

# חוקה שתהיה לחוכא ואיטלולא

ברוך קימרלינג<sup>1</sup>

בניגוד למקובל, אין זה מן ההכרח שלמדינה תהיה חוקה. לרוב חוקה אינה יכולה לפתור בעיות יסוד אמיתיות ועקרוניות הטמונות במשטר או בתרבות הפוליטית. לברית המועצות, למשל, הייתה חוקה לתפארת (המליצה) ובצדה התקיים משטר אימים. מדינת-החוקה הקלאסית – ארצות הברית – מוכיחה שדווקא בעתות משבר אין חוקה יכולה להושיט סעד ולהגן על זכויות יסוד, כאשר המשטר הופך לדורסני כלפי מיעוטים או קבוצות אחרת המובנות כמהוות "סכנה לאומה". החוקה האמריקנית לא ממש הצליחה להעניק עד היום שוויון זכויות מלא לשחורים, לנשים ולבעלי נטיות מיניות אחרות "מן המקובל". אין לשכוח, בהקשר זה, כי תקופת העבדות נמשכה קרוב ל-80 שנה לאחר כינון החוקה שהבטיחה שוויון גמור לכל יצורי אנוש וכי גם מדיניות הסגריגציה על בסיס גזע הסתיימה רשמית, אך לא הלכה למעשה, רק בשנות השישים של המאה הקודמת. כמו כן, החוקה לא העניקה הגנה לאזרחים אמריקנים ממוצא יפני מפני עקירתם למחנה ריכוז בתקופה מלחמת העולם השנייה מנימוקים ביטחוניים לכאורה, לא לנרדפי מק-קארתי בתקופה האפלה ההיא ולא לקרבנות התקנות ה"פטריוטיות" הנוכחיות. בנוסף, למרות ההפרדה המצויה בחוקה הזו בין דת למדינה (התיקון הראשון לחוקה), הפרדה הזו היא הלכה למעשה חלקית בלבד.

לעומת זאת, הדמוקרטיה הבריטית, שאיננה מבוססת בעקרון על חוקה, מתפקדת לא רע (עם מעט חריגים) ומהווה את אחד מן המשטרים הנאורים בעולם לגבי אזרחיה.

יתר על כן, יש בחוקה ובמשטר-חוקתי נזקים וסכנות פוטנציאליים לא מועטים בעיקר כאשר זו באה לכסות על משטרים בעלי נטיות פוליטיות ותרבויות פוליטיות מעוותות מיסודן. החוקה מעניקה חזות של תקינות ונאורות למשטר ומגבירה את הלגיטימציה שלה, גם כאשר זו מתכחשת בפועל לחלקים או לכלל זכויות אדם ואזרח אוניברסאליות. יחד עם כך, חוקה יכולה להיות מועילה כשלב אחרון, סופי ונועל לתהליכי דמוקרטיזציה של מדינה, אך לא ככלי מרכזי לתיקון משטרה או תרבותה הפוליטית.

מן הבחינה הזו – ומסיבה נוספת שתוסבר להלן – משגה גדול עשה ביוזמתו המכון הישראלי לדמוקרטיה בניסיונו לגבש ולהעביר בכנסת "חוקה בהסכמה", גם אם הכוונות מאחורי יוזמה זו הן ראויות. הרי היה צריך להיות ברור לכל מי שיוזם מהלך כזה, והוא מצוי מן הצד הדמוקרטי-אוניברסאלי של מלחמת-התרבות הישראלית, כי בהרכבה הנוכחי של הכנסת

<sup>1</sup>מחבר המאמר הוא פרופסור לסוציולוגיה באוניברסיטה העברית בירושלים.

וביחסי הכוחות הפוליטיים השרויים כיום במדינה אין כל סיכוי לחוקק חוקה נאורה וליברלית לאמיתה. כך למשל, הכנסת הנוכחית העבירה ברוב גדול וללא היסוס תיקון בעייתי ביותר לחוק האזרחות.

עצם המושג של "חוקה בהסכמה" מהווה כיסוי למגמה לחוקק חוקה מתוך פשרה, פשרה בין גישות אוניברסאליסטיות-נאורות לבין גישות דתיות ולאומניות. במקרה הטוב, חוקה כזו יכולה לשעתק ולקבע את הסטאטוס-קוו הקיים. אולם נראה שהצעת טיוטת חוקה זו אף מפרה את הסטאטוס-קוו הקיים לכיוון אתנוצנטרי אף יותר מן המצב החוקי הנוכחי. אומנם בטיוטה מן ה-24 נובמבר 2004 נקבע כי "הכל שווים לפני החוק; אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, דת, לאום, מין, עדה, ארץ מוצא או מכל טעם אחר, והכל כשהטעם אינו ממין העניין",<sup>2</sup> אולם סעיפים מפלים רבים המצויים בה עומדים בסתירה לסעיף זה. כך למשל תחת הכותרת "שבות" נכתב כי "כל יהודי זכאי לעלות לישראל. הסדרת הזכות לעליה תקבע בחוק, ובלבד שהזכות לא תוגבל אלא בחוק לשם הגנה על שלום הציבור, בריאותו או בטחון המדינה". כלומר אין כל אזכור לזכות הגירה של לא-יהודים ונרמז אף על הצרת היקף הזכאות לפי זכות השבות, והסעיף הינו אפוא בעל אופי מדיר אף מחוק השבות הקיים כיום. וכדי שדבר זה יהיה מעל לכל ספק, נקבע בסעיף ה"אזרחות" כי "האזרחות הישראלית מוקנית למי שנולד כשאביו או אמו היו אזרחים ישראליים ותושבי המדינה ולמי שעלה [בעבר?] מכוח שבות". בכך יש הלכה למעשה מניעת הענקת אזרחות עתידית מכל מי שאינו יהודי. חוקה כזו אשר סוגרת הרמטית גבולות אתנו-לאומיים אך אינה מסוגלת מסיבות מובנות להגדיר גבולות גאו-פוליטיים של מדינה, קשה אף להתייחס אליה ברצינות כחוקה ליברלית. מכאן ניתן להגיע להכללה נוספת: כל עוד לא ניתן לקבוע גבולות גיאוגרפיים למדינה – אשר למעשה יקבעו את הרכבה האתנו-לאומי – אין כלל אפשרות לחוקק חוקה ולקבוע "כללי-משחק סופיים" כביכול.

לדוגמה, במצב החוקי הקיים כיום, לאזרחים הערבים יש זכות קולקטיבית יחידה אחת בלבד – שוויון פורמאלי בין מעמדה של השפה העברית לבין מעמדה של השפה הערבית (אם כי אין הקפדה או רצון ליישומה או מימושו הלכה למעשה של מצב חוקי זה). בהצעת החוקה מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה, השפה העברית היא השפה הרשמית היחידה של המדינה, בעוד ש"לשפה הערבית מעמד מוכר ומיוחד בישראל", ניסוח מטושטש ולא מחייב, אשר נוטל ממעמדה השוויוני של השפה הערבית וסוגר אותה בגטו לינגוויסטי.

<sup>2</sup> טיוטת החוקה הזו מבוססת על הכרזת העצמאות, אולם בסעיף זה קיימת התקדמות לעומת ההצהרה המבטיחה כי המדינה "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות", בהוסיפה את הלאום.

כיוון שישראל אכן כוננה כמדינה יהודית (אף על פי שאין הסכמה גם בקרב היהודים מה פירושה של "יהודיות" זו) אינני סבור שיש ליטול ממנה זהות זו, כשם שעקרונות איטליה היא מדינה "איטלקית"<sup>3</sup>. יש לזכור שנוצר כאן מעין עם יהודי-ישראלי שיש לו זכות להגדרה עצמית. אך אין הגדרה עצמית מובנת מאליה זו עומדת בסתירה לכך, במדינה הכוללת יותר מ-20% של אזרחים לא יהודיים (פלסטינים ואחרים), שלא תהיה גם "מדינת כל יתר אזרחיה". אם תוספת להגדרה זו מפריעה משום-מה ליהודים רבים הרי הפתרון הפשוט ביותר הוא להשמיט כליל מן החוקים ומן החוקה הגדרה מצמצמת וא-פריורית מפלה זו.

עוד יותר תימהונית היא הצמדת צמד המושגים "יהודית" ו"דמוקרטיה" (אשר נראה ככל הנראה כדי לאזן ולהגביל זה את זה). ישראל יכולה להיות גם יהודית וגם דמוקרטית אך מבלי להצמיד זה לזה שני מושגים השייכים לעולמות תוכן שונים, ואשר פותחים פתח רחב לצביעת הדמוקרטיה בצבע ותוכן ייחודי של "דמוקרטיה יהודית" (המזכירים מושגים כגון "דמוקרטיה עממית", או "דמוקרטיה אסלאמית"). מכאן שניתן לקבוע בחוקה סעיף דקלרטיבי – אף שסעיף זה נראה מיותר לחלוטין – שישראל היא מדינה יהודית ומדינת כל אזרחיה (האם אין זה צ"ל מובן מאליו?) ובסעיף הצהרתי נוסף, שישראל היא מדינה דמוקרטית. לסעיף כזה כדאי להוסיף סעיפים אופרטיביים נוספים המסבירים איזה סוג של דמוקרטיה היא זו (למשל, פרלמנטארית, בחירות ארציות-כלליות, שוויון כל קול, וכו'), כיצד זו מוגשמת בפועל ומה הן מנגנוני האיזונים והבלמים שיש לקיים בתוכה (בית עליון עצמאי, מבקר מדינה, וכו').

מגרעות גדולות מאד נוספות של הצעת החוקה הנוכחית הן השארת שיטת המילתים על מקומה – כלומר אי-הפרדה בין הדת למדינה על ידי הותרת סמכות השפיטה בתחום דיני האישות כמונופול של סמכויות דתיות, שעקרונות חוקיהן שונות מזו של המדינה האזרחית המודרנית ועקרונותיה השוויוניים עומדות בסתירה להן. כמו כן, ולנוכח המצב הישראלי המיוחד, חסרה בהצעת החוקה הפרדת הצבא מן הפוליטיקה (כגון הכפפה מוחלטת של הצבא וכל מערכת הביטחון לדרג אזרחי, תקופת צינון ממושכת של מעבר קצונה בכירה לתפקידים פוליטיים בכירים, וכו'). ועוד. כיאה לימים אלא קיימת בחוקה המוצעת דגש על זכויות קנין אך חסרים הרבה מאד זכויות חברתיות המובנות מאליהן במדינת רווחה תקינה.

דומה גם שיש בטיוטה זו סעיפים הממלכדים ואף מבטלים אותה עצמה, כגון הסעיף שאומר כי "אין פוגעים בזכויות שלפי החוקה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת

<sup>3</sup> אני מודע לכך כי למשפטנים, חוקרים והוגי דעות רבים אחרים, לרבות שמרנים מביניהם, יש טענה כבדת משקל כנגד הקבלה זו לאומר: האומה האיטלקית יכולה לכלול בתוכה גם מוסלמים, יהודים, נוצרים, בודהיסטים ואחרים, אולם לא כך "יהדותה" של ישראל. זוהי הסתייגות נכונה אם מדובר ב"יהדות" כאומה או לאום, אולם ישראל **כמדינה** יכולה להכיל בתוכה, אם רק תרצה בכך, יחידות אתניות, דתיות ולאומיות על בסיס שוויוני לחלוטין.

בו". או במלים מפורשות יותר, סעיף זה נראה כפתח פרשני לפגיע בזכויות בשם "ערכיה של מדינת ישראל" – שיש בתוכה, בדומה לכל מדינה, ערכים סותרים ותכליות ראויות סותרות המעוגנות באינטרסים סותרים וכל דאלים פוליטית יגבר<sup>4</sup>.

כך גם סעיף האומר כי "רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות בכנסת, אם יש במטרותיהם או במעשיהם של הרשימה או של האדם, במפורש או במשתמע, כדי לסכן את קיומה של מדינת ישראל". זה סעיף עמום שנועד כביכול לסייע לדמוקרטיה מתגוננת אף שלמעשה נוגד את חופש הדעה, הביטוי וההתארגנות. שהרי אין ערך לחופש ביטוי אם אינו יכול למצוא דרך ביטוי פוליטית לגיטימית.

הנחמה היחידה היא שסביר להניח שאפילו סל "הסכמות" אלה תיתפסנה כאיום על המשטר הפוליטיקאים הישראלים ולא תעבורנה בכנסת, שכן יש להודות שבצד המגבלות שצוינו (ורבות שלא צוינו) יש בחוקה הרבה סעיפים יפים וטובים הבאים להגן על זכויות אדם ואזרח מגוונות העלולות להטיל אימה על כל המפחד משלטון נאות.

<sup>4</sup>סעיף זה דומה מאוד במהותו לפסקת ההגבלה בחוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק. פסקה זו מעניקה סמכות לבית המשפט העליון לבטל חקיקה המנוגדת לתנאי הפסקה עצמה. למעשה, היא מגבילה את כוחה של הכנסת ומאפשרת ביקורת שיפוטית על חוקיה המנוגדים לחוקה. בלעדיה אין משמעות לחוקה. בג"צ העניק עד כה פרשנות אוניברסאלית לפסקה זו על ידי אימוץ מבחן המידתיות. המבחן כולל מרכיבים מקפידים שהם מקובלים בשיטות משפט מתקדמות כמו בקנדה ובבית הדין האירופאי לזכויות האדם. עם זאת קיים חשש לא מבוטל שתינתן יהיה בעתיד, הקרוב או הרחוק, פרשנות אחרת לפסקה זו על ידי מתן משקל יתר למילים "ערכיה של מדינת ישראל".