

נספחים

<u>מספר</u>	<u>כותרת</u>	<u>עמ'</u>
<u>1/ע</u>	ההצהרה של ועדת המעקב בעניין חוק הלאום	1
<u>2/ע</u>	נייר העמדה של עדאלה בעניין חוק הלאום	4
<u>3/ע</u>	המחקר של הלשכה המשפטית לעניין סעיפי מבוא בחוקות	8
<u>4/ע</u>	העמודים הרלוונטיים מפרוטוקול ישיבה מס' 8 של הוועדה המשותפת מיום 28.11.2017	34
<u>5/ע</u>	מסמך ההכנה לישיבת הוועדה מיום 27.11.2018	39
<u>6/ע</u>	תגובת ממשלת ישראל לעתירת נגד חוק ההסדרה	47
<u>7/ע</u>	תשובת רשות מקרקעי ישראל לבג"ץ אבו ריא	56

נספח ע/1

**ההצהרה של ועדת
המעקב בעניין חוק
הלאום**

المتابعة: القانون الذي لا يعترف بوجودنا وبحقوقنا لا نعرف به ويجب اسقاطه

*من ضمن القرارات، مظاهرة جماهيرية واسعة في تل أبيب بدعوة من المتابعة *لقاءات واتصالات على مستوى الشعب الفلسطيني والمستوى الدولي *برامج لتقوية العلاقة بالقرى المهجرة، وتشجيع مكانة اللغة العربية بين الطلاب، وإبراز اللغة في يافطات وواجهات بلداتنا العربية *إدانة جرائم تدمير البيوت في مجتمعنا العربي وآخرها اليوم *بركة: فلسطين الكاملة هي وطن الشعب الفلسطيني واسقاط حل الدولتين يعيدنا للمربع الأول*

قررت سكرتارية لجنة المتابعة العليا للجماهير العربية، في اجتماعها الاستثنائي الذي عقد ظهر اليوم الاثنين في مكاتبها في الناصرة، التوجه الى عقد مؤتمر عام للجماهير العربية، حتى نهاية العام الجاري، الى جانب سلسلة من الخطوات الميدانية، وأخرى السياسية، على المستوى الفلسطيني العام ومستوى جماهيرنا العربية، إلى جانب اللقاءات الدولية، ومن أبرز الخطوات الجماهيرية العامة، إقامة مظاهرة جماهيرية في تل أبيب، في الأيام القليلة المقبلة. وشارك في اجتماع السكرتارية اليوم، ممثلون من كافة مركبات لجنة المتابعة، وشارك من نواب "القائمة المشتركة" النواب: أيمن عودة وجمال زحالقة وعابدة توما سليمان وعبد الحكيم حاج يحيى وحنين زعبي ويوسف جبارين وجمعة الزبارقة.

وافتتح الاجتماع رئيس المتابعة محمد بركة، بإدانة جريمة تدمير البيت في مدينة سخنين على يد السلطات، استمرارا لجرائم تدمير البيوت الأخيرة في بلداتنا العربية. وقال إن هذا الاجتماع تقرر أن يعقد بعد أيام من سن قانون القومية الاقتلاعي العنصري، من أجل إعطاء فرصة للأحزاب ومركبات لجنة المتابعة، لبلورة تصورات أولية، تطرحها في الاجتماع. وهذه قضية سترافقنا في الفترة المقبلة، خاصة وأن القانون هو عمليا يقونن كل السياسات التي نواجهها على مدى سبعة عقود، ورغم ذلك ينطوي على اخطار جديدة.

وقال بركة، إن البند الأول في القانون يستهدف شعبنا في وطنه، يستهدف فلسطين الكاملة، فهو يؤسس بقانون أساس مشروع اليمين المتطرف بشأن "الحق التاريخي لليهود على ارض إسرائيل"، بمعنى أن التتكر لحقوق شعبنا الفلسطيني في وطنه، لم يعد برنامجا سياسيا لهذا الحزب او ذلك انما قانون دولة (غلاب على كل القوانين).

وتابع بركة، نحن نقول إن "فلسطين الكاملة هي وطن الشعب الفلسطيني واسقاط حل الدولتين يعيدنا للمربع الأول: فلسطين التاريخية هي وحدة واحدة، ولا يمكن ان نقبل ان نعيش في نظام فصل عنصري في وطننا، لأننا أصحاب البلاد ونحن لم نهاجر الى الوطن من أي مكان في العالم".

وحذر بركة من أن القانون يستهدف مدينة القدس، وهويتها الإسلامية المسيحية، كي لا تكون موضوعا قابل للتفاوض. كذلك، فإن البند الذي يتحدث عن الاستيطان، فقد صيغ بشكل ليمنع من

جماهيرنا من السكن، في بلدات ومدن أقيمت على أراضيها المصادرة، في الوقت الذي بلداتنا تختنق بحصارها ومنع توسيع مناطق نفوذها.

وشدد بركة على ضرورة أن يكون للغة العربية المستهدفة شأن خاص، على مستوى التعليم في المدارس، وأيضاً على مستوى حياتنا العامة. إلى جانب توثيق الصلة بين جماهيرنا والأجيال الناشئة مع قرانا المدمرة والمهجّرة.

وقال بركة، إن واجب الساعة، تعزيز وحدة الجماهير العربية، وهذا يتطلب بالضرورة فتح حوار شراكة مع كل قطاعات شعبنا وخاصة الشباب وذلك نحو مؤتمر الجماهير العربية، كي تصب السهام في مواجهة السلطة العنصرية.

وتابع قائلاً، إننا نريد أن نعيش في وطننا من خلال الشرعية المدنية، ولكن في ظل نظام ابرتهايد لن يكون امن واستقرار لأي شخص في هذه البلاد، ولذلك فان محاربة قوانين ابرتهايد في إسرائيل، هي مصلحة لكل السكان، ولهذا ندعو كل من يشعر بالقلق في إسرائيل من هذا القانون ان يرفع صوته.

وقال بركة، إن قضية الديمقراطية وحقوق الشعب صاحب البلاد وقضية محاربة العنصرية ليست قضية محلية انما قضية تخص الإنسانية جمعاء في العالم كله. ولا يجوز التعامل مع إسرائيل الا من خلال هذا المنظور ولذلك ندعو كل الدول وكل الشعوب في العالم الى اتخاذ مواقف وخطوات عملية لإزالة هذا القانون وكل القوانين والممارسات العنصرية والعرقية في إسرائيل.

ثم جرى نقاش واسع شارك فيه الحضور، واضعين تصورات المرحلة المقبلة، وأكدوا على التحديات، ومنهم من طرح اجتهادات لكيفية المواجهة في المرحلة المقبلة، بما في ذلك البحث في أساليب ومسارات جديدة، لمواجهة التحديات، وجرى الاتفاق على أن هذا الحوار سيستمر ويتطور، بما يخدم أكثر تطوير الآليات.

القرارات

وقد اتخذ الاجتماع سلسلة من القرارات، منها للتنفيذ القريب، وقرارات على المستوى الأبعد، بحيث تستمر مواجهة على القانون والسياسات الإسرائيلية، على عدة صعد ومستويات.

- التحضير لمؤتمر عام للجماهير العربية، يعقد حتى نهاية العام الجاري، على أن تبدأ التحضيرات له في وقت قريب، وتكليف طاقم سكرتيري مركبات المتابعة، بوضع الخطوط العريضة للتحضيرات، على أن يقرها اجتماع السكرتارية المقبل.
- تنظيم مظاهرة قطرية بدعوة من لجنة المتابعة العليا، في مدينة تل أبيب، تدعى لها قوى ديمقراطية في الشارع اليهودي، وجماهير واسعة من جماهيرنا العربية. وسيتم النشر عن تفاصيلها وموعدها في وقت قريب.
- تظاهرة أمام مقر بعثة الاتحاد الأوروبي في تل أبيب، يتقرر بشأن موعدها لاحقاً.
- عقد لقاءات سياسية في الامم المتحدة في جنيف، وفي الاتحاد الاوروبي في بروكسل، وعقد مؤتمرات صحفيين في كل من جنيف وبروكسل لقيادة المجتمع العربي والمؤسسات الحقوقية.
- دعوة لجنة الدفاع عن حقوق المهجرين، لوضع برنامج على مدار عام كامل، لزيارة القرى المهجّرة.
- وضع مشروع متكامل لتقوية تعليم اللغة العربية في المدارس، بالتنسيق بين لجنة متابعة قضايا التعليم، وطاقم التعليم المنبثق عن مؤتمر القدرات، واتحاد لجان الأولياء، وجهات ذات شأن.

- دعوة السلطات المحلية العربية الى تبني قانون بلدي مساعد بشأن مكانة اللغة العربية في المؤسسات المختلفة، بما فيها المحلات التجارية في القرى والمدن العربية.
- الاجتماع في رام الله مع كل الفصائل والخروج بموقف يشمل الكل الفلسطيني.
- تكلف لجنة المتابعة الطاقم الحقوقي، لوضع ورقة موقف للجماهير العربية.
- مواصلة التشاور مع مركز "عدالة" الحقوقي بشأن تقديم التماس ضد القانون للمحكمة العليا.
- توجه لجنة المتابعة العليا للجماهير العربية، التحية والتقدير للنواب في كتلة "القائمة المشتركة"، على وقفهم القوية ضد القانون في الكنيست. وستطلع سكرتارية لجنة المتابعة في اجتماعها المنعقد مطلع الشهر المقبل، على قرارات القائمة المشتركة بشأن تحركها في الفترة المقبلة.

נספח ע/2

**נייר העמדה של
עדאלה בעניין חוק
הלאום**

נייר עמדה:

הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי

חודש יולי 2018

מטרתו של נייר עמדה זה היא לדון בהשלכות הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: **חוק יסוד הלאום או חוק היסוד**) על המעמד המשפטי של כלל הערבים שיחיו תחת המשטר החוקתי על פי חוק זה (הפלסטינים בקו הירוק, תושבי ירושלים וכן הסורים ותושבי רמת הגולן). בנייר זה אנו מסבירים כי חוק יסוד זה נופל בגדר האיסורים המוחלטים על פי המשפט הבינלאומי ולכן הוא לא לגיטימי בהיותו חוק קולוניאלי ובעל מאפיינים של אפרטהייד.

חוק היסוד קובע כי "מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי" וכי מימוש ההגדרה העצמית הלאומית במדינת ישראל תהיה אך ורק לעם היהודי; ההגירה המובילה לאזרחות אוטומטית היא בלעדית ליהודים לפי חוק השבות; "ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל"; העברית היא שפת המדינה; והערבית תאבד את מעמדה כשפה רשמית ויהיה לה מעמד מיוחד שיקבע בחוק ובנפרד; חוק היסוד קובע גם כי המדינה תפעל לעידוד, קידום וביסוס התיישבות יהודית¹, ההמנון הוא "התקווה", הדגל הוא הישראלי, יום "העצמאות" הוא חג לאומי, הלוח העברי הוא לוח רשמי, מועדי הזכרון והחגים הרשמיים הם ציונים-יהודיים; והמדינה תפעל למען טיפוח הקשר עם "יהדות התפוצות".

באם יאושר חוק היסוד, יקבלו הוראותיו מעמד של נורמה על חוקתית ויהיו להן השלכות מרחיקות לכת הן מכוח הוראותיו הספציפיות של חוק היסוד, הן מכוח השלכותיו הפרשניות על חקיקה קיימת והן מכוח השלכותיו על צמצום מרחב האתגר המשפטי האפשרי למדיניות מפלה וגזענית.

חוק יסוד הלאום יחול גם על שטח שהוא כבוש על פי המשפט הבינלאומי: חוק יסוד הלאום יחול באופן ברור ומפורש על השטחים הידועים בשם "הקו הירוק" היכן שקרוב לעשרים אחוז מהאזרחים הם פלסטינים וכן על שטחים שנכבשו בשנת 1967 כמו ירושלים ורמת הגולן (שסופחו בחוק הישראלי לשטחה של מדינת ישראל – סיפוח הנחשב לבלתי חוקי במשפט הבינלאומי).²

חוק יסוד הלאום קובע מיהו הריבון שעומד מעל שלטון החוק: חוק יסוד זה, אם יעבור, יהיה בבחינת חוק החוקים שביכולתו לגבור על כל חקיקה רגילה וישפיע על פרשנותם של שאר חוקי היסוד זאת משום שהוא מעגן את הזהות החוקתית של המשטר שקובעת מיהו הריבון המעניק לגיטימיות לכל החוקים. אכן, מקובל להתייחס לזהות חוקתית בתור עיקרון הגובר על רצונו של הפרלמנט. בסעיף 1 של חוק יסוד הלאום נקבעה זהותו של הריבון באופן הבא: "ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי, שבה קמה

¹ הוראה זו התליפה הוראה קודמת שקבעה כי אפשר לחקים ישובים נפרדים על בסיס לאום או דת; החלופה הקודמת ההתבססה על העקרון הגזעני "נפרד אך שווה" והנוכחית על העקרון הגזעני ביותר "נפרד אך לא שווה" שיאפשר הפליה בקרקע ובדירור וגם בהטבות כלכליות למען עידוד יהודים להתיישב במקומות מסוימים.

² ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004.

מדינת ישראל וכי "מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי" ומימוש ההגדרה העצמית בה "ייחודי לעם היהודי". "העם" כאן אינו תחום ליהודים הישראלים בלבד ובוודאי לא "לאומת האזרחים" של המדינה אלא מדובר על "העם היהודי" בכל מקום הימצאותו בעולם. רצונו של ריבון זה, אותו חוק יסוד הלאום מבקש לעגן ולבטא, קודם לאזרחות הישראלית.³

חוק יסוד הלאום הוא אנטי-דמוקרטי: חוק היסוד שולל את התכלית הראשונה העומדת מאחורי כינון חוקה דמוקרטית המבקשת לעגן ולקבוע את הקהילה הפוליטית לפי עקרון "הדימוס" (Demos) שלפיו התושבים המתגוררים באותה טריטוריה שחלה עליה החוקה הם אזרחים שווים והם הריבון. רוב החוקות שנתקבלו בגלל הדמוקרטיזציה השלישי מאז שנות התשעים של המאה הקודמת מעגנות במבוא שלהן את הקהילה הפוליטית של החוקה, הכוללת קבוצות אתניות שונות שחיות באותה טריטוריה. החוקה של דרום אפריקה שקובעת שהמדינה היא מדינת כל תושביה השחורים והלבנים היא הדוגמא של מודל עיזוב חוקתי זה. אין אף מדינה בעולם היום המוגדרת כמדינה דמוקרטית בה הזהות החוקתית נקבעת בהתאם לשינוי אתני הגובר על עקרון האזרחות השווה. הקיצוניות של חוק יסוד הלאום מתגלה גם בכך שאף אין בו הגדרה ל- "מיהו האזרח" ואין בו אזכור לאוכלוסייה הערבית שהחוק יחול עליה כקהילה פוליטית וחברתית לגיטימית.

ההשלכות של הגדרה עצמית אתנית ובלעדית: הקביעה לפיה ההגדרה העצמית תהיה בלעדית ליהודים מצדיקה כשלעצמה את ההבחנה במימוש הזכויות בין יהודים לבין לא יהודים כהבחנה לגיטימית ולא כהפליה פסולה. הנורמות של המשפט הבינלאומי בדבר זכויות אדם מכירות במימוש ההגדרה העצמית במסגרת "המדינה הלאומית" תחת שני תנאים: יחס שווה לכלל האזרחים ובמקרה של קיומן של קבוצות אתניות שונות, גם הכרה שווה בזכויות קיבוציות שלהן בצד השוויון האזרחי לכל. הגדרה עצמית לאומית זו מבטיחה מצד אחד את איסור ההפליה בין האזרחים/תושבים ומבדילה אותם בעיקר מאלה הנמצאים מ-"חוץ" לטריטוריה (הזרים) מצד אחר. חוק הלאום לעומת זאת, משרטט את מרחבי ה-"פנים" וה-"חוץ" הריבוניים על בסיס אתני גזעני: השוויון חייב לחול על יהודים באשר הם בהיותם הריבון ומי שאינו יהודי מוחרג ללא קשר לשיוכו הטריטוריאלי, ועל כן קיימת הצדקה להפלותו. לא במקרה שעקרון השוויון נעדר מחוק הלאום. בכך יוצא שהפלסטינים הם זרים במולדתם.

חוק יסוד הלאום מקבע את ההפליה כערך חוקתי: קביעת האינטרס הלאומי בהתאם לאינטרסים הקולקטיביים הציוניים במציאות דו-לאומית מייצרת בסיס שמשמש כהצדקה לגריעה מזכויות האוכלוסייה הערבית לצורך קידום תכליות אתניות אקסקלוסיביות. בתוך כך, פרויקטים לאומיים שמבקשים "לייהד" מרחבים, לעודד התיישבות יהודית, וליצור איזונים דמוגרפיים הופכים למטרות ראויות המצדיקות את הפליית הערבים במישור זכויות הפרט ובמישור הקיבוצי. כך הופך השוויון האזרחי לעיקרון שיווי שתחולתו נקבעת בהתאם למרחבים אתניים שישורטטו מראש בהתאם לאינטרסים של האוכלוסייה היהודית. לא במקרה שהעיקרון הגזעני של "נפרד אך לא שווה" חל על תחומי החיים המשמעותיים ביותר עבור הפלסטינים. שכן תחת המסווה של הגדרה עצמית, חוק היסוד מאשר את עקרון האפרטהייד בדיוק, בקרקע, ובאזרחות: מסלולי הפרדה הן על בסיס עקרון "עידוד, קידום וביסוס

³ בית המשפט העליון ביטא השקפה זו בהודמנויות רבות ולא במקרה, למשל, הוא שלל את עצם קיומה של "אומה ישראלית" המתבססת על אזרחותם של האזרחים במובנה המשפטי: ע"א 8573/08 אורון נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 2.10.2013).

התיישבות יהודית" במרחב שבו חיים ערבים ויהודים והן על בסיס חוק השבות באזרחות ובהתאזרחות. כך ההפליה הממוסדת מקבלת גושפנקא קונסטיטוציונית.

חוק יסוד הלאום מייצר מצב של דיכוי ושליטה: הדיכוי והשליטה מתבטאים בשני היבטים עיקריים: הראשון הוא כפיית זהות חוקתית על הערבים ללא הסכמה והשני הוא יצירת מצב שבו הערבים משתתפים בכוח בקידום הפלייתם. לגבי כפיית הזהות, התפתח מנהג עולמי שלפיו התנאי לגיטימיות של כינון חוקות ובמיוחד הזהות החוקתית הוא שיעשו בשיתוף ובהסכמה עם כלל נציגי הקבוצות האתניות והלאומיות על מנת לשלול את היבט הכפייה שלפיו הרוב יכתוב את הזהות לפי יחסי הכוחות הקיימים. עקרון זה עוגן גם בהוראות האו"ם והוא שמהווה הבסיס לגיטימיות של החוקה.⁴ הדוגמאות הפרדיגמטיות לתהליכי קונסטיטונאליזציה מדירים הן ארה"ב בתקופת העבדות והסרגוציה ודרום אפריקה בתקופת האפרטהייד. חוק יסוד הלאום, אם יאושר, הוא יתקבל למעשה בהסכמה יהודית תוך כדי הדרת הערבים כשמטרתו הדומיננטית היא הפליית הערבים ועיגון עליונותם האתנית של היהודים במדינה.

ההיבט השני של הדיכוי והשליטה הוא שחוק יסוד הלאום גם מוביל למעשה למצב בו הערבים ישתתפו בקידום ההפליה נגדם ובמימונה. בעוד שהם נושאים בחובות תשלום מס שוות כאילו הם אזרחים/תושבים שווים שחייבים לשאת בנטל החברתי על בסיס נאמנות הדדית בין כלל התושבים, הרי שמתקוף הגדרת האינטרסים הלאומיים בתור האינטרסים של האוכלוסייה היהודית, הם יתרמו, יסבסדו ויקדמו את אותם הפרויקטים לאומיים השוללים את זהותם ואת מעמדם השווה כמו טיפוח קשר עם יהדות התפוצות, קליטת הגירה יהודית, ייחוד המרחב וכיוצא באלה.

מה חדש בחוק יסוד הלאום השונה מן הפרקטיקה: מדיניות ההפליה והדיכוי נגד הפלסטינים קיימת מאז 1948 על בסיס עקרונות הנשענים על עליונות האוכלוסייה היהודית שתומכים בייחוד המרחב ודילול בשיעורה הדמוגרפי של האוכלוסייה הפלסטינית, לרבות שלילת זכות השיבה של הפליטים הפלסטינים. עם זאת, קיים הבדל בין פרקטיקות גזעיות וגזעניות לבין חוק יסוד שמחייב, כערך מכוון וחוקתי, לנהוג בגזענות. כעת, הפרקטיקה מקבלת עיגון בחוקה שבכוחה להעביר את מסריה הברורים לכל מערכות השלטון ומחייבת אותן, על פי דין, להפלות את הערבים. בכך, הוא הופך את ההפליה לעיקרון חוקתי, שיטתי ומוסדי וליסוד מיסודות הדין הישראלי. להבדיל מפרקטיקה יומיומית שאפשר לטעון נגד תוקפה מאחר והיא נעשית תוך הפרת עיקרון שלטון החוק, חוק מכריז על כוונתו המוצהרת להשגת יעדיו, והוא הופך את הפרקטיקה הפסולה לביטוי של עיקרון שלטון החוק.⁵

חשוב לציין בהקשר הזה את החיבור בין הנכבה וחוק יסוד הלאום. נפקויותיה המיידיות של הנכבה, שנוגעות בעיקר לאובדן מולדתו וחורבן חברתו של העם הפלסטיני, על כל מה שמשמע מכך – הושגו בעיקר

⁴ Guidance Note of The Secretary-General: United Nations Assistance to Constitution – making Processes (April 2009).

⁵ דוגמה טובה להמחשת המצב היא מעמד השפה הערבית. על פי החוק הישראלי היא שפה רשמית אך בפועל היא בעלת מעמד נחות מכך, ובכל זאת עדיין קיים טיעון לגיטימי בפני הרשויות שצריך לכבד את מעמדה כשפה רשמית על פי החוק. כעת ולפי חוק הלאום, טיעון זה מאבד את הלגיטימציה שלו ובמקומו יבוא הטיעון שצריך וחובה לפגוע במעמדה למען מימוש הגדרת המדינה כיהודית.

במסגרת הפרקטיקות שעל יסודן התנהלו רשויות השלטון. אך כעת חוק יסוד הלאום מבקש להנציח אותן באופן ברור ומפורש ובראשן שלילת זכויותיו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית במולדתו.⁶

המסקנה: חוק יסוד הלאום מפר את האיסורים המוחלטים על פי המשפט הבינלאומי

חוק יסוד הלאום משעה את עיקרי שתי מערכות המשפט היחידות הנתפסות כלגיטימיות על פי המשפט הבינלאומי. המערכת הראשונה היא מערכת המשפט המדינתי אשר צריכה להיות מבוססת על שוויון בפני החוק ושלטון החוק; המערכת השנייה היא מערכת המשפט הבינלאומי ההומניטארי שחלה על שטח כבוש. המשפט הבינלאומי ההומניטארי אוסר על סיפוח, הפלייה וכפיית זהותו החוקתית של הכוח הכובש, כולל הניסיון ליצור ללא הסכמה יחסי נאמנות לזהות זו ולחוקיה.

השעיה זו מובילה גם לשלילת זכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית בניגוד לצירטר של האו"ם וגם לכניסה אל התחום האסור: המשטר הקולוניאלי. משטר זה מתבטא בכפיית זהות חוקתית ללא הסכמה ושיתוף השוללת את הקשר בין ילידותם של הילידים הפלסטינים (האזרחים והתושבים) עם מולדתם, בעליונות אתנית יהודית ובשליטה.⁷ משטר קולוניאלי זה הוא מהסוג שנופל בגדר האיסורים המוחלטים על פי האמנה הבינלאומית המכריזה על פרקטיקות של אפרטהייד, לרבות חקיקה, כפשע נגד האנושות.

האמנה הבינלאומית בדבר חיסול וענישה של פשע האפרטהייד שמכריזה על אפרטהייד כפשע נגד האנושות מפנה להגדרה של ההפליה הגזענית שבאמנה הבינלאומית לביעור כל צורות ההפליה הגזענית. סי' 1 לאמנה מגדיר "הפליה גזענית" בתור כל אבחנה, הדרה, הגבלה או העדפה, בין היתר, על בסיס שיוך אתני או לאומי בין אם בכוונה או לפי מבחן התוצאה על ידי יצירת אפקט אשר מחליש או מבטל את המעמד השווה במימוש זכויות אדם וחירויות יסוד בתחומי החיים הפוליטיים, הכלכליים, החברתיים, התרבותיים או בכל תחום אחר בחיים הציבוריים. סעיף 2 לאמנת האפרטהייד מגדירה את הפשע של אפרטהייד ככולל פעולות – לרבות חקיקה – שמטרתן יצירת דמוניזציה והיררכיה שיטתית על ידי קבוצה אחת נגד קבוצה אחרת תוך כדי יצירת מצב של דיכוי והדרה שיטתיים בזכויות אדם ובתחומי החיים הפוליטיים, החברתיים, הכלכליים והתרבותיים. חוק יסוד הלאום מכריז על הכוונה להפלות את הערבים בתחומים העיקריים ביותר והחשובים ביותר ואשר עושים את האזרח לאזרח, את התושב לתושב וכן עושים את מי שנמצא תחת כיבוש כנתין מוגן. הוא מדיר ומפלה את הערבים בתחומי האזרחות, הקניין והקרקע, השפה והתרבות ומצדיק את נחיתותם בכל מישורי החיים על ידי הדרתם מהקהילה הפוליטית המרכיבה את הריבון במולדתם.

לכן, חוק יסוד הלאום נכנס לתחום הלא-לגיטימי ומכוון משטר קולוניאלי עם מאפייני אפרטהייד מובהקים בכך שהוא מבקש לקיים משטר שבו קבוצה אתנית-לאומית אחת שולטת בקבוצה לאומית-ילידית המתגוררת באותה טריטוריה תוך קידום עליונות אתנית, שמתבטאת, בין היתר, בקידום מדיניות גזענית בתחומי החיים הבסיסיים ביותר.

⁶ אכן חוק הלאום הוא בעיקר אנטי-פלסטיני מאחר והוא מבקש לשריין את ההשלכות המיידיות של הנכבה: שלילת הזכות להגדרה עצמית של העם הפלסטיני במולדתו (סעיף 1 לחוק), שלילת זכות השיבה של הפליטים הפלסטינים (סעיף 6 לחוק בענין "עלייה" ליהודים בלבד); אזרחותם של הפלסטינים שנתרו במולדתם נהפכה אזרחות מדרגה שנייה (סעיף 6 לענין חוק השבות); אובדן השפה הערבית כשפה רשמית במולדת (סעיף 4 לחוק).

⁷ Constitution Building Processes and Democratization (International Democracy and Electoral Assistance 2006) p. 7.

נספח ע/3

**המחקר של הלשכה
המשפטית לעניין
סעיפי מבוא בחוקות**

3/8 100



**הכנסת
הלשכה המשפטית
תחום חקיקה ומחקר משפטי**

**סעיפי מבוא בחוקות ובמסמכים חוקתיים אחרים –
רקע נורמטיבי וסקירה משווה**

ה' בתשרי התשע"ח

25 בספטמבר 2017

כתיבה: עו"ד גלעד נוה, ממונה (חקיקה ומחקר משפטי)
אישור: עו"ד הודיה קין, ממונה בכירה (חקיקה ומחקר משפטי)

מסמך זה הוא סקירה משפטית משווה ואינו חוות דעת משפטית

תמצית

מסמך זה נכתב לבקשת הייעוץ המשפטי של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: הוועדה), ועניינו **סקירה משווה של סעיפי מבוא בחוקות ובמסמכים חוקתיים אחרים ברחבי העולם, כמו גם מעמד המבוא לחוקה.**

המסמך כולל שני חלקים עיקריים: חלק המציג רקע נורמטיבי וכללי בדבר המבוא לחוקה, מאפייניו ומעמדו המשפטי; וכן חלק של סקירה משווה הבוחן את הוראות המבוא בחקיקה של מדינות שונות, ובפרט את יחס הפסיקה להוראות אלה (ככל שלמבוא יש מעמד משפטי כלשהו).

מטבע הדברים, המסמך מתמקד אך ורק במדינות שיש בהן חוקה או חוקים בסיסיים (חוקי יסוד). כמו כן, בהתאם לבקשת הייעוץ המשפטי לוועדה, במסמך נסקרו הדמוקרטיות החדשות במזרח אירופה, מדינות לאום דמוקרטיות שדומות במאפייניהן למדינת ישראל ואשר מתמודדות לעיתים עם אתגרים דומים מבחינה חוקתית, מדינית ופוליטית וכן מדינות אשר נבחרו להדגים היבטים שונים שהוצגו בחלק של הרקע הנורמטיבי. כך, במסגרת המסמך נסקרו המדינות שלהלן: גרמניה, הונגריה, ציכיה, יוון, פולין, מקדוניה, סלובקיה, סרביה, לטביה, אסטוניה, אוקראינה ודרום אפריקה.

מהסקירה עולות הנקודות שלהלן:

- ככלל, מקובל כי המבוא לחוקה מיועד להיות מעין הצהרה מקדימה לגוף החוקה. ככזה הוא מהווה שילוב של מסמך משפטי ומסמך טקסי וסמלי. יש מדינות שהמבוא של חוקתן נוטה לצד הטקסי ויש מדינות שבהן המבוא נוטה לצד המשפטי. נטייה זו מתבטאת הן בתוכן המבוא והן בצורת הניסוח שלו (צורת הצגת הטקסט, שימוש בשפה פורמלית או עממית, בשפה המעוררת השראה חיובית או כזו שמתארת מאבקים, מלחמה, או קשיים אחרים וכדומה).
- בין מאפייניו השכיחים יותר של המבוא לחוקה ניתן למצוא את השימוש באזכורים של נרטיבים היסטוריים או נרטיבים אחרים, ציון מקורות הסמכות לחקיקת החוקה (בין אם הם מקומיים-מוסדיים, תיאורטיים-מופשטים, או אפילו כאלה שמבוססים על החלטות ואירועים בינלאומיים). כמו כן, לעיתים קרובות ניתן למצוא במבוא ביטוי למטרות-על של המחוקקים, או לעקרונות יסוד שמאפיינים את החוקה או את המדינה.
- באשר למקור סמכות כאמור שהוא הקהילה הפוליטית שבשמה מכונים את החוקה, נהוגים סוגים שונים של הפניות, כגון: citizen, people, nation וכדומה. לסוג התיאור של הקהילה וללשונו עשוי להתלוות "מטען ערכי" (משפטי או אחר). תיאורים אלה יכולים להיחשב כאמירות מהותיות לא רק לגבי מקור הסמכות לחקיקת החוקה עצמו, אלא גם לגבי זהות הגורמים שנכללים במקור זה ומעמדם בתוך החברה. כך, המונחים השכיחים שמשמשים לתיאור הקהילה הפוליטית יכולים להיות בעלי משמעות שמושפעת מהקשרים חברתיים, היסטוריים ואחרים של מונחים אלה והם אף יתפרשו בהתאם לכך. לאור זאת, כפי שגם יוצג להלן, יש לקחת בחשבון את ההקשרים האמורים בעת ההשוואה למדינות הזרות. כמו כן, בהקשר של השימוש במונחים אלה יודגש, כי לעיתים קרובות מתבצע מעין איזון חוקתי במבוא לחוקה או בגוף החוקה עצמו כאשר התיאור הוא של קהילה פוליטית ספציפית. לדוגמה, כאשר במבוא לחוקה נעשית הפניה לעם או לאומה ספציפיים עשוי להתבצע מעין "איזון" בדמות הבטחת **שוויון זכויות למיעוטים אתניים**, או **הבטחת זכויות פריט** כאלה ואחרות **בגוף החוקה או במבוא לחוקה**. לחילופין, האיזון לעיתים מתבצע כך שבמקביל לאזכור קהילה פוליטית ספציפית **מאזכרות גם קבוצות מיעוטים לאומיות**

כמי שנוטלות אף הן חלק בהצהרה על כינון החוקה, או כמי שפועלות בשותפות להקמת המדינה או שותפות לערכיה.

- בהיותו חלק אינטגרלי מהחוקה, **התפקיד והמעמד של המבוא חורגים לעיתים מתפקיד או ממעמד שהוא טקסי-סמלי בלבד**, כך שניתנים למבוא גם תפקידים ומעמד שהם משפטיים מחייבים. במרבית המדינות שנסקרו שבהן ניתן למבוא מעמד משפטי, המתבטא בכך שהמבוא משמש כ**כלי פרשני מנחה**. לעומת זאת, בחלק מהמדינות שנבדקו נמצא כי למבוא ניתן **מעמד מיוחד המאפשר לו להיות מקור נורמטיבי לזכויות ולחובות ברי אכיפה**. יחד עם זאת, לא תמיד קיימת התאמה בין כוונת המחוקק בדבר מעמדו ותפקידו של המבוא ובין הפרשנות שניתנת למבוא בידי גופים שונים.

1. המבוא, מאפייניו ומעמדו המשפטי - רקע כללי

"חוקה" (constitution)¹ מוגדרת באופן מילוני כמכלול העקרונות והחוקים הבסיסיים של אומה, מדינה או קבוצה חברתית אחרת, אשר קובעים את הסמכויות והחובות של הממשלה ומבטיחים זכויות מסוימות לאזרחים. בהגדרה מעט אחרת, חוקה היא מסמך שמהווה את מכלול הכללים של ארגון פוליטי או חברתי.² כך, מבחינה תיאורטית-משפטית נהוג לראות בחוקה כמעין ביטוי או הגדרה של זהות הלאום, מטרותיו וערכיו, ולעיתים אף סוג של "רוח הקהילה".³ בתחום המחקר של משפט חוקתי השוואתי מקובלת ההנחה כי חוקות מתבססות לעיתים קרובות על מקורות היסטוריים ומשפטיים דומים. כתוצאה מכך, חוקות שונות ברחבי העולם עשויות לכלול מאפיינים דומים, שבהם מאפיינים רוחביים-תוכניים בפרט בד בבד עם מאפיינים חיצוניים-צורניים.⁴

כך, מבחינה צורנית, אחד הרכיבים השכיחים יותר במסמכים חוקתיים הוא המבוא לחוקה (Preamble). המבוא משמש מעין פתיח או הקדמה לחוקה. לעיתים קרובות המבוא נושא כותרת רשמית שמבדילה אותו מיתר חלקי המסמך (כגון: "מבוא", או כותרת חלופית אחרת), ולעיתים המבוא נטול כותרת אך מתוך תוכנו ומיקומו בטקסט ניתן להבין כי הוא משמש לצורך מתן הצהרות פותחות או מקדימות לגוף החוקה.⁵

זיהוי המבוא נעשה בדרך-כלל באמצעים טכניים (באמצעות כותרת סעיפיו ומיקומו בטקסט), עם זאת ניתן לזהות את חלקי המבוא גם באמצעות מדד תוכני-מהותי לפי מאפיינים שכיחים החוזרים על עצמם (ראו הרחבה להלן).⁶ ככלל, המבוא נחשב לאחד החלקים היציבים ביותר בחוקות והוא משתנה או מתעדכן רק לעיתים רחוקות (בין היתר בשל המאפיינים השכיחים והייחודיים של המבוא).⁷

מבחינה היסטורית, הרעיון של מבוא לדברי חקיקה הוא רעיון עתיק יומין, שאחד ממקורותיו הרעיוניים ביוון. ביוון העתיקה עלתה הדרישה הפילוסופית-משפטית כי המחוקק לא רק יורה על דרכי הפעולה המותרות והאסורות באמצעות החקיקה, אלא גם ישכנע את הקורא בצדקת חוקיו.⁸ במובנים רבים המבוא משמש עבור המחוקק גם כאמצעי או ככלי לניהול דיאלוג ושיח עם הרשות השופטת (ובפרט בהקשר של

¹ יוער, כי לשם הנוחות במרבית חלקי המסמך נעשה שימוש במונח "חוקה". יחד עם זאת, בחלקי התיאורטיים של המסמך נעשה לעיתים גם שימוש במונח הרחב יותר "מסמכים חוקתיים" כדי לתאר את האפשרות של סוגים שונים של מסמכים מסוג זה.

² Merriam-Webster's Collegiate Dictionary **Constitution**: "A. the basic principles and laws of a nation, state, or social group that determine the powers and duties of the government and guarantee certain rights to the people in it. B. written instrument embodying the rules of a political or social organization".

³ Zachary Elkins, Tom Ginsburg and James Melton, *THE ENDURANCE OF NATIONAL CONSTITUTIONS* (Cambridge University Press, 2009), 36-38. Vlad Perju, *Constitutional Transcripts, Borrowing and Migrations in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* (Michel Rosenfeld & Adras Sajo, ed.), 1304, 1309.

⁴ Tom Ginsburg, Nick Foti, and Daniel Rockmore, "We the Peoples": The Global Origins of Constitutional Preambles' (2014) 46 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 101.

⁵ אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל", המשפט 79 (2007), 81.

⁶ אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל", המשפט 79 (2007), עמודים 81-82.

⁷ אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל", המשפט 79 (2007), עמודים 81-82.

M/S. Buhari Sons Pvt. Ltd. vs. The State of Tamil Nadu (12 June, 2014), para 43: "No reading of any Constitution can be complete without reading it from the beginning to the end. While the end may expand, or alter, the point of commencement can never change. It is the Preamble wherefrom the Constitution commences. Hence, the significance of the Preamble".

⁸ Tom Ginsburg, Nick Foti, and Daniel Rockmore, "We the Peoples": The Global Origins of Constitutional Preambles' (2014) 46 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 107. Plato, *THE LAWS* 132 (Translation by Trevor J. Sanders, 2004).

קביעת ערכים בסיסיים ומטרות חוקתיות).⁹ רעיונות אלה תקפים גם בימינו וביטוי לרעיון של "שכנוע" בחלקי המבוא של דברי חקיקה ניתן למצוא גם בחקיקה מודרנית, ובתוך כך גם בחוקות מודרניות.¹⁰ בהקשר זה יוער, כי חוקת ארה"ב היא אחד המקורות המודרניים הידועים ביותר העושה שימוש במבוא כדי להסביר ולפרט את הרעיונות המרכזיים שמעוגנים בחוקה ובאים לידי ביטוי באמצעותה.¹¹

יש שמסווגים חוקות לשלושה מודלים בסיסיים, בין היתר, בהתאם לתוכן המבוא שלהן. מודלים אלה אומנם אינם "טהורים" וכל חוקה יכולה לכלול מאפיינים שונים מכל אחד מהמודלים השונים, אך במקרים רבים ניתן לזהות נטייה של חוקות ספציפיות למודל כזה או אחר.¹²

- **המודל הנפוץ במשפט המקובל (common law):**¹³ נקודת המוצא של מודל זה היא זו של חשש מפני ריכוז אפשרי של עוצמה שלטונית בלתי מרוסנת בידי המדינה (oppressive concentration of authority). לאור זאת, במודל זה נקבעות במסמכים החוקתיים מגבלות שונות על עוצמת המדינה ובדרך-כלל גם מעוגנות זכויות אדם וזכויות אזרחיות (וזאת במטרה להגביל את עוצמת המדינה). ביטויים שכיתים במבוא לחוקות מסוג זה כוללים מונחים מתחום זכויות האדם, הדגשת חירויות שונות, חופש וכדומה.

- **המודל הקונטיננטלי (civil law):**¹⁴ לעומת המודל הנפוץ במשפט המקובל, נקודת המוצא של המודל הקהילתי היא כזו שבמסגרתה המדינה נחשבת מעין גילום פיזי של הקהילה (community), ומעין כלי (vehicle) להשגת מטרות קהילתיות משותפות (ובפרט הבעת "רצון משותף" של הציבור). לאור זאת, במסמכים חוקתיים שנוטים למודל זה ניתן פעמים רבות דגש על הזהות המשותפת של אזרחי המדינה, ההיבטים השונים של החברות בקהילה וכן על סמלי המדינה. מסמכים חוקתיים מסוג זה נוטים להדגיש יותר מטרות קולקטיביות של הקהילה, זכויות חוביות של האזרחים וכן את חובות שיתוף הפעולה עם מנגנוני המדינה במטרה להשיג את המטרות המשותפות.

- **המודל האוניברסלי:** מודל נוסף, שהפך לנפוץ בעיקר לאחר מלחמת העולם השנייה ובדמוקרטיה החדשות, הוא המודל האוניברסלי. מודל זה הוא מודל שמניח את יסודות הלגיטימציה של המדינה על שילוב בין אדני המשפט החוקתי והמשפט הבינלאומי יחדיו. כך, במסמכים מסוג זה, בדרך-כלל, נפוצים יותר ביטויים של מחויבות המדינה לארגונים בינלאומיים שונים, נעשות הפניות לגופים אלה, או הפניות לעקרונות-על מהמשפט הבינלאומי בערוב עם עקרונות חוקתיים מקומיים שונים. כמו כן, במסמכים מסוג זה נפוצה יותר ההסתמכות על מושגים ורעיונות מופשטים מהמשפט הבינלאומי וכן אזכור אמנות מרכזיות.

כאמור לעיל, בניתוח השוואתי של חוקות יש כמה מאפיינים שכיתים (או נקודות השוואה מתקריות) שחוזרים על עצמם לעיתים קרובות, וביניהם:¹⁵

⁹ Kent Roach, The Uses and Audiences of Preambles in Legislation (2001) 47 McGill L.J. 129, pp 154-158.

¹⁰ Tom Ginsburg, Nick Foti, and Daniel Rockmore, "We the Peoples": The Global Origins of Constitutional Preambles' (2014) 46 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 107-108.

¹¹ Ibid, pp 108-109.

¹² David S. Law, Constitutional Archetypes 95 Texas Law Review 153 (2016), pp 155-182.

¹³ שיטת המשפט המקובל היא שיטה משפטית הנהוגה בעיקר בעולם האנגלו-אמריקאי, ובמיוחד במדינות השייכות לחבר העמים הבריטי או כאלה שהיו בעבר תחת שלטון בריטי (קנדה, אוסטרליה וכדומה).

¹⁴ שיטת המשפט הקונטיננטלי היא שיטה משפטית שנהוגה בעיקר במדינות אירופה השונות (גרמניה, צרפת וכדומה).

¹⁵ אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל", המשפט 79 (2007), עמודים 82-85.

• **אזכור מקור הסמכות לחקיקה - העם כריבון:** לעיתים קרובות מוזכר במבוא לחוקה הריבון כמקור לסמכות כינון החוקה. זאת, בין אם הריבון האמור הוא לאום או עם ספציפי, כלל אזרחי המדינה, גופים או מוסדות לאומיים נבחרים וכדומה. כך, יש שנעשה שימוש בהפניה כללית ומופשטת ל"עם" כדי לתאר את מקור הסמכות לקביעת החוקה (לדוגמה בחוקת ארה"ב: "We the people"). לחילופין, לעיתים, נעשה שימוש בהפניה לאומה ספציפית ולא לרעיון המופשט של "עם" (לדוגמה בחוקת ליטא: "The Lithuanian Nation - having established the State of Lithuania many centuries ago"). מעבר לכך, לעיתים, נעשה שימוש בנוסח כללי יותר שעוסק דווקא באזרחי המדינה ולא בלאום ספציפי או בעם ספציפי. לדוגמה, בחוקת סרביה מוזכרים (מסיבות שונות, ראו להלן) אזרחי המדינה: "the citizens of Serbia adopt", וגם בחוקת פולין נעשה שימוש בנוסח כללי יותר (בעקבות פשרות שונות) שמדגיש כי המקור הוא דווקא **כלל** האזרחים במדינה: "We, the Polish Nation - all citizens of the Republic". כמו כן, לעיתים, ההפניה היא לגופים או למוסדות נבחרים שמייצגים את העם כריבון,¹⁶ ולעיתים אף אין התייחסות כלשהי למקור הסמכות לחקיקה.¹⁷

כפי שניתן להבין, **לסוג ההפניה וללשון ההפניה למקורות הסמכות עשוי להתלוות "מטען ערכי" (משפטי או אחר), והפניות אלה יכולות להיחשב כאמירות מהותיות לא רק לגבי מקור הסמכות עצמו, אלא גם לגבי זהות הגורמים שנכללים במקור זה ומעמדם בתוך החברה.**¹⁸ כך, המונחים השכיחים שמשמשים לתיאור מקור סמכות שהוא קהילה פוליטית במבוא לחוקה (nation, citizen, people וכדומה) יכולים להיות בעלי משמעות שמושפעת מהקשרים חברתיים, תרבותיים, היסטוריים ואחרים של מונחים אלה והם אף יתפרשו בהתאם להם. לאור זאת, כפי שגם יוצג בפרק הסקירה המשווה, יש לקחת בחשבון את ההקשרים האמורים בעת ההשוואה למדינות

כמו כן, בהקשר של השימוש במונחים אלה יודגש, כי לעיתים קרובות מתבצע מעין איזון חוקתי במבוא לחוקה או בגוף החוקה עצמו כאשר ההפניה היא לקהילה פוליטית ספציפית. לדוגמה, כאשר נעשית הפניה לעם או לאומה ספציפיים עשוי להתבצע מעין "איזון" בדמות הבטחת שוויון זכויות למיעוטים אתניים, או הבטחת זכויות פרט כאלה ואחרות בגוף החוקה או במבוא לחוקה. לחילופין, האיזון יכול גם להתבצע כך שבמקביל לאזכור קהילה פוליטית ספציפית מאוזכרות גם קבוצות מיעוטים לאומיות כמי שנוטלות אף הן חלק בהצהרה על כינון החוקה, או כמי שפועלות בשותפות להקמת המדינה או שותפות לערכיה.¹⁹

• **אזכור נרטיב היסטורי:** כאמור, בחוקות לעיתים נעשות הפניות לנרטיבים היסטוריים. כך, פעמים רבות, המבוא לחוקה כולל אף הוא סקירה של אירועים היסטוריים מהעבר המשותף של

¹⁶ ראו לדוגמה חוקת ארגנטינה שמשלבת בין העם כריבון ובין הגוף הנבחר והמייצג של העם:

"We, the representatives of the people of the Argentine Nation, gathered in General Constituent Assembly".

¹⁷ אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל", המשפט 79 (2007), עמודים 82-83. ראו לדוגמה חוקת יוון: In the name of the Holy and Consubstantial and Indivisible Trinity.

¹⁸ שם, עמודים 82-83. ראו גם:

Geneviève Zubrzycki, "We, the Polish Nation": Ethnic and Civic Visions of Nationhood in Post-Communist Constitutional Debates, Theory and Society, Vol. 30, No. 5 (Oct., 2001), pp. 629-668.

¹⁹ Liav Orgad; The preamble in constitutional interpretation, International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 4, 1 October 2010, pp 714-738.

הקהילה, הלאום, העם וכדומה. כפי שהוצג לעיל, הפניות מסוג זה אל נרטיב היסטורי מקובלות בדרך כלל דווקא במודל הקהילתי, אך ניתן למצוא אותן גם בסוגים אחרים של חוקות (לרבות אלה שמשתייכות למודל הנפוץ במשפט המקובל). ככלל, אזכורים מסוג זה של הנרטיב המשותף מיועדים לגבש ולאחד, או לעצב זהות מופשטת משותפת. הביטוי לכך בנוסח המבוא הוא בדרך-כלל בדמות ציון אירועים שהשפיעו על הקמת המדינה, כינון החוקה, או על אופיים של אלה.²⁰

- **אזכור מטרות-על:** לעיתים יש במבוא לחוקה תיאור של התכליות המרכזיות שלשמן היא נקבעת. מטרת אלה יכולות להיות מטרת אוניברסליות (כגון: קידום הצדק, האחוה, זכויות אדם וכדומה), מטרת ממשלתיות-קהילתיות (דוגמת: יצירת פדרציה של מדינות וכדומה), מטרת כלכליות-חברתיות (דוגמת יצירת מדינה סוציאליסטית) ועוד.²¹
- **קביעת עקרונות יסוד, ערכים ושאיפות:** נושא מרכזי זה מהווה מעין הצהרת כוונות של המדינה בדבר עקרונותיה וערכיה ולעיתים קרובות הוא משתלב עם מטרת-העל. בין אם הדבר מתבטא בהצהרות שנוגעות לתרבות, או למורשת של המדינה, או למאפיינים אחרים דוגמת הרכבה הדמוגרפית, ובין אם הוא מתבטא בערכים אוניברסליים כערכי היסוד של המדינה (כגון: מחויבות לזכויות אדם, חירות, כבוד, שוויון, צדק וכדומה). לעיתים, נושא זה מתבטא גם במחויבות המדינה לעקרונות ולמקורות בינלאומיים (אמנות בינלאומיות, אמנת האום וכדומה) ולעיתים הוא גם מתבטא בהצגת עקרונות היסוד של המשטר (צורת החקמה של המדינה וכדומה).²²
- **אזכורים דתיים:** נושא נוסף שמקבל לעיתים ביטוי במבוא הוא אזכורים של האל או הדת. במקרים מסוימים מדובר בהצגת יסודות תיאולוגיים כלליים (הקמה של המדינה "בחסדי האל", או הצגת ברכה דתית אחרת להקמת המדינה וכדומה).²³ יתרה מכך, יש חוקות שבהן האל הוא בגדר מקור הסמכות המכונן.²⁴ לעומת זאת, יש מדינות שבהן המבוא דווקא מעגן הפרדת דת ומדינה (להבדיל מעיגון עקרון זה בגוף החוקה, כמו בארה"ב), או לחילופין מצהיר על היות המדינה חילונית.²⁵

²⁰ אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל", המשפט 79 (2007), 83. ראו לדוגמה בחוקת דרום אפריקה את ההפניות לסבל שנגרם לעם במדינה זו, כמו גם הבניה המשותפת של המדינה בידי העם לאור אירועי העבר (We, the people of South Africa, Recognise the injustices of our past; Honour those who suffered for justice and freedom in our land; Respect those who have worked to build and develop our country; and Believe that South Africa belongs to all who live in it, united in our diversity). לדוגמה חוקת בוסניה והרצגובינה שמזכירה את הסכמי הפסקת האש שבעקבותיהם המדינה הוקמה (Recalling the Basic Principles agreed in Geneva on September 8, 1995, and in New York on September 26, 1995).

²¹ אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל", המשפט 79 (2007), עמודים 83-84.

²² שם, 84.

²³ ראו לדוגמה המבוא לחוקת ברזיל שמזכיר את הגנת האל שבחסותה החוקה נקבעת ("under the protection of God"), או המבוא לציאטרר הקנדי שקובע כי קנדה נוסדה על בסיס עקרונות שמכירים בעליונות האל ובשלטון החוק (Whereas "Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law", או המבוא לחוקה הגרמנית שמזכיר את האחריות של המנסחים בפני האל ובפני בני האדם (Conscious of their responsibility before God and man).

²⁴ דוגמה מעניינת שהוזכרה כבר לעיל (בחסות הריבון כמקור הסמכות) היא יוון, שבה מקור הסמכות שמוזכר במבוא הוא השילוש הקדוש ("In the name of the Holy and Consubstantial and Indivisible Trinity"). דוגמה נוספת היא חוקת אירלנד, ראו:

Mark McKenna, Amelia Simpson and George Williams, First Words: The Preamble to the Australian Constitution, UNSW Law Journal Vol 24(2), 2001, page 383.

²⁵ לדוגמה המבוא לחוקת הודו שקובע בפתח הדברים כי המדינה מוקמת כרפובליקה דמוקרטית, סוציאליסטית, חילונית וריבונית (having solemnly resolved to constitute India into a Sovereign Socialist Secular Democratic Republic).

- **שפת המבוא** : מאפיין מעט טכני יותר של המבוא הוא זה שמתמקד בשפת המבוא ובסגנונו. כך, בחלק מהחוקות הנוסח במבוא חגיגי וחיוני, כולל ביטויים שנועדו לעורר השראה בקרב הקוראים והוא אינו מנוסח בצורה פורמלית כמו יתר חלקי החוקה. לעומת זאת, באחרות נעשה לעיתים שימוש בשפה פורמלית גם בחלקי המבוא, הסגנון שלו עשוי להיות קודר יחסית ואף לכלול מונחים וביטויים שנחשבים שליליים, כמו : מאבק, סכנות, הקרבה וכדומה.²⁷

- **אורך המבוא לחוקה** : מאפיין טכני נוסף נוגע לאורך המבוא. יש חוקות שבהן המבוא ארוך ומפורט (לדוגמה קרואטיה, הונגריה) ולעומתן יש חוקות שבהן המבוא קצר מאוד (לדוגמה יוון) ולעיתים אף אין מבוא בכלל בחוקות. מחקרים בתחום זה העלו כי במדינות חדשות, ובפרט במשטרים שהוקמו לאחר מהפכה, או במשטרים טוטליטריים שמבקשים "לשווק" את עצמם, אורך המבוא נוטה להיות ארוך יותר לעומת המבוא במדינות אחרות. כמו כן, ככל שבמבוא יש פירוט של אירועים היסטוריים מכוננים יש גם נטייה להארכה במבוא. ברי, כי כל אלה באים בד בבד עם השימוש במבוא לחוקה כסמל, להבדיל מהשימוש בה כטקסט משפטי-פרשני גרידא.²⁸

- **איזון בין היבטים בינלאומיים ומקומיים** : נושא נוסף שנדון בספרות המחקרית בעניין מבואות לחוקות נוגע לאיזון שבין היסודות הבינלאומיים (כגון : הפניות לאמנות בינלאומיות, הפניות למוסדות בינלאומיים ולהחלטותיהם, או לאירועים בינלאומיים בעלי חשיבות וכדומה) בהשוואה למבואות המתמקדים בנושאים מקומיים יותר באופיים (דוגמת הנרטיב ההיסטורי המקומי של הקמת המדינה, מקורות הסמכות המקומיים שנוגעים לכינון החוקה ועוד).²⁹

בנוסף לכך, כפי שיוצג בחלק הסקירה המשווה, למבוא יכולים להיות תפקידים ושימושים משפטיים (בין אם באופן עצמאי-חוקתי ובין אם ככלי פרשני, ראו להלן), אך פעמים רבות הוא משמש דווקא לצרכים פוליטיים, חינוכיים, היסטוריים ואחרים. כך, לעיתים קרובות, המבוא משמש דווקא למוקד מחקרי בקרב מלומדים מתחומי מדעי המדינה והחברה, והוא אף מוכר וידוע בתודעה הציבורית הכללית בשל השימושים הלא משפטיים שלו.³⁰

באשר לשימושים ולתפקידים המשפטיים השונים של המבוא, יש שלושה מודלים מרכזיים הנוגעים למעמד המשפטי שלו (יוער, כי כמו במקרה של מודלים לחוקות שהוצגו לעיל, גם כאן לא תמיד המבוא לחוקה עונה בהכרח על מודל אחד בלבד, ולעיתים בשיטה ספציפית יכול להיות שבמבוא יבוא לידי ביטוי יותר ממודל אחד):³¹

²⁶ שם, עמודים 84-85.

²⁷ לדוגמה, ראו את שפת המבוא והסגנון של חוקת דרום וייטנאם משנת 1965 בהשוואה לשפת המבוא של חוקת בהוטן משנת 2005. כמו כן ראו :

Tom Ginsburg, Nick Foti, and Daniel Rockmore, "We the Peoples": The Global Origins of Constitutional Preambles' (2014) 46 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 107, pp 114-115.

²⁸ Tom Ginsburg, Nick Foti, and Daniel Rockmore, "We the Peoples": The Global Origins of Constitutional Preambles' (2014) 46 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 107, pp 109-111.

²⁹ Tom Ginsburg, Nick Foti, and Daniel Rockmore, "We the Peoples": The Global Origins of Constitutional Preambles' (2014) 46 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 107, pp 115-117.

³⁰ אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל", המשפט 79 (2007), עמודים 85-92.

³¹ אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל", המשפט 79 (2007), עמודים 102-92.

Liav Orgad; The preamble in constitutional interpretation, International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 4, 1 October 2010, pp 714-738, footnote 52.

• **המודל הטקסי:** מודל זה שם דגש על המשמעויות הטקסיות, הסימבוליות ומעוררות ההשראה של המבוא לחוקה (מעין "רוח החוקה"), וזאת מבלי שניתן לו תוקף משפטי מחייב. הלכה למעשה, במודל זה המבוא הוא מעין הצהרת כוונות ערכית, אך לא מקור לזכויות יסוד או כלי פרשני.

הדוגמה המובהקת ביותר למודל הטקסי מצויה בארה"ב. אומנם, בארה"ב המבוא לחוקה מהווה מסמך מרכזי בדיונים ציבוריים ובמערכת החינוך, אך אין לו כל תוקף משפטי מחייב והוא נחשב לאחד החלקים של החוקה האמריקנית שכמעט ולא מצוטטים או מאוזכרים בפסיקה.³² מעבר לכך, בפסיקה האמריקנית אף נקבע מפורשות כי המבוא לחוקה (בניגוד לגוף החוקה עצמו) מעולם לא הוכר כחלק בעל נפקות משפטית מחייבת.³³

דוגמה נוספת, אך פחות מובהקת מזו שבארה"ב לשימוש במודל הטקסי, ניתן למצוא בצ'רטר הקנדי ("כתב הזכויות והחירויות הקנדי", Canadian Charter of Rights and Freedoms). המבוא לצ'רטר הקנדי קצר יחסית וקובע כדלקמן: "מאחר שקנדה מושתתת על עקרונות המכירים בעליונות האל ושלטון החוק" (הדגשה לא במקור).³⁴ בספרות המקצועית נטען כי הימצאות המילים "עליונות האל" במבוא סותרת את המונח "שלטון החוק" שמופיע אף הוא במבוא וכן סותרת חלקים אחרים בצ'רטר (ובפרט את הגדרת קנדה כחברה חופשית ודמוקרטית). כתוצאה מכך, הפרשנות בספרות המקצועית הייתה כי היחס למבוא צריך להיות כאל טקסט סמלי או טקסי בלבד (ולא כמקור פרשני).³⁵ עדויות לגישה זו ניתן למצוא בחלקים מהפסיקה הקנדית. כך, בבית המשפט העליון של אונטריו נקבע כי ככלל רק לעיתים נדירות בית המשפט יפנה להוראות המבוא של חוק וכי פנייה כאמור תעשה אך ורק בכדי להבהיר הוראות אופרטיביות עמומות בחוק. לפי בית המשפט העליון של אונטריו עקרון פרשני בסיסי זה חל גם ביחס למבוא בדברי חקיקה חוקתיים (דוגמת המבוא לצ'רטר).³⁶ בפסק דין אחר שניתן בבריטיש קולומביה נקבע כי על אף שהמונח "עליונות האל" מופיע במבוא לצ'רטר הרי שהוא בגדר "אות מתה" ואסור לבית המשפט "לנפוח חיים" במילים אלה.³⁷ עם זאת, במקביל לדוגמאות האמורות ניתן למצוא בפסיקה

בהקשר זה ראוי לציין כי לעיתים גם מתרחשת תופעה של העדר התאמה בין הציפיות של מנסחי המבוא ובין המציאות. כך לדוגמה, באוסטרליה מנסחי החוקה ציפו כי היא (לרבות המבוא) תהווה מוקד פרשני בפסיקת בית המשפט האוסטרלי, אולם בדיעבד השימוש במבוא היה אמביוולנטי ולא תמיד השימוש בפועל התאים לציפיות האמורות, להרחבה ראו:

Mark McKenna, Amelia Simpson and George Williams, First Words: The Preamble to the Australian Constitution, UNSW Law Journal Vol 24(2), 2001, 386-393.

³² אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל", המשפט יא 79 (2007), עמודים 93-94. לפי מאמר זה, בפסקי דין שנדונו בפני בית המשפט העליון בארה"ב בין השנים 1825-1990 המבוא לחוקה אוזכר 24 פעמים בלבד. כמו כן, אזכורים אלה ניתנו כמעט באופן בלעדי בידי שופטי המיעוט (מעל 83% מכל האזכורים היו של שופטי המיעוט).

³³ Jacobson v. Massachusetts, 197 U.S. 11, 22 (1904).

³⁴ The Canadian Charter of Rights and Freedoms (introductory sentence to the Constitution of Canada's Charter of Rights and Constitution Act, 1982), Preamble: "Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law".

³⁵ אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל", המשפט יא 79 (2007), עמודים 94-95.

³⁶ Zylberberg v. Sudbury Board of Education, 1988 CanLII 189: "It is a basic principle in the construction of statutes that a preamble is rarely referred to and, even then, is usually employed only to clarify operative provisions which are ambiguous. The same rule, in our view, extends to constitutional instruments".

³⁷ R. v. Sharpe, 1999 BCCA 416, 79: "They have become a dead letter and while I might have wished the contrary, this Court has no authority to breathe life into them for the purpose of interpreting the various provisions of the Charter".

ראו וחשו לדעת המיעוט של השופט בלזיל בפסק-הדין של בית המשפט לערעורים של אלברטה בפרשת Big M. Drug Mart Ltd (לפיה המבוא לצ'רטר יוצר מעין עיגון למורשת הנוצרית של קנדה):

R. v. Big M. Drug Mart Ltd., 1983 ABCA 268 (CanLII).

הקנדית גם דוגמאות להתייחסות חיובית לפחות לחלקיו האחרים של המבוא (גם אם התייחסות זו לא מעמידה את המבוא במפורש כמקור פרשני מחייב).³⁸ כך לדוגמה, בפסק-דין של בית המשפט העליון הקנדי צוין כי הימצאות המונח "שלטון החוק" במבוא היא בגדר **חיזוק להכרה בעקרון זה בעקרון חוקתי**.³⁹

• **המודל הפרשני**: ככלל, מודל זה מקובל יותר בשיטות המשפט ששייכות למשפחת המשפט המקובל. בשיטות אלה, בדרך-כלל, המבוא לכל דבר חקיקה ייחשב כסוג של "מפתח" (key) פרשני להבנת החקיקה, אך במקרה של קונפליקט בין הוראות המבוא ובין הוראות גוף החקיקה, גוף החקיקה יצא כשידו על העליונה. יוער, כי כלל פרשני זה לעיתים אף מעוגן בדברי חקיקה פרשניים חיצוניים לחוקה (כלומר, לאו דווקא בחוקה עצמה).⁴⁰ כך, בסוג הזה של מודל יש למבוא מעמד פרשני-מנחה בנוסף על הערכים הטקטיים והסמליים דלעיל. הלכה למעשה, במודל זה, בתי המשפט רשאים לשאוב מתוך המבוא עקרונות יסוד לצורך הפרשנות החוקתית וכאשר הם ניצבים בפני כמה פרשנויות אפשריות של הוראה הם מונחים לבחור בזו שמתיישבת באופן הטוב ביותר עם המבוא. במובן זה המבוא הוא מעין "מצפן חוקתי" לפרשנות.⁴¹

דוגמה לשימוש במודל זה ניתן למצוא במדינות שונות ברחבי העולם. דוגמה מובהקת היא דרום-אפריקה, שבה בתי המשפט, ובית המשפט החוקתי בפרט, עושים שימוש תדיר בסעיף המטרות של החוקה (שנסקר בהרחבה בחלק הסקירה המשווה של מסמך זה) לצורך פרשנות החוקה וחקיקה כללית.⁴² דוגמאות נוספות ניתן למצוא באסטוניה, אוקראינה, גרמניה (באופן חלקי) וליטא, שבהן נעשה שימוש בעבר בהוראות המבוא בידי בתי המשפט כדי לבחון דברי חקיקה שונים ולהכריע בדבר חוקתיותם.⁴³

• **המודל העצמאי (או המהותי)**: במודל זה המבוא מהווה חלק אינטגרלי מהחוקה ויש לו תוקף משפטי עצמאי ומחייב, בדומה ליתר חלקי החוקה. כך, המבוא משמש לא רק למקור פרשני, אלא יוצר בעצמו זכויות וחובות ברי אכיפה.

³⁸ Reference re Secession of Quebec [1998] 2 S.C.R. 217, at para 51-54: "The principles [of the Preamble] dictate major elements of the architecture of the Constitution itself and are as such its lifeblood. The principles assist in the interpretation of the text and the delineation of spheres of jurisdiction, the scope of rights and obligations, and the role of our political institutions ... the principles are not merely descriptive, but are also invested with a powerful normative force, and are binding upon both courts and governments".

³⁹ Re Manitoba Language Rights, [1985] 1 SCR 721, 1985 CanLII 33 (SCC): "The constitutional status of the rule of law is beyond question. The preamble to the Constitution Act, 1982 states: Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law. (Emphasis added.) This is explicit recognition that "the rule of law [is] a fundamental postulate of our constitutional structure". יוער, כי מיד לאחר מכן, בית המשפט הקנדי מציין כי גם ביתר חלקי הצירטר יש הכרה בעקרון זה (ומכאן שלכאורה לא רק מכוח המבוא יש הכרה חוקתית בעקרון). כן, ראו להלן לעניין ההכרה בעקרון זה במשפט החוקתי הקנדי:

Reference Re BC Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486: "have been recognized as essential elements of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in 'the dignity and worth of the human person' (preamble to the Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III) and on "the rule of law" (preamble to the Canadian Charter of Rights and Freedoms)".

⁴⁰ Liav Orgad; The preamble in constitutional interpretation, International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 4, 1 October 2010, pp 723-724.

⁴¹ אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל", המשפט 79 (2007), 95.

⁴² שם, ראו דוגמאות בעמודים 95-96.

⁴³ Liav Orgad; The preamble in constitutional interpretation, International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 4, 1 October 2010, pp 723-726.

דוגמא למודל זה ניתן למצוא במבוא לחוקת הרפובליקה החמישית בצרפת (1958). המבוא לחוקת האמורה מפנה להצהרת זכויות האדם והאזרח שניתנה בתום המהפכה הצרפתית (1789) ולמבוא לחוקת הרפובליקה הרביעית (1946).⁴⁴ בחוקה עצמה (חוקת הרפובליקה החמישית) אין עיגון של זכויות אדם (בשל מחלוקות שונות וחשש מביקורת שיפוטית), אולם במקורות שהמבוא מפנה אליהם קיים עיגון משמעותי של זכויות כאמור ואף הפניות לדברי חקיקה מוקדמים עוד יותר שמקנים זכויות כאמור. בשנת 1971 הכירה המועצה החוקתית בצרפת (Conseil constitutionnel)⁴⁵ במבוא לחוקה משנת 1958 כמקור מחייב ועצמאי לזכויות אדם ואזרח (ובשל ההפניה שבמבוא לחוקה משנת 1958 גם במבוא לחוקה משנת 1946 כמקור כזה). כתוצאה מכך, פסלה המועצה חוק שהיה מנוגד לחופש ההתאגדות שהוכר במבוא לחוקה משנת 1946 (אך לא הוכר בחוקה משנת 1958). הלכה למעשה, ההכרה לא רק הביאה למתן מעמד מיוחד למבוא לחוקה משנת 1958, אלא גם למבוא לחוקה משנת 1946 (וכן לחוקים אחרים שהוכרו במבוא לחוקה משנת 1946 שנחקקו בתקופת הרפובליקה השלישית בצרפת).⁴⁶

דוגמה נוספת ניתן למצוא בשימוש במבוא לחוקה בהודו. בתי המשפט בהודו מתייחסים למבוא לחוקה כבעל תפקיד עליון בפרשנות חוקתית וחקיקתית וכחלק אינטגרלי מהחוקה עצמה. כך, חוקים שמונוגדים למבוא לחוקה מוכרזים כבטלים ובתי המשפט מעצבים את צביונה של הודו בהתאם להוראות המבוא (בין היתר כרפובליקה סוציאלית, כמדינה חילונית ועוד).⁴⁸

⁴⁴ Constitution of France (1958) (Constitution of the Fifth Republic), Preamble: "The French people solemnly proclaim their attachment to the Rights of Man and the principles of national sovereignty as defined by the Declaration of 1789, confirmed and complemented by the Preamble to the Constitution of 1946, and to the rights and duties as defined in the Charter for the Environment of 2004".

⁴⁵ המועצה החוקתית היא הסמכות החוקתית הגבוהה ביותר בצרפת. תפקידה המרכזי הוא לבחון את התאמתן של הצעות חוק שאושרו בפרלמנט להוראות החוקה הצרפתית בטרם כניסתן לתוקף (מודל "הביקורת המקדימה"). החברים במועצה כוללים פוליטיקאים לשעבר שהיו ראשי הרפובליקה הצרפתית (כהונתם פוקעת אם הם תוזרים לפוליטיקה), וכן גורמים נוספים שמתמנים בידי גורמי שלטון שונים (ראש הסנאט, ראש האסיפה הכללית וכדומה). המינויים מאושרים בידי הפרלמנט. להרחבה ראו: אֶתֶר האֵינטֶרנֶט של המועצה החוקתית בצרפת, כניסה אחרונה 15.8.2017.

⁴⁶ הרפובליקה שפעלה בין השנים 1871-1940.

⁴⁷ אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל", המשפט יא 79 (2007), 100-99. ראו לדוגמה:

Recueil des décisions du Conseil constitutionnel, 1993, 547.

⁴⁸ שם, עמודים 100-101. לדוגמאות לשימוש במבוא לחוקה בפסיקה בהודו, ראו:

Re: Beruberi Union (I), (1960) 3 SCR 250. Kesavanada Bharati v. State of Kerala, AIR 1973 SC 1461. Excel Wear v. Union of India, AIR 1979 SC 25. D.S. Nakara v. Union of India AIR 1983 SC 130. St. Xaviers College v. State of Gujarat, AIR 1974 SC 1389. S.R. Bommai v. Union of India, (1994) SCC 1. Aruna Roy v. Union of India, AIR 2003 SC 3176.

2. סקירה משווה

בטרם נפנה לסקירת הוראות סעיפי המבוא בחקיקה הזרה נציין כי בהתאם לבקשה שהוגשה לנו בחרנו מלכתחילה לסקור הוראות אלה במדינות שמאפייניהן דומים לאלה של ישראל, או במדינות שנמצא בהן ביטוי למאפיינים השכיחים במבואות לחוקות שהוצגו לעיל, או במדינות ספציפיות שהתבקשו לסקור במסגרת הבקשה. כך, בסקירה המשווה מוצגות ההוראות הרלוונטיות במדינות שלהלן: גרמניה, הונגריה, צ'כיה, יוון, פולין, מקדוניה, סלובקיה, סרביה, לטביה, אסטוניה, אוקראינה ודרום אפריקה.

עוד יוער, כי במסגרת הסקירה בחרנו להביא את הוראות המבוא המלאות כפי שהן מופיעות בחוקות השונות שנסקרו. זאת, בין היתר, בכדי שהצגתן תעשה בד בבד עם הצגת החקש הרעיוני-תוכני שבו הן מופיעות במבוא (ולא במנותק מהקשרים אלה), כמו גם בכדי להבליט את האיזונים שנעשו ביחס להוראות אלה.

מעבר לכך, יוער כי בסקירה נעשה שימוש בתרגומים רשמיים של מקורות זרים, אולם באותם המקומות שבהם תרגומים כאמור לא היו זמינים נעשה שימוש במידע שמצוי בדוחות בינלאומיים, ספרות מקצועית וכן תרגומים לא רשמיים של הסעיפים הרלוונטיים.

2.1 גרמניה

ככלל, בגרמניה לא נהוגה השיטה של הוספת פסקאות מבוא לדברי חקיקה. החריג המרכזי לכך הוא הנוהג של הוספת מבוא במסמכים חוקתיים.⁴⁹ כך, בחוק הבסיסי הגרמני (להלן – "החוק הבסיסי"),⁵⁰ כמו גם בחוקות של המדינות שמרכיבות את הפדרציה הגרמנית (ה-Laender) קבועים פרקי מבוא.⁵¹ המבוא לחוק הבסיסי הגרמני קובע כדלקמן:⁵²

⁴⁹ כך, גם בחוקות של הישויות שקדמו לפדרציה הגרמנית היו קבועים פרקי מבוא (בחוקה של גרמניה המערבית, רפובליקת ויימאר ועוד). מעבר לכך, בתקופת השלטון הנאצי דווקא כן היה נהוג להוסיף פרקי מבוא לכל דברי החקיקה, פרקים אלה היו מפורטים והציגו את האידיאולוגיה שמאחורי דברי החקיקה, בעוד שגוף החקיקה עצמו היה לעיתים קרובות קצר יחסית. לחרתה ראו:

Justin Orlando Frosini, *Constitutional Preambles. At a Crossroads Between Politics and Law* (Maggioli S.p.A., 2012).

⁵⁰ Basic Law for the Federal Republic of Germany (Print version, 2010).

החוק הבסיסי הגרמני, חוק היסוד של הרפובליקה הפדרלית של גרמניה (Grundgesetz Bundesrepublik für Deutschland) מחווה את חוקת גרמניה. החוק מסדיר את מבנה הרפובליקה הגרמנית, כמו גם מעגן את זכויות האדם השונות.

⁵¹ Michael Silagi, *The Preamble of the German Grundgesetz—Constitutional Status and Importance of Preambles in German Law*, AJH 52, No 1, pp. 54–63 (2011).

לשם שלמות התמונה יוער, כי סעיף 80 לחוק הבסיסי עצמו קובע כי "אמצעים סטטוטוריים" (statutory instruments), או בגרמנית (Verordnungen) חייבים לכלול הצהרה מקדימה בדבר הבסיס המשפטי שלהם (אך אין בהכרח משמעות הדבר כי לדברי חקיקה נלווה מבוא במובנו הקלאסי). ראו:

Basic Law for the Federal Republic of Germany (Print version, 2010), Article 80: "(1) The Federal Government, a Federal Minister or the Land governments may be authorised by a law to issue statutory instruments. The content, purpose and scope of the authority conferred shall be specified in the law. Each statutory instrument shall contain a statement of its legal basis. If the law provides that such authority may be further delegated, such subdelegation shall be effected by statutory instrument".

⁵² Basic Law for the Federal Republic of Germany (Print version, 2010), Preamble: "Conscious of their responsibility before God and man, Inspired by the determination to promote world peace as an equal partner in a united Europe, the German people, in the exercise of their constituent power, have adopted this Basic Law. Germans in the Länder of Baden-Württemberg, Bavaria, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hesse, Lower Saxony, Mecklenburg-Western Pomerania, North Rhine-Westphalia, Rhineland-Palatinate,

”מתוך מודעות לאחריותם בפני האל ובפני בני האדם, ומתוך השראה מהחלטתם לקדם שלום עולמי וכשותפים שווים באחדות אירופה, העם הגרמני, מאמץ את החוק הבסיסי (החוקה, basic law) באמצעות הפעלת כוח מכונן”. עוד נקבע במבוא, כי ”גרמנים מהמדינות השונות והמחוזות שמרכיבות את גרמניה השיגו אחדות וחירות בגרמניה כחלק מביטוי עצמי. החוק הבסיסי חל על כל העם הגרמני”.

ככלל, היחס למבוא לחוק הבסיסי בפסיקה הגרמנית הוא כאל כלי פרשני, שאומנם לעיתים מחזק את הוראות החוק הבסיסי גופן,⁵³ אך לא כאל מקור לזכויות ברות אכיפה.⁵⁴

כך לדוגמה, לפני איחוד גרמניה וכינון החוק הבסיסי בנוסחו הנוכחי, בית המשפט החוקתי הפדראלי (במערב גרמניה) דן בעתירה כנגד אמנה שנחתמה בין ממשלת גרמניה המזרחית (הרפובליקה הדמוקרטית הגרמנית, German Democratic Republic, שהייתה תחת השלטון הקומוניסטי) וגרמניה המערבית (הרפובליקה הפדרלית הגרמנית, Bundesrepublik Deutschland, שהייתה מדינה דמוקרטית). העותרת - ממשלת בוואריה, טענה כי האמנה האמורה לא חוקתית, בין היתר, מכיוון שהיא הייתה מנוגדת להוראות המבוא לחוקה דאז, שכללו התייחסות לאוכלוסיות תחת השלטון במזרח גרמניה ואשר השתתפותן בהליכים הדמוקרטיים נמנעה ("Germans to whom participation was denied"). בית המשפט הפדראלי קבע כי למבוא לחוקה הגרמנית אומנם אין רק חשיבות פוליטית, אלא גם השלכות משפטיות. יחד עם זאת, בית המשפט גם קבע כי לאורגנים הפוליטיים של גרמניה שיקול דעת רחב לעניין דרך הפעולה הפוליטית המתאימה למימוש החוקה וכי אין להתייחס למבוא כמחייב לפעול בדרך ספציפית.⁵⁵

מקרה נוסף שבו נדונו הוראות המבוא היה בהקשר של אישור אמנת ליסבון משנת 2009 בידי גרמניה. אמנת ליסבון היא אמנה שנחתמה בין החברות באיחוד האירופי שהרחיבה את סמכויותיו, בין היתר, בתחומי יחסי החוץ והביטחון ועיגנה את המבנה הנוכחי של האיחוד. בפסק-הדין נדונה השאלה האם אישור האמנה בידי גרמניה עומד בסתירה להסדרים החוקתיים שהיו קיימים במדינה. בית המשפט קבע כי האמנה לא סותרת את הסדר החוקתי או את הריבונות הגרמנית, וזאת, בין היתר, על בסיס הוראות המבוא לחוק הבסיסי. כך, בקביעתו ציין בית המשפט כי האמנה דווקא עומדת בקנה אחד עם "רצון המבוא" וזאת לנוכח המטרות הכלליות שמופיעות במבוא, וביניהן: קידום השלום העולמי וכן שותפות שווה באחדות אירופה.⁵⁶

Saarland, Saxony, Saxony-Anhalt, Schleswig-Holstein and Thuringia have achieved the unity and freedom of Germany in free self-determination. This Basic Law thus applies to the entire German people”.

⁵³ Liav Orgad; The preamble in constitutional interpretation, International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 4, 1 October 2010.

⁵⁴ Liav Orgad; The preamble in constitutional interpretation, International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 4, 1 October 2010, pp 725-726. Wim Voermans, Maarten Stremmer, Constitutional Preambles: A Comparative Analysis (Edward Elgar Publishing, Inc., 2017), chapter 7.3. Michael Silagi, The Preamble of the German Grundgesetz—Constitutional Status and Importance of Preambles in German Law, AJH 52, No 1, pp. 54–63 (2011).

⁵⁵ Wim Voermans, Maarten Stremmer, Constitutional Preambles: A Comparative Analysis (Edward Elgar Publishing, Inc., 2017), chapter 7.3.

⁵⁶ Liav Orgad; The preamble in constitutional interpretation, International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 4, 1 October 2010, pp 725-726.

2.2. הונגריה

חוקת הונגריה הנוכחית היא תולדה של התפתחויות היסטוריות שונות, וביניהן: הכיבוש הסובייטי של המדינה לאחר מלחמת העולם השנייה שלא אפשר קביעת חוקה דמוקרטית וחופשית, כמו גם החלטת הממשלה ההונגרית משנת 2010 לתקן את החוקה הקודמת שנקבעה כחוקה זמנית. כפי שיוצג, לגבי החוקה החדשה של הונגריה נערך דוח שאומץ בידי ועדת ונציה⁵⁷ (להלן בחלק זה - הדוח).⁵⁸ בדוח מנותחת החוקה כולה והליכי החקיקה שקדמו לכינונה, לרבות ביקורת על צורת החקיקה של החוקה (ובפרט העדר שקיפות בהליכים).⁵⁹ כפי שיוצג להלן, בדוח זה אף ניתנו הערות ספציפיות לנושאים שונים בחוקה, לרבות לעניין המבוא לחוקה ההונגרית החדשה.

המבוא לחוקת הונגריה מהווה שילוב בין נרטיבים היסטוריים ולאומיים, ערכי יסוד של המדינה, סעיפי מטרה ועוד. כך, המבוא כולל התחייבויות חוקתיות ואחרות בדבר עתיד המדינה וקביעות שונות בדבר אופייה העתידי והרצוי. המבוא, הארוך יחסית (ביחס למבואות אחרים שנסקרו במסמך זה ובאופן כללי), קובע כדלקמן:⁶⁰

⁵⁷ ועדת ונציה (European Commission for Democracy through Law), בתרגום מילולי: "המועצה האירופית לדמוקרטיה באמצעות חקיקה", היא גוף מייצג למועצת אירופה בתחום המשפט החוקתי (מועצת אירופה (European Council) היא גוף שאינו חלק מהאיחוד האירופי, אשר בין מטרותיו קידום שיתוף פעולה אירופי ועקרונות דמוקרטיים, בין המדינות החברות בו נכללות גם מדינות האיחוד).

⁵⁸ Venice Commission, Opinion on the New Constitution of Hungary, Opinion no. 618/2011.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ The Hungarian Constitution, Preamble: "WE, THE MEMBERS OF THE HUNGARIAN NATION, at the beginning of the new millennium, with a sense of responsibility for every Hungarian, hereby proclaim the following: We are proud that our king Saint Stephen built the Hungarian State on solid ground and made our country a part of Christian Europe one thousand years ago. We are proud of our forebears who fought for the survival, freedom and independence of our country. We are proud of the outstanding intellectual achievements of the Hungarian people. We are proud that our people has over the centuries defended Europe in a series of struggles and enriched Europe's common values with its talent and diligence. We recognise the role of Christianity in preserving nationhood. We value the various religious traditions of our country. We promise to preserve the intellectual and spiritual unity of our nation torn apart in the storms of the last century. We proclaim that the nationalities living with us form part of the Hungarian political community and are constituent parts of the State. We commit to promoting and safeguarding our heritage, our unique language, Hungarian culture, the languages and cultures of nationalities living in Hungary, along with all man-made and natural assets of the Carpathian Basin. We bear responsibility for our descendants; therefore we shall protect the living conditions of future generations by making prudent use of our material, intellectual and natural resources. We believe that our national culture is a rich contribution to the diversity of European unity. We respect the freedom and culture of other nations, and shall strive to cooperate with every nation of the world. We hold that human existence is based on human dignity. We hold that individual freedom can only be complete in cooperation with others. We hold that the family and the nation constitute the principal framework of our coexistence, and that our fundamental cohesive values are fidelity, faith and love. We hold that the strength of community and the honour of each man are based on labour, an achievement of the human mind. We hold that we have a general duty to help the vulnerable and the poor. We hold that the common goal of citizens and the State is to achieve the highest possible measure of well-being, safety, order, justice and liberty. We hold that democracy is only possible where the State serves its citizens and administers their affairs in an equitable manner, without prejudice or abuse. We honour the achievements of our historical constitution and we honour the Holy Crown, which embodies the constitutional continuity of Hungary's statehood and the unity of the nation. We do not recognise the suspension of our historical constitution due to foreign occupations. We deny any statute of limitations for the inhuman crimes committed against the Hungarian nation and its citizens under the national socialist and the communist dictatorship. We do not recognise the communist constitution of 1949, since it was the basis for tyrannical rule; therefore we proclaim it to be invalid. We agree with the Members of the first free National Assembly, which proclaimed as its first decision that our current liberty was born of our 1956 Revolution. We date the restoration of our country's self-determination, lost on the nineteenth day of March 1944, from the second day of May 1990, when the first freely elected organ of popular representation was formed. We shall consider this date to be the beginning of

"אנו, חברי האומה ההונגרית, בתחילת המילניום החדש עם תחושת אחריות כלפי כל הונגרי, מצהירים כדלקמן:

אנו גאים במלכנו סטפן הקדוש שבנה את המדינה ההונגרית על יסודות יציבים והפך את ארצנו לחלק מאירופה הנוצרית לפני אלף שנים.

אנו גאים באבות המייסדים שנלחמו עבור ההישרדות, החירות והעצמאות של המדינה.

אנו גאים בהישגים האינטלקטואליים היוצאים מן הכלל של העם ההונגרי.

אנו גאים כי עמנו הגן על אירופה לאורך השנים בסדרת מאבקים והעשיר את הערכים המשותפים של אירופה בכישרון ובחריצות שלו.

אנו מכירים בתפקיד שהנצרות מילאה בשמירת האומה. אנו מעריכים את המסורות הדתיות השונות של ארצנו.

אנו מבטיחים לשמר את האחדות הרוחנית והאינטלקטואלית של האומה שנקרעה לגזרים בסערות האלף הקודם. הלאומים שחיים בקרבנו הם חלק מהקהילה הפוליטית ההונגרית ומהווים מרכיב במדינה.

אנו מחויבים לקידום ולהגנה על המורשת, השפה הייחודית, התרבות ההונגרית, וכן השפה והתרבות של כל הלאומים שחיים בהונגריה, יחד עם כל הנכסים הטבעיים ואלה שהם מעשי ידי אדם באגן הקרפטי (Carpathian Basin). אנו נושאים באחריות עבור צאצאינו, ולכן נפעל להגן על תנאי החיים למען הדורות הבאים באמצעות שימוש זהיר במשאבים ממשיים, רוחניים וטבעיים.

אנו מאמינים כי התרבות הלאומית שלנו מהווה תרומה עשירה לגיוון באחדות האירופית.

אנו מכבדים את החירות של תרבויות ושל לאומים אחרים, ונפעל לשתף פעולה עם כל אומה אחרת ברחבי העולם.

אנו מאמינים כי הקיום האנושי מבוסס על כבוד אנושי.

אנו מאמינים כי חירות אישית יכולה להיות שלמה רק תוך שיתוף פעולה עם אחרים.

אנו מאמינים כי המשפחה והאומה מהווים מסגרת מרכזית לדו-הקיום שלנו וכי ערכי היסוד המלכדים שלנו הם נאמנות, אמונה ואהבה.

אנו מאמינים כי כוחה של הקהילה והכבוד לכל אדם מבוססים על העמל (labour), שהוא יציר של המנוח האנושי.

אנו מאמינים כי יש לנו חובה כללית לעזור לפגיעים ולעניים.

אנו מאמינים כי מטרה משותפת של אזרחים ושל המדינה היא להשיג רווחה, ביטחון, בטיחות, סדר, צדק וחירות גדולים ככל הניתן.

אנו מאמינים כי דמוקרטיה יכולה להיות אפשרית רק אם המדינה משרתת את אזרחיה ומנהלת את ענייניהם באופן שוויוני, ללא דעה קדומה או שימוש לרעה.

אנו מכבדים את הישגי החוקה ההיסטורית שלנו ומכבדים את הכתר הקדוש, שמסמל את ההמשכיות של הונגריה כמדינה ואחדות הלאום.

אנו לא מכירים בהשעיה של ריבונותנו בשל כיבוש זר. אנו מכחישים כל טענת התיישנות בדבר פשעים לא אנושים שבוצעו כנגד האומה הגרמנית ואזרחיה תחת הדיקטטורות הנאציות (לאומנות סוציאליסטית) והקומוניסטית.

our country's new democracy and constitutional order. We hold that after the decades of the twentieth century which led to a state of moral decay, we have an abiding need for spiritual and intellectual renewal. We trust in a jointly-shaped future and the commitment of younger generations. We believe that our children and grandchildren will make Hungary great again with their talent, persistence and moral strength. Our Fundamental Law shall be the basis of our legal order; it shall be an alliance among Hungarians of the past, present and future. It is a living framework which expresses the nation's will and the form in which we want to live. We, the citizens of Hungary, are ready to found the order of our country upon the common endeavours of the nation".

אנו לא מכירים בחוקה הקומוניסטית משנת 1949, מאחר והבסיס לה היה שלטון רודני ומצהירים כי היא בטלה.

אנו מסכימים עם החברים של הפרלמנט הראשון, שהצהירו כי חירותנו הנוכחית נובעת ממהפכת 1956.

אנו קובעים כי מועד חידוש ההגדרה העצמית של מדינתנו, שאבדה ב-19 למרץ 1944, הוא השני במאי 1990, כאשר הוקם גוף שנבחר בבחירות חופשיות. אנו סבורים כי תאריך זה הוא מועד התחילה של הדמוקרטיה החדשה והסדר החוקתי של מדינתנו.

אנו מאמינים כי לאחר העשורים של המאה העשרים שהובילו למצב של שחיתות מוסרית, נוצר צורך בהתחדשות רוחנית ואינטלקטואלית.

אנו שמים מבטחנו בעתיד שיעוצב יחדיו ובמחויבות הדורות הצעירים. אנו מאמינים כי ילדינו ונכדינו יהפכו את הונגריה לגדולה שוב באמצעות כישוריהם, התמדתם וכוחם המוסרי.

החוק הבסיסי שלנו יהיה הבסיס לסדר המשפטי שלנו; ברית בין העבר, ההווה והעתיד ההונגריים; מסגרת חיה המבטאת את רצון העם והצורה שבה אנו רוצים לחיות.

אנו, אזרחי הונגריה, מוכנים לקבוע את הסדר של ארצנו באמצעות המאמצים המשותפים של האומה."

במסגרת ההערות הספציפיות בדוח ועדת ונציה הוקדש חלק לנושא המבוא לחוקה ההונגרית החדשה.⁶¹ לפי מחברי הדוח, **התכלית המרכזית של מבוא לחוקה היא תכלית פוליטית**, וככזה הוא נועד להדגיש את עקרונות וערכי המדינה, כמו גם לספק "ערבויות" לאוכלוסיית המדינה בדבר אופייה ומאפייניה. לאור זאת, לפי הדוח, ניתן להבין את הדגש שניתן במבוא על היסודות הלאומיים וההיסטוריים המשותפים בהונגריה, ובתוך כך גם הדגשת היסודות הנוצריים של המדינה. כמו כן, בדוח מצוין לחיוב הניסיון לאזן יסודות אלה באמצעות האזכור החיובי של הרצון לשלב את התרבות ההונגרית במגוון חברתי באירופה, כיבוד תרבויות ולאומים אחרים וכן השאיפה לשיתוף פעולה עם אומות אחרות. יחד עם זאת, מכיוון שהוראות החוקה מתייחסות אליה כמכלול מבחינה פרשנית (לרבות חלקי המבוא),⁶² הרי שלדעת המחברים ראוי היה לנסח בצורה ברורה ומדויקת יותר חלקים במבוא כפי שמקובל לעשות עם טקסטים משפטיים אחרים.⁶³ בדוח מצוינות כמה נקודות ספציפיות במבוא שעלולות לעורר קושי, וביניהן:

- **ההצהרה בדבר חוסר ההכרה בחוקה הקומוניסטית משנת 1949:** לפי הדוח, אם הצהרה זו לא נוסחה כהצהרה פוליטית גרידא במבוא, אלא במטרה שיהיו לה השלכות משפטיות, הרי שהחוקה הקומוניסטית עלולה להיחשב בטלה ex tunc (מלכתחילה). כתוצאה מכך, בטלותה עשויה להביא גם לבטלות של כל דברי החקיקה שנקבעו מכוחה, לפגיעה בהלכות הפסקות של בית המשפט החוקתי ההונגרי שהתבססו על החוקה משנת 1949, וכן לפגיעה במבנים החוקתיים של מוסדות השלטון ההונגרי. לפי הדוח, אם לעומת זאת ההצהרה פוליטית בלבד ונועדה להפריד בין המשטר הקומוניסטי הישן ובין המשטר הנוכחי הרי שאין לה השלכות מסוג זה. לפי מחברי הדוח, ניתן למצוא יסודות פרשניים לגישה השנייה במבוא (בכל אותם החלקים שעוסקים במועד השבת ההגדרה העצמית החופשית של הונגריה) וכן מהשיחות שנערכו בין

⁶¹ Venice Commission, Opinion on the New Constitution of Hungary, Opinion no. 618/2011, pp 8-9.

⁶² Ibid, Article R § 3.

⁶³ Venice Commission, Opinion on the New Constitution of Hungary, Opinion no. 618/2011: "Although preambles are usually seen as one of several means of interpretation of the Constitution, the reference to the Preamble in Article R § 3 may lead to problems in the Hungarian case since the Preamble's text lacks precision, which is essential for a legal text, and contains a number of potentially controversial statements".

המחברים ובין השלטונות ההונגריים. יחד עם זאת, ראוי היה להקפיד על נוסח ברור יותר בתקשר זה.

• **הגדרת ערכים משותפים:** לפי הדוח, אומנם מקובל בפרקי מבוא להגדיר ערכים לאומיים משותפים. יחד עם זאת, ראוי להימנע מהגדרתם (או קביעתם) של ערכים שיש להם תפיסות והצדקות שונות בחברה.⁶⁴ לפי הדוח, ערכים אלה צריכים להיקבע במסגרת של דיון חברתי ובהליכים דמוקרטיים ומתוך כבוד לזכויות אדם והתחייבויות בינלאומיות.⁶⁵

• **הגדרות טריטוריאליות ויחסי שכנות טובים עם מדינות אחרות ובני לאומים אחרים:** לפי הדוח, על מנסחי חוקות להימנע מהגדרות או מניסוחים חוץ-טריטוריאליים שעלולים להביא לעוינות מצד מדינות שכנות.⁶⁶ כך, לפי הדוח, חלק מההצהרות במבוא מבחינות בין האומה ההונגרית בהונגריה ובין לאומים אחרים שחיים בהונגריה, כמו גם קובעות הפניות לבני הלאום ההונגרי שחיים במדינות אחרות. לדעת המחברים, פרשנות מרחיבה של הצהרות אלה ושל האחריות הנגזרת של הונגריה כתוצאה מהצהרות אלה, עלולה לפגוע ביחסים בין מדינות ואף ליצור מתחים אתניים.⁶⁷

• **הריבון או בשם מי החוקה נקבעת:** אומנם, בחוקה יש התייחסות גם לבני לאומים אחרים שחיים בהונגריה, אולם הפסקה הפותחת של המבוא, אשר מצהירה על זהות הגורם שבשמו החוקה נקבעת, מתייחסת אך ורק לאומה ההונגרית. לפי הדוח, ראוי וניתן היה לבחור בנוסח אחר שיבטא את השותפות של כל אזרחי המדינה. זאת, בין היתר, מכיוון שקביעת החוקה צריכה להיעשות כביטוי של הרצון הדמוקרטי של כלל אזרחי המדינה ולא רק קבוצה אתנית דומיננטית אחת.⁶⁸

יודגש, כי למרות הערות אלה, החוקה והמבוא נותרו כפי שהם מבלי שנעשו בהם תיקונים כלשהם. כמו כן, ככל הנראה לדוח האמור לא הייתה השפעה ממשית על הונגריה, ובפרט לא הייתה השפעה על השיח הציבורי במדינה, או על פעילות הממשלה.⁶⁹

2.3. צ'כיה

⁶⁴ Ibid: "... Constitution should avoid defining or establishing once and for all values of which there are different justifiable conceptions in society".

⁶⁵ Ibid: "Such values, as well as their legislative implications, should be left to the ethical debates within society and ordinary democratic procedures, respecting at the same time the country's human rights and other international commitments".

⁶⁶ Ibid: "It is also of particular importance that the constitutional legislator pays proper attention to the principle of friendly neighbourly relations and avoids inclusion of extra-territorial elements and formulations that may give rise to resentment among neighbouring states".

⁶⁷ Ibid: "Such a wide understanding of the Hungarian nation and of Hungary's responsibilities may hamper inter-State relations and create inter-ethnic tension".

⁶⁸ Ibid: "The Constitution should be seen as the result of the democratic will-formation of the country's citizens as a whole, and not only of the dominant ethnic group. Therefore, the language used could/should have been more inclusive (such as, for example "We, citizens of Hungary...")".

⁶⁹ ראו מאמר של מכון אטבוס קארולי (מכון מחקרי משפט הונגרי שהוקם בידי קרן סורוס):

Eötvös Károly institute, "The case of the Hungarian Government with the Venice Commission - Assessment of Government reactions concerning the Venice Commission's opinion on the new Constitution of Hungary" (August, 2011).

המבוא לחוקת צ'כיה (Ústava České republiky, להלן – החוקה הצ'כית),⁷⁰ קובע כדלקמן:⁷¹

”אנו, אזרחי הרפובליקה הצ'כית בבוהמיה, מורביה וסילסיה, במועד השבת העצמאות למדינה הצ'כית, מתוך אמונה במסורות הטובות של הקיום המדיני ארוך הטווח באדמות הכתר הצ'כי וצ'כוסלובקיה, נחושים לבנות, לשמור ולפתח את הרפובליקה הצ'כית ברוח קדושת כבוד האדם והחירות, בהיותה המולדת של אזרחים חופשיים אשר נהנים מזכויות שוות, מודעים לחובותיהם כלפי אחרים ואחריותם כלפי הקהילה, כמדינה חופשית ודמוקרטית שהוקמה על יסוד הכבוד לזכויות אדם ועל עקרונות החברה האזרחית, בחלק ממשפחת הדמוקרטיות של אירופה וברחבי העולם, נחושים לשמור ולפתח יחדיו את העושר התרבותי, הממשי והרוחני שניתן לנו, נחושים לציית לכל העקרונות המוכחים של מדינה הנשלטת בידי שלטון חוק, באמצעות נציגיו שנבחרו באופן חופשי, מאמצים את החוקה של הרפובליקה הצ'כית.”

ככלל, המבוא לחוקה בציכיה לא נחשב כבעל כהשפעה נורמטיבית (direct normative nature). יחד עם זאת, הוא כן נחשב כבעל חשיבות פוליטית ופרשנית ומהווה מעין הצהרה מקדמית שנועדה להבליט את המורשת המדינית בשטחי צ'כיה השונים ולגלם התחייבויות חוקתיות שונות של המדינה ושל אזרחיה.⁷² כך, בין היתר, המבוא לחוקה הצ'כית מגדיר את צ'כיה כמדינה עצמאית, מאוחדת, דמוקרטית ומבוססת על שלטון חוק שמבטיחה זכויות וחירויות לאינדיבידואלים ולאזרחים כאחד (התחייבויות אלה אף מקבלות ביטוי בגוף החוקה בדמות מגילת זכויות אדם ומנגנונים חוקתיים שונים נוספים). כל אלה באים לידי ביטוי במבוא באמצעות שימוש במנגנונים ניסוחיים ותוכניים, כגון: השימוש במילים ”אזרחי הרפובליקה הצ'כית” כדי להדגיש את השותפות של כל אזרחי הרפובליקה, לרבות בני לאומים אחרים, הבטחת עקרונות היסוד הדמוקרטיים של המדינה (היותה ”חופשית ודמוקרטית”, מבוססת על ”עקרונות החברה האזרחית” ועוד).⁷³

2.4. יוון

המבוא לחוקת יוון הוא אחד המבואות הקצרים ביותר בעולם המודרני,⁷⁴ והוא קובע כדלקמן:

”הפרלמנט מאשר את החוקה בשם השילוש הקדוש.”⁷⁵

⁷⁰ The Constitution of the Czech Republic of December 16, 1992 (As amended).

⁷¹ Ibid, Preamble: "We, the citizens of the Czech Republic in Bohemia, in Moravia, and in Silesia, At the time of the restoration of an independent Czech state, Faithful to all good traditions of the long-existing statehood of the lands of the Czech Crown, as well as of Czechoslovak statehood, Resolved to build, safeguard, and develop the Czech Republic in the spirit of the sanctity of human dignity and liberty, As the homeland of free citizens enjoying equal rights, conscious of their duties towards others and their responsibility towards the community, As a free and democratic state founded on respect for human rights and on the principles of civic society, As a part of the family of democracies in Europe and around the world, Resolved to guard and develop together the natural and cultural, material and spiritual wealth handed down to us, Resolved to abide by all proven principles of a state governed by the rule of law, Through our freely-elected representatives, do adopt this Constitution of the Czech Republic".

⁷² Karl Schelle, Ilona Schelleova, Andrea Schelleova, Jaromir Tauchen, THE CZECH REPUBLIC CONSTITUTIONAL SYSTEM (Ledizioni LediPublishing, 2011), page 26.

⁷³ Christof H. Heyns, Frans Viljoen, THE IMPACT OF THE UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS TREATIES ON THE DOMESTIC LEVEL (Kulwer Law International, 2002), page 196 and onwards. Liav Orgad; The preamble in constitutional interpretation, International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 4, 1 October 2010, page 716.

⁷⁴ Justin Orlando Frosini, Constitutional Preambles. At a Crossroads Between Politics and Law (Maggioli S.p.A., 2012), page 29.

המבוא האמור זהה לנוסח של המבוא לחוקה משנת 1844 ובפועל הוא היה קיים בכל הנוסחים של החוקה היוונית בעידן המודרני. "מקור הסמכות" לכינון החוקה בחוקה היוונית הוא "השילוש הקדוש" ואלמנטים דתיים שונים מהווים נדבך מרכזי לא רק במבוא לחוקה, אלא גם בחוקה עצמה. דוגמה מרכזית לכך, מצויה בסעיפים 3 ו-13 לחוקה היוונית שאומנם קובעים חירות דתית מחד, אך גם מעגנים את הכנסייה האורתודוקסית כדת השלטת במדינה (The prevailing religion in Greece) מאידך. כל אלה מעידים על ההשפעה המרכזית של הדת ביוון על היבטים שונים בחוקה היוונית, אך לא מייצרים זכויות עצמאיות ברות אכיפה מכוח המבוא לבדו.⁷⁶

2.5. פולין

המבוא לחוקת פולין קובע כדלקמן:⁷⁷

"בהתייחס לעתידה ולקיומה של מולדתנו, שקיבלה בשנת 1989 את האפשרות להגדרה עצמית ודמוקרטית של עתידה, אנו, האומה הפולנית, כל אזרחי הרפובליקה, הן אלה שמאמינים באל כמקור לאמת, צדק, טוב ויופי, כמו גם אלה שלא חולקים באמונה שכזו, אך מכבדים ערכים אוניברסליים שנובעים ממקורות אחרים, שווים בזכויות ובחובות לטובת הטוב המשותף – פולין, אנו חבים תודה לאבותינו על עבודתם, על מאבקם לעצמאות שהושג בהקרבה גדולה, על תרבותנו המורשת במורשת הנוצרית של האומה ובערכים אנושיים אוניברסליים, מתוך התייחסות למסורות הטובות ביותר של הרפובליקה הראשונה והשנייה, ומחויבות להוריש לדורות העתיד כל מה שיקר ערך ממורשתנו בת אלף השנים. כרוכים בקהילה עם בני ארצנו המפוזרים ברחבי העולם, מודעים לצורך בשיתוף פעולה עם כל המדינות לטובת משפחת העמים, מודעים לניסיון המר כאשר זכויות בסיסיות וזכויות אדם הופרו במולדתנו, מתוך רצון להבטיח את זכויותיהם של כל האזרחים בכל זמן ולהבטיח חריצות ויעילות בעבודת גופים ציבוריים, מתוך הכרה באחריות בפני האל ובפני מצפוננו, אנו מכווננים את החוקה של הרפובליקה של פולין והחוק הבסיסי של המדינה, על בסיס כבוד לחירות ולצדק, שיתוף פעולה בין

⁷⁵ The Constitution of Greece (As revised by the parliamentary resolution of May 27th 2008 of the VIIIth Revisionary Parliament), Preamble: "In the name of the Holy and Consubstantial and Indivisible Trinity".

⁷⁶ Archimandrite Nikodemos Anagnostopoulos, ORTHODOXY AND ISLAM: THEOLOGY AND MUSLIM-CHRISTIAN RELATIONS IN MODERN GREECE AND TURKEY (Routledge, 2017).

⁷⁷ The Constitution of the Republic of Poland of 2nd April, 1997, Preamble: "Having regard for the existence and future of our Homeland, Which recovered, in 1989, the possibility of a sovereign and democratic determination of its fate, We, the Polish Nation - all citizens of the Republic, Both those who believe in God as the source of truth, justice, good and beauty, As well as those not sharing such faith but respecting those universal values as arising from other sources, Equal in rights and obligations towards the common good - Poland, Beholden to our ancestors for their labours, their struggle for independence achieved at great sacrifice, for our culture rooted in the Christian heritage of the Nation and in universal human values, Recalling the best traditions of the First and the Second Republic, Obligated to bequeath to future generations all that is valuable from our over one thousand years' heritage, Bound in community with our compatriots dispersed throughout the world, Aware of the need for cooperation with all countries for the good of the Human Family, Mindful of the bitter experiences of the times when fundamental freedoms and human rights were violated in our Homeland, Desiring to guarantee the rights of the citizens for all time, and to ensure diligence and efficiency in the work of public bodies, Recognizing our responsibility before God or our own consciences, Hereby establish this Constitution of the Republic of Poland as the basic law for the State, based on respect for freedom and justice, cooperation between the public powers, social dialogue as well as on the principle of subsidiarity in the strengthening the powers of citizens and their communities. We call upon all those who will apply this Constitution for the good of the Third Republic to do so paying respect to the inherent dignity of the person, his or her right to freedom, the obligation of solidarity with others, and respect for these principles as the unshakeable foundation of the Republic of Poland".

כוחות ציבוריים, דיאלוג חברתי והעיקרון של סובסידיאריות (subsidiarity) בחיזוק אזרחים והקהילה.

אנו קוראים לכל אלה שיישמו את החוקה הזו לפעול לטובת הרפובליקה השלישית, מתוך כבוד לכבוד האדם, זכויותיו לחירות, מחויבות לסולידריות עם אחרים וכבוד לכל העקרונות הללו כאל יסודות בלתי מעורערים של הרפובליקה של פולין.⁷⁷

המבוא הנוכחי לחוקה הפולנית הוא תולדה של דינאים ציבוריים רבים שקדמו לגיבושו ולאישורו בסופו של יום במשאל עם. יודגש, כי במהלך דינאים אלה נדרשו פשרות שונות בין עמדות ותפיסות עולם לאומיות-אתניות-דתיות ובין עמדות ותפיסות עולם ליברליות יותר. הלכה למעשה, ניתן לזהות פשרות רבות במאפיינים שונים של המבוא, וביניהן: זהות מקור הסמכות לכינון החוקה (השימוש במונח "כל אזרחי פולין" ולא במונח הלאומי "האומה הפולנית"), היחס לקהילות מאמינות בד בבד עם ההכרה בקהילות החילוניות ובתפיסות עולמן ועוד.⁷⁸ מעבר לכך, יש שסוברים שנוסח המבוא לחוקה הפולנית כפי שאושר בסופו של יום במשאל העם לא מצליח בתפקידו הטקסיים-חינוכיים (התפקידים הלא משפטיים שלו), וזאת בשל השימוש בלשון גבוהה שלא תמיד ברורה לחלק מבין קוראי החוקה.⁷⁹

יחד עם זאת, המבוא לחוקה שימש רבות את הטריונל החוקתי בפולין (Trybunał Konstytucyjny) ככלי פרשני.⁸⁰ זאת, בעיקר במקרים שעסקו ביחסים שבין פולין הריבונית ובין מוסדות האיחוד האירופי, וכן בשיתופי פעולה שבין פולין ובין האיחוד האירופי, אך גם במקרים שעסקו במאבק בשחיתות ושיתופי פעולה בין רשויות המדינה השונות.⁸¹

2.6 מקדוניה

המבוא לחוקת מקדוניה קובע כדלקמן:⁸²

⁷⁸ Geneviève Zubrzycki, "We, the Polish Nation": Ethnic and Civic Visions of Nationhood in Post-Communist Constitutional Debates, Theory and Society, Vol. 30, No. 5 (Oct., 2001), pp. 629-668.

כך לרומה נטען כי הפסקה "שמפשרת" בין מאמינים באל ובין מי שמאמינים בערכים אוניברסליים הוכנסה ברגע האחרון כדי שהחוקה תזכה לאישור רחב ככל הניתן ותאושר במשאל העם. ראו:

Ewa Poplawska, 'Preamble to the Constitution as an Expression of the New Axiology of the Republic of Poland' (2011) 52(1) Acta Juridica Hungarica 40.

⁷⁹ Ewa Poplawska, 'Preamble to the Constitution as an Expression of the New Axiology of the Republic of Poland' (2011) 52(1) Acta Juridica Hungarica 40, 41.

⁸⁰ Wim Voermans, Maarten Stremmer, CONSTITUTIONAL PREAMBLES A COMPARATIVE ANALYSIS (Edward Elgar Pub, 2017), chapter 7.4.

⁸¹ Ibid.

⁸² Constitution of the Republic of Macedonia (Adopted by the Macedonian Parliament on Nov., 17 1991), Preamble: "Taking as the points of departure the historical, cultural, spiritual and statehood heritage of the Macedonian people and their struggle over centuries for national and social freedom as well as for the creation of their own state, and particularly the traditions of statehood and legality of the Krushevo Republic and the historic decisions of the Anti-Fascist Assembly of the People's Liberation of Macedonia, together with the constitutional and legal continuity of the Macedonian state as a sovereign republic within Federal Yugoslavia and the freely manifested will of the citizens of the Republic of Macedonia in the referendum of September 8th, 1991, as well as the historical fact that Macedonia is established as a national state of the Macedonian people, in which full equality as citizens and permanent co-existence with the Macedonian people is provided for Albanians, Turks, Vlachs, Romanians and other nationalities living in the Republic of Macedonia, and intent on: - the establishment of the Republic of Macedonia as a sovereign and independent state, as well as a civil and democratic one; - the establishment and consolidation of the rule of law as a fundamental system of government; - the guaranteeing of human rights, citizens, freedoms and ethnic equality; - the provision of peace and a common home for the Macedonian people with the nationalities living in the Republic of Macedonia; and on - the provision of social justice, economic wellbeing and prosperity in the life of the

"על בסיס נקודות המוצא ההיסטוריות, התרבותיות, הרחבתיות והממלכתיות של העם המקדוני ומאבקם בן מאות השנים למען חירות לאומית וחברתית, ולהקמת מדינה לעצמם, ובמיוחד על בסיס מסורות המדינה של הרפובליקה הקרושביט וחוקיותה,⁸³ כמו גם ההחלטות ההיסטוריות של האסיפה האנטי-פשיסטית של שחרור מקדוניה, וההמשכיות החוקתית והמשפטית של המדינה המקדונית כרפובליקה ריבונית בתוך יוגוסלביה הפדרלית והרצון החופשי של אזרחי הרפובליקה של מקדוניה במשאל העם שנערך בתאריך 8 בספטמבר 1991, וכן לאור העובדה ההיסטורית כי מקדוניה הוקמה כמדינה הלאומית של העם המקדוני, שבה קבוע שוויון מלא עם העם המקדוני ודו-קיום כאזרחים לאלבנים, טורקים, ולאכים, בני רומה וכן לאומים אחרים החיים ברפובליקה של מקדוניה, ואת כוונתה בדבר:

- הקמת הרפובליקה של מקדוניה כמדינה ריבונית ועצמאית, כמו גם מדינה אזרחית ודמוקרטית;

- הקמה וחיזוק שלטון החוק כמערכת ממשלתית בסיסית;

- הבטחת זכויות אדם, אזרח, חירויות ושוויון אתני;

- יצירת שלום ובית משותף לעם המקדוני עם הלאומים החיים במקדוניה; וכן

- יצירת צדק חברתי, רווחה כלכלית ושגשוג בחיי הפרט והקהילה,

מועצת הרפובליקה של מקדוניה מאמצת את חוקת הרפובליקה של מקדוניה".

המבוא המקורי לחוקה המקדונית משנת 1991 הגדיר את מקדוניה כ"מדינת הלאום של העם המקדוני" מבלי להעניק מעמד קונסטיטוטיובי גם ללאומים אחרים (וזאת בניגוד להסדרים חוקתיים שהיו קיימים בעבר בחוקת "הרפובליקה הסוציאליסטית של מקדוניה", בעת היותה חלק מהפדרציה של יוגוסלביה).⁸⁴ ניסוח זה של המבוא לחוקה נתפס על-ידי המיעוטים הלאומיים כניסיון של הרוב המקדוני לנכס רק לעצמו את הבעלות על המדינה ואף להביא להגברת המתיחות האתנית בין חלקי האוכלוסייה השונים.⁸⁵

לאור כל זאת, במסגרת התיקון הרביעי לחוקת מקדוניה, שנקבע בעקבות הסכם אוהריד (Ohrid Agreement),⁸⁶ הוחלף המבוא המקורי לחוקה ונקבע הנוסח הנוכחי שמכיר בהשתתפותם של המיעוטים השונים בהחלטה על הקמת הרפובליקה המקדונית ובהגדרתה במבוא.⁸⁷

individual and the community, the Assembly of the Republic of Macedonia adopts THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA".

⁸³ הרפובליקה הקרושביט (Krushevo Republic) הייתה ישות מדינית שהוקמה בשנת 1903 באזור הבלקן בידי הארגון המחפכני הפנים-מקדוני (ארגון מקדוני שלחם למען הגדרה עצמית מקדונית כנגד האימפריה העות'מנית) במסגרת מרד בשלטון העות'מני במקדוניה ובתראקיה.

⁸⁴ ווער, כי בצד אוכלוסיית הרוב המקדונית שמוצאה סלאבי ודתה העיקרית נוצרית-אורתודוקסית, קיימים במקדוניה מיעוטים לאומיים, אתניים, דתיים ולשוניים שונים שהגדול שבהם הוא המיעוט האלבני, שמהווה למעלה מרבע מאוכלוסיית הרפובליקה. באזורים שבו המיעוט האלבני מצוי במקדוניה הוא מהווה למעלה מ-50% מהאוכלוסייה המקומית. מסמך תחום חקיקה ומחקר משפטי בנושא: "זכויות שפה וחינוך של מיעוטים לאומיים, אתניים, לשוניים וילידים - סקירה משווח", כתב: עו"ד ליאור בן דוד (טרם פורסם), וכן:

Aneta Cekik, "Power-Sharing and Informal Autonomy in the Republic of Macedonia", in Levente Salat, Sergiu Constantin, Alexander Osipov and István Gergő Székely (eds.), *Autonomy Arrangements around the World: A Collection of Well and Lesser Known Cases*, Cluj: Romanian Institute for Research on National Minorities, 2014, 223-245, pp. 224, 234.

⁸⁵ Cekik, "Power-Sharing and Informal Autonomy in the Republic of Macedonia", p. 225.

⁸⁶ הסכם אשר חובל לשורת רפורמות חוקתיות וחוקיות, אשר, בין השאר, חיזקו את המעמד המשפטי של המיעוט האלבני, הביאו להכרה בשפה האלבנית כשפה רשמית שנייה במדינה, ואפשרו לאוכלוסייה האלבנית נגישות גם לחינוך ציבורי ולהשכלה גבוהה בשפתה. ראו:

2.7. סלובקיה

חוקת סלובקיה קובעת כדלקמן:⁸⁸

"אנו, האומה הסלובקית, מתוך מודעות למורשת הפוליטית והתרבותית של אבותינו ושל ניסיונו בן מאות השנים במאבק על קיומו הלאומי ועל מדינתנו, בהתייחס למורשת הרוחנית של קיריל ומתודיוס והמורשת ההיסטורית של האימפריה המורוואית הגדולה, כממשיכי הזכות הטבעית של אומות להגדרה עצמית, יחד עם בני המיעוטים הלאומיים והקהילות האתניות שמתגוררות בשטח הרפובליקה הסלובקית, ומתוך אינטרס של שיתוף פעולה בשלום עם מדינות דמוקרטיות אחרות המבקשות צורת ממשל דמוקרטית וערבויות לחיים חופשיים ולפיתוח התרבות הרוחנית והשגשוג הכלכלי. כלומר, אנו, אזרחי הרפובליקה הסלובקית, מאמצים באמצעות נציגינו את החוקה שלהלן: ..."

בסלובקיה, בדומה לפולין, מקדוניה ומדינות אחרות שנסקרו במסמך זה, נוסח המבוא לחוקה הותאם כך שהוא יבטא לא רק את היסודות הלאומיים של האומה הסלובקית, אלא גם את ההשתתפות של המיעוטים השונים שמרכיבים את סלובקיה (לדוגמה בשימוש במילים: "יחד עם בני המיעוטים הלאומיים והקהילות האתניות שמתגוררות בשטח הרפובליקה הסלובקית", או בהצהרה המבהירה בסוף המבוא: "כלומר, אנו אזרחי הרפובליקה").⁸⁹

2.8. סרביה

המבוא לחוקת סרביה קובע כדלקמן:⁹⁰

"בהתחשב במסורת הממלכתית של העם הסרבי ושוויון בין כל האזרחים והקהילות האתניות בסרביה,

Abdulla Azizi, "The Right to Education in the Republic of Macedonia: The Right to Education in one's Mother Tongue", *Procedia Social and Behavioral Sciences* 15 (2011), 2435–2440.

⁸⁷ Constitution of the Republic of Macedonia (Adopted by the Macedonian Parliament on Nov., 17 1991), Preamble.

⁸⁸ The Constitution Of The Slovak Republic (Passed on 1 September 1992), Preamble: " We, the Slovak nation, mindful of the political and cultural heritage of our forebears, and of the centuries of experience from the struggle for national existence and our own statehood, in the sense of the spiritual heritage of Cyril and Methodius and the historical legacy of the Great Moravian Empire, proceeding from the natural right of nations to self-determination, together with members of national minorities and ethnic groups living on the territory of the Slovak Republic, in the interest of lasting peaceful cooperation with other democratic states, seeking the application of the democratic form of government and the guarantees of a free life and the development of spiritual culture and economic prosperity, that is, we, citizens of the Slovak Republic, adopt through our representatives the following Constitution".

⁸⁹ Liav Orgad; The preamble in constitutional interpretation, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 8, Issue 4, 1 October 2010, footnote 117. Farimah Daftary & Kinga Gal, The 1999 Slovak Minority Language Law: Internal or External Politics?, *in NATION-BUILDING, ETHNICITY AND LANGUAGE POLITICS IN TRANSITION COUNTRIES* 39, 43–45 (2003).

⁹⁰ Serbia's Constitution of 2006, Preamble: "Considering the state tradition of the Serbian people and equality of all citizens and ethnic communities in Serbia, Considering also that the Province of Kosovo and Metohija is an integral part of the territory of Serbia, that it has the status of a substantial autonomy within the sovereign state of Serbia and that from such status of the Province of Kosovo and Metohija follow constitutional obligations of all state bodies to uphold and protect the state interests of Serbia in Kosovo and Metohija in all internal and foreign political relations, the citizens of Serbia adopt".

ובהתחשב בכך כי מחוזות קוסובו ומטוחיה מהווים חלק בלתי נפרד משטחה של סרביה, בהיותם בעלי מעמד של אוטונומיה משמעותית במסגרת הריבונות של מדינת סרביה, ומכיוון שמתוך מעמד זה מחוזות קוסובו ומטוחיה ממלאים אחר המחויבות החוקתית של כל גופי המדינה לפעול ולהגן על האינטרסים של סרביה בקוסובו ובמטוחיה בכל נושאי היחסים הפוליטיים הפנימיים והחיצוניים, אזרחי סרביה מאמצים...”

הלכה למעשה, המבוא לחוקה הסרבית מבקש להבטיח שתי מטרות עיקריות: האחת, ביסוס מקור הסמכות לכינון החוקה על העם הסרבי תוך הדגשת השוויון בין כל האזרחים והקהילות האתניות בסרביה; השנייה, הדגשת הכפיפות של המחוזות האמורים לריבונות הסרבית בד בבד עם הבטחת “אוטונומיה משמעותית” להם.⁹¹ בהקשר זה יוער, כי בדוח ועדת ונציה משנת 2007 בנושא החוקה הסרבית, נקבע כי למרות ההבטחות במבוא לאוטונומיה משמעותית במחוזות האמורים, החוקה עצמה לא מבטיחה (guarantee) את האוטונומיה האמורה.⁹²

2.9. לטביה

המבוא לחוקת לטביה קובע כדלקמן:⁹³

“העם הלטבי, שבחר בבחירות חופשיות את האסיפה החוקתית, מאמץ את החוקה המדינתית שלהלן:

מדינת לטביה, שהוכרזה בתאריך 18 בנובמבר 1918, הוקמה על-ידי איחוד האדמות הלטביות ההיסטוריות ועל בסיס הרצון הבלתי מתפשר של האומה הלטבית בקיום מדינתה שלה ועל בסיס זכותה להגדרה עצמית בלתי ניתנת לערעור על מנת להבטיח את קיומו ופיתוחו של הלאום הלטבי, השפה הלטבית והתרבות לאורך מאות שנים, כדי להבטיח חופש ולקדם את הרווחה של העם הלטבי ושל כל פרט.

העם הלטבי השיג את מדינתו במלחמת שחרור. העם איחד את מערכת הממשל ואימץ חוקה באמצעות האסיפה החוקתית שנבחרה באופן חופשי.

⁹¹ Ratko Marković, Republic of Serbia Constitution of 2006 – A Critical Review, UDK 342.4(497.11) 2006.

⁹² Venice Commission, Opinion on the New Constitution of Serbia, Opinion no. 405/2006.

⁹³ The Constitution of the Republic of Latvia 19 June 2014, Preamble: "The people of Latvia, in freely elected Constitutional Assembly, have adopted the following State Constitution: The State of Latvia, proclaimed on 18 November 1918, has been established by uniting historical Latvian lands and on the basis of the unwavering will of the Latvian nation to have its own State and its inalienable right of self-determination in order to guarantee the existence and development of the Latvian nation, its language and culture throughout the centuries, to ensure freedom and promote welfare of the people of Latvia and each individual. The people of Latvia won their State in the War of Liberation. They consolidated the system of government and adopted the Constitution in a freely elected Constitutional Assembly. The people of Latvia did not recognise the occupation regimes, resisted them and regained their freedom by restoring national independence on 4 May 1990 on the basis of continuity of the State. They honour their freedom fighters, commemorate victims of foreign powers, condemn the Communist and Nazi totalitarian regimes and their crimes. Latvia as democratic, socially responsible and national state is based on the rule of law and on respect for human dignity and freedom; it recognises and protects fundamental human rights and respects ethnic minorities. The people of Latvia protect their sovereignty, national independence, territory, territorial integrity and democratic system of government of the State of Latvia. Since ancient times, the identity of Latvia in the European cultural space has been shaped by Latvian and Liv traditions, Latvian folk wisdom, the Latvian language, universal human and Christian values. Loyalty to Latvia, the Latvian language as the only official language, freedom, equality, solidarity, justice, honesty, work ethic and family are the foundations of a cohesive society. Each individual takes care of oneself, one's relatives and the common good of society by acting responsibly toward other people, future generations, the environment and nature. While acknowledging its equal status in the international community, Latvia protects its national interests and promotes sustainable and democratic development of a united Europe and the world. God, bless Latvia!"

העם הלטיבי לא הכיר במשטרים הכובשים, התנגד להם והשיג את עצמאותו על-ידי השבת עצמאות לאומית בתאריך 4 במאי 1990 על בסיס המשכיות של המדינה. הם מכבדים את לוחמי החירות, מנציחים את הקורבנות של הכוחות הזרים ומגנים את המשטרים הטוטליטריים הקומוניסטיים והנאציים ואת פשעיהם.

לטביה כמדינה דמוקרטית, בעלת אחריות חברתית ולאומית, מבוססת על שלטון החוק ועל כבוד האדם וחירותו; מכירה ומגנה על זכויות אדם בסיסיות ומכבדת את המיעוטים האתניים. העם הלטיבי מגן על ריבונותו, עצמאותו הלאומית, שטחיו, השלמות הטריטוריאלית ומערכת השלטון הדמוקרטית של מדינת לטביה.

מאז ימי קדם, הזהות של לטביה במרחב התרבותי האירופי עוצב על-ידי מסורות לטביה וליב (Liv), חוכמה עממית לטבית, השפה הלטיבית, ערכים אוניברסליים אנושיים ונוצריים. נאמנות ללטביה, השפה הלטיבית כשפה הרשמית היחידה, חופש, שוויון, סולידריות, צדק, יושר, מוסר עבודה ומוסר משפחתי הם יסודות לחברה מלוכדת. כל אדם דואג לעצמו, לקרוביו ולטובת הכלל של החברה על-ידי התנהגות באחריות כלפי אנשים אחרים, הדורות הבאים, הסביבה והטבע.

מתוך הכרה במעמדה השווה בקהילה הבינלאומית, לטביה מגנה על האינטרסים הלאומיים שלה ומקדמת פיתוח בר-קיימא ודמוקרטי של אירופה מאוחדת ושל העולם.

האל יברך את לטביה!"

בדיונים הציבוריים שליוו את קביעת המבוא צוין כי הוא מהווה סיכום של העקרונות החוקתיים שעל בסיסם לטביה פועלת והוא אף משמש כמעין בסיס חוקתי לכינון המדינה. היו גם מי שטענו כי המבוא מבסס את המדינה על שלושה סוגי ערכים: נוצריים, היסטוריים ואוניברסליים, אשר יוצרים יחדיו מכלול ערכים מוסריים שהם בגדר יסודות המונח "כבוד האדם". מונח שמוגדר בחוקה כערך חוקתי עליון.⁹⁴

יחד עם זאת, היו גם מי שביקרו את המבוא לחוקה וטענו כי הוא בעיקר מעגן את הלאום הלטיבי, מבלי לתת ביטוי ראוי למולטי-אתניות שקיימת בלטביה.⁹⁵

2.10. אסטוניה

המבוא לחוקת אסטוניה הוא מבוא קצר אשר עוסק בכמה נושאים מרכזיים, וביניהם: הנרטיבים ההיסטוריים שהביאו לכינון החוקה ולעצמאות אסטוניה, הזכות להגדרה העצמית של העם האסטוני והזכות לשימור תרבותי. כך, המבוא לחוקת אסטוניה קובע כדלקמן:⁹⁶

"מתוך אמונה בלתי מתפשרת ורצון איתן לחזק ולפתח את המדינה, אשר מגלמת את הזכות הבלתי ניתנת לביטול של העם האסטוני להגדרה עצמית לאומית שאף

⁹⁴ Aldis Laviņš (President of the Constitutional Court of the Republic of Latvia), The Constitutional status of Human Dignity: Case-Law of the Constitutional Court of the Republic of Latvia, XIX Yerevan International Conference "The Constitutional Status of Human Dignity" (2014).

⁹⁵ The Latvian Non-Citizens Congress, Latvia is Following the Undemocratic Footsteps of Hungary With its Proposed Preamble to the Constitution (Oct, 2013).

⁹⁶ The Constitution of the Republic of Estonia (As amended), Preamble: "With unwavering faith and a steadfast will to strengthen and develop the state which embodies the inextinguishable right of the people of Estonia to national self-determination and which was proclaimed on 24 February 1918, which is founded on liberty, justice and the rule of law, which is created to protect the peace and defend the people against aggression from the outside, and which forms a pledge to present and future generations for their social progress and welfare, which must guarantee the preservation of the Estonian people, the Estonian language and the Estonian culture through the ages, the people of Estonia, on the basis of § 1 of the Constitution which entered into force in 1938, and in the referendum held on 28 June 1992, have adopted the following Constitution".

קיבלה ביטוי בהצהרה מתאריך 24 לפברואר 1918, ואשר התבססה על עקרונות החירות, הצדק ושלטון החוק, ואשר נוצרה כדי להגן על השלום ועל העם כנגד תוקפנות מבחוץ, ואשר מהווה התחייבות להתפתחות החברתית ורווחת הדורות הנוכחיים ודורות העתיד, ומתוך התחייבות לשימור העם האסטוני, השפה האסטונית והתרבות האסטונית לאורך השנים, העם האסטוני, על בסיס סעיף 1 לחוקה שנכנסה לתוקף בשנת 1938, ומשאל העם שנערך בתאריך 28 ליוני 1992, מאמץ את החוקה שלהלן.

כפי שהוזכר לעיל (בפרק הרקע של מסמך זה), בתי המשפט באסטוניה לעיתים עושים שימוש פרשני בהוראות המבוא לחוקה. כך, בפסק דין ידוע של בית המשפט האסטוני נקבע כי למרות הוראות המבוא בדבר ההתחייבות לשימור "העם האסטוני, השפה האסטונית והתרבות האסטונית" חוק שאוסר על שינוי שמות משפחה אסטוניים ייחשב כחוק פסול חוקתית.⁹⁷ יחד עם זאת, במקרה אחר נפסק כי ההוראות האמורות מאפשרות למחוקק לדרוש שליטה מספקת בשפה האסטונית כדרישה מקדמית להצבעה בבחירות לממשל המקומי.⁹⁸

2.11. אוקראינה

החוקה האוקראינית קובעת כדלקמן:⁹⁹

"המועצה העליונה¹⁰⁰ של אוקראינה, בשם העם האוקראיני – אזרחי אוקראינה מכל הלאומים, מבטאת את רצונו הלאומי של העם, על בסיס ההיסטוריה בת מאות השנים של בניית המדינה האוקראינית ועל בסיס הזכות להגדרה עצמית שמומשה בידי האומה האוקראינית וכל העם האוקראיני; מתוך מתן בטוחות לזכויות אדם ולחירות, כמו גם לתנאים ראויים לחיים אנושיים; מתוך אכפתיות לחיזוק ההרמוניה האזרחית על אדמות אוקראינה; מתוך שאיפה לפיתוח וחיזוק מדינה דמוקרטית, סוציאלית ומבוססת חוק; מתוך מודעות לאחריותנו בפני האל, מצפוננו למען דורות העבר והעתיד, מודרכים על בסיס הצהרת העצמאות של אוקראינה מ-24 באוגוסט 1991, שאושרה בהצבעה לאומית מתאריך 1 בדצמבר 1991, מאמצים את החוקה – החוק הבסיסי של אוקראינה."

כאמור לעיל בפרקי המבוא, המבוא לחוקה משמש את בתי המשפט באוקראינה לצרכים פרשניים. כך, בית המשפט העליון של אוקראינה קבע בעבר כי הוראות המבוא מאפשרות למחוקק לקבוע כי

⁹⁷ Justin Orlando Frosini, CONSTITUTIONAL PREAMBLES. AT A CROSSROADS BETWEEN POLITICS AND LAW (Maggioli S.p.A., 2012), page 102.

⁹⁸ Ibid. Liav Orgad; The preamble in constitutional interpretation, International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 4, 1 October 2010, pp 724-725. EST-2001- 2-004 (Official Gazette) 2001 CODICES database.

⁹⁹ Constitution of Ukraine Adopted at the Fifth Session of the Verkhovna Rada of Ukraine on 28 June 1996, Preamble: "The Verkhovna Rada (the Parliament) of Ukraine on behalf of the Ukrainian people—Ukrainian citizens of all nationalities, expressing the sovereign will of the people, relying on the centuries-old history of Ukrainian state-building and upon the right to self-determination realised by the Ukrainian nation, all the Ukrainian people, aspiring to ensure human rights and freedoms, and life conditions worthy of human dignity, supporting the strengthening of civil harmony on the Ukrainian soil, striving to develop and strengthen a democratic, social, law-based state, realizing the responsibility in the eyes of God, before our own conscience, past, present and future generations, guided by the Act of Declaration of the Independence of Ukraine of 24 August 1991, approved by the national vote on 1 December 1991, adopts this Constitution as the Fundamental Law of Ukraine".

¹⁰⁰ "המועצה העליונה", או בתרגום מילולי "הראדה העליונה", היא הפרלמנט האוקראיני שהוא הגוף המחוקק העליון באוקראינה.

אוקראינית תהיה השפה הרשמית של המדינה וכי חוק שדורש כי גופים של השלטון המרכזי והמקומי יעשו שימוש בשפה זו בלבד הינו חוקתי.¹⁰¹

2.12. דרום אפריקה

המבוא לחוקת דרום-אפריקה קובע כדלקמן:¹⁰²

"אנו, אנשי דרום אפריקה, מכירים בעוולות שהתרחשו בעברנו; מכבדים את אלה שסבלו למען הצדק והחופש בארצנו; מכבדים את אלה שעבדו כדי לבנות ולפתח את המדינה שלנו; ומאמינים שדרום אפריקה שייכת לכל מי שחי בה, מאוחדת במגוון שלה. אנו, באמצעות נציגינו הנבחרים בחופשיות, מאמצים את החוקה הזאת כחוק העליון של הרפובליקה כדי לרפא את מחלוקות העבר וכדי להקים חברה המבוססת על ערכים דמוקרטיים, צדק חברתי וזכויות אדם בסיסיות; מניחים את היסודות לחברה דמוקרטית ופתוחה, שבה הממשלה מבוססת על רצון העם וכל אזרח מוגן באופן שווה בידי החוק, שתשפר את איכות החיים של כל האזרחים ותשחרר את הפוטנציאל של כל אדם; ותבנה דרום אפריקה מאוחדת ודמוקרטית שתוכל לתפוס את מקומה הראוי כמדינה ריבונית במשפחת העמים. אלוהים יגן על עמנו."

כפי שניתן לראות, המבוא לחוקת דרום-אפריקה קובע כי הריבון במדינה הוא אוכלוסיית דרום-אפריקה, והוא מציג נרטיבים היסטוריים שונים מעברה של המדינה, מדגיש את הגיוון באוכלוסיית המדינה ומאזכר את האל.

¹⁰¹ UKR-2000-1-002 (Official Gazette), CODICES database. Liav Orgad; The preamble in constitutional interpretation, International Journal of Constitutional Law, Volume 8, Issue 4, 1 October 2010, page 725. See also: Juliane Besters-Dilger, LANGUAGE POLICY AND LANGUAGE SITUATION IN UKRAINE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS (Peter Lang GmbH, 2009), pp 78-83.

¹⁰² Constitution of the Republic of South Africa, 1996, Preamble: "We, the people of South Africa, Recognise the injustices of our past; Honour those who suffered for justice and freedom in our land; Respect those who have worked to build and develop our country; and Believe that South Africa belongs to all who live in it, united in our diversity. We therefore, through our freely elected representatives, adopt this Constitution as the supreme law of the Republic so as to Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights; Lay the foundations for a democratic and open society in which government is based on the will of the people and every citizen is equally protected by law; Improve the quality of life of all citizens and free the potential of each person; and Build a united and democratic South Africa able to take its rightful place as a sovereign state in the family of nations. May God protect our people".

ע/4

**העמודים רלוונטיים
מפרוטוקול ישיבה
מס' 8 של הוועדה
המשותפת מיום
28.11.2017**

2/8/2017



הכנסת

הכנסת העשרים
מושב רביעי

פרוטוקול מס' 8
מישיבת הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוקה ומשפט
לעניין חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי
יום שלישי, י' בכסלו התשע"ח (28 בנובמבר 2017), שעה 9:00

סדר היום:

הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי

נכחו:

חברי הוועדה:

אמיר אוחנה – היו"ר
יעל גרמן
דב חנין
ציפי לבני
אורי מקלב
ניסן סלומינסקי
אלעזר שטרן

חברי הכנסת:

יוסף גיבארין
תמר זנדברג
מיכאל מלכיאלי

מוזמנים:

–	ממונה בכיר, מח' יעוץ וחקיקה, משרד המשפטים	איל זנדברג
–	עו"ד, מח' יעוץ וחקיקה, משרד המשפטים	ירדנה קופ יוסף
–	ראש תחום משפט, מח' יעוץ וחקיקה, משרד המשפטים	מיכאל ויגודה
–	מתמחה, משרד המשפטים	תמר באום
–	רגולציה וחקיקה, רשם האגודות השיתופיות	רותי לירז-שפירא
–	חוקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה	עמיר פוקס
–	מנהלת מחלקה משפטית, התנועה הרפורמית	אורלי ארו לחובסקי
–	ראש המחלקה המשפטית פורום קהלת, מלכ"ר	אביעד בן ציון בקשי
–	נציג המכון לאסטרטגיה ציונית, מלכ"ר	עדי יהודה ארבל
–	נציג ארגון שתי"ל, מייסודה של הקרן החדשה לישראל, מלכ"ר	חובב ינאי
–	פעיל, המשמר החברתי	תני גולדשטיין
–	פעילה, המשמר החברתי	שי חדד-אבירן
–	עו"ד, מרכז צדק לנשים	ניצן כספי שילוני
–	דוברת, קולך, פורום נשים דתיות	סיון יעקבסון
–	מתנדבת, המשמר הציוני הדמוקרטי	תמר ליטוב
–	עו"ד, האגודה לזכויות האזרח בישראל	גיל גן מור
–	ראש מכון בגין למשפט וציונות, מומחים שונים	חגי ויינצקי
–	חברה בנשים עושות שלום	נחמה הריאט הילמן
–	נשים עושות שלום	דורותי קרטס
–	חבר בארגון "המלחמה בעוני"	אליהו יצחק

הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט
 לדיון בהצ"ח יסוד : ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי
 28/11/2017

—	אורנה פפרמן
—	טל אביטבול
—	מוניר זגייר
—	חגי אגמון-שניר
—	אשרת מימון
—	נירית מוסקוביץ'
—	חגי לייבושור

ייעוץ משפטי:

אפרת חקאק
 גור בלי

מנהלת הוועדה:

אסף פרידמן

רישום פרלמנטרי:

לאה קיקיון

אלעזר שטרן (יש עתיד):

אבל לנוצרי אתה מאמין. ליהודי אתה לא מאמין. יהודי שאומר לך – אני יהודי, אתה לא מאמין לו. אתה שולח אותו לסבתא שלו, לאוקראינה.

היו"ר אמיר אוחנה:

חבר הכנסת שטרן, אני קורא לך לסדר פעם ראשונה. אדוני, השאלה שלך טובה, היא שאלה במקומה. לצערי אין יומרה ואין הכרעה במסגרת החוק הזה לפתור את השאלה הזו, אני עונה לך ביושר. אני גם לא חושב שגם היועץ המשפטי יוכל לעזור לי, אבל בבקשה, הוא מוזמן.

גור בליי:

אני חושב שזה נכון ששאלות מהסוג הזה הן שאלות שיתבררו בסופו של דבר בוועדת הקבלה הספציפית ואחר כך בבתי המשפט. אבל זה נכון שבהחלט מתעוררות כאלה שאלות בהקשר הזה כאשר אתה - - - על בסיס דתי או לאומי, למשל מתעוררת השאלה האם הציבור שעלה לארץ למרות שהוא לא מוגדר כיהודי על פי ההלכה, מה הזהות הלאומית שלו, גם אם הוא מדבר עברית, ולכל צורך ועניין הוא נולד בארץ.

אלעזר שטרן (יש עתיד):

הוא נולד בארץ. נולד.

גור בליי:

אבל בסיטואציה הזו יכולה להתעורר שאלה האם הוא יכול להיכנס ליישוב שמוגדר כיישוב לבני הלאום היהודי.

אלעזר שטרן (יש עתיד):

אז - - - להיכנס. מוכרחים להיכנס.

איל זנדברג:

הצעת החוק הזו עוסקת בהגדרת האופי הקבוצתי הלאומי של מדינת ישראל, במישור הקבוצתי ההצהרתי. ההצעה קובעת שישראל היא מדינת העם היהודי, היא קובעת בצורה ברורה שהמקום שבו העם היהודי מממש את זכותו להגדרה עצמית הוא מדינת ישראל, והרעיון הזה בעצם עובר כחוט השני בכל ההסדרים שדנו בהם – סמלים, חגים, המנון, שנקבעים על פי אופי יהודי וציוני, ואם כשמדובר על קיבוץ גלויות או הזכות לשבות או קשר עם התפוצות, שבוודאי מדגיש את האופי הקבוצתי היהודי. ההסדרים האלה עוסקים בפרחסיה של החברה בישראל, של הציבוריות בישראל, עוסקים בקשר של ישראל כלפי חוץ. הם לא עוסקים בשום צורה, ההסדרים האחרים, באפליה בין אזרחים במדינה. הם לא עוסקים ברמת הפרט אלא ברמת הקבוצה. הם לא עוסקים באפליה במישור הפנים מדינתי, והאמת שלהבנתנו אין צורך, כדי לקיים מדינה יהודית ודמוקרטית, אין צורך בהסדרים מפלים בין אזרחים. אין צורך להפלות בין אזרחים, זה לא סותר את הרעיון של מדינה יהודית ודמוקרטית. על רקע זה הסעיף המסוים הזה בולט באמת, בחריגות שלו. הדברים כבר נאמרו. **סעיף 18(ב) מתייחס בעצם אפליה אישית בין אזרחים במדינה, אפליה שמסתמכת על השייך הקבוצתי של אותם פרט – בין אם זה שייך דתי ובין אם זה שייך לאומי, בכך מה שנוגע לחקיקה מקרקעין, ציבוריים**

איך שאנחנו מבינים את הסעיף, שהוא מנוסח בצורה מאוד גורפת, אבל להבנתנו את הסעיף הוא מתיר למעשה לזכות בקשה של אדם שרוצה להצטרף ליישוב ולזכות שם בזכות במקרקעין רק משום שהוא אינו יהודי. זה מה שאנחנו מבינים שהסעיף מאפשר לומר. כלומר, הבקשה שלו להצטרף לא תיבחן לפי היכולת שלו להשתלב בקהילה, לפי התרומה האפשרית שלו לקהילה, בלי שייבחנו המאפיינים הייחודיים האישיים שלו, הסגולות שלו, הצרכים שלו, אל מול מועמדים אחרים. הוא יקבל תשובה שלילית כי הוא – לצורך העניין – לא יהודי. חוק היסוד ייתן פה בעצם לגיטימציה ברמה של חוק יסוד, ברמה חוקתית, לפגוע בזכויות ולהפלות בין אזרחים במדינה על בסיס ההשתייכות הלאומית והעדתית. שוב, עדיפו מישהו אחר על פניו רק בגלל שהמישהו הזה שייך לקבוצת הרוב, כלומר – יהודי. אם זו תוצאת

למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי. כלומר, יישובים בעלי מאפיינים תרבותיים ייחודיים יכולים

תמר זנדברג (מרצ):

כלומר, להסתיר את הגזענות בביטויים יפים זה כן, אבל להסיר את המסכה ולהגיד ספציפית –
"לא יהודי" – זה לא.

איל זנדברג:

כל אדם שמסוגל להשתלב באותו יישוב ולקבל על עצמו אותם מאפיינים שהוכרו כ - - כל אדם
ייבחן לפי מאפייניו הייחודיים שלו והוא לא ייפסל או לא יישלל רק בגלל השתייכות שלו לקבוצה או לדת
שהיא עולה כדי אפליה. על רקע זה עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא שהנוסח המוצע, הקיים, שהוא
נוסח גורף בסעיף 8(ב) מעורר קשיים חוקתיים יסודיים. להבנתנו הוא לא מתיישב עם המבנה החוקתי
הבסיסי של מדינת ישראל. לכן, כפי שהוא אני חושב שלא צריך לחוקק אותו.

אני רוצה להתייחס, להשיב אולי לכמה שאלות שעלו. הנושא הוא כמובן - -

היו"ר אמיר אוחנה:

כולל ההערה האחרונה של חברת הכנסת זנדברג, אם אפשר.

איל זנדברג:

נדמה לי שהשאלה לא היתה על עמדתך, אלא על החוק הקיים ולא עליו אני כרגע מגן.

אלעזר שטרן (יש עתיד):

אבל הוא ענה, גם.

איל זנדברג:

לגבי הכפר הערבי, מה שרוצים לעשות כאן – צריך לשים את הדברים על השולחן – פה מדובר על
עיגון ברמה של חוק יסוד של מה שמוותר למדינה לעשות. יש פה גם את ההיבט המשפטי וגם את ההיבט
הצהרתי, והנוסח הוא נוסח גורף. אם באמת הנוסח מאפשר, כמו שאמר היועץ המשפטי של הוועדה
בתחילת הדיון – להקים יישוב חדש מכוח החוק הזה, להגיד יש לי מקרקעין ציבורי, משאב ציבורי, ואני
עכשיו מקצה אותו ותולה שלט בכניסה ליישוב. הפניסה ליהודים בלבד. עם זה הוועדה צריכה להתמודד
סליחה על הפוטות שאני מציג את זה, אולי כדי להמחיש. האם הדבר הזה נראה למישהו בסדר? בלי
תנאים, בלי מגבלות. זה מה שהסעיף אומר. הוא אומר: את זה מותר לעשות בצורה גורפת.

ניסן סלומינסקי (הבית היהודי):

או לערבים בלבד.

איל זנדברג:

אם הדבר הזה מותר, אז בסדר, זה הדיון, כי כל שאר הדיונים הם מדרג שני או שלישי. השאלה
אם כפר ערבי שקיים היום שבו כפר לא מקבל לשורותיו, אם אני מבין בדוגמה של חבר הכנסת סלומינסקי,
אלא אדם בא וקונה קרקע פרטית - -

היו"ר אמיר אוחנה:

כשיצגתם את המדינה בקעדאן זה היה נראה לכם בסדר?

איל זנדברג:

לא, אני חושב שהסיטואציה היא שונה. לא קראתי לפני הדיון כל תגובה שנאמרה שם. אני חושב שהדברים ברורים. יש הבדל בין יצירת קבוצת השתייכות בכל מיני הקשרים. יש הבדל בין הדין שהיה לבין מצב קיים, אבל השאלה צריכה להישאל, וזו השאלה שהוועדה צריכה להחליט בה. האם היא רואה לנגד עיניה, כי צריך להבין מה הטקסט אומר. האם היא רוצה טקסט שמאפשר לומר שיקומו יישובים שבהם אנשים ייפסלו רק בגלל החשתייכות הקבוצתית שלהם, גם אם שייכים לקבוצת המיעוט. להבנתנו – כמון שזה מופיע – לא, זה לא תואם את המבנה החוקתי של מדינת ישראל.

נחמן שי (המתנה הציוני):

אני מוכן ישר לתלות את עצמי על האילן הגבוה הזה ששמענו עכשיו, בתנאי שיוכלו להוריד אותי אחר כך נושם, אבל לא יכולה להיות עמדה יורת ברורה, נחושה ומוסרית מאשר העמדה ששמענו זה עתה. אני שמח שעוד נשארו קולות בסביבה, אם כי משתיקים אותם לצערי הרב מיום ומלילה ללילה בבית הזה, שאנחנו חברים בו. אני נתתי תמיד ואני נותן תמיד מקום מיוחד לעמדת יועצים משפטיים, ואני מצפה מהם לבטא את דעתם המקצועית, ואני מצפה שפוליטיקאים לא ירמסו אותם בדרך כמו שמנסים לעשות בחוק המינויים וכן הלאה, כדי שגם העדר ייקח אתו בדרך את הייעוץ המשפטי. הייעוץ המשפטי צריך להיות תמיד איזו אלומת אור שמטילים מהצד על הזירה ומסתכלים דרך אלומת האור הזאת. היועץ המשפטי לא צריך להיות חלק מהסצנה הפוליטית.

ברור שכל החוק הזה הוא בעייתי. גם חתמתי עליו בגלגול הקודם קודם קודם, ואחר כך משכתי את חתימתי, כשהסבירו לי יותר טוב. כמו שאנחנו חותמים פה לצערי הרב באופן המוני על חוקים, אחר כך התברר שהוא לא חוק טוב ומשכתי את חתימתי. אני שמח היום להתנגד לו בכל הזדמנות שיש לי, לא בגלל שאני חושב שמדינת ישראל היא לא הבית הלאומי של העם היהודי. ברור שהיא, והיא תהיה תמיד, אבל מפני שאנחנו חיים עם מיעוט גדול, גדל, ואנחנו חייבים לכבד אותו וזה צריך להיעשות על בסיס שוויון של אנשים שחיים ביחד באותה מדינה, על אותה אדמה, וזהו, אלה החיים שנגזרו עלינו לטוב ולרע. אנחנו צריכים לתת להם את המעמד הראוי. החוק הזה מנסה ליצור רמות שונות ודרך המגורים השותפים זה משקף את זה בצורה הכי טובה. לכן, מקום שעיקרון השוויון מופר אין מקום לסעיף הזה. אני שמח שבאיהו שהוא מקום מצאנו בעבר סעיף שנתן לנו אפשרות ליישובים קטנים לקיים אותם על בסיס כזה או אחר. אני יודע שגם זה היה בעייתי בשעתו וגם זה לא עבר בשלום, וגם את זה אפשר עוד לאתגר שוב ושוב, אבל בטח ברמה ארצית, כשזה הופך להיות לעיקרון – זה דבר שהדעה לא סובלת שהוא יהיה חלק מספר החוקים של מדינת ישראל שעדיין מונחת לדעתי על עקרונות של שוויון, צדק ומוסר. דווקא מוסר, אנחנו צריכים לדבר במונחים של מוסר. לכן אני מתנגד לו. מאחר שכבר בעבר הוכחת גמישות מסוימת אז אני מקווה שגם אחרי שתשמע את כל הדעות, לא רק שלנו אלא גם של הדרג המקצועי שאתה נועץ בו – תוציא את זה, תחזור לפרקטיקה הקיימת בתנאי שגם אותה לא יאתגרו בתקופה הקרובה ותראה שגם על זה לא תוכל להגן, ונמשיך את חיינו המשותפים בארץ הזו לעוד רבה שנים – יהודים, ערבים, דרוזים, מוסלמים וכל מי שרוצה לחיות על האדמה הטובה הזו ותחת השמש הנעימה הזו.

אביעד בקשי:

קודם כל צריך לתחום בכלל – על מה מדובר. נאמרו פה אמירות על לב תל אביב או דברים כאלה. הסעיף הזה לא יחול על לפחות 98% מהתושבים בארץ.

אלעזר שטרן (יש עתיד):

"הסעיף לא יחול על..." – נשמע לנו מוכר מהימים האחרונים.

אביעד בקשי:

הסעיף הזה עוסק בהתיישבות קהילתית, לא בהתיישבות חרדים בלב תל אביב או חתיישובות חילוניים בלב בני ברק. אנחנו לא מדברים על הקטסטרופה של ערים ליהודים, ערים לערבים ואיסורי כניסה בהקשרים האלה. לכן, מי שמרים את הדגל הזה תוקף מטרה שהיא לא מטרה שיש כאן, כי הסיטואציה שכאן עוסקת אך ורק בהתיישבות קהילתית בשלב העוברי שלה, כאשר יוצאים לדרך או להקמת יישוב קטן בפריפריה או בשלב ש - - -

נספח ע/5

**מסמך ההכנה
לישיבת הוועדה
מיום 27.11.2018**

5/8

ט' בכסלו התשע"ח
27 בנובמבר 2017

אל: חברי הוועדה המשותפת לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי
מאת: הייעוץ המשפטי לוועדה

מסמך הכנה לדיון ביום 28.11.2017 - הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי

בישיבה הקרובה תדון הוועדה בסעיף 8 העוסק ב"שימור מורשת". במסגרת סעיף-קטן (א) מוצע להעניק זכות לכל תושב ישראל לפעול לשימור תרבותו, מורשתו, שפתו וזהותו. בנוסף, מוצע במסגרת סעיף קטן (ב), להתיר למדינה לאפשר התיישבות קהילתית נפרדת, לרבות לבני דת אחת או בני לאום אחד.

בשונה מיתר סעיפי הצעת חוק היסוד שבהם דנה הוועדה עד עתה, בהם מוצע לעגן ברמה נורמטיבית גבוהה **הסדרים שקיימים כיום בחוקים רגילים, הסעיף המוצע מבקש לעגן בחוק יסוד שתי זכויות שאינן מעוגנות כיום בחקיקה.**

כמפורט להלן, נוכח אופיו של הסעיף כעוסק **בהענקת זכויות**, עולה השאלה בדבר ההצדקה להכללתו במסגרת חוק היסוד דן העוסק בעקרונות היסוד של המדינה. על-פי המקובל בעולם, מקומם של סעיפים מסוג זה הוא דווקא בפרק הזכויות של החוק ולא בפרק עקרונות היסוד.

מעבר לכך, אנו סבורים כי הוראת סעיף-קטן (ב) המתירה למדינה לאפשר התיישבות קהילתית נפרדת לבני לאום אחד, היא חסרת תקדים ברמה השוואתית, ומעוררת קשיים משמעותיים ביחס לעקרונות היסוד של השיטה, ובפרט ביחס לעקרון השוויון. בהתאם לכך, נציע לנסחו כסעיף המאפשר התיישבות קהילתית על בסיס תרבותי-ייחודי, ולא כסעיף המאפשר הדרה של תושבים מיישוב רק על יסוד זהותם הלאומית או הדתית. בסעיף מוצע לקבוע כדלקמן:

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

(א) הזכות לפעול לשימור תרבות, מורשת, שפה וזהות – סעיף-קטן (א)

עניינו של הסעיף המוצע בהענקת זכות חוקתית **לכל תושב** בישראל לפעול לשימור תרבותו, מורשתו, שפתו וזהותו. זכות זו מוענקת הן לבן הרוב היהודי, והן לבן המיעוט הערבי, וכן על בסיס דתי – לבני הדת הנוצרית או המוסלמית (ולבני דתות אחרות).

כיום אין עיגון מפורש בחקיקה או בפסיקה הישראלית ל**זכות של הפרט** במדינה לפעול לשימור תרבותו. עם זאת, ככל שמדובר בהגנה על זכותו התרבותית-קהילתית של ה**לאום היהודי** לשימור תרבותי-זהותי, הרי שחוק היסוד המוצע עוסק בכך בהרחבה: באמצעות מתן מעמד ממלכתי לסמלים המזוהים עם הרוב היהודי; עיגון ימי המנוחה של הדת היהודית כימי המנוחה הקבועים במדינת ישראל; הגדרת השפה העברית כשפת המדינה;

מתן מעמד למשפט העברי ומורשת ישראל כמקור השלמה במצב של לקונה וכיוצא באלה.

ככל שמדובר בזכויות קבוצתיות של בני המיעוט הערבי, לשימור תרבותם, הרי שעד היום לא ניתנה הכרה רחבה בזכות שכזאת בחקיקה הישראלית. אולם, קיימים ביטויים מעשיים לכך, אשר חלקם מעוגנים בחקיקה. כך למשל:

(1) בתחום **מעמד השפה הערבית** – כמפורט במסמך ההכנה הקודם, יש הכרה במעמדה של השפה הערבית כשפתו של המיעוט העיקרי במדינה (לרבות מכוח סימן 82 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922).

(2) בתחום **החינוך** – מערכת החינוך הממלכתית במגזר הערבי מתנהלת בשפה הערבית, ואף יש הכרה מפורשת בסעיף 112(1) לחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953 בכך שאחת ממטרות החינוך הממלכתי היא: **"להכיר את השפה, התרבות, ההיסטוריה, המורשת והמסורת הייחודית של האוכלוסייה הערבית** ושל קבוצות אוכלוסייה אחרות במדינת ישראל, ולהכיר בזכויות השוות של כל אזרחי ישראל".

(3) בתחום **הדין האישי** – סימנים 51-54 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, מעניקים לכל עדה דתית, לרבות לבני הדת המוסלמית ולעדות הנוצריות, סמכות שיפוט במסגרת מערכת בתי דין נפרדת לעניין המעמד האישי, ובראשם נישואין וגירושין.

גם בפסיקתו של בית המשפט העליון לא ניתן למצוא הכרה נרחבת בזכויות לשימור תרבותי כפרטים, או בזכויות קיבוציות המוקנות לבני המיעוט הערבי, ואולם ניתן למצוא ביטויים מוגבלים לזכויות אלה. למשל, בפסק דינו של הנשיא ברק שעסק במעמד המיוחד של השפה הערבית הוא הסביר כי מדובר ב"שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל, החי בישראל מימים ימימה. זוהי **שפה הקשורה למאפיינים תרבותיים, היסטוריים ודתיים של קבוצת המיעוט הערבית בישראל**" (בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, בעמ' 419). מנגד, השופט חשין (בדעת מיעוט) התייחס במפורש באותו פסק דין לכך ש"**זכות קולקטיבית כללית של האוכלוסייה הערבית** – כקבוצת מיעוט – לטיפוח ולשימורה של זהותה הלאומית והתרבותית בסיוע המדינה **לא נוצרה ולא הוכרה במשפט ישראל**" (שם, בעמ' 460).

לאחרונה במסגרת פסק דין שעסק בחוק המסדיר את פעילותה של החטיבה להתיישבות, התייחס המשנה לנשיאה רובינשטיין לכך ש**בתחום המקרקעין** "עליהם אמונה החטיבה ... **חלה הזכות לשונו גם במישור הזכויות הקבוצתיות של הציבור הערבי** ... בהתאם נקבע, כי לאוכלוסייה הערבית – ולא רק לאזרחים או תושבים ערבים ספציפיים – נתונה זכות לחלוקה שיוונית של משאבי המדינה, לרבות הקצאת מקרקעין" (בג"ץ 9518/16 הראל נ' הכנסת (מיום 5.9.2017), פסי ס"א לפסק דינו).

בכל מקרה, כאמור, לא ניתן למצוא כיום בחקיקה או בפסיקה עיגון מפורש ונרחב לזכות לשימור תרבותי לפרטים בנוסח המוצע בסעיף האמור.

המשפט המשווה

בסעיף 27 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות, שישראל חתומה עליה ואשררה אותה, מעוגנת הזכות לתרבות של בני קבוצות המיעוט במדינה בנוסח שלהלן: "באותן מדינות שבהן קיימים מיעוטים אתניים, דתיים או לשוניים, לא ישללו מבני אדם המשתייכים למיעוטים אלה את הזכות לקיים את תרבותם, להחזיק בדתם ולשמור על מצוותיה, או להשתמש בלשונם, בצוותא עם החברים האחרים שבקבוצתם".

במקביל, במשפט המשווה ניתן למצוא בחוקת שונות בעולם עיגון זכות פוזיטיבית לשימור תרבותי, ואולם, גם במדינות אלה, באופן טיפוסי, הדגש מושם על הזכות לתרבות של בני קבוצות המיעוט.

כך למשל, סעיף 41 לחוקה הארמנית, הנכלל בפרק הזכויות של החוקה הארמנית, נקבע כי כולם יהיו בעלי זכות לשמר את זהותם הלאומית וזהותם האתנית, ואולם נקבע באופן ספציפי כי אנשים שמשתייכים למיעוטים לאומיים יהיו בעלי זכות לשמר ולפתח את מסורותיהם, דתם, שפתם ותרבותם.¹ סעיף 114 לחוקה הלטבית, הנכלל בפרק הזכויות של החוקה, קובע כי אנשים שמשתייכים למיעוט אתני יהיו בעלי זכות לשמר ולפתח את שפתם וכן את זהותם האתנית והתרבותית;² סעיף 6 לחוקה הרומנית קובע כי המדינה מכירה ומבטיחה את הזכות של אנשים השייכים למיעוטים לאומיים לשמר, לפתח ולהביע את זהותם האתנית, התרבותית, הלשונית והדתית. כמו כן, נקבע בסעיף כי אמצעי ההגנה (protection measures) שהמדינה תנקוט בכדי לשמר, לפתח ולהביע את זהותם של מי ששייכים למיעוטים כאמור צריכים יהיו לעמוד בעקרונות של שוויון ואי הפליה ביחס ליתר אזרחי רומניה (in relation to other Romanian citizens).³

מנגד, יש מדינות שבהן התייחסות לזכות של אדם לשמור על תרבותו מנוסחת במונחים כלליים יותר. כך למשל, בסעיף 54 לחוקה הבולגרית⁴ מוענקת הגנה לזכותו של כל אדם לפתח את תרבותו בהתאם לזהותו העצמית האתנית, המוכרת ומובטחת על-פי חוק.

שאלות לדיון:

1. האם יש מקום לכלול את הסעיף במסגרת חוק היסוד?

נוכח אופיו של הסעיף כעוסק בהענקת זכויות לשימור תרבותי וזהותי, עולה השאלה בדבר ההצדקה להכללתו במסגרת חוק היסוד דנן. כידוע, עניינו של חוק היסוד בקביעת עקרונות היסוד של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי, ובהתאם לכך, סעיפיו עוסקים בביטויים השונים לאופייה זה של המדינה. כאמור לעיל, בחוקות אחרות, הסעיפים העוסקים בהגנה על זכותו של אדם לתרבות נכללו בפרק הזכויות בחוקה ולא בפרק עקרונות

¹ "Everyone shall have the right to preserve his or her national and ethnic identity. Persons belonging to national minorities shall have the right to preservation and development of their traditions, religion, language and culture."

114. Persons belonging to ethnic minorities have the right to preserve and develop their language and their ethnic and cultural identity

³ (1) The State recognizes and guarantees the right of persons belonging to national minorities to the preservation, development and expression of their ethnic, cultural, linguistic and religious identity.

(2) The protection measures taken by the Romanian State for the preservation, development and expression of identity of the persons belonging to national minorities shall conform to the principles of equality and non-discrimination in relation to the other Romanian citizens.

Everyone shall have the right to avail himself of the national and universal human cultural values and to develop (1) his own culture in accordance with his ethnic self-identification, which shall be recognized and guaranteed by the law

(2) Artistic, scientific and technological creativity shall be recognized and guaranteed by the law (3) The State shall protect all inventors' rights, copyrights and related rights

היסוד, וכאמור רובם עוסקים בצורה מפורשת בהיבטים מיוחדים של זכויות מיעוטים. על כן, כלל אין זה ברור האם מקומו של הסעיף בחוק יסוד זה.

מנגד, על רקע הדגש הניתן בחוק היסוד לאופיה של המדינה כמדינה המבטאת את התרבות והמורשת של בני הלאום היהודי, יתכן ויש במתן הגנה מפורשת לזכות לשימור תרבותי של כלל תושבי המדינה, כדי לאזן ולהעניק הכרה בזכויותיהם התרבותיות של בני לאומים אחרים, ובראשם בני המיעוט הערבי, **כפרטים במדינה**.

2. מהי הגדרתה ואופייה של הזכות?

הזכות לתרבות היא זכות "צעירה" יחסית אשר גבולותיה עמומים גם במבט השוואתי ובינלאומי. מטבע הדברים, המשמעות של עמימות זו היא כי תיוותר בידי בית המשפט המפרש את הסעיף כר נרחב לפרשנות באשר לגבולותיה של הזכות.

כך למשל, האם יש בזכות כדי להטיל חובות "עשה" על המדינה, או שמא מדובר בזכות במובן של "חירות" בלבד, כלומר: הגנה מפני התערבות המדינה? האם המדינה תהיה רשאית לפגוע באותה זכות לתרבות כדי לקדם ערכים אחרים? באיזו מידה המדינה תפעל לשימור תרבותי-זהותי גם כאשר יש בכך כדי לפגוע בעקרונות יסוד אחרים, דוגמת עקרון השוויון? האם חלה על המדינה גם חובה לממן את צרכי שימור התרבות של קבוצות אוכלוסייה שונות, לרבות קבוצות מיעוט במדינה?

בכל מקרה, כפי שצינו ביחס לסעיפים אחרים, ככל שהוועדה תבקש להותיר את הסעיף בחוק היסוד, נראה כי יהיה צורך בהוספת **פסקת הגבלה** בדומה לזו הקיימת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, המאפשרת הגבלת הזכות אם היא נעשית בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

3. האם מדובר בזכות המוענקת לכל תושבי המדינה או רק לבני קבוצות המיעוט?

כאמור לעיל, ברבות מחוקות העולם הזכות לשימור תרבותי מוקנית דווקא לבני קבוצת המיעוט, מתוך תפיסה כי בני קבוצת הרוב אינם זקוקים להגנה מיוחדת משום שהתרבות שלהם היא השולטת במרחב הציבורי ואינה מאוימת. הדברים אמורים ביתר שאת בהתחשב בכך שחוק היסוד דן כולל, כאמור, בסעיפיו השונים ביטויים רבים להדגשת אופייה התרבותי-לאומי של המדינה כמדינה יהודית.

מנגד, קיימת תפיסה הגורסת שהזכות לתרבות היא אוניברסלית, ולמעשה מהווה מרכיב חיוני במימוש זכויות הפרט של כל אדם. בהתאם לכך, על-פי תפיסה זו, יש להעניק הגנה רחבה וכללית לזכות לשימור תרבותי של כל קבוצה ולרצון שלה לשמר ולעצב את הזהות התרבותית שלה.⁵ אימוץ של גישה זו יוביל למסקנה כי יש הצדקה להעניק זכות לתרבות לכל קבוצות האוכלוסייה.

⁵ Avishai Margalit, Moshe Halbertal, Liberalism and the Right to Culture, *Social Research: An International Quarterly* 71(3) Fall 2004

התיישבות קהילתית נפרדת – סעיף קטן (ב)

הסעיף הקטן המוצע מבקש להסמיך את המדינה לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת. כאמור, זכות זו אינה מעוגנת כיום בחקיקה, אך לפני מספר שנים נקבעה בחוק האפשרות לקיים התיישבות קהילתית נפרדת ביישובים קהילתיים בהתאם לתנאים הנכללים בתיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות, התשע"א-2011 (לצד זאת, קיימת התיישבות קהילתית נפרדת ביישובים בעלי מאפיינים של שיתוף כלכלי דוגמת קיבוצים ומושבים שלא מכוח התיקון האמור).

רקע

ככלל, מתן האפשרות לקיום התיישבות קהילתית נפרדת מצויה במתח מובנה עם עקרון השוויון שבין האזרחים. בפסק הדין המפורסם שניתן בארה"ב עוד בשנות ה-50 של המאה הקודמת, *Brown v. Board of Education*,⁶ הודגש כי מדיניות של הפרדה בין לבנים ושחורים, הנעשית בידי בני קבוצת הרוב, **מפלה מעצם טיבה** כלפי קבוצת המיעוט, אף אם היא נעשית באופן שוויוני (מה שמכונה "נפרד אבל שווה"), שכן היא מייצרת תחושת נחיתות של בני אותה קבוצת המיעוט.

בישראל, לאורך השנים, הכירה פסיקת בית המשפט העליון באפשרות של קהילות **בעלות מאפיינים מיוחדים**, על-פי צורכיהן ושאיפותיהן, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת. כך למשל, כשדובר בהקצאת מקרקעין ברובע היהודי בירושלים ליהודים במסגרת שיקום הרובע לאחר מלחמת ששת הימים;⁷ הקצאת מקרקעין במסגרת הקמת יישוב לבני שבט בדואי בנגב כחלק מהמגמה ליישב את האוכלוסייה הבדואית ביישובי קבע;⁸ הקצאת מקרקעין במסגרת הקמת עיר חדשה לאוכלוסייה החרדית.⁹

בפסק הדין בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000) קבע בית המשפט כי **מדיניות של הפרדה בהקצאת מקרקעין על בסיס דת או לאום בלבד היא פסולה**, וכי אמות המידה להקצאה שכזאת צריכות להיות שוויוניות וענייניות בלבד. בית המשפט הדגיש עם זאת כי המדינה יכולה לאפשר התיישבות נפרדת לאוכלוסיות שונות, באופן שלא יהיה בו כדי להפר את עקרון השוויון, כאשר הרצון לטיפול נפרד אך שווה בא מקרב **קבוצות מיעוט** המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן הייחודי והחפצות למנוע "התבוללות כפויה" (שם, בעמ' 279).

מאז פסק הדין עסקו מלומדים רבים בזכות של קהילה לקיים התיישבות קהילתית נפרדת, ובכלל זה גם בזכותה של **קבוצת הרוב** לקיים התיישבות קהילתית כדי לאפשר לבני הרוב לשמר את תרבותם, להגן על רצונם הטבעי של אנשים לחיות בסביבה חברתית תומכת, לחוש "בבית", ולא להיות מנוכרים לסביבתם.¹⁰

בין היתר, ד"ר גונטובניק שעסק בסוגיה הדגיש כי ניתן לראות שיש הפרדה טבעית במגורים בין קבוצות שונות בחברה, בשל הרצון של חלק מהאנשים להתגורר עם אנשים שדומים להם. ואולם, חידד את ההבחנה שבין "גדרות חברתיות" הנובעות מבחירה חופשית של אנשים, ובין "חומות משפטיות" המוקמות על-ידי המדינה

⁶ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

⁷ בג"ץ 114/78 **בורקאן נ' שר האוצר** (1978).

⁸ בג"ץ 528/88 **אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל** (1989).

⁹ בג"ץ 4906/98 **עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון** (2000).

¹⁰ רות גביון ואסנת גריידי שוורץ, "חומר רקע לדיון בסוגיית ההסדרה החוקתית של נושאי מקרקעין והתיישבות" (מסמך שהוגש לוועדת חוקה בכנסת ה-16 במסגרת פרוייקט "חוקה בהסכמה").

ומעגנות הפרדה זו. ד"ר גונטובניק סבר בהקשר זה כי, ככלל, "במציאות בה קיימות גדרות חברתיות לא יהיה נכון להפוך אותן לחומות משפטיות אם לא נשקפת סכנה למפעל התרבותי של הקהילה שבה אנו עוסקים. על כן, בדרך כלל, ניטה לשלול מקבוצת הרוב התרבותית את היכולת להשתמש בכלי של חומה משפטית הנבנית על ידי המדינה כדי לחזק את מטענה התרבותי"¹¹.

אף המלומדים שהדגישו כי ניתן להצדיק בדלנות במגורים של בני קבוצת הרוב שתזכה להגנה משפטית, הבהירו כי ניתן לעשות כן רק אם הקבוצה המבקשת לקיים התיישבות נפרדת תוכל "להראות מה מייחד אותה על פני קבוצות אחרות ולהוכיח שמגורים משותפים עם מי שאינו בן הקבוצה עלולים לפגום בגיבוש הזהות הלאומית ובשימורה" (כדברי פרופ' יפה זילברשץ)¹².

בדומה, פרופ' גבזון הבהירה שלדעתה יש מקום לאפשר לבני הקהילות השונות החיות בארץ לבחור לחיות בסביבה תרבותית תומכת שיש בה רוב מוצק לבני קהילתם – "חשוב גם לא להתעלם מן המאפיינים המיוחדים של המציאות בישראל. אלה כוללים, ומוצדק שיכלול, מרכיבים קהילתיים-חזותיים רבים. שימורם מחייב במקרים רבים הסתמכות על השתייכות לאומית-תרבותית כשיקול בהשתלבות בשכונה, ביישוב או במוסד חינוכי". ואולם, היא הדגישה כי אין בהתחשבות זו כדי להצדיק הדרה מוחלטת על בסיס לאום והקמת יישובים "ליהודים בלבד"¹³.

תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות

ואכן, בשנת 2011 כשחוקקה הכנסת את החוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011, הידוע בכינוי "חוק ועדות קבלה", צעדה היא בנתיב שעולה מכתבי המלומדים האמורים. במסגרת התיקון, ניתנה האפשרות ליישובים קהילתיים קטנים בנגב ובגליל, להקים "ועדות קבלה" שיקבעו למי יוקצו מקרקעין ביישוב, תוך שהמחוקק מבנה את שיקול הדעת של ועדות הקבלה. בכלל זה, נקבעה בחוק רשימה סגורה של טעמים המצדיקים סירוב לקבל מועמד ליישוב, ובהם "חוסר התאמה של המועמד למרקם החברתי-תרבותי של היישוב הקהילתי, שיש יסוד להניח כי יהיה בו כדי לפגוע במרקם זה" (סעיף 6א(5) לפקודה). עוד הודגש כי בבואה לשקול את הטעמים לסירוב, "תיתן ועדת הקבלה את דעתה לגודל היישוב הקהילתי, לוותקו, לחוסנו ולאופי האוכלוסייה בו" (סעיף 6ב לפקודה).

לצד זאת, נכללה בסעיף הוראה מפורשת האוסרת על הפליה לרעה כנגד מועמדים מטעמי "גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא, השקפה או השתייכות מפלגתית-פוליטית" (סעיף 6ג לפקודה).

בדברי החסבר לתיקון הובהר כי המחוקק ביקש לאזן בין הזכות לתרבות, שמתממשת לעתים בתוך קהילת המגורים ובין החובה לנהוג בשוויון, והודגש כי "יישובים כאמור מתאפיינים באורח חיים קהילתי-כפרי המבוסס על לכידות חברתית ותרבותית". קיום מאפיינים אלו מצדיק הפעלת מנגנון של מיון מועמדים בקבלה למגורים ביישובים האלה. התיקון המוצע מבקש לאזן בין הזכות למימוש עצמי בקהילה לבין הזכויות לכבוד

¹¹ גרשון גונטובניק, "הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות", חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", בעמ' 139.
¹² זילברשץ, "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית-לאומית – האומנם רק זכותו של המיעוט?" משפט וממשל ו (תשס"א), עמ' 106. ורי גם גונטובניק, עמ' 143.
¹³ רות גבזון, "ציונות בישראל בעקבות בגיץ קעדאן", משפט וממשל ו 25, 41 (תשס"א); רות גבזון, "ועדות קבלה ביישובים קהילתיים: תשובה לפרופ' קרמוניצר", בלוג המרצים למשפטים, 7.11.2010.

ולשוויון, הן בקביעת אמות מידה לשיקול הדעת של ועדת הקבלה והן בקביעת הליך שיבטיח הפעלה מיידית

של אמות המידה הללו.¹⁴

יצוין כי בית המשפט העליון דחה (ברוב דעות) עתירות שהוגשו נגד התיקון האמור, בנימוק כי מדובר ב"ביעה בלתי בשלה" להכרעה משפטית, במידה רבה על יסוד הכללת הסעיף האמור האוסר על הפליה בשל טעמים "חשודים" בלשון החוק. עם זאת, בית המשפט קבע כי ניתן יהיה לעתור נגד החוק בעתיד, על יסוד אופן הפעלתו במקרים ספציפיים (בג"ץ 2311/11 סבת נ' הכנסת (פורסם ביום 17.9.2014)).

נקודות לדיון:

1. אנו סבורים כי הנוסח המוצע, המתיר למדינה לאפשר לבני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת, בלא להגביל זאת ליישובים קטנים בעלי אפיון ייחודי קהילתי-תרבותי, מעורר קשיים משמעותיים ביחס לעקרונות היסוד של השיטה, ובראשם החובה של המדינה לנהוג בשוויון כלפי אזרחיה ולא להפלות על רקע דת ולאום.

כפי שעולה מן התיאור שלעיל, ההסדר המוצע עומד בניגוד לפסיקתו של בית המשפט העליון, ואף בניגוד לעקרונות שהנחו את הכנסת בחקיקת התיקון לפקודת האגודות השיתופיות לפני שנים ספורות, ואשר ביקשו לאזן בין הזכות למימוש התרבות באמצעות קהילת המגורים ובין הזכויות לכבוד ולשוויון של כלל האוכלוסייה.

יודגש כי גם אם ההפרדה המבוקשת במגורים אינה נובעת ממניעים מפלים אלא מרצון לשמר את התרבות של בני קבוצת הרוב, וגם אם מוקנית זכות של מגורים נפרדים לבני קבוצת המיעוט, הרי שטמון בה מסר קשה של הדרה והפליה ביחס לפרטים הנמנים עם בני קבוצת המיעוט, היכולים להיות מודרים בצורה גורפת מיישובים של בני קבוצת הרוב. יש בה כדי להוציא את בני קבוצת המיעוט מן הכלל, ולחדד את השוני בינם ובין קבוצת הרוב.

מבחינה זו נבדל הסעיף המוצע מיתר סעיפי חוק היסוד, המעניקים עדיפות ברמה הלאומית למאפיינים השונים המייחדים את הלאום היהודי (סמלים, ימי מנוחה, שפה וכיו"ב), אך אינם משליכים באופן ישיר על מעמדו האישי של אזרח, בן למיעוט הערבי, ועל הזכויות המוקנות לו כפרט במדינה. הדברים אמורים ביתר שאת, בהתחשב בכך שבמדינת ישראל רוב המקרקעין מצויים בבעלות המדינה, ולכן הסעיף המוצע עלול לא רק להכשיר הפליה על בסיס דת או לאום על ידי פרטים, אלא אף הפליה בידי המדינה עצמה בהקצאת המקרקעין.

אין זה מקרה כי, בניגוד להסדרים האחרים שנכללים בהצעת חוק היסוד ושנדונו בישיבות הוועדה הקודמות, לסעיף המוצע אין מקבילה באף חוקה בעולם.

אכן, הזכות לשימור תרבותי עשויה להצדיק התחשבות מסוימת בשיקולים חברתיים-תרבותיים בכל הנוגע להקצאת מקרקעין, לשם שימור אופיו המיוחד של היישוב ואף של אזור המגורים (סוגיה המתעוררת לא רק במישור הלאומי אלא גם בין קהילות שונות בקרב הציבור היהודי, דוגמת ציבור חילוני אל מול ציבור חרדי). ואולם, היא אינה יכולה להצדיק מתן בלעדיות מוחלטת לקהילה אחת באזור המגורים.

¹⁴ ה"ח הכנסת 341, הצעת חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מסי 8) (ועדות קבלה ביישובים קהילתיים), התשי"ע-2010.

בהתאם לכך, נציע לשקול אימוץ נוסח של הסעיף העולה בקנה אחד עם רוחו של תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות ועם הפסיקה בהקשר זה, המתירה הקמת התיישבות קהילתית נפרדת **רק על בסיס ייחוד חברתי-תרבותי**. ליישובים מסוג זה עשויה להיות "זחות" מסוימת, אך לא ניתן להדיר מהם בצורה גורפת תושבים רק על בסיס לאומיותם או דתיותם, או להדיר תושבים שאינם מבקשים לפגוע במרקם החברתי-תרבותי של היישוב.

חלופין, ניתן לשקול גם כאן אימוץ של סעיפים הכוללים הצהרות כלליות בדבר האפשרות לכלול במסגרת השיקולים הכרוכים בהקצאת מקרקעין סוגיות של שימור תרבותי, מבלי להתחייב להסדרים ספציפיים הקובעים זכויות והיתרים מפורטים.

2. מעבר לכך, כאמור לעיל ביחס לסעיף-קטן (א), כלל אין זה ברור האם יש הצדקה להכללתו של סעיף זה בחוק היסוד בהתחשב בכך שאין הוא עוסק במאפיינים הלאומיים של המדינה אלא בזכויות לשימור תרבותי שמקומן בפרק הזכויות שבחוקי היסוד.

נוסח מוצע:

שימור תרבות 8. (א) לכל תושב ישראל, ללא הבדל דת או לאום, זכות לפעול לשימור תרבותו, מורשתו, שפתו וזהותו.

חלופה א':

(א) המדינה תכבד את זכותם של תושבי ישראל, ללא הבדל דת או לאום, לפעול לשימור תרבותו, מורשתו, שפתו וזהותו.

(ב) המדינה רשאית לאפשר לקהילה בעלת ייחוד תרבותי או חברתי [המצדיק/הדורש הגנה מיוחדת] לקיים התיישבות קהילתית נפרדת.

נספח ע/6

**תגובת ממשלת
ישראל לעתירת נגד
חוק ההסדרה**

עיריית סילוואד ואח'

באמצעות ב"כ עו"ד סוהאד בשארה ואח'
עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רח' יפן 94, ת"ד 8921, חיפה
טל': 049501610; פקס: suhad@adalah.org

ובאמצעות עו"ד סלימאן שאהין
ממרכז ירושלים לזכויות אדם
רח' אבן בטוחה 14 ירושלים 91200
טל': 026272982; פקס: 026264770

העותרים בבג"ץ 1308/17

- נ ג ד -

1. הכנסת

באמצעות היועץ המשפטי של הכנסת
הכנסת, קרית בן גוריון, ירושלים
טל': 026408638; פקס: 026753495

2. המפקד הצבאי באיו"ש

באמצעות פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 026466101; פקס: 026467011

3. ממשלת ישראל

באמצעות ב"כ ד"ר הראל ארנון
מרחוב הרטום 16, ת"ד 45151, ירושלים 9145101
טל': 02-6509100; פקס: 02-6509110

המשיבים בבג"ץ 1308/17

ראש מועצת הכפר עין יברוד ואח'

באמצעות ב"כ עו"ד מיכאל ספרד ואח' וכן עו"ד שלומי זכריה
ו/או מיכל זיו ואח'
מרח' דוד חכמי 12, תל אביב
טל': 036206947/8/9; פקס: 036206950

ובאמצעות ב"כ עו"ד דן יקיר ו/או רוני פלי ואח'
האגודה לזכויות האזרח בישראל
מרח' נחלת בנימין 75, תל אביב
טל': 035608185; פקס: 035608165

העותרים בבג"ץ 2055/17

- נ ג ד -

1. הכנסת

באמצעות היועץ המשפטי של הכנסת
הכנסת, קרית בן גוריון, ירושלים
טל': 026408638; פקס: 026753495

2. ממשלת ישראל

באמצעות ב"כ ד"ר הראל ארנון
מרחוב הרטום 16, ת"ד 45151, ירושלים 9145101
טל': 02-6509100; פקס: 02-6509110

3. היועץ המשפטי לממשלה ואח'

באמצעות פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים
טל': 026466101; פקס: 026467011

המשיבים בבג"ץ 2055/17

תגובה מקדמית מטעם ממשלת ישראל

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 18.4.17 ולארכות שניתנו, ממשלת ישראל מתכבדת להגיש את תגובתה המקדמית לעתירות שבכותרת.

תוכן עניינים

- 4 -	מבוא	
- 7 -	פרק א' - סקירה היסטורית-משפטית	
- 7 -	א'1 - כללי	
- 9 -	א'2 - על משטר הקרקעות החל באזור ועל הפרקטיקה של רשויות האזור	
- 11 -	א'3 - על רכוש ממשלתי והליך ההכרזה	
- 14 -	א'4 - צוות "קו כחול"	
- 14 -	א'5 - מקרי בוחן של בניה הטעונה הסדרה	
- 15 -	מקרה בוחן ראשון : מצפה כרמים	
- 17 -	מקרה בוחן שני : עפרה	
- 19 -	מקרה בוחן שלישי : הרשה	
- 20 -	מקרה בוחן רביעי : משפחת אשכנזי מהיישוב נילי (כמשל)	
- 20 -	פרק ב' - ניתוח כללי של הסדרי החוק	
- 22 -	פרק ג' - בחינת החוק על רקע חוקי היסוד	
- 23 -	ג'1 - מבחן הפגיעה	
- 23 -	ג'2 - מבחן תכליות החוק והלימתן את ערכיה של מדינת ישראל	
- 28 -	ג'3 - מבחני המידתיות	
- 29 -	ג'3(1) - מבחן הקשר הרציונאלי	
- 29 -	ג'3(2) - מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה	
- 31 -	ג'3(3) - מבחן המידתיות במובן הצר	
- 44 -	פרק ד' - דחיית טיעוני העותרים	
- 44 -	ד'1 - הערה מקדמית ביחס לטענת הבשלות	
- 44 -	ד'2 - הטיעון נגד חוק ההסדרה מן המשפט הישראלי הפנימי	
- 44 -	ד'2(1) - דחיית הטענה כי החוק פוגע שלא כדין בזכות הקניין	
- 45 -	ד'2(2) - דחיית הטענה כי החוק אינו שוויוני ומפלה בין תושבי האזור הישראליים לשאינם ישראלים ובין אזרחי ישראל תושבי האזור לשאינם תושבי האזור	
- 47 -	ד'2(3) - דחיית הטענה כי לכנסת אסור לחוקק באזור	
- 57 -	ד'3 - הטיעון נגד חוק ההסדרה מן המשפט הבינלאומי	
- 58 -	ד'3(1) - על סמכות הרשות השופטת לבטל חקיקה של הכנסת	
- 59 -	ד'3(2) - דחיית ההנחה הראשונה : המשב"ל אינו יכול להוות עילה לפסילת חקיקה ראשית של הכנסת	
- 65 -	ד'3(3) - דחיית ההנחה השנייה : חוק ההסדרה אינו סותר נורמות מן המשפט הבינלאומי	
- 65 -	ד'3(3)א - תמצית הטענות נגד החוק במישור המשפט הבינלאומי	
- 66 -	ד'3(3)ב - דחיית הטענה כי אסור להפקיע רכוש של אוכלוסיה מוגנת לצרכים אזרחיים	
- 66 -	א. הבהרה מושגית - "אוכלוסיה מוגנת" ו"אוכלוסיה מקומית"	
- 66 -	ב. המגבלות על הפגיעה בקניין מכוח תקנות תאג	
- 68 -	ג. אין בסיס לטענה בדבר קיומו של איסור כזה בדין המנהגי - מנהג המדינות	
- 69 -	ד. גם ההלכה הפסוקה של בית המשפט הנכבד מבחינה בין הפקעה אזרחית (מותרת) להחרמה	
- 70 -	ה. הערה מושגית - הבחנה בין הפקעה לצרכים אזרחיים לבין תפיסה צבאית	
- 71 -	ו. טובת האוכלוסיה המקומית כוללת את טובת האוכלוסיה המקומית הישראלית	
- 73 -	ז. הפקעת מקרקעין לטובת האוכלוסיה המקומית הישראלית היא מותרת	
- 75 -	ח. תקדים צפון קפריסין	
- 76 -	ט. הטענה כי הפקעה במסגרת החוק היא "פשע מלחמה" היא מגוחכת	
- 78 -	ד'3(3)ג - דחיית הטענה כי חוק ההסדרה משנה את הדין המהותי שלא כדין	
- 79 -	סיכום	

מבוא

1. החזקתה של מדינת ישראל בשטחי יהודה ושומרון (להלן: **האזור**) היא בת חמישים שנים - פרק זמן בלתי מבוטל. ספק רב אם בסיומה של מלחמת ששת הימים יכול היה מאן דהוא לחזות, כי בחלוף חמישים שנים מעמד המדינה של מרבית שטחי האזור טרם יוכרע סופית.
2. אי-החלת החוק והמשפט הישראלי באזור, יחד עם התרחבות ההתיישבות הישראלית והתבססותה, הובילו למציאות משפטית ייחודית ומורכבת במיוחד. חייהם של מאות אלפי ישראלים שקבעו את מושבם באזור מוסדרים, בין היתר, בתחיקה צבאית. באזור חלים רבדי חקיקה מתקופות שונות: משטר הקרקעות באזור מוסדר ברובו באמצעות חקיקה עות'מאנית מן המאה התשע-עשרה, חקיקה שגם בטורקיה - מקום הולדתה - כבר תוקנה והוחלפה.
3. במהלך השנים, ובמיוחד בשני העשורים האחרונים, אזרחים ישראלים רבים תושבי האזור חיים במציאות בלתי אפשרית. כפי שיתואר לקמן, מחוות דעת של מומחים שהתמנו לכך בידי ממשלות ישראל (עו"ד טליה ששון והצוות בראשות כב' השי' א' לוי ז"ל) עולה, כי נסיבות וגורמים רבים הובילו לכך שבנייה ישראלית משמעותית באזור הוקמה תוך חוסר תשומת לב לסדרי הדין או בהעדר הקפדה עליהם. המורכבות המשפטית המובנית; ניהול חיים אזרחיים באמצעות מערכת צבאית; זכותם הטבעית של ישראלים רבים - חלקם דור שני ושלישי להתיישבות הישראלית באזור - להקים באזור את בתיהם; ורצון חלק ממשלות ישראל לבסס את ההתיישבות תוך תמרון בזירה בינלאומית מורכבת - כל אלה הובילו לפרקטיקות שונות, שלטוניות ואזרחיות כאחת, אשר תכליתן הייתה הרחבת ההתיישבות הישראלית על קרקעות מדינה. זאת, כפי שהצביעו על כך המומחים, פעמים רבות תוך חוסר הקפדה על התנהלות תכנונית תקינה.
4. מורכבות זו תרמה למציאות אשר בה מספר לא מבוטל של יישובים או שכונות נבנו, בחלקן או ברובן, ללא היתרי בנייה או תכניות מתאר בתוקף, ולעתים גם על קרקעות פרטיות של תושבים מן האזור (מרביתם אינם אזרחי ישראל). גם העובדה כי מרשם המקרקעין באזור **חסוי** וכי עסקאות מקרקעין באזור בין ישראלים לשאינם ישראלים אינן יכולות להתבצע **בתנאי שוק רגילים** - בין היתר לאור סנקציות הקבועות בחקיקת הרשות הפלסטינית - תרמו להיווצרות מציאות זו.
5. כאמור לעיל, דברים אלו אינם בגדר סוד. ביום 13.3.05 הוצגה בפני ממשלת ישראל "חוו"ד (ביניים) בנושא מאחזים בלתי מורשים" (להלן: **דו"ח ששון**), ניתן לצפייה והורדה באתר משרד ראש הממשלה בכתובת www.pmo.gov.il/SiteCollectionDocuments/PMO/Communication/Spokesman/sason2.pdf הסוקר, בין היתר, את התנהלות רשויות השלטון הישראליות. כך נכתב בדו"ח ששון בנוגע למעורבות הרשויות בהקמת "מאחזים בלתי מורשים" באזור:

"ממשלות ישראל לא היו עוד מעורבות פורמאלית בהקמת המאחזים, ככל הנראה מחמת מצבה הבינלאומי של ישראל ועמדתן השלילית של רוב מדינות העולם נגד מפעל ההתנחלויות. לא כך הוא מצב לגבי רשויות ציבוריות וגופים מטעם המדינה, שנטלו חלק מרכזי בהקמתם, יחד עם אחרים, בחלקן בהשראת הדרג המדיני, מי בעצימת עין, ומי בעידוד ותמיכה, אך ללא החלטה של הדרג המדיני המוסמך מטעם המדינה" (עמ' 19)

"במהלך השנים נבנו שכונות שלמות, בסמוך ליישובים קיימים וללא תוכנית מפורטת ואף על קרקעות שאינן אדמות מדינה" (עמ' 219)

"בעולה מחוות דעת זו, עשו רשויות שונות של המדינה ככל יכולתן כדי לתמוך בתופעה, לממן אותה ולעודד אותה, וזאת ללא סמכות, ואף בניגוד לחוק. זהו המסר הכפול שעובר מזה שנים מהדרג המדיני ורשויות המדינה ביחס למאחזים הבלתי מורשים" (עמ' 261)

6. על רקע זה, וככל הנראה גם בעקבות דו"ח ששון, החלו מיזפקים על שערי בית המשפט הנכבד עותרים שונים, אנשים פרטיים ועמותות - על פי רוב בעלות סדר יום אידיאולוגי-פוליטי מוצהר - אשר ביקשו מבית המשפט סעדים שכוונו לסילוק יד ולהריסת הבנייה הישראלית. פעמים, כאשר מדובר היה בבנייה על קרקע מדינה, הובילו העתירות הללו להסדרת הבנייה; פעמים הובילו העתירות את בית המשפט הנכבד לחורות על הריסת הבנייה, לעתים אף ישובים שלמים, על פי רוב בשל הטעם שזכויות הבעלות במקרקעין לא היו נתונות למדינה או למחזיקים בקרקע.
7. תוצאות משפטיות אלו הושתתו על מספר אדנים, ביניהם פרשנות מחמירה בכל הנוגע לתחולתן ולהיקפן של נורמות מן הדין הבינלאומי על מי שנטל את כל הסמכויות השלטוניות לפי סעיף 3 למנשר בדבר סדרי שלטון ומשפט (יהודה והשומרון) (מסי 2), התשכ"ז-1967 (להלן: **רשויות האזור**), כמו גם, בחלק מן המקרים, היעדר כלים בידי בית המשפט הנכבד לבחון לאשורו את מארג הזכויות במקרקעין מושא אותן עתירות.
8. אולם זוהי רק מקצת התמונה: שגרת חייהם של אזרחים ישראלים רבים המתגוררים במבנים שהוקמו בנסיבות המתוארות נפגעת פגיעה קשה גם בהיעדר הדיניות משפטית קונקרטית בדמות עתירות לבית המשפט הנכבד. העובדה כי הם מחזיקים בקרקע שהבעלות בה נתונה לכאורה לאחרים, חרף הנסיבות הייחודיות להקמת בתייהם על גביה, מונעת מן הרשויות באזור להעניק להם שירותים בסיסיים. כך, למשל, ישובים מסוימים מנועים מלפתח תשתיות, דרכי גישה וכיו"ב בשל העובדה כי פיתוחם מחייב רכישה כפויה של זכויות במקרקעין. כך, למשל, כפי שאף פורסם בכלי התקשורת בהרחבה, מצאה את עצמה משפחת הישראלי מעפרה חסרת יכולת לקבל היתר בנייה שנדרש לה על מנת שתוכל להתאים את ביתה לצרכי בנה החייל, יהודה הישראלי, שנפצע קשה במסגרת פעילות מבצעית במבצע "צוק איתן". זאת, בשל העובדה שבית משפחת הישראלי, ככל בתי שכונתו בעפרה - **שכונה שהוקמה לפני למעלה משלושים שנים** - מצוי על קרקע הרשומה כקרקע פרטית. ועפרה אינה המקרה היחיד.
9. מציאות זו הולכה למבוי סתום. ישובים ושכונות שלמות מצויים בקיפאון מוחלט. הם שוכנים על קרקעות שאינן מוגדרות כאדמות מדינה, ללא תכניות מתאר תקפות (וממילא ללא היתרי בנייה) וללא יכולת להסדירם, לעתים אף ללא יכולת לקנות או למכור נכסים בהם. קל וחומר, שאין לאותם ישובים חמצן - אופק תכנוני - שיכול לתת מענה כלשהו לצרכי גידול טבעיים ולצרכים חברתיים בסיסיים. וכך, אין תכנון, אין בנייה, אין חיים.
10. יש לזכור כי המציאות הנוכחית, והבעייתיות הכרוכה בה, לא נולדה עם כינונה של הממשלה הנוכחית. מזה עשרות שנים שבעיה אקוטית זו מעסיקה את רשויות השלטון ואף נוטלת חלקים ניכרים מזמנו של בית משפט נכבד זה. ולמרות זאת, כלל ממשלות ישראל, לדורותיהן, לא פעלו לפנות את מאות המשפחות שבתיהם אינם ניתנים להסדרה.
11. אמור מעתה, החלופה המעשית לחוק ההסדרה היא שימור המצב הקיים, שבו המציאות המשפטית והמציאות העובדתית מרתפות זו לצד זו ואינן משיקות. מציאות המטלטלת את חייהם של מאות משפחות שבנו את בתיהן גם על סמך מצגי הרשויות; מציאות שבה בעלי קרקעות אינם נהנים מזכויותיהם; ובעיקר - מציאות מקטבת, הקורעת פעם אחר פעם את החברה הישראלית, ופוגעת בצורה קשה באמון הציבור במוסדות השלטון. מצב דברים זה נמשך שנים ארוכות, עד אשר החליטו הממשלה והכנסת הנוכחית ליטול אחריות ולהסדיר את המצב לטובת כולם.

12. מציאות זו אינה בעיה פרטית של פלוני אלמוני. **מציאות זו היא בעיה לאומית**. ומציאות זו הציבה בפני כנסת ישראל וממשלתה דילמה לא פשוטה: הסדרת הבניה תוך פגיעה בזכויות הקניין של בעלי המקרקעין או הענקת הגנה משפטית מוחלטת לזכויות הקניין של בעלי המקרקעין תוך הנצחת המצב הנוכחי. הוא אשר אמרנו: מבוי סתום. **ועל רקע זה, החליטו כנסת ישראל וממשלתה לעשות מעשה.**

13. הורתו של החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז-2017, מושא העתירות דין (להלן: **חוק ההסדרה או החוק**, לפי ההקשר, מצ"ב **כנספת 1**) בהצעת חוק פרטית (ה"ח הכנסת תשע"ז מס' 672 עמי 44, פ/3549/20) שאושרה בוועדת שרים לענייני חקיקה ביום 13.11.16 וזכתה לתמיכת ממשלת ישראל. מקורו ברצון של ממשלת ישראל והכנסת להסדיר - במקומות הראויים לכך - את הבנייה האמורה. מדינת ישראל החליטה "ליישר קו", לסלק את עננת אי הוודאות ואת הקיפאון המרחפים מעל פני האזור. היא קיבלה הכרעה שעל פיה יש להסדיר את ההתיישבות ולצמצם את הפער בין המציאות העובדתית ארוכת השנים לבין המציאות הנורמטיבית. אמנם, חוק ההסדרה עושה כן גם במחיר של פגיעה בזכויות הקניין של בעלי המקרקעין. ברם, הוא עושה כן באופן מידתי, תוך שהוא מממש רצינותאליים משפטיים מוכרים, עוקב אחר הסדרים קיימים בדין המקומי החל באזור ומבהיר את הטעון הבהרה. ועיקר העיקרים - הוא מבקש לאזן, באופן מידתי וראוי, בין זכויות פרטיות המתנגשות זו בזו כמו גם בין אינטרסים ציבוריים. וכך תיאר זאת היועץ המשפטי לכנסת, מר איל ינון:

"ראשית, מהי הסיטואציה אותה חברי הכנסת המציעים והיוזמים מבקשים להסדיר - כתוצאה מהתנהלות בעייתית ביותר, שלה היו שותפים גורמים רבים, (בתוכם גם גורמים שלטוניים, נוצרה במקומות מסוימים ביהודה ושומרון התנגשות חזיתית בין הדין לבין המציאות. תוצאתה של התנגשות זו - מצוקה הומניטרית קשה של עשרות משפחות ישראליות שנאלצות להתמודד עם גזרה שקשה מאוד להתמודד עימה: הצורך לפנות ביתן ולהעתיק את מקום מגוריהן על כל המשתמע מכך. רבים מחברי הכנסת חשים שהם לא יכולים להיוותר אדישים ואטומים למצוקה זו ומבקשים ליצור פתרון שמצד אחד ימנע את המשבר המשפחתי והקהילתי שעובר על האנשים האלה, ומצד שני יפצה פיצוי מלא וראוי, בין בכסף ובין בקרקע חלופית, את מי שנקבע כבעלים של הקרקע שעליה נבנו שלא כדין אותם יישובים ושכונות."

(עמ' 6 לפרוטוקול מס' 1 מישיבת הוועדה המשותפת לוועדת החוקה, חוק ומשפט ולוועדת תחוק וביטחון לדיון בהצעות חוק ההסדרה, יום שלישי, כ"א בחשוון התשע"ז (22 בנובמבר 2016), שעה 9:00, ניתן להורדה באתר הכנסת. ההדגשות, לאורך כל תגובה זו, אינן במקור)

14. חוק ההסדרה אינו צופה פני עתיד. חוק ההסדרה אינו מכשיר פגיעה שרירותית באנשים פרטיים בשל הצורך לאפשר בניה ישראלית באזור. חוק ההסדרה אינו מעדיף אוכלוסיה ישראלית על פני אוכלוסיה שאינה ישראלית רק בשל היותה כזו. חוק ההסדרה אינו מהפך סדרי עולם משפטיים. ולבסוף, חוק ההסדרה גם אינו מנוגד לדין הבינלאומי (אפילו אם היה צורך לבחון אותו לאור הוראות הדין הבינלאומי).

15. ואת אלה מבקש חוק ההסדרה להגשים: חוק ההסדרה **פותר** בעיה לאומית חברתית ממדרגה ראשונה שטרם זכתה, עד כה, למענה מערכתי. חוק ההסדרה מאזן, במקרים המצדיקים זאת, בין פגיעות ודאיות וקשות בזכויות יסוד פרטיות. חוק ההסדרה מונע הישנות תוצאות משפטיות אבסורדיות שגורו חורבן על ליבת חייהן של משפחות ישראליות, לעתים, בשל הגנה דווקנית על זכות קניין של תושבים מן האזור. חוק ההסדרה מבטא את אחריות הריבון לאזרחיו, אשר מצאו עצמם במציאות בלתי נסבלת. חוק ההסדרה מבטא את אחריותה של מדינת ישראל לנעשה באזור, על כלל תושביו, לשלטון החוק ולזכויות הקניין. חוק ההסדרה מבטא מושכל יסוד בשיטתנו המשפטית, כי המחוקק הישראלי הוא, אחרי הכל, שולחן של רשויות האזור, הוא מקור סמכותן לפי משטרנו הדמוקרטי, ומפיו הן חיות. חוק ההסדרה חוזר אל הנחות היסוד של משטר הקרקעות הנוהג באזור, אשר על פיהן קרקע פרטית היא כזו רק בהתקיימם של מספר תנאים מוגדרים. אכן, חוק ההסדרה מבטא את ליבת סמכותה של כנסת ישראל לתת מענה מידתי ושקול

למציאות משפטית מורכבת וקשה, שהיא תולדה של מציאות פוליטית ומדינית חסרת תקדים. כשמו, חוק ההסדרה מבטא לקיחת אחריות ממשלתית ורצון, סוף סוף, לעשות סדר.

16. פסילת חוק ראשי של הכנסת אינה דבר של מה בכך. כמובן, היא תיעשה רק על בסיס עילות ברורות ומוכרות; לא על סמך שיקולים מדיניים, לא מחמת עמדות מוסריות, ובוודאי שלא בשל מאוויי לב או משאלות פוליטיות. אך בדיוק את זאת - פסילת החוק בשל שיקולים חוץ-משפטיים - מבקשים העותרים. אלא שלבית המשפט הנכבד אין אלא את הדין אשר ממנו הוא בא ואליו הוא שב. ואת חוק ההסדרה, על בסיס עילות משפטיות, ממשלת ישראל סבורה כי לא ניתן לפסול. ממילא בית המשפט הנכבד מתבקש לדחות העתירות שבכותרת, ולהשית על העותרים תשלום הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.

17. וכך יהא הילוכנו לקמן. ראשית, נסקור בקצרה את הרקע לחוק. שנית, נעמוד על הוראות החוק עצמן. שלישית, נבהיר מדוע החוק עומד במבחני החוקתיות של משטרנו. לבסוף נדחה, אחת לאחת, את טענות העותרים. ומכאן נצא לדרך.

פרק א' - סקירה היסטורית-משפטית

א/1 - כללי

18. בחודש אפריל 1951 סיפחה ירדן את שטחי האזור לאחר שפלשה אליהם כמה שנים קודם לכן במהלך מלחמת השחרור. על פי המשפט הבינלאומי (להלן גם: המשב"ל), סיפוח האזור בידי ירדן היה בלתי חוקי. זאת, בין היתר בשל העובדה, כי היא פלשה אל האזור שלא במלחמת מגן והשתלטה עליו מבלי שהייתה לה אליו כל זיקה משפטית (Meir Shamgar "The Observance of International Law in the Administered Territories" in Israel Yearbook on Human Rights 262 (1972) 264-266 (להלן: שמגר)). אכן, ישראל, כמו כלל מדינות העולם (למעט אנגליה ופקיסטן (ראו, שמגר, בעמ' 264)), לא הכירה בסיפוח האזור בידי ירדן. ממילא, מעמדה של ירדן באזור - על שלטונה וחוקיה - עובר לנטילת השליטה בו בידי ישראל, היה לכל היותר של בעלת שליטה אפקטיבית שלא כדין ("belligerent occupant following an unlawful invasion", שמגר, שם).

19. במהלך מלחמת ששת הימים נטלה ישראל את השליטה האפקטיבית בשטחי האזור מירדן (וזאת יתר על רצועת עזה ורמת הגולן). עמדתה המסורתית של ישראל הייתה, כי אין לדיני הכיבוש (קרי, דיני התפיסה הלוחמתית), הן של המשפט הבינלאומי המנהגי והן ההסכמי, כמות שהם, תחולה משפטית (*de jure*) על מציאות השליטה הישראלית באזור. זאת, בין היתר על יסוד כך שהיא נטלה את השליטה באזור במלחמת מגן; מידי ריבון לא חוקי שאחז בו שלא כדין; ושיש לה - לישראל - טענות משפטיות חזקות ומבוססות ביחס אליו:

"In our case, we have decided, rule of law means: (a) *de facto* observance of the humanitarian rules of the Hague Rules and of the Fourth Geneva Convention; and (b) observance of the basic principles of natural justice as derived from the system of law existing in Israel, whether or not these rules have found expression in the Fourth Convention."

(שמגר, שם, 266)

20. עמדת ישראל לא זכתה לתמיכה רחבה בעולם, אף שישנם משפטנים מן השורה הראשונה המצדדים בה

שעה 14:00, ניתן להורדה באתר הכנסת). משום כך, עומדת לכנסת ישראל ולממשלתה הסמכות לקבוע, כי אין הצדקה לנחל את הוויכוח הפוליטי האמור בבית המשפט ובמיוחד אין מקום לאפשר פינוי התיישבות ישראלית, שהוא מעשה מדיני לכל דבר ועניין, במסגרת לוחמה משפטית (lawfare).

97. אכן, קיימת בישראל מחלוקת פוליטית בדבר ההתיישבות הישראלית באזור. ממילא, מי שסבור כי ההתיישבות הישראלית באזור אינה רצויה, יהיו טעמיו אשר יהיו, סביר שיגרוס כי גם תכליות חוק ההסדרה, חלקן או כולן, אינן ראויות. אלא, שישראל היא מדינה דמוקרטית וההכרעה בדבר "הטוב והראוי" מתקבלות באמצעות נבחרי העם; אלה הכריעו כי ההתיישבות הישראלית באזור היא ערך ראוי. למעשה, התיישבות יהודית בכל רחבי ארץ ישראל, מאז ומעולם, ובמיוחד מראשית דברי עם ישראל בעת החדשה, היא ערך ציוני מן המעלה הראשונה. דומה שאין מחלוקת כי ממשלות ישראל לדורותיהן, או למצער מרביתן המוחלטות, ראו בהתיישבות הישראלית באזור ערך שיש לקדמו, או לכל הפחות, לשמר. מרבית ממשלות ישראל, לשון המעטה, השקיעו משאבים רבים בפיתוח ההתיישבות באזור. יאה אשר יאה מעמדם הסופי של שטחי האזור, העובדה כי לעם בישראל קשר עמוק לחבלי ארץ ישראל אלו אינה שנויה במחלוקת. ממילא, זכותם של אזרחים ישראלים לממש זיקה זו באמצעות קביעת מרכז חייהם באזור היא נגזרת טבעית, אחת מני רבות, מערך זה. אכן, התיישבות בארץ ישראל היא ערך לאומי מן המעלה הראשונה אשר לעתים אף מצדיק הפקעת מקרקעין פרטיים. וגם אם יש החולקים על תועלתה או תבונתה (מוסרית או אחרת) של התיישבות יהודית וישראלית באזור, הרי שקשה להתווכח עם העובדה, כי כשלעצמה, התיישבות ישראלית ברחבי ארץ ישראל – אחיזה בקרקע – היא ערך יסוד של התנועה הציונית. ממילא, קשה לטעון ברצינות כי רצונה של הכנסת "להסדיר את ההתיישבות ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה", כשלעצמו אינו מהווה תכלית ראויה או תכלית שעולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל. זוהי תכלית מדינית-לאומית שממשלת ישראל והכנסת בחרו לקדמה במסגרת חוק ההסדרה.

98. ההכרעה האמורה אינה עניין משפטי. היא שאלה פוליטית-מדינית הנתונה למחלוקת לאומית. אלא שהכנסת הכריעה בה. וכך אמר בית המשפט הנכבד שעה שדן בתכליותיו של חוק שהיה שנוי במחלוקת עזה, בעניין ההתנתקות:

"איננו יכולים, איננו חייבים ואיננו רשאים להכריע במחלוקת עמוקה זו. איננו יכולים לקבל הכרעה בשאלות שבמחלוקת, שכן התמונה שהוצגה בפנינו היא מטבעה חלקית, ואין בידינו כלים להערכתם של הטיעונים השונים. איננו חייבים להכריע במחלוקת זו, שכן השאלה הניצבת בפנינו איננה איזו משתי העמדות הנוגדות נראית לנו כראויה. השאלה אינה מה היינו אנו מחליטים אילו פעלנו כחברי-כנסת. איננו רשאים להכריע במחלוקת זו, שכן כפי שבית-משפט זה חזר ופסק בכל שנות קיומו במאות פסקי-דין, אין הוא מחליף את שיקול-הדעת של הרשות המחוקקת (והרשות המבצעת) בשיקול-דעתו שלו; כי בחינתו של בית-המשפט אינה בודקת את תבונתה או את יעילותה של ההחלטה השלטונית אלא את חוקתיותה או חוקיותה. נמצא כי איננו רשאים להחליט "מי צודק". אכן, השאלה שבה אנו יכולים, וחייבים, להכריע היא שאלה שונה. היא נגזרת מהמסגרת החוקתית הניצבת בפנינו. השאלה הינה זו: האם התכליות המונחות ביסוד חוק יישום ההתנתקות הן תכליות ראויות לעניין פיסקת ההגבלה? השאלה היא אפוא אם התכליות של חוק יישום ההתנתקות נועדו להגשים צורך חברתי חיוני מספיק דיו כדי להצדיק פגיעה קשה בזכויות האדם (בעיקר כבוד האדם והקניין) של הישראלים המפונים.

תשובתנו על שאלה זו היא בחיוב. התכליות המדיניות, הלאומיות והביטחוניות שעליהן מבוססת תכנית ההתנתקות הן כבדות משקל. הן נועדו להגשים מה שנראה לכנסת ולממשלה כצורך חברתי חיוני ומהותי שיש בו, אם אמנם יתממש, כדי להצדיק פגיעה בזכויות האדם של הישראלים המפונים. אכן, השגת שלום, ביטחון, הכרה בין-לאומית וכיצא באלה הישגים שמונחים ביסוד תכליתו של חוק יישום ההתנתקות הם ביסוד הקיום הלאומי."

בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל פ"ד נט(2) 481, 569-570 (2005).

ההיבט הראשון: דבר במשטרנו החוקתי אינו אוסר על חקיקה חוץ-טריטוריאלית, לא בכלל ולא באזור

186. מבחינת הדין הישראלי הפנימי אין כל מגבלה על הכנסת, האוסרת עליה לחוקק באזור. למעשה, אין על הכנסת הגבלה כלשהי לחוקק בכל מקום בעולם. שאלת יכולת איכפתו של חוק חוץ-טריטוריאלית כזה היא שאלה נפרדת. כוחה של הכנסת מוגבל רק בחוקי היסוד, הא ותו לא. אכן, קביעה זו מבוססת על **עקרונות היסוד** של שיטתנו והיא מעוגנת ב**פסיקת בית המשפט** הנכבד וגם בפרקטיקה.
187. **עקרונות היסוד** של שיטתנו מכירים בסמכותה הבלתי מוגבלת של הכנסת בכפוף למגבלה אחת: חוקי היסוד. למחוקק ראשי, בניגוד למחוקק משנה, אין מגבלות הסמכה, לרבות הסמכה טריטוריאלית. שהרי החקיקה הראשית היא-היא נורמת היסוד וממנה משתלשלות סמכויות כלל רשויות השלטון. לחברה הישראלית, באמצעות הכנסת כנציגתה הראשונה, עשוי להיות מה לומר ביחס לכל מקום בעולם אפילו אם יכולת האכיפה של מדינת ישראל תהא מוגבלת שעה שמדובר בחקיקה חוץ-טריטוריאלית. מעולם לא נתגלעה מחלוקת בדבר ריבונותה הבלתי מוגבלת של הכנסת ובלבד שהיא אינה סותרת ציוויים מפורשים של האספה המכוננת, כפי שאלו באים לידי ביטוי בחוקי היסוד.
188. העובדה כי ישראל, ככל מדינה, נמנעת על פי רוב מחקיקה חוץ-טריטוריאלית מושתתת על היעדר האפקטיביות של חוק שאיכפתו היא במדינה זרה, כמו גם על הרצון להימנע מפגיעה בריבונותה של המדינה האחרת (ראו: בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר פ"ד 1 ו 945 (1952); ע"פ 123/83 חברת ק.פ.א פלדות קרית ארבע בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1), 813, 822 (1984); למשל, י' רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בגדה המערבית" **שערי משפט** 162, 149 (תשע"ד)). למעלה מן הצורך (שכן לא מדובר בתנאי לעצם יכולתה של ישראל לחוקק מחוץ לשטחה) יוער, כי בענייננו, משעה שישראל היא בעלת השליטה האפקטיבית באזור, הרי שהיא גם בעלת יכולת האכיפה שם. כמו כן, בהיעדר ריבונות אחרת – במיוחד באותם מקומות בהם חל החוק (שטחי C) – אין גם כל חשש לפגיעה בריבונות של מדינה כלשהי.
189. גם **פסיקת בית המשפט הנכבד** לדורותיו מאשרת זאת. ראשיתה בהלכת **אמסטרדם** האמורה, שם נקבע מפורשות כי סמכות החקיקה החוץ-טריטוריאלית של כנסת ישראל יכולה גם יכולה להתפרש על הפקעה של נכסים המצויים מחוץ לשטחי ישראל. ומי לנו אילן גבוה יותר להיתלות בו מאשר כבוד השי' (כתנאורו אז) אגרנט.
190. הלכה זו שבה ונשנתה שנים אחר כך בפרשה אחרת שיישמה אותה ביחס לחקיקה ראשית באזור:
- "באותו עניין נקבע, כי בפרשו חוק נתון 'ישים בית-המשפט המקומי את לבו גם אל העיקרון של מתן פירוש המבטיח לאותו חוק, במידת האפשר, תחולה אפקטיבית' וכי הביטוי 'נכסים כלשהם', המופיע בדבר חקיקה, עשוי להיות רחב דיו, לעניין סמכויות הפקעה של הרשות, על-מנת לכלול בו נכסים המצויים בחוץ-לארץ. בבג"ץ 100/57, 103 הדגיש בית המשפט, כי יש שאפשר לדלות מכללא מגמה כללית, המשתקפת בחוק מסוים, לסטות מעקרון הטריטוריאליות, ומגמה כזו יכול שתשתמע למקרא מכלול סעיפיו או מטיבה של הוראת החוק, העומדת לדיון."
- (ע"פ 123/83 חברת ק.פ.א פלדות קרית ארבע בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1), 813, 821 (1984)).
191. אכן, ללא כוונה ברורה של הכנסת חוק סתם אינו חל באזור. אך בהינתן כוונה כזו, הכנסת רשאית לחוקק שם. הבחיר זאת בית המשפט העליון גם בפרשת חוף עזה:
- "ממשלת ישראל לא הוציאה כל צו להחלת המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה על אזורי יהודה, שומרון וחבל עזה, ושר הביטחון לא הוציא מנשר לעניינם על פי פקודת שטח השיפוט והסמכויות, תש"ח-1948 ... אזורים אלה לא "סופחו" לישראל, והם אינם חלק

נספח ע/7

**תשובת רשות
מקרקעי ישראל
לבג"ץ אבו ריא**

7/8/00

בג"צ 7452/04
בג"צ 9010/04
בג"צ 9205/04

**כבית המשפט העליון
נשכחו כבית משפט גבוה לצדק**

1. מואד אבו-ריא
 2. ברהא עתאמנה אבו ריא
 3. מרכז מוסאוא לזכויות האזרחיים הערבים בישראל
- על-ידי ב"כ עוה"ד הי שבאיטה ראודי ספליבק ואח'
מהתובנות לזכויות אדם, המקולטה למשפטים
אנטיברסיטתית-תל-אביב
טל': 03-6408361 פקס': 03-6407422

העותרים בבג"צ 7452/04

1. המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי
 2. האגודה לזכויות האזרח בישראל
- על-ידי ב"כ עוה"ד עי' בנא ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
טל': 04-8348876 פקס': 04-8348878

העותרים בבג"צ 9010/04

- עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל**
- על-ידי ב"כ עוה"ד סי' בשארה ואח'
טל': 04-9501610 פקס': 04-9503140

העותרים בבג"צ 9205/04

נ ג ז

1. מינהל מקרקעי ישראל - מחוז צפון
- על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים ירושלים
2. הקרן הקיימת לישראל

המשיבים בבג"צ 7452/04

1. מינהל מקרקעי ישראל
- על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים ירושלים
2. הקרן הקיימת לישראל

ח מ ש ל ב י ט ב ב ג י צ 9010/04

1. מינהל מקרקעי ישראל

2. שר האוצר

על ידי פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים ירושלים

3. קרו קיימת לישראל

ח מ ש ל ב י ט ב ב ג י צ 9205/04

תגובה מטעם פרקליטות המדינה

1. עניינן של העתירות בהוראה שנכללה בשנת 2004 במכרזים שפורסמו על ידי מינהל מקרקעי ישראל, עת שיווק קרקעות בבעלות קק"ל, לפיה: "המדובר בקרקע בבעלות הקרו קיימת לישראל אשר חלו עליה אמנה שבין מדינת ישראל לבין קק"ל אשר פורסמה בילקוט הפרסומים מס' 1456 מיום י"א בסיון תשכ"ח (7.6.68), ע' 1597, תזכיר ההתאגדות של קק"ל".

האמנה קובעת כי מקרקעי ישראל יתנהלו על-פי העקרון הקבוע בחוק יסודי מקרקעי ישראל, לפיו האדמה אינה נמכרת, אלא נמסרת בחכירה בלבד, לפי תמדיניות הקרקעית שתקבע על ידי מועצת מקרקעי ישראל, וכי אדמות הקרו קיימת לישראל יתנהלו, נוסף לכך, בכפופות לתזכיר ולתקנות ההתאגדות של הקרו קיימת לישראל.

תזכיר ההתאגדות של הקרו קיימת לישראל, קובע את המטרות לשמן הוקמה האגודה, ובסעיף 3(א) נאמר:

"לקנות, לרכוש בחכירה או בחליפין, לקבל בחכירה או באופן אחר - קרקעות, יערות, זכויות חזקה ושיעבודי-הנאה וכל זכויות כיוצא באלו, וכן נכסי ניהוי מכל סוג אחר, בתחום שנקבע (והוא כולל לפי מובנו בתזכיר זה, את מדינת ישראל בכל שטח הנתון לשיפוטה של ממשלת ישראל) או בכל חלק ממנו, לשם יישוב יהודים על הקרקעות והנכסים האמורים".

2. מינהל מקרקעי ישראל, ראה עצמו מחוייב לנהל את מקרקעי קק"ל בהתאם לתזכיר ההתאגדות של קק"ל ולמטרותיה, ולהסב את תשומות לב המשתתפים לכך שהשתתפות במכרז ותאפשר אך למי שיכול לרכוש על-פי תזכיר ותקנות קק"ל, משמעות מחויבות זו,

בעניי המינהל, אשר ראה עצמו מחויב בפרשנות קק"ל, היתה כל אין להעניק זכויות חכירה במקרקעין אשר בבעלות קק"ל למי שאינו יהודי.

לאחר הגשת העתירות, העוסקות בהיבטים העקרוניים של הסוגיה - שכן המקרה הפוזיטיבי בבג"צ 7452/04 בא על פתרונו, באמצעות הסדר בין המינהל לבין קק"ל - התקיימו שני דיונים אצל היועץ המשפטי לממשלה, האחד בהשתתפות מנהל המינהל, נציג משרד האש הממשלה ומשרד האוצר ואנשי משרד המשפטים, והשני גם בהשתתפות נציגי קק"ל.

עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שסובמה בדיונים והוצגה גם לנציגי קק"ל, היא כי מינהל מקרקעי ישראל חייב לקיים את עקרון השוויון, ואסור לו להפלות על רקע של השתייכות לאומית, גם בפעילותו כמנהל אדמות שבבעלות קק"ל.

בפסק הדין בבג"ץ 6698/95 טאדל קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נו"ל (1), 258 (להלן - "עניין קעדאן"), נקבע מפורשות כי חובתה של המדינה לנהוג בשוויון משתרעת על כל פעולותיה, ומשכך היא חלה גם לעניין הקצאת מקרקעי המדינה. לעניין זה קבע הנשיא ברק כי מוטלת על המדינה החובה להימנע בפעולותיה מאפליה - בין אם ישירה ובין אם עקיפה, וכי אין ביכולת המדינה להשתחרר מחובתה החוקית לנהוג בשוויון על-דבר שימוש בגוף שלישי הנוקט מדיניות מפלה.

בענייננו, פעולת המדינה במינהל מקרקעות קק"ל כפופה אף היא לעקרון השוויון.

בנוסף נציין, כי הסתייגותו של בית המשפט בעניין קעדאן לעניין יישובים בעלי אופי קהילתי ייחודי ו/או נסיבות מיוחדות מבחינת בטחון המדינה (ור' עמ' 283-284 לפסק הדין), אינה רלבנטית לענייני של העתירות שלפנינו, עת עסקינן באדמות קק"ל המצויות במרכז ערים כדוגמת כרמיאל, ומשכך לא נראה כי קיימת כל הצדקה בהבחנה כאמור במקרים המתאימים ההצדקה להבחנה תקום בין אם המדובר בקרקעות קק"ל, בין אם לא.

בעניין אדמות קק"ל קיים שוני מסוים בהיבטים הבאים: 5. כאמור, בין מדינת ישראל לבין קק"ל נכרת בשנת 1961 כתב אמנה הקובע בסעיף 4 שכן כי אדמות קק"ל ינהלו בכפיפות לתזכיר ולתקנות ההתאגדות של קק"ל. סעיף 3(א) לתזכיר ההתאגדות של קק"ל, קובע כי מטרת קק"ל הינו "לקנות, לרכוש, בחירה או בחליפין, לקבל חכירה או באופן אחר - קרקעות, יערות, זכויות חזקה... לשם ישוב יהודים על הקרקעות והנכסים האמורים."

על אף השוני העובדתי, העיקרון החוקתי המחייב את מינהל מקרקעי ישראל לנהוג בשוויון בהקצאת המקרקעין - חל, כאמור, אף בכל הנוגע לאדמות קק"ל. עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא, כי עקרון זה חל אף אם היה בו משום סתירה לתזכיר ההתאגדות של קק"ל, ברם לא קיימת בחכרת סתירה כאמור את ההוראות בתזכיר ההתאגדות של קק"ל ניתן ורואי לפרש באופן שיאפשר לשוק את אדמות קק"ל.

גם למי שאינו יהודי, וזאת לאור תכלית השוויון הכללית של דבר חקיקה (ר' לעניין זה גם א' ברק, "פרשנות במשפט", כרך שני, בעמ' 553-566).

הקצאת מגרשים או התכרת דירות בבית משותף עפ"י מכרזים מהסוג הנדון, אין לראותה כעומדת בסתירה להוראה בתזכיר לפיה רכישת חקרקעות על-ידי קק"ל מיועדת "לשם שוב יהודים על הקרקעות והנכסים האמורים". הוראה זו יש לפרשה כתכלית כללית של פעילות קק"ל, שאינה עומדת בסתירה למצב בו דירות או מגרשים ספציפיים במתחם נתון יוחזרו גם ללא יהודים (זאת, להבדיל, אולי ממקרים בהם מייעדים חטיבות קרקע שלמות גדולות של קק"ל, לחקמת עיר ערבית לדוגמא. גם במצב כזה ניתן לפתור את הבעיה בהתחשבות פנימית בין המינהל לקק"ל, על-ידי חילופי קרקע או רכישה, כפי שאכן נעשה בעבר.

לתימוכין לעמדה פרשנית זו, ר' גם מאמרה של "הולצמן-גזית" שימוש במשפט כסמל-סטטוס: חוק קרן קיימת לישראל, תשי"ד - 1953 ומאבק הקק"ל לביטול מעמדה במדינה", (עיוני משפט כו(2), 601-644), ממנו נמצאו למדים כי במהלך השנים חלו שינויים בתקנות ההתאגדות של קק"ל ובין היתר בוטלו בהם האיסורים המפורשים שהיו קיימים בעבר על החכרת קרקעות ללא-יהודים (ר' עמ' 638, הי"ש 130). לאור זאת, נראה כי מתקינו התקנות בחזו, באופן מודע, שלא לכלול במסגרתם איסורים מפורשים על החכרת קרקעות ללא יהודים.

לכד כל אלו, שעניינם בעיקרם של דברים במישור חובתה של המדינה, נראה כי יש לתת את הדעת לכך כי קק"ל, חלכה למעשה, הינה גוף דו-מהותי, אשר חלות עליו אף חובות מן המשפט הציבורי, והדברים ברורים.

הנה כי כן, עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי על מינהל מקרקעי ישראל מוטלת החובה לקיים את עקרון השוויון בהקצאת אדמות המנוהלות על-ידו, לרבות באדמות אשר בבעלות קק"ל. ואין לכלול את חתנאי הנוכר בסעיף 1 לעיל, במכרז המינהל.

יובהר כי עד שנת 2004 נהג מינהל מקרקעי ישראל לבצע חילופי קרקעות עם קק"ל בכל מקרה בו זכה מי שאינו יהודי במכרז, או שרכש זכויות בדירת מגורים המצויה בבנין אשר על קרקע בבעלות קק"ל. בהתאם לחוק מקרקעי ישראל, התשי"ך-1960 חילופי קרקעות שכאלה טעונים אישור ועדת הכספים.

חילופי הקרקעות שנעשו על בסיס פרטני, יצרו סירבול וקושי רב.

בנוסף, ב-2.5.2004 מינה ממלא מקום ראש הממשלה, שר התעשייה, המסחר והתעסוקה (כתוארו דאז) מר אהוד אולמרט, את ועדת גדיש, על מנת לחציע רפורמה במינהל מקרקעי ישראל, על מנת לבחון, בין היתר, את הדרכים לצמצום והקטנת של החיכוך בין האזרח ומינהל, והגברת מערך השיווק וזמינות הקרקע לצרכי פיתוח במדינת ישראל. ועדה זו המליצה, בין היתר להחיל דין אחד על כל רוכשי הזכויות במקרקעי ישראל. לצורך כך, המליצה הוועדה לממשלה לשאת ולתת עם הקק"ל על העברת הבעלות למדינה בקרקעות

- קק"ל בהן הוענקו זכויות לצדדים שלישיים. כן המליצה הוועדה על העברת הבעלות למדינה בקרקעות קק"ל שתשוקנה בעתיד, לאחר שהתקבולים משיווקן יעברו לקק"ל.
10. מזה למעלה משנתיים מקיימים גורמי הממשלה הרלבנטיים מגעים עם קק"ל במגמה להגיע להבנות כאמור ברוח המלצות ועדת גדיש, אולם עד כה, לא הגיעו הצדדים לכלל הסכמה, למרות קיומה של הסכמה עקרונית בסוגיה זו שטובמה, בשעתה, בין מר אולמרט לבין מר יחיאל לקט, עת כיהן כיו"ר קק"ל ואשר היתה טעונה אישור דירקטוריון קק"ל, אשר, עד מועד זה, לא התקבל.
11. המשיבים מבקשים להביא לידיעת בית המשפט הנכבד כי ביום 22.9.04 התקיים דיון אצל מנהל מינהל מקרקעי ישראל בעניינין של העתירות שבנדון, בהשתתפות נציגי מינהל מקרקעי ישראל, משרד האוצר, פרקליטות המדינה וקק"ל. בסיום הדיון הוסכם, בין היתר, כי לבקשת קק"ל, לא ישווקו קרקעות קק"ל במכרזים בגליל ובצפון.
12. בהמשך לכך, הודיע ביום 19.10.04 בא כוחה של קק"ל לבית המשפט העליון, בדבר התחייבותה של קק"ל להקפיא מכרזים חדשים ומכרזים תלויים ועומדים, ככל שקיימים כאלה, באזור הצפון והגליל, עד לדיון שייקבע בעתירה או עד למתן החלטת אחרת.
13. על יסוד התחייבות זו של קק"ל, ניתנה ביום 22.10.04 החלטת כבי הנשיא ברק, לפיה לאור התחייבות המשיבים אין מקום להוצאת צו בנייים בעתירה.
14. ביום 22.12.04 הוגשה תגובת מינהל מקרקעי ישראל לבקשה נוספת לצו בנייים שהוגשה על ידי העותרים. בתגובה נטען כי אין מקום למתן צו בנייים בעתירה, בין היתר לאור ההתחייבות שניתנה על ידי קק"ל, אשר מצאה את ביטויה בהחלטת כבי הנשיא ברק הנזכרת לעיל.
15. אנו מוצאים לראוי להביא לידיעת בית המשפט הנכבד כי ביום 10.5.07 נתקבלה במתלפת הבג"צים פנייה מטעם העותרים, אשר התייחסה למכרז מסי צפ/2007/46 – מכרז לחכירת מגרשים בכרמיאל אשר במסגרתו משווקות קרקעות קק"ל. בעקבות פניית העותרים פנתה הח"מ אל היועצת המשפטית של המינהל, אשר לא היתה מודעת להוצאת המכרז, וזו הורתה על ביטול המכרז.
- בבירור שנערך עם מנהל המינהל הסתבר כי לפני המועד בו סיים מר לקט את תפקידו כיו"ר קק"ל, בשנת 2006, הוסכם בין השניים כי בשל צרכי התפתחותן של ערי הגליל אין לעכב עוד פרסום מכרזים במקרקעי קק"ל, ויש לשוב ולפרסם מכרזים בגליל ובצפון. בעקבות כך פרסמו מכרזים נוספים. מנהל המינהל הבהיר כי בשל תקלה לא הובא דבר ההסכמה לידיעת היועץ המשפטי במינהל ופרקליטות המדינה, שכן, הוא לא היה מודע לכך שניתנה הודעה לבג"צ על-ידי קק"ל ב-19.10.04 בדבר הסכמה זו.

מש"1 (מצורף מכתבו של מנהל המינהל מיום 13.5.07 ומסומן מש"1)

16. העובדות המפורטות בהודעה זו נתמכות בתצהירו של מנהל מינהל מקרקעי ישראל, מר יעקב אפרתי.

היום, כ"ט אייר תשס"ז
17 מאי 2007

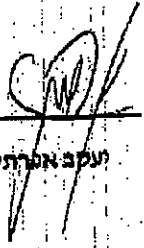


אסנת מנדל
מנהלת מחלקת הבני"צים
בפרקליטות המדינה

תצהיר

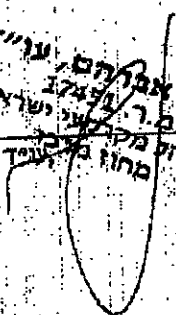
אני, יעקב אמרזי, הח"מ, מצהיר בזאת בדלקמן:

1. אני משמש בתפקיד מנהל מינהל מקרקעי ישראל.
2. אני עושה תצהיר זה לתמיכה באמור בהודעה מטעם המשיבות בתיק בנין 17452/04.
3. הריני להצהיר בזה, כי העובדות האמורות בסעיפים 2, 9-11, 15-1 להודעה ידועות לי מתוקף תפקידי והן נכונות.


 יעקב אמרזי

נשים אברהם, עו"ד
 מ.ר. 17451
 מינהל מקרקעי ישראל
 מחוז מרכז
 אישור

אני הח"מ _____ עו"ד, מאשר(ת) בזאת כי ביום _____ תופיע
 בפני מר יעקב אמרזי, המזכיר לו אישית, ולאחר שחזרתני כי עליו לחברור את האמת וכי לא
 לא יאשה כי קיחה צפון לעושהם הקבועים בחוק, חתם לפני על תצהירי זה.

נשים אברהם, עו"ד
 מ.ר. 17451
 מינהל מקרקעי ישראל
 מחוז מרכז




רשות המיסוי ישראל

לשכת מינהל המינהל

כי"ח באייר, תשס"ז
13 במאי, 2007

1/2N

לכבוד
גב' אסתר מנורל
מנהלת מחלקת גניימים
פרסל טרונת המדינה

הודון: שיווק מקרקעי קט"ל במכרזים

בישיבה מיום 22.9.04 חגגה המינהל להסכמה עם קק"ל לפיה לא ישווק המינהל במכרזים מקרקעי קט"ל בגליל ובצפון.

במועד שינוי זכר לי, והמסודם לחדש יוני 2006, מוגד בו סיים מר יחיאל לקט תפקידו כמנהל קק"ל, חוסס בין מר לקט לכינוי כל בשל צרכי התפתחות של ערי הגליל, אין לעבד עוד פרסום מכרזים במקרקעי קט"ל, וכי נשוב ונפרסם מכרזים בגליל ובצפון.

כשל תקלה, לא הובא דבר החסמה לחיצת היעוד המשפטי במינהל ופרקליטות המדינה, כאשר לא היתה מודע לכך שניתנת חרצה לבג"צ בדבר הסכמתנו זו.

לאור פירות שהתקבלו בעקבות מכרז שמורסם בימים אלה בקרמיאל, והתבררה התקלה, ובחתיים להוראתי בטל המכרז.

אבקש לציין כי קדמו למכרז זה מכרזים אשר פרסמו במקרקעי קט"ל בצפון, במהלכם לא התעוררה שאלה מדיניות הקצאת מקרקעי קט"ל.

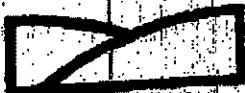
אבקש להודיע לבית המשפט כי אין ביכולתנו לחקויה עוד שיווק מקרקעי קט"ל בגליל ובצפון ללא שהדבר יפגע במחלקת החיים והתקין של ערי הגליל, ואפשר מתן מענה לביקושים הקיימים שם.

לשכת מינהל המינהל: רחוב שמאי 6, ת.ד. 2600, ירושלים 94631, טלפון: 02-6206300, פקסיים: 02-6208427
אתר המינהל: www.mmi.gov.il
שער הממשלה: www.gov.il

LISHKAT MANKAL

14 MAY 2007 16:15

NO. 645



מנהל המכס והמע"מ

לשירות המכס והמע"מ

לפיכך כבודנותו לחפש פרטוס חמכרוים, תוך התחייבות כי אם יזקק בהם מי שאינו יחזיק יזקקה המגורש בו וזה עברו עד לחכרעת בית המשפט העליון בעתירות התלויות ועומדות בפניו.

אודה לחבאת הדברים לחזעת בית המשפט.

מנהל המכס והמע"מ
יעקב אברת
בתיבה

עו"ד רחל זכאי - יועמש ממיי
מר נבי ויסמן - מנהל מחוז צפון
מר רזון כהן - סמכיל שוייכ

זענתק:

עמוד 2 מתוך 2

לשכת מנהל המינהל: רחוב שמאי 6, ת.ד. 2600, ירושלים 15941, טלפון: 02-6208300, פקסימיליה: 02-6208427
אתר תמיכה: www.tami.gov.il
שער הממשלה: www.gov.il