטון, מנהל וחקיקה" ההיסטוריה של ארץ-ישראל, כרך תשיעי - המנדט והבית הלאומי (1917-1947) 86, 98 (יהושע פורת ויעקב שביט עורכים 1982); יוסי כץ בחזית הקרקע - קרו קימת לישראל בטרם מדינה 144-145 (חש"ס"ב).

23 דוד קורן הנח"ל - צבא עם ערך מוסף 39-40 (1997); אסנת שירן "ברית החרב והשיבולים - הפלמ"ח ותנועות ההתיישבות" 111 פלמ"ח - שתי שבולים וחרב (יחיעם וייץ עורך 2000).

מדינת ישראל בעקבותיו. כך, הצהרת בלפור הכירה בזכותה של הציונות להקים בארץ ישראל "בית לאומי לעם היהודי"<sup>24</sup> וכתב המנדט הבריטי הפקיד בידי ממשלת הוד מלכותו את האחריות לקידומה של התיישבות יהודית, לאמור:<sup>25</sup>

הממשל בפלשתינה [...] יעודד, בשיתוף פעולה עם הסוכנות היהודית [...] התיישבות צפופה של יהודים, על הקרקע, כולל אדמות מדינה וקרקעות בור שאינן דרושות לצורכי הציבור.

אף כי שלטונות המנדט הבריטי לא מימשו את המחויבות של ממשלת המנדט להקצות מקרקעי מדינה להתיישבות יהודית, הצליחה התנועה הציונית לרכוש מתושבי הארץ הלא-יהודים מקרקעין בהיקף של למעלה ממיליון דונמים.<sup>26</sup> ההתיישבות היהודית, הקיימת והמתוכננת, ובמיוחד ההשלכות הדמוגרפיות שלה, היו שיקול חשוב, אם כי לא בלעדי, בשרטוט גבולות המדינה היהודית במסגרת הצעות לחלוקה מדינית של הארץ.<sup>27</sup>

.2

## התיישבות יהודית לאחר הקמת מדינת ישראל

המטרות המקוריות של הקמת התיישבות ליהודים נותרו בעינן לאחר הקמת מדינת ישראל. גלי העלייה היהודית שהביאו למדינה מיליוני עולים חיזקו את הצורך בהכשרת מקומות יישוב לקליטתם. להקמת יישובים בחבלי ארץ דלילי אוכלוסייה יהודית, כגון הנגב והגליל, נוספה עתה משימה נוספת, והיא חיזוק האחיזה המעשית והמדינית בהם כדי למנוע החייאה אפשרית של תביעות מדיניות או ניסיונות צבאיים לקריעתם

24 לנסח ההצהרה מיום 2.11.1917 ראו באתר ארכיון המדינה, ההדגשה שלי.

25 The Mandate for Palestine 22.7.1922, אתר משרד החוץ הישראלי (להלן: כתב המנדט), סעיף 6 (התרגום וההדגשה שלי).

26 יוסי כץ בחזית הקרקע, לעיל ה"ש 22, בעמ' 314-315 (פירוט רכישות הקק"ל בדונמים בשנים תרע"ד-תש"ח, בסך הכול 954,843 דונמים).

27 יוסי כץ "גיבוש הצעה הסוכנות היהודית לגבולות החלוקה, 1937-1938" ציון נו 401, 403-404, 408 (תשנ"א); אלחנן אורן "ההתיישבות באצבע הגליל 1936-1947" אצבע הגליל 1900-1967, 125, 142 (תשנ"ב); יוסי בן ארצי "לכבוש את הקרקע": תכנית ההתיישבות של מפא"י לקראת כינון מדינה בגבולות החלוקה" יהדות זמננו 10, 209 (1996); חנינא פורת משימון לארץ נושבת - רכישת קרקעות והתיישבות בנגב 178 (1996); גדעון ביגר "הנמקות לתיחום במשנת התנועה הציונית בדיונים על גבולות ארץ-ישראל בראשית תקופת השלטון הבריטי בארץ" עיונים בתקומת ישראל 10, 89, 92 (2000).

משטחי המדינה.<sup>28</sup> טעמים דומים המריצו במיוחד את מדינת ישראל לעודד התיישבות יהודים גם בגולן ובמזרח ירושלים, שצורפו לשטחה לאחר הקמתה.<sup>29</sup>

הקשר המתחזק בין התיישבות יהודית למימוש מטרות מדיניות בא לידי ביטוי בעשורים האחרונים גם במקרים של פינוי התיישבות יהודית. ממשלות ישראל עודדו התיישבות יהודית גם באזורים שלא צורפו לשטחה של המדינה, כגון בחצי האי סיני ובחבל עזה, וכן, עד עצם היום הזה, ביהודה ובשומרון. פינוי יישובים מסיני ומחבל עזה ביטא כוונה ברורה לזנוח תביעה מדינית לחבלי הארץ האלה, אך עורר מחלוקת רבה, בין היתר, משום שלא ניתק את הזיקה התרבותית והלאומית אליהם. הוא לווה כשלעצמו בהקמת יישובים חדשים או בחיזוק יישובים קיימים שנועדו לקליטת האוכלוסייה המפונה בתחומי מדינת ישראל.<sup>30</sup> ההתיישבות עדיין מלווה את הוויכוח המדיני הנטוש בישראל בדבר גורלם המדיני של אזורי ארץ ישראל שאינם כלולים בשטח מדינת ישראל, כגון אזורי יהודה ושומרון.<sup>31</sup> התומכים בהחלת הריבונות באזורים האלה או בחלקים מהם סבורים שיש מקום לעודד התיישבות יהודית גם בחלקים אלו של הארץ, שהזיקה התרבותית וההיסטורית של העם היהודי אליהם אינה נופלת מזיקתו לאזורים שנכללו בתחום מדינת ישראל. חלקם סבורים כי אין בכך כדי לפגוע בערכים אחרים, וחלקם סבורים כי פגיעה כזאת מוצדקת. המתנגדים להחלת הריבונות בהם סבורים כי אין טעם מעשי לעודד בהם התיישבות יהודית, שכן לא יתאפשר לשמרה במקרה של היעדר ריבונות, או שהיא תפגע בערכים אחרים פגיעה בלתי מוצדקת. יש גם מי ששוללים לגמרי את הזכות לעשות כן. התומכים

28 אלישע אפרת "התכנון והפיטוח של ציר הגבעות" קרקע 24, 25 (1992); חנינא פורת "תרומת התפיסה הגיאוגרפית-יישובית של בן-גוריון להתיישבות בנגב ולפיטוחו בשנות המדינה הראשונות שלאחר המלחמה" עיונים בתקומת ישראל 3, 114, 117-114 (1993); ארנון טופר "פתרונות חדשים ליישוב הגליל ההררי" אריאל 24, 19, 20-19 (2003).

29 גדעון ויתקון "תוכניות ראשונות בגולן 1969-1971" אופקים בגיאוגרפיה 13, 13, 14-13 (1985); שמריהו כהן "הרחבת תחומי העיר המאוחדת והקמת השכונות החדשות" אריאל 8, 39, 40-39 (1986); חיים זנדברג "ירושלים - הסדר והפקעת זכויות במקרקעין" המשפט ח 516-513, 505 (תשס"ג).

30 חוזה שלום בין מדינת ישראל ובין הרפובליקה הערבית של מצרים, סעיף 2(1), 2 (הכרה בגבול הבינלאומי, בשלמות הטריטוריאלית של כל צד והתחייבות ישראל לפנות אוכלוסייה אזרחית מסיני); חוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005, ס"ח 142, סעיף 1.

31 גואין ראולי "מרחב, טריטוריה ותחרות - ישראל והגדה המערבית" אופקים בגיאוגרפיה 9-10, 25, 26-28 (1984); יוסי כץ ושלום רייכמן "ההתיישבות היהודית בגוש עציון 1967-1970: סוף מעשה במחשבה תחילה?" עיונים בתקומת ישראל 3, 144, 146-147, 150 (1993); שאול אריאלי "ארץ רבת גבולות (2): שיקולים בקביעת גבולות מדיניים בארץ ישראל לאחר הקמת המדינה" עצור - אין גבול! 145, 156-161 (הני זובידה ורענן ליפשיץ עורכים 2017).

בהחלת הריבונות פועלים לטיפוחו של ערך ההתיישבות, ואילו השוללים את החלטה פועלים לגינויו וקוראים לפינוי ההתיישבות.<sup>32</sup>

אף כי ההתיישבות היהודית נותרה יעד חשוב של מדינת ישראל לאחר הקמתה חלו שינויים מסוימים בערך ההתיישבות היהודית. ראשית, כפי שיובהר בהמשך, ההתנגשות בין ערך זה לבין ערכים אחרים, כגון הגנת זכויות אדם, התעצמה והעמידה לא אחת את ערך ההתיישבות היהודית במחלוקת ציבורית ומדינית. שנית, התעוררו ספקות בשאלת מידת התאמתו של הערך הזה להגשמת מטרות מדיניות אחרות של מדינת ישראל, כגון המתח בין ההתיישבות מחוץ לתחומי המדינה לבין השגת שלום וביטחון ביחסים עם שכניה, או, להבדיל ובתוך תחומי המדינה, בין התיישבות במקומות מסוימים לבין שמירת איכות הסביבה והגנה על שטחים פתוחים.<sup>33</sup> שלישית, רוב אזרחי מדינת ישראל שאינם יהודים לא ראו מעולם חשיבות ערכית ב"התיישבות יהודית" וגם לא הזדהו עם מטרתה העל שהיא מבקשת להגשים, קרי מימוש זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי.<sup>34</sup> הקשב לעמדות האלה כחוגים שונים משפיע על עוצמת ההזדהות ועל מידת השכנוע הפנימי של החברה היהודית בדבר נחיצותו והצדקתו של ערך ההתיישבות.<sup>35</sup> רביעית, ההגמוניה של תנועות ההתיישבות בחברה, כפוליטיקה ובתרבות הישראלית נחלשה, ואת מקומה בעולם הערכים הישראלי תפסו ערכים אחרים, שלעיתים עמדו בסתירה לערך ההתיישבות.<sup>36</sup> כל אלו יצרו בקרב חלק מהציבור היהודי במדינת ישראל את התחושה כי לא כל התיישבות יהודית מחזקת את מדינת ישראל או תורמת לשמירת עצמאותה. הם

32 דוד גרוסמן "מרחב אחיד ומרחב דואלי - תהליך ההתיישבות היהודית בשומרון המערבי" 21 אופקים בגיאוגרפיה 27, 27 (1987).

33 תכניה בניין ארצית משולבת לבנייה, לפיתוח ולשימור מס' 35 נוסח משולב (9.6.2016), סעיף 6 (הוראה בדבר בנייה צמודה דופן, שמירת שטחים פתוחים, ציפוף בנייה והתחדשות עירונית); Arie Hershkowitz, *Ideological Shifts and Doctrine Changes in National Level Planning in Israel*, 81 TOWN PLANNING REVIEW 261, 267-269, 272-273 (2010); Amnon Frenkel & Daniel E. Orenstein, *Can Urban Growth Management Work in an Era of Political and Economic Change? International Lessons From Israel*, 78 JOURNAL OF THE AMERICAN PLANNING ASSOCIATION 16, 17-21 (2012)

34 חיים זנדברג "מימוש ההבטחה הכפולה של מגילת העצמאות בתחום המקרקעין" ספר אליקים רובינשטיין 729, 732-733 (אהרן ברק ואח' עורכים 2021); SAMMY SHOOPA, STILL PLAYING BY THE RULES: INDEX OF ARAB-JEWISH RELATIONS IN ISRAEL (2015) 37-39 (2017)

35 ראו להלן ליד ה"ש 42-44 וההפניות שם.

36 Arye Naor, *The Political System: Government, Parliament and the Court*, 69 ISRAEL SINCE 1980 (Guy Ben-Porat et al. eds., 2008); Guy Ben-Porat, *Political Menachem*; 115, 97, 91 בעמ' שם, *Economy: Liberalization and Globalization* Mautner, LAW AND THE CULTURE OF ISRAEL 103, 115 (2011)

פגעו בתדמיתו של ערך ההתיישבות בדעת הקהל בישראל, וגם הפחיתו את עוצמת ההירתמות של תושבי המדינה להגשמתו. הקמת התיישבות והירתמות להתיישבות איברו את הממד החלוצי המלהיב שאפיין אותן במיתולוגיה הציונית של טרום המדינה ושל העשורים הראשונים לקיומה.<sup>37</sup>

עם זאת, המניעים האידאולוגיים, וכן רבים מהמניעים המעשיים להקמת יישובים או ביסוסם, נותרו בעינם. כך, למשל, הצורך של הממשלה לדאוג ליצירת מקומות מגורים ופרנסה לכלל האוכלוסייה, לרבות האוכלוסייה היהודית, שהיא שמונים אחוזים מכלל האוכלוסייה, והיקף הריבוי הטבעי שלה, שהוא מהמוכילים בעולם המערבי – נותר בעינו.<sup>38</sup> כך, גם הצורך לשמר את היישובים שכבר הוקמו, לבססם ולהעמידם על יסודות מוצקים ובני קיימא.

את הכרזתו של חוק הלאום שהתיישבות יהודית היא ערך לאומי, וגם את קביעתה של חובה חוקתית לפעול להגשמתו, אפשר לדעתי להצדיק לנוכח הפיחות שחל, כמתואר לעיל, במעמדו של ערך ההתיישבות בקרב הציבור בישראל. התרופפות זו

### 3. פרשנות סעיף ההתיישבות לאור סעיף העקרונות

עלולה להוביל להתנערות של מדינת ישראל, או להתעלמותה, מערך זה ולגרום לפגיעה במטרה המדינית, שהיא שימורה וביסוסה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. חוק הלאום עצמו משקף את ההתרופפות האמורה, שכן ערך ההתיישבות אינו מופיע בסעיף עקרונות היסוד. מכאן אפשר להסיק כי תמיכתו של סעיף 7 לחוק הלאום בערך ההתיישבות היהודית כפופה להגשמתו את המטרה המדינית הנזכרת בסעיף העקרונות לחוק, שהיא שריון מימושה של זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי במדינת ישראל. אומנם הקשר בין ערך זה לבין מימוש המטרה המדינית משקף ברציפות את מדיניות התנועה הציונית וממשלות ישראל מראשית המאה העשרים ועד ימינו אלו, אך הניסיון ההיסטורי מגלה כי גם אם לעיתים קרובות יש קשר בין התיישבות יהודית לבין הגשמתה של המטרה המדינית, קשר זה אינו קיים בכל עת ובכל מקום.

37 ארנון סופר "טריטוריאליזם, עם ומדינה או: מה פגום בחפיסת-היסוד של יהודי ישראל" *מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי* 397, 416-418 (חנור דגן עורך 1999).

38 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה תחזית אוכלוסיית ישראל לשנים 2015-2065 23-25 (2018).

מכאן עולה כי את הוראות סעיף ההתיישבות יש לקרוא לנוכח המטרה המדינית הנקובה בסעיף העקרונות. אם יש קשר בין התיישבות יהודית לבין שימורה וביסוסה של מדינת ישראל כמדינת לאום יהודית ראוי ערך ההתיישבות היהודית להגנה חוקתית שתאפשר לממש את הערך האמור, לקדמו ולמנוע פגיעה בו. עם זאת, אין מקום לייחס להוראות חוק הלאום כוונה לחייב הגנה על ערך זה כל אימת שאינו משרת את המטרה המדינית או אם חלילה הוא עלול לפגוע בה. על מי שדורש לפעול לקידומו של ערך ההתיישבות היהודית להצביע על כך שמימושו של ערך זה אינו פוגע במטרה המדינית. היחס בין סעיף 1 לחוק היסוד לבין סעיף 7, ולטעמי גם לשאר סעיפיו, הוא יחס של כלל ופרט. דומה הוא ליחס שבין פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין סעיפיו הפרטניים הקובעים חובה להגן על זכויות אדם מסוימות,<sup>39</sup> או ליחס שבין סעיף 1 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל לבין סעיף 2 לאותו חוק.<sup>40</sup> את החובה הפרטית יש לקרוא לאור העיקרון הכללי יותר. אכיפתה צריכה לקדם את העיקרון הכללי, ואילו הפגיעה בעיקרון הכללי מסייגת את החובה הפרטית.

השאלה אם התיישבות יהודית פוגעת בחוסנה של מדינת ישראל כמדינת לאום יהודית או מקדמת אותה היא מטבעה שאלה מדינית, כלכלית או ביטחונית יותר משהיא שאלה משפטית. יכולות להיות מחלוקות בשאלה אם התיישבות פלוגית אכן משרתת את הגשמתה של המטרה המדינית, ומהי הדרך להגשמתה. הפקדתה של השאלה הזאת בידי בית המשפט עשויה להיות הרחבה משמעותית של היקף שיקול הדעת השיפוטי. היותו של חוק הלאום חוק יסוד עלול להקנות לבית המשפט סמכות מרחיקת לכת לבקר את מדיניות הממשלה והכנסת. בשאלה אם ראוי להרחיב את סמכותו החוקתית של בית המשפט ועד כמה נטוש בישראל ויכוח ציבורי ושיפוטי. בין התומכים הנלהבים ביותר בחוק הלאום אפשר למצוא מבקרים חריפים של הרחבת שיקול הדעת השיפוטי. אני שותף לגישה שאת המענה לשאלה אם התיישבות יהודית מחזקת את היותה של מדינת ישראל מימוש זכות ההגדרה של העם היהודי צריכות לתת הרשויות המוסמכות הנבחרות, המחוקקת והמבצעת. אכן, קו הגבול בין שאלה משפטית ללא משפטית אינו חד וברור תמיד,<sup>41</sup> אך כאשר תועמדנה בעתיד לשבט ביקורתו של בית המשפט החלטות הרשויות בנוגע להתיישבות יהודית, לא ישם עצמו בית המשפט במקום הרשויות הנבחרות, אלא יסתפק בבחינת השאלה אם ערך ההתיישבות היהודית הוצב בפני מקבלי ההחלטות הראויים ואם הם שקלו אותו

39 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 8, 150.

40 חיים זנדברג חוק יסוד: מקרקעי ישראל 244-247 (2016).

41 יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ג 1734 (2014)



במסגרת סמכותם ובכפוף לכללי המשפט המינהלי. גישה כזאת משקפת לטעמי איזון בין הרצון של מחוקקי חוק הלאום לחייב את הרשויות לשקול את ערך ההתיישבות הלאומית לבין ההפרדה הראויה בין הרשויות השונות.

כך, למשל, אם תקבל ממשלת ישראל החלטה שאין מקום ליישב יהודים בגליל, בנגב הצפוני או בירושלים, יהיה עליה לשקול כראוי את השאלה אם יש בהחלטה כדי לפגוע בערך של התיישבות יהודית, וכן אם יש בה כדי לפגוע בזכות ההגדרה העצמית של העם היהודי, קרי ביכולתה של מדינת ישראל להמשיך ולהתקיים, בכלל, וכמדינה יהודית, בפרט. יהיה עליה לבחון אם וכיצד החלטה כזאת משפיעה על ריבונותה של מדינת ישראל או על יכולתה ליישב יהודים במדינת ישראל. אם ימצא כי הממשלה לא שקלה שיקול זה כלל, או שכתהליך השקילה נפלו פגמים, יוכל בית המשפט, אם יירדש לכך, לבקר את תהליך ההחלטה ולתת סעדים בהתאם. הוא לא ישים עצמו תחתיה, אך יפסול החלטה כזאת אם הייתה פסילה גורפת של ערך ההתיישבות היהודית, או אם שקילתו הושפעה משיקולים זרים. ניתוח דומה יכול להיערך בעניין חקיקת הכנסת אם נגיע למסקנה שמעמדו החוקתי של חוק יסוד מאפשר לבית המשפט לבקר חקיקה של הכנסת. ברשימה זו לא אדון בסוגיית סמכותו של בית המשפט לבקר חקיקה רגילה. בהנחה שיש לו סמכות כזאת ובמקרים שהיא קיימת יכול חוק הלאום למנוע חקיקת כנסת שתקבע, ללא בחינה כלשהי של ערך ההתיישבות היהודית או של השפעתו על מימוש זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי, כי חל איסור על יישוב יהודים בחבל ארץ פלוני של מדינת ישראל.

תרחישים מעין אלו שציינתי לעיל נראים לכאורה דמיוניים. ממשלות ישראל לדורותיהן ראו עצמן זכאיות לעודד התיישבות יהודית בכל אזור שבריבונות מדינת ישראל, ולעיתים אף באזורים הנמצאים בשליטתה ובהחזקתה, אך לא בריבונותה. עם זאת, הפיחות שחל במעמדו של ערך ההתיישבות בקרב הציבור, וההתנגדות לזכות ההגדרה העצמית של העם היהודי בקרב הציבור הערבי והפלסטיני, הובילו לכך שהיום האפשרות להקים או לבסס התיישבות יהודית אינה מובנת מאליה. ההתנגדות העקרונית של התנועה הלאומית הערבית והפלסטינית להתיישבות יהודית לא חדלה עם ביטול הספרים הלבנים. גם כיום זאת עמדתה הרשמית של התנועה הלאומית הפלסטינית, וכמובן גם של גורמים קיצוניים יותר בחברה הפלסטינית. במידה מסוימת גישה זו, השוללת את זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי במדינת ישראל, מוצאת את ביטויה גם בעמדות של מנהיגים בציבור הערבי בישראל.<sup>42</sup> חלק מהדוברים בדיונים לקראת חקיקתו של חוק הלאום שללו במשתמע או במפורש את

הזכות להקמת מדינה יהודית.<sup>43</sup> בספרות האקדמית רווחות טענות נגד "ייהוד" הגלילי או הנגב ונגד הקמת יישובים על מקרקעין של נפקדים או על מקרקעין שהופקעו מאזרחים לא יהודים.<sup>44</sup> ייתכן שלחצים מבית ומחוץ ישפיעו על רשויות השלטון לאמץ מדיניות האוסרת על יישוב יהודים בחלק ארץ מסוים של מדינת ישראל. ההגנה החוקתית על ערך ההתיישבות היהודית נחוצה אפוא באותם מקרים שבהם תתפתנה הרשויות הנבחרות לאמץ את העמדות הביקורתיות ותראינה עצמן מנועות מלתמוך בהתיישבות יהודית באזור מסוים. סעיף 7 לחוק היסוד פוסל מדיניות ממשלתית, או אפילו חקיקה של הכנסת, שיאסרו הקמת התיישבות יהודית באזורים מסוימים במדינת ישראל ויהפכו אותם ל"נקיים מיהודים", אלא אם כן איסור כזה משרת את הגשמת מטרת־העל של חוק היסוד, שהיא מימוש זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי במדינת ישראל.

לחובה החוקתית המוטלת על המדינה בסעיף 7 לראות בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי ולפעול כדי לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה יש להציב שני סייגים המעוגנים לטעמי בלשון החוק ויתוארו להלן. האחד עניינו תחולת העיקרון מחוץ לגבולות מדינת ישראל, והשני – יישום העיקרון בכפוף לשמירה על זכויות אדם.

#### 4.

### תחולת חוק הלאום וסעיף 7 בתחומי מדינת ישראל

סעיף 7 לחוק הלאום אינו מפרש בבירור אם ההגנה שהוא מגן על ערך ההתיישבות היא הגנה שתחולתה בגבולות מדינת ישראל, או שמא הוא מטיל על המדינה חובה לדאוג לקידומו של ערך זה גם מחוץ לגבולותיה. הטענה שהחוק מחייב את המדינה לפעול לקידום ערך ההתיישבות מחוץ לגבולותיה יכולה להתבסס על ההצהרה הכללית הנזכרת בסעיף 1 לחוק, שמקורה בהכרזת העצמאות, ולפיה "ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי", ומכך שסעיף 7 אינו תוחם מסגרת גאוגרפית לחובה לקדם את ערך ההתיישבות היהודית. מכאן עולה הטענה, שהזכירו מתנגדי החוק, כי כוונתו הייתה לחייב את המדינה לעודד

43 פרוטוקול ישיבה 359 של הכנסת ה-20, 956-950 (ח"כ ג'בארין), 992-991 (ח"כ עודה), 1027-1026 (ח"כ זחאלקה), 1063-1062 (ח"כ תומא סלימאן), 1072-1070 (ח"כ טיבי), 1079 (ח"כ זועבי), 1085 (ח"כ אבו עראר) (17.7.2018).

44 זנדברג "מימוש ההבטחה", לעיל ה"ש 34, בעמ' 191-195; חיים זנדברג מקרקעי ישראל ציונות ופוסט-ציונות 34-35, 38-41, 100-102 (2007).

התיישבות יהודית בתחומי ארץ ישראל שהם מחוץ לגבולות מדינת ישראל, כגון יהודה ושומרון.<sup>45</sup>

אפשר למצוא בחוק הלאום עיגון משמעותי חזק יותר לגישה פרשנית הפוכה, ולפיה סעיף 7 חל רק בתחומי מדינת ישראל, כפי שיוכרו מעת לעת. לפי גישה זו, כוונת המחוקק הייתה למקד את ההגנה על ערך ההתיישבות בתוך גבולותיה של מדינת ישראל, כפי שהם מוכרים במשפט הישראלי. בגישה זו תומכת, ראשית, הסיפא של סעיף 1, החותמת את ההצהרה שארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי במשפט "שבה קמה מדינת ישראל". לאמור, הקמת מדינת ישראל הייתה מימוש של הזכות. שנית, סיפא זו מתיישבת עם קביעתו המפורשת של סעיף 1(א) לחוק הלאום כי "מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, שבה הוא ממש את זכותו" (ההדגשה שלי), וכן עם לשונו של סעיף 1(ג) לחוק הלאום המציינת דווקא את "מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל [...]". (הדגשה שלי). שלישית, בכל סעיפי החוק, לרבות סעיף 7, חוזרת ונשנית "המדינה" כנשוא החובות המוטלות בחוק. הסעיף היחיד בחוק הלאום המציין במפורש חובות המוטלות על המדינה בנוגע למתרחש מחוצה לה הוא סעיף 6 שבמרכזו "הקשר עם העם היהודי". סעיף זה אינו כולל התייחסות מפורשת לעידוד ערך ההתיישבות מחוץ לישראל, ונוכח שתיקתו של סעיף 7 בנושא זה אין לייחס לחובות האחרות הנזכרות בסעיף 6, ובהן החובה לשמר את המורשת ההיסטורית של העם היהודי, גם את החובה לעודד התיישבות יהודית. רביעית, אף כי חלק ממתנגדי החוק הביעו חשש מתחולת החוק מעבר לגבולות מדינת ישראל, לא מצאתי בדיוני ההכנה תמיכה מפורשת בעמדה זו בין מי מחברי הכנסת תומכי החוק.<sup>46</sup>

**45** פרוטוקול ישיבה 2 של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20 (להלן: הוועדה המשותפת), 40–42 (ח"כ ג'בארין) (18.9.2017); פרוטוקול ישיבה 3 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 26 (ח"כ ג'בארין) (26.9.2017); פרוטוקול ישיבה 9 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 44–45 (ח"כ לבני) (11.12.2017); פרוטוקול ישיבה 11 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 30 (ח"כ חנין) (13.3.2018); פרוטוקול ישיבה 19 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 35 (ח"כ תומא סלמאן) (16.7.2018); פרוטוקול 359, לעיל ה"ש 43, בעמ' 1063 (ח"כ תומא סלמאן), 1072–1073 (ח"כ חאג' יחיא).

**46** שם (תמיכת המתנגדים בפירוש המרחיב); פרוטוקול ישיבה 1 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 27–28 (ח"כ סלומינסקי מזכיר את ארץ ישראל השלמה אך מדגיש כי "זכותנו על ארץ ישראל, לא תמיד אתה יכול לממש את זה באותו רגע, באותה שעה, אבל לפחות שנדע מה זה הגדרת הבית [...] ואנחנו רוצים שהמשטר בו יהיה משטר דמוקרטי") (26.7.2017); פרוטוקול ישיבה 15 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 85–94 (ח"כ סמוטריץ' מתמקד בדבריו ביישוב הנגב ומזכיר ירושלים ואינו מזכיר כלל התיישבות יהודית מחוץ לתחומי מדינת ישראל) (10.7.2018).

יתרה מזו, כאשר עלה נושא זה בדיוני הוועדה המכינה השיב יו"ר הוועדה, ח"כ אוחנה, כהאי לישנא:<sup>47</sup>

אני לא חושב שהטיעון שמדבר על ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי יכול להביא מישהו כמוני, שמאמין בשתי מדינות לשני עמים אינו פתרון ולא צריך לקרות, לטעון מכוח החוק הזה. החוק הזה אינו מתיימר להכריע בשאלת שתי מדינות לשני עמים, שאלת הגבולות.

זאת ועוד. הצעת תיקון לסעיף 7 שלפיה תתווספנה אחר המשפט "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית" המילים "בארץ ישראל" נדחתה בדיוני הוועדה המכינה,<sup>48</sup> והוסרה על ידי מציעה בטרם ההצבעה במליאה.<sup>49</sup>

אפשר להסיק מכך השלמה עם כך שהחוק עוסק בתחומי גבולות המדינה כפי שיהיו מעת לעת. השאלות אם לכלול בגבולות המדינה חבל ארץ נוסף, ומה צריכה להיות הגישה כלפי התיישבות יהודית בחבל ארץ זה עד להכללה כזאת או אחריה, הן שאלות מדיניות מובהקות, שראוי לטעמי שיוצאו מגדר ההכרעה השיפוטית. הדעה כי חוק יסוד העוסק בהסדרת נושאים הנוגעים למדינת ישראל לא יפורש כמגבלה על הסמכות המדינית לקבוע את גבולות ישראל הובעה בעבר גם בנוגע לחוקי יסוד אחרים, כגון חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל וחוק-יסוד: מקרקעי ישראל.<sup>50</sup> כאשר ביקש המחוקק לדון בסמכויות המדינה למסור שטחים שבהחזקתה – ייחד לכך חוק יסוד מיוחד.<sup>51</sup> הטלת חובה חוקתית לפתח התיישבות יהודית מחוץ לגבולות מדינת ישראל עלולה לסכל את החופש המדיני לשאת ולתת על שינויים בגבולות מדינת ישראל, ונראה כי לא לכך כיוון המחוקק. ודוק, בהיעדרה של חובה לקדם את ערך ההתיישבות מחוץ לגבולות ישראל אין משום איסור על קידומו שם. עם זאת, תחולת החיוב החוקתי בחוק הלאום היא תחולה טריטוריאלית, קרי בתחומי מדינת ישראל, כפי שיהיו מעת לעת. אכן, הערך של התיישבות יהודית נועד, מבחינה היסטורית, להגשים את זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי בכל ארץ ישראל. גבולותיה

47 פרוטוקול ישיבה 9 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 45 (11.12.2017).

48 פרוטוקול ישיבה 21 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 111 (17.7.2018).

49 הצעת החוק וההסתייגויות שהוגשו לקראת הקריאה השנייה והשלישית 23 (הסתייגות 106 של ח"כ פורר); פרוטוקול 359, לעיל ה"ש 43, בעמ' 1270 (ח"כ פורר מסיר את הסתייגותו).

50 זנדברג מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 40, בעמ' 149.

51 חוק-יסוד: משאל עם, ס"ח תשע"ד 400.

של ארץ ישראל במסמכי היסוד של הקרן הקיימת לישראל כללו גם את סוריה, את טורקיה ואת חצי האי סיני.<sup>52</sup> עם זאת, חוק הלאום מתיימר לחול רק על האזורים שהוכללו או יוכללו בשטח מדינת ישראל, והוא אינו מתיימר לעסוק בשאלה אילו אזורים יוכללו בה.

אציין כי אם תתקבל, בניגוד לעמדותי, הגישה שחוק הלאום התיימר לחייב את הממשלה לקדם התיישבות יהודית מחוץ לתחומי מדינת ישראל, הרי יש לפרש את רוחבה של חובה זו, על פי המבחן שהתוויתי לעיל, בכפוף לחובה הכללית להגשים את המטרה המדינית של ההתיישבות היהודית, קרי מימוש זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי. במקרה כזה המשמעות האופרטיבית של הסעיף מחוץ לגבולות ישראל תהיה עמידה על כך שהממשלה או המחוקק יקדמו את ערך ההתיישבות היהודית אם הוא מקדם את המטרה המדינית וימנעו מכך אם אינו מקדם אותה. הסמכות להכריע בשאלה זו היא סמכות פוליטית, ואילו סמכות בית המשפט לבקרה מתמצה בשאלה אם נבחן הערך של התיישבות יהודית לנוכח המטרה המדינית, ואם בחינה זו עמדה בכללי הביקורת השיפוטית על החלטות הגורמים האלה. במקרים של התנגשות בין ערך ההתיישבות לבין ערכים חוקתיים אחרים יהיה על בית המשפט לאזן ביניהם, ועל כך ארחיב בהמשך. כמו כן אפשר להניח כי אם המחוקק התכוון לחייב את המדינה לפעול לביסוס התיישבות יהודית גם מחוץ לגבולות המדינה, תהיה מחויבות זו כפופה לכללי המשפט הבינלאומי, אם אלו מחייבים את המדינה בפעולותיה אלו. עוד אוסיף כי אם וכאשר יוחל המשפט הישראלי על חבלי ארץ ישראל נוספים, יחולו עקרונות חוק היסוד, וגם הסייגים שאפרטם להלן, על חבלי הארץ האלה.

.5

## איזון בין ערך ההתיישבות היהודית לבין ההגנה על זכויות האדם

הצורך ליישב או לאזן בין ערך ההתיישבות היהודית לבין ערכים נוגדים מלווה את התנועה הציונית מראשית ימיה. כך, למשל, סעיף 6 לכתב המנדט

5.1. ערך ההתיישבות  
אינו מתיר פגיעה  
בזכויות אדם

52 תרגום סעיף 1(3) לתזכיר התאגדותה של קרן קיימת לישראל בע"מ, אצל יוסי כץ והארץ לא תימכר לצמיחת 98 (2002); ראו גם חיים זנדברג "הגבלות על פעילות פוליטית של ארגונים ומימונה" משפטים מג 183, 241 (בה"ש 305 ו-308) (2012).

סייג את המחויבות שהוטלה בו על שלטונות המנדט ליישב יהודים בצורך להבטיח את שמירת זכויותיהם של שאר חלקי האוכלוסייה בארץ (the rights and position "of other sections of the population are not prejudiced").<sup>53</sup> החלטת החלוקה של האו"ם קבעה כי בכל אחת משתי המדינות שתוקמנה "שום הפליה, מכל סוג שהוא, לא תיעשה בין התושבים מטעמי גזע, דת, שפה או מין".<sup>54</sup> החוקות ששתי המדינות היו אמורות לחוקק לפי החלטת החלוקה היו אמורות "לתת ערובה לזכויות שוות לכל איש, ללא הפליה בעניינים אזרחיים, מדיניים, כלכליים ודתיים, להנאה מזכויות אנוש וחרויות יסוד, כגון חופש הדת, השפה, הדיבור והפרסום, חינוך, אספה והתאגדות".<sup>55</sup> גם הכרזת העצמאות מצהירה כי מדינת ישראל "תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה" (ההדגשה שלי) וכי "תהא מושתתה על יסודות החרות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".<sup>56</sup> אין צורך לומר כי חוקי היסוד הישראליים הכירו בחובתה של המדינה על כל רשויותיה לכבד זכויות אדם בסיסיות, כגון כבוד האדם, חירותו, קניינו או חופש העיסוק שלו. הזכות לשוויון עוגנה בפסיקה הישראלית כזכות אדם מרכזית אף שאינה חקוקה, ולאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ראו בתי המשפט בישראל את ההגנה עליה כחלק מן ההגנה על כבוד האדם.<sup>57</sup>

בריונים שנערכו בכנסת לקראת חקיקתו של חוק הלאום הייתה תמימות דעים בין כל תומכי החוק כי חוק הלאום לא בא לבטל את זכויות הפרט. חוק הלאום עוסק בזכויות לאומיות ולא בזכויות הפרט. ברברי ברכתו לאחר חקיקת חוק הלאום הדגיש ראש הממשלה בנימין נתניהו כי:<sup>58</sup> "ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי; מדינת לאום שמכבדת את זכויות הפרט של כל אזרחיה".

53 כתב המנדט, לעיל ה"ש 25.

54 החלטת האומות המאוחדות על הקמת המדינה העברית (תכנית חלוקה) (29.11.1947), אתר הכנסת, חלק ראשון, סעיף ג, פרק שני, סעיף 2.

55 שם, סעיף ב, סעיף 10(ד).

56 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, לעיל ה"ש 17.

57 אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 685–688 (2014); בג"ץ 6411/16 הועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות נ' כנסת ישראל, פס' 31–42 לפסק הדין של השופט סולברג (נבו 19.6.2018).

58 פרוטוקול 359, לעיל ה"ש 43, בעמ' 1289.

הכוונה שערך ההתיישבות לא יצדיק פגיעה בזכויות אדם עולה במפורש מביטולו בכוונת מכוון של סעיף העליונות שנכלל בהצעת החוק המקורית.<sup>59</sup> על כן, כאשר באים לפרש את סעיף 7 יש מקום לתת לערך ההתיישבות משמעות המתיישבת עם עקרונות אחרים המעוגנים בחקיקה, ובמיוחד בחקיקת יסוד. צורך זה עולה גם מהחתימה הפרשנית ליצור הרמוניה חקיקתית.<sup>60</sup> אכן, כאשר דחה בית המשפט את העתירות שהוגשו כנגד חוקתיותו של חוק הלאום סברו רוב שופטיו כי ערך ההתיישבות וערך השוויון יכולים לדור בכפיפה אחת. היטיבה לתאר זאת הנשיאה חיות לאמור:<sup>61</sup>

[...] בשיטת המשפט שלנו אין שוללים ערך חוקתי אחד אך משום שהוא עלול להימצא, במצבים מסוימים, במתח עם ערך חוקתי אחר. סעיף 7 מנוסח בלשון כללית ולא נקבעו בו הסדרים מפורטים המגלמים פגיעה קונקרטית בשוויון או בזכויות חוקתיות אחרות [...] משבעניינינו ניתן לנקוט בפרשנות הרמונית שתאפשר את קיומם של שני הערכים החוקתיים – ערך השוויון וערך ההתיישבות היהודית – זה לצד זה, יש להעדיף פרשנות זו, ולהותיר את בחינת המתחים האפשריים בין שני ערכים אלה למישור התת-חוקתי ולמקרים קונקרטיים שבהם יתעוררו.

דברים דומים נאמרו שם גם בפסק דינה של השופטת וילנר (ההדגשה במקור):<sup>62</sup>

[...] לגבי הוראת סעיף 7 לחוק-יסוד: הלאום, הנוגעת לפיתוח ההתיישבות היהודית כערך לאומי [...] ניתן ויש להעניק לה פרשנות מקיימת העולה בקנה אחד עם המארג החוקתי הישראלי, כך שערך ההתיישבות היהודית ניצב במקביל לערך השוויון, שהוא מערכי היסוד של שיטת המשפט שלנו ונגזר מהזכות החוקתית לכבוד.

59 פרוטוקול 11, לעיל ה"ש 45, בעמ' 3, 17 (הסרת הסעיף); פרוטוקול ישיבה 12 של הוועדה המשותפת (ח"כ סמוטריץ' מתרעם על הסרת סעיף העליונות), 3 (13.3.2018).

60 אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 333–335 (חשנ"ג).

61 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 88 לפסק הדין של הנשיאה חיות (נבו 8.7.2021) (להלן: בג"ץ חוק הלאום).

62 שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת וילנר.

התנגשות בין קידום הערך של התיישבות יהודית לבין הגנת זכויות האדם עשויה להתרחש בשלושה תחומים עיקריים: פגיעה בקניין הפרטי לשם קידום התיישבות יהודית, פגיעה פרטית בשוויון על ידי שלילת הזכות להיות שותף בהתיישבות יהודית, ופגיעה קיבוצית בשוויון על ידי העדפת התיישבות יהודית על פני התיישבות אחרת בהקצאת משאבים ובנטילתם. להלן אדון באופן שבו אפשר ליישב או לאזן בין החובה לקדם את ערך ההתיישבות יהודית לבין החובה שלא לפגוע בקניין, בשוויון הפרטי ובשוויון הקיבוצי.<sup>63</sup>

**5.2. ערך ההתיישבות**  
**ופגיעה בזכות**  
**הקניין הפרטי**

קידום ערך ההתיישבות היהודית יכול לפגוע בזכויות הקניין של פרטים אם לשם הקמת התיישבות או קידומה מפקיעים זכויות קניין פרטי. ההפקעה היא כלי לגיטימי בישראל, כמו בעולם כולו, לשם מימוש צורכי ציבור שכוחות השוק אינם יכולים להגשימם. עם זאת, לא ניתן להשתמש בו באופן שרירותי, יש לנסות תחילה להשיג את המטרה באמצעות כוחות השוק, ויש מקום ללוות את ההפקעה בפיצוי הולם.<sup>64</sup> בשנת 2010 נערכה רפורמה בדיני ההפקעות. רפורמה זו הגבילה במעט את היכולת להפקיע וקבעה במקרים מסוימים גם חובה להשיב מקרקעין שהופקעו לשווא.<sup>65</sup> ברי כי הטלת החובה לקדם את ערך ההתיישבות היהודית בחוק הלאום לא התכוונה לפטור את המדינה מהחובות המוטלות עליה לכבד את הקניין הפרטי ולהפקיע קרקעות רק אם הן נחוצות והכרחיות לשם מימוש ערך זה ובכפוף לתשלום פיצוי הולם. ממילא השימוש בסמכויות ההפקעה ברמה הארצית פחת מאוד בעשורים האחרונים.<sup>66</sup> רוב היישובים החדשים שהוקמו או הורחבו בישראל בעשורים האלה הוקמו בשטחים פתוחים, מיוערים או חקלאיים שהם בגדר מקרקעי ישראל ולא על מקרקעין פרטיים.<sup>67</sup> אין כל סיבה להניח שכונת מחוקק חוק הלאום הייתה לשנות מגמה זו. גם כאשר הופקעו בעבר מקרקעין פרטיים לשם הקמת שכונות מגורים, בירושלים או בגליל, היו

63 אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית 215-217 (השנ"ד).

64 דפנה לוינסון-זמיר פגיעות במקרקעין על-ידי רשויות התכנון 34-35, 60 (1994).

65 חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3), התש"ע-2010 ט"ח 34; יפעת הולצמן-גזית "הגבלות על הפקעת קרקעות: מלכתחילה ובדיעבד (בעקבות חוק לתיקון פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור) (מס' 3) התש"ע-2010)" חוקים ד 97, 112 ואילך (2012).

66 זנדברג ציונות, לעיל ה"ש 44, בעמ' 195-196.

67 שרית דנה ושלום זינגר דיני תכנון ובנייה 318 (2015).



ההפקעות האלה נתונות לשבט ביקורתו של בית המשפט העליון.<sup>68</sup> אין כל סיבה לסבור כי חוק הלאום ביקש למנוע ביקורת כזאת גם בעתיד. פסק דינה של השופטת וילנר בבג"ץ חוק הלאום אכן קבע כי –

ערך ההתיישבות היהודית אינו מתיר פגיעה בזכויות אדם, למותר לציין כי פעולות השלטון בהקשר זה כפופות לחובות מתחום המשפט המינהלי וחשופות לביקורת שיפוטית בהתאם למבחני פסקת ההגבלה.<sup>69</sup>

עולה מכך כי חוק היסוד אינו מכשיר הפקעה של מקרקעין פרטיים להקמת התיישבות יהודית או לביסוסה אם אין הכרח בהפקעתם וללא פיצוי הולם כחוק. עם זאת, חוק הלאום נתן לגיטימציה מפורשת ונוספת לכך שהקמת התיישבות יהודית יכולה להיות צורך ציבורי, ועל כן מותר, בכפוף לסייגים כלליים של פגיעה בקניין הפרטי, להפקיע מקרקעין מכל בעלים פרטי, תהא אשר תהא זהותו, לשם קידום התיישבות יהודית או לשם קידום כל צורך ציבורי אחר. זו אינה מטרה פסולה מאליה.<sup>70</sup>

סוגיה מיוחדת הקשורה לפגיעה בקניין הפרטי היא סוגיית השימוש בנכסי נפקדים לשם הקמת התיישבות יהודית. כידוע, נכסי הנפקדים, שהם נכסי הפליטים הפלסטינים, הם כיום בגדר מקרקעי ישראל.<sup>71</sup> נכסים אלו היו בעבר ועשויים להיות בעתיד יעד להקמת התיישבות יהודית או ביסוסה.<sup>72</sup> מדינת ישראל סברה ועודנה סוברת כי לנוכח הנסיבות ההיסטוריות של היווצרות בעיית הפליטים הפלסטינים, פיצוי הפליטים, כפי שייקבע בהסדרי שלום או כפי שנקבע בחקיקה בעניין פליטי הפנים ("הנפקדים הנוכחים"), הוא תשובה הולמת לפגיעה בקניינם. לכך נוסף גם החשש כי שיבת הפליטים או השבת נכסיהם יסכנו את קיום המדינה ומניה וביה את מימוש זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי.<sup>73</sup> בית המשפט העליון אישר בעבר כי ההצדקה לשימוש זה בנכסים פרטיים טמונה בנסיבות ההיסטוריות המיוחדות של

68 הולצמן-גזית, לעיל ה"ש 65, בעמ' 98-100; זנדברג "ירושלים", לעיל ה"ש 29, בעמ' 517-513.

69 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 61, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת וילנר.

70 זנדברג ציונות, לעיל ה"ש 44, בעמ' 98-103.

71 זנדברג מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 40, בעמ' 172-176, 192.

72 זנדברג ציונות, לעיל ה"ש 44, בעמ' 67-68.

73 שם, בעמ' 69; זנדברג "מימוש הבטחה", לעיל ה"ש 34, בעמ' 189.

היווצרות בעיית הפליטים.<sup>74</sup> ברי כי חוק הלאום לא בא להוסיף או לגרוע מעמדה זו. באותה מידה ברור כי זכות הקניין הפרטי אינה מצדיקה החייאה של טענת ה"נישול" המנדטורית, שלפיה רכישת מקרקעין בכסף מלא ממי שאינם יהודים לשם הקמת התיישבות יהודית היא בגדר נישול המוכרים או אריסיהם. שתי הטענות, טענת הנישול המנדטורית, וגם טענת הניכוס של מקרקעי הפליטים, עלולות לחתור תחת עצם הזכות לממש את זכות הגדרה עצמית של העם היהודי.<sup>75</sup> המעמד החוקתי שניתן לערך ההתיישבות היהודית בחוק הלאום נועד אפוא לתת בסיס משפטי נוסף להדיפה של טענות מעין אלו, אם יכוונו בעתיד נגד פעולות לקידום התיישבות יהודית.

### 5.3. ערך ההתיישבות ופגיעה בזכות השוויון הפרטי - התיישבות ליהודים בלבד?

#### 5.3.1. היחס בין ערך השוויון לערך ההתיישבות - המצב שקדם לחוק הלאום

זכות מרכזית נוספת העלולה להיפגע בעקבות ביסוס או הקמה של התיישבות יהודית היא הזכות לשוויון. אומנם זכות זו אינה מופיעה במפורש בחוק יסוד, ואף הושמטה בכוונת מכוון מנוסחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,<sup>76</sup> אך בית המשפט העליון גזר את ההגנה עליה מן ההצהרות בדבר שוויון זכויות אזרחי בכתב המנדט ובמגילת העצמאות, וכן מההגנה החוקתית הניתנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הן לכבוד האדם, הן לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.<sup>77</sup> בית המשפט העליון וגם יועצים משפטיים של הממשלה לא ראו בהכרח סתירה בין הזכות לשוויון לבין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. כך, למשל, כתב נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז), אהרן ברק, בפרשת קעדאן:<sup>78</sup>

אין אפוא כל סתירה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין שוויון גמור בין כל אזרחיה. נהפוך הוא: שוויון הזכויות בין כל בני-האדם בישראל, תהא דתם אשר תהא ותהא

74 שם, בעמ' 194-196.

75 זנדברג ציונות, לעיל ה"ש 44, בעמ' 27-29; חיים זנדברג "צדק חלוקתי מול שלילת מדינת הלאום היהודי" קרקע, דמוקרטיה ויחסי רוב-מיעוט 23, 27-28 (יצחק שניל, גזעון ביגר, אנדה רוזנברג עורכים 2013).

76 אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" משפט ועסקים יד 79, 87-88 (2002).

77 ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 57, בעמ' 685-690.

78 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 282 (2000).

לאומיותם אשר תהא – נגזר מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

כך סבר גם היועץ המשפטי לממשלה (כתוארו אז) אליקים רובינשטיין:<sup>79</sup>

[...] מחויבים אנו לשוויון זכויות לכל האזרחים. כבר אמרתי בעבר, כי כשם שעלינו להיאבק בכל מאודנו למען שימור ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, כך עלינו להיאבק לשוויון לערבים [...] אנו לוחמים בבתי משפט [...] נגד אפליה לרעה, גלויה או סמויה כלפי ערבים; אך חובתנו כלפי העם היהודי וכלפי החזון הציוני אינה נדחקת ואיננה נשכחת ולו גם לרגע.

התפיסה שאין סתירה בין החובה להגן על זכויות האדם הנגזרת מאופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל, לבין אופייה היהודי והציוני של מדינת ישראל, באה לידי ביטוי גם ביחס לערך ההתיישבות – ההכרה ש"מדינה יהודית היא מדינה שההתיישבות היהודית בשדותיה, בעריה ובמושבותיה היא בראש דאגותיה" אינה חייבת לבוא על חשבון זכויות האדם.<sup>80</sup> בית המשפט העליון פסק כי קידום הערך של התיישבות יהודית חייב לכבד שוויון פרטי אזרחי של כל אזרח במדינה. כך נפסק בפרשת קעדאן כי, כנקודת מוצא, "כל אדם בישראל, תהא לאומיותו אשר תהא, כשיר היה להשתתף בתחרות על הזכות לבנות ביתו ביישוב [ה]קהילתי",<sup>81</sup> וכי בהיעדר ייחוד נוסף, אין הצדקה ל"הקצאת קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד".<sup>82</sup> גישה זו מתיישבת גם עם התיקון לפקודת האגודות השיתופיות, שקבע כי ביישובים קהילתיים קטנים שבהן פועלות ועדות קבלה לא תתאפשר מניעת קבלה על בסיס הפליה, לרבות הפליה על בסיס לאומי.<sup>83</sup>

79 אליקים רובינשטיין "מקרקעי ישראל – מבט משפטי: תחיה לדורות או בכיה לדורות" קרקע 52, 21, 29 (2001): Elyakim Rubinstein, *The Attorney-General in Israel: A Delicate Balance of Power and Responsibilities in a Jewish and Democratic State* 143, 151 ISRAELI INSTITUTIONS IN THE CROSSROADS (Raphael Cohen-Almagor ed., 2005)

80 אהרן ברק מידתיות במשפט 308 (2010).

81 פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 78, בעמ' 282ז.

82 שם, בעמ' 280ב.

83 סעיף 6ג(ג) לפקודת האגודות השיתופיות כפי שחוקנה בחוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, ס"ח 683; זנדברג "מימוש ההבטחה", לעיל ה"ש 34, בעמ' 204-205.

## 5.3.2. כוונת מחוקקי חוק הלאום

גם מחוקקי חוק הלאום אימצו את התפיסה שקידום ערך ההתיישבות יהודית אינו יכול לפגוע בזכות האישית השווה של כל אזרח במדינה להיות שותף להתיישבות יהודית. אף כי כוונה זו אינה עולה במפורש מנוסחו של סעיף 7 לחוק הלאום, אפשר להסיקה מן השינוי שחל בנוסחו לקראת הקריאה השלישית. נוסח הצעת החוק התיר במפורש הקמת יישובים נפרדים על בסיס לאומי, לאמור: "המדינה רשאית לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת".<sup>84</sup> במהלך דיוני הוועדה המכינה של החוק מתח המשנה ליועץ המשפטי, מר רז נזרי, ביקורת חריפה על סעיף זה בטענה שהוא "מתיר למעשה אפליה אישית של אזרח רק בשל שיוכו הלאומי [...] זה למעשה דבר שמפלה את האזרח הבודד".<sup>85</sup> להסתייגות מן הפרשנות המאפשרת הפליה פרטית בהתיישבות יהודית היו שותפים חברי כנסת מטעם הקואליציה שנטלו חלק מרכזי בניסוח סעיף 7.<sup>86</sup> הנוסח המקורי הוחלף אפוא, ומהנוסח החדש נעדרת הרשאה מפורשת לקיים התיישבות קהילתית נפרדת על בסיס לאומי או דתי. תחת זאת עוסק סעיף 7 ב"התיישבות יהודית", בלי להגדירה. אומנם מונח זה סובל גם את הפירוש שהכוונה ל"התיישבות יהודית נפרדת", קרי התיישבות ליהודים בלבד, אך דומה שהשמטת הנוסח הישן והחלפתו בנוסח שאין בו המונח "נפרדת", מעידה על כוונת המחוקק להתאים את נוסח חוק הלאום למצב המשפטי הקיים, שאינו מתיר למדינה לקדם התיישבות יהודית נפרדת המפלה אזרחים על בסיס לאום, דת או מאפיין אחר. ניתן ללמוד על כוונה זו מן ההסברים שהעניקו לניסוח החדש כמה יועצים משפטיים שהיו שותפים לניסוח החדש. כך, למשל, הסביר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה נזרי כי הנוסח הסופי:<sup>87</sup> "לא מאפשר שרק יהודי יוכל לגור באותה התיישבות יהודית וערכי לא יכול לגור [...] ובהמשך: "זכויות קולקטיביות יש לעם יהודי ורק לעם היהודי, לפי החוק ולפי המצב הקיים, זכויות פרט אין".<sup>88</sup>

84 סעיף 7(ב) הצעת חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי, תשע"ח-2018, הצ"ח 134.

85 פרוטוקול 15, לעיל ה"ש 46, בעמ' 41-42, 50, וכן שם, בעמ' 28 (ד"ר חגי ויניצקי) ובעמ' 48 (היועץ המשפטי של הכנסת אייל ינון). כן ראו פרוטוקול 11, לעיל ה"ש 45, בעמ' 7-9 (עמדת היועצים המשפטיים גור בליי ואייל זנדברג).

86 פרוטוקול 15, לעיל ה"ש 46, בעמ' 15, 21, 63 (ח"כ אמיר אוחנה), פרוטוקול 19, לעיל ה"ש 45, בעמ' 47, 64 (ח"כ רועי פולקמן).

87 שם, בעמ' 63.

88 שם, בעמ' 68.

אומנם פרשנות יועץ משפטי אינה משקפת בהכרח את כוונת המחוקק, ומתנגדיה התריעו על כך כבר בעת שניתנה,<sup>89</sup> אך, כאמור, נראה כי מנסחי התיקון תמכו בה,<sup>90</sup> וכך משתמע גם מהצהרתו של ראש הממשלה לאחר קבלת החוק.<sup>91</sup> יתר על כן, כאשר הבהיר מר נזרי כי לפי הנוסח המתוקן:<sup>92</sup>

וראי שיש משמעות להתיישבות יהודית, שירצו להקים יותר בנגב, בגליל, באזורים אחרים שירצו. עדיין זה לא אומר, ופה ההבחנה, זה לא אומר שלאותה עיר שמיועדת בגדול לציבור היהודי, יהיה אסור להיכנס אזרח ערבי לקנות דירה במודיעין או לקנות דירה במגדל העמק או לקנות דירה בעיר החדשה שיקימו – – – שתהיה בעיר יהודית.

על כך הגיב ח"כ סמוטריץ', שהתנגד לשינוי הנוסח של הסעיף:<sup>93</sup> "זה גם אנחנו לא – – –".

עולה מכך כי גם תומכי הנוסח הקודם ביקשו לייחד את אפשרות ההפרדה על בסיס לאומי בעיקר ליישובים קהילתיים, שבהם עסק הנוסח הקודם, ולא תמכו בהכרח בהפרדה ביישובים גדולים יותר.<sup>94</sup> הם הבינו כי השינוי בנוסח חותר תחת אפשרות ההפרדה על בסיס לאומי גם ביישובים הקהילתיים, אך ביקשו לשמור לעצמם את האפשרות לטעון בעתיד לקיומה גם בנוסח המעורפל של חוק הלאום ולמרות דברי הפרשנות של יועצים משפטיים.

### 5.3.3. כיצד תפורש התיבה "התיישבות יהודית" בחוק הלאום

בחינת הליך החקיקה של חוק הלאום וגם הרקע המשפטי שקדם לו מובילים למסקנה שאת המונח "התיישבות יהודית" בחוק הלאום יש לפרש כמונח המכוון להתיישבות

89 שם, בעמ' 64 (ח"כ סמוטריץ': "[...] אני רק מבקש שייכתב לפרוטוקול, שהפרשנות שלו – אין לה שום תוקף משפטי. אני מתכוון אחרת. אני המחוקק, לא הוא").

90 ראו לעיל ה"ש 86.

91 ראו לעיל ה"ש 58.

92 פרוטוקול 19, לעיל ה"ש 45, בעמ' 73.

93 שם.

94 ראו גם הצעת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מספר בתי אב ביישוב קהילתי), החש"ט-2018 (19.11.2018), הוגשה על ידי ח"כ סמוטריץ' בכנסת העשרים ואשרה בקריאה טרומית.

המיועדת ליהודים, אבל לא ליהודים בלבד. כך, התיישבות שרק יהודים מגלים בה עניין, כגון עיר במרכז הארץ או בנגב שרחוקה מריכוזי אוכלוסייה לא יהודים, היא בוודאי בגדר התיישבות יהודית, וחוק הלאום מטיל על המדינה חובה לפעול לביסוסה. עם זאת, גם ערים וקהילות שתושבים יהודים ולא יהודים כאחד מבקשים להתיישב בהם הם בגדר התיישבות יהודית. המדינה חייבת לבססם וליישב בהם יהודים, אך בה במידה היא חייבת לאפשר לכל מי שאינו יהודי וחפץ בכך הזדמנות שווה להתיישב בהם. חוק הלאום לא ביקש לבטל את האפשרות הקבועה בחוק לייסד יישובים קהילתיים קטנים המקיימים ועדות קבלה, אך בה במידה לא ביטל את החובה החוקית, המשקפת את עקרון השוויון הפרטי, לבסס את תנאי הקבלה על קהילתיותם של היישובים ולא על הפרדה מפלה, לאומית או אחרת.

אם ביקש המחוקק למנוע התיישבות יהודית נפרדת, מדוע לא שלל אפשרות זאת במפורש והותיר את התיבה הכללית "התיישבות יהודית" לפרשנות עתידית? הסבר אפשרי לכך הוא שגם לפי המצב המשפטי טרם חקיקת החוק לא נשללה לחלוטין האפשרות לקיים התיישבות יהודית נפרדת שמי שאינם יהודים אינם מעוניינים להצטרף אליה. רוב היישובים בישראל הם כאלה. יש מעט מאוד יישובים מעורבים.<sup>95</sup> זאת ועוד, יש בציבור הישראלי על כל סיעותיו ויכוח בשאלה אם ראוי שהאוכלוסיות השונות תטמענה זו בזו או תחיינה בנפרד.<sup>96</sup> בית המשפט העליון לא שלל לחלוטין את האפשרות ש"טיפול נפרד עשוי להיחשב חוקי",<sup>97</sup> אבל קבע כי טיפול כזה במציאות הישראלית בימינו אלו הוא מפלה, שכן אין הקצאת משאבים זהה להקמת יישובים לא יהודיים ולביסוסם "גם אם המניע להפרדה אינו הרצון להפלות".<sup>98</sup> על כך אפשר להוסיף כי מדינת ישראל אינה משופעת במשאבי מקרקעין, ועל כן ההיתכנות של השגת שוויון באמצעות הקצאה נפרדת אבל שווה – לא זו בלבד שאינה מסתברת, היא גם עלולה לפגוע בעקיפין במטרת המדינית שלשמה חוקקו חוק הלאום וסעיף ההתיישבות, קרי ביסוסה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. הקצאה נפרדת של משאבי מקרקעין לשם הקמת יישובים נפרדים עשויה להיות משימה בלתי אפשרית שתכלה את מלאי המקרקעין הקטן של מדינת ישראל במהירות.<sup>99</sup>

95 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה קובץ יישובים בישראל ואוכלוסייתם 2018.

96 זנדברג "מימוש ההבטחה", לעיל ה"ש 34, בעמ' 199-200.

97 פרשת קעדאן, לעיל ה"ש 78, בעמ' 279.

98 שם, בעמ' 279-280.

99 זנדברג "מימוש ההבטחה", לעיל ה"ש 34, בעמ' 201.

אפשר גם להרהר בדבר תרומתה של הפרדה כזאת לחוסנה החברתי של המדינה. הדים לגישה זו נשמעו בדברי ח"כ ציפי לבני:<sup>100</sup>

אם הסיפור הוא שכל אחד יחיה בעיר שלו, ושלא אוכן לא נכון, יבואו 20 אחוזים ויאמרו שהם רוצים את היישובים שלהם בלבד, ידרשו את החלק היחסי בקרקעות המדינה. אם זה הסיפור, שזאת תפיסה הפוכה מחזון של מדינה אחת [...] כאן בעצם אתם מקבעים את זה שלא רק שאנחנו לא הולכים לייצר כאן איזה מכנה משותף אלא התבדלות, הסתגרות של כל אחד, וכמובן שאני אומרת שהם ידרשו אבל הם לא יקבלו [...]

אימוץ שוויוני של מדיניות מפרידה נראה כיום רחוק למדי. אכן, הותרת המונח "התיישבות יהודית" ללא הגדרה, הותירה את האפשרות להנהיג מדיניות כזאת בעתיד. חוק הלאום לא סגר לגמרי את הדלת בפני מדינת ישראל לשמור על השוויון גם בדרך של "נפרד אבל שווה", כפי שהדין שקדם לו לא עשה זאת.<sup>101</sup>

אם כן, כל עוד לא השתנתה המציאות הישראלית יש לקרוא את הלשון העמומה של המונח "התיישבות יהודית" כלשון השוללת התיישבות יהודית נפרדת הסוגרת את שעריה בפני מי שאינם יהודים. מסקנה פרשנית זו נובעת משינויי הנוסח שהתחוללו בהצעת חוק הלאום, מהסבריהם של כמה יועצים משפטיים את כוונתם של השינויים האלה ומדברי התמיכה הגורפים של רוב התומכים והמתנגדים לחוק בכך שהנוסח הסופי שהתקבל אינו אמור לפגוע בשוויון האישי של כל אזרחי המדינה. פרשנות זו של חוק הלאום מיישבת את הוראותיו עם הוראות חוקי היסוד האחרים ועם עקרון השוויון העולה מהם. היא באה לידי ביטוי מפורש גם בפסק דינה של הנשיאה חיות בבג"ץ חוק הלאום:<sup>102</sup>

[...] ביחס לפעולות מסוימות במישור התת-חוקתי ניתן לומר כבר עתה כי הן מגלמות פגיעה אסורה בשוויון, משום שהן כרוכות באפליה חמורה שלא ניתן להשלים עימה בשיטתנו המשפטית. עמדו על כך משיבי הממשלה בתגובתם בציינם: "סעיף 7 לחוק-יסוד: הלאום אינו כולל בתכניו היתר להקמת יישובים נפרדים

100 פרוטוקול 11, לעיל ה"ש 45, בעמ' 19.

101 זנדברג "מימוש ההבטחה", לעיל ה"ש 34, בעמ' 199-217.

102 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 61, בפס' 89 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

ליהודים, שלא יתירו קבלתם של מי שאינם יהודיים, בשם ההכרה בהתיישבות היהודית כערך לאומי".

## 5.4. ערך ההתיישבות ופגיעה בזכות השוויון הקולקטיבי

### 5.4.1. שוויון קולקטיבי בין יישובים נפרדים

כאמור, במציאות הישראלית רוב היישובים הם הלכה למעשה יישובים נפרדים לפי לאום. מציאות זו היא תולדה של תהליכים היסטוריים וגאוגרפיים, וכן של היעדר רצון של בני שני הלאומים להיטמע ביישובים מעורבים. רק מיעוטם של היישובים בישראל מעורבים, והטעם לכך אינו טמון במדיניות ממשלתית אלא ביד הנעלמה של הכלכלה.<sup>103</sup> מדינת ישראל אינה רשאית לאסור על היטמעות אוכלוסיות זו בזו, אך בה בעת אינה רשאית לכפות אותה עליהם, אם אין פרטים המעוניינים בכך. במצב של הפרדה בהיקפים ניכרים מחייב עקרון השוויון לנהוג באורח שוויוני כלפי כל היישובים וכלפי כל האוכלוסיות. משמעות מחויבות זו היא הקדשת משאבים שווה ליישובים נפרדים. זו מדיניותה המוצהרת של מדינת ישראל כלפי המגזר הערבי בישראל.<sup>104</sup> בית המשפט העליון תמך בה בפרשת אביטן כדי למנוע התבוללות כפויה.<sup>105</sup> השופט רובינשטיין עמד על חובה זו בפרשת הראל והצביע על כך שהיא עולה בקנה אחד עם המחויבות להקצות משאבים להתיישבות יהודית:<sup>106</sup>

לאוכלוסיה הערבית – ולא רק לאזרחים או תושבים ערבים ספציפיים – נתונה זכות לחלוקה שוויונית של משאבי המדינה, לרבות הקצאת מקרקעין [...] האינטרס החשוב – הציוני והממלכתי-לאומי – לקידום ההתיישבות היהודית באזורים שונים במדינה אינו אמור לגרוע מדאגה כנה מקבילה לקידום ופיתוח יישובים בקרב מגזרים אחרים בחברה הישראלית [...] אין מדובר בכלים שלובים ובמשחק סכום-אפס, שככל שירכה פיתוח ושגשוג בקרב ההתיישבות היהודית, כן יקטן בהתאמה קידום ההתיישבות

103 זנדברג "מימוש ההבטחה", לעיל ה"ש 34, בעמ' 203, 206.

104 שם, בעמ' 206.

105 בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297, 306 (1989).

106 בג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל, שם, בפס' סא-טב לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 5.9.2017).



הכפרית והחקלאית בשאר המגזרים. לדידי, הא בהא לא תליא [...].  
אדרבה, מיזם כזה אם ינוהל בהגינות וכהלכה, עשוי להוות דוגמה  
לקיום השגשוג לכל, לרבות למגזרים הלא־יהודיים.

אם כך, אל מול ההכרה בערך ההתיישבות היהודית כערך לאומי עומדת החובה להקצות משאבים שווים לסיפוק צורכי ההתיישבות של מי שאינם יהודים.<sup>107</sup> המדינה מחויבת לאזן בתהליך הקצאת המשאבים בין שתי החובות ואינה רשאית להיבטל מחובתה האחת לשם הגשמת החובה האחרת. אומנם החובה להקצות משאבים גם ליישובים לא יהודים ולאוכלוסייה הלא־יהודית לא זכתה לציון מפורש בחוק יסוד, ואף אינה ערך לאומי, אך היא עולה מעקרון השוויון. אין בחוק הלאום היתר להקצות משאבים להתיישבות יהודית על חשבון הקצאת משאבים להתיישבות לא יהודית, או מתוך פגיעה בלתי שוויונית בהתיישבות כזאת. כל שהחוק עושה הוא להכיר בלגיטימיות של התיישבות יהודית כאשר אינה פוגעת בשוויון. ברוח גישה זו פסקה השופטת וילנר בבג"ץ חוק הלאום כי –

ההצהרה בדבר עידוד התיישבות יהודית לא תפגע בצרכי  
ההתיישבות של אלו שאינם יהודים, ולא תמנע התחשבות בצרכי  
התיישבותם בעת התנגשות עם צרכי ההתיישבות היהודית.<sup>108</sup>

שאלה נוספת שמעוררת החובה לקדם התיישבות יהודית נוגעת לתחולת עקרון השוויון על האפשרות להפקיע מקרקעין פרטיים ממי שאינם יהודים כדי לקדם את הערך של התיישבות יהודית. מסיבות היסטוריות מלאי המקרקעין בבעלות פרטית של מי שאינם יהודים מגיע לכחמישים אחוזים ממלאי המקרקעין הפרטיים במדינת ישראל. מיקום המקרקעין הוא בעיקר בפריפריה, בגליל, בנחל עירון (ואדי עארה) ובמשולש.<sup>109</sup> היקף ההפקעות מהאוכלוסייה הערבית בישראל (ללא נכסי הנפקדים) עלה על שיעורה באוכלוסייה, וחלק ניכר מהן, אף כי זעום במספרים מוחלטים וביחס למלוא מלאי המקרקעין של אוכלוסייה זו, שימש להקמת התיישבות יהודית.<sup>110</sup> כאמור לעיל, כיום כמעט שלא מפקיעים מקרקעין ברמה הארצית, ורוב ההפקעות נעשות על פי תכנון ברמה המקומית. כמו כן, כיום כמעט שאין מקימים יישובים חדשים, והקמתם נעשית ברוב המקרים במקרקעי ישראל, קרי מקרקעי המדינה,

107 לניתוח היבטים שונים של מימוש חובה זו, ראו זנדברג "מימוש ההבטחה", לעיל ה"ש 34, בעמ' 207-215.

108 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 61, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת וילנר.

109 זנדברג מקרקעי ישראל, לעיל ה"ש 40, בעמ' 115-119, 158.

110 זנדברג ציונות, לעיל ה"ש 44, בעמ' 92-98.

רשות הפיתוח והקרן הקיימת לישראל.<sup>111</sup> אף על פי כן, עדיין קיימת אפשרות שקידום הערך של התיישבות יהודית או ביסוסה יצריכו גם בעתיד הפקעת מקרקעין מאוכלוסייה לא יהודית. האם הפקעה כזאת תותר עתה לנוכח הוראות חוק הלאום?

בפסקה קודמת הדגשתי כי חוק הלאום לא בא להוסיף או לגרוע מדיני ההפקעות הקיימים, המאזנים בין הצורך הציבורי בהפקעה לבין זכות הקניין הפרטי. הדינים האלה אמורים להבטיח שימוש ראוי בכלי ההפקעה. החובה לקדם את הערך של התיישבות יהודית אינה אמורה לבוא על חשבון פגיעה בקניין הפרטי. עקרון השוויון מחייב כי כאשר פועלים לקידום ערך ההתיישבות היהודית באזורים עתירי קרקע פרטית של לא יהודים, תכנון ההתיישבות יביא בחשבון לא רק את זכויות הקניין הפרטי של מי שאינם יהודים, אלא גם את הצרכים של ההתיישבות שאוכלוסייתה אינה יהודית. יש להימנע ככל האפשר ובאופן מידתי מפגיעה בצרכים ובאפשרויות הפיתוח של יישובים אלו. ההגנה החוקתית לערך של התיישבות יהודית לא נועדה לפגוע בזכותה של האוכלוסייה הלא-יהודית לפיתוח שווה של מקומות היישוב שלה. יש לאזן בין שני הערכים, הן בעת שנדרש להפקיע מקרקעין בבעלות פרטית, הן בעת שנדרש להקצות מקרקעין בבעלות ממשלתית. חוק הלאום לא בא לפגוע ביישובים הערביים, אך בה במידה חיזק את זכותה וחובתה של המדינה להשתמש במקרקעין לשם יישוב יהודים כאשר אין פגיעה כזאת.<sup>112</sup>

#### 5.4.2. שוויון קולקטיבי בתוך התיישבות יהודית?

שאלה נוספת המעוררת התנגשות בין ערך ההתיישבות היהודית לבין ערך השוויון היא אופן הקצאת המשאבים למי שאינם יהודים בתוך התיישבות יהודית. שילוב אוכלוסייה לא יהודית בתוך התיישבות יהודית כרוך בשילוב בין אורחות חיים שונים וצרכים שונים. לחיי הפרט יש גם ממד קהילתי וקבוצתי, ופתיחת התיישבות יהודית לכול עשויה להוליד את הצורך לאפשר לקהילות ולפרטים האחרים המעוניינים להשתתף בה לשמור על ייחודם. ההתיישבות היהודית אינה יכולה לכפות על מי שאינם יהודים התבוללות או התערות כפויה, אך בה במידה עליה לאפשר ליהודים בהתיישבות יהודית לשמר את תרבותם, דתם ולאומיותם. התפיסה שזכות השוויון היא זכות פרטית עשויה להוביל גם לדרישה לשוויון קולקטיבי בין הקהילות

111 לעיל ה"ש 66-67.

112 השוו זנדברג ציונות, לעיל ה"ש 44, בעמ' 98-102; זנדברג "צדק חלוקתי", לעיל ה"ש 75, בעמ' 26.

בהתיישבות היהודית. האיזון בין הקהילות בהתיישבות יהודית צריך להיעשות מתוך שמירה על כבוד האדם, מבלי שהאחת מדירה את חברתה או פוגעת באורחות החיים שלה. האפשרות המעשית להגיע לאיזון כזה היא אתגר לא קל. כך, למשל, כאשר הורה לילדים דוברי ערבית ביקש מעיריית כרמיאל לממן לילדיו הסעות למוסדות לימוד מחוץ לעיר (גן ובית ספר ביישוב בענה), סברה העירייה, בתמיכת רשם בית משפט השלום בקריות, כי חוק הלאום מתיר לעירייה להימנע ממימון הסעות אלו כדי לשמור על "צביונה של העיר".<sup>113</sup> גישה זו נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי,<sup>114</sup> וגם בית המשפט העליון הסתייג ממנה.<sup>115</sup> גם לטעמי היא אינה משקפת נכונה את כוונת מחוקקי חוק הלאום, שכן כאמור החובה לעודד התיישבות יהודית לא פטרה את הרשויות המוסמכות מלדאוג דאגה שווה לזכויותיהם של תושבים לא יהודים בהתיישבות יהודית. הרשויות האלה אחראיות גם לחינוכם של מי שאינם נכונים או אינם יכולים ללמוד בבתי ספר ששפת הלימוד בהם עברית, ועליהן לפעול לקידום מטרה זו בדיוק כפי שהן פועלות לקידום החינוך בבתי ספר דוברי עברית. זאת ועוד, חיים של אוכלוסיות שונות זו לצד זו מעורדים הבנה וקבלה הדדית ולא דחייה והפרדה. על פי תוכנית הלימודים של משרד החינוך התלמידים אמורים ללמוד כי במדינת ישראל, שהיא מדינת הלאום של העם היהודי, נוהגים יחס שווה כלפי כל תלמיד ותלמידה, ללא הבדלי דת, לאום או מין. הדאגה לחינוכם של תלמידים דוברי ערבית המתגוררים בכרמיאל תמחיש זאת לא רק להלכה אלא גם למעשה. יחס שוויוני והגון כלפי כלל אזרחי ישראל יבצר את מעמדה כמדינת הלאום של העם היהודי.<sup>116</sup>

עם זאת, קושי עלול להתעורר אם פרטים לא יהודים בהתיישבות יהודית יעמדו על מימוש זכויות קבוצתיות שיפגעו בצביונה היהודי של ההתיישבות וביכולת של תושביה היהודים ליהנות מהמאפיינים הלאומיים של התיישבות יהודית, כגון המאפיינים הנזכרים בחוק הלאום (סמלי המדינה, ימי זיכרון וכיו"ב). נראה כי ההדגשה החוקתית של ערך ההתיישבות ושל ערכים נוספים בחוק הלאום מתווה את קו הגבול של החובה לכבד את זכויות הפרט של תושבי התיישבות יהודית – אין מקום לכבד זכויות או תביעות שמשמעותן היא חתירה תחת מאפייני מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, כפי שמותווים בחוק הלאום. החובה לדאוג

113 ח"א"מ (שלום קר') 18-06-12092 פלוני נ' עיריית כרמיאל (נבו 24.11.2020).

114 ע"א (חיפה) 20-12-49111 פלוני (קטין) נ' עיריית כרמיאל (נבו 3.2.2021).

115 בג"ץ חוק הלאום, לעיל ה"ש 61, בפס' 46 לפסק הדין של השופטת חיות.

116 חיים זנדברג "חוק הלאום והזכות לשוויון – ילכו שניים יחדיו! – אגב פסיקתו של בית המשפט בקריות בנוגע לצביונה של כרמיאל" פרופסור חיים זנדברג – בלוג (2.12.2020).

להתיישבות יהודית אינה פוטרת אפוא את המדינה מלדאוג במידה שווה לזכויותיהם של תושבים לא יהודים בהתיישבות יהודית או של קהילותיהם, אך החיים בקהילה כזאת מחויבים לכבד את זכותם של כל בני ההתיישבות החפצים בכך ליהנות מהזכויות ומהערכים הנזכרים בחוק הלאום.

הפרשנות שהוצעה לעיל לעניין היחס השוויוני ליהודים ולמי שאינם יהודים נכונה באותה מידה ליחס לזרמים שונים ביהדות. חלק ממתנגדי חוק הלאום הביעו חשש שהחובה לקדם התיישבות יהודית תאפשר הדרה של זרמים ביהדות לטובת פרשנות אורתודוקסית של המונח.<sup>117</sup> כפי שאין לראות בחוק הלאום היתר להדרה, פרטית או קולקטיבית, של מי שאינם יהודים, כך גם אין מקום להדרת זרמים ביהדות או להדרת מי שאינם יהודים אך קשרו את גורלם בגורל העם היהודי. הציונות מראשיתה הייתה תנועה רבת זרמים. ריבוי הזרמים בא לידי ביטוי גם בתנועות ההתיישבות. אין בחוק היסוד דבר המגביל את החובה לקדם "התיישבות יהודית" לזרם פלוני של יהדות, כמו שאין בו גם דבר השולל את החובה לנהוג יחס שוויוני כלפי כל פרט, תהא אשר תהא דתו, אמונתו או השתייכותו הלאומית. היעדר הגדרה למונח "יהודית" וגם למונח "עם יהודי" מתיישב עם פרשנות זו. המונח "יהודית" בצירוף "התיישבות יהודית" הוא מונח בעל משמעות פלורליסטית, דתית ולאומית, הכוללת זרמים שונים ומגוונים. החובה לקדם את הערך של התיישבות יהודית אינה מעניקה מונופול לקידומו של זרם כזה או אחר של יהדות או לאומיות יהודית כל עוד היא אינה פוגעת בערכים המותווים בחוק הלאום. עם זאת, כל תושבי התיישבות יהודית, תהא אשר תהא השקפת עולמם, מחויבים לכבד את הערכים המוגנים בחוק היסוד, וכמובן שלא לפגוע במטרה המדינית שלו.

117 פרוטוקול 359, לעיל ה"ש 43, בעמ' 1049-1053 (ח"כ אלעזר שטרן); פרוטוקול 15, לעיל ה"ש 46, בעמ' 65 (ח"כ רויטל סויד); פרוטוקול ישיבה 3 של הוועדה המשותפת, 63 (2017.9.26) (עו"ד אורלי ארז-לחובסקי, מנהלת המחלקה המשפטית, המרכז הרפורמי לדת ומדינה).

סעיף 7 לחוק הלאום מטיל על המדינה חובה לפעול לקידום התיישבות יהודית ושולל טענות שלפיהן יש אזורים במדינת ישראל שאסור להקים בהם התיישבות יהודית. חובה זו מוטלת על המדינה בתחומי מדינת ישראל, אולם לא מחוצה לה. היא כפופה למטרה המדינית של מימוש זכות ההגדרה של העם היהודי, אך אינה קיימת היכן שהתיישבות יהודית פוגעת במטרה זו. הגשמת הערך הלאומי של התיישבות יהודית אינה בגדר היתר לפגיעה באינטרסים חשובים נוספים של מדינת ישראל, כגון ביטחון, שלום או איכות סביבה. החוק מחייב את המדינה ורשויותיה לשקול את ערך ההתיישבות היהודית ולקדם אותו ומסמיך את בתי המשפט לבקרון כאשר לא עשו כן, הכול בכפוף לכללי הביקורת השיפוטית המקובלים.

את הוראות סעיף 7 יש ליישם ולפרש בלי לפגוע בזכויות האדם המוכרות במשפט הישראלי, כגון הזכות לקניין או הזכות לשוויון. הפגיעה בזכויות אלו תתאפשר רק על פי כללי המשפט החוקתי הקיימים. לא תינתן עדיפות לערך ההתיישבות על פני זכויות יסוד אחרות.

כך, למשל, יותר להפקיע מקרקעין פרטיים לשם הגשמת הערך הזה, כפי שאפשר להפקיע מקרקעין לשם הגשמת כל צורך ציבורי אחר. עם זאת, על הפקעה מעין זו תחולנה כל המגבלות החוקיות והחוקתיות האמורות למנוע הפקעות שלא לצורך, מעבר לנדרש וללא פיצוי הולם.

כמו כן, החובה לעודד התיישבות יהודית תמומש מבלי לפגוע בזכות הפרטית לשוויון ומבלי לפגוע בהזדמנות השווה שתשמר לכל אזרח ללא כל הפליה על רקע כלשהו להשתתף בהתיישבות יהודית אם יחפוץ בכך. על כן אין לפרש את המונח "התיישבות יהודית" כ"התיישבות ליהודים בלבד". בכך אין כדי למנוע פיתוחה של התיישבות שרק יהודים מגלים עניין בה. כמו כן, חוק הלאום אינו פוגע בזכות המוכרת כבר כיום לקיומה של התיישבות קהילתית המבוססת על קהילתיות, ולא על הפליה מכל סוג שהוא.

החובה לעודד התיישבות יהודית לא תפגע בחובה לנהוג באופן שוויוני כלפי התיישבות של מי שאינם יהודים, ותחייב התחשבות בצורכי התיישבות לא יהודית כאשר אלו מתנגשים בצורכי הקמתה של התיישבות יהודית.

מימוש החובה לעודד התיישבות יהודית ייעשה מתוך התחשבות בכל התושבים בהתיישבות היהודית, על זרמיהם, לאומיהם וקהילותיהם, אך בלי לפגוע בערכים

שמעגן חוק היסוד, ובמיוחד בלי לפגוע במטרת־העל המדינית שלו – מימוש זכות ההגדרה של העם היהודי במדינת ישראל.

אפשר לומר לסיכום שעל פי הפרשנות המוצעת בפרק זה אין בסעיף ההתיישבות בחוק הלאום שינוי מעשי משמעותי כדין שקדם לו. עיקר תרומתו היא בהפגת החשש שהדין הקיים ייושם או ישונה באופן הפוגע בעקרונות חוק הלאום ובאופייה היהודי של מדינת ישראל.

## מפתח כללי

אליאטר 553	א' 592
אלישר, אליהו 279	אבו עראר, טלב 578
אלעד 560	אביטן (פסק דין) 521, 522, 559, 560,
אלקינס, זכארי 209	592
(ה)אמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות	אבנרי, אורי 283, 291
59	(ה)אגודה הבינ"ל לזכויות הילד (פסק דין)
(ה)אמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות	346
ותרבותיות 59	(ה)אגודה לזכויות האזרח 125, 347, 545,
אמנת כינרת 71	553
אנגלית, מעמדה בישראל 343, 353, 360,	אגרנט, שמעון 318, 425, 508
377, 369, 361	אהרונוביץ, זלמן 277
אנגלרד, יצחק 422	אהרונסון, אורי 8, 436
אפלטון 184	או"ם 58, 59, 62, 143, 275-277, 282
"אקילה לאורו" 501-503	אוחנה, אמיר 83, 88-86, 96, 116, 124,
ארבל, עדי 476	125, 287, 292, 431, 481-483, 486,
ארבל, עדנה 396, 423	487, 492, 493, 499, 524, 580, 588
ארמניה 144, 454	אורבן, ויקטור 49
ארצות הברית 301, 303, 316, 317, 447,	אזכרה, ג'מעה 288
518, 452, 448	אזניה, ברוך 224
אשר, יעקב 493	אזרחות 36
אתיופיה 501	כפולה 452
	לעומת נתינות 254
ב' 246, 245	מובנים של 246, 245
בגין, בני 36, 42, 50, 174, 233	אידאות (לפי אפלטון) 184
בגין, מנחם 274-276, 278-280, 283,	(ה)איחוד האירופי 47, 142
290	איחוד משפחות 109, 152
בג"ץ חוק הלאום ראו חוק הלאום (פסק	איטליה 56
דין) 290	אימוץ 415, 423
בג"ץ עדאלה ראו עדאלה (פסק דין)	איקרית 513
בדואים 70, 512, 521, 522, 543, 559	אירלנד 47, 86, 452, 454
בולגריה 456	אלברט, ריצ'רד 209, 228
בורג, יוסף 284	אלגרבלי, מרדכי 284, 285
בורדייה, פייר 242, 244	אלון, מנחם 159, 231, 281, 315, 392,
בורקאן (פסק דין) 514	420, 416, 415, 396

ותחולת חוקי היסוד 114, 115	ביאליק, ח"נ 312
בך, גבריאל 198	ביניש, דורית 91, 200, 201, 213, 224,
בלוי, משה 304	561, 527, 522, 440, 431, 230, 229
בלוי, גור 74, 348, 428, 429, 434, 435,	בירה (עיר) 294-296
588, 491, 485	בירעם 513
בן אהרן, יצחק 278	בית המשפט העליון 274, 281, 469, 576
בן אשר, חיים 278	והגישה המהותית 185-190
בן גוריון, דוד 43, 112, 274-279, 283,	רחוק הלאום 28, 83-85, 90, 92, 98,
465, 464, 437, 333, 290	102, 219, 220, 233, 234, 249, 250,
בן מאיר, יהודה 285	261-265, 362, 363, 432, 442,
בנבנישתי, איל 124, 560	484-488, 534, 535, 564, 583
בנדור, אריאל 8, 95, 219, 221, 226	וחוקי יסוד אחרים 90-92, 107, 166,
בנט, נפתלי 176	170-172, 181, 182, 187, 202-210,
בנק המזרחי (פסק דין) 80, 87, 170, 172,	212, 215, 227-231, 233-235, 334,
402, 396, 215, 212, 211	402-407, 528, 531-534
בקשי, אביעד 125, 126, 376-378, 380,	וישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית
492, 384	40-42, 95-98, 217, 218, 256-258,
בר און (פסק דין) 215, 216, 227	260, 265, 298, 362, 363, 433, 508,
בר לב, עמר 288	509, 516, 517
ברגמן (פסק דין) 210, 211, 215	והכנסת 200, 201, 212-222, 228, 234,
ברויער, יצחק 304	409, 532
ברון, ענת 113, 362	ומעמד השפה הערבית 342-346,
בריטניה 145	350-353, 357-364, 369-379, 385
ברית המועצות 316	וסוגיות התיישבות 514-514, 545-550,
ברכה, ברוך 205	553-555, 559-561, 585-587, 592,
ברלין, ישעיהו 129-131	593
ברנזון, צבי 411, 412, 439	ועקרונות השבות 392-397, 409,
ברנשטיין, פרץ 277, 290	411-425, 433, 439, 440, 442
ברספורד (פסק דין) 415, 416	ופסילת חוקים 185, 186, 210, 217,
ברעם, עוזי 284	218
ברק, אהרן 37, 89, 98, 104, 108, 113,	שופטים ליברלים ושמרנים בו 41,
120, 128, 152, 164, 172, 181, 186,	42
187, 190, 191, 197, 199, 210, 211,	ושוויון 40-42, 50, 51, 122, 123, 210,
216-219, 221, 235, 254, 305, 306,	344, 372, 424, 433, 515-518, 526,
315, 313, 334, 345, 350-353, 358,	527, 533-536, 542, 545, 546,
370, 371, 375, 378, 379, 390, 393,	554-556, 583, 586, 587, 592, 593,
397-399, 404, 414, 416, 417, 419,	595



גרמן, יעל 74, 491	,546, 545, 518, 175, 441, 440, 433
גרמניה 144, 194, 196, 197, 455	586, 557
	ברק-ארז, דפנה 84, 362, 536
	בשארה, עזמי 50
ד'	
דבר המלך במועצתו 82, 342, 343, 350,	
364, 363, 361, 360, 357-355, 352	
385, 379-368	
דגל 240, 250	
דהן (פסק דין) 409	
דובנוב, שמעון 451	
דווירי, משפחת 548, 547	
דורנר, דליה 103, 343-345, 350,	
,377, 375, 372, 370, 358, 357, 351	
380	
דיין, משה 291	
דיכטר, אבי 71, 72, 96, 173, 177,	
,487, 481-479, 477, 333, 287, 257	
495, 494, 492-489	
דינור (דינבורג), בן ציון 278	
דיסקין, אברהם 476	
דלה פרגולה, סרג'ו 447	
דמוקרטיה	
וחוק הלאום 15, 40, 67, 71, 76, 175,	
470, 234-232	
וחוקתיות 204, 205	
ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית	
,217, 179, 135, 124, 100-94, 43-40,	
,268, 265, 260-256, 234-232, 218	
,450, 433, 363, 362, 349, 348, 298	
,562, 517-515, 509, 508, 471-469	
563	
מהותית (ליברלית) 183, 562, 563	
פורמלית (הליכית) 183, 562, 563	
דנמרק 47	
דנציגר, יורם 403, 530	
דרום אפריקה 93	
דרורי, יאיר 85	
	ג'בארין, אמל 155
	ג'בארין, יוסף 83, 256, 257, 259, 450,
	579, 578
	גבולות 63, 64, 68, 114, 579, 580
	גביון, רות 14, 72, 177, 392
	גיבראן, סלים 344, 351, 375, 377, 403,
	גוטמן (פסק דין) 533
	גוטמן, נחום 311
	גזע (בהכרזת העצמאות) 43
	גיור 331, 332, 419-422, 438, 439
	גיל 326
	גיל, יעקב 277
	גירץ, קליפורד 242
	(ה)גישה המהותית 166, 167, 182-202,
	גישה מהותית-נגטיבית 189, 192, 195,
	199, 196
	גישה מהותית-נגטיבית-הליכית 193-195
	גישה מהותית-פוזיטיבית 189-191, 195,
	199, 196
	גישת המבנה הבסיסי של החוקה 198
	גישת השימוש לרעה בסמכות המכוננת
	199, 198
	גישת התיקון החוקתי הלא-חוקתי 198
	גישת טיב החוקה וההסכמה בדיעבד 196,
	197
	גנז, חיים 45, 46
	ג'קובסון, גארי 247
	גרונים, אשר 405
	גרוסמן, חייקה 284
	גריב (פסק דין) 360
	גריין פאלאס, פרויקט 553

- 582, 510, 153, 121  
וערביי ישראל 42-45, 67, 120, 153,  
582, 510, 351, 345  
הכרזת העצמאות האמריקאית 56  
הלל, משה 285  
המנון 240, 250, 256  
הנדל, ניל 362, 375, 392, 417, 418, 442,  
555  
הסגרה 84  
הסוללים 547, 548  
הסוללים (פסק דין) 547, 548  
(ה)הסדרות הציונית 154, 465, 466, 516  
העדפה מתקנת 138, 139  
הפליה ראו שוויון  
הפקעת קרקעות 154, 543, 584, 585,  
593, 594, 597  
הראל (פסק דין) 592  
הראל, אלון 196, 197, 199  
הרצוג, הריא"ה 304  
הרצוג, יצחק 164  
הרצל, בנימין זאב 61, 147, 570  
הררי, החלטת ראו החלטת הררי  
התגברות ראו פסקת התגברות  
התיישבות 508-537, 540-563,  
568-598  
הפרדה והדרה במרחב הפרטי 552-555  
וחוק הלאום (סעיף 7) 64, 99-101,  
153-158, 176, 484, 510, 511, 514,  
519, 523-536, 541, 542, 556,  
558-564, 575-598  
טריטוריה כמרכיב בזהות 568-570  
מחוץ לתחומי המדינה 84, 578-581,  
597  
המשמעות המעשית של סעיף 7  
575-598  
סוגיות שסעיף 7 מעורר 526-536,  
סעיף 7 ושוויון 153-158, 526-536,  
502, 501, 478, 307, 263 משה  
דרך ארץ (פסק דין) 210
- ה'**  
האזנר, גדעון 284  
האזור, צבי 83  
הגדרה עצמית 54-77, 300, 461  
והכרזת העצמאות 42, 43, 62-65  
וחוק הלאום 39, 54, 61-77, 148, 149  
בחוקות אחרות 66, 67  
וכתב המנדט 61, 62  
במשפט וביחסים בינ"ל 55-61  
פנימית וחיזונית 59-61, 70, 76  
ושוויון 148, 149  
של פלסטינים 65, 70, 73, 74  
הוארי (פסק דין) 553, 554  
הוארי, סמי 553  
הורד 86  
הונגריה 49, 50, 316, 457  
הוראות בלתי אכיפות 85-87  
החלטה 303, 277  
החלטת החלוקה 62, 63, 65, 69, 273,  
277, 582  
החלטת הררי 80, 171, 396  
הכהן, אביעד 8  
(ה)הכרזה בדבר זכויות האדם והאזרח 55  
הכרזת בלפור 61, 65, 69, 572  
הכרזת העצמאות 83, 90, 120, 217, 219,  
299, 333, 395, 437, 508, 512  
וארץ ישראל 42, 145, 299, 391, 569,  
570, 578  
והגדרה עצמית 42, 43, 62-65  
וזיקה לעם היהודי 42-44, 463, 467,  
510, 569  
חשיבותה ומעמדה 42, 120, 449  
ועלייה 43, 112, 391, 392, 395  
ועקרון השוויון 42-45, 67, 68, 120,

זחאלקה, ג'מאל 578	598-582, 564-558
זילברג, משה 411, 312	וערביי ישראל 154, 153, 521-512,
זכויות אדם 509	526, 523, 543, 541, 556-545,
הליך חקיקת חוקי היסוד של 182-178	574, 564-558
לפי הגישה המהותית 192-183	תולדות סעיף 7 526-523
קבוצתיות 561, 559	תמורות במדיניות ובמשפט 510,
שאלת מוחלטותן 128, 129, 327, 328	556-542, 523-512
(ראו גם לפי הזכויות: חופש דת, שוויון	תמורות בערכה בישראל 575-570
וכד')	(ה)התנתקות 114
זכות השיבה 438, 411	"התקווה" 240
זכות לחיים 462, 461, 128	
זכות לשבות 333	ן'
זמיר, יצחק 527, 137	ווייל, רבקה 226, 222, 215, 214
זנדברג, איל 588, 434	וילנר, יעל 593, 585, 583
זנדברג, חיים 9	וילנר, מאיר 290
זנדברג, תמר 288	וילסון, ווררו 64, 61, 58, 57
	ויניצקי, חגי 588, 497, 496, 288, 262, 86
ח'	ויצמן, חיים 134
חאג' יחיא, עבד אל-חכים 579	ויצמן, עשור 8
חבר הלאומים 61, 58	וירשובסקי, מרדכי 285, 284
חגים ראו ימי מנוחה ושבתון	ויתקון, אלפרד 415
חופש ביטוי 532, 344, 342, 128	(ה)ועדה המשותפת 428, 174, 88, 83, 72
חופש דת 329, 43	ועדת אור 513, 510, 132
חופש לשון 358, 351, 345, 344, 342	ועדת המעקב העליונה 140
372	ועדת ונציה 458, 457
חופש תרבות 380, 375, 373, 345	ועדת נאמן 439, 438
חוק אימוץ ילדים 415	ועדת פיל 273
חוק איסור הפליה 555, 554, 515	ועידת סן רמו 61
חוק האזרחות 436, 411	ורהפטיג, זרח 304, 290
חוק הבחירות 253	ותר, מוחמד ס' 8
חוק הדגל, הסמל והמנון המדינה 113, 82,	
250, 240	ז'
חוק ההרחה (פסק דין) 533-531, 528	ז'בוטינסקי, זאב 134
חוק ההסגרה 263	זבידאת (פסק דין) 549, 548
חוק ההסדרה 115	זבידאת, משפחת 549, 548
חוק הכניסה לישראל 411, 37	זוסמן, יואל 413
חוק הלאום 40	זועבי, חנין 578

ישראל; שוויון; שריון. וכן לפי הערכים	וארץ ישראל 11, 54, 114, 408, 569,
בחוק: הגדרה עצמית, ירושלים,	570, 578, 579
התיישבות וכו')	ודמוקרטיה 15, 40, 67, 71, 76, 175,
חוק הלאום (פסק דין) 28, 233, 432, 433,	232-234, 470
482, 483, 485, 486, 488, 534-536,	הליך חקיקתו 71-76, 88, 94, 123,
583, 585, 591, 593, 595	124, 154, 164-167, 172-177,
חוק המוסדות הלאומיים 466	188-197, 202, 226, 287, 288, 333,
חוק העונשין 82	428-431, 434-436, 468-470,
חוק הרשות השנייה 344	474-480, 485, 489-496, 498-500,
חוק השבות 43, 82, 112-114, 152,	523-527, 588, 589
331-333, 391-397, 408-427, 431,	וזהות לאומית 34-51
433, 434, 436, 438-444, 451-465,	וחוקי היסוד האחרים 39, 54, 80-117,
463, 468, 469	182-199, 202, 541, 556-558
חוק השבת 311	וחקיקה תת-חוקתית שפוגעת באמור בו
חוק השימוש בתאריך העברי 82, 113,	105-108
241, 252	חשיבותו ומחלוקות סביבו 13-16, 121,
חוק השמירה על המקומות הקדושים 295	122, 164, 165, 172, 175, 176
חוק ועדות הקבלה 157, 511, 520, 521,	וישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית
524	94-100, 124, 232-234, 256-260,
חוק חינוך ממלכתי 139, 344	268, 348, 349, 450, 470, 471, 508,
חוק יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל	509
82, 241, 250	מובנים אפשריים לו 81-94
חוק יום הזיכרון לשואה ולגבורה 82, 250,	מטרותיו 14, 15, 71, 72, 121, 233,
חוק יום העצמאות 82, 240, 241, 252	508, 509, 523, 558
חוק ירושלים 82, 110, 111, 114, 223,	ממד הצהרתי בו 81-87, 91, 125, 126,
272, 283-287, 289-294, 296, 540	468, 481-486, 509
חוק ירושלים הבירה 275, 276	מעמדו 105, 123, 124, 156, 307, 341,
חוק לתיקון פקודות סדרי השלטון 280,	362, 509
281	נוסחו 11, 12
חוק לתיקון פקודת הקרקעות 584	בסקרי דעת קהל 15, 122
חוק מינהל מקרקעי ישראל 512	עתירות נגדו 28, 83, 122, 192, 234,
חוק מקרקעי ישראל 511	261, 262, 390, 534, 535, 564
חוק מרשם האוכלוסין 413	ושאלת הריבון של המדינה 34-45
חוק נכסי נפקדים 543	תחום תחולתו 63, 64, 114-116,
חוק רשות הפיתוח 543	581-578
חוק רשות השידור 344	ותכלית ראויה 108-110
חוק שירות המדינה 139	וראו גם: בית המשפט העליון; ערביי

40, 50, 54, 73, 76, 80, 84, 88-90,  
 94, 95, 100, 102, 103, 112-115, 120,  
 121, 123, 124, 126, 156, 165, 166,  
 171, 172, 178, 179, 182, 187, 191,  
 211, 233, 401, 408, 450, 471, 509,  
 511, 515, 530, 531, 534, 535, 540,  
 541, 556-558, 582, 586  
 חוקי-יסוד: מבקר המדינה 399, 400, 540  
 חוקי-יסוד: מקרקעי ישראל 114, 401,  
 540  
 חוקי-יסוד: משאל עם 114, 213, 291, 400,  
 540  
 חוקי-יסוד: משק המדינה 399, 540  
 חוקי-יסוד: נשיא המדינה 400, 401, 540  
 חוקי יסוד 229, 263, 395, 449  
 ובית המשפט העליון 90-92, 107,  
 166, 170-172, 181, 182, 187, 202,  
 210-212, 215, 227-231, 233-235,  
 334, 402-407, 528, 531-534  
 והגדרת ישראל כיהודית ודמוקרטית  
 94-100  
 הליך חקיקתם 165-167, 170-172,  
 178-182, 188-197, 202  
 כהצהרות חסרות נפקות משפטית 407,  
 408  
 השפעתם הפרשנית 406-408, 528  
 וחוק הלאום 39, 54, 80-117, 182-199,  
 202, 541, 556-558  
 וחוקים רגילים 397-408  
 כפילויות בהם 110-114  
 מאפיינים כלליים 80, 88, 89, 93  
 ומונחים בעלי תוכן דתי-לאומי 298,  
 299  
 מעמדם 170-172, 210-212  
 סיווג של 540  
 סתירות ומתחים ביניהם 101-104, 443,  
 530-534

חוק שלילת זכות השיבה 411, 438  
 חוק שעות עבודה ומנוחה 113, 139, 323,  
 325, 327, 329-331  
 חוקות 171, 221  
 ואזרחות מכלילה 45-50  
 אישור במשאל עם 169  
 והגישה המהותית לחוקה 183-202  
 ודת 47, 144, 145, 316, 317  
 והגדרה עצמית 66, 67  
 וזהות לאומית 45-50  
 ויחס לתפוצות 454-461  
 וימי חג ושבטון 300, 301, 303, 316,  
 317  
 מודלים של שריון 205, 206  
 מטרתן והליך חקיקתן 168-170, 180  
 פסקאות שאינן אכיפות 85, 86  
 ושפה 44, 47, 49  
 תנאי הסכמה להן 196, 197  
 חוקי-יסוד: הלאום ראו חוק הלאום  
 חוקי-יסוד: החקיקה 224, 235  
 חוקי-יסוד: הכנסת 37, 39, 80, 94, 95, 98,  
 171, 210, 211, 213, 223, 224, 229,  
 230, 255, 398-401, 405, 532, 534,  
 540  
 חוקי-יסוד: הממשלה 91, 208, 213, 222,  
 223, 398-401, 405, 407, 540  
 חוקי-יסוד: הצבא 400, 540  
 חוקי-יסוד: השפיטה 103, 399-401, 540  
 חוקי-יסוד: חופש העיסוק 54, 88, 89, 95,  
 100, 165, 166, 171, 172, 178, 179,  
 191, 211-213, 224, 401, 402, 471,  
 509, 540  
 חוקי-יסוד: ירושלים בירת ישראל ראו חוק  
 ירושלים  
 חוקי-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של  
 העם היהודי ראו חוק הלאום  
 חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו 37, 39,

256, 252, 244, 241	,126, 121, 120, 50, 40, 37
יום הזיכרון לשואה ולגבורה 241, 240	557, 556
256, 252	שריון של 232-221
יום העצמאות 256, 252, 241, 240	תחולתם הטריטוריאלית 117-114
ייהוד המרחב 544, 543, 514, 155, 154	"חוקת מדינת ישראל" (הצעה) 476
578	(ה)חזית לשהרור פלסטין 502
ישובים קהילתיים, הדרה מהם 511, 157	חיות, אסתר 90, 92, 94, 97, 98, 102
,551, 524, 521, 520, 516, 514, 513	,260, 233-230, 227, 221-217, 104
589	,395, 394, 385, 362, 266, 265, 262
יליין-מור, נתן 279	,483, 443, 442, 433, 432, 422, 409
ימי מנוחה ושבטון 335-298	591, 583, 536, 535, 532, 486, 484
ורנים של חסרי דת וכפולי דת 329	חילופי אוכלוסין 58
הפיכתם לסמלים לאומיים 315-308	חנין, דב 579, 525
וחוק הלאום 92, 100, 101, 303-299	חסון (פסק דין) ראו חוק הלאום (פסק דין)
335-315, 308-306	חרדים 179, 180, 304, 522, 548, 560
ימי מנוחה 302, 319-322, 329-327	561
סיבת עיגונם במשפט ובחוקה 305	חרות (מפלגה) 273, 275
ופגיעה בזכויות וחירויות 327, 328	חשין, שניאור זלמן 312, 318
פרשנות מונחים בחוק הלאום 318-332	חשין, מישאל 37, 128, 186, 189, 191
שבת 301, 302, 304, 305, 310-313	,222, 350, 351, 353, 358, 360, 361
327-325, 319	,370, 373-375, 395, 423, 424, 434
של מי שאינם יהודים 139, 306, 308	522
329, 325-320	
תולדות עיגונם בחוק 303-305	<b>ט'</b>
תחבורה ציבורית בהם 92, 328	טורקים (ביוון) 46, 47
ינון, איל 154, 524, 588	טיבי, אחמד 288, 578
יעקובסון, אלכסנדר 9, 246	טל, צבי א' 421, 422
יצחקי, יצחק 285	טרור 85, 502
ירדור (פסק דין) 217, 508	טשרניחובסקי, שאול 568
ירדן 273, 279	
ירושלים 141, 272-296, 514	<b>י"</b>
גלגול מעמדה במשפט הבינ"ל	יהודה ושומרון 114-116, 573, 579
והפנימי 272-288	יהודי ראו מיהו יהודי
בהחלטת החלוקה 62, 277	יוון 46, 47, 144, 455, 456
החלת הריבונות במזרח ירושלים	יום (מונח) 326, 327
280-283	יום האדמה 513, 544
הצהרת הכנסת 279, 280	יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל 240,

לבני, ציפי 591, 579, 289, 177, 72	וחוק הלאום 295-287, 272, 111, 110
לוח, קדיש 291	וחוק ירושלים 272, 111, 110
לוח שנה 256, 252, 241, 240	296, 294-289, 287-283
לוי, אדמונד 407, 108	פרשנות מונחים בחוק הלאום 295-289
לוי, יצחק 384	יששכר, נעמה 482
לוי-אבקסיס, אורלי 174	
לויזן, רב 353, 352, 124	<b>כ'</b>
לויזן, יריב 333, 175	כבוד האדם 102, 51, 50, 40, 39, 37
לויזן, שלמה 393	408, 187, 181, 128, 126, 120, 105
לויזן-שנור, רונית 551, 155	582, 557, 556, 530, 527, 523, 511
לוסטיג, דורין 124	595, 586
לוריא, גיא 9	כבילה עצמית, מודל 216-214
ליברליזם רב-תרבותי 562, 560, 559	כהן, אידוב 278
לין, אוריאל 179, 178	כהן, גאולה 286-283
לנדאו, דיוויד 231	כהן, חיים 318, 291, 290, 260
לנדוי, משה 411	כהן, ליאו 304
לנין, ולדימיר איליץ' 57	כהן, עמיחי 226
לפיד, יאיר 176, 175	(ה)כנסת 531, 380, 274
	ובית המשפט העליון 201, 200
<b>מ'</b>	532, 409, 234, 228, 222-212
מאוטנר, מני 123	והליך חקיקת חוק הלאום 76-71
מאורית (שפה) 383-381	167-164, 154, 124, 123, 94, 88
מבחן המשפט הישראלי 418, 417	226, 202, 197-188, 177-172
מגילת האו"ם 67, 58	436-434, 431-428, 333, 288, 287
מגילת העצמאות ראו הכרזת העצמאות	496-489, 485, 480-474, 470-468
מגן דוד 299	588, 527-523, 500-498
מדינה 254	כמשיבה 485, 484
גבולות 68	סמכותה לשריין 235, 234, 221-213
והתגבשות רעיון הזכות להגדרה	כרשות מכוננת 254, 227, 172, 171
עצמית 60-55	531, 395
זכות לפרוש ממנה 69, 60	ותאוריית שני הכובעים 213
מגבלות כוחה מחוץ לגבולותיה	כרמיאל 591, 551, 544, 543, 513
475	כתב המנדט 572, 69, 65, 62, 61
מודלים של מדינות לאום 452, 144	
563, 562	<b>ל'</b>
וסמלים 243, 242	לאומיות, אזרחית ואתנית 452, 47
שאלת הריבון בה 51-45, 40-34	לאו"ר (פסק דין) 217, 211, 210, 187, 186

- מדינה, ברק 9, 183, 185, 187, 190, 204, 225, 226, 229, 563  
 "מדינת היהודים" 570  
 מדינת העם היהודי 34-36, 40, 50  
 מהותית, גישה ראו (ה)גישה המהותית  
 (ה)מהפכה האמריקאית 55, 56  
 (ה)מהפכה החוקתית 211  
 (ה)מהפכה הצרפתית 55, 56  
 מודל הכבילה העצמית ראו כבילה עצמית, מודל  
 מוזאיקה (יזומה) 467, 470, 471  
 (ה)מוסד 496, 497  
 מועדים ראו ימי מנוחה ושבתון  
 (ה)מועצה למען השבת 303  
 מועצת אירופה 47, 142  
 מועצת העם 63, 219, 221  
 מזוז, מני 362, 532, 555  
 מיהו יהודי 298, 331, 332, 410-422, 437-441, 464, 465, 492-494  
 מיוחדות, לעומת רשמיות 366, 371  
 מי־טל, חברת 554, 555  
 מילוא, רוני 285  
 מינהל מקרקעי ישראל 545, 548, 549  
 מינץ, דוד 97, 99, 360-362, 432  
 מיעוט בעל אורח חיים ייחודי,  
 דוקטרינת 541, 559-561  
 מיצקביץ', אדם 569  
 מכון בגין למשפט וציונות 478, 496  
 (ה)מכון הישראלי לדמוקרטיה 164, 384  
 (ה)מכון לאסטרטגיה ציונית 376, 476-478, 489  
 מלאך, אסף 248  
 מלאכה 309, 319, 321  
 מלחמת העולם הראשונה 57, 58  
 מלחמת העצמאות 273  
 מלחמת מאה השנים 244  
 מלחמת ששת הימים 280  
 מלמן, יוסי 497, 498  
 מלצר, חנן 362-364, 418, 535  
 מנוחה 309, 319, 327, 328  
 מסע (פרויקט) 467  
 מעוז, אשר 419  
 מפ"ם 273, 278  
 מצא, אליהו 414  
 מצני, ג'וזפה 56, 57  
 מצרים 286  
 מק"י 273  
 מקומות קדושים, וחוק הלאום 333  
 מקלב, אורי 493, 494  
 (ה)מרכז האקדמי (פסק דין) 215, 216, 227, 406  
 מרעי (פסק דין) 353  
 משטר חוקתי 169  
 משל המערה 184  
 משפט בינלאומי 294, 495  
 והתיישבות בשטחים 555  
 וזכות להגדרה עצמית 58-60, 65, 67-70, 75  
 וזיקה בין מדינה לתפוצתה 474, 475, 479-497, 500  
 וחוקי הכנסת 282, 488  
 משפט עברי, וחוק הלאום 333  
 משרד התפוצות 466  
 נ' נאום 14 הנקודות 57, 58  
 נאור, מרים 404, 405, 533, 534  
 נאמן, יעקב 438  
 נאמנות כפולה 452  
 נאשף (פסק דין) 344, 375, 377  
 נבות, סוזי 9, 164, 193  
 נוף הגליל 543, 551  
 נוקשות ראו שריון



והוק הלאום 106, 149, 240-243,	נורווגיה 47
306, 299, 269-250	נורמה מפלה 561
וימי מנוחה ושבתון 308-315	נזרי, רז 525, 526, 588, 589
משמעות עיגונם בחוק יסוד 253-255	ניו זילנד 381-383
סמל המדינה 240, 251-253, 260	ניר-רפאלקס, נחום 278
עקרונות מוצעים להוראותיהם 265-269	נסים, משה 284
ופגיעה במיעוטים 241, 242, 249-246,	נסר (פסק דין) 527
268, 260-256	נפקדים, נכסי נפקדים 153, 513, 543,
תפקידם ומשמעותם 241-250	593, 585
ספיר, גרעון 211, 290	נפרד אך שווה, מדיניות 517-519
ספיר, יוסף 277, 278	נתניהו, בנימין 176, 481, 582, 589
ספרן, ויליאם 451	
סרביה 49	
	<b>ס'</b>
	סבח (פסק דין) 520
	סבן, אילן 41
<b>ע'</b>	(ה)סוכנות היהודית 61, 154, 465, 466,
עבדאללה (המלך) 279	499, 513, 516, 545, 546
עברית, מעמדה בחוק 150, 340, 343,	סולברג, נעם 362, 407, 425, 517, 532
366, 360, 356, 354-352, 348, 347	סח'נין 544
384, 380-375, 372-370, 368	סטטוס קוו, מכתב 304
385	סין 316
עדאלה (ארגון) 550	סלובניה 49, 75
עדאלה (פסק דין) 37, 186, 343-346,	סלובקיה 49, 228, 454
375-370, 361, 360, 358, 353-350	סלומינסקי, ניסן 249, 257, 493, 579
550, 527, 380, 378	סלמאן (פסק דין) 554, 555
עודה, איימן 578	סלע, טל 95
עוזיאל, בצמ"ח 321	סמוטריץ', בצלאל 508, 519, 526, 550,
עונג שבת 312	589, 583, 579, 551
עזריהו, מעוז 244	(ה)סמכות המכוננת, תורת 172, 189, 192,
עיר בירה ראו בירה	194, 213-220, 227-231
עכו 553	סמכות לכבילה עצמית ראו שריון
עלייה 244, 390-444, 465, 496	סמלי המדינה 149, 240-269, 305
ואתגר השוויון 152	בלעדיות יהודית-ציונית בהם 255-265
בעיות הפרשנות של סעיף 5 432-444	והסדרים בנושא מעמד הערבית 380,
הבדלים בין חוק הלאום וחוק השבות	381
427, 426	השוואה בין חוקים קודמים וחוק הלאום
והכרות העצמאות 43, 112, 391, 392,	251-253
395	

- עפולה 551  
 עקרונות היסוד של השיטה 187-185,  
 201-199, 196-189  
 ערביי ישראל 180, 139  
 ואיחוד משפחות 152, 109  
 והכרזת העצמאות 120, 67, 45-42  
 582, 510, 351, 345, 153  
 והצעות לשינוי אופי המדינה 145, 72,  
 578, 577, 146  
 והתיישבות 523, 521-512, 154, 153,  
 564-558, 556-545, 543, 541, 526,  
 574  
 וחוק הלאום 123, 122, 76-65, 50, 15,  
 450, 308, 306, 268, 192, 160-148,  
 564-558, 541, 540, 537, 526, 511,  
 598-588  
 וכתב המנדט 62  
 סוגיית השוויון שלהם 123, 122,  
 515, 513, 512, 160-132  
 וסמלי המדינה 260-256, 243, 242,  
 268  
 וסעיף ההתיישבות בחוק הלאום 511,  
 598-588, 564-558  
 עוני, השכלה, תוחלת חיים 134, 133,  
 (ראו גם: בדואים; ערבית; פלסטינים)  
 ערבית  
 ובית המשפט 353-350, 346-342,  
 385, 379-369, 364-357  
 וחוק הלאום 151, 150, 76, 51,  
 385-366, 364-340  
 מעמדה לפני חוק הלאום 346-342, 43,  
 381-368, 360, 358, 357, 352-350,  
 385  
 ושאלת היחס למיעוט הערבי 345, 344,  
 381, 380, 359-357, 351, 350  
 שלוש גישות פרשניות לסעיף 4  
 364, 363, 359-342
- ,152, 113, 112 (סעיף 5)  
 469-467, 444-426, 391  
 וחוק השבות 427-408, 397-391, 151  
 בחוקים אחרים 394-391, 113, 112,  
 411  
 מבצעים של 501-499  
 כערך ליבה של ישראל 397-392  
 וקיבוץ גלויות 437  
 ושאלת מיהו יהודי 422, 413-411  
 והתכלית הסובייקטיבית של סעיף 5  
 בחוק הלאום 431-427  
 עם חופשי (פסק דין) 561, 560  
 עם יהודי 503-474, 472-461, 452-446  
 דמוגרפיה 447  
 והכרזת העצמאות 467, 463, 44-42,  
 569, 510  
 זהותו בחוק הלאום 495-492  
 וחוק הלאום 451-449, 446, 153, 152,  
 503-474, 471-467  
 יהודי אמריקה 469, 468, 465, 448, 447,  
 ומדינת ישראל 68, 66, 65, 38-34,  
 466, 463-461, 449-446, 120,  
 471-467  
 מיהו יהודי 422-410, 332, 331, 298,  
 494-492, 465, 464, 441-437  
 במשפט הישראלי לפני חוק הלאום  
 466-463  
 ניתוח סעיף 6 (א) בחוק הלאום  
 503-474  
 שימור זהותו ותרבותו 462, 449, 448,  
 471-468  
 שמירה על ביטחוננו 467, 463, 462,  
 498-496, 474  
 (ראו גם: עלייה; תפוצות)  
 עמאר, משה 284  
 עמית, יצחק 363, 362, 231, 123, 122,  
 418, 397, 394

פרשנות, תכליתית ומקימת 16, 81, 83,	פ'
102, 108, 124, 187, 354, 564	פדיון שבויים 478, 479, 494
	פוגלמן, עוזי 315, 318, 362, 405, 536
צ'	פולין 454, 455
צ'אסר, סופי 502	פולקמן, רועי 430, 526, 588
צאת הכוכבים (ביטוי) 326	פוקס, עמיר 126, 174
צדוק, חיים 284	פורום קהלת 125
צו סדרי השלטון והמשפט 281	פורר, עודד 499, 580
ציונות, התנועה הציונית 61, 240, 272,	פורת (פסק דין) 211
273, 308, 309, 570-572	פורת, עידו 9
צפון קוריאה 316	פינלנד 145, 456
צרה ושביה (ביטוי) 496, 497, 500	פלוגנית נ' בית הדין למשמעת (פסק
צרעה (קיבוץ) 332	דין) 103
צרפת 47, 244, 316	פלוסקוב, טלי 73
ק'	פלסטינים 65, 70, 71, 73, 74, 109, 115,
קאנט, עמנואל 254	143, 286, 438, 502, 577, 585
קבורה 326	פסקת הגבלה 89, 91, 95, 104, 107, 108,
קדימה (מפלגה) 173	121, 156, 211, 213, 401-403, 509,
קדמי, יעקב 546	531, 535, 558
קיבוץ גליות ראו עלייה	פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית) 107,
קייטנר, צ' 55	397, 403, 440, 533, 534
קימליקה, ויל 246, 258	פסקת התגברות 89, 179, 213, 401, 402
קליין, קלוד 216, 219, 227	פסקת יציבות 213
קלינגהופר, יצחק הנס 223	פסקת כיבוד 89
קסהון (פסק דין) 418	פסקת נוקשות ראו שריון
קעדאן (פסק דין) 157, 510, 511,	פסקת שמירת דינים ראו שמירת דינים
516-521, 524, 545-548, 551, 551	פסקת שריון ראו שריון
587	פסרו (פסק דין) 422
קעדאן, משפחת 545	פקודת האגודות השיתופיות 549, 550,
קפריסין 145	587
קציר (יישוב) 516, 518, 545	פקודת העיריות 281
קרא, ג'ורג' 92, 234, 362, 390, 534, 535,	פקודת ימי מנוחה 320
564	פקודת סדרי השלטון והמשפט 82,
קרואטיה 48, 49, 457	320-323, 325, 343, 378
קרמניצר, מרדכי 126, 174	פרדר, ישעיהו 295
קרון קיימת לישראל 154, 512, 513	פרוקצ'יה, איילה 306, 403
	פרידמן, שוקי 9

- והקצאת משאבים סמליים 242, 244,
- 249-246
- והתיישבות 154, 512-524, 545-556
- וחוק הלאום 15, 36, 37-42, 50, 51,
- 67, 68, 73-76, 121-124, 127, 175,
- 192, 232-234, 249, 259, 329, 450,
- 470, 471, 508, 509, 524, 526-536,
- 558-564, 582-598
- בחוקות דמוקרטיות 38, 39, 45-51, 67,
- 68, 142, 143
- בחוקים אחרים 37, 40, 50, 120, 121,
- 126, 433, 434, 556, 557
- ויחסים מיוחדים עם בני התפוצה 450,
- 453, 458, 463, 470, 471
- כלכלי וחוקי 130
- וערביי ישראל 122, 123, 132-160,
- 512, 513, 515
- כערך יחסי 127-132
- פורמלי ומהותי 129
- רמות אפשריות של מחויבות לו 132-148
- שווייץ 316
- שחר, יורם 10
- שטיין, אלכס 555
- שטרן, דוד 285
- שטרן, ידידיה צ' 10, 175
- שטרסברג-כהן, טובה 421
- שיחות האוטונומיה 286
- שיטת המנדטים 58, 61
- שימוש לרעה בסמכות מכוונת 198, 199,
- 228-232, 235
- שירות בתי הסוהר 347
- שלום עליכם 567
- שליט (פסק דין) 412-414, 439
- שמגר, מאיר 141, 210, 214, 215, 226,
- 420, 421, 515
- שמיר, יצחק 496
- שמירת דינים 89, 112, 113, 178, 179,
- 402, 406, 407
- ראם מהנדסים (פסק דין) 352
- רבין, יצחק 513, 515
- רגב, מירי 428
- רובינשטיין (פסק דין) 210
- רובינשטיין, אליקים 156, 198, 199, 216,
- 228, 230, 345, 351, 358, 375, 417,
- 587, 592
- רובינשטיין, אמנון 178, 179, 246, 284,
- 285
- רוזין, מיכל 233, 527
- רוזנאי, יניב 164, 193, 220, 221, 228,
- 230, 232
- רוזנפלד, מישל 245-247, 258
- רומניה 316, 454
- רוגן, יעל 9
- רוסו, ז'אן-ז'אק 55
- רוסיה 482, 496
- רופאיזן (פסק דין) 411, 412
- רז, מוסי 288
- ריבלין, ראובן 154, 524
- רימלט, אלימלך 284
- רצון העם 55, 56
- רצון כללי 55
- רקורסיה 414
- רקפת (יישוב) 548
- ש'
- שאג, אברהם חיים 277, 278
- שבות וקינוח גלויות ראו עלייה
- שבת ראו ימי מנוחה ושבתון
- שבתון 319
- שגב שלום 559
- (ה)שואה 481, 500
- שוכל, זלמן 285
- שויון 120-160, 210, 424
- והכרות העצמאות 42-45, 67, 68, 120,
- 121, 153, 510, 582

ת' <ul style="list-style-type: none"> <li>תגלית (פרויקט) 467</li> <li>תומא סלימאן, עאידה 579, 578</li> <li>תורת הסמכות המכוננת ראו (ה)סמכות המכוננת, תורת תורת-יג'ובראן, מנאל 10, 155</li> <li>תחבורה ציבורית בשבת 92, 328</li> <li>תיקון חוקתי לא חוקתי, דוקטרינה 218,</li> <li>525, 531, 534, 535</li> <li>תכלית זיהוי 108, 109</li> <li>סובייקטיבית ואובייקטיבית 108</li> <li>ראויה וחוק הלאום 108-110</li> <li>תל אביב 274, 286, 311-313</li> <li>תלמי, מאיר 285</li> <li>תמיד, שמואל 291</li> <li>תנ"ך, וחוק הלאום 333</li> <li>(ה)תנועה למען איכות השלטון 186</li> <li>(ה)תנועה למען איכות השלטון (פסק דין) 217</li> <li>תנועת ש"ס (פסק דין) 422</li> <li>תעמולת בחירות 253</li> <li>תפוצות הצדקות לחוקי תפוצות 459-461</li> <li>"חוקי שבות" של מדינות שונות 455, 456</li> <li>מאפיינים של קבוצות תפוצה 451</li> <li>בעמים אחרים 451-463, 474, 475</li> <li>(ראו גם: עם יהודי)</li> <li>תפיסה מהותית ראו גישה מהותית</li> <li>תקנות החינוך 344</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>שני הכובעים, תאוריית 213</li> <li>שני, יובל 10, 165, 193</li> <li>שניידר, אנה 502</li> <li>שנער, אדם 155, 551</li> <li>שפה 84</li> <li>ודבר המלך במועצתו 150</li> <li>וחוק הלאום 51, 76, 100, 150, 151,</li> <li>340-366, 385</li> <li>בחוקות דמוקרטיות 44, 47, 49</li> <li>ושוויון 150, 151</li> <li>(ראו גם: עברית; ערבית)</li> <li>שפיר (פסק דין) 217, 218</li> <li>שפירא, משה 305</li> <li>שפירא, עמוס 205</li> <li>שפרינצק, יוסף 277</li> <li>שקד, איילת 89, 96, 470, 489</li> <li>שקיעת החמה (מונח) 326</li> <li>שרון, אריה 543</li> <li>שריון 156, 178, 204-235</li> <li>היסטוריה שלו בישראל 210-212</li> <li>וחוק הלאום 111, 113, 226, 227,</li> <li>232-234, 252, 253</li> <li>כפול 223</li> <li>והמבנה החוקתי בישראל 212-221</li> <li>מגבלות עליו 221-232</li> <li>מודלים וסוגים בישראל ובעולם 205-207, 211</li> <li>תפקידו 207-209</li> <li>שרת, משה 277, 278</li> </ul>
---	--



---

# **Commentary on the Basic Law: Israel – the Nation-state of the Jewish People**

---

Editors:

Yuval Shany | Yedidia Z. Stern

## Table of Contents

<b>Participants</b>	7
<b>Introduction</b>	13
<b>I. The Basic Law and the Constitutional System</b>	31
<b>“You Shall Not Follow their Laws”: The Nation-state Law and provisions about National Identity in Democratic Constitutions</b> Alexander Yakobson	33
<b>The Self-Determination Clause in the Nation-state Law</b> Yuval Shany	53
<b>The Nation-state Law through the Lens of the other Basic laws</b> Ori Aronson	79
<b>The Nation-state Law and the Challenge of Equality</b> Yedidia Z. Stern	119
<b>II. The Process</b>	161
<b>A Substantive Constitution vs. a Democratic Constitution: Does the Nation-state Law Have the same Status as the Basic Laws on Human Rights?</b> Iddo Porat	163

<b>Entrenchment: Article 11 of the Basic Law: Israel – the Nation-State of the Jewish People</b>	
Suzy Navot	203
<hr/>	
<b>III. Symbols</b>	237
<hr/>	
<b>The Symbols of the State and the Political Community: Articles 2, 8, and 9 of the Nation-state Law</b>	
Guy Lurie	239
<hr/>	
<b>Jerusalem – Talking All Around It</b>	
Yael Ronen	271
<hr/>	
<b>Interpretation of Article 10: Days of Rest and Statutory Holidays</b>	
Aviad Hacohen	297
<hr/>	
<b>IV. Language</b>	337
<hr/>	
<b>The Legal Status of Arabic in the Wake of the Nation-state Law</b>	
Mohammed S. Wattad	339
<hr/>	
<b>The Legal Status of Arabic in Israel in Light of Article 4 of the Nation-state Law</b>	
Alexander Yakobson	365
<hr/>	
<b>V. The Ingathering of the Exiles and the Connection to the Jewish People</b>	387
<hr/>	
<b>Article 5: The Ingathering of the Exiles</b>	
Ariel Bendor	389
<hr/>	
<b>The Constitutional Status of the Diaspora in Israel: From Declaration to Obligation</b>	
Shuki Friedman	445
<hr/>	



<b>Article 6(a): “The State shall strive to secure the welfare of members of the Jewish People and of its citizens, who are in straits and in captivity, due to their Jewishness or due to their citizenship.”</b>	
Yoram Shachar	473
<hr/>	
<b>VI. Jewish Settlement</b>	505
<hr/>	
<b>Article 7: “The State views the development of Jewish settlement as a national value, and shall act to encourage and promote its establishment and consolidation”</b>	
Asor Watzman   Barak Medina	507
<hr/>	
<b>The Nation-state Law: Interpretation of the Article on Jewish Settlement in Light of the Principle of Equality</b>	
Manal Totry Jubran	539
<hr/>	
<b>A Proposed Interpretation of Article 7 of the Nation-state Law: Jewish Settlement</b>	
Haim Sandberg	567
<hr/>	
<b>Introduction (English)</b>	vi
<hr/>	

# Introduction

---

The present volume is a commentary on the Basic Law: Israel – the Nation-state of the Jewish People, enacted by the Knesset in 2018. This book, published by the Israel Democracy Institute and edited by the authors of this introduction, presents interpretation of the articles of the Basic Law: Israel – the Nation-state of the Jewish People (hereinafter: “the Basic Law: The Nation-state,” “the Nation-state Law,” or just “the Basic Law”). They were written by leading scholars in the field of Israeli constitutional law, who took upon themselves the difficult task of reading the Basic Law as part of the overall system of laws and legal principles that constitute the Israeli legal system. In this short introduction we present the book’s objective and briefly review its chapters one by one.

# 1. The Editors' Intention and the Nature of this Work

The Basic Law in question is the most important piece of constitutional legislation enacted by the constituent authority in Israel, the Knesset, in the last two decades. It can be compared only to the new Basic Laws passed in the mid-1990s,<sup>1</sup> although the latter outweigh the Nation-state Law in importance because of their effect on the normative status of regular laws passed by the Knesset in comparison with constitutional legislation.<sup>2</sup> The Basic Law: The Nation-state aspires – according to its authors, its language, and its objective – to provide constitutional anchoring to certain aspects of the national identity of the State of Israel, some of them already incorporated in regular legislation and others not. It is not a “National Vision law” that enshrines all elements of the state’s identity (democratic, Jewish, a protector of human rights and champion of other values relevant to its vision). It is, rather, a Nation-state Law that entrenches one facet of that vision – that Israel is the nation-state of the Jewish people.<sup>3</sup> The law clearly enunciates the “Jewish” side of the disharmonious antinomy that Israel is a “Jewish and democratic” state.<sup>4</sup> When the Knesset passed this law it was creating sections of the written constitution so that they would not be open to further discussion or any prolonged ethical, social, political, legal, or cultural debate. The Knesset presented us with a legal fact that, as jurists, we are not free to ignore.

1 The Basic Law: Human Dignity and Freedom; the Basic Law: Freedom of Occupation. See also the Declaration of the Establishment of the State of Israel, *Official Gazette* 5408, 1.

2 CA 6821/93, *United Mizrahi Bank, Ltd., v. Migdal Cooperative Village*, P.D. 49(4) 221 (1995).

3 See RUTH GAVISON, CONSTITUTIONAL ENTRENCHMENT OF THE VISION OF THE STATE? RECOMMENDATIONS BY VIRTUE OF AN APPOINTMENT BY THE JUSTICE MINISTER IN AUGUST 2013 AND BACKGROUND DOCUMENTS FOR DRAFTING THEM 14–15 (Ministry of Justice, 2013) (Hebrew); NIR KEDAR, JEWISH IDENTITY BE ANCHORED IN ISRAELI LAW? (Israel Democracy Institute, 2015) (Hebrew).

4 See YAEL TAMIR, LIBERAL NATIONALISM (1993).

Nevertheless, the enactment of the Basic Law: The Nation-state also opened a fault line. When she dealt with the written formulation of Israel's constitutional vision, the late Prof. Ruth Gavison held that it would be improper and unwise to aspire to constitutional legislation that decides issues of Israeli identity.<sup>5</sup> A Nation-state Law, she believed, "is liable to violate the equilibrium that is essential for preserving the vision as a whole" and to constrict precisely the broad consensus about the Jewish element of that balance. Indeed, legislation that defines a national identity represents a challenge and a risk. In periods of transition it can stabilize and consolidate a constitutional order and thus be of benefit to society and citizens. But when it does not derive from broad agreement and a sense of national uplift (typically found in the aftermath of dramatic "constitutional moments" in the life of the nation), it may be an invitation to aggravate disagreements and social and legal conflicts. It is true that they do not disappear in its absence, but in its presence they become more acute. Thus the fear that preceded and accompanied the enactment the Basic Law was that an incomplete constitutional statement of norms of the country's national identity, without a definition of the other parts of the vision, would exacerbate the tension between Israel's status as a Jewish state and as a democratic state and deepen the societal rift about questions of identity.

This fear was realized. The passage of the Nation-state Law was roiled by controversy, sometimes extremely fierce, and without the broad consensus that should accompany the enactment of fundamental norms. The Knesset treated it as a matter of "politics as usual" and not as a "constitutional moment" and a festive constitutional event. Many believe that it does severe injury to large and important sectors of Israeli society, starting with the national minority of the Arab citizens of Israel. Whether it inflicts a substantive constitutional injury to on rights of citizens, or "just" a social and cultural injury as a result of the legislative process and what is left out – entrenchment of the country's democratic principles in general and of the equality of all citizens in particular – broad sections of Israeli society believe that the law does harm to the Arab minority.

5 GAVISON, *supra* n. 3, at pp. 15, 27–33.

As stated, the Basic Law continues the project of defining Israeli identity. Its main goal – the constitutional stipulation that Israel is the nation-state of the Jewish people – reiterates what is understood<sup>6</sup> and accepted by many Israelis. Nevertheless, the legislative process to enact it was accompanied by a stormy public and professional debate triggered chiefly by the lack of an article guaranteeing equality for non-Jewish citizens.<sup>7</sup> This lacuna, which is offensive to the critics and to us as well,<sup>8</sup> was at the heart of the legal arguments in the High Court petitions filed against the Basic Law. Does the omission of a guarantee of equality require an interpretation of the law that makes equality of less import than national identity? No systematic discussion of the Basic Law and almost all its articles can ignore this tension. This is the background for the interpretive process we initiated. Rather than trying to offer a monolithic interpretation of the articles of the law, this volume takes a pluralistic approach.<sup>9</sup> It inquires into the possible meaning of each article of the Basic Law, presenting its content and proposals for interpretations in whose light it might be read. The contributors

6 EA 1/65, *Yardor v. the Chairman of the Central Elections Committee for the Sixth Knesset*, P.D. 19(3) 365, 385–386 (1965).

7 It is fascinating to discover that a poll conducted by the Guttman Center at the Israel Democracy Institute in 2020, two years after the passage of the law, found that the number of Israelis pleased with its present text, which omits the promise of equality, is especially low – less than one quarter (23%). Even fewer (18%) support repeal of the law. The largest group (40%) believes it should be amended to guarantee equality, whether directly, by the addition of a new article, or indirectly, through a constitutional pledge to act in the spirit of the Declaration of Independence, which does promise equality. See Yedidia Stern, *Two Identity Cards*, YEDIOTH AHRONOTH, July 17, 2020.

8 In addition to the turbulent stream of opinion pieces and remarks by public figures and scholars, there was no shortage of bills submitted to the 20th Knesset that would amend the Nation-state Law: Proposed Basic Law: Israel – the Nation-state of the Jewish People (Addition of Equal Rights for all Citizens of the State) (20/5774/P); Proposed Basic Law: Israel – the Nation-state of the Jewish People (Expansion of the Definition of National Self-Determination in the State of Israel to the Druze Community) (20/5750/P); Proposed Basic Law: Israel – the Nation-state of the Jewish People (Addition of a Commitment to Equal Rights) (20/5725/P).

9 Yedidia Stern, *Judicial Pluralism in Israel*, in *MY JUSTICE, YOUR JUSTICE* 291–325 (Yedidia Stern, ed.: Shazar Center and the Israel Democracy Institute, 2010) (Hebrew).

are well aware of the debate about the law; each of them has a position on the matter. The book is not intended to resolve or decide the debate, but only to set forth and organize a foundation for interpreting the law and for pursuing the debate, but resting on sturdier pillars than before.

The importance of the Basic Law and the intensification of the debate it provoked about the country's identity led us to approach the best minds of Israeli constitutional law and ask them to give deep thought to its interpretation. Although this book belongs in the tradition of legal commentaries, it does not comply with the traditional narrow meaning of the term. The contributors go beyond interpretation of its articles (although the book's order follows them one by one) and look at the law from a broad perspective that examines Israel's constitutional identity as a democracy. We asked them not only to provide a legal interpretation of the language of the law, although this is of course required, but also to place their interpretation in a broader framework that takes account of the complexity of the law's implications and the tension its passage has caused and will continue to cause. One line of interpretation that surfaces again and again in this book is the scholars' tendency to provide a constitutional interpretation that sustains the language of the law and endeavors to permit its incorporation into the Israeli constitutional framework. Such harmonizing interpretations make it possible to continue the discussion about Israel's image as a truly democratic and truly Jewish state. To our delight, many fine scholars accepted our challenge, producing a volume with 17 chapters that compose a useful anthology for constitutional interpreters, intelligent readers, researchers and sociologists of Israeli society, and all citizens who want to learn about and interpret the Basic Law.

## **2. The Parts of the Book**

The book is divided into six parts. Part I offers a general view of the Basic Law from a comparative international perspective and examines its place in the country's overall constitutional framework. The Basic Law does not stand alone but adds another element to the existing set of basic laws. What, then, is the

appropriate relationship between this Basic Law and other identity norms that are part of the Israeli constitutional order? Special attention is given to the right to self-determination and whether the Basic Law can be interpreted in a way that does not infringe the right to equality. Part II surveys the legislative process that produced the Basic Law. Constitutional legislation is generally marked by a special “thick” procedure that reflects its social importance and the need for broad agreement about its binding content. For Israel, the Basic Law: The Nation-state (like other basic laws) exemplifies the problematic nature of the legislature’s power to enact constitutional statutes with a simple parliamentary majority and as part of the normal political process, and not in a constitutional moment. The chapters in this part consider the process by which the Basic Law was enacted, describing the political compromises involved, comparing the process to that of the passage of the Basic Laws in the 1990s, and considering its entrenchment in light of the relevant articles and the structure of the constitutional amendment rule. Part III turns to symbols. The Basic Law, as appropriate for a norm that deals with identity, enshrines several symbols of the State of Israel, some of them stipulated in earlier regular legislation or Basic Laws, others anchored here for the first time. This part ties together the constitutional anchoring of the symbols specified in it, with emphasis on the articles of the law that define the status of Jerusalem and prescribe the Sabbath and Jewish holidays as the days of rest. Part IV focuses on language. The constitutions of many countries stipulate their official language and the rules related to it. In Israel the debate focuses on the status of Arabic alongside Hebrew.<sup>10</sup> This part offers interpretations of the status of Arabic following passage of the law. Part V deals with the ingathering of the exiles and the bond between the State of Israel and the Jewish people. The ties between a nation-state and its national diaspora are frequently addressed in its constitutional legislation.<sup>11</sup> This matter has special importance for Israel, given its history and

10 E.g., HCJ 99/4112, *Adalah the Legal Center for the Rights of the Arab Minority in Israel v. the Tel Aviv-Yafo Municipality*, P.D. 56(5) 393 (2002).

11 ALEXANDER YAKOBSON AND AMNON RUBINSTEIN, *ISRAEL AND THE FAMILY OF NATIONS: A JEWISH NATION-STATE AND HUMAN RIGHTS* 222-240 (2003) (Hebrew); also, e.g., *European Commission for Democracy Through Law*, Report on the Preferential Treatment of National

its large diaspora, both before and after independence. This part considers the ramifications of the constitutional anchoring of the mission of ingathering of the exiles for previous constitutional provisions, such as the Law of Return, and inquires into the meaning of a commitment to the Diaspora anchored in a Basic Law, including the undertaking that the State will “strive to secure the welfare of members of the Jewish People and of its citizens, who are in straits and in captivity, due to their Jewishness or due to their citizenship.”<sup>12</sup> Part VI wrestles with the inclusion of Jewish settlement in the Basic Law: “The State views the development of Jewish settlement as a national value, and shall act to encourage and promote its establishment and consolidation.” This commitment seems to be specific to Israel and is not common in the constitutions of other countries. The tension between the desire to promote settlement based on membership in a national group and the right to equal allocation of land resources has always been part of the Israeli constitutional framework, especially in the decades since the constitutional revolution.<sup>13</sup> This tension is at the focus of the legal dispute about the Basic Law’s constitutionality. The chapters in this part review the distant and more recent history of this issue and suggest ways of interpreting this article of the law.

As suits a legal commentary, we have divided the chapters by articles of the Basic Law, although this division is not sharp and absolute and several chapters deal with overlapping or adjoining issues. We now turn to a brief review of the individual chapters.

Minorities by their Kin States, adopted by the Venice Commission at its 48th Plenary Meeting (Venice, October 19–20, 2001).

12 The text of the law is quoted throughout from the unofficial English translation by Dr. Sheila Hattis Rolef at the [KNESSET WEBSITE](#) (with slight modifications).

13 Cf. HCJ 95/6698, *Ka’adan v. the Israel Lands Administration*, P.D. 54(1) 258 (2000).



### 3. The Chapters

As stated, Part I examines the place of the Basic Law in the constitutional framework. In “‘You Shall Not Follow their Laws’: The Nation-state Law and Provisions about National Identity in Democratic Constitutions,” Alexander Yakobson compares the Basic Law with provisions about national identity in the constitutions of other countries. He concludes that the Israeli Nation-state Law deviates from the norm of democratic nation-states – not because it stipulates that Israel is the Jewish nation-state, but because its drafters refused to include the principle of civic equality. Here they broke ranks with the rule that democratic constitutions that assign a country the national identity of its majority group are scrupulous about: the constitutions of all democratic nation-states make it plain, in various formulations, that the country is also that of citizens who do not belong to the national group whose national independence is embodied by the state.

The comparison of constitutional definitions of identity continues in Yuval Shany’s “The Self-Determination Clause in the Nation-state Law.” This chapter focuses on the concept of self-determination, included in Article 1 of the Nation-state Law, and compares the concept as presented there with the right to self-determination that has emerged in international law. Article 1 declares that the state is Jewish and presents the self-determination justification for this. But self-determination is not an Israeli constitutional concept. What is more, the model adopted in the Nation-state Law cannot be understood and interpreted in isolation from the general nature of the right to self-determination. Its roots are embedded in universal concepts of national rights as found in political theory, international relations, and international law. Shany criticizes the deliberate choice by the law’s authors to deviate from the conciliatory formulations employed in other constitutions and in key historical documents that drew on the Jewish people’s right to self-determination and to refrain from explicit recognition of the country’s democratic character, the equality of all citizens, and the collective subnational or community rights of minority groups. He asserts that even though this decision has no practical significance or implications, the authors’ conscious divergence from the standard definition

of self-determination in other constitutions raises the fear that the Israeli constitution will be perceived as resting on an unfair and exclusionary social compact and the possibility that this perception foredooms the authors' idea of using the law to fend off attacks against the legitimacy of the definition of Israel as the nation-state of the Jewish people.

After this broad comparison and interpretation of the right to self-determination, the chapter by Ori Aronson, "The Nation-state Law through the Lens of the Other Basic Laws," locates it within the constitutional framework of the earlier Basic Laws and interprets it accordingly. As Aronson demonstrates, this law deals with a new type of constitutional arrangement that was not prominent in previous basic laws. Even though it enshrines existing arrangements and gives them constitutional status, its text avoids the constitutional principle that Israel is "Jewish and democratic" and is marked by a confused mixture that juxtaposes clauses of a chiefly symbolic and declarative nature with substantive constitutional provisions. This poses a challenge to those who wish to interpret the law as part of the existing constitutional framework. Aronson's eclectic analysis proposes three ways of understanding the Nation-state Law: declarative, interpretive, and operational. From the declarative perspective, it differs from the other Basic Laws not only in its content, but also in its legal force – which is purely declarative. From the interpretive standpoint, it does not create new operational arrangements in Israeli constitutional law. Instead, in the spirit of current constitutional interpretation, it posits an interpretive criterion that is meant to influence subconstitutional laws. In this view, the Nation-state Law can provide inspiration for interpretation of other laws but does not stipulate new obligations or rights. Finally, from the operational standpoint, it has full normative power, just like previous Basic Laws. That is, it obligates the branches of government and courts to nullify laws and government actions that contradict it.

Part I concludes with Yedidia Stern's "The Nation-state Law and the Challenge of Equality." As already noted, the Nation-state Law does not enunciate the principle of equality. The main argument that troubled the public and legal experts during the legislative process and continues to be a problem today relates to whether (1) the absence of an explicit commitment to equality and

(2) the proclamation of norms with a particularistic Jewish-national dimension mean that, in a reversal from the past, the State of Israel is no longer committed to equality. Were earlier legislation and court rulings on many matters, with their strong commitment to civic equality, modified by the passage of the Nation-state Law?

Stern offers an interpretation of each article of the law and holds that it does not contradict the earlier commitment to equality. To ground this view he distinguishes between various possible levels of a state's, any state's, commitment, to equality. On the first level, this commitment is to civic equality for all individuals, regardless of their nationality; on the second level, it is to equality for individuals as members of a national minority; on the third level, it mandates equality between the majority national group and minorities (collective rights); and on the fourth level, it is a commitment to eradicate every national element from the state and from the public domain so that distinctions between national groups are irrelevant ("the state of all its citizens").

Stern shows that the law does not infringe the equality of Israeli citizens who belong to the Arab national minority on the first two levels. He believes that the appropriate way to interpret the law allows the assertion that the Nation-state Law does not rescind the State's previous commitment to equal treatment of its Arab citizens as individuals and as individuals who are members of a minority group.

On the other hand, the Nation-state Law does contradict the commitment to equality on the other two levels; but so does previous Israeli legislation as well as laws in most liberal nation-states, which do not guarantee group rights to minorities and do not propose a full surrender of the nation-state's particularist identity in the name of equality. As Stern emphasizes, equality is a value of unparalleled importance, but it is not absolute. The constitutions of nation-states may – and in fact do – grant primacy to the majority national group, as long as they do not discriminate against citizens who are members of a national minority. This leads to his conclusion that the Nation-state Law can be interpreted in a way that is consistent with a liberal nation-state's commitment to equal citizenship for members of minority groups.

Part II deals with the legislative process that produced the Nation-state Law. In the first of its two chapters, “A Substantive Constitution vs. a Democratic Constitution: Does the Nation-state Law Have the same Status as the Basic Laws on Human Rights?” Iddo Porat looks at the process of the law’s enactment from the “inside,” comparing it with the passage of the Basic Laws of the 1990s and analyzing the legitimacy of these processes. According to Porat, those who reject the Nation-state Law as illegitimate because of flaws in the legislative process must explain their position on the legitimacy of the Basic Laws dealing with human rights passed in 1992 – the Basic Law: Human Dignity and Freedom and the Basic Law: Freedom of Occupation. Those laws, too, were passed by a small Knesset majority and had less support than the Nation-state Law did. He notes the similarity between the legislative history of the Nation-state Law and of those earlier laws (all of them enacted in a regular legislative process) and asks whether there are clear differences that could award greater legitimacy to any of them. He observes that in contrast to the Basic Laws of the 1990s, adopted as a compromise between the political blocs, the Nation-state Law was passed by a coalition majority and in the shadow of a conflict between the main political camps, circumstances that reduce its legitimacy. He also considers the scale of the public discourse and the involvement of extra-parliamentary agents in the legislative process and their effect on the legitimacy of laws. Porat notes the problems in the legislative history of the 1990s Basic Laws and concludes that the process alone is not the appropriate criterion for judging the legitimacy of a Basic Law. If you infer their validity from how they were enacted, either all of them are valid (if there are only minimum procedural requirements) or all of them are invalid (if there is a requirement of a broad consensus and adequate deliberation). From here Porat moves on to a more substantive comparison of the Basic Law: The Nation-state with the earlier Basic Laws and draws on substantive theories of constitutionality in which some areas of constitutional regulation are more justified than others. By this criterion the earlier Basic Laws are preferable, although this preference is not exempt from major normative and practical problems. According to Porat, a comparison based on a substantive criterion cannot yield a sharp distinction between the Nation-state Law and the Basic Laws that guarantee human rights – or at least not a comparison that can

be effectively employed by political institutions when they consider the validity of the Nation-state Law.

The second chapter in Part II is “Entrenchment: Article 11 of the Basic Law: Israel the Nation-State of the Jewish People,” by Suzy Navot. Navot casts an extremely wide net that serves as an introduction to understanding the principles of constitutional entrenchment in general and in the Israeli constitutional system in particular. Article 11, which allows this law to be changed only by means of a Basic Law adopted by a majority of the Knesset, establishes the constitutional principle of its entrenchment. It expresses the position of Israeli constitutionalism on the relation between constitutionality and democracy, which, as Navot demonstrates, are the two dialectical principles of any constitutional entrenchment. After surveying the fundamental tension between flexibility and rigidity in the institutional formulation of the principles of constitutional entrenchment she reviews the history of constitutional entrenchment in Israel, from the Bergman case to the emergence of substantive entrenchment in the Bank Mizrahi ruling. After that, and to introduce her analysis of the entrenchment provision in the Basic Law, she describes the Israeli model of constitutional entrenchment, with its weaknesses and strengths, and especially its fundamental element, which is that the Knesset has both constituent and legislative powers and can limit itself. Navot considers the limits on the Knesset’s ability to employ constitutional entrenchment and concludes that Article 11 does not exceed the Knesset’s power to entrench laws. Nevertheless, and even though the provision satisfies the justification for entrenchment and is similar to other provisions on the Israeli constitutional landscape, Navot, in direct continuation of the approach emerging throughout the world, holds that legislation of a threshold for amendment that is higher than the majority that enacted the law, passed in a legislative process that relies on the power of a regular coalition majority in an accelerated legislative process and with no public debate, may be an abuse of the entrenchment power and can be seen as irregular. But, as stated, she does not see this as applying to Article 11 of the Nation-state Law.

Part III is devoted to symbols. In “The Symbols of the State and the Political Community: Articles 2, 8, and 9 of the Nation-state Law,” Guy Lurie analyzes

the three articles that specify the state's symbols and national holidays and observances. He traces the legal meaning of the anchoring of symbols and national holidays in the Basic Law and reaches the conclusion that these articles do not herald any real change beyond raising the status of these symbols and national holidays to constitutional level. Going beyond the legal aspect, however, the chapter also examines the entrenchment of symbols and national holidays from a political and philosophical angle. Anchoring symbols and national holidays and observances is one way a political community can define itself, and especially include within it and exclude from it various communities and social subgroups. In this role, symbols and national holidays affect the creation and development of citizenship and define its borders. According to Lurie, even though there is nothing novel in the symbols and national holidays specified in the Nation-state Law, aside from their new constitutional status, the inclusion of only Jewish and Zionist symbols and national holidays and observance offends minorities, who, in light of their exclusion from the state's public symbolic resources, may now see themselves as second-class citizens. Accordingly, the infringement of equality associated with the entrenchment of symbols of the Jewish Zionist majority in the constitutional identity of the State of Israel should be minimized or nullified by means of restrictive and symbolic constitutional interpretation.

The chapter by Yael Ronen, "Jerusalem – Talking All Around It," looks at Article 3 of the Nation-state Law, which defines Jerusalem as the capital of Israel. In fact this is the third time the Knesset has declared that Jerusalem is the capital, with a text identical to that in Article 1 of the Basic Law: Jerusalem, The Capital of Israel. That Jerusalem is the national capital has never been called into question by the Knesset; there is sweeping agreement about this all across the political spectrum. By contrast, there is a debate about Israel's demand for exclusive sovereignty in the city and its environs. Over the course of the years Israel's sovereignty in the western part of the city has received broad implicit (if not full) recognition. On the other hand, its assertion of sovereignty over the eastern part of the city has never garnered international support, starting on the day it gained control there in 1967. The international dispute is reflected in the domestic debate. Ronen begins with the historical and political background

for this article of the law and an extensive survey of the successive stages of Jerusalem's status in international and Israeli law. She notes the change in Israel's approach: from an attempt to avoid a clash with the international community to a public and even confrontational position. The second part of the chapter clarifies the meaning of the two key terms in this article of the law: "The undivided and united Jerusalem" and "the capital of Israel." According to Ronen, the statement that (undivided and united) Jerusalem is the country's capital is merely declarative and has no legal ramifications, but is part of the symbolic process, with political and identity overtones, of anchoring the state's identity as Jewish.

Part III concludes with Aviad Hacoheh's "Interpretation of Article 10: Days of Rest and Statutory Holidays." He examines, from a historical and legal perspective, the article of the Basic Law that anchors the status of days of rest and the Jewish festivals. Although the text does not define what "the Sabbath and the Jewish holidays" include, a look at its background shows the intention is to add another level to the clause found in the very first law enacted after independence – the Law and Administration Ordinance – that defines the Sabbath and Jewish holidays as the statutory days of rest. Article 10 adds a sentence to cover "those who are not Jewish" – which leads to the need for legal interpretation of who is meant by this term. After reviewing the criticism voiced about this article, because it incorporates religious content into the constitutional specification of days (something uncommon in the world), Hacoheh goes on to discuss the broader historical background: the evolution of the Sabbath and Jewish holidays as a national historical symbol. He asserts that although these days of rest have a strongly religious character in the ancient texts, large segments of the Zionist movement wanted to purge the day of rest of its religious content and leave it only as a national observance. To exemplify his argument he surveys Sabbath observance in Tel Aviv, as an example of the use of the old symbolic institution of the Sabbath as the basis for entrenching the Jewish character of the city and making it unmistakable to all observers. Next he offers a legal interpretation of the terminology employed: "Sabbath and Jewish holidays," "established days of rest," and "Jews and non-Jews." In an afterword, he asks whether elevating the status of days of rest to the constitutional plane might produce unnecessary

antagonism among some of the public on the social plane and trigger a polarizing and divisive discourse, rather than enhancing the status of days of rest.

The two chapters of Part IV interpret Article 4 of the Nation-state Law, “Language.” In “The Legal Status of Arabic in the Wake of the Nation-state Law” Mohammed S. Wattad focuses on the place of Arabic in Israel after the law’s passage. He surveys the interpretative questions raised by this article: What is the import of the stipulation that Hebrew is the language of the country and that Arabic has a special status? Is it possible to understand that this entrenches the official status of the Hebrew language but also the special and unofficial status of Arabic? Why did the legislature refrain from using the term “official languages” with regard both to Hebrew and to Arabic and write only “language”? Should the “special status” assigned to Arabic be seen as detracting from its legal status? What are the meaning and implications of the continuity clause? Does it nullify current legislation and judicial precedents that grant Arabic official status, or is it meant to sustain laws and judicial disagreements about the legal status of Arabic as they were before the law’s enactment?

Wattad proposes three different approaches to the interpretation of Article 4. The first (“Demotion Wrapped in a Constitutional Robe”) holds that the Basic Law makes the official status of Arabic inferior to what it was before passage of the law and that the purpose of the continuity clause is to prevent the courts from expanding Arabic’s legal status beyond that accorded it before the passage of the Basic Law. In the second approach (“What Was Remains in Effect”), the Nation-state Law has no effect whatsoever on the legal status of Arabic, that is, as an official language, but merely secures it in a Basic Law and emphasizes the primacy of Hebrew vis-à-vis Arabic. The third approach (“Our Hopes are not yet Lost”) proposes that the Nation-state Law actually upgrades the legal status of Arabic and perhaps even that of the Arab minority in Israel. Wattad has his own opinion about this, but offers readers the three interpretations without deciding which of them is most valid. Based on his analysis, the justices’ positions in the Hasson case (the legal challenge to the constitutionality of the Nation-state Law discussed below) may reflect each of these approaches.



In “The Legal Status of Arabic in Israel in the Wake of Article 4 of the Nation-state Law,” Alexander Jakobson suggests that passage of the law did not diminish the status of Arabic. Focusing on the continuity clause he asks what status Arabic actually enjoyed before this law came into force and that is supposed to be maintained? If we reach the conclusion that the reference is to a legal status, and if Arabic’s legal status before passage of the law was, as is usually said, that of a second official language, the interpretation is that the Nation-state Law has not affected this. This conclusion is reinforced by Jakobson’s analysis of the legislative history of this article of the law, including some legislators’ opposition to granting Arabic the status of an official language. This debate does not detract from the final interpretation and in fact bolsters it. Jakobson’s conclusion is that the article is meant to reinforce the status of the Hebrew as part of the Jewish character of the state but without reducing the status of Arabic. In his proposed interpretation Article 4 realizes this goal in full; he maintains that there does not seem to be any other way to realize it.

Part V addresses the ingathering of the exiles and the connection to the Jewish people. The chapter by Ariel Bendor, “Article 5: The Ingathering of the Exiles,” considers how this article should be interpreted in light of the subconstitutional arrangements that preceded it and their constitutional anchoring in a Basic Law. This article hardly provoked any disagreement, even though it deals with principles that are at the basis of the national identity of the state and can be seen as the most important clause in the entire law – perhaps precisely for this reason. Bendor weighs whether and how the article alters Israeli law, given that the principles of national return and ingathering of the exiles are already enshrined in two documents with quasi-constitutional status: the Declaration of the Establishment of the State of Israel, which is not a binding legal document, and the Law of Return 5710-1950. Bendor interprets the relations between these principles, formulated in the Declaration and the Law of Return, and their repeat stipulation in the Nation-state Law. He analyzes the relations between a Basic Law and a regular law, as well as the interpretive influence of the Basic Law, chiefly in order to review the history of the interpretation of the Law of Return and how it can be made compatible with the article of the Basic Law. According to Bendor, the anchoring in a Basic Law of the opening of the gates of the state to

Jewish immigration and the ingathering of the exiles certainly has a declarative and symbolic dimension. But can this article influence positive law in Israel, which includes the detailed regulations in the Law of Return, the Citizenship Law, and court rulings that have interpreted them? The text of this article and the Knesset debates do not provide a clear answer. Bendor merely lays out the problems and the doubts about the meaning of Article 5 and analyzes the ways this article, as a result of its inclusion in a Basic Law, might impinge on Israeli law – an issue that the Knesset does not seem to have given much thought to.

In “The Constitutional Status of the Diaspora in Israel: From Declaration to Obligation,” Shuki Friedman interprets Article 6 of the Nation-state Law. The relations between the State of Israel and Diaspora Jewry have reached a historical turning point – from a situation in which the Jews in the Diaspora were the key force in the establishment of the State and its main source of support, to one in which Israel is the stronger party that supports Diaspora Jewry. The Nation-state Law, which grounds the country’s commitment to Jewish communities abroad in an Israeli law with constitutional status and proclaims the importance of their connection with the State of Israel, expresses this change. This article formulates Israel’s commitment to the Jewish people in the Diaspora and the limits of that commitment for the first time. Friedman scrutinizes the content of this obligation, the constitutional problems it might raise, and the meaning it could be assigned for the establishment of a new balance in the relations between Israel and the Diaspora. He surveys the constitutional problems raised by the commitment to a special relationship between the Jewish state and the Diaspora and compares it to similar arrangements found in other countries that have large diasporas. He looks at the normative attention to Israel’s attitude towards the Diaspora before the passage of the Nation-state Law – rather sparse, in his view. Then, with a positive and sympathetic view of the need to give great normative and great operational weight to the article and to turn its words into an action plan that the state can and should implement, he proceeds to lay the groundwork for what he sees as the appropriate application of this article.

In “Article 6(a): ‘The State shall strive to secure the welfare of members of the Jewish People and of its citizens, who are in straits and in captivity, due to their Jewishness or due to their citizenship,’” Yoram Shachar offers a broad

interpretation of that article. He goes beyond an analysis of the article itself to consider the drafters' motives, relying on the legislative process and the attitude to the issue of safeguarding those in distress and captivity. He maintains that a narrow interpretation of Article 6(a) – as merely a symbolic expression of the state's willingness to employ normal diplomatic means to free Jews imprisoned in foreign countries solely because of their Jewishness – raises no questions. By contrast, the drafts of the article produced outside and inside the Knesset reveal a broader intention to mandate a legal obligation and require the state to employ force against other sovereign states in order to protect Jews from various forms of danger and difficulty. On the normative level, Shachar asserts that such action would be a contravention of international law and should not be part of the constitution of Israel.

Part VI addresses issues related to Jewish settlement, which is anchored in Article 7 of the Basic Law. Three chapters analyze that article – a number that reflects the fierce debate triggered by this article in the public discourse and during the legislative process, as well as in legal proceedings before the Supreme Court. In “Article 7: ‘The State views the development of Jewish settlement as a national value, and shall act to encourage and promote its establishment and consolidation,’” Asor Watzman and Barak Medina consider the fundamental legal questions raised by this article. They present a historical and interpretative basis for analyzing it and survey the changes in government policy and the legal situation regarding the development of Jewish and Arab settlement: beginning with government policy and the legal situation until the 1990s; then the change in government policy in the last decade of the previous century; and finally the precedent of the Ka’adan ruling and the reactions to it. Against this background Medina and Watzman survey the legislative history and interpretation of Article 7 as well as at the constitutional questions it raises. They analyze two fundamental issues; first, whether the article should be interpreted as substantive license for the authorities to undermine the right to equality; second, whether, given its language and the message it might transmit to Arabs, Article 7 offends human dignity. According to these scholars, these two issues may also raise the question of whether Article 7 of the Nation-state Law is a provision to which the well-known doctrine of an unconstitutional

constitutional amendment can apply, even though the majority on the Supreme Court chose not to move in that direction.

Manal Totry Jubran looks at the impact of Article 7 on the rights of the Arab minority and analyzes it in the light of the principle of equality and judicial precedents. The focus of “The Nation-state Law: Interpretation of the Article on Jewish Settlement in Light of the Principle of Equality” is on the allocation of land for housing, both in the rural sector and in the marketing of residential land by private entities. She advances two main arguments: first, that the Nation-state Law, based on a communitarian notion, violates the Basic Law: Human Dignity and Freedom, which rests on the liberal discourse. To be more precise, Article 7 creates a tension between Jewish settlement as a higher value that is elevated into a constitutional principle by its inclusion in a Basic Law, versus the principle of equality that should govern settlement by non-Jewish citizens on public land owned by the state and its institutions. This conflict will require a balance between the clashing constitutional rights and principles enunciated in the two Basic Laws in order to reconcile them. Her second argument relates to the appropriate interpretation of Article 7, insofar as it applies to settlement by citizens on state lands. Drawing on the political theory of multicultural liberalism, she asserts that given the contradiction between the values of Jewish settlement and equality, Article 7 should be interpreted in a way that preserves the majority’s power to determine the character of land-use, but subordinate to the principle of equality and judicial precedents. She emphasizes that the legal doctrine that has emerged in Israel with regard to the granting of group rights related to settlement and housing is based on the political theory of multicultural liberalism, which in certain conditions allows special collective rights to a minority group – but only to it. Accordingly, the arrangements that touch on the rights of the majority are merely declarative and intended to highlight the state’s nature and essence, but do not grant any active collective rights or protection.

Haim Sandberg, in “A Proposed Interpretation of Article 7 of the Nation-state Law: Jewish Settlement,” emphasizes the settlement dimension of the Jewish component of the State’s identity and the article’s possible ramifications for setting limits on Jewish settlement in the future. According to him, the Nation-

state Law actually reflects a weakening of the Jewish-Zionist settlement ethos: its omission from Article 1, “Basic Principles,” might lead to the conclusion that Jewish settlement (deferred to Article 7) is of lesser importance than the goal stated in Article 1 – realization of the right to self-determination. Accordingly, to the extent that there is a link between Jewish settlement and the preservation and consolidation of Israel as the Jewish nation-state, the principle of Jewish settlement merits constitutional protection. Article 7 of the Nation-state Law imposes an obligation on the State to promote Jewish settlement and rejects the argument that there are regions of the country where Jewish settlements may not be set up. This obligation is imposed on the State within the borders of Israel, but not outside them. Nevertheless, according to his interpretation, nothing in the settlement article of the Nation-state Law deviates from the previous legal situation; its main contribution is to dispel the fear that the current legal situation might be applied or modified in a way that undermines the principles of the Nation-state Law and the Jewish character of the State of Israel. Sandberg considers whether and to what extent this analysis and interpretation of Article 7 have practical significance and concludes that as long as the situation remains as it is today and there is no change in the current legal arrangements, the vague term “Jewish settlement” should be read as ruling out separate Jewish settlements that close their gates to non-Jews. He proposes interpreting the article in a fashion that does not modify the current legal situation with regard to the establishment of Jewish settlements but also does not permit infringements of human rights, such as property rights and the right to equality, beyond what is permitted and accepted today. Such an interpretation would protect Jews’ ability to settle throughout the State of Israel, or in certain parts of it, against the danger that the current legal situation might be applied or changed in a way that negates the Basic Law’s principles and the Jewish character of the State of Israel.

## **4. An Afterword that is really a Forward**

This volume was compiled after the constitutional storm whose thunder accompanied the Supreme Court’s deliberations in the Hasson case about the

constitutionality of the Basic Law: The Nation-state had died down. As expected, in that opinion the justices opted for a mode of constitutional interpretation that is compatible with the dominant approach in this volume. The Court did not strike down any article of the law – all of which are interpreted in depth by the authors represented in this volume – but it did not engage in the actual task of its interpretation. This means that the Hasson ruling is not the end of the matter, but only the start of a process of the constitutional interpretation of the Nation-state Law by the Supreme Court and lower courts. We hope that this book will make an important contribution to the emergence of a full interpretation of the Nation-state Law by the Israeli judiciary.

## **Acknowledgments**

The editors would like to express their profound gratitude to the authors who contributed of their time and talents to this book and to the staff of the Israel Democracy Institute Press, who produced it. In particular we would like to thank Dr. Nadiv Mordechay for managing the project and helping us edit the book and write this introduction. Thank you!

Text Editor (Hebrew): Lilach Tchlenov  
Series & Cover Design: AlfaBees Studio  
Index: Yuval Elazary  
Typesetting: Ronit Gilad  
Printed by Graphos Print, Jerusalem

ISBN: 978-965-519-420-3

No portion of this book may be reproduced, copied, photographed, recorded, translated, stored in a database, broadcast, or transmitted in any form or by any means, electronic, optical, mechanical, or otherwise. Commercial use in any form of the material contained in this book without the express written permission of the publisher is strictly forbidden.

**Copyright © 2023 by the Israel Democracy Institute (RA)**

Printed in Israel

**The Israel Democracy Institute**

4 Pinsker St., P.O.B. 4702, Jerusalem 9104602

Tel: (972)-2-5300-800

Website: <http://en.idi.org.il>

Online Book Store: [en.idi.org.il/publications](http://en.idi.org.il/publications)

E-mail: [orders@idi.org.il](mailto:orders@idi.org.il)

The views expressed in this book do not necessarily reflect those of the Israel Democracy Institute.

All IDI publications may be downloaded for free, in full or in part, from our website.

חוקי־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שנחקק בשנת 2018, הוא דבר החקיקה החוקתית החשוב ביותר שיצא מתחת ידיה של הסמכות המכוננת בישראל, היא הכנסת, בשני העשורים האחרונים. חוק היסוד שואף לעגן היבטים מסוימים בזהותה החוקתית הלאומית של מדינת ישראל. ואולם החשש שעמד, ועומד, ברקע חקיקתו הוא שכינון חוקתי חלקי של נורמות זהות לאומיות של המדינה, בלי כינון משלים של נורמות החזון כולן, יקצין את המתח בין היותה של ישראל מדינה יהודית לבין היותה מדינה דמוקרטית. ואכן, החשש הזה התממש: חוקי־יסוד: הלאום נחקק מתוך מחלוקת עזה, ולא בהסכמה חברתית שאמורה לאפיין כינון נורמות יסוד, ורבים סבורים שהוא נושא עימו פגיעה קשה בקבוצות חברתיות גדולות וחשובות, ראשונה שבהן היא קבוצת המיעוט הלאומי של הערבים אזרחי ישראל.

ספר הפרשנות של חוקי־יסוד: הלאום המונח לפניכם מציע גישות פרשניות אחדות לסעיפי החוק. את פרקי הספר חיברו בכירות ובכירי החוקרים מתחום המשפט הציבורי בישראל, שקיבלו על עצמם משימה מורכבת – לקרוא את חוק היסוד כחלק ממארג החוקים והעקרונות המשפטיים המרכיבים את מערכת המשפט הישראלית.

**יולי 2023**  
מחיר מומלץ: 98 ש"ח  
מסת"ב: 3-420-519-965-978  
[www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)



0 4500001262 2  
דאנאקוד 450-1262



המכון הישראלי  
לדמוקרטיה