

אל: חברי הוועדה המשותפת לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי  
מאת: הייעוץ המשפטי לוועדה

### מסמך הכנה לדיון ביום 27.11.17 - הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי

בדיוני הוועדה שהתקיימו עד כה, דנה הוועדה בסמלים המובהקים ביותר המבטאים את האופיה היהודי של המדינה במרחב הציבורי – הדגל, הסמל, ההמנון, בירת המדינה, לוח השנה של המדינה, יום העצמאות וימי זיכרון של המדינה, וימי המנוחה של המדינה. בדיון האחרון, דנה הוועדה בסעיף 7 להצעה העוסק בקשר עם התפוצות, וכן החלה לדון בסעיף 6 המוצע שעניינו שבות וקיבוץ גלויות.

בדיון הקרוב, תשלים הוועדה את דיוניה בסעיף 6 המוצע, וכן תדון בסעיף 5 המוצע העוסק בשפה, ובסעיף 12 המוצע העוסק בשמירת המקומות הקדושים.

כמפורט להלן, לעניין סעיף 6 המוצע בעניין שבות, בישיבה הקודמת של הוועדה עמדנו על העובדה שהנוסח המוצע משנה את המצב הנורמטיבי הקיים, משום שהוא יוצר מדרג בין זכותו של יהודי (בן לאם יהודייה או מי שהתגייר) לשבות שמוצע לעגן ברמה חוקתית, וזכותם של בני משפחה של יהודי שאינם עצמם יהודים, הנותרת מעוגנת רק ברמה של חוק "רגיל" (חוק השבות). בהתאם לכך, במהלך הדיון הקודם, דנה הוועדה במספר חלופות לניסוח סעיף 6 להצעת החוק שלא ייצרו מדרג כאמור, ובכלל זה, לעשות שימוש במונחים רחבים יותר שאינם מתייחסים לזכות האישית לעלות, דוגמת הנוסח שבהכרזת העצמאות – "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות", או לשקול לקבוע במפורש בחוק היסוד כי הזכות החוקתית תינתן ל"כל בן לעם היהודי ובן משפחתו, כפי שיפורט בחוק".

באשר לסעיף 5 המוצע (השפה), כמפורט בהרחבה להלן, למרות ההתייחסות לעברית ולערבית כשפות רשמיות בסימן 82 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922 עד 1947, בפועל, בחקיקה ובפרקטיקה הקיימת מוקנית עדיפות ברורה לשפה העברית והיא נחשבת ל"שפת המדינה", גם אם בהיבטים שונים מוקנה מעמד מיוחד לשפה הערבית. ככל שהוועדה מבקשת לעגן בחוק היסוד את העדיפות של השפה העברית על פני השפה הערבית, אך במקביל לשמר את המעמד המיוחד של השפה הערבית, עיקר הדיון יעסוק באופן בו יעוגן מקומה של השפה הערבית - האם כ"שפת רשמית", "שפה רשמית שנייה", או שפה הנהנית מ"מעמד מיוחד במדינה".

באשר לסעיף 12 המוצע (שמירת המקומות הקדושים), ראשית, עולה שאלה באשר לצורך בהכללתו בחוק היסוד, בהתחשב בכך שהוא מעוגן כבר בנוסח זהה בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל. מעבר לכך, ככל שהוועדה תבקש לחוקק את הסעיף, אנו סבורים שיש לשקול האם לערוך שינוי בנוסחו שיבהיר מהו היחס בין מרכיביו השונים, ובפרט בין "חופש הגישה" למקומות הקדושים, ובין ההגנה על רגשותיהם של המתפללים במקום. בנוסף, אנו סבורים כי ראוי לתת את הדעת לשאלת ההגבלות האפשריות על זכות זו.

#### **א. שבות וקיבוץ גלויות**

סעיף 6 המוצע, שעניינו הזכות לשבות ולקיבוץ גלויות, מהווה ביטוי נוסף לאופיה היהודי של המדינה, וקובע את העיקרון הבסיסי כי כל יהודי זכאי לעלות למדינת ישראל.

מקובל לומר שלזכות זו יש שתי פנים: ראשית, שהמדינה מהווה מקלט לכל יהודי בעולם. שנית, שהמדינה "שייכת" במובן מסוים לכל יהודי בעולם, ותמיד נתונה לו האפשרות לעלות לארץ. כבר בהכרזת העצמאות יש התייחסות מפורשת לעיקרון יסוד זה של מדינת הלאום היהודי ומצוין כי: "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה

יהודית ולקיבוץ גלויות". בהמשך נקבעו הוראות מפורטות בעניין בחוק השבות, התשי"ב-1950 (שקובע מי זכאי לשבות), ובסעיף 2 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (המעניק אזרחות לכל עולה לפי חוק השבות).

### (1) החשיבות של חוק השבות במדינת ישראל

על החשיבות המיוחדת של חוק השבות במדינת ישראל, ניתן ללמוד מדבריו של רה"מ לשעבר דוד בן גוריון, בפתח הדיון בכנסת בהצעת חוק השבות, שם הסביר כי:

**"חוק השבות הוא מחוקי-השתיה של מדינת-ישראל. הוא מכיל ייעוד מרכזי של מדינתנו, הייעוד של קיבוץ גלויות. חוק זה קובע, שלא המדינה מקנה ליהודי חוץ-לארץ זכות להתיישב במדינה, אלא זכות זו טבועה בו כאשר הוא יהודי, אם רק ברצונו להצטרף לישובה של הארץ. במדינת-ישראל אין ליהודים זכות עדיפות על עדיפות אזרחים לא יהודים. מדינת-ישראל מושתת על שוויון גמור בזכויות ובחובות של כל אזרחיה, גם יסוד זה נקבע בהכרזת העצמאות, וכה נאמר: 'מדינת ישראל תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין'. אולם אין המדינה מקנה ליהודי הגולה הזכות לשוב - זכות זו קדמה למדינת ישראל, והיא-היא שבנתה המדינה. זכות זו מקורה בקשר ההיסטורי שלא נפסק אף פעם בין העם ובין המולדת, גם משפט העמים הכיר בקשר זה הלכה למעשה."<sup>1</sup>**

אף בית המשפט העליון הדגיש בפסיקתו את חשיבות חוק השבות כמרכיב מרכזי באופיה היהודי של המדינה. כדברי הנשיא ברק: **"זהו מפתח הכניסה למדינת ישראל, המהווה ביטוי מרכזי להיותה לא רק מדינה דמוקרטית אלא גם מדינה יהודית ... הוא מהווה 'אבן התשתית החוקתית למהותה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי' ... הוא ביטוי לזכות ההגדרה העצמית של עם ישראל"** (בג"ץ 2597/99 תא"ס רודריגז טושביים נ' שר הפנים, פסקה 18 לפסק דינו).

יתר על כן, בפסיקת בית המשפט הודגש כי למרות שחוק השבות אינו חוק יסוד, מקובל להתייחס אליו כקרוב מאוד לכך: **"אין לשכוח, כי חוק השבות הוא מחוקיה היסודיים ביותר של המדינה. אם תרצה, זהו חוק היסוד הראשון שלה"** (בג"צ 265/87 גרי לי ברספורד ואח' נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793, 845).

### (2) חוק השבות ועקרון השוויון

לאורך השנים, הועלו טענות כי הענקת עדיפות ליהודים בקבלת אזרחות פוגעת בשוויון, במיוחד על רקע ההיקף המצומצם של התאזרחות לא-יהודים המבקשים להשתקע במדינה. **ואולם, קיים קונצנזוס רחב בפסיקת בית המשפט כי הזכות לשבות, המעוגנת בחוק השבות, איננה סותרת את הזכות לשוויון, ומהווה ביטוי לגיטימי לזכות להגדרה עצמית של העם היהודי.** כך למשל ציין בית המשפט באחד המקרים כי:

**"כל עוד נתפס חוק השבות כחוק של עלייה ושיבה למולדת, ניתן לבסס את הלגיטימיות שלו כחוק בעל משמעות היסטורית, המקבץ את הפזורה היהודית אל מדינת הלאום שלה. בכך נמצא רציונל היסטורי – לאומי לאבחנה בין הקניית אזרחות מיידית ליהודי הבא לישראל מכח שבות, לבין הקניית זכויות אזרחיות בדרכים מקובלות לתושבים אחרים, המותוות בחוק האזרחות. חוק השבות כחוק של עלייה, אינו נוגד את הרציונל הבסיסי של שוויון בין כל האזרחים משהוא נועד לתכלית מוגדרת של פתיחת שערי הארץ לעולה היהודי תוך הכרה בחשיבות הקמתו של בית לאומי ליהודים הפזורים בעולם"** (בג"ץ 2597/99 תא"ס רודריגז טושביים נ' שר הפנים, פס' 9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

### (3) מבט משווה

כפי שפורט במסמך ההכנה לדיון הקודם, גם במדינות אחרות יש הוראות חוקיות או חוקתיות המעניקות עדיפות בקבלת אזרחות או תושבות לבני לאום המדינה המבקשים להגר אליה, ואין רואים בכך סתירה לעיקרון השוויון.

<sup>1</sup> דברי הכנסת, כרך 6, 1950, עמ' 2035.

כך למשל, חוק האזרחות הגרמני קובע הוראות שמקנות אזרחות לצאצאי בעלי אזרחות גרמנית (ללא קשר למקום הלידה), ובחוק הבסיסי קבועות הוראות שמרחיבות את הזכות לאזרחות גרמנית גם למי שאיבדו אותה במהלך מלחמת העולם השנייה<sup>2</sup>; החוקה הפולנית מעניקה זכות לכל מי שמוצאו הפולני אושר לפי חוק להתיישב באופן קבוע בפולין (סעיף 52(5) לחוקה); חוק האזרחות היווני מעניק הטבה למי שהוא "ממוצא אתני יווני" המבקש להתאזרח במדינה, ופוטר אותו מחובת המתנה המוטלת על אחרים המבקשים להתאזרח<sup>3</sup>; באירלנד, חוק האזרחות מאפשר לשר הפנים לפטור אדם ממוצא אירי מהתנאים הרגילים לקבלת אזרחות<sup>4</sup>; החוקה הארמנית קובעת שאדם ממוצא ארמני יקבל אזרחות בנוהל מקוצר (סעיף 11(3)).

נוסח הצעת החוק שהונח על שולחן הוועדה איחד את הסעיפים בעניין הזכות של כל יהודי לעלות לארץ (הזכות לשבות) והסעיף העוסק בקיבוץ גלויות, כך:

קיבוץ גלויות	6.	(א) כל יהודי זכאי לעלות ארצה ולקנות את אזרחות מדינת ישראל על פי חוק.
		(ב) המדינה תפעל לקיבוץ גלויות ישראל.

**שאלות לדיון:**

### 1. מי נהנה מהזכות לשבות?

כידוע, השאלה "מיהו יהודי" היא שאלה מורכבת שהמחוקק ובתי המשפט התחבטו בה לא מעט, בפרט בהתחשב בכך שהיא כרוכה בהענקת אזרחות למי שמוגדר כ"יהודי". הנוסח המקורי של חוק השבות קבע כי "כל יהודי זכאי לעלות ארצה", אך לא כלל הגדרה של "יהודי". רק בשנת 1970, לאחר פסקי דין שונים שעסקו בסוגיה, הוסיף המחוקק שני סעיפים לחוק השבות כדי להבהיר מי זכאי לשבות:

א. סעיף 4ב: "לענין חוק זה, "יהודי" – מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת";

ב. סעיף 4א(א): (א) "הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, תשי"ב-1952, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון."

תיקון זה מצד אחד הגדיר מיהו "יהודי" לפי הכלל ההלכתי שיהודי הוא בן לאם יהודיה או מי שהתגייר, אלא אם הוא בן דת אחרת (יצוין כי בפסיקה של בתי המשפט ניתנה בהקשר זה הכרה גם בגיור שאינו אורתודוקסי). מצד שני, החוק העניק מעמד שווה לצרכי שבות לבני משפחה של יהודי, אף אם אינם נחשבים יהודים לפי ההגדרה האמורה: בן לאב יהודי, נכד של יהודי, בן זוג של יהודי, ובן זוג של ילד ושל נכד של יהודי (למעט מי שהמיר את דתו). לתיקון היו תכליות שונות ובהן הרצון למנוע התבוללות בקרב יהודי התפוצות, לעודד יהודים הנשואים ללא-יהודים לעלות לארץ, וכן לאפשר למי שקשור לעם היהודי במובן הלאומי לעלות למדינה, אף אם אינו יהודי במובן ההלכתי (כפי שציינה השופטת נאור: "סעיף 4א(א) לחוק השבות מבטא את הרצון לאפשר לכל מי שמקיים זיקה מהותית לעם היהודי, המתבטאת בקשר משפחתי ליהודי, לעלות לישראל" (בג"ץ 1188/10 ילנה פוזרסקי (האם) נ. משרד הפנים, פסקה 25 לפסק דינה)).

הסעיף המוצע בחוק היסוד יוצר הבחנה בין הזכות של "יהודי" – ביטוי שככל הנראה יפורש לפי ההגדרה שמופיעה בחוק השבות – לעלות לארץ, לבין הזכות של מי שאינם יהודים לפי ההגדרה, גם אם הם שייכים

<sup>2</sup> The German Nationality Act, articles 1-5, 7; Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 116.

<sup>3</sup> סעיף 5 ל-Greek Nationality Code.

<sup>4</sup> סעיף 16 ל-Irish Nationality and Citizenship Act, 1956.

לי"עם היהודי" במובן הרחב (בן זוג של יהודי, ילד ונכד של יהודי וכיוצא באלה). זאת משום שמוצע מוענק מעמד חוקתי מפורש רק ל"יהודי" על-פי חוק, קרי: מי שנולד לאם יהודיה או התגייר. מנגד, זכותם של בני משפחתו של יהודי שאינם עונים להגדרה זו, נותרת מעוגנת רק בחוק השבות עצמו, כלומר: לא ברמה החוקתית. מבחינה זו, התיקון המוצע יוצר מדרג נורמטיבי שאינו קיים כיום בחוק השבות.

נוכח האמור, וככל שאין בכוונת הוועדה ליצור הבחנה בין זכותו של יהודי לשבות ובין זכותם של בני משפחתו, מוצע לדון באפשרות לקבוע בחוק היסוד שכל מי שהיום זכאי לשבות לפי חוק השבות יהיה זכאי גם לזכות "החוקתית" לשבות - יהודי (או בן לעם היהודי) ובני משפחתו, כפי שייקבעו בחוק (השבות). לחלופין, לנסח את הסעיף בצורה כללית ו"חגיגית" שאינה מעניקה זכויות אישיות – ראו להלן.

## 2. האם יש לנסח את הסעיף כמקום זכות אישית?

הנוסח המוצע של הסעיף מבוסס על סעיף 1 של חוק השבות, המקום זכות לפרט (ליהודי) לעלות ארצה ולקבל אזרחות בישראל. ואולם, ראוי לשקול האם יש מקום לכלול בחוק היסוד סעיף המקנה זכויות מפורשות לפרט, והאם אין להעדיף קביעת העיקרון הכללי בחוק היסוד והותרת ההקניה של זכויות פרטניות לחוק השבות עצמו. בהקשר זה יש לקחת בחשבון כי מרבית סעיפי חוק היסוד אינם מקנים זכויות לפרטים אלא קובעים עקרונות יסוד שונים המבטאים את היותה של המדינה מדינת הלאום של העם היהודי.

בהתאם לכך, גם בסעיף הזה, הנוסח היה יכול להיות כללי ו"חגיגי" יותר, ולקבוע רק את העיקרון החוקתי שעומד בבסיס חוק השבות, למשל כמו הנוסח שהופיע בהכרזת העצמאות: "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקניבוץ גלויות", תוך הוספת התייחסות לכך שהזכאות האישית לשבות תיקבע בחוק (רגיל). לחלופין, לשקול נוסח הדומה להצעת הרב שמואל יעקובוביץ במסגרת הדיונים על חוקה בכנסת ה-16: "שערי מדינת ישראל יהיו פתוחים לפני העם היהודי [והנלווים אליו]".

## 3. האם לכלול התייחסות למי שנרדף בשל היותו נחשב יהודי?

מוצע לדון בשאלה האם גם מי שאינו יהודי לפי המבחנים שייקבעו בחוק, אך נרדף משום שנחשב יהודי, יהיה זכאי לשבות. חוק השבות אינו כולל מבחן מסוג זה כיום, ואולם הצעה דומה הופיעה בהצעת החוקה מהכנסת ה-16, והיא מבטאת את העיקרון שעליו עמדה הוועדה בדיוניה ולפיו מדינת ישראל תהיה מקלט לכל מי שנמצא בצרה ובשבביה בשל יהדותו.

## 4. מתי אפשר לשלול מיהודי את הזכות לשבות?

כיוון שהנוסח המוצע של הסעיף מעניק, כאמור, זכות חוקתית לפרט, אזי צריך לקבוע בחוק היסוד עצמו מהם העקרונות שלפיו מאפשרים למחוקק או לרשות המבצעת להגביל את אותה זכות. כיום סעיף 2 לחוק השבות קובע את החריגים לעקרון השבות כך:

"(ב) אשרת עולה תינתן לכל יהודי שהביע את רצונו להשתקע בישראל חוץ אם נוכח שר הפנים שהמבקש –

(1) פועל נגד העם היהודי; או

(2) עלול לסכן בריאות הציבור או בטחון המדינה; או

(3) בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור."

ללא התייחסות מפורשת בחוק היסוד לקריטריונים הכלליים המאפשרים את הגבלת הזכות החוקתית לשבות, עלול להתעורר קושי עם הקביעה של הגבלות על מימושה במסגרת חוק רגיל (דוגמת חוק השבות).

בהתאם לכך, ניתן לשקול **קביעה מפורשת של הגבלות** על הזכות לשבות המבוססת על העקרונות שבסעיף 2 לחוק השבות, ו/או להוסיף לחוק היסוד **פסקת הגבלה** בדומה לזו הקיימת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, המאפשרת הגבלת הזכות הנעשית בחוק ההולם את ערכיה של המדינה, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

#### **5. היחס בין שבות לבין אזרחות**

על-פי הנוסח המוצע, לצד ההתייחסות לזכותו של כל יהודי לעלות לארץ, יש לו זכות "לקנות את אזרחות מדינת ישראל על פי חוק". מוצע לדון בשאלה האם יש מקום להתייחס בחוק היסוד לשאלת ההתאזרחות, והאם לא עדיף להותיר את העיסוק בכך לחוק ההתאזרחות, העוסק במסלולים השונים לרכישת אזרחות (שאינם מוגבלים רק למסלול השבות). ככל שתהיה כוונה בעתיד להטיל הגבלות על מועד קבלת האזרחות (למשל, בתום תקופה מסוימת או לאחר לימוד בסיסי של השפה העברית), עיגון הזכות להתאזרחות בחוק היסוד עלול להקשות על כך. מענה אפשרי גם בהקשר זה יכול להינתן באמצעות הכללת **פסקת הגבלה** בחוק היסוד שתאפשר פגיעה בזכות ההתאזרחות שהיא מידתית ולתכלית ראויה.

#### **6. קיבוץ גלויות**

לצד זכות **הפרט** לשבות, הסעיף המוצע מטיל חובה על **המדינה** לפעול "לקיבוץ גלויות", כלומר: לסייע ליהודים ולעודד אותם לעלות לארץ, ככל שהם רוצים בכך. מוצע לדון בשאלה האם הוועדה מבקשת לעשות שימוש בביטוי המוצע "תפעל" בעניין זה, או לקבוע ביטויים "רכים" יותר.

#### **נוסח מוצע לדיון**

##### **6. שבות וקיבוץ גלויות**

(א) כל בן לעם היהודי ובן משפחתו, כפי שייקבע בחוק, זכאים לעלות ארצה, והם יהיו לאזרחי מדינת ישראל **[תוספת אפשרית: זולת אם הם עלולים לסכן את שלום הציבור, בריאותו או בטחונו או לפעול נגד המדינה או העם היהודי]**.

(ב) המדינה תפעל [גרסה ב': תהיה פתוחה] לקיבוץ גלויות ישראל.

(ג) פרטים לעניין הזכאות לעלות ארצה ולקנות אזרחות ייקבעו בחוק.

##### **חלופה א':**

(א) מדינת ישראל תהיה פתוחה לעלייה יהודית ו[תפעל] לקיבוץ גלויות; פרטים בדבר זכותו של בן לעם היהודי ובן משפחתו לעלות לארץ ולהיות לאזרח מדינת ישראל ייקבעו בחוק.

##### **תוספת אפשרית לנוסח:**

**הענקת זכות בשל נרדפות:** להוסיף כי "מי שנרדף משום שנחשב ליהודי" גם יהיה זכאי לשבות.

סעיף 5 המוצע מבקש לקבוע את השפה העברית כשפת המדינה, ולצדה להעניק לערבית מעמד מיוחד במדינה. קביעת השפה העברית כשפת המדינה נותנת ביטוי למרכזיות של השפה באופייה של ישראל כמדינה הלאום של העם היהודי, ובחשיבות המיוחדת לתחיית הלשון העברית במפעל הציוני מתחילתו. לצד מרכזיות השפה העברית, מוצע כאמור לעגן בחוק היסוד גם את המעמד המיוחד שניתן לשפה הערבית. בכך הצעת החוק מבקשת לשקף את המצב הקיים, ואף הרצוי, לדעת המציעים, של שתי השפות כיום במדינת ישראל.

המצב החוקי בעניין זה הוא שריד של ההסדר המשפטי מתקופת המנדט. בתקופה המנדטורית, דבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922 עד 1947, קבע שלוש שפות רשמיות שוות מעמד לעניין פרסומים של המדינה, ושימוש בשפות בממשלה ובבית המשפט: אנגלית, ערבית ועברית (כאשר האחרונות חלות באזורים שייקבעו).

#### **82. שפות רשמיות**

כל הפקודות, המודעות הרשמיות והטפסים הרשמיים של הממשלה וכל המודעות הרשמיות של רשויות מקומיות ועיריות בתחומים שייקבעו עפ"י צו מאת הנציב העליון יפורסמו באנגלית ובערבית ובעברית. בהתחשב עם כל תקנות שיתקין הנציב העליון אפשר להשתמש בשלוש השפות במשרדי הממשלה ובבתי המשפט..."

דבר חקיקה זה נותר בתוקף מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 שהחיל את החקיקה המנדטורית, ככל שאין בו משום סתירה לחקיקה של מדינת ישראל, ובכפוף לשינויים הנובעים מהקמת המדינה. עם זאת, סעיף 15(ב) לפקודת סדר השלטון והמשפט ביטל את המעמד של **השפה האנגלית** כשפה רשמית.

**למרות ההפניה לשפה העברית והערבית בסעיף 82 לדבר המלך במועצה כשפות רשמיות, בשורה של חוקים וכן הפרקטיקה הקיימת במדינה בתחומים רבים משקפת עדיפות ברורה לשפה העברית.** בכלל זה ההליכים בבתי המשפט מתנהלים בעברית (ביטוי לכך ניתן לראות למשל בסעיף 140 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 הקובע כי "הוברר לבית המשפט שהנאשם אינו יודע עברית, ימנה לו מתרגם או יתרגם לו בעצמו."); חוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961 קובע כתנאי לרישום מתמחה שלא למד במוסד אקדמי ישראלי "שהוכיח ידיעה מספיקה **בשפה העברית**" (סעיף 26(2) ו-3); וחוק האזרחות, התשי"ב-1952 קובע כתנאי להתאזרחות של בגיר כי הוא "יודע ידיעת-מה את **השפה העברית**" (סעיף 5(א)(5)).

שאלת מעמדה של השפה הערבית עלתה גם בפסיקתו של בית המשפט העליון. בפסק דין המשמעותי ביותר בעשורים האחרונים בעניין זה שעסק בשאלת החובה להשתמש בשפה הערבית (לצד השפה העברית) בשילוט בערים מעורבות<sup>5</sup>, קבע בית המשפט כי יש להבטיח כיתוב שווה בערבית על שילוט עירוני בערים שיש בהן מיעוט ערבי משמעותי, **וזאת בין היתר בהסתמך על הוראות סעיף 82 לדבר המלך במועצה**, וכן על יסוד זכויות בני המיעוט הערבי לכבוד ולשוויון. בפסק הדין בית המשפט עמד על מקומה החשוב של השפה הערבית במדינה, **אך חזר בית המשפט והדגיש את מעמד הבכורה המוקנה לשפה העברית.** כך, ציין הנשיא ברק כי "מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית" (ראו סעיף 1א' לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). **אחד הביטויים החשובים של אופיה זה של מדינת ישראל הוא בהיות שפתה העיקרית עברית**" (פס' 20 לפסק דינו). לצד זאת, עמד הנשיא ברק על המעמד המיוחד המוקנה לשפה הערבית בישראל והסביר כי:

**"הייחוד של השפה הערבית הוא כפול: ראשית, הערבית היא שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל, החי בישראל מימים ימימה.** זוהי שפה הקשורה למאפיינים תרבותיים היסטוריים ודתיים של קבוצת המיעוט הערבית בישראל. ... הרצון להבטיח דו-קיום בכבוד

<sup>5</sup> בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל אביב יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002).

של צאצאיו של אברהם אבינו, תוך סובלנות הדדית ושוויון, **מצדיק הכרה בשפה הערבית בשילוט העירוני** - באותן ערים בהן ישנו מיעוט ערבי ניכר (בין 6% ל-19% מהאוכלוסיה) - **בצד אחותה הבכירה, העברית ... שנית, הערבית הינה שפה רשמית בישראל** ... רבות הן השפות אותן מדברים הישראלים, אך רק ערבית - בצד העברית - היא שפה רשמית בישראל. לערבית ניתן איפוא מעמד מיוחד בישראל" (פס' 25 לפסק דינו).

בפסק דין אחר – ע"א 4926/08 נאשף ואיל ושות' נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב (פורסם ביום 9.10.2013), אשר עסק בחובה לפרסם אודות הכוונה לקבוע היטל הפקת מים בעיתונות הערבית, עובר לקביעת ההיטל. התייחס השופט רובינשטיין למתח האמור, וציין כי :

**"ברי מחד גיסא כי השפה העברית היא בפועל לשונה המרכזית של המדינה, מדינה יהודית על פי הכרזת העצמאות ודמוקרטיה מיסודה, ומדינה יהודית ודמוקרטית על פי הגדרתה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק. העובדה שרוב מכריע של האזרחים הם יהודים, והעובדה שמוסדות הממשל לסוגיו מתנהלים בראש וראשונה בעברית הן מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה. ... ועם זאת, ללשון הערבית נודע מעמד בדין כשפה רשמית מכוח סימן 82 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1922; ראו י' זמיר הסמכות המנהלית (2010) (מהדורה שנייה), בעמ' 66, שם בגדרי זכויות לציבור הערבי, מתוארת הערבית כשפה רשמית שניה"** (פס' ה' לפסק דינו).

הנוסח המוצע של סעיף 5 לחוק היסוד חותר כאמור לקבוע עקרונות אלה בחוק היסוד ומבקש לקבוע כך :

שפה	5.	(א) עברית היא שפת המדינה.
		(ב) לשפה הערבית מעמד מיוחד במדינה, לדובריה זכות נגישות לשונית לשירותי המדינה; הכול כפי שייקבע בחוק.
		<b>נוסח חלופי:</b> אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית לפני תחילתו של חוק יסוד זה.

**שאלות לדיון:**

### 1. מהו המעמד שיש להקנות לשפה הערבית

כאמור, עד היום למרות שגם השפה העברית וגם השפה הערבית הוגדרו כשפות "רשמיות", בפועל, עברית היא השפה העיקרית בישראל, ובוודאי השפה העיקרית שמשמשת את השלטון המרכזי. מציאות זו קיבלה ביטוי בשורה של דברי חקיקה וכן בפסיקתו של בית המשפט העליון.

השאלה שהוועדה צריכה לתת את דעתה אליה היא: **האם יש מקום לקבוע עתה במפורש בחוק היסוד את המעמד העדיף של השפה העברית? ואם כן – איזה מעמד יש להקנות לשפה הערבית?** בין ההצעות השונות שהועלו בהקשר זה הייתה ההצעה של המכון הישראלי לדמוקרטיה במסגרת פרוייקט "חוקה בהסכמה" לקבוע כי עברית היא "שפת המדינה" וכי ערבית היא "שפה רשמית", או הצעה נוספת של פרופ' אלכס יעקובסון להתייחס לשפה הערבית כ"שפה רשמית שנייה".

בהנחה שהוועדה תבקש "לשדרג" באופן פורמלי את מעמדה של השפה העברית ולקבוע כי היא "שפת המדינה", לא ברור האם יש הבדל מעשי רב בין הגדרת השפה הערבית כשפה הנהנית מ"מעמד מיוחד", או ההתייחסות אליה כ"שפה רשמית". עם זאת, יתכן והבחירה לעשות שימוש במונח "שפה רשמית" או "שפה רשמית שנייה" ייתפס כמכבד יותר כלפי בני המיעוט הערבי משום שהוא משמר את התייחסות הקיימת לשפה הערבית בדבר המלך במועצה על ארץ ישראל.

## 2. מה המשמעות של הענקת זכות נגישות לשונית

הנוסח המוצע מבקש להקנות זכויות של נגישות לשונית לדוברי השפה הערבית בישראל. אין זה ברור מה המשמעות המעשית של הענקת זכויות "לנגישות לשונית" לפרטים דוברי ערבית והאם ניתן לומר כי נגישות זו משקפת את המצב הקיים. בכל מקרה ראוי כי הוועדה תיתן דעתה לכך, והיא יכולה לשקול גם לקבוע בסעיף הפניה לחקיקה רגילה שתקבע את התנאים למתן נגישות לשונית לדוברי הערבית, או לקבוע את ההגבלות על זכות זו באמצעות פסקת הגבלה כללית.

### \* נוסח מוצע לדיון:

#### 5. שפה

(א) עברית היא שפת המדינה.

#### גרסה א':

(ב) לשפה הערבית מעמד מיוחד במדינה, לדובריה זכות נגישות לשונית לשירותי המדינה; הכול כפי שייקבע בחוק.

#### גרסה ב':

(ב) ערבית היא שפה רשמית / שפה רשמית שנייה; הסדרת השימוש בשפה הערבית במוסדות ממלכתיים או בפניהם תהיה בחוק או על פיו.

(ג) אין באמור בסעיף זה כדי לפגוע במעמד שניתן בפועל לשפה הערבית לפני תחילתו של חוק יסוד זה.

### ג. שמירת מקומות קדושים

סעיף 13 המוצע זהה לסעיף 3 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, וכן לסעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967. חוק השמירה על המקומות הקדושים אף קובע עבירות פליליות למי שמפר את האמור בסעיף. הסעיף משקף את מחויבות יסוד של מדינת ישראל שקיבלה ביטוי כבר בהכרזת העצמאות, שבה המדינה התחייבה שהיא "תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות". זה לשונו של הסעיף המוצע:

שמירת מקומות 13. המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת ומפני כל דבר העלול קדושים לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם או ברגשותיהם כלפי אותם מקומות.

### נושאים לדיון:

#### 1. האם יש מקום לכלול את הסעיף בחוק היסוד המוצע?

מוצע לדון בצורך בהכללת סעיף זה בחוק היסוד, בהתחשב בכך שהוא ממילא נכלל, בנוסח זהה, בחוק יסוד אחר, ובהתחשב באופיו של חוק היסוד המוצע העוסק בעיקר בעקרונות היסוד של המדינה, ולא בהענקת זכויות לפרט, דוגמת חופש הגישה למקומות קדושים.

ניתן לסבור כי ממוקומו של הסעיף בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל יש ללמוד שהוא חל רק על מקומות קדושים בתוך ירושלים, וכי הכללתו בחוק יסוד כללי תרחיב את פרשנותו כך שיחול על כל מקום קדוש במדינה (לרבות בתי כנסת, כנסיות ומסגדים). ואולם, למעשה, כבר כיום מקובל לפרש את הסעיף כחל גם על

מקומות קדושים מחוץ לירושלים (ואף חוק השמירה על המקומות הקדושים, התשכ"ז-1967 והתקנות שהותקנו מכוחו אינם מוגבלים בתחולתם לירושלים בלבד). כפי שהסביר השופט חשין בדנג"ץ 4128/00 מנכ"ל **משרד ראש הממשלה נ' ענת הופמן**, פ"ד נז(3) 289: "חוק השמירה לא אך ליהודים נברא; שמא נאמר: בעיקר לא ליהודים נברא. נברא הוא למוסלמים, נברא הוא לנוצרים, נברא הוא לבני כל דת אחרת שמקומות **מקדשים להם בישראל**. זכויותיהם של כל אלה נקבעו בחוק, לא עוד אלא בחוק יסוד." (פסקה 3 לפסק דינו).

## 2. מהן ההגבלות המותרות על זכות הגישה למקומות הקדושים?

ככל שהוועדה תבקש להותיר את הסעיף בחוק היסוד, מוצע לדון במשמעותה של הזכות לחופש הגישה למקומות הקדושים, ובהגבלות האפשריות על אותה זכות. אכן, אין חולק כי מדובר בזכות יסוד חשובה הכרוכה במימוש חופש הדת ואף חופש הביטוי בתחום האמונה הדתית. כפי שציין בית המשפט העליון, לעניין הגישה למערת המכפלה, בבג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח(3) 443, 462:

**"חופש הפולחן כביטוי של חופש דת נמנה עם זכויות היסוד של האדם.** הוא משתרע על חירותו של הפרט להאמין ולנהוג על-פי אמונתו תוך מימוש ציווייה ומנהגיה ... חופש זה קשור למימוש זהותו העצמית של האדם. **בתחומי חופש זה מוכרת כמיהתו של האדם המאמין להתפלל במקום קדוש. הכרה זו משתלבת בהגנה החוקתית הרחבה הניתנת לזכות הגישה של בני הדתות השונות אל המקומות המקדשים להם ובאיסור הפגיעה ברגשותיהם ביחס לאותם מקומות (סעיף 1 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967).** **חופש הדת מוחזק כענף של חופש ביטוי בתחום האמונה הדתית.** הוא זכה להכרת המחוקק עוד בדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 (סימן 83) ובמגילת העצמאות, המצהירה כי יובטח חופש דת ומצפון לכל אזרח במדינה. חופש זה הוכר בהלכה הפסוקה כזכות יסוד חוקתית של האדם".

ואולם, למרות מעמדה הנכבד של זכות זו, ברור כי ניתן להגבילה, וכי בפועל הגישה למקומות הקדושים מוגבלת בנסיבות שונות, בין אם לצורכי ביטחון (כגון הגבלות על העלייה להר הבית, ליהודים ולמוסלמים<sup>6</sup>), ובין אם בהגבלת המעשים המותרים במקומות הקדושים, כפי שנקבעו למשל בתקנות לעניין המקומות הקדושים ליהודים, מכוח חוק השמירה על המקומות הקדושים<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> ר' לדוגמה בג"ץ 6536/17 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' משטרת ישראל**.

<sup>7</sup> תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, תשמ"א-1981: בתוקף סמכותי לפי סעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, ולאחר התייעצות עם הרבנים הראשיים לישראל, אני מתקין תקנות אלה:

### הגדרות

- בתקנות אלה –
    - "מקומות קדושים" – הכותל המערבי ורחבתו, לרבות כל מבנה וכל מעבר עילי או תת-קרקעי שהכניסה אליהם היא מתוך הרחבה, והמקומות הקדושים ליהודים לפי הרשימה שבתוספת;
    - "הממונה" – מי ששר הדתות מינהו, על פי המלצת הרבנים הראשיים לישראל, להיות הממונה הראשי או הממונה על מקום קדוש פלוני.
  - בתחומי המקומות הקדושים, בכפוף לאמור בתקנת-משנה (ב), אסורים:
    - (א1) עריכת טכס דתי שלא על פי מנהג המקום, הפוגע ברגשות ציבור המתפללים כלפי המקום;
    - (2) תלבושת שאינה הולמת;
    - (3) הצבת קיוסקים או דוכנים, עיסוק ברוכלות או בכל עסק אחר;
    - (4) מתן שירותי דת מכל סוג שהוא שלא בהיתר מאת הממונה;
    - (5) חלוקת פרסומים שלא בהיתר מאת הממונה;
    - (6) נשיאת נאום, הכרזה בקול רם או נשיאת כרזות או שלטים, והכל שלא בהיתר מאת הממונה ולפי תנאיו;
    - (7) פשיטת יד וקבלת תרומות, למעט הצבת קופסאות או קופות צדקה במקומות שהועיד לכך הממונה ולמטרות שהוא קבען;
    - (8) שחיטה;
    - (9) אכילה, שתייה, או עריכת חגיגה מחוץ למקומות שהועיד לכך הממונה;
    - (10) עישון;
    - (11) לינה מחוץ למקומות שהועיד לכך הממונה;
    - (12) הכנסת בעלי חיים.
- (ב) ברחבת הכותל המערבי לא יחול איסור העישון בימי חול אלא באזור הסמוך לכותל המערבי; באזור הסמוך לדרך המוליכה לשער האשפות יחולו האיסורים שבפסקאות (1) עד (3) ו-(7) בלבד.

### הגבלות על העיסוק בצילום ברחבת הכותל המערבי

בהתאם לכך, יש לתת את הדעת לכך שהסעיף בנוסחו המוצע כלל אינו מדריך את המחוקק או את הרשות המבצעת לעניין ההגבלות שמותר להטיל על זכות זו, ומסתפק רק בעיגון הזכות עצמה. נוכח הצורך בהטלת מגבלות אלה בנסיבות מסוימות, אנו סבורים כי הכללת הסעיף בחוק היסוד יחייב הוספת פסקת הגבלה בדומה לזו הקיימת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, המאפשרת הגבלת הזכות אם היא נעשית בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

### 3. מה היחס בין מרכיבי הסעיף השונים?

מוצע לדון בשאלת היחס שבין שני מרכיבים שונים של הסעיף – מצד אחד - חופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם, ומצד שני - ההגנה מפני פגיעה ברגשותיהם של בני אותה הדת. כידוע, היחס בין חופש הגישה לבין פגיעה ברגשותיהם של בני הדתות למקומות הקדושים הוא נושא טעון בחברה הישראלית אשר התחדד במיוחד על רקע המאבק של "נשות הכותל" להתפלל במקום. סוגיה זו עלתה פעמים לא מעטות בפסיקת בית המשפט העליון (למשל, דנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש הממשלה נ' ענת הופמן שהוזכר לעיל), ולאחרונה אף עלתה לכותרות סביב שאלת אימוצו של "מתווה הכותל".

---

3. (א) באזור הסמוך לכותל המערבי לא יצלם אדם תמונת שכר אלא בהיתר מאת שר הדתות ולפי תנאי ההיתר.  
(ב) שר הדתות רשאי לפי שיקול דעתו ליתן היתר כאמור אם הצילום נעשה למטרות חינוך, תרבות או דת או לשם הצגה בקולנוע או בטלוויזיה.  
(ג) היתר לפי תקנה זו יכול שיהא כללי או מיוחד ויכול שיהיו בו תנאים.

#### סמכויות הממונה

4. (א) הממונה רשאי, על דעת הרבנים הראשיים לישראל ושר הדתות, ליתן הוראות להבטחת קיומם היעיל של האיסורים האמורים בתקנה 2.  
(ב) כל אדם הנמצא בתחומי המקומות הקדושים חייב לציית להוראות הממונה שניתנו כדין.  
(ג) הממונה רשאי להרחיק ממקום קדוש אדם המפריע לו במילוי תפקידיו או העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או

3.

#### עונשין

5. העובר על הוראה מהוראות תקנות 2 או 3, דינו - מאסר ששה חדשים או קנס 500 שקלים.

#### ביטול

6. בטלות –

- (1) תקנות השמירה על המקומות הקדושים (קבר רבי שמעון בר-יוחאי במירון), תשכ"ח-1968;
- (2) תקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים, תשכ"ט-1969;
- (3) תקנות השמירה על המקומות הקדושים (הגבלות על עיסוק ברחבת הכותל המערבי), תשל"ב-1972.

#### תוספת

(תקנה 1)

1. ירושלים – מערת שמעון הצדיק; מערת סנהדרין קטנה; קבר הרב עובדיה מברטנורה; קבר זכריה הנביא; יד אבשלום.
2. חיפה – מערת אליהו הנביא.
3. טבריה – קבר הרמב"ם; מערת רבי עקיבא; מערת רבי חייה ובניו.
4. מירון – קבר רבי שמעון בר-יוחאי.
5. פקיעין – המערה והמעין של רבי שמעון בר יוחאי; בתי העלמין היהודיים; קברי רבי יוסי ורבי יהושע בן חנניה; בית הכנסת העתיק; בית הכנסת החדש.