

ח"כ ד"ר אחמד טיבי

ע"י ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין ו/או ארנה כהן ו/או סוהאד בשארה
ו/או סאוסן זהר ו/או פאטמה אלעג'ו ו/או חנין נעאמנה ו/או ראמי
גיבראן ו/או רימא איוב מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות
המיעוט הערבי בישראל, רח' יפו 94 חיפה, ת"ד 8921 חיפה 31090,
טל' 04-9501610, נייד 052-6399147; פקס: 04-9503140

העותר

- נגד -

יו"ר הכנסת, ח"כ ראובן ריבלין

הכנסת, קריית בן-גוריון, ירושלים, 91950

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיב לבוא ולנמק מדוע לא תאושר הנחתה על שולחן הכנסת של הצעת חוק יסודות התקציב (תיקון - הכחשת הנכבה), התשע"א-2011 אשר הוגשה על ידי העותר, ח"כ ד"ר אחמד טיבי.

ואלה נימוקי העתירה:

1. העותר הינו סגן יושב ראש הכנסת וחבר הכנסת מטעם רשימת רע"ם - תע"ל (רשימה ערבית להתחדשות).
2. עניינה של העתירה באי-סבירותה הקיצונית של ההחלטה שניתנה על ידי נשיאות הכנסת, בראשה עומד המשיב, מיום 4.7.2011 שלא לאשר את הנחתה על שולחן הכנסת של הצעת חוק יסודות התקציב (תיקון - הכחשת הנכבה), התשע"א-2011 (להלן: הצעת החוק), אשר הוגשה על ידי ח"כ ד"ר אחמד טיבי. החלטת נשיאות הכנסת קבעה כי אין לאשר את הצעת החוק בהיותה שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי (להלן: החלטת המשיב). העותר יטען, כי החלטה זו מהווה חריגה מסמכות באופן קיצוני ביותר וזאת משלושה טעמים עיקריים אשר יפורטו להלן.

3. העותר הביא את הצעת החוק מטעמו בפני יו"ר הכנסת וסגניו (להלן: "נשיאות הכנסת" או "הנשיאות") לאישור הנחתה על שולחן הכנסת, וזאת בהתאם למסלול שנקבע בסעיף 134 לתקנון הכנסת. הצעת החוק ביקשה לתקן חוק אחר, שנחקק ביום 21.3.2011 והוא תיקון סעיף 33 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, הידוע כחוק "הנכבה" (להלן: חוק הנכבה) שקובע, כי שר האוצר רשאי להפחית העברות מתקציב המדינה לגוף מתוקצב שהוציא הוצאה שהיא במהותה:

1. שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;
2. הסתה לגזענות, לאלימות או לטרור;
3. תמיכה במאבק מזוין או במעשה טרור, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל;
4. ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל;
5. מעשה של השחתה או ביזוי פיזי הפוגע בכבוד דגל המדינה או סמל המדינה.

4. הצעת החוק נשוא עתירה זו באה להחליף את פסקה 4 בחוק הנכבה, כך שבמקומה יבוא:

"הכחשה פומבית של יום הנכבה כאירוע היסטורי, אמיתי ומכונן של אסון העם הפלסטיני, לרבות המיעוט הערבי במדינת ישראל, או פעולה בכוונה למנוע תחושת ביתיות, בעלות, ושוויון מלא שלהם במדינת ישראל".

5. בדברי ההסבר של הצעת החוק הנדונה צוין כי:

"מוצע לאפשר שלילת תקציבים לעמותות וארגונים המכחישים את אסון הנכבה מתוך הכרה באסון הלאומי, הנכבה, שפקד את הילידים הפלסטינים, תושבי הארץ. חוק זה נועד לאסור פעולות שיש בהן משום הכחשה לאסון זה, במטרה להכיר בסבלו וכאבו של האחר, לרבות אם מדובר במיעוט לאומי. בנוסף, מוצע לאפשר שלילת תקציבים לגופים הפועלים בכוונה למנוע תחושת ביתיות, בעלות ושוויון מלא של העם הפלסטיני, לרבות המיעוט הערבי במדינה".

העתק הצעת החוק מצ"ב ומסומנת כנספח ע/1.

6. בתאריך 4.7.2011, החליטה נשיאות הכנסת ברוב של 5 מול 2, כי לא תאושר הנחתה על שולחן הכנסת של הצעת החוק האמורה. ההחלטה הסתמכה על הוראת סעיף 134(ג) לתקנון הכנסת, לפיה:

"יושב ראש הכנסת והסגנים לא יאשרו הצעת חוק שהיא, לדעתם, גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי".

החלטת נשיאות הכנסת מצ"ב ומסומנת כנספח ע/2.

7. יו"ר הכנסת, ח"כ ראובן ריבלין, שהיה בין המתנגדים לאישור הנחתה על שולחן הכנסת, הסביר את פסילת הצעת החוק בזו הלשון:

"אנחנו מתבקשים היום להכריע בסוגיה שהיא אינה שאלה משפטית טהורה אלא שאלה מעורבת של משפט ועובדות. מדובר בהכרעה לא פשוטה ועל אף הכבוד שאני רוחש ליועץ המשפטי לכנסת ולהמלצותיו, יש רגעים שבהם חייבים להכריע לפי צו המצפון, העובדות המדברות בנכבה כאסון למעשה שוללות את ישראל כמדינה יהודית. הצעת החוק רואה במדינת ישראל את הסיבה לאסון הפלסטיני. לפיכך, אם הנכבה היא אסון הרי שהקמת מדינת ישראל היא אסון. לפלסטינים אכן נגרם אסון כבד אותו המיטו עליהם מנהיגיהם, אך לא הקמת מדינת ישראל היא הסיבה לכך. הצעת החוק הזו יש בה התרסה ברורה והתגרות במדינת ישראל ולכן לא יכירנה מקומה על שולחן הכנסת."

ראו: נספח ע/2, עמ' 4.

8. מנגד, הצביעו שנים מסגני המשיב, ובהם העותר, בעד אישור הנחתה של הצעת החוק על שולחן הכנסת. ח"כ טיבי הסביר כי הצעתו הינה תמונת ראי לתיקון 40 לחוק יסודות התקציב:

"אל תראו צל הרים כהרים. חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40) התשע"א-2011 שהתקבל בקריאה השניה והשלישית ביום 22 במרץ 2011 כופה עונש (הפחתת תקציב) על מי שמציין את יום הנכבה. הצעת החוק נשוא הדיון היא תמונת ראי של החוק האמור, ולכן יש לאשר את הנחתה על שולחן הכנסת"

ראו: נספח ע/2, עמ' 3.

9. הסגן השני שתמך באישור הצעת החוק והנחתה על שולחן הכנסת, ח"כ אורי מקלב, ציין כי עמדתו זו הינה למרות התנגדותו לתוכנה של הצעת החוק:

"מעבר לדבריו של היועץ המשפטי, ועל אף שאני כמוכן מתנגד נחרצות לתוכנה של הצעת החוק, לדעתי קשה לומר כי היא מהווה חרפה לכנסת, ולו בגלל שדברים מעין אלה נשמעים כל הזמן על ידי חברי הכנסת הערבים".

ראו: נספח ע/2, עמ' 3.

10. היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, המליץ לנשיאות הכנסת שלא לפסול את הצעת החוק ודבריו תועדו בזו הלשון בסיכום הישיבה:

"ממליץ לנשיאות שלא לפסול את ההצעה לאור הפרשנות המצמצמת בה נקטה הנשיאות לאורך השנים בכל הקשור לסעיף 134(ג), וזאת על אף היותה, כאמור, גבולית. עוד הוסיף היועץ כי להערכתו, ועל אף שאין פסיקה ישירה ביחס לפרשנות המונחים שבסעיף 134(ג) ספק אם החלטת הנשיאות שלא לאשר את הנחת הצעת החוק תעמוד במבחן בג"ץ, זאת בשל מדיניותו העקבית של בג"ץ לפרש בצמצום הוראות הפוגעות בחופש הביטוי ובפעילותם הפרלמנטרית והפוליטית של חברי הכנסת".

ראו: נספח ע/2, עמ' 3.

11. אכן, ח"כ אחמד טיבי מתנגד להגדרת המדינה כיהודית והוא דוגל במדינת "כל לאומיה" ועל כך הוא הצהיר בפני בית משפט נכבד זה בא"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש- עשרה נ' ח"כ אחמד טיבי, אולם הצעת החוק דן אינה עוסקת בנושא זה אלא בנרטיב ההיסטורי של המיעוט הערבי בישראל. נרטיב היסטורי לחוד ואופייה החוקתי של המדינה לחוד.

12. ח"כ טיבי טוען, כי מטרת העלאת ההצעה הינה לקיים דיון אודות הנכבה והנרטיב הפלסטיני בתקווה כי דיון זה יצור שינוי בעמדות של חלק מרוב חברי הכנסת שתמכו בחוק הנכבה, ולו חלק קטן מהם. תקוותו הינה שחלק מחברי הכנסת ישנו עמדתם ויכירו בכך שחוק "הנכבה" גורם עוול למיעוט הפלסטיני בישראל, כי התכחשות להיסטוריה של האזרחים הערבים אינה מתיישבת עם עקרון האזרחות השווה, כי הדיון אודות ההיסטוריה של האזרחים הערבים בישראל הוא לגיטימי ביותר וכי דווקא ההתכחשות לקיום דיונים מסוג זה היא כשלעצמה שוללת את מעמדם השוויוני של האזרחים הערבים ופוגעת בזכותם לכבוד.

13. ח"כ טיבי מסביר עוד, כי הוא מודע שאין כל סיכוי שהצעת החוק דנו תאושר בכנסת באם תובא להצבעה בפני המליאה. עם זאת הוא רואה בהעלאתה לדיון כחלק מהותי של תפקידו כחבר כנסת ונבחר ציבור. ח"כ טיבי רואה בהעלאת נושא הנכבה והנרטיב ההיסטורי של בוחריו אתגור של השיח הדומיננטי של הרוב בישראל המתכחש כיום לנרטיב של הנכבה שהינו תנאי הכרחי בתהליך ההיסטורי השואף הן לקידום הכרה רשמית בעתיד בנרטיב זה והן למען קידום פיוס היסטורי בין שני העמים.

14. בהקשר זה ח"כ טיבי מוסיף ומנמק, כי עמים ילידים רבים בעולם התייחסו להקמת המדינות החדשות כאל אסון אשר גרם להם עוול היסטורי אך מאבקם העיקש הביא לאחר תקופה כה ארוכה בהכרה בעוול שנגרם להם דבר שהיווה בסיס לפיוס היסטורי. כך הוא מצבם של העמים הילידים בארצות הברית שהתייחסו להקמתה של ארצות הברית כתהליך של נישול ודיכוי. כתוצאה ממאבקם רב השנים זכו לבסוף בהכרה רשמית כאשר בשנת 2009 קיבל הסנאט את החלטה מס' 37, לפיה ארצות הברית מתנצלת בפני העמים הילידים על העוולות ההיסטוריות שנגרמו להם. כך הוא גם המקרה של העמים הילידים באוסטרליה אשר בשנת 1999 בעקבות מאבק ארוך, קיבל הפרלמנט האוסטרלי החלטה הידועה בשם מזכר למען הפיוס בו צוין מפורשות שאוסטרליה גרמה את העוולות המבישות ביותר בהיסטוריה שלה נגד הילידים של אוסטרליה. מאבקם של העמים הילידים באוסטרליה להכרה באסון ובעוול שנגרם להם לא הסתיים בכך והביא לכך שביום 13.2.2008 הגישה ממשלת אוסטרליה התנצלות רשמית לנציגייהם הנבחרים של העמים הילידים. גם בניו-זילנד התרחש תהליך דומה אשר הביא לכך מלכת בריטניה, אליזבת השנייה, הגישה בשנת 1995 לנציגי המאורים, העמים הילידים של ניו-זילנד, התנצלות רשמית על העוולות ההיסטוריות שנגרמו להם ונחקק חוק בהתאם. למותר לציין, כי הליך הפיוס הדרום-אפריקאי שהוביל להקמתה של דרום אפריקה החדשה, לא יכול היה להתרחש אלמלא ההכרה ההדדית בלגיטימיות של הנרטיבים של שתי הקבוצות שם אשר קדמה לו בשנת 1994.

Department of Defense Appropriations Act of 2010, Pub. L. No. 111-18, § 8113, 123 Stat. 3409 (2009). <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/F?c111:8:/temp/~c111qRtStz:e144258>.

Cth, Parliamentary Debates, House of Representatives, 26 Aug. 1999, 9205 (John Howard, Prime Minister) (Austl.). <http://www.aph.gov.au/hansard/rep/dailys/dr260899.pdf>.

Cth, Parliamentary Debates, House of Representatives, 13 Feb. 2008, 167 (Kevin Rudd, Prime Minister) (Austl.). <http://www.aph.gov.au/hansard/rep/dailys/dr130208.pdf>.

Waikato Raupatu Claims Settlement Act 1995 (No. 58) (N.Z.).

<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1995/0058/latest/DLM369893.html>.

15. כפי שפורט לעיל, המהלכים שהביאו לפיוס היסטורי כמתואר לעיל כללו מאבק מתמיד של העמים הילידים או קבוצות המיעוט להכרה בנרטיב ההיסטורי שלהם ובפרט בדבר העוול שנגרם להם. בלא הכרה כזו לא היה ניתן לקדם את שוויונם ולהתייחס אליהם בכבוד, שהרי אין שוויון קיבוצי בלא הכרה רשמית בשונות התרבותית והחברתית. בהקשר זה יש לבחון ולהבין את הגשת הצעת החוק דנו על ידי ח"כ טיבי, המהווה שימוש בכלי הפרלמנטרי האלמנטרי, הגשת הצעת חוק, על מנת להביא לקיום דיון במליאת הכנסת בנושא שהינו במוקד הנרטיב ההיסטורי של בוחריו.

סעיף 134(ג) לתקנון הכנסת - הרקע לקבלתו

16. סעיף 134 לתקנון הכנסת קובע את זכותו של חבר הכנסת שאינו שר או סגן שר להביא בפני הכנסת

הצעות חוק פרטיות, ואף קובע את הפרוצדורה לכך, בזה הלשון:

(א) כל חבר הכנסת, למעט שר או סגן שר, רשאי להציע הצעת חוק (להלן

- הצעת חוק פרטית).

[...]

(ג) יושב ראש הכנסת והסגנים לא יאשרו הצעת חוק שהיא, לדעתם,

גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו

של העם היהודי. (ההדגשה לא במקור)

17. סעיף 134(ג) הוסף בתאריך 13.11.1985 בעקבות פסק הדין בבג"ץ 742/84 ח"כ כהנא נ' יו"ר הכנסת,

פ"ד לט(4) 85 (1985), שפסל את החלטת נשיאות הכנסת למנוע הנחתן של הצעות חוק שהגיש ח"כ דאז

מאיר כהנא על שולחן הכנסת. לאור זאת, הוחלט להוסיף את סעיף 134(ג) לתקנון הכנסת בניסיון לעגן

את סמכותה של נשיאות הכנסת למנוע העלאת הצעות חוק "שכלולים בהן דברי גזענות שיש בהם

עלבון ומקומם לא יכירם בחוק, ומאחר שהם פוגעים בערכים שעליהם מושתתים מדינת ישראל

ואופיה הדמוקרטי וכבוד הכנסת".

ראו פרוטוקול ישיבה מס' 137 של הכנסת ה-11: <http://www.knesset.gov.il/Tql/mark01/h0031220.html#TQL>

18. באשר לעילת הפסילה השנייה המופיעה בסעיף 134(ג), שלילת מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי,

הוספה כאקט של פשרה, כפי שעולה מהדיון בכנסת, על אף שהסיבה הישירה לתיקון לא הצריכה

אותה, ואף הושמעו התנגדויות במהלך הדיון האמור להכללתה. אחד המתנגדים הבולטים לכך היה

ח"כ תאופיק טובי מסיעת חד"ש, שדבריו מובאים בפרוטוקול הישיבה הנ"ל:

"גם התוספת המוצעת על-ידי הרוב בוועדת הכנסת מעוררת התנגדות תקיפה. אילו היה מדובר בצורך לפסול חוקים השוללים את קיום מדינת ישראל, ניחא. אבל, כפי שהתוספת מנוסחת, דהיינו - שיש לפסול הצעות חוק השוללות את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, אנו מתנגדים לה משני טעמים: הגדרה כזאת, האומרת שמדינת ישראל היא מדינתו של העם היהודי בלבד ומתעלמת מתושביה-אזרחיה הערבים ואינה מזכירה אותם, אומרת לאוכלוסייה הערבית בישראל: אין לכם מקום במדינת ישראל, או אתם אזרחים ממדרגה שנייה, או הערבים במדינת ישראל הם זרים במולדתם, זאת כאשר היא מולדתם היחידה ואין להם מולדת אחרת. מדינת ישראל קמה, לפי החלטת האומות המאוחדות מ-1947, כדי לממש את זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי בארץ, ואותה החלטה גם קבעה הקמת מדינה למימוש זכות ההגדרה העצמית של העם הערבי. מדינת ישראל היא המולדת של שני העמים, העם היהודי והעם הערבי הפלשתיני, החיים בישראל. אותה החלטה היסטורית קבעה את חובת השוויון במולדת."

19. זהו המקרה הראשון שהמשיב פוסל הצעת חוק מהטעם שהיא שוללת את קיומה של מדינת ישראל

כמדינתו של העם היהודי.

חריגה מסמכות

20. סעיף 134(ג) לתקנון הכנסת, המתיר לנשיאות לפסול מראש הצעת חוק בהיותה שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, הינו סעיף בעייתי ביותר בהיותו פוגע בזכויות יסוד ובעיקר בזכות לשוויון ובחופש הביטוי, הכולל בין היתר את הזכות לקחת חלק בתהליך קבלת ההחלטות הפוליטי. לפיכך, ובהתאם להלכה הפסוקה, היות והמדובר בסעיף שנחקק לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שמקום בו נדרשת פרשנות יש לעשותה באופן התואם את הוראות חוק היסוד ונותן משקל רציני לזכויות המוגנות בו. יודגש, כי גם לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כאשר התבקש לראשונה בית המשפט הנכבד בענין **בן שלום** ליתן פרשנות למילים "שליטת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי" בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, המתיר פסילת רשימה מלהתמודד בבחירות לכנסת בגין עילה זו, עמדת הרוב, בראשות הנשיא שמגר כמעט והתעלמה מההיבטים האופרטיביים של עילה זו ולעומת זאת הדגישה את הצורך בהגנה על חירויות היסוד ובראשן חופש הביטוי הפוליטי.

ע"ב 2/88 **בן שלום נגד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-12**, מג(4) 221 (1989).

21. בעניין **טיבי** התבקש בית המשפט הנכבד ליתן את פרשנותו לעילה שמופיעה בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת הפוסלת רשימה מלהתמודד בבחירות לכנסת אם היא שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית-דמוקרטית. בהתייחסו למאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ציין הנשיא ברק את הדברים הבאים:

"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 חגיגה 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' ח"כ טיבי**, פ"ד נז(4) 1, 22 (2003);
ראו גם: ע"ב 561/09 **בל"ד נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18**, (טרם פורסם, ניתן ביום 7.3.11).

22. **הטעם הראשון**, הישיר והפשוט לקביעה שהמשיב חרג מסמכותו הינו שהצעת החוק של ח"כ טיבי אינה נוגעת למאפיינים הגרעיניים של מדינת ישראל כמדינה יהודית, כנדרש בהלכה הפסוקה. הצעת החוק לא נוגעת למורשת ישראל, לחוק השבות, למעמדה של השפה העברית, וגם לא לחגיגה או סמליה של מדינת ישראל. לא מקרה הוא שאיש מחברי נשיאות הכנסת לא טען שהצעת החוק פוגעת באחד ממאפיינים אלה. לכן, החלטת המשיב חסרת נוגדת את ההלכה הפסוקה.

23. מעבר לנדרש לצורך הדיון בעתירה זו, נציין כי גם אם הצעת חוק כלשהי פוגעת באחד מהמאפיינים הגרעיניים הנ"ל, וכאמור זה אינו המצב באשר להצעת החוק דנן, אין בכך די בכדי להקים את סמכות הפסילה של נשיאות הכנסת לפי סעיף 134(ג) לתקנון המתייחס לעילה השנייה הנדונה. זאת היות ובהפעלת סמכות זו יש להחיל את מבחן הוודאות הקרובה לוודאי, אשר חל בהקשר לחופש הביטוי, ומכאן כי אמור לחול על מקרים כאלה.

24. ניתן ללמוד על כך, מהיקש, מפסק הדין שניתן בעניין **ראם מהנדסים**, שם טענה עיריית נצרת עלית, כי האיסור לתלות מודעות בערבית על לוחות המודעות של העירייה נבע מגישה ציונית לפיה יש לשמר את אופיה של העיר כ"יהודית-דמוקרטית". בית המשפט הנכבד דחה את עמדת העירייה וקבע, כי הזכות לחופש הביטוי של הפרט להשתמש בשפה לפי בחירתו ייבחנו לפי מבחן הוודאות הקרובה לוודאי.

ע"א 105/92 **ראם מהנדסים בע"מ נ' עיריית נצרת עלית**, פ"ד מז(5) 189 (1993).

25. נימוקו של המשיב לפיו דחיית הנרטיב הפלסטיני במובן הזה שאסונם הוא בגלל מנהיגיהם ולא כתוצאה מהקמת המדינה הינה עמדה מוסרית מתבקשת מכל אדם שמאמין בערכיה החוקתיים של מדינת ישראל, שאם לא כן תתערער הלגיטימיות של המדינה כמדינה יהודית, טובל מכשל לוגי מובהק. בין ציון הנכבה או התייחסות אליה כאסון שאירע לעם הפלסטיני לבין אי ההכרה במדינת ישראל או ערכיה החוקתיים, אין ולא כלום. נרטיב היסטורי לחוד ואופייה החוקתי של המדינה לחוד.

26. באם הנימוק של המשיב הינו נכון, אזי כל מי שמתייחס לנרטיב הפלסטיני בהבנה, בחיוב או בהזדהות, כמו גם מי שאינו מתכחש אליו ולא דוחה אותו, בהכרח שולל את אופייה החוקתי של מדינת ישראל. אך הדברים אינם כך שהרי קיימים גופים משפטיים ומלומדים אשר מתייחסים אל הנרטיב הפלסטיני אחרת ומבלי לפגוע בו ואף ישנם כאלה התובעים בהכרה בעוול ההיסטורי שנגרם לעם הפלסטיני וזאת מבלי שהדבר ישנה את עמדתם הציונית וגישתם בדבר אופייה החוקתי של מדינת ישראל.

27. כך למשל, דו"ח ועדת החקירה הממלכתית בראשות השופט תאודור אור, התייחס לנכבה כ"טראומה הקולקטיבית הקשה ביותר בתולדותיהם" של האזרחים הערבים בישראל:

"אוכלוסיית המיעוט הערבי בישראל היא אוכלוסייה ילידה, הרואה עצמה נתונה תחת הגמוניה של רוב שבעיקרו אינו כזה [...] הקמת מדינת ישראל, שהעם היהודי חגג אותה כהתגשמות חלום הדורות, כרוכה בזיכרוןם ההיסטורי בטראומה הקולקטיבית הקשה ביותר בתולדותיהם - ה'נִצְבָּה' [...] תכניה וסמליה של המדינה, המעוגנים גם בחוק והמעלים על נס את הניצחונות בסכסוך זה, מציינים בעיני בני המיעוט הערבי את תבוסתם, וספק אם יש להם דרך להזדהות עמם הזדהות של אמת. הזמן יכול אולי להעלות ארוכה לכאב, אך ככל שמתחזקת התודעה הלאומית - כך גוברת בקרבם המודעות לבעיה זו, המלווה את עצם הקמת המדינה."

דו"ח ועדת החקירה הממלכתית **לבידור ההתנגשויות בין כוחות הבטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000**, כרך א', עמ' 26-27.

28. גם פרופ' מרדכי קרמניצר התייחס לא אחת לנכבה ולנרטיב הפלסטיני באופן שאינו עולה בקנה אחד עם עמדת המשיב. בנייר עמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה ציין בזו הלשון:

"ניסיבות הקמת המדינה נתפסות בעיני הפלסטינים כעוול חמור כלפיהם. על עוול זה נוספות הפגיעה בתחושת הבית, הזהות וההזדהות, הכרוכות מבחינתם בהיותה מדינה 'יהודית'. יהודיות המדינה היוותה תירוץ והסבר לאפליה ולקיפוח שיטתיים של המיעוט הערבי, כגון בתחומי הקרקעות, בתכנון בנייה ופיתוח, בהקצאת משאבים בחינוך ובתרבות, ועוד... לצד ההתייחסות המקובלת בקרב היהודים, שאין בה ציפייה מהאזרחים הערבים בישראל להיות ציוניים [...] כל עוד לא קמה מדינה פלשתינית, וכל עוד חלק ניכר מקרב הציבור היהודי מתנגד להקמתה; כל עוד אין הכרה רשמית במיעוט הפלשטיני כמיעוט לאומי, שיש לו זכויות בתור שכזה, ספק רב אם יש מקום לתבוע מהמיעוט הפלשטיני

בישראל הכרה באופייה היהודי של המדינה וקבלתו. על ההכרה מצד האזרחים הערבים, מקשה המעמד האזרחי במדינת ישראל המוענק ליהודית באשר הם, הבאים להתיישב בה, והעובדה כי אותו מעמד ואותה זיקה עוברים בהכרח דרך קבלת הדת היהודית".

מרדכי קרמניצר, **פסילת רשימות**, (המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה מס' 59) (2005) עמ' 49-51.
http://www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Pages/PP_59/Publications_Catalog_2059.aspx

29. דוגמא נוספת למלומדים ציונים שגישתם אינה מתיישבת עם עמדת המשיב ניתן לראות במאמר דעה של פרופ' רות גביזון שעסק בהצעת חוק הנכבה, קודם לחקיקתו:

"העובדה שהיום בו חוגג הרוב היהודי במדינת ישראל את ראשית עצמאותו המדינית המתחדשת במדינתו, הוא אותו יום עצמו המסמל בעיני חלק מבני המיעוט הפלסטיני בישראל את יום "אסונם" (הנכבה) - זו עובדת יסוד של חיינו כאן. שום חוק שבעולם לא יוכל לשנות אותה. צריך להזכיר כי בניגוד לעמדה הפלסטינית המקובלת, זה לא היה חייב להיות כך. היום הזה יכול היה להיות יום החגיגה המשותפת של יהודים ושל פלסטינים לציון הקמתן של מדינות הלאום שלהן, החיות בשלום ובשיתוף פעולה כלכלי זו לצד זו. אבל בפועל, הפלסטינים יצאו למלחמה נגד החלטת החלוקה, ותוצאתה של אותה מלחמה היא העובדה שמדינת ישראל קמה על חורבות החברה הפלסטינית בשטחה, כי פלסטינים רבים הפכו פליטים, וכי מדינה פלסטינית עדיין לא הוקמה. עצב ואבל הם רגשות טבעיים אצל בני אומה שכך אירע לה, גם אם גם לה עצמה יש חלק בכך. אבל השאלה האמיתית שיש להפנות כלפינו וכלפי הפלסטינים אזרחי המדינה היא איך מתמודדים עם המצב ההיסטורי הזה. **אסור להכחיש את ההיסטוריה. קל וחומר שאסור ולא מועיל לאסור אותה בחוק. האתגר המשותף הוא ההתמודדות איתה.**" (ההדגשה הוספה)

רות גביזון, "חוק הנכבה: לא חכם ולא צודק", **ynet**, 27.5.2009
<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3721871,00.html>

30. הנה כי כן העמדות השונות דלעיל, אשר אינן מתיישבות עם נימוקו של המשיב, מעידות כי המדובר בעמדה פוליטית מובהקת ובשל כך, גם אם היא נהנית מתמיכה ציבורית רחבה, אינה יכולה להכפיף את המשפט אליה ולשנות את ההלכה הפסוקה, כמפורט בפס"ד **טיבי**, הדורשת פגיעה במאפיינים גרעיניים, דבר שכפי שהובהר לעיל אינו מתקיים בהצעת החוק דן.

31. **הטעם השני** לקביעה, כי החלטת המשיב מהווה חריגה קיצונית מסמכות מבוססת על כך שהחלטה לא מתיישבת עם התכלית שבסעיף 134(ג) לתקנון הכנסת. התכלית הפרשנית של חקיקה חייבת ליתן משקל לזכויות היסוד ובמקרה זה ליתן משקל כבד לזכויות המיעוט בפרלמנט, חופש הביטוי הפרלמנטארי והשוויון בין חברי הכנסת.

32. **תכליתה של הסמכות שבסעיף 134(ג) הינה פסילה של הצעות חוק שעצם הנחתן על שולחן הכנסת יוצרות ניכור קיצוני ובולט עד כדי שהן פוגעות בוודאות קרובה לוודאי בתדמית הכנסת, בכלל הציבור או בחלק ממנו בכך שעצם הדיון בהצעה מבהה או משפיל את החברים.** דוגמה בולטת לכך הוא דיון בהצעת חוק גזענית או זו שמעוררת שנאה או מדנים נגד כלל הציבור או חלק ממנו. המלומדים רובינשטיין ומדינה התייחסו בהרחבה לסוגיה זו והבהירו כי:

"ראוי לייחד את הפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 134(ג) לתקנון המקרים קיצוניים במיוחד, בהם קיים חשש משמעותי, שהנחתן על שולחן הכנסת עלולה, כשלעצמה, להעניק הכשר לעמדות המובעות בהן. המקרה המובהק - והיחיד כמעט - בו עשויה להיות הצדקה להפעלת

סמכות הפסילה, הוא זה של הצעת חוק גזענית במהותה, כלומר כזו בה מוצע להחיל הסדרים המבטאים 'רדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסייה, והכול בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני' (סעיף 144א לחוק העונשין, תשל"ז-1977). לעומת זאת ראוי להימנע מהפעלת הסמכות ביחס להצעות חוק בהן מוצע לשנות היבטים מסוימים המבטאים את אופיה היהודי של המדינה, או כאלה הכוללות התייחסות לאופיה של המדינה כמדינה דמוקרטית, תוך השמטת אופיה כמדינה יהודית. ראוי - וזו גם הגישה שנוהגת להחיל נשיאות הכנסת - לפרש את עילת הפסלות בדבר 'שלילת' קיומה של מדינת ישראל - כמדינתו של העם היהודי בצמצום, בדומה לאופן בו נעשה הדבר ביחס לסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת".

אמנון רובינשטיין וברק מדינה, **המשפט החוקתי של מדינת ישראל**, כרך ב: רשויות השלטון ואזרחות, 735 (מהדורה שישית, 2005).

33. בהקשר זה נציין, כי חברי נשיאות הכנסת לא התנגדו להנחת ההצעה על שולחן הכנסת מהטעמים הנ"ל ואיש מהם לא העלה טענה לפיה עצם הדיון בנכבה הינו משפיל או מבוזה. נהפוך הוא, הדיון בנשיאות שהתקיים בנושא דן לא מעיד כי עצם הדיון עורר ניכור קיצוני או פגע ברגשות מי מהמתדיינים. הטעמים של המשיב במקרה זה וכפי שתועדו בישיבה הינם פוליטיים גרידא.

34. הפרשנות התכליתית של סעיף 134(ג) לתקנון, כפי שהוצגה לעיל, מתיישבת ואף מתחייבת מהצורך להגן על חופש הביטוי הפוליטי של המיעוט מפני דורסנות הרוב בפרלמנט. השופט לוי עמד על הקשר בין חופש ביטוי פוליטי לבין ההליך הדמוקרטי וכן על הצורך המיוחד בביקורת שיפוטית על החלטות הרוב בפרלמנט, המבקשים להשליט את עמדת הרוב על ידי פגיעה דורסנית בעמדות פוליטיות של קבוצת מיעוט, באומרו:

"טול מאדם או מקבוצת אנשים את הזכות להיבחר, ושללת מהם את הזכות לתת ביטוי להשקפה פוליטית שהם גיבשו, ואף את הזכות להשתתף בעיצוב פניו של השלטון ולהשפיע על מהלכיו. אכן, מגבלות מסוג זה מתקבלות בתרעומת על-ידי אוהדיו של המשטר הדמוקרטי, אולם נדמה לעתים כי עוצמתה של ההתנגדות לאותן מגבלות קטנה כאשר הפגיעה המסתמנת מהן מופנית כלפי קבוצות מיעוט באוכלוסייה. הכוונה בעיקר לאותם מקרים שבהם מתגבשת מראש הסכמה רחבה שלפיה אין לאפשר למיעוט ייצוג במוסדות השלטון, הואיל ועל-פי השקפת הרוב, כלולות במצעו של המיעוט מטרות שתכליתן לקעקע את אושיותיו של המשטר הדמוקרטי. עקב כך, ובעוד רוממות זכויות היסוד בפיו, שולל הרוב מהמיעוט את הזכות להתמודד בכלי הדמוקרטי המובהק ביותר (הבחירות), ומכאן ועד לפנייתו של המיעוט לתור אחר דרכי ביטוי והשפעה אחרות, אף אם הן גולשות לתחום ההתנהגות האסורה, המרחק קצר. כדי למנוע את כל אלה חייב המחוקק לכלכל את צעדיו בתבונה, כדי שלא יימצא מנצח את שלטון הרוב בדרכים פסולות, מחד, ומונע את יכולת המיעוט להיאבק על דעותיו, מאידך. בתחום זה שמור לבית-המשפט תפקיד מכריע, באשר הוא אמור לפקח על חיקוקים שנועדו להגביל את הזכות לבחור ולהיבחר ולבקרם כדי להבטיח שהכתרים אשר קושרים הכול לראשן של זכויות היסוד לא ישמשו לתפארת המליצה בלבד, אלא יעמדו לרשות כל אלה המבקשים ליטול חלק במשחק הפוליטי".

ע"ב 11243/02 פייגלין נ' יושב-ראש ועדת הבחירות, פד"י נז(4) 145, 156 (2003).

35. **הטעם השלישי** לקביעה כי החלטת המשיב נעשתה בחריגה קיצונית מסמכות נעוץ הן בשלילת עקרון היחס השווה בין חברי הפרלמנט שהוביל להפלייתו של העותר והן בפגיעה בזכות לכבוד של העותר והציבור הערבי בישראל. הזכות לשוויון והזכות לכבוד הינן זכויות חוקתיות על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

36. הדיון אודות הנכבה כבר התקיים בחוק "הנכבה", ובדיון זה היו מי שבעד ומי שנגד ולא נטען אז שעצם העלאת הנושא במליאה מעורר בעיות כלשהן האוסרות את עצם קיומו של הדיון הפרלמנטארי. העותר מבקש לקיים דיון במליאה אודות פסקה 4 של חוק "הנכבה" שאושר בכנסת. הוא מבקש לאתגר את חוק "הנכבה" בעניין פסקה אחת שהוא מתייחס אליה כפיסקה גזענית. החלטת המשיב המונעת מהעותר מלהעלות את הצעתו על שולחן הכנסת בנושא שהקואליציה עצמה עוררה, הביאה והציגה וקיימה דיון אודותיו בפני הוועדות והמליאה, הינה החלטה מפלה ונגועה במניעים ובשיקולים זרים.

37. ולכן אין צידוק ליחס מפלה כלפי העותר בנושא שהרוב זכה בו ליחס אחר. כאן תפקידו של בית משפט נכבד זה להגן על זכותו השווה של המיעוט שבאופוזיציה לעורר את הנושא בכלים הפרלמנטריים המוקנים לו. על הצורך בהתערבות שיפוטית להגנה על המיעוט האופוזיציוני מדריסתו על ידי הרוב עמד ד"ר מרזל:

"לבית המשפט יש תפקיד חיוני בהקשר זה: הואיל והאופוזיציה היא מיעוט העומד אל מול רוב המחזיק בכוחות החקיקה ולמעשה גם בכוחות הביצוע, היא חשופה לא פעם לפגיעות מטעם הרוב. אין הכוונה כמובן לפגיעות פיזיות אלא לפגיעות במעמדה ולצמצום יכולת התפקוד שלה עד כדי פגיעה בתפקידים החוקתיים שהיא אמורה למלא. הרוב בבית המחוקקים יכול לפגוע באופוזיציה בדרכים רבות: הוא יכול לקבוע הוראות תקנון המקפחות את זכויותיה ואת מעמדה, הוא יכול להחליט שלא לדון בהצעות היכולות להועיל לה או לדון בהן באופן המקפח את זכותה של האופוזיציה להתכונן ולגייס תמיכה. המיעוט עלול להיתקל בשורה ארוכה של אופני קיפוח. לבתי המשפט יש אפוא תפקיד חשוב בהגנה על האופוזיציה מפני כוחו של הרוב. הגם שמדובר לא פעם בעניינים פנים-פרלמנטריים, שומה על בית המשפט – שהוא גורם ניטרלי כלפי חילוקי הדעות הפוליטיים והמאבק הבין-מפלגתי – להגן על המיעוט האופוזיציוני ולהבטיח את זכויותיו. במסגרת זו יש השיבות למתן זכות עמידה בבית המשפט לאופוזיציה ולחבריה ולנכונות להעביר תחת שבט הביקורת גם החלטות הנראות לכאורה "פנימיות" לבית המחוקקים - אם עולה מהן פגיעה מהותית במעמד האופוזיציה וביכולתה לתפקד. ביקורתו של בית המשפט אינה מתמצית בביקורת התקנון ודרכי הנוהל של הפרלמנט, והיא יכולה לכלול גם ביקורת שיפוטית על החוקתיות של הוראות חוק שיש בהן משום הסדרה בלתי-ראויה של מעמד האופוזיציה – בתנאי שיש בחוקה הוראה המסמיכה את בית המשפט לעשות כן. במסגרת זו של הגנה על מעמד האופוזיציה יש חשיבות רבה לזיהוי המצבים שבהם הסדרים ניטרליים לכאורה, או הוראות נוהל "כלליות" באופיין, אינם אלא ניסיון של הרוב הפרלמנטרי לקפח את המיעוט ולפגוע בתפקודו במידה המצדיקה התערבות".

יגאל מרזל, "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית", משפטים לח 217, 245-246 (2008).

38. ועוד, החלטת המשיב פוגעת בזכות לכבוד של האזרחים הערבים וזאת בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפגיעה בזכות לכבוד קיבוצי מובילה כשלעצמה לפגיעה בזכות לכבוד של הפרט והיא מתרחשת כאשר הפגיעה נוגעת לעצם מרכיבי הזהות של הקבוצה והצגתה כנחותה, לא רצויה או כשהיא כוללת מרכיבי זיכוי קיבוצי. הנרטיב הפלסטיני מהווה חלק בלתי נפרד מהזהות של הערבים בישראל. לכן החלטתו של המשיב למנוע את העלאת הצעת החוק אך בו בזמן אפשר את העלאת הצעת חוק הפוגעת בנרטיב של קבוצה זו, כמו חוק הנכבה, פוגעת במרכיב המכונן של זהותם של האזרחים הערבים ומובילה להדרתם ולהשפלתם.

בג"ץ 4541/94 מילר נגד שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132 (1995).

39. פרופ' דני סטטמן מגדיר את הזכות לכבוד במובן של יחס לא משפיל כאשר "המאפיין החשוב ביותר של השפלה הוא התחושה של הדרה חברתית (social exclusion). כאשר משפילים אדם, מעבירים לו מסר שהוא אינו שייך, או אינו ראוי להיות שייך, לקבוצה מסוימת שההשתייכות אליה חשובה בהערכה – העצמית של הקורבן." לפיכך, ניתן לקבוע כי, החלטת המשיב לא נוהגת בכבוד בעותר ובבוחריו.

דני סטטמן, "שני מושגים של כבוד", עיוני משפט, כד (3) 541, 559, 564.
ראו גם: בג"ץ 6824/07 מנאע נגד רשות המסים (לא פורסם, ניתן ביום 20.12.10), פסקה 31 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

40. הפילוסוף גרמי וולדרון התייחס לזכות לכבוד של קבוצות, המהוות קהילות בעלות מאפיינים ייחודיים בתרבות, בזהות ובגורל שלהן והזגיש את החשיבות של קיומו של דיון ציבורי לקידום ההכרה במעמדה של הקבוצה:

"It is possible that everything we want to say about the dignity of a people could by some heroic effort of analysis be reduced in the end to an account of the massive contribution that a given community makes to sustaining the dignity of its individual members. But it is also possible a people qua community has a human importance in terms of culture, identity, destiny that goes beyond what is severally or cumulatively good for the human individuals that it comprises, an importance that cannot be characterized except in communal terms. It is possible that even though groups are in the end nothing but composites of individuals, yet there is something in the group as such that has importance in itself. We should be ready to give the best account we can of this something, if it exists, and it may be impossible to do so without characterizing it in dignitary terms [...] Also, even when individual rights and obligations are at issue, groups may develop a stake in those issues that requires to be respected as much as the dignity of the individuals originally affected. For example, it may be that, in some cases where the primary injustice we are fighting is injustice at the individual level, talk of group dignity can be a way of conveying respect for the

community that has taken upon itself the burden of remembering the injustice and of trying to do something about it.

Jeremy Waldron, **The Dignity of Groups**, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper, Working Paper No. 08-53, November 2003, pp. 21-23. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287174

לאור האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי כמפורט בראשית העתירה ולאחר קבלת תשובות המשיבים להפכו למוחלט.



חסן גיבארין, עו"ד

חיפה, 21 ביולי 2011.