

1. ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל
 2. הרשימה המשותפת בכנסת
 3. ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות
 4. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
- על ידי עוה"ד חסן ג'בארין ו/או סוהאד בשארה ו/או מאיסאנה מוראני
ו/או פאדי ח'ורי ו/או סאוסן זהר
- מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רח' יפו 94, חיפה, ת.ד. 31090 8921
טלפון: 04-9501610; פקס: 04-9503140; נייד: 050-7456580
דוא"ל: suhad@adalah.org; myssana@adalah.org

העותרים

נגד

1. הכנסת
- על ידי הלשכה המשפטית של הכנסת
משכן הכנסת, קריית בן גוריון, ירושלים
טלפון: 02-6408638; פקס: 02-6753495
2. היועץ המשפטי לממשלה
- ע"י פרקליטות המדינה
רח' סלאח אל-דין 29, ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה בה מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי המופנה למשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.

תוכן עניינים

3	א. מבוא.....
4	על העותרים.....
4	ב. הנחות היסוד של העתירה.....
9	ג. סעיף 1 לחוק יסוד האדם מבסס עליונות ושליטה אתנית.....
17	ד. מיהו אזרח? מסלולי הפרדה באזרחות.....
21	ה. מסלולי הפרדה בענייני שפה והדרת כל הזכויות הקיבוציות.....
	ו. סעיף 7 לחוק היסוד: הפליה גזענית בהקצאת קרקע, דיור, תכנון ותקציבים.....
25	ו.1. השלכות הרוחב של סעיף 7 בישראל.....
28	ו.2. השלכותיו של סעיף 7 על הגדה המערבית.....
29	ו.3. סעיף 7 מחזיר את נקודת המוצא המשפטית להפליה שהייתה לפני
30	הלכת קעדאן.....
33	ו.4. "התיישבות יהודית" במבחן הפרקטיקה הנוהגת.....
36	ו.5. סיכום פרק זה.....
38	ז. דוקטרינת התיקון החוקתי שאיננו חוקתי.....
38	ז.1. סיכום ההפרות שמבצע חוק יסוד לאדם.....
40	ז.2. החלת הדוקטרינה על חוק יסוד האדם.....
46	ז.3. משפט משווה.....
46	בית הדין האירופאי לזכויות אדם.....
47	הודו.....
48	קולומביה.....
49	אוסטריה.....
50	ח. שימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת.....
51	ח.1. נפקות תכליות הפסולות של חוק היסוד.....
53	ח.2. היעדר הלגיטימציה של חוק היסוד.....
	ח.3. חוסר דיון בהשפעתו של חוק היסוד כאינדיקציה לפגמים
56	בהליך.....

א. מבוא

1. ביום 19.7.2018 אישרה הכנסת את חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: **חוק יסוד הלאום או חוק היסוד**).
2. חוק היסוד קובע כי "ארץ ישראל" היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי; 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, "ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל"; העברית היא שפת המדינה הרשמית; לערבית יהיה מעמד מיוחד; המדינה תפעל לעידוד, ביסוס וקידום התיישבות יהודית; ההמנון הוא "התקווה", הדגל הוא הישראלי, יום "העצמאות" הוא חג לאומי, הלוח העברי הוא לוח רשמי של המדינה, מועדי הזכרון והחגים הרשמיים הם ציונים-יהודיים; והמדינה תפעל למען טיפוח הקשר עם "יהדות התפוצות".
3. חוק היסוד קובע את הקונסטיטוציה והזהות החוקתית של המשטר. הוא קובע את זהותו של הריבון, רצונו ויעדיו. לכן, השפעתו של חוק יסוד זה על המשטר החוקתי תהיה רחבה ומקיפה ביותר. הסקירה המשווה מגלה כי אין כיום אף חוקה בעולם שנתפסת כדמוקרטית אשר מנכסת את המשטר לשירותה של קבוצה אתנית אחת. הסקירה ההיסטורית-משפטית מעידה כי מדינות שעיגנו את המובן של We The People באופן אתני ומדיר, הפכו את נישולם, דיכויים והשפלתם של הילידים למדיניות.
4. התכלית הדומיננטית של חוק היסוד הינה הפגיעה הן בזכות לשוויון והן בזכות לכבוד. אין זה מקרי, שהצעות לעגן בחוק היסוד את עקרון השוויון נדחו. פשיטא, עקרון איסור ההפליה אינו רלבנטי כי מלכתחילה הערבים והיהודים אינם שווים תחת המשטר החוקתי של חוק היסוד. לכן ההפליה על בסיס ההפרדה והעליונות היהודית מתגלים בכל סעיפיו. כך למשל, למרות שחוק היסוד חל על אוכלוסייה ערבית גדולה מאוד בקו הירוק, הוא קובע כי רק היהודים הם אזרחים או אזרחים בפוטנציה; חוק היסוד מעגן זכויות קיבוציות בלעדיות לרוב היהודי כאילו הוא מיעוט בסכנת התבוללות ולעומת זאת ובניגוד למשפט הבינלאומי הוא מתעלם כליל מהזכויות הקיבוציות של הערבים בישראל כמיעוט-מולדת וגם מבטל את מעמדה של הערבית כשפה רשמית ובניגוד לחוק. אכן עקרונותיו של חוק יסוד זה הן מהקיצוניות ביותר מאז סיום משטר האפרטהייד.
5. העותרים יטענו כי הכנסת כרשות מכוננת חרגה מסמכותה באופן קיצוני ביותר בחקיקת חוק יסוד הלאום מאחר והוא שולל את העקרונות הדמוקרטיים הבסיסיים עד כדי פגיעה במבנה החוקתי; פוגע באופן מסיבי בגרעינים של זכויות האדם ובעיקר בעקרונות איסור ההפליה וכבוד האדם; והוא מפר את הנורמות של המשפט הבינלאומי ובעיקר את אלה האוסרות, בין היתר, על קיומם של חוקים המייצרים זהות חוקתית על בסיס גזעני. כמו כן, העותרים יטענו כי הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת כי חוק היסוד נחקק על מנת לקדם תכליות פסולות; הוא נחקק ממניעים שמבוססים על כפייה, ומבלי לחתור לקונצנזוס רחב, חוצה-לאומים וכי האופן בו התקבל חוק יסוד הלאום מלמד על אי שקילת השלכותיו ביחס לאוכלוסיות הלא-יהודיות.

6. המבנה של העתירה הוא כדלקמן: ראשית, העתירה תציג את הנחות היסוד שעליהן תישען ותקיים את הדיון החוקתי; לאחר מכן, תדון בסעיפי חוק היסוד לפי החלוקה הבאה: סעיף 1 לחוק; אזרחות; שפה וזכויות קיבוציות וסעיף 7 לחוק. לאחר מכן תקיים דיון בסוגיית החריגה מסמכות של הרשות המכוננת והשימוש לרעה לפי דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי.

על העותרים

7. העותרת מס' 1 היא הגוף הפוליטי הערבי העליון בישראל שחבריו הם חברי הכנסת הערבים הנמנים על הרשימה המשותפת (חד"ש, רע"מ, בל"ד ותע"ל) תנועות פוליטיות ערביות חוץ פרלמנטאריות וראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל; והיא מיוצגת כאן באמצעות היו"ר שלה חבר הכנסת לשעבר מר מוחמד ברכה. העותרת מס' 2 היא הרשימה המשותפת בכנסת. העותר מס' 3 הוא ועד ראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל והוא עמותה רשומה בישראל. העותר מס' 4 הוא ארגון זכויות אדם הרשום כעמותה בישראל.

== העתק מהצהרת העותרת מס' 1 בעניין חוק היסוד מצורף ומסומן כנספח 1/ע.

== העתק מנייר העמדה של העותר מס' 4 בעניין חוק היסוד מצורף ומסומן כנספח 2/ע.

ב. הנחות היסוד של העתירה

לצורך הדיון בחוקתיות חוק יסוד הלאום ולמען היעילות ומניעת חזרות, ימקדו העותרים כאן את נקודות המוצא שעתירה זו תישען עליהן בהמשך הטיעון בעתירה:

8. **חוק יסוד הלאום קובע את הזהות החוקתית של המשטר**: חוק יסוד הלאום אינו חוק יסוד רגיל. זהו חוק שמתיימר לקבוע את הזהות החוקתית של המשטר. חוק היסוד והוראותיו מהווים את הקונסטיטוציה שהינה קודמת לסדר החוקתי הכולל את יתר הדין, לרבות חוקי היסוד והחוקים. בהינתן התפישה של חוקי היסוד כפרקים בחוקתה המתהווה של מדינת ישראל, חוק יסוד הלאום, בהיותו פרק כאמור, עונה על המאפיינים העיקריים הקובעים את זהותה של החוקה ואשר כוללים, בראש ובראשונה, קביעת זהותו של הריבון או הקהילה הפוליטית המהווה את ה-locus של הריבונות; שנית, קביעת שאיפותיה וחזונה של אותה קהילה פוליטית (הריבון); שלישית, קביעת הזהות התרבותית של קהילה פוליטית זו (שפות, דתות, סמלים).¹

9. כדי לבחון את הלגיטימיות של חוקות על פי ערכים דמוקרטיים בסיסיים, העתירה תבדוק את סוגיית הכפיפות שחוק יסוד הלאום מייצר: מיהו אזרח ומיהם הכפופים למשטר החוקתי ומהו יעדו ותכליתו

¹ על הזהות החוקתית ומאפייניה ראו את כתיבתו של פרופסור מישל רוזנפלד שהוא אחד המומחים המובילים בעולם בנושא: MICHEL ROSENFELD ED., CONSTITUTIONALISM, IDENTITY, DIFFERENCE AND LEGITIMACY (Duke University Press, 1994) (hereinafter: ROSENFELD, CONSTITUTIONALISM); MICHEL ROSENFELD, THE IDENTITY OF THE CONSTITUTIONAL SUBJECT (Routledge, 2010) (hereinafter: ROSENFELD, IDENTITY).

העיקרי של הטקסט החוקתי. וכפי שניסח אותן פרופסור מישל רוזנפלד :

“Who are those who are legitimately subjected to the constitution? Those within the actual reach of the newly minted powers derived from the constitution? Those who actually, or ought to, accept the new constitutional order? Citizens of the nation-state or other political unit that has adopted the constitution? Finally, what is the subject matter of the constitution? That which the constitutional text states? Its evolving interpretations throughout its history (the ‘living constitution as opposed to the constitution frozen at the time of its drafting)? The constitution’s prescriptions only to the extent that they are compatible with the normative ideals of modern constitutionalism?”²

10. **הגבלת הריבונות (כולל עשיית חוקה) למשפט הבינלאומי :** על רקע הלקחים של מלחמת העולם השנייה התפתחה התפיסה הבינלאומית כי הריבונות של המדינה אינה בלתי-מוגבלת בענייני הפנים שלה במיוחד כאשר מדובר בשליטה בקבוצות לא-דומיננטיות. לכן הדיון בסוגיית הלגיטימיות של חוקה, שהליכי עשייתה נחשבים כמימוש ריבונותם של האזרחים ככוח מכונן (constituent power), נבחן גם לפי מידת השתלבותה עם עקרונות המשפט הבינלאומי לזכויות אדם. מגמה זו התחזקה והשתרשה בגל הדמוקרטיזציה השלישי לעשיית חוקות שהחל בשנות התשעים של המאה הקודמת. משפט זה כולל את ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות אדם וכן את כל האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם שמדינת ישראל צד להן. עקרונות אלה קובעים, כי כל בני האדם שווים הם ; כי איסור ההפליה על רקע שיוך קיבוצי (לאום, גזע, דת, מין ומגדר ולשון) הוא עקרון מוחלט שאינו נתון לפשרות ; כי לכל עם הזכות להגדרה עצמית ; כי אין עם שזכויותיו עליונות על אלו של עם אחר ; כי למיעוטים זכויות קיבוציות (לאומיים, ילידים, דתיים ולשוניים) ; וכי לפרט הזכות לכבוד, שוויון וחירות אישית, וזכויות כלכליות וחברתיות.

11. על רקע התפתחות משפט זכויות האדם, חזקה היא שכינון חוקה או תיקון לחוקה ייתנו משקל רציני למשפט העמים ולמשפט זכויות האדם.³ התפתחות זו מחזקת את התיאוריה של הנס קלון לפיה הנורמה הבסיסית של כל מדינה חייבת להיות לגיטימית מבחינת המשפט הבינלאומי ולא תעמוד בסתירה אליו, ועל כן האסיפה המכוננת חייבת לתת משקל למשפט הבינלאומי בבואה לכונן חוקה או לבצע תיקון

² ROSENFELD, IDENTITY, *supra*note 1, at 19.

³ לעניין המעמד של המשפט הבינלאומי במשפט הפנימי כולל השפעתו על חוקות וכינון ראו : YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS 82-102 (2017) (hereinafter: ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS) ; Rosalind Dixon and Vicki C. Jackson, *Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests*, 38 WAKE FOREST L. REV. 149 (2013); VICKI C. JACKSON, CONSTITUTIONAL ENGAGEMENT IN A TRANSNATIONAL ERA (Oxford University Press, 2013); John Dugard, *International Law and the South African Constitution*, 8 EUR. J. INT'L L. 77-93 (1997) ;Thomas M. Franck, Arun K. Thiruvengadam, *International Law and Constitution-Making*, 2(2) CHINESE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 467-518 (2003); NEIL MACCORMICK, QUESTIONING SOVEREIGNTY (Oxford University Press, 2002); Eyal Benvenisti, *Sovereigns as Trustees of Humanity: On the Accountability of States to Foreign Stakeholders*, 107 AMERICAN J. INT'L L. 295 (2013); Samantha Besson, *Sovereignty, International Law and Democracy*, 22(2) EJIL 373 (2011); Seyla Benhabib, *The New Sovereignism and Transnational Law: Legal Utopianism, Democratic Scepticism and Statist Realism*, 5(1) GLOBAL CONSTITUTIONALISM 109 (2016); Jeremy Waldron, *Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?*, 22(2) EJIL 315 (2011); Harold Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, FACULTY SCHOLARSHIP SERIES, YALE LAW SCHOOL, PAPER 2101 (1997), available at: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2101.

12. **מעמד האוכלוסייה הערבית בקו הירוק כמיעוט-מולדת**: שאלה עיקרית וחשובה ביותר לבחינת הלגיטימיות של יצירת זהות חוקתית כפי שנעשה בחוק יסוד הלאום, היא היחס אל הקבוצות הלאומיות והאתניות שאינן דומיננטיות. לבחינת מעמדן של קבוצות אלה על פי הנורמות הבינלאומיות משקל מכריע. קבוצות שאינן דומיננטיות הן קבוצות שמהוות מיעוטי הגירה, מיעוטים לאומיים, דתיים או אתניים אך הקבוצה שזכתה במעמד משפטי מיוחד היא "מיעוט-מולדת" (homeland minority). מיעוט-מולדת אינו רק קבוצת מיעוט לאומי שהתהוותה בתוך המדינה ועם הזמן הפכה ממיעוט-הגירה למיעוט-לאומי; היא קבוצה שהייתה שייכת לרוב במולדתה ונהפכה שלא מרצונה ובכוח למיעוט-מולדת במולדתה ההיסטורית. הפילוסופיה של הזכויות בספרות ובנורמות הבינלאומיות מתבססת על האפשרות לדמיון ככל שניתן את מימוש ההגדרה העצמית של קבוצות אלה במסגרת המדינה והדבר מתבטא בהכרה בזכויותיהן הקיבוציות, לרבות ההכרה בעוול ההיסטורי שנגרם להן והבטחת זכויות מיוחדות בקרקע.⁵

13. הואיל ומעמדם המדיני של האזרחים הערבים-הפלסטינים השתנה למיעוט במולדתם שלא מרצונם ומאז לא נחלשה אחיזתם בזהותם הלאומית; והואיל וזכויותיו של מיעוט מולדת חייבות לכלול, בין היתר, את אלו שהיו אמורות להישמר ולהתפתח, ככל שניתן, אלמלא הפיכתו למיעוט במולדתו – לפיכך, נקודת המוצא המשפטית של עתירה זו היא כי האזרחים הערבים במדינת ישראל הינם מיעוט-מולדת שמהווה חלק אורגני מהעם הפלסטיני ומהאומה הערבית.⁶

14. דו"ח ועדת החקירה הממלכתית בראשות השופט תאודור אור התייחס למעמד מיוחד זה של הערבים בישראל בזו הלשון:

5. ראשית, אוכלוסיית המיעוט הערבי בישראל היא אוכלוסייה ילידה, הרואה עצמה נתונה תחת הגמוניה של רוב שבעיקרו אינו כזה. בהבחנה המקובלת בספרות המקצועית בין 'מיעוטים ילידים' לבין 'מיעוטי הגירה', המיעוט הערבי בישראל שייך בבירור לקטגוריה הראשונה. בדרך כלל, אופיו הילידי של מיעוט מעצים את מודעותו העצמית ואת תוקף תביעותיו במידה רבה מעבר לאלו של מיעוטים המתהווים, למשל, מהסתפחות מהגרים אל חברות רווחה כדי לשפר את מצבם. הוא הדין במקרה של המיעוט הערבי בישראל. הערך 'צמוד', דהיינו, ההיאחזות הנחושה בנחלת האבות לנוכח האתגרים שמציב הרוב היהודי, אשר דווקא אותו הם תופשים כחברת מהגרים, מצוי במקום גבוה בדמות עולמם של הערבים. משוואה זו, של מיעוט 'ילידי' מול רוב 'מהגר' – יש בה פוטנציאל של מתח גובר.

⁴ HANS Kelsen, THE PURE THEORY OF LAW 320, 330-331 (1967).

⁵ לענין זה ראו: United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. הספר המוביל היום בענין זה ואשר מתייחס להתפתחויות במשפט הבינלאומי בנושא מיעוט-מולדת הוא ספרו של הפילוסוף הפוליטי הבולט וויל קימליקה: WILL KYMLICKA, MULTICULTURAL ODYSSEYS: NAVIGATING THE NEW INTERNATIONAL POLITICS OF DIVERSITY (2007).
⁶ על מעמד מיוחד זה בספרות המשפטית ראו לדוגמא: אורן יפתחאל "אתנוקרטיה, גאוגרפיה ודמוקרטיה: הערות על הפוליטיקה של ייחוד הארץ" אלפיים 19, 78 (2000); יוסף גיבארין "על מעמדו החוקתי של המיעוט הערבי בישראל: הצעה לסדר חדש" **מדינה וחברה** 7, 105 (2010); אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" **עיוני משפט** כו 241 (2002); אילן בנבנישתי "ההגנה על קהילות מיעוטים בבתי המשפט" **עלי משפט** ג(2) 463 (2003); חסן גיבארין "ישראליות 'הצופה פני העתיד' של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני" **משפט וממשל** ו 53 (התשס"א); גילה שטופלר "המיעוט הערבי, המיעוט החרדי והתאוריה הרב-תרבותית במדינה יהודית דמוקרטית" **משפט, מיעוט וסכסוך לאומי** 11 (ראיף זריק ואילן סבן עורכים, 2017); MAZEN MASRI, THE DYNAMICS OF EXCLUSIONARY CONSTITUTIONALISM, ISRAEL AS A JEWISH AND DEMOCRATIC STATE (2009).

6. שנית, המיעוט הערבי בישראל הוא גלגול של אוכלוסיית רוב. בניגוד למיעוטים אחרים באזור, המצויים בסטטוס של מיעוט מזה מאות בשנים, הפך המגזר הערבי בישראל למיעוט רק בימינו. הוא נושא עימו את המורשת, את העמדות והציפיות של אלה שהיו תמיד שותפים בחברת רוב (לפחות המוסלמים שבהם), ואשר גם עם התרחבות היישוב העברי בזמן המנדט עדיין עלה מספרם על מספר היהודים פי שניים. המהפך שעשה אותם למיעוט של פחות מ-20% מתוך אוכלוסיית המדינה לא היה קל להפנמה. התקוממותם נגדו התבטאה, בין השאר, בסירוב לקבל את תיוגם כ'בני מיעוטים' בלשונם של מוסדות המדינה. גם מודעותם לכך שהם שלוחה של קיבוץ אנושי גדול, המהווה רוב במזרח התיכון, הזינה את מורת רוחם מהגדרתם כמיעוט.

7. שלישית, המהפך הזה היה תוצאה של תבוסה קשה שנחלו הערבים במלחמתם נגד היישוב היהודי. המדינה שבתוכה מצאו את עצמם במעמד של מיעוט מהווה, בעצם קיומה, תזכורת קבועה למפלתם הצורבת; או, כדברי אחד ממנהיגיהם, 'המדינה קמה על חורבותיה של הקהילה הפלסטינית'. הקמת מדינת ישראל, שהעם היהודי חגג אותה כהתגשמות חלום הדורות, כרוכה בזיכרונם ההיסטורי בטראומה הקולקטיבית הקשה ביותר בתולדותיהם – ה'נפצה'. גם אם אין הם מזכירים זאת כיום השכם והערב, הורתה ולידתה של המדינה כרוכות לבלי הפרד בעימות קוטבי בין שתי תנועות לאומיות, אשר הוליד סכסוך דמים ממושך. תכניה וסמליה של המדינה, המעוגנים גם בחוק והמעלים על נס את הניצחונות בסכסוך זה, מציינים בעיני בני המיעוט הערבי את תבוסתם, וספק אם יש להם דרך להזדהות עמם הזדהות של אמת. הזמן יכול אולי להעלות ארוכה לכאב, אך ככל שמתחזקת התודעה הלאומית – כך גוברת בקרבם המודעות לבעיה זו, המלווה את עצם הקמת המדינה".⁷

15. הנשיא ברק (כתוארו אז) עמד אף הוא על הייחודיות של הערבים כילידים במסגרת הדיון בסוגיית השימוש בשפה הערבית בשילוט העירוני בערים המעורבות. כדבריו, המיעוט הערבי הוא מיעוט החי בישראל "מימים ימימה" השונה מהותית ממיעוטי-הגירה כאשר לטעמו השפה הערבית "זוהי שפה הקשורה למאפיינים תרבותיים, היסטוריים ודתיים של קבוצת המיעוט הערבית בישראל".⁸

16. **העדר שליטה non-domination**: בעתירה דן ייעשה שימוש תכוף במונחים כמו שליטה וכפייה של קבוצה אחת נגד אחרת ועל כן נבקש להבהיר את המושגים האמורים. בהווה, במציאות הפוליטית הפלורליסטית של חברות רבות, קיימים מיעוטים אתנו-לאומיים וילידיים עם דרישה להגדרה עצמית במסגרת המדינה שעיקרה ההכרה בזכויות קיבוציות, ומימוש אקסקלוסיבי לעקרונות הריבונות וההגדרה העצמית נתפשים ונחווים על ידי מיעוטים אלה כביטוי לשליטה בהם מבחוץ ושלילת האוטונומיה הקבוצתית שלהם.⁹ לכן, וכפי שיפורט בהמשך, האמנה הבינלאומית לזכויות האזרחיות והפוליטיות מדגישה את האלמנט של העדר שליטה כביטוי חשוב למימוש ההגדרה העצמית של כלל הקבוצות הלאומיות שלפיו יוכלו בני אדם להיות חופשיים רק כאשר יתקיימו התנאים המאפשרים לבני אדם לממש באופן שווה את זכויותיהם האזרחיות, הפוליטיות כמו גם את זכויותיהם החברתיות, הכלכליות והתרבותיות.¹⁰

⁷ דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 – כרך א' 26-27 (2003).

⁸ בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב יפו, פ"ד נו(5) 393, 418-419 (2002) (להלן: בג"ץ עדאלה נ' עיריית תל-אביב יפו).

⁹ לדיון בקונספציות של ריבונות בלתי-מוגבלת, ראו: IRIS MARION YOUNG, INCLUSION AND DEMOCRACY 255-65 (Oxford University Press, 2000) (hereinafter: YOUNG, INCLUSION AND DEMOCRACY).

¹⁰ ניתן להיעזר גם בהגדרת המלומדת אייריס יאנג אשר תרמה להבהרת רעיון החירות משליטה ואשר תואם את האמור באמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות ראו: YOUNG, INCLUSION AND DEMOCRACY, at 259.

17. **הקשר בין פרקטיקה לבין חוק יסוד הלאום:** במהלך הדיונים לפני ולאחר חקיקת חוק היסוד, עלתה הטענה כי רוב הוראותיו מעגנות, הלכה למעשה, את הפרקטיקה והפוליטיקה היומיומית כולל חוקים ופסיקה וכי הוא בבחינת חוק יסוד הצהרתי בלבד. העותרים יבהירו כאן כי ישנו הבדל עצום בין הפרקטיקה ו-"הפוליטיקה הרגילה", שהן פסולות בפני עצמן כמובן, לבין חוק יסוד שהופך אותן לקונסטיטוציוניות. בעקבות קונסטיטוציונליזציה כאמור, הפרקטיקה הופכת לעניין קבוע ונצחי, שאינו נתון עוד להלכי רוח פוליטיים עתיים. העיגון בחוק היסוד הנוכחי מעניק לפרקטיקה מעמד על-חוקתי שבכוחו להעביר מסר ברור וחד לכל מערכות השלטון ומחייב אותן על פי דין להפלות את האזרחים הערבים ובכך הוא הופך את ההפליה לעניין רשמי, שיטתי ומוסדי וכערך חוקתי בשיטת המשפט הישראלית.

18. בנוסף, לעיגון החוקתי, בהינתן הפונקציה החינוכית של חוק היסוד (לרבות וביתר שאת החוקה), קיים גם מימד חינוכי שמקרין על מוסדות החינוך והופך לאלמנט מכונן בחברות הפוליטי והחוקתי של האוכלוסייה האזרחית וערכיה ובכוחו גם לתבוע ולהנחיל נאמנות לערכיה החוקתיים.¹¹ עיגון חוקתי הוא בבחינת הכרעה סופית המכריזה על כוונות מוצהרות להשגת יעדים והיישום שלה ייעשה כעת בשם שלטון החוק הקונסטיטוציוני. החוקה הישראלית, אפוא, אינה אותה חוקה שהייתה לפני חקיקת חוק היסוד הלאום. לכן חוק יסוד הלאום הוא בבחינת "רגע קונסטיטוציוני" במובנו של המלומד ברוס אקרמן המבקש לשנות את החוקה הקיימת.¹²

19. לכן, עיגון פרקטיקות שהן תוצר של תהליכי "הפוליטיקה הרגילה", שכוללת בין היתר את המשפט המקובל, בנורמה חוקתית (ואף על-חוקתית) הוא בבחינת "התחלה חדשה" (במובנה הקונסטיטוציוני), בלתי הפיכה ובעלת השפעה מכרעת, באופן שמזמין דיון עיקרוני בה ובהשלכותיה. הדיון כאמור יעלה שאלות שונות והנוגעות בכינון חוקה, לגיטימיות, אזרחות ולכידות, כפייה, הסכמה וכיוצא באלה.

20. בהקשר זה, העותרים מסכימים עם האמור בדו"ח גביזון שעשה את ההבחנה הקונספטואלית בין שאלות הנוגעות לעיגון חוקתי והכרעה חוקתית במסגרת חוק יסוד הלאום לבין פוליטיקה יומיומית שכוללת, בין היתר, את פסיקתו של בית המשפט העליון.¹³ פרופסור רות גביזון מונתה על ידי שרת המשפטים לבחון את עניין עיגונו החוקתי של חוק יסוד הלאום, והיא המליצה שלא לבצע עיגון חוקתי לחזון בחוק יסוד הלאום לנוכח משקלה המכריע של ההכרעה החוקתית בנושאים שעדיין נמצאים בלבו של השסע הלאומי והדתי, כולל סוגיית הגבולות, וכי עיגון חוקתי מסוג זה מעלה שאלות חדשות וסוגיות מורכבות יותר הנוגעות גם לגיטימיות, הסכמות ולכידות אזרחית.¹⁴

¹¹ המימד החינוכי של הדין העסיק פילוסופים פוליטיים עוד בתקופת אפלטון והוא מהווה נדבך עיקרי בתחומי הסוציולוגיה של המשפט, ראו: Michael Brian Burge-Hendrix, *The Educative Function of Law*, in LAW AND PHILOSOPHY 243 (Freeman and Ross Harrison eds., 2007).

¹² BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE*, VOLUME 1: FOUNDATIONS (Harvard University Press, 1991).

¹³ רות גביזון **עיגון חוקתי לחזון המדינה? המלצות מכוח מינוי שרת המשפטים מאוגוסט 2013 ומסמכי רקע וגיבושן** (2015) (להלן: **דו"ח גביזון או הדו"ח**). הדו"ח זמין כאן: http://media.wix.com/ugd/ebbe78_44305ffd44d34f77a40db8623be25a89.pdf

¹⁴ בעמ' 30 מציין דו"ח גביזון כי: "אין בחברה הישראלית היום הסכמה מספקת על מסגרת משותפת שבה יתקיימו דיון והכרעה על ההסדרים הבסיסיים. הצדדים במחלוקות השונות מעדיפים מציאות גמישה יחסית שבה יוכלו להגיע להישגים בנושאים הקרובים

21. על בסיס הנחות יסוד או נקודות מוצא אלו, העותרים יפנו כעת לדין בסעיפי חוק יסוד הלאום.

ג. סעיף 1 לחוק יסוד הלאום מבסס עליונות ושליטה אתנית

22. סעיף 1 לחוק היסוד קובע כי:

"א) ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי, שבה קמה מדינת ישראל;

ב) מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, שבה הוא מממש את זכותו הטבעית, התרבותית, הדתית וההיסטורית להגדרה עצמית;

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

23. חוק יסוד הלאום אינו מגדיר במפורש את הטריטוריה של החוקה, שהרי סעיף 1(א) מתייחס גם לשטח שהוא שטח כבוש על פי המשפט הבינלאומי (תחת הכינוי "ארץ ישראל") וגם ל-"מדינת ישראל" מבלי לעמוד על ההבחנה בין שתי הטריטוריות ומבלי לציין מהם הגבולות של "מדינת ישראל" לצרכי החוק, תוך כדי טשטוש ההבחנה בין "פנים" לבין "חוץ", כפי שיוסבר להלן. בכל מקרה, יוער כי סעיף 1 מוחל למעשה על שטחים המוגדרים כשטחים כבושים על פי המשפט הבינלאומי (מזרח ירושלים ורמת הגולן) והוא פותח פתח להחלה של הדין הישראלי על השטחים הכבושים – דבר שהוא בבחינת סיפוח הסותר את המשפט הבינלאומי ההומניטארי.¹⁵

24. הקביעה לפי סעיף 1 לחוק היסוד שמימוש ההגדרה העצמית הוא "ייחודי לעם היהודי" משמעה שלאוכלוסייה היהודית הזכות הקולקטיבית למשול ולשלוט בטריטוריה ובתושביה; רק היא מחזיקה בזכות להחליט בעניין הקצאת וחלוקת הזכויות לכל התושבים הלא-יהודים; רק לה ההכרעה בדבר אופן תחולת החוקה בחלקי "ארץ-ישראל"; וכי כל שטח פלסטיני המנדטורית הוא בבחינת "מולדתו ההיסטורית" של העם היהודי, ורק שלו, ולו הזכות הבלעדית למימוש הגדרה עצמית בשטח זה; וכי אין לעם הפלסטיני-היליד, שחי בטריטוריה זו "מימים ימימה" זכות להגדרה עצמית-לאומית במולדתו ההיסטורית.

25. גם בכל הנוגע לשטח מדינת ישראל בגבולותיה המוכרים על פי המשפט הבינלאומי, סעיף זה מתנגש עם עקרונות היסוד של המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם. ראשית, הוא מקבע סדר חוקתי המבוסס על עליונות ושליטה אתנית המתנגשת חזיתית עם העקרון הבסיסי המאפיין משטרים דמוקרטיים. זהו עקרון

ללבם במסגרת פוליטיקה רגילה'. מציאות זו היא שמכבידה לא רק על השלמת החוקה אלא גם על מהלך אמין של חוק יסוד לעיגון חזון המדינה"; ובעמ' 34 לדו"ח מבהירה גבזון כי: "הסברתי למעלה מדוע אינני תומכת בעיגון חוקתי של החזון בכלל, ובחקיקת חוק לאום, הכולל עיגון נפרד של המרכיב היהודי בחזון המדינה, בפרט. [...] אבל במדינות שבחרו לעגן את חזון, הדבר נעשה כמבוא הצהרתי של חוקה שלמה, במסגרת פוליטיקה חוקתית, וכאשר יש למהלך תמיכה פוליטית רחבה וחוצת-מפלגות, לאחר תהליך שבו הוזמנו להשתתף כל המגזרים הרלבנטיים. סעיפי החזון גם משלבים יסודות פרטיקולריים עם מחויבויות אזרחיות, דמוקרטיות, וכלל אנושיות ברורות. זה איננו המצב בישראל כיום, ואלה אינן ההצעות המונחות על שולחנה של הכנסת".

¹⁵ ראו לעניין זה את חוות דעתו המייעצת (Advisory Opinion) של בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ) מיום 9.7.2004 בעניין חומת ההפרדה שנבנית על ידי ממשלת ישראל בגדה המערבית. שם הדגיש בית הדין מעמדם של כלל השטחים שנכבשו על ידי ישראל בשנת 1967 כשטחים כבושים (פס' 99-98 לחוות הדעת): ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 9 July 2004. (להלן: **חוות דעתו המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין הגדר**).

הדמוס (Demos) הידוע גם כשלטון העם (popular sovereignty) המבוסס על ההשקפה לפיה כלל תושבי הטריטוריה הכפופה לסדר החוקתי הינם שווים, ויחדיו הם מרכיבים את הקולקטיב הריבוני ויחדיו הם מממשים את העקרון הדמוקרטי בדבר השלטון העצמי (self-rule/self-governance). עקרון השוויון ברוח זו עוגן בסעיף 2(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות הקובע כי:

“Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”¹⁶

26. שנית, סעיף 1 שולל את עקרון השוויון לפי הסעיפים 26 ו-27 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות המבטיחים הן את עקרון איסור ההפליה והן את הזכויות הקיבוציות של מיעוטים.¹⁷

27. שלישית, עליונות אתנית זו אף פוגעת בכבודו של האדם; זאת על אחת כמה וכמה כאשר עסקינן בפרטים השייכים לקבוצה ילידית או למיעוטים לא-דומיננטיים מאחר והיא משדרת שליטה, נחיתות, הדרה, והשפלה. הפסיקה של בית משפט נכבד זה התייחסה למצבם של השחורים בארה"ב בתקופת הסגרגציה על בסיס "נפרד אך לא שווה" כהמחשה לפגיעה בגרעין כבוד האדם היכן שהזכות היא מוחלטת.¹⁸

28. רביעית, שליטה ועליונות אתנית כאמור מנוגדות לעקרונות מגילת האו"ם שלפיהם אין זכות לאף עם לשלוט בעם אחר וכי לכל עם הזכות להגדרה עצמית. ההגדרה העצמית על פי המשפט הבינלאומי יכולה להתבצע בין במסגרת המדינה (על ידי ההכרה בשוויון הן במישור הפרט והן במישור הקבוצה) או במסגרת עצמאות לאומית. חשיבותו של עקרון זה במשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם נלמדת מכך שהוא פותח את סעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.¹⁹ הרציונל של הזכות להגדרה עצמית נשען על חירות במובנה כ-"היעדר שליטה" (non-domination), וזאת מכוח האמור במבוא של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות שלפיו יוכלו בני אדם להיות חופשיים רק כאשר יתקיימו התנאים המאפשרים להם לממש באופן שווה את זכויותיהם האזרחיות, הפוליטיות כמו גם זכויותיו

¹⁶ אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 271 (נפתחה לחתימה ב-1966). יצוין כי מדינת ישראל חתמה על האמנה ביום 19.12.1966, אישרה אותה ביום 18.8.1991, והיא נכנסה לתוקף בישראל ביום 3.1.1992.

¹⁷ Article 26: "All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."

Article 27: "In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language."

¹⁸ השופט דורנר היתה הראשונה להעלות את ההמחשה לכך בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 132-133 (1994) והתייחסה לעקרון הגזעני של "נפרד אך שווה" וכך עשה הנשיא כתוארו אז השופט ברק בבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן: "בג"ץ קעדאן").

¹⁹ Article 1: "All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development."

29. אין היום אף חוקה בעולם שנתפשת כדמוקרטית שיש בה סעיף הדומה לסעיף 1 לחוק יסוד הלאום המנכס את המדינה ואת תכליתו של המשטר כמשרתה של קבוצה אתנית אחת וקובע כי היא מדינתה הבלעדית. הקביעה של סעיף 1 היא הקיצונית ביותר בהיסטוריה מאז סיום משטר האפרטהייד. אף המחקר שנעשה על ידי המשיבה באמצעות "הלשכה המשפטית – תחום חקיקה ומחקר משפטי" שהוגש לוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט (הוועדה המשותפת), שהכינה את חוק יסוד הלאום, קובע באופן מפורש שאין אף חוקה בעולם שמנכסת את המדינה או את המשטר לקבוצה אתנית אחת ובאופן בלעדי, וכי תמיד הריבון במובן We The People של החוקה מתבסס על ידי הכללת כלל תושבי הטריטוריה באופן שווה. המחקר קובע כי הסקירה המשווה מראה כי כאשר מדובר בקבוצות אתניות שונות, בוחרות החוקות בדרך כלל באחת משתי הדרכים: האחת היא להכליל את זהותה של הקהילה הפוליטית המכוננת את הריבון בתור זו המכילה את הקבוצות הלאומיות העיקריות והיא מתייחסת אליהן באופן ספציפי, והדרך השנייה היא על בסיס "מדינת אומת האזרחים" הנשענת על הראיה הקלאסית של "המדינה הלאומית" הטריטוריאלית (nation-state) לפי תפישת הריבון כמכיל את כלל האזרחים והתושבים בתור אומה אזרחית.

== העתק מהמחקר של הלשכה המשפטית של הכנסת לעניין סעיפי מבוא בחוקות מצורף ומסומן כנספח ע/3.

30. מהמחקר האמור של הכנסת עולות גם תובנות לעניין ציון "ארץ ישראל" כמולדתו ההיסטורית של העם היהודי שבסעיף 1 לחוק היסוד. ללא קשר לנרטיבים היסטוריים, מתן ביטוי חוקתי לחלק משטח "חיצוני" ו/או שטח כבוש לוקה בבעיות רציניות לנוכח השלכותיו על היקפה הפוטנציאלי של הזכות להגדרה עצמית של העם הפלסטיני השוכן בשטחים אלו, וכן על הפער ההולך ומתרחב בין חובותיה של מדינת ישראל על פי נורמות המשפט הבינלאומי לבין התפישה הסובייקטיבית בתוך המדינה לגבי היקף מחויבויות אלו. המחקר של הכנסת מציין כי הסקירה המשווה מעידה כי "צריך להימנע מהגדרות או מניסוחים חוץ-טריטוריאליים שעלולים להביא לעוינות מצד מדינות שכנות"²¹. בהקשר זה צוין המקרה ההונגרי, שבמבוא לחוקת המדינה שם נכללו בתור הונגרים גם אלה שהם אזרחי מדינות שכנות. בהקשר הזה, מתאימים הדברים שהובעו על ידי נציבות וינציה (המועצה האירופאית לדמוקרטיה באמצעות המשפט) לפיהם:

"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 international commitments...It is also of particular importance that the constitutional legislator pays proper attention to the principle of friendly neighbourly

²⁰ "Recognizing that, in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, the ideal of free human beings enjoying civil and political freedom and freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his civil and political rights, as well as his economic, social and cultural rights."

²¹ המחקר של הלשכה המשפטית של הכנסת לעניין סעיפי מבוא בחוקות, בעמ' 16.

relations and avoids inclusion of extra-territorial elements and formulations that may give rise to resentment among neighbouring states.”²²

31. גם היועץ המשפטי של הוועדה המשותפת של חוק יסוד הלאום הציע הצעה חלופית במהלך הדיונים על הצעת חוק היסוד לפיה ייכללו בה עקרון השוויון ושייכות המדינה לכלל אזרחיה. הצעה זו לא התקבלה. וכפי שהבהיר זאת היועץ המשפטי של הכנסת: “אנחנו גם המלצנו במהלך הדיונים בוועדה נכון היה וכך גם בחוקות אחרות שלצד ההתייחסות הפרטנית ללאום היהודי תהיה התייחסות לנושא של השוויון ולנושא של השייכות של המדינה לכל האזרחים הוועדה החליטה לא לעשות את זה לחוק”²³.

32. בנוסף, גם דו”ח גביון היה ער לחשיבות המכרעת של סוגיית ההכללה כהכרחית לקיומה של דמוקרטיה. דו”ח זה קבע כי חוק יסוד הלאום באם ייחקק הוא חייב לתת ביטוי לנושא “הלכידות האזרחית” בהקשר של המיעוט הערבי בישראל:

“אתגר הלכידות האזרחית הוא לחזק את המסגרת הפוליטית המדינתית המאפשרת שותפות משמעותית במפעל המדינה לכלל אזרחיה, בלי הבדל דת או לאום ולחזק את תחושת השותפות והשייכות של כלל האזרחים למדינתם – למרות שהמדינה אינה ניטרלית ואזרחית באופן מלא. זהו אתגר מרכזי וחיוני. חיזוק הלכידות האזרחית הוא פועל יוצא ברור ממרכיב הדמוקרטיה בחזון, המבוסס על אזרחות שווה ומכלילה. הוא נדרש גם מעצם תפיסת תפקידה של המדינה כמקדמת את הציבור החי בה וכפועלת לרווחתו”²⁴.

33. הניסיון ההיסטורי והתפתחות משפט זכויות האדם מעידים כי חוקה הכופה את הזהות החוקתית על שאר הקבוצות שחיות תחת המשטר, ללא הסכמה או באופן מדיר על רקע לאום, דת או גזע ומבססת עליונות ושליטה של קבוצה אתנית אחת בשאר הקבוצות היא חוקה בלתי לגיטימית בהיותה חוקה עם מאפיינים גזעניים. אין זה מקרי כי התפתח נוהג עולמי בכינון חוקות מאז שנות התשעים של המאה הקודמת השולל את היבט הכפייה והדואג שהזהות של החוקה תשקף בראש ובראשונה ערכים דמוקרטיים המתבססים על תפישה מכילה של עקרון ה-Demos, הכולל באופן שווה את כל הקבוצות/האזרחים והתושבים. הגישה המבקשת להנציח את העבר וכופה זהות חוקתית על בסיס ניצחון צבאי של קבוצה אחת נגד הקבוצה שהובסה מובחנת כמקרה קולוניאליסטי. מטעמים אלה, חוקות דמוקרטיות חדשות חותרות ליצירת זהות חוקתית חדשה השוללת את האפקט האמור, תוך ניסיון להגיע לפשרות והסכמות שמסתכלות מעבר ליחסי הכוח הפוליטיים העכשוויים.²⁵ החוקה הדרום-אפריקאית היא המודל המייצג של גל זה:

“We, the people of South Africa, recognize the injustices of our past; honour those who suffered for justice and freedom in our land [...]. Believe that South Africa belongs to all who live in it, united in our diversity [...]”

²² שם.

²³ ישיבה מס' 19 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20 (16.7.2018), בשעה 06:02.

²⁴ דו”ח גביון, ה”ש 13 לעיל, בעמ' 20.

²⁵ יצוין כי הדוגמאות להכללה הן רבות ונזכיר כאן רק חלק מהן. כך למשל, קנדה הכלילה הן את הילידים דוברי הצרפתית והן את הילידים האמריקאים בתוך הקהילה הפוליטית בחוקה והכירה לא רק בזכויותיהם האינדיבידואליות אלא גם בזכויותיהם הקיבוציות, לרבות הזכות לאוטונומיה. כך גם בבלגיה בה החוקה הגדירה בסעיף 2 מי הוא האזרח כדלקמן: “בלגיה מורכבת משלוש קהילות: הקהילה הצרפתית, הקהילה הפלמית והקהילה דוברת הגרמנית.”

34. כך, למשל, מסביר הדו"ח של הארגון הבינלאומי בדבר דמוקרטיה ובחירות שסקר את הנושא והתייחס אל הכפייה של הזהות החוקתית על קבוצות אחרות החיות תחת אותה טריטוריה חוקתית:

"Unlike older, classic constitutions, perhaps, constitutions today do not necessarily reflect existing national polities or power relationships, consolidating the victory and dominance of a particular class or ethnic group. Instead, they are instruments to enhance national unity and territorial integrity, defining or sharpening a national ideology, and developing a collective agenda for social and political change—negotiated rather than imposed."²⁶

35. גם מחקרו של פרופסור ליאב אורגד שסוקר השוואתית את ניסוח רכיב "We The People" בחוקות מלמד כי הזהות החוקתית במדינות העולם אינה מתבססת על כפייה של זהות חוקתית המדירה קבוצות אחרות באמצעות ניכוס הזהות החוקתית על ידי קבוצה אתנית אחת. בהקשר הישראלי, הוא מציין כי הניסיון לקבוע זהות חוקתית במובן We The People אשר מנכסת את המדינה לעם היהודי ובאופן בלעדי הוא חריג בנוף העולמי בהיותו מדיר וגם ממשיך את השסע הלאומי והסכסוך הקיים.²⁷

36. חשוב לציין כי, במקרים מסוימים כשהיה ניסיון לקבוע בכפייה את זהותו של הריבון כשייך בלעדית לקבוצה אתנית הוביל הדבר לאלימות בין האזרחים. זהו, למשל, המקרה של מקדוניה. שם, בתחילת שנות התשעים, ביקש הרוב לקבוע במבוא לחוקה כי "מקדוניה היא מדינתו של העם המקדוני", אף על פי שעשרים אחוזים מאוכלוסיית המדינה הם אלבנים ילידים. בעקבות הדברים, פרצה אלימות קשה שהובילה להרג עשרות אזרחים. לבסוף, נכרת הסכם אוהריד שהוביל לשינוי במבוא של החוקה שבו נקבעה זהותה של הקהילה הפוליטית כלהלן:

"Taking as the points of departure... 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, Romanies and other nationalities living in the Republic of Macedonia..."²⁸

37. הניסיון ההיסטורי האמריקאי, האירופאי והדרום אפריקאי מלמדים כי הדרת קבוצות מן הקהילה הפוליטית של החוקה הובילה לרדיפה וגזענות. אמנם We The People האמריקאי נוקט בלשון ניטרלית – להבדיל מסעיף 1 לחוק יסוד הלאום – אך הוא פורש על ידי בית המשפט העליון האמריקאי במאה ה-19 בתור כזה שמתייחס לאוכלוסייה הלבנה בלבד. על בסיס זה ניתן אחד מפסקי הדין הידועים לשמצה בהיסטוריה האנושית בעניין *Dred Scott* אשר קבע כי השחורים אינם חלק מהאומה ולכן אינם

²⁶ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE, CONSTITUTION BUILDING PROCESSES AND DEMOCRATIZATION 13 (Yash Ghai and Guido Galli Contributors, 2006), available at: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/constitution-building-processes-and-democratization.pdf>.

²⁷ Liav Orgad, *The Preamble in Constitutional Interpretation*, 8 INT'L J. CON L. 714, 716-7 (2010).

²⁸ המבוא של חוקת רפובליקת מקדוניה; על המקרה המקדוני וסקירה למבואות של חוקות שונות ראו: אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" המשפט י"א 79 (2007).

סובייקטים של ההגנות החוקתיות, ובכך אישר את המשך העבדות.²⁹ השפעתו של פסק דין זה הייתה מכרעת בהיסטוריה האמריקאית ורק במלחמת אזרחים הצליחו להתנתק מהשלכותיו, על אף שתפיסת העליונות האתנית המשיכה לחול באמצעות העקרון הסגרגטיבי של "נפרד אך שווה" עד לביטולו ההדרגתי החל מהחצי השני של המאה הקודמת. כך היה גם גורלם של הילידים (האינדיאנים) בארה"ב שהראייה של בית המשפט העליון האמריקאי שהם אינם חלק מהעקרון החוקתי המתבטא בדיבור "We the People" הפכה אותם לזרים במולדתם ובהיותם "זרים" הוחרגו מתחולת ההגנות של החוקה ובכך נסללה הדרך במאה ה-19 לנישולם ממקרקעיהם בשם עידוד התיישבות לבנה.³⁰

38. ההיבט הקולוניאליסטי של החוקה האמריקאית חל גם על שטחים שנכבשו או סופחו. עקרון ההדרה מההגנות החוקתיות לא הצטמצם לאחר הפנימי (שחורים וילידים) אלא היה גם מנת חלקן של האוכלוסיות בטרטוריות שסופחו או נכבשו בסוף המאה ה-19 לאחר מלחמת ארה"ב-ספרד (לרבות פורטו ריקו, גוואם והפיליפינים). בשורה של פסקי דין בתחילת המאה ה-20, הידועים בשם "the insular cases" בית המשפט העליון האמריקאי נדרש להכריע בשאלות הנוגעות למעמד שטחים אלה ותושביהן, שבין היתר עסקו בשאלות הנוגעות למיסוי ומסחר, ובשאלת היקף תחולת החוקה האמריקאית בהם והיקף זכויות תושביהם להגנותיה. באחד מפסקי דין אלה,³¹ נדון מעמדה של פורטו ריקו לצרכי ההכרעה בשאלת מיסוי על ייצוא וייבוא מהטריטוריה ואליה, ואולם, במקביל, אף עלתה השאלה ביחס לתחולתה האוטומטית של החוקה על טריטוריות שבשליטת ארה"ב. עמדת הממשל האמריקאי והתעשיינים בהליך זה תמכה בשלטון קולוניאלי, אקסטר-קונסטיטוציוני. בעוד שעמדת התעשיינים נשענה על מאפייניהם התרבותיים של תושבי פורטו ריקו כאוכלוסייה שהיא לכל היותר מתורבתת-למחצה (semi-civilized), עמדת הממשל גייסה עקרונות בדבר האמנה החברתית כדי לטעון נגד הכללת האוכלוסיות החדשות בקהילה הפוליטית האמריקאית, וטענה כי עקרון הריבונות מתיר שליטה באוכלוסיות כנתניים, וכי ההחלטה בדבר הענקת זכויות ומעמד אזרח לאוכלוסיות חדשות נתונה לשיקול דעתו הבלעדי של הקונגרס. לפי גישת השופט Brown, שנמנה על שופטי הרוב:

"There seems to be no middle ground between this position and the doctrine that, if their inhabitants do not become, immediately upon annexation, citizens of the United States, their children thereafter born, whether savages or civilized, are such, and entitled to all the rights, privileges and immunities of citizens. If such be their status, the consequences will be extremely serious. Indeed, it is doubtful if Congress would ever assent to the annexation of territory upon the condition that its inhabitants, however foreign they may be to our habits, traditions, and modes of life, shall become at once citizens of

²⁹ *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 15 L. Ed. 691 (1857), superseded (1868).

³⁰ לעניין השימוש ב-we the people כטעם לאי החלת החוקה על השחורים, אינדיאנים, מהגרים וגם על השטחים שסופחו או נכבשו על ידי ארה"ב ראו: Sarah H. Cleveland, *Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the* Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs, 81 TEX. L. REV. 1 (2002); להרחבה בנושא נישול בעלי-קרקע מקסיקנים מנכסיהם לאחר מלחמת ארה"ב-מקסיקו וסיפוח שטחי מדינת טקסס ואחרים על תושביהם, על ידי יישום מוטה של דוקטרינות משפטיות על ידי בתי המשפט שבבסיסו עמדו שיקולי גזע, ראו: Guadalupe T. Luna, *Chicana/Chicano Land Tenure in the Agrarian Domain: On the Edge of a "Naked Knife"*, 4 MICH. J. RACE & L. 39 (1998).

³¹ *Downes v. Bidwell*, 182 U.S. 244 (1901).

the United States.”³²

בהתאם לכך נקבע מעמדה של פורטו ריקו, כשטח השייך לארה"ב אך לא חלק ממנה:

“We are therefore of opinion that the Island of Porto Rico is a territory appurtenant and belonging to the United States, but not a part of the United States within the revenue clauses of the Constitution...”³³

39. את הפסיקה הזו, ויתר הפסיקות העוסקות בשטחים שבשליטת ארה"ב, יש לקרוא על רקע תפישת האזרחות האמריקאית ככוללת מרכיבים קולוניאליסטיים המתבססים על עליונות לבנה. תפישות סביב "האמנה החברתית" שמכוננת את הדמוס האמריקאי שביסוד החוקה, הצדיקו הבחנה בין שטחים השייכים לארה"ב לשטחים שהם חלק מארה"ב (ולעניין זה מתחדדת ההשוואה עם המינוחים שבחוק יסוד הלאום של "ארץ ישראל" ושל "מדינת ישראל").

40. כך היה גם באירופה עם נפילתה של מדינת הלאום האזרחית (או מדינת האומה) ועליית קרנה של המדינה האתנית בתקופה שבין שתי מלחמות העולם הראשונה והשנייה. הפילוסופית חנה ארנדט מסבירה כי, המודל הקולוניאלי האירופאי באפריקה שבו הגזע הלבן האירופאי היה עליון על המקומיים הועתק אל תוך המדינות האירופאיות שנהפכו ממדינות לאומיות (שבהן האזרח עמד ביחס שווה מול המדינה ללא קשר לשיוכו האתני) למדינות אתניות. דבר זה הביא לכך שהיהודים וקבוצות אחרות, שנתפשו כלא שייכים לקבוצה האתנית הדומיננטית, נהפכו לזרים במדינות המולדת שלהם. כשנפל עקרון השוויון של המדינה הלאומית שמבוסס על ההנחה "שהאדם יכול לפעול בתוך עולם משותף, לשנותו ולבנותו בצוותא עם השווים לו, ורק עם השווים לו" ובמקומו הופיעה המדינה האתנית, עקרון השוויון קיבל משמעות פוליטית חדשה. השוויון כעת נהפכה לשאלת סיווג אתני למען ההדרה: בין השייך לאתנו-לאומיות ולבין החיצוני לה במנותק מהמעמד האזרחי. כך האנטישמיות קיבלה את עוצמתה האדירה כי היהודים נתפסו כבני עם ולאום שונה, שלא מתוך מטרה להכיר בשוויון לצורך הכרה בגיוון החברתי, אלא לצרכי הדרתם מהקולקטיב האתני השלט. זהו הקולוניאליזם הפנימי שהופעל נגד כל הקבוצות שהוצאו מן הקולקטיב.³⁴

41. דוגמא נוספת הינה "החוקה החדשה" של דרום אפריקה משנת 1983 אשר קבעה, בין היתר, את החובה לכבד את שוויונו וכבודו של האדם באשר הוא; ולגבי שפות נקבע בפסקה 89 כי השפות הרשמיות הן האנגלית והאפריקנרית, ובמחוזות של השחורים ייעשה שימוש בשפות הרלבנטיות של השבטים כשפות רשמיות נוספות. אך פס' 100 של החוקה קבעה כי הקהילה הפוליטית (population groups) היא הלבנים, הצבעוניים והאסייתים.³⁵ בגינוי ל-"חוקה החדשה" אשר יצא ממועצת הביטחון של האו"ם נקבע בהחלטה 554 מיום 17.8.1984 כי:

³² *Id.*, at 279-80.

³³ *Id.*, at 287.

³⁴ חנה ארנדט **יסודות הטוטליטריזם** 448 (תרגום עדית זרטל, 2010).

³⁵ Republic of South Africa Constitution Act 110 of 1983 ACT, available at: <https://law.wisc.edu/gls/cbsa2.pdf>. See also: Xia Jisheng, *Evolution of South Africa's Racist Constitutions and the 1983 Constitution*, 16(1) ISSUE: A JOURNAL OF OPINION 18-23 (1987).

“Declares that the so-called ‘new constitution’ is contrary to the principles of the Charter of the United Nations, that the results of the referendum of 2 November 1983 are of no validity whatsoever and that the enforcement of the ‘new constitution’ will further aggravate the already explosive situation prevailing inside *apartheid* South Africa;

Convinced that the so-called ‘new constitution’ endorsed on 2 November 1983 by the exclusively white electorate in South Africa would continue the process of denationalization of the indigenous African majority, depriving it of all fundamental rights, and further entrench *apartheid*, transforming South Africa into a country for ‘whites only’.”

42. סעיף 1 לחוק יסוד הלאום מעגן את עקרון ההפליה כערך חוקתי. הניסיון ההיסטורי מלמד כי ההדרה מהקהילה הפוליטית היא בבחינת הפרה לעקרון איסור ההפליה, וכי קביעתה של הזהות החוקתית הינה בעלת משקל מכריע לקביעת מיהם ה-“politically in” ומיהם ה-“outsiders”, מיהו השווה ומיהו “האֶחָר” או “הזר”.³⁶ אין זה מקרי, אם כך, שחוק יסוד הלאום אינו כולל במפורש את עקרון השוויון. פשיטא, הזכות לשוויון מטבעה מתנגשת עם סעיף 1 לחוק היסוד שמקדש את העליונות האתנית היהודית במדינה. עקרון איסור ההפליה הנשען על התפישה של “יחס שווה אל שווים” אינו רלבנטי בראי החוק, וזאת מאחר שלתפישת המחוקק שתי הקבוצות, היהודית והערבית, אינן שוות מלכתחילה. כמו שצרפת היא מדינת הצרפתים וכל מי שאינו צרפתי הוא מחוץ לקבוצת השוויון, כך במדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, ניתן להדיר את שאינו יהודי (גם אם הוא נושא אזרחות פורמאלית) כֶּאֱחָר, זר ולא שווה. הדברים מקבלים משנה תוקף כאשר המושג “הגדרה עצמית אתנית” הוא חובק עולם.

43. ככל שנותר מרחב לתחולת עקרונות השוויון ואיסור ההפליה, הרי שלאחר חוק יסוד הלאום מרחב זה הצטמצם לכדי מרחב שיורי שתחום התפרשותו ייקבע לאחר הגדרת האינטרסים של האוכלוסייה היהודית ובכפוף להם. חוק היסוד למעשה נע על ציר שבצדו האחד מופיע העקרון הגזעני המתבטא בתפישה של “נפרד אך שווה” ובצדו השני העקרון הגזעני-יותר המתבטא בתפישה של “נפרד ואינו שווה”, המיטיב במישרין ובאופן לא אפולוגטי עם האוכלוסייה היהודית. גלגולו של סעיף 7 לחוק היסוד במהלכי הניסוח בשלבי ההכנה לקראת הקריאות השנייה והשלישית משקפים ביתר שאת את מקומם הנורמטיבי של עקרונות אלו בתודעת המחוקק. בנוסחו הקודם, סעיף 7 לחוק יסוד הלאום כלל את הסמכות להקים “ישובים על רקע דת או לאום” (שיכולים להתפרש כמתכונת של נפרד אך שווה), ובניסוח שלבסוף נתקבל סעיף 7 הפך את “ההתיישבות היהודית” לערך לאומי בעל מעמד חוקתי המחייבת “עידוד, קידום וביסוס התיישבות יהודית” (נפרד שאינו שווה), כפי שיפורט בהמשך.

44. המשטר היהודי שמתבסס על סעיף 1 הנ”ל יפעל בעיקר לטובת האוכלוסייה היהודית בכל מקום מאחר והמשטר שייך לה ומיועד לשרת רק אותה. כך, התנחלויות שהן “בחוץ” הטריטוריאלי עדיפות הן על הישובים הערביים בישראל הנמצאים “בפנים” ועל זכויות האוכלוסייה המוגנת בגדה המערבית (באופן

³⁶ Laurence H. Tribe and Thomas K. Landry, *Reflections on Constitution Making*, 8 AM. U. J. INT’L L. & POL’Y 627, 630 (1992-1993).

דומה להיגיון שבבסיס ה-insular cases שנדונו לעיל). כדברי הפילוסופית בנחביב: "Democracies have borders and empires have frontiers."³⁷

45. הלקחים מההיסטוריה המשפטית של העמים וכן עקרונות המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם, לרבות עקרונות יסוד דמוקרטיים, מחייבים את פסילתו של חוק יסוד הלאום לנוכח מאפייניו הקולוניאליסטיים והגזעניים של סעיף 1 שחוטא לעקרונות המרכזיים של זכויות האדם כפי שאלה עוגנו באמנות הבינלאומיות שהוזכרו לעיל, לרבות אלה שבמגילת האו"ם. חוק הלאום, על סעיף 1 שבו, מכונן סדר חוקתי פוגעני כלפי האוכלוסייה הערבית כקבוצה ילידה, הן בתחומי הקו הירוק והן מחוצה לו; הוא מקבע קריטריון אתני לצורך ההגדרה של הקהילה הפוליטית הרלבנטית בסדר החוקתי הישראלי וזאת כביטוי אקסקלוסיבי ומדיר לעקרון הדמוס תוך איון תחולתם של קריטריונים ניטארליים ואוניברסאליים הקשורים בשיוכו הטריטוריאלי ובמעמדו המשפטי של הפרט, בין אם מדובר באזרח, תושב קבע, או "תושב מוגן" על פי דיני הכיבוש, ובד בבד הוא מייחס לכל יהודי באשר הוא חבר בקהילה פוליטית ומקנה לו, מתוקף כך, מעמד של עליונות, קונספטואלית ומעשית, בתוך הסדר החוקתי ההיררכי.

46. עקרונות ההדרה, ההפליה, ההפרדה והעליונות היהודית אינם עולים רק מסעיף 1 לחוק יסוד הלאום; נהפוך הוא, הם שזורים כחוט השני בכל יתר סעיפיו, שכן כל אחד מהם מבוסס על ומהווה ביטוי לעקרונות פסולים אלו. סעיף 1, לצורך העניין, הוא בבחינת "סעיף הרציונל" שעל יסודו מוצדקים ההסדרים המנויים ביתר הסעיפים. בחלק הבא, יעמדו העותרים על מסלולי ההפרדה שחוק היסוד מקדם במישור "אם הזכויות": הזכות האזרחות.

ד. מיהו אזרח? מסלולי הפרדה באזרחות

47. חוק יסוד הלאום קובע כי רק לאזרחותם של יהודים מעמד קונסטיטוציוני. חוק יסוד הלאום אינו מגדיר מיהו אזרח אך סעיף 5 לחוק קובע כי "המדינה תהא פתוחה לעלייה יהודית ולקבוץ גלויות". לפיכך, כל יהודי הוא אזרח בפוטנציה עם מעמד קונסטיטוציוני ומי שאינו יהודי אינו זוכה למעמד וליחס זהים. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה כי אין חוק יסוד אחד במדינת ישראל שמגדיר את הערבים בישראל כאזרחים ואין חוק יסוד אחד המכליל את השוויון על רקע לאום כזכות חוקתית כתובה ומנויה.

48. חשוב להדגיש, כי קיים הבדל משמעותי בין עיגון האזרחות במסמך קונסטיטוציוני כתוב לבין עיגונה בחוקים או בפסיקה. חוק יסוד הקובע זהות חוקתית של המדינה חייב להתייחס למיהו אזרח והוא לא יכול מבחינה דמוקרטית להתייחס לקבוצה אחת בלבד אלא אם הוא שולל את העקרון הדמוקרטי הבסיסי שעליו הוא מתיימר להישען וכפי שקבע פרופסור מישל רוזנפלד:

"The citizen is the core unit of the constitutional order and of constitutional identity. Both the imagined community that defines the nation and the one that projects an identity on the constitutional order are anchored in the citizen. The citizen is the constituent unit of the constitutional subject in all

³⁷ SEYLA BENHABIB, ANOTHER COSMOPOLITANISM 33 (Oxford University Press, 2006).

its multiple identities, chief among them, the *who* that makes the constitution, the *for whom* it is made, and the *to whom* it is addressed. The citizen is at the heart of modern constitutionalism and is the principle actor in birth, deployment and continuing life. Most dramatically the French Revolution transformed the king's subjects into citizens and equated, in theory if not in fact, being human to being citizen as attested by the 1789 Declaration of the Rights of Man and the Citizen. Similarly, though less explicitly because of the profound incompatibility between the spirit of the Enlightenment and slavery, the 'We the People' that gave itself the American Constitution in 1787 was made up of 'We the Citizens'.³⁸

49. בנוסף, חוק יסוד האדם כוללות עקרונות האוסרים על הפליה באזרחות ומבליטים את הזהות החוקתית עליהם בניגוד למשפט הבינלאומי המתייחס אל שטחם ככבוש³⁹ וגם אוסר על הכוח הכובש לדרוש נאמנות לזהות החוקתית.⁴⁰ המהלך הקולוניאלי השני הוא שהחוקה הישראלית מחילה את עצמה ישירות עליהם אף בלי אזכור כלשהו למעמדם, וכך הם נעדרים כליל. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור העובדה שמדובר בילידים, כאמור. כך למשל קבע השופט מזוז בעניין עבד אלחאק⁴¹ כי "בהתחשב במעמד המיוחד של תושבי מז' ירושלים כתושבים ילידים – להבדיל ממי שקנו זכות לישיבת קבע מכוח רישיון לאחר הגירה לישראל..."⁴² ובאותו ענין ציין השופט פוגלמן:

"כאשר נדרש השר לבחון בקשה להשיב רישיון לישיבת קבע למי שהוא תושב מזרח ירושלים, עליו להתחשב במצבם הייחודי של תושבים אלה – שבשונה מעניינם של מי שהיגרו לישראל ומבקשים לקבל בה מעמד – הם בעלי זיקה חזקה למקום מגוריהם, כמי שנולדו בשטח זה – ולעיתים אף הוריהם והורי הוריהם נולדו בו – והם מקיימים בו חיי משפחה וקהילה במשך שנים"⁴³

50. האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם כוללות עקרונות האוסרים על הפליה באזרחות ומבליטים את חשיבות האזרחות השווה. האמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל הצורות של האפליה הגזעית, 1965, שמדינת ישראל צד לה, קובעת בסעיף 1(3) כי:

"שום דבר באמנה זו לא ניתן לפרשו כפוגע באופן כלשהו בהוראות-חוק של מדינות בעלות האמנה לעניין לאומיות, אזרחות או התאזרחות, ובלבד שאותן הוראות אינן מפלות כלפי לאומיות מסוימת."

51. ובאופן ספציפי, סעיף 5(4) לאותה אמנה קובע כי אין להפלות על רקע לאום או דת בכל הקשר לזכות לאזרחות.

52. האמנה האירופאית לאזרחות משנת 1997 קובעת בסעיף 5 את עקרון איסור ההפליה באזרחות בזו הלשון:

³⁸ ROSENFELD, IDENTITY, *supra* note 1, at 211.

³⁹ חוות דעתו המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק, ה"ש 15 לעיל, בפס' 98-99.
⁴⁰ סעיף 45 לתקנות האג משנת 1907 קובע: "It is forbidden to compel the inhabitants of occupied territory to swear allegiance to the hostile Power". ראו עוד: בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 13.09.2017).

⁴¹ ע"מ 3268/14 עבד אלחאק נ' שר הפנים (פורסם במאגרים, 14.3.2017).
⁴² שם, פס' 28 לפסק דינו של השופט מזוז.

⁴³ שם, פס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

“The rules of a State Party on nationality shall not contain distinctions or include any practice which amount to discrimination on the grounds of sex, religion, race, colour or national or ethnic origin. 2 Each State Party shall be guided by the principle of non-discrimination between its nationals, whether they are nationals by birth or have acquired its nationality subsequently.”

53. האמנה האמריקאית לזכויות אדם קובעת בסעיף 27 שלמרות שמדינה חברה רשאית לנקוט בצעדים המגבילים את הזכויות המנויות באמנה בתקופת מלחמה או חירום, עם זאת אל לה לנקוט בהפליה פסולה על רקע אתני ובכל מקרה הגבלה כזו אינה יכולה לחול על הזכות לאזרחות. ובלשון הסעיף:

“1. In time of war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party, it may take measures derogating from its obligations under the present Convention to the extent and for the period of time strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law and do not involve discrimination on the ground of race, color, sex, language, religion, or social origin.

2. The foregoing provision does not authorize any suspension of the following articles: Article 3 (Right to Juridical Personality), Article 4 (Right to Life), Article 5 (Right to Humane Treatment), Article 6 (Freedom from Slavery), Article 9 (Freedom from Ex Post Facto Laws), Article 12 (Freedom of Conscience and Religion), Article 17 (Rights of the Family), Article 18 (Right to a Name), Article 19 (Rights of the Child), **Article 20 (Right to Nationality)**, and Article 23 (Right to Participate in Government), or of the judicial guarantees essential for the protection of such rights.” (emphasis added).

54. בהקשר זה יצוין כי בפסיקה של בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות האדם נקבע:

“It is generally accepted today that nationality is an inherent right of all human beings. Not only is nationality the basic requirement for the exercise of political rights, it also has an important bearing on the individual's legal capacity. Thus, despite the fact that it is traditionally accepted that the conferral and recognition of nationality are matters for each State to decide, contemporary developments indicate that international law does impose certain limits on the broad powers enjoyed by the State in that area and that the manner in which States regulate matters bearing on nationality cannot today be deemed to be within their sole jurisdiction; those powers of the State are also circumscribed by their obligations to ensure the full protection of human rights. The classical doctrinal position, which viewed nationality as an attribute granted by the State to its subjects, has gradually evolved to the point that nationality is today perceived as involving the jurisdiction of the

State as well as human rights issues.”⁴⁴

55. גם לפי הפסיקה של בית המשפט העליון האזרחות היא זכות יסוד; ואכן, העיגון הבלעדי בחוק יסוד הלאום במונחים חוקתיים לאזרחות של האוכלוסייה היהודית (לרבות לעניין אופן רכישתה) מבלי להתייחס לאזרחות, במונחים חוקתיים זהים, של האוכלוסייה הערבית (לרבות לעניין אופן רכישתה), מלמדים על אופיו האקסקלוסיבי-המדיר שמייצר הבחנה פסולה על בסיס אתני בתחום האזרחות. עיגון חלקי ומפלה כאמור מלמד כי הנורמה החוקתית דגן אינה ראויה באשר היא חוטאת לפונקציה שאמורה להיות מוגשמת באמצעות החוקה שמיועדת להסדיר את מעמד האזרחות השווה כערך דמוקרטי נשגב. בעניין אלראי⁴⁵ קבע בית המשפט העליון כי:

”האזרחות היא זכות יסוד. כך מקובל במשפט הבינלאומי. לדוגמה, סימן 15 להכרזה האוניברסלית של האומות המאוחדות משנת 1948 בדבר זכויות האדם קובע כי כל אדם זכאי לאזרחות. זאת ועוד. אמנת האומות המאוחדות בדבר צמצום המעמד של חוסר אזרחות, משנת 1961, קובעת בסימן 8 איסור, בסייגים מסוימים, לשלול מאדם אזרחות, אם יהיה בכך כדי לעשותו חסר כל אזרחות. כך מקובל גם במשפט של מדינות רבות שקבעו את האזרחות כזכות חוקתית. ראו, לדוגמה, סעיף 1 לתיקון 14 (משנת 1868) לחוקת ארצות-הברית. ואף כי בישראל לא זכתה האזרחות למקום של כבוד בחוק יסוד, אין ספק כי היא נמנית עם זכויות היסוד, בין היתר משום שהיא היסוד לזכות הבחירה לכנסת, שממנה צומחת הדמוקרטיה. כידוע, חובה היא על כל רשות מינהלית להימנע מפגיעה בזכות יסוד, והאזרחות בכלל זה, אלא לתכלית ראויה ובמידה ראויה; קל וחומר בשלילת אזרחות, להבדיל מפגיעה אחרת, ובן-בנו של קל וחומר בשלילת אזרחות העושה אדם שיש לו אזרחות מלידה לחסר כל אזרחות. המעמד הנכבד של האזרחות בא לידי ביטוי אף במשפט העמים.”⁴⁶

56. אכן, לפני חוק יסוד הלאום ניתן היה גם להצביע על מסלולי הפרדה באזרחות המבוססים על עליונות אתנית של יהודים. עם זאת, קיים הבדל עצום בין השרשת המצב הזה בחוקה ולבין עיגונו הרע והפסול בפרקטיקה, כאמור לעיל. בנוסף למעמד העל של החוקה במישור המשפטי, חשיבותו של המעמד הקונסטיטוציוני בכך שהוא גם מחדד את המסרים החברתיים והפוליטיים של החברה והוא זו שמהווה מקור לחינוך בתוך החברה. המלומדת Margaret Somers מדגישה כי ההיבט החברתי של האזרחות הקובע בחוקה את היחס שבין הפרטים בתוך החברה בינם לבין עצמם ויצירת הציפייה מצד הפרט לקבל חלק מהקצאת המקורות הקולקטיבית של המדינה, הינה חלק עיקרי ועצמאי ובלתי נלווה להיבט הפוליטי של האזרחות, שכן לטעמה, אחת מהמטרות העיקריות של האזרחות הינה יצירת חיבור והכללה של האזרחות (attachment and inclusion) בין הפרטים המוגדרים בתור קבוצת האזרחים עליהם חלה החוקה.⁴⁷ לא במקרה התפתחה חשיבותה ההיסטורית של הזכות לאזרחות כזכות להיות זכאי לזכויות (the right to have rights) בתוך טריטוריה מוגדרת וברורה.

57. בנוסף, קיים קשר אינהרנטי בין סעיף 1 לחוק היסוד לבין סוגיית האזרחות; מחיקת הערבים מעקרון

⁴⁴ Inter-American Court on Human Rights, Advisory Opinion, 'Amendments to the Naturalisation Provision of the Constitution of Costa Rica', paras. 32-5; text in 5 HRLJ 1984

⁴⁵ בג"ץ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד (2) 18 (1996).

⁴⁶ שם, בעמ' 21-22.

⁴⁷ MARGARET SOMERS, GENEALOGIES OF CITIZENSHIP: MARKETS, STATELESSNESS, AND THE RIGHT TO HAVE RIGHTS 6-7 (Cambridge University Press, 2008).

הדמוס הדמוקרטי, על ידי צמצום הזכות להגדרה העצמית במדינה על יסוד מאפייניה האתניים של האוכלוסייה היהודית באופן בלעדי, מובילה במישרין לתפישה היררכית ביחס לזכות לאזרחות, באופן שמבנה את מעמד האזרחות של האוכלוסייה הערבית כנחות יותר וחסר ביטוי פורמאלי בחוקה הכתובה, כל זאת כאשר מעצם טיבה, זכות זו, היא זכות בעלת מאפיינים חוקתיים מובהקים. בהקשר דומה, הנציבות האירופאית לדמוקרטיה באמצעות המשפט (נציבות וינציה) ציינה בחוות דעת בעניין החוקה של הונגריה את הדברים הבאים:

“...The Preamble has been written in the name of ‘we the members of the Hungarian nation’, intimating that members of the ‘nationalities living with us’ are not part of the people behind the enactment of the Constitution. 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...’). It is, again essential, that a comprehensive approach is favoured in the context of the interpretation of the constitutional provisions.”⁴⁸

58. כפי שיובהר בהמשך, הפרדה קונסטיטוציונית במסלולי האזרחות, כפי שהדבר משתקף בחוק יסוד הלאום, נכנסת בגדר האיסורים המוחלטים על פי המשפט הבינלאומי.

59. הנה כי כן, חוק יסוד הלאום לא קובע מיהו אזרח מלבד היהודים, ובכך הוא מנציח באופן קונסטיטוציוני את מסלולי ההפרדה האתנית באזרחות המבוססים על תפישה היררכית-אתנית שנשענת על עליונותה של האוכלוסייה היהודים.

ה. מסלולי הפרדה בענייני שפה והדרת כל הזכויות הקיבוציות

60. חוק יסוד הלאום קובע זכויות קיבוציות אך ורק ליהודים. חוק היסוד אינו מקדם מערך זכויות זהה לאוכלוסייה הערבית, ומתעלם לחלוטין ממחויבותה של מדינת ישראל על פי המשפט הבינלאומי להבטיח את זכויותיה הקיבוציות של האוכלוסייה הערבית בראי מעמדה כמיעוט מולדת. ההתייחסות היחידה לאוכלוסייה הערבית בחוק יסוד הלאום עולה בסעיף 4, שדווקא מנמיך את מעמד השפה הערבית.

61. סעיף 1 לחוק היסוד מבטיח את מימוש זכויותיו הדתיות, התרבותיות וההיסטוריות של העם היהודי בישראל; סעיף 2 לחוק היסוד קובע הוראות לגבי סמלי המדינה כיהודיים: שם המדינה, דגל המדינה, מנורת שבעת הקנים כסמל המדינה, ה-“תקווה” כהמנונה; סעיף 4 קובע את מעמד השפה העברית כשפתה הרשמית של המדינה אך מעניק לשפה הערבית מעמד “מיוחד”; סעיף 8 קובע כי הלוח העברי הוא לוח רשמי במדינה; סעיף 9 מכריז על יום העצמאות ועל ימי הזיכרון כימי זיכרון רשמיים במדינה; סעיף 10 קובע את “[ה]שבת ומועדי ישראל” כימי המנוחה הקבועים של המדינה. בנוסף סעיף 6(ג) לחוק היסוד

⁴⁸ The European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Opinion no. 621/2011: On the New Constitution of Hungary – Adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session 9* (20 June, 2011), available at: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)016-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)016-e).

קובע את חובת המדינה לפעול "לשימור המורשת התרבותית, ההיסטורית והדתית של העם היהודי בקרב יהדות התפוצות".

62. מהמכלול האמור מתבהרת קיצוניותו של חוק יסוד הלאום כחוק גזעני ומדיר. דברים אלה אינם משתקפים רק בעובדה שחוק היסוד אינו מכיר באף זכות קיבוצית של האוכלוסייה הערבית לעומת העיגון וההכרה בקשת רחבה ובלעדית של זכויות קיבוציות לאוכלוסייה היהודית, כאילו היו היהודים במדינה למיעוט הטעון הגנה מיוחדת, אלא גם בעובדה שחוק היסוד מגדיל וגורע ממעמד השפה הערבית ומיישר את מעמדה דה-יורה עם הפרקטיקה הנוהגת של אי כיבוד מרכזיותה ומעמדה הרשמי עובר לקבלת חוק היסוד. בכך הסעיפים הנוגעים לשפה ולזכויות קיבוציות בחוק היסוד החדש סותרים, כפי שיוסבר להלן, את המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם ומנוגדים לחוק הישראלי.

63. ההכרה בשפה ובזכויות קיבוציות של מיעוט מולדת הינה הכרה בעצם קיומו הלגיטימי כקבוצה לאומית בעלת מאפיינים ייחודיים הכוללת גם שלוש דתות שונות (מוסלמים, נוצרים ודרוזים); כמו כן, היא הכרה בשונות של קבוצה זו ובזכותה לשמר את תרבותה, שפתה והדתות שלה, לרבות מקומותיה הקדושים.

64. חשוב לציין כי לצורך הדיון כאן הערבים בישראל כמיעוט מולדת הינו מן המיעוטים הלאומיים הגדולים ביותר באופן יחסי בעולם. לכן על מדינת ישראל מוטלת חובה מוגברת לכבד את מעמדו.

65. חוק היסוד כעת מבקש להעניק לשפה הערבית "מעמד מיוחד" שהוא נחות יותר מ-"מעמד רשמי" ובכך מייצר ומחזק את מסלולי ההפרדה האתנית וההדרה גם בהיבט הלשוני. המעמד "המיוחד" מעניק אפשרות לשימוש בשפה הערבית בפרקטיקה וברמה האינדיבידואלית בלבד אך אינו מכיר בה ברמה הקיבוצית כשפתו של המיעוט. הפגיעה במעמדה של השפה הערבית מנוגד למצב המשפטי לפני חקיקתו של חוק היסוד בו הוענק לשפה הערבית מעמד רשמי. סימן 82 לדבר המלך במועצתו מסדיר את מעמדה של העברית והערבית כשפות רשמיות.

66. יודגש כי מעולם לא נקבעה הלכה כלשהי השוללת את המעמד הרשמי השווה של השפה הערבית על פי סימן 82 לדבר המלך במועצתו. כך למשל בעניין עדאלה נ' עיריית תל-אביב יפו⁴⁹, שדן בהוספת השפה הערבית על שילוט עירוני ברשויות מקומיות מעורבות, התקבלה העתירה ברוב של השופטים ברק ודורנר לעומת דעת המיעוט של השופט חשין. הנשיא ברק (כתוארו אז) בחר להגיע לתוצאה מתוך יישום עקרון השוויון וללא קשר למעמדה של הערבית לפי סימן 82 לדבר המלך במועצתו. היינו מבלי לשלול את המעמד הרשמי השווה שעל פי החוק. הנשיא ברק קיבל את העתירה מכח עקרון השוויון בין יהודים וערבים המתגוררים בערים המעורבות כאשר הוא נתן משקל למעמדו של המיעוט הערבי כמיעוט החי בישראל "מימים ימימה" תוך שהטעים כי השפה הערבית היא "שפה הקשורה למאפיינים תרבותיים, היסטוריים ודתיים של קבוצת המיעוט הערבית בישראל" ובכך איבחן אותו ממיעוט מהגר. גם השופט דורנר קיבלה את העתירה מכח מעמדה הרשמי של השפה הערבית כפי שהיא מעוגנת בסימן 82 לדבר המלך במועצתו ולשונו.

⁴⁹ הי"ש 8 לעיל.

67. הנה כי כן, חוק יסוד הלאום פוגע במעמדה של השפה הערבית ולראשונה משנים את מעמדה דה-יורה ממעמד רשמי בישראל. אמנם בפועל הרשויות לא כיבדו את החוק ונהגו בשפה הערבית באופן שאינו עולה בקנה אחד עם מעמדה הרשמי, אך, וכפי שנאמר לעיל, בין הפרקטיקה הפסולה לבין עיגונה הקונסטיטוציוני קיים פער עצום. הקביעה שבסעיף 4(ג) לחוק היסוד כי "אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית לפני תחילתו של חוק-יסוד זה" הוא ניסיון להנציח את הפרקטיקה שהיא כשלעצמה הפרה את שלטון החוק.

68. לעניין הזהות החוקתית וההכרה במאפיינים תרבותיים, היסטוריים, דתיים כולל סמלים וימי מנוחה מציין המלומד רוזנפלד כי אי ההכרה בימי מנוחה, חגים, ויתר הסמלים המזהים קבוצות מיעוט לאומי או דתי בזהות החוקתית, משמעה אי הכרה בהם ומעבירה מסר לכלל הקבוצה כי הם אזרחים סוג ב', בלתי רצויים ונחותים, וזו לשונו :

"In other cases the exclusion may not be total, but the identitarian problem remains, even if in a somewhat attenuated form. Thus, for example, in a multinational state divided along religious lines, there may be ample room for coexistence among the majority and minority religions. There may even be extensive religious tolerance enshrined in the constitutions and permeating the social and political ethos. Nevertheless, certain indicia of dominance linked to the majority religion may be inevitable, thus causing members of minority religions to be lacking in significant aspects of differentiated citizenship. For instance, if national holidays, the weekly day of rest, prominent public symbols and dominant, officially promoted standards of public symbols morality all derive from the majority religion, then the citizen belonging to a minority religion may well feel somewhat alienated from self-image projected by the polity as the whole. It would not be surprising, therefore, for that citizen to conclude that she does not enjoy the full citizenship that is endowed upon the members of the majority religion."⁵⁰

69. ברוח התפתחות המשפט הבינלאומי בדבר זכויות אדם כוננו מדינות דמוקרטיות רבות את חוקותיהן באופן שהעניקו הכרה לשפות של מיעוטים לאומיים ואתניים וילדיים המתגוררים בהם. נציין כאן רק חלק קטן ממדינות אלו : חוקת דרום אפריקה שכוננה בשנת 1996 אחרי סיום האפרטהייד בה הוכרו 11 שפות רשמיות מתוך הכרה בשימוש ההולך ונכחד של שפות אלו ומעמד מיעוטים ילידים במדינה;⁵¹ בחוקת קנדה שכוננה בשנת 1982 נקבע כי השפות הרשמיות הינן האנגלית והצרפתית מתוך הכרה במיעוט דוברי הצרפתית במחוז קוויביק המהווים כ-20% מכלל האוכלוסייה בקנדה;⁵² בחוקת מקדוניה שכוננה בשנת 1991 אחרי סיום מלחמת האזרחים נקבע כי השפה המקדונית היא השפה הרשמית. אך לאחר מכן תוקנה החוקה והוסיפה שפות רשמיות נוספות של מיעוטים החיים בתוכה;⁵³ בחוקת בלגיה משנת 1994

⁵⁰ ROSENFELD, IDENTITY, *supra* note 1, at 228.

⁵¹ סעיף 6 לחוקה : S. AFR. CONST., 1996, ch. 1, § 6.

⁵² Canadian Charter of Rights and Freedoms §16, Part I of the Constitution Act, 1982, *being* Schedule B to the Canada Act, 1982, c. 11 (U.K.)

⁵³ УСТАВ НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА [CONSTITUTION] Nov. 17, 1991, amend. V, §§ 1-2 (Maced.)

הוכרו ארבע מחוזות לשוניים: דוברי ההולנדית, דוברי הצרפתית, הרב לשוני ודוברי הגרמנית;⁵⁴ וחוקת שוויץ משנת 1999 מכירה בשפה הגרמנית, צרפתית, איטלקית והרומאנש כשפות רשמיות בתור שפות שמייצגות את כלל הקהילות והמיעוטים שם.⁵⁵

70. הדרת המיעוט הערבי מהמרחב הציבורי ואי הכרה בשפתו כשפה רשמית ובזכויותיו התרבותיות והדתיות, פוגעת בזכות הקיבוצית לכבוד, שכן זהות קולקטיבית של מיעוט יליד קשורה לא רק לזהותו, קיומו, ההכרה בו וההכרה בזכותו לממש את עצמו ברמת הקולקטיבית אלא גם קשורה לכבוד הקיבוצי של כלל הקבוצה. בהקשר זה חשוב לציין כי הפסיקה הישראלית התייחסה לקשר בין השפה והתרבות הישראלית הערבית לבין הזכות לכבוד.⁵⁶

71. הפילוסוף ג'רמי וולדרון התייחס לזכות לכבוד קיבוצי של קבוצות, המהוות קהילות בעלות מאפיינים ייחודיים בתרבות, בזהות ובגורל שלהן. הפגיעה בזכות לכבוד מסוג זה הינה מעבר לפגיעה בזכותו לכבוד של הפרט:

“It is possible that everything we want to say about the dignity of a people could by some heroic effort of analysis be reduced in the end to an account of the massive contribution that a given community makes to sustaining the dignity of its individual members. But it is also possible a people qua community has a human importance in terms of culture, identity, destiny that goes beyond what is severally or cumulatively good for the human individuals that it comprises, an importance that cannot be characterized except in communal terms. It is possible that even though groups are in the end nothing but composites of individuals, yet there is something in the group as such that has importance in itself. We should be ready to give the best account we can of this something, if it exists, and it may be impossible to do so without characterizing it in dignitary terms.”⁵⁷

72. מכח ההכרה בזכות לכבוד במשפט הבינלאומי התפתחה גם ההכרה בזכויותיהם של מיעוטים אתניים, לאומיים, ולשוניים. תחילה הוכרה ההגנה על מיעוטים אלו בסעיף 27 לאמנה הבינלאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות שישראל אישרה הקובע כך:

“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.”

73. החובה הפוזיטיבית המוטלת על המדינות החברות לספק הגנה שווה ולהבטיח איסור הפליה נגד מיעוטים

⁵⁴ 1994 CONST. art. 1-5 (Belg.)

⁵⁵ BUNDESVERFASSUNG [BV] [CONSTITUTION] Apr. 18, 1999, SR 101, art. 4, 20, (Switz.).

⁵⁶ ראו: קביעת השופט חשין בבג"ץ 12/99 **מרעי נ' סאבק**, פ"ד נג(2) 128 (1999); ראו גם בג"ץ **עדאלה נ' עיריית תל אביב-יפו**, ה"ש 8 לעיל, פס' 25 לחוות דעתו של הנשיא ברק.

⁵⁷ Jeremy Waldron, *The Dignity of Groups*, 2008 ACTA JURIDICA 66, 83 (2008).

כקבוע בסעיף 27 נגזרת מסעיף 26 לאותה אמנה הקובע:

”כל בני אנוש שווים בפני החוק וזכאים, בלא כל הפליה, להגנה שווה מטעם החוק. לעניין זה יאסור החוק כל הפליה ויבטיח לכל בני אנוש הגנה שווה ויעילה בפני כל הפליה, במיוחד בשל טעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה מדינית או דעה אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, ייחוס או מעמד אחר.”⁵⁸

74. בהמשך ובהתבסס על סעיף 27 לאמנה לעיל התקבלה בשנת 1992 הצהרת האו"ם בדבר זכויות אנשים השייכים למיעוטים אתניים, לאומיים ולשוניים שקבע בסעיף 2(5) את זכותו של מיעוט לאומי, לשמר ולפתח את תרבותו, לשונו, דתו כולל זכותו לקיים קשרים תרבותיים עם בני עמו ואומתו מעבר לגבולות המדינה.

75. ההצהרה גם קובעת כי מיעוטים זכאים לקיים את זכויותיהם ללא הפליה הן ברמת הפרט והן ברמת הקהילה (סעיף 3); וקובעת את חובת המדינה לדאוג שלא יופלו ומטילה חובות פוזיטיביות נוספות על המדינה כדי לאפשר להם לקיים את תרבותם ושפתם (סעיף 4 ו-5). בנוסף סעיף 8 להצהרה קובע כי מדינות אינן יכולות לפעול בניגוד להוראות המשפט הבינלאומי בהקשר זה וכי עליהם ליישם אותם בתום לב.

76. סמוך לכך ובשנת 1995 הכירה מועצת אירופה באמנה להגנה על מיעוטים לאומיים הקובעת בסעיף 17 כדלקמן:

“The Parties undertake not to interfere with the right of persons belonging to national minorities to establish and maintain free and peaceful contacts across frontiers with persons lawfully staying in other States, in particular those with whom they share an ethnic, cultural, linguistic or religious identity, or a common cultural heritage.”

77. ובשנת 2007 קיבל האו"ם את ההכרזה בדבר עמים ילידים שמבליטה את זכותם להגדרה עצמית במסגרת המדינה הכוללת זכויות תרבותיות, היסטוריות, הכרה בעוול ההיסטורי, וזכויות בקרקע כולל השבה. סעיף 5 להכרזה זו מטיל חובה על המדינה לטפח, לשמר ולחזק את מוסדותיהם הפוליטיים, הכלכליים, החברתיים והתרבותיים מבלי שהדבר יגרע מזכותם להשתתף במוסדות המדינה בתחומים אלו. כמו כן סעיף 8 להכרזה אוסר על המדינות לכפות על מיעוטים ילידים המתגוררים בהם התבוללות בתוך קבוצת הרוב השלטת. סעיף זה אף מטיל על המדינה חובה פוזיטיבית לספק אמצעים יעילים כדי למנוע את שלילת ערכי התרבות והזהות של מיעוטים הללו.⁵⁹ בנוסף, אותה הכרזה קובעת בסעיף 13 את זכותם של

⁵⁸ ראו באותו הקשר זה גם את סעיף 15 לאמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות שמדינת ישראל צד לה.

⁵⁹ “1. Indigenous peoples and individuals have the right not to be subjected to forced assimilation or destruction of their culture.”

2. States shall provide effective mechanisms for prevention of, and redress for:

(a) Any action which has the aim or effect of depriving them of their integrity as distinct peoples, or of their cultural values or ethnic identities;

(b) Any action which has the aim or effect of dispossessing them of their lands, territories or resources;

(c) Any form of forced population transfer which has the aim or effect of violating or undermining any of their right;

המיעוטים הילידים לפתח את שפתם ולהעבירה בעתיד אל הדורות הבאים ומחייב את המדינה להבטיח קיום זכות זו.

78. הנה כי כן, נפקדות זכויותיהם הקיבוציות של הערבים בישראל כמיעוט מולדת עולה כדי הדרה קיצונית ביותר ומעידה אך ורק על ראייתו המדירה של המכונן אשר רואה בהם כנפקדים; היא מבקשת להבליט באופן קיצוני את עליונותה של קבוצה לאומית ולמקם את האחרת במעמד נחות יותר במרחב הציבורי.

ו. סעיף 7 לחוק היסוד: הפליה גזענית בהקצאת קרקע, דיור, תכנון ותקציבים

79. סעיף 7 לחוק היסוד מעגן קונסטיטוציונית את ההפליה הגזעית בכל הקשור לנושא קידום, עידוד וביסוס התיישבות יהודית. דבר זה יצדיק, כפי שנסביר להלן, את ההפליה הגזענית בהקצאת קרקע, במדיניות דיור, בתכנון ובניה, בתקצוב רשויות מקומיות ובתמריצי עידוד. כמו כן, סעיף 7 בשילוב סעיף 1 לחוק יביא להעמקת והרחבת מפעל ההתנחלויות הבלתי חוקיות בשטחי הגדה המערבית, בניגוד למשפט הבינלאומי ההומניטרי.

80. לשונו של הסעיף קובעת:

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

81. הלכה למעשה, תחת סעיף זה, מדינת ישראל הופכת את עצמה במישור הקונסטיטוציוני למיישבת או לתנועת התיישבות באופן זהה לגופים הציוניים המיישבים (הסוכנות היהודית, ההסתדרות הציונית העולמית והקרן קיימת לישראל) מבחינת התנהלותה והעקרונות המחייבים אותה, וזאת בניגוד להלכות מושרשות, ובין היתר הלכת קעדאן⁶⁰, אשר קבעו כי המדינה חייבת לנהוג כלפי אזרחיה על בסיס עקרון השוויון, איסור ההפליה והניטרליות בכל הקשור לנושא ההתיישבות, הקצאת קרקע ודיור כפי שיפורט בהמשך. כעת, סעיף 7 קובע, ברמה החוקתית, כי מותר למדינה להפלות על רקע השתייכות לאומית בכל עניין הקשור להתיישבות, בין במישורין ובין ובעקיפין.

82. הצורך לאפשר למדינה לפעול כגוף מיישב ציוני וכן לתת יד חופשית ומפורשת לרשויות הציבור, או למי שפועל מטעמן, לפעול ל-”ייחוד” המרחב תוך כדי אימוץ עקרונות מפלים ומדירים בלט באופן ברור לכל אורך הדיונים בוועדה המשותפת. כך למשל ציין ח”כ סמוטריץ’, ממובילי החוק, באחד הדיונים:

”[...] אנחנו בהחלט רוצים על דרך החיוב לאפשר לקיים מדיניות ציונית שעניינה לאפשר התיישבות יהודית, כן מה לעשות לייחד נגב לייחד גליל.

[...] בתחום הזה של ההתיישבות הציונית בנגב וגם בגליל אנחנו עומדים מול אתגר שלא לומר איום מאוד מאוד רציני בעיניי על המימוש של החזון הציוני בהקשר הזה של רוב

(d) Any form off forced assimilation or integration;

(e) Any form of propaganda designed to promote or incite racial or ethnic discrimination directed against them.”

⁶⁰ בג”ץ קעדאן, ה”ש 18 לעיל, פס’ 30 לפסק דינו של כב’ השופט ברק.

בטריטוריה באזורים מאוד מאוד נרחבים עם השלכות אסטרטגיות כולל בטוניות...⁶¹

83. מעבר להיבטים האופרטיביים, סעיף 7 נושא בתוכו גם מסרים גזעניים. ממנו עולה באופן מיידי מיהו "האחר" והשונה. הוא מציב את האזרח הערבי בישראל כאיום מרחבי ודמוגרפי שאיננו ראוי ליחס שווה וכבעיה החותרת תחת קיומו של ערך-על לאומי וקונסטיטוציוני בדבר "ייהוד" המרחב. הפרט (והקולקטיב) הלגיטימי בעיני הסעיף הוא האזרח היהודי, כאשר האזרח הערבי מהווה מכשול בפני המטרה הלאומית. תכלית זו הינה פסולה ללא קשר לאופן יישומו בפועל של הסעיף. עמד על כך אייל זנדברג, הנציג של היועץ המשפטי לממשלה במהלך הדיונים בוועדה עת ציין כי:

"חוק היסוד ייתן פה בעצם לגיטימציה ברמה של חוק יסוד, ברמה חוקתית, לפגוע בזכויות ולהפלות בין אזרחים במדינה על בסיס ההשתייכות הלאומית והעדתית. שוב, יעדיפו מישהו אחר על פניו רק בגלל שהמישהו הזה שייך לקבוצת הרוב, כלומר – יהודי. אם זו תוצאת הסעיף להבנתנו התוצאה הזו משקפת אפליה בוטה שאין לקבל אותה."

וכן כי:

"[...] אם באמת הנוסח מאפשר, כמו שאמר היועץ המשפטי של הוועדה בתחילת הדרך – להקים יישוב חדש מכוח החוק הזה, להגיד: יש לי מקרקעין ציבורי, משאב ציבורי, ואני עכשיו מקצה אותו ותולה שלט בכניסה ליישוב: הכניסה ליהודים בלבד. עם זה הוועדה צריכה להתמודד. סליחה על הבוטות שאני מציג את זה, אולי כדי להמחיש. האם הדבר הזה נראה למישהו בסדר? בלי תנאים, בלי מגבלות. זה מה שהסעיף אומר. [...] אבל השאלה צריכה להישאל, וזו השאלה שהוועדה צריכה להחליט בה: [...] האם היא רוצה טקסט שמאפשר לומר שיקומו יישובים שבהם אנשים ייפסלו רק בגלל ההשתייכות הקבוצתית שלהם, גם אם שייכים לקבוצת המיעוט. להבנתנו – כמו שזה מופיע – לא. זה לא תואם את המבנה החוקתי של מדינה ישראל."

== העתק מהעמודים הרלבנטיים מפרוטוקול ישיבה מס' 8 של הוועדה המשותפת מיום 28.11.2017 מצורף ומסומן כנספח 4/ע.

84. אמנם הדברים הנ"ל נאמרו אגב הדיון בנוסח הקודם של הסעיף (סעיף 7(ב) דאז) לפיו: "המדינה רשאית לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת", אך הם יפים ביתר שאת גם לעניין סעיף 7 בנוסחו הנוכחי וזאת מאחר שמהותו של הסעיף הקיים אף חמורה בהרבה מקודמו (סעיף 7(ב)). שכן, בעוד הסעיף בנוסחו הקודם התייחס להקמת יישובים על בסיס לאומי לכל הקבוצות (במתכונת הפוטנציאלית של "נפרד אבל שווה" שהינה בעייתיות ברמה העקרונית והמשפטית), סעיף 7 בנוסחו הנוכחי גזעני הרבה יותר מאחר והוא נשען על ההיגיון של או "נפרד שאינו שווה" לנוכח מתן עדיפות לקבוצה אחת על בסיס שיוכה האתנו-לאומי תוך כדי הדירה והפליה של קבוצות אחרות וכן מתפרס על תחומים רבים נוספים והקשורים בצורה זו או אחרת לנושא ההתיישבות אך לא רק לעצם הקמת יישובים. פרופ' מרדכי קרמניצר מציין בצדק בהקשר של השינוי הנ"ל בנוסח, כי:

"בנוסח הקודם נעשה ניסיון לשוות להוראה מראית עין של ניטרליות קבוצתית. מראית עין, משום שכל תינוק הבין שכל טעמה של ההוראה הוא לאפשר בחוקה, ולא רק בחוק,

⁶¹ הקלטת ישיבה מס' 16 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20 (10.7.2018, בשעה 12), החל מ-30:32.2. ההקלטה זמינה בקישור הבא: <http://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Pages/AllCommitteesBroadcast.aspx?TopicID=18792>. (להלן: ישיבה מס' 16 של הוועדה המשותפת)

הקמה של יישובים יהודיים טהורים. בנוסח החדש מועלית האפליה, גלויה ובוטה, אל ראש הדגל החוקתי. שהרי כיצד ניתן לקדם התיישבות יהודית, בלי לייחד אותה ליהודים? וזאת לאו דווקא ביישובים קטנים קיימים אלא ביישובים חדשים שיקומו למימוש הערך הלאומי של התיישבות יהודית. ומדוע להגביל את היהודים הזה ליישובים קטנים, ולא לתת לגזענות הזו לפרוח בכל מקום, גם בערים?⁶²

85. דעות דומות לגבי ההחמרה בנוסח הסעיף במתכונתו הסופית הביעו גם ח"כ עאידה תומא-סלימאן, ח"כ דב חנין, ח"כ ג'מאל זחאלקה, ח"כ יוסף ג'בארין וח"כ נחמן שי בישיבת הוועדה המשותפת מיום 16.7.2018 אשר יועדה לדון בשינוי נוסח הסעיף הנ"ל.⁶³

86. נציין, כי אף ההצעה לכלול בחוק היסוד התחייבות לפיתוח המדינה לטובת כל תושביה נדחתה ואין זה בכדי. וכלשון היועץ המשפטי של הכנסת, עו"ד גור בליי: "בהקשר בסעיף הזה אנחנו המלצנו להכניס התייחסות לכך להתחייבות לפיתוח הארץ לטובת כל תושביה כמו במגילת העצמאות".⁶⁴

87. ואכן, חלק מהדיונים אודות נוסח הסעיף התמקדו ביכולתו ליצור מסגרת נורמטיבית שתאפשר הדרה וכדבריו של ח"כ סמוטריץ':

"השאלה איננה מה יהיה הניסוח אני רוצה להגיע לתוצאה שבסופו של יום תאפשר למדינה לנקוט באותה מדיניות ציונית שאני רואה בה חיובית. אם עכשיו נוסח אמורפי בסוף יגיע לבית המשפט ובפעם הראשונה יתפרש שנכון שאומנם נכון המדינה צריכה לעודד התיישבות יהודית אבל בתנאי שזה לא עומד בסתירה ובתנאי שזה לא לא שוויוני, לא עשיתי כלום. אין לי עניין בדקלרציות. יש מרכיב מרכזי מאוד בחוק הזה של דקלרציה. ס' 7(ב) לא נועד לייצר דקלרציה אלא נועד לייצר יכולת מעשית ברורה".⁶⁵

1.1. השלכות הרחב של סעיף 7 בישראל

88. לסעיף יהיו השלכות במספר רמות של הפרת זכויות שיורדת לשורש עקרונות היסוד: א. הפרדה בדיוור והדרה; ב. הפליה בהטבות ותמריצים ברמת הפרט, ברמה היישובית וברמת האזור הגאוגרפי לצורך עידוד התיישבות ופיזור אוכלוסין; ג. הקצאה בלתי שוויונית של קרקעות ברמה היישובית וברמת הקבוצה. ד. הפליה בתכנון המרחב. הפרות אלה ישתקפו במדיניות של סגרגציה גזעית מפורשת בתחומים אלה שיכללו גם מדיניות של הנדסה דמוגרפית, פיזור אוכלוסין, מדיניות של "ייחוד" המרחב ועידוד הגירה יהודית לאזורים שונים במדינה על ידי מתן הטבות למיניהן, ייחוד אזורים כבעלי אופי דומיננטי יהודי והפליה בתכנון ברמה גאוגרפית או יישובית.

89. על השלכותיו של הסעיף עמד עו"ד רז ניזרי – המשנה ליועמ"ש לממשלה – כאשר משמעות דבריו היא כי הסעיף יוביל להפליה ברמת היישובים, האזורים השונים, וברמה של תכנון מפלה שמטרתו ל-"ייחד" את המרחב:

⁶² מרדכי קרמניצר "מומלץ שלא להירגע: משעבר חוק הלאום, לישראל אין יותר לאן להוליד את החרפה" עיתון הארץ 19.7.2018 <https://www.haaretz.co.il/news/politi/premium-1.6290995> (להלן: קרמניצר)

⁶³ ישיבה מס' 19 של הוועדה המשותפת, הכנסת ה-20 (16.7.2018, בשעה 9:00). ההקלטה זמינה בקישור הבא: <http://main.knesset.gov.il/Activity/committees/Pages/AllCommitteesBroadcast.aspx?TopicID=18860>

⁶⁴ שם, החל מ-30:06.

⁶⁵ ישיבה מס' 16 של הוועדה המשותפת, לעיל ה"ש 61, החל מ-37:33.

”רז ניזרי: הסעיף הזה (א) יש לזה משמעות הצהרתית כך שאני מבין וגם להצהרות ולסמלים יש משמעות וכאשר מדברים על חוקה, בטח על חוק יסוד יש משמעות לסמלים. זה (א) זה ברמה הסמלית. (ב) ברמה המעשית אני חושב אני מניח שבבוא העת ירצו לקבל החלטות מנהליות כאלה ואחרות שנובעות מכח חוק היסוד וירצו להישען עכשיו לעודד יותר הקמת ערים בנגב או בגליל ערים יהודיות ואני כבר אגיד על זה מילה וישענו על כך שאנחנו רושמים בחוק היסוד שהתיישבות יהודית זה ערך ורוצים להקים לפתח וכולי אז יהיה אפשר להישען על חוק היסוד אבל מה שאי אפשר יהיה לעשות זה כאשר הקימו את מודיעין לצורך העניין את כרמיאל לא כתוב על העיר זאת עיר יהודית... יקימו את הישובים האלו ירצו לתת תמריצים לערים יהודיות וכולי זה דבר שהחוק הזה הפרשנות שלו אני מניח יקל לפרש אפשרות למתן תמריצים בהקשר הזה לפי חוק יסוד יחד עם זאת [...] הסעיף הזה כן יאפשר פרשנות שתבוא ותסייע כמו שכתוב בחוק בהקמה פיתוח של התיישבות יהודית באשר היא התיישבות יהודית במובן הזה יחד עם זאת כמו אני אומר התיישבות יהודית. כשאתה מקים, שרמ”י מקים יישובים היא לא כותבת של יהודי או של ערבי אז איך זה כן בא לידי ביטוי? אם עושים מבני ציבור נגיד של בתי כנסת ולא מסגדים אם מתכננים עיר עם 20 קומות אז המשמעות היא שברובו זה מיועד לציבור היהודי בהקשר הזה יש בוודאי יש לסעיף הזה משמעות להתיישבות יהודית כאשר ירצו להקים יותר יישובים בנגב בגליל ובאזורים אחרים שירצו אבל עדיין זה לא אומר ופה ההבחנה זה לא אומר שבאותה עיר אשר מיועדת בגדול לציבור היהודי יהיה אסור להיכנס לאזרח ערבי לקנות דירה במודיעין או לקנות דירה במגדל העמק או לקנות דירה בעיר החדשה שיקימו לאור הסעיף הזה [...] בסופו של דבר זה יהיה פיר מקרה ופיר עניין”⁶⁶

90. גם היועץ המשפטי לוועדה מתח ביקורת על הסעיף הקודם (סעיף 7(ב)) בהיותו פוגע בזכויות הפרט שהיא רלבנטית בבחינת מקל וחומר לסעיף 7 שאושר :

”... 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 האזרח, 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 אפליה **בידי המדינה עצמה** בהקצאת מקרקעין”⁶⁷ (ההדגשות במקור)

== העתק ממסמך ההכנה לשיבת הוועדה מיום 27.11.2017 ומצורף ומסומן כנספח 5/ע.

גם נציג היועמ”ש לממשלה הבהיר לעניין הזה :

”סעיף 8(ב) [שהפך להיות סעיף 7(ב)] מתיר בעצם אפליה אישית בין אזרחים במדינה, אפליה שמסתמכת על השיוך הקבוצתי של אותו פרט – בין אם זה שיוך דתי ובין אם זה שיוך לאומי, בכל מה שנוגע להקצאת מקרקעין ציבוריים.”⁶⁸

2.1. השלכותיו של סעיף 7 על הגדה המערבית

91. סעיף 7 יכול לשמש את רשויות המדינה להצדקת הרחבת והעמקת פרויקט ההתנחלויות הבלתי חוקיות בשטחים הכבושים משנת 1967, כולל מזרח ירושלים והגולן אשר סופחו באופן בלתי חוקי לישראל, באופן

⁶⁶ ישיבה מס’ 19 של הוועדה המשותפת, לעיל ה”ש 63, החל מ-10: 54: 1.

⁶⁷ היועץ המשפטי לוועדה המשותפת ”מסמך ההכנה לדיון ביום 28.11.2017 – הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי” (27.11.2017). המסמך זמין בקישור הבא: http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_cs_bg_394390.pdf

⁶⁸ העמודים הרלבנטיים מופיעים בנספח 4/ע לעיל.

המנוגד למשפט הבינלאומי ההומניטרי.⁶⁹

92. אמנם עמדתנו היא כי לחוק היסוד צריכה להיות תחולה טריטוריאלית ועל כן איננו חל בשטחים הכבושים משנת 1967, אך בתגובתה לעתירות כנגד החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, השתע"ו-2017 (להלן: **חוק ההסדרה**)⁷⁰ הבהירה הממשלה את עמדתה כי:

א. הכנסת הינה בעלת הסמכות לחוקק בשטחי הגדה המערבית: "מבחינת הדין הישראלי הפנימי אין כל מגבלה על הכנסת, האוסרת עליה לחוקק באזור [הגדה המערבית] [...] **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."⁷¹ (ההדגשות במקור)

ב. ההתנחלויות מגשימות ערך יסוד ציוני ב"ארץ ישראל": "[...] התיישבות יהודית בכל רחבי **ארץ ישראל**, מאז ומעולם, ובמיוחד מראשית דברי עם ישראל בעת החדשה, היא ערך ציוני מן המעלה הראשונה [...] 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"⁷² (ההדגשה לא במקור)

== העתק מהעמודים הרלבנטיים מתגובת ממשלת ישראל לבג"ץ 1308/17 מצורף ומסומן כנספח ע/6.

93. אם עמדה זו, המנוגדת כמובן למשפט הבינלאומי ההומניטרי, תמשיך להוביל את מדיניות ההתנחלויות של מדינת ישראל בשטחים הכבושים אזי בוודאי יהיו לסעיף 7 בשילוב עם סעיף 1 לחוק השלכות מרחיקות לכת בעניין הזה.

94. בהקשר הזה של חוק היסוד כתבו אייל בנבנישתי ודורין לוסטיג:

"For the proponents of this Basic Law it offers a legitimating principle for the subordination of another people with which they hope the majority of the Jewish voters would identify. The new law is therefore also part of a series of statutes that have extended the authority of the Knesset to the occupied territories (as exemplified by the "Regularization Law") and thereby attempts to "regulate" the formally temporary and exceptional military rule over the occupied West Bank."⁷³

⁶⁹ ראו לעניין זה את **חוות דעתו המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק בעניין הגדר**, ה"ש 15 לעיל, בפס' 98-99.

⁷⁰ תגובת הממשלה בבג"ץ 1308/17 **עיריית סילוואד נ' הכנסת** (תלוי ועומד). התגובה זמינה בקישור הבא: https://www.adalah.org/uploads/uploads/Settlement_regulation_law_state_reply_23082017.pdf (להלן **תגובת הממשלה**).

בבג"ץ סילוואד

⁷¹ שם, בפס' 186-188.

⁷² שם, בפס' 97.

⁷³ Eyal Benvenisty & Doreen Lustig, *We the Jewish People – A deep Look into Isreal's new law*, JUST SECURITY (July 24, 2018), available at: <https://www.justsecurity.org/59632/israel-nationality-jewish-state-law/>

95. בהקשר זה יצויין, כי השופט, דאז, אדמונד לוי היה שופט מיעוט בהרכב של 9 שופטים אשר דן בנושא ההתנקות מעזה והוא ביסס את עמדתו על השקפתו כי עזה היא חלק מארץ ישראל, מולדתו של העם היהודי, ובין היתר הוא סמך את עמדתו בהצהרת בלפור ובשאיפות התנועה הציונית.⁷⁴ כעת סעיף 7 בשילוב סעיף 1 נותן לעמדה זו עיגון חוקתי.

96. עוד בהקשר הזה נציין כי, במישור המעשי, המושג "ארץ ישראל" שימש לצורכי גזילת נכסיהם של הפלסטינים – פליטים, עקורים ותושבי הגדה המערבית - לפי חוק נכסי נפקדים, התשי"א – 1950. כך למשל רק לאחרונה נקבע בעניין חוסיין,⁷⁵ כי היות ותושבי הגדה המערבית נמצאים ב"חלק של ארץ-ישראל שמחוץ לשטח ישראל" אזי הם נחשבים כנפקדים על פי חוק נכסי נפקדים.

3.1. סעיף 7 מחזיר את נקודת המוצא המשפטית להפליה שהייתה לפני הלכת קעדאן

97. בג"ץ קעדאן⁷⁶ נחשב כאחד מפסקי הדין החשובים ביותר משום שהוא קבע כביכול "התחלה חדשה" בעניין הקצאת קרקע ודיור ופסל את מדיניות הדרת הערבים לשם "עידוד וקידום התיישבות יהודית". סעיף 7 דן מתנגש חזיתית וברמה העקרונית עם בג"ץ קעדאן ומבטל את קביעותיו. בבג"ץ קעדאן נקבע כי הקריטריון של שייכות לאומית הינו קריטריון מפלה וכי אסור למדינה לנהוג כאילו היא הסוכנות היהודית. בהקשר הזה דחה הנשיא ברק את עקרון "ההתיישבות היהודית" כצידוק להפליה. אכן דברי ההסבר של סעיף 7 לחוק היסוד מתיישבים עם נימוקי הסוכנות היהודית שם ואשר נדחו, כאמור, בהיותם מפלים. וכך הדברים עלו בפסק דינו של הנשיא (דאז) ברק:

"הסוכנות היהודית מבהירה, כי שמה לה למטרה ליישב יהודים ברחבי הארץ בכלל, ובאזורי ספר כמו גם באזורים שהנוכחות היהודית בהם היא דלילה, בפרט. לשיטת הסוכנות היהודית, מטרה זו, יחד עם שאר המטרות שהציבה לעצמה, היא מטרה לגיטימית המעוגנת בחוק מעמד הסוכנות ובהוראות האמנה והעולה בקנה אחד עם עצם קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. קבלת העתירה משמעה, הלכה למעשה, שימת קץ למפעל ההתיישבות הענף שהקימה הסוכנות מאז תחילת המאה."⁷⁷

98. בית המשפט העליון חזר ודחה שוב את עקרון "ההתיישבות היהודית" שהופיע באצטלות שונות כצידוק להפליה.⁷⁸

99. סעיף 7 גם מתנגש חזיתית ומרוקן מתוכן את סעיף 6(ג) בדבר איסור האפליה שבחוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (מס' 8), התשע"א-2011 הידוע בכינוי "חוק ועדת קבלה" אשר חוקק לאחר הפסיקה הנ"ל, ואשר בניגוד לעמדת העותרים, שופטי הרוב שדנו בעניין, ראו בו כאוסר הפליה ומבטיח שוויון ובשל כך נמנעו מלהכריז על בטלותו של החוק כבר עתה.⁷⁹

⁷⁴ בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 14 ו-16 לפסק דינו של השופט לוי (2005).

⁷⁵ ע"א 5931/06 חוסיין נ' כהן (פורסם במאגרים, 15.4.2015).

⁷⁶ ה"ש 18 לעיל.

⁷⁷ שם, בפס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק.

⁷⁸ בג"ץ 8036/07 אבריק-זבידאת נ' מנהל מקרקעי ישראל (פורסם במאגרים, 13.9.2011).

⁷⁹ בג"ץ 2322/11 סבח נ' הכנסת (פורסם בנבו, 17.9.2014).

100. סעיף 7 מתנגש חזיתית גם עם ההתפתחויות המשפטיות בעניין שיווק וניהול קרקעות קק"ל וכן קרקעות אשר הועברו לניהול החטיבה להתיישבות בשטח ישראל, כאשר נקבע כי אלה ינוהלו בהתאם לעקרונות השוויון בהיותם מנוהלים על ידי המדינה שמחויבת לפעול לפי עקרון איסור ההפליה. כך למשל בעקבות בג"ץ **אבו ריא** התחייבה רשות מקרקעי ישראל לשווק את קרקעות קק"ל בהתאם לעקרון השוויון, כפוף להסכם חילופי קרקעות בין המדינה לקק"ל (העותרים הביעו אז הסתייגות מעסקת החילופין הזו).⁸⁰ עקרונות דומים עלו גם בפסק הדין בעניין **הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות**.⁸¹ בעניין **הראל** גם פעילותה של החטיבה להתיישבות בשטחי מדינת ישראל הוכפפה ברמה העקרונית לעקרון השוויון.⁸²

== העתק מתשובת רשות מקרקעי ישראל בבג"ץ אבו ריא מצורף ומסומן כנספח ע/7.

101. הסעיף גם מתנגש חזיתית ומבטל את עקרונות השוויון בניהול מקרקעי הציבור,⁸³ ואת עקרונות החלוקה הצודקת של המשאבים הציבוריים כפי שאלה נקבעו בעניין **קיבוץ שדה נחום**.⁸⁴

102. סעיף 7 מאמץ ומחזיר את עקרון ההפליה בתקציבים ובתמריצים ברמה היישובית והגאוגרפית. בעניין ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל שניתן בהרכב מורחב בנושא הסיווג לאזורי עדיפות לאומית ביטל בג"ץ את מדיניות הסיווג שהפלתה את היישובים הערבים והוא דחה את עקרון העדפת היישובים היהודים בטיעון שהם "קולטי עלייה" או למען "פיזור האוכלוסין" כנימוקים המצדיקים את ההפליה בשם עידוד וחיזוק ההתיישבות היהודית.⁸⁵

103. נציין כי אמנם ההתפתחויות המשפטיות לעיל לא הביאו, עד כה, לשינוי משמעותי בשטח, כפי שהנתונים שיובאו להלן מראים, אך עם זאת, ההתפתחויות הנ"ל הינן בעלות חשיבות ברמה של הרחבת מרחב הפעילות המשפטית בנושא ההפליה בהקצאת קרקעות. את המרחב של פעילות משפטית מצומצם זה מבקש הסעיף לצמצם עוד יותר עד כדי היעלמותו כליל, והכל על מנת לשמר ולהעמיק את המשטר הסרגטיבי, המדיר והמפלה הקיים.

104. זאת ועוד; לא אחת, ועדות האו"ם השונות מתחו ביקורת והביעו את דאגתם מנושא ההדרה על רקע לאום בשם עידוד וקידום התיישבות יהודית שאירעה בפרקטיקה ביישובים קהילתיים והן ביקשו לקיים את פסק דין **קעדאן** בנושא. כך למשל הוועדה לביעור האפליה הגזעית (CERD) הבהירה:

"The Committee welcomes the decisions of the Supreme Court in *Ka'adan v. The Israel Lands Administration* (2000) and *Kibbutz Sde-Nahum et al v.*

⁸⁰ בג"ץ 7452/04 **אבו ריא נ' מינהל מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, 28.1.2016).

⁸¹ בג"ץ 6411/16 **הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 19.6.2018).

⁸² בג"ץ 9518/16 **הראל נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 5.9.2017).

⁸³ בג"ץ 5023/91 **פורז נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מו(2) 793, 801 (1992); ע"מ 1789/10 **סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פס' 7 (פורסם בנבו, 7.11.2010).

⁸⁴ בג"ץ 3939/99 **קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נו(6) 25, 64 (2002).

⁸⁵ בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש הממשלה** (פורסם במאגרים, 27.2.2006) (להלן: **בג"ץ ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל**).

Israel Land Administration et al (2002), in which it ruled that State land should not be allocated on the basis of any discriminatory criteria or to a specific sector. It notes that the Israel Land Administration, as a result, has adopted new admission criteria for all applicants. It remains concerned, however, that the condition that applicants must be “suitable to a small communal regime” may allow, in practice, for the exclusion of Arab Israeli citizens from some State-controlled land. (Articles 2, 3 and 5 (d) and (e) of the Convention)

The Committee recommends that the State party take all measures to ensure that State land is allocated without discrimination, direct or indirect, based on race, colour, descent, or national or ethnic origin. The State party should assess the significance and impact of the social suitability criterion in this regard.⁸⁶

105. כמו כן, הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות מתחה ביקורת והביעה את דאגתה מהקשר בין רשויות המדינה לגופים הציוניים כגון הקרן הקיימת לישראל והסוכנות היהודית משום שגופים אלה מפלים על בסיס “עידוד וקידום התיישבות יהודית”:

“(11) The Committee notes with grave concern that the Status Law of 1952 authorizes the World Zionist Organization/Jewish Agency and its subsidiaries, including the Jewish National Fund, to control most of the land in Israel, since these institutions are chartered to benefit Jews exclusively. Despite the fact that the institutions are chartered under private law, the State of Israel nevertheless has a decisive influence on their policies and thus remains responsible for their activities. A State party cannot divest itself of its obligations under the Covenant by privatizing governmental functions. **The Committee takes the view that large-scale and systematic confiscation of Palestinian land and property by the State and the transfer of that property to these agencies constitute an institutionalized form of discrimination because these agencies by definition would deny the use of these properties to non-Jews. Thus, these practices constitute a breach of Israel's obligations under the Covenant.**

[...]

(35) The Committee urges the State party to review the status of its relationship with the World Zionist Organization/Jewish Agency and its

⁸⁶ UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), *Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Israel*, para. 23, 14 June 2007, CERD/C/ISR/CO/13, available at: <http://www.refworld.org/docid/467bc5902.html>.

וכן ראו מסקנות הוועדה מיום 3.4.2012:

UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), *Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Israel*, para. 11 and 15, 3 April 2012, CERD/C/ISR/CO/14-16, available at: <http://www.refworld.org/docid/506189622.html>.

subsidiaries, including the Jewish National Fund, with a view to remedying the problems identified in paragraph 11 above.”⁸⁷

4. "התיישבות יהודית" במבחן הפרקטיקה הנוהגת

106. להבנה מעמיקה יותר את משמעויות הסעיף והשלכותיו, נבחן בפרק זה את רעיון "עידוד וקידום התיישבות היהודית" במבחן הפרקטיקה. מטרתו של חלק זה היא להראות את המסוכנות של סעיף 7 לחוק היסוד אשר הופך פרקטיקות פסולות המנוגדות לשלטון החוק לעקרון-על חוקתי.

107. המונח התיישבות יהודית לא נכלל באף טקסט חקיקתי עד כה בישראל, אם כי מדיניות העקבית של מוסדות המדינה בנושאי קרקע ותכנון היתה ועודנה מנשלת, מפלה, גזענית, מדירה וסגרגטיבית במהותה, והכל מתוך קידום הקונספציה של ההתיישבות היהודית. הדברים התבטאו, בין היתר בהפקעות מסיביות של קרקעות מאזרחי המדינה הערבים לשימושה של האוכלוסייה היהודית, במדיניות הפרדה במגורים, בצמצום שטחי המחיה והפיתוח של האוכלוסייה הערבית והישובים הערביים, בתכנון מפלה וכיוצא באלה.

108. הליכי הפקעת האדמות על בסיס חוקים שרירותיים ביותר הובילו להפקעה של 40-60 אחוזים מהאדמות שהיו ברשותם של אזרחי המדינה הערבים.⁸⁸ בהקשר זה, ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (להלן: **ועדת אור**) סיכמה כי:

"פעולות ההפקעה היו רתומות בבירור ובמוצהר לאינטרסים של הרוב היהודי. האדמות הועברו לידי גופים, כמו הקרן קיימת, המיועדת על פי הגדרתה לשרת את ההתיישבות היהודית, או מינהל מקרקעי ישראל, אשר על פי דפוסי ניהולו שירת אותו יעד"⁸⁹

109. **סגרגציה**: מפעל ה-"יהוד" הוביל גם לכך כי מרחב המגורים בישראל התפתח כמרחב סגרגטיבי בעיקרו, כאשר המדינה פעלה להקמת מאות ישובים ייעודיים לאוכלוסייה היהודית במשך עשרות שנים – להוציא את שבע העיירות הבדואיות שהמדינה הקימה וכן 11 הכפרים הבדואים שהוכרו לפני יותר מעשור במטרה לרכז לתוכם את כלל האוכלוסייה הבדואית בנגב. כך נוצר מצב לפיו רוב הישובים בישראל הנם מופרדים על רקע לאום כאשר מרביתם מיושבים על ידי אוכלוסייה יהודית. לפי לוח 2.17 ל"שנתון סטטיסטי לישראל – 2017" קיימים בישראל 928 ישובים המוגדרים כישובים יהודיים ו-132 כערביים.⁹⁰ מבין הישובים היהודיים הנ"ל, 715 הם קיבוצים, מושבים וישובים קהילתיים אשר נוהלו למשך עשרות

⁸⁷ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Concluding Observations: Israel*, 4 December 1998, E/C.12/1/Add.27, available at: <http://www.refworld.org/docid/3f6cb4367.html>.

וכן מסקנות ועדת זכויות האדם של האו"ם מיום 18.8.1998:

UN Human Rights Committee (HRC), *UN Human Rights Committee: Concluding Observations: Israel*, 18 August 1998, CCPR/C/79/Add.93, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b0284.html>.

⁸⁸ אורן יפתחאל ואלכסנדר (סנדל) קדר "על עוצמה ואדמה: משטר המקרקעין הישראלי" **תיאוריה וביקורת** 16, 67, 79 (2000) (להלן: **יפתחאל וקדר**).

⁸⁹ ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000, **דין וחשבון** כרך א 42 (2003) (להלן: **ד"ח ועדת אור**).

⁹⁰ הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה שנתון סטטיסטי לישראל 68 (2017). לוח מספר 17 מפרק 2 זמין בקישור הבא: http://www.cbs.gov.il/reader/shnaton/templ_shnaton.html?num_tab=st02_17&CYear=2017

שנים לפי מנגנון ועדות הקבלה,⁹¹ עד אשר חוקק חוק ועדות קבלה אשר צמצם את תחולת ועדות הקבלה ליישובים קהילתיים בצפון ובדרום.

110. התוצאה של מדיניות מתמשכת זו היא, שהלכה למעשה אזרחי המדינה הערבים אינם יכולים לחכור או לרכוש קרקע ביותר מ-80% משטח המדינה, שהינו שטח שיפוטן של המועצות האזוריות, כאשר המועצות האזוריות הערביות מתוכנן חולשות על שטחים מצומצמים ביותר הכוללים רק את שטח היישובים.

111. **צמצום שטחי השיפוט של היישובים הערביים**: בשנים הראשונות לאחר הקמת מדינת ישראל, עשה שר הפנים שימוש נרחב בסמכויותיו לפי פקודות מנדטוריות אשר הגדירו את המסגרת הנורמטיבית להכרזה על רשויות מקומיות, כגון פקודת המועצות המקומיות, 1941, וביטל את צווי כינון הרשויות המקומיות מתקופת המנדט הבריטי והוציא צווים מכוננים חדשים. בכך שורטטה מפה חדשה של חלוקת המרחב בין הרשויות המקומיות הערביות והיהודיות.

112. שרטוט מחדש של מפת תחומי השיפוט הוביל להקטנת תחום השיפוט הממוצע של היישובים הערביים הקיימים בכ-64 אחוזים, בהשוואה לתחום "אדמות הכפר" מתקופת המנדט.⁹² כיום, תחומי השיפוט של היישובים הערביים מקיפים פחות משלושה אחוזים משטח המדינה,⁹³ בעוד שהאוכלוסייה הערבית מהווה כחמישית מאוכלוסיית המדינה. כתוצאה מהאמור צפיפות האוכלוסייה ביישובים הערביים גדלה פי 11.

113. ועדת אור התייחסה לנושא חשוב זה בציננה:

"אחת התוצאות של הפעולות שבוצעו בנושא המקרקעין היתה צמצום דרסטי בשטחי היישובים הערביים. לדוגמה, בסחינין היה 'שטח אדמות הכפר' בתקופת המנדט ועד סוף שנות השבעים כ-70,000 דונם. שטח השיפוט בסוף המאה היה 9,700 דונם, ושטח תוכנית המיתאר – 4,450 דונם בלבד. בשל כך, נמצאו בסחינין בתחום תוכנית המיתאר רק 191 מ"ר לנפש, שעה שבכרמיאל היו 524 מ"ר לנפש. יישובים ערביים רבים 'הוקפו' בשטחים כמו אזורי ביטחון, מועצות אזוריות יהודיות, גנים לאומיים ושמורות טבע, כבישים מהירים וכיוצא באלה, המונעים או הפוגעים באפשרות התרחבותם בעתיד. עם גידול האוכלוסייה ביישובים הערביים גבר הצורך בשטחים לצורכי מלאכה ותעשייה, אזורי מסחר ומבני ציבור. ביישובים רבים לא נמצאו עתודות הקרקע הנחוצות לשם כך.

בחמישים השנים הראשונות למדינה גדלה האוכלוסייה הערבית פי שבעה לערך. במקביל, נשאר השטח המאפשר בנייה למגורים בעיקרו כמעט ללא שינוי. כתוצאה מכך גדלה הצפיפות ביישובים הערביים במידה ניכרת. מצוקת השטחים לבנייה פגעה קשות בזוגות צעירים שחיפשו להם דיור. הבנייה הציבורית לא סייעה להם באופן משמעותי. יישובים חדשים לא קמו (להוציא את יישובי הבדווים) וקרקעות מינהל לא שוחררו בדרך כלל לבנייה ביישובים ערביים. האזרחים הערבים גם לא זכו לתנאים שווים בקבלת משכנתאות, שכן רובם לא היו יוצאי צבא. תושבי יישובים ערביים שביקשו

⁹¹ שם. לוח מספר 18 מפרק 2 זמין בקישור הבא:

http://www.cbs.gov.il/reader/shnaton/templ_shnaton.html?num_tab=st02_18x&CYear=2017

⁹² במקום – מתכננים למען זכויות תכנון הרחבת תחומי שיפוט במגזר הערבי: נייר עמדה (2002), זמין בקישור הבא:

<https://bit.ly/2OPm9jl>

⁹³ הרשות לפיתוח כלכלי של המגזר הערבי, הדרוזי והצ'רקסי במשרד ראש הממשלה הצעת הרשות לפיתוח כלכלי של מגזר המיעוטים במשרד ראש הממשלה לפתרון סוגיית התכנון והדיור במגזר הערבי: מוגש לצוות המשנה בנושא דיור בוועדה לשינוי כלכלי חברתי בראשות פרופ' מנאל טרכטנברג (2011). זמין בקישור הבא:

<https://bit.ly/2dFd5tT>

לבנות על אדמות בבעלותם, שנכללו בשטחי רשויות אזוריות יהודיות שכנות, נחסמו על ידי חוקי רשויות אלה".⁹⁴

114. לכל הנ"ל נוסף את 35 הכפרים אשר אינם מוכרים על ידי רשויות המדינה בנגב. מרביתם של הכפרים הנ"ל הוקמו מלפני 1948 וחלקם האחר הוקם בתקופת הממשל הצבאי בעקבות גירושם של שבטי הבדואים מקרקעותיהם וריכוזם באזור הסייג. בכפרים אלה מתגוררים כיום כ-80,000 אזרחים אשר בתיים מאוימים בהריסה עקב מחדלי רשויות המדינה בתכנונם. כפרים אלה מבקשת המדינה לפנות, בין היתר, על מנת להקים ישובים יהודיים – כפי שהיה באום אלחיראן; על מנת לייער – כפי שקורה באלעראקיב; ועל מנת להקים שטחי מרעה – כפי שקורה בכפר עתיר.⁹⁵

115. להבנה נוספת של קונספט "עידוד וקידום ההתיישבות היהודית" ניתן גם ללמוד ממדיניות ההתנחלות היהודית בשטחים הכבושים משנת 1967 שם מיישמת מדינת ישראל את אותו קונספט – בניגוד כמובן למשפט הבינלאומי ההומניטרי ולמשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם החלים על השטחים הכבושים. קונספציה זו באה לידי ביטוי בניכוס קרקעות פלסטיניות – ציבוריות ופרטיות – לצורכי הקמת התנחלויות יהודיות בשטחי הגדה. הדבר התבטא לאחרונה בחקיקתו של חוק ההסדרה שנועד להפקעת קרקע מידי הפלסטינים בעלי הזכויות בה והקצאתה לישראלים מתנחלים ובכך ל"הסדיר" – מבחינת המשפט הישראלי הפנימי – התנחלויות בגדה המערבית שנבנו על קרקעות פלסטיניות בבעלות פרטית. בתגובה לעתירה אשר הוגשה לביטולו של החוק נשענה הממשלה על קונספט "יהוד" המרחב בגדה המערבית והבהירה כי "ההתיישבות היהודית" בשטחי הגדה המערבית מגשימה את ערכי הציונות וכי "זכותם הטבעית" של ישראלים רבים לגור בשטח.⁹⁶

116. בהקשר הזה אמר ובצדק פרופ' קרמניצר כי "יש כאן מהלך נוסף בדרך לסיפוח מלא של השטחים אלא שהפעם הכיוון הוא הפוך, והשטחים מספחים את המדינה. עקרון ההתיישבות היהודית, שמכוחו מתקיימת ההתנחלות בשטחים כעניין יהודי אקסקלוסיבי, נכנס עכשיו לשטחה של המדינה. כשם שאין סופרים בשטחים את התושבים הפלסטינים, כך אין סופרים את האזרחים הערבים של מדינת ישראל. אין מנוס מלקבוע שמדיניות מן הסוג המתאים לשלטון של אפרטהייד (על בסיס אתני) המתקיימת בשטחים, נכנסת עתה בראש גאה, לתוככי ישראל [...]"⁹⁷.

117. ואכן, ח"כ סמוטריץ', ממובילי החוק, עושה הקבלה זו בדבריו כאשר הוא מסביר:

"... לא רוצה להיכנס אבל תראו את תכנית החלוקה ותראו את מפת הפריסה של

⁹⁴ דו"ח ועדת אור, לעיל ה"ש 89, בעמ' 43-44.

⁹⁵ לעניין משטר הקרקעות בישראל, התפתחותו ויחסו לערבים אזרחי המדינה ראו: יפתחאל וקדר, לעיל ה"ש 88; חיים זנדברג **מקרקעי ישראל – ציונות ופוסט ציונות** (2007); סנדי קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום, ודיני ההתיישבות הרוכשת בישראל" **עיוני משפט** כא(3) 665 (1998); (2007); Alexandre Kedar, *The Jewish State and the Arab Possessor: 1948-1967*, in THE HISTORY OF LAW IN A MULTICULTURAL SOCIETY: ISRAEL 1917-1967 (R. Harris, S. Kedar, P. Lahav & A. Likhovski eds., 2002); Alexandre Kedar, *The Legal Transformation of Ethnic Geography: Israeli Law and the Palestinian Landholder 1948-1967*, 33(4) NYU J. OF INTERNATIONAL LAW AND POLITICS, 923-1000 (2001); Ronen Shamir, *Suspended in Space: Bedouins under the Law of Israel*, 30 LAW & SOCIETY REVIEW 231-258 (1996).

⁹⁶ תגובת הממשלה בבג"ץ **סילוואד**, לעיל ה"ש 70. **העתק מהעמודים הרלבנטיים צורף כנספח ע/7**.

⁹⁷ קרמניצר, לעיל ה"ש 62.

ההתיישבות הערבית כיום ותשוו ביניהם אני לא רחוקים מהמקום הזה על ההלכות שלו עם הרצף הטריטוריאלי ביהודה ושומרון עם ואדי עארה עם ערביי הצפון עם אח"כ סוריה לבנון מה זה עושה אפילו טכנית ביכולת לסגור את ואדי עארה כערוץ מזרח מערב להעברת סד"כ אפשר לייצר המון המון.... תכנית חמשת הכוכבים שבזמנו יצר אריק שרון כדי לייצר את החיץ הזה בין ערביי שומרון ובין ערביי ואדי עארה ושוב אין מה לעשות אני לא יכול להתייחס אליהם לקולקטיב כאויבים אני בפירוש לא יכול להתעלם מן העובדה שיש מאבק לאומי והמאבק הלאומי לצערנו הרב לא... אנחנו נמצאים כאן בכנסת ושומעים את נציגי הרשימה המשותפת והמאבק הלאומי זה לא שכל. אין כאן איזה הפנמה שמדובר במדינה יהודית ואנשים מבקשים רק שוויון זכויות אזרחי. ושוב מתוך היכרות המאוד עמוקה שלי עם המציאות בשטח אני חושב שאנחנו בפני אתגר גדול אני חושב שארגון הכלים שעומד בפניה של מדינת ישראל בלי סעיף הזה בחוק הוא ארגון כלים מאוד מאוד מוגבל בגלל בעיניי הפרשנות המאוד מרחיבה שבית המשפט נתן לזכות לשוויון אל מול זכויות אחרות ואת הדבר הזה צריך לאזן צריך לתת למדינה כלים ופה אני אומר לצביקה ולאחרים הוויכוח איננו סמנטי.⁹⁸

118. הנה כי כן, אם הפרקטיקות הנ"ל בוצעו בחלקן על ידי חוקים שרירותיים ובחלקן בוצעו בניגוד לעקרון שלטון החוק ולעקרון איסור ההפליה בהקצאת מקרקעין ובעיקר בניגוד להלכות בעניין, כעת סעיף 7 לחוק היסוד מבקש להפוך את הפסול האמור לערך-על חוקתי.

5.1. סיכום פרק זה

119. סעיף 7 לחוק היסוד תואם, בקונספציה שלו ובהשלכותיו, את התקופות הגזעניות והקולוניאליות של מדינות אחרות בעולם. כך למשל, מבין החוקים שבלטו בדרום אפריקה עד ביטול תקופת האפרטהייד היו The Native Land Act (1913 ו- 1936) שמנע מאוכלוסיית השחורים לרכוש קרקע מחוץ לאזורים המיועדים להם, וה- The Urban Areas Act (1923), שבא במטרה ליצור אזורי מגורים מופרדים של שחורים והעברתם מאזורי מגורים מעורבים לאזורים בשולי המרחב האורבני. ובשנת 1950 חוקק ה- Group Areas Act, שלפיו הועברו שחורים לשטחים המיועדים להם, והעבירו מחדש את עיירות השחורים שנמצאו בקרבת אזורי הלבנים המתרחבים.⁹⁹

120. כך היה גם בארה"ב. בנוסף לנושא ההדרה במקרקעין של הילידים האינדיאנים שהוזכר בפרקים הקודמים, הרציונל של סעיף 7 לחוק היסוד דומה לדיני התכנון העירוני בדבר ה- "אִיזוֹר" (Zoning), שנחקקו בתחילת המאה ה-20 בארצות הברית, למטרת הגברת ההפרדה הגזעית. התקנה הראשונה בתכנון אורבני שהתבססה על אִיזוֹר גזעי יושמה בבולטימור (1910), ולאחר מכן, יושמה בחלק מערי קליפורניה. לפי תקנה זו, נקבעו אזורי מגורים בעיר על יסוד הפרדה לפי גזע: שכונות או בניינים ללבנים בלבד, ושכונות או בניינים לשחורים בלבד¹⁰⁰ בפסק דין *Buchanan*,¹⁰¹ משנת 1917, תקף בית המשפט העליון

⁹⁸ ישיבה מס' 16 של הוועדה המשותפת, לעיל ה"ש 61, החל מ-15: 32: 2.

⁹⁹ ראו לעניין זה: SCOTT BOLLENS, URBAN PEACE-BUILDING IN DIVIDED SOCIETIES: BELFAST AND JOHANNESBURG (Westview Press, 1999); Grant Saff, *Residential Segregation in Postapartheid South Africa: What Can be Learned from the United States Experience*, 30(6) Urban Affairs Review 782-808 (1995).

¹⁰⁰ Marsha Ritzdorf, *Locked Out of Paradise: Contemporary Exclusionary Zoning, the Supreme Court, and African Americans, 1970 to the present*, in URBAN PLANNING AND THE AFRICAN AMERICAN COMMUNITY IN THE SHADOWS 43-57 (Thomas Manning and Marsha Ritzdorf eds., 1997); Christopher Silver, *The Racial Origins of Zoning in American Cities*, in URBAN PLANNING AND THE AFRICAN AMERICAN COMMUNITY IN THE SHADOWS 23-42 (Thomas Manning and Marsha Ritzdorf eds., 1997).

בארצות הברית בחריפות חוקים ותקנות אלה של האיזור הגזעי, והעיר שהמדינות לא יכולות להגביל את האוכלוסייה האפרו-אמריקאית לתוך אזורי מגורים מסוימים.

121. הנה כי כן, הסעיף נופל הישר למסגרת של האיסורים המוחלטים ביותר במשפט הבינלאומי לרבות האיסורים המנויים באמנה הבינלאומית בדבר חיסול וענישה של פשע האפרטהייד (להלן: **האמנה נגד אפרטהייד**) וכן האיסורים על פי האמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות של אפליה גזעית (להלן: **האמנה נגד אפליה גזעית**). סעיף 2(ג) לאמנת האפרטהייד קובע כ"פשע האפרטהייד" ככולל אמצעים, לרבות חקיקתיים, שיש בהם בכדי למנוע חופש בחירה במגורים על בסיס גזעי. בנוסף, סעיף 2(ד) קובע כי "פשע האפרטהייד" כולל כל אמצעי, לרבות חקיקתי, אשר מחלק את האוכלוסייה על בסיס גזעי על ידי צירת אזורים מופרדים לקבוצות גזעיות.

122. לא בכדי אין אף חוקה בעולם המרשה לעצמה היום הוראה דומה לסעיף 7 שבה הקבוצה הדומיננטית מנכסת לעצמה את המשאבים הציבוריים, ובמיוחד את הקרקע, על ידי הדרת קבוצות אחרות. כפי שנפרט בהמשך, הוראות דומות במהותן היו קיימות בתקופת האפרטהייד בדרום אפריקה ואלה היו מוקד לגינוי בינלאומי. כמו כן, הוראות דומות במהותן, כאמור, קיבלו צידוקים שונים בארה"ב בתקופת הקולוניזציה נגד הילידים האינדיאנים תחת השמות כגון "יישוב לבנים" "חלוציות לבנה" "סיביליזציה" ו- discovery והכל על בסיס המובן הגזעני של We The People.¹⁰²

ז. דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי

123. השאלה המשפטית שעתירה זו מעוררת היא האם ניתן להחיל ביקורת שיפוטית על חוק יסוד הלאום ולהכריז על בטלותו באמצעות הפעלת הדוקטרינה בדין התיקון החוקתי שאינו חוקתי. העותרים יטענו כי הכנסת כרשות מכוננת חרגה מסמכותה באופן קיצוני ביותר בחקיקת חוק יסוד הלאום מאחר והוא שולל את העקרונות הדמוקרטיים הבסיסיים עד כדי פגיעה במבנה החוקתי; פוגע באופן מסיבי בגרעינים של זכויות האדם ובעיקר בעקרונות איסור ההפליה וכבוד האדם וגם באלה האוסרים על גזענות; ומפר את הנורמות של המשפט הבינלאומי המהוות חלק מהמשפט המנהגי, ובעיקר את אלה האוסרות, בין היתר, על קיומם של חוקים המייצרים זהות חוקתית על בסיס גזעני.

124. העותרים יביאו גם מקרים מהמשפט המשווה בדבר התערבות שיפוטית בתיקוני חוקה כאשר התיקונים מפרים את המבנה החוקתי ועקרונות היסוד של דמוקרטיה והגנה על זכויות אזרח.

125. אך לפני הדיון בהחלת הדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי, יסכמו העותרים את הפגיעות

¹⁰¹ *Buchanan v. Warley*, 245 U.S 60 (1917).

¹⁰² ראו את הפרק על האינדיאנים הילידים במאמר:

Sarah H. Cleveland, *Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs*, 81 TEX. L. REV. 1 (2002) (hereinafter: *Cleveland, Powers Inherent in Sovereignty*).

1.ז. סיכום ההפרות שמבצע חוק יסוד לאום

126. בפרקים הקודמים עמדו העותרים בפרוטרוט על ההפרות והפגיעות שנגרמות מחוק היסוד. הוכח כי סעיף 1 לחוק יסוד הלאום פוגע בעקרון העל של המשטר הדמוקרטי, הלא הוא עקרון הדמוס שלפיו כל הקבוצות והתושבים שחיים תחת השליטה הטריטוריאלית של החוקה מהווים ומכוננים יחדיו את הריבונות שאמורה להתבטא בעשיית החוקה. אין זה מקרי שאין מדינה דמוקרטית בעולם שזהותה החוקתית קובעת את שקובע סעיף 1 לחוק היסוד בכל הקשור לזהותו של הריבון. שנית, סעיף זה פוגע בזכות לשוויון על ידי הדרת הערבים. שלישית, הוא פוגע בזכות לכבוד בהיותו מדיר, מבזה, משפיל ושולח מסר חברתי ופוליטי לפיו האוכלוסייה הערבית בישראל כמיעוט מולדת אינה נספרת כאילו הייתה נפקדת כליל מהמרחב החוקתי.

127. כמו כן, הוכח כי חוק היסוד שולל את הזכות שהופכת אזרח לאזרח: האזרחות השווה, לרבות על ידי סירובו ליתן למעמד האזרחות של הערבים במישור של זכויות הפרט מעמד קונסטיטוציוני. גם כאן אלמנט העליונות האתנית בולט במיוחד שכן רק יהודים זכאים ליהנות ממעמד של אזרחות קונסטיטוציונית.

128. בנוסף, חוק היסוד מאיין את הזכויות הקיבוציות של הערבים כמיעוט-מולדת ומסרב להתייחס אליהן כאשר התייחסותו היחידה לזכויות קיבוציות אלה הינה בהגדרתו את מעמד של השפה הערבית וזאת במטרה לפגוע דווקא במעמדה והפעם דה-יורה ובמישור הקונסטיטוציוני. בהקשר זה, מרכיב העליונות האתנית במישור הזכויות התרבותיות והקיבוציות עולה בבירור וללא סייגים.

129. סעיף 7 לחוק היסוד הוא בבחינת מקרה הבוחן הברור ביותר לתוצאת ההדרה וההפליה כמעט בכל מישורי החיים. הוא הופך את ערך ההתיישבות היהודית לערך קונסטיטוציוני המחייב את כל הרשויות לפעול על פיו והוא סותר את ההיגיון המנחה שבבג"ץ קעצאן והפסיקה שלאחר מכן. הגיוס של המרכיב האתני במישורין בסעיף 7 מסמן את האזרחים הערבים בכל מקום במרחב בתור "האחר" שקיומו מפריע למימוש הערך העליון שמיועד הסעיף לקדם באופן גלוי באמצעות "ייהוד" כל אזור ואזור. הניסיון המשפטי הישראלי מוכיח, כפי שהוסבר לעיל, כי ערך זה המבקש "קידום", "ביסוס" ו-"עידוד" התיישבות יהודית יפגע במישורין בזכות השווה להקצאת קרקע, דיור, תקציבים ותמריצים, ותכנון המרחב.

130. מעבר לכל אלה, וכפי שהוסבר בהרחבה, חוק היסוד שולל לחלוטין את האפשרות להכרה בזכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית וכן הוא מבקש לקדם "התיישבות יהודית" בשטחים המוגדרים על פי המשפט הבינלאומי כשטחים כבושים ובכך הוא גם מפר את עקרונות מגילת האו"ם ואת האיסורים המוחלטים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי.

131. הפגיעות שמייצר חוק היסוד הופכות אותו לחוק גזעני באופן מובהק.

132. ההפרות כאן עונות על האמור בסעיף 1 לאמנה בדבר ביעור כל צורות ההפליה הגזענית המגדיר

”אפליה גזעית” כדלהלן :

“In this Convention, the term ‘racial discrimination’ shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life.”

133. כמו כן, רלבנטי לענייננו גם עקרון איסור ההפליה כמשמעתו בסעיף 26 לאותה אמנה הקובע בתורו כי :

“All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”

134. בנוסף, ההצטרפות המסיבית של הפגיעות באזרחים הערבים באשר הם מגיעה לדרגה של דיכוי המתבטא בפגיעות בזכות לאיסור הפליה ובכבוד במישורי החיים הבסיסיים ביותר בצירוף האלמנט של עליונות אתנית מובהקת המגיעה לכדי שליטה (domination). העותרים הביאו את הניסיון ההיסטורי המשפטי של מדינות רבות בעולם שתפשו את הזהות החוקתית שלהן באופן דומה לזו שמקודמת בחוק יסוד הלאום, ובשל כך, עברן החוקתי נתפס כיום כחשוד.

135. השימוש האתני המסיבי בזהות המדינה כמתכון להפליה כנגד אזרחי המדינה הערבים לא נעלם מעיני ועדות האו"ם השונות אשר לא אחת מתחו ביקורת והביעו את דאגתן משימוש זה על מנת להפלות ולהדיר. אמנם הדברים שנביא כאן צוינו בשנת 1998 אך כעת הם מקבלים משנה תוקף לאור חקיקת חוק יסוד הלאום. כך למשל הוועדה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות כתבה במסקנותיה משנת 1998 כי :

“The Committee expresses concern that excessive **emphasis upon the State as a “Jewish State” encourages discrimination and accords a second-class status to its non-Jewish citizens. The Committee notes with concern that the Government of Israel does not accord equal rights to its Arab citizens, although they comprise over 19 per cent of the total population.** This discriminatory attitude is apparent in the lower standard of living of Israeli Arabs as a result, inter alia, of lack of access to housing, water, electricity and health care and their lower level of education. The Committee also notes with concern that despite the fact that the Arabic language has official status in law, it is not given equal importance in practice.”¹⁰³

¹⁰³ UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Concluding Observations: Israel*, 4 December 1998, E/C.12/1/Add.27, available at: <http://www.refworld.org/docid/3f6cb4367.html>.

136. זאת ועוד; ההצטרפות של הפגיעות בזכויות האדם שחוק יסוד הלאום גורם, מעורר גם חשד רציני להפרה לסעיף סעיף 2 לאמנה בדבר חיסול וענישה של פשע האפרטהייד האוסר, בין היתר, על מעשים, לרבות בחקיקה, שמכוננים ומקיימים יחסי שליטה (domination) של קבוצה אחת על קבוצה אחרת על בסיס אתני ומובילים להפליה גזענית (כאמור בסעיף 2 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות ההפליה הגזענית) ופוגע באופן אינהרנטי בזכויות במטרה לבסס עליונות אתנית בתחומי החיים הבסיסיים ביותר.

2.ז. החלת הדוקטרינה על חוק יסוד הלאום

137. העותרים יתייחסו תחילה לפסיקה של בית המשפט העליון שהתייחסה למקרים בהם ייעשה שימוש בדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי. כשקבע בית המשפט הנכבד את מעמדם החוקתי של חוקי היסוד בעניין בנק המזרחי הוא התייחס בקצרה לאפשרות תחולתה של הדוקטרינה. שם קבע הנשיא ברק (כתוארו אז) כי:

"אכן עשוי להתעורר הצורך לבחון את חוקתיותו של השימוש בדיבור 'חוק-יסוד'. ביקשתי להשאיר עניין זה בצריך עיון ואני ממשיך לדבוק ברצוני זה. עם זאת, אציין כי דבר מקובל וידוע הוא שבתי המשפט בודקים את חוקתיותם של תיקוני חוקה. לא פעם נפסל תיקון חוקתי בהיותו לא חוקתי, וזאת לא רק בשל עניינים של 'צורה' (כגון דרישת הרוב) אלא גם בעניינים של מהות"¹⁰⁴

138. בעניין בר-און¹⁰⁵ שדן בעיגון התקציב הדו-השנתי ציינה כב' השופטת נאור כי מאחר ותיקון חוק היסוד אינו נוגע לזכויות אדם, אין מקום להתערבות והנשיאה, דאז, ביניש ציינה כי במקרים חריגים בהם ישנה פגיעה ביסודות בסיסיים של הדמוקרטיה מוצדק לבחון אם הכנסת חרזה מסמכותה המכוננת:

"אכן, אף אני סבורה כי קיימים עקרונות יסוד, העומדים בבסיס קיומנו כחברה ומדינה, אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה כזה – ומוטב אם לא יתרחש לעולם – יידרש בית המשפט להכריע האם הכנסת חרזה מסמכותה המכוננת ופגיעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית"¹⁰⁶

139. השופט פוגלמן בעניין התקציב הדו שנתי¹⁰⁷ קבע כי "אין לשלול את תחולת הדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי במשפט הישראלי"¹⁰⁸. דברים דומים נאמרו על ידי כב' הנשיא, דאז, ברק בעניין התנועה לאיכול השלטון¹⁰⁹ בנושא גיוס תלמידי ישיבות, כדלקמן:

"יש מקום לתפישה כי חוק או חוק יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר. היא לא הוסמכה לבטלם"¹¹⁰

140. כמו כן, הנשיא, דאז, ברק קבע כי קיימים מאפיינים גרעיניים ומינימליים על חוקתיים העושים את

¹⁰⁴ ע"א 93/6821 בנק המזרחי מאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 394 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי).

¹⁰⁵ בג"ץ 10/4908 בר-און נ' הכנסת, פ"ד סד(3) 275 (2011).

¹⁰⁶ שם, פסי' 34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

¹⁰⁷ בג"ץ 16/8260 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (פורסם במאגרים, 6.9.2017).

¹⁰⁸ שם, פסי' 15 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן.

¹⁰⁹ בג"ץ 02/6427 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).

¹¹⁰ שם, פסי' 76 לפסק דינו של הנשיא, דאז, ברק

החברה כחברה דמוקרטית והם מהווים את יסודות השיטה והם: "הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית"¹¹¹.

141. הנה כי כן, הפסיקה הכירה, עקרונית, בסמכות הרשות השופטת להפעיל ביקורת שיפוטית על נורמות חוקתיות במקרים בהם מדובר בפגיעה רצינית בעקרונות יסוד דמוקרטיים או בגרעין של זכויות האדם.

142. לפני שנפרט את הצידיקים להתערבות שיפוטית במקרה הנדון, חשוב לעמוד על ההתפתחות האחרונה בפסיקה של בית המשפט העליון שהתייחסה לנושא דנן. בעניין חוק ההדחה,¹¹² בו נדונה חוקתיות תיקון חוק יסוד: הכנסת המסמיך את הדחתו של חבר כנסת, קבע בית המשפט כי אמנם קיימת פגיעה בזכויות היסוד של הזכות לבחור ולהיבחר אך לא ראה הצדקה להחלת הדוקטרינה וביטול התיקון לחוק היסוד, וכפי שציינה הנשיאה חיות:

"סיכומם של דברים – מן הטעמים המפורטים לעיל הגעתי לכלל מסקנה כי אף שחוק ההדחה פוגע בפגיעה ממשית בזכויות יסוד שהן מהחשובות בשיטתנו, רב המרחק בין פגיעה זו ובין שלילת עקרונות העל של השיטה. על כן, המקרה שלפנינו אינו נופל למסגרת הצרה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי אפילו היינו בוחרים לאמץ דוקטרינה זו, וכפי שכבר צוין המקרה דנן אינו מחייב לטעת מסמרות בכך. כמו כן, ובהינתן תכליתו של חוק ההדחה ומערכת האיזונים והבלמים הקבועה בו, אין לומר כי הוא שולל את ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה ומזעזע 'את אמות הסיפים של המבנה החוקתי'¹¹³."

143. יחד עם זאת, קבעה הנשיאה כי חוק ההדחה כולל בתוכו איזונים ובלמים שמאפשרים את השימוש בו רק במקרים חריגים ביותר לנוכח הפרוצדורה המורכבת המצריכה רוב מיוחד של חברי כנסת שיצביעו במליאה בעד ההדחה, תוך מתן זכות שימוע וזכות ערעור בפני בית המשפט העליון לפני כניסת ההדחה לתוקף.

144. על אף הסתייגות העותרים מהתוצאה אליה הגיע בית המשפט הנכבד בעניין חוק ההדחה, יטענו כי ישנו הבדל משמעותי בין חוק ההדחה ותיקוני חוק יסוד אחרים לבין חוק יסוד הלאום. האחרון אינו חוק יסוד המטפל בעניין פרטני ואישי של חבר כנסת זה או אחר, והוא אף אינו דומה במהותו למקרה התקציב הדו-שנתי שמטיב, כפי שציינה השופטת נאור, אינו נוגע לזכויות אדם. חוק יסוד הלאום הוא חוק יסוד שהשפעתו הינה רחבה ביותר הפוגע בגרעינים של זכויות האדם ובליבת העקרונות הדמוקרטיים באופן קיצוני ביותר.

145. לפיכך, הנימוקים שעל יסודם מיאן בית המשפט הנכבד מהחלת דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי בעניין חוק ההדחה, והתפישת הכללית לפיה יש לדחות הכרעה בתחולתה עד להשלמת המפעל החוקתי בישראל, אינם רלבנטיים במקרה דנן. מדובר בחוק שמגדיר את הזהות החוקתית של כלל פרקי החוקה, ומבקש לייצר את הבסיס לסדר החוקתי במדינה שממנו שואבים יתר חוקי היסוד את משמעותם

¹¹¹ א"ב 02/11280 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נו (4), 1, 24 (2003).

¹¹² בג"ץ 16/5744 ע"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת (פורסם בנבו, 27.5.2018).

¹¹³ שם, בפס' 36 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

ומגבשת השיטה את מאפייניה הבסיסיים ביותר. חוק יסוד הלאום יקבע את היקף השימוש בזכות השוויון על ידי הצדקת ההפליה בתחומים רבים ומקיפים ביותר. הוא יאין את הזכות לכבוד האדם ועצם קיומו כחוק-על משדר מסרים חברתיים ופוליטיים של הדרה והשפלה על רקע לאום נגד אוכלוסייה גדולה, והוא יצדיק במישור הערכי והחינוכי את העליונות האתנית. חוק יסוד הלאום מגדיר את נתוני הרקע (background) של השיטה כולה באופן שמייצר היררכיה נורמטיבית שיכולה להעמיק ולהעצים את המאפיינים האנטי-דמוקרטיים שבבסיס המפעל החוקתי כולו.

146. כפי שיוסבר להלן בעניין השימוש לרעה בסמכותה המכוננת של הכנסת, חוק יסוד הלאום אינו יכול להיות משענת שתייצר קונצנזוס בקרב האוכלוסייה האזרחית בישראל. בעיני אוכלוסיות גדולות, וביניהן העותרים 1-3, המרכיבים את נציגיה הנבחרים של האוכלוסייה הערבית בישראל על כל זרמיה הפוליטיים, חוק יסוד הלאום הוא חוק הנעדר לגיטימציה. חוק יסוד הלאום, כנורמה חוקתית בסיסית, אינו עומד בתנאים הדרושים שלמענם חוקות מיוצרות, והוא מיועד להגשים תכליות פסולות, אינו מכון ליצירת קונצנזוס חוצה-ציבורים, והתקבל שלא מתוך עקרון "מסד הבערות" (במובנו על פי ג'ון רולס), באופן שמלמד על כך שהוא נעדר כל לגיטימציה בעיני כל אדם שידמין את עצמו כאזרח שווה במדינת ישראל.

147. ובכל זאת, דווקא עיון מעמיק בפסק הדין בעניין **חוק ההדחה** נותן תימוכין להחלת הדוקטרינה על המקרה דנן; הנשיאה חיות מאזכרת שם את "הפרדוקס הדמוקרטי" שלגישתה עמו מיועד חוק ההדחה להתמודד, ובלשונה:

"הצורך באיזון זה, המכונה בפסיקתנו 'הפרדוקס הדמוקרטי'...משקף את ההבנה ש'כדי להוכיח את חיותה אין הדמוקרטיה צריכה לאבד עצמה לדעת' (עניין טיבי, בעמוד 14). איזון זה מגלם לא רק את התכלית המונחת ביסוד הוראת סעיף 7 לחוק היסוד, אלא גם את תכליתו של חוק ההדחה. שני ההסדרים שלובים זה בזה ומשלימים זה את זה. הווה אומר, הסתה לגזענות ותמיכה במאבק מזוין נגד ישראל שאינם לגיטימיים קודם שנבחר מועמד לכנסת, אינם לגיטימיים, בה במידה, גם לאחר בחירתו"¹¹⁴

148. לפי גישתו של בית המשפט הנכבד בעניין חוק ההדחה, שלילת הגזענות מהווה עקרון יסוד וחלק מתשתית הבסיס של השיטה שביכולתו לגבור על הזכות להיבחר שהיא בפני עצמה עקרון יסוד דמוקרטי. אכן השופט שמגר דן בעבר בפסילת תנועת כך מלהשתתף בבחירות לכנסת בהיותה תנועה גזענית והתייחס לפרדוקס הדמוקרטי. בית המשפט, אשר נשען, בין היתר, על הגדרת הגזענות שבאמנה הבינלאומית לביעור כל צורות ההפליה הגזענית, ביסס את הטעון ששלילת הגזענות היא יסוד איתן ועמוק בשיטה המצדיק אף התגברות הן על זכותו של הבוחר והן על זכותו של האזרח להיבחר.¹¹⁵

149. לכן חקיקה גזענית גם אם היא חוק יסוד אינה יכולה לגבור על עקרונות יסוד אלה. ההדרה על בסיס שיוך לאומי פוגעת באופן אינהרנטי בעקרון איסור האפליה, בעקרון השוויון ובזכות לכבוד. שתי זכויות יסוד אלה מהוות את הבסיס לקיומה של חברה דמוקרטית והן מרכיבות את הגרעין של זכויות אדם.

150. ערך כבוד האדם הינו בעל מעמד על חוקתי עצמאי וההגנה עליו כשלעצמה היא בבחינת ערך וזכות

¹¹⁴ שם, בפס' 28 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

¹¹⁵ ע"ב ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים עשרה, פ"ד מב(4) 177, 190 (1988).

יסוד. כדברי בית המשפט, "הזכות קיימת כחלק מהותי מתפיסות היסוד האנושיות והחברתיות ... התגבשותה לא הייתה מותנית בחקיקתו של חוק יסוד, המבטיח הגנתה ושמירת קיומה"¹¹⁶. על כן, כבוד האדם מהווה חלק מעקרונות היסוד של השיטה ונתפש כחלק מ-"חירויות בנות משפט הטבע"¹¹⁷.

151. ההכרה בערכו של האדם כאדם ובזכותו לכבוד הן העוגן והבסיס לכל יתר זכויות האדם "הוא הרציונאלי לזכויות כולן. הוא הצידוק לקיומן של זכויות. על פי אנדרס (Endres) הוא הערך החוקתי הקובע כי לכל אדם הזכות לזכויות"¹¹⁸. וכך ערך כבוד האדם "נתפס כעקרון מייסד (founding value) המבטא את הרעיון הבסיס ואת הרציונל המונח ביסוד זכויות חוקתיות, הוא מובן כערך המעיד כי זכויות האדם אינן ניתנות על ידי השלטון, ולכן גם אינו יכול ליטול אותן. אכן, כבוד האדם מונח ביסוד הדמוקרטיה עצמה. ידועה אמירתו של דבורקין שלפיה 'because we honor dignity' we demand 'democracy"¹¹⁹.

152. חיזוק לדברים האמורים אפשר למצוא כמובן בעובדה כי העקרון החוקתי של כבוד האדם קיבל ביטוי כנורמה החוקתית עוד בטרם עיגונה של הזכות לכבוד בחוק היסוד, עת הוכרה בפסיקה זכות יסוד וכחלק ממגילת הזכויות השיפוטית.¹²⁰

153. ניתן ללמוד על תוכנו של העקרון העל-חוקתי לכבוד האדם גם מפרשנותה של הזכות החוקתית לכבוד האדם. שהרי, העמדה הרווחת בספרות הינה כי קיימת זהות בין העקרון העל-חוקתי לכבוד האדם לבין הזכות החוקתית לכבוד האדם.¹²¹

154. חשוב מכל, שהפגיעה בכבוד האדם שמייצר חוק יסוד הלאום הינה בגרעין הקשה והצר ביותר של הזכות הקשור לגזענות, לנוכח האפקט המשפיל, המבזה והמדיר שבו. ההגנה על גרעין זה הינה הגנה מוחלטת. לא מקרה הוא שבחלק מן החוקות, כדוגמת חוק היסוד הגרמני, ההגנה כל הזכות לכבוד עוגנה כהוראה נצחית. גם הפסיקה של בית משפט נכבד זה התייחסה באופן מיוחד לפגיעה כזו המתרחשת על רקע סגרגציה, מדיניות הפרדה והדרה על בסיס שיוך קיבוצי.¹²²

155. גם עקרון השוויון ואיסור האפליה נמצא בבסיס התפיסה של זכויות אדם בכלל, והוא נמנה על גרעין זכויות האדם הזוכה למעמד על-חוקתי. עקרון זה מהווה "נשמת אפו של המשטר החוקתי"¹²³, "תחילת

¹¹⁶ בע"א 92/5942 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 841 (1994).

¹¹⁷ ע"א 90/3077 פלוני נ' פלוגי, פ"ד מט(2) 578 (1995). ראו גם: דני"פ 97/7048 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000).

¹¹⁸ אהרן ברק **כבוד האדם** 216 (2014) (להלן: ברק, **כבוד האדם**).

¹¹⁹ ברק, **כבוד האדם**, ה"ש 118 בעמ' 220. ראו לעניין זה גם: יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **משפטים** כה 129, 136 (1995).

¹²⁰ על התפתחות מעמד של הזכות לכבוד האדם בטרם חוקי היסוד ראו: ברק, **כבוד האדם**, ה"ש 118 לעיל, בעמ' 110-113. לעניין מעמדה הרם של הזכות לכבוד האדם לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ראו: דני"א 95/7325 **ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס**, פ"ד נב(3) 1, 61 (1998); בג"ץ 94/6126 **סנש נ' רשות השידור**, פס"ד נג(3) 817, 864-865 (1999); בג"ץ 02/6427 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, 681 (2006); על תפקידו של כבוד האדם כערך מקרין וכערך מאזן בשיטת המשפטי ראו: ע"א 99/6871 **רינת נ' רום**, פ"ד נו(4) 72, 91 (2002). לסקירה יותר רחבה לעניין כבוד האדם כערך חוקתי במשפט הישראלי ראו: ברק, **כבוד האדם**, ה"ש 118 לעיל, בעמ' 212-223.

¹²¹ לעניין זה ראו: ברק, **כבוד האדם**, ה"ש 118 לעיל, בעמ' 261.

¹²² בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הבטחון**, פ"ד מט(4) 94, 131 (1995); בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד(2) 479, פס' 30-31 (2010); דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" **עיוני משפט** כד(3) 541, 559, 564 (2000).

¹²³ בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693, 698 (1969).

התחילות"¹²⁴, והוא "עולה ומחלחל בכל צמח מצמחי המשפט, מהווה הוא חלק בלתי נפרד מן המערך הגנטי של כל כללי-המשפט כולם", "הוא מערכי היסוד של המדינה. הוא מונח ביסוד הקיום החברתי. הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי"¹²⁵.

156. עקרון איסור ההפליה מהווה תנאי יסוד לקיומו של כל משטר דמוקרטי, ובשל כך, פגיעה בעקרון השוויון "היא פגיעה בערכים של צדק והגיונות, ובהכרח בכך שהשוויון שומר על השלטון מפני שרירות; פגיעה בשוויון פוגעת בחברה ובהסדרים החברתיים המאחדים את מרכיביה ..."¹²⁶.

157. בלי עקרון איסור ההפליה אין שוויון בפני החוק. שכן, "עקרון 'הכול שווים בפני החוק' מהווה אבן יסוד בבניין שלטון החוק, ומהותו התייחסות שווה אל האדם בשאר הוא אדם, בלא ליחס חשיבות למאפיינים שונים של בני-אדם, כגון מעמד החברתי וייחוס המשפחתי, מינם, גילם, דתם, שפתם, צבע עורם וכדומה"¹²⁷.

158. הנה כי כן, הפגיעה שמייצר חוק יסוד הלאום בעקרונות איסור ההפליה והכבוד על רקע שיוך קיבוצי, כשפגיעות אלה נופלות בהגדרת הפליה גזענית, מצדיקות את התערבותו של בית המשפט הנכבד בהיותן הבסיס והגרעין של השיטה. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור הצטברות הפגיעות הגדולה בזכויות במישורי החיים יומיים להן חוק היסוד מוביל. החלופה של אי התערבות היא איון עצם הקיום של עקרונות היסוד.

159. לפיכך, העותרים יטענו כי הרשות המכוננת חרגה מסמכותה כשחוקקה את חוק יסוד הלאום בהיותו שולל את עקרונות היסוד של השיטה ובראשן עקרונות בדבר שלילת הגזענות, איסור ההפליה וההגנה על הזכות לכבוד. לכן המקרה דגן מצדיק את החלת הדוקטרינה בהיותו תואם את המבחן שצוין על ידי הנשיאה חיות בתור "שולל את ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה ומזעזע 'את אמות הסיפים של המבנה החוקתי'"¹²⁸.

160. זאת ועוד; להתפתחויות של המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם השפעה גם על סמכותה של הרשות המכוננת. בעניין **בנק המזרחי** התייחס הנשיא (דאז) ברק להתפתחויות של המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם בנושא המשפיע על עצם קיומה של הסמכות של הכנסת לחוקק חוקי יסוד בכובעה כרשות מכוננת. אכן נקודת הפתיחה של הדיון ההיסטורי של השופט ברק בנושא זה הייתה ההתפתחויות במשפט זכויות אדם כולל המשפט המשווה וכקביעותיו שם:

"ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. עתה הצטרפנו לקהילת המדינות הדמוקרטיות (ובהן

¹²⁴ בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 501 (1996).

¹²⁵ בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: **עניין ועדת המעקב**).

¹²⁶ בג"ץ 441/97 יוסף צנוירט נ' ראש-עיריית ירושלים, פ"ד נג(2) 798 (1999). ראו גם: בג"ץ 93/1843 רפאל פנחסי, סגן שר וחבר-כנסת נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661 (1995) 7; בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715 (2008).

¹²⁷ אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 271 (מהדורה חמישית, 1996). ראו גם: בג"ץ 94/721 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).

¹²⁸ שם, בפס' 36 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

ארצות-הברית, קנדה, גרמניה, איטליה, דרום-אפריקה) אשר להן מגילת זכויות אדם (bill of rights) חוקתית. הפכנו להיות חלק ממהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים. אכן, לקחי מלחמת העולם השנייה, ובמרכזם השואה של העם היהודי, וכן דיכוי זכויות האדם במדינות טוטליטריות, העלו את זכויות האדם על ראש סדר היום העולמי. מסמכים בינלאומיים בדבר זכויות האדם נכרתו. ישראל הצטרפה אליהם. בתי-דין בינלאומיים בדבר זכויות אדם הוקמו. החוקות החדשות כוללות פרקים נרחבים – לרוב בראש החוקה, ותוך שריון מיוחד במינו של חלק מהזכויות – בדבר זכויות אדם. הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים הפוגעים בזכויות האדם הפכה לנחלת רוב רובן של המדינות. מהפכה זו לא פסחה גם עלינו. הצטרפנו אליה במרץ 1992.¹²⁹

161. אף לפי הגיונו הפנימי של המשפט הישראלי, הנורמה הבסיסית אשר העניקה לכנסת את מעמדה כרשות מכוונת היא בעצמה, וכפי שציין הנשיא ברק, אינה תוצר של בחירות מטעם העם אלא קשורה למילוי מחויבויות כלפי הקהילה הבינלאומית ובראשן החלטת האו"ם בנובמבר 1947 המורה על מתן חוקה דמוקרטית המקיימת בראש וראשונה את עקרון איסור ההפליה בין כלל האזרחים ללא הבדל על רקע לאום, דת, מין או גזע. כך מציין הנשיא ברק כי:

"מועצת המדינה הזמנית הורתה בהכרזת העצמאות כי תיקבע חוקה על-ידי אסיפה מכוונת אשר תיבחר לא יאחר מ-1 באוקטובר 1948. בכך ניתן ביטוי להחלטת עצרת האומות המאוחדות מ-כ"ט בנובמבר 1947, לפיה "האסיפה המכוונת של כל מדינה תעבד קונסטיטוציה דמוקרטית למדינתה"¹³⁰. (ההדגשה הוספה)

162. לפיכך, יוצא כי הכנסת כרשות מכוונת חרגה מסמכותה עת חוקקה את חוק יסוד הלאום בהיותו מתנגש עם החובה "לעבד קונסטיטוציה דמוקרטית" על פי הנורמה הבסיסית הנותנת ביטוי להחלטת האו"ם בנובמבר 1947 והמתבססת על עקרון איסור ההפליה בין כלל האזרחים והתושבים.

163. העותרים מוסיפים וטוענים כי, הפגיעה בגרעין של המשפט הבינלאומי המהווה חלק מן הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי מצדיק את הפעלת הדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי. בהקשר הזה, זהות חוקתית גזענית המנוגדת לאמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות ההפליה הגזענית עלולה לדרדר את המשטר החוקתי למשטר גזעני דבר שכשלעצמו נופל בקרב האיסורים המוחלטים.¹³¹

164. אכן קיימת חובה על בית המשפט לענייני חוקה לפעול לביטול חוקים, יהיה סוגם אשר יהיה, אם הם מתנגשים עם סעיף 2 לאמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות ההפליה הגזענית. כך מורה סעיף 2(ג) לאמנה:

¹²⁹ עניין **הבנק המזרחי**, לעיל ה"ש 104, בפס' 2 לפסק דינו של הנשיא ברק.

¹³⁰ שם, בפס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק.

¹³¹ לעניין זה ראו:

ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS, supra note 3, at 82-89; John Dugard, *Introductory Note: Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid* 1973 (2008), available at: <http://legal.un.org/avl/ha/cspca/cspca.html>; John Dugard and John Reynolds, *Apartheid, International Law and the Occupied Palestinian Territory*, 24(3) THE EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 867-913 (2013).

כמו כן ראו בפרק הקודם על סעיף 1 לחוק היסוד לעניין החלטת עצרת הבטחון מס' 554 משנת 1984 אשר גינתה את "החוקת החדשה" של דרום אפריקה משנת 1983 בין היתר בגלל שהיא מדירה ומפלה נגד ילידים. לעניין זה ראו גם את האסמכתאות וההפניות בפרק הקודם של הנחות היסוד של עתירה זו המפנים להשפעתו של המשפט הבינלאומי על כינון חוקות.

“(c) Each State Party shall take effective measures to review governmental, national and local policies, and to amend, rescind or nullify any laws and regulations which have the effect of creating or perpetuating racial discrimination wherever it exists”

3.ז. משפט משווה

165. המשפט המשווה מראה כי כאשר הוראת חוקה פוגעת בזכויות של מיעוטים או בעקרונות יסוד של השיטה או במבנה החוקתי שלה ניתן להפעיל את הדוקטרינה בדבר “התיקון חוקתי שאינו חוקתי”.

בית הדין האירופאי לזכויות אדם

166. בית המשפט האירופאי לזכויות אדם הכיר בעקרונות או חוקים על-לאומיים כעליונים על חוקות לאומיות ואשר יכולים לגבור על תיקונים חוקתיים בלתי-חוקתיים. כך למשל היה בעניין *Sejdić*,¹³² בו קבע בית המשפט האירופאי לזכויות אדם כי סעיף בחוקת בוסניה והרצגובינה אשר מגביל את הזכות להיבחר לבית העליון בפרלמנט (House of Peoples) ולכהן בנשיאות המשולשת של המדינה לחברי שלוש הקבוצות הלאומיות המוגדרות בחוקה בתור ה-*constituent peoples* (בוסנים, קרואטים וסרבים) הינו מפלה לנוכח הדרת אזרחים השייכים למיעוט היהודי ולמיעוט הרומא וכי הוא מנוגד לאמנה האירופאית לזכויות אדם.

167. נציין בהקשר הזה, כי על פי הסדר החוקתי הקיים בבוסניה והרצגובינה לצרכי הבחירות וכהונה בתפקידים ציבוריים המיועדים לשלוש הקבוצות המוכרות, פרוצדורת הייעוד (*designation*) של פרטים וחלוקתם לזהויות אינה מוכתבת מלמעלה, אלא כל פרט יכול להכריז ולהצהיר על עצמו כשייך לקבוצה מסוימת ולהירשם תחתיה לצרכי דיני הבחירות. כך, שפורמאלית, בני מיעוט הרומא והמיעוט היהודי שמעוניינים לכהן בתפקידים המוגבלים לקבוצות המוכרות, יכולים להירשם כמנויים על קבוצות אלו. עם זאת, העותרים טענו כי אינם מעוניינים להכריז על שייכות לאחת מהקבוצות המוכרות, וכי כתוצאה מההסדרים החוקתיים במדינה, הם הודרו והופלו לרעה. ואכן, בית הדין עומד על הרקע להסדרים החוקתיים הספציפיים האלו שנתקבלו כנספח להסכם השלום (הסכם דייטון) משנת 1995, ועל התכלית שלהם לשמירה על השלום במדינה שחוותה קונפליקט עקוב מדם והרסני. עם זאת, בהינתן הפגיעה בזכויות העותרים, ולנוכח קיומן של חלופות שיכולות להשיג את התכלית הראויה מבלי להדיר את העותרים ולפגוע בזכויותיהם, נקבע כי ההסדרים החוקתיים האמורים עומדים בסתירה לאמנה האירופאית לזכויות אדם.

168. פסק דין זה מדגיש למעשה את החובה להגן על מיעוטים מפני הדרה ואיסור הפליה ללא קשר לעצם האפשרות למימושה מבחינה פוליטית מעשית של ההוראה המפלה עצמה.

169. להלן נביא סקירה למקרים בהם נעשה שימוש בדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי בהעדר

¹³² *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, App. No. 27996/06 ECtHR Judgment of 22 December 2009.

הוראה מפורשת מסמיכה כאשר עקרונות דמוקרטיים וזכויות אדם נהנים מהגנה חוקתית רחבה יותר על ידי הגבלת סמכות התיקון לגביהם. סקירה זו נשענת על ספרו המאלף של המלומד יניב רוזנאי¹³³.

הודו

170. מקרה הבוחן הקלאסי והחלוצי של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי מגיע מהודו. שם, נתקבעה דוקטרינת "המבנה הבסיסי" (Basic Structure Doctrine) שהתפתחה בשנות השישים והשבעים על רקע שורה של צעדים מרחיקי לכת בהם נקטה ראש הממשלה אינדירה גנדי לתקן את החוקה. על פי הדוקטרינה, סמכות התיקון החוקתי מוגבלת על ידי שורה של עקרונות משתמעים שמונעים את שינוי זהות החוקה או את המאפיינים הבסיסיים שלה. תוך שינוי קביעות קודמות שדחו את הרעיון לפיו סמכות התיקון של החוקה הינה מוגבלת (בעניין *Shankari Prasad v. India* משנת 1951 ובעניין *Sajjan Singh v. State of Rajasthan* משנת 1965), בית המשפט קבע באמרת אגב בשנת 1967 בעניין *Golaknath v. State of Punjab*, ברוב של שישה שופטים מתוך 11, כי סמכות הפרלמנט לתקן את החוקה אינו יכול לשמש כלי לפגיעה בזכויות יסוד. קביעה זו עוגנה בסעיף 13 לחוקה המונע מהפרלמנט מהעברת כל חוק הפוגע בזכויות יסוד, תוך הצבעה על כך שתיקון לחוקה הוא בבחינת חוק לצורכי הסעיף האמור. עם זאת, בית המשפט לא ביטל את התיקון מושא הדיון.

171. בשנת 1973 בעניין *Bharati v. State of Kerala Kesavananda*, בית המשפט העליון ההודי חזר בו מהקביעה ב-*Golaknath* וקבע כי תיקון חוקתי אינו חוקתי לעניין סעיף 13 לחוקה, והפרלמנט רשאי לתקן כל חלק בחוקה. עם זאת, רוב של שבעה שופטים (מתוך 13) קבע כי סמכות התיקון אינה כוללת את הסמכות לשנות את המבנה הבסיסי (Basic Structure) או את המסגרת (Framework) של החוקה באופן שמשנה את זהותה, ובכך נתקבלה במשפט החוקתי ההודי "דוקטרינת המבנה הבסיסי".

172. דוקטרינת המבנה הבסיסי לא כללה רשימה ממצה של נושאים החוסים תחתיה, וחלק מהשופטים הצביעו על דוגמאות ביחס למאפיינים שתיוקונים לחוקה אינם יכולים לשנות: עליונות החוקה, המבנה הדמוקרטי של השלטון, המבנה הפדראלי של המדינה, הפרדת הרשויות וחילוניות.

173. בשנת 1975, בית המשפט ביטל את זכייתה של גנדי בבחירות 1971 עקב מרמה, ומנע ממנה להשתתף בבחירות למשך שש שנים. בתגובה, הכריזה גנדי על מצב חירום במדינה, ובאמצעות הרוב בפרלמנט העבירה שורה רחבה של תיקונים לחוקה: תיקון 38 לחוקה קבע כי החלטת הנשיא להכריז על מצב חירום, וכל החקיקה המועברת בעקבותיו, יהיו חסינים מביקורת שיפוטית; תיקון 39 שינה רטרואקטיבית את החוקים שעל יסודם גנדי הורשעה והגבילה את סמכות בתי המשפט מלשפוט נושאים הנוגעים לבחירות של שורה של בעלי תפקידים פוליטיים לרבות הנשיא, סגן הנשיא וראש הממשלה. מיד לאחר מכן, ערעורה של גנדי הגיע לבית המשפט העליון (*Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain*) במסגרת הליך שבסופו אושררה דוקטרינת המבנה הבסיסי ברוב של חמישה שופטים. שם בית המשפט אישר את היבחרה של גנדי בבחירות 1971, אך הכריז על בטלות התיקון 39, וזאת משום שהוא פוגע בשלושה מאפיינים יסודיים

¹³³ ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS, supra note 3, at 15-38, 197-225.

(Essential Features) של המערכת החוקתית : בחירות הוגנות, שוויון והפרדת הרשויות.

174. בשנת 1976, וכתגובה לפסיקת בית המשפט, הפרלמנט העביר את תיקון 42 לחוקה הכולל 59 סעיפים, ובמסגרתו (סעיף 55) נקבע כי אין על סמכותו של הפרלמנט לתקן את החוקה כל מגבלה. בשנת 1980 בעניין *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, נקבע על ידי בית המשפט כי תיקון זה דינו בטלות מאחר שהוא הסיר את כל המגבלות על סמכות הפרלמנט לתקן את החוקה, ובכך העניק לו למעשה את הסמכות לפגוע במאפייני היסוד ובמבנה הבסיסי של החוקה. סמכותו של הפרלמנט נובעת מהחוקה עצמה, ומשכך, קבע בית המשפט, הסמכות לתקן את החוקה אינה בלתי מוגבלת. קביעה אחרת, המשיך בית המשפט, תוביל לכך שהפרלמנט עצמו יהפוך להיות מעל לחוקה. פסק דין זה ביסס את מעמדה של דוקטרינת המבנה הבסיסי בהודו, שהפכה מאז לעקרון בסיס חוקתי. המבנה הבסיסי על פי הדוקטרינה כוללת מאפיינים של דמוקרטיה ליברלית, לרבות עליונות החוקה, שלטון החוק, הפרדת הרשויות, ביקורת שיפוטית, עצמאות שיפוטית, כבוד האדם, אחדות ושלמות לאומית, בחירות חופשיות ושוויוניות, המבנה הפדרלי וחילוניות.

175. דוקטרינת המבנה הבסיסי שפותחה ויושמה בהודו עשתה את דרכה מעבר לגבולות המדינה, והשפיעה על משפטן החוקתי של מדינות נוספות.

קולומביה

176. בקולומביה פותחה "דוקטרינת החלפת החוקה" (Constitutional Replacement Doctrine), מתוך הכרה בקיומן של מגבלות משתמעות על סמכות התיקון של החוקה.

177. בשנת 1987, בית המשפט העליון הקולומביאני קבע שהעם הוא זה שמחזיק בסמכות המכוננת העיקרית, והקונגרס נהנה מסמכות נגזרת, שאינה יכולה לשנות את המכלול של ההוראות החוקתיות. לפי גישת בית המשפט, הרשות השופטת נהנית מהסמכות לשמור על שלמות החוקה (Supreme Court of) (Colombia, Decision of 5 May 1978, G.J., No. 2397, 104).

178. החוקה של קולומביה משנת 1991 אינה כוללת הוראות מפורשות המטילות מגבלות מהותיות על סמכות התיקון (שניתנת להפעלה על ידי הרשות המכוננת, הקונגרס או באמצעות משאל עם – ראו סעיפים 374-378 לחוקה). נהפוך הוא; החוקה מסמיכה את הרשות השופטת לדון בתיקונים חוקתיים רק מטעמים של שגיאות פרוצדוראליות (סעיפים 241 ו-379). עם זאת, בית המשפט פירש את המונח "שגיאה פרוצדוראלית" בהרחבה. בהחלטה C- 551/ 03 בית המשפט העיר שסמכות התיקון אינה כוללת את החלפת החוקה באחרת. כך, כשהרשות המתקנת מחליפה את החוקה, היא פועלת בחוסר סמכות, ורק הכוח המכונן, הפועל באמצעים בלתי שגרתיים, כגון אסיפה מכוננת, יכול לגבש חוקה חדשה.

179. על העמדה האמורה חזר בית המשפט בהחלטה C- 1040/ 05, שבמסגרתה הוכרז התיקון שהעניק למועצת המדינה (Council of State) שהינה גוף בלתי נבחר, סמכויות חקיקה זמניות שאינן כפופות לביקורת שיפוטית, כבלתי חוקתי. לפי בית המשפט, התיקון האמור הפר את עקרון הפרדת הרשויות ועקרון עליונות החוקה, באופן שעולה כדי קבלה של חוקה חדשה, ובלשונו:

“There is a difference, then, between the amendment of the Constitution and its replacement. Indeed, the reform that is incumbent upon Congress may contradict the content of constitutional norms, even drastically, since any reform implies transformation. However, the change should not be so radical as to replace the constitutional model currently in force or lead to the replacement of a ‘defining axis of the identity of the Constitution,’ with another which is ‘opposite or completely different.’”

180. בהחלטה C- 588/ 2009 בית המשפט ביטל תיקון חוקתי שהעניק קביעות לבעלי תפקידים בשירות הציבורי מבלי שאלו עברו את הבחינות הכשירות הדרושות. בית המשפט קבע כי התיקון האמור החליף את עקרון השוויון ועקרון הכשירות שהם בבחינת אלמנטים בסיסיים בחוקה.

181. שוב, בשנת 2010, בית המשפט ביטל בהחלטה C- 141/ 2010 חוק שקבע קיום משאל עם לשינוי החוקה באופן שיאפשר לנשיא להתמודד בבחירות לכהונה שלישית. לפי בית המשפט, הרפורמה האמורה מהווה הפרה של עקרון הבסיס של הדמוקרטיה ומשפיע על הסדר החוקתי בכללותו.

182. דוקטרינת החלפת החוקה הקולומביאנית אף הגיעה לקוסטה ריקה, היכן שבית המשפט קבע באוביטר שתיקונים חוקתיים אינם יכולים להפר את המהות של זכויות האדם (ראו: Res 2010- 13313 (Supreme Court of Justice of Costa Rica (Constitutional Chamber)).

אוסטריה

183. החוקה האוסטרית אינה כוללת מגבלות מהותיות על סמכות התיקון, עם זאת, גם שם, קיימת הבחנה בין הפרוצדורה הנדרשת לשם שינוי חלקי בחוקה, המחייבת חקיקה על ידי הפרלמנט, לבין הפרוצדורה של שינוי כולל, המחייבת חקיקה על ידי הפרלמנט ואישור במשאל עם. כאן, בית המשפט החוקתי קבע כי שינוי כולל הוא שינוי שנעשה ביחס לעקרונות מובילים (*Leitender Grundsatz*). עקרונות אלה כוללים: דמוקרטיה, הפרדת הרשויות, שלטון החוק, חירויות יסוד והמבנה הפדראלי. כך, יצר בית המשפט החוקתי היררכיה של נורמות חוקתיות על ידי פרשנות מרחיבה למונח “שינוי טוטאלי” להעביר ביקורת שיפוטית המטילה מגבלות מהותיות על סמכות התיקון של החוקה.

184. כך למשל, בשנת 2001, בית המשפט החוקתי האוסטרי דן בתיקון לחוקה שהעניק חיסיון לחוקי מדינות שהוכרוזו בעבר כבלתי חוקתיים. בית המשפט החוקתי קבע ששלילת הכוח הנורמטיבי של החוקה הפר את עקרון שלטון החוק, וקבע שהתיקון הוא בבחינת שינוי כולל לחוקה, ועל כן, מחייב משאל עם, ומאחר שהתיקון אומץ על ידי הפרלמנט ללא קיום משאל עם, הוא הוכרע כבטל (ראו: Decision of Mar. 10, 2001, G 12/ 00, G 48- 51/ 00).

185. סיכום: סקירה זו מלמדת על מגמה שהולכת ומתרחבת בתיאוריה החוקתית הגלובאלית, המכירה בכך שסמכות הכינון והתיקון של החוקה אינה בלתי מוגבלת, וכי סמכות זו בעצמה נגזרת מהסדר החוקתי הקיים. יותר מכל, מה שעובר כחוט השני בסקירה האמורה, הוא מניעת השימוש בסמכות התיקון לפגיעה בערכים דמוקרטיים ובזכויות אדם ואזרח תוך תפיסת הסדר החוקתי כמכלול אחד, עם

מאפייני בסיס, שאינם ניתנים לשינוי בנקל.

ח. שימוש לרעה בסמכותה המכוונת של הכנסת

186. העותרים יטענו כי חוק יסוד הלאום הינו תוצר של שימוש לרעה בסמכותה המכוונת של הכנסת, וזאת ממספר טעמים: הטעם הראשון הוא כי חוק יסוד הלאום נחקק על מנת לקדם תכליות פסולות, כפי שאלה פורטו לעיל; הטעם השני נשען על היעדר הלגיטימציה של חוק יסוד הלאום. חוק יסוד, בהיותו נורמה חוקתית, ובמיוחד חוק יסוד המגדיר את הזהות החוקתית של המדינה, שנחקק ממניעים פרטיזניים/לעומתיים שמבוססים על כפייה, ומבלי לחתור לקונצנזוס רחב, חוצה-לאומים, שמשקף את הרכב החברה בכללותה, הינו חסר לגיטימציה ומלמד על הליך עשיית-חוקה פגום. הטעם השלישי נובע מהאופן בו התקבל חוק יסוד הלאום, המלמד על אי שקילת השלכותיו ביחס לאוכלוסיות הפלסטיניות, כפי שהדברים עולים מהצהרות חלק מחברי הכנסת שתמכו בו עובר לחקיקתו ובעקבות המחאה שהתפרצה לאחר חקיקתו.

187. אכן, השימוש בסמכותה המכוונת של הכנסת צריך להיעשות מאחורי "מסך הבערות" ולא מתוך שיקולים פוליטיים צרים, או במטרה לפגוע בציבור מסוים או בייצוג של אוכלוסייה מסוימת. כך, למשל, ציינה השופטת דורנר כי "אין זה רצוי שחוקי-יסוד – המהווים פרקים של חוקת המדינה יתקבלו או יתוקנו לצורך סיפוק צורכי-שעה קואליציוניים"¹³⁴. פרופ' אמנון רובינשטיין ופרופ' ברק מדינה מציינים, כי גם מניע קואליציוני שמטרתו לפגוע באפקטיביות הייצוג של "קבוצה מסוימת בחברה – למשל, המגזר הערבי" עלול להוביל למסקנה שהכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המצדיק ביקורת שיפוטית.¹³⁵ אמנם בעניין בר-און¹³⁶ ציינה הנשיאה ביניש שמניע קואליציוני לבדו אינו מספיק לביטולו של תיקון לחוק יסוד אך פרשה זו עסקה בתיקון חוק יסוד בדרך הוראת שעה שנוגעת לתקציב דו-שנתי ולא נגעה לסוגיות הליבה של יחסי רוב-מיעוט וכדברי השופטת (כתוארה אז) נאור "אין המדובר בפגיעה בזכויות אדם, ואין המדובר גם לטעמי בפגיעה בעקרונות יסוד משטריים."¹³⁷ ובעניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, הטעים המשנה לנשיאה (כתוארה אז), השופט רובינשטיין כי "במקום שמזוהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטקסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני 'הליבה החוקתית' ו'קדושתה', חשיבותה המשפטית והערכית"¹³⁸.

188. ואכן, הקלות שבה ניתן לתקן את חוקי היסוד, והפיתוי הרב של הרוב, בעל הכוח, להשתמש בסמכות המכוונת לטובת האינטרסים הפוליטיים שלו על מנת לכפות הסדרים על מיעוטים, מחייבים את בית המשפט לעמוד על המשמר שמא ינוצל לרעה הכוח הרב הטמון בסמכות המכוונת. בבחינת השימוש לרעה של הסמכות המכוונת, יש מקום לביקורת שיפוטית הדוקה. לעניין זה, העובדה שמדובר בחוקה בהתהוות

¹³⁴ בג"ץ 99/5160 התנועה למען איכות השלטון בישראל נגד ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999).
¹³⁵ אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 113 (2005) ובמיוחד הערת השוליים מספר 215 שם.
¹³⁶ בג"ץ 4908/10 בר-און נ' הכנסת, פ"ד סד(3) 275 (2011) (להלן: עניין בר-און).
¹³⁷ עניין בר-און, פס" 4 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור.
¹³⁸ בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, פס" ל' לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 6.9.2017).

יש בה להגביר את מידת הביקורת השיפוטית, שכן קיימת סכנה מוחשית וברורה כי בהיעדר הסדרים ברורים של תיקון חוקתי, ובהיעדר דרישות רוב נוקשות לתיקון חוקתי, עלול רוב מקרי, אפילו רוב קטן, לנצל את סמכותו המכוננת כדי להחליש את האופוזיציה, את שומרי הסף, את המיעוט, לשריין נושאים שנויים במחלוקת, לעשות שימוש מופרז ולא ענייני בסמכותו וכדומה. שלטון הרוב עלול להפוך על נקלה לעריצות הרוב.¹³⁹ בהקשר של חוק יסוד הלאום, נזכיר, כי הוא התקבל ברוב של 62 חברי כנסת מול 55 מתנגדים. האמנם מדובר ברוב חברי הכנסת, ואולם כשענייננו בחוק יסוד שמבקש לעגן את זהותה החוקתית של המדינה, את חוק החוקים, הרי שיש טעם לציפייה כי בסיס ההסכמה בנושא עיקרוני כאמור יהא רחב יותר.

189. שימוש בסמכות המכוננת לצורך הכרעות פוליטיות-פרטיזניות צרות ולעומתיות מהווה שימוש לרעה כאמור; וכך גם לגבי העברת נורמה חוקתית הנעדרת לגיטימציה רחבה ומתעלמת מזכויותיה ומעמדה של האוכלוסייה הערבית עולה כדי שימוש לרעה כאמור.

ח.1. נפקות תכליותיו הפסולות של חוק היסוד

190. באשר לתכליותיו של חוק היסוד וזיקתן לדוקטרינה בדבר השימוש לרעה בסמכות המכוננת ייטען כי, הדיבור "תכלית פסולה", כולל, בין היתר, תכלית שנועדה לפגוע בזכויות אדם¹⁴⁰. תכליות כאמור, כלשון פרופ' אהרן ברק:

"אין הן מקדמות זכויות אדם, ואף אינן תורמות למטרה חברתית כללית. תכליות אלה אינן ראויות, ודבר חקיקה אשר נועד לקיימן אינו עובר את הבחינה החוקתית. מקרים אלה קשה להלמם. אין להניח שמחוקק דמוקרטי נאור יחוקק חוקים אלה. בוודאי שחקיקה זו תיכשל כבר בשלב קודם של הבחינה החוקתית, שכן אין הוא הולס את ערכיה של מדינת ישראל. ניתן אפוא להדגיש מצב דברים זה מחקיקה קולוניאלית אשר נועדה להבטיח את השלטון הקולוניאלי, והממשיכה לעמוד בתוקפה עם המעבר למשטר דמוקרטי"¹⁴¹.

191. כשביצירת נורמה חוקתית עסקינן, השאיפה ליצור תכליות חדשות המבקשות להצדיק פגיעה בזכויות ולקדם ערכים אנטי-דמוקרטיים עולה כדי שימוש לרעה בסמכות המכוננת. כך, שקיימת זיקה הדוקה בין האופן שבו הכנסת עושה שימוש בסמכותה המכוננת והתכליות שהיא מקדמת במסגרתה, לבין הערכים שעל יסודם תיבחן חוקתיותו של חוק "רגיל" בעתיד, לרבות לעניין בחינת הלגיטימיות של תכליתו.

192. בהקשר זה ייטען כי השימוש בסמכותה המכוננת של הכנסת כדי לחתור תחת ערכים דמוקרטיים, וזאת תוך שימוש בהליך הדמוקרטי עצמו ליצירת נורמה חוקתית, מהווה טעם לפגם ומהווה כשלעצמו פגם היורד לשורש ההליך של יצירת חוקה. לעניין זה, מדובר על פרקטיקה שהמלומד דייוויד לנדאו כינה "abusive constitutionalism" המוגדר כ:

¹³⁹ ראו דבריו של פרופ' יצחק זמיר על הסכנה הטמונה בעריצות הרוב במאמרו "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" משפט וממשל א' 395, 397 (1993).
¹⁴⁰ ראו והושוו: אהרן ברק, פרשנות תכליתית – כרך שלישי 521 (2001) (להלן: ברק, פרשנות תכליתית).
¹⁴¹ שם, בעמ' 521.

“[T]he use of the mechanisms of constitutional change – constitutional amendment and constitutional replacement – to undermine democracy.”¹⁴²

193. לגישתו, הרעיון של השימוש לרעה בהליכים של יצירה/תיקון חוקתיים יכול לצקת תוכן אל תוך הדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי. בהקשר זה, לנדאו מתמודד עם הטענות נגד השימוש בדוקטרינה כביטוי לפונקציה האנטי-דמוקרטית, שלטענת מבקריה בה לוקה הביקורת השיפוטית על חקיקה בכלל ועל נורמות חוקתיות בפרט:

“the fact that the doctrine may be used to protect basic principles of the democratic order may help to alleviate or at least problematize concerns about it being the ultimate undemocratic or counter-majoritarian act that a court can carry out. First, as noted in detail in Part I, constitutional amendment processes can easily be used to carry out the agendas of particular actors or political groups; they do not necessarily represent the will of the ‘people’ in an uncontestable sense...”¹⁴³

194. כאמור חוק היסוד מכונן את “העם” ומבנה אותו במונחים אקסקלוסיביים ומדירים שכוללים אך ורק את האוכלוסייה היהודית בתור הסובייקט שלו הזכות להגדרה עצמית בלעדית. השימוש בסמכותה המכוננת של הכנסת לקידום תכלית דומיננטית זו מהווה שימוש לרעה בה, ועל כן הינו פסול. תכלית זו אף מנוגדת למשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם, כפי שפירטנו לעיל, לרבות בכל הנוגע לשלילת הזכות להגדרה עצמית מהמיעוט הערבי במדינה, שהוא בבחינת מיעוט מולדת הזכאי על פי הדין הבינלאומי למימוש האוטונומיה הפוליטית שלו וזכותו להגדרה עצמית.

195. יתר סעיפי חוק היסוד הם ביטוי לתכלית דומיננטית זו, החל מקביעת מסלולים נפרדים לצרכי התאזרחות, המגיעים כשלעצמם לכדי פגיעה בשוויון ונשענים על ההיגיון הגזעני של הדוקטרינה בדבר “נפרד שאינו שווה”; עובר בהתעלמות מוחלטת מהזכויות הקיבוציות של האוכלוסייה הערבית, שמתבטא בין היתר גם בשינוי מעמדה של השפה הערבית לרעה, וזאת בניגוד להסדרים במשפט הבינלאומי שמכירים בחשיבות הזכויות הקולקטיביות של מיעוטי-מולדת ובהיגיון שהנחה את בית המשפט העליון בפסיקותיו ביחס למעמד השפה הערבית, כפי שפורט בחלק העובדתי לעיל; עובר בהכרזה על יישור האינטרסים של המדינה עם האינטרסים הבלעדיים של האוכלוסייה היהודית בה בכל הנוגע למקרקעין ודיוור, וזאת כביטוי לתפישות המנוגדות לעקרון איסור ההפליה על רקע אתני/לאומי (לצד עילות-שייכות אחרות) ואף מנוגד לערכי השוויון שהוכרו על ידי בית המשפט העליון, לרבות בהקשר של הקצאת מקרקעין ודיוור;¹⁴⁴ וכלה בצמצום הייצוג בסמלי המדינה ומועדיה הרשמיים לאוכלוסייה היהודית.

196. על יסוד האמור, ולנוכח תכליותיו הפסולות של חוק יסוד הלאום, בית המשפט מתבקש לקבוע כי הכנסת עשתה שימוש לרעה בסמכותה המכוננת ולהורות על בטלות חוק יסוד הלאום.

¹⁴² David Landau, *Abusive Constitutionalism*, 47 U.C.D. L.Rev. 189, 191 (2013) (hereinafter: Landau, *Abusive Constitutionalism*)

¹⁴³ *Id.*, at 236.

¹⁴⁴ ראו את הדיון לעיל ביחס לסעיף 7 לחוק יסוד הלאום.

ח.2. היעדר הלגיטימציה של חוק היסוד

197. אחת הפונקציות העיקריות של החוקה שמקודמת בשיח הנורמטיבי על חוקות ועשייתן הינה לייצר לגיטימציה והצדקה (Legitimacy and Justification) פוליטית וחוקית למונופול שבידי המדינה על השימוש בכוחה הכופה כלפי האזרחים שמתבטא בין היתר בדרישה כלפיהם לכבד את תוצרי הליך קבלת ההחלטות הפוליטי שנתקבלו בהליך דמוקרטי (לרוב ענייננו בחקיקה ראשית ובחקיקת משנה) ולפעול על פיהם, ובמידת הצורך לנקוט באמצעי אכיפה כלפי אלה שמפרים אותם. על פי המלומד פרנק מייקלמן:

“Systems of legal ordering always invite a question of justification and legitimacy. We want to understand how to justify the demands we make on each other in the name of the law. Demand, I mean, that we back with threats of force; demands we make for everyone’s regular compliance with the laws of the country, and of course that includes compliance by those who might not like or approve of all the laws that get made. One answer to this sort of question, which has apparently proved appealing in many contemporary societies, is that demands for legal compliance are justified as long as the laws in question issue from a general system for lawmaking and legal administration – a constitutional regime – that everyone can fairly be called on to accept.”¹⁴⁵

198. הרעיון של החוקה ובמיוחד כשמדובר ברכיב המכונן את הזהות החוקתית כמקור לגיטימציה לתוצרי ההליך הפוליטי, במיוחד כלפי המתנגדים למדיניות או חוק מסוימים, נשען על אסכולת “האמנה החברתית” בתיאוריות פוליטיות המניחות קיומו של גיוון חברתי ופלורליזם אנושי במרחב פוליטי נתון, ונובע מהצורך לעצב תנאי הוגנים לשיתוף פעולה חברתי בין אזרחים, המחזיקים בתפישות עולם מגוונות ושונות, על בסיס של שוויון וחירות. אחד ההוגים החשובים לעניין זה הוא ג'ון רולס, שקידם את הרעיון של “ליברליזם פוליטי” (בניגוד לליברליזם מהותני-מוסרי), מתוך שאיפה לתור אחר תנאים הוגנים וצודקים להשגת יציבות פוליטית במציאות חברתית המורכבת מפרטים וקבוצות המחזיקים בתפישות עולם (מהותיות) שונות, ולעיתים אף סותרות. התכלית של התיאוריה היא להצדיק את הדרישה של אזרח ממשנהו לכבד את התוצרים של ההליך הפוליטי על אף אי ההסכמה ביניהם בעניין ספציפי זה. עבור רולס רבים אחרים, ניתן להצדיק ציפייה לקבלת תוצאות פוליטיות בעניין קונקרטי שקיימת מחלוקת סביבן כל עוד הן נשענות על נורמה בסיסית, או מה שמתקרא בכתיבתו של רולס כ”עיקרים חוקתיים” (Constitutional Essentials), שגם ה-”מפסיד” בהחלטה פוליטית כלשהי מקבל כנורמה לגיטימית וראויה. דהיינו, על אף המחלוקת הקונקרטית, ההסכמה הרחבה לגבי יסודות המשטר יכולה להצדיק ציפייה לכיבוד תוצאות שקיימת התנגדות לגביהן.

199. תיאוריה זו שוללת את אלמנט הכפייה כרכיב לא לגיטימי. פרנק מייקלמן מסביר בקצרה את הרעיון האמור:

¹⁴⁵ Frank I. Michelman, 2009 Edward A. Seegers Lecture – Legitimation by Constitution (and the News from South Africa), 44 VAL. U. L. REV. 1015, 1016-7 (2010).

“Political action inevitably is linked to coercion or the threat of ¹⁴⁶it. For liberals like John Rawls and countless others, coercion is morally supportable, hence politics possibly can be legitimate, only if its authors and perpetrators can justify what they do by appeal to principles and rules that ought – or so it is maintained – to be found acceptable by any clear-sighted person seeking fair terms of social cooperation for a population of presumptively free and equal persons holding diverse and conflicting conceptions of the good.”¹⁴⁷

200. החוקה, אם כן, אינה יכולה להיות כשלעצמה תוצר של ביטוי להגמוניה וכפייה של קבוצה אחת באחרת, כפי שחוק יסוד הלאום עושה. לעומת זאת, החוקה צריכה לייצר תשתית נורמטיבית השואפת להשגת תמיכה רחבת-היקף וחוצת-קבוצות כדי לתמוך בדרישה כלפי כלל האזרחים, ולשמש לדרישה זו הצדקה, לפעול בהתאם לכלל החוקים, לרבות החוקים ויתר התוצרים הפוליטיים שעלולים להיות במחלוקת.¹⁴⁸

201. בכפי שצינו בדוגמאות הרבות בפרקים הקודמים, חברות רבות הכוללות שסעים אתניים-לאומיים שמעצם טיבם נשענים על דרישות להכרה בזכות הקבוצות השונות המרכיבות את המארג החברתי הכולל להגדרה עצמית. ההכרה בפלורליזם כאמור אף לא פסחה על המשפט הבינלאומי שעיגן הוראות הנוגעות לזכויות קיבוציות והכרה פורמאלית במיעוטים לאומיים ילידיים. בחברות מעין אלו, הזהות של המדינה הופכת להיות נושא שבמחלוקת והלגיטימציה של המשטר החוקתי עצמו תוכתב על פי סוגי הבחירות הנעשות במישור זהותי זה. ואכן, המלומדת חנה לרנר הסבירה במונחים של לגיטימציה את מרכזיותה של הזהות החוקתית בהליכי עשיית חוקה בחברות שסועות:

“The difficulty of making a legitimate constitution is especially evident in cases of deeply divided societies, which are characterized on the one hand by lacking the preconditions of national homogeneity that facilitate unified action and enable the manifestation of sovereignty through the realization of constituent power. On the other hand, segmented polities, which are still struggling over their shared identity, lack the capability of individualistic societies to act together on the basis of their civil commonalities and to write a liberal identity-neutral constitution. The question of conflict resolution in sharply fragmented societies is amplified under the task of constitutionmaking, since the formalization process required for drafting a constitution raises the most fundamental issues in their most elemental form. ‘Both in the declaratory objectives and in its more specific fleshing out of the state’s parameter, the drafting of a constitution forces the issues. It does not

¹⁴⁶ JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 217 (Columbia University Press, 1996).

¹⁴⁷ Frank I. Michelman, *Constitutional Legitimation for Political Acts*, 66(1) THE MODERN LAW REVIEW 1, 1 (2003).

¹⁴⁸ לעניין היעדר קיומה של הסכמה מספקת על מסגרת משותפת להכרעות כאמור ונפקותה, ראו דו"ח גביזון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 32.

allow explosive questions to remain ambiguous and obscure'.¹⁴⁹

202. משכך, שאלת הזהות החוקתית המקודמת על ידי הפעלת הסמכות המכוננת הינה מכרעת לעניין הלגיטימציה של המשטר החוקתי הכולל, ועל אחת כמה וכמה בחברות שסועות. בחלוקה גסה, שלוש ברירות עומדות בפני הכוח המכונן (Constituent Power) לעניין ההכרעה בשאלת הזהות החוקתית: הראשונה – הגדרת המדינה כניטראלית ביחס לשאלות זהותיות-לאומיות והגדרת הריבונות במונחים אזרחיים-ליבראליים; השנייה – יישור זהות המדינה עם הזהויות הלאומיות-אתניות-תרבותיות שמהן מורכב הפסיפס החברתי הכולל, תוך קידום קונספציה מכילה של ריבונות הנשענת על ההכרה בכלל הקבוצות במרחב הפוליטי המשותף למימוש זכותן להגדרה עצמית; והשלישית – יצירת זהות חוקתית שנשענת על הכרה בלעדית ואקסקלוסיבי בזכותה של קבוצה אחת ודומיננטית להגדרה עצמית תוך שלילת זכויות כאמור מיתר הקבוצות בחברה.

203. חוק יסוד הלאום דוגל בגישה האחרונה, המעגנת את הזהות החוקתית של המשטר בהתאם לזהות האוכלוסייה היהודית תוך שלילת ייצוגה של האוכלוסייה הפלסטינית במדינה, שהינה אוכלוסייה ילידית. עיגון מדיר כאמור של הזהות החוקתית של המדינה מייצר חוסר-לגיטימציה למשטר החוקתי והפוליטי כולו.

204. יוצא אפוא כי בעוד שהלגיטימציה של סמכותה המכוננת של הכנסת נשענת על הכוח הריבוני של הקולקטיב האזרחי בכללותו (the people), הכנסת עשתה שימוש בסמכותה זו לחקיקת חוק יסוד הלאום המבקש להגדיר מיהו הקולקטיב האזרחי הרלבנטי באופן מדיר שאינו כולל את כל מרכיבי אותו קולקטיב ריבוני. שימוש כאמור בסמכות המכוננת שהוענקה לכנסת על ידי הריבון האזרחי, כך ייטען, הינו שימוש לרעה בה ודינו בטלות.

205. חוקה שמטרתה היא לקבע מערך של שליטה ודיכוי של קבוצה אתנית מסוימת על אחרת על פי קונספציה חלקית ואקסקלוסיבית של הזכות להגדרה עצמית הינה חוקה בלתי לגיטימית. בחברות המכילות גיוון אתני, לאומי ותרבותי קונספציית ההגדרה העצמית הריבונית, שלידתה ברעיונות הליבראליים של הנאורות בדבר

206. חירות העמים משליטה, אינה יכולה לקדם, להצדיק ולהישען על שליטה, כפייה, שלילה והדרה. כלל הקבוצות בחברה דמוקרטית זכאיות למימוש הגדרתן העצמית במשולב ובמאוחד, תוך המשגתו כביטוי לאי-שליטה (self-determination as non-domination) על פני תפישות אקסקלוסיביות רובניות וקולוניאליות של מונח זה.¹⁵⁰

207. בשולי הדברים נעיר כי החלטת הררי ההיסטורית, שקבעה כי חוקת המדינה תיווצר פרקים-פרקים חלף המנדט שניתן לכנסת הראשונה לחוקק חוקה מקיפה ומלאה, נבעה בדיוק מהתפישה שלא ניתן

¹⁴⁹ Hanna Lerner, *The People of the Constitution: Constitution-Making, Legitimacy, Identity – Paper to be presented at the mini-APSA Department of Political Science, Columbia University* 2-3 (April 30, 2004).

¹⁵⁰ לרעיון של הזכות להגדרה עצמית כביטוי לאי-שליטה, ראו: YOUNG, INCLUSION AND DEMOCRACY, *supra* note 9, at 255-65.

להכריע בשאלות יסוד ביחס לזהותה החוקתית של המדינה תוך כפייתה על האוכלוסייה הדתית-חרדית בזמנו תוך העדפת הגישה ההדרגתית שנשענה על התקווה ליצירת קונצנזוס עתידי סביב שאלות יסוד אלה, וזאת למרות שבזמנו מתוך 120 חברי הכנסת, נציגותה של אוכלוסייה זו הסתכמה ב-16 חברי כנסת בלבד. חנה לרנר מבהירה את הרקע לקבלת ההחלטה כדלקמן:

“Despite the large majority of the secular camp in the Knesset (only Sixteen members, out of 120 Knesset members, represented the religious parties – see Table 3.1), in June 1950, eighteen months after it was elected as a Constituent Assembly, the Knesset decided not to draft a constitution in a single document. Following a heated debate, a compromise resolution was passed, named after its sponsor, Haim Harari, the chair of the Knesset Committee.

What is clear is that underlying this debate over the future of the constitution was the recognition, shared by the representatives of all political parties, of the profound ideological rift in Israeli society between the secular and the religious visions of the state.”¹⁵¹

208. השימוש בסמכות המכוננת לקידום תכלית של שליטה ועליונות יהודיים במרחב הפוליטי הכולל אזרחים ערבים-פלסטינים, מהווה אף הוא שימוש לרעה בכוח שהואצל לכנסת על ידי כלל האזרחים, לרבות אלה המודרים בחוק היסוד מהגדרת הריבון.

ח. חוסר דיון בהשפעתו של חוק היסוד כאינדיקציה לפגמים בהליך

209. בהליך חקיקת חוק היסוד נפלו פגמים שנלמדים גם מההצהרות שניתנו על ידי חברי הקואליציה לאחר חקיקתו לפיהם הדבר נעשה בחיפזון וללא שקילת השפעתו החברתית והפוליטית על מעמדן של קבוצות שונות במדינה. בעקבות המחאה הציבורית שהתפרצה עקב קבלת חוק יסוד הלאום, הביעו מספר חברי כנסת שהצביעו בעד חוק היסוד דעות שמלמדות על כך שבעת הצבעתם לא ראו לנגד עיניהם את ההשפעות הפוטנציאליות של חוק היסוד על אוכלוסיות שחוק היסוד מדיר. כך למשל, שר האוצר, ח"כ משה כחלון, אמר כי “חוק הלאום נחקק בפזיזות. טעינו ונתקן”¹⁵². שר החינוך, ח"כ נפתלי בנט הצהיר כי “לאחר שיחות עם רבים מאחינו הדרוזים, עולה שאופן החקיקה של חוק הלאום פגע מאוד דווקא בהם ובמי שקשר גורלו למדינה היהודית. זו כמובן לא כוונת ממשלת ישראל”¹⁵³. ח"כ חמד עמאר, שהיה חתום על הצעת חוק יסוד הלאום, אף הוא התבטא נגד חוק היסוד לאחר קבלתו ואף הצטרף לעתירה התוקפת את חוקתיותו.¹⁵⁴

210. דברים אלה מלמדים על החיפזון באופן שבו נתקבל חוק היסוד והיעדר קיומו של דיון רציני ביחס

¹⁵¹ HANNA LERNER, MAKING CONSTITUTIONS IN DEEPLY DIVIDED SOCIETIES 57-8 (Cambridge University Press, 2011).

¹⁵² יקי אדמקר ויואב אתיאל, “כחלון: ‘היינו פזיזים, טעינו בניסוח חוק הלאום, צריך לתקן’”, **וואלה! חדשות** (26.7.2018).

¹⁵³ שם.

¹⁵⁴ אלכסנדרה לוקש וניר (שוקו) כהן, “עתרו נגד חוק הלאום: ‘מפלג ומשסע את המדינה’”, **ynet** (23.07.2018).

להשפעות הרוחב הפוטנציאליות שלו על הסדר החוקתי במדינה. הניסיונות של הקואליציה לשכך את המחאה על ידי הצעות להכללת האוכלוסייה הערבית-הדרוזית בחוק היסוד או בחקיקה נפרדת מלמדות על התפישה המתגבשת עתה, בניגוד להצהרות קודמות, ביחס לאפקט המדיר שחוק היסוד מייצר. אך יותר מכל, זה מלמד על חוסר הרצון אצל או האדישות של חברי הכנסת, בעת הדיונים בחוק היסוד וההצבעות במליאה עליו, לגבי משמעויותיו. זאת כאשר ישנה ציפייה שהליכי החקיקה, לא כל שכן הליכי עשיית החוקה, ייעשו תוך מתן ביטוי מלא להשתתפות אפקטיבית ומודעת.¹⁵⁵ ברי כי על אף התמשכות פרק הזמן של דיוני הוועדה המשותפת שהכינה את חוק יסוד הלאום ודנה בו, חברי הכנסת הצביעו למעשה על פרק בחוקה מבלי להבין את השלכותיו והיקף הפגיעות הכרוכות בו במלואם.

211. פגם זה יורד לשורש ההליך, והתהודה הציבורית אותה מקבלת המחאה נגד חוק יסוד הלאום וההכאה על חטא של חלק מתומכיו מעידות כאלף עדים על החיפזון והרשלנות שעמדו בבסיס חקיקת חוק היסוד.

212. בית המשפט, אפוא, מתבקש להורות על בטלותו של חוק היסוד לנוכח הפגמים שנפלו בהליכי חקיקתו.

לאור האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, לקבלה ולחייב את המשיבים בהוצאות משפט.

סוהאד בשארה, עו"ד

חסן ג'בארין, עו"ד

פאדי ח'ורי, עו"ד

מאיסאנה מוראני, עו"ד

סאוסן זהר, עו"ד

¹⁵⁵ ראו והשוו: בג"ץ 10042/16 קוונטסקי נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 6.8.2017).

חיפה, אוגוסט 2018