

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

1. ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל
2. הרשימה המשותפת בכנסת
3. ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות
4. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

על ידי עוה"ד חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ו/או מאיסאנה מוראני  
ו/או פאדי ח'ורי ו/או סאוסן זהר ו/או נארימאן שחאדה זועבי ו/או ויסאם שרף

מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל  
רח' יפו 94, חיפה, ת.ד. 31090 8921  
טלפון: 04-9501610; פקס: 04-9503140;

העותרים

נגד

1. הכנסת  
על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת  
משכן הכנסת, קריית בן גוריון, ירושלים  
טלפון: 02-6408638; פקס: 02-6753495

2. היועץ המשפטי לממשלה  
ע"י פרקליטות המדינה  
רח' סלאח אל-דין 29, ירושלים

המשיבים

בקשה להוצאת צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו על תנאי המופנה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: "חוק-יסוד: הלאום" או "חוק היסוד") וזאת כמבוקש בעתירה, והכל כפי שיפורט להלן:

1. ביום 22.12.2020 התקיים דיון ראשון בעתירה לצו על תנאי בפני הרכב מורחב. על אף עבור זמן לא מבוטל מיום דיון זה, בית המשפט לא הוציא צו על תנאי כמבוקש. בבקשה זו נבקש לטעון כי על רקע הדיון שהתקיים, התגובה הראשונית של המשיבים וכן אופיין של השאלות המתעוררות וההשלכות הציבוריות והמשפטיות של חוק היסוד, מן הדין ומן הצדק להוציא צו על תנאי כמבוקש בעתירה.

2. העתירות בעניין חוקתיות חוק-יסוד: הלאום מתייחסות לשאלות יסודיות ביותר בעניין מעמדם של כלל הערבים- פלסטינים הן בקו הירוק והן מעבר לו ואשר חיים תחת המטריה החוקתית הישירה של חוק יסוד זה. מאז הקמת מדינת ישראל לא נחקק חוק יסוד שנהנה ממעמד קונסטיטוציוני אשר מקעקע ופוגע במעמדו של מיעוט המולדת הלאומי באופן כה גורף כמו חוק היסוד הנדון; ומאז הכיבוש בשנת 1967 לא נחקק חוק יסוד הכופה על תושבי ירושלים

הפלסטינים ועל שטחה של ירושלים המזרחית – אשר סופחה בניגוד לדין הבינלאומי - זהות חוקתית אתנית בניגוד למשפט הבינלאומי.

3. העתירות מעלות לראשונה סוגיות משפטיות מובהקות אשר נוגעות למגבלות שחלות על חקיקת חוק יסוד הקובע את הזהות החוקתית של המשטר. כך לדוגמא, האם רוב מזדמן של קבוצה לאומית הנמנית על הרוב במדינה רשאי לכוון חוק יסוד מסוג זה גם כאשר הוא מקעקע את מעמדו של מיעוט לאומי? האם נורמות של המשפט הבינלאומי המטילות איסורים מוחלטים בדבר איסור הפליה גזעית חלות על הכנסת בעת כינון הזהות החוקתית של המשטר? האם על חקיקת חוק יסוד בעניין הזהות החוקתית הנוגעת לגרעינים של זכויות אדם חלים תנאים ייחודיים השונים מאלה שחלים על כינון חוקי יסוד בעניינים מוסדיים?

4. הסוגיות האלה מקבלות משנה תוקף במדינה שאין בה חוקה כתובה ואין בה הסדרה כתובה לעניין הליך ותנאי חקיקת חוקי יסוד.

5. אלו סוגיות שמעולם לא נידונו ולא הוכרעו. לכן קיים צורך חיוני בליבון ובצורה מלאה דבר שלא התאפשר במסגרת הדיון אשר התקיים ביום 22.12.2020 ואשר גם אחריו נשארו סוגיות משפטיות שלא ניתן עליהן מענה מספק מטעם המשיבים.

6. כך למשל, המשיבים לא נתנו מענה לטענת העותרים כי לפי **נורמות המשפט הבינלאומי המינהגי**, חוק היסוד נופל באיסורים המוחלטים הנוגעים להפליה גזעית קונסטיטוציונית הפוגעת במעמדו המשפטי של המיעוט הלאומי; וכי גם אם חוק היסוד מעגן פרקטיקות קיימות, הרי עיגונן במישור הקונסטיטוציוני מעיד על **כוונה ברורה להמשיך בהפליה גזעית האסורה במשפט הפלילי הבינלאומי**; כן המשיבים לא השיבו על הטענות בעניין תושבי מזרח ירושלים שלפיהם חוק היסוד מייצר משטר אפרטהייד במישור החוקתי אשר נופל במסגרת האיסורים המוחלטים למשפט הבינלאומי.

7. לפיכך, אי הוצאת צו על תנאי בנדון משמעה דחיית העתירה ללא מתן הזדמנות הוגנת ללבן ולדון בסוגיות מהותיות ביותר. לכל הדעות, הדיון שהתקיים ביום 22.12.2020 אין בו לבדו כדי לתת מענה לקיומו של הליך הוגן בפני בית משפט מדינתי שדן בסוגיה הנוגעת באיסורים המוחלטים המחייבים את המדינה כלפי כלל הפלסטינים (האזרחים והתושבים) שיחיו תחת משטרו של חוק היסוד.

8. קיום הליך הוגן במקרה דנן מחייב מתן מענה מצד המשיבים, כולל ליבון כלל הסוגיות שהעתירה מעלה.

9. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה שתגובת המשיבים לא שללה עניינית את הרלבנטיות של הטענות המשפטיות הנוגעים להחלת נורמות המשפט הבינלאומי כולל המשפט העל לאומי והמשפט המשווה. תגובתם לא שללה את הטענה כי הוראות חוק היסוד נופלות בגדר האיסורים הנוגעים הן להגדרת חוק גזעני לפי האמנה הבינלאומית לביעור כל צורות ההפליה הגזעית והן לאיסורים שבסעיף 2 לאמנה הבינלאומית נגד פשעי האפרטהייד. המשיבים לא נתנו מענה כלשהו לכל החלטות של ועדות האו"ם שהוגשו מטעם העותרים ואשר קובעות כי מדובר בחוק יסוד

גזעני הפוגע במעמד כלל הפלסטינים וכי על מדינת ישראל לבטלו. המשיבים לא נתנו שום תשובה למשפט העל לאומי והמשפט המשווה שעלו בעתירה ואשר מצביע כי חוקים כמו חוק היסוד הם נופלים בגדר האיסורים הנ"ל.

10. השינויים האחרונים בתחולת המשפט הבינלאומי הפלילי בעניין קיומה של סמכות שיפוט בינלאומית מקבילה מחייב מתן צו על תנאי למען בירור הסוגיות ומתן הזדמנות הוגנת לנפגעים העיקריים של חוק היסוד. כידוע, ביום 4.2.2021 ניתנה ההחלטה המקדמית של בית הדין הבינלאומי הפלילי ICC בדבר סמכותו לדון בחשד לביצוע עבירות לפי אמנת רומא המתבצעות על ידי מדינת ישראל בשטחים הכבושים משנת 1967, כולל בירושלים. כפי שצוין הן בעתירה והן במהלך הדיון בפני בית המשפט הנכבד, חוק היסוד מקים חשד רציני לביצוע עבירות לפי אמנת רומא.

11. לכן מכוח עקרון המשלימות המעוגן בסעיף 17 לאמנת רומא, החלטת בית הדין הבינלאומי הפלילי מעניקה משקל כבד ורציני לבקשה זו למתן צו על תנאי.

12. למותר לציין כי גם דו"ח של Human Rights Watch שהתפרסם היום מתייחס לעבירות הפליליות במישור הבינלאומי אשר חוק היסוד מייצר בניגוד לאמנת רומא (זמין בקישור הבא: [https://www.hrw.org/sites/default/files/media\\_2021/04/israel\\_palestine0421\\_web\\_0.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2021/04/israel_palestine0421_web_0.pdf)).

13. ודוק, תשובת המשיבים כשלעצמה מנוגדת לנורמות המשפט הבינלאומי ולכן היא בעצמה מחייבת הוצאת צו על תנאי. לפי אותה תשובה, חוק היסוד התקבל על ידי רוב של 61 חברי כנסת, לכן הוא גם כשיר וגם חוסם את הביקורת שיפוטית. טענה טכנית זו היא כשלעצמה מעידה כי די בקיומו של רוב יהודי בכנסת על מנת להעביר כל חוק יסוד גם אם הוא פוגע במעמד של הפלסטינים הן האזרחים והן התושבים. זוהי בדיוק הטענה הנופלת בגדר האיסורים המוחלטים לפיה מותר לרוב לאומי פרלמנטארי לפגוע במעמד קבוצה לאומית אחרת ולהדיר אותה בניגוד לאמנה הבינלאומית לביעור כל צורות ההפליה הגזעית.

14. לכן, אי הוצאת צו על תנאי יכולה להתפרש כמתן לגיטימיות לטיעון המרכזי והמוביל של המשיבים שלפיו ניתן להעביר חוק יסוד לפי עקרון "הדמוקרטיה היהודית" או שלטון הרוב האתני ללא קשר באם הוא פוגע ושולל את מעמדה המשפטי של קבוצה לאומית אחרת שחיה תחת משטרו הגזעני של חוק היסוד.

15. הקיצוניות של הטיעון הטכני של המשיבים עולה גם מהעובדה, כי כל אלה שהצביעו בעד חוק היסוד הם חברי כנסת יהודים וכי חברי הכנסת הערבים אף אלה השייכים למפלגות הקואליציה לא הצביעו בעד החוק הנדון ואף הגישו עתירה בפני בג"ץ נגדו.

16. עד כה לא נשמעה ולא נכתבה טענה אחת על ידי המשיבים אשר מסייגת את טיעונם הטכני בדבר חוק-יסוד שעובר על ידי רוב פרלמנטארי אתני ואשר שולל זכויות מוקנות של קבוצה לאומית אחרת על פי המשפט הבינלאומי בדבר זכויות אדם.

17. מעבר לכך, העתירה נגד חוק-יסוד מעלה סוגיות משפטיות ומשטריות ממעלה ראשונה שבית המשפט הנכבד נוהג בדרך כלל להוציא בעניינם צו על תנאי. סוגיות משטריות דומות התעוררו רק לאחרונה בפני בית המשפט וניתן בהן צו על תנאי. כך למשל, ביום 12.11.2020, בית המשפט הוציא צו על תנאי המורה למבקשים לנמק מדוע לא לבטל את תיקון מס' 8 לחוק-יסוד: הממשלה (בג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל). בדומה, ביום 24.11.2020, הוציא בית המשפט צו על תנאי המורה למשיבים לנמק מדוע לא ייקבע כי חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 50 – הוראת שעה) בטל מכיוון שנתקבל תוך שימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת (בג"ץ 6255/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל).

18. בירור ענייני לסוגיות כאמור לעיל אינו אפשרי מבלי להוציא צו על תנאי. שכן, צו על תנאי משמעו מתן רשות להחל בהתדיינות לגופו של עניין (ראו: יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ד: סדרי הביקורת המשפטית 2743 (2017)). ואכן, עד כה המשיבים הגישו מטעמים אך ורק תגובה מקדמית ולא תצהיר תשובה אשר כולל את כל הטענות העובדתיות והמשפטיות שלהם המתייחסות לטיעוני העותרים שלא נסותרו.

19. במקביל, לא ניתנה לעותרים אפשרות להגיב בכתב לתגובה המקדמית של המשיבים ולא להגיש עיקרי טיעון שיש בהם כדי למקד את הדיון כי לא הוצא צו על תנאי המאפשר זאת.

20. **על כן, בנקודת הזמן הנוכחית וללא הוצאת צו על תנאי, גורל העתירה הוא דחייה דבר שפוגע בזכות הגישה לערכאות ולקיומו של הליך הוגן בנושאים הנוגעים ללב המשטר ומעמדו של המיעוט הלאומי כולל תושבי ירושלים.**

21. האמור לעיל מקבל משנה תוקף אף נוכח העובדה כי הסוגיות שהעתירה מעלה לא קיבלו מענה בתגובה של המשיבים או בדיון בעל פה. כך למשל:

- לעניין הסתירה בין חוק-יסוד: הלאום לבין המשפט הבינלאומי - כולל המשפט המשווה: המשיבים לא התייחסו לנקודה זו בכלל - לא בתגובות הכתובות ולא בטיעונים בפני בית המשפט.

- המעמד של השפה הערבית (ס' 4): ב"כ המשיבים לא הסבירו מה הוא אותו מעמד מיוחד של השפה הערבית ומה המשמעות של שינוי המעמד.

- המשמעות של ס' 7: לא ניתנה תשובה מספקת לשאלות של בית המשפט לעניין מה היא המשמעות האופרטיבית של ס' 7 לחוק-יסוד: הלאום. כך למשל, לשאלה של כב' הנשיאה בדבר האפשרות שס' 7 יאפשר להעדיף התיישבות יהודית על פני הקמת יישובים שלא ליהודים, ענתה ב"כ הכנסת כי "אני לא יודעת להגיד באופן קונקרטי מה המדינה יכולה לעשות מכוח סעיף 7". בדומה, ב"כ היועץ המשפטי לממשלה, לא הצליח לתת תשובה מספקת למה המשמעות האופרטיבית של הסעיף ומה הוא משנה מהמצב שהיה לפניו. יצוין כי מאז נפילת המשטר של האפרטהייד בדרום אפריקה, אין שום סעיף חוקתי באף מדינה בעולם אשר דומה לסעיף 7 הנ"ל ואשר באופן מפורש מציין מתן עדיפות לרוב לאומי בענייני הקצאת קרקע ודיוור. לא למותר לציין, כי אף לפי פסיקת בית המשפט העליון

שאסרה על המדינה לפעול לפי תקנון הקרן הקיימת לישראל או בהתאם למדיניות של הגופים הציוניים בהיותם פועלים בצורה מפלה, קיימת הצדקה להוצאת צו על תנאי (ראו: בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם במאגרים, 8.3.2000); בג"ץ 7452/04 אבו ריא נ' מנהל מקרקעי ישראל (28.1.2016)). שכן, סעיף 7 לחוק היסוד מכריז כי המדינה תפעל במישור הקונסטיטוציוני בענייני קרקע והתיישבות בצורה אשר כבר נפסלה על ידי בית המשפט בהיותה מפלה.

- לעניין סמכות בית המשפט לבטל חוקי יסוד: למרות ההסברים המלומדים של ב"כ הכנסת, לא ניתן מענה על ידי המשיבים לשאלה האם קיימת סמכות לבית המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד או לא ומה הם ההגבלות על אותה סמכות אם בכלל.

22. פסק דין של בית המשפט הנכבד הדוחה את העתירה (בעקבות אי הוצאת צו על תנאי) מבלי לברר סוגיות אלה לגופן הינו בעייתי ביותר. שכן נהוג על ידי בית המשפט נכבד זה, כפי שהוזכר בדוגמאות לעיל, כי דרך המלך לברר סוגיות אלה הינה על ידי הוצאת צו על תנאי אשר יחייב את המשיבים להגיש תצהיר תשובה אשר יפרט את ההיבטים העובדתיים והמשפטיים עליהם מתבססת העמדה שלהם; לאפשר לעותרים להגיש בקשה לפרטים נוספים וכן הגשת עיקרי טיעון לאחר מכן שיגדירו ויחדדו את המחלוקת ולקיים דיון שני להבהרת העמדות השונות, בטרם הכרעה בתיק.

23. האמור לעיל מקבל משנה תוקף לאור העובדה כי התגובה המקדמית מטעם המשיבים הוגשה בסמוך לדיון שנקבע לשמיעת העתירות. במצב דברים זה לא הייתה אפשרות בידי העותרים להגיב בצורה נאותה ובכתב ובאופן מפורט לעמדה של המשיבים. זמן הטיעון בבית המשפט הוגבל בצורה משמעותית ולרשות העותרים המייצגים את כל ההנהגה הנבחרת של המיעוט הלאומי עמד זמן מוגבל מאוד בכדי לפרוש בפני בית המשפט הנכבד את טענותיהם ואת תשובתם לעמדה של המשיבים.

לאור כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי כמבוקש בעתירה.

---

מאיסאנה מוראני, עו"ד

---

סוהאד בשארה, עו"ד

---

חסן ג'בארין, עו"ד

---

סאוסן זהר, עו"ד

---

פאדי ח'ורי, עו"ד

חיפה, 27.4.2021