

1. בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה (ע"ר)
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 (ע"ר)
9. האגודה לזכויות האזרח בישראל (ע"ר)

ע"יי עוה"ד חסן ג'בארין ואח'  
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל  
מרחוב יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090  
טל': 04-9501610 (נייד: 052-6399147); פקס: 04-9503140

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

#### העותרים

#### נגד

#### 1. שר האוצר

באמצעות פרקליטות המדינה, מחלקת בג"צים  
מרח' צאלח-א-דין 29, ירושלים 91010  
טל': 02-6466590; פקס': 02-6467011

#### 2. הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת  
קריית בן גוריון, ירושלים  
טל': 02-6408636; פקס': 02-6753495

#### המשיבים

### תגובה מטעם המשיבה 2

בהתאם להחלטת כב' השופט דנציגר מיום 29.5.2011, מתכבדת המשיבה 2 (להלן: **הכנסת**) להגיש תגובתה לעתירה, כדלקמן:

#### כללי

1. עניינה של העתירה בתקיפת חוקתיותם של סעיפים 3ב(ב)(1) ו-4 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985 (להלן: **החוק**). הסעיפים הנדונים נוספו לחוק במסגרת חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40) (הפחתת תקציב או תמיכה בשל פעילות נגד עקרונות המדינה), התשע"א-2011 (להלן: **התיקון**), אשר התפרסם ברשומות ביום 30.3.2011.

2. התיקון הנדון, מסמיך את שר האוצר, בכפוף להליך שיפורט להלן, להפחית מתקציבם של גופים מתוקצבים או נתמכים (כהגדרתם בחוק), אם אלה הוציאו הוצאה שהיא במהותה: (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. טענות העותרים מופנות כנגד עילות (1) ו-(4) בלבד.
3. בעתירה נטען כי העילות הנדונות פוגעות בחופש הביטוי הפוליטי והאמנותי ובחופש האקדמי ויוצרות אפקט מצנן על ציבור גדול בחברה הישראלית. בנוסף, כיוון שלטענת העותרים החוק ישפיע בעיקר על אזרחי המדינה הערבים, הרי שהוא פוגע, לטענתם, בזכותם לשוויון ולכבוד קיבוצי, וכן בזכות לחינוך ובחופש העיסוק. לעניין פסקת ההגבלה, העותרים נמנעו מהתייחסות למידתיותו של החוק והסתפקו בלטעון כי הפגיעה לא נעשתה "בחוק", וכי תכליתו של החוק אינה ראויה.
4. **עמדת הכנסת היא כי דינה של העתירה להידחות על הסף ולגופה.**
5. בראש ובראשונה תטען הכנסת כי יש לדחות את העתירות על הסף משום שבשלב הנוכחי, בטרם נתקבלה החלטה על הפחתת תקציב מכוח החוק, מדובר בעתירה תיאורטית וגורפת שניתן להחיל לגביה את "דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה" שפותחה בפסיקתו של בית המשפט הנכבד (ראו: בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פסי' 3-7 לפסק דינה של כב' השופטת נאור (פורסם בנבו, 18.1.2006) (להלן: עניין לובל)).
6. גם לגוף העניין, דין העתירה להידחות שכן התיקון הנדון אינו פוגע בזכויות חוקתיות מוגנות. בניגוד לטענות המועלות בעתירה **אין התיקון מטיל כל איסור** על הביטויים המפורטים בתיקון אלא נועד להבטיח כי **המדינה לא תממן** ביטויים אלה. במובן זה, התיקון עולה בקנה אחד עם סמכותה הכללית של המדינה לקבוע את סדרי העדיפויות התקציביים כך שיגשימו את יעדיה, ובאופן ספציפי, נועד למנוע מצב שבו המדינה מממנת מתקציבה פעולות החותרות בצורה ישירה תחת ערכי הליבה הבסיסיים שחרתה על דגלה.
7. בנוסף, אין יסוד לטענה כי התיקון מפלה את הציבור הערבי בישראל. תחולתו של התיקון היא כללית: הפחתת תקציבי מדינה ותמיכות מכוח התיקון תיעשה הן לגופים יהודיים והן לגופים ערביים אשר יבקשו לקדם יעדים החותרים תחת אושיות קיומה כמדינה יהודית ודמוקרטית. בדומה, אין ממש בטענות העותרים בדבר פגיעה בזכויות חוקתיות אחרות.
8. לבסוף, עמדת הכנסת היא כי גם אם התיקון הנדון פוגע בזכויות חוקתיות הרי שפגיעה זו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. ההסדר המפורט המופיע בתיקון עונה על הדרישה כי הפגיעה הנטענת בזכויות תהיה "בחוק". התכלית המרכזית של התיקון, למנוע תמיכה של המדינה

בפעולות וביטויים שנועדו לחתור תחת ערכי הליבה שלה, היא תכלית ראויה וההסדר שהתקבל הוא מידתי. בכל מקרה כיוון שהעותרים כלל לא טענו לעניין אי המידתיות של התיקון, במידה ובית המשפט הנכבד יקבע כי ההסדר עונה על שני התנאים הראשונים של פסקת ההגבלה (פגיעה בחוק ולתכלית ראויה) דינה של העתירה להידחות.

### תיאור הליך החקיקה

9. ביום 1.4.2009 הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק יום העצמאות (תיקון – איסור ציון יום העצמאות או הקמת מדינת ישראל כיום אבל), התשס"ט-2009, אשר ביקשה לקבוע כי *יפעולה או אירוע שיש בהם משום ציון יום העצמאות, או משום התייחסות לעצם הקמת מדינת ישראל, כיום אבל או כיום צער* " תהווה עבירה פלילית שדינה מאסר שלוש שנים (נוסח ההצעה מצ"ב ומסומן **מש/1**). אף כי בהחלטתה מיום 24.5.2009 ועדת השרים לענייני חקיקה החליטה לתמוך בהצעת החוק, בסופו של דבר, ועדת השרים קיבלה את העררים שהוגשו בעניין זה, וקבעה כי הממשלה מתנגדת להצעת החוק (החלטה מיום 19.7.2009). בעקבות כך, הצעת החוק לא קודמה בכנסת.

10. במקום הצעת החוק הנזכרת, הונחה ביום 6.7.2009 על שולחן הכנסת הצעת חוק יסודות התקציב (תיקון – הוצאה אסורה), התשס"ט-2009, אשר יוזמיה היו חה"כ אלכס מילר, פניה קירשנבאום, חמד עמאר ודוד רותם (נוסח ההצעה מצ"ב ומסומן **מש/2**). הצעת חוק זו לא כללה איסור פלילי ובמקום זאת הסמיכה את שר האוצר *לעכב סכומים שיש להעבירם* " מתקציב המדינה לגופים המבצעים פעולות החותרות תחת ערכי הליבה של מדינת ישראל, וזאת בהתאם לעילות הקבועות בהצעת החוק. ההצעה אושרה בקריאה טרומית ביום 22.7.2009, והועברה להכנה לקריאה ראשונה בוועדת חוקה, חוק ומשפט (להלן: **הוועדה** או **ועדת החוקה**).

11. הדיון הראשון בהצעת החוק בוועדה נערך ביום 26.10.2009 (פרוטוקול הדיון מצ"ב ומסומן **מש/3**). בפתח הדברים, הציג יו"ר הוועדה, חה"כ דוד רותם, את הצעת החוק בציינו כי:

*"הצעת החוק הזאת באה להוסיף ולקבוע בחוק יסודות התקציב את הרעיון שכבר נקבע בפסיקה של דמוקרטיה מתגוננת. הכוונה היא שמוסדות הנתמכים על ידי המדינה לא יקבלו תקציב מהמדינה כאשר פעולותיהן הן פעולות הנוגדות את מדינת ישראל כמדינת העם היהודי, את הדמוקרטיה בישראל, שיש בהן תמיכה במאבק מזוין ובטרור, הסתה לגזענות, אלימות או טרור ופגיעה בסמלי המדינה. הצעת החוק התחילה כהצעה רחבה יותר, לאחר מכן צומצמה, והיא עוסקת בנושאים האלה, כאשר הרציו הוא שהמדינה כמדינה איננה חייבת לתמוך בגופים הפועלים נגדה. על פי הצעת החוק, כאשר היא תאושר, יהיה שר האוצר רשאי למנוע תמיכה, או לקזז סכומים, מגופים שנתמכים על ידי המדינה או שהם גופים מתוקצבים, כאשר הם פועלים כנגד העקרונות הקבועים בחוק" (שם, בעמ' 2).*

12. בדיון הובהר כי הממשלה תומכת בהצעת החוק, בכפוף לתאום הליכי החקיקה עם שר המשפטים ושר האוצר (שם, בעמ' 4). בהקשר זה ציין נציג משרד המשפטים, עו"ד חנן ארליך, כי הסמכות המוקנית בחוק לשר האוצר רחבה מדי ונעדרת קריטריונים ברורים, ובשל כך

היא עלולה להוביל לפגיעה לא מידתית באזרחים (שם, בעמ' 4-8). הוא אף ציין כי לא ברור שהצעת החוק נחוצה שכן, לטענתו, קיימים כלים חוקיים אחרים הנותנים מענה לתופעות עימן הצעת החוק מבקשת להתמודד (שם, בעמ' 12). בתגובה, הסביר יו"ר הוועדה, חה"כ דוד רותם, כי גם אם קיימים כלים חוקיים אחרים, הרי שבפועל הם אינם מופעלים ולכן אינם נותנים מענה הולם לתופעות אלה (שם, בעמ' 13).

13. בהמשך הדיון, הביעו מספר חברי כנסת את התנגדותם להצעת החוק בטענה כי מדובר במנגנון של צנזורה פוליטית המכוונת בעיקרה כנגד האוכלוסייה הערבית בישראל (חה"כ דב חנין, בעמ' 16-19; חה"כ טאלב אלסאנע, בעמ' 20-24; חה"כ אחמד טיבי, בעמ' 24-28). מנגד, חה"כ אלכס מילר, מיוזמי החוק, הדגיש כי הצעת החוק אינה מבקשת למנוע דיון בנושאים מסוימים או להורידם מסדר היום, אלא למנוע פגיעה בסמלי המדינה *"על חשבון משלמי המסים, בכספי המדינה"*. לדבריו, *"החוק הזה בסך הכל מגדיר מה צריכים לממן אזרחי מדינת ישראל ומה הם לא צריכים לממן"* (שם, בעמ' 29-30). חה"כ מילר הדגיש כי החוק אינו מכוון נגד האוכלוסייה הערבית וכי *"החוק הזה לא מתייחס לא ליהודים ולא לערבים, הוא מתייחס לכל האזרחים במדינת ישראל ולא מבחין בשום פנים ואופן. כל מי שיעודד שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, אין מה לעשות, לא יקבל מימון של מדינת ישראל"* (שם, בעמ' 31).

14. עו"ד יורם סגי-זקס, יו"ר המועצה הלאומית להתנדבות, הביע תמיכה בהצעת החוק והדגיש כי הצעת החוק עוסקת בשלילת תקצוב ולא בהטלת איסור על דיבור (שם, בעמ' 36-39). מנגד, עו"ד דבי גילד-חיו מהאגודה לזכויות האזרח הביעה את התנגדותה להצעת החוק, וטענה כי הצעת החוק פוגעת בעקרונות יסוד של הדמוקרטיה, וכי החוק כללי מדי ונעדר כל קריטריונים (שם, בעמ' 47-48).

15. דיון נוסף בוועדה נערך ביום 23.2.2010 (פרוטוקול הדיון מצ"ב ומסומן **מש/4**). בפתח הדיון הבהיר נציג משרד המשפטים, עו"ד ארליך, כי נוסח הצעת החוק שהונח בפני הוועדה מתואם עם משרד משפטים (שם, בעמ' 3). מנגד, סגנית בכירה ליועץ המשפטי למשרד האוצר, עו"ד נטע דורפמן-רביב, עמדה על הבעייתיות בכך שהצעת החוק מבקשת להעניק לאנשי משרד האוצר סמכות לבחון את התקיימותן של העילות המנויות בחוק, אף כי אין מדובר בנושאים המצויים בתחום מומחיותם (שם, בעמ' 4). ביקורת זו התקבלה בחלקה על ידי הוועדה, ובנוסחו הסופי של החוק נקבע כי שר האוצר יחליט בעניין הפחתת התקציב רק לאחר שהועברה אליו חוות דעת של היועץ המשפטי של משרד האוצר והמלצתו של צוות מקצועי שדן בעניין ושירכב מנציגים של משרדי ממשלה שונים.

16. במהלך הדיון, חה"כ חנין זועבי הביעה את התנגדותה להצעת החוק בציינה כי מדובר בחוק *"פוליטי"* המבקש *"לחלק את התקציב על-פי אידיאולוגיה"*, במקום לאפשר ויכוח פוליטי פתוח בין דעות שונות (שם, בעמ' 6). בדומה, עו"ד דן יקיר מהאגודה לזכויות האזרח הביע את הסתייגותו מן העילה הנוגעת לציון הנכבה וטען כי אין זה מתפקידו של החוק *"למנוע מאנשים לציין את כאבם ואת האסון שנגרם להם"* (שם, בעמ' 13). מנגד, יו"ר הוועדה, חה"כ

רותם, ציין כי גם אם יום הקמת מדינת ישראל הוא יום אסון עבור המיעוט הערבי, ילי מדינת ישראל יש זכות לומר: רבותי, מותר לכם להתווכח אתי, אבל אל תהפכו את יום החג שלי ליום אבל על חשבונני" (שם, בעמ' 6). חה"כ רותם הדגיש כי גם על-פי פסיקת בית המשפט הנכבד, אין המדינה צריכה לממן פעילות המנוגדות למדיניותה (שם, בעמ' 8).

17. עמדה דומה הביע פרופ' אריאל בנדור אשר הדגיש כי מטרת החוק ינכנסת למסגרת חוקתית לגיטימית: מדינת ישראל לא מממנת פעולות שחותרות תחת קיומה" (שם, בעמ' 18). הוא העיר עם זאת כי, כעניין ניסוחי, במקום לקבוע איסור על הוצאה העונה על העילות המפורטות בחוק, מוטב לקבוע הפחתה בתקציבו של הגוף בגין עילות אלה. כך יובהר כי אין פגיעה בחופש הביטוי של הגופים הנדונים, וכי החוק מבטא רק את חוסר הנכונות של המדינה לממן ביטויים אלה (שם, בעמ' 16-17). בנוסף, סבר פרופ' בנדור שההוראה בהצעת החוק שאפשרה הפחתה בשיעור של עד פי עשרה מן הסכום שהוצא על ידי הגוף הנדון ("לא תעלה על פי עשרה מההוצאה שהוציא גוף כאמור באותו סעיף קטן או על מחצית הסכומים שיש להעבירם לאותו גוף, הנמוך מביניהם" (סעיף 3בג) להצעת החוק)), אינה מידתית ויש בה משום הטלת סנקציה. הוא הציע כחלופה מידתית "שההפחתה תהיה בשיעור ההוצאה, או לכל היותר, על מנת להרתיע וכאמצעי של האכיפה, גבוהה מעט יותר, אולי פי שתיים או פי שלוש" (שם, בעמ' 18). כמפורט להלן, הערות אלה של פרופ' בנדור התקבלו בעיקרן על ידי הוועדה ונכללו בחוק בנוסחו הסופי.

18. בתום הדיון אישרה הוועדה את הצעת החוק לקריאה ראשונה. בדברי ההסבר להצעת החוק הודגש כי ביסוד הצעת החוק עומד הניסיון "לקבוע כי עקרון 'הדמוקרטיה המתגוננת' יבוא לידי ביטוי מעשי גם במתן הסמכות להפחית תקציב או תמיכה מגופים ממשלתיים ומגופים הזוכים למימון ממשלתי, אם הם פועלים נגד עקרונות המדינה" וכי "הצעת החוק נועדה ליצור הרמוניה חקיקתית עם חוקים נוספים שבהם הוקנו למדינה כלים להגנה על עקרונות היסוד שלה, כמו סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, סעיף 1(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, וסעיף 39א לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965".

נוסח הצעת החוק שאושרה לקריאה הראשונה מצ"ב ומסומנת מש/5.

19. ההצעה אושרה בקריאה הראשונה במליאת הכנסת ביום 16.3.2010, ברוב של 15 תומכים, 8 מתנגדים וללא נמנעים, והוחזרה לוועדת החוקה לשם הכנתה לקריאה השנייה והשלישית.

20. ביום 14.3.2011 דנה ועדת החוקה בהצעת החוק במסגרת הכנתה לקריאה השנייה והשלישית (פרוטוקול הדיון מצ"ב ומסומן מש/6). במהלך הדיון, הביעו חלק מחברי הכנסת את התנגדותם להצעת החוק, ובכלל זה טענו כי הצעת החוק פוגעת בחופש הביטוי ויוצרת אפקט מצנן, וכי יש בה מימד של ענישה קולקטיבית כלפי אוכלוסיות חלשות המקבלות שירותים מגופים שתקציבם יופחת (ראו דברי חה"כ חנא סוויד, שם, בעמ' 7-8; חה"כ יצחק הרצוג, שם, בעמ' 8-9; חה"כ דב חנין, שם, בעמ' 10-13; חה"כ ניצן הורוביץ, שם, בעמ' 13-17; חה"כ גימאל זחאלקה, שם, בעמ' 17-20; וחה"כ אורי מקלב, שם, בעמ' 21). כמו כן, דיבר בפני

הוועדה פרופ' מרדכי קרמניצר, אשר טען, בין היתר, כי החוק הנדון נועד לפגוע במיעוט הערבי, כי קיים חשש שאכיפתו תיעשה באופן סלקטיבי ולא-שוויוני וכי קיימת בעייתיות מיוחדת בהפחתת תקציב בשיעור של פי עשרה מן הסכום שהוצא (כמפורט להלן, בנוסחו הסופי של החוק נקבע שיעור הפחתה שונה) (שם, בעמ' 2-6).

21. בתגובה, הבהיר חה"כ אלכס מילר, אחד מיוזמי החוק, כי החוק לא נועד לאפשר פגיעה קולקטיבית אלא להפך, הוא נועד להבטיח כי "בכסף שהמדינה נותנת כדי לעזור לאותן חד-הוריות, לילדים, לכל מי שיש לו בעיה", לא יעשה שימוש "כדי לציין את יום העצמאות כיום אסון, להוציא אוטובוסים, להשתמש בפליירים ולממן משכורות ושטח ציבורי לטובת הדבר הזה" (שם, בעמ' 9).

22. במהלך הדיון הוצג בפני הוועדה נוסח שהוצע על-ידי היעוץ המשפטי לוועדה ולפיו יתווסף להצעת החוק ציון מפורש של המקורות מהם נשאבו העילות המנויות בנוסח להלן:

"(1) אחת מהמטרות המפורטות בסעיף 7א(א)(1) עד (3) לחוק-יסוד: הכנסת;  
 (2) מעשה עבירה של הסתה לאלימות או לטרור לפי סעיף 2ד144 לחוק העונשין;  
 (3) ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל;  
 (4) מעשה עבירה של פגיעה בכבוד דגל המדינה או סמלה לפי סעיף 5 לחוק הדגל, הסגל והמנון המדינה, התש"ט-1949"

כמו כן, על-פי הנוסח שהוצע על-ידי היעוץ המשפטי לוועדה נקבע במפורש בהצעת החוק כי הפחתת תקציב תותנה בכך שההוצאה נעשתה עבור אחת המטרות המנויות בעילות אלה (ולא כעניין אגבי) (שם, בעמ' 29).

23. המשנה ליעוץ המשפטי לכנסת והיעוצת המשפטית לוועדה, עו"ד סיגל קוגוט, הבהירה כי למרות שהיא צופה שהעילות יפורשו ממילא בהתאם למקורות מהם נשאבו, רצוי לדעתה כי המחוקק יאמר זאת מפורשות (שם, בעמ' 29 ו-40). אולם, נציג משרד המשפטים, עו"ד חנן ארליך, הסתייג מנוסח זה וטען כי הוא עלול להקשות על יישומו של החוק שכן הוא עלול להוביל את בית המשפט לסבור שיש להוכיח את יסודות העבירות שאליהן מפנה הנוסח המוצע, וזאת למרות שאין מדובר בהליך פלילי. בהתאם לכך, הודיע יו"ר הוועדה כי הנוסח שיעלה להצבעה בוועדה יהיה הנוסח אשר אושר בקריאה הראשונה, ושבו מפורטות העילות ללא ציון מפורש של מקורותיהן החקיקתיים (שם, בעמ' 30-31).

24. בנוסף, עו"ד קוגוט ציינה כי כיוון "שהרציונל הוא שהמדינה לא תממן פעילויות שמכוונות נגדה" אין הצדקה לאפשר במסגרת הצעת החוק הפחתת תקציב בשיעור של פי עשרה מן הסכום שהוצא ושנופל בגדר העילות שבחוק (שם, בעמ' 42). יו"ר הוועדה, חה"כ רותם, קיבל עמדה זו באופן חלקי והציע כי שיעור הפחתה בתקציב לא יעלה על פי שלושה מן ההוצאה, והצעתו זו התקבלה על-ידי הוועדה (שם, בעמ' 45-47).

25. בהמשך הדיון נדונה האפשרות כי היעוץ המשפטי לממשלה יהיה מעורב בהליך הפחתת התקציב על-פי הצעת החוק, אולם נוכח התנגדות משרד המשפטים, נקבע שהיעוץ המשפטי למשרד האוצר ישמש כגורם המשפטי המייעץ (שם, בעמ' 50). בנוסף נקבע כי תקיפת החלטת

שר האוצר על-פי הסעיף הנדון תיעשה בעתירה מינהלית, כך שבית משפט נכבד זה ישמש כערכאת ערעור ולא כערכאה ראשונה (שם, בעמ' 54-55).

26. בתום הדיון אושרה הצעת החוק לקריאה השנייה והשלישית.
27. הצעת החוק נדונה בכנסת בקריאה שנייה ובקריאה שלישית ביום 22.3.2011 ואושרה ברוב של 37 תומכים, 25 מתנגדים וללא נמנעים.
- נוסח החוק כפי שפורסם ברשומות מצ"ב ומסומן מש/7.

### טיעון משפטי

#### א. יש לדחות את העתירה על הסף בשל היותה תיאורטית ו"בלתי בשלה" להכרעה

28. הלכה פסוקה היא כי בית משפט נכבד זה אינו דן בעתירות תיאורטיות וגורפות. אכן, כבר בפסק הדין החוקתי הראשון שניתן בע"א 6821/93 **בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (להלן: **עניין בנק המזרחי**), התווה כב' הנשיא שמגר קווים מנחים להפעלת ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים, המגלמים את התפיסה כי עתירה כללית התוקפת את הוראות החוק באופן גורף ומופשט אינה מתאימה להכרעה חוקתית (שם, בעמ' 349-350).
29. תפיסה זו פותחה בפסק דינה של כב' השופטת נאור בעניין **לובל**, לכדי "דוקטרינת הבעיה הבלתי בשלה" במשפט החוקתי, לפיה, הכרעה שיפוטית בסוגיה חוקתית תיעשה מקום בו הונחה בפני בית המשפט תשתית עובדתית קונקרטית. כב' השופטת נאור הסבירה בעניין זה כי:

**"לדעתי קיים טעם נוסף לדחיית העתירה על הסף, והוא כי העתירה אף אינה בשלה להכרעה בבית משפט זה, עקב היעדרה של מערכת עובדות קונקרטית, ברורה ושלמה, החיונית לצורך מתן הכרעה שיפוטית עקרונית [...]. על הכרעה שיפוטית מושכלת להיות קשורה בטבורה לעובדות קונקרטיות העולות מהמקרה, וזאת אף אם המקרה מעורר שאלה חוקתיות. בהתאם, דוקטרינת הבשלות נועדה לאפשר לבית המשפט להימנע מלהכריע במחלוקות מופשטות. הרי, אירוע מאוחר עשוי לחדד את המחלוקת בין הצדדים או לייתר את הצורך בהכרעה בהיבטים מסויימים של המחלוקת, אף אם היא מעוררת שאלה חוקתיות. לפיכך, גם בהקשר החוקתי, דוקטרינת הבשלות מאפשרת לבית המשפט להחליט שההכרעה בשאלה החוקתית המונחת לפניו תתקבל בשלב מאוחר יותר, אם בכלל. [...]. החלטה לדחות את ההכרעה במקרה שהובא לפני בית המשפט, על יסוד דוקטרינת הבשלות, עשויה לעכב את ההכרעה אך לא בהכרח למנוע אותה. על כן, דוקטרינת הבשלות היא כלי שיפוטי עצמאי וגמיש הנתון לשיקול דעתו של בית המשפט, בהתאם לנסיבות העניין, ובהתאם לבשלות העולה מן התשתית העובדתית המונחת לפניו" (שם, פס' 3-7 לפסק דינה של כב' השופטת נאור).**

30. במקרה דנן, העתירה תוקפת את ההסדר הנדון באופן כוללני ומופשט, ועוד בטרם החלו בהפעלתו. גם במקרים הספציפיים המובאים על-ידי העותרים – הפעילויות של העותרת מס' 1, הפעילויות של בית הספר גליל במשגב (שבו לומדים ילדיהם של העותרים מס' 2-6) ועבודתו האקדמית של העותר מס' 7 – טרם נפתח כל הליך להפחתת תקציב, ואף כלל לא ברור אם ייפתח הליך כזה. בנסיבות אלה, כאשר העתירות לוקות בהעדר "מערכת עובדות

קונקרטי, ברורה ושלמה", ולמעשה נעדרות כל מערכת עובדתית קונקרטי, הן אינן בשלות להכרעה בבית המשפט הנכבד.

31. הדרך המתאימה לדון בחוקתיותו של החוק הנדון היא **אגב מקרה קונקרטי**, כאשר תיפרס בפני בית המשפט הנכבד מערכת עובדתית שלמה, ולא בשלב מקדמי זה, עוד בטרם התקבלה כל החלטה על בסיס החוק הנדון. אם תתקבל החלטה מכוח החוק אותה יבקשו העותרים לתקוף, הרי שהערכאה המתאימה לכך היא בית המשפט לעניינים מינהליים (ראו סעיף 3 לחוק). במסגרת בחינת עובדות המקרה הקונקרטי ניתן יהיה גם להעלות כל טענה כנגד חוקתיות החוק.

32. **אשר על כן, דינה של העתירה להידחות על הסף.**

### **ב. לגוף העניין - החוק הנדון אינו פוגע בזכויות חוקתיות**

33. בשלב הראשון של הבחינה החוקתית, כדי לבסס עילת תקיפה חוקתית כנגד החוק, על הטוען כנגד חוקתיות חוק להראות כי הוראות החוק הנדון "פוגעות בזכות אדם הקבועה בחוק-יסוד" (בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 29 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006) (להלן: עניין חוק טל)). בענייננו, טוענים העותרים בראש ובראשונה כי התיקון הנדון פוגע בחופש הביטוי (על היבטיו השונים). כמו כן, טוענים העותרים לפגיעה בשורה של זכויות חוקתיות נוספות, ובהן זכותם של האזרחים הערביים בישראל לשוויון ולכבוד קיבוצי, הזכות לחינוך וחופש העיסוק.

34. אולם, למעשה, כמפורט להלן, אין התיקון הנדון פוגע בזכויות חוקתיות כלל, באשר אין הוא מטיל כל איסור על הפעילויות המנויות בתיקון, אלא קובע **כי המדינה תפחית מן המימון הממשלתי הניתן לגופים בגין פעילויות וביטויים העונים על העילות שבחוק.**

#### **1. מהות התיקון: מניעת מימון ממשלתי מפעולות או ביטויים הנוגדים את עקרונות היסוד של המדינה**

35. מהותו של התיקון הוא בהסמכת שר האוצר להפחית מתקציביהם של גופים מתוקצבים או נתמכים כך שיובטח כי **המדינה לא תקדם באמצעה הכספיים, ביטויים ופעילויות הסותרים את עקרונותיה היסודיים**. משום כך, כמובהר להלן, אין התיקון פוגע בזכויות חוקתיות, אלא מממש את הפררוגטיבה של המדינה לקבוע אילו יעדים מצדיקים הקצאת כספים על ידה, ואת זכותה של המדינה למנוע שימוש בתקציביה לצרכים החותרים תחת יסודותיה.

36. אכן, העותרים עצמם מבהירים כי "אינם טוענים שמוטלת על המדינה חובה פוזיטיבית לפעול למען טיפוח הנרטיב הפלסטיני או קידום דיון ביקורתי אודות אופייה של המדינה" (פס' 68 לעתירה). אולם, זוהי בדיוק המשמעות של עתירתם – כי המדינה מחויבת להמשיך ולממן נרטיבים החותרים תחת עקרונותיה היסודיים ביותר. עמדה זו אינה סבירה ואינה עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט נכבד זה.



37. בית המשפט הנכבד הבהיר לא פעם בפסיקתו כי קביעת סדרי העדיפויות התקציביים מצויה בלב ליבו של שיקול הדעת השלטוני. למעשה, מדובר באמצעי העיקרי שבאמצעותו יכולות הרשות המחוקקת והרשות המבצעת לתת ביטוי להשקפותיהן הערכיות באשר ליעדים ולתכליות שברצונן לקדם. ראו למשל, בג"ץ 240/98 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נב(5) 167, 190 (1998) בו נקבע כי:

**"שקלולם של כל אותם שיקולים העושים חוק תקציב – לרבות קביעת סדר העדיפויות – ניתנו, מעיקרם, לכנסת ולממשלה בגדרי מדיניות כללית, וממילא יצטמצם תחום התערבותו של בית המשפט."**

וכך גם בבג"ץ 5035/92 **הקרן לגאולת קרקע שלייד מדרשת ארץ ישראל קדומים נ' מדינת ישראל**, פס' 3 לפסק דינו של כב' השופט גולדברג (פורסם בנבו, 31.10.1993):

**"המדיניות שקבעה הממשלה נוגעת לסדר העדיפויות לשימוש בתקציב הלאומי, על פי שיקוליה והערכתה את צרכיה של המדינה. סדר הקדימויות הלאומיות, ובכללן הכלכליות והמדיניות, נתון, כדבר מובן מאליי, לקביעתה ולהכרעתה של הממשלה."**

38. אחד הביטויים המעשיים לקביעת סדר העדיפויות התקציבי בידי הרשות המבצעת (והמחוקקת), נוגע לפררוגטיבה שלהם לקבוע אילו פעילויות ומוסדות יזכו למענקי תמיכה מידי המדינה. ראו לעניין זה בג"ץ 8418/03 **אולפנא כפר פינס נ' משרד הפנים**, פס' 7 לפסק דינה של כב' השופטת חיות (פורסם בנבו, 4.7.2005):

**"המדינה מוסמכת, אפוא, לקבוע לעצמה מדי שנה בשנה את סוגי הפעילות ואת המוסדות אותם תזכה או שלא תזכה במענקי תמיכה ובלבד שתעשה כן תוך שמירה על עקרונות היסוד של השיטה."**

39. **יתר על כן, קביעת רמת תקצוב של גופים נתמכים או מתוקצבים על-פי מידת עמידתם ביעדי המדינה ובערכיה אינה ייחודית לתיקון הנדון.** כך למשל, התקצוב של מוסדות חינוך במערכת החינוך נעשה בהתאם לשיעור שבו מלמדים מוסדות אלה את לימודי הליבה: **מוסדות חינוך רשמיים** (ממלכתיים) מתוקצבים באופן מלא ומחויבים בלימודי ליבה באופן מלא (סעיפים 1 ו-7 לחוק לימוד חובה, התשי"ט-1949); **במוסדות חינוך מוכרים שאינם רשמיים** נלמדים לימודי הליבה בהיקף של 75% מכלל שעות הלימודים במוסד חינוך רשמי ושיעור תקצובם עומד על 65%-75% מן התקצוב של מוסד רשמי (ראו תקנות חינוך ממלכתי (מוסדות מוכרים), התשי"ד-1954); **במוסדות פטור** (המופעלים מכוח חוק פיקוח על בתי ספר, התשכ"ט-1969) נלמדים לימודי ליבה בהיקף של 55% משעות הלימוד במוסד רשמי, כאשר גובה התקצוב אשר ניתן למוסד כאמור הועמד על אותו שיעור, קרי: 55% מן התקצוב של מוסד רשמי. (ראו לעניין זה: בג"ץ 4805/07 **המרכז לפלורליזם יהודי נ' משרד החינוך** (פורסם בנבו, 27.7.2008)).

40. מובן כי קביעת תקציב מופחת למוסדות חינוך לא ממלכתיים, שאינם מלמדים את תכנית הליבה בנוסחה המלא, משקפת הכרעה **ערכית** של המדינה, באשר לחשיבות לימודי הליבה על פני לימודים, או ערכים, אחרים שאינם נכללים בתכנית זו. בית המשפט הנכבד עמד על טעם

זה במפורש בעניין גני חב"ד (בג"ץ 8437/99 רשת גני חב"ד בארץ הקודש נ' שר החינוך, פ"ד נד(3) 69 (2000)) שבה נדונה עתירה שביקשה את החלת חוק יום חינוך ארוך, והמימון הנגזר ממנו, גם על מוסדות חינוך שאינם משתייכים לזרמי החינוך הממלכתי. בית המשפט הנכבד דחה את העתירה וקבע, בין היתר, כי **"רשאית וזכאית היא המדינה לקדם מטרות שהיא חפצה ביקרן – בענייננו: מטרות החינוך הממלכתי – ולהקציב משאבים להשגתן של אותן מטרות"** (שם, בעמ' 84). יצוין כי בהתייחסו למטרות החינוך הממלכתי, הזכיר בית המשפט במפורש את אחת העילות הנדונות הכאן, בציינו כי: **"חינוך ממלכתי ניתן למטרות מסוימות"** וכי במרכזן **"חינוך התלמידים לערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית ולערכי-חברה שהאדם וכבוד האדם הם במרכז ההווה והעשייה"** (שם, בעמ' 80).

41. זאת ועוד, מעבר לזכותה הכללית של המדינה לקבוע את סדרי העדיפויות להקצאת כספים בתקציבה לקידום יעדים מסוימים, זכאית המדינה באופן ספציפי שלא לממן מתקציבה פעילויות המבקשות לסכל את מדיניותה, או המבקשות לקעקע את עקרונותיה היסודיים. הלכה ברורה זו נלמדת מפסק דינו של בית המשפט הנכבד בבג"ץ 10104/04 שלום עכשיו – שעל מפעלים חינוכיים נ' גב' רות יוסף, הממונה על הישובים היהודיים ביהודה ושומרון (פורסם בנבו, 14.5.2006) (להלן: עניין שלום עכשיו). באותו מקרה, הוגשה עתירה כנגד מועצות מקומיות ואזוריות ביהודה ושומרון, אשר עשו שימוש במענקי תמיכה שהוענקו להן על-ידי המדינה לצורך מימון פעילויות מחאה כנגד תכנית ההתנתקות מרצועת עזה. אף כי נתגלעו בפסק הדין מחלוקות בין השופטים בנושאים שונים, כל השופטים הסכימו כי אין לאפשר שימוש בכספים המוקצים על-ידי המדינה כדי להיאבק כנגד תכנית מדינית המקודמת על-ידיה. כב' המשנה לנשיא חשין הסביר בעניין זה:

**"שלא נקבל כי הרשות המקומית תעשה שימוש בכספי תמיכה שהעניקה לה המדינה כדי ללחום בתוכנית שיזמה המדינה"** (פס' 38 לפסק דינו).

וכי:

**"תנאי מובנה הוא בתמיכת המדינה כי לא יעשה שימוש בכספי-מדינה למאבק בתוכנית המדינה; כי כנדרש מכך אסורה היא רשות מקומית לעשות שימוש בכספי-מדינה למאבק בתוכנית המדינה"** (פס' 41 לפסק דינו).

42. נוכח מסקנתו זו, קבע בית המשפט הנכבד (כנגד דעתו החולקת של כב' השופט רובינשטיין) כי:

**"בכל מקרה שבו מעבירה רשות מקומית כספים למאבק ביישומה של תוכנית ההתנתקות, רשאית המדינה לקזז מתמיכתה באותה רשות סכום כסף השווה לסכום הכסף שהרשות העבירה לגוף או לגופים אחרים לשם מאבק זה"** (ההחלטה האופרטיבית של פסק הדין).

43. להלכה זו יש תחולה ברורה בענייננו. אכן, אם רשאית המדינה להפחית מתקציבו של גוף הנתמך על-ידיה כל סכום שאותו גוף הוציא על "מאבק ביישומה" של תכנית המדינה, בוודאי שהמדינה רשאית להפחית מתקציבו של גוף העושה שימוש בכספי המדינה שהוענקו לו כדי לקדם יעדים החותרים תחת עקרונותיה היסודיים. ואכן, במקרה דנן, שתי העילות הנתקפות על-ידי העותרים נוגעות לעקרונות ליבה של מדינת ישראל: האחת, "שליטת קיומה של מדינת

ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 3ב(ב)(1) לחוק), והשנייה, "ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל" (סעיף 3ב(ב)(4) לחוק) (ראו עוד בעניין זה, פסי' 61-62 להלן).

44. ודוק, בעניין **שלום עכשיו** לא הייתה התייחסות לעובדה שתכנית ההתנתקות הייתה נתונה במחלוקת עזה בקרב הציבור הישראלי, או לכך שפעולות המחאה כנגד ההתנתקות בהן דובר היו פעולות לגיטימיות החוסות תחת חופש הביטוי, ושבהן הובעה מחאה כנגד תכנית ההתנתקות. מסקנתו של בית המשפט נסמכה כאמור **על זכותה הכללית של המדינה למנוע שימוש בכספיה למימון פעולות המנוגדות למדיניותה** ועל כך שהשימוש בכספי התמיכה למחאה פוליטית חורגת מן הייעוד שלשמו ניתן הכסף (פסי' 38 לפסק דינו של כבי המשנה לנשיא חשין).

45. יצוין כי התיקון הנדון קובע כי שיעור הפחתת התקציב מגוף בגין "הוצאה שאינה נתמכת" (הוצאה העונה על העילות שבחוק) **לא יעלה על פי שלושה** מההוצאה שאינה נתמכת (סעיף 3ב(ג) לחוק). כמפורט לעיל, שיעור זה עולה בקנה אחד עם עמדתו של פרופ' בנדור, כפי שהובעה במהלך הליכי החקיקה, ולפיה, נוכח תכלית החוק, יש לקבוע כי **"ההפחתה תהיה בשיעור ההוצאה, או לכל היותר, על מנת להרתיע וכאמצעי של האכיפה, גבוהה מעט יותר, אולי פי שתיים או פי שלוש"** (פרוטוקול הדיון מיום 23.2.2010, בעמ' 18 (מש/4)).

46. אכן, לב התיקון הוא בהפחתת תקציב בשיעור "ההוצאה שאינה נתמכת". הפחתה זו עולה בקנה אחד עם תכלית החוק כי **"המדינה לא צריכה לעזור לך לממן את הפעילויות הללו"** (דברי יו"ר ועדת החוקה, חה"כ רותם, פרוטוקול הדיון מיום 23.2.2010, בעמ' 18 (מש/4)), או כפי שהגדיר זאת אחד מיוזמי הצעת החוק, חה"כ מילר, **"אני לא מוכן שאזרחי מדינת ישראל יממנו מכיסם את שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה של העם היהודי. מה לעשות, אני לא מוכן שיממנו את זה. אני גם לא מוכן שיממנו את שלילת אופייה הדמוקרטי של המדינה"** (שם, בעמ' 30)). עם זאת, במצבים מסוימים, **"על מנת להרתיע וכאמצעי של האכיפה"** כדברי פרופ' בנדור, יתכן שההפחתה תעלה על שיעור ההוצאה, ובכל מקרה, כאמור, לא תעלה על פי שלושה משיעור זה (השוו: בג"ץ 7426/08 **טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך**, פסי' 41 לפסק דינה של כבי השופטת פרוקציה (פורסם בנבו, 31.8.2010), שם נקבע כי התמיכה הכספית של המדינה במוסדות החינוך שאינם רשמיים **"ימותנית בכך שהחינוך המגזרי יקיים את עקרונות היסוד והערכים עליהם בנויה שיטת החינוך בישראל. הפרתם של אלה, עשויה לחייב את הרשות הציבורית להפסיק לחלוטין או באופן חלקי את הזרמת כספי הציבור למוסד המפר"**).

47. סיכומו של דבר, למחוקק ולממשלה נתונה החירות לקבוע את סדרי העדיפויות התקציביים כך שיגשימו את יעדיהם המדיניים והכלכליים, ובכלל זה, למנוע שימוש בכספי מדינה כדי לממן פעולות המנוגדות ליעדים אלה. נוכח פררוגטיבה רחבה זו, ברי כי רשאית המדינה להפחית מתקציבם של גופים המבקשים לעשות שימוש בתקציבי המדינה כדי לממן פעולות המנוגדות לעקרונותיה הבסיסיים ואין בכך כל פגיעה בזכויותיהם החוקתיות.

## 2. אין יסוד לטענה בדבר פגיעה בזכות החוקתית לחופש הביטוי

48. נוכח האמור, אין יסוד לטענת העותרים בדבר פגיעה בזכות החוקתית לחופש ביטוי, ובכלל זה בחופש הביטוי הפוליטי, האמנותי והאקדמי (פסי' 67-80 לעתירה). כאמור, בניגוד לטענת העותרים, התיקון הנדון אינו פוגע כלל בחופש הביטוי שכן הוא אינו מטיל כל איסור או מגבלה על ביטויים העונים על העילות שבחוק.
49. מטעם זה גם אין כל רלוונטיות לשלל פסקי הדין המובאים על-ידי העותרים והעוסקים כולם בהטלת מגבלות או איסורים על ביטויים מסוג מסוים: "ההגבלה על זכות זו [חופש הביטוי הפוליטי]" (פסי' 69 לעתירה); "פסילת הביטוי" (פסי' 70 לעתירה); שלילת הזכות להיבחר (פסי' 71 לעתירה); "כיוון שמדובר בביטויים פוליטיים, אזי איסורם על רקע תוכנם" (פסי' 72 לעתירה); "פסילת תשדיר תעמולה" (פסי' 73 לעתירה); מחאה מול הקונסוליה של ארה"ב בירושלים אסורה לפי חוקי העזר של העיריה (שם); פסילת סרט על ידי המועצה לביקורת סרטים (פסי' 76 לעתירה).
50. כיוון שהתיקון הנדון אינו מטיל כל איסור או מגבלה על ביטויים כלשהם, ההלכות הנלמדות מפסקי הדין הללו אינן מבססות את טענת הפגיעה בחופש הביטוי במקרה דנן. התיקון הרי אינו אוסר על העותרים לבטא עמדות או לנקוט בפעילויות המבטאות את "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" או "ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל". הוא גם אינו שולל מן המבטאים עמדות אלה גישה לבמות ציבוריות משמעותיות דוגמת לוחות מודעות עירוניים שדובר בהם בעניין ראם, המוזכר על ידי העותרים (ע"א 105/92 ראם מהנדסים נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189 (1993)), שבהם 'סמכותה של הרשות השלטונית מצטמצמת אך לתפקידי 'שיטור', כגון קיומו ושמירתו של לוח מודעות עירוני, שעליו מבטאים פרטים את הרצוי להם" (שם, בעמ' 211). השלכת התיקון היא רק על המימון הממשלתי הניתן לגופים העוסקים בביטויים ופעילויות העונים על עילות אלה.
51. למעשה, העותרים מבקשים להרחיב את הגדרת חופש הביטוי, החירות הכללית הנתונה לאדם או לארגון להביע את דעתם באופן חופשי, בלא איסור או מגבלה, לכדי זכות במובן ההופלדיאני. זכות שכנגדה חובה פוזיטיבית, ובכלל זה, החובה לקדם ולממן ביטויים הנוגדים את עקרונות היסוד של המדינה. ואולם, כאמור, עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם גישתו העקבית של בית המשפט נכבד זה באשר לפררוגטיבה של המדינה לקבוע סדרי עדיפויות תקציביים ולקדם יעדים ומטרות התואמים את עקרונותיה (גם אין הדבר דומה לחובתה של המדינה לשמור על הסדר הציבורי במהלך הפגנה. השוו: בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' ממשלת ישראל, פסי' 15 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.12.2006)).
52. זאת ועוד, אף במשפט האמריקאי, שבו הוענקה חשיבות מיוחדת לזכות לחופש הביטוי, המעוגנת במפורש בתיקון הראשון לחוקה, נפסק כי קיימת הבחנה ברורה בין קביעת איסור או מגבלה על ביטויים מסוימים ובין אי מתן מימון ממשלתי לביטויים אלה. בעוד שאיסורים על ביטויים בשל תוכנם ייחשבו, בדרך כלל, לבלתי חוקתיים בארה"ב, בית

המשפט העליון האמריקאי התיר לממשל הפדראלי **שלא לממן** ביטויים שהממשל מתנגד להם.

53. כך למשל, בפסק הדין National Endowment for the Arts (NEA) v. Finley, 524 U.S. 569 (1998) **דחה** בית המשפט העליון האמריקאי עתירה שטענה כי חוק הקובע כי הכרעה בעניין מתן מענקים פדראליים לתמיכה באמנות תעשה תוך התחשבות ב"נורמות כלליות של צניעות וכבוד לאמונות המגוונות והערכים של הציבור האמריקאי" ( "general standards of decency and respect for the diverse beliefs and values of the American public"), פוגע בחופש הביטוי המעוגן בתיקון הראשון לחוקה.

54. בחוות דעתו של השופט סקליה (Scalia), אשר הצטרף לדעת הרוב בעניין זה, הוא הבהיר כי, לשיטתו, "מגוחך" להשוות שלילת תקצוב לצעדים המבקשים להגביל "רעיונות מסוכנים":

*"It is preposterous to equate the denial of taxpayer subsidy with measures aimed at the **suppression** of dangerous ideas"*

(הדגשה במקור) (שם, בעמ' 596).

השופט סקליה הסביר בעניין זה **כי מהות תפקידה של הממשלה היא להעניק עדיפות לעמדות מסוימות על פני עמדות אחרות**, וכי, לשיטתו, אין כל הבדל בין מצב בו הממשלה מקדמת את עמדותיה בצורה ישירה, באמצעות אורגניה, ובין מצב בו הממשלה מממנת גופים פרטיים המקדמים עמדות דומות. בכל מקרה, לשיטתו, אין מדובר בהטלת מגבלה או איסור על חופש הביטוי, המוגן בתיקון הראשון לחוקה:

**"It is the very business of government to favor and disfavor points of view on (in modern times, at least) innumerable subjects – which is the main reason we have decided to elect those who run the government, rather than save money by making their posts hereditary. And it makes not a bit of difference, insofar as either common sense or the Constitution is concerned, whether these officials further their (and, in a democracy, our) favored point of view by achieving it directly (having government-employed artists paint pictures, for example, or government-employed doctors perform abortions); or by advocating it officially (establishing an Office of Art Appreciation, for example, or an Office of Voluntary Population Control); or by giving money to others who achieve or advocate it (funding private art classes, for example, or Planned Parenthood). None of this has anything to do with abridging anyone's speech"**

(שם, בעמ' 598).

בפסק דינה של השופטת אוקונור (O'Connor) (שאליו הצטרפו מרבית שופטי הרוב), עמדה אף היא על ההבחנה הברורה שבין הגבלת מימון לדעות מסוימות ובין הטלת איסור או מגבלה על דעות אלה, בציינה כי:

"[A]lthough the First Amendment certainly has application in the subsidy context, we note that **the Government may allocate competitive funding according to criteria that would be impermissible were direct regulation of speech or a criminal penalty at stake**. So long as legislation does not infringe on other constitutionally protected rights, **Congress has wide latitude to set spending priorities**".

(שם, בעמ' 587-588).

55. בדומה, בפסק הדין *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991), **אישר** בית המשפט העליון האמריקאי תקנות המתנות מימון פדראלי למרפאות (וגופים דומים) לתכנון המשפחה בכך שהמימון לא ישמש לקידום או עידוד הפלות. העותרים כנגד התקנות טענו, בין היתר, כי יש בכך פגיעה בחופש הביטוי של הגופים המקבלים מימון פדראלי, שאינם יכולים לבטא את עמדתם באשר לגיטימיות של השימוש בהפלות כאמצעי לתכנון המשפחה. בית המשפט העליון האמריקאי (בדעת רוב) דחה טענה זו תוך שהוא מצטט בהסכמה שורה של פסקי דין אשר עמדו על ההבחנה שבין החלטה שלא לממן דעות מסוימות ובין איסור על הבעת אותן דעות:

**"A legislature's decision not to subsidize the exercise of a fundamental right does not infringe the right.** [...] A refusal to fund protected activity, without more, cannot be equated with the imposition of a 'penalty' on that activity. [...] There is a basic difference between direct state interference with a protected activity and state encouragement of an alternative activity consonant with legislative policy"

(שם, בעמ' 193).

בית המשפט הבהיר כי במקרים רבים הממשלה מממנת תכניות המקדמות עמדות מסוימות, וכי אינה חייבת, בשם האיזון, לממן גם תכניות המבטאות עמדות המנוגדות לכך:

***"To hold that the Government unconstitutionally discriminates on the basis of viewpoint when it chooses to fund a program dedicated to advance certain permissible goals, because the program in advancing those goals necessarily discourages alternative goals, would render numerous Government programs constitutionally suspect. When Congress established a National Endowment for Democracy to encourage other countries to adopt democratic principles, 22 U. S. C. §4411(b), it was not constitutionally required to fund a program to encourage competing lines of political philosophy such as communism and fascism. Petitioners' assertions ultimately boil down to the position that if the Government chooses to subsidize one protected right, it must subsidize analogous counterpart rights. But the Court has soundly rejected that proposition. [...] Within far broader limits than petitioners are willing to concede, when the***

***Government appropriates public funds to establish a program it is entitled to define the limits of that program"***

(שם, בעמ' 193-194).

56. הנה כי כן, אף במשפט האמריקאי, בדומה לגישתו של בית המשפט הנכבד בעניין זה, קיימת הבחנה ברורה בין הטלת איסור על ביטויים מסוימים ובין אי מתן מימון ממשלתי לביטויים אלה. בעוד שהטלת איסור על ביטויים מסוימים נחשבת לפגיעה ממשית בזכות חוקתית, ההחלטה שלא לממן מתקציב המדינה את אותם ביטויים מצויה במסגרת סמכותה של הממשלה (והרשות המחוקקת), ומאפשרת לה להגשים את מדיניותה.

57. אשר על כן, דין טענת העותרים באשר לפגיעה בזכות החוקתית לחופש ביטוי להידחות.

**3. אין יסוד לטענה בדבר פגיעה בזכות החוקתית לשוויון**

58. העותרים טוענים עוד לפגיעה בזכות החוקתית לשוויון, שכן, לטענתם, התיקון מפלה על רקע לאום וכן על רקע השקפה חברתית או פוליטית (פס' 81-91 לעתירה). ואולם, בניגוד לטענות העותרים בעניין זה, ההבחנות הנוצרות מכוח התיקון מבוססות על שוני רלוונטי בין קבוצות ולכן אינן פוגעות בזכות החוקתית לשוויון.

59. אכן, כפי שהובהר לא אחת בפסיקה, כדי לקבוע אם חוק מסוים פוגע בשוויון, יש לבחון האם ההבחנה הנוצרת בגדרו מבוססת על שוני רלוונטי בין קבוצות. אם ההבחנה מבוססת על שוני רלוונטי הרי שאין פגיעה בשוויון, שכן מתן יחס שונה לאנשים שונים אינו יכול להיחשב להפליה. לשם זיהוי השוני הרלוונטי יש לבחון מהי תכלית החוק והיקף תחולתו, ולבחון האם השוני משרת תכלית זו. כפי שהדגישה כב' הנשיאה בניש בבג"ץ 4124/00 ארנן יקותיאל ז"ל נ' השר לעניני דתות (פורסם בנבו, 14.6.10) (להלן: עניין יקותיאל):

"ההכרעה בשאלה האם נורמה כלשהי מפירה את עקרון השוויון אינה פשוטה כלל ועיקר. מעצם טיבה מחייבת השאלה דיון במאפייניה של הנורמה ותכליתה ובקביעת "קבוצת השוויון" הרלוונטית למקרה הנדון. קבוצת השוויון היא אותה קבוצה של פרטים או גופים לגביהם חלה החובה לנהוג בשוויון [...] והיא נגזרת, בין היתר, מתכלית הנורמה והיקף התפרסותה [...] הבחנה בין שונים אינה עולה כדי הפליה פסולה רק מקום בו השוני הוא רלוונטי לתכליתה של הנורמה המבחינה ביניהם" (פס' 36-37 לפסק דינה).

60. במקרה זה, תכלית התיקון ברורה מלשונו, מדברי ההסבר להצעת החוק והדיונים בכנסת במסגרת הליכי חקיקתו, והיא: לקבוע בחוק יסודות התקציב את העיקרון של דמוקרטיה מתגוננת, במובן זה שגופים נתמכים ומתוקצבים לא יקבלו תקציב מהמדינה לשם מימון פעולות הנוגדות את עקרונות היסוד של המדינה. ואכן, כל העילות להפחתת תקציב הקבועות בתיקון מגשימות את התכלית הנזכרת, שכן כולן נוגעות למרכיבים יסודיים במהותה של המדינה, ובכלל זה שתי העילות שכנגדן טוענים העותרים: "שליטת קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" ו"ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל".

61. הגדרת אופייה של מדינת ישראל "כמדינה יהודית ודמוקרטית" מקבלת ביטוי נרחב בחקיקה בישראל, ובמיוחד, בחוקי-היסוד מכוחם מוגשת עתירה זו: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. בשני חוקי היסוד נקבע בסעיף המטרה, כי מטרת חוק היסוד להגן על זכויות אדם, "כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). בנוסף, על-פי פסקאות ההגבלה של שני חוקי היסוד, הפגיעה בזכויות תהיה מותרת רק כאשר החוק הנדון "הולם את ערכיה של מדינת ישראל", קרי: הולם את היותה מדינה יהודית ודמוקרטית (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). בנסיבות אלה, מובן כי ההבחנה בין מי ששולל את עקרון היסוד בדבר היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית ובין מי שאינו עושה כן מבוססת על שוני רלוונטי לתכלית החוק.

62. בדומה, גם המעמד המיוחד של יום העצמאות כיום חג המציין את יום כינונה של המדינה הוא מרכיב מהותי באופייה של המדינה. אכן, כפי שהסביר כב' הנשיא ברק בא"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה נ' ח"כ טיבי**, פ"ד נו(4) 1 (2003) (להלן: עניין **טיבי**), בגדר המאפיינים הגרעיניים, "הגדרת המינימום", של מדינת ישראל כמדינה יהודית, נכללים "זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, שהיהודים יהו בה רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה, ועיקר חגיגה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי" (שם, בעמ' 22) (כן ראו לעניין זה: חוק יום העצמאות, התש"ט-1949 שבו הכנסת הכריזה "על יום ה' באייר כעל יום העצמאות" שיוחג מדי שנה בשנה **כחג המדינה**" (סעיף 1א)). בנסיבות אלה, גם ההבחנה בין מי מציין את יום העצמאות (או יום הקמת המדינה) כיום אבל ובין מי שאינו עושה כן, מבוססת על שוני רלוונטי לתכלית החוק.

63. לכן, גם אין יסוד לטענות העותרים בדבר הפליה "על רקע השקפה חברתית או פוליטית" (פסי' 82 לעתירה). אכן, התיקון מבחין בין פעילויות וביטויים על יסוד יחסם לעקרונות היסוד של המדינה, ומאפשר הפחתת תקציב ממשלתי מגופים המבצעים פעולות הנוגדות עקרונות אלה. ואולם, כאמור, מדובר בהבחנה מותרת, המצויה במסגרת הפרוגטיבה של המדינה לקבוע את יעדיה ועקרונותיה, ולהימנע מלממן פעילויות הנוגדות עקרונות אלה. בדיוק כשם שהמדינה רשאית להבחין, לצרכי מימון, בין בתי ספר, על-יסוד התאמת תכנית הלימודים שלהם לתכנית הליבה שהמדינה מבקשת לקדם, כך רשאית המדינה להבחין לצרכי מימון גם בין גופים אחרים, על יסוד ההתאמה שבין פעילותם ובין ערכי הליבה שלה. אין בכך משום הפליה פסולה אלא הבחנה המבוססת על שוני רלוונטי.

64. גם אין ממש בטענת העותרים (פסי' 82 ו-85 לעתירה) כאילו התיקון מפלה על רקע לאום. אכן, כטענת העותרים, "הקונספציה של פס"ד **קעדאן קובעת**, כי איסור ההפליה במדינת ישראל כמדינה דמוקרטית חל על האזרחים היהודים והערבים ללא הבחנה על בסיס לאום" (פסי' 85). ואולם, בשונה מפרשת **קעדאן** (בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258 (2000)) שבה דובר באי הקצאת מקרקעין לאדם **בשל זהותו הלאומית**, הפחתת תקציב לגופים מכוח התיקון הנדון נעשית על יסוד היחס שבין פעילותם ובין עקרונות היסוד



של המדינה, ובלי קשר לזהותם הלאומית. אכן, יש מבין בני המיעוט הערבי המבקשים לציין את יום העצמאות של מדינת ישראל כיום אסון (נכבה), וכן יש המבקשים לשלול את אופייה היהודי של המדינה (פס' 41 לעתירה), אולם יש גם יהודים המבקשים לשלול את אופיה היהודי של המדינה, דוגמת העותר 7 (פס' 56-62 לעתירה) או אחרים שיבקשו לשלול את אופייה הדמוקרטי. התיקון חל על כל הגופים במידה שווה ומבחין ביניהם על בסיס אופי פעילותם ולא על בסיס לאומיותם.

65. נדמה שטענת העותרים בעניין זה חורגת מגדר אותה הפליה שדובר עליה בפסק הדין בעניין קעדאן. למעשה, העותרים מבקשים להעלות טענה מרחיקת לכת יותר ולפיה בכל מצב שבו המדינה מבקשת לקדם ערכים ציוניים או יהודיים, גם בלא להפלות באופן ישיר בין פרטים על בסיס לאומיותם, יש משום הפליה של בני הלאום הערבי (ראו למשל, פס' 84 לעתירה). אולם, טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם המבנה החוקתי של מדינת ישראל ועם אבן המסד לקיומה.

66. אכן, אין חולק כי הבחירה שלא לממן פעילויות המציננות את יום העצמאות של מדינת ישראל כיום אסון, או פעילויות המבקשות לשלול את האופי היהודי או הדמוקרטי של המדינה, היא בחירה ערכית מובהקת. אולם הכרעה ערכית מסוג זה לגיטימית במדינת ישראל נוכח אופייה המיוחד כמדינה "יהודית ודמוקרטית", מדינה אשר אינה מתיימרת לניטרליות ערכית, והמבקשת לקדם ערכים העולים בקנה אחד עם מרכיביה ה"היהודיים" וה"דמוקרטיים" על פני ערכים אחרים. עיקר טענות העותרים בעניין זה מופנות כנגד ההכרעות הערכיות הנובעות מאופייה ה"יהודי" של המדינה, ואולם, מרכיב זה באופייה של המדינה קיבל ביטוי כבר בהכרזת המדינה, בשורה של דברי חקיקה, ובפסיקתו של בית המשפט הנכבד.

67. כך, עוד בפרשת ירדור (ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965) (להלן: פרשת ירדור)), ציין כב' הנשיא אגרנט כי אחד מעקרונות היסוד של מדינת ישראל הוא מהותה כמדינה יהודית:

"לא יכול להיות ספק בדבר – וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה – כי לא זו בלבד שישראל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על ידי משטר של שלטון העם, אלא שהיא גם הוקמה כ'מדינה יהודית בארץ ישראל', כי האקט של הקמתה נעשה, בראש ובראשונה, בתוקף 'זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית...' (שם, בעמ' 385).

וכך גם כב' הנשיא ברק, בעניין טיבי:

"רבות הן המדינות הדמוקרטיות. רק אחת מהן היא מדינה יהודית. אכן, טעם קיומה של מדינת ישראל הוא בהיותה מדינה יהודית. אופי זה מרכזי הוא לקיומה, והוא – כדברי השופט מ' חשין בפני ועדת הבחירות המרכזית – 'אקסיומה' של המדינה. יש לראות בה 'עקרון יסוד של משפטנו ושיטתנו'" (שם, בעמ' 21).

68. לערכיה של ישראל כמדינה יהודית ניתן ביטוי נרחב גם בחוקי היסוד ובחקיקה רגילה. בכלל זה, בנוסף לשני חוקי-היסוד המוזכרים לעיל, המעגנים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה

"יהודית ודמוקרטית", ניתן למצוא ביטוי לכך בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, המאפשר פסילת רשימות או מועמדים 'אם יש במטרותיה או במעשיה', משום 'שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'; סעיף 3 לחוק השבות, תשי"ז-1950 (לצד סעיף 2 לחוק האזרחות, תשי"ב-1952) המעניקים לכל יהודי זכות לקבל אזרחות מיד עם בואו לישראל; סעיף 18א(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תשי"ח-1948 הקובעים כי 'שבת ומועדי ישראל [...] הם ימי המנוחה הקבועים במדינת ישראל'; הוראות חוק הנוגעות לזיקה שבין מדינת ישראל ליהודי התפוצות דוגמת סעיף 13(ב)(2) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, המחיל סמכות שיפוט של המדינה על עבירות שבוצעו בחו"ל כנגד יהודי 'באשר הוא יהודי', וכיוצא באלה דוגמאות.

69. מכל האמור ברור כי לצד ערכיה הדמוקרטיים של המדינה, המסגרת החוקתית שלה מבטאת גם הכרה בערכיה היהודיים והציוניים. בניגוד לטענת העותרים, מתן מקום לערכים אלה במסגרת חוקי המדינה אינה יכולה להיחשב אפריורית להפליה פסולה כנגד אזרחי המדינה הערבים. בוודאי כך הדבר, כאשר מדובר בתיקון העוסק בהפחתת המימון הממשלתי לפעילויות מסוימות שאינו פוגע בחירותו של האדם לבטא את עמדותיו כרצונו, ומבלי שהמדינה תתערב בכך (ראו עוד לעניין זה: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א: עקרונות יסוד, פרק 6 (מהדורה שישית, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה)).

70. יצויין כי גם פסק הדין המוזכר על-ידי העותרים בעניין השילוט בשפה הערבית (בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002)) (פס' 89 לעתירה) אינו תומך בעמדתם בעניין זה. אף כי באותו מקרה בית המשפט הנכבד פסק כי יש לעשות שימוש בשפה הערבית בשלטי דרכים בערים מעורבות, כבי הנשיא ברק הדגיש בפסק דינו את חשיבותה של השפה העברית כמבטאת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית", ואת חשיבותה של העברית כ"מרכיב בלכידות הלאומית ובהגדרתה של המדינה הריבונית" (שם, בעמ' 414-415). ברי כי גישה זו סותרת את גישת העותרים לפיה **עצם ההתחשבות בערכים הנובעים מאופייה היהודי של המדינה** מבטאת הפליה פסולה וצריכה להידחות על הסף.

71. גם בטענה המבוססת על סעיף 3א(ד) לחוק יסודות התקציב אין ממש (פס' 87 לעתירה). סעיף זה קובע כי 'הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים'. אכן, חלוקת מענקי המדינה צריכה להתבצע 'יבהתאם לקריטריונים שוויוניים, ברורים וגלויים' (עניין יקותיאלי, פס' 41). בהתאם לכך, גם התיקון הנדון עושה שימוש במבחן שוויוני וברור החל על כל גוף המבצע פעולה שבמהותה נוגדת את עקרונות היסוד של המדינה המנויים בסעיף. אשר על כן, הוא עולה בקנה אחד עם העקרונות המובאים בפסיקת בית המשפט הנכבד ובסעיף האמור.

72. סיכמו של דבר, התיקון הנדון אינו מפלה על רקע לאום או השקפה, אלא מבוסס על הבחנות המבקשות להגשים את תכליתו, שהיא מניעת תקציב ממשלתי מפעילויות החותרות כנגד עקרונות היסוד של המדינה, ובכלל זה עקרונות הנובעים מאופייה של המדינה כמדינתו של העם היהודי.

#### 4. אין יסוד לטענה בדבר פגיעה בזכות החוקתית לחינוך

73. עוד טוענים העותרים כי התיקון הנדון פוגע בזכות לחינוך במובן זה שהוא "ימנע מילדי העותרים 2-6 ואחרים לקבל חינוך עפ"י הנרטיב הלאומי הפלסטיני" (פסי' 92 לעתירה). לטענת העותרים יש בכך משום פגיעה בזכות לשוויון בחינוך ובזכות הורי התלמידים לבחור עבור ילדיהם חינוך התואם את השקפתם (פסי' 95-96 לעתירה). גם דינה של טענה זו להידחות.
74. ראשית, למרות מעמדה המיוחד של הזכות לחינוך כזכות מוכרת בשיטת המשפט הישראלית, מעמדה החוקתי שנוי במחלוקת וטרם הוכרע בפסיקה אם מדובר בזכות חוקתית. למעשה, בעבר, נפסק מפורשות כי הזכות לחינוך אינה יכולה להיגזר מן הזכות החוקתית לכבוד האדם (ראו לעניין זה: בג"ץ 1554/95 עמותת שוחרי גיל"ת נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד (3) 2, 23-24 (1996) (כבי' השופט (כתוארו אז) אור); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית 423 (1994) (להלן: פרשנות חוקתית) ("ספק בעיני אם ניתן להסיק מכבוד האדם זכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית").
75. בשנים האחרונות, בשורה של פסקי דין, הביע בית המשפט הנכבד עמדה מורכבת יותר בעניין זה, אולם עד כה נמנע בית המשפט הנכבד מהכרעה בעניין והעדיף להותיר את סוגיית הכללת הזכות לחינוך במסגרת כבוד האדם ב"צריך עיון". ראו למשל, בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פסי' 2 לפסק דינו של כבי' השופט מלצר (פורסם בנבו, 6.8.2009) ("הזכות לחינוך יש לה בסיס חוקתי, שניתן להסיקו מתפיסות היסוד של השיטה המשפטית שלנו, ואולם עיגונה כזכות קונסטיטוציונית על-חוקית איננו ברור"); בג"ץ 11075/04, 64/05 ג'רבי נ' שרת החינוך, התרבות והספורט, פסי' 25 לפסק דינה של כבי' השופטת ברלינר (פורסם בנבו, 5.12.2007) ("זכות חוקתית שאינה קיימת לעניין חוק חינוך חובה – על אחת כמה וכמה אינה קיימת לגבי ההשכלה הגבוהה"); בג"ץ 2599/00 יתד נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 843 (2002) (יעם זאת השאלה אם הזכות לחינוך כלולה בזכות לכבוד האדם, כמשמעותה בסעיפים 2 ו-4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, טרם הוכרעה" (כבי' השופטת דורנר)); בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך, פסי' 26 לפסק דינה של כבי' השופטת פרוקציה (פורסם בנבו, 6.2.2011), ("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 נמנית על אותו גרעין קשה של כבוד האדם, שבלעדיו ערך הכבוד האישי נפגם פגיעה מהותית וקשה"), וכן פסי' 7 לפסק דינו של כבי' השופט דנציגר ("במקרה הנוכחי אין צורך להכריע בשאלת מעמדה של הזכות לחינוך, כזכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם").
76. מכל מקום, גם אילו הייתה מוכרת זכות חוקתית מסוג זה, הרי אין בה כדי להטיל על המדינה חובה לממן "חינוך עפ"י הנרטיב הלאומי הפלסטיני" כטענת העותרים. כאמור לעיל, בית המשפט הנכבד כבר קבע בעבר כי המדינה רשאית לקבוע רמות מימון שונות למוסדות חינוך

בהתאם לעמידתם בתכנית לימודי הליבה שקבע משרד החינוך וכי אין בכך משום הפליה או פגיעה בשוויון בחינוך (ראו לעיל, פסי' 39-40). כפי שהסביר בית המשפט הנכבד:

*"אכן, רשאית וזכאית היא המדינה לקדם מטרות שהיא חפצה ביקרון - בענייננו: מטרות החינוך הממלכתי - ולהקציב משאבים להשגתן של אותן מטרות. וכל עוד זכאים כל ילדה וכל ילד, כל נערה וכל נער, להשתלב במסגרת חינוך מועדפת זו, לא נשמע לטענה שעניינה הפלייתו לרעה, כביכול, של זרם חינוך שאינו ממלכתי" (עניין גני חב"ד, בעמ' 84).*

77. בהתאם לכך, אף אם העותרים רשאים לקדם תכניות לימוד המבוססות על *"הנרטיב הלאומי הפלסטיני"*, אין המדינה חייבת לממן תכניות לימוד אלה, והיא רשאית לבחור לקדם באמצעות מערכת החינוך את ערכיה כמדינה *"יהודית ודמוקרטית"*. כאמור בעניין *גני חב"ד*, כל עוד פתוחים בפני ילדי העותרים מוסדות חינוך המקדמים ערכים *"יהודיים ודמוקרטיים"*, הרי שילא נשמע לטענה שעניינה הפלייתו [ם] לרעה" (שם).

78. זאת ועוד, בניגוד לטענות העותרים (פסי' 92 לעתירה), אין בחוק הנדון גם משום סתירה למטרות החינוך הממלכתי המעוגנים בסעיף 11 לחוק חינוך ממלכתי, תשי"ג-1953. למעשה, לא ניתן למצוא בסעיף הנדון כל עיגון לטענת העותרים בדבר חובתה כביכול של מערכת החינוך הממלכתית לקדם את הנרטיב הלאומי הפלסטיני. כפי שעולה בבירור מן הסעיף הנ"ל, המטרות העיקריות של החינוך הממלכתי הן להנחיל דווקא את ערכיה של ישראל כמדינה **יהודית ודמוקרטית**. בכלל זה מונה הסעיף בין מטרות החינוך הממלכתי:

*[...]*

*(2) להנחיל את העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל ואת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ולפתח יחס של כבוד לזכויות האדם, לחירויות היסוד, לערכים דמוקרטיים, לשמירת החוק, לתרבותו ולהשקפותיו של הזולת, וכן לחנך לחתירה לשלום ולסובלנות ביחסים בין בני אדם ובין עמים;*

*[...]*

*(4) ללמד את תורת ישראל, תולדות העם היהודי, מורשת ישראל והמסורת היהודית, להנחיל את תודעת זכר השואה והגבורה, ולחנך לכבדם."*

79. אכן, הסעיף גם מציין בין מטרות החינוך הממלכתי כי יש **"להכין את השפה, התרבות, ההיסטוריה, המורשת והמסורת הייחודית של האוכלוסייה הערבית ושל קבוצות אוכלוסייה אחרות במדינת ישראל, ולהכיר בזכויות השוות של כל אזרחי ישראל" (סעיף 2(11) לחוק). ואולם, קשה לראות כיצד ניתן לגזור מן הצורך *"להכיר"* את ההיסטוריה והמורשת של האוכלוסייה הערבית, תמיכה בציון יום העצמאות של מדינת ישראל כיום אבל או בשלילת קיומה כמדינה יהודית ודמוקרטית. בוודאי כאשר סעיף-קטן זה נקרא בתוך ההקשר הכולל של סעיף 2 הנ"ל.**

80. אשר על כן, דין טענות העותרים בדבר פגיעה בזכות החוקתית לחינוך להידחות.

### 5. אין יסוד לטענה בדבר פגיעה בחופש העיסוק

81. עוד טוענים העותרים לפגיעה בחופש העיסוק של העותר מס' 7, וכן של מורי בית הספר הדו- לשוני שבו לומדים ילדי העותרים מס' 2-6 ושל "כל מי שמטפל במסגרת עיסוקו בבחינה ביקורתית של אופייה של המדינה כמדינה יהודית" (פסי' 97 לעתירה). גם בטענה זו אין ממש.
82. כידוע, חופש העיסוק **'אינו הזכות להיות מועסק ואף לא הזכות לעבוד'**, מדובר ב'**זכות הגנתית**' (*status negativus*). היא נועדה להבטיח לפרט תחום מחייה בלא התערבות הזולת. **במהותה היא אינה מהווה דרישה כלפי המדינה (*status positivus*), אלא אך הבטחת הימנעות מפגיעה** " (פרשנות חוקתית, בעמ' 597).
83. במקרה דנן, התיקון אינו פוגע בחופש העיסוק במובן ה'**הגנתית**' שאליו מתייחס פרופ' ברק בספרו. כאמור, התיקון בוודאי אינו אוסר על **העסקת** מורים או מרצים המבקשים לקדם ערכים השוללים את אופייה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או מציינים את יום העצמאות כיום אבל. התיקון אף אינו מונע ממורים או מרצים **ללמד** תכנים הנופלים בגדר עילות אלה. כל שנקבע בתיקון הוא כי המדינה לא תשתתף במימון פעילויות המבקשות לקדם ערכים אלה. למעשה, העותרים מבקשים להפוך את אותה זכות "הגנתית" המעוגנת בחוק-יסוד: חופש העיסוק, לזכות פוזיטיבית המהווה כלשונו של פרופ' ברק "דרישה כלפי המדינה" שתממן גם פעילות החותרת כנגד ערכיה היסודיים.
84. כפי שהובהר בהרחבה לעיל (פסי' 35-47), אין יסוד לטענה מרחיקת לכת זו. בכל מקרה, כיוון שהתיקון טרם הופעל, לא ניתן להתייחס באופן פרטני לתחולת התיקון על העותר מס' 7 או מורי בית הספר הדו-לשוני שבו לומדים ילדי העותרים מס' 2-6.

### 6. אין יסוד לטענה בדבר פגיעה בזכות לכבוד קיבוצי

85. העותרים טוענים עוד כי החוק הנדון פוגע בזכות לכבוד קיבוצי של האזרחים הערבים וזאת בניגוד לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (פסי' 103-108 לעתירה). ואולם, "הזכות לכבוד קיבוצי" מעולם לא הוכרה כזכות חוקתית המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אף בשתי האסמכתאות שהובאו על-ידי העותרים לא ניתן למצוא כל הכרה בזכות קיבוצית לכבוד כטענתם. להפך, ככל שיש דיון מפורש בזכויות קיבוציות בפסקי הדין הללו, הרי שהוא מצוי בפסק דינו של שופט המיעוט בבג"ץ 4112/99 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד נו(5) 393 (2002), כב' השופט (כתוארו אז) חשין, **השולל** במפורש את האפשרות כי בית המשפט יכיר בקיומן של זכויות קיבוציות (שם, בעמ' 460).
86. אשר על כן, גם בעניין זה דין טענת העותרים להידחות.

**ג. גם אם יש פגיעה בזכויות חוקתיות – פגיעה זו עומדת בפסקת ההגבלה**

87. מכל מקום, גם אם התיקון הנדון פוגע, כטענת העותרים, בזכויות חוקתיות, הרי שההסדר שנקבע, על היבטיו השונים, עומד בתנאי פסקת ההגבלה. כמפורט להלן, הפגיעה הנטענת בזכויות יסוד נעשתה בחוק, היא לתכלית ראויה ובמידה "שאינה עולה על הנדרש".

**1. הפגיעה הנטענת נעשתה בחוק**

88. העותרים טוענים כי ההסמכה המוענקת בחוק הנדון לפגיעה הנטענת בזכויות חוקתיות הינה כה רחבה ועמומה עד שלא ניתן לראות בה "פגיעה בחוק או לפי חוק" (פס' 110-112 לעתירה). ואולם, מדובר בטענה חסרת כל יסוד. בניגוד לנטען בעתירה, החוק הנדון מכיל פירוט העולה בהרבה על הנדרש כדי לעמוד בתנאי של "פגיעה בחוק" בזכויות החוקתיות הנטענות.

89. בניגוד לטענות העותרים, העמידה בתנאי של "פגיעה בחוק" מבוססת על כך ש**י**סודות ההסדר החקיקתי ה"פוגע" ייקבעו בחוק ולא כי ההסדר החקיקתי יכלול התייחסות פרטנית לכל מצב ומצב. למשל, כפי שמדגיש פרופ' אהרן ברק בספרו **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (2010) (להלן: **מידתיות במשפט**), **"חוק הקובע איסור פרסום ידיעה שיש בה כדי לפגוע בביטחון המדינה" עונה על הדרישה לפגיעה "בחוק" וזאת "בין אם הדיבור 'ביטחון המדינה' מוגדר בחוק ובין אם לאו"**, שכן **"במצב דברים זה כל יסודותיו של האיסור הפוגע בחופש הביטוי קבועים בחוק עצמו" וממילא "היקפה של ההוראה הפוגעת נקבע על פי פירושה" (שם, בעמ' 146).**

90. בענייננו, התיקון מפרט את העילות בגינן תעשה הפחתה (סעיף 3ב(ב) לחוק), מפרט את שלבי הליך ההפחתה, לרבות בעלי התפקידים המשתתפים בו (סעיף 3ב(ד) לחוק), ואף קובע את שיעור ההפחתה המותר (סעיף 3ב(ג) לחוק). ברי כי פירוט זה עולה בהרבה על זה הקיים בדוגמא שהובאה בספרו של פרופ' ברק ודי בו כדי לעמוד בדרישות של פסקת ההגבלה. אכן, כפי שהסביר פרופ' ברק, **"אין לדרוש כי קריאה ראשונית של הטקסט תבהיר לקורא את היקף פריסתו; זוהי דרישה שהמשפט אינו יכול לעמוד בה, וספק אם הוא מבקש לעמוד בה" (מידתיות במשפט, בעמ' 156).**

91. גם מדבריה של היועצת המשפטית לוועדת החוקה לא ניתן ללמוד, כטענת העותרים, כי ההסדר הנדון אינו עומד בדרישה ל"פגיעה בחוק" (פס' 113 לעתירה). אכן, במהלך הדיונים בוועדה, הביעה היועצת המשפטית לוועדה את עמדתה כי רצוי לכלול בלשון התיקון התייחסות מפורשת למקורות מהן שאובות העילות המפורטות בו (סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, סעיף 144א לחוק העונשין וסעיף 5 לחוק הדגל) (פרוטוקול הדיון מיום 14.3.2011, בעמ' 40 (מש/6)). אולם, היועצת המשפטית לוועדה הבהירה כי גם בהעדר פירוט כזה ניתן להניח כי בתי המשפט יפרשו כך את העילות (שם). חשוב מכך, לא ניתן ללמוד מדברי היועצת המשפטית כי בהעדר פירוט כזה החוק לא יעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. מובן כי בתוך המתחם החוקתי קיימות אפשרויות שונות לניסוח הסדרים חקיקתיים, ובוודאי שלא ניתן לראות בכל מחלוקת באשר לניסוחו המיטבי של החוק, מחלוקת באשר לחוקתיותו.

92. לבסוף יצוין כי פסק הדין בבג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 27.2.2006) אליו מפנים העותרים (פס' 112 לעתירה) כלל אינו תומך בעמדתם. באותו מקרה עסק בית המשפט הנכבד בשאלת סמכותה של הממשלה להעביר מכספי התקציב לצורך מטרות מסוימות, **מכוח סמכותה השיורית ובהעדר כל הסמכה מפורשת בחוק**. אין לכך כל רלוונטיות בענייננו כאשר ההסדר הנתקף עוגן בצורה מפורשת ומפורטת בחקיקה.

93. אשר על כן, דין טענת העותרים כי התיקון אינו עונה על הדרישה לפגיעה "בחוק" להידחות.

## 2. החוק נועד לתכלית ראויה

94. **כמפורט לעיל, תכליתו של התיקון היא למנוע תמיכה של המדינה בפעולות וביטויים שנועדו לחתור תחת ערכי הליבה שלה, כחלק מתפיסת מדינת ישראל כ"דמוקרטיה מתגוננת"** (ראו למשל, דברי ההסבר להצעת החוק שהוזכרו לעיל (פס' 18)). מדובר בתכלית ראויה, העולה בקנה אחד עם פסיקתו העקבית של בית המשפט הנכבד אשר הכירה בחשיבותו של העיקרון החוקתי בדבר "דמוקרטיה מתגוננת". יצוין כי בית המשפט עסק בסוגיה זו במיוחד בהקשר של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת המאפשר פסילת רשימות מהתמודדות בבחירות אם הן שוללות את עקרונות היסוד של המדינה (ראו למשל, פסק דינו של כבי' השופט קדמי בע"ב 2600/99 **ארליך נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד נג(3) 38, 48 (1999); פסק דינה של כבי' השופטת שטרסברג-כהן בעניין **טיבי**, בעמ' 67; וכן, עניין **ירדור**).

95. כפי שהבהיר בית המשפט הנכבד בעת שדן בסעיף 7א הני"ל, "סעיף 7א לחוק היסוד מבטא את המשוואה החוקתית שנקבעה אצלנו בין החירות שהדמוקרטיה מעניקה לכל ביטוי והפלורליזם בהשקפות ובדעות שעליו היא מבוססת לבין ההגנה על המשך קיומה כדמוקרטיה. הוא מבטא את אופייה של ישראל כדמוקרטיה מתגוננת [...] הוא שומר על אופייה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (עניין **טיבי**, בעמ' 17). **דברים אלה יפים וביתר שאת להסדר הנדון בענייננו**. אכן, אם בית המשפט הנכבד סבר כי שלילה מוחלטת של הזכות להתמודד בבחירות מרשימה השוללת את עקרונות היסוד של המדינה מגשימה תכלית ראויה, קל וחומר כי הפחתת המימון הממשלתי הניתן לגופים העוסקים בפעילויות או ביטויים הנוגדים עקרונות יסוד אלה, מבלי לאסור או לשלול ביטויים אלה, נעשית אף היא ל"תכלית ראויה".

96. זאת ועוד, גם העילות הספציפיות שבהן ממקדים העותרים את טענותיהם עולות בקנה אחד עם פסיקתו של בית המשפט הנכבד בעניין זה. כמפורט לעיל, פסיקה זו הדגישה כי אחד מעקרונות היסוד של המדינה הוא היותה מדינה יהודית (לצד היותה מדינה דמוקרטית) (ראו לעיל, פס' 67-68), וכי אחד הביטויים המרכזיים לאופייה היהודי של המדינה הוא המעמד המיוחד המוקנה לחגים והסמלים ה"משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי" (עניין **טיבי**, בעמ' 22) (ראו לעיל, פס' 62). בהתאם לכך, מתן הגנה לעקרונות יסוד אלה באמצעות ההסדר הנדון נעשית בוודאי לתכלית ראויה.

97. יצויין כי העותרים כלל אינם מתמודדים בצורה ישירה עם תכלית זו של החוק. הם אינם מסבירים מדוע מניעת תמיכה של המדינה בפעולות וביטויים שנועדו לחתור תחת ערכי הליבה שלה אינה תכלית ראויה. במקום זאת, מקדישים העותרים את עיקר טיעוניהם להעלאת השערות באשר ל"תופעות לוואי" שייגרמו לטענתם כתוצאה מהפעלת החוק, כגון פגיעה שרירותית בזכויות חוקתיות, ענישה קולקטיבית ואכיפה סלקטיבית כנגד האוכלוסייה הערבית (פס' 117-125 לעתירה). תופעות אלה בוודאי שאינן נגזרות בהכרח מן החוק הנדון, אולם, בכל מקרה, אין בהן כדי לבסס טענה של ממש כי **תכליתו העקרונית של החוק**, במובחן מאופן יישומו, אינה ראויה. די בכך כדי להוביל לדחיית טענות העותרים בעניין זה.

### 3. מידתיות – "במידה שאינה עולה על הנדרש"

98. העותרים אינם מעלים כל טענה באשר למידתיות התיקון. לטענתם, בהעדר כל תכלית ראויה, "מתייטר הצורך בבדיקת הרציונליות והסבירות של החוק לפי מבחן המידתיות" שכן תכליתו "אינה ראויה כדי לבדוק את איזונה עם אינטרסים אחרים" (פס' 126 לעתירה). בנוסף, לטענתם, לאחר שהם פירטו את הפגיעות החוקתיות הנגרמות בשל התיקון, "ממילא נטל ההוכחה עובר למשיבים" לנמק מדוע הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה, לרבות במבחני המידתיות (פס' 127 לעתירה). **מדובר בשתי טענות חסרות יסוד**.

99. באשר לטענה הראשונה, הרי שכפי שפורט לעיל, תכליתו של החוק ראויה היא ותואמת את הקווים שנקבעו בפסיקה בדבר זכותה של המדינה להגן על עקרונות הליבה שלה כחלק מן התפיסה של "דמוקרטיה מתגוננת".

100. גם טענת העותרים באשר לנטל הוכחת עמידת התיקון במבחני המידתיות אינה משכנעת. בראש ובראשונה יובהר, כי טרם הוכרע בפסיקה איזה צד נושא בנטל ההוכחה באשר לעמידת חוק במבחני המידתיות. כפי שהבהירה כבי' השופטת נאור בבג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 19.11.2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר), "השאלה העקרונית על מי מוטל נטל ההוכחה בשלב המידתיות טרם הוכרעה בבית משפט זה וישנן גישות שונות בעניין זה" (פס' 23 לפסק דינה); וכך גם הבהיר כבי' הנשיא ברק בעניין **חוק טל**, "יחילוקי דעות התגלו באשר לנטל השכנוע בשלב השני (קיום יסודותיה של פסקת ההגבלה). יש הסבורים, ואני ביניהם, כי נטל השכנוע בשלב השני מוטל על מי שטוען לחוקתיות הפגיעה, כלומר, בדרך כלל, הרשות הציבורית [...] יש הסבורים כי גם בשלב השני הנטל הוא על הטוען לאי חוקתיות [...] בין השתיים קיימת עמדת ביניים, לפיה נטל השכנוע בשלב השני מוטל על הטוען לחוקתיות החוק, כלומר בדרך כלל הרשות הציבורית. עם זאת, בשאלת המידתיות הנטל מוטל על מי שטוען כי הפגיעה אינה מידתית" (פס' 20-21 לפסק דינו).

101. אולם, חשוב מכך, אף אם נקבל את טענת העותרים כי המשיבים נושאים **בנטל ההוכחה** באשר לעמידת התיקון במבחני המידתיות, אין משתמע מכך כי העותרים פטורים כליל מן הנטל לטעון טענות בעניין זה. כפי שהבהיר פרופ' ברק בספרו **מידתיות במשפט**, "יש להבחין בין הנטל לטעון טענה לבין הנטל להביא ראיות לביסוסה" (שם, בעמ' 547). כך, "הטוען



להפרת זכותו צריך לטעון מהו האמצעי החלופי שמגשים את התכלית הראויה ושפגיעתו בזכות החוקתית פחותה" (שם). כלומר: גם על-פי הגישה המטילה את נטל ההוכחה על המשיבים, העותרים נושאים, לכל הפחות, בנטל "לטעון טענה" באשר לאי עמידת התיקון במבחני המידתיות של פסקת ההגבלה. **בנטל זה העותרים לא עמדו כלל.**

102. **אשר על כן, בהיעדר כל טענה באשר לאי מידתיותו של התיקון הנדון, ככל שבית המשפט הנכבד יקבל את טענות הכנסת באשר לעמידתו בשני התנאים הראשונים של פסקת ההגבלה (הפגיעה הנטענת נעשתה "בחוק" ולתכלית ראויה), על בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה מבלי להידרש כלל למבחני המידתיות.**

103. מכל מקום, למעלה מן הצורך, אף בהיעדר כל טיעון מצד העותרים בעניין זה, תבקש הכנסת להראות כי התיקון הנדון עומד בדרישת המידתיות הקבועה בפסקת ההגבלה. על-פי הפסיקה מבחן המידתיות כולל שלושה מבחני משנה: מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות במובן ה"צר".

### (1) מבחן הקשר הרציונלי

104. **ראשית, קיים קשר רציונלי בין האמצעי לבין המטרה.** כפי שהבהיר כב' הנשיא ברק בעניין **חוק טל**: "לא נדרש כי האמצעי שנבחר יגשים באופן מוחלט וודאי את המטרה. די במידה נאותה של הסתברות כי הפעולה הפוגעת בזכות או באינטרס המוגן תתרום במידה סבירה להשגת התכלית" (פס' 58 לפסק דינו). בענייננו, החוק מקיים מבחן זה, שכן ברור כי הפחתת מימון מגופים המשתמשים בכספים שהוקצו להם על-ידי המדינה לקידום פעילויות או ביטויים הנוגדים את ערכי היסוד של המדינה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק כי המדינה לא תקדם באמצעיה הכספיים פעולות החותרות תחת ערכים אלה.

### (2) מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

105. גם המבחן השני – מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" – מתקיים בענייננו. כפי שהודגש בפסיקה, אין משמעותו של מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" כי על המחוקק לבחור תמיד את האמצעי שפגיעתו בפרט פחותה במושגים מוחלטים. משמעותו של המבחן הוא "כי האמצעי שנבחר צריך להיות כזה שפגיעתו בזכות האדם היא מתונה, אך לא דווקא הפחותה ביותר האפשרית במסגרת קשת האפשרויות הקיימות" (בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 115 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 2.9.2010)).

106. במקרה דנן, העובדה שהעותרים נמנעו מלהציע כל אמצעי חלופי המגשים את תכלית החוק ושפגיעתו הנטענת בזכויות פחותה, מקשה לטעון בעניין זה. לכן, נבקש למקד את התשובה בעניין זה במרכיבים השונים של ההסדר החקיקתי המתנים את הפגיעה הנטענת בזכויות חוקתיות, ואשר נוספו ברובם במסגרת הליכי החקיקה של החוק הנדון במטרה להפוך את ההסדר הקבוע בו למידתי ומאוזן יותר.

107. **בראש ובראשונה**, יש לחזור ולהדגיש כי בניגוד לרושם שהעותרים מבקשים ליצור, **החוק הנדון כלל אינו אוסר על מעשים או ביטויים אלא רק מגביל את המימון הממשלתי הניתן לגופים בגין ביטויים או מעשים מסוימים**. עקרון זה עמד ביסוד הצעת החוק מתחילת הליך החקיקה, ובעקבות הערתו של פרופ' בנדור בוועדת החוקה בעניין זה (פרוטוקול הדיון מיום 23.2.2010, בעמ' 15-18 (מש/4)), העניין אף הובהר במפורש בלשון החוק. כך, בעוד שבהצעת החוק המקורית (מש/2) נקבע כי **"גוף מתוקצב או גוף נתמך [...] לא יוציא הוצאה"** העונה על העילות הקבועות בחוק, הנוסח הסופי של החוק אינו כולל כל איסור אלא קובע כי אם **"ידאה שר האוצר כי גוף הוציא הוצאה"** העונה על העילות שבחוק **"דשאי הוא [...] להפחית מהסכומים שיש להעבירם מתקציב המדינה לאותו גוף לפי כל דין"** (סעיף 33ב) לחוק). כלומר: החוק נמנע במפורש מלנקוט באמצעי הפוגעני יותר של הטלת הגבלה או איסור על חופש הביטוי, ובמקום זאת, מאפשר אך ורק הפחתת מימון ממשלתי בגין ביטויים או פעולות מסוימות.

108. **שנית**, החוק מקנה לשר האוצר **סמכות שבשיקול הדעת** ולא סמכות חובה. החוק קובע כי שר האוצר **"דשאי"** להפחית מהסכומים שיש להעביר לגוף המתוקצב או הנתמך בגין ביטוי או פעולה העונה על העילות שבחוק (סעיף 33ב) לחוק) **ואין הוא מחויב לעשות כן** בכל מקרה ומקרה. מובן כי כללי המשפט המנהלי מחייבים את השר להפעיל את שיקול דעתו באורח סביר, מידתי ושוויוני, ואולם שיקול הדעת שמוענק לשר האוצר מאפשר לו, למשל, להימנע מהפעלת החוק במקרים קלי ערך, או במקרים שבהם הפגיעה הנובעת מהפחתת התקציב עלולה לעלות על התועלת הגלומה בכך.

109. **שלישית**, החוק קובע כי הפחתת תקציב על-ידי שר האוצר תיעשה רק במסגרתו של הליך מורכב המערב גורמים מקצועיים רבים:

- בשלב ראשון, נדרש שר האוצר לקבל חוות דעת של היועץ המשפטי למשרדו וכן המלצה של צוות מקצועי לגבי **"היקף ההוצאה שאינה נתמכת, השלכות ההפחתה על הגוף או על גורמים אחרים הקשורים בו וסכום ההפחתה הראוי בהתחשב בכלל נסיבות העניין"** (סעיף 33ב(ד)(1) לחוק). הצוות המקצועי יכול עובד משרד המשפטים, עובד משרד האוצר ועובד המשרד שהשר שלו ממונה על סעיף התקציב מכוחו מתוקצב או נתמך הגוף הנדון (סעיף 33ב(ד)(2) לחוק).
- בשלב השני, נדרש שר האוצר לקבל את הסכמת השר הממונה על סעיף התקציב מכוחו מתוקצב או נתמך אותו גוף (סעיף 33ב(ב) לחוק).
- בשלב השלישי, מוענקת לגוף הנדון זכות שימוע בפני שר האוצר (סעיף 33ב(ב) לחוק).

110. בהליך מסוג זה יש כדי להפחית מן החששות שעליהם הצביעו העותרים, לרבות החשש מאכיפה סלקטיבית או מהפעלה שרירותית של שיקול הדעת (פס' 117, 124 לעתירה). בנוסף, על-פי החוק, ניתן יהיה לתקוף כל החלטה של שר האוצר בדבר הפחתת תקציב בדרך של עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים, וכפועל יוצא, ניתן יהיה לערער על החלטת בית המשפט לעניינים מינהליים לבית המשפט העליון.

111. סיכומו של דבר, בעקבות השינויים שהוכנסו בחוק במהלך הליך החקיקה, ההסדר שנתקבל בתיקון בנוסחו הסופי עומד גם במבחן השני של המידתיות.

### (3) מבחן המידתיות במובן "הצר"

112. גם מבחן המידתיות השלישי – מבחן המידתיות במובן "הצר" מתקיים בענייננו. ביסוד מבחן זה עומד הניסיון לאזן בין הפגיעה הנטענת בזכויות היסוד לבין התכליות הגלומות בחוק הנדון. כפי שהבהירה כב' הנשיאה ביניש בעניין הפרטת בתי הסוהר:

*"מבחן המשנה השלישי של המידתיות הוא מבחן המידתיות במובן הצר. מבחן זה הוא במהותו מבחן ערכי ובמסגרתו יש לבחון האם מתקיים יחס ראוי בין התועלת הציבורית הצומחת מדבר החקיקה שחוקתיותו עומדת על הפרק, לבין הנוק לזכות החוקתית הנגרם על ידי אותו דבר חקיקה" (שם, פסי' 50 לפסק דינה).*

113. בענייננו, כמפורט לעיל, תכליתו של התיקון היא למנוע מימון ממשלתי של פעולות וביטויים הסותרים את עקרונות הליבה של המדינה. הבחירה בכלי התקציבי במקום הכלי המינהלי או הפלילי עולה בקנה אחד עם הניסיון ליצור מנגנון העומד במבחן המידתיות במובן "הצר", קרי: מנגנון מאוזן המבקש להגביל את הפגיעה הנטענת בזכויות חוקתיות. כפי שהסביר פרופ' כהן-אליה במאמר שעסק בעניין דומה (שימוש בכלי התקציבי בהקשר של מוסדות חינוך חרדיים), השימוש בכוחה המקצה של המדינה נתפס כמידתי יותר מן השימוש בכוחה הכופה של המדינה משום שהוא מותיר בידי הפרט את הבחירה לפעול בהתאם לאמונותיו, ב"מחיר" של אובדן המימון הממשלתי לפעולתו זו (משה כהן-אליה "דמוקרטיה מתגוננת וחינוך לערכים דמוקרטיים בבתי הספר החרדיים" משפט וממשל יא 367, 417-418 (2008)).

114. סיכומו של דבר, למחוקק נתונה הסמכות לבחור בין אמצעים חקיקתיים שונים המגשימים את תכלית החוק. בית המשפט הנכבד מתערב בבחירת האמצעי "רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של המיתחם והוא בלתי מידתי באופן ברור" (4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 280 (2002)). במקרה הנדון, ובוודאי כאשר העותרים אף לא העלו כל טענה לעניין זה, לא ניתן לומר כי ההסדר החקיקתי הנדון חורג ממתחם המידתיות באופן כזה היכול להצדיק התערבות של בית המשפט הנכבד.

### ד. הריסון השיפוטי הנדרש בביקורת חוקתית על חקיקה ראשית

115. לבסוף, על-פי ההלכה הפסוקה, על בית המשפט לנהוג בזירות ובריסון בבואו להפעיל את סמכותו לביקורת חוקתית על חוקי הכנסת. ראו לעניין זה, דברי כב' השופט זמיר בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996) (להלן: עניין מרכז השלטון המקומי):

*"המסר העיקרי הוא, לדעתי, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מחוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט. [...] צריך להיות ברור לכל בר-דעת שבית המשפט אינו אמור לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוק, אלא במקרה*

בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים. כבוד האדם אינו צריך לדחוק את כבוד החוק."

וכן דברי כבי' השופטת פרוקציה בבג"ץ 1548/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 14.7.2008):

"יבחינת חוקתיות של חוק הכנסת, נוהג בית המשפט, מלכתחילה, בריסון שיפוטי רב בבואו להפעיל את ביקורתו השיפוטית. לא על נקלה יכריז בית המשפט כי חוק שחוקקה הכנסת הינו בלתי חוקתי [...] עיקרון זה נטוע בתורת הפרדת הרשויות, העומדת ביסוד המשטר הדמוקרטי בישראל" (פסי' 17 לפסק דינה).

116. בית המשפט הנכבד חזר והדגיש בפסיקתו כי אינו בוחן את תבונתו של החוק או את יעילותו אלא את חוקתיותו בלבד. ראו לעניין זה את דברי כבי' השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386 (1997):

"בית המשפט לא בא להחליף את שיקוליו של המחוקק בשיקוליו שלו. בית המשפט אינו נכנס לנעליו של המחוקק. הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא היה בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק. בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי [...] קביעת המדיניות החברתית נתונה למחוקק, והגשמתה נתונה לממשלה, להם ניתן מרחב של תימרון חקיקתי."

117. אשר על כן, ראוי כי בית המשפט הנכבד ינהג בריסון ובוזהירות רבה בבואו להפעיל את סמכותו לביקורת חוקתית על חקיקה ראשית של הכנסת, וימנע, ככל הניתן, משימוש בסמכות זו.

#### סיכום

118. נוכח האמור, עמדת הכנסת היא כי אין מתקיימת עילה חוקתית להתערבותו של בית המשפט הנכבד בחוק הנדון. אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד לדחות את העתירה.

היום: 21 בספטמבר 2011  
כ"ב באלול התשע"א



ד"ר גור בליי

עוזר ליועץ המשפטי לכנסת



איל ינון

היועץ המשפטי לכנסת