

1. **מרצ מספר מפלגה 599000650**
  2. **ח"כ תמר זנדברג – יו"ר מרצ**
  3. **ח"כ אילן גילאון**
  4. **ח"כ עיסאווי פריג'**
  5. **ח"כ מיכל רוזין**
  6. **ח"כ מוסי רז**
- מרח' יגיע כפיים **1 תל אביב**  
באמצעות ב"כ עו"ד ערן לב מ.ר. 14811  
מרחוב הארבעה 24 **תל-אביב**, 64739  
טל': 03-6964139 פקס': 03-6959613  
(פקס נוסף: 03-6244099)

#### העותרת

- נ ג ד -

1. **כנסת ישראל ירושלים**
2. **ממשלת ישראל**
3. **היועץ המשפטי לממשלה**  
באמצעות פרקליטות המדינה – מחלקת בגצים  
רחוב סאלח א דין **ירושלים**

#### המשיבים

## עתירה דחופה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת ליתן צו על תנאי, המכוון למשיבים והמורה להם להתייצב ולתן טעם:

א. מדוע לא יינתן צו הקובע ו/ או מצהיר כי חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק הלאום) שחוקקה הכנסת ביום ה- 19.7.2018, ושהעתקו רצ"ב **כנספח 1** הנו בטל, בין היתר בשל היותו עומד בסתירה חמורה לעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית והדמוקרטית, ובראשם עקרון השוויון.

- ב. ולחילופין מדוע לא יינתן צו שכזה בשל אי עמידתו של חוק הלאום בהוראות פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. ולחילופין:
- ג. מדוע לא יינתן צו המצהיר על בטלות סעיף 4 לחוק הלאום, מהטעמים שפורטו למעלה, וזאת בשל האפליה הנוצרת בגינו בשל קביעתה של השפה הערבית כבעלת מעמד נחות ביחס לשפה העברית. ולחילופין:
- ד. מדוע לא יינתן צו המצהיר על בטלות סעיף 7 לחוק הלאום, מהטעמים דלעיל, הקובע כי "המדינה רואה בפיתוח התיישבות יהודית ערך לאומי, ותפעל על מנת לעודד ולקדם הקמה וביסוס שלה", וזאת בין היתר בשל האפליה הקשה שיוצר סעיף זה ביחס לאוכלוסייה הלא יהודית במדינת ישראל.

### חלק א' - מבוא

"אינני סבור שחוקתה של איזו מדינה תכיל סעיפים מיוחדים המבטיחים במפורש את אופייה "הלאומי". סבורני, כי סימן טוב הוא לחוקה, אם נמעט למצוא בה סעיפים כאלה. הדרך הטבעית והטובה ביותר היא, שאופייה "הלאומי" של מדינה יהא מובטח על ידי עצם העובדה שיש בה רוב מסוים" (זאב ז'בוטינסקי, "מלאו הבטחתכם או הסתלקו מהמנדט", נאומים, ירושלים, ערי ז'בוטינסקי, תשי"ח, כרך ב', עמ' 224).

1. דומה שאין כדברים נוקבים אלה של מייסד ומנהיג התנועה הרביזיוניסטית, כדי לשקף לא רק את העמדה המשותפת, גם כיום, למרבית החוקות הדמוקרטיות, אלא גם את החזון על בסיסו הוקמה מדינת ישראל והמשתקף גם במגילת העצמאות.
2. חריגתו של חוק הלאום מעיקרון דמוקרטי זה, כמו גם הסכנה החמורה הטמונה בחוק זה לאופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל, באים לידי ביטוי בדברים שאמר אחד מאדריכלי החוק- יו"ר הקואליציה עד לא מזמן- ח"כ עו"ד דוד ביטן. דברים שנאמרו בראיון טלוויזיוני ששודר בתאגיד השידור הציבורי ("כאן 11"), ביום ה- 20.7.2018. הווה אומר: עוד בטרם יבשה הדיו על החוק.

3. וכך אמר ח"כ ביטן- עו"ד במקצועי, ומשפטן בהשכלתו, ביחס למטרתו של החוק, בעיני מנסחיו:

"היום קשה ליישב את הארץ. זה קשה מיום ליום. אתה זוכר שבנגב התחילה **ההתפשטות הבדואית**. החליטו לעשות חוות. לקחת אנשים ולתת להם חווה **כדי לעצור את ההתפשטות ולהילחם בבדואים**. בתי המשפט ביטלו את זה, לקחו לאנשים אפילו את מה שנתנו להם וטראה מה קרה- **הבדואים השתלטו על הנגב**".

4. הנה כי כן יצא המרצע מן השק- אחד מאדריכלי חוק הלאום מודה בריש גלי כי לא בחוק דקלרטיבי בלבד עסקינן, אלא בחוק שבא ל"הילחם" באחד ממגזריה של החברה הישראלית ולעצור את "התפשטותו". למותר לציין כי אם במדינה כלשהי באירופה היו מגדירים דבר חקיקה כלשהו, ולא כל שכן דבר חקיקה המתיימר לעטות מעטה חוקתי, ככזה שנועד ל"הילחם" באזרחים היהודים של אותה מדינה או "לעצור את התפשטותם", כי אז לא היה ספק שלא (עוד) במדינה דמוקרטית עסקינן.

5. העותרת (להלן: מרצ) הנה מפלגה המאוגדת בהתאם לחוק המפלגות בישראל, אשר חרטה על דגלה, בין היתר, את ההגנה על אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל, והרואה, על כן, בחוק הלאום, סכנה חמורה להמשך קיומו של המשטר הדמוקרטי בישראל. העותרים 2-6 הנם חברי סיעת מרצ בכנסת.

6. במסגרת החלק השני של עתירה זאת תתייחס העותרת לסוגיית הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד.

7. במסגרת החלק השלישי של העתירה תתייחס העותרת לחריגתו החמורה של חוק הלאום מעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית ומעקרון השוויון באופן המחייב הצהרה על בטלותו המלאה, או למצער על בטלות סעיפים 4 ו-7 שבו, כאמור בכותרתה של עתירה זאת.

8. במסגרת החלק הרביעי של העתירה תתייחס העותרת לבטלות חוק הלאום לאור פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

### **חלק ב' - ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד**

9. העותרת מודעת למורכבות הקיימת בביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. דא עקא, שגם בהתעלם מהוראות חוק יסוד כבוד האדם וחירות (שיידונו במסגרת החלק

הרביעי והאחרון של עתירה זו), עולה מפסיקת בימ"ש נכבד כי במקרים מיוחדים עומדת לו הסמכות להצהיר גם על בטלותם של חוקי יסוד, העומדים בסתירה חמורה לעקרונות העל של שיטתנו המשפטית.

10. בבג"צ 4908/10 **בראון נ' כנסת ישראל**, שדן בהוראת שעה שנקבעה מכוח חוק יסוד: תקציב המדינה קבעה כב' הנשיאה דאז בייניש כי "בנסיבות מסוימות וחריגות, עשוי עצם השימוש בהוראת שעה להצדיק התערבות בחקיקת היסוד" (שם, בפסקה 24).

11. בבג"צ 8260/16 **המרכז האקדמי נ' כנסת ישראל**, דן בימ"ש הנכבד בהוראת שעה שתיקנה את אותו חוק יסוד וקבעה את התקציב הדו שנתי.

12. לענייננו קיימת חשיבות לקביעתו של כב' השופט רובינשטיין, ע"פ:

"כמו כן, ולדידי זו עיקר לענייננו, השימוש לרעה יכול שיהא שימוש לרעה בסמכות המכוננת כשלעצמה. דוקטרינת השימוש לרעה, אף שהיא במתחם החוקתי, שאובה בבסיסה, כך נראה, מכללי היסוד של המשפט המינהלי, אשר להם מחויבים הרשות המבצעת וגופי המינהל מגשימי מדיניותה; כמו כל כוח שלטוני, גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה הסמכות (ראו והשוו רוזנאי, בעמ' 143; י' זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" משפט וממשל א (תשנ"ג) 395, 397; י' זמיר "הסמכות המינהלית" משפט וממשל א (תשנ"ב) 81, 90). לא הרשות המבצעת, וגם לא המחוקקת או המכוננת, פטורות מכללי היסוד של המתחם והמרקם החוקתי לטעמי, משמעות הדברים, בלשון פשוטה, היא כי במקום שמזוהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטכסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני "הליבה החוקתית" ו"קדושתה", חשיבותה המשפטית והערכית. לחיבת המשפט העברי אוסיף, כי הוא התמודד עם שאלת הכוח וריסונו, במאמץ למצוא דרכים להכפיף את המלך – הכל יכול כביכול – אם למצוות הקדוש ברוך הוא ואם במונחי בשר ודם ובית דין; ראו לעניין זה השאלה אם מלך מועמד לדין, וההכרעה ההלכתית היתה כי מלכי בית דוד דנים ונדונים ואילו מלכי ישראל, בשל אי-ציותם לבית דין, לא נכללו בכך (בבלי סנהדרין י"א, ע"א-ע"ב; רמב"ם סנהדרין ב', ה' – "מפני שלבן גס בהן ויבא מן הדבר תקלה והפסד על הדת"; מלכים ג', ז' – "לפי שאין נכנעים לדברי תורה שמא תבוא מהם תקלה"). ראו גם מיכה גודמן הנאום האחרון

של משה (תשע"ד) 77, 81; בין היתר נכתב שם (בעמ' 81), כי "צמצום הכוח של השלטון הוא מהפכה של התורה כולה כנגד התרבויות הפגאניות... (שם, בפסקה ל"א לפס"ד של כב' השופט רובינשטיין).....

אטעים: אין באמור ללמד, כי כל תיקון קבע לחוק היסוד – בשונה מהוראת שעה – בהכרח יעמוד חוקתית, גם אם לא אטע מסמרות. כאמור, אם ימצא בית משפט זה כי תיקון שנעשה לחוק היסוד פוגע בצורה חמורה במשטר הדמוקרטי, אין לשלול את האפשרות – ושוב, אומר זאת בזהירות המתבקשת, כי נושא זה טרם נדון לגופו בבית המשפט – כי הדבר יוביל למסקנה החריגה שמדובר בתיקון חוקתי שאינו חוקתי ולכן יש לפסלו". (שם, בפסקה ל"ח).

13. בדומה לכך קבע כב' השופט ג'ובראן, באותה הפרשה, כי:

"ראשית, סבורני כי אין להרחיק לכת ולסתום את הגולל על סמכותו של בית משפט זה לבקר חקיקת יסוד, וזאת בזהירות הנדרשת ועל פי אמות מידה קפדניות, שעליהן אעמוד בהמשך. בפרט, אין בידי לשעות לטענותיהן של המשיבות, המבקשות להיבנות מכך שהכנסת לא קבעה מגבלות על הליכי חקיקת חוקי היסוד בדמות כינון חוק-יסוד: החקיקה, אשר יתווה הוראות מחייבות לדרך כינונם וזיהויים של חוקי היסוד (ראו: תגובת המשיבה 1, פסקה 89). לדידי, אל לבית משפט זה לשקוט אל שמריו בהיעדר חקיקת יסוד זו, ואין בחסר הנורמטיבי הקיים כדי לחסן את רשויות השלטון מפני ביקורת שיפוטית, מקום שזו נדרשת. כדברי השופט נ' סולברג, "אין לאפשר למחדל, להפוך למפלט ולמקלט" (בג"ץ [10042/16](#) קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פסקה 55 לפסק דינו (6.8.2017) (להלן: עניין קוונטינסקי)). ככל רשויות השלטון, מחויב בית משפט זה להגן על חוקי היסוד המצויים בליבת שיטתנו המשפטית (ראו: אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך 361, 377 (2011) (להלן: ברק)), ולהכריע בסוגיות המובאות לפניו לאור ערכי היסוד הראויים למשטר דמוקרטי חוקתי – יהיו הם כתובים עלי ספר או לאו....". (שם, בפסקה 3).

14. ואילו כב' השופט פוגלמן, קבע כי:

".... אכן, החוקה של מדינת ישראל, אשר לא נוצרה במהלך מכוון חד פעמי והכנתה נפרסה על פני תקופה ממושכת, נמצאת במידה רבה בתהליך התגבשות (אם כי ראו הערתו של ברק "תיקון שאינו חוקתי", בעמ' 381). חלק מן הזכויות הבסיסיות נעדרות התייחסות פרטיקולרית בחוקי היסוד; לגבי חלק מן ההוראות בחוקי היסוד קיימים הסדרי שריון, ואת חלקן ניתן לשנות ברוב רגיל; ונושאים שנועדו מטיבם להוות חלק מחוקה עתידית אינם מוסדרים בחוקי היסוד, בעוד שחלק מחוקי היסוד עוסקים בנושאים שאינם כלולים, בדרך כלל, בחוקות בשיטות משפטיות אחרות (ראו גם פרשת בר-און, בעמ' 297). ברם, איני סבור כי מאפיינים אלה של חקיקת היסוד בשיטתנו שוללים מעיקרא את תחולתה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, כי אם מגבילים את היקפה (וראו הדברים שהובאו ממאמרו של ברק "תיקון שאינו חוקתי" לעיל, בעמ' 379-380), המצומצם ממילא בשים לב למעמד הרם של חוקי היסוד. בהמשך לדברים שנאמרו בפסיקתנו כפי שהובאה מעלה ובפרט בפרשת בר-און, אף אני סבור כי אין לשלול את תחולת הדוקטרינה של תיקון חוקתי שאינו חוקתי במשפט הישראלי, הגם שבמקרה זה, משניתן מענה לסוגיה שאותה מעלה העתירה בגדר דוקטרינה אחרת, אין אנו נדרשים לקבוע את גבולותיה". (שם, בפסקה 29. ההדגשה הוספה- הח"מ).

15. בפס"ד של כבי' השופט מלצר נקבע כי :

"אפתח ואומר כי העותר ביקש לבסס עילה ותרופה קיצונית הרבה יותר מאלו שאומצו על ידינו: הוא גרס כי התיקון כולו – איננו חוקתי, ולפיכך הוא בטל מעיקרו. אינני סבור שטיעון מרחיק לכת זה – ראוי להתקבל כאן (אף שאינני שולל את היתכנותו העקרונית במקרים נדירים מאוד בעתיד, שיש לקוות שלא יקרו בארצנו לעולם). ביחס לנושא זה כולו – עיינו: ספר רוזנאי; אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" בתוך ספר גבריאל בך 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך, עורכים, 2012)). על-פי ספר רוזנאי (שם בעמ' 144-141) ניתן לתקוף תיקון חוקתי בטענה שאיננו חוקתי – באחת (או יותר) משלוש עילות: .... ב. אם הוא חורג מהותית מיסוד בסיסי ביותר של עקרונות המדינה והעם, או

של השיטה המשפטית הנתונה (אצלנו ניתן להחיל זאת, למשל, על מהותה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית)....". (שם, בפסקה 8. ההדגשה הוספה- הח"מ).

16. בבג"צ 5744/16 בן שחר ואח' נ' הכנסת ואח' דן בימ"ש נכבד זה בתיקונים מס' 33-34 לחוק יסוד: הכנסת, שהסמיכו את הכנסת להדיח ח"כ מכהן (להלן: חוק ההדחה). העתירה נדחתה לגופה באשר בימ"ש הנכבד מצא כי אין בחוק המדובר כדי לפגוע בהוראות חוק יסוד הכנסת ובעקרונות יסוד חוקתיים. לעניין סוגיית הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, קבעה כב' הנשיאה חיות כי:

"נראה כי לעת הזו, ובהינתן השלב שבו מצוי מפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה, ובפרט משלא נקבעו עד כה ההליכים לכינון ולתיקון של חוקי היסוד, יש בעייתיות לא מבוטלת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי דוגמת הדוקטרינות הנוהגות במשפט המשווה...". (שם, בפסקה 25).

17. על אף האמור נקבעו במסגרת פס"ד מספר קביעות מהן ניתן ללמוד כי במקרים מסוימים קיימת סמכות שכזו לפסילתו של "תיקון חוקתי שאינו חוקתי".

18. כך, קבעה כב' הנשיאה חיות, כי:

"בשיטתנו המשפטית לא עוגנו פסקאות נצחיות מפורשות, עם זאת, עקרונות על בסיסיים, שניתן לכנותם נצחיים, הוזכרו לא אחת, וזאת מבלי שהוכרעה השאלה האם ניתן לפסול מכוחם חקיקה או חקיקת יסוד". (שם, בפסקה 24).

19. כב' השופט פוגלמן הפנה לקביעתו, שצוטטה למעלה, בעניין המרכז האקדמי.

20. ואילו כב' השופט דנציגר קבע כי:

"ייתכנו תרחישים שבהם עצם קיומו של סעיף חוק עלי ספר החוקים, כשלעצמו לא יוכל להתקבל על הדעת בחברה דמוקרטית – בלי קשר לשאלות האם, מתי ובאיזה אופן הוא ייושם. כך, עצם קיומו של סעיף חוק בספר החוקים הרשמי של מדינת ישראל, אשר יקבע, למשל, איסור על משכב זכר, לא בהכרח יצלח ביקורת שיפוטית, אף אם רשויות החוק יודיעו שאין בכוונתן

לאוכפו. בדומה, לא ניתן יהיה להשלים עם קיומה של הוראת חוק או הוראת חוק יסוד, אשר תתיר, למשל, אפליה כלפי אנשים בשל מוצאם, עדתם, דתם, או צבע עורם, אף אם ייטען שמדובר ב"אות מתה". לדידי, השאלה האם סעיפי חוק אלו ייושמו או ייאכפו אינה שאלה חשובה, שכן די בעצם קיומם כדי לשקף פגיעה שלא ניתן להשלים עמה...". (ההדגשה הוספה-הח"מ).

21. המסקנה העולה מן המקובץ הנה, איפה, כי לבימ"ש נכבד זה סמכות להעביר תחת שבט ביקורתו גם חוקי יסוד העומדים בסתירה חמורה לעקרונות היסוד של שיטתנו הדמוקרטית, והמהווים לפיכך בבחינת "תיקון חוקתי שאינו חוקתי". וזאת, הגם, שעד לחקיקתו של חוק הלאום, לא הוצג בפני בימ"ש הנכבד, מקרה שכזה.

## **חלק ג' – חוק הלאום עומד בסתירה לעקרונות היסוד של שיטתנו הדמוקרטית והנו בבחינת "תיקון חוקתי שאינו**

### **"חוקתי"**

22. חוק הלאום פוגע קשות במרקם הדמוקרטי של מדינת ישראל. סעיף 1 (ג') לחוק היסוד קובע כי: "מימוש הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי".

23. החוק אינו מאזכר כלל את 20% מאזרחי המדינה, שאינם יהודים.

24. ואף חמור מכך- הביטויים "שוויון" ו"דמוקרטיה" כלל אינם נזכרים בו.

25. לאמיתו של דבר יוצר החוק מעין "מהפיכה חוקתית שנייה" (לאחר זו הראשונה משנת 1992 עת חוקקו חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), הדוחקת לשוליים את עקרונותיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל, לטובת זהותה היהודית.

26. וחמור לא פחות- חוק הלאום מהווה נסיגה חמורה גם מהוראות מגילת העצמאות- המסמך המכונן של מדינת ישראל, בה נקבע כי:

"מדינת ישראל תהא פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות, תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה, תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו 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 לעקרונות של מגילת האומות המאוחדות".



27. ויודגש: עקרון זה, כפי שהוטמע במגילת העצמאות, עולה בקנה אחד עם חזונם של האבות המייסדים של התנועה הציונית ומדינת ישראל. מקובל לשכוח כי ספרו המכונן של תיאודור הרצל: "אלט נויילנד", הנו רומן (בדיוני לשעתו), המתאר מערכת בחירות במדינה היהודית העתידית, בה מתמודד בבחירות לפרלמנט מועמד (הרב ד"ר געיאר) המבקש לשלול זכויות אזרח ממי שאינם יהודים. רשימתו של הרב געיאר הגזען נכשלת בבחירות.

28. תפיסת עולמו של הרצל ביחס למדינה העתידית מתבטאת בדברים ששם בפי המנצח באותן בחירות:

"איננו מפלים בין אדם לאדם. איננו שואלים מהי דתו של אדם. ובן איזה גזע הוא. עליו להיות אדם ובכך אנו אומרים די".

29. ואילו זאב ז'בוטינסקי, שאמירתו ביחס לפגם שבהתייחסות חוקתית לסוגיית לאום, צוינה בפתח עתירה זאת, שב וכתב כי:

"זכויות האדם והאזרח הן קניין האדם והאזרח, באשר הוא אדם ואזרח. זה מושכל ראשון. כאן אין שום מקום לשום מיקוח ולשום חשבונות. מי זכאי לזכויות ומי לא". (זאב ז'בוטינסקי: "רשימות ללא כותרת". פליטונים 23, 29 (התשי"ד).

30. למותר לציין כי לעקרונות נשגבים אלה, כמו גם, כאמור, לעקרונות השוויון והדמוקרטיה, אין זכר בחוק הלאום.

31. בפס"ד שניתן בבג"צ 6698/95 קעאדן נ' מנהל מקרקעי ישראל, הגדיר בימ"ש נכבד זה את היחס המשפטי הראוי בין זהותה היהודית וזהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל, במלים הבאות:

**"מדינת ישראל היא מדינה יהודית אשר בתוכה חיים מיעוטים ובהם המיעוט הערבי- כל אחד מבני המיעוטים החיים בישראל נהנה משוויון זכויות גמור. אמת, מפתח מיוחד לכניסה לבית ניתן לבני העם היהודי (ר': חוק השבות התש"י-1950), אך משמצוי אדם בבית כדין כאזרח, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים".**

32. הנה כי כן, משמעות יהדותה של המדינה הנה במתן עדיפות ליהודים שאינם אזרחי המדינה, בקבלת אזרחות, וזאת מכוח חוק השבות. הא ותו לא. מרגע שאדם הופך לאזרח- הן מכוח חוק השבות, הן מכוח חוק האזרחות, או מכוח העובדה שנולד כאזרח ישראל, כי אז אין להפלותו מטעמי דת, גזע, מין, נטייה מינית וכו'.

33. כל חיקוק המעגן אפליה שכזו (מעבר לזו שהוכרה כאמור מכוח חוק השבות), פוגע בעקרון השוויון, ועל כן הנו בלתי חוקתי.

34. ואכן, ביחס להשפעה הקשה הנובעת מאפליה כנגד קבוצת אנשים בשל תכונה המאפיינת אותם, אמר בית משפט נכבד זה דברים ברורים:

**"אין לך גורם הרסני יותר לחברה מאשר תחושת בניה ובנותיה כי נוהגים בהם איפה ואיפה. תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בכוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם. (ר': בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב יפו, פ"ד מב (2) 309, בעמ' 332).**

35. די אם כן בתחושת העלבון וההדרה שיוצר חוק הלאום כדי להעיד על אופיו הלא חוקתי.

36. אלא, שעיון בחוק מעלה מסקנה עגומה על פיה לא בחוק דקלרטיבי בלבד עסקינן. אלא בחוק בעל השלכות פרקטיות משפטיות מרחיקות לכת.

37. עצם העובדה שהחוק אינו מאזכר כלל את היותה של מדינת ישראל מדינה דמוקרטית. אי אזכורו של עקרון השוויון, כמו גם התעלמותו מ-20% מאזרחי המדינה שאינם יהודים: זכויותיהם, צרכיהם, רצונותיהם ורגשותיהם, תוך התייחסות ליסוד היהודי בלבד, הנם בעלי משמעות מרחיקת לכת, ועלולים לשמש ולהצדיק חקיקה מפלה עתידית.

38. מן הראוי לזכור כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (שבניגוד לחוק הלאום אינו משוריין), כמו גם חוק יסוד: חופש העיסוק משנת 1992, שאף הם אינם מאזכרים את עקרון השוויון, מוקדמים בזמן לחוק הלאום, ועל כן (בכפוף לאמור בחלקים הבאים של עתירה זאת), קיימת סכנה כי במקרה של חקיקה עתידית שתשלוט זכויות ממי שאינם יהודים (כדוגמת חקיקה המעודדת "עבודה יהודית" במקום "עבודה ערבית") ייעשה שימוש בחוק הלאום, תוך התבססות על ההנחה כי הנו גובר על שני חוקי היסוד "הדמוקרטים" המוקדמים משנת 1992.

39. וחמור מזה: חוק הלאום כולל (למצער) שני סעיפים בעלי משמעות פרקטית מפלה בטווח המייד.

40. סעיף 4 לחוק מעניק מעמד חוקתי שונה לשתי השפות המדוברות בישראל: העברית, שהנה שפת הרוב, מוכרת כ"שפת המדינה". ואילו שפת המיעוט- הערבית- זוכה "למעמד מיוחד", בלבד. למותר לציין כי אבחנה חוקתית שכזו בין שפת הרוב ושפת המיעוט, יוצרת הדרה ואפליה כלפי המיעוט.

41. וחמור אף יותר- סעיף 7 לחוק הלאום קובע כי:

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

42. למותר לציין כי משמעותו הפרקטית של סעיף זה הנה הכשרה חוקתית של אפליה שלטונית בתחום הקצאת תקציבים ציבוריים, כמו גם בתחום התכנון והבנייה ואף בתחומים אחרים, של התיישבות יהודית ואף נקיטה בצעדים תקציביים תכנוניים ואחרים לצורך הצרת התיישבות שאינה יהודית, כפי שחזה יו"ר הקואליציה לשעבר הרואה בחוק כלא פחות מכלי ל"מלחמה בהתפשטות הבדואית" (ר': למעלה).

43. למותר לציין כי אפליה שכזו, על רקע אתני- לאומי, אשר ייתכן ונדרשה בתקופה של ישוב טרום מדינתי, לא תעלה על הדעת במדינה דמוקרטית ריבונית. ובוודאי שהדעת אינה סובלת את הכללתה במסמך חוקתי.

44. ואכן- האם ניתן להעלות על הדעת הוראה חוקתית אשר תאפשר לרשויות בישראל לקיים העדפה תקציבית (ואחרת) של "התיישבות יהודית", תוך שימוש, (גם) בכספי המסים ששילמו האזרחים הלא יהודים, כמו גם האזרחים היהודים בעלי ההשקפה הדמוקרטית, שנפשם נקעה מאפליה כה בוטה?

45. ויודגש: סעיף 7 לחוק הלאום, בנוסחו כפי שאושר, חמור לא פחות מהנוסח שהוצע בסעיף 7 (ב') במסגרת הצעת החוק, שהעתקה רצ"ב **כנספח 2**, על פיו:

"המדינה רשאית לאפשר לקהילה, לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת".

46. הנה, עיננו הרואות, שבעוד נוסח הצעת החוק (שאפשר אף הוא הדרה של מגזרי מיעוט) טרח, למצער, על שימור חזות אובייקטיבית לכאורית, הרי שהנוסח, כפי שאושר, משריין אפליה לטובת מגזר אחד בלבד- מגזר הרוב היהודי, על פני כל שאר המגזרים.

47. ויודגש: שיטות משפט מסוימות מכירות בחוקיותה של אפליה מתקנת לטובת מגזרים מוחלשים (בתחומי הקצאת משאבים בתחומי הדיור, החינוך התעסוקה וכו'). לא ניתן להצביע על אף שיטה דמוקרטית המכשירה אפליה לטובת בני הרוב ההומוגני, ובוודאי שלא במסגרת מסמך חוקתי.

48. פגיעתו הרעה של סעיף 7 לחוק הלאום בעקרון השוויון הנה חמורה במיוחד לאור העובדה שדווקא המגזר הערבי בישראל סובל ממילא מנחיתות ואפליה בתחום הדיור. רצ"ב **כנספח 3**, דו"ח מחודש מרץ של שנת 2015 שפרסמה "סיכוי-

העמותה לקידום שוויון אזרחי", בעניין "פתרון מצוקת הדיור במגזר הערבי".  
במסגרתו נכתב כי:

"מצוקת הדיור בחברה הערבית הולכת ומחריפה משנה לשנה. ובישובים הערבים יש מחסור גדול ביחידות דיור, שמשפיע במיוחד על משקי בית חלשים. בעבור רבים, הסיכוי לקורת גג ולקיום בכבוד קטן בשל היותה של החברה הערבית האוכלוסייה הענייה ביותר בישראל. הסיבות למחסור רבות, ובראשן הפקעת הקרקע המאסיבית שהפעילה המדינה בשנים עברו. דבר זה מגביל את אפשרויות הפיתוח של היישובים הערבים. כיום קיים פער גדול בין היצע הפתרונות המצומצם העומד לרשות החברה הערבית במענה למגורים ודיור ובין הצורך ההולך וגובר מדי שנה".

49. כמו כן רצ"ב **כנספח 4** דו"ח של אותה עמותה מחודש אפריל 2016 בסוגיית "ההתמודדות עם תופעת הבנייה הבלתי חוקית", במסגרתו נכתב כי:

"תופעת הבנייה ללא היתר ביישובים הערבים נובעת ישירות מהיעדר תכנון או מתכנון לקוי שאינו עונה על צרכי האוכלוסייה.. אמנם לאחרונה אושרו לחלק מהיישובים הערבים תכניות מתאר בהליך סטטוטורי ארוך, ולאחר שנים שחלה עליהם תכנית ישנה ולא מעודכנת, אך גם תכניות המתאר החדשות כוללניות ולא ניתן להוציא מכוחן היתרי בנייה".

50. עקרון השוויון הוכר כעקרון על של שיטתנו הדמוקרטית עוד בטרם חקיקת חוקי היסוד משנת 1992 (בג"צ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כ"ג (1) 693, 698).

51. בבג"צ 781/15 **ארד פנקס ואח' נ' הועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים ואח'**, שדן באפליית חברי הקהילה הגאה במסגרת הסדרי פונדקאות, קבע בימ"ש נכבד זה (כב' השופט ג'ובראן) כי:

"הסדר חוקי המעניק זכות בעלת מעמד חוקתי לקבוצה אחת, ומדיר מפניו קבוצה אחרת בשל זהותה, העדפותיה, נטיותיה או אורחות חייה- הוא הסדר הנחזה להיות מפלה, אשר קשה להלום אותו... העדפה חסרת בסיס זו מפנה עורף לערך כבוד האדם, המנוי בחוקי היסוד של מדינת ישראל, ולעקרון השוויון הנגזר ממנו, אף שאין הוא נזכר בחוקי היסוד. עקרון השוויון הוכר זה מכבר כחלק

מ"נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו"....והוא  
שזור כחוט השני בכתביה המכוננים של מדינתנו" (שם,  
בפסקה 46).

52. חוק הלאום כולו או למצער סעיפים 4 ו-7 שבו, פוגעים באופן קשה באופייה  
הדמוקרטי של מדינת ישראל, בכך שלראשונה ניתן עוגן חוקתי לכאורה  
להפלייתם והדרתם של אזרחים שאינם יהודים. הן בתחום עידוד שלטוני של  
התיישבות ודיור, והן בתחומים נגזרים ומשיקים אחרים, כדוגמת חינוך,  
תעסוקה, הקצאת שירותי תרבות ודת וכו'.

53. בכך נופל חוק הלאום (או למצער סעיפים 4 ו-7 שבו) להגדרת "תיקון או הוראה  
חוקתית שאינם חוקתיים" אשר הכללתם בספר החוקים של מדינת ישראל,  
ובספר חוקי היסוד לא כל שכן "לא תעלה על הדעת", כלשון כב' השופט דנציגר  
**בפרשת בן מאיר**.

54. בשולי הדברים יצוין כי סעיף 1 (א') לחוק אשר אינו יוצר למעשה אבחנה בין  
"מדינת ישראל" לבין "ארץ ישראל", והמתעלם מזכויותיו של העם הפלסטיני  
בכברת ארץ זו, עלול לשים לאיל כל הסדר מדיני עתידי המבוסס על עקרון שתי  
המדינות.

## **חלק ד' - חוק הלאום הנו חסר תקדים בחוקות העולם**

### **בהתעלמותו מזכויות המיעוטים ומעקרון השוויון**

55. עיון במשפט ההשוואתי מעלה כי התעלמותו של חוק הלאום מזכויות המיעוטים  
ומעקרון השוויון הנה חסרת תקדים. וזאת גם במדינות המזכירות את סוגיית  
הלאום בחוקותיהן.

56. ואכן, בחוקותיהן של המדינות הבאות נזכרים זכויות המיעוטים ו/ או עקרון  
השוויון, במפורש במבוא לחוקה: אפגניסטן, סלובקיה, סרביה, בוסניה  
הרצגובינה, קמרון, צ'אד, ניו זילנד, קרואטיה והונגריה.

57. בחוקותיהן של המדינות הבאות נזכרים זכויות המיעוטים ו/ או עקרון השוויון,  
במפורש, אם כי לא במבוא: ארמניה, אסטוניה, בלרוס, בלגיה, בוליביה, ברזיל,  
בנגלדש, צ'כיה, הודו, איטליה, פולין, רומניה וסלובניה.

58. בחוקותיהן של המדינות הבאות נזכר עקרון השוויון באופן כללי (ללא התייחסות  
מפורשת למיעוטים): אלבניה, אלג'יריה, אנגולה, אנטיגואה, ארגנטינה,  
אוסטרליה, אוסטרליה, אזרביג'אן, בולגריה, בנין, גאורגיה, קנדה, צ'ילה,

קולומביה, דנמרק, מצרים, גרמניה, יוון, איסלנד, עיראק, יפן, הולנד, נורבגיה, דרום אפריקה, ספרד ובריטניה.

59. שאר החוקות של מדינות העולם (ולא כל שכן המדינות הדמוקרטיות), כלל אינן מתייחסות לסוגיית הלאום בחוקותיהן.

60. התעלמותו של חוק הלאום מעקרון השוויון וזכויות המיעוטים (שאינם נזכרים במפורש גם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק), הנה, אם כן, חסרת תקדים במשפט האומות.

## **חלק ה' - חוק הלאום אינו עומד בהוראות פסקת ההגבלה**

### **שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**

61. סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1992 קובע פסקת הגבלה, על פיה:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

62. הנה כי כן עשתה הכנסת שימוש בסמכותה המכוננת כדי לשריין באופן חוקתי את הזכויות המובטחות מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

63. דומה המצב למקרה בו הייתה הכנסת מאשרת חוק הפוגע בהוראות חוק יסוד: חופש העיסוק, ברוב הפחות מ- 61 חברי כנסת, וזאת בניגוד להוראת השריון הקבועה בסעיף 8 (א') לחוק יסוד זה. האם ניתן היה לתן תוקף לחוק פוגעני שכזה, אף אם היה מתכנה בשם חוק יסוד?

64. הוראת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד זה יוצרת מעין "דין מיוחד" (LEX SPECIALE) לכלל המשפטי המוכר על פיו "דין מאוחר גובר על דין מוקדם". הרשות המכוננת, אשר חששה, ובצדק, ממצב בו הזכויות המובטחות מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו תושמנה לאיל ע"י רוב פרלמנטרי מקרי, החליטה לחסן את אותן זכויות באמצעות אותה פסקת הגבלה.

65. פגיעתו של חוק הלאום בעקרון השוויון נדונה בהרחבה במסגרת החלק הקודם של עתירה זאת. בשלב זה די אם נאמר כי עקרון השוויון הוכר כזכות נגזרת של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, על אף שהוא לא נזכר בו במפורש, וזאת מכוח

פסיקתו של בימ"ש נכבד זה (ולעניין זה: ר': פסקה 46 לפס"ד בעניין **ארד פנקס**, והפסיקה המפורטת במסגרתה).

66. לעניין מבחן "התכלית הראויה", הנזכר בפסקת ההגבלה, נכתב כי:

"יש לבחור מתוך העושר הערכי את המשותף המאחד. לשם כך יהיה צורך במקרים רבים לבחור ברמת הפשטה גבוהה של ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ככל שהפשטה תהיה גבוהה יותר ואוניברסלית יותר, כך יקל למצוא את המשותף המאחד". (אהרון ברק, חופש העיסוק, **משפט וממשל ב'**, התשנ"ד-התשנ"ה, עמ' 208).

"יש לעגן אותם ערכים של מדינת ישראל, אשר מקדמים את ההגנה על כבוד האדם וחירותו. על כן, אם קיימת התנגשות פנימית בתוך ערכיה של מדינת ישראל- כגון ניגוד בין ערכיה כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית- יש להעדיף אותם ערכים אשר מקדמים יותר מהאחרים את ההגנה על כבוד האדם וחירותו" (א. ברק, **פרשנות במשפט, כרך שלישי- פרשנות חוקתית**, 1994, עמ' 325)....

לא כל תכלית הנתפסת על ידי המחוקק כראויה- ואשר הצדיקה לדעתו את דבר החקיקה- היא תכלית ראויה על פי חוק היסוד..... על פי גישה זו נראה כי תכלית היא ראויה, אם היא נועדה להגשים זכויות אדם או מטרות חברתיות חשובות....רק חקיקה שנועדה להגשים יעדים חברתיים חשובים, אשר הגשמתם עולה בקנה אחד עם אופייה של החברה כמגינה על זכויות האדם, היא חקיקה לתכלית ראויה" (שם, בעמ' 617-616).

67. למותר לציין כי עיון בחוק הלאום מוליך למסקנה חד משמעית על פיה הוא לא נועד לתכלית ראויה כלשהי, בוודאי לא כזו העולה בקנה אחד עם "יעדים חברתיים חשובים", ההולמים את "אופייה של החברה כמגינה על זכויות האדם".

68. בנוסף ולחילופין, הרי שגם אם ביקש החוק לקבע את מעמדה של מדינת ישראל כמדינת לאום יהודית- תכלית אשר ספק אם ראוי להעלותה על מסמך חוקתי (ר': דברי זאב ז'בוטינסקי, בפתחה של עתירה זאת), הרי שאין ספק כי ניתן היה לקדם תכלית זו באופן שפגיעתו בעקרונות השוויון והדמוקרטיה הנה פחותה יותר. למשל, באמצעות הכרה גם בעקרון שוויון הזכויות של כלל אזרחי מדינת

ישראל ובמשטרה הדמוקרטית של המדינה, כמו גם באמצעות השמטתם של סעיפים 4 ו-7, בעלי ההשלכות המפלות.

אשר על כן מתבקש בימ"ש הנכבד להעניק לעותרת את הסעדים המתבקשים בכותרתה של עתירה זאת ולחייב את המשיבים בהוצאות העותרת, בצירוף שכ"ט עו"ד ומע"מ כדין.

עו"ד ערן לב

ב"כ העותרת