



לכבוד : חברי ועדת השרים לענייני חקיקה

ממשלת ישראל

### הנדון : הצעת חוק-יסוד : מדינת ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי

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

אנו מתנגדים להצעת החוק שבנדון. זאת, אף על פי שאנו מסכימים, כמובן מאליו, לכך שישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי. זוהי הצעה מיותרת ומסוכנת, העלולה להפר את האיזון העדין, בין שתי מהויותיה הבסיסיות של המדינה - יהודית ודמוקרטית.

אין מדובר בסתם חוק, אלא בחוק יסוד משוריין. אין מדובר בסתם חוק יסוד משוריין, אלא בחוק יסוד הקובע את זהותה של המדינה. בחוק המוצע אין איזון בין היות המדינה מדינת הלאום של העם היהודי לבין היותה מדינה דמוקרטית. יש בה דחיקת היסוד הדמוקרטי מן המרכז אל שולי השוליים. כלומר, מדובר במהפכה של ממש, המשנה מן היסוד את הסדר החוקתי שהיה קיים במדינת ישראל מאז הקמתה. לו תתקבל ההצעה, אופייה הדמוקרטיה של המדינה יינזק קשות. החוק עוסק בזהות המדינה ומתמקד באופייה היהודי, תוך גימוד אופייה הדמוקרטי והתעלמות מכל תוכן של אופייה הדמוקרטי. בעינינו, יש בכך לחתור תחת יסודות הציונות עצמם. אבות הציונות כהרצל וז'בוטינסקי ומנהיגי המדינה כבן גוריון ובגין, לא רצו רק בהקמתה של מדינת לאום יהודית. הם ביקשו לייסד בישראל מדינת מופת לפי מיטב המסורת הדמוקרטית-ליברלית. [...] תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין" – מתוך מגילת העצמאות].

מעבר לכך, הצעת החוק משדרת הדרה וניכור כלפי אזרחי המדינה הערבים, שכמעט ולא מוזכרים בה כלל, וזאת בניגוד מוחלט לערכי מגילת העצמאות.

הצעת החוק אף תאפשר עיגון "חוקתי" להקמת יישובים קהילתיים ליהודים בלבד.

הצעת חוק זו תגרום לנזקים בלתי הפיכים ליחסי יהודים-ערבים בישראל, בדמותה של המדינה כלפי חוץ, ובעיקר תהפוך את המדינה למקום בלתי נסבל לכל מי שהשקפת עולמו יהודית-ליברלית.

אם כנסת ישראל מעוניינת במהלך חוקתי, שאנו תומכים בו בכל לבנו, הוא חייב להיות מהלך זהותי שלם, כלומר בהגדרת המדינה כיהודית ודמוקרטית – מתן ביטוי לאופייה של המדינה כיהודית (שמשמעותה העיקרית - מדינת הלאום של העם היהודי) ובמקביל כדמוקרטית – תוך מתן תוכן לאופייה הדמוקרטי, הכולל הכרה בזכויות האדם, ומעל לכל – ערך השוויון כלפי מי שאינם יהודים.

## הפרת האיזון – יהודית ודמוקרטיה

1. הבעיה המרכזית בהצעת החוק היא שהוא מבקש להעלות לרמה חוקתית גבוהה ומשוריינת את זהות המדינה כמדינה יהודית, מבלי לכלול בכך גם את זהותה הדמוקרטית, באותו מעמד. ההתייחסות לאופיה הדמוקרטי של ישראל מצומצמת רק לסעיף המטרה (2) "מטרתו להגן על מעמדה של ישראל כדי לעגן בחוק את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". התייחסות זו להיותה של ישראל מדינה דמוקרטית, היא חסרת תוכן ופירוט לחלוטין. אין בה כדי לאזן את סעיף 1, ואת כל שאר סעיפי החוק, המבטאים עליונות ברורה של אופיה היהודי של המדינה על פני אופיה הדמוקרטי. כאשר לא כלול במהלך זה, של הגדרת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, זכויות אדם בסיסיות שאין להן בשיטתנו עיגון חוקתי מפורש (אין אזכור לשוויון, לחופש הביטוי, לחופש הדת, לזכויות חברתיות, לזכויות במשפט) וכלל זכויות האדם (פרט לחופש העיסוק) נותרות בלתי משוריינות (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו משוריינן) הכף מוטת לעבר פרטיקולריזם לאומי שאיננו מאוזן כהלכה על ידי יסודות אוניברסליים וכלל אזרחיים. גם להגדרת תפקידו של בית המשפט ולתפקידו כמגן על זכויות האדם אין עיגון משוריינן.

2. לא בכדי טרחו כותביה של הכרזת העצמאות, בצד הביטויים החזקים מאד על אופייה כמדינת לאום יהודית, לכלול בה יסודות כלל אזרחיים והתייחסות מפורשת לערבים הישראלים, לרבות קריאה להם "ליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים". לכן, גם באה ההגדרה המשלבת והמאוזנת בחוקי היסוד מ-1992 - "יהודית ודמוקרטית" וכן ניתן מעמד להכרזת העצמאות. אפילו בהתייחסות למימוש השאיפה להגדרה עצמית של העם היהודי בסעיף 1 בחוק המוצע - ההפניה היא רק פנימה למורשת התרבותית וההיסטורית ולא מאוזכרת זכותו הטבעית, הזכות שיש לכל עם ועם להגדרה עצמית, לפי המשפט הבינלאומי, שניתן לה ביטוי בהכרזת העצמאות.

דווקא משום שבהגדרת המדינה את עצמה כיהודית, יש הדירה של הלא יהודים – שאינם יכולים להשתייך ללאום היהודי – מוטלת על המדינה חובה כפולה ומכופלת לנהוג בהגינות ובשוויון במיעוטים שבתוכה. זו חובה מוסרית מן המעלה הראשונה ומבחן חשוב מאין כמותו לדמותה התרבותית-רוחנית. היא נובעת הן מיהודיותה של המדינה והן מהדמוקרטיה שלה.

## המשמעות החוקתית של הצעת החוק – פגיעה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו

3. משום היותו של חוק היסוד המוצע חוק מאוחר לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (שאינו משוריינן), ניתן לטעון שהוא גובר עליו<sup>1</sup>. המשמעות, בצירוף סעיף 1(ג) הקובע שכל החקיקה בישראל תפורש לפי סעיף 1 לחוק היסוד המוצע, היא פגיעה קשה במצב החוקתי הנוכחי, ומטילה צל כבד על המהלך החוקתי שנוצר בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש בכך לא פחות מאשר עקירת העוגן העיקרי להגנה על זכויות אדם במדינת ישראל. בכל שאלה חוקתית, שיש לה מימד או היבט זהותי או תרבותי, לרבות שאלות העוסקות במעמדם של מיעוטים ובזכויות של הנמנים עליהם, או משליכות על אלה, החוק המוצע עלול לאיין את משמעותו וכובדו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכך לטרפד את ההגנה על זכויות האדם בכלל, ועל המיעוטים (הלא-יהודיים) בפרט. במקום גישה מאוזנת בין הפרטיקולרי לאוניברסאלי שצריכה להנחות את גישת רשויות המדינה לשאלות כאלה, ידחק הפרטיקולרי תמיד את האוניברסאלי לקרן זווית. על רקע חקיקתו

<sup>1</sup> זאת מבלי להיכנס לשאלה של ביקורת חוקתית על חוק יסוד, הסותר חוק יסוד קודם או את עקרונות היסוד של השיטה. בפסיקת בית המשפט העליון נרמז שבמקרים אלה תבחן גם תקפותו של חוק היסוד החדש עצמו.

של חוק יסוד כזה, אם בתי המשפט ינסו לפעול להגנתן של זכויות האדם במסגרת התפקיד הקלאסי של בית המשפט – וכפי שעושים בתי משפט בכל העולם הדמוקרטי – תתערער הלגיטימיות שלהם והם יותקפו כמי שפועלים נגד החוקה.

#### הדרת הערבים ופגיעה במעמד התרבות והשפה הערבית

4. ההצעה פוגעת קשות באוכלוסייה הערבית. אם תתקבל היא עלולה להביא לכך שרוב הערבים הישראלי ימנעו מהשתתפות בהליכים הדמוקרטיים בישראל. מצב זה - שיש אולי כאלה המעוניינים שייגרם או שישמחו מהווצרותו – ישים קץ לדמוקרטיה הישראלית. דמוקרטיה שבה חמישית מסויימת מן האזרחים אינם משתתפים בבחירות כעניין שבעקרון בשל הפלייתם לרעה – לא ראוייה להיקרא דמוקרטיה.

5. הצעת החוק מתעלמת כליל מקיומו של מיעוט לאומי משמעותי בארץ ישראל – המיעוט הערבי. מה אמור לחשוב אזרח ערבי, למקרא הצעת החוק המתיימרת להוות אבן בניין ואף יותר מכך, אבן הראשה, לחוקה? הוא קורא כי ישראל היא הבית הלאומי של העם היהודי - כלומר היא ביתו של כל יהודי בעולם אך אינו הבית של האזרחים הערבים שחיים בה. הוא קורא את סעיף 8, המדבר על המורשת היהודית וטיפוחה בארץ ובתפוצות כמשימה של המדינה. לעומת זאת, הוא כערבי רשאי לפעול, כפרט בלבד, לשימור תרבותו ומורשתו (סעיף 9), כאילו שהדבר בכלל אפשרי. ההצעה אפילו לא מזכירה את הזכות לפעול לשם כך יחד עם אחרים, שהיא נחלת המשפט הבינלאומי שישראל חתומה עליו.

6. האזכור היחיד לערבים הוא בהתייחסות לשפה הערבית. אלא, שההתייחסות היא דווקא לשם ביטול מעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית, והפיכתה לשפה בעלת "מעמד מיוחד", אשר לדובריה זכות נגישות לשירותי המדינה. למרות מה שנטען במספר פרסומים, פסיקתו של בית המשפט העליון בנושא זה היתה חד משמעית, והיא שהשפה הערבית היא שפה רשמית בישראל. (בג"צ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל אביב-יפו ואח' פד"י נו(5) 393, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק; פס' 7 לפסק דינה של השופטת דורנר). אי-התייחסות לשפה העברית כשפה רשמית, בנוסח המתואם, אינה משנה הרבה, לעצם העובדה שההצעה שוללת את מעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית שנייה בישראל. נשאלת השאלה – למה לעשות זאת? מה תפסיד מדינת ישראל מהכרה בערבית כשפה רשמית, גם אם לא שוות מעמד, לשפה העברית?

#### ועיגון חוקתי לחוק ועדות הקבלה

7. אגב אורחא, קובעת ההצעה בסעיף 9 (ב) החוסה תחת הכותרת "הזכות לשימור מורשת" כי "המדינה רשאית לאפשר לקהילה לרבות בני דת אחת או בני לאום אחד, לקיים התיישבות קהילתית נפרדת". על פניו, כלל וכלל לא ברור מדוע סעיף כזה, המבטא מדיניות של הפרדת אוכלוסייה, קשור בכלל לחוק העוסק בהגדרת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. האם הגדרת מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי מחייבת גם הפרדה יישובית בין הלאומים והדתות השונות?

8. קשה להתחמק מן המסקנה כי המוטיבציה להכליל את סעיף 9(ב) בהצעת חוק היסוד היא בכדי להכשיר, ברמה חוקתית, את חוק ועדות הקבלה. לא נחזור כאן על כל הביקורת שהבענו בעבר באשר לחוק ועדות הקבלה. אך יש לשים לב שסעיף זה בעצם חושף את ערוותו של חוק ועדות הקבלה. אמת היא כי מטרתו האמיתית של חוק ועדות הקבלה לא היתה חסויה אי פעם, אך לפחות בלשון החוק נעשה ניסיון משמעותי להסתיר את מטרתו המפלה והבלתי שוויונית – זאת באמצעות סעיף השוויון 6(ג): "ועדת הקבלה לא תסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, מוגבלות, מעמד אישי, גיל, הורות, נטייה מינית, ארץ מוצא...". ובכן, ניתן לומר כי יצא המרצע מן השק,

וניסוחיו המסורבלים והסותרים של חוק ועדות הקבלה על "אי התאמה למרקם החברתי-תרבותי" מול תניית השוויון הוחלפו באמירה ישירה ובוטה – הקמת יישובים על בסיס דת או לאום – מתן הכשר להקמת יישובים ליהודים בלבד בחסות ובעידוד המדינה.

9. מעבר לכך, יש לציין כי המדיניות המשתקפת בסעיף 9(ב) איננה מדיניות של "נפרד אבל שווה". אין שום חובה העולה מהצעת החוק להקים יישובים באופן שוויוני לכל הלאומים והדתות. יש בו אך ורק אישור להקים יישובים נפרדים על סמך לאום – משמע הענקת תוקף למדיניות הקיימת, לפיה מוקמים יישובים קהילתיים אך ורק ליהודים.

10. בייחוד בהקשר זה, הצעת חוק היסוד סותרת בצורה חזיתית את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משום פגיעתה הקשה, שלא לתכלית ראויה, בשוויון. כאמור לעיל, מצב זה של חוק יסוד הסותר חוק יסוד קודם, ולא כל שכן חוק יסוד הסותר ערכי יסוד של השיטה כמו שוויון, עלול להציב את בית המשפט במצב בלתי אפשרי בו הוראה חוקתית, במקום להגן על זכויות אדם – מפרה אותן. בייחוד בימים אלה של מתקפה על הלגיטימיות של בית המשפט העליון בכלל ועל הביקורת החוקתית שהוא מקיים בפרט, גלגול "תפוח אדמה" לוחט שכזה לפתחו של בית המשפט עלולה לפגוע עוד באמון שהוא זוכה לו בציבור, תהא החלטתו בנדון אשר תהא.

11. בחברה הישראלית קיימים שסעים דתיים ולאומיים משמעותיים. בני דתות ולאומים שונים ממעטים לפגוש זה בזה והמכנה המשותף האזרחי הינו חלש. על הרקע הזה – נדרש, לכאורה, חיזוק של מהלכים ואפשרויות של שילוב ולא של הצבת חומות והגברת הבידול והניכור.

### **חיזוק השפעת המשפט העברי (מורשת ישראל) על המשפט הישראלי**

12. סעיף קטן 13(ב), מוצג בהצעה כמשקף את המצב הקיים בחוק יסודות המשפט. עם זאת, הוא מחביא בכל זאת שינוי קטן שיכול להיות משמעותי. לניסוח הוספה המילה "מובהק" ובכך מבקשים המציעים להגביל את יכולתו של בית המשפט למצוא פתרון מתוך השיטה המשפטית עצמה ולא לפנות אל מורשת ישראל. "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" הם ביטוי כה רחב, עמום ורב פנים – שאין לראות בהם הפנייה למקור השראה מסויים. הפרשן יוכל תמיד למצוא מתלה לעמדה פרשנית שלו שתוכל לחסות תחת המטריה הרחבה הזו. לכן, אין מדובר בפיתרון נורמטיבי של ממש. עדיף, לכן, למצוא פיתרון בדרך של היקש, שמכוון לנקודת אחיזה איתנה יותר ומבטיח לפחות פיתרון שהוא נאמן והולם את השיטה המשפטית שלנו ואינו פוגם באחדותה ובעקביות שבתוכה.

### **תכלית החקיקה**

13. בכל הכבוד, אנו חולקים על תכלית החקיקה, כפי שהיא מוסברת בדברי ההסבר להצעה. מחד, ההצעה טוענת (ובצדק רב) כי קיימת הסכמה רחבה בציבור על הגדרתה של ישראל כמדינה יהודית. אכן, גם מדד הדמוקרטיה האחרון, שפרסם המכון הישראלי לדמוקרטיה לאחרונה, מאשש קביעה זו – אין חשש להזדהות אזרחי המדינה היהודים עם הגדרתה של המדינה כמדינה יהודית. מאידך, טוענים המציעים, נחיצות החוק היא משום ש"יש המבקשים לבטל את זכותו של העם היהודי לבית לאומי בארצו, ואת ההכרה במדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי". האם חקיקה ישראלית היא מענה למחשבות ושאילות של עמים ולאומים אחרים? האם ניתן לטעון ברצינות שהתעורר צורך כזה בעת האחרונה, שכן מאז הקמת המדינה ועד היום הסכימו עמי האזור לזכותו של העם היהודי למדינה והכירו במדינת ישראל כמדינה יהודית? האם בעקבות חקיקת חוק כזה ישנו בעלי הדעה האמורה את עמדתם? יתר על כן, צריך להשיב ביושר לשאלה – האם חקיקת חוק כזה תחזק את מעמדה של ישראל בעולם כמדינת הלאום של העם היהודי או

תחליש אותו? לדעתנו, היא תשמש מנוף בידי הכוחות העוינים לישראל לטעון נגד הלגיטימיות של ישראל כמדינה יהודית. הצעת חוק היסוד מעניקה ליהודיות המדינה משמעות בעייתית. יוצא ממנה שיהודיות המדינה כרוכה בצמצום אופייה הדמוקרטי ובהפלייה לרעה וקיפוח של מי שאינם יהודים. לא רק שהצעת החוק אינה מגינה על אופייה היהודי של ישראל; היא חושפת את מהותה היהודית לקשות שבביקורות. מבחינת תוצאותיה הצפויות לחלוטין, ההצעה חותרת – בפועל – תחת יהודיות המדינה ומסכנת אותה. לא זאת בלבד שהצעת החוק לא מחזקת את אופייה היהודי של המדינה, אלא שהיא משדרת מסר ברור של חוסר בטחון ושל הקצנה ופונדמנטליזם. עיגון חוקתי של המובן מאליו רק קורא להרהור ביסודות אלה ואף לערעורם.

14. ההצעה מתעלמת מן הכוח הפוליטי, החברתי, הכלכלי והתרבותי של הרוב בדמוקרטיה – מכח היותו רוב. אל מול הכוח הזה – כך ההגיון החוקתי – טעון דווקא המיעוט הגנה מיוחדת מטעמי צדק והגיונות, לבל יפול למרמס תחת רגליו של רוב עריץ ועושק. ההצעה הופכת הגיון חוקתי זה על ראשו ומתייחסת לרוב היהודי בישראל משל היה מיעוט.

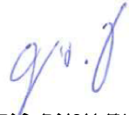
### שיקולי תוצאות – פגיעה במעמדה של ישראל בעולם

15. מעבר לכל הטענות שהוזכרו לעיל, יש לקחת בחשבון את הפגיעה במעמדה של ישראל בעולם בעקבות חקיקה זו. בדומה לחוקים אחרים שעברו בעת האחרונה – אשר ניתן להסכים או שלא להסכים עם פגיעתם הנטענת בדמוקרטיה – אין ספק באשר לפגיעתם במעמדה של ישראל ובתרומתם לבידודה בעולם. גם חוק זה, והוא כחוק יסוד העוסק בזכות המדינה אף ביתר שאת, יעורר ללא ספק גינויים ומחאה כלפי ישראל, הנוטשת את אופייה הדמוקרטי, ומערערת את היחס השוויוני שלה כלפי מיעוטים.

16. היותה של ישראל דמוקרטיה מהותית, ולא רק פורמלית, היא נכס אסטרטגי ממעלה ראשונה. לא בכדי מנהיגי ישראל, וכך גם ראש הממשלה בנאומיו בקונגרס ובעצרת האו"ם, מדגישים ומתגאים באופייה הדמוקרטיה של המדינה וביחסה השוויוני למיעוטים. נכס זה אינו מובן מאליו, והצעת החוק עלולה להסיר את הביסוס העיקרי לטענות דומות בעתיד.

17. יש להזכיר בהקשר זה את פסק הדין המפורסם של בית המשפט העליון הקנדי (1998), באשר לנסיון הפרישה החד צדדי של קוויבק מהפדרציה הקנדית. בית המשפט ניתח את הדין הבינלאומי באשר לאפשרות הפרישה של מיעוט אתני. לפי פסק הדין, במצבים מסוימים, יתכן שתקום זכות למיעוט לפרוש ממדינת האם, ככל שאותו מיעוט סובל מאפליה ופגיעה קשה בשוויון, וככל שזכותו להגדרה עצמית במסגרת מדינת האם אינה מקוימת. ברור לגמרי כי יהיו מי שישתמשו בחוק המוצע, במצטבר לפגיעות אחרות באוכלוסיה הערבית בישראל, כדי לטעון כאמור. לעצם העלאתה של טענה כזו יהיו השלכות קשות על מעמדה הבינלאומי של ישראל, הן ברמה המדינית והן ברמה המשפטית.

לסיום, נחזור ונמקד את עיקר דאגתנו – הניסיון לפגוע באיזון בין היות המדינה דמוקרטית להיותה יהודית. הצעת החוק שומטת רגל אחת מתוך שתי הרגליים עליהם עומדת המדינה, והיא עלולה לגרום לקריסת המפעל הצינוני.



עו"ד עמיר פוקס

המכון הישראלי לדמוקרטיה



פרופ' מרדכי קרמניצר

סגן נשיא למחקר,

המכון הישראלי לדמוקרטיה