

חוקה בהסכמה של מי ועל חשבון מי?

ד"ר אייל גרוס¹

הסכמות לאומיות נמצאות באופנה. המכון הישראלי לדמוקרטיה מקדם זה זמן מה את פרויקט "חוקה בהסכמה", שזמן מסוים אף קודם בגיינגלים ושלטי חוצות. ה"פורום לאחריות לאומית" חיבר את "אמנת כנרת". פרופסור רות גביזון והרב יעקב מדן פרסמו "מסד לאמנה חברתית חדשה בין שומרי מצוות וחופשיים בישראל". הרבה נכתב, ובצדק, על העדר ערבים מ"אמנת כנרת". תמוה כיצד ניתן להתיימר להציג אמנה חדשה לישראל, בלי להכיל ציבור זה. אך לא רק הערבים אינם מיוצגים. גם הציבור ההומו-לסבי לא מיוצג בצורה מבנית ב"כנרת" וגם במועצה הציבורית של ה"חוקה בהסכמה" של המכון הישראלי לדמוקרטיה. לכך עשויות להיות השלכות חמורות על זכויות האדם של הומוסקסואלים ולסביות בישראל. מאמר זה יבחן כיצד טיוטת החוקה המוצעת ע"י המכון הישראלי לדמוקרטיה מנציחה ומגבירה את אי השוויון הכלכלי-חברתי, ורומסת את זכויות המיעוט הערבי, הנשים והציבור ההומו-לסבי.

ניתן לראות את הבעיה בנוגע לציבור ההומו-לסבי במסמך גביזון-מדן: אלה מציעים כי בישראל יונהגו נישואים אזרחיים, המוגבלים לנישואים של גבר ואישה בלבד. במקביל, וזה יהיה ה"ויתור" החילוני בתמורה להישג זה, תבוטל לפי ההצעה "ההכרה הגורפת" במוסד הידועים בציבור. "זכויותיהם של מי שחיים יחדיו שלא במסגרת נישואין תוסדרנה בחוזים ובהסדרים מיוחדים לפי הצורך". ברור כי הציבור שייפגע במיוחד מהצעה זו יהיה הציבור ההומו-לסבי: מצד אחד, היחידים שלא יוכלו להינשא יהיו בני זוג מאותו מין; מצד אחר אלה יאבדו את מעט הזכויות שזכו להן עד היום מכוח ההכרה החלקית בהם כזכאים לזכויות של ידועים בציבור. בני זוג מאותו מין זכו בהכרה בזכויות לאור העובדה שבישראל קיים מוסד מבוסס של זכויות לזוגות לא נשואים, קרי מוסד הידועים בציבור. כך למשל, פסק הדין של בית המשפט המחוזי בנצרת שהכיר לאחרונה בזכויות הירושה של בני זוג מאותו מין, התבסס על הסדר שהעניק זכויות כאלו לידועים בציבור. כשמוסד זה יעלם ויישארו "חוזים והסדרים מיוחדים" בלבד לבני זוג מאותו מין הרי שמצב הזכויות שלהם יפגע קשות. חוזים הם יכולים לעשות גם כיום, והבעיה היא בדרך כלל כשנדרשת הכרת צד ג' (בין אם המדינה או גוף פרטי), ולכך לא די בחוזים. יתרה מכך, הפתרון של חוזים מטיל על זוגות אלו את הנטל, לרבות את הנטל הכלכלי, להסדיר את יחסיהם, נטל שנחסך מאחרים. אשר ל"הסדרים מיוחדים", אין כל ערובה לכך שהסדרים אלו יהיה שוויוניים לאלו הניתנים לזוגות נשואים.

¹ ד"ר אייל גרוס הוא מרצה בכיר למשפט חוקתי ומשפט בינלאומי בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. הדברים המופיעים כאן מתבססים בחלקם על שני מאמרים שפרסמתי בנושא זה בעיתון "הארץ".

עם כל החומרה שבהצעת גביזון-מדן, הרי שהיא אינה מתיימרת לשקף את כל הציבור הישראלי. הבעיה מחריפה בפרויקט ה"חוקה בהסכמה". בעוד שהמכון הישראלי לדמוקרטיה מציין, כי במועצה הציבורית שלו "חברים נציגים המשקפים, במידה רבה, את הרכב החברה הישראלית על גווניה והמתחים בתוכה", הרי שאין בה כל ייצוג מבני למייצגים של הציבור ההומו-לסבי. למותר לציין, כי לציבור ההומו-לסבי יש עניין בהסדרים החוקתיים השונים המוצעים בישראל. כך, למשל, לציבור זה יש עניין בדרך שבה ינוסחו הוראות שוויון בחוקה עתידית, וחיוני לו שהוראות השוויון יכללו איסור אפליה בגין נטייה מינית. בנוסף, לציבור זה יש עניין רב בדרך שבה תעוצב ההכרה בבני זוג בישראל, מתוך שאיפתו לכך שבני זוג מאותו מין יזכו למלוא הזכויות השוות והמלאות, כמו בני זוג ממין שונה. דיון בדרך שבה יעוצבו נושאים אלה בחוקה עתידית, בלי הכללת זווית המבט של הקהילה ההומו-לסבית, לוקה בחסר. בעקבות פנייה בנושא זה למכון כבר בחודש יוני 2001 נמסר, כי "המועצה הציבורית איננה גוף שחברים בו כל מייצגי מרכיבי החברה הישראלית - ככאלה". אמירה שאינה עולה בקנה אחד עם תיאור המועצה שצוטט לעיל ומובלט בקמפיין הציבורי של המועצה. התוצאה באה לידי ביטוי בטיטוט החוקה של המכון שהופצה לאחרונה, ובה לא נכלל סעיף איסור אפליה על רקע נטייה מינית. כאמור, גם ב-"אמנת כנרת" חסר ייצוג כזה, ואכן מסמך כנרת מדבר על שוויון בישראל בלי הבדל "דת, מוצא ומין", אך גם הוא לא מזכיר שוויון על רקע נטייה מינית.

העדר ייצוג הומו-לסבי בפורומים הללו אינו מקרי: כפי שמסמך גביזון-מדן מעיד, הניסיון להגיע להסכמה לאומית שכוללת הסכמה חילונית-דתית על עתיד המדינה, צפוי להתנפץ כשהדיון יגיע לכמה נושאים, ואחד מהם הוא שוויון לציבור ההומו-לסבי. הבחירה של מסמך גביזון-מדן היא, להקריב את הזכויות של ציבור זה לשוויון, בשם ההסכמה. זו להערכתי הסיבה, שהפורומים הרחבים יותר, המתיימרים לייצג את כלל הציבור (או את כלל הציבור היהודי כמו במקרה של "אמנת כנרת"), אינם כוללים ייצוג כזה: החשש מהתנגדות הצד הדתי הוא בוודאי מרכזי כאן. אלא שבסיכומו של דבר עשויים החילונים שבפורומים אלה למצוא את עצמם משתפים פעולה עם ההפליה של הומוסקסואלים ולסביות שכן הם מוציאים אותם מההליך בשם הרצון לרצות את הגורמים הדתיים. אכן, כל הפרויקטים האלה שמים את ההסכמה בראש. נקודת המוצא שלהם אינה שפוליטיקה היא מאבק יום יומי שבו יש חוסר הסכמה על נושאים רבים ושההסכמה אינה הדבר החשוב ביותר. שאם לא כן, קשה להבין מדוע מוכנים המשתתפים בהם להעדיף את ההסכמה על פני ההגנה על זכויות אדם, ובראש ובראשונה על ערך השוויון.

בעיה זו ובעיות נוספות באות לביטוי בטיטוט של הצעת חוקה מטעם פרויקט ה"חוקה בהסכמה" של המכון הישראלי לדמוקרטיה. מצער, אך אולי לא מפתיע לאור האמור לעיל, לגלות כי ה"הסכמה" שהשיג המכון באה על חשבון קבוצות שונות באוכלוסייה, וכי ספק אם החוקה שהוא מציע עשויה לסייע למיעוטים וקבוצות מוחלשות בחברה הישראלית.

חמורה במיוחד היא המידה בה עלולה החוקה המוצעת להנציח ואף להגדיל את אי השוויון הכלכלי- חברתי בישראל. החוקה לא קובעת שלכל אדם הזכות לקניין – בצורה שעשויה לכלול את זכותו של כל אדם לקניין שיאפשר לו להתקיים בכבוד. במקום זאת היא קובעת את זכותו של כל אדם לקניינו – כלומר להגנה על משטר החזקות הקיים. הוראה זו עשויה להתפרש כמנציחה את הסטטוס קוו של חלוקת הרכוש, לרבות בתחום הקרקעות, בו במיוחד סטטוס קוו זה הוא תוצאה של הקצאה מפלה של המדינה לאורך השנים. כתוצאה ממנה ההסדרים הקניינים, שהם פרי הפקעות והקצאות על ידי המדינה, עשויים לקבל הגנה חוקתית, בצורה שתסגור את הגולל על האפשרות לחלוקה מחדש צודקת יותר, שתיקח בחשבון את ההפליה שאפיינה את הסדרי ההפקעה וההקצאה.

מנגד, החוקה לא מקנה לאדם זכויות בתחום חברתי – פרט לזכות החשובה לשלוש עשרה שנות לימוד חינוך. ההוראות בתחומים אלו מעבר לכך מתמצות בהצהרות כלליות על כך שהמדינה "תפעל לקידום הרווחה.. הביטחון הסוציאלי... תנאי עבודה הוגנים" אך לא מקנות כל זכות לאזרח או חובה מפורשת על המדינה. בולטת גם העדר כל התייחסות – אפילו ברמה ההצהרתית - לזכות לבריאות.

במישור מעמדם של הערבים אזרחי ישראל, אין הצעת החוקה נושאת בשורות רבות. אמנם ההצעה כוללת סעיף כללי בדבר הבטחת מעמדו של המיעוט הערבי, אך אין כל פירוט לגבי מעמדו הייחודי במדינת ישראל. הסעיף עוסק גם ב"מיעוטים אחרים", ומעמדו של המיעוט הערבי-פלסטיני כמיעוט יליד ייחודי לא בא לידי ביטוי. יתרה מכך, להבדיל מהמצב הקיים בו העברית והערבית הן שפות רשמיות, הרי שההצעה יוצרת הירארכיה ביניהן וקובעת ש"עברית היא שפת המדינה" בעוד שלערבית "מעמד מוכר ומיוחד" שיפורט בחוק.

כמו כן, מציעה הצעת החוקה לשנות את הכללים לגבי פסילת מפלגות מהשתתפות בבחירות לכנסת: אף כי יש לברך על ההצעה לבטל את האפשרות לפסול מפלגה השוללת את אופייה היהודי של המדינה, הרי שההצעה הנוכחית מבטלת את האפשרות הקיימת לפסול מפלגה בסיבה היחידה שמוצדקת מטעמי "דמוקרטיה מתגוננת", קרי מפלגות המאיימות על הדמוקרטיה וערכיה (כמו מפלגת "כך" שנפסלה בזמנו). האפשרות היחידה שנותרת לפסילת מפלגה נוגעת למפלגות שיש במעשיהם או מטרתיהם, במפורש או במשתמע, "כדי לסכן את קיומה של מדינת ישראל". סעיף זה עלול להיות מופנה בעתיד כנגד מפלגות ערביות, אך מפלגות אנטי-דמוקרטיות וגזעניות יהיו חסינות מפני פסילה. מעבר לכך, ממשיכה החוקה את המסורת של הגדרת המדינה כ"מדינה יהודית ודמוקרטית" על כל הבעייתיות הנובעת מהגדרה חוקתית כזו. מעניין לציין כי מוצע כי בדברי הסבר יקבע כי "מדינה יהודית" פירושו גם "מדינת העם היהודי" בעוד ש"מדינה דמוקרטית" משמעו גם "מדינת אזרחיה". במובן זה הצעת החוקה נשארת בתוך המסגרת של הפרדיגמה הקיימת לגבי אופייה של המדינה, ואפשר לתהות עד כמה יוכלו להסכים לה פלסטינים ויהודים אזרחי ישראל שסוברים שהגדרת מדינה על פי אופי אתני (מדינת העם היהודי) ולא על פי אופי אזרחי (או למצער ניסיון להגדיר אותה על פי

שניהם) בעייתית מבחינה דמוקרטית. נושא זה נדון במאמרים שהתפרסמו בשני הגיליונות האלקטרוניים האחרונים של "עדאלה".

גם להומואים לסביות וטרנסג'נדרים לא מביאה הצעת החוקה בשורה: כפי שציינתי לעיל, אף כי כלול בה איסור הפליה מטעמי "גזע, דת, לאום מין, עדה, וארץ מוצא" היא נמנעת מלאסור במפורש הפליה על רקע נטייה מינית או זהות מגדר. אמנם, ההצעה אוסרת גם על הפליה "מכל טעם אחר", אך העדר איסור הפליה על רקע נטייה מינית בעידן בו עילה זו מופיעה בחוקי איסור אפליה רבים אומר דרשני, ובמקרה זה אף מעיד על תוצאות סירובו המתואר לעיל של המכון הישראלי לדמוקרטיה לכלול נציגים מהקהילה ההומו-לסבית בפרויקט "חוקה בהסכמה".

הנשים אף הן לא יצאו עם בשורה מהצעת חוקה זו, שכן נקבע בה שבכל הנוגע לנושאים המצויים בסמכות הייחודית של בתי דין דתיים – קרי נישואין וגירושין – אין לחוקה מעמד עליון.

מעמדם של קבוצות מיעוט ודעות מיעוט עלולים להיפגע גם כתוצאה מההצעה לפיה לאחר קיום בחירות יטיל נשיא המדינה את הרכבת הממשלה על ראש הסיעה הגדולה ביותר: קביעה זו תרתיע אנשים מלהצביע למפלגות קטנות ותחזיר בדרך האחורית את הבחירות הישירות לראשות הממשלה. בהצעה עוד מספר קביעות המסוכנות לזכויות האדם: בניגוד לקביעה הנכונה שהממשלה היא הרשות המבצעת בעוד שהצבא, כוחות הביטחון וכו' כפופים לה כיחידות סמך בלבד, קובעת הצעת החוקה שהרשות המבצעת מורכבת מן הממשלה ומשרדיה, הצבא וכוחות הביטחון וכו' – בכך נותנת הצעת החוקה מעמד לכוחות הביטחון כחלק מהרשות המבצעת לצד הממשלה, ולא אך ורק כפופים לרשות המבצעת שהיא רק הממשלה. כמו כן, מגבילה ההצעה בניגוד למצב הקיים את אפשרות הממשלה להתקשר באמנות בינלאומיות בדבר זכויות אדם, בכך שהיא קובעת שאמנות מסוג זה (להבדיל מרוב האמנות) יצטרכו גם אישור הכנסת. בעיה נוספת היא הקביעה שניתן באמצעות תקנות שעת חירום לפגוע בזכויות יסוד המוגנות בחוקה (בכפוף למגבלות של תכלית ראויה ומדתיות) – אך זאת בלי קביעה שיש זכויות אדם מסוימות שמהן אין לחרוג אף במצב חירום.

סיכום

בסיכומי של דבר, כשקוראים את הצעת החוקה של המכון מגלים, אם כן, מסמך שיגן על העשירים ולא יעזור לעניים, שעלול להנציח סטטוס קוו של אי שוויון, ושרומס את הזכויות של ערבים, נשים, הומואים ולסביות, וכל זה בשם הסכמה שלא ברור עד תום של מי היא, אך ברור על חשבון מי היא נעשית. מרתק למשל לבחון, כיצד יהודים חילונים ודתיים מתפשרים ביחד על זכויות ההומואים והלסביות, בלי לשאול את אלו לדעתם. ההסכמה לפגיעה בזכויות נעשית בהקשרים אלו לרוב לא על ידי מי שזכויותיהם נפגעות, אלא על ידי מי שקל לו לוותר על הזכויות של אחרים.

יתכן שאנו זקוקים עתה לקואליציה של נפגעי החוקה הזו: ערבים, מובטלים, מחוסרי דיור, אנשים עם מוגבלויות, חולים, אנשי כיכר הלחם, נשים, מסורבות גט, עגונות, הומואים, לסביות. כל אלה נשארו כנראה מחוץ ל"הסכמה" של המכון הישראלי לדמוקרטיה (אף אם חלק מקבוצות אלו כן יוצגו במסגרת הפרויקט). יתכן שפעולה משותפת שלהם היא הדרך הטובה ביותר להצביע על הפגיעות שהחוקה שהוא הציע עשויה לגרום. עכשיו אם כן הזמן לשאול, חוקה בהסכמה של מי, ועל חשבון מי?