

1. ח"כ ד"ר ג'מאל זחאלקה

2. ח"כ חנין זועבי

3. ח"כ ג'מעה אזברגה

ע"י ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין ו/או פאדי ח'ורי ו/או סוהאד  
בשארה ו/או סאוסן זהר ו/או מייסאנה מוראני  
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי  
בישראל, רח' יפו 94 חיפה, ת"ד 8921 חיפה 31090,  
טל' 04-9501610, נייד 052-3228901; פקס: 04-9503140

### העותרים

- נגד -

יו"ר הכנסת, ח"כ יולי אדלשטיין

הכנסת, קריית בן-גוריון, ירושלים, 91950

### המשיב

## עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לקיום דיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו על תנאי המורה למשיב לבוא ולנמק:

א. מדוע לא יבוטל סעיף 75(ה) לתקנון הכנסת, במיוחד בחלקו הנוגע לעילה בדבר "מדינתו של העם היהודי";

ב. מדוע לא תבוטל החלטת נשיאות הכנסת מיום 4.6.2018 המונעת הנחת "הצעת חוק יסוד: מדינת כל אזרחיה" אשר הוגשה על ידי העותרים על שולחן הכנסת.

## בקשה לקביעת מועד לדיון דחוף וכן הוצאת צו על תנאי עם הגשת העתירה

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף בעתירה וכן להוציא צו על תנאי עם הגשתה, וזאת מהנימוקים הבאים:

1. העותרים הינם חברי כנסת המכהנים בכנסת ה-20 מטעם הרשימה המשותפת כנציגי רשימת בל"ד.

2. עתירת זו מוגשת כנגד החלטת נשיאות הכנסת מיום 4.6.2018 האוסרת את הנחתה על שולחן הכנסת של "הצעת חוק יסוד: מדינת כל אזרחיה" שהוגשה על ידי העותרים.

3. העותרים הגישו את "הצעת חוק יסוד: מדינת כל אזרחיה" בתקופה הנוכחית, וזאת לנוכח התקדמות הליכי החקיקה ב-"הצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי" (להלן: הצעת חוק הלאום) שכבר עברה קריאה ראשונה ומונחת כעת על שולחנה של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת וועדת החוקה, חוק ומשפט לצורך הכנתה לקריאה שנייה ושלישית.
4. אשר על כן, העיתוי להגשת ההצעה מטעם העותרים אינו מקרי והוא קשור בקשר הדוק לשיח פוליטי וגורלי שמתנהל בהווה על זהותה החוקתית של המדינה, שהצעת העותרים מבקשת להציב במסגרתו קול אלטרנטיבי.
5. בעבר הוגשה עתירה דומה כנגד החלטת נשיאות הכנסת בכנסת ה-18 בשנת 2011 על ידי ח"כ אחמד טיבי שבה בית המשפט הוציא צו על תנאי וקבע את הדיון בפני הרכב מורחב. אך לאחר שהעתירה הייתה תלויה ועומדת בבית המשפט במשך שנה ושבעה חודשים, ולנוכח בחירת הכנסת ה-19, בית המשפט הנכבד קבע בפסק הדין כי דין העתירה להימחק משום שהעותר יכול להביא את הצעתו מחדש בפני נשיאות הכנסת הנכנסת וכי נשיאות זו אינה מחויבת בהחלטות קודמתה (ראו: (ראו: בג"ץ 5478/11 טיבי נ' יו"ר הכנסת מיום 3.2.2013).
6. לכן, מאחר והצעת החוק מושא עתירה זו הינה בעיקר גם תגובה להצעת חוק הלאום שהדיונים אודותיה הן במליאת הכנסת והן בקרב הציבור כבר החלו, קיום דיון מהיר בעתירה הינו חיוני ביותר על מנת לאפשר לעותרים לממש את זכויותיהם הפרלמנטאריות וחובותיהם הייצוגיות כלפי בוחריהם במהלך כהונתה של הכנסת ה-20 ותוך כדי הדיונים בהצעת חוק הלאום.
7. על יסוד פסק דין טיבי לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי עם הגשת העתירה וכן לקבוע מועד דיון דחוף בעניינה כפי שהוסבר לעיל.

**ואלה הם נימוקי העתירה:**

## **הרקע העובדתי**

### **א. העתירה בתמצית**

1. עתירה זו מעלה שאלה קונסטיטוציונית ממעלה ראשונה: האם זכאי חבר כנסת להעלות בפני מליאת הכנסת הצעת חוק אשר נוגעת לזהותה החוקתית של מדינת ישראל ובמיוחד כאשר הצעת חוק זו תואמת את המצע הפוליטי של מפלגתו שעל בסיסו הוא נבחר? באופן קונקרטי יותר: האם אין זה לגיטימי מבחינה דמוקרטית להעלות בפני המליאה הצעת חוק בדבר "מדינת כל אזרחיה"?
2. עניינה של העתירה בהחלטה שניתנה על ידי נשיאות הכנסת, בראשה עומד המשיב, מיום 4.6.2018 שלא לאשר את הנחתה על שולחן הכנסת של "הצעת חוק יסוד: מדינת כל אזרחיה" (להלן: הצעת חוק היסוד),

אשר הוגשה על ידי העותרים שהם נציגי רשימת בל"ד ברשימה המשותפת. ההצעה הנדונה הובאה בעיתוי זה בעיקר כתגובה להצעת חוק הלאום.

3. הערכים בדבר מדינת כל אזרחיה שבהצעת חוק היסוד הינם חלק ממצעה הפוליטי של רשימת בל"ד והיא נידונה יותר מפעם בפני בית המשפט העליון. כך היה עיקר הדיון לקראת הבחירות לכנסת ה-16 בשנת 2002 ובפני הרכב של 11 שופטים (להרחבה על מצע זה, ראו פס' 34 בא"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי**, פ"ד נז(4) 1 (2003)). כמו כן, לקראת הבחירות לכנסת ה-18, בשנת 2009, הרחיב העותר מס' 1 בתצהירו את מצע בל"ד והתמקד בעיקר במשמעות "מדינת כל אזרחיה". ועל כן ההצעה הנדונה אינה סוטה ממה שהוצהר על ידי העותר מס' 1 או רשימתו בפני בית המשפט העליון (ראו התייחסות לעניין זה בפס' 3 לבע"ב 561/09 **בל"ד – המפלגה הלאומית הדמוקרטית נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18** (פורסם בנבו, 07.03.2011)).

4. ביום 4.6.2018, החליטה נשיאות הכנסת כי לא תאושר הנחתה על שולחן הכנסת של הצעת חוק היסוד האמור. ההחלטה נסמכה על סעיף 75(ה) לתקנון הכנסת לפיו:

"הצעת חוק פרטית תובא לאישור נשיאות הכנסת; נשיאות הכנסת לא תאשר הצעת חוק שלדעתה שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי או שהיא גזענית במהותה."

#### **העתק מהחלטת נשיאות הכנסת מיום 4.5.2018 מצורף ומסומן כנספח ע/1.**

5. לפני קבלת החלטתה, העביר היועץ המשפטי של הכנסת, מר איל ינון, לנשיאות חוות דעת בעניין וקבע כי נשיאות הכנסת מוסמכת במקרה דנן למנוע את הנחתה של הצעת חוק היסוד, וזאת לנוכח קביעתו כי היא מבקשת "לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי".

#### **העתק מחוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת מיום 3.6.2018 מצורף ומסומן כנספח ע/2.**

6. למיטב ידיעת העותרים, זהו המקרה הראשון בהיסטוריה המודרנית שפרלמנט לא מאפשר הבאת הצעת חוק לדיון בפני המליאה כאשר הצעה זו נוגעת להגדרתה הבסיסית של דמוקרטיה המתבססת על עקרון ה-"דימוס" (Demos) שלפיו התושבים המתגוררים באותה טריטוריה שחלה עליהם החוקה הם אזרחים שווים והם הריבון.

7. העתירה תיטען כי סעיף 75(ה) לתקנון הכנסת, ככל שהוא נוגע לעילת "מדינתו של העם היהודי", הינו בטל. הוא פוגע בזכויות יסוד ובראשן חופש הביטוי הפוליטי והשוויון שכן לפי המצב השורר מותר לכנסת לקיים דיונים בענין הצעת חוק הלאום שמפלה את האזרחים הערבים ואשר כוללת סעיפים שעל פי פסיקתו של בית המשפט העליון הינם גזעניים באופן מובהק אך במקביל אסור לדון בהצעת חוק בדבר מדינת כל אזרחיה שמתבססת על ערכים אוניברסאליים. התיקון אינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה שכן התיקון הזה אינו נסמך על חקיקה מפורשת המאפשרת פסילת הצעת חוק מראש על בסיס אידיאולוגי, אינו לתכלית ראויה כי הוא פוגע בזכויות אזרח ובזכויות הן הנבחרים והן בוחריהם, ואינו מידתי. גורפות התיקון

מתבטאת בעובדה כי על אף שהנושא של הזהות החוקתית של המדינה הינו בלב המחלוקת הציבורית, סעיף זה מונע באופן גורף דיון בהצעת "מדינת כל אזרחיה". חשוב לציין בהקשר זה, וכפי שיעלה בהרחבה בהמשך, כי רק לאחרונה ניתן פסק דין בעניין הדחת חברי כנסת ושם צוין מפורשות כי אחת הסיבות להורדת עילת "מדינה יהודית ודמוקרטית" כעילה להדחה היא היותה של עילה זו עמומה ביותר ומאפשרת הדחה על בסיס עמדות פוליטיות.

8. לחילופין, ייטען כי השימוש בסמכות מטעם הנשיאות במקרה הקונקרטי הזה לוקה בחוסר סבירות קיצונית. מאחר ומדובר בסמכות הפוגעת בזכויות יסוד, פרשנות הסעיף הנדון חייבת להיות מצמצמת הנותנת משקל לחופש הביטוי הפוליטי והשוויון על בסיס המבחנים המקובלים. לא די בכך שהצעת החוק מאתגרת את הזהות החוקתית הקיימת של המדינה, אלא שצריכה להתקיים ודאות קרובה, ולמצער אפשרות ממשית, שהנחתה על שולחן הכנסת תפגע באינטרס ציבורי. כך עשה בית משפט נכבד זה כאשר דן ביישום סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת כשציין שלא די שהמצע הפוליטי נוגד את הזהות החוקתית של המדינה אלא שצריך להביא "מסה קריטית" של ראיות המצביעה על פעילות אינטנסיבית השוללת את הזהות הזו. במקרה זה, החלטת הנשיאות הינה פסולה וזאת משום שלא נבחנה הנחת ההצעה הנדונה על פי מבחן זעזוע אמות הסיפים, מבחן הוודאות הקרובה ואף לא לפי מבחן האפשרות הממשית.

### **ב. הפירוט: הצעת חוק היסוד והצעת חוק הלאום**

9. הצעת חוק היסוד מטעם העותרים מושא עתירה זו מבקשת להגדיר את המדינה כמדינת כל אזרחיה, ומטרתה "היא לעגן בחוק-יסוד את עקרון האזרחות השווה לכל אזרח, תוך הכרה בקיומם ובזכויותיהם של שתי קבוצות הלאום, היהודית והערבית, החיות בגבולות המדינה, המוכרים על פי הדין הבינלאומי". עוד מעגנת ההצעה את אופיו של המשטר במדינה כדמוקרטי, המושתת על "ערכי כבוד האדם, חירותו והיותו שווה בין שוויים", שבמסגרתו "המדינה מכבדת את הזהות האינדיבידואלית והקולקטיבית של אזרחיה על בסיס שווה, ללא הפליה מטעמי לאום, גזע, דת, מגדר, לשון, צבע, השקפה פוליטית, מוצא עדתי או מעמד חברתי". הצעת חוק היסוד מוסיפה וקובעת הסדרים ביחס לאזרחות, למעמדן השווה של השפות הערבית והעברית, זכויות תרבותיות וזכויות חברתיות.

10. בדברי ההסבר להצעה צוין:

"כיום ישנה הפליה מהותית וממסדית המתבטאת, בין היתר, בהגדרת המדינה, בהקצאת התקציבים, בזכויות קניין וקרקע, בחינוך, בתשתיות, בתעסוקה, ביחס ללשון ולזהות ובחוקי האזרחות המעניקים עליונות לקבוצה לאומית אחת. חוק היסוד המוצע מושתת על אזרחות שווה וזכויות אזרחיות שוות, ואוסר על קיומם של סוגים ורמות שונות של אזרחות על בסיס כלשהו.

מטרתו של חוק היסוד המוצע היא לעגן את עקרונות השוויון והדמוקרטיה ואת האזרחות השווה לכלל האזרחים במדינה ללא הפליה או הבחנה כלשהי

על בסיס שיוך קבוצתי. החוק מבטיח שהמדינה לא תהיה רכושה של קבוצת אזרחים מסוימת, אלא מדינה לכל האזרחים בשוויון מלא.

חוק היסוד המוצע מתבסס על הערכים של מדינות דמוקרטיות המבטיחים את השוויון והחירות האישית לכלל האזרחים והתושבים והכרה בזכויות הקבוצתיות של הקבוצות הלאומיות והתרבותיות שבתוך המדינה. כמו כן, הוא נועד ליישם את האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם ובכלל זה זכויות פוליטיות, חברתיות, כלכליות, תרבותיות וזכויות קבוצתיות.

נקודת המוצא של הצעת חוק זו היא שבשטחי ה"קו הירוק" חיים שני לאומים שזכאים ליחס שווה הן במישור זכויות הפרט והן במישור הקיבוצי, וזאת ללא פגיעה בשוויונם של שאר האזרחים או התושבים. חוק היסוד המוצע מבטיח הפרדה בין דת ומדינה, בניגוד למצב המצוי כיום. הפרדה זו מהווה בסיס דמוקרטי, שמטרתו היא להגן על זכותם של כלל האזרחים למימוש הגדרתם העצמית, חירויותיהם האישיות והקבוצתיות. הוא נועד למנוע כפייה דתית ולהבטיח שהמדינה תהיה ניטרלית ביחסה לקבוצות דתיות, ולא תהיה קשורה לקבוצה אחת על חשבון אחרת או אחרות.

חוק היסוד המוצע מגן על זכויותיהם השוות של כל האזרחים בהתבסס על עקרונות כבוד האדם, החירות, השוויון והצדק, ובכפוף לדין הבינלאומי."

### **העתק מהצעת חוק יסוד: מדינת כל אזרחיה מצורף ומסומן כנספח ע/3.**

11. כאמור, הצעת חוק היסוד הובאה בעיתוי הזה בעיקר כתגובה להצעת חוק הלאום אשר זכתה לאישור ועדת השרים לענייני חקיקה, עברה את שלב הקריאה הטרומית במליאה, צלחה את הדיון בוועדה המשותפת לוועדת הכנסת וועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן: הוועדה), זכתה לרוב של 64 תומכים מול 51 מתנגדים בקריאה ראשונה במליאת הכנסת בדיון שהתקיים ביום 30.4.2018, ועתה נמצאת בהכנה בוועדה לקראת קריאה שנייה ושלישית.

### **העתק מהצעת חוק הלאום מצורף ומסומן כנספח ע/4.**

12. הצעת חוק הלאום מעגנת את הזהות החוקתית של המדינה והיא קובעת כי ההגדרה העצמית הלאומית במדינת ישראל תהיה אך ורק ליהודים; העברית היא שפת המדינה, ההמנון הוא "התקווה", הדגל הוא הישראלי, ההגירה המובילה לאזרחות אוטומטית היא בלעדית ליהודים לפי חוק השבות, יום "העצמאות" הוא חג לאומי, הלוח העברי הוא לוח רשמי של המדינה, מועדי הזיכרון והחגים הרשמיים הם ציונים-יהודיים; לאפשר הקמת יישובים סגרגטיביים על בסיס לאומי; המשפט העברי מהווה מקור משפטי; "ירושלים בירת ישראל"; וטיפול הקשר עם "יהדות התפוצות".

13. הזהות החוקתית של המדינה במובן "We, the People" על פי הצעת חוק הלאום היא "אנחנו, היהודים" וההצעה הנדונה מבחינת העותרים מבקשת להשיב לה ב-"אנחנו, האזרחים". הראשונה אינה תוחמת את הטריטוריה שהחוקה תחול עליה, השנייה, על פי העותרים, תוחמת אותה בגבולות הקו הירוק. בראשונה אין אזכור לאוכלוסייה הערבית-פלסטינית שתחיה תחת המשטר החוקתי, השנייה, לפי הצעת העותרים, מתייחסת לשני הלאומים שיחיו תחת או משטר חוקתי ובאופן שווה.

14. הנה כי כן, הצעת חוק הלאום, שבאופן מפורש מפלה את האזרחים הערבים בישראל ואף כוללת סעיפים שבאופן מובהק, ועל פי הפסיקה העליונה, הינם סעיפים גזעניים (כמו הקמת ישובים על בסיס לאומי בניגוד לבג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, נד(1) 258 (2000)), אך הצעת חוק שמבקשת למגר את ההדרה ולהתמקד בשוויונם של האזרחים נפסלת.

### ג. סעיף 75(ה) לתקנון הכנסת – הרקע לקבלתו:

15. סעיף 75 לתקנון הכנסת מסדיר את אופן הגשת הצעות חוק פרטיות מטעם של חברי הכנסת שאינם שר או סגן שר, ואף קובע את הפרוצדורה לכך, בזו הלשון:

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

[...]

(ה) יושב ראש הכנסת והסגנים לא יאשרו הצעת חוק שהיא, לדעתם, גזענית במהותה או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי. (ההדגשה אינה במקור)

16. סעיף 75(ה) הינו גלגול מאוחר של סעיף קודם, סעיף 134(ג), שהוסף בתאריך 13.11.1985 בעקבות פסק הדין בבג"ץ 742/84 ח"כ כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85 (1985), שפסל את החלטת נשיאות הכנסת למנוע הנחתן של הצעות חוק שהגיש ח"כ דאז מאיר כהנא. לאור זאת, הוחלט לעגן את סמכותה של נשיאות הכנסת למנוע העלאת הצעות חוק "שכלולים בהן דברי גזענות שיש בהם עלבון ומקומם לא יכירם בחוק, ומאחר שהם פוגעים בערכים שעליהם מושתתים מדינת ישראל ואופיה הדמוקרטי וכבוד הכנסת" (פרוטוקול ישיבה מס' 137 של הכנסת ה-11, דברי הפתיחה של יו"ר ועדת הכנסת, כ"ח מיכאל רייסר, 13.11.1985) (להלן: פרוטוקול הישיבה)).

17. עילת הפסילה השנייה המופיעה בסעיף 75(ה), שלילת מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, הוספה כאקט של פשרה כפי שעולה מדברי יו"ר ועדת הכנסת מפרוטוקול הישיבה בהסבריו לגבי התיקון, על אף שהסיבה הישירה לתיקון לא הצריכה אותה, ואף הושמעו התנגדויות במהלך הדיון האמור להכללתה. אחד המתנגדים הבולטים לכך היה ח"כ תאופיק טובי מסיעת חד"ש, שדבריו מובאים בפרוטוקול הישיבה הנ"ל:

"גם התוספת המוצעת על-ידי הרוב בוועדת הכנסת מעוררת התנגדות תקיפה. אילו היה מדובר בצורך לפסול חוקים השוללים את קיום מדינת ישראל, ניחא. אבל, כפי שהתוספת מנוסחת, דהיינו - שיש לפסול הצעות חוק השוללות את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, אנו מתנגדים לה משני טעמים:

הגדרה כזאת, האומרת שמדינת ישראל היא מדינתו של העם היהודי בלבד ומתעלמת מתושביה-אזרחיה הערבים ואינה מזכירה אותם, אומרת

לאוכלוסייה הערבית בישראל: אין לכם מקום במדינת ישראל, או אתם אזרחים ממדרגה שנייה, או הערבים במדינת ישראל הם זרים במולדתם, זאת כאשר היא מולדתם היחידה ואין להם מולדת אחרת.

מדינת ישראל קמה, לפי החלטת האומות המאוחדות מ-1947, כדי לממש את זכות ההגדרה העצמית של העם היהודי בארץ, ואותה החלטה גם קבעה הקמת מדינה למימוש זכות ההגדרה העצמית של העם הערבי. מדינת ישראל היא המולדת של שני העמים, העם היהודי והעם הערבי הפלשתיני, החיים בישראל. אותה החלטה היסטורית קבעה את חובת השוויון במולדת.

[...]

אין זה רק ויכוח אידיאולוגי, אלא זה ויכוח הנוגע לחיי היום-יום במדינת ישראל, ולשאלה האם היא תהיה מדינה דמוקרטית ושוויונית, מדינת חוק וצדק, או מדינה המבוססת על חוקי אפרטהייד ואפליה לאומית.

לכן הצענו שהתיקון יהיה, שיושב-ראש הכנסת והסגנים לא יאשרו הנחה על שולחן הכנסת של הצעת חוק גזענית במהותה, או שיש בה עלבון, השמצה או אפליה על בסיס מוצא לאומי, דתי או עדתי. זאת הצעתנו ואנו מציעים לכנסת לקבלה."

18. מן הראוי לציין כי סמכותה של נשיאות הכנסת לפי סעיף 75(ה) לתקנון למנוע את הנחתן של הצעות חוק על שולחן הכנסת חולשת אך ורק על אחד מסלולי החקיקה – הצעות חוק פרטיות. הצעות חוק ממשלתיות או הצעות חוק מטעם ועדה (בתחומים המנויים בסעיף 80 לתקנון) אינן כפופות להליך אישור כאמור, ולמעשה אין כל מגבלה על תוכן הפוליטי-אידיאולוגי של הצעות חוק לפי מסלולים אלה.

19. זהו המקרה הרביעי בו נשיאות הכנסת פוסלת הצעת חוק על יסוד בעילה של שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי. המקרים הקודמים אירעו במהלך הכנסת ה-18. אז, פסלה הנשיאות שלוש הצעות חוק של ח"כ ד"ר אחמד טיבי: הצעת חוק יסודות התקציב (תיקון – הכחשת הנכבה); הצעת חוק אלקודס בירת פלסטין והאומה האיסלאמית; הצעת חוק חינוך ממלכתי (תיקון – תוכן והגדרות בספרי הלימוד).

20. כאמור, כנגד החלטה למנוע את הנחתה של ההצעה הראשונה מבין שלוש הצעות אלה הוגשה עתירה לבית הדין הגבוה לצדק (ראו: בג"ץ 5478/11 טיבי נ' יו"ר הכנסת). ביום 20.6.2012 לאחר הדיון בעל פה שהתקיים בעתירה ביום 20.6.2012 ניתנה החלטה בה הוצא צו-על-תנאי ונקבע כי הדיון בתשובה ייערך בפני מורחב. באותו יום, הורה כבוד הנשיא (בדימוס) גרוניס כי המשך הדיון בעתירה יתקיים בפני הרכב מורחב של שבעה שופטים. אף על פי כן, ובשל היבחרה של כנסת חדשה, הכנסת ה-19, החליט בית המשפט לבקשת המשיב, וכנגד עמדת העותר, למחוק את העתירה בשל התייתרותה בנסיבות העניין (ראו החלטה מיום 3.2.2013).

21. כידוע לעותרים, ומאז חקיקת חוקי היסוד, הנשיאות של הכנסת לא פסלה אף הצעת חקיקה על בסיס גזעני אך לעומת זאת, היא פסלה הצעות חקיקה של נציגים ערבים בעילת "מדינתו של העם היהודי" וזאת גם כאשר הצעות אלו התבססו על ערכים דמוקרטיים מובהקים או ביקשו להציע הצעה בהתאם למשפט הבינלאומי.

22. סעיף 75(ה) ככל שהוא נוגע לעילה בדבר "מדינתו של העם היהודי" חוטא הן בשלילת עקרון היחס השווה בין חברי הפרלמנט שהוביל להפלייתם של העותרים, והן בפגיעה בזכותם לכבוד של העותרים והאזרחים הערבים. הדיון בזהותה החוקתית של המדינה, וביחס בין זהותה היהודית לזהותה הדמוקרטית, מתקיים כבר עתה במליאת הכנסת ובוועדותיה לנוכח הצעת חוק הלאום ובדיון זה ישנם תומכים ומתנגדים ואין שום טענה כי בעצם העלאת הנושא במליאה מתעוררות בעיות כלשהן המצדיקות הטלת איסור על עצם קיומו של הדיון הפרלמנטארי.

23. העותרים מבקשים לקיים דיון במליאה אודות אותם נושאים, תוך הצגת עמדה פוליטית נוגדת. הם מבקשים לאתגר את חוק הלאום ולהציג הצעה שבה עקרונות דמוקרטיים זוכים לבכורה. החלטת המשיב המונעת מהם מלהעלות את הצעתם על שולחן הכנסת בנושא שחברים מהקואליציה עוררו, הציגו וקיימו בו דיון בפני הוועדות והמליאה, הינה החלטה שגם פוגעת בחופש הביטוי הפוליטי וגם מפלה על רקע לאום.

### הטיעון המשפטי

24. הטיעון המשפטי בעתירה יחולק לשני טיעונים חלופיים: הראשון, יופנה נגד חוקתיות סעיף 75(ה) לתקנון הכנסת; השני, יתמקד בחוסר הסבירות שבבסיס החלטת הנשיאות גופה.

#### א. סעיף 75(ה) לתקנון הכנסת בענין "מדינתו של העם היהודי" דינו בטלות:

25. סעיף 75(ה) לתקנון הכנסת פוגע באופן קיצוני בתפקידם העיקרי של חברי הכנסת: ייזום חקיקה וייצוג בוחריהם על יסוד האגינדה הפוליטית שבעטיה התמודדו בבחירות. פגיעה זו עולה כדי פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לרבות חופש הביטוי הפוליטי והזכות לשוויון.

26. העותרים מודעים לקיומו של בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393 (1985) (להלן: עניין כהנא) שבמסגרתו עלתה הסוגיה המובאת בעתירה זו בפני בית המשפט ונטען, בין היתר, נגד תוקפה החוקי של סמכות נשיאות הכנסת למנוע הנחת הצעות חוק של חברי כנסת יחידים על בסיס מבחן תוכני-פוליטי. בית המשפט קבע שם שתקנון הכנסת "הוא שיוצר מעיקרו את זכותו של חבר הכנסת להיות יוזם של הצעות חוק", וזאת משום שאין "המדובר על זכות, אשר יש לה שורש מחוץ לתקנון...". על יסוד הקביעה האמורה, נתקבלה המסקנה כי מאחר שהזכות היא יציר התקנון, התקנון יכול אף לקבוע את תחומיה (ראו: עניין כהנא, בעמ' 400).

27. ואולם, ייטען כי ראשית, מעולם לא נידונה חוקיות הסעיף הנ"ל ככל שהיא נוגעת לתיבת "מדינתו של העם היהודי". שנית, ממועד פרסומו בשנת 1985, התרחשו שינויים משמעותיים בתשתית הנורמטיבית הרלבנטית המצדיקים סטייה מהקביעות בו, ובמיוחד לנוכח קבלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מעמדן החוקתי של הזכויות הנפגעות, והקונסטיטוציונליזציה של המשפט בישראל שהתרחשה בעקבות



פסק הדין ההיסטורי בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: **עניין בנק המזרחי**) (לעניין זה ראו: בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, 521-522 (1998) (להלן: **עניין רובינשטיין**)).

28. ייטען כי מלאכת הפרשנות של הסמכות הנתונה לכנסת בסעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת לקבוע את סדרי עבודתה, צריכה להיעשות באופן שמתיישב עם ההתפתחויות האמורות במשפט החוקתי והמינהלי. אין בחוק יסוד: הכנסת כל הוראה שיכולה להוות הסמכה לפגיעה בזכויותיהם החוקתיות של העותרים, ואין לראות בהסמכה הכללית לפיה "הכנסת תקבע סדרי עבודתה" שבסעיף 19 האמור ככוללת מניה וביה הסמכה לפגיעה בזכויות כאמור.

#### **א.1. סעיף 75(ה) פוגע בזכויות יסוד חוקתיות לחופש ביטוי ושוויון:**

29. כפי שכבר צוין בהקשר אחר "לכל חבר-כנסת מובטחות על בסיס של שוויון זכויותיו החוקתיות כאדם וכחבר-כנסת. כן באים לידי ביטוי בהליך החקיקה חופש הביטוי של חבר-כנסת וזכויות אדם נוספות הקשורות בהליך החקיקה והמאפשרות אותו (כגון חירות התנועה)" (בג"ץ 5131/03 **יושב-ראש סיעת יהדות התורה, ח"כ יעקב ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת**, נט(1) 577, 588 (2004)).

30. משקבעה הכנסת כי אחד מהמסלולים שבהם מתקבלים חוקים בכנסת הוא באמצעות הצעת חוק פרטית, מחויבת היא להבטיח שההסדרה של המסלול האמור לא תפגע בזכויותיהם של חברי הכנסת לשוויון ולחופש הביטוי.

31. למותר להאריך על מעמדו החוקתי של חופש הביטוי הפוליטי, ודי אם ייאמר כי בית המשפט הנכבד הכריע כבר כי זכות זו היא חלק מכבוד האדם (ראו: בג"ץ 10203/03 **"המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(4) 715 (2009)).

32. הבטחת חופש הפעולה הפוליטי והעצמאות של חבר הכנסת כ-"יחידה חוקתית" חיונית לכל משטר דמוקרטי שכן "עצמאות פעולתו, ויכולתי לגבש את השקפתו בעניינים שעל סדר היום הפרלמנטרי, חיונית למבנה המשטר החוקתי. הם מבטיחים את פעולתה התקינה של הכנסת, ועמה פעולתו התקינה של המשטר החוקתי כולו" (בג"ץ 1843/93 **פנחסי נ' כנסת ישראל**, פ"ד מט(ה) 661, 681-682 (1995)).

33. התיקון הנדון פוגע גם בזכות לשוויון. שכן לפיו חברי כנסת פרטיים מנועים מלהגיש הצעות חוק מסוימות, וזאת מטעמים אידיאולוגיים, כשלממשלה או לוועדות הכנסת זכות מקבילה שאינה מוגבלת. פגיעה זו מקבלת משנה חשיבות כאשר מדובר בנציגיו הנבחרים של המיעוט הפלסטיני בישראל שכל פועלם התחקיתי נעשה מתוך האופוזיציה ועל פי המסלול של הצעות חוק פרטיות. בנוסף, ביחס השונה, בנסיבות העניין, שמקבלות הצעות חוק מקבילות אך הפוכות במטרותיהן, הצעת חוק הלאום והצעת חוק יסוד: מדינת כל אזרחיה, טמונה פגיעה נוספת ונפרדת בזכות החוקתית לשוויון.

34. כאן תפקידו של בית משפט נכבד זה להגן על זכותו השווה של המיעוט שבאופוזיציה לעורר את הנושא בכלים הפרלמנטריים המוקנים לו. על הצורך בהתערבות שיפוטית להגנה על המיעוט האופוזיציוני מדריסתו על ידי הרוב עמד ד"ר מרזל:

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

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

35. על רקע האמור, ברי כי סעיף 75(ה) מביא לפגיעה קשה בזכויות העותרים ובחריהם לחופש ביטוי פוליטי ולשוויון. לכן פגיעה זו מחייבת את בחינתו לאור תנאי פסקת ההגבלה.

## **א.2. היעדר קיומה של הסמכה מפורשת לפגוע בזכויות יסוד:**

36. סעיף 75(ה) אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שלפיו על פגיעה בזכויות לפי חוק היסוד להיעשות בחוק או "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". בהקשר זה, ייטען כי ההסמכה שבסעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת לקבוע "סדרי עבודה" הינה הסמכה סתמית וכללית שאינה יכולה להקים הסמכה מפורשת לפגיעה בזכויות:

"בשל המעמד החוקתי המיוחד של זכות יסוד, ייבדק באופן קפדני וזהיר, אם אכן יש ללמוד מן ההסמכה של המחוקק הראשי, אם היא קיימת, כי הייתה מונחת ביסודה הכוונה להעניק למחוקק המשנה את הכוח לשנות מגבולותיה והיקפה הקיימים של זכות יסוד. כאשר מדובר על הסמכה כללית וסתמית, אך טבעי הוא, כפועל יוצא מן האמור לעיל, כי היא תפורש

**באופן השולל הקניית סמכות להגבלתה של זכות יסוד.** [...] אליבא דידך, הסמכה לעניין זה משמעותה "הסמכה מפורשת" וכשלעצמי כוונתי בכך אך ורק למקרה, בו **אומר המחוקק הראשי ברורות ומפורשות**, כי הוא מסמיך את מחוקק המשנה להתקין תקנות הקובעות איסורים או הגבלות על העיסוק במקצוע פלוני [...] אך חקיקת משנה שואבת כוחה אך ורק מדבר ההסמכה של המחוקק הראשי, וכאשר מדובר על נושאים, שעניינם הגבלתן של חירויות היסוד, אין מחוקק המשנה מוסמך לפעול, לדעתי, בתחום האמור, אלא אם הוקנתה לו על-ידי המחוקק הראשי **סמכות ברורה, גלויה ומפורשת לטפל בסוגיה האמורה בדרך ההגבלה או האיסור, לפי העניין**" (ההדגשות אינן במקור)

בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 358-359 (1983).

37. לאחר חוקי היסוד אי אפשר עוד לפגוע בזכויות חוקתיות בהסמכה כללית או סתומה ונדרשה הסמכה מפורשת, בחוק המסמיך, לפגוע בזכויות חוקתיות. ככל שהפגיעה הינה בזכויות חוקתיות חשובות יותר וככל שהפגיעה בזכויות הינה חמורה יותר, נדרשת הקפדה יתרה על הדרישה להסמכה מפורשת. וכדברי כב' הנשיאה (בדימוס) ביניש:

ככל שהזכות הנפגעת קשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם ולחירותו והיא בעלת חשיבות חברתית גבוהה וככל שעוצמת הפגיעה בזכות רבה ומקיפה, כך נפרש ביתר קפדנות את דרישת "ההסמכה המפורשת" בנסיבותיו של המקרה הקונקרטי. בהתאם לכך, בנסיבות בהן מדובר בזכות יסוד מרכזית שעוצמת הפגיעה בה גבוהה, תידרש הרשאה ברורה בחוק המסמיך הקובעת אמות-מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת-משנה. רמת הפרטנות של ההסמכה הנדרשת תיגזר מעוצמת הפגיעה בזכות המוגנת, ממהות העניין ומהקשר הדברים [...] עומת זאת, ככל שהטעמים שבבסיס הזכות המוגנת הינם בעלי חשיבות חברתית נמוכה יחסית, וככל עוצמת הפגיעה בזכות חלשה בהתחשב בהקשרה ובמכלול נסיבות העניין, כך ניתן לפרש את דרישת "ההסמכה המפורשת" באופן גמיש ומרוכך יותר.

בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, פס"י 12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008).

38. ואכן, אין מקום לגזור סמכות קונקרטית שכזו מסמכותה הכללית של הכנסת לקבוע את סדרי העבודה שלה. בהקשר אחר, נקבע כי:

אני סבורה שככלל יש לפרש סמכויות אכיפה פוגעניות המקנות לרשות כח כפייה באופן מצמצם המחייב קיומה של הסמכה מפורשת. במקרים מעין אלה יש לעשות שימוש זהיר, אם בכלל, בפרשנויות מן הסוג של "קל וחומר" – במיוחד מקום בו קיים ספק האם אכן מדובר בסמכויות אכיפה הנגזרות ונלמדות מן הסמכות המקורית."

עניין **מנאע**, פסק דינה של הנשיאה ביניש.

39. ולגופו של עניין, בפני הכנסת עמדו דרכים מספר להפעיל את סמכותה בקביעת סדרי עבודתה, וכן עמדה לה הבחירה לגבי סוג הנורמה שברצונה לגייס למשימה, בין אם על ידי חקיקת ראשית או על באמצעות חקיקת משנה, עם זאת, ההבחנה בין חקיקה ראשית לחקיקת משנה אינה טכנית.

"התארגנותה" של הכנסת לקראת מעשה החקיקה יכולה היא שתיקבע – ואכן נקבעת היא – בדברי חוק שונים. כך, למשל, קובע סעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת, כי "הכנסת תקבע את סדרי עבודתה" [...]; ובהמשך: "במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבעם הכנסת בתקנון [...]". "סדרי עבודה" [...], יבואו בחלקם בחוק ובחלקם בחקיקת משנה (בתקנון הכנסת או בתקנות סדר הדין) לפי רום מעלתם ובהתאם למשקלם הסגולי: בעוד ש"סדרי עבודה" נעלים בחשיבות יבואו בחוק הנה "סדרי עבודה" נחותים (יחסית) בחשיבות ייכללו בתקנון"

עניין **בנק המזרחי**, בעמ' 531

40. עת בחרה הכנסת להסדיר את סדרי עבודתה במסגרת התקנון, שמעמדו כמעמד חקיקת משנה, הרי שהיקף הסמכויות שהיא יכולה לגזור מההסמכה הכללית שבסעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת בהכרח יהיה מצומצם יותר, וכזה שאינו מאפשר פגיעה בזכויות חוקתיות.

41. יודגש כי, הפגיעות במקרה דנן לא נעשו בחוק יסוד: הכנסת גופו או מתוקפו, אלא בתקנון הכנסת. הקונפליקט הנורמטיבי בענייננו הוא אנכי, בין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (נורמה חוקתית) ותקנון הכנסת (חקיקת משנה). משכך, ההוראות בתקנון שפוגעות בזכויות חוקתיות נדרשות לעמוד בדרישותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו להכשרת פגיעות אלה; בין יתר הדרישות עומדת הדרישה להסמכה מיוחדת – מפורשת – יותר מההסמכה אותה מספק חוק יסוד: הכנסת.

### **א.3. סעיף 75(ה) לתקנון הכנסת איננו לתכלית ראויה:**

42. תכליתו של סעיף 75(ה) אינה ראויה כלל ועיקר. היא פוגעת בזכויות יסוד על בסיס עמדה פוליטית בה מחזיק הרוב ועמדות שהן בקונצנזוס בלבד. בנוסף, הוא מבקש למנוע דיון בשאלות יסוד חוקתיות לגבי מעמדה של אזרחיה הפלסטינים של המדינה, לסתום את הגולל על ניסיונותיה לתעל את המחלוקות הללו לספירה הפוליטית, וליזום חקיקה שתכליתה לחזק את מאפייניה הדמוקרטיים, וזאת כאשר הצעות חוק המבקשות להשיג את ההפך זוכות לדיון. על הצורך בקיום תכלית ראויה כאשר היא משרתת את זכויות האדם ואת האינטרס החברתי הכללי ללא הפליה ראו בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת**, פס' 83 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 16.09.2013).

43. ככל שישנה הצדקה להגביל סוגים מסוימים של הצעות חוק על פי תוכן, הרי שהיא מתקיימת במקרים קיצוניים **גזעניים** בהם עם עצם הדיון בעמדה מסוימת מתרחשת פגיעה שהדיון הציבורי אינו יכול להכיל גם אם אותה הצעה נדחית. ואולם, אין מקום לעשות שימוש בצעדים חריגים כגון זה שננקט בסעיף 75(ה) לתקנון ככלי להשתקת קולותיהם של המתנגדים להגדרתה החוקתית של המדינה ומבקשים בדרכים דמוקרטיות לפעול לשינויה:

"דמוקרטיה מניחה שינוי. הטוען לשינויים במבנה המשטר ואף בשינוי החוקה עצמה רשאי להשתתף בדיאלוג הדמוקרטי, ובלבד שהוא נוקט אמצעים חוקיים כדי להגשים את מטרתו"

#### א.4. סעיף 75(ה) לתקנון הכנסת אינו מידתי :

44. על אף הקושי בבחינת עיקרון המידתיות כאשר תכלית הנורמה שבמחלוקת אינה ראויה, למען שלמות הטיעון יודגש אף כי גם בהימצא תכלית ראויה כלשהי, הרי שתחולתה הרחבה של העילה בדבר שלילת קיומה של המדינה כמדינתו של העם היהודי וגורפותה, לצד הנזק העצום לאינטרס בדבר הרצון בקידום שיח פוליטי פתוח, לזכויות העותרים החוקתיות ולזכויות בוחריהם, שעולה על התועלת שיכולה לצמוח ממנו לאינטרס שבמניעת דיון בהצעות שכוללות פגיעה שמשטר דמוקרטי אינו יכול להכיל – כל אלה מובילים למסקנה כי הסעיף האמור לוקה בחוסר מידתיות קיצונית.

45. ככל שישנה הצדקה להגביל מראש הצעות חוק, הרי שמן הראוי לתפור את סמכות הפסילה באופן הדוק ומצומצם ביותר. סעיף 75(ה) אינו קובע קריטריונים לגבי אופן הפעלת שיקול הדעת של נשיאות הכנסת בבואה לפסול הצעת חוק, והפעלתו תלויה בסופו של יום בגחמות הפוליטיות של חבריה, על יסוד האידיאולוגיה שמנחה אותם. ניתן ללמוד על הבעייתיות העולה מהענקת סמכות לפסילת הצעות חוק על ידי נשיאות הכנסת מהטעם שהן שוללות את קיום מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי מהדיונים שהתקיימו בכנסת ביחס לחוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44) (להלן: **חוק ההדחה**), והשיקולים שהביאו בסופו של יום לצמצום העילות להספקת חברותו של חבר הכנסת אך ורק לעילות שבסעיף 7א(א)(2) ו-3), תוך השמטת העילה המנויה בסעיף 7א(א)(1) בדבר שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. כפי שהסבירה היועצת המשפטית של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הגב' סיגל קוגוט :

"כאן בעצם אני מתייחסת לזה שהכנסת היא גוף פוליטי שיש לו מחויבויות קואליציוניות. העילה הראשונה של שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית שבית המשפט העליון נתן לה פרשנות מאוד מאוד מצמצמת של אבני הבסיס, אני חושבת שהכנסת תתקשה להפעיל אותה בגלל האופי הפוליטי שלה ובגלל המחויבות הקואליציונית..."

פרוטוקול ישיבה מס' 199 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 16 (7.6.2016).

46. הרציונל שעמד בבסיס השמטת העילה בדבר שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי צוין גם על ידי בית המשפט :

סייג מרכזי שקובע חוק ההדחה נוגע לעילות המצומצמות אשר בגינן ניתן להפסיק את הכהונה על פיו ולהתמקדות בעילות הקונקרטיות בלבד המעוגנות בסעיף 7א לחוק היסוד – 'הסתה לגזענות' ו'תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל' (סעיפים 7א(א)(2)-(3) לחוק היסוד). לעומת זאת, העילה הנוספת המעוגנת בסעיף 7א לחוק היסוד, אשר מכוחה ניתן למנוע לכתחילה ממועמד להשתתף בבחירות, והיא – 'שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'

**(סעיף 7א(א)(1) לחוק היסוד), הושמטה מחוק ההדחה בשל היותה עילה כללית ועמומה יותר, ובקשר אליה אומצה הדעה כי מליאת הכנסת לתקשה להפעילה בצורה ראויה, שוויונית ועניינית.**

בג"ץ 5744/16 עו"ד שחר בן מאיר נ' הכנסת, פסי' 29 לפסק דינה של הנשיאה חיות (פורסם בנבו, 27.5.2018).

47. באופן דומה, ומתוך אותם שיקולים, אין לכחד כי נשיאות הכנסת, כגוף פוליטי מעוניין, תתקשה ליישם עילה "כללית ועמומה" בצורה "ראויה, שוויונית ועניינית" בבואה להפעיל את סמכותה על פי סעיף 75(ה) לתקנון הכנסת באופן קפדני ומדויק, בהתאם לתכלית המצומצמת שצוינה לעיל ובמנותק משיקולי פוליטיים-אידיאולוגיים צרים.

48. זאת ועוד; ככל שניתן לייחס לסעיף 75(ה) לתקנון תכלית של מניעת הנחתן של הצעות חוק שעצם הדיון בהן עולה כדי פגיעה שהמשטר הדמוקרטי אינו יכול לשאת, הרי שהמקרה דגן מוכיח כי האמצעי שנבחר לשם הגשמתה לוקה בתחולת-יתר לנוכח העובדה שהכנסת מקיימת בימים אלה ממש דיון בשאלת זהותה החוקתית של המדינה.

49. לא רק זאת; אלא ככל שהתכלית היא למנוע קבלת הצעות חוק שמערערות על זהותה היהודית של המדינה, הרי שגם לעניין זה הסעיף לוקה בתחולת-יתר, וזאת כאשר לא נקבע בו שום מבחן הסתברותי – בין אם ודאות קרובה או אפשרות ממשית – ביחס להתממשות הנזק ממנו מבקש הסעיף להישמר (הגם שלגישת העותרים אין לראות בהגשמת שוויון מלא בין כלל אזרחי המדינה כנוק שיש מקום להישמר ממנו).

## **ב. לחילופין: החלטת נשיאות הכנסת לוקה בחוסר סבירות:**

50. גם אם בית המשפט אינו רואה מקום לבטל את הסעיף הנדון, הרי שיש לפרשו באופן התואם את הוראות חוק היסוד ונותן משקל רציני לזכויות המוגנות בו.

51. מדברי ההסבר שהובאו בפרוטוקול הישיבה, תכליתה של הסמכות היא למנוע הנחתן על שולחן הכנסת של הצעות חוק "שכלולים בהן דברי גזענות שיש בהם עלבון ומקומם לא יכירם בחוק, ומאחר שהם פוגעים בערכים שעליהם מושתתים מדינת ישראל ואופיה הדמוקרטי וכבוד הכנסת". המבחן האמור הוא שצריך להנחות את נשיאות הכנסת בהפעלת סמכותה לפי סעיף 75(ה), והחלטותיה למנוע הגשת הצעות חוק מסוימות צריכות להצטמצם למקרים בהן עצם הבאת ההצעה לדיון מתרחשת פגיעה שאין מקום לאפשרה, כזו שיש בה משום "ערעור אמנות הסיפיים של הסובלנות ההדדית" (ראו והשוו: בג"ץ 236/13 עוצמה לישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-19, פסי' 27 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 15.1.2013)).

52. גם אם הצעת חוק כלשהי פוגעת באחד מהמאפיינים הגרעיניים של המדינה כמדינה יהודית, הרי שאין בכך די בכדי להקים את סמכות הפסילה. יש להחיל את מבחן הוודאות הקרובה לוודאי, אשר חל בהקשר לחופש הביטוי, ולמצער מבחן הסתברותי כלשהו שהתוצאה שמבקשת הסמכות למנוע את התרחשותה תתמש (ראו והשוו להערתו של הנשיא (בדימוס) ברק בפסקאות 8-10 לפסק דינו בא"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי**, פ"ד נו(4) 1 (2003)).

53. התכלית הפרשנית של הדין חייבת ליתן משקל לזכויות היסוד ובמקרה זה ליתן משקל כבד לזכויות המיעוט בפרלמנט, חופש הביטוי הפרלמנטארי והשוויון בין חברי הכנסת. **תכליתה של הסמכות שבסעיף 75(ה) הינה פסילה של הצעות חוק שעצם הנחתן על שולחן הכנסת יוצרות ניכור קיצוני ובוטל עד כדי שהן פוגעות בוודאות קרובה לוודאי בתדמית הכנסת, בכלל הציבור או בחלק ממנו בכך שעצם הדיון בהצעה מבזה או משפיל את החברים**. דוגמה בולטת לכך הוא דיון בהצעת חוק גזענית או זו שמעוררת שנה או מדנים נגד כלל הציבור או חלק ממנו. המלומדים רובינשטיין ומדינה התייחסו בהרחבה לסוגיה זו והבהירו כי:

"ראוי לייחד את הפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 134(ג) לתקנון למקרים קיצוניים במיוחד, בהם קיים חשש משמעותי, שהנחתן על שולחן הכנסת עלולה, כשלעצמה, להעניק הכשר לעמדות המובעות בהן. המקרה המובהק – והיחיד כמעט – בו עשויה להיות הצדקה להפעלת סמכות הפסילה, הוא זה של הצעת חוק גזענית במהותה, כלומר כזו בה מוצע להחיל הסדרים המבטאים ירדיפה, השפלה, ביזוי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסייה, והכול בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני" (סעיף 144א לחוק העונשין, תשל"ז-1977). לעומת זאת ראוי להימנע מהפעלת הסמכות ביחס להצעות חוק בהן מוצע לשנות היבטים מסוימים המבטאים את אופיה היהודי של המדינה, או כאלה הכוללות התייחסות לאופיה של המדינה כמדינה דמוקרטית, תוך השמטת אופיה כמדינה יהודית. ראוי – וזו גם הגישה שנוהגת להחיל נשיאות הכנסת – לפרש את עילת הפסלות בדבר 'שליטת' קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי בצמצום, בדומה לאופן בו נעשה הדבר ביחס לסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת".

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

54. בהקשר זה נציין, כי חברי נשיאות הכנסת לא התנגדו להנחת ההצעה על שולחן הכנסת מהטעמים הנ"ל ואיש מהם לא העלה טענה לפיה עצם הדיון בזהותה החוקתית של המדינה הינו משפיל או מבזה. נהפוך הוא, הדיון בנשיאות שהתקיים בנושא דן לא מעיד כי עצם הדיון עורר ניכור קיצוני או פגע ברגשות מי מהמתדיינים באופן שיש בו כדי להצדיק את פסילתה. הטעמים של המשיב במקרה זה וכפי שתועדו בישיבה הינם פוליטיים גרידא.

55. הפרשנות התכליתית של סעיף 75(ה) לתקנון, כפי שהוצגה לעיל, מתיישבת ואף מתחייבת מהצורך להגן על חופש הביטוי הפוליטי של המיעוט מפני דורסנות הרוב בפרלמנט. השופט לוי עמד על הקשר בין חופש ביטוי פוליטי לבין ההליך הדמוקרטי וכן על הצורך המיוחד בביקורת שיפוטית על החלטות הרוב

בפרלמנט, המבקשים להשליט את עמדת הרוב על ידי פגיעה דורסנית בעמדות פוליטיות של קבוצת מיעוט,

באומרו :

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

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

56. נוסף על כך, ייטען כי הטעמים שהובאו לעיל ביחס לבטלותו של סעיף 75(ה) יפים הם שבעתיים ביחס לבטלותה של החלטת הנשיאות גם אם הסעיף יעמוד בעינו ובית המשפט יבחר לנקוט בפרשנות מצמצמת על פני בטלות.

57. החלטת הנשיאות דן לא נתנה משקל כלשהו לפגיעה בזכויות יסוד; לא ערכה איזונים כלשהם לפי המבחנים המקובלים ובמקום זאת היא הסתפקה בעצם האיתגור של הזהות החוקתית כדי לפסול את ההצעה ומשום כך דינה של החלטה זו בטלות.

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



---

פאדי חיורי, עו"ד

---

חסן גיבארין, עו"ד

ב"כ העותרים

חיפה, 11.6.2018