בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 9027/18

העותרת: **האגודה לזכויות האזרח בישראל** (ע"ר 580011567)
ע"י ב"כ עוה"ד דן יקיר ו/או רגד ג'ראיסי ו/או סנא אבן ברי ו/או גיל גן-מור ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עודד פלר ו/או שרון אברהם-ויס ו/או עביר ג'ובראן דכוור ו/או משכית בנדל ו/או טל חסין ו/או אן סוצ'יו ו/או רוני פלי ו/או ספיר סלוצקר עמראן

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רחוב נחלת בנימין 75, תל אביב 6515417
טלפון: 03-5608185, פקס: 03-5608165

- נגד –

המשיבות: 1. **הכנסת**
ע"י הלשכה המשפטית, הכנסת, ירושלים

2. **הממשלה**
ע"י מחלקת הבג"צים, פרקליטות המדינה, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזה עתירה למתן צו על תנאי, בה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבות לבוא וליתן טעם מדוע לא ייקבע, כי חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי – בטל.

תוכן עניינים

מבוא 3

הליכי חקיקת החוק ועמדת העותרת במהלכם..... 6

הטיעון המשפטי 12

רוח החוק : מהזכות לשוויון לעקרון ההפליה..... 12

הזכות להגדרה עצמית של מיעוט מולדת בצל מדינת לאום אזרחית 13

שפה של מיעוט – ערך מוגן או איום על שלטון הרוב?..... 16

"עידוד התיישבות יהודית" - הפליה בחסות חוק יסוד 21

מבוא 21

רקע היסטורי למצוקת הקרקעות והדיור ביישובים הערביים 23

העדר ייצוג לאזרחים הערבים במוקדי קבלת החלטות על ענייני קרקע ותכנון 27

הפליה עקיפה בקביעתם של אזורי עדיפות לאומית 28

ייהוד הנגב והגליל – ממדיניות ממשלתית מבוקרת לערך חוקתי בלתי מעורער..... 29

חוק הלאום אינו עומד באף אחת מההצדקות הליבראליות להקצאה של מקרקעין להתיישבות נפרדת 35

תיקון חוקתי שאינו חוקתי 39

ביקורת שיפוטית על חוק יסוד..... 39

הסמכות המכוננת כאמצעי פוליטי במאבק על הדמוקרטיה..... 39

מידת הביקורת השיפוטית על חקיקת יסוד 42

השימוש בפיסקת ההגבלה בביקורת שיפוטית על חוק יסוד הפוגע בזכות חוקתית..... 46

ביטול חקיקת יסוד בשל פגיעה בעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית..... 48

ביטול חקיקת יסוד בשל שימוש לרעה בסמכות המכוננת 50

סיכום – הצורך לפתח מודל לביקורת על חקיקת יסוד..... 52

מן הכלל אל הפרט 52

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

"יש אומרים, כי השוויון אינו עוד ערך בין ערכי־היסוד של חברה מתוקנת, אלא הוא בעצם התכלית של חברה כזאת, או התכלית של המשפט בחברה, ככל שהמשפט מבקש לעשות צדק." (יצחק זמיר, משה סובל "השוויון בפני החוק" **משפט וממשל** ה 165, 166 (1999)).

1. ביום 26.7.2018 פורסם בספר החוקים חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, לאחר שאושר בכנסת ביום 19.7.2018 (להלן: "**חוק הלאום**"), ברוב של 62 תומכים, 55 מתנגדים ושני נמנעים. זהו נוסח החוק:

חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי

1. (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.

2. (א) שם המדינה הוא "ישראל".

(ב) דגל המדינה הוא לבן, שני פסי תכלת סמוך לשוליו, ומגן דוד תכול במרכזו.

(ג) סמל המדינה הוא מנורת שבעת הקנים, עלי זית בשני צדדיה, והמילה "ישראל" למרגלותיה.

(ד) המנון המדינה הוא "התקווה".

(ה) פרטים לעניין סמלי המדינה ייקבעו בחוק.

3. ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל.

4. (א) עברית היא שפת המדינה.

(ב) לשפה הערבית מעמד מיוחד במדינה; הסדרת השימוש בשפה הערבית במוסדות ממלכתיים או בפניהם תהיה בחוק.

(ג) אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית לפני תחילתו של חוק-יסוד זה.

5. המדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות.

6. (א) המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים בצרה ובשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם.

(ב) המדינה תפעל בתפוצות לשימור הזיקה בין המדינה ובין בני העם היהודי.

(ג) המדינה תפעל לשימור המורשת התרבותית, ההיסטורית והדתית של העם היהודי בקרב יהדות התפוצות.

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

8. הלוח העברי הוא לוח רשמי של המדינה ולצדו ישמש הלוח הלועזי כלוח רשמי; השימוש בלוח העברי ובלוח הלועזי ייקבע בחוק.

9. (א) יום העצמאות הוא יום החג הלאומי הרשמי של המדינה.

(ב) יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל ויום הזיכרון לשואה ולגבורה הם ימי זיכרון רשמיים של המדינה.

10. שבת ומועדי ישראל הם ימי המנוחה הקבועים במדינה; למי שאינם יהודים זכות לקיים את ימי המנוחה בשבתם ובחגיהם; פרטים לעניין זה ייקבעו בחוק.

11. אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת.

2. חוק הלאום, כשמו כן הוא, עיגן בחוק יסוד את זהותה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. בשל כך ולשם כך נקבעו בחוק, כפיל בחנות חרסינה, הסדרים גורפים ופוגעניים ברמה הסמלית, המשפטית והפרקטית, המקבעים והמחדדים את ההיררכיה המעמדית שהייתה קיימת בפועל ערב חקיקת החוק בין האזרחים היהודים לערבים במדינה, ומכפיפים באופן מסוכן וחסר תקדים את זהותה של ישראל כמדינה דמוקרטית להגדרה הלאומית היהודית, מאיימים על זכויות האדם הקולקטיביות והפרטיות של כלל האזרחים, ופוגעים באופן בוטה בזכויות המיעוט הערבי.

3. ניתן לחלק את הוראות החוק לשתי קבוצות מרכזיות: הקבוצה הראשונה היא קבוצת ההוראות המעצבות והמשמרות את זהותה היהודית של המדינה ברמת ההגדרה הלאומית והסמלים. קבוצה זו עוסקת בהגדרת זהותה של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי ותו לא, וההשלכות של זהות זו על סמליה, ימי החג, האבל והמנוחה ועוד; ואילו עם הקבוצה השנייה נמנים הסעיפים הפרקטיים, אלה שנותנים ביטוי ממשי ומיידי לפרשנות של המחוקקים להצהרה בדבר היותה של מדינת ישראל מדינת הלאום של העם היהודי. כך, למשל, קובע סעיף 1(ג) לחוק הלאום כי "מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי", זאת בניגוד לנורמות המשפט הבינלאומי המכירות בזכותם הבסיסית של מיעוטי מולדת להגדרה עצמית במסגרת מדינות רוב לאומי, כפי שיפורט בפרקים הבאים של העתירה. בנוסף, סעיף 4, שכותרתו "שפה", ממשיך במגמה של נישול הזכויות של האזרחים הערבים בישראל ע"י הגדרת השפה העברית כשפה הרשמית במדינה והתייחסות לשפה הערבית, שהייתה שפה רשמית בארץ ושפתו של מיעוט המולדת הערבי בה הרבה לפני קום המדינה, לשפה בעלת "מעמד מיוחד" בלבד, תוך שהוא מותיר את

שאלת ההשלכות של הגדרה זו לגבי "השימוש בשפה הערבית במוסדות ממלכתיים או בפניהם" להסדרה בחוק רגיל, הכפוף גם הוא, מטבע הדברים, לעקרונות המנחים שבחוק הלאום.

4. סעיף 7 לחוק היסוד, סעיף "ההתיישבות היהודית", המסוכן שבסעיפיו, קובע בחוק יסוד, כי לפיתוח ההתיישבות היהודית יהא ערך לאומי המחייב את המדינה לפעול באופן אקטיבי לעידודה, לקידומה ולביסוסה. מעמד מיוחד זה, המבוסס על תפיסת עליונות יהודית, בעלות יהודית על הקרקע ועל המדינה והפליה על בסיס לאום בין האזרחים היהודים לערבים במדינה, יביא בסופו של יום, ותוך זמן קצר, להחמרה ולהחרפה בהפליה הממסדית והמתמשכת, המעשית, הממשית ומרחיקת הלכת בחלוקת הקרקע והמשאבים במדינה בין היהודים לערבים, יהפוך את ההפליה לערך מערכי השיטה המשפטית והנורמטיבית בישראל, ויפגע באופן חסר תקדים בזכויות הבסיסיות של המיעוט הערבי בישראל לשוויון, לדיור, לקרקע, לבריאות, לחינוך, והחשוב מכל: לכבוד ולחיים בכבוד.

5. זאת ועוד. הסעיף פותח פתח להנהגת פרקטיקות נוספות ונרחבות של הפליה גזענית בכל תחומי החיים, והפיכת פרקטיקות בעייתיות, שהיו נהוגות בעבר ובהווה וזכו לביקורת חריפה מצד בית המשפט הנכבד, לנורמות חוקתיות בעלות מעמד על בשיטה המשפטית ובעלות השלכות רוחב על כל עקרונות השיטה והחוקים האחרים במדינה.

6. לאור האמור, חוק הלאום מהווה עליית מדרגה חמורה ומסוכנת בפגיעה הממסדית בזכות לשוויון ובנורמות מוסדיות וחוקתיות בסיסיות העומדות בבסיס כל משטר דמוקרטי.

7. להלן יפורטו הטיעונים נגד חוק הלאום בכלל, ונגד סעיפים 4 ו-7 לחוק, סעיפי "השפה" ו-"ההתיישבות היהודית" בפרט, שיש בהם כדי להצביע על כך שהחוק יביא, כאמור, להכפפת מהותה הדמוקרטית של המדינה לעיצובה ולהגדרתה כמדינה יהודית. הרוח הכללית של החוק מתעלמת באופן מוחלט מקיומם של האזרחים הערבים במדינה ומזכותם הבסיסית לשוויון - תנאי הבסיס לקיומו של כל משטר דמוקרטי, ונותנת עדיפות מובהקת וחד משמעית לסממניה היהודיים.

8. וזה יהיה מבנה העתירה: תחילה תובא המסכת העובדתית לגבי הליך חקיקתו של חוק הלאום ועמדתה של העותרת במהלך הליך החקיקה, מאז הונחה הצעת החוק הראשונה על שולחן הכנסת ועד לחקיקתו. אז תעבור העותרת לתיאור הרקע ההיסטורי והעובדתי במדינת ישראל, שמהווה ראיה חותכת למסוכנותו ולהשלכותיו מרחיקות הלכת של חוק הלאום על השוויון, הדמוקרטיה וזכויות האדם בישראל. בין היתר, תתייחס העותרת למדיניות הממשלתית בתחום הקרקעות והתכנון בישראל, להשלכותיה על חיי היום יום של האזרחים הערבים, ועל יכולתם לממש זכויות אדם בסיסיות ביישובים הערבים ומחוצה להם; לפרויקט ייהוד הנגב והגליל, לכפרים הלא מוכרים בנגב ולנצרת עילית כמקרה מבחן לפרויקט זה ולמדיניות שעמדה ועודנה עומדת מאחוריו (מדיניות שהפכה, בן רגע, לנורמה בעלת מעמד חוקתי ומחייב): עיר בירה יהודית במחוז הצפון שכולל רוב ערבי, מעצמה כלכלית, תעשייתית ותרבותית ליהודים, ומקור מתמשך של הפליה ממסדית ומכוונת נגד הציבור הערבי. מסכת עובדתית זו תשמש כדי לטעון כי המציאות בישראל, כפי שהתהוותה במשך 70 שנים, היא ההוכחה לסכנה הממשית הטמונה בחוק על סעיפיו לדמוקרטיה ולזכויות האדם.

9. הפרק השלישי יתייחס לסמכות בית המשפט הנכבד להתערב בחקיקה של הכנסת, גם ובמיוחד כאשר מדובר בחוק יסוד. במציאות הישראלית קיים סיכון מובהק ומוכח לשימוש של השלטון בתיקונים חוקתיים ובחקיקת יסוד לצורך פגיעה בזכויות, במיעוטים וביסודות הדמוקרטיים של המדינה, אשר המאבק על הכללתם במשפט בישראל נמשך ללא הפסקה ואינו מובטח כלל. בשל העובדה כי במדינת ישראל הליך חקיקת היסוד הינו פשוט וקל ואינו שונה מהותית מהליכי החקיקה הרגילה, אין כל ערובה שהשלטון לא ימשיך וישתמש בסמכות זו לצרכיו, ואף להפך: חוק הלאום הוא ההוכחה כי השלטון אכן משתמש בסמכות זו לתכליות פסולות ומסוכנות. מכאן שקיימת חשיבות עליונה בבלמים ובאיזונים גם כלפי הפעלת הסמכות המכוננת.

הליכי חקיקת החוק ועמדת העותרת במהלכם

10. ביום 3.8.2011 הונחה לראשונה על שולחן הכנסת הצעת חוק יסוד: ישראל: מדינת הלאום של העם היהודי, של חבר הכנסת אבי דיכטר ואחרים. הצעת החוק ביקשה כבר אז לעגן בחוק יסוד את זהותה ואופייה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי תוך שהיא שומטת את הקרקע מתחת לזכות לשוויון (להלן: "הצעת החוק הראשונה").

<u>הצעת החוק הראשונה מצורפת כנספח ע/1</u>.

11. בד בבד עם הגשתה, פנתה העותרת במכתב לראש הממשלה בנימין נתניהו ולשרי הממשלה, התריעה מפני השינוי חסר התקדים שתביא הצעת החוק האמורה לאופי המשטר בישראל, והביעה את עמדתה בעניין הכפפת מהותה הדמוקרטית של המדינה להגדרתה על פי הצעת החוק כמדינה יהודית, על כל המשתמע מכך.

<u>פנייתה של העותרת מיום 31.10.2011 לראש הממשלה ולשרים מצורפת כנספח ע/2</u>.

12. הצעת החוק הראשונה הונחה שוב על שולחן הכנסת בשנים 2015 ו-2017, עד לאישורה בוועדת השרים לחקיקה ב-7.5.2017, ואישורה בקריאה טרומית במליאת הכנסת ביום 10.5.2017.

13. כמה חודשים לאחר מכן, במהלך חודש ספטמבר 2017, הוקמה בכנסת ועדה מיוחדת, "הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי" (להלן: "הוועדה") לצורך השלמת הליך החקיקה של החוק הלאום. לאחר מספר חודשים של דיונים, הגיעו חברי הקואליציה להסכמה על נוסח החוק, שאושר בוועדה ביום 13.3.2018. חוק הלאום עבר בקריאה ראשונה במליאת הכנסת ביום 30.4.2018.

14. חוק הלאום אושר במליאה בקריאה שנייה ושלישית ביום 19.7.2018. לקראת ההצבעה הוכנסו תיקונים לסעיפים שונים, שלא היה בהם כדי לשנות את הקשיים המהותיים הנובעים מהצעת החוק בכלל, והקשיים הספציפיים הנובעים מכל אחד מהסעיפים – ובפרט מהסעיפים 4 ו-7, כפי שהוצגו לא פעם על-ידי העותרת בפני הגורמים השונים, בממשלה ובכנסת, וכפי שיוצגו להלן לבית המשפט הנכבד.

15. במהלך השנים, מאז הנחת הצעת החוק הראשונה ועד לאישורו של חוק הלאום, הונחו על שולחן הכנסת מספר הצעות חוק השונות בניסוח וזהות בתכלית – הצעות חוק שמטרתן לעגן בחקיקת יסוד את אופייה

היהודי של מדינת ישראל ולתת לו עליונות סמלית, עקרונית ומשפטית על פני הזהות הדמוקרטית של המדינה על כל הכרוך בכך, ותוך פגיעה קשה בזכות לשוויון ובזכויות האזרחים הערבים בישראל – כפרטים וכקולקטיב.

16. כך למשל, במהלך השנים 2013 ו- 2014 הונחו על שולחן הכנסת שתי הצעות חוק נוספות של חבר הכנסת זאב אלקין ושל חברת הכנסת איילת שקד ואחרים, שביקשו לעגן בחוק יסוד את אופייה וזהותה של מדינת ישראל. בהמשך, ביום 23.11.2014 אישרה הממשלה (בהחלטת ממשלה 2227) את תמיכתה בהצעות החוק האמורות. יחד עם זאת, הוסכם כי הצעות אלה לא יקודמו מעבר לקריאה טרומית, ובמקומן תקודם הצעת חוק ממשלתית שעקרונותיה אושרו אף הם באותו יום על ידי הממשלה. אף הצעת חוק זו לא קודמה.

<u>הצעות החוק של ח"כ איילת שקד ושל ח"כ זאב אלקין, וכן החלטת הממשלה 2227 מצורפים כנספחים ע/3, ע/4 ו-ע/5.</u>

17. העותרת המשיכה ללוות את הליכי החקיקה של הצעות החוק השונות לאורך השנים ע"י השתתפות פעילה של נציגיה בדיונים השונים על הצעות החוק בכנסת, פניה יזומה למחוקקים ולחברי הממשלה, ופעילות ציבורית ענפה. העותרת טענה, שוב ושוב, כי מלאכת אימוץ הגדרה חוקתית למדינה צריכה להיעשות על בסיס הסכמה אזרחית רחבה, ותוך התחשבות בזכויות, בצרכים ובדאגות הלגיטימיים של הפרטים והקבוצות השונות באוכלוסייה, ובפרט באזרחים הערבים ובזכויותיהם הבסיסיות - הקולקטיביות והאישיות, המגיעות להן מכוח היותם בני מיעוט מולדת לאומי במדינת רוב הטרוגנית – תרבותית, דתית וזהותית.

<u>פניות העותרת לוועדות, לשרים ולגורמים השונים בכנסת ובממשלה מצורפות (בסדר כרונולוגי, מהמוקדמות למאוחרות) כנספח ע/6.</u>

18. לאורך כל הדיונים בכנסת, וגם לאחר שהחוק אושר בכנסת ופורסם ברשומות, לא היה ספק כי מטרתו של החוק אינה הצהרתית או סמלית בלבד, והוא אף אינו עוד חוק שבא לשמור על ה"סטטוס קוו". נוסחים קודמים של הצעת החוק, שעברו תיקונים קלים במהלך השנים, כמו גם ההצהרות של יוזמי החוק והמחוקקים, לאורך הליך החקיקה וגם לאחריו, מלמדים באופן חד משמעי כי החוק בא לשנות ולעצב מחדש הן את המציאות והן את המשפט בישראל ע"י הרחבת סמכות המחוקק בקביעת חוקים ומדיניות מפלים ופוגעניים ככל שיהיו, וצמצום סמכות בית המשפט ומעורבותו בשרטוט גבולות השיח המשפטי והפוליטי בישראל. בין היתר, ע"י בלימת תהליכים מתמשכים, שהוביל בית המשפט העליון וגופים אחרים במדינה, להטמעת השוויון בין האזרחים וקבוצות האוכלוסייה השונות, ולתיקון העוול ההיסטורי שנגרם למיעוט הערבי, בראש ובראשונה בתחום הקרקע וחלוקת המשאבים, אבל גם ברמה הסמלית והייצוגית, עוול שהחל עם קום המדינה, ונמשך עד לימינו אלה.

19. כך אמר השר לביטחון הפנים, גלעד ארדן, <u>בראיון בגלי צה"ל ביום 5.8.2018</u> – עשרה ימים לאחר חקיקת החוק:

> " מראיין: אתה מוצא משמעות בחוק הזה? ... אזרח אחד שחייו השתנו בעקבות חקיקת החוק הזה?

ארדן: חד משמעית כן. אני מאמין שתהיה פה עם הזמן, כמובן יש שינויים רבים במערכת המשפט שצריך לעשות, גם בזהות, מה לעשות, גם שאנחנו רוצים מערכת משפט מגוונת והטרוגנית ולא רק אנשים שמסתכלים על.. ליברליזם זה ערך חשוב אבל צריך לאזן את זה גם עם תפיסות עולם שמרניות, אז כשמערכת המשפט הישראלית תפנים שגם השיקול הלאומי הוא שיקול לגיטימי של המחוקק, אז לא נקבל פסקי דין של המסתננים שמבטלים החלטות כנסת שנועדו להוציא מכאן מסתננים, או חוק האזרחות שנועד למנוע איחוד משפחות של פלסטינים וערבים כי גם לשמור על רוב יהודי בארץ ישראל זה ערך לאומי שמעוגן בחוק יסוד. **ופסקי דין כמו קעדאן, שנאמרות בהן אמירות שמונעות הקמה של יישובים קהילתיים בגליל כדי לשמור על רוב יהודי או אחוז משמעותי של התיישבות יהודית בגליל, זה לא ייתפס כבלתי לגיטימי בעיני שופטים, אלא זה יאוזן עם העקרונות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והם יצטרכו למצוא נוסחה מאוזנת יותר ולא לוותר לגמרי או לא להתחשב בחשיבות הלאום היהודי והשמירה עליו במסגרת שמירה על צביונה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.** (ההדגשה לא במקור)" (מתוך ראיון בתכנית "נכון להבוקר עם ישי שנרב", גלי צה"ל 5.8.2018, החל מהדקה 11:40)

20. עמדה דומה הביאה את חבר הכנסת בצלאל סמוטריץ' למחות בכעס על פרשנותו המצמצמת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ציבורי-חוקתי), רז נזרי, להשלכות המעשיות של סעיף 7 לחוק היסוד, סעיף "ההתיישבות היהודית", במהלך ישיבתה של הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי (פ/1989/20), שהתקיים ביום 16.7.2018:

<u>"רז נזרי:</u>

יחד עם זאת, זה לא מאפשר, לצורך העניין, להגיד שיהודי שיעבור לצפון יקבל תמריץ, ערבי שיעבור לצפון לא יקבל תמריץ.

<u>בצלאל סמוטריץ (הבית היהודי):</u>

רגע, זה לא מאפשר את זה?

<u>רז נזרי:</u>

לא מאפשר.

<u>בצלאל סמוטריץ (הבית היהודי):</u>

אז מה זה כן מאפשר?

...

רז נזרי:

יש לזה משמעות. זה לא מאפשר שרק יהודי יוכל לגור באותה התיישבות יהודית וערבי לא יכול לגור. זה כן מאפשר, זה כן נותן אמירה של חוק יסוד, אמירה שיש בה משמעות, שלהתיישבות יהודית יש ערך, כמו שכתוב בסעיף.

בצלאל סמוטריץ (הבית היהודי):

שמה הנפקא מינה? אמיר, אני מבקש שייכתב בפרוטוקול - - -

...

בצלאל סמוטריץ (הבית היהודי):

לא, אני רק מבקש שייכתב לפרוטוקול, שהפרשנות שלו – אין לה שום תוקף משפטי. אני מתכוון אחרת. אני המחוקק, לא הוא.

...

"

(פרוטוקול מס' 19 של הועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי, הכנסת ה-20 (16.7.2018)).

21. אך חודשיים חלפו מאז חקיקת חוק הלאום וכבר ניתן פסק דין, שבו ניכרת השפעתו של חוק הלאום על הערכים אותם הוא מכתיב בשיטת המשפט בישראל (ת"א (י-ם) 9135/07 **משיח נ' הרשות הפלשתינאית** (פורסם בנבו, 17.9.2018)). פסק הדין עסק בגובה הנזק שנגרם לתובע ולבני משפחתו כתוצאה מפיגוע התאבדות קטלני, לו היה עד. הפיגוע התרחש 20 שנים לפני חקיקת חוק היסוד והתביעה הוגשה למעלה מעשור לפני חקיקתו. פסק הדין מהווה סימן ראשון לשינוי החוקתי הדרסטי שחל במשטר החוקתי בישראל בעקבות חקיקתו של חוק הלאום, ולהשלכות הרוחב המעשיות של חקיקתו, אותן ניתן לסמן כבר היום, חודשים ספורים לאחר חקיקתו. כיוון שפסה"ד ניתן נגד הנתבע 2 – ארגון החמאס – שלא הגיש כתב הגנה ולא התייצב לדיון, הוא לא יגיע לבחינתו של בית משפט נכבד זה בערעור.

22. סגן הנשיא משה דרורי קבע בפסק הדין, כי יש לתת לחוק הלאום כחוק יסוד וכנורמה בעלת מעמד עליון משקל בלתי מבוטל במלאכת הפרשנות ויישום הדין על נסיבותיו של כל מקרה. לנוכח עקרונות הפרשנות החוקתית ולשון חוק היסוד, חוק הלאום אינו הצהרתי בלבד, אלא טעון פרשנות ויישום מעשיים, שיתבטאו בפעולותיהן של כל רשויות השלטון לרבות כל בתי המשפט:

"האם מכאן נובע כי חוק-יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי הוא דקלרטיבי בלבד? אינני סבור כך. חזקה על הכנסת, כרשות מכוננת, כי הוציאה תחת ידיה חוק יסוד, שניתן יהיה לעשות בו שימוש בבתי המשפט. ... מכאן, שיש לראות את סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כאילו

נכתב, ולמצער, כמי שחל, בתוך חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי. לפיכך, חובה עלינו, השופטים – כחלק מרשויות השלטון במדינת ישראל – ליישם ולהפעיל את חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, לרבות הוראת סעיף 6(א) שבו. לכן, כאשר ניצבות בפנינו מספר חלופות, האם לפסוק פיצויים עונשיים בתביעת נזיקין, והניזוק – כמו התובע שבפניי – הינו אחד מבין "בני העם היהודי [או אחד מבין] אזרחיה הנתונים בצרה ... בשל יהדותם או בשל אזרחותם", הכף תוכרע לכיוון הפיצוי העונשי, בין היתר, מכוח סעיף 6(א) לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי..." (שם, פיסקאות 271-276).

23. פסק הדין האמור אף אוזכר לאחרונה ע"י השופט דרורי בהחלטה במסגרת תביעת פיצויים על נזקים נפשיים, אשר נגרמו לשתי יהודיות אזרחיות ארצות הברית, אשר שהו על סיפונה של הספינה "אקילה לאורה", כאשר זו נחטפה על ידי ארגון אש"ף ביום 7.10.1985:

" בפסק דיני בת.א. 9135/07 משיח דוד נ' הרשות הפלשתינאית (17.9.18), הסתמכתי על סעיף 6(א) לחוק הלאום, וקבעתי כי בני העם היהודי הינם פעמים רבות בגדר מי ש"**נתונים בצרה בשל יהדותם**". לכן, חלה חובה על המדינה לשקוד על הבטחת שלומם. משלא הצליחה המדינה, במקרה זה, והתובעות נפגעו מפעולת טרור שביצעו הנתבעים – כנטען בכתב התביעה – הרי שעניינה של מדינת ישראל הוא לאפשר ולסייע לתובעות לקבל את מרבית הפיצויים האפשריים, על פי שיטת המשפט הישראלית.

אוסיף ואומר, כי הנוסח המלא של סעיף 6(א) לחוק היסוד האמור הוא זה:

"**המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים בצרה ובשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם**".

ניסוח זה מתכתב, ומהדהד באוזניו, של כל המתפלל בימים שני וחמישי, השומע את דברי החזן, לאחר הקריאה בתורה:

"**אַחֵינוּ כָּל בֵּית יִשְׂרָאֵל הַנְּתוּנִים בַּצָּרָה וּבַשִּׁבְיָה הָעוֹמְדִים בֵּין בַּיָּם וּבֵין בַּיַּבָּשָׁה הַמָּקוֹם יְרַחֵם עֲלֵיהֶם וְיוֹצִיאֵם מִצָּרָה לִרְוָחָה וּמֵאֲפֵלָה לְאוֹרָה וּמִשִּׁעְבּוּד לִגְאֻלָּה הָשָׁתָּא בַּעֲגָלָא וּבִזְמַן קָרִיב וְאִמְרוּ אָמֵן**".

כאן המילים חלות באופן חד-חד-ערכי, על נסיבות תיק זה, בו אחיותינו בנות ישראל, התובעות 1 ו-2, היו נתונות בשביה בים, ועלינו, מכוח סעיף 6(א) האמור, לגרום לכך שיובטח שלומן, וכלשון התפילה, הן ייצאו מצרה לרווחה, ומאפילה לאורה, ומשעבוד (של השבי) לגאולה."

(ת"א 2287/00 (י-ם) **עזבון המנוחה סופי צ'סר ז"ל נ' זיידאן** (סעיפים 151-154 להחלטה בקובץ בקשות מטעם הנתבע 2))

24. בפסיקה ראשונית זו של השופט דרורי ניתן לראות את הסנונית המבשרת את השפעות העומק והרוחב של חוק הלאום על המשפט החוקתי בישראל ועל עקרונות שיטת המשפט בכללותה. כנורמה חוקתית בעלת מעמד על, מגביל חוק היסוד את הכנסת כמחוקקת והוא גם משליך על פרשנות כל הנורמות החוקתיות והחוקיות, הקיימות והחדשות. מעבר לכך, חוק היסוד מנחה את פעולתן של כל רשויות השלטון החייבות לכבדו, ומשליך על הערכים והעקרונות שחייבים בתי המשפט לשקול ביושבם לדין בכל עניין שהוא: בעניינים חוקתיים ומנהליים כמו גם בתחומי המשפט הפרטי ודיני העונשין.

25. כך, פסיקתו של השופט דרורי מלמדת אותנו, כי במשטר החוקתי החדש, החל לאחר חקיקת חוק היסוד, פגיעה באדם יהודי בשל יהדותו היא פגיעה שונה במהותה ובערכה מפשע שנאה מתועב המבוצע כלפי "סתם אדם" (לדוגמה פגיעה באדם בשל היותו ערבי או בשל נטייתו המינית). זכותו החוקתית של אדם יהודי להגנה היא מעתה זכות יסוד חוקתית שמשקלה רב יותר: היא מקימה חובה משמעותית יותר על המדינה - לשקוד ולהגן על אותו יהודי, לקבוע ענישה מרתיעה יותר או לאפשר ליהודי פיצוי נזיקי כבד יותר בשל פגיעתו. בנסיבות המתאימות זכותו של יהודי להגנה (בדומה לזכותו לשפה ולזכותו לקניין ולמקום מגורים ראוי) גוברת על זכויות ואינטרסים של אזרחים אחרים, שהן זכויות שמשקלן פחות על פי המאזן שיצר חוק הלאום. למאזן החוקתי המפלה השלכות ישירות על כל תחומי המשפט בפרט ועל החיים האזרחיים בכלל.

26. חוק היסוד החדש משקף מערכת קדימויות, ערכים ועקרונות מפלים ובלתי שוויוניים, הקובעים את ערכו של אדם ואת מערך זכויותיו וחובות המדינה כלפיו על פי דתו ולאומו. אם יוותר החוק על כנו, ערכים ועקרונות אלה יחייבו מעתה את כל רשויות השלטון, לרבות בתי המשפט, לפעול על פי מאזן חוקתי חדש ובלתי חוקי במהותו ולבכר את זכותו של אזרח יהודי על פני זכותו של מי שאינו יהודי. מדובר בהחמרה משמעותית ביחסו של המשטר בישראל למיעוטים בכלל ולמיעוט הערבי בפרט, ומעבר ממצב בו המדינה מחויבת לשוויון אזרחי מלא, להלכה גם אם לא תמיד למעשה – למשטר שבו יהודים ומי שאינם יהודים הם בעלי זכויות אדם שונות באופן מהותי ומעשי.

27. האמור לעיל מביא למסקנה אחת: חוק הלאום פוגע פגיעה אנושה ובלתי הפיכה בשוויון ובדמוקרטיה, הופך את ההפליה הממסדית והמתמשכת נגד הציבור הערבי בישראל מעניין שמתבטא במדיניות ובהפעלת שיקול דעת מינהלי לערך מערכי השיטה המשפטית בישראל – ערך עליון הזוכה להגנה מיוחדת בחוק יסוד, ומכרסם, בשל כך, ביכולת של בית המשפט להתערב בו. לא ניתן לטעון כי חוק הלאום הינו חוק הצהרתי בלבד. חוק זה, כפי שעולה באופן חד משמעי מדברי השר ארדן, חבר הכנסת סמוטריץ' ורבים אחרים שהתבטאו בנושא במהלך השנים, נועד לשנות מציאות, לסובב את הגלגל אחורה ברמה המשפטית, הנורמטיבית והחשיבתית, לעצב מחדש את יחסי הרוב והמיעוט בישראל, ולהשליך בצורה משמעותית על מימוש זכויות היסוד הבסיסיות של אזרחי המדינה בכלל ושל בנות ובני המיעוט הערבי בפרט.

הטיעון המשפטי

רוח החוק: מהזכות לשוויון לעקרון ההפליה

> **"המבחן האמיתי לעקרון השוויון נעוץ ביחס כלפי מיעוט: דתי, לאומי או אחר. אם אין שוויון למיעוט, גם אין דמוקרטיה לרוב. כך גם בנוגע לשאלת השוויון כלפי ערבים... שאלה זאת כרוכה במערכת יחסים מורכבת שהתפתחה בין יהודים לבין ערבים בארץ זאת במשך תקופה ארוכה. אף על פי כן, ואולי דווקא בשל כך, יש צורך בשוויון. השוויון חיוני לחיים משותפים. טובת החברה, ובחשבון אמיתי טובתו של כל אחד בחברה, מחייבים לטפח את עקרון השוויון בין יהודים לבין ערבים... זוהי מצוותו של המשפט, ולכן זו חובתו של בית המשפט".** (בג"ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 15, 27-28 (2001)).

28. כאמור, בנוסח חוק הלאום כפי שאושר בכנסת ופורסם בספר החוקים, אין כל התייחסות להיותה של מדינת ישראל דמוקרטיה, או למעמדם של מיעוטים במדינה – מדינת ישראל לא הוגדרה בחוק הלאום כמדינה דמוקרטית, ואף לא כמדינה "יהודית ודמוקרטית" כפי שהיה נהוג לתארה עד היום.

29. מן הסתם, אין גם התייחסות בחוק הלאום למשמעות היותה של המדינה דמוקרטית, ובכלל זה בולטות בהיעדרן התייחסויות ליסודותיה של דמוקרטיה מהותית ובהם היות המדינה מדינה דמוקרטית המבטיחה שוויון זכויות גמור לכל אזרחיה, מחויבות להגנה על זכויות אדם לכל ועוד. בולטת במיוחד השמטת המחויבות המוכרת לכל, להבטחת זכויותיהם האישיות של כלל אזרחי המדינה, במיוחד על רקע אימוץ העמדה לפיה הזכויות הקולקטיביות בישראל, ובראשן הזכות להגדרה עצמית לאומית, שמורות לאזרחים היהודים בלבד.

30. בשל כך, חוק הלאום על סעיפיו השונים מעצב מחדש את יחסה של מדינת ישראל למיעוט המולדת הגדול החי בתוכה – המיעוט הערבי, ומכריע, לראשונה, באופן מפורש ומובהק לטובת צד אחד, בדיון המתקיים מאז קום המדינה, על משמעות התיבה "יהודית ודמוקרטית", ועל הקורלציה בין שני מרכיבי זהות אלה של מדינת לאום הטרוגנית, דמוקרטית, מודרנית ואזרחית.

31. "מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי"; "עברית היא שפת המדינה. לשפה הערבית מעמד מיוחד במדינה"; "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". ביטויים מהסוג הזה, אשר מעוגנים בסעיפים 1, 4 ו-7 לחוק הלאום, ואשר מעגנים ומקבעים בחוק יסוד עליונות יהודית - אזרחית, קבוצתית, פוליטית, ותרבותית, הופכים את חוק היסוד לכלי אפקטיבי ושימושי בידי מנסחיו מיד עם חקיקתו: הם משנים את השיח הפוליטי והאזרחי במדינה דמוקרטית משיח של דעות, לשיח על מעמדות, פועלים ברמה המחשבתית, עוד לפני הרמה הנורמטיבית, לביסוס העליונות היהודית במדינה – על היבטיה השונים, אצל רשויות המדינה כמו גם אצל האזרחים, והופכים את ההפליה מחריג מבוקר, שהלך והצטמצם עם השנים, לנורמה חוקתית.

32. חוק יסוד, המושתת על הדרה של קבוצות מיעוט תוך שימוש בקריטריון הלאום ככלי למתן זכויות יתר והעדפה של קבוצה לאומית אחת על פני השנייה, או לשלילת זכויות בסיסיות – אישיות או קבוצתיות, מקבוצות מיעוט לאומי, כמוהו כמדיניות הדוגלת בסימון קבוצות אתניות ולאומיות כקבוצות נחותות תרבותית, מעמדית ואזרחית. גם ההדרה, בדיוק כמו הסימון, מבוססים ומושתתים על תפיסה גזענית שאין לה מקום במשטר דמוקרטי הנשען על חירויות, זכויות אדם ושוויון. על כן, חוק הלאום משדר מסר של דחייה והדרה כלפי הציבור הערבי בכללותו, ופוגע אנושות בזכויותיהם החוקתיות של האזרחים הערבים לשוויון ולכבוד.

33. כפי שמפורט בדברי ההסבר להצעת החוק הראשונה, שהיוותה את הבסיס לחוק הלאום, ההצעה התמקדה באופן מפורט ונרחב ב"היבטים מעשיים המבטאים את היותה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, שלחלקם יש ביטוי בחקיקה קיימת: סמלי המדינה (המנון, דגל, סמל), ירושלים כבירתה, שפתה, זכות השבות, קיבוץ גלויות, התיישבות יהודית, הקשר עם יהודי התפוצות, לוח שנה עברי ומקומות קדושים". כל אלה יחד מדגישים את הקשר של המדינה בראש ובראשונה לעם היהודי וליהדות. חוק הלאום אף מדגיש את מחויבותה של המדינה לקדם את כל אלה, ודווקא את אלה, להבדיל מערכים אחרים. זאת כאשר מנגד, כאמור לעיל, החוק אינו כולל כל התחייבות לעצם היותה של המדינה דמוקרטיה, ומשכך הוא גם לא כולל התייחסות למשמעות היותה של המדינה דמוקרטית, או מחויבות ליסודותיה של דמוקרטיה מהותית.

34. בשל כל אלה, חוק הלאום מהווה סכנה ממשית לשחיקת מהותה הדמוקרטית של המדינה ואיום ממשי על זכויות היסוד של כל תושבי המדינה.

הזכות להגדרה עצמית של מיעוט מולדת בצל מדינת לאום אזרחית

> **"לכל העמים זכות להגדרה עצמית. בתוקף זכות זו חופשיים הם לקבוע את מעמדם הפוליטי ולשקוד בחופשיות על פיתוחם הכלכלי, החברתי והתרבותי"** (סעיף 1, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966)

35. הגדרת אופייה של המדינה היא סוגיה חוקתית חשובה ובעלת השלכות מרחיקות לכת. בסוגיות יסוד מעין אלו יש לעשות ככל הניתן כדי לחתור להסכמה ציבורית רחבה תוך התחשבות בכלל הזכויות והאינטרסים של הקבוצות השונות באוכלוסייה.

36. השאלות החוקתיות המועלות בחוק הלאום הן כבדות משקל: שאלת הגדרת המדינה היא שאלה בעלת השלכות יסודיות ביותר עבור מדינת ישראל וכלל אזרחיה. כידוע, מדובר בשאלה השנויה במחלוקת ציבורית קשה בין קבוצות שונות באוכלוסיית אזרחי המדינה. אף שקיימת לכאורה הסכמה ציבורית רחבה בדבר זכותם של יהודים לראות במדינת ישראל מולדת, שבה הם מממשים את הזכות להגדרה עצמית לאומית, הרי שאין משמעות הדבר שהכרה מעין זו מחייבת שלילת ההכרה בזכויותיהם של בני המיעוט הערבי, שאף עבורם הארץ היא מולדת.

37. כידוע, הזכות להגדרה עצמית היא זכותה של אוכלוסייה בעלת תודעה לאומית מגובשת לבחור לעצמה את צורת ההתארגנות הפוליטית, כלכלית–חברתית, ולנהל את יחסיה עם קבוצות אחריות מתוך בחירה חופשית (גיא הרפז, "הגדרה עצמית" בתוך **משפט בינלאומי** (רוֹבי סֵיבֹל ויעל רונן, עורכים, מהדורה שלישית, 2016), עמ' 95). ראשיתו של הדיון בזכות להגדרה עצמית כרוך בפירוקם של משטרי המושבות והמשטרים הקולוניאליסטיים, אך מאז הדיון בשאלת מעמדה של הזכות להגדרה עצמית ובנסיבות שבהן תמומש זכו לדיון מחודש נרחב. שתי האמנות הבינלאומיות המרכזיות ואולי המקיפות בתחום זכויות האדם פותחות בהתייחסות לזכות להגדרה עצמית ומעניקים לזכות זו מעמד הסכמי ומשפטי (סעיף 1 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966; סעיף 1 לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1996). זכות זו מהווה את אחד העקרונות המקובלים והחשובים ביותר במשפט הבין-לאומי.

38. מסמכי האו"ם אינם מגדירים במדויק את נפקותו המשפטית והמעשית של עקרון ההגדרה העצמית. על פי העמדה המקובלת, המסתמכת על החלטת עצרת האו"ם בדבר יחסי ידידות ושיתוף פעולה בין מדינות בהתאם למגילת זכויות האדם (החלטה 2625), הצהרה על הקמת מדינה ריבונית אינה הדרך היחידה למימוש הזכות להגדרה עצמית.

39. בנקודה זו קיימת מורכבות רבה ועל כן קיימת גם מחלוקת פרשנית באשר לאופן שבו יכולה הזכות להגדרה עצמית לבוא לידי מימוש, בהתחשב בכללים ובמגבלות נוספים החלים על פי כללי המשפט הבינלאומי. חרף היותה של השאלה בדבר אופן מימוש הזכות מורכבת וסבוכה, אין בכך כדי להצדיק שלילה גורפת של הזכות להגדרה עצמית ושל ההכרח לאפשר את מימושה במערכת נסיבות נתונה. פסיקת בית הדין הבינלאומי לצדק (להלן: "ICJ") עקבית בנוגע לחובה לאפשר מימוש כלשהו של הזכות להגדרה עצמית לאומית. על פי העמדה הרווחת בפסיקתו בעשורים האחרונים, לא מתקיימת בהכרח בלעדיות הדדית בכל הנוגע להגדרה עצמית. כלומר, מימוש הזכות להגדרה עצמית של קבוצה לאומית אחת אינה שוללת את זכותן של קבוצות תרבותיות אתניות ולאומיות נוספות בגדרה על אותה טריטוריה. קבוצות מיעוט לאומיות יוכלו לממש את הזכות בתוך גבולותיה החוקיים של המדינה אליה הם משתייכים, במימוש "פנימי" ולאו דווקא בדרך של מימוש חד צדדי "חיצוני" בדרך של פרישה (Secession).

40. זוהי, למשל, עמדתה של הנשיאה לשעבר של ICJ, רוזלין היגינס, לפיה דווקא בשל הצורך וההכרח לאפשר גבולות מדינתיים יציבים, יש לאפשר שינוי הגדרתי ומתן אוטונומיה פוליטית חלקית למיעוטים בתוך יחידות מדינתיות קיימות באמצעות מתן אפשרות להשתתפות שוויונית ומלאה במוסדות הפוליטיים של אותה מדינה (ר': Rosalyn Higgins **Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations** (Oxford University Press, 1963) 104).

41. פסיקת בית הדין הבינלאומי לצדק תרמה רבות לפיתוחה ולמעמדה של הזכות להגדרה עצמית במספר פרשות שבהן נדרש בית הדין לחוות דעתו בסוגיות משפטיות שהיו קשורות אליה באופן ישיר. כך היה בחוות הדעת לעניין דרישת ההפרדות של המיעוט הקוויבקי (דובר הצרפתית) מקנדה, שם נבחנה האפשרות להכיר בזכותו של מיעוט להתנתקות חד צדדית מתחום הריבונות הקנדי. באותו עניין, קבע ה- ICJ כי ככלל, הדרך למימוש הזכות להגדרה עצמית תהיה במימוש "פנימי", בגבולותיה של מדינת האם, למעט במקרים חריגים:

> "There is no necessary incompatibility between the maintenance of the territorial integrity of existing states, including Canada, and the right of a 'people' to achieve a full measure of self-determination. A state whose government represents the whole of the people or peoples resident within its territory, on a basis of equality and without discrimination, and respects the principles of self-determination of its own internal arrangements, is entitled to the protection under international law of its territorial integrity" (Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217, sec. 126, להלן "פרשת קוויבק")

42. המקרים החריגים לכלל זה הם אלה שבהם מסוכלת הזכות להגדרה עצמית בתוך גבולות המדינה ע"י משטר דכאני (משטר קולוניאליסטי או כובש), או שזכויות הפרטים המשתייכים למיעוט לאומי או אתני (זכויות אישיות וקיבוציות) מופרות באופן שיטתי וחמור בגבולות המדינה הקיימת (פרשת קוויבק, פסקה 138). יוער כי החריג האחרון הנוגע להפרה שיטתית של זכויות קבוצת המיעוט מפורש על רקע מגמה המרחיבה את ההכרה בזכויות המשפטיות של קבוצות מיעוט, וקבוצות המוגדרות כ"מיעוטי מולדת" בפרט, במסגרת מדינות הלאום (הרפז, עמ' 105).

43. המיעוט הקוויבקי בקנדה זוכה לשורה של זכויות קבוצתיות – לשוניות ותרבותיות, המאפשרות מידה של אוטונומיה, וכן לזכויות המבטיחות את האפשרות להשתלב במרחב הדמוקרטי הכללי מבלי לסבול מנחיתות מובנה או מהכרח להסיג את זהותו ולהיטמע במאפייניה הדומיננטיים של קבוצת הרוב על מנת לזכות לשוויון. מלבד החובה החוקתית לנהוג בשוויון, החלה על כל פעולה להקצאת משאבים או תקציבים, ניתן מקום גם לביטוי זהותם של המיעוטים - גם במישור הסמלי: כך למשל, דגל המדינה, המנונה ושטרות הכסף שלה, אינם מציגים סמלים המזוהים רק עם קבוצה אחת, אלא מציגים את תרבותו ואת סמליו של המיעוט הפרנקופוני, לצד סמלים המשויכים לתרבות הרב. קנדה מפורסמת בקיום דו לשוניות מלא במישור הפדרלי, כאשר לשפה הצרפתית ניתן מעמד רשמי שווה ומלא שאינו סמלי בלבד: זכויותיו של המיעוט הלשוני להתנהל, להתבטא ולקבל שירותים המותאמים לשפתו מוגנת בכל פן של החיים האזרחיים. כתוצאה מכך, ומכיוון שקיימת דרישה גדולה לעובדים דו לשוניים בשירות הציבורי, חלקם של בני קהילת המיעוט הפרנקופוני בשירות מדינה הקנדי עולה משמעותית על חלקם באוכלוסייה.

44. עוד ביטוי מעניין לזכויות מיעוט בחברה הטרוגנית לאומית ותרבותית, המיושם גם הוא במקרה הקנדי, הוא מתן זכות הווטו לקבוצות המיעוט בעניינים מסוימים. הפרקטיקה החוקתית או השלטונית המעניקה זכות ווטו לקבוצות מיעוטים מוכרת ומיושמת במדינות דמוקרטיות נוספות. זכות הווטו משמשת את קבוצות המיעוט בהליכי קבלת החלטות, לצורך מניעת שימוש בכוח או לדחיית הצעת חוק. במקדוניה ניתנה זכות ווטו בכל הנוגע לחוקים המשפיעים על האינטרסים החיוניים של קבוצות המיעוט (ר': Lisen Bashkurti "Political Dynamics within the Balkans: The Cases of Bosnia & Herzegovina, Macedonia, Bulgaria, Serbia, and Montenegro" 80 **Chicago-Kent L. Rev.** 49 (2004)).

45. כאמור, ההליך הפוליטי במדינה דמוקרטית דורש איזון כוח ההכרעה הנתון בידיה של קבוצות הרוב, כיוון שקובעי מדיניות נוטים להתעלם מהאינטרסים של קבוצות חסרות השפעה. במדינות שבהן קיים פילוג יסודי, אתני או לאומי, ההצבעה בענייני מדיניות המשפיעים על כלל האוכלוסייה נקבעת לרוב לפי שייכות קבוצתית ותוצאותיה משקפות באופן ישיר את הגודל היחסי של קבוצות הרב והמיעוטים, ועל כן המיעוטים האתניים, הלאומיים והדתיים הם הקבוצות שנפגעות בדרך כלל מההליך הפוליטי (איל בנבנישתי "הגנה על קהילות מיעוטים בבתי המשפט" **עלי משפט** ג 465 (2003)). הכרה בזכויות הקיבוציות של המיעוט או מתן משקל יתר לצרכים ולאינטרסים החיוניים של קבוצות המיעוט נועדו לאזן ולתקן מצב מוצא זה.

46. בישראל, גם עובר לחקיקת חוק הלאום, התקיימה הכרה מצומצמת ומוגבלת, שהלכה והתרחבה עם השנים, בזכויותיהם הקולקטיביות של בני ובנות המיעוט הערבי, כביטוי הכרחי ובסיסי לזכותם לשוויון. יחד עם זאת, אין זה סוד כי גם בין שופטי בית המשפט העליון התקיימה מחלוקת בדבר זכאותם של האזרחים הערבים בישראל להכרה בזכויותיהם קיבוציות, או לכל הפחות, בדבר היקף ההכרה באותה קבוצה של זכויות (ראו, למשל, את דעת המיעוט של השופט חשין בבג"ץ 4112/99 **עדאלה נ' עיריית תל אביב יפו,** פ"ד נו (5) 393, 421 (2002); (להלן: "פרשת **השילוט**")). עם זאת ניתן לסמן מספר זכויות קיבוציות שזכו לראשית הכרה, גם אם באופן חלקי: הזכות לשפה (בפרשת **השילוט**); הזכות לאוטונומיה דתית ולתחולת הדין הדתי בתחום המעמד האישי (שזכתה להגנה במסגרת שיטת ה"מילט" באימפריה העותומנית ונותרה על כנה עם הקמת המדינה); והזכות לחינוך נפרד ולניהול מערכת חינוך נפרדת המתנהלת בשפה הערבית (למרות שלמערכת החינוך הערבית בישראל לא ניתנת אוטונומיה באשר לתוכן החינוכי או להקצאת התקציבים הפנימיים).

47. אין צל של ספק כי תכליתו של חוק הלאום, על פי לשונו ועל פי מהלכי החקיקה ושינויי הניסוח הרבים שאפפו את חקיקתו, אינה להביא לתיקון ההפליה ארוכת השנים נגד המיעוט הערבי בישראל, ואף אינה להמשיך במגמת פיתוח הזכויות הקיבוציות של מיעוטים תחת שיטת המשפט והממשל בישראל, שהוביל בית המשפט העליון, אף על פי שצעד זה נדרש ומתבקש לצורך הגנה על זכויות האדם בישראל וביסוס המשטר הדמוקרטי. כאמור גם בטרם נחקק חוק היסוד החדש, כוח השלטון נמצא, רובו ככולו, בידיה של קבוצת הרוב היהודית, ומנגנונים שלטוניים חוקיים ומבניים הבטיחו ועודם מבטיחים הותרת מצב זה על כנו. עם זאת, אינטרסים פוליטיים צרים הובילו לכך שחוק היסוד משריין זכויות יתר נוספות לקבוצת הרוב בלבד, ובה בעת דורס ומפקיע מרשותו של המיעוט כמה מהאיזונים החוקתיים הבודדים שעשויים היו לרסן את עריצותו הבלתי מאוזנת של הרוב. חוק היסוד מתעלם לחלוטין מקיומם של האזרחים הערבים על קבוצותיהם השונות, ומוחק את תרבותם ואת שפתם מהמרחב הישראלי הסמלי והחומרי.

שפה של מיעוט – ערך מוגן או איום על שלטון הרוב?

> "שפתו של אדם היא חלק מאישיותו.... היא המכשיר באמצעותו הוא יוצר קשר עם זולתו... השפה ממלאת תפקיד מרכזי בקיום האנושי של הפרט ושל החברה. באמצעות השפה אנו מבטאים את עצמנו, את ייחודנו ואת זהותנו התרבותית. טול מאדם את שפתו ונטלת ממנו את עצמו... השפה מקבלת חשיבות מיוחדת שעה

שמדובר בשפתה של קבוצת מיעוט. אכן השפה משקפת תרבות ומסורת... מכאן הגישה כי למיעוט עומדת הזכות לחופש לשון" (פרשת **השילוט**, עמ' 412-413)

48. שיטת המשפט בישראל צעדה בשני העשורים החולפים כברת דרך משמעותית לעבר הכרה בזכותו של המיעוט הערבי בישראל ללשון - קרי, להכרה בשפה הערבית כשפתו של המיעוט הערבי וכלשון רשמית במדינה. הצעד המשמעותי בהקשר זה התרחש לפני כעשרים שנה: בפרשת **השילוט** נקבע במפורש בפסיקת בית המשפט העליון כי זכותו של המיעוט הערבי לשפתו (כמו גם הצורך להבטיח שוויון וסובלנות) מטילה חובות פוזיטיביות על השלטון, ובשל כך חויבו הערים המעורבות להוסיף לשילוט העירוני, לצד הכיתוב העברי, גם כיתוב בערבית.

49. מאז, ובעקבות פרשת **השילוט**, ניתנו מספר החלטות, הן על-ידי בית המשפט העליון והן על ידי בתי המשפט האחרים, מהן ניתן ללמוד על מעמדה והיקפה של זכות המיעוט הערבי ללשון במדינת ישראל. כך, למשל, נקבע כי כל אזרח ערבי זכאי להשתמש בשפתו בבתי המשפט ואף להמציא מסמכים בערבית, מבלי שתושת עליו החובה לתרגמם לשפה העברית (בש"א (נצ') 2555/04 **זועבי נ' עזבון המנוח אלג'ני** (פורסם בנבו, 29.9.2004)). מאוחר יותר אף הסכימה עיריית חיפה, בעקבות עתירה לבג"ץ שהוגשה נגדה, לפרסם הודעות רשמיות מטעמה, אותן היא מפרסמת כדבר שבשגרה בשפה העברית, גם בשפה הערבית. העתירה לפרסום ההודעות כאמור התבססה, בין היתר, על זכותם של תושבי חיפה הערבים לשוויון וללשון (בג"ץ 4111/01 **עדאלה נ' עיריית חיפה** (פורסם בנבו, 31.12.2003)).

50. כך במהלך השנים חל שיפור משמעותי בהנכחת השפה הערבית במרחב הציבורי: בשילוט, בתחבורה הציבורית, במשרדי הממשלה והשירותים השונים אותם הם מספקים לאזרחים, בפארקים ואתרי טבע, במערכת החינוך, בספריות עירוניות, בטלוויזיה וברדיו ועוד. יחד עם זאת, הדרך למימוש חופשי, שוויוני ומלא של השפה הערבית בישראל עוד ארוכה.

51. סעיף 4 לחוק הלאום שכותרתו "שפה" (להלן: "סעיף השפה") משנה הן את המציאות והן את החוק ביחס למעמדה של השפה הערבית במדינת ישראל. סעיף השפה מוריד את המעמד של השפה הערבית משפה רשמית, כפי שהיה המצב עוד לפני קום המדינה ועד היום, למעמד של שפה בעלת "מעמד מיוחד" בלבד, וזאת לצורך מימוש נגישות לשונית לשירותי המדינה בלבד. מדובר בפגיעה בזכויות היסוד של מיעוט מולדת לאומי בישראל, הזכאי להגנה מיוחדת על שפתו, המהווה, בנוסף לערך שלה כשלעצמה, כלי חיוני ובלעדי לשימור תרבותו, זהותו ומורשתו.

52. יודגש, כי גם התוספת לפיה הסעיף לא יפגע במעמד שניתן לשפה הערבית לפני חקיקת חוק היסוד אין בה די. כאמור לעיל, השימוש בשפה הערבית במרחב הציבורי וע"י רשויות ציבוריות אומנם התרחב בשנים האחרונות, בעקבות פסיקת בג"ץ ועבודה מאומצת של גורמים רבים, ביניהם העותרת, אולם הוא עדיין מצומצם מאוד יחסית לשימוש בשפה העברית, ולהגנה לה ראויה השפה הערבית עפ"י הנורמות של המשפט הבינלאומי, בהיותה שפתו של מיעוט מולדת במדינה הטרוגנית תרבותית. תוספת זו, ששומרת לכאורה על המצב הקיים ערב חקיקת החוק, עלולה להכשיר את הקפאת המצב הקיים בפועל ולפגוע בתהליך החיוני, הטבעי והחשוב של הכרה והנכחה של השפה הערבית בישראל.

53. על מעמדה המיוחד של השפה הערבית, הן כשפה רשמית והן כשפתו של המיעוט הערבי בישראל, נאמר בפרשת **השילוט**:

> "מה מייחד את השפה הערבית, ומדוע דינה שונה מדינן של שפות אחרות – נוסף על העברית – אשר הישראלים דוברים אותה? האם אין נובע מגישתנו כי עתה יוכלו לבוא תושבים של ערים שונות, ובהם קבוצות מיעוט של דוברי שפות שונות, בדרישה כי השילוט בעירם יהיה גם בשפתם זו? תשובתי היא בשלילה, שכן לא הרי כל אותן שפות כהרי השפה הערבית. הייחוד של השפה הערבית הוא כפול: ראשית, הערבית היא שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל, החי בישראל מימים ימימה... הערבית הינה שפה רשמית בישראל... רבות הן השפות שמדברים הישראלים, אך רק ערבית – בצד העברית – היא שפה רשמית בישראל. לערבית אפוא ניתן מעמד מיוחד...". (פרשת **השילוט**, עמ' 418).

54. בפרשת **השילוט** מונה בית המשפט מספר תכליות כלליות שיש לשקול אותן במהלך בחינת הפגיעה במעמד השפה הערבית בישראל: התכלית הכללית הראשונה הרלוונטית נוגעת להגנה על הזכות של אדם לשפתו. כאמור, השפה היא חלק מהזהות, המורשת והתרבות של כל חברה אנושית, והיא נגזרת מזכותו של כל פרט לכבוד ולזהות. ודוקו, השפה חשובה במיוחד לקבוצות מיעוט במדינה עם חברה הטרוגנית, בה, על פי רוב, שפת הרוב זוכה למעמד חזק ומועדף בהשוואה לשפת המיעוט, ובה חברי המיעוט הלשוני נמצאים פעמים רבות תחת לחץ לנטוש את שפת אמם לטובת שפתה של קבוצת הרוב. לפיכך, אם יש ערך להגנה משפטית על שפה, היא דרושה למיעוטים הלשוניים, להבדיל מקבוצת הרוב, שלשפתה יש מעמד חזק ולפיכך היא אינה נזקקת להגנה משפטית מיוחדת (מיטל פינטו "זכויות שפה, הגירה ומיעוטים בישראל" **משפט וממשל** י 223 (2007)).

55. כאמור, לשפתו של האדם ערך בפני עצמו, בנוסף להיותה כלי למימוש ערכים אחרים, לתקשורת, להגשמה עצמית, לחינוך ולמימוש תרבות. שפתו של אדם מכוננת את זהותו, היא אינה רק כלי למימוש ולשימור התרבות, אלא מהווה, היא כשלעצמה, חלק אינטגראלי מהתרבות האנושית והאישית של כל אדם וכל חברה:

> "Most people value their language not only instrumentally, as a tool, but also intrinsically, as a cultural inheritance and as a marker of identity as a participant in the way of life it represents. Their language is a repository of the traditions and culture accomplishment of their community as well as being a kind of cultural accomplishment itself. It is the vehicle through which a community creates a way of life for itself and is intrinsically bound up with that way of life." (Denise Reaume "Official Language Rights: Intrinsic Value and the Protection of Difference" in **Citizenship in Diverse Societies** (Will Kymlicka, Wayne Norman ed., Oxford University Press, 2000) 251).

56. התכלית הכללית השנייה אליה התייחסו השופטים בפרשת **השילוט** היא הבטחת השוויון. זכותם של הערבים לייצוג במרחב הציבורי בשפתם הינה זכות מהותית, הנגזרת מזכותם לשוויון ולכבוד. מכאן, ובהיות שפתו של אדם חלק מאישיותו ומכבודו, הרי שהמעמד הנחות יותר שניתן לשפה הערבית בחוק הלאום פוגע פגיעה קשה הן בזכות לשוויון והן בכבודם של האזרחים הערבים, מותיר אותם עם תחושת עלבון קשה, ויוצר היררכיה מעמדית בין קבוצת הרוב לקבוצת המיעוט – היררכיה בעלת השלכות מרחיקות לכת הן ברמה הסמלית והן ברמה המהותית. פגיעה זו, אשר מעידה על נחיתותם של האזרחים הערבים בעיני השלטון במדינת ישראל ואשר מתעלמת מייחודם התרבותי-לשוני כקבוצת מיעוט לאומי, נופלת בגדר הגרעין הקשה של הזכויות לכבוד ולשוויון, המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והעומדות בבסיסו של כל משטר דמוקרטי.

57. כאמור, עד לחקיקת חוק הלאום זכתה השפה הערבית בהכרה חוקית ומעשית כשפה רשמית במדינה. כך נקבע בסעיף 82 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922:

> "כל הפקודות, המודעות הרשמיות והטפסים הרשמיים של הממשלה וכל המודעות הרשמיות של רשויות מקומיות ועיריות בתחומים שייקבעו עפ"י צו מאת הממשלה יפורסמו (באנגלית) בעברית ובערבית. בכפוף לכל תקנות שתתקין הממשלה מותר להשתמש בשלוש השפות במשרדי הממשלה ובבתי המשפט."

(יצוין כי עפ"י סעיף 15(ב) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 כל הוראה הדורשת שימוש בשפה האנגלית – בטלה. כן נמחקה הוראה הקובעת כי במקרה של סתירה יחייב הנוסח האנגלי).

58. מתוקף מעמד זה הוטלה חובה על רשויות השלטון לנהוג בכבוד ובשוויון בשפה הערבית. מעמדה הרשמי של השפה הערבית שיקף את ההכרה בזכותם של האזרחים הערבים לחופש לשון ותרבות. בית המשפט אימץ הגדרה זו הרבה לפני פרשת **השילוט**:

> "הערבית, שגם היא שפה רשמית ונכס תרבותי חשוב של חברתנו ושפת הדיבור של מיעוט מאזרחינו... במדינת ישראל חי מיעוט ערבי, ששפתו ערבית. היא לשון הדיבור שלו. היא לשון דתו ותרבותו. מדינת ישראל מכבדת את השימוש בשפה הערבית. כפי שנראה, זו שפה רשמית של המדינה, אך מעבר לכך, זו שפתם של רבים מאזרחי המדינה" (ע"א 105/92 **ראם מהנדסים נ' עיריית נצרת עילית**, פ"ד מז(5) 189, 203, 210 (1993)).

59. בפרשת **השילוט** נקבע כי ייחודה של השפה הערבית ומעמדה כשפה רשמית מחייב לא רק להימנע מפגיעה ישירה בשפה, על ידי איסור השימוש בה למשל, אלא אף לנקוט בצעדים אופרטיביים שיש בהם כדי לאפשר למיעוט הערבי לחיות את חייו במדינת ישראל בשפתו:

> "מעמדה של הערבית כשפה רשמית על-פי סימן 82 המתוקן נועד לקיים את חופש הלשון, הדת והתרבות של המיעוט הערבי. מימוש חופש זה אינו מצטמצם בהגנה על האוכלוסייה הערבית מפני איסור השימוש בשפתה, אלא מחייב את הרשויות לתת אפשרות למיעוט הערבי לחיות את חייו במדינת ישראל בשפתו" (פרשת **השילוט**, בעמ' 478-479).

60. לאור האמור, אין ספק כי חוק הלאום פוגע פגיעה קשה במעמדה של השפה הערבית הן ברמה הסמלית והן ברמה המעשית, ודרכה גם בשוויון ובתחושת השוויון של האזרח הערבי במדינת ישראל, להם הוא זכאי בכל תחומי החיים וגם במימוש שפתו ושימור תרבותו.

61. התכלית הכללית השלישית אליה מתייחס בית המשפט בפרשת **השילוט** היא מעמדה של השפה העברית – אחד הביטויים החשובים, כך לפי דברי בית המשפט בפרשת **השילוט**, לאופייה של מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית". יחד עם זאת, ובמקרה של חוק הלאום, לא ניתן להצביע על חשש ממשי לפגיעה במעמדה של השפעה העברית באם יבוטל סעיף השפה שעיגן מעמד נחות לשפה הערבית בחוק יסוד. הסטטוס קוו שהיה קיים עד לחקיקת החוק היה סטטוס קוו של שוויון נורמטיבי בין השפות הרשמיות במדינת ישראל – הערבית והעברית, אולם שוני מהותי ברמה הפרקטית וביחס לשפה ע"י מוסדות המדינה השונים, בהיותה של העברית שפתה של קבוצת הרוב. החזרת המצב לקדמותו, ועיגון מעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית במדינה, מתוך כבוד לשפה ולדובריה – היהודים והערבים כאחד, מתוך תפיסתה כשפת מיעוט מולדת, וכביטוי חשוב לזהותו ולתרבותו, אין בו כדי לפגוע בשום צורה במעמד הרשמי והממלכתי של השפה העברית במדינת ישראל. זאת ועוד, המשוואה לפיה חיזוק מעמדה של השפה הערבית יביא בהכרח לפגיעה במעמדה של השפה העברית היא משוואה פסולה המבוססת על תפיסות גזעניות ומסוכנות, הרואות בשפה הערבית כשפה מאיימת – כאיום בפני עצמו, הדורש כרסום ובלימה, בטרם יתפשט ויחדור לכל אורגני המדינה ויפגע בצביונה הלאומי היהודי.

62. התכלית הכללית הרביעית שיש להתחשב בה, כך על פי בית המשפט בפרשת **השילוט**, היא ההכרה בחשיבותה של השפה כמרכיב בלכידות הלאומית ובהגדרתה של המדינה הריבונית. זאת מתוך תפיסה כי השפה אינה רק ביטוי לזהותו של הפרט, היא גם ביטוי לזהותו של הכלל. לא רק שתכלית זו אינה נפגעת ע"י עיגונה של השפה הערבית כשפה רשמית במדינה, כפי שהיה בעבר, אלא שהפגיעה בתכלית תקרה, ואף קרתה, עם הנמכת מעמדה של השפה הערבית במדינה משפה רשמית לשפה עם מעמד מיוחד. תחושת העלבון, הניכור, ההדרה וחוסר השוויון, אותה חש הציבור הערבי בישראל עם חקיקת חוק הלאום, ובפרט עם הפגיעה במעמד השפה הערבית הם ביטוי מובהק לפגיעה הקשה בלכידות האוכלוסייה בישראל, על קבוצותיה הלאומיות, הדתיות והתרבותיות השונות, ובזכות הבסיסית של האזרחים הערבים לשפה ולתרבות.

63. לאור כל האמור, בחינת כל התכליות כולן עליהן הצביע בית המשפט העליון בפרשת **השילוט** מביאה לכלל מסקנה כי ההסדר שעוגן בסעיף השפה, המדיר ופוגע במעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית במדינת ישראל, הינו הסדר בלתי חוקי ובלתי מוסרי, הפוגע פגיעה שאין כמוה באזרחים הערבים בישראל, ובזכותם הבסיסית לשוויון, לשפה, לכבוד ולתרבות, ועל כן הוא בטל.

"עידוד התיישבות יהודית" - הפליה בחסות חוק יסוד

"המדינות בעלות האמנה מגנות הפרדה גזעית ואפרטהייד ומתחייבות למנוע, לאסור או לעקור מן השורש, בשטחים שבתחומי שיפוטן, כל נהגים מסוג זה." סעיף 3 לאמנה בדבר מניעת הפליה גזעית, 1965

מבוא

64. סעיף 7 לחוק הלאום, שכותרתו "התיישבות יהודית" (להלן: "סעיף ההתיישבות"), קובע כי "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה". הסעיף מתיר פגיעה קשה בזכות לשוויון בהקצאת משאבי המדינה המוגבלים, ובפרט – קרקעות המדינה, ויוביל להרחבת תופעת ההפרדה במגורים וההעדפה של התיישבות יהודית הומוגנית על פני פיתוח התיישבות שוויונית במדינה – על כל המשתמע מכך, בנסיבות שבהן היא פסולה ונפסלה בעבר ע"י בית המשפט העליון.

65. הקביעה בחוק, לפיה "עידוד התיישבות יהודית" בארץ ישראל הינו ערך לאומי במישור החוקתי, מעלה שאלות קשות לגבי הלגיטימיות של יצירת אבחנה ברורה על רקע אתני-דתי תוך התעלמות מזכות היסוד לשוויון אזרחי ומערך השוויון ומזכויותיהן של קבוצות מיעוט בכלל – ומיעוט מולדת בפרט - במדינה דמוקרטית. לא לחינם לא נמצאה הוראת חוק דומה בחוקתה של אף מדינה דמוקרטית אחרת בעולם.

66. קביעתו של חוק היסוד, לפיה "עידוד התיישבות יהודית" יסומן כערך על לאומי במישור החוקתי, איננה מנותקת מזמן, מקום והקשר: בפועל, מאז קום המדינה, וביתר שאת כיום, "התיישבות יהודית" אינה נזקקת לעידוד מיוחד אלא היא עובדה קיימת שאינה ניתנת לערעור.

67. קבוצת הרוב היהודית זוכה לדומיננטיות מוחלטת במישור הגאוגרפי והפוליטי, לייצוג בלעדי במישור הסמלי, ולהקמת יישובים, פיתוח תשתיות והקצאת משאבים ותקציבים מעל ומעבר לצרכיה ולגודלה היחסי באוכלוסיית המדינה. האזרחים הערבים דווקא הם אלה שסבלו, היסטורית, ועודם סובלים במידה רבה מהקצאה חסרה של משאבים, בייחוד בתחום הדיור והקרקעות, כפי שיפורט בהרחבה בהמשך הפרק.

68. יתר על כן, ההתיישבות העירונית והכפרית בישראל מתאפיינת, ממילא, במידה רבה של סגרגציה "אורגנית" בין אוכלוסיות: בין היהודית לערבית, ובין תת קבוצות שונות – דתית ותרבותית, בתוך כל אחת מהקבוצות, ולא פעם בעידוד ותמיכה של השלטון המרכזי. ההפרדה במגורים מובילה ומאפשרת להפליה הניכרת בהקצאת משאבי הקרקע והתכנון ליישובים "היהודיים" לעומת אלה שאינם "יהודיים" (אנו משתמשים בביטוי ישוב "יהודי" כעניין תיאורי בלבד).

69. על אף האמור, ובמקום לחתור לשוויון אזרחי, צדק וזכויות שוות לכולם, בחרה הכנסת בכובעה כרשות מכוננת להסיג, באמצעות חוק יסוד, ערכי יסוד אחרים מפני הערך של עידוד התיישבות יהודית כך שהממשלה תוכל לקדם הפרדה וההפליה בתחום המגורים גם במצבים בהם היא מתנגשת עם הזכות לשוויון והזכות לכבוד האדם, שהוכרו וזכו למעמד על חוקתי בשיטה המשפטית בישראל ובכל שיטת משפט דמוקרטית. הערך שאותו מעלה חוק היסוד על נס הוא הגדלת אי השוויון, והכשרתה של הפלייה "לטובה" של יהודים ע"י עידוד הקמת יישובים המתאפיינים בהומוגניות או בהגמוניה יהודית. כפועל יוצא מכך, ועל רקע העובדה שמשאבי הקרקע מוגבלים - מכשיר חוק היסוד בהכרח הפליה לרעה של כל מי שאינו יהודי בנגישות למשאבי דיור.

70. בנוסח מוקדם יותר של החוק, נעשה ניסיון להסוות את התכלית של קידום התיישבות ליהודים בלבד בסעיף שעסק ב"שימור מורשת" לפיו "המדינה רשאית לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת". מיקומו של סעיף ההתיישבות בחוק יסוד העוסק בהגדרה הלאומית של המדינה חשף את תכליתו המוסווית. המטרה המפורשת של הסעיף בנוסחו הקודם לא הייתה להגן על האפשרות להקצות קרקע להתיישבות קהילתית של קהילה בעלת אפיון ייחודי במקרים מתאימים וחריגים – כפי שמקובל בעולם, אלא להתגבר על האיסור להקצות קרקע להתיישבות קהילתית ליהודים בלבד, בכל עת ובכל מקום, אך ורק בשל יהדותם – הכל בחסות העליונות הלאומית היהודית במדינת ישראל. בסוף הועדף הנוסח הישיר הכלול בנוסח החוק כפי שהתקבל, כאשר את המטרה המקורית ניסתה הכנסת לעמעם באמצעות ביטויים עמומים כמו לעודד ולקדם הקמה וביסוס של התיישבות יהודית כתחליף למילים המפורשות "התיישבות נפרדת". אבל נוסח זה מאפשר העדפת התיישבות ליהודים בלבד, בדיוק כמו הנוסח המקורי, ולא רק בישובים קהילתיים אלא בכל מקום, כולל בערים.

71. כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, דווקא העובדה שיהודים מהווים רוב דומיננטי – דתי, לאומי ופוליטי, המחזיק בידיו את הכוח הפוליטי והשולט על כל מנגנוני קבלת ההחלטות, מחזקת את הטענה לפיה אין מקום להעדפה מפלה נוספת של אזרחי קבוצת הרוב בהתיישבות ובמגורים, במיוחד לא בהוראה גורפת בחוק יסוד. מדובר בתכלית שהיא כשלעצמה פסולה ובלתי חוקתית, העומדת בסתירה לזכות לשוויון, לעקרונות היסוד של כל משטר דמוקרטי ולנורמות המשפט הבינלאומי המחייבות גם את מדינת ישראל.

72. מדיניות הקצאת קרקע להתיישבות יהודית באופן גורף ושרירותי נפסלה בעבר הן ע"י בית המשפט והן בחקיקה של הכנסת: כך פסק בג"ץ, כי אין צידוק להקצאה נפרדת של קרקע לקהילה של יהודים, שאין להם אפיון ייחודי מלבד יהדותם, שכן מדובר בקבוצה שאינה הומוגנית מבחינה תרבותית ואף אינה נזקקת להגנה משפטית על מנת לשמר את תרבותה, בהיותה קבוצת רוב (בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000) (להלן: "הלכת **קעדאן**")).

73. זאת ועוד, במסגרת תיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות משנת 2011 (להלן – "חוק ועדות הקבלה"), קבעה הכנסת גם היא את הכלל, לפיו אסור להפלות אדם המבקש להצטרף לישוב קהילתי מחמת לאום או דת, זאת חרף הקביעה הכללית והבעייתית בחוק, כי ייתכנו מקרים חריגים בהם קבוצות אוכלוסייה קטנות המתגוררות ביחד יוכלו להתנות את קבלתם של אחרים ליישובם (ר' בעניין זה בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 17.9.2014), להלן: "עניין **חוק ועדות קבלה**"). האיסור האמור על הפליה בדיור ובהקצאת קרקעות נפרדת ליהודים, שהיה נהוג ומעוגן בחוק ובפסיקה ערב חקיקת חוק הלאום, עולה בקנה אחד עם הזכות לשוויון ועם הגדרתה של ישראל כמדינה דמוקרטית המקיימת שוויון אזרחי. סעיף ההתיישבות בחוק הלאום, לעומת זאת, עומד בסתירה מוחלטת לעקרונות אלה.

74. בניגוד למנגנונים, שהיו קבועים בחוק ערב חקיקת חוק הלאום, סעיף ההתיישבות מנוסח באופן רחב ביותר, בלי להבחין בין מקרים בהם התיישבות קהילתית נפרדת ניתנת להצדקה באופן מוגבל וחלקי בלבד, לבין מקרים בהם היא פסולה. הסעיף גם אינו מבחין בין מקרים, בהם ההתיישבות הנפרדת חיונית לשימור דת, תרבות או מורשת של קבוצות מיעוט לאומי או דתי, לבין מקרים שבהם היא אינה חיונית. הסעיף אף אינו קובע כל מנגנון של ביקורת על תהליך "עידוד ההתיישבות היהודית" או ריסון ואיזון של מגמה זו ע"י הבטחת האיזון הראוי בינה לבין אינטרסים אחרים, כגון הבטחת שוויון בהקצאת קרקעות ומשאבים

במדינת ישראל. לאור האמור, הסעיף המוצע פותח פתח רחב להרחבת ההקצאה המפלה של מקרקעי המדינה לציבור היהודי ולמדיניות של הפרדה כפויה במגורים על בסיס לאום ודת.

75. כאמור, על המדינה להקצות קרקעות ומשאבים באופן שוויוני. אין מקום לעגן את ההפליה התוצאתית הקיימת ממילא בתחום ההתיישבות, המדיניות התכנונית ומדיניות הקצאת משאבי הקרקע, כערך חוקתי משוריין הקבוע בחוק יסוד, בוודאי לא בחוק הלאום, ולא באופן הרחב והכוללני בו מנוסח הסעיף.

76. בפרק זה תפרוס העותרת בפני בית המשפט הנכבד את המסכת העובדתית והמשפטית המוכיחה כיצד המדיניות של מדינת ישראל בתחום הקרקעות והדיור, מאז קומה ועד היום, היא מדיניות אי-שוויונית שבבסיסה עומדת הפליה בוטה והדרה של האזרחים הערבים בישראל – הפליה והדרה שנפסלו לא פעם בעבר ע"י בית המשפט העליון, אולם יהפכו, החל מהיום, לנורמה המעוגנת בחוק יסוד.

77. פרק זה יפתח בסקירת הרקע ההיסטורי להפליית המיעוט הערבי בישראל על כל קבוצותיו הדתיות והתרבותיות, בכל הקשור לחלוקת משאבים ושירותים בכלל, ומשאבי קרקע בפרט. בחלקו השני של הפרק נסקור את מדיניות התכנון והבנייה הקיימת בעשורים האחרונים ואת הגורמים המבניים ומוקדי הכוח ועיצוב המדיניות המשפיעים עליה. בפרק זה נסקור בנוסף, בקצרה, מקרי מבחן למדיניות התכנון והבנייה המיושמת בנגב ובגליל על מנת להראות, כי "עידוד התיישבות יהודית" כמדיניות ממשלתית אינו מתרחש בחלל ריק, אלא על חשבונם של האזרחים הערבים. החלק הרביעי והאחרון יתייחס לדוקטרינת "נפרד אך שווה", לתנאים להכשרתה של הפרדה בהתיישבות ובמגורים וליישומה בהקשר להוראותיו של חוק הלאום.

78. לבסוף נדגיש, כי סעיף ההתיישבות חושף את התכלית הפסולה שביסוד מדיניות התכנון וניהול המקרקעין הציבוריים במדינת ישראל, ובאותה עת מעלה תכלית פסולה זו למדרגת נורמה חוקתית על חוקית, חרף היותה מנוגדת לזכות הבסיסית לשוויון וחותרת תחת יסודות המשטר הדמוקרטי בישראל. מכאן שדינו של הסעיף – בטלות.

רקע היסטורי למצוקת הקרקעות והדיור ביישובים הערביים

הפקעת קרקעות, צמצום גבולות שיפוט והעדר תכנון

> "בשנים הראשונות לקיומה נטלה המדינה לידיה שטחים נרחבים של אדמות ערבים... פעולות ההפקעה היו רתומות בבירור ובמוצהר לאינטרסים של הרוב היהודי... על האדמות המופקעות קמו מאות יישובים יהודיים... אחת התוצאות של הפעולות שבוצעו בנושא המקרקעין הייתה צמצום דרסטי בשטחי היישובים הערביים... 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." (ועדת החקירה הממלכתית לבירור התנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים בחודש אוקטובר 2000 **דו"ח הוועדה** פרק א', פיסקה 33 (2003) ; (להלן : "דו"ח ועדת אור"))

79. מתוך כמיליון וחצי דונם שהיו בבעלות התושבים הערבים ערב קום המדינה הופקעו כמעט מיליון דונם (כ-66%) לא כולל הקרקעות בנגב שלגבי חלקן יש תביעות בעלות תלויות ועומדות של אזרחים ערבים בדווים, תושבי הכפרים הלא מוכרים. חלק הארי של השטחים שהופקעו היה רכוש שהוגדר בשעתו כרכוש נטוש והועבר (בשלב ראשון) לידי האפוטרופוס לנכסי נפקדים. אדמות אחרות הועברו לידי המדינה במגוון של עילות משפטיות, ובכלל זה אדמות שהוכרזו כשטחים סגורים לצורכי ביטחון או לאימונים צבאיים, ואדמות שהופקעו לצורכי ציבור ולצורכי פיתוח, זאת בנוסף לנכסי ההקדש המוסלמי (להרחבה ראו, למשל: כאמל ריאן "הפקעת הקרקעות הערביות בישראל" (המכון הישראלי לדמוקרטיה); עמירם אורן ורפי רגב **ארץ בחאקי: קרקע וביטחון בישראל** עמ' 46 (2008)).

80. במהלך שנות החמישים, עם תחילת תהליך הקביעה של תחומי השיפוט של היישובים הערביים שהיו קיימים מלפני קום המדינה, לא כללה המדינה בתחומי השיפוט הכלכליים חלק גדול מהאדמות שהוכרו כאדמות כפר בהסדרי הקרקעות שנקבעו בתקופת המנדט, ובראשם השטחים הפתוחים מסביב ליישובים הגדולים והמרכזיים שהבטיחו לאותם יישובים מרחב מחיה והתפתחות עתידיים מעבר לקרקעות הפרטיות שהיו בבעלותם של תושבי הכפר. כך, בשנותיה הראשונות של המדינה שטחי השיפוט של היישובים הערביים צומצמו בממוצע בכ-64%, לעומת התחום שנקבע להם בתקופת המנדט (ראסם ח'מיסי **לקראת הרחבת תחום השיפוט של יישובים ערביים בישראל** (מכון פלורסהיימר למחקרי מדיניות, 2002) עמ' 10).

81. בנוסף לצמצום שטחי היישובים הערביים כאמור, יישובים ערבים רבים "הוקפו" בשטחים שהופקעו לצרכי ציבור, כמו אזורי ביטחון, הקמת מועצות אזוריות יהודיות, גנים לאומיים ושמורות טבע, כבישים מהירים וכיוצא באלה, שמנעו את אפשרות התרחבותם בעתיד או פגעו בה באופן בלתי סביר (דו"ח ועדת אור, שער ראשון, פיסקה 35). עם גידול האוכלוסייה ביישובים הערביים, ובד בבד עם התחזקות הצורך בקרקעות למגורים, גבר הצורך בשטחים לצורכי מלאכה ותעשייה, באזורי מסחר ובמבני ציבור, אך ביישובים רבים לא נמצאו עתודות הקרקע הנחוצות לשם כך, והמחסור בשטחים לבנייה פגע קשות באיכות החיים ביישובים הערבים ובזוגות הצעירים שחיפשו דיור. בניסיון להתמודד עם מציאות עגומה זו, בפתח המלצותיה, הציעה ועדת אור להקצות לציבור הערבי "קרקע על פי דפוסים ועקרונות שוויוניים, כמו למגזרים אחרים" (דו"ח ועדת אור, שער שישי, פיסקה 1).

82. חרף המלצות אלה, מאז קום המדינה לא הוקם ולו יישוב ערבי אחד, להוציא את 7 העיירות הבדואיות שהמדינה הקימה כדי לרכז בהם את הבדווים מהכפרים הלא מוכרים, וכן 11 הכפרים הבדואים שהוכרו ע"י המדינה. בנוסף, שטח השיפוט של היישובים הקיימים כמעט ולא הורחב. עד לשנת 2011 היה שטח השיפוט הכולל של היישובים הערבים קטן מ-3% משטח המדינה וכמעט אף בקשה מבין יותר מ-50 הבקשות שהוגשו להרחבת תחומי שיפוט של רשויות ערביות לא נידונה בוועדות גבולות גיאוגרפיות (להרחבה ראו: הרשות לפיתוח כלכלי של מגזר המיעוטים במשרד ראש הממשלה **הצעה לפתרון סוגיית התכנון והדיור במגזר הערבי** (הוגש לצוות המשנה בנושא דיור בוועדה לשינוי כלכלי חברתי בראשות פרופ' עמנואל טרכטנברג, 2011). כתוצאה מהאמור, צפיפות האוכלוסייה ביישובים הערביים גדלה פי 11 מבלי שניתן לצרכיה מענה כלשהו.

83. לאורך השנים פעולות ההפקעה וההשתלטות על קרקעות הסמוכות ליישובים הערביים היו רתומות בבירור ובמוצהר לאינטרסים של הרוב היהודי. על האדמות המופקעות קמו מאות יישובים יהודיים בחסות תכניות

על ממשלתיות, שהמפורסמת שבהן הייתה, ועודנה, התכנית הממשלתית לייהוד הנגב והגליל (שי שטרן "הכלה והדרה במרחב הישראלי: הזכות לקניין כמפתח לפתרון סוגיית ההדרה הגיאוגרפית" **עיוני משפט** לד 95, 100 (2013); ארז צפדיה "במסווה הפרטה וקהילתיות: עמדה ביקורתית כלפי שיח ליברלי בנושא קהילות מגורים חדשות בישראל" **דין ודברים** ב 141, 148-149 (2005)). המיזמים הראשונים במסגרת אותה תכנית על היו העיר נצרת עלית (שהוקמה על אדמות שהופקעו משטחה של העיר נצרת ובהמשך גם מהכפרים הסמוכים), והעיר מעלות שהוקמה אף היא על אדמות שהיו בעבר בבעלות ערבית. בדומה לכך, כרמיאל הוקמה על 2,123 דונם שהופקעו מהכפרים דיר אל אסד, נחף ובענה (יאיר בוימל **צל כחול לבן: מדיניות הממסד הישראלי ופעולותיו בקרב האזרחים הערבים, השנים המעצבות: 1958-1968** 182 (2007)). השטח הציבורי הממוצע לנפש בכרמיאל כיום הוא למעלה מפי שניים מהשטח הציבורי הממוצע לנפש בכפרים הסובבים אותה.

84. ההפליה הממסדית המתמשכת נגד האזרחים הערבים לא נעצרה בשלב ההקצאה של הקרקעות אלא המשיכה גם בשלב התכנון: עד שנות השבעים רוב היישובים הערבים התפתחו ללא תכניות מתאר (ענאיה בנא ורים סוויד **התכנון המתארי ביישובים הערביים בישראל תמונת מצב** (במקום והמרכז הערבי לתכנון האלטרנטיבי, 2012)). אי הרחבת גבולות השיפוט של הישובים הערביים בהתאם לקצב הגידול הטבעי של האוכלוסייה הביא לעלייה חריפה במחירי הקרקע ולהגברת צפיפות הדיור.

85. כאמור לעיל, על פי מסקנות דו"ח צוות 120 ימים להתמודדות עם מצוקת הדיור ביישובי המיעוטים, שהוקם על פי החלטת הממשלה מספר 2365 מיום 21.12.2014 (2015) (להלן: "דו"ח צוות 120 הימים"), עד שנת 2000 לא היו לישובים הערביים תכניות מתאר מעודכנות. החל משנת 2000 החל משרד הפנים בהליכי תכנון עבור חלק מהישובים, אך הליכים חלקיים אלה לא סיפקו פתרונות הולמים למצוקה הקיימת.

86. לא רק תכניות המתאר הלא מעודכנות של היישובים הערבים אינן עונות על הצרכים של היישובים ואינן נותנות פתרונות למצוקת הדיור: אף על התוכניות המעודכנות נמתחה ביקורת רבה, שכן הן אינן נותנות מענה לצרכים הקיימים של התושבים שלא לדבר על צורכי הפיתוח העתידיים (דו"ח צוות 120 הימים, בעמ' 8). בנוסף לאמור, כ-40% מתוכניות המתאר העדכניות אינן מאפשרות הוצאת היתרי בנייה בהסתמך עליהן, אלא הן מחייבות הליכים תכנוניים נוספים שעד היום לא בוצעו. כך, ברבים מן היישובים הבדואים בנגב, לא ניתן להוציא בהם היתרי בנייה למגורים ולא נעשה בהם פיתוח תשתיות, דרכים ושירותים, למרות שלהם תכניות מתאר.

87. זאת ועוד, למרות העדר מענה תכנוני למצוקת התכנון והדיור בחברה הערבית, בשנים האחרונות ניתן לסמן מגמה של החמרה באכיפה ובענישה נגד מבצעי עבירות בניה ביישובם הערבים, הן ברמת החקיקה והן בשטח (להרחבה בנושא ראו נייר העמדה של הקואליציה למאבק ב"חוק קמיניץ": חוק קמיניץ (הצעת חוק התכנון והבניה (תיקון מס' 109), התשע"ו-2016).

88. עוד מראים הנתונים, כי האוכלוסייה הערבית זקוקה לבניית 13,000 יחידות דיור בשנה, כאשר בפועל נבנות כ-7,000 יחידות דיור בלבד, רובן בבנייה עצמית. משמעות הדבר היא כי בכל שנה נרשם מחסור של 6,000 יחידות דיור, זאת בנוסף להצטברות המחסור במשך עשרות שנים אשר טרם נאמד היקפו (מבקר המדינה דו"ח ביקורת – משבר הדיור 208 (2015) (להלן: "דו"ח המבקר").

89. למרות מחסור זה, המדינה עדיין מפלה את היישובים הערביים בכל הקשור לבנייה חדשה. דו"ח צוות 120 הימים מראה גם כי התוכניות הממשלתיות לדיור בר-השגה, כגון תכנית "מחיר מטרה", "מחיר למשתכן" ו-"בנייה להשכרה", לא מציעות פתרונות ממשיים למצוקת הדיור בחברה הערבית. הדו"ח אף מציין, כי 43% מתוך כלל השיווקים שבוצעו בעקבות החלטות הממשלה מס' 1539 ו-4432, שבין היתר נועדו לקדם את שוק הדיור ביישובים הערביים, נכשלו. עוד מלמד הדו"ח, כי בשנים 2005-2009 רק 20% מיחידות הדיור שתוכננו ביישובים הערביים (כ-30,000) שווקו בסופו של דבר, לעומת 70% מיחידות הדיור שתוכננו ביישובים היהודיים והמעורבים (כ-140,000) (דו"ח צוות 120 הימים, עמ' 8).

90. היקף שטחי המסחר ביישובים מהווה אינדיקציה ומנבא לגבי רמת הזדמנויות התעסוקה עבור התושבים המוצעים ע"י עסקים קיימים ופוטנציאליים וכן מהווה אינדיקציה ישירה להיקף ההכנסות העצמיות של הרשויות המקומיות. בשים לב לכך שהיישובים הערביים סובלים גם מנגישות מופחתת לכבישים ולתחבורה ציבורית, מרחב האפשרויות של התושבים הערביים מצטמצם במידה רבה לסביבתו הקרובה של היישוב. לעומת זאת, ביישובים היהודיים, ובכלל זה בפריפריה, היקף שטחי מסחר לנפש, אשר עומד על כ- 11.7 מ"ר לנפש, והינו גדול משמעותית מהיקף שטחי המסחר לנפש ביישובים ערביים העומד כיום על כ-2.7 מ"ר לנפש. מצב זה מצמצם את ההזדמנויות הכלכליות העומדות בפני תושבי היישובים הערביים וגורם להגדלת הפערים החברתיים מהם סובל המיעוט הערבי (ראו: תכנית מערכתית לשילוב כלכלי של החברה הערבית באמצעות תיקון עיוותים במנגנוני ההקצאה הממשלתיים, 36-37 (יולי 2016) (להלן: "התכנית לשילוב כלכלי")).

91. כפי שניתן לראות, אין צל של ספק שמדיניות הקרקעות והפיתוח של הישובים הערביים ומדיניות הקצאת המשאבים הבלתי שוויונית נותנות את אותותיהן באופן משמעותי ביותר גם כיום חרף הצהרות חוזרות ונשנות על כוונה לצמצום הפערים. מהנתונים שהוצגו לעיל ניתן לראות, כי קיים מתאם ברור ובולט בין השתייכותם הלאומית של תושבי יישוב במדינת ישראל לבין רמת השירותים המוצעים לאזרחים בו, רמת החיים בו ומצבה הסוציו-אקונומי של האוכלוסייה המתגוררת בו.

92. בהקשר זה חשוב לציין, כי בניגוד לתושבים היהודים, האפשרויות הפתוחות לתושבים הערבים לבחור את מקום מגוריהם מצומצמות ביותר. פרט למצוקת הנדל"ן הכללית בישראל, הבאה לידי ביטוי בעלויות גבוהות מאוד לצורך רכישת בתים בערים הגדולות, המשפיעה גם, וביתר שאת, על האזרחים הערבים שיותר ממחציתם נמצאים מתחת לקו העוני (המוסד לביטוח לאומי, מדדי העוני והפערים החברתיים, דו"ח שנתי, 2016), הציבור הערבי מוגבל ביכולתו להעתיק את מקום מגוריו מהיישובים הערבים הצפופים ליישובים "יהודיים" או מעורבים, בשל מגמה של הדרה ממוסדת – ישירה ועקיפה, שתכליתה מניעת התיישבותם של ערבים ביישובים אלו. כתוצאה מהדרה זו, אזרח ערבי הבוחר להתגורר ביישוב יהודי או מעורב במטרה לזכות בתנאי מחיה בסיסיים טובים יותר ממה שמעניק לו היישוב הערבי, חייב לוותר על זכותו הבסיסית לשוויון במימוש התושבות ביישוב החדש, על כל המשתמע מכך, בראש ובראשונה, ע"י וויתור על קבלת שירותים בסיסיים כגון שירותי חינוך, תרבות או דת במסגרת היישוב החדש אליו ישתייך, הכל כפי שיפורט בהרחבה בהמשך.

העדר ייצוג לאזרחים הערבים במוקדי קבלת החלטות על ענייני קרקע ותכנון

93. תרומה רבה להותרת המצב הבלתי שוויוני על כנו מיוחסת לתת ייצוג של הציבור הערבי ולמתן זכות וטו גורפת למייצגי המגזר היהודי בגופי התכנון, הקצאת הקרקעות והפיתוח. כך, למשל, מתוך 32 חברי המועצה הארצית לתכנון ולבנייה היו בשנת 2012 שלושה נציגים ערבים בלבד. הייצוג המזערי של האזרחים הערבים ניכר גם בוועדות המחוזיות לתכנון: רק חמישה מתוך 17 חברי הוועדות המחוזיות לתכנון הם נציגי רשויות מקומיות במחוז, שרק חלקן רשויות ערביות, כך שבפועל, מספר החברים הערבים בשש הוועדות המחוזיות לתכנון גם יחד אינו עולה על חמישה מתוך 108 חברים. יתר על כן, אף ששיעורן של הרשויות הערביות מכלל הרשויות המקומיות בישראל עומד על כ-40%, שיעורן של הרשויות המשמשות כוועדה מקומית לתכנון ובנייה הוא 6% בלבד. לעומתן, 55% מהרשויות המקומיות היהודיות משמשות גם כוועדה מקומית לתכנון ובנייה (קייס נאסר "מצוקת הדיור והריסות מבנים בחברה הערבית בישראל – ניר עמדה משפטי" (דיראסאת – מרכז ערבי למשפט ומדיניות, אוגוסט 2011; עדכון: פברואר 2012).

94. המצב אינו שונה במועצת מקרקעי ישראל, המוסמכת, לפי סעיף 3 לחוק רשות מקרקעי ישראל, התש"ך-1960 (להלן - חוק רשות מקרקעי ישראל) לקבוע "את המדיניות הקרקעית שלפיה תפעל הרשות, תפקח על פעולות הרשות ותאשר הצעת תקציבה שייקבע בחוק", והיא אחראית, הלכה למעשה, על ביצוע כל פעולות רשות מקרקעי ישראל במקרקעי ישראל, אשר מהווים כ-93% משטח מדינת ישראל. מתוך 14 חברי מועצת מקרקעי ישראל, 8 הינם נציגי ממשלה, ו- 6 נציגי הקרן הקיימת לישראל – גוף האמון, לפי מסמכיו המכוננים, על שמירת האינטרסים של העם היהודי וקידומם – ושלו בלבד.

95. מאז קום המדינה ועד לאחרונה הורכבה מועצת מקרקעי ישראל מנציגים שהיו גברים יהודים בלבד. בעקבות עתירה שהוגשה בעניין זה על ידי ארגוני חברה אזרחית ובהם העותרת, אושר ביום 14.3.2017 תיקון לחוק רשות מקרקעי ישראל, שחייב מינוי חבר ערבי (יחיד) למועצה (בג"ץ 8318/10 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הממשלה** (פורסם בנבו, 24.8.2017)).

96. זאת ועוד, בשנת 2016 התקבל חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל, תשי"ג-1952, (תיקון מס' 2) התשע"ו-2015. בעקבות תיקון החוק האמור, זכתה גם החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית העולמית (להלן: "החטיבה להתיישבות"), לקבל לידיה סמכויות נרחבות ומעמד חוקי מיוחד בענייני התיישבות ומקרקעין בישראל.

97. חשוב לציין כי בין סמכויותיה של החטיבה להתיישבות נקבע כי החטיבה תהיה אמונה, בין היתר, על ניהול המקרקעין ביישובים הישראלים שבמגזר הכפרי ביהודה ושומרון, חיזוקם, פיתוחם והרחבתם של יישובים אלה, וכן על תכנון מרחבי וביצוע עבודות להקמתם של יישובים חדשים. ואכן, באתר האינטרנט של החטיבה מוצהר בריש גלי כי בין יעדיה העיקריים של החטיבה, וכיעד העיקרי באזור מרכז הארץ מופיע "חיזוק ההתיישבות היהודית ביו"ש", וזאת אף על פי שהחטיבה פועלת מכוח סמכות שהאצילה לה הממשלה, הנעדרת כל סמכות לפעול להקמת והרחבת יישוביים בגדה המערבית.

98. בשל כך קיים חשש מבוסס שהמדיניות שתיושם לגבי ההתיישבות מכוחו של סעיף ההתיישבות בחוק הלאום לא תעצור בגבולותיה של מדינת ישראל. כיוון שממשלת ישראל רואה את עצמה מוסמכת לפעול להקמה, להרחבה, לחיזוק ולביסוס של התנחלויות ברחבי הגדה באופן ישיר או באמצעות החטיבה להתיישבות,

וכיוון שגם הוראות חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום המדיניות הכלכלית לשנות התקציב 2017 ו–2018), התשע"ז-2016, הוחלו לאורך השנים על שטחי הגדה המערבית, אין כל יסוד להניח שמדיניות הרואה "עידוד התיישבות יהודית" ערך לאומי, תעצור בגבולות הקו הירוק. כך, קיים חשש לפיו הוראותיו של סעיף ההתיישבות ישמשו כדי להכשיר – ולו למראית עין, פעולות המנוגדות לדין הבינלאומי, דוגמת גזילתן של קרקעות השייכות לתושבים מוגנים, או העברתה של אוכלוסייה משטחה של המדינה הכובשת להתיישבות קבע בתוך השטח הכבוש.

99. העולה בבירור מכל האמור לעיל הוא, שאינטרס הציבור היהודי בישראל זוכה לייצוג משמעותי ודומיננטי בכל הנוגע לניהול קרקעות המדינה, שליטה על קרקעות והתיישבות. קבוצת הרוב רשאית לקדם את אינטרס ההתיישבות שלה באמצעות השפעתה הפוליטית כקבוצה האוחזת ברוב מכריע של מושבי בית המחוקקים, והיא רשאית גם לקדם את מטרותיה באמצעות מוסדות פרטיים המייצגים את אינטרס הרוב.

100. קבוצת הרוב אינה רשאית לעשות שימוש בכוחה הפוליטי ולעגן את זכויות היתר שהיא תובעת לעצמה (ובאותה נשימה, בהכרח, גם את הפלייתם של המיעוטים) כעקרון על-חוקתי גובר, שינחה את פעולת הרשויות המחוקקת, המבצעת והשופטת. יצירת הזדהות מלאה כזו של המדינה עם מי מקבוצות האוכלוסייה בקרבה ואיתה בלבד, מנוגדת לעקרונות הדמוקרטיה ולשלטון החוק.

הפליה עקיפה בקביעתם של אזורי עדיפות לאומית

101. השונות ההיסטורית והפוליטית הנעוצה בעיקר בנסיבות הקמת המדינה איפשרה לישראל ליצור מערכת של התאמות חוקיות וחוקתיות עבור קבוצות שונות באוכלוסייה. כך למשל, נקבעו הסדרים חוקיים המעניקים הטבות ונותנים העדפה לניצולי שואה, לעולים חדשים, לתושבים בפריפריה ועוד, בלי שהן נחשבו להפליה; הן נחשבו כהבחנות לגיטימיות על יסוד צרכים שונים של קבוצות שונות (לסקירה מפורטת של החוקים המקנים הטבות על פי חלוקה לקבוצות בתוך האוכלוסייה היהודית ראו: Ilan Saban "Theorizing and Tracing the Legal Dimensions of a Control Framework: Law and the Arab-Palestinian Minority in Israel's First Three Decades (1948–1978)" 25 Emory Int'l L. Rev. 299, 359–365 (2011)).

102. חלק מאבחנות אלו שימשו את השלטון המרכזי במהלך השנים למתן העדפה, באופן עקיף, ליישובים יהודיים בישראל על פני היישובים הערבים. דוגמה אחת להעדפה כאמור, שנפסלה בעבר ע"י בית המשפט הנכבד, הייתה מדיניות הממשלה בכל הנוגע לתעדוף יישובים ואזורים במסגרת ההכרזה על אזורי עדיפות לאומית. כך, בעקבות החלטת ממשלה מס' 2288 מיום 14.7.2002, סווגו 492 יישובים כאזורי עדיפות לאומית א', בהם נכללו רק ארבעה יישובים ערביים קטנים. כמו כן, 45 יישובים שסווגו כאזורי עדיפות ב' קיבלו את הטבות בחינוך שניתנו ליישובים שסווגו כאזורי עדיפות א' – וגם במסגרת סיווג זה לא נכלל אף יישוב ערבי.

103. בבג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 27.2.2006) נקבע, כי החלטת הממשלה בעניין חלוקת המדינה לאזורי עדיפות לאומית היא החלטה בלתי חוקית, המפלה לרעה את האזרחים הערבים, בעיקר בתחום החינוך, על רקע גזע ולאום, וכי יש לבטלה. יישום פסה"ד ע"י הממשלה נדחה במשך שנים, ורק לאחר שהעותרים הגישו בקשה לפי פקודת ביזיון בית המשפט, שבה ביקשו מבית

המשפט להורות לממשלה לקיים את פסק הדין, קבעה הממשלה (החלטת ממשלה מס' 3738 מיום 15.4.2018) קריטריונים חדשים, לכאורה יותר שוויוניים, להקצאת הטבות ליישובים בישראל.

ייהוד הנגב והגליל – ממדיניות ממשלתית מבוקרת לערך חוקתי בלתי מעורער

המקרה של היישובים הלא מוכרים בנגב

104. כפי שפורט באריכות לעיל, האפליה ההיסטורית של האוכלוסייה הערבית בתחום הקרקע והתכנון, כמו גם מצוקת הדיור זכו להכרה ציבורית ותועדו במספר רב של מחקרים, החלטות ממשלה ופרסומים רשמיים, אשר הצביעו על הפער שבין הקצאת משאבי הקרקע והפיתוח לאזרחים הערבים והיהודים במדינה. אחד הנתונים הבולטים, המעידים על העדפתם של יהודים על פני ערבים בשימוש במרחב ובהקצאה של קרקע ומשאבים ציבוריים, היא העובדה לפיה מאז קום המדינה הוקמו כ-700 יישובים "יהודיים" חדשים, ואף ישוב ערבי (למעט ההכרה הפורמאלית ב-11 יישובים ערבים בדווים, בלתי מוכרים, באזור הנגב).

105. הנגב מהווה דוגמא טראגית לפערים התהומיים ולהפליה הבוטה בין ערבים ליהודים בתחום הקרקע והתכנון, ובאמצעותו ניתן להבין כיצד המדיניות המפלה שנקבעה עם קום המדינה נמשכת עוד היום. כאמור, בנגב קיימים 35 כפרים ערבים בדווים לא מוכרים (רובם מלפני קום המדינה), היושבים על שטח המהווה כ-3% משטח הנגב. תושבי הכפרים הלא מוכרים נאבקים מזה שנים רבות להכרה, להסדרה ולתכנון של כפריהם, אך המדינה ממשיכה בסירובה העיקש להסדרת הכפרים, ובמקביל ממשיכה בקידום תכניות שונות להקמת עשרות יישובים יהודים ברחבי הנגב. חלק מאותן תכניות מתוכננות לקום על שטחים של כפרים לא מוכרים קיימים, תוך התעלמות מוחלטת מקיומם (להרחבה בנושא, ראו הכפרים הלא מוכרים בנגב בצל המדיניות הממשלתית (האגודה לזכויות האזרח ועמותת "במקום", 2017).

106. כך, למשל, החלטת ממשלה מס' 3782 מיום 30.10.11 (להלן: "החלטת מבואות ערד"), הטילה על גורמים שונים בממשלה לתכנן "חבל התיישבות" חדש, הכולל שבעה יישובים חדשים שיוקמו באזור מבואות ערד. על פי ההחלטה, גבולות השטח המיוחד להתיישבות זו יובילו לפינוי חמישה כפרים בדווים לא מוכרים הקיימים היום בשטח, זאת רק בכדי להקים שישה יישובים חדשים עבור האוכלוסייה היהודית ויישוב ערבי בדווי אחד, שנועד לאכלס את תושבי המקום שלא יהיה ניתן ליישבם בעיירה חורה. העותרת עתרה בשם תושבי כפרים לא מוכרים נגד החלטת מבואות ערד אולם עתירתה נדחתה מן הנימוק כי העתירה מוקדמת (בג"ץ 6094/12 **אבו אלקיעאן נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 19.11.2012)).

107. ירון בן עזרא, מנכ"ל החטיבה להתיישבות בהסתדרות הציונית, התבטא בעניין החלטת מבואות ערד ותכנית הממשלה שעמדה בבסיסה באומרו כי מטרת התכנית היא "לתפוס את יתרת השטח האחרונה, ובכך למנוע המשך פלישת הבדווים לאדמות הלאום שנותרו, וכך למנוע יצירת רצף בדווי ו/או ערבי מכיוון דרום הר חברון, לכיוון ערד, בואכה דימונה וירוחם, וכל המרחב הכלוא ביניהם ובין באר שבע" (שירי ספקטור בן ארי **השלכות החלטת הממשלה בדבר הקמת חבל התיישבות באזור מבואות ערד** (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2011) עמ' 7). דבריו של מר בן עזרא חושפים באופן שאינו משתמע לשתי פנים את המניעים הגזעניים והמפלים העמודים מאחורי ההחלטה האמורה בפרט ועידוד ההתיישבות היהודית בנגב בכלל.

108. דוגמה נוספת למאבק היומיומי של התושבים הבדווים בנגב על האדמה, ולמדיניות הממשלתית העוינת נגדם, הוא הסיפור של בני ובנות שבט אל-עוקבי, שהתגוררו באזור אל-עראקיב מאות שנים לפני קום

המדינה. ביום 13.11.1951 הועברו בני השבט על פי צו המפקד הצבאי אל אזור אחר בנגב - אזור חורה, בטענה כי אדמות השבט נדרשו לצורך עריכת אימונים צבאיים רחבי היקף. באותה עת הובטח לנציגי השבט שהמעבר הינו זמני ושיאפשרו להם לשוב לאדמותיהם ובתיהם כתום חצי שנה.

109. תנאי החיים באזור המגורים שהוקצה לשבט הינם קשים ביותר. לאורך למעלה מ-50 שנה נמנעו רשויות המדינה השונות, ובכללם מוסדות התכנון, מלהסדיר תכנונית את התיישבות בני השבט בשטח שהוקצה למגוריהם ו/או לחברו לשירותים בסיסיים. הצעות המגורים היחידות שקיבלו בני השבט היו הצעות להתגורר בחורה או הרהט, שתיים מתוך שבע העיירות שהוקמו במהלך שנות ה-70 במטרה לרכז בהם את כלל האוכלוסייה הבדווית בנגב. הצעות אלה נדחו על ידם בשל אי התאמתן לצרכיהם ולאורח חייהם החקלאי.

110. בשנת 2000 הובהר לנציגי המשפחות של שבט אל-עוקבי, בעקבות פנייתם אל ראש הממשלה ואל שרים, כי ישנה כוונה רצינית לבחון את איכלוסם ביישוב שתוכנן בעבור בני שבט תראבין-אל סאנע, במסגרת ההכנה והאישור של תכנית מתאר חדשה (תכנית מתאר 31/305/02/7) המיועדת להקמת ישוב קבע בדווי חדש. תכנית המתאר המוזכרת הגיעה לאישורים כמעט סופיים, אך בשלב מאוחר של הדיונים לקראת אישורה נמסר לבני השבט כי הוחלט לא להקים במקום יישוב חדש, וכי התוכנית הוסרה מעל שולחנה של המועצה הארצית לתכנון ולבניה, ובמקום זאת הוגשה בקשה מטעם משרד הבינוי והשיכון לשינוי התוכנית ולהסבתה לישוב כפרי המיועד לאוכלוסייה היהודית, אשר הביאה, בסופו של דבר, להקמתו, באישון לילה, של היישוב גבעות בר (עו"ד באנה שוגרי-בדארנה "זכויות האוכלוסיה הערבית בנגב", נייר עמדה של האגודה לזכויות האזרח בישראל שהוגש לוועדה הממשלתית להצעת מדיניות להסדרת ההתיישבות הבדואית בנגב, בראשות השופט בדימוס אליעזר גולדברג (יולי 2008), עמ' 23).

111. ההיסטוריה של יחסי המדינה עם האוכלוסייה הבדווית בנגב מוכיחה, כי סוגיית הקצאת הקרקעות לאוכלוסייה מסוימת כמדיניות מכוונת ל"עידוד התיישבות" מזמינה הפליה. מדיניות לעידוד התיישבות יהודית כאמור אינה מתקיימת לעולם בחלל ריק: הקצאת קרקעות ומשאבים עודפים לאוכלוסייה אחת תבוא בהכרח על חשבונן של קבוצות אחרות, מכיוון שעסקינן במשאב הקרקע - שמטבעו הינו מוגבל וסופי.

112. לאור האמור, ההתעלמות המוחלטת של חוק הלאום מזכויותיו של המיעוט הערבי על הקרקע ולשוויון, בעודו מנסה להתקיים באותו מרחב מדינתי מצומצם ומוגבל, ובמקביל, עידוד ההתיישבות היהודית בשטח משמעותה, בהכרח, קיום מדיניות מפלה באופן מוצהר ומכוון נגד אותן אוכלוסיות.

<u>המקרה של נצרת עילית</u>

113. הקמתה של נצרת עילית החלה בדצמבר 1956 על פי חזונו של ראש הממשלה דאז דוד בן גוריון לייהד את הגליל, וליצור "משקל נגד" לעיר הערבית נצרת. כבר ב–1952 נוהלו דיונים על הקמת "התיישבות יהודית משמעותית" באזור שהובילו להפקעת קרקעות מנצרת תוך התעלמות מגידולה המאסיבי של האוכלוסייה הערבית בעיר נצרת ומצרכיה העתידיים.

114. נצרת עלית הוכרזה רשמית כעיר בשנת 1974. המדיניות הייתה מדיניות ייהוד המרחב, ובדומה ל"עידוד ההתיישבות היהודית" – המשמעות הינה בהכרח דיכוי של התיישבות ערבית ומניעת יצירתו של רצף טריטוריאלי או ריכוז אוכלוסייה שייטה את המאזן הדמוגרפי במדינת ישראל, על כל המשתמע מכך. אם

כן, המדיניות של עידוד התיישבות יהודית אינה מדיניות ניטראלית כלפי אוכלוסיות אחרות, ובראשם כלפי האזרחים הערבים, היא גם אינה מדיניות שכוונתה לשמור על הפרדה בין אוכלוסיית הרוב לאוכלוסיות מיעוט בלבד במתכונת של "נפרד אבל שווה", אלא היא מדיניות המכוונת לשמור על מצב עניינים היררכי ברור, שבו המיעוט כפוף לצרכיו של הרוב ותלוי בחסדיו.

115. על תוצאותיה ההרסניות והמפלות של מדיניות זו במקרה של נצרת עילית ניתן היה לעמוד בקלות ותוך זמן לא רב. העיר הערבית נצרת והכפרים השכנים (רינה, כפר כנא, יפיע, משבד ועין מאהל), שאדמותיהם הופקעו ונוצלו לצורך הקמת נצרת עלית, סובלים עד היום מחסמי הצמיחה והפיתוח הכלכלי והתכנוני המאפיינים את כלל היישובים הערביים: מצוקת דיור שנבעה מהעדר קרקעות ובשל כך העדר תכנון בנייה חדשה למגורים שתספק את הצורך הנובע מקצב הצמיחה הטבעי של התושבים; העדרם של אזורי מסחר, תעסוקה ותעשיה; מצוקת תשתיות ושטחים ציבוריים פתוחים, ועוד. בה בזמן נצרת עילית משגשגת ובה לא ניכר כל מחסור בקרקעות, תשתיות ומשאבים, וגם לא חסמי תכנון או העדר בניה חדשה, אלא להפך: בנצרת עילית נבנו והוקמו לאורך השנים אלפי יחידות דיור חדשות למגורים.

116. בשל מצוקת הדיור והתשתיות הקשה ממנה סבלה העיר נצרת ויישובים ערבים רבים נוספים, החלה, עם השנים, מגמה של מעבר תושבים ערבים מהיישובים הסמוכים אל העיר נצרת עילית, וכיום מתגוררים בנצרת עילית אלפי תושבים ערבים, המהווים יותר מ-20% מאוכלוסיית העיר (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, "הרשויות המקומיות בישראל 2014", פרסום מספר 1642, פרופיל עיריות: נצרת עילית). יחד עם זאת, ולמרות המספר ההולך וגדל של תושבים ערבים בעיר נצרת עילית, שרבים מהם היגרו אליה, מרצון או בלית ברירה, כמפלט מהיישובים הערבים החנוקים ודלי המשאבים, עיריית נצרת עילית סירבה, לאורך השנים, להכיר בתושביה הערבים כתושבים שווי זכויות בעיר ולספק להם שירותים בסיסיים ביותר, החל מחינוך בשפת אם לילדיהם, וכלה בזכויות בסיסיות אחרות – כגון הנגשת הספריות העירוניות והקמה של מוסדות דת ותרבות לאותה אוכלוסייה.

117. כך, למשל, מתעלמת מערכת החינוך בעיר נצרת עילית כליל מקיומם של תלמידים ערביים בעיר, כמדיניות מוצהרת, מדירה ומשפילה. כאמור לעיל, לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, בנצרת עילית חיים כ-40,300 תושבים, מתוכם כ-8,700 תושבים ערבים, אשר מהווים כ 21.6% מכלל תושבי העיר. בעוד תושבי נצרת עילית הערבים מהווים כ-21.6% מהאוכלוסייה בעיר, אחוז התלמידים הערבים תושבי העיר מאוכלוסיית התלמידים גבוה משמעותית: בנצרת עילית יש נכון להיום כ-2,600 תלמידים ערבים (בכל שכבות הלימוד, כולל גני ילדים), וכ-4,600 תלמידים יהודים. כלומר, התלמידים הערבים בנצרת עילית מהווים מעל לשליש מתלמידי העיר. יחד עם זאת, בנצרת עילית ישנם 16 בתי ספר, כולם בתי ספר המיועדים לתלמידים יהודים בשפה בעברית: 14 מהם הם בתי ספר ממלכתיים (כולל ממלכתי דתי), ושני בתי ספר פרטיים חרדיים. מתוך כל אלה, 11 הם בתי ספר יסודיים, 4 על יסודיים, ובית ספר אחד משולב – יסודי ועל יסודי. כאמור, בנצרת עילית אין אף בית ספר ערבי: לא יסודי, לא חטיבת ביניים, ואף לא חטיבה עליונה (פרופיל בתי הספר בנצרת עילית מתוך אתר משרד החינוך, מעודכן ליום 11.11.2018).

118. הנתונים לעיל מצביעים באופן ברור על אי נגישותה של מערכת החינוך בנצרת עילית לתושבים הערבים, ועל המציאות הקיימת היום בעיר, שבה השירות הבסיסי ביותר אותו מספקת רשות מקומית לתושביה – חינוך

רשמי חינם – זמין ונגיש אך ורק לחלק מתושבי העיר. בשל כך נאלצים אלפי התלמידים הערבים תושבי העיר נצרת עילית לצאת מהעיר, מדי יום, לבתי ספר ביישובים סמוכים על כל הכרוך בכך.

119. עניין פתיחת בית ספר לתלמידים הערביים בנצרת עילית נדון בימים אלה בעתירה שהגישה העותרת בבית המשפט לעניינים מנהליים לאור סירובה המתמשך והעיקש של העירייה והתנגדותו של מי שעמד בראשה לפתיחת מוסדות חינוך לערבים בעיר (עת"ם (נצ') 17-07-28159 **סלום נ' עיריית נצרת עילית**). מסקירת הנתונים עולה, כי בעוד שלא נפתחו מוסדות לימוד חדשים ולא הותאמו מוסדות לימוד קיימים לציבור התלמידים הערבי בעיר, ציבור התלמידים היהודי דתי-חרדי, שגם הוא היגר בהדרגה לעיר לאחר הקמתה, דווקא קיבל מענה.

120. מכל האמור לעיל עולה תמונה עגומה של הפליה ברורה בין תושביה הערבים של העיר נצרת עילית לבין תושביה היהודים על בסיס שייכותם הלאומית, ופגיעה קשה בזכותם של התושבים הערבים לשוויון בחינוך ולשוויון במימוש התושבות וקבלת השירותים הבסיסיים, שלהם הם זכאים כתושבים בעיר מגוריהם. לא זו בלבד שהתלמידים הערבים תושבי נצרת עילית נאלצים להתמודד עם מרחקי נסיעה, עומסי תנועה ותחבורה ציבורית לא נגישה (כפי שיפורט בהמשך), אלא גם עם השקעה דלה הרבה יותר בחינוכם לעומת התלמידים היהודים תושבי נצרת עילית, עם תנאי צפיפות גדולים יותר בכיתות הלימוד, ועם הגבלה על אפשרות ללמוד בסמוך לבתיהם.

121. יש דרך אחת בלבד שבה אפשר לקרוא את המציאות שתוארה לעיל: עיריית נצרת עילית בחרה להתנער מאחריותה כלפי תושביה הערבים ולהתפאר בהשקעתה בשכניהם היהודים על-ידי השקעה רבה בחינוך בתחומה, ושלילת הזכות של התושבים הערבים בעיר ליהנות מאותה השקעה. ובלשונו של מר שמעון גפסו, בעת שכיהן כראש עיריית נצרת עילית:

> "נצרת עילית היא עיר שנוסדה על-מנת לייחד את הגליל. לייחד את הגליל! תושבי העיר ואני בראשם, עומדים ברוב עצום מאחורי העיקרון שנצרת עילית חייבת לשמור על תפקידה הזה. נכון, יש בה תושבים ערבים בעלי אזרחות ישראלית שנהנים כשווים מכל השירותים העירוניים, אך עדיין – נצרת עילית היא עיר יהודית, בדיוק כפי שנצרת היא עיר ערבית. הקמת מוסדות חינוך ערביים בתחומי נצרת עילית, כמו גם הקמת בית עלמין מוסלמי או מסגד – משמעותן היחידה היא ויתור סופי על צביונה של העיר כעיר יהודית... דבר כזה לא יקרה בעודי מכהן בתפקיד ראש העיר...".
> מתוך תשובתו מיום 8.1.2013 של ראש עיריית נצרת עילית לשעבר, מר שמעון גפסו, למכתבה של העותרת בעניין הדרישה להקמת בית ספר ערבי בנצרת עילית. התשובה מצורפת כנספח ע/7.

122. דוגמה נוספת להתנהלותה הקלוקלת של עיריית נצרת עילית ביחס לתושביה הערבים ולשלילה המתמשכת של שירותים בסיסיים להם זכאים גם התושבים הערבים בנצרת עילית אפשר למצוא בעניין הספריות הציבוריות בעיר נצרת עילית. רק בשנת 2015, בעקבות עתירה מנהלית שהגישה העותרת בשם תושבים ערבים בנצרת עילית, כדי לחייב את העירייה להנגיש את הספריות לתושבים הערבים, בין היתר על-ידי הכנסת ספרים בערבית לספריות והנגשת שירותי הספרייה בשפה הערבית, שובצו בספריה אחת בלבד

ספרים בערבית והונגשו השירותים השונים באותה ספריה לשפה הערבית (עת"ם (נצ') 62608-03-15 **חנדקלו נ' עיריית נצרת עילית** (פסק דין מיום 5.5.2016)).

123. זאת ועוד. על מנת לבחון באיזו מידה קבוצת המיעוט בנצרת עילית זוכה לשירותים ולמשאבים בהקצאה שוויונית ובייצוג הולם במרחב הציבורי בעיר נבדקו על ידי משרד הכלכלה שלושה פרמטרים: מוסדות דת בעיר, ייצוג מיעוטים במרחב העירוני ושפת השילוט בעיר. נכון לשנת 2016 פעלו בנצרת עילית 51 בתי כנסת, המשמשים כמובן את האוכלוסייה היהודית, בעוד שלשאר קבוצות האוכלוסייה (נוצרים או מוסלמים) אין מוסדות דת המשרתים אותם בעיר כלל, וזאת למרות דרישתם של התושבים להקמה של מוסדות מסוג זה (אן לאני-וולדנר **נצרת עילית – שני עשורים של שינוי** (משרד הכלכלה, 2016) 35).

124. סוגיה נוספת שעלתה לסדר היום היא "שילוט עירוני בשפה הערבית בערים מעורבות". כאמור, מהווים התושבים הערבים כיום יותר מחמישית מאוכלוסיית העיר אולם נצרת עילית התעלמה, במשך שנים, מקיומם של התושבים הערבים ואינה מתנהלת כעיר מעורבת. זאת, כפי שבא לידי ביטוי גם בעמדתה בפני בית המשפט בפרשת **השילוט**. העותרים (ובהן העותרת דכאן) בפרשת **השילוט** טענו, כי מרבית השילוט העירוני המצוי בתחום שיפוטן של הערים תל אביב-יפו, רמלה, לוד ונצרת עילית כולל כיתוב בשפה העברית ובשפה האנגלית אך אינו כולל כיתוב בשפה הערבית. עיריית נצרת עילית טענה בתגובתה לעתירה כי לשיטתה לא מוטלת עליה חובה להנגשה בשפה הערבית מלכתחילה, ולכן סירבה לעשות שימוש בשפה הערבית בשילוט העירוני. לבסוף הסכימה עירית נצרת עילית להוסיף שילוט בשפה הערבית בעורקי תחבורה ראשית; בכבישים לא ראשיים – בשכונות בהן מתגוררת אוכלוסייה דוברת ערבית בהיקף משמעותי, ובמשרדים, במחלקות ובמתקנים עירוניים המשרתים גם אוכלוסייה דוברת ערבית. העירייה ציינה, כי מטעמי תקציב אין באפשרותה לבצע תוספות אלה מיד אלא בתהליך שיימשך מספר שנים (פרשת **השילוט**, סעיף 4 לפסק דינו של הנשיא ברק). בפועל, תשע עשרה שנים חלפו ועיריית נצרת עילית טרם השלימה את הליך הוספת הערבית לשילוט בתחומה.

125. קל לראות כיצד הגדרתו של ישוב כישוב יהודי, גם אם מאפשר מגורי ערבים בתוכו, תוביל לנפרדות ולקיומם של משטרי זכויות נפרדים בתוך יישובים, ברחובות, במוסדות התרבות והחינוך ובתחושת השייכות של התושבים ליישוב.

126. אם נעניק לערבי מנצרת את האפשרות להתגורר בנצרת עילית רק בתנאי שיתגורר בה "כאורח" ולא כתושב שווה של המקום, קרי, מבלי שניתן לאותו תושב את האפשרות לרשום את ילדיו בבתי ספר ערבים, לקרוא שלטים בערבית ולקבל שירותים בסיסיים בשפת אמו, ומבלי לאפשר לו לממש את זהותו ותרבותו הערבית במקום מגוריו (כולל נגישות לשירותי הספרייה העירונית, למוסדות התרבות והאומנות, למוסדות הדת ועוד), לא יהיה ניתן לטעון כי ניתנה לו אפשרות מלאה ושווה ולהתגורר בנצרת עילית. מגוריו בעיר "היהודית" יותנו בהדרתו מהמרחב הציבורי ובהדגשת זרותו או אי התאמתו לאופייה של העיר ולמטרת קיומה במרחב.

127. בעניין זה יפים דבריה של השופטת ארבל בפסק הדין בעניין **חוק ועדות קבלה** (שם הייתה בעמדת המיעוט לגבי ביטול החוק):

"לטעמי, בחירת מקום מגורים היא חלק מהאוטונומיה האישית של הפרט, מזכותו לטוות את סיפור חייו, וחלק מהביטוי העצמי שלו, המוגנים על ידי הזכות לכבוד האדם:

'דמותו של אדם כישות אוטונומית לא תוכל להתקיים בהיעדרה של תחושת ערך עצמי והכרה פנימית בכוחו לפתח את אישיותו, בכשירותו לעמוד על טיב העדפותיו, בתחושתו כי פעולותיו הרציונאליות מניבות תוצאות נטולות שרירות ובביטחונו, כי אין ערכו של כוח ההגשמה האישית המסור לו נופל מזה של רעהו' (בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 781-780 (2006); כן ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 250 ואילך (כרך א, 2014)).

פגיעה, אם כן, בזכות זו, נדרשת לעמוד בכל דרישותיה של פסקת ההגבלה ובמבחני המידתיות בכללן."

(עניין **חוק ועדות קבלה**, פיסקה 2 לפסק דינה של השופטת ארבל)

128. לאור האמור, מקרה המבחן של העיר נצרת עילית מוכיח באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי זכויות הפרט של חברי קבוצת המיעוט אינן ניתנות להפרדה מזכויותיהם הקולקטיביות להגדרה עצמית, לשפה ולתרבות. שלילתן של הזכויות הקולקטיביות, ובראשן הזכות לשפה, משמעה, בהכרח, מתן מעמד נחות לבני המיעוטים, גם כפרטים, בתוך היישובים בהם הם חיים. המימוש המלא של הזכות הבסיסית לדיור ולקורת גג אינו יכול לקרות בלי מתן אפשרות ממשית ושוויונית למימוש מלא של זכויות בסיסיות אחרות, כגון הזכות לחינוך והזכות לתרבות במקום המגורים, זכויות שעומדות בסתירה, כפי שניתן ללמוד ממקרי המבחן שהוצגו לעיל, לרעיון ההתיישבות היהודית שחוק הלאום בא לחזק, לשמר ולקדם.

129. מתן מעמד לגיטימי לקיומה של תרבות אחת בלבד מזמין שחיקה כפויה של זהותם התרבותית של המיעוטים, והכפפתה לתרבות הרוב הדומיננטית ממילא. מצב זה פוגע, כשלעצמו, באופיו הדמוקרטי של המשטר מכיוון שהוא כופה זהות ותרבות אחידה כתנאי למימוש זכויות האזרחות. מודל זה מקרב את המשטר למודל "אתנוקרטי" שאינו דמוקרטי במובן המהותי.

130. במצב החוקתי שקדם לחקיקת חוק היסוד החדש שקלו בתי המשפט את המטרה והתכלית של קיום מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית במסגרת מכלול השיקולים שאותן רשאיות רשויות המדינה לשקול וכן במסגרת האיזון החוקתי שנערך במסגרת פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. במצב החוקתי החדש, שנוצר בעקבות חקיקתו של חוק הלאום, המאבקים המשפטיים הללו לתיקונו ולשמירתו של השוויון האזרחי במדינת ישראל נתקלים במחסום חוקתי בלתי עביר. חוק הלאום הפך את היוצרות בכל הנוגע לאיזון בין ערך השוויון, כערך הגובר על אינטרסים מגזריים ופוליטיים צרים, לבין היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית, בהגדרתה ובאופייה הכללי, כך שידו של ערך "ייהוד המרחב" על העליונה. הפיכה חוקתית זו לא ניתן לקבל ולא ניתן לקיים במסגרתה חברה אזרחית, וחיים שוויוניים במדינה דמוקרטית.

חוק הלאום אינו עומד באף אחת מההצדקות הליבראליות להקצאה של מקרקעין להתיישבות נפרדת

> **"כשהמדינה כופה הפרדה משפטית, מסר הלגיטימיות שבהפרדה מחלחל אל החברה כולה. הוא מעצב את עולם הערכים של הקבוצות התרבותיות הפועלות בה. השפה התרבותית שלהן מעוצבת כך שהדרת האחר אגב ראייתו כזר וכפסול הופכת ראויה, שהרי אם המדינה נוקטת צעד זה ודאי שהקבוצות המרכיבות אותה יכולות לעשות כן. הלגיטימציה השלטונית להפרדה הנה גורם מאיץ להליכי סגרגציה חברתיים. זהו מנוע רב עוצמה הדוחף שוב ושוב להעצמת הניכור, הסטיגמות וההפליה."** (גרשון גונטובניק **הפליה בדיור וקבוצות תרבותיות - בין חומות משפטיות לגדרות חברתיות** 181 (2014), להלן: "גונטובניק, הפליה בדיור")

131. כמפורט באריכות לעיל, סעיף ההתיישבות קובע כי המדינה תעודד התיישבות יהודית במדינת ישראל. בנוסח זה טמונות שתי אמירות מובלעות: ראשית, כי המדינה יוצרת הבחנה בין התיישבות יהודית - התיישבות הומוגנית מבחינת מאפיין הדת והלאום של חבריה לבין התיישבות ערבית (או אחרת), ושנית, כי המדינה עצמה תעדיף ותקדם התיישבות זו במישור המרחבי והתקציבי.

132. המסקנה היא שחוק הלאום מכשיר מדיניות מדירה ומפלה של הפרדה בהתיישבות על רקע של דת ולאום. אולם נשאלת השאלה, במה שונה ההסדר המעוגן בסעיף ההתיישבות מהפרקטיקות המפלות והמדירות שתוארו לעיל, ושליוו את ההקמה של מדינת ישראל, ונמשכות עד היום? התשובה לשאלה זו, לעמדת העותרת, נעוצה במעמדו של חוק הלאום כחוק יסוד, ומיקומו של סעיף ההתיישבות בחוק הלאום, דבר שהפך, מעצם חקיקת החוק, את הפרקטיקות שהיו מוגבלות ונתונות לביקורת שיפוטית, ויש שיטענו שהיו במגמת דעיכה במיוחד בשנים האחרונות, לעקרון על של השיטה המשפטית בישראל, שמקבל מעמד על נורמטיבי, מקבע את ההיררכיה הקיימת בין אזרחי המדינה היהודים לערבים, על כל השלכותיה מרחיקות הלכת על חיי היום יום של האזרחים הערבים, והשוויון שלהם בפני החוק, ובמימוש זכויותיהם הבסיסיות – הן הפרטניות והן הקיבוציות.

133. המסכת העובדתית וההיסטורית שתוארה לעיל, והדוגמאות שממחישות את ההשלכות מרחיקות הלכת של עיקרון "ייהוד המרחב", מביאות לכלל מסקנה כי זכויותיהן של קבוצות מיעוט בישראל, ובראשן האזרחים הערבים, הן הזקוקות דווקא להגנה שיכולה להצדיק, במקרים מסוימים, אף נפרדות לצורך שימור מורשת ותרבות. זכויות אלה, הנגזרות כולן מהזכות הבסיסית של כל אזרח ואזרחית ערבים במדינה לשוויון, אינן באות לידי ביטוי בחוק היסוד כלל ואינן זוכות, בשל כך, למעמד שווה במדינת ישראל.

134. אחת הטענות שעשויות לעלות בהקשר לסעיף ההתיישבות היהודית הוא שעידוד ההתיישבות היהודית הנפרדת אינו מחייב פגיעה בשוויון שכן הממשלה יכולה לפעול במקביל לעודד התיישבות ערבית נפרדת. בפסק הדין האמריקאי המכונן בעניין Brown (Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954)) התבססה העמדה השוללת הפרדה כפויה בין קבוצות אוכלוסייה, גם מטעמים של יחוד תרבותי, על פי ראיות שהוצגו ולפיהן ההפרדה, אם תימשך, תפגע קשות בקבוצת המיעוט. באותו עניין נקבע, כי טענת

"נפרד אבל שווה" לא תוכל להישמע מפי קבוצת הרוב, וכי מדיניות של הפרדה, הנעשית ביוזמתה של בני קבוצת הרוב, מפלה מעצם טיבה כלפי קבוצת המיעוט, אף אם היא נעשית באופן הנחזה לכאורה כשוויוני, שכן היא מייצרת מטבעה שתי קבוצות של שייכות, ובה בעת משמרת תחושת נחיתות, המבוססת על הפליה ממשית ומוחשית של בני אותה קבוצת המיעוט, ומאשרת את תחושת העליונות המבוססת גם היא על משטר של העדפה והטבות בכל תחומי החיים, של קבוצת הרוב.

135. עמדה זו התקבלה במלואה גם בפסיקת בית המשפט הנכבד בהלכת **קעדאן** שם נפסק כי השילוב בין התוצאה הבלתי שוויונית של המדיניות ובין הטעמים הבלתי שוויוניים שבבסיסה, יוצר "מסה" חזקה של היעדר שוויון, "מסה" שאינה מתבטלת ואף אינה פוחתת נוכח הנכונות העקרונית להקצות מקרקעין להתיישבות קהילתית כפרית נפרדת של ערבים. אנו דוחים אפוא את הטענה כי בנסיבות העניין שלפנינו לא נפגם עקרון השוויון" (שם, בעמ' 280).

136. האוכלוסייה היהודית בישראל היא קבוצת רוב הן מההיבט הכמותי, הן מההיבט הסמלי והן מההיבט של יחסי הכוח המוסדיים והפוליטיים. כקבוצת רוב - בידיה גישה למשאבים המאפשרים לה לעצב את סביבתה התרבותית והחומרית כרצונה. קבוצה זו אינה הומוגנית מבחינת אורחות חייה ואינה מאופיינת כקהילה מסוגרת ומתבדלת אלא כקבוצת אוכלוסייה הטרוגנית. על כן, קבוצת הרוב היהודית חייבת לאפשר לבני קהילות ומיעוטים תרבותיים המבקשים להשתלב בה לעשות כן, וכן, ובאותה מידה, לאפשר את הישרדותם התרבותית והפיסית של המיעוטים בתוכה. הרוב אינו יכול לכפות על המיעוט היפרדות.

137. טענה נוספת שעשויה לעלות הינה שגם בדמוקרטיה ליבראלית ניתן להכיר באפשרות של קהילות מיעוט דתיות או תרבותיות מסוימות לקיים התיישבות קהילתית נפרדת על-פי צורכיהן ושאיפותיהן, תוך שמירה על השוויון, ויש מי שסבור שיש להחיל במקרים מסוימים את אותן הצדקות גם לגבי התיישבות יהודית, לפחות במגזר הכפרי (ראו, למשל, יפה זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתיכות אתנית-ליבראלית – האמנם רק זכותו של המיעוט?" **משפט וממשל** ו 89 (2001)) .

138. במשך עשרות שנים, עד פסק הדין בהלכת **קעדאן**, הקמתם של הישובים הקהילתיים בישראל בכלל, ובאזורים פריפריאליים בפרט, אכן שיקפה תפיסה הרואה ביישובם של יהודים באזורים אלה אינטרס לאומי מובהק והכרה בזכות של יהודים להתיישבות קהילתית נפרדת (נטע זיו "הניחו לוועדות הקבלה: (בקרוב) עשרים שנה לקעדאן" **המשפט ברשת: זכויות אדם – מבזק הארות פסיקה 35**, 9-12 (2014)). אחד הכוחות הבולטים במסגרתן של יוזמות אלה הייתה הסוכנות היהודית. הישובים הקהילתיים הראשונים הוקמו במהלך שנות ה-70 בשטחים הכבושים, אולם בהמשך אומץ מודל זה גם ממערב לקו הירוק, באזורים שבהם רצתה המדינה לעבות ולצופף את ההתיישבות היהודית: בגליל, באזור קו התפר ומאוחר יותר בנגב. תמיכתה של המדינה במהלך זה באה לידי ביטוי במגוון דרכים - ובעיקר בהקצאת קרקעות ובהקמת תשתיות, באישורן של תכניות מתאר ובסיוע כספי ישיר ועקיף (לרקע נוסף על כינונם של היישובים הקהילתיים ועל תפקידה של הסוכנות היהודית במסגרתם ראו: נטע זיו, חן תירוש "המאבק המשפטי נגד מיון מועמדים ליישובים קהילתיים – מלכוד ברשת טובענית ומחוררת" **קהילות מגודרות** (אמנון להבי עורך, 2009) 328-329).

139. בהלכת **קעדאן** פסק בית המשפט, כי אין המדינה רשאית להעניק מקרקעין להתיישבות נפרדת ליהודים בלבד, וכי התיישבות זו אינה עולה בקנה אחד עם הזכות לשוויון במדינה יהודית ודמוקרטית.

140. אכן קיים כלל א-סימטרי בעניין זה ולא כל הקצאת קרקע לקבוצה תרבותית הוא פסול. כך, למשל, בסמוך לפסק הדין בהלכת **קעדאן** צידד בית המשפט העליון באפשרות להקצות קרקע לקהילה חרדית לצורך קיום התיישבות נפרדת בנימוק כי קהילה זו היא **קהילת מיעוט תרבותית** אשר ההיפרדות במגורים מהרוב חיונית לה לצורך שימור תרבותם הבדלנית (בג"ץ 4906/98 **עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נד (2) 503, 509 (2000)).

141. גם בהלכת **קעדאן** קבע בג"ץ כי מדיניות של הפרדה בהקצאת מקרקעין על בסיס דת או לאום בלבד היא פסולה, וכי אמות המידה להקצאה שכזאת צריכות להיות שוויוניות ועניינית בלבד. בית המשפט הניח, כי המדינה יכולה לאפשר התיישבות נפרדת לאוכלוסיות שונות, באופן שלא יהיה בו כדי להפר את עקרון השוויון, כאשר הרצון לטיפול נפרד אך שווה בא מקרב קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן, מורשתן ואורח חייהן הייחודי והחפצות להימנע מ"התבוללות כפויה" בקבוצת הרוב. תפיסה זו מבוססת על העמדה הרווחת כיום גם בקרב הוגים ליברליים, שלפיה לכל אדם יש "זכות לתרבות", שמשמעותה היא שכל אדם זכאי לסביבה, המאפשרת לו לשמור את אמונותיו ואורחות חייו, ולשם כך הוא רשאי לדרוש מן המדינה לאפשר את קיומה של קהילה תרבותית הומוגנית שבמסגרתה ייענה צורך זה. אולם האיזון בין שמירה על הזכות לשוויון לבין הקצאה נפרדת לקבוצות מיעוט תרבותיות הוא איזון עדין, והכלל הוא השוויון.

142. לאחר הלכת **קעדאן** נפסלה גם האפשרות לשמור על אופיו היהודי של ישוב קהילתי באמצעות קריטריונים עקיפים. כך, בבג"ץ 7574/06 **הסוללים נ' מינהל מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, 22.1.2007) העלתה האגודה השיתופית את הטענה, כי אין מקום למגורי ערבים בה משום רצונה לשמר את תרבותה החילונית והיהודית. השופט חשין ציין, כי בנסיבות העניין החשש לחיי הקהילה שמעלים העותרים אינו מבוסס. השופט חשין עמד על החומרה היתרה הנודעת להבחנה על בסיס לאום, וקבע כי למרות שהלכת **קעדאן** לא סותמת את הגולל על יכולתם של יישובים מסוימים לקבל אליהם רק מועמדים שיאפשרו שמירה על צביון מסוים על מנת לשמור ולהגן על אורח חיים ייחודי, הרי שקבוצת הרוב הלאומית היהודית אינה זקוקה להדרה של תושבים ערבים מיישוביה וקהילותיה על מנת להמשיך לקיים את אורחות חייה ועל מנת לפעול ולפרוח.

143. פסיקת בית המשפט בהלכת **קעדאן** לא שינתה בפועל את המציאות בישובים הקהילתיים, שמספר הערבים המתגוררים בהם הוא זעום אך היא הובילה להפסקת השימוש בקריטריון הלאום בהקצאת מקרקעי המדינה, לפחות באופן גלוי. לגבי הישובים הקהילתיים, ניתן להסביר את היעדר ההשפעה על המציאות גם במנגנון ועדות הקבלה שהיה קיים בישובים אלו, והמשיך להתקיים גם לאחר פסיקת בית המשפט הנכבד בהלכת **קעדאן** (גם משפחת קעדאן לאחר פסק הדין בעתירה הראשונה נדחתה על ידי ועדת הקבלה ובסופו של דבר מינהל מקרקעי ישראל חתם איתה ישירות על חוזה חכירה רק בעקבות עתירה נוספת לבג"ץ: בג"ץ 8060/03 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל** (פורסם בנבו, החלטה מיום 26.4.2006)). מנגנון זה עוגן בפקודת האגודות השיתופיות (תיקון מס' 8), התשע"א-2011 (להלן: "חוק ועדות קבלה"). מנגנון זה מאפשר הפליה סמויה שכן הוא מתבסס על קריטריונים עמומים כמו התאמה למרקם החברתי תרבותי של הישוב או התאמה לחיים בקהילה, אך לפחות בלשון החוק נעשה ניסיון משמעותי למנוע הפליה על בסיס לאום באמצעות סעיף איסור הפליה: "ועדת הקבלה **לא** תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא...". בנוסף, האפשרות לקיום ועדת קבלה צומצמה

לישובים של 400 משפחות ומטה בנגב ובגליל בלבד, וועדת השגות ברשות מקרקעי ישראל הוסמכה להתערב בהחלטות מפלות של ועדות קבלה בישובים. שינויים אלו והצהרת המדינה כי החוק נועד להגן על קהילות קטנות ופריפריאליות שבהן נדרשת מידה רבה של לכידות והומוגניות, וכי אין מטרת החוק לאפשר הפליה על בסיס לאום, הם שהובילו את בית המשפט הנכבד להחלטה שאין מקום להתערב בתיקון טרם ייבחן יישומו בפועל (עניין **חוק ועדות קבלה**).

144. לא למותר לציין שהתופעה של הפרדה והדרה במגורים של ערבים אינה ייחודית ליישובים הקהילתיים הקטנים המוגדרים בחוק ועדות הקבלה. התופעה קנתה לה שביתה גם בערים ה"יהודיות" ואף בשכונות מסוימות בערים המעורבות (ר' מנאל תותרי-ג'ובראן "הפרטה והדרה בעיר: העמותות לבניה עצמית כמייצרות מובלעות מרחביות מופרדות" **משפטים** מו 443 (2016)). הפליה זו במגורים הינה לרוב סמויה ולא מפורשת ומתבצעת באמצעות אי מתן שירות, מתן מידע מוטעה או מטעה וכדומה. מבדיקה שערכה העותרת עולה כי בשנים האחרונות הוגשו לפחות 12 תביעות נזיקין נגד חברות בניה שהפלו במכירת דירות. כל התביעות ללא יוצא מן הכלל הוגשו על ידי ערבים שביקשו להגר לישוב יהודי או מעורב.

145. גם בעניין זה לפחות מתיימרת המדינה למנוע הפליה על בסיס לאום גם על ידי צדדים שלישיים להם היא מעבירה את המקרקעין, כפי שנקבע בהלכת **קעדאן**, וזאת באמצעות הוספת תנאי איסור הפליה במכרזי בניה שהיא מפרסמת, כאשר ועדת המכרזים מוסמכת על פי תנאי זה לשלול זכיה של חברה במכרז בניה אם היא נוקטת בהפליה אסורה בשיווק הדירות או לקנוס אותה (ר' עע"ם 1789/10 **סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל** (פס"ד מיום 7.11.10)).

146. אם ישנה התקדמות איטית בשמונה עשרה השנים שחלפו מאז פסיקת בית המשפט הנכבד בהלכת **קעדאן** לעבר מציאות קצת יותר שוויונית בתחום המקרקעין, הן במאבק בהפליה, והן בהיבטים של שיווק שוויוני יותר של משאבי קרקע ותכנון לישובים הערבים, הרי שחקיקת חוק הלאום מאיימת לכלותם. כך, חוק הלאום מכשיר, הלכה למעשה, התחשבות בלאום בעת הקצאת מקרקעין ומשאבי דיור. חוק הלאום מכשיר את ההפליה הפסולה המתבצעת ממילא בקבלה ליישובים קהילתיים ומאפשר את הרחבת התופעה של הדרת אוכלוסיות "בלתי רצויות" והפרדה על רקע דת ולאום בהתיישבות ובמגורים במרחב העירוני והכפרי במדינת ישראל, גם באותם אזורים שבהם אין היתר לקיום ועדת קבלה. חוק הלאום מתיר התיישבות של קבוצה תרבותית גם שהיא קבוצת הרוב ואין לה כל מאפיין של קבוצת מיעוט המבקשת הגנה מהיטמעות בחברת הרוב.

147. הפרדה על רקע דת או לאום, שאינה מבוססת על צורך ממשי וחיוני של קבוצות מיעוט לשימור דתם או תרבותם, או מוצדקת ברצון להגן על קהילות קטנות, קשורה קשר הדוק בתפיסות גזעניות ומפלות שעומדות בסתירה לעקרון השוויון (גרשון גונטובניק "הקצאת קרקע על ידי המדינה, השיקול הביטחוני והדרת ערביי ישראל – הפליה אסורה בדיור או התחשבות מותרת?" **משפט וצבא** 21, 33, 43 (2015). להרחבה בנושא, ראו גם גונטובניק, הפליה בדיור).

148. גם עמדת היועץ המשפטי לוועדה המשותפת לדיון בחוק הלאום הייתה כי הכשרת הבחנה והפליה על יסוד לאומי או דתי, תוביל להתנגשות עם חקיקה שכעניינה איסור הפליה בהקצאת מקרקעין. בהתייחסו לנוסחו הקודם של סעיף ההתיישבות כתב היועץ המשפטי לוועדה כך:

"אנו סבורים כי הנוסח המוצע, המתיר למדינה לאפשר לבני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת, בלא להגביל זאת ליישובים קטנים בעלי אפיון ייחודי קהילתי-תרבותי, מעורר קשיים משמעותיים ביחס לעקרונות היסוד של השיטה, ובראשם החובה של המדינה לנהוג בשוויון כלפי אזרחיה ולא להפלות על רקע דת ולאום. ... כפי שעולה מן התיאור שלעיל, ההסדר המוצע עומד בניגוד לפסיקתו של בית המשפט העליון, ואף בניגוד לעקרונות שהנחו את הכנסת בחקיקת התיקון לפקודת האגודות השיתופיות לפני שנים ספורות, ואשר ביקשו לאזן בין הזכות למימוש התרבות באמצעות קהילת המגורים ובין הזכויות לכבוד ולשוויון של כלל האוכלוסייה... הדברים אמורים ביתר שאת, בהתחשב בכך שבמדינת ישראל רוב המקרקעין מצויים בבעלות המדינה, ולכן הסעיף המוצע עלול לא רק להכשיר הפליה על בסיס דת או לאום על ידי פרטים, אלא אף הפליה בידי המדינה עצמה בהקצאת המקרקעין." (היועץ המשפטי לוועדה המשותפת לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, "מסמך הכנה לדיון ביום 28.11.2017 - הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי", 27.11.2017).

149. בישיבה שהוקדשה לנושא ההתיישבות היהודית בוועדת חוקה (בנוסח המקורי) אף הופיעה נציגת רשם האגודות השיתופיות, גב' רותי לירז-שפירא, וציינה כי אם חוק הלאום יעבור הדבר ישפיע על האופן שבו יידונו בקשות לשינוי תקנונים של ישובים קהילתיים וכפריים. לדבריה בטרם עבר החוק "אגודות שיתופיות שכותבות סעיף של תנאי כשירות – יהודי, אנחנו לא מאשרים את זה. כל לאום, כל דת אנחנו לא מאשרים. אנחנו כפופים לפסיקה ולדין ולעקרונות השוויון... אני לא בטוחה שנוכל להורות על פסילת סעיפים של כשירויות על בסיס דת כמו שאנחנו עושים היום, אחרי חקיקת החוק" (פרוטוקול ישיבת הוועדה המשותפת מיום 28.11.2017).

150. לאור האמור סעיף ההתיישבות היהודית אינו מתיישב עם הצדקות להקצאה נפרדת של מקרקעין וסותר במפורש את הלכת **קעדאן**, את חוק ועדות הקבלה ואף צעדים נוספים של הממשלה לטיפול בהפליה בתחום המגורים בערים.

תיקון חוקתי שאינו חוקתי

ביקורת שיפוטית על חוק יסוד

הסמכות המכוננת כאמצעי פוליטי במאבק על הדמוקרטיה

151. המחלוקת על התערבות בג"ץ בחקיקת חוקי יסוד מתנהלת תחת שתי הנחות יסוד: ראשית, כי עצם קיומו של משטר דמוקרטי ליבראלי השומר על זכויות האדם בישראל הינו עובדה מוגמרת ולכן יש לאפשר לכנסת לסיים את הליך כינון החוקה תוך ייחוד הסמכות להתערב למקרי קיצון של שלילת עקרונות היסוד; שנית, כי השלטון ישתמש בסמכות המכוננת באחריות ויכיר במגבלות הסמכות. למרבית הצער המציאות טופחת שוב ושוב על פני שתי הנחות אלו.

152. לעניין הנחת היסוד הראשונה הרי שמאז היווסדה קיים בישראל מתח מובנה ומתמשך ביחס להכללת עקרונות הדמוקרטיה הליבראלית במשפט הישראלי, ואיזונם מול ערכים לאומיים, אינטרסים ופריבילגיות של הרוב היהודי, וביתר שאת ביחס לזכויותיהם ולמעמדם של בנות ובני המיעוט הערבי בישראל והפלסטינים תחת משטר הכיבוש בשטחים. בית המשפט העליון מילא מאז ומעולם תפקיד מרכזי בבלימת השלטון, שמבחינתו שלל והיה ממשיך לשלול את עקרון השוויון ללא היסוס בשם הטענה כי ישראל הינה מדינת לאום יהודית.

153. הזכות לשוויון אינה מעוגנת במפורש בחוקי היסוד ומימושה, כפי שנפרס באריכות בפרק הקודם, הינו במידה רבה תוצר הפסיקה, פסיקה המהווה יעד למתקפה בלתי פוסקת. חוק הלאום מביא מתח זה לשיא חדש, במיוחד ביחס למיעוט הערבי בישראל, ונציגי הממשלה והכנסת לא מסתירים כי תכליתו האופרטיבית של החוק היא לא רק עיגון המציאות הקיימת, בה המדינה, הצהרתית ומעשית, היא יהודית, אלא גם מתן גושפנקא חוקתית להטיית האיזונים הקיימים ולשלילת זכויות ממי שאינו יהודי, לרבות זכויות שכבר הוכרו.

154. מכאן שאף שהיינו רוצים להאמין שחקיקת יסוד תבטא ערכים קונצנזואליים רחבים, ושהכוחות הפוליטיים ישאפו לכונן חוקה בהסכמה רחבה, המציאות מראה כי חקיקת חוק היסוד הינה עוד אמצעי פוליטי אחד מיני רבים בידי השלטון במאבק נגד עצם אופייה הדמוקרטי ליבראלי של המדינה, על גבולות הדמוקרטיה ועל עצם האפשרות לפגוע בזכויות ללא התנגדות. בשנים האחרונות הולכת וגדלה הנכונות להשתמש בכלי זה גם כדי לכפות את רצון הרוב, ובעניין זה חוק הלאום משתלב בהצעות לתיקונים חוקתיים נוספים כמו הוספת פסקת התגברות או צמצום סמכויות בג"ץ.

155. הנחת היסוד השנייה מבוססת על כך שניתן להניח שהשלטון בישראל לא ישתמש לרעה בסמכות המכוננת, וכי הדמוקרטיה צריכה להתגונן דווקא מפני גורמי שוליים קיצוניים. אלא שהמציאות מוכיחה שהאיום על הדמוקרטיה אינו חייב לבוא מגורמי שוליים "קיצוניים". שלטון פופוליסטי חזק ונחוש, הזוכה לתמיכת הרוב, יכול לרוקן בהדרגתיות את העקרונות הדמוקרטיים, לכרסם במוסדות הדמוקרטיים ובשומרי הסף, והכל על מנת לממש אידיאולוגיה אנטי דמוקרטית, לאפשר להבטיח את המשך שלטונו, לשלול זכויות אדם מסוימות, לנטרל גורמים לעומתיים, והוא יכול לעשות זאת גם במסגרת הכלים הדמוקרטיים שבידו – לרבות תיקון חוקתי.

156. ממשלות בעלות שאיפות סמכותניות אינן מתנערות בהכרח מהשיח ומהכלים הדמוקרטיים, והן עשויות להצהיר על מחויבותן לכללי המשחק הדמוקרטיים ולעקרון השוויון. הפגיעה בעקרונות היסוד של הדמוקרטיה יכולה להיעשות גם באמצעות עשרות תיקונים חוקתיים נקודתיים, בשילוב עם תיקוני חקיקה, תקנות ושינויים משטריים, שכל אחד בפני עצמו עשוי לצלוח את הרף של "שלילת עקרונות על", אך צירופם לידי תמונה כוללת חושף שינוי רדיקאלי באופי המשטר. שינוי רדיקאלי זה אף יתבצע בשם הדמוקרטיה (המוגדרת בפריזמה של "רצון הרוב") והצורך "להשתלט" על מוסדות דמוקרטיים שמהווים משקל נגד לממשלה ולכן מוצגים כחותרים תחת רצון העם או "המשילות" ואף כגורמים דיקטטורים ("הדיקטטורה של בג"ץ", לדוגמה).

157. די להתבונן במה שעברה מדינה דמוקרטית כמו הונגריה בתוך מספר שנים, כדי להבין את גודל הסכנה בגלישה לשלטון אוטוריטרי בלתי ליבראלי ולעריצות הרוב בידי שלטון, גם אם הבחירות נערכות במועדן

והשלטון מקבל תמיכה מחודשת. המלומד דיויד לנדאו במאמרו Abusive Constitutionalism מונה דוגמאות רבות מהעת האחרונה למדינות דמוקרטיות, אשר בהן ניצלה מפלגת השלטון לרעה את הסמכות המכוננת, ואת הקלות היחסית שבה ניתן היה לתקן את החוקה, כדי להחליש את הדמוקרטיה, ובמיוחד את שומרי הסף שלה, את מערכת המשפט, את האופוזיציה ואת ארגוני החברה האזרחית, וזאת כדי להבטיח את האינטרסים של השלטון והקבוצות אותן הוא מייצג ולשלול זכויות מיעוטים (David Landau "Abusive Constitutionalism" 47 UC Davis L. Rev. 189 (2013)).

158. בישראל סכנה זו ממשית וברורה. למעשה מאז ומעולם היה מוכן השלטון, מימין ומשמאל, להקריב את זכויות הפרט למען האינטרס של הרוב היהודי, ובמיוחד כאשר מדובר באזרחים הפלסטינים בישראל, התושבים הפלסטינים בשטחים הכבושים, והתושבים הזרים. העובדה כי שלילת זכויות גורפת נבלמה במרבית המקרים הינה תוצר, בראש ובראשונה, של מאבק מתמשך בכל הזירות מצד אוכלוסיות נפגעות, פעילים וארגוני חברה אזרחית, ומערכת המשפט. אלא שבמקום שערכים ליבראליים בסיסיים שאומצו ע"י מערכת המשפט יהפכו לנורמות חוקיות וחוקתיות במדינה, הרי שהשלטון במדינת ישראל, והשלטון הנוכחי בפרט, פועל בתגובת נגד כוחנית, ששמה לה למטרה להחליש ואף לפגוע בלגיטימציה של כל אותם מוסדות דמוקרטיים, שבולמים את שאיפתו לשלול זכויות בסיסיות בשם האינטרסים של הרוב היהודי, ושעוד עשויים לבלום יוזמות עתידיות רדיקליות יותר.

159. לכן קשה שלא לראות דמיון לתהליכים שקרו בהונגריה ובמקומות אחרים לתהליכים שמתרחשים בישראל. רק עצימת עיניים מאפשרת שלא לראות כי שוררת בישראל תרבות פוליטית קיצונית, שבה ערכים ליבראליים מוקצים, כדרך קבע, מחמת מיאוס, וגורמים ביקורתיים עוברים תהליך שיטתי של דה לגיטימציה והחלשה, ובראש ובראשונה – בית המשפט ומערכת המשפט.

160. כאמור, הממשלה ונבחרי ציבור מהקואליציה פועלים מזה מספר שנים להחליש את שומרי הסף של הדמוקרטיה וזכויות האדם בישראל, לרבות מערכת המשפט, ואת האופוזיציה ולאפשר בסופו של יום פגיעה בזכויות והתנערות מזכויות ליברליות. חלק מהיוזמות מתמקד בתיקונים לחוקי היסוד וחלק בחקיקה רגילה או בצעדים אחרים. כל היוזמות מוסברות כחלק מהשאיפה להגשים את רצון הממשלה הנבחרת, וההתנגדות להם מוצגת כאנטי דמוקרטית, אליטיזם וכיו"ב, שכן היא מבכרת ערכים דמוקרטיים אוניברסאליים על פני רצון הממשלה, שמוצג כרצון העם. פעילות זו מלווה במסע דה לגיטימציה לבית המשפט העליון, למערכת אכיפת החוק, לתקשורת ולארגוני זכויות האדם.

161. כפי שתואר באריכות בפרק הקודם, במסגרת ארסנל הכלים שמפעיל השלטון, גם בעבר וביתר שאת בשנים האחרונות, הוא לא פוסח על הסמכות המכוננת. למעשה – הוא מגלה יד קלה על ההדק בחקיקת היסוד ואף רואה בה יתרונות ברורים להגשמת מטרותיו: מצד אחד עיצוב החוקה הוא הליך פשוט וקל עבור השלטון, ואינו דורש רוב מיוחד. מצד שני הוא מאפשר לו לטעון לחסינות מביקורת שיפוטית. מכאן שההנחה שהשלטון יהיה אחראי בהפעלת הסמכות המכוננת וישמור על הדמוקרטיה וזכויות האדם, ולכן יש להניח לו לגבש חוקה במינימום מעורבות, הינה הנחה מסוכנת שלוקה בראיית המציאות.

162. דומה שמרבית שופטי בית המשפט מודעים לסכנה ולכן הם הביעו שוב ושוב עמדות התומכות בביקורת שיפוטית גם על חקיקת יסוד, אולם עם זאת יצאו מנקודת הנחה כי התערבות כזו תיוחד למקרי קיצון. גם

הנחה זו אינה עומדת במבחן המציאות. שלטון נחוש, ששואף להחליש את המוסדות הדמוקרטיים כדי שיוכל לשלול זכויות, אינו נדרש לבצע הפיכות או לחוקק "מגה-חוקים". שלטון נחוש בעל שאיפות סמכותניות עלול להשתמש בכלים דמוקרטיים לכאורה על מנת לקדם את מטרותיו, תוך היזהרות מחציית גבולות הלגיטימציה הפנימית והחיצונית. כל צעד שבו ינקוט השלטון בפני עצמו אין די בו כדי לאיים על עצם קיומו של המשטר הדמוקרטי. לכל צעד יש הסבר ונימוק. אולם התמונה הגדולה, הצירוף של מכלול היוזמות, היא החושפת את האיום המשמעותי על הדמוקרטיה, זכויות האדם והמיעוט הערבי בישראל.

163. על רקע זה יש לדון בגבולות המעורבות של בג"ץ בחקיקת יסוד.

מידת הביקורת השיפוטית על חקיקת יסוד

164. בית משפט נכבד זה טרם פסק בעניין סמכותו לפסול חקיקת יסוד או תיקונים לחוקי יסוד מפאת תכנם, לגבי גבולות הסמכות המכוננת, או לגבי האופן שבו תתבצע ביקורת שיפוטית על חוק יסוד. שופטים רבים שכיהנו או מכהנים בבית המשפט הנכבד הביעו בפסקי דין שעסקו בנושא עמדה התומכת בסמכותו העקרונית של בית המשפט לבטל תיקון חוקתי אם הוא פוגע בצורה קשה בעקרונות היסוד או "עקרונות העל" של השיטה עד כדי שלילתן. בעניין תיקון לחוק יסוד המאפשר הדחה של חבר כנסת מכהן בידי חבריו ("חוק ההדחה") פסקה הנשיאה חיות, כי אם היה בית המשפט מאמץ את דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי, הרי שלא היו פוסל את חוק ההדחה חרף פגיעתו בזכויות יסוד חוקתיות. זאת, לפי הנשיאה חיות, משום ש"רב המרחק בין פגיעה זו ובין שלילת עקרונות העל של השיטה" (בג"ץ 10214/16 **ח"כ ג'בארין נ' הכנסת** (פס"ד מיום 27.5.2018), בפסקה 36 לפסק דינה של הנשיאה חיות; להלן: "עניין **חוק ההדחה**"). החוק אף לא הועמד לבחינה לפי פסקת ההגבלה, כפי שנעשה בביקורת שיפוטית על חוק רגיל הפוגע בזכויות יסוד. כמה משופטי בית המשפט הנכבד אף העלו את הטענה כי מדובר בחוקה בהתהוות, כעילה להקשחת רף ההתערבות בחקיקת יסוד (ר' למשל סעיף 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות וסעיף 11 לפסק דינו של השופט מזוז בעניין **חוק ההדחה**).

165. אלא שאל מול פני האיומים הנשקפים לזכויות האדם בישראל, אימוץ הגישה המצמצמת למעורבות בחקיקת יסוד וייחודה לאותם מקרי קצה של "שלילת עקרונות העל של השיטה" אינה נותנת משקל נכון למציאות המורכבת בישראל. היא מרוקנת מתוכן של ממש את יכולתה של הרשות השופטת לבצע את תפקידה בהגנה על זכויות האדם ועל המוסדות הדמוקרטיים האחרים האמונים על הגנתן של הזכויות. היא תפגע ביכולת של בית המשפט להגן גם על מעמדו שלו ועל עצמאותו מול יוזמות שמטרתן החלשתו. אימוץ דוקטרינה כה צרה מעוררת דאגה וחשש ממשי ביחס למסוגלות של בית המשפט העליון להגן על זכויות האדם ועל המשטר הדמוקרטי מול ממשלה שתהיה עוינת להם ותוביל מהלכים הפוגעים בדמוקרטיה ובזכויות האדם.

166. לא רק שלבית המשפט קיימת סמכות לבטל תיקון חוקתי הפוגע בזכויות האדם או בעקרונות הדמוקרטיה, אלא שבנסיבותיה הייחודיות של מדינת ישראל, שהמשטר הדמוקרטי שלה שברירי ולא מובטח, שאין לה חוקה כתובה, שאין לה "הוראות נצחיות" כמו בחוקות אחרות, ושיש בה מאבק מתמשך על ערכים בסיסיים כמו השוויון, על בית המשפט להעביר את הליכי כינון חוקי היסוד או תיקון חוקי היסוד תחת ביקורת שיפוטית הדוקה ולהתייחס אליהן בחשדנות המתבקשת.

167. דווקא לאור העובדה כי החוקה נמצאת בהתהוות, וכי הליך כינון החוקה בישראל אינו שונה מסמכות חקיקה רגילה, ודווקא לאור העובדה כי סמכות כינון החוקה או תיקון החוקה נתונה באופן מוחלט בידיה של הממשלה השולטת בכנסת, והיא יכולה ברוב קואליציוני רגיל להעביר כמעט כל תיקון חוקתי או חוק יסוד העולה בדעתה, ללא מעורבות כל גורם נוסף, ולנצל כוח זה לטובתה, הרי שאין מקום לייחס להכתרת החוק כחוק יסוד משמעות כה מרחיקת לכת, המצמצמת את הביקורת השיפוטית רק למקרים קיצוניים ויוצאי דופן שבהם נשללים "עקרונות היסוד של השיטה" או ליבת הדמוקרטיה. זאת, בשונה מדמוקרטיות ותיקות ויציבות, בהן תיקוני חוקה דורשים מסלול ייחודי ומורכב, השונה מהליך חקיקה רגיל.

168. חשוב להדגיש כי עמדתה האמורה של העותרת באשר לחשיבות מעורבותו של בית המשפט בהליך הבקרה והביקורת על חוקי יסוד אינה מונעת כלל מזלזול בחוקי היסוד ובמעמדם המיוחד במדינת ישראל אלא דווקא להפך. עמדה זו מבוססת על ההכרה המלאה בהשלכות הרוחביות מרחיקות הלכת, ברמה הסמלית, והמעשית של קביעת הגדרות והסדרים מפלים ופוגעניים כגון אלה הפרושים לאורך סעיפי חוק הלאום על הפרשנות של חוקים רגילים ועל מדיניות ופרקטיקה במדינת ישראל, ובסופו של דבר על חיי היום יום של כל אזרח ואזרחית במדינה, ובכלל זה האזרחים הערבים.

169. כבר בעניין **בר-און** הכירה הנשיאה ביניש בכך שהשלטון בישראל אינו נוקט באחריות בהפעלת סמכותו המכוננת:

> "חסר בולט במשטרנו החוקתי קיים בכל הנוגע לאופן חקיקת חוקי יסוד. בהתחשב בכך שטרם נחקק חוק יסוד: החקיקה, לא נקבע המתווה לתיקון ולשינוי החוקה; הרוב הדרוש לתיקון החוקה; והאפשרות, אם בכלל, לתקן את החוקה או לתקנה באופן זמני. כתוצאה מכך, תקנון הכנסת הוא המנגנון המרכזי החל על הליכי החקיקה של חוקי יסוד, והוא אינו כולל הוראה מיוחדת המבחינה בין הליך החקיקה של חוקים "רגילים" והליך החקיקה של חוקי יסוד. מן הטעם הזה, ניתן לחוקק חוקי יסוד בכל רוב בכנסת; וניתן לשנות חוקי יסוד – אלא אם הם משוריינים בשריון מיוחד – בכל רוב, ובלבד שהחוק המשנה הוא חוק יסוד. בפועל, עיון בהיסטוריית התיקונים של חוקי היסוד שלנו מעלה כי חוקי היסוד תוקנו או שונו מספר רב מאוד של פעמים... לעין ערוך מספר גדול הרבה יותר מתיקוני החוקה שנעשו במדינות דמוקרטיות אחרות... הקלות בה ניתן לשנות את חוקי היסוד בישראל פוגעת במעמדם. המאפיין המרכזי של חוקה – מאפיין שהוא חלק מהגדרת היסוד של חוקה וגם חלק מהיתרונות הגלומים בעצם קיומה של חוקה – הוא יציבותה. חוקה נועדה לשרוד שינויים תכופים ולעמוד איתנה מול שינויים בהרכב הפוליטי של השלטון ואל מול שינויים חברתיים כאלה ואחרים. חוקה מציבה בפני החברה אמת מידה נורמטיבית. הליך השינוי המורכב של החוקה הוא המאפשר לאמת מידה זו לעמוד איתנה ויציבה גם אל מול חברה גועשת ומשטר משתנה. בישראל המצב אינו כזה..." (בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 7.4.2011), פיסקאות 20 ו-21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש)

על המהירות והפזיזות שבה מתקנים את חוקי היסוד בישראל ראו גם אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי היסוד" **משפט וממשל** ב 443 (1995); על האופן שבו הכנסת רואה בתיקון חוקי היסוד מלאכת חקיקה רגילה וכוללת בהם עניינים שמקומם בחוק רגיל ר' יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" **משפט וממשל** א 395, 402 (1992).

170. פרופ' סוזי נבות וד"ר יניב רוזנאי עמדו על כך ש"המחוקק הישראלי משתמש לאחרונה בצורה גוברת בתיקונים זמניים לחוקי-היסוד לשם נוחות פוליטית". הם מציינים כי "רק בין ה-13 במאי 2015 ל-30 ביולי 2015, עשתה הכנסת שלושה תיקונים זמניים לחוקי-יסוד (בעניין התפטרות שרים מהכנסת, הגבלות על מספר השרים בממשלה והתקציב הדו-שנתי). הוראות שעה אלו נועדו לחול אך על הכנסת ה-20 ... ההקשר של חקיקת הוראות אלו, מעלה את החשש כי אינם הכרחיים בשל איזה צורך זמני דחוף אלא רק כתוצאה משיקולים פוליטיים זרים ואינטרסים קצרי טווח, בדיוק כאלו שחוקה אמורה להגביל. טלו למשל את תיקון מס' 5 לחוק-יסוד: הממשלה בעניין סגן שר, אשר עבר בכנסת תוך יום וחצי ללא כל דיון ציבורי או דיון פוליטי משמעותי בשביל צורך פוליטי פרסונלי. בהיעדר הליך תיקון נוקשה החוקה עלולה להיות "קורבן" לשיקולים משניים בכל עת, אם הוראה מהוראותיה מפריעה לאינטרס או לקפריזה של רוב נתון בבית המחוקקים" (סוזי נבות ויניב רוזנאי "על הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד" **ICON-S-IL Blog** (4.11.2018)).

171. לאור זאת עמדו נבות ורוזנאי על כך ש"שאלת הסמכות לביקורת שיפוטית של חוקי-יסוד ותיקונים חייבת להיות מושפעת, למצער במידה מסוימת, בקושי או בקלות היחסית של הליך התיקון של אותה חוקה ובזהות השחקנים המעורבים בהליך השינוי החוקתי. ככל שהליך חקיקת נורמות חוקתיות מצוי בידי אותו אורגן שלו ניתנת סמכות החקיקה הרגילה, והליך החקיקה אינו יותר מאתגר מאשר חקיקה רגילה, צריכה להיות נכונות רבה יותר לקבל הפעלתה של ביקורת שיפוטית על תיקוני חקיקה. זאת לעומת מדינות בהן הליך התיקון החוקתי הוא מורכב, כוללני ודליברטיבי באופן שמבקש להבטיח כי מתקיימת הבחנה בין הפוליטיקה היומיומית שבה שולטים האינטרסים הצרים וקצרי הטווח ובין הפוליטיקה החוקתית" (שם).

172. יתרה מזאת, עמדה המחסנת חוקי יסוד הפוגעים בזכויות יסוד חוקתיות מביקורת שיפוטית, או אשר מחסנת אותם מביקורת שיפוטית הלכה למעשה בשל ייחוד סמכות הפסילה למקרים כל כך קיצוניים וחריגים, אף מעודדת שימוש לרעה בסמכות המכוננת כדי "להתגבר" על הביקורת השיפוטית וליצור בפועל חסינות מפני בטלות של חקיקה פוגענית, אשר הייתה נפסלת לו הייתה מעוגנת בחוק רגיל. היא גם מאפשרת "להתגבר" על פסיקה קודמת, באמצעות עיגון פגיעה שנפסלה כאשר עוגנה בחוק רגיל, בחוק שכותרתו "חוק יסוד". כך, ברור כי לאור פסיקתו הברורה של בית המשפט הנכבד, חוק המתיר או מעודד ישובים ליהודים בלבד הינו חוק בלתי חוקתי שדינו להיפסל, ומכאן המוטיבציה לעגן את אותו עקרון פוגעני בחוק יסוד, ולטעון כי הוא מחוסן מביקורת שיפוטית. בפועל סמכות כינון החוקה מהווה דה-פקטו תחליף אפקטיבי ל"פסקת ההתגברות", שאף אינה דורשת רוב מיוחד.

173. כפי שעולה מסקירה בינלאומית מקיפה שערך ד"ר יניב רוזנאי (Yaniv Roznai **Unconstitutional Constitutional Amendments** (2017)), בתי משפט בעולם היו מוכנים לפסול תיקון חוקתי גם בהיעדר הסמכה מפורשת, ונכונות זו נחלשת בדמוקרטיות ותיקות ומבוססות בהן תיקונים חוקתיים הם נדירים, ומתבצעים בפרוצדורות מורכבות, לאחר משאל עם, ברוב מיוחד וכיו"ב. מדינת ישראל אינה דמוקרטיה

ותיקה ומבוססת. על בית המשפט לפתח דוקטרינות, אשר יש בהן להגן על המשטר הדמוקרטי ועל זכויות האדם מפני ניסיון לרוקנם מתוכן באמצעות תיקונים חוקתיים, ואשר מתחשבות בשבריריות המשטר החוקתי הקיים במדינה.

174. נבות ורוזנאי קובעים בצדק, כי אין לגזור גזירה שווה משיטות כמו המשפט האמריקאי, שבו הליך תיקון החוקה הוא מהנוקשים ביותר שקיימים, לגבי ישראל. לדבריהם בישראל קיימת "שיטת משפט בה הרשות המחוקקת אוחזת בשני הכובעים: המחוקקת והמכוננת, בלי הבדל פרוצדורלי בתוצרי החקיקה של שתי הסמכויות; והרשות המבצעת משחקת תפקיד דומיננטי בהליך החקיקה ולמעשה שולטת ברשות המחוקקת. זהות הגופים עשויה להביא לעירוב של פונקציות ואינטרסים. ואולם, תכנון חוקתי ארוך טווח לא צריך להיות מעורב עם אינטרסים פוליטיים קצר טווח. כאשר סמכות התיקון החוקתי מופעלת כמכשיר ממשלי, ללא עירוב גופים והליכים אחרים, סכנת עירוב האינטרסים הממשליים הצרים עם החלטות חוקתיות יסודיות מצדיקה פיקוח שיפוטי למניעת שימוש לרעה בסמכות המכוננת. בדמוקרטיות חלשות או צעירות במיוחד, ביקורת שיפוטית על חקיקה חוקתית עשויה להיות כלי שימושי לשם הגנה על הדמוקרטיה מפני נסיגה למחוזות סמכותניים. לדעתנו אפוא כאשר מדובר בהליך שינוי חוקתי שאינו נוקשה במיוחד, בו הרשות המבצעת משחקת תפקיד דומיננטי, בצירוף אינטרסים פוליטיים קצרי-טווח מתעצם החשש מפני שימוש לרעה של הרב הפוליטי בסמכות המכוננת. דווקא במקרים אלו, פיקוח שיפוטי שיכול להגן על הסדר החוקתי והדמוקרטי נדרש ביותר. כך בישראל, בהיעדר חוקה נוקשה וכאשר חוקי-היסוד ניתנים לכינון ולשינוי ב"קלות בלתי נסבלת", כאשר בית המחוקקים – הנשלט הלכה למעשה על-ידי הממשלה – מורכב מבית אחד בלא בית שני מאזן, ללא מגבלות פרוצדורליות הולמות על הליך החקיקה, ובהיעדר מערכת פוליטית של איזונים ובלמים דוגמת מערכת פדראלית, שיטת בחירות אזורית או כפיפות למשפט על-לאומי, קיים חשש גדול יותר מפני שימוש לרעה בסמכות המכוננת. במצב דברים זה של חסר במערכת האיזונים והבלמים, הנכונות המשפטית להתערב חייבת להיות גדולה יותר" (נבות ורוזנאי).

175. גם פרופ' ברק מדינה במאמרו "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" **משפט וממשל** ו 509, 516 (2003) קובע, כי "בנסיבות הקיימות בישראל, שבהן חקיקת 'חוקי-היסוד'...נעשית ברוב רגיל על-ידי אותו גוף המכהן גם כרשות המחוקקת, קיים חשש ממשי להתנגשות בין 'חוקתיות', במובן של עיגון הכרעות חברתיות יסודיות, ובין 'דמוקרטיות', במובן של שלטון עצמי. בהיעדר אמת-מידה מוסכמת להבחנה בין הכרעות חברתיות "יסודיות" שאפשר לשריינן ובין הכרעות אחרות נוצר חשש מפני שימוש-לרעה בסמכות 'מכוננת', שכל תכליתו שאיפה להנציח מצב נתון כלשהו, שהרוב בכנסת תומך בו. הניסיון שנצבר בפעולתה של הכנסת... מראה כי אין מדובר בחשש היפותטי בלבד" (וראו את מחקרו של פרופ' עמיחי כהן "פסקת ההתגברות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018) (המאמר מנתח את מערכות האיזונים והבלמים הפוליטיים ב-66 דמוקרטיות).

176. לאור כל האמור על בית המשפט לפתח דוקטרינה אפקטיבית יותר להתמודד עם חקיקת יסוד או תיקונים חוקתיים הפוגעים בזכויות יסוד חוקתיות או פוגעים בעקרונות דמוקרטיים או במוסדות דמוקרטיים, שהם הערובה להגנה על זכויות האדם, ובכללם בית המשפט עצמו ועצמאותו המוסדית.

השימוש בפיסקת ההגבלה בביקורת שיפוטית על חוק יסוד הפוגע בזכות חוקתית

177. אחת הדרכים בהם על בית המשפט הנכבד לצעוד הינה הכפפתו של חוק יסוד או תיקון חוקתי הפוגע בזכויות חוקתיות לפיסקת ההגבלה.

178. בענייננו מתעורר מתח בין חוק יסוד הפוגע בזכות לכבוד האדם ולשוויון המעוגנת בחוק יסוד אחר – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פגיעה בזכות חוקתית מחייבת עמידה בפיסקת ההגבלה, ולרוב היא מתעוררת בהקשר של חקיקה רגילה. האם חוק יסוד או תיקון לחוק יסוד שפוגע בזכות חוקתית כפוף לפיסקת ההגבלה? התשובה על כך אינה חד משמעית אך לעמדת העותרת ראוי שכך יהיה.

179. בפס"ד קצרצר קבע בג"ץ, כי חוק יסוד חדש אינו צריך לעמוד בפיסקת ההגבלה של חוק היסוד שהחליפו. הדבר התעורר לאחר שינוי חוק יסוד: חופש העיסוק. כך נפסק אז:

> "עיקר מטרתה של פיסקת ההגבלה היא להגביל את המחוקק "הרגיל" (יהא הרוב שהוא פועל בו אשר יהא) בכוחו להגביל את חופש העיסוק או לפגוע בו. פיסקת ההגבלה אינה מכוונת כלפי הכנסת המשנה חוקי יסוד בהליך החוקתי שנועד במיוחד לעניין זה. אכן, יש להבחין הבחן היטב בין פגיעה בזכות יסוד או הגבלה של זכות יסוד שאינן נגזרות משינוי חוק היסוד לבין פגיעה בזכות יסוד או הגבלה של זכות יסוד או שינויה בגדריו של שינוי חוק היסוד עצמו" (בג"ץ 1368/94 **פורת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נז(5) 913 (1994)).

180. עניין **פורת** עסק בשינוי חוק היסוד עצמו באופן שסותר את הזכויות שאותו החוק העניק לפני התיקון. באותו עניין לא דובר על פגיעה בזכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד אחר. עד עתה בית המשפט לא נדרש לשאלת ההתנגשות החזיתית בין חוק יסוד המעגן זכות חוקתית לבין חוק יסוד אחר השולל זכות זו. בעניין **חוק ההדחה** אמנם הכיר בית המשפט בכך שהתיקון לחוק היסוד פגע בזכות לבחור ולהיבחר, אך זכות זו מעוגנת בחוק יסוד: הכנסת ולא בחוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם. בית המשפט לא ערך בחינה חוקתית מלאה בעניין חוק ההדחה, אבל קריאה מדוקדקת של פסק הדין מצביעה על כך שמידתיות הפגיעה היוותה מכשיר מרכזי בקביעה כי החוק אינו חמור דיו להביא לפסילתו על פי דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי.

181. כאשר חוק יסוד, וזו הטענה במקרה דנן, שולל זכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו או פוגע בה, יש לבחון פגיעה זו בראי של פיסקת ההגבלה. פיסקת ההגבלה דורשת עיגון של הפגיעה בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. באשר ל"ערכיה של מדינת ישראל" נקבע בסעיף 1א לחוק, סעיף המטרה:

> " חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

אין חולק כי פגיעה יכול שתהיה גם בחוק יסוד או בתיקון חוקתי, אך כדי ליישב בין שני חוקי היסוד, יש לבחון אם חוק היסוד הפוגע בזכות החוקתית עומד בתנאי פיסקת ההגבלה. כלומר – גם חוק יסוד צריך לצלוח את מבחן התכלית הראויה ואת מבחן המידתיות.

182. יצוין כי במהלך הליך החקיקה הועלו הצעות לעגן את עליונות חוק הלאום על פני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואולם הצעות אלו ירדו בסופו של דבר מנוסח החוק, כפי שהתקבל. גם בכך יש ללמד כי יש ליישב בין שני חוקי היסוד, והדרך לעשות זאת היא באמצעות פיסקת ההגבלה.

183. ונשאלת השאלה: האם חוק הלאום, או למצער הפגיעות הכלולות בו בשוויון בתחום ההגדרה העצמית, השפה וההתיישבות, עונה על כל מבחני פסקת ההגבלה? קרי, האם חוק הלאום, על כל הפרות זכויות היסוד החוקתיות הבאות לידי ביטוי בסעיפיו השונים, כפי שפורטו באריכות בסעיפי העתירה דנן, ובראשן הזכות לכבוד והזכות לשוויון, הינו חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית? נועד לתכלית ראויה? ועומד במבחני המידתיות של בית המשפט העליון? יש להשיב על כל אחת מהשאלות בשלילה, כפי שיפורט להלן.

184. על אופן היישום של שני המבחנים הראשונים, מבחן הלימת ערכי המדינה ומבחן התכלית הראויה, עמד הנשיא ברק באומרו:

> "הפעלתם של שני הרכיבים מחייבת עריכתן של שתי בדיקות: האחת - בחינת תכליתו של החוק הפוגע; והאחרת - בחינת ערכיה של מדינת ישראל, שהם רלוונטיים לעניין...כיצד תיקבע תכליתו של החוק הפוגע? בעניין זה ניתן יהיה להמשיך בפרקטיקה המקובלת. השופט הפרשן יבחן את לשון החוק ואת ההיסטוריה החקיקתית שלו. הוא יפעיל חזקות שונות, המעמידות את המחוקק בחזקתו, שתכלית החוק לא באה לפגוע בעקרונות היסוד של השיטה. על בסיס כל אלה תגובש תכלית החקיקה. ודוק: החזקה כי תכלית החוק היא להגשים את ערכי היסוד של השיטה ניתנת לסתירה, שאם לא כן, כל חוק יעלה בקנה־מידה עם 'פסקת ההגבלה'." (אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" **משפט וממשל** א 9, 28 (1992).

185. ראו גם:

> " תכלית תימצא כראויה אם היא 'נועדה להגן על זכויות האדם, לרבות על ידי קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט' וכן 'אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן' (בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235, 264 (2002)). ככל שהפגיעה בזכות היא חריפה ומקיפה יותר וככל שהזכות הנפגעת היא בעלת חשיבות רבה יותר, כך תידרשנה מטרות חשובות ומהותיות יותר כדי שתכליתו של החוק תוכר כתכלית ראויה..." (בג"ץ 8425/13 **איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 22.9.2014), פיסקה 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

186. כפי שמפורט בדברי ההסבר להצעת החוק הראשונה, שהיוותה את הבסיס לחוק הלאום (ראו סעיף 33 לעיל), ההצעה התמקדה באופן מפורט ונרחב ב"היבטים מעשיים המבטאים את היותה של מדינת ישראל כמדינת

הלאום של העם היהודי". זאת, תוך התעלמות מופגנת במקרה הטוב, ואף פגיעה ישירה ומפורשת במקרים אחרים, בהגדרתה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, ובערכים ובזכויות האדם הבסיסיים העומדים בבסיס הגדרה זו, ובראשם כבוד האדם והזכות לשוויון, כפי שפורטו באריכות בסעיפי העתירה, וכפי שיפורטו בהרחבה בהמשך.

187. תכלית מעין זו, שביסודה עומדת הכפפה של זכויות אדם ואזרח וזכויות מיעוט במדינה דמוקרטית להגדרתה הלאומית של מדינה, תוך יצירת קבוצות אזרחים הזכאיות לקבוצות זכויות שונות ולא שוות, על בסיס שייכות לאומית או אתנית, הינה תכלית פסולה ביסודה.

188. זאת ועוד, עיגון תכלית פסולה זו בחוק יסוד, והפיכתה לעקרון על מנחה בעל השלכות רוחביות על השיטה המשפטית במדינת ישראל, המגביל אף את יכולתו של בית המשפט לפסול פרקטיקות וחוקים מפלים ולהגן על זכויות אזרח וזכויות מיעוט, פוגע פגיעה קשה ולא מידתית בזכות לכבוד ולשוויון, ומהווה אמצעי פוגעני וקיצוני ביותר, אשר אינו מגשים אלא תכלית של אפליה, הדרה, ופגיעה בזכויות אדם.

189. לאור כל האמור, אין ספק כי חוק הלאום אינו עומד במבחני פיסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם ובחירותו, ובשל כך דינו בטלות.

ביטול חקיקת יסוד בשל פגיעה בעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית

190. דרך נוספת לבחון חקיקת יסוד באופן שהולם את הסכנות בנות ימינו, היא המבחן של פגיעה בעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית. מהטעמים שפורטו בהרחבה לעיל, אין מקום להציב רף כה נוקשה של "שלילת עקרונות על" להתערבות בחקיקת יסוד, הגם שמוסכם כי נדרשת זהירות רבה בהתערבות בחקיקת יסוד.

191. המודל שהחל להתגבש בפסיקה ביחס ל"תיקון חוקתי לא חוקתי", המתבסס על התערבות במקרי קיצון בלבד של שלילת עקרונות העל או סתירה לעקרונות ליבה, אינו אפקטיבי בהתמודדות עם מהלכים אנטי דמוקרטיים המאפיינים את השאיפה של שלטון נבחר לצמצם את האפשרות לבלום את מטרתו לפגוע בזכויות ללא התנגדות.

192. כך, ייתכן שחוק יסוד האוסר על פעילות ארגוני זכויות אדם יעבור את אותו הרף, אולם נניח שהממשלה תחליט על מיסוי כבד של תרומות לארגונים העוסקים בזכויות אדם, מה שבפועל יוביל לסגירת רבים מהם. האם צעד שכזה יעלה כדי שלילת עקרונות העל של השיטה? אם הממשלה תחליט שיש לה סמכות להדיח שופטים מכל סיבה, צעד כזה בוודאי יעבור את הרף שכן הוא יפגע חזיתית בעקרון עצמאות הרשות השופטת. אולם מה לגבי מצב בו הממשלה מחליטה לקצוב קדנציות של שופט, כדי שיצטרך לקבל אישור מחודש של הוועדה לבחירת שופטים? הפגיעה הקשה של מהלך כזה בעצמאות השיפוטית ובאי כפיפות למערכת הפוליטית תהיה אנושה, אך האם הדבר יעלה כדי שלילית עקרונות העל של השיטה? אם הממשלה תחליט בחוק יסוד על זכותה לכלוא מבקשי מקלט גם אם אין אופק להרחקתם – דבר שנפסל בידי בית המשפט כאשר עוגן בחוק רגיל - האם זה יעלה כדי שלילת עקרונות העל?

193. לעניין זה תפקידו המרכזי של בית המשפט הינו הגנה על עקרונות היסוד של הדמוקרטיה המהותית ועל זכויות יסוד של אזרחי המדינה, ובמיוחד על מעמדם וזכויותיהם של מיעוטים בכלל ומיעוטי מולדת בפרט. הגם שבית המשפט רואה עצמו במסגרת ההגנה על עקרונות היסוד של השיטה גם כמגן אופייה של המדינה

כמדינה יהודית ושל הזכויות הקולקטיביות של הרוב היהודי, הרי לא אלו העניינים בהם נדרש כוח מאזן מול השלטון, שממילא מגן על ערכים אלו. הגם שנשמעים לא פעם טיעונים דמגוגיים אודות סכנה הנשקפת כביכול מערכים ליברליים, אופייה של המדינה כמדינה יהודית אינו נמצא תחת איום ממשי בשל מימושן של זכויות ליבראליות. עיקר המתח הוא בהגנה על העיקרון הדמוקרטי כאשר הוא מתנגש עם האינטרסים של תומכי השלטון.

194. לעניין זה היסודות הדמוקרטיים לא כוללים רק את ההיבט הפורמאלי של קיום בחירות ושלטון הרוב הנבחר בבחירות אלא מדובר בדמוקרטיה מהותית:

> "הדמוקרטיה אינה רק דמוקרטיה 'פורמאלית' (שעניינה תהליך הבחירה בה שולט הרוב). דמוקרטיה היא גם דמוקרטיה 'מהותית' (שעניינה הגנה על זכות האדם כפרט)... טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטון הרוב, ופגעת בעצם מהותה. טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטונם של ערכי היסוד, ופגעת בעצם קיומה" (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי,** פ"ד מט(4) 221, 426 (1995), פסק דינו של הנשיא ברק).

195. עוד נפסק כי:

> "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק היא חלק אינטגרלי של מהות הדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא חלק אינטגרלי של ערכי היסוד וזכויות האדם... היא איזון עדין בין שלטון הרוב לבין ערכי היסוד של החברה השולטים על הרוב" (שם, בעמ' 423).

196. בעניין **התנועה לאיכות השלטון** נקבע והודגש ביתר שאת, כי ההכרעה העומדת ביסודה של ביקורת שיפוטית המופעלת על ידי בתי המשפט שואבת את כוחה מערכי היסוד של החברה, על מנת להבטיח קיומה של דמוקרטיה מהותית:

> "תפקידם של שופטים הוא להגן על הדמוקרטיה בהיבטה העשיר והרב-גווני. אכן, אם החוקה או חוקי היסוד הם דמוקרטיים, גם ההכרעה השיפוטית שחוק נוגד חוקה בטל היא דמוקרטית. כאשר שופטים מבטלים חוקים הפוגעים בחוקי יסוד, הם נותנים ביטוי לערכי היסוד של החברה כפי שאלה התגבשו בחוקי היסוד. בכך הם שומרים על הדמוקרטיה החוקתית, על כל היבטיה... תפקידם של הכנסת וחבריה, הממשלה ושריה והרשות השופטת ושופטיה, הוא לשמור על חוקי היסוד, ערכיהם והגשמתם. תפקיד זה אינו מוגבל אך לשמירת עקרון הייצוגיות והשוויון בהשתתפות בקבלת ההכרעות הדמוקרטיות. אלה חשובות, ובלעדיהן אין דמוקרטיה. הן תנאי הכרחי, אך לא מספיק. דמוקרטיה היא גם הליך וגם תוכן. על כל אלה יש להגן" (בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא (1) 619 (2006), פיסקה 77 לפסק דינו של הנשיא ברק).

197. השוויון הוא בוודאי עקרון יסוד דמוקרטי. נפסק כי "אופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל מצא ביטויו בהכרזת העצמאות. בה מדובר על קיום שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת גזע ומין, ... עקרונות אלה משמשים נר לרגלנו" (ע"ב 2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד לט (2) 225, 297 (1985)). בעניין **קעדאן** נפסק כי "המדינה חייבת לכבד זכותו הבסיסית של כל פרט במדינה לשוויון ולהגן עליה. השוויון מונח בבסיס הקיום החברתי; הוא "תחילת התחילות"... ; הוא מעמודי התווך של המשטר הדמוקרטי. הוא "חיוני להסכמה החברתית המונחת ביסוד המבנה החברתי"... הוא מהווה עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן..." (בעמ' 271).

ביטול חקיקת יסוד בשל שימוש לרעה בסמכות המכוננת

198. דרך נוספת להתערב בחקיקת יסוד הינה הפעלת הדוקטרינה של שימוש לרעה בסמכות המכוננת. לצורך כך על בית המשפט הנכבד לתחום את גבולות הסמכות המכוננת. תכלית הפעלת הסמכות המכוננת הינה לעגן ערכי יסוד וכללי משחק הוגנים ועל זמניים. מימוש צורך פוליטי צר או פרסונאלי אינו הולם הפעלת הסמכות המכוננת (למשל – שינוי תכוף באחוז החסימה לפי חישוב פוליטי של מה ייתן יתרון למחנה מסוים או הקדמת גיל הפרישה של שופטים כדי "להיפטר" מהרכב לא נוח בבית המשפט).

199. חקיקה רגילה משקפת את יחסי הכוחות הפוליטיים ברגע נתון, וככלל בית המשפט לא בוחן את המניע לחקיקה מסוימת, גם אם ברור שהוא פוליטי או צר. חקיקה פוליטית מותרת. היא חלק מכללי המשחק, במגבלות המוכרות (למשל, שאינה סותרת חוק יסוד). לעומת זאת הסמכות המכוננת אינה אמורה לשקף אינטרסים צרים ונקודתיים של הרוב הנוכחי אלא ערכים וסדרי משטר יסודיים, אשר מעצבים כללי משחק על-זמניים.

200. תיחום הסמכות המכוננת אינו בא לידי ביטוי רק בבחינה צורנית, אלא גם בפרוצדורה ובמהות. אין לחוקק חוק כחוק יסוד מכוח הרוב הקואליציוני בלבד – יהיה רוב זה אשר יהיה, וכדי להבטיח כי חוקי היסוד הם חוקים המשקפים הסכמה רחבה יש לקבוע כי הכנסת איננה יכול לפעול בכובעה כרשות מכוננת וחוק איננו יכול להתקבל כחוק יסוד אלא אם לפחות חלק משמעותי מן האופוזיציה בכנסת תומך בחוק. עקרון זה כובד בעבר בפועל, וככל הנראה חוק הלאום הוא יוצא הדופן היחיד. כך, חוק יסוד כבוד : האדם וחירותו, שעיגן את סמכותם של בתי המשפט לביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת - נתקבל ביוזמתם של חברי כנסת מסיעות שונות, חלקן סיעות בקואליציה וחלקן סיעות באופוזיציה. חוק, שמתקבל על ידי רוב קואליציוני (תוך הפעלת משמעת קואליציונית) בניגוד לדעתן של כל סיעות האופוזיציה על גוניה השונים, איננו יכול להיות חוק יסוד ואין סמכות לשריינו.

201. תיחום בסמכות המכוננת חל גם על המניע להפעלת הסמכות. בעניין **התקציב הדו שנתי** החל בית המשפט הנכבד לפסוע בנתיב זה. בית המשפט בחן אם מאחורי התיקון עומד שיקול פוליטי מיידי או עקרון רחב יותר, נטול פניות. השופט הנדל ציין, כי "הליך החקיקה, ועל אחת כמה וכמה הליך כינון החוקה, איננו רק מפגש בין אינטרסים, או זירת סחר מכר בין כוחות פוליטיים שונים... על הרשות המכוננת לכבד את הנורמות שאותן היא יוצרת בכובעה זה, ולהבטיח כי שינויים בכללי המשחק שמתווה החוקה יבוצעו בהליך ראוי, תוך שקיפות ואחריותיות כלפי הציבור. קביעת עובדות בשטח, נוסח "עוד דונם ועוד עז", אינה מכבדת את החוקה הישראלית, ואף לא את מכוניה. הוראת השעה התקציבית, שזו משמעותה, אינה יכולה ליהנות,

אפוא, ממעמד חוקתי" (בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, פס"ד מיום 6.9.2017), פיסקה 5 לפסק דינו של השופט הנדל (להלן: "עניין **התקציב הדו שנתי**")).

202. השופט הנדל הדגיש, בין היתר, את הפסול בשימוש בסמכות המכוננת לצרכי חקיקה פרסונאלית, שמטרתה לסייע לממשלה מסוימת: "יש במאפייניה הפרסונאליים של הוראת השעה התקציבית כדי להעצים את הפגם בשימוש בכותרת "חוק יסוד" – ולתמוך במסקנה כי מדובר בנורמה שאינה עומדת במבחן המהותי, ואינה נהנית ממעמד חוקתי מוגן" (שם, פיסקה 6 לפסק דינו של השופט הנדל); השופט מלצר החרה החזיק אחריו בסוגיה זו (שם, פיסקה 10 לפסק דינו של השופט מלצר).

203. יש אף לקבוע פרמטרים נוספים המעידים על שימוש לרעה בסמכות המכוננת. כך, למשל:

א. תיקון חוקתי שמטרתו להתגבר על פסיקת בג"ץ באמצעות מתן מחסה למאטריה ההולמת חקיקה רגילה בחוק יסוד;

ב. תיקון חוקתי שמטרתו לבצר את כוחו של צד פוליטי מסוים ולהחליש את האופוזיציה או המיעוט;

ג. תיקון חוקתי המקודם מתוך מניע פוליטי או אלקטוראלי צר ולא ניתן לתמוך אותו באינטרס ציבורי רחב;

ד. תיקון שמטרתו לשריין נושא השנוי במחלוקת ציבורית עמוקה כדי לסכל האפשרות של רוב עתידי לשנותו.

204. אם סמכות מכוננת הופעלה שלא לתכלית ראויה של שימוש בסמכות מכוננת יש לקבוע כי מדובר בשימוש לרעה בסמכות המכוננת ולבטל את התיקון החוקתי. המשנה לנשיאה רובינשטיין הסביר בעניין **התקציב הדו שנתי** כי:

> "דוקטרינת השימוש לרעה, אף שהיא במתחם החוקתי, שאובה בבסיסה, כך נראה, מכללי היסוד של המשפט המינהלי, אשר להם מחויבים הרשות המבצעת וגופי המינהל מגשימי מדיניותה; כמו כל כוח שלטוני, גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה הסמכות. לא הרשות המבצעת, וגם לא המחוקקת או המכוננת, פטורות מכללי היסוד של המתחם והמרקם החוקתי. לטעמי, משמעות הדברים, בלשון פשוטה, היא כי במקום שמזוהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטכסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני "הליבה החוקתית" ו"קדושתה", חשיבותה המשפטית והערכית" (פיסקה ל' לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין; האסמכתאות הושמטו).

השופט ג'ובראן הוסיף כי:

> "אינני סבור שדוקטרינת ה"שימוש לרעה" מתמצה בנסיבות של חקיקת יסוד כהוראת שעה... אין לכחד, המבחן הצורני לזיהוים של חוקי יסוד טומן בחובו יתרונות רבים... ואולם כפי שציינה הנשיאה ד' ביניש בעניין

בר-און, מבחן זה 'מניח שהמחוקק לא יעשה שימוש לרעה בסמכותו המכוננת'.. דוקטרינת השימוש לרעה נועדה לגשר על מקרים שבהם מופרת הנחה זו, ולתוך המארג החוקתי חודרת חקיקה העוטה צורה של חקיקת יסוד מטעמים שאינן ממין העניין. חקיקת יסוד כהוראת שעה היא אפוא אך ביטוי אחד, ומצער, לניצול אפשרי של 'פרצה חוקתית' זו שאותה מותיר המבחן הצורני". (שם, פיסקה 7 לפסק דינו של השופט ג'ובראן).

סיכום – הצורך לפתח מודל לביקורת על חקיקת יסוד

205. לסיכום כל האמור, במציאות הישראלית קיים סיכון מובהק ומוכח לשימוש של השלטון בתיקונים חוקתיים ובחקיקת יסוד לצורך פגיעה בזכויות ופגיעה ביסודות דמוקרטיים של המדינה, אשר המאבק על הכללתם במשפט הישראלי נמשך ללא הפסקה ואינו מובטח. הליך חקיקת היסוד הינו פשוט וקל ואינו שונה מהותית מחקיקה רגילה. אין כל ערובה שהשלטון לא ימשיך וישתמש בסמכות זו לצרכיו. מכאן שקיימת חשיבות עליונה בבלמים ובאיזונים גם כלפי הפעלת הסמכות המכוננת.

206. בית המשפט חייב לבצע את תפקידו ולהגן על עקרונות הדמוקרטיה והוא אינו יכול לעשות זאת מבלי להפעיל ביקורת שיפוטית גם על חקיקת היסוד, ולהתערב בה במקרים הנחוצים.

207. הגם שהתערבות בחקיקת יסוד צריכה להיות מדודה ובמקרים חריגים, אין להרים את רף ההתערבות למקרים קיצוניים. הפגיעה בזכויות ובעקרונות הדמוקרטיה אינה מחייבת חקיקה קיצונית, וסכנת השחיקה הדמוקרטית שמובלת על ידי הממשלה הנבחרת הינה סכנה ממשית גם בישראל. לכן יש לפתח דוקטרינות המסוגלות להתמודד עמה.

מן הכלל אל הפרט

208. כפי שפורט באריכות לעיל, חוק הלאום בכללותו ובמיוחד הסעיפים הנוגעים להגדרה העצמית, לשפה ולהתיישבות פוגע בעקרונות יסוד על-חוקתיים ובזכויות יסוד חוקתיות, המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פגיעות אלה, אף אם הן נגרמות על ידי נורמה חוקתית, אינן משרתות אף תכלית ראויה שיכולה לשמש להן להצדקה.

209. כאמור לעיל, חוק הלאום פוגע פגיעה אנושה ובלתי הפיכה בשוויון ובדמוקרטיה, הופך את ההפליה הממסדית והמתמשכת נגד הציבור הערבי בישראל מעניין של מדיניות ושיקול דעת שלטוני לערך מערכי השיטה המשפטית בישראל – ערך עליון הזוכה להגנה מיוחדת בחוק יסוד, ומכרסם, בשל כך, ביכולת של בית המשפט להתערב בו. לא ניתן לטעון כי חוק הלאום הינו חוק הצהרתי בלבד. חוק זה, כפי שעולה באופן חד משמעי מדברי השר ארדן, חבר הכנסת סמוטריץ' ורבים אחרים שהתבטאו בנושא במהלך השנים, נועד לשנות מציאות, לסובב את הגלגל אחורה ברמה המשפטית, הנורמטיבית והחשיבתית, לעצב מחדש את יחסי הרוב והמיעוט בישראל, ולהשליך עד מאוד על מימוש זכויות היסוד הבסיסיות של אזרחי המדינה בכלל, ושל בנות ובני המיעוט הערבי בפרט.

210. כאמור, אחת הבעיות המרכזיות של חוק יסוד הלאום מגולמת בסעיף העקרונות, סעיף 1, אשר מעגן חוקתית את זהות המדינה כמדינה יהודית, ומבקש לשייך את המדינה ואת חוקיה לקבוצת הרוב היהודית ללא מתן

כל ביטוי להגנה על עקרונות דמוקרטיים אשר מתוקפם קמה הגנה על זכויות האדם. בשם חוק הלאום מבקשת המדינה ליצור בידול מרחבי, תרבותי ופוליטי בין מי שנחשב ליהודי ומי שאינו יהודי, מה שיוביל לריבוי מעמדות של אזרחים. הקבוצה הנמנית על קבוצת הרוב תיהנה כבעבר, וביתר שאת היום, מעליונות חוקתית ומשליטה מלאה במרחב, בשפה, בתרבות ובמשאבי המדינה, וקבוצה שניה תזכה לחלק מן הזכויות הניתנות לקבוצת הרוב אך לא לכולן, בוודאי שלא לזכויות קבוצתיות: ההפליה ההיסטורית נגד המיעוט הערבי בדיור ובחלוקת משאבי קרקע ותכנון, כפי שפורטה באריכות לעיל, תלך ותחמיר, ותהפוך לערך מערכי השיטה המשפטית בישראל; ההשקעה בהקמה ובשימור יישובים יהודים – יישובים ליהודים בלבד, תלך ותגדל, על חשבון פיתוח והרחבת היישובים הערבים הסובלים, מזה שנים רבות, מעוני, מהזנחה וממצוקה תכנונית קשה; תחושת הניכור, ההדרה, ההשפלה והעלבון של האזרח הערבי תתעצם, ושיקול דעתו של בית המשפט להתערב, לסייג ולבלום החלטות ופעולות של השלטון למען השמירה על הדמוקרטיה וזכויות אדם ילך ויקטן.

211. הנה אם כן, תכליתו של חוק הלאום מתנגשת עם הגרעינים המינימאליים של דמוקרטיה, שבה תפקידה העיקרי של החוקה, בצד הבטחת הפרדת הרשויות, היא שמירה על המיעוט מפני דורסנותו של כוח רובני.

212. זאת ועוד. זכות היסוד לכבוד עוגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ביסוד ההכרה החוקתית בזכותו של אדם לכבוד עומדת ההכרה בערך האדם, בקדושת חירותו ובאוטונומיה של הרצון הפרטי וחופש הפעולה שלו. חוק הלאום מציב עליונות אתנית, אשר מייחסת לאזרחים שאינם יהודים מעמד נחות, ובכך תורם להדרתם ולנחיתותם החברתית, האזרחית והפוליטית ועומד בניגוד מובהק לערכים אלה. הוא מתעלם לחלוטין מערכו של האזרח הערבי כאדם וכאזרח שווה במדינה, מזכויותיו הפרטניות והקבוצתיות (למעט ההתייחסות המשפילה והמביישת לשפה הערבית בסעיף השפה, שמטרתו הייתה פגיעה במעמד השפה הערבית כשפה רשמית במדינת ישראל במקום הכרה בערכה ובחשיבותה, הסמלית והמעשית) ופוגע פגיעה קשה בזכותו הבסיסית לכבוד.

213. לצורך קביעת קיומה של הפליה במקרה דנן די בתוצאה הסופית, שלפיה חוק הלאום יוצר דין שונה לאזרחים שווים, מקבע, משמר, מחזק, ומעודד נורמות ופרקטיקות מפלות שהיו קיימות קודם לכן, ונותן להן מעמד של נורמות על בעלות השלכות רוחב מרחיקות לכת על התנהלות המשטר בישראל, על דמוקרטיה וזכויות אדם, ובשל כל אלה, דינו בטלות.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראש העתירה ולאחר קבלת תשובת המשיבות להפכו למוחלט.

23 בדצמבר 2018

_____	_____	_____	_____
דן יקיר, עו"ד	רגד ג'ראיסי, עו"ד	סנא אבן ברי, עו"ד	גיל גן-מור, עו"ד

ב"כ העותרת