



**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק**

בג"ץ 5555/18  
בג"ץ 5624/18  
בג"ץ 5741/18  
בג"ץ 5742/18  
בג"ץ 5851/18  
בג"ץ 5866/18  
בג"ץ 6066/18  
בג"ץ 6622/18  
בג"ץ 6710/18  
בג"ץ 6939/18  
בג"ץ 7256/18  
בג"ץ 9027/18  
בג"ץ 9257/18  
בג"ץ 4/19  
בג"ץ 6552/19

לפני :

כבוד הנשיאה א' חיות  
כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) ח' מלצר  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז  
כבוד השופט (בדימי) מ' מזוז  
כבוד השופטת ע' ברון  
כבוד השופט ג' קרא  
כבוד השופט ד' מינץ

העותרים בבג"ץ 5555/18 :	ח"כ אכרם חסון ו-11 אח'
העותרים בבג"ץ 5624/18 :	פרופ' ריאד אגבאריה ו-10 אח'
העותרים בבג"ץ 5741/18 :	מפלגת מרצ ו-5 אח'
העותרים בבג"ץ 5742/18 :	עו"ד מורסי אבו מוך – ראש עיריית באקה אלגרבייה ו-1 אח'
העותרים בבג"ץ 5851/18 :	חסן הייב ו-6 אח'
העותרים בבג"ץ 5866/18 :	ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל ו-3 אח'
העותרים בבג"ץ 6066/18 :	רפיק חלבי ו-23 אח'

עו"ד פיראס עאזם ו-18 אח'	: 6622/18 העותרים בבג"ץ
מריו טרקטינסקי ו-38 אח'	: 6710/18 העותרים בבג"ץ
גדי גבריהו ו-6 אח'	: 6939/18 העותרים בבג"ץ
עו"ד שקיב (שכיב) עלי ו-21 אח'	: 7256/18 העותרים בבג"ץ
האגודה לזכויות האזרח בישראל	: 9027/18 העותרת בבג"ץ
התנועה לטוהר המידות	: 9257/18 העותרת בבג"ץ
סמי מיכאל ו-55 אח'	: 4/19 העותרים בבג"ץ
פרופ' מיכה אולמן ו-44 אח'	: 6552/19 העותרים בבג"ץ

## נ ג ד

- המשיבים :  
 1. כנסת ישראל  
 2. ממשלת ישראל  
 3. היועץ המשפטי לממשלה

עתירות למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : ז' בטבת התשפ"א (22.12.2020)

עו"ד סאמר עלי	בשם העותרים בבג"ץ : 5555/18
עו"ד איימן אבוריאה ; עו"ד אמל חינאווי	בשם העותרים בבג"ץ : 5851/18 ובבג"ץ 5624/18
עו"ד ערן לב	בשם העותרים בבג"ץ : 5741/18
עו"ד חסן ג'בארין ; עו"ד סאוסן זהר ; עו"ד מאיסאנה מוראני ; עו"ד סוהאד בשארה ; עו"ד פאדי ח'ורי	בשם העותרים בבג"ץ : 5742/18 והעותרים בבג"ץ : 5866/18
עו"ד רמי חלבי	בשם העותרים בבג"ץ : 6066/18
עו"ד פיראס עאזם	בשם העותרים בבג"ץ : 6622/18
עו"ד זכריה שנקולבסקי	בשם העותרים בבג"ץ : 6710/18
עו"ד איתי מק	בשם העותרים בבג"ץ : 6939/18
עו"ד שקיב (שכיב) עלי	בשם העותרים בבג"ץ : 7256/18
עו"ד דן יקיר ; עו"ד רגד ג'ראיסי ; עו"ד סנא אבן ברי ; עו"ד גיל גן-מור	בשם העותרת בבג"ץ : 9027/18
עו"ד שמואל שנהר	בשם העותרת בבג"ץ : 9257/18
עו"ד נטע עמר-שיף	בשם העותרים בבג"ץ : 4/19
עו"ד רווית צמח	בשם העותרים בבג"ץ : 6552/19

עו"ד אביטל סומפולינסקי  
עו"ד ענר הלמן; עו"ד רן רוזנברג

בשם המשיבה 1:  
בשם המשיבים 2-3:

## פסק-דין

הנשיאה א' חיות:

האם חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק יסוד: הלאום או חוק היסוד) הוא חוקתי? שאלה תקדימית זו ניצבת במוקד 15 העתירות שלפנינו, שהגישו ארגוני זכויות אדם וכן אנשים פרטיים המשתייכים למגזרים שונים בחברה הישראלית.

רקע הדברים והליך חקיקת חוק יסוד: הלאום

1. ביום 29.7.2015 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: הצעת החוק). בדברי ההסבר להצעת החוק, שהוגשה כהצעה פרטית על-ידי 14 חברי כנסת, צוין כי תכליתה היא "להגן בחקיקת יסוד על מעמדה של ישראל כמדינתו של העם היהודי בשוויון מעמד להגנה שמעניקה חקיקת היסוד בישראל לזכויות האדם ולאופייה הדמוקרטי של המדינה". זאת, כדי "להשלים בחקיקת היסוד של ישראל את השילוב הערכי המאפיין את דרכה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ברוח העקרונות של הכרזת העצמאות" וכן כאקט הצהרתי, המקבל משנה תוקף "במיוחד בזמנים אלו בהם יש המבקשים לבטל את זכותו של העם היהודי לבית לאומי בארצו, ואת ההכרה במדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי".

הצעת החוק המקורית כללה 15 סעיפים, ובכללם סעיף עקרונות יסוד המגדיר את מדינת ישראל כבית הלאומי של העם היהודי, לו נתונה הזכות להגדרה עצמית לאומית ייחודית בישראל (סעיף 1 (א) ו- (ב)); סעיף פרשנות לפיו האמור בחוק היסוד או בכל דבר חקיקה אחר יפורש לאור סעיף עקרונות היסוד שבהצעת החוק (סעיף 1 (ג)) (להלן: סעיף העליונות); סעיף מטרה (סעיף 2); סעיפים המעגנים את סמלי המדינה, בירתה ושפתה (סעיפים 3-5, בהתאמה); סעיפים שעניינם שבות, פעולה למען קיבוץ גלויות וחיזוק הקשר עם העם היהודי בתפוצות (סעיפים 6-8); סעיף המאפשר "לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד לקיים התיישבות קהילתית נפרדת" (סעיף 9 (ב)) (להלן: סעיף

ההתיישבות); סעיפים המעגנים את לוח השנה העברי כלוח הרשמי של המדינה ואת ימי השבתון והמנוחה (סעיפים 10 ו-12); סעיף המעגן את מעמדם של יום העצמאות, יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל ויום הזיכרון לשואה ולגבורה (סעיף 11); סעיף שכותרתו "המשפט העברי", שלפיו במקרה של לאקונה יכריע בית המשפט לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל (סעיף 13); סעיף שמירת המקומות הקדושים (סעיף 14); וסעיף נוקשות שלפיו אין לשנות את חוק היסוד אלא בחוק יסוד שקיבלה הכנסת ברוב חבריה (סעיף 15).

2. הצעת החוק נדונה במליאת הכנסת ביום 10.5.2017, ואושרה בקריאה טרומית ברוב של 48 תומכים מול 41 מתנגדים. ביום 12.7.2017 אישרה ועדת הכנסת להקים ועדה מיוחדת המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן: הוועדה או הוועדה המשותפת) בראשות ח"כ אמיר אוחנה, אשר תדון בהצעת החוק. הוועדה המשותפת קיימה 13 דיונים בהצעת החוק לשם הכנתה לקריאה ראשונה. במהלך הדיונים אלה נשמעו חברי כנסת, גורמי ממשלה, נציגי ארגונים ציבוריים ואנשי אקדמיה ורוח. בדיון הראשון של הוועדה המשותפת, שהתקיים ביום 26.7.2017, הציגו חברי כנסת מסיעות שונות את עמדותיהם העקרוניות ביחס להצעת החוק. בפתח הדיון ציין יו"ר הוועדה:

"מטרתה של הוועדה הזו, שתייחד עצמה לעיסוק בנושא זה בלבד – להוציא תחת ידיה מסמך מכונן, שיקבע מי היא ומה היא מדינת ישראל, מה אופייה ומה טיבה, ולאורו תפעלנה רשויות המדינה ומוסדותיה.  
[...] יש בה [בישראל] ולעולם יהיו בה מיעוטים כבכל מדינת לאום, ובין היתר גם מיעוטים שקשרו את גורלם בגורלה של מדינת ישראל [...] וזכויות האדם תישמרנה לכולם באופן מלא, גם אם הדבר מאתגר ודורש ויתורים מצד הרוב – אך זכויות לאומיות בארץ ישראל יש לעם היהודי, ולו בלבד" (פרוטוקול ישיבה מס' 1 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 5-7 (26.7.2017) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 1)).

ישיבתה השנייה של הוועדה, ביום 18.9.2017, הוקדשה לשמיעת עמדותיהם של אנשי אקדמיה ורוח, וישיבתה השלישית ביום 26.9.2017 עסקה במשפט השוואתי וביחס של מדינות דמוקרטיות אחרות למיעוטים. בהמשך, לאורך עשר ישיבות שהתקיימו בין התאריכים 23.10.2017 ו-13.3.2018, דנה הוועדה בסעיפיה השונים של הצעת החוק, והוכנסו בהם שינויים לא מעטים. כך למשל, הוחלט להשמיט את סעיף העליונות (סעיף 1(ג)), סעיף המטרה (סעיף 2), סעיף השבות (סעיף 6) וסעיף "המשפט העברי" (סעיף 13). כן הוחלט להוסיף הוראה המתייחסת למעמדה של השפה הערבית ולפיה "אין

בסעיף זה [סעיף 5 להצעת החוק, שהפך בהמשך לסעיף 4 לחוק היסוד] כדי לפגוע במעמד השפה הערבית בפועל עקב תחילתו של חוק יסוד זה"; וסעיף 10 להצעת החוק (שהפך בהמשך לסעיף 8 לחוק היסוד) שונה כך שיצוין כי לצד לוח השנה העברי, ישמש גם הלוח הלועזי כלוח שנה רשמי בישראל. בסעיף 12 להצעת החוק (שהפך לסעיף 10 לחוק היסוד) הושמטה ההתייחסות להעסקת עובדים בימי השבתון. עוד נדונה אפשרות, שלא נתקבלה, להוסיף להצעת החוק פסקת שמירת דינים ופסקת הגבלה.

3. ביום 30.4.2018 אושרה ההצעה בקריאה ראשונה ברוב של 64 תומכים מול 51 מתנגדים. בימים שבין 16.5.2018 ו-18.7.2018 התקיימו למעלה מעשרה דיונים בוועדה כדי להכין את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית. דיונים אלה עסקו בעיקר בסעיף השפה (סעיף 4 לחוק היסוד) ובסעיף ההתיישבות (סעיף 7 לחוק היסוד), וכן באפשרות לכלול את עקרון השוויון בחוק היסוד. המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, עו"ד רז נזרי (להלן: עו"ד נזרי) הדגיש בדיונים כי עדיף היה לו כללה ההצעה התייחסות לעקרון השוויון, אך הוסיף כי "ממילא, גם כשהיא [הזכות לשוויון] לא קיימת פה, אז אני אומר לכם, שאנחנו מחויבים לפרש את הדברים שכן קיימים לאור הזכות לשוויון, כי הזכות לשוויון לפי פסיקת בית המשפט העליון [...] היא חלק מהזכות לכבוד שכן נמצא[ת] בחוק יסוד: כבוד האדם, ולכן מטבע הדברים נפרש את הדברים האלה לפי הזכות לשוויון" (פרוטוקול ישיבה מס' 19 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 69 (16.7.2018) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 19)). כמו כן, הוחלט להשמיט מסעיף השפה את ההוראה לפיה שירותי המדינה יהיו נגישים לדוברי ערבית; וכן לשנות את סעיף ההתיישבות כך שלא יכלול התייחסות ל"התיישבות קהילתית נפרדת", ולקבוע במקום זאת כי "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה" (פרוטוקול ישיבה מס' 19, בעמ' 4-5).

הצעת החוק נדונה במליאת הכנסת ואושרה בקריאה שנייה ושלישית ביום 19.7.2018, ברוב של 62 תומכים מול 55 מתנגדים ושני נמנעים. חוק יסוד: הלאום פורסם ברשומות ביום 26.7.2018, וזו לשונו:

#### 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.

## שפה

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 תהיה 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.  
 (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.

## התיישבות יהודית

7. המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה.

## לוח רשמי

8. הלוח העברי הוא לוח רשמי של המדינה ולצדו ישמש הלוח הלועזי כלוח רשמי; השימוש בלוח העברי ובלוח הלועזי ייקבע בחוק.

## יום העצמאות וימי זיכרון

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.

## ימי מנוחה ושבטון

10. שבת ומועדי ישראל הם ימי המנוחה הקבועים במדינה; למי שאינם יהודים זכות לקיים את ימי המנוחה בשבתם ובחגיהם; פרטים לעניין זה ייקבעו בחוק.

## נוקשות

11. אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת.

## העתירות

4. ב-13 מתוך 15 העתירות שלפנינו, שהדיון בהן אוחד, התבקש צו על תנאי אשר יורה למשיבים לנמק מדוע לא יבוטל חוק יסוד: הלאום; ב-6 מתוך 15 העתירות התבקש במקום או בנוסף לכך צו על תנאי אשר יורה למשיבים לנמק מדוע לא יתוקן חוק יסוד: הלאום כך שיוסף לו עקרון השוויון; וב-5 מתוך 15 העתירות התבקש במקום או לחלופין צו על תנאי אשר יורה למשיבים לנמק מדוע לא יבוטלו חלק מהוראותיו של חוק יסוד: הלאום, ובפרט סעיפים 1(ג) (סעיף ההגדרה העצמית הלאומית), סעיף 4 (סעיף השפה) וסעיף 7 (סעיף ההתיישבות). באחת מן העתירות, אשר הוגשה טרם פרסום חוק יסוד: הלאום ברשומות, נתבקש גם צו ביניים המונע את כניסתו לתוקף של חוק היסוד. בקשה זו נדחתה בהחלטה מיום 22.7.2018 (השופט י' אלרון).

5. דיון בעתירות התקיים ביום 22.12.2020 בפני הרכב מורחב של 11 שופטים. הדיון שודר בשידור ישיר וטענות הצדדים נשמעו בו בהתאם למתווה הדיוני שנקבע בהחלטתנו מיום 9.12.2020. בפתח הדיון התבקשו הצדדים למקד את טיעוניהם בדוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", המשקפת את התפישה לפיה סמכותה של הרשות המכוננת לתקן את החוקה היא מוגבלת. זאת, שכן ליבת טענותיהם של העותרים באשר לחוקתיותו של חוק יסוד: הלאום שואבת מן התיאוריה העומדת בבסיסה של דוקטרינה זו, אף שהיא טרם אומצה בישראל. הטענה העיקרית שהועלתה במרבית העתירות שלפנינו היא שחוק יסוד: הלאום, ולמצער הוראות מסוימות בו, מנוגד למבנה החוקתי הבסיסי של מדינת ישראל ולערכי יסוד של שיטתנו המשפטית. העותרים מיקדו את טענותיהם בקיומן של מגבלות מהותיות על סמכותה של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת, המצדיקות לגישתם קיום ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק היסוד. זאת, להבדיל מביקורת שיפוטית על היבטים פרוצדוראליים הנוגעים להליכי כינונו של חוק היסוד או ביקורת שיפוטית מכוח הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת, שעניינה בשאלה אם נורמה מסוימת מתאימה, מבחינת מאפייניה הפורמאליים, להיחשב כנורמה חוקתית (להרחבה ביחס לטיבה של דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת,

ראו לאחרונה בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר); בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פסקה 5 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי).

6. למען שלמות התמונה יצוין כי ביום 27.4.2021, כארבעה חודשים לאחר הדיון שהתקיים בעתירות, הגישו העותרים בבג"ץ 5866/18 בקשה להוצאת צו על תנאי, בין היתר בטענה שלא התקיים בהן דיון ממצה. בקשה זו נדחתה בהחלטתנו מיום 26.5.2021.

#### תמצית טענות הצדדים

7. הטענה המרכזית המועלית בעתירות היא כי מדובר באחד מאותם מקרים חריגים ונדירים המצדיקים קיום ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד. לגישת העותרים, חוק יסוד: הלאום שולל את זהותה הדמוקרטית של המדינה משום שהוא פוגע בעקרון השוויון וכן באיזון שטבעה הכרזת העצמאות בין הערכים של מדינת ישראל כמדינה יהודית לערכיה כמדינה דמוקרטית. עוד נטען כי חוק יסוד: הלאום פוגע פגיעה קשה בזכות החוקתית לשוויון הנגזרת מהזכות לכבוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובה מחוייבות כל רשויות השלטון. כל אלה, כך העותרים, מצדיקים ביקורת שיפוטית מהותית על חוק היסוד תוך אימוץ דוקטרינת התיקון החוקתי שאיננו חוקתי.

העותרים מוסיפים וטוענים כי בהינתן אימוצה של דוקטרינה זו, יש לקבוע כי חוק יסוד: הלאום אינו חוקתי. לגישתם, חוק היסוד מבכר את זהותה היהודית של מדינת ישראל על פני זהותה הדמוקרטית; הוא אינו הצהרתי בלבד, ואף יושם על-ידי שופטים בערכאות דיוניות; והוא מחיל את עצמו מחוץ לגבולותיה של מדינת ישראל. עוד טוענים העותרים כי מספר הוראות בחוק יסוד: הלאום פוגעות בזכויות אדם מוגנות. לטענת העותרים, סעיף 1 (סעיף העקרונות) פוגע בזכותם של המיעוטים הלאומיים והדתיים בישראל להגדרה עצמית, ובפרט בזכותו של המיעוט הערבי בישראל שהוא, כך העותרים, "מיעוט מולדת" – דהיינו, קבוצה אשר הפכה, שלא מרצונה, למיעוט לאומי במולדתה ההיסטורית – ואשר לו מוקנה מעמד מיוחד במשפט הבינלאומי. עוד טוענים העותרים כי סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום פוגע בזכות לשפה של המיעוט דובר הערבית בישראל, וכן בזכויותיו לשוויון ולכבוד. העותרים בבג"ץ 4/19 מוסיפים וטוענים כי סעיף השפה מפלה גם את אזרחי המדינה היהודים אשר שפת אמם היא ערבית. לבסוף, טוענים העותרים כי סעיף 7 לחוק יסוד: הלאום מכשיר את הפגיעה הקשה שממנה סובלים אזרחי המדינה הערבים בכל הנוגע להקצאת משאבי המדינה המוגבלים, ובפרט ביחס לקרקעות,

והוא מוביל להרחבת תופעת ההפרדה במגורים ולהעדפה של התיישבות יהודית הומוגנית על פני התיישבות שוויונית.

8. לעמדת הכנסת יש לדחות את העתירות על הסף בשל היעדר סמכות להפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית על חוקי יסוד בכלל, ועל חוק יסוד: הלאום בפרט; וכן לגופה, משאין בחוק יסוד: הלאום כדי לשנות את אופייה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הכנסת עומדת על כך שבעתירות דנן מתבקש בית המשפט "להיכנס לנעלי הכנסת" ככובעה כרשות מכוונת, ולקבוע במקומה כי קיימים בשיטתנו עקרונות כלליים על-חוקתיים ועל-זמניים שאינם כתובים עלי ספר, וכן לקבוע כי יש לבית המשפט סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד – סמכות אשר לגישת הכנסת אינה מעוגנת בחוקי היסוד עצמם, לא במפורש ולא במשתמע, ואשר תוביל לפגיעה קשה בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק. בהקשר זה מוסיפה הכנסת כי אי-השלמת מלאכת כינון החוקה הישראלית משמעה שהרשות המכוונת טרם נתנה את דעתה למנגנון לתיקון החוקה ולביקורת השיפוטית שתופעל בנושא. עוד טוענת הכנסת כי דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי טרם אומצה בישראל, כי היא אינה הולמת את עקרונות המשפט החוקתי הישראלי וכי במצב הייחודי לישראל, שבו מתהווה החוקה פרקים-פרקים, מתחייבת הבחנה בין תיקון החוקה ובין כינון פרק נוסף בה. לגישת הכנסת, תימוכין לטענתה כי אין להכיר בדוקטרינה ניתן למצוא גם בפסיקתו של בית משפט זה – אשר דחה בעבר עתירות להתערבות שיפוטית בהתבסס על דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, תוך שעמד על "הקושי הדמוקרטי המהותי" שבהחלטה והבהיר כי גם אם תוכר, יש ליישמה רק במקרים קיצוניים ובאופן צר (סעיף 143 לתגובת הכנסת).

עוד טוענת הכנסת כי גם אם תאומץ דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, חוק יסוד: הלאום אינו בלתי-חוקתי ואינו פוגע בערכי היסוד של השיטה, הכוללים את שני רכיבי זהותה של המדינה – יהודית ודמוקרטית – שאותם חוק יסוד: הלאום מעמיד במעמד נורמטיבי שווה-ערך. הכנסת מוסיפה ומדגישה כי חוק יסוד: הלאום מבוסס על ההנחה שהזכות החוקתית לשוויון מוכרת ועומדת בעינה, ועוד היא מדגישה כי חוק יסוד: הלאום אינו כולל הוראות אופרטיביות ואינו מקנה זכויות אישיות באופן מפורש, אם כי נפקותו תקבל ביטוי במסגרת האיזונים האופקיים המבוצעים בין ערכים וזכויות בכל מקרה ומקרה.

9. לעמדת משיבי הממשלה דין העתירות להידחות משום שלא עלה בידי מי מבין העותרים לבסס עילה למתן הסעד "מרחיק הלכת וחסר התקדים" שהתבקש בהן, קרי "הסרתו של פרק שלם מחוקתה המתהווה של מדינת ישראל". משיבי הממשלה טוענים

כי טרם נקבעה הלכה בשאלה אם ניתן לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקי יסוד, ולגישתם אין מקום להכריע בשאלה זו במקרה דנן מכיוון שחוק יסוד: הלאום מהווה על פי צורתו, תוכנו, מהותו והליך חקיקתו פרק נוסף במפעל לגיבוש חוקתה המתהווה של מדינת ישראל והוא אינו קרוב לקו פרשת המים אשר מעבר לו מתרחש "זעזוע אמות הסיפים של המבנה החוקתי". לגישת משיבי הממשלה, חוק יסוד: הלאום מעגן את זהותה של ישראל כמדינה יהודית ונושא "מסר הצהרתי חוקתי" מבלי להסיג לאחור את היותה מדינה דמוקרטית, על כל המשתמע מכך. משיבי הממשלה מוסיפים ומדגישים כי פרשנות מקיימת – לפיה אין סתירה בין חוקי היסוד ובין עצמם, או בינם ובין עקרונות היסוד של השיטה – עדיפה על ביטולו של חוק יסוד נוכח הזהירות המתחייבת מעקרון הפרדת הרשויות. עוד מדגישים משיבי הממשלה כי רבים מסעיפי חוק היסוד מבוססים על נורמות שהיו מעוגנות בדברי חקיקה עוד קודם לכן, וכי יש להבחין בין טיעונים משפטיים לטענות המתייחסות "לתבונתו או נחיצותו" של חוק יסוד: הלאום, שמקומן בשיח הציבורי.

משיבי הממשלה מכירים אומנם במורכבות שכרוכה בתרגום זהותה של המדינה כיהודית וכדמוקרטית לחיי המעשה. אולם, לשיטתם חוק יסוד: הלאום לא יצר את המורכבות הזו אלא אך נתן לה ביטוי חוקתי. בפרט טוענים משיבי הממשלה, כי סעיף 1 לחוק יסוד: הלאום עוסק בזהותה היהודית של המדינה אך אינו גורע כהוא זה מחובתה לנהוג ב"שוויון זכויות מלא ביחס לזכויות האינדיבידואליות של אזרחיה כפרטים". לטענתם, ככל שתתקבלנה בעתיד החלטות קונקרטיות על בסיס חוק יסוד: הלאום, שיהיה בהן כדי לפגוע במיעוטים, ניתן יהיה לבחון אותן לגופן. באשר לסעיף 4 (סעיף השפה), טוענים משיבי הממשלה כי מדובר בסעיף "שעיקרו הצהרתי-סמלי", המשקף את הפסיקה בנוגע למעמדה של השפה הערבית ומבהיר באופן מפורש שמעמדה ערב חקיקת חוק היסוד לא יפגע. באשר לסעיף 7 (סעיף ההתיישבות), מדגישים משיבי הממשלה כי במסגרת פרשנות חוקתית יש לשאוף לאחדות והרמוניה בין חוקי היסוד, ומשכך יש לקרוא את סעיף ההתיישבות לצד סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעגנים את הזכות לכבוד, לגביה נקבע בפסיקה כי היא כוללת את הזכות החוקתית לשוויון.

דיון והכרעה

10. חוק יסוד: הלאום הוליד לא פחות מ-15 עתירות, המעלות סוגיות ליבה באשר לעקרונות ולערכים המעצבים את דמותה של מדינת ישראל. בעתירות אלה מתבקש בית המשפט לקבוע באופן תקדימי כי תוצר של הכנסת בכובעה כרשות מכוונת, אשר הוגדר

כ"חוק יסוד" ומיועד להוות פרק בחוקת המדינה המתגבשת, אינו ראוי לבוא בקהל חוקי היסוד בשל תוכן הוראותיו. על מנת להידרש לסוגיה תקדימית זו תיבחן ראשית השאלה האם מוטלות על הכנסת בכובעה כרשות מכוננת מגבלות מהותיות כלשהן. שנית, אף אם קיימות מגבלות כאלה, יש לבחון האם בית משפט זה מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על מנת לברר אם המכונן חרג מאותן מגבלות. שלישית ולאחר בחינת שאלות אלה, אדרש לטענות העותרים נגד חוק יסוד: הלאום בכללותו ונגד סעיפים ספציפיים בחוק היסוד, ובפרט סעיפים 1, 4 ו-7 שבו.

אקדים אחרית לראשית ואומר כי לגישתי, אין מקום להורות על בטלותו של חוק יסוד: הלאום או להתערב בהוראה מהוראותיו. זאת, משום שניתן לפרש את חוק היסוד פרשנות מקיימת העולה בקנה אחד עם חוקי היסוד האחרים, ועם העקרונות והערכים שעוגנו בהם זה מכבר.

טרם שאפנה לדיון בסוגיות אלה לגופן, מן הראוי להתייחס בקצרה לטענת הסף שהעלו משיבי הממשלה באשר לבשלות העתירות, המצדיקה לגישתם את דחיית העתירות מניה וביה.

היעדר בשלות

11. לטענת משיבי הממשלה, חוק יסוד: הלאום הוא "ברובו" הצהרתי. לפיכך, כך נטען, הטענה בדבר פגיעה עתידית בעקרון השוויון היא ספקולטיבית, תיאורטית ובלתי-מבוססת. משיבי הממשלה מדגישים כי ההלכות באשר לצורך בתשתית עובדתית מבוססת לשם עריכת ביקורת שיפוטית על חוקים, נכונות ביתר שאת בענייננו, בו חותרים העותרים לביטול חוק יסוד בשל היותו בלתי-שוויוני. לטענת משיבי הממשלה, חוק היסוד טרם יושם ולא נאספו די נתונים שיש בהם כדי להעיד על פגיעה כלשהי בזכויות מכוחו.

12. דוקטרינת היעדר הבשלות מצאה אחיזה מסוימת בפסיקתו של בית משפט זה (ראו, למשל בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פסקה 12 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (17.9.2014) (להלן: עניין סבח)), אך אינני סבורה כי יש לה תחולה בענייננו. זאת, משום שהשאלות המתעוררות בעתירות דנן הינן שאלות משפטיות מובהקות הנוגעות לאופן שבו יש לפרש את חוק היסוד; ליחס שבין חוקי יסוד שונים; ולמגבלות, ככל שיש כאלה, על סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת בכואה לחוקק חוקי יסוד. לכך יש להוסיף כי לטענת המשיבים חוק יסוד: הלאום הוא ברובו הצהרתי ואם כך הדבר, הרי ששאלת חוקתיותו ממילא אינה תלויה בתשתית עובדתית קונקרטית.

על כן, ובשים לב לאינטרס הציבורי המובהק שקיים בבירור העתירות דנן, טענת היעדר הבשלות דינה להידחות.

דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי

13. טענתם המרכזית של העותרים היא, כאמור, שחוק יסוד: הלאום, ולמצער הוראות מסוימות בו, מנוגד לערכי יסוד של שיטתנו המשפטית. טענה זו משקפת את התפישה כי הרשות המכוננת אינה כל-יכולה וכי מוטלות עליה מגבלות מהותיות בעת שהיא מחוקקת חוקי יסוד. במספר לא מבוטל של שיטות משפט ברחבי העולם באה תפישה זו לידי ביטוי בדוקטרינה שזכתה לכינוי "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" (Unconstitutional Constitutional Amendment), אשר מכוחה מוטלות מגבלות על הסמכות לתיקון החוקה (אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" 361, 363-372 (דוד האן ואח' עורכים, 2011) (להלן: ברק "תיקון של חוקה")). בהקשר זה ניתן להצביע על שני מודלים עיקריים של הדוקטרינה. מודל אחד מבוסס על קיומן של "פסקאות נצחיות" מפורשות בחוקה, אשר קובעות כי היבטים מסוימים של החוקה אינם ניתנים לתיקון או לשינוי. פסקאות נצחיות מסוג זה מבוססות על הכרעתו של הגוף המכונן לפיה הוראות מסוימות בחוקה מהוות תנאי בסיסי לקיומה של המדינה ולזהותה, ומשכך יש להבטיח כי הן תשרודנה לדורות בלא תלות ברצונו של רוב כזה או אחר (YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS 17 (2017) (להלן: ROZNAI)). כך למשל, סעיף 79(3) לחוק היסוד הגרמני קובע כי לא ניתן לתקן את ההוראות המעוגנות בחוק היסוד ושנוגעות לחלוקת הפדרציה למדינות, כמו גם את ההוראות שנוגעות לכבוד האדם ולהיותה של גרמניה מדינה דמוקרטית וסוציאלית – ובית המשפט החוקתי של גרמניה הבהיר כי יש בסמכותו לבחון אם תיקון של החוקה פוגע בהוראות אלה (ברק "תיקון של חוקה", בעמ' 370).

במודל השני נעשה שימוש בשיטות משפט שאין בחוקותיהן פסקאות נצחיות מפורשות, והוא מבוסס על הקביעה לפיה אין בכוחו של תיקון חוקתי לפגוע ב"מבנה הבסיסי" (basic structure) של החוקה, אשר נלמד מפרשנות הטקסט החוקתי בכללותו. בית המשפט העליון בהודו נשען על קביעה זו כדי לבחון – ואף לבטל – תיקונים חוקתיים שפגעו במרכיבי יסוד של החוקה ההודית, דוגמת עקרון הפרדת הרשויות וקיומן של בחירות דמוקרטיות (ראו: Minerva ; Ghandi v. Narin, AIR 1975 S.C. 229 (India)).

Mills v. Union of India, AIR 1980 S.C. 1789 (India); להרחבה על בתי משפט נוספים בעולם שאימצו את דוקטרינת המבנה הבסיסי ראו: ROZNAI, בעמ' 47-69).

14. ואולם, בכל שיטות המשפט שנזכרו לעיל קיימת חוקה שלמה, ובהתאם, דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי – כשמה כן היא – מופעלת ביחס לסמכות תיקונה של חוקה כזו. במדינת ישראל, לעומת זאת, טרם הושלם תהליך כינון החוקה. אומנם, כבר בפסיקתו המוקדמת התייחס בית משפט זה לקיומם של עקרונות-על בשיטתנו, אך הוא נמנע מלקבוע כי ניתן לפסול מכוחם חקיקה או חוקי יסוד (ראו למשל: ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 389-390 (1965) (להלן: עניין ירדור); בג"ץ 142/89 תנועת לאור – לב אחד ורוח אחת נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד מד(3) 529, 551-554 (1990); ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 327, 394 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי)).

בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 717 (2006) (להלן: עניין חוק טל) צוין כי "יש מקום לתפיסה כי חוק או חוק-יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי", אך נקבע כי חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 – שנדון באותו עניין – רחוק מכך מרחק רב (ראו גם: בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 802 (1995); בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996) (להלן: עניין מיטראל); ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629-630 (1997) (להלן: עניין ארפל); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545, 679-680 (2009)).

15. בעשור האחרון נדונה סוגיית תחולתה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי במשפט הישראלי באופן מפורש בשלוש פרשות מרכזיות. בשתיים מהן נדונו הוראות שעה זמניות בחוקי יסוד הקובעות כי בניגוד להסדר הקבוע בחוק יסוד: משק המדינה לפיו תקציב המדינה יאושר בחוק פעם בשנה, תקציב המדינה יהא תקציב דו-שנתי (בג"ץ 4908/10 ח"כ בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: עניין בר-און); ועניין המרכז האקדמי). הפרשה השלישית עסקה בתיקון לחוק-יסוד: הכנסת שהעניק לכנסת סמכות להחליט על הפסקת חברותו של חבר כנסת בתנאים מסוימים (בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.5.2018) (להלן: עניין חוק ההדחה)). בשלוש הפרשות הללו הוחלט להשאיר בצריך עיון את שאלת תחולתה של הדוקטרינה בישראל,

ונקבע כי המקרים שנדונו בהם ממילא אינם עולים כדי אותה פגיעה חמורה בעקרונות היסוד של השיטה (עניין בר-און, בעמ' 311-312; עניין המרכז האקדמי, בפסקה ל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, וכן בפסקה 15 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן; עניין חוק ההדחה, בפסקה 25 לחוות דעת). בעניין חוק ההדחה ציינתי עוד כי "לעת הזו, ובהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה, ובפרט משלא נקבעו עד כה ההליכים לכינון ולתיקון של חוקי-יסוד, יש בעייתיות לא מבוטלת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי דוגמת הדוקטרינות הנוהגות במשפט המשווה" (שם, בפסקה 25 לחוות דעתי).

מדעתי זו לא שיניתי ואני אכן סבורה כי בעקרון, שאלת אימוצה של דוקטרינה מקיפה לבחינת חוקתיותם של תיקונים לחוקה, מן הראוי שתוכרע עם השלמת מפעל חוקי היסוד לכדי חוקה מלאה. ברי, אפוא, כי אותן דוקטרינות במשפט המשווה שעליהן עמדתי לעיל אינן ניתנות ליישום כמות שהן בשיטתנו. עם זאת, משמעות הדבר אינה בהכרח כי בהיעדר דוקטרינה מקיפה כזו, סמכויותיה של הרשות המכוננת בישראל הן בלתי-מוגבלות.

16. למעשה, העתירות שלפנינו מעלות שתי שאלות נפרדות: השאלה הראשונה היא אם קיימות כבר עתה מגבלות מהותיות (תוכניות) כלשהן על סמכותה המכוננת של הכנסת; השנייה – ככל שאכן קיימות מגבלות כאלה, האם בית משפט זה מוסמך לבצע מכוון ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי יסוד (ראו עניין בר-און, בעמ' 310).

לגישתי, 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. כפי שאבאר להלן, מגבלה זו נובעת מהטקסט החוקתי, ומן המערך החוקתי בכללותו, כפי שהתפתח במהלך שנות קיומה של המדינה – מהם ניתן להסיק כי רכיבים אלה בחוקה המתגבשת אינם ניתנים לערעור. ביחס לשאלה השנייה, הנוגעת לסמכות בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד, אבקש להציג את המורכבויות השונות ואת השיקולים הנוגעים לעניין, אך להותיר את ההכרעה בסוגיה לעת מצוא. זאת, משום שאף אם אניח כי סמכות כזו אכן נתונה לבית המשפט, חוק יסוד: הלאום אינו שולל, לגישתי, את אופייה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית ומשכך הוא אינו מקים ממילא עילה להתערבות שיפוטית בתוכנו.

אפנה עתה לבחינת שאלות אלו כסדרן.

א. גבולות סמכותה של הרשות המכוננת

17. השלב הראשון בבחינת השאלה אם קיימות מגבלות על הרשות המכוננת בישראל מצריך בחינה של המאפיינים הייחודיים של המפעל החוקתי הישראלי (ראו בהקשר זה: עניין בר-און, בעמ' 309). כידוע, בהכרזת העצמאות נקבע כי השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה יוקמו "בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948". ואולם, בשל מחלוקות שהתעוררו בעניין זה, האסיפה המכוננת – אשר בהתאם לסעיף 1 לחוק המעבר, התש"ט-1949 כוננתה גם "הכנסת הראשונה" – החליטה שלא לאמץ חוקה שלמה באקט חד-פעמי. חלף כך גובשה בכנסת פשרה, המכונה "החלטת הררי", לפיה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת תכין הצעת חוקה למדינה, ש"תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה" (ד"כ 5, 1743 (התש"י)).

במרוצת השנים חוקה הכנסת שורה של חוקי יסוד. על פי התפישה המקובלת, בחקיקת חוק יסוד פועלת הכנסת כרשות מכוננת – מכוח הסמכות שאותה ירשה מן האסיפה המכוננת להתקין חוקה לישראל. לפיכך תוצרי החקיקה של הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת כפופים מבחינת המדרג הנורמטיבי להוראות חוקי היסוד, אשר זוכים למעמד חוקתי (עניין בנק המזרחי, בעמ' 401; עניין בר-און, בעמ' 291; עניין המרכז האקדמי, בפסקה י"ג לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין; עניין שפיר, בפסקה 60 לחוות דעתי; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א: עקרונות יסוד 78 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה)). ואולם, אף שחוקי היסוד נתפסים "בתרבות המשפטית ובמסורת הפוליטית שלנו כחלק מחוקת המדינה" (עניין בר-און, בעמ' 299), תהליך כינון החוקה לא הושלם, חלק מן הנושאים אשר מקובל להסדירם בחוקה טרם הוסדרו בחוקי היסוד, והחוקה הישראלית עודנה מצויה בתהליך של עיצוב וגיבוש (עניין המרכז האקדמי, בפסקה 15 לחוות דעתו של השופט פוגלמן).

18. בהינתן מאפיינים ייחודיים אלה – אי-השלמתו של המפעל החוקתי הישראלי והיעדרן של לבנים מרכזיות במבנה החוקתי, ובכלל זה חוק יסוד: החקיקה – נשאלת השאלה האם למרות זאת ניתן לקבוע כבר עתה שקיימים בשיטתנו עקרונות יסוד שאינם ניתנים לשינוי על-ידי הרשות המכוננת, בהיותם מושרשים במסורת הציבורית שלנו,

בנראטיב המכונן של המדינה ובקרב הקהילה המשפטית (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 121; וכן ראו והשוו: (JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 238-239 (2d ed. 1996).

לגישתי, ככל שהדבר נוגע לעצם זהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, התשובה לשאלה זו היא בחיוב. זאת, שכן המערך החוקתי בכללותו אינו מותיר מקום לספק כי קיומה ודמותה של מדינת ישראל באו לה מן השילוב – "יהודית ודמוקרטית" וכי זהו הלב הפועם של "החוקה נוסח ישראל". אכן, המבנה החוקתי שלנו אינו שלם ובהחלט ייתכן כי יתווספו לו קומות והסתעפויות בהמשך הדרך, אך שני עמודי התווך הללו – העמוד היהודי והעמוד הדמוקרטי – הוצבו בו זה מכבר. שלילת איזה מהם מובילה להתמוטטות המבנה כולו.

#### א.1 זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

19. בחינה של הטקסטים החוקתיים הקיימים ושל "המעטפת" החוקתית שמלווה אותנו לאורך שנות קיומה של המדינה, מאששת את המסקנה כי אף שהפרויקט החוקתי טרם הושלם, היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית מהווה חלק בלתי נפרד מזהותה. כידוע, נקודת המוצא בבואנו לבחון את המארג החוקתי היא לשונם של חוקי היסוד (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית 131, 174 (1994) (להלן: פרשנות חוקתית)). סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע באופן מפורש כי "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (ההדגשה הוספה). כך קובע גם נוסחו המעודכן של סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק משנת 1994, שאושר במליאת הכנסת ברוב גדול ומשקף את ההסכמה הרחבה בדבר אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה (להרחבה ראו: אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" המשפט יא 79, 104 (התשס"ז) (להלן: רובינשטיין ואורגד); לעמדה כי סעיפים אלה מהווים את הבסיס להחלת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית על כלל הטקסטים המשפטיים בשיטתנו, ראו: אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 83 (2004) (להלן: שופט בחברה דמוקרטית); ולעמדה כי מדובר במעין פרק מבוא לחוקה כולה, ראו: רובינשטיין ואורגד, בעמ' 103).

לכך יש להוסיף את סעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע כי רשימת מועמדים או מועמד לא ישתתפו בבחירות לכנסת אם יש במטרותיהם או במעשיהם משום "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". סעיף זה משקף את עמדת המכונן לפיה אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה הוא כה בסיסי עד כי ניתן לשלול

את הזכות להיבחר לכנסת – זכות יסוד המעוגנת בסעיף 6 לחוק-יסוד: הכנסת – "ממי המבקש למוטט את שתי אבני היסוד של מהות המדינה, שהן היותה יהודית ודמוקרטית" (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 67 (2003) (להלן: עניין טיבי)). במאמר מוסגר יצוין כי בספרות אף הובעה העמדה לפיה ניתן לראות בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת משום עיגון חוקתי לדוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, שכן מדובר בשני כלים משלימים של "דמוקרטיה מתגוננת": סעיף 7א נועד למנוע מועמדות לכנסת של גורמים השואפים לתיקון החוקה בניגוד לערכי-העל של שיטתנו; ודוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי נועדה להתמודד עם מצב שבו גורמים כאלה הצליחו בכל זאת להיכנס לכנסת ולתקן את החוקה באופן לא-חוקתי (רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטטי של חוקת הכלאיים הישראלית" עיוני משפט לח 501, 566-567 (2016)). מבלי לנקוט עמדה בנוגע לגישה זו, אין ספק כי סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת מבטא בבירור את התפישה לפיה הבסיס להגדרה העצמית של מדינת ישראל הוא היותה מדינה יהודית ודמוקרטית (ראו והשוו: רובינשטיין ומדינה, בעמ' 320-321).

20. לשון חוקתית יש לפרש מתוך "מבט רחב", שכן המערך החוקתי אינו מורכב רק מהטקסט החוקתי עצמו (עניין חוק טל, בעמ' 673-674; פרשנות חוקתית, בעמ' 85 ו-94). היטיב לנסח זאת הנשיא ש' אגרנט באומרו "את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו" (בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (1953) (להלן: עניין קול העם)). במסגרת הפרשנות החוקתית עלינו להידרש אפוא, בין היתר, להכרזת העצמאות שלגביה נקבע כי היא מהווה "הן תעודת הלידה והן תעודת הזהות של המדינה כיחידה מדינית, ריבונית ועצמאית" (עניין בנק המזרחי, בעמ' 309), וכי היא כוללת עקרונות מצויים ביסוד המשטר, שכל רשות מרשויות המדינה חייבת להניח כנר לרגליה ולפרש לאורם את חוקי המדינה (עניין קול העם, בעמ' 884; בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2116 (1962); בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, 274 (1988)). ההכרזה מבטאת את חזון העם ואת ה"אני מאמין" שלו, ואף שנקבע כי היא אינה מהווה חוקה בעצמה, בתודעה הלאומית היא נתפשת כמסמך המבטא ומשקף את העקרונות שעל בסיסם תעוצב ותתגבש חוקתה של המדינה (עניין בנק המזרחי, בעמ' 357; רובינשטיין ומדינה, בעמ' 44-43).

הכרזת העצמאות הציבה את אופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל כיסוד מוסד להקמתה. ההכרזה הגדירה את מדינת ישראל כמדינה יהודית וקבעה כי שעריה יהיו פתוחים לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות. לצד זאת, העניקה הכרזת העצמאות ביטוי

לאופייה הדמוקרטי של המדינה ועיגנה בה שוויון זכויות לכל אזרחיה ללא הבדל דת, גזע ומין וכן חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות. לא בכדי, על כן, נזכרים ה"עקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" במפורש גם בטקסט החוקתי עצמו (סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק).

21. פסיקת בית המשפט – המהווה חלק בלתי נפרד מהמערך החוקתי (פרשנות חוקתית, בעמ' 143, 180-181) – הוסיפה וביצרה לאורך השנים את זהותה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית. כך, הבהיר בית משפט זה עוד טרם עיגונו המפורש של צירוף המילים "מדינה יהודית ודמוקרטית" בחוקי היסוד, כי "לא יכול להיות ספק בדבר – וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה – כי לא זו בלבד שישראל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על-ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה 'כמדינה יהודית בארץ ישראל'" (עניין ידדור, בעמ' 385). באשר לאופייה היהודי של המדינה הבהירה הפסיקה כי מדובר בעקרון יסוד של שיטתנו המשפטית (רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 63 (1996)), וקבעה כי היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית היא "טעם קיומה" ו"סימן ההיכר המובהק שלה בין העמים והמדינות" (עניין טיבי, בעמ' 21, 101; ראו גם: ע"ב 561/09 בל"ד – המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18, פסקה 3 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (7.3.2011)). באשר לאופייה הדמוקרטי של המדינה הובהר בפסיקה כי הוא "טבוע בה עמוק מיום הקמתה" ומהווה את "נשמת אפה" (ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, 188 (1988); עניין טיבי, בעמ' 66). היטיב לסכם זאת השופט א' א' לוי, בצינו כי צירוף המילים "מדינה יהודית ודמוקרטית" מהווה "ביטוי מזוקק לנראטיב המכונן של ישראל [...] הקבוע כאבן הראשה במשפטנו החוקתי" (בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 1, 63 (2012) (להלן: עניין גלאון)).

22. על כל האמור יש להוסיף את דבר קיומן של נורמות תת-חוקתיות רבות שבהן מעוגן הצירוף "מדינה יהודית ודמוקרטית" באופן מפורש. כך במישור הפוליטי (סעיף 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992; כלל 1א(1) לכללי האתיקה לחברי כנסת); בתחום החינוך (סעיף 2(א)(2) לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953 (להלן: חוק חינוך ממלכתי); סעיף 2(ב)(1) לחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, התשס"ח-2008); בתחום התרבות (סעיף 2(ג) לחוק התרבות והאמנות, התשס"ג-2002; סעיף 7(ב) לחוק השידור הציבורי הישראלי, התשע"ד-2014); ובתחומים נוספים (ראו למשל: סעיף 1(ב) לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ו-2005). חוקים אחרים שאינם מזכירים במפורש את הצירוף "מדינה יהודית ודמוקרטית", מלמדים אף הם באופן מובהק על אופייה של המדינה

כמדינה יהודית, ובראשם חוק השבות, התש"י-1950; חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980; וחוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג-1952 (להלן: חוק מעמד ההסתדרות הציונית והסוכנות היהודית)). ולצידם – חוקים המלמדים על אופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, בכל הנוגע להליכי הבחירות המתקיימים בה (חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969 (להלן: חוק הבחירות); וחוק הבחירות (דרכי תעמולה), התשי"ט-1959) וכן למחויבות לזכויות אדם ולעקרון השוויון (חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000; ועוד).

23. מן המקובץ עולה כי אף שחוקי היסוד עיגנו את היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, לא חוקי היסוד לבדם הם ששרטטו את דמותה זו: "מדינת ישראל נולדה כך והייתה כך מאז ומתמיד: מצד אחד – מדינה יהודית; מצד אחר – מדינה דמוקרטית" (יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א: המינהל הציבורי 59 (2010) (להלן: זמיר); ראו גם: חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודימוקרטית: עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" מבחר כתבים 45, 51-52 (2001); אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?" עיוני משפט יט 479, 491 (1995)). הכרזת העצמאות התוותה את אופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית; חוקי היסוד עיגנו שני מרכיבים אלה בזהותה של המדינה באופן מפורש; החקיקה והפסיקה חיזקו וביצרו אותם; וקורות חייה של האומה מאז הקמתה שבו והמחישו כי זו דמותה. על כן, דומה כי אף שהמפעל החוקתי טרם הושלם, זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה ניתנת לערעור.

## א.2. הבסיס העיוני לקביעה כי אין לשנות את אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה

24. הבסיס העיוני לקביעה לפיה חרף עליונותה של הכנסת בכובעה כרשות המכוננת היא איננה "כל יכולה", נגזר מכך שסמכותה זו של הכנסת באה לה מן הריבון – העם – ועברה מהאסיפה המכוננת (הכנסת הראשונה) אל הכנסת השנייה וכך מכנסת לכנסת, עד ימינו אנו (עניין בנק המזרחי, בעמ' 356, 369). מכך מתחייבת המסקנה כי האפשרות לקבוע הוראה חוקתית אשר תמוטט את המפעל החוקתי כולו ותנתק את "הרציפות החוקתית" (כפי שכונתה בעניין בנק המזרחי, בעמ' 356) שהחלה עם קום המדינה ונמשכת עד היום, אינה באה בגדר הסמכות המכוננת הנתונה לכנסת (ראו והשוו: עניין שפיר, בפסקה 60 לחוות דעתי ובפסקה 31 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-אדלר). מסקנה זו נובעת מעצם קיומה של מסגרת נורמטיבית חוקתית, שהיא, כפי שציין השופט א' לוי,

”מבין הכלים המקנים לשיטה המשפטית כוח להגן על האומה מפני שינויים קיצוניים בנרטיב המכונן, המאיימים לפרק את רצף אבני-הבנין מהן מורכב סיפורה” (עניין גלאון, בעמ' 61-62).

במילים אחרות, 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, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר [...] היא לא הוסמכה לבטלם” (עניין חוק טל, בעמ' 717; כמו כן, ראו והשוו: יניב רוזנאי ”שימוש לרעה בחוק יסוד” ספר אליקים רובינשטיין 1349, 1376 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2020) (להלן: רוזנאי ”שימוש לרעה בחוק יסוד”).

25. למסקנה זו ניתן להגיע בדרך נוספת. בספרות הוצעה הבחנה בין סמכות מכוננת מקורית, הפועלת לגיבוש חוקה חדשה, ובין סמכות מכוננת נגזרת, אשר מוסמכת לתקן את החוקה, אך מוגבלת על-ידי הכללים שנקבעו בחוקה מתוקף הסמכות המכוננת המקורית (קלוד קליין ”בעקבות פסק הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון” משפטים כח 341, 356 (1997) (להלן: קליין ”בעקבות בנק המזרחי”); ROZNAI, בעמ' 113). ההבחנה האמורה – שלא אומצה בפסיקה הישראלית – מעוררת מלכתחילה קשיים בשל הנסיבות הייחודיות של שיטתנו, שבה לא ניתן להצביע על סמכות מכוננת מקורית שגיבשה חוקה מלאה והוראות ייחודיות לתיקונה (להרחבה בעניין החלת ההבחנה בין סמכות מכוננת מקורית לנגזרת בשיטתנו ראו: קליין ”בעקבות בנק המזרחי”, בעמ' 357; אריאל בנדור ”המעמד המשפטי של חוקי היסוד” ספר ברנזון כרך שני: בני סברה 119, 135 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000) (להלן: בנדור); אהרן ברק ”הכנסת כרשות מכוננת ושאלת התיקון החוקתי שאינו חוקתי” חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו 6-12 (צפוי להתפרסם ב-2021, זמין בכתובת <https://ssrn.com/abstract=3808990>) (להלן: ברק ”הכנסת כרשות מכוננת”). עם זאת, ועל רקע האמור לעיל, דומה כי בכל הנוגע לעיגון זהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – ורק במובן מצומצם זה – הושלמה למעשה מלאכת הסמכות המכוננת ”המקורית”. זאת, שכן נורמה שמשמעותה שינוי זהותה של מדינת ישראל מן היסוד גוזרת כליה על המפעל החוקתי הקיים (ראו והשוו: ROZNAI, בעמ' 143). ככל שהדבר נוגע לעצם זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ניתן, אפוא, לומר שהכנסת פועלת כיום מכוח סמכות שהיא מעין סמכות מכוננת ”נגזרת”, הכפופה לגבולות הגזרה ולתנאים הבסיסיים שהוגדרו לה על-ידי קודמותיה (ראו והשוו: קלוד קליין ”הרשות המכוננת במדינת ישראל” משפטים ב 51, 52 (1970); רובינשטיין ומדינה, בעמ' 118).

במסגרת זו, למכונן נתון מרחב פעולה לשנות, להוסיף ולבטל הוראות חוקתיות בהתאם לעקרונות ולכללים הנהוגים עימנו; אך הוא אינו מוסמך למוטט איזה מעמודי התווך שעליהם נשענת החוקה המתגבשת כולה.

26. מסקנה זו נשענת על הטקסט החוקתי המפורש ועל בחינתו של המערך החוקתי הפוזיטיבי. לצד זאת, קיימות גישות נוספות באשר למקורן של המגבלות המוטלות על הרשות המכוננת. לפי גישה אחת, סמכותה של הרשות המכוננת נובעת מהכרזת העצמאות ומשכך המכונן אינו מוסמך לשלול את עקרונות היסוד המעוגנים בהכרזה שעיקרם – היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית (אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9, 30-31 (2018) (להלן: ברק "מגילת העצמאות"); בנדוד, בעמ' 143). על פי גישה זו, הכרזת העצמאות לא קבעה רק כי יתקיימו בחירות לאסיפה המכוננת אשר תקבע חוקה, אלא קבעה גם את "כללי המסגרת" שמהם אין לחרוג בתהליך כינון החוקה (ברק "מגילת העצמאות", בעמ' 29-30; ראו גם: רובינשטיין ומדינה, בעמ' 43-44). כללי מסגרת אלה מבהירים כי קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית היא ה"מהות הבסיסית והמחייבת שנקבעה למדינה על ידי מייסדיה" (בנדוד, בעמ' 143).

גישה אחרת, שבאה לידי ביטוי בעיקר בפסיקתו של המשנה לנשיא מ' חשין, נשענת על עקרונות יסוד בלתי-כתובים ועל-חוקתיים כבסיס אפשרי להגבלת הכנסת בחוקה חוקי יסוד (להרחבה ראו: יואב דותן "חצי יובל לפסק דין בנק המזרחי: שאון תופי המהפכה וקולו של הפיקולו – מורשתו החוקתית של השופט מישאל חשין" משפט ועסקים כו (צפוי להתפרסם ב-2021); ראו גם: עניין ירדוד, בעמ' 389-390; ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" עיוני משפט מד (צפוי להתפרסם ב-2021)). לגישת המשנה לנשיא חשין, "גם חוקי-היסוד אינם בפסגת הפירמידה, שמא נאמר: בתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי-היסוד יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה היהודית. אלה הם ה'גבוה מעל גבוה שומר'. אלה הם הגנים היוצרים את חיינו" (עניין ארפל, בעמ' 629). נאמן לגישה זו, ציין המשנה לנשיא חשין בדעת מיעוט בעניין חוק טל כי "אף לא לאחת מרשויות המדינה ניתנה סמכות לבטל את המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית" (שם, בעמ' 761).

27. 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 לגיştתי, 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. זאת, שכן בפרקטיקה החוקתית הישראלית – בפרט בהיעדר חוק יסוד: החקיקה – ההבחנה בין שני מסלולים אלה עמומה למדי. כך, לעיתים פועל המכונן לעיגון הסדרים חוקתיים חדשים ומשמעותיים במסגרת תיקון לחוקי יסוד קיימים (ראו למשל: חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה) אשר עיגן את מוסד ממשלת החילופים) ולעיתים במסגרת חקיקה מחדש של חוקי יסוד קיימים (ראו למשל: חוק-יסוד: חופש העיסוק משנת 1994; חוק-יסוד: הממשלה משנת 1992 ומשנת 2001).

ב. מאפייניה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

28. מהי, אפוא, משמעותו המשפטית של הצירוף "מדינה יהודית ודמוקרטית"? ובמילים אחרות – מהן אמות המידה המשמשות בסיס לקביעה כי הוראה חוקתית מסוימת שוללת את אופייה היהודי או הדמוקרטי של מדינת ישראל?

בהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי, אני סבורה כי המגבלות החלות על הרשות המכוננת הן, כאמור, צרות ביותר, ונוגעות למצבים חריגים של שינוי חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה (ראו גם: עניין חוק ההדחה, בפסקה 36 לחוות דעתי). עמדה דומה הובעה בעבר בפסיקה ובספרות (עניין חוק טל, בעמ' 717; עניין בר-און, בעמ' 312; עניין המרכז האקדמי, בפסקה כ"ז לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין, בפסקה 8 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר ובפסקה 4 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל; ברק "תיקון של חוקה", בעמ' 380).

29. מדובר במצבים שבהם הוראה חוקתית פוגעת פגיעה אנושה באופייה היהודי או הדמוקרטי של המדינה, עד כי אין כל דרך ליישב מבחינה מושגית ופרקטית בין הוראה זו ובין מרכיביה אלה של זהות המדינה. כך למשל, אין כל דרך ליישב את היותה של ישראל מדינה יהודית עם חוק יסוד שמנתק את הזיקה הייחודית בין מדינת ישראל לעם היהודי, לשפתו ולמורשתו (ראו בהקשר זה: ברק "מגילת העצמאות", בעמ' 30). בדומה, לא ניתן ליישב חוק יסוד שפוגע פגיעה אנושה בעקרונות דמוקרטיים בסיסיים – ובכלל זאת "בחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם [...]; קיום הפרדת רשויות;

שלטון החוק; ורשות שופטת עצמאית" (עניין טיבי, בעמ' 23) – עם היותה של ישראל מדינה דמוקרטית. עמד על כך השופט א' א' לוי בהקשר אחר בצינינו:

"אף אם לא-אחת עשוי ערך עיקרי בשיטתנו המשפטית למצוא עצמו ושולי אדרתו חורגים מתחומיו של המארג המכונן הישראלי, הרי שעיקרו של אותו ערך – הגרעין שסביבו מרוכזים ביטויי המוצקים ביותר – מקומו לא ייפקד מן הסיפור המכונן שלנו. פגיעה בגרעין זה לא תוכל שלא להפר את האיזון העדין שעליו מייסדת עצמה המשואה הישראלית. גריעה מן המצוי בליבת הערך המכונן לא תהא מסוגלת לדור בשלום עם עיקריה של שיטתנו. התנערות מן היסודי והמובהק לא תוכל להלוט 'מדינה יהודית ודמוקרטית'" (עניין גלאון, בעמ' 70).

במילים אחרות, באותם המצבים שבהם חוק יסוד שולל או סותר באופן חזיתי את "המאפיינים 'הגרעיניים' המעצבים את הגדרת המינימום" של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית (עניין טיבי, בעמ' 22; ראו והשוו: דבריו של השופט הנדל בעניין המרכז האקדמי, בפסקה 4 לחוות דעתו) – ניתן לומר כי הכנסת חרזה מסמכותה המכוננת.

30. ויודגש: המגבלה שחלה על הרשות המכוננת עניינה בליבת הזהות היהודית והדמוקרטית, ובה בלבד (השוו: ברק "הכנסת כרשות מכוננת", בעמ' 36-37). המכונן אינו רשאי לשלול – להלכה או למעשה – את קיומה של המדינה כ"יהודית ודמוקרטית", אך הוא רשאי לשרטט, על פי שיקול דעתו, את האופן שבו יבוא לידי ביטוי צירוף מילים זה במסגרת חוקי היסוד, אף אם הדבר כרוך באיזונים ובפשרות אשר מגדירים מחדש את אופן התפרשותו של אחד ממרכיבי זהותה של המדינה. ברוח זו, בית משפט זה כבר קבע כי רחוקה הדרך בין קביעה לפיה נורמה מסוימת פוגעת פגיעה קשה בזכות יסוד מסוימת ובין המסקנה שנורמה זו שוללת את דרישות המינימום המגדירות מדינה כדמוקרטית (עניין חוק טל, בעמ' 717; עניין חוק ההדחה, בפסקה 36 לחוות דעתי; לעמדה לפיה ייתכן שקיומה של חוקה שלמה ישנה מסקנה זו, ראו: ברק "תיקון של חוקה", בעמ' 380). עוד נקבע כי שינויים מוסדיים מסוימים – דוגמת מעבר לתקציב מדינה דו-שנתי או הסדר שמאפשר לחבר כנסת שמונה לשר או לסגן שר להתפטר מהכנסת ולחזור לכהן בה עם סיום כהונתו בממשלה (הסדר הידוע בכינוי "החוק הנורבגי") – אין בהם כדי לשלול את אופייה הדמוקרטי של המדינה (עניין המרכז האקדמי, בפסקה 9 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) מלצר; בג"ץ 4076/20 שפירא נ' הכנסת, פסקה 10 (22.7.2020)).

31. סיכומם של דברים עד כאן: הבריה התיכון המחבר את משכננו המשותף הוא היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, כאמור במקרא – "וְהַתְּבָרִית הַתִּיכֵן בְּתוֹךְ הַקְּרָשִׁים מִבְּרַחַת מִן הַקְּצֵה אֶל הַקְּצֵה" (שמות כו, 28). לפיכך, אף שבעת הזו אין מקום לאמץ אל שיטתנו את דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, כפי שהיא באה לידי ביטוי בשיטות משפט שלהן חוקה שלמה (ראו לעיל בפסקאות 13-15), ניתן להצביע כבר עתה על מגבלות – צרות ביותר – המוטלות על סמכותה המכוננת של הכנסת, ולקבוע כי היא אינה מוסמכת לשלול את מאפייני הזהות הגרעיניים מינימאליים של מדינת ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית.

שאלה נפרדת היא השאלה אם בית משפט זה מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד בהינתן המגבלות האמורות החלות על סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת.

ג. ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי יסוד

32. המסקנה לפיה הכנסת כרשות מכוננת איננה "כל יכולה" וחלות עליה מגבלות מסוימות מצומצמות בהיקפן, אינה מלמדת בהכרח כי יש בכך כדי לשמש בסיס לביקורת שיפוטית על-ידי בית המשפט (EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), REPORT ON CONSTITUTIONAL AMENDMENT 44 (2010) (להלן: דו"ח ועדת ונציה); ראו גם: ROZNAI, בעמ' 179). סמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית נגזרת מהעליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד. מכאן הקושי בקיום ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד, הטמון בכך שחוקי יסוד אלה מצויים בפסגת המדרג הנורמטיבי הפוזיטיבי, ומהם שואב בית המשפט עצמו את סמכויותיו (ברק "תיקון של חוקה", בעמ' 376; עניין שפיר, בפסקה 27 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג). קושי זה מתחדד בהקשר הישראלי בהתחשב בכך שתהליך גיבוש החוקה מצוי בעיצומו וטרם נחקק חוק יסוד: החקיקה, כך שהמכונן לא נתן דעתו באופן מפורש לסוגיית הביקורת החוקתית המהותית על חוקי יסוד (עניין חוק ההדחה, בפסקה 25 לחוות דעתי).

הטענה המועלית בהקשר זה ולפיה פסקת ההגבלה שמעוגנת בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יכולה לשמש בסיס לביקורת שיפוטית על תוכנו של חוק יסוד – היא מוקשית. בית משפט זה ציין בעבר כי "עיקר מטרתה של פסקת ההגבלה היא להגביל את המחוקק 'הרגיל' [...] [היא] אינה מכוונת כלפי הכנסת המשנה חוקי יסוד" (בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 913, 914 (1994); וראו גם: עניין חוק

ההדחה, בפסקה 20 לחוות דעתי). גם הטענה לפיה סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לפיו "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק זה", מבסס את סמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על תוצרי הרשות המכוננת, אינה חפה מקשיים. משמעותה של טענה זו היא שסעיף 11 מהווה מעין "פסקת נצחיות" המעניקה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעמד עליון על יתר חוקי היסוד.

33. לפיכך, יש הסבורים כי אין זה מסמכותו או מתפקידו של בית המשפט לקבוע אם הרשות המכוננת חרגה מסמכותה, וכי מן הראוי להגביל את הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד אך לבחינת התקימותן של דרישות פרוצדוראליות שהמכונן קבע במפורש (סעיפי "נוקשות"), או לכל היותר לבחינת השאלה אם נורמה שעוגנה בחוק יסוד אכן מצויה במדרג חוקתי, בהתבסס על המבחנים הנוהגים לזיהוי הסדרים מסוג זה (ראו דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת בעניין שפיר, בפסקה 31 לחוות דעתי). בהקשר זה נטען כי הקביעה לפיה קיימות מגבלות מסוימות – גם אם צרות ביותר – על סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת, מובילה להפנמה של כללי המשחק החוקתיים על-ידי הגורמים המעורבים בחקיקת חוקי היסוד, אפילו כשחוקים אלה אינם נבחנים על-ידי בית המשפט (דו"ח ועדת ונציה, בעמ' 44; ראו והשוו: עניין בר-און, בעמ' 299). עוד נטען כי מכל מקום, יוכל הציבור להכריע ביום הבחירות אם ברצונו ליתן אמונו בכנסת שהוציאה תחת ידה חוק יסוד תוך חריגה מסמכותה המכוננת (ראו והשוו: עניין שפיר, בפסקה 9 לחוות דעתו של השופט י' אלרון).

34. מנגד, קיימים טעמים התומכים 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. ראשית, אחד מתפקידיו המרכזיים של בית המשפט הוא "להגן על חוקי היסוד המצויים בליבת שיטתנו המשפטית" (עניין המרכז האקדמי, בפסקה 3 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן; ראו גם: שופט בחברה דמוקרטית, בעמ' 80; והשוו: עניין שפיר, בפסקה 31 לחוות דעתי). על כן ניתן לטעון כי לצד הביקורת השיפוטית שמקיים בית המשפט על חקיקה ראשית ועל פעולות מנהליות, כדי להבטיח שלא יובילו לפגיעה קשה בערכים ובעקרונות המעוגנים בחוקי היסוד, עליו לוודא כי לא ישתלבו בחוקי היסוד עצמם הוראות שעלולות לפגוע פגיעה אנושה בליבת המערך החוקתי כולו, תוך שלילת אופייה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ברק "תיקון של חוקה", בעמ' 377). שנית, הצורך בביקורת שיפוטית על תוכן 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 הסדר החוקתי הקיים (רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד",

בעמ' 1383). בכך שונה השיטה שלנו במידה ניכרת מהשיטה הנוהגת בארצות הברית, שם בית המשפט העליון הסתייג אומנם מקיום ביקורת שיפוטית על תוכנם של תיקונים לחוקה (ראו לדוגמה: (Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939) – אך הליך תיקון החוקה האמריקאית המעוגן בסעיף 5 לחוקה כרוך בדרישות נוקשות ביותר: רוב של שני שלישים בשני בתי הקונגרס ואשרור של שלושה רבעים מבין המדינות. בישראל להבדיל, ניתן לחוקק ולשנות חוקי יסוד בקלות רבה, בהליך שאינו שונה ככלל מחקיקת חוק רגיל (עניין בר-און, בעמ' 298; עניין שפיר, בפסקה 32 לחוות דעת). מאפיינים אלה של שיטתנו תומכים בעמדה שהושמעה בפסיקה, לפיה אין לשלול מעיקרא את סמכותו של בית המשפט לפסול חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד בנסיבות חריגות וקיצוניות (ראו: עניין המרכז האקדמי, בפסקה ל"ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין; בפסקה 3 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן; ובפסקה 15 לחוות דעתו של השופט פוגלמן).

35. השיקולים שהוצגו לעיל משקפים אך אינם ממצים את המורכבות הכרוכה בקיום ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי יסוד. בהקשר זה ציין המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין בעניין המרכז האקדמי כי "לעת הזאת יש לשמור על עקרונות היסוד בעת כינון חוקי היסוד, אך טרם הגיעה השעה להפוך נושא זה למנוף של ביקורת שיפוטית" (שם, בפסקה כ"ח לחוות דעתו) – והדברים יפים לענייננו. כפי שאבהיר להלן, גם אם אניח לצורך הדיון כי בית המשפט מוסמך לערוך ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי יסוד, חוק יסוד: הלאום אינו שולל את המאפיינים היהודיים והדמוקרטיים הגרעיניים של המדינה באופן המצדיק התערבות בתוכנו. אין לכחד – חוק יסוד: הלאום מעורר קשיים ושאלות חוקתיות נוקבות, אך לשיטתי יש להם מענה בדרך של פרשנות מקיימת – שאליה אדרש בהרחבה בהמשך הדברים – הנסמכת על עקרונות וכללים פרשניים הנוהגים בשיטתנו המשפטית. משכך, לא זה המקרה המצריך הכרעה בשאלת סמכותו של בית המשפט להתערב בתוכנו של חוק יסוד.

36. עד כה עמדתי על המגבלות החלות על הסמכות המכוונת באופן עקרוני. עתה אפנה לבחינת טענות העותרים נגד חוק יסוד: הלאום אשר, לגישתם, מבקש לעגן את אופייה היהודי של המדינה, תוך פגיעה בערכיה הדמוקרטיים. טענות אלו ניתן לחלק לשתי קבוצות עיקריות: קבוצה אחת של טענות נוגעת לחוק היסוד בכללותו והקבוצה השנייה נוגעת להוראות ספציפיות הכלולות בו.

טענות נגד חוק יסוד: הלאום בכללותו

37. האם חוק יסוד: הלאום פוגע באופן כה חמור באופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל עד כי ניתן לומר שהוא שולל מרכיב זה בזהותה של המדינה ומהווה חריגה מגבולות הסמכות של הרשות המכוננת?

לגישת העותרים, כינונו של חוק יסוד: הלאום יצר בפועל מדרג נורמטיבי בין המרכיב היהודי והמרכיב הדמוקרטי בדמותה של מדינת ישראל, תוך העדפת זהותה היהודית של המדינה. עוד נטען כי היעדרו של עקרון השוויון מנוסח חוק יסוד: הלאום, פוגע פגיעה אנושה באופייה הדמוקרטי של המדינה; כי כבר כעת נודעות לחוק היסוד השלכות מעשיות המשנות את משטרנו החוקתי מן היסוד; כי חוק היסוד סותר את מחויבותיה של ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי; וכי חוק היסוד מחיל עצמו מחוץ לגבולותיה של מדינת ישראל, בניגוד לעקרון הריבונות הטריטוריאלית.

אדרש לטענות אלו כסדרן.

א. העדפת דמותה היהודית של מדינת ישראל

38. טענתם המרכזית של העותרים היא כי חוק יסוד: הלאום יצר העדפה של ערכי המדינה כמדינה יהודית על פני ערכיה כמדינה דמוקרטית. טענה זו דינה להידחות.

בחינת ההוראות שעוגנו בנוסחו הסופי של חוק יסוד: הלאום מלמדת כי מדובר בחוק יסוד שנועד לצקת תוכן קונקרטי לביטוי "מדינה יהודית" ולהבהיר באופן מפורש מהם אותם רכיבים באופייה היהודי של המדינה שיש להם מעמד חוקתי. בטיעוניה ציינה הכנסת כי להשקפתה חוק יסוד: הלאום הוא "חוק יסוד תשתיתי אשר נועד להגדיר במישור העקרוני את המאפיינים הלאומיים של המדינה" (סעיף 114 לתגובת הכנסת). "מאפיינים לאומיים" אלה לא הופיעו יש מאין, אלא קובצו להוראות חוק היסוד בהתבסס על מאפיינים שונים שזכו לאורך השנים להכרה בדין. כך, למשל, ההוראה בסעיף 3 לחוק יסוד: הלאום לפיה "ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל", מופיעה בלשון זהה בסעיף 1 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל. הוראות רבות אחרות מבוססות אף הן על נורמות שעוגנו עוד בשנותיה הראשונות של המדינה בחקיקה ראשית (ראו, למשל: סעיף 1 לחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, התש"ט-1949; סעיף 1 לחוק יום הזכרון לשואה ולגבורה, התשי"ט-1959; סעיף 1(א) לחוק יום הזכרון לחללי מערכות ישראל, התשכ"ג-1963; סעיף 1(א) לחוק יום העצמאות, התש"ט-1949; סעיף 18א לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 (להלן: פקודת סדרי השלטון והמשפט); סעיף 7(ב)(1) לחוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951) – כמו גם בפסיקה (ראו למשל, ביחס למעמדה

של השפה העברית כשפה הרשמית המרכזית של המדינה: עניין טיבי, בעמ' 22). על רקע זה, לא בכדי הובהר במהלך הדיונים בוועדה המשותפת כי חוק יסוד: הלאום "אינו בא לקבוע דברים חדשים" אלא "בא לומר במידה רבה את המובן מאליו – שמדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי" (דבריו של ח"כ יריב לוין בפרוטוקול ישיבה מס' 1, בעמ' 11). בכך, כשלעצמו אין משום אמירה הנוגעת או הפוגעת בצלע הנוספת המרכיבה את זהותה של מדינת ישראל – הצלע הדמוקרטית.

39. למעשה, סקירת ההיסטוריה החקיקתית של חוק יסוד: הלאום מובילה למסקנה כי המכונן עסק בשאלה זו באופן מפורש וכי בחירתו המודעת הייתה שלא להכפיף את זהותה הדמוקרטית של המדינה לזהותה היהודית. בדברי ההסבר של הצעת חוק יסוד: הלאום הובהר כי "מטרתו של חוק-יסוד זה היא להגן בחקיקת יסוד על מעמדה של ישראל כמדינתו של העם היהודי בשוויון מעמד להגנה שמעניקה חקיקת היסוד בישראל לזכויות האדם ולאופייה הדמוקרטי של המדינה" (ההדגשה הוספה). גם במסגרת דיוני הוועדה המשותפת הבהיר היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד גור בליי (להלן: עו"ד בליי), כי כוונת יוזמי הצעת החוק לא הייתה לשנות מן היחס השווה בין מעמדו של המרכיב היהודי בזהותה של המדינה לזה הדמוקרטי (פרוטוקול ישיבה מס' 9 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 3 (11.12.2017) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 9)). הנחת המוצא לפיה מטרת חוק יסוד: הלאום לא הייתה להכפיף את זהותה היהודית של המדינה לזו הדמוקרטית, אף הובילה לשינויים בהצעת החוק לקראת אישורה במליאת הכנסת. כך למשל, נקבע תחילה בסעיף 1(ג) להצעת החוק המקורית (שבהמשך דיוני הוועדה המשותפת הפך לסעיף 1(ד)) כי "האמור בחוק יסוד זה או בכל דבר חקיקה אחר יפורש לאור הקבוע בסעיף זה". בסופו של דבר הושמט אותו הסעיף מהצעת החוק, משום שהוא עשוי היה להתפרש כמעניק עליונות במישור הפרשני לזהותה היהודית של המדינה על פני זהותה הדמוקרטית (ראו דבריו של עו"ד בליי, פרוטוקול ישיבה מס' 9, בעמ' 3). הסביר זאת יו"ר הוועדה המשותפת, ח"כ אוחנה:

"הסעיף שהדאיג רבים מאתנו, סעיף 1(ד), שיצרן 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 [אלא] שהיהודית והדמוקרטית אכן צריכים להיות שלובים אלה באלה ולא כפופים זה לזה" (פרוטוקול ישיבה מס' 11 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 3 (13.3.2018); ההדגשה הוספה).

עוד ראוי לציין כי בדיונים הראשונים של הוועדה המשותפת הוצג חוק יסוד: הלאום כמעין מבוא לחוקה העתידית וכ- "תעודת הזהות" של מדינת ישראל (פרוטוקול ישיבה מס' 1, בעמ' 10). בעולם מקובל ש"מבוא" לחוקה (preamble) הוא טקסט אשר מגדיר את ערכי הליבה של המדינה ואת "כרטיס הביקור" שלה (רובינשטיין ואורגד, בעמ' 81, 86). עם זאת, הכנסת הבהירה בתגובתה במסגרת ההליכים דנן כי "תפישה זו נזנחה עם התקדמות הליכי החקיקה, תוך שהתחדד כי חוק יסוד: הלאום אינו בגדר מבוא לחוקה, אלא פרק, אף אם חשוב ביותר, המבטא את הזהות של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי" (סעיף 114 לתגובת הכנסת; דבריה של באת-כוח הכנסת בעמ' 55 לפרוטוקול הדיון בעתירות מיום 22.12.2020). רוצה לומר – חוק יסוד: הלאום הוא פרק בחוקה העתידית של מדינת ישראל, אשר נועד לרכז את ההיבטים הנוגעים לאופייה כמדינה יהודית. הוא אינו מתיימר להיות פתיח לחוקתה. קיימים פרקים נוספים – שווי-מעמד – המעגנים את אופייה הדמוקרטי של המדינה (חוקי היסוד המשטריים וכן חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק), וחוק יסוד: הלאום לא נועד לפגוע בהם או לגרוע ממעמדם.

40. לבסוף, והוא עיקר, התפישה הרווחת בשיטתנו המשפטית היא כי עמודי התווך של החוקה המתגבשת – הרכיב היהודי והרכיב הדמוקרטי בזהותה של המדינה – דרים בכפיפה אחת, זה לצד זה, מבלי שהאחד מבטל את השני או גובר עליו. אף שעשוי להתעורר מתח בין היותה של ישראל מדינת לאום יהודית ובין היותה מדינה דמוקרטית, מקובל לראות במאפייני זהות אלה כמשלימים ומזינים זה את זה (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 511 (1992); אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9, 30 (1992)), ויש אף הרואים בערכים היהודיים והדמוקרטיים ככאלה שנובעים זה מזה (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 298 (1985); א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' כסיף, פסקה 4 לחוות דעתי (18.7.2019) (להלן: עניין כסיף); מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב 253, 263 (1995)). ברוח זו נפסק כי יש לשאוף אל המכנה המשותף בין ה"יהודית" ל"דמוקרטית" תוך יצירת סינתזה והרמוניה בין שני המושגים (ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 167 (1993); אהרן ברק "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט כד 9, 11 (2000) (להלן: אהרן ברק "ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"). היטיב לבטא זאת פרופ' יצחק זמיר, בציינו כי החלק החשוב בביטוי "יהודית ודמוקרטית" הוא "וה החיבור, הקושר בין היהדות לבין הדמוקרטיה" (זמיר, בעמ' 71). זוהי, כאמור, תפישת יסוד בשיטתנו המשפטית, ואין כל אינדיקציה בלשונו

של חוק יסוד: הלאום או בהיסטוריה החקיקתית שלו לכך שהמכונן התכוון להפוך תפישה זו על פיה.

41. הנה כי כן, חוק יסוד: הלאום הוא ביטוי לכך ש"יהדותה של המדינה היא המהות, היא הייחוד, והיא סימן ההיכר המובהק שלה בין העמים והמדינות. נטלת ממנה את סממני יהדותה, נטלת ממנה את נשמתה; עשית אותה למדינה בלי עם, בלי עבר ובלי פנים" (עניין טיבי, בעמ' 101). בקביעה כי ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי אין חידוש, שכן זוהי הנחת היסוד שעל בסיסה הוקמה המדינה בהתאם לעקרונות שנקבעו בהכרזת העצמאות. אך קביעה זו אין בה משום סתירה להיותה של ישראל מדינה דמוקרטית או משום העדפה גורפת של אופייה היהודי על זה הדמוקרטי. זאת, בהתאם לתפישה המושרשת בשיטתנו המשפטית ובדומה למודלים רבים המוכרים בעולם של מדינות לאום דמוקרטיות שאינן ניטרליות מבחינת זהותן הלאומית (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 325-326). לפיכך, עצם חקיקתו של חוק יסוד: הלאום אינו שולל את "המאפיינים הגרעיניים" המעצבים את הגדרתה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ואין בו כדי לשנות את המעמד השווה של זהותה היהודית ושל זו הדמוקרטית.

ב. היעדר עיגון לעקרון השוויון

42. טענה אחרת בפי העותרים היא שחוק יסוד: הלאום פוגע פגיעה קשה באופייה הדמוקרטי של המדינה בשל היעדרו של עקרון השוויון מנוסח חוק היסוד. סירובם של חברי הכנסת לעגן בחוק היסוד את ערך השוויון מדיר, כך העותרים, את אזרחיה הלא-יהודים והם מציינים כי אין בנמצא חוקה אחרת שנעדרים ממנה עיגון מפורש לעקרון השוויון או קביעה בדבר הזכות לשוויון של כלל אזרחי המדינה, ובכללם מי שמשתייכים לקבוצות מיעוט. על כן, חלק מן העותרים מבקשים כי בית המשפט יורה על תיקון חוק היסוד כך שיכלול את עקרון השוויון ולחלופין, הם עותרים לסעד של "קריאה לתוך החוק" (reading in) אשר יקבע כי עקרון השוויון מהווה חלק מחוק יסוד: הלאום.

43. ככלל, אין בית משפט זה מוציא מלפניו צו המורה על תיקון או על שינוי של דבר חקיקה, משום שעל תיקון או שינוי כאמור אמונות רשויות השלטון האחרות (בג"ץ 8940/14 א.פ.ט. אדוונט פאואר טכנולוגי בע"מ נ' כנסת ישראל, פסקה 5 (18.1.2015)); בג"ץ 282/21 פלונית נ' כנסת ישראל (14.1.2021)). באשר לדוקטרינה של "קריאה לתוך החוק" – דוקטרינה זו הוכרה עד כה ביחס לחקיקה רגילה, ואף זאת בצמצום ובמקרים חריגים בלבד (ראו, בין היתר: בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (22.5.2012) (להלן: עניין נסר)).

משבחוק יסוד עסקינן מן הראוי להחיל כללים אלה מבחינת קל וחומר, וזאת בהנחה מרחיקת הלכת – אשר כאמור לא ראיתי צורך להכריע בה בהליך דנן – ולפיה נתונה לבית המשפט הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי יסוד.

44. כשלעצמי אני סבורה כי מוטב היה לו חוק יסוד: הלאום היה מבהיר באופן מפורש כי מדינת ישראל, לצד היותה מדינת הלאום של העם היהודי, היא גם מדינה המחויבת לשוויון זכויות מלא לכל אזרחיה. בהקשר זה יש לשוב ולהדגיש כי גם חוק שמשמעותו היא סימבולית בעיקרה ואשר לא נועד להוביל לשינוי משפטי ישיר בעולם המעשה, עלול להוביל לפגיעה בעקרונות, בזכויות ובערכים חוקתיים וכן ליצירת תחושת זרות והדרה של חלק מאזרחי המדינה מן הנרטיבים הציבוריים. בענייננו, למשל, חלק מהעתירות הוגשו על-ידי בני העדה הדרוזית אשר טענו כי חוק יסוד: הלאום מתעלם מהם כקבוצת מיעוט ייחודית במדינת ישראל, שבין בנותיה ובניה ובין מדינת ישראל מתקיימת לא רק זיקה ארוכת שנים, אלא גם "ברית דמים" של ממש המתבטאת, בין היתר, בשירותם המשמעותי של בני העדה בצה"ל.

אך כלל נוסף הוא הנקוט בדינו, ולפיו בקיימו ביקורת שיפוטית אין בית המשפט בוחן את תבונתו של החוק. הוא בוחן את חוקתיותו ואינו ממיר את שיקולי המחוקק בשיקוליו שלו (עניין בנק המזרחי, בעמ' 438). כך באשר לביקורת שיפוטית על החקיקה ה"רגילה", ומקל וחומר ביחס לחוק יסוד שחוקקה הכנסת בכובעה כרשות מכוונת וזאת אף אם נניח כי אומנם נתונה לבית המשפט הסמכות לכך.

45. האם העובדה שעקרון השוויון לא נכלל באופן מפורש בחוק יסוד: הלאום, יש בה כדי להוביל למסקנה שחוק היסוד כונן תוך חריגה מגבולות הסמכות המכוונת?

חוק יסוד: הלאום מהווה, כאמור, אך פרק אחד בחוקתנו העתידית. לפיכך, העובדה כי עקרון השוויון לא נכלל בו באופן מפורש, אין בה לגישתי כדי לגרוע ממעמדו החוקתי. עוד טרם הקמת המדינה הבהירו מנהיגי היישוב הציוני באופן מפורש כי המדינה שתקום תבטיח שוויון לכל תושביה (הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג תחוקה לישראל על פי התורה כרך א: סדרי שלטון ומשפט במדינה היהודית 2 (איתמר ורהפטיג עורך, התשמ"ט)). ואכן, בהכרזת העצמאות נקבע כי המדינה שתקום "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". במסגרת ההכרזה נוספה אף התייחסות "לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל" והם נקראו "ליטול חלקם בבניין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים

והקבועים". הפסיקה קבעה אף היא כי "הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין, לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה או מעמד חברתי הוא עקרון יסודי חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי-נפרד מהן" (בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806 (1978)). חרף הצהרות וקביעות עקרוניות אלה, הזכות לשוויון לא עוגנה במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך ברוח אותן הצהרות וקביעות עקרוניות, המלוות את המדינה עוד טרם היוולדה, נפסק כי מן הזכות לכבוד נגזרת הזכות לשוויון, ככל שזכות זו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק (עניין חוק טל, בעמ' 687-689).

עיון בפרוטוקולים של דיוני הוועדה המשותפת מעלה אף הוא כי הנחת המוצא של המשתתפים בדיוני הוועדה הייתה כי העקרון הבסיסי של שוויון זכויות שריר וקיים במשפטנו, וכי היקפו החוקתי נגזר מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו סעיף 114 לתגובת הכנסת). המחלוקת שנתגלעה בדיוני הוועדה ביחס לעקרון השוויון לא נגעה לשאלת תחולתו של עקרון זה, אלא לשאלה אם יש מקום לעגנו במפורש בחוק יסוד: הלאום, או שמא במסגרת חוק יסוד אחר, קיים או חדש (ראו, בין היתר, פרוטוקול ישיבה מס' 3 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20 (26.9.2017)). כפי שהבהירה הכנסת בתגובתה, "זהותה הדמוקרטית של המדינה, ובכלל זה המחויבות לזכויות הפרט והזכות לשוויון, המעוגנת או נגזרת מחוקי יסוד אחרים, ממשיכה להתקיים לצדה של הזהות היהודית של המדינה" (סעיף 185 לתגובת הכנסת). משיבי הממשלה הדגישו אף הם בתגובתם לעתירות כי חוק יסוד: הלאום "אינו גורע במאומה מחובתה הבלתי-מתפשרת של המדינה לנהוג בשוויון אזרחי מלא כלפי כלל אזרחיה" (סעיף 190 לתגובת משיבי הממשלה).

בהינתן כל האמור לעיל, ואף שמוטב היה אילו נמצא לו לעקרון השוויון עיגון מפורש בחוק היסוד, אני סבורה כי העובדה שלא כך נעשה אינה גורעת ממעמדו החוקתי של עקרון זה.

ג. השלכותיו המעשיות של חוק יסוד: הלאום

46. חלק מן העותרים מוסיפים וטוענים כי יש ליתן את הדעת להשלכות הרחב הנובעות מחקיקתו של חוק יסוד: הלאום, אשר מעידות, לטענתם, על כך שהלכה למעשה הוא הוביל לשינוי של ממש במשטר החוקתי בישראל (סעיף 21 לעתירת העותרת בבג"ץ 9027/18; סעיפים 25-29 לעתירת העותרת בבג"ץ 9257/18). העותרים הפנו בהקשר זה, בין היתר, לפסק דין של בית המשפט המחוזי בירושלים שבו נפסק כי סעיף 6(א) לחוק

יסוד: הלאום, הקובע כי "המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי", מטיל על המדינה חובה שאי עמידה בה מהווה הצדקה, כמעין סעד חלופי, לפסיקת פיצויים עונשיים לטובת תובע יהודי שנפגע מפעולת טרור (ת"א (מחוזי י-ם) 9135/07 דוד נ' הרשות הפלשתינאית (17.9.2018)). עוד הפנו העותרים – בכתובים ובמהלך הדיון בעל-פה – להחלטות נוספות שבהן הוזכר חוק יסוד: הלאום (ת"א (מחוזי י-ם) 2287/00 עזבון המנוחה צ'סר ז"ל נ' זיידאן (4.11.2018); ת"א (מחוזי י-ם) 13-03-36844 פלונית נ' הרשות הפלשתינאית (17.1.2019); תא"מ (שלום קר') 12092-06-18 פלוני נ' עיריית כרמיאל (24.11.2020)), וציינו כי מגוף הפסיקה המתהווה ניתן ללמוד על מגמה של הענקת זכויות עודפות לאזרחי המדינה היהודים לעומת אזרחי המדינה שאינם יהודים, בהתבסס על חוק היסוד.

47. ראשית, ראוי להבהיר כי פסקי הדין של הערכאות הדיוניות שאליהם הפנו העותרים אינם הלכה מחייבת, וחלק מן הקביעות שנזכרו והנוגעות לחוק יסוד: הלאום, אף נהפכו בינתיים בערכאות הערעור (ע"א 1604/19 מדינת ישראל נ' פלונית, פסקאות 5-4 לפסק דינו של השופט י' עמית (26.1.2021) (להלן: עניין פלונית); ע"א (מחוזי חי') 49111-12-20 פלוני נ' עיריית כרמיאל, עמ' 6-7 (3.2.2021)). כך למשל, קבע בית משפט זה כי חוק יסוד: הלאום עניינו "במאפיינים הזהותיים של המדינה" וכי יש קושי לייחס למדינה חובות מכוח סעיפים שלא התיימרו להקנות זכויות אישיות כלשהן (עניין פלונית, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט עמית). ניסיונות לגזור מחוק יסוד: הלאום חובות אופרטיביות של המדינה נדחו באופן דומה, במקרים אחרים שנדונו בפני בית המשפט העליון (ע"פ 2490/18 ג'ורנו נ' מדינת ישראל, פסקה 33 (8.1.2019); ע"פ 9203/18 גבר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 24 לפסק דינו של השופט פוגלמן ופסקה 2 לחוות דעתה של השופטת ברק-ארז (14.7.2019); בג"ץ 5042/15 מנו ספנות בע"מ נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (3.4.2019)).

48. 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 בסעיף 204 לתגובת 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 (סעיף 114 לתגובת הכנסת; להרחבה ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 10 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 46-49 (3.1.2018)). הכנסת ומשיבי

הממשלה אף הם עמדו על כך שחוק יסוד: הלאום הוא הצהרתי בעיקרו, ונועד לצקת תוכן למרכיבי זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית (סעיף 162 לתגובת הכנסת וסעיף 129 לתגובת משיבי הממשלה).

49. ודוק: אופיו הדקלרטיבי של חוק יסוד: הלאום אינו גורע ממעמדו המשפטי כאחד מפרקי חוקתה העתידית של מדינת ישראל. למעשה, 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 המשפטיות (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 43 (1997); ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12, 29 (1999); להרחבה ראו: שופט בחברה דמוקרטית, בעמ' 83). במובן זה, חוק יסוד: הלאום נועד ליתן ביטוי חוקתי קונקרטי לערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

עוד יש לציין כי 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: סעיף 114 לתגובת 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 (ראו למשל: בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 538 (2003) (להלן: עניין בית הדין למשמעת), לעניין המתח שבין עקרון פומביות הדין המעוגן בסעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה ובין הזכות החוקתית לפרטיות שבסעיף 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). על מנת ליישב מתחים אלה יש לבחון כל מקרה לגופו בהתאם למבחני האיזון הרלוונטיים שנקבעו בחוקי היסוד ובפסיקה (עניין בית הדין למשמעת, בעמ' 538). 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 (ראו, בהתאמה, סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק), ובכלל זה מבחן המידתיות השלישי ("המידתיות במובן הצר"), אשר במסגרתו מתבצע האיזון העיקרי בין הערכים והעקרונות המתנגשים, על פי מעמדם הנורמטיבי ומשקלם בנסיבות העניין (בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782, 851 (2012); אהרן ברק "איזון חוקתי עקרוני

ומידתיות: ההיבט התורתי" 199 ברק – עיונים בהגותו השיפוטית של אהרן ברק 39, 54, 57 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

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, ומבלי לאפשר לאיזה מן המרכיבים "להתרווח מלוא כל הארץ או לנהוג משל התקיים בחלל הריק" (עניין גלאון, בעמ' 69). משכך, אין בידי לקבל את טענת העותרים לפיה חוק יסוד: הלאום הוביל בפועל לשינוי דרסטי של המשטר החוקתי בישראל.

ד. חוק יסוד: הלאום סותר את המשפט הבינלאומי

50. טענה נוספת בפי העותרים היא כי חוק יסוד: הלאום סותר את המחויבויות של ישראל על פי המשפט הבינלאומי. בהקשר זה מפנים העותרים למסכת ארוכה של אמנות בינלאומיות שישראל היא צד להן, ובכלל זה האמנה הבין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית משנת 1965; האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות, ותרבותיות משנת 1966; והאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966, הקובעת כי "לכל העמים הזכות להגדרה עצמית" (סעיף 1), וכן כי "לא ישללו מבני אדם המשתייכים למיעוטים [...] את הזכות לקיים את תרבותם, להחזיק בדתם ולשמור על מצוותיה, או להשתמש בלשונם, בצוותא עם החברים האחרים שבקבוצתם" (סעיף 27).

51. בהתאם לדין הנוהג בישראל ביחס לקליטת המשפט הבינלאומי אל המשפט הישראלי, אמנות בינלאומיות אינן הופכות לחלק מהדין הפנימי אלא אם כן הן נקלטו בחוק שחוקקה הכנסת או ככל שמדובר בהוראות המשקפות דין מנהגי שאינן מצריכות קליטה מפורשת (אמנה דקלרטיבית). עם זאת, בהתאם ל"חזקת ההתאמה הפרשנית", חקיקה תתפרש – ככל הניתן – באופן העולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי, ורק מקום שבו לא ניתן ליישב בין חוקי המדינה ובין הדין הבינלאומי – דין המדינה גובר (בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 847 (2002); בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 387-386 (2006); דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 742-743, 767 (2000); תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" משפט בינלאומי 65, 72-74 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016)).

52. השאלה אם חזקת ההתאמה הפרשנית חלה גם על חוקי היסוד טרם הוכרעה בדין הישראלי (ראו: בג"ץ 7146/12 אדמ נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717, 776-777 (2013) (להלן: עניין אדמ) – שם טענה הכנסת כי אין להחיל את חזקת ההתאמה ביחס לחוקי היסוד, אך בית המשפט נמנע מלהידרש לטענה זו; ראו גם: תמר הוסטובסקי ברנדס "משפט זכויות האדם הבין-לאומי והמשפט החוקתי בישראל" מחקרי משפט לא 925, 927 (2018); יניב רוזנאי "משפט על-לאומי, גלובליזציה והסמכות המכוננת – ראשית עיון ומגמות השוואתיות" משפט וממשל כב 1, 40-41 (התשפ"א)). לגישתי, המקרה דנן אף הוא אינו מחייב לנטוע מסמרות בשאלה זו, שכן גם אם אניח, לצורך הדיון, כי חזקת ההתאמה הפרשנית חלה על חוקי היסוד, סעיפי חוק יסוד: הלאום שבהם התמקדו העותרים, אינם סותרים את הוראות המשפט הבינלאומי וניתן לפרשם באופן העולה בקנה אחד עימן. על כך ארחיב להלן בפרקים העוסקים בסעיפים הקונקרטיים של חוק היסוד.

ה. תחולה אקסטרה-טריטוריאלית

53. טענה נוספת בפי חלק מן העותרים היא שחוק יסוד: הלאום מבקש להחיל את עצמו מחוץ לגבולותיה של מדינת ישראל, וזאת בניגוד לעקרון הריבונות הטריטוריאלית המוכר במשפט הבינלאומי. העותרים מסיקים זאת מן השימוש במונח "ארץ ישראל" חלף "מדינת ישראל" (סעיף 1(א) לחוק יסוד: הלאום), וכן מסעיפים שונים בחוק היסוד שמהם עולה, לטענתם, כי על מדינת ישראל מוטלת חובה לפעול בתפוצות.

חזקה היא שחקיקה ישראלית היא בעלת תחולה טריטוריאלית. הטעם לכך נעוץ בשיקולים הנוגעים לשלטון החוק וכן בשיקולים הנוגעים לקיום יחסים תקינים עם מדינות העולם (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה 578 (1993)). חזקה זו ניתנת לסתירה ואולם, כאשר חוק מבקש להחיל עצמו על אנשים או על פעולות מחוץ לישראל או באזורים שבהם לא חלים המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל – צריך הדבר להיאמר בחוק במפורש או במשתמע (בג"ץ 8276/05 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1, 30 (2006) (להלן: עניין הנזיקים האזרחיים); ביחס להחלת חקיקה ראשית בתחולה ישירה בשטחי האזור, ראו בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסקה 32 לחוות דעתי (9.6.2020) (להלן: עניין חוק ההסדרה)). כך למשל, סעיף 13(ב)(1) לחוק העונשין קובע בצורה מפורשת כי "דיני העונשין של ישראל יחולו גם על עבירות-חוץ נגד [...] חיי אזרח ישראלי, תושב ישראל או עובד הציבור, גופו, בריאותו, חירותו או רכושו, כאשר הוא כזה".

54. בפסיקה נקבע בעבר כי זה הדין גם ביחס לחוקי היסוד (עניין הנזיקים האזרחיים, בעמ' 30; אך ראו הערתי בעניין חוק ההסדרה, בפסקה 32 לחוות דעתי). השאלה הרלוונטית בענייננו היא, אפוא, האם ניתן לומר שחוק יסוד: הלאום או איזה מסעיפיו מוביל – במפורש או במשתמע – למסקנה כי יש לו תחולה מחוץ לשטחה של מדינת ישראל?

לגישתי, התשובה לשאלה זו היא בשלילה.

סעיף 1(א) לחוק יסוד: הלאום מנוסח כהצהרה כללית הדומה לזו שבהכרזת העצמאות, ולשונו "ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי, שבה קמה מדינת ישראל". סעיף זה אינו קובע דבר לגבי האופן שבו יש לקרוא את סעיפיו האחרים של חוק יסוד: הלאום. שאר סעיפי חוק היסוד עושים שימוש בביטוי "מדינת ישראל". גם בדיוני הוועדה המשותפת לא ניתן למצוא תימוכין לכך שכוונת המכונן הייתה להחיל את חוק היסוד באופן אקסטר-טריטוריאלי. כך למשל, יו"ר הוועדה ח"כ אוחנה ציין ביחס להוראת סעיף 1(א) לחוק כי:

"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" (פרוטוקול ישיבה מס' 9, בעמ' 45).

55. על שימור וטיפוח הקשר האמיץ שבין מדינת ישראל ובין יהדות התפוצות – שהוא מאפיין זהות חשוב של המדינה – אמון המשרד לענייני תפוצות, והמחוקק אף הוא נתן על כך את דעתו זה מכבר (ראו למשל: חוק מעמד ההסתדרות הציונית והסוכנות היהודית; חוק קרן קיימת לישראל, התשי"ד-1953 (להלן: חוק קרן קיימת לישראל)). סעיף 6 לחוק יסוד: הלאום מצהיר על מאפיין זהות זה, אך זאת ללא הטלת חובה אופרטיבית על המדינה לנקוט בהקשר זה פעולה שלא בשטח מדינת ישראל.

56. מן הטעמים שפורטו, מוקשית בעיני התיזה שפיתחו העותרים, אשר הכנסת ומשיבי הממשלה בחרו שלא להתייחס אליה, ולפיה יש באיזה מסעיפי חוק יסוד: הלאום כדי להקנות לפרט מסוים זכות שכנגדה עומדת חובה של המדינה לפעול מחוץ לגבולותיה (ראו: עניין פלונית, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט עמית).

1. סיכום ביניים לעניין הטענות נגד חוק היסוד בכללותו

57. חוק יסוד: הלאום אינו שולל את אופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. הוא אינו משקף העדפה של הזהות היהודית של מדינת ישראל על פני זו הדמוקרטית; הוא אינו גורע ממעמדו של עקרון השוויון בשיטת המשפט שלנו; השלכותיו בפועל אינן מובילות לשינויו של המשטר החוקתי בישראל מקצה לקצה; הוא אינו סותר את המשפט הבינלאומי; ואינו מתיימר להחיל עצמו מחוץ לגבולותיה של מדינת ישראל.

לצד הטענות ביחס לחוק יסוד: הלאום בכללותו, מעלים העותרים, כאמור, טענות המופנות נגד סעיפים ספציפיים בחוק היסוד.

לטענות אלו אדרש עתה.

טענות הנוגעות לסעיפים ספציפיים בחוק יסוד: הלאום

58. טענות העותרים מתמקדות בעיקרן בסעיף 1, המעגן את עקרונות היסוד של מדינת ישראל; בסעיף 4, המסדיר את מעמדן של השפה העברית והשפה הערבית במדינה; ובסעיף 7, אשר מעגן את הערך בדבר התיישבות יהודית וקובע כי המדינה תפעל לקידומו. העותרים סבורים כי כל אחד מן הסעיפים הללו, בנפרד ובמצטבר, פוגע פגיעה קשה בעקרון השוויון ובזכויותיהם האישיות של מי שאינם משתייכים ללאום היהודי.

59. בעוד שביקורת חוקתית "רגילה" מתמקדת בשאלה האם חוק נתון פוגע בזכות חוקתית, ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד – ככל שביקורת שכזו תוכר בשיטתנו – מתמקדת בשאלה אם חוק היסוד או התיקון לו שוללים את ליבת הזהות הדמוקרטית או היהודית של המדינה. על מנת לבחון את טענות העותרים יש, אפוא, לפרש את הוראות הסעיפים הללו בהתאם לכללי הפרשנות החוקתית הנוהגים עימנו, אשר מייחסים משקל לייחודם ולמעמדם של חוקי היסוד (ראו: עניין חוק טל, בעמ' 674). עקרון מרכזי המנחה אותנו בפרשנות של חוקי היסוד הוא השאיפה להגשמת הרמוניה ביניהם. בהקשר זה נקבע בפסיקה כי "חקיקה קונסטיטוציונית חייבת להתפרש על רקע מבנה השיטה כולה [...] כל חוק קונסטיטוציוני אינו אלא לבנה אחת ממבנה כולל, המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט. על-כן, תפקידו של השופט-הפרשן, שעה שהוא מפרש חוק קונסטיטוציוני, הוא להביאו 'לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים במדינה'" (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד (מ) 3, 505, 595 (1986); וראו גם: עניין מיטרל, בעמ' 29-30).

ביסוד התפישה בדבר הרמוניה פרשנית עומדת ההנחה כי כל חוק יסוד מצטרף למארג חוקי היסוד הקיימים, המעגנים את אופייה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית (אהרן ברק "על החשיבה הקונסטיטוציונית" המשפט א 45, 51 (1993)). 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 (וראו בהקשר זה דבריו של בא-כוח משיבי הממשלה בעמ' 63-64 לפרוטוקול הדיון בעתירות מיום 22.12.2020). גישה זו נתמכת בתפישה הפרשנית הכללית לפיה לעולם יש להעדיף פרשנות מקיימת של חוק – ככל שהיא אפשרית וסבירה – ולפיה הוא אינו פוגע בזכויות חוקתיות. זאת, על פני פרשנות שממנה מתחייבת מסקנה בדבר אי-חוקתיותו של החוק העשויה להביא לביטולו (ראו, בין היתר: בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 814 (1996); עניין אדס, בעמ' 848; בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל, פסקה 39 לחוות דעתי (4.4.2021)). כללי פרשנות אלה, שנקבעו לעניין פרשנות חקיקה ראשית, יפים, בשינויים המחויבים, גם ביחס לפרשנותם של חוקי היסוד.

60. מצוידים בעקרונות אלו, נפנה עתה לפירוש הוראות סעיפים 1, 4 ו-7 לחוק יסוד: הלאום ונבחן האם הם שוללים, כטענת העותרים, את ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה.

א. סעיף 1 לחוק יסוד: הלאום

61. סעיף 1 לחוק יסוד: הלאום, שכותרתו "עקרונות יסוד", קובע כך:

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.

לטענת העותרים, הסעיף יוצר משוואה המזהה את מדינת ישראל עם קבוצת הרוב היהודית, באופן שעשוי להכשיר פגיעה בזכויות הפרט של מי שאינם משתייכים לקבוצה זו, תוך הצגתם כ"זרים" במדינתם והדרתם מהגנות חוקתיות. העותרים מוסיפים וטוענים כי סעיף קטן 1(ג) בפרט פוגע בזכותם של מיעוטים בישראל להגדרה עצמית, המעוגנת במשפט הבינלאומי; בזכויותיהם הקבוצתיות; ובהסדרים הקיימים שהעניקו להם מידה של אוטונומיה בתחומים מסוימים. העותרים בבג"ץ 5866/18 מוסיפים כי הפגיעה בזכות

להגדרה עצמית של המיעוט הערבי בישראל היא קשה במיוחד, נוכח העובדה שערכי ישראל הם "מיעוט מולדת" – דהיינו, קבוצה אשר הפכה, בניגוד לרצונה, למיעוט לאומי במולדתה ההיסטורית.

המשיבים, מנגד, מדגישים כי סעיף 1 לחוק יסוד: הלאום עניינו במרכיבי זהותה הלאומית של המדינה, ובכללה – זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית לאומית. משכך, לשיטתם, אין בסעיף 1 לחוק יסוד: הלאום כדי לשלול או לפגוע בזכויותיהם האישיות של מיעוטים לאומיים. עוד הם מדגישים כי סעיף זה אינו עוסק כלל בסוגיית קיומן או היעדרן של זכויות קבוצתיות במישור התת-מדינתי, ועל כן לא ניתן לראותו ככזה השולל זכויות אלה ממיעוטים.

62. האם ניתן לראות בסעיף 1 לחוק יסוד: הלאום בסיס למתן זכויות אישיות או לפגיעה בהן? אני סבורה כי התשובה לכך היא בשלילה. לשון סעיף 1 לחוק יסוד: הלאום היא דקלרטיבית בעיקרה ומתמקדת, כפי שהדגישו המשיבים, במונחים "לאום" ו"לאומית". עיון בפרוטוקולים של דיוני הוועדה מעלה כי חברי הוועדה שבו והדגישו שאין בעקרונות היסוד המעוגנים בסעיף 1 כדי להקנות – או לשלול – זכויות אישיות מפרטים. כך, כבר בישיבה הראשונה של הוועדה המשותפת, ציין ח"כ אבי דיכטר, מיוזמי הצעת החוק, כי סעיף 1 לחוק "מגדיר 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" (ההדגשה הוספה) (פרוטוקול ישיבה מס' 1, בעמ' 22).

63. פרשנות זו של סעיף 1 לחוק יסוד: הלאום, מתחייבת לא רק מתכליתו הסובייקטיבית של חוק היסוד, אלא גם ממרכזיותו של עקרון השוויון בשיטתנו, שעליה עמדתי לעיל, ומהיותו של עקרון השוויון "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (כדבריו של השופט (כתוארו אז) מ' לנדוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)). בהקשר זה נקבע בפסיקה כי אפליה של אדם מחמת לאום או דת מהווה הפרה של עקרון השוויון במובן הצר, אשר יש בה משום חומרה מיוחדת (בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, 27 (2001)).

פרשנות סעיף 1 לחוק יסוד: הלאום כהוראה השוללת זכויות אישיות ממי שמשתייך לקבוצת מיעוט, או כהוראה המקנה זכויות אישיות עודפות למי שמשתייך ללאום היהודי, משמעותה אפליה שאין להסכין עימה בין אזרחי המדינה. אפליה מסוג

זה אין לה מקום במארג החוקתי של מדינת ישראל, ובהקשר זה כבר נקבע לא אחת כי צביונה של המדינה כמדינת לאום יהודית אינו עומד בסתירה לכך שכל אזרחיה של המדינה הם שווי-זכויות: "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 משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים" (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 282 (2000) (להלן: עניין קעדאן); ראו גם: רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 529, 549 (1996); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, 29 (2006); א"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' זועבי, פסקה 3 לחוות דעתו של השופט עמית (10.12.2015); עניין כסיף, בפסקה 4 לחוות דעתי). פרשנות הרמונית של מפעל החוקה הישראלי בכללותו, שעקרון השוויון והזכות החוקתית לשוויון ארוגים בו לבלי הפרד, מחייבת אותנו לאמץ את הפירוש לפיו אין בסעיף 1 לחוק יסוד: הלאום כדי לפגוע או לשלול זכויות אישיות ממי שמשתייך לקבוצות מיעוט, או להקנות זכויות עודפות למי שמשתייך ללאום היהודי.

64. שאלה נפרדת היא האם ייחוד הזכות להגדרה עצמית לאומית לעם היהודי בלבד במסגרת סעיף 1(ג) לחוק יסוד: הלאום, שולל מקבוצות המיעוט החיות בישראל זכויות קבוצתיות ובכך מונע מהן את האפשרות לשמר ולפתח את זהותן הנפרדת. לצורך מתן מענה לשאלה זו יש לבחון מה משמעותה של הזכות להגדרה עצמית הנזכרת בסעיף 1(ג) לחוק היסוד.

65. הזכות להגדרה עצמית מעוגנת, בין היתר, בסעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות וכן בסעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, הקובעים כי "לכל העמים הזכות להגדרה עצמית. בתוקף זכות זו חופשיים הם לקבוע את מעמדם הפוליטי ולשקוד בחופשיות על פיתוחם הכלכלי, החברתי והתרבותי". כפי שציינו העותרים, נהוג להבחין בין מובנה החיצוני של הזכות להגדרה עצמית, שעניינה הזכות של קבוצה לממש את שאיפותיה הלאומיות על דרך של הקמת מדינה ריבונית חדשה, ובין מובנה הפנימי של הזכות, שעניינה זכותה של קבוצה לטיפוח זהותה הייחודית בתוך גבולותיה של מדינה קיימת (ראו: Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217 (Can.); להרחבה ראו: גיא הרפז "הגדרה עצמית" משפט בינלאומי 95, 104 (רובי סיבל ויעל רונן עורכים, מהדורה שלישית, 2016)). ככלל, הזכות להגדרה עצמית פנימית התפתחה במשפט הבינלאומי כחלופה להגדרה עצמית חיצונית, ככל שהדבר נוגע לקבוצות מיעוט המתגוררות בתחומן של

מדינות קיימות, ומימושה מתבטא לרוב בדרך של מתן זכויות קבוצתיות ואוטונומיה בתחומי חיים שונים (תמר הוסטובסקי ברנדס "הזכות להגדרה עצמית בחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי" תרבות דמוקרטית 20, 1, 6-7 (2020); לעמדות נוספות באשר ליחס בין הזכות להגדרה עצמית ובין זכויות קבוצתיות ראו: אילן סבן "זכויות קבוצתיות של המיעוט הערבי פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241, 244 (2002) (להלן: סבן); עידו פורת "זכויות קבוצתיות בישראל – שלושה מבחנים מנחים" מחקרי משפט ל 387, 391 (2016)).

66. מבלי לטעת מסמרות לעת הזו בשאלת היחס שבין המשפט הבינלאומי לנורמות חוקתיות מדינתיות וכן באשר לתחולתה של חזקת ההתאמה הפרשנית על נורמות אלה, אני סבורה כי פרשנות תכליתית של סעיף 1(ג) לחוק יסוד: הלאום מובילה למסקנה שסעיף זה אינו עוסק בזכות להגדרה עצמית פנימית או בזכויותיהם הקבוצתיות של מיעוטים בישראל, ולכן לא ניתן לראות בו סעיף השולל זכויות כאלה מעיקרן. על פי פירוש זה, הדגש בסעיף 1(ג) הוא על הדיבור "לאומית", ומשמעותו היא כי הזכות להגדרה עצמית במישור הלאומי-מדינתי – קרי, הגדרה עצמית חיצונית – היא ייחודית לעם היהודי.

67. ראשית, פרשנות זו נלמדת מדיוני הוועדה המשותפת. ממסמך ההכנה אשר הונח בפני חברי הוועדה המשותפת עולה כי נציגי הייעוץ המשפטי הבהירו שעל סעיף 1(ג) לעלות בקנה אחד עם "המצב הקיים", לפיו נתונה למיעוט הערבי בישראל זכות ל"הגדרה עצמית תרבותית ברמה הקהילתית". וכך נכתב במסמך ההכנה:

"התוספת לפיה הזכות למימוש ההגדרה העצמית 'ייחודית' לעם היהודי, עשויה להתפרש כעומדת במתח עם המצב הקיים שבו מוענקת למיעוט הערבי מידה מסוימת של הגדרה עצמית תרבותית ברמה הקהילתית, מבלי שיש בכך כדי לגרוע מאופייה של המדינה כמדינת לאום של העם היהודי" (עמ' 5 למסמך ההכנה מטעם הייעוץ המשפטי לוועדה המשותפת מיום 10.12.2017).

עו"ד נזרי הדגיש בהקשר זה בפני חברי הוועדה המשותפת כי "כל הסעיפים שעוסקים בהגדרה עצמית, בזכות של העם היהודי, עוסקים בהיבט הלאומי [...] בקשר של המדינה כלפי חוץ" (פרוטוקול ישיבה מס' 15 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 41 (10.7.2018) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 15) (ההדגשות הוספו); ראו גם דבריו של עו"ד בליי בפרוטוקול ישיבה מס' 9, בעמ' 33). עמדה זו מצאה ביטוי גם בתגובת הכנסת בהליך דנן, בציינה כי סעיף 1(ג) לחוק יסוד: הלאום "עוסק בהגדרה עצמית

לאומית – קרי זו המצויה במישור המדינתי. סוג זה של הגדרה עצמית מביא לידי ביטוי את אותה זכות להגדרה עצמית חיצונית על-פי המשפט הבינלאומי" (סעיף 198 לתגובת הכנסת; ראו גם: סעיף 187 לתגובת משיבי הממשלה).

68. שנית, לשון סעיפים 1(א) ו-1(ב) לחוק היסוד מהדהדת את לשון הכרזת העצמאות, ועל כן ניתן להיעזר בהכרזה – המשמשת ממילא מקור פרשני בשיטתנו – לצורך פרשנותו של סעיף 1(ג) לחוק היסוד. הכרזת העצמאות מתייחסת, בין היתר, ל"זכות העם היהודי לתקומה לאומית בארצו"; ל"זכות העם היהודי להקים מחדש את ביתו הלאומי"; ול"זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית". אמירות אלה משקפות את התפישה כי ההגדרה העצמית הלאומית של העם היהודי בארצו עוסקת בזכות להגדרה עצמית חיצונית, המתבטאת בהקמתה של מדינה יהודית. הפסיקה התייחסה אף היא לזכות להגדרה עצמית של העם היהודי, ככזו אשר נגזרת מהיותה של ישראל מדינה יהודית (בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 412, 426-427 (2004); עניין גלאון, בעמ' 64).

69. שלישית, אף שהמשפט הישראלי לא הכיר עד כה במפורש בקיומה של זכות להגדרה עצמית פנימית של קבוצות מיעוט או בקיומן של זכויות קבוצתיות למיעוטים (וראו לעניין זה: דעת המיעוט של השופט (כתוארו אז) חשין בבג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 453 (2002) (להלן: עניין עדאלה)), מבחינה מעשית וכפי שעולה ממסמך ההכנה שצוטט לעיל, הדין הישראלי מכיר בייחודן התרבותי של קבוצות מיעוט, וזאת בפרט ביחס למיעוט הערבי שהוא המיעוט הגדול ביותר בישראל (שם, בעמ' 418). למיעוטים שאינם יהודים מוקנית הזכות "לקיים את ימי המנוחה בשבתם ובחגיהם" (כפי שנקבע בסעיף 10 לחוק יסוד: הלאום עצמו וכן בסעיף 18א לפקודת סדרי השלטון והמשפט); תכניות הלימודים במסגרות החינוך שלהם מותאמות "לתנאיהם המיוחדים" (סעיף 4(א) לחוק חינוך ממלכתי; וראו גם: סעיף 34(4) לחוק חינוך ממלכתי ותקנות חינוך ממלכתי (מועצה מיעוצת לחינוך הערבי), התשנ"ו-1996 (להלן: תקנות חינוך ממלכתי)); ועניינים הנוגעים למעמד אישי מוסדרים בעיקרם על פי הדין הדתי של הדת שאדם משתייך אליה ונדונים במסגרת מערכת בתי הדין של העדה הדתית (סימן 51 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922-1947 (להלן: דבר המלך)). לצד זאת, וכפי שיובהר להלן, המיעוט הערבי נהנה מהכרה במעמדה של השפה הערבית (סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום; סימן 82 לדבר המלך; סעיף 1א לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965; תקנה 15(א) לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993 (להלן: תקנות חובת המכרזים); עניין עדאלה, בעמ' 411-410). יש לבכר, אפוא, פרשנות של סעיף 1(ג) לחוק היסוד אשר מתיישבת עם הדין הקיים

ועם מוסכמות חברתיות ופוליטיות קיימות (ראו והשוו: בג"ץ 3752/10 דובינשטיין נ' הכנסת, פסקה 28 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס; ופסקה 41 לדעת המיעוט של השופטת ע' ארבל (17.9.2014)).

70. סיכומם של דברים, ומבלי לטעת מסמרות באשר למעמדה של הזכות להגדרה עצמית פנימית או ביחס למעמדן של זכויות קבוצתיות בדין הישראלי, סעיף 1(ג) לחוק יסוד: הלאום עניינו בייחודה של הזכות להגדרה עצמית מדינתית לעם היהודי. הוא אינו שולל מקבוצות מיעוט את זכותן להגדרה עצמית תרבותית במישור התת-מדינתי; הוא אינו גורע מן ההסדרים הקיימים המכירים בייחודן של קבוצות מיעוט לא יהודיות בהיבטים שפורטו ואף לא מן האפשרות לאמץ בעתיד הסדרים נוספים המכירים בייחודיות זו.

בהינתן פירוש זה לסעיף 1(ג) לחוק היסוד, טענת העותרים בדבר שלילה גורפת של הזכות להגדרה עצמית של קבוצות מיעוט, על שני מובניה, דינה להידחות.

ב. סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום

71. סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום מתייחס למעמדן של השפה העברית והשפה הערבית במדינה, וזו לשונו:

4. (א) עברית היא שפת המדינה. שפה  
 (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.

העותרים סבורים כי סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום שינה לרעה את מעמדה של השפה הערבית, מ"שפה רשמית" (כפי שעוגנה בסימן 82 לדבר המלך), לשפה בעלת "מעמד מיוחד", ובכך הוא פוגע בזכויות השפה של המיעוט הערבי בישראל וכן בזכותו לשוויון ולכבוד. לגישת העותרים, סעיף 4(ג) לחוק היסוד "מקפיא" את המצב הקיים ומונע את הגברת נוכחותה של השפה הערבית במרחב הציבורי בעתיד. על כן, כך העותרים, אין בסעיף 4(ג) כדי לרפא את פגיעתו של סעיף 4 בכללותו, בזכויות המיעוט הערבי בישראל. באחת העתירות (בג"ץ 4/19) נטען עוד כי סעיף זה אף פוגע בזכויותיהם של יהודים יוצאי מדינות ערב, שהשפה הערבית מהווה רכיב מרכזי בזהותם. המשיבים

מצידם אינם חולקים על כך שסעיף 4 לחוק יסוד: הלאום יוצר מדרג בין מעמדה של השפה העברית למעמדה של השפה הערבית, אך הם סבורים כי מדרג זה משקף נכונה את מצב הדברים שהיה קיים טרם חקיקת חוק יסוד: הלאום ולפיכך, לא ניתן לומר שחוק היסוד פוגע – באופן סמלי או מעשי – במעמד השפה הערבית.

העותרים והמשיבים חלוקים, אפוא, ביחס לשאלה אם סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום, משנה לרעה את מעמדה של השפה הערבית. זוהי מחלוקת פרשנית במהותה, אשר דורשת בחינה של לשון ההוראה ושל תכליותיה.

72. טרם כינונו של חוק יסוד: הלאום, מעמדן של העברית והערבית במדינת ישראל הוסדר בהוראה מנדטורית – סימן 82 לדבר המלך, שכותרתו "שפות רשמיות" – אשר אומצה לשיטת המשפט הישראלית באמצעות סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. בהתאם לסימן 82 לדבר המלך, "כל הפקודות, המודעות הרשמיות והטפסים הרשמיים של הממשלה וכל המודעות הרשמיות של רשויות מקומיות ועיריות בתחומים שייקבעו עפ"י צו מאת הממשלה יפורסמו בעברית ובערבית". כמו כן נקבע בסימן 82 לדבר המלך כי "בכפוף לכל תקנות שתתקין הממשלה" כל אדם רשאי להשתמש בשפות אלה בפנותו למשרדי הממשלה ולבתי המשפט. דברי חקיקה רבים נוספים מבטאים את מעמדה "הנעלה במיוחד" של השפה הערבית בישראל (רע"א 12/99 מרעי נ' סאבק, פ"ד נג(2) 128, 142 (1999) (להלן: עניין מרעי)). כך, ניתן למצוא הוראות חוק בתחום החינוך, התקשורת ותחומים נוספים במרחב הציבורי אשר משקפות את חשיבותה של השפה הערבית (סעיף 2 ו-9(ב) לתקנות החינוך; תקנה 5 לתקנות חינוך ממלכתי; סעיף 76(ב) לחוק הבחירות; סעיף 51(ב) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965; תקנה 15(א) לתקנות חובת המכרזים; חוק המוסד העליון ללשון הערבית, התשס"ז-2007; סעיף 46(ב) לחוק העמותות, התש"ס-1980; סעיף 6 לתקנות החברות (פירוק), התשמ"ז-1987; להרחבה על חלק מהוראות אלה ראו: עניין עדאלה, בעמ' 476-477). גם בפסיקה הוכר מעמדה של השפה הערבית כ"שפה רשמית" (ע"א 105/92 דאם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 214 (1993) (להלן: עניין דאם מהנדסים)), ואולם, הנפקויות המעשיות הנובעות ממעמדה של "שפה רשמית" בישראל טרם לובנו במלואן (וראו בהקשר זה עמדותיהם השונות של שופטי המותב בעניין עדאלה, בעמ' 411, 429, 478-480; ע"א 4926/08 נאשף נ' הרשות הממשלתית למים וביוב, פסקה 21 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (9.10.2013) (להלן: עניין נאשף)).

73. עיון בחקיקה, בפסיקה ובספרות מלמד, כפי שמציינים המשיבים, כי גם טרם חקיקתו של חוק יסוד: הלאום, הדין הישראלי העניק בכורה לשפה העברית על פני רעותה הערבית. בכורה זו מושתתת על התפישה לפיה השפה העברית היא אחד הביטויים החשובים ביותר לאופייה של המדינה כיהודית. עמד על כך הנשיא ברק בעניין טיבי, בקבעו כי השפה העברית היא "שפתה הרשמית המרכזית של המדינה", וכי עניין זה מהווה אחד המאפיינים "הגרעיניים" המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינת יהודית (שס, בעמ' 22; ראו גם: עניין קעדאן, בעמ' 281; עניין נאשף, בפסקה ה' לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין). בהתאם לכך, בפסיקה הוצגה השפה הערבית לא אחת, כשפה רשמית שנייה – מעמד המשקף את היותה של השפה העברית השפה הרשמית הראשונה של המדינה (עניין עטאלה, בעמ' 478; עניין נאשף, בפסקה ה' לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין).

הבכורה המוענקת לשפה העברית קיבלה ביטוי גם בדברי חקיקה שונים. דוגמאות לכך מצויות, למשל, בסעיף 5(א) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, אשר דורש ממבקשי אזרחות "ידיעת-מה" של השפה העברית; בסעיף 26 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961, לפיו לא יירשם מתמחה אלא "לאחר שהוכיח ידיעה מספיקה בשפה העברית"; ובסעיף 61(א) לחוק הבחירות, הקובע כי רשימת מועמדים תישא כינוי עם אות או עם שתי אותיות שונות של האלף-בית העברי. הפער בין מעמדה של השפה העברית ובין זה של השפה הערבית הודגש גם בספרות המקצועית (אביגדור סלטון "השפות הרשמיות בישראל" הפרקליט כג 387, 390 (1967); רובינשטיין ומדינה, בעמ' 337; סבן, בעמ' 269).

74. נוכח דברים אלה, האם ניתן לומר כי סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום משנה לרעה את מעמדה של השפה הערבית?

כאמור, סעיף 4 לחוק היסוד מגדיר את השפה העברית כ"שפת המדינה", קובע כי לשפה הערבית "מעמד מיוחד במדינה", ומוסיף כי אין באמור בהוראות אלה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית לפני חקיקתו. לשון הסעיף אינה מספקת מענה ברור לטענה בדבר קיומה של פגיעה במעמד השפה הערבית. הסעיף אינו מתייחס לסימן 82 לדבר המלך ואף לא לשאלה אם הגדרת השפה העברית כשפת המדינה והשפה הערבית כשפה "בעלת מעמד מיוחד", מחליפות את הגדרתן הקודמת כשפות רשמיות, או אך מוסיפות עליהן נדבך נוסף.

75. במסמך ההכנה אשר הונח בפני חברי הוועדה המשותפת לקראת הדיון ביום 27.11.2017 הובהר כי "סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום] מבקש לקבוע את השפה העברית כשפת המדינה, ולצדה להעניק לערבית מעמד מיוחד במדינה [...] בכך הצעת החוק מבקשת לשקף את המצב הקיים, ואף הרצוי, לדעת המציעים, של שתי השפות כיום במדינת ישראל" (עמ' 6 לנספח מ/6 לתגובת משיבי הממשלה). במהלך ישיבות הוועדה המשותפת, הביעו מרבית הדוברים את תמיכתם במתן בכורה לשפה העברית, ולצד זאת סברו שראוי להעניק מעמד חוקתי גם לשפה הערבית. עיקר הדיון נסב סביב השאלה כיצד יש לעגן את מעמדה של השפה הערבית. חלק מן הדוברים תמכו בעיגונה כ"שפה רשמית" או כ"שפה רשמית שנייה" (ראו למשל את עמדתו של ח"כ ניסן סלומינסקי, פרוטוקול ישיבה מס' 7 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 58 (27.11.2017) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 7); עמדתו של עו"ד נזרי, פרוטוקול ישיבה מס' 15, בעמ' 59). אחרים העדיפו לקבוע כי השפה הערבית נהנית "ממעמד מיוחד במדינה" ובכך "להיפרד משרידי המנדט הבריטי" (עמדתו של יו"ר הוועדה ח"כ אוחנה, פרוטוקול ישיבה מס' 14 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 17 (16.5.2018) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 14)); ראו גם עמדתו של ח"כ אבי דיכטר, שס, בעמ' 12). כאשר נשאל מהו ההבדל בין ההגדרות השונות, ציין עו"ד בליי כי המונח "מעמד מיוחד" הוא מונח עמום הנתון לפרשנות, וכי "ברמה הפורמלית, הסמלית, העקרונית [...] במעבר ממעמד של 'שפה רשמית' ל'מעמד מיוחד' יש משום הפחתה" (פרוטוקול ישיבה מס' 7, בעמ' 34).

על רקע האמור, בתום הדיונים בדבר הכנת הצעת החוק לקריאה הראשונה, נוספה ההוראה בסעיף 4(ג) המבהירה כי "אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע במעמד השפה הערבית בפועל". לקראת ההצבעה על הצעת החוק בקריאה ראשונה נוסחו דברי ההסבר ביחס לסעיף 4 כך:

"מוצע לקבוע כי עברית היא שפת המדינה, וכך לתת ביטוי למרכזיות השפה באופייה של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי ולחשיבות המיוחדת 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"

76. במסגרת הכנת הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית בוועדה המשותפת, שבו חברי הוועדה שתמכו בהצעת החוק והבהירו כי סעיף 4 אינו מבקש לסטות ממצב הדברים הקיים באשר למעמדן של השפה העברית והשפה הערבית. יו"ר הוועדה, ח"כ אוחנה, עמד על כך שמטרתו של סעיף 4 היא "לשמר, לעגן, לקבע בחקיקת יסוד את הסטטוס

קוו" (פרוטוקול ישיבה מס' 14, בעמ' 17). ח"כ דיכטר, מיוזמי הצעת החוק, הדגיש אף הוא כי "אין לנו ולא היתה בשום שלב בשבע השנים האחרונות כוונה או מחשבה, לפגוע בשפה הערבית במדינת ישראל, לכרסם ולו כזית מהמצב של השפה הערבית היום" (שם, בעמ' 12).

מדברים אלה עולה, אפוא, כי לגישת המכונן סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום נועד לשקף את המצב הקיים ביחס למעמדן של השפות העברית והערבית וכי לא הייתה כוונה לגרוע ממעמדה של השפה הערבית, לא כל שכן ליצור שינוי מעשי ביחס לנוכחותה של השפה הערבית במרחב הציבורי. אומנם, חלק מחברי הכנסת בחרו במונח "מעמד מיוחד" חלף "שפה רשמית" או "שפה רשמית שנייה", מתוך כוונה להיפרד מן ההגדרות הקבועות בסעיף 82 לדבר המלך, אף שצוין בפניהם כי הדבר עשוי להתפרש כ"הפחתה" – גם אם סמלית – ממעמדה של השפה הערבית. עם זאת, קשה לדלות תכלית ברורה מדיוני הוועדה המשותפת באשר למשמעות ההגדרה "מעמד מיוחד" ובאשר ליחס בינה ובין ההגדרה "שפה רשמית" (על הקושי להתחקות אחר התכלית הסובייקטיבית כאשר זו משתקפת מדבריו של גוף רב-משתתפים, ראו: רע"א 10011/17 מ-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' טלמאן, פסקה 40 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז (19.8.2019) (להלן: עניין מ-טל)). על כן, מתחדדת ביתר שאת חשיבותה של התכלית האובייקטיבית, אשר מגלמת את המטרות והמדיניות שדבר החקיקה נועד להגשים, וזאת בשים לב לעקרונות היסוד של השיטה ולערכים שעליהם מבוסס משטרנו (בג"ץ 7510/19 אור-הכהן נ' ראש הממשלה, פסקה 14 לחוות דעתי (9.1.2020); פרשנות חוקתית, בעמ' 161).

77. מרכיב מרכזי בתכלית האובייקטיבית שביסוד סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום, הוא ביצור מעמדה של השפה העברית. בית משפט זה כבר עמד על כך ש"קיומה של הלשון העברית, פיתוחה, שגשוגה והגברתה הינם ערך מרכזי של מדינת ישראל" (עניין דאם מהנדסים, בעמ' 208). הדבר נובע בראש ובראשונה מהחשיבות הלאומית של השפה העברית, בשים לב לכך שהמאבק לעצמאות מדינית של העם היהודי ותחיית הלשון העברית "שזורים וקשורים זה בזה" (שם, בעמ' 204; וראו גם: ה"מ 89/51 מיטובה בע"מ נ' קזם, פ"ד ו 4, 11 (1952); עניין נאסף, בפסקה ה' לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין; מנחם אלון המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 1347-1346 (מהדורה שלישית, התשמ"ח)). לצד חשיבותה של השפה העברית בקורות חייו של העם היהודי, השפה העברית היא מרכזית להוויתו של הישראלי במדינת ישראל. היא משמשת בסיס ללכידות חברתית, כ"כוח המאחד אותנו כבני מדינה אחת" ו"כנכס של האומה כולה" (עניין עדאלה, בעמ' 415).

סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום מבקש, אפוא, לעגן כנורמה חוקתית וכאחד מערכי היסוד של מדינת ישראל, את היותה של השפה העברית שפת המדינה, ולשקף בכך את עליונותה ביחס ליתר השפות המדוברות בה.

78. תכלית אובייקטיבית נוספת עניינה בזכותו של אדם לשפתו (עניין עטאלה, בעמ' 412-414; עניין נאשף, בפסקה 31 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן). להגנה על זכות הפרט לשפתו יש חשיבות פונקציונלית, שכן היא מאפשרת תקשורת בין פרטים, ומהווה כלי למסירת מידע וקבלתו (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 639-640 (1995)). ככזו, לשפה תפקיד חשוב ומרכזי בהנגשת מידע לציבור שדובר אותה (מיטל פינטו "זכויות שפה, הגירה ומיעוטים בישראל" משפט וממשל י 223, 244-242 (התשס"ז) (להלן: פינטו)), ובהקשר זה נקבע כי "משעה שלשפה חשיבות רבה לפרט ולהתפתחותו, יש להבטיח כי אפשרויותיו כפרט לא יוגבלו בשל שפתו" (עניין עטאלה, בעמ' 414). ההגנה על זכות הפרט לשפתו אינה מתמצית אך באינטרסים הפונקציונליים העומדים בבסיסה; יש לה גם ערך מהותי (פינטו, בעמ' 250-257; Denise G. Reaume, *Official-Language Rights: Intrinsic Value and the Protection of Difference*, in *CITIZENSHIP IN DIVERSE SOCIETIES* 251 (Will Kymlicka & Wayne Norman eds., 2000)). השפה היא חלק מזהותו העצמית של האדם ומאישיותו, והיא מהווה כלי לביטוי תרבותו. בעניין עטאלה, צוין כי "השפה ממלאת תפקיד מרכזי בקיום האנושי של הפרט ושל החברה. באמצעות השפה אנו מבטאים את עצמנו, את ייחודנו ואת זהותנו החברתית. טול מהאדם את שפתו, ונטלת ממנו את עצמו" (שם, בעמ' 413; ראו גם: עניין ראם מהנדסים, בעמ' 201).

דברים אלה יפים הן ביחס לדוברי שפת הרוב והן ביחס לדוברי שפות אחרות החיים בישראל. מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מחויבת "לכבד את המיעוט שבה: את האדם, את תרבותו של האדם, את שפתו של האדם" (עניין מרעי, בעמ' 142). על רקע זה, להגנה על השפה הערבית נודעת חשיבות מיוחדת, הן משום שזו השפה היחידה מלבד השפה העברית אשר הוכרה כשפה רשמית בשיטתנו והן משום שהערבית היא שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל, הקשורה למאפיינים תרבותיים, היסטוריים ודתיים שלו (עניין עטאלה, בעמ' 417-418).

79. לגישתי, לנוכח עמימות לשונו של סעיף 4 שאינה עושה שימוש במונח "שפה רשמית", ובשים לב לאיזון בין התכליות שעליהן עמדת – הגנה על זכות הפרט לשפתו מזה, והערך בדבר השפה העברית מזה – יש לבחור בפרשנות אשר אינה פוגעת במעמדה של השפה הערבית להלכה או למעשה. "להלכה" – במובן זה שהסעיף לא נועד לפגוע

במעמד השפה הערבית כשפה רשמית; ו"למעשה" – במובן זה שהסעיף לא יפגע בהגנות הקיימות בדין על השפה הערבית ובאפשרות להרחיב הגנות אלה בחקיקה ובפסיקה.

פרשנות זו מתיישבת עם העובדה שסעיף 4 לחוק היסוד נמנע מביטולו של סימן 82 לדבר המלך והפסיקה מוסיפה להתייחס אליו כהוראה שרירה וקיימת בדין הישראלי, גם לאחר חקיקת חוק יסוד: הלאום (בש"א 815/19 גריב נ' Fidam Select (בפירוק) מספר חברה B89058 (5.2.2019); ראו גם: ע"מ 694/18 אוטאמה נ' המועצה הארצית לתכנון ובניה, פסקה 4 לדעת המיעוט של השופט ג' קרא (2.6.2019)). יתרה מכך – סעיף 4(ג) לחוק היסוד קובע כי חוק היסוד אינו פוגע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית, וברי כי מעמד זה מורכב מכלל הנדבכים שהתייחסו לשפה הערבית ערב חקיקת חוק היסוד, לרבות הגדרתה כשפה רשמית בהתאם לסימן 82 לדבר המלך; הפירוש שניתן לדיבור זה בפסיקה; וכן דברי החקיקה השונים העוסקים במקומה של השפה הערבית במרחב הציבורי וקובעים את ההגנות עליה. שלילת המעמד הרשמי שהוענק לשפה הערבית יהא בה משום פגיעה בשפתה של כחמישית מן האוכלוסייה בישראל, אשר משמשת, כאמור, אפיק ביטוי לאישיותם, תרבותם וזהותם.

80. אכן, התכלית בדבר ביצור מעמדה של השפה העברית מצדיקה את מעמדה החוקתי כשפת המדינה, אך הגשמתה של תכלית זו אינה כרוכה, לגישתי, בפגיעה במעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית. לפיכך, ניתן וראוי לפרש את סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום כך שלצד היותה של השפה העברית שפתה העיקרית של המדינה, לשתיה שפות – העברית והערבית – מעמד רשמי. פרשנות זו מתיישבת עם מצב הדברים הקיים ביחס למעמדן וכן עם אופיו ההצהרתי של חוק יסוד: הלאום. הוראת סעיף 4(ג) לחוק היסוד מוסיפה ומבהירה כי לא ניתן לפגוע במעמד הקיים של השפה הערבית, ובניגוד לטענות שהעלו העותרים, אין בה דבר השולל את המשך פיתוחה וקידומה של שפה זו במרחב הציבורי במדינה. עמדו על כך בטיעוניהם גם משיבי הממשלה (סעיף 204 לתגובתם).

81. לנוכח פרשנות זו של הוראת סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום, איני רואה מקום לקבל את טענת העותרים כי סעיף זה פוגע במאפייניה הדמוקרטיים של המדינה באופן שיש בו משום חריגה מסמכותה המכוננת של הכנסת.

ג. סעיף 7 לחוק יסוד: הלאום

82. סעיף 7 לחוק יסוד: הלאום, שכותרתו "התיישבות יהודית", קובע כך:

התיישבות יהודית 7. המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה.

לטענת העותרים, סעיף 7 לחוק היסוד פוגע פגיעה קשה בזכות לשוויון של מי שאינו משתייך ללאום היהודי, שכן הוא עשוי להכשיר אפליה בהקצאת קרקעות, הקמת ישובים ליהודים בלבד או מתן תמריצים כלכליים שמטרתם עידוד התיישבות יהודית. העותרים סבורים כי תוצאה זו עומדת בסתירה להלכה שנקבעה בעניין קעדאן, ולפיה נאסרה אפליה בין פרטים מחמת לאום בהקצאת קרקעות המדינה, והיא קשה במיוחד נוכח מצוקת הקרקעות במגזר הערבי, וכך בשים לב למדיניות הממשלה אשר קידמה בהקשר זה לאורך שנים את האינטרסים של הציבור היהודי בלבד.

לשיטת המשיבים, סעיף 7 מצהיר על "פיתוח התיישבות יהודית" כערך לאומי, ובכך אין משום חידוש שכן ערך זה שלוב בזהותה של המדינה משחר הקמתה. אשר לסיפא של הסעיף, לפיה על המדינה לפעול לקידום התיישבות יהודית, גורסים המשיבים כי אין להניח א-פריורית שהוראה זו פוגעת בזכות לשוויון, אלא יש ליתן לה פרשנות מקיימת העולה בקנה אחד עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עוד מוסיפים המשיבים כי סעיף 7 לחוק היסוד מעניק להתיישבות היהודית ערך במישור הלאומי ולא במישור האישי, ולא ניתן לראות בו סעיף המכשיר הקמת יישובים נפרדים ליהודים, או הענקת תמריצים לשם עידוד התיישבות יהודית בלבד.

83. מדיוני הוועדה המשותפת עולה כי סעיף 7 לחוק היסוד, על גלגוליו השונים, אכן עורר את הקשיים הרבים ביותר מבין כלל סעיפי חוק היסוד. הצעת החוק המקורית כללה סעיף שכותרתו "שימור מורשת", ובו נקבע:

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

סעיף זה, אשר בראייתם של חלק מחברי הוועדה נועד "לתת מענה לפסק דין קעדאן" (דבריו של יו"ר הוועדה, ח"כ אוחנה, פרוטוקול ישיבה מס' 8 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20, 12 (28.11.2017) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 8)) ו"לייצר תמריצים ליהודים בלבד" לשם "ייהוד הגליל" (דבריו של ח"כ סמוטריץ', פרוטוקול ישיבה מס' 15, בעמ' 89-90), עורר התנגדויות רבות במהלך דיוני הוועדה. היועץ המשפטי לוועדה, עו"ד בליי, עמד על כך שהסעיף פוגע פגיעה של ממש בשוויון משום שהוא מאפשר למעשה הקמת יישובים ליהודים בלבד תוך הדרה מוחלטת של קבוצות

אוכלוסייה אחרות (פרוטוקול ישיבה מס' 8, בעמ' 13). היועץ המשפטי לכנסת דאז, עו"ד ינון, ציין אף הוא כי הסעיף המוצע מתיר הדרה גורפת של ציבורים שלמים במדינת ישראל (פרוטוקול ישיבה מס' 15, בעמ' 27) והערות דומות הושמעו מצד חברי כנסת נוספים (שם, דברי ח"כ אלעזר שטרן בעמ' 54; דברי ח"כ דב חנין בעמ' 55; דברי ח"כ יוסף ג'בארין בעמ' 60-61; ודברי ח"כ ציפי לבני בעמ' 62). נשיא המדינה דאז, מר ראובן ריבלין, אף שלח לחברי הוועדה המשותפת מכתב שבו ציין כי לעמדתו סעיף 7(ב) אינו מתיישב עם ה"חזון הציוני" וכי הוא "עלול לפגוע בעם היהודי, ביהודים ברחבי העולם, ובמדינת ישראל" (המכתב צורף כמס' 7 לתגובת משיבי הממשלה).

84. בעקבות הערות אלה, שונה נוסחו של סעיף 7 לנוסח הנוכחי. השינויים שנערכו מבהירים, בראש ובראשונה, כי המכוון עצמו בחר במודע שלא לאמץ נוסח המעניק זכויות אישיות להתיישבות נפרדת. עו"ד נזרי הוסיף והסביר כי הנוסח הנוכחי נועד בעיקרו ליתן ביטוי הצהרתי לערך בדבר התיישבות יהודית (פרוטוקול ישיבה מס' 19, בעמ' 60). כאשר נשאל על אודות המשמעויות המעשיות של הסעיף, השיב עו"ד נזרי כי:

"[...] קודם כול יש פה הצהרה שמדינת ישראל רואה בהתיישבות היהודית ערך לאומי. זה הצהרה שאתם כמחוקקים מצהירים אותה [...] יחד עם זאת, זה לא מאפשר, לצורך 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 יכול לגור. זה כן מאפשר, זה כן נותן אמירה של חוק יסוד, אמירה שיש בה משמעות, שלהתיישבות יהודית יש ערך, כמו שכתוב בסעיף" (שם, בעמ' 61-63).

לצד זאת, הדגיש עו"ד נזרי כי סעיף 7 "כן נותן משקל לתמריץ, לפתח" (שם, בעמ' 76), וכי בגדר הסיפא של סעיף 7 לחוק, עשוי לבוא, למשל, פיתוח ערים בנגב ובגליל אשר מיועדות בעיקר לציבור היהודי, בציינו כי לא ניתן להדיר מערים אלה מיעוטים, אך ניתן להחליט למשל שייבנו בהן בתי כנסת חלף מסגדים (שם, בעמ' 73). אף שחברי הכנסת מהקואליציה ומהאופוזיציה הציגו במהלך הדיונים הסתייגויות נוספות (שם, דברי ח"כ יעל גרמן בעמ' 5-6; דברי ח"כ דב חנין בעמ' 9-10; דברי ח"כ מיכאל מלכיאלי בעמ' 27; ודברי ח"כ בצלאל סמוטריץ' בעמ' 64), בסופו של דבר נוסח זה הוא שאושר במליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית.

85. ניכר כי סעיף 7 לחוק היסוד, מבחינת תכליתו האובייקטיבית, מבקש לעגן את ערך ההתיישבות היהודית כערך מרכזי וכנורמה חוקתית. הרישא מכריזה בלשון הצהרתית על כך שפיתוח ההתיישבות היהודית הוא ערך לאומי ובכך, כטענת המשיבים,

אין משום חידוש של ממש. זאת, שכן מאז ומתמיד שאף המפעל הציוני לקדם התיישבות יהודית, ולאחר הקמת המדינה ניתן ביטוי משפטי לערך זה, בין היתר, בחוק מעמד ההסתדרות הציונית והסוכנות היהודית (ראו גם: סעיף 3(א) לתזכיר הקרן הקיימת לישראל, אשר קובע כי מטרת הקרן היא בין היתר, "להקנות קרקעות [...] לשם יישוב יהודים" וחוק קרן קיימת לישראל אשר מתייחס לתזכיר; אליאב שוחטמן "חוקיותה וחוקיותה של התיישבות יהודית בארץ-ישראל" משפט וממשל ו 109, 111-116 (התשס"א)). הפסיקה עמדה אף היא על חשיבות התיישבות היהודית כהגשמה של החזון הציוני (בג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל, פסקה ס"ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין (5.9.2017) (להלן: עניין הראל); עניין קעדאן, בעמ' 284. ראו גם: פרשנות חוקתית, בעמ' 332).

86. הקושי שעליו עמדו גם המשתתפים בדיוני הוועדה המשותפת, נעוץ בלשון האופרטיבית של ההוראה שבסיפת סעיף 7 לחוק יסוד: הלאום, הקובעת כי המדינה "תפעל על מנת לעודד ולקדם" הקמה וביסוס של התיישבות יהודית. הוראה זו, החורגת מקווי המתאר של חוק היסוד שהוא הצהרתי בעיקרו, עשויה, לטענת העותרים, להתפרש כמאפשרת נקיטת צעדים שיש בהם משום סתירה חזיתית לעקרון השוויון.

חובת המדינה לנהוג בשוויון בהקצאת משאבי המדינה, ובכלל זה במקרקעי המדינה, היא חובה מושרשת בדין הישראלי (בג"ץ 5023/91 פורז נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 793, 801 (1992); בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 170 (2000); עניין נסר, בפסקה 35). ביטוי למחויבות זו ניתן למצוא כבר בהכרזת העצמאות בה נכתב כי "מדינת ישראל [...] תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה", ובהמשך ניתן לה ביטוי גם בפסיקה (ראו, למשל, עניין קעדאן, בעמ' 275). הפועל היוצא מקביעה זו הוא כי המדינה אינה רשאית – במישרין או בעקיפין – למנוע מאדם להתגורר ביישוב כלשהו מטעמים של השתייכות דתית או לאומית (שס, בעמ' 285). החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011 (אשר זכה לכינוי "חוק ועדות הקבלה"), שנחקק לאחר עניין קעדאן והתיר לישובים קהילתיים מסוימים לסרב לקבל מועמד בשל "חוסר התאמה למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי" (סעיף 6ג(א)(5) לפקודת האגודות השיתופיות), אף הבהיר בהקשר זה באופן מפורש כי ועדת הקבלה של היישוב אינה יכולה לסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום וטעמים חשודים אחרים (וראו עניין טבח, בפסקה 5 לחוות דעתי). על חשיבותה של החובה לנהוג בשוויון במקרקעי המדינה עמד בית משפט זה גם לאחר חקיקת חוק יסוד: הלאום (ראו: עניין מי-טל, בפסקה 17 לפסק דינו של השופט א' שטיין).

השאלה היא כיצד ניתן ליישב חובה זו עם הוראת הסיפא שבסעיף 7 לחוק יסוד: הלאום.

87. כפי שכבר צוין, יש לפרש את חוקי היסוד בראייה רחבה ומתוך שאיפה לאחדות ולהרמוניה ביניהם. בבסיס גישה זו מצויה ההנחה כי כל הוראה חוקתית חדשה מצטרפת לחוקי היסוד הקיימים ואינה מכוונת "לגבור" על המארג החוקתי הקיים אלא להשתלב בו. עמד על כך היועץ המשפטי לוועדה המשותפת במהלך דיוני הוועדה בכל הנוגע לסעיף 7 לחוק היסוד: "ברור שבית משפט שבא לפרש ולברר מהי החוקה הישראלית, הוא עושה את זה בצורה שיוצרת את ההרמוניה המקסימלית בין חוקי היסוד השונים" (פרוטוקול ישיבה מס' 19, בעמ' 79). אכן, עלינו לפרש, ככל הניתן, את סעיף 7 לחוק היסוד באופן העולה בקנה אחד עם סעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהם מעוגנת הזכות החוקתית לכבוד וממנה נגזרת הזכות החוקתית לשוויון. פרשנות הרמונית כזו מובילה למסקנה כי הערך בדבר התיישבות יהודית אינו משמיע בהכרח פגיעה בשוויון. מבחינה מושגית ניתן להנהיג מדיניות שוויונית ביחס להקצאה ולחלוקה של קרקעות המדינה, מבלי לפגוע באופייה של המדינה כמדינה יהודית הרתומה להגשמת המפעל הציוני. יפים לכאן דבריו של המשנה לנשיאה (בדימ') רובינשטיין בעניין הראל:

"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 [...] מחויבות ציונית, וציונות אינה מלה גסה במדינה ישראל אלא ערך מרכזי, אינה סותרת כלל את ערך השוויון, המעוגן בהכרזת העצמאות. אין מדובר בכלים שלובים ובמשחק סכום-אפס, שככל שירבה פיתוח ושגשוג בקרב ההתיישבות היהודית, כן יקטן בהתאמה קידום ההתיישבות הכפרית והחקלאית בשאר המגזרים. לדידי, הא בהא לא תליא, והכל, בהקשר זה, בהתאם למדיניות הממשלה, ולערכי מדינת ישראל. אדרבה, מיזם כזה אם ינוהל בהגינות וכהלכה, עשוי להוות דוגמה לקיום השגשוג לכל, לרבות למגזרים הלא-יהודיים" (שם, בפסקה ס"ב לחוות דעתו).

88. כאמור לעיל, 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 (ראו: סעיפים 236-237 לתגובת הכנסת; וראו גם: סעיף 215 לתגובת משיבי הממשלה). על כן, אין מתעוררת לגבי סעיף זה השאלה המורכבת בדבר קיומה של פגיעה בזכות חוקתית או שינוי היקפה של זכות חוקתית על-ידי חוק יסוד (להבחנה

שהוצעה בפסיקה בין פגיעה בזכות לשינוי בהיקפה, ראו עניין חוק ההדחה, בפסקה 4 לחוות דעתו של השופט סולברג; והשוו לפסקה 20 לחוות דעתי באותו עניין). משבענייניו 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.

89. מכל מקום, 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 ליהודים, שלא יתירו קבלתם של מי שאינם יהודיים, בשם ההכרה בהתיישבות היהודית כערך לאומי. כמו-כן, ומבלי למצות הדוגמאות, סעיף 7 לחוק-יסוד: הלאום אינו מתיר לקבוע, כי בכוח רשויות המדינה להעניק תמריצים רק עבור אזרחים יהודים שיעברו לצפונה של המדינה, מבלי להעניק תמריצים אלו לאזרחים שאינם יהודים שיעברו צפונה [...]”. מסקנה זו נתמכת הן מפרשנותו התכליתית של חוק היסוד, הן מן ההיסטוריה החקיקתית המלמדת על שינוי נוסחו המקורי של סעיף 7(ב) להצעת החוק (שמלכתחילה הוצב תמרוך אזהרה בצדו), והן מהחלפתו בנוסחו הנוכחי של סעיף 7” (סעיף 218 לתגובת משיבי הממשלה).

דברים אלה – שעליהם חזר בא-כוח משיבי הממשלה בדיון ביום 22.12.2020 (עמ' 64 לפרוטוקול הדיון) – מקובלים עליי במלואם, וזאת כמובן מבלי שיהא בכך כדי למצות את כלל הסיטואציות שבהן עלול להתעורר בעתיד מתח בין קידום ההתיישבות היהודית לעקרון השוויון. 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, יבחנו הדברים בגדרה של פסקת ההגבלה ובהתאם לנסיבות העניין הקונקרטיות, כאמור בפסקה 49 לעיל.

90. הנה כי כן, פרשנות סעיף 7 לחוק יסוד: הלאום נגזרת מתכליותיו ומן השאיפה ליצור אחדות והרמוניה בין חוקי היסוד. פרשנות כזו מאפשרת את קיומם המשותף זה לצד זה של ערך השוויון ושל ערך ההתיישבות היהודית המעוגן בחוק היסוד. בכך יש משום מענה גם לטענות העותרים בדבר קיומה של סתירה בין סעיף 7 לנורמות כמשפט הבינלאומי אשר אוסרות על אפליה על בסיס השתייכות לאומית, שכן, כאמור, פרשנות סעיף 7 לחוק היסוד אינה מובילה בהכרח לפגיעה בשוויון, וככל שבעתיד תימצא

התנגשות בין ערכים אלה במישור התת-חוקתי, יהיה צורך לבחון בהקשר זה את תחולתה של חזקת ההתאמה הפרשנית, על כל המשתמע מכך.

91. אחר הדברים האלה עיינתי בחוות דעתו של חברי השופט קרא וראיתי להוסיף כי אני שותפה לעמדתו בדבר הצורך בקביעת מתווה לחקיקת חוקי יסוד ותיקונם, אשר יבטיח שהליך חקיקתם יהא נוקשה וייחודי באופן שיבדל אותו ממתווה החקיקה של חוקים "רגילים". הערה זו שבה ומחדדת את הצורך בחקיקת חוק יסוד: החקיקה, שעליו עמד בית משפט זה לא אחת בעבר (ראו למשל עניין שפיר, בפסקה 3 לחוות דעתו של השופט עמית). עוד אני שותפה לעמדתו של חברי השופט קרא כי ראוי היה לו לחוק היסוד הנוגע למרכיבי זהותה של המדינה כי יעגן את חזונה של המדינה על כלל מרכיביו ויכונן על בסיס הסכמה רחבה (וראו בהקשר את דו"ח ההמלצות שגיבשה בשנת 2015 פרופ' רות גביזון ז"ל, שאליו הפנה השופט קרא בפסקה 4 לחוות דעתו). עם זאת, העתירות שבפנינו עוסקות בחוק יסוד: הלאום כפי שנחקק בסופו של יום על-ידי הכנסת בכובעה כרשות מכוננת. בעניין זה לא שיניתי מדעתי כי אף שחלק מהוראותיו של חוק היסוד מעוררות קשיים, בחינתן בהתאם לעקרונות הפרשניים הנוהגים עימנו – מעלה כי אין בהן משום שלילת אופייה של ישראל כמדינה דמוקרטית. כפי שצינתי, אף שחוק יסוד: הלאום מעגן אך את מרכיבי הזהות היהודיים של המדינה, אין בכך כדי לגרוע מחובתה של המדינה, על כלל רשויותיה ומוסדותיה, להגן על זכויותיהם של המיעוטים החיים בה. אכן, אלה היסודות שעליהן קמה מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ואותם עלינו לשמר, ולזכור תמיד כי "הציונות נולדה כשלילה של הגזענות. היא למדה לדעת עד כמה התייחסות גזענית, המוכתבת על-פי השתייכות דתית או לאומית, מבזה את צלם האדם" (אהרן ברק "ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", בעמ' 12).

סוף דבר

92. במחזור שירי "עיר היונה", המגולל את עלילות הקמתה של מדינת ישראל, מתאר המשורר נתן אלתרמן את העם היהודי כ"ישות-לאום פלאית נחדשה, ולא נשנית. אָפָּה אֲשֶׁר פָּנְיָה קָמִים פָּנְיֵי הָאִישׁ וְהָאִשָּׁה, וְלֹא כְּפָנֵי מַלְכוּת נְהַמוֹנִיָּה" (עיר היונה 144 (התשי"ז)). ועל הדמוקרטיה וחיבותה בחיי האומה עמד אלתרמן במקום אחר בצינו "תְּלֵקָה אוֹלֵי לֹא קָל, אֲךָ אִם הִיא לֹא תִהְיֶה מוֹבְנֶת מְאֵלֶיהָ – הִיא לֹא תִהְיֶה מוֹבְנֶת לָנוּ כְּלָל!" (הטור השביעי כרך שלישי 124 (דבורה גילולה עורכת, 2012); פורסם במקור בשנת 1949). על רקע המחלוקת הציבורית שנתגלעה סביב חקיקתו של חוק יסוד: הלאום, דברים אלה, שנכתבו בשנותיה הראשונות של המדינה, מן הראוי שישמשו לנו גם כיום תזכורת מהדהדת לנרטיב המכונן של מדינת ישראל כמדינה המושתתת על שני אדנים – יהודי ודמוקרטי – השלובים זה בזה.

93. המכונן מיטיב היה לעשות אילו שילב שני אדנים אלה בחוק היסוד ועיגן בו לצד הערכים המשקפים את זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, גם הצהרה בדבר ערך השוויון. ערך זה מאיר את דרכנו כמדינה מאז הקמתה, ולמרות זאת טרם זכה לעיגון מפורש בחוק יסוד. אך אף שהמכונן לא עשה כן, אין למעט מחשיבותו של חוק יסוד: הלאום כחוק המעגן באופן מפורש וברמה החוקתית את מרכיבי זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. חוק יסוד זה מהווה פרק אחד בחוקתנו המתגבשת והוא אינו שולל את אופייה של ישראל כמדינה דמוקרטית. משכך, איני סבורה כי בחקיקת חוק יסוד: הלאום חרגה הכנסת מאותה מגבלה צרה החלה על סמכותה המכוננת, שעליה עמדתי בפתח הדיון. נוכח מסקנתי זו, איני נדרשת גם הפעם להכריע בשאלת סמכותו של בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד.

94. מכל הטעמים שפורטו, לו תישמע דעתי, אציע לחבריי לדחות את העתירות ובנסיבות העניין בשל חשיבותן של הסוגיות העקרוניות שהועלו בהן, אוסיף ואציע כי לא ייעשה צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

#### השופט י' עמית:

1. אני מסכים לפסק דינה של חברתי הנשיאה השופטת א' חיות על כל טעמיו ונימוקיו. כפי שהיטיבה חברתי להראות, "יהודית ודמוקרטית" הם היכין והבועז, עמודי התווך של מדינת ישראל.

2. למדינת ישראל אין חוקה מלאה. במקום חוקה יש לנו חוקי יסוד, שהם הפרקים של החוקה שבדרך, ואשר ביום מן הימים יחוברו יחדיו בחוט זהב ויכוננו את החוקה של מדינת ישראל. חוק יסוד: הלאום (להלן גם: החוק או חוק היסוד) אינו אמור להיות המבוא לחוקה אך הוא פרק מרכזי ומכונן בחוקה העתידית, וככזה, יום קבלתו בכנסת אמור היה להיות יום חג. אלא שחוק יסוד: הלאום התקבל ברוב של 62 חברי כנסת בלבד והכל בשל מילה אחת שנשמטה: "שוויון". ניתן להניח כי אילו נכללה מילה זו בחוק היסוד, היה זה מתקבל ברוב עצום של חברי כנסת, בהסכמה רחבה מקיר אל קיר. אך לא כך נעשה והתוצאה של חקיקתו של חוק יסוד: הלאום הרי היא מונחת בחמש עשרה העתירות

שלפנינו המשקפות תחושות של ניכור והדרה. חקיקתו של חוק היסוד אף גררה מחאות והפגנות, והלב נחמץ נוכח החמצה היסטורית של אחדות דעים ולבבות.

3. העתירות דנן ביקשו להשמיע ולהביע את קולם ואת עוצמת הכאב והעלבון שחשו כחמישית מאזרחי המדינה, כפי שמשתקף מריבוי העתירות ומהדברים הנרגשים עד-דמעות שנשאו העותרים בדיון. אכן, מספרן של עתירות וגם תחושות אותנטיות של עותרים אינם מחייבים בהכרח דיון לגופם של דברים. אך לא זה המקרה שלפנינו. העתירות ברובן היו ראויות ומכבדות את בעליהן, והן בוודאי לא מסוג העתירות שבית משפט זה דש בעקבו. רוב העתירות שיקפו את החשש שמא חוק יסוד: הלאום, יותר משבא לעגן ולהגן על זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, בא להנמיך את קומתו של המיעוט למעמד של אזרחים מסוג ב'. ברם, חברתי הנשיאה, בדרך הפרשנות המקיימת הסירה חשש זה הן ברובד הכללי והן ברובד הספציפי, כמו החשש ל"שנמוך" מעמדה של השפה הערבית (וראו מחמד ס. ותד "מעמדה המשפטי של השפה הערבית בעקבות חוק-יסוד הלאום" ב-ICON-S-IL Blog (7.1.2020); M.S. Wattad *The Nation State Law and the Arabic Language in Israel: Downgrading, Replicating or Upgrading?* (2021) 54(2) 263 (ISR.L.REV.)). במקרה דנן, הפרשנות המקיימת של חוק יסוד: הלאום היא גם מפיסת-מגשרת-מרככת.

4. בדיני פרשנות קיימת משרעת שנעה בין הכוונה הסובייקטיבית של יוצר הטכסט לבין הכוונה האובייקטיבית של יוצר הטכסט. בקצה האחד של המשרעת נמצאת הצוואה, שאז הכוונה הסובייקטיבית של המצווה עומדת במקד הבירור המשפטי. לצידה של הצוואה עומד החוזה. בקצה השני של המשרעת עומד החוק ובסוף הקצה השני עומדת החוקה, חוקי היסוד. פרשנותם של חוקי היסוד נעשית אפוא באספקלריה של התכלית האובייקטיבית, של עקרונות היסוד של השיטה.

חוק יסוד: הלאום לא מזכיר את המילה "שוויון", אך אין להסיק חלילה משתיקת המכונן, כאילו התיימר לבטל את עקרון השוויון בהכרזת העצמאות או את הזכות לשוויון מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו או את הפסיקה העניפה של בית משפט זה שנתנה תוקף לעקרון השוויון אף קודם לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו יצחק זמיר ומשה סובל: "השוויון בפני החוק" משפט ומחש 165 (תש"ס)). אין סיבה לפרש את חוק יסוד: הלאום פירוש כה מרחיק לכת, וככל שאנו נדרשים אפילו לכוונה הסובייקטיבית של המחוקק, הרי שבמהלך דיוני ועדת חוקה חוק ומשפט, היו חברי כנסת שטענו כי עקרון השוויון ממילא כבר מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו או ראוי להיות מעוגן בחוק יסוד. אכן, הגיע העת כי עקרון השוויון יצא מאחורי הקלעים של הזכויות הבלתי מנויות של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על

היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1998)) אל קדמת הבימה ויפה שעה אחת קודם, ולו על מנת שלא ליתן פתחון פה לטוענים כי בזהותה של המדינה כ"יהודית ודמוקרטית" חל כרסום ברכיב הדמוקרטי.

5. לדידי, יש להצר על היעדר ערך השוויון בחוק יסוד: הלאום, אך הדבר אינו מצדיק להנחית על חוק היסוד את פטישה של דוקטרינת התיקון הלא חוקתית. גם אם חלקים בציבור הישראלי אינם רואים בחוק יסוד: הלאום מקור לגאווה, הרי שאין מקום לדאגה. גם לאחר חקיקת חוק היסוד ארצנו לא שינתה את פניה. השוויון הוא זכות יסוד שנגזרת מזכות האם של כבוד האדם (אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 685-706 (2014)). כל עוד זכות זו שומרת על מעמדה כפי שעוצבה בפסיקתו של בית משפט זה, וכל עוד היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית הוא עקרון יסוד של שיטתנו המשפטית – הרי שאין בחוק יסוד: הלאום כדי לכרסם, אף לא במעט, בזכות לשוויון ובאופי הדמוקרטי של מדינת ישראל.

6. עקרונות הכרזת העצמאות זורמים בעורקיהם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק בעקבות תיקונם בשנת 1994. התיקון משנת 1994 נעשה לאחר שהרעיון של מהפכה חוקתית כבר נפוץ ברבים בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. תיקון שני חוקי יסוד אלה התקבל בשנת 1994 ברוב גדול של חברי הכנסת (עמיחי כהן מלחמות הבג"ץ המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד עמ' 102-103 (2020)) ויש בכך תשובה ניצחת לטוענים שחוקי היסוד התקבלו בשל חוסר תשומת לב של חלק מהמחוקקים. הנה כי כן, לא רק שהרשות המכוננת אישרה בשנת 1994 את המהפכה החוקתית, היא אף חיזקה אותה בכך שהזרימה את עקרונות הכרזת העצמאות אל תוך חוקי היסוד בבחינת "נִיְחָזְקוּהוּ בְּמִסְמָרִים לֹא יִמוּט" (ישעיה מא ז). סעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, בעקבות התיקון משנת 1994:

זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה  
בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו  
ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

המכונן מצווה עלינו לכבד את רוח העקרונות שבהכרזת העצמאות, היא תעודת הלידה ותעודת הזהות של המדינה, ובה נאמר כי מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". לטעמי, גם בדרך זו נקלט עקרון השוויון ישירות כזכות יסוד חוקתית במשפטנו, כך שלא אלמן ישראל.

אני מצטרף לחוות דעתה המקיפה של חברתי הנשיאה א' חיות.

1. פעם נוספת עולה לפנינו שאלת קיומן של מגבלות על סמכותה של הרשות המכוננת בחקיקת חוקי יסוד ובדבר סמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על חוק יסוד, במסגרת דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" (Unconstitutional Constitutional Amendment). בפעם זו, יסודה של המחלוקת בשאלה אם חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק-יסוד: הלאום או חוק היסוד) מפר את האיזון שכוננה הכרזת העצמאות בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית.

2. בבג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017), עמדתי על אבני הדרך בהלכה הפסוקה ובכתיבה אקדמית בסוגיות אלו. ציינתי כי החוקה של מדינת ישראל, אשר לא נוצרה במהלך מכוון חד פעמי והכנתה נפרסה על פני תקופה ממושכת, נמצאת במידה רבה בתהליך התגבשות, אולם הבהרתי כי איני סבור כי מאפיינים אלה של חקיקת היסוד בשיטתנו שוללים מעיקרא את תחולתה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, כי אם מגבילים את היקפה, המצומצם ממילא בשים לב למעמדם הרם של חוקי היסוד. בהמשך לדברים שנאמרו בפסיקתנו הוספתי כי אף אני סבור כי אין לשלול את תחולת הדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי במשפט הישראלי, הגם שבאותו מקרה, משניתן מענה לסוגיה שאותה מעלה העתירה בגדר דוקטרינה אחרת, אין אנו נדרשים לקבוע את גבולותיה (ראו שם, פסקאות 9-15; כן ראו פסק דיני בבג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.5.2018); ובאופן כללי ראו אהרן ברק "הכנסת כרשות מכוננת ושאלת התיקון החוקתי שאינו חוקתי" חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (צפוי להתפרסם ב-2021)).

3. חברתי הנשיאה בחוות דעתה המפורטת, סבורה כי שאלת אימוצה של דוקטרינה מקיפה לבחינת חוקתיותם של תיקונים לחוקה, מן הראוי שתוכרע עם השלמת מפעל חוקי היסוד. בצד האמור, נקבע – על רקע הניתוח העיוני שבחוות דעתה – כי אין ביכולתה של הכנסת, בכובעה כרשות מכוננת, לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. בהיבט חקיקת היסוד העומדת לפנינו להכרעה, חברתי הנשיאה מוסיפה ומבהירה את הטעמים בגינם הוראות חוק-יסוד: הלאום אינן שוללות את אופייה של ישראל כמדינה דמוקרטית.

4. להשקפתי, גם במקרה זה איננו צריכים לטעת מסמרות בשאלת גדרי תחולתה של דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי בשיטת המשפט הישראלית וזאת מאחר שחוק-יסוד: הלאום אינו פוגע בעקרונות היסוד של השיטה. בד בבד, מצטרף אף אני בפה מלא להכרעתה של חברתי הנשיאה בהתייחס לגדרי סמכותה של הרשות המכוננת והמגבלות שחלות עליה, כמו גם לקביעתה שלפיה לא הייתה – בנסיבות שלפנינו – חריגה ממגבלות אלה.

אשר לסמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית במקרים מעין אלה, נוטה אני לגישה כי סמכות זו נגזרת מן המגבלות המהותיות על סמכותה של הרשות המכוננת. זאת, על מנת שמגבלות אלו לא יהפכו לאות מתה, נוכח הטעמים שעליהם עומדת חברתי הנשיאה בפסקה 34 לחוות דעתה. בצד האמור, מקובלת עליי מסקנתה כי בנסיבות שלפנינו לא נדרשת הכרעה אף בשאלה זו, בהינתן הריסון המקובל בפסיקתנו בביקורת חוקתית, שיפה על דרך של קל וחומר כאשר נושא הביקורת הוא חקיקת היסוד עצמה.

5. אכן, כפי שמציין חברי השופט י' עמית, קשה להתעלם מתחושת ההדרה שחוו כחמישית מאזרחי המדינה כמו גם אזרחי המדינה שאינם נמנים על המיעוט הערבי וקולם נשמע אף הוא בעצמה רבה בעתירות שהונחו לפנינו. זאת בשל הסברה כי חוק היסוד פוגע בזכות החוקתית לשוויון. אולם כפי שמפרטת הנשיאה, חוק היסוד נועד לצקת תוכן למרכיבי זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, הוא אינו משקף העדפה של הזהות היהודית של מדינת ישראל על זהותה הדמוקרטית, והוא אינו גורע ממעמדו של עיקרון השוויון.

6. יש להצטער כל כך שעיקרון השוויון, אבן יסוד במגילת זכויות אדם של כל חברה דמוקרטית, לא זוכה להסדרה חוקתית מפורשת בחוקי היסוד המעגנים את ההגנה החוקתית על זכויות האדם בישראל. אולם אין בכך כדי לגרוע ממעמדו החוקתי של העיקרון, הנגזר מכבוד האדם. פסיקתו העקבית של בית משפט זה אימצה את "מודל הביניים" לתחימת היקפה של הזכות החוקתית לשוויון כך שהפליה שתבוא בגדרה אינה רק הפליה מחמת שיוך קבוצתי חשוד, כי אם גם הפליה הקשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם "כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה" (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 687 (2006); כן ראו, מני רבים: 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, פסקה 15 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות, פסקה 2 לפסק דיני (27.2.2020); בג"ץ

8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פסקאות 44-45 (22.5.2012); בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה, פ"ד סו(2) 442, 493 (2013); בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת, פסקה 11 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש (23.2.2012); בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פ"ד סד(2) 581, 614-615 (2011); בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 76 (2.9.2010); בג"ץ 9722/04 פולגת ג'ינס בע"מ נ' ממשלת ישראל, פסקה 23 (7.12.2006); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 303-304 (2006)).

7. זאת ועוד, חשוב להדגיש כי גם בהיבט התכלית הסובייקטיבית שנלמדת מהליכי החקיקה, וכפי שהדברים באו לביטוי גם בעמדתם המוצהרת של המשיבים (ראו, למשל: סעיפים 200-208 לתגובה מטעם הכנסת; סעיף 176 לתגובה מטעם הממשלה; פרוטוקול הדיון לפנינו, בעמ' 54, ש' 26-30, בעמ' 55, ש' 32-35 ובעמ' 63, ש' 4-6, ש' 24-26), הנחת המוצא היא כי תחולתו של עיקרון השוויון והיקפו החוקתי האמור, אינם שנויים במחלוקת והוראות חוק יסוד: הלאום לא באו לגרוע מכך. חשוב אפוא כי הדברים ייאמרו ויודגשו בקול גדול.

8. מצטרף אני למסקנת חברתי גם בהתייחס לסעיפי החוק שעומדים במוקד המחלוקת. בהתייחס לסעיף 4 לחוק יסוד: הלאום מקובלת עלי המסקנה הפרשנית, שלפיה לצד היותה של השפה העברית שפתה העיקרית של המדינה, לשתי השפות – העברית והערבית – מעמד רשמי, וכי לא ניתן לפגוע במעמד הקיים של השפה הערבית.

9. הוראת סעיף 7 לחוק היסוד: הלאום, מגלה על פניה מתח בין ערך ההתיישבות היהודית המעוגן בהוראה זו, לבין עיקרון השוויון. לפי כללי הפרשנות החוקתית המקובלים עמנו, כאשר דבר חקיקה ניתן למספר פירושים אפשריים, יש לבחור בפירוש המכיר בחוקתיותו של החוק (ובתוקפו) על פני פירוש המביא לאי-חוקתיותו (ולביטולו) (בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 814 (1996); כן ראו פסק דיני בבג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל (4.4.2021); בג"ץ 7146/12 אדמ נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(2) 717, 848 (2013); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג – פרשנות חוקתית 737 (1994)). הדברים יפים, על דרך קל וחומר, גם בהתייחס לפרשנותם של חוקי יסוד. אף להשקפתי אין מקום להעדפה אפריורית של ערך חוקתי אחד על משנהו, ועל פי כללי הפרשנות המקיימת, יש להנהיג מדיניות שוויונית ביחס להקצאה וחלוקה של קרקעות המדינה מבלי לפגוע בערך ההתיישבות. וכפי שכבר נקבע בעבר:

"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. המשימה הלאומית שנטלה על עצמה מדינת ישראל מיום היוסדה, לקבץ לתוכה גלויות וליישב את אדמתה, אינה יכולה לשמש אמתלה להפליה בהקצאת מקרקעין. האתוס הציוני ודאי לא נועד לשלול זכויות מבני אוכלוסיות אחרות. מחויבות ציונית, וציונות אינה מלה גסה במדינה ישראל אלא ערך מרכזי, אינה סותרת כלל את ערך השוויון, המעוגן בהכרזת העצמאות. אין מדובר בכלים שלובים ובמשחק סכום-אפס, שככל שירבה פיתוח ושגשוג בקרב ההתיישבות היהודית, כן יקטן בהתאמה קידום ההתיישבות הכפרית והחקלאית בשאר המגזרים. לדידי, הא בהא לא תליא, והכל, בהקשר זה, בהתאם למדיניות הממשלה, ולערכי מדינת ישראל. אדרבה, מיזם כזה אם ינוהל בהגינות וכהלכה, עשוי להוות דוגמה לקיום השגשוג לכל, לרבות למגזרים הלא-יהודיים" (בג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל, פסקה סב לפסק הדין של המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (5.9.2017)).

בהינתן האמור, אין עילה לקבוע כי יש בהוראה האמורה בסעיף 7 לחוק-יסוד: הלאום משום שלילת אופייה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. האיזון הקונקרטי בין השוויון לבין ערך ההתיישבות היהודית ייערך בנסיבות הפרטניות של מקרים בהם תועלה טענה בדבר פגיעה בשוויון, והכל לפי כללי הפרשנות המקובלים עמנו.

10. סוף דבר – על יסוד טעמים אלה, מצטרף אני כאמור לחוות דעתה של חברתי הנשיאה.

אופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל עומד בבסיס הכרזת העצמאות, שקובעת את ערכי היסוד המאירים את דרכנו. ערכים אלה, כמו גם הכרזת העצמאות, זכו למעמד חוקתי בחוק-יסוד: כבוד וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק. הכנסת, הן בכובעה כרשות מחוקקת, הן בכובעה כרשות מכווננת, מחויבת לשמור על אופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה. בנתון להבהרות הפרשניות שבפסק דיננו, אין בחוק-יסוד: הלאום משום שלילת אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל ולפיכך דין העתירות – שתרמו להבהרת המצב המשפטי לאשורו – להידחות.

על אף שעתירות רבות לפנינו, לכולן נקודת מוצא משפטית משותפת, והיא כי בית משפט זה מוסמך לערוך ביקורת שיפוטית על חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק יסוד: הלאום), וכי עליו לבטלו, וזאת בעיקר, באמצעות דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי". לכך מצטרפות טענות נוספות של "שימוש לרעה בסמכות מכוננת", של התנגשות בין חוק היסוד לבין עקרונות יסוד הבאים לידי ביטוי בין היתר במגילת העצמאות, ושל התנגשות עם הוראות פסקת ההגבלה ועוד.

ביקורת חוקתית על חוק יסוד – כללי

1. כפי שציינתי לאחרונה בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקה 8 לחוות דעתי (23.5.2021), שאלת סמכותו של בית משפט זה לקיים ביקורת שיפוטית על הוראות חוק יסוד היא שאלה מורכבת וסבוכה. היא קשורה בטבורה לשאלת הסמכות של בית משפט זה לבקר חוקים "רגילים". סמכות זו – לבקר חוקים "רגילים" – אינה מושתתת על יסודות ברורים, וזאת על אף שאין מדובר בשאלה משנית כי אם בשאלה יסודית שהיה ראוי לה לקבל מענה מבורר. אמנם, ביקורת שיפוטית על חוקים "רגילים" מכוח חוקי היסוד היא מציאות שקנתה לה שבת, גם אם היא לא מובנת מאליה (ראו למשל: משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג' 697, 702 (1996); יוסף מ' אדרעי "מהפכה חוקתית: האומנם?" משפט וממשל ג' 453, 460 (1996); יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט'" מאזני משפט ה' 125 (2006); גדעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" משפט וממשל יא' 571 (2008)) אך יש להביט היטב על יסודותיה. זאת, שכן הסמכות לבטל חוקים מכוח חוקי היסוד נשענת על הנחת יסוד של הכרה במעמד החוקתי של חוקי היסוד, מכוח סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת. מכאן הקושי המרכזי הנעוץ לשיטתי בתפיסה המאפשרת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, ללא כל עוגן ומקור סמכות. עלינו לכבד את מעמדה הנורמטיבי העליון של הנורמה המכוננת ולא לפלח אותה לקטעי קטעים ולהעביר ביקורת על כל פלח ופלח. זאת הן ביחס לאפשרות לקיים ביקורת שיפוטית מהותית על חוקי יסוד, והן ביחס ל"דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי", אשר גם לעמדת חברתי הנשיאה אין מקום לאמצה בעת הזו (פסקה 31 לחוות דעתה).

2. מכל מקום, לטעמי, חוק יסוד: הלאום רחוק כמרחק מזרח ממערב מגדרי המקרים החריגים והנדירים שלגביהם יכולה הייתה להתעורר שאלת התערבות בחוק יסוד. ענייננו בחקיקת חוק יסוד חדש, המבקש להוסיף לפרקי החוקה המתהווה של המדינה נדבך נוסף, הנוגע לאופייה, לסמליה ולזהותה הלאומית. מדובר בחוק יסוד שהמטען הערכי שהוא

טומן בחובו הוא בסיסי ומושגת על עקרונות איתנים ביותר. חוק יסוד המעגן נדבכים מהותיים של אחד המאפיינים העיקריים והגרעיניים של מדינת ישראל והמעצב את דמותה וזהותה הלאומית של המדינה. התערבות שיפוטית כגון דא אינה אפשרית.

סבור אני אפוא כי די באמור כדי לדחות את העתירות כולן. אולם, אוסיף מספר מילים לגופו של עניין.

ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית - השפעתו של חוק יסוד: הלאום

3. מדינת ישראל היא מדינה "יהודית ודמוקרטית". מדובר בעיקרון יסודי במשפטנו. מעבר למחויבותה של המדינה לערכי הדמוקרטיה, הוכרה מימים ימימה מחויבותה של המדינה ל"יהדותה", וזאת כ"עובדת יסוד קונסטיטוציונית" (ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365, 386 (1965) (להלן: עניין ירדור)). היותה של מדינת ישראל מדינה "יהודית", ולא רק "דמוקרטית", מהווה עיקרון יסוד של המשטר החוקתי הנוהג בה (וראו: רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2) 45, 63 (1996) (להלן: עניין יאסין)); בג"ץ 5026/04 דיזין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, 53 (2005) (להלן: עניין דיזין)). כך גם במרכזה של הכרזת העצמאות עומדת הקמתה של "מדינה יהודית בארץ-ישראל", כיסוד מכונן ונצחי. לאותה מדינה "יהודית" נקבעו במסגרת ההכרזה מאפיינים דמוקרטיים. סעיפי המטרה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 1א) וחוק יסוד: חופש העיסוק (סעיף 2) אף הם מתייחסים ל"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

4. במובנים רבים, המתח המלווה את החיבור המורכב של שני הרכיבים – ה"יהודי" וה"דמוקרטי" – יחדיו, הוא אימננטי לקיומה של המדינה. הוא מהווה חלק בלתי נפרד מהווייתה של מדינת ישראל מימים ימימה (וראו על סוגיה זו, מיני רבים: אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית": אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?" עיוני משפט יט 479, 492 (1995) (להלן: רוחן צבי)); רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט (3) 631 (1995) (להלן: גביון, מדינה יהודית ודמוקרטית); רות גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים (התשנ"ט); סמי סמוחה "מדינה יהודית ודמוקרטיה יהודית" משפט וממשל י(1) 13 (2006)). יפים לעניין זה דבריה של השופטת ט' שטרסברג כהן בא"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' חבר הכנסת אחמד טיבי, פ"ד נ"ז(4) 1, 22 (2003) (להלן: עניין טיבי):

"השניות שבהיות המדינה יהודית ודמוקרטית היא ביסוד הווייתה של מדינת ישראל. על-אף המתח הפנימי בין שתי הוויית אלה, אחוזות הן זו בזו והן שני עמודי תווך, שללא כל אחד מהם אין למדינת ישראל קיום." (שם, עמ' 66).

המשמעויות השונות הנגזרות מהצירוף האמור בין שני רכיבים מהותיים אלה במסגרת אפיונה החוקתי של המדינה הן רבות ואיני מתכוון להקיפן במסגרת זו. לצידן מתגלה גם מקומם של כל אחד מרכיבים אלה כשהוא עומד לעצמו. במסגרת זו ניכר כי מרכזיותו של היסוד "הדמוקרטי" חלחלה אל מעמקי תורת המשפט של מדינתנו ותורגמה לכלל עקרונות יישומיים וכללים קונקרטיים אשר השפיעו על כל תחומי המשפט, הותירו בהם חותם יומיומי ועיצבו במידה רבה את סדרי השלטון, החברה והמדינה. מאז שניתן פסק הדין בעניין בנק המזרחי (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 403 (1995)), בפסיקת בית משפט זה הודגש וחודד מעמדם הרם של חוקי היסוד, ובפרט חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, על רקע טענות לפגיעה בזכויות המנויות בהם. בזהירות ניתן לומר כי היסוד "היהודי" לא גובש די הצורך ולא זכה לאותה מידה של תשומת לב ותמיכה עד עתה. יחד עם זאת, הזהות היהודית של המדינה באה לידי ביטוי במכלול של מרכיבי זהות ורעיונות, ובמהלך השנים נשמעו קולות שונים באשר למשמעות הדיבור על אודות אופיה היהודי של המדינה.

5. כך, בפסיקת בית משפט זה בעניין פרשנות סעיף 7א(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת, שעניינו פסילת מועמדות לכנסת בגין "שליטת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", עמד בית המשפט זה על מאפייניה ה"גרעיניים" של מדינת ישראל כ"מדינה יהודית". בהקשר זה, צוין כי הם כוללים את זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, שהיהודים יהוו בה רוב; את העברית כשפתה הרשמית והמרכזית של המדינה; את עיקר חגיה וסמליה המשקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; ואת מורשת ישראל כמרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית של המדינה (עניין טיבי, 22; ע"ב 561/09 בל"ד – המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18, פסקה 6 (7.3.2011); א"ב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה נ' ח"כ חנין זועבי, פ"ד סו(2) 813, 834-835 (2013); א"ב 1095/15 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים נ' ח"כ חנין זועבי, פסקה 66 (10.12.2015); א"ב 1806/19 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-21 נ' ד"ר עופר כסיף, פסקה 13 לפסק דינה של הנשיאה א' חיות (18.7.2019)).

6. כמו כן, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית נדונו מעת לעת, אם כי לא בהרחבה רבה, גם בפסיקה הדנה בפרשנות מונח זה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק. בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל,

פ"ד נט(2) 481, 547 (2005) (להלן: עניין המועצה האזורית חוף עזה) צוין כי ערכים אלו "הם בעלי היבט ציוני והיבט מורשתי גם יחד", תוך הפניה לפסקי הדין בעניין פסילת מפלגות שצוינו לעיל. במקרים אחרים צוין שהגנה על רגשות דתיים (כגון במקרה של איסור מכירת בשר חזיר, או במקרה של סגירת כביש העובר בשכונת דתית-חרדית) היא תכלית שבנסיבות מסוימות עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית (ראו: בג"ץ 953/01 ח"כ מרינה סולודקין נ' עיריית בית-שמש, פ"ד נח(5) 595, 619 (2004); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 50 (1997)).

7. 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 מאחור" (וראו: רוזן צבי, 495-498, 509). זאת אולי בשל קשת המובנים השונים שיכולים לאפיין את היסוד "היהודי" והקושי למצוא ליסוד זה אפיון מוסכם (וראו למשל לעניין המודלים השונים של מדינה "יהודית": יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 62-63 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010) (להלן: זמיר, הסמכות המינהלית)). בתוך כך, הושמעו דעות שונות לגבי היקף התפרשותם של ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. היו שצמצמו וסברו כי ערכיה היהודיים של מדינת ישראל הם "אותם ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה הדמוקרטית, ואשר צמחו מתוך המסורת וההיסטוריה היהודית" (אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9, 31 (1992)). לצד זאת, היו שצינו את "הערכים היהודיים שנוצרו בעם ישראל או התגבשו רק בתקופת הציונות, כמו העליה היהודית, קיבוץ גלויות והחלוציות", כי המדינה היא יהודית "במובן זה של יהודים זכות לעלות אליה, והווייתם הלאומית היא הווייתה של המדינה", וכי הווייתה הלאומית של המדינה אמורה להתבטא בלשון העברית ובמועדי ישראל, כמו גם בערכים אחרים שהמדינה עתידה לאמץ ואשר יסודם במורשת ישראל (חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט - ספר היובל 9 (א' גבריאל ומ' דויטש עורכים 1993)). גישה מרחיבה יותר ננקטה על ידי השופט מ' אלון, שזיהה את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם "הערכים של מורשת ישראל ומורשת היהדות", וציין כי יש לפרש את הערכים הללו "מתוך עיון במקורות יהודיים שבכשונה של יהדות ומתוך התמודדות עם מקורות אלה" (מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז(3) 659, 669-670 (1993)).

8. במסגרת זו אציין כי אף לולי נחקק חוק יסוד: הלאום, העמדה המצמצמת שאוזכרה לעיל, המבקשת לשוות לרכיב "היהודי" צורה מופשטת ביותר, עד כדי זהות עם עקרונות דמוקרטיים כלליים, מוקשית בעיניי. תפיסתו של רכיב זה כרכיב הנכלל עד

תום בתוך היסוד הדמוקרטי משמעותה ריקונו מתוכן. הגם שיתכן שהיה בכך כדי לפשט את המורכבות ולהקל על המלאכה, הרי שמעצם ההגדרה הברורה, החותכת והנפרדת, של מדינת ישראל כמדינה "יהודית" וכמדינה "דמוקרטית", הדבר אינו אפשרי (ראו גם: אשר מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט יט(3) 547, 567 (1995)).

אכן, כבר צוין בעבר כי ראוי שיתקיימו סינתזה והתאמה בין מאפייניה הדמוקרטיים של המדינה למאפייניה היהודיים. ואף נקבע כי "על השופטים, כפרשנים נאמנים של הטקסט החוקתי, לעשות הכל כדי לקיים סינתזה זו" (עניין טיבי, עמ' 19; וראו גם: עניין דיזיון, עמ' 54; עניין המועצה האזורית חוף עזה, עמ' 547; זמיר, הסמכות המינהלית, עמ' 71).

סינתזה זו, יכולה לבוא לידי ביטוי למשל, בכלל על פיו מבחינה פרשנית, יש מקום לבחור, מבין המובנים השונים של ערכי המדינה כמדינה "יהודית", את המובן המתאיב עם ערכיה של המדינה כ"דמוקרטית", באופן מיטבי; כפי שבין המובנים השונים של ערכי המדינה כמדינה "דמוקרטית" יש לבחור את המובן המתאיב באופן מיטבי עם ערכיה של המדינה כמדינה "יהודית" (ראו גם: אריאל בנדור ואליחי שילה "ישראל כמדינה יהודית: המשמעות החוקתית" 99 שטרסברג-כהן 158 (2017)). אולם סינתזה והתאמה אין משמעותן ויתור על אחד מהרכיבים, וודאי לא "בליעתו" המוחלטת של אחד בקרבי השני, והותרתו ככלי ריק שאין בו כל תוכן.

9. חוק יסוד: הלאום בא למלא את החסר. עם חקיקתו של חוק היסוד אין עוד מקום לגישה המוצאת את ערכיה היהודיים של המדינה רק היכן שהם מתיישבים 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: השיוך ההיסטורי לארץ ישראל; מימוש הזכות של העם היהודי להגדרה עצמית; סמל המדינה המסמל את מנורת שבעת הקנים שעמדה בתוככי בית המקדש ואשר נשדדה על ידי מחריביו; ירושלים כבירת המדינה; השפה העברית; קיבוץ גלויות וקליטת עליה; קשר עם העם היהודי בתפוצות; התיישבות יהודית בארץ; לוח שנה עברי; ימי הזיכרון; ימי המנוחה והמועדים. 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.

10. לצד זאת אעיר במאמר מוסגר כי ניתן לסבור שהוראותיו של חוק יסוד: הלאום אינן מביאות לידי ביטוי את כלל ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. שמו המלא של החוק מעיד עליו: חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. הוא מתייחס ליהדותה של מדינת ישראל מן ההיבטים הלאומיים שלה, ואינו מתייחס לאופיה היהודי

של המדינה בהיבטים אחרים. כידוע, מדינת ישראל מעניקה מעמד לא מבוטל למורשת היהודית ולעיתים אף למשפט העברי ולהלכה. עד היום, בשורה של נושאים שאינם לאומיים, הדין הישראלי מכיר במוכן מסוים בגבולות ההלכה או נותן להם גושפנקה מוסדית – כגון במסגרת דיני המעמד האישי ובמסגרת דיני כשרות המזון (חוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג-1983; חוק בשר ומוצריו, התשנ"ד-1994; חוק איסור גידול חזיר, התשכ"ב-1962). במקרים אחרים, בחר המחוקק לשאוב השראה מן המשפט העברי (לדוגמה: חוק השומרים, התשכ"ז-1967; חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998; חוק השבת אבידה, תשל"ג-1973). כלל יסודי נוסף הוא הכלל הקבוע בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, שמתייחס לדרכי הפסיקה במקרה של לקונה, ומפנה ל"עקרונות החירות, השלום, הצדק והיושר של המשפט העברי ומורשת ישראל". אלו רק דוגמאות אחדות למאפיינים היהודיים של המדינה, שאינם באים לידי ביטוי בחוק היסוד מושא הדיון, שנועד לבטא את יהדותה של המדינה מהפן הלאומי בלבד.

11. מכל מקום, התמונה שעולה מקריאת טענות העותרים, או לפחות מרביתם, היא כי עצם ההכרה בכך שהעם היהודי זוכה להגדרה עצמאית במדינתו, היא היא זו הפוגעת לשיטתם בעקרונות יסוד. נדמה כי עצם קיומה של מדינת ישראל כ"מדינה יהודית" היא זו הקשה לחלק מהעותרים. ואכן, מדינת ישראל היא מדינה המקיימת זיקה מובהקת ללאום אחד – העם היהודי. במובן זה, מדובר במדינת לאום-אתנית (וראו להבחנה בין דגמים של "לאום": ע"א 8573/08 אורון נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 44, 69-70 (2013)(להלן: עניין אורון)). יחד עם זאת, אין סתירה חזיתית עקרונית-כללית בין דמוקרטיה ליברלית לבין יצירת עוגן לאומי-מדינתי אתני, ואף מדובר במודל נפוץ בעולם (וראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 327-325 (מהדורה שישית, 2005)). אף אם עובדת היותה של מדינת ישראל "דמוקרטית" ו"יהודית" כאחד, יוצרת מתחים חברתיים, תרבותיים, פוליטיים ואחרים, הרי שמדינה דמוקרטית אינה חייבת להיות, מבחינה מושגית, מדינה ניטרלית מבחינה לאומית. מדינת ישראל היא מדינתו של העם היהודי, ובד בבד היא בעלת מאפיינים דמוקרטיים שורשיים ועמוקים (ראו גם: אסא כשר "מדינת יהודית ודמוקרטית כראוי: סיכום ביניים" משפט ועסקים יד 329 (2012)). חוק יסוד: הלאום לא הביא לעולם את המורכבות הזו. הוא רק הביא אותה לכלל ביטוי נוסף – חוקתי, במסגרת גיבוש החוקה המתהווה. מכאן אפוא, כי גם אין ממש בטענה שנדמה כי היא זו העומדת מאחורי חזית התנגדותם של העותרים לחוק יסוד: הלאום, כי עצם עיגון יסודות המדינה כמדינת הלאום היהודי, והבהרת זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית, חותרים תחת יסודותיה הדמוקרטיים של המדינה. בהגדרה, מדינת לאום מבחינה בין אזרחיה שהם חברי הלאום לבין יתר אזרחיה, שהם בדרך כלל גם מיעוט במדינה; בהגדרה, מדינת לאום אינה ניטרלית לגבי המורשת

והתרבות הלאומית והרצון לעודדן; ובהגדרה, מדינת לאום דמוקרטית היא מדינה שיש בה יסוד של העדפה לאומית מסוימת (גביזון, מדינה יהודית ודמוקרטית, עמ' 645, 650-648). העדפה לאומית מסוימת באה לידי ביטוי למשל בדין הקיים, במסגרת חוק השבות, התש"י-1950 המעניק עדיפות לעלייתם של יהודים לישראל. ממילא, לא רק שאין פגם בכינון חוקה המעגנת העדפה לאומית זאת, אלא שאך מתבקש הוא, כי חוקת המדינה תעגן עקרונות התואמים את אופייה היהודי-לאומי של המדינה (וראו גם: יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החותית'" משפטים כח 149, 160 (1997)).

#### הכרזת העצמאות

12. באופן דומה, יש לדחות את הטענה כי חוק יסוד: הלאום סותר באופן חזיתי את העקרונות המעוגנים בהכרזה על הקמת מדינת ישראל (להלן: הכרזת העצמאות).

13. תחילה אציין כי רואה אני טעם לפגם, שלא לומר אירוניה מסוימת, בכך שהכרזת העצמאות, אשר אין חולק כיום על מעמדה המיוחד – המסמך המכונן את הקשר ההיסטורי, הלאומי והמדיני בין העם היהודי לבין ארצו – הוא המסמך עליו מבקשים חלק מהעותרים להסתמך כמקור נורמטיבי עצמאי שיש בכוחו להביא לביטול חוק יסוד: הלאום.

אכן, מימים ימימה הוכרה הכרזת העצמאות כ"מבטאת את חזון העם ואת האני המאמין שלו" (בג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב (יהושע גוברניק), פ"ד א 85, 89 (1948)). היא משקפת את העקרונות והערכים השורשיים העומדים בבסיסה של המדינה ואת ערכי היסוד שלה (ראו למשל: בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 457-458 (1994) (להלן: עניין כלל חברה לביטוח); בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פ"ד סד(1) 331 (2010); בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' כנסת, פסקה 6 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר (23.4.2020)). ההוראות הנורמטיביות של ההכרזה הוכרו כבסיס פרשני להוראות הדין, וזאת בבחינת "זרקור המאיר את דרכנו בעיצוב זכויות היסוד של האזרח וביישומן הלכה למעשה" (עניין כלל חברה לביטוח, עמ' 457; בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 688 (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל); עניין טיבי). הגם כי על מעמדה המשפטי המדויק הושמעו גישות שונות (וראו למשל: אליקים רובינשטיין ונעם סולברג "הכרזת העצמאות של מדינת ישראל – אחרי בלותה (כמעט) היתה לה עדנה" נתיבי ממשל ומשפט: סוגיות במשפט הציבורי בישראל, 179-195 (2003); יזהר טל "הכרזת העצמאות – עיון היסטורי-פרשני" משפט וממשל ו 551

(2003); אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9, 36 (2018)). לדעתי, לא רק שאין בהכרזת העצמאות ובעקרונות שבאים בה לידי ביטוי כדי לתמוך בסעד של ביטול חוק יסוד: הלאום, אלא להיפך. הוראות חוק יסוד: הלאום עולות בקנה אחד עם העקרונות שהכרזת העצמאות ביקשה להגשים במדינה ומעניקות להם ביטוי חיוני.

14. סעיפיה של הכרזת העצמאות ידועים ביותר ונראה כי אין צורך לחזור עליהם. עם זאת, נראה לעתים, כי כמה מסעיפיה, אולי בשל כך שהם נתפסים כמובנים מאליהם, אינם זוכים לתהודה כיתר האחרים. נייחד אפוא מספר מילים על סעיפים אלו.

ההכרזה פותחת במשפט המפורסם "בארץ ישראל קם העם היהודי...". בפשטות ובבהירות, מגילת העצמאות באה לייסד, בראש ובראשונה, את זכותו של העם היהודי לחיים מדיניים ריבוניים, בארצו – בארץ ישראל. באמירה חד-משמעית וברורה, הכרזת העצמאות עומדת על הקשר בין "העם היהודי", ל"ארץ ישראל", "מתוך קשר הסטורי ומסורתי". ההכרזה מצביעה על "זכותו הטבעית" של העם היהודי לעמוד ברשות עצמו, במדינתו הריבונית, וזאת מתוך הגשמת "שאיפת הדורות לגאולת ישראל". אכן, אין חולק על כך כי אופייה הדמוקרטי של המדינה מצא גם הוא את ביטויו המפורש בהכרזת העצמאות המשתיתה את המדינה "על יסודות החירות הצדק והשלום" ועל "שיוון זכויות חברתי מדיני גמור לכל אזרחיה" (הגם כי חדי העין יבחינו כי המילה "דמוקרטיה" נעדרת מההכרזה). אך המטען הערכי המשתקף מהכרזת העצמאות אינו כולל רק את מחויבותה של המדינה לעקרונות הדמוקרטיה. הנדבך שעניינו עקרונות הדמוקרטיה מתבסס כנדבך נוסף, על פני הגדרת אופייה של המדינה כמדינה יהודית. על בסיס היסוד הלאומי, של העם היהודי השב לארצו ומקים את ביתו הלאומי לאחר אלפיים שנות גלות ולאחר השואה, נוסף הנדבך הדמוקרטי המכונן גם הוא את אופיה של המדינה. כפי שצוין לעיל, היותה של מדינת ישראל מדינה "יהודית", ולא רק "דמוקרטית", מהווה עיקרון יסוד של משפטנו (וראו: עניין יאסין, עמ' 63; עניין טיבי, עמ' 65; עניין דיזיין, עמ' 53-54). לא ניתן להלום אפוא קריאה "עיוורת" של הכרזת העצמאות המתייחסת באופן דווקני לערכי היסוד הדמוקרטיים בהתעלם מהאופן בו עיצבה ההכרזה את ערכיה של מדינת ישראל גם כמדינת הלאום היהודי.

יפים לעניין זה דבריו של הנשיא ש' אגרנט בעניין ירדור, אשר לא נס ליחס:

"והנה, לא יכול להיות ספק בדבר - וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה - כי

לא זו בלבד שישראל הינה 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 ובראשונה, 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'". (שם, עמ' 385).

15. כאמור לעיל, אין חולק כי קיים צורך באיזון וסינתזה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אין חולק כי זהותה של מדינת ישראל מתבססת על שני יסודות אלה. כל אחד מהרכיבים בונה את השלם. ממילא אין מקום לטענה כי רק סוג ערכים מסוים, היינו ערכיה של מדינת ישראל כ"דמוקרטית" ראוי לעיגון חוקתי מפורש, אולם אין מקום לעיגונם של הערכים המייסדים את מדינת ישראל כ"יהודית". חזון המדינה כפי שבא לידי ביטוי בהכרזת העצמאות מגלם הן ערכים דמוקרטיים והן ערכים המשקפים את זכותו של העם היהודי להגדרה לאומית בארץ ישראל. מכאן כי הטענה לסתירה חזיתית עם ערכי הכרזת העצמאות, אינה יכולה לעמוד.

באמרי כל זאת, אין בכל המפורט כדי לפגוע ולו בנימה בזכויות המיעוט במדינת ישראל, ומכאן ומדרך הטבע יש לדון בסתירה הנטענת בין חוק יסוד: הלאום לבין זכויות היסוד של המיעוט שאינו יהודי.

סתירה של חוק יסוד: הלאום עם חוקי היסוד או זכויות יסוד אחרים

16. חלק נכבד מטיעוני העותרים נסוב על הפגיעה הנגרמת על ידי חוק יסוד: הלאום. בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכלל זה בעיקר בזכות לכבוד, כמו גם לפגיעה בזכות לשוויון. קצרה היריעה מלהשתרע בדבר הפרשנות המקיימת הנדרשת וההרמוניה הנדרשת בין חוקי היסוד. אציין רק כי טענות העותרים לפגיעה עתידית בעיקרון השוויון ובזכות לכבוד, ביחס לקבוצות מיעוט בעיקר, הן נעדרות כל תשתית עובדתית ומבוססות על תרחישים שהעותרים משערים שיתרחשו. ברם, אין מקום ליתן פיתחון פה לטענות מסוג זה (ראו למשל: בג"ץ 2311/11 טבח נ' הכנסת, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (17.9.2014)). כפי שגם ציינה הכנסת בהרחבה בתגובתה לעתירות, גם אם היה ניתן למצוא סתירות לכאוריות בין חוק יסוד: הלאום לבין חוק יסוד אחר, כטענת העותרים, הרי שמענה לקושי זה צריך להינתן בדרך של פרשנות מקיימת שהיא הפתרון המועדף ליישוב קשיים חוקתיים (וראו למשל: בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פסקה 42 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (15.4.2015); בג"ץ 5113/12 פרידמן נ' כנסת ישראל, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (7.8.2012); בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות

האזרח בישראל נ' משטרת ישראל (28.5.2012)). כפי שציינה חברתי הנשיאה, הפרשנות המקיימת המתבקשת בסתירות אלו, שבשלב זה אינן אלא תיאורטיות גרידא, היא דרך הסינתזה שבין אופייה היהודי של המדינה לבין אופייה הדמוקרטי.

17. ואחד. חוק יסוד הלאום: משתלב בתוך מערכת שלמה, הכוללת הסדרי חקיקה שונים, ובכלל זה חוקים "רגילים" ו"חוקי יסוד". אין מדובר ב"הכרזת עצמאות" חדשה. אין מדובר בחוק המבקש להעמיד בראש סולם הערכים את ערכיה הלאומיים של מדינת ישראל. ככלות הכול כאמור, החוק מעצב ומיישם מערכת ערכים מסוימת, אשר באה לידי ביטוי בהכרזת העצמאות וטרם זכתה לעיגון חוקתי מפורש. אכן אין לכחד כי חקיקת חוק יסוד: הלאום איננה חסרת משמעות או חשיבות. אך מטענות העותרים משתמע כי חוק יסוד: הלאום ניתן בסגולה מיוחדת ועליונות יחידה במינה על פני יתר הוראות חוקי היסוד באשר הם. מתקשה אני להבין טענה זו.

18. מעצם טבעה של שיטת המשפט שלנו, כל חוק יסוד מעגן בפני עצמו מערך אחר של ערכים, עקרונות או מרכיבים. כך גם למשל, קבוצה שלמה של חוקי יסוד עוסקת כמעט אך ורק ברכיבים מוסדיים, ולא בפן "המהותי" של הדמוקרטיה. אם נתבונן בחוק יסוד: השפיטה; חוק יסוד: הצבא; חוק יסוד: הממשלה, נמצא כי חוקי יסוד אלו מעגנים בעיקר עקרונות דמוקרטיים "פורמאליים" ובכלל זה עיקרון הפרדת הרשויות, עיקרון שלטון הרוב ועוד. כלום ישאל הקורא התמים היכן ערכיה החברתיים, המהותיים, המדינתיים והלאומיים של המדינה בחוקי יסוד אלו? כיצד לא באו כל אלה לידי ביטוי מלא גם במסגרת כל אחד מחוקי יסוד אלה? מאותה סיבה אם כן, אין כל ממש בנימוק שהעלו חלק מהעותרים לביטול חוק היסוד, מן הטעם שהוא נעדר כשלעצמו, התייחסות ליסודות "דמוקרטיים", ובתוכם הזכות לשוויון. במובן זה אפוא אינני שותף לעמדת אלו מחבריי הסוברים שיש להצר על כך שנעדר מקומו של עיקרון השוויון בחוק יסוד: הלאום. יצירת עוגן חוקתי לזכות ההגדרה העצמית של העם היהודי בארצו ולמרכיבי הזהות הלאומית של מדינת ישראל, כפי שאלה באו לידי ביטוי בהכרזת העצמאות, אין בה משום סתירה עם כל המערך החוקתי הקיים. אדרבה, יש ביצירה זו אף כדי להשלימו.

19. כפועל יוצא מכך, טענותיהם של חלק מהעותרים, על פיהן יש לתקן את חוק היסוד ולהחילו באופן שוויוני על כל אזרחי המדינה, או להוסיף סעיף הקובע כי כל אזרחיה הינם שווים, הן חסרות כל בסיס ונעדרות כל יסוד. ראשית, העותרים לא הצביעו על תשתית משפטית כלשהי המאפשרת בחינת תוקפו של חוק, קל וחומר חוק יסוד, על רקע טענות ל"מחדל", היינו כי חוק יסוד אינו מתייחס לרכיבים שונים חשובים ויסודיים

ככל שיהיו, שלדעת העותרים, היה על חוק היסוד להתייחס אליהם. על פי פסיקתו העקבית של בית משפט זה "קיים הבדל תהומי בין ביטולו של חוק בשל פגם חוקתי לבין ציווי על המחוקק להסדיר נושא כלשהו בחקיקה" (בג"ץ 129/13 אקסלרוד נ' ממשלת ישראל, פסקה 2 לפסק דינם של הנשיא א' גרוניס והמשנה לנשיא מ' נאור (26.1.2014)). קל וחומר שאין בדל של בסיס לטענה כי על בית משפט זה להורות לרשות המכוננת על תיקון חוק יסוד והוספת רכיבים אשר לדעת העותרים נשמטו ממנו.

20. שנית, גם הטענה לביטול חוק יסוד: הלאום אך בשל "פגיעה" בעיקרון השוויון הינה משוללת יסוד. זאת אף אם הייתה שיטת משפטנו מכירה בהחלת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד מכוח "עקרונות היסוד של השיטה". עיקרון השוויון איננו במעמד "על-חוקתי". הפסיקה עיגנה את מעמדו החוקתי של עיקרון השוויון על פי "מודל הביניים", לפיו הזכות לשוויון הוכרה אך כנגזרת של הזכות החוקתית לכבוד האדם, וזאת רק בכל אותם היבטים אשר קשורים לכבוד האדם בקשר ענייני והדוק (עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל). ממילא, אין מקום להכיר ב"פגיעה" בעיקרון השוויון הנגרמת מתוך הסדריו של חוק יסוד, על בסיס מעמדו של עיקרון השוויון כ"על-חוקתי".

21. גם לגופו של עניין, טענת ה"פגיעה" בשוויון לה טוענים העותרים, אף אם היא מדובר בחוק "רגיל" ולא בחוק יסוד, היא משוללת כל בסיס. שוויון איננה "מילת קסם". אין בכוחו של מושג זה כדי לטרוף את כל הקלפים, רק בעצם הפרחתו לחלל האוויר. כפי שנאמר בהקשר זה בעבר, אין די במניפסט כללי הטוען להפליה לרעה (בג"ץ 240/98 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 167, 187 (1998)). לא רק שהעותרים לא העלו כל טענה שיש בה כדי לבסס פגיעה עתידית בעיקרון השוויון ובזכות לכבוד, אלא שטענות העותרים בהקשר זה הן מופשטות וספקולטיביות לחלוטין. גם כאשר מדובר בשאלה חוקתית, "על הכרעה שיפוטית מושכלת להיות קשורה בטבורה לעובדות קונקרטיות העולות מהמקרה" (בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פסקה 6 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (18.1.2006)). מה גם, שעצם ההכרה בהגדרת הזהות הלאומית-היהודית של המדינה, אין בה משום פגיעה בשוויון (ראו גם: עניין אורנן).

22. אין אפוא כל בסיס לטענה ל"פגיעה" בשוויון, לא בהסתמך על חוק היסוד בכללותו, ולא בהתייחס להוראות ספציפיות בו. בעניין אחרון זה, סומך אני את ידי על חוות דעתה של הנשיאה. עם זאת למען שלמות התמונה למעלה מן הצורך ולמעלה מן הדרוש, ורק על מנת לסבר את האוזן, אתייחס להסדר ספציפי אחד אשר העותרים כיוונו אליהם את חיציהם. וכוונתי למעמד השפה העברית.

סעיף 4 לחוק היסוד - שפה

23. סעיף 4 לחוק היסוד מעגן את מעמד השפה העברית כשפת המדינה. ביחס לכך מסכים אני עם חברתי הנשיאה כי קביעה זו במקומה.

24. מאז ומעולם משמשת השפה חלק בלתי נפרד מכל זהות לאומית ומהווה בבואה של התרבות של כל עם ועם ברחבי תבל. מכלול הכללים של השפה אינו מנותק מהמסורת, מהמנהגים ומאורחות החיים של דוברי השפה. מכאן שהשפה אינה אמצעי בלבד, אלא אלמנט סמלי המגלם את רוחה של האומה ומהווה עיקרון יסוד בזהות הלאומית שלה (Rebecca Kook, *Towards the Rehabilitation of 'Nation Building' and the Reconstruction of Nations* ETHNIC CHALLENGES TO THE MODERN NATION STATE 42 49 (Shlomo Ben-Ami, Yoav Peled & Alberto Spektorowski Eds., 1999). על חשיבותה של יצירת שפה אחידה אשר יוצרת זהות אתנית וזהות לאומית, ניתן למצוא ביטויים רבים בספרות המקצועית (וראו: Ayelet Harel-Shalev, *The Status of Minority Languages in Deeply Divided Societies: Urdu in India and Arabic in Israel – a comparative perspective*, ISRAEL STUDIES FORUM 28-29 (2006) והפניות שם). השפה היא אפוא אחד האלמנטים המרכזיים של הזהות הלאומית. היא מהווה נדבך משמעותי ביצירת תחושת הזדהות קולקטיבית שהיא רכיב משמעותי בכל אינטראקציה חברתית, תרבותית ופוליטית.

25. דברים אלו מקבלים משנה תוקף בכל הנוגע לשפה העברית במדינת ישראל. השפה העברית היא "כלי ביטוי לאומי", כפי שהתבטא בעבר הנשיא א' ברק בע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 203 (1993):

"לשון אינה רק כלי ביטוי אישי. היא כלי ביטוי לאומי. היא נכס תרבותי. היא נכס של האומה כולה. עמדתי על כך באחת הפרשות, בצייני:

'...הלשון העברית אינה נחלתם של קבוצה זו או אחרת של יהודים בישראל. הלשון העברית היא נכס של האומה כולה' (ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום [15], בעמ' 519).

אכן, לשון מבטאת אחדות לאומית. היא הדבק המחבר בני חברה לעם, לאומה ולמדינה. היא סמל. כך לעניין כל לשון. כך בוודאי לעניין הלשון העברית. תחייתה של מדינת ישראל מלווה בתחיית הלשון העברית... טול ממדינת ישראל את הלשון העברית, ונטלת ממנה את נשמתה. המאבק לעצמאות מדינית והמאבק לחידוש פניה

של הלשון העברית שזורים וקשורים זה בזה. מכאן האינטרס הציבורי בקיומה של הלשון העברית, בשמירתה ובפיתוחה...” (שם, עמ' 203).

תקומתה של השפה העברית שזורה בתקומתה של האומה היהודית בארץ ישראל בדורות האחרונים. לצד זאת, כבר הוטעם בעבר כי הנהגת השפה העברית בישראל לא הייתה תהליך “החייאה” של השפה כפי שרבים מבקשים לראותה, שכן מעולם לא הייתה העברית שפה מתה (וראו: שמעון פדרבוש הלשון העברית בישראל ובעמים 6 (1967) (להלן: פדרבוש); רחל אליאור “עברית מכל העברים” לשון רבים: העברית כשפת תרבות 43, 43 (יותם בנזימן עורך, 2013) (להלן: אליאור)). גם אליעזר בן יהודה הגדיר את משימתו כשיפור והעשרת הדיבור העברי, אך לא כהחייאת הדיבור העברי (וראו: שלמה הרמתי עברית שפה מדוברת (2000)). זאת, שכן השפה העברית השתמרה מימים ימימה וכל דור ודור הוסיף אריח לבניינה המתמיד ותרם להתפתחותה (פדרבוש, עמ' 6).

26. ביטויים רבים קיימים בספרות חז”ל בעניין זה ודי לנו להביא מן המבואות המפורסמים. כך למשל עולה ממאמר חז”ל לפיו בני ישראל נגאלו ממצרים בזכות זאת שלא שינו את שמם ואת לשונם (ויקרא דבה לב, ה), מאמר המייחס חשיבות רבה לשמירת העם היהודי על שפתו כבר בעת ירידתו למצרים. הקשר המיוחד של העם היהודי עם השפה העברית התבטא גם במעמד הר סיני עת ניתנה התורה לעם ישראל בלשון הקודש (בבלי, סנהדרין כא ע”ב; וראו לעניין הזהות בין לשון הקודש לבין השפה העברית: ירושלמי, מגילה, פרק א הלכה ט; חידושי הרשב”א וחידושי הריטב”א בפירושים על הבבלי מגילה ח ע”ב; תוספות הרא”ש בביאורו על הבבלי מגילה יח ע”א). ביטוי נוסף לשמירת הקשר בין עם ישראל בגלות לבין השפה העברית אנו מוצאים במגילת אסתר:

“ויקראו ספרי המלך בעת ההיא בחדש השלישי הוא חדש סיון בשלושה ועשרים בו ויכתב ככל אשר צוה מרדכי אל היהודים ואל האחשדרפנים והפחות ושרי המדינות אשר מהדו ועד כוש שבע ועשרים ומאה מדינה מדינה ומדינה ככתבה ועם ועם כלשנו ואל היהודים ככתבם וכלשונם.” (אסתר ח, ט) (וראו בבלי, סנהדרין כב, ע”א, רש”י ד”ה “ווי העמודים” המפרש כי מדובר בלשון הקודש).

27. חשיבותה של לשון הקודש באה לידי ביטוי גם בכך שעל כל אב חלה חובה הלכתית ללמדה לבנו. כפי שנאמר: “קטן [...] יודע לדבר אביו מלמדו שמע ותורה ולשון קודש ואם לאו ראוי לו שלא בא לעולם” (תוספתא, חגיגה א, ג). כך גם בקשר לפסוק השגור בפי כל בפרשת “קריאת שמע” בה נכתב: “ולמדתם אתם את בניכם לדבר בם

בשבתך כביתך ובלכתך בדרך ובשכבך ובקומך" (דברים יא, יט); נאמר בספרי (מובא בפירושו רש"י על אתר, ד"ה "לדבר במ"): :

"משעה שהבן יודע לדבר למדהו תורה צוה לנו משה  
 שיהא זה למוד דבורו. מכאן אמרו כשהתינוק מתחיל  
 לדבר אביו מסיח עמו בלשון הקדש ומלמדו תורה ואם לא  
 עשה כן הרי הוא כאלו קוברו. שנאמר ולמדתם אותם את  
 בניכם לדבר במ וגו'."

על הרצון לשמור על חיותה של השפה העברית כשפה המדוברת, ניתן למצוא ביטוי גם בגמרא: "והאמר רבי: בארץ ישראל לשון סורסי [ארמית] למה? אלא אי לשון הקודש אי לשון יווני" [או לשון הקודש או לשון יווני] (בבלי, סוטה מט, ע"ב; בבא קמא פב, ע"ב – פג, ע"א). רבי יהודה הנשיא, אשר אינו מתעלם מהשפה היוונית, שהדיבור בה היה בגדר אילוץ לצורך קיום תקשורת עם ההנהגה היוונית (כפי שנאמר על בית רבן גמליאל, סבו של רבי יהודה הנשיא כי: "התירו להם לבית רבן גמליאל ללמד את בניהם יונית מפני שהן קרובין למלכות" (תוספתא, סוטה טו, ד)), נותן עדיפות לדיבור בשפה העברית, על פני השפה הארמית שהייתה שגורה בפי כל והוא רואה בה כמיותרת (וראו: אהרן אופנהיימר רבי יהודה הנשיא 172 (2007); עוד על מעלתה של השפה העברית ניתן ללמוד מהאמור בירושלמי, מגילה א, ט: "אמר רבי יונתן דבית גוברין: ד' לשונות נאים שישתמש בהן העולם, ואילו הן: לעז [יוונית] - לזמר; רומי - לקרב; סורסי [ארמית] - לאיליא [לקינה]; עברי - לדיבור").

28. אף אם בדורות עברו היו תקופות בהן לא הייתה השפה העברית לשפה שגורה כשפת אם בפי רבים, העם היהודי לא נטש את השפה ונעשה בה שימוש במקורות התפילה, הפיוט, הלימוד והמדרש. ההווי היהודי, שהתבסס על חיי תורה ומסורת, היה מושתת ברובו על השפה העברית. בפרט שגשגה השפה העברית הכתובה בתקופת ימי הביניים, כאשר משכילים ומשוררים רבים כתבו את חיבוריהם ופיוטיהם בעברית. כך למשל כל חיבוריו ופיוטיו של האבן עזרא נכתבו בעברית. גם הרמב"ם כתב את חיבורו העיקרי "משנה תורה" בשפה העברית, ואף ספרו "מורה נבוכים" אשר נכתב בשפה הערבית, נכתב באותיות עבריות.

29. יתר על כן, התבוננות על המציאות הישראלית בהיבט של השפה העברית זכתה להתייחסות בכתיבה המקומית ואף מעבר לים. יהושע פישמן (Joshua Fishman), אחד החוקרים הידועים בתחום השפות, מתאר את החייאת השפה העברית והתפתחותה כמקרה מופלא, "מקרה של סיפור הצלחה" (ראו: Joshua Fishman, REVERSING LANGUAGE SHIFT: THEORETICAL AND EMPIRICAL FOUNDATIONS OF ASSISTANT TO

(THREATENED LANGUAGES 289 (1991)). תופעה זו לא הייתה מתרחשת אילולא הייתה השפה העברית משתמרת בכל מאה ומאה בכל תפוצות ישראל בלשון "התפילה והברכות, הקריאה והכתיבה, הפירוש והשירה, הטקס והעדות, היצירה והלמדנות, הביקורת והפרשנות" (אליאור, 72).

30. השפה העברית הייתה אפוא לשון היהודים היחידה שאיחדה את כל העם לאורך דורותיו ועל פני כל פזוריו, והיא שימשה לאחד מסימני הזהות ביצירת הלאום העברי החדש. היא לא הייתה רק שפת הדת ולשון הקודש, אלא גם שפה לאומית ששימשה את העם בכל הזמנים. למרות הפיזור של היהודים בקרב העמים, השפה שימשה כסימן היכר לאומי והיותה סממן לאחדות לאומית (וראו: דוד שחר "החייאת הלשון העברית כביטוי לתפיסה היסטורית ותרבותית, בחינוך העברי בארץ-ישראל בראשיתו" מעוף ומעשה 6 127 (2000) (להלן: החייאת הלשון העברית)).

31. בהמשך לכך, התנועה הציונית ראתה בשפה העברית הן אמצעי לביטוי לאומי והן סמל לאומי (ראו: החייאת הלשון העברית, 137). הציונות הכירה בצורך בשפה לאומית שתגלם את התחייה הלאומית, והתנועה אף התבטאה בדרישה להפוך את השפה העברית לשפה לאומית. וכך כתב המשורר הלאומי חיים נחמן ביאליק:

"הלשון – זו היא תוכן הלאומיות. כשאשאל אתכם: מה היא לאומיות? תראו לי על כמה הרגשות מופשטות שבעומק הלב ובסתרי הנשמה. אבל כשאבקש מכם, שתראו לי ערך לאומי אחד ממשי, מציאותי, אז אין לכם כי אם השפה, השפה העברית. התוכן יכול להשתנות לגמרי, אבל הלשון אינה משתנית, אלא מתפתחת." (חיים נחמן ביאליק, 'על י"ל גורדון' דברים שבעל פה ב, קע-קעא).

משל נוסף של ביאליק מקשר בין יצירת שפה משותפת לבין האומה הצומחת. כשם שאין להפריד אצל הצומח בין דבר צמיחתו לבין היותו עצם צומח, כך אין להפריד אצל אומה בין היותה אומה לבין היותה בעלת לשון. וכך כתב:

"אומה ולשון – לכאורה אין שני הדברים הללו אלא אחד – זוהי מין טאבטולוגיה, 'כפל עניין במילים שונות'. הלשון והאומה – דומה כאלו הינו אומרים הצמיחה והצומח." (חיים נחמן ביאליק 'על אומה ולשון' דברים שבעל פה א טו).

32. ביטוי נוסף לכך, ניתן לראות במבוא למאמרו של ז'בוטינסקי על החינוך הלאומי שבמסגרתו הודגש תפקידה של השפה:

“אדם המתעניין בספרות הצרפתית לומד קודם כל אחד שפת צרפת ואינו סומך על תרגומים, והרי אנחנו איננו רק “מתעניינים”, אין זו לנו שאלה של סקרנות בלבד – לנו זו בעיית ריפוייה ותחייתה של הנשמה היהודית המעוותת, והתרבות העברית היא לנו עוגן הצלה יחיד. על לימודה נצטרך לבנות את כל שיטתנו החדשה בחינוך, ובין שנשאבה ובין שלא נשאבה, נצטרך להתחיל באותה לשון בה נכתבו כל יצירות הרוח של ישראל.” (זאב ז'בוטינסקי “שפת ההשכלה” השלוח ל, 298, תרע”ד).

33. ראש ממשלת ישראל הראשון, דוד בן גוריון נודע גם הוא בזיקתו העמוקה ללשון העברית, בקנאות למעמדה ולשימוש בה (נתן אפרתי העברית בראי המדינה 4 (תש”ע)). בן גוריון כרך את השיבה לארץ עם השיבה ללשון האבות וראה בהם מרכיבים חשובים של הזהות הלאומית. בהצגת קווי היסוד לממשלה החדשה, בתשי”ב (1952) בכנסת השנייה הציג בן גוריון את הלשון העברית כשפת המדינה ואת זכות המיעוט הערבי להשתמש בלשונו (ד”כ, 2520-2521 (תשי”ב)). בשנת תש”ך בן גוריון הציג פעם נוספת את קווי היסוד של הממשלה ובפרק “חוקי יסוד” נאמר: “בכנסת הרביעית יש להשלים חקיקת חוקי היסוד שיצטרפו לחוקת היסוד של המדינה [...] תיקבע הלשון העברית כלשון הרשמית של המדינה”. החקיקה אכן לא הועברה והכנסת וממשלות ישראל לא הצליחו לעגן מעמד זה בחוק. אך מאז קום המדינה ועד היום המשיכו ממשלות ישראל לפעול לשימור מעמדה וחיבתה הציבורית של השפה העברית במדינת ישראל.

34. אם כן, שפה בכלל, והשפה העברית בפרט, אשר לה היסטוריה רבת שנים הטוענת בה משמעויות נוספת, היא סמל לתחיית הלאום. היא מרכיבה את אחד ממרכיבי הזהות הלאומיים המשמעותיים ביותר. לא בכדי אפוא מדינות לאום רבות מזוהות עם שפת הלאום שלהן. מדינות רבות קובעות כי שפת הלאום תהא השפה הלאומית הרשמית היחידה במדינתם. כך למשל בין היתר, נקבע בחוקה האוסטרית (Chapter I(A) Article (8(1); בחוקה הבולגרית (Chapter I Article 3); בחוקת סלובקיה (Chapter I, Part I, Article 6); בחוקת ברזיל (Title II, Chapter III, Article 13); בחוקת פנמה (Title I, Article 7) ובמדינות רבות נוספות. מנגד ישנן מדינות בהן ניתן בחוקה מעמד רשמי ליותר משפה אחת (ראו למשל בחוקה הקנדית (Constitution Act 1982, Part 1, G, Articles 16-22); בחוקת פינלנד (Chapter 2, Section 17); בחוקת קפריסין (Part I, Article 3); ובמתכונת מעט שונה בחוקה האירית (The State, Article 8)). במדינות מסוימות שפת הלאום מוגדרת כשפה רשמית, ולצדה מוכרות שפות נוספות הנהוגות במדינה, וניתן להן

מעמד מיוחד (ראו למשל בחוקת קולומביה (Title I, Article 10)). אך אין כל פסול בהגדרת השפה הלאומית כשפה רשמית. גם חוק יסוד: הלאום המצהיר על שפת הלאום היהודי כשפה הרשמית במדינה, לוקח בחשבון את חשיבותה של השפה הערבית במרקם החיים בישראל ומקנה לה מעמד מיוחד. הוא אינו מתעלם משפת המיעוט, ואף מבהיר כי אין בחוק היסוד כדי לפגוע במעמד שקנתה לה השפה הערבית במדינה (סעיף 4(ג)). אינני מוצא אפוא כל בסיס לטענות העותרים נגד הוראה זו.

35. גם הטענות בדבר פגיעה במעמדה הקיים של השפה הערבית, כפי שהוכר במסגרת סימן 82 לדבר המלך במועצה, אין בהן ממש. ראשית, אין בסיס לטענה כי חוק היסוד פוגע דה-פקטו במעמד השפה הערבית במדינה, שכן במסגרת חוק היסוד עצמו נשללה כאמור האפשרות לפגוע במעמד שניתן לשפה הערבית עד כה. שנית, אין כל יסוד לטענה כי הוראת סעיף 4 לחוק יסוד: הלאום חורגת מהאופן שבו פירש בית משפט זה את מעמדן היחסי של שתי השפות. לא רק שאין מקום לטענה זו מן הטעם שאין בנימוק זה כדי להביא לבטלות איזו מהוראותיו של חוק יסוד. אלא שבבחינת למעלה מן הצורך, גם לגופו של עניין, אין בהוראת סעיף 4 כדי לסתור כלל וכלל את הפסיקה או החקיקה בנושא. הלכה למעשה, פסיקת בית משפט זה הכירה זה מכבר במעמד המיוחד של השפה העברית, ובהיותה חלק מהותי ממרכיבי הזהות הלאומית במדינת ישראל. זאת גם על רקע החקיקה בישראל אשר העניקה לשפה העברית מעמד בכיר ומיוחד (וראו למשל: חוק המוסד העליון ללשון העברית, התשי"ג-1953; סעיף 5(א)(5) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952; בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 281 (2000); וראו עוד: אילן סבן ומוחמד אמארה "מעמד השפה הערבית בישראל: משפט, מציאות, וגבולות השימוש במשפט לשינוי מציאות" מדינה וחברה, כרך 4(1), 894 (2004)). גם בעניין עדאלה (בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002)), עליו ביקשו להסתמך חלק מהעותרים, במסגרתו הורה בית המשפט להוסיף כיתוב בשפה הערבית לשלטי רחוב, הובהר מעמד הבכורה שניתן לשפה העברית שהיא השפה העיקרית של מדינת ישראל (שם, עמ' 415-414).

לסיכום: אין אפוא כל מקום לטענות העותרים בדבר חוק יסוד: הלאום, לא בקשר לרכיב השפה ולא בקשר ליתר רכיביו של חוק היסוד, רכיבים היוצקים משמעות נוספת,

בעלת חשיבות, לזהותה של מדינת ישראל, כמדינה "יהודית ודמוקרטית". לאור כל האמור לעיל, מצטרף אני לעמדתה של חברתי הנשיאה כי דין העתירות להידחות.

## ש ו פ ט

### השופט נ' הנדל:

פסק דינה של חברתי, הנשיאה א' חיות, בנוי היטב ולתלפיות. הוכרע כל אשר נדרש להכריע בו, ולא הוכרע מה שנדרש היה שלא להכריע בו. אני מסכים אפוא כי דין העתירות נגד חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק יסוד: הלאום), להידחות.

לצד זאת, נוכח חשיבות הסוגיות העקרוניות שהעתירות העלו על שולחננו, אתייחס בקצרה למספר נקודות – ובתחילה שאלת היחס בין הנורמות הכתובות, שבראשן חוקי היסוד, לערכי יסוד בלתי כתובים.

1. מסע היסטורי בשבילי המשפט החוקתי הישראלי מגלה פנים לכאן ולכאן. כדרכן של שאלות משפטיות, התיקים לא אחרו להגיע. כך בשנים הראשונות שאחרי קום המדינה. עובדה בולטת אחת היא כי זכויות וחירויות יסוד זכו להכרה עוד בטרם ניתן להן עיגון כתוב בספר החוקים – שלא לדבר על פרקי החוקה המתהווה. כך, כבר בשנת 1949, אימץ בית משפט זה "כלל גדול [...] כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח יד, אשר יבחר לעצמו", וקבע כי "את האיסור שאסרו המשיבים על המבקשים אין לראותו כפעולה משטרתית רגילה, אלא כמעשה אשר יש בו משום קיפוח אחת מזכויות היסוד של אזרח" (בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 82-84 (1949); להלן: עניין בז'רנו. ראו גם בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 355 (1983), שם הדגיש הנשיא מ' שמגר כי דרישת ההסמכה לפגיעה בחופש העיסוק "היא בראש ובראשונה ביטוי למעמד הבכורה המשפטי של זכות היסוד"; להלן: עניין מיטרני). זמן לא רב לאחר פסק הדין בעניין בז'רנו, הגבילה הפסיקה את יכולתן של רשויות המינהל לפגוע בחופש הביטוי – נוכח "חשיבותה המכרעת של זכות עילאית זו, אשר ביחד עם בת זוגתה – הזכות לחופש המצפון – מהווה את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות" (בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 878 (1953); גם בהקשר זה הובהר כי "חופש הביטוי והוראת חוק הבאה להגבילו

אינם בעלי מעמד שווה-ערך וזהה" (ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, (1977)).

צאו, ראו ושמעו, מעמדן המהותי של זכויות יסוד מסוימות הוכר בזכות עצמו, שנים ארוכות לפני שניתנה לכך הכרה פורמלית בחוקי היסוד. לא למותר לציין כי גם כיום, מעמדו החוקתי של חופש הביטוי משקף את ההכרה במעמדו ה"עצמאי", לא פחות מאשר את עיגונו הפורמלי – שהרי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מונה מפורשות זכות זו, והיא עולה, בדרך של פרשנות, מן הזכות החוקתית הכללית לכבוד (ראו, בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פסקאות 23-27 לחוות דעת הנשיאה מ' נאור (2008), וע"א 8954/11 פלוני נ' פלונית, פ"ד סו(3) 691, פסקאות 58-59 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג (2014)).

דברים אלה נכונים, בשינויים המתאימים, גם לגבי עקרון השוויון בפני החוק, לגביו נאמר כי "אצלנו אין סעיף מפורש כזה, לא בחוקה כתובה ואף לא בסעיף 'משוריין' של חוק יסוד, ואף על פי כן רעיון זה, שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969)). במקרה זה, אמנם ניתן לעקרון השוויון ביטוי בכמה דברי חקיקה מוקדמים (לרבות חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; ראו גם ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ה 481 (1951)), אך ההכרה במהותו ה"חוקתית" נשענה דווקא על הערכה עצמאית של "רעיון זה, שאינו כתוב על ספר". ואמנם, גם כיום – לאחר שליכת הזכות לשוויון זכתה למעמד חוקתי (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, פסקה 40 לחוות דעת הנשיא א' ברק (2006); להלן: עניין בני הישיבות) – לא נמצא לזכות זו עיגון מלא ומפורש בחוקי היסוד, והיא נשענת על "מודל הביניים" הפרשני, המרחיב את היקף הזכות לכבוד.

2. עם זאת, ברור לחלוטין כי גם אם זכויות ועקרונות יסוד מסוימים עומדים על רגליהם שלהם, הרי שהמשפט הישראלי מייחס חשיבות רבה לסוגיית העיגון הפורמלי. אכן, בעידן שק דם לכינון מגילת הזכויות הישראלית, נקבע שוב ושוב כי "אין כיום הגבלה על ההוראות אותן ניתן לכלול בחקיקה הראשית הרגילה" (עניין מיטרני, בעמ' 359), כך שההכרה במעמד עקרונות היסוד התמצתה בהשלכות על פרשנות החוק הפוגע (או המסמך לפגוע) – להבדיל מעצם תוקפו. עיגונן הפורמלי של הזכויות בחוקי היסוד לא הקנה להן, אפוא, את מעמדן, אך העניק לו איתנות רבה יותר. כך, מכוח ציווי הרשות המכוננת כי "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" (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומקבילו, סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק).

הנה כי כן, לערכי היסוד יסוד עצמאי, ומעמד משפטי שאינו תלוי לחלוטין בעיגונם הפורמלי בחקיקה או בחקיקת יסוד. כך המצב מבחינה היסטורית. עם זאת, עיגון משפטי פורמלי ראוי ובעיניי הוא צו השעה.

3. ודוק, יחסי גומלין אלה מתארים היטב את מצב הדברים השגרת, אך ספר דברי הימים המשפטי מעיד כי התמונה עשויה להשתנות במקרים קיצוניים. כך, קנתה את מקומה במשפטנו חוות דעתו של השופט זוסמן בע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט 365 (1965) – בה נדחתה, למעשה, הזכות להיבחר לכנסת (שכבר עוגנה בסעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת) מפני עיקרון יסוד בלתי כתוב, בדמות "הדמוקרטיה המתגוננת". לדבריו, בית המשפט העליון של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית קבע "כי השופט חייב לפסוק גם על פי הלכות דין שאינן כתובות בספר החוקים, והן עומדות לא רק מעל חוק רגיל אלא אפילו מעל החוקה" – והדברים קל וחומר "בארץ שאין לה חוקה כתובה" (עמ' 390-389). הנשיא אגרנט הציג גישה מסויגת יותר, שהתבססה על פרשנות "יצירתית" של חוק היסוד הקיים (ראו ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327, 339-340). אולם, ברור כי עקרונות היסוד – וליתר דיוק, התפיסה לפיה "המשכיותה – ואם תמצי לומר: נצחיותה – של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית" (עמ' 386 לחוות דעת הנשיא) – הם מקור כוחה של פרשנות זו (אגב, גם במקרה זה צעדה הרשות המכוננת בעקבות העיקרון הבלתי כתוב, וכוננה את סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, המונע את מגורמים השוללים את קיומה של מדינת ישראל כמדינה ודמוקרטית (ולחלופין, מסיתים לגזענות או תומכים במאבק מזוין מאורגן נגד מדינת ישראל) להשתתף בבחירות).

ההכרה העקרונית במעמדם של עקרונות יסוד בלתי כתובים – ובאפשרות להפעיל מכוחם ביקורת שיפוטית – הוסיפה לרחף בחלל המשפטי גם לאחר כינון "מגילת זכויות" עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק בשנת 1992. כך, למשל, המשנה לנשיא מ' חשין אימץ בפה מלא את הגישה לפיה "החקיקה החרוטה – בין בחוקה בין אחרת – בעיקרה אין היא אלא הצהרה על אותם ערכים ועיקרים שהמדינה מושתתת עליהם", וסבר כי במקרים "יוצאי דופן" אפשר שניתן יהיה להכריע באמצעותם "במישרין בשאלה בוערת שנתגלגלה אל פיתחו של בית-המשפט" (עניין בני הישיבות, פסקאות 9-11 לחוות דעתו). אף הנשיא א' ברק, שציין כי עם חקיקת חוקי

היסוד "הצורך להיזקק לשאלת החוקתיות של חקיקה מחוץ למסגרת של חוקי היסוד קטן עד מאוד", הכיר במקומה של התפיסה "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" (שם, פסקאות 73-74 לחוות דעתו). אמרות אגב ברוח זו שבו ונשנו בפסיקה, ובעניין התקציב הדו שנתי הבעתי את עמדתי, לפיה "גם אם תיקלט דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי במשפטנו יש להגבילה, למצער בראשית דרכה, לתחומי השמירה על אופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל. ועל זאת אוסיף, לשמירה על גרעין אופייה היהודי והדמוקרטי", כפי שתואר בא"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1, 21-23 (2003) (להלן: עניין טיבי). זאת, מתוך הבנה כי –

"החוקה הישראלית המתגבשת עודנה מצויה בשלבי ניסוי וטעייה. עקרונות יסוד מסוימים אמנם קנו להם אחיזה בשיטת המשפט הישראלית, והפכו לחלק מגרעין אופייה היהודי-דמוקרטי [...] אך הרשות המכוננת עודנה מתחבטת באשר לדמות המעשית שעליהם ללבוש" (בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פסקאות 3-4 לחוות דעתי (6.9.2017)).

אכן, מבלי להכריע בכך גם כעת, דומה כי הניתוח המשפטי שאליו אדרש כעת מוביל למסקנה שעשויה להיות חשיבות לביקורת שיפוטית המבוססת על ערכי יסוד בלתי כתובים. אשר למצב הקצה, שבו ישנה רמיסה עד היסוד של זכויות יסוד, נראה לי כי השאלה משתנה. בנסיבות כאלה נפתח הפתח לביקורת שיפוטית כנדרש מן הצדק ומן התפקיד שהוא ממלא. ואם ישיבוני כי ככל שמדובר במדינת ישראל כעת ובעתיד הנראה לעין בן אנוש, אפשרות קצה כזו תיאורטית היא – לא אחלוק על כך.

4. על רקע הדברים שאמרתי בעניין התקציב הדו-שנתי, אני מצטרף לניתוח היסודי שערכה בענייננו חברתי, הנשיאה א' חיות.

מקובל עלי כי דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקה אינה ישימה, בצורתה הגולמית, בשלב זה של התפתחות החוקה הישראלית – קרי, שלב גיבושם של פרקי החוקה, עובר לאיגודם לכדי חוקה שלמה. מן הבחינה הטרמינולוגית, התיקון החוקתי הבלתי חוקתי אינו רלוונטי לעתירה זו. חוק יסוד: הלאום אינו בגדר תיקון של חוקה קיימת, אלא חלק אינטגרלי ממסע גיבוש החוקה, שייכתנו במהלכו ניסוי וטעייה (וראו פסקה 3 לחוות דעתי בעניין התקציב הדו שנתי). מן הבחינה המהותית, כבילת ידיה של הרשות המכוננת בשלב זה מעוררת שיקולים ייחודיים. מחד גיסא, ניתן להניח כי החוקה

השלמה תכלול גם "חוק יסוד: חקיקה" שיסדיר, בדרך זו או אחרת, את היקף הביקורת על חוקי יסוד. התערבות שיפוטית בתקופת הביניים שעד להשלמת חסר זה מעוררת קושי, ודומה שניתן יהיה למצוא לה הצדקה רק בנסיבות חריגות עד מאוד. במבט רחב יותר, תיאוריות העשויות להגביל תיקון של חוקה אינן תקפות בהכרח בשלב הראשוני של כינונה, וגיבוש "המבנה הבסיסי" שלה. מאידך גיסא, עשויה להישמע טענה כי בתקופת הביניים שעד איגוד חוקי היסוד לחוקה שלמה וקוהרנטית, אין להניח לאלמנט האקראיות הקשור בעיתוי גיבוש הפרקים השונים לחרוץ גורלות. במקורותינו נאמר כי "הכל תלוי במזל ואפילו ספר תורה בהיכל" (ספר הזהר, חלק ג, קלד ע"א). אולם, אין זה מתקבל על הדעת כי במקרה של התנגשות בין עקרונות יסוד שונים, "מזלו" של האחד, שעלה בגורלו להיכלל באחד מפרקיה הראשונים של החוקה העתידית, יעניק לו עליונות שייתכן שאינה אמורה ליפול בחלקו. אחרי הכול, פתלתלות וארוכות הן נתיבות הליך כינון החוקה הישראלית; קצב התקדמותו מושפע מאילוצים שונים, והוא אינו משקף בהכרח הכרעות מהותיות של הרשות המכוננת. במובן זה, הצורך לראות את התמונה הכוללת, לרבות עקרונות יסוד שטרם עוגנו בפרקי החוקה, אך ייתכן בהחלט שימצאו בה את מקומם בעתיד, עשוי לסייע במניעת עיוותים שהרשות המכוננת כלל לא צפתה – ויש לו הצדקה רבה יותר.

מבלי להכריע בדילמה זו, אני מצטרף לעמדת הנשיאה כי "זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינה ניתנת לערעור" גם באמצעות נורמות הנושאות את הכותרת "חוק יסוד" (פסקה 23 לחוות דעתה). למעשה, סבורני כי מסקנה זו נובעת במישרין מאותם נתונים שהובילו מלכתחילה להכרה בכובעה המכוננת של כנסת ישראל, ומתחייבת משלושת המודלים שהוצגו בשעתו בעניין בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 356-359 (1995). אכן, מן הסקירה הנרחבת שהציגה חברתי (פסקאות 19-23) עולה, בפראפרזה על דברי הנשיא ברק, כי "הפירוש המתאים (fit) ביותר של מכלול ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל מאז הקמתה הינו" כי סמכותה של הכנסת לכונן חוקה לישראל כפופה לשמירה על גלעין זהותה היהודית-דמוקרטית. אמנם, אין בנמצא הוראה פורמלית בדבר "נצחיותו" של גלעין זה אך מכלול היצירה החוקית והחוקתית במדינת ישראל – מאז באה לעולם, בהכרזת העצמאות, "הנורמה הבסיסית" שלה, ועד כינון חוק יסוד: הלאום – מעידים כי מדובר במרכיב אינהרנטי ובלתי נפרד של יישות מדינית זו. הוא הדין באשר למודל הנוסף שמציג הנשיא ברק, קרי, "כלל ההכרה של השיטה". דומה כי הנתונים שהציגה חברתי הנשיאה, מצדיקים לאמץ בנקודת הזמן הנוכחית כלל הכרה, המגביל את סמכותה של הכנסת לבטל, באמצעות כללים מסדר ראשון, את גלעין אופיי היהודי-דמוקרטי של מדינת ישראל. מטעמים אלה, ולאור נימוקי הנשיאה ביחס למודל "הרציפות החוקתית" (פסקה

24 לחוות דעתה), דומה כי הפה שהסמיך את הכנסת לפעול כרשות מכוננת, הוא גם הפה שהגביל את פעילותה בכובעה זה, והכפיף אותו לעובדת היסוד בדבר קיומה של מדינה "יהודית ודמוקרטית".

על כן, סבורני כי ערעור על רכיבי הליבה של מאפיינים אלה אינו לגיטימי, ואף עשוי לפתוח פתח לביקורת שיפוטית מכוח אותם מאפייני יסוד עצמם. עם זאת, אעיר שתיים: ראשית, בהקשר של סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, ציין הנשיא א' ברק כי רכיבי הליבה של "מדינה יהודית" כוללים את "זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, בה יהוו היהודים 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". ואילו ב"מדינה דמוקרטית" ישנה "הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם ובהן כבוד ושיוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית" (עניין טיבי, פסקאות 12 ו-14 לחוות דעתו). כשלעצמי הייתי נזהר מקביעת רשימה או התייחסות פורמלית מדי אליה. יתכן שיש תועלת בהצגת דוגמא כזו או אחרת, אך ממילא – גם אם תהיה הסכמה לדוגמא מסוימת, השאלה תתעורר בלבד הקונקרטי של תיקון ספציפי, וזאת לא ניתן לדעת מראש. ביחס לכל דוגמא יש מנעד של תיקונים אפשריים, שלא כל אחד מהם עומד באותה שורה כמו חבריו. וכמובן – גם אם יש הסכמה על דוגמאות רבות, יתכן שתהיה אי הסכמה ביחס לדוגמאות אחרות. עסקינן בליבת הליבה של מאפייני המדינה היהודית והדמוקרטית. יש לכך משמעות ותוכן מעשי. אך מעבר לדוגמאות קיצוניות – לא הייתי מרחיב או מצמצם.

והערה שנייה: יש חשיבות רבה להיסטוריה כבסיס לסמכות המכוננת של הכנסת. ברם, בחלוף כשבעים שנה, ההיסטוריה אינה המפתח היחיד. חשובה גם המהות. המשפט משתנה. שיח הזכויות בשנת 2020 שונה משיחתם של בני דור הקוממיות, ואף מהשיח בשנות ה-80, טרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

5. במאמר מוסגר, אעיר כי השילוב של "יהודית ודמוקרטית" מורכב ומאתגר. היה מי שאמר כי מדינת ישראל היא "100 אחוז יהודית, ו-100 אחוז דמוקרטית". לטעמי מדינת ישראל היא 100 אחוז יהודית ודמוקרטית. השוני בין האמרות נעוץ בכך שההגדרה הראשונה עלולה להחמיץ את נקודת המפגש, שיוצרת מתח חדש. החיבור מאתגר ומרתק. כמו כן, יש לבחון את המדינה היהודית-דמוקרטית על פי המציאות כפי שהיא. שני רכיבי ההגדרה חשובים; מדינת ישראל זקוקה לשתי רגליה, ואין לבכר את האחת על פני חברתה. כאמור, המתח קיים ולא פעם ההכרעה קשה. ברם, שתי הרגליים חיוניות לגוף-

המדינה. היה מי שאמר כי במדינת ישראל, על ההיסטוריה שלה, ה"יהודית" עולה מן ה"דמוקרטיה". אודה כי אם כבר – נוטה אני לעמדה ההפוכה, לפיה ניתן לדלות את הדמוקרטיה מן היהדות. על כך ארחיב להלן. ואולם, התחרות אינה בין שתי גישות אלה. לא נכון יהיה לקבוע כלל אצבע לפיו תמיד יש לתת את הבכורה לרכיב זה או אחר. לדוגמא, השאלה שאינה עומדת על הפרק – ואינה צריכה לעמוד על הפרק – אם ניתן לקבוע "חוק שמירת שבת". ניתן להשיב על כך בשלילה רק על בסיס היסוד הדמוקרטי, גם אם מקורות המשפט העברי יובילו לתשובה דומה. זוהי, בראש ובראשונה, שאלה מה מותר למדינה לכפות על היחיד, שאלה שבמהות הגבול הפוליטי של המשטר, ולא שאלה דתית מה ראוי בעיני ההלכה היהודית. בכל מקרה, יש להיזהר מרידוד מוגזם של המונחים "יהודית" ו"דמוקרטיה", תוך ריקונם מתוכן. יש להקפיד על האיזון בין עולמות תוכן אלה, ולא להציג אחד מהם כבבואה חיוורת של האחר תוך התעלמות מן הקונפליקט התמידי, המחייב בירור מתמשך בניסיון להגיע להרמוניה בת קיימא.

6. אשר לחוק יסוד: הלאום עצמו, מקובלת עלי הפרשנות שהציעה חברתי, הנשיאה א' חיות, לפיה "בחירתו המודעת" של המכונן, "היתה שלא להכפיף את זהותה הדמוקרטית של המדינה לזהותה היהודית".

אמנם, כלל ותיק הוא כי במקרה של התנגשות בין הוראות חוק המצויות באותו מדרג נורמטיבי, ההוראה המאוחרת גוברת על קודמתה, והוראת חוק ספציפית גוברת על הוראה כללית. ביסוד חלקו הראשון של הכלל, "עומד עקרון ריבונות המחוקק, ומטרתו למנוע את כבילת המחוקק העתידי ומתן אפשרות לכנסת לסטות מההוראות ומדברי החקיקה של כנסות קודמות" (בג"ץ 4124/00 יקותיאלני נ' השר לענייני דתות, פ"ד סד (1) 142, פסקה 25 לחוות דעת הנשיאה ד' ביניש (2010)). חלקו השני, מעניק עליונות להוראה ספציפית על פני הוראה כללית – גם אם מאוחרת – מתוך תפיסה לפיה עצמאות המחוקק מובילה להכרה "בקיומו של חסר נסתר בנורמה הכללית והמאוחרת בכך שלא נקבע בה במפורש חריג בדמות הנורמה המיוחדת והמוקדמת" (אהרן ברק פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית כרך א 551 (1992)). אולם, כללים אלה נכנסים לתמונה רק כאשר פרשנות הנורמות הרלוונטיות הובילה למסקנה כי לפנינו סתירה בלתי ניתנת ליישוב. לעומת זאת, "במקרה בו ניתן ליישב בין שתי הנורמות, על בית המשפט לפרשן זו לצד זו" (ע"ם 1207/15 רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק, פסקה 5 לחוות דעתי (18.8.2016)), שהרי חזקה היא כי "המחוקק שואף להגשים 'הרמוניה חקיקתית' במערכת המשפט כולה, במובן זה שהפירוש שניתן להוראה פלונית צריך להשתלב בפירוש שניתן לשאר הוראות החקיקה" (רע"פ 1553/15 עיסא נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה "השומרון", פסקה 33 לחוות דעת המשנה לנשיאה ס' ג'ובראן (31.10.2017)).

להשקפתי, חזקת ההרמוניה החקיקתית יפה שבעתיים בהקשר של חוקי היסוד – ואף ביתר שאת, בנוגע ליחס בין חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו לחוק יסוד: הלאום. כזכור, בהחלטת הררי נקבע כי החוקה הישראלית "תהיה בנויה פרקים פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו [...] וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה". חוקי היסוד אינם עומדים, אפוא, בפני עצמם, אלא מהווים מרכיבים של יצירה אחת גדולה, כך שיש לייחס משקל רב בהרבה להנחה הפרשנית לפיה הם יוצרים יחדיו מכלול הרמוני נטול סתירות. יש לזכור כי החוקה מתמקדת בשרטוט עקרונות היסוד הכלליים של הדמוקרטיה הישראלית (ראו, בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקה 24 לחוות דעת חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, ופסקה 10 לחוות דעתי (23.5.2021)), כך שהעדר קוהרנטיות עלול לזרוע כאוס בהיקף רחב בהרבה מזה שעלולה לעורר סתירה נקודתית בחקיקה אחרת. על כן, בבוא בית המשפט, פרשנה המוסמך של החוקה, לפרש את הסדריה, עליו לבחון כל אחד מפרקיה על רקע המכלול החוקתי, ולבחור בפרשנות מקיימת והרמונית.

7. ההיררכיה המעשית בין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, "נושא הדגל" של המהפכה החוקתית בתחום זכויות היסוד, לחוק יסוד: הלאום – המבקש להעניק מעמד חוקתי לגרעין אופייה היהודי של מדינת ישראל – מחייבת הקפדה רבה אף יותר על ההרמוניה ביניהם. אכן, כבר בדברי ההסבר לנוסחה המוקדם של הצעת חוק יסוד: הלאום, הובהר כי:

"מטרתו של חוק-יסוד זה היא להגן בחקיקת יסוד על מעמדה של ישראל כמדינתו של העם היהודי בשוויון מעמד להגנה שמעניקה חקיקת היסוד בישראל לזכויות האדם ולאופייה הדמוקרטי של המדינה. יהיה בכך כדי להשלים בחקיקת היסוד של ישראל את השילוב הערכי המאפיין את דרכה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ברוח העקרונות של הכרזת העצמאות. מדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית המחויבת לזכויות האדם והאזרח. בד בבד יש למדינת ישראל ייעוד ייחודי כמדינת הלאום של העם היהודי [...] מאז שנאמרו דברים אלו עיגנה הכנסת את ההגנה על זכויות האדם ועל הדמוקרטיה הישראלית בחקיקת יסוד. לפיכך, אך מתבקש כי מפעל חוקי-היסוד בישראל יעגן גם את ערכיה של ישראל כמדינתו של העם היהודי במעמד זהה".

חוק יסוד: הלאום בא, אפוא, 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.

בכך שב אני לנקודה קודמת. ההיסטוריה, בדמות מועד החקיקה, אינה קובעת בהכרח עליונות של חוק יסוד זה על חוק יסוד אחר. לא רק היסטוריה אלא גם מהות. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מתייחס למדינה יהודית ודמוקרטית. שני המרכיבים מופיעים בו, הגם ששם החוק מתייחס רק לאחד מהם. לעומת זאת, חוק יסוד: הלאום אינו מתייחס באופן ישיר למדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, ואף לא להיותה מדינה יהודית, אלא לחלק מרכיב זה – היות המדינה מדינת הלאום של העם היהודי. אלה מקימים את הצידוק לפרש את חוק יסוד: הלאום על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולא ליצור סתירות שלא עולות מלשון החוקים או מתכליותיהם.

8. מתוך נקודת מוצא פרשנית זו, אני מצטרף לקביעותיה של חברתי הנשיאה, הן לגבי אופיו ההצהרתי הכללי של חוק יסוד: הלאום, והן לגבי פרשנות ההוראות הקונקרטיות שעמדו במוקד ההליכים שלפנינו – ואסתפק בשתי נקודות. האחת, נוכח מעמדו העל-חוקתי של גרעין האופי היהודי של מדינת ישראל, ספק רב אם יש בעיגונו הפורמלי בחוק יסוד כדי להשפיע על האיזון הראוי בינו ובין זכויות יסוד חוקתיות – איזון שייערך בכל מקרה לגופו.

שנית, יש להצר על ההחלטה שלא לעגן מפורשות שוויון זכויות אישיות של אזרחי המדינה בחוק יסוד: הלאום, באופן שסייע לנטוע באזרחים רבים – רבים מדי – את הרושם השגוי כי הם אזרחים שאינם שווים. נדמה כי בארץ המורכבת ממייעוטים לאומיים, תרבותיים, לשוניים ודתיים לרוב, אין להותיר את עקרון השוויון תלוי באוויר הפרשנות ומן הראוי לתת לו ביטוי מפורש וברור בחוקי היסוד. די אם נזכיר כי עוד בשנת 2000, ציינו מלומדים כי "רצוי כי השוויון יעלה למדרגה של זכות על חוקית [...] עם זאת, שאלה היא, אם נכון וראוי לכלול את השוויון [...] בגדר הזכות לכבוד, כאילו היתה חובקת עולם. ייתכן שבסופו של דבר לא יהיה מנוס מצעד כזה [...] אך עדיין ספק אם נכון וראוי לבצע את המהלך כבר בשלב ההתפתחות הנוכחי של המשפט החוקתי בישראל" (יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה'165, 211-212 (2000)). חלפו עשרים שנה. כיום לעיגון פורמלי של הזכות יש, אפוא, ערך תודעתי רב.

לא למותר לציין שכבר בשלב הראשון של התפתחות הזכות החוקתית לשוויון, קבעה השופטת ד' זורנר כי –

”לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו. אין דרך סבירה לפרש את הזכות לכבוד, כאמור בחוק היסוד כך שהשפלתו של אדם לא תיחשב כפוגעת בזכות. אכן, לא כל פגיעה בשוויון עולה כדי השפלה [...] לא כן הדבר בסוגים מסויימים של הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע. ביסודה של הפליה כזו עומד ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחות כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה” (בג”ץ 4541/94 מילר נ’ שר הביטחון, פ”ד מט(4) 94, 132 (1995)).

אף שגבולות הזכות החוקתית התרחבו מאז, יש בדברים כדי להמחיש את החשיבות של “פגיעה ברגשות” בהקשר של השוויון. לעיתים, המסר המשפיל מאפיל על הסדרים מעשיים שוויוניים – ויש לקוות כי פסק דיננו יתקן מסר זה ויאשר כי “משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים” (בג”ץ 6698/95 קעטאן נ’ מינהל מקרקעי ישראל, פ”ד נד(1) 258, 283 (2000)). יוער כי אף היהדות הביעה שוב ושוב רגישות לכלל שאין לבייש את הזולת. “אחד עינוי רב ועינוי מועט”, ההלכה היהודית פרשה את המסקנה ש”כבוד האדם הוא תמיד מעל הכל” כחובה לא להשפיל, לא לבייש. כך במיוחד ביחס לאלה שעלולים להרגיש כי מעמדם נחות במובן זה או אחר (הרב יוסף דב הלוי סולוביצ’יק האדם ועולמו 26 (התשנ”ח)). יש להיזהר מפגיעה ברגשות.

המשפט העברי

9. אך טבעי תהא ההתייחסות למשפט העברי בבואנו לנתח את חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. בעיני העניין מתבקש.

לאום – מהו? אנו פוגשים במילה זו לראשונה דווקא במסגרת של בדיקת הריון. המקרא מספר בפרשת “תולדות” על כניסת רבקה להריון אחרי שנות עקרות ותפילות רבות. היא רוצה לברר מדוע “מתרוצצים הבנים בקרבה”. תשובת בורא עולם היא כי “שני גויים בבטןך, ושני לאומים ממעיך ייפרדו. ולאום מלאום יאמץ, ורב יעבוד צעיר”

(בראשית כה, כג). הרב שמשון רפאל הירש (רש"ר הירש, מגדולי הרבנים במאה ה-19 שחי בגרמניה. יתכן שנתונים ביוגרפיים אלה רלוונטיים לפירוש שלהלן), מפרש את המילה "לאום" באופן הבא: "'לאום' הוא המדינה, 'אין לאום אלא מלכות' (תלמוד בבבלי, עבודה זרה ב, ב). אומות שונות לא תמיד יוצרות מדינות השונות באופיין זו מזו. אירופה מונה עמים רבים, ואף על פי כן רוב מדינות אירופה דומות במהותן ובאופיין היסודי". הרש"ר הירש הוסיף כי מדינת "יעקב" או "ישראל", "תיבנה על רוח ומוסר, על נשמת האדם באדם" (פירוש רש"ר הירש על התורה, בראשית כה, כג). זו השאיפה.

ההלכה מכירה בקיומן של מדינות כיחידות נפרדות ועצמאיות, ולכך נפקות משפטית. המדינה כמדינה נושאת בחיוב ובאחריות משל עצמה. למשל, ערוך השולחן (הרב יחיאל מיכל הלוי אפשטיין, חי במאה ה-19 בבלארוס), מציין כי מצוות "פרו ורבו" חלה על "כלל האומה" כחלק מרצון האל ביישוב עולמו בבני אדם ובפרי מעשיהם (ערוך השולחן, אבן העזר, הלכות פרייה ורבייה א, ה). החובה אינה חובת היחיד בהקשר זה, אלא חובת האומה כולה כאומה. הרמב"ם אומר בהלכות תשובה כי כל מדינה ומדינה היא בגדר "יחידת אחריות" עצמאית, שנדונה ביום הדין לפי מעשיהם של רוב אזרחיה: "כל אחד ואחד מבני האדם יש לו זכויות ועוונות... וכן המדינה. אם היו זכויות כל יושביה מרובות על עוונותיהן, הרי זו צדקת. ואם היו עוונותיהם מרובין, הרי זו רשעה. וכן כל העולם כולו" (משנה תורה, הלכות תשובה ג, א). המדינה היא אישיות משפטית בפני עצמה. מדרש שממחיש יפה את העניין מובא בתלמוד הבבלי (עבודה זרה ב, א), בסוגיה שעליה התבסס הרש"ר הירש בפירושו דלעיל. מסופר כי "לעתיד לבוא מביא הקדוש ברוך הוא ספר תורה ומניחו בחיקו, ואומר למי שעסק בה [בתורה] – יבוא וייטול שכרו". בתגובה להזמנה זו מתקבצים כל אנשי העולם ביחד, אך האל אומר להם "אל תכנסו לפני בערבוביא, אלא תכנס כל אומה ואומה" באופן נפרד. השכר הניתן כאן אינו אינדיבידואלי אלא לכל מדינה ומדינה. בהמשך לכך נכנסות מלכויות שונות, כגון האימפריה הרומית והאימפריה הפרסית, ומציגות את הישגיהן בתחומים שונים: בניית שווקים, מרחצאות, גשרים ומדיניות כלכלית ("כסף וזהב הרבינו"). לאחר מכן מתפתח דיון בשאלה האם המניע להישגים אלה היה חיובי – כדי להרבות לימוד תורה – או שברקע היו מניעים פסולים. לענייננו העיקר הוא בכך שנקודת המבט הופנתה כלפי כל מדינה ומדינה, ולא דווקא כלפי כל יחיד ויחיד. למדינה יש חובה עצמאית (וזכויות עצמאיות) על פעילותה כמדינה.

10. ועתה לעיקר. הטענה המרכזית בהליכים אלה נסובה סביב הקשר בין חוק יסוד: הלאום ובין זכויות המיעוט הלא יהודי במדינת ישראל. ובפרט – שוויון זכויות אישיות בין היהודי ושאינו יהודי. המשפט העברי התמודד רבות עם סוגיה זו. כך בעבר וכך ביתר

שאת עם קום המדינה. הסוגיה כללית מצד אחד, אך מאידך גיסא גם תחומה בזמן ובמקום – מדינת ישראל החל משנת 1948 ועד היום. אתיחס לשמונה נימוקים או גישות למעמד של לא יהודים במדינת ישראל, שניתן לחלקם לארבע קבוצות.

הקבוצה הראשונה מתמקדת בנסיבות ההיסטוריות של הקמת מדינת ישראל. קבוצה זו כוללת שלוש השקפות, שכל אחת מהן מדגישה נתון היסטורי שונה: כינון המדינה כשיקול הלכתי, משמעותה של החלטת האו"ם על הקמת המדינה, ומגילת העצמאות.

הקבוצה השנייה של הגישות עניינה שימוש בכלים הלכתיים מושרשים במציאות החדשה. זאת ביחס לחברה יהודית שבה חיים גם לא יהודים, ויישומם על המצב במדינת ישראל של ימינו. גישה אחת בוחנת מציאות זו מנקודת המבט של המושג ההלכתי "גר תושב", ואילו גישה שנייה עוסקת בכלל של "דרכי שלום".

הקבוצה השלישית של הגישות מבוססת על כלים הלכתיים חדשים (או מחודשים) במאה העשרים: גישת המאירי כלפי מעמדו המשתנה של הלא יהודי, ומעמדה של הדמוקרטיה במשפט העברי.

הקבוצה הרביעית של הגישות כותרתה "ובחזרה לאדם". היא מתמקדת ביחיד ובמעמדו.

א. כינון מדינת ישראל כשיקול הלכתי

11. הרב בן-ציון מאיר חי עוזיאל כיהן כרב הראשי למדינת ישראל במקביל לרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג. על כתפיהם הוטלה המשימה הקשה של קביעת הלכות המדינה היהודית לאחר אלפיים שנה. כפי שנראה – ואם יורשה לי לומר – שניהם עמדו במשימה זו באומץ ובענווה מעוררי השראה. מעידים על כך פסיקתם אחרי קום המדינה וגם כתביהם טרם ובסמוך להקמתה. הרב עוזיאל התייחס "למשטר הממשלתי החדש", ודן בשאלת עדותו של לא יהודי. כך ברקע ההתבססות של המשפט העברי בעבר, ככלל, על עדויות של יהודים. כפי שכתב: "אחת השאיפות היותר גדולות של עם ישראל היא גאולת המשפט הישראלי ולהעמיד משפטי התורה על תלם". זאת בגדר "ואשיבה שופטייך כבראשונה" (שו"ת משפטי עוזיאל, חושן משפט, חלק ד, יז). ביחס לקבלת עדות של לא יהודי כתב: "להשיב בשלילה אי אפשר, לפי שאין זה ממידת הצדק האזרחית לפסול לעדות את אלה היושבים איתנו ונושאים ונותנים עמנו באמונה בתום לב. והאם לא היינו

מתמרמרים אנחנו כאשר פסלו אותנו בארצות גלותנו לעדות? ואם בכל העולם הנאור נתקבל חוק כזה, להאמין את כל אדם בעדותו מבלי הבדל של דת וגזע, איכה נעשה אנחנו הבדל זה?".

עמדתו של הרב עוזיאל, לאחר דיון הלכתי במקורות המשפט העברי, התלמוד והראשונים, היא כי לדעת פוסקים רבים ניתן לסמוך על עדותם של לא יהודים, ולדעת פוסקים אחרים יש לקבוע קודם לכן "תקנות" הקובעות זאת במפורש, וכי תקנות אלה יביאו לקבלת עדותם של לא יהודים שתיבחן לגופה. לטעמי ברי כי התשובה מתבקשת. הדגש כאן הוא בנימוקים הכלליים ההלכתיים. מעניינת הפנייה להיסטוריה והנימוק לפיו כשם שהיהודים דרשו שוויון במדינות אחרות, לא יתכן שלא להעניק שוויון במדינת ישראל.

ב. דיני השותפות והחלטת האו"ם

12. הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג מתייחס בספרו תחוקה לישראל על פי התורה (להלן: תחוקה לישראל) – שם שמדבר בעד עצמו ביחס לכובד השאלה ומטרת התשובה – למקורות שונים ביחס לסוגיה שבה עסקינן. במסגרת הניתוח הוא שם דגש על "המצב כפי שהוא". צוין כי החלטת האו"ם להכיר במדינת ישראל, במסגרת "תכנית החלוקה", נשענת על מתן זכויות שוות למיעוט שאינו יהודי, כגון חופש הדת או האפשרות לרכוש מקרקעין. הרב הרצוג מתבונן על ההסכמה לתכנית החלוקה כעל שותפות בין הנהגת המדינה שבדרך ליתר האומות: "הלא יסוד המדינה מעצמו הוא מעין שותפות" (שם, חלק א, 18-21). לפי קו זה, ישנה שותפות בין יהודים ללא יהודים בהקמת וניהול המדינה, ו"ההסכמה לתת לנו להקים ממשלה משותפת באופן שתהיה לנו עליונות ידועה ושם המדינה יקרא על שמנו" (שם). הרב הרצוג סבור כי ראוי היה על פי ההלכה שהיהודים יסכימו להצעת שותפות זו.

הרב עוזיאל, בתגובתו לספר שפורסמה בתוך הספר, הצטרף לדברים וכתב כי המדינה החדשה ניתנה "בתנאים ידועים שמכללם, להשוות את המיעוטים שבמדינה בכל זכויות האזרח. והרי זה דומה לדין שותפים בממון שהטילו לכיס, זה מנה וזה מאתים... והוא הדין בשותפות מדינית וכלכלית, כל המשתתפים בו חולקין בשווה לפי מניינם. ולא יעלה על הדעת לומר שאסור להשתתף" (שם, עמוד 245). הודגשה השקפתו של הרב עוזיאל כי העם היה מצוי "בהתחלת הגאולה בבחינת איילת השחר שבקע אורה, ושאו צריכים ומחויבים לקדם את זריחתה. מחייבים אותנו לתת להם שווי זכויות" (שם, עמוד 246). יוצא כי שני הרבנים הראשיים הראשונים של המדינה, שהיו מודעים היטב לשעה

ונסיבותיה, ראו כי הקמת המדינה על דרך החלטת האו"ם דורשת שוויון זכויות בין אזרחיה, ללא קשר לדת ולאום.

ג. מגילת העצמאות

13. הרב יהודה עמיטל, ראש ישיבת "הר עציון" שנפטר לפני כ-11 שנים, העניק חשיבות משפטית למגילת העצמאות. לשיטתו, למגילה מעמד מחייב מבחינת ההלכה, וללא קשר למעמדה מבחינת הדין הישראלי הכללי. הוא מפנה אל ספר יהושע, שם מסופר על ברית שנכרתה בין ה"גבעונים" – תושבי אחת הממלכות שהיו בארץ – ובין עם ישראל. במסגרת הברית נשבעו נשיאי ישראל שלא להילחם בגבעונים. בהמשך התברר כי הסכמה זו הושגה במרמה מצדם של הגבעונים, אך למרות זאת שמרו הנשיאים על הבטחתם שלא לפגוע בגבעונים, גם משום קדושת השם (יהושע ט, ג-כז. וכן ראו תלמוד בבלי, גיטין מו, א). השבועה של המנהיגים חייבה את העם. מוסיף הרב עמיטל: "אינני מכיר הבטחה ממלכתית פומבית יותר מאשר מגילת העצמאות, עליה חתמו כל מנהיגי המדינה, ובה הובטח מפורשות שוויון זכויות לכל המיעוטים... אם מדובר על שוויון זכויות למיעוטים במדינתנו, ואכן מגילת העצמאות הבטיחה שוויון כזה, הרי שעצם ההבטחה מחייבת אותנו, מבלי להזדקק למקורות חשובים אחרים" (הרב יהודה עמיטל "היחס למיעוטים על פי התורה במדינת ישראל" יהדות ודמוקרטיה 41, 42-43 (הוצאת משרד החינוך והתרבות, התשמ"ט)). לפי הרב עמיטל די בשיקול של מגילת העצמאות, אך הוא אינו עומד לבדו. הוא מוסיף ומונה יסודות נוספים למסקנתו – "צלם אלוקים", "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום", ייעודו האוניברסלי של עם ישראל וקידוש השם ומניעת חילולו. חלק מאלה יידון להלן.

עד כאן קבוצת הגישות הראשונה, שעניינה כינונה של מדינת ישראל כשיקול הלכתי. וכעת נפנה לקבוצה השנייה, שעוסקת בכלים מושרשים של ההלכה במציאות המשתנית.

ד. האזרחים הלא יהודים כ"גר תושב"

14. ההלכה מכירה בשני סוגי גרים. "גר צדק" הוא אדם שנולד כלא יהודי, התגייר, והפך ליהודי מן המניין. "גר תושב", לעומת זאת, הוא מי שלא הצטרף ליהדות, אך הוא בעל מעמד בארץ ישראל ויש לדאוג לצרכיו ולסייע לו. כך מצווה התורה: "כאזרח מכם יהיה לכם הגר הגר אִתְּכֶם" (ויקרא יט, לד). מקור החובה לדאוג לצרכיו נלמד מהפסוק

”וכי ימוך אחיך ומָטָה ידו עמך – והחזקת בו, גר ותושב, וחי עמך” (ויקרא כה, לה).  
ודוקו – השוואה בין האח לגר ולתושב.

החובות כלפי גר תושב כוללות את זכויותיו. הרש"ר הירש מפרש את הפסוק  
”וגר לא תונה ולא תלחצנו, כי גרים הייתם בארץ מצרים” (שמות כב, כ) בלשון זו: “על  
כן הישמרו לכם – זה לשון האזהרה – פן תעמידו את זכויות האדם במדינתכם על יסוד  
אחר מאשר האנושיות הטהורה, שהיא שוכנת בלב כל אדם באשר הוא אדם. כל קיפוח  
של זכויות האדם יפתח שער לשרירות ולהתעללות באדם – הוא שורש כל תועבת מצרים”  
(פירוש רבי שמשון רפאל הירש, שם). הרב אברהם יצחק הכהן קוק (הרב הראשי הראשון  
של ארץ ישראל, שמונה לתפקיד זה לפני מאה שנה) כתב: “הכירהו כתושב – לעניין  
קירוב הדעת וחופש הזכויות הראויות לאדם” (עין איה ברכות ב. וראו באופן כללי יעקב  
שפירא “זכויות האדם והיהדות – בעקבות חוק הלאום” (היחידה למשפט עברי במשרד  
המשפטים, 20.2.2019) (להלן: שפירא, זכויות אדם והיהדות)). לגישת הרמב"ן, מן הראוי  
כי החובה להחיות גר תושב – “וחי עמך” – תחשב כמצוות עשה מדין תורה. כפי שכתב:  
”שנצטוונו להחיות גר תושב, להציל לו מרעתו... ואם היה חולה – נתעסק ברפואתו...  
והוא בהם פקוח נפש שדוחה שבת” (פירוש הרמב"ן על ספר המצוות לרמב"ם, מצווה  
טז. וכן ראו הרב נחום אליעזר רבינוביץ מלומדי מלחמה – שו"ת בענייני צבא ובטחון 145-  
144 (התשנ"ד)).

15. מהם התנאים לקבלת מעמד של גר תושב? האם תואר זה מתאים למי שאינם  
יהודים במדינת ישראל של ימינו? התנאי הבסיסי הוא כי גר תושב יקבל על עצמו את  
שבע מצוות בני נוח. לדעת הראב"ד (רבי אברהם בן דוד מפושקירה, מגדולי רבני צרפת  
ופרובאנס במאה ה-12), קבלת מצוות אלה דיה לצורך ישיבה של מי שאינו יהודי בארץ.  
לעומת גישות מסוימות שקושרות בין המעמד של “גר תושב” לתחולת דיני היובל –  
שאינם חלים בימינו – עקב קשרים מסויימים בין הדינים (ראו הרב הרצוג, תחוקה  
לישראל, עמוד 14), הראב"ד סבור כי המעמד של גר תושב רלוונטי גם בימינו (השגת  
הראב"ד על הרמב"ם, הלכות עבודת כוכבים י, ו). כך סבר גם הרב קוק ביחס ללא יהודים  
שחיו בארץ ישראל בזמנו, קודם להקמת מדינת ישראל (שו"ת משפט כהן) (ענייני ארץ  
ישראל)). עמדת הרמב"ם מורכבת יותר. לפי הרב אליעזר נחום רבינוביץ, המעמד של  
גר תושב חל על לא יהודים שחיים בארץ ישראל, וזאת ככל שהם מקיימים את שבע מצוות  
בני נוח (הרב נחום אליעזר רבינוביץ ספר המדע עם פירוש יד פשוטה ב, תשפט-תשצב  
(התש"ן); וכן בשו"ת שיח נחום 311-320 (התשס"ח)). להלכה פוסק הרב רבינוביץ: “אין  
צורך לבדוק כל אחד ואחד אם הוא באמת מקבל עליו שבע מצוות, אלא הואיל והוא  
משתייך לקבוצה שמנהיגותה מחייבת שבע מצוות... כולם יש להם דין בני נוח כשרים.

כך גם מהיותם חסידי אומות העולם" (שם, עמוד 321. וכן ראו המקורות שהובאו שם). עולה כי פוסקים שונים מתייחסים למי שאינו יהודי בארץ ישראל כ"גר תושב" – על כל הנפקויות המשפטיות של מעמד זה, כפי שהובא לעיל – וביתר שאת אם מדובר במי שכבר מתגורר בארץ.

הרב עוזיאל, שגישתו נדונה לעיל, הביע את העמדה כי מוטב שלא להסתמך על המעמד של גר תושב ביחס לאוכלוסיית הארץ הלא יהודית, בשל המורכבות של דין זה והאפשרות שלא יובן בידי מי שאינו בקיא במקורות (מובא בתחוקה לישראל, עמוד 245). ואולם, הרחבת החובות שחלות על יהודים בארץ ישראל כלפי מי שאינם יהודים, כנגזר ממעמדם כגרים תושבים, היא רחבה ומרשימה. יש בה כדי לבסס שמירה על זכויותיו של מי שאינו יהודי. לכן ברורה חשיבות הסיווג, הגם שהוא אינו הסיווג היחיד. זאת לנוכח מקורו בפסוקי התורה, והחובה להחיות, לסייע ולהכיר במעמדו של גר תושב כיחיד בעל זכויות. אך לא כאן נעצור.

דרכי שלום

16. בתלמוד הירושלמי מובא:

"עיר שיש בה גוים וישראל, מעמידין גבאי גוים וגבאי ישראל, וגובין משל גוים ומשל ישראל. ומפרנסין עניי גוים ועניי ישראל, ומבקרין חולי גויים וחולי ישראל, וקוברין מתי גוים ומתי ישראל, ומנחמין אבלי גוים ואבלי ישראל, ומכבסין כלי גוים וכלי ישראל – מפני דרכי שלום" (תלמוד ירושלמי, גיטין ה, הלכה ט. וכן ראו תלמוד בבלי, גיטין סא, א).

מהו טבעו של הכלל "מפני דרכי שלום"? הרב איסר יהודה אונטרמן (נפטר בשנת 1976. שימש כרב הראשי לישראל בין השנים 1964-1972), מבהיר כי הכלל נועד לשרת את החיוב ולא רק למנוע את השלילה: יצירת שלום כתכלית עצמאית ולא רק הסתפקות במניעת מלחמה. כפי שכתב:

"ובכן למדין אנו כי דרכי התורה ונתיבותיה הן בנועם ובשלום, ובמכוונות להמטרה הגדולה שלנו להידמות במעשינו להבורא יתברך: מה הוא טוב ומרחם לכל אף אתה תשאף להיות טוב ומרחם לכל" (שבט מיהודה חלק ג, סימן ע, רצה-רצו).

הרב אונטרמן אף רואה זאת כדרישה מאדם שמגדיר עצמו כמקפיד על שמירת תורה ומצוות: "וכמו שאי אפשר לקרוא שומר תורה ומצווה למי שמזלזל בהלכות קבועות בדברי סופרים... כן אין לתת את התואר הזה של שמירת תורה ומצוות למי שמסרב לקיים את התקנות של דרכי שלום" (שם). ברוח דומה ציין חכם אחר כי "מפרנסין עניי ישראל עם עניי עכו"ם מפני דרכי שלום, וזה המראה אותנו שלא תיעשה שום הפליה במדינת ישראל בחלוקת עזרה, כי כל אזרח בישראל בלי הבדל גזע או דת יש לו זכות לקבל תמיכה מאת הממשלה אם השעה צריכה לו" (הרב שמואל טוביה שטרן חוקת עולם ב 386 (התש"י). וכן ראו חדד, מיעוטים במדינה יהודית, עמודים 65-70).

הרב חיים דוד הלוי, שהיה רבה הראשי של תל אביב-יפו ונפטר בשנת 1998, דן במקומן של תקנות "מפני דרכי שלום... בזמנינו ובייחוד במדינת ישראל". הוא נתן דעתו לכך ש"בעולם המערבי הדמוקרטי שאנחנו חברים בו, הבסיס לחיי החברה הוא שוויון זכויות לכל אדם, ואין מקום במדינה דמוקרטית להפליות על רקע דתי. ואף אילו היינו מעצמה עולמית אדירה, לא היינו יכולים לנהוג כך". בהמשך הוא מתייחס לנימוק נוסף שנוגע למעמד הגוי בימינו ויוצג בפרק הבא (הרב חיים דוד הלוי עשה לך רב חלק ט, סא-עה (התשמ"ט) (להלן: הרד"ח, עשה לך רב)).

הנה כי כן, הוצגו שני כלים מושרשים שמיושמים במציאות חדשה – "גר תושב" ו"דרכי שלום". יש הרחבה של הראשון, ובשני מושם דגש חיובי בשלום בין היהודי לשאינו יהודי כמטרה. אלה שני הכלים במסגרת קבוצת הגישות השנייה, ועתה נתייחס לקבוצת הגישות השלישית, שעניינה כלים הלכתיים חדשים מן המאה האחרונה.

1. מעמדו של הלא יהודי היום לעומת מעמדו בעבר

17. רבי מנחם בן שלמה "המאירי", מחכמי פרובנס במאות ה-13 וה-14, היה מגדולי הראשונים בתקופתו. הוא כתב, בין היתר, את פירושו ופסיקתו על סדר התלמוד הבבלי "בית הבחירה", והיה פורץ דרך בבחינת מעמדו של מי שאינו יהודי. לדעתו – שנכתבה לפני כ-700 שנה – הלכות, עמדות ואמרות שונות שמופיעות בתלמוד הבבלי, התייחסו לגויים שעבדו עבודת כוכבים, ולא לגויים ש"גדורים בדרכי דתות ונמוסים". בתיבה אחת: הם בני אדם בעלי תרבות וערכים, גם אם בני דת אחרת. זוהי מהפכה של ממש, ולה השלכות משפטיות ברורות (רבי מנחם ב"ר שלמה המאירי, בית הבחירה, בבא קמא לז, ב; קיג, ב; שם, גיטין סב, א-ב; שם, יומא פד, ב; שם, עבודה זרה ב, א; כב, א; ועוד). פרופ' משה הלברטל, הוגה דעות בן זמננו, מבאר כי חידושו של המאירי מתייחס לשני תחומי משפט – משא ומתן עם מי שאינו יהודי, ושאלת החובה לנהוג בשוויון כלפי מי שאינו יהודי (משה הלברטל בין תורה לחכמה 80-100 (התש"ס)). דוגמאות למקרים

שבהם שינה פירושו של המאירי את היחס כלפי מי שאינו יהודי הם, בין השאר, חובת השבת אבידה, איסור על הפקעת הלוואה וביטול האיסור על השכרת בית לגוי ועל סחר בימי חגם (ראו גם אליעזר חרד מיעוטים במדינה יהודית – היבטים הלכתיים 71-73 (2010) (להלן: חרד, מיעוטים במדינה יהודית)).

חידושו של המאירי נעוץ בהכרה שהלא יהודים בני זמנו, כגון הנוצרים שחיו בפרובאנס במאה ה-14, נבדלים מ"עובדי האלילים" שחיו בזמנים קדומים יותר. לכן קמה חובה להתייחס אליהם באופן שווה, בין היתר, במישור הדין האזרחי. זוהי ראייה חדשה שכוחה הוא ביחסה ללא יהודים השייכים לדתות אחרות, כגון האיסלאם והנצרות. דתות אלה פועלות מכוח הנחות שחלקן זרות ורחוקות מהיהדות. ברם, המבחן הוא האם דתות אלה עונות על עקרונות אוניברסליים בסיסיים, הדומים להשקפת היהדות, והאם מקפידים הם על "נימוסים" ועמידה על עקרונות אנושיים כלליים.

המאירי חי אמנם לפני כמה מאות שנים, אך כתביו לא התפרסמו עד למאה העשרים, כאשר התגלו בכתב יד שנמצא בספריה באיטליה, ומטעם זה כמעט שלא היו מוכרים לחכמי הדורות עד לגילויים. בימינו ישנה הכרה רבה במעמדו של המאירי בכלל, בשל חיבורו על התלמוד, ובפרט ביחס למעמדו של מי שאינו יהודי. הרב קוק, לדוגמה, כתב באגרותיו: "העקר הוא כדעת המאירי, שכל העמים שהם גדורים בנימוסים הגונים בין אדם לחבירו הם כבר נחשבים לגרים תושבים בכל חיובי האדם" (אגרות הראיה א, צט (התשמ"ה)). דברים ברוח דומה שמעתי גם מהרב יוסף דב הלוי סלוביצי'ק, בדבר חשיבות עמדת המאירי ביחס למעמד מי שאינו יהודי כיום. ניתן לומר שזהו פיתוח חשוב של הכלים ההלכתיים "גר תושב" ו"דרכי שלום".

הרב חיים דוד הלוי טוען כי דעת ההלכה היא כי הלא יהודים שחיים בקרבנו אינם בגדר "עובדי עבודה זרה ממש" (הרד"ח, עשה לך רב, עמוד עה). בסוף התשובה מספר הרב הלוי כי בתום הרצאתו שהייתה הבסיס למאמר, הציג בפניו "פרופ' מנחם אלון, שופט בית המשפט העליון, את השאלה עד כמה מחייבת גישת המאירי". הרב הלוי הסביר כי הסברה של המאירי מתיישבת עם דעות שונות, "ולא מצאנו פוסק שחלק עליו בהדיא [במפורש] וניתן לראות בכך הסכמה שבשתיקה" (שם). עולה כי רבנים חשובים שחיו במאה ה-20 הדגישו כי בתקופה זו, עמדת המאירי חייבת להיות מובילה בסוגיה. כך, לא רק משום מעמדו כפוסק אלא משום התוכן של הפסיקה והשערים שיש בה לפתוח, בין היהודי ללא יהודי, כיחידים בתוך חברה.

פיתוח דומה של המונחים ההלכתיים "גר תושב" ו"דרכי שלום" ניתן למצוא אצל הרב יוסף משאש (רב באלג'יר, מרוקו, ולקראת סוף ימיו הרב הראשי של חיפה. נפטר בשנת 1974). בתקופתו כרב בתלמסן שבאלג'יר, קבע כי "אומות שלזמן הזה... מצווה לרפאותן ולהצטער בצערם", תוך ציון הגישה לפיה הציווי "ואהבת לרעך כמוך" מתייחס גם לאהבת מי שאינו יהודי (אוצר המכתבים ב, תתקצב (התשנ"ח)). בתשובתו שם, הוא עוסק במצווה לתרום קרנית של עין ליהודים ולגויים כאחד (וכן ראו מאמרי ניל הנדל "חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998 – השראה ומציאות" מחקרי משפט טז 229, 246, ה"ש 110 (2001)).

ז. דמוקרטיה

18. בבג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' מדינת ישראל (6.8.2017) הצגתי את גישת המשפט העברי כלפי הדמוקרטיה, ובכלל זאת את העמדות של רבני ישראל שחיו במאה הקודמת: הרב משה אביגדור עמיאל, הרב אברהם יצחק הכהן קוק, הרב שאול ישראל, הרב עוזיאל והרב חיים דוד הלוי. המשותף לדעות השונות הוא שההלכה היהודית מכירה ורואה בעין יפה את שיטת הבחירות על ידי העם, והיא מכירה בדמוקרטיה כשיטה יאה למדינת ישראל (שם, פסקאות 8-10 לחוות דעתי). הנימוקים למסקנה זו משתנים מחכם לחכם, אך מוסכם על איכות השיטה הדמוקרטית, אף אם מדובר ב"פנים חדשות" לעומת שיטות השלטון בעבר.

ואם בדמוקרטיה עסקינן, הרי אין ספק כי הדמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב, וכי אין פירושה כי מותר ל-51% של האוכלוסיה לכפות את רצונה על המיעוט יהא רצון זה אשר יהיה. בעע"מ 1207/15 רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק (18.8.2016) ובבג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (1.2.2017) הבהרתי – ואין בכך חידוש – כי דמוקרטיה משמעותה גם הגנה על זכויות המיעוט. נאמר זאת בצורה אחרת: מדינה שאינה מעניקה לאזרחיה שוויון זכויות, חשופה לטענה כי אין היא דמוקרטיה בשל כך. מכאן שההלכה מכירה באיכות השיטה הדמוקרטית, והדעות השונות שהובאו בחוות דעת זו תומכות בכך, גם אם ההנמקה אינה אחידה ונשענת על יסודות שונים. הגישות והדוגמאות שהובאו מדגישות את החובה שבשמירה על זכויות האזרח, בלי קשר לדתו ומוצאו, כפי שנאמר אף במגילת העצמאות.

ראינו אפוא את הקבוצה השלישית של הגישות – כלים הלכתיים חדשים. ההתייחסות היא לעמדת המאירי למי שאינו יהודי, וגישת המשפט העברי כלפי

הדמוקרטיה. רבנים ופוסקי הדור הכירו בשני הכלים כהולמים באופן מיוחד את התקופה של המאה העשרים. ועתה לקבוצה הרביעית של הגישות, שמתמקדת באדם בתור יחיד.

ח. בחזרה לאדם

19. התורה פותחת את ספר בראשית בבריאת העולם. האדם הוא נזר הבריאה וייחוד הנבראים. הוא עומד מעל לכולם. הוא זה שנברא בצלם אלוקים, ככתוב: "ויברא אלוקים את האדם בצלמו, בצלם אלוקים ברא אתו" (בראשית א, כז). הסוד הנגזר מצלם אלוקים הוא הבחירה האישית של האדם: האם לבחור בטוב או ברע. זהו חלק מיצירת האדם שתלוי בו. על פי המסורת, בכך הוא אף עולה על המלאכים, שנעדרים יכולת בחירה או יכולת יצירה.

ראוי לציין בהקשר זה את החידוש היפה של הרב הראשי של אנגליה שנפטר בשנה החולפת, הרב יונתן זקס. בפתח ספר שמות מסופר על מעשיו הרעים של פרעה מלך מצרים, שמשעבד את בני ישראל ומורה על הריגת כל הזכרים. ומי עמד מולו? משה רבינו. וכיצד עשה זאת משה? הרי גם הוא נדון למוות על פי גזירת פרעה? התשובה לכך היא כי בת פרעה שמעה בכי של תינוק שננטש והיה בסכנת חיים, ורחמיה נכמרו עליו. היא אספה אותו אל ביתה וגידלה אותו כבן בית (שמות א; ב, א-י). האב רצה להרוג ובתו הצילה. צא ולמד, "עריצות אינה יכולה לקעקע את האנושיות" (RABBI JONATHAN SACKS, COVENANT & CONVERSATION – A WEEKLY READING OF THE JEWISH BIBLE 28 (2010). התרגום שלי). הלקח הוא כי האדם מחליט, מכוח צלם האל שבו. כך ניתן להבין את הפער הבלתי נמדד בין האב והבת. והנה, הפער נוצר מבחירת היחיד – כל יחיד – ואינו נקבע על פי משפחתו או אומתו. הנפקות לענייננו היא כי כל אדם, יהודי ושאינו יהודי, נברא בצלם. יש להבין כי הוא עומד כיחיד. זוהי המציאות האקזיסטנציאלית של חייו, ללא קשר לדת, גזע, עם, או מגדר.

הרב סולוביצ'יק מדגיש את הקשר בין יצירת האדם בצלם האל ואת כוחו של האדם כיוצר: "אין ספק שהמושג 'צלם אלקים' שבתיאור הראשון בתורה מתייחס אל כשרונו הכריזמטי של האדם היוצר. דמיונו של האדם היוצר לאלוים מתבטא בשאיפתו וביכולתו של האדם להיות יוצר. האדם הראשון שנברא בצלם אלוקים נתברך בתנופה רבתי לפעילות יוצרת ובכוחות כבירים לשם הגשמת מגמה זו" (הרב יוסף דב סולוביצ'יק איש האמונה הבודד 14 (1992). תורגם מהמקור: RABBI JOSHEPH B. SOLOVEITCHIK, (1965) THE LONELY MAN OF FAITH). מעניין זה נגזר כבוד האדם. הרב סולוביצ'יק מבהיר כי כבוד האדם הוא "עניין אוניברסלי, ללא הפליה בין סוגי בני האדם, מוצאם או

מקורם. כבוד האדם הוא דבר שחל על הכל, ובמוסר החברתי היהדותי כלולים כל הבריות שנבראו בצלם אלוקים" (בתוך האדם ועולמו 31 (התשנ"ח)).

השייכות לענייננו היא כי קבוצת מיעוט היא אוסף של יחידים. עולה כי בתפיסה היהודית, היסוד לעמדות שהובאו לעיל, בדבר הצורך לשמור על זכויות אזרחיות של מי שאינו יהודי במדינת ישראל – נשען על ההכרה כי כל אדם נברא בצלם. הדבר חייב לקבל ביטוי גם במניעת הפליה משפטית בין אנשים ביחס לזכויות הפרט.

20. בריאת האדם בצלם מביאה אפוא לשוויון, לרבות שוויון אישי בדין, שמוביל לייחוד ולערך של כל אדם. כדברי המשנה "לפיכך נברא אדם יחידי בעולם. ללמד שכל המאבד נפש אחת מעלין עליו כאילו איבד עולם מלא, וכל המקיים נפש אחת מעלין עליו כאילו קיים עולם מלא" (משנה, סנהדרין ד, יב). ומוסיפה המשנה שם: "ומפני שלום הבריות, שלא יאמר אדם לחברו: אבא גדול מאביך". אדם נברא יחידי, ולפיכך אב אחד לכולנו, על כל המשתמע מכך.

הגם שהתורה מכילה כללי התנהגות רבים, חכמינו נחלקו בשאלה מהו הכלל הגדול ביותר ביהדות:

"ואהבת לרעך כמוך" (ויקרא יט, יח). רבי עקיבא אומר: זה כלל גדול בתורה. בן עזאי אומר: 'זה ספר תולדות אדם' [=ובהמשך נאמר: 'ביום ברוא אלוקים אדם, בדמות אלוקים עשה אותו'] (בראשית ה, א) – זה כלל גדול מזה" (ספרא, קדושים, פרשה ב, פרק ד, אות יב).

וכך ציין השופט מ' אלון ביחס למחלוקת זו "אליבא דרבי עקיבא, הערך העליון ביחסי אדם לאדם הוא אהבת האדם והבריות; ואליבא דבן עזאי – הערך העליון והעדיף הוא שוויון האדם, כאשר כל אדם ואדם נברא בצלם אלוקים" (בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 715, 704 (1992)). וכן ראו שפירא, זכויות אדם והיהדות, עמודים 5-1.

הבחירה בדיבר "זה ספר תולדות האדם" לכלל הגדול ביותר בתורה מדגישה נקודה נוספת. האדם בתור סיפור; חוויה שמתפתחת. כך לגבי היחיד, כך לגבי העם וכך לגבי העולם. האחריות רובצת על היחיד, המדינה והעולם כולו. כאן שבים אנו למודל שבנה הרמב"ם בהלכות תשובה, שהוצג לעיל: אדם, מדינה, עולם. המעגלים אינם נפרדים אלא קשורים אלה לאלה: "צריך כל אדם שיראה עצמו כל השנה כולה כאילו

חציו זכאי וחציו חייב. וכן כל העולם חציו זכאי וחציו חייב. חטא חטא אחד, הרי הכריע את עצמו ואת כל העולם כולו לכף חובה וגרם לו השחתה. עשה מצוה אחת, הרי הכריע את עצמו ואת כל העולם כולו לכף זכות וגרם לו ולהם תשועה והצלה" (משנה תורה, הלכות תשובה ג, ד).

ונסיים בסיפורו של אדם. הרב אהרן ליכטנשטיין, ראש ישיבת "הר עציון" שנפטר לפני כשש שנים, התייחס בהקשר של "צלם אלוקים" לסיפורו של המשורר האנגלי בן המאה ה-17 ג'ון מילטון, שלא היה יהודי: "עמוד התווך של העולם ההומניסטי המערבי-דתי הוא הפסוק: 'כי בצלם אלוקים עשה את אדם'... כשמילטון התעוור הוא התאונן, בתחילת הספר השלישי של Paradise Lost, הוא מבכה את מר גורלו. הוא אינו רואה שקיעה, הוא אינו רואה זריחה, והוא אינו רואה עץ מלבלב. את הרשימה הזאת הוא מסיים בצינון כשיא כל מה שחסר לו: 'human face divine'. זוהי התמצית של דורות של תרבות – הפנים האנושיים האלוקיים" (הרב חיים סכתו מבקשי פניך – שיחות עם הרב אהרן ליכטנשטיין 136 (2011)). וכן ראו אביעד הכהן ואליעזר חרד הומניזם, דמוקרטיה וזכויות אדם במשנתו של הרב אהרן ליכטנשטיין (2016)).

21. בנינו בניין בן ארבע קומות, כדי להציג את עמדת המשפט העברי ביחס לזכויות המיעוט במדינת ישראל. הקומות הוצגו בסדר עולה: המציאות של הקמת המדינה, פיתוח כלים ישנים, הכרה בכלים חדשים, ולבסוף מעמדו של האדם כאדם. הנימוקים הם עשירים ומגוונים, ומובילים יחד לנקודה אחת, והיא שחשיבות השוויון אינה רק עניין של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, אלא גם כמדינה יהודית. מאות שנים ויותר לפני הקמת המדינות הדמוקרטיות הראשונות, דוגמת צרפת וארצות הברית, הדגישו חז"ל עקרונות כגון כבוד האדם וכבוד הבריות, שותפות, אחריות, שוויון, השאיפה לשלום ועוד.

כאמור למעלה, ההלכה היהודית הכירה בלאומים שונים. מכאן, ומן ההיסטוריה של העם היהודי, נולד הרצון לחוקק את חוק יסוד: הלאום. ברם, חשוב להדגיש שאין כל סתירה בין חקיקת חוק כזה ובין הכרה בשוויון זכויות של היחיד, בין היהודי לשאינו יהודי.

22. דין העתירות להידחות. מקובלת עלי עמדת חברתי, הנשיאה, כי ההרמוניה החוקתית ועקרון הפרשנות המקיימת מובילים למסקנה שאין בחוק יסוד: הלאום כדי לגרוע מזכותו של אזרח שאינו יהודי לשוויון זכויות הפרט. ברם, לא אסתיר כי בעיניי חוק היסוד כולל מרכיב של החמצה. החוק נועד להעלות עלי ספר כי מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי. כפי שעולה מן הטיעון בעל פה, אזרחים לא יהודים רבים, גם כאלה שקשרו את גורלם באופן פעיל בגורל מדינת ישראל, בדרך של שירות צבאי, נפגעו מנוסח החוק. דווקא משום שעולה כי לא הייתה כוונה לפגוע, כדאי לשקול את העניין שוב. רוצה לומר, אף שאין עילה להתערבות שיפוטית בחוק היסוד, אין הדבר אומר כי אין מקום שהמחוקק יתקן את החוק מתוך פעולותיו הוא. אין בכך חולשה, אלא להפך. המלצה זו נועדה לאפשר למחוקק לשקף את כוונותיו. התיקון יבטא כי אין סתירה בין מעמדו במדינת ישראל של חוק יסוד: הלאום לחובת המדינה כלפי כלל אזרחיה. כפי שניסיתי להראות בפרק הקודם, לא רק שכך מחייבת הדמוקרטיה, אלא כך גם על פי המשפט העברי. תוצאות התיקון אף יתרמו, בעיניי, לאחדות ושותפות בין חלקים שונים של החברה.

## ש ו פ ט

### השופט נ' סולברג:

1. היטב הסבירה חברתי הנשיאה א' חיות, כי אין מקום להורות על בטלותו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, משום שפרשנותו עולה בקנה אחד עם חוקי-היסוד האחרים ועם העקרונות והערכים המעוגנים בהם. כדברי חברתי – ממקצתם אני מסתייג, למרביתם מסכים – דינן של העתירות להידחות.

### ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד

2. שנות-דור חלפו מאז נדרש בית משפט זה לשאלה האם נתונה לו סמכות להורות על ביטולו של חוק אשר הוראותיו אינן עולות בקנה אחד עם הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? תשובתו החלטית: כן. "נקודת המוצא היא כי יש בחקיקה מידרג נורמטיבי [...] חקיקת משנה, חקיקה ראשית רגילה, חקיקה ראשית חוקתית. [...] שינויים בחקיקה, מבחינת תוכנה וצורתה, ניתן לקיים רק על-ידי פעולה חקיקתית באותו מידרג נורמטיבי או בגבוה ממנו" (רע"א 1908/94 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 320 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי (או שמא כותל המזרח יקרא לה...)). הנשיא (בדימוס) שמגר הסביר שם, כי אין בכוחה של חקיקה ראשית רגילה לסתור את הוראות

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק. הרי לנו מושפלות יסוד משפטיים. במשפט הכללי מזוהה תפיסה זו עם הנס קלזן, אך שורשיה עמוקים. מן המשפט העברי למדנו להבחין בין דרגות שונות של נורמות משפטיות: דברי תנאים גוברים על דברי אמוראים, והללו נעלים על דבריהם של גאונים, ראשונים ואחרונים. מעל הכל – תורה שבכתב, אשר ככלל, אינה ניתנת לסתירה.

3. מכאן לשאלה – מה יהא דינו של חיקוק, אם ימצא סותר דבר-חקיקה אחר המצוי ממעל לו במדרג הנורמטיבי?

תשובה: בית המשפט מוסמך לקבוע את תוצאותיה של אותה סתירה: "האחריות ליישום שלטון החוק מונחת על כתפי הרשות השופטת, אם הנושא מובא להכרעה לפניו בדרכים שנקבעו לכך בחוק. יישום שלטון החוק כולל את השמירה על מערכות הסמכות והמידרג של הנורמות. מכאן, כי אם חקיקת משנה סותרת חוק – בית המשפט מוסמך להעניק תרופה" (פרשת בנק המזרחי, 277). כדברים הללו, השמיע גם פרופ' ברק: "קביעת קיומה של סתירה אמיתית ותוצאותיה היא תפקיד שיפוטי [...] כשם שקיימים בשיטת המשפט אורגנים המוסמכים ליצור את הנורמות המשפטיות, כך קיימים אורגנים המוסמכים לפרשם ולקבוע את תוצאותיה של סתירת אמת ביניהם. אורגנים אלה הם בעיקרם אורגנים שיפוטיים" (אהרן ברק פרשנות במשפט: כך א – תורת הפרשנות הכללית 547-548 (1994)). תוצאה אפשרית במצב של סתירה בין נורמות מדיוטות שונות, הריהי הכרזה על בטלותה של הנורמה הנמוכה; כולה או מקצתה (פרשת בנק המזרחי, 276).

בית המשפט מופקד אפוא על שמירת מעמדן של הנורמות החוקיות השונות, לבל תיפגענה על-ידי דברי-חקיקה המצויים למטה מהן; שלא יאמר אדם 'עולם הפוך דאיתי' (בבלי, בבא בתרא י, ע"ב).

4. אשר למיקומם של חוקי-היסוד במדרג הנורמטיבי, קבע הנשיא שמגר כי לכנסת ישראל, ב'כובעה' כרשות מכוננת, נתונה הסמכות להורות על 'עליונותם הנורמטיבית' ביחס לדברי-החקיקה האחרים היוצאים תחת ידה: "הכנסת נושאת עמה תכנית חוקתית. תכנית זו יוצאת אל הפועל 'פרקים-פרקים'. חוקי היסוד הם התשתית החוקתית של מדינת ישראל. כיום, מכוח עצמם, אין לרוב הוראותיהם עליונות נורמטיבית, אם כי הם 'חוקים חוקתיים' לפי אופיים ותוארם. הכנסת יכולה לקבוע, כבר עכשיו, כי לחלקם או לחלקים שבתוכם תהיה עליונות נורמטיבית" (פרשת בנק המזרחי, 294). ככל שתאפיין הכנסת חוק-יסוד ב'עליונות נורמטיבית', תהא לבית המשפט סמכות להורות על ביטולו של דבר-חקיקה הפוגע בו, אפילו היתה זו חקיקה ראשית. ביטולה של הנורמה 'התחתונה', הריהי קיומה של הפירמדה הנורמטיבית כולה; אם לא כן, ימצאו 'עליונים' למטה ותחתונים למעלה' (בבלי, שם).

5. הנשיא שמגר קבע אפוא כי לא כל חוקי-היסוד נולדו שווים. יש מהם המתאפיינים ב'עליונות נורמטיבית', משום שכך קבעה הכנסת, ופגיעה בהם עשויה להביא לבטלות החוק הפוגע; וישנם גם אחרים. בפרשת בנק המזרחי צויין, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכמוהו גם חוק-יסוד: חופש העיסוק, עוטר באותה 'עליונות נורמטיבית', נוכח מאפיינים שונים שעוגנו בהם: הוראת שריון, פסקת הגבלה, ועוד. לפיכך, קבע הנשיא שמגר, כי פגיעה בהם – יכולה להוביל לבטלותו של החוק הפוגע. יחד עם זאת, מאז דבריו החשובים, נתקבע מעמדם 'העליון' של כלל חוקי-היסוד, ואין ביניהם עוד עליונים ותחתונים (ראו בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקה 8 לחוות הדעת של חברי השופט מ' מזוז (6.8.2017)), (להלן: עניין קוונטינסקי); רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטי של חוקת הכלאיים הישראלית" עיוני משפט לח 501, 520 (2016) (להלן: ווייל), ובהפניות שם; סוזי נבות "הערה על מעמדם הנורמטיבי של חוקי התקציב", המשפט ו 123, 145 (התשס"א)). האומר מעתה – חוקה זו נאה וזו אינה נאה – מאבד הונה של חוקה. משאלו הם פני הדברים, הרי שחוק ראשי הפוגע בכל אחד מחוקי-היסוד, עשוי להיבטל (במאמר מוסגר אציין, כי גם על כך קמו עוררין, בהסתמך על דברי-הכנסת בעת כינונו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, דברים מפורשים על כך שאין כוונה להעניק סמכות לבית המשפט העליון לבטל חוקים, אך אכמ"ל).

6. שבתאי אל דעת הרוב העקרונית של הנשיא שמגר בפרשת בנק המזרחי, כדי להראות כי ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, מתאפשרת אך מכוח הגבלות שהטילה הכנסת, ב'כובעה' כרשות מכוננת על תפקודה ב'כובעה' האחר כרשות מחוקקת (ווייל, 515). 'הרשות המכוננת' העניקה מעמד נורמטיבי רם ונישא לחוקי-היסוד, ולגבי חלקם אף הוסיפה וקבעה הוראות המגבילות את אפשרות הפגיעה בהם, כמו גם הוראות המקשות על שינויים. כך נעשה גם בסעיף 11 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שבגדרו נקבעה הוראת 'נוקשות', המתנה את שינויו "בחוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת".

7. יסודה של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, נסמכת אפוא על מדרג נורמטיבי, על קיומן של נורמות גבוהות מתברותיהן. כדברים האלה השמיע פרופ' ברק: "בית המשפט ממלא את תפקידו הקלאסי. הוא מפרש את הנורמה העליונה של הכנסת – את חוקי היסוד, הוא מפרש את החוק הרגיל והוא קובע אם יש סתירה ביניהם. כאשר הוא מכיר בסתירה זו, הוא נותן תוקף לנורמה העליונה של הכנסת – לחוק היסוד [...] הנה כי כן, בראש הפירמידה הנורמטיבית ניצבת הכנסת כרשות מכוננת. היא פועלת מעל הכנסת כרשות מחוקקת. תפקידו של השופט הינו לפרש הוראות הכנסת כרשות מכוננת ומחוקקת, ולקבוע

האם הן מתיישבות זו עם זו" (אהרון ברק מבחר כתבים ד' – על בית המשפט ושופטיו, עמודים 71-72 (2017)). דברים דומים כתב לאחרונה פרופ' מאוטנר: "נורמות המשפט מאורגנות ב'מדרג נורמטיבי' שבו אין ביכולתה של נורמה נמוכה לסתור את הנורמות של נורמה גבוהה ממנה. על פי השופט שמגר, במשפט הישראלי מוכר מדרג שבראשו חוקי היסוד, מתחתיהם חוקי הכנסת, ומתחתיהם חקיקת משנה (תקנות וצווים). בחקיקתם של שני חוקי היסוד של 1992 פעלה הכנסת ברמת חוקי היסוד, וקבעה שחקיקה נמוכה יותר במדרג אינה יכולה לסתור את הנורמות שלהם" (מנחם מאוטנר, הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו 119 (2019)).

8. ודוק. בקובעה כי ביקורת שיפוטית חוקתית נסמכת על קיומו של מדרג נורמטיבי, דחתה דעת הרוב בפרשת בנק המזרחי את גישתו של השופט (כתוארו אז) חשין – 'דמוקרטיה של דרגה אחת' – "המכירה בחשיבות הביקורת השיפוטית באופן שאינו תלוי בתוכן חוקתי של טקסט כזה או אחר" (יואב דותן "חוקה למדינת ישראל?" משפטים כז 149, 165 (תשנ"ז)). לפי גישתו – "ההתערבות השיפוטית צריכה להיעשות על סמך הערכה בלתי-אמצעית של ההתאמה בין תהליכים חברתיים ופעולות פוליטיות, ובין אוסף בלתי-מוגדר של ערכים" (שם, 178). גישה חוקתית זו, נותרה כאמור במיעוט בפרשת בנק המזרחי, ועל פניה הועדפה 'דמוקרטיה של שתי דרגות'. התפיסה שאומצה מאפשרת ביקורת שיפוטית, רק כל אימת שתימצא סתירה בין נורמות מדרגות שונות. אמור מעתה, כי המבקש להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי-היסוד גופם, נדרש להוכיח קיומן של נורמות חוקתיות המצויות גבוה מעל גבוה, ממעל לחוקי-היסוד. ברם, משפטנו אינו מכיר נורמה הניצבת ממעל לחוקי-היסוד; לא במפורש, גם לא במשתמע.

9. הזכות החוקתית לשוויון, שבה תולים העותרים את עיקר יחבם, לבטח אינה ניצבת ממעל לחוקי-היסוד האחרים. להווי ידוע, כי הזכות לשוויון אינה זכות-יסוד עצמאית במשפטנו, אלא זכות-בת אשר יונקת את חיותה, את כוחה ואת היקפה, מהזכות לכבוד המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ההיסטוריה החקיקתית מלמדת, כי זכות השוויון הושמטה במפגיע מחוקי-היסוד, בכוונת מכוון, מחמת הקושי להגיע להסכמה רחבה, כיאה לחקיקתם של חוקי-יסוד. סוגיית השוויון היתה אבן-נגף פוליטית בפני חקיקת חוקי-היסוד שעניינם בזכויות האדם, בין היתר על רקע המתיחות שבין עיקרון זה לבין הסדרים המבפרים את אופייה היהודי של המדינה (לעיון בהיסטוריה החקיקתית ובמשמעויותיה ראו: אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה 339 (2000); 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) (להלן: קרפ); ראו גם פסקה 45 לחוות דעתה

של חברתי הנשיאה). הזכות לשוויון הוכרה אפוא כזכות-בת בלבד; לא כזכות יסוד עצמאית.

10. עובדת היות הזכות לשוויון, זכות-בת נגזרת, משליכה מיניה וביה על אופיה של הזכות, ועל היקפה; תולדותיהן כיוצא בהן. כפועל יוצא, זוכה הזכות לשוויון להגנה חוקתית, רק בעטיו של קשר ענייני הדוק לזכות האדם של כבוד האדם, ולא כל אימת שניתן יחס שונה לאנשים שונים (בג"ץ 2293/17 גרסגהר נ' כנסת ישראל, פסקה 36 לחוות דעתי (23.4.2020); אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 697 (2014)). פגיעה בשוויון היא רק כזו הפוגעת בכבודו של אדם, או בליבת האוטונומיה שלו, וזאת להבדיל מפגיעה ב'שוויון המינהלי' (ראו: ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 293 (2016)); הארכת בדברים על השוויון במשפטנו בפסק הדין שניתן היום בבג"ץ 3390/16 עדאלה נ' הכנסת בפסקה 71 ואילך (להלן: ענין עדאלה)). הנה כי כן, הזכות החוקתית לשוויון חשובה, נכבדה, נגזרת מכבוד האדם, אך לבטח איננה זכות חוקתית חובקת כל, בעלת 'מעמד על', המתנוססת למעלה מן הזכויות וחוקי-היסוד האחרים. כוחה מוגבל, היקפה מתוחם. גם לא שמענו על קיומם של 'ערכים נצחיים' המופרים כבעלי תוקף במשפטנו, כמו גם על עקרונות וערכים אחרים העומדים בבסיס שיטת המשפט בישראל, וניצבים ממעל לחוקי-היסוד. מקובלות עלי טענות באי-כוח הממשלה והכנסת, כי כל ניסיון מצד בית המשפט לתור אחר אותם 'ערכים נשגבים', כמוהו כלבוא בנעלי הרשות המכוננת; כזאת לא יעשה.

11. מן האמור עד כה למדנו, כי סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית, ולהעביר תחת שבט הביקורת את חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, מכוחה של זכות-בת, היא הזכות לשוויון, או בעטיים של עקרונות יסוד אחרים – אי. אמנם כן, יתכן כי לעתיד לבוא ימצאו אי-אלו מקרים שבהם יראו חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, והזכות לשוויון כמי שנוגעים זה בזה, כמלוא נימה, אולי אף למעלה מכך. במצב דברים זה, תוצאת המתח שבין שני חוקי-היסוד – חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – אינה בטלות של מי מהם, כי אם פרשנות המצריכה איזון ומיצוע. אך לא לשם כך התכנסנו. טענות לסתירות 'על פני החוק' נטענו לפנינו; לא קשיי 'שום בעולם המעשה, מפאת התנגשותם של מספר חוקי-יסוד. הריב טרם נתגלע, הפגיעה טרם התבהרה, וכלל נקוט בידינו: "וְלִפְנֵי הַתְּגַלֵּעַ הָרִיב נְטוּשׁ" (משלי יז, יד).

12. אשר לניסיון להחיל בענייננו את דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי, אעיר, כי גם אם יהיה מקום לאמצה במשפטנו ביום מן הימים, הרי שלבטח לא היה מקום להחילה על מקרים דוגמת העניין דנן. צודקת באת-כוח הכנסת בדבריה אלו: "חוק-יסוד:

הלאום איננו 'תיקון חוקתי', זאת משום שהוא אינו 'מתקן' רכיב קיים בחוקה. חוק-יסוד: הלאום הוא בגדר פרק נוסף במלאכת הרכבתה של חוקה ישראלית שלמה" (פסקה 159). חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, אכן אינו מתקן ולא משנה רכיב קיים בחוקה; הוא מכונן רכיב מרכזי שטרם כונן עד כה. חבלי-הלידה של החוקה בישראל – קשים, והיא באה לעולם פרקים-פרקים. המכונן החל את מלאכתו בחוקי-יסוד מוסדיים, ובכינונה של מגילת זכויות. עתה בחר להסדיר פרק נוסף העוסק בזהותה ובצביונה של המדינה. לא ניתן לראותו כ'תיקון' בעלמא. סבורני אפוא, כי גם אם ניתן להעלות על הדעת אפשרות של קבלת דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי, הרי שלבטח אין להחילה על בריאה חוקתית חדשה.

13. יתר על כן: כל עוד לא הושלמה החוקה, לא יכול כלל וכלל להיות תיקון חוקתי. דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי מיוסדת על כך, שהסמכות ליצור חוקה, נבדלת מן הסמכות לתקנה. "הסמכות המכוננת הראשונית שואבת את כוחה מהריבון – העם; הסמכות המכוננת המשנית שואבת את כוחה מהסמכות המכוננת הראשונית". נוכח האמור, הרי ש"השימוש בסמכות התיקון של החוקה אינו יכול להביא לביטולה, או לכינון חוקה חדשה, או לשינוי במבנה הבסיסי של החוקה" (אהרן ברק "הכנסת כרשות מכוננת ושאלת התיקון החוקתי שאינו חוקתי" 32 <https://ssrn.com/abstract=3808990> (8.4.2021)). החוקה בישראל – לא הושלמה; סמכותה הראשונית של הכנסת להעמיד חוקה – נותרה אפוא על מכונה. לפיכך, גם בעת שהכנסת מתקנת חוק-יסוד קיים, היא אינה פועלת מכוח הסמכות 'לתקן חוקה', אלא מכוח סמכותה הראשונית לכוננה: "כשאנו אומרים כי מפעל חוקי היסוד נמשך, אנו אומרים כי ביסודו מצויה אספה מכוננת ראשית שקיומה הפעיל נמשך. היא לא נעלמת בין כינון חוק-יסוד אחד למשנהו. על כן, יהא מקום לדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי במשפט החוקתי הישראלי רק עם סיום מפעל חוקי היסוד וכינונה המלא של חוקה בישראל" (שם, עמוד 33). הנה כי כן, גם מן הטעם הזה, יש לדחות את הטענות המועלות מכוחה של דוקטרינת 'התיקון החוקתי הבלתי-חוקתי' (נדרשתי בהרחבה למגרעותיה של דוקטרינה זו בפסק דיני בבג"ץ 2905/20 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פסקאות 33-35 (יפורסם בקרוב)).

על שינוי בהיקף הזכות החוקתית לשוויון

14. משהגעתי לכלל מסקנה, כי לא ניתנה בידינו סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על חוק-יסוד, שהוא פרק חדש בחוקה המתהווה פרקים-פרקים; ומשהפתרון למצבי-התנגשות בין ערכים וזכויות ברמה התת-חוקתית, במקרים פרטניים, עתיד להימצא על-פי אמות המידה המעוגנות בחקיקת-היסוד ומיושמות בפסיקה (ראו פסקה 49 בחוות דעתה של חברתי הנשיאה) – הרי זה סוף פסוק וניתן לסיים כאן. אלא שאינני יכול להתעלם מן העובדה, שגם לגופם של דברים אין יסוד לעתירות שלפנינו, שכן חקיקתו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, לא הביאה לשינוי ממשי בהיקפה של הזכות לשוויון. בפרשה אחרת, התייחסתי לכך שבנסיבות שבהן נותר היקף הזכות החוקתית כבראשונה, קודם שתוקן חוק-היסוד החדש, מתייחר הצורך לעבור מן הפרוזדור לטרקלין, ולהמשיך לבחון אם נפגעה זכות חוקתית באופן מידתי, אם לאו (בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.5.2018)); פסקה 88 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה). הזכות לשוויון, כמו גם זכויות וערכים חוקתיים אחרים, אוזנה משחר כינונה אל מול ערכים חוקתיים אחרים, עוצבה על-ידם, והוצרה מכוחם. היקפה של הזכות לשוויון הריהו רחב, אך אינו חובק-כל. בכלל אותם ערכים חוקתיים אשר דרו בכפיפה אחת עם הזכות לשוויון מקדם, ניצב המעמד הקונסטיטוציוני שניתן לערכיה היהודיים של מדינת ישראל.

מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

15. מעמדם החוקתי העל-חוקי של ערכיה היהודיים של מדינת ישראל, אינו חדש עמנו, ואינו תולדה של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי מעת כינונו. מעמדם עוגן עוד קודם לכן, בימים עברו; הן במסגרת מגילת זכויות האדם, הן במסגרת חוקי-היסוד המוסדיים.

16. בסעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – סעיף המטרה – נקבע: "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". אותה לשון נקט המכונן בסעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. הנה כי כן, כבר בעת שעיגנה הרשות המכוננת את מגילת זכויות האדם בחקיקת-היסוד, ראתה להבהיר, כי הללו נועדו לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. גם בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן ביטוי לערכיה 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". כך נקבע גם בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: חופש העיסוק. הא למדנו, כי לא רק אופייה וצביונה של הזכות החוקתית מושפעים מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; גם הפגיעה בה מותנית בכך שתהא למטרה

ההולמת אותם ערכים. עמד על כך המשנה לנשיא מ' אֶלון: "תנאי קודם למעשה הפגיעה בזכויות היסוד של כבוד האדם וחירותו הוא אפוא, שפגיעה זו תעלה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל; על טיבם של ערכים אלה אנו למדים מהסעיף הראשון של חוק היסוד האמור, הוא סעיף המטרה, היינו, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 104-105 (1994), (להלן: עניין שפר)). התניית הפגיעה בחוק-היסוד בכך שתעלה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מלמדת לשיטת פרופ' אֶלון על הקפדת המחוקק לפרש את חוק-היסוד בהתאם למטרה הדו-ערכית: יהודית ודמוקרטית (מנחם אֶלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז 659, 665); (להלן: אלון – דרך חוק בחוקה)).

17. גם בחקיקת-היסוד המוסדית – סעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת – ניתן ביטוי למעמדה החוקתי של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: "רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לרבות בהתבטאויותיו, לפי הענין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה: (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית [...]". הזכות להיבחר, זכות חוקתית יסודית, נסוגה אפוא מפני ערך חוקתי אחר – היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית. אדם הרוצה לשמש נבחר ציבור בכנסת ישראל, אינו רשאי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

18. הנה כי כן, המושג מדינה יהודית כערך חוקתי, קנה לו שביטה הרבה קודם הורתו ולידתו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. אשר לתחומי השתרעותו של הערך החוקתי – מדינה יהודית – נחלקו הדעות עוד בימים קדמונים, הרבה לפני חקיקתו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. היו שגרסו כי הערך החוקתי – מדינה יהודית – מצטמצם אך לתחומי חוקי-היסוד המסויימים שבהם הוזכר; לעומתם סברו אחרים, כי משעוגן הערך החוקתי – מדינה יהודית – הרי שקנה לו מעמד חוקתי עצמאי, ומצודתו פרושה על כל דבר חקיקה. המשנה לנשיא מ' אֶלון, צידד בגישה האחרונה, שלפיה המעמד החוקתי של מדינה יהודית, אינו תחום אך להקשרם של חוקי-היסוד שבהם הוזכר: "עיון זה בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ובדרכה של מטרה שלובת ערכים זו, חשיבות רבה נודעת לו. זכויות היסוד, ההוראות והכללים המצויים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא ללמד על עצמם בלבד יצאו אלא על כלל המערכת המשפטית בישראל יצאו, שהרי מהווים הם את ערכי היסוד של השיטה המשפטית בישראל, על כל המשתמע מכך. לרגל מעמדו וחשיבותו החוקתיים של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוראותיו של חוק זה אינן רק בבחינת ערכי היסוד של השיטה המשפטית בישראל, אלא מהוות הן את תשתית היסוד של מערכת המשפט בישראל, ומתוך כך יתפרשו חוקיה

ודיניה של מערכת זו על-פי מטרתו האמורה של חוק-יסוד זה, היינו לפי ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" (עניין שפר, 105). זו היתה גם עמדתה של יהודית קרפ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה: "המטרה, כפי שהצהיר עליה המחוקק אינה 'להגן על כבוד האדם וחירותו' סתם, אלא להגן כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של המדינה [...] סעיף 1 לחוק-היסוד יש לו, כך נראה, חיות משל עצמו, וכוחו נמשך והולך מכוח אמירתו המפורשת של המחוקק גם מעבר לתחומיה של ההגנה על כבוד האדם וחירותו, גם מעבר לתחומיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אל מרחב כלל ערכיה הדמוקרטיים והיהודיים של המדינה" (קרפ, 347). לעומתם גרס פרופ' ברק, כי במרכזו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו "עומדת ההגנה על כבוד האדם וחירותו, והעיגון של ערכי המדינה קשור להגנה זו ונגזר ממנה" (אהרן ברק פרשנות במשפט: כרך ג – פרשנות חוקתית 327 (1995) (להלן: ברק – פרשנות חוקתית)). לשיטתו, ערכי המדינה היהודית, כערכים חוקתיים, אינם משתרעים אל מעבר לחוקי-היסוד שבהם נתפרשו; אין לך בו אלא חידושו.

19. משבא לעולם חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שוב איננו נדרשים להכניס ראשנו בין הרים, ולהכריע במחלוקת הנ"ל שניטשה בין שופטים ומלומדים. עתה, אין עוד ספק כי ל'מדינה היהודית' מעמד חוקתי עצמאי, אשר אינו מצטמצם לדל"ת אמותיו של חוק-יסוד כזה או אחר. בעניין שעל הפרק, גם איננו נזקקים להכרעה במחלוקת הזו. במוקד הדיון ניצבת שאלת היקפה של הזכות החוקתית לשוויון, כשאינן עוררין על כך שמטרתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א); וזאת עוד בטרם נחקק חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. הזכות החוקתית לשוויון, והערך החוקתי של המדינה היהודית, הגיחו למשפטנו כשהם שלובים ושזורים זו בזו. בעת שרטוט היקפה של הזכות החוקתית לשוויון, מוכרחים אנו להתחשב בערכיה היהודיים של מדינת ישראל.

20. מדינת יהודית כערך חוקתי שוכנת אפוא אחר כבוד בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על נגזרותיו, משחר כינונו. ברם, אין די בעובדה זו, כדי להוכיח שחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, לא הצר את היקפה של הזכות החוקתית לשוויון. על מנת לבסס מסקנה זו, שומה עלינו להראות, כי האיזון שבין זכות היסוד לשוויון, לבין ערכה החוקתי של המדינה היהודית – לא נשתנה עם חקיקתו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. לשם כך, עלינו לבחון תחילה, מה נכלל בערך החוקתי של מדינה יהודית, קודם לחקיקתו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ובאיזה אופן השפיע הדבר על הזכות החוקתית לשוויון. לאחר מכן, נבחן אם בחקיקתו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הוצרו מידותיה של

הזכות החוקתית לשוויון, האם נסוגו מפני ערכי המדינה היהודית, או שמא נותרו כשהיו בראשונה.

מדינה יהודית כערך חוקתי

21. מה נכלל בתחילה, עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בערך החוקתי של מדינה יהודית? סמוך לאחר כניסתם לתוקף של חוקי-היסוד שנחקקו בראשית שנות ה-90 – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – נשתברו קולמוסים רבים בניסיון להשיב על שאלה זו; המשימה היתה קשה, והגדרות שונות הוצעו. בשל הקושי להצביע על הגדרה מדויקת וכוללת למדינה היהודית, התייחס הנשיא ברק למאפיינים 'הגרעיניים', המינימאליים, אשר מעצבים אותה: "מה הם אפוא המאפיינים הגרעיניים המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית? מאפיינים אלה הם בעלי היבט ציוני ומורשתי גם יחד. במרכזם עומדת זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, שהיהודים יהוו בה רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה, ועיקר חגיה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית" (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' אחמד טיבי, פ"ד נז(4) 1, 22 (2003), (להלן: עניין טיבי)).

22. הנשיא ברק התייחס למישורים המרכיבים את המדינה היהודית: האחד – ציוני; השני – מורשתי. בין ההיבטים הציוניים התייחס הנשיא ברק בראש ובראשונה לקיומו של רוב יהודי, ולזכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל. בכלל הרכיב המורשתי הוזכרה השפה העברית, וצוינו גם חגיו וסמליו של העם היהודי. במקום אחר הרחיב פרופ' ברק ביחס לרכיב הציוני, ואמר כי "מדינה יהודית" היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה ובמושבותיה היא בראש דאגותיה, וכי אחת ממטרותיה "להוות פתרון בעיית העם היהודי מחוסר המולדת והעצמאות על ידי חידוש המדינה היהודית בארץ ישראל". בהתייחסו לרכיב המורשתי הוסיף ואמר, כי "מדינה יהודית" היא 'הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל', 'מדינה יהודית' היא מדינה שערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל הם ערכיה. 'מדינה יהודית' היא מדינה שערכיה שאובים גם ממסורתה הדתית, שהתנ"ך הוא הבסיסי שבספריה ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה. 'מדינה יהודית' היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב. 'מדינה יהודית' היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות, וערכיה של ההלכה היהודית הם חלק מערכיה הבסיסיים" (אהרן ברק "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט כד 9, 10 (2000)).

23. המושג החוקתי מדינה יהודית, לא נתפרש אפוא כמתייחס אך למדינה אשר רוב יושביה – יהודים. מדינה יהודית גם אינה מצטמצמת להיותה מדינת הלאום היהודי, אשר מאווייה מסתכמים ב'שיבת ציון'. באומרנו כי מדינת ישראל היא מדינה יהודית, מכוונים

אנו גם לתכנים מורשתיים, תרבותיים, ציוניים, וסמליים של העם היהודי לדורותיו. כדברים האלה, השמיע חברי השופט הנדל: "לתפיסתי לא יהא זה נכון לפרש את המונח 'מדינה יהודית' כמבחן של זכותו של העם היהודי לקיום לאומי בלבד [...] המונח 'יהודית' אינו עניין של גיאוגרפיה בלבד, אלא גם של הסטוריה. יש לסמלי המדינה משקל בהגדרה הבסיסית של המדינה. כך אף ביחס למדינות אחרות. [...] גם הפסיקה אימצה גישה זו בעבר [...] נראה שהפרשנות הכוללת גם תכנים 'פנימיים' למונח 'יהודית' מדויקת יותר" (א"ב 1806/19 ח"כ ליברמן נ' ד"ר עופר כסיף, פסקה 8 (18.7.2019)). גם פרופ' גביזון המנוחה סברה, כי המדינה היהודית אינה 'רק' מדינה שבה 'רוב יהודי'. לדבריה, מעידים על כך "לא רק חוק השבות, אלא גם סמלי המדינה, הימנונה ומטרות החינוך הממלכתי שלה. אם רוצים לומר משהו רלוונטי למציאות בישראל היום, הבחירה האמיתית הינה איפוא בין ישראל כמדינת-לאום לעם היהודי לבין ישראל כמדינה הפועלת לפי ציווי הדת היהודית. בשני המקרים, רוב יהודי בארץ ונסיונות להנצחתו הם כלי להשגת היהודיות המהותית" (רות גביזון "מדינה יהודית ודמוקרטיה: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט (3) 631, 645 (1995)).

24. הדברים לא נותרו בגדר תיאוריה מופשטת או ויכוח אקדמי. בעניין טיבי פסק הנשיא ברק, כי רשימת מועמדים אשר תשים לה למטרה להפוך את מדינת ישראל, למדינת 'כל אזרחיה', במובן המבקש "לפגוע ברציונל המונח ביסוד הקמת המדינה ובכך לשלול את אופיה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, כי אז יש בכך כדי לפגוע במאפיינים הגרעיניים והמינימליים המאפיינים את מדינת ישראל כמדינה יהודית", והרשימה תיפסל (עמוד 23).

#### הכרזת העצמאות

25. שאלה נוספת הקשורה בטבורה לשאלת מעמדה החוקתי של המדינה היהודית, נוגעת למעמדה החוקתי של הכרזת העצמאות. בסעיפי עקרונות היסוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובחוק-יסוד: חופש העיסוק נקבע, כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". גם בהקשר הזה נתעוררה שאלה, אם הסעיפים הללו מעניקים מעמד חוקתי עצמאי להכרזת העצמאות. יש שגרסו, כי עם כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכתה הכרזת העצמאות כולה למעמד חוקתי על-חוקי (בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441 (1994); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 768 (2005)). על פני הדברים דומה כי דעה זו לא נתקבלה, והועדף על פניה 'מודל פרשני' שלפיו תשמך הכרזת העצמאות מקור השראתי שבאמצעותו נוכל "לפרש, לעצב, לתחום ולהעניק תוכן מהותי לזכויות היסוד שעוגנו בחוקי-היסוד" (אליקים רובינשטיין ונעם סולברג "הכרזת

העצמאות של מדינת ישראל: אחרי בלוחה (כמעט) היתה לה עדנה" נתיבי משפט וממשל: סוגיות במשפט הציבורי בישראל 179, 187 (2003)). בעבר הבענו דעתנו – אליקים רובינשטיין ואנוכי – כי ראוי לאמץ את המודל הפרשני בתורת 'מודל פרשני-מרחיב'; היינו – לפרש, ככל הניתן, את הערכים המעוגנים בהכרזת העצמאות כולה (ולא רק בחלקה האופרטיבי), ככאלה שנכללים בערכי-היסוד שכונו במסגרת החוקתית המפורשת של חוקי-היסוד (שם, בעמוד 188).

26. כמקור פרשני, עשויה הכרזת העצמאות, בראש ובראשונה, לסייע בעדנו בפרשנות הרכיבים הנכללים בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (קדפ, 348-349). אכן, בחלקה השלישי – החלק האופרטיבי – מעמידה אותנו הכרזת העצמאות על כמה מן היסודות הבסיסיים הכלולים בזהות היהודית: "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות. מדינת ישראל תהא מוכנה לשתף פעולה עם המוסדות והנציגים של האומות המאוחדות בהגשמת החלטת העצרת מיום 29 בנובמבר 1947 ותפעל להקמת האחדות הכלכלית של ארץ-ישראל בשלמותה". חלק מן היסודות המוזכרים בהכרזה מתייחסים לביסוס היישוב היהודי בארץ ישראל, לעליה יהודית וקיבוץ גלויות; חלקה האחר מתייחס לערכים אשר ניתנו לנו במורשה במהלך הדורות: חירות, צדק ושלום, פיתוח הארץ לטובת כל תושביה, שוויון זכויות לכלל אזרחיה, חופש דת ומצפון, ועוד.

27. לצד זאת, כאמור, גם מחלקיה הנוספים של הכרזת העצמאות נוכל ללמוד על אופיה של המדינה היהודית. כך למשל סבר פרופ' שוחטמן, כי ניתן ללמוד מחלקה ההיסטורית של הכרזת העצמאות גם על זכותו הריבונית של העם היהודי על ארץ ישראל: "אחד העקרונות החשובים שבהכרזת העצמאות – אם לא החשוב שבהם – הוא זכותו של העם היהודי על ארץ-ישראל במובן זכותו להקים בה מחדש את מדינתו. למעשה זוהי התשתית לריבונותנו על הארץ. ההכרזה פותחת בקשר ההיסטורי של העם היהודי וארצו ומציינת את העובדה שקשר זה לא נזנח מעולם". מכאן מסקנתו, כי "יש לכבד את זכויות-היסוד של האדם הקבועות בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו (כמו גם בחוק-יסוד: חופש העיסוק), ברוח עקרונות אלה" (אליאב שוחטמן "הכרזת העצמאות כמקור לזכויותיו הלאומיות של העם היהודי" משפט וממשל ה' 427, 428 (התש"ס)).

28. הנה כי כן, שלל ביטויים מפורשים למעמדה החוקתי של המדינה היהודית; חלקם דקלרטיביים, חלקם גם מעשיים: רוב יהודי, שפה, סמלים, מורשת, שוויון זכויות אזרחי,

תרבות, התיישבות, משפט עברי וריבונות. הללו יונקים את כוחם מפרשנות הדיבר מדינה יהודית, בחוקי-היסוד השונים שבהם הוזכר; ומהשראת הכרזת העצמאות שהוזכרה גם היא במסגרת מגילת הזכויות החוקתית. על מעמדה החוקתי של המדינה היהודית, נוכל ללמוד גם מדברי-חקיקה נוספים הקיימים עמנו, הגם שאינם זוכים למעמד חוקתי על-חוקי: "יתכן, שבקביעת היקפה של זכות חוקתית, ניתן להתחשב בדין הקיים כנתון מבין מכלול הנתונים, שיש בהם כדי ללמד על מהותן של תפיסות חברתיות מקובלות, וככאלה הן עשויות להשפיע על היקף הזכות" (דברי הנשיא א' גרוניס בבג"ץ 3752/10 רובינשטיין נ' הכנסת, פ"ד סז(2) 155, 379 (2014) (להלן: עניין רובינשטיין)). בכלל חקיקה זו, ניתן לציין את חוק השבות, התש"י-1950; חוק קרן קיימת לישראל, התשי"ד-1953; חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, התשי"ג-1952; חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980; והרשימה ארוכה מלהכיל (ראו פסקה 22 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה). התיישבות, שבות, מורשת יהודית, באים לידי ביטוי בדברי-חקיקה רבים ומגוונים; פעמים במישרין, פעמים בעקיפין; פעמים מלוא התוכן נשאב מן המורשת היהודית; לעיתים פניני-לשון, כותרות וניסוח בלבד. אכן, צדק הנשיא גרוניס בקובעו, כי קיים קושי רב "לראות הוראות בדין ברמה תת-חוקתית, כמורות במדויק על היקפה של הזכות החוקתית" (רובינשטיין, 379), אך ללא ספק בכוחן להצביע על הרוח הנושבת.

שוויון זכויות לכל אזרחי הארץ

29. בכלל רכיבי המדינה היהודית, כאמור, שוויון זכויות לכל אזרחי הארץ, יהודים ושאינם. שוויון זכויות למיעוטים זכה לביטוי מפורש ומפורט בהכרזת העצמאות: פיתוח הארץ לכל יושביה, חופש דת, לשון ותרבות, ועוד. שוויון זכויות לכל יושבי הארץ הוא ערך יהודי בשני מובנים: בלקח ההיסטורי של עמנו אשר סבל בשנות הגלות הממושכות מפגיעות, השפלות, מסעות צלב, והאימה מכל – שואת יהודי אירופה; לנוראותיה ניתן ביטוי רחב בהכרזת העצמאות. קבלה גמורה קיבלנו על עצמנו, במגילת העצמאות, לנהוג עם המיעוטים החיים בקרבנו באופן שונה מן הדרך שבה נהגו עמנו: להעניק להם שוויון זכויות, לאפשר להם לדבר בלשון עמם, ללבוש את מלבושיהם, ולהחזיק בדתייהם. ברם, לא רק לקחי ההיסטוריה היהודית, העמידונו על הצורך להתייחס אל המיעוטים החיים עמנו בכבוד; המורשת היהודית תובעת זאת מעמנו, והרי זה ערך מובנה, בסיסי, ראשוני, עוד מימי בראשית.

30. **כפרשת בראשית מתארת התורה את בריאתו של אדם הראשון:** "זָה סֵפֶר תּוֹלְדוֹת אָדָם: בְּיוֹם בְּרָא אֱלֹהִים אָדָם, בְּדִמּוּת אֱלֹהִים, עָשָׂה אֹתוֹ" (בראשית ה, א). אדם הראשון נוצר בדמותו של הא-ל; אך לא רק הוא, גם בני האדם הבאים אחריו: שֵׁפָרָה דָם הָאָדָם, בְּאָדָם דָּמוֹ יִשְׁפָּר; כִּי בְצַלְמֵ אֱלֹהִים, עָשָׂה אֶת-הָאָדָם" (שם ט, ו). בני האדם כולם נבראו בצלם א-לוהים, ולפיכך המקפח חייו של זולתו, אינו פוגע רק בזולת כי אם בא-ל עצמו. בריאת האדם בצלם, הריהי יסוד חשוב במשנתם של חז"ל: "הוא היה אומר, חביב אדם שנברא בצלם. חיבה יתרה נודעת לו שנברא בצלם, שנאמר (בראשית ט), כי בצלם א-להים עשה את האדם" (משנה, אבות ג, יד). חביבות זו אינה שמורה לבני העם היהודי לבדם; היא מנת חלקם של כל בני האדם. כל בני האנוש נבראו בצלמו של הא-ל, ועל כן חיבה יתרה נודעת להם. בתלמוד הירושלמי נחלקו תנאים – רבי עקיבא ובן עזאי – בשאלה, איזהו הערך המוסרי הזוכה לבכורה על-פי תפיסת התורה: "ואהבת לרעך כמוך; רבי עקיבא אומר: זהו כלל גדול בתורה. בן עזאי אומר: זה ספר תולדות אדם, זה כלל גדול מזה" (ירושלמי, נדרים ט, ד). בעוד שרבי עקיבא מתמקד בחובה לכבד את הרע, להעניק יחס מכבד לאדם מישראל, סבור בן עזאי כי החובה האוניברסאלית לכבד כל אדם – יהודי ואינו יהודי – ניצבת למעלה מכך: "רבי עקיבא מצטט את הפסוק 'ואהבת לרעך כמוך' מתוך פרשת קדושים בספר ויקרא. הציווי לאהבת הרע בפסוק זה מוגבל לקהילה המקודשת של שומרי המצוות [...] כנגדו מפנה בן עזאי את תשומת הלב לקיומה של מחויבות אחרת כלפי הזולת, זו הכלל אנושית שמקורה בבריאת האדם בספר בראשית. תפיסתו של בן עזאי, המיוסדת על הפסוק 'זה ספר תולדות אדם', מתאימה לתודעת צלם אלוהים [...]. הסולידריות הכלל-אנושית רחבה ומקיפה יותר מזו הפנימי-ישראלית, ולכן בן עזאי קובע כי 'זה כלל גדול מזה'" (יהודה ברנדס יהדות וזכויות אדם: בין צלם אלוהים לגוי קדוש 204 (2013)).

31. **בפירושו לפסוק "וְגַר לֹא-תוֹנֶה וְלֹא תִלְחָצֶנּוּ כִּי גֵרִים הָיִיתֶם בְּאֶרֶץ מִצְרַיִם" (שמות כב, כ) אומר הרש"ר הירש:** "כבוד האדם והאזרח וזכויות האדם והאזרח אינם תלויים בייחוסו ובמולדתו וברכוש, ולא בשום דבר חיצוני ומקרי, שאינו מפנימיות מהותו העיקרית של האדם, אלא הם תלויים אך ורק בערכה הרוחני-המוסרי של אישיות האדם. והטעם המיוחד – כי גרים הייתם בארץ מצרים – בא לשמור על הכלל הזה מכל פגיעה ... כל אסונכם במצרים היה זה, שהייתם גרים שם, ובתור שכאלה לא הייתם זכאים, לפי השקפת העמים, לאומה, למולדת, לקיום, ומותר היה לעשות בכם ככל העולה על רוחם. בתור גרים הייתם משוללי זכויות במצרים, וזה היה שורש העבדות והעינוי שהוטל עליכם. על כן הישמרו לכם – זה לשון האזהרה – פן תעמידו את זכויות האדם במדינתכם על יסוד אחר מאשר האנושיות הטהורה, שהיא שוכנת בלב כל אדם באשר הוא אדם. כל קיפוח של זכויות האדם יפתח שער לשרירות ולהתעללות באדם – הוא שורש כל תועבת מצרים". על יחסה של היהדות לאדם שאינו משתייך לעם היהודי – בן-נח – עמד הרב אהרן ליכטנשטיין זצ"ל: "על בן-נח חלים כל אותם נתונים ותכונות, שחכמי המוסר כתבו עליהם כאשר כתבו על אדם [...] מדובר על

יצור אלוקי, על נשמה. כל מה שנאמר בפרק ח' בתהילים – 'מה אנוש כי תזכרנו' – נאמר גם על גוי, ולא רק על אדם מישראל. צריכה להיות הכרה באישיות הזאת כיישנות מטפיזית, מוסרית, אנושית [...] ראייה הומניסטית שרואה את גדולת האדם במובן העל-טבעי, הקוסמי, המוסרי, היא נקודת מוצא ותשתית לכל שאלה של זיקה לא רק לעצמנו, אלא גם לבני נח" (הרב אהרן ליכטנשטיין "היחס לגוי בתפיסה היהודית", דף קשר 134 (ישיבת הר עציון)). כפועל יוצא סבר הרב ליכטנשטיין, כי ההלכה מטילה עלינו חיובים שונים כלפי בן-נח, ובכללם חובה להושיט לו יד, ולנהוג עמו במידת החסד, במצבים שבהם הוא נזקק לכך (ראו עוד לעיל בהרחבה בפסק דינו של חברי, השופט נ' הנדל).

32. מן הפסוקים המתארים כי כל אדם נברא בצלם א-ל, נלמדת גם החובה לנהוג בשוויון כלפי בני המין האנושי בכללותם. עמד על כך הרב יובל שרלו: "עובדת יסוד היא ההכרה כי כל בני האדם נבראו בצלם. כך עולה מפשוטו של מקרא בפרשת בריאת העולם [...] בתיאור זה של הבריאה מעצבת התורה את המקור המשותף לכל בני האדם, את הקביעה כי כולם הם צלם א-לוהים, וכי במהות הקיום האנושי מצוי גרעין שאינו מבחין בין בני אדם" (יובל שרלו בצלמו: האדם הנברא בצלם, 209 (התשס"ט)); מספר איוב למדנו על חובה מעשית הנגזרת מיסוד השוויון שבין בני האדם: "אם אִמָּאס מִשְׁפָּט עֲבָדֵי נְאֻמָּתִי בְּרָבִם עֲמָדִי. וּמָה אֶעֱשֶׂה כִּי יָקוּם אֵל וְכִי יִפְקֹד מִן אֲשֵׁיבָנִי. הֲלֹא בִּבְטָן עֲשִׂנִי עֲשָׂהוּ וַיִּכְנְנֵנוּ בְּרַחֵם אֶתְדָּ" (איוב לא, יג-טו). איוב מסביר, כי אינו יכול לקפח את משפט עבדיו, שכן הוא והם נוצרו באותו אופן – "ברחם אחד". רעיון דומה עולה גם מן התוספתא במסכת סנהדרין: "אדם נברא יחידי בעולם ולמה נברא יחידי בעולם? שלא יהו צדיקים אומרים אנו בניו של צדיק ושלא יהו רשעים אומרים אנו בניו של רשע" (תוספתא, סנהדרין ח, ג). פרופ' אוריאל סימון אמר על כך: "התורה מתחילה באדם הראשון ולא באברהם אבינו, והטעם הוא שאדם נוצר ואברהם נבחר. חכמינו שאלו שאלה יסודית שניתנת להבנת ילדים: למה נברא אדם יחידי, בו בזמן שהיו בגן עדן הרבה סוסים וסוסות, הרבה אריות ולביאות. התשובה היא שכולנו בני אדם וחווה, ואני גאה מאוד שבלשונו מכנים את המין האנושי 'בן אדם'. הרעיונות של המהפכה הצרפתית, אחווה ושוויון, כתובים כבר בבראשית" (אוריאל סימון "אוניברסליות ובחירה" דף לתרבות יהודית 198 5 (התשנ"ג)).

33. גם חכמי אומות העולם, ביססו את תפיסת השוויון על פסוקי הבריאה, שלפיהם אומן אחד עשאנו. כך למשל כתב ג'ון לוק: "כי כל בני האדם הם יצירי כפיו של בורא אחד, כלי-יכול וחכם לאין סוף, כולם משמשים ריבון אחד עליון, אשר קבע להם מקום עלי אדמות למען יעשו את דברו; הריהם אפוא קניינו של מי שברא אותם, ומיועדים הם להתמיד בקיומם כחפצו, ולא כרצון פלוני או אלמוני מקהלים. והואיל וכולנו מחוננים בכוחות נפש דומים, ולכולנו חלק בעדה אחת טבעית, אין להניח שמצוי בקרבנו סדר של דרגות המקנה לנו סמכות

להשמיד זה את זה, כאילו נוצרנו איש לשימושו של חברו, כדרך שהיצורים מן הדרגות הנמוכות נוצרו לשימושו" (ג'ון לוק על הממשל המדיני, 6 (יוסף אור מתרגם, התשי"ט)).

34. החובה לנהוג בשוויון זכויות כלפי המיעוטים המתגוררים בקרבנו, אינה נגזרת אפוא אך מהיותה של מדינת ישראל – מדינה דמוקרטית; היא יונקת גם מערכיה היהודיים של המדינה, מפסוקי המקרא, ממשנתם של חכמי הדורות. היהדות מצווה אותנו לנהוג בכבוד עם כל אדם, וממילא מורה לנו לא להפלותו, לא לפגוע בכבודו. אכן, עם הקמת המדינה פסקו רבים מפוסקי העת הזאת, כי יש להעניק שוויון זכויות אזרחי מלא לכלל יושבי הארץ, יהודים ושאינם יהודים. זו היתה פסיקתו של הרב יצחק הלוי הרצוג, רבה הראשון של מדינת ישראל, ובעקבותיו צעדו רבים וחשובים מקרב פוסקי ההלכה: הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, הרב שאול ישראלי, הרב חיים דוד הלוי, הרב יהודה עמיטל, ואחרים (ראו בהרחבה: אליעזר חרד מיעוטים במדינה יהודית – היבטים הלכתיים (פרופ' ידידיה שטרן מנחה, 2010); לחובתו של השלטון לנהוג בשוויון במשפט העברי נדרשתי היום גם בפסק הדין בענין עדאלה, פסקאות 82-86).

היחס בין זכות האדם לכבוד לבין 'המדינה היהודית'

35. משעמדנו על רכיבים שונים אשר נכללים בערכיה החוקתיים של המדינה, עלינו לשאול עצמנו כיצד הם משפיעים על הזכות לכבוד, על נגזרותיה; האם עשויה הזכות היסודית לכבוד לסגת לעיתים, מפאת ערכיה החוקתיים של המדינה היהודית. מדבריו של פרופ' ברק משתמע, כי ערכיה של מדינת ישראל היהודית, יכולים ליצוק תוכן בזכות לכבוד, לספק השראה, אך ספק אם בכוחם לגרוע ממנה במקרה של סתירה. לגישתו, ערכיה של מדינה יהודית, אינם שווי-ערך לזכות החוקתית לכבוד: "נראה לי כי יש מידה רבה של עוצמה בטיעון כי ההגנה על כבוד האדם וחירותו היא המטרה המרכזית והעיקרית, ואילו העיגון של ערכי המדינה הוא מניע או תוצר לוואי" (ברק – פרשנות חוקתית, 324). לעומתו סבר פרופ' אֶלוֹן, כי המושג כבוד האדם, צריך להתפרש באופן דו-ערכי; הן בהסתמך על ערכים דמוקרטיים, הן בהסתמך על ערכים יהודיים. הוא מדגיש: "כוונת המחוקק היא מציאת המכנה המשותף והסינתזה לתכלית דו-ערכית של מדינה יהודית ודמוקרטית. פירושו של דבר הוא, שמתוך שני מקורות אלה תימצא הסינתזה, ולא שהמקור הקובע והבלעדי הוא המושג דמוקרטי, והמושג היהודי הוא בבחינת סרח עודף, לתפארת המליצה בלבד" (אלון – דרך חוק בחוקה, 686). דומני, כי נכונה דעתו של פרופ' אֶלוֹן, וניטיב לעשות אם נאמצה. יהודית ודמוקרטית הן שתי תכליות העומדות בבסיס חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, זו לצד זו, מבלי שניתנה לאחת עדיפות על פני רעותה. על סמך שתי התכליות הללו, יש לצקת תוכן במונח כבוד האדם, על נגזרותיו. כאשר, ככל ותגלע במקרה פרטני סתירה ביניהן, יהא צורך לערוך איזון בינותן, Ad hoc. הדיבר מדינה יהודית, אינו לתפארת המליצה. מדובר בערך חוקתי אשר הוטבע במפגיע הן בסעיף

המטרה, הן בסעיף ההגבלה של חוק-יסוד: האדם וחירותו. המכונן לא השחית מילותיו לריק, גם לא הוסיף פרפראות לדבריו.

36. נמצאנו למדים, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על נגזרותיו, הכיל בתוכו משחר כינונו ערכים שונים, יהודיים ודמוקרטיים. הערכים הללו הם אשר צרים את צורתה של הזכות החוקתית לשוויון, והם אלו שתוחמים את גבולותיה. על דרך הכלל, תפקיים הרמוניה בין הערכים היהודיים לבין הערכים הדמוקרטיים; הם ינעימו זה לזה בהלכה, ויפרו זה את זה למעשה. ברם, לא לעולם חוסן, ולעיתים יתכן שתתגלע סתירה בין הערכים השונים. באותם מצבים, ידרש בית המשפט לבחון את נסיבותיו הפרטניות של העניין הנדון, את מאפייניו, את הערכים המתגוששים בקרבו; ולמצע ביניהם. מלאכת איזון שכזו מקובלת וידועה כל אימת שערכים חוקתיים שונים נוגעים זה בזה אפילו כמלוא נימה. ערך חוקתי כמעט לעולם אינו עומד לבדו – עמו ולעומתו ניצבים ערכי-יסוד נוספים. זכות פוגשת בזכות, לעיתים נתקלת בחברתה, אף מתנגשת; יש לאזן ביניהן. הזכות לשוויון המכילה בתוכה ערכים יהודיים מזה ודמוקרטיים מזה, משקפת את הסיפור הישראלי בזעיר-אנפין. פעמים שהערכים השונים נותנים רשות אלו לאלו, פעמים שהם מציבים אתגר. כללי ההכרעה ביניהם אינם ברורים וחד-משמעיים, מצריכים חיקור, איזון, מיצוע. זאת תורת הזכות לשוויון (ודוק: הביטוי שוויון, כשלעצמו, אינו נהיר כל צרכו, מובנים רבים לו, בהקשרים שונים (יש מי שמנה 108 משמעויות של שוויון), ותמיד זוקק פירוש, ולא רק איזון מול ערכים אחרים (נדרשתי לכך בהרחבה בפסק הדין שניתן היום בענין עדאלה בפסקה 71 ואילך).

37. משתקאנו לדעת, כי היקפה של הזכות לשוויון מושפע מראשיתה גם מערכיה היהודיים של המדינה, עדיין עלינו לבחון האם עתה, משנחקק חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, נשתנה היחס שבין הערכים הדמוקרטיים שבבסיס הזכות לשוויון, לבין ערכיה היהודיים? כלום נקבעו כללים המעניקים בכורה למי מהם? האם נוספו רכיבים יהודיים שלא הוכרו עד כה? נרדה נא אל הוראותיו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, אשר בעטיין יצא קצפם של העותרים; נראה הכצעקתם.

חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי

38. בסעיף 1 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, נקבע: "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". במסגרת העתירות נשמעה טענה, שלפיה מתן זכות להגדרה עצמית

לאומית לבני העם היהודי בלבד, פוגע בזכותם של אזרחים שאינם יהודים במדינת ישראל, בהם דרוזים וערבים ישראלים. דא עקא, כאמור, מדינת ישראל הוכרה כמדינת הלאום היהודי כבר במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מדינת לאום, מהווה אחד מאבני-הבניין הבסיסיים של המדינה היהודית, והדבר זכה לביטוי מפורש עוד בראשית ימי המדינה, בגדרי הכרזת העצמאות. מדינת ישראל הריהי, מבחינת הזהות הלאומית, מדינת לאום יהודית; היא איננה מדינה דו-לאומית. זכויות-היסוד השונות שנקבעו במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתנו אפוא כולן על דעת כן, וכדי לעגן בחוק היסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. שם, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מקומו של השוויון, כאמור לעיל, כפועל יוצא מן הזכות לכבוד; זהו שוויון בזכויות הפרט. מקום עיגונו של השוויון איננו בחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, משום שאין זכות לאומית להגדרה עצמית במדינת ישראל למיעוטים שאינם יהודים. העיקר, במענה לנטען, הוא זה: חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, אינו מקנה זכויות פרט עודפות לבני הלאום היהודי, ביחס לזכויות המיעוטים במדינת ישראל. זכויות הפרט היו ויהיו – בשווה. השוויון האזרחי בין כל יושבי הארץ – שוויון שהוא ערך יהודי וערך דמוקרטי כאחד – מעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וממנו לא נגרע מאומה.

39. יתרה מזאת. אין בחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, כדי להעניק עדיפות לערכיה של המדינה היהודית על פני ערכיה כמדינה דמוקרטית. נוכח החשש, כי תשתמע עדיפות שכזו, החליטו חברי הכנסת לשנות מנוסח הסעיף שהוצע בתחילה, שלפיו – "האמור בחוק יסוד זה או בכל דבר חקיקה אחר יפורש לאור הקבוע בסעיף זה". בכך למעשה, הביעו דעתם, כי ערכי המדינה היהודית, אינם עולים בחשיבותם על ערכיה של המדינה הדמוקרטית. מה שהיה הוא שיהיה: האיזון – נשמר.

40. סעיף נוסף שעל אודותיו דיברו העותרים הוא סעיף 4 לחוק-היסוד, שעל-פיו: "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". כפי שהרְאָנו לדעת, גם השפה העברית נכללת בין אבני-הבניין הבסיסיים של המדינה היהודית, בין סמליה ומאפייניה. כזאת השמיענו הנשיא ברק באחת הפרשות, תוך שהוא נסמך על סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: "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. מכאן כי 'קיומה של הלשון העברית, פיתוחה, שגשוגה והגברתה הינם ערך מרכזי של מדינת ישראל'. כל פעולה של השלטון (העירוני) שיש בה כדי לפגוע בשפה העברית פוגעת באחד מערכי היסוד של מדינת ישראל ונוגדת את

תכליתו (הכללית) של החוק המעניק לשלטון (המקומי) את הסמכות לבצע אותה פעולה" (בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 416-417 (2002)). בערך החוקתי של מדינה יהודית, נכללו מאז כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, השפה העברית, והמעמד הייחודי שניתן לה. חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, לא העלה אפוא את קרנה, לא שינה ממנה, לבטח שלא שינה מן האיזון שהיה קיים בינה, לבין הזכות החוקתית לשוויון. לצד זאת, כבודה של השפה הערבית נותר על מכונו, לא נגרע, והדבר אף הודגש בסעיף 4(ג) לחוק-היסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.

41. חלק נכבד מטענות העותרים הופנה כלפי סעיף 7 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, שבגדרו נקבע: "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". דומני, כי גם ביחס לסעיף זה נוכל לומר – כאז כן עתה. כאמור לעיל, קידום ההתיישבות היהודית בארץ, הוא ערך חשוב מאז הקמת המדינה, ועוד קודם לכן. "אנו באנו ארצה לבנות ולהיבנות בה" (מפנקסו של מנדל מנצר). כפי שהראתה באת-כוח הכנסת, מטרה זו צוינה גם בכתב המנדט: "בסעיף 2 לכתב המנדט, אשר נסמך על הצהרת בלפור, נכתב כי אחת ממטרות המנדט היא יצירת התנאים להקמת הבית הלאומי לעם היהודי, תוך שמירת הזכויות האזרחיות והדתיות של כל תושבי הארץ. בסעיף 6 נקבע כי ממשלת המנדט תקל על הגירה יהודית לארץ ישראל ותעודד התיישבות צפופה של יהודים על הקרקע, לרבות אדמות מדינה, תוך שמירת זכויותיהם של שאר חלקי האוכלוסייה בארץ". הזכות להתיישבות יהודית בארץ ישראל הוכרה לפני כמאה שנים על-ידי האימפריה הבריטית, קיבלה ביטוי בהכרזת העצמאות, והיתה מוקד העשייה של המפעל הציוני במשך שנות דור. כדברים האלה אמר דוד בן-גוריון: "הציונות של פועלי א"י מראשית תנועתנו ועד היום, אינה ציונות פרוגרמטית ודקלרטיבית, ציונות של השקפה ורעיון בלבד, אלא ציונות של הגשמה בלתי פוסקת, ציונות הכורכת את הרעיון במעשה ואת ההשקפה בחיי יום יום [...]. תנועתנו החלה בהגשמה עצמית – אבל לא הסתפקה בכך. חלוצי ההגשמה החלוצית באו לארץ לא רק להציל את נפשם, לספק את תביעתם המוסרית העמוקה להיות ישרים את משא-לבם [...]. הדבר השני המייחד אותנו – זוהי העבודה, העבודה להלכה ולמעשה. במרכז ההגשמה הציונית, במרכז בנין הארץ, במרכז ההתיישבות והעליה, במרכז הגאולה והתקומה – אנו רואים את העבודה. העבודה זוהי נשמת הישוב והמיפעל הציוני; העבודה העברית זהו הדבק בין העם והארץ, ברית החיים והעמיד שאנו כורתים מחדש עם ארץ עברנו. העבודה זוהי הערובה הנאמנה והיחידה להתערותנו ולהשתרשותנו בארץ שניתקנו ממנה אלפי שנה" (דוד בן גוריון "הפועל בציונות" (הרצאה בוועידת מפלגת פועלי ארץ-ישראל), ראו: פרויקט בן-יהודה (<https://benyehuda.org/read/25708>) (4.7.2021). הדברים הנכוחים הללו מדגישים את משאת נפשה של תנועת העבודה: לממש את החזון הציוני – למעשה;

בעבודה עברית, בעליה יהודית והתיישבות בארץ-ישראל. אכן, תנועת העבודה הציונית, שעל תרומתה לתקומת המדינה וכינון יסודותיה אין צורך להכביר מילים, לא הסתפקה אך בקידום ריבונות יהודית, מבחינה מדינית; שורשיה יונקים מתפישת עולם של שחרור לאומי על-ידי התבססות יהודית באדמת ארץ-ישראל, בפועל, 'בשטח', הלכה למעשה.

הנה כי כן, גם בהקשר להתיישבות היהודית, לא יסף חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, על הערכים החוקתיים היהודים שהיו קיימים עובר לכינונו.

42. הגדרה עצמית, התיישבות, שפה – כל אלו נכללו במדינה היהודית, עוד בטרם בא לעולם חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. בעת שנחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנות ה-90 של המאה הקודמת, באו עמו גם המאפיינים הללו של המדינה היהודית, קיבלו מעמד חוקתי. בחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, לא מצאנו ערכים יהודים חוקתיים שזכרם לא בא לפנינו קודם לכן. גם לא נשתנה האיזון שהיה קיים קודם לידתו של חוק-היסוד, בין ערכיה היהודיים של המדינה, לבין ערכיה הדמוקרטיים. כאמור, הקפיד המכונן הקפדה יתרה, להותיר את האיזון כשהיה, לסלק מן השולחן כל הצעה, כל נוסח, אשר מהם עשוי להשתמע כי הערך האחד גובר על משנהו. כזאת נעשה, על אף מורת רוח שהביעו כמה חברי כנסת, אשר ביקשו להכריע בין הערכים. האיזון – נשמר, היקף הזכות החוקתית לשוויון – נותר כשהיה.

טוף דבר

43. אין בידינו הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי-היסוד, שכן במשפטנו לא נמצא דבר חקיקה הניצב ממעל להם. מן הטעם הזה, דינן של העתירות להידחות. מכל מקום, ולמעלה מן הצורך ראוי לומר, כי חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, לא שינה את היקף הזכות החוקתית לשוויון, גם לא גרע מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. על סמכם נקבעה ונשתמרה הזכות לשוויון עוד בימים קדמונים. במובן זה – "מִה שְׁהָיָה הוּא שְׁהָיָה וּמִה שֶׁנֶּעְשָׂה הוּא שֶׁנֶּעְשָׂה וְאִין כָּל חֻדָּשׁ תַּחַת הַשָּׁמַיִם" (קהלת א, ט). אני מסכים אפוא עם עמדתה של חברתי הנשיאה, שלפיה דינן של העתירות – לדחייה. גם לפני, גם אחרי חקיקתו של חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, היתה, הוֹנָה ותהיה.

ש ו פ ט

1. "בארץ-ישראל קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית והמדינית, בה חי חיי קוממיות ממלכתית, בה יצר נכסי תרבות לאומיים וכלל-אנושיים והוריש לעולם כולו את ספר הספרים הנצחיים". במלים מפורסמות ומרגשות אלה נפתחת הכרזת העצמאות של מדינת ישראל שציינה את הקמתה כמדינת הלאום של העם היהודי. בד בבד, וכמקשה אחת, ההכרזה כללה את מחויבותה של המדינה ל"שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין", כמו גם ל"פיתוח הארץ לטובת כל תושביה". היא אף כללה קריאה "לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל לשמור על השלום וליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים".

2. חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (שיכונה בקצרה להלן: חוק יסוד: הלאום או חוק היסוד) נועד, על-פי דברי ההסבר לו, לתת ביטוי חוקתי לאופייה של ישראל כמדינת לאום. במובן זה הוא מבקש להנציח אתוס. בדומה להכרזת העצמאות, מציין חוק היסוד כי "ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי" (סעיף 1(א)), כי "מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי שבה הוא מממש את זכותו הטבעית, התרבותית, הדתית וההיסטורית להגדרה עצמית" (סעיף 1(ב)), וכן מוזכרים בו סמליה (סעיף 2), וימי העצמאות והזיכרון שלה (סעיף 9). אולם, בשונה מהכרזת העצמאות, חוק יסוד: הלאום, אינו כולל כל התייחסות עקרונית למחויבותה של המדינה כלפי אזרחיה הלא-יהודים, כמו גם להבטחת זכויותיהם על בסיס שוויוני (למעט בנושאים הספציפיים של שימוש בשפה הערבית כשפה בעלת מעמד "מיוחד" והזכות של מי שאינם יהודים לקיים את ימי השבתון והחג שלהם). האם יש משמעות לחסר זה? ואם כן, האם היא מצויה רק במישור ה"מסר", או שמא בעלת השלכות על זכויות?

3. בעיקרו של דבר, אני מצטרפת לתשובות הניתנות בפסק דינה של חברתי הנשיאה א' חיות לשאלות אלה – הן ביחס למחויבות לדמותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית והן ביחס לפרשנות הראויה של חוק יסוד: הלאום. על בסיס זה, אף אני סבורה שדין העתירות שבפנינו להידחות. לצד זאת, אני מבקשת להוסיף מספר דברים ביחס לסוגיות החשובות שהעתירות עוררו.

4. כבר בפתח הדברים יש לומר, כי העתירות שבפנינו הן דוגמה מובהקת לפער הקיים, ולא אחת אף הנחוץ, בין הדיון במישור המשפטי לבין הדיון במישור הציבורי. בפנינו דיון משפטי. אין די אפוא בכך שהעותרים יציגו טיעון ראוי בכל הנוגע לפגיעה הרגשית והערכית שחוו כתוצאה מחקיקתו של חוק יסוד: הלאום, ככל שפגיעה זו לא

לוותה בהסדרים חוקתיים מפלים הנוגעים למיעוטים ולמעמדם, ולמצער כאלה השוללים את אזרחותם השווה. אנו איננו האסיפה המכוננת של המדינה. השאלה שבה עלינו להחליט היא רק האם העותרים הצליחו לבסס עילה משפטית להתערבותנו. בדומה לחברתי הנשיאה תשובתי לשאלה זו היא בשלילה.

5. בדרכם לקבלת סעד משפטי, היה על העותרים לעבור על פני שתי משוכות עיקריות. ראשית, מאחר שטענותיהם של העותרים כווננו כלפי תוקפו של חוק יסוד, היה עליהם להניח בסיס לסמכותו של בית המשפט לבקר הוראותיו של חוק יסוד. שנית, וככל שהטענות נסבו על הזכות לשוויון, היה עליהם להצביע על כך שהוראותיו של חוק היסוד אכן פוגעות בזכות זו (להבדיל מאשר טענה לפגיעה במסר החשוב של סולידריות חברתית) ואף עושות כן בעוצמה המצדיקה להורות על פסלותו. אתיחס אפוא לשני מישורים אלה של הדיון. לבסוף, אוסיף מספר הערות ביחס להיבטים הערכיים והציבוריים של הדיון.

התיקון החוקתי הלא חוקתי ומפעל חוקי היסוד

6. השאלה הגדולה שריחפה מעל הדיון כולו הייתה מה תהא המסקנה המשפטית הנובעת מקביעה אפשרית שחוק יסוד: הלאום שולל את השוויון האזרחי בישראל. האם בית משפט זה מוסמך לתת סעד כנגד חוק יסוד בשל כך שהוא מגלם "תיקון חוקתי לא חוקתי"? אין מדובר במקרה של סתירה בין חקיקה רגילה לחקיקת יסוד, כפי שאנו מורגלים בביקורת שיפוטית, אלא בשאלת הביקורת על תכניה של החוקה עצמה, בזוכרנו כי כל אחד ואחד מחוקי היסוד הוא פרק חוקתי בפני עצמו (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 284 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי)).

7. לאמיתו של דבר – השאלה שהוצגה מורכבת משתי שאלות משנה: ראשית, האם יש בסיס במשפט הישראלי להכיר בכך ששינויים מסוימים בחוקי היסוד יעלו כדי תיקון חוקתי לא חוקתי? שנית, ככל שהתשובה לשאלה הראשונה היא חיובית – האם בית משפט זה מוסמך לדון בשאלה ולתת סעד בגינה?

8. כפי שהסבירה חברתי הנשיאה, התוצאה שאליה הגענו בשאלת פרשנותו של חוק יסוד: הלאום אינה מחייבת לכאורה הכרעה בשאלת הסמכות. האמת ניתנת להיאמר: ההימנעות מהכרעה בשאלת הסף אינה פשוטה. ברגיל, במקרים שבהם בית המשפט אינו מוסמך באופן ברור לדון בנושא מסוים, הוא אינו דן בו אף במתכונת פרשנית. אולם,

בסופו של דבר, הבחירה שלא להכריע בשאלת הסף היא ראויה, במובן זה שהיא מאמצת גישה של ריסון שיפוטי, היאה לדיונים חוקתיים.

9. לא למותר לציין שבעניין בנק המזרחי – אשר בו הוכרה (להבדיל) הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חוקים "רגילים", הדבר נעשה דווקא במקרה שבו מסקנתו של בית המשפט הייתה כי בסופו של דבר דין הטענה לאי-חוקתיותו של החוק להידחות בנסיבות העניין. אולם, המקרה שבפנינו מורכב יותר מזה שנדון בעניין בנק המזרחי. זאת, בהתחשב באופייה החריג של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי בהשוואה לביקורת שיפוטית "רגילה" על חוקים, שהיא כיום סטנדרט חוקתי מקובל בעולם.

10. בשלב זה, למעלה מן הצורך, אבקש להוסיף מספר הערות שיש בהן כדי להסביר מדוע ההכרה בדוקטרינה של תיקון חוקתי לא חוקתי אינה אפשרות בלתי מסתברת במקרים מתאימים, קיצוניים וחריגים בטיבם – ולו על מנת להסביר מדוע לא היה מקום לדחותה כבר עתה על הסף, כפי שטענו המשיבים תחילה.

11. הועלתה בפנינו הטענה כי חוקי היסוד אינם כוללים הכרה מפורשת בעיקרון של תיקון חוקתי לא חוקתי או בסמכותו של בית המשפט לפסוק על-פיו. זוהי טענה הראויה לעיון ולהתייחסות. במבט השוואתי, דוקטרינה זו והסמכות לפסוק על-פיה הוכרו במדינות מסוימות אף ללא הסדרה או ללא הסדרה שלמה בחוקה (ראו: Aharon Barak, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 44 ISR. L. REV. 321 (2011) ; אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך 361 (דוד האן ואח' עורכים, 2011) (להלן: ברק); YANIV ROZANI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: (להלן: ROZANI, *THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS* (2017)). בכך אין כמובן כדי להכריע את הכף, אלא רק לספק פרספקטיבה נוספת ביחס לטענה. התשובה לשאלה צריכה להינתן בכל שיטה ושיטה, בהתאם למאפייניה החוקתיים.

12. חשוב להוסיף כי הפנייה ללמוד מניסיון של שיטות חוקתיות אחרות בהקשר זה היא מורכבת. כך למשל, יש יסוד לסבור כי ככל שההליך הנדרש לצורך קבלת תיקון חוקתי הוא נוקשה יותר, כן קטנה האפשרות שתתעורר שאלת תחולתה של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי בהקשר נתון. זאת, מאחר שההליך עצמו מהווה ערובה לקיומו של דיון משמעותי בתוכנו של התיקון ובהתאמתו לשיטה. כך, השלמתו המוצלחת עשויה ללמד גם על קיומה של הסכמה ציבורית רחבה לתיקון. המשפט האמריקני הוא מקרה מבחן מובהק לשיטה שבה תיקונה של החוקה מחייב מעבר של משוכה גבוהה מאד – על מנת שתיקון ייכנס לתוקף עליו להתקבל ברוב של שני שלישים בכל אחד מבתי

הקונגרס, וכן לקבל אישור בשלושה רבעים ממדינות ארצות הברית, וזאת בהתאם לפרק החמישי של החוקה (Article V). כידוע, לא כך הדבר בישראל שבה במקרה הטיפוסי חקיקתו של חוק יסוד, ובכלל זה תיקונו או ביטולו, יכולה להיעשות בהליך קצר יחסית, וברוב רגיל, למעט הסדרים הנוגעים לסעיפים "משוריינים" (ראו והשוו: Gary Jeffrey, *Jacobsohn, An Unconstitutional constitution? A Comparative Perspective*, 4 ICON 460 (2006)). זאת ועוד: העיון ההשוואתי בתחום זה מלמד כי לעתים הדיון בביקורת השיפוטית על תיקונים חוקתיים אינו מתמקד בשאלה האם תוכנו של התיקון החוקתי מתיישב עם החוקה הקיימת אם לאו, אלא בשאלה מהו הליך האישור שהיה שדרוש לשם קבלתו, כשים לב לטיבו ולהיקפו (ראו: Richard Albert, *Constitutional Amendment and Dismemberment*, 43 YALE J. INT'L L. 1 (2018)).

13. כפי שהדגישה חברתי הנשיאה, דווקא על רקע מאפייניו המיוחדים של המשפט החוקתי בישראל, דהיינו לנוכח העובדה שמפעל חוקי היסוד טרם נשלם, החלתה של הדוקטרינה בדבר "תיקון חוקתי בלתי חוקתי" מעוררת שאלות. אין דומה תיקון חוקתי המבקש לשנות את "רוחה" של חוקה שלמה, ומטעם זה נטען ביחס אליו שאינו חוקתי, לבין מהלך חוקתי שהוא חלק מתהליך הבנייה של החוקה (ראו גם: ברק, בעמ' 381-379). אם כן, אופיו הבלתי מושלם של המפעל החוקתי הישראלי אמור להתבטא בצמצום מרבי של השימוש בדוקטרינה זו. אולם, אין מדובר בשוני אשר שולל כשלעצמו את תחולת העיקרון, אלא אך מחייב את התאמתו לייחודו של המשפט החוקתי של ישראל.

14. מנגד, יש בסיס לסבור כי ההכרה באפשרות לבקר (באופן מוגבל ומתוחם) חקיקת יסוד מבוססת דווקא על העובדה שהפרויקט החוקתי בישראל נמצא עדיין בשלבי התהוות. כנסות ישראל מחוקקות חוקי יסוד בתוקף ההכרה בעיקרון של "העברת" הסמכות שהוקנתה במקור לאסיפה המכוננת, שבחירתה ותפקידיה הוגדרו בהכרזת העצמאות. האסיפה המכוננת שנבחרה על-פי הכרזת העצמאות הורתה על העברת סמכותה הלאה לכנסות עתידיות. אולם, ברור כי האסיפה המכוננת לא יכלה להעביר הלאה יותר ממה שהופקד בידיה מכוח הכרזת העצמאות (ראו והשוו: בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקה 15 לפסק דיני (23.5.2021)).

15. יתר על כן, אני סבורה שלדוקטרינה של תיקון חוקתי לא חוקתי יכול להימצא בסיס פורמאלי במשפט הישראלי בפסק הדין שניתן כבר לפני שנים רבות בע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1964) (להלן: עניין ירדור). במקרה ידוע זה התקבלה הגישה העקרונית לפיה קיימות הנחות יסוד חוקתיות שנמצאות ביסוד שיטת המשפט הישראלית כולה – הנחות יסוד שלאף רשות

אין סמכות לחרוג מהן, ושביט משפט זה מוסמך להביאן בחשבון במסגרת פסיקתו. בהתאם לכך, בית משפט זה סמך את ידיו על פסילת השתתפותה של רשימת הסוציאליסטים בבחירות לכנסת ובכך העדיף את הנחת היסוד החוקתית בדבר נצחיותה של מדינת ישראל על פני ההסדרים הפורמאליים של חוק יסוד: הכנסת וחוק הבחירות לכנסת, התשי"ט-1959 שהתבסס עליו. בהמשך, סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת נתן ביטוי לאותם עקרונות (ראו: רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטטי של חוקת הכלאיים הישראלית" עיוני משפט לח 501, 566-567 (2016)). במובן זה, סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, המאפשר לפסול רשימות אשר נוגדות את הנחות היסוד החוקתיות שעומדות ביסוד השיטה כולה, אינו יוצר עיקרון חוקתי יש מאין. הוא מבטא אותו (ראו גם: בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990)). עניין ידוד מספק לכאורה מענה הן לשאלת היקף השימוש בדוקטרינה והן לשאלת סמכותו של בית המשפט. עולה ממנו כי היקף השימוש בדוקטרינה אמור להיות מצומצם ביותר ושמור למצבי קיצון, וכי בית המשפט יכול לדון בכך באותם מצבים. לא למותר לציין כי בגרמניה, שבה החוקה (המכונה גם שם "חוק יסוד") כוללת סעיפי "נצחיות" – שאינם בני תיקון – אין התייחסות טקסטואלית מפורשת לסמכותו של בית המשפט לאכוף סעיפי נצחיות אלה על דרך פסילתו של תיקון חוקתי לא חוקתי – אך ההבנה היא שהדברים הולכים יד ביד (ברק, בעמ' 370).

16. בהתאם למוסבר, אני סבורה שגבולות ההכרה האפשריים בדוקטרינה של תיקון חוקתי לא חוקתי אמורים להיות מצומצמים יותר מן הנוסחה של "פגיעה בעקרונות היסוד של השיטה" שהוזכרה בהערות אגב שונות בפסקי דין קודמים (ראו למשל: בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 311 (2011); בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפטים ולעסקים נ' כנסת ישראל, פסקאות כז-כח לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין (6.9.2017); בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקה 11 לפסק דינו של השופט מ' מזוז (27.5.2018). כן ראו: בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996)). לשיטתי, זוהי נוסחה רחבה מדי שעלולה ליצור "גלישה במדרון" לעבר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד במתכונת שלא תבדל אותם במידה הנדרשת מחוקים רגילים. דומה שאף חברתי הנשיאה נטתה לגישה מצמצמת ביחס להיקפה של הדוקטרינה (הגם שהותירה את הדברים בסופו של דבר בצריך עיון). זאת, בדבריה על כך שהמגבלה על סמכותה המכוננת של הכנסת, למצער בשלב זה של המפעל החוקתי בישראל, מתוחמת אך להקשר המצומצם של שלילת מאפייניה הגרעיניים של מדינת ישראל, כפי שאלו באים לידי ביטוי בהגדרתה המכוננת "כמדינה יהודית ודמוקרטית". מתוך התחשבות בשלב שבו אנו מצויים, אני עצמי נוטה לשימוש בטרמינולוגיה שהיא אף מצמצמת יותר – ומציעה להתייחס לחוק יסוד שמהווה "שבירת

כלים", כמובן של הרס בלתי הפיך של השיטה החוקתית. כך למשל, ככל שחוק יסוד יבקש לשלול את מאפייניו השוויוניים של הליך הבחירות הוא ישמוט את הקרקע מתחת לחקיקתו, משום שעם הפגיעה בהשתתפות השוויונית בבחירות לא ניתן יהיה להשיב לאחור את מה שנעשה. הוא הדין בחוק יסוד שיבקש, למשל, להוסיף תקופה משמעותית למשך כהונתה של הכנסת שמאמצת אותו תיקון, מעבר לתקופת הכהונה שלה היא נבחרה. הדברים אמורים כמובן אף בהתייחס לפן הגרעיני של זהותה היהודית של המדינה, כגון במקרה הקיצוני של חוק יסוד שהיה מבקש לשלול את זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי.

17. אפשר שתעלה הטענה: מדוע להתייחס למקרי קיצון, כגון הגבלה על זכות הבחירה לכנסת? האין מדובר במקרה כה קיצוני שלא ניתן ללמוד ממנו דבר? אינני סבורה כך. אכן, זהו מקרה קצה, אך הוא מדגים עיקרון חשוב. זאת ועוד: הדוגמאות הנוגעות למצבי הקצה שעשויים להצדיק ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד לא נועדו ליצור "מדרון חלקלק" שיפתח את הדלת להתייחסות לחוקי היסוד כאל חוקים רגילים. הן לא אמורות לשמש הכשר לביקורת שיפוטית כזו גם במקרים אחרים. יש בהן כדי לתרום לוודאות המשפטית, ולהבהיר כי הגשת עתירות נגד חוקי יסוד אינה אמורה להיות חזון נפרץ. העובדה שהדוגמאות הנזכרות כאן נסבות על מקרים קיצוניים שהתממשותם בפועל היא בבחינת "לא יעלה על הדעת" מלמדת כי המדרון לעבר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד אינו חלקלק כל עיקר. אדרבה, חומת ברזל ברורה עומדת בפתחו.

18. הסוגיה של פסילת רשימות ומועמדים מהתמודדות לכנסת, שכבר הוזכרה בהקשר של שאלת הסמכות עצמה, היא חשובה כאן מעוד בחינה. הסמכות לפסול רשימות ומועמדים קיימת, אך השימוש בה אמור להיות במשורה, וכך בית משפט זה חזר וקבע. הדברים יפים, ואף ביתר שאת, ביחס לביקורת על חוקי יסוד. את קביעת התכנים המהותיים של חוקי היסוד יש להותיר בידי לכנסת.

19. אפשר כמובן להביע ספקנות מכיוון הפוך. לכאורה ניתן לטעון כי על-פי המתואר, הדוקטרינה של תיקון חוקתי לא חוקתי מתאימה לאותם מצבי קיצון שאם יתממשו – ספק אם ביקורת שיפוטית תספיק על מנת להתמודד עם "שבירת הכלים" המאפיינת אותם. אולם, בכך בלבד אין כדי לשלול את התפקיד השיפוטי.

20. בהתחשב בתוצאה שאליה הגענו, המקרה דנן אינו יכול לספק מצע לדיון מלא וכולל בדוקטרינה של תיקון חוקתי בלתי חוקתי. אפשר אף להביע תקווה שדוקטרינה זו תישאר זנוחה ונעדרת שימוש בהתחשב בהתאמתה למצבי קיצון ממש. המקרה שבפנינו,

כפי שהוסבר, אינו כזה כלל ועיקר. על כן, אינני נדרשת להרחבה נוספת בדברים אלה שנאמרו, לפחות במידה מסוימת, מעבר לנדרש.

האם חוק יסוד: הלאום עולה כדי שינוי חוקתי בלתי חוקתי?

21. בהמשך לכך, השאלה הנשאלת במקרה זה היא האם חוק יסוד: הלאום עולה כדי שלילת אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית? כפי שציננה חברתי הנשיאה, העותרים טוענים כי חוק היסוד אינו מתיישב עם אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל, בשל כך שהוא נותן העדפה להיבט היהודי של זהותה על פני זה הדמוקרטי, בעיקר משום שעקרון השוויון לא זוכה בו לביטוי או להגנה, והוא אף נעדר התייחסות לקבוצות המיעוט בחברה הישראלית. בניגוד לכך, חברתי הנשיאה הגיעה למסקנה כי אין בטענות אלה כדי להוביל למסקנה – הקיצונית – כי מדובר בחקיקת יסוד השוללת את אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל. אני מסכימה עמה אף בכך.

22. כפי שציננו חברתי הנשיאה וחברי השופט ע' פוגלמן, בהתבסס בין היתר על עמדת המשיבים עצמם, חוק יסוד: הלאום אינו מקנה זכויות ברמת הפרט ובהתאמה אף אינו נוטל זכויות. זהו חוק שמבטא אתוס לאומי. לא פחות, אך גם לא יותר. מסקנה זו עולה מקריאתן של הוראות חוק היסוד זו אחר זו, וזו לצד זו. לצורך הבהרת הדברים ניתן לפתוח בסעיף 5 לחוק היסוד הקובע כי "המדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות". קשה להטיל ספק בכך שסעיף זה מבטא עיקרון חשוב שהוא חלק מן האתוס המכונן של מדינת ישראל היורד לשורש ההצדקה לקיומה, כפי שהדבר בא לידי ביטוי גם בציטוט שבו פתחתי מהכרזת העצמאות. אולם, סעיף זה בעצמו אינו מקנה זכויות פרטניות אלא אך קובע עיקרון כללי. הנושא עצמו מוסדר ברמה האופרטיבית בחוק השבות, התש"י-1950 (להלן: חוק השבות קובע, כידוע, לא רק את הזכות לעלייה לישראל, אלא גם סייגים לה, למשל ביחס למי שלו עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור. אין ספק שחוק יסוד: הלאום לא נועד לבטל את ההסדרים של חוק השבות ולהקנות זכות לעלות גם למי שחוק השבות עצמו אינו מכיר בזכותם לעשות כן. הדברים אמורים גם בהוראותיו האחרות של החוק. כך, סעיף 6 לחוק יסוד: הלאום קובע כי "המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים בצרה ובשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם". אולם, אף סעיף זה אינו בא להחליף את ההסדרים החקיקתיים הקונקרטיים, המעוגנים למשל בחוק ההסגרה, התשי"ד-1954 ובחוק לנשיאת עונש מאסר במדינת אזרחותו של האסיר, התשנ"ז-1996. קו פרשני זה תקף אף ביחס לסעיף 7 לחוק היסוד שהיה אחד המוקדים של הדיון שהתקיים בפנינו. סעיף 7 קובע כי "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת

לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". אכן, סעיף זה נוקט גם לשון אופרטיבית ("תפעל"), לצד זו ההצהרתית. יחד עם זאת, כפי שהבהירה חברתי הנשיאה, בהתבסס בין היתר על טענות משיבי הממשלה עצמם, סעיף 7 אינו כולל הסדרים קונקרטיים המגלמים פגיעה בשוויון, ופרשנותו ההרמונית מאפשרת את קיומם של ערך השוויון וערך ההתיישבות היהודית זה לצד זה (כמפורט בפסקאות 86-90 לפסק דינה של חברתי הנשיאה).

23. מכל מקום, את חוק יסוד: הלאום אין לקרוא רק מתוכו הוא, אלא גם לצדם של חוקי היסוד האחרים. בית משפט זה הבהיר, משחר ימיה של המדינה, כי עקרון השוויון הוא נשמת אפו של המשפט הישראלי, כשהוא נשען בכך על הכרזת העצמאות עצמה, כמו גם על אופיו של המשטר הדמוקרטי (ראו למשל: בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 699 (1969); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 333 (1988); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 130 (1995)). אין כל הצדקה שלא ליישם עמדה זו, במלוא עוצמתה, אף ביחס לחוק יסוד: הלאום. הדואליות המתבטאת בזהותה של מדינת ישראל, כמדינה שהיא יהודית ודמוקרטית בעת ובעונה אחת, ליוותה אותה מאז קמה. יפים לכך דבריו של הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169 (1987):

"אופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל מצא את ביטויו בהכרזת העצמאות, בה מדובר על קיום שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין, ועל הבטחת חופש הדת, המצפון וכו'. עקרונות אלה משמשים נר לרגלינו ומהווים את ה"אני מאמין" של העם, אשר לאורו מתפרשים חוקים ונקבעים עקרונות יסוד. אולם אין כל סתירה בין עקרונות אלה לבין השאיפה, שלהגשמתה הוקמה המדינה, והיא ליצור כאן מדינה יהודית" (שם, בעמ' 224).

אם כן, ככל שיש בחוק יסוד: הלאום שתיקה ביחס לזכותם של אזרחיה הלא-יהודיים של המדינה לשוויון, הרי שיש למלא את החסר לכאורה בתכנים הנובעים מן הפרשנות ההרמונית שלו לצדו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו גם לאורו של המערך הכולל של חוקי היסוד בישראל. ראוי להבהיר, כי ההרמוניה החקיקתית חלה הן על היבטיה הדמוקרטיים והן על היבטיה היהודיים של המדינה. במלים אחרות, עקרון השוויון הוכר כעיקרון יסוד בשיטתנו המשפטית מזה שנים ארוכות, מבלי לגרוע מאופייה היהודי של מדינת ישראל. אם כן, אף כעת, כאשר האתוס היהודי-לאומי של המדינה מקבל מעמד חוקתי באופן מוצהר, ממילא ברור כי אין בכך כדי לשלול את מאפייניה הדמוקרטיים של ישראל.

24. בשלב זה, אבקש להתייחס להיבטים של הדיון שהם לשיטתי לבר-משפטיים, אולם לא ניתן לסיים את הדיון בעתירות מבלי להתייחס אליהם.

25. משפט ורגשות – טענותיהם של העותרים התמקדו במידה רבה בתחושות הכאב של אזרחים לא-יהודיים של המדינה בשל מה שנתפס על-ידם כדחיקת מקומם מחוק יסוד: הלאום. אכן, דומה כי מקורן של תחושות אלה לא במה שיש בחוק היסוד, אלא בעיקר במה שנעדר ממנו – התייחסות לאזרחיה הלא-יהודים של המדינה, ובעיקר לאזרחים ערבים ודרוזים. זהו אחד מאותם מצבים שבהם דבר טוב כשלעצמו מעורר קושי, לא בשל מה שיש בו אלא בשל מה שאין בו. בהשאלה ממקורותינו: "יפה תלמוד תורה עם דרך ארץ". ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, פרי הגשמתם של מאוויי דורות ועשיית צדק היסטורי מתחייב עם העם היהודי. אך גם לצד הכרה בלתי מעורערת זו, ניתן להבין את תחושת הכאב שמבטאים העותרים לנוכח אי-ההתייחסות אל מי שלפי הכרזת העצמאות הוזמנו ליטול חלק בבניין המדינה. הכאב על כך צורב במיוחד בקרב מי שנענו להזמנה.

26. משפט וחינוך – הקשיים העולים מניסוחו של חוק יסוד: הלאום, כאשר הוא עומד לבדו, ללא התייחסות לאזרחים הלא היהודים, אינם רק עניין לרגש, אלא באים גם במחיר במישור החינוכי והערכי. אמנם, ההגנה על הזכות לשוויון במדינת ישראל כבר מעוגנת היטב במשפט החוקתי ומבוססת על פרשנותה של הזכות החוקתית לכבוד האדם. יחד עם זאת, בהתחשב בכך שהוחלט לעגן את מאפייני היסוד של ישראל בחקיקת יסוד, דומה כי במישור החינוכי והציבורי הדגשה דומה של ערך השוויון, או התייחסות אחרת למעמדן של קבוצות המיעוט בחברה הישראלית – הייתה בעלת ערך. אף מהיבט ההרמוניה של הניסוח החוקתי יש טעם בטענה שטוב היה לו חוק יסוד: הלאום יזכיר את ערך השוויון. מדוע? חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם כוללים התייחסות ל"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". במובן זה, "הוזרקה" אליהם לא רק מערכת הערכים הדמוקרטית אלא גם זהותה היהודית של המדינה. דווקא על רקע זה היה רצוי לאמץ אותה טכניקה חקיקתית גם בחוק יסוד: הלאום ולהזריק בו אותה תובנה עצמה, דהיינו שאף הוא נועד להגשים את "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" – יהודית ודמוקרטית, ולא יהודית בלבד.

27. על ניסוחן של חוקות – את תחושותיהם של העותרים באשר לכך שחוק יסוד: הלאום, עם כל חשיבותו, נחקק "לבדו", ללא חיזוק מקביל של ההיבטים האזרחיים

הכלליים של הפרויקט החוקתי, ניתן להבין גם כאשר הנושא נבחן במבט השוואתי. המודל של מדינת הלאום נוהג במדינות רבות, והוא עולה בקנה אחד עם המסורת הדמוקרטית. אדרבה, במקומות רבים הקמתה של מדינת הלאום הלכה יד ביד עם הנהגתו של משטר דמוקרטי. אולם, שאלה נפרדת היא עד כמה החוקה עצמה מצהירה על עצמה כמדינת לאום, כיצד היא מגדירה את קבוצת הלאום (האם באופן שמוגבל לפי המוצא האתני אם לאו) ומהם ההסדרים החוקתיים המבטיחים זכויות מיעוטים או שוויון בכלל. עיון השוואתי מלמד כי אופייה של המדינה כמדינת לאום עשוי למצוא את מקומו בחוקתה, אך גם עשוי להישאר מחוץ לה (לדוגמאות ולדיון מנוגד בהן, ראו אצל: Eugene Kontorovich, *A Comparative Constitutional Perspective on Israel's Nation State Law*, 25(3) ISR. STUD. 137 (2020); Alexander Yakobson, *Jewish Nation-State, Not this Law*, 25(3) ISR. STUD. 167 (2020).

28. אבקש לחדד את דברי באמצעות דוגמאות, שאינן ממצות, אך יש בהן כדי לשפוך אור נוסף על המחלוקת. חוקתה של ארצות הברית נפתחת במלים המפורסמות We the People or the United States, כלומר, בתרגום חופשי, "אנו בני העם של ארצות הברית". זהו נוסח מכיל, שמבהיר את החסר בניסוח שאינו מזכיר את כלל האזרחים. אכן, ארצות הברית אינה מדינת לאום. על כך יש להוסיף כי ההיסטוריה של העבדות בתקופה שבה נכתבה החוקה מלמדת כי הניסוח אינו חזות הכול. אולם, בטווח הארוך, שפה חוקתית לא מדירה היא בעלת חשיבות ערכית וחברתית. כך למשל, הגם שהמבוא לחוקתה של צרפת מדבר בשם "בני העם הצרפתי" (The French People, בתרגום לאנגלית), הוא מצהיר באותו משפט עצמו גם על מחויבותם המשותפת לזכויות האדם ולעקרונות הריבונות הלאומית (The French people solemnly proclaim their attachment to the "Rights of man and to the principles of national sovereignty"). האמת צריכה להיאמר: ההיסטוריה של ישראל ושל העם היהודי אינה היסטוריה רגילה. כמו כן, קשה להשוות בין מדינות שהן מדינות לאום אתניות, כדוגמת ישראל, למדינות שבהן הגדרת הלאום היא שונה. מטעמים אלה, ההשוואה אינה מלמדת דבר בעומדה לבדה. אולם, היא משמשת רקע לחשיבות הרגשית והערכית הנודעת לבחירת הנוסחה החוקתית המתאימה בתחום זה (ראו גם: אהרן ברק "החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי" זמנים 26, 12 (1987)).

29. על כך ניתן להוסיף, כי החסר בחוק יסוד: הלאום מתחדד לנוכח העובדה שבמסמכים חוקתיים שלמים, פעמים רבות המבוא לחוקה כולל בסיס ערכי, שחותר למתן ביטוי להיסטוריה המורכבת של המדינה (ראו: אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" המשפט י"א 79 (התשס"ז)). חוק יסוד:

הלאום נחקק אף ללא מבוא כזה. אכן, כאשר המפעל החוקתי לא תם טרם הגיע זמנו של המבוא לחוקה. אולם, בשל כך שחוק יסוד: הלאום נועד, על-פי תפיסתם של התומכים בו, להיות חלק ליבתי של החוקה העתידית, החסר ניכר.

30. יחד עם זאת, בהתחשב בפרשנותנו לחוק יסוד: הלאום, הקשיים שהציפו בפנינו העותרים נותרים במישור הציבורי-ערכי. מקומם להתברר בזירה הציבורית והפוליטית, ולא בזו המשפטית. היקף התערבותו של בית המשפט בחקיקה רגילה הוא מלכתחילה מצומצם ומרוסן, ושמור למקרים שבהם הוכחה פגיעה בזכויות שאינה מקיימת את מבחני פסקת ההגבלה. כאשר עסקינן בחקיקת יסוד, היקף ההתערבות הוא מצומצם פי כמה. כפי שהובהר, ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד עשויה להיות אפשרית רק במקרים חריגים ונדירים. אכן, חקיקתו של חוק יסוד: הלאום הייתה רוויה אמוציות ותהפוכות. היא לוותה בדיונים סוערים בוועדות הכנסת, כמו גם בתקשורת וברשתות החברתיות. היא הייתה מושא למחלוקות פוליטיות. למחלוקות כאלה יש כמובן מקום בחברה דמוקרטית המאפשרת שיח פורה ומשגשג בין הרבדים השונים בחברה. אולם, בית המשפט אינו הזירה המתאימה להוביל אליה את השיח בהקשר זה.

31. לא למותר להוסיף, כי רבות מהטענות שהועלו בעתירות התבססו על אמירות כאלה ואחרות שהועלו במסגרת הליך החקיקה ואף בשלבים מוקדמים שלו. הן אינן מעוגנות בנוסח ההצהרתי שאומץ בסופו של דבר, ושאליו אנו נדרשים במסגרת הביקורת השיפוטית.

סוף דבר ותחילתו

32. דין העתירות להידחות. חוק יסוד: הלאום מבטא אתוס. חלקיותו של האתוס, בשל שתיקתו של חוק היסוד ביחס לזכות לשוויון או לזכויות מיעוטים, מעוררת מטבעה שאלות במישור החברתי-ציבורי, ובכלל זאת ביחס לבניית הערך של סולידריות חברתית. אולם, היא אינה פוגעת בזכויות משפטיות. הוויכוח הציבורי בעניין ראוי שיימשך מחוץ לכתליו של בית המשפט.

ש ו פ ט ת

אני מסכים לחוות דעתה של חברתי הנשיאה - למסקנותיה ולעיקרי נימוקיה - כי אין בהוראות חוק-יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק יסוד-הלאום) משום שלילה של המאפיינים הדמוקרטיים הגרעיניים של מדינת ישראל; ואף כי חלק מהוראותיו של חוק יסוד-הלאום אכן מעוררים קשיים, יש לאלה מענה בדרך של פרשנות מקיימת, והם אינם מבססים התערבות בחוק היסוד. ולפיכך, אף מבלי להידרש לשאלות של ביקורת שיפוטית על חוק יסוד, אין מנוס מדחיית העתירות.

אבקש עם זאת להוסיף, בתמצית רבה, הערה לענין המגבלה על סמכותה המכוננת של הכנסת.

1. הדוקטרינה של "תיקון חוקה לא חוקתי" ( *Unconstitutional Constitutional Amendment* ) זכתה להתייחסויות לא מעטות בפסיקתו של בית משפט זה. הסוגיה של ביקורת הוראות בחוקה נזכרה כבר בענין בנק המזרחי (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 326-327, 394 (1995)), ואף קודם לכן בענין תנועת לאו"ר (בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 554 (1990)), ומאז זכתה להתייחסויות לא מעטות, בשורה של פסקי דין, אך טרם נדונה באופן מלא וממצה וטרם נקבעה לגביה הלכה (בג"ץ 1368/94 שי פורת, עו"ד נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 913 (1994); בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758 (1995); בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 (1996); ע"א 733/95 ארפל נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (1997); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון (9.12.1998); בג"ץ 5160/99 התנועה לאיכות השלטון נ' ועדת החוקה, פ"ד נג(4) 92 (1999); בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (11.5.2006), להלן: ענין התנועה לאיכות השלטון; בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009); בג"ץ 4908/10 ח"כ בר-און נ' כנסת ישראל (7.4.2011), להלן: ענין בר-און; בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017), להלן: ענין המרכז האקדמי; בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת (27.5.2018), להלן: ענין בן מאיר; בג"ץ 4076/20 שפירא נ' הכנסת, (22.7.2020); ובג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.5.2021)).

2. המגמה העולה מההערות השונות בפסיקה, כמו גם בספרות המשפטית, הינה כי אף שהנטייה היא להכיר במגבלות על כוחה של הסמכות המכוננת, הרי שבשלב בו מצוי

המהלך החוקתי הישראלי, טרם ניתן ולא ראוי לגבש עמדה - לפחות לא עמדה מקיפה וסופית - לגבי תחולתה של הדוקטרינה של "תיקון חוקה לא חוקתי" במשפט הישראלי, וכי יש להמתין לענין זה עד להשלמת מפעל החוקה בישראל. עמדה ברוח זו הביעה גם הנשיאה בחוות דעתה (בפסקה 15), בהמשך לעמדתה בענין בן מאיר (שם בפסקה 25). באותו ענין הבעתי אף אני את עמדתי לתמיכה בגישה זו.

3. גם העתירות דנן אינן מחייבות הכרעה בשאלת תחולתה של הדוקטרינה במשפט הישראלי, ובשאלת היקף פריסתה, ומוטב כי נמשיך להותיר שאלות אלה ללא הכרעה בשלב זה, ככל שהדבר אינו מתחייב, שכן עם השלמת מפעל החוקה הישראלי וחקיקת חוק יסוד: החקיקה - המיועד לקבוע בין היתר את הוראות המסגרת לחקיקת חוקי היסוד ולביקורת חוקתית - ייתכן וההכרעה השיפוטית בשאלות אלה תתייטר בכך שהחוקה עצמה תנקוט עמדה בסוגיה זו, בין בדרך של קביעת "הוראות נוקשות" ו"הוראות נצחיות", ובין בדרך אחרת (אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" 39 פד ב' 361, 379 (דוד האן ואח' עורכים, 2011), להלן: ברק - תיקון של חוקה שאינו חוקתי; בג"ץ 4908/10 ח"כ בר-און נ' הכנסת, פסקה 33 (7.4.2011)).

כידוע, חוקות רבות כוללות "הוראות נוקשות", היינו הוראות המטילות הגבלות על תיקון החוקה. יש שההגבלות מתייחסות לתנאים דיוניים-מוסדיים (כגון: מי הגוף המוסמך לתקן חוקה, ובאיזה הליך - הרוב הנדרש, מספר קריאות וכיו"ב), ויש שההגבלות מתבטאות גם ב"הוראות נצחיות" (unamendable provision), היינו הוראות לפיהן הוראות מסוימות בחוקה, הנוגעות לאופי המדינה, למבנה רשויות השלטון או לזכויות אדם מסוימות, אינן ניתנות לתיקון. ככל שחוקה כוללת הוראות נוקשות או הוראות נצחיות כאמור המטילות הגבלות או תנאים על תיקון החוקה, הרי שהמגבלה על תיקון החוקה מעוגנת בהוראות החוקה עצמה, ואינו מתעורר קושי בשאלת מקור המגבלה. לעומת זאת, כאשר עסקינן ב"מגבלות משתמעות", בלתי כתובות (implicit unamendable provision) על תיקון חוקה - כגון בהתאם לדוקטרינה של סתירה ל"מבנה הבסיסי של החוקה" (Basic Structure Doctrine), או הדוקטרינה של "עקרונות יסוד עליהם מושתת המבנה החוקתי כולו" - עולה שורה של שאלות: מהן מגבלות אלה? מה המקור הנורמטיבי ממנו ניתן לגזור קיומן של מגבלות אלה? וכן שאלת סמכות בית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית לענין זה.

4. נראה כי בפסיקתו של בית משפט זה קיימת הסכמה רחבה באשר לקיומן של מגבלות על כוחה של הרשות המכוננת בכל הנוגע לפגיעה במאפייני הזהות הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ראו למשל: ענין התנועה לאיכות השלטון,

שם בעמ' 717; ענין בן-און, בפסקאות 33-34; ענין המרכז האקדמי, בפסקה כ"ז של השופט רובינשטיין, בפסקה 12 של השופט פוגלמן ובפסקה 4 של השופט הנדל; ופסקה 31 לחוות דעת הנשיאה בענייננו). אך עדיין קיימת השאלה, מהו העוגן הנורמטיבי לקיומה של מגבלה משתמעת בלתי כתובה זו על סמכותה המכוננת של הכנסת?

המדובר בשאלה מורכבת ועדינה המעוררת קשיים עיוניים ומעשיים כאחד, היורדים לשורש הסמכות והלגיטימיות של הרשות המכוננת ושל בית המשפט, והחורגים בחלקם מתחומו של משפט. במשפט המשווה ובספרות קיימות גישות שונות באשר לבסיס הרעיוני להגבלת כוחה של הרשות המכוננת, ובאשר לקיומה של סמכות לביקורת שיפוטית על הוראות חוקתיות בהעדר הוראת נוקשות או הוראת נצחיות (לסקירת המשפט המשווה ראו: ברק - תיקון של חוקה שאינו חוקתי והאסמכתאות הרבות הנזכרות שם; וכן הסקירה המקיפה אצל Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments - The Limits of Amendment Powers*, (Oxford University Press, 2017), להלן: רזנאי).

5. אכן, העובדה כי מפעל החוקה הישראלי טרם הושלם מצדיקה כאמור שלא לקבוע בשלב זה הלכה בשאלות מורכבות ורגישות אלה. ברם, לצד שיקול זה, דווקא העדרה של חוקה שלמה, וקיומו של מצב חריג, כאשר נורמות חוקתיות בישראל נחקקות למעשה בהליך חקיקתי רגיל, בהעדר הפרדה מוסדית והליכית בין חקיקת הוראות חוקתיות לבין חקיקה רגילה, ולא בהליך נוקשה וייחודי של חקיקת חוקה או תיקונים לחוקה כמקובל בחוקות בעולם, מעלה את הצורך והחשיבות בקיומן של מגבלות על הפעלת הסמכות המכוננת, ובקיום ביקורת שיפוטית דווקא בשלב זה (השוו: סוזי נבות ויניב רזנאי "על הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד" (ICON-S-Blog (4.11.2018)). בישראל גם שוררת "קלות בלתי נסבלת", חסרת תקדים ממש, בתיקונים חוקתיים. כך, בין השנים 2015 ל-2021 נערכו כ-20 תיקונים בחוקי היסוד, חלקם בתוך ימים ספורים, ועל הפרק מצויים כיום תיקונים חוקתיים נוספים. לכך יש להוסיף, כי גם לא ברור האם ומתי תסתיים תקופת המעבר וישראל מפעל החוקה בישראל, שהחל לפני יותר מ-70 שנים.

בנסיבות אלה אני מוצא לנכון להוסיף כמה מילים, בתמצית רבה, באשר ל"מקור הסמכות" להגבלת הסמכות המכוננת של הכנסת לענין פגיעה במאפייני הזהות הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

6. בהחלטה מס' 181 של עצרת האומות המאוחדות מכ"ט בנובמבר 1947 על אישור תכנית החלוקה והקמת שתי מדינות בארץ ישראל המנדטורית – מדינה יהודית ומדינה ערבית (להלן: החלטת עצרת האו"ם), נקבע בין היתר כי כל אחת מהמדינות תקיים

"בחירות לאסיפה מכוננת, שייערכו על יסודות דמוקרטיים" ( "...elections to the ) Constituent Assembly which shall be conducted on democratic lines". ובהמשך לכך נקבע בהחלטה כי "האסיפה המכוננת של כל מדינה תעבד קונסטיטוציה דמוקרטית למדינתה" ( "The Constituent Assembly of each State shall draft a democratic constitution for its State" ) (סעיפים 9 ו-10 לפסקה ב' לפרק הראשון להחלטה).

מהאמור עולה כי מרכיבי היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית, ועיגונם של מרכיבי יסוד אלה בחוקת המדינה, נקבעו למעשה כבר בהחלטת עצרת האו"ם מיום 29 בנובמבר 1947, אשר שימשה כבסיס הלגיטימיות הבינלאומית להכרזה על הקמת המדינה ביום 14 במאי 1948.

7. כידוע, הישוב העברי בארץ ישראל קיבל את תכנית החלוקה ואת החלטה 181 של עצרת האו"ם, ומגילת העצמאות נוסחה מלכתחילה כמסמך פורמלי שנועד בראש ובראשונה לתת מענה ולעגן את הדרישות שנקבעו בהחלטת עצרת האו"ם להקמת המדינה, כולל הדרישה להכנה ואישור חוקה דמוקרטית על ידי אסיפה מכוננת נבחרת למדינה היהודית. בהמשך, במהלך התיקונים והתוספות לטיוטה הראשונה, נוספו למגילת העצמאות מרכיבים היסטוריים, לאומיים ודתיים שהפכו אותה גם למסמך חזונית-קנוני (יורם שחר "הטיוטות המוקדמות של הכרזת העצמאות" עיוני משפט כו 523 (תשס"ב-תשס"ג); ישראל דב אלבוים "מהו הסיפור של המגילה?", מתוך מגילת העצמאות עם תלמוד ישראל (עורך י' ד' אלבוים) 23 (2019)).

בהתאם לכך, כבסיס להכרזה על "הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל", מפנה המבוא של מגילת העצמאות ל"החלטה המחייבת" של עצרת האומות המאוחדות מיום 29 בנובמבר 1947, לצד הפניה ל"זכותנו הטבעית וההיסטורית". בהמשך לכך מתייחסת מגילת העצמאות "לחוקה שתיקבע על ידי האסיפה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ- 1 באוקטובר 1948", כדרישת החלטת עצרת האו"ם. כן נכללו במגילת העצמאות הוראות נוספות המעגנות דרישות אחרות שבהחלטת עצרת האו"ם, כגון בנוגע ל"האחדות הכלכלית של ארץ ישראל בשלמותה", ועוד.

בהמשך לכך, נכללו במגילת העצמאות הוראות שונות הנותנות תוכן מהותי למרכיבי הזהות של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית. כך, לצד ההתייחסות למרכיב זהותה היהודית של המדינה - זכותו של העם היהודי למימוש הזכות הנתונה לו להגדרה עצמית בארץ ישראל, וקביעה כי מדינת ישראל תהא "פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות", קובעת המגילה, בהתייחסות למרכיב הדמוקרטי, בין היתר כי

מדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין", ומבטיחה לבני העם הערבי תושבי מדינת ישראל "אזרחות מלאה ושווה".

8. בדיון במועצת המדינה הזמנית ביום 14.5.1948, בו אושר נוסח מגילת העצמאות, ובהמשך לכך הוכרו על הקמת המדינה, הגדיר דוד בן גוריון, מספר פעמים, את מגילת העצמאות כ"מגילת היסוד של מדינת ישראל". מגילת העצמאות אושרה, פה אחד, ונחתמה על ידי מועצת העם, שכללה את נציגי הישוב העברי והתנועה הציונית, מכל הגופים המייצגים - ממק"י ועד אגודת ישראל - כולל אף כאלה שלא נמנו על התנועה הציונית.

9. מגילת העצמאות, המהווה את מסמך היסוד של מדינת ישראל, מכריזה על ה"אני מאמין" שלה, ועל העקרונות עליהם תושבת מדינת ישראל, תוך שהיא מתחייבת לקיים את החלטת האו"ם מכ"ט בנובמבר בדבר הקמת מדינה יהודית אשר תבחר אסיפה מכוננת שתאשר חוקה דמוקרטית למדינה.

מכאן שהגדרת זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית היא התשתית הנורמטיבית עליה הוקמה המדינה, והיא בסיס הלגיטימיות שלה, הן הפנימית (מצד העם - הריבון), והן הבינלאומית (החלטת עצרת האו"ם). זאת, כאשר החוקה שאמורה לאשר האסיפה המכוננת - בהתאם להחלטת האו"ם ולקבוע במגילת העצמאות - מיועדת ליישם שני מרכיבים אלה של זהותה של המדינה. האסיפה המכוננת הוסמכה אפוא לצקת תוכן בעקרונות אלה, של מדינה יהודית ודמוקרטית, אך לא הוסמכה לסטות מהם או לבטלם.

שני עמודי יסוד אלה - יהודית ודמוקרטית - הם ה"יכין ובוועז" עליהם נוסדה מדינת ישראל, והם המגדירים את זהותה. על כן שלילת מי מהם מובילה לקריסת המבנה החוקתי כולו, באופן שכאשר תיקון לחוקה שולל מי מהם, אין מדובר עוד ב"תיקון" חוקה, אלא ב"מהפכה", היינו יצירת חוקה שונה ומדינה שונה.

10. על יסוד תשתית נורמטיבית זו יש לראות גם את "החלטת הררי" מיום 13 ביוני 1950, אשר קבעה כי הכנסת הראשונה, שנבחרה כאסיפה המכוננת, לא תחוקק חוקה למדינת ישראל, וכי החוקה תיכתב בפרקים, הקרויים "חוקי יסוד", שיתאגדו לבסוף לכלל חוקת המדינה. חוקי היסוד נועדו אפוא להגשים את התפקיד שיועד לחוקה בהחלטת עצרת האו"ם ובמגילת העצמאות, היינו כחוקה הנותנת תוכן קונקרטי לשני מרכיבי הזהות של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ובהתאם לכך, גם הכנסת, בהפעילה

את סמכותה המכוננת הנמשכת, כפופה אף היא למגבלה זו. הסמכת הכנסת כאסיפה מכוננת לחוקק חוקי יסוד היא בגדר שטר ושוברו בצדו. העם הפקיד סמכות זו בידי הכנסת לקבוע חוקי יסוד ולתקנם על בסיס המנדט שנקבע לאסיפה המכוננת במסמך היסוד של מדינת ישראל, היא מגילת העצמאות.

יצוין בהקשר זה כי אין מדובר במודל חריג, שכן הוראות בחוקות בדבר אופייה של המדינה – כגון, כרפובליקה או מונרכיה, פדרליזם, דת המדינה או היותה חילונית – נקבעות לרוב כהוראות נצחיות שאינן ניתנות לתיקון או שינוי (דחנאי 148-157)

11. מגבלה זו על כוחה המכונן של הכנסת נתמכת גם בעובדה ש"החוקה" הישראלית מעולם לא הועמדה לאישור העם במשאל-עם, כנהוג ברבות מהחוקות, ולא אושרה בהליך חוקתי מיוחד, ועל כן מקור הלגיטימיות שלה מהעם הוא במסמך היסוד של הקמת המדינה שאושר על ידי נציגי הישוב העברי והתנועה הציונית, בשם העם. הסמכת מועצת העם את האסיפה המכוננת, במסגרת מגילת העצמאות קובעת את גודרי סמכותה, ועל האסיפה המכוננת לפעול בגבולות שהתווה לה העם כריבון; זאת, בין אם נראה בחקיקת חוקי היסוד על ידי הכנסת כהפעלה של סמכות מכוננת ראשונית-מקורית, ובין אם נראה בה הפעלת סמכות מכוננת משנית-נגזרת (לגישות השונות לגבי מהות סמכותה המכוננת של הכנסת ראו: אהרן ברק "הכנסת כרשות מכוננת ושאלת התיקון החוקתי שאינו חוקתי" (פרק מתוך ספר על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו העתיד להתפרסם ב-2021), 4-12, להלן: ברק-הכנסת כרשות מכוננת. וכך: אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-היסוד" 199 ברנזון כרך שני - בני סברה 119, 132-136 (תש"ס), להלן: בנדור; דחנאי, 105-134).

12. דומה כי במשך תקופה ארוכה המעיטו בערכה של מגילת העצמאות, אשר נתפסה תחילה ציבורית ומשפטית - בעיקר כמסמך פורמלי לשם עמידה בדרישות החלטת עצרת האו"ם, וכמסמך היסטורי, בעל ערך סמלי בעיקר, שסימל את חידוש הריבונות היהודית בארץ ישראל. גם בתי המשפט לא ראו במגילת העצמאות מסמך בעל תוקף משפטי מחייב או כמקור לזכויות, אלא כמסמך בעל ערך פרשני אשר נועד -

"רק לשם קביעת העובדה של יסוד המדינה והקמתה לצורך הכרתה עליידי החוק הבינלאומי. היא מבטאת את חזון העם ואת 'האני מאמין' שלו, אבל אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים, או ביטולם" (בג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85, 89 (1948)).

(וראו עוד מבין רבים: בג"ץ 7/48 אל כרבוטלי נ' שר הביטחון, פ"ד ב 5, 13 (1949); בג"ץ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז, 871, 884 (1953); בג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר-שמריהו, פ"ד טו 2101 (1962); ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129, 136-137 (1971)).

השינוי בתפיסת מעמדה של מגילת העצמאות כמסמך בעל נפקות משפטית החל עם חקיקת חוקי היסוד של זכויות אדם בשנת 1992, ובהמשך, בשנת 1994, עם עיגון מפורש של מעמדה של מגילת העצמאות בתיקון לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובנוסח החדש של חוק-יסוד: חופש העיסוק, בהם נקבע כי "זכויות היסוד של האדם בישראל ... יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל", וכי מטרתו של חוק היסוד " ... לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיפים 1-2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, וסעיפים 1 ו-1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). בהמשך לכך קיבלו עקרונות יסוד אלה - יהודית ודמוקרטית - ביטוי בדברי חקיקה נוספים הנוגעים או המשליכים על שיטת המשפט והמשטר בישראל (סעיף 7א(1) לחוק-יסוד: הכנסת; סעיף 42א(ג) לחוק-יסוד: הכנסת; וסעיף 5(1) לחוק המפלגות, תשנ"ב-1992).

על יסוד עיגון חוקתי זה של עקרונות מגילת העצמאות החל בית משפט זה להכיר במגילת העצמאות גם כמסמך בעל תוקף משפטי, וכמקור לעיגון זכויות אדם (ראו למשל: בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 465-466 (1994); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 272, 258 (2000); ענין בנק המזרחי, בעמ' 279; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 766-769 (2005)).

בספרות המשפטית הובעו דעות גם באשר להשלכות של מגילת העצמאות על כוחה המכונן של הכנסת, על פי מודלים שונים (בנדוד, שם בעמ' 142-145; אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9 (2018); אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" ICON-S-IL Blog (22.3.2020); ברק-הכנסת כרשות מכוננת, בעמ' 35-38).

13. חשוב כמובן להדגיש כי לא כל "פגיעה" באופי היהודי או הדמוקרטי של המדינה תיחשב כחריגה מהסמכות המכוננת של הכנסת, אלא רק "מקרי קצה" של פגיעה קשה ומהותית, המערערת את הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה. המדובר

במצבים חריגים וקיצוניים השוללים את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה ואת תכונות המינימום לשימור זהותה היהודית או הדמוקרטית. איני סבור כי נכון להגדיר מראש רשימה של מאפיינים לענין זה, אך יש להקפיד על מחסום זה ולנקוט זהירות רבה כדי להימנע מגלישה ל"שגרה" של עתירות התוקפות חוקי יסוד או הוראות בהם בטענה של חריגה מהסמכות המכוננת.

14. ולבסוף הערה קצרה לענין סעיף 1 לחוק היסוד-הלאום ולטענות בדבר העדר עיגון בו לעקרון השוויון.

מעיון בסעיף 1 לחוק היסוד עולה בבירור כי הסעיף "מהדהד" את האמור במבוא של מגילת העצמאות. יש לשים לב כי בעוד סעיף 1(א) מדבר על "ארץ ישראל", כמולדתו ההיסטורית של העם היהודי, הרי שסעיף 1(ג) מדבר על מימוש הזכות להגדרה עצמית של העם היהודי ב"מדינת ישראל". סעיף 1 כולו עוסק במרכיבי הזהות הלאומית של מדינת ישראל, ואינו מקנה או שולל זכויות במישור האישי. כך עולה מלשונו, וכך עולה גם מההיסטוריה החקיקתית שלו.

אך למרות זאת, העדר התייחסות לשוויון זכויות מלא לכלל אזרחיה של מדינת ישראל, צורמת ומקוממת, דווקא משום הזיקה של סעיף 1 לחוק יסוד-הלאום למגילת העצמאות. סעיף 1 מעגן כאמור את העיקרים בהיבט הלאומי שנקבעו במגילת העצמאות, ואולם במגילת העצמאות הבינו אבות האומה כי קביעת זהותה היהודית של המדינה במישור הלאומי מחייבת לקבוע ולהדגיש לצדה "שוויון זכויות גמור" לכל אזרחיה -

"מדינת ישראל... תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל אזרחיה... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות... ותהיה נאמנה לעקרונות מגילת האומות המאוחדות."

הדגשה מעין זו היא בעלת חשיבות רבה במדינת ישראל, הכוללת מיעוט אתני-דתי גדול, וזאת הן כאקט חינוכי-הצהרתי לחיזוק תודעת השוויון של קהילת הרוב, והן כדי למנוע תחושת הדרה וזרות של אזרחי הארץ הלא-יהודים. לא ייפלא אפוא כי רבים מקרב בני המיעוטים בישראל חשו פגועים ואף מושפלים בעקבות חקיקת חוק יסוד-הלאום. משביקשו יוזמי החוק לעגן בחוק יסוד את מרכיבי הזהות היהודית של המדינה, מתבקש וראוי היה כי לצד זאת יודגש שוויון הזכויות המלא לכלל אזרחיה, כמתחייב מזהותה הדמוקרטית.

ואולם בכך אין כדי לבסס עילת פסילה של חוק יסוד-הלאום, או "קריאה לתוך החוק" את שאין בו, אך יש בכך כדי להצדיק הבהרה והדגשה, בגדר "פרשנות מקיימת", כי בחסר זה אין לפגוע בעקרון השוויון המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובפסיקה ענפה של בית משפט זה, וכי החוק לא נועד להכפיף את הערכים הדמוקרטיים של המדינה לזהותה היהודית, כמבואר היטב על ידי הנשיאה (פסקאות 38-41).

ש ו פ ט (בדימ')

המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לתוצאה אליה הגיעה חברתי, הנשיאה א' חיות, כמו גם לניתוח המעמיק שעשתה בחוות דעתה. מפאת חשיבות הדברים, אבקש להביא מספר הדגשים משלי.

2. היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית היא נתון שעומד ביסודה של מדינת ישראל מעת היווסדה. מהות זו שזורה כחוט השני במרחב הנורמטיבי הישראלי – ממגילת העצמאות (המבטאת את ה"אני מאמין" של המדינה) עבור בחוקי-היסוד, וכלה בנורמות תת-חוקתיות שונות (לפירוט עיינו: חנן מלצר "צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 347, 349 (2012) (להלן: מלצר)). מדובר בעיקרון כה יסודי למפעל הציוני ולמדינה שקמה בעקבותיו, שדומה שאין צורך שיעלה עלי ספר בפירוט, מעבר לתיבה: "מדינה יהודית ודמוקרטית", המופיעה בחוקי-יסוד אחדים ובחקיקה (עיינו: מלצר, בעמ' 349-350, 352-357 ו-384-389). עם זאת משנברא חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק-יסוד: הלאום) ראוי לבחון אם יש אפשרות להתערבות שיפוטית בו ואם בהוראותיו יש מתום (השוו: "נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא, עכשיו שנברא - יפשפש במעשיו" (תלמוד בבלי, ערובין, יג ע"ב); ההדגשה שלי – ח"מ). לכך אפנה עתה.

על מגבלותיה של הסמכות המכוננת – בתמצית

3. אני שותף לעמדתה של חברתי הנשיאה כי היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית מטילה מגבלות מסוימות על המפעל החוקתי הישראלי ועל הסמכות

המכוננת, כך שחוקי-היסוד אינם יכולים לשלול את הגרעין העומד ביסוד שני מאפיינים אלה. מסקנה זו נסמכת לגישתי על שלושה אדנים מרכזיים, הנוגעים למגבלות המהותיות על הסמכות המכוננת, אותם אפרט מיד ובסמוך.

4. ראשית, כפי שציינה גם חברתי הנשיאה, זהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית היא עובדה קונסטיטוציונית מוגמרת, ומאפיין זה מעוגן כבר ברבים מחוקי-היסוד השונים (ראו: פסקה 19 לחוות דעתה של חברתי, הנשיאה א' חיות, ובעמ' 349–350 למאמרי: מלצר הנ"ל; השוו גם: ע"א 8573/08 אורנן נ' משרד הפנים, פסקה 4 לחוות דעתי (02.10.2013)). לעניין זה, על אף היותו של מבנה החוקה בתהליך בניה עדיין – עמודי התווך: "יהודית ודמוקרטית", עליהם נשענת החוקה, עומדים יציבים. על כן, שלילה של הגרעין היהודי-דמוקרטי עלולה למוטט את המפעל החוקתי כולו, ויש בה אף משום כינון חוקה חדשה, כפי שהגדירה זאת הנשיאה ד' ביניש, בהתייחסותה לעקרונות שבבסיס התיבה "יהודית ודמוקרטית":

"עקרונות יסוד העומדים בבסיס קיומנו כחברה וכמדינה אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות, ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה" (כג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 311-312 (2011) (להלן: עניין בר-און) (ההדגשה שלי –ח"מ)).

במובן זה, קיימות מגבלות מהותיות על הסמכות המכוננת, שכן ספק אם ניתן להשתמש בסמכות זו – בין בדרך של תיקון הוראה חוקתית ובין בדרך של יצירה הוראה חדשה – כדי לאיין את החוקה, או לפורר את עקרונות היסוד שלה עצמה (עיינו: אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר בך, 379-380 (2011) (להלן: ברק, תיקון של חוקה); YANIV, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS: THE LIMITS OF AMENDMENT POWERS 142-143, 148-150 (2017) (להלן: ROZNAI); ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" עיוני משפט מד (צפוי להתפרסם ב-2021)).

5. שנית, קיומן של הגבלות מסוימות על הסמכות המכוננת, מתבקש מכך שהסמכות לתקן חוקה היא סמכות שהועברה מהעם, שהוא בעל הסמכות המכוננת המקורית – למכונן. מכך נובע שהאורגן המתקן את החוקה פועל בשם העם, כנציגו, בנאמנות, כפי שהגדיר זאת פרופ' רוזנאי. סמכות התיקון החוקתי מצויה אם כן בדיוטה העליונה, אך מי שסמכות זו נתונה לו – פועל מכוח חובת נאמנות, והוא מחויב לשקוד בכל מאודו על הגשמת התכליות שלשמן ניתנה לו הסמכות, והן גם אלו שמתוות את גבולות סמכותו. מכאן שהכנסת, ב"כובעה" כרשות המכוננת, מחויבת למלא את חובת האמון המוטלת

עליה ולהגשים את התכלית שלשמה ניתנה לה הסמכות, ומכוח מגבלות אלו – היא איננה "כל-יכולה" (ROZNAI, בעמ' 117-120; יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" 199 רובינשטיין 1349, 1379 (2020) (להלן: רוזנאי, שימוש לרעה)).

בהקשר זה, התכלית שלשמה ניתנה הסמכות המכוננת במדינת ישראל (ועמד על כך בהרחבה חברי, השופט מ' מזוז בחוות דעתו), עולה גם מהחלטה 181 של האומות המאוחדת ומגילת העצמאות, אשר הניחו כינון חוקה למדינה היהודית והדמוקרטית שנוסדה.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק נתנו ביטוי חוקתי לדרישה זו, בקובעם כי מטרתם היא: "לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיפים 1א, שם; ההדגשה הוספה – ח"מ). הסמכות המכוננת היא, אם כן, הסמכות לכונן חוקה כאשר איפיונה של מדינת ישראל הוא כשל: "יהודית ודמוקרטית".

בהקשר האמור, פרופ' ברק אף הביע עמדה לפיה יש לפרש את היקף הסמכות המכוננת, שדובר בה בהכרזת העצמאות מתוקף הנורמה הבסיסית, על רקע שני החלקים האחרים של הכרזה זו. לעמדתו, מגילת העצמאות יצרה את כללי המסגרת לכינון החוקה, כך שהסמכות המכוננת נועדה לממש בחוקה את "ההיסטוריה והאידיאולוגיה", ואת תפיסת ה"אני מאמין" של העם, שבאו לידי ביטוי בחלק הראשון והשלישי של הכרזת העצמאות בהתאמה, וסמכות זו מוגבלת באמצעות עקרונות אלו (ראו: אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9 (2018) (להלן: ברק, מגילת העצמאות)). לענייננו – גם מגישה זו מתבקשת המסקנה כי הכנסת כרשות מכוננת איננה מוסמכת לבטל את אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (שם, בעמ' 30).

6. שלישית, במדינות שונות בעולם, ובמידה מסוימת גם בישראל, קיימת הכרה רעיונית בקיומה של מגבלה מהותית על הסמכות המכוננת, הנובעת ממחויבות לעקרונות היסוד של השיטה (בין שמגבלה זו מעוגנת מפורשות בחוקה, ובין שאינה מופיעה בה – ראו: רוזנאי, שימוש לרעה, בעמ' 1353-1360; ברק, תיקון של חוקה, בעמ' 379-380; ולהרחבה עיינו: ROZNAI, בעמ' 5-7 ו-17-69).

על קיומן של נורמות המצויות מעל הדין הפוזיטיבי ומגנות על ערכיה המכוננים של האומה במשפט הישראלי, עמד בית משפט זה עוד בשנות ה-60 בהלכת ירדור (ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט 365, 389 (1965)).

באשר למגבלה שעקרונות היסוד מטילים על חוקי-היסוד באופן ספציפי, עמד השופט מ' חשין מספר פעמים, ובאחת הפרשות הוא כתב כך:

"גם חוקי-היסוד אינם בפסגת הפירמידה, שמא נאמר: כתשתית-התשתיות. נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי-היסוד יונקים מהם את חיותם. עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה היהודית." (בג"ץ 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 629, 577 (1997); עיינו גם חוות דעת המיעוט שלו ב-ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 545, 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 542, 481 (1998); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 729 (2006) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון)).

גישתו של השופט מ' חשין לא התקבלה, כידוע, במלואה כהלכה, אולם לא נשללה האפשרות כי קיימות מגבלות מסוימות ומצומצמות על הסמכות המכוננת (ראו: עניין בנק המזרחי, בעמ' 327 ו-408), ובשורה של פסקי דין – בית המשפט חזר על כך כי אין לשלול את האפשרות שסמכות זו מוגבלת לאור עקרונות יסוד בלתי כתובים של השיטה (ראו למשל: בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996); עניין בר-און, בעמ' 310; בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999); בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פסקה 24 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות, ופסקה 22 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז (27.05.2018) (להלן: עניין בן מאיר)).

ביחס למגבלה זו, קשה לגישתי להצביע על עקרונות-מאפיינים, שהם יותר יסודיים למדינתנו מהיותה: "יהודית ודמוקרטית". אלו עקרונות-העל של שיטתנו, אשר, כאמור, אף לא היה צורך לפרטם, בהיותם "תעודת הלידה של המדינה" (ראו למשל: בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 705 (1992); עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 731). הנה כי כן לא בכדי, כאשר הפסיקה עמדה על האפשרות להחלתה של דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי, הרי שלילת אופייה היהודי, או הדמוקרטי של המדינה חזרה כדוגמה מובהקת למקרה של שלילת "עקרונות יסוד של השיטה", אשר עלולה להוות חריגה מהסמכות המכוננת (עיינו והשוו: עניין בר-און, בעמ' 310 ו-312; עניין התנועה לאיכות השלטון, בעמ' 717; בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פסקה 8 לחוות דעתי ופסקה 4 לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל (06.09.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי)).

7. בעומדי על שלושת האדנים הנ"ל – הנני סבור כי סמכותה של הכנסת ב"כובעה" כרשות מכוונת אמנם רחבה, אך איננה בלתי מוגבלת, במובן זה שחוקי-היסוד לא יכולים לשלול את זהותה הדמוקרטית והיהודית של המדינה. מכל מקום, כפי שיבואר בהמשך, סבורני כי אין זה המקרה שבפנינו, ועל כן דברים אלה נכתבים בבחינת למעלה מן הצורך, ומתוך תקווה שצורך שכזה לא יתעורר לעולם.

בטרם אפנה להשלכות שבכל זאת תיתכנה לאמור לעיל במסגרת העתירות שלפנינו, אעיר מספר הערות על דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי, בהתחשב במאפייני המפעל החוקתי הישראלי.

8. חברתי, הנשיאה, עמדה על הקושי להכריע בשאלת תחולתה של דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי בשלב שבו טרם הושלם המפעל החוקתי. אכן, המבנה החוקתי הישראלי, שכתבתו נעשית פרקים-פרקים (לאור החלטת הררי המפורסמת), הוא מאפיין שיש בו כדי לצמצם ולרסן את החלטה האפשרית של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי, זאת אף יותר מהמתבקש ממילא בכל הנוגע להחלת דוקטרינה זו (ברק, תיקון של חוקה, בעמ' 379; השוו: עניין בן-מאיר, בפסקה 8 לחוות דעתי ועניין המרכז האקדמי, ובפסקה 14 לחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן).

יחד עם זאת, כפי שהדגישו כאן חברתי השופטת ד' ברק-ארז וחברי השופט מ' מזוז, דווקא העובדה שחוקתנו עודנה מתהווה, בשילוב עם הקלות הרבה שבה ניתן לכוון ולשנות את חוקי-היסוד, עשויה, במקרים המתאימים, לחזק את המסקנה כי יש לעמוד על קיומן של מגבלות מהותיות על הסמכות המכוונת (ראו למשל: סוזי נבות ויניב רוזנאי "על הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד" ICON-S-IL Blog (04.11.2018); עניין המרכז האקדמי, בפסקה ל"ה לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין). זאת מאחר שבהיעדר הליך תיקון חוקה מורכב ומובנה, ניתן לכאורה לשנות הסדרים חוקתיים בהתאם לרצון של רוב פוליטי חולף (עיינו: David Landau, *Abusive Constitutionalism*, 47 U.C. DAVIS L. REV. 189, 234-35 (2013); השוו לעניין בר-און, בעמ' 316, ופסקאות 6-3 לחוות דעתו של חברי, השופט ג' קרא כאן). בהקשר זה, בהיעדר הגנה פרוצדורלית על החוקה המתהווה במדינתנו, מתחדד ביתר שאת תפקידו של בית משפט זה בהגנה על החוקה (השוו: פסקה 34 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות).

9. עוד יש לציין כי בית המשפט הבהיר בהזדמנויות שונות כי אין לשלול מראש את האפשרות שדוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי תאומץ ותיושם בעתיד, גם טרם שיושלם המפעל החוקתי, זאת כמובן בנסיבות חריגות ביותר (שיש לקוות כאמור שלא תתרחשנה) – ושאלה זו נותרה בצריך עיון לפי שעה (ראו, למשל: עניין בנק המזרחי, בעמ' 394; עניין בר-און, בעמ' 312; עניין המרכז האקדמי, בפסקה ל"ה לחוות דעתו של

המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין; וכן חוות דעתם של חברותי וחברי, השופטים: ע' פוגלמן בפיסקה 2, ד' ברק-ארד בפיסקאות 11-15, מ' מזוז בפיסקאות 3-5, וע' ברון בפיסקה 4, כאן).

כעת לאחר שדנתי עקרונית בשאלת הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקת-יסוד, אדרש לדיון לגופם של דברים בחוק-יסוד: הלאום, שעומד בבסיס העתירות שבפנינו.

מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

10. בכדי להידרש לשאלה האם חוק-יסוד: הלאום שולל את היותה של מדינת ישראל יהודית ודמוקרטית, יש לבחון מה עומד בבסיס הצירוף של שני מאפיינים אלה, ובפרט אילו מגבלות נובעות מהגדרתה של המדינה כמדינה דמוקרטית. בירור משמעותו של שילוב מושגי זה רלבנטי, כמובן, גם לשאלה כיצד יש לפרש את חוק-יסוד: הלאום לאור המחויבות לגרעין היהודי-דמוקרטי של המדינה, ולאור החובה הדורשת לפרש את חוקי-היסוד בהרמוניה ובהתאם לעקרונות היסוד של המדינה, הכל כפי שיפורט בהמשך. אמנם, קצרה היריעה מלפרט ולבחון כאן את מלוא המשמעויות של ההגדרה: "מדינה יהודית ודמוקרטית", ואת מכלול השאלות שצירוף זה עשוי להציף. אולם נראה כי חוק-יסוד: הלאום ביקש, במידה מסוימת, לצקת תוכן לצד ה"יהודי" של המשוואה, ולכן אנו נדרשים להתמקד בשאלה כיצד אותו תוכן משתלב עם המאפיין ה"דמוקרטי", נוכח טענותיהם של העותרים כי חוק-יסוד: הלאום מפר את האיזון העדין בין השניים. לגישתי, עדיף היה לעסוק בפירוט האלמנט של "יהדותה של המדינה", אם הוחלט לעשות כן, בצד פירוט המהות של היות המדינה "דמוקרטית", שערכי השוויון מוטמעים בה. ככל שננקטה דרך אחרת – יש בה חוסר סימטריה ברמת ההפשטה, המחייבת תיקון חוקתי בהקדם, ומשלא נעשה כן, אנו נדרשים לשאלה זו.

11. ההגדרה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית הציפה לאורך השנים אתגרים שונים ויש מי שאף הציגו יסודות אלו כמצויים בקונפליקט. לגישתי, ועמדה על כך גם חברתי הנשיאה, מדובר ביסודות משלימים הדורים בכפיפה אחת, גם אם לעיתים במתח מסוים, והם בבחינת "עילה המורכבת משני מרכיבים (יהודית ודמוקרטית)" (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי, פ"ד נז(4) 1, 19 (2003) (להלן: עניין טיבי)).

משל למה הדבר דומה. לציווי המחייב: "כבד את אביך ואת אמך", שאיננו קובע עדיפות כלשהי בין השניים, ודורש כיבוד שווה של אם ואב.

12. אכן, אין מניעה לקיומה של מדינת לאום דמוקרטית, גם כמובן של דמוקרטיה מהותית. בכל העולם ישנן מדינות לאום ליברליות, וזאת מתוך כוונה לגיטימית ואף רצויה להעניק ביטוי לאומי לזהות אתנו-תרבותית מסוימת במסגרת של מדינה דמוקרטית (ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 325 (2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה)). במקרים כאלה, שפת המדינה, סמליה הפומביים, לוח השנה המדינתי, ומערכת החינוך הממלכתית וערכים מהותיים נוספים עשויים כולם להתעצב בזיקה למורשת הלאומית התרבותית. ניכר כי חלק ממאפיינים לאומיים אלו קיבלו ביטוי בסעיפים מסוימים של חוק-יטו:ד: הלאום ובחוקים שונים של מדינת ישראל, כגון: חוק השבות, התש"י-1950 (על מאפיינים לאומיים של המדינה היהודית הדמוקרטית, כדוגמת מעמד השפה העברית והמחויבות לקיבוץ גלויות, ראו למשל: אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 88 (2004)).

13. הנה כי כן, המדינה הליברלית איננה נדרשת בהכרח לניטרליות בזהותה המדינית, ולמעשה לא ברור שקיום של מדינה ניטרלית לחלוטין, הניצבת מאחורי "מסך הבערות" במונחים של דולט, הוא אפשרי בכלל (על אף שהמחוקק עשוי לעיתים להידרש לניטרליות מסוג זה, עיינו: (John Rawls, POLITICAL LIBERALISM, 24-25 (2005)). יחד עם זאת, בעוד שלא נדרשת ניטרליות מוחלטת מהמדינה הדמוקרטית, מבחין חשוב בין מדינה לאומית דמוקרטית למדינה לאומנית שאיננה דמוקרטית הוא שהזהות הלאומית של המדינה איננה פוגעת להלכה (בחוקת המדינה ובחיקוקיה) ולמעשה בשוויון הזכויות: הפוליטיות, הכלכליות והתרבותיות של בני המיעוטים באותה מדינה, וכן במעמד של המוסדות האמורים להגן על זכויות אלו (עיינו: רובינשטיין ומדינה, בעמ' 329-328).

14. מחויבותה של מדינת ישראל לזכויותיהם של המיעוטים החיים בה, שהיא אחד המאפיינים שמבחינים אותה ממדינות לאום לא דמוקרטיות כאמור, עולה גם ממילותיה המפורשות של הכרזת העצמאות, לפיה ברור כי האופי של המדינה איננו מתבטא רק בגדרי דמוקרטיה פורמלית-פוליטית במובנה הצר של הכרעת הרוב, אלא בעיצוב המדינה כדמוקרטית כמובן המהותי של מושג זה (השוו: מלצר, בעמ' 353; בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, 340 (1998)). לא למותר להביא כאן את לשונה של הכרזת העצמאות בהקשר זה:

"מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת,

**מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות.** " (ההדגשה הוספה – ח"מ).

15. על המחויבות לשוויון אזרחי ולערכים דמוקרטיים אחרים ניתן ללמוד גם מחקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק-יסוד: חופש העיסוק, אשר עיגנו זכויות יסוד העומדות בליבת הדמוקרטיה וצינינו במפורש כי יש לכבד את זכויות היסוד ברוח העקרונות שבהכרזת העצמאות (סעיפים 1 שם), וכן לאור הקשר בין כבוד האדם לבין שוויון אזרחי מסוג זה, עליו אעמוד מיד בסמוך.

16. כבודו של אדם קשור קשר אמיץ להתייחסות שווה אליו כאדם, אשר ערכו הסגולי שווה לשל כל אדם אחר (ראו: חוות דעתי ב-בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פ"ד סג(2) 398, 439-447 (2009)). במדינות לאום לא דמוקרטיות, שבהן מתקיימת אזרחות נחותה מטעמים של שוני: אתני, דתי או גזעי, ברור כי מדובר בפגיעה בכבודם של אלו הנתפסים כנחותים בשל השתייכותם הקבוצתית. בחוקותיהן של מדינות אלו חסרים בדרך כלל האיפיון הדמוקרטי וכן ערך השוויון, וברור כי אין אנו רוצים אפילו להדמות למדינות אלו. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שולל לפיכך מניה וביה אפליה מהסוג האמור (זאת גם לפי תפיסה מצמצמת של עקרון השוויון החוקתי, עיינו והשוו: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 673, 682-687 (2006); בג"ץ 3390/16 עדאללה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, פסקאות 90-94 לחוות דעת המיעוט של חברי, השופט נ' סולברג (08.07.2021)).

אפליה כזו אסורה כאמור גם מעצם הגדרתה של מדינת ישראל כיהודית ודמוקרטית, שכן המחויבות לשוויון אזרחי בסיסי קדמה לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא נשמת אפה של כל מדינה דמוקרטית (עיינו והשוו: בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג 693, 698 (1969)).

17. זאת ועוד – אחרת. מחויבויותיה של מדינת ישראל לערכים הדמוקרטיים המהותיים ולשוויון זכויות בפרט, אינן נובעות רק מהזדהות אוניברסלית עם ערכי הדמוקרטיה, אלא שהן נטועות עמוק גם במסורת היהודית גופא (עמדו על כך בהרחבה גם חבריי השופטים נ' הנדל ונ' סולברג בחוות הדעת שלהם כאן). העיקרון כי כל אדם נברא בצלם אלוקים הוא למעשה בסיס תאולוגי-פילוסופי לגישה זו של שוויון וכבוד האדם, כפי שביטא זאת הרב יונתן זקס ז"ל:

"רעיונות כבירים עשו את המערב למה שהוא: זכויות האדם, ביטול העבדות, ערך שווה לכולם, והצדק

המושגת על הרעיון שהזכות גוברת על הכוח. כל אלה, מקור נביעתם הוא ההכרזה בפרק הראשון של ספר בראשית, שכולנו נבראנו בצלם אלוהים וכדמותו. לשום טקסט אחר לא הייתה השפעה גדולה מזו על מחשבת המוסר, ושום ציוויליזציה אחרת לא אחזה בחזון נשגב יותר על אודות מה שנקראנו להיות" (יונתן זקס, שיג ושיח – קריאות חדשות בפרשת השבוע 10 (צור ארליך מתרגם, 2017). עיינו גם: מנחם אלון "כבוד האדם וחירותו – 'בצלם אלוהים ברא אותו' פרשת השבוע 47 (פרשת בראשית התשס"ב)).

18. ההלימה בין מכוני הזהות של מדינתנו: "יהודית" ו-"דמוקרטית" עולה גם מעקרונות יהודיים נוספים, כגון מצוות **אהבת הגר** והחובות כלפי גר-תושב ובכללן השוויון במשפט, כאמור: " **מִשְׁפֵּט אֶחָד יִהְיֶה לָכֶם פְּגַר פְּאֶזְרָח יִהְיֶה...**" (ויקרא כד כב). והיא אף עולה מעקרונות פרוצדורליים בהלכה, כגון הבטחת **ההגנה על המיעוט והיחיד** – מפני כוחו הדורסני והשרירותי של הרוב בחקיקה העברית (ראו למשל: מנחם אלון המשפט העברי – תולדותיו מקורותיו עקרונותיו כרך א 617-624 (התשמ"ח)).

19. זהות לאומית אמורה דווקא לחזק בהקשר זה את המחויבות לקבוצות המיעוט, זאת כאשר זהות זו מבוססת על מחויבות עמוקה למוסר משותף, וכן בעת שהיא נובעת מהבנה ומהזדהות עם מצבו של המיעוט, במיוחד נוכח ההיסטוריה של העם היהודי, בבחינת: " **כִּי-גֵרִים הָיִיתֶם בְּאֶרֶץ מִצְרָיִם**" (ראו: דברים יט; ויקרא יט לד; והשוו: מלצר, בעמ' 354-355).

הרב עובדיה יוסף זצ"ל ביטא עמדה דומה, שהנני סבור כי היא יפה גם לענייננו, בעת שהתבטא כך:

"ההלכה היהודית מצווה עלינו לנהוג במיעוט הישוב בתוכנו בכבוד ובשוויון זכויות. העם היהודי שהיה תקופה ארוכה מיעוט בארצות הגולה רגיש במיוחד למצבם של בני המיעוטים..." ("הראיון המלא עם הרב עובדיה יוסף" Ynet (22.10.2001)).

20. לאחר שעמדתי על מאפיין קריטי זה לשילוב המונחים "יהודית ודמוקרטית", יש לבחון האם בענייננו – חוק-יטוד: הלאום שולל את עצם זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לכך אפנה כעת.

האם חוק-יטוד: הלאום שולל את הגרעין הדמוקרטי של המדינה?

21. לכאורה קשה לדמיין את התרחשותם של אותם: "מצבים חריגים של שינוי חוקתי השולל את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה... עד כי אין כל דרך

ליישוב מבחינה מושגית ופרקטית בין הוראה זו ובין מרכיביה אלה של זהות המדינה" (בלשונה של חברתי, הנשיאה א' חיות בפיסקה 28 לחוות דעתה).  
אולם ניטול לדוגמא מצב בו תישלל בחוק-יסוד הזכות לבחור או להיבחר של אזרח באשר הוא איננו יהודי. להשקפתי, תהא זו פגיעה בעליל באופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל, ואף שלילה שלו.

לצד האמור, שותף אני לעמדת חברתי הנשיאה כי חוק-יטוד: הלאום איננו נופל בגדרי הדוגמה הנ"ל. חוק-היטוד, כפי שהדגישה חברתי, איננו בא לחדש, אלא רק להצהיר על הזהות היהודית של המדינה, ואפשר שכאמור בפיסקה 2 לעיל – לא היה צורך בכך. מכל מקום, חוק-היטוד איננו מעניק עליונות להיבט היהודי, על פני זה הדמוקרטי. חוק-היטוד לא מתייחס איפוא למרכיבים הדמוקרטיים של המדינה בחיוב או בשלילה, ואין לראות בשתיקה זו משום שלילה של יסודות דמוקרטיים בכלל, ושל הזכות לשוויון בפרט. מה גם שכפי שטענתי, עצם הצגתם של יסודות אלו כסותרים – איננה מדויקת (השוו: ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השתיים-עשרה, מב(4) 177, 189 (1988) (להלן: עניין ניימן); ע"ב 2/88 בן שלום נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221, 232 (1989)).

22. זאת ועוד – אחרת. בהעדר עיגון של יחסי הגומלין בין עקרון השוויון לבין זהותה הלאומית של המדינה, חוק-יטוד: הלאום אכן מציב קושי בדבר התאמתו לעקרונות הנובעים מאופייה של המדינה כיהודית ודמוקרטית, עליהם הצבעתי לעיל. מרבית המדינות הדמוקרטיות המעגנות בחוקותיהן מאפיינים לאומיים מבטיחות בהן גם הגנה על שוויון זכויות לכלל האזרחים, וכך ראוי (עיינו: Gad Barzilai, *A Land of Conflict: Law as a Means of Hegemony* ISRAEL STUDIES 25(3) 201, 205 (2020). בנוסף, היעדר התייחסות לאזרחיה הלא יהודים של מדינת ישראל בחוק-היטוד, עלולה, כפי שטענו חלק מהעותרים, להתפרש כשלעצמה כפגיעה קשה בכבודם (ראו למשל: מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס "הצעת חוק-יסוד "ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי": האם צריך להקים מחדש את המדינה היהודית?" גילוי דעת 7 133, 137-139 (2015)).  
כאן המקום להוסיף כי המילה "כבוד", קשורה לשורש כ.ב.ד. ובמובנים רבים משמעו העמוק של מושג זה קשור בהענקת משקל לאדם – המבטאת התייחסות אליו כבעל ערך בנוכחות שלו. בהקשר זה יש להצר איפוא על נוסחו של חוק-יטוד: הלאום, אשר לא העניק משקל למעמדם של בני המיעוטים בישראל.

23. יחד עם זאת, השוויון וכבוד האדם של כל אזרח בישראל נובעים בפועל מחוק-יטוד: כבוד האדם וחירותו וכן מתחייבים גם מעיגון הגדרתה של המדינה כיהודית

ודמוקרטיה בחוקי-היסוד השונים ובהכרזת העצמאות. לפיכך, כפי שצינה חברתי הנשיאה, חוק-יטו: הלאום איננו גובר על חוקי-היסוד האחרים, אלא מצטרף – כפרק – למארג החוקתי הכללי, הבנוי פרקים-פרקים. הנה כי כן כאשר קוראים את חוק-יטו: הלאום בתוך ההקשר החוקתי השלם – הוא מתקיים לצד החובה להבטיח מדינה דמוקרטית ושוויון לכלל האזרחים במדינה, במנותק מהשתייכותם האתנית, או התרבותית (ראו למשל: מנחם מאוטנר "חוק הלאום, ההסלמה במלחמת התרבות והצורך בהכרזה על 'תיקו' תרבות דמוקרטית 20, 19 (עתיד להתפרסם, 2021)).

24. את חוק-יטו: הלאום יש לפרש איפוא בהתאמה למארג החוקתי, כך שתשרור הרמוניה בין פרקיה השונים של החוקה העתידית, וביחס לעמודי התווך של חוקה עתידית המאפיינים את המדינה כ-"יהודית ודמוקרטית", אשר השילוב ביניהם עומד למעשה בלב העתירות שבפנינו. בהקשר זה לא למותר לציין שכבר בעבר נאמר כי:

"בין שני אלה [יהודית ודמוקרטית] ראוי שישירו סינתזה והתאמה. על השופטים, כפרשנים נאמנים של הטקסט החוקתי, לעשות הכול כדי לקיים סינתזה זו" (עניין טיבי, בעמ' 19).

25. כפי שהדגיש גם חברי, השופט י' עמית כאן, טקסט חוקתי יש לפרש בהתאם לתכלית האובייקטיבית שלו, כאשר תכלית זו נלמדת מלשונו של הטקסט ומההיסטוריה החוקתית שלו, בשאיפה לאחדות נורמטיבית עם מכלול הטקסט החוקתי ועל רקע תפיסות היסוד החברתיות של החברה (עיינו גם: אהרן ברק פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית 171 ו-185-188 (1994)). על תפיסות יסוד אלו ניתן ללמוד, בין היתר, מחוקי-היסוד השונים ומהכרזת העצמאות, אשר ביטאה רגע ייחודי של הסכמה לאומית רחבה, וכלל הוא במשפטנו כי לאורה יש לפרש את הוראות המחוקק וכן את חוקי-היסוד (ראו למשל: בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (1953); עניין ניימן, בעמ' 298; ועיינו: ברק, מגילת העצמאות, בעמ' 24-27; אליקים רובינשטיין ונעם סולברג "הכרזת העצמאות של מדינת ישראל אחרי פלוחה (כמעט) היתה לה עדנה" נתיבי ממשל ומשפט – סוגיות במשפט הציבורי בישראל 179, 188, 191 (2003)).

26. נוכח כל האמור לעיל – הפרשנות הראויה לחוק-יטו: הלאום, להשקפתי, היא פרשנות המניחה כי חוק-היסוד (על מכלול סעיפיו) נכתב תוך מחויבות לעקרונות היסוד הדמוקרטיים של המדינה, ובהנחה כי אין סתירה בין חוק-יטו זה לבין עקרונות אלו. השופט ח' כהן התבטא ברוח זו בעבר, ביחס למחוקק הישראלי, וסבורני כי דבריו נכונים ביתר שאת אף כאשר למכונן הישראלי:

"הרי יעמיד בית משפט זה את המחוקק הישראלי תמיד בחזקתו שאין הוא מתכוון לפגוע, על-ידי מעשי חקיקתו,

בעקרונות יסודיים של שוויון, חירות וצדק, אשר הן  
נחלתן של כל המדינות המתוקנות והנאורות" (בג"ץ  
301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598,  
612 (1964)).

פרשנות זו עולה גם מהנוסח הסופי שהתקבל לחוק-יטו: הלאום, וכן מהדיונים אודות  
נוסחו, כפי שחברתי הנשיאה הדגימה בהרחבה בחוות דעתה.

27. באשר לבחינה הפרטנית של סעיפי חוק-היטו השונים, מצטרף אני לפרשנות  
עליה עמדה חברתי הנשיאה, ואבקש להוסיף מיד בסמוך רק מספר הערות משלי.

28. ראשית אתייחס למעמדן של השפות העברית והערבית. כאמור, שפה היא אחד  
ההיבטים שבהם מדינות רבות אינן מתאפיינות בניטרליות, ובהתאם לכך – תחיית השפה  
העברית בישראל הייתה ועודנה חלק מובהק וקריטי מהזהות התרבותית והיהודית של  
המדינה.

לצד זאת, המחויבות לזכויות המיעוטים בישראל, ובוודאי למיעוט הגדול ביותר  
החי בה, מנביעה גם חובה לכבד את זכותם האישית והקבוצתית לתרבות ובכלל זה לשפה.  
במקרה שבפנינו, כפי שהערתי כבר בדיון – השפה הערבית עודנה שפה רשמית במדינת  
ישראל מכח סימן 82 לדבר המלך במועצתו שלא בוטל בחוק-יטו: הלאום. בהסתכלות  
פשוטה על לשון חוק-היטו ומבחינת תכליתו האובייקטיבית, אמנם לפי סעיף 4 לחוק-  
יטו: הלאום – שפתה של המדינה היא השפה העברית, אך השפה הערבית נותרה בעלת  
"מעמד מיוחד במדינה", **כאשר במעמד זה היא "שפה רשמית"** (להרחבה עיינו:  
Mohammed S. Wattad, *The Nation State Law and the Arabic Language in Israel:  
Downgrading, Replicating or Upgrading?*, ISRAEL L. REV. 54(2) 263, 274-279 (2021))  
זה המקום להוסיף ולהדגיש כי בסעיף 4(ג) לחוק-היטו נקבע במפורש שאין בחקיקת-  
היטו משום פגיעה במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית לפני תחולתו, ולכך מצטרפת  
כאמור גם העובדה כי סימן 82 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 טד 1947, המגדיר  
את השפה הערבית כשפה רשמית – נותר כאמור על כנו.

29. ביחס לסעיף 7 לחוק-יטו: הלאום, לפיו המדינה תפעל לקידום התיישבות  
יהודית, אין ספק כי התיישבות יהודית נמצאת בראש מעיניה של התנועה הציונית בארץ  
ישראל מראשית ימיה, ומצוות ישוב הארץ אף נשקלה במקורות היהודיים כנגד כל  
המצוות שבתורה (ראו למשל: תוספתא, עבודה זרה, ה', ב'). אולם, למותר לציין כי  
אפליית המיעוט בחלוקת משאבים בשל השתייכות אתנית, או תרבותית, תפר את  
המחויבות לשוויון אזרחי בסיסי, ותטיל צל כבד על אופייה של מדינת ישראל כמדינה

יהודית ודמוקרטית. איסור אפליה כזה נובע מחוק-יטוד: כבוד האדם וחירותו כאמור, ויישום של מדיניות מפלה בהקצאת קרקעות אסור גם לאור המחויבות הרחבה לשוויון מינהלי (ראו למשל: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 679-700 (2010)). כמו-כן אפליה שכזו בוודאי תסתור גם את חזון מגילת העצמאות, לפיו: "מדינת ישראל... תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה" (ההדגשה הוספה – ח"מ), ולפיו יובטח כאמור שוויון זכויות ללא הבדל: דת, גזע ומין.

30. בשאיפה לפרשנות חוקתית הרמונית מתבקשת, אשר מבוססת, בין השאר, גם על ערכי מגילת העצמאות היהודיים והדמוקרטיים, ולאור ההנחה כי קידום התיישבות יהודית יכול להתקיים לצד קידום ופיתוח התיישבות בקרב בני המיעוטים השונים (ראו למשל: אליקים רובינשטיין "על השוויון לערבים בישראל" נתיבי ממשל ומשפט: סוגיות במשפט הציבורי בישראל 278, 284-285 (2003)) – אני סבור כי יש לפרש את סעיף 7 לחוק-יטוד: הלאום ככזה שאיננו מתיר אפליה. יודגש עוד, כפי שציננה חברתי, הנשיאה א' חיות, כי בהתאם לעמדת משיבי הממשלה והכנסת בעתירות שבפנינו (ראו: פסקה 89 לחוות דעתה) – הסעיף הנ"ל איננו מתיר קבלה לישובים על סמך השתייכות לאומית בלבד. זאת מאחר ואין כל סימן בלשון חוק-יטוד: הלאום לכך, ונוסח קודם, אשר ביקש לאפשר הקמת יישובים נפרדים – אף נדחה מפורשות בהליך כינון חוק-יטוד: הלאום.

31. לסיום אוסיף כי לא בכדי מגילת העצמאות, שניסחה בצורה המובהקת ביותר את זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי במדינה ריבונית משלו – הביעה בד בבד את מחויבותה לכיבוד זכותם של כל אזרחי המדינה ולמעמד השווה. בכך היא נתנה ביטוי עמוק לכמיהה ולחזון של מדינת הלאום היהודית, שתהיה דמוקרטית באופייה ומכילה את כלל אזרחי המדינה, תוך הכרה בזכויותיהם המלאות לחירות ולשוויון. זהותה הלאומית של המדינה משתלבת איפוא עם זהותה הדמוקרטית, וכך יש להבין גם את חוק-יטוד: הלאום.

32. **סיכום של דברים:** בעקבות ההערות הנ"ל אני מצרף איפוא את דעתי לאמור בחוות דעתה של חברתי, הנשיאה א' חיות, כי פרשנות מקיימת לחוק-היטוד איננה מצריכה את ביטולו, ולפיכך יש לדחות את העתירות.

אחר הדברים האלה:

33. במקביל להפצת חוות דעת זו קיבלתי את חוות דעתו המקיפה והנוקבת של חברי, השופט ג' קרא. דומה עלי שהיא נכתבה מדם ליבו ולאחר עיון בה, ומבלי למעט בחשיבות

דבריו, שיש לקחתם לתשומת לב בחקיקה חוקתית עתידית (כאמור בפסקה 10 שלעיל) – ארשה לעצמי להוסיף ולהעיר:

א) בטלות היא אמצעי אחרון (אפילו בחקיקה, קל וחומר בחקיקת יסוד), ויש לנקוט בה רק כאשר אין כל אפשרות למצוא פרשנות מקיימת (עיינו: דעת הרוב בבג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי, פ"ד נט(4) 268 (2004), וחוות דעת בבג"ץ 5239/11 אורי אבנרי נ. הכנסת (15.04.2015); ולאחרונה ב-בג"ץ 5469/20 אחריות לאומית – ישראל הבית שלי נ' ממשלת ישראל, פסקה 7 לחוות דעת שם (04.04.2021)).

ב) ראוי שהחוקה שלנו תיתן ביטוי גם לרוב גוניות ולרוב תרבותיות של החברה הישראלית. היטיב לבטא זאת המשורר (ועורך הדין) מירון איזקסון – בקובץ שירים ישראלי-ערבי, פרי עטם של המשוררים: נעים עריידי ומירון איזקסון, שיצא לאור בפריז בצרפתית, בעברית ובערבית, תחת הכותרת: **נולדנו בישראל, ولدنا في إسرائيل**, NES EN ISRAEL (2003).

וכך קורא הבית הפותח משירו של איזקסון, שכותרתו: **לפי מה:**

”לפי מה מתחלק בית  
לפי אנשים, או לפי פתחים  
לפי מה נחלקת ארץ  
לפי פני אדם, או לפי שיחים”.

השלים את הדברים – גם זאת בלשון פיוטית, הנשיא שמעון פרס ז”ל, שכתב את ההקדמה לספר שירים זה, בתוקף מעמדו כחתן פרס נובל לשלום וציין (בתרגום חופשי מצרפתית):  
”שני עמים. שני בתים. שתי לשונות. גורל אחד.  
גורל אחד, שאין לכופפו בפני החרב.  
גורל אחד המגולם בענף הזית, שאין לוותר עליו”.  
לו יהי.

המשנה לנשיאה (בדימ')

השופטת ע' ברון:

1. אני מצטרפת בהסכמה לחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות בעתירות שלפנינו, לדרך הילוכה ולתוצאה שאליה הגיעה בסוגיות העקרוניות שהובאו לפתחנו. כשם שהבהירה הנשיאה בחוות דעתה, אין בהוראות חוק-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק-יסוד: הלאום או חוק-היסוד) כדי לשלול את "מאפייני הזהות הגרעיניים" של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אף אני סבורה כי יש לפרש את הוראותיו של חוק-יסוד: הלאום פרשנות מקיימת, העולה בקנה אחד עם חוקי-היסוד

האחרים ועם העקרונות והערכים שהוכרו בפסיקתו של בית משפט זה כחלק מהמארג החוקתי הישראלי, ובראשם עקרון השוויון. רבות נכתב והובהר על ידי חבריי, ואבקש להוסיף התייחסות קצרה משלי.

2. לפנינו עתירות נוספות שבהן מתבקש בית משפט זה להורות על בטלות הוראה שבחוק יסוד. עתירות מסוג זה מעוררות שאלות כבודות משקל לגבי קיומן של מגבלות החלות על סמכותה של הכנסת בכובעה כרשות המכוננת; וכן שאלות בדבר סמכותו של בית משפט זה לערוך ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד.

כבר נאמר בסוגית הביקורת השיפוטית על נורמות חוקתיות כי היא "טבוכה היורדת לשורש הלגיטימיות של הרשות המכוננת לקבל הסדרים חוקתיים, המשנים את אופיים של חוקי היסוד, ולשורש סמכותו של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על תוצרי פעולתה של הכנסת כרשות מכוננת. עם זאת, הכירו בתי המשפט בישראל בקיומם של עקרונות על שאינם ניתנים לשינוי. גם חוקי היסוד שלנו הניחו את העיקרון החוקתי העיקרי, שספק אם הוא ניתן לשינוי, המתייחס לאופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה" (בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275, 310 (2011)). ביסודה של סוגית הביקורת השיפוטית עומדת התפיסה כי סמכותה של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת אינה בלתי מוגבלת וכי ישנם ערכים שגם היא כפופה להם, כמושכלות יסוד המגלמות את זהותה של מדינת ישראל באופן שביטולן שקול לפירוקה (אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" 99 ברנזון כרך שני בני סברה 119, 142 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, תש"ס)). יתר על כן, בספרות המשפטית הובעה עמדה שבעקבות המצב המשפטי הייחודי למדינת ישראל, המאופייין בהעדר חוקה נוקשה וכן בקלות יחסית שבה ניתן לחוקק ולתקן את חוקי-היסוד, צריך שתהיה נכונות רבה יותר לביקורת שיפוטית בנושא זה ( Suzie Navot and Yaniv Roznai, *From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, 21(3) EUROPEAN JOURNAL LAW REFORM 403, 421-422 (2019)). באופן דומה, הובעה עמדה שכאשר הרשות המכוננת עושה שימוש ב"משמעת קואליציונית" בעת חקיקת חוקי-יסוד, ישנו מקום להתערבות שיפוטית בתהליכים שהובילו לחקיקתם (ראו: אמנון רובינשטיין ויובל גבע "יש חברי-כנסת בירושלים? הערות על גבולות המשמעת הפוליטית" 19-23 (4.7.2021) <https://ssrn.com/abstract=3880016>). ניתן לתמצת ולומר שהלגיטימיות של הביקורת השיפוטית קשורה, לפחות בחלקה, בתהליך שהוביל לתיקון החוקתי. כלומר, ככל שמלאכת הרשות המכוננת מורכבת, כוללנית ומקיפה, תוצריה ייהנו מלגיטימציה דמוקרטית רבה יותר ומנגד הנכונות לביקורת שיפוטית תפחת ( Yaniv Roznai, *Amendment Power, Constituent Power, and Popular Sovereignty: Linking Unamendability and Amendment Procedures*, in THE FOUNDATIONS AND TRADITIONS OF

חרף הסוגיות הנכבדות שמעוררות העתירות שלפנינו בכל הנוגע לסמכותו של בית משפט זה לבקר את מלאכת הכנסת בכובעה כרשות המכוננת; מקובלת עליי העמדה כי אין מקום להכריע לעת הזו בשאלת תחולתה של דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי, וזאת בשים לב לתוצאה שאליה הגענו. בנסיבות המקרה, ניתן להסתפק בקביעה שלפיה המחוקק-המכונן אינו רשאי לשלול בחקיקת יסוד "מאפיינים גרעיניים מינימליים" של מדינת ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית (פסקה 31 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות). עם זאת, אינני סבורה כי יש בהכרח מקום לדחות את ההכרעה בשאלת אימוצה של דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי עד לאחר השלמת מלאכת כינון החוקה (פסקה 15 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות); להשקפתי, מוטב שלא נקבע מסמרות גם בעניין זה, ודי אם אציין שקביעה כזו עלולה להוות תמריץ שלילי לכנסת לדחות עד אין קץ את סיום מפעל החוקה.

3. לב ליבה של הביקורת שמשמיעים העותרים כלפי חוק-יסוד: הלאום ועתירתם להתערבותנו, ממוקד בטענה שחוק-היסוד מבכר את אופייה היהודי של מדינת ישראל, תוך פגיעה בערכיה הדמוקרטים של המדינה ובפרט בערך השוויון, ומוביל לשינוי משטרי. חברתי הנשיאה א' חיות דוחה טענה זו במשנה סדורה ואני סבורה כמוה.

מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי – על כך אין ולא יכול להיות עוררין, בבחינת המובן מאליו. על הנחת יסוד זו הוקמה המדינה, כפי שצוין באופן מפורש ומובהק עוד בהכרזה על עצמאותה: "אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל" (הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1). מדינת ישראל נולדה על מנת להגשים את מאווינו וחזונו של העם היהודי, ולעצם קיומה נודעת חשיבות רבה גם ליהדות התפוצות (סעיף 6 לחוק-יסוד: הלאום מבטא תפיסה זו); והדברים קיבלו ביטוי ציורי בדבריו של הפילוסוף היהודי אמריקני ג'ורג' שטיינר:

"ישראל היא נס מוחלט, חלום מן התופת שהתגשם כבמטה-קסם. עכשיו היא מקום המקלט הבטוח ליהודים אם תתחדש צרה שוב – והיא תתחדש. באחד הימים אולי תתן ישראל מחסה לבני ולבני-בני. איזה יהודי רשאי לפקפק או אפילו להתעצב ביחס לציונות? (ג'ורג' שטיינר, "ג'ורג' שטיינר: כולנו אורחי החיים – נאום תודה על פרס ברנה" קשת החדשה (6) 7, 10 (2004)).

בה בעת, ביהודיותה של מדינת ישראל שהיא סימן היכר וזהות שלה אין משום פגיעה באבן הפינה הנוספת של המדינה – היותה מדינה דמוקרטית. במדינת ישראל הריבון הוא כלל ציבור אזרחי, ללא קשר למוצא לאומי או אתני, והגדרתה כמדינה יהודית אינה נוגדת את היותה מדינת כל אזרחי (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א: עקרונות יסוד 334 (מהדורה שישית, 2005)).

4. ולענייננו – אמת היא שחוק-יסוד: הלאום מתמקד ברגל אחת מתוך שתי הרגליים של זהות המדינה; אך יש להשקיף על חוק זה כפרק בחוקה שבהתהוות, המעגן את מרכיבי הזהות של מדינת ישראל כמדינה יהודית; והמשמעות היא שאין הוא בא לשלול במאום את מרכיבי הזהות של המדינה כמדינה דמוקרטית. מדינת ישראל היא מדינת יהודית ודמוקרטית – זוהי אקסיומה שאינה דורשת הוכחה; וכפי שבין שתי נקודות עובר קו ישר – בין שני עקרונות אלה מתקיים יחס של "כלים שלובים". אין האחד כפוף לשני, והוצאת אחד מיסודות אלה מן המשוואה, משולה לביטוי "חצי בן אדם". זו תמצית זהותה של מדינת ישראל, על כל מורכבותה וייחודיותה.

על רקע זה, מדינת ישראל מחויבת לקדם את מפעלו ותרבותו של העם היהודי, על שלל זרמיו והמחנות השונים הפועלים בקרבו. הכעס והתסכול של מיעוטים לא-יהודים שאף הם אזרחי המדינה, אל מול קידומו של המפעל היהודי תוך תחושה של הדרתם, הוא מובן; הדברים משתקפים בעתירות שלפנינו ועלו גם בדיון שקיימנו בענייננו. בהמשך לכך, בולטת במיוחד הבחירה המודעת שלא לציין את ערך השוויון בחוק-יסוד: הלאום; וגם אני שותפה לעמדה שהביעה חברתי הנשיאה א' חיות (פסקה 44 לחוות דעתה), וכפי שציינו חבריי (פסקה 5 לחוות דעתו של השופט י' עמית; פסקה 6 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן; פסקה 26 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז; פסקה 14 לחוות דעתו של השופט מ' מזוז), שמוטב היה שחוק-יסוד: הלאום יבהיר את מחויבות המדינה לשוויון זכויות מלא לכלל אזרחיה. במקום אחר כבר ציינתי כי כאשר עסקינן בחוקים הצהרתיים, מן הראוי שאלו יבטאו את ערכי היסוד של המשפט החוקתי הישראלי כהווייתו (בג"ץ 3390/16 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת, פסקה 2 לחוות דעתי (8.7.2021)); והדברים נכונים ביתר שאת כאשר עניין לנו בחקיקת יסוד הצהרתית. ועוד להשקפתי, עיגון עקרון השוויון בחוק-יסוד: הלאום מתבקש במיוחד בנסיבות שבהן המחוקק-המכונן בחר להעלות את החזון הציוני לרמה חוקתית, שכן "האתוס הציוני ודאי לא נועד לשלול זכויות מבני אוכלוסיות אחרות. מחויבות ציונית וציונות אינה מלה גסה במדינה ישראל אלא ערך מרכזי, אינה סותרת כלל את ערך השוויון, המעוגן בהכרזת העצמאות" (בג"ץ 9518/16 הראל נ' כנסת ישראל, פסקה סב לחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין (5.9.2017)).

אמנם בהיעדר התייחסות מפורשת לשוויון לוקה חוק-היסוד בחסר, ונחזה כפוגע ברגשות הציבור הלא-יהודי במדינת ישראל; אך כפי שהדגישו חבריי בחוות דעתם, אין בית המשפט בוחן את רגישותו וסובלנותו של המחוקק. בבחינת לא נמיר את שיקולי המחוקק בשיקולינו אנו, בוודאי לא כאשר מדובר בחוק-יסוד (ועודנה מרחפת השאלה אם נתונה לבית משפט סמכות לביקורת שיפוטית בנושא זה). ממילא, וזה העיקר, היעדרו של עקרון השוויון בחוק-יסוד: הלאום אינו מפחית מחשיבותו הדקלרטיבית של חוק-היסוד בדבר רכיב הזהות היהודית של המדינה; כפי שהיעדרו אינו גורע מרכיב הזהות הדמוקרטית של המדינה.

5. ועתה לתוכנו של חוק-יסוד: הלאום. כפי שצינתי בפתח הדברים, אני מסכימה ומצטרפת לעמדת חברתי הנשיאה א' חיות כי עלינו לבכר פרשנות מקיימת של דבר חקיקה, שלפיה הוא אינו פוגע במארג החוקתי הקיים (פסקה 59 לחוות דעתה). מרגע שחוק-היסוד התקבל, הוא בעל חיות משל עצמו. עליו להשתלב במארג החוקתי; לשקף איזון בין תכליתו ובין עקרונות היסוד של השיטה (ראו גם: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית 84-85 (1996)); ויש לפרשו באספקלריה של מערך החיים הלאומיים של מדינת ישראל (השוו: בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (1953)). אנו מצויים בפרשנות הרמונית וקוהרנטית של חוקי-היסוד, כזו שאינה שוללת את הזהות הדמוקרטית או היהודית של מדינת ישראל ואינה מבכרת זהות מסוימת על פני האחרת. יש לפסוע בתלם פרשנות זה כל עוד מדובר בפרשנות אפשרית וסבירה שאינה מנותקת מהטקסט החוקתי, כך בהתייחס לחוק רגיל, לא כל שכן בחקיקת יסוד.

סעיף 1 לחוק-יסוד: הלאום מצהיר כי מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי בה ממומשת זכותו התרבותית הדתית וההיסטורית להגדרה עצמית; וכן כי מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי. יישומה של פרשנות מקיימת משמעה שאין בהוראת סעיף 1 לחוק-היסוד כדי לשלול או לפגוע בזכויותיהן של קבוצות מיעוט לא-יהודיות, או לשלול את זכותן של קבוצות אלה להגדרה עצמית תרבותית (לעמדה שלפיה יש למדינה מחויבות חוקתית לסייע גם לזהותם ולתרבותם של המיעוטים הלא-יהודים בחברה הישראלית, ראו: גרשון גונטובניק "זכויות קבוצתיות תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית" תרבות דמוקרטית (19) 23, 53-58 (2020)). פרשנות הרמונית של המארג החוקתי הקיים מחייבת אף את המסקנה שאין בסעיף 1 לחוק-היסוד כדי להקנות זכויות עודפות לאלו המשתייכים ללאום היהודי. הוא הדין לגבי

הוראת סעיף 7 לחוק-יסוד: הלאום, הנוגעת לפיתוח ההתיישבות היהודית כערך לאומי. למרות שבקריאה ראשונה הוראה זו מעוררת קושי מסוים, 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. ההצהרה בדבר עידוד התיישבות יהודית לא תפגע בצרכי ההתיישבות של אלו שאינם יהודים, ולא תמנע התחשבות בצרכי התיישבותם בעת התנגשות עם צרכי ההתיישבות היהודית (ראו גם: חיים זנדברג "הצעת פירוש לסעיף 7 לחוק הלאום: 'התיישבות יהודית'" קומנטר מאמרים על חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (יובל שני וידידיה שטרן עורכים, צפוי להתפרסם)). 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.

6. לסיום, יפים לענייננו כתביו של "חזקה המדינה", בנימין-זאב הרצל, בספרו הקאנוני אֶלטֶנוֹיִקְנֶד (בתרגום: תַּל-אֶבִיב) המגולל את חזונו בנוגע למדינה היהודית שעתידה לקום. בספרו מתוארת שיחה בין שלוש דמויות מרכזיות, שבמהלכה דמותו של תושב מדינת היהודים, דוד ליטוואק, מסבירה למבקרי המדינה החדשה, קינגסקורט הלא-יהודי ופרידריך, שבמדינת היהודים – בניגוד למדינות אירופה בה סבלו היהודים כמיעוט נרדף מאנטישמיות – אין אפליה כלפי מיעוטים:

– "שמע נא, אדם יקר ויהודי. ראשית, אתודה לפניך על דבר אחד, פן תנחם על סבר פניך היפות. הודוי הוא – שאין אני יהודי. ומה? הלא גרש תגרשני, או, כמו בארצות ההשכלה – בתחבלות; מה? אבל קינגסקורט! – מחה פרידריך. ודוד ליטוואק השיב במנוחה: על פי אחת משאלותיך הקודמות כבר נודע לי שאין אתה יהודי. יודע נא לך, כי אני וחברי לא נשים פדות בין בני האדם. אין אנו שואלים לדת איש ולמולדתו. אך יהי נא איש בין אנשים, וזה מספיק.

– רבבות כדורי מות! וכל יושבי המדינה הזאת כן יחשבו?

– לא – הודה דוד בלי העלם – זאת לא הגדתי. יש גם רוחות אחרות.

– כן, זאת נבא לבי. אוהב-אדם ביקר!

– לא ארבה להלאותכם כעת בדברי מפלגותינו שבמדינה. משפטן כמשפט הפלגות בכל הארצות. אך זאת אוכל לאמר לך: עיקרי האנושיות שמורים אתנו כבבת עין" (תיאודור הירצל תַּל-אֶבִיב 80-81 (נחום סוקולוב מתרגם, 1902)).

אחר הדברים הללו ומהטעמים שפורטו, אני מצטרפת כאמור לחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות כי דין העתירות כולן להידחות. העותרים ואחרים כמותם חשים תסכול וכאב על כך שבחוויתם המחוקק-המכונן זנח אותם ופגע לשיטתם במעמדם כאזרחים שווי זכויות במדינת ישראל. עם רגשות קשה להתווכח, ותפקידו של בית משפט זה להבהיר שגם אם עקרון השוויון הוא "נוכח נפקד" בחוק-יסוד: הלאום – אין בכך כדי לכרסם במעמדו במשפט החוקתי הישראלי או באופייה הדמוקרטי של המדינה.

## ש ו פ ט ת

### השופט ג' קרא:

בעתירות שבפנינו התבקש בית המשפט להורות על בטלותו (או תיקונו) של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום או חוק היסוד), כולו או חלקו, וזאת בטענה שחוק הלאום אינו חוקתי.

לאחר עיון במכלול טענות הצדדים ובחומר שנפרש לפניי ושקילת הדברים, הגעתי לכלל דעה כי סעיפים 1(ג), 4 ו-7 לחוק הלאום קובעים הסדרים בלתי חוקתיים, בהיותם שוללים את ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה ומזעזעים את אמות הסיפים של המבנה החוקתי. לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מוציאים צו על-תנאי בעתירות ומורים למשיבים להתייצב וליתן טעם מדוע לא יבוטלו סעיפים 1(ג), 4 ו-7 לחוק הלאום.

### הליכי חקיקה של חוקי יסוד

1. הכנסת מוסמכת ליתן חוקה לישראל מכוח סמכותה המכוננת. בישראל, ה"חוקה" היא חלקית שכן מפעל החוקה טרם הושלם. לכשתושלם, תהיה ה"חוקה" בנויה מחוקי היסוד, כאשר כל אחד מחוקי היסוד יהא פרק בחוקה (ראו: ע"א 6821/93 בנק

המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס' 50-54 לחוות דעתו של הנשיא א' ברק (1995)). כידוע, חוק יסוד נהנה ממעמד נורמטיבי עדיף. עליונות ויציבות הן מהמאפיינים המרכזיים של נורמות חוקתיות.

2. מושכלות ראשונים הן כי על ההליך הנדרש לקבלתה של חוקה (בישראל: חוקי יסוד) או לשינויה להיות מכביד יותר מהליך חקיקה או שינוי של חוק רגיל. הליך חוקתי מכביד יותר ו"נוקשה" נועד לקדם תכליות כמו מניעתו של "מחטף חוקתי" על ידי רוב "צר" המקבע הסדרים לטווח ארוך; לעודד קבלתם של פשרות ואיזונים לצורך קבלת החוקה או תיקונה; להבטיח ככל הניתן את יציבותם של ההסדרים החוקתיים; ליתן לגיטימציה דמוקרטית רחבה לחוקה ולמנוע שימוש לרעה בהליך החוקתי; לשמור על עקרונות של צדק והוגנות, בעיקר כלפי המיעוט בחברה; וליצור אחדות וגיבוש (ראו, למשל: הדו"ח של ועדת ונציה על תיקון חוקתי, המאוזכר בפסקה 32 לחוות דעתה של חברתי הנשיאה א' חיות (להלן: דו"ח ועדת ונציה), בעמ' 16 ו-46; פרופ' עידו פורת "פוליטיקה חוקתית ופוליטיקה רגילה – חוק הלאום, תורת הסמכות המכוננת, ודואליזם חוקתי" תרבות דמוקרטית 20 (צפוי להתפרסם, 2021) (להלן: פורת, פוליטיקה חוקתית)). חשיבותו של הליך "נוקשה" יותר לתיקון חוקתי הודגשה בפרק המסקנות על תיקונים חוקתיים בדו"ח ועדת ונציה (בסעיף 238):

"The Venice Commission is of the opinion that having stronger procedures for constitutional amendment than for ordinary legislation is an important principle of democratic constitutionalism, fostering political stability, legitimacy, efficiency and quality of decision-making and the protection of non-majority rights and interests".

אכן, "הליך החקיקה, ועל אחת כמה וכמה הליך כינון החוקה, איננו רק מפגש בין אינטרסים, או זירת סחר מכר בין כוחות פוליטיים שונים" (בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017) (להלן: עניין התקציב הדו-שנתי), פסקה 5 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל)

3. בניגוד לכך ובאופן שאינו עולה בקנה אחד עם רציונלים ותכליות אלו, בישראל אין הבחנה בין הפעלתה של סמכות מכוננת לבין הפעלתה של סמכות מחוקקת. בישראל אין הליך נוקשה או ייחודי לחקיקתם של חוקי יסוד. מכיוון שההליך החוקתי אינו מכביד או מסורבל יותר, אין מה שיבטיח די הצורך שלא יעשה שימוש לרעה בהליך החוקתי, ובעיקר – קל לשנות את חוקי היסוד, אשר מרביתם אינם משוריינים. בבג"ץ 4908/10

ח"כ בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: עניין בר-און), התייחסה הנשיאה ד' ביניש לאופן חקיקתם ותיקונם של חוקי היסוד:

"חסר בולט במשטרנו החוקתי קיים בכל הנוגע לאופן חקיקת חוקי יסוד. בהתחשב בכך שטרם נחקק חוק יסוד: החקיקה, 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. מן הטעם הזה, ניתן לחוקק חוקי יסוד בכל רוב בכנסת; וניתן לשנות חוקי יסוד – אלא אם הם משוריינים בשריון מיוחד – בכל רוב, ובלבד שהחוק המשנה הוא חוק יסוד. בפועל, עיון בהיסטוריית התיקונים של חוקי היסוד שלנו מעלה כי חוקי היסוד תוקנו או שונו מספר רב מאוד של פעמים... לעין ערוך מספר גדול הרבה יותר מתיקוני החוקה שנעשו במדינות דמוקרטיות אחרות" (שם, פסקה 20).

וכך נכתב על התיקונים התכופים הנעשים בחוקי היסוד והמערערים את היציבות

המשטרית:

"הכנסות האחרונות שוברות שיאים של תיקון חוקי יסוד שוב ושוב לפי גחמות פוליטיות... כל זה נובע משום שבישראל כדי לתקן חוק יסוד מספיק רוב רגיל (או רוב של 61 ח"כים) וניתן לתקנו ב-3 קריאות ביום אחד. זה מצב שאין לו תקדים והוא מעמיד, כל הזמן, בסיכון את כל השיטה ואת כל זכויות היסוד שלנו, תחת איום שכל רוב רגעי של 61 ח"כים יחליט להפוך את השיטה על פיה" (ד"ר עמיר פוקס השינויים התכופים בחוקי היסוד (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 17.1.2021)).

וכן:

"חוקי היסוד, החוקים שקובעים את 'חוקי המשחק' המשטריים, את חלוקת הסמכויות במדינה, את שיטת המשטר והבחירות, את זכויות האדם, את שלטון החוק – כולם תלויים על בלימה. הם ניתנים לשינוי או לביטול ברוב מינימלי של 61 חברי כנסת לכל היותר. מצב חוקתי כזה חריג ביותר בעולם הדמוקרטי המודרני. בכל חוקה בעולם נדרש הליך מיוחד לתיקונה... בשום מקום לא ניתן לתקן את החוקה כפי שנעשה בישראל, ברוב רגיל ולעיתים אף בשלוש קריאות באותו יום"

(יוחנן פלסנר ויובל שני שיקום האמון בפוליטיקה, חיזוק האדנים החוקתיים – רפורמה חוקתית לישראל 4 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2021)).

דו"ח ההמלצות של פרופ' גביון והליכי החקיקה של חוק הלאום

4. בדו"ח ההמלצות שגיבשה פרופ' רות גביון ז"ל מכוח מינוי שרת המשפטים (רות גביון עיגון חוקתי לחזון המדינה? המלצות מכוח מינוי שרת המשפטים מאוגוסט 2013 ומסמכי רקע לגיבושן (2015) (להלן: דו"ח פרופ' גביון)), התבקשה פרופ' גביון לבחון את האופן הראוי להסדר חוקתי העוסק באופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אשר יעגן את "...מרכיבי זהותה באופן המאזן ומשלב ערכים אלה, הן היהודי והן הדמוקרטי". פרופ' גביון בחנה את עיגונה החוקתי של המדינה כיהודית ודמוקרטית וקבעה כי: "ישראל היא מדינת לאום שבחזונה שלושה מרכיבים עיקריים: יהודיות, דמוקרטיה, זכויות אדם. כל אחד מהמרכיבים הוא מאפיין חשוב של המדינה, והם משלימים זה את זה... החזון המשולב, על כל מרכיביו, חיוני לחוסנה ולהצלחתה של המדינה... חוק הלאום עלול להפר את האיזון החיוני לשמירת כלל החזון" (שם, עמ' 17-16). לפיכך, המלצותיה המרכזיות היו כדלקמן:

"אם יוחלט על מהלך של עיגון חוקתי, חיוני שהחוק המוצע יהיה חוק חזון ולא חוק לאום, וכי החוק ותהליך חקיקתו ישקפו את גודל המשימה ואת 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" (שם; ההדגשה הוספה).

5. הצעת חוק הלאום נדונה בכנסת במאי 2017. בשנים 2017 ו-2018, התקיימו בכנסת למעלה מעשרה דיונים בהצעת החוק בהכנה לקריאה הראשונה. באפריל 2018, דנה מליאת הכנסת בהצעת החוק בקריאה הראשונה. הצעת החוק אושרה ברוב של 64 חברי כנסת תומכים. במהלך הכנת הצעת חוק הלאום לקריאה השנייה והשלישית, נערכו למעלה מעשרה דיונים נוספים בהצעת החוק. ביולי 2018, אושרה הצעת החוק בקריאה השנייה והשלישית, ברוב של 62 תומכים ו-55 מתנגדים.

6. הלכה למעשה, הליך חקיקתו של חוק הלאום – חוק יסוד – התנהל בהליך זהה להליך בו מתקבלת חקיקה רגילה. חוק הלאום גם התקבל באופן שאינו מגבש קונצנזוס (הסכמה רחבה): חקיקתו של חוק הלאום התאפיינה בפוליטיקה סיעתית. כל סיעות

האופוזיציה התנגדו לחוק הלאום, ומנגד סיעות הקואליציה תמכו בו. הממשלה וסיעות הקואליציה לא ניסו להגיע לפשרות עם האופוזיציה לגבי הנוסח של חוק הלאום ולא היה שיתוף פעולה בין הקואליציה לאופוזיציה. השינויים בנוסחו של חוק הלאום, התקבלו כתוצאה מאילוצים שבמרכזם היה החשש מהפגמים המשפטיים החמורים עליהם הצביעו היועצים המשפטיים של הממשלה ושל הכנסת בחוות דעת מטעמם ובמהלך הדיונים שהתקיימו בוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן: הוועדה המשותפת). כך, נחקק חוק הלאום באופן "מחטפי" כחוק סקטוריאלי ולעומתי, לאחר "סחר-מכר" פוליטי (ראו, למשל: פורת, פוליטיקה חוקתית; פרופ' עמיחי כהן "תיקון חוקתי לא-חוקתי בעידן של פוליטיקה פופוליסטית – בעקבות ספרו של יניב רוזנאי Unconstitutional Constitutional Amendments" משפט וממשל כא 335, 347 (2020) (להלן: כהן, פוליטיקה פופוליסטית)). הליך החקיקה ולשונו של חוק הלאום מתאפיינים ב"לעומתיות" המלווה בהתעלמות מוחלטת, מכוונת וגסה מקיומם של עקרונות יסוד דמוקרטיים, כפי שיפורט.

7. הנה כי כן, מאפייני הליך החקיקה של חוק הלאום נוגדים חזיתית את התכליות והרציונלים שהליך חוקתי נועד לקדם.

#### ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד

8. לעמדת הכנסת, לבית המשפט אין סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. בהעדרו של חוק יסוד: החקיקה, אין כללים המסדירים את אופן הפעלתה של ביקורת שיפוטית חוקתית. הטענה היא כי לא ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד עד אשר יסתיים מפעל החוקה; רק עם סיומו – יהא מקום להחליט באשר לתחולתה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי (להלן: "טענת ההמתנה לסיום מפעל החוקה"). כמו כן, לשיטת הכנסת, השימוש שמבקשים העותרים לעשות בדוקטרינת התיקון החוקי הלא חוקתי הוא מרחיק-לכת לעומת השימוש בה במדינות אחרות, מאחר שחוק הלאום אינו בגדר "תיקון" חוקתי – הוא אינו מתקן רכיב קיים בחוקה ואינו מתקן חוק יסוד, אלא הוא "פרק" נוסף בחוקה שתקום. הכנסת מציינת קיומן של מדינות בהן דוקטרינת התיקון החוקתי נדחתה במפורש. כך נקבע למשל בארצות הברית, והדבר מבוסס על תפישה בדבר מקומה של ביקורת שיפוטית צרה בכל הנוגע לעיצוב החוקה. מנגד, מדינות דמוקרטיות מערביות אשר אימצו את הדוקטרינה הן מדינות שחוקתן כוללת במפורש "פסקאות נצחיות" (הוראות הקובעות במפורש כי הן אינן ניתנות לתיקון, באופן אשר משריין את החוקה מפני תיקונים שאינם ראויים). במספר מדינות אף הכירו בסמכות בית המשפט לבטל תיקונים לחוקה אף שהחוקה אינה כוללת פסקאות נצחיות מפורשות או הכרה בסמכות בית המשפט לבטל תיקונים לחוקה. זאת, מכוח דוקטרינת

המבנה הבסיסי, לפיה בבסיס החוקה יש נורמות על-חוקתיות אשר לא ניתן לשנותן. "המבנה הבסיסי" הוא לרוב אופייה הדמוקרטי של המדינה, עקרונות היסוד שלה וזכויות אדם מרכזיות שעוגנו בחוקה. בהודו, למשל, פירש בית המשפט את החוקה (שהיא חוקה שלמה) ככוללת "פסקאות נצחיות" משתמעות. מנגד, בישראל אין חוקה שלמה מאחר שמלאכת כינון החוקה לא הושלמה. כמו כן, לעמדת הכנסת, הכרזת העצמאות נוסחה במכוון כמסמך בלתי-מחייב מבחינה משפטית ולכן אין למצוא בה מקור נורמטיבי המגביל את סמכות הרשות המכוננת.

לעמדת משיבי הממשלה (להלן: היועמ"ש), אין מקום להכרעה תקדימית בסוגיה המורכבת של ביקורת שיפוטית חוקתית על חוקי היסוד. לעמדת היועמ"ש, חוק הלאום הוא הצהרתי ברובו, בהיותו מעגן חוקתית את מרכיבי זהותה הלאומיים של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, והוא מבוסס על האתוס של מדינת ישראל מאז הקמתה. לעמדת היועמ"ש, ההסדרים המעוגנים בחוק הלאום אינם פוגעים בליבת הדמוקרטיה, כך שחוק הלאום אינו מתקרב למקרים החריגים שהוזכרו בפסיקה ביחס להיתכנות יישומה של דוקטרינה המאפשרת ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד. בהינתן כי העותרים לא הפריכו את החזקה לפיה חוק הלאום עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה; בהינתן כי רבות מטענות העותרים נסמכות על טענות לפגיעות עתידיות של חוק הלאום בעקרון השוויון ובזכות לכבוד; ובהינתן העיקרון הפרשני לפיו יש להעדיף פרשנות מקיימת לחוקי היסוד (פרשנות לפיה חוק יסוד אינו סותר עקרונות יסוד של השיטה או חוקי יסוד אחרים) – דין העתירות להידחות. לעמדת היועמ"ש, לא ניתן לערוך ביקורת שיפוטית על חוק יסוד תוך הסתמכות על מגילת העצמאות. זאת, מאחר שהפסיקה הבהירה כי מגילת העצמאות אינה מהווה בסיס נורמטיבי עצמאי לזכויות יסוד או לעריכת ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, אלא היא מהווה בסיס פרשני בלבד לחוקי היסוד.

9. עמדתם של היועמ"ש והכנסת מעלות קושי ממשי ומהותי, והן אינן מקובלות עליי; שכן, בד בבד עם העלאתה של טענת ההמתנה לסיום מפעל החוקה, הכנסת נמנעת מזה עשורים רבים מלקבוע הסדרים כלשהם של ביקורת שיפוטית. אם תתקבל טענת ההמתנה לסיום מפעל החוקה, אזי בחסות היעדרם של הסדרים לעניין אופן הפעלתה של ביקורת שיפוטית, וחרף כך ש"מפעל כינון החוקה" טרם הסתיים גם בחלוף יותר מ-70 שנים מקום המדינה – הרשות המכוננת תימצא "מחסנת" את עצמה דה-פקטו מפני ביקורת שיפוטית. כך, לכאורה, יש לה יכולת בלתי מרוסנת ובלתי מוגבלת לקבוע חוקי יסוד ככל העולה על רוחה, לרבות חוקי יסוד הפוגעים ממשית בערכי יסוד דמוקרטיים. למצב כזה של "ריק נורמטיבי" אין להסכין. דומני שהביטוי אותו טבע פרופ' קרמניצר, בצינו שטענה "מחסנת" זו בדבר אי-השלמתו של המפעל החוקתי, נותנת בידי המערכת

הפוליטית "מפתח כל נועל" מפני ביקורת שיפוטית – הולם ומדויק (ראו: מרדכי קרמיניצר על בית המשפט להכריע בשאלת חוק הלאום (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 20.5.2019)). ראו גם: בג"ץ 5969/20 שפיר נ' כנסת ישראל, פסקה 4 לחוות דעתי (23.5.2021) (להלן: עניין שפיר)). יצוין בהקשר זה, כי הכנסת מציינת את ארצות הברית כדוגמא למדינה בה הביקורת החוקתית היא מצומצמת. עם זאת, דוגמא זו אינה רלוונטית מהסיבה שבארצות הברית, ההליך החוקתי הוא מסורבל ומכביד. בישראל, לעומת זאת, ההליך החוקתי אינו מכביד או מסורבל יותר מהליך חקיקתו של חוק רגיל, והדבר מחזק את ההצדקות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד.

לשימושים אנטי-דמוקרטיים בסמכות המכוננת (Abusive Constitutional Amendments) ולטענה כי על בתי המשפט להסתמך על דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי במקרים בהם התיקונים החוקתיים מציבים בבירור איום מהותי על ערכי יסוד דמוקרטיים גרעיניים, ראו:

Rosalind Dixon & David Landau, *Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment*, 13 INT'L J. Const. L. 606, 612-13 (2015).

שותף אני לעמדתו של המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן, לפיה אין "לסתום את הגולל על סמכותו של בית משפט זה לבקר חקיקת יסוד, וזאת בזהירות הנדרשת ועל פי אמות מידה קפדניות", וכי אין לקבל טענות המבקשות "להיבנות מכך שהכנסת לא קבעה מגבלות על הליכי חקיקת חוקי היסוד בדמות כינון חוק-יסוד: החקיקה, אשר יתווה הוראות מחייבות לדרך כינונם וזיהויים של חוקי היסוד... אל לבית משפט זה לשקוט אל שמריו בהיעדר חקיקת יסוד זו, ואין בחסר הנורמטיבי הקיים כדי לחסן את רשויות השלטון מפני ביקורת שיפוטית, מקום שזו נדרשת... ככל רשויות השלטון, מחויב בית משפט זה להגן על חוקי היסוד... ולהכריע בסוגיות המובאות לפניו לאור ערכי היסוד הראויים למשטר דמוקרטי חוקתי – יהיו הם כתובים עלי ספר או לאו" (עניין התקציב ה-19 שנת, פסקה 3). הודגש כבר, כי שתיקתה של חוקה בעניין סמכות בית המשפט לביקורת שיפוטית על חוקתיות התיקון בחוקה – אינה מתפרשת כשלילת הסמכות (ברק, תיקון חוקתי, בעמ' 152).

10. הלכה למעשה, סמכות להפעלתה של ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד הוכרה ויושמה זה מכבר. במספר מקרים הפעיל בית משפט זה את סמכותו לבחון את חוקתיותם של חוקי יסוד: הפעלת הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד יכול שתיעשה מכוח דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, אשר עניינה בשאלה אם הנורמה אשר

התקבלה כ"חוק יסוד" היא אכן נורמה חוקתית, כאשר השימוש בדוקטרינה זו נועד לבחון האם ננקט ההליך הנכון לעיגונה של הנורמה. כך, בעניין התקציב הדו-שנתי ובעניין שפיר, נקבע כי הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכות המכוננת עת חוקקה תיקונים לחוקי היסוד במתכונת של הוראת שעה ושנועדו ליתן מענה זמני.

11. בנוסף, הוכרה אפשרות להפעיל ביקורת שיפוטית "תוכנית" על חוקי יסוד, שהיא הרלוונטית לעניין חוק הלאום. לפי דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, תיקון חוקתי הפוגע במבנה הבסיסי של החוקה – אינו חוקתי.

ראו, למשל: אהרן ברק "הכנסת כרשות מכוננת ושאלת התיקון החוקתי שאינו חוקתי" חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (צפוי להתפרסם, 2021) (להלן: ברק, הכנסת כרשות מכוננת); ברק, תיקון חוקתי ("תפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית הוא להגן על החוקה והדמוקרטיה... תפקידו של בית המשפט הוא להגן על המבנה הבסיסי וערכי היסוד של החוקה. על כן מוצדק הוא להכיר בסמכותו לבחון אם תיקון החוקה הוא חוקתי". שם, עמ' 155); Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (2017).

הנשיא א' ברק קבע כי "הגבלה זו על כוחו של המחוקק חלה במקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (11.5.2006)) וכי: "יש מקום לתפיסה 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" (שם, פסקה 74 לחוות דעתו).

בעניין בר-און, נקבע לעניין דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, כדלקמן:

"אצלנו, לנוכח העובדה שטרם כוננה חוקה שלמה – ובכלל זאת, טרם נקבעו ההליכים לקבלתם של חוקי יסוד ולשינוים – מקבלת הדוקטרינה משמעות ייחודית... הכירו בתי המשפט בישראל בקיומם של עקרונות על שאינם ניתנים לשינוי. גם חוקי היסוד שלנו הניחו את העיקרון החוקתי המרכזי, שספק אם הוא ניתן לשינוי, המתייחס לאופייה היהודי והדמוקרטי של המדינה... קיימים עקרונות יסוד העומדים בבסיס קיומנו כחברה וכמדינה אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות, ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה כזה – ומוטב שלא יתרחש לעולם – יידרש בית המשפט

להכריע אם חרקה הכנסת מסמכותה המכוננת ופגעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית" (פס' 33-34; ההדגשות הוספו).

בעניין התקציב הדו-שנתי, ציין המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין כי דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי טרם יושמה במשפט הישראלי וכי "במישור הערכי יש בישראל מקום ל'הנצחת' ערכים חוקתיים בסיסיים; לדוגמה, יסודות כמו הבסיס היהודי – והדמוקרטי – של המדינה על פי הכרזת העצמאות וחוקי היסוד שלזכויות, או פגיעה בליבת זכויות האדם" וקבע כי "אם ימצא בית משפט זה כי תיקון שנעשה לחוק היסוד פוגע בצורה חמורה במשטר הדמוקרטי, אין לשלול את האפשרות... כי הדבר יוביל למסקנה החריגה שמדובר בתיקון חוקתי שאינו חוקתי ולכן יש לפסלו" (פס' כ"ז, ל"ה). באותו עניין, הבהיר השופט ע' פוגלמן כי לשיטתו אין לשלול את תחולתה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי במשפט הישראלי, אף שהיקפה של הדוקטרינה הוא מוגבל (שם, פס' 10, 15). השופט נ' הנדל סבר כי יש היגיון רב בעמדה לפיה "גם אם תיקלט דוקטרינת התיקון החוקתי הבלתי חוקתי במשפטנו יש להגבילה, למצער בראשית דרכה, לתחומי השמירה על אופייה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל. ועל זאת אוסיף, לשמירה על גרעין אופייה היהודי והדמוקרטי" (שם, פסקה 4). השופט (כתוארו אז) ח' מלצר ציין לעניין התיקון החוקתי שאינו חוקתי, כי הוא אינו "שולל את היתכנותו העקרונית במקרים נדירים מאוד בעתיד... אם הוא חורג מהותית מיסוד בסיסי ביותר של עקרונות המדינה והעם, או של השיטה המשפטית הנתונה (אצלנו ניתן להחיל זאת, למשל, על מהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית)" (שם, פסקה 8 לחוות דעתו).

ראו גם: בג"ץ 4076/20 ע"ד שפירא נ' הכנסת, פס' 9-10 (22.7.2020); יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" ספר אליקים רובינשטיין 1349, 1383-1386 (2020); ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" עיוני משפט מד (טרם התפרסם) (פרופ' מדינה סבור כי סמכויותיהן של רשויות השלטון תחומות מכוח עקרונות יסוד של ליברליזם וכי מוצדק להחיל ביקורת שיפוטית על קביעת הוראות בחוקי יסוד); Suzie Navot & Yaniv Roznai, 'From *Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*', 21(3) EUROPEAN JOURNAL OF LAW REFORM, 403, 422-421 (2019).

12. לגישתו של הנשיא (בדימ') א' ברק, סמכותה של הכנסת כאסיפה מכוננת, בעריכת תיקונים לחוקי היסוד שכבר חוקקו ובכינונם של חוקי יסוד חדשים – היא סמכות

רחבה אך היא גם סמכות מוגבלת. הכנסת כרשות מכוננת אינה "כל יכולה", אלא חלות עליה הגבלות בגיבוש תוכנם של חוקי היסוד:

"יש מקום לגישה כי סמכותה המכוננת של הכנסת אינה כל יכולה. כך לעניין כינונו של חוק יסוד חדש, וכך לעניין תיקונו של חוק יסוד קיים. ניתן לומר כי בשני המקרים חייבת הכנסת, כרשות מכוננת, לפעול במסגרת עקרונות יסוד וערכי היסוד של המבנה החוקתי שלנו. עליה לפעול במסגרת אמות המידה העקרוניות עליהם מבוססת הכרזת העצמאות ועליהם מבוסס מפעל החוקה כולו. על פי תפיסה זו חוק יסוד חדש או תיקון לחוק 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, כפי שבאו לידי ביטוי בהכרזת העצמאות. היא לא הוסמכה לבטלם'. הכנסת לא הוסמכה לפגוע בעקרונות יסוד ומטרות 'אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה'. הכנסת לא הוסמכה לפגוע 'בליבת הדמוקרטיה, ובדרישת המינימום לאופייה של מדינה כדמוקרטית'. בדומה, היא לא הוסמכה לפגוע בליבת היותה של ישראל מדינה יהודית ובדרישות המינימום לאופייה זה"

(אהרן ברק מבחר כתבים כרך ג – עיונים חוקתיים 143, 157 (2017) (התפרסם גם ב"תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך 361 (2011)) (להלן: ברק, תיקון חוקתי)).

מסקנתו של הנשיא (בדימ') ברק, היא כי אף שטרם הושלם מפעל חוקי היסוד, כך שהמשפט המשווה בעניין התיקון החוקתי שאינו חוקתי אינו ישים במלואו בישראל – הכרזת העצמאות היא המקור העיקרי להגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת (ראו: ברק, הכנסת כרשות מכוננת). חקיקתם של חוקי יסוד מטילה על הכנסת מגבלות שעניינן תוכן החקיקה ואשר מקורן בעקרונות-על של המבנה החוקתי, המתבטאים בערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. לגישתו, "הכנסת אינה 'כל יכולה'. על הסמכות של האספה המכוננת לכינון חוקה בישראל מוטלות מגבלות אשר מקורן בתכלית אשר מונחת ביסודה. תכלית זו מבטאת את ערכיה של הכרזת העצמאות המתבטאים בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (שם; אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" חוקים יא 9, 10-11, 30 (2018) (להלן: ברק, מגילת העצמאות)). המגבלות על סמכותה המכוננת של הכנסת נועדו למנוע רק פגיעה מהותית או קשה בבסיס העקרונות והערכים של הכרזת העצמאות המוצאים ביטוי בערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, בליבתם ובגרעינם. הנשיא (בדימ') ברק סבור כי גישה זו מהווה "מקרה מיוחד להפעלתה של תורת התיקון החוקתי שאינו חוקתי. ניתן לראות בה קונסטרוקציה חוקתית הפועלת

מחוץ לגדריה של תורת התיקון החוקתי שאינו חוקתי" (ברק, מגילת העצמאות, בעמ' 34). מלומדים נוספים סבורים כי הסמכות המכוננת היא סמכות מוגבלת. ראו, למשל: Yaniv Roznai, *The Boundaries of Constituent Authority*, 52(5) CONN. L. REV. 1381, 1394 (2021); Joel Colón-Ríos, *CONSTITUENT POWER AND THE LAW* (2020).

גם לגישתה של הנשיאה חיות בחוות דעתה, "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" ו"חקיקת הוראה חוקתית אשר שוללת את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית עולה כדי זעזוע אמות הסיפים של החוקה ההולכת ונבנית פרקים-פרקים...".

13. לגישתי, סמכותה המכוננת של הכנסת היא סמכות מוגבלת ובית משפט זה מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על הפעלתה של סמכות זו. זאת, בין מכוח הכרזת העצמאות ובין מכוח דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, בהתאמותיה למאפייני המשפט החוקתי הישראלי. כל הגישות המתוארות מתלכדות לשאלה המכרעת שהיא האם חוק היסוד או התיקון לו שוללים את ליבת הזהות היהודית או הדמוקרטית של המדינה.

חוק הלאום פוגע קשות בליבת הדמוקרטיה

14. בחינת השאלה בענייננו מלמדת כי חוק הלאום עולה כדי הנסיבות החרוגות והקיצוניות בהן מתקיימת פגיעה חמורה וקשה בליבת ערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית. חוק הלאום אינו חוקתי מחמת הפגיעה המובהקת והקשה, העולה עד כדי שלילה של ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה. חוק הלאום מציב את הערכים הלאומיים של המדינה מעל הערכים הדמוקרטיים שלה ופוגע פגיעה אנושה במיעוטים על רקע אתני.

א. על אי-השוויון כלפי הציבור הערבי

15. דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (2003) (להלן: דו"ח ועדת אור), התייחס להפליה הממסדית כלפי הציבור הערבי בישראל. הפליה זו מתבטאת, בין היתר, בתחומים שונים של הקצאת המשאבים הציבוריים ובמדיניות של הדרה והפרדה במגורים. כך נכתב:

"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" (שם, שער ראשון, פסקה 19).

מחקר אשר בחן את מציאות החיים של החברה הערבית מאז ניתנו המלצות דו"ח

ועדת אור, מצא כי:

"החברה הערבית בישראל, על אף היותה שווה בפני החוק ובעלת זכויות אזרחיות שוות כאוכלוסיית הרוב היהודית, עדיין מהווה מבחינות שונות קבוצה חברתית מודרת ומופלית, ללא שוויון אזרחי מלא. היא סובלת מאפליה ממוסדת הבאה לידי ביטוי בחלוקה לא-שוויונית של משאבים ותקציבים, בשיעור העסקת ערבים בשירות הציבורי ובהתיישבות"

(אפרים לביא החברה הערבית-פלסטינית במדינת ישראל: עת לשינוי אסטרטגי בתהליכי השילוב והשוויון 21 (INSS) – המכון למחקרי ביטחון לאומי ומרכז תמי שטיינמץ למחקרי שלום באוניברסיטת תל אביב (2016)).

16. גם בפסיקה שניתנה טרם חקיקתו של חוק הלאום, יש התייחסות להפליה כלפי הציבור הערבי במגוון תחומים, כמו הקצאת קרקעות וסיווג אזורי עדיפות לאומית. בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל (8.3.2000) (להלן: הלכת קעדאן), נקבע כי המדינה אינה רשאית להקצות קרקע להקמת יישוב שנועד להתיישבות של יהודים בלבד, וכי על המדינה לפעול בשוויון בהקצאה של מקרקעי המדינה (ראו בהרחבה בהמשך).

בבג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (27.2.2006) (להלן: עניין ועדת המעקב), נקבע כי "החלטת הממשלה בעניין קביעת אזורי העדיפות הלאומית אינה מתיישבת עם עקרון השוויון, שכן תוצאותיה מביאות להפליה פסולה של בני המגזר הערבי במימוש זכותם לחינוך, ובכך גוררות את אי חוקיותה" (פסקה 16). נקבע כי הפליה עשויה להתקיים גם בהיעדר כוונה או מניע של הפליה מצד יוצרי הנורמה המפלה וכי די בתוצאה המפלה. כלומר, הפליה נקבעת גם על פי האפקט שיש לה הלכה למעשה.

בבג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (22.5.2012), נדונה הסדרתו של מנגנון מיסוי הקושר בין מקום מגורי הנישומים לבין זכאותם ליהנות מהנחות בשיעורים משתנים במס הכנסה. נקבע כי מדובר בהפליה על בסיס לאום; כי זכויותיהם לשוויון ולכבוד של התושבים הערבים נפגעו; כי חלוקת משאבי הציבור באופן שרירותי לחלוטין

וללא כל קריטריונים – פוגעת בזכות לשוויון מאחר שיש חובה לחלק את משאבי המדינה בהתאם לקריטריונים שווים, ברורים וגלויים. מחובתה של המדינה לנהוג על-פי אמות מידה שוויוניות כשהיא מקצה משאבים לטובתם של יחידים או קבוצות.

כבג"ץ 9518/16 פרופ' הראל נ' כנסת ישראל (5.9.2017), אף שהעתירות נדחו בעילת העדר בשלות, נקבע ביחס לאוכלוסייה הערבית, כדלקמן:

"...בתחומי הפעילות עליהם אמונה החטיבה מכוח הסדרי אצילת הסמכויות, חלה הזכות לשוויון גם במישור הזכויות הקבוצתיות של הציבור הערבי (ראו יצחק זמיר 'שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל' משפט וממשל ט 11, 28-29 (תשס"ו-2005)). בהתאם נקבע, כי לאוכלוסיה הערבית – ולא רק לאזרחים או תושבים ערבים ספציפיים – נתונה זכות לחלוקה שוויונית של משאבי המדינה, לרבות הקצאת מקרקעין" (שם, פסקה ס"א לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין; ההדגשה הוספה).

ראו גם: עע"ם 1789/10 סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 7-9 (7.11.2010), אשר קבע כי מקרקעין לדיוור הם משאב ציבורי מוגבל שיש לנהוג בשוויון בחלוקתו וכי "יש יסוד לטענה כי המינהל נדרש לפקח על אופן שיווק המקרקעין בשוויון ללא הפליה גם על ידי חברות פרטיות הזוכות במכרזים המוצאים על ידו, כאשר המקרקעין הם מקרקעי המינהל על כל המתחייב מכך"; רע"א 10011/17 מי-טל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן (19.8.2019).

ביטוי לערך השוויון צריך לבוא גם בהכרה בזכויות קבוצתיות של המיעוט. הכרה זו נועדה להגן על קבוצות המיעוט בחברה. "אף שהמשפט בישראל מצווה על שוויון כלפי ערבים, במציאות של ישראל הערבים אינם זוכים לשוויון" (יצחק זמיר "שוויון זכויות כלפי ערבים בישראל" משפט וממשל ט 11, 13 (2005)). השופט (בדימ') זמיר במאמרו מביע עמדה לפיה "עקרון השוויון מחייב להעניק לקבוצות מיעוט זכויות קבוצתיות, שיביאו לידי שוויון מהותי בין קבוצת הרוב לבין קבוצת מיעוט", כדלקמן:

"הזכות לשוויון אינה מוגבלת לזכויות אישיות, אלא היא כוללת גם זכויות קבוצתיות. ראשית, מבחינה עקרונית, החשיבות הרבה של השוויון כערך חברתי מצדיקה תחולה רחבה של ערך זה, באופן שהוא יכול גם שוויון קבוצתי... תחושה זאת, שיש בה גם תחושת קיפוח וגם תחושת השפלה, קשה בהפליה קבוצתית מחמת גזע, דת, לאום וכדומה לא פחות משהיא קשה בהפליה אישית... שנית, מבחינה מעשית, לא יכול להיות שוויון מלא במישור הזכויות האישיות ללא שוויון גם במישור

הזכויות הקבוצתיות... כדי לקיים שוויון בין הקבוצות צריך להעניק זכויות קבוצתיות לקבוצות מיעוט... הזכות של האוכלוסייה הערבית לשוויון מהותי עם האוכלוסייה היהודית בהקצאה של משאבי המדינה, בין משאבים כספיים ובין משאבים אחרים, היא זכות קבוצתית מובהקת בעלת חשיבות מעשית רבה, שכן הפער הקיים ברמת התשתיות בין יישובים ערביים לבין יישובים יהודיים נובע, בין היתר, מקיפוח היישובים הערביים בהקצאה של משאבי המדינה" (שם, עמ' 22-24 ו-28).

17. בהינתן תכליתו של חוק הלאום ועל רקע העדר השוויון כלפי המיעוט הערבי בפרקטיקה – עולה פגיעתו הקשה של חוק הלאום בערכיה הגרעיניים של ישראל כמדינה דמוקרטית.

ב. סעיף 1 לחוק הלאום – הזכות הייחודית להגדרה עצמית לאומית במדינה לעם היהודי

18. סעיף 1, שכותרתו "עקרונות יסוד" (להלן: סעיף העקרונות), קובע, בין היתר, כי:

"(ג) מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי" (ההדגשות הוספו).

19. בעתירות נטען כי חוק הלאום פוגע קשות, ואף שולל, את ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה. זאת, משום שהוא אינו מעגן את ערך השוויון, אינו כולל כל אזכור להיותה של ישראל מדינה דמוקרטית, ואינו מזכיר כלל את המיעוטים החיים בישראל. נטען גם כי חוק הלאום עלול לשמש פלטפורמה להפליית המיעוט הערבי. לעמדת העותרים, תכליתו של חוק הלאום מפלה ואינה ראויה. חוק הלאום מכפיף את מהותה הדמוקרטית של המדינה להגדרתה כמדינה יהודית. חוק הלאום מתעלם מקיומם של האזרחים הלא-יהודים במדינה ומזכותם לשוויון, כתנאי בסיסי לקיומה של דמוקרטיה. העותרים טוענים כי מאחר שחוק הלאום קובע כי הזכות להגדרה עצמית לאומית שמורה לאזרחים יהודים בלבד, הוא מעגן ומקבע עליונות לזהות היהודית של המדינה על פני הזהות הדמוקרטית, בהיעדר עיגון של הזכות לשוויון בחוק הלאום. חוק הלאום משמש כלי לשינוי השיח במדינה ולביסוס העליונות היהודית באופן שהופך את ההפליה לנורמה חוקתית. לטענתם, חוק הלאום מושתת על הדרה של קבוצות מיעוט תוך שימוש בקריטריון הלאום ככלי להעדפת קבוצה לאומית. באופן זה, העדר השוויון האזרחי בחוק הלאום יוצר אזרחות "סוג ב'" ביחס לאזרחים שאינם יהודים מכיוון

שהזהות החוקתית של המדינה מתעלמת מהם. לטענתם, חוק הלאום סותר חזיתית את עקרון השוויון המצוי בבסיס מגילת העצמאות.

לעמדת הכנסת, עיגון הזכות הייחודית של העם היהודי להגדרה עצמית לאומית במדינה, ואף העדר הזכות לשוויון בחוק הלאום, אינם פוגמים בזהותה הדמוקרטית של המדינה. מדינת ישראל היא מדינת לאום דמוקרטית – מדינה שבה העם היהודי הוא הלאום היחיד הזכאי לממש את ההגדרה העצמית הלאומית שלו. כמו כן, חוק הלאום אינו פוגע מהותית, ואינו שולל, זכויות פרט, ובכללן הזכות לשוויון. הוא מעגן את המאפיינים הזהותיים-לאומיים של המדינה, כאשר לטענת הכנסת, הוא מניח את המשך קיומה של הזכות לשוויון ואת עיגונה תחת עמוד התווך הזהותי של המדינה כ"דמוקרטית". חוק הלאום אינו מעניק לאזרחי המדינה היהודים זכויות אישיות עדיפות על פני זכויותיהם של האזרחים שאינם יהודים. לעמדת הכנסת, טענת העותרים לעניין העליונות שניתנה לזהות ה"יהודית" היא פרשנות שגויה מכיוון שחוק הלאום יוצק תוכן לפן הלאומי של המדינה ולא לפן הדמוקרטי שלה. חוק הלאום אינו בגדר "מבוא לחוקה" ואינו מתיימר להגדיר את זכויות כלל אזרחי המדינה, אלא הוא פרק המגדיר את הרכיבים הלאומיים של המדינה. חוקי היסוד המעגנים זכויות אדם חלים באופן שווה על כלל האזרחים. חוק הלאום אינו מעניק עליונות לזהות היהודית של המדינה, אלא הוא מעמיד אותה במישור חוקתי זהה לזהותה הדמוקרטית, כאשר זו מעוגנת בחוק הלאום והאחרת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. במקרים קונקרטיים, יהיה צורך ליישב בין הערכים השונים. חוק הלאום נוקט ברמת הפשטה גבוהה ונמנע מלהכריע כיצד יש ליישב בין הזהות של המדינה. לפיכך, הוא אינו משנה את היות המדינה "יהודית ודמוקרטית", אלא הוא מציב את הזהות היהודית והזהות הדמוקרטית במדרג נורמטיבי שווה מעמד.

עמדת היועמ"ש היא כי דין טענות העותרים ביחס לפגיעת סעיף העקרונות בזכות לשוויון זכויות אזרחי וחברתי – להידחות. לעמדתו, יש להבחין בין הבטחת שוויון זכויות מלא בכל הקשור לזכויותיו האינדיבידואליות של הפרט, לבין זכויותיו הלאומיות הייחודיות של הקולקטיב היהודי, שמדינת ישראל היא ביתו הלאומי. זהות המדינה כיהודית, בה יש זכויות לאומיות רק לעם היהודי, אינה גורעת מחובתה לקיים שוויון זכויות אישיות מלא לאזרחיה. לטענתו, העתירות אינן מצביעות על הפלייה לכאורה של חוק הלאום ביחס לזכויות פרט אינדיבידואליות, אלא הטענה היא להפלייתם והדרתם של מיעוטים לאומיים במישור זהותם הקבוצתית הלאומית. לעמדת היועמ"ש, סעיף העקרונות משקף ומעגן עקרונות חוקתיים באשר למרכיבי זהות הלאומיים של המדינה כמדינה "יהודית", מבלי לגרוע ממרכיבי זהותה ה"דמוקרטית", לרבות מחובתה של המדינה לנהוג בשוויון זכויות מלא ביחס לזכויות האינדיבידואליות של כלל אזרחיה

כפרטים. לטענתו, זו הפרשנות הנכונה והמקיימת של חוק הלאום והיא הרמונית עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עיגון זכויות הפרט נעשה בחוקי יסוד אחרים שזו תכליתם. לאזרחים שאינם יהודים יש זכות להגדרה עצמית במרחבים אחרים – קהילתיים ותרבותיים – שאינם לאומיים. הכנסת והיועמ"ש מדגישים כי חוק הלאום רק "חידד" את המתח בין הזהות היהודית לזהות הדמוקרטית של המדינה.

20. טענותיהם של היועמ"ש והכנסת אינן משכנעות, ואין בכוחן לחפות על ליבתו המפלה והרעה של חוק הלאום. אכן, "מלים יפות אינן מספיקות להכשיר מעשים רעים" (בג"ץ 1113/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הדתות, פסקה 10 לפסק דינו של השופט י' זמיר (18.4.2000)). חרף "עטיפתו" של חוק הלאום בהצדקות לפיהן תכליתו לעגן את זהותה היהודית של המדינה ותו לא – מהותו עבור המיעוטים החיים במדינה היא לענה מרה וקשה לבליעה, בהיותו שולל את עקרונות הליבה של המדינה כמדינה דמוקרטית ומדיר את האזרחים הלא-יהודים החיים בישראל.

### ב.1. תכליתו של חוק הלאום

21. הכנסת מדגישה בתגובתה, כי במהלך הדיונים בוועדה המשותפת, נבחנו ההצדקות לחקיקתו של חוק הלאום: הדיונים בוועדה המשותפת העלו צורך ליתן מעמד חוקתי למאפיינים הלאומיים של המדינה. חקיקתו של חוק הלאום מהווה מהלך חוקתי "משלים" לחקיקת חוקי היסוד העוסקים בזכויות אדם ולחוקי היסוד המשטריים. כמפורט בעמדת הכנסת, חוק הלאום הוא חוקתי מאחר שתכליתו לעשות קונקרטיזציה לעקרון יסוד גרעיני: אופייה היהודי של המדינה. משכך, הוא אינו סותר את עקרונות היסוד של השיטה. חוק הלאום מעגן ברמה החוקתית ערכים לאומיים – הם המאפיינים הגרעיניים של המדינה כמדינה יהודית – והוא אינו שולל את המאפיינים הגרעיניים של המדינה כמדינה דמוקרטית. חוק הלאום רק מגדיר, באופן דקלרטיבי, את המאפיינים הזהותיים-לאומיים של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי, וזאת לצד זהותה הדמוקרטית של המדינה המעוגנת בחוקי יסוד אחרים שעניינם זכויות האדם. מאחר שהערכים הדמוקרטיים של המדינה עוגנו בחוקי יסוד והמהפכה החוקתית של זכויות האדם "שחקה" והחלישה את עוצמת הגיבוי למרכיב "היהודיות" של המדינה, עלה הצורך לעגן גם את הערכים היהודיים בחוק יסוד. לעמדת הכנסת, חוק הלאום הביא לכך שגם הזהות היהודית, ולא רק זו הדמוקרטית, תהא מעוגנת חוקתית. זאת, כמענה למי שמטיל ספק בלגיטימציה של הזהות היהודית של המדינה וכדי ליצור "סימטריה" חוקתית בין שתי הזהויות של המדינה ומניעת "שחקה" במעמד הזהות היהודית, כפי שעולה מההיסטוריה החוקתית של חוק הלאום.

22. אכן, התכלית המוצהרת של החוק הלאום הייתה לכאורה להשיב "איזון". כך, דברי ההסבר להצעת החוק המקורית קובעים כי "מטרתו של חוק-יסוד זה היא להגן בחקיקת יסוד על מעמדה של ישראל כמדינתו של העם היהודי בשוויון מעמד להגנה שמעניקה חקיקת היסוד בישראל לזכויות האדם ולאופייה הדמוקרטי של המדינה".

למרות הרטוריקה של "השבת איזון" ו"יצירת סימטריה חוקתית", הלכה למעשה התכלית (האובייקטיבית והסובייקטיבית) היא להכפיף את הזהות הדמוקרטית של המדינה, כשבעיקרה זכויות אדם וזכויות המיעוט, לזהות היהודית; קרי ליצור העדפה של הלאום היהודי ומתן עליונות לזהות היהודית של המדינה על פני זהותה הדמוקרטית, וזאת באמצעות שינוי המצב המשפטי. התכלית של חוק הלאום היא מפלה ומדירה את האזרחים הלא-יהודים, כשבעיקרם האזרחים הערבים והדרוזים. חוק הלאום יוצר העדפה של ערכי המדינה כמדינה יהודית על פני ערכיה כמדינה דמוקרטית. גם מדו"ח פרופ' גביזון עולה כי התכלית המוצהרת הייתה לייצר שינוי משפטי מעשי ולא רק דקלרטיבי, כפי שנכתב:

"אחת ההצדקות הנטענות לחקיקת חוק הלאום מדגישה את היותו מהלך ל'תיקון' של 'שיבוש' שחוללה 'המהפכה החוקתית'. על פי טענה זו, מאז העברת חוקי היסוד הופר האיזון בין מרכיבי החזון וניתן משקל יתר למרכיבי הדמוקרטיה ולשיח הזכויות על פני מרכיב הייחוד היהודי. מטרת תומכי חוק הלאום היא להשפיע על מקבלי החלטות, ובעיקר על שופטים ומשפטנים, כך שיקנו משקל גדול יותר למרכיב הייחוד היהודי של החזון" (עמ' 33; ההדגשה הוספה).

משמע, לא מדובר אך ביציקת תוכן קונקרטי לביטוי "מדינה יהודית". שלא כטענת המשיבים, ההגנה הניתנת בחוק הלאום לערך של "יהודיות" המדינה אינה בשוויון מעמד להגנה המוענקת לזכויות האדם ולאופייה הדמוקרטי של המדינה.

אכן, "מטרתם של יוזמי חוק הלאום הייתה לחזק את מה שנתפס בעיניהם כביטוי לאופייה של ישראל כמדינה יהודית, ולגבי חלק מהוראות החוק הוצהר מפורשות על ידי חברי כנסת אחדים כי הדבר יעשה בדרך של צמצום המחויבות לעקרונות יסוד דמוקרטיים, ובראשם החובה לנהוג בשוויון כלפי כלל האזרחים. לפי גישה זו, חוק הלאום נועד להעניק לרשויות השלטון סמכות לפגוע בזכויות אדם, בעיקר בזכות לשוויון...". (עשור ויצמן וברק מדינה "סעיף 7 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי: 'המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת

לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה" **טיוטה להערות** קומנטר מאמרים (המכון הישראלי לדמוקרטיה, טרם פורסם) (להלן: ויצמן ומדינה); ההדגשה הוספה).

23. הצעות החוק אשר קדמו לחקיקת חוק הלאום בנוסחו, כללו היבטים "מאזנים", כמו הכרה בשוויון זכויות למיעוטים ובאופיייה הדמוקרטי של המדינה (ראו: מש/2 לתגובת היועמ"ש). הצעות החוק כללו קביעה מפורשת כי מדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית, מלבד היותה יהודית. כלומר, מהות המדינה – מדינת הלאום היהודי ומדינה דמוקרטית.

גם בהצעת החוק שאושרה בדיון המוקדם, נכתב שמטרת חוק הלאום לעגן חוקתית את "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" (ראו: מש/4 לתגובת היועמ"ש). נוסח זה נדחה במפורש במסגרת הליך החקיקה של חוק הלאום.

הנוסחה המקובלת של זהותה הדואלית של המדינה כ"יהודית ודמוקרטית", הכוללת מחויבות להגנה על זכויות של אזרחים המשתייכים לקבוצות מיעוט – אינה מופיעה בחוק הלאום. במספר חוקי יסוד מופיעה הנוסחה המגדירה את המדינה בזהות דואלית כמדינה "יהודית ודמוקרטית". כך, סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"; סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק קובע כי "חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"; סעיף 7א(א)(1) לחוק-יסוד: הכנסת, מונע מרשימת מועמדים או ממועמד להשתתף בבחירות לכנסת אם הם שוללים את קיומה של מדינת ישראל "כמדינה יהודית ודמוקרטית". נרטיב-על זה – היותה של המדינה "מדינה יהודית ודמוקרטית" – עובר "כחוט-השני במרחב הנורמטיבי שמתווה המשפט החוקתי הישראלי" (ראו: חנן מלצר "צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית" משפט ועסקים יד 347, 349-350 (2012)). חרף זאת, נרטיב זה נפקד מחוק הלאום. היינו, הנוסח שאומץ בחוק הלאום אינו מתייחס להיותה של ישראל דמוקרטית. בניגוד לחוקי היסוד בעניין זכויות האדם, חוק הלאום אינו מאזכר את הכרזת העצמאות או את "נוסחת האיזון" של מדינה "יהודית ודמוקרטית".

אכן, "על אף שמו, חוק היסוד לא רק עוסק בלאום. הוא עוסק במהותה של מדינת ישראל, בערכי היסוד שלה, בתעודת הזהות שלה ובמאפייניה... אולם, חוק היסוד משמיט כל אזכור לאופיייה הדמוקרטי של ישראל, מתמודד רק עם אחד הערכים במשוואה, ולכן

מעמיד בספק את הנוסחה המוכרת והמקובלת של 'יהודית ודמוקרטית' שמופיעה בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם... (ראו: פרופ' סוזי נבות 'נוקשות – סעיף 11 לחוק-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי' **טיוטה להערות** קומנטר מאמרים (המכון הישראלי לדמוקרטיה, טרם פורסם); ההדגשה הוספה). חוק הלאום הלכה למעשה מעדיף את זהות המדינה כ'יהודית' על פני זהותה כ'דמוקרטית'.

24. בנוסף, חוק הלאום כולל את הזכות להגדרה עצמית לאומית של העם היהודי, אך הוא אינו מתייחס לעקרונות המגנים על זכויותיהם של המיעוטים בישראל. באופן זה, חוק הלאום אינו מבטא את הזיקה שבין המדינה לבין כלל אזרחיה. חוק הלאום אינו מזכיר כלל את עצם קיומם של מיעוטים במדינה, שהגדול בהם הוא המיעוט הערבי. סעיף העקרונות מגדיר את ישראל כמדינת לאום אתנית ו'משייך' את המדינה לקבוצת הרוב היהודית, אשר לה בלבד יש זכות הגדרה עצמית (ראו, למשל: יובל שני 'סעיף ההגדרה העצמית בחוק הלאום' **טיוטה להערות** קומנטר מאמרים (המכון הישראלי לדמוקרטיה, טרם פורסם); כהן, פוליטיקה פופוליסטית, בעמ' 344). סעיף העקרונות אינו מכיר בזכויות השוות של אזרחים המשתייכים לקבוצת מיעוט ולהיותם חלק מהמדינה. במקום לשלב אמירות מכליליות ביחס למיעוטים שאינם יהודים, חוק הלאום מתעלם מהם ו'שותק' בעניינם שתיקה 'רועמת'. חוק הלאום מעמיד את המיעוטים בחזקת 'שקופים' ושולל את קיומם. אי-ההכרה במיעוטים והדרתם מבססת זרות, התנכרות ונחיתות, משל היו אזרחים 'סוג ב''. סעיף העקרונות מגדיר את מדינת ישראל כמדינת לאום ייחודית לעם היהודי, מבלי להתוות דרך – בניגוד לחוקות של מדינות לאום אחרות – לאפשר למיעוטים זיקת שייכות למדינה. פרופ' יובל שני מדגיש כי:

"בחינה השוואתית של חוקות של מדינות לאום אחרות – מדינות הרואות עצמן כביטוי של הזכות להגדרה עצמית של עם מסוים החי בהן – מדגישה את הפגיעה שיש בחוק הלאום גם בזכויות הקבוצתיות של המיעוטים החיים במדינת ישראל. חוקות של מדינות לאום אחרות מדגישות בצד המעמד הדומיננטי של קבוצת הרוב במדינה את היותן של קבוצות אחרות חלק בלתי נפרד מהמדינה, ואת תפקיד המדינה להבטיח גם את צורכיהם הפרטניים, אך לא פחות מכך- הצרכים הקבוצתיים של בני המיעוט... חוק הלאום חריג מאד בנוף החוקתי הבינלאומי בכך שהוא מתעלם מהיחס בין המיעוטים החיים בין ישראל לבין המדינה ואינו מנסה כלל לאזן בין חובת המדינה לקדם את האינטרסים של קבוצת הרוב – ואין חולק כי יש למדינה חובה שכזו – לבין החובה שלה לקדם את האינטרסים של קבוצת המיעוט... לא ניתן לבסס חברה משותפת ומדינה מתוקנת על בסיס מפלה, המדיר מתוכו חלק משמעותי מאוכלוסיית המדינה"

(יובל שני ככה לא בונים חוקה (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 15.8.2018); ההדגשות הוספו).

מכאן, שחוק הלאום הוא חוק יסוד החסר באופן מהותי, חלקי ומדיר.

25. יתר על כן, חוק הלאום אינו מתייחס או מכיר מפורשות במחויבות של המדינה לעקרון השוויון, כעקרון דמוקרטי בסיסי. ההסברים בתגובותיהם של הכנסת ושל היועמ"ש לא יישבו את חוק הלאום עם הכרזת העצמאות, הקובעת כי "מדינת ישראל... תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין...". (ההדגשות הוספו). החסרתו של כל ביטוי לעקרון השוויון בחוק הלאום וההתעלמות המופגנת מהמיעוט, כמו "משלימות" את ההשמטה של היות המדינה "ודמוקרטית".

26. השוויון – עקרון יסוד חוקתי – הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי. עקרון השוויון אינו מעוגן במפורש בחוקי היסוד. בית משפט זה גזר את עקרון השוויון מהזכות החוקתית לכבוד הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. באופן זה, זכה השוויון למעמד בכורה כעקרון יסוד חוקתי. עם זאת, לא כל פגיעה בשוויון תחשב פגיעה בזכות במובנה החוקתי. על פי "מודל הביניים", הזכות לשוויון היא חלק מזכותו של אדם לכבוד, ובלבד שהיא קשורה לכבודו בקשר הדוק. הזכות לכבוד כוללת את הזכות לשוויון ככל שהיא קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק, ולכן, יש לבחון את מהות הפגיעה בשוויון ואת מידת נגיעתה לכבוד האדם (ראו, למשל: בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת, פסקה 46 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות וההפניות שם (9.6.2020); אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך ב 685-692 (2014) (על זכות-הבת לשוויון); יובל שני חוק-יסוד: שוויון (הצעה לסדר 37, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020) (להלן: שני, חוק השוויון)). הליבה של עקרון השוויון היא איסור הפליה בשל השתייכות קבוצתית. הפליה 'גנרית' נמצאת ב'גרעין הקשה' של ההפליה והיא משקפת הכרה היסטורית בכך שהקבוצות אשר באות בקהלה הופלו ועודן מופלות באופן שיטתי, לעיתים בנימוקים המנסים להסוות את ההפליה כהבחנה רלבנטית (בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פסקה 14 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן (17.9.2014) (להלן: עניין סבח)). "הפליה מטעמי לאום, לצד ההפליה מטעמי גזע ומוצא, היא הפליה מגונה ובזויה במיוחד, ואין כמו העם היהודי להבין זאת. היא פוגעת לא רק בשוויון אלא גם בכבוד האדם, ואף ברקמה הדמוקרטית של המדינה" (ע"א 8956/17 ד"ר מנסור נ' המועצה המקומית כוכב יאיר – צור יגאל, פסקה 77 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארז (14.1.2021) (להלן: עניין מנסור)). בעניין ועדת המעקב, הבהיר הנשיא (בדימ') ברק כי "חובה זו – של שוויון בין כלל אזרחיה של מדינת ישראל – ערבים ויהודים כאחד –

מהווה יסוד מיסודותיה של היות מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית" (שם, פסקה 14).

27. דמוקרטיה היא העיקרון לפיו הריבונות במדינה מסורה בידי כל אזרחיה, בלי הבדל דת ולאום, על בסיס של חירות ושל שוויון. עיקרה הוא שלטון של העם, בידי העם ולמען העם (ראו: דו"ח פרופ' גביון, עמ' 20). הכרה בזכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, הן מהמאפיינים הגרעיניים וה"מינימליים" של דמוקרטיה. כך, ב-א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי (15.5.2003), קבע הנשיא א' ברק, כדלקמן: "בפרשנותו של הדיבור 'מדינה... דמוקרטית', יש להתרכז במאפיינים ה'גרעיניים' וה'מינימליים'... מאפיינים אלה מבוססים לדעתנו על הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית" (פסקה 14; ההדגשות הוספו). באותו עניין, השופט ד' דורנר קבעה כי: "ישראל היא מדינה דמוקרטית. כפי שנקבע בהכרזת העצמאות, השוויון בין האזרחים הוא יסוד למשטר המדינה ולמשפטה. הדמוקרטיה במדינת ישראל אינה איפוא מסגרת פורמאלית בלבד, אלא היא מושתתת על שורה של ערכים, ובמרכזם השוויון האזרחי" (פסקה 1 לחוות דעתה). בעניין ועדת המעקב נקבע כי: "הזכות לשוויון היא מהחשובות שבזכויות האדם... מן המפורסמות הוא כי השוויון הוא מערכי היסוד של המדינה. הוא מונח ביסוד הקיום החברתי. הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי" (פסקה 13). בבג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל (9.7.2001), נקבע לעניין הפגיעה בשוויון כי:

"עקרון השוויון כמובן זה הוא נשמת הדמוקרטיה. הדמוקרטיה דורשת לא רק קול אחד לכל אחד בעת הבחירות, אלא גם שוויון לכל אחד בכל עת. המבחן האמיתי לעקרון השוויון נעוץ ביחס כלפי מיעוט: דתי, לאומי או אחר. אם אין שוויון למיעוט, גם אין דמוקרטיה לרוב... במדינת ישראל נודעת משמעות מיוחדת לשאלת השוויון כלפי ערבים... טובת החברה, ובחשבון אמיתי טובתו של כל אחד בחברה, מחייבים לטפח את עקרון השוויון בין יהודים לבין ערבים" (פס' 15-16; ההדגשה הוספה).

על הקשר בין מדינה יהודית ודמוקרטית לעקרון השוויון, כתב הנשיא (בדימ')

ברק את הדברים הבאים:

"השוויון הוא אחד מערכי היסוד וזכויות היסוד של כל משטר דמוקרטי. אין דמוקרטיה בלא שוויון. כה מרכזי הוא השוויון לדמוקרטיה, עד כי ניתן לומר – כלשונם של זמיר וסובל – כי השוויון, יותר מכל ערך אחר, הוא המכנה

המשותף, אם לא הבסיס, לכל זכויות-היסוד של האדם ולכל שאר הערכים שביסוד הדמוקרטיה...'. מכאן גם הקשר ההדוק במשטר דמוקרטי, בין השוויון לבין כבוד האדם. כבוד האדם דורש שינהגו בו בשוויון [...] האם היותה של ישראל מדינה יהודית גורע מכוחו של עקרון השוויון בה? לדעתי התשובה היא בשלילה. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, אף הם – כערכיה כמדינה דמוקרטית – דוגלים בעקרון השוויון...” (מבחר כתבים כרך ד – על בית המשפט ושופטיו 171 (2017); ההדגשות הוספו).

28. פרופ' קרמניצר עמד על השמטתם המכוונת של עקרון השוויון והדמוקרטיה בחוק הלאום ועל הפגיעה שהוא מסב למיעוט, כדלקמן:

“זהו טיבו האמיתי של חוק הבלע הזה: הוא חוק העליונות היהודית במדינת ישראל. וכדי להסיר כל ספק, כדי להעביר את המסר הלא־אמין הזה במלוא חדותו ועוצמתו המבהילות, היה צריך להימנע מאזכורם של האזרחים הלא־יהודים כמי שהם בעלי זיקה קניינית־ריבונית למדינה. היה צריך – לשיטתם של יוזמי החוק ותומכיו – להימנע מאזכור דמוקרטיה ושוויון. כל אזכור כזה מעמעם את המסר החשוב מכול – עליונות יהודית. התנהלותו זו של המחוקק הביאה לכך שישראל שברה את השיא של לאומנות גסה ומדירה [...] חוק יסוד הלאום מעלה לשמיים את חשיבותו של הלאום היהודי, אך בה בעת הוא נמנע מהכרה בזכויות הקבוצתיות־תרבותיות של המיעוטים שאינם יהודים, זכויות שנובעות מן הזכות לכבוד אנושי. וכדי להוסיף פצע לחבורה, הוא מפחית ממעמדה של השפה הערבית. בכל אלה בועט החוק החוצה מן המדינה את האזרחים והמיעוטים הלא־יהודיים. הוא מבצע בהם טרנספר סמלי, ומשפיל אותם. בכך מזהה החוק את המדינה היהודית עם השפלת האחר, שאינו יהודי, ועם רמיסת תחושת הערך העצמי שלו” (מרדכי קרמניצר “שבע הערות על חוק הלאום” חוקתיות, כינון חוקה וריבונות - מבט תיאורטי והשוואתי 38-39 (אמל ג'מאל, נאווה זוננשיין ואמיר פאח'ורי עורכים, 2020)).

דברים ברוח דומה כתב פרופ' ידידיה שטרן בהתייחס לגריעתו של עקרון השוויון מחוק הלאום:

“התכונות מקצועית בחוק – הן מהבחינה המשפטית והן מהבחינה החברתית – מעצימה את התחושה כי מדובר בתקלה בעלת ממדים היסטוריים. רבות דובר בפגיעה שהחוק מסב למיעוטים הלא־יהודים החיים בתוכנו. גריעתו של ערך השוויון מאוששת את האמירה של חלק מהדרוזים שהם נמנים על הקבוצה

היהודית בנשיאה בחובות ועל הקבוצה הערבית בקבלת זכויות. הכתף הקרה שהכנסת הפנתה להכרזת העצמאות נותנת משנה תוקף לתחושה של הערבים שישראל היא מדינה יהודית לערבים ומדינה דמוקרטית ליהודים" (ידידיה שטרן גול עצמי מרהיב (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1.8.2018)).

29. אולם, במופע בודד, מצא חוק הלאום להתייחס לשפה הערבית, ושמא במשתמע גם להתייחס לכעשרים אחוזים מאזרחי המדינה כ"נוכחים נפקדים" – נוכחים לעניין הפגיעה בשפתם, ונפקדים על שום ההתעלמות המופגנת מקיומם במרחב המדינתי. איזכור השפה הערבית נעשה רק כדי לפגוע במעמדה המשפטי הקיים ולגרוע ממעמדה משפה רשמית לשפה "בעלת מעמד מיוחד". כך, ההתייחסות היחידה בחוק הלאום אל המיעוט הערבי נעשית לצורך פגיעה במיעוט.

30. הנה כי כן, התעלמותו המוחלטת והלעומתית של חוק הלאום, בשונה מחוקי יסוד אחרים, מ"נוסחת האיזון" המקובלת של מדינה יהודית ודמוקרטית, מהמיעוטים במדינת ישראל ומהשוויון היא השמטה מכוונת מטרה שתכליתה לפגוע בדמוקרטיה ובעיקרון השוויון, והיא מגיעה על רקע העדר השוויון בפרקטיקה שקדמה לחקיקתו של חוק הלאום, דבר שיחמיר עוד יותר את הפגיעה הקיימת בשוויון.

#### ג. סעיף 4 לחוק הלאום – שפה

31. הוראת סעיף 4, שכותרתה "שפה" (להלן: סעיף השפה) קובעת כי:

"(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" (ההדגשות הוספו).

32. לטענת העותרים, סעיף השפה פוגע במעמד של השפה הערבית. בפרקטיקה, עוד בטרם חוקק חוק הלאום, רשויות השלטון נהגו בשפה הערבית באופן שאינו מתיישב עם מעמדה הרשמי. בין הפרקטיקה הפסולה לבין עיגונה החוקתי יש פער רב. הוראת סעיף השפה, לפיה הוא אינו "פוגע במעמד שניתן בפועל" – מהווה ניסיון להנציח פרקטיקה בלתי חוקית כשלעצמה.

לעמדת הכנסת, למרות לשונה של החקיקה המנדטורית אשר העניקה לשפות העברית והערבית מעמד שווה – החקיקה והפסיקה העניקו לשפה העברית מעמד בכורה, כביטוי להיות המדינה "מדינה יהודית". לכן, הוראת סעיף השפה בחוק הלאום ביחס למעמד השפות – תואמת את מעמדן בפועל. חוק הלאום אינו פוגע במעמד הקיים של השפה הערבית, מכיוון שבפועל יש פער במעמד של שתי השפות. חוק הלאום מבקש לשקף את המצב הקיים של שתי השפות במדינה. יתרה מכך, לטענת הכנסת, בכך שחוק הלאום העניק מעמד חוקתי לשפות העברית והערבית, תוך מתן הגנה חוקתית למעמדה של השפה הערבית בפועל – הוא "שידרג" את השפה הערבית.

לעמדת היועמ"ש, "עיקרו" של סעיף השפה הוא הצהרתי-סמלי (סעיף 196 לתגובת היועמ"ש). חוק הלאום משקף את הפסיקה בנוגע למעמד הבכורה של השפה העברית כשפה עיקרית, ולכן הוא אינו פוגע בזכויות הפרט לשוויון או לכבוד ואינו סותר את עקרונות היסוד של השיטה.

33. לערבית הוקנה מעמד רשמי בחקיקה מנדטורית אשר עומדת בתוקפה. סימן 82 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947 (להלן: דבר המלך במועצה), קובע כי עברית וערבית הן שפות רשמיות במדינה, כדלקמן:

"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".

יצוין כי הוראה זו שונתה ביחס לשפה האנגלית. ההוראה קובעת חובה לפרסם את כל הפקודות, המודעות הרשמיות והטפסים הרשמיים של הממשלה בערבית ובעברית. כן נקבע כי זכותו של אדם להשתמש באחת משתי השפות במשרדי הממשלה ובבתי המשפט.

34. בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002) (להלן: עניין השילוט בערבית), קבע לעניין הוראת סימן 82 לדבר המלך במועצה כי:

"מכוחה נקבע כי הערבית היא שפה רשמית. בכך ניתן לה מעמד נעלה במיוחד... אין דינן כדין שפות אחרות,

שאזרחי המדינה או תושביה דוברים אותן. ממעמד מיוחד זה נובעות במישורין זכויות וחובות כלפי השלטון המרכזי. עם זאת, אין מעמד מיוחד זה מתמצה אך באותן זכויות וחובות הנובעות ממנו במישורין. 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" (שם, פס' 11-13; ההדגשות הוספו).

עוד נקבע כי:

"הייחוד של השפה הערבית הוא כפול: ראשית, הערבית היא שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל, החי בישראל מימים ימימה... שנית, הערבית הינה שפה רשמית בישראל... רק ערבית - בצד העברית - היא שפה רשמית בישראל. לערבית ניתן איפוא מעמד מיוחד בישראל. למעמד זה אין תחולה ישירה בענייננו, אך יש לו תחולה עקיפה. ל'רשמיותה' של השפה הערבית יש ערך עודף וייחודי'..." (ההדגשות הוספו; פסקה 25).

ראו גם: דנג"ץ 7260/02 עיריית רמלה נ' עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל (14.8.2003), במסגרתו נדחתה עתירה לקיום דיון נוסף בפסק הדין בעניין השילוט בערבית. בע"א 4926/08 נאשף ואיל ושות' נ' הרשות הממשלתית למים וביוב (9.10.2013) הדגיש השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן כי:

"שני הסברים אלו – היות הערבית שפת המיעוט הגדול ביותר בישראל ושפה רשמית – מצדיקים גם בענייננו יחס מיוחד כלפי השפה הערבית לעומת שפות מיעוטים אחרים. בעניין זה ברי כי קיים אינטרס שהמיעוט הערבי ילמד את שפת הרוב שהיא השפה הדומיננטית במדינה. ואולם, בשל מעמדו הייחודי ומעמדה הייחודי של השפה הערבית, אין לאפשר מצב שבו הפרט הנמנה על המיעוט הערבי בישראל, נפגע בשל שליטתו אך בשפתו" (פסקה 35 לחוות דעתו).

ראו גם: עע"ם 694/18 אוסאמה נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה, פסקה 4 לחוות דעתי (2.6.2019) (בדעת מיעוט לעניין השאלה האם נפגעה זכות הטיעון של המערערים).

35. עם זאת, יש פער משמעותי בין מעמדה של השפה הערבית בפועל לבין מעמדה הרשמי הקבוע בחקיקה המנדטורית, וזאת מאחר שמעמדה של השפה הערבית בפועל הוא חלש ואין לה נוכחות חזקה במרחב הציבורי המשותף. זאת, אף שקידום השפה הערבית חשוב ליצירת סולידריות אזרחית ואף ש"הזכות הקיבוצית מרחיקת-הלכת ביותר הנתונה

למיעוט במשפט הישראלי היא מעמדה הנורמטיבי של הערבית כאחת משתי שפותיה הרשמיות של המדינה" (אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיוני משפט כו 241, 260 (2002)). ד"ר סבן מציין, בין היתר, כי "המשפט הישראלי טווה חובות מפורשות מעטות יחסית סביב 'רשמיותה' של שפה" וכי "על המערך הסימבולי של ישראל לא 'העיבה' מעולם שותפות לשונית של ממש עם שפה אחרת. בפשטות, במקום לנקוט במהלך בעייתי של ביטול המעמד הרשמי של הערבית, הסתפקה ישראל בריקונו דה-פקטו של המעמד הרשמי מכמעט כל נפקות מעשית בהווה הישראלית" (שם, עמ' 263-264). עוד כותב ד"ר סבן, כי קהילת המיעוט הערבי בישראל זכאית מבחינה מוסרית לזכויות קיבוציות מקיפות, "זאת משום היותה קהילת מיעוט ילידה; משום היותה קבוצה לאומית, תרבותית, דתית ולשונית מובחנת, המונה כמעט חמישית מתושבי המדינה; ומשום שהזכויות הקיבוציות יהוו אמצעים ממשיים לתיקון הקיפוח המתמשך שלו היתה ועודנה קורבן" (שם, עמ' 319).

מן האמור עולה, כי עוד לפני חקיקתו של חוק הלאום, בפרקטיקה הרשויות לא התייחסו באופן זהה לשתי השפות במרחב הציבורי. על כך יעידו גם ההליכים והמאבקים להם נזקק המיעוט הערבי על זכות קיומה של השפה הערבית במרחב הציבורי ועל מעמדה כשפה רשמית.

36. על רקע חקיקתו של חוק הלאום ותכליתו, ובהינתן היעדרם של עקרון השוויון והדמוקרטיה מחוק הלאום – מתחזקת המסקנה כי איזכור מעמדה של השפה הערבית בחוק הלאום נדרש אך לשם "הנמכת קומתה" ולהשפלת דובריה. "במדינות לאום לשפה תפקיד מכריע בכינונה ובגיבושה של זהות לאומית. בשל תפקיד זה, חברי קבוצת הרוב נוטים לתפוס את שפת המיעוט כמהווה איום על הזהות הלאומית שלהם... נוכחות חזקה של ערבית במרחב הציבורי המשותף ליהודים וערבים נתפסת כאיום על חברי הרוב היהודי, או סוג של 'ניצחון' תרבות המיעוט על תרבות הרוב" (מיטל פינטו "אמור מעט ועשה הרבה": תפקידה של השפה הערבית ביצירת סולידריות אזרחית בין יהודים וערבים בישראל" ספר אליקים רובינשטיין כרך ב 1279, 1283 והפניות שם (2020); מיטל פינטו "שפה שסועה: בין מעמד רשמי למעמד מיוחד של השפה הערבית בישראל" תרבות דמוקרטית 20 (צפוי להתפרסם, 2021)). דברים אלו כמו נכתבו הם לענייננו.

37. חוק הלאום מפחית ממעמדה של השפה הערבית כ"שפה רשמית" לשפה בעלת "מעמד מיוחד" – מונח עמום שלא הוסבר. עמימותו וסימני השאלה שיוצר המונח "מעמד מיוחד" אף מתחזקים לנוכח הקביעה כי "אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל". בכך, עוגנה הפגיעה בשפה הערבית מפגיעה דה יורה.

סעיף השפה בחוק הלאום שינה מהקביעות החקיקתיות בדבר המלך במועצה והוא קובע כי מעמד השפה העברית יהיה "שפת המדינה" ולשפה הערבית יהיה "מעמד מיוחד במדינה" בלבד – היינו מעמדה נחות ביחס לשפה העברית. בכך, סעיף השפה פוגע מהותית במעמדה של השפה הערבית וכדוברי השפה הערבית. לא מצאתי ממש בטענת הכנסת כי סעיף השפה העניק הגנה חוקתית למעמדה של השפה הערבית, שכן השפה הערבית נושלה הלכה למעשה ממעמדה הרשמי, ומשפה רשמית בעלת מעמד נעלה במיוחד, היא הורדה למעמד של שפה שיש לה "מעמד מיוחד".

38. חוק הלאום, שהתעלם לחלוטין מהמיעוט הערבי והדיר אותו ממנו בטענה כי תכליתו של חוק הלאום להגדיר את הזהות הלאומית של העם היהודי ותו לא, מוצא לנכון – ובאופן שאינו מתיישב עם תכלית חקיקתו הנטענת – להתייחס באופן פוזיטיבי לאלמנט שאין לו קשר ליהודיות המדינה, קרי לשפה הערבית. האיזכור היחיד בחוק הלאום של קבוצת מיעוט – המופיע בסעיף השפה – נועד לפגוע לא רק במעמדה של השפה הערבית, אלא גם בדובריה, וזאת ובמקום לקדם אינטרסים של קבוצות המיעוט. גם הערותיו של ד"ר גור בליי, היועץ המשפטי לוועדה, שתהה בדיון בוועדה המשותפת האם יש מקום לפגוע במעמד של השפה הערבית, בהתחשב בכך שממילא השפה העברית "משודרגת" (ראו: פרוטוקול מס' 14 מישיבת הוועדה המשותפת מיום 16.5.2018, בעמ' 4) – לא הניאו את חברי הוועדה מעיסוקם בשפה הערבית, אשר אין בינה לבין תכלית חקיקתו הנטענת של חוק הלאום דבר וחצי דבר.

39. חברתי הנשיאה חיות מציינת כי סעיף השפה בחוק הלאום נמנע מלבטל את סימן 82 לדבר המלך במועצה וכי הפסיקה מוסיפה להתייחס אל סימן 82 כהוראה שרירה וקיימת בדין הישראלי; וכי ה"מעמד שניתן בפועל", הקבוע בסעיף 4(ג) לחוק הלאום, מורכב מכלל הנדבכים, לרבות הגדרתה של השפה הערבית כשפה רשמית בהתאם לסימן 82 לדבר המלך במועצה (פסקה 79 לחוות דעתה). אני סבור כי עובדת אי-ביטולו של סימן 82 לדבר המלך במועצה (הוראה מנדטורית), אינה מקהה מן הפגיעה הנגרמת לשפה הערבית ולמעמדה, הנעשית בהוראת סעיף 4 לחוק הלאום (חוק יסוד משוריינן).

ד. סעיף 7 לחוק הלאום – התיישבות יהודית

40. הוראת סעיף 7, שכותרתה "התיישבות יהודית" (להלן: סעיף ההתיישבות היהודית), קובעת כדלקמן:

”המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי,  
ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה”  
 (ההדגשות הוספו).

41. לטענת העותרים, סעיף התיישבות היהודית קובע את הערך החוקתי של התיישבות יהודית ומעניק לה עדיפות. הוא פוגע קשות בשוויון בהיותו מפלה מי שאינו יהודי בהקצאת משאבי המדינה. לטענת העותרים, סעיף התיישבות היהודית מאפשר הפלייה במגורים על בסיס לאום, ומאפשר העדפתו של הציבור היהודי בהקצאת משאבים ותכנון, וזאת באמצעות ”עקיפתה” של הלכת קעטאן וריקונה מתוכן. היסטורית, המיעוט הערבי סובל מהקצאת משאבים בלתי שוויונית, בעיקר בתחום הדיור והקרקעות. התיישבות בישראל מתאפיינת במידה רבה של סגרגציה והפרדה במגורים. בעניין קעטאן נפסלה מדיניות הקצאת הקרקעות להתיישבות יהודית ונקבע כי אין צידוק להקצאה נפרדת של קרקע לקהילה של יהודים שאין להם אפיון ייחודי מלבד יהדותם. היהודים הם קבוצת הרוב במדינה, אשר אינה נזקקת להגנה כדי לשמר את תרבותם. הלכת קעטאן הפסיקה את השימוש בקריטריון הלאום בהקצאת מקרקעי מדינה, לפחות באופן גלוי. מנגד, חוק הלאום מכשיר – באופן חוקתי – התחשבות בלאום בעת הקצאת מקרקעין ומשאבי דיור ובכך הוא מכשיר מדיניות מדירה ומפלה של הפרדה בהתיישבות ובדיור על רקע דת ולאום. הדבר מאפשר הפליה בהקצאת קרקעות ואת הרחבת ההדרה של מיעוטים. לכן, סעיף התיישבות היהודית נוגד את הלכת קעטאן, את חוק ועדות קבלה וצעדים ממשלתיים נוספים שננקטו לטיפול בהפליה במגורים בערים. חוק הלאום אינו הצהרתי או סמלי בלבד, אלא הוא נועד לשנות מציאות משפטית ו”לסובב את הגלגל לאחור” בכל הקשור בהקצאת משאבי קרקעות ודיור.

לטענת הכנסת, התיישבות יהודית היא ערך יסוד במדינה כך שאפיונה כערך לאומי אינו פוגע בערכי היסוד של השיטה. לעמדתה, יש ליתן משקל לכך שסעיף התיישבות היהודית מנוסח באופן דקלרטיבי. הוא במכוון אינו מקנה זכויות אישיות; במישור הפרט – חל עקרון השוויון. עם זאת, עיגון ערך התיישבות היהודית באופן דקלרטיבי אין משמעותו כי ערך זה חסר תוכן מעשי. הערך הלאומי של התיישבות יהודית אינו מוחלט ויידרש, לצורך יישומו במקרה הקונקרטי, איזון אופקי בינו לבין הערכים והזכויות המתנגשים.

לעמדת היועמ”ש, פרשנותו הראויה של סעיף התיישבות היהודית, מנקודת מבט רחבה, אינה מלמדת על פגיעתו בזכות החוקתית לשוויון או על ביטולה של הלכת קעטאן. רישא הסעיף הוא ”הצהרתי בעיקרו” (סעיף 212 לתגובת היועמ”ש) ומבטא עמדה לפיה התיישבות יהודית היא ערך לאומי. לעמדת היועמ”ש, הפרשנות החוקתית המקיימת

וההרמונית של סעיף 7 לחוק הלאום חייבת להיעשות לצד חוק יסוד כבוד האדם, ולא כהוראה חוקתית בודדת. עמד על כך המשנה ליועמ"ש בדיוני הוועדה המשותפת, תוך שהוא מדגיש כי פרשנות הסעיף אינה מצדיקה או מובילה להקמת יישובים ליהודים בלבד, בשל הפגיעה הקשה בשוויון של מי שאינם יהודים. בנוסף, סעיף 7 לחוק הלאום אינו מתיר הקמת יישובים נפרדים ליהודים, שלא יתירו קבלת מי שאינם יהודי בשם ההכרה בהתיישבות היהודית כערך לאומי. הוא גם אינו מתיר לרשויות המדינה להעניק תמריצים רק לאזרחים יהודים, מבלי להעניק תמריצים אלו לאזרחים שאינם יהודים.

#### ד.1. הפליה על בסיס לאום בהקצאת משאבים להתיישבות – תמונת מצב לפני חקיקתו של חוק הלאום

42. מדיניות ההתיישבות בה נקטה מדינת ישראל כמשך שנים רבות דגלה בהעדפה משמעותית של אינטרסים התיישבותיים של הציבור היהודי (ראו, למשל: ויצמן ומדינה). הדבר הגיע לפתחו של בית משפט זה. בהלכת קעטאן, נדונה החלטתו של מינהל מקרקעי ישראל בנוגע להקצאת קרקעות להקמת היישוב הקהילתי קציר ליהודים בלבד. הלכת קעטאן קבעה כי המדינה אינה רשאית להקצות קרקע להקמת יישוב שנועד להתיישבות של יהודים בלבד, וכי על המדינה לפעול בשוויון בהקצאה של מקרקעי המדינה. המדינה אינה רשאית להפלות, במישרין או בעקיפין, על בסיס של דת או לאום בהקצאה של מקרקעי המדינה. כך, בית המשפט הגביל (לפחות במישור המשפטי) מדיניות ממשלתית שהפלתה את המיעוט הערבי.

43. בתגובה להלכת קעטאן, חוקקה הכנסת בשנת 2011 את החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011 (להלן: חוק ועדות קבלה). חוק ועדות קבלה מאפשר ליישוב הקהילתי להתנות את הקצאת המקרקעין למועמדים המבקשים להתגורר בו באישור של ועדת קבלה, המורכבת, בין היתר, מנציגי אותו יישוב. חוק ועדות קבלה קובע רשימת עילות בגינן רשאית ועדת הקבלה לסרב לקבל מועמד ליישוב הקהילתי, ובהן, קביעה כי המועמד 'אינו מתאים' לחיי חברה בקהילה או כי יש 'חוסר התאמה' של המועמד ל"מרקם החברתי-תרבותי" של היישוב הקהילתי (להלן: העילות הספציפיות המאפשרות אי קבלה). בנוסף, חוק ועדות קבלה קובע סעיף כללי האוסר על הפליה בקבלת מועמדים למגורים ביישוב קהילתי, כך שאסור לוועדת הקבלה לסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, ארץ מוצא ועוד (להלן: ההוראה הכללית האוסרת על הפליה).

חוק ועדות קבלה הגיע לדיון בפני בית משפט זה בעניין סבא, בטענה כי ההסדר הקבוע בו הוא הסדר מפלה. הטיעון המרכזי בעתירות היה כי העילות הספציפיות בחוק ועדות קבלה, המאפשרות דחיית מועמד בשל אי-התאמה לחיים קהילתיים או בשל אי-התאמה למרקם החברתי-תרבותי של היישוב – יהוו כסות להפליה בפועל. זאת, על אף שלשונו המפורשת של חוק ועדות הקבלה, לפחות בהוראה הכללית האוסרת על הפליה – אוסרת על הפליה על בסיס קבוצתי. שופטי הרוב סברו כי העתירות אינן בשלות להכרעה כל עוד החוק לא יושם וחסרה תשתית עובדתית, ולפיכך דחו את העתירות. שופטי המיעוט סברו כי ניתן לקבוע כי הסוגייה בשלה להכרעה כבר במועד חקיקתו, וכי חוק ועדות הקבלה אינו צולח ביקורת שיפוטית (ראו: חוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ס' גובראן, אליו הצטרפו השופטת (בדימ') ע' ארבל והשופט י' דנציגר) וכי מנגנון המיון שבבסיס חוק ועדות קבלה מפלה את המועמדים בהפליה גנרית. לדעת שופטי המיעוט, ניסיון העבר הוא אינדיקציה מספיקה לכך שתוצאתו של החוק תהיה הפליה: "טענת ההפליה מכוונת כלפי המנגנון שנוצר ממכלול הוראות החוק, כאשר הוא מופעל במציאות החברתית והנורמטיבית הקיימת בישראל... בחינת הרקע החברתי והמשפטי לתיקון 8 והליכי החקיקה שליוו אותו, שופכת אור שמסייע לבחון את שאלת ההפליה" (פס' 33 ו-44 לחוות דעתו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן. ראו גם: פס' 3-4 לחוות דעתה של השופטת (בדימ') ע' ארבל).

## ד.2. ההיסטוריה החקיקתית של סעיף ההתיישבות היהודית בחוק הלאום

44. ההיסטוריה החקיקתית של סעיף ההתיישבות היהודית מסייעת ללמד על תכליתו של סעיף ההתיישבות היהודית. הנוסח של סעיף ההתיישבות היהודית, שעניינו מחויבות המדינה לפיתוח התיישבות יהודית כערך לאומי, גובש רק זמן קצר לפני אישורו של חוק הלאום. זאת, לאחר שהנוסח שונה בעקבות התנגדויות שעלו לנוסח הקודם.

בנוסחו המוצע הקודם, סעיף ההתיישבות היהודית קבע הוראה שהתירה למדינה "לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת". כלומר, ההוראה איפשרה להקים ישובים על בסיס דת, לאום או מאפיין קהילתי אחר, ולהדיר באופן גורף מיישובים אלה אנשים בשל עצם השתייכותם לדת או ללאום אחר, או קיומו של מאפיין אחר בהם שאינו בשליטתם.

יו"ר הוועדה, חבר הכנסת אמיר אוחנה, פתח את הדיון בוועדה המשותפת באומרו כי מטרת הסעיף היא "לתת מענה לפסק דין קעטאן" (פרוטוקול מס' 8 משיבת הוועדה המשותפת מיום 28.11.2017, בעמ' 12). היועץ המשפטי לוועדה, ד"ר בליי,

הצביע על הקשיים המתעוררים מנוסח הסעיף המוצע, בהיותו מנוגד לעקרון השוויון ולהלכת קעטאן, כדלקמן:

“אנחנו רואים בסעיף הזה קושי משמעותי מול עקרונות היסוד של המדינה, במיוחד עקרון השוויון... אנחנו חושבים שיש מתח מאוד גדול בין הסעיף הזה בנוסחו הנוכחי ובין עקרונות היסוד של השיטה ובראשם עקרון השוויון. הנוסח הזה עומד בניגוד לפסיקה של בית המשפט העליון לאורך השנים וגם בניגוד לעקרונות שעמדו בבסיס חוק ועדות קבלה... לבין נושא השוויון ונושאים אחרים שדיברתי עליהם...” (עמוד 13).

ביום 10.7.2018, התקיים דיון בוועדה המשותפת בהכנה לקראת הקריאה השנייה והשלישית. בפני חברי הוועדה הובא מכתבו של נשיא המדינה, ראובן (רובי) ריבלין מיום 9.7.2018 (צורף כמ/ש/7 לתגובת היועמ"ש), אשר ציין כי הוא פונה במכתבו זה לוועדה, באופן חריג, בנוגע לסעיף 7(ב) והשלכותיו: “הסעיף בנוסח העומד בפניכם היום קובע כי ניתן לסרב לקבל מועמד לקהילה, למעשה, מכל טעם שהוא, לרבות מטעמי דת ולאום”. עוד כתב הנשיא ריבלין כי הדבר עלול לפגוע בעם היהודי, ביהודים ברחבי העולם ובמדינת ישראל ואף לשמש נשק בידי אויבי המדינה וכי חוק ועדות קבלה ביקש לשקף את האיזון העדין שבמרכיביה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וזאת בניגוד להוראת סעיף ההתיישבות היהודית.

חוות דעת משפטית של היועץ המשפטי לכנסת, אשר הוגשה ליו"ר הוועדה המשותפת, הבהירה כי הסעיף המוצע מהווה שינוי משמעותי מהמצב המשפטי הקיים המעוגן בחוק ועדות קבלה. נכתב כי הקושי נובע מכך שבניגוד לאיזונים שנכללו בחוק ועדות קבלה, הסעיף המוצע מתיר הדרה גורפת של ציבורים שלמים במדינת ישראל, רק בשל מאפיינים בזהותם שאינם ניתנים לשינוי, דוגמת דתם, לאומיותם, נטייתם המינית או ארץ מוצאם. הדרה זו יכולה להיעשות בלא קשר לשאלה אם יש בקבלתם כדי לפגוע במרקם החברתי-תרבותי הייחודי של היישוב. יתר על כן, הסעיף המוצע משליך באופן ישיר ופרטני על מעמדו של האזרח הנמנה עם קבוצות מיעוט בחברה ועל הזכויות המוקנות לו כפרט. היועץ המשפטי של הכנסת הוסיף כי סעיף מסוג זה, המעורר קשיים משמעותיים ביחס לעקרונות היסוד של השיטה, עלול להוביל לאימוץ הדוקטרינה (התיקון החוקתי הלא חוקתי) ולהתערבות שיפוטית בסעיף:

“אני סבור כי הנוסח המוצע של סעיף 7(ב) להצעת החוק חורג בצורה משמעותית מן האיזונים העדינים הנדרשים בהקשר זה. הסעיף עלול להכתים את חוק-היסוד החשוב,

המבקש לעגן ברמה החוקתית, לראשונה בצורה מפורטת, את זהותה ואופיה של המדינה כמדינת לאום של העם היהודי, ואף עלול להביא להתערבות שיפוטית תקדימית בחקיקת יסוד של הכנסת".

לפיכך, המליץ היועץ המשפטי לחברי הוועדה שלא לאשר את הסעיף בנוסח המוצע אלא לאמץ נוסחים חלופיים המאפשרים הקמת התיישבות קהילתית נפרדת בעלת ייחוד חברתי-תרבותי, אך ללא הדרה גורפת של אזרחים על בסיס לאומיותם, דתם, נטייתם המינית או מאפיין אחר (ראו: חוות דעת היועץ המשפטי לכנסת מיום 10.7.2018 בעניין סעיף 7(ב) להצעת חוק הלאום, מש/21 לתגובת הכנסת. ראו גם: דברי היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, בדיון בוועדה המשותפת. עמ' 24-27 לפרוטוקול מיום 10.7.2018).

המשנה ליועמ"ש (משפט ציבורי-חוקתי), עו"ד רוז נזרי, הציג את עמדת היועמ"ש ביחס להצעת החוק:

"...מדינה יהודית ודמוקרטית זה ערך בסיסי... ואני חושב שמדינה יהודית, ערכים יהודיים לא צריכים לפגוע בגלל זה בזכויות מיעוטים... צריך לשמור גם על החלק השני של הערכים הדמוקרטיים. וטוב היה אם בחוק הזה גם היו אמירות על שוויון, טוב היה אם בחוק הזה ההתייחסות לשפה הערבית לא הייתה משתנה כפי שרוצים כעת לשנות... אני כן רוצה להתמקד בדברים שלי בעיקר בסעיף שיש לו בעיה משפטית משמעותית ביותר, שאנחנו רואים אותה בסעיף 7(ב)...וקשיים משפטיים חוקתיים יסודיים... סעיף 7(ב) בולט בחריגותו בהקשר הזה. סעיף 7(ב) מתיר למעשה אפליה אישית של אזרח רק בשל שיוכו הלאומי, בשונה מהסעיפים האחרים" (פרוטוקול מס' 15 משיבת הוועדה המשותפת מיום 10.7.2018, בעמ' 36-41; ההדגשות הוספו).

כתוצאה מעמדתם הנחרצת של היועצים המשפטיים של היועמ"ש ושל הכנסת, אשר סברו שהסעיף לא יצלח ביקורת שיפוטית, גובש נוסח חלופי לסעיף ההתיישבות היהודית, המתיימר להיות נוסח "מאוזן" יותר – הוא הנוסח הקיים והמעומעם שעניינו "התיישבות יהודית" כ"ערך לאומי".

45. חברי הכנסת התייחסו בדיון לנוסחו המתוקן של הסעיף ולשינוי שנעשה בו. הם ביקשו להבין את נפקותו המעשית של סעיף ההתיישבות היהודית. המשנה ליועמ"ש הסביר את משמעותו האופרטיבית של הסעיף:

"התשובה היא שהסעיף הזה כן יאפשר, כי הוא חוק יסוד, פרשנות שתבוא ותסייע, כמו שכתוב בחוק, בהקמה, פיתוח של התיישבות יהודית באשר היא התיישבות יהודית במובן הזה... זה כן נותן משקל או נותן אפשרות במובן הזה של עידוד התיישבות יהודית במובן של ערים שמיועדות בגדול, שמאוכלסות, שוב, לא רק ליהודים, אלא להתיישבות יהודית... החוק הזה כן נותן משקל לזכויות הקולקטיביות של הלאום היהודי" (פרוטוקול הדיון מיום 16.7.2018, עמ' 72-76; ההדגשות הוספו. ראו גם: סעיף 80 לתגובת היועמ"ש).

46. הנה כי כן, ההיסטוריה החקיקתית מלמדת על התכלית המובהקת של סעיף ההתיישבות היהודית (השוו: עניין מנסור, פסקה 66 לחוות דעתה של השופטת ד' ברק-ארו ("אכן, עמדותיהם של חברי כנסת ומשתתפים נוספים בהליך החקיקתי אינה חזות הכול... אולם, מן הדיונים שנערכו בכנסת עולה בבירור כי לא הקהילתיות ככזו היא שעמדה לנגד עיניהם של המתדיינים...")). לנגד עיניהם של מנסחי חוק הלאום עמדה המטרה המוצהרת של ביטולו דה-פקטו של המצב המשפטי ששרר לאחר הלכת קעדאן וחוק ועדות קבלה. הצהרות אלו של חברי הכנסת עלו במפורש בדיונים בוועדה המשותפת, לפיהן חברי הכנסת ביקשו לקדם באמצעות סעיף ההתיישבות היהודית תכלית שעניינה יצירתה של נורמה חוקתית אשר "תגבור" על הלכת קעדאן ותרוקן אותה מתוכן – משמע, לשלול את עיקרון השוויון בהקצאת קרקעות מדינה ולפעול על פי קריטריון מפלה של השתייכות לאומית. כך, למשל, ח"כ בצלאל סמוטריץ' אמר כי "סעיף 7 (ב) נועד לא לייצר דקלרציה, אלא לייצר יכולת מעשית ברורה" (ראו: סעיף 104 לתגובת הכנסת; פרוטוקול מס' 17 משיבת הוועדה המשותפת מיום 12.7.2018, בעמ' 80: "אני שם את זה על השולחן – הוא נועד להפוך את פסק דין קעדאן"). יוזמי החוק הצהירו במפורש שמטרתם "להתגבר" על הלכת קעדאן, לפיה אין להפלות בין אזרחים יהודים לאזרחים שאינם יהודים גם ביחס להקצאת מקרקעין ודירור. לא זו אף זו, זה היה נוסחו המקורי של סעיף ההתיישבות היהודית, אשר ביקש בגלוי ובבוטות, לבטל בהינף קולמוס את הלכת קעדאן, באופן גורף. אמנם, "עמדתו של חבר כנסת כזה או אחר, ואף עמדתם של מציעי החוק ויוזמיו, אינה משקפת בהכרח את עמדתו של 'המחוקק', שהינו גוף המורכב מחברים רבים המייצגים את מגוון הדעות הפוליטיות של אזרחי המדינה" (בג"ץ 5239/11 אבנרי נ' הכנסת, פס' 47 לפסק דינו של השופט י' דנציגר (15.4.2015)), אך "צריך מידה רבה מאד של תמימות ועוורון כדי לא לראות את כוונת המחוקק לפגוע בזכות לשוויון" (עמיר פוקס נזקי חוק הלאום (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 3.12.2020) (להלן: פוקס, נזקי חוק הלאום)). התכלית המוצהרת הייתה לשנות את המצב המשפטי שנוצר לאחר קיומה של הלכת קעדאן, ולהתיר לרשויות המדינה להעדיף את קבוצת הרוב היהודי בהתיישבות, מבלי שהפליה על בסיס דת ולאום תהא אסורה.

נקבע כי "לעבודות ההכנה של חוק משקל בקביעת תכליתו [...] אך שנים ספורות חלפו מיום חקיקת חוק היסוד ועד עתה, ולכאורה אין לפרש את חוק היסוד באופן המנוגד לתכליתו העולה מעבודות ההכנה" (בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995), פסקה 4 לחוות דעתה של השופטת ד' דורנר). גם במקרה שלפנינו עברו אך שנים ספורות ממועד חקיקתו של חוק הלאום. עבודות ההכנה מלמדות במפורש שחוק הלאום נועד למנוע שוויון, ולא ניתן לפרשו באופן המנוגד לתכליתו העולה מעבודות ההכנה. התכלית המוצהרת והמפורשת שעמדה לנגד עיניהם של מנסחי החוק הייתה לפגוע קשות בעקרון השוויון באמצעות ביטולו דה-פקטו של המצב המשפטי ששרר לאחר הלכת קנדאן וחוק ועדות הקבלה, כלומר חובת המדינה לנהוג בשוויון בהקצאת משאבי המדינה, ובכלל זה במקרקעין (ויוער כי חוק ועדות קבלה כשלעצמו חוקק בתגובה להלכת קנדאן וכדי "לרכך" את משמעויותיה המשפטיות).

47. בעניין סבח, המתווה החקיקתי שילב בין עילות "סל" ספציפיות ועמומות המאפשרות לוועדת הקבלה שיקול דעת האם לקבל מועמד ליישובים, בצירוף עם הוראה כללית בחוק האוסרת על הפליה. מנגנון זה נועד, לכאורה, למנוע הפליה. מתווה חקיקתי זה קבע במפורש – עלי ספר – הוראת איסור הפליה (אף שעל פי שופטי המיעוט באותו עניין – עמם אני מסכים – סברו כי מנגנון זה מאפשר הפליה "נסתרת").

לעומת זאת, המצב בענייננו שונה וחמור לאין שיעור: סעיף ההתיישבות היהודית בחוק הלאום נועד לאפשר הפליה ולמנוע מצב משפטי של שוויון, כפי שיוזמי החוק אמרו בפה מלא. בחוק הלאום נעשה שימוש (מכוון) במונחים רחבים ועמומים, שמטרתם "לכסות" על הפגמים החוקתיים החמורים בשל פגיעתו האנושה בליבת ערכי השיטה. סעיף ההתיישבות היהודית נוסח בעמימות כדי "לערפל" את תכליתה המוצהרת והמובהקת של הנורמה המפלה.

48. הכנסת טוענת כי חוק הלאום מנוסח במכוון באופן דקלרטיבי וכי הוא אינו כולל הוראות אופרטיביות או הקנייה מפורשת של זכויות אישיות לפרט. עם זאת, הכנסת מטעימה כי לחוק הלאום יש השלכות מעשיות (ראו: סעיפים 236-237 לתגובת הכנסת). כך, לטענתה, אף שמדובר בעיגון ערך ההתיישבות כעיגון דקלרטיבי, אין משמעותו כי ערך זה חסר תוכן מעשי. גם היועמ"ש מציינ כי חוק הלאום הוא הצהרתי "ברובו" (סעיף 129 לתגובת היועמ"ש) וטוען כי נוסח הוראת סעיף ההתיישבות היהודית הוא נוסח הצהרתי ועמום.

שניות זו בהתייחסות – "הצהרתי" מחד גיסא, אך "אינו חסר תוכן מעשי" מאידך גיסא, בבחינת "טוב אשר תאחז בזה וגם מזה אל תנח את ירך" (קהלת ז יח) – מוקשית היא בעיני. שהרי, אם יש תוכן ומשמעות מעשית להוראה זו, היא אינה סמלית או הצהרתית בלבד. מכל מקום, אין בידי לקבל טענה זו. אכן, מההיסטוריה החקיקתית עולה כי הוראת סעיף ההתיישבות היהודית לא נועדה להיות הצהרתית בלבד. שותף אני לעמדתו של ד"ר אורי אהרונוסון, הסבור כי קריאה הצהרתית של חוק הלאום מעוררת קשיים מאחר שלשון חוק הלאום מנוסחת בלשון משפטית והוא נקרא על פניו כצופה אכיפה שלטונית של הוראותיו או פעולה שלטונית המבוססת עליהן (אורי אהרונוסון "חוק הלאום בראי חוקי-היסוד האחרים" **טיוטה להערות** קומנטר מאמרים (המכון הישראלי לדמוקרטיה, טרם פורסם); אורי אהרונוסון "חוקה ליום סגריר: חוק הלאום והרוב היהודי" תרבות דמוקרטית 20 (צפוי להתפרסם, 2021)). קריאה הצהרתית של חוק הלאום אינה מתיישבת עם האופן בו מתפרשים ומיושמים יתר חוקי היסוד, באופן היוצר תוצאות משפטיות מובהקות ו"גם אם לחוק הלאום תפקיד הצהרתי מובהק, המסורת החוקתית הישראלית מקשה על קריאתו כבעל ערך הצהרתי בלבד, כלומר כטקסט שאין לו מעמד אכיף במשפט" (שם). סעיף ההתיישבות היהודית מנוסח בלשון אופרטיבית: "המדינה תפעל על מנת לעודד ולקדם..." והוא מחייב את המדינה לפעול למימושו של ערך לאומי של פיתוח התיישבות יהודית על חשבון ערך השוויון ותוך פגיעה אנושה בו. וזאת יש לזכור, כי משאב הקרקעות הוא משאב מוגבל.

הנה כי כן, סעיף ההתיישבות היהודית אינו הצהרתי בלבד והוא משנה מאופייה הדמוקרטי של המדינה וממחויבותה לעקרון השוויון. חוק הלאום הוא נורמה חוקתית, על כל ההשלכות המשפטיות הנובעות מכך. חוק הלאום מקנה הגנה חוקתית לחקיקה מפלה ולהחלטות מפלות שעלולות להתקבל בחסותו.

49. המסקנה היא כי סעיף ההתיישבות היהודית – המתיר הקצאה מפלה של משאבי קרקע במדינה על בסיס השתייכות לאומית – פוגע באופן קיצוני בליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה. על פי המצב המשפטי לאחר חקיקתו של חוק הלאום, ה"התנגשות" היא בין ערכים חוקתיים: הערך הלאומי של ההתיישבות היהודית המעוגן בחוק הלאום מחד גיסא, ועקרון השוויון החל על התיישבות אזרחי המדינה שאינם יהודיים על קרקעות מדינה, הנגזר מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מאידך גיסא. העדפה זו של אינטרסים של אזרחים יהודים – סותרת חזיתית את ערכי היסוד הדמוקרטיים של המדינה והיא מפלה לרעה את האזרחים הערבים על בסיס השתייכותם הלאומית. מדובר ב"התנגשות" חוקתית "מובנית", חזיתית ובלתי-נמנעת.

50. לסיכום, הוראות סעיפי העקרונות, השפה וההתיישבות היהודית פוגעות אנושות בעקרונות-על המצויים בליבה של הערכים של המדינה כמדינה דמוקרטית, עד כדי שלילתם והפיכתם "פלסטר". חוק הלאום שולל את המאפיינים הגרעיניים של המדינה כמדינה דמוקרטית, באופן המצדיק התערבותו של בית משפט זה.

כפי שפורט לעיל, מעבר לפגיעה האנושה בליבת הדמוקרטיה הישראלית, את הליך החקיקה של חוק הלאום אפיינו מאפיינים שאינם הולמים הליך חוקתי מן המעלה הראשונה, ואשר אין בכוחם להשיג את התכליות והרציונלים שהליך חוקתי נועד לקדם.

51. מלומדים עמדו על הדעיכה הדמוקרטית שחוק הלאום הוא אחד מביטוייה המרכזיים (ראו, למשל: גילה שטופלר חוק הלאום, פסקת ההתגברות, ותהליך השחיקה הדמוקרטית ICON-S-IL Blog (7.10.2018)). בדומה, נכתב גם כי חוק הלאום הוא "חוד החנית" של דברי חקיקה ויוזמות מדיניות של השנים האחרונות אשר:

"נועדו להחליש את שני האדנים עליהם מושתת משטר דמוקרטי חוקתי: זכויות אדם ואיזונים ובלמים מוסדיים. יתר על כן, הוא פוגע בליבת הרעיון הדמוקרטי שתכליתו ליצור מסגרת בה קבוצות שונות בחברה פועלות מתוך מטרה לקדם את טובת הכלל ולא את טובת קבוצתם בלבד. החוק מבטל את היעד הזה כיעד ראוי לקידום ויוצר באופן רשמי פלגנות... הוא מיטיב עם פלג אחד בחברה הישראלית על-פני שאר חלקיה"  
(פרופ' איל בנבנישתי וד"ר דורין לוסטיג שיקוי הלאומיות  
ICON-S-IL Blog (24.10.2018)).

פרשנות מקיימת לחוק הלאום אינה מספקת מענה לאי-החוקתיות

52. הכנסת והיועמ"ש טוענים כי חוק הלאום חוקתי מהסיבה שניתן לפרשו פרשנות מקיימת. הטענה היא כי חוק הלאום מציב את הזהות היהודית והזהות הדמוקרטית במדרג נורמטיבי שווה מעמד. הכנסת מדגישה כי חוק הלאום מבוסס על ההנחה שהזכות החוקתית לשוויון מוכרת ועומדת בעינה. לטענתה, חוק הלאום מניח את המשך קיומה של הזכות לשוויון ואת עיגונה תחת עמוד התווך הזהותי של המדינה כ"דמוקרטיה". היועמ"ש מדגיש כי "עסקינן בשני עמודי תווך חוקתיים על בסיסם עומד המבנה החוקתי כולו. עסקינן בסעיפים שווי מעמד מבחינה חוקתית, המצויים בחוקי יסוד שונים, באופן שמצריך את איזונם האופקי זה מול זה, באופן הרמוני" (ראו: סעיף 215 לתגובת היועמ"ש).

53. כלומר, המשיבים טוענים כי חוק הלאום הוא חוקתי בהתבסס על "הנחות" עליהן, לטענתם, מסתמך חוק הלאום. כך, לטענת המשיבים, חוק הלאום מניח את קיומו של עיקרון השוויון, ומאחר שחוקי יסוד אחרים כוללים את עקרון השוויון, אזי יש להסתפק בפרשנות שיפוטית המכירה בערך השוויון. לטענת המשיבים, פרשנות מקיימת של סעיף ההתיישבות היהודית מכפיפה אותו לתחולתו של עקרון השוויון.

מרבית מחבריי שופטי הרוב בפסק דין זה "מאמצים" את ההנחות וה"הבהרות הפרשניות" אליהן חוק הלאום "מכפיף" עצמו, באמצעות תיזת "הפרשנות המקיימת". איני שותף לעמדה זו מאחר שהטכניקה הפרשנית של פרשנות מקיימת, עליה המשיבים סומכים ידיהם לביסוס הטענה שחוק הלאום הוא חוקתי – תלויה על בלימה ומהווה פתרון בר-חלוף ושברירי. ה"הנחות" עליהן מסתמכים המשיבים הן הנחות והסתייגויות "חיצוניות" לחוק הלאום, אשר אינן כלולות בו. ה"הנחה" לפיה מדובר בערכים שווים-מעמד חוקתי, המצויים בחוקי יסוד שונים – היא הנחה שגויה. בפועל, ובניגוד לטענת המשיבים – חוק הלאום אינו יוצר "סימטריה" חוקתית, באשר ההגנה החוקתית הקיימת על הערכים המתנגשים אינה זהה.

חוק הלאום הוא חוק מפלה וחלקי, והוא לוקה בחסרים מהותיים, כמו העדר איזכור המיעוט הערבי המונה יותר מ-20 אחוזים מאזרחי המדינה והתעלמות מעיקרון השוויון ומזהות המדינה כדמוקרטיה. חוק הלאום מעניק לרשויות השלטון שיקול דעת רחב באשר לאופן יישומו, באופן המאפשר להן, לדוגמא, לפעול מתוך העדפת "אינטרסים יהודיים" בהתיישבות ולקדם התיישבות יהודית בלבד, תוך פגיעה במיעוטים. כך, עולות גם שאלות לעניין הזיקה ויחסי הגומלין בין חוק הלאום לבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בהקשר של סעיף ההתיישבות היהודית. לא ניתן לנקוט בפרשנות הרמונית שמאפשרת את קיום הערכים החוקתיים – ערך השוויון וערך ההתיישבות היהודית – זה לצד זה, מבלי שיהיו במתח ביניהם וב"התנגשות" מובנית.

בדומה לדברי השופט ג'ובראן בעניין סבח, גם בענייננו לא ניתן להתעלם מהמציאות הנורמטיבית והחברתית בישראל ומהרקע החברתי והמשפטי לחקיקתו של חוק הלאום. חוק הלאום בא על רקע מציאות קיימת של העדר שוויון. על רקע אי השוויון הקיים – אין מקום ל"הנחה" בדבר שוויון, וחוק הלאום אינו מניח שוויון בפועל ולמעשה מנע מלהתייחס לעקרון השוויון בהוראותיו.

כמו כן, בישראל לא קיימת זכות חוקתית מפורשת לשוויון (ראו לעיל בפסקה 26). "ישראל היא ככל הנראה המדינה היחידה בעולם שבחוקתה או בחוקי היסוד שלה

אין התייחסות מפורשת לזכויות לשוויון או לאיסור נגד אפליה" (שני, חוק השוויון, עמ' 9). הלכה למעשה, ההיקף החוקתי של ההגנה על הזכות לשוויון הוא מוגבל וחלקי בלבד, ואף תחולתה כנגזרת של הזכות לכבוד אינה ברורה די הצורך. כלומר, יש אי-ודאות משמעותית ועמימות משפטית לעניין היקף ההגנה המוענקת לזכות לשוויון. כך, לא כל פגיעה בזכות לשוויון זוכה להגנה חוקתית, אלא רק פגיעות הקשורות בקשר הדוק לזכות לכבוד האדם. עיגונה של הזכות החוקתית לשוויון בהלכה הפסוקה על פרשנות הזכות לכבוד מהווה בסיס משפטי חלש יחסית להגנה על השוויון, וזאת גם מאחר שהפרשנות שלה נתונה לשינוי עתידי, כל עוד היא אינה מעוגנת במפורש בחוק יסוד (ראו: שני, חוק השוויון; מרדכי קרמיצר "האם רק בבית המשפט המיעוט יכריע? תגובה" ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיגון – הביקורת השיפוטית בישראל 258 (מחקר מדיניות 154, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2021), אשר הדגיש כי "...היקף ההגנה על זכויות האדם אצלנו מוגבל מאוד, ואפילו הזכות לשוויון נחשבת מסוכנת מכדי לאפשר הגנה חוקתית מפורשת עליה; הביקורת השיפוטית אינה חלה על חקיקה שקדמה לחקיקתם של חוקי היסוד...").

54. כמו כן, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו משוריין. השריון נועד להקשות על שינוי של חוק היסוד, לאחר חקיקתו. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל שריון פורמלי. המשמעות היא שניתן לשנותו בחוק-יסוד המתקבל בכל דוב שהוא. כלומר, די ברוב רגיל כדי לשנות מהוראותיו. זהו מצב בעייתי ביותר מאחר ש"הסדר חוקתי בדבר זכויות אדם נועד להגן על המיעוט, והגנה זו אינה אפקטיבית אם הרוב – ועניין לנו ברוב רגיל או ברוב קואליציוני – יכול לשנות את זכויות האדם עצמן" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 564-565 (1994)).

מנגד, חוק הלאום משוריין. סעיף 11 לחוק הלאום, שכותרתו "נוקשות", קובע כי "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת" (כלומר, נדרש רוב של לפחות 61 חברי כנסת לצורך שינויו).

המשמעות היא שהשריון הקבוע בחוק הלאום מפר את ה"איזון" החוקתי הלכאורי מול חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך, בניגוד לטענת המשיבים, ההגנה החוקתית על הערכים המתנגשים ("התיישבות יהודית" בחוק הלאום; עקרון השוויון המעוגן באופן משתמע בלבד בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) בשני חוקי היסוד – אינה זהה. חוקי היסוד אינם "מבוצרים" באותה המידה. משכך, נשמטת הקרקע תחת הנמקת המשיבים.

55. קיומו של חוק הלאום משמעותו שהוא כולל נורמות משפטיות חוקתיות על-חוקיות, המהוות חלק ממארג הדין הישראלי. אכן, חוק הלאום כולל נורמות משפטיות אופרטיביות. הוא אינו הצהרתי בלבד (ראו בפסקה 48 לעיל). הלכה למעשה, בזמן המועט שחוק הלאום קיים, הוא כבר "הספיק" לייצר תקלות חמורות ו"תאונות" משפטיות של פרשנות שיפוטית. כך היא, לדוגמא, החלטתו של בית המשפט המחוזי, כמפורט בפסק הדין שניתן בבית המשפט העליון (ראו: ע"א 1604/19 מדינת ישראל נ' פלונית, פס' 4-5 לחוות דעתו של השופט י' עמית (26.1.2021)). ד"ר פוקס התייחס לשימוש שנעשה, ועוד ייעשה, בחוק הלאום ולהשלכות המתחייבות מכך:

"ממצב שבו אפליה שיפוטית שכזו לא תעלה על הדעת, נתהפכו סדרי הדברים ועתה צריך לתקן אותה בבית המשפט העליון. פשוט לא ניתן 'לרדוף' ולתקן כל פעולה של שופטים, רשמים, פרקליטים, ופקידים, בשלטון המרכזי ובשלטון המקומי (וזכורה הצהרת מועצת עפולה 'לשמור על צביונה היהודי של העיר') שמפרשים את חוק היסוד פרשנות שכמעט נובעת מאליה. פרשנות של בית המשפט תועיל כמובן, להקהות במעט את פגיעתו של החוק, אך לא תוכל להתקרב אפילו לאיינה. וזאת כי הנזק האמיתי והעיקרי שלו חוזר לאותה טענה ראשונית - שכל כולו אך ורק 'הצהרתי'. ואכן, זהו החוק המגדיר את המדינה. וכאשר הגדרה כזו היא נכה, חסרה ומדירה, וכשאינן בה את המובן מאליו, שבד בבד עם היותה של המדינה מדינת לאום יהודית, היא גם מדינתם של כל האזרחים החיים בתוכה, והם זכאים לשוויון זכויות גמור - יש לה השלכות חמורות. [...]

הדרך הנכונה לתקן את העוול הייתה ביטול חוק הלאום או תיקונו בצורה המבטיחה שוויון זכויות גמור לאזרחי המדינה והכללתם הלגיטימית של כל המיעוטים בציבור הישראלי. דרך אחרת היא קידומן של הצעות שעולות השבוע בכנסת: אחת המכלילה את הזכות לשוויון באופן מפורש בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, והשנייה, מקבלת כחוק יסוד את עיקרי מגילת העצמאות. בכך יהיה להקהות, גם באופן מעשי, וגם במידה מסויימת באופן הצהרתי, את נזקיו של חוק הלאום"

(פוקס, נזקי חוק הלאום; ההדגשות הוספו).

56. ממכלול סיבות אלו עולה כי לא ניתן להסתפק בפרשנות מקיימת המסתמכת על הנחות שאינן כתובות בחוק הלאום, בבחינת "נדבך על נדבך" של הנחות ופרשנויות. לפיכך, לדידי, אין מתווה פרשני המרפא את אי-החוקתיות בחוק הלאום.

57. המיעוט (הערבי והדרוזי) בישראל – מיעוט ילידי, שאינו גר תושב או זר, הרואה במדינת ישראל את מולדתו בה מבקש הוא לחיות את חייו כשווה בין שווים, מתקומם על הדרתו ועל שלילת היותה של מדינת ישראל גם מדינתו. יוזמי החקיקה ומוביליה, מעצם היותם קבוצת הרוב במדינה, אינם חשים "על בשרם" את הפגיעה הקשה שהם גורמים למיעוטים במדינה. כמאמר הפתגם הערבי הידוע: "אין דומה מי שידו במים למי שידו באש". ובשפת המקור: *اللى ايده فى الميه مش زى اللى ايده فى النار*.

בהימצא כי ההסדרים הקבועים בחוק הלאום שוללים את אופייה של ישראל כמדינה דמוקרטית, נוכח המסה המצטברת של אי-חוקתיותם של ההסדרים והפגיעה האנושה בעקרונות-היסוד של השיטה, ומאחר שחוק הלאום מאפשר להפריד בין ההסדרים הבלתי חוקתיים הקבועים בסעיפי העקרונות, השפה וההתיישבות היהודית לבין יתר החוק (ראו, למשל, בעניין סעד הבטלות החלקית: בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים, פסקה 36 לחוות דעתה של הנשיאה א' חיות (27.2.2020)) – לו דעתי הייתה נשמעת, היינו מוציאים צו על-תנאי בעתירות ומורים למשיבים להתייצב וליתן טעם מדוע לא יבוטלו סעיפים 1(ג), 4 ו-7 לחוק הלאום.

## ש ו פ ט

הוחלט בדעת רוב כאמור בפסק דינה של הנשיאה א' חיות, כנגד דעתו החולקת של השופט ג' קרא.

ניתן היום, כ"ח בתמוז התשפ"א (8.7.2021).

ה נ ש י א ה                      המשנה לנשיאה (בדימ')                      ש ו פ ט

ש ו פ ט                      ש ו פ ט                      ש ו פ ט

ש ו פ ט ת                      ש ו פ ט                      ש ו פ ט ת

ש ו פ ט                      ש ו פ ט