

פ ר ס ו מ י



חוקה, חוקי יסוד, מגילת זכויות

המועצה הציבורית: הכינוס השלישי

ו'-ז' אדר, תשס"א

2-1 במרס, 2001

ירושלים

4

המכון הישראלי לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות, באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות בדפוסי פעילותם.

בנוסף לכך מממש המכון הישראלי לדמוקרטיה את שליחותו על-ידי מידע משווה בנושאי החקיקה ודרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים שונים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על-ידי ייזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי, בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי-ביצוע ואנשי אקדמיה, ועל-ידי פרסום מחקריו.

עורך הספרייה: אורי דרומי

עורכת לשונית: ליאורה הרציג

עיצוב ועריכה גרפית: דינה שר-רהט

נדפס בתשס"א בדפוס העיר העתיקה, ירושלים

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה

הדברים המתפרסמים בפרסום זה מובאים בשם האומרים ועל אחריותם ואינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.



תוכן העניינים

מושב ראשון:

עמ' 5 דיון עקרוני בצורך בכינונה של חוקה לישראל

מושב שני:

עמ' 59 כתיבת חוקה חדשה או השלמת חוקי היסוד?

עמ' 73 **קבוצות דיון**

עמ' 75 • קבוצה בראשות מאיר שמגר

עמ' 103 • קבוצה בראשות ציפי ליבני

עמ' 127 • קבוצה בראשות צבי ענבר

מושב שלישי:

עמ' 155 לקראת השלמת פרק הזכויות

עמ' 185 **קבוצות דיון**

עמ' 187 • קבוצה בראשות יוסף אדרעי

עמ' 207 • קבוצה בראשות אשר מעוז

עמ' 231 • קבוצה בראשות עמוס שפירא

מושב סיום:

עמ' 255 דיווח מהקבוצות ודברי סיכום



מושב ראשון

דיון עקרוני בצורך בכינונה של חוקה לישראל

שמות הדוברים (בסדר אלף-ביתי):

- פרופ' אבינרי, שלמה – המחלקה למדע המדינה, האוניברסיטה העברית
- פרופ' אדרעי, יוסף – דיקן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
- מר אורון, חיים – לשעבר חבר כנסת
- פרופ' אזרחי, ירון – המחלקה למדע המדינה, האוניברסיטה העברית; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- השופטת ארבל, עדנה – פרקליטת המדינה
- מר ארידור, יורם – לשעבר שר האוצר
- פרופ' בלפר, אלה – ראש הקתדרה לחברה ויהדות, אוניברסיטת בר-אילן
- אלוף (מיל.) בן אליהו, איתן – לשעבר מפקד חיל האוויר
- פרופ' בנדור, אריאל – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
- פרופ' גביזון, רות – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- עו"ד גביש, משה – לשעבר נציב מס הכנסה
- עו"ד גוברמן, שלמה – לשעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה
- ד"ר זילברשץ, יפה – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן
- ד"ר זלצברגר, עלי – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
- ד"ר כרמון, אריק – נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- הרב לוי, יצחק – יו"ר המפד"ל
- ח"כ לנגנטל, נחום – המפד"ל
- ד"ר מונדלק, גיא – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב
- מר מרום, חגי – לשעבר חבר כנסת
- ח"כ מרידור, דן – שר ללא תיק
- ד"ר עוז-זלצברגר, פניה – החוג להיסטוריה כללית, אוניברסיטת חיפה



- עו"ד צדוק, חיים – לשעבר שר המשפטים
- פרופ' קליין, קלוז – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית
- ד"ר קרייני, מיכאל – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית
- פרופ' קרמניצר, מרדכי – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- מר ראב, דוד – Global Strategies
- השופטת רוטלוי, סביונה – בית המשפט המחוזי, תל אביב
- פרופ' שטרן, יזידיה – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- אלוף שיף, אילן – נשיא בית הדין הצבאי לערעורים, צה"ל
- השופט שמגר, מאיר – לשעבר נשיא בית המשפט העליון
- פרופ' שפירא, עמוס – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב

● **אריק כרמון:** ברוכים הבאים לכינוס השלישי של המועצה הציבורית. הכינוס השלישי הוא השלב הראשון בסדרת דיונים בנושא החוקה – מהו מעמד החוקה והאם וכיצד מתקדמים לקראת השלמתו של מסמך חוקתי.

לפני שאתן את רשות הדיבור ליושב-ראש המועצה, השופט מאיר שמגר, הייתי מבקש להעיר שתי הערות, האחת טכנית והשנייה מהותית:

א. בגלל הבחירות האחרונות דחינו פעמיים את המפגש הזה. אני מניח שבמציאות הפוליטית הנזילה של מדינת ישראל, עוד צפויה לנו סערה קטנה פה ושם, ועם זאת אני מקווה שנצליח לעמוד בלוחות הזמנים שקבענו.

ב. קשה מאוד להגדיר מוקדם או מאוחר בדיונים על מבנה של מסמך חוקתי. אני רוצה להדגיש שהדיון היום מקדים עוד שני מפגשים שיתמקדו בסוגיות חוקתיות ויעסקו בשתי סוגיות או בשני נושאים שהם יותר כבדים וטעונים.

המפגש הבא של המועצה יוקדש לדיון לעומק בסוגיית דת ומדינה בישראל והכינוס שלאחריו יעסוק בסוגיית הביקורת השיפוטית. אין בכך כדי להצביע על חשיבות של נושא כזה לעומת אחר, אלא פשוט ערכנו את הנושאים באיזשהו סדר מתודולוגי שאין לו שום השלכות על מה שיתפתח. אנחנו גם לא סוגרים היום שום דבר, הכוונה היא להעלות לדיון פרספקטיבות שונות, עמדות שונות, וזאת על-מנת שנוכל להעמיק בכל אחת מהן ועל-מנת שנוכל להעשיר את השיח הציבורי.

אני שוב חוזר ומודה לכולם.

● **מאיר שמגר:** במהלך הדיון בנושא המשטר הגענו לתחנה השלישית שלנו ושבנו לנושא החוקה. במידה מסוימת, כפי שגם נראה בהמשך הדיון, שבנו לשנת 1948, ואני מקווה שאכן כל נקודות הראות יוצגו כראוי.

העיר כבר אריק כרמון שהמכון איננו מנסה לגבש השקפה יחידה שאותה יפרוס בפני הגורמים המוסמכים להחליט. אנחנו רואים את עצמנו כזירה להתמודדות של דעות והשקפות שונות, כאשר המטרה היא להגיע למצב שבו נוכל להציג את האפשרויות השונות, את הגישות השונות, את ההצעות השונות, באופן שיטתי ותוך פירוט מעלותיהן ומגרעותיהן, על-בסיס הדיונים שמתקיימים כאן.



לכן, למי שיש חששות או חשדות, אין אנו מקיימים הצבעות בסוף הדיון כדי להכריע לכיוון זה או אחר, אלא אנחנו מסננים ובודקים את כל האפשרויות הפתוחות, ואתם תראו את הביטוי המעשי לכך בהרצאות הפתיחה, בהצגת הנושאים השונים הכלולים בכל אחד משלושת התחומים אשר להם מוקדש הכנס הזה.

השאלה הראשונה שתעלה היום, שאלה מרחיקת לכת לכל הדעות, היא **האם בכלל זרושה לישראל חוקה.**

במאמר מוסגר אני מוכן לומר שאולי למטרות טקטיות, אולי גם למען מטרות מהותיות, לא כדאי שנדבר דווקא על חוקה, כי לגבי חלק מהציבור 'חוקה' היא מושג מרחיק לכת. אפשר בהחלט לדבר על חוק היסוד, הגרמנים קוראים לזה "גרונד גזעץ", כלומר חוק מדרג גבוה יותר, שאיננו מתמודד עם המושג חוקה לישראל. אם התשובה לשאלה הראשונה בנוגע לנחיצות החוקה היא חיובית, מתעוררת שאלה נגזרת אשר גם בה נדון, והיא: **האם חוק יסוד פירושו כתיבה מחדש של נוסח שלם משולב, הבנוי על הכנה מחדש כדי להתאים את החלקים השונים שבו לכתיבה אחידה בו-זמנית של חוקה שלמה, או שמא הכוונה היא להשלמת חוקי היסוד, כלומר להשלים את הפרקים החסרים ברוח החלטת הררי מיוני 1950.**

נדבך ראשון של מחשבה לפי הגרסה השנייה הוא העבודה רבת-החשיבות שעשו פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' דוד קרצ'מר, כאשר שילבו יחד את חוקי היסוד שנתקבלו עד כה בכנסת כדי ליצור מהם מקשה אחת. מקשה זו בנויה על סינון של הוראות שאינן חוקתיות על-פי מהותן ואשר התגנבו לתוך חוקי היסוד. זאת, מכיוון שכאשר יצרו את הפרקים הנפרדים של חוקי היסוד התכוונו לכסות כל מטרייה אשר בה החוק דן באופן מלא, ולכן השתלבו שם גם הוראות פרוצדורליות וכדומה שאינן מופיעות בדרך כלל בתוך מסמך חוקתי. העבודה שלהם היא מדויקת מאוד, שלמה מאוד, אבל כמובן פתוחה להערות.

כאן מתעוררת כמובן שאלה נוספת. כאשר דנים בסוגיה האם דרושם צהרות של האומות המאוחדות אשר פירטו את הזכויות לחינוך, לבריאות, לדיור ולפרנסה בצורה רחבה בהרבה.

נושא הזכויות החברתיות הוא דילמה לא רק אצלנו. למשל ז'יקונלי בחיבורו הידוע על Enacting a Bill of Rights טוען שהנושא של זכויות חברתיות בתוך חוקה לאומית מעמיד בעיות רבות, כי כאשר האו"ם

מדבר על Universal Rights הוא איננו מטיל על עצמו Universal Duties – וכי האו"ם מספק דיור ובריאות או פרנסה? זאת הצהרה גרידא אשר בה אפשר להיות רחב מאוד כי אין לך ביקורת שיפוטית שעל יסודה תוכל אחר-כך לבוא לבית המשפט ולטעון: לא קיבלתי דיור, לא קיבלתי חינוך, לא קיבלתי זכויות אלה או אחרות.

אם כן, אלה הן הבעיות: כן חוקה, לא חוקה, מהי השיטה, איזה סוג של זכויות. הכול פתוח ואני פותח את הדיון.

● **יצחק לוי:** לפני שאפנה לעצם העניין, אני רוצה לספר על הקשר שלי לנושא חוקי היסוד, וכוונתי בעיקר לחוקי היסוד של 1992-94: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. אני זה ששכנע את המפלגות הדתיות לתמוך בשני החוקים בוועדת החוקה בזמנו, בהנחה שצריך סוף-סוף לנסות את הדבר שכל הזמן חששנו מפניו. אחרי דיונים ארוכים התקבלה החלטה לתמוך בחוקי היסוד האלה, ואגב זוהי החלטה שעד היום חלק מחברי מותחים עליה ביקורת.

ישבנו אז בוועדת חוקה על נושא מדינה יהודית ודמוקרטית (ההצעה המקורית גם של אמנון רובינשטיין וגם של אחרים הייתה 'מדינה דמוקרטית'), ותוך כדי הדיון הוספנו את המילה 'יהודית' בהתנגדותו העיקשת של חבר הכנסת ורשבסקי בזמנו. לאחר מכן, ב-1994, הוספנו גם את מגילת העצמאות כחלק מן הערכים.

אלה שלושה דברים שחשוב להזכיר כרקע, ועכשיו לעצם העניין:

כרגע קל לנו יותר לדון כי יש לנו כבר ניסיון; לפני עשר שנים, עדיין לא היו לנו חוקי יסוד בנושא זכויות אדם, היו לנו רק חוקי יסוד בנושא ממשל. היום, אחרי ניסיון של כמעט עשור, אפשר לבדוק האם הושגה מטרה, האם כדאי להמשיך, איך כדאי להמשיך. אנחנו היום חכמים בהרבה ממה שהיינו לפני עשר שנים.

הייתי רוצה עכשיו למנות כמה מהמטרות שדיברנו עליהן אז ולבדוק אם השגנו אותן.

ראשית – הייתה אז ימרה מסוימת שלחוקה יהיה גם ערך חינוכי, מאחד. כלומר, זה יהיה מסמך שהעם מתחנך לאורו. זה מניפסט ערכי חברתי של המדינה. לכן דובר אז שצריך לחתור להסכמה, אחרת אין זה מסמך מאחד, והביאו כדוגמה את החוקה בארצות-הברית, שהיא דבר שכל תלמיד לומד ויודע וכולם מתחנכים לאורה.



אני מעז לומר שלא השגנו את המטרה הזאת. כלומר, לא רואים היום, לא ברחוב הישראלי ולא בחברה הישראלית, השפעה חינוכית של החוקה – לא בנושא כבוד האדם, לא בנוגע לזכויות אחרות; רואים בדיקו ההפך. לא השגנו שום התקדמות ערכית וחינוכית במדינה; אנחנו נמצאים היום ברגרסיה בכל מה שנוגע לכבוד האדם – במשפחה, בזכויות האזרח, אפילו בזכויות המשפט. (יבוא מי שיאמר שלא חוקקנו חוק יסוד זכויות המשפט, ולכן יש לנו כאילו חצי תירוץ). המצב לא השתפר מבחינה דמוקרטית, ולא הכול אני תולה ברצח רבין. רצח רבין היה האירוע החמור ביותר בתולדות המדינה, אבל דווקא כריפוי לאירוע החמור הזה היה צריך לחזק את הדמוקרטיה. זה היה צריך לגרום זעזוע שכזה, ויחד עם המהפכה החוקתית ויחד עם בית המשפט להביא לחיזוק הדמוקרטיה, אבל כיום יש דווקא נסיגה גם בעקרונות הדמוקרטיים.

דיברנו על חוקי יסוד כעל דבר-מה שיהיה קשה לשנות, והנה לפני שנה וחצי, בחוק יסוד: הממשלה, שונה בהינף יד מספר השרים מ-18 ל-24, ועוד נגיע לבושתנו גם ל-30 שרים. כלומר, נפרצו כל מיני דברים. אמנם זה חוק יסוד בנושא הממשל ולא בנושא זכויות האזרח, אבל גם את נושא זכויות האזרח לא קידמנו. אני קורא דוחות, אני קורא מאמרים, ולא מצאתי גם אחד שיאמר שבעשור האחרון חל שיפור במצב זכויות האזרח בישראל, אלא להפך. גם אם יש גם ירידה בשיעור הפשיעה, הפשיעה יותר אלימה, ויש יותר פשיעה בקרב הנוער, וכן הלאה. כלומר, אין פרמטר שאומר שהתקדמנו. אני טוען יותר מזה: חוקי היסוד לא רק שלא הביאו לאחדות, הם הביאו לקרע ולשסע גדול יותר, ונדמה לי שאני יודע את הסיבה לכך, ויש לה כמה היבטים:

א. פרשנות. אין לנו פרשנות אחידה ואנחנו לא מקבלים מראש את פרשנות בית המשפט. כאשר אין פרשנות, הזכויות בלתי מובנות, לא מדברים באותה שפה, באותן זכויות. אם יש הבדלים גדולים בפרשנות, מובן שאי אפשר להתאחד סביב ערכים מסוימים.

הדוגמה הבולטת ביותר נוגעת לזכותו של אדם על חייו שהיא חלק מכבוד האדם. מה הכוונה בזכותו של אדם על חייו? האם הכוונה שהוא יכול להחליט לקצר את חייו, יכול להחליט שאם איכות חייו איננה נראית לו, מותר לו לקצר את חייו? או אולי הכוונה שחיי האדם הם דבר מקודש, שאיננו תלוי בהחלטתו? יש בעניין זה מחלוקת קיצונית מאוד. האם אדם שמחליט להפסיק את חייו משתמש פה בזכות, ואנחנו נשבח אותו על כך? או האם נראה אותו

כקבור מחוץ לגדר? והנה כבר לגבי הזכות הראשונה שכתובה בחוק, אין לנו הסכמה.

ב. הסיבה השנייה לשסע היא החשד והחשש מפני פסיקת בית המשפט העליון. אלא שבית המשפט העליון ירד בערכו המוסרי והסמכותי מאז כינון חוקי היסוד. ומדוע? הוא נחשד בפוליטיזציה על-ידי ציבור מסוים. (אני אישית משוכנע שבבית המשפט העליון אין פוליטיזציה; יש עמדות, יש אידיאולוגיה אבל אין פוליטיזציה). הדברים הגיעו לידי כך שיש היום גם ביטויים של שנאה כלפי בית המשפט העליון שלא היו קודם, וזאת מפני שבית המשפט העליון הוא בעצם המבצע של חוקי היסוד, הוא בעצם המפעיל את חוקי היסוד, וכל מי שרואה סתירה ערכית בינו לבין בית המשפט, יוצא מתנגד לבית המשפט. כלומר, לא השכלנו, החברה לא השכילה, המדינה לא השכילה להעמיד את בית המשפט העליון בדרגה של פוסק ערכי. חלק גדול מהציבור לא מקבל את זה. אומרים: 'בית המשפט העליון אמר, אז מה?'

מכיוון שלא מדובר בדיני ממונות או בקנס או במס הכנסה או בהונאת הציבור, אלא בעצם בדברים שקובעים את אופייה של המדינה מבחינה חברתית, מבחינה ערכית, מבחינה לאומית – קרה ההפך ממה שחשבנו שיקרה. כלומר, אם חשבנו שיחוזק מעמדו של בית המשפט העליון בעקבות החוקה – נראה כאילו הוא דווקא התערער. הוא מקובל פחות, הוא יותר במחלוקת, הוא יותר מבוקר.

ג. היבט נוסף הוא השגת איזון בין יהדות לדמוקרטיה. אני חייב להעלות את הנושא הזה, כי המחלוקת בעם נובעת גם מהחשש של חלק גדול בציבור פן האיזון לא ייעשה בצדק. ראשית יש לנו בעיה בהגדרת היהדות, וזה כשלעצמו מעורר הרבה חששות. למשל, אני אישית חושב שבנושא המשפחה בית המשפט אינו פוסק לפי ערכים יהודיים ודמוקרטיים, אלא רק לפי ערכים דמוקרטיים. אם אומרים שאפשר לבנות תא משפחתי של שני זכרים או שתי נקבות – זה בניגוד ליהדות לפי כל הגרסאות, חוץ מאיזו גרסה רפורמית צרה. אלה פסוקים מפורשים, זה לא דברי חז"ל, זאת לא פרשנות, זה "זכר ונקבה בראם." ואילו בית המשפט לא בא ואמר: כתוב גם ביהדות, כתוב גם בדמוקרטיה, צריך לנסות למצוא את האיזון.

כלומר, ההרגשה היא שבהרבה פסקי-דין האיזון בין יהדות לדמוקרטיה לא קיים, שבית המשפט העליון נוטה לדמוקרטיה על-חשבון היהדות. כלומר, היהדות היא דבר אמורפי לגמרי והדמוקרטיה היא דבר קונקרטי;



על הערכים ההומניים של היהדות כולם מסכימים, והשאר לא כל כך חשוב. בעוד שלגבי דמוקרטיה הכול מובן וברור. אולי לדידו של אהרן ברק יש איזון, אבל לא כך לדידו של הציבור שאני מייצג אותו, זה שבשמו הלכתי להסכמה על שני חוקי היסוד בוועדת החוקה, מתוך הבנה שליהדות יהיה משקל. והיום אנחנו מתרשמים שליהדות אין משקל.

עניין אחר – איננו יודעים מראש מה תכלול החוקה. אנחנו לא יודעים מה יהיה חוק היסוד הבא. אנחנו יודעים עכשיו על זכויות חברתיות ועל זכויות המשפט כי כבר הגישו, ואנחנו יודעים על חוק יסוד החקיקה כי כבר הגישו. אולי שר המשפטים הבא יבוא בעוד חודשיים ויגיד שיש לו עוד חוק, חוק יסוד: המשפחה. אני רוצה לדעת מראש על איזו חוקה אנחנו מדברים, מה המבנה. אי אפשר לבוא ולדרוש שנתמוך בחקיקת חוקה או בחקיקת חוקי יסוד כשלא ידוע מראש במה מדובר.

החוקה, לדעתי, חייבת לכלול גם זכויות לאומיות, למרות שהנשיא אהרון ברק טוען שבכל העולם אין דבר כזה, במדינת ישראל צריך להיות, מכיוון שמגילת העצמאות מתייחסת לזכויות לאומיות. יש בה אזכורים מפורשים ובסיס לזכויות הלאומיות שלנו בארץ-ישראל. וזכויות לאומיות הן חלק מהערכים היהודיים.

טעות גדולה לא להתייחס לכך הייתה במשפט קעדאן, שבו ניטלה מעם ישראל הזכות לבנות יישובים יהודיים. היום אין לעם ישראל זכות לבנות יישוב יהודי אלא אם כולנו חובשים כובעים ומגדלים פאות; יהודים מן השורה לא יכולים לבנות יישוב יהודי. גם אם מתאגדים, וגם אם חותמים על עמותה – בית המשפט פסק שאי אפשר. זו מטרה יהודית ומטרה לאומית, וכאן, לדעתי, קיים חוסר איזון.

במילים אחרות, אני לא אתמוך בלי שאראה מבנה שלם. זו ההצעה הראשונה שרציתי להציע: בואו נראה תחילה מהו מבנה החוקה, מה היא כוללת. רק אז נוכל להחליט אם אנחנו שותפים לחוקה או לא, אם כדאי להמשיך לחוקק, אם יש סיכוי לחוקה. התחלנו לרוץ קדימה בלי לגבש קודם את המבנה.

לכן, אם רוצים להמשיך גם בחקיקת חוקי יסוד וגם בחקיקת חוקה – שני הדברים שווים בעיני, וככל שנוסיף נדבכים של חוקי יסוד אנחנו בעצם בונים חוקה – צריך תחילה ליצור מסגרת של חוקה: מהם תכניה העיקריים, מהם פרקיה. רק אז נוכל לדון. הדבר הזה, כמובן, צריך להיעשות בהסכמה.



דבר שני: לפני שעוסקים בתוכן החוקה, צריך לעסוק במנגנוני הכרעה. אנחנו לא מחויבים לתת לבית המשפט העליון סמכות לבטל חוק. אפשר לתת לו להחזיר חוק, אפשר לתת לו לדון על כך עם הכנסת. (אגב, בית המשפט נהג כך גם בעצמו במקרים מסוימים, וטוב שכך עשה). עלינו גם לשאול את עצמנו האם לא היה ראוי לערב בהכרעות פסיפס חברתי גדול יותר מאשר בית המשפט העליון. ואם כן, אז אולי צריך בכלל לחשוב על דרך הבחירה של שופטי בית המשפט העליון. בית המשפט העליון הרי לא נבחר לפי דעותיו, אלא לפי רמת הניסיון והיכולת של המועמדים שבאים תמיד מהשורה הראשונה של המשפטנים בארץ. השאלה היא אם די בכך אם אכן רוצים להתקדם בעניין הזה. האם יש מנגנוני הכרעה שיכולים להביא להסכמות בשאלות מסוימות, האם כל שאלה חוקתית חייבת להיות מוכרעת בבית המשפט העליון, בית משפט לחוקה, או יכול להיות גם גישור לאומי. האם אפשר לבנות מוסד של גישור לאומי, מעין מועצת יחד, שביט המשפט העליון יעביר אליה סוגיות מסוימות, ובדיון משותף ינסו לפתור את הבעיה, לצמצם את הפער. שלא רק שלושה, או חמישה, או תשעה, או אחד עשר אנשים – כולם מכובדים מאוד ובעלי ידע מצוין, בעלי יכולת ובעלי ניסיון – הם לבדם יקבעו את דמותה של המשפחה בישראל, את זכויות הקרקע בישראל. נחוץ שיח יותר רחב.

● **שלמה אבינרי:** אם הייתי צריך להשיב במילה אחת על השאלה, האם צריך לכוון במדינת ישראל חוקה, הייתי אומר: צריך. אם הייתי צריך לומר זאת בשתי מילים, הייתי אומר: לא צריך. זה הפער בין הדיון העקרוני לבין המציאות הפוליטית, שחלק ממנה או חלק מהתבטאויותיה שמענו זה עתה.

ראשית אני רוצה לפתוח בכמה הערות שמתייחסות לנושא המשפטי. אנחנו דנים בנושא שאיננו נושא משפטי, אלא נושא מטה-משפטי, ואומר משהו על המשפט משום שיש בארץ פטישיזציה של המשפט בשנים האחרונות.

המשפט כשלעצמו אין לו תוכן. המשפט איננו אלא מכשיר בידי החברה, ולכן הוא מעוצב על-ידי המטרות הערכיות של החברה. תוכנו הקונקרטי של המשפט נקבע על-ידי הערכים של החברה המכוננת אותו. יש משפט ליברלי, אבל היה משפט גם בגרמניה הנאצית והיה משפט בברית-המועצות ויש משפט בסוריה ואפילו ברשות הפלשתינאית יש משפט; אכן מלוא כל הארץ משפט. קל וחומר לגבי חוקה. אין תוכן וערכיות לחוקה כשלעצמה. לברית-המועצות הייתה חוקה, לסוריה יש חוקה, למצרים יש



חוקה, לאיטליה הפשיסטית הייתה חוקה. כאשר אנחנו דנים בחוקה, הכוונה היא לחוקה דמוקרטית וליברלית.

השאלה היא לאיזו מטרה אנחנו מבקשים לחוקק חוקה. בלי להיכנס להבחנות מתודולוגיות מורכבות מדי, כאשר דנים בחוקה במשמעות הליברלית של המושג, אנחנו צריכים להתמודד עם העובדה שחוקה ליברלית מבטאת תמיד מתיחות בין שתי קצוות. מצד אחד, חוקה משקפת ערכים ומציאות ומוסדות הקיימים בחברה. החוקה שכולנו מצטטים אותה תמיד, החוקה האמריקאית, שיקפה מציאות מסוימת שהייתה מורשת של ה-Common Law, של ה-Self Government של המושבות העצמאיות למחצה בצפון אמריקה וכו'. מצד שני, חוקה גם מעצבת ערכים על-ידי כך שהיא מקנה אותם לחברה; גם זה קיים בדוגמה האמריקאית, בעצם הפרשנות של החוקה. למשל ה-New Process of Law – מה שלא הייתה כוונת המחוקקים, העניין הזה עוצב במשך עשרות שנים של פרשנות.

בין היסוד המשקף לבין היסוד המעצב צריך שיהיה איזון מסוים, ואת האיזון הזה אפשר ליצור רק אם מתבוננים בעין מאוד בוחנת במציאות החברתית הקיימת. אני רוצה להזהיר מפני מה שניתן לכנות אותו 'הנדסה חברתית משפטנית'. בדרך כלל מייחסים את המושג הזה לאנשים בתחום מדעי החברה. במציאות הישראלית, ההנדסה החברתית נעשתה בשנים האחרונות בעיקר בהשראה משפטנית. אחת התוצאות הקטסטרופליות שלה הייתה למשל שינוי שיטת הבחירות – אותה תרומה מיוחדת, לא של אנשי מדעי החברה, לא של אנשי מדע המדינה, אלא של משפטנים, למערכת החברתית הישראלית.

● **דן מרידור:** של משפטנים מסוימים.

● **שלמה אבינרי:** אני מסכים. אני וחברים אחרים הופענו בפני ועדה שאתה היית היושב-ראש שלה כמשפטן. אבל אלה שדחפו את העניין, חוץ מכמה ביולוגים ואסטרונומים ואסטרולוגים, היו בעיקר משפטנים.

קצת פחות יהירות מצד משפטנים בכל הנוגע ליכולתם להפעיל הנדסה חברתית הוא דבר שראוי לזכור אותו כשדנים בחוקה. לא משום שאני חולק על המטרות של חוקה ליברלית, אלא בגלל המציאות שבה אנחנו מצויים.



איך פותרים בעיות של שיקוף ערכים ועיצוב ערכים כאשר יש לנו בחברה הישראלית אי-הסכמה פוליטית עמוקה מאוד על כמה וכמה דברים מהותיים? אתן שתיים-שלוש דוגמאות:

כולנו יודעים שהסיבה שלא נחקקה חוקה למדינת ישראל בשנות העיצוב, בשנות ה-50 המוקדמות, היא הסוגיה של דת ומדינה. במחילה מכבוד הרב לוי, לא בזיקה לנושא 'יהדות ודמוקרטיה' קיים ויכוח על מהות היהדות, אלא משום שעצם השימוש במושג 'יהדות' כבר קובע הלכה בנושא מסוים. לגבי אחדים מאתנו, יהדות היא דת, לגבי אחרים יש עם יהודי שאחד הביטויים שלו הוא דת. כך שהביטוי 'יהדות' לא ניתן לכולנו כתורה חברתית מסיני; הביטוי 'יהדות' לא מקובל לגבי אחדים מאתנו. אני לא אשתמש בביטוי הזה. אני אשתמש בביטוי 'יהודי', אני אשתמש בו כשם עצם וכשם תואר. כולנו יודעים שהמושג 'יהדות' נוצר במאה ה-19, הוא לא נוצר בעברית אלא הוא נוצר בגרמנית, הוא נוצר בפולמוס עם הנצרות, הוא לא מופיע לא בכתבי הרמב"ם ולא ב"שולחן ערוך".

מאחר שאני מסכים עם המסקנה של הרב לוי, נוח לי להתווכח עם כמה הנחות שהוא הציג כאן.

ציוניותה של מדינת ישראל איננה משוקעת ביהדות. יש אנשים דתיים מאוד שלא יקבלו את ההנחה הציונית של מדינת ישראל, מתוך יהדותם ולא מתוך אי-יהדות. הם מתפללים מתוך ספר תפילה שאתה, אדוני הרב, מתפלל מתוכו ואני לא מתפלל בו, והם לא מקבלים את הציונות של מדינת ישראל. אני מציע לא לזרות חול בעיני הבריות. המחלוקת לא נטושה בין יהודים שהם ציוניים לבין כאלה שיהדותם רדודה והם לא ציוניים. הוויכוח חוצה את כל המחנות, מה שעושה את ההסכמה לגבי המרכיב היהודי של מדינת ישראל עוד יותר מסובכת בתוך הציבור הדתי, לא בין דתיים וחילוניים. אז איך נגיע לאיזשהו נוסח מקובל על כולנו?

עניין שני הוא הגדרתה של המדינה כמדינה יהודית. קרוב ל-20% מתושבי ואזרחי מדינת ישראל אינם יהודים, וסדר גודל כזה יישמר פחות או יותר בעתיד. כאשר נאמר שצריך לקבוע בחוקה את המטרות הלאומיות של המדינה, הרי כאשר נגיע לסעיף הזה בדיון באיזושהי מסגרת, בין אם בכנסת או אפילו באספה מכוונת – האם יעלה על הדעת שהחברים הערבים של כנסת ישראל לא יתבעו זכויות קבוצתיות למיעוט הערבי? האם יש לנו מונופול על התביעה לזכויות קולקטיביות? היהודים במדינת ישראל הם הרוב, אבל יש גם מיעוט. האם אפשר לתאר היום ויכוח



והכרעה בנושא חוקתי, וניסיון להגדיר את המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, בלי שחברי כנסת ערבים, ואולי גם לא ערבים, יעלו את מה שקרוי 'מדינת כל אזרחיה'?

יהיו חברים וחברות שיגידו שעלינו לנסות לחוקק חוקה העוסקת רק בזכויות האזרח ולא במטרות לאומיות, משום שזה נושא כל כך טעון, אבל איך אפשר למנוע העלאתו של הנושא הזה לדיון והתייחסות אליו? ואז במקרה הטוב ביותר נגיע למיוריזציה ולכפיית דעת הרוב על המיעוט או על כמה מיעוטים; או במקרה הגרוע ביותר לא נגיע לשום הכרעה או להכרעה כל-כך ממוסמסת עד שלא יהיה תוכן לדברים.

עניין שלישי הוא האפשרות שמישהו ינסה לקבוע בחוקה גם את גבולות המדינה, למרות שברוב החוקות הליברליות זה לא נהוג. אבל כבר היו דברים מעולם, ואנחנו, הרי בתוך עמנו אנו יושבים. האם ייתכן שבמציאות הנוכחית, שתהיה גם המציאות של השנים הקרובות, מציאות של סכסוך בינינו לבין הפלשתינאים שעדיין לא הולך להגיע לפתורנו, סכסוך בינינו לבין העולם הערבי – אפשר לדון בחוקה בלי שמישהו יעלה את השאלה שצריך בחוקה לקבוע את גבולות המדינה? הרי בנושא ירושלים ובנושא רמת הגולן כבר שריינו מסיבות פוליטיות כל מיני דברים במסמכים כעין חוקתיים. מי יכול למנוע שמישהו ינסה לעשות זאת שוב? אני מציע לחברינו הליברליים לזכור, כי עוד ייתכן שהצעה כזאת תזכה לרוב, מה שבוודאי לא יקל על הסכם שלום, על הסכם פשרה, גם אם עדיין אני לא רואה אותו מעבר לפינה. אבל יום אחד אני מניח שהוא יבוא, והאם אנחנו רוצים שתהיה לנו אז חוקה אשר תמנע על-ידי רוב חוקתי הסדרים הקשורים לגבולות המדינה?

במילים אחרות, אני מציע לעצמנו, למיעוט הליברלי החילוני במדינת ישראל, ואני מציע לקרוא לזה בשמו, שלא ישלה את עצמו שיש לו רוב לחוקק או לכונן את החוקה שהוא מעוניין בה. לא יצא חמין ליברלי ממה שאנחנו הולכים להכניס לתנור, כי חמין הוא לפי טבעו לא ליברלי.

לכן, לרגעים נדמה לי שחלק מהוויכוח הזה לא מתנהל כרגע במדינת ישראל הקונקרטית, אלא הוא מתנהל במדינה אידיאלית שרוב תושביה הם חילוניים, הם ליברליים, הם דמוקרטיים, הם סובלניים, בעוונותיהם הם יהודים, בעוונותינו הם גם אשכנזים. הציבור הזה סבור שהוא יכול לכנס מסביבו את החברה המפוצלת והמפולגת והמורכבת הזאת? אנחנו שאלנו את הציבור היהודי הרוסי מה דעתו בנושא החוקה? אנחנו מקשיבים למה שהם מבקשים לומר בנושאים לאומיים? אנחנו יודעים



אילו שדים במרתף יש שם בנושא המשפחה היהודית בגלל המציאות הדמוגרפית? אני יודע שנכשלנו עד כה בהתמודדות עם הבעיות האלה ברמה הפרגמטית, קל וחומר אם ננסה להעלות את הדברים האלה לדיון ברמה העקרונית.

כך שאני רוצה להבחין בין הניסיון שאני שותף לו, להציע משהו, לא הלכות משיח, אבל משהו שהוא טוב למדינה האידיאלית, לבין המציאות הקשה שבה אנחנו חיים. החשש שלי הוא שבמציאות הזו, אם תבקש מבחינת המסגרת החוקתית לתת לגיטימיות, לתת נורמטיביות מטה-חוקית לסוג מסוים גם של זכויות וגם של מוסדות – הוויכוח הזה רק יפחית מהלגיטימיות הזאת וייצור פערים גדולים עוד יותר.

אני לא חושש מפערים ושסעים ואני לא חושב שתברה צריכה להתנבא בקול אחד. אני מאמין בפלורליזם ואני חושב שפלורליזם וריבוי דעות וריבוי הם חלק מהדמוקרטיה. אבל יכול מאוד להיות שהפערים בחברה הישראלית הם עמוקים מדי, ולכן אולי צריך לנסות למצוא דרכי פתרון חברתיות ולא דווקא חוקיות. לא נראה לי שהדרך הטובה ביותר היא בדרך החוקה או בדרך המשפט.

אנחנו מתעלמים מכך שבניגוד למערכת המשפטית, שהיא לעתים מערכת של משוואה סכום אפס, שיש בה מנצחים ומנוצחים, המערכת הפוליטית היא מערכת שמחייבת פשרות, הידברויות, קואליציות. כל הדברים המגוונים לכאורה הם נשמת אפה של חברה דמוקרטית. חברה דמוקרטית לא שולטת על-ידי מיוריזציה, על-ידי כפיית הרוב הר כגיגית על מיעוט. המערכת המשפטית מעצם טבעה, בכך שהיא מביאה לעימות ומחייבת בסוף באמצעות חקיקה ואחר כך באמצעות בית משפט לקבל הכרעה כן או לא – זוהי ברוב המקרים הכרעה בינארית, היא לא הכרעה שכוללת פשרות, כי כאמור, במערכת המשפט יש תמיד מנצחים ומנוצחים.

גם אם נהיה תמיד לצד המנצחים, המנוצחים הם שלושים-ארבעים אחוזים מתושבי המדינה, ערבים מצד אחד, חלק מהציבור הדתי, חלק מעדות המזרח, חלק מהציבור הרוסי. ונגיד שהם מיעוט – גם בזה אני לא בטוח, אני חושב שהם רוב, לא רק סטטיסטית אלא גם ערכית – מערכת משפטית יוצרת תמיד את התסכול של המפסיד. היו מסגרות שבהן חוקות יצרו לא מערכת של ההסכמה, אלא מערכת של מחלוקת. קרל מרכס, שעסקתי בו בהקשרים אחרים, חיפש יום אחד במוזיאון הבריטי את אחת החוקות הצרפתיות, החוקה היעקובינית, ולא מצא אותה. הספרן אמר לו: 'חוקות צרפתיות? הן בחדר כתבי העת משום שהן



משתנות, היו כבר 15 חוקות צרפתיות. יש חוקה אמריקאית אחת עם כמה תיקונים לא פשוטים, אבל יש 15 חוקות צרפתיות מאז המהפכה הצרפתית.

כלומר, ההתייחסות למסמך מסוים כמלכד ומאחד וכמעניק לגיטימציה נורמטיבית ברמה הגבוהה ביותר, אינה מוציאה מכלל אפשרות שאותו מסמך עצמו יביא לדה-לגיטימציה של אותם הדברים שאנו רוצה לתת להם יתר לגיטימציה.

● **דן מרידור:** למרות שאני חולק על הרוב הקואליציוני שהתגבש כאן בין שלמה אבינרי ליצחק לוי, אני חושש שאני מסכים לקביעה שהתקבלה כאן, למרות שהיא מאוד קשה לי. לצערי הרב, אני חושש שאנחנו מפסידים במערכה הזאת. כבר זמן רב אני אומר שעוד כמה שנים לא נוכל להעביר את הדברים הבסיסיים ביותר בהסכמה לאומית, כי ההסכמה הלאומית משתנה. אין שום אפשרות היום בכנסת להעביר חוק הקובע שוויון בין גברים לנשים, בין ערבים ליהודים. בשנות ה-50 או ה-60 לא היה עולה על הדעת שמישהו יתנגד לחוק כזה, אבל כיום אין לו רוב, אם יפרשו אותו פירוש דמוקרטי ליברלי.

מכיוון שאני חניך של בית ספר שקרא לעצמו 'בית ספר לאומי-ליברלי', כי הוא הבין את הסכנה הנוראה בהיותך לאומי אם אינך ליברלי, ואת הסכנה הגדולה ליהודים בהיותם ליברליים בלי לאומיות – בגלל השינויים הגדולים, אותה קבוצה שחושבת שחשוב להעביר חוקה, הולכת ומאבדת היום מכוחה. החלק הגדול שמסכים עם עקרונות החוקה לא מבין את חשיבותה באופן שאני מבין אותה, ולכן גם לא מוכן להילחם עליה. הנכונות להילחם גדולה אצל המתנגדים וקטנה אצל התומכים, ולכן כל הממשלות שהיה לי חלק בהן או השפעה עליהן, וכמעט כל ראשי הממשלה, לא היו מוכנים לומר שעניין החוקה חשוב דיו להעמידו במרכז העשייה שלנו. הסטטוס-קוו תמיד עדיף; בכמה נושאים קשה יותר להכריע הכרעות כבדות, ארוכות-טווח. חיי הסטטוס קוו הפכו להיות כמעט בלתי נסבלים וצריך לבצע שינוי גדול. מבינים את זה היום בשטחים אחרים, אבל בעניין החוקה עוד לא מבינים, לא מבינים שאנחנו מתפרקים בהרבה מובנים ואין לנו מה שיחזיק אותנו יחד.

אני מסכים, חוקה איננה מענה לכול. מאידך גיסא אסור לנו להגיע לפרדוקס הבא – אם יש הסכמה חברתית על הכול, אין צורך בחוקה; אם אין הסכמה חברתית, אסור שתהיה חוקה. לפי הטיעון הזה, אם נמתח את הטיעון הלוגי עד לאבסורד, לחוקה אין שום תפקיד. אני חולק



לגמרי על גישה שכזאת. השינויים שאנחנו עוברים בשנים האחרונות דווקא מחדדים את הצורך בהשלמת חוקה לישראל, מפני שהרבה שנים אפשר היה לחיות עם שאלות לא פתורות, עם הסכמה לא נאמרת, עם מיעוטים שלא מדברים, מיעוטים בכל המובנים; ואילו השאלות שעולות היום הן שאלות שנוגעות לעצם היכולת לקיים מדינה יחד, חברה יחד. שאלות שעלו כאן של ערבים ויהודים, הן עלו גם בבג"ץ קעדאן ובעוד הרבה שטחים. אלה הן שאלות יסוד.

אם אתה אומר לערבי זאת לא מדינתך, אתה יוצר דיכוטומיה, מטופשת לדעתי, בין מדינת האזרחים לבין מדינת העם היהודי, כאילו האחד הוא בניגוד לשני. זאת שאלה שחייבים להכריע בה, אם רוצים באמת להשיג נאמנות למדינה מאנשים שאינם יהודים, אבל נולדו בארץ כמוני, וילדיהם גדלים כמוני, והולכים לבית ספר כמוני, ורוצים זכויות כמוני – כמיעוט אבל כאזרחים שווי זכויות. אפשר לחלוק על בג"ץ קעדאן ויש מחלוקת לא קטנה עליו, אבל חייבים להודות שלא הקצינו לערבים את המגיע להם כל השנים גם בדרכים אחרות. אמרנו: מותר ליהודים לבנות, ובנינו, ברוך השם, הרבה, אבל לא נתנו לערבים חלק שווה אפילו בתוך השטחים שלהם. שטחי הציבור לא חולקו באורח שווה. זו חכמה קטנה מאוד לכעוס היום על בג"ץ קעדאן, כשבמבחן הלא רק דמוקרטי, אלא גם היהודי – במבחן הזה נכשלנו. לא היינו מדינה יהודית. מדינה יהודית צריכה לנהוג בגר כאזרח שווה זכויות, ולא כך נהגנו. כמה אדמות ציבור קיבלו יישובים ערביים במשך חמישים השנה? זאת שאלה מסוג השאלות שעולות יותר ויותר וצריך להכריע בהן.

השאלה שאני מעלה היא גם שאלה של דת מול חוק, של רבנים שאמרו אל תצייתו לפקודה, ולא רב אחד או שניים. גם לולא רצח רבין, הטענה שהמצווה הדתית אוסרת על הממשלה לפעול על-פי דעת הרוב – לא בנושאים של כשרות אלא בנושאים של גבולות הארץ – פירושה שבירה מוחלטת של ההסכמה הלאומית. גם אם זוהי סוגיה קשה מאוד לאדם שרואה בדת באמת עניין טוטלי – עדיין מדינה דמוקרטית היא שתכריע בעניינים כאלה.

אמר יצחק לוי שבית המשפט נפגע, שחל פחות במעמדו בגלל החוקה, בגלל חוקי היסוד. אני מתכבד לחלוק עליו לגמרי. בית המשפט החליט החלטות מאוד קשות, עם השלכות פוליטיות מאוד קשות, בלי שום קשר לחוקה. מנחם בגין האמין מאוד ביישובים, בעיקר באלון-מורה. כשהוא בא לשלטון הוא אמר שיהיו הרבה אלוני-מורה. בית המשפט העליון,



בפסיקת השופט לנדוי, ציווה להוריד את היישוב. מישהו העז לומר שבית המשפט פוליטי? בית המשפט לא השתנה, המנהיגים שינו את דעתם. השופט העליון ברנזון קבע לנו – לפני החוקה – שתהיה טלוויזיה בשבת. אז מישהו אמר שבית המשפט הוא פוליטי? לא אמרו. היום טוענים כך על דברים פחותים בהרבה. בית המשפט קבע בשנת 1953 (פסיקת **קול העם**) שחופש הביטוי גובר על הביטחון. מישהו אמר אז: 'מי שמך לקבוע בענייני ביטחון?' הפוליטיקה הייתה אחרת, היא השתנתה. לדאבונך, בית המשפט קובע פחות מדי ולא יותר מדי. הציבור השתנה והוא מוכן לתקוף את המערכת המשפטית, למרות שהתקיפה הזאת משמעה שבירת החישוקים האחרונים שעוד מחזיקים את החברה יחד. דווקא מפני שהחברה היא כל כך רב-תרבותית, ושקיימות מחלוקות גדולות מאוד לגבי גבולותיה, לגבי אופייה, לגבי המשמעויות התרבותיות השונות בתוכה – נחוץ לה מסמך אחד מאחד.

אני מגיע לנקודה כאובה וקשה, והיא שאלת המשטר הדמוקרטי והאופי האנושי. ההנחה הליברלית הנאיבית היא שכולם נולדו 'דמוקרטים', אבל לא כך הוא. בהרבה מדינות הרוב איננו דמוקרטי, בעיקר כשיש מתח גדול. אני חולק על מי שטוען שנחוצה הסכמה כללית, כי אף פעם לא תהיה הסכמה של כולם על שום דבר. רצוי שתהיה הסכמה רחבה ככל האפשר. אבל הסכמה לא נוצרת מאליה. היא עניין של חינוך ושל הנהגה. לכן השאלה היא שאלה של מנהיגות כללית שמוכנה לאסוף את כוחותיה ולא לחפש הסכמה מוחלטת, אלא לנסות להוביל להסכמה רחבה ככל האפשר. כי באמת לא רצוי להגיע למצב שבו כבר אי אפשר להשריש בתוכנו את הערכים היסודיים ביותר של דמוקרטיה גם במסגרת חוקתית.

למה מסגרת חוקתית? קיים באמת ההיבט המשפטי הקונסטטוציוני, וכמו שכבר אמר יצחק לוי, ראוי שנבדוק את תשע השנים שחלפו מאז מרץ 1992, כשהעברנו את שני חוקי היסוד (שהם, אגב, לא חוקה מלאה ולא מגילת זכויות, כי הם מאוד מקוטעים וחלקיים). נבדוק כמה פסיקות של בית המשפט ביטלו חוקים בנושאים שנויים במחלוקת – אף אחת. מעצר על-פי חשד הוא ארבעה ימים או יומיים – אני בעד פסיקה, גם אם היא פרובלמטית בהיבטים אחרים. אלה הם נושאים שנויים במחלוקת.

ההתמודדות עם בית המשפט היא לא בהקשר לחוקה, ההתמודדות היא דווקא בתפקידו כמבקר הממשלה ולא הכנסת, כי שם הוא קובע את הקביעות שמתנגדים להן, והמאבק הוא בהחלט מאבק על ערכים. מאבק על ערכים לא צריך להיות מוכרע משפטית בדרך כלל, אלא אם אלה ערכי



היסוד שהם היחידים בעיני שיכולים לקיים חברה כל כך מחולקת. חברה מחולקת שערך השוויון איננו מקובל בה, לא תוכל להתקיים. מדינה שלא יהיה בה שוויון לאורך זמן, לא ראוי שתתקיים.

לכן אני חושב שהכנסת צריכה להפסיק לשחק את המשחק הלא-כל-כך הגון, כשמצד אחד היא מסרבת לחוקק את חוקי היסוד שבהם יש קביעות נורמטיביות ערכיות, ומצד שני היא כועסת כשמישהו אחר – בית המשפט – עושה זאת, ותוקפת אותו על כך.

הכנסת לא קבעה חופש הפגנה בשום מקום. בית המשפט קבע. הכנסת לא קבעה חופש ביטוי בשום מקום. בית המשפט קבע. הכנסת לא קבעה שוויון, חוץ מאשר בחוקים ספציפיים. בית המשפט קבע. מאין באו לנו הזכויות היסודיות של הדמוקרטיה הישראלית הקיימת? מבית המשפט ולא מהכנסת. זו בושה וחרפה בעיני.

מעבר להיבט הקונסטיטוציוני שאליו עוד אחזור, וההיבט המשפטי הכולל, יש היבט חינוכי חשוב מאוד. הרי יש פה מעגל-קסמים: באין חינוך מתאים, לא תהיה הסכמה לחוקה; אלא שחוקה יכולה להיות מכשיר חינוכי ממדרגה ראשונה, אבל מכיוון שלעם בעצם לא איכפת, הוא לא רוצה, הוא אינו מוכן להיאבק על זה, אז חבל לך לחוקק; אתה לא יכול לחוקק כי העם לא מוכן. מגילת זכויות אדם יכולה להיות מכשיר חינוכי ממדרגה ראשונה גם בלי ההיבט הקונסטיטוציוני.

גם אם נקבל הצעות שהעלו כאן רות גביוון ואחרים, כלומר שבית המשפט לא יוכל לבטל חוקים, עלינו לקבל קביעה שיש מגילת זכויות שעליה מחנכים כל ילד – אם הוא לומד בחדר בחינוך העצמאי ואם הוא לומד בקיבוץ השומר הצעיר, או ביישוב ערבי בנצרת או באום אל-פאחם; יש בסיס יסודי שכולם לומדים אותו. ההיבט החינוכי הזה לא קיים אצלנו, ואני לא רוצה שיחנכו ילדים שהזכויות היחידות הקיימות הן אלה המופיעות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שיחד עם חברים פה עמלנו עליו והגענו למה שהגענו, אבל הוא מקוטע וחלקי. אוי ואבוי לי אם יחשבו שכבוד האדם קיים, אבל חופש האדם אינו קיים; שכבוד האדם קיים, אבל חופש הביטוי אינו קיים. איזה מין איזון יהיה כשיש כבוד אדם ואין חופש ביטוי? איך ננסח חוק לשון הרע בלי איזון של שני ערכים ברמה נורמטיבית שווה? אבל זה מה שרוצים ממני. אל תיגע בחופש הביטוי, רחמנא ליצלן.



השאלות הן שאלות של חיינו עכשיו, ואתן לכם דוגמה. קיבלתי מכתב מששים בחורי ישיבות שמתגייסים לשריון. הם כותבים שלא יוכלו לשרת אם בחורה תדריך אותם. עצם הדרכתה של בחורה היא פגיעה בצניעות. אז זאת איננה שאלה תאורטית – זו שאלה שצריך להחליט לגביה עכשיו. המצב איננו סטטי. יש כאלה שמובילים שינוי לכל הכיוונים ויש כאלה שאומרים 'אל תדאגו, זה יסתדר'. זה לא מסתדר.

לכן ההיבט החינוכי של מגילת זכויות אדם הוא חשוב משתי סיבות, הן מבחינת הזכויות כשלעצמן, והן מבחינת המיקום הנכון, הגיאומטרי או התיאורטי או הפילוסופי של האדם מול המדינה, או אם תרצו – של שלטון הרוב מול הדמוקרטיה. הטעות המקובלת כאילו שלטון דמוקרטי פירושו שלטון הרוב – את הטעות הזאת מוכרחים לשרש. הרוב הפונדמנטליסטי שאוסר על זכויות אדם באלגיריה הוא דמוקרטי? להפך. מכיוון שיש שוויון, כולם הולכים להצביע, ולכן בסוף יש שלטון רוב. להניח שמכיוון שהרוב הכריע ויש לי רוב בכנסת, אז יש לי דמוקרטיה – אלה ממש דברי הבל. נחוץ חינוך עמוק, נחוץ להסביר לאנשים שהמדינה לא קיימת מכוח עצמה, לא מכוח הקדוש ברוך הוא ולא מכוח הלאום, אלא אנשים בנו אותה בשביל אנשים. היא מכשיר בשביל בני אדם והיא נועדה לשרת את האנשים.

אני אומר את זה כדמוקרט, ולא פחות מכך כיהודי. המבחן האמיתי שלנו הוא ההתנהגות היהודית שלנו בפירוש ליהדות או ליהודיות, שכל אחד פה זכאי לפרש כרצונו. בסוף, כשיקבעו בראי ההיסטוריה איך התנהגנו כיהודים, לא ישאלו שאלות תיאורטיות; ישאלו איך חיינו כאן אחד עם השני, בין אדם לחברו, בתוך המשפחה, עם המיעוט הערבי, עם העולים החדשים שבאו מחו"ל ואנחנו מעבירים אותם שבעה מדורי גיהנום ואחר-כך מתפלאים על מה שקורה. בזה ניבחן. היותנו יהודים תיבחן בהתנהגות שלנו היום.

החוקה היא מכשיר מאוד חגיגי ומכשיר יסודי שמאפשר קודם כול לקבוע נורמות שלפיהן כולם ישחקו על המגרש הזה – השמאל, הימין, הדתיים והחילוניים; לקבל את הבסיס ואת דרך ההכרעה שלא הייתה מקובלת ב-94-1993, למשל, כשאמרו שהכרעה כזאת וכזאת לא מכבדים אם אין רוב יהודי.

איך מכריעים? פה בישראל מכריעים הישראלים, האזרחים, וכל יהודי שירצה לבוא יהיה אזרח לפי חוק השבות. אבל לא יכריע יהודי בחו"ל ולא יימנע מערבי שגר פה להכריע. זה פשיטא. זה הבסיס. בלי זה אין מדינה, אין מסגרת.



מכיוון שהמחלוקת היא על הקווים היסודיים ביותר, על העקרונות הבסיסיים ביותר, אני חושב שיש חשיבות חינוכית, פוליטית ומשפטית להשלמת המסמך של החוקה.

לסיום הייתי מבקש לומר מה לדעתי עלינו לעשות עכשיו. אני חושב שהדרך התיאורטית הטובה הייתה לכתוב חוקה מסודרת מהתחלה עד הסוף. לא אתפלא אם מי שרוצה למנוע את השלמת החוקה יתמוך בדרך הזו, כי ייקח לנו כמה דורות עד שנשלים את החוקה ותמיד יהיה ויכוח לגיטימי מה בדיוק צריך לכתוב. אני חושב שהדרך הריאלית היא השלמת המהלך שהלכנו בו מהחלטת הררי בשנת 50' ועד שנות ה-90, הדרך שבה הצלחנו לחוקק, אך לא להשלים, חלק מחוקי היסוד בנוגע לזכויות האדם.

שני דברים צריך להשלים: את זכויות האדם, שזה העיקר, כי החוקה נועדה בראש וראשונה לשרת את האנשים. זכויות האדם הן לב העניין. החובות נגזרות מהזכויות האלה; חובתי היא זכותך או זכותך היא חובתי וכן הלאה. אני חושב שקל להשלים את הנושא הזה, גם אם יש פה ויכוח תיאורטי בשאלה מהו מרחב הזכויות, זכויות חברתיות כן, זכויות חברתיות לא, וכדומה. אני אומר, בואו ניקח את הדבר המוסכם המקובל אצל כולם בידעיה שיש גם מעבר לזה: שאין חוקה בלי חופש ביטוי, אין חוקה בלי שוויון. ניקח עוד כמה ערכים יסודיים שאין מחלוקת אלא על הפרשנות הליברלית שלהם. את זה צריך להשלים.

שנית – יש להשלים את חוק היסוד של חוקי היסוד – חוק יסוד: החקיקה. הוא שקובע שלא אפשר יהיה לחוקק חוק יסוד בשלושה קולות נגד שניים, שאי אפשר לבטל אותו אלא בשמונים נגד אפס. הרי אי אפשר להמשיך בהפקר הזה שבו אתה לא יודע על מה אפשר לחוקק חוקי יסוד, איך מחוקקים חוקי יסוד, איך מבטלים אותם. את זה אפשר לבצע מהר.

נשאר שאלה אחת שנוגעת לבית המשפט העליון. אני מכיר את המדינה שלנו, אני יודע שהמלחמה היא לא נגד אהרן ברק וגם לא נגד מנחם אלון שקבע שוויון במועצות דתיות, למשל. המלחמה היא על מערכת ערכים, וצריך לומר את האמת הזאת; על מערכת ערכים ולא על אנשים, על ערכים שפעם היו מוסכמים על כולם והיום לא. אני חושב שמכל הגופים הקיימים, אין גוף שיעשה את העבודה טוב יותר מבית המשפט העליון.

גם הטענה 'בואו נרכיב לשם כך גוף מייצג', יש בנוגע לה שתי בעיות: האחת היא תאורטית – ברעיון שהרוב יגן על המיעוט מפני הרוב גלומה סתירה פנימית. הדמוקרטיה איננה רק שלטון הרוב, ולכן זהו גוף שמסוגל לא לראות את הרוב הרגעי או החולף, או את הרוב בכלל, אלא את ערכי



הדמוקרטיה היסודיים ולהגן עליהם מפני שרירות לבו של הרוב. אם חברה מסוגלת להעמיד גוף כזה – טוב לה. אם היא לא מסוגלת, כמו שאמריקה לא הייתה מסוגלת מאה שנים להכיר בעבדות כהפרת זכויות האדם – לא טוב לה. מאז לינקולן התחילו להכיר בזה, ואגב – דרך מלחמה ולא דרך חוקה. בית המשפט אינו מבטיח במלואה את ההגנה הזאת, אבל הוא עוד חסם נגד שרירות השלטון, ועל-פי רוב חסם אפקטיבי.

הבעיה השנייה חשובה לא פחות. נניח שרוצים בכל זאת שהביקורת על החוקים תהיה בידי גוף שהרכבו מייצג את הרוב על-פי המפתח המפלגתי הקיים. בתוך הגוף הזה יכריע הרוב. הרוב – לעניות דעתי – גם היום עדיין תומך בערכים דמוקרטיים ליברליים, כך שלקבוצות המיעוט, המתנגדות לבית המשפט העליון, לא תהיה אפשרות למנוע החלטות ליברליות. בכנסת הן עושות זאת בעזרת המנגנון הקואליציוני. יש הסכמים קואליציוניים המאפשרים להן לכפות – דרך הסכם – את עמדתן בנושאים החשובים להן.

בבית משפט חוקתי אין מנגנון קואליציוני, ולכן יש כאן טענה לא כנה: טוענים שהרוב צריך להכריע (ולא בית המשפט העליון), אבל למעשה אין רוצים שיכריע הרוב, אלא רוצים להבטיח מנגנון שבו המיעוט יוכל לכפות את דעתו על הרוב (למשל על-ידי דרישת רוב מיוחס גבוה).

לכן, לפי דעתי בית המשפט צריך להיות הגוף המופקד על ביקורת החוקים. רק בית המשפט העליון. זוהי ההצעה של מנחם בגין שאמר שרק בית המשפט יוסמך לבטל חוקי מדינה – כשדיבר על ההצעה הזאת הוא נתן את הדוגמה האמריקאית, למרות הבעייתיות שיש גם בדוגמה הזאת.

אני מודה שככל שיעבור זמן, הסיכויים להשיג את היעד הזה הולכים ופוחתים. אני מודה שהיום יותר קשה להעביר את חוק יסוד: זכויות האדם ואת חוק יסוד: החקיקה מאשר לפני חמש שנים, או לפני עשר שנים, ואם אני רואה נכון את ההתפתחויות החברתיות, יכול להיות שאנחנו כמעט 'מאחרים את הרכבת'.

● **אריק כרמון:** אני חושב שהנושאים שהוצבו בפנינו הם מאוד עשירים ולא נצליח למצות את כולם בכינוס הזה. כאמור, בחלק מהנושאים נטפל בעוד שני כינוסים נפרדים.

● **משה גפני:** השאלה המרכזית היא האם רצוי לנסח מסמך, אם היום ואם בכל השנים מאז הקמת המדינה, כשקיימים שסעים כל-כך גדולים בחברה, כשיש מחלוקות ופילוגים. האם צריכים

לנסח מסמך – ולא מדובר בחוקה מבנית על סדרי השלטון ושיטת הבחירות וכו' – שהוא חוקה ערכית. האם בתקופה שצריך לתת בה ליתר אחדות, ליתר סובלנות ויתר הבנה של חברה אחת כלפי השנייה – האם צריך לחבר מסמך שהוא עצמו יהפוך לנדבך נוסף במחלוקת שמפלגת את כולנו.

כולנו מסכימים שמדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. גם הסכמנו על כך כאשר חוקקנו את שני חוקי היסוד ב-1992 (היום אני מצטער שתמכנו בצעד ההוא). כאשר מדברים על חוקה, הרי לא מדובר על פרטים, אלא על הערכים או על התשתית הערכית שבה רוב תושבי המדינה מאמינים. אז מי יפרש את התשתית הזאת, שהיא בעצם אמירה כוללת, כאשר נבוא לקבוע דברים בחיי היום-יום, כאשר נידרש לפרש בחיי היום-יום מה זו מדינה יהודית ודמוקרטית?

בזמן הקצר שעומד לרשותי, הייתי רוצה להתייחס לנושא הדמוקרטיה במדינת ישראל, עוד לפני שאדבר על היהדות של מדינת ישראל. אני מסכים עם פרופ' אבינרי שהמושג 'יהדות' הוא מושג מודרני. קודמי בכנסת מטעם אגודת ישראל – כמעט ולא עסקו בנושא של מדינה יהודית, של צביון מדינת ישראל כמדינה יהודית. רק הדור שלי בנציגות הציבורית החרדית התחיל לעסוק בזה.

אם יש ברוסיה גוי שהסבא שלו היה יהודי, גוי שלא היה לו שום קשר למדינת ישראל, גם לא ידע איפה היא נמצאת – המדינה שלנו אומרת לאותו גוי ברוסיה: 'בוא בבקשה לארץ, ניתן לך הטבות רבות על מנת לקלוט אותך כאן בכל התחומים, בדיור, בעלייה, בסל קליטה, הכול'. לגוי שסבא שלו היה במקרה יהודי ואין לו שום זיקה לכאן.

בנוגע לערבי שנמצא בירדן או בלבנון או בכל מדינה ערבית שכנה, אם הוא גר כאן לא מזמן, לפני כמה עשרות שנים, הוא או הוריו או הסבא שלו – יש קונסנוזוס כמעט מקיר לקיר בציבור היהודי במדינת ישראל שלפני לא רק שהוא לא יקבל זכויות, אנחנו גם לא מסכימים שהוא יחזור לכאן. אנחנו לא מאפשרים לו את זכות השיבה.

כולנו מסכימים שחוק השבות הוא אחד החוקים המרכזיים של מדינת ישראל, גם אם יש לנו ויכוח על סעיפים בו. כולנו מסכימים שזאת מדינתו של העם היהודי ואנחנו רוצים שיהודים מכל העולם יבואו לכאן. אנחנו לא רוצים בשום פנים ואופן שהערבים יבואו לכאן, הערבים השכנים שלנו שגרו כאן קודם. מדוע? מכיוון שאנחנו מדינה של לאום, מדינה לא כמו ארצות-הברית, מדינה של יהודים שנמצאת דרך קבע במצב של מלחמה,



שכולנו מקווים שהיא תסתיים בשלב מן השלבים. אלא שבתוכנו חי ציבור שאי אפשר לבטל אותו, לא מבחינת הכמות וגם לא מבחינת האיכות והמהות; יש פה ציבור ערבי שכמעט שמונים אחוזים ממנו חולקים על תושבי מדינת ישראל בדבר הבסיסי ביותר והוא צביונה של המדינה. אז מי צריך לבוא לכאן, את מי אנחנו צריכים לקלוט, מה התשתית שצריכה להיות כאן, מה הערכים שצריכים להיות כאן?

לכן כאשר אני שומע את חבר הכנסת דן מרידור מדבר על כך שצריך לחבר מסמך מן הסוג שהוא הציע – קודם כול אני שואל את עצמי מה אנחנו עושים עם הבעיה הראשונה החריפה מאוד, שעליה עמדתי, ושנמצאת היום לפתחנו.

מאז שאני פעיל בחיים הציבוריים, הגוף שלי הוא חרדי, אבל אני מנסה שיהיה לי גם ראש חילוני שעל-פי רוב הוא יהיה אשכנזי וברוב המקרים הוא לא יגור בעיר פיתוח ובשכונת מצוקה, ושעל-פי רוב הוא גם ירצה פשרות טריטוריאליות. הייתי רוצה לשכנע את גפני החרדי שאם אעשה חוקה, הוא לא ייפגע. אני יודע שגפני החילוני האשכנזי וכו' יסתדר עם ציבורים אחרים במדינת ישראל – עם אלה שבערי הפיתוח אני אסתדר, עם שכונות המצוקה אני אסתדר, עם עדות המזרח אני אסתדר, עם הרוסים אני אסתדר. גפני החרדי תמיד עומד בדרכי, הוא הרי כזה חשוך, הוא מייצג תקופה שכבר אבד עליה הכלה, אבל בכל אופן הוא הולך וגדל כאן במדינה, והשאלה היא איך אני 'אעבוד' עליו. אז אני גפני החילוני אומר לו ככה: 'אתה הרי אדם אינטליגנטי, אתה מדבר אפילו עברית תקנית מפעם לפעם, אני באמת מאוד מעריך את הערכים שהתורה קבעה לנו. אני למשל רוצה לשאול אותך: נכון שלפי היהדות כל אדם יכול וצריך וחייבים לאפשר לו לעסוק בכל עיסוק שהוא רוצה כדי שיוכל להתפרנס?' ואני גפני החרדי אומר: 'בוודאי, מה השאלה, וגם מביא פסוקים מהתורה שמנמקים זאת. אז הוא אומר לי: 'מדוע במדינת ישראל שהיא מדינה יהודית ודמוקרטית, לא נאפשר לבית המשפט לקבוע שיש חופש עיסוק. אנחנו המחוקקים חייבים לעשות את חוק יסוד חופש העיסוק. ואני גפני החרדי הפרימיטיבי שואל את עצמי, זאת אומרת את הראש החילוני שלי: 'בעצם למה לא? הרי הוא צודק. למה באמת לא חוק יסוד חופש העיסוק?' והוא עומד מהצד ומחייך לעצמו: 'הנה, עבדתי עליו והצבעתי בעד חוק יסוד: חופש העיסוק.'

קודם לכן ביקשתי מגפני החילוני שיצהיר במליאת הכנסת שלא תהיה שום פגיעה בנושא הסטטוס-קוו הדתי, והוא אומר זאת במליאת הכנסת, ואני מצדי מצביע בעד חוק יסוד: חופש העיסוק. לא עוברות חמש דקות

וקמה חברה ומגישה עתירה לבג"ץ; הטענה שלה היא שהיות והכנסת חוקקה חוק יסוד: חופש העיסוק והיות והממשלה החליטה להפריט את יבוא הבשר, אנחנו מבקשים מבית המשפט סעד לייבא בשר חזיר. ובית המשפט העליון, שעל-פי רוב הוא מייצג את גפני החילוני ולא את גפני החרדי, אומר: 'נכון, החברה צודקת, אתם הרי חוקקתם.' יש חוק יסוד: חופש העיסוק, אז בית המשפט מתיר להם לייבא בשר חזיר.

יצחק רבין ז"ל בא אז ב-3 לפנות בוקר וחייב את הקואליציה לתקן את חוק יסוד: חופש העיסוק. ואותו גפני חילוני שאמר שלא נפגע בסטטוס-קוו הדתי, עמד במליאה, אחרי שכבר וידא שיש רוב כי הוא גם היה שר בממשלה, ואמר שזאת פשוט שערורייה שאין כדוגמתה שהכנסת מחוקקת חוק עוקף בג"ץ.

תראו, אם אתם חושבים שגפני החרדי הוא מטומטם, אז הוא לא כל כך מטומטם. אם אתם חושבים שגפני החילוני הוא כל כך אינטליגנטי, הוא גם לא כל כך אינטליגנטי. כולנו היום יודעים הכול, גם החילוניים, גם הדתיים וגם החרדים. את הדברים צריכים לשים על השולחן.

אני, גפני החרדי, רוצה חוקה, אני גפני החרדי רוצה חוקי יסוד ואני רוצה זכויות אדם, ואחד הדברים החמורים שעשו נגדי הוא שכבר עשר שנים בעצם מאלצים אותי לומר שאני נגד זכויות, נגד חופש הביטוי, שאני נגד זכויות חברתיות. אני חבר בלובי החברתי מאז שאני חבר בכנסת; זה אחד העיסוקים המרכזיים שלי ואני צריך להגיד שאני נגד חוק יסוד זכויות חברתיות. למה זה קורה? זה קורה בגלל שאנחנו הפסקנו להאמין, כתוצאה משני דברים שקרו: אחד – שפיהם ולבם של אלה שרצו וחוקקו את חוקי היסוד לא היה שווה. הם התכוונו לעוד דברים שאנחנו מתנגדים להם, שאני מתנגד להם כאדם חרדי, אבל גם כמייצג את צביונה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. שתיים – מפני שברגע שיש חוקה וברגע שיש חוקי יסוד, מי שמחליט מה הם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית הוא בית המשפט העליון, כשברוב מדינות המערב זה לא קיים, אלא יש בית משפט לחוקה. ברגע שאומרים לי חוק יסוד, אני עושה מיד את החשבון של הנה תבוא העתירה ומה יגיד אותו הרכב, שבעצם לא נבחר על-ידי הציבור, שצריך להחליט בערכים יסודיים של חברה מפולגת ושסועה.

לכן אני בעד חוקה, אני בעד חוקי יסוד, אבל בשני תנאים: ראשית, שתהיה הסכמה לא של כל הציבור, אבל של כל הציבורים השונים במדינת ישראל; שנית, שלפני כן אנחנו נחליט כמו בכל מדינה מתוקנת



בעולם, דמוקרטיה, מערבית, מסודרת, מי הוא זה שמחליט על הפרשנות הערכית של החוקים הללו. וזה בוודאי לא יהיה בית המשפט העליון, אלא בית משפט לחוקה שאכן יביא לידי ביטוי את הערכים השונים בחברה.

● **ידידיה שטרן:** החלק שלי משתלב היטב בדיכוטומיה שבין שני הדוברים האחרונים. גם אני בעד חוקה בגלל הכיפה שעל ראשי ולמרות הכיפה שעל ראשי, אבל אני מסתייג מההליך החוקתי כפי שהתנהל עד היום מאותן שתי סיבות שנמנו כאן. בזה בדיוק הייתי רוצה לעסוק: איך אפשר לשנות את ההליך החוקתי ולהגיע למסקנה שחוקה אפשרית במדינת ישראל, למרות הקשיים הידועים והחשובים מאוד שעמד עליהם פרופ' אבינרי.

ראשית, אני רוצה להצהיר הצהרה. בעיני ההליך החוקתי כפי שהתבצע עד היום לוקה בכוחניות. יש בו תפיסה בסיסית מופנמת, לא נאמרת, שציבור מסוים צריך להציל את מדינת ישראל מפני אזרחיה באמצעות הסכמה נוכחית, שתקבע מה יהיה בעתיד. הרוב, שעדיין ניתן להשיג היום, יעצב חוקה, שהרוב של מחר, לא יוכל לשנות אותה, וטוב שכך. זוהי תפיסה שמניחה שיש אמת ערכית אחת בשניות התרבותית הישראלית, וזה הגן הפסול של כל ההליך עד היום.

אם אני הייתי מקבל מכתב מששים טנקיסטים שרוצים לשרת ומבקשים לקבל אוכל כשר, כולם פה היו אומרים ודאי. אבל אם אותם ששים טנקיסטים אומרים שהדת שלהם היא לא רק כשרות, אלא גם יחס מסוים אל האישה – שאיננו פוגע בה אבל מטיל על הטנקיסטים הדתיים חובות – הייתי אומר שזה היבט תרבותי מעניין, שמדינת ישראל כמדינה ליברלית ודמוקרטית חייבת לדון בו ברצינות.

אני לא אומר שכך זה באמת בתודעה של כל הנוכחים שאחראים למהלך, אבל ההשתקפות, התפיסה של המהלך החוקתי היא שיש אמת תרבותית אחת שצריכה להשתקף באמת נורמטיבית מוגדרת מאוד, ואילו האמיתות התרבותיות האחרות – אותן צריך איכשהו לגדר. אולי יש לתת להן מקום בשוליים, אך הן לא יכולות להכתיב למדינת ישראל את המערכת הנורמטיבית שלה.

מה שנדרש כדי שחוקה תוכל להתקדם זה הפנמת העובדה שיש פה ציבורים מגוונים: נחשלים מבחינה כלכלית, ערבים, דתיים וחרדים (לפחות אלה ויש ודאי עוד), שלכל אחד מהם יש מערכת תרבותית לגיטימית לגמרי כמו כל מערכת אחרת. התהליך החוקתי חייב לשקף את האמת הבסיסית הזאת.

חוקה כוחנית לא תועיל, ואני חושב שהיבטי הייאוש שעולים מן הדברים שנשמעים כאן, כאילו כבר איבדנו את הרכבת, הם תוצאה של התפיסה הכוחנית הזאת. אם ראש-הממשלה היוצא מכנס ישיבה של קבוצת אנשים ברמה מאוד גבוהה ואומר לה: תוך שבועיים תנו לי חוקה – זה נותן נוק-אאוט לכל מי שמעונין בחוקה בצורה האמיתית, המוסכמת, הבסיסית, הרב-תרבותית שהמונח הזה יכול וצריך לקבל במדינה כמו ישראל.

אני חושב שמעמד בית המשפט התערער, ואני מסכים עם דן מרידור שאם נבדוק את פסקי-הדין האלה והאחרים נגלה שבעצם לא החוקה עמדה לדין. אלא שלא זו הנקודה המרכזית בעיני, למרות שהיא נכונה. הבעיה היא התפתחותו של חוסר אמון. הדינמיקה החברתית-התרבותית היא הבעייתית ואפשר לשנות זאת במחיר לא גבוה לדעתי. מועצה ציבורית מהסוג שלנו יכולה לשרת בדיוק את המטרה הזו.

במה שנוגע לצורך בחוקה, זכור לי ביטוי של הנשיא שמגר שהיעדר חוקה עלול להחליש או לנגוס במסה הלא דמוקרטית של מדינת ישראל. אני מאוד מסכים עם זה. אני חושב שלחוקה יש יכולת לעצב תודעה, לחנך, יש לה ערך סמלי, יש לה ערך מלכד במובן הפזור של המילה ולא במובן המהדק והמחייב של המילה. אני חושב שמדינת ישראל, אם היא רוצה לשמור על עצמה כמדינת לאום – המכשיר לכך היא חוקה. לפני שהשע היהודי-גויי שעדיין הוא לטנטי פה, יפרוץ החוצה. זה הזמן לעשות חוקה וזה האינטרס של כולם, של כל הדוברים כאן.

אנחנו צריכים לכפות את עצמנו למסגרת שיח ליברלי פתוח, והייתי מבקש להתייחס לכמה מהתכנים שלו. אני לא אומר שהכול פתוח, כי אחרת בשביל מה עושים חוקה? אני רק אומר שצריכים לכבד את האחר, את תרבותו וערכיו, והמקרה של הטנקיסטים שהובא כאן מדגים איך לא מכבדים את הזולת. המחיר שמתבקש אינו גבוה וצריך לשלם אותו. קחו למשל את ערך השוויון: אוי לי מיצרי ואוי לי מיוצרי. וכי אני לא רוצה שוויון? מישוהו פה לא רוצה שוויון? כולם רוצים שוויון. אי אפשר בלי שוויון. מצד שני, לשוויון יש השלכות תרבותיות משמעותיות שנוגעות בקודשים של חלק מהתרבויות הקיימות פה. זה לא אומר שצריך לוותר על השוויון. זה אומר שצריך לעשות מאמץ להכניס את השוויון, במכנה המשותף הרחב ביותר שלו, לתוך חוקה, ליצור בסיס אמון, ולוותר על חלקים מסוימים בתפיסת השוויון של קבוצות מסוימות שלנו.



אני טוען שנחוצה לנו חוקה שתיצור כללי משחק, חוקה 'רזה', חוקה שתיצור אווירה ציבורית של מסגרת לשיתוף פעולה, ולא חוקה שתכריע בשאלות של המחלוקת התרבותית הכואבת ביותר שלנו. חוקה לא יכולה לעשות את זה. שניות תרבותית לא תיפתר על-ידי חוקה, אלא תיצור שניות נורמטיבית. נורמה תצטחצח בנורמה. החוקה כמכשיר חברתי תאבד מכוחה אם מולה תבוא הלכה על כל צעד ושעל, ואין סיכוי שזה יעבוד. חוקה זה לא מכשיר לפתרון בעיות חברתיות, אלא מכשיר תומך. הכוח של חוקה הוא בהיותה הרתעתית. אם נשתמש בה בצורה כוחנית שכזאת, איבדנו אותה.

איך אפשר להשיג בכל-זאת חוקה שתתאים למדינת ישראל? אמנה כמה נקודות בקצרה. הבסיס, כמובן, הוא יצירת אמון. חוקה צריכה להיות אינקלוסיבית. אי אפשר להשיג הסכמה של מאה אחוזים, אך גם אסור להעביר חוקה בהסכמה של 55 אחוזים מהעם הזה. כוחנית אפשר, אבל תרבותית, חברתית – אי אפשר. לכן צריך לגוון מאוד את האינטרסים המעורבים ביצירת החוקה. צריכים להפוך את המהלך לשקוף, למתקשר, למאחד, לכזה שההיסטוריה תסתכל עליו כחגיגה תרבותית ולא כמאבק פוליטי. זה כמובן נשמע תיאורטי לגמרי, אבל אני חושב שזה אפשרי, אני חושב שיש מה לתת, יש גזרים רבים במהלך הזה לכולם וצריך לחלק אותם ביד נדיבה מתוך תפיסה רב-תרבותית.

החוקה הזאת צריכה לבטא יחסי גומלין בין התרבויות ולא העדפות תרבותיות. אני חושב שאפשר יהיה, בקלות יחסית, להסכים על מכנה משותף רחב למדי שישפר את המציאות שלנו, אם נפתור שורה שלמה של שאלות פריפריאליות שהן המחלוקת האמיתית כאן. מה הכוונה בשאלות פריפריאליות? כל אותן שאלות שיגרמו למינון זהיר של העברת הכוח משדה החברה, משדה האידיאולוגיה, מהשדה הפוליטי אל שדה המשפט. קרי, איך מאמצים חוקה, איך משנים חוקה, מי מפרש את החוקה, איך ממנים את המפרשים של החוקה. אלה השאלות הפריפריאליות, שהן לא החוקה עצמה, אבל אם נשכיל לתת תחושה של אמון בפתרון השאלות הללו – התכנים עצמם, גם אם לא נסכים על כולם, נסכים על רבים מהם. זה מקדם את החברה שלנו וזו המטרה.

דוגמה לסוג חשיבה שעדיין לא התקיימה בישראל, נוגעת לאפשרות של חוקה שתיתן מקום לאוטונומיה תרבותית יחסית של קבוצות במדינה. איך ערבי מסוגל להיות במדינה שקובעת שהיא מדינת הלאום של העם היהודי? יהיה לו קשה, לא נפתור את זה אף פעם, אלא אם במסגרת



החוקה ניתן לציבור הערבי, כמובן בצורה כנה ופתוחה, אוטונומיה תרבותית, אוטונומיה חברתית. איך חרדים יחיו במדינה שאיננה תאוקרטיה? התשובה היא שזה יתאפשר אם ניתן להם במסגרת החוקה אוטונומיה, שמבחינתי היא יכולה לחול אפילו על חלקים מהמשפט.

כמובן מתעוררות שאלות, כגון החשש מפני דילול הישראליות והתעוררות של כוחות צנטריפוגליים, אבל לדעתי סוג כזה של איזון הוא האפשרי במציאות הישראלית.

חוקה חייבת להיות – ואני מסכים עם מה שאמר כאן הרב לוי – מסמך שלם. זה לא נכון לומר שבכך אנחנו שומטים את השטיח תחת האפשרות להגיע להסכמה; להפך, זו הדרך ליצור אמון. במסמך שלם אפשר לעשות פשרות, אני אתן לך ואתה תיתן לי. מסמך שלם מעלה את כל הסוגיות אל פני השטח ומאפשר עסקות חבילה רחבות היקף של ויתורים והישגים הדדיים.

זאת ועוד. חוקה חלקית יוצרת היררכיה בין ערכים שהחוקה מטפלת בהם לבין שאר הערכים. כך, למשל, כיום חוקי היסוד כלל אינם מסדירים את נושאי 'דת ומדינה' באופן ישיר. לכן, כיום, הסדרים בנושאים אלה נחותים בפירמידת הנורמות מול ערכי חוקתיים, כגון כבוד האדם. מסמך חוקתי שלם יעמיד את כל הערכים בו על אותה מדרגה נורמטיבית.

בפועל כבר קיים פה מצב חוקתי לגבי חלק מהנושאים. לתוך החוקה הזו, אני רוצה להכניס אינטרסים של תרבות אחרת, ערכים של תרבות אחרת, ולכן נחוץ מהלך חוקתי.

נקודה אחרונה, אישית. היהדות במדינת ישראל – ברוח דבריו הנוגעים ללב של פרופ' יוסף דן בטקס חלוקת פרס ישראל בתשנ"ז – 'יכבר לא מעניינת את החילוניים', ועל כך אנחנו מדברים היום מבחינתי. אם אנחנו נצליח לרדת מהאולימפוסים התרבותיים הפרטיים, ונסכים על רקמה פתוחה של הסדרים שהיא 'רזה' מבחינת ההסכמות שלה ונותנת מקום לזולת – הדת תפסיק להיות עניין לחיכוך יום-יומי כפי שהיא היום. הסדר חוקתי יציב עשוי להוריד את רמת הבולטות של סכסוכים בנושאי דת ומדינה ולסלק אותם מסדר היום החולני, הקצבי, הלא סביר של החברה הישראלית. הסנטימנט של כולנו אל המסורת שלנו, אל התרבות שלנו, כל אחד על-פי טעמו, יוכל להשתפר.

● **שלמה אבינרי:** שאלה להבהרה ולא לפולמוס, משום שגם אני חושב באותו כיוון ואני רוצה להבין. אמרת אוטונומיה



תרבותית למגזרים. יש לנו אוטונומיה תרבותית דה-פקטו לציבור הערבי ולציבור החרדי, אבל אתה אומר את זה ברמה החוקתית. את האוטונומיה הזו, לפי דעתך, אפשר להשיג בהסכמת הקבוצות האלה? האם זה מה שהציבור הערבי או הציבור החרדי יראה כמינימום שלו, ואיך תגשר אז בין הפערים הצפויים?

● **ידידיה שטרן:** לדעתי, הציבור החרדי מבין מהו מאזן כוחות, מבין שיום יבוא ומפלס גועל הנפש יגרום לכך ששאר הזרמים בתברה הישראלית יצרפו כוחות נגדו. היום, לדעתי, הציבור הזה מבין שהגיעה העת – מנקודת ראות תועלתית – לקבל על עצמו סוג של הסכמה שתיתן לו הגנה מסוימת על הישגיו במסגרת האוטונומיה, בתמורה לווייתור על שאיפות שטרם הושגו. דהיינו, זאת איננה נקודת פתיחה, אלא נקודת קיבוע של יחסי הכוחות בין התרבויות השונות. זה הדבר שצריך לשאוף לו, מבחינתי.

במה שנוגע לערבים, אני פחות בטוח לגבי האפשרות הריאלית שזה יעבוד, אני גם פחות מבין את הקשיים של הציבור הערבי ואני לא מרגיש את עצמי מומחה, ולכן קשה לי לענות. יש פה חברים שאולי יוכלו לענות טוב ממני.

● **אריק כרמון:** תודה רבה. אנחנו נכנסים לדיון.

● **עמוס שפירא:** עקרונית אני תומך בדבריו של דן מרידור ובחלק ניכר מדברי ידידיה שטרן. אני חושב שהצורך בגיבוש חוקתי סביר וזהיר, ואולי גם ירזה' בנקודות מסוימות, הוא בהחלט מחויב המציאות הנוכחית, מציאות של פיצול ושסע חברתי. הוא מחויב הרב-תרבותיות שלנו. אלמלא היינו כל כך משוסעים, מפוצלים ורב-תרבותיים, אולי לא היה צורך נוקב כל כך בפרשנות חוקתית.

יו"ר המועצה, מאיר שמגר, פתח את דבריו במילים: "חזרנו ל-1948". טוב לזכור זאת. אני נמנה עם אלה שמכים על החטא הקדמון של אי-קבלת חוקה כבר בתחילת הדרך, כשהיינו חברה הרבה יותר הומוגנית, חברה פחות משוסעת ומפולגת. דווקא מהפרספקטיבה של אז, לקראת גלי העלייה הצפויים, זה היה הזמן הנכון לעשות מה שהיום, באיחור גדול, אנחנו מנסים לעשות ולא כל כך מצליחים.

שיקולים של נוחות שלטונית – ולא דווקא הבעיות הכרוניות של דת ומדינה ושעת חירום – הם שמנעו זאת. בהנחה שבסופו של דבר יגובש מסמך חוקתי כולל ומוסכם, תתעורר גם השאלה (שנדמה לי שטרם



הוזכרה כאן היום) בדבר הדרך שראוי יהיה לאמץ בה את המסמך הזה. צריך לחשוב על איזשהו אקט ייחודי, חגיגי, החורג מהליך החקיקה הרגיל שבאמצעותו התקבלו עד כה חוקי היסוד. יש למצוא את הדרך הנכונה, את ההליך הנכון לאימוץ המסמך החוקתי הכולל, אם יגובש כזה.

הרב לוי והרב גפני הדגישו את הבעייתיות מבחינתם, ומבחינת רבים אחרים, של 'מנגנון ההכרעה' (בלשונו של הרב לוי: מי הוא הפוסק האחרון בשאלות החוקתיות?) ובפרט אם קיימת אפשרות של פסילת חוקים שהתקבלו על-ידי הפרלמנט. אכן זהו בעייתו. אבל אין לך חוקה של ממש ללא מנגנון פיקוח יעיל, חכם, זהיר, מפוכח, עם שיניים במידת חדות כזו או אחרת. בין אם קוראים לזה בית משפט עליון או בית משפט לחוקה – במדינות מתוקנות מדובר בגוף עצמאי שאיננו בבואה פוליטית של הפרלמנט.

לבסוף, ההכרח שבהשלמת מגילת הזכויות. דוגמה מובהקת לעיוות הנוצר במצב הקיים הוא אותו 'חופש העיסוק' שהוזכר על-ידי שני הגפנים, הגפני החילוני והגפני החרדי. בשל האופן שבו התקבלו שני חוקי היסוד שלנו, העוסקים בזכויות, הנושא של חופש העיסוק קיבל פרופורציה לא טבעית במגילת הזכויות, כאילו שהוא נדבך עיקרי ומרכזי של זכויות האדם והאזרח. עניינו הרואות, חופש ביטוי אינו מוגן במפורש, עקרון השוויון לא מוזכר, ואילו חופש עיסוק תפס לפתע-פתאום מקום מרכזי על הבמה וגרם, לדעתי, לעיוות באיזון הראוי של מגילת הזכויות. אין זכות בסיסית לעבודה, לרווחה, לביטוח סוציאלי, לבריאות, אבל חופש עיסוק יש ויש.

● **רות גביון:** בין כל הדוברים יש הסכמה רבה גם על הדיאגנוזה של המצב הקיים, גם על הסכנות שלו, גם על הנחיצות בחוקה. על הרקע הזה מאוד חשוב לראות מהי בעצם המחלוקת בנוגע להקצאת מאמץ אמיתי לכינון חוקה. שהרי אין מחלוקת שחוקה נחוצה למדינת ישראל דווקא בתקופה הזאת, דווקא בגלל השסעים ודווקא בגלל הקושי, דווקא בגלל המתח הגדול שכמעט לא מאפשר פעולה משותפת, בגלל היעדר של מסגרת משותפת וערכים משותפים. הרעיון שאפשר היה ליצור את המסגרת המשותפת הזאת, לשריין אותה, לעגן אותה ולהפנים אצל כולנו את ההבחנה בין האינטרס המשותף של כולנו ברווחה של מדינת ישראל על כל חלקיה, לבין הוויכוחים הפנימיים והחזקים שיש לנו על תפיסת החיים הטובים – ההבחנה הזאת, שהיא ההבחנה החוקתית המרכזית, נחוצה היום למדינת ישראל כאוויר לנשימה.

לכולנו, יהודים וערבים, דתיים וחילוניים, חרדים וגויים באי-חוק-השבות, לכולנו יש אינטרס שהיא תהיה בטוחה ומשגשגת, אינטרס משותף אמיתי שהרבה פעמים הוא מיטשטש בגלל המחלוקות. יש לנו אינטרס משותף במשחק שישפר את היכולת שלנו לתפעל יחד בצורה הטובה ביותר.

אלא מה, יש לנו קשיים גדולים מאוד להגיע למסמך המשותף הזה. אם נסתכל על חומרת הבעיות ועל טיב השסעים ועל טיב המחלוקות, האם הדרך הנכונה ליצירת מסגרת משותפת היא השקעה בחוקה, או האם הדרך הנכונה היא לקרוא יותר נכון את הבעיות, לטפל בהן נכון, ואז אולי נגיע למצב שחוקה תהיה אפשרית. הניסיון להגיע לחוקה עם הקשיים, מזמין כישלון אפשרי; בזמן שבו אנחנו זקוקים לכל האנרגיות המשותפות לטיפול בבעיות הקשות מאוד שאנחנו מתייצבים מולן, חבל להשקיע במפעל שאולי לא יניב פרי.

אביא שתי דוגמאות למה לדעתי נחוצה חוקה, למה נחוץ לעשות דברים שישפרו את הסיכוי שלנו להגיע לחוקה, ולמה חלק מהדברים שאנחנו עושים היום כדי להגיע לחוקה, (אינני מתכוונת למועצה הציבורית) הם בכיוון הלא נכון ורק מחזקים את הסכנה שהחוקה, כמו פטה-מורנגה, תברח מאתנו.

בואו נסתכל רגע על החוקה האמריקאית. סביר מאוד להניח שהיום לא היינו יכולים להגיע כאן לסוג כזה של חוקה, אולי יכולנו בשנות ה-50. ואדגים את הדבר בעניינים הבאים:

יש לנו מחלוקת מאוד גדולה בנושא הנישואין האזרחיים והמונופולין האורתודוכסי על המעמד האישי. אני חושבת שיש הסכמה גדולה מאוד, כולל אצל רוב האורתודוכסים, שהמצב הקיים הוא בלתי קביל ושצריך לעשות מעשה. איך? יכולים לשבת נציגי כל המגזרים ולחשוב באופן דומה על שינוי הדין הישראלי בנושא נישואין וגירושין. כשתהיה הסכמה כללית על שינוי הדין הישראלי בנושא נישואין וגירושין, אפשר יהיה ביתר קלות להסכים על חופש דת וחופש מדת כי אז יהיה ברור שחופש דת וחופש מדת לא יפתחו בבית המשפט את סוגיית הנישואין והגירושין. אבל כשאין לנו הסכמה על דיני הנישואין והגירושין, לעשות חופש דת וחופש מדת הוא התאבדות לאומית של כולנו – כולל בית המשפט, כי לבית המשפט אין דרך אמיתית לפתור את הבעיה במצב נורמטיבי, כאשר הכלי שבידו הוא חוק בלתי קביל וזכות לחופש מדת.

לכן קודם כול צריך לפתור את הבעיות המהותיות ביחס למעמד הערבים, למהות השוויון, לנישואין וגירושין, לשבות. כשנגיע להסכמה בנושאים



הקשים האלה, נוכל לחזור אל החוקה. כרגע, הדרך הקצרה כביכול לקראת החוקה נועדה לכישלון.

● **מרדכי קרמניצר:** קשה להטיל ספק בצורך העקרוני בחוקה. קשה לפקפק בצורך להגביל כוח של שלטון, גם של הנבחרים. קשה לפקפק בהכרח להגן על מיעוטים, בייחוד מיעוטים קבועים מפני רוב. עוד לא הומצא פטנט שיעשה את זה בלי חוקה. כל הדיבורים המסתייגים או האחרים לא נותנים תשובה לאמינות הבסיסיות האלה.

כל משטר, גם משטר דמוקרטי, בנוי על איזשהו איזון בין יסודות פופולריים לבין יסודות אחרים (ובדמוקרטיה הישראלית היסודות הפופולריים נמצאים בתהליך של התחזקות ושל עלייה), ולא היה מזיק לנו לחזק את היסודות האחרים האלה של המשטר, הנחוצים לו כדי לתפקד כהלכה. אגב, יש כאן אי-הבנה לגבי האופן שבו החוקה עובדת וקיימת תפיסה כאילו אחרי שבית המשפט פסק, זה סוף פסוק של העניין, ושמה שבית המשפט פסק מתישם למחרת במציאות. לא כך; ממשיך להיות דיאלוג, ובית המשפט לכל היותר יכול לבטל חוק, אבל הוא לא מייסד חוק. נוצר המשך של פינג-פונג בין הפוליטיקה לבין בית המשפט, ואין פה מנצחים ומנוצחים סופיים, אלא תהליך מאוד עדין ומורכב, ולכן הפחד הזה מחוקה נראה לי מופרז.

מי שמאמין בחוקה, מאמין באמת נורמטיבית אחת, אמנם רזה ומצומצמת בהיקפה ובכך גלומה איזו אופטימיות, איזו תקווה. מהי? התקווה נובעת מכך שלדעתי, כל הדיבור הזה על ניגוד ועימות בין ערכים ליברליים לבין ערכים דתיים הוא מוגזם. הערכים הליברליים לא צמחו יש מאין. הם נטועים עמוק במסורת היהודית-נוצרית. מדי פעם, כשמדברים עם אנשים דתיים על הסוגיה של זכות האדם על חיון, שומעים שיש כאן מחלוקות עצומות, כביכול, ואילו לדעתי המחלוקות הן מאוד מצומצמות, אפילו בשאלות האלה של סוף החיים. במדינות הכי ליברליות, שמאמינות בזכות האדם על חיון, כששוטר רואה מישהו שהולך להתאבד, הוא עוצר אותו. למה? משום שכולנו, כולל הליברלים הכי גדולים, מאמינים שחיים הם משהו שהוא יותר מהשליטה של האדם בחיים שלו. יש משהו קדוש בחיים גם בתפיסה הליברלית. יש תפיסה משותפת לכול על קדושת חיי אדם ועל הערך של כבוד האדם, וזו האמת הנורמטיבית האחת ועליה אפשר לבנות חוקה.



המופרזות שמסרבת להכיר בערך שוויון האדם ובייחוד בשוויון לערבי ישראל. זו, לדעתי, ההתנגדות האמיתית היום לחוקה.

עכשיו הייתי רוצה לעבור לרעיון האוטונומיה ולומר שצריך להיזהר מרעיונות מהסוג הזה. ראשית, כי זוהי תפיסה כוחנית מובהקת, שכן מהו רעיון האוטונומיה? יש איזה רוב חזק, ואת הצדדיים אנחנו נדחק לשוליים, נזרוק להם את העצם של האוטונומיה. אני בכלל לא בטוח שהחרדים קונים את הרעיון הזה, שנסגור אותם באוטונומיה שלהם ושהם יוותרו על רצונם להשפיע על הציבוריות הישראלית הכוללת. אני רוצה גם להזהיר מפני הסיסמה של אוטונומיה תרבותית לערבים, כמי שמסתכל על המציאות בעיניים שמנסות להיות מפוכחות עם דוק מסוים של אידיאליזם. זה לא כל כך פשוט. אם אוטונומיה תרבותית לערבים פירושה גם אוטונומיה בתחום החינוך – ובלי זה, האוטונומיה היא חסרת ערך – אז אוטונומיה תרבותית לערבים אומרת שיחנכו בבתי הספר הערביים נגד קיומה של ישראל. לכן מרעיונות כאלה צריך להיזהר.

● **נחום לנגנטל:** כמו שדן מרידור כבר הקדים ואמר, המושג יהדות כולל הרבה מאוד ערכים, ואנחנו מתווכחים מה הפירושים שלהם. כך גם לגבי המושג דמוקרטיה והמושג ליברלי; גם על הפירוש שלהם יהיו בינינו הרבה מאוד מחלוקות.

אני מקבל את העיקרון שברגע שיש הכרעה, מי שלא מקבל את ההכרעה פועל באופן לא לגיטימי. אתה צריך להיאבק כדי שתהיה לך השפעה על ההכרעה, וגם אחרי ההכרעה יש לך זכות להיאבק כדי לשנות אותה.

אני חושב שחלק מהעניין הזה של כל דאלים גבר, נובע מההרגשה שקיימת לגבי בית המשפט העליון, מהכעסים על הרבה פסקי-דין. יש לי הרבה כעסים על פסיקותיו של נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק, אבל בעיקר אני כועס על כך שהוא גרם לי להסכים עם גפני; ברגע שאדם כמוני מוצא את עצמו בעמדה של גפני, אני מתחיל לצבוט את עצמי. אומר משהו יותר חריף; פתאום אני גם מוצא את עצמי מסכים עם דבריו של הרב לוי. ומתוך ההסכמה הזאת לדברי שניהם אני מגיע למסקנה שהמצב הוא באמת בלתי נסבל, אני חושב שבאמת הכנסת אשמה בכך שהיא לא מחוקקת כלום וכתוצאה מזה בית המשפט העליון הוא המחוקק והוא גם השופט. ואחר כך אנחנו עוד מלינים עליו מדוע הוא עושה מה שאנחנו היינו צריכים לעשות, וחוזר חלילה.



מאחר שחוקקו כבר שני חוקי יסוד, ומאחר שאקטיביזם שיפוטי הוא זה ששולט כרגע בבית המשפט העליון, אנחנו חייבים לעשות את החקיקה על-מנת למנוע ממנו לעשות מה שהוא מעונין לעשות.

לכן אני חושב שחלק מהתהליך הכוחני שדיבר עליו קודם פרופ' שטרן יפעיל את הכוחניות האחרת, ואני לא יודע מי ינצח ואני לא רוצה שמישהו ינצח, אבל התהליך הנוכחי מוביל לזה. לכן אני משקיע הרבה שעות פה ובכל המסגרות האחרות כי רק בדרך של הסכמה ניתן להגיע למשהו.

שוחרי החוקה אומרים: 'מה, אתה נגד שוויון?' בכל פעם מדובר במשהו אחר, ואומרים לך שאתה צריך להסכים לדבר זה או אחר. זאת דרך שאינני יכול להמשיך ולקבל, כי אני חייב לראות את המרקם כולו. אני מוכן לוותר על הרבה דברים מיהדותה של המדינה, אני מוכן גם להסכים לדברים מסוימים בהפרדת דת ממדינה, גם דברים שהסטטוס-קוו הנוכחי נותן בידי את השליטה בהם, שכביכול אני עדיין נאחז לגביהם בהישגים של מקימי התנועה שלי – אבל אני לא יכול לוותר כשאינני רואה את המרקם כולו, כשאני לא יודע עד לאן הדברים יגיעו. אני גם לא יכול להתקדם הלאה בתהליך החוקה כשאינני יודע מה בדיוק יהיו מנגנוני ההכרעה, מה גם שמנגנוני ההכרעה מסורים בידי משפטנים ונקבעים על-ידי תפיסת העולם הערכית שלהם בלבד. אני גם לא חושב שהם נבחרו לצורך העניין הזה. חלק גדול מהם אנשים הגונים ביותר ומומחים גדולים מאוד בדיני חברות או בדיני מסים או בדיני נזיקין, אבל אינני חושב שהם אלה שצריכים לקבוע את העתיד הערכי של מדינת ישראל, בפרט כשאין כרגע כנסת שמחוקקת.

לכן חשוב להגיע לפשרה; כל אחד יצטרך לתרום כי זה חלק מתהליך של פשרה והסכמה. לכן אם נתחיל בדברים קשים ומעוררי מחלוקת ונטפל בסוגיית מנגנוני ההכרעה כפי שקרה לזה הרב לוי (בין אם זה בית המשפט העליון בהרכב כזה או ועדת מינויים אחרת), ההכרעה בסוגיית החוקה תהיה הרבה יותר קלה וגם פחות שנויה במחלוקת בתוך הציבור במדינת ישראל.

● **ירון אזרחי:** אני רוצה לומר שלא שמעתי את הרב לוי ולא אנשים ששייכים לקבוצה שלו שטוענים שהפוליטיזציה של הדת בישראל היא סיבה לא לראות את הדת כמקור לנורמות מוסמכות מסוג זה או אחר. היום, כאשר הקהילה שמגדירה את עצמה כקהילה של



יהודים דתיים במדינת ישראל, היא יותר הומוגנית מבחינה פוליטית מאשר בנושאים של הלכה, כאשר תשעה מתוך עשרה יהודים שמגדירים את עצמם כיהודים מצביעים לצד אחד של המפה הפוליטית – האם אפשר לקבל בצורה רצינית את העמדה שמבקרת את סמכותו של בית המשפט העליון בשם מעמדה הנורמטיבי, מעל הפוליטיקה כביכול, של ההלכה, לפי תפיסתם ופירושם של אנשים שיש להם תפיסה פוליטית כל כך ספציפית וכל כך מתנגדת לתפיסות פוליטיות אחרות?

אם נערער על הסמכות של כל גורם שנמצא במחלוקת, לאן נגיע? דמוקרטיה, אני רוצה להזכיר, היא מיסוד של קונפליקט. אם הדמוקרטיה היא מיסוד של קונפליקט, אי אפשר להשתמש במושג קונפליקט כדי לבטל את הסמכות של מי שמטפל בקונפליקט בתוך הדמוקרטיה.

יש לי הערה לדבריו של פרופ' אבינרי שהזהיר את המיעוט החילוני הליברלי בישראל לא לרוץ קדימה בנושא החוקה. אני רוצה לומר שהתפיסה של החוקה, ממה שמצטייר כאן, באה מבית מדרשה של המסורת הליברלית, חוקה לפי הזגם הזה היא החוקה הכי אינקלוסיבית, היא זו שיותר מכל תפיסה אחרת במדינת ישראל נותנת מקום לכל הדתות ולכל העמדות ולכל האידיאולוגיות האפשריות. זאת אומרת, כשאומרים שלליברליזם יש תפיסה נורמטיבית, למה הכוונה? הכוונה היא לסובלנות. המושג הבסיסי הוא סובלנות. מי שמתנגד לחוקה ליברלית, מתנגד לסובלנות. האם אנחנו חושבים שההתנגדות לסובלנות הוא עיקרון חיובי? גפני אמר קודם שיש לו, כגפני החרדי, דיאלוג עם גפני החילוני. הייתי רוצה לשמוע מה אומר גפני החרדי לגפני החילוני בנושא הסובלנות.

עניין שני הוא הרוביות בבית המשפט לעומת הפשרה בעולם הפוליטי. אבל צריך לזכור שאחת המטרות של החוקה היא למנוע את העריצות של הרוב גם במערכת הפוליטית. יתר על כן, האם חוקות לא אמורות גם להגביל את הרוב של בית המשפט? ודאי וודאי. החוקה היא גם מעל בית המשפט. זאת אומרת, לטעון שהחוקה נותנת לבית המשפט כוח שרירותי להחליט בענייני ערכים הוא שטות מוחלטת. גם בית המשפט כפוף לחוקה.

גם אני תומך בחוקה ירוה', כזאת שתקבע את כללי משחק, תגביל ותחסן את השימוש השרירותי בכוח השלטון. חוקה לא באה ליצור קונסנזוס ערכי; דווקא בשל אי-הקונסנזוס יש לה תפקיד חשוב בהרבה. אלא שקיימת בעיה והיא שיש לנו מושגים שונים של כוח שרירותי בחברה הישראלית. לפי תפיסה אחת, כוח שרירותי הוא כוח פוליטי שפועל בניגוד

לנורמות של הלכה, ולפי תפיסה אחרת – כוח שרירותי הוא זה שפועל בניגוד לפרוצדורות חוקתיות או חוקיות שהפרלמנט קובע.

איך נוכל להתמודד עם הבעיה הזאת, זו שאלה רצינית שבהחלט שווה השקעת מאמץ מצדנו, כי לדעתי יש סיכוי להגיע כאן להסכמות מסוימות.

● **שלמה גוברמן:** בפסק הדין הגדול, תרתי משמע, של בית המשפט העליון בעניין **בנק המזרחי**, קבע המשנה לנשיא כתוארו אז, השופט אהרן ברק, ואתו רוב השופטים, כי הכנסת היא היורשת של האספה המכוננת, ולכן בכוחה ובסמכותה של הכנסת לחוקק חוקה. בכל הכבוד והיקר, דעה זו אינה מקובלת עלי. אני סבור שבכך שהאספה המכוננת, בכך ששינתה את השם של האספה המכוננת ל'כנסת' (בסעיף 1 של חוק המעבר), ויתרה על הכוח שלה לחוקק חוקה.

מקובלת עלי החלטת הררי שאת החוקה יש לחוקק פרקים-פרקים על-ידי חוקי יסוד, ולכן הגיעה העת לחוקק קודם כול את חוק יסוד: החקיקה אשר יקבע את האופן שבו מחוקקים חוקי יסוד. אני בעד המשך התהליך של חקיקת חוקי יסוד, אבל רק לאחר שיחוקק חוק יסוד: החקיקה. ניגש לגיבוש החוקה בדרך שהתווה בשעתו פרופסור אקצין ז"ל: כינון ועדה מיוחדת על-פי חוק מיוחד שהכנסת תחוקק, אישור הנוסח המגובש בידי הכנסת והעמדתו למשאל עם. כך ניתן יהיה לכנס את חוקי היסוד למסמך ערכי אחיד שיהיה החוקה של מדינת ישראל.

בינתיים אני חושב שהשיטה של חקיקת חוקי יסוד הוכיחה את עצמה כדרך טובה, ואני רוצה להשתמש בהזדמנות זו ולומר שלמרות הפתיחה המרדנית שלי כלפי החלטת הרוב של בית המשפט העליון, אני מקבל בהכנעה ובכבוד רב את דעתו של הנשיא שמגר באותו פסק דין בדבר כוחם העליון והעדיף של חוקי יסוד לגבי החקיקה הרגילה, ולכן אנחנו צריכים לדבר על חוקי יסוד יותר מאשר על חוקה.

● **יורם ארידור:** אני סבור שאת האסון של שיטת הבחירות שלנו הביאו עלינו לא משפטנים אלא פרופסורים. אני מסתכן בנפשי ואני עומד לצטט את היינה שאמר: 'מאה פרופסורים, את אבודה, מולדת'.

לדעתי, יש להשתדל להגיע לחוקה. מי שצריך להיות מעוניין בחוקה יותר מכולם הם דווקא אלה שנמצאים במיעוט. והיות ובמצב המשטרי הנוכחי של מדינת ישראל כולנו מיעוטים – כולנו צריכים להיות מעוניינים בחוקה.



אפשר להגיע להסכמה בצד העקרוני – גם היהודי או היהודתי וגם הדמוקרטי. אני לא רואה סיבה שבחוקה לא יהיו גם חוק השבות וגם חוק השוויון ואני לא רואה שום סתירה בין השניים. הסיבה שבגללה דרושה לנו חוקה באופן דחוף היא ההתפוררות המוסרית המוסדית. יש התפוררות של השלטון, יש התפוררות מוסרית של הכנסת שבאה לידי ביטוי בחוקים שונים, יש סממנים טוטליטריים במשטר הישראלי כפי שהוא מתבצע הלכה למעשה, ועל זה דווקא עמד בהרחבה פרופסור אבינרי גם בדבריו באמצעי התקשורת וגם בעיתונות. הסממנים הטוטליטריים מחייבים ריסון על-ידי מוסד או מסמך שהוא עליון על חוקי הכנסת, קרי חוקה.

הטכניקה שבה הדבר ייעשה, ההיקף שבו הדבר ייעשה – אלה הן שאלות בפני עצמן, אבל ללא חוקה נגיע לכך שהכנסת או הממשלה או שתיהן יהיו במצב של חוסר ריסון שאת השלכותיו רואים כמעט מדי יום.

אוסף ואומר שהמכשיר האחר, מעבר לחוקה, הוא הבקרה השיפוטית, והחלופה לבקרה השיפוטית היא פוליטיזציה של המשפט. מי שרוצה למנוע את הבקרה השיפוטית בעצם אומר: אני רוצה פוליטיזציה של המשפט, ובין שתי החלופות אני מעדיף את הבקרה השיפוטית. לבקרה שיפוטית מוכרחים לספק אמצעי ביצוע ואמצעי זה הוא חוקה.

● **משה גביש:** הייתי מבקש להתייחס בדברי להיבט יותר טכני והוא התפקיד המוגזם שממלאים משפטנים בכל הדיונים האלה, גם מצד תוכן החוקה וחוקי יסוד וגם מצד ההכרעה. התוכן, או הערכים הדמוקרטיים, או ערכי התרבות, לא צריכים להיקבע על-ידי משפטנים. תרומתם צריכה להתמצות בניסוח. למשפטנים אין שום כישורים שהופכים אותם למומחים בתרבות, או בשוויון. משפטן מקודם במערכת השיפוטית אם הוא שופט בסדר, אם יש לו מזג שיפוטי, אם הוא כותב את פסקי-הדין בזמן וכדומה; זה לא הופך אותו למומחה בשום תחום שחוקה מחייבת מצד התוכן.

אני שמח לציין שהמכון לדמוקרטיה הוא אחד המקומות הבודדים שבו, בדיונים מסוג זה, אין רוב מכריע למשפטנים. משפטנים צריכים להשתתף, אבל לא להוות רוב ערכי; הם גם לא רוב ערכי בחברה. גם ראינו מה קורה כשמשפטנים עוסקים בנושא שאיננו תחום התמחותם, למשל שינוי שיטת הבחירות; גם אם היזמה לא הייתה שלהם, עובדה היא שארבעה משפטנים בכנסת הם ששינו את שיטת הבחירות. הם שקבעו אז איך תיראה השיטה הפוליטית שלנו ואיך ייראו חיינו.

ובתחום אחר: משפטנים, ובראשם נשיא בית המשפט העליון, החליטו שהם גם מומחי מינהל והקימו את ועדת אור. בוועדה הזו ישב שופט עליון אחד ושופט מחוזי אחד ושני עורכי-דין מאוד מכובדים, שרגלם לא דרכה בבית משפט שלום מזה עשרים שנה; הם שקבעו סדר מינהלי חדש ומהפכה מינהלית בבתי המשפט. אם מישהו מהם היה מופיע כעד מומחה בפני שופט לענייני מינהל וארגון, הוא היה נפסל. וגם בתהליך השלום משפטנים תפסו חזקה.

ברצוני גם להתייחס לשאלה מי לדעתי אלה שצריכים לכוון את החוקה. לא המשפטנים צריכים להוביל.

עניין אחר הוא איך צריכה להיות ההכרעה בשאלות ערכיות. בנוגע להכרעה, אינני בטוח שהשופטים הם בעלי הכישורים להכרעה בשאלות של חברה ומדינה. לכן הייתי שוקל את מה שהציע חבר הכנסת לוי, לפחות כהתחלה, כלומר שיהיה גוף שבית המשפט העליון יפנה אליו שאלות מהסוג הזה, שאלות שיגיעו אליו כשאלות משפטיות. האפשרות שלבית המשפט העליון יהיה גוף שיוכל להעביר אליו שאלות בענייני חברה ומדינה, היא רעיון לחלוטין לא רע, כי אני לא בטוח שהכול שפיט, אבל אני בטוח שבכל שאלה כזאת נחוצה הכרעה, ולא דווקא הכרעה שיפוטית.

● **חגי מירום:** ראשית הייתי רוצה להתייחס לשאלות שעלו כאן בדבר הצורך בדיון עקרוני בנחיצותה של חוקה. אין צורך בדיון כזה. יש חוקה בישראל. החוקה הזו אינה מושלמת, והשאלה היא אם צריכה בכלל להיות חוקה מושלמת.

בניגוד לתהיות שהועלו כאן גם מצד הרב יצחק לוי וגם מצד פרופי אבינרי בעניין התרומה או אי-תרומה של חוקה – אני סבור שמה שנעשה עד כה בתחום החוקתי הועיל מאוד למערכת. ראשית, הוא יצר כלי פרשני חיוני ומהותי לבתי המשפט ובמיוחד לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון זקוק לכך ביותר. באחד הניירות שהופצו כאן כותבת ד"ר יפה זילברשץ שהמערכת השיפוטית ספגה בעשור האחרון ביקורת קשה על כך שהיא חודרת באמצעות ההליך הפרשני לא רק לתפקיד של הרשות המחוקקת, אלא גם לטריטוריה של הרשות המכוננת.

אם כן, כל מעשה מכונן שנעשה באמצעות הגוף שהוסמך לכוון כאן, וכעת זו הכנסת, הוא מעשה טוב. אני חושב שבאמצעות חוקי היסוד נוצרה מניעות של חקיקה פסולה. זה חשוב ביותר. לצערי בית המשפט העליון אינו מעז לעשות מעשה ולהיכנס לעובי הקורה בשאלה של חקיקה נוגדת חוקי יסוד, והייתי קורא לו לעשות באומץ את המעשה הזה.



לדעתי, התקדמנו במתווה של מתן כלים להגנה על זכויות אדם. אני אומר זאת בזהירות כי עדיין לא השלמנו. אני חושב שהצבנו חלק מהזכויות, במיוחד את החופש, כנורמה גבוהה יותר מכל דבר אחר, ועצם ההצבה של נורמה משפטית גבוהה יותר היא תרומה עצומה לחברה. ערך החופש עצמו, אף כי לא הושלם, בכל-זאת עוסק בחירותו של האדם, בכל-זאת נכנס לנושא של חופש העיסוק, וזו יריעה רחבה בהרבה ממה שצופים. לכן אני חושב שנעשה מעשה שצריך להמשיך בו. הרב יצחק לוי הצביע על רגרסיות בהתנהגויות חברתיות. לא הייתה רגרסיה בתחום העמדת הזכויות ובערך האוניברסלי והאנושי שלהן. לכן יש כאן התקדמות וצריך להמשיך בה.

אינני יודע אם טוב שחוקה תבוא כמסמך שלם. אני יודע שבמדינת ישראל לא ניתן היה לייצר חוקה במסמך שלם, וגם קשה יהיה להתמיד בגישה של יצירת מסמך שלם. בשל ההווה הפוליטית שאנחנו מצויים בה, נגזר עלינו ככל הנראה לבצע זאת פרקים-פרקים, ואף כי זאת איננה דרך מושלמת והייתי מעדיף את התמונה הכוללת, אני חושב שצריך להמשיך ולחתור לחקיקה גם בפרקים.

על-פי תפיסתי, הגדרה חוקתית של מדינה יהודית, שכל כך חסרה ליצחק לוי ולאחרים, אינה מתיישבת כלל עם חוקתיות. יש לשאוף לרוב יהודי, יש לשאוף לבית לאומי לעם היהודי, אבל אין לבסס פרק חוקתי על היסוד המכונן של יהדות במדינה שיש בה גם מיעוט כל כך גדול שאינו יהודי.

● **חיים אורון:** היות ועקרונות אני מסכים עם דן מרידור, והיות ואיני נהנה מהמותרות של גפני, לפצל את האישיות, אני מעדיף להתווכח עם עצמי ועם דן מרידור בשאלה שנראית לי מאוד מרכזית בטיעון שלו.

בוא נניח, דן, שהצלחנו, ובדקה ה-90 העברנו חוקה, כפי שאתה ואני רוצים, אם נסכים בינינו. חוקה מינימלית מאוד, 'רזה' כפי שנאמר פה. התהליכים העמוקים מאוד בחברה הישראלית וסביבה ממשיכים, ומה קורה בעוד עשר שנים? מה קורה בעוד עשרים שנה? הכול מתפוצץ.

אם היום לא ניתן לכוון את החוקה בגלל שסעים כל כך עמוקים שמונעים מאתנו הסכמות – יצחק לוי רוצה את הפרק הלאומי בחוקה, עוד לפני הערבים, בין היהודים, ועוד עם המיעוט הערבי, עוד לפני הגבולות, כאילו שבעיית האוטונומיה התרבותית היא הנושא של ערביי ישראל היום – בגלל שסעים והרב-תרבותיות שהפכו למאפיין של החברה הישראלית, מה יקרה עם כל ההסכמות הללו אם התהליכים האלה ימשיכו לפעול?



הוויכוח שיש לי עם דן מרידור הוא על משקלו של הדיון שאנחנו מקיימים כאן היום, האם החוקה היא באמת החישוק האחרון שישמור על החברה הישראלית מפני התפוררות גמורה. יש לי ספק גדול בזה. אני מציע לפצל את המאמץ. יש שורה של שסעים חברתיים שחותכים את החברה הישראלית, ששום הגדרה חוקתית לא תאחה אותם, אולי אפילו תחריף אותם.

עניין נוסף: אני מקווה שאף אחד לא מתכוון ברצינות שחוקה צריכה להיות ההכרעה הערכית של החברה הישראלית. החברה הישראלית, אני מקווה, תמשיך להיות מורכבת ממערכות ערכים שונות, קוטביות ומתנגשות ביניהן. השאלה היא אם אפשר לדלות ממערכות הערכים הללו כמה ערכים המשותפים לכולם, ואותם לנסח יחד כבסיס לכללי המשחק, אבל בשום פנים ואופן לא כמכשיר להכרעה בוויכוחים ערכיים. ויכוחים ערכיים הם מחוץ לתחום החוקה.

הערה אחרונה: יש סכנה גדולה מצד הכוחניות של הרוב בהפעלת חוקה, לפעמים של רוב קטן מאוד. כרגע מופעלת באופן מובהק הכוחניות של המיעוט. בפרלמנט הישראלי מופעלת הכוחניות של המיעוט לא בוויכוחים על החוקה, אלא באמירה שכל חוקה או כל חוק שיש בו אלמנט חוקתי, לא ניתן להעביר אותו ולא משנה מה תוכנו. זאת, למרות שיש רוב ברור בכנסת, בשיעורים מאוד גבוהים, בשורה של נושאים; אי-היכולת לקבל בהם החלטה לא נובעת מכך שלא ניתן לגבש רוב, אלא מפני שיש מיעוט שבאמצעים כוחניים מונע אפשרות להתקדם בתהליך הרזה, האיטי, המתמשך, הבנוי על הרבה מאוד הסכמות.

● **יוסי אדרעי:** אני מסכים עם רוב הדברים שנאמרו כאן, ואתחיל בזה שאומר שנחוצה לנו חוקה, חוקה 'רזה' מאוד, שתמשיך מהמקום שבו אנו נמצאים כיום. עם זאת הייתי מבקש לענות על כמה דברים שאמר הרב לוי.

הקושי שיש לי עם הדברים של הרב לוי הוא בניתוח שלו לגבי השפעת המהפכה החוקתית על החברה הישראלית, ופה אני חולק עליו. לדעתי, אם לא היה לנו בית משפט עליון במתכונתו היום, היינו צריכים להמציא אותו. אני חושב שהשפעת המהפכה החוקתית על מדינת ישראל היא מדהימה, גם אם לא הגענו לימות המשיח.

המהפכה החוקתית השפיעה באופן חיובי על בית המשפט העליון, המהפכה החוקתית השפיעה נהדר על הכנסת, כי היום כל הצעת חוק עוברת דרך המסננת של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אני גם יודע



שהשיח המשפטי במדינת ישראל מתרכז היום במהפכה החוקתית, ובכל בתי הספר למשפטים עוסקים בעיקר בנושא הזה. כך שקשה לי מאוד להבין מאיפה הקביעות הנחרצות האלה שלא הושגו יעדים. גם הייתי מבקש לדעת איזו זכות מהזכויות של הציבור הישראלי נפגעה על-ידי בית המשפט העליון שלנו? איזו נסיגה חלה אצל הציבור הדתי מבחינת זכויות משפטיות?

אולי ההכרה בזכויות כלכליות של בני זוג מאותו מין מפריעה לכם, אבל זו פגיעה בזכויות שלכם?

● **דן מרידור:** לא מדובר על זכות המיעוט אלא מדובר על אופי המדינה. זה כל הסיפור. כמיעוט, הם לא מעוניינים בזה.

● **יוסף אדרעי:** אנחנו חייבים להבין שהוויכוח שלנו עם הציבור הדתי (ואגב, את הרעיונות הליברליים שלי ואת הרעיונות האוניברסליים שלי אני שואב ממקור אחד – היהדות), הוויכוח הזה הוא על אקסקלוסיביות. לשמוע מהרב לוי שהכרה של בית המשפט העליון בזכויות כלכליות של בני זוג מאותו המין היא דבר לא יהודי – זה קורע לב. ומאיפה האחיזה הגדולה? שזה איסור בתורה. אבל יש גם איסור בתורה על ריבית, ולא שמעתי שמי שהיום לוקח ריבית עושה מעשה לא יהודי. יש רפורמות באורתודוקסיה. אז לבוא ולקרוע את העם ולהגיד שכל מי שלא מקבל את תפיסת עולמי הדתית הוא לא יהודי והוא אנטי-יהודי, זה דבר מופרך.

הנקודה היחידה שבה אנחנו נחצים היא שאני מכבד את זכותך, ואתה, כדי להרגיש טוב, לא מוכן לכבד את זכויותיהם של השונים ממך. על זה הוויכוח ולא על שום נושא אחר.

● **אריאל בנדור:** ראשית, חוקה היא לא דבר שישראל המציאה. חוקה היא סוג של נורמה שמקובל ברוב המכריע של המדינות, לפחות המדינות המערביות. חוקה היא כמעט תקן במערכת הנורמטיבית השלטונית ובמשטר, בכל משטר שהוא. לכן כל השאלות התיאורטיות שפילוסופים של המדינה עוסקים בהן – למשל, האם חוקה זה דבר טוב, האם הגבלת הרוב בצורה מסוימת היא דבר טוב וראוי – אפשר לשאול גם לגבי חוקים ואפשר לשאול גם לגבי הפרדת הממשלה מן הפרלמנט, וכן הלאה. בכל-זאת צריך לזכור שחוקה היא חלק משלטון מקובל, והעובדה שבמדינת ישראל היא אינה קיימת באופן מלא, היא דבר אנומלי.

נקודה שנייה: מה שיש לנו עכשיו הוא במידה רבה כלל חוקתי אחד ויחיד, שמתבטא בכך שהרוב בפרלמנט יכול לקבוע כל דבר, כלומר שוויון מבחינת הפוטנציאל של האזרחים במדינה להשיג כוח פוליטי. האם זה העיקרון היחיד של מדינה יהודית ודמוקרטית? זה ודאי לא מייצג את כל העקרונות הדמוקרטיים, ספק אם זה מייצג בכלל עקרונות יהודיים. יש בוודאי דברים נוספים, וצריך להחליט מה הם. העקרונות הבסיסיים שאנחנו מעוניינים שיהיו מכנה משותף, הם אלה שצריכים להיכלל בחוקה.

חלק מהדברים שנשמעו כאן מרמזים כאילו החוקה איננה העיקר, אלא הכול אישי או הכול מוסדי. לא משנה מה כתוב בחוקה; חשוב שמי שיפרש את החוקה או מי שיאכוף את החוקה יהיה בית משפט חוקתי או בתי המשפט הרגילים או רק בית המשפט העליון. אני חושב שאין שום בסיס לדבר הזה. פרשת מיטראל שהוזכרה קודם לכן, היא דוגמה יפה: הייתה פסיקה של בית המשפט העליון בנושא החוקתיות של ייבוא בשר לא כשר לחוק יסוד: חופש העיסוק בנוסח שהיה אז; הכנסת חוקה חוק יסוד: חופש העיסוק בנוסח חדש, ואז בית המשפט העליון שינה את הפסיקה שלו. זה אומר שחוקי היסוד, החוקה, הם שקובעים, אפילו אם בית המשפט הוא זה שצריך לפרש אותם.

ממה שאמרתי עד עכשיו משתמע כאילו אין חוקה; אך בוודאי שיש חוקה. חוקי היסוד בכלל, ובתוכם שני חוקי היסוד המפורסמים על זכויות האדם, הם מבחינתי חוקה. הכנסת מתייחסת אליהם כאשר היא מחוקקת חוקים, בתי המשפט פוסקים על-פיהם במידה רבה, ולכן השאלה היא לא אם נחוקק חוקה, כי יש חוקה – חוקה נכה, חוקה עם פגמים; השאלה היא האם צריך להשאיר את החוקה עם פגמים או לעשות חוקה בלי פגמים, חוקה טובה.

● **קלוז קליין:** ראשית כדאי לזכור שוויכוחים על הצורך בחוקה היו גם בגרמניה וגם בצרפת.

זה מוביל אותי להערה הבאה. נשמעה כאן טענה שכאילו המילה 'ליברלית' היא מילת גנאי היום במדינת ישראל, כאילו אדם צריך להתנצל שהוא ליברל. הייתי מבקש להסביר ממה נובעת התחושה הזאת.

יש לי אמונה מסוימת שכל מה שלא ינסו לעשות, כל מה שלא ינסו לכפות על ציבור שאיננו מעוניין בכך, בסופו של דבר יתנקם בנו. יש לנו כבר כמה דוגמאות לכך. אני רוצה למשל להפנות אתכם לסטטיסטיקות שקיימות בעניין נישואין כדת משה וישראל במדינת ישראל. אנשים בורחים מזה, והתופעה עוד תגבר. אי אפשר להמשיך ולכפות על אנשים דבר שהם לא



רוצים בו בשם איזשהו קונצנזוס ומחשש לפילוג, רחמנא ליצלן, בעם ישראל.

בניגוד למה שאמר הרב לוי, גם אני סבור שהחקיקה של שנת 1992 שינתה הרבה.

בעניין הצורך בחוקה – אולי נצא מן הנקודה ההפוכה ונחשוב מה קורה כשאינן חוקה. כל המחזות שאנו עדים להם היום – ביטול חוק, קבלת חוק, חוק דרעי התקבל, חוק דרעי מתבטל – כולם נובעים מכך שאין הסכמה, שאין מסמך שמבטא את ההסכמה הבסיסית. אנחנו חייבים להגדיר בחוקה מרחב ציבורי מינימלי. ה-public space שלנו איננו חוק התקציב.

● **מיכאיל קרייני:** דובר כאן על עניין המיעוטים. כבן מיעוטים אומר לכם בגלוי שאני מאוד מבולבל. אינני יודע אם להיות שקט או להיות מוטרד מכך שתאומץ חוקה חדשה. אני אומר את הדברים מסיבה אחת פשוטה. החוקה שמציעים חלק מכם היא כל-כך ירזה, שאינני יודע מה עוד ייכלל בה שלא כלול כבר היום מבחינת שיטת המשפט הישראלית. מדובר על שוויון, השוויון הוא חלק אינטגרלי מהמשפט הישראלי, אז מה אם הוא ייכלל בחוקה כתובה? זה יועיל? זה יקדם? אני חושב שלא.

ניקח את תקציב משרד הדתות, למשל. ממחקר שעשיתי לאחרונה עולה שהתקציב לכל האוכלוסייה הלא-יהודית בארץ הוא אחוז אחד מכלל התקציב של משרד הדתות. יש עיקרון מאוד מוצק במשפט המינהלי שהרשויות צריכות לנהוג בשוויון; אז מה עם העיקרון הזה יהיה חרות בחוקה?

אני חושב שהבעיה, יותר משהיא משפטית, היא עקרונית וערכית. אני חושב שהבעיה היא בעיה של קבלה מצד שני הצדדים, זה את זה. אם אני כערבי ישראלי מוכן לקבל את המדינה כפי שהיא קיימת ומוגדרת מבחינה קונסטטוטוציונית – האם המדינה מוכנה לקבל אותי כאזרח?

אני מלמד סדר-דין אזרחי, מקצוע יבש לכל הדעות, וכשאני עומד בכיתה באוניברסיטה ואני מדבר על תקנות סדר הדין שלנו, זה תמיד מעורר אי-נוחות; איך ערבי יכול לבוא ולהגיד 'פסק דין שלנו'. יש דבר שהוא שלנו? זו השאלה שכדאי לחשוב עליה גם בעניינים נטולי כל ערך נורמטיבי.

באשר לנושא הרב-תרבותי – חלק אינטגרלי מכל משטר רב-תרבותי הוא נושא זכות היציאה. מעניקים אוטונומיה לקבוצה אתנית, מעניקים

אוטונומיה לקבוצה דתית, אבל לי, כאינדיבידואל, צריכה להיות זכות לצאת מקבוצה, אם ההסדרים המתחייבים מההשתייכות אליה אינם נראים לי.

בנוגע להערה של מרדכי קרמניצר, בפועל קיימת היום אוטונומיה בחינוך. 25 אחוז מתכניות הלימודים בבתי ספר, גם הערביים, הן בידי ועד ההורים והוא יכול להתערב ולקבוע.

● **אילן שיף:** כבר נאמרו הדברים החשובים, ולכן אני ארשה לעצמי להתמקד בנקודה אחת. אני חושב שאין מחלוקת שחוקה במדינת ישראל לעת הזאת ובייחוד לעתיד היא חשובה מאוד. אני חושב שגם יש חשיבות גדולה לחקיקת היסוד, לשני חוקי היסוד, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. מהמקום שממנו אני בא, מהצבא, אני רואה עד כמה במוסד ההיררכי והטוטלי הזה חלחל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואני מתאר לעצמי עד כמה הוא חשוב גם במקומות אחרים.

אני חושב שהביקורת היחידה שהושמעה או החשש היחיד שהושמע קשורים באפשרות להגיע לחוקה. האם בקיטוב, בייחוד בין הציבור החילוני לציבור הדתי או הציבור הדתי-חרדי – אפשר בכלל להגיע במדינת ישראל לחוקה? יש מין הרגשה, שבמדינת ישראל איש איש תחת גפנו ואי אפשר להצטרף ולשבת בסוכה אחת. אם נצרך להרגשה הזאת גם את הרעיון שרק הציבור החילוני או אלה שמכונים 'הציבור החילוני הנאורי' הם שחייבים לרוץ בריצת אמוק אחרי חוקה כי זה חשוב להם יותר, בעוד שלציבור הדתי יש רק מה להפסיד – יהיה קשה מאוד להגיע לחוקה. חוקה היא פשרה, היא הסכמה והיא פשרה. כאשר שוררת הרגשה שרק ציבור אחד חפץ מאוד בחוקה והציבור האחר יש לו כל כך הרבה מה להפסיד – קשה יהיה להגיע לפשרה וקשה יהיה להגיע לחוקה, ואת הדימוי הלא נכון הזה אני רוצה להפריך.

אני חושב שמציאות שבה אין חוקה למדינת ישראל, ולו גם מינימליסטית, היא מדומה. יש חוקה למדינת ישראל כי את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אם יגיעו מים עד נפש, לא תהיה בעיה פרשנית להפוך לחוקה, לא רק לחוקה מינימליסטית. כבר נכתב על כך לא מעט, ולא ארחיב את הדיבור. את זאת, הציבור הדתי, ובעיקר הציבור החרדי, צריך להבין. לא רק לציבור החילוני יש אינטרס. הציבור הדתי המתנגד לחוקה יכול להפסיד הרבה בגישתו שלו, אם נבין את זה, יהיה קל יותר לשבת ולהתפשר ולהתדיין.



● **סביונה רוטלוי:** גם אני בעד חוקה ירזה בעלת תוכן מוגדר וברור, גם אני סבורה שחוקי היסוד שירתו מטרה מסוימת, אבל לא מילאו את הציפיות שתלו בהם, גם מפני שהם נעשו טלאים טלאים, שלא הבחינו בין עיקר לטפל. עם זאת, הייתה להם תרומה בשינוי של שיח ציבורי, ואין לזלזל בכך. מצד שני הייתה כלפיהם זילות רבה, וראינו באיזו קלות ניתן לשנות חוקי יסוד. אני גם מרגישה שזה גרם להתנגדות מיותרת לבית המשפט העליון שנאלץ לתת פרשנויות, לפעמים מרחיקות לכת, לביטוי של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

כשאני מסתכלת סביב השולחן ואני רואה ערבי אחד וכל כך מעט נשים, זה הנושא שאני רוצה להתמקד בו – נושא השוויון. בניגוד לחגי מרום, אניני חושבת שיש לנו חוקה. חוקה בלי מגילת זכויות ובלי ערך השוויון כזכות ראשונה במעלה, בעיני היא לא חוקה. אני לא בטוחה שאתם יודעים, אבל בשנת 1951, כשהלנה כגן הייתה חברת כנסת מטעם הציונים הכלליים, היא הציעה לחוקק את חוק שוויון זכויות לנשים, והחוק התקבל עם המגבלה שהוא לא יחול על נישואין וגירושין. הלנה כגן לא הצביעה בעד החוק הזה, בסופו של דבר, כי היא ראתה במגבלה הזאת כישלון של החוק, ואני חושבת שבמובנים רבים היא צדקה. החוק הזה לא הוסיף לנשים שוויון בצורה משמעותית במשך עשרות שנים. גם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו עדיין לא מיצה את האפשרויות הללו, למרות שהיו עוד ניסיונות רבים של בית המשפט העליון לפרש את כבוד האדם גם ככולל שוויון.

לכן אני אשמח לשמוע גם מידידיה שטרן וגם מנחום לנגנטל שיושבים כאן, איך באמת ניתן להביא לכך שעקרון השוויון יהיה עיקרון מוסכם שיחול בחוקה על כולנו – על נשים וגברים, על ילדים ומבוגרים ועל ערבים ויהודים.

אני בטוחה שהנושא של חינוך לדמוקרטיה לא יכול להיעשות בלי הכרה בראש ובראשונה בערך השוויון של בני אדם כבני אדם. הרב לוי דיבר כאן על קדושת החיים; אי אפשר לשדר מסר דו-ערכי לחברה שלמה שיש חיים ששוים יותר וחיים ששוים פחות.

לכן אני בהחלט חושבת שאם נצליח להגיע לאיזה קונסנזוס, אפילו מינימלי, שבו תיכלל בראש ובראשונה מגילה של זכויות אדם, אני אהיה בין המברכים על כך.

● **דוד ראב:** החוקה האמריקאית הוזכרה כאן מספר פעמים, ואני חושב שיש לקחים חשובים הנובעים ממנה שנוגעים

למצב שלנו בארץ היום. ראשית אני רוצה להעיר שאנשים בדרך כלל חושבים שהייתה לארצות-הברית חוקה אחת; היו לה שתיים: הראשונה נכתבה בזמן מלחמת העצמאות, ואחרי עשור החליטו לכתוב חוקה חדשה.

כמו אצלנו, גם בארצות-הברית היו שסעים מאוד עמוקים. השסעים שם היו בנושא העבדות, בעניין הכוח שבידי השלטון המרכזי ועוד. ועם זאת, החוקה של ארצות-הברית פועלת מצוין. היא מאפשרת מערכת מסודרת של חיים יחד, למרות התרבויות השונות, ומציאת המכנה המשותף, היא מעניקה לכל קבוצה קול משלה בלי שמיעוט אחד דורס את זכויות המיעוט השני. אני רוצה לומר שלא צריך לנהוג לפי הגישה של הכול או לא כלום, ושראוי מאוד ללמוד לקחים מהחוקה האמריקאית שמאפשרת חיים משותפים, על אף שלא פתרה את כל הבעיות.

● **איתן בן אליהו:** גם אצלי התעוררה השאלה על מה בעצם הדיון הזה במושב הראשון, כי הרי התהליך כבר החל. מצד שני אני מבין שקיימת סכנה של קיפאון, ויכול להיות שהתרומה הגדולה של הדיון שלנו היא להאיץ ולמנוע מצב מעין זה.

דבר אחד ברור בהשוואה לעבר; מה שניתן היה בקלות יחסית לבצע בעבר, קשה היום ואולי בלתי אפשרי. הזמן הוא בעוכרנו וצריך להזדרז, מה עוד שחקיקת חוקים רגילים היום איננה מתבצעת באופן תקין.

כשאדם מנסה היום לנקוט דעה, הוא או מנותב לחצי הימני או השמאלי, או מנותב לחילוני או הדתי. אבל אסור לחשוב שבתוך המסגרת הדתית כבר נגמרו כל הוויכוחים, ושעל-ידי חוקה אנחנו נגרום להם לאיזשהו זעזוע או נחבל להם באורח החיים. גם שם לא הכול ברור ומוסכם. יש פלורליזם בדת היהודית, יש פלורליזם בדמוקרטיה, ומעובדה זו צריך לשאוב איזושהי משענת מאחדת דווקא בעולם שקיימים בו חילוקי דעות.

אני חושב שנקודת המפתח היא שצריך לומר, בדיוק כמו שכתבנו במגילת העצמאות, שאנחנו ניגשים לנסח חוקה מתוך התחשבות עמוקה בדת וביהדות. קודמיי כבר אמרו שהחינוך שלנו נבע מערכי היהדות, אז למה אנחנו נרתעים מלומר שגם כשנקבע את החוקים נישאר נאמנים לקביעת היסוד שהמדינה הזאת היא מדינה של ערכים יהודיים?

אני חושב שהמודל האידיאלי, כשניגשים לחוקה, הוא לפתור את הדברים העמוקים, העקרוניים, הקשים; אחר-כך הכול יסתדר מאליו. אבל לא כך הוא המודל המעשי, שלפניו יש לצאת מתוך הנחה שדברים יתנהלו לאט, באופן הדרגתי, ושבמשך שנים רבות כמה משבצות יישארו ריקות. אבל העיקר הוא להתחיל.



● **עלי זלצברגר:** אני חושב שאין מחלוקת על כך שחוקה היא חיונית ורוב הדוברים כאן הדגישו את נושא הגנת הזכויות ואת נושא הגנת המיעוטים. אני חושב שחוקה היא חיונית לא רק בגלל שני הנושאים שמניתי כאן, אלא גם בגלל הנושא של מבנה המשטר, הפרק המשטרי בחוקה, היציבות המשטרית שבחמש השנים האחרונות התערעה, לדעתי. דרושה חוקה גם כדי להגן על הדמוקרטיה במובן הצר של המילה.

בניגוד לרוב הדוברים כאן, אני חושב שתוכן החוקה הוא משני בחשיבותו. מה שחשוב זה העיקרון, הרעיון, המשטר החוקתי, התרבות החוקתית. אנשי מדעי המדינה שיעשו מתאם בין תכנים שונים של חוקות צרות, דקות, עם פסקות הגבלה, עם זכויות מוחלטות – לבין המצב בפועל של זכויות אדם ושל חוזק הדמוקרטיה, לא יגלו מתאם.

מה כן חשוב: כמו שאמרתי, חשוב העיקרון, הרעיון, המשטר, התרבות החוקתית; חשוב שאנשים ידעו שהרוב איננו כל-יכול, שאנשים ידעו שיש זכויות, שצריך לכבד זכויות, שיש מנגנון שבדק אם הזכויות האלה הופרו, שיש לגיטימיות לביקורת שיפוטית. אם זה הדגש בחוקה, אז מצב הדברים כיום הוא שאין לנו חוקה; אין קבלה רחבה בציבור שיש לנו משטר חוקתי במדינת ישראל, שיש רעיון חוקתי, שהחוקה היא מעל הרשויות האחרות – אם בית המשפט העליון ואם הכנסת.

אם תסכימו אתי שזה הדגש בחוקה, אני חושב שהנקודה הבאה היא הפרוצדורה לקבלת החוקה, וזו נקודת המפתח. בעולם קיימות שתי גישות לפרוצדורת קבלת חוקה: יש חוקה שמתקבלת באופן אורגני, אלה מקרים נדירים וזה מה שקרה באנגליה, שהחוקה בה התקבלה בצורה אורגנית, ארוכת שנים, ארוכת טווח, בצורה שקשה לנו היום לחקות; ויש שיטה שמקבלת חוקה במעמד אחד כמסמך כולל. הבעיה עם הדרך השנייה היא שבדרך כלל הדרך הזאת היא יעילה או מוצלחת אם נמצאים אחרי משבר היסטורי גדול, במצב של מהפכה, למשל של שינוי ממשטר קומוניסטי למשטר דמוקרטי וכדומה.

אנחנו הלכנו בדרך האנגלית, ניסינו לקבל חוקה אורגנית, חוקה שמתפתחת תוך כדי פעילות והתפתחות המדינה; זה מה שמצטייר מהחלטת הררי ומאופן התקבלותם של שני חוקי היסוד האחרונים. אני חושב שלא הצלחנו בדרך הזאת, משום שלא התפתחה תרבות חוקתית. לא הצלחנו בדרך הזאת, ובאופן פרדוכסלי הכישלון הגדול נובע דווקא

משני חוקי היסוד האחרונים ולא מהליך שהתפתח עד אז; כי עד אז התפתח איזשהו הליך אורגני, שבו אפילו בית המשפט יצר מגילת זכויות שיפוטית שהתנגדות לה הייתה פחותה בהרבה מההתנגדות למעשים של בית המשפט בעקבות חוקי היסוד.

עולה מכך שמה שנחוץ לעשות הוא ליצור את ההליך מחדש. צריך להתבסס כמובן על הניסיון שיש לנו, ולכן אין מנוס מהפרדה אמיתית בין הרשות המחוקקת לרשות המכוננת. אין מנוס מייסוד אספה מכוננת שתגבש חוקה. אני לא אומר את זה מתוך בוז לכנסת, לחברי הכנסת. אני חושב שהם נמצאים במצב בלתי אפשרי, שבו השיקולים שלהם הם מטבע הדברים שיקולים קצרי טווח של בחירה מחדש, כי במצב שבו אנו מצויים היום, מצב של אי-ודאות כה גדולה, קשה לעסוק בשיקולים ארוכי טווח.

לכן אני חושב שצריך לפעול – ואני אשמח מאוד אם המכון הישראלי לדמוקרטיה יעשה לכינון אספה מכוננת. גם אם ישבו בה 120 חברי כנסת לשעבר, התוצאות שלה, התוצרים שלה יהיו שונים מאוד מתוצר חוקתי של כנסת מכהנת. אספה מכוננת כזו תגבש מסמך שהמהות שלו תהיה הסכמה מאוד רחבה, כי חוקה היא חוזה חברתי, היא אמורה לייצג הסכמה.

● **עדנה ארבל:** אני רוצה לנסות למצות מהדיון הזה את חוט השני המאחד שיש לגביו הסכמה, ולהמשיך אתו הלאה במבט צופה פני עתיד.

אם התחלנו את הדיון בנימה פחות אופטימית שעלתה מדבריו של הרב לוי, עדיין אני חושבת שגם הוא וגם פרופ' אבינרי אחריו לא אמרו בעצם שאין מקום לחוקה, אלא אמרו שיש קושי. יש קושי לעצב את הערכים ולהשכיל לכוון חוקה שתשקף בעצם את עמדת כל המגזרים והשכבות ושתוכל לגשר על כל הפערים. הרב לוי לא אמר שהוא נגד חוקה, אלא שהוא מבקש לראות על איזו חוקה אנחנו מסוגלים להסכים מראש, מסוגלים לחיות אתה, כי במבט לאחור, מאז 1992 התמונה היא עגומה, ומה שהתרחש גרם יותר נזק מאשר תועלת.

מנקודת מבט של משפטנים, שפת המשפטנים השתנתה מאז 1992, וכך גם ההתייחסות לערכים. עניינים כמו חופש הביטוי, חירות, מובנים היום מאליהם. לכן אין לבטל את ההישג הזה, ודווקא ההסתכלות אחורנית צריכה לתת לנו את התקווה לעתיד.



הייתי מציעה מאוד להדגיש בכנס הזה שמדובר היום בהמשך של חוקה, בהמשך של פרקים קיימים. יש לנו חוקה, גם אם חוקה נכה, חוקה חסרה, אבל בוודאי חוקה שהשורשים שלה בהכרזת העצמאות. על בסיס הקיים, דווקא מהמקומות שיש בהם הסכמה, יש ללכת הלאה, ולא כמו שאמר כאן פרופ' ידידיה שטרן, שיש לחפש דווקא את הנקודות הבעייתיות ביותר, את המקומות של אי-ההסכמה והמחלוקת.

אני בטוחה שיש הרבה מאוד פרקים של הסכמה, ולאט-לאט, כמו שהתקדמנו בשמונה השנים האלה, אני בטוחה שאפשר יהיה להמשיך ולהתקדם לקראת אותו מסמך או מניפסט, כמו שאמר הרב לוי, מושלם ונכון פחות או יותר, לגבי אותם קטעים של הסכמה. ברור שיהיו גם קטעים שלא ניתן להגיע בהם להסכמה, אבל לזמן ולעובדה שאנחנו כבר חיים עם החוקה הזאת תהיה בוודאי השפעה לגבי העתיד.

● **אריק כרמון:** אנחנו עוברים לחלק המסכם.

● **שלמה אבינרי:** לפני הסיכום הייתי מבקש להדגיש שלוש נקודות, והן מטבען תהיינה פוליטיות.

ראשית – יש לי רושם שחלק מהחברים והחברות שדנים בנושא החוקה מתעלמים מן הפרובלמטיקה ההולכת ומעמיקה של הציבור הערבי במדינת ישראל. אני חושב שאנחנו הולכים לקראת משבר חמור בנושא הזה, כאשר החרמת בחירות (שהיא דבר לגיטימי) מופיעה גם כהצהרת העצמאות של ערביי ישראל. זו סוגיה שמצריכה דיון נפרד.

דבר שני. הוויכוח בנושא החוקה, וזה אני אומר ליוסף אדרעי, איננו רק השאלה האם נפגעו זכויותיהם של דתיים על-ידי שיווי זכויותיהם של הומוסקסואלים, למשל. כי חוקה, גם אם היא 'רזה', איננה עוסקת רק בזכויות הפרט, אלא היא עוסקת גם בדמות הפרהסיה של המדינה. יש כאלה שהפרהסיה של המדינה לא חשובה להם משום שרק זכויות הפרט חשובות להם, אבל יש כאלה שהפרהסיה של המדינה לטוב או לרע, יהודית, דמוקרטית, חילונית, דתית – חשובה להם. אי אפשר לראות את הזולת רק בעיניים של הערכים של עצמך, וזהו בדיוק טבעו של הליברליזם שהוא איננו השקפת עולם הגמונית, אלא הוא המסגרת שמאפשרת להשקפות עולם אחרות שאינן ליברליות למצוא את מקומן בפשרה שמאפשרת קיום יחד.

נקודה אחרונה, ואם אני מבין נכון, אני הולך בעקבות דבריה של רות גביוון. כולנו שותפים להצבעה על מהותן של הבעיות, והשאלה היא האם

הדרך הטובה ביותר לפתור אותן היא השיטה החזיתית של חקיקת חוקה או השלמת חוקה שרק תחדד את הבעיות ותקשה על הפתרונות – או שעלינו לנסות לזהות את הבעיות, ובאופן פרטני ובמינימום של רטוריקה טריומפליסטית להתמודד אתן.

אני חושב שהרטוריקה הטריומפליסטית של מה שנקרא 'המהפכה החוקתית' – לא שני חוקי היסוד באופן שבו הם נחקקו, אלא הרטוריקה הטריומפליסטית שמדברת בשמו של ציבור נאור וכו' – יצרה ניכור והקשתה על המשך המהלך שכשלעצמו אין ויכוח עליו מבחינה ערכית, אבל יש ויכוח לגבי היכולת הפוליטית של המערכת הזאת לשאת אותו.

● **דן מרידור:** כמה הערות לדיון, ולא לפי סדר חשיבותן.

ככל שנעמיס תוכן ערכי למדינה בהיותה יהודית, כן ירבו הקשיים. בעניין הזה אני איש 'אגודה' ולא איש המפד"ל. המדינה צריכה להיות מינימלית, על-פי השקפת עולמי הכללית. עליה להתערב רק באופן מינימלי. העניין היהודי חשוב לי מאוד, אבל אני לא צריך דווקא את המדינה בשביל חברה יהודית ותרבות יהודית. אני רוצה מינימום כפייה. אני לא רואה בכך עניין שולי. גם לזה יש מקורות בבית הספר שממנו באתי, ולא אזכיר אותם, אחרת עוד יהיה לנו ויכוח מהי יהדות ומיהו יהודי – האם באמת הרבי מסאטמר יותר יהודי מהרצל, או מבן-גוריון שהתחתן בנישואים אזרחיים. פליטת הפה של ירון אזרחי, שיהודי משמע דתי, היא דבר חמור מאוד, וזה בסיס כל העניין לפי דעתי. ככל שהמדינה תהיה מינימליסטית, יהיו פחות ויכוחים.

אשר לדבריו של ידידיה שטרן: לא הכול יחסי. כליברל, ודאי שאני מסכים לתרבויות כאלה ואחרות. אלא שיש דברים שהם מוחלטים, יש כמה דברים בדמוקרטיה שאני לא מוכן לעשות אותם יחסיים. למשל, את ה'רזון' שאני מצדד בו, יש לכפות על מי שלא מקבל אותו, כי כללי המשחק מוכרחים להיות ליברליים, כי רק אז הם הגונים.

מדאיגה אותי הטענה שנשמעת שוב ושוב, כאילו כשחוקקנו את חוקי היסוד ב-1992 עשינו מחטף, מהלך חפוז, בהסתר. אני חושב שאין לזה שחר. שום מהלך לא היה חפוז, שום דבר לא נעשה בהסתר, הכול נעשה בוויכוח ציבורי – בעיתונים, באמצעות פסקי-הדין, אחרי פסקי-הדין. אפילו החוקים האלה המקוטעים ב-1992 באו אחרי שב-1989 הכנו הצעת חוק שלמה של זכויות האדם, פרסמנו אותה, היו דיונים ציבוריים, מחלוקות, בבתי ספר, באוניברסיטאות. בסוף, לצערי, הממשלה פורקה,



אוסרו רק שני חלקים של הצעת החוק ויצא משהו באמת עקום. לא אהבתי את המהלך, אבל לומר שזה היה חשאי? כשהכנסת קיבלה ברוב של שמונים איש יזמה של אדם ושל גוף שמאוד העריכו את שלטון החוק – יצחק רבין עליו השלום וש"ס – ותוקנו חוקי היסוד אגב עניין יבוא הבשר – והכנסנו את מגילת העצמאות לתוך חוקי היסוד. ההנחה בבסיס הדיון והחקיקה הייתה כי יש ביקורת שיפוטית. הם לא הבינו מה הם עשו? זה נעשה בחשאי?

הערה קצרה בעניין נשים בצבא. ראשית, אני מאוד בעד הרבה נשים בצבא, והרמטכ"ל מופז זכאי להרבה שבחים על שיבוץ נשים גם בלחימה וגם במקצועות חשובים. לכן המגמה ההפוכה מאוד מכעיסה אותי, וגם יש פה איזו תפיסה מינית עקומה מן היסוד. האישה נתפסת כמי שמעוררת יצר אצל הגבר; אבל לגברים אני לא אגיד 'אל תהיו כאן כי זה מפריע לנשים'. מה דעתכם שנגיד לגברים שלא ישרתו כי הם מפריעים לנשים? זו תפיסה בלתי-שוויונית עמוקה ולא רק עניין טכני, ועל תיקון עיוות הזה צריך להילחם.

● **מאיר שמגר:** אתחיל בכך שמהשיחה הזו שלנו אני יוצא בהרגשה אופטימית, כי בסיכום כללי לא שמעתי התנגדות לעצם חקיקתה של חוקה. אני גם מצדד בגישה שעלתה מדבריהם של הרב לוי והרב גפני, שחוקה לא יוצרים על-ידי אקט של קבוצה כלשהי, אפילו אם היא מהווה רוב או רוב יחסי, אלא מוכרחים לנסות לבנות אותה על הסכמה. זו דווקא השקפה ליברלית. אם להדגים על-פי רולס, שהוא מאבות הליברליזם המודרני, על מה הוא בונה פלורליזם בספרו האחרון? על כך שיוצרים אווירה של כדאיות להסכמה על-בסיס משותף גם בין אלה שאינם מסכימים ביניהם.

במילים אחרות, ליברליזם איננו בהכרח סיסמה לוחמנית, הנפת דגל של משהו שאתה מקנה בחסדך הרב למישהו אחר, בין אם הוא רוצה ובין אם איננו רוצה. ליברליזם צריך להתבטא ברצון להקדים ולשבת, לברר, לנסות להגיע להסכמה. ודאי שבסוף יש הצבעה – לא כאן, בפרלמנט – אבל השלבים המכניים צריכים להיות של שיתוף רחב ככל האפשר, שבו אני שומע דעות, מנסה להשתכנע, מנסה לשכנע ויוצר קונסנזוס במידת האפשר. לכך צריך להיות מוכנים מהרגע הראשון, ואז אפשר ליצור את התהליכים, את הפרוצדורות שמובילות ליצירת המסמך שהוא לדעתי חיוני.



אני לא שותף כל כך לתחושה הקטסטרופלית, כאילו אנחנו נמצאים על עברי פי פחת. ייתכן שאפשר היה להקדים את החקיקה של המסמך הזה לשנת 1949, גם עברה שנה וחצי מאז תחילת פעולתה של הכנסת הראשונה ועד החלטת הררי. ההתנגדות אז הייתה חריפה יותר. אני מכיר את ההשקפות והדעות והוויכוחים שהיו אז. תרומה נכבדה לעיבוד החקיקה תרם ציבור המשפטנים שחונך על ברכי המסורת האנגלית, אשר קיבל כמובן מאליו שלא נחוצה חוקה; טענו כי אם המדינה שירשנו ממנה את שיטת המשפט חיה בלי חוקה, גם אנחנו נחיה ככה. זו הייתה תפיסה לא נכונה, אבל למה לבכות היום על חלב שנשפך?

אין ספק שמבחינת החלק המשטרי, יצירת המערכת הקבועה, היציבה וההגבלות שאתה מטיל על רשויות השלטון – חוקה היא דבר חיוני, וזה, אני חושב, מוסכם על כולנו. מבחינת החירויות, על מה מדובר בסך הכול? כפי שישעיהו ברלין אמר: החירויות אצלנו הן במובן הנגטיב – *The Sense of Freedom*. זאת אומרת, אנחנו רק מגדירים בחוקה מה הדברים שאדם צריך להיות מסוגל לעשות כרצונו בלי שאחרים יפריעו לו. 'אחרים' פירושו הפרט האחר, 'אחרים' פירושו בעיקר המדינה שבה אדם חי.

אין ספק שפורום רחב ודיון תוך שמיעת דעות שונות יכולים להוליך להסכמה על נוסח או נוסחאות שיצמחו מהגוף הזה ויובאו להחלטתם של אלה שמוסמכים להחליט.

● **עמוס שפירא:** הערה קצרה, בשולי ההערות על משפטנים וההליך החוקתי. לידידי שלמה אבינרי, יורם ארידור, משה גביש ואולי עוד אחרים – אני מוכרח לומר שהגדרתכם את המושגים משפט, הליך משפטי ומשפטן, אינה מקובלת עלי כלל ועיקר. סבורני שהיא משקפת תפיסה ארכאית, פורמליסטית, טכנית ופשטנית של מושג המשפט. ההגדרה האמתית, המודרנית של המושגים הללו מורכבת ועשירה לאין ערוך. ודאי שמשפטנים אינם מומחים לערכים. אין מומחים מקצועיים לערכים, אפילו לא פוליטיקאים... ובכל זאת, ראה זה פלא, לא מקרה הוא שמשפטנים (כולל פרופסורים למשפטים) תפסו ותופסים מקום מרכזי, לא בלעדי כמובן, בהליך החוקתי בכל המשטרים החוקתיים המתוקנים, כמו בארצות-הברית, בצרפת, בגרמניה, באיטליה, באנגליה, בפולין, בספרד – לא במקרה.



מושב שני

כתיבת חוקה חדשה או השלמת חוקי יסוד?

● **אריק כרמון:** לקראת הישיבה הזאת התבצעה עבודה עצומה שאחראים לה אבישי ביניש, מרדכי קרמניצר ודוד קרצ'מר, עבודה שנמשכה למעלה משנה. הייתה מידה לא קטנה של יומרה, לדעתי, מידה רבה יותר של חזון, בתעוזה הזאת לקחת את כל חוקי היסוד שנחקקו משנות ה-50 ועד שנות ה-90 ולנסות לכנס אותם כמסמך אחד או טיוטה למסמך אחד. רבים מהחוקים נכתבו בתקופות שונות, באווירה פוליטית שונה, בסגנון שונה, והיו עמוסים נספחים כאלה ואחרים. בעבודה העצומה שהושקעה כאן נופתה חקיקה רגילה מחקיקת יסוד, ולמעשה זהו הניסיון הראשון לאגד את כל החוקים האלה לכלל תשתית למסמך חוקתי.

אני חושב שזו עבודה מאוד ראויה, ועל דעת כולם אני כמובן מברך האחראים לה.

● **מאיר שמגר:** אכן שלושת היוצרים ראויים לכל שבח על שהמציאו לנו מסמך חוקתי קומפקטי שמאפשר הסתכלות על מה שנעשה עד היום. כל מי שמצוי במלאכת החקיקה יודע עד כמה קשה לשלב יחד שורה של מסמכים שנחקקו מ-1958 עד 1992 ו-1994 ולנסות להקרין צורת ניסוח אחידה ולשון אחידה. אתם אינכם חשים את זה, גם אני אינני חש את זה בדרך כלל, אבל הלשון העברית השתנתה בשנים האלה, ודברים שהיו מקובלים בניסוח אז כבר אינם מקובלים היום.

● **אריק כרמון:** הדובר הבא, אריאל בנדור, עשה עבודה חלוצית גדולה מאוד באותו כיוון לפני מספר שנים כשניסה גם הוא להתניע ולדחוף את המאמץ החוקתי, ובמובן זה שמורה גם לו זכות ראשונים.

הכתרת של הדיון שלנו היא **השיקולים בעד ונגד כתיבת חוקה מחדש או השלמת התהליך של חוקי יסוד.**

● **אריאל בנדור:** כמובן, תמיד יש יתרונות לכתוב מחדש, לאו דווקא חוקה, אלא גם, נניח, לנסח מחדש את החוקים האזרחיים או את החוקים הפליליים. תמיד יש יתרונות בניסוח מחדש של נורמות, בוודאי כאשר מדובר בחוקה, אבל קיים חשש ריאלי שעבודה כזאת עלולה לארוך שנים רבות, אולי דורות רבים. מצד שני, יש יתרונות חשובים להתבססות על חוקי היסוד הקיימים, בראש ובראשונה בשל היציבות החוקתית. כאשר מדובר בעצם היסודות של משטר המדינה – וצריך לזכור שחוקי היסוד והחוקה לא עוסקים רק בזכויות האדם, הלא

הם הפרקים החסרים – אלא ברשויות השלטון במדינה, היחסים ביניהן וכן הלאה, במקרה כזה מהפכות או רפורמות שאינן חיוניות, הן לא דבר רצוי. החשש הוא שאם יתחילו לנסח את החוקה בהתעלם מהמצב הקיים כפי שהוא קבוע בחוקי היסוד – גם אם התוצאה תהיה משטר משופר במידת-מה, תיפגע היציבות, תיפגע המסורת החוקתית, וזה דבר בעייתני.

עוד נקודה חשובה בזכות ההמשכיות היא שחוקי היסוד הקיימים משקפים הסכמה של הכנסת במשך הדורות, ולא צריך לנהל מחדש משא ומתן פוליטי על כל סעיף וסעיף, חוץ מהסעיפים שלגביהם יהיו דרישה או צורך ספציפי בשינוי. כאשר הדוברים הקודמים דיברו, ובצדק, על כך שחשוב שהחוקה תהיה מבוססת על הסכמה, צריך לזכור שחוקי היסוד הקיימים מבוססים על הסכמה, ורובם התקבלו ברוב מוצק.

השאלה היא האם חוקי היסוד בניסוחם הנוכחי מתאימים לשמש בסיס לחוקה. אם אינם מתאימים, עבודת השיפוץ עלולה להיות ממושכת ומסובכת יותר מכתובה של החוקה מחדש. בעניין זה, הדעה שהייתה מקובלת בעבר היא שחוקי היסוד אינם מתאימים לשמש חוקה, וכתוצאה מכך גם אינם יכולים לשמש בסיס לחוקה משולבת ומאוחדת. הגורסים בכיוון זה טענו כי חוקי היסוד מנוסחים בלשון ארכנית, יובשנית, מפורטת שלא לצורך, כי הם חוזרים על חוקים רגילים, כי אין בהם ההוראות המרכזיות שאמורות להיות בחוקה, כי הם בעצם מתאימים להיות חוקים רגילים, אבל לא פרקים בחוקה.

לאחר עיון נוסף או עיון מחדש בחוקי היסוד, נדמה לי שהטענות הללו הן מופרזות, וכי חוקי היסוד כן יכולים לשמש בסיס סביר לחוקה עם שינויים, תיקונים והתאמות מסוימים.

כידוע, האופי החוקתי של נורמה תלוי במידה רבה בנקודת המבט הפרשנית של הקוראים את הנורמה הזו. אם מתחילים לקרוא את חוקי היסוד כחוקה, אפשר למצוא בהם דברים שעל-סמך קריאה רגילה, על-סמך ההנחה שמדובר בחוקים מן השורה, לא מוצאים בהם. הרוב המכריע של ההוראות בחוקי היסוד, אם מנסים להבין אותן כהוראות חוקתיות – הן בהחלט מקבלות חיים חדשים, חיים חוקתיים. אתן דוגמה אחת: שני סעיפים שבמשך שנים היו אבן שאין לה הופכין, שנתפסו כאיזה הצהרות לא נורמטיביות – סעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת: "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה"; וסעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה: "הממשלה היא בית הרשות המבצעת של המדינה." אם באמת מדובר בחוקים רגילים, אז מדובר בסעיפים הצהרתיים חסרי משמעות נורמטיבית. אם מדובר



בחוקה, עשוי לעלות מכך שהכנסת איננה רשאית לחוקק חוקים שמסמיכים אותה עצמה לעסוק בביצוע משום שהממשלה, לא הכנסת, היא הרשות המבצעת; ולעומת זאת, הכנסת איננה יכולה להסמיך את הממשלה לקבל נורמות חקיקתיות, לא מסוג של חקיקת משנה, אלא מסוג שהוא במסגרת הסמכויות הרגילות של בית הנבחרים. זו רק דוגמה אחת.

מרדכי קרמניצר ואנוכי פרסמנו לא מזמן קומנטר (פרשנות) על חוק יסוד: הצבא. בדומה למה שאמרתי קודם, גם קריאה של חוק יסוד: הצבא כחוקה מגלה בו, כאשר מפרשים אותו כחוקה, הרבה מאוד דברים שמצביעים על אופיו החוקתי.

עניין נוסף: שוב, בניגוד לטענות או לרושם המקובל, מרבית חוקי היסוד מנוסחים דווקא באופן תמציתי, ודנים בהיבטים עקרוניים בלבד. למעשה, רק שלושה חוקי יסוד הם מפורטים יחסית: חוק יסוד: נשיא המדינה, שהוא אולי הבעייתי ביותר כי לפי השיטה שלנו, תפקיד נשיא המדינה הוא לא תפקיד חשוב במיוחד והפירוט הרב שיש בחוק היסוד הזה נראה מיותר; חוק יסוד: הממשלה; וחלקים מחוק יסוד: הכנסת. בחוק יסוד הכנסת יש גם כמה סעיפים שאולי הנם אפילו לקוניים מדי כשמדובר בחוקה. כל שאר חוקי היסוד הם בעיקרם תמציתיים.

מעבר לכך, אני לא בטוח שנכון לומר שבחוקה צריכים להיות רק העקרונות, רק הדברים הכלליים ביותר. בחוקות של מדינות אחרות (לפחות במה שנוגע לרשויות השלטון המרכזיות, לדרכי בחירתן, ליחסים ביניהן, להרכב שלהן), יש לגיטימיות גם להבאת פרטים. הקריטריון במקרה זה הוא מה הדברים שלגביהם צריכה להיות יציבות ולא ניתן יהיה לשנותם בהליך רגיל של חקיקת חוק על-פי רוב רגיל. לפעמים גם עניינים מפורטים יותר, רצוי שיהיו מהיציבות החוקתית, וכך אכן מקובל בחוקות רבות בעולם.

ההשלמות הדרושות לחוקי היסוד הקיימים אינן רבות מאוד. לדוגמה, שיטת הממשל, שלגביה גם נערך בימים אלה עיון נוסף לבחינת דברים שחסרים; או השלמת פרק זכויות האדם; או ההסדרים הכלליים של קבלת חוקה, תיקון החוקה, חקיקת חוקים רגילים – בקצרה: כל מה שנוגע להליכים של חקיקה, הן תיקון החוקה והן חקיקה של חוקים רגילים. מעבר לכך, עיקר ההסדרים שאמורים להיות בחוקה, כבר קבועים בה. אם יש הסדרים ספציפיים מדי, אפשר להוציא את הקיימים ולחוקק מחדש או לתת להם מעמד של חוקים רגילים.



במה שנוגע לזכויות היסוד, גם אם לאחדים מאתנו יש עמדות ענייניות מסוימות בזכותן של זכויות יסוד אלה ואחרות, זה לא עניין מקצועי או עניין טכני כאילו בהיעדר רשימה של זכויות קבועות מראש, לא מדובר בחוקה. יכולה בהחלט להיות הכרעה פוליטית שלא לכלול זכויות מסוימות במסגרת החוקה. זה לא אומר שהזכויות הללו לא יהיו חלק מהמשפט הישראלי, אבל לא יהיה להן המעמד העל-חוקי המיוחד. העובדה שכיום יש אצלנו שני חוקי יסוד בנושא זכויות האדם שכוללים רק חלק מהזכויות המקובלות, איננה משום ששכחו או בגלל שלא הספיקו, אלא זוהי לפי שעה הכרעה או פשרה פוליטית לא לתת לאותן זכויות מעמד של זכויות יסוד. העובדה שאין אולי אפשרות לשנות את המצב הזה ולתת מעמד חוקתי לזכויות נוספות, איננה צריכה, לדעתי, לעכב את חקיקת החוקה.

זאת ההסכמה לגבי הזכויות שאפשר ושראו לעגן בחוקה. אפשר להגיע להסכמה אחרת, אבל אין כאן בעיה אמיתית של חסר טכני בחוקי היסוד הקיימים, אלא עניין פוליטי, שההכרעה בו היא פוליטית.

כמובן, נושא שצריך יהיה לדון ולהכריע בו הוא האם להשאיר את בררת המחדל שלפיה הכרעה בשאלות חוקתיות היא לא בידי בית המשפט העליון, אלא בידי כל גוף שדן בשאלה משפטית ודן גם בשאלות חוקתיות. בוודאי, כאשר יש מחלוקת ונושא מגיע לבית משפט, או במסגרת הליכים של ערעור – לבית המשפט העליון, אז ההלכה המחייבת מבחינת המדינה כולה נקבעת על-ידי בית המשפט העליון. יש אפשרויות אחרות שצריך יהיה לבדוק אם הן באות בחשבון בשיטת המשפט שלנו. אצלנו הדיון בשאלות חוקתיות הוא בעיקרו לא במסגרת הליכים של פסילת חוק; אלא כל דיון על מעצר, נניח בבית משפט שלום, הוא נושא שמחייב דיון והכרעה בשאלות חוקתיות. לא ברור לי מה בדיוק הטכניקה להוצאת פרשנות חוקתית והכרעה בשאלות חוקתיות מתוך המערכת השיפוטית הרגילה.

● **מרדכי קרמניצר:** אני רוצה לפתוח בברכה לחיים צדוק שהיה בין יוזמי הרעיון, אולי האיש הראשון שהעלה במכון את הרעיון לבצע את העבודה הזאת. יש פועלים ויש קבלן, וצריך לברך גם את הקבלן.

אני רוצה להוסיף בשמי ובשם חברי לעבודה, פרופ' קרצ'מר ואבישי ביניש דברי תודה לאנשים שטרחו והעירו לנו הערות מאוד משמעותיות, בייחוד אני רוצה להודות לנשיא שמגר, יושב-הראש שלנו, ולצבי ענבר, ויש עוד

אנשים שההערות שלהם בדרך. העבודה הזאת היא עבודה בתהליך, יש לנו כבר חלקים שתוקנו, אלא שלא רצינו להטריח אתכם בטייטה מספר 2, אבל העבודה נמשכת, ואנחנו מקווים לקבל תוספות חשובות של הערות כדי לשפר את המוצר הזה.

לפני שאומר משהו על מה שיש כאן, אני רוצה לומר משהו על מה שאין כאן. אנחנו לא בדקנו בדיקה עניינית את ההסדרים שמופיעים בחוקי היסוד, ואין להבין מהמסמך הזה שמונח בפניכם כאילו דעתנו נוחה מן ההסדרים הקיימים. גם יש להודות שפה ושם לא התאפקנו וכתבנו איזושהי הערה שהסדר כזה או אחר טעון התייחסות או בדיקה; אבל כמובן שאין להבין מכך שבמקום שלא הערנו, הדברים הם כשורה. הראיה הכי מובהקת לכך היא שעברנו על ההסדר של הבחירה הישירה של ראש-ממשלה ולא כתבנו שם שום הערה. האם יעלה על הדעת שחשבנו כי זהו הסדר מוצלח? לכן בהחלט רצוי מאוד שהדיונים שמתקיימים כאן במועצה הציבורית יוקדשו לבחינה של מוצדקות וראויות ההסדרים. זה לא מבטל גם את הצורך לשפר את הרמה של העבודה שנעשתה, במישור הטכני.

דבר נוסף שלא עשינו – לא שאלנו את עצמנו מה חסר. זה בוודאי צריך להיות על סדר היום של המועצה וזה נמצא על סדר היום של המועצה. כדי להביא את המסמך הזה או איזשהו מסמך אחר לכלל השלמה, צריכה להיעשות חשיבה יסודית על שאלת החסר וההשלמה.

אפשר לשאול: מה העבודה הזאת לכם? מדוע לא לבנות הצעה חדשה, מן המסד ועד הטפחות? ברוח הדברים החשובים והנכונים שאמר אריאל בנדור, הייתי מוסיף שיהיה זה גם מהלך א-היסטורי להתעלם מכל מה שהיה במשך חמישים שנה. זה גם נראה לי מהלך יומרני, חסר הצדקה, לבוא ולהגיד שאת חכמת הקודמים לנו איננו מביאים בחשבון. כל מי שהולך לכתוב מסמך חדש, הדבר הראשון שעליו לעשות הוא לקחת את הישן ולראות מה אפשר ליטול ממנו ומה אפשר לשפר בו ומה צריך לשנות בו. שהרי החוקים האלה עמדו במה שמסמך חדש לא יכול לעמוד בו – מבחן האש של המציאות, ומכך אפשר כמובן להפיק לקחים ולהסיק מסקנות ולקבוע מה טוב ומה טעון תיקון ושיפור. גם מאוד מתאים למדינה צעירה שלתהליכים יהיה ממד של המשכיות, של תהליך שיש בו התקדמות הדרגתית ולא קפיצות פרועות ונחשוניות.

אם נוסיף לזה את ההיבטים החשובים של לגיטימציה והסכמה, היבטים קריטיים בתהליכי ההיווצרות, ההתקבלות וההפנמה של המסמך הזה – העובדה שחלקים גדולים מאוד של מה שיכול להיות חוקה התקבלו בזמנו



בהסכמה רחבה שלא כורסמה במשך השנים, עובדה זו היא מסד חשוב מאוד, היא נכס לחוקה עתידית, שאין לוותר עליו.

במה שנוגע למסמך עצמו שהוכן על-ידינו, דובר כאן היום על תפקידם של משפטנים, ואני שמח לומר שכאן באמת ניסינו לעשות עבודה משפטית טכנית, עבודה מקצועית. זו אולי עבודה שבה למשפטן יש איזשהו יתרון, בלי לטעון שרק משפטנים יכולים להיות שותפים להערכה, לדין ולתרומה בנושא הזה.

עכשיו אומר כמה משפטים על הפגמים שיש בחוקי היסוד הקיימים מנקודת ראות של הפיכתם לפרקים בחוקה:

רוב החוקים האלה לא התיימרו באופן מלא, באופן משמעותי, להיות רק חוקה, אלא הם היו חוקים שכללו בה-בעת את שני הרבדים – א. את רובד-העל של נורמות עליונות שמתאימות לחוקה; ב. את יתר הנורמות, את כל ההסדרים המלאים, המפורטים, הספציפיים, הפרוצדורליים; ובצדק הזכיר אריאל בנדור את שלושת החוקים שהיו עיקר העבודה שלנו, משום שהם באמת הצטיינו בשעטנו הזה בין מה שמתאים לרמה חוקתית ומה שמתאים לרמת חוק, ולפעמים גם מה שאפשר להוריד לרמה שהיא מתחת לרמה של חוק. לכן המשימה העיקרית שעמדה לפנינו הייתה לעשות את החלוקה הזאת, את ההפרדה הזאת בין שני הרבדים.

עוד דבר שלא עשינו הוא לקחת את מה שהצענו להשמיט, ולכתוב אותו באופן מלא ברמת החוק, שצריך עכשיו לבוא בצד חוק היסוד. אבל כמובן שאין טעם לעשות זאת כל עוד אין הסכמה שהחיתוך שעשינו, הקו שהעברנו, עובר באמת במקום הנכון.

מי שישתכל על העבודה שנעשתה, יראה שהוראות מפורטות מאוד עם ירידה לשלבים כגון: מי מוסר למי הודעה וכמה שעות צריכות לעבור מאקט אחד לאקט שני וכיוצא באלה הסדרים פרטניים – הוראות כאלה הצענו להוריד לרמת החוק הרגיל.

זה לא אומר שבנוגע למה מתאים לרמת חוק יסוד, לחוקה, ומה מתאים לרמת חוק רגיל, הכול הוא פשוט וברור וההכרעות הן תמיד קלות, ועוד אדבר על השיקולים שהדריכו אותנו.

הסדרים שהיו יפים לשעתם, שהוכתבו על-ידי סיטואציה מיוחדת, ודאי אינם מתאימים לרמה של חוקה, כלומר לרמת הסדרים לטווח ארוך. עוד בעיה בחוקי היסוד הקיימים היא היות שהם נכתבו בזמנים שונים, הם



סובלים מהיעדר אחידות והיעדר עקביות שהם מתכונותיה של חוקה. נעשה, אפוא, מאמץ לגבש מסמך אחד כולל, העומד באמות מידה של אחידות ועקביות. כשאני מדבר על אחידות, הכוונה היא קודם כול לאחידות מבחינת התכנים. כלומר, שבמקום שאין הצדקה שיהיו הבדלים, למשל בנושא קביעת שכר לממלאי תפקידים שונים, לא צריכים להיות הבדלים. כמובן שכל דבר צריך להיבחן והאחידות שבה מדובר אינה מכנית אלא עניינית. אחידות מסוג שני היא ברמת הלשון, ואחידות מסוג שלישי היא ברמת הסדר, המבנה. בכל הרבדים האלה ניסינו להנהיג אחידות.

בגישתנו זו שאבנו השראה מחוק יסוד: הממשלה שפותח באפיון הממשלה כרשות המבצעת. כלומר, יש להתחיל באפיון הפונקציה שבה מדובר, ובדומה לכך אנו מציעים לנהוג גם בחוק יסוד: נשיא המדינה – לפתוח בכך שבראש המדינה יעמוד נשיא אשר יסמל את המדינה. אפשר לשפר עוד את הניסוח, אבל אסור להסתפק בזה שבראש המדינה עומד הנשיא, כפי שכתוב עכשיו בחוק יסוד נשיא המדינה. זו גם אמירה מטעה, משום שזר שהיה קורא את הסעיף הזה היה יכול להתרשם שיש לנו משטר נשיאותי. את זה יש לתקן כמובן, וזה מסוג התיקונים שאינם מהווים שינוי מהותי. ברוח דומה מוצע לפתוח את חוק יסוד: הכנסת או את הפרק שעוסק בכנסת. גם פה למדנו בינתיים שאפשר לשכלל עוד את מה שהצענו. הצענו שבסעיף 1 בפרק הכנסת ייאמר שהכנסת היא הרשות המחוקקת של המדינה. הוצע לשלב את הנוסח המוצע כך שייאמרו שני הדברים: שהכנסת היא גם בית הנבחרים ושהיא הרשות המחוקקת של המדינה. נדמה לי שההצעה הזו טובה מההצעה שהבאנו במסמך.

ברוח זו, בנושא מבקר המדינה הוספנו לסעיף 1 משהו חשוב לאפיון התפקיד, את סעיף קטן (ב) שלקחנו מסעיף 6, שאומר שבמילוי תפקידו יהיה מבקר המדינה אחראי בפני הכנסת בלבד ולא יהיה תלוי בממשלה.

עד כאן לגבי הבעיות או הקשיים בחוקי היסוד הקיימים, שפרופ' יצחק זמיר תיאר אותם יפה כשאמר שלכל היותר אפשר לראות אותם כטיוטות לפרקי החוקה. "לכשתבוא השעה וניתן יהיה לכנס את חוקי היסוד, עדיין יידרשו הרבה עבודה, חכמה וזמן כדי להכשיר אותם כפרקים בחוקה."

הדברים שכבר נעשו, הם פועל יוצא של הליקויים שיש בחוקי היסוד מהבחינות שהוזכרו, והקשה ביותר הוא להבחין בין מה שמתאים לרמה החוקתית ומה שמתאים לרמה של חוק רגיל. לצורך זה נעזרנו באמות



המידה שמופיעות בפסק הדין של הנשיא שמגר בעניין 'המזרחי', אבל כמובן שהמבחנים האלה הם מבחנים שמחייבים עדיין שיקול דעת לא מבוטל.

המבחן הענייני הוא סוג הנשוא, סוג העניין: האם זה נוגע למבנה המשטר? האם זה נשוא של זכויות אדם? האם זה נוגע ליחסי גומלין בין רשויות השלטון? מבחן אחר הוא מבחן הרמה של ההסדרה: האם מדובר בהסדרה ראשונית עקרונית של העניין או שמדובר ביישום, בהסדרה משנית, בפרטים של העניין? מה ההשלכות של הסיווג, האם זה משהו שנכון לתת לו רמה של עליונות, שנכון להפוך אותו למשוריין, משהו שניתן לראותו כעומד במבחן הזמן לטווח ארוך, האם הוא משתלב בתוך המכלול, מה ניתן ללמוד מההיסטוריה החקיקתית, האם מדובר בעניין קוניוקטורלי או בהסדרה עניינית, עקרונית, מה הייתה כוונת המחוקק בזמנו כשחוקק את הסעיף הזה? וכיוצא באלה.

אתן עכשיו שתי דוגמאות של פתרונות שננקטו כאן ושאפשר להתווכח עליהם. דוגמה ראשונה: בחוק יסוד: הכנסת של היום נאמר שיום הבחירות הוא יום שבתון. האם ההסדר הזה הוא הסדר שנכון לתת לו מעמד חוקתי, או שאפשר להוריד אותו לרמה של חוק רגיל? אתם יכולים גם לראות שאחד השיקולים שאולי לא מופיעים כאן בסוגיית חוקה או חוק, הוא השאלה: מה הסיכוי הריאלי שאיזשהו רוב בכנסת ינסה לפגוע בהסדר שבו עוסק החוק; אם מדובר בנושא שיש לחשוש שיהיה חשוף להתקפה, שינסו משיקולים לא טובים לשבש אותו, אולי רצוי להעביר אותו לרמה החוקתית.

דוגמה שנייה: בחוק יסוד הממשלה, אחרי הרבה ועדות שהמליצו על כך והרבה ראשי ממשלה שנמנעו מיישום ההמלצה, נכנס הסעיף שנוגע להקמת צוות לביטחון לאומי. האם הצוות לביטחון לאומי הוא עניין של החוקה, או שדי שיהיה מעוגן בחוק רגיל? מה אפשר ללמוד מההיסטוריה החקיקתית של הקושי לשלב את הסעיף הזה? האם זהו שיקול בזכות השריון של הסעיף הזה, או שיקול בזכות הפיכתו לחוק רגיל?

מבחינת הפרמטרים שעבדנו אתם, בתחילת הדרך קיוויתי להיעזר במחקר המשווה, ואכן נעזרנו בו (אם כי פחות ממה שהערכתני), כי חברי דוד קרצ'מר אמר לי כבר בהתחלה שאני מפריז בערכו של המחקר המשווה, משום שיש שמצויים מודלים שונים מבחינת רמת הפירוט של החוקה, והוא צדק.



שיקול שלא הערכתני מלכתחילה את מידת הקריטיות שלו, הוא שלעתים צריך להכניס הוראה לחוקה כדי להגן עליה מפני ביקורת חוקתית. אם לא תיכלל בחוקה, עשויה להיטען כלפיה טענה רצינית לפיה היא סותרת הוראות אחרות שבחוקה ולכן חסרת תוקף. יש מקומות כגון בסוגיית החסינות של נשיא המדינה, בהם קבענו לנושא עוגן חוקתי כללי, והוספנו שההסדר ייקבע בחוק, או אמרנו שפרטים ייקבעו בחוק. זאת על יסוד החשש האמור, מחד גיסא, ומתוך רצון להימנע מפירוט יתר, מאידך גיסא. במקומות אחרים חשבנו שאין מנוס מלהכניס את ההסדר כולו לרמה החוקתית.

עדכנו את התפתחויות שהיו בפסיקה. למשל, בפסק-הדין **פלאטו שרון** נאמר שכדי להצדיק השעייתו של ח"כ צריך שיתקיים כבר בעת ההשעייה הפוטנציאל להפסקת כהונה, כלומר עבירה שיש עמה קלון ושבועקבותיה מוטל עונש מאסר. אז הוראה כזו הוכנסה כאן. או דוגמה אחרת, את המשמעויות של פסיקת בית המשפט העליון בעניין דרעי ופנחסי הכנסנו לעניין סיום כהונה כאשר מוגש אישום, בעניין הזה המלאכה שלנו עדיין אינה שלמה: לא סיימנו לבדוק, לגבי כל החוקים, את ההשלכות של ייחוס עבירה שיש עמה קלון לנושא-משרה בשלבים שונים (אישום, הכרעת דיון, פסק דין וכו').

אחד הדברים הוא לבחון את הסוגיות השונות בכל החוקים לפי חתכי רוחב, ובכל נושא לבדוק שכר, הפסקת כהונה, הצהרת אמונים ועוד. גם בעניין הזה העבודה שלנו עדיין לא הושלמה. פועל יוצא של המהלך הזה היה היווצרותן של הוראות כלליות – עדות לכך שהמסמך לבש צורה של קודכס, שאחד ממאפייניו הוא ההבחנה בין חלק כללי לחלק ספציפי.

פה ושם הצענו להעביר סעיף מרמה של חוק רגיל לרמה של חוק יסוד. למשל, נושא יחוד כהונה של חברי כנסת מופיע בחוק חסינות וזכויות חברי הכנסת, ומשום שיחוד הכהונה לגבי שאר בעלי התפקידים מופיע ברמת החוקה, לא ראינו סיבה לא לנהוג כך גם כאן. את הנושא של חסינות שופטים אנחנו מציעים להעביר מחוק העונשין אל החוקה, משום שנושא החסינות מוסדר לגבי נושאי תפקידים אחרים בחוקה.

ניסינו לנסח דברים באופן שמתאים לחוקה – כללי, קצר, תמציתי. גם כאן אפשר לשפר.



גם אם החשוב מכול הוא שהמסמך הזה ימלא את הפונקציה המשפטית שנועדה לו, הצבנו לעצמנו כמטרה לייצר מסמך שיוכל להיחשב כחינוכי, ובהחלט יש להקדיש מחשבה לשאלה איך הופכים אותו לשכזה.

ולבסוף – בגלל חשיבותו של הנושא, אנחנו מציעים לפתוח את המסמך הזה בפרק של זכויות היסוד.

● **חיים צדוק:** לי אין ספק שאם נלך בכיוון של כתיבת חוקה מחדש – לא לנו, לא לבנינו, לא לבני-בנינו ולא לבנינו לא תהיה חוקה. הדרך היחידה שנותנת סיכוי מעשי להגיע לחוקה, היא הדרך הבלתי מושלמת שהותוותה בזמנו על-ידי החלטת הררי, כלומר, שלושה שלבים: ראשית, השלמת חוקי היסוד; שנית, כינוס של חוקי היסוד למסמך אחד שהוא החוקה (התשתית), החומר היסודי למי שיהיה מוסמך לעשות זאת מצויים בעבודה שהוגשה לנו; שלישית, מתן גושפנקה או אישור למסמך השלם והפיכתו לחוקה.

יש עוד חוקי יסוד שצריך לחוקק, בעיקר בתחום זכויות האדם. בתוך אותו מסמך שמכנס את חוקי היסוד למסמך חוקתי אחד, אפשר לנהוג בדרכים שונות, ובלבד שלא יעשו שינויי תוכן.

חוקי היסוד שנחקקו במשך למעלה מחמישים שנה, מטבע הדברים אינם מושלמים. אני חושב שאנחנו צריכים להפריד הפרדה ברורה בין ההליך של שינוי חוקי היסוד כדי לשפר אותם – וזה צריך להיעשות על-ידי הליך של חקיקה בכנסת, באותה דרך שבה נחוקק את חוקי היסוד הדרושים להשלמת מערכת חוקי היסוד – ובין ההליך של כינוס חוקי היסוד למסמך אחד. יש לערוך רשימה של חוקי יסוד שעדיין דרושים כדי שהתוכן של כל חוקי היסוד יכלול את התכנים ההכרחיים לחוקה. את החוקים האלה צריך לקבל בהליך חקיקה רגיל בכנסת, אבל רק את החוקים המשלימים, לא שינויים ולא את מלאכת כינוס החוקים.

אם מישהו חושב שבאחד מחוקי היסוד הקיימים יש פגם שזועק לשמים, צריך לשנות אותו בהליך חקיקה רגיל ולא בהליך של כינוס חוקי היסוד למסמך חוקתי אחד. התהליך הזה צריך להיות שיקוף – בלשון מעודכנת, בסגנון מעודכן, תוך ניפוי ההוראות הלא-חוקתיות מהחוקתיות – אבל הוא צריך להיות שיקוף נאמן של חוקי היסוד הקיימים. אם נסטה מזה, לא נגיע לחוקה.



כאמור, ראשית יש לערוך רשימה של חוקי היסוד שעדיין דרושים, ואני הייתי נוהג ברשימה זאת במקסימום הצניעות – לא כל מה שאפשר להכניס לתוכה, אלא רק מה שהכרחי.

השלב הבא הוא כינוס החוקים למסמך אחד, ואני חושב שהכנסת צריכה להסמיך בחוק גוף שמורכב מאנשי אקדמיה, מאנשי ציבור, מחברי כנסת, גוף שיהיה מוסמך לבצע את מלאכת כינוסם במסמך אחד של חוקי היסוד הקיימים, בתוספת חוקי היסוד המשלימים שיחקקו.

בנוגע למתן האישור הסופי, יש לפחות שתי אפשרויות. האפשרות האחת היא שהמלאכה הזאת תיעשה על-ידי הכנסת, והאפשרות השנייה, שתוסיף לדעתי נופך חגיגי וחינוכי, היא העמדת אותו נוסח משולב של חוקי היסוד – הוא החוקה – לאישור במשאל עם.

השאיפה המעשית צריכה להיות להגיע לחוקה ולא להלך בגדולות, מפני שככל שנרחיב את היריעה, תרחק מאתנו השלמת המלאכה של מתן חוקה.

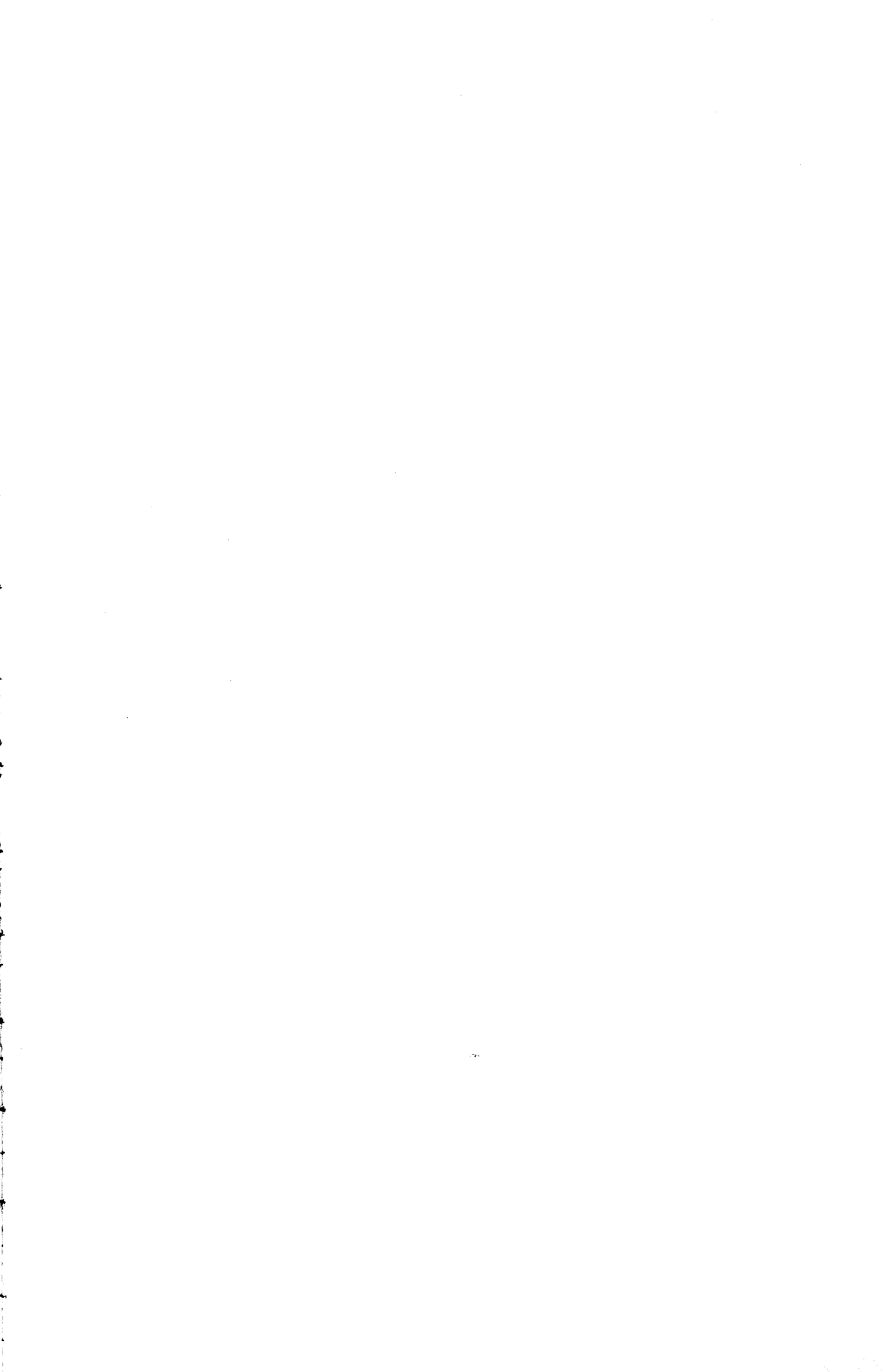
אני חוזר ואומר, רשימה צנועה, מצומצמת של חוקי יסוד הדרושים להשלמת מערכת ערכי היסוד. שנית, כינון גוף על-ידי חוק של הכנסת שיהיה מוסמך לעשות את מלאכת כינוס חוקי היסוד למסמך חוקתי אחד כשהוא מעדכן את הלשון ואת הסגנון ומנפה מתוך חוקי היסוד את החלקים שאין מקומם בחוקה. אגב, בקנה מידה קטן עשינו את המלאכה הזאת כאשר חוקקנו את חוק יסוד: שפיטה, שבו הוכנסו אלמנטים בעלי אופי חוקתי שהוצאו מחוק בתי המשפט ומחוק השופטים וחלק גדול נשאר בחוק בתי המשפט ובחוק השופטים. לבסוף, כאמור יובא המסמך לאישור במשאל עם.

● **אריק כרמון:** עכשיו נתפצל לשלוש קבוצות דיון, ואני רוצה להגדיר שלוש שאלות שתעמודנה לליבון בקבוצות.

השאלה הראשונה היא באמת השאלה שעמדה בראש המושב הזה: **כתיבה מחדש או השלמת חוקי היסוד.** שאלה שנייה מתבקשת היא: **מה בעצם חסר להשלמת התהליך.** ושאלה שלישית, שהיא שאלה פרקטית: **הצעות להשלמת המפעל שהתחילו בו שלושת החברים.**



קבוצות דיון



קבוצת דיון

כיצד משפרים את הצעת קרמניצר-קרצימר-ביניש?

יו"ר: השופט שמגר, מאיר – לשעבר נשיא בית המשפט העליון

שמות הדוברים (בסדר אלף-ביתי):

- פרופ' אזרחי, ירון – המחלקה למדע המדינה, האוניברסיטה העברית; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- פרופ' בנדור, אריאל – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
- מר דוד, יוסי – החוג למחשבת ישראל, האוניברסיטה העברית; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- ד"ר זלצברגר, עלי – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
- ד"ר כרמון, אריק – נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- מר מירום, חגי – לשעבר חבר כנסת
- השופטת רוטלוי, סביונה – בית המשפט המחוזי, תל אביב
- עו"ד צדוק, חיים – לשעבר שר המשפטים
- מר ראב, דוד – Global Strategies

● מאיר שמגר: תפקידה של קבוצת הדיון שלנו הוא לחשוב איך משפרים את מפעל ביניש-קרצימר-קרמניצר – הכוונה להערות, להצעות, לשיפורים טכניים ומהותיים. נקודת מוצא להמשך הדיון יהיו דבריו של חברנו חיים צדוק, שציידד בשיטה של הסתמכות על האיגוד-יחד של חוקי היסוד הקיימים (ברוח החלטת הררי), במקום להתחיל לכתוב חוקה חדשה שלמה מראשיתה.

נקודה שנייה לדיון, שעלתה גם היא מדבריו של מר צדוק, היא שאחרי שיש בידינו עכשיו עבודת ביניש-קרצימר-קרמניצר, דרוש שלב נוסף של השלמת חוקי היסוד החסרים, ומר צדוק כבר הודיע שהוא מצדד בשיטה,



נקרא לה 'מינימלית אפשרית', של הוספת חוקי יסוד. מדובר רק באותם חוקי יסוד שדרושים על-פי אמות המידה המקובלות עלינו ולפי דרישות מהותיות של הנושא – כדי שתהיה לנו מגילת זכויות ראויה. במילים אחרות – השאלה תהיה האם גם אתם סבורים שכאשר יוצרים את חוקי היסוד הנוספים החסרים, נחוצה רק התייחסות מינימליסטית, להבדיל מהתייחסות שמביאה למשל בחשבון באופן נרחב את הזכויות החברתיות לסוגיהן, ומוסיפה מה שנקרא 'דור שני של זכויות'. גם בתחום הזכויות המוכרות, יש הבדל בין נקיטת שיטה חסכנית, כדוגמת החוקה האמריקאית, לעומת זו שנוקטות חוקות אחרות, אירופאיות וחדשות, שבהן קיים פירוט רחב יותר.

אחרי שכבר יש בידינו הנוסח חוקי היסוד הקיים, שאותו נכנה 'הנוסח השלם הקיים', ויש לנו באמתחתנו חוקי יסוד נוספים, הכנסת, לפי עו"ד צדוק, תמנה ועדה שתעסוק במלאכת הסינון והניסוח הסופיים בדומה לוועדה שעורכת נוסח חדש או נוסח משולב (כדוגמת הוועדה שמטפלת בנוסח אנגלי-מנדטורי והופכת אותו לנוסח עברי, או שמשלבת יחד חוקים קיימים). היא מוסמכת על-פי סעיף 11א' לפקודת סדרי שלטון ומשפט. זו תהיה ועדה הממונה מטעם הכנסת והמוסמכת לשנות ביטויים, ליצור ביטויים חדשים מה שנקרא 'יסטרים ליינינג'.

בשלב הבא הכנסת תחליט מה שתחליט; היא יכולה להחליט על בחירות כלליות, והיא יכולה להחליט על משאל עם.

מתעוררת שאלה נוספת שגם לגביה הייתי רוצה את התייחסותכם. לצד השילוב הזה שביצעו קרצ'מר וקרמניצר ושהקפידו בו באופן מאוד אורתודוכסי לא לעשות מהפכות – אפשר במקביל, לשם החשת העניינים, להגיש לכנסת מסמך שכבר כלולים בו השיפוצים והשיפורים של היסטרים ליינינג, ועל-ידי כך תיחסך עבודה מהוועדה של הכנסת. נייר-עבודה כזה ישמש מצע לדיון, וקל יותר לקיים דיון על יסוד מצע לדיון מאשר להכינו בראשית הדיון.

● **אריאל בנדור:** נקודה נוספת שנראית לי חשובה: מחברי המסמך מציעים שניתן יהיה לשנות את החוקה ברוב של חברי הכנסת. לדעתי, נחוצה מידה מסוימת של שריון, שהרי לא מדובר בנוסח משולב של חוקים אלא בחוקה, ומה עוד שנתקבלה במשאל עם. צריך למנוע מצב שבו יום אחרי קבלת החוקה, הכנסת תוכל, ברוב של שישים ואחד קולות, לשנות את החוקה, אפילו שינויים דרמטיים, אולי באמצעות חוק יסוד.

● **מאיר שמגר:** מה שאתה מבקש לומר הוא שתהיה חוקה שמשוריינת במידה כזו שהממשלה לא תוכל לזום את שינויה על נקלה. רוב של שישים ואחד הוא באמת קטן מדי, וזה נושא נוסף שאשמח לשמוע בו את דעותיכם.

● **דוד ראב:** מה שחסר לי במסמך הזה, המצוין בדרך כלל, הוא הלוגיקה של שיטת המשטר, כלומר – למה הדברים הם כך ולא אחרת. קראתי למשל על תפקידי הנשיא, ועדיין אינני מבין למה יש נשיא בכלל, ולמה דרושים עשרה חברי כנסת להציע מועמד לנשיאות ולא אחד עשר או תשעה. בעיה נוספת: אם מתקינים את החוקים צעד-צעד ולא 'במכה אחת', יש חוסר עקביות ואין לוגיקה משלבת, כי כל חוק עובר לפי צורכי השעה ולא לפי איזו הסתכלות-על.

● **מאיר שמגר:** מה שחסר לך הוא הנמקה? הרי הנמקה לא כותבים בתוך החוקה.

● **דוד ראב:** הנמקה ודאי קיימת בניירות של המכון הישראלי לדמוקרטיה. אבל, לדוגמה, כתוב שהנשיא לא ייצא מגבולות המדינה, אלא בסמכות הממשלה. למה, אם הוא באמת מסמל את המדינה, ראוי שהוא יכול לעשות מה שהוא רוצה. מה שרציתי לומר הוא שאסור ללכת שלב-שלב בנוגע לחוקי יסוד, אלא צריכה להיות איזושהי פילוסופיה משטרית כבסיס, איזו תאוריה עקבית של משילות.

● **מאיר שמגר:** אתה מצדד בכך שגם החוקים הקיימים יבואו מחדש לדיון בכנסת?

● **דוד ראב:** לפי דעתי נחוץ לשבת ולדון מחדש במערכת המשטר, להשלים מה שחסר, להביא להתאמה בין כל מה שקיים. לחזור ולהסתכל על כל דבר לשאול למה ואיך זה מתאים להשקפה שלנו. זה אפשר לעשות רק 'במכה אחת', כשיושבים יחד.

● **אריק כרמון:** צוינה כאן הבחנה בין שני סוגי חוקות: האחד – חוקה קוהרנטית, מסמך שכותב גוף שהוסמך לכך ושמאשררים אותו בצורה שנקבעה מראש; השני – חוקה אורגנית שצומחת ומתפתחת, נוסח אנגליה, כלומר משהו לא כתוב, דבר שצמח מלמטה.

התהליך שקיים במדינת ישראל, התהליך של חוקי יסוד, אינו 'נופלי לא בקטגוריה האחת ולא בקטגוריה השנייה'; זוהי דרך ביניים. ייתכן, כמו



שאמר כאן דוד ראב, שצריך לשכוח כל מה שהיה ולכתוב מהתחלה את חוקי היסוד, את החוקה. מאידך גיסא אמר כאן חיים צדוק שאם הכוונה היא להגיע לסוף הדרך של ההליך החוקתי, אין תחליף להתמדה בתהליך של חוקי היסוד.

● **מאיר שמגר:** דוד ראב דיבר על תיקונים בנוסח הקיים של חוק יסוד זה או אחר, למשל חוק יסוד: נשיא המדינה, תיקונים שאינם מופיעים בנוסח המשולב של קרמניצר וקרצימר.

למעשה, יש אלטרנטיבה אחת ושתי דרכים לבצע אותה. אם באמת מדובר על חומר שמצריך תיקון או הבהרה בחוק יסוד לפני שהופכים אותו לנדבך בנוסח המשולב – אפשר לבצע זאת באחד משני האופנים: או להגיש הצעת תיקון לחוק יסוד: נשיא המדינה בכנסת, או לקבוע שהוועדה, שתעסוק בשילוב יחד, תהיה גם מוסמכת לכלול תיקונים בנוסח שבידיה. האופן השני מצריך עוד הצבעה בכנסת על התיקונים האלה, לפני שהולכים למשאל עם. אני כשלעצמי הייתי מציע לא לעשות כעת תיקונים, וזאת מסיבות פרקטיות: אם, כמתחייב, מציעים תיקונים בחוק יסוד: נשיא המדינה לפני שהולכים למשאל עם – מילא; אבל דרישה להכניס תיקונים בחוק יסוד: הממשלה, למשל, תעורר ויכוח אינסופי וגם ישמש תירוץ לכל המעוניין בעיכוב הפעולה החוקתית.

בנוגע לשאלה של דוד ראב, מדוע נשיא אינו יכול לעזוב את המדינה ללא אישור? – נכון שאין לכך הסבר בחוק, אבל גם למלכת אנגליה אסור לעזוב את המדינה אלא באישור של ראש הממשלה, גם בלי שזה כתוב באיזשהו מקום. כשמדובר באדם שהוא סמל, בנשיא, הוא אינו יכול לצאת מחוץ למדינה, כי אז הוא כאילו פוסק להיות נשיא בפועל. זאת דווקא הוראה שאני מביין; הרעיון שלפיו מי שמסמל את הריבונות נמצא בתוך המדינה ועוזב רק באישור, דומה לסטנדרטים של הלגיונות הרומים; אלו נמצאו תמיד עם הלגיון. לכן הייתי מציע שנרשום לפנינו, וגם דיברנו על כך במליאה, שצריך לעבד תיקונים, תוספות, שינויי סדר, חצאי משפטים, תוספת מילים וכיו"ב.

● **עלי זלצברגר:** היות וההבדל בין הערות מהותיות להערות טכניות הוא מאוד עמום – הייתי מציע להיזהר ממה שהוצע כאן, כי משמעו לתת את הכוח לבצע שינויים מהותיים באמצעות הערות טכניות.

● **מאיר שמגר:** אולם הכול מגיע לאישור הכנסת.



● **עלי זלצברגר:** בסופו של דבר, מהו הערך המוסף של הקודיפיקציה הזאת? הרי עצם הקודיפיקציה אינו פותר את הוויכוחים המאוד עמוקים שקיימים לגבי חוקה, לגבי ביקורת שיפוטית, לגיטימציה וכו'; פשוט מעכשיו יהיה לנו מסמך אחד במקום שניים עשר חוקי יסוד.

לכן, לבעיה הזאת יש לגשת מהכיוון השני שציינתי גם במליאה – לא מהכיוון של קודיפיקציה של תוכן, אלא מהכיוון של פרוצדורה של קבלת החוקה. לדעתי, הנקודה המרכזית בזמן ובמקום שלנו היא להוציא את הסמכות החוקתית מידי הכנסת ולמסור אותה לאספה מכוננת או לאיזה גוף שייבחר על-ידי הכנסת. גוף כזה יכניס כל שינוי שנראה לו במסמך הזה, יותר מהותי או פחות מהותי; המסמך הזה יכול לשמש בסיס מצוין לדיון. לגוף הנבחר הזה תהיה סמכות יותר מהותית, ואחרי שיסיים את פעילותו, יובא המסמך המתוקן למשאל עם; זה יהיה המעמד החגיגי שבו באמת תאומץ חוקה, שאנשים יבינו שיש חוקה, שיש תרבות חוקתית. מה שאתם מציעים הוא אמצעי טכני שבעצם לא יענה על הצרכים של חוקה מהותית.

● **מאיר שמגר:** אתה פשוט מעוניין ב'פייר וורקס' (זיקוקין דינור) של השופט מישאל חשין.

● **עלי זלצברגר:** לא רק ה'פייר וורקס', אלא גם בכך שהפרוצדורה תתבצע על-ידי גוף מוכר ובנוי לצורך זה. הכנסת לא יכולה לאמץ חוקה וגם לא יכולה לקבל את המסמך הזה, מכיוון שבכל מועד נתון שבו הכנסת דנה, שמונים אחוז מחברי הכנסת מציגים שיקולים שאינם לגיטימיים מההיבט החוקתי, גם אם הם לגיטימיים מבחינתם כחברי כנסת, כפוליטיקאים.

מאוד מעניין להסתכל על ארצות מזרח ומרכז אירופה שעברו זה לא כבר את תהליך הטרנספורמציה המדהים מקומוניזם לדמוקרטיה. הם אמנם עשו זאת באמצעות הפרלמנטים, אבל להליך הפרלמנטרי קדם מה שנקרא roundtable talks – כלומר, דיונים בצורה מובנית, שונים מדיון פרלמנטרי רגיל ולא על-ידי חברי פרלמנט, שבהם הקבוצות השונות הציגו את הדרישות שלהן והגיעו לפשרה.

● **מאיר שמגר:** אני מסכים אתך על העיקרון, אבל צריך להביא בחשבון שבמזרח אירופה הם קיבלו טקסט קוהרנטי שלם. זה לא היה חיבור יחד כפי שזה אצלנו, אלא טקסט מושלם, שגם בו הוועדה שישבה שם יכלה להכניס תיקונים.



אצלנו זה יותר קשה מכיוון שיש כנראה הרבה דברים שנחוץ לתקן, בייחוד הסעיפים הטכניים שאתה רואה כסעיפים של פרוצדורה, שבכלל צריך להעביר אותם לחוק רגיל, כמו שקרה אצלנו, כאשר העברנו את חוק יסוד השביתה. נתקבל אז חוק בתי משפט נלווה, שבו נכללו התיקונים שהוכנסו לחקיקה הרגילה. משמע, אם רוצים להוציא סעיפים מחוקי היסוד, צריך להעביר אותם לחוק רגיל; כלומר, נחוץ תיקון חוק רגיל כדי להוציא סעיפים מחוק היסוד, אלא אם מסמיכים את הוועדה לבצע גם זאת בהינף אחד.

● **חגי מירום:** הייתי רוצה לתרום לדיון הזה מהניסיון שלי כפרלמנטר שישב אחת עשרה שנים בוועדת החוקה וקצת מכיר את 'הראש הפרלמנטרי'.

קודם כול, לא הייתי מבזבז דקה על דיון בהקמת גוף מכוון חלופי לכנסת, כי הכנסת לא תאפשר זאת. ולא צריך להיות מאגודת ישראל או משי"ס או מהמפד"ל או מאיזושהי מפלגה קיצונית ימנית כדי לא להסכים לכך; גם בליכוד ובמפלגת העבודה לא יסכימו.

● **עלי זלצברגר:** אז איך אתה מסביר שהכנסת מאצילה כל כך הרבה מסמכויותיה לבית המשפט העליון?

● **חגי מירום:** מפני שהכנסת לא הצליחה להגיע להסכמה על חקיקה, לכן היא הותירה חלל גדול שבית המשפט העליון נאלץ, בעל כורחו, למלא.

● **מאיר שמגר:** סיטואציה כזאת איננה אפשרית גם אם הכנסת תמנה ועדה של יותר מחמישה-שישה איש? גם כשהוועדה תשקף את הפרופורציות של המפלגות בכנסת?

● **חגי מירום:** חד-משמעית לא! על זה תבזבז כל האנרגיה, ולא נצליח אפילו לצעוד את הצעדים הראשונים הקטנים. גם כשהקימו בעבר ועדות מחוץ לכנסת לדיון בנושאים מסוימים, גם אז לא אפשרו שמסקנותיה של ועדה כזו יהיו סופיות, ותמיד הנושא היה צריך לחזור לוועדת הכנסת לאישור. ואם את כל הסיבוב הזה נעשה כדי לחזור לאותו המקום בדיוק – למה שלא נעבוד מלכתחילה עם הכנסת, איזושהי עבודה סוציאלית מסודרת, במקום לבזבז את האנרגיה לריק?

עניין אחר: העבודה שנעשתה כאן על-ידי קרצימר, קרמניצר וביניש, דהיינו הניסיון לקחת את החוקים, להוציא החוצה סעיפים שהם לא חוקתיים

ולנסות להעביר אותם למסגרות אחרות – זוהי עבודה נכונה מאוד והיא יכולה להתקבל על דעתו של הפרלמנט. כבר עשינו דברים כאלה בחוקים המשולבים, בנוסחים המשולבים של חוק, ועשינו את זה גם במהלך חקיקה. למשל: רצינו לחוקק את חוק היועץ המשפטי לכנסת, חוק שנוי במחלוקת, כדי ליצור מעמד לרשות המחוקקת אל מול הרשות המבצעת: ילכם יש את היועץ המשפטי שלכם, לנו יש את היועץ המשפטי שלנו. היה צריך לקבוע איך הוא ינהל את הלשכה שלו, איזה מן סמכויות יהיו לו, איזה שירותים הוא ייתן לכנסת. אז פתחנו מין 'קווי אשראי' כאלה של חוק הכנסת.

כאמור, העבודה שנעשתה היא נכונה מאוד, היא מוציאה החוצה דברים שאינם חוקתיים והיא משתדלת לקיים מינימום התערבות במהות החקיקה הקיימת של חוקי היסוד. אם רוצים ללכת לקודיפיקציה של חוקי היסוד למעמד של חוקה, אז הדבר הנכון הוא לשכנע את בית הנבחרים שאנחנו לא רוצים לשנות שום דבר, אלא לעשות סדר בקיים ולגבש משהו שנראה כמו תמונה כוללת של חוקה.

דרך אגב, גם על זה תהיה התנגדות פוליטית, כי יש גורמים בכנסת שאינם רוצים חוקה, שחוקי היסוד הם בעיניהם טריפה. זה לא יהיה קל, אבל בדרך הזאת זה יותר אפשרי.

אני מוכרח לומר שנושא משאל העם זר לי במקצת וגם בעייתי. הוא בעייתי, כי יכול להיווצר מצב שבו, בגלל התמרמרותם של סקטורים מסוימים שלא קיבלו את שלהם, נקבל במשאל העם הזה תוצאה מאוד משונה. אבל מעבר לזה – ככל שידוע לי, ברוב המדינות גוף מכוון הוא גוף ייצוגי, הוא לא העם.

● **מאיר שמגר:** אז מה אתה מציע?

● **חגי מירום:** שהגוף המכוון, דהיינו הכנסת, הוא שיכונן את החוקה, כמו שנעשה עד היום. הרי אתם בעצמכם כתבתם שיש ראשית חוקה לישראל, ואתם כתבתם שיש פה מהפכה חוקתית ואתם ציינתם ש'הכנסנו את רגלינו לנושא של החוקה. מי שהכניס אותנו לשם הוא הכנסת, לא שום גוף אחר, במסגרת הסמכויות שלה להיות גם מחוקקת וגם מכוונת. היא יכולה להקים גופי ייעוץ ימפה ועד הודעה חדשה' והיא עושה זאת, אבל בראייה כוללת, אם אנחנו רוצים להתקדם התקדמות של ממש, הכנסת תהיה הגוף המחליט.

● **קריאה:** באיזה רוב?



● **חגי מירום:** שאלת הרוב הדרוש היא שאלה מאוד נכבדה, ואני נוטה לחשוב על משהו שהוא בסביבות שבעים ח"כים, על משהו שהוא מעל השישים ואחד, כדי שלא יהיה מובן מאליו שכל ממשלה שהצליחה ליצור לעצמה את הבסיס הפרלמנטרי, תוכל לעשות בו שימוש לשינוי החוקה. לקבלת החוקה עצמה יספיק רוב של שישים ואחד או אולי גם במקרה זה נחוץ רוב מיוחד – אם לא תשיג רוב מיוחד מאוד בכנסת פעם אחת על מנת להעביר בהצבעה את החוקה, אז לא עשית מעשה, כי בתזה שלי, הצבעה כזו מחליפה את משאל העם. צריך, אם כן, להגיע לרוב יוצא מן הכלל, נדיר, מיוחד בתוך הכנסת, ואני רוצה להזכיר לכם שהיו רגעים בחיי הכנסת שהגיעו לרובים כאלה – באמנות, בהסכמי שלום.

לסיכום – הצוות עשה פה עבודה טובה ונכונה, אבל לא מספקת; יש פרטים שצריך לעוד אתם קדימה וחלקם גם אינם שנויים כל-כך במחלוקת. אם נפסע ישר לחופש הדת והחופש מדת – ניעצר, ניכשל. אם ניכנס לשאלת הניסיון לתת אופי חוקתי ליהדותנו, ליהדותה של המדינה הזו – ניכשל. אבל אם נטפל בשורת שאלות שהן על גבול ההסכמה (כמו למשל שאלות של שוויון, דווקא בזיקה לימעמד האישה?), אני מאמין שנוכל להתקדם בהן.

אם המכון הישראלי לדמוקרטיה עוסק כאן בניסיון לייצר דחיפה קדימה, יש לדעתי מספר מוגבל של נושאים שאפשר להציע בהם תיקונים או תוספות, או משהו חדש. אבל צריך להתחיל בדרך של העברת העניין כמו חקיקה רגילה, לא ב'הזדמנות החגיגית הזו' של העמדת הקודכס שנעשתה פה.

● **ירון אזרחי:** אני אתייחס לשלוש נקודות: א' – טיב השינוי; ב' – מינימליזם; ג' – משאל עם.

לגבי טיב השינוי – יש לזה היבט רטורי, כלומר איך מעבירים חוקה בחברה שיש בה יסודות אנטי-דמוקרטיים, אנטי-קונסטיטוציוניים כל כך חזקים. בהקשר זה מעניין להזכיר כי לקראת השינוי של הינו דילי, פרנקלין רוזוולט שלח מזכר לכל הגורמים הפוליטיים והמנהליים במדינה, שבו הצהיר שאין כוונה לעשות שום שינוי. אני לא אומר שצריך לנקוט צעד כל-כך קיצוני, אבל אני חושב שצריך לתת את הדעת על ההיבט הרטורי וגם לנקוט גישה שלא תהיה יותר מדי חגיגית, של אירוע חד-פעמי עם חוקה כתובה מחדש מא' ועד ת', אלא גישה אקספרימנטלית. גישה אקספרימנטלית כזו היא גם מתאימה וגם נכונה מבחינת הדמוקרטיה.



למשל, השינוי, או ליתר דיוק, הביטול של חוק הבחירה הישירה – אפשר להפוך את ראיית המהלך מעניין שלילי לעניין חיובי לאמר: יניסינו משהו, הוא לא צלח ושינינו. כל הכבוד למערכת הישראלית – נעשה ניסוי, ראינו שתוצאותיו שליליות, חזרנו בנו'. גם מבחינה רטורית וגם מבחינה מהותית, אני בעד תהליך שבו אמנם מוצגת תמונה יותר כוללת, אבל לא מבצעים את המהלך בצורה חדה וחריפה מדי.

אשר למינימליזם – גישה כמו זו שהבאתי כאן מתקשרת גם לרעיון שהציג חיים צדוק. כללית אני מקבל את הגישה המינימליסטית, אבל אני סבור שבמקומות שבהם אין בעיה של מחלוקת קשה, אין סיבה לא להיכנס לפרטים אם הם מוסיפים נדבכים חשובים למסמך החוקתי. כך שאני לא בעד מינימליזם מוחלט וגם לא בעד מקסימליזם מוחלט, אלא בעד סלקטיביות לפי העניין, ולכן אני מתנגד למשאל עם ומשתי סיבות עיקריות:

א' – ממחקרים השוואתיים על הדמוקרטיה המערביות היום, מצטייר שהתופעה של משאל עם משקפת מצב של החלשת הפרלמנטים על-ידי גריעה מן הלגיטימציה במערכת המפלגתית. זאת, מפני שמשאל עם מעצם טיבו מתאים מאוד לתפקיד הבסיסי של אמצעי קומוניקציה המוניים והשיטות הפוליטיות הקשורות בהם. לכן, גם אם יש כאן תומכים רבים לרעיון משאל העם בהקשר לאימוץ החד-פעמי של חוקה, לפחות שלא יהיה סעיף בתוך החוקה שנותן פתח למשאל עם בעתיד.

ב' – המינימליזם, הרתיעה ממשאל עם וגם הגישה האקספרימנטלית, נובעים אצלנו, לדעתי, מכך שאנחנו מנסים לקיים מוסדות של משטר דמוקרטי ולכונן דפוסים – כמו חוקה – של משטר קונסטיטוציוני, בחברה פוליטית שבה הכוחות הא-דמוקרטיים והא-ליברליים מאוד חזקים. ולכן במובן מסוים, כמו שקורה במקומות לא מעטים בעולם, התפקיד של הקונסטיטוציה הוא קונסטיטוטבי ביחס לפוליטיקה, כלומר הוא בא לתחום של כללי המשחק הפוליטי החופשי, תוך צמצום יכולתה של פוליטיקה שוטפת לפגוע ביציבות הכללים, לשם התאמתם לצרכים פוליטיים חולפים.

לא הייתי נוקט גישה פטרונית ואומר שהחוקה היא מסמך חינוכי, אבל כבר מזמן קיבלתי את דעתו של ז'ן ז'ק רוסו שאחד הדברים, אם לא הדבר המרכזי, שבונה את התרבות הפוליטית של חברה הוא מוסדותיה. חוקה היא מוסד כזה. אם נחכה עד שהחברה הישראלית תהיה די דמוקרטית לחוקה מהסוג שרצוי לנו, נחכה עד בוש. כדי שהתהליך



החוקתי לא יפחיד את הציבור הזה, כדאי שהוא לא יהיה יותר מדי חגיגי (ואז הוא לא ימשוך יותר מדי התנגדות) וכדאי שהוא יציג את עצמו בצורה אקספרימנטלית 'שלא מגרדת את הנצח'; כך הפוליטיקה הקונסטיטוציונית, הפוליטיקה של החוקה, תהיה כזו שמתעלה מעל לפוליטיקה היום-יומית, אבל לא מנסה 'להדביק' את עצמה לנצחיות.

● **מאיר שמגר:** הייתי מבקש להציג לירון אזרחי מספר שאלות. התזה שלך לגבי הסיכונים בדרכה של חוקה בנויה על כך שלחלק מהציבור אין גישה דמוקרטית ולכן הוא יביע התנגדות. אני מוכרח לומר שאינני רואה שחורות כמודך, ומשתי סיבות:

ראשית, אינני חושב שהרכב הציבור הישראלי שונה פרופורציונית מהבחינה שאתה מדבר עליה, מההרכב, למשל, של הציבור הגרמני. רק לפני יומיים-שלושה ראינו סרט של חיים יבין שהיה מאוד מדאיג בהקשר הזה. אותנו כלל חל גם על צרפת, על איטליה וגם על חלקים בארצות-הברית. מה שהתקבל לבסוף לפני מאתיים שנה בפילדלפיה, למשל, התקבל ברוב, לא פה אחד.

שנית, בגישתם של הרב לוי ושל הרב גפני ראיתי סוג של נכונות שמשמעה: 'אם תשתפו אותנו, לא י'תשימו לנו רגל' ולא תציגו לנו פתאום הפתעות שזכות לחיים פירושה 'אוויתנויה' וזכות להתאבדות – נלך אתכם'. אני חושב שהרב לוי גם ער לכך שכל גוף שנמצא במיעוט זקוק להגנות החוקתיות.

גם אסור לנו להתבסס על נצחיות המצב כפי שהוא היום, כשלא נשקפת סכנה לדמוקרטיה; זה עלול להשתנות. כבר היו דברים מעולם. לכן צריך להזדרז. ודאי שיהיו התנגדויות, אבל זה אינו צריך להרתיע.

במה שנוגע למשאל עם – בפסק דין **מזרחי** לא הסכמתי עם פסק דינו של השופט חשין, אבל הבנתי מה הפריע לו: הוא רצה שאקט של יצירת חוקה יהיה משהו שהציבור חש אותו, שלא יבואו אחר כך, כפי שבאו אלינו בכל הכנסים הקודמים של המועצה הזאת ויאמרו: 'רימו אותנו, לא אמרו לנו. אני ידעתי שיש חוקה, אבל איש לא אמר זאת בפומבי; הצבענו בלילה, עשרים וכמה ח"כים נגד כמה אחרים, וכן הלאה', זאת לא התרוממות רוח, זה לא אקט חגיגי.

● **ירון אזרחי:** בדרך כלל כינון חוקה זהו אקט עצום של אלימות. לא היו חוקה או הקמת מדינה שלא לוו באקט של

אלימות שאחר כך המיתוס של המדינה מנסה להשכיח אותו. המומנט החגיגי הזה לא ידוע מן ההיסטוריה.

● **מאיר שמגר:** ודאי, קח את היעקובינים – גם הם יצרו חוקה חדשה.

● **עלי זלצברגר:** הכרזת העצמאות שלנו, שהתקבלה פה אחד, שחתומים עליה תופיק טובי וקלמן כהנא, לא הייתה תוצאה של אלימות.

● **ירון אזרחי:** גם בהקשר הצרפתי וגם בזה הישראלי הייתה כמובן אלימות. אין לשכוח זאת.

● **מאיר שמגר:** כיצד מעבירים חוקה? כשאתה גומר את כל המלאכה ומשלב יחד את הנייר הזה עם חוקי היסוד החדשים, זה יוצר מסמך חוקתי. דווקא אחרי חמישים ושלוש שנים שהמדינה קיימת – זה צריך להיות אקט שכל אזרח צריך לדעת עליו: היום הוא יום קבלת החוקה. יום קבלת החוקה בגרמניה הוא יום חג רשמי, ואני מתאר לעצמי שגם במדינות אחרות. אז אולי לא חגיגה בדיוק – יש לנו די ימים שלא עובדים בהם – אבל גם להצניע אסור.

● **ירון אזרחי:** אני בהחלט תומך באופטימיזם, גם באופן עקרוני וגם באופן קונסטטואלי. אני חושב שאופטימיזם הוא הנחת עבודה טובה בהרבה למפעל כמו שלנו מאשר פסימיזם. אני גם לא פסימי, אחרת לא הייתי נמצא פה.

ראשית – גם אני חושב שאפשר יהיה לעשות חגיגה, אבל אולי בשלב מאוחר יותר. שנית – אינני בטוח שהדוגמה של גרמניה בעניין החוקה היא טובה. הרי הגרמנים דבקו, כמעט לאחר ייאוש, בקונסטיטוציה הדמוקרטית שלהם כדי להציל את דמותה של גרמניה לאחר הנאציזם והשואה. אנחנו לא היינו רוצים להגיע למצב שבו אנחנו צריכים להציל את שמנו הטוב ולשם כך לדבוק בחוקה...

בציבור הישראלי יש דעה טובה מאוד על הדמוקרטיה הישראלית. נכון שמבחינה פוליטית יש הרבה מאוד ביקורת, אבל הציבור הישראלי בטוח שדמוקרטיה היא שלטון הרוב, או, בקיצור, שלטון היהודים, ושאנחנו דמוקרטיה. לכן אינני סבור שהציבור מרגיש צורך חזק במיוחד (כפי שמרגישה הקבוצה שלנו וכמה מעגלים מסביבה) לחוקה חדשה. אבל אם נבצע זאת בצורה שתשכנע את הציבור שיש פה סיבה לחגיגה, אני לא מתנגד.



● **חיים צדוק:** כפוליטיקאי מעשי עם ניסיון מסוים, אני משוכנע שאם נצא למלאכה של כתיבת חוקה באמצעות הכנסת – במשך דורות לא תהיה חוקה. ב-1992 חוקקנו את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואנחנו יודעים שחסרות בו כמה זכויות יסוד כמו חופש הביטוי או חופש ההתארגנות או חופש ההפגנה, אבל עד עכשיו לא הושלמה המלאכה – בין בתיקון חוק היסוד כבוד האדם וחירותו ובין בחוק יסוד נפרד – בגלל יחסי הכוחות הפרלמנטריים בכנסת והקושי להגיע להסכמה.

כדי להגיע לחוקה, צריך ללכת בדרך של כינוס חוקי היסוד במסמך חוקתי אחד. זו האפשרות המעשית היחידה. אם נמתין לחקיקה חדשה של הכנסת, גם הנינים שלי לא יזכו לחוקה.

עכשיו אני מבקש להבחין הבחנה ברורה בין הליך החקיקה הרגיל על-ידי הכנסת, כולל החקיקה של חוקי יסוד, ובין ההליך הספציפי של כינוס חוקי היסוד הקיימים למסמך אחד. רוצים להוסיף חוקי יסוד, זכויות יסוד נוספות – יעשו זאת בהליך חקיקה רגיל. רוצים ליזום חוק יסוד: זכויות חברתיות – בבקשה. אם יחוקקו אותו לפני שמכנסים את חוקי היסוד במסמך אחד, הוא ממילא ייכלל בחוקה. מישהו חושב שהתפקיד של הנשיא מיותר – יציע חוק לביטול חוק יסוד: נשיא המדינה או לתיקון חוק יסוד זה. אבל זה הליך שונה לגמרי מההליך שאנחנו מדברים עליו. אנחנו מדברים על הליך שצריך להיות טכני עד כמה שאפשר. כלומר, חוקי היסוד הקיימים הם טובים, פחות טובים, או גרועים; מי שרוצה לשנות אותם שילך לכנסת; ואילו ההליך הזה הוא כינוס כל חוקי היסוד במסמך אחד – החוקה – על כל מגרעותיהם. לצורך הזה נחוצה מלאכה מהסוג שעשו קרמניצר וחבריו.

● **עלי זלצברגר:** למה זה עדיף על כלום? מה הערך המוסף של הקודיפיקציה?

● **חיים צדוק:** הערך המוסף הוא שעל-ידי אקט חד-פעמי, על-ידי רוב מיוחד של הכנסת או על-ידי משאל עם, אנחנו אומרים לציבור: זאת החוקה של מדינת ישראל, אלה זכויות היסוד של האדם, זה המבנה הקונסטיטוציוני והדמוקרטי של מדינת ישראל. זה היתרון שיש לכל חוקה. מה שאמרתי עכשיו לציבור, לנוער, לילדים בבית הספר – על-ידי איסוף החוקה – אי אפשר להגיד על איזשהו אוסף של חוקי יסוד שיש בהם סעיפים טכניים לחלוטין אשר אומרים, למשל, כמה זמן ניתן לראש הממשלה המיועד להקים ממשלה.

● **מאיר שמגר:** חיים צדוק מדבר על קיבוץ יחד של חוקי היסוד הקיימים, קרי הליך הקונסולידציה. ידוע שחסרים כאן חוקי יסוד חשובים כמו חופש הביטוי וחופש ההפגנה, וחייבים לחכות שהם יעברו בכנסת. כי מה החשש שלי? אם מבצעים את האקט של הכינוס כדי להשיג אפקט של חוקה – לא יכבדו את החוקה הזאת, כי תשעים אחוזים ממנה עוסקים בממשלה, במבקר המדינה, במקרקעי ישראל. אבל במה שנוגע לחירויות, תעלה הסברה שלמדינת ישראל יש מגילת זכויות שעוסקת רק בחופש העיסוק ובכבוד האדם.

● **חיים צדוק:** כאן נכנס האלמנט של המינימליזם. המינימליזם הזה איננו נוגע לחקיקה של הכנסת. אני בעד זה שהכנסת תחוקק חוקים גם בתחום הזכויות החברתיות. אני צריך לקבוע לעצמי מה הוא המינימום של חוקי היסוד כדי שאוכל להתחיל במלאכת הכינוס. לא ללכת בגדולות, ללכת במינימום – כלומר, לקבוע מה בדיוק החוקים שבחסרונם אין חוקה. למשל, אם בחוקה שלנו לא יהיה סעיף על חופש הביטוי, זאת איננה חוקה. ההשלמה של חוקי היסוד הקיימים, שצריכה להתבצע על-ידי הכנסת, ועוד שתהיה מינימליסטית. כמוכן, הכנסת יכולה לחוקק גם מעבר לזה.

אינני מדבר על ועדה של הכנסת, גם לא על מוסד מכונן, אלא על קבוצת אנשים ברמה נאותה שתבצע את המלאכה הכמעט-טכנית של כינוס חוקי היסוד. אחרי שהם יסיימו את המלאכה, פרי עבודתם עובר לכנסת, ואז הכנסת מאשרת או אינה מאשרת. בהליך הזה של כינוס חוקי היסוד לחוקה, הכנסת אינה יכולה להתחיל לדון בכל סעיף; זה הליך נפרד, ההליך הסמי-טכני שמבצע הגוף שהוסמך על-ידי הכנסת.

● **מאיר שמגר:** זה, דרך אגב, מחייב תיקון תיקון הכנסת.

● **חיים צדוק:** בעניין משאל העם, הייתי מציע שנלך בדרך שבה הלכו האנגלים שקיימו כמה משאלי עם, כולם 'אד הוק'. הענקת מעמד של חוקה למסמך יהיה במשאל עם חגיגי תוך שיתוף הציבור כולו. אבל גם האקט הזה צריך להיות 'אד הוק', אחרי אישור הכנסת, נוסף לאישור הכנסת.

לגבי השריון – שריון של שישים ואחד קולות איננו מספיק. צריך לחשוב איך לדרוש רוב גדול מהרגיל ובכל זאת להשאיר גמישות מספקת לשינויים בחוקה. חוק היסוד שיהיה צורך לחוקק, ושמבחינת תוכנו אני קורא לו 'חוק לכינוס חוקי היסוד בחוקה' – בחוק הזה ייאמר מה יהיה



ההרכב של הגוף שיבצע את המלאכה, מה תפקידו וסמכויותיו, תוך הגדרה מצמצמת, טכנית לכאורה או כמעט טכנית. שם ייאמר איזה אישור יהיה דרוש אחרי שהגוף הזה סיים את מלאכתו אישור של הכנסת, משאל עם וכד'. שם גם ייאמר שמשעה שהמסמך הזה יתקבל, יזכה בכל האישורים, יהיה דרוש רוב מיוחד להכנסת שינויים בו.

כלומר, אני רוצה להגיע למצב שמשלימים את חוקי היסוד הקיימים במינימום ההכרחי, שמחוקקים חוק אחד לכינוס חוקי היסוד במסמך אחד, כשהמלאכה היא טכנית בעיקרה, לא תחיקתית, לא שינויים של תוכן. לא נגיע למושלם כי המושלם הוא האויב של הטוב או של הטוב יחסית. אחר כך המסמך הזה יובא לאמירת כן או לא לפני הכנסת ובפני משאל עם, אם יוחלט על כך.

● **אריק כרמון:** אנחנו יושבים ומדברים על פרוצדורה, ואין ספק שמגמתם של האנשים המעשיים נשמעת מאוד הגיונית, כלומר אם המטרה היא אכן לקדם ולסיים את התהליך.

כנגד השיח הזה הייתי מבקש להעמיד שני דברים:

ראשון – כל היושבים סביב השולחן הזה, עשויים פחות או יותר מקשה אחת; אין פה מיעוטים, אין פה מי שהמילה 'חוקה' יוצרת אצלם קושי.

שני – חלק מהחוויה האינטלקטואלית שחוויתי הבוקר היו הדברים שהשמיע שלמה אבינרי – שלא מתנגד לחוקה, אבל ניסה בצבעים מאוד עזים להעמיד מציאות מסוימת, ובעיקר דבריו של יצחק לוי, שבסך הכול אני מקבל אותם. נקודה מאוד רלוונטית למה שדובר כאן הוא בעיית האמינות – החשש של ציבורים מסוימים שהדיון הזה מקפל בתוכו דברים מסתוריים ומאוד בעייתיים מבחינת הציבור הזה.

בואו נצא מתוך הנחה שהצלחנו, שהגענו באמת למסמך השלם הזה שמשלב את כל חוקי היסוד, ושמהלך הדרך הזאת השלמנו עוד כמה וכמה חוקי יסוד. אלא שאין לשכוח שבמציאות חברתית שבה אנחנו חיים, הזהות היא במצב של התגבשות, התרבות היא במצב נזיל, המתחים עדיין מתקיימים. אינני מעמיד את שני הדברים בסתירה זה לזה; אני רק חושב שלהגיד שמדובר בעניין טכני – בכך אין די, צריך להיות עוד יותר צנועים. כלומר, הנמכת הקומה היא מאוד חשובה גם כדי ליצור אמינות וגם כדי לקדם את המהלך הזה.

אני בעצם שואל: דובר פה הבוקר על חוקה 'רזה'. האם הדברים שנאמרים כאן הם מסמך רזה?

נכון שעדיין לא תפסנו את השור בקרניו; כשמדברים על מסמך 'רזה', הכוונה בעיקר לסוגיית הפרשנות, וזה לא כלול עדיין במסמך הזה, זה עדיין לפנינו. אבל גם העיסוק בנייר הזה (הצעת קרמניצר-קרצ'מר) חייב להביא בחשבון אותן נקודות שלפנינו. כלומר, אני מקבל את ההערות שנאמרו כאן, אני רק מציע להיזהר מאוד גם כשאנחנו שוקלים את הפרוצדורה.

ולכן, גם אם מה שחיים צדוק אומר יש בו היגיון עצום, אני חושב שמבחינה פוליטית הוא פשוט לא מעשי והוא גם בעייתי מההיבט המהותי. זה יהיה ניסיון לתפוס מרובה, ובסופו של דבר לא נצליח לתפוס שום דבר.

אני אישית מתנגד למשאל עם מהטעם האחד והוא שעודנו רחוקים מאישושה של תרבות ייצוגית בדמוקרטיה שלנו, ועל כן כל ניסיון ללכת בכיוון של דמוקרטיה ישירה יהיה הרה-אסון. נחוץ לחזק דווקא את הדמוקרטיה הייצוגית, דווקא את הדמוקרטיה המתווכת. מסיבה מהותית זו צריך להשאיר את האקט האחרון של האשרור בידי הכנסת.

במה שנוגע לשריון – האשרור צריך להתקבל באותו מספר קולות כמו השריון.

● **מאיר שמגר:** לגבי הדברים שאמר אריק כרמון: יש עשרות מכשלות בדרך, ויכול להיות שכבר בשלב הראשון המסמך שלנו לא יתקבל בכנסת; לכן צריך גם לחשוב איך באים עם המסמך לכנסת. ייתכן שבכלל יגידו לנו: 'לא רוצים למנות ועדה, לא רוצים לטפל'. אנחנו כאן עוסקים בנושא תאורטי של התוויית קווי הפעולה לעתיד; אין כל ערובה שהדבר יתקבל בהסכמה.

● **ירון אזרחי:** יש לי שאלה לאריק כרמון ולשופט שמגר בנושא שהעלה יצחק לוי, כי מהדברים שנאמרו פה בעניין הזה נדמה לי שלא היינו כולנו באותו מעמד. אתם לא סבורים שעלה בבירור מדבריו של יצחק לוי וגם מדברי גפני, שהם מתנגדים בתוקף לכל צעד שיתן ביסוס לביקורת השיפוטית? שמה שמפריע להם הוא שבית המשפט העליון יוכל לינוק סמכות נוספת כדי לקבוע קביעות שהם קוראים להן 'קביעות ערכיות'? אני חושב שזה מאוד ברור, ועל כן אין שום סיבה לאופטימיזם.

● **מאיר שמגר:** הסיבה לאופטימיזם היא שאנחנו יודעים שהנושא של Judicial review (ביקורת שיפוטית) הוא under review, ולזה נקדיש דיון מיוחד, כנס מיוחד שידון באלטרנטיבות.

מה שנאמר היום במליאה, שלכאורה בכל מקום בעולם בית המשפט העליון יכול לבטל חוקים, פשוט לא נכון. חוק שהתקבל באנגליה כדוגמת Human Rights Act, מחזיר חוק לפרלמנט בעת הצורך, ובצרפת יושבת המועצה החוקתית ובודקת את החוקים לפני שהם נכנסים לתוקף ואחר כך כבר לא ניתן לעשות כלום. זאת אומרת, יש שיטות שונות, ואני לא מתכוון לאמץ אף אחת מהשיטות האלה. אני באופן טבעי סבור שבית המשפט העליון הוא הגוף המתאים מקצועית לקיים את הפיקוח השיפוטי, גם אם יש פסקי דין שהיו בהם טעויות, אבל אין בית משפט שפטור מטעויות.

● **חיים צדוק:** אני חושב שהמצב בישראל היום הוא כי מכוח חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו ומכוח פסיקת בית המשפט העליון, יש לבתי המשפט, ובראשם בית המשפט העליון, הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית ולשלול תוקפם של חוקים רגילים מפני שהם מנוגדים לזכויות יסוד שנקבעו בחוקי יסוד. זאת אומרת, השאלה היום בישראל היא לא שאלה פתוחה. אם הרב לוי רוצה לשלול מבית המשפט העליון את הסמכות הזאת, עליו להציע חוק שיקבע זאת.

● **ירון אזרחי:** אנחנו מביאים לדיון את הנושא של הביקורת השיפוטית כדי להשאיר את בית המשפט בתמונה.

● **חיים צדוק:** אני יודע שיש אנשים שמצדדים בהקמת בית משפט נפרד לחוקה.

● **ירון אזרחי:** לא, אבל אם אתה מאשר את המסמך הזה כחוקה בלי שמדובר בו על ביקורת שיפוטית, אז כדי לשנות את הביקורת השיפוטית יהיה נחוץ הרוב הדרוש לשינוי חוקתי, שהוא שמונים או שבעים ח"כים, ולזה הרב לוי ואנשיו לא יסכימו.

● **מאיר שמגר:** כשדיברתי על גישה עקרונית חיובית, ראינו אצל הרב לוי הבעה בסיסית של רצון לשבת ולדון. זה שהוא מתנגד לביקורת שיפוטית – שמענו זאת גם מהרב גפני, גם מחברי כנסת נוספים.

● **יוסי דוד:** ראשית רציתי להעיר שהכותרת של הדיון הזה הייתה קצת מבלבלת ומטעה. זאת משום שלכאורה מדובר בחוקה – וגם השיחה פה משלבת את כל השיקולים בעד או נגד – אבל בעצם לא מדובר פה בחוקה ולא מדובר פה גם על סמכות מכוונת.

במונחים משפטיים מדובר פה על קודיפיקציה של החוק הקיים, מדובר פה לא בהליך קונסטיטוציוני, אלא בפרוצדורה ארגונית של המצב החוקי או החוקתי. לכן הסמכות המכוננת מיותרת. כשמדברים על קודיפיקציה, שתי הדוגמאות ההיסטוריות שעולות לנגד עיני הן הקוד של יוסטיניאנוס בחוק הקאנוני ושל הרמב"ם בהלכה היהודית. הרמב"ם לא שינה שום דבר מהחוק המטריאלי; הקודיפיקציה שלו עשתה משהו אחר לגמרי – היא יצרה נקודת יחס שונה, היא יצרה צורת שיח שונה, בלי שהוא נטל לעצמו שום סמכות מכוננת.

ופה אני מגיע לעניין הרטוריקה של הדיונים עד כה. אני סבור שלא צריך להזדרז ולטשטש את ההבחנה בין ההיבט המהותי וההיבט הטכני, מה עוד שבמסמך שבפנינו ניכר מאמץ מאוד רציני לשמור על ההבחנה הזאת.

לפי מה שאני מבין מהפרויקט הזה, הוא מבוסס על שתי הנחות שאכן מחלצות אותו מהוויכוח החוקתי הכללי. הנחות אלה גם מבליטות את היתרון שבפרויקט מינימליסטי כזה. היתרונות של פרויקט קודיפיקטיבי כזה הם שניים: האחד בהיבט הניסויי של הפרויקט, אשר במובן זה מהווה 'בלון ניסוי' שבאמצעותו ניתן לעמוד על התגובות הציבוריות להליך החוקתי – עד כמה יכולים לעקל את התהליך החוקתי? עד כמה י'הבטן כואבתי' למגזר הדתי מהרעיון החוקתי? עד כמה הם עשויים או מסוגלים להצטרף למיזם הזה? מהם המכשולים הנוספים שזרועים בשטח? היתרון השני – האצת התהליך שהתמוסס ונתקע.

שני יתרונות אלה מחייבים, לדעתי, לשמור על ההבחנה של טכני ומהותי, ומסיבה זו אולי כדאי – בניגוד למה שמרדכי קרמניצר ודוד קרצ'מר הציעו – לא לכרוך את הדברים יחד, אלא להציג רק את החלק הטכני ולהעביר אותו בצורה טכנית לחלוטין. במקביל רצוי להפגין מאמץ לעבוד על הסוגיות המהותיות בכיוונים שרות גביון הזכירה הבוקר, לתקוף אותן ישירות, להגיע להסדרים פוליטיים כשלב מקדים לחקיקה מאוחרת יותר.

במה שנוגע למשאל עם – גם זה צריך להיות נידון לא רק בהקשר תאורטי קונספטואלי עכשווי. איננו יודעים לאיפה התהליך המדיני יקח אותנו, אבל אם התהליך המדיני יצליח, הנורמה של משאלי עם תהיה שונה, ויהיה קצת מוזר שעל הסכם מדיני יהיה משאל עם ועל חוקה לא ננהיג משאל עם.

● **אריאל בנדור:**

אני שואל את עצמי מה התועלת באיחוד חוקי היסוד לחוקה, כי גם אם כל הציבור ער לכך שלשני חוקי



היסוד על זכויות אדם יש מעמד חוקתי, אני לא בטוח כל כך ששופטים יסכימו שאפשר היום לפסול חוק רגיל משום שהוא מנוגד, נניח, לחוק יסוד: משק המדינה. אבל גם אלה שאינם מתלהבים מחקיקת חוקה על בסיס חוקי היסוד הקיימים, יסכימו לה, משום שהוא בכל זאת מקבע את המצב הקיים גם מבחינת מה שאין.

אם המצב הקיים ישוריין, החוששים מחוקה ידעו שאם ירצו להוסיף פרק חדש בחוקה, למשל בעניין נישואין אזרחיים, הם יהיו זקוקים לרוב גדול. היום אפשר לעשות זאת בשני חברי כנסת לעומת אחד, ויכול להיות שכאן, גם מבחינת מה שאין בחוקה ושמנתגדי החוקה גם לא רוצים שיהיה, החוקה תקשה מעתה והלאה על שינויים בסטטוס-קוו, שהיום אפשר לבצעם בקלות רבה יחסית.

זה, אגב, קשור לשאלת החוסרים. אני חושב שבשלב הזה, מבחינה מקצועית, לא מבחינת ההשקפות הפוליטיות הפרטיות שלי, אין חוסרים בחוקה. כל מה שלא נמצא בחוקי היסוד הוא דבר שהוצע לכנסת פעם ופעמיים ושלוש, והיא דחתה אותו. העובדה שחופש הביטוי אינו כלול בחוק יסוד, זה לא משום שהכנסת שכחה לדון בו, אלא משום שהיא דנה והחליטה פעם ופעמיים ושלוש שלא דרוש כרגע שחופש הביטוי יהיה חלק מן החוקה. לכן אסור, לדעתי, לעכב את איגוד חוקי היסוד לחוקה בגלל חוסרים, כביכול.

בנוגע למשאל עם – משאל עם נחוץ משום שהכנסת לא נבחרה כאספה מכוננת מבחינת תודעת הבוחרים, והשיקולים של חברי הכנסת אינם שיקולים של אספה מכוננת. גם אם הכנסת היא מקור הסמכות, צריך שיהיה משהו נוסף מעבר לכנסת.

● **חגי מירום:** נניח לרגע שאתה רוצה ללכת למשאל עם כי אתה חושב שסמכויותיה המכוננות של הכנסת מוטלות בספק, ואתה רוצה לתת לזה חיזוק דרך אקט דמוקרטי כללי יותר, שמשמעו לגיטימיות ציבורית. באיזה שלב, לדעתך, צריך לאשר חוקה במשאל עם, בזמן שידוע לנו כי אנחנו מחזיקים קודכס חלקי ושחסרים לנו פרקים מסוימים?

● **אריאל בנדור:** זה לא שחסר כי לא הגיעו לדבר על כך; הגיעו לדבר ודנו והחליטו לא לקבל.

● **חגי מירום:** זאת אומרת שאם לא הבאת עד לאחר אישור כזה את הנושא של חופש הביטוי (כי הוא לא קיים כאן כרגע), כמעט נעלת את הדלת בפני הבאת חופש הביטוי בעתיד?



● **אריאל בנדור:** אפשר לשנות את החוקה פעם נוספת ברוב של שבעים חברי כנסת ולקיים עוד משאל עם לאחר מכן. הרי נגיע ליום שבו יהיה קונסנזוס להוסיף את חופש הביטוי וחופש הדת והשוויון, וכל הדברים היפים הללו.

● **מאיר שמגר:** ברשותכם, הייתי מציע שנהיה זהירים בניסוח. במובן זה אין באמת ודאות שאם אנחנו נגיש את הקודיפיקציה, גם יעבירו אחר כך חוק יסוד נוסף. כלומר יש חשש רציני שמא העברת הקודיפיקציה הזאת תיתן אומץ נוסף ועצמה רבה לאלה שיאמרו: 'די, זהו זה, לא רוצים יותר חוקי יסוד, יש חוקה לישראל, הנה קיבלתם אותה!'

● **אריאל בנדור:** אבל מצד שני, זה ייתן את הגושפנקה למכלול חוקי היסוד, ייתן את הגושפנקה לביקורת שיפוטית לפי המתכונת הקיימת, שתהיה חלק מהפשרה.

אני, אגב, הגעתי לכאן הבוקר במחשבה שצריך לעשות שינויים, ודווקא מדברים שנאמרו כאן הגעתי למסקנה שלא מציאותי, מבחינה פוליטית, שבמסגרת המהלך הזה גם יכניסו בעתיד הנראה לעין את חופש הביטוי והשוויון, שבמסגרות יותר צנועות של חוקי יסוד נפרדים לא הצליחו להכניסם משנות ה-70; ועד היום. הכנסת קיימה לפחות עשר הצבעות בכל אחד מהנושאים הללו, וזה לא עבר מפני שאין רוב כרגע לכלול את הנושאים האלה בחוקה.

● **מאיר שמגר:** אתה לא חושש שיגידו, שלהבדיל מכל המדינות בעולם, לישראל יש חוקה צולעת, קטועה, שבעיקר מדברת על נשיא המדינה שאסור לו לנסוע לחוץ-לארץ ללא אישור מראש, וכמעט לא מדברת על זכויות האדם? היום, כשאני מופיע בהרצאה, אני יכול לומר: 'יש החלטת הררי, וכתוב שם על חקיקה שלבים-שלבים, ועובדים גם על חוקי יסוד נוספים, והם כבר מוכנים במשרד המשפטים'. איננו גורסים שזו כיום החוקה של ישראל, שבזה נגמר העניין.

● **אריאל בנדור:** נקודה אחרונה שרציתי להזכיר היא בנוגע להסדר של חוק חורג.

יש לנו היום הסדר רק בחוק יסוד: חופש העיסוק, בסעיף 8, כלומר מתן אפשרות לכנסת לקבל חוק רגיל באותו רוב שנדרש לשם שינוי החוקה, כדי לאפשר לכנסת דרך פשוטה 'לעקוף' את החוקה. במקום לקלקל את החוקה לנצח, להכניס בה כל מיני שינויים לצרכים קוניוקטורליים, מאפשרים לכנסת בחוק רגיל – אבל באותו רוב שנדרש לשינוי החוקה,



נניח שבעים חברי כנסת – לקבל חוק זמני לארבע שנים ולהחיל את זה לא רק על חופש העיסוק אלא כהסדר כללי בחוקה שאומר לכנסת 'ינה, גם בלי שינוי החוקה, בלי הפרוצדורה המסובכת שאולי עשויה להצריך משאל עם'. אם יש רוב גדול די הצורך, אפשר לקבל חוק זמני שנוגע לנקודה ספציפית ולא להכניס הוראות ספציפיות מדי אל תוך החוקה. (דרך אגב: אף אחד לא מסוגל להבין מה מיוחד בחופש העיסוק שדווקא עליו חל חוק חורג, למרות שידוע לנו שהמציעים התעניינו אז בנושא חוק יבוא בשר שנגע לחופש העיסוק).

● **מאיר שמגר:** אתה ודאי ער לזה שארבע השנים שהיו כתובות בסעיף 8 המקורי, כבר אינן שם.

● **אריאל בנדור:** לא ולא, הן שם רק לחוק הספציפי, ולזכות הכנסת ייאמר שרק פעם אחת קיבלו חוק חורג.

● **מאיר שמגר:** אמרו שם שבת המשפט העליון מיעט להתערב בחקיקה, אלא שהוא עשה זאת זה ביודעין, ואמת המידה היא של Ashwander, של פסק דין אמריקאי, שלפיו רק במקרים קיצוניים מתערבים ומבטלים חוקים, זה אינו דבר שבשגרה. יש אצלנו מי שמחכים שבכל יום בית המשפט יבטל חוק. זה לא מציאותי.

● **סבינה רוטלוי:** לא ייתכן שבכל האמנות וההצהרות הבין-לאומיות עקרון השוויון מופיע כדבר הבסיסי ביותר. בפסיקה שלנו נאמר על עקרון השוויון שהוא ינשמת אפה של הדמוקרטיה עוד לפני שהיו לנו חוקי יסוד, ואנחנו בקלות נוותר עליו כדי שאולי ביום מן הימים יבוא מישהו ויזכר בו?

אני מצטרפת למה שאמר כאן השופט שמגר, כלומר: אני מאוד חוששת שאם תהיה קודיפיקציה ותיחקק חוקה, עקרון השוויון יישכח לשנים רבות, ואני כואבת את האפשרות שבאיזה מסווה של ניצחון, כאילו דמוקרטי, אנחנו קוברים את סיכוני הדמוקרטיה לנשים ולערכים במדינה הזו.

בתור אישה, קל לי בהרבה להזדהות עם קיפוח הערכים במדינת ישראל. לכן אין לי התנגדות לתיקונים הטכניים, ואני חושבת שצריך לברך עליהם, כי באמת הטלאים והיעדר הבחנה בין עיקר וטפל בחוקי היסוד הם בלתי נסבלים, והיה טוב אם הכנסת הייתה מאשרת את הגיבוש של חוקי היסוד האלה.



אבל הייתי נזהרת לבוא ולומר: 'הצלחנו, זאת החוקה שלנו'. אני אתבייש לבוא ולהגיד לנוער 'זאת החוקה', כי אם אין הכרה בערך השוויון, בעיני זו לא חוקה. אומר אריאל בנדור שהכנסות לא אישרו את השוויון ושהוא אינו נגזר מכבוד האדם. אבל לכל דבר נחוצה פרשנות, ועובדה היא שגם פרשנות לא עשתה אותנו הנשים יותר שוות, לא עשתה את הערבים יותר שווים, וגם יש טעם לפגם שבכל סוגיה בית המשפט העליון נדרש שוב ושוב למצוא שכבוד האדם כולל שוויון.

אני מרגישה שאם אין שוויון אין כבוד; יכולים לצפות את החסר הזה במילים הכי יפות של פסיקת בית המשפט העליון, אלא שלא תצליחו להחדיר את הרגשת השוויון – לא לנשים ולא לערבים – באמצעות אמירות גרידא על כבוד.

דוגמה אחרת היא מערכת החינוך, שהדבר האחרון שאפשר להגיד עליה הוא שהיא מכבדת את הילדים. אבל סיסמה יש ויש בשנתיים האחרונות, ברוח יאנוש קורצ'אק: "הזכות לכבוד והחובה לכבוד". אנחנו שבויים בעולם של סיסמאות, אלא שסיסמאות לא יוצרות לא את השוויון ולא את הכבוד.

לכן ברוכים יהיו מי שרוצים לשנות את חוקי היסוד האלה, לעבד אותם. אבל מעבר לזה, צריך לנסות להגיע באמת לחקיקה של זכויות האדם הבסיסיות. אם לא הגיעה השעה, נחכה.

● **ירון אזרחי:** אני תומך בכל מילה שאמרה השופטת רוטלוי. ולהזכירכם, מדינת ישראל כמדינה גם חתומה וגם תחתום בעתיד על כל מיני אמנות בין-לאומיות.

לפני כמה חודשים הגיע אלינו מאנגליה פרופ' דרנדורף והסביר איך הפרלמנט הבריטי עובר שינויים מהפכניים כתוצאה מהדרישה כלפי החברות בשוק האירופי המשותף ליישם באופן פורמלי את עקרון זכויות האדם במערכת החוקים.

נשאלת השאלה, איך בתהליך הגלובליזציה של הזכויות – גם בדרכים משפטיות, גם באמצעות אמנות בין-לאומיות – ישראל יכולה עדיין לקיים מערכת שהתהליכים הפנימיים שלה יוצרים דפוסים פחות מפותחים, פחות מכובדים מבחינת התאוריה המודרנית של זכויות. האם לא מוטב שנקדים ונתעדכן מבפנים לפני שהדבר ייכפה עלינו על-ידי גורמים חיצוניים?



● **מאיר שמגר:** לשאלתו של ירון אזרחי: על-פי המשפט הישראלי, כפי שהוא היום, אמנה בין-לאומית שישראל הצטרפה אליה ושלא הפכה לחלק מן החוק המוניציפלי שלנו, היינו החוק הפנימי על-ידי חקיקה של הכנסת – אין לה כוח מחייב במערכת החוקתית הפנימית (להבדיל מן החובה החיצונית שחלה על המדינה). בארצות הברית יש הבחנה בין treaties שהופכים לחוק באופן אוטומטי לבין חוקים ואמנות שלא הופכים לחוק פנימי ללא חקיקה. ודרך אגב, אחת מן האמנות שהאמריקאים לא מקבלים כחלק מהמשפט האמריקאי ואפילו לא מרשים להגיש בגי'צים עליה, היא אמנת זינבה.

● **סבינה רוטלוי:** נכון שכל עוד אמנה בין-לאומית לא מתקבלת כחוק פנימי היא לא מחייבת ככלל פרשני. מצד שני, ישראל חתומה על כל האמנות הכי ליברליות, ועם זאת קיימות ההסתייגויות הרגילות בנושא של הדין האישי. אז ברגע שאתה הסתייגת, אתה כביכול ליברל, קיבלת על עצמך את דין התנועה, אבל אתה מוציא עצמך מהתחייבות לקיים את האמנה, כמו שעשו בחוק שוויון הזדמנויות לאישה.

דבר נוסף: בדומה למה שקרה לבריטניה, שאחרי ההצטרפות לשוק המשותף התחילו להגיש תביעות נגדה, למשל בנושא של ענישה גופנית נגד ילדים, והיא נחלה מפלה גדולה בבית הדין הבין-לאומי – בהחלט יכולה להיות סיטואציה שבעקבותיה אנחנו נגיע למצבים דומים.

● **עלי זלצברגר:** את השאלה של ירון אזרחי הייתי מפנה דווקא לפוליטיקאים ולא למשפטנים. האם מבחינת היישום הפוליטי אפשרי שישראל תחתום על האמנה האירופאית לזכויות אדם ותכפיף את עצמה לבית המשפט האירופאי לזכויות אדם, למועצת אירופה וכו'? זאת אומרת, אנגליה לא חוקקה מגילת זכויות חדשה משלה, היא הכפיפה את עצמה למגילת הזכויות האירופאית. האם זהו פתרון יותר ישים מבחינה פוליטית?

● **מאיר שמגר:** לא, זה יותר קשה.

● **חגי מירום:** צריך להבין שבמציאות הביטחונית שאנחנו מצויים בה, כאשר קיים ערפול בין הגנות עצמיות, ביצוע על-פי פקודה וכן הלאה, אתה יכול למצוא את עצמך בסיבוך נורא עם בית דין בין-לאומי, בעימות חסר סיכוי.

● **מאיר שמגר:** מאז המשפט נגד בולגריה בבית הדין הבין-לאומי בהאג ועד היום – לא זכינו בשום התדיינות בפורום בין-לאומי, כולל בבוררות. גם לא נגד בולגריה.

● **סביונה רוט לוי:** אבל יש הבדל בין תביעה של יחיד בבית הדין לעומת תביעה של מדינה, וייתכן שאם ישראל תרצה לקבל את ההטבות הכלכליות שאולי יימנעו ממנה אם לא תצטרף – ייתכן שאז היא תרגיש מחויבת להצטרף.

● **עלי זלצברגר:** אם האירים יצטרפו, ולהם יש בעיות דת ומדינה לא שונות באופן מהותי משלנו, למה שאנחנו לא נצטרף?

● **מאיר שמגר:** האירים הפסידו הרבה פעמים במשפטיהם בבית הדין האירופאי. וחוץ מזה, אנחנו פשוט יותר פגיעים.

● **דוד ראב:** במה שנוגע לחוקה, נחוץ, לדעתי, תהליך קצת יותר הוליסטי. זאת המסקנה שעולה ממה שהשמיעו כאן הרב לוי והרב גפני. לכל אחד יש המינימום שלו בכדי שתהיה חוקה, ולא יהיה אפשר לפתור את הבעיה הזאת אם נמשיך להעביר חוק-חוק. נחוץ לשבת יחד ולגבש קונצנזוס. אכן זה קשה מאוד, אבל אם נמשיך בשיטת שלב-שלב, גם הנינים שלי לא יראו סוף לחוקה. אינני אומר שהמסמך צריך להיות מקסימלי, אבל גם לא מינימלי; צריך להיות משהו בסיסי שכולם יכולים להסכים עליו, שהדברים החיוניים לקבוצות השונות בארץ נמצאים בו, וכשהוא יראה אור סוף-כל-סוף, כולם יגידו: 'אולי באמת נחוצים עוד כמה דברים, אבל זה מייצג את מה שאני חושב'. השלב הבא יהיה להביא (או לא להביא) את המסמך לכנסת ואחר כך למשאל העם.

● **חיים צדוק:** חשוב שלא נגזים בחשיבות שאנחנו מייחסים לנייר הזה שהוכן לדיון המועצה על-ידי קרצ'מר וקרמניצר. הנייר הזה הוא עבודה חשובה מאוד, אבל הוא לא יותר מחומר גלם לאותה ועדה שתוסמך לבצע את מלאכת כינוס חוקי היסוד.

● **מאיר שמגר:** אני בכל זאת מציע שנכין את הנייר המתקון, כלומר שנוכל למסור נייר שכבר מכיל את התיקונים בחוקי היסוד המעבירים הוראות לחוק רגיל.. זאת כשלעצמה עבודה לא קלה, כי מסתבר שצריך להכניס עשרות תיקונים במצע הקיים. אם נבוא עם נייר מוכן נוסף, זה ודאי יחיש את הדיון.

● **חיים צדוק:** אני חושב שאנחנו מסתבכים בדרך זאת. אנחנו יכולים להביא הצעה לתיקון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שם נוסיף על זכויות היסוד הקיימות את השוויון ואת חופש הביטוי החסרים כיום.

● **מאיר שמגר:** לא לזה התכוונתי.



● **חיים צדוק:** אני יודע, לכן אני אומר שאת זה אנחנו יכולים לעשות. אבל מה שאתה מבקש איננו העבודה של הצוות הזה. הצוות הזה צריך לעשות שני דברים: הוא יכול להכין נייר אשר עושה קודיפיקציה רק של המצב הקיים, או להבהיר שאנחנו פה עושים קודיפיקציה מתוך הנחה שתיקונים אלה ואלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יתקבלו בכנסת. אנחנו לא יכולים לבצע מלאכת חקיקה.

● **מאיר שמגר:** לא כך הצעתי. אמרתי שיעשו את העבודה הטכנית, כי אסור לסמוך על הכנסת שהיא תשלוף מכאן את כל הדברים שטעונים תיקון ותכין את החוק הנפרד. אני רוצה שיבואו עם דבר מוכן. זה פשוט עניין טכני. בהמשך, כשתהיה ועדה, נבוא אליה ונגיד: יש לנו הצעה מוכנה בשבילכם, אנחנו למעשה הכנו הצעה שכבר מכילה את השיפוצים והשיפורים!

● **אריק כרמון:** אני חושב שאנחנו צריכים לחזור להצעה של חגי מירום, כלומר שוועדת חוקה חוק ומשפט תבצע את התיקונים והשיפורים. ואז צודק השופט שמגר שאמר נכון את הדברים עד הסוף, עד פרטי-הפרטים, עשינו את מרבית העבודה, גם אם לא את כולה.

● **חיים צדוק:** אין צורך שוועדת חוקה תתעסק עם המסמך הזה. אני רוצה שוועדת החוקה והכנסת יעסקו בחוקי יסוד נוספים ובשינויים בחוקי היסוד הקיימים. המועצה שלנו היא זו שתבצע את העבודה הטכנית, שבעצם אינה עבודה טכנית אלא עבודת חקיקה.

● **חגי מירום:** אין בררה.

● **חיים צדוק:** אז לא תהיה חוקה.

● **חגי מירום:** למה שלא תהיה? צריך להבין שבוועדות הכנסת, במיוחד בוועדת החוקה, חוק ומשפט, יש יועצים משפטיים. אם לקחנו ואספנו את הכול לקודכס אחד – תפקידם של היועצים האלה הוא לנתח מהו מכלול השינויים שצריך לבצע בכל שאר החוקים כתוצאה מהמהלך שעשינו אנו. ואז יושב השופט בדימוס שלמה שוהם ומתחיל לאסוף באמצעות העוזרים שלו אחד-לאחד את מכלול החקיקה שצריך לשנות. אומר הנשיא שמגר: 'בואו נכין להם את הכול, נשב ונעשה את העבודה באופן וולונטרי. לא הוסמכנו, אנחנו לא מחליפי מחוקק, אבל נכין הכול, נבוא עם קודכס מושלם ככל האפשר'. נבוא עם מה שעשו קרמניצר, קרצימר וביניש בתוספת כל הנובע מן העבודה שלהם.



נציג את זה בוועדת החוקה ונגיד: 'בואו נעבוד כאן ועכשיו כדי להגיע לנוסח חוקה על בסיס הקיים, בלי להכניס שינויים מהותיים כבדי משקל, חוץ מהתיקונים הנובעים מכך, המתחייבים מכך'.

אחרי שעוברים את השלב הזה, תוך כדי המהלך ואפילו בדברי ההסבר לחוקה, ניתן לכתוב שזוהי החוקה שמדינת ישראל מקבלת על עצמה בשעה זו. ידוע למחוקקים, למכוננים, לחכמי משפט ומדינה, שקיימים פרקים נוספים בחוקות אחרות שהשעה עדיין לא כשרה להגיע לקונסנזוס לגביהם, והדברים האלה יחוקקו או יכוננו מן הסתם בהמשך, על-פי המנגנון שעוצב בתוך החוקה הזו.

אני חושב שזה לא בלתי אפשרי; אל המתווה הזה אפשר להגיע. יכול לקרות נס, ובתוך התהליך אולי נצליח לקלוט דבר או שניים חדשים.

● **אריק כרמון:** אני אגיד לך איפה המעקש וגם ההזדמנות. אני רוצה לחזור לבעיה של ביקורת שיפוטית. נדמה לי שאתה לא תרצה להשלים את התהליך הזה מבלי לקבל את ההסכמה של הציבור הדתי בישראל. אתה לא תקבל את ההסכמה של הציבור הדתי בישראל מבלי שקודם תבוא אליו עם איזושהי הצעה לביקורת שיפוטית, לגבי מי הוא המפרש של החוקה. את המשוכה הזאת אי אפשר לעקוף. באותה עת גם תוכל לבבן אתם את סוגיית השוויון, כי הם, לדעתי, נשואי סוגיית השוויון, לטוב ולרע. בהיבטים מסוימים זה ייצור להם בעיה, ובהיבטים אחרים הם יהיו מעוניינים.

כלומר, קיצור הדרך הזה, עם כל הכבוד, לא נראה לי אפשרי. חייבים להתייחס לצד של הביקורת השיפוטית.

● **עלי זלצברגר:** מכל מה ששמעתי כאן, גם אם נגיע למצב האופטימלי שבו הכנסת, או הוועדה הטכנית, מאשרת את הקודיפיקציה וכו', תצא לנו חוקה פגומה שאין בה שוויון ואין בה חופש ביטוי, וזה הרבה יותר גרוע מהמצב היום.

● **חיים צדוק:** חופש ביטוי ושוויון יתקבלו עוד לפני שתהיה קודיפיקציה. העיתוי הוא בידנו, בידינו המועד שבו הנייר הזה יעבור.

● **אריק כרמון:** יש לי שאלה תאורטית אל חגי מירום: מה קורה אם בעוד זמן מסוים נזמין את ועדת חוקה למספר ימים כדי לשבת ולחשוב על הנייר הזה. זה יכול להיות מין מאמץ דיאגנוסטי לאתר איפה המוקשים.

● **עלי זלצברגר:** אני בכל זאת חושב שצריך במקביל לבדוק את היישומיות של הרעיון היותר מהפכני, דהיינו להוציא את הנושא מהכנסת ולהעבירו, אם תרצו, לוועדה שהכנסת ממנה על-פי מפתח מפלגתי של שישים איש או משהו דומה.

● **חגי מירום:** זה לא בלתי אפשרי, אלא שהיא לא תקבל סמכויות לסיים את ההלך. היא רק תציע.

● **מאיר שמגר:** יש ניסיון לא טוב בנושא הזה. כשהממשלה האחרונה סיימה את תפקידה, החליטו בהסכם בין יצחק לוי ובין אהוד ברק שיקימו ועדה בין-מפלגתית שתכין חוקה. הוועדה לא הוקמה.

מה שנחוץ הוא שהכנסת תקים ועדת-משנה לחוקי יסוד, ושהוועדה הזאת תטפל בנושא; לכל הפחות יהיו לה הסמכויות.

● **חגי מירום:** אני חושב שההצעה של אריק כרמון היא הצעה טובה, כי כל הידברות וכל ניסיון לאתר את הנקודות הרגישות ולהבין איפה מונחת הבעיה, הם חיוביים כשלעצמם.

אני גם מבין שהביקורת השיפוטית הוא לב-לבו של העניין כרגע, כי בכל היתר אנחנו לא מציעים שינויים של ממש.

לדעתי, צריך לבצע זאת עם ועדת החוקה. כל הקמת ועדה אחרת היא דחיית הקץ, היא הכנסת גורמים נוספים, היא פוליטיזציה של העניין. מה רע? המכון הישראלי לדמוקרטיה עשה עבודה גדולה ורוצה להגיש אותה לכנסת, הוא גם רוצה להגיש אותה לוועדה.

מניסיוני, יש דבר אחד שאסור לזלזל בו והוא המנהיגות של יושב ראש הוועדה. יכולת ההידברות שלו עם הדתיים (בהנחה שהוא לא בא מהחברים הדתיים) קובעת מאוד לגבי סיכויי המהלך, וכבר ראינו איך ועדת החוקה בראשות אוריאל לין, בתקופה של שני חוקי היסוד, הצליחה להתגבר על מעקשים מהסוג הזה דרך הידברות. ולכן אני חושב שזה לא אבוד, ודאי שאסור לנו להתייאש, אבל בה-במידה אסור לנו 'להפחיד' את המערכת עם הצעות שחותרות להגשמת האידיאל, אל הטוב ביותר, ובדרך הן עלולות 'להפיל' את כל המהלך.

● **עלי זלצברגר:** גוף חיצוני לא יכול להציע לך אופטימיות בעניין הזה, יכולת להוציא החוצה. כאן קיימת השאלה 'לאן להוציא', ועוד נשבו' עליה לא מעט.

● **אריק כרמון:** ישבו בגוף הזה נציגי המפלגות אבל בתנאי שהם לא חברי כנסת.

● **חגי מירום:** ומה יהיו סמכויותיו של גוף זה?

● **אריק כרמון:** אפשר לתת להם סמכויות. לכוון.

● **סביונה רוטלוי:** אני חושבת שצריך לנסות להעצים קבוצות של דתיים שחושבים אחרת; יש למשל קבוצה גדולה של נשים דתיות שמנסות להגיע למיצוי של עקרון השוויון. צריך להעצים קבוצות כאלה, לתת להן את הבמה הנכונה. ויש אנשים נוספים. לא מזמן נפגשתי עם אסא כשר, שמעתי ממנו מה הוא חושב על ערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית. צריכים לקחת את האנשים האלה (שהם דתיים, אבל יש להם גם דעות אחרות מכפי ששמענו היום), לנסות לחזק אותם ולהשתמש אחר כך ביכולות שלהם כדי לתגבר את הדעה של אנשי המכון שמתקבלת כאן. כי הקבוצה שנמצאת פה קצת מוזרה בעיני – מאוד הומוגנית, על ערבים אין מה לדבר, חסר לי משהו בדומה ל"קשת המזרחית", חסרים לי הפלגים הדתיים היהודיים שנלחמים למען שוויון זכויות.

● **יוסי דוד:** אני הייתי רוצה להביע הסתייגות. אני לא חושב שצריך להעצים, לבוא בגישה פטרנליסטית כזאת. אני חושב שצריך להידבר דווקא עם הגורמים הדתיים שקשה לנו אתם. צריך לשתף גורמים שקולם לא נשמע פה ושקשה להם בדיוק עם עקרון השוויון מפני שזו, לדעתם, התערבות בעולם הדתי והערכי שלהם.

אני רוצה גם להעיר הערה מעשית: אני חושב שאחד המוקשים שסילוקו עשוי לתת תאוצה נוספת לכל המהלך החוקתי, הוא הגעה לאיזו הסכמה על חוק יסוד: חופש הדת שכרוך גם בחוק יסוד: חופש מדת. אם יטפלו בבעיה הקשה הזאת, בכך, לדעתי, פורצים דרך בהרבה כיוונים אחרים. על-ידי כך מסירים הרבה מהאיום של עקרון השוויון, מפני שגרעין ההתנגדות היום לעקרון שוויון הוא החשש מפני המשך – האוטונומיות והדין האישי וכו'.

● **מאיר שמגר:** אני מסכים. דבר אחד אינו שולל את השני. זאת אומרת, אני לא חושב שיש סיכוי לשנות את הסיטואציה שלנו בכנסת על-ידי הידברות עם גופים אופוזיציוניים שאין להם ייצוג בכנסת. צריך באמת להידבר עם אלה שבאמת מרימים את היד ומצביעים בתוך הוועדות, אחרת לא יועיל שום דבר.



● **חגי מירום:** מי שמאוד חשוב ותורם את תרומתו הגדולה למה שהתרחש, הוא הרב יצחק לוי. הוא מאוד זהיר, אבל הוא פתוח, בתנאי שנגיע אליו בדרך שהוא ביקש, לא נפתיע אותו ולא נעקוף אותו.

● **אריק כרמון:** אני רוצה להזכיר לעצמנו משהו. במרץ 1996, פחות מחצי שנה אחרי רצח רבין וכמה חודשים לפני הבחירות, ישבנו עם יצחק לוי במכון הישראלי לדמוקרטיה. היה ניסיון בכנסת 'לגנוב את שלושת החוקים', את שלושת חוקי היסוד הנוספים בנושא השוויון. הוא ישב אתנו ושאל למה איננו יכולים לחזור על אותו מהלך של חקיקת חוקי היסוד מראשית שנות ה-90.

התוצאה הייתה, דרך אגב, שאחרי הבחירות הקמנו את הפורום שדיבר על דת ומדינה. כלומר, יש בהחלט ניסיון להידברות אתנו.

קבוצת דיון

כתובת חוקה מחדש או השלמת חוקי היסוד?

יו"ר: השרה ליבני, ציפי – המשרד לאיכות הסביבה (באותה עת)

שמות הדוברים (בסדר אלף-ביתי):

- פרופ' אדרעי, יוסי – דיקן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
- מר אורון, חיים – לשעבר חבר כנסת
- פרופ' בלפר, אלה – ראש הקתדרה לחברה ויהדות, אוניברסיטת תל אביב
- עו"ד גוברמן, שלמה – לשעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה
- פרופ' גוטמן עמנואל – המחלקה למדע המדינה, האוניברסיטה העברית
- מר גורלי, משה – עיתונאי, "גלובס"
- ד"ר זילברשץ, יפה – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן
- ד"ר מונדלסק, גיא – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב
- פרופ' נחמיאס, דוד – התכנית למדיניות ציבורית, אוניברסיטת תל אביב; המכון הישראלי לדמוקרטיה
- ד"ר עוז-זלצברגר, פניה – המחלקה להיסטוריה כללית, אוניברסיטת חיפה
- מר פרידריך, סמי – מנכ"ל שלדור בע"מ
- ד"ר קרייני, מיכאל – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית
- פרופ' קרמניצר, מרדכי – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית; המכון הישראלי לדמוקרטיה
- פרופ' שפירא, עמוס – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב



● **ציפי ליבני:**

הייתי מבקשת לשתף אתכם בכמה מחשבות שלי בנוגע לצורך בחוקה, ולמה לטעמי הדרך הנכונה היא כתיבה מחדש או השלמה של חוקי יסוד.

בתאריך מסוים בית המשפט העליון קבע, שדברים שנעשו עד נקודת זמן מסוימת ישמשו בסיס לחוקה. היום אנחנו נמצאים במצב שבו חלק מהמסמך שנתכונן עד כה לא נועד להיות חוקה, וחלק אחר ממנו נמצא בתהליך התגבשות. כל אחד מחוקי היסוד שכבר נתקבלו פותח במשפט "חוק יסוד זה בא לעגן בחוקה את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית." אני שואלת את עצמי אם אנחנו יודעים מה פירוש הטקסט הזה? כלומר, כשמדברים על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, נדמה שלכל אחד מהיושבים כאן בחדר, יש פרשנות שונה ביחס לערכים האלה, ולכן חוץ מהרצון לספק פוליטית את שני הקצוות שעסקו בחקיקת החוקים האלה ולהגיד את שני הערכים, "יהודית ודמוקרטית", במשפט אחד, חוקי היסוד שחוקקו עד היום לא נתנו ביטוי לשני הערכים הללו.

ניתן לומר שהיהדות היא אוניברסלית והומנית מעצם מהותה, כך שהטקסט של ה'דמוקרטי' ממילא כלול גם ביהדות. זאת עמדה שחלקנו מחזיקים בה והיא בוטאה על-ידי בית המשפט העליון. משום ששני הערכים האלה לא תמיד יכולים לדור בכפיפה אחת, לטעמי צריך לדון וליישב ביניהם, אבל ניתן גם לגרום להתנגשות ביניהם. זה מחזיר אותנו לשאלה האם צריך לחוקק חוקי יסוד זה אחר זה, או יום אחד לשבת ולחוקק חוקה שלמה. יש היום תהליך שהוא תהליך חברתי של פחד מכפיית חלק אחד של המשוואה על החלק השני, ובתהליך הזה נמצא שהקבוצה שרוצה למצוא בחוקה אפיונים של מדינה יהודית, לא מוכנה לקדם את תהליכי החקיקה של חוקי היסוד שמחזקים היום רק חלק אחד של המשוואה. אנחנו נמצאים במצב שבו ראש הממשלה יכול לקום בוקר אחד ולדבר על 'מהפכה אזרחית' או טקסטים מהסוג הזה שמאיימים באופן קיצוני על קבוצה מסוימת באוכלוסייה, ואילו מנגד יש קבוצה מסוימת שחיה בפחד נורא שבקומבינציה מסוימת של מנדטים נקום מחר בבוקר למדינת הלכה. החשש הזה של שתי הקבוצות האחת מהשנייה, או מפני תהליכים שמצויים בידי רשות המחוקקת באופן מקרי או ברוב מקרי, כמו גם בידי הרשות המבצעת – החשש הזה מבטא גם את הטעות שנעשתה כשלא חוקקו חוקה עד היום וגם את הצורך, הדחוף מאוד בעיניי, לחוקק את החוקה היום. אבל יש לנהל את התהליך באופן

שבו אוכל לשבת דווקא עם מי שחוששים מתהליך שבו אנחנו מקדמים חוק אחרי חוק, ושבו קבוצה מאוד גדולה באוכלוסייה חוששת שלעולם לא תוכל לאזן מה שהיא מעוניינת לאזן.

● **מרדכי קרמניצר:** ראשית, אני סבור שיש טעם לדיון הזה רק בהנחה שהכיוון העקרוני הוא בעד חוקה. הנחת היסוד השנייה היא שרוצים להתבסס על הקיים, לקחת את חוקי היסוד הקיימים ולעשות שני דברים: האחד להציע תיקונים בחוקי היסוד לפי הצורך כי זוהי הזדמנות לבדוק את הטקסטים האלה לאתר בעיות, לתקן או לזרוק לפני שהכתוב הופך למשנה עליונה ומשוריינת; דבר שני, יש לבדוק מה חסר. זה הזמן, בדיון הזה, לבוא ולהציע תוספת סעיף כזה וכזה, למשל – לקחת את חוק השבות ולתת לו תוקף חוקתי.

את חלקו האחרון של הדיון (בתנאי שבמהלך הדיון סיימנו את מה שצריך לתקן ולהשלים) אני מציע להקדיש לשאלת ההליכים שיבואו אחר כך, כלומר איך המפעל הזה צריך להתקדם? שמענו הצעה של חיים צדוק, שמענו את עלי זלצברגר מדבר על אספה מכוננת. יש כל מיני רעיונות, אבל תחילה, כאמור, צריך שיהיה לנו במועצה הציבורית מסמך שלם שאפשר לקדם אותו באופן מעשי, פוליטי.

● **עמנואל גוטמן:** יש לנו מערכת חוקי יסוד קיימים, שמהבחינה המוסדית מכסים פחות או יותר את מה שנחוץ, עם כמה תיקונים משמעותיים כמו שנעשה כרגע לגבי הבחירה הישירה. מה שנשאר בעצם הוא נושא זכויות האדם, ובנושא זה אנחנו רק בתחילת הדרך. לכן יש להשלים בלי דיחוי את חקיקת חוקי היסוד, ולפי הצורך גם לבצע במקביל רביזה כללית של החוקה.

● **יפה זילברשץ:** ברמה העקרונית, הייתי מתחילה את כל המפעל מהנקודה שבה אתם התחלתם – כלומר, הייתי באה ואומרת שיש לנו חוקי יסוד ושהמטרה של החלטת הררי הייתה שחוקי היסוד יתאגדו לחוקת המדינה. אבל המפעל עדיין איננו שלם.

הדבר הדחוף ביותר הוא השלמת החקיקה בזכויות האדם, אבל לצד הנושא הדחוף הזה קיימים נושאים נוספים. במה שקשור לחקיקה הקיימת, צריך לבחון אותה, וחלקים ממנה להעלות למטה למעלה, כלומר מרמה נורמטיבית של חוק לזו של חוקה. בהצעה זו לקחו את חוקי היסוד הקיימים והורידו לדרגת חקיקה כל מה שלא נראה נחוץ, אבל צריך גם לנהוג בטקטיקה הפוכה – צריך להושיב אנשים שיקראו את כל חוקי

המדינה ויראו אם יש לנו במערך החוקים דברים שיכולים לעלות מלמטה למעלה. לדוגמה: רעיון השבות, הקניית האזרחות, נושא ההגירה וכו'. כמי שעוסקת בנושא הזה, יש פה מקום לרביזיה גדולה. אזרחות היא לא רק שאלה של שבות, ואת הנושא הזה צריך לבחון מחדש.

נושא נוסף שצריך להיכלל במסגרת החוקתית הוא ההתייחסות החוקתית למשפט הבינלאומי. לדוגמה, אם נתייחס לביקורת על חתימת הסכמי השלום על-ידי ממשלת מעבר האם הסכמי השלום מצריכים או לא מצריכים משאל עם? ממשלת מעבר יכולה או לא יכולה לאשר הסכמי שלום? הנושא הזה נמצא אצלנו בוואקום טוטלי, יש לנו פסק דין משנות ה-60, שעל-פיו הממשלה היא זו שמוסמכת לחייב את המדינה באמנות, ועם זה אנחנו חיים, בעוד שהעולם כולו צועד לקראת השפעה גדלה של המשפט הבינלאומי מהיבטים שונים.

לצד החסך הגדול בחקיקת יסוד בזכויות האדם, קיימת עוד חקיקה מהותית המצריכה טיפול והיא חוק יסוד: החקיקה. הטיפול בעניין זה מתעכב גם מפני שהוא קשור לנושא של בית משפט לחוקה וקשור לחשש מפני מוסד כזה או כל מוסד אחר שיסדיר את העניינים החוקתיים.

בשאלת יכולת היישום של מסמך שתניב המועצה הזאת, מצוין ככל שיהיה – כדי למנוע שההמלצות של מסמך כזה יעלו מיד על שרטון כמו שכבר קרה בעבר, צריך במקביל להקדיש מחשבה עמוקה לאפשרויות ההחלה של המסמך. צריך לוודא שהוא לא יעורר התנגדות, שיהיה מקובל על הרבה מאוד שכבות ועל הרבה מאוד זרמים; צריך להשקיע חשיבה באופן שבו נציגי המגזרים השונים יעבירו את המסמך לציבורים שלהם. המקרה של יצחק לוי מדגים לנו אבדן אמון, ולכן אצל האנשים שמעבירים את המסמך לציבור שלהם, צריך ליצור אמון וביטחון שהם מחזיקים בידם מסמך טוב.

● **מיכאיל קרייני:** מנקודת מבטו של בן מיעוטים, שאלת משקלה של זכות אזרחית, בין שהיא מעוגנת בחוקה או בחוק יסוד, היא יותר סמנטית מאשר מהותית. בפתח הדיון ביטאה גבי ליבני דאגה בעניינים שנוגעים לציבור היהודי הדתי, ומה שחסר לי הוא לשמוע דאגה דומה גם כלפי המיעוט הערבי; עד כמה הרוב צריך להיות קשוב לרגשי המיעוטים. הרבה מהזכויות שאנחנו רוצים לחוקק כבר קיימות במשפט הישראלי. שוויון איננו זר למשפט הישראלי, הוא עיקרון מנחה במשפט הישראלי. עד כמה הוא הועיל, אינני יודע, מה עוד בזיקה אל

הפרשה של **קעזאן** כשיש בכך איזה ממד של שוויון, איזה ממד של תיקון. ובמאמר מוסגר – אין מה לפחד מפסק דין **קעזאן**, כי הערבים בהמוניהם לא רצים לגור ביישובים יהודיים; גם ברחביה אין שום איסור על מגורי ערבים, אבל אין ערבים שגרים שם, כל צד רוצה איכשהו לגור בין בני עמו. כבן מיעוטים, חשוב לי להימצא בתוך המסגרת הנורמטיבית של המדינה שלי, של החוקה, ונדמה לי שכל הדיבור הזה על חוקה 'רזה' הוא בריחה מעיסוק ישיר בשאלה: מה המדינה רוצה ממני? מה מעמדי במדינה כבן מיעוטים? האם אני שייך או שייך על תנאי (בתנאי שאני לא מפגין...), או אני מגונה ודחוי? במרוצת השנים היו לי איתותים לכל הכיוונים, ובסך הכול מעמדי בתוך המדינה הוא מעמד לא ברור מבחינה נורמטיבית. מבלי שחוקה או חוק יסוד יתייחסו גם לנקודה הזאת, יהיה מאוד קשה לשכנע את הציבור שממנו אני בא שהמסמך הזה מאחד, שהוא מחנך, ושוב נמשיך ונדבר על ערכים של שוויון, על ערכים של התאגדות, על ערכים שלדעתי, מבחינה משפטית ממילא קיימים. בלי להתייחס לנקודה הערכית שגם אני רוצה לטול בה חלק, וחשוב שאני אטול בה חלק, יהיה מאוד קשה להשיג את המטרות הנעלות והרצויות של כל מסמך חוקתי.

שאלה נוספת שחייבים להתמודד אתה היא ההגדרה 'יהודית ודמוקרטית'. מה זה 'יהודית' מבחינתי? יהדות של כהנא, או היהדות של 'מימד'? לא ברורה לי מהותו של הערך 'יהודית' מבחינה נורמטיבית; זה מפחיד אותי ומעורר אצלי הרבה סימני שאלה. אני רוצה תשובות, ואני חושב שאני זכאי לקבל תשובות.

עוד היבט חשוב שחייבים לכלול בחוקה או בחוקי יסוד, וגם ממנו אנחנו קצת בורחים, הוא המתח השני העיקרי הקיים במדינה: המתח הדתי-חילוני. עד כמה הדת צריכה להיות חלק מהחוקה?

אם אנחנו אכן מעוניינים שלחוקה יהיה ממד חינוכי, אין מנוס מלהתייחס לשאלות היסוד שהן שתי השאלות הקרדינליות מבחינת המשפט הקונסטיטוציוני בישראל: המתח בין הרוב למיעוט ובין הדת למדינה. אישית אני די מבולבל, קשה לי לקבוע עמדה כלפי המדינה, קשה לי להתייחס למדינה כאל מדינה שלי כשהמדינה אומרת 'אני בחלקי לא שלך, אני שייכת למישהו אחר'.

אני חושב שראשית אני צריך לקבל את התשובות מהמדינה, ורק אז אוכל לדעת איך להגיב. לפני הכול אני זכאי לדעת מה המדינה רוצה ממני, ואז יהיה מוצדק לצפות ממני שאומר מה אני רוצה מהמדינה.



● **אלה בלפר:** ראשית אני רוצה להתייחס לדבריו של מיכאיל קרייני. אתה נגעת בעצב החשוף, בשני הדברים המרכזיים שמטרידים את הקיום האזרחי המשותף שלנו, של הדתיים והחילוניים ושל הערבים והיהודים. עם זאת, אינני חושבת שהחוקה צריכה לפתור את הבעיות האלה. כשחברי דיברו על חוקה 'רזה' הם לא התכוונו לבריחה ולא התכוונו לומר 'בואו ונתעלם מהבעיות האלה'; הם התכוונו שאנחנו ניתן חוקה, גם אם היא רק תצהיר שיש בו סתירות ובעיות ונושאים שאי אפשר לפתור כרגע ואולי גם לעולם. אלא שצריך להביא בחשבון שסתירה ופרדוקסים הם מיסודו של עולם, ולא נורא שיש סתירות.

לגבי השלמת חוקי יסוד ומה כדאי להוסיף, אני מצטרפת לדברים שאמר פרופ' גוטמן. כלומר, נוסף תחילה את כל הדברים החדשים, נוסף להשלמת חוקי היסוד. ובעניין זה יש לי שאלה, בקשה, הערה לכותבי החוקה של המועצה הציבורית: כל אחד הרי קרוב לעצמו ולכל אחד השגיגונו והרגישויות שלו. היות והרגישויות שלי היא הרגישויות החברתית, אני חושבת שצריכים להתחיל מהדברים שקשים לחברה כולה, ועם זאת הם קלים, כי יהיה בהם מן המשותף לדתיים וחילוניים, לערבים ויהודים; אלה אינן זכויות האדם הפוליטיות, אלא זכויות האדם החברתיות-כלכליות. לכן כדאי שאופי החוקה המיועדת יהיה סוציאל-דמוקרטי. לא ליברלי כשלעצמו, אלא ליברלי שיכיל את הסוציאל-דמוקרטי. אם נפעל בכיוון הזה, גם אם החוקה תהיה 'רזה מאוד' היא תחולל דברים נפלאים. אם לא נלך בכיוון הזה, כל הליברליות שבעולם לא תעזור לנו.

● **חיים אורון:** הייתי רוצה להעלות כאן שאלה בסיסית וגם לתת עליה תשובה. האם החוקה או חוקי היסוד הם המנגנון היעיל ביותר לפתור קונפליקטים? תשובתי היא שלילית. משום שחוקה מעצם הגדרתה, ועל אחת כמה וכמה חוק יסוד, אמורים להכיל את מידת החידוד שמאפשרת לפתור קונפליקטים, אם הם לא נפתרים מעצמם (ואם הם נפתרים הם כבר לא קונפליקט). לקחת היום את השאלות הכי קשות של החברה הישראלית ולשים אותן בתור פרקים לחוקה עתידית, זה לעשות בדיוק את הדבר שצריכים להימנע ממנו, אלא אם ההנחה הסמויה היא שהקונפליקטים הם תוצאה של אי-הבנה. במילים אחרות, רק תנו לי לשבת עם מיכאיל קרייני ארבע שעות וכבר פתרנו את הבעיות בין יהודים וערבים. אבל גם אם נשב ארבעים שעות וייווצרו קונפליקטים, אני לא רוצה לעטוף אותם באיזה אמירות של חוקה, שאחת מהשתיים: או שלא יהיו בהם כלום, או שאני אכופף אותו עד כדי כניעה. אז מה התכלית בכך?

כמו שכבר נאמר, יש תחומים שבהם ניתן להגיע להסכמות, ולכן אני מציע שלא נבחר בבלתי אפשרי, כלומר לחוקק חוקה דווקא עכשיו, בזמן שהפערים והמתחים בחברה הישראלית המריאו לשיא, וזה עדיין לא הסוף. לדעתי, התכלית והיעד היום הם להוסיף פרק ועוד פרק, מתוך אותה תבונה שהייתה לאבות המייסדים.

שני חוקים כבר הפכו לאבן הפינה של הדיון הזה – חופש העיסוק וכבוד אדם וחירותו. אבל הם כשלעצמם בונים מצב מעוות, כי ללא שאר הזכויות החברתיות נוצרת פה הכרעה ערכית בלי שהמחוקקים התכוונו לה; שהרי לא הייתה כוונה ליצור חוק שמדבר רק על חופש העיסוק ורק על כבוד האדם וחירותו.

בצומת שבין היומרה לחוקק בטווח הנראה לעין חוקה כוללת חדשה, ובין הרצון להמשיך בדרך של עוד חוק ועוד חוק, אני בוחר בדרך של עוד דונם ועוד עז. אני מציע שני קריטריונים, שרק אם שניהם יתקיימו יש טעם לפעול: האחד – לא לעסוק בנושאים אוטוריים. השני – להגיע להסכמה, לא הסכמה של פה אחד בכנסת, כי אין לזה שום סיכוי, אלא הסכמה במובן הזה שחלקים מרכזיים בחברה הישראלית, שמורכבים מיהודים וערבים ומדתיים וחילוניים מגברים ונשים וכו', יוכלו להזדהות עמה ולהתלכד סביבה.

אני מדבר על חוקה 'רזה' כחלק מתפיסה, לא כבריחה. בתחום שבין כהניזם ושלילת קיומה של מדינת ישראל, עליה להכיל את רוב הקונפליקטים, את רוב עולמות הערכים, מתפיסת היהדות הכי אורתודוקסית ועד תפיסת היהדות החילונית ותפיסת האזרח הישראלי שאיננו יהודי כלל, למרות שנולד לאם יהודייה והוא רואה עצמו שווה זכויות על-פי כל אמת מידה.

הרצון להתמודד עם המרכיבים של החוקה הוא גם ניסיון להתמודד על המרכיבים של הליבה המשותפת – בצד הפלורליזם – שהיא לא רק החוקה, היא הסכמות חברתיות, היא הסכמות תרבותיות שיש בהן גם הכרה בשונה וגם קבלת המשותף. הליבה הזאת תהיה חלק מהשותפות של חברה פלורליסטית שעם כל זאת מחפשת לה מכנה משותף.

● **ציפי ליבני:** מדברידך עלה שחקיקה יכולה ליצור לעתים חוסר איזון, שאולי עדיף היה ששני חוקי היסוד שכבר נחקקו היו מחכים בצד, או כחוק רגיל, לפני שהיו עולים למדרגה של חוקה. שהרי חוקים שמישהו מבקש לקדם, אולי מעוררים חשש אצל מישהו אחר מפני חוסר איזון.



● **חיים אורון:** הוויכוח איננו על כך שמישהו לא מקבל את חקיקת חוקי היסוד כי הוא חושש מהפרת האיזון, כי הבעיה היא לא חוקי היסוד אלא פירושם. הרי הרב יצחק לוי אמר בעצם שהוא רוצה להיות בעל הבית על פירושם של החוקים הללו, ומצב כזה יכול להתרחש רק במישור הפוליטי. בכל מקום אחר שמדברים בו במושגים של רוב או מיעוט, הוא יודע שהוא במיעוט, והמקום היחיד שבו הוא יכול להפעיל את עצמתו, עצמה של מיעוט, הוא במערכת הפוליטית. וכאן יש לנו דבר והיפוכו: אם הגוף הפוליטי המחוקק או גוף פוליטי אחר, הוא הגורם המפרש, אנחנו בעצם לא מדברים על חוקה אלא על דבר אחר, ואז באמת אין צורך ללכת בכיוון של חוקה.

התהליך שהכנסת עברה, ההתחרדות של המפד"ל, גורמים לכך שהיום כל הגורמים הפוליטיים הללו בכנסת אומרים, לא במילים, כמובן: 'יהיה הזאת שאתם מדברים עליה, תעזבו אותנו ממנה'.

כמובן, אף אחד לא יגיד את זה בגלוי, ואם הרב יצחק לוי היה יושב פה הוא היה אומר לי שלא בדיוק הבנתי את דבריו. אבל אז היה בא שלמה בניזרי ואומר בסדר, אבל שבבית המשפט לחוקה יהיה משקלנו כמו משקלנו בכנסת. לכן אני אומר שאין ברירה (ואני יודע שאני אומר דבר והיפוכו, כביכול), ובכל זאת יכול להיות שבסיטואציה מסוימת, למשל חוק זכויות חברתיות, יש לי הרגשה שניתן למצוא 'נישה' כלשהי בתחום הפוליטי, לא בהסכמה פה אחד, אבל ברוב גדול מאוד.

● **שלמה גוברמן:** שני אישים סייעו בעיצוב השקפתי המקצועית: פרופ' אורי ידן ז"ל ממשד המשפטים, וייבדל לחיים ארוכים – חיים צדוק. על-פי משנתם של שני אלה אני יכול לומר כפי שהאמריקאים אומרים If it ain't broke, don't fix it השאלה שאני שואל את החברים הנכבדים היא: מה מפריע לנו המצב הקיים של חוקי היסוד 'הלא טובים', 'המונסחים בצורה פרימיטיבית'? הרי ב-1958 וב-1960 לא ידעו בישראל לחוקק ולנסח חוקים! מה הם ידעו, האנשים הפרימיטיביים שירדו מהעצים? היום יודעים לנסח! חוק יסוד: הממשלה, למשל. מה מפריע שהחוקים עדיין לא מאוגדים?

ניתן כמובן לקיים תרגיל אקדמי יוצא מן הכלל, תרגיל מבריק, ולנסות לקבץ את כל חוקי היסוד הקיימים. ואינני אומר זאת באירוניה. בעת שכיחתי במשרד המשפטים, רציתי להוציא נוסח משולב של חוק יסוד: הכנסת, שמספר התיקונים בו הגיע אותה שעה לעשרים ויותר. כוונתי הייתה לכנס את החוק המקורי על תיקוניו במסמך מגובש ובעל תוקף

מחייב, שיקל על המשתמש להתמצא בנוסח החוק. טכניקה כזאת של הכנת 'נוסח משולב' של החוקים, נקבעה בפקודת סדרי השלטון והמשפט התשי"ח-1948, כפי שתוקנה. הצעתי לתקן את הפקודה כך שניתן יהיה להכין 'נוסח משולב' גם של חוקי יסוד. אלא שהתעוררה השאלה האם חוק רגיל, פקודת סדרי שלטון ומשפט, היא מסגרת מתאימה לעריכת נוסח משולב של חוקי יסוד. התשובה הייתה שלילית. קושי מיוחד היווה הניסיון, תוך כדי עריכת הנוסח המשולב, להוריד בדרגה סעיפים מסוימים של חוק יסוד לסעיפים של חוק רגיל, שכן הכנסת חוקה הוראות 'פושטיות' בחוק יסוד, ואיך מורידים הוראה כזאת מנורמה חוקתית לנורמה של חוק רגיל.

מכאן ששאלת כינוסם של חוקי היסוד מחייבת לדעתי חקיקה של חוק יסוד אשר יאפשר את הארגון הזה, מה עוד כשמדובר בארגון קולקטיבי של כל חוקי היסוד הקיימים, תוך השמטת סעיפים והבאתם במסגרת של חוק רגיל. זו היא פעולה מאוד מקיפה. אינני שולל את הערך העיוני והאקדמי וגם המעשי של הכינוס הזה, שהוגש לפנינו על-ידי קרמניצר וקרצמר, אבל אני חש שזה לא בדיוק הדבר שמדינת ישראל זקוקה לו ברגע זה. שלא תהיה שום טעות, אני שולל לחלוטין חקיקה מחדש של חוקה. המנחה הנכבדה שלנו, גברת ליבני, נתנסתה בחוק החברות, שלמרות שאיננו חוק פוליטי, אך לחוקק אותו שתי כנסות; את חוק הירושה חוקקו במשך שתיים או שלוש כנסות והיו עוד חוקים ארוכי-תהליך. אני לא חושב שיש כנסת שמסוגלת להתמודד טכנית, מעשית, עם חקיקה גדולה כל כך כמו חוקה, מה עוד שהכנסת אינה מאוחדת בנושא זה. פרופ' אקצין כבר הציע בזמנו מנגנון, שחיים צדוק דיבר עליו לפני שעה קלה, דהיינו שהכנסת תחוקק חוק שיסמך הקמתה של ועדת מומחים שתגיש את הצעתה, ההצעה תאושר בכנסת ותובא בחגיגות לאישור במשאל עם. זוהי הדרך היחידה, המעשית והראויה לגשת לעניין הזה, ובכל דרך אחרת נגיע למבוי סתום. אין לי ספק שמוכרחים להשלים את הפרק של זכויות היסוד של האדם, משום שהיום הגענו למצב שבו על הסעיף הדרגתי בכבוד האדם תולים אינספור זכויות אחרות. הכנסת צריכה להגיד מה יש לה להגיד לגבי זכויות האדם בקול רם וברור.

יש עוד הצעה שבעיני מקבלת חשיבות ודחיפות נוכח המתרחש בזירה הארץ-ישראלית, עם הקמתה המדוברת של מדינה פלסטינית. ברגע שתקום מדינה פלסטינית תתחדד שאלת זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, כמדינה ציונית, כמדינה שמתפקידה לדאוג לקליטת העלייה ולמפעל ההתיישבות. ברגע שתיקבע בחוק יסוד זהותה היהודית של



מדינה יהודית, ציונית ודמוקרטית, ששומרת על זכויות אדם ומגינה על המורשת של המיעוטים – ברגע שתיקבע הזהות הזאת, כל החוקים היהודיים הציוניים (חוק השבות וחוק המעמד של ההסתדרות הציונית) יקבלו עיגון חוקתי בחוק יסוד: הזהות. לאחר שיחוקקו את חוק היסוד שהזכרתי, תהיה השעה כשרה לשקול האם שלמה המלאכה ולגשת לכינוסם של חוקי היסוד בצורה הולמת.

● **עמוס שפירא:** אני מבקש להזכיר שתי נקודות רלוונטיות שעלו בדיון הבוקר. עניין אחד העלה ד"ר זלצברגר. הוא אמר שבתנאים של חברה רב-תרבותית ומשוסעת, חוקה 'רזה' צריכה לכלול את הליבה המשותפת.

חוקה חשובה לא רק כאמצעי לשיקוף קונסנזוס, כשקיים קונסנזוס. היא חשובה גם כמכשיר לטיפול בקונפליקטים מתארכים ובמוקדי מתח נמשכים. חוקה לא חייבת לתת תמיד את התשובות המדויקות. אבל היא צריכה לבטא את עצם ההסכמה לקיומה של מסגרת חוקתית, למינימום של תרבות חוקתית, קרי – הסכמה לכללי משחק בסיסיים. זהו תפקיד חשוב ביותר של חוקה ושל הליך חוקתי. אתן לכם דוגמה: בארה"ב ובגרמניה (כמו גם במקומות אחרים), הדיון בנושא ההפלות נעשה במסגרת חוקתית. קיימים טיעונים חוקתיים בכיוון זה וטיעונים חוקתיים בכיוון האחר. המחלוקות בנידון מובאות לעתים לדיון בבתי משפט, ולעתים הן מטופלות במסגרת ההליך הפוליטי. זה לא שהחוקה נותנת לך בהכרח תשובה ברורה ומדויקת אם הפלות מותרות או אסורות. אך היא נותנת לך את המכשיר הנורמטיבי לשיח, לדיאלוג בנושא ההפלות. וכך גם בנושאים אחרים, כמו למשל עונש המוות.

עניין שני מתקשר בעקיפין למה ששלמה גוברמן אמר בנוגע לחוקה שהוחמצה בראשית המדינה. אין בדעתי להחמיא לממסד הפוליטי הישראלי דאז על כך שלא קיבל חוקה בימי הבראשית של המדינה ובמקום זאת אימץ ב-1950 את רעיון הפשרה של 'החלטת הררי'. אני סבור שאפשר היה, וצריך היה, לקבל חוקה בתנאים של אז, כי החברה הישראלית הייתה יותר הומוגנית, פחות משוסעת, ואפשר היה להסדיר בצורה זו או אחרת את הנושא של דת ומדינה. מה שתרם באופן מכריע לאי-קבלת חוקה היו עצלות אינטלקטואלית ונרחות ממסדית שלטונית. קל יותר לרשות המבצעת ולרשות המחוקקת לשלוט בהיעדר חוקה, וזה מה שבסופו של דבר הכריע את הכף. היום קשה לאין ערוך לבצע את

המהלך הזה. כך נוצרה האנומליה, הכורח לרתום את העגלה לפני הסוסים, והיא שגורמת לנו בעיות עד עצם היום הזה.

נוהג בעולם הוא, שכשבאה מדינה לעולם (לאחר מלחמה, או לאחר משבר או לאחר מהפכה), קובעים תחילה את כללי המשחק, את המסגרת, היא החוקה. ממנה נובעים אחר כך, כרונולוגית ולוגית, התהליכים הפוליטיים, החקיקה והממשל. אצלנו קרה ההפך: העץ אמור לגבש את הקרקע שממנה הוא אמור לצמוח, במקום שהקרקע תצמיח את העץ כדרך הטבע. באשר לקושי הטמון בקבלת הסכמות לגבי נושאים חוקתיים, סבורני כי אין צורך להגזים בכך. כבר יש לנו חלקי חוקה רבים המגובשים בחוקי היסוד הקיימים, שאינם בעייתיים במיוחד מבחינה ערכית. זאת, גם כשמדובר ברובד של זכויות יסוד. נושא הזכויות הכלכליות-החברתיות, שעדיין לא טופל במישור החוקתי, גם הוא אינו מעורר בעיות ערכיות חריפות מהסוג שאנחנו נתקלים בו בתחום של יחסי דת ומדינה והאופי היהודי של המדינה. אכן, בגלל האופן שבו נחקקו שני חוקי היסוד האחרונים, נוצר עיוות, כשלפתע הפך חופש העיסוק למין ערך מרכזי באתוס של זכויות היסוד במדינת ישראל. לא חופש הביטוי, לא עקרון השוויון, אלא דווקא חופש העיסוק הוא שהפך לאבן היסוד של תפיסת זכויות האדם במדינת ישראל. זהו בוודאי עיוות ואבסורד. אבל החדשות הטובות הן שחלקים גדולים מהחומר שאמור להיכלל בחוקה בסופו של דבר, לא יעוררו בעיות בלתי פתירות אם יטופלו כראוי. החשש המוצדק מהשערים הערכיים, בעניינים המהותיים והבעייתיים באמת, ניתן למצוא לו פתרון מסוים בתהליך הכינוס והקבלה הסופי. חשוב לבצע זאת באמצעות אקט ייחודי כגון משאל-עם, או אספה מכוננת, או בחירות מיוחדות או בשתי הצבעות במרווח של זמן בכנסת וכיוצא באלו. ייחודיות האקט הזה מיועדת להתגבר על האנומליה שבקבלת חוקה במועד כה מאוחר ולהפגין את הקונסנזוס והלגיטימיות של ההליך הזה. הכינון הסופי של החוקה צריך להתבסס על:

א' – חוקי היסוד הקיימים תוך עריכה ניפוי, כדוגמת המסמך שקרצימר וקרמניצר והעוזרים שלהם הגישו בפנינו. זהו נדבך ראשון וחשוב מאוד מבחינה מעשית.

ב' – תוספת לחוקי היסוד הקיימים. חסרים יסודות חשובים, במיוחד בתחום הזכויות החברתיות-הכלכליות והזכויות במשפט. חסרה גם מסגרת כללית להליכי קבלת החוקה, שינויה ותיקונה. וכמובן שאין לשכוח



את נושא הפיקוח השיפוטי-החוקתי: מהו הגוף שיבצע זאת, באיזה הליך, באיזה הרכב, באלו פרוצדורות. זה נושא קשה וכבד.

ג' – תוספת נושאים לטיפול חוקתי, לרבות העלאת עניינים שהיום מוסדרים בחקיקה רגילה, למשל נושא השבות והאזרחות.

ד' – אקט הכינוס, שדיברתי על חשיבותו כבר מקודם, והאישור בהליך חגיגי ומיוחד שיעניק לגיטימיות ויבטל את האנומליה שנוצרה.

● **יוסי אדרעי:** השאלה הראשונה היא למה נחוצה לנו חוקה, ובנושא זה קיימות שתי תפיסות בסיסיות. האחת אומרת שכל השקפת העולם החברתית והערכית של חברה צריכים לבוא לידי ביטוי בחוקה – כך היה בדרום אמריקה, כך היה ברוסיה, וגם באירופה יש היום חוקות כאלה; תפיסה שנייה גורסת שחוקה קיימת כדי להציב לכנסת 'קווים אדומים' שאותם אסור לה לחצות, כדי להבהיר שהכנסת איננה כול-יכולה. אני מסכים עם מה שנאמר פה על החמצת כינון חוקה בשנים 1948-1949, ועם זאת, האיכות או המיוחדות של החוקה שלנו או החוקה החלקית שלנו – היא בכך שאינה נותנת תשובות מוחלטות. על-ידי כך היא מאפשרת לנו לחיות יחד, כי ברגע שננסה לפתור את הבעיות, אין חברה ישראלית.

בעניין החששות והפחד שדיבר עליהם מיכאיל קרייני – אנחנו כולנו פה סכיוזפרנים, אנחנו כולנו פה פרנואידיים. קיימנו כנס בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה מיד לאחר המאורעות הקשים שבהם נהרגו 13 ערבים ישראלים. אחת המשתתפות הייתה ערבייה ישראלית שאמרה שהיא בת 28, וזו הפעם הראשונה שהיא קמה בבוקר והרגישה פחד קיומי. אמרתי לה: 'תראי, אני קצת יותר זקן ממך, ואינני זוכר יום אחד בחיי שקמתי בבוקר בלי פחד קיומי'. צריך שכולנו נבין זאת, הציבור היהודי והציבור הערבי, וגם שנבין שאם תהיה לנו חוקה היא לא תפתור את כל הבעיות.

לכן, מעשית, צריך להפסיק לחוקק, כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל הכול, בהתאם לצרכים הנוכחיים של החברה הישראלית. אשמח לצאת להפגנות כדי לחוקק חוקים סוציאליים ולהוסיף זכויות סוציאליות וחברתיות, אבל החוקה שלנו צריכה להימנע ממחטפים. החוקה שלנו צריכה לאפשר למפלגה קונסרבטיבית ימנית לחוקק חוקים משלה, ולמפלגה סוציאל-דמוקרטית לחוקק את החוקים שלה, ולכן אסור לאכוף השקפות עולם. הכנסת לא תוכל לחוקק חוקים גזעניים, הכנסת לא תוכל

לחוקק חוקים אנטי-ציוניים או אנטי-יהודיים, כי היא מדינה יהודית-דמוקרטית. אחד היתרונות הגדולים של משפטנים ופרופסורים למשפטים הוא היותם גם פילוסופים וגם יעם שתי הרגלים על הקרקע. למשפטן יש היתרון הגדול להבין מהי מלאכת פרשנות, ואם אתם שואלים אותי – המונח כבוד האדם יכול לכלול את כל הזכויות הסוציאליות ויכול גם לא לכלול. מי ייתן תוקף לדברים האלה לכאן או לכאן? זהו תפקידו של בית המשפט העליון שלנו. אסור להיסחף אחרי ההסתה של ש"ס כנגד בית המשפט העליון ולהזדעק ולומר: 'אהרון ברק הוא זה שיקבע!' להבין באמת את התפקיד הממסדי של בית המשפט, משמע להבין שאנחנו בסך הכול ממשל של נציגים, ושהציבור הישראלי פועל באמצעות שליחים וש אחד השליחים שלנו הוא בית המשפט העליון, ובית המשפט העליון מעולם לא התנתק מהציבור הישראלי והוא לעולם גם לא יתנתק. תפקידו של בית המשפט העליון, הן ברמה האמפירית והן ברמה של תפיסתי האישית, הוא לזהות הלכי רוחות חיוביים בציבור ולרומם אותם, ובמקביל לזהות הלכי רוח שלילים ולדכא אותם. בית המשפט העליון אינו מנותק מהציבור הישראלי, הוא מבטא את רצונו. אני עוקב אחרי הסיכומים של בית המשפט העליון ואני אומר לכם שהוא מקשיב לכל רחש שעובר בציבור הישראלי, ואם פעם בית המשפט העליון קבע משהו בטעות, כשאמר שאין זכויות עובדים, רק זכויות מעבידים – אחרי כמה אירועים בכנסת ובאקדמיה הישראלית הוא הכיר בטעותו ושינה את קביעתו.

איכותו הנהדרת של בית המשפט העליון היא בכך שהוא שומע מה קורה בציבור הישראלי, שהוא לא פוסק לבד ובמנותק, ולכן אני לא מפחד מבית המשפט העליון. לא זכור לי שום פסק דין של בית המשפט העליון שפגע בציבור הישראלי או במגזר מסוים בו.

אשר לזכויות חברתיות – השאלה מהן בדיוק זכויות חברתיות היא שאלה מורכבת. הפרשנות אומרת שזכות יכולה להיות פסיבית ויכולה להיות אקטיבית – וכאשר המכוון שלנו קבע שאין פוגעים בזכות הקניין, אני בהחלט צופה אפשרות שיום אחד, כאשר האווירה הציבורית תשתנה, לא ידובר עוד על 'אין פוגעים בזכות של אדם', כלומר גישה פסיבית, אלא יאמרו שלכל אדם זכות לקניין, והמדינה שלנו תהפוך למדינה שבה הזכויות הן אקטיביות – כלומר, לא רק שאין פוגעים, נותנים. אני חושב שאסור לנו לעסוק בשאלה מה חסר ואיך להשלים, אלא כל דור יחליט בעצמו מה התכנים שהוא רוצה להכליל בחוקה הירזה.



הטעות הכי גדולה של האקדמיה הישראלית היא של פרופ' אוריאל רייכמן וחבריו, שבדחיפתם לכוון חוקה ניסו בתוך חמישה חודשים להציע פתרונות ערכיים לטווח ארוך; זה לא יעלה על הדעת, זה צריך להיות דו-שיח מתמשך וארוך. לכן לטווח הקצר צריך להשאיר את הדברים בעינם ולתת לציבור הישראלי, באמצעות כל השליחים שלו – חברי הכנסת ובית המשפט והאקדמיה – לפתח את מה שכלול לדעתם ביכבוד האדם. אינני חושש מכך שכבוד האדם יישא עליו גם שוויון וגם ערכים אחרים. אני בהחלט רוצה שבית המשפט העליון והחברה שמשפיעה עליו יהיו מסוגלים לומר שכבוד האדם כולל גם את הזכות לקיום מינימלי, שהיא זכות אקטיבית שהממשל צריך לספק.

הבעיות של החברה הישראלית הן קשות ואין שום פתרון קסם; חוקה לא תפתור את הבעיות הקשות של החברה הישראלית. לכן אם במצב הדברים היום ננסה להתקדם – להערכתי נלך אחורנית כי השעה עדיין אינה כשרה.

● **פרופ' מרדכי קרמניצר:** אביא כמה הערות על דברים שנאמרו כאן.

עניין החוקה איננו עניין סמנטי משתי סיבות: ראשית, יש חשיבות לרעיון המשפטי של עליונות. בעוד כמה חודשים אולי היינו מוצאים את עצמנו מול חוק עינויים, ואם בסופו של דבר לא נעמוד בפני חוק כזה, הרי זה מפני שכבר קיים מנגנון מעין-חוקתי, ומי שרוצה לחוקק יודע שהדברים יעמדו למבחן; שנית, אם בכל זאת נגיע לחוקה, לעצם המעשה הזה יש משמעות חינוכית לא מבוטלת, גם אם חוקה איננה מרשם לפתרון כל בעיותיה של החברה הישראלית.

האם חוקה תיקח אותנו מהמקום שאנחנו נמצאים בו למקום טוב יותר – זו השאלה שצריכה להעסיק אותנו, ואסור לנו לחשוב במושגים של גאולה וישועה. חוקה, שום חוקה, לא יכולה לתת תשובות, ברמת הפסקנית שמיכאיל קרייני היה מצפה לה. בנושא היהודי-הערבי יש איזה מעגל קסמים שאנחנו שבוים בו; מצד אחד, היהודים מרגישים שחלק מהאזרחים הערבים שחיים בישראל לא מקבלים את מדינת ישראל כלגיטימית, וההרגשה הזאת היא היבט חמור ומכביד ביחסים בין שני הצדדים. מצד שני, אני יכול להבין את הערבים שאומרים 'אתם מצפים שנקבל איזה קונספט של המדינה הזאת, שעל פניו הוא "מריח" נגדנו, ומפקיע אותנו. לא רק זאת אלא יש לנו גם ניסיון לא טוב אתכם. אנחנו רוצים לשמוע מכם למה, לכל הרוחות, אתם מתכוונים כשאתם אומרים

"מדינה יהודית"? זה אומר שבות, זה אומר דגל וסמל! תגידו לנו, ואז יהיה הוגן מבחינתכם לבוא ולשאול אותנו אם אנחנו מקבלים את זה או לא. לכן, ראשית צריכים 'לשים את הקלפים על השולחן', ולא דווקא על השולחן החוקתי. אבל חייב להיות שולחן שבו הדברים האלה ייאמרו, ודרושים דיון ודו-שית.

● **חיים אורון:** דו-שיח אין פירושו שאני קובע מהי המדינה ואומר לצד השני 'תראה, זה העניין ועכשיו אתה חייב לקבל את זה'. דו-שיח משמע שאני מקשיב למה שהוא אומר. למשל, אני בא ואומר שמדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית ומדינת כל אזרחיה ואולי המשפט הנוסף הזה מרגיע אותו. אלא שאלה דברים סתם, כי יש מגזרים שעצם המחשבה להוסיף את שני המרכיבים האחרונים האלה הוא לכשעצמו איום. כלומר "תפסת מרובה לא תפסת" – אתה מוסיף משפט ואתה חושב שהתקדמת, אבל בעצם אתה הולך אחורנית

● **מרדכי קרמניצר:** אני רוצה להגיד משהו על הסוציאל-דמוקרטיה ועל הזכויות החברתיות. אם הכוונה היא לכתוב משהו שיהיה לגמרי לא משמעותי, נצליח להשיג הסכמה; אם הכוונה לכתוב דברים משמעותיים ומחייבים – תהיה זו על כך מחלוקת ממשית. ההנחה שהנושא הזה אינו טעון איננה מדויקת; הוא אינו טעון רק בתנאים מסוימים. אין הסכמה בחברה הישראלית על סוציאל-דמוקרטיה; יש כוחות שמאמינים בשוק חופשי וחושבים שבסוציאל-דמוקרטיה יש סכנה, והם לא יניחו לבית המשפט העליון להיות שחקן מכריע בזכות הכיוון הזה.

אינני מבין חלק מעמדותיהם של החברים כאן; לא ברור לי למה במצב שבו מחפשים ליבה משותפת, במצב של אי-יציבות המשטר ושל פוליטיקה שלא נראית טוב ואי אפשר לדעת איזה דברים משונים היא תחולל – למה במצב כזה לא ניקח נושא שיש עליו הסכמה, כלומר הסדרים משטריים, ונקדם מהלך חוקתי שבנוי על ההסכמה הזאת. לא בצורה חפוזה, אלא בצורה הכי שקטה והכי רצינית. אם מישהו יבוא ויאמר לי: 'האם בזה תיוושע ישראל?' התשובה היא: 'לא תיוושע ישראל'. 'האם זה משפר את המשטר?' התשובה היא: 'כן, זה משפר ומטייב את המשטר'. אם הולכים בכיוון הזה, צריך לנסות ולמצות את העניין עם כל הקשיים.

בקשר לדברים שאמר כאן יוסי אדרעי – אני מבין שמשפטן יודע מהי פרשנות, אבל הוא גם יודע מהם גבולות לפרשנות. לדאבוני, בבית המשפט



העליון של הדור האחרון היטשטשה ההבחנה בין פרשנות לגיטימית, בין המרחב הלגיטימי לפרשנות, שהוא לא מבוטל, לבין מה שנמצא מעבר לו. אני עוסק במשפט פלילי (תחום שבו יש חשיבות מיוחדת לעקרון החוקיות ולאזרה המוקדמת מראש של הציבור מפני עשיית המעשה האסור). לא תמיד נשמר בתחום זה הגבול של הפרשנות הלגיטימית בפסיקת בית המשפט העליון. אני חושש, לפי כך, מהענקת מנדט בלתי מוגבל לבית המשפט העליון.

קרה עוד דבר שצריך להביא בחשבון והוא ירידת האמון של הציבור בבית המשפט העליון. לכן, ברגע שבית המשפט ילך מעבר למה שהמחוקק התכוון כשהוא נתן לו את המנדט המסוים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (וזה לא המחוקק של שנת 1948, זה המחוקק של לפני שנים ספורות!), זה יכה הדים מאוד צורמים וייפגע עוד מעמדו של בית המשפט. לכן אני חושב שכדאי קודם כול לנסות ולמצות את הכיוון של השלמת החוקים.

● **דוד נחמיאס:** ההתייחסות שלי היא מההיבט המשטרי ולא מההיבט המשפטי-חוקתי. חשוב לי להדגיש זאת, כי אני רואה בחוקה לאו דווקא אמנה חברתית לתקופת-זמן נתונה, אלא ניסוח של כללי משחק לגבי המשטר, בתוספת ערכים אוניברסליים מסוימים – ערכים שמקובלים על מרבית החברה או על אותם מגזרים שאנחנו צופים שירצו להצטרף להסכמה הכללית. קחו למשל את החוקה האמריקאית: כשדיברו על השוויון בחוקה לא היה שוויון. לא היה שוויון, אבל שוויון הוא ערך שחשוב לקדם. יש הסכמה בין מגזרים שונים בחברה הישראלית לגבי מספר ערכים אוניברסליים.

כשאני מדבר על כללי משחק, אני חושב שמבחינה משטרית אנחנו נמצאים היום בשבר משטרי שקשור בטבורו לכללי המשחק; במילים אחרות, אין הסכמה על כללי משחק ואין הסכמה גם על חוקי יסוד. למה אני מתכוון? לקלות הבלתי נסבלת שבה משתנים חוקי היסוד, כולל חוקי המשטר – חוק הבחירה הישירה למשל, "חוק ביבי", הגדלת מספר חברי הממשלה. לכן, מבחינתי, כללי המשחק המשטריים הם התנאי ההכרחי והמספיק לכל חוקה, חוקה שתהיה לא רחבה מדי אבל ספציפית די והותר להתמודד עם הבעיות הרציניות ביותר שאנחנו, וכל דמוקרטיה אחרת, עומדים בפניהן. כאמור, אינני רואה חוקה כאמנה חברתית, אלא ככלי ליישוב קונפליקטים. החוקה מגדירה כיצד נתמודד, למשל באמצעות ייצוגיות, באמצעות מפלגות, באמצעות בחירות אזוריות. על-ידי חוקה אנחנו בעצם

מעצבים את הכלים שיאפשרו לקבוצות השונות לקדם את האינטרסים שלהן במסגרת כללי משחק מוסכמים מראש.

כמו שכבר נאמר פה, אין לנו חוקה מפני שהרשות המבצעת לא רצתה להגביל את עצמה. הבעיה הייתה משטרית, לא בעיה של אמונות בערכים מסוימים. היסטורית, בן גוריון רצה את המפד"ל בממשלה, ולא רצה לא את חירות ולא את הקומוניסטים. היה לו נוח מבחינה פוליטית לעצב כללי משחק שאינם מגבילים את הרשות המבצעת.

הקלות הבלתי נסבלת של שינוי חוקי יסוד קשורה בהיעדר שריון, כי בהיעדר שריון או דיון רציני על שריון וכשאינן מגבלות על שינויים, אין יציבות בכללי המשחק. כללי המחשק נגזרים מתוך מספר הנחות ערכיות חשובות לגבי קיומו של משטר דמוקרטי. אם הולכים בכיוון של דמוקרטיה פרלמנטרית, הרי הולכים בכיוון משטרי מאוד ברור, עם כללי משחק מאוד ברורים, שאפשר להתאים את חלקם למציאות הישראלית. יש משטרים פרלמנטריים סוציאלי-דמוקרטים ויש משטרים פרלמנטריים שאינם סוציאלי-דמוקרטים, אבל הכלים מאפשרים לכל קבוצה, בטווח הארוך, להשתלב במדיניות הציבורית. אני מסכים עם מרדכי קרמניצר שיש עקביות מוסדית, ערכית נורמטיבית, אלא שפה אני מתלבט עם משהו מורכב בהרבה: האם ללכת בשיטה היותר דדוקטיבית לגבי מבנה המשטר, או בדרך אינדוקטיבית? בימים אלה אני כותב ספר, ולחוק המרכזי שמככב בו אני קורא "חוק הטלאים של הפוליטיקה הישראלית" – הכול טלאי על טלאי על טלאי, ובטווח הארוך זה מוביל למשבר. אם לא נכנסים למשבר, נוצרת אי-עקביות דינמית במדיניות הציבורית: למשל, כן חוק טל, לא חוק טל, כן סבסוד לדרום, לא סבסוד לדרום. מה שעשו מרדכי קרמניצר ודוד קרצ'מר הוא ללכת בשיטה האינדוקטיבית, לנסות ולהכניס למסגרת כללית יותר ועקבית יותר את כלל הדברים שנעשו פה עם תוספות אחדות, במיוחד בפרק המשטר. יש לנו חוק דרעי וחוק ביילין ועוד הרבה דוגמאות נוספות לכך שבהיעדר כללי משחק, משחקים בצורה בלתי אחראית.

עוד אבחנה שאני רוצה לעשות לגבי תהליך גיבוש חוקי היסוד, אולי החוקה לעתיד – היא האבחנה בין תהליך מפלגתי-פוליטי ותהליך מקצועי-ייצוגי. אני מדגיש "ייצוגי", כי אפשר לכוון מועצה ציבורית שתורכב גם ממקצוענים בתחומים שונים ולא רק ממשפטנים, מנציגים של זרמים שונים מרכזיים בחברה הישראלית. מועצה ציבורית כזו יכולה למלא תפקיד דומה לזה של מועצה מכוונת.

● **פניה עוז-זלצברגר:** העבודה המאוד מרשימה של קרמניצר, קרצ'מר וביניש היא מעשה שחזור היסטורי לתפארת, אבל בניגוד להיסטוריונים שמאחים טקסט מפרגמנטים, ובניגוד לארכאולוגים שמרפאים כד מחרסיו – אתם לקחתם פרגמנטים שאף פעם לא היו כד ובניתם כד.

עם זאת, אני מציעה שלא נשגה באשליות לגבי חוקה 'רזה', לגבי חוקה של כללי משחק. על משקל הסיסמה המפורסמת ש'בתוך כל אדם שמן מסתתר אדם רזה', אני מבקשת להגיד ש'בתוך כל חוקה 'רזה' מקופלת מערכת ערכית עבת-כרס'. אנחנו מוכרחים להיות מודעים לזה עוד לפני שהתחלנו לדון בשאלה אם ניתן להכניס לחוקה 'רזה' אלמנטים סוציאלי-דמוקרטים. מה שיש בחוקה ה'רזה' המוצעת כאן ובכל חוקה 'רזה' שאנחנו נדבר עליה, הוא ליברליזם קלאסי מובהק מבית מדרשה של אירופה הנאורה; משם זה בא היסטורית, ואם לא נודה בכך, כי אז יזכירו לנו את העובדה הזאת חברים אחרים שבאים מעולמות אחרים ומהשקפות אחרות. מבחינה זאת, החלק הכי מעניין של הבוקר היה כאשר חבר הכנסת משה גפני סיפר סיפור מרתק איך מתוך הסכמה תמת-לב לחוק יסוד: חופש העיסוק (שהוא כביכול הפחות מזיק מכולם), הסתתר לו הצפעוני הקטן הזה של ההיתר למכור בשר חזיר. וזאת מפני שיש במסורת החוקתית מדרון חלקלק, או אולי להפך – יש כאן עלייה חלקקה. גם מתוך חוקה 'רזה' – בגלל שהיא באה היסטורית וקונקרטיה ומהותית מהמסורת הליברלית – יצמחו במשך הזמן כל מיני פסיגים חדשים של העמקת והרחבת מועדון הזכויות, גם אם המכוננים לא התכוונו לזה.

את כללי המשחק האלה המציא הליברליזם האירופאי, ואם לא נודה בזה, אנחנו מרמים לא רק את עצמנו, גם את בני-שיחנו שבאים ממקומות אחרים על המפה המורכבת מאוד של הארץ הזאת. זה אולי מסביר חלקית את הטענה של מיכאיל קרייני, שעיקר השיח כאן הוא בין חילונים ליברלים לבין יהודים חובשי כיפה ולא ביניהם לבין אוכלוסיית המיעוטים של ישראל. שומרי מסורת ישראל הם הנמענים העיקריים למה שהולך להתרחש כאן. מבחינתם, השופט ילבש את הצבעים של אחת הקבוצות (אגב, זו בדיוק גם מהות הטענה נגד בית משפט העליון, שגם שם השופט לובש צבע של אחת הקבוצות), ואין זה משנה מה יהיו הגופים הקובעים והאוכפים והמפרשים של החוקה העתידית. חוקה באשר היא, ושתהיה רזה כדוגמנית, באה מן הליברליזם האירופאי. ישבתי לאחרונה באום-אל-פחם עם עיתונאי שמזוהה עם התנועה האיסלמית והוא אמר: 'אני ליברל



ורוצה שוויון זכויות מלא בארץ הזאת, ואחר כך אני אקום להילחם בעד טוהר המשפחה ונגד שוויון להומוסקסואלים. 'וזה לב העניין: הוויכוח הוא לא על מדינה 'יהודית' ו'דמוקרטית', אלא על 'יהודית' ועל 'ליברל-דמוקרטית'. כי אין דבר כמו דמוקרטיה מודרנית שאין בה אלמנט ליברלי מהותי.

אין אצלנו קונסנזוס על זכויות; אין קונסנזוס לא על עקרון השוויון ולא על קדושת החיים ולא על כבוד האדם וחירותו. אני חוששת שעוד ייתכנו כאן קונפליקטים קשים, ואין חלקי עם המנסים להחליק והמדברים על הרמוניה. חלק מהדוברים והדוברות במליאה הבוקר אמרו שניתן להגיע לעמק השווה ולהרמוניה; חלקי עם מי שאמר, למשל יוסי אדרעי, שחוקה לכל היותר תסדיר קונפליקטים באופן פחות או יותר תרבותי. אני בעד החוקה ה'רזה' ואני בעד שאנחנו נכיר שהולך להיות כאן אקט של אכיפה של ערכים ליברליים יסודיים על חשבון ערכים אחרים. כל מה שאני מציעה הוא שלא נטמון את הראש בחול בכל הנוגע לאקט הזה של אכיפה, שיחול, אגב, לא רק על חלקים של היהודים הדתיים בארץ, גם על חלקים נכבדים של הלא-יהודים הדתיים בארץ, כמו בן-שיחי באום-אל-פחם, שגם לו יש ערכים שיעמדו בסתירה חמורה עם הליברליזם הבסיסי של החוקה הזאת.

חוקות ליברליות קמו באירופה בתוך תהליך של חילון. מי שרואים באמריקה נצרות עמוקה, כדאי שיכירו בכך שהדת הפרוטסטנטית עצמה היא חלק מתהליך החילון, ומשמעותי בעיני שדווקא לפרוטסטנטים יש יציבות חוקתית ליברלית, שהיא בסופו של דבר חילונית. יש קשר היסטורי עמוק בין חילוניות, בכל העניינים הנוגעים לחירויות האדם בחלקתו הפרטית, ובין הדת הפרוטסטנטית. וכאן האמריקאים הם החרוג ואנחנו חלק מהכלל. כל שאר הדתות בעולם לא הסתדרו כל כך טוב לא עם תהליך הקמתן של מדינות חוק וחוקה ולא עם חילון.

ולסיום – משה גפני, ולהבדיל ידידיה שטרן מהזווית שלו, הכירו בכך שבחוקה כזאת יהיה אלמנט עמוק ומהותי של הפרדת דת ומדינה, הם הכירו בזה וילכו עם זה עד גבול מסוים. לא כך הציבור של גפני.

שלמה אבינרי הזכיר בקיצור את עניין הפרהסיה, ואני רוצה להגיד שכל הזכויות הנגיבייות שמעוגנות בחוקה וסדרי ממשל ופרוצדורה לא יעזרו לנו בוויכוח הגדול בינינו על דמות הפרהסיה שלנו, לרבות מדינה יהודית ולרבות חוק השבות. אנחנו צריכים להכיר בכך שאם תהיה כאן חוקה,



יהיה כאן אקט של אכיפת רצונו של חלק אחד בציבור בעל השקפת עולם קונקרטי, על חלק אחר של הציבור בעל השקפות עולם קונקרטיות אחרות, תוך התפשרות כואבת וחלקית, אבל לא סימטרית. מוטב אם כן שנכיר בכך כבר עכשיו ולא ננסה לכסות על זה ברטוריקה של הרמוניה והשלמה בין יהודית לדמוקרטיה. כי יש גבול להרמוניה והשלמה.

● **גיא מונדלק:** על המסמך הבסיסי (שהגישו קרמניצר, קרצ'מר וביניש) שהניע את הכינוס הנוכחי אין אלא לברך. אך בניגוד לעבודה שנעשתה לגבי חלק מחוקי היסוד, מטרת המסמך הנוכחי (קונסולידציה, תיאום והבהרות) מצומצמת מכדי לענות על הבעיות שבחוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם. בנוגע לחקיקת היסוד בתחום זכויות האדם, נחוצה כתיבה מחדש. התלבטויות בתחום זה רחוקות מרחק רב משלב הקונסולידציה. כך, למשל – האם יש לכלול את עקרון השוויון בחוקה? יש לזכור כי גם אם יוכנס עקרון השוויון, זוהי אך ורק תחילת הדרך, שכן המושג 'שוויון' מזמן גישות רבות ושונות זו מזו. עם זאת, עצם ההחלטה המקדמית האם לכלול את עקרון השוויון – החלטה זו תעצב את דפוסי השיח החוקתי בהמשך. בדומה לכך, חופש האישור שכבר מעוגן בחוקי היסוד, פותח פתח לתפיסות עולם שונות לגמרי שיכולות לחסות תחת האידיאה של חופש העיסוק. בניגוד לזכות השוויון – חופש העיסוק כבר הוליד פסקי דין שאינם מהוססים ואשר מעגנים תפיסה מסוימת (עידוד תחרות חופשית) שאיננה היחידה שיכולה לנבוע מהזכות החוקתית הפורמלית. התפתחויות אלה ביחס לזכות שכבר עוגנה במפורש בחוקי היסוד, מאפשרות לבחון את היחס שבין זכויות היסוד המעוגנות בחוקה ובין אופן יישומן, והאם ההכוונה החוקתית שבחוקי היסוד, כמו גם מערכת היחסים שהתפתחה בין המחוקק ובין בתי המשפט, מעמידות מודל רצוי, או אולי מצריכות התאמה. עמימותן של זכויות האדם, האפשרויות הרבות החוסות תחת הגדרת הזכות והפער שבין זכויות יסוד ובין יישומן – את כל אלה יש להביא בחשבון כשדנים ברשימת הזכויות הרצויה. כך, למשל, לגבי חופש ההתארגנות; אמנם יש הסכמה גדולה מאוד על חירות ההתארגנות, אך בתנאי שלא ישבתו וכל עוד השביתה לא תעלה כסף. גישה זו מצריכה לבחון האם יש בכלל טעם לעגן את חירות ההתארגנות בחוקה, האם יש טעם לפרט את הנגזרות של חירות ההתארגנות (כגון הזכות למשא ומתן קיבוצי לשביתה), או שמא עדיף להסתפק באמירה כללית בדבר הזכות להתארגן, ואולי עדיף לוותר עליה לגמרי ולהסתפק בעקרון החירות הכללי.



אבקש להעיר מספר הערות לגבי דברים שנאמרו כאן במהלך הדיון. ראשית בנושא הסוציאל-דמוקרטיה: אני מאוד רוצה פוליטיקה סוציאל-דמוקרטית בישראל, אני מאוד לא רוצה חוקה סוציאל-דמוקרטית בישראל; אני מאוד בעד זכויות חברתיות ועם זאת אלחם בתפיסה שאומרת שהכנסת זכויות חברתיות הופכת את החוקה לסוציאל-דמוקרטית. אם מכניסים את הזכות לעבוד, זו איננה הבטחה לתעסוקה מלאה ואין בכך לחייב אוטומטית את המדינה להתחיל לכתוב צ'קים. לעמדתי, דברים שנשמעו כאן קודם, שלפיהם יש לקדם זכויות חברתיות מסוימות (הזכויות החברתיות) כדי להבטיח משטר סוציאל-דמוקרטי, אינם משרתים את המטרה. זכויות חברתיות מאפשרות תחרות הוגנת בין תפיסות פוליטיות שונות, אך אינן מבטיחות בלעדיות לתפיסה זו או אחרת. זכויות חברתיות מהוות חלק בשיח הציבורי לגבי אופי הקהילה, אך אינן, כשלעצמן, קובעות אופי זה.

אינני מסכים עם פרופ' קרמניצר שזכויות חברתיות הן המקום הקל להתחיל בו; לא בכדי זכויות אלה זנחו עם השנים. לדעתי, יש עוינות רבה כלפי הזכויות החברתיות, ומה עוד לגבי האפשרויות הגלומות בהן, השלכותיהן על מערכת היחסים בין בתי המשפט והמחוקק והרחבת חובתה של הקהילה לדאוג לחבריה. לדאבוני, נדמה לי שקונסנזוס על זכויות חברתיות אפשרי רק אם מתייחסים אליהן כאל זכויות של רצון טוב וצדקה. עם זאת, יש מקומות שבהם הזכויות הללו קמות לתחייה (למשל בדרום אפריקה), מתחילות לגלות סימנים של חיות ואופרטיביות ולכן שווה להיאבק עליהן בישראל. אך בוודאי שאין הדבר מובן מאליו.

● **משה גורלי:** חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נולד כתוצאה ממשא ומתן בין הצד הדמוקרטי לצד היהודי של המשוואה 'יהודית-דמוקרטית'. הצד הדמוקרטי יצא מובס לחלוטין בדיאלוג הזה, כשמהחוק נעקרו זכויות כמו שוויון, חופש ביטוי, חופש הפגנה, חופש התנועה, חופש דת. נשאר רק כמה הגנות לחוקים קפיטליסטיים בעיקרם, כמו עיסוק וקניין. ומה הייתה תגובתו של הצד הדמוקרטי? בין היתר על-ידי תגובה כפולה של בית משפט העליון: 1. הפקעת הנושא לביקורת שיפוטית דרך פסקת ההגבלה; 2. באמצעות מאמר ונאומים של נשיא בית המשפט העליון, שכאילו אמר: 'הוצאתם לי החוצה את השוויון וחופש הביטוי, אז אכניס אותם דרך "כבוד האדם" שמכיל הכול בתוכו'. על-ידי תגובות אלה קמה על בית המשפט מהומת אלוהים לא רק מצד הדתיים, אלא גם מהנשיא בדימוס לנדוי שכתב שזכויות שהוצאו מהדלת הוכנסו



מהארון. ומה באשר לתגובת הנגד של הצד הדתי? שם החליטו להגיב למהלך על-ידי הקפאת המשך חקיקת חוקי היסוד. אז חוק זכויות במשפט לא עובר, חוק זכויות חברתיות לא עובר, וכל זאת לא בגלל שיש להם התנגדות עקרונית, אלא מפני שנשיא בית המשפט העליון אהרון ברק רוצה בכך. הדתיים מודיעים שאינם רוצים לחוקק חוקי יסוד כי הם חוששים מהדרך שבה יפורשו על-ידי ברק ובית המשפט העליון. השלב הנוסף של תגובת הדתיים הוא: 'חכה-חכה, בהזדמנות הראשונה גם אנחנו נקים בית משפט לחוקה'. כך, פחות או יותר, מתנהל השיח החוקתי משנת 1992 ועד היום. אם זו אכן תמונת המצב, אם אלה אכן היחסים התרבותיים או החברתיים בין שתי הקבוצות האלה – אז אני די פסימי.

כיצד בדיוק ייווצר דיאלוג? המאבק הזה הוא לא רק פוליטי, הוא גם אידיאולוגי – הדמוקרטיה מסתכלת על הצד האוניברסלי של האדם והיהדות מסתכלת על הצד הפרטיקולרי של המשוואה. ברוח הדברים שאמר בצדק מיכאל קרייני, אם כתוב בחוקה 'מדינה יהודית דמוקרטית', הוא יתייחס לזה כמו להמנון, וההמנון הוא "נפש יהודי" ועל כן הוא לא מדבר אליו. בה-במידה, אם תכונן חוקה עם המילה 'יהודית', יהיו אשר יהיו תוכני החוקה, הוא יתייחס לזה בצורה חד-צדדית.

אם הגענו למצב שבו חוקי יסוד, שהם נייטרליים לחלוטין מבחינת דת ומדינה, כמו זכויות במשפט, אינם יכולים לעבור – ספק אם אפשר לעסוק בתכנים נוקבים יותר.

לסיכום – חוקה צריכה להיות קצרה ומחנכת, וחוקה שלא מצליחה לכלול בתוכה שוויון איננה מחנכת. במצב דברים כזה – האם שווה לנו להתקדם בידיעה שהדברים הכי חשובים יישארו בחוץ? או אולי מוטב להישאר במצב הקיים. להזכירכם – גם בלי חוקי יסוד, בית המשפט העליון הביא את חופש הביטוי ואת חופש העיסוק, הביא את השוויון והתקדם בצורה לא רגילה. אלא שעכשיו תהיה לבית המשפט העליון בעיה להמשיך ולקדם את התכנים האלה, כי הוא נמצא תחת הזרקור ותחת המיקרוסקופ וטוענים נגדו שמה הוא עושה הוא הטיית שיווי המשקל בכיוון הדמוקרטי.

● **סמי פרידריך:** כמי שהתנסה בכתיבת חוקה (לא חוקה ממלכתית ולאומית), הייתי מבקש לתאר את החוויה שלי, ומהצד החווייתי זה מאוד מוזכר את מה שקורה בדיון שלנו. אני מנהל חברה לא גדולה, וכדרך חברות רבות החלטנו לכתוב הצהרת ערכים. אחרי שהשלמנו



את ההצהרה, עצם הניהול הפך לפחות פוליטי, ליותר ערכי, ובכל פעם שמישהו רוצה לצאת ביזמה חדשה, בודקים אם הדבר הוא בתיאום עם הצהרת הערכים. להתנהלות הזו של הדברים יש תוקף רב בארגון כיום, מורגש שהתחזקה ההזדהות של העובדים, שנוצרה מוצקות תרבותית גדולה יותר, שזכינו בחוסן לארגון כולו. אני חושב שההשלכות מהדבר המאוד קטן והפרטיקולרי הזה הן ברורות. אחד הלקחים הוא שעצם התהליך היה חשוב לא פחות מהתכנים הסופיים.

יש לנו כאן דילמה אם ללכת ולחוקק חוקה מבראשית או לאגד את חוקי היסוד הקיימים למכלול. מהסיפור שלי אפשר כמובן להתרשם שאני מאוד בעד חוקה, לכן ברוח דבריה של פניה עוז – גם אני חושב שסיכויי ההצלחה יהיו גדולים יותר אם נגיד מאיפה אנחנו באים ונעמוד מאחורי זה לא בהתנצלות אלא דווקא בגאווה; חשוב לאתר את גרעין הזהות הזה כבר בעצם התהליך. הייתי מציע איזו דרך ביניים: צריך להיכנס לתהליך, ולא רק בגלל שלא מאפשרים לנו להקים אספה מכוונת שמיד תוציא חוקה, אלא מפני שבתהליך עצמו יש הרבה מאוד ברכה. אני רואה את התהליך הזה כהזדמנות ולא כבעיה שצריך לפתור. הייתי ממליץ על הקמת מוסד לחוקה כחוק של הכנסת, לתקופת עשר שנים או לתקופה שתארך השלמת החוקה. כלומר, המוסד הזה יהיה חייב להתפזר תוך 10 שנים, ויש לו מטרה אחת בלבד והיא לכתוב את החוקה. בחירת נשיא המוסד תיעשה על-ידי הכנסת, אבל אסור שהוא יהיה חבר כנסת. גם צריכה להיות לנשיא מועצה מלווה של אישים ייצוגיים, ולדעתי, לנשיא המדינה יש פה תפקיד ייצוגי מעל לנשיא של המוסד לחוקה. הייתי מציע עוד מספר אפיונים לתהליך: צריך לעגן פרק לימודי בגוף החוק, אשר על-פיו יוקם המוסד. יש בורות מאוד גדולה גם בנושא הדמוקרטיה וגם בנושא היהדות, ומי שחושבים ששני הדברים מנוגדים, חוטאים בבורות. בתהליך שיצא לדרך צריך להיקבע פרק לימודי – רבנים ופוסקי הלכה ילמדו קצת דמוקרטיה, והדמוקרטים בתוכנו ילמדו על יהדות מההיבט האפשרי של חוקה.

● **מיכאל קרייני:** רציתי לשתף אתכם בניסיון שעשינו: הקמנו בית ספר משותף ליהודים וערבים בירושלים, ובשבוע שעבר היה דיון על האופי של יום העצמאות הבא. הגענו לעמק השווה שמכבד את שני הצדדים, להסכמה שמביאה בחשבון את הרגישויות של כולם. הגישה הזו נבעה ממשהו שחסר בפוליטיקה הישראלית: שגם הצד הערבי וגם הצד היהודי הרגישו שהם בעלי הבית, שבית הספר הוא של



שניהם באותה המידה, ולכן היה חשוב להגיע לפתרון שימצא חן בעיני שני הצדדים. דיברנו בגובה העיניים – וזה הדבר שנעדר מהפוליטיקה הישראלית ושמאוד מקשה על יצירת המסמך שאנחנו מדברים עליו כאן.

קבוצת דיון

כתיבת חוקה מחדש או השלמת התהליך של חוקי יסוד?

יו"ר: עו"ד ענבר, צבי – לשעבר היועץ המשפטי של הכנסת

שמות הדוברים (בסדר אלף-ביתי):

- פרופ' אבינרי, שלמה – המחלקה למדע המדינה, האוניברסיטה העברית
- פרופ' אריאן, אשר – המחלקה למדע המדינה, אוניברסיטת חיפה; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- עו"ד ארידור, יורם – לשעבר שר האוצר
- מר ביניש, אבישי – עורך-דין
- פרופ' גביזון, רות – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- אלוף פינקלשטיין, מנחם – הפרקליט הצבאי הראשי, צה"ל
- אלוף שיף, אילן – נשיא בית הדין הצבאי לערעורים, צה"ל
- פרופ' שטרן, ידידיה – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן

● **צבי ענבר:** השאלה העומדת במוקד הדיון שלנו היא זו: מה עדיף – כתיבת חוקה מחדש או השלמת התהליך של חוקי היסוד? אני מניח שביקשו שאנחה את אחת מקבוצות הדיון בגלל בקיאותי בהליכי החקיקה של הכנסת. למרות שהעיקר, לדעתי, הוא לאו דווקא הליכי החקיקה, אלא השיקולים הערכיים. עם זאת, אי אפשר להתעלם מהקשיים שנובעים מהצורך להביא בחשבון את המגבלות הנובעות מהליכי החקיקה הקיימים.

בהעמדת כתיבת החוקה מחדש מול השלמת התהליך של חוקי היסוד, אני רואה שלושה סיבובים, או נקרא לזה שלוש אפשרויות:



א' – כתיבת חוקה מחדש: רצוי, לא רצוי; אפשרי, לא אפשרי.

ב' – השלמת התהליך של חוקי היסוד: הבאת חוקי יסוד חדשים שישלימו את החסר בין אם בתחום זכויות אדם (כגון זכויות חברתיות) ובין אם בכל תחום אחר (כגון חוק יסוד לחקיקה).

ג' – המפעל של מרדכי קרמניצר: העמדת חוקי היסוד כתשתית לחוקה.

לשאלה הראשונה, שעליה כבר השיב בעצם חיים צדוק, הייתי מבקש להקדים דברים אחדים בשביל הרקורד: האספה המכוננת, שנבחרה במטרה לתת חוקה למדינה, לא סיפקה את 'הסחורה'. היא הפכה להיות הכנסת הראשונה, ומאז חובשת הכנסת שני כובעים: רשות מחוקקת ורשות מכוננת. מצב הדברים הזה גורם למבוכה לא רק בקרב הדיוטות, אלא גם בקרב משפטנים. וכל כך למה? בין היתר, משום שהליכי החקיקה בכנסת, כאשר היא פועלת כרשות מכוננת, הם אותם ההליכים כמו בעת שהיא פועלת כרשות ופרט ליוצאים מן הכלל – די ברוב רגיל גם לשינוי חוקי היסוד וגם לחקיקת חוקי יסוד חדשים. הועלו כמובן טענות מטענות שונות לגבי הכפילות הזו של רשות מכוננת שהיא גם רשות מחוקקת ועל ההבחנה שיש להבחין כשמדובר בחוקה; שחוקה צריכה להתקבל בצורה חגיגית.

כעת אני מציג את השאלה כפי שהוגדרה: האם כתיבת חוקה מחדש היא דבר אפשרי כלל ועיקר?

• רות גביזון: יש משהו בעייתי בכל החלופות שהוצעו כאן, מפני שקשה להאמין שמישהו מעלה על הדעת, שאם אנחנו רוצים לעשות חוקה לישראל, אנחנו הולכים להמציא אותה מחדש. ברור לגמרי, שכאשר מדובר על האופציה של עשיית חוקה או כינון חוקה, המטרה היא לבחון באופן ביקורתי את ההסדרים הקיימים, תוך מחשבה שאלה שעמדו היטב במבחן הזמן, ימשיכו לשרת אותנו לקראת הסדרים חוקתיים. כלומר, כשמדובר בכתיבה מחדשי לא מתכוונים לאיזה אקט שנוגד את אימוץ ההסדרים במצב הקיים, אלא לנסות לחשוב על מסמך חוקתי שלם, שחלק גדול מהאלמנטים שלו סביר שכבר קיימים בשיטה הקיימת. אין הכוונה לחדש (רק מה שהכרחי), אלא מדובר במין 'עסקת חבילה' של המכלול השלם.

אני מדברת על שני חלקים: יש לנו החלק המשטרי והחלק של זכויות האדם. אשר לחלק המשטרי – אני לא חושבת שהבעיה היא הכתיבה מחדש, אלא האם שיווי המשקל שיש לנו היום – או שיהיה לנו עוד חודש,

אולי עוד שנתיים – האם הוא מאפשר בקרה טובה וחלוקה טובה בין מוקדי הכוח הפוליטיים והחברתיים בישראל.

כדי לענות היטב על השאלה הזאת, צריך לראות את התמונה בשלמותה. ולכן האופציה היא לא בין כתיבה מחדש או השלמת התהליך (שלא לגמרי ברור לי מה הוא), אלא בין המשך במסלול של טלאים-טלאים, או שאיפה לחשיבה מאוחדת, מלוכדת על מסמך שישקף הסדר קוהרנטי. ועל השאלה הזו, תשובתי החד-משמעית היא שאנחנו צריכים ללכת להסדר קוהרנטי.

העבודה שנעשתה פה היא עבודה עצומה, חשובה מאוד, כי היא באמת מתרגמת את ההסדרים הקיימים שיש לנו לעקרונות חוקתיים, ויש בה הרבה מאוד חשיבה יצירתית. נדמה לי שיש תמימות דעים בקהילייה של מדע המדינה בארץ, שיש לנו בשיטת הממשל שלנו כמה נקודות חוזק מאוד טובות וכמה נקודות תורפה מאוד חזקות, כמו שיטת הבחירות לכנסת – בעיני נשמע לא הגיוני לשריין הסדר, שבו שיטת הבחירות לכנסת היא בעייתית לכל הדעות [הערת המערכת: מאז בוטלה שיטת הבחירות הישירה לראשות הממשלה]. כי אחת משתיים: אם היא לא טובה וקשה לנו מאוד לשנות אותה, אז או שמוותרים על שינוי ומסתפקים בבלמים ותקנים, או שלא מוותרים. כללית, אנחנו רוצים לשנות את המצב הזה, כי איננו רוצים להימצא שוב במצב שבו היום קשה לגייס רוב רגיל ומחר יהיה קשה לגייס אפילו 61 או אפילו 70 או 80 או כל מה שיידרש כדי לשנות את החוקה.

לכן אין קיצור דרך ואין מנוס מהשאלה מהו הסדר הנכון למדינה. צריך לחוקק את הסדר הנכון למדינה, ואז יש לשריין אותו. הסדר הנכון חייב להתחיל בזיהוי 'עסקת החבילה' הנכונה בשבילנו, שריונה, אימוצה וארגונה, ולא מהלך שמסכן אותנו בשריון של מצב משטרי שאנחנו מרגישים 'שלא עושה את העבודה' לחברה המורכבת והמסוכסכת שלנו. אנחנו רוצים שיטת משטר שתאפשר לנו למשול באופן אפקטיבי; יש לנו שיטת משטר שמכשילה אותנו, ואני לא רוצה לשריין אותה לא בדרך של השלבים ולא בשום דרך אחרת.

● **מנחם פינקלשטיין:** האם 'עסקת החבילה' שאת מדברת עליה איננה, בעצם, שוות-ערך לכתיבת החוקה מחדש? את אומרת 'נעשה הסדר קוהרנטי', ואני מבין מתוך דבריך שהכוונה לבדוק בכל התחומים – גם בהסדר המשטריים וגם בחלק של הזכויות – לבדוק מה נכון, להוציא מה שלא טוב, להשאיר מה שטוב. אינני מבין מה ההבדל בין זה ובין כתיבת החוקה מחדש.



● **רות גביזון:** לא אמרתי שיש הבדל. אני בהחלט מוכנה לאמץ את המהלך שאומר, שהמצב התחוקתי שלנו הוא כל כך מורכב שהגיע הזמן שנעשה לו קודיפיקציה. כדי שיהיה לנו יותר קל נעשה נוסח משולב: נפצל את המטריות, נגיד 'זה העיקרון התחוקתי, וזה העיקרון החוקי', וזה אולי יעזור לכל מיני סוגים של פרשנות שיפוטית. אבל מאוד אתנגד לכל המלצה שאינה מסתפקת בביצוע קודיפיקציה שמשקפת את המצב הקיים, אלא גם משריינת את כולה, דורשת רוב מיוחס לכולה; במילים אחרות, הופכת את ההסדרים הקיימים למשוריינים, למעוגנים, לבעלי רוב מיוחס ולכן לכאלה שמזמינים ביקורת שיפוטית. זה מהלך פסול לגבי כל הדברים שעליהם לא החלטנו, שהם שנויים במחלוקת, שהם בעייתיים.

אני מתנגדת מאוד למה שאמר חיים צדוק בסוף דבריו, שקודם עלינו לעשות 'נוסח משולב' המשקף את המצב הקיים, ואחר כך נאמץ אותו כחוקה. כי כולנו יודעים שכאשר צריך לבחור בעד ונגד מסמך, בדרך כלל מצביעים בעד, וזה בעצם איגוף של כל הבעייתיות שקיימת בדרך להשלמת החוקה. אני גם חושבת שאפילו להציע מהלך כזה בשלב הנוכחי לא יוציא שם טוב לניסיון שלנו להשיג חוקה. על רקע הדברים ששמענו הבוקר – חוסר אמון וחשדנות והעובדה שהחוקה נהיית מפלגת במקום מאחדת – ללכת בכיוון הזה משמע להיכנס למלכודת שההליך הנוכחי סובל ממנה.

● **אילן שיף:** הוויכוח על אופציה א' ואופציה ב' וג' מזכיר לי את הסיפור הידוע מן השנים הראשונות למדינה, כשבאו לאשכול והציעו לו למסד יום עבודה של חמישה ימים בשבוע והוא אמר: 'נתחיל קודם כל לעבוד יום אחד, אחר-כך יומיים וכן הלאה'. הרעיון של חוקה מושלמת, הוא רעיון יוצא מן הכלל, אך הוא לא מתאים לתנאי הארץ ותושביה בשלב הזה לעת הזאת. לכן אינני רואה איך עושים זאת, למרות שבאוטופיה זה יוצא מן הכלל וימות המשיח אולי יביאו לנו גם חוקה

העמדת השאלה סביב בחירת אופציה א', ב' או ג' (דהיינו בחירת אופציה אחת בלבד) איננה מדויקת, כי אפשר ללכת בד-בבד בשלושת השלבים גם יחד: לעבוד כאילו אין בוחרים בחלופה של חוקה מושלמת, וכאילו אין השלמת התהליך; במקביל לעבוד על השלמת התהליך; ובד-בבד לעבוד באקדמיה ובמכון הישראלי לדמוקרטיה ובקבוצות מחקר על איזושהי חוקה נהדרת, אוטופית אפילו, לקראת אותו יום שבו יבשילו התנאים

והמגעים ונגיע להידברות. כלומר, הרעיון הוא לעבוד על הכול יחד. לעבוד על הנושא המעשי, על הימפעלי כפי שקוראים לו, ובמקביל לעבוד על השלמת התהליך, ובקבוצות נוספות, יותר באקדמיה ובמכוונים – לעבוד על השלב השלישי.

אני גם מודאג מהנושא של שריון דברים שאינם טובים ואינם מושלמים. עם זאת, אסור לוותר על הרעיון של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי אם בבוא היום יהיו לנו הידברות וגם חוקה – זה יקרה הודות לחוק היסוד הזה.

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא היום התמריץ היחיד לאלה שמתנגדים לחוקה, להסכים לפשרה. בלעדיו אין להם סיבה להתפשר. להוציא נושא הבחירות, שהוא רעה חולה שמצריכה טיפול עכשיו [הערת המערכת: כאמור, מאז שונתה שיטת הבחירות], לא מפריע לי שכל השאר ישורין במחיר הגשמת הרעיון הזה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

● **רות גביזון:** אבל זה לא שיקוף, זה שינוי. כי היום זה לא משורין.

● **מנחם פינקלשטיין:** אני מוכן לשלם את המחיר הזה אחרי שיתוקן כל מה שקשור לבחירות, אני מוכן לשלם את המחיר הזה ולו רק כדי לשרין את חוק היסוד.

● **ידידה שטרן:** אני חושב שלעבודה שעשו קרמניצר וקרצימר יש ערך גדול, אבל מוגבל. ערך גדול, על שום שהיא עושה רצינוליזציה של המצב החוקתי החוקי הקיים, היא מארגנת את היש. זה נתן לנו מצע לתחילת דיון על הליך חוקתי בישראל, מביא אותנו בצורה מסודרת לנקודת הפתיחה של הדיון, לא לנקודת הסיום של הדיון.

מצד שני, יש בעייתיות רבה באימוץ של מסמך שנכתב במהלך תקופה ארוכה, שהוא לא קוהרנטי מתוכו, שהפרוץ בו מרובה על העומד; לאמץ מקטע פחות או יותר מקרי, לקדש אותו ולומר שעם כל השאר אנחנו כבר נסתדר. לנקוט דרך כזאת, אמר לנו חיים צדוק, מותר מסיבה אחת ויחידה: כי בלי המהלך הזה לא תהיה לנו חוקה. אבל אותי זה לא משכנע, משום שאני רוצה שהחוקה תהיה הליך לא כוחני, ולומר כי זו הדרך היחידה שאפשר להצליח בה no matter what – זוהי בדיוק האמירה הכוחנית שעושה לתהליך הזה את יחסי הציבור הכי גרועים.

יתרה מזאת; אנחנו עדיין מעבר לימסך הבערות. עדיין לא הכרענו בפרטי ההליך הפרוצדורלי של עשיית החוקה והשימוש בה. עוד לא הכרענו בכל



השאלות החשובות כמו: מי יפרש, איך יפרש, מי ימנה את המפרש, איך ישנו את החוקה, באיזה רובד היא מתקבלת. איך אפשר לפסוח על כך? הרי כל הדברים האלה משליכים על התכנים. בהחלט ייתכן שהתכנים יהיו X אם התשובות הן כאלה, והתכנים יהיו Y, על דעת כולנו אולי, אם התשובה על השאלות הללו תהיה אחרת.

דבר נוסף, ברוח דבריה של רות גביזון: הכי חשוב הוא שאין לנו את האיזונים הפנימיים גם בתכנים עצמם. הרי בצד כל מה שקיים יבואו עוד הרבה דברים; מה היחס בין הדברים האלה ובין הדברים האחרים? למה להגביל את עצמנו מראש, לא לאפשר לשאת ולתת עם הזולת על הכול, כשעיקר המו"מ עדיין לפנינו? למה להוציא משטח הדיון מקטעים שלמים של מציאות שיש אי-נחת לגביהם, ואז להתחיל כאילו שאין בררה? יש בררה, והיא מאוד חשובה. היא נותנת כוח לתהליך. להשאיר דברים בעינם ולקדש אותם, פוגע ביכולת להגיע לתהליך מוסכם רחב יותר.

● **יורם ארידור:** התשובה לשאלה שנשאלה כאן היא שיש בעצם להפוך את הסדר; עלינו תחילה להשלים את חוקי היסוד, ותהליך ההשלמה הזה יביא במשך הזמן לכתיבת חוקה מחדש. אשר לפרוצדורה – כדי שתהיה לנו חוקה, היא מוכרחה לעבור בהליך שונה מההליך של חוקי היסוד כדי שהיא תהיה משוריית בצורה הנכונה. ההליך השונה לדעתי, הוא באופן האישור שלה. האישור יכול לעבור ככל האפשר בהסכמה מרבית. זה יכול לא לעבור, מפני שקורה שחוקות לא עוברות במשאל עם – זה קרה פעמיים בצרפת אחרי מלחמת העולם השנייה: פעם אחת לגבי החוקה עצמה ופעם אחרת לגבי תיקון לחוקה.

אישור במשאל עם הוא חיוני כדי שתיפסק אצלנו המחלוקת בשאלה האם הכנסת היא רק כנסת, או היא גם אספה מכוננת. אז קודם נחוץ אישור של הכנסת, והיא שתביא את הנושא לאישור סופי במשאל עם. בשלב זה גם חייב להיות שריון, מפני שחוקה בלי שריון מוטב לא לחוקק כלל, כי במצב כזה כל עקרונות היסוד של המשטר ושל זכויות האדם תלויים בכוחו של ה'מצליף' של סיעת הקואליציה.

● **רות גביזון:** כלומר, לדעתך צריך תחילה להשלים את החוקים שחסרים, ואז יהיה הליך של אימוץ כולל על-ידי הכנסת.

● **צבי ענבר:** למעשה, ההליך כפי שמציעים אותו כאן הוא של הכנת נוסח משולב שאיננו אפשרי כנראה כיום, על-פי החוק הקיים בדבר הכנת נוסח משולב, מפני שהוא מחייב העברת סעיפים מחוק

יסוד לחוק רגיל, ולא ברור שקיימת הסמכות הזאת. כלומר, כדי לקדם את ההליך המוצע, יהיה צורך לתקן את החקיקה ולהסמיך את הכנסת בדרך שתיקבע לקיים את התהליך המוצע הזה. במקביל, אומר אילן שיף, יעבדו וינסו לגבש את המסמך האידיאלי.

● **רות גביון:** האם המסמך הזה, אם הוא יאומץ על-ידי הכנסת, הופך אחר-כך למועמד למשאל עם וחוקה, או שמטרת המסמך היא באמת להתקין נוסח משולב שמשקף את המצב הקיים ולא דווקא משריין אותו?

● **אילן שיף:** זו אופציה.

● **רות גביון:** זו אופציה, אבל ההבדלים בין שני המסמכים חשובים.

● **אילן שיף:** על זה אפשר להתווכח חודש. לגבי דידי, בבוא היום, אם וכאשר יוחלט על משאל עם ויהיה ויכוח איפה צריך להכניס זכויות חברתיות-כלכליות לחוקה – הייתי, ולו רק טקטית, מכניס זכויות אלה כדי להשיג רוב גדול יותר בעם, כדי להביא שכבות רחבות יותר למשאל עם ולתמיכה.

אבל זה כבר ויכוח שונה, ומה שמעסיק אותנו כעת הוא איך מתקדמים. אז כאמור, אני מציע לעבוד על שלושת השלבים או על שלוש האופציות במקביל, ואחר כך אפשר יהיה גם להתווכח על השאלה, האם צריך או לא צריך שריון;

האם עושים זאת במשאל עם או לא; באיזה סוג של משאל עם, וכדומה.

● **מנחם פינקלשטיין:** מי שמתייחס למסמך הזה כאל נוסח משולב, רואה את המסמך הזה כעבודה מאוד מקצועית, מאוד מדויקת, אבל בסופו של דבר טכנית. מה שרות גביון באה לומר לנו כאן בעצם הוא: אל תתייחסו לזה כאל דבר טכני. כי אם רואים את המסמך הזה כחוקה, ואם נותנים לזה שריון ומזמינים ביקורת שיפוטית – אז מאחורי המסמך הטכני, לכאורה, מסתתרת מהות. אם אני מזהה נכון את הקואליציה המאוד מעניינת הבוקר בין הרב גפני לבין ח"כ לנגטל והרב יצחק לוי, הם בעצם אומרים שמחמת החשדנות, ואולי גם מסיבות אחרות, הם לא מוכנים היום לשום דבר, כולל מסמך טכני, לא מוכנים לשום שינוי. אצלם זוהי המהות – מי יפרש היום את הדברים? מי ימנה את המפרשים של הדברים? אז אם אני צריך לענות על השאלה איך מתקדמים, אולי זה צריך להיעשות בדרך שתיארה הבוקר רות גביון,



כלומר: בואו נתמודד ברצינות עם הנושאים המשמעותיים שאפשר להגיע בהם לידי הבנה, כמו נישואין וגירושין; קודם נפתור אותם, ודרך ההתמודדות הזאת יקל עלינו בעצם לחזור לחוקה.

במילים אחרות, חשוב שיהיה נוסח משולב, זה ימישר קו. אבל לפני שאנחנו מתקדמים הלאה ונותנים לו מעמד חוקתי, צריך להתמודד עם הבעיות המרכזיות, כדי שבדרך ההסכמה הבלתי חשדנית נגיע להסכמה בנושא השלמת החוקה.

● **אשר אריאן:** הערה מקדימה: דיברנו בבוקר הרבה על כך שהזמן אוזל, וממה שמצטייר כאן, מחכה לנו תהליך ארוך של דיונים. הייתי רוצה לראות דבר שיגביל את הזמן ויגביל את הדיונים. הדיונים האינסופיים הם אחד האלמנטים שמפחידים אותי.

ועכשיו לעצם העניין. נקודה מרכזית ראשונה: יש לי חוקי יסוד שעליהם אינני מוותר ואתם אני הולך הלאה.

נקודה שנייה: הרבה מאוד יהיה קשור בשיטה שבה יעברו לשלב הבא; המתודה גם תקבע את המהות. ובהקשר זה גם הייתי רוצה להרחיק את כל תהליך האשרור מהכנסת, הייתי מעדיף אספה מכוננת של מומחים מטובי המשפטנים, איזשהו גוף אליטיסטי. כלומר, להגביל את הזמן, להגביל את המשתתפים.

נקודה נוספת: נחוץ לנו דיון בעקרונות, והם צריכים להיות מאוד ליברליים – לא כמו הליברלים הבוקר; כולם היו ליברליים מאוד לגבי הרעיונות של עצמם, ומאוד מאוד א-ליברליים לגבי הרעיונות של מי שישב מולם. אני רוצה עקרונות מאוד רחבים שנוגדים זה את זה, אני רוצה בית משפט עליון שמפרש, חוקה שתהיה קצרה – תקראו לזה 'רזה', 'עמומה' – ושכל דור יפרש אותה לפי צרכיו.

לבנות על מה שיש, להכניס את הריסונים והאיזונים המתבקשים.

למה אינני מעוניין בגוף מחוקק של חברי כנסת? כי אינני רוצה במחוקקים שהם גם שרים, יושבים בממשלה, אנשים שהם גם נבחרים העם. אני רוצה שכל חייב ירצה להיות חייב ולא יותר מזה.

● **צבי ענבר:** האמת היא שבתור חלופה ראשונה לחוקה חדשה, רשמתי לעצמי כך: העם יבחר בגוף שתפקידו העיקרי בכוונת מכוון הוא להביא חוקה, וייקבעו מראש הכללים שיבטיחו הליך חקיקה שונה מהליך החקיקה הרגיל. אני התכוונתי למשהו קצת יותר רחב, משהו כללי, ואתה אומר: 'לא, בואו נשמור קודם על הקיים'.

מה שיש יש, ואם נותר עליו, אז לא
● **אשר אריאן:** נשיג אותו מחדש.

● **צבי ענבר:** בשלב הזה, לפני שנעבור לאיזה סיכומים, הייתי רוצה להתייחס לשאלה של השריון ושל דרך החקיקה בכל אחד מההליכים. עוד אין לנו סיכום קבוצתי לגבי הדרך המועדפת. בהצעה שהוכנה על-ידי קרמניצר וקרצ'מר, מדובר על 61 קולות בכל שלוש הקריאות. לכשעצמי יש לי ספק אם זוהי הדרך הנכונה.

● **רות גביזון:** במה שנוגע לתיקון החוק המשולב: או גם לגבי אימוצו?

● **צבי ענבר:** גם לאימוצו, ולכל תיקון חקיקה בעתיד, לכל חקיקת יסוד חדשה, או לשינוי חקיקת היסוד הקיימת. ההצעה היא שהכול יבוא להצבעה ברוב של 61 חברי כנסת לפחות בכל קריאה, מה שכיום איננו קיים. היום יש לנו רק סעיפים בודדים.

● **רות גביזון:** יש בעיה, כמובן, של חוקים שהם לא חוקי יסוד, כמו חוק השבות, חוק מעמד האישה – חוקים שאינם כלולים במפעל הנפלא הזה.

● **צבי ענבר:** נכון. אבל אם נלך לפי עיקרון של נוסח משולב, אז בהחלט יהיה מקום לאפשר לא רק העברת חלק מחוקי היסוד לחקיקה רגילה, אלא גם להפך; אותם חוקים רגילים שעוסקים היום בנושאים החוקתיים – כמו חוק השבות, שיווי זכויות האישה – את החוקים הללו להעלות בדרגה. האמת היא שהיום יש אלמנטים בעלי אופי תחוקתי, כגון הליך החקיקה, שהם אפילו לא בחוק רגיל, אלא סתם בתקנון הכנסת.

● **רות גביזון:** הבנק המרכזי, היועץ המשפטי לממשלה – יש הרבה דברים שהם בדרך כלל בחוקות, ואצלנו – בתת-חקיקה. בקיצור, אתה כבר מדבר על שלב ב', כלומר ההשלמה; לא על שיקוף המצב הקיים, אלא על הכנסה של כל מה שלא קיים היום לתוך המסמך. אבל בכל זאת אנחנו חייבים להחליט בינינו האם אנחנו רוצים לשקף את המצב הקיים כדי לא לאבד את ההישגים הקיימים, שזה דבר מצוין, או האם אנחנו משתמשים בכינוס השל החומר הקיים ובהפרדתו לחומר חוקתי ולחומר שאין לו מקום בחוקה, ככלי להתיישר לפיו כלפי מעלה ולהשלים את המהלך, שזה סיפור שונה לגמרי. אז בואו נחליט באופן הוגן, כלפינו פנימה, על מה אנחנו מדברים. האם אנחנו מדברים על



קודיפיקציה, דהיינו שיקוף אינטליגנטי, נוח יותר לעניין החינוכי, של המצב הקיים? זאת הצעה פשוטה יחסית, שמצריכה הרבה מקצועיות, שצריך איזושהי מנהיגות בשבילה; זהו צעד קדימה, אבל זה לא משנה מאוד את המצב הקיים. מובן שגם מהלך כזה עשוי לשנות, כי רטוריקה שיפוטית של 'מהפכה חוקתית' יכולה להיות יותר חזקה לגבי מסמך כזה גם אם מבחינת המצע המשפטי עצמו, אין שריון או הכרזה מפורשת של עליונות. אבל עקרונית אנחנו לא משנים את המצב הקיים ואנחנו משאירים את כל השאלות הפתוחות לדיון עתידי.

● **צבי ענבר:** זוהי בעצם ההצעה הקיימת.

● **רות גביזון:** זאת לא ההצעה הקיימת, כי ההצעה הקיימת משריינת את כל החומר. זה לבדו שינוי קרדינלי.

● **צבי ענבר:** היא משקפת את המצב הקיים בצירוף כל השיפורים שהצביעו עליהם, אבל היא עוד לא כוללת את ההשלמה.

● **רות גביזון:** לא דווקא; בכך שהיא משריינת את כל חוקי היסוד האלה, שרובם הגדול איננו משורייני, היא חותמת את אחד הוויכוחים הכי מרכזיים שמנעו את ההשלמה, שזה חקיקת חוק יסוד חקיקה.

במה שנוגע לקודיפיקציה כשלעצמה, אני לא חושבת שמישהו יכול להתנגד לה. אבל הפחד הוא שהקודיפיקציה היא כלי לבצע עוד דברים חוץ מהקודיפיקציה, והשאלה היא אם אנחנו רוצים לתת יד למהלך הזה – כלומר, שימוש בקודיפיקציה ככלי לעקוף בעיות פוליטיות ואולי גם ערכיות מאוד רציניות שלא על סדר יומנו.

● **ידידיה שטרן:** יתרה מזאת, זה לא ריאלי. אם רוצים להשיג הישג אמתי, ולא רק על יד השולחן הזה, אם רוצים לקדם את התהליך של רציונליזציה של הנושאים החוקתיים בישראל – אני חושב שהמכסימום שאפשר להגיע אליו הוא המינימום שרות גביזון הציגה עכשיו, דהיינו, יצירת סדר. כל שריון של חוקי היסוד הקיימים משנה את המצב מקצה אל קצה. זה מוצר אחר לחלוטין. וזה גם לא עומד על סדר היום פה, אם אני מבין נכון את סדר היום.

● **צבי ענבר:** זה עומד, וזה תואם מה שאמרתי בראשית הדיון. אני הצגתי שלוש שאלות: האם לכתוב חוקה מחדש;

האם להשלים את התהליך של חוקי יסוד; האם ללכת לפי המסמך הזה, שהוא בעצם שילוב הקיים עם תוספות?

● **אבישי ביניש:** השלב של השריון הוא באמת השלב השני, הוא מופרד ואולי באמת גם לא מחויב. השלב הראשון הוא קודיפיקציה של הקיים עם ניסיון לא לשלב דברים מהותיים.

● **יורם ארידור:** לא, קודיפיקציה זה דבר אחר. אם לא מדובר בשינוי הנוסח, זהו אינדקס.

● **אבישי ביניש:** זו קודיפיקציה אמיתית. כאשר מרפאים את רוב הקשיים של ההבחנה בין החוקתי ללא חוקתי – כלומר, לא מה חסר, אלא מה בקיים אינו מתאים להיות חוקה – אז אין כבר בעייתיות בעצם השריון. אמת, שריון של משהו שהיינו מוסיפים עליו, איננו שריון של משהו קיים. כדאי שהקבוצה הזאת תגדיר לעצמה מהם המחירים של שריון הקיים אחרי שמפרידים את הטפל מן העיקר. יש מחירים של לפני הפרדה – הכנסת כל מיני דברים שלא צריכים להיות שם, וזה מסרב, לא חינוכי וכי' – אבל ברגע שאתה מוציא אותם, אתה יכול להגיד: 'עדיין יש מחירים, ועלינו לבדוק האם המחירים עכשיו, אחרי שהוצאנו את הלא-חוקתי, הם עדיין כאלה שאינם מצדיקים לשריין את זה.' אני גם חושב שהשריון הוא חלק מהמנדט. זה לא מופרך.

● **אילן שיף:** אף אחד לא אומר שזה מופרך. אפשר להתווכח אם זה ראוי או לא, אבל השאלה היחידה היא אם מהלך כזה הוא ריאלי, כאשר הרעיון הוא להגיע להידברות ולמשהו מוסכם. אם תבוא היום לכנסת – ובכנסת יש אנשים ומפלגות מכובדות וגדולות, שדואגות מאוד למה שכבר קיים היום – ותנסה לשריין את זה, תצטרך לשלם מחיר, והשאלה מה התמורה שאתה מוכן לשלם. במסמך הזה אין תמורה; יש כל מה שהם חוששים ממנו. אין בו מי מפרש את החוקים, מי בוחר את אלה שמפרשים את החוקים, ולעומת זאת יש כל אותם מושגים עמומים שנתנו להם עד היום את היסוד לחשוש שבעצם זה לרעתם. בלי מחיר, לא תעביר את זה בקונסטלציה הפוליטית הנוכחית במדינת ישראל; ואם תצליח, אז זה אולי יקרה בעזרת מה שידידיה שטרן מכנה 'כוחניות', ולא זו הכוונה. לכן אני חוזר בי ממה שאמרתי מקודם, ועכשיו אני חושב שבאמת צריך ללכת על רעיון הקודיפיקציה, בלי לשלם מחירים; לשמור כרגע על הקיים, ובמקביל לעבוד על כל ההשלמות, עד כדי חוקה מושלמת.



● **אבישי ביניש:** אם אנחנו באים ומסכימים שקודיפיקציה זה בסדר, נשאלות השאלות: א. מה המחירים של השריון? ב. מה קורה אם אני מציע להוציא את חוקי היסוד? הרי חופש העיסוק כבר משוריין; מה שאנחנו מוסיפים, זה שריון לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

● **רות גביזון:** לא. אתה משריין את כל החקיקה.

● **אבישי ביניש:** שריון של חוקי היסוד המסדירים את מבנה המשטר, חוץ מהחלק שעוסק בבחירה ישירה של ראש הממשלה, הוא פחות מקומם, אבל הניסיון להכניס זכויות פנימה יכול ליצור התנגדות. האם נשנה משהו אם, למשל נפריד בין הזכויות לבין המשטר ונשריין רק את החלק המשטרי?

● **אילן שיף:** זה יותר גרוע. החשש הוא שתהיה לך חוקה סוג א' וסוג ב' כבר בקודיפיקציה.

● **יורם ארידור:** מה שקורה כאן הוא שיצרתם שלב נוסף ושלב מיותר, מפני שאפשר לקחת את חוקי היסוד, להשלים אותם, וזה נעשה בשלב א'. אני חושב שזה שלב טוב. אפשר לבוא ולהגיד, 'אנחנו הולכים על מהלך גדול, אנחנו הולכים לאספה מכוננת או למשאל עם ומקבלים חוקה'. גם זה אפשרי. כל אחת מהאפשרויות הללו היא תהליך מגובש. מה שאתם אומרים הוא זה: 'אנחנו לא לוקחים חוקה, אנחנו לא לוקחים את המשך תהליכי היסוד, אנחנו יוצרים לעצמנו עבודה מלאכותית ומיותרת. לוקחים לעצמנו את החלק הזה, שכבר קיים בתור חוקה, שכבר מתפרש בתור חוקה על-ידי בית המשפט העליון, חלק משוריין וחלק לא משוריין, ומציבים עליו בעיה.'

אני רוצה שתדעו דבר אחד: כשמכניסים חוק בכנסת, הוא לא יוצא מהוועדה דווקא עם תוספות; לפעמים הוא יוצא עם מגרעות. כלומר, יש לנו היום חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אנחנו פחות או יותר מרוצים מהפרשנות שלו, מהמימוש שלו. אם תעבירו את החוק הזה לוועדת חוקה בתוך המכלול של קודיפיקציה, אתם עוד עלולים לצאת בלי כבוד האדם ובלי חירותו...

● **רות גביזון:** ועם בית משפט לחוקה.

● **צבי ענבר:** אלא אם כן קובעים תהליך – כמו שהעלו רעיון לגבי נוסח משולב וכו' – שעל-פיו יושבת ועדת מומחים



ומכינה נוסח משולב של החקיקה, ומסמיכים אותה לעשות הפרדה לשני שלבים: א. נוסח משולב, ב. התאמה של הסדרים.

● **יורם ארידור:** לזה בדיוק אני קורא אינדקס, וזה אני מבצע על-ידי לקיחת כל החוקים, הנחתם האחד ליד השני, ואת שאר העבודה מבצע המחשב.

● **צבי ענבר:** זה לא בדיוק כך.

● **אילן שיף:** הלוא גם בית המשפט יבין מתוך ההבדלים; ניתן לזה גם פרשנות, בלי קשר לשריון.

● **יורם ארידור:** מה שיתקבל הוא כבר לא נוסח זהה. זה עיבוד. אז למה נחוץ לנו השלב הזה? למה צריך את המכשיר המיוחד הזה?

● **רות גביזון:** צריך את השלב הזה, כמו שאמר חיים צדוק, מפני שבדרך אחרת אי אפשר להגיע ליעד ובדרך הזאת אפשר. מהמרים, משקיעים עבודה ומנסים. אם לא הולכים בדרך הזאת, עובדים בצורות אחרות בתקווה שבדרך מסוימת זה כן ילך.

● **מנחם פינקלשטיין:** כשחיים צדוק דיבר על כינוס מוסמך של חוקי היסוד, ולאחר מכן מתן גושפנקא – הבנתי שהכוונה היא לשלושה שלבים. תחילה עבודה פרקים-פרקים, אחר כך כינוס מוסמך של חוקי היסוד, ולאחר מכן מתן גושפנקא בדרך מיוחדת למסמך השלם. מה הייתה הכוונה? האם בתוספת שריון? כלומר שבדרך הזאת, הכול יודעים למה כלה נכנסת לחופה ואין מה להוסיף?

● **אילן שיף:** אני חושב שההליכה גם לשלב של הקודיפיקציה היא הכרח, בהנחה שלא הופכים את השריון ורק עושים קודיפיקציה, ומורידים את מה שלא צריך להיות, ומסגננים את מה שקיים – בעצם בלי לשנות את הקיים. אוספים את כל חוקי היסוד, הסעיפים החוקתיים שביניהם, ואז אף צד של החברה לא משלם מחיר, ולא תורם יותר, ולא חייב להינזק. יש לזה ערך חינוכי גדול מאוד; הרעיון שעם ישראל בשנות האלפיים עוסק במשהו שקרוב יותר לחוקה.

● **צבי ענבר:** לפי הכיוון הזה תהיה לנו חוקה חינוכית בלי חוק השבות.

● **אילן שיף:** יכול להיות. תראו, אילו חשבתו שאפשר בקלות להכניס את חוק השבות ולהפוך אותו לחוק יסוד,



ושהדתיים או החרדים לא יתנגדו לו – הייתי אומר, 'תכניסו גם את חוק השבות'. הוויכוח יהיה מיהו יהודי לצורך חוק השבות, כי נכון שבחברה הישראלית יש מי שמודאגים מהעלייה הגורפת של מי שלפי חוק השבות הם יהודים.

● **רות גביזון:** הם לא יהודים, הם רק זכאים לעלייה.

● **אילן שיף:** נכון. אבל לפי דעתי תהיה מחלוקת גם על זה. אילו חשבתי שלא תהיה בעיה עם חוק שיווי זכויות האישה, הייתי אומר: 'בואו נהפוך אותו לחוק יסוד ונכניס אותו'. אבל יהיו מי שיראו בזה איזשהו כרסום נוסף. לעומת זאת, קודכס של החקיקה הקיימת, כאשר בעצם לא מרעים את המצב מנקודת המוצא של אלה שחרדים מפני שינויים – לכך יש ערך חינוכי גדול מאוד, בלי שהצד השני, המתנגד, ניזוק.

● **צבי ענבר:** במקביל לחוזה של חוק שוויון זכויות לאישה, תיטען כמובן הטענה שמעמד חוקתי לנישואין וגירושין של יהודים בישראל יהיו על-פי דין תורה.

● **רות גביזון:** אני רוצה להגיב על דבריו של אילן שיף. אני חושבת שברמת חוסר האמון שקיימת היום במערכת, קשה להאמין שניתן לגייס תמיכה במהלך כזה, מסיבות מובנות. נכון שמבחינה משפטית מהלך כזה לא פוגע באף אחד, אבל אנשים ששמעו קודם את חיים צדוק, יכולים להגיד, 'אנחנו לא מוכנים לתת יד למהלך שיוצר מסמך, שבמצב של סחיטה קואליציונית הוא יכול בקלות להפוך לחוקה'. הם יאמרו שאינם רוצים לתת יד למהלך שלכאורה נראה תמים, אבל עלול להביא לשריון בדרך של מחטף. כבר נכוונו בכך, אנחנו לא מוכנים לקחת את הסיכון. מצד שני, יכול להיות שהמסמך הזה צריך להיות בעל מטרה חינוכית ולא דווקא תחיקתית, כלומר שהוא לא צריך לעבור הליך חקיקה בכנסת, אלא עושים פה עבודה מאוד חשובה, והיא חלק מהוראת לימודי האזרחות. אפשר לכתוב את זה, אפשר לפרסם, ובצורה הזאת לקדם את ההפנמה וההנחלה של ההישגים שכבר הושגו.

● **אילן שיף:** כן, אבל זה כבר 'קולדקס' ולא 'קודכס', משהו סימפטומטי כזה.

● **רות גביזון:** אולי זה מה שאנחנו מסוגלים להשיג.



● **ידידה שטרן:** מבחינתי אפשר ללכת לקודיפיקציה שאיננה משנה מהויות, ואני גם ער לכך שמהלך כזה יכול לשמש חלון ההזדמנויות שרבים בחברה הישראלית מעוניינים בו. ברמה סבירה של יחסים בין בני אדם, כשמדובר על מסמך שיגדיר את מהותנו ושעוסק בדבר הכי יקר לנו – אני לא חושב שצריך לחשוש מעשייה כזאת, מקודיפיקציה כזאת, ועקרונית אני בעד.

● **מנחם פינקלשטיין:** אינני מכיר על בריו את מסמך קרמניצר-קרצ'מר שהוכן, אבל כבר ראיתי לא פעם שנעשו תיקונים קוסמטיים, ובית המשפט ראה בקוסמטיקה הזאת שינויים מהותיים מאוד; יש לכך דוגמאות רבות בפסיקה. ברמת החשדנות הקיימת היום, אם במסמך חוקתי יהיה שינוי של מילה אחת או של רעיון אחד, או של סעיף אחד, או אפילו הורדה של דבר מרמה חוקתית לרמה בלתי חוקתית – זה יעורר מחלוקות, וזה מיותר. לכן אולי עדיף שאת האנרגיות שאנחנו שואפים להשקיע בנושא החוקתי, נקדיש למציאת פתרונות במקומות שיש בהם מחלוקת, במקום שנחדד את המעקשים ונתעל אותם לוויכוחים אינסופיים. אמנם אני ער לערך החינוכי, אני ער לערך של הקוד, אבל ברמת החשדנות הקיימת – כדאי לא לשכוח את גפני א' ואת גפני ב' בנוגע לחוק יסוד חופש העיסוק.

● **אילן שיף:** בגלל שאתה חושש, אתה נגד או בעד?

● **מנחם פינקלשטיין:** ראשית, אני בעד המסמך הזה כנוסח משולב; אני בעד מה שאמרתי קודם: לפתור את הבעיות לא בדרך של שריון המסמך, או שריון חוקי היסוד, אלא בדרך של ניסיון לפתור בעיה-בעיה, להגיע לפתרון מוסכם בין חלקי העם בדברים הקשים ביותר – למשל נישואין וגירושין – ומשם לחזור לחוקה.

● **רות גביזון:** גם הנוסח המשולב מחייב. אתה לא הולך אחורנית ואומר: 'מכיוון שהסמכות הייתה רק לשקף, אז מה שהם עשו לא עשוי. מה שעשוי עשוי. כך שמכל בחינה שהיא, למתן תוקף משפטי, אפילו באותה רמת שריון, יש משמעות מרחיקת לכת.

● **אילן שיף:** הבעיה היחידה בתחום הזה, מתוך גישה רציונלית ולא ברמת החשדנות והרגש, היא מה שאמרתי בתחילת דברי: היום לבית המשפט העליון אין שום בעיה להגיע לכל פרשנות שהוא רוצה; הרי החוקים שמטרידים את המגזר שמוטרד מאוד, הם לא חוק



יסוד: נשיא המדינה, ואפילו לא חוק יסוד: הכנסת, אלא חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואולי במידה מסוימת גם חוק יסוד: חופש העיסוק.

בית המשפט העליון אינו זקוק לקודיפיקציה כדי להגיע לכל פרשנות ראויה. וכבר יש לנו פרשנות; לכבוד האדם אפשר להכניס הכול, לא נחוצה קודיפיקציה.

● **אשר אריאן:** הרושם שלי הוא שיש פה מספר יעדים. יש יעד אחד חשוב מאוד של כתיבת חוקה. כתיבת חוקה זה מעשה פוליטי, זה לא מעשה של דיונים כאלה בלבד. אז במה שנוגע לפוליטיקה, אנחנו לא שולטים בנושא הזה. לגבי חשיבותו של המסמך הזה מבחינת תרומתה של האקדמיה – אין לי ספק שהוא מאוד חשוב ומרכזי. אלא שלא נעשה צדק לנושא אם נדון בשני התחומים כאילו הם חלופות שוות, כאילו אנחנו המחליטים אם כותבים חוקה או כותבים טקסט. לכל היותר אני מקווה שהטקסט הזה יעמוד לרשות אלה שיעסקו בכתיבת החוקה. נדמה לי שמבחינה פוליטית לא מתקבל על הדעת שהתהליך יהיה תהליך 'קומפלט' – שישבו ויגידו 'לא עוזבים את החדר עד שלא יהיה מסמך שלם'. אני גם מתאר לי שהם יסתכלו על חוקי היסוד הקיימים, ובדיעבד התהליך יהיה דומה מאוד לתהליך של הקודיפיקציה הזאת. כך שיש בעצם שני תהליכים מקבילים, ועלינו לפעול לחיזוק הטקסט הזה ולעידודו.

● **צבי ענבר:** חיזוק הטקסט הזה ועידודו, לשם מה?

● **אשר אריאן:** אם הוא יגיע לבית הספר התיכון זה מעולה; אם הוא גם יגיע לאוניברסיטה ולכנסת – הרי זוהי השאיפה שלנו. אני מתאר לי שתהיה לזה השפעה, אבל אני לא מתאר לי שאנחנו נקים מפלגה כדי להשיג את היעד.

● **רות גביזון:** אני חושבת שאנחנו לא שומעים לגמרי את הקולות שעולים מן הכנסת, ואם אנחנו תלויים בכנסת, כדאי לנו להקשיב. בכנסת יש תערובת מאוד משונה של בורות יוצאת מן הכלל בקשר למשמעות של חוקה, עם עיסוק רב מאוד בנושא. מצד אחד, חברי הכנסת שאמורים להחליט בשאלות האלה, לא מבינים את האי"ב של משמעות חוקה; זה מפחיד לראות. אבל מצד שני, הם מדברים על זה 'חופשי-חופשי'. עברו בכנסת בחודשים האחרונים שתי הצעות חוק בקריאה טרומית. הן עברו ברוב גדול מאוד, גדול בהרבה מהחוקים שאנחנו מדברים עליהם – האחת בנושא של הליך קבלת חוקה, שנוקט



עמדה נגד אספה מכוננת; השנייה בעד הליך אימוץ חוקה על-ידי הכנסת כמקשה אחת ובעד הקמת בית משפט לחוקה. שתי ההצעות, לטעמי, הן מאוד בעייתיות, ועם זאת הן עברו ברוב גדול בכנסת.

אילן שיף אמר, ומבחינה דוגמטית זה בוודאי נכון, שחוק יסוד כבוד האדם וחירותו כולל הכול ושאפשר לעשות אתו הכול. אמת שאפשר מבחינת הלוגיסטיקה הדוגמטית המשפטית, והשופט ברק כבר הראה את זה; הוא כתב מאמרים על כבוד האדם, שבהם יש הכול, מאי ועד ת. השאלה היא, האם אפשר לעשות את זה לא מבחינה דוגמטית. השאלה היא, מה זה יעשה מבחינה פוליטית, אם דבר כזה ייעשה. ויותר מחלק מאתנו, אני סבורה שהתמונה הרבה יותר מפחידה, דווקא לחסידי שלטון החוק.

● **אילן שיף:** אז לשיטתך גם לא יקרה כלום אם תהיה קודיפיקציה?

● **רות גביזון:** לפני שאני מדברת על קודיפיקציה, אני רוצה לשאול כמה שאלות שקשורות לשימוש שלנו בכוח, מבחינת המערכת. לפי דעתך, היום, אם בית המשפט היה מיישם את הפרשנות הזאת, כפי שהשופט ברק מאיים לפעמים, אי אפשר לדעת מה תהיה תגובת הכנסת. היא עשויה לקבל זאת, אבל היא בהחלט יכולה גם להגיב בצורה מאוד כואבת. לגבי השאלה שנשאלה כאן – ימה זה אומר אם נבצע שריון, אז מעבר למחירים שכבר דיברנו בהם, כלומר שזה יכול להיראות יותר כמו חוקה, המחיר הכי גדול, לטעמי, הוא שברגע שעושים שריון במצב המשפטי הקיים, בעצם מעגנים ומקבעים את המצב הקיים (שחלק גדול מהיושבים סביב השולחנות האלה אוהבים אותו) והוא שמנגנון הביקורת השיפוטית הוא בתי המשפט בכלל ובית המשפט העליון בפרט, בצורה שבה הם מתמנים היום. וזה, כמו ששמעתם היום, הדבר המרכזי שהמערכת הפוליטית לא רוצה בו, או פוחדת ממנו, מסיבות טובות או לא טובות.

אני חושבת שאם יוזמים מהלך שייראה כהכפפה של המערכת הפוליטית לבית המשפט העליון, עלולות להיות לכך השלכות מרחיקות לכת. אני מאוד מודאגת גם מדרך המינויים לבית המשפט העליון וגם מהמונופולין של בית המשפט העליון היום על השימוש בכוח. כך שהסכנות מבחינת המערכת הפוליטית הן גדולות, הן לא זניחות.

מה זה אומר לגבי היכולת שלנו לתכנן מהלכים כאלה? אני לא יודעת מה יהיה עם המהלך הזה, והאמת היא שאני לא בטוחה שהוא יהיה מהלך נאמן ויסודי. אם יעשו רק קודיפיקציה, לא נראה לי שהוא יהיה מהלך



מאוד מסוכן. שאלה אחרת היא האם הוא מהלך נכון מבחינת מי שרוצה לקבל את החוקה הכי טובה שאפשר לקבל היום – ועל כך אענה שזה בזבוז זמן גדול, בזבוז זמן של שתדלנות פוליטית על דבר שבעיני לא משרת אותי. כי מה משרת אותי באמת? א. להוריד את החשדנות. ב. לקדם את ההסדרים שהם חלק מהבעיה. ובהקשר זה אני רוצה להביא את הדוגמה שנתתי בבוקר ואפילו להרחיב אותה:

יש היום ויכוח גדול על גיור שתלוי ועומד בבית המשפט – מה מעמדו של גיור רפורמי בארץ? האם לאמץ את מסקנות ועדת נאמן? מה המשמעות של עמדת הרבנות? האם מונופולין אורתודוכסי על גיור בארץ הוא חוקתי? בינתיים בית משפט מתאפק, אבל בסוף הוא יגיד משהו, וכל דבר שהוא יגיד יהיה רע מאוד: יהיה רע אם הוא יאשר את המונופולין האורתודוכסי, ויהיה עוד יותר רע אם הוא יפסול אותו. שני הדברים הם מאוד רעים לציבוריות הישראלית, ולכן הדרך צריכה להיות כזו שמוציאה את בית המשפט מהעסק הזה, שמפרקת את המוקש על-ידי הסדר חברתי-פוליטי. ככה זה בנישואין וגירושין, ככה זה בימיהו יהודי, ככה זה בגיור, ככה זה בבחורי ישיבות, ככה זה בכל הנושאים מהסוג הזה.

אם לא נוקטים את הדרך הזאת, אלא יוצרים את המערכת שמזמינה את אלה שרוצים שינוי ללכת לבית המשפט, כדי לקבל את השינוי בבית המשפט ולא במערכת הפוליטית – ממלכדים את כולם, גם את בית המשפט וגם את המערכת, כי המערכת כבר לא יכולה 'להתיישר', כבר יש לה את 'כיפוף הידיים' או המסגרת של בית המשפט.

לכן אני אומרת: אם ניקח את הבעיות האלה, שאנחנו כבר יודעים שהן על סדר היום, ונפתור אותן, אז בית המשפט יהי הרבה פחות מפחיד. גם באמריקה בית המשפט מפחיד. מה קורה באמריקה? הלא באמריקה בית המשפט התחיל להפחיד די הרבה שנים אחרי שהחוקה נחקה. לקח לו הרבה מאוד שנים של עיסוק בדברים פחות שנויים במחלוקת, עד שהוא גיבש את הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית. זה היה תהליך מאוד ארוך, וכשהוא עשה רעשים גדולים באמצע המאה העשרים, זה כבר היה אחרי מאה שנים של ביקורת שיפוטית ואחרי שהחוקה, שברור שלא התכוונה לדברים האלה, כבר הייתה מאוד רחוקה. מה שקורה אצלנו הוא שבית המשפט, בזמן-אמת, פותר את הבעיות בצורה מאוד שנויה במחלוקת, ובהיעדר חוקה, זה מצב פשוט בלתי אפשרי מבחינת הלגיטימיות הפוליטית.



אם אני רוצה מצב שבסוף תהיה בו ביקורת, או של בית משפט רגיל או של בית משפט לחוקה – צריכים לבנות את הלגיטימיות שלו מן ההתחלה, תוך הסתמכות על הקיים. הלוא ישנו כבר עניין ברגמן וישנה ההתחלה של חופש העיסוק, ובית המשפט פועל בצורה מאוד אחראית. כדאי לאפשר לתהליך הזה להתגלגל עוד כמה שנים, על מנת שנתרגל אליו, שנתרגל לדיאלוג הזה, שנתרגל לכך שבית המשפט הוא לא כל כך מסוכן, שנעשה את הדברים האלה בהדרגה, ואת האנרגיה שלנו נוליך למקומות האמתיים. מה הוא מקום אמת? – נישואין וגירושין, גיור, 'מיהו יהודי'. צריך להגיד: 'אנחנו בעד שוויון, אנחנו נגד אפליה, אבל מותר ליהודים להקים יישובים יהודיים'. זה דבר שלא כל כך קשה להגיד אותו, אבל פוחדים להגיד אותו, ולא אומרים אותו. לא מתעסקים אתו כי יש לנו שיחה אחרת שמתנהלת באותה עת.

● **שלמה אבינרי:** יש ויכוח על היהודיות או מיהו יהודי, או מיהו יהודי ומיהו ערבי?

● **רות גביזון:** הקרדו החברתי-סולידרי של החברה הישראלית היום הוא מחויבות לשוויון. אבל זו מחויבות כמעט ריקה, מפני שלא דנים בפרטי הדברים שהיא מחייבת. האם אנחנו חברה נאו-ליברלית או סוציאל-דמוקרטית? איזה סוג של סולידריות חברתית יש לחברה הזאת כלפי עצמה? מה המשמעות של אזרחות (גם מול העניים, אבל גם כלפי הערבים)? יש לנו קפיצת מדרגה בבעיית הזהות הערבית שצריך להתמודד אתה, שמצריכה הרבה מאוד אנרגיה. אני חושבת שהאנרגיה שאנחנו משקיעים עכשיו בחוקה היא אנרגיה מבוזבזת. זה לא המקום שבו הבעיות הקיומיות שלנו קיימות, החוקה לא תפתור את הבעיות שלנו, היא רק מסיטה אותן בצורה לא טובה, ואנחנו מקדישים לדבר הזה זמן, במקום להקדיש זמן ומוח ויצירתיות וחשיבה והידברות לבעיות האמתיות. אני חושבת שטעות להשקיע בזה את המשאב הכי חסר שלנו – מנהיגות וזמן.

● **צבי ענבר:** עכשיו עמדתך הרבה יותר ברורה לי מאשר בהתחלה. אם הבנתי נכון את עמדתך, את אומרת: 'מה לי חוקה חדשה, מה לי פה שיפוץ החוקה הקיימת' – לא כאן אנחנו צריכים להקדיש את מאמצינו. אנחנו צריכים להקדיש את מאמצינו בניסיון לפתור את שתי הבעיות המרכזיות: בעיית היהדות, כלומר נישואין וגירושין, ובעיית המיעוט הערבי.



● **רות גביזון:** גם הבעיות המשטריות הן מאוד כבדות משקל; הגיע הזמן שתהיה לנו ממשלה אפקטיבית. גם זה אין לנו.

● **צבי ענבר:** אני מדבר כרגע רק על עניינים ערכיים. גם התחום המשטרי הוא עניין שהתחלנו באמת לדון בו.

● **רות גביזון:** אבל גם הדרך הזאת היא לא הדרך; צריך לפתור, כדי שתהיה לנו שיטת משטר יותר טובה, לא להעלות אותה בדרגה.

● **צבי ענבר:** מאה אחוז! ואחרי זה את אומרת: תנו לעסק 'להתבשל' ונראה, לאט לאט, מתי כשרה העת לאגד את זה ולעשות את זה לחוקה.

● **רות גביזון:** אם זה יהיה טוב, יהיה מצוין ממילא, ואם זה יהיה רע, החוקה לא תעזור. אז בואו נפתור את הבעיות המדיניות.

● **מנחם פינקלשטיין:** מותר לשאול שאלת-תם? באיזו מסגרת אפקטיבית, שאיננה חוקה, המכון הזה, או כל מכון אחר, יכול להתקדם בשאלות הקשות? דרך הכנסת? איפה יתקיים הדיאלוג הזה?

● **רות גביזון:** זה לא צריך להיות דווקא במסגרת המכון הישראלי לדמוקרטיה. כבר כמה שנים שאני יושבת עם רב אורתודוכסי, הרב מידן, ומנסה יחד אתו לחשוב איך פותרים באופן מעשי את הבעיות של דת ומדינה. הגענו בינינו למסמך שהוא לא 'הכי-הכי', אבל הוא מסמך מעניין. מסמך שפותר את הבעיות. מסמך שאני חושבת שעושה עבודה טובה מבחינת כל הצדדים הרלוונטיים – גם החילוניים וגם האורתודוכסים, גם הלא-אורתודוכסיים הדתיים וגם הדתיים הציונים וגם החרדים. צריך לדבר, נחוצה הידברות. התחיל תהליך של התמודדות אמתית עם הבעיות ובהצלחה מתקבלת על הדעת.

● **מנחם פינקלשטיין:** איך היית מקדמת את המסמך הזה?

● **רות גביזון:** מרכז רבין אימץ אותו עכשיו, והוא עושה הרבה מאוד פעילות של הנחלה ודיון ציבורי בכנסת ובתנועות נוער ובקבוצות עבודה. המטרה היא להנחיל אותו גם מלמטה וגם מלמעלה. [הערת המערכת: אמנת גביזון-מידן תראה אור בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה בשנת 2002].



● **מנחם פינקלשטיין:** הרי יש למסמך הזה ערך חוקתי. איך הוא יבוא לידי ביטוי? כשיהיה חוק יסוד דת ומדינה?

● **רות גביזון:** יכול להיות. כשאנחנו נגיע למצב שיהיה רצון פוליטי לעגן את המסמך הזה – אז בהחלט. אני חושבת שכדי להגן על ההסברים האלה, הרגשים, מפני תקלות, קרוב לוודאי שנכון יהיה להכניס אותם למסמך חוקתי. אבל זה כבר תלוי ברקע החוקתי שיהיה אז. אני בשלב ראשון רוצה לפתור את הבעיות האמיתיות, להגיע להסדר שאפשר לחיות אתו.

● **אילן שיף:** הרצאת הדברים המאלפת שלך היא בעצם הרצאה כנגד האקטיביזם השיפוטי, והנימוקים האלה ידועים וקראנו ושמענו עליהם. את אומרת שהעובדה שבית המשפט יכול לפרש את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בצורה מרחיבה – יוצרת סיכונים, יוצרת בעיה. אבל אין בהכרח קשר בין הדברים. המסמך שלנו לא אמור לשנות את המצב, הוא אמור לשנות את מצבם של הדברים שאינם שנויים במחלוקת, בשוליים, ולהפוך אותם ליותר תחוקתיים. הוא לא נותן שום יתרון לשום צד, הוא פשוט עושה קודיפיקציה של המצב הקיים. איך הוא יפורש אחר כך? זו בעיה אחרת, ואפשר להתווכח אם צריך ללכת לפרשנות מרחיבה או לא מרחיבה.

● **רות גביזון:** בשלב הזה אני בכלל לא מדברת על בית המשפט, בית המשפט כרגע לא מעניין אותי. אני מדברת על הכנסת ועלינו.

● **אילן שיף:** לפי דעתי, כל הדיון בחוקה חדשה או בחוקה שאותה משלימים, יכול בהכרח את הדברים שאת מדברת עליהם. אבל לדעתי זה לא צריך להפריע, כי זהו דיון לא בכנסת ולא בוועדות הכנסת ולא אצל הפוליטיקאים, השלב של החוקה שמשלימים הוא דיון של האקדמיה – הוא דיון של מה שאת עושה, הוא דיון של מה שהמכון הישראלי לדמוקרטיה יעשה ועושה, בד-בבד.

● **רות גביזון:** עכשיו אני רוצה לשאול שאלת-תם. מה העבודה הזאת לנו? מה הבעיה שהמסמך הזה, שלא משנה את המצב המשפטי הקיים, אמור לפתור? לאיזו בעיה אמיתית שיש לנו, הדבר הזה תורם איזושהי תרומה?

● **אילן שיף:** אני אגיד לך. אשתי עובדת בבית ספר ניסויי בנתניה, שעוסק בנושא של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מה



שקרה בבית הספר כתוצאה מהעיסוק בנושא הזה הוא מהפכה. אני נדהם כל פעם מחדש ממה שאני שומע. לכן אני חושב שעצם העיסוק של התלמידים, של המדינה, במסמך חוקתי, גם אם הוא לא מוסיף על הקיים, בנסיבות האלה, במסמך הזה של זכויות היסוד, בפרקים יסודיים כהגדרתו של הררי; עצם העיסוק במסמך הקודיפיקטיבי הזה, השיח הציבורי בו, העובדה שיכתבו עליו בעיתונות ויהיו מאמרים ומערכת החינוך תעסוק בזה – יש לזה ערך חינוכי אדיר. בדברים האלה החברה שלנו לוקה. אנשים לא יודעים מהם מושגי יסוד כמו נשיא המדינה, לא יודעים מה זו הכנסת, הם לא יודעים מה חשיבותה של הכנסת, של המוסד הדמוקרטי, של זכויות יסוד, של זכויות האדם – בכל השאלות הללו מדינת ישראל תעסוק במשך כמה חודשים טובים. יש לזה ערך אדיר גם אם זה מעכב קצת את הצעדים החכמים שאת דוגלת בהם.

● **רות גביזון:** אני מאוד בעד הכיוון הזה, אבל למה המסמך הזה צריך להיות מסמך שמנוסח ברמה של דיוק משפטי? לא די בעיבוד עיקרי משטר מדינת ישראל שמשקף את הערכים הללו והולך לכל בתי הספר ולכל תנועות הנוער?

● **אילן שיף:** ככה יעסקו בזה רק שלושה ימים, ולפי האופציה השנייה זה יובא לכנסת, והכנסת תעסוק בזה, ויהיה שיח ושיג פוליטי – יהיה לנו מלוא כל הארץ קודיפיקציה.

● **מנחם פינקלשטיין:** איך הכנסת תעסוק בזה?
 ● **אילן שיף:** יהיה דיון בכנסת ויעבירו לוועדות ושם ידברו על קודיפיקציה של כל חוקי היסוד.

● **מנחם פינקלשטיין:** ומה הם יציגו?

● **יורם ארידור:** אני מבטיח לך שדבר ראשון הם יבטלו את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יצמצמו אותו. זה יהיה חלק מקואליציה חדשה. אני זוכר דיון מלפני שלושים שנה בכנסת, בחוק המושבים. זו הייתה הצעת חוק נוראה, ששללה את הזכות לגשת לבית משפט. אני זוכר שהכניסו אותי אז לוועדה מסוימת כדי לנסות ולטרפד את החוק הזה. עד שנכנסתי לוועדה, כבר אישרו 50-60 סעיפים, וכשיצאתי מהוועדה היו רק 30 סעיפים מאושרים, מפני שב-30 הצלחתי לעשות רביזיה. במילים אחרות, אי אפשר לדעת; אתה מכניס את חוק יסוד: כבוד האדם ואתה לא יודע מה יישאר ממנו. זה ממש מסוכן. אם אתה לא שומר על מה שיש לך, אם אתה עושה ניסיון בחוקה – אין לדעת מה יהיה המחיר.



● **מנחם פינקלשטיין:** מה שאתה אומר הוא: "אל תגעו במשיח".

● **צבי ענבר:** אבל אפשר, בשלב ראשון, להתחיל בהצעה שתבהיר מה בדיוק עושה הכנסת עם הצעה של נוסח משולב.

● **יורם ארידור:** אבל מדובר בהוצאת חלקים מהחלק החוקתי והעברתם לחוק רגיל. זה לא נוסח משולב.

● **צבי ענבר:** ודאי, זה הרבה יותר מורכב. האם אתה חושש שעל-ידי עצם הסמכות להעביר חלקים מחוק יסוד לחוק ברמה נמוכה יותר, יגעו גם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?

● **יורם ארידור:** כן. ייקחו חלקים ממנו לחוק רגיל, ישנו את פסקת ההגבל, וגמרת עם החוק על-ידי שני סעיפים. אני באמת לא מבין מה ישיגו. אחת משתיים, או שזה ישנה את המצב הקיים, ואז זה יכול לשנות לשני הכיוונים, או שזה לא משנה את המצב הקיים, ואז חבל להתעסק בזה כמסמך חוקתי.

● **אבישי ביניש:** רציתי להתייחס לשני נושאים. האחד, אם אני צריך לבחור בין החוקה באופן המוצע או לא לבצע מהלך חוקתי – מה עדיף? מה השיקולים?

● **מנחם פינקלשטיין:** אני רוצה ממך תשובה לטענה הלוגית של יורם ארידור, שאמר: 'נגיד שניקח את המסמך הזה בלי השריון, רק עם קודיפיקציה. אז אחת מהשתיים: אם יש בזה שינוי, אז הוא יכול להיות לקולא או לחומרה, וצריך להביא זאת בחשבון; אם אין בזה שינוי, מה עשית?' מה התשובה שלך לדבר הזה?

● **אבישי ביניש:** אם בסוף צריך להכריע – חוקה בדרך הזאת של הקיים עם שריון, או היעדר חוקה – אתה נוטה לאפשרות הראשונה. מה דעתם של האחרים כאן?

עניין אחר – לגבי הפתרונות אד-הוק, זה נראה לי מאוד הגיוני, אבל אין זה מתיישב, למשל, עם רעיון של 'עסקת חבילה'? אם בדרך של פתרונות אד-הוק פותרים סוגיה-סוגיה, האם בכך לא מנטרלים את אופציית 'עסקת חבילה' שהייתה כל כך חשובה ושהייתה אחת הסיבות העיקריות שפרופ' ידידיה שטרן מנה כנגד שריון הקיים?

● **רות גביזון:** לגבי השאלה הראשונה, גם אני חושבת שבין שתי האופציות, המצב הקיים עדיף. במה שנוגע לעסקת חבילה, זוהי שאלה מאוד רצינית. אני חושבת שבכל אחת מההידברויות



האלה, מתפתח מנגנון של 'עסקת חבילה'. למשל, בדיאלוג שקיימת בסוגיות דת ומדינה, חלק מהאלמנט של הדיאלוג היה מחויבות שלנו לפתור את כל הבעיות ולהכניס איזונים פנימיים בכל סוגיה וגם בין הסוגיות, כולל האיזון, החשוב לענייננו, של צמצום הביקורת או אפשרות שינוי למי שאין לו מחויבות לעסקת חבילה. אין לי ספק שאותו מהלך הכרחי גם בנוגע לערבים. ולכן אני חושבת שרעיון 'עסקת חבילה' הוא בהחלט נכון.

אני רוצה להגיד דבר אחד לגבי ההיסטוריה האמריקאית. מה שקרה בארה"ב הוא שהאנשים שם יצאו עם חוקה, אחרי הקיץ החם בפילדלפיה, בגלל שתי סיבות: א. מה שהיה להם, פשוט לא עבד. כלומר, היה ברור שמוכרחים לשנות את המצב הקיים, כי המצב הקיים היה כל כך בעד אוטונומיה של המדינות, שלגוף המשולב, לפדרציה, לקונפדרציה לא היה מספיק כוח. ב. היה ברור שצריך לתת יותר כוח למרכז, והשאלה הייתה רק איך לעשות זאת. אז היה נחוץ מסמך. הם רצו לבנות פדרציה, ולכן הם נזקקו לחוקה שהסדרים שלה לא יהיו ניתנים לשינוי על-ידי אף אחד מהמרכיבים של הפדרציה. שני הדברים האלה, לרוע המזל, בינתיים לא קיימים אצלנו: אין תחושה שחייבים לשנות ואין כורח מוסדי ומסמך שהוא עליון על המחוקק.

בשיטה האמריקאית הם עשו פשרות די כואבות, וכולם יצאו בהרגשה שהמסמך הזה נותן להם 'דיל' שלטוני יותר טוב מהמצב הקיים. כולם קיבלו יותר. כולם חשבו שאמנם יש להם מה להפסיד, אבל הרבה מאוד מה להרוויח. אצלנו, כמו ששמענו בבוקר, יש קבוצות שלמות באוכלוסייה שחושבות שיש להן הרבה מאוד מה להפסיד מחוקה, ולעומת זאת אין להן מה להרוויח. עד שלא נשכנע אותן שיש להן מה להרוויח, לא קיבלנו חוקה אמיתית. יכול להיות שאי אפשר לעשות חוקה, ואז צריך לפתור את הבעיות במקום שאפשר להגיע בו להסדרה, מפני שגם בנישואין וגירושין וגם בגיור, כל הצדדים יודעים שהמצב הקיים הוא בלתי נסבל. המצב הקיים הוא רע; רק פחד וחוסר מנהיגות לא מאפשרים את השינויים ההכרחיים.

● **יזידיה שטרן:** את דברי הבאים ברצוני להרהר בקול. האם רות גביוון צודקת בטענה שההליך החוקתי בעת הזאת הוא לא השדרה הנכונה להפניית מאמץ מרכזי? האם עדיף להגיע להסדרים נקודתיים שאינם ברמה חוקתית, אלא לכל היותר ברמה חוקית ואולי אפילו חברתית אחרת?

יכול להיות שאפשר להגיע להישגים בדרך אינסטרומנטלית כזאת, זעיר פה זעיר שם, דונם פה דונם שם, אבל אני די מסופק. אני בעד המסמך של קרמניצר וקרצימר, ואני חושב שנכוננו לו עתידות. אבל הסוגיה המרכזית היא באמת מה עושים אתו. האם לוקחים אותו בכיוון של הליך חוקתי או לא? בשאלה זו אני רוצה להעלות את האפשרות שהסיכוי להתקדם באופן משמעותי נובע דווקא ממפץ. יהיה משבר, יהיה יותר גרוע ורק אז יהיה יותר טוב. אפשר שאנחנו מתקדמים למשבר תחוקתי כזה או אחר. אני חושב שאנחנו צריכים, באופן פרדוכסלי, להיות מוכנים לקראת המשבר הזה, עם 'עסקת חבילה' כוללת, כי אין לנו זמן להתעסק בכל דבר בנפרד.

אני חושש מהשתלטות על מרכזי קבלת החלטות בישראל על-ידי אנשים שאינם מחויבים לדמוקרטיה במשמעות שאני מייחס למונח הזה. אני חושב שמי שקורא עיתונים יכול לראות סימנים לכך בקואליציה הרחבה נגד בתי המשפט שלנו. הקואליציה היום חובקת הרבה יותר ממה שהיינו רוצים לחשוב.

● **אשר אריאן:** שאלת את עצמך למה?

● **ידידיה שטרן:** כן, דיברנו על זה הרבה הבוקר. לכן מה שאני אומר הוא שלעת הזאת, ובניגוד לשכל הישר של 'בואו נעשה מה שאפשר' – אולי צריך להכין את הדבר שאפתני הזה ולבצע אותו, ולא כאקט כוחני. להכין את האפשרות להסדר כולל בינינו, לא בתהליך של עשרות שנים, אלא בתהליך של שנתיים-שלוש. ואם חושבים על תהליך כזה, הוא צריך להיות בסופו של דבר במסגרת הסדר תחוקתי. אני גם יודע מבפנים, שאצל החרדים, בשיחות פנימיות, יש הבנה גוברת והולכת לנושא הזה. אני לא יודע מה מתרחש במגזר הערבי.

● **מנחם פינקלשטיין:** ואיך אתה מציע לעשות זאת? כי אתה מדבר על דבר יומרני – תוך שנתיים-שלוש.

● **ידידיה שטרן:** זה לא המנדט שלנו כרגע, אבל עקרונית עכשיו, אם הולכים לממשלת אחדות לאומית, באופן פרדוכסלי, דווקא מפני שיש אחדות, האנשים השפויים, שהם בכל זאת קבוצה משמעותית, צריכים לשבת תוך יצירת הסכמה בסיסית

ש'עסקת חבילה' כוללת ויתור מסוים לגבי השאלות הפריפריאליות. דומני שוויתור של הצד הליברלי בשאלות פריפריאליות יתקבל על-ידי הדתיים והחרדים בויתור מצדם במישור התוכני, המהותי של החוקה. זה, בגדול,



סוג הסיכוי שלנו. כלומר, אני חושב שהחרדים והדתיים, ואני מקווה שגם הערבים, יסכימו לקבל חוקה עם תכנים יחסית ליברליים, אם תהיה להם מידה של אמון ביכולת לחיות עם החוקה הזאת בפרשנות שתיראה בעיניהם מוגנת. זה לא פתרון בית ספר, זה סוג הפשרה שישראל יכולה לחתור אליה.

● **אשר אריאן:** למה זה קשור למסמך הזה?

● **ידידיה שטרן:** זו, למעשה, אלטרנטיבה למסמך. המחשבה היא שלא כדאי לנו 'לבזבז' את כל הכדורים שלנו על דבר שאיננו שאפתני ביותר, דוגמת המסמך המוצע, אלא יש להיות ערים לאפשרות קיומה של שעת כושר להצלחתו של מהלך כולל.

● **רות גביון:** אני מסכימה שצריכים להיות מוכנים לשעת כושר. הייתי שמחה אם המכון הישראלי לדמוקרטיה היה הולך על מסמך רצוי שהוא מציע לחוקה, לא על שיקוף של המצב הקיים.

● **צבי ענבר:** הגענו לשלב שבו אפשר לנסות ולסכם את העמדות. אני אישית אהבתי מאוד את המסמך המוכן, מסמך קרמניצר-קרצ'מר. למה? מפני שאני מטבעי בן אדם מסודר, והמצב הקיים מאוד מפריע לי, מכל הנימוקים, הנכונים, שהעלו מכיני המסמך הזה ושאיבא אותם כאן בקצרה:

הבעיה המרכזית, לדעת הפרורם שהכין את המסמך – מסמך טוב ומשקף – היא שאם נעשה כל מה שמוצע בו, הוא יכול להיות טוב מבחינת חינוכית ויכול להיות טוב כמסמך שבא להציג את מה שיש. אבל מבחינת התועלת, או מבחינת האפשרות להפוך אותו למסמך תחוקתי – קיימים סימני שאלה גדולים, בין היתר מפני שעצם ההפרדה לחקיקה הוא ברמה של חוק יסוד, והכנסת שינויים ברמה של חוק רגיל היא בבחינת "אין הצר שווה בנזק המלך".

לכן מרובים הספקות האם זו הדרך. מצד שני, לא מדובר כאן על כתיבת חוקה מחדש, אלא על השלמת חוקה, שתתבצע אם על-ידי גוף נבחר שישב על המלאכה 'עד שייצא עשן לבן', או במסגרת תהליך ממושך יותר. אבל אם הבנתי נכונה, הפרורם הזה רואה את העיקר ואת הדחוף במציאת פתרון מושכל לסוגיות מרכזיות שלא נמצא להן עדיין פתרון. כאשר יימצאו דרכי הפתרון, ניתן יהיה בשלב מאוחר יותר לראות באיזו מידה אנחנו משלימים ומשלבים הכול במסמך חוקתי אחד.

● **מנחם פינקלשטיין:** אולי צריך לדבר לא על פתרון, אלא על מסגרת שיש לעבוד בה.

● **צבי ענבר:** מסגרת, בהחלט מסגרת.

● **ידידיה שטרן:** לדעתי, אפשר לסכם זאת כך: יש פה שלוש אופציות – א. לקבל את המסמך כפי שהוא, כלומר עם השריון המוצע לחוקי היסוד. אני חושב שהתגבשה פה עמדה די רחבה, שלא בדרך הזאת אנחנו רוצים ללכת. ב. אימוץ המסמך על-ידי קודיפיקציה. ג. התנגדות עקרונית לקודיפיקציה משום שיש להציע חוקה שלמה.

● **רות גביזון:** בסוף דבריך קודם אמרת דבר נוסף – שאולי צריך להקדיש מאמץ לניסוח הצעת חוקה רצויה, ששונה משיקוף המצב הקיים, שיכולה כמובן להסתמך על אלמנטים מהמצב הקיים. זה מאמץ שלא נעשה וזו האופציה של כתיבת חוקה מחדש, שאחדים מאתנו חושבים שראוי לעשות אותה, עם רמז מסוים שנטייה בכיוון הזה היא אולי ויתור מסוים על המנגנון הקיים של ביקורת שיפוטית, שיוצר היום חלק גדול מהקושי.

● **אילן שיף:** לא הייתי נכנס לתכנים, זהו דיון בפני עצמו. היו שתי נימות – האחת בעד והאחרת לא מתנגדת, ובמקביל רואה חשיבות גדולה להליכה לקראת החוקה המושלמת בהידברות.

● **צבי ענבר:** בזה אנחנו בעצם חוזרים לחלק מהצעתך הראשונה, שבה אמרת: 'בואו ונלך במקביל, ובעניינים הטעונים תיקון דחוף, תשב האקדמיה ולאט-לאט תגבש משהו'.

● **מנחם פינקלשטיין:** אבל הייתה נימה נוספת והיא שאם הולכים על דבר חדש – אז היות ויש בעיה של זמן ומגבלה של בחירת סדרי עדיפויות, הבה נתחיל לא בדבר הקיים, אלא בשלוש-ארבע בעיות שהצבנו לעצמנו: 'מיהו יהודי', יהודים-ערבים, דת ומדינה. אם יש לנו מגבלה של זמן, אלה הסוגיות שבהן נתמקד.

● **אבישי ביניש:** האופציה של שעת-כושר היא להציע עכשיו חוקה ראויה, שאני מניח שכבר תכלול אלמנטים של 'עסקאות חבילה' ושהייצוג יהיה אחר; כלומר, ממש עבודה של כינון חוקתי. איך זה מתיישב עם הבעיות שמנינו כאן והטענה שאנחנו עדיין לא בשלים?



- **רות גביון:** זה לא מתיישב. לכן ייחסתי את ההצעה הזאת לתחום האידיליה.
- **אשר אריאן:** אני אישית מתנגד מאוד למשאל עם. נדמה לי שזה נובע מהדחייה שלנו את ההצעה לראות את המסמך הזה כחוקה, שאז ממילא אין סיבה ללכת למשאל עם.
- **צבי ענבר:** הרי בהתחלה דיברתי על הבעייתיות בכך שחקיקה של חוקי יסוד דומה לחקיקה רגילה. אני מניח שחיים צדוק רצה לתת את הדבר הנוסף שבו החוקה שונה מחקיקה רגילה, ולכן הוא הציע מה שהציע.
- **מנחם פינקלשטיין:** אותי מטרידה נקודה שהועלתה כאן, והיא הזיקה בין 'עסקת חבילה' לבין נקודה-נקודה, או כמו שאמר ידידיה שטרן 'זעיר פה זעיר שם'. במקרא, אחרי "זעיר שם זעיר שם", כתוב: "ונוקשו ונלכדו." כלומר, הזעיר פה זעיר שם יכול להעמיד אותנו בסופו של דבר בפני מלכודת. עכשיו אני חושב שאני מבין למה ידידיה שטרן אומר שאנחנו עומדים בפני איזשהו משבר או מפץ. גם אני נמצא בשבת בבית הכנסת, ואני שומע מה אומרים חברי, ויש איזושהי אווירה של חשדנות כללית. קיימת בעייתיות ביחסי דת ומדינה, ויותר מזה בין יהודים וערבים. כל מי שמנסה להסתכל על זה במבט כביכול אובייקטיבי, רואה שאנחנו צפויים לעמוד חלילה בפני איזשהו מפץ. לכן אני חושב שהנקודה-נקודה זה כבר לא מעשי. נחוץ ריכוז המאמץ והאנרגיה, עם התחשבות במגבלת הזמן, באיזשהו כינוס, באיזו מסגרת שעדיין אינני יודע להצביע עליה. השאלה היא איך אפשר באמת בשנתיים-שלוש למצוא איזושהי מסגרת – אולי בשעת כושר של ממשלת אחדות. צריך לרכז כוחות, בלי תיווך חיצוני, כדי שיגיעו לאיזושהי הסכמה. המשך הדרך מותנה רק בהסכמה לאומית, לא כוחנית, של כל המגזרים, כדי להסיר את החשדנות, כי רמת החשדנות היא גבוהה מאוד. נחוץ כינוס הכוחות. במכון הזה אני רואה מצד אחד את הרב עמיטל, מצד שני את הרב גפני כדוגמה – וזאת נקודת התחלה רצינית. אם יגיעו למסמך של הרב מידן ורות גביון, אם יפתחו את זה גם בתחומים אחרים, יכול להיות שזו תהיה תחילת הדרך.

מושב שלישי

לקראת השלמת פרק הזכויות

● **אריק כרמון:** לנושא השלישי של הכינוס שלנו קראנו 'לקראת השלמת פרק הזכויות', ונטפל בסוגיה זאת תוך ידיעת המגבלות שמציבה המציאות התרבותית במדינת ישראל. הערב נציג את פרות ההכנה לקראת הדיון היום, ומחר בבוקר ננסה ללבן את הסוגיה הזאת בקבוצות.

● **רות גביון:** אינני רוצה לדבר רק על המצב בארץ ועל המצב שנוצר כתוצאה מחקיקת חוקי 1992, למרות שזה כמובן עיקר דיוננו, אלא הייתי מבקשת קודם לתת

איזשהו רקע לסוגיית המעמד של זכויות האדם מבחינת ההגנה החוקתית שלהם. אחר כך נעבור אל המצב בארץ.

להבדיל מהעקרונות המשטריים, הטיעון בעד הגנה חוקתית, וגם בעד מנגנון היצוני לרשות המחוקקת שיאכוף את זכויות האדם, הוא חזק במיוחד. הסיבה לכך היא שההגנה על זכויות האדם, להבדיל מההגנה או הקידום של יציבות משטרית, נוגעת לאילוץ מסוים שאנחנו רוצים להחיל על המערכת הדמוקרטית. מערכת דמוקרטית היא לא בהכרח שלטון רוב, אבל מערכת דמוקרטית היא מערכת שבה נותנים משקל להעדפות של הצדדים, ובדרך כלל מדובר בקואליציות של אנשים שההעדפות שלהם קובעות את ההסדרים החברתיים. הטיעונים בזכות ההסדר הדמוקרטי הזה הם שילוב של מוסר פוליטי עם תבונה פוליטית. אנחנו מעוניינים שלקהל שנשלט על-ידי החוקים יהיה טעם טוב לציית להם, ובין השאר אנחנו משיגים זאת על-ידי העובדה שיש לאנשים השתתפות במערכת שקובעת את גורלם. להשתתפות הזאת קוראים החירות החיובית שיש לאנשים בקביעת גורלם.

ידוע שלפעמים רוב, או קבוצות, או בעלי אינטרסים יכולים להביא לידי כך שההעדפה של הרוב תקודם בצורה יותר אפקטיבית אם פוגעים במיעוטים. עבדות של קבוצת מיעוט היא דוגמה מאוד מובהקת, הנצחה של אי-שוויון היא דוגמה נוספת. בכל המקרים האלה יש לנו מצב שבו לקבוצות של אנשים, או ליחידים, אין כוח מול החברה המאורגנת להבטיח את חייהם, את שלומם, את רווחתם; מצב שבו הרוב או החברה המאורגנת משתמשת בכוח שלה על-מנת להפוך את המיעוט לאמצעי לשיפור הרווחה של הרוב או של החזקים.

זכויות האדם היא מסורת שנועדה לתקן את המנגנונים הפוליטיים הרגילים על-ידי כך שהיא מטילה עליהם אילוץ. זכויות האדם מזהות



ואוסרות את סוגי הפגיעות שמדינה או חברה או יחיד אינם יכולים להפעיל כנגד יחיד או קבוצה. לכן המקור הנורמטיבי של זכויות האדם איננו ההסכמה של הציבור, אלא הערך של קדושת האדם, כבוד האדם, הערך העליון שאנחנו מקנים לחיים ראויים.

עם זאת, ההגנה החוקתית על זכויות האדם, כשהיא לא רק הגנה מוסרית, היא זו שמבוססת בתוך הסדר המשפטי והפוליטי הקיים. זאת אומרת, יש לנו יצור בעל שני מרכיבים: ראשית, מרכיב נורמטיבי מאוד חזק שאיננו תלוי בהסכמה. הזכויות הן של האנשים או של הקבוצות בגלל אנושיותם; הן לא ניתנו להם על-ידי החברה, הקבוצה, או הרוב, או החוק, אלא הן מגיעות להם מעצם אנושיותם. שנית, היות וההיסטוריה האנושית מלמדת אותנו שהנטייה של קבוצות היא לא לכבד את הזכויות של האחר, לכן כשיפוט מוסרי-פוליטי של עצמנו, אנחנו מכבידים על עצמנו, מגבילים את עצמנו ומחייבים את עצמנו להגן על זכויות האדם. זאת אנחנו עושים באמצעות הסדרים חוקיים ומוסדיים, המשקפים את המחויבות הנורמטיבית לזכויות האדם.

במאה ה-20, בעקבות מלחמת העולם השנייה, התפתחה מאוד ההכרה שלתפיסה של זכויות האדם צריך לתת גם ביטוי מוסדי, וההגנה הבינלאומית על זכויות האדם מדגישה את העובדה שזכויות האדם הן לא בתחום חופש החקיקה של המדינות הספציפיות, אלא הן ערך אוניברסלי קדם-משפטי, קדם-חברתי.

קביעה חשובה זו מצדיקה את ההגנה החוקתית על זכויות האדם במובנה המחמיר ביותר, כלומר גם מפני העדפות הרוב. במובן זה, כמו שאמרתי בתחילת הדברים, הטיעון לטובת הגנה חוקתית חזקה על זכויות האדם הוא טיעון מרכזי, והקושי האנטי-רובני של בית המשפט בעצם לא קיים לגבי העיקרון של הגנה על זכויות האדם.

אבל, כאמור, ההגנה החוקתית והמשפטית על זכויות האדם היא יותר מאשר הגנה מוסרית, ובהיבט המשפטי-מוסדי שלה יש להביא בחשבון גם את השקפות הציבור, שכן הוא המעניק לגיטימיות למוסדות השלטוניים והמשפטיים. שיח הזכויות בתוך המשפט הוא שיח של כוח. זכויות יש להן גם היבט מוסדי: בעוד שאני מנסה לקדם את האינטרסים שלי ברמה הפוליטית – את הזכויות שלי אני יכולה לתבוע ואת הזכויות שלי אף אחד לא יכול להגיד שהוא בוחר לא לתת לי, ולכן מי שמגן על הזכויות שלי הוא בית המשפט ולא המחוקק. בעובדה זו גלום הרבה מאוד כוח, כי אני יכולה ללכת לבית המשפט ולהכריח את המחוקק או את הרשות



המבצעת לתת לי את זכויותיי. אבל בה-בעת קיימת מגבלה, מפני שאם יש מחלוקת מרכזית על השאלה מה פירוש הזכויות, ואם בית המשפט נותן פירוש לזכויות האלה שאיננו מתיישב באופן עמוק עם תפיסות בחברה – מתפתח מתח ערכי ומוסדי לגבי הדרך שבה החברה הזאת פועלת.

יתר על כן, אנשים שמבקרים את שיח הזכויות, טוענים שפיתוח חזק מאוד של שיח זכויות מוציא את הזכויות מתוך בית הגידול הטבעי שלהן, שהוא מרקם החיים החברתיים. במרקם החיים החברתיים, זכויות באות עם חובות. זכויות באות עם המחיר של חיים בקבוצה. בדרך כלל, האיזון בין המחירים והזכויות בא מתוך החיים. אנחנו רוצים שבחיים המשותפים שלנו יהיה איזון נכון של זכויות וחובות, מפני שגם הזכויות הן שלנו וגם החובות הן שלנו, ואנחנו כולנו יחד חיים באותה חברה שמגינה על הזכויות שלנו, אבל גם תובעת מאתנו לקיים את החובות. לעומת זאת, אם אנחנו נותנים זכויות, ויש מערכת משפטית, ואדם יכול ללכת לבית המשפט ולקבל את זכויותיו – הוא יכול לבדוד את זכויותיו מחובותיו, ואנחנו מאיימים פה על מרקם חברתי שבו מלכתחילה הזכויות והחובות היו צריכות להיות חלק ממרקם חיים משולב.

לכן, כשמדברים על מתן ביטוי משפטי ועל מנגנוני אכיפה של הגנה על זכויות, אין הכוונה רק למשהו מוסרי, אלא גם לדבר שצריך לקבל משמעות מתוך הדינמיקה הפנימית של החברה שבה אנחנו מדברים.

אנחנו מדברים על זכויות אדם, ושאלה חשובה היא מה הן זכויות האדם. מדובר על הבחנה בין הדור הראשון והשני של זכויות האדם. בדור הראשון כלולות זכויות אזרחיות ופוליטיות. זכויות אזרחיות הן הזכויות האנושיות: הזכות לחיים, הזכות לביטחון, הזכות להליך הוגן, הזכות לשוויון בפני החוק; זכויות פוליטיות הן: זכויות של השתתפות, זכויות של בחירה, זכויות של היבחרות, זכויות להתארגנות. חופש הביטוי הוא בעצם זכות משולבת, אזרחית ופוליטית.

בדור השני כלולות זכויות חברתיות וכלכליות. אחת השאלות המרכזיות בנושא זכויות האדם היא האם לכלול גם זכויות חברתיות וכלכליות, הן ברמה העקרונית והן ברמה המוסדית-משפטית-חוקתית. לשאלה הזאת הייתי רוצה לתת תשובה חיובית מאוד ברמה העקרונית, מפני שהטענות שמושמעות נגד ההכללה של הזכויות החברתיות והכלכליות הן בחלקן טענות לוגיות שאינן עומדות בפני הביקורת – בחלקן טענות היסטוריות שצריך לבחון מחדש, ובחלקן טענות פוליטיות שצריך להעמיד אותן על



מקומן. וזאת מדוע? כי אפשר להגיד שכל זכויות האדם הן בעצם הדברים שנחוצים לאדם כדי לשגשג, כדי להתקדם. כולנו ודאי ערים לכך שאדם לא יכול לפרוח – גם אם יש לו חופש ביטוי מלא וחופש מלא לבחור ולהיבחר – אם אין לו איפה לחיות, אם אין לו איפה לגור. אם כל החופש שלו מתמצה בזכות לחיות מתחת לגשר, אנחנו לא רוצים את החופש הזה. כבוד האדם איננו יכול להתקיים אם אין לך ממה להתפרנס; כבוד האדם איננו יכול להתקיים אם את כל המשאבים האנושיים והרגשיים אדם מוציא על איך לשרוד את המחר ואיך לפרנס את התלויים בו. אדם עם קיום מסוג כזה אינו יכול להיחשב לאדם בעל כבוד. לכן האמירה שכבוד האדם מתמצה בזכויות האזרחיות והפוליטיות היא אמירה מטעה.

אמירה אחרת, שגם היא מטעה, היא שהזכויות האזרחיות הפוליטיות הן זכויות של אי-התערבות, ולעומת זאת הזכויות החברתיות והכלכליות מצריכות מעורבות של המדינה, תקציבים ופעולות של עשייה, ולכן הן תביעות מסוג אחר. אלה לא זכויות, אלה אינטרסים. נכון שחלק מהזכויות האזרחיות הן זכויות של הימנעות, אבל לא כל הזכויות האזרחיות הן זכויות הימנעות. למשל, הזכות לבחור ולהיבחר היא זכות שעולה הרבה מאוד כסף והיא מצריכה עשייה של המערכת הציבורית. גם חופש הביטוי היא זכות שיכולה לעלות הרבה מאוד כסף, למשל אם אני צריכה להגן על מפגינים מפני המתנכלים להם. ויש המפרשים את הזכות לחופש ביטוי גם כחובה של המדינה ואמצעי התקשורת לספק לאנשים נגישויות לאמצעי התקשורת. כל המדינות היום מכירות בזכות לחינוך. משרד החינוך נהנה מהתקציבים הכי גבוהים ואנחנו לא מתנערים מן הזכות לחינוך רק מפני שהיא עולה כסף.

זאת אומרת, השיפוט בשאלה אילו תביעות 'זכות' לשם 'זכויות' ואילו מוצגות רק כאינטרסים, הוא בעצם שיפוט פוליטי-ערכי. הוא מבוסס, לדעתי, על שני שיקולים מרכזיים: ראשית, חיוניותם של האינטרסים האלה לקיומו של האדם; שנית, הנטייה של השלטון או החברה לפגוע באינטרסים הללו של יחידים או של קבוצות חלשות. משתי הבחינות האלה, תביעות כלכליות וחברתיות אינן נחותות מתביעות אזרחיות ופוליטיות.

אין זאת אומרת שהטענות שמושמעות נגד ההכללה של זכויות חברתיות וכלכליות במגילת זכויות אינן נכונות. הטענה שהכללה כזו תחייב למשל את בית המשפט בכתיבה מחדש של תקציב המדינה, תחייב אותנו להחליט על קדימויות תקציביות וכו' – זוהי טענה ממשית, טענה רצינית. יתרה מזו, ההחלטה על עדיפויות כלכליות היא ברוב המקרים החלטה



אידיאולוגית-פוליטית ואיננה עניין של זכויות אדם. יש לי אולי הזכות למינימום של תנאי רווחה, אך אין לי הזכות לשוויון בהכנסה ואין לי הזכות לחלוקה מחדש של הקרקעות וכדומה. לכן צריך מאוד להיזהר כשמנסחים את הזכויות.

יש גם קושי כללי בנושא הזכויות. יש נטייה אצל כל אדם לחשוב שהדברים שהוא מאמין בחשיבותם הגדולה הם זכויות, והנטייה הזאת יוצרת שיח זכויות מאוד רחב. ככל ששיח הזכויות רחב יותר, כוחו קטן יותר, מפני שכוחו של שיח הזכויות נובע מכך שאלה הם האילוצים האוניברסליים שאנחנו מוכנים להטיל על החברה: לא תרצה, לא תוציא אדם להורג בלי הליך הוגן, לא תפגע בזכותו של אדם בלי הליך הוגן, שוויון בפני החוק. את הדברים האלה אנחנו מוכנים לקבל כ-א-ב' של זכויות אדם – לא תענה, לא תשפיל אדם. אבל שוויון? חלוקה כזו או אחרת של הכנסות? אלה דברים מאוד שנויים במחלוקת, והנכונות לקרוא להם זכויות אינה צריכה להיות אוטומטית. ההבחנה הזאת מחלישה את האידיאל של הזכויות מפני שבמקום אידיאל יש לנו שיח של זכויות, דבר שנתון למשא ומתן חברתי, ציבורי ופוליטי בין קבוצות שונות באוכלוסייה.

מה המשמעות של מצב הדברים הזה לגבי ההסדרה החוקתית של הזכויות? לדעתי, נובע מכך שעלינו להבחין בין הזכויות האוניברסליות, הרזות, הצרות, שבאמת אפשר להגיד שהן נכונות לכל חברה ולכל זמן ואנחנו נמצא אותן בכל התרבויות הגדולות ובכל הדתות הגדולות, לבין שאר הזכויות. במובן הזה אני מאוד שמחה שאמרנו לנו הבורקר שגם החברים הדתיים שלנו בעד זכויות האדם. אדם נברא בצלם, וצריך לכבד את הבריות. הדברים האלה הם חלק מכל מסורת אנושית גדולה, הם מרכזיים לכל חברה אנושית, דמוקרטית ולא דמוקרטית, חילונית ודתית.

מכיוון שכל חברה כפופה לזכויות אדם, וזכויות האדם מכתובות רק את האידיאלים שבאמת משותפים לכולנו, צריך להבחין בין האידיאלים שהם חלק מהמסגרת המשותפת, ולכן ראויים להיכלל במגילת הזכויות ולהיות חלק ממה שאנחנו מנחילים כתרבות המשותפת שלנו, לבין אותן החלטות שאנחנו מאוד נלחמים בשבילן, שאנחנו חושבים שהן מאוד חשובות, אבל מקובל עלינו שלגביהן יכולה להיות מחלוקת לגיטימית בין חלקי החברה ושלגביהן עלינו להסכים על מנגנונים מוסכמים לקבלת החלטות שיתנו כבוד להעדפות השונות; במקרה מסוים יקבלו העדפה אחת, יפגעו באחרת, אבל לא יקבלו אותה כעניין שבזכות, אלא כעניין שבמשא ומתן.



מגילת הזכויות שלנו צריכה לכלול גם את הזכויות האזרחיות והפוליטיות וגם את הזכויות החברתיות והכלכליות, אבל הזכויות האלה צריכות להיות אידיאלים.

מתעוררת שאלה האם צריכים להיות עקרונות כלליים או סעיפים יותר פרטניים. אני מעדיפה סעיפים פרטניים על פני סעיף הגבלה כללי אחד. אני חושבת שסעיף הגבלה כללי משקיע יותר מדי שיקול דעת בשאלה מי אלה שצריכים לקבוע את ההסדרים לאנשים שמבקרים את ההסדרים. אני רוצה להטיל את האחריות המרכזית לקביעת ההסדרים על מקבלי ההחלטות המרכזיים בחברה, זאת אומרת – החברה והמחוקקים שלה והמנהיגים הרוחניים שלה. אני רוצה שלמוסדות חיצוניים יהיה רק תפקיד חלקי, תפקיד מבקר, מפקח, מתקן, מוגבל.

שאלה מרכזית אחרת היא שאלת מנגנון הביקורת. לדעתי, יש ערך למגילת זכויות גם אם אין לה שום מנגנון של ביקורת, כלומר כשאין כוח לבטל חוקים. יש כל מיני אפשרויות למנגנון ביקורת. יש מנגנון ביקורת על-ידי כל בית משפט, יש מנגנון ביקורת רק על-ידי בית משפט עליון, יש מנגנון ביקורת על-ידי בית משפט מיוחד לחוקה, יש אפשרות של מנגנון ביקורת פרלמנטרית כמו למשל בהולנד, ויש שיטות שקובעות מנגנון ביקורת מוגבל בזמן, כמו למשל מנגנון ביקורת שיפוטית על-ידי גוף מיוחד שנעשה בשלב שבין החקיקה ובין הפרסום.

המנגנונים האלה הם מאוד מגוונים, ולא עכשיו הזמן להרחיב על כך את הדיבור. אני רק רוצה לומר שאין ספק שמגילת הזכויות צריכה להיבחן עם מנגנוני האכיפה שלה, מפני שככל שמנגנון האכיפה הוא פתוח יותר או חלש יותר, אפשר לתת ניסוח רחב יותר לזכויות. ואתן דוגמה מתחום הזכויות החברתיות והכלכליות. אם קובעים שלכל אדם זכות לתנאים מינימליים או נאותים בחינוך, בבריאות, בדיוור, ולא נותנים מנגנון של ביקורת שיפוטית, אנחנו מפקידים את אופן מימוש הזכות בידי המחוקק ובידי הרשות המבצעת. אם, לעומת זאת, קובעים מנגנון חזק של זכויות חברתיות וכלכליות עם סעיף הגבלה ועם ביקורת שיפוטית, אנחנו באופן פוטנציאלי פותחים את המסלול המסוכן של הכנסת בית המשפט לבחינה מחדש של כל ההסדרים החברתיים והכלכליים שגובשו בתוך המערכת החברתית והפוליטית.

לכן, השאלה מה כוללים במגילת הזכויות והשאלה איך מסדירים את הזכויות שכוללים במגילת הזכויות, השאלות הללו הן חלק ומקשה אחת מן השאלה איזה מין מנגנון של בקרה יהיה לנו על אכיפת הזכויות.

הזכירו כאן גם את הזכויות הלאומיות, הזכויות הקיבוציות, ואני חושבת ששאלה חשובה נוספת היא האם נכניס לתוך מגילת הזכויות גם עקרונות כמו הגדרה עצמית או דברים מהסוג הזה. לכך אתייחס בקצרה בהמשך.

זאת ההקדמה הכללית של המסגרת לנושא של פרק הזכויות.

מובן שמגילת זכויות חשובה בכל חברה, כי בכל חברה יש פיתוי לפגוע בזכויות של חלשים ופרטים. מגילת זכויות חשובה במיוחד בחברה שסועה, במיוחד בחברה שבה יש מיעוטים, מה שאנחנו קוראים 'כרוניים', ובמיוחד בחברה שבה המיעוטים הכרוניים האלה גם נתפסים כאויב. כי אין מקרה שבו קל יותר לפגוע בזכויות מאשר המקרה של קבוצה שנתפסת כמאיימת על משהו שחשוב לנו, שיקר לנו, שמרכזי בנו. לכן הצורך בערנות לעניין הזה של זכויות האדם הוא גדול דווקא בחברה מהסוג שלנו.

ועכשיו לשאלה מה מצבנו בארץ מבחינת זכויות האדם. ראשית, אני רוצה לחזור ולומר שאין קשר הכרחי בין המצב המשפטי של הגנה על זכויות האדם לבין המצב המציאותי של ההגנה על זכויות אדם. ברוסיה הייתה מגילה נפלאה של זכויות האדם עם הגנה חוקתית נוקשה, אבל קשה מאוד היה לחיות שם בתוך אחת מהקבוצות שצריכה לחשוש למצב זכויות האדם שלה.

מצב זכויות האדם אצלנו, עד 1992, לפני מה שנקרא 'המהפכה החוקתית', לא היה גרוע ממה שהוא היום. הכנסת שלנו עושה עבודה די מעניינת בתחומים מסוימים ולא עושה עבודה בתחומים אחרים. בית המשפט שלנו פעיל בצורה מאוד יצרית בתחומים מסוימים ולא כל כך פעיל או פעיל בצורה פחותה בתחומים אחרים.

מה שחשוב לומר הוא שחוקי 1992 כשלעצמם לא שינו באופן משמעותי את מצב זכויות האדם, להבדיל משיח זכויות האדם, החינוך לזכויות האדם, המודעות לזכויות האדם שהם כולם דברים מאוד חשובים.

ההחלטות החשובות והשנויות במחלוקת של בית המשפט העליון בשנים האחרונות הן לא עניין של המהפכה החוקתית, אלא של פרשנות חוק שהייתה במסגרת הסמכות של בית המשפט העליון מאז ומתמיד. בינתיים לא קרה שום דבר דרמטי בתחום ביטול החוקים. הפסיקות החשובות, והשנויות במחלוקת, לא דרשו עיגון חוקתי.

מה קרה לנו בכל-זאת אחרי 1992? אני חושבת שכולנו מסכימים שהמצב הוא לא טוב מבחינת הקוהרנטיות שלו, כי עכשיו יש לנו שעטנז. יש לנו



זכויות לפי חוק יסוד: חופש העיסוק שיש להן שריון, סעיף הגבלה וסעיף אובר-רייד. יש לנו זכויות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלא ברור מה הן, שאין להן שריון, אין להן אובר-רייד ויש להן סעיף הגבלה. יש לנו מחלוקת פנימית גדולה בתוך בית המשפט על מה כלול ומה לא כלול בתוך חוק יסוד. יש לנו זכויות שאינן כלולות לא באלה ולא באלה ושיכול להיות שמעמדן עכשיו גרוע ממה שהיה קודם, מפני שהן במצב נחות. בינתיים עוד לא ראינו הרבה ביטויים פסיקטיים לזה, אבל למשל זכות שהייתה זכות ראשונית, כמו חופש הביטוי, ייתכן שעכשיו היא במצב גרוע יותר.* אצלנו גם קיימת הבעיה הקשה שחופש הקניין נכנס כזכות מפורשת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ויש לו סעיף הגבלה קשה. יש לנו מצב מוזר שבו זכות הקניין וחופש העיסוק שהן זכויות של החזקים, מעוגנות, וכל הזכויות של החלשים אינן מעוגנות בינתיים, ויש לנו קושי לחוקק את חוק היסוד על הזכויות החברתיות.

זאת אומרת, יש לנו מצב מאוד לא ברור הן מהבחינה של האלגנטיות והן מבחינת הקוהרנטיות גם בכל הנוגע להיקף הביקורת השיפוטית.

מה עושים עם המצב הזה? אופציה אחת היא להמשיך לחיות עם המצב הקיים, ויכול להיות שזאת אופציה שתיכפה עלינו.

האופציה הזאת לא כל כך גרועה כי בגלל שהמצב איננו ברור, בית המשפט נזהר וההתקדמות היא אטית, ואם יבוא חוק קטסטרופלי, אני מניחה שימצאו דרך לטפל בו. הדיאלוג החוקתי בין בית המשפט, הציבור והכנסת מתנהל, ויכול להיות שהמצב הוא לא כל כך גרוע.

אלא שקיימת בעיית השעטנו, והיא חמורה מפני שהיא יוצרת מצב תמידי של חוסר שקט במערכת, חוסר ביטחון, חשש; האם ישלימו, האם לא ישלימו, יהיה עוד מחטף, מי ירחיב וכיוצב.

יש אפשרות אחת והיא להשלים את המהלך החוקתי על-ידי מגילת זכויות שלמה או תוספת של עוד כמה חוקי יסוד. אם אכן אפשר היה להשלים את מגילת הזכויות, אני מניחה שהיו עושים את זה. אנחנו רואים שגם את חקיקת היסוד שמוצעת קשה להשלים. למהלך הזה אין כנראה

* מבחינה משפטית, ייתכן כי לאחר חוקי היסוד, היה צריך לתת משקל רב יותר מאשר קודם לאינטרסים כמו שם-טוב ופרטיות, הכלולים ביכבוד, מאשר לחופש הביטוי שאינו מצוין בחוק במפורש. אבל לפחות במקרה אחד (שבו ביקשו לפסול שידור פוגע לגבי חנה סנש), העדיף הרוב בבית המשפט את חופש הביטוי על זכותם של חנה סנש וקרוביה לכבוד.

סיכויים גדולים. אפשר לנסות להשלים אותו, ואז לא כדאי ללכת על השלמה בפרקים, אלא על מגילה שלמה. זה הפתרון שאני רוצה להציע.

במצב הקיים, הדבר הנכון לעשות בנושא מגילת הזכויות הוא לקבל החלטה אמיצה שדורשת זיתורים מכולם. אני מציעה שאנחנו נאמץ כחוק ישראלי – כמו שאימצו באנגליה כחוק אנגלי את ההכרזה האירופית – ההכרזה האוניברסלית לזכויות האדם. ההכרזה האוניברסלית היא טקסט מצוין, שעמד במבחן הזמן, טקסט שהתפתחה עליו כבר יוריספרודנציה מאוד עשירה. זו אמנה שכל אומות העולם – חילוניות, דתיות, מערביות, מזרחיות, צפוניות ודרומיות – מוכנות לחתום עליה כזו שמבטאת את התקוות והציפיות האנושיות. היא כוללת את הזכויות החברתיות והכלכליות, היא כוללת חובות, היא כוללת את הזכות להגדרה עצמית והיא כוללת כמובן את כל הזכויות האזרחיות והפוליטיות. היא מסמך יפה ומסמך חגיגי, היא מסמך של שותפות במשפחת העמים, היא מסמך שאין אדם שיכול להגיד: אני לא מקבל אותה.

אלא שהמסמך הזה, מכיוון שהוא כל כך כללי, הוא מסמך שפותח הרבה מאוד אופציות. אני מציעה כי בשלב ראשון נחליט שהמסמך הזה יאומץ כחוק של מדינת ישראל ונכריז בינתיים שאין עליו ביקורת שיפוטית רק במובן הזה שלבית המשפט אין סמכות לבטל חוקי כנסת, מטעם זה שאינם מתיישבים עם הכרזת הזכויות. יש לבית המשפט סמכות לפרש, הוא חייב לפרש לפי ההכרזה, אבל אין לו סמכות לבטל. יש פה ויתור גדול, מפני שלפי הפרשנות הקיימת היום, לבית המשפט סמכות ביטול לפי חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוויתור הזה הוא ויתור נכון, ויתור חכם, מפני שהוא שיסלול את דרך המלך לאימוץ מסמך זכויות מקיף, שחיוני שיהיה לנו כמוהו כתשתית חינוכית וערכית, וגם לפתיחה אמיתית של דיון ציבורי בשאלה איך החברה הישראלית, על כל מורכבותה, רוצה לטפל בשאלת ההסדרים שצריכים לממש את הזכויות האלה.

חלק גדול מהבעייתיות של החקיקה הנוכחית וחלק גדול מבעיית הלגיטימיות של בית המשפט כפוסק אחרון, נובע מהעובדה שהזכויות האלה הן זכויות מאוד עמומות בהרבה מאוד מובנים. ניקח למשל את הזכות לשוויון, ואביא כאן את הדוגמה הקשה והחשובה של פסק הדין בעניין קעדאן, פסק הדין שאומר שאסור לסוכנות היהודית, למנהל מקרקעי ישראל ולמדינת ישראל לבצע הקצאות קרקע שיש בהן אפליה, ולכן אסור ליישוב קציר לדחות על הסף משפחה מפני שהיא ערבית.



אני חושבת שפסק הדין הזה מעורר קושי, מפני שמשמע ממנו שבמדינת ישראל אסור ליהודים חילוניים, שהם לא בקיבוץ ולא במושב ולא חרדים, להקים יישוב שהתרבות הציבורית שלו תהיה תרבות יהודית, כי השוויון לא מרשה זאת. אני חושבת שבית המשפט טעה בכך שאמר זאת. הוא ודאי היה צריך לומר שאנחנו לא מפלים, ולכן בהקצאות לא צריכה להיות אפליה, ולכן אנחנו צריכים לתת לערבים את זכותם למגורים. אנחנו גם צריכים לספק להם, או לאפשר להם, צורות חיים בכל מיני רמות חיים, כפריות ועירוניות. אבל לא הכרחי שאנחנו נכפה על אנשים לחיות בקהילות מעורבות. חלק גדול מהערבים מעדיפים לחיות בקהילות ערביות, חלק גדול מהיהודים מעדיפים לחיות בקהילות יהודיות. יהודים וערבים שמעדיפים לחיות יחד יחיו יחד. אנחנו נספק את כל הקשת, וכל הקשת מתיישבת עם שוויון לא פחות מאשר חיוב באינטגרציה. להפך, היא מתיישבת יותר עם שוויון, מפני שהיא נותנת לכל אחד את ההעדפות המלאות שלו, כולל העדפה אוטונומית תרבותית לחיות בתוך הקהילה התומכת שלו, ולא בהכרח לבחור לחיות כשהוא מיעוט בקהילת-רוב אחרת, בשפה אחרת, בדת אחרת, בלאום אחר, בנרטיב אחר, בשאיפות אחרות.

אני מביאה את הדבר הזה רק כדוגמה, אבל הדוגמה הזו אומרת לנו **שמה שאנחנו צריכים בחברה הישראלית היום הוא פתיחה של הדיאלוג בשאלה איך אנחנו יחד כחברה מכבדים את זכויות האדם**. כדי שהדיאלוג הזה יהיה נכון, צריך לבצע אותו בלי החרב המתהפכת של בית המשפט, אלא יחד עם בית המשפט ובפרשנותו. בית המשפט הוא גורם מאוד חשוב בגלל מעמדו המיוחד, בגלל שהוא לא נבחר, בגלל שהוא לא פופוליסטי. הוא קול מאוד חשוב בדיון, אבל אסור לו להכריע בדיון הזה.

נחוץ מהלך של שיחה ציבורית, והשיחה הזאת תגלה שיש קשת של פתרונות גדולה בהרבה מאשר פתרונות שיכולים להיראות לקבוצה זו או אחרת. זה גם פותר את בעיית הזכויות החברתיות והכלכליות. אם מכניסים את הזכויות החברתיות והכלכליות למגילת זכויות שיש לה ביקורת שיפוטית, זו תהייה קטסטרופה, מפני שבית המשפט יצטרך לקבוע את חוקי התקציב; אם מכניסים את הזכויות החברתיות והכלכליות בלי ביקורת שיפוטית לתוך חוקה שיש בה ביקורת כזאת על זכויות אזרחיות ופוליטיות, בעצם אמרנו שאלה הן זכויות מדרגה שנייה. אם לא הכנסנו בגלל זה את הזכויות החברתיות והכלכליות, כאילו אנחנו אומרים שהן כלל אינן זכויות. כל המסרים האלה הם מסרים לא נכונים ומסוכנים. המסר שאנחנו שולחים בפתרון שלי הוא המסר הנכון, כי הוא

אומר: אלה הן זכויות אדם, זכויות שוות מעמד, אבל מנגנוני האכיפה שלהן, בגלל טבען, שונים. סוג הוויכוח החברתי שיתנהל סביב המימוש הספציפי של הזכות למגורים או לבריאות או לחינוך הוא סוג אחר של דיון. לכן סוג הבקרה עליו יכול להיות אחר. הדבר הזה יאפשר לנו מצד אחד לחשוב על הדברים האלה כזכויות שהכיבוד שלהן יקדם אותנו כחברה. התביעות לצדק חברתי אינן רק אופציה, זה דבר שאנחנו חייבים בו. מצד שני, הוא יאפשר לנו קיומן של זכויות חברתיות וכלכליות כשוות מעמד לזכויות אזרחיות ופוליטיות, יאפשר גם גישות של שוק חופשי, של יזמה פרטית. אנחנו לא רוצים להגיע לקומוניזם בגלל זכויות חברתיות, אבל אנחנו רוצים לשים את המחויבות הזאת במקום מרכזי בסדר היום שלנו.

הדבר שאני מציעה הוא זמני. אני מניחה שאם החברה שלנו תחיה נכון וטוב, עם מחויבות כזו לזכויות אדם בלי שיניים, תראה בשלב יותר מאוחר איזה סוג של שיניים היא יכולה להרכיב על מגילת הזכויות. אבל זה יהיה חלק מהתהליך של הלמידה ולא חלק מהפתרון המידי, אחרת מגילת זכויות לא תעבור, והיעדרה יחבל ביכולת שלנו לקבל על עצמנו מחויבות משותפת לתוכן ה'רזה' והאוניברסלי של זכויות האדם.

● **יפה זילברשץ:** המחשבה הראשונה שעלתה במוחי דמתה לזו של רות גביון, כלומר שבשיח הכולל הזה, אולי כדאי שנבחן את שיח הזכויות ברמה הבינלאומית הרחבה, ובאמצעותה נחזור ונסיק מסקנות.

לאחר מלחמת העולם השנייה, זכויות האדם עברו מהפכה במובן הזה שהעולם קיבל על עצמו שמדינות לא יכולות לשמור את נושא זכויות האדם לעצמן, אלא יש איזשהו קודכס אנושי רחב שכל מדינה חייבת לקיים כלפי כל האנשים שנמצאים בשטחה. על רקע הזה התקבלה מגילת האו"ם ואחריה, ב-1948, ההכרזה האוניברסלית על זכויות האדם. ההכרזה דיברה על שלושה רבדים של זכויות שמכונים שלושת הדורות: הזכויות האזרחיות והפוליטיות, התרבותיות, הכלכליות והחברתיות, וגם הזכויות הקולקטיביות.

המהלך שעברה הקהילה הבינלאומית מ-1948 הוא מאוד מעניין ומאוד חשוב מבחינתנו. הריאקציה אחרי מלחמת העולם השנייה הייתה לבוא ולומר שזכויות האדם הן דבר אוניברסלי: הנה קיים מסמך שעל כל העולם לקיים, זה האידיאל וכך צריך לנהוג. לקחו הכרזה אוניברסלית והפכו אותה במשפט הבינלאומי לדין מחייב כשלעצמו. בעקבות ההכרזה הזאת



נתקבלה אמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות ואמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. ישראל אשררה את האמנות האלה ב-1991, זאת אומרת שישראל בעצם הכריזה: אנחנו מקבלים על עצמנו את כל המהלך הבינלאומי. לכן כשרות גביון באה ואומרת היום 'בואו ניקח את ההכרזה האוניברסלית כמסמך מחייב, זה לא משהו חדש לנו, אנחנו בעצם כבר מחויבים כלפי הקהילייה הבינלאומית על-ידי עצם אשרון של האמנות הללו.

כאן אני רוצה לתאר מהלך מעניין שעבר על האוכלוסייה הבינלאומית בשנים האחרונות, שיכול אולי לסייע בהפיכת הזכויות הבינלאומיות לחוק פנימי בישראל, על כל הבעייתיות שנגזרת מכך. בשיח הבינלאומי, אבי-אבות האוניברסליזם, מופיעה התייחסות למונח שנקרא 'יחסיות תרבותית'. גדולי ההוגים של המשפט הבינלאומי, שהטיפו לאוניברסליות ושליטתם המסגרת הקבועה בהכרזה האוניברסלית היא האידיאל שכל מדינה ומדינה חייבת לאמץ במשפטן הפנימי של המדינות – שינו את סגנונם והחלו לדבר בענווה על אימוץ זכויות האדם הבינלאומיות. לשיטתם, יש הגרעין שאנחנו לא יכולים לוותר עליו לעולם באשר אדם הוא אדם, אבל אנחנו מוכנים להסכים שכדי שהדבר הזה יעבוד בכל חברה וכדי שכל חברה תהיה מסוגלת לקבל אותו, צריכה להיות איזושהי צניעות ואיזושהי התאמה לתרבויות השונות של המדינות.

זה מחזיר אותי לדברים של ידידיה שטרן שאמר שלא אנחנו המצאנו את הבעיות של התרבותיות ושל המחלוקת, אנחנו לא היחידים בעולם עם הקושי הזה, וכמו שאר העולם גם אנחנו צריכים לתת תשובה בדמות של התייחסות יותר רכה למקומות החיכוך הקשים. אבל איך מבצעים זאת בפועל? מדברים כאן היום על מסמך רזה או מסמך שמן, על מסמך צר או מסמך רחב, אבל לא ביררנו מהו מסמך רחב או צר.

אני חושבת שמה שראוי לעשות הוא לאמץ את ההצעה של רות גביון, כי המגילה האוניברסלית מ-1948 היא אכן מסמך יוצא מן הכלל, והוא מעודכן ועכשווי ונכון. זה צריך להיות הבסיס, ובפרט לאור העובדה שאנו מחויבים לאמנות שבאו מתוכו.

אשר לבעייתיות התרבותית שיש לנו, יהיה נחוץ להכניס במקומות הבעייתיים איזשהו פירוט נוסף או איזה שהן מגבלות ספציפיות מוגדרות וברורות, שיסירו את החשש מפני פרשנות בלתי מבוקרת בעתיד. אני מודעת לכך שאי אפשר לסגור את הדברים עד הסוף גם אם מפרטים, אבל אמירה מאוד ברורה לגבי נושאים מאוד בעייתיים יכולה לעזור.



נוסף לכך, רצוי אולי לאמץ פסקת התגברות כללית ביחס לזכויות – כמו זו שמצויה בחוק יסוד: חופש העיסוק – כדי לאפשר גמישות, אם מימוש הזכויות מתנגש במציאות תרבותית מסוימת.

הערה נוספת היא בעניין חובות האדם. כלומר רבים טוענים שבנושא זכויות האדם מדברים על זכויות ולא מדברים על חובות. אני רוצה להפנות להכרזה האוניברסלית על זכויות האדם מ-1948 שבה מדובר גם על חובות; רעיון חובותיו של האדם לחברה לא זר לרעיון הליברלי האוניברסלי. בשיח שבו אנחנו מנסים להנחיל את הנושא, חשוב להסביר שרוב הזכויות אינן מוחלטות, הן זכויות שניתנות להגבלה בגין אינטרסים ציבוריים. שמירה על אינטרס ציבורי אינה אלא חובתו של האדם. אם מגבילים למשל את זכות האדם בשם האינטרס של ביטחון המדינה, כאילו אמרנו לו 'אתה מחויב בביטחון המדינה אפילו על-חשבון הזכות שלך'. ההתייחסות לנושא חובות האדם היא למעשה שמירה עקיפה על נושא זכויות האדם.

● **פניה עוז-זלצברגר:** הדברים שאמרה רות גביון הרטיטו את לבי כליברלית וסימרו את שערותי כהיסטוריונית, ואסביר למה. בדברי אתייחס אך ורק למה שאנחנו קוראים סביב השולחן הזה 'הבסיס הצר', כלומר החוקה המינימליסטית, הזכויות האזרחיות והפוליטיות מדור ראשון, מצע הסלע שכולם כביכול מסכימים עליו, רצפת הברזל של סולם ערכים ושל סולם הזכויות.

אני כלל וכלל לא משוכנעת שיש בחדר הזה, קל וחומר בחברה הישראלית ובוודאי בעולם הרחב, הסכמה בדבר רצפת הברזל הזאת, בדבר הזכויות מן הסוג הראשון. לכן ההבחנה היפה של רות גביון בין מה שצריך לאמץ – ללא סייג לבין מה שמוטב לעת עתה לא להחיל עליו ביקורת שיפוטית – אני בספק אם ההבחנה הזאת היא אכן הבחנה בין דור ראשון ודור שני או שלישי.

מה ש'הקפיץ' אותי פתאום היו דברים שאמרה רות גביון כאילו ניתן לבדוד ולהגדיר את הזכויות האוניברסליות ה'רזות' שיפות לכל חברה ולכל זמן, ושהיו מקובלות ביסודן או במהות או ברוח על כל התרבויות והדתות הגדולות. אני חוששת שזה לא נכון. יש תרבויות גדולות ודתות גדולות, אולי אפילו רוב הדתות הגדולות, שלא מקבלות לא את קדושת החיים באשר הם, לא את קדושת חיי, ודאי וודאי שלא את קדושת חיי הזולת, קל וחומר שאינן מקבלות את קדושת חיי הזולת הלא רצוי והלא אהוב.



באשר לחירות, חופש הביטוי וחופש הקניין, אין אפילו חברה מערבית אחת שבה יש הסכמה סולידית על הדברים האלה. זאת לא רצפת ברזל והיא לא ברורה והיא לא חלק מכל מסורת אנושית גדולה והיא לא מאפיינת כל חברה דמוקרטית, חילונית או דתית. אני רואה את השאיפה האוניברסלית, אבל אני לא רואה את הקבלה האוניברסלית. אני חושבת שכל המדינות שחתמו אז על ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, חתמו עליה כשאיפה.

אני מבקשת לחזור על מטפורה שהשתמשתי בה בדיון קודם בקבוצה. הדברים צריכים להיאמר מפני שרבים כאן מדברים על חוקה 'רזה' כאל בסיס שמקובל על רוב היושבים סביב השולחן הזה. אלא שבתוך כל חוקה רזה מסתתרת מערכת עבת כרס של ערכים ועקרונות. בעיני, בתוך כל חוקה באשר היא מסתתרת המסורת הליברלית האירופית. או שנעמעם ונטשטש את זה, או שנודה בזה במוצהר ונתבונן לתוך עיניהם של חברינו גם סביב השולחן הזה, שאינם אמונים על המסורת הליברלית האירופית, ונגיד שזהו זה. אני לא רואה איך ניתן לעמעם כאן את המוצא הזה, את הגנאולוגיה הזאת, גם אם יש הרבה דברים במסורת הליברלית האירופית שניתן לסטות מהם. זו מסורת הרחוקה מכלל שלמות. מוכרחים לומר את זה מפני שנאמרו כאן במליאה בבוקר דברים חשובים ונכוחים על-ידי הרב יצחק לוי וחבר הכנסת משה גפני, ששניהם, כל אחד בדרכו, אמרו: 'ראו כיצד התהליך החוקתי בסופו של דבר גורם לנו אכזבה מרה. בסופו של דבר, הם אומרים, 'בגדו בנו'. אינני חושבת שחבריו של גפני למהלך החקיקתי בגדו בו, אלא העיקרון עצמו. חוקה באשר היא, מגילת זכויות באשר היא, שתיהן תולדה של מסורת ספציפית. במקרה דן השופט לובש את הצבעים של אחת הקבוצות. זה נכון בטענות כלפי בית המשפט העליון, זה יהיה נכון בנוגע לכל מערכת חוקתית שתהיה לנו, תהא אשר תהא סמכות האכיפה שלה. גם אם תהיה כאן חוקה רזה מאוד, חוקה של כללי משחק, עדיין השופט ילבש צבעים של אחת הקבוצות המשחקות, של הקבוצה הליברלית. אני לא מכירה מערכת אחרת או השקפת עולם אחרת שמסוגלת לכוון את כללי המשחק עצמם, כפי שעושה המסורת הליברלית.

למה אני חושבת שצריך לציין את זה באומץ ובמידה מסוימת של כאב? מפני שבסוף היום יהיו קונפליקטים איומים, כאשר תהיה עמידה כנה של ערך מול ערך בין שתיים או שלוש מערכות הערכים השונות, שמשחקות על המגרש בחברה הישראלית.



ככל שנקדים לא לעמעם, אלא לחדד את הדיסהרמוניה האימננטית שהולכת להיות כאן, את אי-התאימות המהותית של הערכים על המגרש, ואת העובדה שהשופט, זה שמחזיק את המשרוקית, בא בסופו של יום מן המחנה הליברלי – ככל שנמהר להודות בזה, כן ייטב. אני חושבת שלא נכון להחליק ולעמעם ולהגיד שעם הזמן יתיישרו ההדורים וערכי היהדות וערכי הדמוקרטיה הליברלית ילכו יד ביד. הם ילכו רחוק מאוד יד ביד, אני מקווה, אבל יהיו מקומות שיהיה ביניהם דיסוננס עז, ואני חושבת שנכון שהדיסוננס העז הזה יהיה כאן, סביב השולחן הזה, על הרקורד.

● **גיא מונדלק:** נאמר כאן על-ידי רות גביון וגם בקבוצות הדיון כי הזכויות החברתיות הן המקום הטוב ביותר להתחיל בו את המשך תהליך כינון החוקה כי זה המקום שבו נוכל להתאמן בבניית קונסנזוס. אני קצת חשדן לגבי האפשרות הזאת, למרות שהאמץ הוא כדאי בעיני.

הבעיה שיש לנו היום היא שמגילת זכויות האדם שכבר נחקה אצלנו, ושמורכבת מאותם שני חוקי יסוד מוכרים, היא פשוט לא קוהרנטית. אין שום דבר חיובי משמעותי שאני יכול לומר לגביה. החוק המלא והעשיר של כבוד האדם וחירותו מול החוק הרזה של חופש העיסוק; היעדרן של זכויות יסוד קרדינליות כגון חופש הביטוי – אלה הן בעיות החורגות מתחום האסתיטיקה החוקתית.

ניתן לטעון שהיעדר הזכויות החברתיות מחוקי היסוד הקיימים הוא חלק מהתסמונת הכללית שבה זכויות רבות לא נכנסו בינתיים לתוך החוקה, וזאת משום שהתהליך החקיקתי נעצר מסיבות אלה ואחרות; לא מדובר כאן על התנגדות עקרונית. ההיסטוריה של הזכויות החברתיות, החל מהעמדתן במרכז ההצעה לחוקה ב-1948 ועד הזנחתן באיזשהו מודל תמוה בתזכיר משרד המשפטים ב-1997 – מלמדת שמזכויות דור שני הן הפכו לזכויות ליגה ב'. נדמה לי שתהליך זה מעוגן בתפיסה שלפיה אלה הן זכויות 'הגוש המזרחי', ושעם נפילת הגוש המזרחי נפלו גם כל הזכויות החברתיות. זוהי תפיסה מוטעית. אין הבדל בין הזכויות החברתיות ובין הזכויות האזרחיות. כל הזכויות הן מקשה אחת, והתפיסה הרווחת במשפט הבינלאומי מדברת על interdependent. כך, למשל, אי אפשר לדבר על חופש הביטוי אם לא מספקים לאדם את החינוך הנדרש שנותן את הטעם והתכלית לחופש הביטוי, ואין מה לדבר על חופש החינוך או על הזכות לחינוך, אם אין חופש ביטוי. אין פה התחלה ואין סוף. על שתי הזכויות יש להסתכל כעל מכלול.



רות גביזון הציגה שורה של טיעונים לוגיים לכאורה כנגד הזכויות החברתיות ודחתה אותם אחד-אחד. אני מסכים עם הניתוח והייתי רוצה להוסיף עליו טענה אחת, שגם דינה להידחות. טענה זו גורסת שהזכויות החברתיות הן עמומות מדי; אנחנו לא ממש יודעים מה הן אומרות, אנחנו לא יודעים עד כמה הן מחייבות.

אך בעיה זו איננה ייחודית לזכויות החברתיות, וניתן להצביע עליה בקשר לכל זכות אדם. לדוגמה, הזכות לפרטיות: זכות זו, המסווגת כזכות אזרח, היא זכות צעירה יחסית. בהירותה (היחסית) כיום איננה מעידה שלפני מאה שנים היא הייתה עמומה, ולכן גם קונטרברסלית. את בהירותה כיום יש לראות כתוצאה של התמודדות שיפוטית וחקיקתית עם תוכנה, ולא כתוצאה של גילוי משמעותה יש מאין. כך גם זכות הקניין, זכות מאוד עמומה שיש לה הרבה וריאציות, עד כדי כך שיש מדינות שהעדיפו לא לכלול אותה בחוקה. לדעתי, הזכויות החברתיות אינן עמומות באופן אינהרנטי; עמימותן נובעת מכך שלא דנים בהן. אם יהיו לנו עשרות שנים של התדיינות בישראל ובארצות אחרות ובמישור הבינלאומי לגבי משמעותן ותוכן של הזכויות החברתיות, גם אלה תתבהרנה.

כבר נאמר בדיון זה שחוקה היא גם מסמך חברתי וגם מסמך משפטי. מבחינה חברתית, החוקה הישראלית, ובעיקר מגילת זכויות האדם, צריכה לציין באופן חד-משמעי שלא ייתכן שבמדינת ישראל יהיה אדם רעב. אך לא ניתן להסתפק באמירה מינימלית כזו. הזכויות החברתיות אינן הזכויות של האנשים הרעבים בשולי החברה. כמו זכויות האזרח, גם הזכויות החברתיות הן זכויות רלוונטיות לכל פרט ופרט. כל אדם במדינת ישראל זכאי לתנאי מחיה נאותים, לחינוך, לבריאות ולדיוור. אין בזכויות אלה משום הבטחה שכל אדם זכאי לדירת שני חדרים בלב תל-אביב. הזכויות החברתיות כטקסט חברתי מחייבות להתחיל לשאול שאלות נוקבות. מדוע יש מחוסרי-דיוור, מדוע יש אפליה בדיוור – אלה הן שאלות מהסדר הערכי הגבוה ביותר, ולכן הן בהכרח חייבות להישזר אל תוך השיח החוקתי-החברתי.

מבחינה משפטית, הכנסת זכויות חברתיות לתוך החוקה עדיין איננה הבטחה. העובדה שבמגילת זכויות האדם של דרום אפריקה כתבו שכל אדם זכאי לטיפול רפואי וכל אדם זכאי לטיפול מידי, לא מנעה מבית המשפט החוקתי לומר שאדם שהיה זקוק לדיאליזה, לא יכול לקבל את הטיפול כי אין די מכשירי דיאליזה. אין בהכרח המשפטיות בזכויות החברתיות משום הבטחה לתוצאה חברתית או משפטית מסוימת. לעומת

זאת, אם אין הזכויות הללו מעוגנות במפורש בחוקה, הדבר ניתן לתיקון על-ידי פיתוח משפטי פשוט של הזכויות לשוויון, לחירות ולכבוד. גם זכויות שאינן נתפסות כזכויות חברתיות מקובלות, כגון הזכות לקניין, יכולות להתפתח כזכות חברתית. כך, לדוגמה – בית הדין לעבודה הכיר בשורה של פסקי דין בשנה האחרונה בזכותם הקניינית של עובדים במקום עבודתם, תוך ניסיון לאזן את הזכות הקניינית של בעלי ההון.

כלומר, מבחינה חברתית, להכנסת הזכויות החברתיות לחוקה תפקיד ערכי חשוב ביותר בעיצוב הדיאלוג והמודעות החברתיים. מבחינה משפטית, הדגש איננו על הזכויות המנויות בחוקה, אלא דווקא על אופן יישומן. בשני הממדים, החברתי והמשפטי, יש לזכור כי חוקה לא עושה קודיפיקציה של כל המוסכמות החברתיות. חוקה מתחילה את הדרך. חוקה מסבירה מה הם גבולות המתאר. חוקה מבנה את השיח הציבורי. חוקה לא נותנת מענה לכל עניין ודבר.

מארגני הדיון ביקשו ממני להיות פרקטי. אי לכך – מהן ההשלכות של דיון זה על המשך התהליך של כתיבת החוקה? השאיפה היא שבמגילת זכויות אדם – ואני חושב שחיוני שתהיה מגילת זכויות אדם – תהיה סימטרייה באופן ההצגה של זכויות חברתיות ושל זכויות אזרחיות. לא ייתכן שזכות הקניין וחופש החוזים יהיו בפנים והזכויות החברתיות – בחוץ. גם לא מקובל עלי שלזכויות חברתיות תהיה 'פסקת הגבלה' הקובעת את האופן שבו פוגעים בזכויות, ואילו לגבי זכויות חברתיות נסתפק באמירה כללית שהמדינה תשקוד על קידומן. המדינה ממילא שוקדת. זאת לא לכתוב בחוקה.

המצב היום הוא הגרוע ביותר גם בממד החברתי וגם במשפטי, שכן הא-סימטריה בין הזכויות מונצחות ומתקבעות. אפשרות אחת לתיקון מצב זה היא האפשרות המינימליסטית ביותר, ולדעתי גם המצערת ביותר. על-פיה יש למחוק את הקיים ולוותר, לפחות בינתיים, על מגילת זכויות האדם. אפשרות שנייה היא ללכת לפי המבוא של ה-The European Union Charter of Fundamental Rights ולנסח סעיף אחד המונה ארבע זכויות: כבוד האדם, חירות, שוויון וסולידריות. אלה הן ארבע אבני היסוד של מה שמוצע באירופה, אלה גם העקרונות שמתווים את החוקה של דרום-אפריקה מ-1996. אבני יסוד אלה ניתן לבנות את כל מה שנדרש בשיח חוקתי של זכויות האדם. אפשרות שלישית, מפורטת יותר, תמנה את הזכויות החברתיות והזכויות האזרחיות ובצדן סעיפים כלליים (כגון 'פסקת הגבלה') שיטפלו בכולן כבמקשה אחת. האפשרות הרביעית



והאחרונה, והיא המקיפה ביותר ובה מגילת זכויות האדם, תמנה את כן הזכויות, אך לכל זכות תהיה פסקת הגבלה. האם חירות ההתארגנות משמע שצריך גם לדאוג שתהיה תשתית לארגוני העובדים, שהם יוכלו לנהל משא ומתן? זו שאלה מעניינת. האם הזכות לעבוד כוללת גם תנאי עבודה נאותים? שוב, החוקה לא צריכה לתת את הפתרונות אלא רק את אבני היסוד.

המודל האחרון הוא פרויקט חוקתי מקיף, שבו כל זכות תזכה לתשומת לב פרטנית, ואז, כמו בדרום אפריקה, זכויות ילדים יותר חסינות מאחרות, וזכויות כאלה פחות חסינות מאחרות, ואז אפשר לעשות מדרגים וניואנסים מאוד מדויקים. זה יופי, אבל אינני רואה שאנחנו מגיעים לשם, ולכן עדיף להסתפק בצעד אחד אחורנית שלדעתי מביא אותנו די קרוב להצהרת האו"ם מ-1948, וזו הגדרה כללית של זכויות. מאוד קשה לי לוותר במסגרת הפשרה המוצעת על הביקורת החוקתית. אני לא חושב שהיא קטסטרופלית, אבל מצד שני, כל הדברים החשובים שנעשו במסגרת השיח החוקתי בתשע השנים האחרונות, לא היו במסגרת הביקורת על חוקים; בתחום הזכויות החברתיות, למשל, הכול נעשה במסגרת כתיבה וחקיקה שיפוטית, בביקורת על תקנות, בהתערבות במתחם הפרטי, אבל לא בפסילת חוקים.

● **אלה בלפר:** לגבי הזכויות החברתיות, אני

חושבת שהתזה של רות גביון היא מצוינת. אשר לדברים שנאמרו קודם – אם המחוקקים האמריקאים היו שומעים שהיהודים אומרים כי התשובות הליברליות באות מן המערב והן לא יהודיות, הם לא היו מאמינים למשמע אוזניהם. מבחינה היסטורית להגיד בצורה כל כך קיצונית הרגניאולוגיה היהודית והנאולוגיה המערבית, זה בוודאי חלקי. זה בוודאי חלקי לגבי היהדות, זה חלקי לגבי המערב, אבל יש לזה עוד בעיה והיא, כמו שאמר מרכס: מה איכפת לנו מאין אנחנו באים, מן הקוף או מן העפר. הגנאולוגיה לא כל כך חשובה לנו. מה שחשוב באמת הוא הרצון שביסוד הדברים.

אחת הסיבות לדעות הקדומות בעולם הדתי ובעולם החרדי ואחד הפחדים הגדולים שלו מן החוקה, הוא הדימוי שהחוקה רוצה לעשות להם רע. מדוע זה? מכיוון שמי שפעל למען החוק לבחירה ישירה, עשה זאת כדי למנוע את הסחיטה של המפלגות הקטנות. דהיינו, של אותן מפלגות שהיו לשון המאזניים לפי שיטת הבחירה הקודמת. אם אנחנו רוצים חוקה, הרי זה לא מפני שיש לנו כוונות רעות כלפי מישהו אלא כי יש לנו כוונות טובות

כלפי החברה האזרחית כולה. המילה 'כולם' הפכה למילת גנאי, אבל באמת יש לנו רצון טוב כלפי החברה האזרחית. אם לנו יש רצון טוב כלפי החברה האזרחית, לא נכון גם מבחינה טקטית וגם מבחינה אסטרטגית לבוא ולהגיד בואו נחדד את הניגוד, בואו 'נשים על השולחן' שזאת לא תורה יהודית, שזאת תורה מערבית; מה עוד שזה לא מדויק, מה עוד שיש כל מיני יהדות ויש כל מיני מערב. אז בואו נלך יד ביד ככל שנוכל. אני דווקא בשבח העמימות, לא בשבח החידוד, כי חוקה צריכה להכיל ניגודים ולא לחדד אותם. זאת איננה המטרה שלה.

● **אריק כרמון:** אני רק רוצה להזכיר כאן עבודה שנעשית במכון כבר שנתיים בהדרכת אבי רביצקי. הוא קורא לה 'פתחים ביהדות למחשבה הליברלית ולהפך'. הוא מבקש למצוא יסודות פרטיקולריים בחשיבה האוניברסלית כדי לאשש את הדו-כיוונית.

● **מרדכי קרמניצר:** משפט אחד לפנינו עוז. הרי הרעיון החוקתי והמודלים החוקתיים קיימים במדינות לאום לא מעטות שיש בהם קהלים דתיים מאוד משמעותיים. מי שטוען לדיסוננסים החמורים והחרפים, עליו הראיה. אי אפשר לטעון את זה באופן סתמי בהתחשב בזה שיש לנו היסטוריה. אז איפה ההוכחות לדבר הזה?

ועכשיו לדברים שאמרה רות גביון. מצאתי אי-התיישבות די בולטת בין הפתיחה שדיברה על זכויות האדם כעניין שאינו תלוי בהסכמה וראוי להגנה משפטית וכו', לבין הסיום, שבו מוצע ויתור על הגנה חוקתית. לפי הצעה זו, מוותרים על הגנה מיוחדת של זכויות האדם והמיעוט, והוויתור הוא חמור וקריטי במיוחד במה שנוגע למיעוטים שנתפסים כאויב, לא הגענו לשום הגנה מיוחדת. אני מתקשה לראות את ההיגיון של המהלך הזה; אני מתקשה לראות למה צריך לעשות נסיגה מחוקי היסוד, עם כל הבעייתיות שלהם, כאשר כולם מסכימים, חוץ מהרב יצחק לוי, שהם לא הביאו שום נזקים, ולדעתי הם התחילו להביא תועלת רבה. אז פתאום לבוא ולהגיד שניסוג אחורנית, שנוותר; זה נראה לי דבר משונה.

אני רוצה להזהיר מפני ניסויים, מפני היחכמה הגדולה לעשות בתחום הרגיש של החוקה דבר ששום מדינה עדיין לא עשתה – לקחת איזשהו מסמך ולהפוך אותו לחוק ולרות מה יקרה.

● **רות גביון:** ניו-זילנד עשתה.

● **מרדכי קרמניצר:** וכמה ניסיון יש עם זה? אני גם מציע להיזהר מלהסתכל על האנגלים. כל ניסוי שעוד לא עברו עליו



עשרים-שלושים שנה נראה לי מאוד מסוכן. זה יכניס את המערכת לחוסר ודאות גמור. לפני כן אמרת שכאשר מדובר בחוקה, את מעדיפה לא פסקת הגבלה, אלא דברים יותר מפורטים. ועכשיו אנחנו ניקח את ההכרזה הזאת שיש בה הכול מכול וכול. כמובן שהדברים סותרים, לא מתיישבים זה עם זה.

● **רות גביון:** יש להם סעיפי הגבלה מצוינים.

● **מרדכי קרמניצר:** ברגע שתיתני לדבר הזה את התוקף המשפטי, ייווצרו אינסוף אי-ודאויות, יתעוררו שאלות. בעיני, בהקשר הזה, תפסת מרובה לא תפסת. גם חסרה לי הנמקה למה ישראל היא מקרה מיוחד. למה ברוב המדינות המתוקנות אפשר להגיע למסמך חוקתי ולפיקוח שיפוטי כזה או אחר, ובשילנו מחפשים איזה שהן המצאות מוזרות שהמשמעות האמיתית שלהן היא שאין ביקורת שיפוטית על המחוקק. חשיבות רבה נודעת בדמוקרטיה להגבלת כוחן של כל רשויות השלטון, והמחוקק – בכללן.

זה לדעתי העיקרון החשוב. אם חושבים על זכויות הפרט, על רצון להגביל את הרוב, על הגנת מיעוטים – נחוץ הכוח הזה של ביקורת שיפוטית. העובדה שלא היה חוק משמעותי שהיה צריך להפיל, צריך לחשוב על השאלה האם זה לא נמנע דווקא כתוצאה מקיומם של חוקי היסוד והביקורת השיפוטית. ואני בכלל לא בטוח שלא עומד לפתחנו בעוד חודש-חודשיים-שלושה חוק, שלמשל מתיר עינויים ושלגביו יש לעורר את שאלת חוקיותו. זו עלולה להיות שאלה קונקרטית ואקוטית, ואז – אנא אנו באים אם יש לנו איזו מגילת זכויות מאוד יפה, אך אין סמכות לבטל חוק החותר תחת אושיות המשטר?

● **יורם ארידור:** אני חושב שלנוכח הדברים

האחרונים אולי כדאי לשנות את שם המכון הישראלי לדמוקרטיה ולקרוא לו 'המכון הישראלי להגנת הדמוקרטיה'. אנחנו צריכים להגן על מה שיש לנו מפני נסיגה. אני לא מקבל שבגלל איזושהי הכרזה שלא רוצים עליה ביקורת שיפוטית, אנחנו נבטל את ההישגים שכבר יש לנו בקשר לביקורת השיפוטית. התוצאה תהיה כמובן שכאשר יש סממנים טוטליטריים והידרדרות של שלטון, אנחנו נוותר על ההגנה של זכויות האדם שכבר יש לנו, רק בגלל זה שהן עדיין לא מלאות, ונוותר על ההגנה היחידה שיכולה להיות, וזו ההגנה השיפוטית. אלה הזכויות מול השלטון.

מציעים לנו זכויות חברתיות תוך ידיעה שאי אפשר לתת עליהן ביקורת שיפוטית, ואם מצליחים לנסח זאת בתור הכרזה חביבה – אף אחד לא

מתנגד להכרזה החביבה. אם יש על כך ביקורת שיפוטית, פירוש הדבר שבית המשפט הופך להיות הרשות הביצועית של מדינת ישראל. אני לא חושב שזאת היא המטרה. זאת אנרכיה. יפה מאוד שניסחו כפי שניסחו ב-1948, וגם בהכרזות אחרות, אבל לא התכוונו להוציא את הסמכויות מידי הרשות המבצעת. אם יש זכות מהדרגה הראשונה, כמו חופש הביטוי, זו זכות מול השלטון. השלטון מוגבל על-ידי הזכות. לעומת זאת, כאשר יש בעיה של תקציב חינוך, אין זאת אומרת שהשלטון נותן את החינוך על חשבון שלו, אלא שהשלטון נותן את החינוך על-חשבון משהו אחר. הוא לא יכול לתת את תקציב חינוך יש מאין. אם אנחנו מחליטים שצריך יותר חינוך, אולי אנחנו מחליטים שצריך פחות דיור.

השאלה היא האם על כך צריכות להחליט ממשלה או כנסת או חברי בית המשפט. לדעתי, זה מתפקידן של הממשלה או הכנסת.

היה כדאי שניזהר מכמה סממאות פופולריות, למשל עניין חובותיו של האדם כחלק מהחוקה. חובות אדם זה דבר יפה מאוד וחובות האזרח זה דבר יפה מאוד; אבל אפשר לשלוח אנשים לגולאגים מפני שהם לא מקיימים את חובות האזרח. צריך להיזהר מאוד מביטויים קונסטיטוציוניים. אומר כאן די"ר מונדלק שזה מסמך חברתי, אבל חוקה איננה מסמך חברתי, היא גם מסמך חברתי; קודם כל היא מסמך משפטי בעל משמעות משפטית.

להפוך את אמנת זכויות האדם לחלק מהמשפט של מדינת ישראל – אפילו בלי ביקורת שיפוטית תהיה לזה פרשנות שיפוטית. אנחנו מכניסים את עצמנו לצרה גדולה משום שכאשר יש מסמך בינלאומי שקיימת עליו פרשנות שלנו ופרשנות של אחרים, הפרשנות שלנו יכולה להתנגש בפרשנות של האחרים, ואז תהיה לנו לא בעיה של זכויות אדם, אלא בעיה של זכויות עם ובעיה של זכויות מדינה, ויכול להיות מצב שבו הקהילה הבינלאומית תפרש את האמנה על זכויות האדם בניגוד למה שיפרש אותה בית המשפט שלנו, ואז יצא שיצרנו לעצמנו יצירה עצמאית אך בעייתית.

אני לא רוצה פרשנויות פוליטיות של איזשהו בית משפט או של איזשהו מוסד בינלאומי על דברים שלנו, ואני לא רוצה פרשנויות פוליטיות, גם של בית משפט שלנו, על דברים שקשורים ברשות הביצועית בזיקה לזכויות חברתיות.

• **דן מרידור:** אני חותם על כל מה שאמר כאן יורם ארידור, אבל ארצה להוסיף מילים ספורות. אינני מסכים עם



המסקנה הסופית של רות גביון, דווקא במה שנוגע להיבט של השיח הציבורי. אם יש דבר אחד חשוב שעשינו במה שמכנים 'המהפכה החוקתית' של 1992, הרי זה לשבור את התפיסה שהדמוקרטיה היא רק שלטון הרוב; לשבור בשיח הציבורי את הרעיון שהרוב יכול לעשות למיעוט או ליחיד מה שהוא רוצה. הרעיון הזה שאנחנו חיינו אתו, שיש זכות לרוב להגיד לי מה לעשות בכל שטחי חיי, הוא רעיון נואל, אבל הוא רעיון מקובל על רוב גדול של האוכלוסייה. הדבר החשוב ביותר בשיח הציבורי מאז 1992 הוא שאנשים התחילו להבין שהרוב לא יכול לעשות הרבה דברים שהוא חשב שהוא יכול לעשות. לכן כשב-1991 הייתה לי הזכות להביא לאישור את האמנות שהוזכרו כאן, ששכבו על המדף הרבה שנים, זה לא עורר מהומה כי הזכויות האלה כמעט כולן קיימות במשפט הישראלי מכוח הפסיקה, מכוח החקיקה. מה כן עורר מהומה? הרעיון שהכנסת איננה כל-יכולה. לא הביצוע בפועל, מאחר שכמעט לא ביטלו חוקים חוץ משניים וחצי מקרים לא כל-כך חשובים. הרעיון הזה, שאי אפשר לכפות בכוח הרוב, הרעיון הזה הרגיו בעיקר את העסקנות הדתית – ולא במסגרת הגנה על זכויות מיעוט – מפני שהוא נוגע בניסיון לכפות בכוח הרוב על הפרהסיה הציבורית, על מיעוטים אחרים או על רוב אחר. בוודאי שזה מרגיז. לכן ללכת אחורנית ולומר היום, במובן של השיח הציבורי, שאנחנו מוותרים על הקביעה הנורמטיבית שהרוב מוגבל, שאנחנו רוצים שירגיש קצת צניעות, שיוריד את הטון ויאמר שהוא לא יכול – לדעתי זאת שגיאה, גם אם המהלך איננו מושלם ויש בו הרבה תקלות ויש צורך בתיקונים.

מהפרקטיקה בכנסת אני יכול להעיד (ככל שיש לי נגיעה בחקיקה, ואני עוסק בזה פחות היום, אבל עסקתי כל השנים), שמאז 1992 אני מנסה להכריח את היועצים שעובדים אצל צבי ענבר שכמעט בכל הצעת חוק יתחילו בשאלה האם הוא חוקתי או לא. זה לא טבעי אצלם, אבל זה משתרש יותר ויותר. לאחרונה הייתה הצעת חוק שהובאה לנו על-ידי הממשלה, שפוגעת בזכויות האדם וגם במשפט הבינלאומי, הצעה שנגעה לרשות להחזיק פה אנשים שלא חטאו ולא פשעו כקלפי מיקוח. עניין קשה, רגיש. פניתי אז אל היועצים המשפטיים שיינתנו לי חוות דעת האם זה תואם את המשפט הבינלאומי והאם זה תואם את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזה המנגנון שדרכו גם המערכת עצמה חזרה בה מהחוק, תיקנה אותו והביאה הצעות אחרות.

קשה למדוד כמה דברים נמנעו מפני שיש חוק יסוד שבזכותו המחוקק יודע שהוא איננו כל-יכול. לכן אני אומר, קצת צניעות. ההרגשה שלא הכול בידי



חשובה מאוד בחיים בכלל, וחוק היסוד עשה את זה. אכן זכות חדשה לא נוספה שם, אבל המדרג הנורמטיבי שאומר שהפרלמנט איננו כל-יכול – זו המהפכה, והיא חשובה מאין כמוה, ואפילו מההיבט הסמלי שלה. גם אם לא ממשיכים לבצע אותה, לפי דעתי אסור לסגת ממנה.

אשר לזכויות החברתיות, אני מסכים לכל מה שנאמר כאן על חשיבותן העצומה, מפני שהן מבטאות, אם תרצו, את החמלה, את האמפתיה, את יואהבת לרעך כמוך, את החובה שאני רוצה לחנך אליה. אני מקבל שחברה שאין בה החמלה הזאת היא חברה רעה מאוד לחיות בה. אלא מה, ואלו הם דבריו של יורם ארידור ואני חותם עליהם, צריך מאוד להיזהר מהתוצאה. אם ניתן ביקורת שיפוטית על ההיבטים הכמותיים של החינוך, של הבריאות, של הרווחה – אנחנו באמת עושים מה שיש הטוענים שגרמניה עושה.

לכן אני מאוד גם בעד הרטוריקה וגם בעד החקיקה של זכויות חברתיות. וגם אם אני מצדד בביקורת שיפוטית, לא הייתי רוצה לעשות את הצעד הקיצוני שמעביר את סמכות חלוקת התקציב, ההקצאות והעדיפויות לבית המשפט, כי זה באמת כמעט שלטון הפילוסופים החכמים של אפלטון או סוקרטס. זה מוגזם וגם האליטיסטים הגדולים ביותר לא היו רוצים בכך.

● **קריאה:** אתה לא כולל את הזכויות הכלכליות והחברתיות מלכתחילה?

● **דן מרידור:** זה דיון שאינני רוצה לפתוח אותו עכשיו. אני רוצה לומר שאם ניתן להן אותו מעמד, באותה לשון, ולכן אותו מעמד של יוצרי נורמה משפטית מחייבת, זה ייראה מאוד יפה לליברלים בתוכנו ולאמפתיים בתוכנו. התוצאה עלולה להיות שהעתירות לבית המשפט, לכל בית משפט, על כך שהתקציב הזה איננו מקיים את המינימום, אם בית המשפט יהיה מה שקוראים 'אקטיבי' – יכולות באמת להעביר חלק מהדיון לבית המשפט. צריך מאוד להיזהר מזה. אני לא נותן פתרון עכשיו. צריך למצוא דרך שתשאיר לביקורת שיפוטית רק את המקרים הקיצוניים ביותר.

יש סוגי תקציב שבאמת חוטאים לזכויות האדם. שנים רבות פשענו כלפי הציבור הערבי בהקצאות התקציב ואחר-כך אנחנו בוכים על בגיץ קהדן, וכך גם בהקצאות הקרקע הציבורית. במשך השנים ראיתי את ההקצאה לבתי הספר במגזר הערבי – אגב, גם לחלק ממוסדות החינוך של החרדים – מול הקצאות לבית הספר שילדי לומדים בו, ואני אומר לכם



שבחלק מהמקרים היה מקום להתערבות בג"ץ. ואגב, בג"ץ מתערב, לא במהלך החקיקה, אלא הוא מתערב היום בהחלטות הממשלה דרך הסבירות והשוויוניות וההגיונות.

צריך להיזהר מפני הקצנה, מהעברת כל מערכת ההקצאות התקציביות וסדר העדיפויות מהפוליטיקה אל ביקורת מאוד הדוקה של בית המשפט, כי זה באמת מכניס אותנו לדמוקרטיה מאוד בעייתית.

לבסוף אני רוצה להתייחס לדברים שאמרה פניה עוז. אני לא רוצה לקבוע עכשיו 'מערב' או 'יהדות'. אין ספק, הרעיון של החוקה הוא באמת רעיון מערבי ביסודו. אני לא חושב שהוא סותר את היהדות בגרסאות מסוימות שלה, אבל לא נכון יהיה לומר מה שאנחנו כולנו רוצים לומר, לא רק בחדר הזה, שיש איזו אמת יסודית שכל אדם, מטבע ברייתו, מאמין בה.

אני חושב למשל ששוויון האישה לא קיים בהרבה דתות, לא באופן עמוק, והוא בהחלט חלק מן האתוס של החברה המודרנית. אני חושב שההלכה מתפתחת גם אצלנו, היא לא קופאת על שמריה, וגם אצל הנוצרים היא לא קופאת על שמריה, אבל לא נכון יהיה לומר שהכרת השוויון קיימת באופן טבעי.

בגלל התרבות שחונכתי עליה, הייתי רוצה לגזור את זה מתוכי כיהודי, אבל אינני יכול ולומר שהכול הוא לפי המסורת הקלאסית של היהדות או הנצרות או האיסלאם. לכן אני חושב שיש אמת בדברים שאמרה פניה עוז.

דבר אחד שכולנו אמרנו כאן, צריך לזכור, ועליו לפי דעתי הוויכוח האמיתי, הוא שאין דרך לכל התורות האלה להתחרות זו בזו אלא באמצעות כללי המשחק הליברליים, בגלל הסובלנות הנטועה בהם מטבע ברייתם, שהרי הוויכוח היום הוא על כללי המשחק. נכון שהשאלה מה הם כללי המשחק היא שאלה ערכית, זו לא שאלה נייטרלית, זאת לא שאלה הנפתרת על-ידי הטלת קובייה, אלא שאלה ערכית מאוד ועליה יש מאבק. מי שחושב שקיים איזה רציונל עליון שיכריע, טועה. אלא שלא כולם נאבקים כי הם בטוחים שזה איכשהו יסתדר. נאבק רק חלק קטן מהאנשים, אלה שמאוד יושפעו מתוצאות המאבק. חלק אחר נאבק כי הוא לא מקבל את כללי המשחק האלה. אל תטעו בזה, על זה הוויכוח. לכן כל מה שמחזק את המגמה של שבירת כללי המשחק או חזרה אחורנית, לרבות ביטול המגבלה על החקיקה, לא טוב בעיני. בית משפט עליון חלש יותר – זה רע, כי בבית המשפט המקור של מערכת הערכים ותפיסת העולם היותר ליברלית, היותר הגונה ביחסי אנוש, היותר סובלנית.

לסיכום כל הדברים אחזור ואומר שלדעתי, למרות הכול, צריכים להשלים את המהלך שהתחלנו בו.

● **מאיר שמגר:** יש לי ארבע הערות קצרות הנוגעות לדברים שהושמעו כאן.

תחילה אני רוצה להתחבר לדברים האחרונים שאמר דן מרידור. כאשר מדברים על התפיסה של היהדות ומורשתה, גם הסופרים המשפטיים האנגלים סבורים, ובצדק, שהמלוכה הראשונה בהיסטוריה שהגבילה את המלך והכפיפה אותו לחוק ולא קיבלה את התזה שהמלך אינו יכול לטעות ואינו יכול לעשות דבר עוולה, הייתה המלוכה הישראלית. כפי שתואר בספר דברים, המלך חויב לקיים את החוק. זאת אומרת שאנחנו לא כל כך חריגים.

אם כבר מדברים על ההיבט הזה המורשתי-הדתי – הליברליזם האירופי צמח לפי דעתי ממייסדו הרעיוני בניז'מן קונסטאן, שהיה איש דתי עד סוף ימיו. הוא לא היה קשור לכנסייה מסוימת, הוא היה פרוטסטנט ממוצא שוויצרי, אבל כל ספריו, כולל אלה שפורסמו אחרי מותו, היו שזורים בביסוס התאוריה הפוליטית שלו על המוסריות הדתית. הליברליזם היה גם בעל תוצאות-לוואי שליליות כגון ה-*laissez faire* הבלתי מרוסן והבלתי מוגבל, או ההדוניזם הקיצוני, אשר לפי מהותו התיר לכל פרט לנהוג לפי רצונו ולפי תאוותיו. הליברליזם הקונסטיטוציוני של היום הוא שונה, כי ההגבלות החוקתיות מקיימות ריסונים ערכיים.

לכן אם אומרים שאנחנו רוצים לשאוב מהליברליזם האירופי, אני מסכים לכך עקרונית, אבל בתנאי שמדובר גם בתוספת החוקתית, דהיינו – עם ההסתייגות הברורה שהדברים לא צריכים להיות מועתקים באופן מילולי כי לא כל מה שרחוק הוא מבריק, ולא כל מה שקורה באירופה נוצף, ואנחנו גם יודעים שהדברים היפים שהושמעו כאן הערב אינם מיושמים בארצות האירופאיות כולן, החל משוודיה הסוציאל-דמוקרטית וכלה בצרפת. צריך לראות את אירופה כפי שהיא.

לכן אני מסתייג מההשוואה עם דרום אפריקה. הפער בדרום אפריקה בין תאוריה קונסטיטוציונית לבין מה שקורה לאדם המסכן הקטן, למיליונים שאינם זוכים בשום זכויות וגם היום הם מנוצלים ונשדדים ונעשקים – הפער הוא עצום. לכן טוב שיש להם קונסטיטוציה יפה, ואני גאים בכך שיהודי היה נשיא בית המשפט החוקתי שם, אבל צריך לראות את המציאות בפרופורציות הנכונות. לא כל מה ששם בכתובים, הוא גם



מקוים בפועל ממש, וזה דומה למה שרות גביון הזכירה לגבי החוקה הסובייטית שהייתה מאוד יפה, לא עלינו.

במה שנוגע לאמנת האו"ם, צריך להביא בחשבון שאמנה כזאת עלולה ליצור בעיות מבחינת היישום וההפעלה המשפטיות. אני מזכיר למשפטנים את הלכת אמפיטרית ושגם העובדה שאתה כותב בחוק מסוים שאין אפשרות לפנות לבית המשפט לא עצרה שום בית המשפט, לא באנגליה ולא אצלנו; זאת אומרת, אם כתוב במקום מסוים שבית המשפט לא יתערב, ואילו אני סבור שמכוח חובתי וסמכויותי על-פי הדין – אשר גוברים על הסייג הזה שלדעתנו הוא אנטי-קונסטיטוציוני מכיוון שהוא פוגע בכבוד האדם וכו' – מותר לי להתערב.

במה שאמרתי איני מתכוון לשלול את רעיון אימות האמנה, אלא להציע בדיקה ועיון נוספים של הנושא, כלומר של המשמעויות המשפטיות. מעבר לכך, אני גם מצטרף לתזה שגורסת כי בין אם הגוף המפעיל את הפיקוח השיפוטי יהיה בית המשפט ובין אם יהיה גוף אחר – הפיקוח והפעלתו הם חלק אינטגרלי של הענקת הזכות. זאת אומרת, בדיוק כמו שאין איסור פלילי בלי שקובעים סנקציה, כך אין ערך לקביעת נורמה חוקתית אשר מחייבת התנהגות או שקובעת חירויות בלי שקיים מישהו שיכול לפקח ולהתערב אם הדבר הזה איננו פועל.

לא הייתי מוותר על הקורלציה הזאת בין קביעת חיוב (הענקת זכות או הענקת חירות), לבין קביעת הליך אשר בודק ומתערב ורשאי להפעיל סמכויות פיקוח. מבחינה זו אנחנו בסיטואציה נוחה לגבי שני חוקים שחוקקו עד עכשיו. אינני חושב שאנחנו לא יישמנו את החוקים האלה. אני יודע שבהרבה מאוד שטחים הייתה השפעה מרובה לקיומם של החוקים האלה, ואזכיר כאן את הצבא שבו הייתה לכך השפעה רבה מאוד אשר מחוזקת בימים אלה מחדש בשיתוף המכון לדמוקרטיה.

כאן אני רוצה לומר לגיא מונדלק: לא צריך לספור את המקרים שבהם בית המשפט מתערב התערבות חוקתית כי גם בארצות-הברית הגדולה מספר המקרים שבהם בית המשפט העליון הפדרלי התערב כדי לבטל חוקים של מדינות, הוא קטן יחסית.

שם הם מפעילים הלכה שקבע מיוחדענו ובן עמנו ברנדייס בפסק דין אשוונדר, אשר לפיה צריך לנהוג זהירות רבה בהפעלת הסמכות של הפיקוח השיפוטי ולא צריך למהר ולבטל חוקים. אם אתה יכול לפתור את הבעיה ללא התערבות חוקתית, הוא כותב, עשה זאת. וגם אז

תשתמש בזה רק כאמצעי אחרון. כך שלא מפתיע שמספר מקרי ההתערבות של בית המשפט היה קטן. יש נכונות במקרים קיצוניים להתערב, אבל המספר לא מדאיג אותי כי אני יודע שאצלנו טענו בהרבה שטחים כי דברים רבים אינם קורים במדינה מתוקנת מפני שהפקידות הבכירה והלא בכירה יודעת שקיימת אפשרות לפנות לבית המשפט. זאת אומרת, חשיבותו של בג"ץ היא לאו דווקא בכך שהוא נתן פסק דין זה או אחר, אלא בכך שהוא קיים, וכאשר מתייעצים ברשות המבצעת וחושבים מה מותר לעשות – לא רק בענייני חקיקה, גם בנושאים מינהליים – אז מישהו מהפקידים בא ואומר 'רבותי, אם אנחנו נעשה את הדבר הזה, תהיה פנייה לבית המשפט'. כלומר, הערך המרתיע איננו פחות חשוב, והוא קשור לכך שיש תוצאת לוואי של פיקוח שיפוטי אחרי האיסור. היעדר ההרתעה הזאת יחליש ביותר את השמירה על הכללים.

הערה אחרונה היא לגבי הזכויות החברתיות. הזכויות החברתיות הן ללא ספק ביטוי חשוב לאמפתיה האנושית. אבל אני מוטרד משני דברים. אני מוטרד כי ישבתי במשפט מודרך באחת האוניברסיטאות וראיתי לאן הדבר הזה מוביל. כי בדיוק בנושא הזה דנו בפני תחת הכותרת 'למה לא מבטיחים תעודת בגרות לכל בן-אדם שהולך לבית ספר'. שני חברי שישבו אתי הצביעו נגדי ואמרו שבאמת זה דבר בלתי חוקתי. התזה הייתה כי יש כבר הוראה חוקתית, יש הפרה של החיוב החוקתי להענקת חינוך על-פי צרכיו של האדם, ואתה חייב להתערב. אני לא התערבתי, אני הייתי בדעת מיעוט. לטעמי, חלוקת המשאבים בתוך מדינה, שחיה מהקצבת כסף של מדינה אחרת שאין לה זכויות חברתיות בחוקה שלה, צריכה להיות מאוד זהירה.

אותי גם מטרידה הקורלציה בין זכויות חברתיות לבין כבוד האדם. אתם מציעים זכות שביתה בלתי מוגבלת, אבל אני רואה את החולים בבתי-חולים נמקים מחוסר טיפול רפואי, כאשר המצלמה מכוונת אליהם, ימים על גבי ימים. לפעמים השביתה היא ביזמת ועדי-עובדים חזקים מאוד, עובדי חברת החשמל ונהגי דן ואגד, ובו-בזמן האדם המסכן, ה-homeless, הרוסי ששוכב באיזה מקום על שפת הים, הוא לא ייהנה מהזכויות החברתיות במציאות שלנו.

לכן צריך להיזהר מקביעת הסדרים אשר מפליגים רחוק ופוגעים בהפרדת הרשויות ופוגעים בחלוקה הנכונה של הסמכויות בין רשויות השלטון.



קבוצות דיון

קבוצת דיון

יו"ר: פרופ' אדרעי, יוסף – דיקן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

שמות הדוברים (בסדר אלף-ביתי):

- פרופ' אריאן, אשר – המחלקה למדע המדינה, אוניברסיטת חיפה; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- מר ארידור, יורם – לשעבר שר האוצר
- פרופ' בלפר, אלה – ראש הקתדרה לחברה ויהדות, אוניברסיטת תל אביב
- אלוף (מיל.), בן אליהו, איתן – לשעבר מפקד חיל האוויר
- פרופ' בנדור, אריאל – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
- פרופ' גביזון, רות – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- פרופ' גוטמן, עמנואל – המחלקה למדע המדינה, האוניברסיטה העברית
- אלוף פינקלשטיין, מנחם – הפרקליט הצבאי הראשי, צה"ל

● יוסי אדרעי: בנושא פרק הזכויות, כדאי שנדון בשלושה עניינים: א' – האם יש מקום להשלים את החוקה? ב' – מה נחוץ להשלים? ג' – איך נשלים? הנחת העבודה שלנו היא שאנחנו מעוניינים בחוקה, בזכויות אדם, ושהשאלה היא אם מגילת זכויות האדם שלנו היום היא פגומה ומצריכה השלמה, או שיש להשאיר אותה בעינה.

התפיסה הבסיסית שלי בנושא זה היא שיש לקחת פסק זמן בחקיקתם של חוקי היסוד. וברוח זו, מיד כשהוכרזה המהפכה החוקתית טענתי שאין צורך ברבולוציה, במהפכה, שנחוצה לנו בנושא זה אבולוציה. חוקי היסוד הקיימים השלימו תהליך מאוד יפה של הכרה בזכויות אדם, ויש לנו היום



בסיס מספיק כדי להמשיך ולפתח זכויות אדם באמצעות ה-Common law. בדיון אתמול התרשמתי שכמה דוברים איבדו קצת את האמונה ב-Common law והם חושבים שכל דבר צריך להיות חקוק עלי ספר ושאים לא נקבע זכות שוויון בחוק יסוד – אין זכות שוויון. אני חולק על הגישה הזו; יש לנו היום גרעין של זכויות, ואפשר לפתח אותן. אני גם סבור, בניגוד לדבריה של פרופ' גביון אתמול, שנחוצה ביקורת שיפוטית. תרומתו של בית המשפט העליון שלנו לכל השיח החוקתי, לכל התפיסות החוקתיות של זכויות אדם, נובעת בעיקר מעצמתו של עולם המשפט בהנהגתו של בית המשפט, בהנהגתה של האקדמיה, עורכי הדין, וכן הלאה וכן הלאה.

מה שהייתי מציע, כאמור, הוא להפסיק לחוקק חוקי יסוד (גם מבחינה פוליטית, קשה יהיה בימים אלה לאחד את הכנסת סביב חקיקתם של חוקי יסוד נוספים) ולעודד את בתי המשפט לפתח זכויות חברתיות תחוקתיות.

למשל, ברור לי לחלוטין שהזכות לעבוד, זכות שגיא מונדלק מדבר עליה, כוללה בעצם הזכות לקניין, מכיוון שקניין הוא כל מה שיש לאדם, כולל הפוטנציאל להשתכר. אם יש לי רכוש, יש לי זכות להשתמש בקניין שלי כדי להשתכר ממנו. אם יש לי הון אנושי, שגם הוא קניין, גם באמצעותו אפשר להשתכר. במילים אחרות, אם נעצור את שלב התחיקה ונפנה ליצירתיות שלנו, נוכל להגיע לפיתוחים מאוד מעניינים. ייתכן שבאיזשהו שלב, שבעיני הולך ומתרחק, יהיה מקום לעצור, להגיד 'מה שעשינו עד היום זה יופי, ועכשיו נשב, נארגן בחירות לאספה מכוונת ונכניס סדר בכל הדברים'. אבל לעת עתה צריך להסתפק בהשלמות ברוח ה-Common law. גם יש להביא בחשבון שמה שיש היום, זה מה שיש, ושבעתיד הקרוב אי אפשר מבחינת חקיקה לפתח יותר. מבחינת המציאות הפוליטית הקיימת, לא נוכל להגיע לפיתוח נוסף של חוקי יסוד, אבל הסכמה לאומית סביב עקרונות של שוויון, למשל, הסכמה כזאת קיימת.

עניין נוסף. יש כיוון שבו לא עסקנו די והותר והוא זכויות אקטיביות וזכויות פסיביות – זכויות שהמדינה צריכה לתת, לעומת זכויות שאסור לה לפגוע בהן. אני חושב שיש היגיון רב בטענה שאסור בחוקה לחייב את המדינה לתת, מכיוון שאין ודאות שהיא תמיד תוכל לתת. גם בנושא זה חשוב להתקדם בעזרת ה-Common law הישראלי, לאפשר למפלגות ולממשלה לפתח את הזכויות הללו, הן האקטיביות והן הפסיביות.



● **מנחם פינקלשטיין:** נשאלו כאן שלוש שאלות: האם יש מקום להשלים, מה להשלים ואיך להשלים. התשובה לשאלה הראשונה תהפוך את שאר השאלות למיותרות. לדעתי, לא רק שאין כרגע מקום להשלים, כי חיוני לקחת פסק זמן, אלא שלא קיימת אפשרות כזאת מסיבות פוליטיות, וזה הרושם שקיבלתי מדברים שנאמרו אתמול. מה שזיהיתי אתמול אצל הרבנים לוי וגפני ואפילו אצל חבר הכנסת לנגנטל הייתה חשדנות, כלומר 'אנחנו לא ניתן יד לשום דבר עד שנראה את התמונה בשלמותה'. אי אפשר כרגע לבצע השלמה כלשהי לחוקי היסוד, או לקבל חוק יסוד, לא על זכויות חברתיות ואפילו לא על זכויות יסוד מהדרגה הראשונה. גם השימוש ברטוריקה מסוימת כגון 'מהפכה חוקתית' – גם היא תרמה, לדעתי, לחשדנות הזאת. לכן אני מסכים עם פרופ' אדרעי שבית המשפט העליון הוא שצריך לפתח זכויות בדרך של ה-Common law. במישרין או בעקיפין הוא יגיע לפיתוח של זכויות מהקבוצה הראשונה וגם מהקבוצה השנייה.

לגבי הצעדים שעשינו בעשור האחרון, מהמקום שאני בא ממנו, מהצבא, אני יודע שעשינו הרבה, שיש מודעות לנושא. הפסיקה הצבאית חוללה שינויים גדולים מאוד בנושא כבוד האדם וחירותו, למשל בעניינים של זכות לחופש, בנושא המעצר, אבל גם בעניינים אחרים, כמו הזכות לשוויון – וראו מקרה אליס מילר וגיוס נשים בכלל לכל המקצועות.

ואתן לכם דוגמה עכשווית. השבוע היה פורום מטכ"ל שהדיון שלו נסב על חוק ומוסר בזיקה לאינתיפדה. בסיכום של הרמטכ"ל שהופץ בכל הצבא, הודגשו העקרונות של כבוד האדם וחירותו, לרבות היחס לאוכלוסייה אזרחית, הסכנה שבפגיעה בחפים מפשע. זאת אומרת, הדברים הולכים ומוטמעים.

● **איתן בן אליהו:** גם אני שמעתי אתמול את ההתלבטויות ואת חילוקי הדעות, או את מה שניתן לכנות 'חשדנות'. אבל נקודת ההשקפה שלי בעניין הזה היא מאוד פרגמטית.

נדמה לי שמדובר פה במסלול כל כך ארוך, שמצד אחד אנחנו לא יכולים להרשות לעצמנו להשאיר דברים בינתיים בצד ולהקפיא אותם, ומצד שני – דווקא בחשדנות שהוזכרה כאן אני מזהה מעין כמיהה לסוג מסוים של הידברות. לכן אני הייתי אומר שלא רק שאין מה לחשוש מזה, צריך אפילו להזדרז.



מה שיצר את הנזקים הגדולים, את הפער הספציפי הזה, הוא היציאה במלוא התנופה – כמו בנוגע לפינוי לבנון, ולהבדיל השלום עם הפלסטינים – למהפכה החילונית. הביטוי הזה, 'מהפכה חילונית', היה כנראה הרסני ביותר כי הוא קומם מיד פלגים עצומים בחברה הישראלית ויצר חרדה עצומה משינוי. התיאור אתמול של שני החברים בדיון שלנו שמייצגים את המחנה החרדי, שמשמע ממנו כאילו מדובר פה בניסיון השתלטות או כפייה, גרם לכך שאמנה שנובעת מגישה של פילוסופיה ליברלית, מעוררת דווקא גישה של רתיעה.

לכן את האמנה הזאת צריך לנסח בדיוק מתוך אותה גישה שעל-פיה ניסחנו את מגילת העצמאות; זאת אומרת, בהתאמה עם אופיה היהודי של מדינת ישראל.

נכון שערב הקמת המדינה היו מוכנות ונכונות לשבת ולנסח יחד, כי הנושא שעמד על סדר היום – הקמת המדינה – היה חזק מכל מחלוקת. זה איננו המצב היום, ועם זאת, חייבים לחפש את הצליל, את ההיבט המלכד; להדגיש את העובדה שאנחנו הולכים לקראת איזושהי נקודת אחיזה משותפת למרות חילוקי הדעות. נראה לי שעל בסיס הגישה הזאת אפשר להתקדם הלאה.

● **אשר אריאן:** אני מבקש להקדים ולומר כי הרעיונות שהוזכרו פה מאוד נראים לי, אבל כדאי גם שזכור כי אותן הסכמות שיתקבלו כאן בחדר שלנו, לא יאומצו בהכרח בחוץ. עם זאת, עצם הכיוונית היא דבר חיובי.

אין לי ספק שקל יותר להעביר חוקים חשובים בזמן משבר. אין לי ספק שקל יותר לכתוב חוקים, להגיע להסכמות, ככל שהמצב גרוע, אבל זה כמובן הרגע הכי פחות מתאים לשקול ולהגיע לסיכומים. לכן חייבים, כבר היום, ותוך הידברות, להעלות על סדר היום הלאומי את נושא הזכויות והחוקים המסדירים את הזכויות. כי הידברות איננה אפשרית בזמן משבר; ההידברות אפשרית בתקופה הקרובה או בכלל לא. חשיבותם של הדיונים שלנו כאן היא גם בכך שהם עשויים לדרבן אותנו להתאמץ עוד יותר לקראת הידברות, גם בין יהודים וגם בין יהודים וערבים במדינה.

● **עמנואל גוטמן:** אנחנו לא פנטזיונרים, לא סביב השולחן הזה ולא במכון הישראלי לדמוקרטיה, ולא 'נלך עם הראש נגד הקיר' ונחותר לדברים שמלכתחילה ברור שהם לא קיימים. מצד שני, כדי לא לעשות שום דבר וכדי להחליט לא לעשות שום דבר, לא נחוץ לנו מכון

לדמוקרטיה. אנחנו לא מפלגה פוליטית, אנחנו ארגון של חשיבה ששואף לקדם ערכים. אז למען הוויכוח הפוליטי או בשביל להמעיט קצת את ההתנגדות, אני מוכן לא להשתמש במילה 'ליברלי'; מספיקה לי המילה 'דמוקרטי'.

כללית, אני סבור שאנחנו מחויבים כאן לפעול לקיומה של מדינה יהודית-דמוקרטית. זה העיקר. התהליך שאנחנו נתונים בו כרגע הוא הגדרה או קביעה או מניין של הדברים שחסרים לנו, כדי שנוכל במצפון נקי להגיד כל אחד לעצמו: זו המדינה היהודית הדמוקרטית שאני רוצה לחיות בה. מה שחסר, אותו הייתי רוצה להשלים, ויש דברים שנוגעים לציפור הנפש, כמו עניינים של שוויון, כולל שוויון משפטי מלא, בכל מה שקשור לנשים. נושאים אלה חייבים להשלים, גם אם הדבר ייעשה ברמה של Common Law ולא ברמה של חוקי יסוד או חוקה.

● **יורם ארידור:** לדעתי, חייבים להגיש הצעה להשלמת זכויות האדם במישור הקונסטיטוציוני, במה שנקרא 'הדרג הראשון של הזכויות'. אם יהיה שינוי בהרכב הכנסת לטובת המפלגות הגדולות, יש סיכוי שהחוק יתקבל, ובפרט אם יוציאו ממנו את ענייני המעמד האישי. לענייני המעמד האישי יימצא פתרון בעבודה שעושה פרופ' גביון עם הרב מידן, או בצורה דומה. במילים אחרות, פתרון לענייני המעמד האישי חייב להיות בהסכמה; הפתרון לענייני זכויות האדם מעבר למעמד האישי – יכול להיות גם על-ידי הכרעת רוב. אינני מסכים שמותר למנוע מאתנו הכנסת זכויות אדם לתוך חוקה מפני שזה לא מקובל על מיעוט. אם זה לא מקובל על הרוב, אין לי בררה, אבל אם זה לא מקובל על מיעוט, צריכה להיות הכרעת רוב, מפני שהמדינה חייבת להיות דמוקרטית, וזכויות אדם הן חלק מהדמוקרטיה.

צריך לבצע את החקיקה הזאת, ונושא של זכויות אדם חייב לבוא עם ביקורת שיפוטית. בלי ביקורת שיפוטית אין זכויות אדם, גם אם הן כתובות בחוקה. ביקורת שיפוטית פירושה גם לבטל חוקים, מפני שבלי ביטול חוקים, הכנסת מסוגלת להתעלל בזכויות האדם, מסוגלת גם להתעלל בדמוקרטיה, וכמוה הממשלה וראש הממשלה.

אנחנו איננו במצב דמוקרטי יציב. אני רואה בכנסת הזאת ניסיונות לגלגל את הגלגל אחורנית. יש ניסיונות לבטל את המעמד הקונסטיטוציוני של בית המשפט העליון, ואני לא בטוח שלא יהיו ניסיונות לבטל או לסרס את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כדי להדוף סכנות מהסוג הזה, צריך לייצב את מצב זכויות האדם, וזה, בין השאר, תפקידו של המכון



הישראלי לדמוקרטיה. חסר לנו השוויון, חסר לנו חופש הביטוי. יכול להיות שחסרה לנו גם פסילה מסוימת של חקיקה רטרואקטיבית. אלא הן זכויות אדם בדרג ראשון.

אלא שצריך להבדיל בזהירות רבה בין הדרג הראשון ודרג נוסף. למשל, כשהיושב ראש אמר שהוא בעד ניסוח קונסטיטוציוני של 'הזכות לעבודה', הייתי אומר שזכות לעבודה כבר נמצאת בחוקה שלנו, מפני שאם למשל הכנסת תקבל חוק שלאדם מסוים אסור לעבוד, אני מניח שבית המשפט העליון ימצא עילה לפסול את החוק הזה. הזכות לעבוד קיימת, אבל מה בנוגע לתנאי העבודה? את העבודה בתנאים מסוימים אי אפשר לתת לו כזכות קונסטיטוציונית.

הזכויות של הדרג הראשון נועדו לאפשר את הדמוקרטיה ולאפשר את ההגנה מפני השלטון. אלה הן זכויות שקשורות בהליכים דמוקרטיים, או זכויות שקשורות בהגנה על הקניין מפני השלטון (הגנה על הקניין מפני הזולת כבר קיימת בחוקי הנזיקין ובחוקי החוזים). החוקים הקונסטיטוציוניים נחוצים לנו בעיקר מול השלטון, כי מול האזרח כבר יש לנו חוקים אזרחיים, ואת אלה חוזרים ומתקנים כל הזמן.

את הזכויות החברתיות יש לפתח כזכויות קונסטיטוציוניות מעבר לבסיס הקיים של הזכות לעבודה כדי לאפשר קיום הולם. מהו קיום הולם? האם הוא נמדד בממדים מוחלטים או בממדים יחסיים? זוהי שאלה די קשה מפני שעליה מתבססת הגדרת העוני, ואחת הסיבות שהעוני אצלנו איננו קטן (למרות שבפועל הוא קטן) היא מפני שמודדים אותו במונחים יחסיים ולא מוחלטים.

אם נותנים משמעות קונסטיטוציונית לזכויות חברתיות, כמו לזכויות מהדרג הראשון, אנחנו בעצם מפרקים את השלטון, כי אנחנו מפקיעים את העניינים מידי הניהול הממשלתי. המשמעות המעשית של הזכויות החברתיות צריכה להיות נתונה בידי הממשלה, ואם הממשלה מכזיבה בעניין הזה, הציבור יחליף אותה.

● **אלה בלפר:** גם אני, כמו דוברים לפני, סבורה שמה שחסר חייבים להמשיך, להשלים. אסור לנו לבחון דברים לפי המודד הפוליטי, כלומר מה ילך ומה לא.

השאלה היא מה להשלים, ולדעתי, יש להשלים תחילה את הזכויות החברתיות, ובעניין זה, בניגוד לקודמי, אני חושבת שאם מכניסים את הזכויות החברתיות לקונסטיטוציה ולא רק לניהול הממשלתי או



ל-Common law, זה לא מפרק שום ממשלה. יש עדיין מרווח גדול מאוד בין הכוונה המרכזית שהחוקה או חוקי היסוד באים לבטא, לבין היישום שלה על-ידי הממשלה, בין אם היא נוטה ימינה או שמאלה.

הבעיה עם הזכויות החברתיות היום היא כפולה ומכופלת, מכיוון שיש לנו חוקי יסוד שמדברים על כבוד האדם וחירותו, על חופש העיסוק, וזה הפך להיות תמונת ראי מעוותת של חברה.

אם מסתכלים על החברה שלנו, כפי שהיא מתנהלת, יש פה דמוקרטיה, נכה או לא נכה, וזו דמוקרטיה חיה ושוקקת. אם מסתכלים על מעמד הנשים – לא 'הכובעי', הדתי שלי מדבר, גם לא 'הכובעי' הנשי, אלא 'הכובעי' האנושי – מה שמפריע לנשים הרבה יותר ממעמד האישות הוא עניינים של משכורת והסחר בנשים והאלימות כלפי נשים ועבודת ילדים וכדומה. מה עוד, שנשים רבות מבינות שלא מדובר בעצם בהיעדר שוויון, אלא יש כאן בעיות קשות מאוד של הלכה ותורה. לכן אלה הן הזכויות שצריך להשלים, בעוד שאנחנו התחלנו בדיבורים על זכויות ליברליות, על זכויות קפיטליסטיות וכדומה. זכויות חברתיות הן פופוליסטיות, ולכן לא תהיה עילה לוויכוח עליהן, ולא יהיה צורך להיכנס לפרטים, לא של תקציב ולא של הלכה למעשה ולא של איך מפרשים בדיוק מהו 'קיום הולם'.

נושא אחר שאני מבקשת להתייחס אליו הוא ההתנגדות. חוץ ממה שחייבים ליישב את ההתנגדויות בפוליטיקה, תפקידנו שלנו, כמועצה ציבורית, כבני אדם ביישוב, כבני אדם שעוסקים בחינוך, בהוראה, במחקר – תפקידנו להראות שהדגל שאנחנו מניפים הוא לא דגל ההדחקה של העולם הדתי אל מחוץ למחנה או אל מחוץ לפרהסיה, אלא להפך, דגל השיתוף. עלינו לצאת מתוך ההנחה שאיננו באים לנגוש בעולם היהודי, גם לא לפתות, לא את גפני החרדי ולא את אלה בלפר הדתית להיכנס למחנה הזה. אנחנו באמת רוצים להחיל חברה אזרחית שכוללת ערבים וכוללת יהודים וכוללת עולים וכוללת דתיים. אין לנו מנוס מאשר לעשות בכיוון הזה, אין לנו החירות לא לעשות את זה. אין לנו החירות להגיד: 'תראו, זה לא הולך, זה קשה, זה מבהיל אנשים, בואו נשב בשקט'. אנחנו לא יכולים לשבת בשקט. לכן עלינו להתחיל, ולהתחיל דווקא בזכויות החברתיות, וכי מי יתווכח עם הצורך הזה, בפרט כשהאדמה בוערת.

● **איתן בן אליהו:** יש הטעיה מסוימת בקביעה שהצבא יצר חופש, שוויון זכויות מלא. הרי מה אנחנו בעצם מאפשרים – למי שרוצה מאוד ללכת לקורס טיס, אנחנו מאפשרים ללכת לקורס טיס.



אלא שאנחנו לא יוצרים שוויון זכויות מאוזן עם שוויון חובות. אנחנו לא אוספים את כולן מבסיס המיון והקליטה, ומהרגע הזה מצווים על כל אחת, כמו על הבנים, ללכת לאן שנקבע להן.

לכן הדין האמיתי באשר לשוויון הזכויות יתרחש כאשר במקביל נחייב את הבנות לשוויון חובות.

● **אריאל בנדור:** מעשית, די בשני חוקי היסוד הקיימים בנושא זכויות האדם. די בהם, למרות שהם כוללים שורה די מצומצמת ומקרית של זכויות. וזאת, לא מפני שעל סמך פירוש סביר והגייוני הם כוללים את שאר הזכויות, אלא משום שלחברי הכנסת יש תדמית, או לפחות חשש, שהם כוללים את כל הזכויות האחרות. נדמה לי שהטענות ששמענו אתמול מפי חברי הכנסת לוי וגפני כלפי מפעל חוקי היסוד, מבוססות על ההנחה שחוקי היסוד הללו כוללים את כל הזכויות, ולכן, כעניין פוליטי פרגמטי לחלוטין, יכול להיות שבאמת אין צורך מיוחד להוסיף זכויות. מה עוד, שהזכויות הנוספות שייכללו בחוקה הן עניין פוליטי, שהרי לא עומד לפנינו איזה דגם מוחלט של חוקה או של מגילת זכויות. אני, למשל, סבור שחופש הביטוי ושוויון הן הזכויות החשובות ביותר, ואילו הכנסת כללה בחוקי היסוד רשימה ארוכה בהרבה של זכויות.

המטרה של חוקי יסוד או של חוקה כנורמה מעל לחוק, היא בסופו של דבר להנחות את הרשות המחוקקת. מבחינת החקיקה של הכנסת, מבחינת הצעות החוק שהממשלה מגישה, שם יש השפעה ניכרת לקיומם של חוקי יסוד, מה גם שקיימת ההנחה שחוקי היסוד הללו כוללים עוד דברים שאינם רשומים בהם במפורש.

החשש שלי מפני ההצעה של רות גביון היא שאם חוקי היסוד הללו יבוטלו כנורמות על-חוקתיות, הכנסת תראה לנגד עיניה נורמות שאין עליהן ביקורת שיפוטית, ולכן הן לא עומדות מעל לחוקים, לפחות לא באופן שהמשפט יש לו כלים לאכוף את זה.

החשש הוא שהכנסת לא תראה את עצמה מחויבת, הממשלה לא תראה את עצמה מחויבת. כאמור, בתי המשפט, לצורך פרשנות, לא זקוקים לחוק זכויות האדם. גם לפני 1992, כשלא היה כמעט שום דבר חקוק, בתי המשפט פירשו את החוקים על-פי עקרונות של זכויות האדם, ואפילו מעבר לכך.



דוגמה לכך הוא חוק משנת 1953, 'חוק שיווי זכויות האישה', שנאמר עליו שמדובר בחוק בעל אופי חוקתי. לחוק הזה לא היה תפקיד גדול בחקיקה של הכנסת, ובוודאי לא עלה על דעתה של הכנסת, שבעת שהיא מחוקקת חוקים היא חייבת – חובה משפטית – שהחוקים הללו יתאימו ל'חוק שיווי זכויות האישה'.

● **מנחם פינקלשטיין:** אבל תראה מה עשה בית המשפט העליון בפסק דין **בבלי**. למרות ש'חוק שיווי זכויות האישה' לא היה חוק יסוד, הוא חולל שינוי גדול מאוד בדרך החקיקה הקיימת.

● **אריאל בנדור:** אני אומר רק זאת: שלחוקי היסוד מאז 1992 הייתה השפעה על הכנסת, בכך שהיא סבורה שעליה לפעול על-פי חוקי היסוד, ולכן חוקים שהיא הייתה עשויה לקבל בלא חוקי היסוד, היא לא מקבלת, או משנה אותם.

הגישה העקרונית שלי לגבי זכויות שראוי שייכללו בחוקה, היא גישה מצמצמת. אני חושב שאפילו בתוך חוקי היסוד הקיימים, יש כמה זכויות שההכללה שלהן לא חיונית ואפילו לא ראויה. צריך לזכור, שכאשר מדובר בנורמה שעומדת מעל לחוק, מעל להליך הפוליטי הרגיל – אם לא חיוני שהיא תהיה שם, הדבר פוגע בדמוקרטיה, פוגע באפשרות של הרוב לקבוע את החוקים הראויים בעיניו. נחוצה הצדקה מיוחדת, על סמך גישה זהירה, להעלות כלל משפטי זה או אחר מעל להליך הפוליטי הרגיל. אינפלציה בזכויות עלולה לפגוע בהגשמה אמיתית של נורמות חוקתיות, כלומר לתת לערכים מסוימים, או לזכויות מסוימות, מעמד מיוחד.

נניח שהיינו קובעים שכל המשפט הישראלי הוא בגדר חוק יסוד – כי אז כאילו לא עשינו כלום. ככל שמרחיבים את רשימת הנורמות בעלות המעמד החוקתי, פוגעים באפשרות להעניק להן מעמד עליון. אנחנו גם יוצרים זילות של אותן נורמות שבאמת ראויות למעמד גבוה, אם, למשל, בחוק היסוד הקיים, אנחנו מדברים בנשימה אחת על זכות לחירות מפני מאסר ומעצר; כלומר, אותה הזכות – לא להיכנס לבית הסוהר – שמורה לפושע שהרשיעו אותו בעברה פלילית חמורה, ולאדם שהוא עדיין בחזקת חשוד או נאשם.

בנוסף, ככל שיש יותר זכויות, יש יותר ביקורת שיפוטית. ביקורת שיפוטית איננה מטרה בפני עצמה, והיא גם לא נטולת בעיות. היא מוצדקת כשמדובר בהגנה על הדברים הבסיסיים ביותר, ומזיק מאוד שקיים פוטנציאל לביקורת שיפוטית על חלק ניכר מן החוקים של הכנסת.



וזה מביא אותי להערה האחרונה שלי בקשר לזכויות חברתיות.

ראשית, נדמה לי שמרבית הדוגלים בהכללה של זכויות חברתיות בחוקה, יוצאים מתוך הנחה שהזכויות האחרות, הזכויות הפוליטיות והאזרחיות הבסיסיות, כבר קיימות, והם אומרים: איזה ערך יש לחופש הביטוי, למשל, לגבי איש או אישה שישינים מתחת לגשר.

חופש הביטוי איננו מובן מאליו, הוא קיים משום שהוא באמת הוכר על-ידי השיטה המשפטית בדרך זו או אחרת. ובכל זאת, וגם לפי גישה מצמצמת, אם נניח שחלק מהזכויות החברתיות ראויות להיכלל בחוקה – ייתכן שהדרך למזער את הקושי היא שבנוגע לזכויות הללו, ההוראות החוקתיות יהיו הוראות יותר מוגדרות: לא סתם זכות לחינוך, אלא זכות לחינוך יסודי בבית הספר היסודי ובבית הספר התיכון; לא סתם זכות לקיום הולם, אלא הגדרה חוקתית של שכר מינימום עם השלמת הכנסה.

● **רות גביזון:** יש לי איזו הרגשה מוזרה שאנחנו עובדים עם ידיים קצת קשורות מאחור, מפני שאנחנו נשאלים לגבי המעמד של הזכויות החברתיות, בעוד שבנושאים מאוד מאוד מרכזיים, כמו דת ומדינה ומנגנון הבקרה, בעצם עוד לא דנו, ולכן אנחנו לא יכולים לחוות בהם דעה.

בלי טיפול בשני הנושאים האלה, קשה מאוד למשל לצאת עם המלצה – שאני חושבת שרובנו היינו נוטים אליה – שראוי כי תהיה במדינת ישראל מגילת זכויות שלמה. כל מסקנה בנושאים תהיה לפיכך טנטטיבית, כי לא ניתן לפעול לפי הסדר הנכון של הדברים.

דיברנו למשל על נושא הנישואים, ולדעתי הגיע הזמן שמדינת ישראל תאפשר נישואים אזרחיים. אלא שבכך לא תיפתר הבעיה של חלק גדול מהציבור, מפני שעדיין אנשים רבים יתחתנו בנישואים דתיים, ואי-השוויון של נשים בתוך המערכת הדתית יימשך.

אני גם רוצה להודיע לכולנו ששום חוקה עדיין לא פתרה את הבעיות החמורות של זכויות האדם בשום מדינה, וגם לא תפתור. שאלת גבולות חופש הביטוי לא הייתה משתנה אם היה לנו סעיף בחוקה שאומר שצריך להגן על חופש הביטוי. המבנה החוקתי לא פותר את הבעיות, המבנה החוקתי נותן כלים, והכלי העיקרי של הייחוד החוקתי – להבדיל ממסורת של זכויות אדם ושיח של זכויות אדם שכבר יש לנו – הוא היכולת לעשות בקרה על הכנסת; זה האלמנט היחיד שהביקורת השיפוטית החוקתית מספקת, ובעצמה רבה. עם זאת, לדעתי אסור שהמחוקק יהיה

כל יכול, ונשאלת השאלה איך עושים אותו 'לא כל יכול'. האם הדרך הנכונה לפקח על המחוקק היא באמצעות ביקורת של כל בתי המשפט, כפי שהם מתמנים היום? זוהי בהחלט שאלה קרדינלית. היות ואיננו דנים היום בשאלה הזאת, גם אי אפשר לבצע הלכה למעשה את הפתרונות שהוצעו או שיוצעו בקשר להשלמת הזכויות החברתיות.

אנחנו כמועצה ציבורית רוצים להציע את הדבר הנכון למדינת ישראל. הנתון היסודי שצריכים להתמודד אתו הוא שבמדינת ישראל יש כל מיני אנשים ושלא כולם באים מהמסורת הליברלית המערבית. בהנחה שחוקה אמורה להיות המסגרת המשותפת לכל האנשים ולגשר על המחלוקת שביניהם, השאלה היא איזו חוקה ואיזו מגילת זכויות צריכה לאמץ חברה שיש בה בנושא זה מחלוקת עמוקה.

אני לא אומרת שאי אפשר להעביר חוקה בניגוד לעמדת הדתיים, ואין ספק שחלק מהאנשים שמזמינים אותנו להמליץ על השלמת הזכויות, חושבים שבקונסטלציה פוליטית מסוימת אפשר יהיה להעביר את המהלך הזה. ומכיוון שהם מאמינים באמונה שלמה שזה מהלך נכון למדינת ישראל, הם רוצים לעשות כל מה שנכון מבחינה פוליטית כדי להקל על המהלך הזה, לתת לו לגיטימציה, לתת לו יוקרה, לתת לו נאורות כדי לחזק אותו. זה מהלך פוליטי.

אני חצויה בעניין הזה, אני מרגישה שמהלך כזה איננו אחראי בחברה שבה אני חיה. לכן העמדה שלי, מסדר שני, לגבי שאלת החוקה, היא עמדה שלא שואלת את השאלה 'מה אפשרי בחברה הישראלית' (שהרי בחברה הישראלית הכול אפשרי), אלא 'מה נכון לחברה הישראלית'. ולהערכתי, מה שהיום נכון לחברה הישראלית הוא לא לדחוף את המהלך החוקתי, מפני שתרומתו של המהלך החוקתי גם בנושא זכויות האדם, למרות חשיבותה, היא בסך הכול שולית, והכלי הזה, כמו שנאמר פה, כבר קיים ועושים בו כל מיני שימושים. אתמול הצעתי 'עסקת חבילה', אבל אני מבינה שאנשים לא רוצים לקבל אותה, אנשים לא רוצים לוותר על הכלי שכבר קיים. הצעתי שתי אופציות: האחת (שלא נראה שהיא כל כך פופולרית) היא לאמץ כלי משפטי שיהיה לו יתרון חינוכי ככלי משפטי פנימי, אבל בלי ביקורת שיפוטית, ולמהלך כזה יש יתרונות גדולים. מקוממים אותי דברים שהושמעו כאן, כאילו מסמך מהסוג הזה, מסמך שמעניק קוהרנטיות שלמה למחויבות של השיטה – אין לו משמעות משפטית רק בגלל שאין אותו סמכות של בית המשפט לבטל חוקים של הכנסת. זאת הטעיה. זה נראה לי מנוגד לכל התרבות המשפטית שלנו.



הרעיון של זכויות האדם ככלי פרשני קיים בשיטת המשפט שלנו מכוח יצירה שיפוטית מאז ומעולם, ובכל תולדות הוויכוח בנושא הזה איש לא שלל את זכותו של בית המשפט העליון לפרש חוקים ולפסול מעשה ממשל. אני בעד העצמה והכרה בכוחו של בית המשפט לפרש את החוקים, ליישם אותם ולבחון שכל הרשויות תפעלנה בהתאם לחוק; זה אלף-בית של שלטון החוק.

כשאני אומרת שאני לא רוצה ביקורת שיפוטית, הדבר היחיד שאני רוצה להוציא הוא יכולתו של בית המשפט לבטל חוקים של הכנסת; הרי מאז ומעולם הייתה לבית המשפט הסמכות לפרש חוקים וליישם חוקים ולבדוק שרשויות השלטון לא תחרוגנה מהחוק.

● **יורם אריזור:** ייחודה של החוקה הוא שקודם מותר היה, לפי הפסיקה של בית המשפט העליון, לבטל חוקים של הכנסת אם הם פגעו בפרוצדורה של החקיקה. מאז המהפכה החוקתית, מותר לבטל חוקים של הכנסת גם אם הם פוגעים במהות של החקיקה.

● **רות גביון:** זה נכון, אבל אני רוצה לתקן. לפני המהפכה החוקתית, הפרוצדורה של החקיקה הייתה יכולה להיות בעייתית רק במקרים מאוד ספורים שבהם חוקים היו משוריינים, והמקרה היחיד שבו הדבר הזה בא לידי ביטוי, היה סעיף 4 לחוק הבחירות, **ברגמן** ושלוחותיו. לא היה יותר מהדבר הזה, זה היה חריג בשיטה שלנו, והתחושה הכללית הייתה שברגע שהכנסת עשתה מעשה, אלא אם זה היה בניגוד לסעיפים שיש בהם הוראת שריון, אז תם ונשלם.

היום לעומת זאת, ועל כך משבחים את 'המהפכה החוקתית', הכנסת לא עושה מעשה, אלא היא עושה מעשה ואומרים לה 'את לא יכולה לעשות מעשה' כי ההחלטה מה היא פגיעה ראויה בקניין, או בחופש העיסוק, או בשוויון, אינה בידי הכנסת – אלא בידי בית המשפט.

מה אמר ח"כ גפני אתמול? הוא לא רק אמר 'אנחנו חוששים', הוא אמר: 'הבטיחו לנו. לא נכון שהזכויות האלה הן מקריות, הזכויות האלה הן זכויות שחברי הכנסת חשבו שהן אינן נוגעות בנושאי דת ומדינה.'

והנה, יומיים אחרי שאמרו להם שזה לא פוגע בסטטוס קוו, כבר פסק בית המשפט שאי אפשר להמשיך לאסור על יבוא בשר לא כשר... אולי אינכם יודעים, אבל בית המשפט העליון מאוד שמח כאשר האריכו את סעיף שמירת החוקים, כי היו הרבה עתירות שקבעו שהסדרים קיימים אינם עומדים מבחן חוק יסוד: חופש העיסוק. למשל, באו ואמרו: אתם

לא יכולים להפעיל את הסעיפים בפקודת העיתונות ששוללים רשיון מעורך עיתון כי אין לו השכלה, משום שזה מנוגד לחוק יסוד: חופש העיסוק.

מזל היה לבית המשפט שהוא נפל לתפר שבו הוראת שמירת הדינים בוטלה, אבל בינתיים היא כבר חוקקה מחדש והכל בסדר. אני מודיעה לכם שהמחוקק ימשיך לחוקק את הוראת שמירת הדינים תוך הסכמה בשתיקה של בית המשפט, כי אנחנו לא ערוכים לביקורת שיפוטית על חוקים קיימים של הכנסת.

עיקר ההגנה על זכויות האדם, גם דור ראשון וגם דור שני, היא בחקיקה, ויותר מכך עיקר הפגיעה בזכויות אדם היא – במעשי מנהל, במעשי משטרה, במכרזים, בדברים בשטח, בנגישות למשפט וכדומה. עיקר הפגיעה בזכויות אדם אצלנו, מאז ומתמיד, היא ברובד התת-חוקי. יש רק קומץ חוקים של הכנסת שבצורה חסרת בושה פוגעים בזכויות האדם. החוקים שמקוממים אותנו – 'חוק דרעי', חוק 'הערוצים הפירטיים' – מעוררים בעיות מאוד רציניות, כמו בעיות של מנהל תקין, אבל לא בעיות של זכויות אדם. גם אינני בטוחה שאפשר להביא טיעון מאוד חזק של זכויות אדם לביטולו של חוק הערוצים הפירטיים.

אבל מה שאני מבקשת לומר 'בשורה התחתונה' הוא, שהשאלה שהציבו בפנינו בדיון הזה, נראית לי שאלה שיתפורה' על סדר יום שעדיין איננו שלם. אז אחת משתיים: אם אנחנו רוצים לתת כלי לפוליטיקאים שמחפשים 'חלון הזדמנויות', אפשר להגיד היום: 'אנחנו רוצים עכשיו להשלים מגילת זכויות' (כי זה, לדעתי, הדבר הנכון לעשות), אלא שבמצב שנוצר אצלנו, יציאה בהכרזה כזאת משמע שהמתנגדים למהלך הם במחנה של 'הרעים'.

אני, כאשת ציבור שהחברה הזאת יקרה לה, אינני מוכנה לעשות את המהלך הזה. ועל כן האפשרות השנייה – ואתה אני חיה בשלום – היא לנהוג כפי שרבים כאן אמרו, כלומר לא להיחפז. במצב שבו עדיין לא החלטנו על טיב המנגנון שמבטל חוקים של הכנסת או מפקח על חוקים של הכנסת, שבו עדיין לא החלטנו איך מטפלים במכלול הקשה של יחסי דת ומדינה – במצב כזה, עדיף לא לתרום תרומה פוליטית למי שמעוניינים להעביר מהלך כזה. כאזרחית אולי אתמוך בו, אבל כחברת המועצה הזאת אפעל שהדיווח שיצא מהדיונים שלנו לא יהיה בזכות השלמה מיידית חקיקתית של חוקי היסוד במתווה הקיים, עם ביקורת שיפוטית על-ידי בית המשפט במתכונתו היום.



כמו רבים, אני שותפה להרגשה שיש לנו בעיות רציניות שמצריכות תיקון, אלא שאת הבעיות האלה אי אפשר לתקן על-ידי חקיקת יסוד. את בעיית הנישואים האזרחיים, למשל, אי אפשר לתקן על-ידי חקיקת יסוד, אלא על-ידי חקיקה ראשית, ולשם כך צריך לשבת ולנהל משא ומתן ולחוקק חוק נכון.

בהקשר זה גם צריך לזכור את גישתם של הערבים במדינת ישראל. מי שביקש ודרש בתחילת המשטר המנדטורי לשמור על שיטת הימילטי העותומני, לא היו היהודים אלא הערבים; היהודים דווקא רצו נישואים אזרחיים. אצל הערבים במדינת ישראל היום יש מחלוקת בין חילוניים ודתיים, וכאשר ידובר בחוק נישואים אזרחיים כללי, הם יעשו יד אחת עם הדתיים שלנו להכשיל את המהלך הזה. מבחינתם זה עניין קיומי – עניין לאומי, דתי ותרבותי. זאת מפני שהם ממולכדים, ואינם יכולים, כמונו, לאוורר באופן פומבי את המחלוקות ביניהם, הם יידחקו לפינה, ואם אנחנו, הינאורים, נעשה חוק נישואים אזרחיים שבדרך הטבע יחול על כל אזרחי מדינת ישראל, עוד נחריף את הבעייתיות שיש לנו ממילא עם ערביי ישראל.

● **יוסי אדרעי:** נדמה לי שבסיבוב הראשון אפשר לומר שהרוב סבור שאכן נחוצה השלמה, אבל השאלה היא אם צריכים לבצע אותה במהלך חקיקתי באמצעות הכנסת, או באמצעות סבלנות, פיתוח, Common law; להמתין לשעת כושר של הסכמה ציבורית, ורק אז להמשיך. במילים אחרות, להגיד יהגענו להישגים יפים, בואו נעצור פה, נחכה להזדמנות הבאה, ולא נהפוך לכלי שרת בידי הפוליטיקאים, שמכל מיני סיבות מעוניינים לקדם את המהלך הזה.

נקודה אחת נחוץ כבר עכשיו לחדד והיא בנושא הזכויות החברתיות. יש לנו פסקת הגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאשר עושים איזונים במסגרת פסקת ההגבלה, אנחנו עלולים למצוא את עצמנו במצב שבו יאמצו בבית המשפט שלנו את האיזון האופקי או האנכי שאומר: 'אי אפשר להעדיף זכות אחת שהיא לא חוקתית על פני זכות חוקתית'. זאת אומרת, יש חשיבות גדולה למדרג הזכויות. למשל, אם זכות הקניין תתפרש כזכות צרה מאוד, ומפלגה סוציאליסטית תעלה לשלטון ותעביר חוק בזכות שבייתה – עלול להיווצר מצב שבו תתקבל הטענה שמול זכות הקניין החוקתית עומדת זכות לא חוקתית שפועלת נגד הקניין של המעביד, ולכן אין למעביד זכויות. מכאן שיש חשיבות – לא סמנטית, אלא באמת חשיבות של פסקת ההגבלה – להעלות או לתת תוכן חוקתי מינימליסטי.

● **אריאל בנדור:** בפסק דין **סנש** עמדה הזכות לכבוד האדם שקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מול חופש הביטוי, ואף אחד לא ביסס את הפסיקה על כך שכבוד האדם יותר חשוב מחופש הביטוי.

● **אשר אריאן:** פרופ' גביון אמרה שאסור לנו להיכשל בכך שהצד השני יראה במהלכים שלנו סעד פוליטי לעניין שלו. אבל כל מעשה שנעשה, אם נפעל ואם לא נפעל, יהיו לו השלכות פוליטיות. בכל סיכום שנגיע על השלמת זכויות האזרח, תמיד צד מסוים בכנסת או בציבורית יתפוס אותו כסיוע לאינטרסים שלו.

● **רות גביון:** זו הערה לעניין, ועל כן אני אסביר את דברי ביתר הרחבה. החשיבה שלי בנושא הזה בנויה על שני רבדים: יש הרובד של העדפותי הפוליטיות הראשונות, שנובעות מהשקפת העולם שלי, מהפילוסופיה שלי והחינוך שלי, ובהן אני אדם ליברלי, חילוני, מערבי שרוצה חופש וכל הקשור בזה. כשחקן פוליטי, אני לוחמת למען הדברים האלה, ובשבילי, כשחקן פוליטי, הכלי הזה של מגילת זכויות שלמה – בתנאי שמבנה בית המשפט העליון הוא כמות שהוא והמערכת הפוליטית היא כמות שהיא – בשבילי הכלי הזה חשוב מאוד לחיזוק אחיזתם של הערכים שלי בחברה הישראלית. וקיים גם הרובד השני, שבו אני גם חברה בחברה הישראלית וערה לכך שיש בה שינויים דמוגרפיים ותהפוכות ושסעים.

הבעיה היא שביט המשפט העליון, בהרכבו הנוכחי, מעצים את נקודת המבט של חלק מסוים מן האוכלוסייה – במקרה זה, החלק שאלי אני שייכת. שיח הזכויות בחברה שלנו נעשה רחב מאוד, ולכן הכוח שניתן לבית המשפט לכסות את השקפותיו על חלקים אחרים בציבור חורג מן המינימום הצר של הגנה על זכויות אדם. בנסיבות כאלה, הענקת הכוח לבטל חוקים לבית המשפט העליון בהרכבו הנוכחי הוא נצחון פירוס: הסמכות תהפוך אותו חזק יותר, אבל גם הרבה יותר פגיע ומעורר התנגדות. תוצאה סבירה תהיה פעולת-נגד של המערכת הפוליטית, שתביא לצמצום כוחו של בית המשפט העליון גם במקומות שבהם הוא באמת חיוני. לכן, כשאתה נותן כוח לתומכי המהלך, אתה לא נותן כוח לחברה הישראלית, אלא למישהו שהחזון שלו לגבי דמותה של החברה הישראלית הוא חזון חלקי. זה כשלעצמו מעמיק את השסע, מפני שמתייצבים, כביכול, 'הטובים' מול 'הרעים-הלא-נאורים', ואת המלחמה הזאת חייבים להפסיק.

● **אשר אריאן:** הניתוח האחרון של רות גביזון הוא כולו פוליטי, ואם בחציו הראשון של הדיון הייתה לי הרגשה שאנחנו שוב שבויים בידי המשפטנים, היא חלפה. אז בואו ונדון דיון פוליטי – ננסה לחשוב מה טוב לנו ואיך נגיע לזה.

גרעין העניין איננו האם המהלך רצוי או לא רצוי מבחינה משפטית, היות ולמעשה אין לי שליטה עליו; זה עניין פוליטי, זה עניין של רצון וולונטרי להתקדם במהלך או לא להתקדם במהלך. אם אכן אלה פני הדברים, נדמה שכך אנו מקבלים מיקוד נכון לדיון שלנו בכיוון הפוליטי, ולכן אני מגיע למסקנה הפוכה, שלפיה מבחינה פוליטית כדאי לנו להשלים את הזכויות החברתיות. הדתיים קיימים והערבים קיימים, אבל גם ישנו הצד השני שפרופ' גביזון קוראת לו 'החילונים האשכנזים'; הרוב המידלדל הזה קיים גם הוא וגם את טענתו צריכים להשמיע.

לכן, אם מעוניינים באיזון פוליטי, צריך לנסות להגיע להידברות ולהשלמה מיד.

● **יוסי אדרעי:** במה נתחיל? בחקיקה, או בפיתוח הזכויות בכל דרך שהיא?

● **אשר אריאן:** קודם מתדיינים ואחר כך מעבירים בכנסת בהסכמה.

● **יורם ארידור:** ראשית אקדים ואומר שאני מחשיב מאוד את האקט החינוכי שבו יהיה מקום לפרשנות, ואני מחשיב את הזכויות החברתיות. ועכשיו שתי הערות: הערה ראשונה – המחיר שפרופ' גביזון מציעה לשלם בשביל האקט החינוכי החשוב הוא ביטול הביקורת השיפוטית על המדרג הראשון של הזכויות. לדעתי, את האפקט החינוכי אפשר להשיג גם באמצעים אחרים בלי לשלם את המחיר הזה.

הערה שנייה – כל ניסיון להרחיב את סמכותו של בית המשפט העליון, במתכונתו היום, לגבי עניינים הקשורים יותר ויותר בפוליטיקה, הוא ניסיון מוטעה, כי בכך נשנה את פניו – הוא יתמנה אחרת, הוא יהיה בהרכב אחר, הוא יהיה בבואה של הפוליטיקה, וגם מפני זה צריך להזהר.

● **עמנואל גוטמן:** לגבי הנקודה השנייה שהביא יורם ארידור, לדעתי, אין פה עניין של שחור לבן, הכול עניין של מחיר. אם מחירן של זכויות שאני מאוד מאוד רוצה בהן יהיה פופוליטיזציה של בית המשפט – אני מוכן לזה, וצריך להחליט מה מכל הזכויות האלה אנחנו מוכנים להשיג במהירות האפשרית ובכל מחיר.

● **אלה בלפר:** יש לי שתי שאלות לרות גביון: אי – את באמת חושבת שהשלמת חוקה איננה, מעצם ההגדרה, אקט פוליטי, איננה דימוי פוליטי?

האם ההשלמה הזאת אינה פועלת, מבחינה מהותית, נגד הפלגים הדתיים בחברה?

ב' – האם בכלל יש לנו אפשרות לא להמשיך בהליכים להשלמת החוקה, כשבמציאות הישראלית דברים מתרחשים, יש חקיקות ויש המשכים? מה נועיל בזה שנאמר 'בואו נעצור' כשבעצם הדברים אינם נעצרים?

● **מנחם פינקלשטיין:** לעניין המדרג הקונסטיטוציוני – אינני חושש מזה, ובית המשפט העליון לא יירתע מנושא המדרג הקונסטיטוציוני.

נושא אחר שהייתי מבקש להתייחס אליו הוא דברים שנאמרו פה ברוח של 'אין צורך להיחפז'; לדעתי, צריך להיחפז. תחושת הבהילות מפעמת בי לא רק בתור מי שחרד מהסוגיה של דתיים כנגד חילוניים, אלא גם מסוגיית החילוניים נגד הדתיים. בבית הכנסת אני שומע מה חברי עם הכיפה אומרים, ובצבא אני שומע מה חברי ללא הכיפה אומרים, והדברים מפחידים. לכן צריך להיחפז, והשאלה היא איך להיחפז. לדעתי ההיחפזות צריכה להתרגם מעשית לדרך של דיאלוג והסכמה, כשהכותרת יכולה להיות: 'בחזרה לתשי"ח' או 'בחזרה ל-1948' – זאת אומרת, בן גוריון והחוקה וה'פספוס' שאירע אז, כשלא נחקקה חוקה, ובמקביל ההכרזה האוניברסלית של זכויות האדם משנת 1948.

אפשר להתבונן בדברים גם בדרך אחרת: ייתכן שהשינויים שמתחוללים עכשיו וההשלמה הביטחוניית יובילו באיזושהי צורה ללכידות ולאיחוד השורות, שיהיו פתח לדיאלוג, להפניית עיקר המרץ לדיאלוג ולהסכמה, ליצירת הכלים שיובילו בסופו של דבר להשלמת החוקה.

● **אריאל בנדור:** ביקורת שיפוטית איננה המטרה. המטרה היא שהכנסת, בהליך החקיקתי הרגיל, לא תהיה כל-יכולה. כיום, לפחות בצורה שהכנסת עצמה תופסת את הדברים, היא איננה כל-יכולה בהליך החקיקתי הרגיל, ולכן נדמה לי שגם אם מבחינה פוליטית הייתי שואף לחוקה יותר אלגנטית ויותר מלאה, אין צורך בשינויים מהותיים. על כן, השלב הראשון לא צריך להיות תוספת או ניסיון, שסיכוייו נמוכים לדעתי, להוסיף זכויות לאלה הקיימות, אלא יצירת מסגרת יותר קוהרנטית לחוקי היסוד בכלל.



● **רות גביזון:**

קודם כול, אם הצלחנו לגרום לכם להבין ששאלת הזכויות החברתיות היא פוליטית ולא משפטית, עשינו לא מעט. זוהי שאלה שנוגעת לאיך אנחנו חיים יחד, איך אנחנו בונים את הבית שלנו; זו שאלה של כולנו. גם אין חוקות ממאדים ואין חוקות ממארס ואין חוקות תחת מסך הבהרות; חוקות משקפות את יחסי הכוחות בחברה, והחוקה האמריקאית לא יכולה להיות בצרפת והחוקה הצרפתית לא יכולה להיות בישראל. העובדה שבעיית דת ומדינה אצלנו שונה מאשר באמריקה או צרפת, נובעת מכך שמדינת ישראל שונה מאמריקה או מצרפת. לכן גם הפתרונות שיש באמריקה, של הפרדת דת ומדינה, לא יכולים להתאים למדינת ישראל. פה אי אפשר להפריט את הזהות הלאומית של האזרחים, וזה נוגע לסוגיות 'מדינת כל אזרחיה' ומדינה היהודית; אי אפשר להפריט מפני שצידוק-הקיום של המדינה שלנו הוא שהיא קמה כמדינה של העם היהודי. כפי שאמר נשיא בית המשפט העליון השופט אגרנט – הנתון החוקתי של מדינת ישראל הוא שהיא מדינה יהודית.

אני מצטערת שהכניסו את הנושא 'מדינה יהודית ודמוקרטיה' לחוקי היסוד, לדעתי זו הייתה טעות.

אני שותפה להרגשה שהמצב איננו טוב, והוא איננו טוב בעיני בעיקר מפני שרמת הנכונות שלנו לפעול יחד לקידום המטרות המשותפות שלנו, לוקה בחסר. מה שצריך לעשות לטובת העניין הוא לשקם את האמון בין המגזרים באוכלוסייה, ושיקום האמון הוא בין השאר חיזוק הלגיטימיות של מנגנוני קבלת ההחלטות – לא רק בית המשפט, גם הממשלה. יש לנו היום בעיה אמיתית במה שנוגע ללגיטימיות של מעשי הממשלה, וכשביט המשפט דן בשאלה מה ממשלת מעבר רשאית לעשות, הוא מתקרב באופן מסוכן למקום שגם יורם ארידור וגם אני לא רוצים שהוא יהיה שם. אתם באמת חושבים שבית משפט הוא שצריך להחליט איזה סוג של משא ומתן תנהל ממשלת ישראל? איפה אנחנו נמצאים?

הזכירו כאן את רצח רבין ז"ל, ואני רוצה להודיע לכם שנס קרה לנו שמה שהתרחש ברחוב הישראלי בתקופת שיחות טבה, לא הסתיים בעוד רצח פוליטי; לא רק עם הערבים אנחנו יושבים פה על חבית של חומר נפץ. אם אנחנו חברה חפצה חיים, אז ראשית כול חייבים להוריד את רמת העוינות והחשדנות בתוכנו. מהלך חוקתי, שנשמע לכאורה כצעד מאחד, הוא היום דגל אדום. היום צריכים לנופף רק דגלים לבנים; עוד דיבור ועוד הסכמה ועוד ריפוי ועוד חשיבה יחד ועוד פתרון בעיות, אבל לא להניף דגלים

אדומים. לכן אני מקווה שנצא מכאן עם החלטה שצריך לנסות לקדם את מהלך ההגנה על זכויות האדם בדרך של שיחה, דיאלוג והסכמה בין כל חלקי החברה. הכוחות בכיוון הזה קיימים, יש דינמיקה מאוד אטית, אבל מאוד עקבית, גם של שיח וגם של חקיקה. בסך הכול הדברים הם טובים. יש לנו מבחנים לא קלים, בין השאר חוק חקירות של השב"כ. מצפים לנו כמה דברים מאוד לא פשוטים גם מבחינת החקיקה של הכנסת וגם מבחינת התגובה של בית המשפט, למשל גיוס בחורי הישיבות. אני מציעה שנניח לכל המערכות האלה לטפל בשולחן המלא שלהן; אנחנו לא צריכים להוסיף עוד ארגז של מוקשים לשולחן הזה.

● **איתן בן אליהו:** לעומת הגישה שהובאה כאן, שעלינו להניח בינתיים דברים בצד, להתמסר קודם לפתרון הבעיות העקרוניות ולהביא לידי גישור – אני סבור שצריך תחילה להתפנות למהלך שיש בו היבט חקיקתי, משום שמדובר בעצם לא בעניין משפטי, אלא בעניין פוליטי-חברתי.

אם המסמך שינוסח בסופו של התהליך ישמש כלי מסייע להתנהלות של החברה – מדוע שלא נתמודד אתו כבר עכשיו, נפעל כדי לייצר אותו, ועצם התהליך הזה יהיה האמצעי לייצר את הגישורים שרות גביון מחפשת. זאת אומרת, התהליך, כמו התוצאה, יהיה כלי מסייע למציאת הגישורים.

אני יודע שיהיה קשה מאוד לפתור את חילוקי הדעות העמוקים. אבל אני לא מתייאש. אני חושב שמתוך כלל הסעיפים שמסמך כזה צריך לכלול, עלינו לאתר את אלה שאפשר למצוא בהם התחלה של גישור, ואת היתר להשאיר כמשבצות ריקות; וזה הרי מה שאנחנו עושים בפועל מאז הקמת המדינה. על-ידי כך נתחיל להיות מחויבים לתהליך. עצם המפגש אתמול ועצם ההקשבה לדבריהם של הרב גפני ושל הרב יצחק לוי, היה בהם תרומה רבה שנובעת מההתמודדות עם הנושאים ולא הרחקתם הצדה.

ואסיים בדוגמה: בסוגיית שוויון האישה לא התקיים דיון עקרוני, אלא התחילו בקצוות. ההתנהלות של הדברים באופן כזה מרגילה את החברה לנושא, מלמדת ומחנכת את החברה, ולאט לאט מגיעים לפתרונות. שהרי כמו שכבר אמרתי, הדיון האמיתי בשאלת הזכויות והחובות יתקיים בפועל כשנאכוף גם את החובות. הייתה לי הזכות להעניק 'כנפיים' לאלים מילר, וכל פעם חזרו ושאלו אותי: 'תגיד, היא גם תטוס בפעולות מבצעיות?' אני לא מבין בכלל את השאלה הזאת. חיל האוויר הוא לא איזה קלוב תעופה שנותנים שם הזדמנות לטוס לאלה שחותרות למען שוויון האישה; הרי

להכשיר טייס עולה שני מיליון דולר. היא התנדבה לזה עם כל החובות שכרוכות בכך, היא תעשה כוננות והיא תטוס בלבנון והיא תטוס לעיראק והיא תטוס לאירן.

● **יוסי אדרעי:** נדמה לי שהדבר החשוב ביותר שמוסכם על כולם הוא שאי אפשר להיות 'לעומתי'. ואסיים בסיפור קצר. אני מוזמן לא פעם לבתי ספר להרצות על זכויות אדם. מסתבר שאצל ילדים קטנים, כשמישהו קם לדבר הוא אומר 'כולם אמרו את זה וגם אני אומר את זה', וככל שעולים בסולם הגיל, קמים ואומרים 'אני לא מסכים עם מה שאחרים אמרו' ועם זאת אומרים בדיוק מה שכולם אמרו. כלומר, יש לנו איזה רצון, שמלווה אותנו כל הזמן, להיות 'לעומתיים', ואני חושב שהקריאה הכי חשובה שנשמעת בדיון שלנו היא 'חברים יקרים, בואו נוריד את הווליום ונתחיל להידבר ונתחיל להיפגש'.

אני מגדיר את עצמי כאדם דתי, כל הערכים הליברליים שלי שאובים מהמסורת היהודית, לא משום מקום אחר. אשר לשסע שנוצר כאן, כאילו ליברליזם הוא חד-משמעית נגד הרב גפני – אני דווקא התרשמתי אתמול שקיימת קרבה יותר מאשר שסעים. לכן אני חושב שהמטרה הכי חשובה היא להשקיע בחינוך ובהידברות ולכווץ את הקצוות, ולא לבצע חקיקה אלימה. רוב שכופה את רצונו על המיעוט באמצעות חקיקה, הוא בניגוד גמור לרעיון הבסיסי של חוקה שנועדה להגן על המיעוט. אסור לנו לנצל לרגע קט את היתרון הרובני שלנו ולבצע חקיקה שידוע לנום שאחרים עדיין אינם בשלים לה.

קבוצת דיון

יו"ר: פרופ' מעוז, אשר – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב

שמות הדוברים (בסדר אלף-ביתי):

- עו"ד גוברמן, שלמה – לשעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה
- מר דוד, יוסי – החוג למחשבת ישראל, האוניברסיטה העברית; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- מר דרומי, אורי – מנהל מחלקת פרסומים, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- ד"ר זילברשץ, יפה – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן
- ד"ר זלצברגר, עלי – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
- ח"כ יהלום, שאול – המפד"ל
- ד"ר כרמון, אריק – נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- השרה ליבני, ציפי – המשרד לאיכות הסביבה
- מר מירום, חגי – לשעבר חבר כנסת
- מר פרידריך, סמי – מנכ"ל שלדור בע"מ

- אשר מעוז: נושא הדיון של הקבוצה הוא הרחבה של הדיונים אמש במליאה, שכותרתם הייתה: לקראת השלמת פרק הזכויות. אולי נזכיר תחילה בקצרה את השתלשלות העניינים: מדובר בעצם בקו מתמשך שתחילתו באספה המכוננת, שהייתה אמורה לתת לנו חוקה, והיות והיא לא הצליחה בזה, היא החליטה על מתן החוקה פרקים-פרקים. בשלב הבא אירע מה שיהודית קרפ מכנה 'אטומיזציה של החוקה'. דהיינו, לא זו בלבד שעברנו לחוקי יסוד, אלא כשהובא הפרק של מגילת זכויות האדם והיה ברור שזה לא עובר בכנסת – אמנן רובינשטיין לקח את הצעת החוק של דן מרידור מהתקופה שהוא כיהן



כשר משפטים, חילק אותה לסעיפים-סעיפים והתחיל להעביר אותה בדרך של סעיפים-סעיפים שכל אחד מהם מהווה חוק יסוד.

למרות שהפתיח לא היה זהה לזה שבהצעה הכוללנית, הזכויות שהוא הציג היו אותן זכויות. כתוצאה מן האילוצים הללו, התקבלו זכויות שהן בגדר הצהרה יפה, כמו כבוד האדם וחירותו, או זכויות ממשיות כמו חופש העיסוק – שאינן קיימות אף במדינות רבות שיש להן מגילת זכויות כוללת (הוא לאו דווקא עומד שם בראש סדר העדיפויות), או זכות הקניין. כך ששתיים מהזכויות הממשיות הבולטות הן זכויות שלא נמצאות אף בחלק מהמדינות בעלות מגילת זכויות.

קעת נשאלת השאלה איך ממשיכים מכאן. גם מתוך הנחה שאין ויכוח על כך שנחוצה חוקה, עדיין אפשר לדון בשאלה האם מעוניינים במגילת זכויות האדם, ואם כן – מה עושים בקשר לכך. האם יוצרים יצירה חדשה? האם משלימים את חוקי היסוד הקיימים? האם מסתפקים במה שיש ונותנים למציאות להתפתח בעזרת בתי המשפט? כל האפשרויות הללו נמנו אתמול. אפשר גם 'לתפוס עמדה' בכיוון השני ולומר: 'על סמך הניסיון שהצטבר, אולי אנחנו מוותרים לגמרי על מגילת זכויות האדם'.

אני מציע שנחלק את הדיון לפי כל אחת מהאפשרויות הללו.

● **אריק כרמון:** כדי לחדד את הסוגיה, נאמר שעומדות לפנינו שלוש שאלות: האם להשלים; אם להשלים, מה חסר; ואיך משלימים. לפני שמתייחסים לתוכן, חשוב שנעמיד כנגד את המציאות שבתוכה אנחנו חיים. שמענו אתמול שני דוברים, את הרב יצחק לוי ואת הרב משה גפני, שלשמחתי לא הביעו התנגדות לתהליך, אבל בהחלט שיקפו דעה שרווחת בקרב ציבורים חשובים. בלעדי הציבורים הללו, שטוענים שהאמון שלהם נפגע, אי אפשר להשלים את התהליך. השאלה שאני רוצה להציג לדיון היא זו: במידה שישוקם האמון, ונניח שנגיע לאיזושהי הסכמה לגבי הפרשנות של החוקה, האם אז נפתחת הדרך, מנקודת מבטו של הציבור הזה, להשלים את פרק הזכויות? זו שאלה פוליטית.

יש שאלה נוספת, חשובה בהרבה, שבה המציאות הפוליטית מתחברת, לדעתי, אל הצד המהותי, שאלה שצריכה להיות חלק מהשיח הפוליטי שלנו והיא: האם אנחנו, ברוח הדברים שהציעה אתמול רות גביזון, לוקחים את נוסח האמנה הבינלאומית כפי שהיא ומאמצים אותה, בלי לאפשר ביקורת שיפורטית?

מבחינת ההיבט התוכני, חשוב מאוד להביא בחשבון את אופייה של החברה הישראלית, שאיננו סטאטי. מעבר לעובדה שאנחנו חברה שסועה, ממילא גם מלאה קונפליקטים, אנחנו לא רואים בעתיד הנראה לעין איך החברה הזאת מתייצבת, איך היא מתגבשת, ואיך אפשר יהיה למפות ולאפיין אותה בתור שכזאת. אחת השאלות החשובות, במיוחד כשמדובר על סוגיית הזכויות, היא איך מגילת הזכויות, או השלמת פרק הזכויות במציאות הנוכחית, תורמות לגיבוש החברה, ליצירת הקוהרנטיות של החברה וכו'. לשם המחשה, לפחות מהיבט אחד – מאז תחילת שנות ה-60 עלתה ארצה כחמישית מאוכלוסיית ישראל, והפערים החברתיים גדלו מאוד, ונשאלת השאלה: האם יש בפרק הזכויות כדי להתמודד עם המציאות הזאת.

כלומר, יש פה שני נתונים, שתי מציאויות, שלדעתי צריכות להנחות את שיקול הדעת שלנו. האחת פוליטית – באיזו מידה המציאות הפוליטית מאפשרת להתקדם ומה התנאים שצריך להתחשב בהם כדי להתקדם במציאות הפוליטית; השנייה תרבותית-חברתית, והיא שמציבה אתגרים בחלק התוכני.

● **אשר מעוז:** אריק כרמון דיבר על יצחק לוי ועל הרב גפני. בהקשר זה כדאי להזכיר שנשיא בית המשפט העליון הביע לא פעם תדהמה, שדווקא קבוצות המיעוט באוכלוסייה הן המתנגדות למגילת זכויות האדם שנועדה להגן בעיקר עליהן. המצב הנורמלי הוא שהרוב אינו זקוק למגילת זכויות ואינו חפץ בה שכן היא רק עלולה לכבול את ידיו. אצלנו המצב הפוך, וזוהי תופעה מעניינת.

● **אריק כרמון:** חברי הכנסת לוי וגפני הצביעו בשעתו בעד שני חוקי היסוד האלה, ואתמול הם אמרו: 'כשהצבענו, לא ידענו לאן אנחנו נופלים'. גפני הביא את הדוגמה המאוד מובהקת: ברגע שסיימו את החקיקה, באה קבוצה והגישה בג"ץ בנושא 'חוק הבשר'... במילים אחרות, אנחנו חיים במציאות לא רציונלית, במציאות שבה נוצר חוסר אמון כלפי הגורם המפרש. לכן אני שואל – מבלי להיכנס כרגע לשאלה מה צריך להיות אופיו של הגורם המפרש – האם עשויים להיווצר תנאים שבהם האמון ישוקם ואז אפשר יהיה ללכת קדימה? זו הייתה אחת משתי השאלות שהצגתי קודם.

● **אשר מעוז:** למרבה האירוניה, יצא שלקחו דווקא את הזכות שלגביה לא חששו מכלום, חופש העיסוק, ובאמצעותה

הכניסו פירוש בעייתני. זה מה שהרס את האמון ו'תקע' את המשך החקיקה.

● **שאל יהלום:** אשר מעוז שאל אם ישוקם האמון — והתשובה היא בהחלט חיובית. אנחנו מאוד רוצים חוקה, ואנחנו מאוד מוכנים לה. השאלה היא מה פירוש 'ישוקם האמון' והאם יש סיכוי שישוקם האמון; האם יש בכלל סיכוי, בדור שלנו, שישוקם האמון, וזאת בגלל השקפותיו ומעמדו של בית המשפט העליון. ואתן דוגמה: קבוצה של עשרות חיילים קרביים בחיל השריון פנתה במכתב לכמה חברי כנסת ואמרה להם: 'הצילו! מסתבר שיש היום תופעה שבנות משרתות בחיל השריון בתפקידים קרביים כמדריכות. אומרים החיילים בשריון — הם חיילים דתיים, בני ישיבות — שמשמעות ההדרכה היא שהבת תיכנס עם הבן לתוך גוף הטנק, לפעמים עם שני בנים; כלומר, מגע גופני מאוד הדוק. החיילים האלה באים ואומרים: 'כל דרכי ההתנהגות שחונכנו עליהם הן לא להגיע למצבים כאלה.' אז הם בתמימותם שולחים את המכתב לדן מרידור (גם אני קיבלתי דרך אגב את המכתב), וכשהוא סיפר על המקרה, חשבנו, אני ועוד כמה חברים לידי, שהוא נותן דוגמה איך באמת אפשר לעזור לחיילים האלה. ומה הוא אומר בסופו של דבר? 'האם במדינה שחורה כזאת אתם רוצים לחיות? שחיילים וחיילות לא יוכלו לשרת יחד ביחידה אחת?' כלומר, הוא הביא דוגמה להגנת זכויות הפרט של המדריכה החיילת, במקרה הטוב, והמקרה הזה הוכיח, לפי השקפתו של מרידור, שהמיעוט לא זוכה בהגנה.

ועוד דוגמה: הייתה לנו בעיה מאוד קשה עם עבודה בשבת; תחומים רבים שקשורים בעבודה בשבת, יוצא שהם סגורים בפני אנשים דתיים. מה זה הגנה על מיעוט? שאסור לפטר; אבל במקרה הזה פשוט לא מקבלים אותם לעבודה, ומוצאים כל מיני תירוצים. בשנות חיי הפרלמנטריות טיפלתי בעשרות מקרים כאלה. לדוגמה: כשהייתי שר התחבורה, הרבה בנות דתיות לא יכלו לקבל עבודה בידיוטי פריי. אמרו להן: 'יתקבלו רק אם תעבדו בשבת.' הרבה בנים לא יכלו לעבוד בשמירה וכו', ואינני מדבר על תחומים חיוניים שבהם, כמובן, מותר לעבוד גם בשבת. השאלה היא: האם החוקה תגן עליהם או לא. יכול להיות שיקום דן מרידור ויגיד: 'אם בגלל ההגנה הזאת, נצטרך לסגור חנויות בשבת, יצא שמפלים בתחום המסחר.' אם יתקבל שיש איזה תחום שמקפידים שלא יעבדו בו בשבת, לקיים ככתבו וכלשונו את חוק שעות העבודה והמנוחה — יקום דן מרידור ויגיד: 'במדינה שחורה כזאת אתם רוצים לחיות?' דן מרידור הוא אדם

מאד רציני והגון. אבל אם יתנו לו לעשות את החוקה ולהגן על המיעוט, אנחנו לא נקבל הגנה. זאת הבעיה הראשונה. בעיה מהותית. מישהו אתמול קרא לזה 'דיקטטורה תרבותית'.

● **אריק כרמון:** דן מרידור הוא לא בית המשפט העליון, ובשני המקרים האלה אני לא בטוח שבג"ץ יחליט כך.

● **שאלו יהלום:** אבל בית המשפט העליון הוא לא זה שיחבר את החוקה.

● **יפה זילברשץ:** אבל עדיין יש לו את רשות התיקון.

● **שאלו יהלום:** במקרה הטוב. עכשיו אנחנו מגיעים לבעיה של בית המשפט העליון. איך נפגע האמון? האמון לא נפגע על-ידי חוק הבשר. האמון נפגע כבר קודם מהתגללות הנושא של הגדרת המדינה. כידוע ב-1992 הייתה שמחה גדולה במחנה לוי-גפני: הצליחו להכניס את נושא המדינה היהודית (החוק שאמנון רובינשטיין הציע היה 'דמוקרטי' בלי 'יהודית'). אמרו, עכשיו פתרנו את הבעיה, יש פשרה – 'יהודית-דמוקרטי'. כשזה הגיע לשופט אהרן ברק והיה עליו לבדוק מה פירוש 'דמוקרטי', הוא בדק במאות תקדימים בארצות המערב 'הנאורות', וכאשר הוא הלך לבדוק 'יהודית' – ואנחנו בתמימותנו ובאמון שלנו חשבנו שהוא ילך לרמב"ם וילך לשולחן ערוך, וילך לגמרא וימצא גם 200 תקדימים ויעשה אינטגרציה; אין לנו התנגדות לאינטגרציה בין פסיקות בית המשפט באנגליה ובין 'שולחן ערוך' – מה הוא עושה? הוא לוקח חמישה עקרונות מופשטים שיכולים להסתדר עם כל חוקה ולהתחבר אתה, אבל אין בהם כלום מהמשפט העברי.

ולכן הבעיה היא זאת: נניח שמחר אנחנו מקבלים חוק יסוד, ובחוק יסוד זה יהיה כתוב – 'יהודית פירושו המשפט העברי'. האם בית המשפט, בגלל השקפתו כרשות המפרשת, לא ימצא איזה חמישה עקרונות פרשניים סבירים – הוא יעמוד על חוק הסבירות, הוא יעמוד על אלף עקרונות – ויגיע למסקנה שהוא בכל זאת נשאר ב'דמוקרטי' ולא ב'יהודי'? אם נגיע למצב שבאמת נהיה בטוחים שלוקחים את הרמב"ם ואת החוקה האמריקאית ועושים אינטגרציה – אנחנו בעד. אבל צריך להיות ברור שזה מה שהולכים לעשות, שלא הולכים להזניח לגמרי את כל השקפת היהדות. וכאן, בסוגריים, נכנס נושא בית המשפט לחוקה; באים ואומרים, אם לא בעזרת הרשות המבקרת המפרשת של בית המשפט העליון, אולי נקים מוסד אחר.



● **אשר מעוז:** שאלה אחת קצרה: במצב הקיים, אתה בעד הקפאה? לעצור את מה שעשינו...

● **שאלו יהלום:** כן. מה שעשינו בשמונה השנים האחרונות.

● **אריק כרמון:** אבל אם נניח שייפטר העניין הזה, לא משנה לך באיזה כיוון? יש לך איזו דעה לגבי שאלת הזכויות?

● **שאלו יהלום:** אתה מתכוון – האם אז הזכויות צריכות להיכנס? בוודאי צריכות להיכנס. אני לא רוצה לפרט.

● **עלי זלצברגר:** אפשר לשאול עוד שאלה? נניח שבית המשפט העליון היה מורכב מ-12 מנחם אלונים; פשוט תבדקו מה המקרים שבהם הייתה מחלוקת בין השופטים אלון וברק. בנושאים שנוגעים אליכם – לגבי הרטוריקה אתה צודק, אך לגבי התוצאות בפועל, אין כמעט הבדל בין שופטים דתיים לשופטים לא-דתיים, אולי רק באופני ההנמקה.

● **יפה זילברשץ:** מה שעלי זלצברגר אמר הוא נכון ברוב המקרים. אמרתי לפרופ' מנחם אלון בשיחה בינינו: 'אני קוראת את הפסיקה שלך ואת הפסיקה של ברק, אני עושה טבלאות לעניין התוצאות, ובמקרים רבים הרטוריקה שלכם שונה, אבל התוצאה שלכם שווה!'

בנושא כמו נישואין חד-מיניים, או זכויות של בני זוג חד-מיניים – אני לא חושבת שאלון יכול היה לפסוק כפי שפסק **בשקדיאל**. **בשקדיאל** הוא התיר לאישה להיות חברת המועצה הדתית, אך לא בכל נושא יש לו האפשרות להעניין. הגבולות שלו הם עד כמה פסיקתו מתיישבת עם ההלכה היהודית. כלומר, אלון הוא חדשן והוא דווקא דוגמה נפלאה לתרומה שיכול לתרום שופט שבקי בש"ס ובפוסקים.

הוא פתוח, הוא נקט צעדים אמיצים מאוד. אבל בעניין נישואין חד-מיניים – זה בגדר "ייהרג ובל יעבור" ליהודי דתי. אין לצפות, אפילו משופט כמו אלון, שיגלה עמדה אוהדת לכך.

● **יוסי דוד:** הייתי רוצה להתחיל בציטוט שהביא היו"ר כרמון מדברי אהרן ברק, שיש אבסורד בכך שדווקא המיעוטים דוחים את החוקה. אני חושב שזוהי אמירה רטורית, שנובעת מחוסר-רגישות ואי-הבנה של צורכי המיעוטים, ובמיוחד כשהיא נטענת על-ידי הרוב. הכול טוב ויפה לו המיעוט היה זה שדורש את החוקה

להגנתו. אולם העובדה היא שהחוקה שנועדה לשרת את המיעוט איננה רצויה על ידו. (הקהילות היהודיות בגולה התנגדו לאמנציפציה שהיוותה איום על עצם קיומן, למרות שהרוב חשב שזוה דבר ראוי שרק יקדם את מעמדן וכו'). אני חושב שכדאי להסתכל על הבעיה מהנקודה הזאת, לנסות ולראות מה מאיים בחוקה ולהכיר בכך שיש בחוקה איום על המבנה המסורתי של הקהילות ועל אורח חייהן. כדי להתקדם, צריך לחשוב איך מסלקים את האיום הזה.

הערת אגב: אינני בטוח שטכנית אפשר להפוך את מקורות ההלכה למקורות המשפט. האם באמת היינו רוצים ששופטי בית המשפט העליון יפרשו את הרמב"ם או את 'השולחן הערוך'? זה לא אינטרס דתי משום בחינה. שאלת מקורות המשפט היא סבוכה ובעייתית, וחבל שכל הדין יתמקד בנושא הזה, וחבל גם שאנחנו ממקדים פה את שאלת החוקה בשופטים ברק ואלון; הם לא תמיד יהיו בבית המשפט העליון, למרות חותמם המשמעותי.

לשאלה איך מתקדמים הלאה – אני חושב שצריך לסלק את המוקשים הכבדים יותר ועל-ידי כך לסלק את האיום. כלומר, אם תובטח, בראש ובראשונה, הגנה על האינטרסים הדתיים, אם המגזר הדתי יהיה בטוח שאף גורם שלטוני או ממסדי לא יוכל להחיל את עקרון השוויון בצורה שתפגע במסגרת החיים הדתיים, המסורתיים. אני חושב שניתן לשקם את האמון ולהתקדם הלאה.

● **אשר מעוז:** השאלה היא אם המיעוט יסתפק בכך שנותנים לו אפשרות לקיים אורח חיים לפי ראות עיניו, כי האמנציפציה מאיימת עליו; האם הוא יסתפק בכך שדן מרידור יוכל לנהל את חייו לפי השקפת עולמו ושזו תהיה השקפת העולם של המדינה, ולו יגידו: 'אתם מיעוט, במאה שערים תעשו מה שאתם רוצים'.

● **שאול יהלום:** אתה למעשה בא ואומר: 'אם יובטח שאצל הנח"ל החרדי אוכלים כך וכך, מקפידים על אמות מידה כשרות, הכול מנוהל על-ידי בנים, הרבנים נותנים שם שיעורים – בסדר, אפשר להמשיך'. אולי במחנה של גפני יקבלו את זה בעין יפה, אבל המחנה הדתי-לאומי בוודאי לא, כי הוא נגד הסתגרות. הוא רוצה שישמרו זכויותיו בכל רחבי המדינה.

● **יוסי דוד:** הזכויות יישמרו, הבעיה היא האספקט הציבורי. משום שהשאלה היא האם באמת יש פה איום על הלכות החיים המסורתיות. אם מסלקים את האיום הזה, הוויכוח על



הסדר הציבורי יוכל להתקיים בנושאים כמו מה יהיה צביון שבת, מה יהיה הצביון בימים אחרים, מה יהיו הסמלים של המדינה.

● **אשר מעוז:** בנקודה זאת אני רוצה לשאול אתכם: דווקא אותו פסק דין שטרפד את המשך החוקה, 'חוק הבשרי', במה הוא איים? גפני לא יאכל בשר לא כשר וגם לא שאול יהלום. זה בעצם לא היה מאבק על זכויות המיעוט. זה היה מאבק על הספירה הציבורית.

● **יוסי דוד:** אבל הוא נגע בסטטוס-קוו.
 ● **שאלו יהלום:** אבל הסטטוס-קוו הוא לא חלק מזכויות האזרח.

● **יוסי דוד:** אני לא מדבר על זכויות האזרח. אני מדבר על איום על המסגרות הקיימות. ברגע שיש סדק אחד בסטטוס-קוו, זה מאיים.

● **עלי זלצברגר:** במגילת זכויות יש זכויות קבוצתיות, גם אם בראש ובראשונה היא נועדה להגן על הפרט. כשמכירים בזכויות של הומוסקסואלים, אין בזה פגיעה בזכויות הפרט של אנשים דתיים, יש בזה הכרה בזכויות הפרט של הומוסקסואלים.

● **אריק כרמון:** אבל הוא טוען שיש בזה גם פגיעה בפרהסיה.

● **עלי זלצברגר:** זה בדיוק העניין; הוויכוח הוא לא על מגילת זכויות. הוויכוח הוא על כפייה דתית. נכון?

● **יוסי דוד:** הוויכוח הוא על צביון המדינה.

● **יפה זילברשץ:** הכול שאלה של טרמינולוגיה.

● **שלמה גוברמן:** אני הייתי הממונה על החקיקה בזמן חקיקת חוקי היסוד, ואני סוחר אתי את המטען הזה. אני רוצה לשאול את ח"כ יהלום: 'מיהו המרוויח?', אבל בעיקר – למה מענישים את עם ישראל על-ידי זה שלא משלימים את ההגנה על זכויות יסוד אחרות? אני לא מקבל את הטענה שכאלו הציבור הדתי הוכשל, הוטעה בעת שנחקקו חוקי היסוד הללו – הם ידעו בדיוק לקראת מה הולכים. אבל כעת חוקי היסוד קיימים, ובית המשפט העליון, הוא, ואין בלתו, שמופקד על פירושם והחלתם, בין אם אנחנו רוצים בזאת ובין אם לא.

נוצר מצב שיש לנו כמה זכויות מוגנות, וזכויות אחרות שאינן מוגנות. הרשימה של הזכויות היא אינסופית, אבל לקחנו את הזכויות שמקובל לכלול בחוקות כמו: חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, חופש התהלכה וההפגנה. למה למנוע הגנה זאת מהציבור? את מי מענישים? בעיכוב החקיקה של חוקי היסוד האלה יש תהליך המסכן את הציבור. המחלוקת בשאלה מי מפרש את החוקים היא לגיטימית, וצריך לברר אותה. אבל למה למנוע חקיקה של עוד כמה חוקי יסוד? זה כמו נקמה בפרעושים – שורפים את המיטה.

אני רוצה להזכיר, שבנוסח שהוכן במשרד המשפטים בהנהגתו של דן מרידור, הייתה הוראה חד-משמעית, שכל מה ששייך לזכויות האדם לא יפגע בדיני נישואין וגירושין. כלומר, החשש שמא הוספה של סעיף שוויון תפגע ותערער את יסודות הנישואין – בהם גם הנישואין המוסלמים והקתולים שאין בהם שוויון בין בני הזוג – היא חסרת יסוד. יש קונסנזוס שלם ומוחלט שזכויות האדם לא יפגעו בדיני נישואין וגירושין.

לי יש נקודת השקפה אחרת, שאולי מתאימה לציבור הדתי, ובוודאי לציבור הדתי-לאומי. כוונתי לכך שמה שחסר להשלמת החוקה, לדעתי, הוא לא רק השלמת ההגנה על זכויות היסוד של האדם, אלא חיוני לחוקק חוק יסוד בדבר זהותה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, כמדינה ציונית וכמדינה דמוקרטית. לדעתי, אין לקבוע את המושג 'דמוקרטיה' בחוקי היסוד רק בהקשר של התגוננות ובדרך אגב או תוך אזכור ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – אלא לקבוע את הדבר בצורה פוזיטיבית, דהיינו שמדינת ישראל היא מדינה יהודית, ציונית שמכבדת זכויות אדם ומגינה על המורשת של המיעוטים ומכבדת אותה.

אילו היה לנו חוק יסוד אסרטיבי כזה, היו נעלמים הרבה ספקות, ויכוחים ותהיות. למשל, חקיקה בדבר איסור ייבוא או מכירה של בשר חזיר – אינני מעלה על הדעת שביט משפט בישראל היה מבטל את החקיקה הזאת גם אם רבים מתושבי מדינת ישראל, יהודים, נוצרים ומוסלמים, אינם בוחלים בבשר חזיר, שכן יהדותה החוקתית של מדינת ישראל די בה להצדיק חוק האוסר את החזיר.

● אשר מעוז: אבל דווקא בחוק חופש העיסוק,

יש לך את היהודית, וזה לא מנע.



● **אריק כרמון:** לא, אבל בכינוס הבא שלנו אנחנו מתכוונים להביא הצעה לפתיח לחוקה שיטפל בדיוק בסוגיה שאתה מעלה.

● **שלמה גוברמן:** כעת, ברשותכם, כמה הערות להצעתה של פרופ' גביון מאמש, בדבר אימוץ אמנה בינלאומית. במשך כל כהונתי במשרד המשפטים, כאשר אימצנו אמנות בינלאומיות בחקיקה שלנו, העדפנו שלא לקבל את הנוסח של האמנה כמות שהיא, אלא התאמנו את החוקים שלנו לאמנה. הסכנה של אימוץ אמנה בינלאומית היא גדולה מאוד, משום שאמנה כזו, כמעט תמיד, מנוסחת כמניפסט. היא מנוסחת כמו פרוגרמה פוליטית, כמו מסמך פוליטי, ולא כמסמך משפטי. למשל, בהכרזה לכל באי עולם מ-1948 מדובר על זכותו של כל אדם להינשא ללבבו. כמובן שהוראה כזאת, אילו הייתה מתקבלת בחוק שלנו, הייתה פוגעת בענייני היתר ואיסור נישואין וגירושין.

● **יפה זילברשץ:** לכן הסתייגנו מזה, כי זו אמנה פוליטית.

● **שלמה גוברמן:** בדיוק כך. אחרי האמנה מ-1948 ישנה האמנה האירופית שהיא הרבה יותר מתקדמת; אז מוטב לקחת ניסוחים יותר חדישים. כך או אחרת, הייתי מציע לא לקחת אמנות בינלאומיות כפי שהן; זאת יכולות להרשות לעצמן מדינות באפריקה או באסיה. לאף אחד שם לא אכפת אם אין מקיימים את הוראות האמנה. לנו מאוד אכפת.

● **חגי מירוס:** אני חושב שאנחנו צריכים להיות קצת יותר מעשיים, כי אין גבול לשאלות שאפשר להיכנס לעומקן כאן, והדיון על בית המשפט העליון כמפרש חוקה הוא דיון שיכול להתפרס לצדדים ולהתפרש לכאן ולכאן, והפסיקות של השופט אלון מול הנשיא ברק גם הן ניתנות לפרשנויות כאלה ואחרות. אבל לא זה העניין.

אני משתדל להיצמד לשאלות שאנחנו צריכים לתת להן תשובה סביב השולחן הזה. השאלה הראשונה, 'האם להשלים', היא לא קלה ולא פשוטה, משום שלכאורה יאמרו המצמצמים: 'יש לנו די ואפשר להסתדר עם זה. צריך לארגן, לערוך ולהסתפק בשלב זה בחוקה על בסיס הקיים'. ומה שקיים הוא שני חוקי היסוד החדשים יותר, חוקי הממשל שגם הם מעוגנים בחוקי היסוד, והייבוא של מגילת העצמאות אל תוך החקיקה – שבעצם יכול להוות מראית עין של חוקה – וכאן בעצם כבר נעשתה

העבודה של יצירת קודכס שהוא קודכס-חוקה, בלי להיכנס לשינויים מפליגים. נעשתה עבודה שהיא כמעט טכנית, אבל לא רק טכנית, מפני שככל מלאכת ניסוח יש בה הרבה מאוד. לפי דעתי, צריך לאמץ את עקרון הדו-שלביות. דהיינו, בשלב ראשון, הליכה במתווה שהחל בו הצוות כאן ולנסות להביא למצב שהכנסת תאשר אותו כחוקה. היתרון הוא שאין כאן רמיסה או דריסה של ערכים שמיעוטים שונים, לרבות דתיים חרדים, לא יוכלו לחיות אתה. מאידך גיסא, יש כאן אמירה מפורשת, מראית עין, אווירה ציבורית, חינוך לקיומו של קודכס חוקתי, להבדיל מחוקים ואפילו מחוקי יסוד.

לכן אני חושב שאת המאמץ הראשון צריך להקדיש לניסיון לקחת את הקודכס הזה ולהעביר אותו דרך הרשות המכוננת. הרשות המכוננת, בעיני, היא הכנסת; אני לא רואה חליפין לה, לא תקום רשות חלופית אחרת. הכנסת יכולה לאמץ את המסמך הזה וליצור משהו שלכאורה אין בו חדש, אבל למעשה עצם ההכנסה, השילוב של כל מה שהושג עד כה תחת קורת גג אחת המכונה 'חוקה' – עצב הכינוס מעניק לאוסף הזה סטאטוס שמעל חוקי היסוד. השלב השני הוא ההשלמות. נראה לי קשה, עד בלתי אפשרי, לבצע את הכול 'במכה אחת'. מצד שני, אי אפשר להשלים עם אי-קיומם של פרקים כל כך חשובים, כמו חופש הביטוי, או חופש הדת והחופש מדת, או חופש ההתאגדות. או למשל ערך השוויון, שאינו מעוגן כיום בצורה יסודית ומחייבת ונותר כאיזה ערך פרשני שבית המשפט יוצק לתוכו את התכנים. גם זכויות במשפט או זכויות חברתיות הן נושאים שאי אפשר ולא צריך להשלים עם אי-צירופם.

חשוב מאד לקדם את המהלך הזה, ובדברי הסבר או בפתיח או בכל מקום אחר צריך שייאמר שטרם הושלמה החוקה עד תומה ושיש פרקים שעדיין לא הגיעו לידי גמר, מפני הקושי החברתי, הפוליטי, הפנימי במדינת ישראל, וגם בגלל המצב המדיני שהיא נתונה בו. זאת איננה בושה, וזה טוב יותר מאשר לדרוך במקום.

הערה נוספת חשובה: אני מאוד מחשיב את ההידברות. יצא לי להיות עם שאול יהלום ועם יצחק לוי בוועדת החוקה, בתקופה שקרו שם כמה שינויים, ואני חושב שהם פרטנרים. אבל בכל הכבוד הראוי – אם הם ייסגרו את הדלת, צריך יהיה לנסות לפתוח אותה עם אחרים. כי יש איזשהו גבול ליכולתם של מדינה דמוקרטית-ליברלית ושל הציבור שאני חלק ממנו (והמכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מהמובילים במגמה זו) להשלים עם אי-כניסתם של נדבכים כל כך חשובים לתוך ספר החוקים.



● **סמי פרידריך:** אני לא כל כך מעורה בנושאים האלה, אני שייך באמת לפריפריה מבחינת העיסוק. אבל כאזרח, אני מוצא את הדו-שיח שמתרחש כאן כמשקף מצב מאוד קשה ועגום. הייתי מבקש להתמקד בעיקר בכמה אלמנטים תהליכיים. כללית, אני מסכים עם מה שאמר, למשל, חגי מירום לגבי ההישג המידי. עם זאת, בדרך להשלמה, צריך דווקא להיכנס לעובי הקורה בהיבטים שאינם היבטים פרקטיים, אלא יותר היבטים תורניים או עקרוניים.

מדברים הרבה על מיעוט ורוב, כאילו יש כאן רוב, הייתי קורא לו ירוב מרידורי, ויש מיעוט שבעצם נסחב ושצריך להגן עליו. אינני בטוח שהתיאור הזה משקף מציאות; גם לא ברור איפה הרוב הזה נמצא. יכול להיות שקול שנשמע בקהילות מסוימות, במדינות מסוימות, נשמע יותר כשהוא בא מהכיוון של מרידור; אבל אני לא יודע מי מרגיש מיעוט, אני לא יודע אם מרידור עצמו לא מרגיש מיעוט.

אני חושב שחייבים לצאת מהתפיסה הזאת כאילו האחד יוזם והשני נגרר, כאילו יש כאן רוב והמיעוט הוא שעוצר. כך לא נוכל להתקדם. צריך לשבור את המסגרת הזאת וללכת יחד. יש פה אתגר לשני הצדדים. האתגר לאותו חלק שעד היום נתפס כנגרר, הוא ליזום. לא מתקבל על הדעת שהיזמה בכיוון של חקיקה תבוא רק מכיוון אחד. יש די והותר חלקים חזקים מבחינה אידיאית ומבחינה ערכית, מבחינת ההזדהות עם המטרות הכלליות של מדינת ישראל – גם מהכיוון השני.

ברגע שיש יזמה מכל הצדדים, אז השאלה האם יש מישהו מוביל, מישהו נגרר ומישהו עוצר – הופכת לשאלה משנית. למשל, לגבי הפתיח שאריק כרמון דיבר עליו לקראת המושב הבא של המועצה – כתיבת הפתיח הזה צריכה להיעשות בצוותא.

● **אריק כרמון:** יש פה ויכוח מאוד ברור, וכדי להמחיש אספר לך שלפני שנתיים קיימנו דיון בדלתיים סגורות במסגרת סדנה שהשתתפו בה יצחק לוי, עבדך הנאמן, דן מרידור, מרדכי קרמניצר והשופט שמגר. אני ויצחק לוי העלינו הצעה לגבי סוגיית הביקורת השיפוטית. אני לא רוצה להעלות אותה עכשיו, אבל אתה שומע מיהלום ומלוי ומאחרים – הנה המפתח. תנו לנו את המפתח הזה, ונסללה הדרך. נעשה את זה יחד. הם אומרים: 'אנחנו רוצים לשבת אתך ולנסח. אנחנו רוצים שאתה תהיה אמפתי לבעיות ולקשיים שיש לנו. שנגיע לסוגיית השוויון ונחשוב יחד איך פותרים את זה. אבל קודם כול בוא ונשקם את



סוגיית האמון'. כלומר, אנחנו יודעים איפה המפתח, אנחנו יודעים איפה המעקש, אנחנו יודעים איפה הבעיה.

● **סמי פרידריך:** בסדר, אבל אני נמצא כאן, אני לומד את זה כרגע, והמצב שאני פוגש כרגע, הפרדיגמה שבה כולנו פועלים במשך היומיים האלה היא שיש רוב, יש מיעוט, יש יוזם ויש נגרר. בצורה כזאת אי אפשר להתקדם. חייבים לשבור את הפרדיגמה הזאת. אני לא יודע איך בדיוק עושים זאת. דרך אגב, דיברו כאן על פשרה בין זרמים אידיאיים שונים. אני חושב שלא מדובר בפשרה. מדובר על אינטגרציה, וזה דבר שונה לגמרי; זה יצירת דבר חדש מתוך האלמנטים השונים. פניה עוז דיברה אתמול על יסוד ערכי שממנו יוצאים לדרך עם השלמת החוקה, וזה היסוד הליברלי. אלא שהיא מתארת את היסוד הזה כאילו יש בו איזה היבט אלים, מין אגרסיביות ראשונית, עמדת יציאה שצריך להצהיר עליה במפורש ומשם ואילך הכול יתנהל בצורה מסודרת. בנשימה אחת היא אומרת, שבדתות יש יסודות שסותרים בסופו של דבר את הגישה הליברלית.

אינני יודע אם הקביעה הזאת נכונה, אבל גם אם זה נכון, זה לא צריך להפריע. כי בסופו של דבר המשטר שאנחנו מעוניינים בו סובב סביב התפיסה של מדינת לאום ולא של מדינת דת. הלאום הוא המפגש בין הליברליזם ובין הדת היהודית. יש דבר שנקרא 'הלאום היהודי', ונדמה לי שבלאום היהודי כולם יכולים להיפגש – הדתיים, החילוניים, הליברלים. מכיוון שאנחנו עוסקים במדינת לאום, לא צריך להגויס; בסך הכול הדת היהודית היא הדת היחידה שיש לה לאום אחד בלבד, ויש קשר בין הדת והלאום, קשר חד-ערכי, כי דרך המושג 'לאום', כל מה שנוגע למורשת, ליסודות הדתיים, יבוא לידי ביטוי בסינתזה עם הליברליזם הדמוקרטי.

אני באמת לא יודע איפה הבעיות נמצאות. אומרים שחוקה מאיימת על הקהילות, מאיים על אורח החיים. אני חושב שיש איזשהו מרחב שבסופו של דבר נותן לכל קבוצה את החופש להתנהג כרצונה. זה שייך לתפישה הליברלית, ואינני רואה מצב שבו פנייה של יהודי דתי לרב בשאלת הלכה, תיתפס כמעשה לא דמוקרטי.

● **שאל יהלום:** סליחה, השאלה היא האם, במקרה של החיילים והמדריכות-החיילות, תסרב פקודה או לא. אתן לך דוגמה נוספת: יחידה קרבית שוכנה ב'בית הלוחם' ביד אליהו, כדי לצאת בשבת בבוקר למרכז ת"א ולשמור שם, למשל ב'דיזינגוף סנטר'. ביחידה היו



עשרים חיילים דתיים, והם באו למפקד שלהם ואמרו: 'למרות שאנחנו דתיים, אנחנו מבינים שהדבר צריך להיעשות, אבל שיעשה במינימום חילול שבת'. התכנית הייתה שמשאית מפזרת את החיילים במקומות השמירה והחיילים הדתיים אמרו שיקומו מוקדם יותר ויגיעו למקומות האלה ברגל. המפקד סירב לאשר להם, ובאותו שבוע הם הועמדו לדין. הרבנות הצבאית התערבה, ובסוף הם לא נשפטו, כלומר אחרי התערבות פוליטית. תארו לעצמכם שהעניין היה מתגלגל לערעור לבית המשפט העליון.

● **סמי פרידריך:** אני אגיד לכם מה התגובה שלי לסיפור הזה: הוא מייאש אותי. נראה לי שאנחנו מעמידים על חודו של תער דברים שלא היינו צריכים להעמיד על חודו של תער. אני חושב שהמפקד היה צריך להיות חלק מתרבות של הבנה, ואני חושב שהחייל הדתי היה צריך לנהוג בצורה פרטית ולא מתוך התאגדות. דרך אגב, אני רואה בזה מעשה חמור; אסור להם לשבת כקבוצה ולהחליט בתוך מסגרת צבאית איך לנהוג. אני חושב שכל אדם צריך להתייחד עם מצפונו, עם גישתו, אחרי התייעצות עם הרב, ולהותיר את ההחלטה, את הסמכות הסופית, בידי המפקד בשטח. זהו העולם האידיאלי. כשכולנו 'מתחפרים' ומחדדים ואומרים: 'אנחנו חברה שסועה', אז באמת יש טון כזה. אני לא חושב שנפתור את הדברים האלה באיזשהו מסמך שיפורסם ויכתב באיזשהו מקום; אלא זה יהיה בצורת עוד קונפליקט ועוד קונפליקט ועוד הבנה. יש הרבה מאד בורות מכל הצדדים, הייתי אומר. אני מבין שאתה יכול 'לגלגל' המון סיפורים שבהם רואים איך עולם שהייתי קורא לו 'נורמלי', שיש בו צבא ומסחר וכדומה, פוגע באורח החיים הפרטי של מישהו שרוצה לחיות חיים דתיים. בגלל אורח חיו, האדם הדתי מקבל על עצמו לשלם מחירים מסוימים. אני חושב שהוא צריך לדעת את זה; זה היופי שבערכים.

בסך הכול אנחנו מגזימים בהבלטת הבעיות האלה ובהבאתן כסיבה וכתירוץ לא לקדם מעשים, שבסופו של דבר יהיו מאוד חשובים לא מבחינה דתית ולא מבחינה ליברלית, אלא מבחינה לאומית. אנחנו כאן בונים לאום, והאינטגרציה הזאת חיונית, ומי שיגורר רגליים ולא יוזם את בניית הלאום, חוטא.

אני רוצה להציע לכולם לא להתעצל, ללכת קדימה. האתגר, לדעתי, הוא לצאת מהפרדיגמה של מיעוט ורוב, יוזם ונגרר, והשבירה של הפרדיגמה הזאת צריכה להיות בעיקר מצד אלה שמזוהים כמיעוט וכנגרר; הם צריכים להיות היוזמים, ואז יש לנו סיכוי להתקדם.

● **יפה זילברשץ:** יש לי הרבה מאד הערות שנוגעות גם לדיון כאן וגם לדיון שהיה אתמול בערב.

ראשית, בקשר לדברים שאמר חגי מירום. אני חושבת שמהו שאנחנו לא יכולים לעשות כאן, או מה שאנחנו לא רוצים להרגיש, הוא 'נו-נו-נו'; כלומר, 'אם לא תשבו ולא תיקחו, תהיה קונסטלציה פוליטית ויהיה כך וכך'. כי מה שאנחנו עושים כאן הוא בדיוק ההפך. אנחנו באים ואומרים: 'אנחנו לא רוצים שום דבר מתוך קונסטלציה פוליטית. כאן מדובר בנפשנו, ואנחנו רוצים משהו שכולם יכולים לחיות אתו, מהפרת ועד החידקל – מבחינת קשת האנשים, לא מבחינת ההשתלטות הטריטוריאלית. אנחנו רוצים משהו מאוד רחב ומשהו בהסכמה'. והאווירה צריכה להיות בהתאם, גם אם היא לא כל כך פרקטית.

הערה אחת לפנינו עוז בנוגע לליברליזם. אני חושבת שגם גפני וגם לוי, כלומר החרדים, מוכנים לצאת מנקודת ההנחה של הרשימה הליברלית הזאת. הם רק מבקשים: 'בואו נראה מה אפשר לעשות אתה'. והראיה לכך היא שהם הצביעו בעד החוקים ב-1992 והם לא באו ואמרו: 'למה אתה לא מביא את התנ"ך, למה אתה מביא חוקים מאיזשהו מקום אחר'. לא זה שורש החשש שלהם.

אני רוצה לחזור להרצאה של רות גביזון ולהגיד שגם היא וגם אני איננו חושבות שהאמנות הבינלאומיות פותרות לנו את כל הבעיות. מה שאנחנו באות ואומרות הוא זה: 'יש כאן מסמך טוב. איך יודעים שהוא טוב? כי אתה קורא היום מסמך מ-1948 והוא מדבר אליך כאילו הוא נכתב אתמול'. אנחנו לא באים ואומרים: 'בואו נעתיק אותו, אלא בואו ניקח אותו כמודל בסיסי להתחלה'. ומדוע? כי הוא כולל את שלושת הפרמטרים של הזכויות המדוברות: הוא כולל את הזכויות הפוליטיות המרכזיות ואת הזכויות החברתיות והקולקטיביות המרכזיות. פרט לזאת, אמנם עוד לא חוקקנו את האמנות האלה כחוק, אבל התחייבנו כלפי משפחת העמים. זה לא אומר שאנחנו חייבים לקבל אותן כלשונן, אבל אנחנו מחויבים להשתדל שכל מה שנמצא שם, יקום.

עכשיו הערה מכיוון אחר: ההנחה שלי היא שצריך ללכת בכיוון השלמה, וכשנערכים לכך, אפשר לעשות זאת בשתי דרכים. דובר כאן על 'רזה' ושמך, ואני הייתי מציגה את זה אולי במילים אחרות: אפשר ללכת על עמימות ואפשר ללכת על חידוד. כיום, חמישים שנה אחרי קום המדינה ואחרי החוקים מ-1992, נראה לי שאת העמימות כאלמנט אפשרי כבר איבדנו, וצריך לחדד את העמדות ולצאת מכאן עם הסכמות כלשהן.



השאלה היא איך אנחנו באמת מקדמים את היעדר העמימות הזאת שיכולה לתת את הביטחון לאנשים. אז בוא ניתן קרדיט. כלומר, ניקח את הדברים שהם בנפשנו ונדבר עליהם, ננסה למצוא איזושהי נקודת הסכמה. עמימות אולי נוחה מבחינה זאת שאתה יכול לדבר ואני יכולה להצטרף אליך. אבל כאן צריכים להיות מעשיים; זה פשוט לא ילך, זה לא יעבוד.

● **עלי זלצברגר:** את 'עובדת' על עצמך. אם תבדקי מחקר אמפירי בחוקות העולם ומידת הצפיות של החלטות לגבי זכויות, תראי שאין שום התאמה. החוקה הכי עמומה בעולם זו החוקה האמריקאית, ובית המשפט העליון האמריקאי הוא הרבה יותר צפוי מאשר בתי משפט חוקתיים אחרים ובתי משפט עליונים אחרים. אין קשר בין העמימות של החוקה לבין הצפיות של החלטות אוכפיה. תלוי מי אוכף את החוקה.

● **אריק כרמון:** בית המשפט האמריקאי הוא פוליטי.

● **יפה זילברשץ:** בדיוק. והוא משתנה, ולכן הוא צפוי. זה כיוון אחד שצריך ללכת בו. במקביל, צריך לבצע חשיבה מחודשת בעניין האכיפה. עכשיו השאלה היא איך עושים זאת – האם בדרך שרות גביזון הציעה, כלומר רק נסכים על הקודכס ונניח את הדברים לתקופת הפנמה, או בדרך אחרת כלשהי? לי, אישית, עדיין אין עמדה מגובשת בעניין.

ועכשיו אני מבקשת לחזור לדוגמה של החיילים הדתיים והחיילות המדריכות, כי לדעתי זאת דוגמה מצוינת לכל מה שאנחנו מדברים עליו כאן בתיאוריה: הנרטיב של דן מרידור לעומת הנרטיב של שאול יהלום. דן מרידור דיבר על מד"סית שבסך הכול עומדת לפני החיילים, ובלבוש צנוע, ושאלו יהלום דיבר על מדריכה בתוך הטנק, צמודה לחיילים. כלומר, יש הבדלים מהותיים בהצגת הדברים, וכך או אחרת, אם מה שמתרחש הוא באמת לפי הגרסה של שאול יהלום, אני מניחה שכל היושבים בחדר הזה, גם אם אינם דתיים, לא היו מתלהבים מהעניין אם היה מדובר בבת או בبن שלהם.

בואו נאמר שבאמת מפריע לחייל שבחורה תעשה לו שיעור התעמלות. דרך אחת להגיב היא לבוא ולהגיד: 'איך חינכו אותנו? הם לא יכולים לחנך אותנו להתאפקות?' דרך אחרת היא לבוא ולהגיד: 'בסדר, יש לו עולם שונה משלי, אני חושב שזה עולם לא נכון, אני לא הייתי מחנך את הילדים



שלי בצורה כזאת. אבל אם זה העולם שלו, ולי זה לא מפריע, אני אאפשר שיהיה לו מד"ס ולא מד"סית! הרי הפתרון הוא כל כך פשוט. אז אני אומרת לא רק בצורה המערכתית, אלא גם בצורה האמיתית שבה משוחחים על הדברים – לכל אחד מהדברים צריכים להתייחס באיזו ענווה, מתוך איזה חוש מידה. ושמתיישרים לאיזשהו שיח שבמהותו הוא שיח ליברלי, עם אנשים מעולמו התרבותי של גפני, למשל, צריך מתוך גישה של ענווה לנסות להיכנס לעולם שלהם, לנסות להבין אותו וללכת לקראתם עד כמה שאפשר כדי שניתן יהיה להגיע להסכמה.

● **אורי דרומי:** גם אני רוצה להתייחס לשאלה שנשאלה כאן – האם להשלים את החקיקה, או האם להשאיר את המצב כמות שהוא, האם ללכת למשהו אחר, נגיד, הכרזה.

את השאלות האלה – האם להתקדם, האם להישאר במקום, או ללכת למשהו אחר – יש לבחון לפי שני צירים:

הציר האחד הוא לשאול את עצמנו למה אנחנו צריכים חוקה. נדמה לי שהשאיפה לחוקה נובעת מרצון למצוא איזושהי מסגרת שבתוכה כל הדעות, כל האידיאולוגיות, הנטיות והאמונות יוכלו לחיות יחד. צריך לבחון את הציר הזה על הרצף שבין לכידות, או סולידריות, או שמירה על איזושהי מסגרת משותפת, לבין הקוטב השני שהוא התפרקות; במילים אחרות, לבחון כל אפשרות על פני הציר הזה מצד היכולת להחזיק ולשמר אותנו יחד, היכולת לחיות יחד, או ההפך. אני רוצה להפנות את תשומת לבכם לכך שכל הזמן מדברים על בעיית הדתיים והלא-דתיים, אך איפה הערבים? ומה בנוגע לעובדים הזרים? אינני יודע אם אתם ערים למה שמתרחש בגרמניה: בגלל הדור השני והשלישי של תושבים ממוצא טורקי, יש ערים שבהן ראש העיר כבר טורקי. לכן השאלה הראשונה שצריך לשאול היא באיזו מידה חוקה תקרב אותנו ליכולת לשמור על חיים ביחד, ובאיזו מידה זה יפרק אותנו לגמרי.

הציר השני שצריך לבחון הוא מה אפשרי ומה בלתי אפשרי. כי אם נדון פה רק בדברים שהם משאת נפש ואין שום סיכוי שהם יתקבלו, אנחנו מבטלים את זמננו. אני שואל את עצמי – בית משפט לחוקה, שלכאורה הוא שעשוי לרכז כמה מהמחלוקות או להחזיר את האמון, מאיפה הוא יצמח? הכנסת תסכים שיעמוד מעליה גורם שיפרש את החוקים שלה? הרי כבר היום קיים איזה מתח בין הכנסת לבין בית המשפט העליון בשאלת האקטיביזם השיפוטי של בית המשפט. או אולי בית המשפט ימונה על-די גורם אחר, על-ידי ראש הממשלה?



● **אריק כרמון:** הטוב ביותר שהוא ימונה על-ידי הכנסת, ואלטרנטיבה אחרת היא שימונה על-ידי בית המשפט העליון. אבל לנושא הזה נחוץ לנו כינוס שלם.

● **אורי דרומי:** שני הצירים האלה – של סולידריות והתפרקות ושל אפשרי ובלתי אפשרי – מחזירים אותי לשאלה הבסיסית: האם ללכת הלאה ולהשלים? האם להשאיר את המצב הנוכחי? האם ללכת למשהו אחר? לדעתי, צריך להתקדם הלאה בחוקי היסוד ולעניין ברצינות בטיוטה שהכינו הפרופסורים קרצ'מר וקרמניצר. (ובמאמר מוסגר – הנה לכם צוות שאחד דתי ואחד חילוני; מרדכי קרמניצר הוא יותר אקטיביסט בעניין של החוקה, ודוד קרצ'מר, אני חושב, נוטה יותר למגילת הזכויות, והוא אומר: 'זה מה שנוכל להשיג.'). שמעתי בעניין גדול מה שאמרו השופט מאיר שמגר והגב' עדנה ארבל אתמול, וגם את דברי דן מרידור, על הערך החינוכי שבחוקי היסוד. כלומר, הרטוריקה השתנתה, אנשים פתאום מדברים על כך שלחוקי יסוד יהיה גם ערך.

אני גם מקבל את מה שחגי מירום אומר, שצריך להתקדם עם זה הלאה ולא רק להיבהל כל הזמן מהקשיים הפוליטיים או המוזדמנים.

● **עלי זלצברגר:** נניח שהיה מגיע הנה מישהו ממאוריטניה ושואל את ח"כ יהלום 'מה מעיק עליך?' וח"כ יהלום היה אומר: 'מעיק עלי שחיילים דתיים צריכים להיכנס לטנק עם בחורה צעירה, ומעיק עלי שמחייבים חיילים לנסוע בשבת על אף שהם הציעו ללכת, ומעיק עלי שאדם לא מתקבל לעבודה בגלל שהוא לא מוכן לעבוד בשבת' – האיש ממאוריטניה היה אומר לו: 'נחוצה לך מגילת זכויות, אתה צריך זכויות שיגנו על האנשים שלך, אתה צריך זכות לשוויון, אתה צריך זכות נגד כפייה דתית, חופש מדת וכדומה'. שלושת המקרים הללו מדברים על זכויות פרט במובן הצר של העניין, בלי קשר לצביון, בלי קשר לאופי של הספירה הציבורית. הבאתם של המקרים האלה אכן מעידה על משבר האמון החמור. אני בטוח לגמרי שבשלושת המקרים האלה בית המשפט העליון היה מכריע לטובת הצד הדתי. חייבים לכן לנקוט צעדים כדי להתגבר על משבר האמון הזה ולעשות טסטינג של בית המשפט העליון במקרים כאלה בדיוק; לא במקרים שמדובר בהם על צביון המדינה ועל ספירה ציבורית, אלא במקרים שמדובר בהפרת זכויותיו של המיעוט הדתי בענייני שוויון, בענייני כפייה דתית – ונראה איך בית משפט העליון יכריע.



המסקנה היא לא שאסור להיות מדריכות טנקים, אלא שצריך להגיע לפשרה – כאשר יש מדריכות טנקים וחיילים דתיים, שיימנעו מכניסה לטנק יחד. והמסקנה מהפרת השוויון לגבי עבודה בשבת היא לא שאסור להפעיל חנויות בשבת, אלא שאסור להפלות.

● **ציפי ליבני:** אני לא חולקת עליך בנוגע למסקנה האפשרית הטובה לחברה. אני רק לא בטוחה שאם ארצה לייצג את החיילת שרוצה את השוויון המוחלט בצבא, בית המשפט יחליט כמוך.

● **עלי זלצברגר:** נכון. אבל אני אומר – תבדקו. יש משבר אמון, תבדקו אם בשלושת המקרים הללו בית המשפט אכן היה מחליט נגדכם.

● **אשר מעוז:** כמו ביחוק הבשר'.

● **עלי זלצברגר:** לא, 'חוק הבשר' שייך לספירה הציבורית.

● **אשר מעוז:** אתה בעצם אומר: אם אתם מותרים על האגינדה הציבורית שלכם, אז נמשיך, אבל אם אינכם מותרים על הצביון – תשכחו מזה.

● **עלי זלצברגר:** לא. אמרתי שקודם צריכים לברר מה הטענות, לבדוק אמפירית האם הטענות מוצדקות ונכונות, ולא להגיד 'בית המשפט העליון היה מכריע כך או כך'. תלכו ותראו, תראו לי תיק משפטי אחד שבו מדובר בזכויות פרט של אדם מהמיעוטים – הדתיים – שבית המשפט העליון לא היה מסייע לו. נחוץ לנו איזה פרויקט שיחלץ אותנו ממשבר האמון.

במה שנוגע לחוקה ולמגילת הזכויות – א. אני חושב שהחוקה היא צורך כיום, צורך הכרחי, אבל לאו דווקא החלק של מגילת הזכויות, אלא החלק המשטרי, שיקבע את כללי המשחק בצורה שאי אפשר לשנות כל שני וחמישי. לכן חיוני מאוד להתקדם. יכול להיות שדווקא הדרך הנכונה היא להפריד בין הפרק המשטרי בחוקה ובין הפרק של זכויות. לא מן הנמנע שתהיה הסכמה רחבה מאוד, של כל חלקי האוכלוסייה, לגבי אותו פרק משטרי, שיעגן את כללי המשחק, את צורת הבחירה, את צורת המשטר.

● **יפה זילברשץ:** כולל חוק יסוד: החקיקה בלי בית המשפט.



● **עלי זלצברגר:** זה באשר לפרק המשטרי. לגבי פרק הזכויות, לדעתי תוכן החוקה, התוכן של פרק הזכויות, לא מלמד הרבה על מצב הזכויות בפועל. יש חוקות נפלאות שהזכויות בהן לא נאכפות, יש חוקות פגומות שהרשויות אוכפות הרבה יותר ממה שהחוקה או מגילת הזכויות נותנת. אז מה המסקנה? המסקנה היא שצריך לנסות לאמץ, בנפרד מנושא מנגנון האכיפה, את מגילת הזכויות הטובה ביותר שאפשר לאמץ, ומכיוון שיש לה גם ערך חינוכי, מכיוון שיש לה גם ערך הצהרתי וכו'. לכן הפתרון הגרוע ביותר בעיני הוא הקודיפיקציה שהציעו קרמניצר וקרצימר. למה? כי הם מאמצים אותו פרק מאוד פגום ומעלים אותו לדרגה של חוקה. זוהי, בעת ובעונה אחת, גם הצהרה על כל מה שאין בו; וגם כל מה שאין בו מעוגן כחלק מהחוקה. אני טוען שצריך להפריד ואני חושב שיכולה להיות הסכמה רחבה לניסוחו מחדש של הפרק המשטרי. המחלוקות בתחום הזה מועטות בהרבה, הן לא מחלוקות ערכיות, הן מחלוקות של כוחות פוליטיים שאפשר להתגבר עליהם בכל מיני מנגנונים.

לגבי הזכויות – יש שלוש אופציות: האופציה של הקודיפיקציה; האופציה של אימוץ ההכרזה האוניברסלית או המגילה האירופאית; ויש אופציה של לפתוח את כל העניין מחדש...

● **יפה זילברשץ:** רק מילה אחת. אין שלוש אפשרויות. יש שתיים: או הקיים, או קודיפיקציה.

● **עלי זלצברגר:** יש שלוש אפשרויות. א. למנות אספה מכוננת, לנסח מגילה חדשה, להגיע אליה בהסכמה. ב. לאמץ מסמך חיצוני – הכרזה אוניברסלית, הכרזה אירופאית וכו' תוך הסתייגויות שונות. ג. לבצע את הפרויקט מהתחלה, וגם כאן, כמו בשתי האפשרויות הקודמות, הפרוצדורה היא שתכתיב בעצם את מידת ההצלחה.

● **ציפי ליבני:** דיברנו אתמול על משוואה של 'יהודית' ו'דמוקרטית'. לגבי דמוקרטיה – גם אם לא היה כאן אפילו חוק יסוד אחד, בית המשפט העליון היה עושה מה שהוא עושה מקדמת דנא, כלומר לוקח את מגילת העצמאות, מדבר על הערכים המובנים בתוך שיטתנו המשפטית, היה מצרף לזה את הערכים האוניברסליים, וכדי להרגיע את הצד הדתי, היה גם מסביר, שאותם ערכים אוניברסליים הרי הם חלק מהיהדות, ומשום כך גם אין שום התנגשות בין הערך האוניברסלי ובין היהדות. כלומר, לא צריך לקבוע כלום; יהודית ודמוקרטית זה אותו הדבר. אלה אותם הערכים.



אני חושבת שאחת הטעויות, גם בנוגע לפרק הזכויות וגם בנוגע למשוואה של המדינה הדמוקרטית, היא לא מה יהיו הערכים והאם נוכל להגיע להסכמה רחבה יחסית, אלא האם מי שיקבע את הערכים, פסיקתו תהיה סופית; כלומר, האם אחרי קביעת הערכים בית המשפט העליון יגיד: 'בסדר, זה מה שקבעו ואני הולך עם זה', או שבת המשפט העליון ישתמש בסעיף הראשון במילה השנייה משמאל ויגיד: 'בתוך זה אני רואה כל מיני ערכים נוספים'. זה החשש שקיים, לדעתי, ומזה צריכים להתחיל. ברגע שהחשש הזה יוסר, יקל עלינו להגיע להסכמה, גם אם לא מוחלטת, על תוכן הערכים ועל זכויות.

מה שמטריד אותי בחלק מהגישות שהוצגו כאן הוא שיש מי שאומרים: נתחיל מהקיים ונתקדם, אבל כל חוק שנחוקק, לא יפגע בחוקים קיימים. כלומר, גם אם חוקים קיימים יוצרים עיוותים, או פגיעה בזכויות, לא ניגע בהם מתוך שמירה על הסטטוס-קוו. סטטוס-קוו איננו ערך בעיניי, זה מצב שנוצר ואפשר לנו לחיות יחד, זו הייתה קונסטלציה פוליטית של ערב הקמת המדינה, קונסטלציה שהייתה נוחה בזמנו לבן גוריון וגם אחר כך. אבל אם דנים באמת במה ששואפים שיהיה, אי אפשר לקדש סטטוס-קוו. לכן מה שנחוץ בעת שמדברים על הטקסט הזה של מדינה יהודית ודמוקרטית הוא לשאול את עצמנו מהתחלה למה אנחנו מתכוונים. תתקבל סקלה שבצד אחד שלה, אני מניחה, תהיה מדינת הלכה, והקצה השני יהיה מדינה שרוב אזרחיה הם יהודים. אינני יודעת האם רוב של יהודים הוא ערך; האם כדי שיהיה רוב של יהודים אני צריכה לעודד את הילודה בקרב יהודים פה. גם נושא ההגירה צריך להיכלל בחוקה. אבל המצב שבו איננו דנים בנושאים הללו מחזק פחד בסיסי שאחד הקטבים בחברה יצליח למשוך את החקיקה בכיוון שלו ולאכוף אותה על החוקה. הפחד הזה ניכר כמעט בכל חוק בכנסת, והתחיל גם להיות איזה מן ריטואל מוזר, שהיות ולא יודעים מה מתאים לחוקה ומה לא – מגישים איזה חוק, מי שנראה לו שהנושא חשוב, כותב חוק יסודי, ואז הצד הדתי של הוועדה, אם זה מתחיל בוועדת הכנסת, קופץ ואומר: 'זה לא צריך להיות חוק יסודי', והצד הליברלי מתגייס ואומר: 'זה מוכרח להיות חוק יסודי', ובסוף נמצא את עצמנו עם חוקי יסוד שונים ומשונים, שהולדתם מקרית לחלוטין, לפי הרוב בוועדת הכנסת באותה נקודת זמן. וראו ההצעה לחוק יסוד: איכות הסביבה.

מצד שני – כשאני מנסה להעלות את חוק השבות לדרגה של חוק יסוד, אני מגלה שהחברים שאמורים לתמוך בתוכן של החקיקה ולהעלות אותה



לרמה של חוק יסוד, אינם תומכים בהצעה, דווקא מפני שכתוב למעלה 'חוק יסוד'. ואותה קבוצה היא נגד חוקי יסוד בכלל, גם אם יהיה מדובר בעשרת הדיברות וגם אם זה יעגן את זכותו של יהודי לעלות לארץ.

הרצון לא לדבר על הנושאים הללו, נובע מהערכת מצב של כל אחת מהקבוצות ששיטתה היא שתגבר לבסוף. יש הקבוצה הליברלית, שרואה לנגד עיניה תהליך שבו מדינת ישראל תהפוך למדינה ככל המדינות, ובמה שנוגע ל'יהודית' תסתפק במגן-דוד על הדגל. קבוצה שנייה רואה בתהליך החיובי הזה של הפיכתנו לחלק מאומות העולם, תהליך בעייתי. בעיני זה בכלל לא עניין של פשרה בין דתיים לחילוניים. אני לא אדם דתי, אבל אני רוצה שייקבע תוכן שנשכים עליו; יהיו קצוות, יהיו ויכוחים איומים עד שנקבע את התוכן הזה. אבל עד היום, הניסיון לפשר מוביל לכך שאין שום תוכן. לכן בעיני יש חשיבות בקיבוע עכשיו של ערכים ביחס לעתיד, כי ככל שהזמן עובר, הקונצנזוס מצטמצם והפערים גדלים.

הערכים שצריך לקבע הם הגבולות של מה לא יוכלו בעתיד, לא הרשות המבצעת וגם לא הכנסת, לעשות, מה הגבולות שהן יצטרכו לחיות בתוכם גם בתהליכי החקיקה. עכשיו השאלה היא איפה נקיים את הדיון הזה, ולדעתי, הכנסת היא המקום היאה לכך, כי אותם 120 נבחרים, אם אנחנו אוהבים את כולם או לא, מייצגים נאמנה (או לא) את מי שבחרו אותם.

● **שאלו יהלום:** אני חושב שיש מחלוקת, יש סתירה, בין 'יהודית' לבין 'דמוקרטית'. לא משנה איך מנסחים את זה, יש דוגמאות לכאן ולכאן. השקפת העולם שלנו היא שיש לחיות עם האינטגרציה הזאת; לא שאין סתירה, אלא אתה בא ואומר: 'כדי לחיות בחברה, אני מוכן לפשרה מלכתחילה'. אם לוקחים את נושא ההפלות – אין סתירה? – הדמוקרטיה תגיד שלכל אישה יש זכות על גופה, והיהדות תהיה נגד.

יש כאן שתי גישות. יש הגישה הכוחנית, שהתחיל בה חגי מירום שבא ואמר: 'יש גבול, אל תשתוללו. אם אי אפשר לבוא לקראתם, אז לא נבוא לקראתם בכל הדברים'. הגישה הזאת היא גישה שמביאה אותנו להתקפדות. ואל תבוא אלינו אחר כך בטענה; אני אעשה הכול כדי להתגונן בכל האמצעים הפוליטיים, ולכן אני אמנע.

● **חגי מירום:** אני לא בא בטענה. ניסיוני הפרקטי מראה שכשאני אהיה נחוש וגם תהיה מראית עין של כוח, אתה תבוא אל הדיון וגם נגיע להסכמה.



● **שאל יהלום:** אז אנחנו לא מקבלים את זה. אני אעשה הכול כדי לא להגיע לשוט. אל תבוא אלי בטענות שאני לא מגיע לשוט.

עכשיו אני בא ואומר: לזה בדיוק מתכוונים כשאומרים שהאמון נפגע. על זה בוכים. כולם הבינו שצריך להגיע להסכמה, והנה אנחנו ממשיכים לדון עד עצם היום הזה. האמון נפגם מ1992. אכן יש בנו פחד, פחד מהחוקים עצמם, מחופש הביטוי. אנחנו חוששים מהנושא של חופש ביטוי מול פרסומים שפוגעים בצניעות, פרסומי תועבה, מעירום בצורה מוגזמת: יש אנשים שכמעט לא פותחים את ערוץ 2.

אבל ממה אנחנו חוששים בעיקר? מהרשות המפקחת, המבקרת, המבטלת, מבית המשפט העליון. מה אולי הפתרון לכך? רשות מבקרת אחרת, אולי בית משפט לחוקה. ככל שיהיו יותר חוקי יסוד, ההסתברות שבית המשפט העליון לא יבטל רק את הסעיף בחוק יועצי ההשקעות או מעצר של כך וכך ימים, אלא יתרבו לפניו המקרים, ויתחיל תהליך שבו הוא הרשות המבטלת של חוקי הכנסת, וזה תהליך בלתי הפיך. כלומר, אז כבר לא תוכלו להקים בית משפט לחוקה. אינני יודע אם היום לא הגענו לשעה 12. אולי היום זה דקה לפני השעה 12, אבל אחרי עוד חוקים העניין יהיה אבוד.

● **חגי מירום:** ואתם כולכם תשבו על מגדל השן האקדמי, ותרצו נורא להידבר אתם, ואתם שומעים כאן שחופש הביטוי לא יחוקק בגלל ערוץ 2, ושהביקורת השיפוטית לא תהיה קיימת, מפני שלא רק שהם לא מקבלים את בית המשפט העליון של היום, אלא גם בית משפט לחוקה. ובעצם מה שנוותר עמנו, זאת השאלה האמתית, אם אתם מוכנים ללכת פאזה נוספת מהשולחן האקדמי החוצה, או שאתם רוצים להישאר ייפים!

● **שאל יהלום:** רק כוחנות, זה הפתרון?

● **ציפי ליבני:** זה לא הוגן.

● **חגי מירום:** לא אמרתי רק כוחנות, כי אתה ואני יודעים גם להסתדר.

● **אריק כרמון:** הבעיה שלנו, לדעתי, נובעת מחוסר האמון ואיך מגיעים ממצב א' למצב ב'. חגי מירום אמר כי יגיע רגע שבו נצטרך למצוא דרכים אחרות לפתוח את הדלת. ואילו בעיני העיקרון



הדמוקרטי – אני בכוונה לא אומר הליברלי – הוא בראש ובראשונה אינקלוסיביות. אני לא מוכן להתפשר על האינקלוסיביות – כמעט עד נשמת אפי האחרונה. יש לנו ויכוח נוקב במכון הישראלי לדמוקרטיה, לאו דווקא בין חילונים ודתיים. אני שייך למחנה שאומר: 'בית המשפט העליון לא חייב להיות בית משפט לחוקה, אם זאת המכשלה.'

אגיד לכם איפה אני אפתח את הדלת בצורה אחרת. אני רוצה בהחלט להעמיד למבחן את האפשרות למצוא דגם אחר שאנחנו כולנו נסכים עליו, ואז להתחיל לרדת לגופו של עניין. דבר שני: בעיני, ליברליזם הוא לא פראזה. אני, כל זמן שאנחנו חיים במדינת לאום, יש לזה בעיני חשיבות קרדינלית. אמרתי שאינני מסכים שיש סתירה בין יהודיות ודמוקרטיה. יש מתח. בעיני המטרה העליונה היא להגיע לאיזון, וכהיסטוריון אני יכול להגיד שאין תרבות דמוקרטית שלא מצאה איזון בין היסודות הפרטיקולריים שלה לבין היסודות האוניברסליים של העקרונות הליברליים. אנחנו עוד רחוקים משם ת"ק פרסה, אבל אנחנו חייבים להגיע לשם, ואנחנו נגיע לשם. השאלה היא רק מתי.

בדבר אחד אני מאוד מסכים עם חגי מירום: המסמך שהוכן כאן, יש בו תשתית מאוד פרקטית. הוא לא שלם, והייתי ממתין עד שנסיים את הדיון בביקורת שיפוטית. לדעתי, נגיע להסכמות בענייני דת ומדינה ובסוגיית המבוא לחוקה, הרבה יותר ממה שאנשים מצפים.



קבוצת דיון

יו"ר: פרופ' שפירא, עמוס – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב

שמות הדוברים (בסדר אלף-ביתי):

- פרופ' נחמיאס, דוד – התכנית למדיניות ציבורית, אוניברסיטת תל אביב; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- ד"ר עוז-זלצברגר, פניה – המחלקה להיסטוריה כללית, אוניברסיטת חיפה
- פרופ' קוטלר, ארווין – אוניברסיטת מקגיל, קנדה; חבר הפרלמנט הקנדי
- ד"ר קרייני, מיכאל – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית
- פרופ' קרמניצר, מרדכי – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- מר ראב, דוד – Global Strategies
- פרופ' רזאי, פרנסס – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית
- השופטת רוטלוי, סביונה – בית המשפט המחוזי, תל אביב
- אלוף שיף, אילן – נשיא בית הדין הצבאי לערעורים, צה"ל
- השופט שמגר, מאיר – לשעבר נשיא בית המשפט העליון
- פרופ' שטרן, ידידיה – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים

● עמוס שפירא: לצורך הדיון נצא מהנחה שרעיון החוקה מקובל עלינו ושאנחנו גורסים שיש להשלים, בצורה זו או אחרת, את תהליך גיבוש החוקה. העניין הספציפי שאנחנו צריכים להתחבט בו



נוגע לפרק הזכויות שבחוקה – לא להיבטים האחרים, המשטריים, לא למבנה המוסדות, לא לחלוקת הסמכויות ביניהם וכיוצא בזה.

אני מציע שגם לא נתייחס למה שקרוי הצעת חוק יסוד החקיקה, כלומר לדרך שבה הפרקים השונים יכונסו ויאוגדו למסמך אחד, אחיד, שיתייחס בצורה אחידה לפרקים השונים מבחינת אפשרות התיקון, אפשרות השינוי, עובי השריון, הפיקוח השיפוטי, החוקתי, וכיוצא בזה. נתייחס אך ורק לפרק הזכויות.

לעניין הזכויות, אנחנו יודעים מה כבר יש לנו היום: יש לנו שני חוקי היסוד מ-1991 כפי שתוקנו ב-1994: חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שמתייחס במפורש למספר זכויות, כגון קניין, פרטיות, חופש התנועה. זאת, נוסף, כמובן, לנוסחה הכללית, שמופיעה בשם החוק עצמו: כבוד האדם וחירותו. מול הזכויות המצוינות בו במפורש, בולטות בהיעדרן זכויות כמו חופש הביטוי, ההתכנסות, התהלכה, ההפגנה, ההתקהלות ועקרון השוויון. בשני חוקי היסוד הללו, הנוגעים לזכויות, גם אין כל ביטוי לנושא של זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות, או לזכויות קהילתיות-קולקטיביות – למשל, הזכות להגדרה עצמית.

נוסף לזה, יש לנו, כמובן, פסיקה – ענפה למדי בעניינים מסוימים, ופחות ענפה בעניינים אחרים – הנוגעת לזכויות אדם, בעיקר אזרחיות-פוליטיות, כולל שוויון, ובראש ובראשונה פסיקה של בית המשפט העליון מהתקופה שלפני ושללאחרי חקיקת חוקי היסוד הללו.

השאלה שניצבת בפנינו היא: מהן המלצותינו, אם יש לנו כאלה, להשלמת נושא הזכויות? לכאורה, קיימות אופציות אחדות.

אופציה אחת היא להשאיר את המצב כמות שהוא. לא לעשות כלום במישור החקיקה, מהטעם שאין סיכוי לחקיקה נוספת בקונסטלציה הפוליטית-החברתית דהיום. כלומר, אין סיכוי להוסיף חוק יסוד או להשלים את פרק הזכויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בעיקר כשזה נוגע לשוויון. אם בלאו הכי אין סיכוי למימוש חקיקה כזו, אז למה לנו להתעסק בזה? מוטב לנו, במקום זאת, שנטפח את המשך ההתפתחות של ה-common law בפסיקה של בתי המשפט שלנו, ובמיוחד של בית המשפט העליון, שיוסיף נדבכי פסיקה הלכה פסוקה במקרים קונקרטיים, תג-לתג, תו-לתו, לגבי זכויות האדם שאינן מוסדרות באופן מפורש בחוקי היסוד הקיימים, ובמיוחד בתחום השוויון. אם נאמץ את האופציה הזאת, אינני יודע מה יעלה בגורלו של רעיון הזכויות החברתיות והפוליטיות. בנושא זה אין הרבה בפסיקה הקיימת של בית המשפט העליון.

אופציה אחרת היא לחוקק, להשלים את חקיקת חוקי היסוד, כשהמועמדות להשלמה הן בראש ובראשונה אותן זכויות אזרחיות-פוליטיות שלא בא זכרן בחוקי היסוד, ובראשן עקרון השוויון וחופש הביטוי. אם רוצים להרחיב – ניתן גם לחוקק, במסגרת החוקה המתגבשת, את נושא הזכויות החברתיות והכלכליות. ואולי גם מעבר לזה – את הזכויות הקולקטיביות כמו הזכות להגדרה עצמית. משהו בכיוון הזה בא לידי ביטוי אתמול בבוקר בדבריו של השר לוי על זכויות לאומיות. מן הסתם יכולות לעלות הצעות דומות שעניינן הוא זכויות קולקטיביות.

אם נחליט שראוי להוסיף, להשלים את נושא הזכויות, תישאל השאלה: כיצד? – על-ידי חקיקת חוק יסוד נוסף, או חוקי יסוד נוספים, או תוספת לחוקי היסוד הקיימים?

● **פניה עוז-זלצברגר:** יש כאן הבחנה שגם באה לידי ביטוי אתמול ובוודאי תבוא לידי ביטוי היום, בין האקט ההצהרתי של חקיקת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח ובין המציאות שמונעת מאתנו לעשות דברים שסיכוייהם הפוליטיים מעטים. נראה לי נכון להתמקד בהיבט החגיגי וההצהרתי של מגילת זכויות, ובכלל להכניס את מושג **המגילה** לדיון, מעבר לרשימה של זכויות פרטניות שמן הסתם נעסוק בה; למגילה עצמה, כקורפוס, יש משמעות חינוכית והצהרתית. השאלה היא אם ניתן למקד מגילת זכויות שתהיה, מן הסיבות שמנינו כבר אתמול, מינימליסטית ולא רחבה, שתתמקד בראש ובראשונה בזכויות מן הדור הראשון, בלי שום רצון לכפור בערכן או לגרוע מחשיבותן של זכויות מן הדור השני והשלישי. שהאקט ההצהרתי יבוא לידי ביטוי ברשימה שיש בה אלמנט של לכידות ושל כלל שהוא יותר רחב מפרטיו.

● **עמוס שפירא:** האם אין לנו כבר מעין דבר כזה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?

● **פניה עוז-זלצברגר:** כן, אבל החסרים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מזדקרים לעין יותר מדי.

● **עמוס שפירא:** האם יש מקום לשנות את הפתיח לחוק היסוד הקיים?

● **פניה עוז-זלצברגר:** אני חושבת, למשל, שצריך להכניס מילה כמו 'מגילה', שיש בה גם אלמנט מקיף ומלוכד וגם אלמנט של התפתחות לעתיד; הרי כל עקרון הזכויות, מפרספקטיבה היסטורית, הוא



עיקרון של מועדון שהולך ומתרחב. מדרון חלקלק כלפי מעלה. החוסר המשמעותי הזועק של שוויון שאתה עמדת עליו כרגע, צריך לבוא לידי ביטוי כלשהו, ולו גם סמלי, במגילה הצהרתית מן הסוג הזה. כך יש בידינו פתיח, שניתן יהיה לגלגל אותו הלאה ולהסב אותו ולהוסיף לו אלמנטים, לרבות זכויות מן הדור השני והשלישי. אבל עליונותה של מגילת זכויות באשר היא, מה שפעם נקרא 'צירטר אזרחי', צריכה לבוא לידי ביטוי, ניסוחי והצהרתי, בחוק יסוד מן הסוג הזה.

● **עמוס שפירא:** מה היית עושה עם נושא הזכויות החברתיות והפוליטיות, האם היית מניחה לו בשלב זה?

● **פניה עוז-זלצברגר:** בשלב זה הייתי מניחה לו על מנת להגיע לפתיח, למכנה משותף.

● **עמוס שפירא:** וזכויות שכבר מפורטות בחוקי היסוד, היית משאירה כמו שהן, או מסתפקת באיזושהי נוסחה כללית?

● **פניה עוז-זלצברגר:** צריך שיהיה להן ביטוי.

● **עמוס שפירא:** ואז, כמובן, נוצרת מניה וביה א-סימטריה, כפי שזה היום, דהיינו, מספר זכויות וחירויות מבוטאות באופן מפורש, ואחרות לא. זה לא אומר בהכרח שהאחרות לא קיימות או לא מוכרות, אבל על פני הדברים קיימת א-סימטריה.

● **פניה עוז-זלצברגר:** צריך יהיה להדגיש שמדובר במבנה מודולרי שבנוי נדבכים-נדבכים ושניתן יהיה להוסיף לו, כך שבהחלט יכול להיות אלמנט של זכויות חברתיות וכלכליות כבר במודל הראשון, וצריך להיות נוסח שיאפשר הוספת הנדבכים הבאים. כאשר מושגת הסכמה לאומית רחבה לטובתו של נדבך נוסף, הוא ישתלב במגילה הזאת.

● **מיכאיל קרייני:** הייתי רוצה לדבר על הרב-תרבותיות ועל הזכויות הקהילתיות של המיעוטים בישראל. גם היום קיים איזושהו מרחב של אוטונומיה למיעוטים במישור המשפט הבין-דתי. בהקשר של דיני אישות, יש בישראל אוטונומיה לקהילות השונות להסדיר את ענייני המעמד האישי כפי שנראה להן. יש להן בתי דין דתיים משלהן, ובמובן מסוים סוג האוטונומיה הזה קיים עוד מהתקופה העות'מאנית.

אלא שצריך להיזהר. ומדוע? לאחרונה חקרתי את מצבה של העדה היוונית-אורתודוכסית שאני משתייך אליה, וגיליתי שיש סברה שרק בני העדה יכולים לבוא ולתקוף את מה שקיים בעדה. כלומר, אם מישהו

עוסק בזה מבחוץ, זה 'מריח' לא טוב. אדם מבפנים שבא וחוקר, יש לזה טון אחר, הוא לא מואשם בכך שהוא בא מצויד בנקודת מוצא זו או אחרת, וזה מה שעשיתי אני לאחרונה.

● **עמוס שפירא:** יש לזה מקבילה באפוס היהודי: "מהרסיך ומחריביך ממן יצאו."

● **מיכאל קרייני:** מצאתי שהדין האישי שלי, הדין ששולט בענייני המעמד האישי שלי, הוא חוק ביזנטי מהמאה ה-14, חוק מאוד משפיל שקובע מצד אחד איזה עילות יכולות להצדיק גירושין ואיזה עילות אינן מצדיקות גירושין. עילות שיכולות להצדיק גירושין, הן עילות שהאישה משתתפת במסיבות של מירוצי סוסים, אם האישה לנה מחוץ לביתה מבלי לקבל רשות מבעלה – אלה עילות שמצדיקות גירושין. לעומת זאת, עילות שאינן מצדיקות גירושין – מה שמלמד מה נחשב לשכיח – הן למשל הלקאת אישה בשוט או במקל, ועוד כל מיני מחלות מוזרות שהיו קיימות עוד בימי הביניים. החוק הזה עדיין שולט בענייני המעמד האישי שלי.

על-פי התיאוריה הרב-תרבותית, ולכן אני אומר שצריכים להיזהר, יש סכנה גדולה שזכויות של הפרט, זכויות של האינדיבידואל, תיפגענה על-ידי המשטר הרב-תרבותי. אומרים לי ששמירה על רב-תרבותיות היא עניין דמוקרטי. למה זה דמוקרטי – כי נותנים לכל עדה אוטונומיה ומסמיכים אותה לשלטו בענייניה. אומרים לנו: ירוצים לשנות – אז תשנו! אבל אני, כפרט, חסר ישע בהקשר הזה, במישור האינדיבידואלי. אני לא יכול לשנות, כי הכנסייה שלי נשלטת על-ידי נזירים מיוון, שמגיעים כל כמה שנים לכאן, ולא אכפת להם מהאוכלוסייה המקומית, כל מה שאכפת להם הוא לנהל את הרכוש של הכנסייה. ועוד נדבך אחד חשוב שצריך לזכור – המדינה מוגדרת כמדינה יהודית, אז כל דבר שאיננו יהודי, מאבד איזשהו ממד ממלכתי. למשל – יש חוק הגנה על מקומות קדושים, ופרסמו תקנות שמציינות מהם המקומות הקדושים; כל המקומות הם יהודיים, שייכים לעדה היהודית. אין שום מקום קדוש לא-יהודי, וזה רק מלמד על ההיבט הממלכתי, כלומר מה שאיננו יהודי הוא פחות ממלכתי.

בעניין הרב-תרבותי, וכאן אתקשר למה שאמרתי קודם, נשקפת לנו סכנה גדולה, שחירויות אינדיבידואליות של הפרט תיפגענה מאוד. לכן לא די לדבר על זכותה של הקהילה, אלא צריך להיזהר פן הקהילה או ההגדרה יהפכו למין גטו שיפגע בי. המצב של העדה היוונית-אורתודוקסית הוא דוגמה מובהקת.



יש עוד היבט לסכנה הגלומה כאן. אתמול הזכרתי את עניין זכות היציאה. בכל כתיבה על הרב-תרבותיות מצדיקים את האוטונומיה. מצדיקים את המשטר הקהילתי, אבל מה בנוגע לזכויות של הפרט, למקומו של האינדיבידואל – שהרי על-פי התפיסה הליברלית, הכרה בזכותה של הקהילה לשלוט בענייניה צריכה להיות מלווה בהכרה בזכותו של הפרט לצאת מהקבוצה ולהיות חבר בחברה האזרחית הרגילה, ששם הוא לא נשלט. שם אנחנו לא כופים עליו את ההסדר של הקהילה עצמה.

אבל לנו, כאן, יש בעיה: גם אם יותר לי לצאת, לאן אני יוצא? לאיפה אוכל לצאת מהקבוצה שלי? אני לא יכול לצאת לחברה אזרחית כי אין לנו חברה אזרחית בתחום המעמד האישי בישראל. אני לא יכול לצאת לאף מקום, כי לאן שאלך, אני תמיד נשלט, אני תמיד נשלט כאזרח מקומי על-ידי דין דתי.

לכן אם נכיר במשטר הזה, הרב-תרבותי, בעניין הקהילתי, האם אנחנו מסוגלים בישראל ליצור את החברה האזרחית שכל מי שמשתייך לכל הקבוצות יוכל לצאת אליה? האם אנחנו בשלים ליצור חברה אזרחית בישראל, שמוכנה לקלוט את האנשים שמגיעים מכל הקבוצות על-פי הסדר אזרחי נטול כל השתייכות או קשר לקבוצה זו או אחרת?

לכן, גם אם הגישה הרב-תרבותית מקורה בכוונות טובות, היא עלולה לקבע לא מעט מהמצבים שהיו קיימים בעבר ושעל-פי כל תפיסה ליברלית אין להם מקום היום, בהווה.

עוד דבר שדרוש הוא חוק שיווי זכויות האישה. אני חושב שצריך לבטל את סעיף 5 שקובע כי בענייני נישואין וגירושין עקרון השוויון איננו תקף. חייב לחול שוויון גם בנושאי נישואין וגירושין. יש עוד תופעה מעניינת שקשורה לאוטונומיה והיא שאין שום פיקוח על בתי הדין הכנסייתיים, שאין שום חוק שמסדיר את מינוי הדיינים בבתי הדין הכנסייתיים. לכאורה, כל אדם יכול להתמנות. הקודים כתובים לעתים בשפה שאני לא מבין, ביוונית, אני לא יכול לדעת מה מסדיר את ענייני המעמד האישי שלי. רוב הכמרים הם יוונים שאינם מבינים אותי, דרוש לי מתורגמן כדי להופיע כאן בבית דין מקומי. ניגשתי למשרד הדתות ושאלתי איך זה ייתכן? ואגב, בתי הדין הכנסייתיים לא מקבלים שום תקציב מהמדינה, בניגוד לכלל בתי הדין הדתיים האחרים. שאלתי מדוע זה, ואמרו לי: זה נוח, הם לא מעוניינים בפיקוח שלנו, ועל כן הם מוכנים לוותר על התקציב. אין שום סדרי שלטון ומשפט בתחום הזה.



● **עמוס שפירא:** כל זה הוא חדש בשבילי ואולי הבהיר איזו פינה חשוכה בסדר – או באי-סדר – הנורמטיבי הישראלי. אבל הייתי מבקש שתנסה לחבר את זה לקראת סוף דבריך, אל הנושא הספציפי שלנו. מה זה אומר לנו בהקשר של קידום חוקי היסוד והניסיון להשלים את החוקה?

● **פרנסס רדאי:** כל העדות הנוצריות הן באותו מצב. אין שום קונסטרוקציה פורמלית לגבי העדות הנוצריות, גם אם לגבי כל עדה בנפרד הבעיות הן שונות במקצת.

● **מיכאיל קרייני:** מה שרציתי לומר בקצרה הוא שאם דוגלים ברב-תרבותיות, צריכים בד-בבד להשגיח שזה לא יהיה היתר לפגוע בזכויות הפרט. גם חייבים לאפשר את זכות היציאה; ללא זכות יציאה, עוד קטנה ההצדקה הקיימת לגישה הרב-תרבותית בישראל. בהקשר היהודי – המתח החילוני-דתי משפיע, מאציל על השיח של הזכויות, על מה שקורה בחברה הישראלית, אבל הוא פחות מאציל, פחות משפיע על מה שקורה בחברות הלא-יהודיות. ההתקדמות שם היא הרבה יותר איטית. ההתקדמות שם כמעט לא קיימת. צריך לזכור שבחברה הלא-יהודית, לפחות בחברה שממנה אני בא, אין זרם חילוני כל כך חזק כמו בחברה היהודית. גם כשהוא קיים, הוא קיים בשקט, הוא קיים לא בגלוי, ולכן הוא פחות משפיע; לכן נחוצה לי עזרתו של המחוקק יותר מאשר לכם.

● **דוד נחמיאס:** אני לא רואה בחוקה אמנה חברתית. אני עושה הבחנה אנליטית היסטורית, משטרית, בין חוקה לאמנה חברתית. אני רואה חוקה כמכשיר שממסד ציפיות וכללי משחק; באמצעות כללי המשחק האלה מגבשים אמנות לאורך זמן, כי האמנה של היום לא בהכרח תהיה טובה בעוד עשרים שנה.

היות ואני מתמקד בכללי משחק, חשוב, לדעתי, שיהיה פתיח לחוקה שמדבר על אותם ערכים כלליים שאנחנו רוצים לקדם – גם מבחינה הצהרתית וגם מבחינה חינוכית. הייתי הולך על פתיח, הייתי הולך על מגילת זכויות הצהרתית, הייתי מחזק יותר את כללי המשחק, כדי שהם ישמשו כלי יותר אפקטיבי במשחק הפוליטי-חברתי. כמוכן, בהקשר הזה הייתי מחזק את ההיבט של זכויות אזרחיות פוליטיות, אבל לא הייתי נכנס בשלב הזה, מבחינת חוק יסוד, לזכויות קהילתיות, כלכליות וחברתיות.



● **מאיר שמגר:** כשאתה מדבר על מגילת זכויות, מהו האקט הראשוני שאתה מדבר עליו? מי יפרסם מגילת זכויות?

● **דוד נחמיאס:** אני רואה את מגילת הזכויות כמיועדת לאזרחים-תושבים.

● **מאיר שמגר:** אבל מי יחוקק את זה? זה חוק? מי הגוף שמקבל את המגילה?

● **דוד נחמיאס:** אם השאלה היא כיצד הפתיח ייקבע, כיצד יקבעו או יעצבו אותו – לדעתי, דרושה לנו מועצה ציבורית, מקצועית-ייעוצית, כלומר מורכבת ממגזרים שונים באוכלוסייה, והיא שתנסח את הפתיח הזה. אחר כך זה יעבור בכנסת.

● **מאיר שמגר:** המושג preamble, הקדמה, הוא חלק מהמסמך המשפטי. אם אתה מדבר על הקדמה, אז היא יכולה להתפרסם רק כהקדמה למשהו שיש לו גם חלקים מהותיים. אתה לא מפרסם preamble לבד. אם מדובר במגילת זכויות, אז יהיה לה אותו קושי להתקבל – אם היא צריכה לעבור את הכנסת – כמו שיש לחוק יסוד; מי שיתנגדו לחוק יסוד השוויון, גם יתנגדו למגילת זכויות שבה מוזכר השוויון. אז מה הרווחנו?

● **דוד נחמיאס:** לכן אני אומר שבפתיח יש פונקציה הצהרתית מאוד חשובה, פונקציה חינוכית מאוד חשובה.

● **מאיר שמגר:** השאלה שלי לא באה לערער את מה שאתה אומר, כי אני למשל מכיר את התזה של רות גביון שעובדת עם הרב מידן על אמנה שהיא לא אמנה משפטית, אלא כזאת שתתקבל על דעתם של ציבורים דתיים, חילוניים – מין אקט חצי-פוליטי. אבל אתה מדבר על משהו שיקבל לבוש משפטי.

● **דוד נחמיאס:** אני בהחלט לא מקבל את הגישה של רות גביון בהקשר הזה, כלומר שאמנה חברתית זה חוקה.

● **מרדכי קרמניצר:** אני רואה איזה קושי בגישה של בניית נדבכים-נדבכים. אם שמענו היטב מה אמרו אתמול החברים הדתיים, הם אמרו שהם רוצים לראות את החבילה; הם לא ילכו על בניית מבנה, על פיתוח שיטתי של מסמך חוקתי כאשר אחר כך הם צפויים שיבואו ויגידו להם: 'כן, אבל עכשיו נזכרנו שאנחנו רוצים להוסיף את א' ו-ב'. אז אם מדברים במושגים מעשיים, צריך להביא בחשבון את

החשש הזה. אם מדברים במושגים מעשיים, הדיון כאן הוא קצת לא מועיל, כי כולנו יודעים מה חסר בחוקי היסוד – שוויון, חופש ביטוי – דברים לגמרי מובנים לקהל שיושב כאן, מובנים מאליהם ומוסכמים. בעוד שהחברים הדתיים אומרים: 'מה, אני מתנגד לשוויון, אני מתנגד לחופש הביטוי?', מתחת להסכמה שלהם על הערך ברמה המופשטת, יש תפיסות שונות, או תחומים שבהם הם חוששים מהחלה של חופש הביטוי ושל השוויון. המפעל הזה לא יתקדם אם לא נצליח לקיים דיון, אולי במועצה הציבורית, שבו הם ישתתפו, ושבו אפשר יהיה לברר מה כן ומה לא ומהם הסייגים. ואז, בעקבות הסייגים, ניתן יהיה לבחון אם כדאי לקדם את מפעל החוקה. בלי הדיון הזה – שצריך להיות נוקב ואמתי ושבו הם צריכים להגיד ממה הם חוששים, מה מפריע להם וכו', ושנחננו צריכים לחשוב האם יש תשובות אפשריות לחששות ולדאגות שלהם – בלי דיון מהסוג הזה אנחנו בעצם במהלך סרק.

אני מבקש להוסיף עוד שתי הערות: האחת, הרושם שלי הוא שהנושא של הגדרת זכויות הקבוצה עדיין לא בשל לרמה חוקתית. שנית: בהבדל מאחרים, אני חושב שהחוקה הישראלית, אם נגיע לחוקה, צריכה להיות שונה בתפיסה האידיאית שלה מהחוקה האמריקאית, למשל. היא צריכה להביא לידי ביטוי לא רק את האינדיבידואליזם שהחוקה האמריקאית נותנת לו ביטוי רב – שהרי זהו האתוס שביסוד החוקה – היא צריכה להביא לידי ביטוי רעיונות כמו צדק חברתי וסולידריות, שמתאימים יותר גם לרוח היהדות וגם לרוח הכללית המשותפת של החברה בישראל. אני לא חושב שאנחנו צריכים להיות חקיניים בעניין הזה. יש לנו אתוס מתגבש משלנו, ובחברה הישראלית, לסולידריות יש מקום שונה מאשר בחברה האמריקאית, ועלינו לתת לכך ביטוי בחוקה.

● **עמוס שפירא:** למה הכוונה? מה זאת סולידריות בהקשר זה?

● **מרדכי קרמניצר:** רוח וחוקה אתה מעביר בדרכים שונות, כולל בפתח. יש שיטות שונות להעביר תפיסה ערכית, תפיסת-גג. למשל, בפתח של החוקה לא הייתי מביא את pursuit of happiness כדבר מרכזי, אלא בהחלט ביטויים כמו 'צדק חברתי' ו'יחזונם של נביאי ישראל'.

במה שנוגע לזכויות חברתיות – החשש אצלנו לתת ביטוי לזכויות החברתיות נובע מגישה שמרנית. אני חושב שאפשר וצריך לתת ביטוי לזכויות החברתיות ברמה החוקתית, ויש דרכים לעשות זאת. אינני חושש



שבית משפט יקבל החלטות שתהיה להן משמעות מהפכנית מבחינה תקציבית. הסיכוי שבית משפט יקבל החלטה שיש לה השלכות דרמטיות מיידיות על תקציב מדינה שכבר נקבע, לא נראה לי ממשי. השופטים הם אנשים שחושבים באופן הגיוני וריאליסטי, הם מודעים למגבלות הכוח שלהם, ואני לא רואה אסון, למשל, בהחלטה שתשפיע לגבי תקציב מאוחר או שתהיה עשייה מסוימת במהלך רב-שנתי בצורה מדורגת. למה אני חושב שזה חיוני? מאותם שיקולים שרות גביון עמדה עליהם בפתח דבריה אתמול, כלומר שאנחנו צריכים את הקונצפט של זכויות האדם מול הטיות שיטתיות של השיטה. לדעתי, השיטה הדמוקרטית כפי שהיא, בנויה על פגיעה בחלשים ועל חוסר היכולת של החלשים להגן על עצמם מפני פגיעות בהם. המעמד של החלשים גם ילך וייחלש בתהליכי הגלובליזציה, ומה שצפוי לנו בוודאות הוא חיבורים עוד יותר חזקים של הון, שלטון ותקשורת. כל אלה יבואו על חשבון פגיעה בחלשים, שגם לא יודעים לייצג את עצמם באופן נכון, מה גם שמי שמייצג אותם כבר לא חלש באופן אמתי. יש פה קבוצה, שאם לא דואגים לה באמצעים שהם חיצוניים לשיטה הדמוקרטית הייצוגית, היא תהיה תמיד מקופחת, בקיפוח גובר והולך.

אינני רואה פתרון טוב יותר מאשר לעגן את נושא הזכויות החברתיות לשם הגנה חוקתית על החלשים ולסמוך על בית המשפט, שכשהוא מחליט החלטות על שוויון שיש להן גם משמעויות תקציביות – הוא לא ינקוט צעדים שהם בגדר התפרעות.

● **עמוס שפירא:** אבל למה זה מובן מאליו שנצטרך לעשות זאת בתחום הפוליטי-אזרחי ולא בתחום החברתי-כלכלי?

● **דוד נחמיאס:** לכן אני עושה את ההבחנה בין היבט משטרי-פוליטי לבין היבט חברתי, תרבותי וכו'. כי אם אתה מחוקק מערכת של חוקי יסוד שלאורך זמן מפחיתים את העוולות שהמערכת הפוליטית יוצרת – זו הדרך שאתה צריך ללכת בה, ולא לתקן את העוולות לאורך זמן של המערכת השלטונית דרך המערכת המשפטית שמוגבלת מבחינת יכולתה ליישם את המדיניות הציבורית.

אחד הדברים שמאוד מפחידים אותי הוא הפער שהולך ומתרחב בין הרמה החוקתית לבין רמת אכיפת החוק, או רמת היישום. הפער הזה אינו טוב לא לחוק ולא למדיניות הציבורית, ואני חושב שהדרך להתמודד אתו היא בדיוק באמצעות חיזוק ההיבטים המשטריים במערכת חוקי היסוד.

● **מאיר שמגר:** ברוח דבריו של ישעיהו ברלין על זכויות פוזיטיביות ונגטיביות, החירויות הרגילות הן זכויות נגטיביות, כלומר שאסור להפריע לך, והפוזיטיביות הן זכויות הדורשות העמקה פוזיטיבית של זכויות מסוימות שמגיעות לך, ויש הבדל בין בית משפט שאומר שאסור להפריע לאדם להביע את דעתו, או אסור להכות אותו, ובין בית משפט שאומר: 'האדם הזה גר בדירור נורא, שלא ראוי למגורי אדם; אני מורה לתת לו דירה אחרת'. אילו הייתי בטוח שבית המשפט יעסוק רק בדירה האחרת למי שאין לו איפה לגור, הייתי חותם על זה בשתי ידיים. אני רק יודע שבית המשפט מורכב גם כן מבני אדם...

● **פניה עוז-זלצברגר:** אם יורשה לי ממש מילה אחת לגבי הזכויות הפוזיטיביות, אני מבקשת להעיר שאצל ישעיהו ברלין גם זכויות מדור ראשון – זכויות פוליטיות מובהקות כמו זכויות ההשתתפות או קיום הפגנה – הן זכויות פוזיטיביות, וגם להן יש עלויות.

● **מאיר שמגר:** אבל עם כל הכבוד, אין להשוות זה לזה. הזכות לבחור או להיבחר היא הזכות הבסיסית אשר מקימה את הדמוקרטיה, בלעדי זה אין לנו קיום. אבל אצלנו, כשמדובר ביום אחד להוציא מיליארד שקל על כך שמורה רוצה העלאה של שני אחוזים – אינני חושב שמתפקידו של בית המשפט לטפל בזה.

● **עמוס שפירא:** אבל לדעתי, לא על זה מדובר. לא על זה פרופ' קרמניצר מדבר, אני מקווה.

● **אילן שיף:** אני רוצה להעיר בצורה פוזיטיבית על כמה דברים נגטיביים. אין מחלוקת, לפחות לגבי אלו שחושבים שהחוקה היא חשובה, שיש צורך בהשלמת החוקה. החוקה שלנו היא חוקה נכה, היא לוקה כמעט בכל מה שחוקה יכולה ללקות בו. ועם זאת, זה מה שיש לנו, ונשאלת השאלה, האם ראוי, האם נכון להשלים את החוקה?

מבחינת הראוי, התשובה היא פשוטה; ברגע שיש חוקה נכה, צריך להשלים אותה, צריך לתקן אותה. שאלה אחרת היא האם נכון לעשות זאת. אני חושש שניסיון פרלמנטרי להשלים את החוקה בכל דרך שהיא עלול להביא למצב גרוע בהרבה ממה שיש לנו היום. כיום, החוקה הנכה שלנו מאפשרת לבית המשפט העליון, במקרים חריפים, במקרים חריגים, לפרש את החוקה הנכה בצורה רחבה, ולהכניס לרעיון של כבוד האדם



כמעט את כל זכויות האדם. יש כבר כתבים בנושא הזה, הנשיא ברק מוביל נטייה כזאת, לא כל כך בפסיקה, אבל לפחות במאמרים ובספרים, ואני חושב שזהו פתח טוב בשני מישורים:

א. אם המצב יחמיר ואם תהיה נטייה גוברת והולכת לא לכבד זכויות אדם, בייחוד אם המצב בארץ יהיה יותר קשה, אז תמיד לבית המשפט העליון יש השסתום הזה שאפשר לפתוח אותו ולהיתלות בחוקה הנכה שיש לנו.

ב. החוקה הנכה הזאת היא התמריץ היחידי היום לכל המתנגדים לחוקה להגיע לאיזו פשרה. כי אלו שחוששים מחוקה, בצדק או שלא בצדק, בעיקר ממניעים דתיים, יודעים שאת הגלגל אי אפשר להחזיר אחורנית, והרעיון שבאמצעות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אפשר לקבל מבית המשפט העליון הרבה, הוא התמריץ הגדול ביותר שיש לחברה המתנגדת להגיע לפשרה עם החילוניים. לחילוניים יש הרבה מאוד תמריצים להגיע לפשרה עם הדתיים. לדתיים יש תמריץ גדול אחד בדמותו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (חוץ מהתמריצים האחרים שיש לחילוניים, כמו השאיפה לחיות יחד ולהגיע לאיזו הרמוניה ביחסים בתוך המדינה).

לכן אני חושש מאוד מהכישלון בשני מישורים, כי הכישלון עלול להביא בראש ובראשונה לביטול היש. כישלון כשלעצמו, גם אם הוא לא יבטל את היש הקיים, הוא עלול להשפיע, למשל, באמצעות הכנסת: אם יהיה רוב נגד חופש הביטוי וזכויות יסוד אחרות, זה עלול להשפיע גם על הפרשנות של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כי עצם העובדה שהכנסת הביעה את דעתה נגד הרחבה יכולה לגרום גם לצמצום בפרשנות. לכן אני חושש מאוד מהרעיון הזה של א. שינוי הקיים. ב. שינוי הפרשנות. ג. אבדן התמריץ. לכן אסור להגיע לכנסת לפני שיש הסכמה נרחבת חברתית בין מגזרי האוכלוסייה העיקריים במדינת ישראל, ולכן התשובה לשאלה היא – חייבים להשלים את החוקה, לא בצורת מחטף או בצורה כוחנית; צריך להידבר, להידבר ולהידבר 'עד שיצא עשן לבן'. בפלטפורמה הזו של המכון אני רואה את אחת מצורות ההידברות הטובות ביותר, וברגע שיגיעו לאיזה מסמך המקובל על מגזרים נרחבים במדינה, צריך יהיה להתחיל את המהלך הפרלמנטרי.

אשר לשאלת הזכויות הכלכליות והחברתיות – עקרונית אני בעד, זה הופך את החברה לטובה יותר, לצודקת יותר, זה בסופו של דבר מאדיר את זכויות האדם, בייחוד את הרעיון של כבוד האדם.



יש עוד סיבה, והיא הסיבה התועלתנית. הזכויות החברתיות-הכלכליות הן בסופו של דבר, כפי שנאמר כאן, כמעט הדברים היחידים שהם לטובת האוכלוסיות הנחשלות. יש בזה שדר חיובי כלפי האוכלוסיות האלה שהחוקה סוף-סוף פועלת בדברים שמעניינים אותן ו חשובים להן. מעבר לזה – זוהי הדרך הטובה יותר להגיע לקונסנזוס עם המתנגדים האפשריים לחוקה בחלק של זכויות האדם. הפיכת החוקה כולה, באמצעות הזכויות החברתיות והכלכליות, לידידותית יותר למגזרים רחבים יותר, לזה יש ערך כשלעצמו.

אני מסכים עם מה שנאמר אתמול, שצריך למצוא 'שביל זהב' בין הצורך בחוקה נאורה וטובה וזכויות כלכליות וחברתיות, לבין החשש מפגיעה בהפרדת הרשויות, דהיינו שהרשות השופטת תמצא את עצמה מטפלת בדברים של הרשות המבצעת, מהסכסוך בין הרשות המבצעת ואולי המחוקקת לרשות השופטת – כל אלה דברים שצריך להימנע מהם. לכן אני מסכים עם אלה שחושבים שבמה שנוגע לזכויות האדם, יש למצוא סגנון אחר של אקטיביזם שיפוטי.

אני גם חושש שאם יתנו לבית המשפט סמכויות נרחבות כמו שיש לו באשר לזכויות האדם – נגיע בסופו של דבר למצב שגם בית המשפט, מבחינת הבלמים והאיזונים, יגיע למסקנה שהרבה מדי הוא לא יכול להתערב, ואז הוא יאלץ לדחות חלק גדול מהעתיירות שתוגשנה אליו, למרות שתאורטית ישנה הסמכות. מצב כזה עלול לפגוע במעמדו של בית המשפט גם בעיני השכבות שאנחנו רוצים שהחוקה לגביהן תהיה ידידותית ואהודה. מעבר לסכסוך שבין בית המשפט והרשות המבצעת והמחוקקת, עלול לצמוח פער גדל והולך בין הציפיות של אותן שכבות שזקוקות כל כך לעזרת בית המשפט, לבין יכולתן המעשית לסייע להן.

לכן זכויות חברתיות-כלכליות – כן, אבל לא ברעיון של אקטיביזם שיפוטי ותוך הגבלה מראש של אפשרויות בית המשפט, יחסית לאפשרויות שלו בזכויות האדם.

● **דוד ראב:** אני יוצא מנקודת מוצא של אזרח, לא כמומחה ולא כשופט ולא כח"כ – אזרח שחי תחת משטר אמריקאי ועכשיו חי תחת משטר ישראלי. אני חייב להגיד שכשאני חושב על זכויות האדם כאזרח, אינני מרגיש מאוים מכך שאין כאן מגילת זכויות, חופש דיבור, שוויון בין נשים וגברים – יש המון דברים שצריך לתקן, אבל אני לא רואה בזה את האיום העיקרי על זכויות האדם כאן. לכן מגילה בפני



עצמה היא דבר חשוב, אבל לא היא שתבלום פגיעות, שתגן הכי טוב על זכויות האדם; מה שיגן בצורה הטובה ביותר הוא המנגנונים של תהליך החקיקה עצמו, ויש לשלב במנגנוני החקיקה יסודות שישמרו על הזכויות. למשל, קיימת זכות הקניין, ואילו הצעות החוק הפרטיות שהתקבלו, האמורות לעלות לנו מיליארדי שקלים, הן פגיעה בזכות הקניין שלי. אני מרוויח כסף, אני מחויב להפריש ממנו יותר ויותר לממשלה, ולכן הייתי רוצה שיהיה מנגנון שיבלום תהליך חקיקה כזה. מדברים עכשיו על ביטול חוק הבחירה הישירה. [הערת המערכת: מאז בוטל חוק הבחירה הישירה]. אל תבינו אותי לא נכון, אני חושב שהמצב הקיים גרוע מאוד. אבל מה קורה כאן? כרגע יש לי זכות בחירה לראשות הממשלה, אני יכול להצביע עכשיו בשני פתקים. ועכשיו עומדת הכנסת לקחת ממני אחת מהזכויות הבסיסיות שלי – זכות הבחירה לראש הממשלה – כך אני רואה זאת כאזרח; ואין על כך שום בלמים. בארצות-הברית תהליך החקיקה הרבה יותר מסובך, הרבה יותר מורכב; יש שני בתי מחוקקים שהאחד בולם את השני, מפני שהם נבחרים בצורות שונות ומייצגים אינטרסים שונים. מה שמתקבל בבית אחד, לאו דווקא מתקבל בבית השני. מנגנונים כאלה, שמאוד חסרים לנו, הם המגינים היותר חשובים לדברים היותר חיוניים מבחינת זכויות האדם, מאשר מגילה שאפשר לפרש בכל מיני צורות.

דבר נוסף: כאזרח, חשוב מאוד, לדעתי, שהחוקה תעבור משאל עם. ומדוע? מפני שזכויות האדם וזכויות אחרות הן לא מתנה מהממשלה לי האזרח; הן מגבלה, שאני כאזרח שם על הממשל שלי, או איזושהי הוראה חיונית שאני מחייב אותו לבצע. לא מדובר במתנה מאיזושהי ממשלה לי, האזרח.

● **עמוס שפירא:** אגב, בהמשך לדבריו של דוד נחמיאס – הואיל והמסורת הקונסטיטוציונית שלנו היא צעירה ומצומצמת, אני חושב שרובנו גורסים שאת הבדיקה החוקתית של אקטים שלטוניים ומעשי חקיקה יכול לעשות רק בית המשפט העליון. הוא הגוף השיפוטי המפקח. ואילו במסורות חוקתיות מגובשות יותר, כמו בארה"ב, הבדיקה החוקתית הזאת נעשית, דרך קבע ובאופן שגרתי, בכל המדרגים של השלטון.

● **ארוין קוטלר:** הייתי מבקש להתייחס להשלכות של המגילה הקנדית לזכויות האדם משנת 1982, כי המגילה הוגדרה אז כמהפכה חוקתית בקנדה, והיא שימשה גם מודל לימהפכה החוקתית כפי שהוגדרה אז בישראל.



במה שנוגע למגילה הקנדית:

- הוחלט לא להכניס את הזכויות החברתיות למגילה, כי טענו שזה לא קונקרטי מספיק מבחינה שיפוטית, ועל דרך הפשרה לא הכניסו את הזכות לקניין; אם לא זכויות חברתיות, אז גם לא הזכות לקניין – מין פשרה פוליטית.
- הוחלט לקבוע את הזכות לשוויון לא רק כאחת הזכויות, אלא כעיקרון כולל בסיסי של כל המגילה. ואכן, במגילה הקנדית אין זכות יותר מפורטת מאשר הזכות לשוויון.
- הוחלט שלא די בשם 'מגילה לזכויות האדם', ולכן היא נקראת 'מגילת הזכויות והחירות הקנדיות'. מה זאת אומרת? שכוללים במגילה את כל המורשת התרבותית המשפטית הקנדית.
- כאן גם הקשר, לדעתי, למגילה בישראל. אתן כמה דוגמאות שמאפיינות גם הן את הייחודיות של המגילה הקנדית:
 - יש סעיפים שמתייחסים לזכויות הראשונים. דרך אגב, אני תמיד מתייחס לעם היהודי כאל aboriginal people ואני לפעמים חושב שאם אנשים בחוץ היו מבינים את העם היהודי כ-aboriginal people ולא כמדינת ישראל שהיא תוצר של השואה – זו הייתה הבנה יותר מדויקת של המתרחש היום. גם לערבים אני קורא 'ראשונים'. יש בעצם שני עמים 'ראשונים', הם לא התחילו ב-1948.
 - יש במגילה סעיפים שמתייחסים לזכויות של מיעוטים, במיוחד מיעוטים מבחינת השפה: אנגלית וצרפתית.
 - יש במגילה התייחסות לחברה הקנדית כחברה רב-תרבותית. זה לא רק עניין של סוציולוגיה, זה עניין של נימוק משפטי, תחוקתי.
 - במגילה הקנדית אין הפרדה בין דת ומדינה. אדרבה, יש התייחסות לקשר בין דת, ומדינה מבחינת הזכויות של המיעוטים הדתיים בחינוך.
 - יש גם סעיף שמתייחס למשפט הבינלאומי, ויש מי שאומרים שזה הסעיף היהודי. למה? כי בזמן קבלת המגילה היה ויכוח איך להביא פושעים נאציים לדיון, כדי שזה לא יהיה רטרואקטיבי. ההתייחסות למשפט הבינלאומי היא רק בהקשר הזה, ויש כאלה שמצטערים שהמשפט הבינלאומי בחוקה הקנדית מתמצה רק בעניין הזה.



● יש סעיף שמתייחס לזכויות של נשים באופן ייחודי. יש סעיף שאומר שנשים וגברים הם שווים.

● **מאיר שמגר:** הערה לדברים שאמר מיכאיל קרייני: רשימת המקומות הקדושים היא, במקרה דנן, במפורש של המקומות הקדושים היהודיים. אף פעם לא התכחשנו לזה שכנסיית הקבר היא מקום קדוש או כל מקום נוצרי אחר, אבל זה לא מופיע ברשימה. לגבי היהודים הדבר היה דרוש לשם ביצוע החוק, והתזה הבסיסית הייתה תמיד, מאז הקמת מדינת ישראל, שאנחנו איננו מתערבים בגבולותיהן של העדות הדתיות מסיבות פוליטיות פשוטות ביותר. לבוא היום ולהגיד שהיה נחוץ פיקוח על מה שהכמרים היוונים-אורתודוכסים עושים בישראל – זה היה גורם מהומה רבתי. שלא לדבר על המהומה שהייתה מתעוררת אם היינו נוהגים כך כלפי הכמרים הקתולים. האפיפיור מיד היה יוצא באיזה בולה ואומר שפירוש הדבר הוא רדיפת הנצרות בארץ. לכן לא התערבנו, וכנ"ל גם לא בנוגע לאיסלאם – אין לנו שום חקיקה שמתערבת, ומסיבות פוליטיות מובנות.

כמובן שזה יוצר אפליות מסוימות. כמובן שאילו היה הסדר מקביל של נישואין אזרחיים, הדבר היה בא לידי פתרון. אבל בסיטואציה הקיימת, אינני סבור שבעתיד הקרוב אנחנו נתערב בפעולותיהן של העדות הדתיות. אין לנו כל עניין בכך, ואני חושב שיש בזה תבונה מדינית.

● **מיכאיל קרייני:** אבל קיים, למשל, חוק בתי הדין הדרוזיים שגם מסדיר את הקאדים.

● **מאיר שמגר:** זה בהסכמה, ומתוך עבודתי במשך השנים, אני יודע שהכנסיות הנוצריות לא הסכימו בשום אופן שאנחנו נתערב בנושאים שלהם. דבר אחד הם דרשו – פטור ממסים ומאגרות לכנסיות. דבר דומה הנהגנו עם העדה הבהאית לקראת ההרחבה שלהם בחיפה – הענקנו גם להם פטור ממסים ומאגרות. חוץ מזה הם לא הסכימו לשום התערבות – מבחינתם זה היה גורם לשערורייה בינלאומית.

יתר על כן, ביוני 1967 חוקקנו חוק שני שלפיו כל מקום קדוש יהיה תחת ניהולה של העדה שהמקום שייך לה, ושהמדינה לא מתערבת, ואז אמרו לנו הכמרים של הכנסייה היוונית-אורתודוכסית: 'אנחנו רוצים שאתם תכתבו את זה בחוק יסודי'. לכן כאשר חוקקו את חוק יסוד: ירושלים, יש שם חזרה על הכתוב בחוק המקומות הקדושים, היינו, שהמקומות הקדושים הם עצמאיים. הייתה בכך הבטחה חקיקתית בחוק יסוד.

אבל אני חוזר לנושא שלנו, נושא זכויות האדם, והייתי רוצה שנבחין בין טקטיקה לבין מטרה. המטרה צריכה להיות להשלים את החלטת הררי על-ידי כך שנטפל בהגשה לכנסת של חוקי יסוד נוספים, שיעסקו כל אחד בצורה זו או אחרת בחירויות החסרות מבחינת הכיסוי בחוקים שעברו את הכנסת. יהיה חבל אם תוצאת הדיון של הפורום הזה, שבא לקדם את החוקתיות בישראל, תהיה ש'נרים ידיים' ונגיד שאי אפשר לטפל בנושא הזה. רק אם נדחוף בנושא הזה ונהיה גורם יוזם ונניע כל מיני גורמים פוליטיים – רק אז יש סיכוי. במה שנוגע לטקטיקה – אני בהחלט מקבל את מה שנאמר כאן היום וגם אתמול: צריך באמת להכין את הפרקים השונים, צריך לשבת עליהם, צריך להראות אותם, צריך לדון בהם. ללכת לכנסת בלי הכנה מספקת, משמע כישלון.

כמו שקרמניצר, קרצימר וביניש הכינו ריכוז של החקיקה הקיימת, כך אנחנו כאן, במכון, חייבים ליצור את הנוסח הכתוב של הזכויות החסרות, כדי שנוכל לקיים דיון בנושאים האלה עם פרטנרים אפשריים ולנסות ולהגיע לאיזה קונסנזוס. אני מאמין שבדיון על טקסט קונקרטי, תמיד יש סיכוי רב יותר. זה כמו לגבי כל חוזה אחר: אתה מביא טיוטה של חוזה, אתה לאט-לאט, סעיף-סעיף מתקדם ומגיע להסדרים כלשהם. אבל מוכרחים לקדם את הנושא הזה; אסור שנהיה מדינה אשר בונה את עצמה ללא עיגון של החירויות.

בנוגע למה שאמר כאן למשל אילן שיף – אני ספקן לגבי נושא כבוד האדם. כבוד האדם כבר עמד למבחן מספר פעמים, בית המשפט כבר ביטא את דעתו, ובפסקי דין שונים, מהו כבוד האדם. הנושא של חופש הביטוי נידון גם הוא מספר פעמים. לא רצו בזה. כך שילחלובי את כבוד האדם חליבה נוספת – זה לא אלגנטי מבחינת מבנה החוקה. למען האמת, החוקה הישראלית היא מיוחדת. יש בה שני סעיפים, האחד הוא כבוד האדם, וכבוד האדם זה הכול: זה גם חופש הביטוי. אנשים יקבלו את הטענה הזאת בחיך, ובמקרה הטוב ביותר יגידו: 'זה דבר מלאכותי ביותר'. לכן, מבחינת המטרה הסופית, השאיפה חייבת להיות השלמת החסר. חבל שבתקופה שחלפה עסקנו בעיקר בלהתלונן שחסרים פרקים, חסרים חוקי יסוד ולא הייתה פעולה מוחשית מעשית. עכשיו צריך לעבור למשהו יותר מעשי. לדעתי, שיטת קרמניצר וקרצימר היא שיטה שאפשר לדון בה באופן מעשי.

אחד מהרעיונות שעלו כאן, שלמעשה גם התקבל, הוא שגם כאשר נעמוד על הנוסח המרוכז שהכינו קרצימר וקרמניצר, ננסה במקביל לקדם חוקי



יסוד שישלימו את יתר החירויות, כדי שיוגש לכנסת משהו שלם יותר. אחרת עוד יתקבל הרושם שהחוקה של ישראל כיום (דהיינו החקיקה החלקית) היא החוקה השלמה. עוד יגידו: 'מה אתם רוצים, יש לכם חוקה'.

לגבי הזכויות החברתיות – אני מוכרח לומר שיש לי איזו התמודדות פנימית, יש לי סימפטיה רבה לנושא הזה. כשגיא מונלדק אמר אתמול שאסור שאדם יהיה רעב, אני מסכים בהחלט שהדבר הזה בלתי אפשרי. כלומר, מדינה חייבת לנסות לשרש תופעות שהן תופעות מבישות, אבל אנחנו מוכרחים לחשוב על הסיסטה, כי אני לא הייתי רוצה שהדבר הזה ינוצל לרעה. במציאות שלנו, כל דבר הופך למבחן כוח, ולדעתי, הגופים החזקים יותר יגרפו את כל ההון. ואני רוצה באמת לדאוג לאדם שאין לו איפה לגור ושאלו מה לאכול. צריך לטפל בנושאים של אנשים שמופלים מבחינת מצבם הכלכלי. לכן צריך לחשוב על הניסוח, וייתכן שצריך ללכת בצורת השלבים. ייתכן, למשל, שנושא זה צריך לבוא בהקדמה. לא אחזור לנוסח של ד"ר פנחס יהודה כהן כי הדברים שם הם ארכאיים. הוא כתב בשעתו שהחברה הישראלית תשאף לקואופרציה; זה היה ב-1948 וזה לא דומה להיום. קואופרציה היום זה 'אגד', 'דן', זה לא האדם הקטן. אבל עקרונית, שכשאנחנו כותבים הקדמה כלשהי לחוקה, והואיל ואני יודע (בלי להסכים לכך) שלא תהיה הסכמה על ה-supremacy of God בישראל – ייתכן שבמספר משפטים אפשר לבטא את מה שכתוב בכל הזכויות החברתיות. אבל נניח שאנחנו כותבים את זה באופן מפורש; במקרה כזה צריך לחשוב איך מגבילים בצורה שהדבר ינוצל באופן הוגן. אני, למשל, הייתי נמנע ממסירת הסמכות לבית המשפט העליון. אני חושב שזה מְטריה שבית המשפט העליון לא מותאם לטיפול בה – לא מבחינת הנתונים האישיים של השופטים, ולא מבחינת המוסד. המוסד איננו מוסד שצריך להחליט כמה צריך להקציב. לכן גם התנגדתי לתזה שהכול שפיט. כל מה שאני חושב בנושא הזה כתוב בפסק דין **רסלר**; גם כתבתי שם, ששיכונים ובניית מטוס ופיתוח אינם מלאכות של בית המשפט. צריך לחפש משהו שהוא אלטרנטיבה לבית משפט. לא הייתי רוצה שתיווצר סיטואציה שבה בית המשפט ייכנס לרשימה הארוכה של הביקורות על כך שכאן הוא הקציב 3 מליון או 1,5 מליון או חצי מיליארד בלי להבין את הנושא. בכל אופן, נחוצה מומחיות בנושאים האלה.

- **פרנסס רדאי:** אני רוצה לחלק את הדין לזכויות פוליטיות ואזרחיות, לזכויות כלכליות וחברתיות, ואיך זה קשור לזכויות הקולקטיביות או התרבותיות. במה שנוגע לזכויות הפוליטיות והאזרחיות – אפשר לדון עד אינסוף על האפשרות לשפר, ואין ספק שצריך לשפר

ולהשלים את הזכויות האזרחיות והפוליטיות. כבר קיים חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אבל בלי שוויון ובלי חופש הביטוי, ובלי חופש מצפון וחופש דת – למשל, הרפורמים והקונסרבטיבים, שהם רוב היהודים בחו"ל, אין להם זכויות שוות במדינת ישראל. בוודאי שצריך להשלים. זה לא נכון שזה לא היה על סדר היום במשך העשור האחרון; היה ניסיון מפורש, עם ניסוח מפורט של מגילת זכויות, אלא שהכול התנפץ בסוף בגלל סעיף 21, כלומר שאי אפשר לנגוע בנושא של נישואין וגירושין. ולזה יש זיקה למה שאמר מיכאיל קרייני לגבי הקהילות הלא-יהודיות, אלא שהבעיה לא פחות חמורה לגבי הרוב במדינת ישראל, כלומר היהודים.

נחזור למה שקרה לפני שנתיים – יעל דיין התחילה אז עם חוק שיווי זכויות האישה; היא רצתה לשנות, לחוקק חוק שיהיה מתאים לשנת 2001 במקום חוק שחוקק ב-1951, עם כל הבעיות הכרוכות בכך. אלא שהתברר לה שאי אפשר לתקן בכנסת חוק לשיווי זכויות האישה, לחוקק חוק חדש חוקתי מושלם. אז מה היא עשתה? היא עשתה תיקונים מסביב לסעיף 5. החלטנו שתינו יחד מהי האסטרטגיה שלנו. החלטנו שאנחנו לא מוכנות לתת גושפנקא מחודשת לסעיף 5, זה נראה לנו יותר גרוע מלשתוק. כי להעלות את הנושא מחדש יהיה קשה כפליים.

זכות השוויון, כפי שסיפר לנו כאן ארווין קוטלר, הייתה זכות המפתח בצירטר הקנדי, ולא כמו החוקה האמריקאית – הצירטר הקנדי נוסח ב-1980. כלומר, כאשר מדינה מתקדמת עשתה צירטר בימינו, זכות השוויון הייתה הבסיס. זה נכון גם לגבי ארגונים בינלאומיים וועדות לזכויות האדם – אצל כולם שוויון הוא הבסיס. לכן אבסורדי לנסות להתקדם על זכויות אזרחיות ופוליטיות בלי הזכות לשוויון.

● **מאיר שמגר:** מה היה הנוסח שאתן הצעתן בשעתו?

● **פרנסס רדאי:** הזכות לשוויון. לא משהו מפורש ומורחב, שוויון פשוט. ואז החוגים הדתיים עמדו על כך שזה לא יוכנס לתחום המשפחה, ובעצם, יהיה רלוונטי לנישואין וגירושין.

לא נחוץ לשם כך קונסנזוס חברתי, שהרי כל הרעיון של זכויות האדם והשוויון הוא להגן על מיעוט; לכן גם אם 99 אחוזים במדינה מתנגדים לרעיון של שוויון, זה לא אומר שלא נחוץ שוויון. אז אם אפשר להעביר את זה בכל דרך פוליטית, לשלם כמו שמשלמים על דברים אחרים – לא אכפת לי. אם הרפורמים יעביר את זה בלי קונסנזוס פוליטי בכנסת, לא אכפת לי. אנחנו לא תלויים בגושפנקא של הרוב כדי לחייב את ישראל

לכבד את זכויות האדם האזרחיות והפוליטיות, ודרך אגב, אנחנו גם מחויבים לכך במישור הבינלאומי באמצעות כל מיני אמנות. ולפי ההחלטה של בית המשפט הפלילי הבינלאומי לעניין יוגוסלביה, מתקבל הרושם שגוברת הנטייה לאכוף את המחויבות לזכויות האדם על מדינות העולם. לכן עדיף שנקדים.

נושא שני שרציתי לעסוק בו הוא זכויות חברתיות וכלכליות. שמענו על העסקה שעשו בהקשר לזה בחוקה של קנדה, אלא שאנחנו לא יכולים להרשות לעצמנו את המותרות הללו, כי אנחנו בשמחה רבה הלכנו והחלטנו לא רק על זכות הקניין, אבל גם קיבלנו חוק מיוחד לחופש העיסוק. שתיהן זכויות קפיטליסטיות טהורות, והן מופיעות כמעט בכל פסק דין. בבתי הדין לעבודה ניסו לאזן את זה, והם אומרים: יש זכויות קניין גם לעובד במקום העבודה.

הרעיון שאנחנו נישאר עם הא-סימטריה הזאת בזכות הקניין ובזכות חופש העיסוק, כמי שדיבר על השאיפות הלאומיות, וכאשר אין שאיפות לצדק חברתי וכלכלי – אני חושבת שזה לא רק לא אסתטי, זה מכוער מאוד. זה מכוער מבחינה מוסרית וזה משפיע. אנחנו במקום השני בעולם הדמוקרטי מבחינת הפער בין עשירים ועניים. אנחנו במצב שאי אפשר לשתוק על הדברים האלה, לא משפטית ולא מציאותית.

לא רק מפני שיש אפשרות של over-ride איננו צריכים לחשוש בנוגע לזכויות חברתיות וכלכליות, אלא משתי סיבות נוספות. האחת היא זכות הקניין – היינו יכולים לחשוש שבית המשפט העליון יפסול מסים – כי הרי יש זכות קניין. אבל לא עשו זאת. לכן, גם לגבי זכויות חברתיות וכלכליות יש היגיון מסוים שאפשר לצפות מבית המשפט. אני מאוד התרשמתי מהטיעון של אילן שיף שדווקא קבוצות שאנחנו רוצים שהחוקה תהיה ידידותית כלפיהן, הן אלה שעלולות להתמרמר על שבית המשפט העליון לא נותן להן את הזכויות החברתיות שמגיעות להן, לפי דעתן. לכן, בדומה למה שהשופט שמגר אמר – אולי, לפחות בשלב ביניים, כדאי להכניס את העקרונות האלה, אבל ליצור מסגרת מיוחדת. יכול להיות שבית המשפט העליון יוכל רק להמליץ לכנסת לגבי הוצאות תקציב למטרת יישום העקרונות שהוא קובע. שהוא יקבע את העקרונות, אבל היישום יהיה רק המלצה לכנסת. או שיהיה מין גוף נוסף שיבחן את המשמעות התקציבית של ההחלטה העקרונית של בית המשפט העליון בדברים האלה. כדאי לנו בנושא זה להסתכל על גרמניה, צרפת, ומקומות אחרים, שיש בהן דגש על זכויות חברתיות וכלכליות, וגם על האיחוד האירופאי, כי שם יש דגש על סולידריות ועל זכויות חברתיות וכלכליות.

נושא אחרון שאני רוצה להתייחס אליו הוא זכויות קבוצתיות. יש שני מובנים לזכויות קבוצתיות, האחד הוא בתור זכויות חברתיות וכלכליות והאחר בתור זכויות קהילתיות של תרבות ולאום. אני הייתי מבקשת לדבר על ההיבט השני. גם כאן, התפקיד שלנו הוא לשמור שהשוויון יהיה ערך בסיסי ועליון, ובהקשר הזה גם צריך לשמור על זכות יציאה – כמו בהודו, ששם יש למוסלמים ולנוצרים אפשרות לקיים קהילה אוטונומית, ובמקביל קיים החוק האזרחי בדיני משפחה, נישואין וגירושין וכדומה.

● **מאיר שמגר:** הודו, עם הקסטות, היא לא דוגמה לשוויון.

● **פרנסס רדאי:** רות גביון אמרה אתמול: יזה שיש זכויות, לא מוכיח לנו שתהיה חברה צודקת. היא הביאה את רוסיה כדוגמה. והשופט שמגר נותן את הודו כדוגמה. אבל גם ההפך לא נובע מזה. בלי זכויות יכולה או לא יכולה להיות חברה צודקת. זכויות הן הבסיס, ועדיין לא סיימנו את המלאכה, זו רק תחילת הדרך.

● **ידידיה שטרן:** אני רוצה להגיד דבר אופטימי אם מותר לי; זה לא אפנתי, זה כמובן לא ריאלי, אבל זה אופטימי. אני חושב שהחלק של השלמת הזכויות הוא החלק הנוח ביותר בשיח בין החילוניים ובין הדתיים בהקשר החוקתי. זה חלק שמבחינה מהותית, אפשר להגיע בו לפשרות סבירות, בלי ויתורים גדולים מדי משני הצדדים. למה?:

א. הבעיות העקרוניות של הזהות, של השאלה מי אנחנו, לא מתעוררות ישירות בהקשר הזה. ולכן גם אם אנחנו לא מגדירים את השאלות הגדולות, כי אנחנו עוסקים בתכנים הנקודתיים של איך חיים, על בסיס מפאייניקי, אפשר להגיע להסכם מסוים.

לדתיים יש אינטרסים מאוד ברורים להגיע למגילת זכויות. למרות התקווה שהדתיים בסוף יהיו רוב ושההלכה תשתלט פה, כל אדם שענינו בראשו מבין שהכיוון הוא לא כזה, שהמיעוט הדתי הוא מיעוט כרוני, ושהוא מתרחק והולך מהתרבות המרכזית ולכן הכרוניות של מצבו הולכת ומתעצמת.

לכן מגילת זכויות היא הדבר הפוליטי הבסיסי שאדם דתי צריך לשאוף אליו. אין סיבה לייחס לדתיים ולמנהיגים את הטיפשות של התעלמות מעובדות חיים. ראש הממשלה ברק, בהצעתו למהפכה אזרחית, חידד את העניין, לרעה ולטובה. לטובה במובן הזה שכשאני מדבר עם מנהיגים חרדים, הם התחלחו מהמהפכה האזרחית, הם הבינו שזה יכול לקרות



יום אחד; אם לא הצליח הפעם, יצליח בסיבוב הבא. קיים אצלם חשש שדווקא ממשלת אחדות תצליח להביא מהפכה כזאת. הם כולם מבינים שיש פה יחרב דמוקלסי ושהם מתגרים בתרבות השלטת, ולכן כדאי שתהיה להם רשת הגנה. ברשת הגנה שהיא פשרה הוגנת.

● **פרנסס רדאי:** בלי שוויון.

● **ידידיה שטרן:** זו אמירה טהרנית וכוחנית. נגד זה אני מתלונן. זה לא בינרי, רבותיי, זה לא שוויון אחד, נחרץ וברור, שכולם יודעים מה תוכנו, ופרנסס רדאי מגדירה אותו מול...

● **פרנסס רדאי:** לא, זה האו"ם, לא אני. אנחנו כתבנו על הסתייגות לאמנה של האו"ם בעניין השוויון. אז זה לא אני, זה האו"ם. יש 65 מדינות שחתומות באשרור.

● **ידידיה שטרן:** יש אפשרות לתת למונח שוויון פרשנות ריאלית, שתספק 80 ומעלה אחוזים מהתושבים של מדינת ישראל. לעניות דעתי, זה סוג הפשרה שצריך לשאוף אליו. לדעתי זה אפשרי מאוד. למשל, את כל נושא המשפחה אפשר לפתור די בקלות. יש כבר פתרונות מוצעים. יש התפתחות של החשיבה הדתית בתחומים הללו. לא כל התחומים מפותחים במידה זהה. התחומים המפותחים יחסית נותנים פתרונות ריאליים, ואני כאדם שחושב שהדת שלו היא דת שצריכה לענות לחיים, חושב שהפתרונות אפשריים. לא הכול יכול להיעשות היום, ולא הכול יכול להיעשות בדיוק לפי רצונם של כולנו, אבל בכל חלק של החיים זה נכון.

מה שאני מנסה לומר הוא שכבר כיום, לדעתי, המכנה המשותף רחב די הצורך, בתנאי שאף אחד מאתנו לא ייסחוב את השמיכה לצד שלו. מגזרי החפיפה הם רבים במובן העקרוני, התשתיתי, ולא רק בגלל שהתרבות המערבית נוסדה על בסיס התרבות הנוצרית-יהודית, אלא גם בגלל נתונים של ריאליה. זאת ועוד: יכולה להיות משמעות גדולה לדרך הניסוח של זכויות האדם בישראל. למשל: למה כבוד האדם? מה רע במונח בעל מטענים של התרבות היהודית כמו 'כבוד הבריות'? – וכבר יצרת מכנה משותף מאוד בסיסי.

יש קשר ברור בין הפשרה שתיווצר ברמת הזכויות ובין המעטפת החיצונית. ככל שהמעטפת החיצונית תהיה נוחה יותר, ייצוגית יותר במובן מהותי, בלי ויתור על מקצועיות – כך גם הדיון על הזכויות יוכל להיות יותר רגוע, כזה שמחפש את המכנים המשותפים ולא את ההכרעות הכוחניות.

● סבינה רוטלוי:

אני מאמצת את כל דבריה של פרנסס רדאי, ועל כן לא אחזור על הדברים במלואם.

להרגשתי, אם לא תהיה חוקה שתיתן שוויון ערך עליון – בעיני, זו אינה חוקה. אינני מקבלת את מה שאמר עכשיו ידידיה שטרן על הסכמה של 87 אחוזים; אז מה? 13 אחוזים הם לא בני אדם? הרי בני האדם נולדו שווים, ואם ל-13 אחוזים לא יהיה שוויון אצלנו במדינה, לפחות ברמה ההצהרתית, כי אז אין ערך לחוקה. שוויון איננו ניתן לחלוקה. אני רוצה שוויון מלא לכולם – נשים, גברים, ערבים, יהודים וכו'. לכן שמחתי על הדוגמה שארווין קוטלר הביא בנוגע לצירטר הקנדי; הייתי מאוד שמחה לו יכולנו לאמץ את הדוגמה הזאת. כמו פרנסס רדאי, גם אני מצדדת במתן זכויות חברתיות וכלכליות, כי גם אם ערך השוויון קיים כשלעצמו, הוא בגדר מס שפתיים בהיעדר הזכויות הללו. ואביא דוגמה מתחום החינוך.

נניח שאנחנו מכירים בזכות לחינוך בארץ, ואפילו נניח שאנחנו מכירים בזכות לשוויון, עדיין אינני בטוחה שנוכל לאפשר חינוך שווה לכלל ילדי ישראל, גם אם אנחנו מכירים בזכות החינוך, וגם אם אנחנו מכירים בזכות השוויון. אני מסתכלת על האמנה לזכויות הילד, שעשתה הבחנה מאוד יפה בתחום הזה. כמובן, זוהי אמנה שנועדה להיות פשרה ל-195 המדינות שחתמו עליה. אז למשל, כשמדובר על מימוש זכויות חברתיות וכלכליות ותרבותיות, מדובר על כך שהמדינות ינקטו אמצעים עד מרב המידה האפשרית על-פי המשאבים שברשותן. זה כמובן מאוד לא מחייב. אבל בכל זאת, ברמה ההצהרתית יש לזה ערך. אבל מיד לאחר מכן, כאשר מדברים על הזכויות ומדברים על כך שלכל ילד יש זכות טבעית לחיים, ואחר-כך מדברים על זכותו של הילד להישרדות ולהתפתחות – שזאת בהחלט יכולה להיות זכות חברתית-וכלכלית – מה אומרים? שהמדינות החברות יבטיחו עד מרב המידה האפשרית את הישרדות הילד והתפתחותו. לא אמרו כאן יעל-פי המשאבים שברשותן, אלא יעד מרב המידה האפשרית. כלומר, בעזרת ניסוחים מתאימים, גם לנושא הזה אפשר למצוא את האיזונים הנכונים, כלומר בין הבטחת אותן זכויות כאיזושהו טוקניזם (מילה ריקה) בלבד, ובין מתן משמעות אמיתית לזכויות הללו.

בה-במידה אנחנו יכולים לדבר היום על זכות הקניין בארץ, שבאמת מבטיחה את קניינם של אלה שיש להם, אבל בהחלט לא מבטיחה את הקניין לאלה שאין להם ואולי יש להם קצת והיו רוצים לקבל יותר. למשל, נושא חוק הדיור הציבורי, או ההסדר של החקלאים והמושבים.



זוהי דוגמה קלאסית להכרה בפועל בעליונות חוק יסוד של זכות הקניין שהידרדרה לפערים גדולים והולכים.

אני מאוד מודאגת מהפערים החברתיים. אני לא בטוחה שרק בהכרה בזכויות האדם מהדור הראשון נצליח לצמצם את הפערים האלה. אני חושבת שאחד התפקידים שלנו הוא לצמצם את הפערים באמצעות הזכויות.

עוד מילה בנושא הזכויות הקולקטיביות. השיח הרב-תרבותי היום, הפך, לטעמי, לפופולרי מדי, אולי אפילו קצת פופוליסטי. אחרי ששמעתי אתמול את הרבנים לוי וגפני, אני די חוששת ממתן זכויות קולקטיביות בעלות רמה ודרגה שווה לזכויות אדם. שמעתי גם את חוסר האמון שהביעו אותם אנשים, כאילו 'סידרו' אותם בכינוס של חוקי היסוד. לכן חשוב מאוד שבשיח המשותף שלנו תהיה באמת שקיפות בעניין הזה, והדברים יעלו על השולחן. כלומר, שמראש יגידו שתחילה אנחנו רוצים להגדיר את זכויות האדם הבסיסיות ובראשן זכות השוויון.

אפשרות נוספת היא שתיכללנה זכויות חברתיות וכלכליות, וצריך להגדיר אותן. זה יכול להיות איזשהו מדרג, אולי במסמך אחר, אולי לעתיד לבוא, אבל מראש להגיד שהחברה הישראלית רוצה שזכויות אלה יהיו חלק מהמרקם של הזכויות שלנו, ולהגדיר מהן הזכויות הקולקטיביות ומה הסיכונים שאנחנו רואים בהן. למשל, אחת האפשרויות לאזן בין זכויות קולקטיביות לבין זכויות הפרט היא קביעת 'קווים אדומים', ובכל עת שתוענקה זכויות קולקטיביות שתהיה בהן פגיעה בזכויות האדם הבסיסיות, הן לא תוכרנה. אנחנו יכולים להגיד מראש שכל זכות קולקטיבית שפוגעת בעקרון השוויון או בעקרון המצפון, לא נכיר בה.

● **ידידה שטרן:** רק כדי להעמיד דברים על דיוקם: חס וחלילה, לא הצעתי שיהיה פה שוויון ל-87 אחוזים ול-13 אחוזים לא. אני רוצה שהגדרת השוויון תהיה מקובלת על 87 אחוזים, ומזה ייהנו כל מאה האחוזים.



מליאת סיום

דיווחים מקבוצות הדיון

שמות הזוברים (בסדר אלף-ביתי):

- **פרופ' אבינרי, שלמה** – המחלקה למדע המדינה, האוניברסיטה העברית
- **פרופ' אדרעי, יוסי** – דיקן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
- **פרופ' אזרחי, ירון** – המחלקה למדע המדינה, האוניברסיטה העברית; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- **פרופ' גביזון, רות** – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- **ד"ר כרמון, אריק** – נשיא המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- **השרה ליבני, ציפי** – המשרד לאיכות הסביבה
- **פרופ' מעוז, אשר** – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב
- **השר מרידור, דן** – שר בלי תיק
- **מר מירום, חגי** – לשעבר חבר כנסת
- **עו"ד ענבר, צבי** – לשעבר היועץ המשפטי של הכנסת
- **פרופ' קרמניצר, מרדכי** – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- **פרופ' קרצ'מר, דוד** – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית
- **פרופ' רדאי, פרנסס** – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית
- **פרופ' שטרן, ידידיה** – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן; המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים
- **השופט שמגר, מאיר** – לשעבר נשיא בית המשפט העליון
- **פרופ' שפירא, עמוס** – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב



● **אריק כרמון:** אני פותח את הישיבה האחרונה של הכינוס השלישי. בישיבה הזאת נשמע סיכומים משתי ישיבות: האחת התקיימה אתמול אחר-הצהרים (1.3) והשנייה התקיימה הבוקר (2.3). בשני המקרים הדיונים התקיימו בקבוצות ובסדנאות. כל אחד מיושבי-הראש ידווח.

● **צבי ענבר:** השאלה שהוצגה בפני קבוצת הדיון הייתה: מה עדיף – כתיבת חוקה מחדש או השלמת התהליך של חוקי היסוד? מטבע הדברים, מסמך הארגון מחדש של חוקי היסוד שימש נושא מרכזי בדיון. הסוגיות המרכזיות היו אלה:

1. האם נכון לערוך קודיפיקציה או נוסח משולב של חוקי היסוד תוך ניפוי החלק הלא חוקתי בהן.
2. אם כן, האם לשריין את המסמך החדש כפי שמוצע.
3. האם וכיצד להמשיך במהלך כתיבת החוקה – כתיבה מחדש או השלמת התהליך.

אשר לקודיפיקציה – הנטייה בקבוצה הייתה בסך הכול חיובית, אם כי היה מי שטען כי מדובר בשלב נוסף ומיותר. הייתה הסכמה על כך שאסור שהקודיפיקציה תשנה מהויות, ומכאן גם הגישה לשאלת השריון כפי שאפרט בהמשך. בעיקר צוינו לחיוב הערך החינוכי הרב בהבהרת המצב החוקתי וכן שהקודיפיקציה מבהירה את היש ויכולה לשמש בסיס לדיון על השלמת החקיקה.

עם זאת הועלו החששות הבאים: עשויה להיווצר חשדנות פן הנוסח החדש יביא לפרשנות חדשה של ההסדרים הקיימים. הועלה החשש כי במהלך יצירת הנוסח המשולב, הכולל הפרדה בין חוקתי ללא-חוקתי, ינופו נושאים חשובים מהנוסח החוקתי, ולגבי הסדרים שיועברו לחוק רגיל, תיטען הטענה שהם נוגדים הסדרים שהושארו בחוקה או בחוק היסוד.

לעניין סוגיית השריון – הייתה הסכמה כי זהו חלק בעייתי ביותר בהצעה, והנטייה הייתה לא לשריין מהסיבות האלה:

1. השריון הוא שינוי מהותי והוא מעבר לארגון טכני של חוקי היסוד.
2. השריון עשוי להיתפס בעיני המתנגדים לחוקה כניסיון ליצור חוקה בדרך עקיפה, להגביר את החשדנות וכפועל יוצא להכשיל את ניסיון הקודיפיקציה.
3. קשה ליצור שריון לפני שהוכרעו שאלות כגון מי יפרש.
4. השריון עשוי לשריין הסדרים לא טובים המעוגנים היום בחוקי היסוד.

5. כאשר השריון יהיה מלא, ייתכן שנושאים שהיה ראוי לכלול בעסקת חבילה, לא ייכללו בה.

האם להמשיך במפעל – גישה אחת הייתה כי יש לבחור מבין החלופות הבאות: דיון והכרעה בסוגיות הבעייתיות שטרם הוכרעו, כגון שאלות גיור, נישואין וגירושין; ניסיון ליצור כעת עסקת חבילה חברתית שבעקבותיה ניתן יהיה להכין נוסח חוקתי שלם.

גישה שנייה הייתה שניתן להמשיך במהלכים אלה במקביל. דהיינו, המשך קודיפיקציה וקידום פיתוח החוקה.

אשר לקידום פיתוח החוקה, אצביע על שתי גישות שהועלו: א. עסקת חבילה כוללת בתהליך שיימשך שנתיים-שלוש; ב. כינון אספה מכוננת של מומחים ואישי ציבור – לא הכנסת – שישבו יעד שיצא עשן לבן. כך או אחרת, רצוי שיוקדש מאמץ באקדמיה לכתיבת חוקה מחדש.

● **מאיר שמגר:** בצוות שלי הייתה התייחסות לנושא העקרוני שבו אנו דנים, דהיינו, האם לחוקק חוקה שלמה חדשה או לבנות על השלמה בשיטה שננקטה עד כה (פרקים נפרדים בחוקי יסוד). הדעה הכללית הייתה שאין לחוקק חוקה חדשה שלמה, אלא להמשיך בדרך שהלכנו בה עד כה בהכנת חוקי היסוד.

לגבי שיטת הפעולה, לפי ההליכים שנקטו הפרופסורים מרדכי קרמניצר ודוד קרצ'מר עם אבישי ביניש – הסתמנו המהלכים הבאים: מבחינה טכנית, כפי ששמענו אתמול מפרופ' קרמניצר, הכוונה היא להשלים כמה תיקונים שוליים טכניים אשר נובעים מן ההערות שנתקבלו. נוסף לכך, מה שעלה כרעיון בצוות האמור הוא שבמקביל לנוסח העכשווי, תוכן הצעת חוק באותו הכיוון, כלומר הצעה המנוסחת בצורה של התיקון בחוקים הרגילים המתחייב מהערות הצוות. זאת אומרת, במקומות שהומלץ לוותר על סעיף בחוק היסוד, הוא יוצא מהטקסט; במקומות שצריך להחליף ניסוח, כבר יובא הניסוח החדש ויכינו גם את הצעות החוק לתיקון חוקי היסוד כפי שיוגשו לכנסת. זאת, לשם יצירת חוק משולב אחד המצטמצם לאותן הוראות הראויות להיכלל בחוקה. במקביל יכינו הצעת חוק לקליטת ההוראה שהוצאה מחוק היסוד, בחוק הרגיל המתאים.

הכוונה היא שהחומר שיוכן ישמש מצע לדיון כבר בעת הטיפול בקודכס בכנסת לפי השיטה שנציע. זאת אומרת, לא נסמוך על כך ששם יעשו את העבודה של הכנת התיקונים לחוקי היסוד ושל הצעת חוק לתיקון חוק רגיל אשר יקלוט דברים שמוצאים מחוק יסוד. הכוונה היא להכין את הנוסח של הצעת החוק מראש, בשיטה שננקטת בדרך כלל בחקיקה של



חוקי יסוד, אשר בה התלווה לחוק היסוד חוק לתיקון החקיקה הרגילה. חוק יסוד: השפיטה, למשל, היה מלווה בחוק רגיל אשר העביר לחוק בתי המשפט, או לחוקים אחרים, דברים ששייכים ליצירת המסגרת המשפטית של השפיטה, אך אינם נכללים בחוק היסוד.

המגמה שהסתמנה היא שיש להשתמש בנוסח המשולב שהוכן על-ידי מרדכי קרמניצר, דוד קרצמר ואבישי ביניש כדי להניע את גלגלי השילוב של חוקי היסוד הקיימים. הייתה שאלה נוספת והיא האם להגיש את הנוסח המשולב הזה כמות שהוא (היום הוא כולל רק אותם חוקי יסוד שכבר עברו את הכנסת), או לנסות ולהעביר חוקי יסוד נוספים כדי שגם הם ייכללו בדיון.

החשש היה שאם נגיש רק את הנוסח המשולב כפי שהוא, והוא יתקבל בכנסת, הוא עלול לחסום פסיכולוגית את הדרך בפני חקיקה נוספת. יגידו: 'הנה, יש חוקה גמורה, שלמה, שילבתם יחד, לא צריך שום דבר נוסף'.

היה גם חשש של מראית פני הדברים. זאת אומרת, לא רק מבחינת התיאום הפוליטי, אלא מבחינת המראית: איזו מין חוקה היא לישראל – שמונים אחוזים דנים במוסדות השלטון השונים, ויש רק שני חוקי זכויות האדם, שזה חלק מינימלי. לכן הסתמנה ההשקפה שצריך לנסות ולהעביר חוקי יסוד נוספים, ועקרונית נאמר שהשיטה הרצויה היא הכנת נוסח הכנס, שתוטל על המכון לדמוקרטיה. מדובר בהכנת נוסח של חוקי היסוד השונים שעדיין חסרים בתוך מערכת החקיקה שלנו, ובמקביל פתיחת דיון עם גורמים שונים כדי לנסות ולהגיע להסכמה לגבי הנוסח הזה. גם זה יכול להתקיים במסגרת המכון, אחרי שטיוטת הנוסח תהיה מוכנה. לגבי הטיפול בכנסת – הכוונה הייתה שאחרי שהנוסח הזה, בצורתו המורחבת, יוגש לכנסת, יש להניח שוועדת חוקה חוק ומשפט תמנה ועדת משנה. עלתה הצעה לא למנות כמקובל חמישה או שישה אנשים שדנים היום בהכנת נוסח משולב, אלא ליצור ועדה יותר רחבה ובלבד שיטפלו בנושא הזה בדרך מקוצרת. אם מדובר בשילוב של חוקים קיימים, אפשר ללכת על-פי הסעיף שקובע את אופן הטיפול בנוסח משולב. ועדת המשנה תחזיר את הנוסח המוסכם לוועדת חוקה חוק ומשפט, וזו תאשר את הנוסח המשולב בתור קונסולידציה של חוקי היסוד שהתקבלו. עלתה גם הצעה (שגם הושמעה במליאה על-ידי מר צדוק לפני שהתפזרו לוועדות) לבצע אקט סיום שייתן לכל המהלך תוקף חזק יותר, למשל משאל עם.



נקודה נוספת: אם החוק המשולב יתקבל, דרוש חוק יסוד נוסף אשר ידון ברוב הדרוש לשינוי החוקה. זאת אומרת, אחרי קבלתו של חוק משולב כזה, כבר אי אפשר להשהות את ההחלטה בדבר הרוב הדרוש. הדעה שהסתמנה הייתה שרוב של 61 חייכים, כפי שקבוע היום בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, איננו רוב מספיק לשריון חוקה, כי בכל ממשלה יש בדרך כלל 61 חברים. למעשה אנחנו אומרים שאי אפשר לשנות את החוקה אלא אם הממשלה רוצה בכך; והיפוכו של דבר – אם הממשלה רוצה בכך, היא יכולה לשנות כל חוק יסוד, וזה כבר איננו סביר. דובר אז על מספר ביניים, בין 61 לבין 80, אולי 70, כלומר רוב שייתן יציבות רבה יותר לשם קביעת הליך כבד יותר לצורך השינוי.

● **רות גביזון:** שאלת הבהרה. החוק המשולב כבר יהיה משוריין?

● **מאיר שמגר:** כן.

● **רות גביזון:** באיזה תנאים הוא יתקבל? האם בשלוש קריאות או רק באישור החלטת כנסת?

● **מאיר שמגר:** נוסח משולב לא הולך בשלוש קריאות.

● **רות גביזון:** אז למה הוא יהיה משוריין אם הוא רק נוסח משולב?

● **מאיר שמגר:** כי הוא מתחיל להיות חוקה. יש חידוש.

● **ציפי ליבני:** הדעה הרווחת בקבוצתנו – שעלי לומר שהייתי דעת מיעוט בה – היא להמשיך או להתבסס על חוקי היסוד הקיימים ולא לפתוח באיזה פרויקט של חקיקת חוקה או מסמך מגילת זכויות חדשה; להתבסס על העבודה שנעשתה בהתייחס לחוקי היסוד הקיימים, לבצע השלמות שחלקן קיימות בחקיקה הקיימת, לעשות גם מיפוי של זכויות קיימות בחקיקה קיימת תוך העלאת השאלה האם הן ראויות לעלות עלייה נורמטיבית ולהיכלל במסמך חוקי היסוד הזה.

הועלו נושאים שלא קיימים ושצריך להכליל אותם בהמשך חקיקת חוקי היסוד, והיה מי שקרא להפסיק ולחוקק חוקי היסוד – די לנו במה שיש לנו, ומכאן להבא בית המשפט העליון יכול להכניס את התכנים בהסתמך



על הקיים ואין צורך בהגדרות נוספות, כי הן רק יגבילו את התכנים שבית המשפט העליון מכניס.

רשימת הנושאים שהועלו לקראת השלמה שלא קיימת היום הם אלה: אזרחות-שבות, זכויות במשפט – חלקם גם הצעות של חוקי יסוד שמונחות על שולחן ועדת חוקה ולא קודמו – נושאי דת ומדינה וכל נושא הזכויות החברתיות-כלכליות. גם בנושא אחרון זה הייתה טענה שהזכויות החברתיות-כלכליות לא צריכות להיכלל בחוקה, ועם זאת דעת הרוב הייתה שצריך לכלול. גם הגענו למסקנה שצריך לקיים דיון בשאלה: מה מתוך העקרונות שמתייחסים לזכויות האלה צריך להכניס ומה אולי מעגן זכויות של הפרט, אבל מטיל חבויים שיגרמו לכך שבסוף העיקרון לא ייכלל ברמה חקיקתית של חוק יסוד.

הוסכם שצריך לקבוע מה תוכן המושג 'מדינה יהודית' במשוואה של 'מדינה יהודית ודמוקרטית', אבל לא קיימנו דיון תוכני גם כשהצורך בהגדרה עלה ברמת מערכת היחסים שבין יהודים חילוניים ודתיים, וגם כשהנושא הועלה על-ידי נציג של המיעוט הערבי שביקש גם לדעת, בזיקה לאותו מיעוט, מה הכוונה כשמדברים על מדינה יהודית. הייתה הסכמה שגם אם תהליך ההגדרה יהיה קשה, מייגע ואולי רצוף ויכוחים, אם נגיע לכלל הגדרה, תרד רמת המתחים והחששות שקיימים היום בין כל הקבוצות – בין אם בתוך המגזר היהודי ובין אם במערכת היחסים בין יהודים לבני המיעוטים במדינה.

לגבי השאלה מי יקבע – אצלנו, לצערי, הכנסת לא נתפסה כגורם לגיטימי בקביעת החוקה. רוב החברים דיברו על ועדות, מועצה, בין אם יקראו לה ציבורית, מקצועית, ייצוגית או מייצגת. דיברו על ועדות מומחים למיניהן, וכנגד זאת הייתה הערה שאין לקבוע מראש שום דבר, אלא להשאיר לבית המשפט את ביצוע תהליכי קביעת הזכויות של דרך פרשנות החקיקה. גם הייתה נטייה לקבל באהדה את הרעיון שהעלה חיים צדוק להכתיר את התהליך בסופו באירוע קולקטיבי כגון משאל עם.

● **אריק כרמון:** נעבור עתה לדיווח של שלוש הקבוצות שדנו הבוקר בסוגיית ההשלמה של פרק הזכויות. מראש סיכמנו שמטפלים בשלוש שאלות:

1. האם משלימים?
2. אם משלימים, מה חסר?
3. איך משלימים?



גישה משולבת.

ההרגשה הכללית היא שחסרים עדיין שני פרקים חשובים: הפרק האחד הוא המעמד האישי, בעיקר מעמד הנשים, והפרק השני הוא זכויות חברתיות.

איך משלימים? – בחקיקה או לא בחקיקה? הייתה הסכמה כללית שאין זו שאלה משפטית אלא שאלה פוליטית; וכאן התפלגנו לשתי גישות או שתי דעות.

הדעה הראשונה אמרה שכיוון שזו שאלה פוליטית, אז כמו בכל שאלה פוליטית, הרוב מכריע. יש מאבק פוליטי, צריך לנהל אותו, לא לפחד מקבוצות שמאיימות או מרתיעות, להוביל מהלך חקיקתי ולהשלים את הפרקים החסרים בצורה חקיקתית.

הדעה השנייה הציעה לקחת פסק זמן, לומר שמה שיש היום מכיל באופן פוטנציאלי עולם ומלואו; לא לוותר על התהליך שהוא חלק מהתרבות הישראלית והוא Common Law ולאפשר לבתי המשפט ולחברה הישראלית (בהנחה שבית המשפט מבטא פחות או יותר את ההליכים הרווחים ברוב החברה הישראלית) לפתח באמצעות ה-Common Law את הזכויות שאולי לא נמנו במפורש אבל הן פוטנציאל לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

קיים צורך עמוק לפתח שיח תרבותי חוקתי במדינת ישראל. החשש הוא שכל ניסיון חקיקה היום ייראה כמחטף או אפילו כחקיקה אלימה; התחושה היא שחוקה חייבת לעבור בהסכמה תוך הרגשת התרוממות רוח. אבל אם יש חלקים בציבור שמרגישים שהחוקה רימתה אותם או שהרוב רימה אותם, יש פה פגם גדול וחבל לפתח את החוקה הישראלית.

יש קריאה, או הסכמה, שחייבים לפתח את השיח הישראלי. אם תרשו לי קריאה אישית, אני פונה למכון לדמוקרטיה שיתחיל לפזר אספות מהסוג שלנו בכל מיני מקומות בארץ, שינסה להגיע לכל מיני אוכלוסיות. התחושה היא שהמשותף רב על המפריד, שרק קיים מצב של חוסר הידברות, ושתיקון המצב הזה הוא אולי תפקידו הבא של המכון לדמוקרטיה.

לטווח ארוך הרשייתי לעצמי לחזור על הצעה מלפני שש שנים, ולפיה, כאשר יבשילו התנאים, הכנסת תקבל החלטה למנות איש ציבור שהכול מסכימים עליו (ואני מניח שלמכון יש מועמד מוסכם), תטיל עליו להכין



מנגנון של בחירות לאספה המכוננת ותמנה אותו אקס-אופיציו כיושב-ראש האספה הכללית.

כיוון שיש לי זמן, יש לי סיפור, שמתקשר לקריאה שלנו לפתח שיח ציבורי תרבותי במדינת ישראל: אני מרבה בהרצאות בבתי ספר, מכיתה ג' ואילך, והתבררה לי תופעה מדהימה, שככל שהילדים קטנים יותר, כשהם קמים לדבר, הם מסתכלים לצדדים ואומרים, כמו שהחברים שלי אמרו, גם אני רוצה להגיד. ככל שאנחנו עולים בסולם הגיל, התופעה מתהפכת. קמים ואומרים, אני לא מסכים לאף מילה שחברי אמרו, ועם זאת אומרים בדיוק מה שהחברים אמרו. כלומר, אנחנו טיפחנו לעצמנו שיח לעומתי קשה מאוד, ואולי אחת התרומות הגדולות של המכון בכיוון החברתי תהיה לנסות לשנות את המצב הזה.

● **אשר מעוז:** הבנתי מאריק כרמון שהדיון על הביקורת השיפוטית ועל המבוא לחוקה נדחה, כדי לאפשר לנו לדון בשאלת הזכויות במנותק מהקשיים הללו. מסתבר שזה לא עבד, כי הקשיים הללו צצו ועלו. בעצם, אלמלא מוראו של בית המשפט העליון, כבר אפשר היה לגמור את כל סיפור החוקה. עלתה השאלה 'מי יקבע?' והטיעון של חוגים שונים, בעיקר החוגים הדתיים-חרדים, היה שבית המשפט העליון איננו מגלה רגישות לעמדתם.

התגובה שכנגד הייתה 'אתם לא חרדים לזכויות שלכם, אתם לא מדברים על מגילת זכויות אדם, אלא בעצם על הפרהסיה, שם יש לכם בעיות'. הועלתה הצעה שכדי להפיג את החששות הללו אולי נקבע במבוא לחוקה את זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.

הייתי רוצה לסטות לרגע ולשתף אתכם בשתי מחשבות שעלו בי אתמול בעקבות הוויכוח שהתעורר אתמול במליאה, בין פניה עוז לאלה בלפר, בשאלת הזכויות האוניברסליות והפרטיקולריות, או יותר נכון בשאלת מקור הזכויות:

ראשית, אינך יכול לכפות זכויות, אתה לא בא למדינה נאורה, נוטל את מגילת הזכויות שלה, הולך לאיזה שבט נידח באפריקה ואומר: 'תראו איזה יופי וכופה עליהם את המגילה. לכן, אם ניקח מגילת זכויות מנותקת מן החברה שלנו, נגיע למצב שראינו בברית-המועצות, שהייתה לה חוקה מתקדמת, אך לא היה כל קשר בינה לבין המציאות.

דבר נוסף: יש איזו טעות בסיסית כשמדברים על דמוקרטיה מול יהדות, כאילו קיים איזה ספר שאומר לנו מהי דמוקרטיה. אין דמוקרטיה



ערטילאית. יש עקרונות דמוקרטיים אמריקאיים, צרפתיים ואנגליים. כשמדברים על דמוקרטיה – ואת הטעות הזו עושה לעתים קרובות גם בית המשפט העליון בפסיקה שלו – משתמע כאילו הפסיקה האמריקאית היא הפסיקה של הדמוקרטיה. זה איננו מדויק; האמריקאים כבר עשו את הסינתזה של היהודית והדמוקרטית שאנחנו עוד לא עשינו. זוהי טעות מצערת, מכיוון שאנחנו יכולים למצוא פתרונות דמוקרטיים תואמי-יהדות, לאו דווקא בארצות-הברית. כך, למשל, אם הנשיא ברק בדעה שעונש מוות נוגד דמוקרטיה, המסקנה היא שארצות-הברית איננה דמוקרטית.

מכאן נחזור לדברים שהועלו בקבוצת הדיון שלנו. המגמה הכללית הייתה שיש להשתדל ככל האפשר להגיע להסכמה, אם כי כאן התעוררו חילוקי דעות האם צריך להגיע למצב שימכופפים ידיים! עלתה גם שאלה עד מתי נחכה – נעשה מאמץ, נגלה סובלנות, אבל עד מתי נחכה?

לגבי חוקי היסוד הקיימים, הייתה הסכמה כללית שהמצב הקיים הוא מצב מקרי, פרי של אי-תכנון חקיקתי או פרי של תחבולות חקיקתיות שבזכותן הצליחו להעביר חוקי יסוד מסוימים או זכויות יסוד מסוימות, ולא דווקא החשובות ביותר. מה שהסתמן הוא אחד מן השניים: או שיש להשלים את חוקי היסוד הקיימים, באשר לא יעלה על הדעת שתהיה מגילת זכויות שאין בה חופש ביטוי, חופש התארגנות, חופש הפגנה; או להפך – לקצץ גם בקיים ולהסתפק באמירה כללית של כבוד האדם וחירותו. ואז אולי יקרה מה שיוסי אדרעי כינה קודם – ה-Common Law הישראלי. המשפט המקובל הישראלי יפרש מושג כוללני זה ויפתחו. מכל מקום, מצב שבו שתי הזכויות הראשיות של האזרח במדינת ישראל הן חופש העיסוק וזכות הקניין הוא מצב שאיננו מתקבל על הדעת.

הייתה הצעה של חבר הכנסת יהלום לקבוע פסקת התגברות כללית בכל פרק הזכויות, כדי להפיג את החששות, ובעצם כדי להתגבר בדרך זו על פסיקתו של בית המשפט אם זו לא תקלע לדעת הכנסת.

כאן ברצוני לציין שני דברים, והראשון אינו קשור בדתיים-חילוניים: עלה טיעון שאם הכנסת היא הנותנת את החוקה, למה בכלל אנחנו מוכנים לקבל את העיקרון שמוסד חיצוני לה יסכל את כוונותיה. עניין שני: בעצם אנחנו מתרכזים כל העת במחלוקת של דתיים-חילוניים ושוכחים שיש לנו בעיות עם קבוצות אחרות באוכלוסייה, עם מיעוטים אחרים. כשמדברים על מיעוטים, מתקבל לעתים הרושם שמתנהל דו-שיח של חירשים שבו אנחנו אומרים: 'הנה אנחנו נחמדים אליכם ובתור מיעוט אנחנו נותנים



לכם הרבה יותר מהמגיע לכם' ואילו הם אומרים: 'מה זאת אומרת אתם נותנים לנו'. הוויכוח מתנהל למעשה סביב פסיקת חוק הבשר. הרי חוק הבשר איננו כופה דבר על האדם הדתי; בית המשפט העליון לא כפה על הדתיים לקנות בשר לא כשר, והוויכוח איננו על מה שנוהגים לראות מסורתית כזכויות הפרט, אלא שוב אנחנו חוזרים לפרהסיה, לצביון של המדינה, ומסתבר שאי אפשר, לפחות אצלנו, להפריד את הפרק של זכויות הפרט מאותו פרק שבכוונת מכוון רצו לדלג בו על דמותה של החברה הישראלית.

● **עמוס שפירא:** בקבוצה שלי הושמעה דעה, שלפיה ניסיון השלמה של מגילת הזכויות הנכה הקיימת באמצעות חקיקה נוספת בכנסת עלול להיכשל ובכך ייגרם נזק העלול לפגום ביש, כלומר בפרשנות השיפוטית המרחיבה (או בפרוטנציאל לפרשנות שיפוטית מרחיבה) של חוק היסוד הקיים, במיוחד באמצעות פרשנות המושג כבוד האדם. אבל זאת הייתה רק דעת יחיד. רוב המשתתפים בקבוצה שלנו צידדו בהשלמת פרק הזכויות.

היו שצידדו בהוספה על מה שכבר קיים במסגרת חוקי היסוד הקיימים. אחרים הסתפקו בתוספת של נוסחה כללית מבואית, שתאפשר הוספת נדבכים מפורטים של זכויות נוספות בעתיד בהדרגה, לפי היכולת הפוליטית, והיו (דומני הרוב) שתמכו בהשלמת החקיקה, השלמה ממש, באמצעות חוק או חוקי יסוד נוספים. בתחום הזכויות האזרחיות-פוליטיות הודגשו הזכויות החסרות, ובמיוחד הזכות לשוויון. התומכים ברעיון זה של השלמת החקיקה גרסו, בין השאר, שדווקא החוגים הדתיים עמם צריך להגיע להידברות רוצים לראות חבילה שלמה (כפי שנאמר לנו בלשון מפורשת אתמול) בטרם יתבקש שיתוף פעולה מצדם.

באשר לזכויות החברתיות-כלכליות, הזכויות מן הדור השני כפי שהן מכונות, רוב חברי הקבוצה צידדו עקרונית בהתייחסות מפורשת לזכויות האלו במסמך החוקתי. היו שהביעו הסתייגות בנדון, במיוחד לגבי אפשרויות היישום והפיקוח מטעם בית המשפט. היו שהדגישו את החשיבות המיוחדת של חקיקת זכויות אלה דווקא, ולו רק בנוסח כוללני עקרוני, וזאת כדי להסיר את האנומליה, לבטל את הא-סימטריה הקיימת היום. הא-סימטריה הזו מתבטאת בכך שמצד אחד חוקי היסוד מבטיחים במפורש את הזכות לקניין ולחופש העיסוק, כלומר הזכויות ה'קפיטליסטיות', ומצד שני נפקד לחלוטין מקומן של הזכויות הנוגעות לצדק חברתי, וזאת בחברה שתופסת, כך נאמר, מקום שני בעולם מבחינת הפערים החברתיים.



הועלה טיעון שלפיו הכללת הזכויות החברתיות והפוליטיות עשויה גם לרכוש את אמונן ותמיכתן ברעיון החוקה בכללותו של השכבות העניות והמקופחות בחברה, שחלקן משתייכות למגזר הדתי.

באשר לפיקוח השיפוטי לגבי הזכויות החברתיות והפוליטיות, הוצע לא להפעיל 'אקטיביזם שיפוטי' בתחום זה כדי לא לפגוע בהפרדת הרשויות וכדי לא לפלוש לתחום הרשות המבצעת. אחרים הציעו לעצב מסגרת מיוחדת, אולי רכה יותר, אולי פחות מחייבת, של פיקוח שיפוטי בתחום הזה – למשל על-ידי אימוץ המכשיר של המלצה שיפוטית לרשות המבצעת לעשות כך וכך בעקבות עתירה לבית המשפט, להבדיל ממתן פסק דין מחייב שעשויה להיות לו משמעות תקציבית מרחיקת לכת.

באשר לזכויות הקיבוציות, הקהילתיות, דהיינו רעיון הרב-תרבותיות, האוטונומיה התרבותית, הזכויות מן הדור השלישי כפי שהן מכונות – דומני שהרוב בקבוצה שלנו גרס שהנושא הזה איננו בשל עדיין להתייחסות חקיקתית מפורשת במגילת הזכויות. היו שהציעו להתייחס לעניין זה במבוא הכללי של מגילת הזכויות, כך שיונח לפחות מסד עקרוני להתפתחות קונקרטיית יותר בעתיד.

כך או אחרת, יש לדאוג שהזכויות הקיבוציות הקהילתיות והאוטונומיה התרבותית תתקיימנה תוך שמירה קפדנית של עקרון השוויון ועל בסיס הבטחת זכות הפרישה מהקהילה האוטונומית לחברה האזרחית הכללית. הדאגה בעניין זה הובעה לא רק לגבי הרוב היהודי במדינת ישראל, אלא גם במה שנוגע לקבוצות המיעוטים.

עוד אני רוצה לציין שהתבררנו בדיוננו במידע מעניין ומועיל על המצב בנידון בארצות-הברית ובקנדה. למשל, לעניין הזכויות החברתיות והכלכליות התברר שאמנם זכויות אלה אינן כלולות בצירטר הקנדי, אך לשם האיזון, הצירטר הקנדי גם איננו מתייחס כלל לזכות הקניין והוא מאמץ עקרון-על נרחב, גורף, כוללני של שוויון שאמור להתפרש גם על התחום החברתי-כלכלי.

לבסוף הושמעה דעה כי דווקא בעניין פרק הזכויות ניתן להגיע לפשרות סבירות עם לפחות חלק מהחוגים הדתיים, לרבות בנוגע לעקרון השוויון.

● **אריק כרמון:** בראש ובראשונה אני רוצה להזכיר שהדין שלנו איננו מתקיים בחלל ריק ושחסור לנו לשכוח את המציאות בתוכה אנחנו מקיימים אותו ושעליה אנחנו מבקשים להשפיע. אסור לנו לחטוא בחטא שחטאו אחרים שדנו בצורה רצינית בנושאים האלה, אבל



במנותק מהמציאות. חשוב מאוד לחזור ולציין שכאשר מדברים על השלמת פרק זכויות בחוקה ו/או הדרך לעגן חוקה, יש לזכור שהחברה הישראלית בראשית שנות ה-2000 היא חברה שסועה הרבה יותר מבעבר; ויותר מזה, אנחנו נמצאים בתהליך של שינויים, כלומר אנחנו חיים במציאות מאוד נוילה. אני מניח שנתייחס לחששות ולחרדות שיש למיעוט הדתי, אני מניח שנתייחס למצוקות שיש למיעוט הערבי, אפשר לחזור ולציין את ההתמודדות עם שאלות הזהות של מה שנקרא הרוב החילוני וכך הלאה. כלומר, אנחנו נמצאים בתוך קלחת חברתית-תרבותית מאוד ברורה ומעיקה. גם חייבים להביא בחשבון את המשבר המבני העמוק שנקלענו אליו כתוצאה מהבחירה הישירה, משבר שמשליך ישירות על תפקוד הכנסת. עד שאנחנו באים לשקול ולחשוב מי אלה שינהלו את הדיון על הפרוצדורות ואיך יתקבלו החלטות כאלה ואחרות – אי אפשר להתעלם מהמציאות הפוליטית והמבנית, המשברית, שאנחנו נמצאים בתוכה.

אני חושב שאחת התוצאות של המשבר המבני – ואני מזכיר רק דבר אחד רלוונטי לדיון כאן – היא שאנחנו עומדים היום מול אינפלציה של הצעות של חוקי יסוד. אנחנו חיים בתוך מציאות של תיקונים נמהרים של חוקי יסוד כאלה ואחרים. זאת המציאות שכלפיה או כנגדה עלינו לבחון את ההצעות השונות ולקיים את הדיון שלנו.

אני רוצה להזכיר לחברות והחברים שזה הכינוס השלישי, אחרי שני כינוסים שבהם המועצה הזאת הגיע לכלל סברה שהדגם המשטרי של הדמוקרטיה הפרלמנטרית הייצוגית המתווכת הוא הדגם הראוי, וגם את הסברה הזאת אני מעמיד כאן לדיון.

הערה שנייה היא לגבי הדיון עצמו. פחות או יותר הסתמן בכינוס שלנו, שנפתח אתמול ושיינעל בעוד זמן קצר, שאפשר לאפיין את מצב ב', המצב שאליו אנחנו רוצים להגיע, בצורה כזאת או אחרת. לא גילינו התנגדות עקרונית מהותית לדמוקרטיה חוקתית שבתוכה יהיה מסמך שישוריין באופן זה או אחר, והוא שיקבע את המסגרות הנורמטיביות המוסכמות. צריך להשקיע לא מעט עבודה ומחשבה נוספות באפיון ובהגדרה של מצב ה-ב' הזה גם לפי מה שראוי, אבל גם לפי מה שאפשר.

נדמה לי שאחד המעקשים שנצטרך להביא בחשבון, גם בדיון עכשיו והרבה יותר מזה בעתיד, הוא איך מגיעים ממצב א' – שבו אנו חיים – למצב ב' – שאנחנו יכולים לשרטט אותו.

כאן אני רוצה להציב שתי סוגיות שצריכות לאפיין גם את הימיה וגם את הי'איד'. אני חוזר על דברים שנאמרו כאן אתמול על-ידי הרב יצחק לוי ועל-ידי הרב משה גפני ושהיו שזורים בדיונים שלנו אתמול והיום – דברים שעסקו בבעיית האמון. נוצרה בעיית אמון בתוכנו, בעיקר כלפי בית המשפט העליון, או אם תרצו, כלפי סוגיית הפרשנות של החוקה, וממילא כלפי השאלה עד כמה או האם מה שכתוב בחוקה צריך להיות עמום או מאוד חד ומדויק. הסוגיה השנייה נוגעת למהות ולהיקף התוכן הראוי.

● **חגי מירום:** הייתי רוצה לזרוק לחלל המליאה את נושא הדיון שלפי דעתי אין מנוס ממנו, והוא שאלת הפרקטיות של עבודת המועצה הציבורית כאן ושל המכון הישראלי לדמוקרטיה.

לפי דעתי, לאחר שתיעלם תרועת הפסטיבל האקדמי תתעורר השאלה האמיתית והיא: האם רוצים לעשות עם זה משהו, ואיד? אבל תחילה נדון בכמה שאלות מאוד מרכזיות שלא כולם מסכימים לגביהן.

שאלה ראשונה: מיהו הגוף המכון? יש בינינו מי שמתיימרים להקים גוף מכונן חדש אחר זולת הכנסת. אני רוצה להציע לא ללכת בדרך הזו כי אין לה סיכוי. יושבים כאן די הרבה אנשים שמבינים במדעי המדינה, וגם כמה, רחמנא ליצלן, משפטנים שמבינים שמקור הסמכות מצוי בכנסת ושהיא לא תוותר עליו, ולפיכך הייתי מציע לא לכלות את הזמן והכוח על ניסיון להוציאו משם; זה קשה עוד יותר מהדיון עם החרדים בסוגיות של ביקורת שיפוטית או בשאלות של חופש הדת והחופש מדת.

אם נפנים את הצורך שהולכים עם הכנסת ופועלים בעניין זה אתה, די ברור שהעבודה שנבצע – וכבר החלו בה קרמניצר, קרצימר וביניש – אפשר יהיה להביאה אל שולחן של ועדת החוקה של הכנסת ושל ועדת משנה שתקום מתוכה, ולהתמודד עם הבעיות באופן איכותי לא פחות מאשר במועצה ציבורית חיצונית.

יש שאלה באמת מהותית ורצינית והיא: האם מוכנים להוציא משהו בלתי מוגמר אבל שיהיה לו סטטוס של חוקה, לא של חוקי יסוד, מההיבט הדקלרטיבי, מההיבט החינוכי – או שלא מוכנים להוציא מתחת היד משהו שהוא פחות ממה שפרופ' רות גביון הציגה כאן, כלומר מגילת זכויות רחבה, יריעה מלאה ושלמה, טובה בהרבה ממה שיש לנו היום. כי היום חסרים לנו פרקים, חסרים לנו חופש ביטוי וחופש הדת, וחסרים לנו



חופש התאגדות, ושוויון, וחסרות לנו זכויות חברתיות וזכויות במשפט, ושאלת הביקורת השיפוטית גם היא תעמוד לדיון.

הייתי רוצה להציג כאן את התזה שלי שאומרת: 'בואו נלך בינתיים עם הקודכס הרזה, אבל נעשה את זה'. בדברי ההסבר למועצה נאמר שחסרים חוקים בסיסיים, חוקי יסוד שצריכים להשלים את המסמך החוקתי הזה ושלא צריך לוותר על אף אחד מהם. אבל אם נשב להתמודד על היריעה כולה, אני חושש שלא נתמודד עם המשימה העיקרית והיא להניח על השולחן את הנורמה העליונה הזו, חוקה לישראל, מיד.

אני בעד לנסות ולהידבר בכל עת, בעיקר עם הדתיים. שמענו פה את יצחק לוי, ישבתי בדיונים עם חבר הכנסת שאול יהלום, ניסינו להתמודד קצת עם הקושי. חברים, זה קושי גדול, והשאלה היא אם בשם ההידברות האין-סופית חייבים לאבד זמן. זאת שאלה שאינני רוצה כרגע להכריע בה, אבל כנגד זאת אני אומר שצריך להיות די נחושים כדי להוביל את המהלך הזה הן במערכת הפוליטית והן במערכת הציבורית ולהביא אותו לידי גמר.

אני חושב שאנחנו במכון הישראלי לדמוקרטיה, לאחר שננסה למצות את כל מה שניתן בתחום ההידברות (ולא יהיה קל בקטע של הביקורת השיפוטית ובעיקר בקטע של חופש הדת והחופש מדת והשוויון, בשאלת יהדותה של המדינה וכן הלאה), האם נהיה מוכנים ללכת אל המאבק הזה שלא בטוח שכולם ילכו בו אתנו. אני מציע שנעשה את המאמץ, אבל שבסופו גם נקבל החלטה להוביל אותו להכרעה.

● **פרנסס רדאי:** אני רוצה להודות לעמוס שפירא על ההצגה המאוד מדויקת של מה שהיה בקבוצה שלנו; בהמשך אחלוק עליו רק בעניין אחד.

בנושא הזכויות החוקתיות – ברור לכולנו שעדיף היה להשלים את החלק של זכויות פוליטיות ואזרחיות. כפי שכולם אמרו, חסרים שוויון, חופש מצפון, חופש ביטוי וחופש דת. הדבר הזה באמת מעיק עלינו.

אני חולקת על ההערות ששמענו אתמול כאילו לא צריך להגזים בחשיבותן של זכויות כתובות בחוקה כדרך לפתרון בעיות של צדק במדינה. נכון שזכויות חוקתיות לא מבטיחות חברה צודקת, אבל אין זאת אומרת שההפך נכון – שניתן לשאוף לחברה צודקת במאה ה-21 ללא זכויות חוקתיות.

חשוב לי מאוד שתהיה לנו חוקה עם כל הזכויות, שתהיה השלמה של הזכויות (ובינתיים אני מדברת על הזכויות הפוליטיות והאזרחיות). בהקשר זה גם הייתי רוצה להשלים את התמונה שהציג קודם עמוס שפירא ולספר כאן שהיו אנשים בקבוצה שלנו שאמרו שאם לא מצליחים להבטיח זכות השוויון תהיה זכות מפתח בחוקה כתובה, אין טעם להמשיך ועדיפה השתיקה. כלומר – עדיף לחיות עם המצב הבלתי מושלם שיש לנו היום, מאשר לתת גושפנקה מחדשת לעיוות הזה של חוקה ללא זכות השוויון. ניסיון העבר בכנסת מראה שהניסיון להעביר מגילת זכויות האדם עם זכות השוויון מועד כמעט בוודאות לכישלון, ולכן ייתכן שהנושא הזה באמת מצריך קודם תהליך של הידברות.

אשר להגדרת השוויון – אמר כאן אשר מעוז שאין הגדרה אחת של הדמוקרטיה, הכול יחסי, יכולה להיות דמוקרטיה יהודית או דמוקרטיה מוסלמית, ואילו שוויון מוגדר כזכות על-ידי מספר ועדות לזכויות האדם של האו"ם. אני למשל יושבת בוועדה לחיסול כל צורות אפליה נגד נשים, 168 מדינות חתמו על האמנה העוסקת בנושא (ולא רק שוודיה, נורבגיה ופינלנד). כולן מסכימות על שוויון זכויות האדם, בהן זכויות האישה בתור זכויות האדם.

● **קריאה:** עד כמה הן ממשות את הזכות הזו?

● **פרנסס רדאי:** לא אמרתי שכולן ממשות, ואילו בתחילת דברי אמרתי שהטעון הזה, שזכויות לא מבטיחות מציאות, איננו מצדיק מציאות ללא זכויות. צריך זכויות כדי שתהיה מציאות צודקת, והטעון הזה, שיש מדינות עם חוקות נהדרות ומצב נורא בשטח, הוא טעון דמגוגי. אין שום הצדקה להסיק מטיעון זה שייתכן חברה צודקת בהיעדר זכויות יסוד.

לגבי השאלה מי צריך להיות סמכות הבקרה על יישום הזכויות, אינני מסכימה שלא צריך בית משפט עם סמכויות ביקורת על יישום זכויות היסוד. בוודאי שבית משפט לא יכול לפעול לבד, אבל נחוצה בקרה על-ידו. אי אפשר לסמוך על כך שהכנסת תדאג למימוש זכויות האדם שהן מעצם הגדרתן זכויות המיעוט ולא זכויות הרוב והן לא זכויות הנתונות לרצון הרוב.

עניין אחרון שאני מבקשת לדבר עליו הוא זכויות חברתיות וכלכליות. אני בדעה שאין לנו במדינת ישראל הלוקסוס להמתין בנושא הזה והוא צריך

לפי שעה להיות חלק בלתי נפרד מגיבוש עקרונות החוקה. אין לנו הלוקסוס כי אנחנו כבר הכנסנו את הזכות לקניין והזכות לחופש העיסוק למסמכים החוקתיים שלנו. הדבר מייצר חוסר איזון ולכן אין לנו הלוקסוס לחכות. לחקיקת זכויות חברתיות וכלכליות.

● **מנחם פינקלשטיין:** בנושא הזמן – נשאל בקבוצה שלנו האם להיחפז או לא להיחפז. אני בתחושה של בהילות, וגם הייתי אומר שאני במצב של 'סכיוזופרניה חוקתית' מסוימת. כלומר, כשאני נמצא בשבת בבית הכנסת, אני שומע את רמת החשדנות של חברי, נאמר בעלי הכיפה כלפי חסרי הכיפה; וכשאני חוזר ביום ראשון לעבודה, אני שומע אותה רמה של חשדנות ובהילות של צד ב' כלפי צד א'. כלומר, זה לא חד-סטרי אלא דו-סטרי, ולפי עניות דעתי יש מקום להיחפז, אלא שלגבי המעבר ממצב א' למצב ב', אני די מסכים עם פרופ' אבינרי שאמר שיש לנקוט כרגע דרך של דיאלוג, של הסכמה והגברת האמון ולא דרך של חקיקה. זה לא מעשי מבחינה פוליטית.

יכול להיות שדווקא המצב הביטחוני וההסלמה ותחושת הלכידות בימים אלה יביאו להגברת האמון והדיאלוג. וכאן אני כן רוצה לסיים בנימה אופטימית ולומר כי על עשרת הדיברות נאמר "והמכתב מכתב אלוהים הוא, חרות על הלוחות", וחז"ל אומרים: "אל תקרא חרות אלא חירות." לכן, אולי הדרך לחירויות היסוד ולזכויות הבסיסיות כרגע היא לא לקרוא לזה חרות, כלומר לא לחרות את זה בחוקה, אלא להשלים את החירות בדרך של ההסכמה והדיאלוג.

● **עלי זלצברגר:** אחזור על דברים שאמרת בקבוצה; אני חושב שזו הצעה חדשה שראויה לתגובה של המליאה.

חוקה מורכבת משני חלקים, פרק משטרי ופרק של זכויות. נסיבות החיים בישראל בחמש השנים האחרונות הוכיחו שהפרק המשטרי, עיגון המשטר הרצוי במדינת ישראל וקביעת כללי משחק, נחוץ לא פחות מהפרק של הזכויות. את החלק המשטרי אפשר לגבש בקלות רבה יותר מאשר את פרק הזכויות, כי יש לגביו פחות מחלוקות עיוניות, ערכיות ואידיאולוגיות. הסכמה על הפרק המשטרי גם תהיה קרקע פורייה לדיון על פרק הזכויות.

לכן הייתי מציע להחיל את ההצעה של מרדכי קרמניצר ודוד קרצ'מר רק על הפרק המשטרי ולנסות לקדם אותה. הרעיון הוא לעגן במסמך חוקתי את הפרק המשטרי בשלב ראשון ואחר-כך, על-בסיס זה, לעבור לדיון בפרק הזכויות.



● **שלמה אבינרי:** אני רוצה לחזור אל הספקנות שלי שאיננה תקינה-פוליטית בנוגע לחלק מהדברים של אריק כרמון – איך מגיעים ממצב א' למצב ב' בסיטואציה שבה אנחנו נמצאים.

מה שמטריד אותי כרגע מבחינת סדרי השלטון במדינת ישראל הוא האם אפשר להגיע להסדר עם שכנינו הפלשתינאים או להמשיך לחיות בהיעדר הסדר, בלי ההתרסקות של המערכת הפוליטית. ראינו בחודשים האחרונים משהו שקרוב להתרסקות, ונחוצה לנו תרופה מידית לזה, ולכן חלק מהדיון שלנו – לא שהוא מנותק מהמציאות משום שהוא מנסה להתמודד אתה, אלא הוא עלול להחריף חלק מהבעיות.

לכן נטיית הלב שלי היא בכיוון הצעה מינימליסטית של קונסולידציה, גם אם אני שותף לתהייה של רות גביזון האם ניתן לעשות קונסולידציה בתהליך מקוצר כאשר אחר-כך יהיה שריון של דברים שכרגע אינם משוריינים. זה יוצר בעיה נורמטיבית, שלא לדבר על הבעיה האופרטיבית.

חלק מהדיון שקיימנו כאן מבטא הגמוניזם יהודי. אנחנו דנים בנושא הזה כאילו יש נפקדים-נוכחים או כאילו הנפקדים-הנוכחים אינם, כשהם למעשה בין 18 ל-20 אחוזים מאזרחי המדינה. כל ניסיון להגדיר הגדרות, שאני מבין למה אנחנו רוצים אותן וגם אני הייתי רוצה אותן, רק ייצור בעיה. יש מי שסבורים שאם אתה מגדיר בעיה, אתה פותר אותה. אני שייך לאלה שסבורים שאם אתה מגדיר דברים שנויים במחלוקת בחברה, אתה מחריף בעיות ולא פותר אותן.

לכן, עם כל הכבוד לחיים צדוק, הדבר האחרון שהייתי רוצה הוא משאל עם. תארו לעצמכם מצב שיהיה איזשהו נוסח של חוקה, וערביי ישראל יחרימו אותה. הם הרי כבר החרימו בחירות.

מאוד הייתי רוצה להגדיר את מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אבל מעבר למילים היפות הללו, הגדרה שיש לה משמעויות אופרטיביות, יהיו אשר יהיו האיזונים האחרים, תיצור יותר ניכור אצל הציבור הערבי. אנחנו לא עוזרים לתחושת השותפות הלא פשוטה שלהם.

עניין נוסף: בכל ניסיון הגדרה בחוקה של מהותה היהודית של מדינת ישראל, אנחנו לא מביאים בחשבון את יהדות העולם. יהדות העולם תשב בשקט בדיון הזה? היא לא תנסה להתערב? אנחנו נהיה מוכנים לקבל את ההתערבות בלי שתעלה בעיית הרפורמים והקונסרבטיבים? אנחנו נפתור איזו בעיה? אנחנו יכולים לתת ליהדות העולם להשתתף בדיון הזה? גם



אינני בטוח אם במציאות הבינלאומית היום, ניסיון לעגן את יהדותה של מדינת ישראל בחוקה לא יביא עלינו 'עליהום' בינלאומי בכל מיני פורומים של האו"ם, חלק מוצדק וחלק בלתי מוצדק. כלומר, אנחנו מתפרצים פה לדלתות שאנחנו לא יודעים שהן קיימות ולמחפורות שאנחנו לא יודעים שהן קיימות.

היום יש לנו מציאות חוקית, והיא גם נעשית יותר ויותר מציאות בפועל, וכוונתי למימוש היותה של הערבית שפה רשמית שנייה במדינת ישראל, למשל בשלטי הרחובות. האם ברור מאליו שאם נגיע לניסיון של הגדרה חוקתית של יהדותה של מדינת ישראל, תופיע הערבית כשפה רשמית שנייה? כך שנדמה לי שהדין הזה מתנהל בקרב אלה שמשוכנעים, והוא איננו מתמודד עם הבעיות החברתיות הממשיות.

אתן עוד דוגמה. שמעתי כאן הערה על הנכות והעיוות של שני חוקי היסוד. בוודאי שהם מעוותים ובוודאי שהם יוצרים, בעיקר בזכות הקניין, עיוות לגבי זכויות אחרות. אבל הסיבה לכך היא ששני החוקים האלה נוצרו במציאות פוליטית פרלמנטרית וחוקתית מעוותת ב-1992, ורק אז הם יכלו להיות מחוקקים, כאשר הממשלה איבדה את הרוב הפרלמנטרי שלה ואת השליטה על סדר היום הפרלמנטרי; רק אז אפשר היה להפיק דבר לכאורה מתוקן והוא יצא מעוות. גם לא שמעתי שאלה שמוטרדים היום מהעיוות ומהיעדר זכויות חברתיות, כאשר זכות הקניין כבר קיימת – לא שמעתי אותם אז מתנגדים לעצם הניסיון לחוקק דבר שנראה כעין חוקה, משום שכל דבר שנשמע דומה לחוקה הוא תקין פוליטית וקשה לעמוד נגדו, אבל הוא גם יוצר עיוותים.

לסיכום, הייתי מנסה להתמקד לא רק בתכנית מינימליסטית, אלא בניסיון למפות אפשרויות של הסכמיות בלי לתת טקסט ובלי להציע טקסט. לנסות לראות אם מתוך מפות אלו של הסכמיות, מיפוי של תחומי הסכמיות, אולי אפשר להתקדם אחר-כך לדברים שיהיו בטבעם חלקיים. מסיבה זו הייתי מסכים להצעה של רות גביון להשתמש בהצהרת מגילת זכויות האדם של האו"ם אם הייתי בטוח שיש לנו רוב קונסנזואלי לכך. ומאחר שיסודות של שוויון ואי-אפליה על בסיס דתי וגזעי ולאומי וכיוצא בזה קיימים שם, אינני בטוח שאנחנו ניצור את הקונסנזוס או את הרוב המכריע שאנחנו רוצים לעניין. לכן הייתי מבקש להיות מאוד מינימליסטי ומנסה באמת להתמקד במיפוי אפשרויות של זיהוי נושאים שבהם אפשר להגיע להסכמיות מינימלית, ורק אחר-כך רואה אם אפשר לעבור לחקיקה.

● ידידיה שטרן:

באופן כללי, יש לנו בעצם שלוש אפשרויות: לשמור את המצב הקיים; להתקדם באמצעות החלטת הררי שלבים-שלבים; לגשת ישירות לחוקה שלמה. על רקע שלוש האפשרויות, מה היחס שלנו לשתי השאלות שנשאלות כאן, קרי המסמך המארגן מחדש את החוקים הקיימים והשלמת מגילת הזכויות.

אשר למסמך הקיים – אם הוא לא משנה כלום, אפשר לאמץ אותו מבחינתי כרציונליזציה של המצב הקיים ויוצא שלא בחרנו בין שלוש האפשרויות, אלא התקדמנו. זה עדיין המצב הקיים, זה לא סותר את החלטת הררי וזה בוודאי יכול להוות בעתיד בסיס לחוקה שלמה. איננו משלמים מחיר גבוה אם לא נשנה שינוי מהותי מהמצב הקיים. עם זאת, יש לשים לב שהשריון המוצע של חוקי היסוד הוא שינוי מאוד מהותי של המצב הקיים. מוצע שריון של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו גם שריונים נוספים. זה איננו מנדט של ארגון מחדש, אלא הליכה בצעד לא אבולוציוני בכיוון חוקה. אני מצדד בלקיחת המסמך הזה, בבדיקה מדוקדקת של הפרטים, בהוצאת השריון ובאימוצו בתהליך משמעותי עם אלמנט חגיגי. בלי שקידמנו את המהויות החוקתיות, עשינו צעד מחנך. זה באשר לאפשרות הראשונה.

האפשרות השנייה היא השלמת הזכויות. לעניות דעתי, בדרך של Common Law המצב הקיים לא יכול לתת לנו מענה. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יקרוס אם נעמיס עליו יותר מכפי יכולתו. זה לא נכון מבחינת הוגנות, זה לא נכון מבחינה אינטלקטואלית, זה לא נכון מבחינה תרבותית, וזה פתרון לא סביר.

מהלך בנוסח ועדת הררי בחברה כשלנו הוא דבר לא ראוי, ובמצב חוסר האיזון הנוכחי, סיכויי הצלחתו קלושים. מסמך שלם הוא הבסיס היחיד לייצר כאן הסכמות רחבות. צריך להבין שהמסמך השלם הזה, התכנים שלו יהיו תלויים תלות ישירה בפריפריה, קרי בהסדרים: מי יפרש את המסמך הזה, מה יעשה בו, ביקורת שיפוטית כן או לא וכדומה.

אם נפתור את הבעיות הבאות שנציב בכינוסים הבאים, נוכל לחזור להשלמת הזכויות כמסמך שלם בנינוחות רבה יותר.

● ציפי ליבני:

ביחס לתפקידה של המועצה הציבורית, זאת אומרת מי אמור לעסוק בתכנים שבהם היא עוסקת כיום, אני רוצה להציב איזושהי הערת אזהרה שמאוד מטרידה אותי. בהפקעת הלגיטימציה של הדין מהכנסת והעברתו למוסדות, למועצות



לכאורה ראויות יותר כמו שלנו, יש מצב של זילות הפוליטיקה, תהליך של דה-לגיטימציה שסופו פגיעה בדמוקרטיה. כאילו אמרנו לנבחרי הכנסת 'אתם אינכם מסוגלים לעסוק בעניין המרכזי של קביעת דמותה של מדינת ישראל! גם אפשר להציג זאת מזווית אחרת ולומר שהמסקנה היא שכדי להשפיע על אופי מדינת ישראל, אסור לך להיבחר לכנסת. כך או אחרת, זה תהליך מאוד מסוכן. גם אם לא כולנו אוהבים את מה שאנחנו רואים היום בכנסת, עלינו להיות מודעים לכך שאנחנו מפקיעים את הדיון ממקומו הטבעי, להיות מודעים למשמעות של המהלך הזה. אני משערת שאני גם יודעת פחות או יותר מי ישבו במועצה בעתיד בעת הדיון בפועל; הגוף הזה יהיה מורכב בוודאי מאנשים שיהיו מוכנים לקחת חלק בתהליך הזה המסוים, בעוד שבכנסת יושבים אנשים בוועדה הרלוונטית אם הם רוצים או לא, כי הם נבחרו. ציין מיכאל קרייני שמהציבור הערבי הוזמנו לכאן יותר ממה שהגיעו. אז השאלה היא אם אנחנו ניכנס לתהליך שבו חלק מהציבור – לא משנה כרגע אם יהיה זה ציבור ערבי או חרדי – לא ייקח חלק מראש, ועם התוצאה הזאת נבוא למשאל עם? אני חושבת שזה מאוד מסוכן. אין לי ספק שישבו שם אנשים 'יפים', אבל אני חושבת שזהו תהליך בעייתי.

אין בכנסת מודעות למשמעותה של חוקה, מה הכוונה בדיוק בחוק יסוד ומתי ראוי שחוק יהיה חוק יסוד. וגם חוק יסוד: החקיקה שמדבר על תהליך חקיקת חוקי היסוד, לא מכניס לזה תוכן, ולכן אנחנו נמצאים במצב שבו כל חבר כנסת שנראה לו שנושא מסוים הוא נושא חשוב, הוא קורא לו חוק יסוד, ומרגע זה אנחנו נכנסים למגרש שכבר לא בוחן האם מדובר בחוק שראוי להיות חלק מחוקה עתידית.

הערה אחרונה היא בנושא מדינה יהודית, והייתי גם רוצה להתייחס לדברים שאמר פרופ' אבינרי. גם אם תימנע מלדון בנושא המדינה היהודית היום במסגרת ההליך של חוקה, זה לא אומר שהנושא לא יעלה. להפך. מה שמטריד אותי הוא שתהליכים שאתה חושש שיקרו היום, אם ננסה היום לנסח את החוקה, יופיעו במסגרת התהליכים בכנסת, תהליכים שהולכים ומקצינים, ובהצעות חוק שיכולות להיות מאוד בעייתיות בהיבט החוקתי ושיעברו בגלל קונסטלציה פוליטית כזו או אחרת. ואז נשאר לך בעצם לקוות שבית המשפט העליון יפסול את זה, אולי מפני שהדבר עומד בסתירה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו...

אי-הוודאות היא בעיני הדבר המפחיד ביותר, ואם דווקא ננסה לשבת לצקת תוכן, גם אם אולי בסוף לא נגיע לניסוח, אני חושבת שתדרמת



הפחד מהגדרת המדינה היהודית. אני לא יודעת מהי כוונתם של חברי החרדים בהגדרה זו, אבל זו איננה הכוונה שלי; לי יש עניין בקביעת משהו בצביון המדינה שאיננו שייך כלל לדת ועל זה אנחנו לא מדברים, ובוזה האינטרס שלי דווקא כאדם חילוני לא בא לידי ביטוי, בגלל החשש בצד השני שמא הדיון בעניין הצביון היהודי יוביל למדינת הלכה.

● **ירון אזרחי:** ראשית, חוקה טובה לא מקבעת עתידים אפשריים בנושאים כמו הגדרת הקולקטיב. פה באמת האוטונומיה של הפוליטיקה היא דבר חשוב. הקולקטיב הישראלי נמצא אולי בשלבים מוקדמים של התהוות והוא משתנה בצורה מאוד מהירה, ובכל מיני אופנים. לנסות לקבע את הזהות של הקולקטיב הישראלי באמצעים חוקתיים, גם הצהרתיים, עלול להיות טעות גדולה שתפגע באוטונומיה של התהליך הפוליטי שהוא באמת הליבה של הדמוקרטיה.

נקודה שנייה היא נושא הגלובליזציה של זכויות האדם. נראה לי שמדינת ישראל עם אותם כתמים גדולים על פניה בקהילת המדינות בעולם – כיבוש, רצח ראש-ממשלה, היעדר מגילת זכויות – לא יכולה להתעלם מהגלובליזציה של זכויות האדם. איננו יכולים להרשות שיגדל הפער בין הנורמות בתחום הזה במדינות מתוקנות לבין מה שקורה אצלנו.

נקודה שלישית היא דת מול חוקה. הבעיה שלנו היא לאו דווקא הדת בהלכה מול החוקה, אלא המאבק הפוליטי, או התחרות בין המפלגות הדתיות מי מהן תצליח יותר להגביל את מקורות הסמכות החוץ-הלכתיים במדינת ישראל – חוקה, בית משפט עליון, אפילו הפרט, כי זכויות הפרט משמע לתת סמכות למקור חוץ-הלכתי. אנחנו עושים טעות כשאננו מדגישים במידה מספקת את מה שעשוי להיות משותף בין הציבור החילוני לבין הציבור הדתי והוא ההכרה שתפקידה העיקרי של החוקה הוא להגביל ולרסן את כוחה של המדינה. החוקה היא מעל בית המשפט העליון, החוקה היא מעל המוסדות הפוליטיים האחרים, היא ודאי מעל המשטרה, והסיבה שאננו מדגישים די את הפונקציה המגבילה של החוקה (דבר שיכול להתיישב היטב עם קונספציות דתיות כאלה או אחרות) קשורה בזה שהאתוס של מדינת ישראל הוא של חברה שרואה במדינה את תמצית הביטוי של החירות שלה ושאיננה מבינה או איננה תופסת את המדינה כסכנה פוטנציאלית לחירות האזרחים. זה קשור בהיסטוריה הציונית, זה קשור בכך שהמדינה הייתה הביטוי המובהק ביותר למושג של חירות יהודית. אני חושב שאחרי למעלה מחמישים שנה של ניסיון פוליטי ומדינה, אנחנו יכולים להרשות לעצמנו יחס יותר



אמביוולנטי כלפי מדינה ששותפות בה קבוצות שונות בחברה הישראלית, כולל הקבוצות הדתיות.

נקודה רביעית עוסקת בנושא השוויון ובצורך לנסות להינתק מתפיסה מכניסטית של שוויון. נכון ששוויון הוא דבר מאוד עשיר ויש כמה הגדרות מאוד ספציפיות של שוויון, אבל לא צריך להפחיד את העולם עם המושג הזה. אין ויכוח על שוויון בפני החוק ואני חושב שגם אין ויכוח על שוויון במעמד מוסרי, אבל אי-שוויון בכוח פוליטי, למשל בין מפלגות גדולות וקטנות, הוא דבר לגיטימי. יותר מזה, לאי-שוויון בכוח פוליטי יש תוצאות תרבותיות ממדרגה ראשונה. אני חושב שיש הרבה אנשים במדינת ישראל שלא מבינים שהמונח שוויון לא מיושם בצורה טוטאלית ומכניסטית בכל התחומים ולכן יש התנגדות שאולי איננה הכרחית.

נקודה כמעט אחרונה היא יהדות העולם. אני חושב שיהדות העולם היא לא מה שהייתה. היום, כאשר רון לאודר עומד בראש הארגון היהודי הכי חשוב בארצות-הברית והוא מנסה לעקוף את שרון מימין ולומר ששרון גם כן כבר לא לגיטימי, אנחנו צריכים להתבונן ולראות האם יהדות העולם מרוויחה את מעמדה כשותפה בסוג כזה של סוגיות.

משפט אחרון: אני חושב ש צריך להתייחס לשאלה איפה האם פשרה על חוקה חסרה תביא יותר נזק מאשר תועלת, מחשב ששחסרונו של מה שלא נכלל יתחזק, כי העברנו מסמך שהוא לא כלול בו.

● **מרדכי קרמניצר:** אני מבקש להתחיל בהערות ספציפיות לגבי העבודה שנעשתה במסמך המאחד ולהציע מה עושים הלאה בנושא זה, ואחר-כך לומר משהו על המהלך הכולל של המועצה הציבורית.

לגבי המסמך, אני חושב שתהיה טעות חמורה לנסות בשלב הזה לקדם את המסמך במהלך נפרד, משום שהמשמעות המעשית תהיה סתימת הגולל על משהו שלם יותר. לכן, כל עוד לא מיצינו את הבירורים והגענו למסקנה שאין משהו אחר ישים, כדאי להימנע ממגמה כזו.

נקודה שנייה היא נושא השריון. אני חושב שתהיה טעות גדולה להעביר את המסמך הזה כמסמך משוריין בלי שהוא אכן יועבר ברוב הראוי. כלומר, אם רוצים לתת למסמך הזה שריון של שבעים קולות בכנסת, מבחינתי דרישת המינימום היא ששבעים חברי כנסת יצביעו בעד.

ולבסוף משהו על המועצה הציבורית. לא פלא שקראנו לעצמנו 'מועצה ציבורית' ולא 'חוקה לישראל', כי בעיני חוקה היא לא חזות הכול ולא את

כל הבעיות החברתיות, וגם המשטריות, אפשר לפתור באמצעות מהלך חוקתי שלא ברור אם ניתן בכלל להגשים אותו. לכן נחוץ להרחיב את היריעה וללכת במהלכים משולבים, כשמהלך משולב בעיני הוא הניסיון לעבוד על טקסטים של הסכמה חברתית ולהביא אותם לדיון. עם זאת, המועצה הציבורית הזאת – לא בשאלה מה הולכים לכתוב בחוקה אלא בשאלת הדיון הציבורי בישראל – חייבת לקיים דיון בסוגיה מהי יהודיותה של המדינה הזאת ומה משמעויותיה, הן מן הצד הדתי והן במה שנוגע למיעוט הערבי. אם בשני נושאי היסוד הללו המועצה הציבורית לא תקיים דיון משמעותי ורציני, היא איננה עושה את מלאכתה כמועצה ציבורית, היא איננה מועצה לכינון חוקה בישראל. הדיון גם נחוץ כדי ליצור אמון בתוך המתדיינים, שבלעדיו, גם ברמה הפוליטית, שום דבר לא יתקדם. בלי דיון גלוי, חשוף, אמיתי, עם דברים על השולחן, גם המהלך החוקתי החלקי או היותר מלא לא יתקדם.

אני גם רוצה לאמץ בשתי ידי דבר שפרופ' אבינרי דיבר עליו למרות שהוא לא הפך אותו להצעה מעשית. כוונתי לכך שראוי שהמועצה הציבורית הזאת תדון במשמעויות וההשלכות הצפויות של המצב המדיני-ביטחוני על החברה בישראל, על המשטר ועל הממשל.

● **דוד קרצ'מר:** כאשר התחלנו, מרדכי קרמניצר ואני, בפרויקט הזה, המציאות הפוליטית הייתה שונה. הנחנו, אולי במידה מסוימת של נאיביות, שאנחנו הולכים לקראת הסדר שיאפשר הינתקות מהשטחים והתכנסות לתוך מדינת ישראל. המציאות כיום היא שונה לחלוטין, ואני שותף לדעתו של שלמה אבינרי שהדיון שלנו כאן מנותק במקצת מן המציאות שבה אנחנו חיים.

מה שמטריד הוא הבעיות המשטריות שצצו לאחרונה ושהתבטאו בכל חריפותן בחודשים האחרונים, בניסיונות לקדם הסדרים בתנאים פוליטיים של אי-ודאות. תופעה אחרת, חמורה בהרבה, נוגעת לנושא זכויות האדם. יש להביא בחשבון כאפשרות ריאלית ביותר שבשנים הקרובות אנחנו צפויים להמשך המאבק האלים בינינו לבין הפלסטינים, מאבק שמלווה בהפרות גסות של זכויות אדם משני הצדדים. על כן, שאלה מרכזית שמחייבת ליבון היא איך המדינה שלנו מתמודדת עם מצב כזה תוך שמירה אופטימלית על זכויות האדם.

על רקע הבעייתיות בנושא הקונקרטי זה, קצת קשה לי להתחיל לדבר על הנושא התאורטי של החוקה והשלמת החוקה. ועם זאת, כמה מילים גם בנושא הזה:



ממה שהתרשמתי, רוב המשתתפים היו שותפים לרעיון של שמירת הקיים ונגד הרעיון של ניסיון ליצור איזה מסמך חדש. יש כאן פשרה מסוימת, ואני יכול להבין את עמדתה של פרנסיס רדאי שאמרה שאם זה מה שיש, מוטב להישאר במצב הנוכחי, כלומר בלי לארגן את כל חוקי היסוד במסמך אחד. בכל זאת הייתי ממליץ ללכת בכיוון שהוצע במסמך שמרדכי קרמניצר ואני הגשנו. אני לא מקבל את הרעיון של עלי זלצברגר, שיש לנתק את החלק המשטרי מהחלק של זכויות אדם. כנגד זאת, הייתי מכניס לתוך המסמך הזה תיקון אחד המעוגן במצב המשפטי הקיים אבל איננו מעוגן בחוקי יסוד, תיקון שקשור לרעיונות של רות גבזון והוזכר גם במסמך שהפיצה יפה זילברשץ. ולמה אני מתכוון:

כפי שידוע לכם, מדינת ישראל אשררה ב-1991 את האמנות הבינלאומיות העיקריות הנוגעות לזכויות אדם, בראש וראשונה את האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות והאמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. האמנות האלה מחייבות ללא ספק את מדינת ישראל. נכון שלפי הפסיקה של בית המשפט, האמנות אינן אכיפות בבתי המשפט, אבל אין זאת אומרת שהן לא חלק מהמשפט ולא מחייבות את מדינת ישראל. התיקון שהייתי מציע הוא להכניס לתוך הקיים סעיף שמתייחס למעמדו של המשפט הבינלאומי בתוך המשפט החוקתי של מדינת ישראל, להזכיר במפורש את האמנות הבינלאומיות הנוגעות לזכויות אדם כדי שיהפכו להיות חלק מהמשפט של מדינת ישראל, אבל בלי ביקורת שיפוטית. בית המשפט יוכל אז לומר במקרה זה או אחר שהנה יש לנו חוק שאיננו מתיישב עם האמנה הבינלאומית, אין לי הכוח לבטל אותו, החוק נשאר בעינו מבחינת המשפט הפנימי והוא זורק את הכפפה בחזרה לכנסת, כדי שתחליט אם המשפט הבינלאומי מספיק חשוב כדי לבטל את החוק או לקבוע חוק אחר במקומו.

אני יודע שלא יהיה קל לקדם את הדבר הזה, אבל נראה לי שלפחות ראוי לנסות.

● **דן מרידור:** כשמחוקקים אמנה כזאת, מתעוררת שאלת הפרשנות מול חוקים אחרים, ספציפיים, שסותרים את האמנה, ויש לנו הרבה מהסוג הזה, למשל חוקי נישואין וגירושין. האם החוק החדש גובר על החוק הישן או, בהיותו כללי, הוא נסוג מפניו?

● **דוד קרצ'מר:** אני מסכים שיש בעיות ואני מוכן לדון בהן. אני מציג כאן את הרעיון הכללי.

● **עמוס שפירא:** אחת המכשלות אצלנו בנושא החוקתי, בעיקר מצד המתנגדים לרעיון החוקה או החוששים ממנו, הוא המיתוס הרווח, והמוטעה מיסודו, שלפיו הפרשנות החוקתית מתבצעת בלעדית על-ידי בית המשפט, ובמציאות שלנו – על-ידי בית המשפט העליון. המיתוס הזה, שמרתיע רבים וטובים אצלנו, נובע מחוסר ניסיון חוקתי במדינת ישראל, מהבוסר החוקתי של החברה ושל הפוליטיקה שלנו. האמת היא, שהפרשנות החוקתית במדינות שהפנימו את המסורת ואת המרקם הקונסטיטוציוניים ושיש להן חוקה ומוסדות חוקתיים הפועלים כבר מימים ימימה, נעשית לא רק ולא בעיקר על-ידי בית המשפט העליון, אלא, במובן הרחב של הביטוי, יום-יום ושעה-שעה על-ידי כל גוף שלטוני, ובראש ובראשונה על-ידי הגופים המחוקקים ומתקני התקנות והזרועות האדמיניסטרטיביות של השלטון. הגופים השלטוניים הם שמנתבים את אפיקי הפעולה שלהם – אם על-ידי חקיקה, אם על-ידי התקנת תקנות ואם על-ידי פעולות מינהליות – תוך שהם שואלים את עצמם כל הזמן האם מסלול הפעילות שבחרו בו הוא חוקתי או לא, האם מוטב לבחור במסלול פעילות אחר, בהתקנת תקנה אחרת, בחקיקת חוק אחר, לגבי הסוגיה הטעונה הסדר.

ההשפעה המצטברת של כל אותם פרשנים חוקתיים במציאות הפוליטית השלטונית היום-יומית השוטפת, היא הרבה יותר משמעותית מבחינה מעשית מאשר ההתערבויות האקראיות בעניינים גדולים, בנושאים יוצאי דופן, במקרים קיצוניים של בית המשפט העליון. כזו היא המציאות בחברות שהפנימו את המרקם הקונסטיטוציוני, למשל ברצות-הברית.

עד שלא נשכיל להכיר בכך ולחנך את עצמנו ולא לחשוש מהמיתוס הדחלילי הזה, של פיקוח שיפוטי, לא נוכל להסיר את המכשלה הפסיכולוגית הפוליטית הזאת בדרך שצריכה להוביל להשלמת המהלך החוקתי אצלנו.

● **רות גביזון:** אם היינו חיים בעולם של משאבים בלתי מוגבלים, הייתי אומרת שיכולנו להתברך בכך שאנחנו עושים עבודה יוצאת מן הכלל, מפני שאנחנו מטפלים בסוגיה חשובה מאוד של החברה הישראלית – האם צריכה להיות חוקה, ומה צריך להיות כתוב בה. לפי הקריטריונים שהטלנו על עצמנו, מכיוון שמגילת הזכויות השלמה כוללת ממילא זכות לחופש דת ולחופש מדת שלא ברור אם אפשר להכליל אותן, אם לא החלטנו עדיין איך אנחנו מטפלים בדת ומדינה, ומכיוון שהשריון



של המסמך שהכינו דוד קרצ'מר, מרדכי קרמניצר ואבישי ביניש ממילא לא יכול לקבל מהלך אמיתי לפני שהחלטנו האם אנחנו רוצים לתת אישוש למנגנון הפיקוח הקיים – אז בעצם יש לנו דיון מאוד מאוד מעניין שאמנם אין לו השפעה אופרטיבית עד שלא נשלים את המהלך, אך הוא מעיד על פתיחות ועיסוק בענייני הציבור בצורה הכי נכונה.

אבל היות ואנחנו לא בעולם של משאבים בלתי מוגבלים, ומכיוון שגם אני מתהלכת בהרגשה שהבית, אם הוא לא קורס, הוא בהחלט בוער, יש לי קצת חוסר נחת מזה שאנחנו, אנשים כל כך מחויבים לעניין הציבורי, יושבים ומבלים את זמננו בדבר הזה ועוד קובעים לעצמנו שתי ישיבות נוספות שהמטרה שלהן היא לבדוק את השלמת החוקה. זאת, במקום שנשאל את עצמנו מה הן הבעיות הדוחקות יותר על סדר יומנו והאם, כמו ששאל גיון סטיוארט מיל באוטוביוגרפיה שלו, לו הצלחנו לממש את כל המהלך החוקתי שאנחנו חולמים עליו, האם הבעיות שלנו היו נפתרות? אני חוששת מאוד שהתשובה היא לא.

אני רוצה לדבר בראשי פרקים על שלושה היבטים שבעיני הם קריטיים:

האחד, הזכויות החברתיות והכלכליות. אתמול טענתי בלהט שצריך לשדר שהזכויות החברתיות והכלכליות הן באותו מעמד, אבל זה לא נראה לי הנושא העיקרי של מצב הצדק החברתי במדינת ישראל היום. המצב שלנו, הבעיה שלנו היא אפילו לא רמת העוני, מכיוון שהיא פחות גבוהה מאשר במקומות אחרים; הבעיות הקשות במדינת ישראל הן הצמיחה הקטסטרופלית של הפערים, בעיית העובדים הזרים, בעיית תשלומי העברה, הקריסה הצפויה של המערכות, חוסר האכיפה של חוק שכר המינימום. כל הבעיות האלה הן בעיות אמיתיות שלא ישתנו גם אם יהיו לנו זכויות חברתיות שלמות עם ביקורת שיפוטית כזאת או אחרת, שלאט-לאט תפתח בצורה אקטיביסטית או לא אקטיביסטית, וכולנו נכתוב על זה מאמרים מלומדים. אני גם חושבת שחברה שצריכה להיות מגויסת לאיום קיומי או חצי קיומי או מדיני-זהותי מהמדרגה הראשונה, איננה יכולה להרשות לעצמה רמת סולידריות כל כך נמוכה כמו רמת הסולידריות החברתית שלנו היום.

דבר שני. דיברו פה הרבה על מדינה יהודית ודמוקרטית. בדבר הזה לא צריך להכריע, כי אי אפשר להכריע, אבל צריך לנסות לפרק את החבילה, כי כרגע היא פשוט חבית של חומר נפץ.

דבר אחרון – אי אפשר לעקוף את הכנסת. הכנסת היא בית הנבחרים שלנו, היא הבית המייצג שלנו, היא מה שיש לנו לטוב ולרע. רמת הבורות בכנסת כלפי כל הסוגיות שאנחנו עוסקים בהן מסוכנת בהרבה מרמת האינטרסנטיות. יש כמובן אינטרסנטיות בכנסת, ותמיד תהיה טוב שתהיה, אבל מה שקורה הוא שלא רק בציבור, גם בכנסת, כל הסוגיות האלה של משמעות הביקורת השיפוטית, ההבחנה בין ביקורת שיפוטית על מעשה הכנסת ובין ביקורת שיפוטית על מעשי המינהל, האם הגנה על זכויות אדם מצריכה דווקא ביקורת שיפוטית על מעשי הכנסת, ואיזה סוג של ביקורת – כל השאלות האלה שגם בציבור הכללי אינן ברורות, אינן ברורות לחברי הכנסת. אנחנו צריכים קודם כל לעשות עבודת חינוך של חברי הכנסת כדי שהם יחליטו נכון. הם, הנציגים, צריכים להחליט נכון.

אם נפעל בעניינים שמנתי כאן, נרים תרומה אמיתית לשיפור היכולת שלנו ללכת יחד כחברה אחת – דתיים, חילוניים, יהודים, ערבים – לקראת האתגרים הקשים שעומדים לפנינו. יש לנו כיום בעיה שהמדינה לא נותנת לנו את מה שהיא צריכה לתת, לכולנו, אז איננו צריכים לגונן על עצמנו מפני המדינה, אלא לחזק את המדינה ואת הלגיטימיות שלה במהלך משותף.

● **אשר מעוז:** ראשית, בלט שעקב אכילס בהשלמת החוקה הוא התערערות האמון לאו דווקא בגוף שנותן את החוקה, אלא בגוף שמפרש אותה. מבחינה זו יש לי השגות על בית המשפט העליון ועל חלק משופטיו, שאינם מקיימים את מצוות חז"ל. אמנם אהיה אחרון לומר שהם עושים מעט, אבל הם מדברים הרבה. הרטוריקה של בית המשפט העליון, או של כמה שופטים משופטיו היא רטוריקה מאיימת. הם עושים הרבה פחות ממה שהם מאיימים שהם יעשו. מבחינה זו אני מוכן לקנות את הדגם של לנדוי שהיה הראשון שביטל חוק; הוא כל הזמן צעק 'אני לא עשיתי את זה', אבל זה נעשה, זה עבר בשקט, הכנסת אפילו לא הייתה מודעת לכך שחוק שלה התבטל עד שבא זמיר באמצע שנות ה-90 בפרשת בנק 'המזרחי', וגילה לכנסת שבעצם ביטלו את החוק עוד לפני שלושים שנה.

אינני בטוח שפסק-דין מישראל שפסל את האפשרות לחוקק את חוק הבשר היה כורח המציאות. אינני בטוח שחופש העיסוק פירושו דווקא לייבא בשר לא כשר. שם הייתה רטוריקה מיותרת. זה בכלל לא היה הנושא, לא היה חוק כזה, אלא בית המשפט העליון טרח להזהיר את



יצחק לוי ואת גפני שלא ימשיכו לחוקק חוקים כאלה, שאם לא כן הוא יפסול להם את החוקים, ואז אני מבין למה גפני ויצחק לוי אמרו שאם זה כך, לא יהיו יותר חוקי יסוד.

המצב היום של חקיקת חוקי היסוד הוא לא בריא, גם מבחינה מבנית. בניגוד לכנסת ראשונה עם כל ההילה שלה, הכנסת היא בעייתית מבחינת חקיקת חוקה, מכיוון שאם אומרים שהחוקה נועדה להגביל את הרוב, יש לי בעיה עם הרוב שצריך לקבוע את החוקה. כל חוק שהממשלה רוצה להעביר, היא יכולה להעביר כי ממילא יש לה רוב. המצב הנמשך יוצר זילות בשני מובנים: האחד, שכל חבר כנסת שרוצה להיכנס לספרי ההיסטוריה מכתיר כל הצעת חוק על אורך הגפרורים כחוק יסוד. מן הצד השני – במהלך השנה וחצי האחרונות בוטלו שני סעיפים בחוק יסוד: הממשלה, האחד הוא מספר השרים והשני הוא יתיקון ביבי – בהינף יד, משום גחמה שהייתה לראש-הממשלה להתפטר ולא לאפשר את פיזור של הכנסת. במאמר מוסגר אציין, כי מדובר בעצם בהוראה שאני לא רואה את מקומה בחוק יסוד. לא כל כך חשוב אם יהיו 18 או 19 שרים; זאת לא קובעים בחוק יסוד. יש דברים שלא רק שאין מקומם בחוקי יסוד, אלא אין מקומם בחוקים, לפעמים אפילו אין מקומם בתקנות.

עוד הערה שנוגעת לדבריהם של שלמה אבינרי ושל ירון אזרחי. מאחר שהחוקה היא גם הצהרה, אני בהחלט לא נרתע מקביעת זהותה של המדינה כמדינה יהודית. אני חושב שזאת מדינה יהודית, לכן אנחנו נמצאים כאן, ואינני חושב שזה צריך לפגוע בשוויון של מי שאינם יהודים. אני בהחלט רוצה לחיות כאן כי זו מדינה יהודית, כי אחרת יותר נוח לי לחיות בארצות-הברית. לא הייתי נכנס לפרטים ולא הייתי קובע בחוקה באיזה מובן היא יהודית; אני כן אקבע את השוויון, אני כן אקבע שהמדינה היא יהודית, אני כן אקבע שהמדינה היא דמוקרטית.

● **יוסי אזרעי:** ידידיה שטרן דיבר על שלוש אפשרויות, והייתי בטוח שימנה גם רביעית והיא – שקיימת אפשרות שנלך אחורנית, שניסוג. אנחנו חייבים להזהיר את עצמנו שכל טיפול עלול להסיג אותנו אחורנית, ולכן כדאי לעצור פה, להסתפק במה שיש.

נשיא בית המשפט העליון השופט אגרנט אמר בזמנו שהמשפט הוא בבואה של החברה הישראלית ובית המשפט של החברה הישראלית, ובית המשפט התקדם בקצב שהוא יונק מהחברה הישראלית, הוא מאזין לחברה הישראלית. נכון שפה ושם הוא עושה טעויות קשות מאוד ברטוריקה, אבל מבחינה מעשית אני חושב שהוא



המפתח פה, ואם רוצים זכויות חברתיות, אז גיא מונדלק, פרנסיס רדאי ועבדכם הנאמן יכתבו, ידברו ויִרצו מדוע הזכות לעבוד נגזרת מזכות הקניין הקיימת, ומדוע זכות השביתה נגזרת מחופש העיסוק, ואנחנו נפתח שיח יפה ולאט לאט, בעוד שטיפול ברמה של הכנסת היום עלול, כאמור, להסיג אותנו אחורנית.

מכאן אני מגיע להערה של השרה ליבני. אני לא מאוכזב מהכנסת, אלא שלחלק מאתנו יש ציפיות גבוהות מדי מחברי הכנסת. אני יודע שהגדרתית, לחברי כנסת קוראים סוחרים בסחורה ציבורית שנקראת חקיקה. זה התפקיד שלהם. אני לא רוצה לראות כנסת הומוגנית. אני רוצה לראות כנסת סקטוריאלית שבה כל אחד מייצג את הסקטור ששלח אותו. זה תפקידה, זה מהותה וכך הכנסת תבטא אותנו. הקושי הוא שאנחנו עושים את הערבוב הזה, שכמעט לא קיים, ובוודאי לא בחברות שסועות, הערבוב בין כהן לבין נביא. החוקה נועדה להסתכל לטווח ארוך, לעסוק בערכים, והכנסת מטבע ברייתה נועדה לעסוק בצרכים המידיים; הכנסת היא הכהן והאספה המכוננת היא הנביא.

אני מקבל את ההערכה של חגי מרום שהיום אי אפשר לעשות את זה, אבל אסור לנו לאפשר לכנסת לשמור על השמנת. אני גם חושב שההצעה של דוד קרמזיר בנושא האמנות הבינלאומיות היא הצעה נכונה וייתכן גם שאין צורך להעביר אותה לחקיקה, אם הממשלה אשררה אותה. למה האמנות האלה הן כל כך חשובות? הן חשובות בעיקר ברמה התרבותית-החינוכית שלנו מכיוון שאנחנו יכולים להגיד לחברה הישראלית 'זאת המראה שלנו. את רוצה לדעת כמה את רחוקה מהסטנדרט העולמי? יש לנו מסמך שממשלת ישראל אישררה.'

● **דן מרידור:** אני מסכים עם דבריו של יוסי אדרעי שאולי צריך להיזהר מפני נסיגה, אבל דווקא מסיבה זו צריך להמשיך ולא לעצור כי עצירה פירושה נסיגה.

תחילה מספר הערות:

יש מתאם די גדול בין מתנגדי החוקה לבין מי שרוצים מסמך חדש, כי אם יש מסמך חדש, לא תהיה חוקה. לכן לא פלא שכאשר אני שומע שאנשים רוצים דיון רציני וארוך, אני יודע למה הם מתכוונים; בדרך כלל הם אלה שאינם רוצים חוקה. לכן הדרך שהלכנו בה היא לדעתי נכונה.

אמר מרדכי קרמניצר שהרוב המתקבל יהיה רוב לביטול. שאלת הרוב היא שאלה שצריך לחשוב עליה, אבל אני לא חושב שלגיטימי לדרוש 110

אנשים לבטל חוק. זה תלוי במהות העניין. גם אם 110 אנשים הצביעו בעד חוק מסוים, אפילו חוק יסוד, הרי לדרוש שרק 110 יהיו נגד כדי לבטל אותו, זה לא נכון. צריך לקבוע מהו המספר, שמונים, שבעים, ואותו לדרוש גם בביטול וגם בקבלה.

עכשיו לנושא האמנות שדוד קרצימר הזכיר; נושא זה חשוב משני היבטים. אני לא יכול להתנגד לחקיקה, אבל אני אומר שהחקיקה היא מסובכת. מה בנוגע לנושאי חקיקה רגישים כמו נישואין וגירושין? לפי דעתי זה ייתקע. יש מדינה בעולם שלא מרשה למישהו להתחתן עם מי שהוא רוצה? ישראל לא מרשה.

לנושא האמנות יש כאמור שני היבטים; האחד הוא ההיבט החינוכי, והעובדה שאיננו עוסקים בו היא טעות גדולה. מערכת החינוך, השיח הציבורי, צריכים לכלול את האמנות, ללמד אותן. ההיבט השני הוא שהאמנות אינן חתימה גרידא על מסמך, צריך לפעול לפיהן, והממשלה איננה עושה מה שהיא צריכה. בימי כשר המשפטים ב-1990, 1991, ו-1992 ניסיתי להקים מחלקה שתדאג לקיום האמנות; חייבים לקיים אותן, חייבים לעקוב אחריהן, מישהו צריך לבדוק איפה לא מקיימים אותן וזה צריך להיות חלק מהשיח המשפטי-הציבורי.

יש חשיבות להתקדם בשני הנושאים שהזכרנו: חוק יסוד: החקיקה וזכויות האדם. בנוגע לחוק יסוד: החקיקה – האם כל דבר יכול להיות חוק יסוד? האם בכל רוב יכול לעבור חוק יסוד? בכונה מעבירים עניינים אידיולוגיים תחת הכותרת של חוקי יסוד. לכן חוק יסוד: החקיקה כל כך חשוב. חשוב מאוד לקבוע את הסדר שבו קובעים חוקי יסוד ואת המדרג הנורמטיבי לחוקי יסוד, לחוקים, לתקנות ומינהל.

הנושא השני הוא חקיקת זכויות האדם. גם אם לא יכולים להגיע למסמך כולל, יש זכויות שבמהותן אין שום מחלוקת עליהן גם אם יש מחלוקת על הביקורת השיפוטית. החקיקה נמשכת כך או אחרת, והשאלה אם היא תהיה חקיקה שיפוטית או חקיקה פרלמנטרית. הוזכרה כאן האנומליה חסרת התקדים כשקורה שבית משפט צריך לדון באיזון בין זכויות שחלקן אינן נמצאות במפורש בחוקי היסוד, למשל כשקיימת סתירה בין כבוד האדם לחופש הביטוי. לא הגיוני שהאיזון יהיה כזה שלא יתחשבו בחופש הביטוי כי הוא לא מוזכר במפורש. מוכרחים לפרש באופן רחב, מאוד רחב, את כבוד האדם כדי לאפשר דיון אלמנטרי בשאלה איך מאזנים בין הזכויות.

דבר נוסף: אני מעריך שבשנים הקרובות הקרב יהיה בעיקר קרב הגנה, לא רק על חוקה, אלא על מערכת המשפט כולה. אני רואה את זה מתמש בניסיונות לחדור למערכת דרך מינוי שופטים, ואני לא ארחיב. המערכת תחת מתקפה, חלקה מכוונות רעות וחלקה מכוונות טובות.

● **קריאה:** חלק מהמתקפה הוא בגלל טעויות של המערכת.

● **זן מרידור:** לא הייתה התערערות של האמון במערכת, אלא היה ערעור מכוון של האמון במערכת. למרות שהמערכת לעתים אינה פוסקת בחריפות מספקת, הפוליטיקאים רוצים לערער את האמון בה, מה שלא העזו לעשות פעם כשלפסיקות היו הרבה יותר משמעויות פוליטיות – מטלוויזיה בשבת ועד אלון מורה. היום המאבק במערכת המשפטית הפך להיות 'בון טון'.

החברה הישראלית בסכנת התפוררות. החלק הנושא בעול, המשרת, העובד, הולך וקטן, והחלק הנשען עליו הולך וגדל. לצערי המפלגות הציוניות תורמות לזה במיד רבה, למשל בחוק השערורייתי של קצבאות ילדים, שמשבש באופן מלאכותי את אי-האיזון הדמוגרפי בישראל בין ציונים ללא-ציונים.

כדאי שנתחיל לדבר על החשיבות הרבה של הישראליות, מעבר לשאלת היהדות שחשובה לכולנו. אם שכחנו את הישראליות ואם האזרחות במדינה לא חשובה, אנחנו מאבדים את הנכס העיקרי שיצר מדינה יהודית, להבדיל מקהילה יהודית, וזה כולל כמובן גם את האזרחים הלא יהודים.

● **מאיר שמגר:** דובר כאן על כינון גוף מחוץ לכנסת, ואני קצת תמהתי וגם שאלתי את אריק כרמון מאיפה נטלו את הרעיון הזה. כנראה שהייתה כאן אי-הבנה. אתמול, בעקבות דברי חיים צדוק, דובר על כך שנתחיל בהליך של שילוב החוק. שילוב החוק קובע שמתמנית ועדת משנה על-ידי ועדת חוקה חוק ומשפט שמכינה את החוק הזה עבור הוועדה. לא היה מדובר, חלילה, על יצירת גופים המקבילים לכנסת, ואיש לא מעלה זאת על הדעת. היה מדובר על הגשת החוק המשולב הזה, פרי מלאכתם של החברים שלנו כאן, לכנסת, לטיפול בנוסח משולב.

גם בעניין הרוב הייתה אי-הבנה. היה מדובר שאם נגיש חוק לכנסת, דרוש חוק יסוד שיכונה 'חוק יסוד: כינוס ושילוב' – התואם את המשפט האחרון של החלטת הררי – והוא שיקבע באיזה רוב מתקבל חוק יסוד



כדי שלא ייווצר מצב שבו מקבלים את החוק שני חברי כנסת, ולביטולו או לתיקונו דרושים 70 חברי כנסת.

אני שומע כאן הצעה להתקדם רק עם השילוב של הפרקים המשטריים, כך נקרא להם, ואני מאוד חושש מהצעד הזה. אני זוכר את הוויכוחים עם חלק מעמיתי בבית המשפט, שכמעט כולם התנגדו בשעתם לחוקה הכוללת מגילת זכויות, והם תמיד אמרו: 'אנחנו מסכימים לחוקה שיש בה מוסדות השלטון לסוגיהם. אנחנו מתנגדים לחוקה שקובעת את זכויות האדם'. אחד מהם גם אמר לי שבפסיקה ניצור הרבה יותר מאשר ייווצר בדרך החקיקה. עם כל הכבוד הם טעו, כי אי אפשר על-ידי פסיקה להתערב בחקיקה ראשית ללא הסמכה בחוק יסוד.

לא ייתכן שנסתפק רק בהגשת הפרק המשטרי, כי לעניות דעתי זה יהיה סוף הפסוק של החוקה. יגידו בצדק 'הנה יש חוקה, לא צריך חוקי יסוד נוספים, אם יש לכם איזה בעיות בתחום זכויות האדם או זכויות חברתיות או זכויות כלכליות או פוליטיות, בית המשפט יעסוק בזה בשעת הצורך'. עם כל ההערכה שיש לי לבית המשפט, אינני חושב שאפשר להעמיס עליו גם את העיסוק הזה, וזה גם איננו בריא; בית המשפט לא נוצר כדי לחוקק בדרך הפסיקה, לא בישראל ולא בארצות אחרות. יש חלוקת תחומים, וההיגיון והתבונה שבדמוקרטיה הם שקיימת חלוקה של רשויות השלטון בדרך של הפרדה תוך איזון ביניהן ותוך מגע מסוים ביניהן. ריכוזיות של כל הסמכויות בידי גורם אחד נוגדת את התפיסה הדמוקרטית הבסיסית.

אני שותף לכל מה שרות גביזון אמרה בנוגע לפערים וכדומה, אבל לא בית המשפט הוא שיפתור את הבעיות האלה; זה תפקידן של הכנסת ושל הממשלה, הן שיטפלו בפערים, בבעיות כלכליות וחברתיות. בית המשפט יכול לדון בנושאים ייחודיים שבהם ההתפתחות היא באופן דומיננטי משפטית, ולא חברתית-כלכלית בלבד, וזאת כאשר החקיקה החדשה חורגת מנורמה שנקבעת לפני כן על-ידי הכנסת בחוק יסוד. מי שמשליך את יתרו על בית המשפט בתקווה שהוא שיחסל פערים או שייצור שוויון – שוגה. בית המשפט מטפל רק במקרים קונקרטיים שמובאים אליו לדיון. טיפול מקיף לכל אורך הקו ייעשה רק בצורה של הפעלת מדיניות כוללת מטעם רשויות השלטון לסוגיהן.

לכן אינני מציע ללכת בדרך של הגשת הפרק המשטרי בגפו. אני מציע הגשת נוסח משולב של חוקי היסוד הקיימים, הכנת תיקונים בחוקים רגילים והכנת נוסח של חוקי היסוד החסרים. אינני מציע להרים ידיים;

אינני רוצה לוותר על החלום שלפיו למדינה שלנו תהיה מגילה שמגדירה את כל הזכויות לסוגיהן, ושיהיו בדרך זו הסדרים חוקתיים, לא חוקתיים-בדרך אלא חוקתיים ממש, הסדרים אשר ייצרו הגבלות שמגינות על האזרח. אסור לזנוח חלום זה גם כשהוא קשה לביצוע וגם כשהוא קשור בדיוני ביניים ובמשא ומתן. גם אינני רואה את הבהילות. צריך לנסות. אם לא ילך, המסקנה תהיה שניסינו ולא הצלחנו. גם מה שיש לנו היום לא נוצר ביום אחד; זה נמשך משנת 1958 ועד 1994. זה פרק זמן לא קצר. אולי כעת זה ייקח פחות זמן. לכן יש להמשיך, לראות את העבודה שנעשתה כאן כבסיס ולנסות להוסיף עליה על-ידי דיון בחוקי יסוד. גם כדאי בהחלט לקיים דיונים עיוניים נוספים, שהרי כמועצה איננו מופקדים רק על בדיקת קצב ההתפתחות של הליכים חקיקתיים.

