



נייר עמדה:

הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי

חודש יולי 2018

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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