

"מדינה יהודית ודמוקרטית": זכויות אדם ונכסים לאומיים – עקרון השוויון בראי זכויות בני המיעוט הערבי

עודד מודריק

תקציר

מערש לידתה של מדינת ישראל נטבע בה הצירוף המזהה "יהודית ודמוקרטית" כמין סימן מים בלתי ניתן להסרה. "יהודית ודמוקרטית" היא תווית זיהוי ששורשיה במגילת העצמאות, והיא הולכת ונפרשת לאורכו, לרוחבו ולעומקו של פסיפס דיני רב אנפין: חוקי יסוד, חקיקה ראשית ומשנית, ופסיקת בתי המשפט. התכנים המהותיים של הביטויים המושגיים "יהודית" ו"דמוקרטית" מצויים במישורים שונים: "יהודית" היא ביטוי מכליל של קובץ הנכסים הלאומיים הערכיים ושל המורשת ההלכתית במידה שזו משולבת בהם, ו"דמוקרטית" היא ביטוי מכליל של מערך זכויות אדם אישיות וקבוצתיות. שני המישורים הנפרדים מתקיימים באותו מרחב – מדינת ישראל.

"חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי", אשר ראה אור זה מקרוב, עורר סערה ציבורית גדולה. הטענה הניבטת מבין ומתוך השיטין של הביקורת הציבורית כלפיו היא, שחוק הלאום שומט את הקרקע תחת דימויה הייחודי של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לאחר שמנפים מן הביקורת על חוק הלאום הסתייגויות אנטי-ציוניות ופוסט-ציוניות, וכן הסתייגויות המונעות משיקולים פוליטיים זרים, נותרת טענת הסתייגות אחת, שנוגעת לעקרון השוויון. הטענה היא, שאי-הכללת עקרון השוויון והיעדר אזכורו של עיקרון זה בחוק היסוד מערערים את הזכות לשוויון של בני המגזר הערבי במדינת ישראל, וממילא מקנים להם מעמד של אזרחים מדרגה שנייה (או נחותה). המאמר בוחן את הטענה באספקלריה של שלושה נושאים מרכזיים ובהקשרם לזכויות בני המיעוטים: איחוד משפחות, הקצאת מקרקעי המדינה ומעמד השפה הערבית.

התמה הכללית של המאמר משולשת:

א. חוק הלאום איננו יוצר עיוות (דפורמציה) בתשתית הדינית שעליה מבוססת זכויות היסוד בכלל ושל בני המיעוטים בפרט, ומכאן שגם הלכה למעשה לא צריך לחול שינוי בהיקף זכויות היסוד וביישומן על בני המיעוטים.

ב. חוק הלאום מקנה עיגון בחוק יסוד לנכסים הלאומיים היהודיים, שרובם ככולם עוגנו קודם לכן בחקיקה ראשית ובפסיקת בית המשפט העליון. המעמד החוקתי אינו יוצר "יש מאין", אך במובן מסוים הוא "מחסן" את הנכסים הללו מפני פגיעה בהם מצד "תחרות" או הכרה בנכסים לאומיים של האוכלוסייה הערבית.

ג. חוק הלאום, מנקודת מבט יהודית וציונית, אינו משנה את האיזון העדין שמתקיים לאורך שנות עצמאות ישראל בין "יהודית" ל"דמוקרטית". מבנה שיטת המשפט של מדינת ישראל יבטיח הגנה על האיזון האמור גם בעתיד, בסביבת מערך החוקה השלם של חוקי היסוד.

מילות מפתח: "יהודית ודמוקרטית", מדינה יהודית, מדינה דמוקרטית, חוק הלאום, חוקת זכויות היסוד, מגילת העצמאות, שוויון, נכסים לאומיים, איחוד משפחות, הקצאת מקרקעי המדינה, השפה הערבית

פרופ' **עודד מודריק** - פרופ' חבר באוניברסיטת אריאל בשומרון,
וסגן נשיא (בדימוס) בבית המשפט המחוזי בתל אביב;
odedmu@ariel.ac.il

חבוא

מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. דומה שאין אדם מישראל, מתינוקות של בית רבן ועד ראשי העדה, שפיו אינו ממלל את שתי התיבות המצורפות הללו - יהודית ודמוקרטית. כמדינה יהודית, מדינת ישראל יחידה ומתייחדת מכל שאר המדינות שבעולם, וכמדינה דמוקרטית רגילים לומר שמדינת ישראל היא תופעה יחידה ומיוחדת - ימה וקדמה, צפונה ונגבה, במזרח התיכון ובחוג רחב למדי מעבר לו. לאור ייחודיות זו, צירוף שתי התיבות לאגודה אחת והתגבשות הצירוף במדינת ישראל מעוררים דימוי של מעין התגשמות חזון אחרית הימים הנבואי - ”מִצִּיּוֹן תֵּצֵא תוֹרָה“ (ישעיהו ב, ג), שתהיה מופת, סמן ומצפן לשאר האומות: ”וְשָׁפַט בֵּין הַגּוֹיִם וְהוֹכִיחַ לְעַמִּים רְבִים“ (שם ב, ד).

”חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי“ (להלן: חוק הלאום), אשר ראה אור זה מקרוב,¹ עורר סערה ציבורית גדולה. הטענה הניבטת מבין ומתוך השיטין של הביקורת הציבורית כלפיו היא, שחוק הלאום שומט את הקרקע תחת דימויה הייחודי של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. גם אם נצרוף מתוך בליל קולות המבקרים את סיגי הביקורת בזירה הפוליטית-מפלגתית, נמצא גינויים לחוק היסוד מפי אנשי אקדמיה, משפטנים, אנשי רוח והגות ובעלי טורי פרשנות.² הממעטים רואים את חוק היסוד כ”מיותר“, ”גרוע“ ו”לא מכבד“;³ המתונים יותר רואים בו ”הדרת המיעוט“,⁴ ”אתנוצנטרי ומפלה“,⁵ ו”גימוד זכויות האדם“;⁶ והמקצינים סבורים שהחוק ”חותר במוצהר תחת המשטר“,⁷ בעל ”פוטנציאל פילוג

1 פורסם: ס”ח תשע”ח מס’ 2743, 26 ביולי 2018, עמ’ 898 (ה”ח הכנסת תשע”ח מס’ 768, עמ’ 134).

2 בזמן כתיבת מאמר זה טרם פורסמו מאמרי ניתוח, ביקורת ופרשנות אקדמיים על חוק הלאום. ביטויי הביקורת שיובאו להלן, המדגימים את גינויו, לקוחים מאמצעי התקשורת ומניירות עמדה של גופים שונים.

3 לדוגמה, כך התבטא שופט בית המשפט העליון (בדימוס) סלים ג’ובראן בראיון רדיו, צוטט במדור ”פוליטי“, הארץ, 31 ביולי 2018; יהודה בן מאיר, ”חוק הלאום מיותר אך התקפות השמאל היסטוריות“, הארץ, 23 ביולי 2018; אלכסנדר יעקובסון, ”חוק הלאום: בושה כן, אפליה לא“, הארץ, 22 ביולי 2018.

4 מרדכי קרמיניצר, ”הכנסת ממוטטת את הכבוד לחוק“, הארץ, 6 באוגוסט 2018.

5 שלמה אבינרי, ”על ציונות ואזרחות שווה“, הארץ, 10 באוגוסט 2018.

6 מרדכי קרמיניצר ועמיר פוקס, ”הצעת חוק יסוד ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי: האם צריך להקים מחדש את המדינה היהודית?“, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 10 ביולי 2018.

7 רוית צמח, ”חוק הלאום חותר במוצהר תחת המשטר“, הארץ, 2 באוגוסט 2018; מני מאוטנר, ”חוק הלאום נותן תוקף לכיבוש“, הארץ, 31 ביולי 2018.

והרס [...] גלוי לעין",⁸ "מקבע את ההפליה כערך חוקתי [...] מייצר מצב של דיכוי ושליטה",⁹ "לא פחות מאפרטהייד [...] דרום אפריקה".¹⁰

בד בבד פורסמו - גם מצד אנשי הגות ומחשבה - אמירות תמיכה בחוק הלאום,¹¹ ואף שגורמים חשובים בעלי השקפת עולם לאומית-ליברלית הציגו הסתייגויות ממנו, ברי שהן אינן משקפות, אף לא כמלוא הנימה, הסתייגות מהגדרתה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי.¹²

המחלוקת הציבורית המתוארת לעיל היא המניע לכתיבת רשימה זו, אף שיש להדגיש שאינני מכוון לנקיטת עמדה תומכת בחוק הלאום או מסתייגת ממנו, וכן לא אדון בשאלת קיום או היעדר הצדקה עניינית לחוק, במידת התועלת או הנזק שבו, וממילא גם לא בשאלת התבונה הפוליטית של חקיקתו לעת הזאת. יתר על כן, חוק הלאום איננו הליבה המרכזית של רשימה זו, ולכן לא אבחן את היסטוריית החקיקה שלו, את הנסיבות שהוליכו אליה ואת תכליתה כפי שדימו אותה לעצמם יוזמיו בגרסותיו השונות.

מטרתי שונה - ענייני במציאות הנורמטיבית שהתגבשה לפני חוק הלאום, וזו שמתקיימת כעת בעקבותיו. הטענה שחוק הלאום חותר תחת זיהויה של המדינה כמדינה דמוקרטית, כמוה כטענה שהחוק עשוי לשנות את הצופן הגנטי של מדינת ישראל. כוונתי לבחון אם החוק אכן מכוון לתשנית (מוטציה) כזו, ואם ההצבעה עליו בכנסת שינתה את מה שנטבע כיסוד בלתי נפרד של "מערכת החיים הלאומיים".¹³

-
- 8 דויד גרוסמן, "שוויון אינו פרס", *הארץ*, 3 באוגוסט 2018.
- 9 עדאלה (המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל), "חוק הלאום" (נייר עמדה, 15 ביולי 2018), www.adalah.org/he/content/view/9562
- 10 דיים וויאן דאפילד (יו"ר קרן קלור לישראל), "התורמת הגדולה ביותר לישראל זועמת על חוק הלאום ושוקלת את צעדיה", *ריאיון ב"גלריה שישי"*, מוסף *הארץ*, 9 באוגוסט 2018.
- 11 ישראל הראל, "חוק הלאום כמייצב הדמוקרטיה", *הארץ*, 13 במאי 2018; מרטין שרמן, "ארנס, התנגדותך לחוק הלאום שגויה", *ישראל היום*, 31 ביולי 2018; אסא כשר, "בעד חוק הלאום ולא מתנצל על זה", *NRG*, 25 בספטמבר 2017, www.makorishon.co.il/nrg/online/1/ART2/896/077.htm; דיסקין, "חוק הלאום על מה ולמה?", *ישראל היום*, 16 ביולי 2018; עודד מודריק, "החוק החדש וערך השוויון", *מעריב*, 30 ביולי 2018; עודד מודריק, "להקפיד על הפרטים", *מעריב*, 10 ביולי 2018; אשר כהן, "מדינת לאום יהודית: גם לרוב יש זכויות", *ישראל היום*, 28 בנובמבר 2018; אביעד בקשי, *סרוגים*, 14 בנובמבר 2018; חיים רמון, "המקרה התמוה של השמאל הציוני", *הארץ*, 17 באוגוסט 2018.
- 12 זאב ב' בגין, "דרוש שוויון זכויות. אבל כך נראה אפרטהייד? באמת?", *הארץ*, 7 באוגוסט 2018; משה ארנס, "חוק הלאום יסיג את ישראל לאחור", *הארץ*, 16 ביולי 2018.
- 13 בג"ץ 73/53, "חברת קול העם נ' שר הפנים", *פסקי דין*, כרך ז, עמ' 871, 884; אהרן ברק, *פרשנות במשפט*, כרך ב: פרשנות החקיקה (שריגים: נבו, 1993), עמ' 427.

להלן אטען שחוק הלאום אינו מערער את יציבות הזיהוי הגנטי, ושיש מנגנונים שמבטיחים את שימורו לעתיד. הוכחת הטענה תשלול, ממנה ובה, הסתייגויות מן החוק מצד בני מיעוטים לא יהודים המזדהים עם המדינה, שכן אם הם מוצאים את מקומם במדינת ישראל במציאות הנורמטיבית הקיימת, הם יוכלו להמשיך למצוא בה את מקומם כל זמן שהמסגרת הנורמטיבית המהותית לא תשתנה.

להוכחת טענה זו יובא כאן מהלך בחינה בעל שלושה שלבים: בשלב הראשון, במעין הסתכלות לאחור, אתאר את מקורות העיגון החוקתיים של הצירוף ”יהודית ודמוקרטיה” ואת מידת המתאם בין רכיביו; בשלב השני, מנקודת המבט של ההווה, אבחן את השלכותיו של חוק הלאום מצד ניסוחו ומצד תכליתו; ובשלב השלישי, בתצפית עתידית, אנסה לזהות את המנגנונים שישמרו ויקיימו את היחס האמור.

להלן אראה שלאחר שמנפים מן הביקורת על חוק הלאום הסתייגויות אנטי-ציוניות ופוסט-ציוניות, וכן הסתייגויות המונעות משיקולים פוליטיים זרים, נותרת טענת הסתייגות אחת, שנוגעת לעקרון השוויון. בקליפת אגוז הטענה היא, שאי-הכללת עקרון השוויון והיעדר אזכורו של עיקרון זה בחוק היסוד מערערים את הזכות לשוויון של בני המגזר הערבי במדינת ישראל, וממילא מקנים להם מעמד של אזרחים מדרגה שנייה (או נחותה).

לפיכך, לצד עיון עקרוני במשמעות הצירוף ”יהודית ודמוקרטיה” ובירור מעמדו הדיני, אבחן את השלכות חוק הלאום על זכויות המיעוט הערבי, הן כקבוצה הן מצד יחידה, בראי עקרון השוויון. מטבע הדברים בחינת יישומי עקרון השוויון אינה יכולה להיות מקיפה ושלמה, ולכן בחרתי לצמצם אותה לשלושה נושאים עקרוניים שלמיטב הבנתי ניצבים במוקד ההסתייגות של בני המיעוט הלא יהודים בכלל, ושל בני העדה הדרוזית, שמזדהים עם הנכסים הלאומיים של מדינת ישראל, בפרט.

התמה הכללית של הרשימה משולשת:

- א. חוק הלאום איננו יוצר עיוות (דפורמציה) בתשתית הדינית שעליה מבוססות זכויות היסוד בכלל ושל בני המיעוטים בפרט, ומכאן שגם הלכה למעשה לא צריך לחול שינוי בהיקף זכויות היסוד וביישומן על בני המיעוטים.
- ב. חוק הלאום מקנה עיגון בחוק יסוד לנכסים הלאומיים היהודיים, שרובם ככולם עוגנו קודם לכן בחקיקה ראשית ובפסיקת בית המשפט העליון. המעמד החוקתי אינו יוצר ”יש מאין”, אך במובן מסוים הוא ”מחסן” את הנכסים הללו מפני פגיעה בהם מצד ”תחרות” או הכרה בנכסים לאומיים של האוכלוסייה הערבית.

ג. חוק הלאום, מנקודת מבט יהודית וציונית, אינו משנה את האיזון העדין שמתקיים לאורך שנות עצמאות ישראל בין "יהודית" ל"דמוקרטית". מבנה שיטת המשפט של מדינת ישראל יבטיח הגנה על האיזון האמור גם בעתיד, בסביבת מערך החוקה השלם של חוקי היסוד.

הצירוף "יהודית ודמוקרטית": מקורותיו, משמעותו והיחס בין רכיביו

"פתאום קם אדם בבוקר ומרגיש כי הוא עם", כתב המשורר.¹⁴ העם היהודי לא התהווה בבוקר לא עבות אחד. גם מדינת ישראל לא קמה בן לילה כמין מאמר אלוהי המוגשם בין ערב לבוקר. התהליך הלאומי והמדיני התגבש על בסיס נקודת מוצא החלטית, כעין אקסיומה כפולת פנים:¹⁵ מצידה האחד, נצחיותו של העם היהודי ונצחיותה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי;¹⁶ מצידה השני, אופייה הדמוקרטי של המדינה, שהיה למאפיין מבחין בולט בינה ובין משטרים הסובבים אותה מקרוב ומרחוק.

יש מי שמשגיגים על החלטיות האקסיומות ה"גנטיות" הללו: יש החולקים על זכותה של מדינת ישראל להיות מוגדרת כ"מדינה יהודית", ויש גם מי שאינם גורסים שמדינת ישראל צריכה להיות מדינה דמוקרטית; עם הראשונים נמנים בעלי השקפה המשלבת דמוקרטיה ב"מדינת כל אזרחיה",¹⁷ ועם האחרונים נמנים בעלי השקפה שבמדינת ישראל צריך לשרור

- 14 אמיר גלבווע, "שיר בבקר בבקר", שירים בבקר בבקר (תל אביב: הוצאת הקיבוץ המאוחד, 1953).
- 15 כפל האקסיומות הוא שלי, אולם באשר לזיהוי המדינה כמדינה יהודית הקדימיני השופט מישאל חשין ז"ל, כשהציג את הפן המרכזי הזה לפני ועדת הבחירות המרכזית לכנסת כ"אקסיומה של המדינה"; ראו: אב 11280/02, "ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' אחמד טיבי", עמ' 15.
- 16 הנשיא אגרנט כתב: "דבר המשכיותה - ואם תמצו לומר: נצחיותה - של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית" (ערעור בחירות 1/65, "ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הששית", פסקי דין, כרך יט, מס' 3, עמ' 365, 386).
- 17 יש פנים שונים לתוכן המהותי של "מדינת כל אזרחיה". אפשר להציגו כמאפיין מרכזי של המדינה הדמוקרטית היהודית; ראו: מפי הנשיא ברק - אב 11280/02, "ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' אחמד טיבי", פסקי דין, כרך נז, מס' 4, עמ' 1. אולם בדרך כלל הביטוי נתפס כמשקף מדינה דמוקרטית בעלת זהות לאומית-פוליטית ישראלית השוללת את הרעיון הציוני, ללא זיהויה עם דת מסוימת או עם מוצא אתני מסוים. גישה זו דורשת אוטונומיה תרבותית לכל אחת מקבוצות הלאום - היהודית והערבית - ושככניה, ערכיה, סמליה ואורחות חייה יבטאו את המשותף לכלל האזרחים. כך נשלל לחלוטין זיהוי המדינה כמדינה יהודית; ראו למשל: ניב גורדון, "הגיעה העת להיפרד מן הציונות", הארץ, 4 בספטמבר 2018. גישה אחרת של "מדינת כל אזרחיה" מרחיקה לכת עוד יותר: היא מבקשת

משטר תורני-הלכתי (תיאוקרטיה) שמטבע עניינו אינו דמוקרטי.¹⁸ ברי שמנקודת המבט של השקפות קוטביות כאלה יש לחוקק האום משמעות נוגדנית רבה.¹⁹ בירור תכליתי של נושא הרשימה אינו מצריך אותי להידרש להשקפות הללו, שהן השקפות מיעוט.²⁰ שני עקרונות-העל שהוזכרו לעיל, המשקפים את "תעודת הזהות" של מדינת ישראל, נטועים במסמכים שיש להם רמות שונות של מדרג דיני (נורמטיבי). אפנה כעת לבחינת מסמכים אלו.

חגילת העצמאות²¹

ראשית ההנצה של הצירוף "יהודית ודמוקרטית", כביטוי לאפיון היסוד של מדינת ישראל, נטועה במגילת העצמאות. התיבה "יהודית" חוזרת ונשנית כמה פעמים במגילה, ובהן גם הצירוף המגדיר את מדינת ישראל "מדינה יהודית".²² התיבה "דמוקרטית" אינה נזכרת

לראות באוכלוסייה הערבית במדינת ישראל "קבוצת מולדת" הזכאית להגדרה עצמית מסוימת לפי שייכותה הלאומית (פלסטינית). קבוצת המולדת זכאית לא רק ל"זכויות אזרחיות-פוליטיות", שיוענקו לה בשוויון מלא לזכויות האזרחיות של הרוב הלאומי במדינה, אלא גם לנכסים לאומיים מסוימים; ראו למשל: חסן ג'בארין, "ישראליות הצופה פני העתיד" של הערבים לפי זמן יהודי ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני", *משפט וממשל* 1 (תשס"א), עמ' 5. השקפה אחרת, המזהה את עצמה כ"ציונות שווינונית", מבקשת לראות ביהודים ובפלסטינים, לרבות ערביי ישראל, קבוצות לאומיות בעלות זכות שווה להגדרה עצמית; ראו: חיים גנז, "מציונות מוכת כלבת לציונות שווינונית", *הארץ*, 2 בנובמבר 2018.

18 גם בין המצדדים בגישה זו יש בעלי השקפות שונות. לצד אלו המוצאים סתירה בין משטר מדיני למשטר הלכתי (ראו להלן), יש גם את אלו שאינם שוללים אפשרות שדמוקרטיה ומשטר הלכתי ידורו בכפיפה אחת; לדוגמה, הרב אברהם יצחק הכהן קוק כתב: "צריכה ארץ ישראל להיות בנויה, וכל ישראל יושבים עליה מסודרים בכל סדריהם: מקדש ומלכות, כהונה ונבואה, שופטים ושוטרים וכל תכסיסיהם" (*אורות התורה*, א, ג). לסקירת קשת הדעות ראו: אביעזר רביצקי, *האם תיתכן מדינת הלכה? הפרדוקס של התיאוקרטיה היהודית* (ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2004).

19 אין לתמוה אפוא שבשעת כתיבת שורות אלו שוהה משלחת מטעם "הרשימה הערבית המשותפת" באירופה כדי לקרוא לגורמים בין-לאומיים לנקוט צעדים נגד חוקק האום ולהקנות הכרה בין-לאומית ל"זכויות לאומיות" של המיעוט הערבי בישראל.

20 גישת "מדינת כל אזרחיה" רווחת מאוד בצייבור הערבי בישראל, אך יש לה גם אחיזה, מעטה מאוד, בצייבור היהודי, ואילו ראיית מדינת ישראל כמדינת הלכה היא השקפתו של מיעוט קטן בצייבור החרדים הלאומיים. מעבר לשני צידי הקשת הזאת מצויים גם בעלי השקפות ששוללות את קיומה של ישראל כמדינה - תומכי "פלסטין הגדולה" מצד אחד, וגורמים חרדים אנטטי-ציוניים מצד שני.

21 ובשמה הרשמי: "הכרזה על הקמת מדינת ישראל", *עיתון רשמי*, 14 במאי 1948, עמ' 1.

22 "אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל".

במגילה, אך נראה בעליל ש"יהודית ודמוקרטית" הוא החזון שמגולל הפרק השלישי של ההכרזה:

מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל; תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות.

ה"יהדות" של המדינה נקבעה כאמור במפורש בחלקים שונים של המגילה, וה"דמוקרטיה" שלה מגולמת בשורת הערכים המנויים בחלק השלישי שלה, שיחדיו מהווים נוסחת הרכבה מובהקת של משטר דמוקרטי. עמד על כך השופט (כתוארו אז) אהרן ברק:

מגילת העצמאות מצביעה על כך, כי ישראל "מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל" וכי היא מבטיחה "שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". כל זאת מניח לא רק את עצם קיומה של המדינה אלא את מהותה כמדינה דמוקרטית, שכן אין כל אפשרות להבטיח שוויון וחירות וצדק בלא להבטיח משטר דמוקרטי שבו יוגשמו עקרונות אלה.²³

לא פעם נדונה בפסיקה ובספרות המשפט שאלת המעמד המשפטי של המגילה. ברי לכול שמגילת העצמאות מבטאת את "חזון העם ואת האני מאמין שלו",²⁴ ושהיא "משקפת נאמנה ומציבה לדורות את העקרונות והערכים השורשיים, שעל-פי תפיסתנו ישמשו נר לרגלנו, בבחינת אורים ותומים, לכשנבוא לקבוע את חוקת המדינה".²⁵ עם זאת, תדיר התעוררה השאלה אם המגילה היא

23 ערעור בחירות 2/84, "ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה", פסקי דין, כרך לט, מס' 2, עמ' 225, 314. השוו גם את דברי השופט מנחם אלון, שם, עמ' 297, ואת דברי השופט אגרנט בבג"ץ 73/53, "חברת 'קול העם' נ' שר הפנים", פסקי דין, כרך ז, עמ' 871, 884. וראו גם: שמעון שטרית, "המשפט החוקתי", משפטיים יט (תש"ן), עמ' 573, 603.

24 בג"ץ 10/48, "זיו נ' גוברניק", פסקי דין, כרך א, עמ' 85, 89 (הנשיא זמורה); בג"ץ א 450/70, "רוגוזינסקי נ' מ"י", פסקי דין, כרך כו, מס' 1, עמ' 129, 135.

25 ערעור אזרחי 6821/93, "בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי", פסקי דין, כרך מט, מס' 4, עמ' 221, 451 (דב לויין).

”בת פועל תחיקתי“, היינו אם יש לה נפקות משפטית מעבר לחזון המוצהר בה. ההשקפה המקובלת הייתה, שהמגילה ”איננה בגדר חוקה שחוקי המדינה כפופים לה או שיש בה כדי להשפיע על קיומו או ביטולו של חוק המדינה“.²⁶ המגילה נתפסה אפוא ככלי פרשני ראשון במעלה, ובתי המשפט הניחו כי דברי החקיקה השונים משקפים את הערכים המוזכרים במגילה ואינם מתנגדים לה. לפיכך, לשם איתור והבנה של ערך המגולם בחוק כלשהו, ניתן היה להתייחס למגילה כמבוע שממנו נובעים ערכים שנקבעו בחוקים.²⁷ כך סיכם זאת השופט פרופ’ חיים ה’ כהן:

אם כי אין להכרזה תוקף של חוק, ראה בית המשפט העליון לייחס לה חשיבות משפטית רבה כתכנית חקיקה ומדיניות אשר נתקבלה על דעת המחוקק. ועל כן חזקה עליו שבמעשי חקיקתו הוא משתדל להגשים תוכנית זו ולא לסכלה. התוצאה היא [...] שמפרשים כל חוק שנעשה בידי המחוקק הישראלי לאור הכרזה זו ובאופן שיעלה עמה בקנה אחד. ולא זו בלבד אלא שאותן הנורמות - ובראשן זכויות האדם - אשר המשפט הישראלי שאב מן המנהגים שהשתרשו באומות הנאורות או ממושגי יסוד של צדק ודמוקרטיה מוצאות להן בהכרזה מעין תנא דמסייע.²⁸

וזו דרך הכלל. עם זאת, כשמתגלה סתירה ברורה בין הוראת חוק מפורשת של הכנסת ובין המגילה - הוראת החוק עדיפה.²⁹

במציאות דינית זו, במשך כחצי יובל שנים, פיתח בית המשפט העליון בפסיקה רבת אנפין עקרונות יסוד שהיו לנכסי צאן ברזל, שרוח מגילת העצמאות שורה עליהם, ושהם מוחלים על קשת פעילות השלטון כולה. כך הוכרו עקרונות היסוד של ”כבוד האדם וחירותו“,³⁰

26 ערעור אזרחי 450/70 (לעיל הערה 24), עמ’ 135.

27 בג”ץ 301/63, ”שטרייט נ’ הרב הראשי לישראל“, פסקי דין, כרך יח, מס’ 1, עמ’ 598, 612 (חיים כהן); בג”ץ 338/77, ”ברסלאו נ’ המפקח על מטבע חוץ“, פסקי דין, כרך לב, מס’ 3, עמ’ 29, 48 (מרים בן פורת).

28 חיים ה’ כהן, המשפט (ירושלים: מוסד ביאליק, תשנ”ב), עמ’ 483.

29 בג”ץ 450/70 (לעיל הערה 24), עמ’ 135.

30 ברק, פרשנות במשפט, כרך ב: פרשנות החקיקה, עמ’ 444-470, וההפניות המובאות שם. אלה בחזקת מעט המחזיק את המרובה. וראו גם למשל: בג”ץ 355/79, ”קטלן נ’ שרות בתי הסוהר“, פסקי דין, כרך לד, מס’ 3, עמ’ 294; ע”פ 19/80, ”כהן נ’ מ”י“, פסקי דין, כרך לה, מס’ 3, עמ’ 281.

"קיום המדינה",³¹ "אופייה הדמוקרטי והיהודי",³² "שוויון",³³ "חופש הביטוי",³⁴ "חופש העיסוק",³⁵ "חופש הקניין",³⁶ ו"האוטונומיה של הרצון הפרטי".³⁷ על כגון אלה נאמר מפי השופט לנדוי:

זכויות יסוד "שאינן כתובות על ספר", אלא הן נובעות במישרין מאופיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש. בפסיקתו שם בית-משפט זה זכויות יסוד אלו נר לרגליו בפירוש חוקים ובבקרתו על מעשיהן של רשויות המינהל במדינה.³⁸

זכויות היסוד הללו, שאינן כתובות עלי ספר, נטועות במגילת העצמאות, כדברי השופט אגרנט:

הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות - ובפרט בדבר השתתת המדינה "על יסודות החירות" והבטחת חופש המצפון - פירושם, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש. אמנם, ההכרזה "אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים וביטולם" (בג"ץ 10/48), אך במידה שהיא מבטאה את חזון העם ואת ה"אני-מאמין שלנו" [...] מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה.³⁹

-
- 31 ערעור בחירות 1/65 (לעיל הערה 16), שם.
- 32 ערעור בחירות 2/88, "בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים עשרה", פסקי דין, כרך מג, מס' 4, עמ' 221, 231; ערעור בחירות 2/84 (לעיל הערה 23).
- 33 ברק, פרשנות במשפט, כרך ב: פרשנות החקיקה, עמ' 457, הערות 247-253.
- 34 שם, עמ' 460, הערות 260-265.
- 35 בג"ץ 1/49, "בז'רנו נ' שר המשטרה", פסקי דין, כרך ב, עמ' 80; ברק, פרשנות במשפט, כרך ב: פרשנות החקיקה, עמ' 465, הערה 298.
- 36 למשל: בג"ץ 174/50, "דיב נ' המפקח על המזונות בירושלים", פסקי דין, כרך ה, עמ' 656; בג"ץ 163/57, "לובין נ' עיריית תל אביב", פסקי דין, כרך יב, עמ' 1041; ערעור אזרחי 524/88, "פרי העמק נ' שדה יעקב", פסקי דין, כרך מה, מס' 4, עמ' 529.
- 37 דיון נוסף 22/82, "בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות'", פסקי דין, כרך מג, מס' 1, עמ' 441.
- 38 בג"ץ 243/62, "אולפני הסרטה בישראל נ' גרי", פסקי דין, כרך טז, עמ' 2407, 2415.
- 39 בג"ץ 87/53, 73/53, "קול-עם בע"מ נ' שריהפנים", פסקי דין, כרך ז, עמ' 871.

הפסיקה ה**צהירה** על זכויות היסוד ויישמה אותן. אגב כך נדרשו בתי המשפט לפתח תורה פרשנית וכללי איזון בין אינטרסים וזכויות מתנגשים, ועל רקע זה פותחה גם שאיפה עקרונית ל”הרמוניה במשפט”, כפי שעמד על כך ברק בספרו:

המשפט מורכב מנורמות. כל נורמה והאובייקט המיוחד להסדריה. הנורמות האינדיבידואליות מצטרפות למכלול. מכלול זה מהווה את השיטה המשפטית. מכלול זה שואף לאחדות. הוא מבקש להשיג הרמוניה [...] כמובן האחדות וההרמוניה שהמשפט מבוסס עליהן אינן מוחלטות. בכל שיטת משפט קיימים מצבים נורמטיביים רבים בהם אין אחדות [...] אכן האחדות וההרמוניה הן אך מטרות שהמשפט מבקש להשיג. מבין אפשרויות פתוחות ראוי לבחור באותה אפשרות המקדמת אחדות והרמוניה [...] במתן מובן לדבר חקיקה, מן הראוי הוא - בהנחה שכל שאר הדברים שווים - לבחור באותו מובן השואף להרמוניה.⁴⁰

דברים אלו, פרי עטו ותנובת מחשבתו של הנשיא (לשעבר) פרופ' ברק, אומנם ראו אור לאחר שחוקי היסוד שעניינם זכויות האדם באו לעולם, אולם על נקלה אפשר להיווכח שהם משקפים תבנית מוצקה של משפט נוהג.

אם כן, מימים ימימה, ימים שקדמו לחוקה לישראל,⁴¹ שבהם התאפשר לסתור חוק במשנהו והמחוקק לא נצרך “להתקפל” מול דבר חקיקה על-חוקי כלשהו, הצליחה שיטת המשפט של מדינת ישראל לקיים הרמוניה משפטית ולהבטיח מידה רבה של “שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין”, בהשראת “יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל”, הנטועים במגילת העצמאות. באופן כללי הרמוניה זו משמרת ומדבקת אלו לאלו את רכיבי ה”יהודית” וה”דמוקרטית”.

40 ברק, *פרשנות במשפט*, כרך ב: פרשנות החקיקה, עמ' 473-474.

41 זו החוקה ש”תהיה בנויה פרקים, פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו” (החלטת הכנסת הראשונה, 13 ביוני 1950, הידועה כ”החלטת הררי”). אומנם חקקה הכנסת שורת חוקי יסוד, אך רק שניים מהם - חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד חופש העיסוק - עוסקים בזכויות אדם, שהן מעניינה של רשימה זו. על כן התייחסתי אל התקופה שקדמה לשני חוקי היסוד הללו כתקופת קדם-החוקה.

חוקי היסוד

בשנת תשנ"ב (1992) נחקקו חוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו, וחופש העיסוק (להלן: חוקת זכויות היסוד). האופי החוקתי שלהם נשקף מפסקת "עקרונות היסוד", היתה בשני החוקים:

זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

עקרונות היסוד משקפים, מבחינה מושגית, את ליבת זכויות האדם בישראל, אך אין הם מקיפים את מלוא קשת עקרונות היסוד שעליהם מוקמת מדינה דמוקרטית נאורה.⁴² עקרונות היסוד שלא נזכרו בפסקת העקרונות לא עברו ולא בטלו מן העולם. אלה נותרו על מכונם כעקרונות הלכתיים שהשתרשו גם בלי מעמד חוקתי.⁴³

הציווי הכלול בפסקת העקרונות, ולפיו זכויות היסוד יכובדו "ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל", מקנה למגילת העצמאות מעמד דיני על-חוקי. מה טיבו של מעמד זה? כתשובה לשאלה זו הוצעו שלושה טיפוסים מעמד אפשריים: הראשון משקף את העצמת כוחה הפרשני של מגילת העצמאות;⁴⁴ השני מעניק תוקף חוקתי בן פועל תחיקתי לערכי המגילה שהם "זהים או דומים לאלה שבחוקי היסוד";⁴⁵ והשלישי משקף שינוי מפליג, ולפיו פסקת עקרונות היסוד היא מקור עצמאי שממנו ניתן לגזור זכויות אדם חוקתיות. כיוון שערכי המגילה כלולים בפסקת עקרונות היסוד, מוענק גם לה כוח חוקתי על-חוקי שמכווחו ניתן לגזור זכויות אדם.⁴⁶

הנשיא פרופ' ברק גורס שלפסקת עקרונות היסוד יש מעמד של מקור עצמאי לזכויות אדם, ומכאן הוא מסיק:

42 ברק מציין כדוגמה לעקרונות יסוד שאינם כלולים בפסקת "עקרונות היסוד" את העיקרים "שלטון החוק", "הפרדת רשויות" ו"עצמאות השפיטה"; ראו: אהרן ברק, *פרשנות במשפט*, כרך ג: פרשנות חוקתית (שריגים: נבו, 1994), עמ' 301.

43 שם.

44 שם, עמ' 302-303.

45 חיים ה' כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית - עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", *הפרקליט: ספר היובל (תשנ"ד)*, עמ' 14.

46 ברק, *פרשנות במשפט*, כרך ג: פרשנות חוקתית, עמ' 303; ערעור אזרחי 6821/93 (לעיל הערה 25), עמ' 455.

השינוי במעמדה של הכרזת העצמאות הוא דרמטי. היא הפכה - מאז הוכנסה פסקת עקרונות היסוד לחוקי היסוד - למקור עצמאי לזכויות אדם. על פי גישה זו היא מהווה חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם.⁴⁷

למינוף החוקתי - יהא טיבו אשר יהא - שניתן למגילת העצמאות בפסקת עקרונות היסוד מצטרפת פסקת "המטרה" שבחוקת זכויות היסוד:

חוקי-יסוד זה, מטרתו להגן על [כבוד האדם וחירותו ועל חופש העיסוק], כדי לעגן בחוקי-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁴⁸

שילוב שתי הפסקות היה כשני לוחות הברית לעיגון יצוק ויציב של זהות מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ברוח ערכי מגילת העצמאות. זיהוי זה נחרט כבציפורן שמיר על לוח החקיקה של המדינה ואין הוא ניתן לערעור כל עיקר.⁴⁹

חוקת זכויות היסוד שימשה עוגן חקוק למאות רבות של פסקי דין שיצרו מארג זכויות אדם רחב ידיים. מן המשמעות המושגית של כבוד האדם, חירות האדם וחופש העיסוק נגזרו במישורין או בדרך פרשנית (פרשנות יוצרת) זכויות כגון: הזכות לחירות,⁵⁰ כבוד האדם, זכות הקניין הפרטי,⁵¹ הזכות לשוויון,⁵² חופש הביטוי,⁵³ הזכות לחיי משפחה,⁵⁴ הזכות

47 ברק, פרשנות במשפט, כרך ג: פרשנות חוקתית, עמ' 305-306; וראו גם את גישת השופט דב לין, ערעור אזרחי 6821/93 (לעיל הערה 25), עמ' 455, וכן את גישת השופט אדמונד לוי, בג"ץ 1661/05, "המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל", פסקי דין, כרך נט, מס' 2, עמ' 481, 769.

48 סעיף 2 של כל אחד משני חוקי היסוד המרכיבים את חוקת זכויות היסוד.

49 ובוודאי שאין הוא ניתן לשינוי או להסרה בדרכי עקיפין בחקיקה שאינה מפורשת, יהא מעמדה אשר יהא באמירה אחרונה זו אני מקדים את המאוחר, ואידרש לכך להלן.

50 בג"ץ 8425/13, "איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל".

51 בג"ץ 8276/05, "עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון", פסקי דין, כרך סב, מס' 1, עמ' 1.

52 לזכות זו אידרש להלן מצד השלכותיה על המיעוט הערבי וכפועל יוצא של הטיעון המושמע באשר להיעדר ציון לזכות זו בחוק הלאום.

53 בג"ץ 6126/94, "גיורא סנש נ' רשות השידור", פסקי דין, כרך נג, מס' 3, עמ' 817.

54 בג"ץ 7052/03, "עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים", פסקי דין, כרך סא, מס' 2, עמ' 202; אך ראו את תחימת היקפה של הזכות - בג"ץ 466/07, "ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה", פסקי דין, כרך סה, מס' 2, עמ' 44.

להורות,⁵⁵ הזכות לחינוך, חופש הדת, חופש התנועה,⁵⁶ הזכות למינימום של קיום אנושי,⁵⁷ חופש ההתאגדות וחופש העיסוק.⁵⁸ הרשימה לעיל אינה רשימה ממצה. מלבד עצם ההצהרה על הזכות ועל מקורות העיגון שלה, שרטטה הפסיקה את היקפן של זכויות האדם השונות ואת היחס בין זכות אחת לזכות אחרת, לרבות דרכי איזון כ"שמתנגשות" זכויות בצרכים חברתיים.⁵⁹

"המהפכה החוקתית", שנישאת על כנפי חוקת זכויות היסוד, אינה מסתכמת רק באיתור חירויות היסוד, בהצהרה עליהן ובעמידה על משמר מימושן, שהרי כל אלה היו נחלת שיטתנו מבראשית, כ"חוקה שאינה כתובה עלי ספר". ה"מהפכה" נעוצה בעיגון חירויות היסוד בחוקי יסוד. עיגון זה הקנה לזכויות האדם מעמד חוקתי על-חוקי - מעמד זה שריין את הזכויות מפני שינוי ופגיעה באמצעות חוק שאינו מיועד לתכלית ראויה ואיננו מידתי. בד בבד התקבעה גם סמכות בתי המשפט לפסול דבר חקיקה שאינו מתיישב עם הוראת דין חוקתית.⁶⁰

- 55 בג"ץ 2245/06, "ח"כ נטע דוברין נ' שרות בתי הסוהר"; בג"ץ 11437/05, "קו לעובד נ' משרד הפנים", פסקי דין, כרך סד, מס' 3, עמ' 122.
- 56 על היחס בין חופש הדת לחופש התנועה ראו: בג"ץ 5016/96, "ליאור חורב נ' שר התחבורה ואח"; פסקי דין, כרך נא, מס' 4, עמ' 1.
- 57 בג"ץ 4128/02, "אדם טבע ודין - אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל", פסקי דין, כרך נח, מס' 3, עמ' 503.
- 58 בג"ץ 1715/97, "לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר", פסקי דין, כרך נא, מס' 4, עמ' 367.
- 59 להמחשה ראו את תבנית גזירת הזכות לשוויון והזכות לרמה מזערית של תנאי קיום: "הזכות לכבוד האדם, במובנה המהותי, היא אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד. אלה אותן זכויות שבהיעדרן אין ממש בהיות האדם יצור חופשי, באשר ניטל כוחו לפתח את גופו ואת רוחו על פי רצונו, בתוך החברה שבה הוא חי [...] כך למשל מבין הזכויות האזרחיות ניתן לסבור שהזכות לשוויון נגזרת מן הזכות לכבוד באשר ההפליה שוללת את כבודו של אדם באשר הוא אדם ומעוררת השפלה ונידוי [...] במגוון ההיבטים האנושיים שעליהם משתרע כבוד האדם נכלל גם ההיבט החברתי", שעניינו רמת הקיום שלה זכאי האדם. אכן, זכותו של אדם לכבוד היא גם הזכות לכך שיהיו לו תנאי חיים המאפשרים קיום שבו יממש את חירותו כבן אנוש" (בג"ץ 366/03, "עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר", פסקי דין, כרך ס, מס' 3, עמ' 464, 480).
- 60 ערעור אזרחי 6821/93, "בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי" (לעיל הערה 25). על יסוד "הלכת בנק המזרחי" פסל בית המשפט העליון עד הנה כתרסר הוראות חוק, רובן ככולן במהלך הגנה על זכויות יסוד חוקתיות, כגון: חופש העיסוק, בג"ץ 1715/97, "לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר"; הגנת החירות, בג"ץ 6055/95, "שגיא צמח נ' שר הביטחון"; בג"ץ 8665/14, "דסטה נ' הכנסת"; כבוד האדם, בג"ץ 2605/05, "המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר"; עקרון השוויון, בג"ץ 1877/14, "התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת".

חוקי הכנסת

לאחר חקיקת חוקת זכויות היסוד נמצא לעיקרון הטבוע "יהודית ודמוקרטית" ביטוי בארבעה מחוקי הכנסת:⁶¹

1. חוק חינוך ממלכתי (תשי"ג-1953) מגדיר בין "מטרות החינוך": "להנחיל את העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל ואת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ולפתח יחס של כבוד לזכויות האדם, לחירויות היסוד, לערכים דמוקרטיים, לשמירת החוק, לתרבותו ולהשקפותיו של הזולת, וכן לחנך לחתירה לשלום ולסובלנות ביחסים בין בני אדם ובין עמים".⁶²
2. חוק התרבות והאמנות (תשס"ג-2002) כונן את המועצה הישראלית לתרבות ולאמנות וקבע את מטרותיה: "המועצה תפעל לשם קידום מדיניות של תרבות ואמנות, הנותנת ביטוי לחיי היצירה והרוח במדינת ישראל, תוך הבטחת חופש היצירה ומתן ביטוי למגוון התרבותי של החברה בישראל, להשקפות השונות הרווחות בה ולערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית".⁶³
3. חוק החולה הנוטה למות (תשס"ו-2005) נועד להסדיר מצבים מורכבים בטיפול בחולה נוטה למות, והחוק מבסס את עצמו על "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ועל עקרונות יסוד בתחום המוסר, האתיקה והדת".⁶⁴

61 הצירוף "יהודית ודמוקרטית" מצוי בכמה חוקים נוספים, אולם בהם הוא נועד לבטא תכלית שלילית של פסילת גורם שפעילותו מותנית ברישום, או שהיא צריכה לקבל הכרה ורישוי, אם פעולותיו או תכליותיו נוגדות את דפוס הבסיס של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לדוגמה, הסירוב לרישום מפלגה אם בין מטרותיה או נושאי פעולתה מובא שהיא שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (סעיף 5 בחוק המפלגות תשנ"ב-1992); ההימנעות מהכרה במוסד חינוך אם תוכנית הלימודים בו נוגדת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (סעיף 2[ב][1] בחוק מוסדות חינוך תרבותיים ייחודיים, תשס"ח-2008); ומניעת שיתוף רשימת מועמדים או מניעת מועמדות של אדם לכנסת אם אלה כרוכים בפעילות או בהתבטאות השוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (סעיף 7א בחוק יסוד: הכנסת). הצירוף כלול גם בתקנות המכילות הקדם-צבאיות: "לחנך את חניכי המכינה לנאמנות למדינת ישראל ולהזדהות עמה כמדינה יהודית, ציונית ודמוקרטית, כמשמעה במגילת העצמאות ובחוקי היסוד של מדינת ישראל, ולאהבת העם והארץ" (תקנה 9[ב][1] בתקנות המכילות הקדם-צבאיות [הכרה במכינה קדם-צבאית], תש"ע-2009). תחולת תקנה זו מוגבלת לפלח אוכלוסייה מצומצם ולפיכך היא חורגת מתחומה של רשימה זו.

62 סעיף 2(א)(2) בחוק חינוך ממלכתי תשי"ג-1953. ההוראה נוספה בתיקון מס' 5 לחוק, תש"ס-2000.

63 סעיף 2(ג) בחוק התרבות והאמנות, תשס"ג-2002.

64 סעיף 1(ב) בחוק החולה הנוטה למות, תשס"ו-2005.

4. חוק השידור הציבורי הישראלי (תשע"ד-2014) כונן את תאגיד השידור הישראלי, הציב את מטרותיו וקבע את אופי תוצריו: "התוכן שיספק תאגיד השידור הישראלי יהיה עצמאי, יופנה לכלל אזרחי מדינת ישראל ותושביה, ישקף ויתעד את היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, את ערכיה ואת מורשת ישראל, וייתן ביטוי הוגן, שוויוני ומאוזן למגוון ההשקפות והדעות הרווחות בציבור בישראל".⁶⁵

פסקות המטרה הכלולות בכל אחת מארבע הוראות אלו משלבות ביטוי, תיעוד, שיקוף והנחלה של ערכים ותכנים כלליים (אוניברסליים) לצד ערכים ותכנים יהודיים. הצירוף "יהודית ודמוקרטית" הוא הבריה התיכון של כל אחת מארבע הוראות החוק, ובו מצויה התשתית לגישור וליצירת מתאם בין ערכים כלליים לערכים יהודיים.

ייתכנו הסתכלויות שונות, ואולי אפילו קוטביות, באשר לתכניה של "תשתית הגישור" האמורה: יש מי שימצא בה עדיפות לפן היהודי שהחוק נועד להסדירו, ויש מי שימצא בה עדיפות לפן הדמוקרטי שהחוק נועד להסדירו. מצד הנושא של רשימה זו אין חשיבות מיוחדת לבחינה מעמיקה של הגישות השונות, ואין גם צורך לקבוע איזו גישה משקפת מציאות דינית מדויקת יותר.

יהודית ודמוקרטית: נכסים לאומיים וזכויות יסוד

כדי לבחון את השלכותיו של חוק הלאום, יש לעיין בקצרה בתוכנו של הצירוף "יהודית ודמוקרטית" ולהמחיש מקצת מיישומיו.

חדינה יהודית

על משמעותו התוכנית של אפיון המדינה כ"יהודית ודמוקרטית" עמדו רבים, מזוויות בחינה שונות. כל אחד משני רכיבי האפיון הוא מורכב למדי ומהווה בסיס למחלוקת בענייני השקפה.⁶⁶ מתוך מגוון ההשקפות הרחב אני בוחר את גישת פרופ' אהרן ברק - הן באשר

65 סעיף 7(ב) בחוק השידור הציבורי הישראלי, תשע"ד-2014.

66 עיקר המחלוקת הוא סביב הרכיב "יהודית". גישה אחת סוברת שהיהדות - הרבה פנים, זרמים וגוונים לה. כיוון שהמדינה יהודית היא פותחת את שעריה ומאמצת לחיקה כל יהודי, תהא זיקתו לזרם זה או אחר, ואפילו אין לו זיקה ליהדות או שיהדותו נקבעת על פי הגדרה שאינה הלכתית-דתית, ולכן ניתן לומר שהרכיב "יהודית" אינו משקף תוכן יהודי מסוים, אלא ביטוי להשתייכות דמוגרפית בלבד. הגישה

לכל אחד משני הרכיבים, הן באשר לחיבור ביניהם - כדי שתשמש תשתית לדיון להלן.⁶⁷
על "מדינה יהודית" כתב ברק:

"מדינה יהודית" היא [...] מדינתו של העם היהודי [...] מדינה שלכל יהודי הזכות לעלות אליה ושקיבוץ גלויות הוא מערכיה הבסיסיים. "מדינה יהודית" היא מדינה שההיסטוריה שלה שלובה ושזורת בהיסטוריה של העם היהודי, ששפתה עברית, ושעיקרי חגיגה משקפים את תקומתה הלאומית. "מדינה יהודית" היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה, ובמושבותיה היא בראש דאגותיה. "מדינה יהודית" היא מדינה המנציחה את זכרם של היהודים שנטבחו בשואה, ואשר נועדה להיות "פתרון בעיית העם היהודי מחוסר המולדת והעצמאות על ידי חידוש המדינה היהודית בארץ ישראל". "מדינה יהודית" היא מדינה המטפחת תרבות יהודית, חינוך יהודי ואהבת העם היהודי. "מדינה יהודית" היא "הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל". "מדינה יהודית" היא מדינה שערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל הם ערכיה. "מדינה יהודית" היא מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית, שהתנ"ך הוא הבסיס שבספריה ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה. "מדינה יהודית" היא מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב, ושענייני נישואין וגירושין של יהודים מוכרעים על-פי דין תורה. "מדינה יהודית" היא מדינה שבה

השנייה סוברת שהרכיב "יהודית" מושתת על תוכני "יהדות" מסוימים, אך גם באשר לתכנים אלו אין השקפה אחידה; ראו למשל את גישת המשנה לנשיא בית המשפט העליון, פרופ' מנחם אלון, כפי שהיא נשקפת ממאמרו של הנשיא אהרן ברק, "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית בהגותו של מנחם אלון ז"ל", בתוך אהרן ברק, *מבחר כתבים*, כרך ג: עיונים חוקתיים (שריגים: נבו, 2017), עמ' 131; וראו גם את גישת המשנה לנשיא בית המשפט העליון, פרופ' חיים ה' כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית", בתוך חיים ה' כהן, *מבחר כתבים: קציר עשור הגבורות*, בעריכת אהרן ברק ורות גביון (שריגים: נבו, תשס"א), עמ' 45.

גם תפיסת המושג "דמוקרטיה" אינה אחודה. לא זו בלבד שיש דפוסים שונים לדמוקרטיה - דמוקרטיה עממית, דמוקרטיה פרלמנטרית, דמוקרטיה נשיאותית ומונרכיה דמוקרטית - יש גם תפיסות שונות באשר למהות הדמוקרטיה; ראו: ברק, *מבחר כתבים*, כרך ג, עמ' 134, והערה 16 שם.

בחירתי נובעת משני שיקולים עיקריים: ברק מתאמץ לכנס בקדרה אחת קווים ומרכיבים משותפים לבעלי השקפות שונות, וכך הוא יוצר מכנה משותף רחב למדי, שעשוי להיות מקובל על רוב הבריות; ובעיני הציבור הוא נתפס כנושא דגלה של "המהפכה החוקתית", מערש לידתה ועד ההווה, יותר מחצי יובל שנים. טענתי היא, שחוק הלאום אינו משנה את קווי המתאר של "המהפכה החוקתית" כפי שזו נתפסת במשנת ברק, ולכן ייתכן שחוק הלאום, במשמעותו המשפטית והחוקתית הנכונה, ימצא מסילות לתודעת הרבים.

ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית הם מערכיה הבסיסיים.⁶⁸

במקום אחר ברק שנה והוסיף:

מדינה יהודית היא מדינה המבטאת את החזון הציוני. זהו עולמה של הציונות; זהו החזון של שיבת הבנים לגבולם; זהו החזון של ישראל כבית הלאומי של כל יהודי ויהודי; מכאן זכותו של כל יהודי לעלות לישראל - זכות המובטחת בחוק השבות תש"י-1950. מדינה יהודית בהיבט הציוני היא מדינה ששפתה העיקרית היא עברית, שתרבותה היא יהודית ושעיקרי חגיה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מדינה יהודית מההיבט הציוני היא מדינה הגואלת את אדמות המדינה להתיישבות יהודית; מדינה יהודית בהיבט הציוני היא מדינה ש"התקווה" הוא המנונה הלאומי והדגל הכחול לבן הוא דגלה.⁶⁹

המאמרים החשובים הללו משרטטים מכלול ערכים בעלי היבט ציוני מודגש. נלווה להם היבט הלכתי, במובן רחב ומופשט.⁷⁰ שני היבטים אלו מעצבים, לשיטת ברק, את דמותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. בעיניי זה שרטוט מאוזן ומדויק להפליא. חשיבותו נובעת גם מכך שבד בבד עם זיהוי המדינה כ"יהודית", ברק הוא גם דפּרו, נושא דגלו, ומן המעצבים המרכזיים של פסיפס זכויות היסוד של האדם, כנגזרת של זיהוי המדינה כ"דמוקרטית".

נכסים לאומיים

ראוי להוסיף מבט ממוקד אל עיקרי מכלול העקרונות והערכים הציוניים שבבסיס זיהוי המדינה כ"יהודית":

68 ברק, *פרשנות במשפט*, כרך ג: פרשנות חוקתית, עמ' 332.

69 אהרן ברק, "ההיבט הציוני ההלכתי-מורשתי והדמוקרטי: השאיפה להשלמה ולהרמוניה - ערכיה של מדינת ישראלית כמדינה יהודית ודמוקרטית", מתוך הרצאתו בקונגרס הציוני ה"ד, בנייני האומה בירושלים, 18 ביוני 2002. ההרצאה פורסמה לראשונה בכתב העת *כיוונים חדשים* 7 (2002), עמ' 22; ולאחר מכן גם במבחר כתביו של ברק, *מבחר כתבים*, כרך ג: עיונים חוקתיים, עמ' 121.

70 ההיבט ההלכתי אינו שייך לעניינה של רשימה זו.

- מדינת ישראל היא מדינתו של העם היהודי.
- ההיסטוריה של המדינה שלובה ושזורה בהיסטוריה של העם היהודי.
- קיבוץ גלויות הוא מערכיה הבסיסיים של המדינה.
- עברית היא שפת המדינה.
- גאולת אדמות לשם התיישבות יהודים ברחבי המדינה.
- טיפוח תרבות יהודית, חינוך יהודי ואהבת העם היהודי.
- ערכים השאובים מן המסורת היהודית, לרבות חגים המשקפים תקומה לאומית.
- התנ”ך הוא הבסיסי שבספרי המדינה.
- מדינה שמוסר הנביאים - ערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל - הוא הערך המרכזי בה.
- ”התקווה” היא המנון המדינה ודגלה כחול-לבן (ומסתמא מנורת עלי הזית היא סמלה).

עקרונות וערכים אלו - שברק מכנה אותם: ”מורשת יהודית-ציונית-לאומית”⁷¹ - משקפים את נכסיה הלאומיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית. הנכסים הללו אינם ”המצאה” של ברק, וכולם נטועים באורח ברור ומפורש במגילת העצמאות. הם משקפים את החזון הלאומי של המדינה היהודית, ואף שהם משפיעים על זכויות האדם המעוגנות בחוקת זכויות היסוד, אין הם מבטאים אותן באורח ישיר. אכן ”מורשת יהודית-ציונית-לאומית” אינה ”מורשת ערבית (פלסטינית) לאומית”. נטיעת הנכסים הלאומיים בחקיקה ובפסיקה, ולאחרונה גם בחוק יסוד (חוק הלאום), אינה מתיישבת עם תפיסה הגורסת שלאוכלוסייה הערבית בישראל יש זכות לנכסים לאומיים מסוימים. אולם תפיסה אחרונה זו איננה העיקרון המקובל (הקונצסואלי) המגולם ב”מדינה יהודית ודמוקרטית”.

מדינה דמוקרטית

על הדמוקרטיה כתב ברק:

[דמוקרטיה] מבוססת על שני אדנים. האחד, ריבונות העם. ריבונות זו מוצאת מהכוח אל הפועל בבחירות חופשיות הנערכות לעתים מזומנות, ובהן העם בוחר את נציגיו

אשר ישקפו את השקפותיו. דמוקרטיה בהיבטה זה מזדהה עם שלטון הרוב ועם מרכזיותו של הגוף המחוקק שבמסגרתו פועלים נציגי העם. זהו היבט פורמלי של הדמוקרטיה. הוא בעל חשיבות מרכזית [...]

ההיבט השני של הדמוקרטיה משקף את שלטונם של ערכים, פרט לשלטון הרוב, המאפיינים את הדמוקרטיה. החשובים באלה הם הפרדת רשויות, שלטון החוק, עצמאות השופטים, זכויות האדם ועקרונות יסוד המשקפים ערכים אחרים (כגון מוסר וצדק), מטרות חברתיות (כגון שלום הציבור וביטחון) ודרכי התנהגות ראויות (סבירות, תום לב). בהיבט זה, דמוקרטיה מזדהה עם שלטונם של הערכים הדמוקרטיים. זהו היבט מהותי של הדמוקרטיה. אף הוא בעל חשיבות מרכזית.⁷²

להיבט הפורמלי של הדמוקרטיה אשוב בהמשך. כאן אציין שההיבט המהותי של הדמוקרטיה מטביע את חותמם של ערכים דמוקרטיים כלליים (אוניברסליים), לצד ערכים דמוקרטיים המבוססים על מאפייני מדינת ישראל. לאורו של ההיבט המהותי הזה התעצב לאורך השנים "שיח הזכויות", תחילה כשיח שאינו חקוק עלי ספר, ואחר כך כשיח חוקתי המעוגן בחוקת זכויות היסוד.

דרכי איזון בין נכסים לאומיים לזכויות יסוד

ההבחנה המוצעת בין "נכסים לאומיים" ל"זכויות היסוד" עשויה, כמדומה לי, להגדיר ולצמצם את מוקדי החיכוך והניגוד שנוצרים במלאכת ההרכבה (סינתזה) היישומית של "יהודית" עם "דמוקרטית". באופן עקרוני ניתן לומר ש"נכסים לאומיים" לחוד וזכויות היסוד לחוד - הראשונים קשורים ל"לאום" או ל"מדינה", והאחרונים מכוונים אל הפרט, אל האדם. אולי על רקע זה ניתן להבין את ההשוואה שהציג הנשיא שמגר:

קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי אינו שולל את אופייה הדמוקרטי, כפי שצרפתיותה של צרפת אינה שוללת את אופייה הדמוקרטי.⁷³

72 ברק, מבחר כתבים, כרך ג: עיונים חוקתיים, עמ' 134 (ההדגשה שלי).

73 ערעור בחירות 1/88, "ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה", פסקי דין, כרך מב, מס' 4, עמ' 177, 189.

נראה באופן פשוט ורגיל ש"הנכסים הלאומיים" של צרפת, שמושגת על מורשתה התרבותית וההיסטורית, אינם מצויים ב"נתיב התנגשות" עם מסורתה הדמוקרטית. כך הוא, הלכה למעשה, בכל דמוקרטיה אחרת בעולם - אזרח אמריקאי למשל הוא כל מי שמחזיק באזרחות אמריקאית, ולהשתייכותו הדתית אין כל השלכה על כך. האם אפשר לנקוט גזרה שווה גם כש"מתנגשים" הנכסים הלאומיים של מדינת ישראל בשיטתה הדמוקרטית?

התשובה אינה פשוטה. הדברים מוליכים למורכבות המיוחדת של מדינת ישראל, שבה היסוד הדמוקרטי מתערב ביסוד היהודי, כלומר בהשלכה של סוגיית דת-לאום על אופי המדינה. למורכבות זו אין אח ורע בשום מדינה, וממילא אין מקום לבחינתו בבחינה השוואתית. המורכבות נובעת מכך שבמדינת ישראל יש מיעוט לא מבוטל של אזרחים ותושבים לא יהודים, קרי המיעוט הערבי. בני המיעוטים מחויבים להסתגל - ובמידה רבה הסתגלותם מוכחת בשבעים שנות קיומה של מדינת ישראל - לנכסים הלאומיים שהשלכתם על הפרט ערטילאית או מצומצמת מאוד. כך אנחנו עדים למידת "הסתגלות" רבה לעצם הגדרת המדינה כמדינת העם היהודי - הסמלים הלאומיים, טיפוח התרבות והמורשת היהודית, הזיקה לקהילות יהודיות בעולם, ערכי מורשת ישראל ומתן העדיפות לשפה העברית. עם זאת, המימוש המעשי של חלק מן הנכסים הלאומיים עלול לגרוע מזכויות מקבילות של בני המיעוטים.

מדינת ישראל, כמדינה דמוקרטית, צריכה ויכולה להבטיח לכל אזרח ותושב, וגם לגר הגר בתוכה, מימוש שוויוני של זכויות אדם. הגנה על כבוד האדם, חירות האדם, חופש העיסוק, חופש ההתאגדות, הקניין הפרטי, חופש התנועה, חופש הביטוי, הזכות לחינוך, הזכות לקיום בסיסי, הזכות לבחור ולהיבחר, ועוד כהנה וכהנה - אין להם דבר עם הנכסים הלאומיים. מלכות אינה נוגעת במלכות. ובלשון מגילת העצמאות שהובאה לעיל:

מדינת ישראל [...] תקיים שיוון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות.

בהקשרים האלה שתי תוויות זהות של המדינה מתקיימות אהדדי, ועשוי להתעורר קושי לנוכח הטענה שמיושם ערכים בסיסיים ציוניים מסוימים עלול לגרוע מזכויות הפרט של בני המיעוטים. ניתן להמחיש זאת על ידי הצבעה על כמה ערכים שהם בחזקת "נכסים לאומיים":

- הערך הבסיסי הציוני של "קיבוץ גלויות" ממומש, בין היתר, באמצעות חוק השבות וחוק האזרחות, המקנים עדיפות ברורה ליהודים באשר הם לעלות לארץ

ולהתאזרח בה. אין זכות קנויה כזאת למי שאינו יהודי. ניתן לומר שהיבט זה של "קיבוץ גלויות" משקף מדיניות הגירה לישראל שאין עימה כדי לגרוע מזכויותיו של בן מיעוטים שהוא אזרח או תושב של המדינה. עם זאת, עקרון קיבוץ הגלויות המצומצם ליהודים עשוי "להתנגש" עם זכותו של בן מיעוטים לחיי משפחה, למשל איחוד בין בני זוג הורים לילדיהם כשרק אחד מבני הזוג הוא אזרח המדינה.⁷⁴

- הערך הבסיסי הציוני של גאולת אדמות לשם התיישבות יהודים ברחבי המדינה עלול להתנגש בהסדרי התיישבות המיוחדים ליהודים ובמניעת חופש ההתיישבות ברחבי המדינה לבני מיעוטים.⁷⁵
- הערך הבסיסי הציוני של טיפוח תרבות יהודית, חינוך יהודי ואהבת העם היהודי, ועימו גם הענקת עדיפות לשפה העברית, אומנם אינו סותר את אפשרויות טיפוח התרבות הערבית או חינוך המושתת על מסורתם של בני המיעוטים, ובין השאר גם את לימוד שפתם והקנייתה, אולם עשויות להתעורר שאלות על הקצאת תקציבים שוויונית ועל סינון תוכני הוראה מסוימים שסותרים את הזהות היהודית של המדינה.⁷⁶

סוגיות אלו אינן חדשות. הן סוגיות מורכבות ששימשו בסיס לדיון ציבורי ותשתית למהלכי חקיקה שונים. בית המשפט העליון נדרש לכמה מן הסוגיות הללו וניסה לאזן בין שתי האקסיומות שעייגונן קבוע ואינו ניתן לעקירה. דומה לי שהכול מסכימים ששלושה הם עקרונות האיזון:

1. פרשנות תכליתית דו־ערכית, ובלשונו של פרופ' מנחם אלון: "לעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. תכלית זו ערכית זו - מדינה יהודית ודמוקרטית - חד היא, ובא זה ולימד על זה, ובא זה ומשלים את זה, והיו לאחדים בידינו".⁷⁷ לשון אחר, פרשנות תכליתית דו־ערכית היא זו שאינה משמיטה שום רכיב מרכיביה. פרשן הדין אינו יכול להתעלם הן מן ה"יהודית"

74 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003.

75 בג"ץ 6698/95, "עאדל קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל", פסקי דין, כרך נד, מס' 1, עמ' 258.

76 בג"ץ 5478/11, "ח"כ ד"ר אחמד טיבי נ' יו"ר הכנסת" (עתירה שנמחקה בעניין הצעת חוק יסודות התקציב [תיקון - הכחשת הנפְּהָה], התשע"ה-2015).

77 מנחם אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט יז, 3 (1993), עמ' 659, 663.

- הן מן ה"דמוקרטיה", ואינו רשאי למקד את פרשנותו באחד משני רכיבים אלו בלבד.⁷⁸
2. פרשנות המבוססת על מתאם (קורלציה) ושילוב (סינתזה) בין שני עוגני היסוד. ככל הניתן צריך הדין להתפרש בדרך המיישבת בין האפיון היהודי לאפיון הדמוקרטי, והפרשן צריך לחתור למצוא את המשותף והמאחד ביניהם. עליו להשתמש בכלי הפרשנות המגוונים שבידו - פרשנות תכליתית, היסטוריית החקיקה, עיגון לשוני מכיל, וחזקות למיניהן - כדי להשיג את המתאם האמור.
3. איזון "אופקי" או "אנכי" כשיש סתירה בלתי ניתנת ליישוב בין "יהודית" ל"דמוקרטיה". נסיבות כאלה היו והינן מוקד למחלוקת ציבורית, בעיקר כשהרשות המבצעת - קרי הממשלה או הרשות המחוקקת, היינו הכנסת - נוקטת עמדה פרשנית שבה נמצא רכיב אחד עדיף ממשנהו. בנסיבות כאלה, לפי שיטתנו, מסורה ההכרעה לבית המשפט, והוא נוקט עמדה בתוך מתחם ההתערבות המותר לו ועל פי ממדי ההכרעה השיפוטית שהוא אימץ.⁷⁹

"יהודית" ו"דמוקרטיה" עד חוק הלאום: המיעוט הערבי ועקרון השוויון

על השוויון: זווית יהודית ודמוקרטיה

מן הדיון עד כה ניתן להתרשם שמושגי העל, "יהודית" ו"דמוקרטיה", כשלעצמם הם מושגים פתוחים שתוכנם המהותי אינו מתברר מתוך עצמו. גם הפירוט המשני, בהוראות דין חקוק, של הערכים העיקריים שמושגי העל מקיפים אותם, מתקיים ברמת הפשטה גבוהה. כך הוא לעניין מושגי המורשת הציונית והמורשת היהודית, וכך לעניין הערכים הכלולים בחוקת זכויות היסוד. משמעות רבה נודעת בשיטתנו לפסיקת בתי המשפט שעיצבה את תוכנם המהותי של ערכי היסוד הללו והקנתה להם ממד יישומי מעשי. פסיקה זו, בייחוד כשהיא תוצר של בית המשפט העליון, משלימה את הפסיפס הנורמטיבי של נכסים לאומיים וזכויות אדם.

78 פרופ' מנחם אלון הראה שעד שנחקק "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" התמקדה פרשנות הדין בידי שופטים באופייה הדמוקרטי של המדינה בלבד. איש לא נתן את דעתו, וודאי לא כממד פרשני הכרחי, לאופייה של המדינה כ"יהודית"; ראו: אלון, "דרך חוק בחוקה", עמ' 667-668, הערה 81.

79 דפוסי ההכרעה ומגבלות התערבותו של בית המשפט העליון בהחלטות הממשלה ובחוקי הכנסת הם נושא מורכב לעצמו, והוא חורג מגבולותיה של רשימה זו.

יקצר המצע כאן מלהביא אפילו תיאור תמציתי של מלוא עיקרי היישום ההלכתי של עקרונות היסוד, ולכן עליי להסתפק במקצת שבמקצת ולבחור את ההתבוננות בפסיקת עקרון השוויון בנוגע למיעוט הערבי בישראל. בחירה זו נובעת מכך שעיקר עיקרה של הביקורת השוללת את חוק הלאום נשען על העובדה שעקרון השוויון נעדר ממנו, ולטענת מבקריו של החוק הוא גורע הרבה, אם לא מעקר כליל, את זכות האדם הלא יהודי לשוויון מלא במדינת ישראל. להלן אנסה להראות שאין צורך בהכללה מלאכותית של עקרון השוויון בחוק הלאום ושהיעדרו של העיקרון מן החוק אינו גורע מכוחו המחייב.

כידוע השוויון הוא ממאפייניו הבסיסיים של משטר דמוקרטי. ביטוי איננו רק בזכות ההצבעה בבחירות דמוקרטיות, המקנה באורח שוויוני מלא קול אחד לכל אזרח בבחירות, אלא גם בגילום זכותו של כל אזרח - ובמידה מותאמת גם את זו של תושב ושל זר השוהה במדינה - לשיתוף בדרך של שוויון יחסי ב"סל הזכויות" של כל מדינה דמוקרטית. השוויון המהותי הוא ערך מורכב וסבוך מאין כמותו. דומה שיקצר המצע כאן אף להציגו באופן תמציתי, וממילא גם אין צורך בכך. די שאציין כאן את שלושת העיקרים האלה:

1. ערך השוויון הוא יסוד מוסד בשיטתנו. הוא נקבע במגילת העצמאות ("מדינת ישראל [...] תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין"), התעצב והתגבש, וקווי תחומו שורטטו לאורך השנים בפסיקת בית המשפט העליון כפועל יוצא של האפיון הדמוקרטי של מדינת ישראל.⁸⁰
2. ערך השוויון עולה בקנה אחד עם היות מדינת ישראל מדינה יהודית, והוא נובע מן המורשת ההלכתית ואינו סותר את הנכסים הלאומיים של המדינה. מצד ההלכה - כדברי השופט מנחם אלון:

יסוד מוסד בעולמה של יהדות הוא רעיון בריאת האדם בצלם אלוהים (בראשית א, כז). בכך פותחת תורת ישראל, וממנה מסיקה ההלכה עקרונות יסוד בדבר ערכו של האדם - כל אדם באשר הוא - שוויון ואהבתו.⁸¹

80 ברק, פרשנות במשפט, כרך ב: פרשנות החקיקה, עמ' 457-458, הערות 247-250 שם; ברק, פרשנות במשפט, כרך ג: פרשנות חוקתית, עמ' 423; יצחק זמיר ומשה סובל, "השוויון בפני החוק", משפט וממשל ה (תש"ס), עמ' 165-166.

81 ערעור פלילי 3632/92, "גבאי נ' מ"י", פסקי דין, כרך מו, מס' 4, עמ' 487, 490; ערעור בחירות 2/84, "ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית", פסקי דין, כרך לט, מס' 2, עמ' 225, 299.

ומצד הנכסים הלאומיים - הגיון קיומה של מדינת ישראל מושתת על האפשרות והזכות של כל יהודי לעלות להתיישב ולהתאזרח בארצו. בעניין זה, המוסדר בחוק השבות ובחוק האזרחות, אין דין אחד ליהודי ולמי שאינו יהודי. ההבחנה הזאת אינה נתפסת כפגיעה בעקרון השוויון, והיא מוסברת בכך שמכוח היות מדינת ישראל מדינה ריבונית יהודית היא רשאית לקבוע את מדיניות ההגירה אליה. חובת השוויון צריכה להישמר באורח דווקני בבית פנימה. בין כותלי הבית, בין גבולות המדינה, אין מקום להפלות אדם על בסיס דת או לאום. אין זו דרכה של הציונות, וגישה מפלה כזו אינה נובעת מקיום הנכסים הלאומיים של מדינת ישראל. ברק סיכם נקודה זו כך:

אכן הציונות באה להקים מדינה יהודית. היא הצליחה בכך. אין ספק כי ישראל היא מדינה יהודית על פי מורשתה, סמליה וחגיגה, שפתה ותרבותה וממנים אחרים העושים אותה מדינה יהודית. אך, כמו מדינות לאום נאורות, היא יודעת וצריכה להתייחס אל כל אדם היושב בקרבה, גם אם הוא נמנה על מיעוט שאינו יהודי, באופן שוויוני.⁸²

3. השוויון לא נקבע בחוקת זכויות היסוד כערך יסוד העומד ברשות עצמו, אולם דומה שכיום אין מי שיחלוק על כך שערך השוויון הוא גופו רכיב מרכזי בערך היסוד של ”כבוד האדם“. הגנת כבוד האדם קשורה כמעין קשר גורדי לקיום ערך השוויון. בהקשר זה הצביע ברק על דברים שכתב פרופ' לואיס הנקין (Louis Henkin):

It is self-evident that the commitment to human dignity, however defined, requires freedom from slavery or torture, and personhood and equality before the law.⁸³

82 אהרן ברק, "על שוויון ושונויות", *מבחר כתבים*, כרך ד: על בית המשפט ושופטיו (שריגים: נבו, 2017), עמ' 169, 172.

83 ראו: Louis Henkin, "Human dignity and Constitutional Rights," in Michael J. Meyer and William A. Parent (eds.), *The Constitution of Rights: Human Dignity and American Values* (Ithaca: Cornell University Press, 1992), pp. 210, 212; ברק, *פרשנות במשפט*, כרך ג: פרשנות חוקתית, עמ' 424.

וכן ציטט מדברי השופט חיים ה' כהן:

Human dignity presupposes (by a way of *quasi presumption juris et de jure*) the equality of worth of all human beings because by detracting from the worth of any individual you already necessarily infringe on his or her dignity.⁸⁴

משמעות רבה נודעת לכך שערך השוויון הוא מאפיין טבוע של שיטתנו המשפטית, ערך שמתיישב עם היותנו מדינה יהודית ושניתן לו מעמד חוקתי על-חוקי. העיקרון המשולש הזה יצק את השוויון כעמוד התיכון של השיטה, ולפיכך לא ניתן ליטול את העיקרון משיטת המשפט של מדינת ישראל מבלי לגרום לקריסת יסודותיה. כל רשות מרשויות השלטון צריכה להעמיד את ערך השוויון לנגדה בתהליך קבלת החלטה ובמימושה. יתר על כן, הפרשנות המשפטית של כל מעשה שלטוני, לרבות מעשי חקיקה, צריכה להיות מונחית על פי המגמה של אימוץ עקרון השוויון יותר מדחייתו. מעשה שלטוני, לרבות מעשה חקיקה, צריך להתפרש כך שיקיים את עקרון השוויון, ואם לא ניתן לעשות כן - דין המהלך להיחשב כבטל ומבוטל וכבלתי חוקתי.

ערך השוויון: פסיקת בית המשפט העליון בענייני המיעוט הערבי מוסכמת יסוד היא, שכל האזרחים שווים לפני החוק ושאינן מקום להפליה בשל שיוך אתני, דתי, עדתי, מיני או מגדרי, כלומר - אין מקום להפליה בכלל. זכותו של כל אזרח לשוויון היא זכות מושרשת, ומעמדה העל-חוקי נקבע כנגזרת של זכות חוקתית. הזכות לשוויון איננה מתקיימת כזכות אדם יחידה בתוך בועת ריק (ואקום), והיא עשויה "להתנגש" בזכויות אדם אחרות או באינטרסים המהווים נכסים לאומיים. האתגר הגדול של מדינת ישראל בכלל, ושל מערכת המשפט בה בפרט, הוא קיום עקרון השוויון לצד השמירה על הנכסים הלאומיים. בהקשר זה מושא קיום העיקרון הם אזרחי המדינה בני המיעוט הערבי, כ-20% מכלל תושביה.

על דרך הכלל, קיום יחס שווה לאזרח הערבי בתחומים ובעניינים שאינם קשורים לערכי מורשת ציוניים אינו קשה ואין כל סיבה שלא לקיים אותו. אפשר להצביע על תחומים רבים

84 ראו: Haim H. Cohen, "On the Meaning of Human Dignity", *Israel Yearbook on Human Rights* 13 (1983), pp. 226, 270.

שבהם יחס שוויוני כלפי האזרח הערבי מתגבש אך ורק מתוך מודעות לצורך ואף לחובה לקיים אותו, לדוגמה: בזכויות הצבעה לכנסת ולרשויות המקומיות, הקניית חינוך, ביטוח רפואי, מיסים, תגמולים שונים, קבלה למקומות עבודה ציבוריים, כהונות שיפוטיות, שילוב בדירקטוריונים, חופש הפולחן הדתי, חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, ועוד עניינים רבים.⁸⁵ הקושי ליישם את היחס השוויוני כלפי בני המיעוטים מתקיים בסוגיות שיש להן אופי לאומי ולאכאורה נדמות כמתנגדות לזכות לשוויון. אתייחס בקצרה לשלוש מן הסוגיות הללו: איחוד משפחות, הקצאת מקרקעי המדינה ומעמד העברית ביחס לערבית.

א. איחוד משפחות

חוק האזרחות מקנה לבני זוג שאחד מהם הוא אזרח מדינת ישראל אפשרות שגם בן הזוג השני יזכה באזרחות בלי תנאי,⁸⁶ וכך מממש חוק האזרחות את זכות האדם הבסיסית לקיים חיי משפחה.⁸⁷ בשנת 2003 חקקה הכנסת חוק שתוקפו לזמן מוגדר ("הוראת שעה") ושמנוע להעניק אזרחות ישראלית ורישיון ישיבה בישראל לתושבי אזורי יהודה, שומרון ועזה, או לתושבי מדינות אויב מסוימות.⁸⁸ כך נמנעת באופן כללי האפשרות לאיחוד משפחה בין בני זוג⁸⁹ שאחד מהם הוא אזרח מדינת ישראל ומשנהו תושב אזור מוחזק או אזרח או תושב של מדינות אויב מסוימות.⁹⁰

85 כך התבטא הנשיא ברק במעמד השבעת שופטים לכהונתם: "המינויים אותם אנו עושים היום הם ביטוי לאותה רוח שוויון השוררת בנו. אין אנו מפלים בין גברים לנשים בשפיטה. אין אנו מפלים בין יהודים לערבים. אנו ממנים את הטובים ביותר - גברים או נשים, יהודים או ערבים. והטובים ביותר נשבעו היום אמונים למדינת ישראל ולחוקיה" (ברק, "על שוויון ושונות", עמ' 174). אלו דברים חשובים מאוד, אך הקושי ליישם אינו נעוץ בהתנגשות בין ערכים.

86 סעיף 7 בחוק האזרחות תשי"ב-1952.

87 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות-1966, סעיף 23 (כתבי אמנה 1040). אומנם האמנה אינה כופה את החברות בה לקיים איחוד משפחות, אולם מדינת ישראל מכירה בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על ידי איחוד משפחות; ראו: בג"ץ 3648/97, "סטמקה נ' שר הפנים", פסקי דין, כרך נג, מס' 2, עמ' 728, 787.

88 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 (להלן: "חוק הוראת שעה"). החוק "מתגבר" על הוראת סעיף 7 בחוק האזרחות. אף על פי שהחוק מוגדר כ"הוראת שעה" שיש לה מועד תפוגה מוגדר, תוקף החוק מוארך מעת לעת, וכעת הוא בתוקף עד מרץ 2019. יש אפשרות להאריך את תוקפו כל פעם בשנה אחת.

89 החוק מניח שיקול דעת בידי שר הפנים שמאפשר שלא יינתק קשר בין קטין להורהו המשמורן.

90 חוק הוראת שעה אינו קובע מניעה מוחלטת, ולפי נסיבות שונות הקבועות בחוק אפשר לעיתים להעניק אזרחות ישראלית או לממש את זכות הישיבה בישראל.

חוק הוראת שעה חל למעשה רק על בני המיעוטים אזרחי המדינה. מניעת מימוש הזכות לחיי משפחה מבני המיעוטים היא הוראת חוק שמבחינה באופן מובהק בין אזרחים יהודים לאזרחים ערבים. לכאורה נדמית הבחנה זו כהפליה, וממילא יש בה פגיעה בעקרון השוויון. לכן מאליה עולה השאלה אם הוראת חוק מפלה שפוגעת ממנה ובה בעקרון השוויון עולה בקנה אחד עם העיקרון החוקתי.⁹¹

החוקתיות של חוק הוראת שעה הועמדה פעמיים לבחינה בידי בג"ץ - בבג"ץ 7052/0392 ובבג"ץ 466/07.⁹³ שתי העתירות נדונו לפני הרכב של 11 שופטים. רוב השופטים, בשני ההרכבים, הסכימו שחוק הוראת שעה פוגע בזכויות חוקתיות - הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון, זכויות הנגזרות מן ההגנה החוקתית על כבוד האדם - של אזרחים ערבים.⁹⁴ כיוון שנקבע שנפגעת זכות חוקתית, נבחנה שאלת נאותות תכלית הפגיעה ולאחריה שאלת המידתיות שלה. לאחר שקלא וטריא מעמיק ומרתק המתפרש על פני מאות עמודים, נפלה ההכרעה שהותירה את חוק הוראת שעה על כנו על חודו של קול אחד.⁹⁵ אף על פי שהעתירות הניחו על כתפי השופטים עול הכרעה כבד, עיון בדילמה המשפטית מגלה שאין היא נוגעת להתנגשות ערכית בין "יהודית" ל"דמוקרטית". בית המשפט נדרש לשקול את היחס שבין פגיעה בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ולשוויון, ובין הסיכון האפשרי לביטחון המדינה ולביטחון אזרחיה, סיכון שחוק הוראת שעה ביקש למנוע.

91 העיקרון החוקתי משמיע שניתן לפגוע בזכות יסוד חוקתית אם מתקיימים שלושה תנאים: (א) הפגיעה נקבעת בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל או מכוח חוק אחר; (ב) הפגיעה מיועדת לתכלית ראויה; (ג) הפגיעה מידתית, היינו היקפה אינו עולה על הנדרש להשגת התכלית שהוגדרה ראויה (סעיף 8 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; פסקה זו מכונה "פסקת ההגבלה"). בחינת החוקתיות של חוק נעשית בשלושה שלבים: תחילה נבחן אם בחוק כלולה הוראה הפוגעת בערך חוקתי, אחר כך נבחנת ההצדקה התכליתית של הפגיעה בו, ולבסוף נבחנת המידתיות שלה.

92 בג"ץ 7052/03, "עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים", פסקי דין, כרך סא, מס' 2, עמ' 202 (להלן: בג"ץ 7052/03).

93 בג"ץ 466/07, "ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה" (להלן: בג"ץ 466/07).

94 מיעוט מן השופטים סבר שלאור הרקע של החוק ונסיבותיו אין הוא פוגע בזכות חוקתית. ביאור מקיף של השקפת מיעוט זה אינו נחוץ לצורכי רשימה זו, ובקצרה אציין שאותו מיעוט סבר שבנישואין לנתין מארץ אויב, המדינה אינה חייבת לאפשר לממש את הזכות לחיי משפחה בין גבולותיה דווקא, ולכן גם אין פגיעה בעקרון השוויון.

95 הלכה למעשה התגבש בבג"ץ 7052/03 רוב לפסילת החוק בשל אי-חוקתיות, אולם השופט אדמונד לוי ביכר להעניק למדינה אפשרות לתקן את החוק כדי לצמצם את ממדי הפגיעה החוקתית ולעשותה מידתית. לאחר תיקוני חקיקה מסוימים הוגשה העתירה בבג"ץ 466/07, ובה הושג רוב דחוק שסבר שאין לפסול את החוק.

תכליתו המוצהרת של חוק הוראת שעה היא למנוע הגירה והשתלבות של גורמים עוינים, מחוללי פעולות טרור וחבלה, במדינת ישראל, באמצעות "איחוד משפחות". אירועים מוכחים מן העבר הקרוב ביססו את הסיכון הזה. חובת ההגנה על הביטחון האישי אינה קשורה לנכסים לאומיים או למורשת יהודית וציונית. ברור כשמש שחובת המדינה להגן על ביטחונה ועל חייהם ושלומם של אזרחיה, וכשיש להם סיכון ביטחוני חמור וממשי רשאית המדינה לסכלו גם אם ייפגעו מכך זכויות אזרח מסוימות, ובהן הזכות לחיי משפחה והזכות לשוויון. זו דרכו של האיזון החוקתי, המציב בראש סולם העדיפויות את ערך ההגנה על החיים. אך מובן שאין מקום לחוק הפוגע בזכויות אדם אם הסתברות הסיכון לחיי אדם אינה גדולה או אם נעוצה בחקיקה תועלת מעטה בלבד להבטחת תכליתה.

בשאלות אלו על הסתברות הסיכון, מידת היעילות של החוק והיקף הפגיעה בזכויות אדם, דנו השופטים, נחלקו בדעותיהם והכרעתם נקבעה ברוב דעות. אלא שסוגיה נוספת, שלא הוצבה על מדוכת הדיון, בצבצה מבין השיטין ונלחשה בין המעברים - התכלית הדמוגרפית. כלומר, שמא השיקול הביטחוני לא היה השיקול היחיד שעמד לנגד עיני המחוקק, אלא גם מטרה נוספת: מניעת הקטנת האוכלוסייה היהודית ביחס לאוכלוסייה הערבית במדינה. כך שיקפה השופטת פרוקציה את החשש ש"הסכנה הדמוגרפית" הניעה את מהלכי החקיקה:

אין להתעלם גם מכך כי בנקודות זמן שונות במהלך הליכי החקיקה של החוק ותיקונו הועלה ונדון הנושא הדמוגרפי ברקע האיסור הגורף על כניסת בני זוג פלסטיניים מהאזור לישראל. אמנם, המדינה בהציגה את החוק הצביעה על השיקול הביטחוני כשיקול יחיד. עם זאת, מדיוני הכנסת עולה כי הנושא הדמוגרפי ריחף על פני הליכי החקיקה כל העת, והיווה נושא מרכזי בדיונים בוועדת הפנים של הכנסת ובמליאה. היו מבין חברי הכנסת מסיעות שונות שסברו כי ההיבט הדמוגרפי הוא הצידוק העיקרי להסדר החקיקתי שאומץ. היו ביניהם, דוגמת השר גדעון עזרא (ליכוד) [...] ויו"ר הכנסת רובי ריבלין (ליכוד) אשר הזהירו מפני איחוד המשפחות כמנגנון המיועד למימושה בפועל של זכות השיבה [...] אחרים, דוגמת חברי הכנסת זהבה גלאון (מרצ-יחד), חיים אורון (מרצ-יחד), נסים זאב (ש"ס), ניסן סלומיאנסקי (המפד"ל), מיכאל רצון (ליכוד) ואהוד יתום (ליכוד), ציינו מפורשות את התופעה שזכתה בדיונים לכינוי "הסכנה הדמוגרפית", והצביעו על ייעודו של החוק כמכוון לבלום אף סכנה זו. כנגד סכנה זו, הזהירו חלקם, על המדינה להתגונן [...] חברי הכנסת הערביים טענו לאורך כל הליך החקיקה כי תכלית החוק הינה לקדם מטרה דמוגרפית [...] המדינה, במסגרת טיעוניה, הייתה נכונה להצהיר כי הגם שהשיקול

הביטחוני הוא היחיד העומד ברקע החוק, גם אילו ניצב השיקול הדמוגרפי ביסוד המדיניות שהביאה לחקיקתו עדיין היה מדובר בשיקול לגיטימי, ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁹⁶

בסופו של דבר, כאמור, חוק הוראת שעה נותר על מכוננו, וכך הוא נותר עד עצם היום הזה, כשהוא מושתת על כרעי "הסכנה הביטחונית". עם זאת, לאור האפשרות שבעתיד הלא רחוק יקטנו מאוד ממדי "הסכנה הביטחונית",⁹⁷ תעלה מאליה שאלת "הסכנה הדמוגרפית". למאזן הדמוגרפי אין השלכה ביטחונית, ועיקרו הוא החשש להקטנת הרוב היהודי במדינת ישראל. הקטנה זו, אם אכן היא תתרחש בהיקף וברמה מסוימים, עלולה לחתור תחת זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ולהשליט בה משטר של "מדינת כל אזרחיה".

אין זו המציאות בימינו, ובלא סיכון מוחשי למאזן הדמוגרפי אין כל צורך לדון בהשלכותיו של סיכון לא מוכח כזה על זכויות בני המיעוטים. בשאלה הזאת אפשר לדון רק כשאלה משוערת (היפותטית) על רקע חוק הלאום, ובה אדון להלן.

ב. הקצאת מקרקעי המדינה

מקרקעי המדינה הם משאב לאומי מן המעלה הראשונה. לא צריך להכביר מילים כדי לבאר את חיוניותו של המשאב לצורך שימור זהותה של המדינה כמדינה יהודית. ההבטחה הקדומה "וְהָאָרֶץ לֹא תִמְכַּר לְצַמְמַת [...] וְכָל אֶרֶץ אֲחֻזַּתְכֶם גְּאֻלָּה תִתְּנוּ לְאֶרֶץ" (ויקרא כה, כג-כד) התגבשה לכדי מציאות מורכבת בתחילת שיבת ציון בשלהי המאה ה-19. הארץ כמו נמכרה לזרים, וזיקת הבעלות היהודית או של יהודים נשללה ממנה. בשלב זה החל תהליך "גאולת אדמות" שנמשך בדרכים שונות במאה העשרים.

96 השופט א' פרוקצ'יה, בבג"ץ 7052/03, עמ' 221-222; השופט ס' ג'ובראן, שם, עמ' 207-208. וראו גם: גיא דוידוב, יונתן יובל, אילן סבן ואמנון רייכמן, "מדינה או משפחה? חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003", *משפט וממשל* ח, 2 (2005), עמ' 643, 667; יעקב בן-שמש, "זכויות חוקתיות, הגירה ודמוגרפיה", *משפט וממשל* י (2006), עמ' 47, 56, 76; אייל גרוס, "מאוהב לאויב: צדק, אמת, יושר ושכל ישר בין ישראל לאוטופיה בבג"ץ חוק האזרחות", *המשפט* יג (תשס"ט), עמ' 141, 152; Yoav Peled, "Citizenship Betrayed: Israel's Emerging Immigration and Citizenship Regime", *Theoretical Inquiries in Law* 8, 2 (2007), pp. 603, 617; וכן ראו את דברי השופט א"א לוי בבג"ץ 466/07, עמ' 47.

97 איחוד משפחות עם בן זוג מחבל מעזה נחשב אפשרות שהיכתנותה קטנה מאוד. השליטה הביטחונית של ישראל באזורי יהודה ושומרון ופעילות הרשות הפלסטינית מקטינות מאוד את האפשרות להחזיר גורמי טרור לישראל תחת מעטה "איחוד משפחות".

זה הטעם להוראתו של "חוק יסוד: מקרקעי ישראל": "מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקיימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם במכר ואם בדרך אחרת".⁹⁸ בלי ספק ההגנה על בעלות מקרקעי המדינה היא נכס מנכסיה הלאומיים של מדינת ישראל, והוא נובע ממורשתה הציונית⁹⁹ ונחשב אחד ממאפייני זהותה של המדינה היהודית. לסוגיית הבעלות על מקרקעי ישראל פנים רבים, והיא נבחנת מנקודות מבט שונות - היסטוריות, לאומיות, חברתיות, כלכליות ואחרות.¹⁰⁰ ענייננו כאן בהשלכות של שימור הנכס הלאומי על עקרון השוויון בזיקה לבני המיעוטים.

סוגיית השוויון האמורה הוצבה על מדוכת הדיון של בית המשפט העליון במלוא עוצמת ניגודיה בפרשת קעדאן.¹⁰¹ בני הזוג אימאן ועאדל קעדאן ובנותיהם, ערבים תושבי אחד היישובים הערביים בארץ, ביקשו להעתיק את מקום מגוריהם ליישוב הקהילתי קציר, שבאזור נחל עירון. היישוב קציר הוקם על מקרקעי המדינה שהוקצו לסוכנות היהודית לארץ ישראל, והסוכנות הקימה את היישוב באמצעות אגודה שיתופית. על פי מטרותיה, הסוכנות היהודית עוסקת ביישוב יהודים במדינת ישראל, והאגודה השיתופית מצידה מקבלת לשורותיה, הלכה למעשה, רק יהודים כחברים. מטרותיה של האגודה השיתופית הן, בין היתר, להקים יישוב כפרי-קהילתי שיהא מבוסס על ארגון חבריו כקהילה שיתופית, לקיימו ולנהלו. פניית בני משפחת קעדאן לרכישת חלקת קרקע בקציר לא צלחה מפני שהאגודה השיתופית סירבה לקבלם כחברים בה.

לפני בית המשפט העליון, בהרכב מורחב של חמישה שופטים, ניצבה שאלת חוקיות החלטת מדינת ישראל לקבוע מדיניות של מתן הרשאות לשימוש בקרקע לשם הקמת היישוב הקהילתי, המיועד ליהודים בלבד. ברוב של ארבעה שופטים כנגד דעת מיעוט אחת החליט בית המשפט לפסול את המדיניות ולהקנות למשפחת קעדאן זכות להיקלט ביישוב קציר. את הנמקת הרוב כתב נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, ולכמה מעיקרי הנמקתו יש חשיבות להמשך הדיון ברשימה זו:

98 סעיף 1 בחוק היסוד (ההדגשה שלי).

99 חיים זנדברג, *מקרקעי ישראל: ציונות ופוסט-ציונות* (ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי שליד הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, 2007), עמ' 25-36.

100 לסקירה מקיפה ראו: חיים זנדברג, *פירוש לחוק-היסוד, חוק-יסוד: מקרקעי ישראל* (ירושלים: מכון סאקר באוניברסיטה העברית והוצאת נבו, 2016), עמ' 35-240.

101 בג"ץ 6698/95, "קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל", פסקי דין, כרך נד, מס' 1, עמ' 258.

- א. חוקיות מדיניות הממשלה צריכה להיבחן לאור התכלית הנשקפת מן הדין שעליו היא מבוססת. לחוק מנהל מקרקעי ישראל יש תכליות מיוחדות שונות, ועיקרן שמירת מקרקעי ישראל בבעלות המדינה כדי למנוע את העברת הבעלות על הקרקע לידי גורמים בלתי רצויים, לבצע מדיניות ביטחון ולאפשר ביצוע פרויקטים לאומיים. לצד התכליות המיוחדות המונחות ביסוד סמכותו ושיקול דעתו של המנהל, יש עוד תכליות כלליות הפרוסות כמטרייה נורמטיבית מעל דברי החקיקה כולם. תכליות כלליות אלו משקפות את ערכי היסוד של המשפט והחברה בישראל, ועקרונות יסוד אלו מבטאים גם את מהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. מבין העקרונות האלה, רלוונטי לעניין הנדון עקרון השוויון, עיקרון המחייב גם את המנהל כשהוא פועל בתור נאמן של המדינה ומקצה את קרקעותיה לציבור.
- ב. "מערכה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לא מתבקש כלל כי המדינה תנהג באפליה בין אזרחיה [...] המדינה - מדינת יהודים היא; המשטר המתקיים בה - הוא משטר דמוקרטי נאור, המעניק זכויות לכלל האזרחים, יהודים כלא יהודים [...] אין, אפוא, כל סתירה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין שוויון גמור בין כל אזרחיה. נהפוך הוא: שוויון הזכויות בין כל בני האדם בישראל, תהא דתם אשר תהא ותהא לאומיותם אשר תהא - נגזר מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עשויים לגבש תכליות מיוחדות, ברמות הפשטה שונות, אולם בנסיבות הנדונות אין תכליות מיוחדות שידן על העליונה ביחס לעקרון השוויון.
- ג. ככלל, מדיניות הנוהגת הפרדה במגורים או בתחומים אחרים על בסיס דת או לאום היא פסולה מנקודת הראות של עקרון השוויון, אפילו מתוך הנחה שהמדיניות כלפי כל קבוצה מופרדת היא שווה. התפיסה של "נפרד אבל שווה" היא מטבעה בלתי שווה, ומפלה קבוצות מיעוט. הפרדה משדרת עלבון כלפי קבוצות מיעוט המוצאות מן הכלל, מחדדת את השוני בינן ובין הקבוצות האחרות, ומקבעת תחושות של נחיתות חברתית.
- ד. טיפול שונה על בסיס דת או לאום יכול שלא להיחשב הפליה במקום שבו האיזון בין התכליות המיוחדות של החקיקה הנוגעת לדבר ובין התכלית הכללית של השוויון מוביל למסקנה שאין הפליה. עם זאת, במקרה דנן אין כל סתירה בין התכליות הכלליות ובין התכליות המיוחדות של החקיקה המסמיכה.

- ה. המנהל אינו רשאי להקצות קרקע במישרין להקמת יישוב קהילתי ליהודים בלבד, שכן הקצאה כזו תפגע בתכלית הכללית המונחת ביסוד סמכותו של המנהל, והיא - הגשמת השוויון.
- ו. לעיתים טיפול נפרד עשוי להיות טיפול שוויוני, או למצער שההפרדה מוצדקת על אף הפגיעה בשוויון, בין השאר בעיקר כשהרצון לטיפול נפרד אבל שווה הוא של קבוצות מיעוט המבקשות לשמור על תרבותן ואורח חייהן, והחפצות למנוע "התבוללות כפויה". עם זאת, אין מאפיינים המייחדים את היהודים המבקשים לבנות את ביתם ביישוב קהילתי באמצעות האגודה השיתופית קציר, והמצדיקים להקצות את קרקע המדינה להתיישבות יהודית בלבד. היישוב הקהילתי קציר פתוח לכל יהודי באשר הוא, וממילא תושבי היישוב אינם נחשבים "קבוצה ייחודית" שעשויה להיכנס לגדר החריג של איסור ההפרדה על רקע לאום או דת.

דעת המיעוט של השופט יעקב קדמי לא חלקה על גישתו העקרונית של הרוב, אך הוא הוסיף שעמדה זו אינה מונעת את הצורך לאזן בין ערך השוויון לערכים אחרים, ובהם ערך הביטחון הלאומי. עניינו של ערך זה הוא הבטחת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וכשיש לכך הצדקה - בהתחשב במיקומו או בתכלית הקמתו של יישוב המוקם על קרקע ממלכתית - בכוחו לכרסם בערך השוויון ואף לדחותו. ככל שהמדינה התפתחה והסיכונים שעמדו על דרך ביסוסה כמדינה יהודית ודמוקרטית איבדו מכוחם, כך הלך והצטמצם הצורך לכרסם במעמדן של זכויות אדם כדי לשמור על הביטחון הלאומי. אלא שמדינת ישראל טרם הגיעה אל המנוחה ואל הנחלה, וכל עוד לא נגיע אליה, לא יהיה - ככל הנראה - מנוס מהותרת צוהר האיזון על מכוננו.

פסק דין קעדאן ניתן בשנת 2000, והוא עורר מחלוקת ציבורית גדולה שהלכה למעשה מתקיימת עד עצם היום הזה. כך סיכמה פרופ' רות גביון את מגוון התגובות הציבוריות לפסק הדין:

ישנם המשבחים את בית המשפט על מחויבותו האמיצה לשוויון. אחרים רואים בהחלטה הכרזה על עקרונות בלבד, שסביר כי לא תביא שינוי ממשי במציאות המפלה כלפי ערבים. הם מציינים את ההחלטה כתרגיל ביחסי ציבור של בית המשפט, הנותן הכשר לעוולות העבר של מדיניות ההתיישבות, בלי לתת כלים של ממש להילחם באפליה גם בעתיד. עוד אחרים מציינים, כי תפיסת השוויון העולה מפסק

הדין אינה רגישה דיה לעובדה כי החברה בישראל היא במובהק חברה קהילתית על בסיס לאומי וכי היא ממעיטה במשקלו של האינטרס הלגיטימי של אנשים וחברות - יהודים וערבים כאחד - בשימור חברתם ותרבותם ובמשקל חשיבותן של קהילות - תרבותיות תומכות לשימור כזה. ולבסוף, ישנם הקובעים כי בית המשפט מחליש את ייחודה הציוני והיהודי של המדינה וחלוקים ביניהם רק על ההערכה של מגמה זו.¹⁰² כולם צודקים, שכן אפשר למצוא בפסק הדין, בשורות וביניהן, ביסוס לכל העמדות האלה.¹⁰³

לגישות הקוטביות הללו נמצא ביטוי גם בכתיבה המחקרית האקדמית. בביקורת חיובית נשמעה הערכה לפסיקה פורצת הדרך ולנכונות של בית המשפט לנקוט עמדה בשאלות קשות שעימן מתמודדת מדינת ישראל, עמדה שמנעה גילויי אפליה.¹⁰⁴ לעומתה, הושמעה גם ביקורת שוללת, חזקה למדי. פרופ' שמעון שטרית הצביע¹⁰⁵ על עניינים שעשויים להצדיק פסיקה שונה לחלוטין מזו שנפסקה בפרשת קעדאן:

1. בג"ץ התעלם לחלוטין מאינטרסים לגיטימיים אשר יכולים להצדיק הפרדה בדירור: ראשית, חשש ממתחים ומאלימות. שנית, חשש מהתדרדרות באיכות

102 החלטת הייחוד הלאומי והציוני שני פנים לה. מצד אחד, נשמעו שבחים לבית המשפט העליון על שהוא סולל את הדרך למדינת ישראל אחרת שזהותה שונה - "מדינת כל אזרחיה"; לדוגמה, רות גביון הזכירה במאמרה "ציונות בישראל? בעקבות בג"ץ קעדאן" (משפט וממשל ו [תשס"א], עמ' 26 הערה 4) את דבריו של נחום ברנע, שכתב שפסק הדין בפרשת קעדאן הוא: "נדבך משפטי ראשון לחוקתה של מדינת ישראל אחרת, פוסט ציונית, מדינה שחדלה להשתמש בהתיישבות לצרכים מדיניים וביטחוניים [...] האדמה היא נדל"ן, נכס של המדינה, שמוצע במחיר שווה לכל דורש. כל גירסה אחרת חשודה בגזענות" (נחום ברנע, "אדמה, אדמתי - שלוש מצוקות מקומיות", ידיעות אחרונות, 10 במרץ 2000). מצד שני, נמתחה ביקורת על בית המשפט העליון, ולפיה החלטתו היא סוף דרכה של הציונות; ראו לדוגמה: יאיר שלג, "מקציר עד 'מדינת כל אזרחיה'", הארץ, 14 במרץ 2000 (מוזכר במאמרו של פרופ' שמעון שטרית, "הפסיקה בפרשת בג"ץ קעדאן לא הייתה מחויבת המציאות", קרקע 56 [2003], עמ' 58). בין אלה לאלה מצויה גישה כגון זו של השופט אליקים רובינשטיין, ולפיה פסק הדין בעניין קעדאן מתיישב עם ערכי הציונות וכלל אינו מסמן את קץ דרכה; ראו: אליקים רובינשטיין, "לא סוף הגשמת הציונות", קרקע 49 (2000), עמ' 15. זו גם גישתו של הנשיא ברק, מחבר פסק הדין; ראו: ברק, "ההיבט הציוני ההלכתי-מורשתי והדמוקרטי", עמ' 72, 129.

103 רות גביון, "ציונות בישראל?!", עמ' 25-26.

104 שם, עמ' 32. ראו גם את העיון המורחב ברשימתו של אליהו קידר, "מחוזות החולשה: המשפט הישראלי והמרחב האתנו-לאומי בישראל", מדינה וחברה 4 (2004), עמ' 845-884.

105 שמעון שטרית, "הפסיקה בפרשת בג"ץ קעדאן לא הייתה מחויבת המציאות", עמ' 27-65.

החיים ובערך הנכסים [...] שלישית, העדפות עמוקות לגור בשכונה אחת עם בני אותה קבוצה לאומית, תרבותית ולשונית, אינן עולות כדי גזענות.¹⁰⁶

2. ניתן היה לומר כי דווקא לעם היהודי, אשר חזר מהגלות לאחר אלפיים שנה, חייבת להינתן העדיפות ביישוב אדמת מולדתו שאליה שב; ייתכן כי לאחר מאה שנות קיום של מדינה יהודית, שבה יתבססו היהודים על אדמתם, יהיה ניתן להתפנות לתכלית השגת השוויון.¹⁰⁷

3. מיעוט כזה או אחר זכאי לשוויון זכויות. יחד עם זאת, קביעה זו כשלעצמה, אין בה לדעתי כדי למנוע מקבוצה אחרת, בין אם היא מוגדרת כקבוצת הרוב ובין אם לאו, להגשים את שאיפתה למגורים בתנאי קהילה ייחודיים. התזה שלפיה אין להגן על קבוצת הרוב ועל תרבותה רק משום שהיא קבוצת הרוב, וממילא תרבותה היא השולטת והדומיננטית הלכה למעשה, אין בה ממש. בית המשפט יכול וצריך להגן על קבוצות תרבותיות שונות [...] ישנם טעמים קהילתניים וליברליים כאחד, אשר מצדיקים ומקבלים רצונות של פרטים ושל קהילות לשמור על ייחודן התרבותי והלאומי. גודל הקהילה אינו חייב להיות שיקול מכריע בעניין זה, ואין להיתלות רק בו כדי לבסס הכרעה נורמטיבית כזו או אחרת.¹⁰⁸

4. שיקול נוסף [...] הנו המודל של דמוקרטיה מתגוננת ויצירת מודל של מדינה יהודית מתגוננת. לקבוצה הלאומית יש זכות קולקטיבית לנקוט פעולות תוך שמירה על זכויותיו של הפרט כפי שהובטחו במגילת העצמאות, בחוקי היסוד ובדברי החקיקה השונים. אין זה ראוי שפרט כזה או אחר יגביל את זכותה של הקבוצה הלאומית. בהקשר זה ניתן לבחון את זכות הקבוצה להקים יישוב נפרד [...] ישנו טעם רחב יותר, והוא הטעם הלאומי, מודל המדינה היהודית המתגוננת. כשם שדמוקרטיה צריכה לעתים לנקוט פעולות [...] כך גם המדינה היהודית, אשר יהדותה היא ערך עליון, ואשר ערעורו של ערך זה יחתור תחת אושיות היסוד של מדינת ישראל.¹⁰⁹

106 שם, עמ' 41.

107 שם, עמ' 47.

108 שם, עמ' 64-65.

109 שם, עמ' 65.

פרופ' שטרית גם הצביע על עיגונם של עיקרים אלו במאמרים של חוקרי משפט נוספים.¹¹⁰ ביקורת שוללת נמתחה על פסק הדין גם מנקודת מבטם של ערביי ישראל, הרואים את עצמם כ"פלסטינים ישראלים" שזכאים לא רק לשוויון זכויות "אזרחיות-פוליטיות" אלא גם להכרה במעמדם כ"קבוצת מולדת" שיש להקנות לה נכסים לאומיים מסוימים. נקודת מבט זו מסוכמת במאמרו של חסן ג'אברין:

המודל של בג"ץ קעדאן, הנשען על הקונספציה בדבר מהותה של המדינה כמדינה "יהודית-דמוקרטית", מציג ישראליות [...] שבה, מחד גיסא, הכרה בעבר ובהיסטוריה של היהודים כעם היחיד בארץ זו הזכאי להגדרה עצמית במדינה זו, ומאידך גיסא, הערבים הם חסרי היסטוריה ואינם מכוננים עם או קבוצת מולדת הזכאית גם היא להגדרה עצמית במדינה זו. ישראליות זו [...] מכירה על תנאי בחלק מהזכויות ומהחובות האזרחיות-פוליטיות של אזרחיה ה"לא יהודים" ובו זמנית מבקשת מהם לקבל את המטרייה האידיאולוגית של המדינה כמדינה יהודית ציונית. לפי מודל זה, הערבים פלסטינים במדינת ישראל הם מהגרים במולדתם.¹¹¹

פסק דין קעדאן מיקד את עצמו, בכוונת מכוון של השופטים, לנקודה צרה - עניינה של משפחת קעדאן בהצטרפות ליישוב הקהילתי קציר. פסק הדין לא בחן סוגיות רבות הנוגעות לזכויות המיעוטים בנכס הלאומי (מקרקעי המדינה), ובהן הזכות להתיישב בכל מקום במדינה ופתרון מצוקת הקרקע של בני המיעוטים. אף על פי כן, פסק הדין הוא נקודת ציון בולטת שהוצבה על מפת דרכה של מדינת ישראל לפני כ-18 שנים, והיא מתקיימת כפסיקה מנחה עד לימינו.

הנה כי כן, המסגרת הדינית המצויה בימינו, ימי חוק הלאום, באשר להקצאת מקרקעי המדינה היא זו המשורטטת בפסק דין קעדאן. מסגרת דינית זו נשענת כמובן על התפיסה הכוללת של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, על ביטויי התפיסה הזאת בחוקת זכויות היסוד ובחקיקה הנוגעת לענייני קרקעות המדינה. ראוי לציין כי היו כמה יוזמות חקיקה שנועדו ליצור תשתית דינית שתאפשר לסטות מפסק הדין, אולם יוזמות אלו לא התגבשו לכדי

110 יפה זילברשץ, "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית לאומית: האומנם רק זכותו של המיעוט?", *משפט וממשל* ו (תשס"א), עמ' 87, 109, 121; אליאב שוחטמן, "חוקיותה וחוקתיותה של התיישבות יהודית בארץ ישראל", *משפט וממשל* ו (תשס"א), עמ' 109; יורם חזוני, "יהודית ודמוקרטית: מתח ולא סתירה - רב שיח", *כיוונים חדשים* 3 (2000), עמ' 50.

111 ג'אברין, "ישראליות הצופה פני העתיד".

מעשה חקיקה מושלם. למסגרת הדינית המתוארת מצטרפות הביקורת הציבורית והביקורת האקדמית על פסק דין קעדאן, המשקפות מגוון דעות רחב המתחרות על מקומן הפוליטי במדינה. גם לעניין זה אידרש בהמשך הרשימה, כשאדון בהשלכות חוק הלאום.

ג. השפה הרשמית: עברית, ערבית ומה שביניהן

השפה היא במובן מסוים ”נכס לאומי“ ובמובן אחר ”זכות אדם“. השפה היא נכס לאומי משום שהיא הבסיס לתליך החברתי שהתגבש להיות עם, וכפי שעמד על כך למשל הנשיא ברק:

חשיבותה של השפה כמרכיב בלכידות הלאומית ובהגדרתה של המדינה הריבונית. השפה אינה רק ביטוי לזהותו של הפרט. השפה היא גם ביטוי לזהותו של הכלל. היא הבסיס המקשר את הפרטים להיות בני חברה אחת. היא מפתח ללכידות החברתית בישראל. העברית היא כוח המאחד אותנו כבני מדינה אחת. העברית אינה נחלתם של קבוצה זו או אחרת בישראל. הלשון העברית היא נכס של האומה כולה (ע”א 294/91).¹¹²

השפה העברית כמין תמצית מזוככת של מהות הלאום העברי נשקפת גם ממילותיו של ז’בוטינסקי בשירו ”הנדר“:

עברית: לְשׁוֹן חַיִּי, בְּגִיל, יְגוֹן וְזַעַם,
שִׁפְת עֵמֶל, הִרְהוּר, מְזֻמּוֹר - וּשְׁפַת בְּנֵי:
שֶׁלְשֵׁלֶת־פֶּז נִצְחִית בֵּין שִׁיר תְּלִיחֵי וְרַעַם
הַפְּלֵא שֶׁל סִינֵי.¹¹³

לא בכדי, ובמידה רבה של הקבלה, כתב גם המשורר ד”ר איאס יוסף נאסר: ”הערבית בעבורי אינה רק אותיות ומלים. היא ישותי וזהותי ושורשי, היא שירתי ושירי ומורשת, היא שכונתי והכפר שלי ובני עמי“.¹¹⁴

112 בג”ץ 4112/99, ”עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ’ עיריית תל-אביב-יפו“, פסקי דין, כרך נו, מס’ 5, עמ’ 393, 416. וראו גם: ערעור אזרחי 105/92, ”ראם מהנדסים וקבלנים בע”מ נ’ עיריית נצרת עילית“, פסקי דין, כרך מז, מס’ 5, עמ’ 189, 204; ערעור אזרחי 294/91, ”חברת קדישא גחש”א קהילת ירושלים נ’ קסטנבאום“, עמ’ 519.

113 זאב ז’בוטינסקי, ”הנדר“, כתיב זאב ז’בוטינסקי, כרך ב (ירושלים: הוצאת ערי ז’בוטינסקי, תש”ז).

114 איאס יוסף נאסר, ”הערבית מה היא עליה?“, הארץ, 30 בספטמבר 2018.

לפי שמדינת ישראל "יהודית ודמוקרטית" היא, השפה העברית היא הנכס הלאומי שלה. היא אינה "מתחרה" על המעמד הזה עם שום שפה אחרת, גם אם אותה שפה אחרת היא שפה שרבים הדוברים אותה, או שהיא הייתה יכולה להיות נכס לאומי אילו למדינה הייתה זהות לאומית אחרת. אכן, כך פסק בית המשפט העליון:

לשון אינה רק כלי ביטוי אישי. היא כלי ביטוי לאומי. היא נכס תרבותי. היא נכס של האומה כולה [...] לשון מבטאת אחדות לאומית. היא הדבק המחבר בני חברה לעם, לאומה ומדינה. היא סמל. כך לעניין כל לשון. כך בוודאי לעניין הלשון העברית. תחייתה של מדינת ישראל מלווה בתחיית הלשון העברית. "משהוקמה המדינה באה גאולה גם ללשון העברית" (השופט חשין בבג"צ 89/51, "מיטובה בע"מ נ' קום"). תקומת המדינה קשורה ושזורה בהתחדשות הלשון העברית. "זכתה העברית, והייתה לאחד הערכים הרוחניים והמעשיים הגדולים המשותפים לכל חלקי האומה, לערך המשלב את האומה כולה להרמוניה אחת ומאוחדת" (מנחם אלון, *המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו* [ירושלים: מאגנס, תשמ"ח], עמ' 1347). טול ממדינת ישראל את הלשון העברית, ונטלת ממנה את נשמתה. המאבק לעצמאות מדינית והמאבק לחידוש פניה של הלשון העברית שזורים וקשורים זה בזה.¹¹⁵

הלשון היא גם זכות מזכויות היסוד של האדם. זכות האדם לשפתו נגזרת מחופש הביטוי. באמצעות השפה האדם מגבש את מחשבותיו, מתקשר עם זולתו ומְתַפְּן את חייו ואורחותיו. חופש המחשבה, חופש הביטוי והחופש לקיים שיח עם הזולת הם רכיביו המרכזיים של כבוד האדם. החובה להבטיח את חופש השימוש בשפה נובעת מן ההגנה על כבוד האדם:

הלשון היא המכשיר אשר באמצעותו ניתן ביטוי לחופש הביטוי. הלשון היא המכשיר שבאמצעותו אנו יוצרים קשר עם זולתנו. אך הלשון היא יותר מכלי תקשורת. הלשון היא כלי חשיבה. באמצעותה אנו חושבים ויוצרים מושגים ומעבירים אותם לזולתנו [...] אך הלשון אינה רק כלי תקשורת או חשיבה. הלשון והביטוי חד הם. הלשון קובעת את המובן של המחשבה. מכאן מרכזיותה של הלשון בקיום האנושי, בהתפתחות האנושית ובכבוד האדם. מכאן התפישת החוקתית הבסיסית, כי חופש

115 ערעור אזרחי 105/92, "ראם מהנדסים וקבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית", עמ' 204.

הביטוי כולל בחובו את החופש להתבטא בלשון הרצויה למתבטא. אין להבטיח חופש ביטוי בלא להבטיח חופש לשון. הלשון היא מרכזית לביטוי.¹¹⁶

עד שנחקק חוק הלאום היה מקובל לראות את העברית והערבית כשפות רשמיות של מדינת ישראל, אך מעמדן זה אינו ברור ומבורר, ואין לו ביטוי בחקיקה הישראלית. כולו מבוסס על פסקת השפות הרשמיות של סימן 82 לדבר המלך במועצה (1922), ולפיה אנגלית, עברית וערבית הן השפות הרשמיות של השלטון המנדטורי. האנגלית הושמטה עם קום המדינה, משנחקקה פקודת סדרי השלטון והמשפט, ומכאן ההנחה שהשפות שנתרו הן השפות הרשמיות בישראל.¹¹⁷ מכל מקום ברי, כלשונו של השופט מישאל חשין, ש"השפה הערבית בארצנו, נודע לה מעמד נעלה במיוחד, ויש אף הגורסים כי שפה 'רשמית' היא (האראאשריאה פירוש המושג 'רשמית')".¹¹⁸

כללו של דבר: בפסיקה השפה העברית נחשבת "נכס לאומי" שחובה לשמר ולטפחו כחלק מביטוייה של המדינה כמדינה "יהודית", ולשפה הערבית יש מעמד "נעלה במיוחד" והיא נחשבת זכות אדם המיושמת במדינת ישראל מכוח היותה "דמוקרטית". ממילא, בכל פעם כשהתנגש הערך הלאומי של השפה העברית בערכה של הערבית כזכות מזכויות האדם, נדרשו בתי המשפט למלאכת האיזון, מלאכה שכבר הרביתי לדון בה כאן ולא אוסיף עוד.¹¹⁹

סיכום המציאות הדינית

מערש לידתה של מדינת ישראל נטבע בה הצירוף המזהה "יהודית ודמוקרטית" כמין סימן מים בלתי ניתן להסרה. "יהודית ודמוקרטית" היא תווית זיהוי ששורשיה במגילת העצמאות, והיא הולכת ונפרשת לאורכו, לרוחבו ולעומקו של פסיפס דיני רב אנפין: חוקי יסוד, חקיקה ראשית ומשנית, ופסיקת בתי המשפט.

116 שם, עמ' 202-203.

117 על סימני השאלה בהקשר זה ראו: בג"ץ 4112/99, "עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו", עמ' 427-428.

118 שם, עמ' 428.

119 לדרכי האיזון המעשיים בסוגיית השפות ראו: ערעור אזרחי 105/92, "ראם מהנדסים וקבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית", ובג"ץ 4112/99, "עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו".

התכנים המהותיים של הביטויים המושגיים "יהודית" ו"דמוקרטית" מצויים במישורים שונים: "יהודית" היא ביטוי מכליל של קובץ הנכסים הלאומיים הערכיים ושל המורשת ההלכתית במידה שזו משולבת בהם, ו"דמוקרטית" היא ביטוי מכליל של מערך זכויות אדם אישיות וקבוצתיות. שני המישורים הנפרדים מתקיימים באותו מרחב - מדינת ישראל. מבחינה עקרונית שני המישורים אמורים להשפיע אחד על השני, ולכן נדרשת מלאכת חיבור ושזירה (סינתזה) ביניהם.

מלאכה זו של שיזור, חיבור ואיזון בין "יהודית" ל"דמוקרטית" היא עניין לכל זרועות הממשל הדמוקרטי לענות בו. זה תפקידו של המוסד המחוקק. זה תפקידה של זרוע הביצוע. זו חובתה של מערכת השפיטה להבטיח שפעולות זרועות החקיקה והביצוע יתנהלו במסגרת התואמת לחוק ולחוקה.

בשבעים שנות עצמאותה של מדינת ישראל נוצק המסד הנורמטיבי ונקבעו המסגרות והדפוסים של ערכי היסוד הלאומיים ושל ערכי זכויות היסוד, ואלה יושמו הלכה למעשה. נקודות החיכוך בין "יהודית" ל"דמוקרטית" משתרעות על פני תחומים שונים: דת ומדינה, מגדר, עדות, שוויון, סוגיות הגירה, חובת שירות ונאמנות, ועוד. אולם כשחוק הלאום ברקע הדיון, בחרתי להציב על מדוכתו במאמר זה את המציאות הדינית עובר לחוק בנוגע לסוגיות עקרוניות הקשורות לבני המיעוטים: הקצאת מקרקעי המדינה, מגבלות הזכות לחיי משפחה ומעמד השפה הערבית. ואם ישאל השואל מהי המציאות הדינית בשלוש הסוגיות האמורות עובר לחוק הלאום, יוכל להשיב אמרים לעצמו. חוקת זכויות היסוד, הסדרים חקוקים ומרקם הפסיקה הפרשנית שלהם הציבו בניין אב מסוים שמוצאו ומבואו מן האקסיומה שמדינת ישראל "יהודית ודמוקרטית" היא.

"חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי": עיקרים והשלכות

עיקרים בחוק

מכלל "עשרת הדיברות" של חוק הלאום, חמישה מעוגנים בהסדרים חקוקים: סמלי המדינה; בירת המדינה; לוח רשמי; יום העצמאות וימי זיכרון, ימי מנוחה ושבחתו; הקשר עם העם היהודי.¹²⁰ עיון במגילת העצמאות ימצא בה מקרא מפורש לארבעה מחמשת הדיברות הנותרים:

120 חוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, תש"ט-1949; חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל; חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951; חוק יום הזיכרון לחללי מערכות ישראל, תשכ"ג-1963; חוק יום הזיכרון לשואה

1. **עקרונות היסוד:** ארץ ישראל היא מולדתו ההיסטורית של העם היהודי, שבה קמה מדינת ישראל. מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, שבה הוא מממש את זכותו הטבעית, התרבותית, הדתית וההיסטורית להגדרה עצמית.
2. **קיבוץ גלויות:** המדינה תהיה פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות.
3. **הקשר עם העם היהודי:** המדינה תשקוד על הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושל אזרחיה הנתונים בצרה ובשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם.¹²¹ המדינה תפעל בתפוצות לשימור הזיקה בין המדינה ובין בני העם היהודי. המדינה תפעל לשימור המורשת התרבותית, ההיסטורית והדתית של העם היהודי ביהדות התפוצות.
4. **התיישבות יהודית:** המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל לעודד ולקדם את הקמתה וביסוסה.

הדיבר היחיד שהוא חידוש חקוק נוגע למעמדן של השפה העברית והשפה הערבית: עברית, שהחייאתה מצוינת במגילת העצמאות, נקבעה להיות "שפת המדינה", ולערבית מקנה חוק הלאום "מעמד מיוחד במדינה".¹²² כל הסדרי חוק הלאום קשורים לנכסים לאומיים, ואין להם דבר עם זכויות הפרט, זכויות האדם; הראשונים זכו בו במישרין למעמד חוקתי על-יחוקי, והאחרונות מוסדרות ומוגנות, זה מכבר, בחוקת זכויות היסוד.

לעיל הצבעתי על עשרה עיקרים שפרופ' ברק הציגם כ"מורשת יהודית-ציונית-לאומית".¹²³ ציינתי שהעיקרים הללו הם הנכסים הלאומיים של מדינת ישראל כמדינה יהודית, ושכולם מובאים במפורש במגילת העצמאות ומהווים לפיכך את החזון הלאומי של המדינה. כל העיקרים הללו מעוגנים כעת בחוק הלאום, והחוק אינו מוסיף ואינו גורע מהם (כמעט) דבר.¹²⁴

ולגבורה, תשי"ט-1959; חוק יום העצמאות, תש"ט-1949; סעיפים 13-14 בחוק העונשין לעניין הבטחת שלומם של בני העם היהודי ושלום האזרחים הנתונים בצרה או בשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם.

121 עיגון להבטחת שלומם של בני העם היהודי ושלום האזרחים הנתונים בצרה או בשביה בשל יהדותם או בשל אזרחותם, מצוי בסעיפים 13-14 בחוק העונשין.

122 ברוח דברו של השופט מישאל חשין: "השפה הערבית בארצנו, נודע לה מעמד נעלה במיוחד" (בג"ץ 4112/99, "עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו", עמ' 428).

123 ברק, *פרשנות במשפט*, כרך ג: פרשנות חוקתית, עמ' 331.

124 ברק מונה בין הנכסים הלאומיים את "התנ"ך [שהוא הבסיסי שבספרי המדינה] ואת "מוסר הנביאים; ערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". ראוי היה לכלול נכסי צאן ברזל אלה בחוק הלאום, אך הם אינם מצויים בו.

עיקרו של חוק הלאום בכוחו ההצהרתי, והוראות מעטות מאוד בעלות פועל תחיקתי כלולות בו. חוקת זכויות היסוד כוללת ציווי קטגורי לכל רשויות השלטון לכבד את הזכויות הנגזרות מחוקי זכויות היסוד. כל מקרה של כישלון בכיבוד זכות אדם עשוי לשמש בסיס לעתירת אכיפה אל בית המשפט, ואילו חוק הלאום נוקט - בעיקר באשר לפעילות המדינה בחוץ לארץ - רטוריקה של הנחיה לפעולה, כך שלא נראה כי מחדל של רשות שלטון בנדון זה עלול לחשוף אותה לצו עשה מבג"ץ. ניתן לומר שיסוד ההבחנה הוא, שחוקת זכויות היסוד עניינה בזכויות הפרט, ולפרט יש "זכות עמידה" כשהוא טוען שזכויותיו נפגעו. לעומת זאת, לפרט אין בדרך כלל זכות אישית בנכסים הלאומיים, ושימורם או קידומם הם עניין לרשויות השלטון לענות בו. ידועה אמרתו של הרוזן קלרמון-טונר (Clermont-Tonnerre) באספה המכוננת בצרפת מייד לאחר המהפכה בשנת 1789: "ליהודים באשר הם בני אדם, [יש להעניק] את הכול; ליהודים באשר הם עם - לא כלום!". אמירה זו השתלבה ברוחות האמנציפציה שנשבו ברחבי אירופה המערבית בעת ההיא. ככל שרוחות אלו נשאו בכנפיהן שוויון זכויות אזרחי, אין מקום לראותן כביטוי של אנטישמיות. היהודים הרי לא כיוונו מעולם להמרת דגלי מדינת אזרחותם בדגל-כחול לבן או לקבוע את י"ג עיקרי האמונה כמסמך יסוד חוקתי. ככל שרוחות אלו נשאו בחובן פגיעה בחופש הדת והפולחן, איסור שימוש בשפה העברית, רמיסת התרבות היהודית ומניעת התנהלות קהילתית שאינה סותרת את החוק הכללי, קשה לזהות אותן עם דגלי החופש, השוויון והאחווה. נוכח הדברים האלה, מנקודת מבט ישראלית-ציונית, זו הרואה במדינת ישראל מדינה "יהודית ודמוקרטית", קשה מאוד להבין מדוע "זכה" חוק הלאום לתגובות כה בוטות שמייחסות לעיקריו גישה גזענית, מפלה, בלתי מוסרית ובלתי שוויונית. חוק הלאום "מתרגם" את המורשת היהודית-ציונית לנכסים לאומיים, ואין הוא שולל דבר מן ההיסטוריה, התרבות והמורשת הערביות. הוא מותיר את הערכים הללו של קבוצות המיעוט בידי הקבוצה ואינו מרשה לעשותם נכסים לאומיים במדינה היהודית.

מציאות זו אינה מקובלת על חוגים מסוימים במיעוט הערבי. כך למשל התבטא נשיא הרשות הפלסטינית, מחמוד עבאס ("אבו מאזן"), בעצרת הכללית של האו"ם (27 בספטמבר 2018):

בחודש יולי האחרון אימצה ישראל חוק גזעני החוצה את כל הקווים האדומים וקראה לו "חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי". חוק זה מכחיש את הקשר שבין בני העם הפלסטיני לארץ מכורתם ההיסטורית ושולל את זכותם להגדרה עצמית ואת המורשת ההיסטורית והתרבותית שלהם.¹²⁵

125 וראו גם מאמרו של אסעד גאנם, "זה הדגל [הפלסטיני] שלנו, תתרגלו!", הארץ, 17 באוגוסט 2018.

עקרון העל של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינו מתיישב עם "הגדרה עצמית" ערבית העושה את נכסיה הקבוצתיים לנכסים לאומיים. מציאת היבט גזעני בחוק הלאום עולה בקנה אחד עם השקפות פוסט-ציוניות ואנטי-ציוניות בתוך התחום הריבוני של מדינת ישראל. מנקודת מבט ציונית,¹²⁶ הרואה במדינת ישראל מדינה "יהודית ודמוקרטית", אין כל תשתית המבססת טענה לגזענות, הפליה או הפרדה אתנית (אפרטהייד).

חוק הלאום: השלכות עתידיות על עקרון השוויון ביחס לבני המיעוטים מסקנת הפרק הקודם, שחוק הלאום מתווה את עיקרי הנכסים הלאומיים של מדינת ישראל, תואמת לעובדה שאין בחוק הוראה, בין מפורשת ובין נרמזת, שגורעת אפילו כמלוא הנימה מחוקת זכויות היסוד. זה וזו הם מעשי חקיקה המתנהלים במישורים מקבילים וניצבים במפלס נורמטיבי שווה דרגה. מכאן אך צעד אחד אל מסקנה מתבקשת - הפרשנות ההלכתית-יישומית הענפה של חוקת זכויות היסוד אינה בטלה ואינה נפגעת בחוק היסוד החדש, בין לעניין זכויות אדם בכלל בין לעניין החלת עקרון השוויון על בני המיעוטים בפרט.

בפרק קצר זה אבחן את השאלה אם מגמה המבקשת לשנות את קווי האיזון הפסוקים שבין "יהודית" ל"דמוקרטית" בכלל, ואת דרכי יישום עקרון השוויון על בני המיעוט הערבי בישראל בפרט, תוכל לסמוך את יתדותיה בחוק הלאום.

פסק דין מפי השופט משה דרורי שניתן זה מקרוב הוא בבחינת "סנונית ראשונה" המבשרת על ניסיונות יישומיים של חוק הלאום. השופט דרורי מצא בהוראת חוק הלאום המטילה על המדינה חובת הגנה על יהודים ועל אזרחים שהועמדו בסכנת פגיעה בשל יהדותם או אזרחותם, ביסוס לחיוב החמאס בפיצויים עונשיים בגין מעשה חבלני.¹²⁷ כשאני לעצמי ספק בעיניי אם היה צורך כל עיקר בחוק הלאום כדי להטיל חובת פיצוי כזו, שכן אפשרות זו מתקיימת גם בלי החוק. ספק על גב ספק הוא אם חובת ההגנה הכוללנית-הצהרתית שבחוק הלאום מטילה על הרשות השופטת חובת עשה ספציפית של פסיקת פיצוי עונשי. עם זאת, בלי קשר וזיקה לפסק הדין ולנסיבותיו מצא בו פרופ' מרדכי קרמניצר מסד לתקיפת ההבחנות שבחוק הלאום, שלשיטתו מפרלות בין יהודים למי שאינם

126 אחת היא אם זו תפיסה הרואה ב"ארץ ישראל השלמה", או במדינת ישראל בגבולות 1949, או במדינה בגבולות "החלטת החלוקה" - הגשמה של הציונות.

127 תיק אזרחי (י-9135/07), "משיח נ"י הרשות הפלסטינית, החמאס ואח".

יהודים, מפני שאלמלא היה מדובר בקורבן יהודי ובכני עוולה ערבים לא היה ניתן לתלות בחוק הלאום פסיקת פיצוי עונשי.¹²⁸

טיעונו של קרמניצר תלוי על בלימה. ישראל הראל במאמר תגובה עמד על כך שחובת ההגנה של המדינה הנובעת מחוק הלאום מקיפה את כלל האזרחים, יהודים ולא יהודים, והיא מתפרשת גם על יהודים באשר הם הנתונים בסכנה עקב יהדותם.¹²⁹ יישום שוויוני של כללי החיוב בפיצוי עונשי כפוף כמובן לתוכנו של עקרון השוויון.

המקרה הנקודתי הזה אינו יכול לשמש מענה כולל לשאלה העקרונית על שימור או ערעור מנגנוני האיזון הקיימים בין "יהודית" ל"דמוקרטית" לאור הוראות חוק הלאום. אתבונן בשאלה באמצעות שלוש הסוגיות שהן אבן הפינה של שוויון אזרחי במדינת ישראל: איחוד משפחות, הקצאת מקרקעי המדינה ומעמד השפה.

א. איחוד משפחות

חוק הוראת שעה מצמצם את האפשרות של אזרחים ערבים במדינת ישראל לממש במלואה את זכות היסוד האוניברסלית לקיים חיי משפחה. עד הנה ניצב חוק זה על אדני סיכונים ביטחוניים מן המעלה הראשונה. "הנימוק הביטחוני" אפשר לחוק לעמוד פעמיים במבחן ביקורת של בג"ץ. כל עוד הנימוק הביטחוני שריר וקיים אין סיבה לחשוב שבסיס התמיכה בחוק ייפגע, אולם אפשר לדמות שני מצבים עקרוניים שבהם עשויה להתעורר שאלת השלכותיו של חוק הלאום:

1. המצב האחד הוא ניסיון לשלב את ההנמקה הדמוגרפית בהנמקה הביטחונית. מהלך כזה יתבטא בחקיקה ראשית שתצמצם את הסדרי איחוד המשפחות הכלולים במסגרת הקיימת: העלאת סף הגיל, צמצום אפשרויות למתן היתרי ישיבה ושהייה לילדים, וצמצום אפשרויות איחוד מטעמים הומניטריים. אם מהלך כזה ישיג את הרוב הדרוש לאישורו בכנסת, הוא ייחשב כאחת מהשלכותיו של חוק הלאום, המצהיר על מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי.
2. המצב השני עשוי להתגבש כשיוסר החשש מן הסיכון הביטחוני. אם יתרחש מצב כזה, שאך פסע ממנו ל"חזון אחרית הימים", תוצב על מדוכת הדיון שאלת הארכת תוקף חוק הוראת שעה על בסיס ההנמקה הדמוגרפית כשהיא לעצמה.

128 מרדכי קרמניצר, "הסתמכות בית המשפט על חוק הלאום: ואם הנפגע בפיגוע לא היה יהודי?", *הארץ*, 20 בספטמבר 2018.

129 ישראל הראל, "החוק הגזעני של קרמניצר", *הארץ*, 21 בספטמבר 2018.

פתרון כל אחד מן המצבים הללו צריך להתחשב בעקרונות האיזון בין ערכים חוקתיים מתנגשים. המחוקק, ובעקבותיו גם בית המשפט הבוחן את חוקתיות החוקים, יצטרכו לשקול שיקולים שונים ומנוגדים. על כף המאזניים מצד אחד תונח תשתית ראייתית משכנעת דיה של הסיכונים הביטחוניים. בלא סיכון ביטחוני תתייצב על מדוכת הדיון השאלה הנוקבת אם "איחוד משפחות" איננו אלא קריעת צוהר שילך ויתרחב למימוש מעשי של "זכות השיבה" עד כדי שינוי מהותי בהרכב הדמוגרפי של המדינה. מצב כזה אינו מתיישב עם אפיון המדינה כמדינה יהודית. אם תוכח תחזית מוסמכת שמצב כזה עשוי להתרחש, היא תהיה שיקול רציני מאוד לתמיכה בטענה שהגבלות כגון ההגבלות שבחוק הוראת שעה הכרחיות לשמירת הזהות היהודית של המדינה. על כף המאזניים מצד שני תונח הגישה העקרונית ש"מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, שבה הוא מממש את זכותו הטבעית, התרבותית, הדתית וההיסטורית להגדרה עצמית", אך גישה זו אינה שוללת את קיומם של מיעוטים אתניים ואינה מצדיקה פגיעה בזכויותיהם האזרחיות.

עמוד התיכון שכפות המאזניים משתלשלות ממנו כשתי זרועות מגולם בתובנה שחוק הלאום וחוקת זכויות היסוד הם הוראות על-חוקיות שוות דרגה ופועל תחיקתי. לפיכך, עקרון השוויון מצוי במדרג נורמטיבי זהה לעקרונות היסוד שבחוק הלאום. עקרונות השיטה של מדינת ישראל כדמוקרטיה מחייבים פתרונות שיש בהם מידה רבה של שילוב ומתאם בין מערכות השיקולים הסותרים. מכאן ניתן לגזור שבלא שינוי נסיבות קיצוני אין סבירות גבוהה שהתיינה השלכות מרחיקות לכת לחוק הלאום בסוגיית איחוד המשפחות.

ב. הקצאת מקרקעי המדינה

חוק הלאום מורה:

המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי ותפעל על מנת לעודד ולקדם
הקמה וביסוס שלה.¹³⁰

ההתיישבות היהודית בכל רחבי המדינה היא משימה לאומית מן המעלה הראשונה - "אנו באנו ארצה לבנות ולהיבנות בה", מיללו החלוצים. גאולת האדמה ויישובה אינם תהליך מסחרי ועסקת נדל"ן רגילה. הנשיא ברק כתב את חוות הדעת הראשית בפסק דין קעדאן מתוך מודעות לערכי

המורשת הציונית שהוא עצמו שיקף בכתביו: "מדינה יהודית" היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה, ובמושבותיה היא בראש דאגותיה"¹³¹. ובמקום אחר: "מדינה יהודית מההיבט הציוני היא מדינה הגואלת את אדמות המדינה להתיישבות יהודית"¹³².

האם הגדרת ההתיישבות היהודית כערך לאומי שהמדינה מחויבת לעודדו ולקבוע אותו כנורמה חוקתית תועיל לעמידותה של חקיקת "התגברות" על פסק דין קעדאן? האם זו סיבה מספקת לראות בחוק הלאום חוק גזעני ומפלה?

כשאני לעצמי אינני גורס שיש למדינת ישראל צורך של ממש לחוקק חוק שנוגד את תוצאת פסק דין קעדאן. נזכיר שפסק דין קעדאן מוגבל לנסיבות מסוימות שחלו בחלק מסוים של היישוב קציר; בחלקים אחרים של היישוב ובמקומות יישוב רבים אחרים ממילא מתקיימת אפשרות של התיישבות מעורבת. לא זו בלבד שפסק הדין אינו מתיימר להחיל את עצמו על כל האפשרויות השונות של יישובים מעורבים, אלא הוא גם מציין שייתכנו נסיבות שיצדיקו הומוגניות קהילתית תרבותית, ואפילו אתנית. לכך יש להוסיף שחלפו כ-18 שנים מפסק הדין, ובימינו לא נראית "נהירה" המונית של אזרחים ערבים מיישוביהם אל מקומות יישוב שבהם עיקר האוכלוסייה יהודית.

עם זאת, אם מגמה פוליטית תוליך את הכנסת לחקיקה שתאפשר התיישבות יהודית לא מעורבת, נראה שאכן יתאפשר לתקוע את יתדותיה בחוק הלאום. אלא שאין זה ברור שחקיקה כזו לא הייתה עומדת במבחני העיקרון החוקתי גם לפני חוק הלאום. הרוצה להרחיב על כך ימצא את מבוקשו בביקורות הרציניות שנכתבו נגד פסק דין קעדאן ובהנמקות הכלולות בהן, לרבות הטענה שקביעה שונה מזו של בית המשפט מתיישבת עם עקרון השוויון.¹³³

עקרון השוויון להשלכותיו מתקיים אפוא גם בסביבת חוק הלאום. שוויון מוחלט אינו מתקיים בשום חברה דמוקרטית שבה "מתחרים" זה בזה ערכים ואינטרסים ציבוריים שונים. לפיכך, גריעה מסוימת מעקרון השוויון, המעוגנת בחוק, תכליתה ראויה והיקפה מידתי, עשויה להתקבל, גם אם תכליתה היא עידוד הנכס הלאומי של התיישבות יהודית. ברי שלצד חקיקה כאמור, וגם בלעדיה, חובתה של המדינה לפתור את היבטיה השונים של מצוקת הקרקע במגזר הערבי. פתרון הכרחי זה אינו סותר את הגשמת ייעוד ההתיישבות היהודית, והוא תואם למורשת היהודית ומממש את חובתה הבסיסית של המדינה כלפי אזרחיה.

131 ברק, "ההיבט הציוני ההלכתי-מורשתי והדמוקרטי".

132 ברק, פרשנות במשפט, כרך ג: פרשנות חוקתית, עמ' 331.

133 שטרית, "הפסיקה בפרשת בג"ץ קעדאן לא הייתה מחויבת המציאות"; זילברשץ, "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית לאומית", עמ' 87, 109, 121; שוחטמן, "חוקיותה וחוקתיותה של התיישבות יהודית בארץ ישראל"; חזוני, "יהודית ודמוקרטית".

לסיכום נקודה זו, חוק הלאום כשלעצמו איננו מפר את עקרונות האיזון בסוגיית הקצאת מקרקעי המדינה. שינויים חקוקים בנושא זה עשויים למצוא תימוכין לתכליתם בעקרונות חוק הלאום, אך כדי ששינויי חקיקה אלו יחצו את סף הביקורת הפרלמנטרית והשיפוטית עליהם להיות מידתיים ומושתתים על אדני צורך מציאותי ברור.

ג. מעמד השפה הערבית

ההבחנה שערכתי לעיל מראה שלעניין השפה שני פנים. הפן האחד נעוץ בראיית השפה כזכות אדם, חלק בלתי נפרד מכבוד האדם וחופש הביטוי המוקנה לו. הסרת מעמדה של הערבית כשפה רשמית אינה משליכה על השימוש בשפה כזכות אדם. חוק הלאום אינו פוגע, ואף לא גורע, מזכות זו. להפך, לשפה הערבית הוקנה מעמד מיוחד, ויש לו השלכות חשובות לא רק לשימור השפה ולפיתוחה אלא גם לשימור המסורת הערבית וערכי תרבותה. הפן השני נעוץ בראיית שפה כנכס לאומי. בנקודה זו חוק הלאום מכריע הכרעה חד-חד-ערכית. החוק קובע את השפה העברית כנכס לאומי של מדינת ישראל. החוק אינו מכיר בשפה הערבית כנכס לאומי. בד בבד עם הקניית מעמד מיוחד לשפה הערבית והכרה במלוא משמעותה כזכות אדם פרטית, הכריע החוק בעניין מעמד השפה העברית כנכס לאומי. הכרעה זו עולה בקנה אחד עם הגדרתה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

סיכום

אם בנקודת תצפית בחלל מעל מדינת ישראל יעמוד זר שידיו רב לו במערכת המשפט, ובמשקפת הייעודית רבת העוצמה שבידו יתבונן במערכת המשפט במדינת ישראל, הוא יגלה במהרה את "תעודת הזהות" של המדינה - "יהודית" ו"דמוקרטית". בבדיקה מעמיקה יותר ימצא את התכנים היצוקים של המושגים הללו ואת דרכי המתאם ביניהם, ומסקנתו תהיה שעל מסד מגילת העצמאות הוקם בניין אב. אלא שוודאי הוא יוסיף וישאל: האם זה בניין עד? מבטו מן הסתם יוסב אל מהלך חקיקה שהחל מקרוב - "חוק יסוד: ישראל - מדינת הלאום של העם היהודי". אמצעי הקליטה הרגישים שבנקודת התצפית שלו ישמיעו לו את בליל הקולות המסתייגים מן החוק: "גרוע", "לא מכבד", "אתנוצנטרי ומפלה", "אנטי מוסרי", "גימוד זכויות האדם", "חותר במוצהר תחת המשטר", בעל "פוטנציאל פילוג והרס", "מקבע את ההפליה כערך חוקתי", "מייצר מצב של דיכוי ושלטיה", ו"אפרטהייד". האומנם נבקע בקיע? האם יקרוס המסד?

לא פחות מתשע עתירות נגד חוק הלאום הוגשו לבג"ץ, והן מבקשות מבית המשפט העליון לבטל באורח מלא או חלקי פרק בחוקתה המתהווה של מדינת ישראל. האם יש לכך בסיס? דומה לי שכדי להכשיר מהלך חוקתי תקין מבחינת צורתו ומהלכו יש לחלוף על פני שתי משוכות - שאלת הסמכות ושאלת ההצדקה העניינית.

האם מוסמך בית המשפט העליון לבטל מהלך חוקתי? כוחו של בית המשפט לבטל חוק לא חוקתי נובע מהסמכה מפורשת המעוגנת בחוקה או מעצם עליונות החוקה על פני מהלכי חקיקה אחרים, אולם אם במקרה מסוים החוקה אינה משריינת את עצמה מפני תיקונים ואינה מקנה סמכות לבית משפט לבטל מהלך חוקתי - מהיכן עשויה לנבוע סמכות כזו? מחקר משווה מקיף שפרסם לאחרונה ד"ר יניב רוזנאי מלמד שיש שיטות משפט ש"שריינו" הוראות מסוימות בחוקותיהן מפני האפשרות לשנותן, ולצידן יש מעט שיטות משפט שבהן חרף היעדר "שריינו" של בית המשפט, נתונה לו סמכות למנוע שינויים "לא חוקתיים" בחוקה.¹³⁴ שיטות דמוקרטיות רבות שאין בהן הוראות ל"שריון" חלקים בחוקה אך יש בהן מתכונת לעריכת שינויים חוקתיים, אינן מאפשרות לבתי המשפט לבלום שינויים כאלה.¹³⁵

פרופ' ברק גורס שלבית המשפט סמכות לבחון את חוקתיותו של תיקון חוקתי ולפסול אותו אם הוא פוגע בערכי היסוד של החוקה:

תפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית הוא להגן על החוקה והדמוקרטיה. ההגנה על החוקה אינה אך הגנה כלפי חוקים הפוגעים בו. ההגנה על החוקה אינה גם כלפי תיקונים בה הפוגעים בבסיסה. אלה כאלה אינם עולים בקנה אחד עם רעיון החוקה ועם הסמכות לשנותה [...] הסמכות המכוננת חייבת לפעול בגדריהם של עקרונות היסוד ובגדריו של מבנה היסוד של החוקה הקיימת. שעה שהן משנות את עקרונות היסוד ואת המבנה הבסיסי הן משמיטות את הקרקע החוקתית עליה הן נשענות.

134 Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments* (Oxford: Oxford University Press, 2017), p. 136

135 הסעיף החמישי של חוקת ארצות הברית קובע מתכונת לעריכת שינויים בחוקה, ומוחרגת ממנה רק ההוראה החוקתית בדבר הרכבו של הסנאט האמריקאי. בית המשפט העליון האמריקאי פסק שתיקון החוקה הוא תפקידו של הקונגרס, ופעולתו היא מהלך פוליטי לא שפוט; ראו: Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939), p. 459. לביקורת על פסיקה זו ראו: אהרן ברק, "תיקון של חוקה שאינו חוקתי", בתוך דוד האן, דנה כהן-ילקח ומיכאל בכ (עורכים), ספר גבריאל בכ (שריגים: נבו, 2011), עמ' 371, והערה 56 שם.

תפקידו של בית המשפט הוא להגן על המבנה הבסיסי וערכי היסוד של החוקה. על כן מוצדק הוא להכיר בסמכותו לבחון אם תיקון החוקה הוא חוקתי.¹³⁶

השקפה דומה הציג רונאי,¹³⁷ ויש לה תימוכין בהערות אגב שונות בפסיקת בית המשפט העליון.

בגישה זו טמון קושי מבני וקושי הגיוני לא פשוטים. דמוקרטיה חוקתית מושתתת על איזון וריסון בין שלוש הזרועות המרכיבות אותה. שיטת המשפט צריכה להסדיר את דרכי האיזון והריסון ביניהן. מניין ניתנה לבית המשפט הסמכות להתערב במהלך חקיקתי אם אין לכך הסדרה חוקתית?

יתר על כן, בית משפט שפוסל חוק בשל אי-חוקתיותו, החוקה משמשת לו אמת מידה לבחינת אותו חוק. בבחינת החוקתיות של חוק השופטים אינם נדרשים לערכים שהם עצמם עיצבו או מעצבים בעיני רוחם, אלא נדרשים לערכים שהחוקה עיצבה. כשבית משפט מבקש לפסול מהלך חוקתי - מהי אמת המידה שבידו? החוקה הקודמת אינה אמת מידה טובה ומוסמכת יותר מן החוקה החדשה. מכאן, בהכרח, שהתערבות בית משפט במהלך תיקון חוקה מושתתת על השקפת השופטים כאמת המידה לבחינתה, והתערבות כזו נוגדת את השיטה הדמוקרטית.

ברק גורס שהביקורת השיפוטית על חוקתיות תיקון חוקתי מצטמצמת ל”הגנה על המבנה הבסיסי וערכי היסוד של החוקה”. העם, הריבון שכוונן את הכנסת, לא הסמיך אותה לחוקק חוקי יסוד שישללו את אופייה של מדינת ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, והוא לא הסמיך אותה לחתור תחת עקרונות הליבה של השיטה הדמוקרטית. לדוגמה, תיקון חוקתי המצמצם את ההגנה על כבוד האדם פוגע בערך יסוד חוקתי אך איננו פוגע בליבת הדמוקרטיה ולפיכך לא ניתן לשלול אותו. הוא הדין בשינוי חוקתי המצמצם את היקף הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים - גם שינוי כזה פוגע במבנה הבסיסי של השיטה אך איננו פוגע בליבת המשטר הדמוקרטי.¹³⁸ המחוקק לא הסמיך את הכנסת לחתור - גם לא באמצעות חוק יסוד - תחת העיקרון המזהה את מדינת ישראל כמדינה יהודית.

שרת המשפטים איילת שקד הביעה לא מכבר אכזבה גדולה מכך שבג”ץ לא דחה על הסף את העתירות נגד חוק הלאום. לפי גישתה, התערבות של בית המשפט העליון במהלך חוקתי

136 ברק, “תיקון של חוקה שאינו חוקתי”, עמ’ 377.

137 ראו: Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, p. 196.

138 ברק “תיקון של חוקה שאינו חוקתי”, עמ’ 380. מכאן משמע שחוק המגבש “פסקת התגברות” של חוקי הכנסת על פסיקת בית המשפט העליון כפוף לביקורת חוקתיותו, ואילו נטיעת “פסקת ההתגברות” בחוק יסוד לא תהיה כפופה לביקורת מהותית מצד בית המשפט.

כמוה כ"רעידת אדמה משטרית" - כעין מהפכה הנוטלת מן העם את כוחו הריבוני ומעבירה אותו לשלטון שיפוטי טוטליטרי.¹³⁹ לא אקבע מסמרות במחלוקת על ההשקפה הזאת, ורק אציין שלאור גישתו של פרופ' ברק דומה שלא ניתן לומר שחוק הלאום פוגע בליבת המשטר הדמוקרטי, ואני סבור שאין הוא פוגע בערכים דמוקרטיים כל עיקר. חוק הלאום אינו מהלך בחלל ריק - לציודו נעים חוקי זכויות היסוד. התמונה המתקבלת במשקפתו של הזר הצופה ממרחקים במדינת ישראל היא תמונה משולבת של מארג חוקי היסוד השלם. מארג זה שומר היטב על "תעודת הזהות" של מדינת ישראל, ובכללה גם על מעמד בני המיעוט הערבי בה.

חתימה (אפילוג)

אסיים את רשימתי בציטוט שירו המאלף של נתן אלתרמן, "ארץ ערבית":¹⁴⁰

לִילָה צַח אֵילָנוֹת מְנִיעִים	וּמִשֵּׁם הֵם צוֹפִים וְרוֹאִים	לִילָה צַח. בְּרִמְיָה אֲוֹרִירִית
אֶת נוֹפֶם בְּלַחֲשֵׁה אֲוֹרִירִית	אֶת הָעִיר אֶל־חֲלִיל מְרַחֵק,	נוֹצְצִים כּוֹכְבֵי לַיִל בְּחוֹק
מְמָרוֹם כּוֹכְבֵי לַיִל עֲרַבִּים	עִיר קִבְרוֹ שֶׁל הָאֵב אֲבֵרָהִים,	עַל הָרִיחַ שֶׁל אֶרֶץ עֲרַבִּית
נוֹצְצִים עַל־י אֶרֶץ עֲרַבִּית	אֲבֵרָהִים שֶׁהוֹלִיד אֶת אִיסְחָק.	אֲשֶׁר מוֹסָה רָאָה מְרַחֵק.
נוֹצְצִים כּוֹכְבֵי לַיִל בְּמִצְמוֹץ	וּמִשֵּׁם קוֹ אוֹרָם הַשָּׁנוֹן	
וּזוֹרְעִים אֶת אוֹרָם הָרְעוּד	אֶץ לְצַבּוֹעַ בְּזוֹהֵב אוֹרוֹ	
עַל הָעִיר הַשׁוֹקֵטֶת אֶל־קוֹדֶס	אֶת מִימֵי הַנְּהַר אֶל־אוֹרְדוֹן	
שְׁחָנָה בָּהּ הַמֶּלֶךְ דָּאוֹד.	שִׁיעֻקּוֹב בְּמִקְלוֹ עֲבָרוֹ	

139 מתוך נאומה בוועידת המשפט של לשכת עורכי הדין, 4 בספטמבר 2018 (הציטוט אינו מדויק).

140 נתן אלתרמן, "ארץ ערבית", "הטור השביעי", 7, ספטמבר 1946.

נטלתי חירות לעצמי להוסיף תוספת קצרה:

מְסִילוֹת כּוֹכְבֵי הָאָרֶץ פֶּה תִּיף
אִם תְּבִיט לַיָּמִין וְאִם תִּשְׁמְאַלֶּה
וּבַתְּוֹךְ פִּסְגַּת חָרָאם אֶל שְׂרִיף
מוֹרְשֵׁת דּוֹרוֹת שֵׁם הַתְּחִלָּה

עוֹלוֹת וּשְׁלָמִים לְלַחֲמָן אֶל רְחִים
לְהִלֵּל וּלְסַפֵּר מַעֲשֵׂי יְהוָה
בְּיַד אִיִּסְמָעֵיל מִנְחַת בְּכוֹר אֲחִים
אֲךְ יִצְחָק נִצְקַד אֶל הָרַם הַמּוֹרְיָה.

זו אולי תמצית הסיפר (נרטיב) של "מדינה יהודית ודמוקרטית". מדינת ישראל הוכרזה כמדינה יהודית ודמוקרטית, והיא מממשת את זכותה להגדרה עצמית בארץ ישראל על יסוד זכותו ההיסטורית של העם היהודי. הגדרה זו ממומשת באורח מלא ושלם בכל תחומיה הריבוניים של מדינת ישראל, ונכסיה הלאומיים אינם נחלקים עם שום גורם אחר, מתוך הלימה מלאה עם חובת המדינה להעניק זכויות אזרחיות מלאות לכל אזרחיה.

על המחבר

פרופ' **עודד מודריק** הוא פרופ' חבר בפקולטה למדעי הרוח והחברה באוניברסיטת אריאל בשומרון. במשך יותר משני עשורים כיהן כשופט וכסגן נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו לצד היותו אב בית הדין למשמעת של שירות הביטחון הכללי והמוסד לתפקידים מיוחדים. קודם לכן שירת יותר משני עשורים במערכת המשפט הצבאי, ובין תפקידיו: שופט בבית הדין הצבאי לערעורים, היועץ המשפטי של משטרת ישראל, נשיא בית דין צבאי מחוזי והסנגור הצבאי הראשי. במקביל לעבודתו השיפוטית שימש כמרצה מן החוץ בפקולטות למשפטים ובחלק ניכר מבתי הספר למשפטים בישראל (משפט צבאי, משפט ציבורי, סדרי דין ודיני ראיות). פרסם ספר יסוד ב"שפיטה צבאית" ושורת מאמרים בתחומי משפט וביטחון. הוא גם מחבר הערך "משפט צבאי" באנציקלופדיה העברית. מאז פרישתו הוא פורש לעיתים את השקפותיו במאמרים בעיתונים הנפוצים.

