



המכון לאסטרטגיה ציונית  
THE INSTITUTE FOR ZIONIST STRATEGIES

חוק יסוד:  
ישראל מדינת הלאום של העם היהודי –  
הצורך המשפטי

ד"ר אביעד בקשי  
טבת התשע"ג, ינואר 2013



## המכון לאסטרטגיה ציונית THE INSTITUTE FOR ZIONIST STRATEGIES

**המכון לאסטרטגיה ציונית** הוא גוף עצמאי הפועל למען שמירת צביונה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל על פי עקרונות מגילת העצמאות.

המכון פועל לשמירת זכויות האדם במדינת ישראל ברוח עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

המכון פועל למען הידוק הקשר בין יהודי התפוצות למדינת ישראל על פי ערכי הציונות.

המכון עוסק בעריכת מחקרים, כתיבת תוכניות והגשתן, הדרכת מנהיגים צעירים, ייזום כינוסים, סמינרים, סיורים ופעילויות אחרות למען חיזוקה של מדינת ישראל כביתו הלאומי של העם היהודי.

**The Institute for Zionist Strategies** is an independent non-partisan organization dedicated to the preservation of the Jewish and democratic character of the state of Israel, according to the principles of Israel's Declaration of Independence.

The Institute strives to promote human rights within Israel in the spirit of the principles of freedom, justice, integrity, and peace as prescribed by the Jewish Heritage.

The Institute strives to fortify the bond between the Jews in the Diaspora and the state of Israel, according to the values of Zionism.

The Institute engages in research, formulation and advancement of programs, training of young leadership, organization of policy conferences, seminars, and field study missions, and in other activities to strengthen the State of Israel as the National Homeland of the Jewish People.

### אודות המחבר:

ד"ר אביעד בקשי הוא מרצה בתחומי המשפט הציבורי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן ובקריה האקדמית אונו, מנהל המחלקה המשפטית בפורום קהלת וחבר צוות החוקה של המכון לאסטרטגיה ציונית.

היכל שלמה, רחוב המלך ג'ורג' 58, מיקוד: 9426223 ירושלים

Heichal Shlomo, 58 King George St., 9426223 Jerusalem

Tel. +972 2 581 7196; Fax.+972 2 532 2422

[www.izs.org.il](http://www.izs.org.il); [info@izs.org.il](mailto:info@izs.org.il)

## תוכן

4.....	תקציר
5.....	א. מבוא
8.....	ב. ממשפט חוקתי מקובל למשפט חוקתי פורמאלי
13.....	ג. זהות לאומית מול זכויות אדם בישראל: הפרת האיזון
16.....	ד. ערכי ישראל כמדינה יהודית בעידן המשפט החוקתי המקובל
16.....	ד.1. הקצאת קרקעות להתיישבות יהודית
18.....	ד.2. שפה עברית
19.....	ד.3. הגירה לא יהודית
20.....	ד.4. השתתפות פוליטית
23.....	ה. ערכי ישראל כמדינה יהודית בעידן המשפט החוקתי הפורמאלי
23.....	ה.1. הקצאת קרקעות להתיישבות יהודית
26.....	ה.2. תמריצים להתיישבות יהודית
27.....	ה.3. שפה עברית
32.....	ה.4. הגירה לא יהודית
36.....	ה.5. השתתפות פוליטית
38.....	ו. שחיקת זהותה היהודית של ישראל בפסיקת בתי המשפט
40.....	ז. הצורך המשפטי בחוק יסוד ישראל מדינת הלאום היהודית
44.....	ח. מסקנות

## תקציר

מטרתו של נייר העמדה היא לתמוך בהצעת חוק יסוד ישראל מדינת הלאום של העם היהודי ולהציג את הצורך המשפטי בחוק יסוד זה. מחד, ערכיה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי עוגנו היטב בחקיקה ובמשפט הישראלי במשך עשרות שנים והם משקפים את ערכיה המסורתיים של ישראל. מאידך, בעשרים השנים האחרונות חלה שחיקה דרמטית במשקל שמעניק בית המשפט העליון לזהותה היהודית של ישראל. אחד הגורמים המרכזיים למציאות החוקתית בישראל כיום הוא המחסור בעיגון חוקתי לאופייה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. הצעת חוק היסוד הולמת את המסורת המקובלת של המשפט הישראלי ובה בעת יש בה צורך משפטי מעשי בשל סטייה ממסורת זו בפסיקת בית המשפט בעשרים השנים האחרונות.

במשך עשרות שנים ערכיה החוקתיים של ישראל נשענו על פסיקות בית המשפט בדרך המכונה "משפט מקובל". בית המשפט העליון בעידן המשפט המקובל הגן היטב הן על ערכיה של ישראל כמדינת לאום והן על ערכיה כמדינה המחויבת לזכויות אדם אינדיבידואליות של אזרחיה. בכך ביטא בית המשפט את השילוב הערכי המאפיין את ישראל עוד במגילת. במהלך שנות התשעים עבר המשפט הישראלי מהפכה חוקתית: ערכיה החוקתיים של ישראל חדלו להישען על המשפט המקובל ועוגנו פורמאלית בשני חוקי יסוד שנחקקו בשנת 1992 וזכו לפרשנות מרחיבה של בית המשפט. בעקבות התנגדות פוליטית בכנסת למהפכה החוקתית, מפעל חוקי היסוד העוסקים בערכים נפסק באמצע התהליך, כאשר מאז 1992 לא נחקק אף חוק יסוד חדש. מבלי שהמחוקק התכוון לכך, ישראל עברה ממשפט חוקתי מקובל הנשען על שני מאפייניה אלה לעידן של משפט חוקתי פורמאלי בו מעוגן רק מאפיין אחד מתוך השניים. כך, באופן בלתי מתוכנן, נשבר האיזון ההיסטורי בין ערכיה של ישראל כמדינת לאום לבין ערכיה כמדינה המחויבת לזכויות אדם כשלמעשה ערכי המדינה היהודית במשפט הישראלי העכשווי נמצאים בנחיתות נורמטיבית.

לשם הוכחת הטענה, כולל נייר העמדה מחקר משפטי של סוגיות קונקרטיות הנוגעות לזהותה של ישראל כמדינת לאום: הקצאת קרקעות ותמריצים להקמת יישובים יהודיים, שאלת מעמד הבכורה הניתן בישראל לשפה העברית, השתתפות פוליטית של מפלגות השוללות את קיומה של ישראל כמדינתו של העם היהודי וסוגיית מדיניות ההגירה לישראל ביחס למי שאינם זכאי שבות. מסקנת המחקר המשפטי של סוגיות אלו היא חד משמעית: בעשרים השנים האחרונות אנו עדים לשחיקה משמעותית של המשקל שמייחס בית המשפט העליון לערך של הגנת זהותה היהודית של ישראל לעומת המשקל שייחס בית המשפט העליון לערך זה בארבעים וארבע שנותיה הראשונות של המדינה.

על כן יש צורך לחוקק חוק יסוד אשר יעגן חוקתית את ערכיה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. חוק יסוד כזה, לצד חוקי היסוד הקיימים העוסקים בזכויות אדם אינדיבידואליות, יחזיר את המשפט הישראלי למורשתו מעידן המשפט המקובל, בהתאם לערכיה של מגילת העצמאות ולערכיו של הציבור הישראלי אליהם ישראל מחויבת הן כמדינה יהודית והן כמדינה דמוקרטית.

## א. מבוא

1. (א) מדינת ישראל היא הבית הלאומי של העם היהודי בו הוא מממש את שאיפתו להגדרה עצמית על-פי מורשתו התרבותית וההיסטורית.
- (ב) הזכות למימוש ההגדרה העצמית הלאומית במדינת ישראל ייחודית לעם היהודי.
- (ג) האמור בחוק יסוד זה או בכל דבר חקיקה אחר יפורש לאור הקבוע בסעיף זה.

במלים אלה ביקשו ארבעים חברי כנסת להגדיר את אופייה של ישראל במסגרת הצעת חוק יסוד ישראל מדינת הלאום של העם היהודי שהונחה על שולחן הכנסת השמונה עשרה.<sup>1</sup> בצד עיגון חוקתי עקרוני זה של אופייה של מדינת ישראל ביקשו מגישי הצעת חוק היסוד לשדרג לעיגון חוקתי גם שורה של הסדרים משפטיים קונקרטיים המאפיינים את ישראל כמדינת לאום. בין הסדרים אלה ניתן למצוא את זכות השבות, בכורת השפה העברית, התיישבות יהודית, תמיכה במורשת יהודית, מחויבות ליהדות התפוצות ועוד. הצעת חוק היסוד עוררה מצד אחד התלהבות רבה שהתבטאה בחתימת חברי כנסת בהיקף כמעט חסר תקדים ומאידיך גררה גם ביקורת מצד גורמים שונים בחברה הישראלית.<sup>2</sup> כתוצאה מכך הצעת חוק זו עדיין תלויה ועומדת ללא הכרעה ודומה כי גם הכנסת התשע עשרה עומדת להתחבט לא מעט בסוגיית הצעת חוק זו. הביקורות כנגד הצעת החוק נחלקות לשלוש:

1. ביקורות המתנגדות עקרונית להגדרת זהותה היהודית של ישראל בחוק יסוד מתוך תפיסה שהגדרה זו פוגעת שלא כראוי בזכות לשוויון של אזרחי ישראל בני המיעוט הערבי.
2. ביקורת הטוענת כי הצעת החוק תפר איזונים בין ערכיה של ישראל כמדינת לאום יהודית לבין ערכיה כמדינה המחויבת לזכויות אדם אינדיבידואליות והיא מנוגדת לערכיה המסורתיים של מדינת ישראל ולערכיו המסורתיים של המשפט הישראלי.
3. ביקורת הפוכה לביקורת הקודמת ועל פיה אין כל צורך בעיגון חוקתי של ערכיה של ישראל כמדינת לאום יהודית מכיוון שערכים אלה מוטמעים היטב במשפט הישראלי ועל כן אין צורך לצאת בהכרזה חוקתית העלולה להעליב מיעוטים אם אין לה ממילא כל נפקות.

מטרתו של נייר עמדה זה היא לתמוך בהצעת חוק יסוד ישראל מדינת הלאום של העם היהודי תוך התמודדות עם שתי הביקורות האחרונות.<sup>3</sup> נייר זה מבקש להראות מחד כי ערכיה של ישראל

<sup>1</sup> פ/3541/18 הצעת חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי.

<sup>2</sup> ראו למשל שירי קרבס ומרדכי קרמניצר **מדינה יהודית ולא דמוקרטית** אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה (14.11.2011).

<sup>3</sup> נייר עמדה נוסף היוצא שעתיד לצאת בקרוב יתמודד עם הביקורת הראשונה. ראו: אביעד בקשי, **הצעת חוק יסוד ישראל מדינת הלאום – ההצדקה המוסרית** (2013).

כמדינת לאום יהודית עוגנו היטב במשפט הישראלי במשך עשרות שנים והם משקפים את ערכיה המסורתיים של ישראל. מאידך, נייר זה יראה כי בעשרים השנים האחרונות חלה שחיקה דרמטית במשקל שמעניק בית המשפט העליון לזהותה היהודית של ישראל בשל המחסור בעיגון חוקתי לאופייה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. נייר זה יראה אפוא כי הצעת חוק היסוד הולמת את המסורת המקובלת של המשפט הישראלי בארבעים וארבע שנותיה הראשונות של המדינה ובה בעת יש בה צורך משפטי מעשי בשל סטייה ממסורת זו בפסיקת בית המשפט בעשרים השנים האחרונות.

הטענה המובעת בנייר זה היא ששבירת המסורת המתוארת נבעה כתוצאה מתקלה. במשך עשרות שנים ערכיה החוקתיים של ישראל נשענו על פסיקות בית המשפט בדרך המכונה "משפט מקובל". בית המשפט העליון בעידן המשפט המקובל הגן היטב הן על ערכיה של ישראל כמדינת לאום והן על ערכיה כמדינה המחויבת לזכויות אדם אינדיבידואליות של אזרחיה. בכך ביטא בית המשפט את השילוב הערכי המאפיין את ישראל עוד במגילת העצמאות ומאפיין את תפיסתן העצמית של רשויות השלטון, כמו גם של רובם המכריע של אזרחי המדינה מאז הקמתה ועד ימינו אלה. במהלך שנות התשעים עבר המשפט הישראלי מהפכה חוקתית וערכיה החוקתיים של ישראל חדלו להישען על המשפט המקובל ועוגנו פורמאלית בשני חוקי יסוד שנחקקו בשנת 1992 וזכו לפרשנות מרחיבה של בית המשפט. מחוקקי חוקי יסוד אלה לא התכוונו להפר את האיזון בין ערכיה של ישראל כמדינת לאום יהודית לבין ערכיה כמדינה המחויבת לזכויות אדם ויש להניח כי תוכנית חוקי היסוד נועדה לעגן פורמאלית את אותם הערכים שהתבססו קודם לכן על משפט מקובל. אלא שבעקבות התנגדות פוליטית בכנסת למהפכה החוקתית, מפעל חוקי היסוד העוסקים בערכים נפסק באמצע התהליך ומדינת ישראל נותרה עם שני חוקי יסוד העוסקים בזכויות אדם כאשר מאז 1992 לא נחקק אף חוק יסוד חדש. לחלקיותה של המהפכה החוקתית התלווה תוצר נלווה בלתי מתוכנן: שבירת האיזון ההיסטורי בין ערכיה של ישראל כמדינת לאום יהודית לבין ערכיה כמדינה המחויבת לזכויות אדם. מבלי שהמחוקק התכוון לכך, ישראל עברה ממשפט חוקתי מקובל הנשען על שני ערכיה אלה לעידן של משפט חוקתי פורמאלי בו מעוגן רק ערך אחד מתוך השניים. המשפט החוקתי הפורמאלי הנוכחי מעגן אך ורק זכויות אדם אינדיבידואליות ואילו ערכיה כמדינת לאום יהודית אינם מעוגנים. תוצאה בלתי נמנעת של מפה חוקתית חדשה זו היא נחיתות נורמטיבית של ערכי המדינה היהודית במשפט הישראלי העכשווי.

טענה עקרונית זו מבוססת בנייר עמדה זה גם על מחקר משפטי של סוגיות קונקרטיות.<sup>4</sup> נייר זה סוקר את עמדתו של המשפט הישראלי בעידן המשפט החוקתי המקובל כלפי כמה סוגיות מרכזיות הנוגעות לזהותה של ישראל כמדינת לאום: הקצאת קרקעות ותמריצים להקמת יישובים יהודיים, שאלת מעמד הבכורה הניתן בישראל לשפה העברית כשפת הלאום היהודי, השתתפות פוליטית של מפלגות השוללות את קיומה של ישראל כמדינתו של העם היהודי וסוגיית מדיניות ההגירה לישראל ביחס למי שאינם זכאי שבות. לאחר מכן סוקר נייר זה את הפסיקה באותן סוגיות בעידן המשפט החוקתי הפורמאלי משנת 1992 ואילך. מסקנת המחקר המשפטי של

<sup>4</sup> ראו גם:

הסוגיות הקונקרטיות היא חד משמעית: בעשרים השנים האחרונות אנו עדים לשחיקה משמעותית של המשקל שמייחס בית המשפט העליון לערך של הגנת זהותה היהודית של ישראל לעומת המשקל שייחס בית המשפט העליון לערך זה בארבעים וארבע שנותיה הראשונות של המדינה.

בנייר זה לא נדון בחוק השבות<sup>5</sup> על אף שמדובר בהסדר המשפטי המשמעותי ביותר לזהותה של ישראל כמדינת לאום יהודית. הסיבה לכך היא שזכות השבות של יהודים עוגנה פורמאלית במשפט הישראלי עוד בשנת 1950. אמנם עיגון זה התבצע בחקיקה ראשית ולא בחוקי יסוד שטרם הוכרו באותה העת, אך מדובר בעיגון פורמאלי שהתקבע היטב גם במשפט הישראלי. מאז נחקק חוק השבות ועד ימינו אנו הדגיש בית המשפט פעמים רבות את חשיבות החוק כמשקף את זהותה הלאומית של ישראל.<sup>6</sup> ניתן אמנם לזהות כרסום קל בשוליו של חוק השבות בסוגיות הנוגעות לזכותם לשבות של יהודים עבריינים<sup>7</sup> או של בני משפחה של יהודים אזרחי ישראל,<sup>8</sup> אך בליבת הזכות לשבות – שמשמעותה שכל יהודי זכאי לעלות ארצה, לא חל כל שינוי לאורך שנות קיומה של מדינת ישראל. חריגותה של סוגיית חוק השבות ביחס לסוגיות האחרות בהן מטפל מחקר זה, רק מחזקת את הטענה המרכזית במחקר: במקום בו דואג המחוקק לעגן פורמאלית את זכותם של יהודים למדינת לאום בצורה מפורשת, בית המשפט יטה לכבד זאת. העובדה שהמחוקק לא עיגן את ערכיה של ישראל כמדינת לאום יהודית בעידן המשפט החוקתי הפורמאלי בסוגיות האחרות הנדונות במחקר זה, הוא שגרם לשחיקת זהותה היהודית של ישראל בנושאים אלה בפסיקות בית המשפט.

המסקנה המשולבת של מחקר זה מניתוח ההסדרים החוקתיים העקרוניים ומניתוח יישומן בסוגיות המשפטיות הקונקרטיות מובילה אותנו לעמדה לפיה יש צורך לחוקק חוק יסוד אשר יעגן חוקתית את ערכיה של ישראל כמדינת לאום יהודית. חוק יסוד כזה, לצד חוקי היסוד הקיימים העוסקים בזכויות אדם אינדיבידואליות, עשוי להחזיר את המשפט הישראלי למורשתו מעידן המשפט המקובל, לערכיה של מגילת העצמאות ולערכיו של הציבור הישראלי לפיהם ישראל מחויבת הן לזהותה היהודית והן לזכויות אדם אינדיבידואליות. לכן, מסקנת נייר עמדה זה היא שראוי לחוקק בהקדם את חוק יסוד ישראל מדינת הלאום של העם היהודי.

<sup>5</sup> חוק השבות תש"י-1950.

<sup>6</sup> ראו, למשל, דברי הנשיא אגרנט בבג"צ 71 / 42 לנסקי נ' שר הפנים פ"ד כו (2) 337, 399 (1972): "זכות-העליה, המוענקת לכל יהודי לפי חוק השבות ושמאחוריה עומדת שאיפת העם, עתיקת-היומין, של "ושבו בנים לגבולם", היא בעלת חשיבות ראשונה במעלה. על-כן, אחריות גדולה מוטלת על מי שמחליט למנוע מיהודי פלוני את מימושה של זכות זו." ; ואת דברי השופט רובינשטיין בבג"צ 10226/08 זבידובסקי נ' שר הפנים, פסקה ג' לפסק דינו (פורסם באתר הרשות השופטת, 2.8.2010): "אין כחוק השבות תש"י-1950 מבטא את ייחודה של מדינת ישראל, ובאמרו בסעיף 1 בו "כל יהודי זכאי לעלות ארצה" הפנים המחוקק בחמש מלים, הא ותו לא, את כל תורת הציונות כולה על רגל אחת".

<sup>7</sup> השוו רמת הסיכון שנדרשה בכדי לפסול עברייני יהודי מלעלות לישראל בבג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו (2), 337 (1972). לעומת רמת הסיכון הנמוכה הרבה יותר שנדרשה בבג"צ 6624/06 פשקו נ' משרד הפנים, תק-על 2007(2), 2183 (2007).

<sup>8</sup> בג"צ 97 / 3648 סטמקה נ' שר הפנים פ"ד נג (2) (1999).

## ב. ממשפט חוקתי מקובל למשפט חוקתי פורמאלי

בהכרזת העצמאות של מדינת ישראל התחייבו חברי מועצת העם שישראל תאמץ חוקה עד ליום 1.10.1948.<sup>9</sup> הכנסת הראשונה שנבחרה כאסיפה מכוננת לצרכי כינון חוקה החליטה מסיבות שונות<sup>10</sup> להימנע מכינון חוקה באותה העת והטילה על ועדה בראשותו של ח"כ יזהר הררי לגבש המלצות אודות האופן והעיתוי הראוי לאימוצה של חוקה לישראל. בשנת 1951 פרסמה ועדת הררי את מסקנותיה ולפיהן ישראל אינה בשלה לאימוץ חוקה והמליצה לכנסת לחוקק בהדרגה חוקי יסוד שכל אחד מהם יעסוק בנושא ספציפי מהנושאים הראויים להיכלל בחוקה. על פי ועדת הררי, ברבות השנים תאמץ ישראל חוקה כוללת המבוססת על חוקי היסוד המצטברים ועל ניסיונה של המדינה עם אותם חוקי יסוד.<sup>11</sup>

כאשר ועדת הררי המליצה לכנסת לחוקק בהדרגה חוקי יסוד בנושאים הראויים להיכלל בחוקה, כוונתה הייתה לנושאים מן הסוג המאפיין חוקות של מדינות ברחבי העולם. מבט מהיר בחוקות של מדינות שונות מראה כי חוקה עוסקת בדרך כלל בשני נושאים מרכזיים: הראשון הוא פרק העוסק במבנה המשטר: רשויות השלטון השונות, מערכות היחסים ביניהן ובינן לבין האזרחים. בפרק כזה נקבעות למשל שיטת הבחירות במדינה, תלותה או אי-תלותה של הממשלה בפרלמנט, סמכויות בית המשפט כנגד הרשות המחוקקת והרשות המבצעת ועוד. הנושא השני המאפיין חוקות הוא פרק העוסק בערכי יסוד של המדינה. במסגרת פרק הערכים נמצא בדרך כלל מגילת זכויות אדם ואזרח בהתאם לגרסה זו או אחרת של השקפת עולם אוניברסלית אודות זכויותיהם של בני אדם אותה החליטו בני המדינה הנתונה לאמץ. אך לצד זאת, נמצא בפרק הערכים גם נורמות חוקתיות הבאות לעגן את זהותה הפרטיקולרית של המדינה הנתונה. במסגרת זו נמצא קביעות אודות זהותה הלאומית, הדתית, הלשונית והתרבותית של המדינה לצד קביעות פרטיקולריות ספציפיות אשר אזרחי המדינה הנתונה בחרו לעגן בחוקתם.

בשנת 1958 חוקקה הכנסת את חוק היסוד הראשון – חוק יסוד: הכנסת. במהלך שני העשורים הבאים המשיכה הכנסת בסדרת חוקי יסוד אשר המכנה המשותף שלהם הוא עיסוקם בנושאים משטריים. בדרך זו הסדירה הכנסת בחוקי יסוד את תפקידי הכנסת,<sup>12</sup> הממשלה,<sup>13</sup> הרשות השופטת,<sup>14</sup> הנשיא<sup>15</sup> ומבקר המדינה;<sup>16</sup> קבעה עקרונות יסוד לניהול משק המדינה,<sup>17</sup> מקרקעי

<sup>9</sup> הכרזה על הקמת מדינת ישראל. (להלן: "הכרזת העצמאות").

<sup>10</sup> לדיון ראו: גדעון ספיר *המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד* 41-34 (2010).

<sup>11</sup> ראו דבריו של הררי בדברי ימי הכנסת: ד"כ 5, 1743 (התש"י).

<sup>12</sup> חוק יסוד: הכנסת.

<sup>13</sup> חוק יסוד: הממשלה.

<sup>14</sup> חוק יסוד: השפיטה.

<sup>15</sup> חוק יסוד: נשיא המדינה.

<sup>16</sup> חוק יסוד: מבקר המדינה.

<sup>17</sup> חוק יסוד: משק המדינה.



המדינה<sup>18</sup> והצבא<sup>19</sup> ועיגנה את ירושלים כבירת ישראל.<sup>20</sup> כמוכן שגם חוקי יסוד משטריים מכילים מרכיבים ערכיים כמו למשל הזכות לשוויון בבחירות<sup>21</sup> או ערכים ציוניים בבחירת ירושלים כעיר הבירה, אך המרכיב המרכזי בכל חוקי היסוד הללו הוא הסדרת פעילות המשטר וקביעת כללי משחק עקרוניים לאופן ניהולה של המדינה.

מסתבר שלכנסת היה נוח יותר עם חקיקת-יסוד של הפרק המשטרי מכיוון שפרק זה מתאפיין בהסדרים טכניים, שכמעט ולא מותירים שיקול דעת לבית משפט וחקיקתם אינה מחייבת את החברה המשועתת בישראל לקבל הכרעות ערכיות. ואכן, עד לשנת 1992 נמנעה הכנסת לחלוטין מחקיקת חוקי יסוד שעניינם פרק הערכים בחוקה. כתוצאה מכך נותר ספר החוקים של ישראל חף מכל עיגון חוקתי פורמאלי של פרק הערכים בחוקה במשך 44 השנים שחלפו מאז קום המדינה – הן מערכי זכויות האדם והאזרח והן מערכיה הפרטיקולריים של ישראל כמדינת לאום יהודית.

האם במשך אותן עשרות שנים נעדרות חקיקת יסוד פורמאלית בתחום הערכי היה המשפט הישראלי נעדר ערכי-על החולשים על מערכת המשפט? התשובה היא שלילית. חקיקה פורמאלית אינה הדרך היחידה לעצב משפט.

בהיסטוריה המשפטית של אירופה מקובל לזהות שתי שיטות משפט עיקריות: השיטה הקונטיננטלית (של מדינות היבשת, דוגמת צרפת וגרמניה) והשיטה האנגלית. השיטה הקונטיננטלית מתפתחת בדרך של חקיקה פורמאלית בידי הרשות המחוקקת ולעומתה השיטה האנגלית, המכונה "המשפט המקובל" (Common Law), מתפתחת בדרך של תקדימים משפטיים הנקבעים בידי בתי המשפט בהיעדר חקיקה. המשפט הישראלי ירש את עקרונות המשפט המקובל האנגלי וניתן בו מקום נרחב לפיתוח משפט בדרך של פסיקת בתי משפט בהיעדר חקיקה מתאימה.

תשובתה של מערכת המשפט הישראלית לאותם עשרות שנים נעדרי חקיקת-יסוד פורמאלית בתחום הערכים הייתה משפט חוקתי מקובל. אמנם בתי המשפט נמנעו לחלוטין מלבטל חוקים של הכנסת בהיעדר הסמכה מפורשת בחוקי יסוד, אך במקרים השכיחים, בהם אין חוק או שניתן לפרש חוק קיים בכמה דרכים, פיתחו בתי המשפט פרק ערכים חוקתי בדרך של משפט מקובל ועיצבו באמצעותו את המשפט הישראלי.

כך למשל קבע בית המשפט העליון עוד בשנת 1949 כי חופש העיסוק היא זכות יסוד במשפט הישראלי ופסל החלטה של שר המשטרה שהגבילה אדם מלעבוד בייצוג אחרים בעת מבחן הרישוי השנתי של רכבם.<sup>22</sup> בהלכה מפורסמת אחרת קבע בג"צ כי חופש הביטוי מהווה ערך יסוד במשפט

<sup>18</sup> חוק יסוד: מקרקעי ישראל.

<sup>19</sup> חוק יסוד: הצבא.

<sup>20</sup> חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל.

<sup>21</sup> חוק יסוד: הכנסת, סעיף 4.

<sup>22</sup> בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949).

הישראלי ומנע את סגירתם של העיתונים קול העם ואל-איתחאד.<sup>23</sup> במקרה אחר פסל בית המשפט חקיקת עזר עירונית הפוגעת בחופש מדת של מגדלי חזירים.<sup>24</sup> בשנות השישים פיתח בית המשפט את המשפט החוקתי המקובל גם אל עבר הזכויות לשוויון ומנע ממועצה מקומית להפלות בין יהודים רפורמים ליהודים אורתודוקסים במתן זכות לשכור מבני ציבור.<sup>25</sup> הזכות לכבוד האדם הוכרה אף היא במסגרת המשפט החוקתי המקובל בישראל בפסק דין שפסל נוהל שטיפת קיבה לאסירים החוזרים מחופשה לצרכי חיפוש סמים.<sup>26</sup> בדרך זו של משפט מקובל פיתח בית המשפט את פרק הערכים במשפט החוקתי הישראלי ללא עיגון פורמאלי של ערכים אלו בחוקי יסוד ואף ללא עיגונם בחקיקה רגילה. ערכיו של המשפט החוקתי המקובל אמנם לא הגיעו לרף המשפטי של פסילת חוקים באופן חזיתי אך הם חלשו על כלל המערכת המשפטית כעקרונות יסוד אשר חייבו את כלל הרשות המבצעת והיוו עוגן מחייב לפרשנותם של חוקי הכנסת בידי בתי המשפט.

על פי מגילת העצמאות, ערכי היסוד של מדינת ישראל כוללים לא רק ערכי יסוד של זכויות אדם מן הסוג שמנינו בפסקה הקודמת אלא גם את ערכיה של ישראל כמדינת לאום יהודית.

המשפט המקובל הישראלי שמר אמונים לשני סוגי הערכים המנחים את מגילת העצמאות: הן ערכי זכויות האדם והן ערכיה של ישראל כמדינת לאום יהודית.

במסגרת פסק דין משנת 1965 שנסוב אודות החלטת ועדת הבחירות המרכזית לפסול השתתפות בבחירות של רשימת מועמדים השוללת את אופייה היהודי של ישראל, הגדיר בית המשפט העליון את שמירת זהותה היהודית של ישראל כערך-על במשפט הישראלי:

"לא יכול להיות ספק בדבר - וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה - כי לא זו בלבד שישראל היא מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה "כמדינה יהודית בארץ ישראל", כי האקט של הקמתה נעשה בראש וראשונה בתוקף "זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו באקט זה משום הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל"....<sup>27</sup>

נציחיתה של ישראל [במובן המפורט בפסקה הקודמת - א.ב.] היא "עובדת יסוד קונסטיטוציונית" אשר חלילה לה לרשות כלשהי של המדינה... להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה. שאם לא תאמר כן...פירוש הדבר יהיה סתירה מוחלטת להיסטוריה של העם היהודי ולכיסופיו, לרבות הסתירה לעובדת השואה... אשר הוכיחה

<sup>23</sup> בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז, 871 (1953).

<sup>24</sup> בג"צ 122/54 אקסל נ' ראש, חברי המועצה ובני העיר של איזור נתניה, פ"ד ח 1524 (1954).

<sup>25</sup> בג"צ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101 (1962).

<sup>26</sup> ב ג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980).

<sup>27</sup> בג"צ 1/65 ירדור נ. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3), 365, 385.

להלן נעסוק בפסק דין זה, בצד פסקי דין נוספים בהם פיתח בית המשפט העליון הגנה על ערכי  
יסוד של מדינת ישראל כמדינת לאום יהודית בדרך של משפט מקובל.

מסקירתנו עד כה עולות שתי מסקנות:

1. המשפט הישראלי ידע להגן על ערכים שנתפסו כערכי יסוד של המדינה והציב אותם  
כערכי יסוד מחייבים החולשים על המשפט הישראלי בכללו, גם בעידן בו המשפט  
הישראלי היה נעדר עיגון פורמאלי של ערכים בחוקי יסוד.

2. שופטי בית המשפט העליון שעיצבו את המשפט החוקתי המקובל של ישראל באותה  
תקופה, הקפידו לבטא את שני סוגי ערכי היסוד הקבועים במגילת העצמאות: הן את  
ערכיה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי והן את ערכיה כמדינה המחויבת  
לזכויות אדם ואזרח.

עידן המשפט החוקתי המקובל הגיע לקיצו בתהליך שזכה לכינוי "המהפכה החוקתית". בשנת  
1992 חוקקה הכנסת שני חוקי יסוד שעניינם הפרק הערכי בחוקה - חוק יסוד: כבוד האדם  
וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. בית המשפט קבע בעקבות חקיקת יסוד זו כי לחוקי היסוד  
תוקף חוקתי מייד עם חקיקתם ופסל את העמדה לפיה חוקי היסוד הם חוקים רגילים שנועדו  
להפוך לבעלי תוקף חוקתי רק בעת כינון חוקה שלמה בעתיד.<sup>29</sup> בעקבות קביעה עקרונית זו החל  
בית המשפט לפסול חוקים של הכנסת כאשר מצא אותם פוגעים בזכויות האדם הקבועות באותם  
שני חוקי יסוד שלא על פי התנאים הקבועים בהם.<sup>30</sup>

כך עברה ישראל מהפכה חוקתית. מהפכה זו באה לידי ביטוי בשני היבטים עיקריים: הראשון  
התבטא בסמכות חדשה של בית המשפט לפסול חוקים על בסיס התנגשותם בערכי יסוד. מדובר  
כאמור, בפעולה אשר בית המשפט לא ראה עצמו מוסמך לה בעידן המשפט החוקתי המקובל.  
ההיבט השני של המהפכה החוקתית הוא מעבר מעידן של משפט חוקתי מקובל הנשען על פסקי  
דין בלבד, לעידן של משפט חוקתי פורמאלי המעוגן בחוקי יסוד שנחקקו בידי הכנסת ובית  
המשפט ראה בהם סעיפי חוקה פורמאלית לכל דבר ועניין.

<sup>28</sup> שם, שם.

<sup>29</sup> ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

<sup>30</sup> ראו למשל:

בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).

בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999).

בג"צ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002).

מהפכה חוקתית זו זכתה לביקורות בלתי מבוטלות<sup>31</sup> ובכלל זה שופטי מיעוט שהשתתפו בפסקי הדין המכוננים את אותה מהפיכה חוקתית הציגו גישות אלטרנטיביות לאותה מהפכה חוקתית.<sup>32</sup> ביקורות אלה אינן מענייננו של נייר עמדה זה. מבחינת המשפט הפוזיטיבי של ישראל המהפכה החוקתית התקבעה בפסיקת בית המשפט העליון, המחייבת את כלל מערכת המשפט, באורח חד משמעי.

בעקבות התפתחויות אלה, טענו חברי כנסת כי לא התכוונו למהפכה חוקתית כזו בעת שהצביעו בעד אותם חוקי יסוד והבטיחו שלא יתמכו בחוקי יסוד נוספים.<sup>33</sup> ואכן, בעשרים השנים שחלפו מאז שנת 1992 לא נחקק כל חוק יסוד חדש.<sup>34</sup> לנוכח בלימת מהלך חקיקת חוקי היסוד הערכיים בכנסת, פתח בית המשפט במהלך של יצירת זכויות אדם חדשות בדרך של פרשנות רחבה של חוקי היסוד שנחקקו. כך למשל, הזכות לשוויון המהווה זכות קלאסית בחוקות של מדינות שונות, לא נכללה בחוקי היסוד של 1992 ואף הוסרה במפורש מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו בהצבעה שקיימה הכנסת. בכל זאת, בית המשפט קבע כי מרכיביה העיקריים של הזכות לשוויון יקבלו אף הם מעמד חוקתי במסגרת פרשנות מרחיבה של המושג "כבוד האדם" הקבוע בחוק היסוד.<sup>35</sup> בדרך זו התפתחה המהפכה החוקתית, ומוסיפה להתפתח,<sup>36</sup> לעבר מגילת זכויות אדם רחבה כאשר בית המשפט מעגן את הזכויות באופן פורמאלי בחוקי היסוד שקיבלה הכנסת בשנת 1992 ובפרט בזכות לכבוד המנויה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

מסיכום פרק זה עולה כי את המשפט החוקתי הישראלי לאורך שנותיה של המדינה ניתן לחלק לשני עידנים:

#### 1. עידן המשפט החוקתי המקובל מהקמת המדינה ועד לשנת 1992.

<sup>31</sup> ראו למשל:

משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט" **משפט וממשל ג** 697 (1996).  
רות גביוון "המהפכה החוקתית, תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים כח** 21 (1997).

<sup>32</sup> ראו למשל פסק דינו של השופט חשין בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 29.

<sup>33</sup> ראו למשל דבריו של ח"כ חיים רמון:

**"אני רוצה להזכיר לחברי הבית כיצד חוקקנו בשלהי הכנסת השתיים עשרה את חוקי היסוד. אני הייתי או יושב ראש סיעת העבודה... אפילו ח"כ אמנון רובינשטיין, בוודאי לא אני – לא חשבנו שיהא פרשנות כפי שבית המשפט פירש... אני קורא למהפכה החוקתית הזו: מהפכה חוקתית באקראי, כי המחוקק לא התכוון לה"**  
[ד"כ 168, 5799 (התשנ"ח). מובא אצל ספיר 2010 לעיל הערה 10, 128].

<sup>34</sup> בהקשר זה אינני כולל את החלפת חוק יסוד הממשלה בעת שינויי שיטת הבחירות לבחירה ישירה של ראש ממשלה ובחזרה לשיטה הנוכחית.

<sup>35</sup> ראו למשל:

בג"צ 212/03 תרות נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003)

בג"צ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם באתר הרשות השופטת, 21.2.2012)

<sup>36</sup> ראו למשל:

בג"צ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם באתר הרשות השופטת, 28.2.2012)

בג"צ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם באתר הרשות השופטת, 22.5.2012)

2. עידן המשפט החוקתי הפורמאלי משנת 1992 ואילך.

### ג. זהות לאומית מול זכויות אדם בישראל: הפרת האיזון

מדינת ישראל הוקמה כמדינה יהודית.<sup>37</sup> כך נקבע בהחלטת החלוקה של עצרת האומות המאוחדות,<sup>38</sup> כך נקבע בהכרזת העצמאות<sup>39</sup> וחשוב מכך: כך תופס אותה הרוב המכריע בקרב אזרחיה. על כן אך טבעי הוא שהמשפט הישראלי יכיר בערך יסוד זה של זהותה של ישראל כמדינת הלאום היהודי כערך חוקתי החולש על המשפט הישראלי. מדינת ישראל הוקמה אף כמדינה דמוקרטית שהתחייבה לשמור על זכויות אדם<sup>40</sup> וגם כך תופס אותה רוב מכריע בקרב אזרחיה. לפיכך ערכי היסוד של מדינת ישראל מורכבים ממחויבות לזהותה הלאומית היהודית יחד עם מחויבות לזכויות אדם.

בפרק הקודם הצבעתי על כך שבמשך 44 שנים המשפט החוקתי הישראלי בתחום הערכים התבסס על משפט מקובל יציר פסיקה. הצבעתי על כך שבאותה תקופה השכילו שופטי בית המשפט העליון לפתח משפט מקובל הניצב על שני האדנים הערכיים המאפיינים את ישראל: מדינת לאום יהודית המחויבת גם לערכי זכויות אדם ואזרח. כפי שנראה בהמשך, מחויבותו של בית המשפט העליון לזהותה היהודית של ישראל הייתה נחרצת ונתפסה כתנאי לקיומה של המדינה. לכן במצב של קונפליקט בין זכות אזרח לבחור ולהיבחר לבין הגנה על זהותה היהודית של ישראל העדיף בית המשפט לפסול רשימת מועמדים בבחירות אשר ביקשה להחליף את זהותה היהודית של המדינה. המשפט המקובל הישראלי סרב אפוא לאפשר לערך יסוד אחד מתחום זכויות האזרח לפגוע בערך היסוד של ישראל כמדינתו של העם היהודי.

יש לציין כי בעידן המשפט החוקתי המקובל, דווקא ערכיה של ישראל כמדינתו של העם היהודי עוגנו לא פעם בחקיקה ראשית.<sup>41</sup> בדרך זו קבע למשל חוק משנת 1952 כי:

---

<sup>37</sup> המונח מדינה יהודית יכול להתפרש בשני מובנים: מובן המתייחס לדת היהודית ומובן המתייחס ללאום היהודי. מקורות שונים אליהם אתייחס להלן מדברים על "מדינה יהודית" מבלי לפרש בלשון הטקסט האם כוונתם לדת או ללאום היהודי. יחד עם זאת, עיון בהקשרם של המקורות השונים שנביא מראה שהביטוי "מדינה יהודית" מתייחס בראש ובראשונה למדינתו של העם היהודי. לפיכך בדיוננו להלן נשתמש בביטוי "מדינה יהודית" במובן של מדינת העם היהודי.

<sup>38</sup> UN General Assembly Resolution 181 (partition plan), November 29, 1947. See also at:

[http://www.knesset.gov.il/process/docs/un181\\_eng.htm](http://www.knesset.gov.il/process/docs/un181_eng.htm)

<sup>39</sup> הכרזה על הקמת מדינת ישראל. (להלן: "הכרזת העצמאות").

<sup>40</sup> שם.

<sup>41</sup> ראו למשל: חוק השבות, התשי"ב-1950. (להלן: "חוק השבות") סעיף 1; חוק האזרחות, התשי"ב-1952. (להלן: "חוק האזרחות") סעיף 2; חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל התשי"ג-1952; חוק קרן קיימת לישראל, התשי"ד – 1953; חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980; פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, סעיף 18א(א); חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, סעיף 7(ב)(1); חוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, התש"ט-1949; חוק העונשין התשל"ז-1977, סעיף 13(ב); חוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התשי"י-1950; חוק נכי רדיפות הנאצים,

1. מדינת ישראל רואה עצמה כיצירת עם ישראל כולו, ושעריה פתוחים, בהתאם לחוקיה, לכל יהודי הרוצה לעלות אליה.<sup>42</sup>

יחד עם זאת, בכל הנוגע לעיגון ערכיה של ישראל כמדינת לאום יהודית בחוק יסוד, נותר המחוקק שותק, בדיוק כמו בכל הנוגע לערכי זכויות אדם ולכן לעניין המשפט החוקתי ב 44 שנותיה הראשונות של ישראל ערכיה של ישראל כמדינה יהודית וערכי זכויות האדם נהנו יחדיו מהגנת המשפט המקובל.

כאשר המשפט החוקתי הישראלי עבר מעידן של משפט מקובל לעידן של משפט חוקתי פורמאלי המעוגן בחוקי יסוד, אך טבעי היה ששני הערכים שהנחו את המשפט המקובל בישראל יעוגנו פורמאלית בחוקי יסוד. הן ערכיה של ישראל כמדינה יהודית והן ערכיה כמדינה המחויבת לזכויות אדם ואזרח. כמו כן, בקבוצת הרוב היהודית קיים קונסנזוס על כך שחוקה ישראלית צריכה לכלול בבסיסה את הגדרתה של ישראל כמדינה יהודית.<sup>43</sup> לכן בעת בה מפעל חוקי היסוד פרץ את תחום הפרק המשטרי בו התגדר עד 1992, אך טבעי היה שיחקקו חוקי יסוד המעגנים הן את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית והן את ערכי זכויות האדם והאזרח בה.

אלא שלא כך קרה. מפעל חוקי היסוד הערכיים נגדע באיבו וישראל נותרה עם מגילת ערכים חלקית. אך חמור מכך: ישראל נותרה עם מערכת ערכים חוקתית בלתי מאוזנת. הכנסת חוקקה שני חוקי יסוד המעגנים רק חלק מערכיה בתחומי זכויות האדם ואילו ערכיה כמדינה יהודית לא זכו לחוק יסוד משלהם. כמפורט לעיל, בית המשפט מצא דרך פרשנית להרחיב את מגילת זכויות האדם החוקתית מזכויות המנויות מפורשות בחוקי היסוד אל עבר זכויות שאינן מנויות בהם, בדרך של פרשנות מרחיבה של זכויות האדם המנויות. אך לעומת זאת, ערכיה של ישראל כמדינה יהודית מהווים סוג נפרד של ערכים ובית המשפט לא מצא דרך לתלות אותם בפרשנות שני חוקי היסוד שנחקקו בשנת 1992. אמנם המחוקק הישראלי הבהיר את מחויבותו לשני סוגי הערכים כבר בחוקי היסוד שנחקקו בקובעו כי מטרתם "לעגן את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית",<sup>44</sup> אך בהיעדר חוק יסוד מיוחד הקובע את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית, ולנוכח הכרעתו הפרשנית של בית המשפט, נותרה זהותה היהודית של ישראל מחוץ למהפכה החוקתית.

---

התשי"ז-1957; חוק התביעות של קרבנות השואה (הסדר הטיפול), התשי"ז-1957; חוק זכרון השואה והגבורה – יד ושם, התשי"ג-1953; חוק יום הזיכרון לשואה ולגבורה, התשי"ט-1959; חוק איסור הכחשת שואה, התשמ"ו-1986; חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, בסעיף 2(4).

<sup>42</sup> חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל תשי"ג-1952, סעיף 1.

<sup>43</sup> ראו שתי הצעות החוקה המרכזיות שעמדו על שולחנה של ועדת החוקה של הכנסת השבע עשרה כאשר דנה בכינון חוקה לישראל:

**חוקה בהסכמה** – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (2005).

**חוקה למדינת ישראל** – מוגשת ע"י המכון לאסטרטגיה ציונית (2006).

<sup>44</sup> ראו:

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 1א.

חוק יסוד: חופש העיסוק, סעיף 2.

המהפכה החוקתית החלקית שברה אפוא את שותפות הערכים ההיסטורית בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה של ישראל כמדינה המחויבת לזכויות אדם אוניברסליות. עידן המשפט החוקתי הפורמאלי החליף את עידן המשפט החוקתי המקובל אך בתחליף החוקתי שהוגש לאזרחי ישראל נשמטה ההגנה הנחרצת שאפיינה את המשפט המקובל ביחס לאופייה של ישראל כמדינה יהודית. ישראל עברה אפוא לא רק מהפכה חוקתית מבחינת סמכות בית המשפט לבטל חוקים אלא מהפכה מבחינת מפת הדרכים הערכית שלה: ישראל הפכה ממדינה שמשפטה החוקתי מבטא ערכים של זכויות אדם ושל מדינה יהודית כאחד למדינה אשר משפטה החוקתי מבטא ערכים של זכויות אדם ולא מבטא ערכים של מדינה יהודית.

אמנם ערכיה של ישראל כמדינה יהודית נותרו ערכים המלווים את המשפט הישראלי. אך העובדה שערכים אלו לא זכו למעמד חוקתי פורמאלי ולעומתם ערכי זכויות האדם האוניברסליים שודרגו למעמד חוקתי יצרה היררכיה בין הערכים. אם בעבר, בסוגיות משפטיות בהן קיים מתח בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית לבין ערכי זכויות-אדם אוניברסליים, מצא בית המשפט איזון פורה ומשלים בין הערכים, הרי שבעקבות המהפכה החוקתית החלקית ערכי המדינה היהודית נתפסים כנחותים בסוגיות מעין אלו ודינם לסגת.

ישנם כאלה הסבורים כי ישראל צריכה להפסיק להיות מדינת לאום של העם היהודי או שעליה להחליש באורח דרמטי מרכיב זה בזהותה. בעלי תפיסות כאלה בוודאי מברכים על המצב החוקתי החדש. אך דומה כי מבחינת הזרם המרכזי בחברה הישראלית, בבית המחוקקים שלה ובבית המשפט העליון, מדובר בתקלה. קיימת הסכמה ערכית עקרונית כי המשפט הישראלי צריך לאזן בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, בדומה לאיזון שאפיין את עידן המשפט החוקתי המקובל. אך מגילת הערכים המקוטעת שהציבה הכנסת בפני בית המשפט יצרה מצב משפטי בו ערכיה של ישראל כמדינה יהודית סובלים מנחיתות קשה, בניגוד לעמדות הערכיות הרווחות בציבור הישראלי, בבית המחוקקים ובבית המשפט.

כפי שנטען להלן, הצעת חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום נועדה להחזיר את המשפט החוקתי בישראל בחזרה לקונסנזוס ערכי ציוני זה.

## ד. ערכי ישראל כמדינה יהודית בעידן המשפט החוקתי המקובל

עד כה הצגתי את השינוי הדרמטי שחוה המשפט הישראלי על בסיס ניתוח מופשט של מקורות המשפט החוקתי בישראל בעידן המשפט המקובל לעומת עידן המהפכה החוקתית החלקית המאפיין את המשפט הנוכחי בישראל. בשלב זה של המאמר אפנה לבחון את הקביעה המופשטת הזו לנוכח המשפט המעשי בפסקי דין קונקרטיים. אבקש להצביע על שינוי דרמטי ביחסו של בית המשפט העליון לסוגיות הנוגעות לזהותה של ישראל כמדינה יהודית, בין עידן המשפט החוקתי המקובל לבין עידן המשפט החוקתי הפורמאלי. בדרך זו אראה שחוסר האיזון העכשווי בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית לבין ערכי זכויות אדם אחרים לא נותר מושג מופשט בספר החוקים אלא גורם לתוצאות ברורות בחברה הישראלית באמצעות פסיקת בתי המשפט בסוגיות מאוד מעשיות.

בפרק זה אבחן את פסיקת בית המשפט בעידן המשפט החוקתי המקובל במספר סוגיות הנוגעות לזהותה של ישראל כמדינת לאום. בפרק הבא אבחן את פסיקת בית המשפט באותן סוגיות בעידן המשפט החוקתי הפורמאלי ואבקש להצביע על שחיקה משמעותית של משקל זהותה היהודית של ישראל בפסיקה העכשווית לעומת הפסיקה בעידן המשפט החוקתי המקובל. אני סבור כי המניע לשינוי זה הוא החלקיות וחוסר האיזון של מפעל חוקי היסוד הערכיים משנת 1992. לפיכך המלצתי היא להחזיר את המשפט הישראלי למורשתו הדואלית ולמחויבותו החוקתית גם לערכיה של ישראל כמדינת לאום יהודית באמצעות עיגון חוקתי פורמאלי של זהותה זו באמצעות חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי.

### 1.4. הקצאת קרקעות להתיישבות יהודית

ייעוד קרקעות להתיישבות יהודית בארץ ישראל אפיין את הפרויקט הציוני משחר הקמתו. הקרן הקיימת לישראל (קק"ל) שימשה זרוע מרכזית וחיונית של התנועה הציונית לשם הגשמת יעד זה.<sup>45</sup> הקונגרס הציוני החמישי, שהתכנס בבאזל בשנת 1901 החליט על הקמתה של קק"ל. בעקבות החלטה זו הוקמה קק"ל כחברה בערבון מוגבל שנרשמה באנגליה בשנת 1907.<sup>46</sup> תזכיר קק"ל קובע כי מטרתה העיקרית היא רכישת קרקעות לשם יישוב יהודים בישראל.<sup>47</sup> כמו כן מטיל התזכיר איסור על העברת בעלות בקרקעותיה<sup>48</sup>. מטרותיה של הקק"ל מומשו כפשוטן. קק"ל רכשה אדמות בארץ ישראל, נמנעה מלמכרם, והחכירה אותם ליהודים בלבד.

<sup>45</sup> ראו תשובת קק"ל לעתירה בבג"צ 9010/04 המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי ואח' נ. מינהל מקרקעי ישראל ואח'. את התשובה ניתן למצוא באתר קק"ל באינטרנט בכתובת:

[http://www.kkl.org.il/kkl/hebrew/nosim\\_ikaryim/al\\_kakal/sugiot\\_mishpatiot/bagatspdf.pdf](http://www.kkl.org.il/kkl/hebrew/nosim_ikaryim/al_kakal/sugiot_mishpatiot/bagatspdf.pdf)

46 תשובת קק"ל.

47 תזכיר קרן קיימת לישראל, ילקוט הפרסומים, תשי"ד-1954, מס' 354, עמ' 1196, סעיף א3.

48 שם.



בשלושים שנותיה הראשונות המשיכה מדינת ישראל הצעירה במדיניות ניהול קרקעות ברוח יעדי קק"ל והקצתה קרקעות רבות להתיישבות המיועדת ליהודים בלבד. לא אחת, אף הפקיעה המדינה קרקעות של אזרחים ערבים לשם הקמת יישובים ליהודים בלבד. המדינה העניקה לקק"ל מעמד סטטוטורי ואף הסמיכה אותה להפקיע קרקעות.<sup>49</sup> המדינה וקק"ל אף חתמו על אמנה המצהירה על שותפות אינטרסים<sup>50</sup> וניהול קרקעותיה של קק"ל הועבר לאחריותו של מינהל מקרקעי ישראל.<sup>51</sup>

במצב עניינים זה, כלל לא עלתה על סדר יומו של בית המשפט השאלה האם המדינה רשאית להקצות קרקע להתיישבות יהודים בלבד והשאלה הונחה לראשונה לפתחו של בית המשפט העליון רק בשנת 1978.<sup>52</sup> חברה ממשלתית, שעסקה באותה עת בשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים, פנתה לציבור בהצעה לרכוש זכות חכירה בדירות שבנתה. הפנייה כוונה ל"אזרח ישראל שהוא תושב בה ושירת בצה"ל או קיבל פטור משירות בצה"ל, או שירת באחד הארגונים העבריים שמלפני 14.5.1948, או עולה חדש שהוא תושב ישראל."<sup>53</sup>

מוחמד סעיד בורקאן, ערבי אזרח ירדן, תושב קבע בישראל, שהתגורר בעברו בשטח הרובע היהודי, ביקש לחכור דירה מאותו היצע, ופנייתו נדחתה בשל אי עמידתו בתבחינים שנקבעו. הגם שבפנייה לא נאמר במפורש שערבי איננו רשאי לחכור דירה ברובע היהודי, בורקאן עמד על כך שבפועל משמעותם המעשית של התבחינים היא בדיוק זו. בורקאן עתר לבג"צ בטענה שהקריטריון המונע ממנו לחכור דירה נגוע באפליה אסורה בין בני אדם או בין תושבי המדינה, מחמת לאום או דת.

בית המשפט דחה, פה אחד, את העתירה. את חוות-הדעת העיקרית כתב השופט חיים כהן. כהן תמך יתדותיו בחמישה טיעונים. שני טיעונים התבססו על העובדה שהעותר אינו אזרח ישראלי, וככזה רשאית המדינה להפלותו ביחס לאזרחי ישראל. טיעון שלישי התייחס להיסטוריה המיוחדת של העיר העתיקה. כהן הסביר כי "צורך בשיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה התעורר רק מפני שצבאות ירדן פלשו אליו וגירשו את היהודים ושדדו רכושם והרסו בתיהם. מטבע הדברים הוא שהשיקום בא לשם החזרת עטרת הישוב היהודי בעיר העתיקה לישנה, כדי שליהודים יהא שוב, כמו שהיה בעבר, רובע המיוחד להם, ליד רובעי המוסלמים והנוצרים והארמנים". טיעון רביעי הכיר בזכות לדיור בדלני על בסיס לאום לבני כל הדתות ובכלל זה לבני קבוצת הרוב היהודית: "אין כל הפליה פסולה בייחודם של הרובעים הללו, רובע רובע ועדתו." טיעון חמישי, דיוני, התבסס על העובדה שהעותר רואה עצמו מחויב למצוות הדת המוסלמית,

<sup>49</sup> חוק קרן קיימת לישראל תשי"ד-1953.

<sup>50</sup> י"פ תשכ"ח 1597.

<sup>51</sup> חוק מינהל מקרקעי ישראל תש"ך-1960. (בשנת 2009 שונה שם החוק לחוק רשות מקרקעי ישראל תש"ך-1960 כשבמסגרת תיקון החוק נחלש דרמטית מעמדה של קק"ל). בנוסף, נקבעו עקרונות לניהול כלל מקרקעי המדינה ברוח האמנה בין קק"ל לבין המדינה בחוק יסוד: מקרקעי ישראל ובחוק מקרקעי ישראל תש"ך-1960.

<sup>52</sup> בג"ץ 114/78, מוחמד סעיד בורקאן נ' שר האוצר ואח', פ"ד לב(2), 800 (1978) (להלן: "הלכת בורקאן").

53 שם,

האוסרת עליו למכור קרקע ליהודים. השופט כהן קבע כי בכך איבד העותר את זכותו לתבוע שמדינת ישראל תימנע מלהפלות מוסלמים בהקצאת קרקעות.

המשפט החוקתי המקובל הצדיק אפוא הקצאת קרקעות להתיישבות המיועדת ליהודים בלבד לצד שמירת זכויות גם של קבוצות מיעוט להתיישבות בדלנית.

## ד.2. שפה עברית

שפה לאומית היא אחד המאפיינים הבולטים ביותר באפיון של מדינות עם מורשת תרבותית מסוימת. גם מדינות שאינן מדינות לאום מאמצות שפה מסוימת כשפת מדינה ולא פלא אפוא שמדינות לאום מזוהות עם השפה של הלאום המתגדר בהן. היטיב לבטא זאת הנשיא ברק:

“לשון אינה רק כלי ביטוי אישי. היא כלי ביטוי לאומי. היא נכס תרבותי. היא נכס של האומה כולה... אכן, לשון מבטאת אחדות לאומית. היא הדבק המחבר בני חברה לעם, לאומה ולמדינה. היא סמל. כך לעניין כל לשון. כך בוודאי לעניין הלשון העברית. תחייתה של מדינת ישראל מלווה בתחיית הלשון העברית ...

טול ממדינת ישראל את הלשון העברית, ונמלת ממנה את נשמתה. המאבק לעצמאות מדינית והמאבק לחידוש פניה של הלשון העברית שזורים וקשורים אלה באלה. כאן האינטרס הציבורי בקיומה, שמירתה ופיתוחה של הלשון העברית.”<sup>54</sup>

האם ידע בית המשפט בעידן המשפט החוקתי המקובל לשמור על מעמדה הייחודי של השפה העברית? בטרם נשיב על שאלה זו עלינו להתייחס לחקיקה המחייבת בישראל בתחום השפות. המצב בעניין זה אינו ברור. סימן 82 לדבר המלך במועצתו העניק לעברית, לערבית ולאנגלית מעמד שווה כשפות רשמיות.<sup>55</sup> פקודת סדרי השלטון והמשפט, שנתקבלה מיד עם קום המדינה, ביטלה את מעמדה הרשמי של השפה האנגלית<sup>56</sup> והכריזה על רציפות המשפט המנדטורי.<sup>57</sup> חיבור שני נתונים אלה מוביל לכאורה למסקנה שלישראל יש שתי שפות רשמיות שוות מעמד: עברית וערבית. אולם, מסקנה זו מתערערת לנוכח העובדה שישנם כמה חיקוקים משמעותיים המעניקים בלעדיות לשפה העברית בנושאים מרכזיים, עובדה שממנה ניתן להסיק שאף שסעיף 82 לא בוטל באופן ישיר, חקיקה מאוחרת שללה מעמדה הרשמי של השפה הערבית.<sup>58</sup> מצב חוקי בלתי ברור זה מאפשר לבית המשפט חופש פעולה בסוגיה זו. נפנה עתה לבחון את פסיקות בית המשפט העליון בסוגיית בכורתה של השפה העברית בעידן המשפט החוקתי המקובל.

<sup>54</sup> עניין ראם, 203.

<sup>55</sup> סימן 82 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל 1922-1947, חא"י כרך ג', (ע) 2738, (א) 2569.

<sup>56</sup> פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, סעיף 15(ב).

<sup>57</sup> שם, סעיף 11.

<sup>58</sup> לסקירה ודיון ראו: אביעד בקשי **האמנם הערבית שפה רשמית בישראל?** (2011).

בשנותיה הראשונות של המדינה העניק בית המשפט לעברית מעמד ברור של בכורה. למשל, בעתירה שהוגשה לבג"צ בשנת 1955 טען עותר יהודי, תושב שכונה יהודית בירושלים, לפטור מחובת תשלום עירוני עבור בניית תשתית ביוב,<sup>59</sup> בשל העובדה שהעירייה לא מילאה את החובה, הקבועה בחוק עזר מנדטורי, לפרסם את ההודעה על חובת התשלום גם בשפה הערבית. השופט זילברג דחה את העתירה. בפסק-הדין הוצגה תזה לפיה הקמתה של מדינת ישראל (כמדינה יהודית) הובילה לביטול משתמע של מעמדה הרשמי של השפה הערבית ולהותרת העברית כשפה הרשמית היחידה. בפועל הותיר בית המשפט תזה זו תלויה ועומדת וביסס את הכרעתו כנגד העותר על פרשנות מצמצמת ביותר לסימן 82. בית המשפט פסק כי רק מי שנפגע באופן ישיר מחוסר יכולתו להבין שפה שונה מערבית רשאי להעלות טענות ביחס להימנעות הרשויות משימוש בה, מה שלא התקיים בנסיבות העניין שנדון בעתירה. פסיקות משנות השישים<sup>60</sup> והשבעים<sup>61</sup> שבו ועיגנו את התפיסה לפיה השפה הערבית אינה במעמד שווה לעברית וכי האפשרות לקבלת סעד בגין הפרת החובה לפרסם בשפה הערבית מותנית בהוכחה שהדבר מנע בפועל מן האזרח נגישות לשונית למידע שלטוני.

אם כן, בית המשפט בעידן המשפט המקובל הכיר במדרג לשוני בישראל: השפה העברית נתפסה כשפה שהפרסומים בה מכוונים סטטוס משפטי בעוד לשפה הערבית ניתן מעמד פונקציונלי המעניק לדובריה זכות לנגישות לשונית לשירותי השלטון.

נציין כבר כעת שזהו ההסדר המוצע בהצעת חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי.

### **ד.3. הגירה לא יהודית**

מאפיין מרכזי נוסף למדינת לאום הוא מדיניות ההגירה אליה המאפשרת לאזרחים זרים בני התפוצה הלאומית של הלאום המוגדר בה להגר אליה בקלות.<sup>62</sup> להלן ניגע בחוק השבות המהווה חריג לדיון במאמר זה מכיוון שההסדרים בעניינו עוגנו פורמאלית כבר בתחילת עידן המשפט החוקתי המקובל. אך צדו השני של מטבע ההגירה במדינות לאום הוא צמצום אפשרויות ההגירה אל המדינה של אזרחים זרים שאינם בני פזורת הלאום המוגדר במדינה.

חוק האזרחות השאיר לשיקול דעתו של שר הפנים את שיקול הדעת האם לאפשר הגירה לישראל למי שאינם יהודים או בני משפחות יהודים. בפועל מדיניות שרי הפנים לאורך חמישים שנותיה הראשונות של המדינה מנעה מעמד ממהגרים שאינם זכאי שבות. מדיניות זו נתפסה כל כך מובנת מאליה עד שלא ניתן למצוא פסקי דין המתלבטים בשאלה האם ניתן לחייב את שר הפנים לקלוט בישראל מי שאינם יהודים. לא בכדי פסקי הדין בסוגיית ההגירה לישראל עסקו בשאלות כגון מי

<sup>59</sup> ע"א 148/54 קהא נ' עיריית ירושלים, פ"ד ט, 1247 (1955).

<sup>60</sup> בג"צ 297/65 אל-הוארי נ' יו"ר ועדת הבהירות לעיריית נצרת, פ"ד יט (3) 279 (1965).

<sup>61</sup> בג"צ 527/74 ח'לף נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז צפון, פ"ד כט (2) 319 (1975).

<sup>62</sup> למשפט משווה בתחום זה ראו: אלכס יעקבסון ואמנון רובינשטיין ישראל ומשפחת העמים – מדינת לאום יהודית וזכויות האדם (2003).

הוא יהודי;<sup>63</sup> מה היא קהילה יהודית?<sup>64</sup> או מי הוא גר?<sup>65</sup> התפיסה הייתה שריבונות שר הפנים ביחס להגירה לא יהודית היא מלאה וכפי שתוארו שרי הפנים לדורותיהם אכן נמנעו כמעט לחלוטין ממתן מעמד בישראל למי שאינם זכאי שבות.

יתרה מכך, אף במצבים בהם התבקש מתן מעמד לאזרח זר שאיננו זכאי שבות על רקע נישואיו עם אזרח ישראלי, לא מוצאים אנו התערבות של בתי המשפט בעידן המשפט המקובל. אמנם בסוגיה זו המחוקק עצמו התווה מנגנון התאזרחות מקל הכפוף לשיקול דעתו של שר הפנים ושרי הפנים אכן נהגו להעניק מעמד בישראל למהגרי משפחה, אך מבחינת פסיקת בתי המשפט לא נמצאה כל התערבות במדיניותם של שר הפנים עד לשנת 1999.<sup>66</sup> יתרה מכך, שרי הפנים לאורך אותם חמישים שנה מלקבוע קריטריונים המעניקים זכות למעמד בישראל על רקע בקשת איחוד משפחות בתנאים כאלה או אחרים. גם בעניין זה, עד לשנת 1999 לא מצאנו התערבות של בית משפט.

אם כן, בסוגיית הגירה לא יהודית לישראל עידן המשפט המקובל התאפיין באי התערבות של בית המשפט במדיניות מצמצמת ביותר של שרי הפנים במתן מעמד למבקשי הגירה שאינם זכאי שבות.

#### **ד.4. השתתפות פוליטית**

בשנת 1965 נפסלה לראשונה רשימה מלהתמודד בבחירות לכנסת, על בסיס השקפת עולמה,<sup>67</sup> כשועדת הבחירות המרכזית<sup>68</sup> פסלה את "הרשימה הסוציאליסטית", שמטרותיה העיקריות היו "השגת שוויון לעם הערבי והענקת מלוא האפשרויות לעם הערבי, גם בשטח ישראל, לבטא סולידריות ושותפות עם גלי השחרור הלאומי בזירת המזרח התיכון באותה המידה שהעם היהודי בארץ הזאת דרש והשיג זכות זו משלו, וכל זאת לטובת המדינה".<sup>69</sup>

בא כוחה של הרשימה הסוציאליסטית עתר לבג"צ כנגד החלטת הפסילה, אך בג"צ דחה את עתירתו. הנשיא אגרנט והשופט זוסמן קבעו, בדעת רוב, שלמרות שבישראל לא הייתה באותה עת כל חקיקה המאפשרת פסילת מפלגות על רקע אידיאולוגי, ניתן לפסול רשימה שמעוניינת לפגוע

<sup>63</sup> בג"צ 72/62 רופאיזון נ' שר הפנים, פ"ד טז, 2428 (1962).

<sup>64</sup> בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2), 477 (1970).

<sup>65</sup> בג"צ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז (1), 113 (1972).

<sup>66</sup> בג"צ 467/75 האשינס נ' שר הפנים, פ"ד ל (3), 148 (1976).

<sup>67</sup> בג"צ 230/86 סוזן מילר נ' שר הפנים, פ"ד מ (4), 436 (1986).

<sup>68</sup> בג"צ 264/87 תנועת ש"ס ואח' נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2), 737 (1989).

<sup>69</sup> בג"צ 3648 / 97 סטמקה נ' שר הפנים, נג (2) 728 (1999).

<sup>67</sup> בג"צ 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3), 365 (1965) (להלן: "עניין ירדור").

<sup>68</sup> ועדת הבחירות המרכזית מורכבת מנציגי המפלגות המיוצגות בכנסת ובראשה עומד שופט בית המשפט העליון.

<sup>69</sup> מתוך דברי בא-כוח הרשימה הסוציאליסטית, יעקב ירדור, בפני ועדת הבחירות ביום 24.9.1965, כפי שמובאים בעניין ירדור, עמ' 371.

בעצם קיומה של המדינה או באופייה כמדינת העם היהודי, גם בהיעדר חקיקה כזו. בדרך של משפט מקובל פיתח הנשיא אגרנט עיקרון חוקתי ישראלי לפיו זהותה היהודית של ישראל כמדינה יהודית היא "עובדת יסוד קונסטיטוציונית" אשר חלילה לה לרשות כלשהי של המדינה... להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכיותיה.<sup>70</sup>

הנשיא אגרנט קבע בפסק דינו כי שמירת זהותה היהודית של ישראל היא "חזון העם" וחובתו של שופט לשוות חזון זה לנגד עיניו בבואו לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה. על פי אגרנט מדינת ישראל שואבת את זכות קיומה ואת סמכויותיה מהצורך לקיים עבור העם היהודי מדינה בארץ ישראל ועל כן לא ניתן לקבל כי רשויותיה יאפשרו פעולה החותרת תחת יסודות אלה. אגרנט מצדיק את עמדתו גם על רקע המנדט אשר מעניקים האזרחים לרשויות השלטון. לשיטתו "העם השוכן בציון" מסמיך את רשויות השלטון לפעול למען קיומה של מדינת ישראל על פי יעדיה המקוריים ועל כן שלילת יסודות אלה אינה יכולה כלל לעלות על סדר יומם של רשויות השלטון.<sup>71</sup>

כנגד דעת הרוב עמד בדעת מיעוט השופט חיים כהן בפסק דין פוזיטיביסטי מובהק המנוגד לתפיסת המשפט המקובל. כהן טען כי ראוי היה לחוקק חוק אשר ימנע מרשימות דוגמת העותרים להתמודד בבחירות אך בהעדרה של חקיקה כזו בית המשפט מנוע באופן מוחלט מלאשר פסילת מפלגות על רקע אידאולוגי:

"אומר מיד שמסכים אני בכל לב שיש הכרח בדבר שתהא נתונה הסמכות בידי גוף כלשהו... להוציא מן הכנסת כופרים בעיקר שכאלה הבוגדים במדינה והמסייעים בידי אויביה. אבל אין זאת אומרת שסמכות זו אמנם מצויה בידי גוף כלשהו... לפי החוק הקיים".<sup>72</sup>

אלא שהגישה הפוזיטיביסטית איננה אופיינית לכהן,<sup>73</sup> וגם ההשתוקקות לפסילת המפלגה הסוציאליסטית אותה הוא מביע בפסק הדין איננה משקפת את משנתו הערכית. לימים, שנים לאחר פרישתו מכס השיפוט, דיבר כהן על הכרעתו הפוזיטיביסטית בעניין ירדור בטון שונה בתכלית. "אני פסקתי שזכות יסוד היא לכל אזרח לא רק לבחור אלא גם להיבחר".<sup>74</sup> פסק הדין שנומק בשעתו באילוץ פוזיטיביסטי המנוגד לרצון השופט הפך עם השנים ל"פסק הדין החשוב ביותר שנתתי".<sup>75</sup>

<sup>70</sup> שם, 385.

<sup>71</sup> שם, שם.

<sup>72</sup> שם, 379.

<sup>73</sup> ראו: מיכאל ששר חיים כהן שופט עליון – שיחות עם מיכאל ששר, הוצאת כתר, ירושלים, תשמ"ט, 157. חיים כהן מביע שם עמדה נון פוזיטיביסטית ודווקא מבקר את השופט זוסמן אשר לטעמו נצמד מדי ללשון החוק: "החוק אינו מטרה בפני עצמה הוא אינו קובע את הצדק הוא רק מכשיר...".

<sup>74</sup> שם, 185.

<sup>75</sup> שם, שם.

חרף דעת המיעוט של השופט חיים כהן, הלכת ירדור קבעה כי זהותה היהודית של ישראל נהנית מעליונות אף ביחס לזכות אזרח יסודית ביותר כמו הזכות לבחור ולהיבחר וזאת על אף שכבר באותה העת הזכות לבחור ולהיבחר הייתה גם מעוגנת פורמאלית בחוק יסוד הכנסת.

## ה. ערכי ישראל כמדינה יהודית בעידן המשפט החוקתי הפורמאלי

עידן המשפט החוקתי הפורמאלי מתאפיין בהפחתה דרמטית במשקל זהותה של ישראל כמדינת לאום יהודית במאזן החוקתי הנערך אל מול ערכים מתחרים. לעתים בית המשפט נימק את עמדתו בהסתמך על חוקי היסוד של שנת 1992 ולעתים הוא נמנע מהנמקה כזו. יחד עם זאת, גם כאשר חוקי היסוד של 1992 לא היוו בסיס מרכזי לפסקי הדין (כפי שנראה להלן למשל בנושאי שפה), הרי שאטען כי עידן המשפט החוקתי הפורמאלי המתאפיין בהפרת האיזון בין ערכי זכויות אדם לערכיה של ישראל כמדינה יהודית לרעת האחרונים, גרר הפרה כזו גם בסוגיות בהן פסק הדין לא נשען על חוקי היסוד. כפי שנראה להלן, לחוקי היסוד יש הקרנה היקפית על כלל המשפט הישראלי ועל כן לא הרי האיזון החוקתי בעידן המשפט המקובל כהרי האיזון החוקתי בעידן המשפט החוקתי הפורמאלי – בין אם חוקי היסוד נזכרים בפסק הדין הספציפי ובין אם לא. נפנה עתה לסקירה של עמדת המשפט הישראלי בעידן המשפט החוקתי הפורמאלי ביחס לסוגיות אותן סקרנו בפרק הקודם בעידן המשפט החוקתי המקובל.

### ה.1. הקצאת קרקעות להתיישבות יהודית

ראינו לעיל, כי בפרשת בורקאן, הצדיק המשפט החוקתי המקובל הקצאת קרקעות להתיישבות המיועדת ליהודים בלבד לצד שמירת זכויות גם של קבוצות מיעוט להתיישבות בדלנית.

בחלוף קצת יותר משני עשורים דן בית המשפט שוב בעניין, אך הפעם נקט גישה שונה.<sup>76</sup> עאדל ואימאן קעדאן, זוג ערבים אזרחי ישראל, ביקשו לחכור בית ביישוב הקהילתי קציר. היישוב הקהילתי הוקם על אדמות מדינה, אשר הוקצו לסוכנות היהודית, באמצעות אגודה שיתופית ששמה לה למטרה להקים, לקיים ולנהל יישוב כפרי קהילתי שיהא מבוסס על ארגון חבריו כקהילה המקיימת שיתוף בין חבריה. בגבעה הסמוכה ליישוב הקהילתי הקים משרד השיכון שכונת מגורים שאיננה חלק מהיישוב הקהילתי והפתוחה הלכה למעשה לכל דורש. שתי הגבעות מהוות יחדיו את היישוב קציר. בני הזוג קעדאן ביקשו לחכור בית ביישוב הקהילתי. בקשתם סורבה בנימוק שאינם עומדים בתקנות האגודה השיתופית, המתנות קבלתו של אדם לאגודה בכך ש"סיים שרות (ה)חובה לפי חוק שרות בטחון, תשי"ט-1959 [נוסח משולב] או משוחרר משרות חובה על פי חוק זה או ששירותו הצבאי נדחה לפי חוק זה".<sup>77</sup> משפחת קעדאן עתרה לבג"צ וזה קיבל את העתירה.

פסק-הדין המרכזי נכתב בידי הנשיא ברק. ברק מעמיד בצד אחד של המשוואה את עקרון השוויון, שלדעתו תומך בעמדת משפחת קעדאן, ובוחן האם קיימים ערכים כלשהן אשר עשויים להטות את הכף לטובת המשיבים. תחילה ברק מתחקה אחר התכליות הספציפיות העומדות ביסוד החקיקה המסדירה את פעולות מינהל מקרקעי ישראל וקובע כי:

76 בג"צ 6698/95 עאדל קעדאן ואח' נ. מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1), 258 (2000) (להלן "הלכת קעדאן").

77 שם, 265.

"התכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו של המינהל הן שמירת מקרקעי ישראל בבעלות המדינה וריכוז הניהול והפיתוח של המקרקעין בישראל בידי רשות סטטוטורית אחת. זאת, על מנת למנוע את העברת הבעלות בקרקע לידי גורמים בלתי רצויים, לבצע מדיניות בטחון ולאפשר ביצוע פרויקטים לאומיים, דוגמת קליטת עליה, פיזור אוכלוסין והתיישבות חקלאית. כן מונחות ביסוד החקיקה התכליות המיוחדות שנועדו להקל על מלאכת התכנון תוך שמירת רזרבה קרקעית לצרכים ממלכתיים והקצאת שטחים פתוחים לצרכי הציבור, כל זאת כדי לאפשר יישום תכניות מיתאר ולמנוע סחר ספקולטיבי בקרקעות המדינה."<sup>78</sup>

כפי שעולה מהציטוט לעיל, ברק מתאר כיעד המרכזי של החקיקה הרלוונטית את השמירה על מקרקעי ישראל בבעלות המדינה. ברק מתעלם מן העובדה שביסוד החקיקה אותה הוא מפרש עומדת אמנה בין הקרן הקיימת לישראל לבין מדינת ישראל ולפיה התכלית המשותפת של המדינה ושל קק"ל בניהול אדמות המדינה ואדמות קק"ל כאחד היא השמירה על המקרקעין בבעלות העם היהודי:

א. למן היווסדה לפני יובל ומעלה, פעלה הקרן הקיימת לישראל ברכישת מקרקעים בארץ ישראל והעברתם לבעלות העם . . .

ג. ממשלת ישראל והקרן הקיימת לישראל גמרו אומר ... לחזק את ידי הקרן הקיימת לישראל בהגשמת יעודה...<sup>79</sup>

ברק מזכיר בחטף גם את האינטרס למנוע את העברת הבעלות בקרקע לידי "גורמים לא רצויים", אך אינו מבהיר מהם אותם גורמים. כך גם לגבי "מדיניות ביטחון", "פרויקטים לאומיים", "פיזור אוכלוסין" ו"התיישבות חקלאית". כל אלה אינם זוכים להבהרה בדברי ברק, הבוחר להתעלם מן העובדה שתכליות אלה, במובן הפשוט, קשורות באופן הדוק לאינטרסים של הלאום היהודי. התעלמות זו מאפשרת לברק להסיק כי דברי החקיקה הרלוונטיים אינם כוללים כל תכלית המצדיקה, שלא לומר מחייבת, הקצאת קרקעות להתיישבות המיועדת ליהודים בלבד.

בשלב זה ברק עובר לזיהוי התכליות הכלליות העומדות בייסודה של שיטת המשפט הישראלית, שבשל מעמדן העליון עומדות--לפי תורת הפרשנות התכליתית, שברק עצמו פיתח בכובעו כמלומד, והחיל בכובעו כשופט--גם בבסיסו של כל חיקוק שנוגד בשיטה זו. בהקשר זה מזכיר ברק את עקרון השוויון. ברק מתעלם בשלב זה של הדיון מטענה אפשרית לפיה היותה של ישראל מדינת הלאום היהודי גוררת תכלית כללית של עידוד ההתיישבות היהודית בארץ. רק לקראת סיום הדיון, בשלב של טיפול בטענות מאסף של הצדדים, ברק מתייחס לטענה זו, שהועלתה על-ידי הסוכנות היהודית,<sup>80</sup> ודוחה אותה על הסף. ברק קובע שליהדותה של המדינה יש השפעה על שפתה

78 הלכת קעדאן, 272.

79 האמנה בין קק"ל למדינת ישראל, י"פ תשכ"ה 1597.

80 ראוי לציין כי המדינה נמנעה מלהעלות טענה זו.



העיקרית, על ימי המנוחה הנוהגים בה, על מורשתה הדתית והתרבותית ואף על מדיניות ההגירה אליה, אך אופייה הלאומי של ישראל אינו יכול להצדיק אפליה כלשהי בין אזרחים, ובכלל זה גם בתחום ההתיישבות.

ודוק, העניין הנדון בהלכת קעדאן איננו שוויון בין התיישבות יהודית לבין התיישבות ערבית באופן כללי אלא השאלה האם ניתן להתיר יישוב ספציפי מסוים המיועד ליהודים במקביל להיתר שנתן בג"צ בהזדמנות אחרת<sup>81</sup> להקמת יישוב המיועד לבדואים בלבד. תשובתו של בית המשפט היא כי אין להתיר הקמת יישוב כלשהו על אדמות המדינה אם הוא מיועד ליהודים בלבד. במקביל שב הנשיא ברק ואישרר בעניין קעדאן את הלכת אביטן<sup>82</sup> הקובעת כי לבדואים כקבוצת מיעוט מותר להקים על אדמות מדינה יישוב המיועד לבדואים בלבד.

מעניין לציין כי בכתובתו האקדמית, התבטא ברק באופן אחר ביחס לסוגיית ההתיישבות היהודית:

**"מדינה יהודית היא מדינתו של העם היהודי. זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית. ... "מדינה יהודית" היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה ובמושבותיה היא בראש דאגותיה.**"<sup>83</sup>

לא ברור אפוא, כיצד בפסק הדין ברק הופך את ההתיישבות היהודית לערך בלתי רלוונטי לדיון. פסק הדין בעניין קעדאן שימש מבוא לשורה של פסקי דין שחיזקו והרחיבו את האיסור על הקצאת קרקעות להתיישבות יהודית.<sup>84</sup> בשל מגבלת המקום נזכיר בקצרה, מבלי לפרט, שני עניינים. בראשון, קבע בית המשפט דיון בעתירה הדורשת לאסור הקצאת קרקעות להתיישבות המיועדת ליהודים בלבד גם ביחס לאדמות קק"ל, שלפחות בעבר תוארו למעין "הקדש" שתכליתו יישוב יהודים.<sup>85</sup> בעקבות העתירה, פרסם היועץ המשפטי לממשלה הנחייה שהובילה לשינוי מדיניות קק"ל באופן המבטיח השתתפות שוויונית של מי שאינם יהודים במכרזים על

<sup>81</sup> בג"צ 528/88, אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4), 297 (1988).

<sup>82</sup> שם.

<sup>83</sup> אהרון ברק, שופט בחברה דמוקרטית 87 (2004).

ראו גם: אהרון ברק "מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", עיוני משפט כד 9, 10 (2000).

אהרון ברק, "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", אהרון ברק-מבחר כתבים 445, 449 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).

<sup>84</sup> ראו למשל: בג"צ 5601/00 דווירי נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא ניתן פסק דין סופי); בג"צ 8060/03 קעאדן נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-על 2006(2), 775 (2006); בג"צ 9818/02 אבו אלהיג'א נ' שר האוצר ואח', (לא פורסם, 2003); בג"צ 7574/06 הסוללים קבוצת מכבי צעיר להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל תק-על 2007(1), 758 (2007); דנג"צ 1107/07 הסוללים קבוצת מכבי הצעיר להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל תק-על 2007(1), 4183 (2007).

<sup>85</sup> בג"צ 9010/04 המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי ואח' נ. מינהל מקרקעי ישראל ואח' (החלטה מיום 11.10.04).

קרקעותיה.<sup>86</sup> פסק הדין השני, שניתן לאחרונה ביחס לפרויקט מגורים בעיר יפו, קבע תבחינים מחמירים להשתתפות במכרזים ממשלתיים באופן המונע גם מעמותה פרטית, הזוכה במכרז על פרויקט מגורים, לשווק דירות לקבוצה לאומית אחת בלבד.<sup>87</sup> פסיקות אלה הובילו במצטבר לשחיקה מלאה של פרקטיקה שנהגה בישראל במשך למעלה מיובל שנים, של הקצאת קרקעות להתיישבות יהודית בלבד, פרקטיקה שבבסיסה עמדה ההנחה שהדבר מתבקש מאופייה הלאומי של המדינה. נציין כי בימים אלה תלויה ועומדת בפני בג"צ עתירה הדורשת לבטל החלטת ממשלה בדבר הקמת חבל התיישבות חדש במבואות העיר ערד אם לא תובטח מראש השתתפות אינטנסיבית בפרויקט של אזרחים בדואים המתגוררים כיום באזור ערד באורח בלתי חוקי.<sup>88</sup>

## ה.2. תמריצים להתיישבות יהודית

סוגיה נוספת הקשורה להתיישבות עניינה הקצאת תמריצים כלכליים לעידוד התיישבות יהודית באזורי ספר, בין היתר בדרך של מתן מעמד של אזורי עדיפות לאומית להתיישבות באזורים אלו.

מדינת ישראל מעניקה עדיפות להתיישבות באזורים מסוימים במגוון דרכים. המדינה משקיעה בתחום התשתיות, מסייעת לבנייה פרטית של אזרחים את ביתם האישי, מעניקה תוספות שכר לעובדי מדינה והקלות במס לכלל העובדים המתגוררים באזורים אלו, ומספקת שירותי חינוך מסובסדים לגיל הרך. מדיניות זאת ננקטה בעבר לא פעם באופן מוצהר כאמצעי למימוש המטרה של "ייהוד" חבלי ארץ – בעיקר בנגב ובגליל. עם זאת, גם בעבר הממשלה נמנעה מלהציב זהות לאומית כקריטריון לזכאות להטבות, אלא עיצבה את הקריטריונים בדרך המבטיחה העדפה של היישובים היהודיים המצויים באותם חבלי ארץ. כך למשל תחום יישובי קו העימות בגבול לבנון, הזכאים בשל כך להטבות, לא שורטט לפי טווח פגיעת הקטיושות של ארגוני המחבלים, אלא לפי תוואי אשר כלל בתוכו מקסימום יישובים יהודיים ומינימום יישובים ערביים. המרחק ממרכז הארץ, המקנה זכאות לתמריצים, נקבע באופן שיישובים יהודיים בדרום הנגב ובצפון הגליל נכללו בו ויישובים ערביים שכנים לא נכללו. קריטריון הגודל של אוכלוסיית היישוב, המזכה בתמיכה, נקבע באופן שרוב היישובים היהודיים בגליל זכו לתמיכה ואילו רוב היישובים הערביים לא נכללו במעגל הזכאים. בנוסף, לקריטריון מקום המגורים צורף תנאי של שירות צבאי השולל בפועל מרוב הציבור הערבי את הזכות לתמריצים.<sup>89</sup> ממשלת ישראל ביקשה אפוא לחזק התיישבות יהודית באזורי ספר אך בעידן המשפט החוקתי הפורמאלי חששה מלהניח את שיקוליה הלאומיים בגלוי בפני בית המשפט והסתתרה אחרי תבחינים בלתי משכנעים.

<sup>86</sup> ראו תיעוד התחייבות המדינה בפני בג"צ בבג"צ 9010/04 המרכז הערבי לתכנון אלטרנטיבי ואח' נ. מינהל מקרקעי ישראל ואח' (החלטה מיום 20.10.04)

<sup>87</sup> ע"מ 1789/10 אסתר סבא נ' מינהל מקרקעי ישראל (פורסם באתר הרשות השופטת, 7.11.2010).

<sup>88</sup> בג"ץ 6094/12 האגודה לזכויות האזרח נגד ממשלת ישראל (טרם ניתן פסק דין).

<sup>89</sup> לסקירה ראו, חסן ג'בארין כבא כח ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל, עתירה מתוקנת בבג"צ 2773/98 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ. ראש ממשלת ישראל (העתק שמור אצל המחברים); David Kretzmer, *The Legal Status of the Arabs in Israel*, Wesview Press, 1990, 107.

בפרשת ועדת המעקב, הביא בית המשפט העליון לשינוי דרמטי בסוגיית התמריצים.<sup>90</sup> בית המשפט קבע כי החלטת הממשלה לפיה נקבעים היישובים הנכללים באזורי עדיפות לאומית תתבטל בתוך שנים עשר חודש. בית המשפט נימק את החלטתו בשני טעמים. הנמקה אחת התבססה על כלל ההסדרים הראשוניים, לפיו ההסדר העקרוני בתחום התמריצים הינו בעל אופי ראשוני ולכן הכנסת היא שצריכה לקבעו. ההנמקה השנייה, החשובה לענייננו, היא שהקריטריונים הקיימים עומדים בניגוד לעקרון השוויון בין יהודים לערבים. בית המשפט מצא כי לעומת כחמש מאות יישובים יהודיים הנכללים באזורי עדיפות לאומית, נכללו בקטגוריה זו רק ארבעה יישובים ערביים קטנים. בית המשפט קבע שהמבחן להערכת הקריטריונים הינו מבחן התוצאה ולא מבחן הכוונה, ולכן, גם אם היה משתכנע שהקריטריונים לא "נתפרו" במטרה להעדיף יהודים, הדבר לא היה מזיז אותו מהחלטתו לפסלם, וזאת משום שיישומם הוביל בפועל לתוצאה בלתי שוויונית.<sup>91</sup>

המערכת הפוליטית פעלה לפי הנחיות בית המשפט, והכנסת אימצה מפת אזורי עדיפות לאומית שהובילה לתוצאה לפיה 40% מן הזכאים לתמריצים הם אזרחים ערבים.<sup>92</sup> יוצא אפוא שגם כאן שחק בית המשפט מרכיב במאפייניה היהודיים של המדינה בכך שהביא לביטול המדיניות של עיבוי התיישבות יהודית באזורי ספר או באזורים בהם קיים רוב ערבי מובהק, המעורר אפשרות לאיריזנציה. עם זאת, בעניין זה המדינה "סייעה" לבית משפט להוביל לתוצאה זו בכך שנמנעה מלהציב את מטרותיה באופן גלוי וטשטשה אותן באמצעות קריטריונים ניטראליים לכאורה. עמדת המדינה בעניין זה הקלה על בית המשפט את ההתעלמות מן השיקול הלאומי.

### **ה. 3. שפה עברית**

ראינו לעיל כי בעידן המשפט החוקתי המקובל, על אף קיומו של סימן 82 המנדטורי, בית המשפט עיגן שוב ושוב את התפיסה לפיה השפה הערבית אינה במעמד שווה לעברית וכי האפשרות לקבלת סעד בגין הפרת החובה לפרסם בשפה הערבית מותנית בהוכחה שהדבר מנע בפועל מן האזרח נגישות לשונית למידע שלטוני.

החל מראשית שנות התשעים של המאה ה-20 השתנתה המגמה ובסדרת פסיקות כרסם בית המשפט ממעמדה של השפה העברית. להלן, נתאר בקצרה מספר ציוני דרך המסמנים מגמה זו.

בעניין קסטנבאום נדונה השאלה האם ניתן לכפות שימוש בלעדי בשפה העברית על אנשים המשתייכים לקבוצת הרוב היהודי.<sup>93</sup> בחוזה שנכרת בית קרובי נפטרת לבין חברא קדישא נכלל

<sup>90</sup> בג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ. ראש ממשלת ישראל, תק-על 2006(1) 2562 (2006).

<sup>91</sup> שם, בפסקה 23 לפסק דינו של הנשיא ברק.

<sup>92</sup> ראו: חוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התוכנית הכלכלית לשנים 2009-2010), פרק כו'; החלטת הממשלה ה' 32, מס' 1060 מיום 13.12.2009.

<sup>93</sup> ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א 'קהילת ירושלים' נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992). (להלן: "עניין קסטנבאום").

איסור על שימוש בכיתוב לטיני על גבי מצבה, ובית המשפט נדרש לקבוע האם לסעיף זה יש תוקף חוקי. בבית העלמין היו חלקות קבורה של מספר חברות קדישא שאפשרו כיתוב לועזי על המצבות ובחלקה שבה נקברה אשתו של העותר המנהג היה להימנע מכיתוב לועזי. בהתאם לכך נחתם חוזה בין הצדדים. העותר טען שחוזה המתנה קבורה בחלקה ספציפית בכיתוב עברי על המצבות הוא חוזה הנוגד את תקנת הציבור ודינו להתבטל. השאלה הונחה לפתחו של בית המשפט במסגרת ערעור אזרחי שעניינו המשפט הפרטי, אולם השופטים העתיקו את הדיון לשדה המשפט הציבורי. שופטי הרוב, הנשיא שמגר והשופט ברק, חייבו את החברה קדישא לאפשר את הכיתוב הלועזי על המצבה ואילו שופט המיעוט, המשנה לנשיא אלון, צידד בעמדת החברא קדישא.

תוך כדי הילוכם נדרשו השופטים, בין היתר, לשאלת מעמד השפה העברית. המשנה לנשיא אלון והשופט ברק קבעו כי השפה העברית נהנית ממעמד מיוחד בישראל כערך לאומי ולא רק כאינטרס דתי. השופט ברק ציטט ממגילת העצמאות את הפסקה הנוגעת לתחייתה של השפה העברית, וקבע כי הטלת חובה להשתמש בכיתוב עברי על מצבות משקפת כראוי את האינטרס בהגנה על השפה העברית בישראל. המשנה לנשיא אלון הצביע על העובדה שבייסודה של החברה קדישא ובקביעת תקנונה בשנת 1937 השתתפו יהודים חילוניים, כראייה לכך שהמניעים לאיסור על שימוש בלעז היו לאומיים ולא דתיים.<sup>94</sup>

חרף ההסכמה בין השופטים אלון וברק בדבר הצורך בהשרשת השפה העברית כחלק מהאינטרס של חיזוק אופייה הלאומי של מדינת ישראל, בשורה התחתונה הם נחלקו. אלון סבר כי ערך השפה העברית גובר על זכויות הנפטרת וקרוביה, ולכן הכשיר את סעיף הבלעדיות. ברק סבר כי זכויות הפרט גוברות על האינטרס בהגנה על מעמד השפה העברית, אולם, בפועל הוא לא ביסס את הכרעתו כנגד הסעיף על נימוק זה אלא על הקביעה שהגנה על מעמד השפה העברית אינה מחייבת להעניק לה בלעדיות על גבי המצבה.

כשנה וחצי לאחר פסק-הדין בעניין קסטנבאום שב בית המשפט העליון ונדרש לשאלת מעמדה של השפה העברית, בעניין ראם.<sup>95</sup> הפעם נגע הדיון ליחס בין העברית לערבית ובין קהילת הרוב היהודית לבין קהילת המיעוט הערבית. בדומה לעניין קסטנבאום, הדיון בעניין ראם נסב על חוקיותה של דרישה להתבטא בשפה העברית, אך בשונה מעניין קסטנבאום ההסדר המותקף לא העניק בלעדיות לשפה העברית אלא רק מעמד בכורה. על הפרק עמד חוק עזר שחוקקה עיריית נצרת עילית שקבע כי מודעות פרטיות המפורסמות בלוחות המודעות העירוניים חייבות לכלול לפחות שני שליש משטחן בשפה העברית. בית המשפט פסל את חקיקת המשנה. לא נערך דיון על מידתיות הדרישה אלא נקבע כי הדרישה לכיתוב עברי כלשהו בשטח המודעה פסולה.

את פסק הדין העיקרי כתב השופט ברק. ברק קובע כי מחופש הביטוי נגזרת הזכות לבחור בשפה בה יתבצע אותו ביטוי, ולכן הדרישה להוסיף כיתוב בעברית פוגעת בזכות זאת.<sup>96</sup> מנגד **לזכות לחופש הביטוי ברק מציב את האינטרס** בדבר טיפוחה של הלשון העברית והוא מדגיש את מעמדה

<sup>94</sup> לדיון ביחס בין סמלים לאומיים לסמלים דתיים בהקשר היהודי בישראל ראו DAPHNE BARAK-EREZ, OUTLAWED PIGS (2007).

<sup>95</sup> ע"א 105/92 ראם מהנדסים נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז (5) 189 (1993). (להלן "עניין ראם").

<sup>96</sup> ברק מתעלם מהשאלה האם יש לתת יחס מופחת לחופש הביטוי במקרה זה בהיותו ביטוי מסחרי.

החשוב של השפה העברית כערך לאומי.<sup>97</sup> ברק קובע כי יש לערוך איזון אנכי בין הזכות לאינטרס. איזון אנכי הוא איזון בין שני ערכים שהאחד חשוב מהשני ומכריע אותו. רק במצבים קיצוניים בהם הערך החלש נפגע באורח אנוש והערך החזק נפגע באורח קל תיתכן הכרעה לטובת הערך הקל. ברק קובע כי בין הערך הלאומי בדבר קידום השפה העברית לבין הזכות לחופש הביטוי יש לערוך איזון אנכי לטובת הזכות לחופש הביטוי ומבכר אותו על פני הערך הלאומי. עם זאת, ברק מציין כי אם בעתיד מעמדה של השפה העברית יהיה נתון בסכנה ניתן יהיה להצדיק כפיית כיתוב עברי גם במחיר פגיעה בחופש הביטוי. עוד מדגיש ברק שהכרעתו מוגבלת למצב בו השלטון מבקש לכפות על הפרט את דרך התבטאותו. במקרה כזה, תפקידו של השלטון מתמצה בהצבת במה ואסור לו להתערב בחופש הביטוי של הפרט. לעומת זאת, השלטון יכול וצריך להתבטא דווקא בשפתה הרשמית של המדינה.<sup>98</sup>

השוואה בין עניין קסטנבאום ועניין ראם מלמדת על כרסום במעמדה של העברית. בעניין קסטנבאום נדון איסור מוחלט על הוספת כיתוב לועזי לצד הכיתוב העברי, והשופט ברק קבע מפורשות כי אם היה מדובר בדרישה להוספת כיתוב עברי על המצבות הוא היה מגן עליה. זוהי בדיוק הדרישה שנדונה בפרשת ראם -- דרישה להוספת כיתוב בעברית לצד הכיתוב הערבי -- ובכל זאת השופט ברק החליט לפוסלה.<sup>99</sup> זאת ועוד, בעניין קסטנבאום עמד על הפרק רצונה של משפחה להתייחד עם זכר יקירתה בדרך המתאימה לה, וערך השפה העברית נדחה בשל פגיעה עמוקה באוטונומיה ובכבוד האדם. לעומת זאת, בעניין ראם ערך השפה העברית נדחה מפני חופש ביטוי מסחרי שמשקלו קל יחסית.<sup>100</sup>

פסק דין נוסף עוסק בשאלת השפה בפתקי הצבעה בבחירות. חוק הבחירות לכנסת דורש שימוש באות עברית בכל פתקי הצבעה בבחירות.<sup>101</sup> הסדר דומה קיים גם בחוק הרשויות המקומיות (בחירות).<sup>102</sup> בשלהי שנות התשעים הגיע להכרעה בפני בית המשפט העליון<sup>103</sup> גורלן של בחירות לרשות מקומית אשר הוכרעו על חודו של קול. בבחירות אלה נמנה פתק הצבעה אשר בו נכתבה בכתב יד האות הערבית בלבד של רשימה מסוימת מבלי להוסיף לה את האות בעברית. השופט חשין קבע, בדעת רוב, כי תכליתה העיקרית של החקיקה היא בהגשמת רצונו של הבוחר ועל כן מתבקש כי נכבד את רצונו של בוחר אשר הביע את דעתו גם בשפה הערבית. פסיקה זו שוחקת את מעמד בכורה שהעניק המחוקק לשפה העברית.

<sup>97</sup> זאת עושה ברק בנוסף לציטוט אמירותיו בעניין מפסק דין קסטנבאום.

<sup>98</sup> שם, 209.

<sup>99</sup> כמצוין לעיל, פסק הדין בעניין ראם לא נכנס לשיקולי מידתיות בשאלת הדומיננטיות הנדרשת של הכיתוב העברי לעומת הכיתוב הערבי וכך נפסלה עצם הדרישה לכיתוב עברי כלשהו.

<sup>100</sup> F. Schauer **Free Speech: a Philosophical Enquiry** 35-46 (1982)

לעמדה אחרת ראו: יפה זילברשץ "על חופש הביטוי המסחרי" **משפט וממשל ג** 509 (1996).

<sup>101</sup> חוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב) התשכ"ט 1969, סעיפים 61 ו-76.

<sup>102</sup> חוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965, סעיף 51.

<sup>103</sup> רע"א 12/99 **מרעי נ' סאבק**, פ"ד נג(2), 128 (1999).

בפרשת עדאלה נ' עיריית תל-אביב יפו,<sup>104</sup> נדונה דרישה לחייב עיריות אשר בתחומיהן מיעוט ערבי בן 6% ומעלה, לשלט את כל הרחובות ברחבי העיר גם בשפה הערבית. העיריות המשיבות הסכימו לשלט גם בשפה הערבית את הרחובות הראשיים ואת הרחובות הצדדיים באזורים בהם מתגוררת אוכלוסיה ערבית. המחלוקת הצטמצמה אפוא לשילוטם של רחובות צדדיים באזורים בהם לא מתגוררת אוכלוסיה ערבית. בית המשפט קיבל את העתירה, בדעת רוב.

עתירה זו באה לאחר שבעתירה קודמת, שהוגשה כנגד מע"צ,<sup>105</sup> התחייבה המדינה להחליף את כל שלטי ההכוונה בכבישים הבינעירוניים בארץ בשילוט הכולל את השפה הערבית, התחייבות שהובילה למחיקת העתירה. בעניין עדאלה, בית המשפט קיבל כהנחת מוצא את הסכמתה הדיונית של המדינה בעניין מע"צ וכן את הסכמתן הדיונית של העיריות המשיבות בעניין שילוט חלקי בתחומי הערים, מבלי שנדרש לשאלה האם הסכמות אלה נדרשות על-פי דין. חרף זאת, בית המשפט השתמש בהסכמה זו כטעם לביסוס הכרעתו במחלוקת בעניין עדאלה וקבע כי לאור ההסכמה של המדינה לכלול כיתוב בערבית בשילוט בינעירוני, חרף הפגיעה בזהותה היהודית של מדינת ישראל הכרוכה בכך, אין הצדקה להתנגדות להוספת כיתוב כזה בשילוט עירוני שבו הפגיעה בזהותה של המדינה חריפה פחות.<sup>106</sup>

שופטי הרוב נחלקו בהנמקה להכרעתם. הנשיא ברק עיגן את החובה לכלול כיתוב בערבית בשילוט עירוני בערים מעורבות בתכליות כלליות ובעקרונות חוקתיים. לעומתו, השופטת דורנר תלתה את הכרעתה לטובת העותרים בסימן 82 לדבר המלך במועצתו שלדעתה מטיל חובה להשתמש בשפה הערבית בצד השפה העברית. שופט המיעוט, מישאל חשין, סבר שדינה של העתירה להידחות. חשין הסביר שבבסיס העתירה עומדת דרישה להכרה בקיומה של זכות המיעוט הערבי להכרה והגנה על תרבותו, וטען שהקניית זכות חדשה זו היא עניין למחוקק לענות בו ולא לבית המשפט. גם בנושא זה, שוחקת עמדת הרוב את מעמד הבכורה שניתן בעבר לשפה העברית.

חריג להרחבת מעמדה של השפה הערבית בעידן המשפט החוקתי הפורמאלי ניתן לראות בפסק דין העוסק בשאלת השימוש בשפה הערבית בבתי משפט בישראל. בשנת 2002 עתר ארגון עדאלה לבג"צ בדרישה להסדיר שימוש בשפה הערבית בהליכים בפני בתי המשפט בישראל. בין הדרישות שנכללו בעתירה הייתה גם התביעה שההליכים בבתי המשפט יוכלו להתנהל בשפה הערבית.<sup>107</sup> בסופו של דבר, הסתיים ההליך ללא הכרעה, לאחר שהעותרת חזרה בה מעתירתה בעצת בית

<sup>104</sup> בג"צ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו (5) 393 (2002). (להלן: "עניין עדאלה" או "עניין עדאלה נגד עיריית תל-אביב-יפו").

<sup>105</sup> בג"צ 4438/97 עדאלה נ' מע"צ (העתירה נמחקה, 25.2.1999). (להלן: "עניין עדאלה נגד מע"צ").

<sup>106</sup> פסקה 24 לפסק דינו של הנשיא ברק בעניין עדאלה ("אכן, דווקא בשלטון המרכזי - בדרכים הבינעירוניות - מקובל על הכל כי הכיתוב על השילוט יהא גם בערבית. המחלוקת הינה דווקא בתחום המוניציפלי. במסגרת זו, הכרה בכיתוב בערבית פוגעת אך במעט בזהותה הלאומית של מדינת ישראל.")

<sup>107</sup> בג"צ 792/02 עדאלה נ' מנהל בתי המשפט. (לא פורסם).

המשפט, תוך שמירת זכויותיה.<sup>108</sup> עם זאת, העובדה שהעתירה לא התקבלה ואף לא הוצא בה צו על תנאי מלמדת על הסתייגותו של בית המשפט מהתביעה הנ"ל.

על פניו, הסתייגות זו עומדת במתח עם הכרעת בית המשפט בעתירה בעניין השילוט העירוני בערים מעורבות. בעתירה בעניין השילוט קבע בית המשפט כי על השלטון לאפשר לדוברי השפה הערבית נגישות לשונית מקסימאלית, ולכאורה שיקול זה חל לא פחות ביחס להליכים המתקיימים בבתי משפט. ההסתייגות מנוגדת גם לאמור בסעיף 82 לדבר המלך. סעיף 82 מחייב שימוש בשתי השפות הרשמיות ב"מודעות רשמיות", ובעתירה בעניין שילוט עירוני התעוררה השאלה האם שלטי רחובות נחשבים למודעות רשמיות. לעומת זאת, אין מקום להתלבטות לגבי החובה להעניק מעמד שוויוני לשפה הערבית בהליכים שיפוטיים, שכן סימן 82 קובע במפורש כי "אפשר להשתמש בשלוש השפות במשרדי הממשלה ובבתי המשפט". ייתכן שניתן לתלות את הלך הרוח השונה בהחלטה זו בהרכב השופטים הספציפי (מצא, חשין וטירקל) ממנו נפקד מקומו של הנשיא ברק, אשר ישב בדין בכל הפסיקות המשמעותיות שתוארו לעיל. ייתכן גם שמתקיימת כאן "בעיית נציג" קלאסית לפיה הנציג, בית המשפט במקרה זה, מתקשה להגיע לאותן תוצאות כאשר הדיון נוגע בממלכתו שלו.<sup>109</sup>

עם זאת, יש לציין כי בשנים שלאחר משיכת העתירה בנוגע למעמד השפה הערבית בהליכים שיפוטיים, התקבלו מספר החלטות בבתי משפט שלום ובבתי משפט מחוזיים שהכירו בערבית כשפה רשמית והעניקו לבעלי דין זכות מכוח סימן 82 להגיש ראיות בשפה הערבית מבלי לצרף להם תרגום עברי.<sup>110</sup>

הסקירה התמציתית של הפסיקה מלמדת על מגמה עקבית של בית המשפט העליון לשינוי מעמדה של השפה הערבית ולהשוואת מעמדה לזו של השפה העברית. זאת, בצד היסוס מנקיטת הצעד האחרון של הענקת מעמד רשמי לשפה הערבית. חריג להיסוס זה, ונכונות להשלמת המהלך, ניתן למצוא בפסק דינה של השופטת דורנר בעניין השילוט ובמספר פסקי-דין של ערכאות נמוכות.

---

<sup>108</sup> בעוד העתירה תלויה ועומדת, טענו סבן ואמארה כי הגשתה הובילה לשינויים מסוימים במצב הקיים, גם בהיעדר הכרעה שיפוטית. ראו סבן ואמארה 2004. כוונתם ככל הנראה לנסיגת המדינה מכוונתה המקורית לקצץ את שירותי התרגום מעברית לערבית ולהיפך הניתנים בבתי המשפט על חשבון המדינה. מרכיב זה היה המניע העיקרי להגשת העתירה וכך הוא מוצג באתר האינטרנט של העותרת. (ראו באתר עדאלה בכתובת:

<http://www.adalah.org/heb/legaladvocacy.php?file=legaladvocacycultural792>). עם זאת, בשונה מן המוצג באתר העותרת, העתירה כללה גם דרישה יומרנית הרבה יותר להפוך את ההליכים בבתי המשפט לדו לשוניים. יעד זה לא הושג.

<sup>109</sup> לדיון במושג "בעיית הנציג" (Principle-Agent Problem) ראו, למשל, ניר מנדל **הערכה כפתרון לבעיית הנציג** (עבודת גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן- הפקולטה למשפטים, 2006); Kathleen Eisenhardt, *Agency theory: An assessment and review*, 14 ACADEMY OF MANAGEMENT REVIEW 57 (1989).

<sup>110</sup> ראו, למשל, בש"א (נצרת) 2555/04 - סלים נ' עזבון אלג'אני תק-מח 2004(3), 10411, 10416 (2004). גם בית המשפט העליון הזכיר בהסכמה משתמעת פסק דין מחוזי המתיר הגשת ראיות בשפה הערבית. ראו ע"א 8837/05 מרשוד נ' אל שורטי פסקה כ'א לפסק דינו של השופט רובינשטיין (11.1.2009); (ת"א (מחוזי נצ') 5685/95 סלים נ' עזבון אלג'אני (לא פורסם, 29.9.04)); ע"א 2731/07 חמוד נ' חאג', פסקה 23 לפסק דינה של השופטת ארבל.

#### ה.4. הגירה לא יהודית

לסוגיית ההגירה השלכה כבדת משקל על זהותה הלאומית של ישראל. בעידן המשפט החוקתי המקובל הריבונות של שר הפנים לשלול כניסה לישראל ממי שאינם זכאי שבות כלל לא אותגרה בבית משפט. כפי שנראה מיד, בעידן המשפט החוקתי הפורמאלי אנו מוצאים מדיניות שונה בתכלית.

החקיקה הישראלית בתחום ההגירה מטפלת בין היתר בסיטואציה, המכונה בז'רגון "איחוד משפחות", בה אזרח המדינה מבקש להביא ארצה את בן זוגו הזר ולהעניק לו אזרחות. במקרים כאלו חוק האזרחות מקל על הליכי התאזרחות של בן הזוג ופוטר אותו מרוב התנאים בהם נדרש לעמוד מבקש התאזרחות רגיל.<sup>111</sup> עם זאת, חוק האזרחות הותיר בידי שר הפנים, גם במקרה זה, את שיקול הדעת האם להיעתר לבקשת האזרחות.<sup>112</sup> בפועל, שר הפנים נוהג לאשר רוב מכריע של בקשות אלה, ובעקבות הנחיית בג"צ<sup>113</sup> אף גיבש נהלים הקובעים תבחינים לכך.<sup>114</sup>

לאחר שנחתמו הסכמי אוסלו בין מדינת ישראל לבין אש"ף, חלה עלייה תלולה במספר הנישואים בין פלסטינאים תושבי השטחים לבין ערבים אזרחי ישראל. בנסיבות אלו, הובילה המדיניות המקלה של אישור התאזרחות לבני זוג של ישראלים לעלייה משמעותית ביותר במספר הפלסטינאים אשר התאזרחו בישראל מכוח איחוד משפחות. על פי נתוני משרד המשפטים, בין השנים 1994-2002 התאזרחו בישראל כ-130,000-140,000 פלסטינאים.<sup>115</sup>

בחודש מרץ 2002 הקפיא שר הפנים את ההליך המדורג לאיחוד משפחות של ישראלים עם בני זוג פלסטינאים. המניע המוצהר להחלטה היה ביטחוני, לאחר שפלסטיני שהחזיק בתעודת זהות ישראלית, אשר ניתנה לו כתוצאה מהליך איחוד משפחות של הוריו, ביצע פיגוע רב נפגעים. במאי 2002 עוגנה המדיניות בהחלטת ממשלה.<sup>116</sup> כנגד החלטת ממשלה זו הוגשו מספר עתירות לבג"צ.<sup>117</sup> בעוד ההליכים בבג"צ תלויים ועומדים חוקקה הכנסת את חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה),<sup>118</sup> המעגן את המגבלות שהטילה הממשלה על הגירה לצורכי נישואין בין

<sup>111</sup> חוק האזרחות, סעיף 7. לעניין זה אין כמעט חשיבות לשאלה האם האזרח מבין בני הזוג הינו יהודי. ראו: בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים נג (2) 728 (1999).

<sup>112</sup> ש.ם.

<sup>113</sup> ש.ם.

<sup>114</sup> לנוהל העדכני ראו, נוהל 5.2.0009, הטיפול בהסדר מעמד של בני זוג לאזרחים ישראלים, לרבות בני אותו מין, תאריך עדכון: 10.8.2009.

<sup>115</sup> מתוך דבריו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, מני מזוז, בדיון וועדת הפנים של הכנסת ביום 14.7.03 על הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. את פרוטוקול הדיון ניתן לראות באתר האינטרנט של הכנסת בכתובת: <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2003-07-14-01.html>

<sup>116</sup> החלטת ממשלה מס' 1813 מיום 12.5.2002.

<sup>117</sup> ראו למשל: בג"צ 4022/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים תק-על 2007(1), 188 (2007). העתירות התייתרו עם חקיקת החוק המתואר כאן. יחד עם זאת, לאור טענות העותרים ניתן בכל זאת בשנת 2007 פסק דין קצר בהליכים אלה הדוחה את העתירות התוקפות את החלטת הממשלה ולא את חוקתיותו של החוק.

<sup>118</sup> חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003.



אזרחי ותושבי ישראל לבין תושבי יהודה, שומרון וחבל עזה.<sup>119</sup> החוק נחקק כהוראת שעה, אשר נומקה באילוץ ביטחון. בתקופת תוקפו של החוק, שר הפנים והמפקד הצבאי מנועים מלהעניק היתרי שהייה בישראל, רישיון ישיבה ואזרחות ישראלית לתושבי השטחים, למעט במקרים חריגים מצומצמים ביותר המפורטים בחוק. החוק קבע מנגנון להארכת תוקפה של הוראת השעה על ידי הממשלה באישור הכנסת. הממשלה עשתה שימוש במנגנון מספר פעמים, ובכל פעם האריכה את תוקף החוק בחודשים ספורים. כנגד חוקתיות החוק הוגשו מספר עתירות לבג"ץ, שדן בהן בהרכב מורחב של 11 שופטים ודחה אותן על חודו של קול<sup>120</sup> (להלן, נטפל בפסק דין נוסף שניתן בעניין חוק זה בשנת 2012). בהתחשב בהערות בית המשפט במהלך הדיונים בעתירה תיקנה הכנסת את חוק הוראת השעה עוד בטרם ניתן פסק הדין.<sup>121</sup> החוק בגרסתו השנייה קבע מספר הקלות, ואפשר כניסה לישראל ורכישת מעמד בה בין היתר לנשים מעל גיל 25, לגברים מעל גיל 35, ולקטינים המבקשים להתאחד עם הוריהם. לאחר מתן פסק הדין תיקנה הכנסת את החוק פעם נוספת (להלן: הגרסה השלישית). החוק בגרסה השלישית הרחיב עוד את החריגים לאיסור ובנוסף הורה על הקמת ועדה אשר שר הפנים צריך להיעזר בה בבואו לאשר איחוד משפחות מטעמים הומניטאריים. הגרסה השלישית הרחיבה את האיסור על איחוד משפחות והחילה אותו גם על פונים אשר מדינות המוצא שלהם הן אירן, לבנון, סוריה או עיראק. גרסה זו גם הגדירה באופן ברור את שיקולי הביטחון אשר שר הפנים רשאי לשקול במסגרת שיקול דעתו.<sup>122</sup> במסגרת התיקון הנ"ל נקבע מנגנון המאפשר לממשלה להאריך את תוקף החוק באישור הכנסת לתקופה של עד שנה בכל הארכה. נכון להיום הוארך תוקף החוק עד 31.1.2013.

כאמור, העתירות הוגשו כנגד חוק הוראת השעה בגרסתו הראשונה, והמרחיבה ביותר. פסק הדין ניתן בשנת 2006 בשעה שהיה בתוקף החוק בגרסתו השנייה, שאפשרה לשר הפנים להתיר כניסת נשים מעל גיל 25, גברים מעל גיל 35 וילדים מתחת לגיל 14. בפסק הדין, שניתן בהרכב של אחד עשר שופטים והתפרש על פני 263 עמודים, נדחו העתירות כנגד חוקתיותו של חוק הוראת השעה, על חודו של קול.<sup>123</sup>

שופטי המיעוט סברו כי יש לקבל את העתירה ולהכריז על בטלות החוק. את חוות הדעת העיקרית בדעת המיעוט כתב הנשיא ברק ואליו הצטרפו השופטים בייניש, גובראן, חיות ופרוקצ'יה. ברק בחן את הסוגיה מן הזווית של בן הזוג הישראלי, תוך שהוא משאיר בצריך עיון את השאלה האם גם לבן הזוג הזר זכויות חוקתיות רלוונטיות. חוות דעתו מחולקת לשלושה חלקים. בראשון הוא בחן האם החוק פוגע בזכויות חוקתיות, בשני בדק האם הפגיעה בזכויות, בהנחה שיש כזו, עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, ובשלישי עסק בסעד הראוי, בהנחה שהפגיעה איננה מוצדקת.

<sup>119</sup> לרקע לחקיקת החוק ולניתוח ביקורתי של חוקתיותו ראו, ג. דוידוב, י. יובל, א. סבן וא. רייכמן "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003" משפט וממשל ח, 643 (2005); אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, ביטחון המדינה, ורוב יהודי - המקרה של הגירה לצרכי נישואין" הפרקליט מח 315 (2006).

<sup>120</sup> בג"צ 7102/03 ת"כ גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה; בג"צ 8099/03 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים; בג"צ 8263/03 אסכאפי נ' שר הפנים; בג"צ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, תק-על 2006(2), 1754 (2006).

<sup>121</sup> חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), תשס"ה-2005.

<sup>122</sup> חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), תשס"ז-2007. סעיף 7ד.

<sup>123</sup> בג"צ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים, תק-על 2006(2), 1754 (2006).

בחלק הראשון טען ברק כי את הזכות לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש לפרש ככוללת גם את הזכות להקים משפחה. לדידו, זכות זו כוללת את זכותו של האזרח הישראלי לקלוט את בן זוגו בישראל ולנהל בה את חייהם המשותפים. לאור זאת קבע ברק כי חוק הוראת השעה פוגע בזכות החוקתית להקמת משפחה. עוד קבע ברק כי החוק פוגע בזכות לשוויון של אזרחי ישראל הערבים, מכיוון שמבחינה מעשית החוק מופנה כמעט אך ורק כלפיהם ובמבחן התוצאה מפלה אותם בהשוואה לאזרחים יהודים ביחס ליכולתם לממש את הזכות למשפחה.

בחלק השני בחן ברק האם הפגיעה בזכויות לחיי משפחה ולשוויון עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. המדינה טענה כי תכלית החוק הינה למנוע פיגועי טרור, וברק קבע כי תכלית זו הינה ראויה. לעניינו חשוב לציין כי המדינה לא טענה לקיומה של תכלית נוספת ולכן ברק לא נדרש לבחון תכליות אחרות, ובכללן התכלית הדמוגרפית. לתכלית אפשרית זאת אשוב בהמשך. מכאן עבר ברק לבחון את מידתיות הפגיעה בזכות. כידוע, מבחני המידתיות הם שלושה: קשר אמצעי-מטרה, בחירה באמצעי המגשים את המטרה תוך פגיעה בזכות במידה הפחותה ביותר, ותועלת - במונחי הגשמת התכלית - העולה על הנזק - במונחי הפגיעה בזכות. ברק קבע כי קיים קשר רציונאלי בין האמצעי שנוקט החוק - הגבלה גורפת של כניסת פלסטינאים, לבין המטרה - מניעת טרור. עוד קבע ברק כי ניתן אמנם לנקוט אמצעי פוגעני פחות - בדיקה אינדיבידואלית של בקשות לאיחוד משפחות, אך אמצעי זה לא יניב אותה מידה של בטחון כמו הגבלה גורפת על הגירה, ולכן החוק צולח גם את מבחן המידתיות השני. אך לדעת ברק החוק כושל במבחן המידתיות השלישי, במובן זה שתוספת הביטחון הנובעת מהמנגנון שקובע החוק, בהשוואה לחלופה של בדיקה אינדיבידואלית, אינה עולה במשקלה על תוספת הנזק הנובעת מן המנגנון הקבוע בחוק. במילים אחרות, ברק סבור כי מן הראוי לשלם במטבע של סיכון בטחוני בכדי להפחית את הפגיעה בזכויות אדם.<sup>124</sup>

בחלק השלישי של חוות-דעתו עסק ברק בשאלת הסעד והציע להשעות את בטלות החוק לחודשיים ממועד מתן פסק הדין, כדי לאפשר למדינה להיערך לבדיקה אינדיבידואלית של בקשות לאיחוד משפחות. ברק אף הציע לאפשר למדינה לבקש להשעות את הבטלות בשישה חודשים נוספים, אם זו תחליט לעגן את ההסדר החדש בחוק.

לדעת המיעוט של ברק הצטרפו כאמור, השופטים ביניש, גובראן, חיות ופרוקצ'יה. פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה נבדל מפסקי דינם של חבריה לדעת המיעוט בשאלת תכלית החוק. פרוקצ'יה לא נתנה אמון בטענת המדינה לפיה המניע לחוק הוא רק בטחוני והפנתה - כטעם לחוסר האמון שלה - לדיון שנערך בכנסת במסגרת הליכי החקיקה ובו הציגו חברי כנסת שונים את השיקול הדמוגרפי כתכלית החוק. לחיזוק הספק הצביעה פרוקצ'יה על העובדה שהמדינה נמנעת מלהפעיל איסור גורף ביחס לפלסטינאים המבקשים היתרי עבודה זמניים בישראל ועל העובדה שהמדינה מצליחה להתמודד עם סכנת הטרור בקרב ערביי ישראל בשיטות של טיפול פרטני. נתונים אלה הובילו את פרוקצ'יה למסקנה כי הגנה על בטחון המדינה איננה התכלית היחידה שהחוק מבקש לקדם ונוספת לה התכלית של שמירה על המאזן הדמוגרפי בין יהודים לערבים בקרב אזרחי

<sup>124</sup> לקביעה דומה של ברק בפסק-דין אחר, ראו:

בג"צ מועצת הכפר בית סוריק נ. ממשלת ישראל פ"ד נה(5) 807 (2004).

המדינה. פרוקציה נמנעה מלחוות דעה ברורה בשאלה האם התכלית הדמוגרפית יכולה להוות תכלית ראויה, והסתפקה בחוסר המתאם בין התכלית המוצהרת לבין התכלית המשתמעת (כאמור, לדעתה בלבד) כטעם לקביעה כי החוק אינו צולח את מבחן התכלית הראויה.

מה חושבים יתר חברי ההרכב על התכלית הדמוגרפית? לכאורה, אין לדעת, שהרי רוב שופטי בית המשפט העליון קיבלו את טענת המדינה לפיה התכלית הביטחונית ולא הדמוגרפית היא שעמדה בבסיס החוק, ולכן לא נדרשו כלל לשאלת הלגיטימיות של התכלית הדמוגרפית. חיזוק לתשובה זו ניתן למצוא בדברי השופט חשין הנוזף בחבריו, פרוקציה וג'ובראן על שנגעו כדרך אגב בשאלה הדמוגרפית.<sup>125</sup> אולם, במחשבה שנייה ייתכן כי הימנעותם של השופטים מלהתייחס לשאלת הלגיטימיות של התכלית הדמוגרפית, יכולה ללמד משהו על עמדתם בנושא. לו היו סבורים שהתכלית הדמוגרפית לגיטימית ואינה מעוררת בעיות היו אומרים זאת במפורש.

שני נתונים מחזקים את התהייה על הימנעותם של רוב השופטים מלנגוע בשאלת הלגיטימיות של התכלית הדמוגרפית. ראשית, במהלך הדיון בעתירה התיר בית המשפט לעמותה בשם "הרוב היהודי לישראל" להצטרף לדיון כמשיבה. עמותה זו טענה כי השיקול הדמוגרפי בהחלט עומד ביסוד החוק, כי שיקול זה מהווה תכלית ראויה וכי החוק מגשים תכלית זו במידתיות. שנית, בתשובותיה לבג"צ המדינה אכן טענה כי החוק לא נועד להגשמת התכלית הדמוגרפית. אולם, היועץ המשפטי לממשלה הוסיף כי "גם אם תכליתו הדומיננטית של החוק הייתה דמוגרפית - מה שאין כן פני הדברים - הרי שתכלית זו עשויה לעלות בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית..."<sup>126</sup> העובדה שבית המשפט בחר להתעלם מהתבטאויות אלה מחזקת את התחושה שהשיקול הדמוגרפי ריחף בחלל בית המשפט, אך הוא נדמה על שופטי ההרכב כרוח רפאים מטילת מורא, עד כדי כך שנחפזו להיחבא מפניו.

ייתכן שהדבר מבטא שינוי מסוים בהתייחסותו של בית המשפט העליון למאפייניה של מדינת ישראל כמדינת הלאום היהודי. אם ביחס למעמד השפה העברית הציב בית המשפט את ערך הזהות היהודית של המדינה כשיקול מרכזי בפסיקותיו הגם שקבע כי הוא צריך להידחות מפני שיקולים אחרים, הרי שבסוגיית איחוד המשפחות שיקול זה נעדר לחלוטין מן השיח. מסקנה זו יש למתן לאור העובדה שהמדינה היא זו שנמנעה מלהציב במפורש ולכתחילה את השיקול של שמירה על זהותה היהודית של המדינה במסגרת השיקולים המבססים את הלגיטימיות של מדיניותה, מה שאפשר לבית המשפט להתעלם משיקול זה, חרף העובדה שהוא הוצג בפני בית המשפט וריחף בחללו. מנגד, ניתן בהחלט לטעון שהימנעות זו נבעה מהנחת באי כוחה של המדינה שהצגת שיקול זה באופן מפורש תחליש משמעותית את הסיכוי שבית המשפט יכשיר את החוק.

פסק הדין בעניין "איחוד המשפחות", כמו גם התנהלות המדינה במהלך הדיונים בעניין, שימשו במידה רבה סימן לבאות. באפריל 2011 פסל בית המשפט העליון נוהל של משרד הפנים לפיו עובדת זרה שילדה בישראל מחויבת לעזוב את ישראל בתוך 90 יום מהלידה.<sup>127</sup> פרקליטות

<sup>125</sup> פסקה 135 לפסק דינו של השופט חשין.

<sup>126</sup> פסקה 169 לסיכומי המדינה מיום 16.12.2003 בבג"צ 7052/03, כפי שצוטטה בפסקה 14 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

<sup>127</sup> בג"צ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (2011).

המדינה ביקשה להצדיק את הנוהל בטענה שהוא נועד למנוע השתקעות עובדים זרים בישראל מעבר לתקופת רישיון העבודה שלהם וכי הולדה וגידול ילדים בישראל הם מתכון להשתקעות ארוכת טווח.<sup>128</sup> אלא שאת הצורך למנוע השתקעות עובדים זרים בישראל נימקה המדינה בצורך לשמור מקומות עבודה פנויים לישראלים ובצורך לאכוף את דיני ההגירה לישראל. בעקבות הדברים, גם בית המשפט עסק אך ורק בטיעונים אלה, הנכונים בכל מדינה ולא דווקא במדינת לאום, והתעלם לחלוטין משיקול מרכזי העשוי לעמוד ביסודו של נוהל מעין זה וסביר שאכן עמד: הרצון למנוע פגיעה דמוגרפית ברוב היהודי המוצק במדינת ישראל כמדינת לאום יהודית.

בשנת 2012 שב בית המשפט העליון ונזקק לחוקתיותו של חוק הוראת השעה.<sup>129</sup> בית המשפט דחה שוב את העתירות כנגד חוקתיותו של חוק הוראת השעה ברוב של ששה נגד חמשה. ארבעה משופטי המיעוט, בייניש, ארבל, גובראן וחיות, חזרו על עמדת שופטי המיעוט בעניין עדאלה 2006 וקבעו כי חוק הוראת השעה פוגע באופן בלתי מידתי בזכויות למשפחה ולשוויון. השופט לוי, הצטרף לעמדת המיעוט אך נבדל מחבריו בטענתו כי החוק אינו הולם את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ואף אינו עומד בתנאי של תכלית ראויה.

בדומה לשופטי הרוב בעניין עדאלה 2006, גם ששת שופטי הרוב בעניין גלאון 2012 נחלקו בשאלה האם חוק הוראת השעה פוגע בזכויות חוקתיות. אולם, כל שופטי הרוב סברו כי גם אם חוק הוראת השעה פוגע בזכויות חוקתיות, פגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, לאור התכלית הביטחונית של החוק ובשים לב לחריגים לחוק.

חשוב לענייננו לציין כי ארבעה שופטים, לוי, נאור, ריבלין ומלצר, הזכירו בפסק דינם את התכלית הלאומית כתכלית העשויה להיות רלוונטית לבחינת חוקתיותו של חוק הוראת השעה ובכך סימנו אולי מגמת שינוי בפסיקה. אולם גם אותם שופטים נמנעו מלקיים דיון של ממש במשקלה של התכלית הלאומית בטענה שהיועץ המשפטי לממשלה לא העלה טענה זו בפניהם. בשורה התחתונה, גם פסק הדין בעניין גלאון משנת 2012 נמנע מלהעניק משקל ממשי כלשהו לעקרונות המדינה היהודית.

## **ה.5. השתתפות פוליטית**

סוגיית השתתפותן בבחירות של רשימות מועמדים השוללות את קיומה של ישראל כמדינתו של העם היהודי בעידן המשפט החוקתי הפורמאלי היא חריגה למתווה נייר עמדה זה ולכן אשאיר את הטיפול המחקרי בה למחקר אחר. בניגוד ליתר מאפייניה של ישראל כמדינת לאום, זהותה הלאומית של ישראל בהקשר של השתתפות פוליטית דווקא כן עוגנה בחוק יסוד סמוך לתחילת עידן המשפט החוקתי הפורמאלי. בשנת 1985 נחקק סעיף 7א בחוק יסוד הכנסת השולל השתתפות רשימות מועמדים השוללות "במפורש או במשתמע" את קיומה של ישראל "כמדינתו

<sup>128</sup> שם, פסקאות 7-11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

<sup>129</sup> בג"צ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באתר הרשות השופטת, 11.1.2012).

של העם היהודי".<sup>130</sup> לא בכדי, סוגיית ההשתתפות הפוליטית כלל לא מופיעה בהצעת חוק יסוד ישראל מדינת הלאום של העם היהודי. יש לשער כי עיגונה הפורמאלי של זהותה הלאומית של ישראל בחוק יסוד הכנסת, והתאמתה העניינית לחוק יסוד הכנסת, פטרה את מציעי חוק היסוד מלטפל בסוגיה זו.

עולה מן הדברים כי סוגיית ההיבט הלאומי בתחום ההשתתפות הפוליטית בעידן המשפט החוקתי הפורמאלי אינה רלוונטית לדיון הנערך בנייר עמדה זה הן מפני שסוגיה זו חריגה למתווה הנייר בכך שיש בעניינה סעיף מפורש בחוק יסוד הכנסת והן מפני שסוגיה זו כלל לא נכללת בהצעת חוק יסוד ישראל מדינת הלאום. לפיכך אשאיר את המחקר בעניין טיפול בתי המשפט בסוגיה זו בעידן המשפט החוקתי הפורמאלי למאמר אחר.

---

<sup>130</sup> בשנת 2002 תוקן הסעיף והפסילה מכוונת כיום כנגד מועמדים בודדים או רשימות מועמדים השוללים את קיומה של ישראל "כמדינה יהודית ודמוקרטית".

## 1. שחיקת זהותה היהודית של ישראל בפסיקת בתי המשפט

לסיכום סקירתנו בעניין השינויים במשקל שמעניק בית המשפט לזהותה של ישראל כמדינה יהודית במשך השנים, נתבונן שוב בשלוש נקודות ציון מתוך סקירתנו עד כה:

בשנת 1965, בעידן המשפט החוקתי המקובל, נתקל בית המשפט בסוגיה המצריכה לאזן בין שני ערכים: בין הזכות לבחור ולהיבחר מצד אחד לבין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית מצד שני. הזכות לבחור ולהיבחר נחשבת זכות האזרח היסודית ביותר בכל דמוקרטיה. הזכות לבחור ולהיבחר גם עוגנה פורמאלית, כבר באותה העת, במסגרת חוק יסוד הכנסת. מנגד, ערכיה של ישראל כמדינת לאום כלל לא עוגנו בחקיקת הבחירות באותה העת. בית המשפט פסק כי ערכיה של ישראל כמדינה יהודית נהנים מעליונות. אופייה היהודי של ישראל הוא "עובדת יסוד קונסטיטוציונית" המהווה תנאי מקדים לכל שיח זכויות בישראל ולפיכך גם גובר על זכויות אחרות.<sup>131</sup> במונחי המשפט החוקתי העכשווי, הלכת ירדור מקיימת "איזון אנכי" בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית לבין הזכות לבחור ולהיבחר כאשר יהדותה של ישראל זוכה למעמד הבכורה באיזון אנכי זה.

בשנת 1992, נחקקו שני חוקי יסוד המעגנים זכויות אדם אינדיבידואליות מבלי לטפל באופן דומה בהגנה חוקתית על זהותה של ישראל כמדינת לאום. בשנת 1993, סמוך מאוד לחקיקת אותם שני חוקי יסוד, מוצאים אנו קונפליקט בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית בהקשר של המעמד המיוחד של השפה העברית במדינת לאום יהודית לבין הזכות לחופש הביטוי של מפרסמי מודעות בלוחות המודעות של עיריית נצרת עילית.<sup>132</sup> בפסק דין ראם בו נדונה סוגיה זו השופט ברק מרבה בשבח ערך הגנת בכורתה של השפה העברית כחלק מזהותה היהודית של ישראל. אך בסופו של דבר מגדיר ברק את ההגנה על זהותה היהודית של ישראל בהיבט הלשוני כ"אינטרס ציבורי". אל מול האינטרס הציבורי מציב ברק בסוגיה זו "זכות": הזכות לחופש הביטוי. ברק קובע כי בין ערך המדינה היהודית המוגדר כ"אינטרס ציבורי" לבין ערך הגנת חופש הביטוי המוגדר כ"זכות", יש לקיים "איזון אנכי". אך הפעם, בניגוד לפרשת ירדור, האיזון האנכי הוא הפוך: ערך זכות האדם לחופש ביטוי ממוקם בקוטב הגבוה של האיזון האנכי ואילו ערך המדינה היהודית ממוקם בקוטב הנמוך. כך התהפכו היוצרות הערכיות בבית המשפט העליון, מתפיסת המדינה היהודית כערך עליון בעידן המשפט החוקתי המקובל לתפיסת זכויות האדם האינדיבידואליות כבעלות מעמד בכורה אל מול ערך המדינה היהודית בשנת 1993 לאחר חקיקת חוקי היסוד של שנת 1992. מעניין לציין כי נוכחותם של חוקי היסוד נעדרת כמעט כליל בפרשת ראם, ובאותה העת טרם פותחה בפסיקה היכולת לתלות בכבוד האדם זכויות אחרות כמו חופש הביטוי, אך בכל זאת, בית המשפט כבר ניצב באותה העת בעידן חדש: איזון ערכיה של ישראל כמדינה יהודית אל מול זכויות אדם האינדיבידואליות, התהפך.

<sup>131</sup> בג"צ 1/65 ירדור נ. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3), 365 (1965).

<sup>132</sup> ע"א 105/92 ראם מהנדסים נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189 (1993).

בשנת 2006, בפרשת עדאלה נ' שר הפנים בעניין איחוד המשפחות,<sup>133</sup> כמו גם בשנת 2012 בפרשת גלאון באותו עניין,<sup>134</sup> כבר נמצאים אנו עמוקות בתוך המהפכה החוקתית. בג"צ בוחן ביטולו של חוק הוראת השעה לאור פגיעתם בזכות למשפחה ובזכות לשוויון – שתי זכויות שאינן כתובות בחוקי היסוד אך נלמדות מהם בדרך של פרשנות מרחיבה. בית המשפט מתחבט בשאלה האם הפגיעה בזכויות אלה ראויה לאור הצורך הביטחוני בחוק הוראת השעה ומכריע לטובת חוקתיותו של חוק הוראת השעה ברוב שברירי. השיקול הדמוגרפי בדבר שמירת זהותה של ישראל כמדינה יהודית כלל לא נשקל בפסק הדין כשיקול רלוונטי.

אם כן, בעידן המשפט החוקתי המקובל המשוואה הערכית בין מדינה יהודית לבין זכויות אחרות מתאפיינת באיזון אנכי: לטובת ההגנה על ערך המדינה היהודית. בתחילת עידן המשפט החוקתי הפורמאלי המשוואה הערכית מתהפכת ושוב מוצאים אנו איזון אנכי: לטובת ההגנה על זכויות אדם האינדיבידואליות. עם העמקת המהפכה החוקתית שהתאפיינה בטיפול בערכי זכויות פרט בלבד ניצבים אנו בפני יחס חדש של בית המשפט לערכיה של ישראל כמדינה יהודית: ערך המדינה היהודית כלל לא משתתף במשוואת האיזון החוקתי של בית המשפט העליון בישראל.

---

<sup>133</sup> בג"צ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים, תק-על 2006(2), 1754 (2006).

<sup>134</sup> בג"צ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באתר הרשות השופטת, 11.1.2012).

## ז. הצורך המשפטי בחוק יסוד ישראל מדינת הלאום היהודית

"ערכיה של ישראל כמדינה יהודית הם בעלי מעמד חוקתי-על-חוקי. הם משפיעים על פירושם של כל חוקי היסוד ומשפיעים בכך על חוקתיותם של כל החוקים. הם משפיעים על פירושם של כל המקסמים המשפטיים, שכן יש לראות בהם חלק מערכי היסוד של מדינת ישראל ובכך גם חלק מהתכלית הכללית המונחת ביסוד כל טקסט משפטי בישראל. כך למשל, חוקה היא כי כל חוק של הכנסת וכל צו של הממשלה נועדו להגשים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית." (אהרון ברק, "שופט בחברה דמוקרטית")<sup>135</sup>

זהותה של ישראל כמדינת לאום יהודית המחויבת לערכים דמוקרטיים נמצאת בלב הקונסנזוס בישראל. זהות זו ניצבת גם על קרקע מוסרית איתנה הנסקרת בנייר עמדה מקביל לנייר זה.<sup>136</sup> אך למרות העובדה שתפיסה זו בחברה הישראלית לא השתנתה במהלך שנותיה של ישראל, הרי שהצגתי בנייר שינוי של ממש בתפיסה השלטת במשפט הישראלי. השינוי במשפט הישראלי התרחש בראש ובראשונה בשל תקלה. המשפט הישראלי החל תהליך מעבר ממשפט חוקתי מקובל למשפט חוקתי פורמאלי. לנוכח העמדות הרווחות בציבור, כמו גם לנוכח המחויבות למדינה "יהודית ודמוקרטית" בחוקי היסוד שנחקקו בשנת 1992, ניתן לקבוע כי תהליך זה נועד לעגן את שני סוגי הערכים שאפיינו את המשפט החוקתי המקובל: הן ערכיה של ישראל כמדינה המחויבת לזכויות אדם והן ערכיה כמדינה יהודית. אלא שהתהליך האמור נפסק באמצע התרחשותו מסיבות שאינן מענייניו של נייר עמדה זה. כך, מבלי שהחברה הישראלית התכוונה לכך נכנסה ישראל לעידן המשפט החוקתי הפורמאלי עם מפה ערכית חד צדדית: כיום ערכיה של ישראל כמדינה המחויבת לזכויות אדם מעוגנים בחוקי יסוד באופן ישיר או עקיף ואילו ערכיה של ישראל כמדינה יהודית אינם מעוגנים. התוצאה שגזר בית המשפט ממפה נורמטיבית זו היא שבכל סוגיה בה מתעורר מתח בין ערכיה של ישראל כמדינה יהודית לבין ערכים מתחום זכויות האדם הרי שיד האחרונים תהיה על עליונה.

הצעת חוק יסוד ישראל מדינת הלאום של העם היהודי נועדה לתקן את העיוות שנוצר במשפט החוקתי הישראלי. הצעה זו אינה באה ליצור מפה נורמטיבית זרה למפת הערכים של ישראל. הצעה זו באה לעגן בחוק יסוד את ערכיה של ישראל כפי שכבר נתעצבו במשפט הישראלי בעידן המשפט החוקתי המקובל. זכויות אדם אינדיבידואליות כבר מעוגנות בחוקי היסוד של 1992. בכדי לשמר את השילוב הערכי בין זכויות אינדיבידואליות לבין ערכים לאומיים יש צורך כי לצד חוקי היסוד שנחקקו בשנת 1992 תעוגן גם זהותה הלאומית של ישראל בחוק יסוד. הצעה זו מתקנת אפוא עיוות שנוצר במשפט החוקתי הפורמאלי מבלי שאיש הכריז על כוונת שינוי כזו.

<sup>135</sup> אהרון ברק שופט בחברה דמוקרטית 89 (2004).

<sup>136</sup> ראו: אביעד בקשי, הצעת חוק יסוד ישראל מדינת הלאום – ההצדקה המוסרית (2012).



## הצעת חוק היסוד קובעת בסעיף קטן 1(א) כד:

1. (א) מדינת ישראל היא הבית הלאומי של העם היהודי בו הוא מממש את שאיפתו להגדרה עצמית על-פי מורשתו התרבותית וההיסטורית.

סעיף קטן זה בהצעת החוק מעגן את אופייה של ישראל בדומה לאופן בו עוגן אופייה בעידן המשפט החוקתי המקובל בידי הנשיא אגרנט:

"לא יכול להיות ספק בדבר - וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה - כי לא זו בלבד שישראל היא מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה "כמדינה יהודית בארץ ישראל", כי האקט של הקמתה נעשה בראש וראשונה בחוקף "זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו באקט זה משום הנשמת שאיפת הדורות לנאולת ישראל"<sup>137</sup>....

## הצעת חוק היסוד קובעת בסעיף קטן 1(ב) כד:

(ב) הזכות למימוש ההגדרה העצמית הלאומית במדינת ישראל ייחודית לעם היהודי.

סעיף קטן זה מגדיר לראשונה את זהותה של ישראל כמדינת לאום המיועדת דווקא לעם היהודי כ"זכות". הצורך בהגדרה זו נובע מהתפתחות הפסיקה עליה הצבעתי בעניין שפת המודעות בלוחות המודעות העירוניים של נצרת עילית בפרשת ראם. ראינו כי בית המשפט הגדיר את ערך המדינה היהודית המתבטא בשפה העברית כ"אינטרס ציבורי" וקבע כי יש לקיים "איזון אנכי" לרעת אותו אינטרס ציבורי כאשר מנגד עומדת "זכות" כמו הזכות לחופש הביטוי.

סעיף קטן זה יגדיר כי רעיון מדינת הלאום היהודי מהווה "זכות" במלוא משקלה הנורמטיבי במאזן החוקתי. בכך ישנה המחוקק את קביעת השופט ברק בפרשת ראם בחזרה למפה הערכית של עידן המשפט החוקתי המקובל.

למען הסר ספק, סעיף קטן זה גם קובע כי הזכות להגדרה עצמית מדינתית ייחודית לעם היהודי. רעיון ההגדרה העצמית הלאומית בכלל ורעיון המדינה היהודית על נסיבותיו הייחודיות של העם היהודי כעם הזקוק למקלט בטוח בפרט, מבוסס על כך שתתקיים מדינה אחת בעולם בה הקבוצה הלאומית הדומיננטית תזכה להגנה מדינתית. הרעיון הוא שהמדינה מחויבת לקולקטיב לאומי מסוים בכל קצוות תבל תוך שמירת זכויות כלל אזרחיה. לפיכך סעיף קטן זה קובע גם את הבלעדיות המתבקשת של ההגדרה העצמית הלאומית של העם היהודי במדינת ישראל. זאת כמובן מבלי לפגוע פגיעה כלשהי בכלל זכויות האדם של אזרחי ישראל, יהודים כערבים, המעוגנים כבר בחוקי היסוד של 1992 ובמפעל הפרשנות המרחיבה שבית המשפט ייחס לאותם חוקים בשני העשורים האחרונים.

<sup>137</sup> בג"צ 1/65 ירדור נ. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3), 365, 385 (1965).

## הצעת חוק היסוד קובעת בסעיף קטן 1(ג) כך:

(ג) האמור בחוק יסוד זה או בכל דבר חקיקה אחר יפורש לאור הקבוע בסעיף זה. פסק דין מרכזי בו פיתח בית המשפט העליון את המהפכה החוקתית הוא פסק דין גנימאת.<sup>138</sup> בפסק דין זה לא בוטל חוק כלשהו ואף על פי כן מדובר באחד מפסקי הדין המכוננים של המהפכה החוקתית. בהלכת גנימאת קבע בית המשפט כי בעקבות חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו משתנה באחת פרשנותם של כלל חוקיה של מדינת ישראל. מעת חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו יש לפרש כל דבר חקיקה שנחקק בישראל מאז הקמתה ואף קודם לכן, בהתאם לערכיו של חוק היסוד. בעקבות זאת הורה בית המשפט לסטות מפרשנות ארוכת שנים של חוק המעצרים שהיה תקף באותה העת, לפרש אותו בהתאם לעקרונות חוק יסוד כבוד האדם וחירותו ולשנות בעקבות פרשנות זו את הדין הנוהג בתחום המעצרים.

סעיף קטן 1(ג) בהצעת החוק נועד להבטיח שגם ערכיה של ישראל כמדינת לאום יהוו חלק מרכזי ב"קופסה השחורה" שבמוחו של כל שופט בבואו לפרש את חוקיה של מדינת ישראל.

סעיף קטן זה נועד גם להוות כלי פרשני בידי שופט המפרש את חוקי היסוד של 1992. בעניין זה המחוקק לא מחדש דבר מכיוון ששני חוקי היסוד הנזכרים מכילים סעיף מטרה המבהיר כי הם נועדו לעגן את ערכיה של ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית".<sup>139</sup> יחד עם זאת, כעולה מהסקירה בנייר עמדה זה, בית המשפט של עידן המשפט החוקתי הפורמאלי לא ייחס משקל מספק לסעיפי המטרה בחוקי היסוד ושחק באופן דרמטי את משקלו של עקרון המדינה היהודית במצבים בהם היה צריך לאזן בינו לבין עקרונות של זכויות אדם האינדיבידואליות. לכן מתעורר צורך מרכזי ביותר לקבוע בחוק יסוד ישראל מדינת הלאום סעיף פרשני מקביל לעיקרון הפרשני שייחס בית המשפט לחוקי היסוד של 1992 בהלכת גנימאת בכדי להבטיח שאכן המשפט הישראלי יהיה נאמן לערכיה הדואליים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

**הצעת חוק היסוד מעגנת ביתר סעיפיה** סדרה של מאפיינים פרטיקולריים של ישראל כמדינת לאום יהודית. מדובר בסוגיות אותן סקרנו במחקר זה כאשר הצעת חוק היסוד מבקשת להחזיר בעניין את המעמד שנתן המשפט החוקתי המקובל לעקרון המדינה היהודית באותן סוגיות. סוגיות נוספות המפורטות בהצעת חוק היסוד כבר מעוגנות בחקיקה רגילה, ובראשן חוק השבות, והצעת חוק היסוד נועדה למנוע שחיקה עתידית במשקל עקרון המדינה היהודית בשל העובדה שעל פי קביעת בית המשפט, מעמדם של חוקים רגילים נמוך פורמאלית ממעמדם של חוקי יסוד. בכדי להבטיח שמירת זהותה היהודית של ישראל בכל אותן סוגיות יש צורך לעגן את זהותה היהודית של ישראל באותן סוגיות באמצעות סעיפים מפורשים בחוק יסוד ישראל מדינת הלאום של העם היהודי.

<sup>138</sup> דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995).

<sup>139</sup> ראו:

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיף 1א.

חוק יסוד: חופש העיסוק, סעיף 2.

לסעיפים העוסקים במאפיינים הפרטיקולריים חשיבות גם מהיבט נוסף. כפי שכבר ראינו גם בעידן המשפט החוקתי הפורמאלי שופטים כתבו בשבח ערכיה של ישראל כמדינת לאום יהודית.<sup>140</sup> שאלת המבחן היא האם מדובר באמירות עקרוניות בלבד או שלאמירות עקרוניות אלו יש נפקות משפטית מעשית בסוגיות מעשיות בהן נדרש לערוך איזון ממשי בין ערכים מתנגשים. תשובתה של הצעת חוק היסוד היא שלערכיה של ישראל כמדינת לאום יש נפקות ממשית בהסדרים פרטיקולריים.

---

<sup>140</sup> ראו למשל דבריו של הנשיא ברק בתחילת פרק זה בטקסט ליד הערה 135.

## ח. מסקנות

רבות דובר עד היום על המהפכה החוקתית שהתרחשה בישראל בעשרים השנים האחרונות. השיח בעניין זה מתמקד אך ורק בסמכות שרכש לעצמו בית המשפט לפסול חקיקה ראשית של הכנסת. בנייר זה הצבעתי על מהפכה חוקתית נוספת, סמויה מעינו של המחקר עד כה, שהתרחשה ביחס לערכיה של ישראל. הראיתי כי בעשרות שנותיה הראשונות של ישראל, בעידן המשפט החוקתי המקובל, ידע בית המשפט להגן הן על ערכיה של ישראל כמדינה המחויבת לזכויות אדם אינדיבידואליות והן על ערכיה כמדינת לאום המחויבת לזכותם של בני העם היהודי בארץ ובעולם למדינת לאום משלהם. הראיתי כי עקרון המדינה היהודית אף נתפס כעקרון-על שמפאת חשיבותו גובר על זכויות פרט המתנגשות עימו. המהפכה החוקתית הפורמאלית של 1992 נגדעה באמצע תהליך חקיקת חוקי היסוד וכתוצאה מכך מצאה עצמה ישראל עם מפת ערכים חדשה שהיא זרה לערכיה ההיסטוריים, זרה להשקפת העולם של מרבית אזרחיה, זרה למנדט שנתנו האומות המאוחדות להקמתה וזרה להצדקות המוסריות לעצם קיומה. המהפכה החוקתית הסמויה שינתה את ערכיו של המשפט הישראלי ממשפט המחויב בראש ובראשונה לזהותה הלאומית של ישראל ויודע לצד זאת לשמור היטב על זכויות אדם, למשפט חוקתי המאפיין מדינה שאיננה מדינת לאום ובה זכויות אדם אינדיבידואליות מהוות חזות הכל.

בנייר זה סקרתי גם את פסיקת בית המשפט בסוגיות קונקרטיות הנוגעות לזהותה כמדינת לאום יהודית, והשוויתי בין עידן המשפט החוקתי המקובל לעידן המשפט החוקתי הפורמאלי. סקירה זו הובילה למסקנות נחרצות בדבר שחיקה דרמטית של משקל זהותה הלאומית של ישראל בעידן העכשווי. הצבעתי על תהליך שחיקה מתמשך המקיף סוגיה אחר סוגיה. הצבעתי על כך שראשיתו של תהליך שחיקה זה בהיפוך ערכיה של ישראל: מאיזון אנכי לטובת הזכות למדינת לאום מול הזכות לבחור ולהיבחר בהלכת ירדור, לאיזון אנכי **הפוך** לטובת הזכות לחופש הביטוי מול ערך מדינת הלאום שירד בדרגתו והפך ל"אינטרס ציבורי בלבד" בשנת 1993 בהלכת ראם. המשכו של תהליך שחיקה זה הוא בזניחה מוחלטת של הזכות למדינת לאום יהודית במשפט החוקתי הישראלי. לאחר כעשור וחצי של דחייה מתמדת של ערך המדינה היהודית מפני ערכי זכויות אדם האינדיבידואליות, הגיע שלב חדש בו ערך המדינה היהודית יורד כליל ממפת האיזונים וכלל לא מופיע כשיקול רלוונטי.

הצעת חוק יסוד ישראל מדינת הלאום של העם היהודי נועדה להחזיר את המשפט הישראלי למסלולו המקורי. כשם שעידן המשפט החוקתי המקובל שיקף במקביל את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית וכמדינה המחויבת לזכויות אדם אינדיבידואליות כך גם עידן המשפט החוקתי הפורמאלי צריך לשקף את שילובם של שני ערכים אלו. ערכיה של ישראל כמדינה המחויבת לזכויות אדם אינדיבידואליות כבר עוגנו פורמאלית בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, בחוק יסוד חופש העיסוק ובפסקי דין שקראו לזכויות נוספות לתוך אותם חוקי יסוד. כדי להחזיר את האיזון למשפט החוקתי הישראלי יש צורך לעגן פורמאלית את ערכיה של ישראל כמדינת לאום יהודית באמצעות חקיקת חוק יסוד ישראל מדינת הלאום של העם היהודי.