

# מדינה יהודית ודמוקרטית והעדפת אינטרסים של יהודים: גילוי וכיסוי

17 יולי, 2023

ברק מדינה

**המטרה העיקרית של תכנית הממשלה להחלשת הביקורת השיפוטית היא ביטול "המהפכה החוקתית", לא רק בהיבט של ביטול הסמכות לביקורת זו, אלא בחזרה לתפיסה שלפיה מדינת ישראל רשאית להעדיף אינטרסים של הרוב היהודי תוך הפליית המיעוט הערבי.**

האם האפיון של מדינת ישראל כמדינה יהודית מצדיק או אף מחייב העדפת אינטרסים של יהודים, או דווקא שולל העדפה כזו? סוגיה זו עומדת במוקד תכנית הממשלה לביטול הביקורת השיפוטית. אני מבקש לתאר את התפתחותה של התפיסה לגבי מידת המחויבות של מדינת ישראל לשוויון בין יהודים לערבים. **אצביע על דפוס חוזר של עמימות מכוונת בעמדת הממשלה והכנסת בנושא, ואברר את ההשלכות של עמימות זו.**

## הזהות החוקתית של מדינת ישראל, 1949–1992: התנערות מהמחויבות לשוויון

ניתן לאפיין שלוש תקופות בהיסטוריה של מדינת ישראל בסוגיית השוויון. **נקודת המוצא היא תוכנית החלוקה שאימצה העצרת הכללית של האו"ם ב-29 בנובמבר 1947.** האו"ם ביקש לוודא ש"הזהות החוקתית" של שתי המדינות שאמורות היו לקום בתום המנדט הבריטי תבטא מחויבות לכיבוד זכויות האדם. בתכנית החלוקה נקבע שכל אחת מן המדינות תהיה מזוהה עם לאום מסוים, אולם האפיון הלאומי לא נועד להצדיק הפליה בין אזרחים יהודים לערבים. מכוח התוכנית היה על כל אחת מן המדינות שיקומו להתחייב לכונן חוקה, שבה, בין היתר, היה עליהן **"להבטיח לכל אדם שוויון ואי-הפליה בעניינים אזרחיים, מדיניים, כלכליים ודתיים, והנאה מזכויות אדם וחירויות יסוד".** עם הקמתן היה על כל אחת מהמדינות למסור הכרזה, **הכרזה בעלת מעמד חוקתי שתכלול מחויבות לזכויות אלה.** עם ייסוד המדינה ב-15 מאי 1948, כאשר ראשי המדינה סברו שתנאי להכרה בה הוא עמידה בתנאי תוכנית החלוקה, נוסחה **ההכרזה על הקמת המדינה** באופן שתואם בעיקרו את הוראות תכנית החלוקה. מכאן ההתחייבות שנקבעה בהכרזה ל"שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור" לכל אזרחי המדינה, וההתחייבות שלציבור הערבי תוקנה "אזרחות מלאה ושווה" ו"נציגות מתאימה בכל מוסדות השלטון".

יתכן שבעת ניסוח ההכרזה הנהגת המדינה אכן התכוונה לפעול בהתאם לאמור בהכרזה. אולם מחויבות זו זנחה חיש מהר. הזניחה לא היתה רק בסוגיית החוקה ובדרישה להעניק להכרזת העצמאות מעמד חוקתי, אלא בהפרה של החובה לנהוג בשוויון. בשנים 1949–1992 ננקטה מדיניות **שביטאה הפליה נרחבת של הציבור הערבי** ככמעט כל היבט אפשרי – בהקצאת משאבים ציבוריים ובהפקעת קרקעות, בהגבלת חירויות, בהימנעות מקביעת איסור על הפליה נגד ערבים בשוק התעסוקה והדיור, ועוד. המדיניות המפלה זכתה לתמיכה נרחבת של הציבור היהודי בישראל: בסקרים שונים מתקופה זו נמצא שכ-75%–80% מהציבור היהודי תמכו בהעדפת אינטרסים של יהודים על פני אלו של ערבים. בשנות ה-1990 חלה ירידה מסוימת בתמיכה זו, אך אפילו ב-1995 עדיין הסתכם שיעור הסבורים שאין להפלות אזרחים ערבים **בכ-25% בלבד.**

היבט חשוב בהקשר זה הוא הבחירה שלא לעגן בחוק יסוד הסמכה לנקוט במדיניות מפלה. הימנעות זו נבעה מהערכה שקביעה מפורשת בדבר העדפת אינטרסים של יהודים כרוכה בעלות ניכרת, בעיקר בשל ביקורת בינלאומית נרחבת שהיא תגרור; ותועלתה מועטה, שכן בית המשפט ממילא נמנע כמעט לחלוטין מלהחיל ביקורת שיפוטית על המדיניות המפלה. לפיכך לא נדרש עיגון חוקתי למדיניות זו.

## הזהות החוקתית של מדינת ישראל, 1992–2011: מחויבות לשוויון

התקופה הבאה, השנייה, ידועה כ"מהפכה החוקתית", ומשתרעת על פני כשני עשורים, מ-1992 עד 2011. חקיקת **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** בשנת 1992, היא נקודת הציון המשמעותית ביותר. חוק היסוד אמנם לא הסיר לחלוטין את העמימות בשאלת זהותה החוקתית של ישראל, אך הוא נוטה במובהק להכרה בזהות החוקתית הליברלית שנקבעה בהכרזה על הקמת המדינה. ביטוי לכך יש בעצם חקיקתו, כלומר בחקיקה של מגילת זכויות אדם, צעד שהכנסת נמנעה ממנו עד אז, ובקביעה (בסעיף 1) שזכויות האדם בישראל "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל", שכוללת מחויבות מלאה לשוויון. בצד זאת, הבחירה של הכנסת, שהיא חריגה ביחס לכל מגילת זכויות אדם, שלא לכלול בחוק היסוד הכרה מפורשת בחובה לכבד את הזכות לשוויון, מבטאת רתיעה מהכרזה חד-משמעית על זהות חוקתית ליברלית. העמימות החלקית הזו הוסרה בפסיקה. בית המשפט העליון פסק כי הזכות לכבוד האדם, שעומדת במוקד בחוק היסוד, כוללת גם את הזכות לשוויון (בין היתר **בפרשת מילר** (1995), בפרשת **עדאלה** (2006) ובפרשת **נסר** (2012)). היה זה אמנם בית המשפט שהכריז מפורשות על הזהות החוקתית החדשה-ישנה הזו, כלומר על "מהפכה חוקתית", אך **פרויקט היה משותף לכלל הגורמים הרלוונטיים**: תחילה, כאמור, הכנסת בכובעה כרשות מכוננת, בחוקקה את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; בעקבותיה בית המשפט; והכנסת בפעילות חקיקה נרחבת, בעיקר בתחום השוויון; והממשלה, שנקטה מדיניות ברוח זו. **לאילו נלווה שינוי יסודי בעמדות הציבור באשר לזהות החוקתית של המדינה**. בתחילת המאה ה-21 חל מהפך של ממש בעמדת הציבור באשר לזהות החוקתית של המדינה. מאז ראשית שנות ה-2000, כאשר הזהות החוקתית החדשה כבר התגבשה, **חלה ירידה של ממש בשיעור התמיכה בקרב הציבור היהודי בהפליה, לכ-40%**, כמחצית משיעור התמיכה בכך לפני "המהפכה החוקתית".

השינוי באפיון הזהות החוקתית של מדינת ישראל בהקשר הלאומי לא פתר את שלוש הבעיות היסודיות בתחום ההפליה נגד אזרחים ערבים – אי-אמון של הממשלה בנאמנותם של אזרחי ישראל הערבים, ההפליה בשוק הפרטי (בתעסוקה, במגורים ובהספקת שירותים ומוצרים) ואי-שוויון ניכר במצב החברתי-כלכלי (בנתוני הבריאות, בהישגים בחינוך, במצב כלכלי ובמגוון היבטים נוספים). אולם, בתקופה הנדונה גברה מאוד המחויבות של רשויות השלטון לנקוט יחס שוויוני כלפי האזרחים הערבים, והחל שיפור הדרגתי במצב החברתי-כלכלי של ציבור זה.

## הזהות החוקתית של מדינת ישראל, מאז 2011: נכונות לפגיעה בשוויון

בעשור האחרון, החל משנת 2011 לערך, ניכר שינוי בעמדת הרוב בכנסת ובתקופות מסוימות גם בעמדת הממשלה, שעיקרו ערעור התמיכה במודל הליברלי והעדפה של מודל לא-ליברלי. שינוי הכיוון מתבטא בעיקר בחקיקה. אמנם החקיקה הענפה משני העשורים שלאחר המהפכה החוקתית, ששיקפה מעבר למודל הליברלי בקביעת חובה לנהוג בשוויון במישור הלאומי לא בוטלה, אך הכנסת נמנעה מלהמשיך לחוקק בכיוון זה. יתר על כן, החל משנת 2011 נחקקה שורה של **הוראות חוק שמשקפות, אמנם בזהירות ולא במפורש, העדפה של מודל לא-ליברלי**. דוגמאות לכך הן "**חוק הנכבה**", "**חוק החרם**", ו"**חוק ועדות קבלה**", שלושתם מ-2011; תיקונים לחוק-יסוד: הכנסת, שהרחיבו את המקרים שבהם ניתן לפסול מועמדים בבחירות לכנסת (**בשנת 2008 ובשנת 2017**) וקבעו אפשרות **להדיח חבר כנסת מכהן** אם התבטא באופן שיש בו הסתה לגזענות או תמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל (2016); **והעלאה של אחוז החסימה** בבחירות ל-3.25%, באופן שעלול היה לפגוע בייצוג של הציבור הערבי בכנסת (2014).

ציון דרך מרכזי בהקשר זה הוא **חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי** שנחקק ב-2018 ("חוק-יסוד: הלאום"). לפי **דברי ההסבר להצעת החוק**, חוק היסוד נועד "לעגן בחקיקת יסוד את זהותה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי". יוזמי החוק ביקשו לחזק את מה שנתפס בעיניהם כביטוי לאופייה של ישראל כמדינה יהודית, ובעניין חלק מהוראות החוק הצהירו כמה חברי כנסת במפורש כי **הדבר ייעשה בדרך של צמצום המחויבות לנהוג בשוויון כלפי הציבור הערבי**. המענה לשאלה באיזו מידה הושגה תכלית זו אינו חד-משמעי. מצד אחד, ההוראות בחוק-יסוד: הלאום נוסחו בלשון הצהרתית כללית, בלא לקבוע היתר מפורש לפגוע בזכות לשוויון או בזכויות חוקתיות אחרות. מהצד האחר, קשה לתת מובן סביר כלשהו לסעיף 7 לחוק היסוד שאין בו משום פגיעה בשוויון בין יהודים לערבים: אם הממשלה תפעל כמצוותו של סעיף 7 לקידום "התיישבות יהודית", היא בהכרח תפלה בין יהודים לערבים. אך **העיקר כאן הוא המסר הכללי בדבר הזהות**

החוקתית שמועדפת על הכנסת. בהקשר זה בולטת שתיקתו המוחלטת של חוק היסוד באשר להיבטים המרכזיים של הזהות החוקתית הליברלית, שתיקה שעלולה להתפרש כבחירה להעדיף את המודל שנהג עד 1992 על פני המודל הליברלי. לעניין זה שלושה היבטים משמעותיים: הבחירה שלא להזכיר כלל את ההכרזה על הקמת המדינה בחוק שעוסק בכך שישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי; היעדר אזכור, ולו ברמז, של החובה לנהוג בשוויון או לכבד זכויות אדם כלשהן; והבחירה שלא לציין את החובה לכבד זכויות קיבוציות של הציבור הערבי, ולמעשה התייחסות למיעוט הלאומי הערבי רק בביטול מעמדה של השפה הערבית כשפה רשמית.

תיקוני החקיקה שהוזכרו, ובמיוחד חוק הלאום, מבטאים את הדפוס שאפיין את התקופה שקדמה לשנת 1992: חקיקת הסדרים שאינם עולים בקנה אחד עם מודל ליברלי בדבר שוויון בין יהודים לערבים, המעידים על כך שהכנסת מעדיפה מודל לא-ליברלי, תוך הימנעות מאמירה מפורשת ברוח זו בחקיקה. בעתירות נגד החוקים הללו התעוררה השאלה אם החקיקה מבטאת שינוי בזהות החוקתית של המדינה. בית המשפט העליון נמנע מלהכריע ברורות. בפסקי הדין שדנו בתוקפם של החוקים ה"רגילים" – חוק הנכבה, חוק החרם וחוק ועדות קבלה – בית המשפט שב והצהיר על הזהות החוקתית במתכונתה הליברלית, ובכלל זה על החובה לנהוג בשוויון ועל החובה לכבד את חופש הביטוי. אך מלבד פסילת הוראה מסוימת בחוק החרם, העתירות נדחו בשל "היעדר בשלות", כלומר משום שטרם יושמה הסמכות שנקבעה בהם. אין לשלול את האפשרות שגישה זו מבטאת הערכה של בית המשפט שבשל השחיקה המסתמנת במחויבות של הרשויות הפוליטיות למודל הליברלי של הזהות החוקתית, אין מספיק הכשר ציבורי להכרזה על בטלותן של הוראות חוק אלה.

בפרשת חסון (2021) בעניין חוק-יסוד: הלאום דבק בית המשפט בגישה דומה. הוא הותיר עמימות בשאלה אם בעקבות חוק היסוד השתנתה הזהות החוקתית של המדינה. בית-המשפט הכיר עקרונית בכך שכוחה של הכנסת לחוקק חוקי יסוד ולתקנם הוא מוגבל נוכח הזהות החוקתית של מדינת ישראל. אך כאשר הוא אפיין את רכיביה של הזהות החוקתית הזו, הוא לא הזכיר מפורשות את החובה לנהוג בשוויון. יתכן שזהו ביטוי לנכונות להכיר בשינוי מסוים בזהות החוקתית של המדינה לכיוון לא-ליברלי. בית המשפט אמנם פרש את סעיף 7 בצמצום, ופירט שורה של הסדרים שיישומם נותר אסור, כפי שהיה לפני חקיקת חוק הלאום, ובהם הקמת יישובים נפרדים ליהודים והענקת תמריצים רק לאזרחים יהודים שיעברו להתגורר בצפונה של המדינה. אולם המשנה לנשיאה מלצר היה היחיד משופטי הרוב שקבע ברורות כי "יש לפרש את סעיף 7 לחוק-יסוד: הלאום ככזה שאיננו מתיר אפליה". שאר השופטים לא שללו את האפשרות שסעיף 7 שינה את המצב המשפטי בסוגייה זו ושהוא מתיר לכנסת ולממשלה להעדיף אינטרסים של יהודים. הנשיאה חיות קבעה בעניין זה שחוק הלאום "לא [הוביל בפועל לשינוי דרסטי של המשטר החוקתי בישראל]", בלי לשלול מפורשות את האפשרות ששינוי כלשהו, שאינו "דרסטי", אכן התרחש. תשעה מבין אחד עשר השופטים קבעו שהסדר שנקבע אינו מפר את הזהות החוקתית של מדינת ישראל, משום שלשיטתם אין מניעה עקרונית להעדיף אינטרסים של יהודים על פני אלה של ערבים ויייתכנו נסיבות, שטיבן לא פורט, שבהן תותר הפליה (כך, למשל, הנשיאה חיות והשופט פוגלמן). ההימנעות מהכרעה שיפוטית ברורה באשר ליחס שבין החובה לנהוג בשוויון לבין אופייה של ישראל כמדינה יהודית עלולה לבטא שינוי בגישתו של בית המשפט, אף אם השינוי מתון ועיקרו בשלב זה רטורי.

מטבע הדברים, השינוי בעמדות הכנסת והממשלה בעשור האחרון משקף צמצום בתמיכה הציבורית בזהות החוקתית הליברלית. הביטוי העיקרי לשינוי ניכר בסקרים החל משנת 2015 לערך, שבמהלכה עלה לכ-50% שיעור היהודים הסבורים שעל מדינת ישראל להעדיף אינטרסים של יהודים על פני אלה של ערבים.

### על הפרק: אימוץ זהות חוקתית לא-ליברלית במהלך מהפכני

ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל מלמדת שהזהות החוקתית משתנה בשני אופנים עיקריים: האחד, שינוי "מהפכני", בעקבות חקיקת חוק יסוד במהלך שמבטא הסכמה ציבורית רחבה, כפי שארע בשנת 1992, עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; האחר, שינוי הדרגתי, בעקבות שינויים בעמדות הרשויות הפוליטיות, בית המשפט והציבור, כפי שארע בעשור האחרון. תוכניתה של הממשלה להחלשת הביקורת השיפוטית מבטאת ניסיון לשנות את הזהות החוקתית בדרך שונה: שינוי "מהפכני", בלא שהתגבשה לגביה הסכמה ציבורית רחבה. מהלך כזה מרוקן מתוכן את מהותה של חוקתיות. העובדה שהרוב בכנסת ה-25 תומך כנראה במודל חלופי, לא-ליברלי, של הזהות

החוקתית, היא נתון רלוונטי, שנותן אותותיו מזה עשור שנים בשינויים הדרגתיים בזהות החוקתית של מדינת ישראל. אך נתון זה כשלעצמו אינו מספיק כדי להצדיק שינוי מהפכני שיבטל באחת את הזהות החוקתית הקיימת.

אימוץ מפורש של המודל הלא-ליברלי אינו זוכה לתמיכה ציבורית נרחבת. מכאן גם ההתנגדות הציבורית הנרחבת לתוכנית הממשלה להחלשת הביקורת השיפוטית. **העובדה שהממשלה בחרה לקדם את אימוצה של זהות חוקתית חדשה על ידי החלשת הביקורת השיפוטית ולא על ידי עיגון מפורש של המודל החלופי בחוק-יסוד**, מבטאת הכרה של הממשלה עצמה בכך שלא רק שאין תמיכה רחבה במודל החלופי, אלא בכך שהיעדר הסכמה כזו שולל את ההכשר הדמוקרטית של המהפכה החוקתית שבה מעוניין הרוב. תמיכה ציבורית רחבה כזו היא תנאי הכרחי, אף שאינו מספיק, להביא לשינוי בתוכנה של הזהות החוקתית.

העמדה שהשלטון רשאי להעדיף אינטרסים של אזרחים יהודים על פני אלה של אזרחים ערבים משמעותה כפירה בקיומה של חובה לכבד את הזכות לשוויון. זוהי גישה שמשמעותה שמדינת ישראל אינה יכולה להיחשב מדינה דמוקרטית. אין בנמצא מדינה שמוכרת כמדינה דמוקרטית, שהזהות החוקתית שלה אינה מבטאת מחויבות חזקה לחובה לכבד זכויות אדם בכלל, וזכויות מיעוטים בפרט. לכן, **אפילו היתה מתגבשת תמיכה ציבורית רחבה במודל הלא-ליברלי, לא היה בכך כדי להצדיק את אימוצו של מודל זה**, שעומד בסתירה להצדקה הבסיסית לקיומה של מדינה.

יתר על כן, אימוץ זהות חוקתית לא-ליברלית צפוי להשמיט גם את ההכשר הבינלאומי והמוסרי לקיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, כלומר מדינה שבה מתממשות זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית לאומית. הקביעה בתכנית החלוקה של האו"ם, ובעקבותיה בהכרזה על הקמת המדינה, שמדינת ישראל מחויבת ל"שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור", משקפת את העובדה שמבחינה מוסרית, זהו תנאי הכרחי להכרה בקיומה של מדינה שמזוהה עם קבוצה לאומית-אתנית מסוימת, כאשר קיים מיעוט משמעותי מקרב ציבור האזרחים שאינו נמנה עם קבוצה זו וקיים שסע ניכר בין הקבוצות. **קיומה של ישראל כמדינה יהודית (או כמדינתו של העם היהודי) מוצדק מוסרית רק אם המדינה מקיימת מחויבות חזקה במיוחד להגנה על זכויות המיעוט הערבי.**

ההכרה בכך שאימוץ מודל לא-ליברלי סותר חזיתית מושכלות יסוד של שיטת המשטר הדמוקרטית, ובוודאי של דמוקרטיה כמו מדינת ישראל, שמזוהה עם קבוצה לאומית-אתנית מסוימת, היא שעומדת, ככל הנראה, ביסוד הבחירה של ממשלת ישראל להימנע מעיגון מפורש של מודל זה והעדפת הדרך של החלשת הביקורת השיפוטית. אימוץ מודל כזה יזכה לביקורת בין-לאומית חריפה, לפגיעה קשה בכלכלת המדינה ולתגובה ציבורית תקיפה בתוך ישראל. למרבה המזל, הניסיון להסוות את המהלך הזה כ"רפורמה" בבחירת שופטים ובהיקף הביקורת השיפוטית לא צלח, ומשהוברה מהותה של התכנית, אין פלא שהתגובות לה היו קשות.

המציאות בישראל בשנת 2023 מדאיגה. אף אם המאבק הציבורי יצליח למנוע את מימוש תכניתה של הממשלה להחלשת הביקורת השיפוטית, כפי שמסתמן במועד כתיבת שורות אלה, **המגמה של היחלשות התמיכה הציבורית במודל הליברלי של הזהות החוקתית של מדינת ישראל תעמוד בעינה**. ההסתמכות על הביקורת השיפוטית לשם הבטחת כיבוד זכויות האדם עשויה אולי להועיל בטווח הקצר, אך הדפוס שמסתמן בפסיקה בעשור האחרון והתעצמות החקיקה והמדיניות הממשלתית שמשקפות תפיסה לא-ליברלית הם מקור לדאגה. הדרך העיקרית לקידום זהות חוקתית ליברלית היא באמצעות קביעת חוק-יסוד שיעגן זאת מפורשות, אף מעבר לקבוע כיום בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ברק מדינה הוא פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים מחזיק בקתדרה על שם לנדקר-פרנץ' לחקר ההגנה על מיעוטים .,

[barak.medina@mail.huji.ac.il](mailto:barak.medina@mail.huji.ac.il)