

חוק הלאום בראי חוקי-היסוד האחרים

אורי אהרונסון*

א. מבוא: מעמדו של חוק הלאום במפעל חוקי-היסוד

ב. שלושה מובנים אפשריים

1. חוק הלאום כטקסט חוקתי הצהרתי

2. חוק הלאום כמקור להשראה פרשנית

3. חוק הלאום כחוק-יסוד כבעל תוקף נורמטיבי רגיל

ג. חוק הלאום בראי חוקי-היסוד הקודמים

1. חוק הלאום ו"יהודית ודמוקרטית"

2. מה דין סתירה בין חוק הלאום וחוקי-יסוד אחרים?

3. מה דין פגיעה של הוראה תת-חוקתית בהוראות חוק הלאום?

4. חוק הלאום ו"תכלית ראויה"

5. הוראות חוזרות בחוק הלאום

6. חוק הלאום והתחולה הטריטוריאלית חקיקת-היסוד

ד. סיכום

א. מבוא: מעמדו של חוק הלאום במפעל חוקי-היסוד

חוק-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, קרמה עור וגידים החל מחקיקת חוק-יסוד: הכנסת ב-1958 והמשך ברצף חוקי-היסוד המוסדיים שבאו בשלושת העשורים שאחריו, וקיבלה תוקף חוקתי מובהק בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק ב-1992 והאופן בו פורשו ונאכפו על ידי בית המשפט העליון מאז פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** ב-1995.¹ חוק הלאום נושא את המאפיינים הצורניים שהוגדרו לחקיקת-יסוד חוקתית במשפט הישראלי (כותרת והעדר 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 (נומינאלי – רוב של חברי הכנסת), המופיעה במשפט הישראלי בעיקר בחוקי-יסוד.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. ori.aronson@biu.ac.il. תודה לטל אייל-ליפשיץ ולילי עקיבא על עזרה מצוינת במחקר.

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

בה בעת, חוק הלאום מעורר שאלות בדבר יחסו הנורמטיבי למרקם החוקתי הישראלי. כפי שהוגדר גם על ידי מקדמיו, זהו חוק-יסוד שעוסק בעיקר בהסדרים חוקתיים מסוג חדש, 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"), אלה נועדו בעיקרן ללוות הסדרים שמשתייכים לפרקים המוסדיים של החוקה או למגילת הזכויות החוקתית. חוק הלאום, לעומת זאת, עומד כולו על יסודות הזהות החוקתית של המדינה והתכנים הערכיים הנגזרים ממנה. חוקות רבות בעולם כוללות כמובן גם הוראות בדבר זהות וערכים, אך מעמדן המשפטי של אלה, ויחסן ליתר הוראות החוקה, מעורר לא אחת שאלות מורכבות של פרשנות ויישום. נוסף על כך, העובדה שחוק הלאום אינו מאמץ את הלשון הזהותית שנקטה בחוקי-יסוד קודמים – "מדינה יהודית ודמוקרטית" – אלא מציג ניסוח שונה לזהות המדינה, ושרבות מההוראות חוזרות על הסדרים קיימים בחקיקה הישראלית, יוצרת אתגר של התאמה, וממילא מעוררת את שאלת המעמד של חוק הלאום ביחס לחקיקת-היסוד הקודמת.

תיתכנה שלוש גישות עקרוניות לתייבה בדבר מעמדו של חוק הלאום ביחס לחקיקת-היסוד שקדמה לו. **האחת**, 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 זכויות חדשות. **השלישית**, שחוק הלאום הוא חוק-יסוד בעל מעמד משפטי של ממש, שבכוחו לייצר תוצאות נורמטיביות מלאות באותה מידה כמו חוקי-היסוד שקדמו לו, כלומר שהוא מחייב את רשויות השלטון ושבתו המשפט מוסמכים לבטל חוקים ופעולות שלטוניות אחרות שסותרות אותו. אבחן להלן בקצרה את שלוש הגישות.² הבחינה הפרשנית תיעשה מעמדה אקלקטית, כלומר כזו המתחשבת בגישות פרשניות שונות לטקסט החוקתי – לשונית, מקורנית, הקשרית, ותכליתית.³ אף שבפסיקת בית המשפט העליון התקבלה הפרשנות התכליתית כמתודה הבסיסית לפרשנות במשפט, קיימות גם עמדות נוספות בעניין זה,⁴ ומטרת החיבור היא לשמש כלי בידי מגוון הפרשנים והפרשניות, לפי שיטותיהם השונות. כפי שנראה, בחוק הלאום, בהיסטוריה החקיקתית, ובפסיקה המועטה שעסקה בפירושו עד כה, ראיות התומכות בכל אחת משלוש הגישות למעמדו של חוק הלאום. יחד עם זאת, מתוך עמדה של קוהרנטיות חוקתית, אציע להעדיף כבירת מחדל לפירוש חוק הלאום את הגישה השלישית (האופרטיבית), תוך הותרת האפשרות להכיר בכך שהוראות מסוימות בחוק הלאום הולמות יותר את הגישות האחרות. בהתבסס על הצעה זו, יפנה החלק השני של הפרק לבחון כמה שאלות משפטיות שמתעוררות בהנחה שחוק הלאום הוא אמנם חוק-יסוד במעמד נורמטיבי דומה לזה של חוקי-היסוד האחרים, המצטרף כשווה בין שווים לשרשרת חוקי-היסוד שקדמו לו.

ב. שלושה מובנים אפשריים

1. חוק הלאום כטקסט חוקתי הצהרתי

לפי גישה זו, רוב, אם לא כל, ההוראות בחוק הלאום לא נועדו לשנות בפועל את המשפט הישראלי הפוזיטיבי, ואף לא להטיל הגבלות אפקטיביות חדשות על כוחה של הכנסת כרשות מחוקקת. תפקידן של מרבית הוראות החוק, לפי הסבר זה, הוא בהדגשה ובהנכחה של ערכים לאומיים חשובים לצורך

² לדיון בשלוש הגישות ראו גם אורי אהרונסון "חוקה ליום סגריר: חוק הלאום והרוב היהודי" *תרבות דמוקרטית* 21 (צפוי להתפרסם, 2020), <http://ssrn.com/abstract=3711590>.

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, 1297-1307 (2015) (הצגת הטיעון בזכות גישה פרשנית אקלקטית לטקסטים משפטיים, נוכח מגבלות הגישה של תיאוריות קטגוריות למוכן משפטי נכון).

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

גיבוש האומה, כחלק מן המשימה הסימבולית-אקספרסיבית של החוקה, המקבלת לרוב ביטוי בפרק המבוא לחוקה שלמה (ה-preamble).⁵ סעיפים 1(א) ו-1(ב) לחוק הלאום נדמים במיוחד כטקסט מבוא הצהרתי, שקשה לראות לו משמעות משפטית אפקטיבית.⁶ כמחצית מסעיפיו של חוק הלאום חוזרים – לעתים מילה במילה, לעתים בניסוח אחר – על הסדרים הקיימים כבר במשפט הישראלי, מה שמחדד לכאורה את ההיבט הסמלי-הדגשתי שלו, להבדיל מזה האופרטיבי.⁷ גם בסעיפים המחדשים בחוק הלאום, כלומר אלה שלהסדרים המצוינים בהם אין תקדים מובהק בחקיקה הישראלית, מופיעה לשון שניתן לקרוא כמצהירה על מחויבות למערכת ערכים ולתכנית פעולה כללית, יותר מאשר כקובעת הנחיה אכיפה למעשים שלטוניים: "תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות", "תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי...", "תפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס...". אלה ניסוחים המהדהדים את סגנונה השאיפתי של ההכרזה על הקמת המדינה, אשר כידוע התפרש במשפט הישראלי כנעדר תוקף אופרטיבי מובהק.

להבנה ההצהרתית של חוק הלאום יש גם עוגנים מסוימים הן בדיוני החקיקה בכנסת,⁸ הן במסמכי הכנה לחקיקה שהוגשו לוועדה המשותפת בכנסת שעסקה בחוק הלאום.⁹

יחסו של בית המשפט העליון לחוק הלאום, לפי שעה, עשוי אף הוא לחזק את הרושם שמהותו של החוק הצהרתי בעיקרה. בשורה של פסקי דין משמעותיים מן השנה האחרונה שעסקו בפסילת רשימות ומועמדים לבחירות לכנסת, בית המשפט העליון התעלם לחלוטין מחוק הלאום, וזאת אף כשעסק בפירושו של סעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת ("שילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית")¹⁰ – רומז, במשתמע, שלהגדרה החוקתית של ישראל כמדינת הלאום של העם

⁵ Dieter Grimm, *Integration by Constitution*, 38 I•CON 193 (2005); Peter A.J. van den Berg, ראו *The Integrative Function of Constitutions: A Historical Perspective*, in THE CONSTITUTIONAL Liav Orgad, *The Integrity of the European Union* 13 (Fabian Amtenbrink ed., 2010) Tom Ginsburg et al., ; *Preamble in Constitutional Interpretation*, 8 I•CON 714, 722-23 (2010) 'We the Peoples': *The Global Origins of Constitutional Preambles*, 46 GEO. WASH. INT'L L. REV. 101, 115-17 (2014).

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

⁷ ראו בפרט ס' 2 לחוק הלאום החופף לחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, תש"ט-1949; ס' 5 לחוק הלאום החופף לכאורה לחוק השבות, תש"י-1950; ס' 8 לחוק הלאום, החופף לחוק השימוש בתאריך העברי, התשנ"ח-1998; ס' 9 לחוק הלאום החופף לחוק יום העצמאות, תש"ט-1949, לחוק יום הזכרון לחללי מערכות ישראל, תשכ"ג-1963 ולחוק יום הזכרון לשואה ולגבורה, תשי"ט-1959; ס' 10 לחוק הלאום החופף לס' 18א לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948. נוסף לאלה מופיעות בחוק הלאום הוראות שאינן חופפות אמנם לחקיקה קיימת, אך יוצרות הסדרים מקבילים לנושאים המוסדרים כבר בחקיקה רגילה: ס' 4 לחוק הלאום, המקביל להסדר הקבוע בס' 82 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922, וס' 6א לחוק הלאום, המקביל בחלקו להסדר הקבוע בס' 13(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977. לבסוף חוק הלאום כולל הוראה זהה להוראה בחוק-יסוד אחר: ס' 3, החופף לס' 1 בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (על כך ראו להלן בטקסט ליד ה"ש 105-107).

⁸ ראו למשל דברי ח"כ אמיר אוחנה, יו"ר הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט [להלן: "הוועדה המשותפת"], שהכינה את חוק הלאום לקריאה ראשונה ולקריאה שנייה, בישיבת הוועדה מיום 3.1.2018 (פרוטוקול מס' 10, עמ' 3): "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'אברין בישיבת הוועדה המשותפת מיום 18.9.2017 (פרוטוקול מס' 2, עמ' 40): "מה התוספת של החוק? זאת אומרת, אם נסתכל על המשפט הפוויטיבי בישראל ואני רואה כאן את חבריי 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 צבי האוזר בישיבת הוועדה המשותפת מיום 11.12.2017 (פרוטוקול מס' 9, עמ' 40): "מעשה החקיקה הזו[ה], [הוא], כפי שהוגדר, מעין המבוא לחוקה הישראלית, וכך יש להתייחס אליו".

⁹ ראו למשל מסמך הכנה מהיעוץ המשפטי לוועדה המשותפת מיום 25.12.2017, עמ' 6, <https://bit.ly/2OVtBub> (התייחסות לאפשרות שחוק הלאום יובן כחוק-יסוד "שאינו רק פרק העקרונות או פרק 'המבוא' לחוקה, הכולל סעיפים הצהרתיים ו'חגיגיים'"); נייר עמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה לקראת דיון הוועדה המשותפת מיום 15.5.2018, עמ' 1, <https://bit.ly/33hjsm6> (חוק הלאום "נועד להיות 'תעודת הזהות' של המדינה, או פסקת המבוא לחוקה העתידית, זה המגדיר אותה ואת ערכיה").

¹⁰ א"ב 1806/19 *ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף* (פורסם בנבו, נימוקים מ-18.7.2019); ע"ב 5487/19 *סגל נ' בן גביר* (פורסם בנבו, 25.8.2019); א"ב 852/20 *ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-23 נ' יזק* (פורסם בנבו, 9.2.2020).

היהודי ולנגזרות הערכיות של הגדרה זו המנויות בחוק הלאום אין השפעה על ההסדר האמור.¹¹ 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 להתייחס לסעיף 7 לחוק הלאום, העוסק בפיתוח, קידום וביסוס של התיישבות יהודית.¹² באותם מקרים ספורים בהם התייחס בית המשפט העליון לחוק הלאום, נעשה הדבר בזהירות רבה, במובן זה שהוא נמנע מהקניית משקל נורמטיבי כלשהו לאיזו מהוראותיו. כך, בשורה של פסקי דין נדחו טענות של יהודים ישראלים שנועדו להסגרה, כאילו חוק הלאום שינה את האיזון הקיים בדיני ההסגרה הישראליים – איזון שעוצב תחת משטר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – לכיוון מצמצם.¹³ גם ניסיון להטיל חובה חדשה על המדינה להשתתף במימון אבטחתם של נוסעים ישראליים בספינות תענוגים, בהסתמך על סעיף 6(א) לחוק הלאום, נדחה כלאחר יד.¹⁴ בפסק דין שניתן בדן יחיד, נקבע מבלי להעמיק בדבר (ובהקשר שניתן לפרשו כאמרת אגב), שמעמדן המשפטי של העברית והערבית כשפות רשמיות בישראל, מכוח סימן 82 לדבר המלך, עומד בעינו, בעוד סעיף 4 לחוק הלאום, המבחין ביניהן, מוצג רק כרקע לגיתוח המשפטי.¹⁵ ואילו בעתירה נגד איסור הביקור בבתי עלמין צבאיים ביום הזכרון לחללי מערכות ישראל עקב מגיפת הקורונה, ציון המעמד החוקתי שניתן ליום זה בחוק הלאום לא הועיל לעותרים, שפניהם הושבו ריקם.¹⁶ לבסוף, אף שופטי ערכאות הדיון ממצטים מאוד לפי שעה בהתייחסויות בעלות משקל לחוק הלאום.¹⁷

ניתן אולי להסביר את גישתם של בתי המשפט בכך שהעיתרות נגד חוקתיותו של חוק הלאום עודן תלויות ועומדות,¹⁸ ואפשר שבפסק הדין שיינתן בהן (בהרכב מורחב), יובהר מעמדו המשפטי. אך יש לזכור שלא ניתן בעתירות אלה צו ביניים המשהה את כניסת חוק הלאום לתוקף, כך שבפועל מצטיירת עמדה שיפוטית התומכת לכאורה בגישה ההצהרתית.

המשפט החוקתי המשווה מכיר בקיומן של הוראות חוקתיות הצהרתיות, כלומר הוראות שנכללות בחוקה שהיא כשלעצמה בעלת תוקף משפטי, אך הן מזוהות בה ככאלה שלא ניתן לאכפף ושמהותן היא פרוגרמטית, הראתית, סימבולית, או רטורית. כך, למשל, גישה מקובלת בעולם הינה שפסקאות מבוא לחוקה (preambles) הן ביטוי פומבי לאמונות ולערכים של הקהילה הפוליטית, ואינן מקור לאכיפה שיפוטית ישירה.¹⁹ מעבר למבוא, חוקות רבות כוללות הוראות המפרטות

¹¹ 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) <https://bit.ly/37sdMID>.

¹² בג"ץ 1308/17 **עיריית סלואד נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 9.6.2020).

¹³ ראו ע"פ 2490/18 **ג'ורנו נ' מדינת ישראל**, פס' 33 (פורסם בנבו, 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 (פורסם בנבו, 14.7.2019); ע"פ 2542/19 **טוויל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 12 (פורסם בנבו, 3.12.2019). בדוחתה בקשה לקיום דיון נוסף באחד המקרים, הגדירה הנשיאה חיות עמדה זו כ"הלכה" פסוקה של בית המשפט. ראו דנ"פ 5212/19 **גבר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 24.11.2019).

¹⁴ בג"ץ 5042/15 **מנו ספנות נ' מדינת ישראל**, פס' 12 (פורסם בנבו, 3.4.2019) (ס' 6).

¹⁵ בש"א 815/19 **גריב נ' Fidam Select** (פורסם בנבו, 5.2.2019). מספר החלטות של בתי משפט שלום הציגו תפיסה דומה: ראו פ"ל (תעבורה י-י) 4834-07-18 **מדינת ישראל נ' אבר שושה** (פורסם בנבו, 19.3.2019); ת"א (שלום פ"ת) 60349-01-18 **פלונני נ' סבה**, פס' 8-6 (פורסם בנבו, 19.5.2019); ת"א (שלום חי"י) 29062-10-15 **פלונני נ' באולינג גן שמואל**, פס' 12 (פורסם בנבו, 10.6.2019). מנגד השור ת"א (שלום פ"ת) 64946-11-18 **פלונני נ' אי.אם. שגב תעשיות** (פורסם בנבו, 22.1.2020).

¹⁶ בג"ץ 2705/20 **סמדר נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 27.4.2020).

¹⁷ היוצא מן הכלל, המעיד במובהק על הכלל, היה השופט בדימוס מ' דרורי בבית המשפט המחוזי בירושלים, שבשורה של החלטות ייחידיות קבע תוצאות משפטיות מגוונות לסעיף 6(א) לחוק הלאום. ראו ת"א (מח' י-י) 9135/07 **משיח נ' הרשות הפלשתינאית** (פורסם בנבו, 17.9.2018) (הטלת פיצויים עונשיים על ארגון החמאס בגין פיגוע טרור נגד ישראלים); ת"א (מח' י-י) 2287/00 **עזבון המנוחה סופי צ'סר ז"ל נ' זידאן** (פורסם בנבו, 4.11.2018) (קביעת ישראל כפורום נאות לביורור תביעה בגין פיגוע טרור אנטי-ישראלי שבוצע נגד יהודים לא-ישראלים מחוץ לשטח המדינה); ת"א (מח' י-י) 36844-03-13 **פלונני נ' הרשות הפלשתינאית** (פורסם בנבו, 17.1.2019) (הטלת חובה על השב"כ לספק מידע שיסייע לתובעת לנהל תביעה נגד הרשות הפלסטינית בגין פיגועי טרור).

¹⁸ בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל**. חמש עשרה העתירות לצו על תנאי נשמעו בפני הרכב מורחב של אחד-עשר שופטים ב-22.12.2020.

¹⁹ ראו למשל BEAU BRESLIN, FROM WORDS TO WORLDS: EXPLORING CONSTITUTIONAL FUNCTIONALITY 52 (2009) ("Preambles are rarely, if ever, used as authoritative legal doctrine"); אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" **המשפט** יא 79, 93-95 (תשס"ז).

מחויבויות ערכיות ומשימות לאומיות. אף שאלה ניתנות לכאורה לאכיפה שיפוטית, לעתים ניתן להן מעמד נורמטיבי נבדל מן ההוראות האופרטיביות המובהקות, מתוך מטרה לצמצם את מידת המעורבות השיפוטית בהובלת פרויקטים אידיאולוגיים ובקביעת סדרי העדיפויות הלאומיים.²⁰ 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.²¹ הסדר דומה, החל ביחס להוראות בעלות אופי דומה ("Directive Principles of Social Policy"), מופיע גם בסעיף 45 לחוקת אירלנד. יחד עם זאת, גם במקרים בהם ללשון חוקתית אין מעמד אכיף משפטי, היא עשויה להשפיע על יישומם ועל פרשנותם של דינים אחרים – בחוקה עצמה ובדברי חקיקה אחרים.²²

סעיפי חוק הלאום כוללים כאמור הן לשון זהותית כללית מן הסוג המופיע בפסקאות מבוא, והן לשון שאיפתית מן הסוג המופיע בדירקטיבות חוקתיות. עם זאת, בהקשר הישראלי, קריאה הצהרתית מובהקת של הוראות אלה מעוררת קשיים לא מבוטלים, בראייה פרשנית קוהרנטית. אציין שני קשיים עיקריים: ראשית, לשונו של חוק הלאום מנוסחת בלשון 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";²³ הוא מרמז שהוראותיו יכולות היו להביא לשינוי של הסטטוס קוו המעשי ("בפועל") בעניין מעמד השפה הערבית בישראל;²⁴ הוא כולל הוראת זכות (המטילה במשתמע חובה במשפט) בקשר ליום המנוחה של מי שאינם יהודים;²⁵ והוא משתמש בביטוי אופרטיבי ("ותפעל"), גם אם בהקשר עמום, ביחס לתמיכה בהתיישבות יהודית.²⁶ גם ההיסטוריה החקיקתית כוללת ראיות לכך שנוסחים אלה נועדו לשנות בפועל את המשפט בשורה של סוגיות, ולא להישאר רק ברמה ההצהרתית.²⁷ כוונה זו הובילה בחלק מן ההקשרים לשילוב הלשון האופרטיבית, ובחלק אחר להסרת נוסחים מסוימים בדיוק בגלל החשש מפני האופן שבו יאכפו על ידי רשויות השלטון ובתי המשפט.²⁸

שנית, קריאה הצהרתית של חוק הלאום לא תתיישב עם האופן שבו המשפט הישראלי פירש, יישם ואכף את כל יתר חוקי-היסוד, ודאי מאז נקבע מעמד המשותף כנורמות חוקתיות אכיפות החל מפסק דין **בנק המזרחי**. גם אם יש בחוקי-היסוד השונים הוראות בעלות אופי שהנו הצהרתי יותר מאשר אופרטיבי – סעיפים 1 ו-1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הם דוגמה בולטת – הרי שאגד חוקי-היסוד יוצר תוצאות משפטיות מובהקות במשפט הישראלי, ובהעדר הוראה מפורשת לסתור, מתבקש לקרוא גם את חוק הלאום, העשיר כל כך בהסדרים ובהוראות בעלי לשון משפטית, כחלק ממסורת

²⁰ ראו Mark Tushnet, *Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*, 82(7) TEX. L. REV. 1895, 1898-1902 (2004).

²¹ בלשונו של הראל, "binding unenforceable constitutional directives". ראו ALON HAREL, WHY LAW MATTERS 158-168 (2014).

²² ראו למשל HAREL, שם; Ginsburg et al., לעיל ה"ש 5, בעמ' 113; רובינשטיין ואורגד, לעיל ה"ש 19, בעמ' 98-99.

²³ ס' 2(ה), 4(ב), 8 סיפא, 10 סיפא.

²⁴ ס' 4(ג) – מתבקש להבין מהוראת ס"ק ג', שבהעדרה היה מתרחש שינוי במעמדה בפועל של השפה הערבית בעקבות חוק הלאום.

²⁵ ס' 10 מציעתא.

²⁶ ס' 7.

²⁷ ראו למשל דברי יו"ר הוועדה המשותפת, ח"כ אמיר אוחנה, בישיבת הוועדה מיום 28.11.2017 (פרוטוקול מס' 8, עמ' 18): "סעיף זה [ס' 7 בנוסח הסופי של חוק הלאום] [] ברור שבא לתת תגובה לפסק דין קעדאן"; דברי ד"ר חגי ויניצקי בישיבת הוועדה המשותפת מיום 16.5.2018 (פרוטוקול מס' 14, עמ' 5-6): "בשני פסקי דין מאוד ידועים – פרוטוקול 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".

²⁸ ראו למשל דברי יו"ר הוועדה המשותפת, ח"כ אמיר אוחנה, בפתח ישיבת הוועדה מיום 3.1.2018, בה נדונה הצעה לציין את המשפט העברי כאחד המקורות להשלמת חסר בדיון: "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" (פרוטוקול מס' 10, עמ' 3).

זו. חשוב להדגיש בהקשר זה את המשמעות הפוטנציאלית של קריאה הצהרתית של חוק הלאום למכלול הפרויקט החוקתי הישראלי – מ"החלטת הררי", עבור ב"מהפכה החוקתית" של שנות ה-90, והמשך בעידן הנוכחי: גם אם קיימים טעמים להפחתת המשקל האופרטיבי של חוק הלאום – למשל, כדי ליישבו ביתר נוחות עם עקרונות היסוד של השיטה הכוללים מחויבות לשוויון אזרחי גמור²⁹ – הרי שפחות במעמד הנורמטיבי של החוק עשוי לעורר ספק בדיעבד בדבר המעמד המשפטי של חוקי-היסוד הקודמים גם כן, בדגש על חוקי-היסוד בנושא זכויות האדם, העשירים יחסית בלשון ערכית כללית ומופשטת.

2. חוק הלאום כמקור להשראה פרשנית

לפי הגישה השנייה, חוק הלאום נועד להוביל לשינוי אופרטיבי במשפט הישראלי, אך זאת לא דרך נחתת היסודות להסדרים חדשים במשפט, אלא באמצעות השפעה על פירושם של יתר הדינים במשפט הישראלי העוסקים בנושאים המוסדרים בו. לפי מובן זה, פעולתו של חוק הלאום תהא במצבים של ספק פרשני, בהם יידרשו מפרשי הדין ברשויות השלטון השונות להעדיף את הערכים המעוגנים בו, כמו חשיבות השבת והחגים הלאומיים, ההיררכיה בין העברית והערבית (ובינן לבין שפות אחרות), המרכזיות של ערכי העלייה היהודית וההתיישבות היהודית, ועוד. המובן הפרשני מספק היגיון לעיגון החוזר של הסדרים רבים, המופיעים כבר בחקיקה מוקדמת, בחוק הלאום: לפי ההלכות שנקבעו בעבר ביחס לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לחוק-יסוד – להבדיל מחוקים רגילים – השלכה פרשנית על כל הנורמות בשיטת המשפט, המחייבת לתת להן מובן אשר מתיישב ככל האפשר עם הלשון החוקתית.³⁰ כלומר, עיגון בחוק-יסוד של נורמות שנכללו בעבר בחקיקה רגילה הופכת אותן כעת לבעלות משקל רב יותר מבעבר במצבים של איזון בין ערכים, תכליות או אינטרסים.³¹

אמנם, במהלך החקיקה של חוק הלאום, הוסר ממנו סעיף שנכלל בהצעת החוק המקורית, ואשר הציע לקבוע ברחל בתך הקטנה כי להוראות חוק הלאום עליונות פרשנית על כל הוראה אחרת בדין הישראלי.³² הסרתה של הוראה זו, במסגרת עבודת הוועדה המשותפת שהכינה את חוק-היסוד לקריאה ראשונה, עשויה להתפרש כמבטאת נטייה של המחוקקים לוותר על היומרה שחוק הלאום ישמש להשראה פרשנית, אף שראש הוועדה ציין מפורשות שזו אינה הכוונה.³³ אכן, בחומרי ההכנה שהוצגו למחוקקים ובנימוקים הפומביים שהובאו לתמיכה בחוק ניתן ביטוי לכוונה מפורשת להביא לשינוי בעמדות הפרשניות של בית המשפט העליון בשורה של סוגיות משפטיות, שעל-פי הטענה קיבלו מענה שיפוטי שהפריז בהדגשת ההיבט הדמוקרטי באופיה של המדינה, על חשבון זה היהודי. כך בפרט בעניין מעמדן היחסי של העברית והערבית, בעניין האפשרות לעודד התיישבות נפרדת ליהודים, ובעניין מדיניות ההגירה של לא-יהודים לישראל.³⁴ נראה אפוא שהסרתה של הוראת

²⁹ ראו אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9, 27-28 (2017).

³⁰ 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 שתוקפן אינו מוגן באופן זה.

³¹ ראו Akhil Reed Amar, *Constitutional Redundancies and Clarifying Clauses*, 33 VAL. U. L. REV. 1 (1998).

³² ס' 1(ג) להצעת החוק הפרטית המקורית (שהפך בהמשך לס' 1(ד) בנוסח שנדון בשלב ההכנה לקריאה ראשונה) קבע ש"האמור בחוק-יסוד זה או בכל דבר חקיקה אחר יפורש לאור הקבוע בסעיף זה" (פ/1989, 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").

³³ ראו המשך 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 והדמוקרטיה אכן צריכים להיות שלובים אלה באלה ולא כפופים זה לזה").

³⁴ ראו למשל אביעד בקשי חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי – הצורך המשפטי (נייר עמדה של המכון לאסטרטגיית ציונית, 2013) <https://bit.ly/2rr36oh>; רויטל חובל "שקד: יש מקום לשמור על רוב יהודי במדינה גם במחיר של פגיעה בזכויות אדם" הארץ 12.2.2018 <https://bit.ly/3261bDO> (ציטוט מדברי שרת המשפטים כי "מבחינה חוקתית יש יתרון לדמוקרטיה וצריך לאזן את זה ולתת לבית המשפט העליון עוד כלי חוקתי שיתן כוח גם ליהודית").

העליונות הפרשנית ביטאה פשרה פוליטית מיידית, ולא ויתור על אפקט פרשני, מן הסוג שניתן לכל חוקי-היסוד.

מן הצד השני, בולט שבחוק הלאום לא נכללו, מתחילה, כמה הוראות שהוכרו מאז חקיקת-היסוד בדבר זכויות האדם כמסמנות עליונות אופרטיבית של חוק-יסוד על יתר הדינים. כך, בשונה מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומחוק-יסוד: חופש העיסוק, חוק הלאום אינו כולל פסקת כיבוד ("כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד...")³⁵; ויתרה מכך, 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").³⁶ כידוע פסקת ההגבלה היתה הבסיס המשמעותי ביותר לקביעת העליונות הנורמטיבית של חוקי-היסוד של 1992, בכך שקבעה לראשונה תנאי תוקף תוכניים-מהותיים לדינים תת-חוקתיים סותרים.³⁷ חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו כולל גם הוראה של שמירת דינים³⁸ וחוק-יסוד: חופש העיסוק כולל הוראת התגברות³⁹ – שני הסדרים המורים במשתמע להשפעתם הפוטנציאלית של חוקי-יסוד אלה על תוקפם של דינים סותרים. חוק הלאום אינו כולל איזו מן ההוראות הללו,⁴⁰ וזהו נתון שניתן לפרשו כמכוון להגבלת משקלו הנורמטיבי להשפעה פרשנית בלבד.

קשה לחלוק אפוא על כך שלחוק הלאום אמורה, ואולי אף צפויה, להיות השפעה פרשנית על האופן שבו יישמו נורמות אחרות במשפט, ודאי אלה שבמדרג נורמטיבי נמוך מחוקי-היסוד. כפי שצוין, במשפט המשווה מוכר האפקט הפרשני של הוראות בלתי-אכיפות, וגם היחס שניתן במשפט הישראלי להכרזת 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 כדי הכרה בו כמקור לחובות משפטיות אכיפות, בדומה למעמדן במשפט הישראלי של אמנות בינלאומיות.⁴¹ כאמור, פסיקת בתי המשפט בישראל לפי שעה לא מלמדת על יישום הרעיון הזה ביחס לחוק הלאום, אך קשה לומר שנקבעה הלכה בהירה וסופית בעניין.

ועדיין, יש קושי במסקנה לפיה פעולתו של חוק הלאום מוגבלת רק להשפעה על פירושם של דינים תת-חוקתיים. ראשית, כפי שצוין לעיל, בנוסחו של חוק הלאום ובתהליכי הכנתו ניתן למצוא לא מעט ראיות לפוטנציאל של אפקט משפטי אכיף. שנית, גם חוקי-היסוד המוסדיים, שרובם נחקק לפני 1992, אינם כוללים פסקות כיבוד, הגבלה, שמירת דינים, או התגברות, ורבים מהם אף אינם משוריינים (בניגוד לחוק הלאום). למרות זאת, בית המשפט העליון קבע בשורה של הלכות שהם נהנים ממעמד חוקתי על-חוקי זהה לזה של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. גם אם ניתן לבקר את המהלך הפרשני הזה כעניין דוקטרינרי,⁴² אין מחלוקת שהוא השתרש באופן עמוק במרקם החוקתי של המשפט הישראלי, וכיום ההתייחסות למכלול חוקי היסוד שקדמו לחוק הלאום היא כאל פרקים בעלי מעמד שווה בחוקה הבלתי-שלמה של ישראל. כידוע, את העדרה של פסקת הגבלה מחוקי היסוד המוסדיים החל בית המשפט העליון להשלים באמצעות פיתוח פסיקתי של "פסקת הגבלה

³⁵ ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

³⁶ ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

³⁷ ראו דברי הנשיא ברק ב-ע"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, ובית המשפט יצהיר על בטלותו. **זהו שורש השינוי החוקתי**."). (ההדגשה הוספה).

³⁸ ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

³⁹ ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

⁴⁰ את ס' 4(ג) לחוק הלאום ניתן להבין כמכוון ל"שמירת דינים" בנושא השפה הערבית. אך בולט שהמלים עצמן אינן מופיעות בו, ומה שנשמר בו הנו "המעמד שניתן בפועל" לערבית – ביטוי עמום בהרבה מאשר המושג המשפטי המוכר "חוקף", בו משתמש סעיף שמירת הדינים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁴¹ ראו ברק, לעיל ה"ש 29, בעמ' 21-27.

⁴² ראו למשל אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" **משפט וממשל** 305 (2003); הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **משפט ועסקים** א 59, 62-65 (2004).

שיפוטית"⁴³, כשהוא מסמן בכך את מחויבותו לתפיסה אחודה של חוקי היסוד כולם, גם אם קיימים ביניהם פערים צורניים משמעותיים. אכן, כאשר ניסתה הכנסת במכוון ליצור חוק-יסוד שיהיה במעמד נחות מיתר חוקי-היסוד, באמצעות חקיקה של חוקי-יסוד זמניים (הוראות שעה) בנושא התקציב הדו-שנתי – בית המשפט העליון בלם אותה מתוך עמדה של קוהרנטיות חוקתית.⁴⁴

3. חוק הלאום כחוק-יסוד כבעל תוקף נורמטיבי רגיל

תוצאת הדיון שלעיל היא שחוק הלאום כולל בתוכו רכיבים מסוגים מגוונים. יש בו הוראות שהן במובהק הצהרתיות וקשה לראות אותן פועלות פעולה אופרטיבית במשפט הישראלי; יש בו הוראות שהדרך ההגיונית ביותר להבינן היא כמכוונות ליצור השפעה פרשנית על דינים קיימים; ויש בו הוראות שמתבקש לקראן כבעלות כוח משפטי אופרטיבי. אכן, לעתים אותה הוראה ממש ניתנת להבנה לפי יותר מגישה אחת.

אפיון זה של חוק הלאום אינו שונה מאוד מזה של הוראות שונות 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 ההפרטה של סמכויות מאסר. בית המשפט נמנע אז מהכרעה בעניין, אך הנשיאה ביניש, שכתבה את פסק הדין המוביל, התייחסה בהערת אגב להוראה כ"סעיף הצהרתי בעיקרו", אשר בה בעת "מעגן ברמה החוקתית את קיומו של 'גרעין קשה' של סמכויות שלטוניות, והותירה לעת אחרת את פיתוח הדוקטרינה שתגדיר בבירור את הרכיבים האופרטיביים לעומת ההצהרתיים של הסעיף.⁴⁵ בדומה לא ניתן לשלול מראש את ההבנה האופרטיבית של חוק הלאום, וגישה קוהרנטית למפעל חוקי-היסוד בכללותו – גישה המאפיינת את פסיקתו של בית המשפט העליון⁴⁶ – תעדיף את ההבנה הזו כבורית המחדל לפירוש חוק הלאום, כשהגישות החלופיות (הצהרתית או פרשנית) הן החריג שיצריך הוכחה בהקשרים נקודתיים.

יובהר, שעמדה ביחס לשאלה זו יכולה להיות מכריעה מבחינה משפטית. טלו חוק היפוטטי שהיה קובע הפעלתה של תחבורה ציבורית בשבת⁴⁷. סעיף 10 לחוק הלאום קובע ש"שבת ומועדי ישראל הם ימי המנוחה הקבועים במדינה". לפי הקריאה ההצהרתית, אין בכך אלא הכרזה על חשיבותה של השבת כערך במדינת הלאום של העם היהודי, וממילא חקיקת הכנסת יכולה לקבוע את היקף המחויבות לערך זה. לפי הקריאה הפרשנית, חוק התחבורה הציבורית בשבת היה עומד בתקפו, אך נדרש היה לפרשו באופן שיצמצם, למשל, את היתר ההפעלה של תחבורה ציבורית וירחיב את חריגי מניעתה. לפי הקריאה האופרטיבית של חוק הלאום, תיתכן ביקורת שיפוטית חוקתית ביחס לתקפו של חוק התחבורה הציבורית מכוח סעיף 10 לחוק הלאום, וניתן לתהות מה היתה תוצאת הליך כזה.⁴⁸ העמדה שהוצגה כאן, המבוססת בעיקרו של דבר על עקרון הקוהרנטיות החוקתית, הנה שכברירת מחדל יש לייחס לסעיף 10, כמו ליתר הוראות חוק הלאום, משמעות משפטית אופרטיבית. עמדה אחרת תידרש לביסוס פרשני נקודתי, כמו למשל ראייה מובהקת מן ההיסטוריה החקיקתית או צורך פרשני למנוע סתירה עם הוראות חוקתיות אחרות.

המשמעות הרגילה שהתגבשה במשפט הישראלי לחוק-יסוד בעל תוקף נורמטיבי רגיל היא שניתן להפעיל מכוון 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

⁴³ ראו להלן טקסט ליד ה"ש 93.

⁴⁴ בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.9.2017).

⁴⁵ בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד (סג) 545, 613 (2009).
ראו Barak Medina, *Constitutional Limits to Privatization: The Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization*, 8 I•CON 690 (2010).

⁴⁶ ראו למשל בג"ץ 2605/05, שם ("בהתחשב בתפיסתנו בדבר הפרשנות המרחיבה שיש ליתן להוראות בעלות מעמד חוקתי").

⁴⁷ ראו לדוגמה הצעת חוק הפעלת תחבורה ציבורית ביום המנוחה השבועי, התש"ף-2019, פ/115/22 (4.11.2019).

⁴⁸ שאלה זו קשורה בין היתר להסדר ההגבלה שיושם לחוק הלאום: ראו להלן טקסט ליד ה"ש 86-97.

המנוסחות בלשון שאיפתית, כמו סעיפים 5, 6 ו-7 בחוק הלאום. כפי שראינו, קיימות חוקות שקובעות 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, וזאת מבלי לבקר את תוכן הפעולות עצמן.⁴⁹ כך, למשל, סעיף 27 לחוקת דרום אפריקה, העוסק בזכויות לטיפול רפואי, למזון, למים ולשירותי רווחה, קובע שהמדינה חייבת לנקוט אמצעים סבירים לקידום המימוש של זכויות אלה.⁵⁰ בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה קבע שניתן לאכוף הוראה זו במשפט, אך שהאכיפה תוגבל לוודא שהשלטון אמנם מתחשב בזכויות הקבועות בחוקה בעצבו את מדיניות הרווחה שלו.⁵¹ 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 בהם התבקש לכאורה להפעילו.⁵² יש לו עם זאת הדים באותם מקרים בהם בית המשפט נמנע מפסיקה סופית בעתירות עקרוניות ותחת זאת "מנהל" אותן באמצעות ליווי נמשך של הפעילות השלטונית לתיקון הפגם החוקתי.⁵³

על יסוד ההבנה שחוק הלאום הוא, בסופו של יום, "עוד חוק-יסוד" העומד על אותה מדרגה נורמטיבית כמו חוקי-היסוד שקדמו לו – ינוהל הדיון להלן. בחלק הבא אעסוק על כן בשורה של שאלות משפטיות שעשויות להתעורר אם וכאשר חוק הלאום ייקלט למרקם החוקתי הישראלי, כשקול במעמדו לחוקי-היסוד הקודמים.

ג. חוק הלאום בראי חוקי-היסוד הקודמים

אופיו המגובב של הליך החקיקה החוקתי בישראל, במסורת "החלטת הררי" ובהעדר חוק-יסוד: החקיקה, והאופן הבלתי-מתוכנן בו "שודרגו" כל חוקי-היסוד למעלה חוקתית על-חוקית, הובילו למגוון שאלות בדוקטרינה חוקתית בדבר היחס שבין הסדרים בלתי אחידים בחוקי-היסוד השונים. שאלות אלה היו מנת חלקו של המשפט החוקתי הישראלי גם לפני חקיקה חוק הלאום, אך הן מקבלות דגשים מיוחדים בשורה של הקשרים חדשים לאור אופיו המיוחד של חוק הלאום. שאלת הבריה המחייבת מענה לצורך שילובו של חוק הלאום במרקם החוקתי הישראלי היא יחסו להגדרתה של מדינת ישראל, המופיעה בשלושה חוקי-יסוד קודמים, כ"מדינה יהודית ודמוקרטית". אפתח בשאלה זו. היא תוביל לעיון בשתי שאלות נגזרות של מתודולוגיה חוקתית: מה דין סתירה בין הוראות שבחוק הלאום ובחוקי-יסוד אחרים; ומה דין פגיעה של הוראה תת-חוקתית בהוראות חוק הלאום. אפנה אחרי כן לעסוק בשאלות ממוקדות יותר, שנוגעות להוראות הזהות והערכים שחוק הלאום רווי בהן. אדון 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 שחוזרות על הוראות מחקיקה קודמת; ומה תחום התחולה הטריטוריאלית של חוק הלאום.

1. חוק הלאום ו"יהודית ודמוקרטית"

עוד קודם לחוק הלאום, שלושה חוקי-יסוד נקטו כבר בלשון זהותית, בהגדירם את ישראל מדינה "יהודית ודמוקרטית". סעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת אוסר על התמודדות לכנסת של רשימות ומועמדים השוללים את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; וסעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק מגדירים את מטרת חוקי-היסוד בדבר זכויות

⁴⁹ ראו Tushnet, לעיל ה"ש 20, בעמ' 1902-1906, 1910-1912.

⁵⁰ 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")

⁵¹ *Government of the Rep. of South Africa v. Grootboom* 2001 (1) SA 46 (CC)

⁵² כוונתי בעיקרו של דבר להליכים בנושא הזכות ל"קיום בכבוד". ראו בג"ץ 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).

⁵³ ראו אריאל בנדור וטל סלע "שיקול דעת שיפוטי: העידן השלישי" **משפטים** מו 605, 639-641 (2017).

האדם כעניין ערכי של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. יתרה מזאת, לביטוי הזהותי בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם נועד גם תפקיד נורמטיבי ביישומה של פסקת ההגבלה, שאחד התנאים הקבועים בה להתיר פגיעה בזכויות הנו הלימה לערכיה של מדינת ישראל – במשמע ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית; וככל שפסקת ההגבלה משתמעת מוכרת במשפטנו גם ביחס לחוקי-יסוד אחרים, הרי שקיום ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית הנו תנאי לפגיעה תת-חוקתית בכל עקרון חוקתי במשפט הישראלי.

אמת, כעניין פוזיטיבי לביטוי "יהודית ודמוקרטית" לא היתה עד כה השפעה משמעותית על המשפט החוקתי הישראלי. כל הניסיונות – הרבים – להביא לפסילת רשימות או מועמדים לכנסת מכוח העילה שבסעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת נדחו על ידי בית המשפט העליון. בדומה, מעולם לא נפסלו חוק של הכנסת או החלטה שלטונית אחרת מחמת אי-הלימה לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁵⁴ אכן, בדוקטרינה שהתפתחה ליישום פסקת ההגבלה, מקובל שתנאי זה מציב את הרף הנמוך ביותר למעבר, יחסית לתנאים המהותיים האחרים – תכלית ראויה ובמיוחד מידתיות.⁵⁵ ועדיין, למושגיות "יהודית ודמוקרטית" יש משמעות לא מבוטלת במשפט, בחברה, ובתרבות בישראל. הצימוד הזה – שהורתו בקונוקטורה פוליטית מינורית⁵⁶ – הצליח לתפוס מקום בולט בשיח הזהותי הישראלי, ולהתגבש לכדי מסגרת ערכית מארגנת למסורת החוקתית הישראלית הצעירה.⁵⁷

בהינתן הנוכחות המשמעותית של המושגיות הזהותית הדואלית "יהודית ודמוקרטית" במקום החוקתי הישראלי, נשאלת שאלת היחס של חוק הלאום – שגם הוא רווי היגדים זהותיים – לצימוד הזה. כידוע חוק הלאום אינו כולל את הדיבור "יהודית ודמוקרטית". אף שזה נכלל בהצעת החוק המקורית,⁵⁸ הוא הוסר מן הגרסאות הסופיות במסגרת פשרה פוליטית שכללה גם את הסרתה של הוראת העליונות הפרשנית של חוק הלאום על יתר הדינים.⁵⁹ ואכן, חוק הלאום אינו מגדיר את ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית", אף לא "מדינה יהודית" (כביטוי שהופיע בהכרזת המדינה), כי אם "מדינת הלאום של העם היהודי" (סעיף 1(ב)). מה היחס בין ביטויים אלה?

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 כזו בדברי החקיקה; למעשה, במהלך כל דיוני החקיקה שבו תומכי החוק והדגישו שהוא עולה בקנה אחד עם הגדרת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית".⁶⁰ ככל שאין סתירה מובהקת בין ההיגדים החוקתיים, מתבקש אפוא פירוש שיישב ביניהם.

⁵⁴ 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 **גלאן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 44 (2012). וראו לאחרונה דעת היחיד של השופט עמית בבג"ץ 2293/17 **גרסגה נ' כנסת**, פס' 11-10 (פורסם בנבו, 23.4.2020).

⁵⁵ ראו למשל אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות" **משפטים** מב 1097, 1111 (תשע"ב) ("במשך השנים איבדה הדרישה [כני 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).

⁵⁶ ראו ניר קידר **משפט כחול לבן** 141-137 (2017).

⁵⁷ ראו שחר ליפשיץ ואורי אהרונסון "יהודית ודמוקרטית כמתודולוגיה" **תרבות דמוקרטית** 19, 9 (2020).

⁵⁸ 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 ס' 2 להצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/1989/20, 29.7.2015.

⁵⁹ ראו דברי י"ר הוועדה, ח"כ אמיר אוחנה, והיועץ המשפטי לוועדה, ד"ר גור בליי, בישיבת הוועדה המשותפת מיום 13.3.2018 (פרוטוקול מס' 11, עמ' 3, 7-6).

⁶⁰ ראו למשל דברי שרת המשפטים איילת שקד בישיבת הוועדה המשותפת מיום 26.7.2017 (פרוטוקול מס' 1, עמ' 21) ("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) בישיבת הוועדה המשותפת מיום 26.9.2017 (פרוטוקול מס' 3, עמ' 50) ("בהתחלה אמרו לי: קח את מגילת העצמאות ותסב אותה להצעת חוק יסוד. אמרתי, תראו, אנחנו מדברים על מדינה")

כאן יש להבחין בין הרעיון הזהותי המרכזי של חוק הלאום – היות ישראל "מדינת הלאום של העם היהודי" – ובין 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, ניתן להבין ביטוי זה כמבקש להנהיר את ה"צלע" היהודית באותו צימוד מקורי, מבלי לפגוע במעמד הצימוד כולו ובפרט ב"צלע" הדמוקרטית שלו. בהיסטוריה החקיקתית ראיות רבות לכך שזו היתה כוונת המנסחים – לספק לפרשנים החוקתיים כלים בהירים להזנה בתוכן נורמטיבי של זהותה של ישראל כמדינה יהודית, בין היתר כאמצעי לאיזון נטייתו הנטענת של בית המשפט העליון להקנות משקל עודף לערכי הדמוקרטיה המעוגנים בצימוד, ושהפירוט שלהם מופיע כבר בסעיפי הזכויות ובהוראות שונות בחוקי-היסוד המוסדיים. במסגרת זו, ניתן לקרוא את המלים "מדינת הלאום של העם היהודי" כמנהירות את ההיגד "מדינה יהודית" – למשל בהבחנה ממובנים אחרים אפשריים לביטוי זה, כמו מדינת הלכה או מדינה שחיים בה יהודים.⁶¹

בקריאה זו, מתבקש להבין את ההסדרים המפורטים בחוק הלאום כרשימה – לא בהכרח סגורה – של מה שנתפס בעיני הרשות המכוננת כרכיבים יסודיים בהגדרת ישראל כמדינה יהודית. בתחום זה קיימת כידוע מסורת פסיקתית יציבה למדי אשר מונה, מפיו של הנשיא ברק, שורה של רכיבי מינימום המתחייבים מהיותה של ישראל מדינה יהודית:

"זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, שהיהודים יהוו בה רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה, ועיקר חגיגה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית."⁶²

רשימה קצרה זו נוסחה אמנם בהקשר לסעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת, שפירושו מאופיין בעקביות בגישה מצמצמת ביותר, נוכח פגיעתו בזכויות היסוד להיבחר ולבחור. יחד עם זאת בית המשפט העליון חזר וציטט אותה גם בפירוש הדיבור "מדינה יהודית ודמוקרטית" בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם,⁶³ מרמז שזו תפיסתו העקרונית להיקף המושג.⁶⁴

כפי שצוין, לפי שעה בית המשפט העליון נוהג כאילו לא חל שינוי בפירושו ל"מדינה יהודית", נוכח חוק הלאום. בפרט, חוק הלאום לא זכה להתייחסות כלשהי בפסיקות שעסקו בפסילת רשימות ומועמדים בבחירות לכנסות ה-21 וה-23,⁶⁵ אשר ניתנו אחר כניסתו לתוקף ועסקו בעילתה הקבועה בסעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת. קשה להלום עמדה זו. ככל שחוק הלאום יעמוד בתקפו, ספק אם יש דרך להימנע מהרחבת הפירוש שניתן ל"מדינה יהודית" בחוקי-היסוד, כך שיתקרב לאופן בו המושג מפותח בחוק הלאום. ספק אם קריאה של חוק הלאום כולו, כאילו אין בו אלא לחזור על המובן שכבר ניתן להיגד "מדינה יהודית" במשפט הישראלי – ובפרט המובן המינימאלי שנוסח בפסק הדין בעניין טיבי – תתייבש הן עם המסורת הפרשנית הנרתעת ממיותרות (redundancy)

היהודית ודמוקרטית, בעוד שבמגילת העצמאות מופיעה המילה "יהודית" אבל לא מופיעה המילה "דמוקרטית". יש הרבה מאוד רכיבים דמוקרטיים במגילת העצמאות, אבל לא "היהודית ודמוקרטית"; דברי יו"ר הוועדה, ח"כ אמיר אוחנה, בשיבת הוועדה המשותפת מיום 13.3.2018 (פרוטוקול מס' 11, עמ' 3, 7) (בהסרת הביטוי "היהודית ודמוקרטית" מהצעת החוק "איננו באים לומר דבר אחר מאשר מה 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 שלי").

⁶¹ ראו למשל רות גביון **ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – מתחים וסיכויים** 25-28 (2006).
⁶² א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי**, פ"ד נז(4) 1, 21 (2003). ראו בדומה א"ב 1095/15 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' זועבי** [פורסם בנבו] (10.12.2015), פ"ס 60 לפסק-הדין של הנשיאה נאור.

⁶³ ראו למשל בג"ץ 5026/04 **דיוזין 22 – שארק דלוקס רהיטים נ' רוזנצווייג**, פ"ד ס(1) 38, 54 (2005); בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 547 (2005).

⁶⁴ בכתבתו האקדמית של ברק מופיעה רשימה מקיפה ומפורטת בהרבה, שחופפת באופן מסקרן לרבות מהוראות חוק הלאום. ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית** 332 (תשנ"ד).

⁶⁵ ראו א"ב כסיף, לעיל ה"ש 10; א"ב יזבק, לעיל ה"ש 10.

בחקיקה,⁶⁶ הן עם העמדות שביטאו רבים ממקדמי חוק הלאום בהליך החקיקה בכנסת. בראיה קוהרנטית של החוקה הישראלית, נדמה שיקשה אפוא לפרש את הדיבור המשפטי "מדינה יהודית" מבלי 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 בחוק-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 אותם רכיבים. התוצאה העקיפה היא אפוא צמצום בזכויות לבחור ולהיבחר לכנסת;⁶⁷ וככל שחוק הלאום עמנו כדי להישאר, יש בכך הצדקה נוספת לקריאה לביטול הוראת סעיף 7א(א)(1), שפגיעתו בשוק הדעות הפוליטי עולה על תועלתו בהגנה מפני חזונות חוקתיים חתרניים.⁶⁸

הקושי הפרשני המוחשי יותר נוגע כמובן באותן הוראות בחוק הלאום שמעוררות מתח עם הצלע השנייה בהגדרה הוותיקה לזהות המדינה – היותה מדינה דמוקרטית. כמה הוראות עשויות לעורר מתח זה, כשהבולטת מכולן היא סעיף 7, המורה למדינה לעודד ולקדם הקמה וביסוס של התיישבות רק לחלק מאוכלוסיית המדינה, וניתן לכן להבינו ככזה שמפר 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) לחוק-היסוד הקודמים, ובפרט אין למצוא בו שלילה של זהותה הדמוקרטית של ישראל, אף לא הוספת תוכן נורמטיבי חדש למובן שניתן לרעיון הדמוקרטי במשפט הישראלי עד כה. הנטל יהיה לכן על הפרשנים ליישב את המתח הזה במישור התת-חוקתי, כך שכל פגיעה שתגרום כתוצאה מחוק הלאום בזכות האדם לשוויון תעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה – כפי שיוסבר להלן.

2. מה דין סתירה בין חוק הלאום וחוקי-יסוד אחרים?

בהנחה שחוק הלאום יצלח את העתירות נגד עצם תוקפו, חלק מן ההוראות המופיעות בו צפויות לעורר בהמשך 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 אשר סותרים את איסור ההפליה על רקע דתי ולאומי, שהוכר כנכלל באיסור לפגוע בזכות לכבוד, המעוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. או, בדומה, בבואן לקבוע בחוק פרטים לעניין ההוראה בסעיף 10 לחוק הלאום ששבת היא יום המנוחה הקבוע בישראל, הכנסת או הממשלה עשויות לקבוע הסדר אשר סותר את איסור הפגיעה בחופש התנועה,⁶⁹ הנכלל בזכות לחירות שמעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או בחופש העיסוק, המעוגן בחוק-יסוד: חופש העיסוק.⁷⁰

⁶⁶ ראו למשל ע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 27 (פורסם בנבו, 29.1.2019); J. Kodwo Bentil, *Statutory*; John M. Golden, *Redundancy: When Law Repeats*; *Surplusage*, 12 STAT L. REV. 64 (1991).
Itself, 94 TEX. L. REV. 629 (2016).

⁶⁷ תירוש עדיין הכרעה בשאלה מה שיעור הרכיבים אותם יש לשלול, מתוך המכלול העשיר המבוטא בחוק הלאום, כדי להיחשב למי ששולל את "קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית...".

⁶⁸ ראו למשל עדי גל ומרדכי קרמיצר *פסילת רשימות ומועמדים – הגנה על הדמוקרטיה או פגיעה בה?* 116-112 (2019).

⁶⁹ ראו למשל בנימין ברגר "גפני: נדרוש חוק שיסדיר שלא תהיה תח"צ בשבת – אין הבדל בין ת"א לב"ב" JDN <https://bit.ly/2wOf3ac> 26.2.2020.

⁷⁰ חוקתיותם של ההסדרים הקבועים כבר בחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 בנושא השבת אושרה בעבר על-ידי בית המשפט העליון. ראו בג"ץ דיזיין 22, לעיל ה"ש 63. חוק הלאום עשוי, עם זאת, לשמש זרז לחקיקה נוספת שתעמיק עוד את הפגיעה בחופש העיסוק.

(ב) הכנסת או הממשלה קובעת 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, וזאת לכאורה בניגוד להבחנה שיוצר סעיף 4 לחוק הלאום בין מעמדן של שתי השפות. או מצב בו הכנסת פועלת לפי חובתה להימנע מפגיעה לא מידתית בחופש העיסוק לפי סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ומתקנת את חוק שעות עבודה ומנוחה כך שיתיר עבודה בכל ימות השבוע, וזאת לכאורה בסתירה להוראות סעיף 10 בחוק הלאום, הקובע את שבת כיום מנוחה רשמי.

סתירות בין הוראות שונות בחוקה, ובמקרה הישראלי בין חוקי-יסוד שונים, אינן תופעה נדירה, והיא מתבקשת בפרט כאשר החקיקה החוקתית מתנהלת בתהליך ממושך ומקוטע.⁷¹ חוק הלאום עם זאת עשוי להעלות את שיעור המתחים הפנים-חוקתיים במשפט הישראלי, משלוש סיבות שייחודיות 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 בקרב המערכות הפוליטיות והמשפטיות כבעל תוקף אופרטיבי מלא, ניתן להבינו כיוצר חובה לחוקק שורה של הסדרים מפורטים, וכולם בנושאים טעונים ביותר מבחינה אידיאולוגית ואשר צפוי שיתקפו כמפרים את חובות המדינה בתחום זכויות האדם. שנית, מבחינת תוכנו של החוק, יחסית ללקוניות המאפיינת את חוקי-היסוד הקודמים בכל הנוגע לשיח זהות וערכים, המתמחה 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 הניטראליים-בעיקרם של חוקי היסוד המוסדיים. לבסוף, מבחינת כוונתם של חלק מן המחוקקים שתמכו בחוק הלאום (ככל שזו מקבלת משקל בפרשנותו), מטרתו המוצהרת היתה "לתקן" את המצב המשפטי שנבע מחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, כלומר מדובר בסתירה שהיא בחלקה מכוונת, ולא תוצאה של תקלה חוקתית.

ייתכנו שלושה מענים למצבים של סתירה אפשרית בין הוראות בחוקי-היסוד: מענה אחד מראש (אקס אנטה) ושניים בדיעבד (אקס פוסט). **המענה הראשון**, שנועד למנוע מראש את היווצרותה של סתירה, הנו פרשני. בכל שיטות המשפט מקובלת הגישה לפיה על הפרשן להתאמץ וליישב הוראות שונות במטריה הנורמטיבית באופן הרמוני, מתוך מטרה להימנע ככל הניתן מהגעה לסתירה.⁷² לכן אם קיימים פירושים שונים להוראה מסוימת, ראוי לאמץ את הפירוש המתיישב עם הסביבה הנורמטיבית ואינו מוביל לסתירה.⁷³ 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.⁷⁴ בהקשר החוקתי, לחזקה נגד סתירה תפקיד נוסף, פוליטי: ככל שתפקיד החוקה הוא לגבש את האומה סביב אתוס נורמטיבי משותף, עליה לשאוף לקוהרנטיות ערכית, כך שלא תהפוך למקור לפיצול ולקיטוב.

לפי גישה זו, מתבקש אפוא לפרש את חוק הלאום באופן המתיישב ככל הניתן עם חובותיה של המדינה לפי חוקי היסוד הקודמים, ובפרט חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; בה בשעה שיש לפרש

⁷¹ ראו לאחרונה את ס' 3 (ג) להחלטת-הביניים של בית המשפט העליון בבג"ץ 2109/20 **בן מאיר נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 19.3.2020), המבקש השלמת טיעון בדבר היחס בין סעיף 39(ד) לחוק-יסוד: הממשלה וסעיף 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכוללים הסדרים שונים בנושא הפגיעה של תקנות שעת-חירום בכבוד האדם.

⁷² 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 ואת ההרמוניה החוקתית"); ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, *READING LAW: 180-182* (2012); *THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS*.

⁷³ ראו למשל אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 116-118, 417-415 (תשס"ג).

⁷⁴ ראו למשל 92-96 **BRIAN TAMANAHA, ON THE RULE OF LAW: HISTORY, POLITICS, THEORY** (2004).

את חוקי-היסוד הקודמים באורח 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 כנגזרת של מחויבותה לפרויקט הצינוני הכללי של עידוד ההגעה של יהודים לארץ והשתקעותם בה, להבדיל מיצירת ישובים ייחודיים ליהודים בתוכה.⁷⁵ או, למשל, לפרש את הביטוי "ימי המנוחה הקבועים במדינה" כמכוון לרשויות המדינה ולא לפרטים בתוכה. בה בעת, את הזכות לשוויון, שהוכרה כנכללת בזכות לכבוד האדם אך היקפה זכות נגזרת טרם הוכרע, יידרש עתה לנסות לתחום באופן שמכיר בהבחנות מסוימות על בסיס דת או לאום, למשל כאלה הנוגעות לאופיו של המרחב הציבורי, להבדיל מזכויות של פרטים מול המדינה.⁷⁶

כמובן, לא תמיד ניתן ליישב באופן פרשני מה שנחזה כסתירה בין הוראות נורמטיביות שוות-מעמד. המאמצים הפרשניים שהודגמו לעיל עשויים להיכשל: ייתכן שאין פירוש סביר המאפשר להלום באופן מלא את עקרון ההתיישבות היהודית עם איסור ההפליה המעוגן בזכות לכבוד. במצבים כאלה המענה יבוא 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.⁷⁷ גישה זו הוצעה, בהקשר לסתירה בין חוקי-יסוד, בפסק-דין פלוגית נ' בית הדין למשמעת, שעסק במתח שבין עקרון פומביות הדיון, המעוגן בסעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה, והזכות לפרטיות, המעוגנת בסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁷⁸ באותו מקרה קבעה השופטת דורנר בדעת יחיד, שיש להתייחס להוראת הזכות כהסדר כללי, ולהוראת הפומביות כהסדר ספציפי, המחריג את הנאמר בבית המשפט מהיקפה של הזכות לפרטיות.⁷⁹ ברוח זו ניתן היה לכאורה לטעון שההסדרים הספציפיים של חוק הלאום מכרסמים בהיקפן של הזכויות המוגנות באופן כללי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הקושי של היוריסטיקה הפורמליסטית הזו ניכר: ראשית, כשאנו עוסקים בהצהרות עקרוניות על זכויות וערכים, הקביעה מהו הדין הכללי ומהו הספציפי נדמית לא פחות משרירותית.⁸⁰ ניתן הרי לומר באותה מידה של שכנוע, שעקרון ההתיישבות היהודית הוא ההסדר הכללי, ואילו הזכות לכבוד האדם היא הסדר ספציפי המחריג ממנו את כל אותם קווי מדיניות הכרוכים בהפליה של לא-יהודים. שנית, כזכור, בהליך החקיקה נדחה במפורש הנוסח שביקש להעמיד את חוק הלאום במעמד עדיף ביחס לכל יתר חוקי-היסוד⁸¹ – נתון הסותר את פרשנות חוק הלאום כדין מאוחר שגובר על קודמיו. שלישית, וחשוב מכל, העדפה מכאנית של הוראה חוקתית אחת על-פני אחרת אינה מתיישבת עם אופיין הכללי של נורמות חוקתיות ערכיות, שתחומי חלותן בהכרח חופפים. אכן, גישה כזו אינה מתיישבת עם האופן בו 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 כזו מכירה בכך שדינים רבים יפגעו בזכויות חוקתיות,

⁷⁵ להצעה פרשנית ברוח זו ראו רוגית לוי-שנור ואדם שנער "סעיף 7 לחוק יסוד הלאום – האם ניתן ליישב את המחלוקת?" **תרבות דמוקרטית** 21 _____ (צפוי להתפרסם 2020, <http://ssrn.com/abstract=3691826>).

⁷⁶ השוו דעות השופטים השונים בבג"ץ 4112/99 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נו"ד (5) 393 (2002).

⁷⁷ ראו למשל ברק, לעיל ה"ש 73, בעמ' 117.

⁷⁸ בג"ץ 1435/03 **פלוגית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה**, פ"ד נח(1) 529, 541-542 (2003).

⁷⁹ **שם**, בעמ' 542 ("הזכות לפרטיות, כמשמעותה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינה משתרעת אפוא על מקרים המוסדרים בסעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה").

⁸⁰ ראו מיכאל בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" **מחקרי משפט** יט 591 (2003).

⁸¹ ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 32-33.

כאשר חוקיות הפגיעה נבדקת לא במישור היקף הזכות כאילו ניתן היה לתחום אותו כך שלא יעמוד בסתירה עם ערכים אחרים, אלא במישור הצידוק לפגיעה בה, באמצעות מבחני איוון ומידתיות.⁸²

ביקורות אלה עמדו ביסוד עמדתו של הנשיא ברק בפסק-הדין בעניין **פלונית**,⁸³ ובכתבתו האקדמית הענפה בנושא. ברק מסביר שכללי הברירה הפורמליים מועילים רק במצבים של סתירות בין כללים, אך לא במצבי סתירה בין עקרונות. מתוך אותה גישה המרחיבה בפירושם של היגדים ערכיים ברמה החוקתית, מציע ברק להכיר בכך שתיתכנה סתירות מגוונות בין עקרונות חוקתיים שונים, ושהפתרון לסתירות אלה ייעשה במסגרת בדיקת הצידוק לפגיעה באותם עקרונות במישור התת-חוקתי, למשל באמצעות מבחניה של פסקת ההגבלה.⁸⁴ יתרון הגישה הזו כפול: מצד אחד הוא חוסך הכרעה מופשטת ובינארית, כבמשחק סכום-אפס, בין תחומי החלות של עקרונות שונים בחוק; ומצד שני הוא מחייב בירור מהותי של שיקולי המדיניות והצידוקים הערכיים שביסוד העקרונות החוקתיים, כפי שהם מיושמים בהסדר נתון המונח לפני הפרשן. מסיבות אלה גישה זו זכתה לתמיכה בספרות המחקרית,⁸⁵ ונראה שהיא בעלת הפוטנציאל המעשי ביותר ליישוב סתירות מן הסוג שהודגם לעיל בין התוצאות המשפטיות של חוק הלאום ואלה של חוקי-היסוד שקדמו לו. משמעות הדבר היא שהכנסת תידרש להתנסות בחקיקה ליישום חוק הלאום, בלא היתר אפריורי לפגוע בזכויות חוקתיות. משייבחר הסדר מסוים, ניתן יהיה לבחון באורח הקשרי את עוצמת הפגיעה שלו בזכות החוקתית לעומת מידת הנחיצות שלו למימוש העקרון החוקתי ולהכריע באשר לחוקתיותו; זאת, מתוך הנחה של שקילות במעמד הנורמטיבי של חוקי-היסוד השונים, וחוק הלאום בכללם. בירור זה יידרש לנוסחת איוון כלשהי – נושאו של החלק הבא.

3. מה דין פגיעה של הוראה תת-חוקתית בהוראות חוק הלאום?

כפי שכבר צוין, למעט שריון נומינאלי, חוק הלאום אינו כולל כל הוראה הקובעת מפורשות את מקומו במדרג החוקתי או מסמנת את מעמדו כעליון על חקיקה רגילה. עם זאת, כפי שהוסבר, גישה של קוהרנטיות חוקתית מצדיקה לראות בו נורמה במעמד זהה למעמדם של חוקי-היסוד שקדמו לו, ואלה כבר הוכרו במשפט הישראלי כעליונים ביחס לחקיקה רגילה של הכנסת או לחקיקת-משנה. לאור זאת, מתעוררת השאלה: מה דינה של חקיקה תת-חוקתית שייטען כי היא פוגעת באמור בחוק הלאום? טענות לפגיעה בהסדריו של חוק הלאום יכולה להתרחש 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 על עבירות 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 הללו צפוי שיעלו טענות בדבר סתירה של הפעולות השלטוניות הללו לחוק הלאום. מה דינן?

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

האפשרות הראשונה היא שהוראות חוק הלאום פשוט אינן ניתנות לפגיעה או לסתירה ברמה התת-חוקתית. כלומר, שכל חקיקה תת-חוקתית שסותרת איזו מהוראותיו של חוק הלאום (לפי פירושו הנכון) – בטלה. מסקנה זו אינה סבירה מבחינה דוקטרינרית לנוכח הלשון הערכית הרחבה והכללית

⁸² ראו משה כהן-אליה "מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק" **משפט ועסקים** טו 317, 327-326 (תשע"ב).

⁸³ בג"ץ **פלונית**, לעיל ה"ש 78, בעמ' 537-540.

⁸⁴ ראו למשל אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" **משפט וממשל** יט 119, 129 (תשע"ח) ("במישור החוקתי כל אינטרס ציבורי וכל זכות חוקתית נשארים בהיקף שניתן להם על-פי הפרשנות התכליתית, בלא התחשבות בהתנגשות האפשרית. פתרוןם של ניגודים אלה הוא בהשאת הניגוד ברמה החוקתית תוך קביעת מידתה של ההגנה הניתנת לזכויות... ברמה של חקיקה רגילה... החייבת לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה...") (הציטוטים מבג"ץ **פלונית**, לעיל ה"ש 78).

⁸⁵ ראו למשל ברק מדינה והגר שגב "התנגשות בין זכויות: אפיון מחדש של איוון אנכי ואופקי" **משפטים** מו 535, 596 (תשע"ח); מיכאל בירנהק "חשיפה מקוונת וחשיפה משפטית: על פרטיות ופומביות של פסקי דין ברשת" **משפטים** מז 31, 40 (תשע"ט).

המאפיינת את הוראות חוק הלאום, ואף אינה הולמת את התפתחות הדוקטרינה במצבים אלה במשפט הישראלי. גם אם ניתן לטעון שאין להתיר פגיעה תת-חוקתית, אפילו מוצדקת, בהוראות הקובעות כללים מובהקים בחוקה (כמו רבות מן ההוראות המוסדיות וההליכיות הנוגעות למבנה המשטר),⁸⁶ אין לקבל עמדה כזו ביחס לנורמות חוקתיות המנוסחות כעקרונות. קשה ביותר – ולמעשה ספק אם אפשר אף כעניין מושגי – לנסח עקרון חוקתי, כמו היגד זכותני או ערכי, שיישומו לא יחייב איזון מול אינטרסים או זכויות מתחרים כדי לקבוע את תחום חלותו או את הצדקת הסטייה ממנו.⁸⁷ שיטות משפט שונות מבטאות את הרעיון הזה בדרכים שונות – בין באמצעות החלת הסדר הגבלה הקובע מבחן לצידוק הפגיעה בעקרון חוקתי,⁸⁸ בין באמצעות הותרת שיקול הדעת לרשויות קובעות-המדיניות באשר לאופן יישום העקרון,⁸⁹ ובין באמצעות הגדרת העקרון החוקתי או פירושו באופן נסיבתי, כך שיוחרגו ממנו תחומים בהם לא ראוי שיפעל.⁹⁰

עיון בחוק הלאום מלמד שכמעט כל הוראותיו הן מן הסוג של 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 את המילה *إسرائيل* ("ישראל" בערבית) לצד השם העברי מתחת למנורת שבעת הקנים;⁹¹ או להוסיף בית חדש להמנון "התקווה".⁹² מכל מקום, כל יתר ההוראות קובעות עקרונות, שיידרש איזון נורמטיבי מורכב כדי לקבוע את תכנן או את אפשרויות הסטייה מהן.

האפשרות השניה היא אפוא פיתוח גישה פרשנית לחוק הלאום שתאפשר הפעלה של איזון נורמטיבי באשר לשאלות יישומו ברמה התת-חוקתית. האופן שבו גישה זו בוטאה במשפט הישראלי הנו באמצעות הרעיון של "פסקת הגבלה משתמעת" (או "שיפוטית"). במסגרת המאמץ של בית המשפט העליון לנהוג שיטתיות ביחסו לכל חוקי-היסוד, כפרקים אחדים בחוקה קוהרנטית, הקישו שופטי בכמה מקרים מפסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם לצורך בדיקת תקפן של נורמות תת-חוקתיות שנטען שפגעו בהוראות מחוקי-היסוד המוסדיים: עליהן להלום את עריכה של מדינת ישראל; להיות לתכלית ראויה; ולפגוע בעקרון החוקתי במידה שאינה עולה על הנדרש.⁹³ רעיון זה הוכר בשורה של פסקי-דין ודעות-יחיד שמגלים עקביות, אף שטרם אומצו כמדומה כהלכה שרירה ומובהקת, בפרט שמעולם עדיין לא בוטל במשפטנו חוק שסתר הוראה בחוק-יסוד מוסדי משום שלא עמד בתנאי של פסקת ההגבלה המשתמעת.⁹⁴

⁸⁶ ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" **עיוני משפט** מ' 595, 609-610 (2017).

⁸⁷ ראו למשל Robert Alexy, Proportionality, *Constitutional Law, and Sub-Constitutional Law*: A Reply to Aharon Barak, 16 *1•CON* 871, 872 (2018) [Principles, each taken alone, always] "A Reply to Aharon Barak, 16 *1•CON* 871, 872 (2018) 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".

⁸⁸ למשל ס' 36 לחוקת דרום אפריקה; ס' 1 לצ'רטור הקנדי.

⁸⁹ למשל ס' 26(2) לחוקת דרום אפריקה.

⁹⁰ למשל ס' 5(2) לחוקת גרמניה; או הגישה המקובלת לפרשנות הזכויות הקבועות בחוקת ארה"ב.

⁹¹ ראו למשל פרוטוקול מס' 128 מישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בשבתה כוועדה להכנת חוקה, 4.2.2007. <https://bit.ly/3c6h3L7>

⁹² ראו למשל "התקווה" 2: מבקרת המדינה לשעבר מציעה להוסיף בית להמנון "וואלה! NEWS! 14.9.2000 <https://bit.ly/2Tc4hIE>; רעות וילף "מס' 10 במרצ: להוסיף בית להמנון התקווה" **nrg** 12.2.2015 <https://bit.ly/3a2y8DJ>

⁹³ פסק הדין הכולט 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).

⁹⁴ השו"ב בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(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 פיסקת ההגבלה", אך פסיקה על בטלות ההוראה הפוגעת מבלי לקיים ניתוח של פסקת ההגבלה). ראו מרגית כהן "אחרי עשרים שנה: הרהורים על מוסכמות מקובלות ביחיד המידתיות" **משפט וממשל** יט 229, 256-262 (תשע"ח).

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

אמת, עד כה פסקת ההגבלה המשתמעת נדונה כמעט רק בהקשר לפגיעה בהוראות מוסדיות בעלות יסוד זכותני – עקרון השוויון בבחירות לפי סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת,⁹⁵ או עקרון הפומביות בהליך המשפטי לפי סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה⁹⁶ – אך מבחינה אנליטית אלה שקולות להוראות חוק הלאום בבטאן עקרונות רחבים שיצריכו איזון בשלב הבחינה של תוקפן של נורמות תת-חוקתיות.⁹⁷

4. חוק הלאום ו"תכלית ראויה"

האם חוק הלאום משפיע על ניתוח התנאי השלישי של פסקת ההגבלה בחוק-היסוד בדבר זכויות אדם, ולפיו חקיקה שפוגעת בזכויות נדרשת להיות "לתכלית ראויה"? טענה מסוג זה עשויה להסב הן על המתודה לזיהוי התכלית של מעשה שלטוני, והן על השיקולים לקביעה אם התכלית שזוהתה ראויה.

המתודה לזיהוי התכלית של דבר חקיקה היא כידוע נושא מורכב ושנוי במחלוקת, המתקשר לשאלות רחבות הן של תורת משפט ושל הרמנויטיקה, והן של כשירות ושל לגיטימיות שיפוטית. במסורת הפסיקתית בישראל, הנסמכת על תורת הפרשנות התכליתית של הנשיא ברק, מקובלת הגישה לפיה במתן מובן לדבר חקיקה יש להתחשב הן בתכלית הסובייקטיבית (או הספציפית) שלו, שעניינה "המטרה הספציפית שביקש המחוקק להגשים באמצעות החוק", והן בתכלית האובייקטיבית (או הכללית), בה מגולמים "עקרונות היסוד של השיטה המשפטית".⁹⁸ בעוד התכלית הסובייקטיבית של דבר חקיקה נלמדת בעיקר מחומרי החקיקה ומן ההקשר ההיסטורי בו נעשתה, התכלית האובייקטיבית מתייחסת לערכים החוקתיים של המדינה, כפי שהם ניבטים ממכלול הטקסטים החוקתיים ומהמחויבויות הערכיות שמערכת המשפט גיבשה לאורך השנים.⁹⁹

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 בהם תהיה התלבטות באשר לתכלית 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 ישראלים מיהודה, שומרון ועזה), ששרדה ביקורת חוקתית על חודו של קול בשני הרכבים מורחבים של בג"ץ.¹⁰⁰ בשני פסקי הדין דבקו רוב השופטים בהצהרתם של נציגי המדינה, לפיה תכלית החוק היא בטחונות – מניעת חדירתם של

⁹⁵ ראו בעיקר ע"ב מופז, לעיל ה"ש 93; וביתר הרחבה דעת המיעוט של השופט ג'זבראן ב-בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' הויעץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 12.3.2015).

⁹⁶ ראו בג"ץ פלוגית, לעיל ה"ש 78.

⁹⁷ ראו בדומה את דברי השופט לוי ב-בג"ץ חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 45, בעמ' 706-707 ("מוכן הייתי להניח כי פסקת הגבלה, כדמותה השגורה במשפטנו החוקתי, כוחה היא 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" מאוני משפט ט 177 (תשע"ד). לדעה נוגדת, המעוגנת בעיקר בגבולות הפוזיטיביים של פיתוח הדוקטרינה עד כה, ראו אריאל בנדור "בשלות ועוד" משפטים על אחר ח 33, 44-45 ה"ש 56 (תשע"ו).

⁹⁸ בג"ץ 6536/17 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל, פס' 30 (פורסם בנבו, 8.10.2017).

⁹⁹ ראו רוניק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 74-75.

¹⁰⁰ בג"ץ 7052/03 עזאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006); בג"ץ גלאון, לעיל ה"ש 54.

פעילי טרור במסווה של נישואין – וביססו על תכלית זו את ניתוח פסקת ההגבלה. בית המשפט מיאן, באופן מלאכותי למדי, להתחשב בטיעונים ובראיות שהעידו על כך שלפחות את חלק מהמחוקקים העסיקה "התכלית הדמוגרפית" – מניעת הגירה לא מבוקרת של לא-יהודים לשטח ישראל. חוק הלאום, ככל שיפורש כמעגן ציפיה לקיומו של רוב יהודי יציב בישראל,¹⁰¹ יכול להיות מובן כמקור חדש לתכלית חקיקתית דמוגרפית.

שנית, כפי שראינו, חוק הלאום מתייחד בעושר הלשון הערכית שלו. ניתן אפוא לצפות שתכניו יסיפו משקל ליסודות הלאומיים-יהודיים של התכלית האובייקטיבית (כללית) של חקיקה בישראל, ובדרך זו להשפיע על המובן שניתן לחוקים שניתן לפרשם בדרכים שונות.¹⁰² יחד עם זאת, היות שרעיון התכלית האובייקטיבית הוגדר באופן כה רחב 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 ראויות. אמנם 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 ל"ראויות", לעניין פסקת ההגבלה. שנית, בדוקטרינה החוקתית הישראלית מבחן התכלית הראויה הציב ממילא 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. ועדיין, כפי שראינו, בית המשפט העליון העדיף בעבר שלא לעסוק בתכליות אשר מעוררות קשיים תיאוריית הזכויות הליבראלית, 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.¹⁰³ אם וכאשר תעמודנה תכליות כאלה לביקורת שיפוטית בעתיד, קביעות מן הסוג המופיע בסעיפים 1(ג), 4(א), או 7 לחוק הלאום עשויות להשפיע על הערכתן כראויות.

5. הוראות חוזרות בחוק הלאום

כמחצית מסעיפי חוק הלאום חוזרים על הוראות הקיימות כבר בחקיקה הישראלית, לעתים באותה לשון ממש, ולכאורה אין בהם חידוש. המשמעות הכללית של מאפיין זה של חוק הלאום נדונה לעיל.¹⁰⁴ המשמעות הנקודתית של החזרות בהקשרים השונים, רובן של הסדרים בחקיקה תת-חוקתית, תידון בפרקים אחרים באסופה. שתיים מן החזרות מעוררות עם זאת שאלות שעניינן היחס בין חוק הלאום וחוקי-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;¹⁰⁵ לנסחי חוק הלאום חשוב היה שהוא יכלול התייחסות לירושלים כבירת המדינה, ולשם כך נבחרה הלשון המופיעה בחוק ירושלים, דווקא כדי שלא לרמוז לעדכון

¹⁰¹ ראו אהרונוסון, לעיל ה"ש 2.

¹⁰² ציפיה זו משמשת טעם מרכזי לתמיכה בחוק הלאום אצל בקשי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 24-26, 34-36.

¹⁰³ ראו ברומה אורי אהרונוסון "חופש המימון" והמשפט החוקתי: הערות על פסק הדין של בג"ץ בנושא מבחני התמיכה" **ICON-S-IL Blog** (24.5.2020), bit.ly/3b2szTW (על נטייתו של בית המשפט העליון להימנע מזיהוי תכליות שבמחלוקת אידיאולוגית).

¹⁰⁴ ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 5-7, 30-31.

¹⁰⁵ ראו למשל דברי יו"ר הוועדה המשותפת, ח"כ אמיר אוחנה, בישיבת הוועדה מיום 23.10.2017 (פרוטוקול מס' 4, עמ' 66) ("אילו היינו עכשיו מחוקקים חוקה, בוודאי לא היינו חוזרים על אותו סעיף פעמיים").

כלשהו בתפיסה המשפטית בנושא זה. הצעות הייעוץ המשפטי למחוק במקביל את סעיף 1 מחוק ירושלים, או להוסיף הפניה לחוק-היסוד הזה בסופו לסעיף 3 לחוק הלאום,¹⁰⁶ נדחו על ידי המחוקקים. לכפילות שנתרה עשויות להיות כמה משמעויות משפטיות.

ראשית, סעיף 1 לחוק ירושלים הוא פתיח הצהרתי לרצף של הסדרים מפורטים הממלאים את אותה הצהרה בתוכן מוסדי ונורמטיבי. זאת בדומה לרבים מחוקי-היסוד המוסדיים האחרים, הפותחים אף הם בהגדרה עקרונית קצרה, ופונים אז לפירוט הסמכויות של המוסד בסעיפים העוקבים.¹⁰⁷ סעיף 3 לחוק הלאום עומד לעומת זאת לעצמו ללא הסבר. מתבקש אם כן להבין את תכנון המשפטי כממלא בהוראות חוק ירושלים. הלשון הזוהה של שני הסעיפים, והגישה הפרשנית השואפת לקוהרנטיות חוקתית, מצדיקות עמדה זו. בה בעת, יש להבחין למשל בסעיף 5 לחוק ירושלים קובע את האופן בו נקבעים גבולות העיר "לעניין חוק-יסוד זה". האם גבולות "ירושלים השלמה והמאוחדת" לעניין חוק הלאום עשויים להיות שונים? לשאלה נקודתית זו יתייחס הפרק הנוגע לסעיף 3 באסופה.¹⁰⁸ ככלל, יש להבחין שככל שהחקיקה החוקתית הישראלית מסתעפת, כך רבות השאלות מסוג זה, והצורך בכינון חוקה שלמה שתיישבן – מתחדד.

שנית, סעיף 11 לחוק הלאום קובע שכל הוראותיו משורינות, כך ששינויין מחייב הצבעת רוב של חברי הכנסת. סעיף 1 לחוק ירושלים לעומת זאת אינו משוריין, וניתן לשנותו בכל רוב בכנסת.¹⁰⁹ ייתכן אפוא מצב בו 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 וחוקי יסוד אחרים, שהמענה להם יינתן ברגיל במישור התת-חוקתי,¹¹⁰ כאן ידובר לכאורה בסתירה לשונית ישירה בתוך הטקסט החוקתי, בין שתי הגדרות של אותו דבר ממש – מקומה או אופיה של בירת ישראל – ותידרש הכרעה במקרי מחלוקת בדבר עליונותו של הסדר אחד על האחר. במישור המשפטי הפורמלי, תיקון כזה לחוק ירושלים יהיה מאוחר לחוק הלאום ועשוי להתפרש לכן כגובר 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.¹¹¹

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"ו-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 בפרק הנוגע לסעיף 5 באסופה.

במישור היחס שבין חוק הלאום וחוקי-היסוד הקודמים, עשויה להתעורר שאלה בדבר היחס שבין סעיף 5 לחוק הלאום וסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעניינו שמירת דינים. כידוע, ההוראה בדבר שמירת הדינים שולבה בחוק-היסוד ב-1992 בעיקר כדי לשמר את משטר הנישואין והגירושין הישראלי, הפוגע במגוון זכויות ליבראליות.¹¹² אך תחולתו הרחבה של סעיף 10 יצרה הבחנה שרירותית בין מכלול החקיקה שקדמה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וזו שנוצרה אחריו, והקנתה הגנה גורפת לחקיקה הישנה מפני ביקורת זכותנית. בחוקים הנהנים מהגנה זו נמנה גם חוק

¹⁰⁶ ראו שם, בעמ' 56-65.

¹⁰⁷ כך מנוסחים חוק-יסוד: הכנסת, חוק-יסוד: הממשלה, חוק-יסוד: נשיא המדינה, חוק-יסוד: הצבא, וחוק-יסוד: מבקר המדינה.

¹⁰⁸ יעל רונן "ירושלים דיבורים סביבה לה", באסופה זו (טקסט אחרי ה"ש 16).

¹⁰⁹ זאת להבדיל מסעיף 6 לחוק ירושלים, שלו הסדר שריון ייחודי הקבוע בסעיף 7.

¹¹⁰ ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 83-85.

¹¹¹ ראו רונן, לעיל ה"ש 108, טקסט ליד ה"ש 18-20, המדגישה ששינוי גבולותיה בפועל של ירושלים מחייב רוב מיוחד שהולם את השריון הקבוע גם בחוק הלאום.

¹¹² ראו בג"ץ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' משרד הפנים, פס' לה-לג (פורסם בבנו, 31.8.2017).

השבות,¹¹³ שמעמדו כאחד "מחוקי-השתיה של מדינת ישראל"¹¹⁴ אינו גורע מן הטענות המוכרות על האפקט המפלה שלו כלפי קבוצות שונות של ישראלים, יהודים ולא-יהודים¹¹⁵ – טענות שניתן היה להימנע מבירורן במישור החוקתי הודות לשמירת הדינים.

אלא דומה שכעת לעקרון השבות יש לראשונה 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 העקרון שאותו הוא מסדיר. האם משמעות הדבר היא שהחקיקה המיישמת את ההוראה החוקתית נחשבת גם היא לחדשה, ואינה כפופה עוד לשמירת הדינים? במלים אחרות, הייתכן שעיגון עקרון השבות בחוק הלאום שלל מחוק השבות את החסינות מביקורת חוקתית, שהקנתה לו שמירת הדינים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?

אפשרות כזו טרם נדונה בפסיקת בית המשפט העליון. בכתיבתו האקדמית המאוחרת התייחס אהרן ברק למצב אנלוגי, בו פירושו של חוק מסמיך ישן משתנה בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. במצב זה, תקנות שנחקקו לפי הפירוש הישן עשויות לסתור את הפירוש החדש שניתן לחוק המסמיך, המתחשב בחקיקת הזכויות. ברק שואל אם במצב כזה התקנות, שהיו תקפות לפי הפירוש הישן, אך חורגות מן ההסמכה לפי הפירוש החדש, עומדות בתקפן. תשובתו שלילית; לדעתו הן בטלות.¹¹⁶ והנמשל: אם יש להבין את חוק הלאום כחוק-יסוד מסמיך חדש לחקיקה ותיקה בנושא השבות, אפשר שהתוקף שניתן לה מכוח שמירת הדינים שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא יעמוד לה עוד. לפי ניתוח זה, חוק השבות חשוף כעת לביקורת חוקתית מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

זהו מהלך אפשרי, המתיישב עם הגישה אשר רואה בשמירת הדינים "אנומליה נורמטיבית" שיש לצמצם את פגיעתה במסגרת האפשר.¹¹⁷ עם זאת, יש לו מגבלות. ראשית, סעיף 5 לחוק הלאום אינו מורה שפרטיו "יקבעו בחוק", וניתן לכן להבינו כקובע עקרון ולא כיוצר מקור תוקף משפטי לחקיקה מיישמת. בפרט כך לאור 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, תשנ"ח-1998), או סעיף 10 סיפא לעניין ימי מנוחה (שפרטיהם קבועים בחוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951).¹¹⁸

שנית, גם אם יעמוד כעת חוק השבות לבחינה חוקתית כנגד חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לזכור שכעת כוללת המאטריה החוקתית גם את חוק הלאום עצמו, וככל שיימצא שחוק השבות פוגע בזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שתכלית הפגיעה ומידתיותה ייבחנו מתוך התחשבות בהנחה החוקתית שחוק השבות בא לקדם. יידרש כאן אפוא ניתוח במתכונת שהותוותה בחלקים הקודמים של פרק זה.

¹¹³ 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 (תשס"ז).

¹¹⁴ דברי ראש הממשלה דוד בן-גוריון בהציגו את חוק השבות לקריאה ראשונה בכנסת, ד"כ 1950, עמ' 2036.

¹¹⁵ ראו למשל יוסף ג' בארין "על מעמדו החוקתי של המיעוט הערבי בישראל: הצעה חדשה לסדר" **מדינה וחברה** 7, 105, 110 (2010).

¹¹⁶ אהרן ברק "שמירת דינים" **ספר דורית ביניש** 413, 426-427 (ק"ן אזולאי ואח' עורכים, 2018).

¹¹⁷ **שם**, בעמ' 415; דעת היחיד של השופטת ברון ב-בג"ץ 7339/15 **האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' משרד הפנים**, פס' 3 (פורסם בנבו, 31.8.2017).

¹¹⁸ 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. שאלה זו תידון בפרק באסופה בנושא סעיף 4. ראו באופן כללי רונן פוליאק "סעד החובה לחוקק: הצעה למתווה הדרגתי" **משפטים** מו 675 (2017).

6. חוק הלאום והתחולה הטריטוריאלית 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") והן 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, אף חוק-יסוד לא קבע עד כה הוראה בדבר שטח 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". פירוש מפורט להוראת הסעיף ייעשה בפרק שייחוד לו באסופה. נוסחו מעורר עם זאת שאלה ממוקדת במישור היחס של חוק הלאום וחוקי-היסוד האחרים, שעניינה היקף התחולה הטריטוריאלית של חקיקת-היסוד הישראלית בכלל, ובשטחים שבשליטתה ביהודה ושומרון בפרט.¹¹⁹ האם חולל סעיף 1(א) שינוי בדיני התחולה הטריטוריאלית של חקיקת-היסוד הישראלית?

בהתחשב בהתפתחות הפסיקה בנושא זה ביחס לחוק-היסוד הקודמים, חשיבותה של השאלה מוגבלת. אף שהוגשו לבית המשפט העליון מספר עתירות שביקשו להחיל זכויות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על פעילות המדינה ב"שטחים", הוא נמנע באופן עקי מקביעת מסמרות בשאלה זו, אך מצא עדיין דרכים להחלה משמעותית של הזכויות במקרים מגוונים. כך, בפסק הדין בו ביטל רכיבים מסוימים בהסדר הפיצויים למפונים הישראלי בתכנית ההתנתקות קבע בית המשפט, שחוק-היסוד חל בתחולה פרסונאלית על אזרחי ישראל בשטחים שבשליטתה, ולכן לא נדרשה הכרעה בדבר התחולה החוץ-טריטוריאלית שלו;¹²⁰ בפסק הדין בו 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";¹²¹ ואפילו בפסק הדין שביטל את החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון (להלן: "חוק ההסדרה") – שעל פי 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.¹²²

ודאי לאחר קביעתו של בית המשפט העליון בעניין חוק ההסדרה, שהכנסת (וממילא יתר רשויות השלטון) כפופה 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, הזכרון והמנוחה החלים בה – באותה מידה שהיא כפופה בפעולותיה באזורים אלה גם לחוקי-היסוד המוסדיים המסדירים את סמכויות הממשלה או הצבא, את תקציב המדינה או את הליך החקיקה בכנסת. בכל הנוגע לחוק הלאום, היקף השאלה המעשית מוגבל אפוא לאותן הוראות שניתן להבינן כמטילות חובות או משימות על המדינה, ומעוררות לכן את השאלה אם אלה חלות גם בשטחי "ארץ ישראל" שמחוץ לגבולותיה של "מדינת ישראל". כך, ניתן לשאול אם הסדרת השימוש בשפה הערבית במוסדות ממלכתיים (סעיף 4(ב)) דרושה גם במגעי של צה"ל עם האוכלוסיה האזרחית הפלסטינית ביהודה ושומרון;¹²³ ובעיקר אם מחויבות המדינה לעודד ולקדם הקמה וביסוס של התיישבות יהודית (סעיף 7) חלה גם באזורים אלה.

¹¹⁹ ראו ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי-היסוד" **משפט וממשל** יב 145 (תש"ע); יעל רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית" **שערי משפט** ז 149 (2014); Adam Shinar, *Constitution: Friends, Enemies, and the Constitutional/Administrative Law Israel's External Distinction*, 57 VA. J. INT'L L. 735 (2018).

¹²⁰ בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 529, 560 (2005).

¹²¹ בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(1) 19-21 (2006).

¹²² בג"ץ **סלואד**, לעיל ה"ש 12, פס' 32 לחוות הדעת של הנשיאה חיות; פס' 5-6 לחוות הדעת השופט סולברג.

¹²³ ראו למשל בג"ץ 2775/11 **אלעארג' נ' אלוף פיקוד המרכז** (פורסם בנבו, 3.2.2013).

כזכור, פסק הדין של בית המשפט העליון בעניין חוק ההסדרה לא הזכיר אפילו את האפשרות שחוק הלאום רלוונטי לשאלת החוקתיות של החוק.¹²⁴ ניתן להבין זאת כרמז לעמדה לפיה חוק הלאום אינו חל באזורים אלה. ואכן הגישה העקבית במשפט הישראלי הנה שברירת המחדל הפרשנית היא של תחולה טריטוריאלית של חקיקה, ובכלל זה חקיקת-יסוד; ושהחלה חוץ-טריטוריאלית של חקיקה, כולל בשטחי יהודה ושומרון, מצריכה קביעה חקיקתית (מפורשת או משתמעת).¹²⁵ חוק הלאום מציין אמנם את "ארץ ישראל" כמקום בו קמה מדינת ישראל. אלא שהנוסח העמום של הסעיף מותיר פתח לספק בדבר החפיפה שבין תחום הארץ (שאף הוא אינו מוגדר) ותחום המדינה, וקשה לכן לראות בו הגדרה חוקתית מובהקת לגבולותיה של ישראל;¹²⁶ או החלה של משפט המדינה באזורים שמחוץ לגבולות אלה.¹²⁷ יתרה מכך, הסעיף, שאופיו ההצהרתי מהדהד להכרזה על הקמת המדינה והוא אף נוקט כמדומה לשון עבר ("קמה"), גם אינו מנוסח כהוראה של תחולה משפטית טריטוריאלית.¹²⁸ אכן, חוק הלאום פותח אמנם במלים "ארץ ישראל", אך אינו חוזר עוד להיגד זה ומדבר לכל ארכו רק על "המדינה", ללא רמז לכך שתחומי המשפט שלה השתנו בעקבות החקיקה. לבסוף, 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 התחולה של חוקי-היסוד הקודמים, מעבר לאופני ההחלה שפותחו בפסיקת בית המשפט.

4. סיכום

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

¹²⁴ בג"ץ סלואד, לעיל ה"ש 12. זאת בניגוד, למשל, לתחזית של מני מאונטר "חוק הלאום נותן תוקף משפטי לכיבוש" הארץ, 31.7.2018, <https://bit.ly/33NcvWE>.

¹²⁵ בג"ץ עדאלה, לעיל ה"ש 121, בעמ' 20-21.

¹²⁶ ראו פירוש סעיף 1(א) באסופה זו; Alexander Yakobson, *Jewish Nation-State, Not This Law*, 25 ISR. STUD. 167, 171 (2020).

¹²⁷ ראו גם דברי יו"ר הוועדה המשותפת, ח"כ אמיר אוחנה, בישיבת הוועדה מיום 12.12.2017 (פרוטוקול מס' 9, עמ' 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 מישוה 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".

¹²⁸ השוו, למשל, לס' 13(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 ("דיני העונשין של ישראל יחולו על עבירות-חוץ...").