

בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

1. בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה
2. רדואן בדארנה
3. איימן מיעארי
4. הזאר חג'אזי
5. רן שפירא
6. אריק קירשנבאום
7. פרופ' אורן יפתחאל
8. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
9. האגודה לזכויות האזרח בישראל

כולם ע"י ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין ו/או סאוסן זהר ואח'
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, ת"ד 8921, חיפה 31090
טל': 04-9501610, (נייד: 052-6399147), פקס: 04-9503140

וכן ע"י עוה"ד דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ואח'
מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב-יפו 65154
טל': 03-5608185 ; פקס: 03-5608165

העותרים

נ ג ד

1. שר האוצר
- ע"י פרקליטות המדינה, משרד המשפטים, ירושלים
2. הכנסת
- ע"י היועץ המשפטי, הכנסת, ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא מלפניו צו על תנאי, המורה למשיבים לבוא ולנמק מדוע לא יבוטלו סעיפים 33(ב) (1) ו-(4) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985.

בקשה לצו ביניים ולדיון מוקדם

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב 1 שלא לפתוח בהליך לפי סעיפים 33(ב) (1) ו-(4) לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, וזאת עד להכרעה בעתירה.

לחלופין, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב 1 להימנע מפתיחת הליך שכזה בכל הנוגע לפעילותם של מי מן העותרים במוסדות אליהם הם קשורים: בית הספר הערבי אורתודוקסי בחיפה, בית הספר הדו לשוני גליל ואוניברסיטת בן-גוריון.

כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות על דיון מוקדם בעתירה.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. פגיעתו הקשה של החוק בשורה ארוכה של זכויות חוקתיות מוגנות מובאת בתמצית במבוא שלהלן, והנזק הקשה שעלול להיגרם לעותרים 1-7 כתוצאה מהפעלת החוק בשל פעילויות, שהם קשורים אליהן, מפורט בפרק השלישי לעתירה.
2. בירור העתירה עלול להימשך עת לא קצרה ובתקופה זו ישרור מצב של אי וודאות משפטי לגבי המשמעות של החוק, אופן פירושו והשלכותיו. מצב זה עלול להרתיע אישים ומוסדות רבים מפעולות שונות בשל החשש שמא שר האוצר יחליט, כי פעלו לפי אחת מעילות החוק ועל המוסד אליו הם קשורים תושט סנקציה כספית, שעלולה להיות משמעותית להמשך פעילותו.
3. התיקון לחוק פורסם אך לפני חודש ימים, ואנו עומדים ימים ספורים לפני יום העצמאות וזמן קצר לפני יום הקמת המדינה, הוא 15 במאי, בו נוהגים רבים מהפלסטינים אזרחי ישראל לציין את יום הנכבה. הפעלת החוק על פעילויות שונות שצפויות להתקיים לקראת מועדים אלה עלולה לגרום לנזק בלתי הפיך או חמור, שאף אם העתירה תתקבל לא ניתן יהיה לרפאו. כך, למשל, אם יטיל שר האוצר סנקציה בגובה המכסימלי שמותר בחוק, דהיינו פי שלושה מכל סכום שהוצא, המוסד הנתמך עלול להיקלע לקשיים ואף להיאלץ לחדול מפעילותו.
4. אך מובן שהחוק אינו משפיע רק על המוסדות, שתקציביהם עלולים להיפגע, אלא על ציבור גדול שבשל פעולותיו במסגרת אותם מוסדות עלולה להינקט הסנקציה נגד המוסד. מצב זה יגרום למוסדות ממומנים או נתמכים לאסור מראש על קיום פעילויות חוקיות שונות או לפגוע בדיעבד בעובדים או באנשים אחרים, שביצעו את הפעולה בגינה הוטל העיצום הכספי. לעומת זאת דבר לא ייגרע מאינטרס ציבורי כלשהו אם הפעלת החוק תוקפא עד להכרעה בעתירה.
5. הדיון המוקדם מתבקש כדי לקצר ככל האפשר את אי הוודאות המשפטית לגבי תוקפו של החוק והשלכותיו, שכן בינתיים הוא עלול להרתיע רבים וטובים ממימוש זכויותיהם החוקתיות.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

6. עניינה של העתירה באי חוקתיותם של סעיפי החוק, המסמיכים את שר האוצר להטיל סנקציה כספית על גוף ממומן או נתמך על ידי המדינה, וזאת בשל ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל או בשל שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.
7. במאמר מוסגר יצויין, כי העותרים סבורים שגם שלוש העילות הנוספות בחוק להפחתת מימון מעוררות קשיים חוקתיים כבדי משקל בהגבילן את חופש הביטוי ובמתן סמכות לשר האוצר להטיל סנקציות עונשיות במהותן בשל מעשים שמוגדרים כעבירה מבלי שנקבע בהליך הוגן בבית משפט שאכן נעברה עבירה פלילית. יחד עם זאת עתירה זו מתמקדת רק בשתי העילות הנוספות, שפגיעתן היא הרעה ביותר.
8. החוק פוגע באופן חסר תקדים באופני הזיכרון ההיסטורי תוך שימוש בכוחו של הרוב על מנת לנסות להשכיח ולדכא את הנרטיבים של מיעוט לאומי לגבי אירועים, עובדות, רגשות ואידיאולוגיות. בניגוד גמור לעקרונות יסוד דמוקרטיים ולזכויות היסוד החוק מבקש להחניק מחלוקות אידיאולוגיות מהותיות, הנוגעות לשאלות יסוד של החברה הישראלית.
9. זהו אינטרס ציבורי ממדרגה ראשונה, שיתקיימו דיונים ערים, חיוניים, חופשיים ומעמיקים בשאלות הפוליטיות הקשות והמורכבות, העומדות במרכז המחלוקות הציבוריות במדינת ישראל. כמו כן זהו אינטרס ציבורי ממדרגה ראשונה, שהערכים החוקתיים של המדינה יתבססו על תוצריו של דיון חופשי ופתוח מסוג זה, ולא על סתימת פיות או על נסיונות בלתי דמוקרטיים להשתיק את המיעוט.
10. שכן זו תוצאתו המיידית של החוק: הטלת אפקט מצנן על ציבור גדול בחברה הישראלית והחנקת דיון חיוני בשאלות היסוד של המדינה. היקף הפגיעה וחומרתה מחריפים בשל כך שהחוק נוקט במונחים עמומים ומעורפלים, שרבה אי הוודאות כיצד יפורשו על ידי שר האוצר ועל ידי הערכאות.
11. החוק פוגע בחופש הביטוי הפוליטי והאמנותי ובחופש האקדמי. למרות שהחוק מנוסח בצורה ניטרלית והוא חל באותה המידה על פעילויות של ערבים ויהודים ועל מוסדות נתמכים או ממונים יהודיים וערביים כאחד, ברור כי הן הכוונה שמאחוריהן והן האפקט שלו ישפיעו בעיקר על האזרחים הערבים - שכמיעוט לאומי זכאים דווקא להגנה חוקתית מוגברת על זכותם לשוויון אזרחי מלא. בכך פוגע החוק בזכות לשוויון בשל שייכותם הלאומית ובשל השקפה אידיאולוגית

או עמדה פוליטית ועל כן הוא פוגע בזכותם לכבוד קיבוצי של האזרחים הערבים. החוק אף פוגע בזכות לחינוך ובמסגרתה בזכות לשוויון בחינוך ולבחירה בחינוך, וכן בחופש העיסוק.

12. "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה "מודרכת" מלמעלה." (בג"צ 243/62 **אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי**, פ"ד טז 2407, 2416 (1962)). דבריו הנוקבים של השופט לנדוי, שהלך לעולמו אך לפני ימים ספורים, נכתבו לפני קרוב ליובל, אבל לא נס ליחס, ומן הראוי שישמשו מורה דרך כמו גם תמרור אזהרה לכל רשויות השלטון.

העותרים

13. העותרים 1-7 עלולים להיפגע באופן ממשי מיישום הוראות סעיף 3ב לחוק יסודות התקציב, וזאת כפי שיפורט להלן.

14. העותרות מס' 8 ו-9 הינם ארגוני זכויות אדם הרשומות בישראל, ובין יתר מטרותיהן ההגנה הן על מעמדו השוויוני של המיעוט הערבי בישראל והן על החירויות הפוליטיות בישראל.

המשיבים

15. המשיב מס' 1 הינו האחראי על יישום סעיף 3ב לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה – 1985.

16. המשיבה מס' 2 מצורפת לעתירה זו בהתאם להוראת סעיף 17(ג1) לחוק הכנסת, התשנ"ד – 1984.

הרקע העובדתי

החוק נשוא העתירה

17. ביום 30.3.11 התפרסם ברשומות חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40) (הפחתת תקציב או תמיכה בשל פעילות נגד עקרונות המדינה), התשע"א – 2011 (להלן: "החוק" או "תיקון מס' 40"). תיקון מס' 40 הוסיף את סעיף 3ב לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה – 1985 (להלן: "חוק יסודות התקציב"), המסמיך את שר האוצר להפחית את התקציב או התמיכה הניתנים לגוף המתקצב ע"י המדינה או הנתמך על ידה במידה והגוף ביצע אחת מחמש הפעולות המפורטות בחוק בזו הלשון:

"ראה שר האוצר כי גוף הוציא הוצאה שהיא במהותה אחד המפורטים להלן (בסעיף זה – הוצאה שאינה נתמכת), רשאי הוא, בהסכמת השר הממונה על סעיף התקציב שלפיו

מתוקצב או נתמך אותו גוף, לאחר ששמע את הגוף, להפחית מהסכומים שיש להעבירם מתקציב המדינה לאותו גוף לפי כל דין:

(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;

(2) הסתה לגזענות, לאלימות או לטרור;

(3) תמיכה במאבק מזוין או במעשה טרור, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל;

(4) ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל;

(5) מעשה של השחתה או ביזוי פיזי הפוגע בכבוד דגל המדינה או סמל המדינה. (ההדגשות אינן במקור)

18. החוק ממשיך וקובע, כי השר יורה על ההפחתה כאמור לאחר קבלת חוות דעת מהיועץ המשפטי של משרד האוצר ולאחר קבלת המלצה של צוות מקצועי. סעיף 3ב(ד) לחוק מגדיר "צוות מקצועי" כצוות שמונה ע"י שר האוצר עצמו. לגבי גובה ההפחתה, סעיף 3ב(ג) לחוק קובע, כי "ההפחתה לפי סעיף קטן (ב) לא תעלה על פי שלושה מההוצאה שאינה נתמכת", כש"הוצאה" מוגדרת אף כיותר על הכנסה.

== רצ"ב העתק החוק מסומן 1/ע.

19. עתירה זו מתייחסת אך ורק לחוקתיות ס"ק (1) ו-4) שבסעיף 3ב(ב), המתירים הפחתת התקציב ו/או התמיכה לגופים בגין "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" ו"ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל".

20. לפי החוק, המשתמש במונחים עמומים, אם מוסד מתוקצב או נתמך נוקט בפעילות מכל סוג שהוא גם אם היא אקדמית, אינטלקטואלית, תרבותית או אמנותית, שיש בה כדי לאתגר את הגדרת המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית לציון את יום הנכבה כיום אבל או לסגור למדינה אחת דו-לאומית מהים עד הירדן - תקציבו מהמדינה של מוסד זה עלול להיות מופחת.

ההסטוריה החקיקתית של החוק ופניות אל המחוקק

21. החוק נשוא העתירה החל את גלגוליו עוד בחודש אפריל 2009 כהצעת חוק יום העצמאות (תיקון – איסור יום העצמאות או הקמת מדינת ישראל כיום אבל), התשס"ט–2009 שהונחה על שולחן הכנסת ה-18 ע"י ח"כ אלכס מילר ואחרים. לפי הצעה זו, הוצע לתקן את חוק יום העצמאות, התש"ט–1949 ולהוסיף סעיף הקובע, כי "לא יערוך אדם פעולה או אירוע שיש בהם משום ציון יום העצמאות, או משום התייחסות לעצם הקמת מדינת ישראל, כיום אבל או כיום צער" וכל העובר על האמור דינו מאסר שלוש שנים. בדברי ההסבר להצעה זו צויין שמוצע "לאסור בחוק פעולות שיש בהן משום ציון יום העצמאות או הקמת המדינה כיום אבל והטלת עונש חמור על אלו המנצלים את אופייה הדמוקרטי והנאור של מדינת ישראל – על מנת למוטטה מבפנים".

== רצ"ב העתק הצעת החוק מסומנת 2/ע.

22. הצעת החוק אף אושרה ע"י וועדת השרים לענייני חקיקה וזאת בתאריך 24.5.09. חברי כנסת, אקדמאים, סופרים ואחרים הטיחו בהצעה זו ביקורת חריפה וזאת בשל הפגיעה הקיצונית בחופש הביטוי שהיא גורמת ובמיוחד לאזרחים הערבים בישראל. גורמים אלו ציינו, כי לא מדובר רק בפגיעה בחופש הביטוי של האזרחים הערבים אלא גם בפגיעה בערכים דמוקרטיים בסיסיים ולכן היא הצעת חוק אנטי-דמוקרטית. כמו כן נטען, כי ההצעה עלולה לגרום להסתה גזענית נגד האזרחים הערבים.

23. נגד הצעת חוק זו פנתה וועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל אל ראש הממשלה, נשיא המדינה ויו"ר הכנסת. בפנייה מתאריך 29.5.09 נמתחה ביקורת נגד הצעת חוק זו ונגד שתי הצעות חוק נוספות שכוונו נגד האזרחים הערבים: הצעת חוק העונשין (תיקון – איסור פרסום הסתה לשלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית), התשס"ט–2009 והצעת חוק מרשם האוכלוסין (תיקון – הצהרת נאמנות למדינה, לדגל ולהימנון), התשס"ט–2009. במכתב הנ"ל צוין, כי הצעות אלו הינן "גזעניות וכאניות בהיותן מבקשות, באמצעות איסורים פליליים, לשלול זכויות יסוד של האזרחים הערבים אך ורק בגלל זהותם הלאומית. כך הן דורשות מהמיעוט הערבי להתכחש להיסטוריה שלו ולזהותו הערבית-הפלסטינית מחד, ולהזהות עם ערכי הציונות, השוללת את זהותו הלאומית, מאידך."

== רצ"ב העתק ממכתב וועדת המעקב העליונה מתאריך 29.5.09 מסומן ע/3.

24. בסופו של דבר, הצעת החוק "החולפה" בהצעת חוק אחרת, שרוחה דומה וכוותרתה הצעת חוק יסודות התקציב (תיקון הוצאה אסורה), התשס"ט–2009 (להלן: "הצעת החוק"), שהינה בעצם הנוסח המקורי של תיקון מס' 40. בדברי ההסבר של הצעה זו הודגש, כי "עקרון 'הדמוקרטיה המתגוננת' יובא לידי ביטוי מעשי גם במסגרת הקביעה מהי הוצאה האסורה על גופים ממשלתיים ועל גופים הזוכים למימון ממשלתי." עוד נאמר, כי "אין לאפשר לגופים אשר נתמכים כלכלית על ידי תקציב המדינה לממן פעילויות או ליתן חסות במסגרתן לפעילויות שיש בהן משום שלילת קיומה של המדינה כיהודית, בין השאר, על ידי ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל."

== רצ"ב הצעת החוק, מסומנת ע/4.

25. לא היה כל ספק, כי תיקון מס' 40 הינו המשך להצעת החוק לעיל שביקשה להעניש בפלילים כל אדם המציין את ארועי הנכבה או שולל את קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. גם לא היה ספק, כי הצעות החוק על גלגוליהן השונות כוונו להגבלת זכויותיהם של האזרחים הערבים. על כך העיד גם חה"כ דב חנין בישיבה שנערכה בוועדת החוקה חוק ומשפט שהתקיימה בתאריך 26.10.09 לקראת הכנה לקריאה ראשונה ובה צוין:

"הוא חוק מאוד מרחיק לכת, לכאורה הוא נראה כמהדורה מתונה של אותו 'חוק נכבה', שעורר הרבה מאוד התנגדות ודיון ציבורי, ובפועל הוא בכלל לא מהדורה מתונה של החוק הזה. להפך, החוק הזה אפילו יותר מסוכן מאשר חוק הנכבה במהדורתו המקורית. למה? אנחנו למעשה יוצרים מנגנון שאומר, שכל תמיכות המדינה בגורמים כלשהם שנתמכים על ידי המדינה, יהיו כפופים לפרמטרים פוליטיים."

26. בטרם אישור החוק, נערכו מספר ישיבות בוועדת החוקה, חוק ומשפט שהתקיימו בתאריכים 20.7.09, 26.10.09, 23.2.10, 16.3.10, 14.3.11, שבהן נדונה הצעת החוק בקריאה ראשונה, שניה ושלישית והדיון במליאת הכנסת בו אושרה הצעת החוק בקריאה שניה ושלישית התקיים בתאריך 22.3.11.

== רצ"ב פרוטוקול ישיבת וועדת הכנסת מתאריך 20.7.09 מסומנת ע/5; פרוטוקול ישיבת הוועדה מתאריך 26.10.09 מסומנת ע/6; פרוטוקול ישיבת הוועדה מתאריך 23.2.10 מסומנת ע/7; פרוטוקול ישיבת הוועדה מתאריך 16.3.10 ע/8; פרוטוקול ישיבת הוועדה מתאריך 14.3.11 מסומן ע/9 ופרוטוקול ישיבת מליאת הכנסת מתאריך 22.3.11 מסומן ע/10.

27. נציגי העותרת מס' 9 השתתפו בישיבות הוועדה, ובטרם אישור הצעת החוק הנ"ל לקריאה שנייה ושלישית שלחו העותרים מס' 8 ו-9 את עמדותיהם לחברי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. בפניותיהם התריעו העותרים מפני הסכנה שבאישור הצעת החוק וציינו, כי הצעת החוק פוגעת באופן קשה בשוויון, בחופש הביטוי הפוליטי, בחופש הביטוי האמנותי ובזכות להפגין, המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

== רצ"ב העתק הפנייה מטעם העותרת מס' 9 מתאריך 9.3.11 מסומנת ע/11 וכן פניית העותר מס' 8 מתאריך 13.3.11 מסומנת ע/12.

28. גם המכון הישראלי לדמוקרטיה הגיש את עמדתו נגד הצעת החוק וזאת בפנייה ששלח אל יו"ר וועדת החוקה, חוק ומשפט מתאריך 8.3.11 ובה הדגיש, כי הפגיעה הנגרמת מהחוק הינה בלתי חוקתית.

== רצ"ב העתק מפניית המכון הישראלי לדמוקרטיה מתאריך 8.3.11, מסומן ע/13.

29. טרם אישורו של החוק ובעקבות הסכנה הגלומה בו הן עקב הפגיעה הפוטנציאלית בזכויות האדם והן עקב הפגיעה בערכים דמוקרטיים, פרסמו כעשרים חתני פרס ישראל יחד עם אנשי רוח קול קורא נגד הצעת החוק. בין החתומים היו פרופ' מנחם ברינקר, הסופר חנוך ברטוב, הפסל דני קרוון, המעצב דוד טרקובר, השרה לשעבר שולמית אלוני, פרופ' יהודה באואר, פרופ' איתמר פרוקצ'יה, הסופר סמי מיכאל ואחרים. בקול הקורא הנ"ל צויין, כי "לפי הצעת חוק הזו, שעלולה להביא לעוד שיא את הגל הגזעני האנטי-דמוקרטי שמאיים להשתלט על הכנסת – פוליטיקאים יוכלו לשפוט ולהעניש את מי שביטוייהם אינם לטעמם! כך יוכלו להחליט שפגיעה מילולית ב'יהודיות' ישראל, או הזכרה של מי שנפגעו ממלחמת העצמאות תיענש בחומרה ובקנסות כבדים. וזאת בעם שנלחם בהכחשת הפגיעות בו במהלך ההיסטוריה."

== רצ"ב הכתבה שפורסמה בעיתון הארץ, מאת יהונתן ליס, "חתני פרס ישראל: חוק הנכבה מרסק את עקרון הפרדת הרשויות ורומס את חופש הביטוי", עתון "הארץ" 20.3.11, מסומנת ע/14.

אל-נכבה והמדינה היהודית

30. המשמעות המילולית של "אל-נכבה" בשפה הערבית שהופיעה בלסאן-אלערב (לשון הערבים) היא "אסון מאסונות הזמנים", ובדברי ההסבר שם צוין, "שהאל יחוס עלינו מפניה". האינטלקטואל הערבי קונסטנטין זריק היה הראשון שהשתמש במושג זה בספרו "משמעות אל-נכבה", שהתפרסם בביירות בשנת 1948. לפי זריק, "אין להתייחס לתבוסת הערבים בפלסטין כאל נכבה פשוטה או כאירוע אשר יעבור מן העולם. מדובר במשמעות העמוקה של המילה, ובקטסטרופה הקשה שפקדה את הערבים בהיסטוריה הארוכה ומלאת האסונות שלהם" (קונסטנטין זריק **משמעות אל-נכבה, בתוך כל כתבי הספרות הרעיונית**, אל-עמאל אל-פכריה אל-כאמלה, ביירות, (מרכז דראסאת אל-ווחדסה אלערביה, (1948, 1994) 11). ההיסטוריון הפלסטיני עארף אלעארף ציין במחקרו: "איך לא אכנה אותה בשם נכבה? הרי בתקופה זו פקד אותנו, הערבים בכלל והפלסטינים בפרט, אסון שכמוהו לא פקד אותנו דורות רבים: מולדתנו נגזלה, גורשנו מאדמותינו ואיבדנו מספר רב מבנינו, ומעל לכל אלה כבודנו נפגע עמוקות" (עארף אלעארף **אל-נכבה של פלסטין וגן העדן האבוד**, 1947-1955, הגדה המערבית (דאר אלהודא) חלק ראשון, עמוד 3).

31. ההדגשים בהגדרות של אל-נכבה שהופיעו עם תחילת השימוש במושג הזה ביקשו להיות צמודים למשמעות המילולית שהופיעה בלשון הערבים, אשר הבליטה את המימד ההיסטורי של האסון. בעיני הפלסטינים, זוהי החוויה הראשונה בהיסטוריה שלהם שהם לא רק מאבדים את מולדתם אלא נהפכים לפליטים. קימרלינג ומגדל מתארים את "משמעות האסון" בתקופת הזמן שבין סוף 1947 עד ההכרזה על הקמת מדינת ישראל: "חדלה הקהילה הערבית הפלסטינית להתקיים כישות חברתית ופוליטית, תהליך שהיהודים והערבים כאחד לא יכלו לחזותו מראש; לא היהודים בחלומותיהם הפוליטיים האופטימיים ביותר, ולא הערבים בסיוטיהם הקולקטיביים הנוראים ביותר." (ברוך קימרלינג ושאול מגדל **פלסטינים – עם בהיווצרותו** (1999) עמ' 117) כך החלה ההתייחסות בספרות, בשירה ובפוליטיקה הערבית לשנת 1948 כאל אסון היסטורי שלא היה דומה לו ולא נחוה כמוהו בהיסטוריה הפלסטינית. מכאן השורשים המושגיים של האימרה השגורה בפי הערבים: "יום העצמאות שלהם הוא יום הנכבה שלנו".

32. כמו כל מושג ספרותי, תרבותי או פוליטי התפתח המושג 'אל-נכבה' כדי להקיף התייחסות, ההולכת מעבר לנקודת הזמן של 1948 עם דגש מובהק על אלה שנותרו במולדתם, הפלסטינים אזרחי מדינת ישראל. ההתפתחות של מתן המשמעות הזאת לא החלה בגלות הפלסטינית, אלא דווקא בקרב אינטלקטואלים, סופרים ומשוררים פלסטינים אזרחי מדינת ישראל, אשר הובילו מאז שנות השישים ועל רקע תקופת המשטר הצבאי, את פיתוחו התרבותי של המושג בעולם הערבי. מהבולטים במלאכה זו היו אמיל חביבי, מחמוד דרוויש, תאופיק זיאד, ראשד חוסין, ומאוחר יותר אנטון שמאס ואחרים. כך, למשל, הנובלה "האופסימיסט" של אמיל חביבי עוסקת בטרגדיה של אלה שנותרו במולדתם עם דגש על הפליטות, קריעת המשפחות, המשטר הצבאי ואובדן התרבות של המקום. חביבי, שזכה בפרס ישראל לספרות ערבית בשנת 1992, ביקש להציג

אותם כחווים טרגדיה עמוקה יותר מהפליטות והגלות הפלסטיניות. במקום אחר ובשנת 1985 ציין חביבי, כדלקמן:

“The tragedy of the Palestinian Arabs is a total tragedy, encompassing those who fled and became refugees, and those who, becoming refugees remained in their homeland. The poet Tufik Zayid, who was also the mayor of Nazareth, was right when he said to one of his brethren, a refugee (who had fled), “The tragedy that I live is part of your tragedy.” It became clear to me that the tragedy of the Palestinian urbanites was even more tragic – those who fled and those whom remained, “alone like a sword” in the hands of the lone master, surrounded by people who do not know him. Not only do they not know that he is a knight, but do not recognize that he, like them, is a human being. (p. 18)”

התרגום הופיע ב:

Laurence J. Silberstein **Postzionism Debates** (Routledge, 1999) p. 147.

33. ההתפתחות ההיסטורית האחרונה של המושג הזה, שהתבטאה בהענקת משמעויות נוספות למושג, התחוללה בקרב אקדמאים, אינטלקטואלים ופעילים ערבים אזרחי מדינת ישראל. מסמכי החזון הערביים, שפורסמו בישראל בסוף העשור האחרון, היו הניסיון הפלסטיני הקולקטיבי האחרון לניסוח המושג 'אל-נכבה'. לפיהם, אל-נכבה היא לא רק טרגדיית הפליטות, אובדן המולדת והקמת מדינת ישראל על חורבן העם שלהם, ולא רק הריסת מאות הכפרים הערבים, ואף לא רק שינוי הנוף התרבותי של המקום, אלא היא גם חוויית הדיכוי וההפליה הנמשכים עד עצם היום הזה, שהם מנת חלקם של אלה שנותרו במולדתם, הפלסטינים אזרחי מדינת ישראל. סוגיית הדיכוי וההפליה במסמכי החזון נקשרה להגדרה החוקתית של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

34. עם זאת, מסמכי החזון הערביים מבחינים באופן ברור בין נרטיב היסטורי לבין דרישות פוליטיות, המתבססות על פתרון שתי מדינות בין הים לירדן. לכן, בין ציון הנכבה לבין אי ההכרה במדינת ישראל או אי ההכרה בהגדרה העצמית של היהודים הישראלים, אין ולא כלום. נרטיב היסטורי לחוד ודרישות פוליטיות-מדיניות לחוד.

לעיון מעמיק יותר אודות מסמכי החזון והדיון שסבב סביבם ראו: שרה אוסצקי-לזר ומוסטפא כבהא **בין חזון למציאות** (הפורום להסכמה חברתית, 2008).

35. כפי שמסבירים מלומדים ומומחים בתרבות ובוהויות כמו הומי באבבא ואדוארד סעיד, ייצוג של תרבות או נרטיב אינם עניין מוקפא ומוגבל בגבולות סגורים ושמורים לבני התרבות עצמה, אלא תהליך דינמי והיברידי (hybrid), המשפיע על ידי קיום דיאלוג גלוי או נסתר עם "האחר" והמושפע ממנו. לא במקרה המשגת 'הנכבה' כפי שהופיעה במסמכי החזון מושפעת מאלמנטים ישראליים מובהקים עקב העלאת דרישת השוויון המלא בין האזרחים היהודים לאזרחים הערבים בישראל. כך גם הנכבה עצמה מחייבת את הזהות היהודית-ישראלית להתמודד עמה ולהשפיע עליה. ההתמודדות עם הזהות הישראלית והגדרת המדינה כמדינה "יהודית

ודמוקרטיה" מזמינה תמיד נוכחות פלסטינית, המתגרת את המושג ואף מחייבת לפעמים דיונים משפטיים בנושא, המתבקשים לנסח מחדש זהות זו; גם המחקק נדרש לחוקק חוקים בנושא בגלל הנוכחות הפלסטינית, כגון החוק נשוא עתירה זו. למעשה, אי אפשר להתייחס לנכבה בלי הישראליות שבה, ואין ישראליות בלי הפלסטיניות שבתוכה.

36. לא מפתיע, אפוא, שגופים משפטיים ישראליים מוצאים עצמם מתייחסים לנכבה כ"טראומה הקולקטיבית הקשה ביותר בתולדותיהם", כפי שצוין בדו"ח ועדת החקירה הממלכתית בראשות השופט תאודור אור בזו הלשון:

"אוכלוסיית המיעוט הערבי בישראל היא אוכלוסייה ילידה, הרואה עצמה נתונה תחת הגמוניה של רוב שבעיקרו אינו כזה... הקמת מדינת ישראל, שהעם היהודי חגג אותה כהתגשמות חלום הדורות, כרוכה בזיכרונם ההיסטורי בטראומה הקולקטיבית הקשה ביותר בתולדותיהם – ה'נִכְבָּה'... תכניה וסמליה של המדינה, המעוגנים גם בחוק והמעלים על נס את הניצחונות בסכסוך זה, מציינים בעיני בני המיעוט הערבי את תבוסתם, וספק אם יש להם דרך להזדהות עמם הזדהות של אמת. הזמן יכול אולי להעלות ארוכה לכאב, אך ככל שמתחזקת התודעה הלאומית – כך גוברת בקרבם המודעות לבעיה זו, המלווה את עצם הקמת המדינה."

דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הבטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000, כרך א', עמ' 26-27.

37. סיפורים משפטיים רשמיים ישראליים מהווים גם הם חלק בלתי נפרד מהסיפור הפלסטיני, גם אם מחבריהם לא התכוונו להיות שותפים לסיפור הזה. דיון אודות ארועי אלנכבה גם היה מנת חלקו של בית המשפט הנכבד, אם כי בעקיפין, וזאת בדונו במספר עתירות, שהוגשו ע"י תושבי הכפר איקרית בצפון, שנעקרו מכפרם לאחר שנצטוו לפנותו בעקבות הכרזת שטח הכפר כשטח בטחון מכוח תקנות שעת חירום (אזורי בטחון), התשי"ט-1949. מאז שנת 1951, עת הגישו התושבים את עתירתם הראשונה לבית המשפט הנכבד, בה דרשו לחזור לכפרם וסורבו, הוגשו עוד מספר עתירות, שהאחרונה בהם הוכרעה בשנת 2003 (ראו: בג"ץ 840/97 **סבית נ' ממשלת ישראל** (פסק דין מתאריך 26.6.03)). עתירה בסוגיה דומה הוגשה בשנת 1951 ע"י תושבי הכפר גאבסיה (בג"ץ 220/51 **אסלאן נ' המושל הצבאי בגליל**, פ"ד ה' 148 (1951)). או למשל בדונו ביישום חוק נכסי נפקדים, התשי"א-1950 לרבות בחינת החלת הגדרת "נפקד" בחוק על עותרים, המבקשים לשחרר את נכסיהם מהאופוטרופוס לנכסי נפקדים (ראו למשל: ע"א 58/54 **הבאב נ' האפוטרופוס על נכסי נפקדים**, פ"ד י' 918, 919 (1956); ע"א 170/66 **פיאד נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים**, פ"ד כ(4) 433 (1966)).

38. הנה כי כן, החוק הנדון מבקש בעקיפין להרתיע מפני ניהולו והתפתחותו של שיח תרבותי אודות המושג אל-נכבה, וכן מפני איתגור אינטלקטואלי של הגדרתה החוקתית של המדינה. למעשה, כתיבת הדברים לעיל וקיום דיון משפטי בעניינם עלולים להיכלל בגדר המעשים הצפויים לסנקציות לפי החוק, וזהו האבסורד שבו. זאת, שכן זהויות תרבותיות אינן עניין למשפטיזציה ולרגולציה.

הפגיעה הספציפית בעותרים

העותרת מס' 1

39. העותרת מס' 1 היא עמותה רשומה בישראל, שהוקמה בשנת 2002. היא מאגדת בתוכה כ-90 מבוגרי בית הספר התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה, שהינו בית ספר המוכר ע"י משרד החינוך. בית ספר זה הינו אחד מבתי הספר הוותיקים ביותר שנוסד בשנת 1952 בחיפה. בית ספר זה נחשב גם כאחד מבתי הספר היוקרתיים ביותר בישראל, בעל אחד מההישגים הגבוהים ביותר בציוני הבגרות של תלמידיו מידי שנה מבין כלל מוסדות החינוך הערביים במדינה. מידי שנה יותר מ-33 תלמידים מקבלים תעודות הצטיינות ממשרד החינוך והוא ממוקם ברשימת 15 בתי הספר בעלי שיעור התלמידים המצטיינים הגבוה ביותר במבחני הבגרות. בוגרי בית הספר הזה הם מהבולטים מבין האקדמאים, האינטלקטואלים והמנהיגים הערבים בישראל.
40. העותרת מס' 1 התאגדה במטרה לתמוך בבית הספר ולהגביר את שיתוף הפעולה בין בוגרי בית הספר בכל הרמות. מטרת העותרת מס' 1 הינה עריכת פעילויות קהילתיות ותרבותיות שונות, הנערכות במבנה בית הספר, ושנועדו בין היתר להעשיר את הפעילויות החינוכיות הבלתי פורמאליות של בית הספר ולתמוך בהן.
41. מידי שנה עורכת העותרת מס' 1 בין שש לשמונה פעילויות, הכוללות הרצאות ופאנלים בתחומים שונים כולל אלו הנוגעים להשלכות זהות המדינה כיהודית ודמוקרטית על מעמד האזרחים הערבים בישראל ודיונים אודות מסמכי החזון הערבים. כידוע, מסמכים אלו כוללים דרישה לשינוי המשטר החוקתי במדינת ישראל למדינה דמוקרטית דו-לשונית ורב תרבותית עם דגש בולט על שוויון מלא בין שני הלאומים במדינת ישראל. מסמכים אלו נוסחו בתגובה לניסוח "אמנת כנרת" ביוזמת פרופסור יולי תמיר ומר אפי איתם שמטרתה היתה ניסוח עקרונות לפשרה בין חילונים לבין דתיים לאומיים יהודים, וכן בעקבות הכנת נוסח "החוקה בהסכמה". מסמכי החזון עוררו דיון ציבורי וביקורת רחבה בישראל, שכן נטען נגדם, כי הם מאתגרים חזיתית את הגדרת המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית בכך שהם שוללים את חוק השבות ומבקשים להנחיל חוקי אזרחות שוויוניים ודוגלים בזכות השיבה וכי הם מאמצים את הנרטיב של הנכבה.
42. בנוסף לכך, עורכת העותרת מס' 1 פעילויות, שמטרתן הינה חינוך אודות ההיסטוריה הפלסטינית בכלל וזו של הפלסטינים בישראל בפרט.
43. כלל הארועים הנ"ל כולל זה המתוכנן לחודש מאי הקרוב (2011) מבוצעים במבנה של בית הספר, המחייב שימוש בכלל התשתיות של בית הספר. השימוש במתקני בית הספר הינו ללא תשלום.
44. חלק מהפעילויות המבוצעות ע"י העותרת מס' 1 לרבות זו המתוכננת לקראת ארועי יום הנכבה, עלול ליפול בגדר העילות שבחוק והן עלולות לפגוע בתקציב בית הספר.

45. העותרים 2-6 הם הורים לילדים הלומדים בבית ספר גליל במשגב שהוא בית ספר דו-לשוני ודו-לאומי, מוסד חינוכי רשמי מוכר ע"י משרד החינוך (להלן: "בית הספר"). בית הספר הזה הוקם ביוזמת עמותת יד ביד – המרכז לחינוך יהודי ערבי בישראל, ובו לומדים כ-200 תלמידים. בכל כיתה לומדים תלמידים יהודים וערבים ובכל כיתה מלמדות יחד בשתי שפות שתי מחנכות, האחת ערבייה והשניה יהודייה.

46. המטרה המרכזית של בית הספר הינה ליצור מפגש בלתי אמצעי בין שתי האוכלוסיות, שיוביל לשיח ולשיתוף פעולה הדדי ביניהם תוך הענקת כל המיומנויות שנרכשות על ידי התלמידים בבתי ספר רגילים. בית הספר מחנך לערכי הדמוקרטיה והשוויון ומעניק לתלמידים התנסות בתרבות ובשפה של שני העמים, לימוד אודות הנרטיב הלאומי של שני העמים וכן לימוד אודות עיקרי הדת של שלוש הדתות: נצרות, איסלאם ויהדות.

47. המטרות של בית הספר, כפי שהן מופיעות באתר המועצה האזורית משגב אשר בשטח שיפוט פועל בית הספר, מציינות כי "מטרת בית הספר היהודי-ערבי גליל היא לקיים אורח חיים משותף על בסיס יומיומי, במסגרת בית הספר, בין ילדים יהודים וערבים, לאורך זמן. זהו דגם חינוכי ייחודי, בו המפגש בין הילדים הוא על בסיס של שוויון ושותפות, תוך כיבוד תרבותו של האחר והכרה בה. היכרות עמוקה זו מפתחת את אישיותו של היחיד, מעשירה את עולמו, ובכך גם את החברה והתרבות אליהן הוא שייך. מטרת בית הספר היא להרחיב את מעגל התלמידים ולצמוח עד כיתה י"ב, כל זאת תוך שימת דגש על פלורליזם, מנהיגות חברתית, אזרחות פעילה ומצוינות. לצורך כך, ומעבר להקניית ערכים של כבוד, סובלנות ופתיחות לתלמידים מחנך בית הספר "פדגוגיה ביקורתית וניתוח מציאות ממגוון זוויות ראייה."

ראו: <http://www.misgav.org.il/1320>

48. לצורך מימוש מטרותיו של בית הספר, נערכים מידי שנה פעילויות שונות לקראת יום הזכרון ויום העצמאות שמטרתן לציין הן את יום העצמאות והן את אירועי הנכבה. ביום זה, אשר השנה יחול בתאריך 10.5.11, נערכות שתי התכנסויות נפרדות: באחת נערך טקס לציון יום הזכרון לתלמידים היהודים ובאחרת נערכת התכנסות לציון אירועי הנכבה לתלמידים הערבים.

49. במהלך ההתכנסות לציון אירועי הנכבה, מקריאים התלמידים קטעי ספרות ושירה פלסטינית ועדויות של ניצולי אירועי הנכבה. לאחר סיום התכנסויות אלו מתכנסים כל התלמידים יחד לטקס משותף הנקרא "מהכאב לתקווה". המפגש שלאחר ההתכנסויות הנפרדות, מאפשר גם להחליף חוויות מההתכנסויות שנערכו בנפרד. התכנסויות אלו חושפות את כלל התלמידים לייחודיות של ציון שני האירועים הנ"ל עבור כל אוכלוסייה תוך החשיפה לנרטיב הלאומי של כל עם, לייחודיות אזכור יום העצמאות ואירועי הנכבה עבור כל עם ולאירועים שהתרחשו במהלך השנים 1947-1948 מנקודת ראותו של כל עם. חשיפה לנרטיבים אלו תוך החלפת חוויות הנעות בין שמחה, עצב ואף

אבל, מהוות כלי חינוכי יעיל וחשוב ביותר, באמצעותו יכולים התלמידים ללמוד על ההסטוריה והתרבות של העם האחר. בכך מושגת אחת ממטרותיו העיקריות של בית הספר.

50. העותרים מס' 2-6 הינם כאמור הורים לילדים יהודים וערבים, הפוקדים את בית ספר גליל מאז כיתה א'. בחירת בית הספר הנ"ל ע"י העותרים ויתר הורי התלמידים בבית הספר אינה עניין של מקריות אלא החלטה מכוונת, שהובילה את ההורים לרשום את ילדיהם לחינוך בבית הספר הייחודי הנ"ל אשר על פי אמונתם מעניק לילדיהם את מירב הכלים החינוכיים בכדי לקבל חינוך לפי השקפת עולמם, המבוססת על חינוך לערכי הסובלנות, הדמוקרטיה, הכבוד והשוויון והמאפשר לילדיהם להכיר את בני העם האחר תוך כיבודו.

51. העותר מס' 2 הינו אופטומטריסט במקצועו, המתגורר יחד עם אשתו וילדיו בעיר סכנין ולהם שני ילדים הקשורים לבית הספר: ילד בן 9 הלומד בכיתה ג' והפוקד את בית הספר מאז כיתה א' וילדה בת 6 הרשומה לכיתה א' בשנת הלימודים הבאה (2011-2012). העותר מס' 3 הינו מנהל מפעל לייצור חומרי ניקוי בשם סירונה, המתגורר יחד עם אשתו וילדיו בסכנין. בנו בן ה-11 לומד כעת בכיתה ה' ובתו בגיל 12 לומדת כעת בכיתה ו'. שני ילדיו של העותר מס' 3 פוקדים את בית ספר גליל החל מכיתה א'. העותרת מס' 4 הינה ביבליותרפיסטית במקצועה והיא משמשת יחד כיו"ר משותף לוועד ההורים בבית הספר וחברה בוועדת ההיגוי בבית הספר. היא מתגוררת יחד עם בן זוגה וילדיהם בעיר כרמיאל, בנה בגיל 11 ולומד כיום בכיתה ה', ובנה השני בגיל 8 לומדת כיום בכיתה ב'. שני הילדים פוקדים את בית ספר הגליל מאז כיתה א'. העותר מס' 5 הינו עיתונאי במקצועו, המתגורר יחד עם אשתו וילדיהם ביישוב מצפה אביב. להם ילדה בגיל 12 הלומדת בכיתה ו' והפוקדת את בית הספר הנ"ל מאז כיתה א'. העותר מס' 6 הינו דוקטורנט באוניברסיטת חיפה בחוג לאבולוציה וביולוגיה סביבתית והוא מתגורר יחד עם משפחתו ביובלים. לו ולזוגתו ילדה בגיל 9, הלומדת כעת בכיתה ג', והיא פוקדת את בית ספר גליל מאז כיתה א'.

52. בעקבות חקיקת החוק התכנסו הורי התלמידים של בית הספר, לרבות העותרים מס' 2-6 בכדי לדון בהשלכות החוק על הפעילויות הנערכות לציון יום העצמאות וארועי הנכבה. במהלך ישיבות אלו עלה החשש, כי בעקבות החוק יאלץ בית הספר להגביל את עריכת הפעילויות הנערכות מידי שנה ושנועדו לציון ארועי הנכבה או להימנע מהן כליל. מצב דברים זה הוביל לחשש כבד, כי אי קיום הארועים הנ"ל כפי שהן מתקיימים מידי שנה עלול לפגוע באופן ממשי במימוש מטרות בית הספר ובהענקת הכלים החינוכיים האופטימליים ביותר לחינוך ילדיהם עפ"י השקפת עולמם וזאת בהתחשב בעובדה, כי בית הספר הינו בית ספר ייחודי בשטח המועצה האזורית משגב בפרט ובאזור הצפון בכלל.

53. יודגש, כי בישיבת וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מתאריך 23.2.10 שדנה בהצעת החוק לקראת קריאה ראשונה נאמר, כי חינוך תלמידים במהלך שעות הלימודים אודות הנכבה תיחשב כפעילות שתיכלל בגדר החוק. יו"ר הוועדה חה"כ דוד רותם ציין בהקשר זה, כי: "אם אתה מציין את יום העצמאות, גם אם תעשה את זה היום, אם היום תלמד שיעור ובו תגיד שיום העצמאות הוא יום אָבֵל ויום אסון אתה נכנס לתחולת הצעת החוק הזאת." (עמוד 19-20 לפרוטוקול הישיבה מתאריך 23.2.10 – נספח ע/7).

54. הוראות החוק הנדונות פוגעות במעמדו של בית הספר ובלגיטימיות הציבורית של ערכיו. המדינה, אשר אמורה לנקוט בצעדים ניטרליים כלפי הערכים של כלל בתי הספר מסוג זה, שהוקמו על פי חוק ולמען תכלית ראויה וחשובה, מעבירה מסר ציבורי, כי חינוך מסוג זה שבית הספר מבקש לקדם אינו רצוי ואף ניתן להטיל סנקציות באמצעים כלכליים כגון הפחתה בתקציבו של בית ספר, המבקש לקדם ערכים לגיטימיים ודמוקרטיים לפי בחירת ההורים.

55. כמו כן החוק עלול לגרום לפגיעה ממשית בתקציב בית הספר כתוצאה מתוכניות הלימודים שלו. שכן, חלק מהתוכניות כאמור מאתגרות את הגדרת המדינה החוקתית. כמו כן ציון הנכבה על ידי התלמידים הערבים נופל בגדר העילה שבחוק, שכן תלמידים אלה אכן מתייחסים על פי הנרטיב הלאומי שלהם אל הקמת המדינה ו/או אל יום העצמאות כיום המציין את הטרגדיה הפלסטינית. כמו כן החוק עלול ליצור אפקט מצנן בבחירת התוכניות הלימודיות.

העותר מס' 7

56. העותר מס' 7 הינו אחד האקדמאים הבולטים במדינת ישראל ובעל שם בינלאומי. העותר זכה לפרסום רב עקב פיתוח תיאוריות ביקורתיות לניתוח משטרים ומדיניות בכלל ועל ידי הצגת מודל 'האתנוקרטיה' בפרט. המודל הזה התפתח במסגרת כתביו ופרסומיו העשירים בחקר הגיאוגרפיה הפוליטית והמשפטית, המדיניות המרחבית והתכנון העירוני שבהם הציג העותר מס' 7 גישה ביקורתית חדשה להבנת משטרים במדינות שסועות מבחינה אתנית. לפי תיאוריה זו מודל המשטר בישראל הינו "אתנוקרטי" שאינו עומד בתנאים לקיום דמוקרטיה. עקב כך לא ניתן לכנות את המשטר הישראלי כ"יהודי-דמוקרטי" או "דמוקרטי-אתני".

57. מודל ה"אתנוקרטיה" עפ"י העותר מס' 7, משמעו "שלטון מדינתי אותו מנכסת הקבוצה האתנית הדומיננטית במדינה ובחברה" שנועד "להכשיר ולמסד את תהליך הייחוד של ישראל/פלסטין, תחת סממנים משטריים כעין-דמוקרטיים. המשטר האתנוקרטי כוון על ידי, ולמען, הקבוצה האתנית השלטת, והוביל להנהגה גוברת של 'כללי משחק' אתניים בפוליטיקה ובמשטר, ולריבוד גובר למעמדות אתניים הירארכיים." בגישתו זו יוצא העותר מס' 7 נגד הגדרת המשטר בישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ובעד הבנת המדינה כמקדמת פרויקט אתני, דמוגרפי, פוליטי וקולוניאלי, המבוסס על שליטה ודיכוי אתני.

Oren Yiftachel, *Ethnocracy: Land and Identity Politics in Israel/Palestine* (University of Pennsylvania Press, 2006)

ראו: אורן יפתחאל ואורי רם, "אתנוקרטיה" ו"עולמקומיות": גישות חדשות לחקר החברה והמרחב בישראל", מרכז הנגב לפיתוח אזורי, נייר עמדה מס' 12, מרץ 1999.

58. כתביו אלו של העותר מס' 7 יחד עם פרסומיו הרבים האחרים, נהפכו למקור לחקר החברה והמשטר החוקתי בישראל. עד היום הוא פרסם כעשרה ספרים ולמעלה ממאה מאמרים מדעיים בזירות האקדמיות הנחשבות ביותר בעולם ובארץ. פרסומים אלו מצוטטים באין ספור כתבים מקומיים ובינלאומיים, ומהווים חלק בלתי נפרד מתוכניות הלימוד בחוגים שונים באוניברסיטאות בישראל ובחו"ל. למעשה, כמעט כל קורסי הלימוד האקדמיים העוסקים במאפייני המשטר הישראלי ו/או בשסע הלאומי במדינת ישראל מתייחסים למודל האתנוקרטי דנים בו. בשנת 2010, לדוגמא, הוא דורג במדד האמפקט המדעי העולמי (HIndex) כראשון בקרב המדענים הישראלים בתחומי הגיאוגרפיה וחקר המדיניות התכנונית.

59. מודל האתנוקרטיה נתפס בידי רבים באקדמיה הישראלית כמודל המאתגר ביותר את ההגדרה החוקתית של מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית".

60. בשל מחקריו פורצי הדרך ופרסומיו הרבים בזירות מדעיות ואקדמיות בעולם ובארץ, זכה העותר מס' 7 לפרסים אקדמיים רבים ביניהם מלגות מחקר מקרן פולברייט, מכון השלום בווינגטון, המרכז ללימודי מזרח תיכון בברקלי, קליפורניה, המכון לחקר העיר האפריקאית בקייפטאון, והמרכז למחקר חברתי בכלכותה. כמו כן, העותר מס' 7 הינו פעיל חברתי ופוליטי והגיש חוות דעת מומחה בעתירות של ארגוני זכויות אדם רבים כגון בבג"ץ קעדאן (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000)), בבג"ץ הקשת הדמוקרטית המזרחית (בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002)) ובעתירות הנוגעות לכפרים הבדואים הלא מוכרים בנגב. לאחרונה קיבל העותר מס' 7 את אות זכויות האדם ע"ש אמיל גרינצווייג לשנת 2010 מטעם העותרת 9.

61. לפי לשונו של החוק הנדון, יוצא כי דיון אקדמי מדעי או ציבורי המביע הזדהות עם מודל האתנוקרטיה עלול להיכלל בתוך העילה הנוגעת לשלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הרצאה במוסד מתוקצב או נתמך אודות מודל האתנוקרטיה שבו תהיה התייחסות ביקורתית למבנה החוקתי המגדיר את המדינה כמדינה יהודית-דמוקרטית, עלולה באופן ממשי להיכלל בעילה הנ"ל שבחוק.

62. לחוק השלכות חמורות על כתביו ופרסומיו של העותר מס' 7 במיוחד לאור היותם חלק מתוכניות הלימודים של קורסים בחוגים שונים באוניברסיטאות. החוק עלול להרתיע דיון אקדמי וציבורי חופשי אודות המודל הביקורתי שפיתח העותר מס' 7. בנוסף, החוק עלול לעודד דה-לגיטימציה ציבורית של כתביו ושל התיאוריות של העותר מס' 7 ולמנוע דיון פורה ומקיף בסוגיית אופיו של המשטר בישראל.

השלכת החוק על גופים אחרים

63. החוק יפגע בפעילויות לגיטימיות ובמיוחד פעילויות אינטלקטואליות ופוליטיות המתבצעות בדרכי שלום. כך, למשל, החוק ירתיע ו/או ימנע ממוסדות להשכלה גבוהה ומכוני מחקר שונים

הנתמכים ו/או מתוקצבים ע"י המדינה מלערוך ימי עיון, הנוגעים לסוגיות פוליטיות העלולות להיכלל בעילת "שלילת קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית" והדוגמאות הן רבות: כינוי המדינה כמדינה אתנוקרטית, כובשת, אנטי דמוקרטית וכו'; העלאת סינגור ציבורי להפיכת המשטר למשטר של כל אזרחיו; השלכות הגדרת המדינה כיהודית, לרבות השלכות חוק השבות על מעמדו של המיעוט הערבי בישראל, התנגדות לסמלי המדינה, ביקורת על חוקי האזרחות וכן דיונים מתוך הזדהות במסמכי החזון הערביים שפורטו לעיל; דיונים נגד שלל החוקים והצעות החוק המועלים כיום על שולחן הכנסת והמכוונים להגבלת זכויותיהם של האזרחים הערבים, כאשר כל אלה הינן חלק קטן בלבד מכלל הסוגיות המשפטיות, אינטלקטואליות, ציבוריות, בעלות גוון פוליטי, העלולות להיכלל בגדר החוק.

64. בישיבה שהתקיימה בוועדת החוקה, חוק ומשפט להכנת החוק לקריאה ראשונה, התייחסו ח"כים לדוגמה של מנהיג ציבור ערבי, המעביר הרצאה באוניברסיטה בישראל ובה הוא מותח ביקורת על חוק השבות וקורא להקמת מדינת כל לאומיה. חה"כ דוד רותם, יו"ר הוועדה ומיוזמי החוק, השיב באופן חד משמעי, כי פעילות כזו תיכנס בגדרו של החוק (ראו עמוד 35 לפרוטוקול הישיבה מתאריך 26.10.09 המסומנת נספח ע/6).

65. החוק יפגע גם **במוסדות תרבות** לרבות תיאטרונים וסינמטקים, אשר בעקבות החוק עלולים לסרב להציג מחזות וסרטים שעוסקים בארועי הנכבה. בהקשר זה אמר נציג העותרת מס' 9 עו"ד דן יקיר בישיבת וועדת החוקה, חוק ומשפט מתאריך 23.2.10 כדלקמן:

"זה יכול להגיע למקרים שאם תיאטרון הקאמרי העלה את ההצגה "השיבה לחיפה", האם מדובר בתמיכה בזכות השיבה ושלילת קיומה של מדינת ישראל? אז צריך לשלול תקציב מן התיאטרון הקאמרי? או אם תיאטרון הבימה יעלה מחזה על ההתנתקות, ואם תהיה שם סצינה שבה נניח תושבי חבל עזה קורעים קריעה בדגל כאות לאֶבֶל שהם חווים בתקופת ההתנתקות, אז יהיה בזה משום ביזוי הדגל וצריך לשלול תקציב מתיאטרון הבימה? העילות הללו פוגעות בזכויות הבסיסיות ביותר של חופש הביטוי הפוליטי, חופש הביטוי האמנותי, הזכות להפגין, זכויות שמעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואין לכך שום הצדקה. העילות הללו פסולות כשלעצמן, והן בוודאי לא מידתיות."

עמוד 14 לפרוטוקול ישיבת הוועדה מתאריך 23.2.10, נספח ע/7.

66. גם **רשויות מקומיות** עלולות להיפגע מהחוק שכן כל מימון לגוף המבקש להוציא לפועל פעילות העלולה להיכנס לעילות שבחוק, יגרום להפחתת התקציב המוקצה לרשויות המקומיות. הפחתת תקציבים כאמור עלולה להביא להשלכות חמורות ביותר על כלל התושבים ותוביל להפחתת היקף השירות שהרשות המקומית אמורה להעביר לכלל תושביה. בכך, לא רק שיש פגיעה ברשות המקומית אלא ישנה פגיעה בגופים הנתמכים ע"י הרשות המקומית ובכלל זה התושבים שאינם קשורים לפעילות הנדונה הנענשים על לא עוול בכפם. על השלכות אלו ראו דברי חה"כ יצחק הרצוג וחה"כ דב חנין בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מתאריך 14.3.11:

חה"כ דב חנין:

"היום במדינת ישראל אנחנו נמצאים במצב שבו חלק גדול מהרשויות המקומיות נהנות מתמיכה של המדינה. רשויות מקומיות לא יכולות לנהל את מערכת הביוב שלהן מבלי לקבל תמיכה מהמדינה, ולפעמים גם לא יכולות לנהל את מערכת החינוך

שלחם מבלי לקבל תמיכה מהמדינה. לפי הצעת החוק הזאת, אם רשות מקומית ערבית תסיע תלמידים באוטובוס לאירוע ציבורי של ציון יום הזיכרון לחורבן של הציבור הפלסטיני בארץ... רשות מקומית היום במדינת ישראל – ואני רוצה לומר את הדברים באמת ברמה העניינית ביותר, ולא להיכנס כרגע לדברים הרגשיים, המאוד-מאוד קשים ועמוקים שנמצאים כאן – רשות מקומיות מנהלת את ענייניה על בסיס של הסתייגות בתקציב שהוא תקציב המדינה. רשות מקומית כזאת, תאבד את התקציב שלה. ברגע שאוטובוס של תלמידים מטעמה, או לא תלמידים, ברגע שהיא מעמידה אוטובוס לרשות הציבור לצאת לאירוע מחאה כזה או אירוע זיכרון כזה, היא עלולה לשלם בזה שהביוב ימשיך לזרום שם ברחובות... לא רק רשויות מקומיות עלולות לאבד את תקציב הביוב שלהן או תקציב החינוך שלהן בגלל אותו אוטובוס של אזרחים – לא תלמידים, חבר הכנסת מילר. בוא נדבר על אוטובוס של אזרחים שמומן על-ידי הרשות הזאת לאירוע זיכרון – אנחנו מדברים על פגיעה מאוד-מאוד קשה בהמון מערכות שגם הן ממומנות על-ידי המדינה: תיאטרונים בישראל ממומנים על-ידי המדינה; מוסדות השכלה ממומנים על-ידי המדינה; ארגונים של חברה אזרחית ממומנים על-ידי המדינה, מתוקצבים על-ידי המדינה; קולנוע ממומן על-ידי המדינה. אתם מייצרים פה מנגנון רב עוצמה של צנזורה פוליטית, כי בסופו של דבר יש פה שורה ארוכה של קריטריונים. אגב, זה לא רק ציון הנכבה, זו שורה ארוכה של קריטריונים פוליטיים ורעיוניים, שעד היום הכנסת השתמשה בהם למטרות מאוד-מאוד סלקטיביות."

(עמודים 10-12 לפרוטוקול הישיבה מתאריך 14.3.11, נספח ע/9).

הטיעון המשפטי:

הפגיעה בזכויות חוקתיות

הפגיעה בחופש הביטוי

67. החוק פוגע בחופש הביטוי, לרבות בחופש הביטוי של העותרים 1-7, ובכלל זה בחופש הביטוי הפוליטי, האמנותי והאקדמי. הזכות לחופש ביטוי הינה מהזכויות הראשונות שהוכרו על ידי בית משפט העליון כזכות יסוד והיא הוכרה בפסיקה לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כזכות חוקתית (ראו: בג"ץ 2557/005 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל** (12.12.06), פסקה 13 סיפא לחוות דעתו של הנשיא ברק; ראו גם בהקשר זה: ע"מ 5905/06 **עיריית ירושלים נ' הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות** (17.12.07); ע"מ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נגד עיריית ירושלים** (פסק דין מתאריך 14.9.10); בג"ץ 2481/93 **דיין נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד מח (2) 456, 468 (1994); רע"פ 5086/97 **בן חור נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נא (4) 625, 645 (1997); בג"ץ 4712/96 **סיעת מרצ נ' מפקד מחוז ירושלים**, פ"ד נ (2) 822, 826 (1996)).

68. חשוב להקדים ולציין, כי העותרים אינם טוענים שמוטלת על המדינה חובה פוזיטיבית לפעול למען טיפוח הנרטיב הפלסטיני או קידום דיון ביקורתי אודות אופייה של המדינה. הפרק הבא ידון בסוגיית איסור ההפליה בתמיכות על רקע לאום או השקפה חברתית ופרק זה ידון בשאלה המרכזית, האם הוראות החוק בדבר קיצוץ בתקציבו של גוף נתמך נותנות משקל ראוי לחופש הביטוי כזכות חוקתית?

69. הזכות לחופש ביטוי פוליטי קיבלה מעמד מיוחד בהיותה מהווה את הבסיס לקיומו של משטר דמוקרטי, המתבסס על שוק דעות חופשי. פס"ד **קול העם** משנת 1953 (בג"ץ 73/53 **קול העם נגד שר הפנים**, פ"ד ז' 871 (1953)) הוא שביסס משפטית עקרון יסוד זה, לפיו היקף ההגנה על דעות המנוגדות לקונסנזוס הפוליטי הוא אבן הבוחן למידת ההגנה של משטר דמוקרטי על מימוש זכות זו. לפיכך, לא ניתן להגביל חופש הביטוי הפוליטי אך בגלל קיומו של חשש מסוים לפגיעה באינטרס ציבורי; לא ניתן להגבילו אך ורק בגלל שהוא לא מתיישב עם העמדות הרווחות בקרב הרוב או בגלל נטייתו הרעה של הדובר. ההגבלה על זכות זו מתרחשת רק בקיומה של סכנה ממשית המגיעה לדרגה של וודאות קרובה לפגוע באינטרס ציבורי בעל חשיבות עליונה.

70. מאז שנות השמונים כשהחלו להגיע ביתר שאת לפתחו של בית המשפט העליון סוגיות, הנוגעות לחופש ביטוי של קבוצות מיעוט, שעמדותיהם ניצבו בקצוות הקשת הפוליטית ושאינתרו את העמדות הפוליטיות הרווחות, הפסיקה הדגישה את ההגנה על הזכות לחופש ביטוי פוליטי של קבוצות אלו. היותה של עמדה פוליטית חורגת מהמקובל או פוגעת ברגשות הרוב, אינה כשלעצמה, מובילה לפסילת הביטוי, נהפוך הוא, היא מזמינה את בית המשפט דווקא להגן עליה. עמד על כך השופט מצא בבג"ץ 2888/97 **נוביק נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו**, פד"י נא(5) 193 (1997) בעמ' 201: "...חופש הביטוי נועד להגן לא רק על דעות מקובלות ואהודות, המושמעות בתנאים של שלווה וביישוב הדעת, אלא גם – ובכך עיקר מבחנו של חופש הביטוי – על דעות חריגות, מקוממות ומכעיסות, המושמעות על רקע מאורעות מסעירים ובסגנון בוטה וצורם".

71. השופט לוי עמד על הקשר בין חופש ביטוי פוליטי לבין ההליך הדמוקרטי וכן על הצורך המיוחד בביקורת שיפוטית על חוקים, המבקשים להשליט את עמדת הרוב על ידי פגיעה דורסנית בעמדות פוליטיות של קבוצת מיעוט, כלהלן:

"טול מאדם או מקבוצת אנשים את הזכות להיבחר, ושללת מהם את הזכות לתת ביטוי להשקפה פוליטית שהם גיבשו, ואף את הזכות להשתתף בעיצוב פניו של השלטון ולהשפיע על מהלכיו. אכן, מגבלות מסוג זה מתקבלות בתרעומת על-ידי אוהדיו של המשטר הדמוקרטי, אולם נדמה לעתים כי עוצמתה של ההתנגדות לאותן מגבלות קטנה כאשר הפגיעה המסתמנת מהן מופנית כלפי קבוצות מיעוט באוכלוסיה. הכוונה בעיקר לאותם מקרים שבהם מתגבשת מראש הסכמה רחבה שלפיה אין לאפשר למיעוט ייצוג במוסדות השלטון, הואיל ועל-פי השקפת הרוב, כלולות במצעו של המיעוט מטרות שתכליתן לקעקע את אושיותיו של המשטר הדמוקרטי. עקב כך, ובעוד רוממות זכויות היסוד בפיו, שולל הרוב מהמיעוט את הזכות להתמודד בכלי הדמוקרטי המובהק ביותר (הבחירות), ומכאן ועד לפנייתו של המיעוט לתור אחר דרכי ביטוי והשפעה אחרות, אף אם הן גולשות לתחום ההתנהגות האסורה, המרחק קצר. כדי למנוע את כל אלה חייב המחוקק לכלכל את צעדיו בתבונה, כדי שלא יימצא מנציח את שלטון הרוב בדרכים פסולות, מחד, ומונע את יכולת המיעוט להיאבק על דעותיו, מאידך. בתחום זה שמור לבית-המשפט תפקיד מכריע, באשר הוא אמור לפקח על חיקוקים שנועדו להגביל את הזכות לבחור ולהיבחר ולבקדם כדי להבטיח שהכתרים אשר קושרים הכול לראשן של זכויות היסוד לא ישמשו לתפארת המליצה בלבד, אלא יעמדו לרשות כל אלה המבקשים ליטול חלק במשחק הפוליטי"

ע"ב 11243/02 **פייגלין נ' יושב-ראש ועדת הבחירות**, פד"י נז(4) 145, 156 (2003).

הטענה, לפיה החוק הנדון הינו חוקתי כיוון שהמדינה רשאית שלא ליתן לגיטימיות או במה לביטויים המאתגרים את ערכי המדינה "כיהודית ודמוקרטית" וכי תמיכה בהם עלולה להתפרש כמתן לגיטימיות לתוכנם, הינה טענה המתנגשת עם מבחני חופש הביטוי. כיוון שמדובר בביטויים פוליטיים, אזי איסורם על רקע תוכנם בלבד אינו מתיישב עם מבחן הוודאות הקרובה. בענין **ראם מהנדסים בע"מ** טענה עיריית נצרת עילית, כי האיסור לתלות מודעות בערבית על לוחות המודעות של העירייה נבע מתוך ראייה ציונית לשמר את העיר כעיר "יהודית-דמוקרטית", וכי מתן במה לשפה הערבית על לוחות העירייה פוגע במעמד העיר שהוקמה במטרה להיות עיר יהודית מרכזית בגליל. בית המשפט הנכבד דחה את עמדת העירייה וקבע, כי הזכות לחופש הביטוי של הפרט להשתמש בשפה לפי בחירתו ייבחן לפי מבחן הוודאות הקרובה, כשבמקרה דנן, השימוש בשפה הערבית לא יפגע במרכזיותה של השפה העברית במדינת ישראל (ע"א 105/92 **ראם מהנדסים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית**, פ"ד מז(5) 189 (1993)). בענין **נאסר** סירב המשיב לרשום את שם העמותה "עמותה ישראלית פלסטינית לזכויות אדם" בטענה, כי אישור השם עלול ליצור הטעיה, לפיה מדינת ישראל נותנת אישור ישיר או עקיף להקמת מדינת פלסטין. בית המשפט העליון דחה את עמדת המשיב וקבע, כי חופש ההתאגדות כחופש הביטוי מחייב את בחינת נושא "הטעיית הציבור" לפי מבחן הוודאות הקרובה (ע"א 4531/91 **דרווש נאסר נגד רשם העמותות**, פד"י מח(3) 294 (1994)).

גם הטענות, לפיהן החוק הינו חוקתי, כי המדינה רשאית שלא לתמוך בביטויים המציניים את הנכבה, בשל כך שהם מתייחסים לעצם הקמת המדינה כאירוע שיש להתאבל עליו, וכי ביטויים אלו פוגעים ברגשות חלקים גדולים בציבור וכי הם נותנים לגיטימיות לנרטיב ההיסטורי הפלסטיני, שבעיני חלקים אלה, הוא הנרטיב של האויב - הינן טענות פסולות שאינן עומדות במבחני ההגנה על חופש הביטוי. בענין **האגודה לזכויות האזרח ביטל** בג"ץ את החלטת יו"ר ועדת הבחירות המרכזית בדבר פסילת תשדיר תעמולה מטעם רשימה ערבית שכלל את הדגל הפלסטיני וקבע, כי הפסילה לא עומדת במבחני ההגנה על חופש הביטוי. המשיבות טענו שפסילת התשדיר נועדה למנוע פגיעה ברגשות אלפי משפחות מנפגעי הטרור, כי דגל פלסטין הוא סמל לזהות לאומית של העם הפלסטיני, ובהיותו דגל של הרשות הפלסטינית ואש"ף הוא עשוי להיות מזוהה עם גורמי טרור. בג"ץ קבע, כי על פי מערך האיזונים הראוי, רק פגיעה ממשית, עמוקה וקשה ביותר ברגשות של אלה העשויים לצפות בתשדירים תצדיק את הפגיעה בחופש הביטוי (בג"ץ 651/03 **האגודה לזכויות האזרח נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16**, פ"ד נז(2) 62 (2003)). בענין **אינדור נ' עיריית ירושלים**, נדון מקרה בו הקים העותר מול הקונסוליה של ארצות-הברת בירושלים תבנית בובה בדמותו של מנהיג אש"ף יאסר ערפאת, ולבובה הוצמדו דגלים של ארצות-הברת. המשיבה טענה, כי המעשה של העותר פוגע ברגשות עובדי הקונסוליה וביחסי החוץ של ישראל ולכן הוא אסור לפי חוקי העזר של המשיבה, המתירים לה שלא ליתן היתר למודעה שיש בה "משום פגיעה בתקנת הציבור או ברגשותיו". בג"ץ בחן את הסוגייה לפי מבחני חופש הביטוי וקבע, כי הפגיעה אינה מגיעה לדרגה ממשית וודאית באינטרסים הלגיטימיים שהועלו (בג"ץ 953/89 **אינדור נגד עיריית ירושלים**, פד"י מה(4) 683 (1991)). ובענין **זכרוני נ' רשות השידור** דן בג"ץ בהוראת רשות השידור, האוסרת על שידור ראיונות עם פעילי אש"ף. המשיבה טענה, כי היא רשאית שלא ליתן במה לאויבי ישראל להסית נגד המדינה ואזרחיה ולפגוע ברגשות הציבור, אך בג"ץ ביטל את ההוראה כיוון שלא איזנה כראוי את הפגיעה בזכות הציבור לדעת

הנגזרת מהזכות לחופש ביטוי (בג"ץ 243/82 זכרונני נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לו(1) 755 (1983)).

74. בנוסף, וכפי שצוין בחלק העובדתי, החוק הנדון עלול לפגוע בחופש הביטוי האמנותי כמו הצגות תיאטרון, קריאת שירה וכו' שיש בהן התייחסות בולטת לנכבה, הפליטות הפלסטיניות, כמיהת לשיבה ועוד. תיאטרון נתמך המציג את הצגת היחיד של מוחמד בכרי, למשל, על פי 'האופסימיסט' של אמיל חביבי, או המעלה מחזה שנכתב על ידי מחמוד דרוויש, או תיאטרון המציג את המחזה על פי סיפורו של ג'סאן כנאפני "השיבה לחיפה" - עלולים להיפגע בתקציבם על פי החוק.

75. הזכות לחופש הביטוי האמנותי מתאפיינת בעיקר בפיתוח היצירות, פיתוח השפה, הסאטירה, ועל פי רוב הקהל שלה נמצא בפורום סגור. זכות זו זכתה להגנה מיוחדת. על חופש זה ציין הנשיא ברק כי "חופש הביטוי הוא החופש של היוצר לפרוץ את סגור לבו, להניף כנף וליתן דרוור למחשבתו. במשטר דמוקרטי, קיומה או חדלונה של יצירה הוא ביטוי לכוח הפנימי הטמון בה ולא ביטוי לכוח השלטון המפקח עליה." (בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות פ"ד (מא(1) 433, 421 (1987)).

76. ההשלכות של שתי העילות שבחוק הן הטלת צנזורה עקיפה על חופש הביטוי האמנותי, בניגוד לעקרונות היסוד של השיטה, שהעניקה מרחב רחב ביותר לחופש היצירה גם אם התרחשה פגיעה של ממש ברגשות חלקים רחבים מהציבור או כשהיא התנגשה עם מסרים מדיניים ופוליטיים רשמיים. בענין מוחמד בכרי פסלה המועצה לביקורת סרטים את סרטו של העותר "ג'נין, ג'נין" המתייחס לכניסת הצבא למחנה הפליטים ג'נין במסגרת מבצע חומת מגן. בתקופה ההיא התחרו ביניהם במישור הבינלאומי שני נרטיבים היסטוריים אודות מה שהתרחש במחנה. לפי הנרטיב של הצבא, התקיימה בג'נין לחימה קשה אך טבח לא היה; ולפי הנרטיב הפלסטיני הרשמי נטען, כי טבח היה במחנה ג'נין. המשיבה טענה, כי הסרט של העותר מאמץ את הנרטיב הפלסטיני, הוא מסלף את העובדות ההיסטוריות, מלא שקרים, פוגע ברגשות החיילים ומשפחותיהם וכי מתן אישור להצגתו בישראל עלול להתפרש כמתן לגיטימיות לתוכנו. בג"ץ קבע כי "אכן מסריו של הסרט 'ג'נין ג'נין' כרוכים בפגיעה של ממש ברגשות חוגים רחבים של הציבור בישראל" ואולם "המועצה אינה רשאית להגביל השמעתם של ביטויים שמעיקרם הם אידאולוגיים או פוליטיים אך משום שרשויות השלטון, חלק מהציבור או אף רובו חולקים על ההשקפות המובעות בגדרם" (בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, 272, 266 (2003)). בית המשפט הנכבד הוסיף וקבע, כי:

"אמות המידה לאיזון בין ערך חופש הביטוי והיצירה לבין ערך ההגנה מפני פגיעה על רגשות הציבור, כחלק מההגנה על הסדר הציבורי, הן אפוא אלה: לחופש הביטוי יינתן, דרך כלל, מעמד בכורה גם מקום שחופש זה מנוצל לפגיעה ברגשות, ואפילו מדובר בפגיעה ממשית. רק במצבים חריגים וקיצוניים שבהם הפגיעה הינה מעבר לסף הסבולת האנושי שראוי לשאתו במשטר דמוקרטי באופן העלול להפר באופן ממש את שלום הציבור ואת הסדר הציבורי, יהא מקום להגבלה מידתית של חופש הביטוי. מצבים של משבר או חירום לאומי עשויים לבוא בגדר אותם מקרים חריגים וקיצוניים." בכרי, עמוד 283.

77. החוק יפגע בזכות העותר מס' 7 **לחופש אקדמי**, שהיא זכות הנגזרת מחופש הביטוי ואשר אינה נופלת בחשיבותה ובמעמדה מזו של חופש הביטוי הפוליטי או האמנותי. שכן, החופש האקדמי הוא החופש המאפשר פיתוחן של שיטות חשיבה ביקורתיות בכל המישורים כולל חשיבה ביקורתית אודות הפוליטיקה והאמנות. פיתוח חשיבה ביקורתית מחייב להרחיק את השלטון מהתערבות בתכנים האקדמיים ובמיוחד מהבעת עמדות או השקפות אקדמאיות שונות ומגוונות. עצמאות אקדמית זו מתחזקת לאור סעיף 15 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, התשי"ח-1958, הקובע כי כל מוסד זכאי לנהל את ענייניו האקדמאיים כלהלן:

"מוסד מוכר הוא בן-חורין לכלכל ענייניו האקדמיים והמינהליים, במסגרת תקציבו, כטוב בעיניו. בסעיף זה, "**עניינים אקדמיים ומינהליים**" - לרבות קביעת תכנית מחקר והוראה, מינוי רשויות המוסד, מינוי מורים והעלאתם בדרגה, קביעת שיטות הוראה ולימוד, וכל פעולה מדעית, חינוכית או משקית אחרת."

על החופש האקדמי ראו:

עפ"י 2831/95 **אלבה גנד מדינת ישראל**, פ"ד (5) 221, 335 (1996); וכן חיים גנז "החופש האקדמי" **עיוני משפט** יב (1987) 415, 420.

78. לחוק הנדון ישנו אפקט מצנן ואף מרתיע מפני ביצוע פעילויות, פן הן ייכללו במסגרתו ויוטלו סנקציות תקציביות בגינן. אפקט ההרתעה מקבל משנה תוקף בהתחשב בכך שההפחתה בשל ביצוע פעילויות המנויות בחוק עלולה להגיע עד פי שלושה מסכום ההוצאה שהגוף הוציא עבור הפעילות (לרבות ויתור על הכנסה). בכך מוסדות רבים לרבות רשויות מקומיות, בתי ספר, מוסדות תרבות ומוסדות להשכלה גבוהה יימנעו מביצוע פעילויות אלו מחשש לפגיעה במקור המימון שלהם. הרתעה זו משליכה גם על מקבלי השירות הפוטנציאליים של אותם גופים, שתימנע מהם קבלת השירות בעקבות האפקט המצנן שיוצר החוק.

79. הפגיעה בחופש הביטוי על פי החוק הינה גורפת ביותר, ולפיה די במעשה בודד ואף שולי הנופל באחת משתי העילות שבחוק כדי להטיל סנקציה כספית בגינו, ואין נפקות לטיבו של המעשה, השפעתו הציבורית, עוצמתו, או מידת פגיעתו באינטרס לגיטימי כלשהו, אם בכלל.

80. יוצא כי, החוק מבקש לפגוע בחופש הביטוי של העותרים 1-7 ורבים אחרים לא מפני שביטויים הביקורתי בעניין "מדינה יהודית דמוקרטית" או ציון הנכבה מטעמים נופלים בגדר האיסורים לפי מבחני חופש הביטוי, אלא מפני שהוא לא מקובל אידיאולוגית על הרוב בכנסת. עם כל הלגיטימיות של הרוב בבית המחוקקים, עקרונות היסוד של חופש הביטוי אינם אמורים להשתנות עם שינוי הרכב הקואליציה.

הפגיעה בזכות לשוויון

81. הזכות לשוויון הוכרה ע"י בית המשפט העליון כזכות חוקתית בהיותה כלולה בזכות החוקתית לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון**

בישראל נ' הכנסת (פסק דין מתאריך 11.5.06); בג"ץ 7053/03 עדאלה נ' שר הפנים (פסק דין מתאריך 14.5.06).

82. ההפליה לפי החוק היא הפליה על רקע לאום וכן על רקע השקפה חברתית או פוליטית. החוק יפלה את העותרים 1-7 אך ורק בגין פעילויותיהם החינוכיות, שאינן מהוות פגיעה באינטרס ציבורי לגיטימי ו/או אינן מהוות עבירה על חוק כלשהו. קיים חשש רציני שהחוק ימנע מהעותרת מס' 1 לבצע פעילויות קהילתיות ותרבותיות בעלות גוון תרבותי-פוליטי, שנועדו לדון במעמד האזרחים הערבים ובעוול ההסטורי שנגרם להם. לעומת זאת, החוק לא יפגע בעמותות בוגרים בבתי ספר יהודים, המקיימות פעילויות שונות הנוגעות לזהות ולאופי המדינה כיהודית וגם לא בפעילויות שנועדו להנציח את הנרטיב היהודי-ציוני. הפגיעה בזכות לשוויון של העותרים 2-6 דומה לזו של העותרת מס' 1 אך לא בהכרח על רקע לאום. בתי ספר דו לשוניים, כזה שילדי העותרים מס' 2-6 לומדים בו, לא יוכלו לממש את מטרותם המרכזית והמהותית של חשיפת התלמידים היהודים והערבים לנרטיבים הלאומיים של בני שני העמים, ואילו בתי ספר ייחודיים אחרים, כגון בתי ספר דמוקרטיים ובתי ספר ניסויים למיניהם יוכלו ליהנות באופן מלא מקיום מגוון פעילויות, הנועדות לשמר את מעמד קבוצת הרוב. אבחנה כזו ניתן לעשות גם בין מוסדות החינוך הערביים למוסדות החינוך העבריים בזרם הממלכתי הרגיל. העותר מס' 7 יופלה על רקע מחקריו המדעיים והאקדמיים ומעמדו באקדמיה עלול להיפגע באופן ממשי. לעומתו, אקדמאים רבים, כולל אלה הדוגלים בעמדות לא דמוקרטיות והמתייחסים לאזרחים הערבים כאיום דמוגרפי, יישמר מעמדם האקדמאי ללא פגע.

83. פרופ' מרדכי קרמניצר, סגן נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה, התייחס להפליה על רקע לאום או השקפה מדינית או חברתית בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בתאריך 14.3.11 והדגיש, כי קיים חשש לניצולו לרעה של החוק, שיגרום להפעלתו באופן שרירותי כך שיחול אך ורק על גופים הנותנים שירות לאוכלוסיה הערבית:

מרדכי קרמניצר:

נכון, אבל אם מישהו שולל את הדמוקרטיה של המדינה, אם מישהו שולל את עקרונות השוויון, ויש לא מעט בהלכה ששולל את השוויון, אתם רוצים לפתוח פתח? מי שטוען לסיפוח השטחים לא שולל את ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית?

היו"ר דוד רותם:
לא.

מרדכי קרמניצר:

למה אתם לא חוששים מזה? אתם לא חוששים מזה כי אתם מבינים מה שיקרה בפועל. מה שיקרה בפועל הוא שהמערכת הפוליטית תעשה את הסינון והיא תכה במקומות שלא נוחים לקונצנזוס הפוליטי שאתם מאמינים שהוא נצחי. לכן זה לא מטריד אתכם. אם הייתם מאמינים בהפעלה ישרה, שוויונית ואחידה של החוק הזה, הייתם מתחלחלים מההשלכות האפשריות שלו על כל מיני סוגי ביטוי, שהם לאו דווקא סוגי ביטוי שרוצים לפגוע."

(עמוד 5 לפרוטוקול ישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מתאריך 14.3.11).

וחה"כ אורי מקלב מרשימת יהדות התורה ציין באותה ישיבה, כי החוק הנ"ל לא יחול על חרדים:

"זה חוק בעייתי בגישה עצמה, אבל להגיד שהציבור החרדי גם עלול ועשוי להיפגע מזה, זה דבר לא נכון."
(עמוד 21 לפרוטוקול ישיבת ועדת החוקה מתאריך 14.3.11).

84. השאלה המשפטית הניצבת בעניין חוקתיות החוק היא: האם ניתן להבחין לצורך הטלת סנקציה תקציבית בין גופים נתמכים על רקע עמדותיהם אודות הערכים הציוניים? בניסוח אחר אך דומה: האם ניתן להבחין לצורך ההפחתה בתקציב בין גופים נתמכים הדוגלים בערכים הציוניים או לא פוגעים בהם ולבין אלה שלא שומרים על ערכים אלה ו/או מציינים את הנרטיב הפלסטיני? נענה על שאלה זו על ידי דיון בשני מישורים, שביניהם קיימת זיקה משפטית: הראשון - הקונספציה של פס"ד קעדאן שהתמודדה עם שאלת השוויון על רקע לאום במדינה יהודית ודמוקרטית והשני - התכלית של חוק יסודות התקציב.

85. הקונספציה של פס"ד קעדאן קובעת, כי איסור ההפליה במדינת ישראל כמדינה דמוקרטית חל על האזרחים היהודים והערבים ללא הבחנה על בסיס לאום. כדברי הנשיא ברק:

"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 (ראו חוק השבות), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה מזכויות שוות כמו כל בני הבית האחרים... 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." (ההדגשה אינה במקור)

בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 282 (2000).

בהקשר זה ראו גם: בג"ץ 6924/98 האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל, פ"ד נה(5) 15, -27; 28; בג"ץ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164; בג"ץ 11163/03 וועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פסק דין מתאריך 27.6.06).

86. החוק הנדון אינו נוגע לנושא חוק השבות. הוא לא תיקון בתוך חוק השבות. הוא תיקון לחוק יסודות התקציב הנוגע לתמיכה במוסדות בתוך מדינת ישראל הרשומים לפי חוקיה של מדינת ישראל. פרשנותו התכליתית של חוק יסודות התקציב המופעל על ידי משרד האוצר והעולה מסעיפיו השונים מצביעה, כי לא מדובר בחוק הנוגע לעניינים האתניים או אידאולוגיים. בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מתאריך 26.10.09 ציין נציג משרד האוצר, מר עופר אוברלנד, כי הבעיה העיקרית מבחינת משרד האוצר הינה, כי הצעת חוק זו "מקשה מאוד על התייחסות בפועל להשלכות התקצוב, להחלטה מה כן ומה לא. היא לא מפרטת את הקריטריונים המתאימים לקבלת החלטות על התקצוב או לא" (עמוד 2 לפרוטוקול הישיבה – נספח 6/ע) בהמשך הסביר מר אוברלנד כי "שלילת אופיה הדמוקרטי של המדינה" אינו סעיף תקציבי והוסיף "מה מהווה שלילת האופי הדמוקרטי ומה לא מהווה שלילת האופי הדמוקרטי זו שאלה שהיא כבר לא תקציבית" (עמוד 3 לפרוטוקול הישיבה, נספח 6/ע). ובישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מתאריך

23.2.10 ציינה נציגת משרד האוצר נטע דורפמן, סגנית בכירה ליועמ"ש במשרד האוצר, כי לשר האוצר אף אין את המומחיות לבחון את השלילה בגין העילות שבחוק, בזו הלשון:

"אגיד מה ההתנגדות שלנו. בהתאם להליך שקבוע כאן, לפני שמגיעים לשר האוצר, מי שבדק את קיומן של הנסיבות שבשלן צריך להפחית את התמיכה או את התקצוב זה ועדה שמורכבת מאנשי משרד האוצר. אנו סבורים שאין זה תחום מומחיותו של משרד האוצר, לבחון שלילת קיומה של מדינת ישראל, הסתה לגזענות וכולי." עמוד 4 לפרוטוקול ישיבת וועדת הכנסת מתאריך 23.2.10 (נספח ע/7).

87. ועוד, פרשנות תכליתית של חוק יסודות התקציב עולה מעצם תחולת הזכות לשוויון שמצאה את ביטוייה בסעיף 3א(ד) לחוק יסודות התקציב המורה על יחס שוויוני כבסיס להענקת התמיכות. השופט זמיר קבע מפורשות כי אסור להפלות בהקצאת משאבי המדינה על רקע דת או לאום, כלהלן:

"אולם אין די בכך שחוקי המדינה מקיימים את עקרון השוויון, אלא חשוב לא פחות מכך שביצוע החוקים יהיה תואם עיקרון זה. כך לגבי כל חוק, וכך גם לגבי חוק התקציב. אכן, כיוון שחוקי המדינה מקיימים בדרך-כלל את עקרון השוויון, האיום העיקרי על עיקרון זה נובע מביצוע החוקים. האיום חמור במיוחד בביצוע חוק התקציב. מבחינה מעשית, בביצוע חוק התקציב קיימת אפשרות קלה באופן יחסי, לעתים עד כדי פיתוי, להפלות בהקצאת משאבים על-ידי רשויות המדינה, בין היתר מחמת דת או לאום. הפליה כזאת, במיוחד אם היא שיטתית, עלולה לפגוע באופן קשה ביותר לא רק באדם מסוים או בגוף מסוים, אלא גם במרקם החברתי ובתחושת השותפות שהיא תנאי לחיים ראויים בצוותא. מכל מקום, הפליה כזאת פסולה מיסודה, מבחינה מוסרית ומבחינה משפטית גם יחד."

בג"ץ 1113/99 **עדאלה נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נד(2) 164, 171 (2000).

(ראו גם: בג"ץ 9657/03 **מגן דוד אדום בישראל נ' הממונה על השכר והסכמי עבודה במשרד האוצר**, פ"ד נח(6) 794 (2004); בג"ץ 3792/95 **תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאומנויות**, פ"ד נא(4) 258, 273-274 (1997); פ"ד נד(2) 164, 171 (2000); בג"ץ 4124/00 **יקותיאלי ז"ל נ' השר לענייני דתות** (פסד דין מתאריך 14.6.10).

בעניין התמיכה התקציבית לקבוצות תרבותיות שונות בתוך החברה והחלת עקרון השוויון הגמור ביניהן ציין השופט זמיר:

"בחברה דמוקרטית זכות היא לקבוצות שונות בציבור, לרבות קבוצות מיעוט דחיות, לבטא את עצמן בתחום התרבות, הדת והמסורת, כל קבוצה בדרכה. איש באמונתו יחיה. לא זו בלבד. יתרון הוא גם לחברה, שיש בה מגוון של תפיסות, אורחות חיים ומוסדות. המגוון מעשיר. הוא מבטא מציאות חיים; הוא תורם לשיפור החיים; הוא נותן משמעות מעשית לחופש."

בג"ץ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נג(5) 337, 376-377 (1999); וכן ראו בג"ץ 11020/05 **פנים להתחדשות יהודית בישראל נ' שרת החינוך, התרבות והספורט** (16.7.06).

88. מהדיון לעיל עולה, כי הקונספציה של פס"ד **קעדאן** אינה מתירה הפליה בתחום התקציבי והתמיכות, וכי תכליתו של חוק יסודות התקציב המאמץ לתוכו את עקרון השוויון והמופעל על

ידי משרד האוצר, מובילה לקביעה, כי חוק תקציבי המפלה על רקע לאום או השקפה פוליטית תוך אימוץ אידיאולוגיה לאומית-אתנית, הינו חוק מפלה ובלתי חוקתי.

89. מסקנה זו מתחזקת מקל וחומר לאור הפסיקה, שדחתה הפליה על רקע אידיאולוגי דומה. כך, למשל, בעניין השילוט בשפה הערבית בערים המעורבות, העיריות טענו, בין היתר, כי שימוש בשפה הערבית מתנגש עם ערכיה של המדינה כמדינה יהודית דמוקרטית. שופטי הרוב לא קיבלו עמדה זו וקבעו, בין היתר, כי עקרון השוויון בתוך ערים אלו מחייב את השימוש בשפה הערבית. השופט חשין היה בעמדת מיעוט שגרסה, כי הנושא נוגע לזכויות קיבוציות והוא מעניינו של המחוקק. אך השופט חשין לא ציין ולו ברמז, כי ערכיה של המדינה כמדינה יהודית מונעים את תחולת השוויון או מהווים סיבה לדחיית העתירה. בנוסף, בעניין **וועדת המעקב העליונה**, שדן בסיווג הישובים לאיזורי עדיפות לאומית, טענו המשיבים, בין היתר, כי הסיווג נובע מהצורך בפיזור אוכלוסין ומשום שהישובים היהודים הם קולטי עלייה. בג"ץ לא התייחס כלל ועיקר לטענה זו וקבע כי עקרון השוויון חייב לחול על סיווג זה.

בג"ץ 4112/99 **עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פד"י נו(5) 393 (2002); בג"ץ 11163/03 **וועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (פסק דין מתאריך 27.6.06).

90. אמנם הוראות המשפט הבינלאומי אינן מהוות כשלעצמן עילה לביטול חקיקה ראשית, אולם וכפי שנקבע יותר מפעם, המשפט הבינלאומי מהווה כלי מנחה בפרשנות ובמלאכת השפיטה. עקרון השוויון במשפט הבינלאומי מחייב את המדינה לנקוט אמצעים פוזיטיביים בכדי להבטיח שזכויותיהם של כלל האזרחים לא ייפגעו, לרבות זכויותיו של מיעוט החי בתוכה. בסעיף 27 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות נקבע, כי במדינות בהן קיימים מיעוטים לשוניים, דתיים או אתניים, אין למנוע מהם את הזכות ליהנות מהתרבות שלהם או להשתמש בשפתם. וזו לשון הסעיף:

"In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language."

91. לסעיף 27 לאמנה יש לצרף את סעיף 26 שקדם לו כאשר פרשנות שני סעיפים אלו יחד משמעה, כי מוטלת על המדינה החובה לנקוט בצעדים פוזיטיביים שלא להפלות נגד קבוצת מיעוט שחי בתוכה. סעיף 26 קובע, כי כל אדם זכאי לשוויון בפני החוק וכי יש לאסור בחוק כל סוג של הפליה ולהבטיח לכל בני האדם **הגנה שווה ואפקטיבית** נגד הפליה על בסיס גזע, השתייכות אתנית, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או מוצא לאומי חברתי.

הפגיעה בזכות לשוויון בחינוך ובזכות לחופש בחירה בחינוך

92. סעיפי החוק שבנדון פוגעים בזכות לחינוך. החוק ימנע מילדי העותרים 2-6 ואחרים לקבל חינוך עפ"י הנרטיב הלאומי הפלסטיני ובכך הוא מנוגד למטרת החינוך הממלכתי כפי שהיא מעוגנת בסעיף 11(2) לחוק חינוך ממלכתי הקובע, כי יש "**להכיר** את השפה, התרבות, ההסטוריה,

המורשת והמסורת הייחודית של האוכלוסיה הערבית ושל קבוצות אחרות במדינת ישראל, ולהכיר בזכויות השוות של כל אזרחי ישראל". על מעמדה של הזכות לחינוך ראו: בג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נגד ראש ממשלת ישראל** (פסק דין מתאריך 27.2.06). וכן ראו פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה שניתן לאחרונה בעניין **אבו לבדה** שם נקבע, כי הזכות לחינוך נמנית עם הגרעין הקשה של הזכות החוקתית לכבוד אדם:

"שאלת היותה של הזכות לחינוך כשלעצמה זכות חוקתית כחלק מכבוד האדם עלתה לא אחת בפני בית משפט זה (למשל, בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גילית" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2 (1996) (השופט אור)). חשיבותו המכרעת של החינוך בחיי הפרט ובעיצוב הווייתו האנושית, מרכזיותו של החינוך בקביעת אורח חייו ואיכות חייו של האדם, וגורליותו של גורם זה במימוש כבודו האנושי, משלבים, לכאורה, את הזכות לחינוך במשמעותה הגרעינית בערך כבוד האדם אשר הוכר בישראל כזכות חוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. נראה, כי הזכות לחינוך נימנית על אותו "גרעין קשה" של כבוד האדם, שבלעדיו ערך הכבוד האישי נפגם פגיעה מהותית וקשה."

בג"ץ 5373/07 **אבו לבדה נ' שרת החינוך** פסקה 25 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פסק דין מתאריך 6.2.11).

93. כמו כן, הפגיעה הנ"ל תשמר ואף תגביר את הדיכוי במערכת החינוך, שנוצר בעקבות הפיקוח המחמיר מטעם משרד החינוך, הקיים ממילא על תכניו של החינוך במיוחד בבתי הספר הערביים. יפים בהקשר זה דבריו של פרופ' אסמעיל אבו סעד:

"This study demonstrates how Israeli educational policy and curriculum are designed to serve the Zionist national project. As such, they perpetuate racist and hostile images of Arabs to Jewish students, and silence the Palestinian Arab narrative while reshaping regional history for both Jewish and Arab students to fit the Zionist narrative. While the sense of Palestinian Arab belonging to the Zionist national project (for example, building the Jewish state) can only be partial and incomplete, if it exists at all, the development of identification with the Palestinian people and Arab peoples more broadly is suppressed. The study of extensive required curricular materials is used to make the Palestinian Arab student understand the history and empathize with the suffering of the Jewish people. Thus, the policy and content of the state-controlled education system for Palestinian Arabs aim to re-educate the students to accept the loss of their history and identity. And it prepares them, ideologically and practically, to accept the superior status of the Jewish people, and the subordination of their needs and identity to the needs of the national Zionist project."

Ismael Abu-Saad "State Educational Policy and Curriculum: The Case of Palestinian Arabs in Israel" **International Education Journal** 2006, 7(5), 709, 717-718.

94. לא זו בלבד אלא שהחוק יעמיק את ההפליה בתוכן של תוכניות הלימודים, שקיימת ממילא בין בתי הספר הערביים לבתי הספר העבריים. על הפליה זו עמד דו"ח ארגון Human Rights Watch שבו נכתב כדלקמן:

"Thus, while appreciation for different cultures and values is an important part of education, considering the relatively minimal instruction available

to Palestinian Arab children in their own cultural identity and religion compared with their Jewish counterparts, the state's educational emphasis on instilling Jewish culture and religion in Palestinian Arab children is problematic."

Zama Coursen-Neft "Discrimination Against Palestinian Arab Children in Israeli Educational System" 36 *International Law and Politics* 749, 790-791 (2005).

95. יוצא אפוא, כי החוק יפגע בזכות לשוויון בחינוך של ילדים בכלל ושל ילדי העותרים מס' 2-6 בפרט. פגיעה זו מנוגדת להלכה הפסוקה האוסרת על הפליה בחינוך. בעניין **ועדת המעקב העליונה** הדגיש בג"ץ את חשיבותה של הזכות שוויון וחומרת הפגיעה בה והוסיף, כי הפגיעה בעקרון השוויון קשה היא שבעתיים עת מדובר בפגיעה בזכות לחינוך, לאמור:

"הפגיעה בשוויון קשה היא תמיד. היא קשה שבעתיים שעה שהיא פוגעת בזכות לחינוך. אכן, הזכות לחינוך היא זכות יסוד במשפטנו, זכות המוקנית לכל אדם. זוהי "אחת מזכויותיו הבסיסיות של האדם" (בג"ץ 2599/00 יתד נ' משרד החינוך, פ"ד נ(5) 834). לזכות לחינוך ביטויים רבים בחוקות של מדינות דמוקרטיות, ובאמנות בינלאומיות. בצדק צויין כי "החינוך הוא מכשיר חברתי אשר לא ניתן להפריז בחשיבותו. מדובר באחת הפונקציות החשובות ביותר של הממשלה והמדינה. החינוך הוא חיוני לקיומו של משטר דמוקרטי חופשי, חי ומתפקד. הוא מהווה יסוד הכרחי למימושו העצמי של כל אדם. הוא חיוני להצלחתו ולשגשוגו של כל פרט ופרט. הוא חיוני לקיומה של חברה, שבה חיים ופועלים אנשים המשפרים את רווחתם ותורמים, בתוך כך, לרווחתה של הקהילה כולה... החינוך הוא, בלי ספק, מכשיר חשוב בהבטחת זכויותיו וחירויותיו של כל פרט ופרט, ובמימושן של הזכויות הפוליטיות הבסיסיות הנתונות לו, ובהן חופש הביטוי והזכות לבחור ולהיבחר" (השופט ת' אור בבג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נ(3) 2, 24). הזכות לחינוך אינה מצטמצמת לזכותו של הפרט לבחור בחינוך אשר יבקש. היא כוללת לעתים גם את חובתה של המדינה לאפשר לפרט – לכל פרט – לקבל חינוך בסיסי באופן שוויוני (ראו והשוו בג"ץ 421/77 ניר נ' המועצה המקומית באר יעקב, פ"ד לב(2) 253, 265)."

פסקה 15 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ובעניין **אבו לבדה** נקבע, כי הזכות לשוויון בחינוך משיקה במישרין לזכות החוקתית לכבוד אדם וכי ההפליה בחינוך יוצרת תחושת קיפוח ונחיתות, הפוגעת בכבודו של האדם:

"לעקרון השוויון משמעות מכרעת בהקשר למימוש הזכות לחינוך. בלא שוויון בחינוך לא יובטח מימושה של הזכות לחינוך. הפליה בחינוך משמעה העדפת קבוצה או פרט על פני אחרים המצויים במעמד שווה, ואי-מתן הזדמנות שווה לקבוצה או לפרט שקופחו לממש את פוטנציאל יכולותיהם וסיכוייהם. עקרון השוויון בחינוך מעוגן לא רק בעקרונות הכלליים של השיטה, אלא גם בחקיקת החינוך הספציפית. חוק לימוד חובה קובע כי "לימוד חובה יקיף כל ילד ונער" (סעיף 2(א) לחוק), ואילו חוק חינוך ממלכתי קובע מבין מטרותיו העיקריות, כי יש "להעניק שוויון הזדמנויות לכל ילד וילדה, לאפשר להם להתפתח על פי דרכם, וליצור אווירה המעודדת את השונה והתומכת בו" (סעיף 2(8) לחוק); חוק זכויות התלמיד קובע כי "כל ילד ונער במדינת ישראל זכאי לחינוך בהתאם להוראות כל דין" (סעיף 3 לחוק). יתר על כן, סעיף 5 לחוק זכויות התלמיד כולל הוראה מפורשת האוסרת על הפליה בחינוך.... ככל שקיימת שאלה אם הזכות לחינוך מהווה זכות חוקתית, הרי הזכות לשוויון בחינוך משיקה במישרין לזכות החוקתית לכבוד האדם. ההפליה ככלל, ובהשתקפותה בחינוך בפרט, יוצרת תחושת קיפוח ונחיתות, הפוגעת בכבוד הילד כאדם. הפגיעה בשוויון בחינוך כמוה כפגיעה בזכות חוקתית לכבוד האדם."

פסקאות 30 ו-33 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

96. יישומו של החוק אף יפגע בזכות הורי התלמידים לחופש בבחירת המוסד החינוכי, בו יוכלו ילדיהם לקבל את החינוך התואם את השקפתם ותפיסתם החינוכית. השלכות החוק על בתי ספר דו לשוניים הינן הוות גורל, שכן הן עלולות לרוקן את מטרתם של בתי ספר אלו מתוכן ולפגוע בזכותם של ההורים שבחרו לרשום את ילדיהם במוסד בעל צביון מיוחד במטרה לחנך את ילדיהם לפי השקפת עולם מסויימת, שמבחינתם גם מגשימה את עקרון טובת ילדיהם (על זכות ההורים לחופש בחירה בחינוך ועל מעמדה כזכות חוקתית ראו: עת"מ (י-ם) 324/05 פלג נ' מנכ"לית משרד החינוך (פסק דין מיום 10.5.05); ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235-236 (1995); ע"א 212/85, 224 פלוני נ' פלוני, פ"ד לט(4) 309, 312 (1985)).

הפגיעה בחופש העיסוק

97. החוק פוגע בחופש העיסוק של העותר מס' 7, של מורי בית הספר הדו לשוני העיסוק ובזכותו של כל מי שמטפל במסגרת עיסוקו בבחינה ביקורתית של אופייה של המדינה כמדינה יהודית, וזאת בניגוד לחוק יסוד: חופש העיסוק.

98. הפעלת החוק הנדון כלפי מוסד להשכלה גבוהה, בו מלמד העותר מס' 7 או בו ילמד בעתיד, עלולה לפגוע בזכותו החוקתית לחופש עיסוק. שכן, כל הפחתה של תקציב הגוף המתוקצב בו הוא עובד הן בשל לימוד תכני כתביו והן בשל עריכת פעילויות סביב התיאוריות שלו, תסכן את המשך העסקתו וזאת מתוך חשש מהפחתה נוספת בתקציב הגוף בו הוא מועסק. לעומת זאת אקדמאים המלמדים באותם מוסדות ושאינם תומכים בתיאוריות בהן דוגל העותר מס' 7 ו/או הנרתעים מדיון ו/או לימוד אודות כתביו של העותר מס' 7 לא ייחשפו לסיכון שבפגיעה באותו גוף.

99. לא זו בלבד שנפגעת זכותו החוקתית לחופש עיסוק של העותר מס' 7, כי אם גם נפגעת הזכות לשוויון במימוש זכות חוקתית זו לעומת אקדמאים בעלי השקפות פוליטיות התואמות את דעת הרוב. בעניין כלל חברה לביטוח בע"מ, שניתן לאחר חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק, נקבע:

"ביסוד הזכות לחופש העיסוק, זכותו של אדם לבחור לעצמו את העיסוק המדבר אל לבו, וזו בחירתו החופשית. ביסוד חופש זה עקרון השוויון בינו לבין השווים לו; אין לשלול ממנו את שמעניקים לאחר ואין להגביל אותו מקום שאין מגבילים את האחר... עיקר חשוב בזכות היסוד בדבר חופש העיסוק הוא ביכולת התחרות החופשית בין פרטים. על-כן פעילות שלטונית המגינה על מתחרה זה או אחר דווקא והשוללת תחרות חופשית מהאחר – פוגעת בחופש העיסוק. משום כך הפליה בין שווים לעניין האפשרות לעסוק במקצוע או המלאכה פלונית פוגעת בחופש זה."

בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 471 (1994).

100. בנוסף, המורים המועסקים בבית הספר הדו לשוני לא יוכלו לממש את זכותם לחופש העיסוק בדומה לעמיתיהם המועסקים בבתי ספר המוגדרים כבתי ספר ייחודיים, המבוססים על תפיסות חברתיות או פוליטיות שונות.

הפגיעה בזכות החוקתית לחופש העיסוק הינה חמורה שבעתיים בהיותה מבוססת על שיקולים זרים ובלתי רלוונטים לשיקולים חינוכיים או לחופש האקדמאי, העומדים בבסיס העיסוק בהוראה. הנימוקים העולים מהחוק הנדון לצורך הגבלת חופש העיסוק נוגעים אך ורק להשקפותיו של העותר מס' 7. נימוק זה אמור דווקא להגן על חופש העיסוק של מורה או מרצה באקדמיה.

לא למותר לציין, כי אסור למעביד להפלות מועמד לעבודה או עובד בשל השקפה או בשל השתייכות למפלגה כאמור בסעיף 2 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.

101. הטלת איסור על העסקתו של מורה בהוראה בגין דעותיו או פעולותיו הפוליטיות נאסרה על ידי בג"ץ עוד לפני חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק. שכן, שיקולים פוליטיים אלה סווגו כשיקולים זרים לעיסוק בהוראה. בעניין **ישראל שייב** בוטלה החלטתו של שר הבטחון לאסור על שילוב העותר בהוראה בשל דעותיו ופעולותיו הפוליטיות, לרבות פעילותו בארגון לח"י (בג"ץ 144/50 ד"ר **שייב נ' שר הבטחון**, פ"ד ה 399 (1951)).

102. בהקשר דומה נדונה עתירה שדרשה הפסקת מעורבות השב"כ בהליך מינוי מורים, מנהלי בתי ספר ומפקחים במערכת החינוך הערבית. בעתירה זו נטען, כי שיקולים פוליטיים וביטחוניים במינויים במשרד החינוך הם שיקולים זרים ובלתי רלוונטים בניגוד לעקרונות חוק יסוד: חופש העיסוק. בעקבות הגשת העתירה נסוג בו משרד החינוך ממעורבות זו והתחייב בפני בג"ץ הנכבד על הפסקתה.

בג"ץ 8193/04 **ההתאחדות הארצית של ועדי ההורים הערבים למערכת החינוך בישראל נ' משרד החינוך** (פסק דין מתאריך 29.6.05).

הפגיעה בזכות לכבוד קיבוצי (Group Dignity)

103. החוק פוגע בזכות לכבוד קיבוצי של האזרחים הערבים וזאת בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפגיעה בזכות לכבוד קיבוצי מובילה כשלעצמה לפגיעה בזכות לכבוד של הפרט והיא מתרחשת כאשר הפגיעה נוגעת לעצם מרכיבי הזהות של הקבוצה והצגתה כנחותה, לא רצויה או כשהיא כוללת מרכיבי דיכוי קיבוצי. הנרטיב הפלסטיני מהווה חלק בלתי נפרד מהזהות של מרבית הערבים בישראל ולכן ניסיונו של החוק להגביל את ההתייחסות לנרטיב זה פוגעת במרכיב המכונן של זהותם של אזרחים ערבים אלה. כמו כן, הניסיון למנוע התנגדות ומחאה לגיטימיות נגד ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, הגדרה שלפי השקפתם של רבים מהאזרחים הערבים, מדירה אותם, פוגעת בכבודם הקיבוצי בהיותה מונעת מהם להתנגד לעצם הפלייתם.

ראו פס"ד **מרעי** שם התייחס השופט חשין לקשר בין השפה והתרבות הערבית לסוגיית הזכות לכבוד (בג"ץ 12/99 **מרעי נ' סאבק**, פ"ד נג(2) 128 (1999)); ראו גם פסקה 25 לחוות דעתו של הנשיא ברק בבג"ץ 4112/99 **עדאלה נ' עיריית תל אביב-יפו**, פ"ד נו(5) 393 (2002).

104. הפגיעה במקרה דנן מתרחשת לאור ניסיונו של החוק להעניש ולהטיל סנקציה בשל התנגדות לגיטימית להגדרת המדינה או התייחסות חיובית לנרטיב הפלסטיני. בכך החוק פוגע בלגיטימיות מעמדם של האזרחים הערבים, בזיכרון הקולקטיבי שלהם ובהיותם הלאומית. החוק מבקש לעצב ולהתוות את ערכיו והשקפותיו של המיעוט הערבי ואף את התנהגותו, וזאת באמצעות השימוש בכלי התקציבי שהקצאתו מותנית כאמור באופיה של הפעילות המבוצעת והמסר הפוליטי והערכי הנשקף ממנה. מכאן שהחוק פוגע בזכות לכבוד של האזרחים הערבים, הזכאים להגנה על הלגיטימיות של הקיום שלהם ועל כבודם הקיבוצי וזאת בהיותם מיעוט לאומי החי בתוך המדינה.

105. אמנם החוק פוגע לכאורה באופן נייטרלי במוסדות ובאישים יהודים וערבים כאחד, אך ללא ספק הוא מכוון במהותו נגד הלגיטימיות של האזרחים הערבים בהיותם מיעוט לאומי הנתפס ע"י המדינה כ"אחר" ואף בעיני רבים כאויב, המסכן את קיומה של המדינה וכזה שיש לנקוט נגדו באמצעים חריגים כדי לרסנו במטרה להפוך אותו ל"נאמן" לערכי קבוצת הרוב. לכן, חוק זה הינו חוק דכאני במהותו.

106. החוק אף עלול לתת לגיטימציה להסתה לגזענות נגד האזרחים הערבים בישראל ומדגיש את ראייתם של האזרחים הנ"ל כאויבים של המדינה ושל יתר אזרחיה. בכך הוא מתייג אותם ואת פעילותם הפוליטית והמשפטית כעניין המצדיק התגוננות המדינה מפני אזרחיה שלה עצמה. לכן, החוק כשלעצמו פסול בשל פגיעתו בזכות לכבוד קיבוצי של האזרחים הערבים בהיותם קבוצת מיעוט לאומי.

107. בהקשר זה המלומד ג'רמי וולדרון (Jeremy Waldron) התייחס לזכות לכבוד קיבוצי של קבוצות, המהוות קהילות בעלות מאפיינים ייחודיים בתרבות, בזהות ובגורל שלהן. הפגיעה בזכות לכבוד מסוג זה הינה מעבר לפגיעה בזכותו לכבוד של הפרט:

"It is possible that everything we want to say about the dignity of a people could by some heroic effort of analysis be reduced in the end to an account of the massive contribution that a given community makes to sustaining the dignity of its individual members. But it is also possible a people qua community has a human importance in terms of culture, identity, destiny that goes beyond what is severally or cumulatively good for the human individuals that it comprises, an importance that cannot be characterized except in communal terms. It is possible that even though groups are in the end nothing but composites of individuals, yet there is something in the group as such that has importance in itself. We should be ready to give the best account we can of this something, if it exists, and it may be impossible to do so without characterizing it in dignitary terms.

...

Also, even when individual rights and obligations are at issue, groups may develop a stake in those issues that requires to be respected as much as the dignity of the individuals originally affected. For example, it may be that, in some cases where the primary injustice we are fighting is injustice at the

individual level, talk of group dignity can be a way of conveying respect for the community that has taken upon itself the burden of remembering the injustice and of trying to do something about it. **Some of the men and women in a group may have been starved, persecuted or murdered, and the task of remembering those events has been taken on by the community to which the victims belonged. In this situation, attributing dignity to the group in regard to this injustice can be a way of conveying respect for the substance and the burden of that memory.** We may say that the primary issue of dignity in these circumstances is the violated dignity of the individual victims. But again it will be obtuse not to acknowledge the indirect way in which group dignity is implicated as well."

(ההדגשה אינה במקור)

Jeremy Waldron, *The Dignity of Groups*, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper, Working Paper No. 08-53, November 2003, pp. 21-23.

108. יטען הטוען, כי המדינה רשאית שלא לעודד את הנרטיב הפלסטיני או דיון סביב מעמדם של האזרחים הערבים במדינה, המגדירה עצמה מדינה יהודית ודמוקרטית. מבלי להתייחס לגליטימיות של טיעון זה במישור המשפטי, המדינה אינה חופשית ובלתי מוגבלת בכוחותיה אלא היא מנועה מלפגוע בכבודם של אזרחיה או חלק מהם. לא למותר לציין, כי המושג "כבוד האדם" במשפט הבינלאומי התפתח על רקע הצורך להגביל את "הריבונות" של המדינה מול זכויות נתיניה או אזרחיה, כולל אלה שאינם נאמנים לערכיה. זאת שכן הקבוצות שנפגעו ודוכאו הן דווקא אלה שלא נכללו בקונצנזוס הלאומי. מכאן ההגנה על זכות זו, שהיא תוצר של הזוויות שהתחוללו במלחמת העולם השנייה במטרה להגן על כל אדם ללא קשר לנאמנותו למדינה זו או אחרת. המלומדת ג'ודית רזניק הטיבה לתאר את התפתחות המושג "כבוד האדם" לאחר מלחמת העולם השנייה:

"The rise of dignity (inter alia) has changed the meaning of sovereignty.... As these phrases from many legal documents illustrate, the law of dignity defines it as an attribute of all persons, not only those who claim loyalties to a specific nation. Thus dignity becomes a transportable aspect of personhood, responsive to the practical and political import of globalization. The law of dignity dovetails with a range of political theories of the changing relations between states and their citizenry and the obligations of political actors more generally."

Judith Resnik "Adding insult to injury: questioning the role of dignity in conceptions of sovereignty" 55 Stan L. Rev. 1921, 1929.(שנה?)

פיסקת ההגבלה

109. החוק הנדון אינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה כפי שיפורט להלן.

110. הלכה פסוקה היא שהדרישה שפגיעה תהיה בחוק או לפי חוק מחייבת, כי החוק יענה על הגדרת "הסדר ראשוני" במיוחד כאשר מדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות (ראו בג"ץ 10203/03 **המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם, 20.8.08); וכן חוות דעתו של המשנה לנשיא חשין בבג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (פסק דין מתאריך 27.2.06)).

111. סעיפי החוק נשוא העתירה מעניקים שיקול דעת רחב לרשות המבצעת בכך שאינם נשענים על אמות מידה ברורות, והם עמומים, סתומים וכלליים. עמימותם של סעיפי החוק גורמת לפגיעה כפולה – מחד גיסא אין הכוונה של שיקול הדעת המינהלי ומאידך גיסא הגופים המתקצבים לא יכולים לדעת מהו המצב המשפטי החל עליהם ובכך נמנעת מהם האפשרות לכלכל את צעדיהם בהתאם. היא פותחת פתח לכך שהפחתת התקציב או התמיכה תיעשה באופן שרירותי ומתוך שיקולים פוליטיים גרידא, כאשר הוראת החוק תהווה כיסוי פורמאלי בלבד לשיקול הדעת הרחב הניתן למעשה לרשות המבצעת.

112. הוראות עמומות כאלה אינן ממלאות אחר מבחני ההסדרים הראשוניים, ועל כן הפגיעה בזכויות החוקתיות כמפורט לעיל מנוגדת להוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המורה, כי פגיעה תהא "בחוק" או "לפי חוק". על הפגיעה להיות בהסמכה מפורשת בחקיקה (ראו גם: בג"ץ 10203/03 **המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם, 20.8.08). בעניין **ועדת המעקב העליונה** התייחס המשנה לנשיא חשין לשאלה כיצד חוק כזה חייב להיראות וקבע, שהסדר ראשוני חייב לקבוע קריטריונים ברורים ומבחנים מפורטים ומדוקדקים המוצבים בחוק וכחלק אינטגרלי ממנו. לפי קביעתו של המשנה לנשיא חשין, חוק שכזה אסור שיהיה חוק כללי המעניק הסמכה כללית לממשלה או שריה (ראו פסקה 41 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין בפסק הדין **ועדת המעקב העליונה**, שם הוא מפנה גם לבג"ץ 1703/92 **ק.א.ל נ' ראש הממשלה**, פ"ד נב (4) 193, 202 (1998)).

113. בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט בתאריך 14.3.11, שהכינה את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית, טענה עו"ד סיגל קוגוט, היועצת המשפטית של הוועדה כי:
 "המחוקק צריך להגיד את מה שהוא מתכוון. המחוקק אומר לפקידים מה לעשות, לא אחר-כך, כשזה יגיע לבית משפט לעניינים מינהליים או לערעור מינהלי לבית משפט עליון. זה גם יפורש כך, אבל צריך שהמחוקק יגיד את זה. הוא מתכוון לסעיף 7א, הוא מתכוון למעשים של הסתה, הוא מתכוון לעבירה על חוק הדגל והסמל."
 עמוד 40 לפרוטוקול הישיבה מתאריך 14.3.11 נספח ע/9.

114. קיים חשש ממשי, כי הוראות החוק המעניקות שיקול דעת רחב לשר האוצר יהפכו את סוגיית שלטון החוק לשלטון אנשים פוליטיים ולפי עמדותיהם האישיות. בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט מתאריך 26.10.09 ציין נציג משרד המשפטים מר ארליך, כי הענקת הסמכות לשר האוצר להחליט אודות הפחתת התמיכה ו/או התקציב הינה בעייתית ביותר. שכן, שר האוצר "יחליט לפי שיקול דעתו ובהתאם למדיניותו, השקפת עולמו וכן הלאה מה נחשב סותר את הוראות חוק זה

ומה לא. לכן שר אוצר מסוים יחליט שהדבר סותר, שר אוצר אחר יחליט שהדבר אנו סותר, ומדובר בדברים משמעותיים." (עמוד 8 לפרוטוקול הישיבה, נספח ע/6).

115. בעניין **ניימן** עמד הנשיא שמגר על סוגיה זו לאמור:

"ביטוי העיקרי של שלטון החוק הוא בכך שהוא אינו שלטון של אנשים – לפי החלטותיהם, שיקוליהם, ומאוייהם הבלתי מוגבלים – אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות, השוות לכול ואשר מחייבות את הכל במידה שווה."

בג"ץ 2/84 **ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד לט(2) 225, 261 (1985).

116. גם בקנדה נקבעה הלכה דומה, המתייחסת לפירוש "**חוק**" שבצ'רטר הקנדי. כך, למשל, קבע בית המשפט לערעורים של מחוז אונטריו בהתייחסו לחקיקה המגבילה את חופש הביטוי ע"י מתן שיקול דעת רחב לצנזורה על סרטים, כדלקמן:

"In our view, although there has certainly been a legislative grant of power to the board to censor...it is not enough to authorize a board to censor or prohibit the exhibition of any film of which it disapproves. That kind of authority is not legal...that kind of regulation cannot be considered as "**law**". It is accepted that law cannot be vague, undefined and totally discretionary; it must be ascertainable and understandable. Any limits placed on the freedom of expression cannot be left to the whim of an official; such limits must be articulated with some precision or they cannot be considered to be law".

Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors 45

O.R. (2d) 80

החוק אינו לתכלית ראויה

117. פגיעה בזכויות חוקתיות אינה לתכלית ראויה כאשר היא נגרמת באופן שרירותי, תוך עירוב שיקולים פוליטיים ותוך הענשת העותרים בפרט והאוכלוסיה הערבית בכלל. כמו כן, חקיקה זו אינה לתכלית ראויה שכן היא פוגעת באינטרס הציבורי, המחייב דווקא הגנה על פלורליזם תרבותי, חופש ביטוי, שוויון, חופש עיסוק וכבוד. בעניין **מועצת חוף עזה** קבע הנשיא (בדימוס) ברק, כי:

"כן ראינו כי תכלית היא "ראויה" אם היא "משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם לקדמן..." (השופטת ביניש בפרשת מנחם [39], בעמ' 264). תכלית אינה "ראויה" אם היא נועדה לחלק משאבים לאומיים באופן שרירותי ותוך הפליה בין הסקטורים השונים בחברה (ראו פרשת אורון [38], בעמ' 662). לעניין חשיבותה של התכלית, היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרה חברתית מהותית."

בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481, 570 (2005).

ראו גם: בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235, 264 (2002); בג"ץ 5578/02 **מנור נ' שר האוצר**, פ"ד נט(1) 729 (2004).

118. כמו כן, הניסיון למנוע דיון ציבורי או פעילות אינטלקטואלית או אקדמית המתבצעת בדרכי שלום והמופנית נגד המבנה החוקתי של המדינה ומטרתה הינה שינוי המשטר החוקתי, אינה לתכלית ראויה והיא פוגעת באופן יסודי בערכים דמוקרטיים וכדברי בית המשפט העליון:

"דמוקרטיה מניחה שינוי. הטוען לשינויים במבנה המשטר ואף בשינוי החוקה עצמה רשאי להשתתף בידאולוג הדמוקרטי, ובלבד שהוא נוקט באמצעים חוקיים כדי להגשים את מטרתו, ומטרה זו עולה בקנה אחד עם המאפיינים הגרעיניים של הדמוקרטיה."

א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 נ' ח"כ טיבי**, פ"ד נז(4) 1, 24 (2003).

119. ועוד, החוק אינו לתכלית ראויה, כי הוא מעגן באופן עקיף את עקרון הענישה הקולקטיבית שכן, בשל מעשה בודד או מעשה של יחיד קבוצת מקבלי שירות רחבה עלולה להינזק. תוצאה אבסורדית זו הודגמה בישיבת וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מתאריך 26.10.09 ע"י מר ארליך נציג משרד המשפטים כדלקמן:

"נניח, רשות מקומית מסוימת ביצעה עצרת שנתפסת כסותרת הוראה מהוראות חוק זה. סמכותו של שר האוצר על פי החוק לשלול תקציבים מאותה רשות מקומית, כשלתקציבים הללו אין שיעור, אין הקצבה, זה יכול לכלול מענקי איזון, זה יכול לכלול כל תקציב שהוא. אנחנו חושבים שעלולה להימצא פה פגיעה, מה שמכונה "לא מידתית", כלומר, כל אזרחי הרשות עלולים להיפגע.... פעולה אפילו מינורית של הרשות. בגלל עצרת קטנה ומצומצמת עשרות אלפי אזרחים עלולים להיפגע."

...
דוגמה אחרת מאותו כיוון. למשל, גוף, עמותה או מלכ"ר, שנתמכים לפי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, שפעל איזה פעולה, אמר איזו אמירה או באיזו פעילות שלו הוזכר משהו שיתפס, ואולי בצדק, כשולל הוראה מהוראות החוק, התמיכה שלו יכולה להישלל לחלוטין ולהביא לקריסתו בשל שבריר של פעולה בודדת שהגוף ביצע מבין אלפי או עשרות אלפי פעולות שהוא מבצע בשנה."

עמוד 4-5, נספח ע/6.

120. ניכר שמנסחי החוק ביקשו להכשיר את החוק על ידי היצמדות בעיקר להוראת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת (ראו דברי ההסבר להצעת החוק), המתנה השתתפות רשימות בבחירות לכנסת בכך שהרשימה המתמודדת ו/או המועמד מטעמה לא שוללים את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. טענת מובילי החוק היא שאם ניתן להתנות את ההשתתפות בבחירות לכנסת באי שלילת קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, אזי בוודאי המדינה תהיה רשאית להימנע מתמיכה בפעילותו של מוסד מתוקצב או נתמך, אם הוא מבצע פעולה השוללת את קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

121. ראשית יש לציין, כי על סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת נמתחה ביקורת רבה. הסעיף במקורו נחקק בשנת 1985 וקודם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והוא לא נדרש לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בו; והיותו חוק יסוד הוא מקשה את מלאכת הביקורת השיפוטית. בכל אופן, קיומה של העילה של "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" בחוק יסוד: הכנסת אינה כשלעצמה מכשירה את השתכללותה היום בתיקון לחוק יסודות התקציב וזאת משום שעילה זו פוגעת באופן יסודי בזכויות יסוד. על הבעייתיות בעילה זו עמד פרופ' מרדכי קרמיניצר כלהלן:

"עילה זו יוצרת ומעלה לפני השטח קשיים רבים ביחסים ובציפיות שבין הרוב היהודי ובין המיעוט הערבי. קשה מאוד, וספק רב אם הוגן, לצפות ממיעוט זה לקבל את מדינת ישראל כמדינה יהודית, וזאת בשל טעמים אחדים."

1. נסיבות הקמת המדינה נתפסות בעיני הפלסטינים כעוול חמור כלפיהם. על עוול זה נוספות הפגיעה בתחושת הבית, הזהות וההזדהות, הכרוכות מבחינתם בהיותה מדינה "יהודית".
2. יהודיות המדינה היוותה תירוץ והסבר לאפליה ולקיפוח שיטתיים של המיעוט הערבי, כגון בתחומי הקרקעות, בתכנון בנייה ופיתוח, בהקצאת משאבים בחינוך ובתרבות, ועוד....
3. לצד ההתייחסות המקובלת בקרב היהודים, שאין בה ציפייה מהאזרחים הערבים בישראל להיות ציוניים, אפשר למצוא בפסק הדין בעניין בשארה התייחסויות המתקרבות מאוד לציפייה כזו....
4. כל עוד לא קמה מדינה פלשתינית, וכל עוד חלק ניכר מקרב הציבור היהודי מתנגד להקמתה; כל עוד אין הכרה רשמית במיעוט הפלשתיני כמיעוט לאומי, שיש לו זכויות בתור שכזה, ספק רב אם יש מקום לתבוע מהמיעוט הפלשתיני בישראל הכרה באופייה היהודי של המדינה וקבלתו.
5. על ההכרה מצד האזרחים הערבים, מקשה המעמד האזרחי במדינת ישראל המוענק ליהודית באשר הם, הבאים להתיישב בה, והעובדה כי אותו מעמד ואותה זיקה עוברים בהכרח דרך קבלת הדת היהודית...."

מרדכי קרמניצר פסילת רשימות (המכון הישראלי לדמוקרטיה, נייר עמדה 59) (2005) עמ' 49-51.

122. שנית, ההקבלה שביקשו חלק מחברי הכנסת לעשות בין חוק יסוד הכנסת לבין החוק הנדון אינה נכונה גם בשל העובדה שהחוק הנדון אינו מאמץ את הפרשנות של הפסיקה העליונה בעניין פסילת רשימה שהיא שונה באופן בסיסי ויסודי מלשונן של הוראות החוק הנדון. הפסיקה פירשה את סעיף 7א כזה הדורש כתנאי לפסילת רשימה שיהיו לה "מאפיינים דומיננטיים, הניצבים כמרכזיים בין השאיפות או הפעילויות של הרשימה" וקבעה שאין לפסול רשימה בשל "דברים שוליים אשר השלכתם על המכלול הרעיוני והביצועי איננה משמעותית ורצינית" וכי "אין להסתפק בפעילות ספורדית, כי אם בפעילות שיטתית חוזרת ונשנית אשר צריכה לבוא לידי ביטוי חמור ומשמעותי בעוצמתה" (ע"ב 561/09 בל"ד ורע"מ-תע"ל נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18, פסקה 43 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (טרם פורסם, ניתן ביום 7.3.11). ואולם, הוראת החוק הנדון קובעת, כי ניתן להפחית את התקצוב ו/או התמיכה הממשלתית בגוף מתוקצב בשל מעשה חד פעמי שאינו מרכזי בפעילות הגוף המתוקצב.

123. שלישית, הניסיון ההיסטורי מאז חקיקת סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת בשנת 1985 עד כה מלמד, כי השימוש שנעשה בו על ידי המפלגות הפוליטיות לצורך פסילת רשימות ערביות היה שימוש פסול, פוליטי ולצרכים מפלגתיים צרים, והוא נהפך לשיגרה היוצרת ניכור ציבורי בכל הקשור לגיטימיות של המפלגות הערביות. התופעה הזו התרחשה בגלל שסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת יצר זיקה מובהקת בין אידיאולוגיה ופוליטיקה מפלגתית לבין מימוש חירויות יסוד. לכן, דווקא בגלל הניסיון הזה, היה על הכנסת להימנע מאימוצו של סעיף 7א המבקש מהמדינה, לנהוג כמנהג מפלגות פוליטיות, במקום לנהוג בניטרליות מול המוסדות הנתמכים,

124. רביעית, והחשוב מכל, המסקנה העולה מהוספת העילה הנ"ל לחוק הנדון יחד עם הניסיון ההיסטורי שהוזכר לעיל ולאור ההיסטוריה החקיקתית היא שהשימוש בעילה זו ייעשה בעיקר נגד האוכלוסייה הערבית והיא לא תופעל נגד גופים חרדים נתמכים ו/או מתוקצבים למרות שהם תומכים במדינת הלכה ומתנגדים לעקרונותיו של משטר דמוקרטי בניגוד לשון העילה. חוק

המכוון נגד אוכלוסייה מסוימת בגלל שיוכה הקיבוצי, הוא לא לתכלית ראויה. אך גם אם יופעל החוק נגד שתי האוכלוסיות, הערבית והחרדית, הוא יהיה לא לתכלית ראויה בהיותו מכוון נגד שתי קבוצות מיעוט. בעניין **ולנר** ציין הנשיא שמגר כתוארו אז, כי:

"יש רשימות השואפות במצען הפוליטי להשלטת דין תורה במקום המשפט האזרחי – החילוני, קרי לביטול בית המשפט לחלוטין; יש רשימות ששמירת הסטטוס קוו הדתי חרותה על דגלן. אין לפי תפיסותינו איסור שבדין על שאיפה להשגת מטרות כמודגם לעיל, ועל ניסיון לקדם מטרות בהליכים פרלמנטריים... רשימה רשאית להתנגד לחקיקת מגילת זכויות האדם, היא גם רשאית להטיף לפיחות בערכם של מגילת זכויות או של חוק יסוד, ולשאוף לביטול חוקי היסוד."

בג"ץ 5364/94 **ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית**, פ"ד מט (1) 758, 789-790 (1995); ראו גם דברי הנשיא שמגר בע"ב 1/88 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-12**, פ"ד מב(4) 177 (1988).

125. לדיון זה מתאימים דבריה של השופטת דורנר בפיסקה 2 לפסק דינה בעניין **טיבי הנ"ל**:

"סעיף 7א לחוק-יסוד: **הכנסת** נועד לגונן על ערכים אלה, שהם ממהותה של מדינת ישראל, ולמנוע כי בבית הנבחרים של המדינה יכהנו רשימות וחברי-כנסת השוללים אותם. אלא שפסילת רשימות ומועמדים אך משום שאינם מחויבים אידאולוגית לערכי היסוד של המדינה עשויה להוציא קבוצות מיעוט משמעותיות מן המשחק הפוליטי. כך, בני המיעוט הערבי, ברובם, אינם מבקשים לקדם את ערכי המדינה כמדינה יהודית. ואילו בקרב האוכלוסייה היהודית קיימות קבוצות שאינן מחויבות לערכי המדינה כמדינה דמוקרטית הנוהגת בשוויון מלא באזרחיה הערבים. פסילת רשימות ומועמדים המייצגים קבוצות אלה תותיר את חבריהן ללא ייצוג בכנסת."

לאור האמור לעיל, החוק הנדון נכשל מלהציג תכלית ראויה, הנותנת משקל כלשהו לערכים דמוקרטיים.

מבחן המידתיות

126. החוק אינו "חוק" כמשמעו בחוק היסוד והוא אינו לתכלית ראויה וגם המחוקק לא הציג בדיוניו תכלית ראויה שמתיישבת עם הלכות בית המשפט הנכבד הזה. לכן במקרה דנן, מתייתר הצורך בבדיקת הרציונליות והסבירות של החוק לפי מבחן המידתיות וזאת מאחר שתכליתו, שהיא נקודת המוצא למבחן המשולש של המידתיות, אינה ראויה כדי לבדוק את איזונה עם אינטרסים אחרים.

127. לאחר שהעותרים פירטו את שלל הפגיעות החוקתיות שגורם החוק, ממילא נטל ההוכחה עובר למשיבים לבוא ולנמק מדוע החוק הינו "חוק" לתכלית ראויה ועומד בתנאי המידתיות. בהקשר זה קבע השופט לוי כדלקמן:

"משנמצא כי דבר-חקיקה פוגע בזכות-יסוד מוגנת, נטל ההוכחה כי הפגיעה מידתית ולפיכך חוקתית הוא על הטוען לחוקתיות החוק."

בג"ץ 366/03 **עמותת מחוייבות לשלום ולצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464 (2005), פסקה 18 לפסק דינו של השופט לוי (דעת מיעוט אך לא בעניין זה).

(כן ראו: בג"ץ 8035/07 **אליהו נ' ממשלת ישראל** (פסק דין מתאריך 21.5.08); אהרן ברק **מידתיות במשפט, הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (2010) 529-542).

לאור האמור לעיל מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי כמפורט במבוא לעתירה ולאחר קבלת תשובות המשיבים להפכו למוחלט.

דן יקיר, עו"ד

סאוסן זהר, עו"ד

חסן ג'בארין, עו"ד

ב"כ העותרים

חיפה, 4.5.11