

נוסח לא מתו

הכנסת השבע עשרה  
מושב שני

**פרוטוקול מס' 54**  
**מישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט**  
**יום חמישי, כ"ז בתשרי התשס"ז (19 באוקטובר 2006), שעה 09:30**

**סדר היום:**

יום עיון בנושא חוקה

**נכחו:**

**חברי הוועדה:**

היו"ר מנחם בן-ששון  
קולט אביטל  
רוברט אילטוב  
מיכאל איתן  
עזמי בשארה  
זהבה גלאון  
משה גפני  
עמירה דותן  
מתן וילנאי  
ניסים זאב  
יצחק זיו  
אברהם מיכאלי  
מיכאל נודלמן  
ראובן ריבלין

**מוזמנים:**

סגן ראש-הממשלה ושר המסחר, התעשייה והתעסוקה אלי ישי  
השופט מאיר שמגר  
פרופ' רות גביזון  
פרופ' קלוד קליין  
ד"ר מיכאל קרייני  
פרופ' אברהם דיסקין  
פרופ' יצחק גל-נור  
ד"ר דניאל פוליסר  
עו"ד דלית דרור  
נעמה שחל  
עו"ד חסן ג'בארין  
עו"ד יעל גוייסקי  
פרופ' אריק כרמון  
עמיר אברמוביץ  
ישראל הראל  
עו"ד יואל גולובנסקי  
דני גרוסמן  
יוסי תמר  
יואל רבינה  
רחל פנקובר  
פרופ' עוזר שילד  
אביעד בקשי  
אליעזר כהן

- נשיא בית-המשפט העליון בדימוס  
- האוניברסיטה העברית, ירושלים  
- האוניברסיטה העברית, ירושלים  
- האוניברסיטה העברית, ירושלים  
- האוניברסיטה העברית, ירושלים  
- נשיא מרכז שלם, ירושלים  
- משרד המשפטים  
- משרד המשפטים  
- עדאלה  
- לשכת עורכי-הדין  
- המכון הישראלי לדמוקרטיה  
- המכון הישראלי לדמוקרטיה  
- המכון לאסטרטגיה ציונית  
- המכון לאסטרטגיה ציונית  
- ראש פרוייקט חוקה, מרכז שלם  
- מרכז שלם  
- הקונגרס היהודי האמריקאי  
- אוניברסיטה בר-אילן  
- יו"ר שדולת החוקה בכנסת ה-16

**ייעוץ משפטי:** סיגל קוגוט

אייל זנדברג

**מנהלת הוועדה:** דורית ואג

**רשמה וערכה:** אהובה שרון – חבר המתרגמים בע"מ

### יום עיון בנושא חוקה

היו"ר מנחם בן-ששון:

רבותי, חברי ועדת חוקה חוק ומשפט, אישי סגן ראש-הממשלה ושר המסחר והתעשייה, חבר הכנסת אלי ישי, השופט בדימוס מאיר שמגר, לשעבר נשיא בית-המשפט העליון, חבר הכנסת מיכאל איתן שהוא גם חבר בוועדה, אבל אני יושב על כיסאו, ועוד ארחיב לאחר מכן על פועלו הברוך בתחום, ויכול אני למנות עוד ועוד את חשיבותם של האנשים שיושבים מסביב לשולחן.

בית ישראל, מאזינינו, כל כך הרבה פעמים חזרו ועסקו בחוקה. יש מאשימים את העוסקים בה מדי פעם על כך שהם חושבים לסחוף כותרות ולא מבינים את דברי היושב-ראש היוצא, יושב-הראש לשעבר של כנסת ישראל, חבר הכנסת ראובן ריבלין שיושב אתנו, באחד מהימים החגיגיים בו הביאה ועדת החוקה חלק ממעשה ידיה. הוא אמר שכדי שהציבור לא יתפתה להאמין שרק אם תכונן חוקה ובא לציון גואל, חשוב שדווקא הכנסת האמונה על מציאת הפשרות בין הרצוי לבין המצוי בכל תחומי החיים, דווקא הכנסת שלעולם אינה מושלמת או חפה משגיאות, דווקא היא עוסקת ותמשיך לעסוק בכינון החוקה, ולא רק בהליך הפורמאלי של כינונה, אלא גם בשקלא ותריא הקשה, המתיש, הפוליטי, הלא-אקדמי – ואינני יודע למה התכוונת אז – שבסופו אולי תכונן חוקה כתובה, שבמתכוון לא תתיימר להיות חוקה מושלמת. אך גם חוקה בלתי מושלמת עדיפה עשרות מונים על המצב הנוכחי, שבו מצד אחד אין חוקה כתובה ורשמית, ומצד שני, כולנו – בתי-המשפט, המחוקק, אזרחי ישראל – למדנו להתנהג כאילו היא קיימת ומאידך, ברשותך אמירה שלי, כאילו אין צורך בה.

חברים. חברה כמו שלנו שהיא שסועה כל ימות השנה ועוד יותר אחרי משברים, ועוד יותר אחרי המשברים האחרונים, חברה כמו שלנו שאיננה יודעת את חוקי המשחק, מה מותר למי, מוכרחה שיהיה לה מסמך מארגן כדי שנדע מה מותר ומה אסור. חברה כמו שלנו צריכה לנסות ליצור שפה אחידה שאיננה רק השפה הרשמית של מדינת ישראל או השפות המוכרות שלה, אלא שפת הדיבור החברתית שלה תהיה מושתתת על מסמך ממנו אפשר לצאת ואליו אפשר לחזור. שבבית-הספר, כשהתלמידים לומדים אזרחות, הם ילמדו אולי פרקים בפרק א', ב' או ג', אבל שיהיה להם מסמך והמסמך הזה יהיה המסמך של החוקה, שהוא לא רק הצהרות אלא גם עניינים פרקטיים מהם אפשר יהיה לחזור אל תפיסות העולם.

לשם כך יש צורך בחוקה. כיוון שהנשיא לשעבר שמגר ידבר בדברים אחרים, ירשה לי השופט לצטט מהדברים שלך:

”החוקה נועדה להקנות סמכויות לרשויות המופקדות על השלטון במדינה, ותפקידיה הם אלה:

א. להגדיר את הזכויות והחובות של הרשויות ולהגדיר את זכויות היסוד של האדם. זה ביטוי לאופי ולמהות של המדינה”.

בעברית פשוטה: אם אני רוצה להפגין נגד בית-המשפט העליון בראש חוצות עם מאות אלפים של אנשים ואומרים לי שקשה להשגיח על ההפגנה הזאת מסיבות ביטחוניות, החוקה תאמר שמותר לי כאזרח.

”ב. ליצור סייגים לסמכותן של רשויות המונעים חריגה מן התחומים שהוקצו והותוו להן”.

זו הגבלה מבנית. אם יש מישהו – כמו מבקר המדינה למשל – שחושב שהוא הרשות הרביעית במדינת ישראל, ידע לי שיש שלוש בלבד.

אם זה לא היה ברור, הדוגמאות שאני נותן הן לא של השופט שמגר חלילה אלא הן שלי.

”ג. להכפיף את רשויות השלטון להגבלות שיסודן בחוק, כדי שפעולת הרשויות תוכפף לנורמות על המבטאות את תפיסות היסוד של המדינה. זו הגבלה ערכית”.

פירושו של דבר הוא שכאשר אני עומד בבית-המשפט או ברשויות המס או לפני ההוצאה לפועל, ידעו האנשים גם מה עומד מאחורי החוק הכתוב וזכויותיו של אזרח קטן שלפעמים לא יודע שיש לו מסמך שממנו הוא יכול לצאת לחיים יום-יומיים.

"ד. ליצור איזון בין הרשויות כדי לקיים ביניהן פיקוח ובקרה הדדיים".  
זהו ביטוי לתלות ההדדית בין רשויות השלטון. האם כל דבר שפיט? האם במעמד של בית-משפט של הכנסת תמיד בית-המשפט יהיה בית-המשפט העליון גם לדברים אחרים? או האם תמיד הכנסת תהיה הגוף שיוכל לצעוק אבל גם לחוקק דברים שאולי לא נועדו להם החוקים?

אלה הן שאלות שנובעות מן הסעיף הרביעי.

אני חותם ומסיים את דברי השופט שמגר: "הסייגים המוחלים מכוח החוקה על סמכויותיה של כל אחת ואחת מן הרשויות, מטרתם לשלב ביסוד החיוני של ממשל יעיל ובעל יכולת פעולה הגנה על זכות כל פרט ופרט, ובתוך מכלול זה הגנה יעילה על המיעוט".

החברה בישראל היא חברה שכולם בה מיעוטים. אין יום שאתה לא מרגיש שאתה מיעוט לעניין מסוים. פעם אתה רוב בסוגיה אחת, מחר אתה מיעוט, אולי אתה רוב בסוגיה אחרת אבל אז אתה מיעוט בעניין אחר. לכן צריך לזכור שאין מישהו שאיננו מיעוט באחד מימי השבוע. הסייגים מונעים שרירות ושררה בלתי סבירות ומאפשרים חיים בצוותא של בעלי דעות ואמונות שונות.

לא סוד הוא, כמו שאמרנו קודם, שיפתור את כל הבעיות. בכל-זאת אנחנו כתברי ועדת החוקה, חוק ומשפט, כמעט גוזרים כליה על שליש מהגדרות הוועדה. אם נצליח במעשה שלנו, אם נצליח במה שאנחנו יוצאים לדרך בעוד שבועיים, אם נצליח להניח על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה – כפי שאנחנו מצפים – לקראת שנת ה-60 למדינת ישראל, טיוטה נוסח קריאה ראשונה של חוקה למדינת ישראל, הוועדה הזאת כבר לא תיקרא ועדת חוקה חוק ומשפט אלא היא תיקרא ועדת חוק ומשפט. אנחנו אולי נהפוך להיות לזרוע שהופכת את הכנסת, מבחינת התפיסה שלה, לא רק לכנסת ישראל אלא למועצה המכוננת, זו שערב הקמת המדינה הוטלה עליה המשימה לבנות חוקה לישראל בבחינת קו האמצע. היכולת להידבר עם כל הציבור.

חבריי חברי הכנסת. אם יש רגע של התעלות לעבודתה של ועדת חוקה חוק ומשפט, הוא לא היו בימי העיון. ימי העיון הם ימים של לימודים. הם נועדים לתת לנו ביציאתנו אל הדרך היומרתית הזו כלי עבודה וניתוח, לתת לנו מתווה כללי של זיקות גומלין בין פרטי חוקה כי לפעמים נדמה לאדם שהוא צריך להילחם דווקא בפרק הזה, אבל הסוגיה שהיא חשובה לו נמצאת בפרקים א', ב' ו-ג'. זאת אומרת, לציין את זיקת הגומלין שבין פרקי החוקה.

ימי העיון הללו נועדו לתת לנו את ההיסטוריה של החוקה, את קווי השלד שלה. לא נגיע הרבה לפרטי מחלוקות. אני מניח שחברים שישאלו את השאלות שלהם יביאו לידי ביטוי את מה שמעיק עליהם ביציאה לאותה דרך.

אנחנו מקיימים את ימי העיון הללו כדי לדעת כיצד להמשיך.

כשאמרתי שהרגעים החגיגיים הם לא היום, הרגעים החגיגיים הם ישיבתנו כישיבת ועדת חוקה של הכנסת כדרכם של אבות מדינה וזאת על-מנת לנסות לנסח חוקה. אנחנו לא מתחילים יש מאין אלא יש 38 נוסחים שונים לפרקים שונים של חוקות. כבר היום – ואני אומר את הדבר כהישג שמדרבן אותנו קדימה – יש כארבעה נוסחים מגובשים של פרקי חוקות שונים ואנחנו לא ממציאים את הגלגל. את ראשי הפרקים כבר עשו אחרים. הנאורות שבמדינות העולם, כבר מזמן יש להן.

אנחנו יוצאים לדרך בתקווה ובראייה מפוקחת. והיה ולא נגיע לעמק השווה, לא נעשה חוקה בכל מחיר. והיה ולא הגענו להידברות, לא נשבור את הכלים אלא ננסה להגיע למהלכים. כפי שאומר אותם השופט שמגר בהמשך הדברים, במבוא לקובץ חוקה בהסכמה, מאת המכון הישראלי לדמוקרטיה, אנחנו מוכרחים להגיע להבנה רחבה ככל האפשר.

לכן יתכן שבעוד חודשים ספורים נכריז קבל עם שלא הצלחנו להגיע. ניקח לעצמנו פרקים חשובים בחוקי היסוד, בדברים שאנחנו מסוגלים לעשות אותם, ונתקדם בהם.

אזרחי ישראל, אורחני הנכבדים, המרצים בימי העיון, חברי ועדת החוקה חוק ומשפט, אל הדרך אנחנו יוצאים מתוך תחושה של שליחות ואחריות שגוברת הרבה פעמים על מחויבויות סיעתיות של רגע. תהיה זו נקודה של התעלות ביום שנגיע למהלך החקיקה.

הפרוטוקול היה מחייב שבפתיחה נקבל את ברכתו של סגן ראש-הממשלה, אבל טבעי ונכון הוא לתת את רשות הדיבור לחבר הכנסת מיכאל איתן, לשעבר יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת ה-16, יוזם הקמת אתר האינטרנט, יוזם הקמת מרכזי האינטרנט הקהילתיים ביישובי הפיתוח, היחידה הממשלתית להיערכות ישראל בעידן מידע אינטרנטי מתקדם. בזכותו אנחנו מסוגלים לחסוך הרבה שעות שמיעה, והוא זה שהחזיר את הנושא לתודעה ציבורית ועשה ימים ולילות בנושא.

הדבר החשוב לנו הוא שברשות חבר הכנסת איתן נמצאים 28 כרכים של דברים שאמרו אנשים, וביוזמתו תורגמו שתי חוברות לאנגלית וזאת על-מנת להפוך את זירת הדיון בחוקה לזירה כלל עולמית. ביום שנכנסתי לתפקידי בכנסת כחבר כנסת הוא נכנס אלי ואמר לי שאני אהיה יושב-ראש ועדת חוקה, ואני טרם ידעתי על כך. לאחר מכן, כאשר קיבלתי את התפקיד, הוא אמר לי ששלוש שנים הוא והוועדה אספו חומר ואילו עלי מוטלת החובה, האחריות והשליחות לקחת את המהלך הזה ולנסות להפוך אותו לחוק.

### מיכאל איתן:

אדוני יושב-ראש הוועדה, אני שמח שאתה הוא יושב-ראש הוועדה. היו מספר מועמדים ואני סברתי שגם האחרים היו ראויים, אולם אתה היית ראוי יותר מאחרים ושמחתי שבאמת הבחירה הזו בסופו של דבר אכן צלחה. אני מאחל לך ואני מקווה מאוד שאתה תצליח במקומות בהם אני לא הצלחתי.

כבוד השר וסגן ראש-הממשלה אלי ישי. הנוכחות שלך כאן היא כמובן חשובה. הציבור הדתי והחרדי מהסס מאוד ביחס לקבלתה של החוקה ועצם הנוכחות שלך מסמלת איזשהו מפנה. אם בעבר הרחוק מאוד ציבור דתי היה מוכן להיכנס לנושא החוקה – זרח ורהפטיג עמד בראש ועדה שהכינה את החוקה – הרי שבתקופה יותר מאוחרת חלה נסיגה גדולה מאוד ודווקא משם נשמעו התנגדויות גדולות מאוד לחוקה. לאחרונה אנחנו רואים נכונות להשתתף ולתרום והנוכחות שלך כאן מסמלת ומבטאת את זה, ונותנת תקווה שאפשר יהיה להגיע לחוקה בהסכמה רחבה.

כבוד נשיא בית-המשפט העליון לשעבר, השופט מאיר שמגר. השקעת בנושא לא מעט. וגם עמדת בראש היוזמה של המכון לדמוקרטיה. ההחלטה הראשונה שלי כיושב-ראש ועדה הייתה לפנות לאריק כרמון ולמכון לדמוקרטיה, לשבת אתם ולבקש מהם עזרה והיו כאלה שהרימו גבה. הם לא קיבלו מונופול על הנושא אלא בהמשך הצטרפו רבים, אולם לאורך כל הדרך קיבלנו מהם עזרה. אם הייתה לנו איזושהי הצלחה, טביעת האצבעות שלהם בהחלט ניכרת גם במוצרים שהוצאנו. אני שמח שנמצאים אתנו כאן כבוד הנשיא שמגר ואריק כרמון.

פרופ' רות גביזון הייתה היועצת שלנו לפרק העקרונות ולשלבם היותר מאוחרים של השלמת המסמך שרצינו להשלים. מבחינתנו היא עשתה עבודה גדולה. אם אפשר יהיה להגיע להבנות פוליטיות, אני חושב שהיא הדמות הבולטת ביותר בתחום הזה. היא עסקה בצד התיאורטי האקדמי, אבל לא נשארה רק שם אלא הלכה באופן מעשי לתחום פוליטיקה של הדברים כך שהיא מכירה גם את הצד הזה, ובמיוחד את כל מה שקשור לצד הפרקטי-המעשי ואת הנושאים של ניסיונות הידברות בין דתיים לחילוניים שיכולים לבוא לידי ביטוי – או צריכים לבוא לידי ביטוי – אם אנחנו רוצים להגיע לחוקה בהסכמה רחבה.

אני רוצה לציין גם את היועצת המשפטית של הוועדה, עורכת-הדין סיגל קוגוט, ואת אייל זנדברג שעזר מאוד בעבודה. שניהם השקיעו שעות עבודה רבות ביותר. אני חושב שיש להם חלק עצום בדברים שעשינו.

אני חושב שהמיוחד במאמץ שלנו היה שהוא היה מאמץ שכלל מאות אנשים. אני פתחתי את התהליך. הוא לא היה תהליך של מכון אקדמי סגור שישב עם כמה מומחים אלא פתחנו את הדלתות בפני ארגונים וציבורים שונים. לדוגמה, יצאנו ליישובים ערביים על-מנת להיפגש עם ציבור ערבי. לא היססנו להזמין אוכלוסיות וקבוצות מכל גווי הקשת כאשר כל דעה הייתה לגיטימית וכל קבוצה התקבלה. אני צריך להודות שהיו תופעות מדהימות כאשר אנשים ששעת העבודה שלהם יקרה מאוד, מאות רבות של שקלים, נסעו מרחקים גדולים על-מנת לבוא לכאן והכול בהתנדבות והכול לטובת אותו מאמץ. מכאן אני יכול לשלוח לכולם ברכה ותודה ואני מקווה מאוד שהם יוכלו להמשיך לעבוד ולסייע לנו.

כשאני מסתכל על כל המאמץ הגדול הזה, אני לא יכול לומר בסיפוק שהצלחנו. אני לא חושב שהתוצאות שהשגנו עומדות ביחס ישר לכמות המאמץ וההשקעה העצומה של מאות בני

אדם שהשקיעו. התוצאות בסופו של דבר לדעתי הסתכמו בשני תוצרים שהם היו התוצאות של מה שנעשה בוועדת החוקה בקדנציה הקודמת וגם בקדנציה שלפנינו.

התוצר הראשון הוא התקליטור הזה. יושב-ראש הוועדה דיבר על 28 כרכים שכוללים חומר שאנחנו ליקטנו, חומר רקע שקיבלנו ממומחים, ואת כל הפרוטוקולים של קרוב למאה ישיבות שקיימנו בישיבות מליאה וצוותי משנה. בכנסת כדי להביא את הדברים האלה לאישור, צריך להביא אותם אל שולחן המליאה ולהצביע עליהם. יושב-ראש הוועדה דיבר על העבר וההווה שלי בתחום טכנולוגיית המידע ואני אומר במאמר מוסגר שאם לא הצלחנו בנושא החוקה, לפחות פרצנו דרך בתחום עבודת הכנסת. זה המסמך הדיגיטאלי הראשון שבאופן פורמאלי ורשמי הוגש אל שולחן הכנסת וזאת במקום לשכפל 120 פעמים 28 כרכים, פעולה שהייתה עולה הון תועפות.

התוצר השני הייתה החלטה שקיבלה הכנסת. עם סיום תקופת כהונתה של הכנסת הזדרזתי לאסוף את החומרים שאספנו, להעלות את התקליטור הזה, להניח אותו על שולחן הכנסת. בהתחלה הוועדה קיבלה החלטה ולאחר מכן מליאת הכנסת והמליאה אמרה את הדברים הבאים:

"הכנסת תומכת במאמציה של ועדת החוקה חוק ומשפט לקדם את כינונה של חוקה למדינת ישראל, מאשרת את קבלת הדוח שהניחה הוועדה על שולחן הכנסת וקוראת לכנסת ה-17 להמשיך במלאכה במגמה להביא בפניה בהסכמה רחבה הצעת חוקה שתובא להכרעת הכנסת ולאישור העם".

היו מי שראו בהחלטה זו החלטה היסטורית, אבל כולנו יודעים שלהחלטה הזו יש תוקף הצהרתי בלבד וצריך לקבל אותו בפרופורציות הנכונות. במיוחד צריך לשים לב לעובדה שבכנסת הנוכחית אני לא מכיר אפילו חבר כנסת אחד שרואה בהחלטה זו איזושהי החלטה שמחייבת אותו לפעולה כזו או אחרת ובנוסף, אינני יודע כמה מחברי הכנסת יודעים שהתקבלה החלטה כזו.

אני מרגיש שלא הצלחתי להגיע אל קו המטרה ששמתי לעצמי. קו המטרה לא היה יומרני כי לא התיימרתי להגיע למצב בו נכון חוקה, אבל כן רציתי להגיע לנקודה בה ועדת החוקה בוועדת החוקה מנצלת את הסעיף בתקנון הקובע שועדת חוקה יכולה להגיש למליאת הכנסת הצעת חוק בקריאה ראשונה, שלא כמו הצעת חוק פרטית שצריכה לעבור קודם כל קריאה טרומית. קיוויתי מאוד שאצליח להגיע למצב בו ועדת החוקה בוועדת החוקה תגבש הצעה, תצביע עליה, תקבל שם הסכמה רחבה – לא הסכמה מלאה – ותגיש אותה למליאת הכנסת. במהלך כזה הייתי רואה דבר סביר, דבר שיכול היה לעמוד גם בהסכם קואליציוני שהוא חלק פוליטי של מה שהיה מקובל בכנסת הקודמת – ובהמשך אסביר את הדברים כי הם מאוד רלוונטיים להמשך עבודתנו – ויחד עם זה, לא חשבתי שאנחנו יכולים לכוון חוקה במהלך אחד ללא תהליך הרבה ארוך של כינון שתי כנסות. לכן אמרתי שאם הוועדה תשלים את עבודתה, תביא הצעה, אולי שתיים-שלוש נוסחאות במספר נקודות, ותעביר את ההצעה למליאת הכנסת והכנסת הבאה תתחיל לדון בזה, בזה עשינו כבר דבר גדול.

אני רוצה להתייחס לעניין הפוליטי, ואולי אגע בעבר כי הוא יכול להצביע על מה שאנחנו יכולים לעשות בעתיד.

ביוזמתי קיבלתי ברכה מראש-הממשלה אריאל שרון לעסוק במלאכה הזאת, שהיא מלאכת החוקה. ראש-הממשלה כתב לי באמצעות ישראל מימון שחתם:

"ראש-הממשלה יפעל על-מנת שתימשך עבודת הכנת ההצעה של ועדת החוקה, על-מנת לגבשה לקראת קריאה ראשונה בכנסת. בשמו של ראש-הממשלה ובשמי אנא העבר לכל העוסקים במלאכה ברכת יישר כוח".

ראש-הממשלה כמובן הבין שתהיה לעניין הזה הסכמה רחבה והביטוי הסכמה רחבה, אני חוזר ומדגיש, הוא לא מתן זכות וטו לשום גורם.

אם אנחנו רוצים להעביר את החוקה, כמובן שנצטרך להביא חוקה שיש בה ביטוי להסכמה רחבה. לא נוכל להעביר חוקה אם מראש נודיע שיש חלופות אחרות, ואני רומז לדברך אדוני היושב-ראש. אם אתה אומר שאם בעוד כמה חודשים יסתבר לנו שלא יכולים להעביר חוקה ולכן יש לנו תוכנית אלטרנטיבית, אתה מעודד מאוד את אלה שאומרים שאולי לא כדאי, אולי אי-אפשר, ואז יהיה קשה להעביר את החוקה, כאשר יודעים שיש אלטרנטיבות אחרות. אם הולכים על העניין הזה, צריכה להיות נחישות ויכולת לומר שזה הדבר. בסופו של דבר, הרוב המכריע

בציבור רוצה בחוקה. אנחנו לא מקבלים את החוקה כי אין מספיק נחישות בבית הזה. אנחנו לא מקבלים חוקה כי הבית הזה אינו ממלא את תפקידו. אנחנו מקבלים חוקה נכה שכותב אותה בית-המשפט. יושבים כאן אנשים וטומנים את ראשם בחול ואומרים שהם לא רוצים שתהיה חוקה ולכן לא יעשו. אין ואקום. למרות שאני מתנגד לדרך שבה הלך בית-המשפט העליון, אני מכבד ואני חושב שבסופו של דבר העובדה שכאן לא ממלאים את התפקיד, יש רשויות אחרות שעושות זאת. אם אבר מסוים במערכת השלטון לא מתפקד ואינו ממלא את חובתו, אין ואקום ואז גוף אחר הולך ומייצר את מה שמערכת השלטון הייתה צריכה לייצר. כך נוצרה במדינת ישראל מציאות חוקתית שאתם יכולים כאן בבית הזה לומר מאה פעמים לא נתנו לה אישור, נלקחה מאתנו שלא כדין, אנחנו לא מכירים בה, אבל לכו לפקולטות למשפטים, לכו לבתי-המשפט, ותראו אם יש חוקה או אין חוקה. אם שופט בבית-משפט שלום יכול לומר שחוק של כנסת אינו חוקי והוא לא יפסוק על-פיו והוא לא מקבל אותו, אז יש חוקה או אין חוקה? ואתם יכולים להמשיך לומר כאן שלא צריך לעשות, שאתם לא רוצים להיות שותפים ושלא תעשו.

אני ער לכך שיש לנו קשיים.

משה גפני:

ממתי המכתב של ראש-הממשלה?

מיכאל איתן:

מ-28 באוקטובר 2004.

כאשר יהדות התורה ביקשה להצטרף לקואליציה, או ביקשו ממנה להצטרף לקואליציה, יהדות התורה פנתה לראש-הממשלה וביקשה לציין במפורש שועדת החוקה לא תצביע וראש-הממשלה, ואני הייתי אז שותף לניסוח הנקודה הזו בהסכם הקואליציוני, אמר להם במפורש שהוא לא יכול להשתלט על מיכאל איתן, שמיכאל איתן הוא יושב-ראש הוועדה, ואם מיכאל איתן יצביע בוועדה, הוא, ראש-הממשלה, לא יכול לעשות דבר. הנוסח שנוסח לא שלל את סמכות הוועדה להצביע. נכון, הוטלה משמעת קואליציונית במליאה. כלומר, כשהנושא יבוא למליאה, הייתה משמעת קואליציונית ואת זה קיבלתי וגם הסכמתי לזה, כי זו הייתה התביעה, אבל לא הסכמתי לנהוג כך בוועדה.

אני אומר לך אדוני יושב-ראש הוועדה, אתה יושב-ראש הוועדה, אתה סוברני, אתה יכול להביא דברים להצבעה. במליאה יש משמעת קואליציונית. שלא יטילו משמעת קואליציונית בשלב כל כך מוקדם כי אין לזה הצדקה ולדעתי גם אין לזה עיגון בהסכם הקואליציוני.

משה גפני:

אני לא נגד חוקה אלא אני בעד חוקה בהסכמה. הוועדות הן גם חלק מהסכם קואליציוני.

מיכאל איתן:

יש לי את הטיוטות של ההסכם.

זהבה גלאון:

אתם בדרך לממשלה?

משה גפני:

כל שבוע אנחנו נכנסים לממשלה.

מיכאל איתן:

יש דרכים להיאבק מבלי לתת לאנשים תחושה שמשתיקים אותם, שסותמים להם את הפה, שפוגעים ביכולות שלהם לבטא מאוויים. כאשר סיעה מסוימת רוצה להגיע למצב שהיא לא מסתפקת בכך שבמליאה יחול כל ההסכם, ואפילו היא לא מוכנה שיקיימו דיון בוועדה ויצביעו על הנושא על-מנת להביא אותו למליאה, אני חושב שהיא עושה דבר שהוא בסופו של דבר בומרנג. בתוך התהליך הזה שיש בו הסכמה ורצון של מיעוטים לקבל את ההתחשבות של הרוב, זה מחייב

גם את המיעוטים לפתוח את הלב ולהבין מה קורה ולא להפוך ידידים לאויבים בגלל התנהגות ברגע מסוים בו יש להם כוח לכפות כמיעוט קטן הסכמים קואליציוניים כאלה ואחרים.

משה גפני:

זה הדדי.

מיכאל איתן:

נכון. זה הדדי.

אני רוצה לגעת בארבע סוגיות שלדעתי הן הסוגיות שבמחלוקת ולומר שיש אפשרות להגיע להסדר.

נקודה ראשונה היא הגדרת המדינה ויחסים בין יהודים וערבים. קשה מאוד לקבל תמיכה של נבחרי ציבור ערבים - יותר קל לקבל תמיכה של אזרחים ערבים - לנוסחה שאומרת שמדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית שבה העקרונית הדמוקרטית מחייבים שמירה על זכויות בני המיעוטים, לא רק כאזרחים שווים במדינה, אלא גם שמירה על זכויות קולקטיביות שלהם. בצד המאפיינים של המדינה כמדינה יהודית, ניתן להגדיר מאפיינים של בני מיעוט לאומי ולתאר אותם ולהגן עליהם בחוקה. זוהי מגמה שניתן להגיע אליה. לצערי הרב יש לה קולות של תמיכה בקרב הציבור הערבי - לא בדקתי אם זה רוב או מיעוט - אבל היא לא מחלחלת להנהגה שחלקה מפחדת להתייצב ולומר שהיא מוכנה לקבל את המשפט מדינה יהודית ודמוקרטית.

הנושא השני הוא כמובן נושא של דת ומדינה. אנחנו צריכים לזכור שאנחנו לא מחוקקים חוקה לעם היהודי. לעם היהודי יש חוקה, אולי הטובה ביותר שניתנה אי-פעם משום שהיא שמרה על העם הזה במשך דורות וזה תפקידה של חוקה. היא הייתה מסגרת שבזכותה התקיים העם הזה במשך דורות. אין כוונה להחליף את החוקה הזאת, אבל מדינת ישראל היא מדינה שחיים בה גם אנשים שהם לא יהודים והיא צריכה לתת פתרונות לסוגיות שונות שבאופן טבעי חוקה של העם היהודי לא יכולה לתת אותם. אנחנו חייבים למצוא, בלי לזנוח את העובדה שאנחנו מדינה יהודית ודמוקרטית, את המכשיר שיגשר בין הרצון להיות מדינה יהודית לבין הצורך לתת פתרונות שאולי חלקם לא עולים בקנה אחד עם ההלכה היהודית ועם החוקה הזאת שאותה אנחנו אמורים לשמור.

הנושא השלישי מתחלק לשניים והוא הנושא הממשלי ואני אומר את דעתי האישית. כולם יודעים שצריך לעשות שינויים. אי אפשר לנהל את המדינה לפי הקורה היום. לדעתי הרשות המבצעת היא חלשה מדי ואנחנו מוכרחים לעשות רביזיה במערכת האיזונים כאשר הבלמים הם שלושת רשויות השלטון. אני כמובן לא מתיימר כרגע להיכנס לזה, אבל זה מוכרח להיעשות. אנחנו עדיין לא יודעים איך. הצורה שבה משתמשים בנושאים האלה כפיגומים להרחבת קואליציה לא יכולים לייצר תהליך בריא כי עצם העובדה שאתה הופך נושא כזה לעניין של צירוף עוד שותף, יכול לעורר התנגדות של אחרים שלא מתנגדים לעניין עצמו אלא מתנגדים לצירוף השותף. למה לערבב עניין כזה? אלה דברים שצריכים להיחתך בצורה חוצת מפלגות, חוצת קואליציה או אפוזיציה. אלה דברים שצריכים להיעשות בהידברות. אם רוצים ללכת למהלכים כאלה, צריך לייצר תהליך רב-מפלגתי, להזמין את כולם, לשמוע את כולם, לחפש את המכנה המשותף ולא לעשות את זה כעסקה בין שני צדדים שקשורה בעוד כל מיני דברים. בצורה דו-צדדית זה לא ילך.

בהקשר לעניין הזה אני רוצה לומר שכחלק בלתי נפרד מהעניין של החוקה אנחנו מוכרחים לבחון את העניין של הביקורת השיפוטית. הרשות השופטת במדינת ישראל היא בעלת העוצמות החזקות ביותר בכל העולם המערבי. אין בעולם רשות שופטת עם עוצמות כאלה. העובדה היא שצריך לעשות משהו בעניין הזה. אני לא נגד ביקורת שיפוטית אלא אני בעד ואני בעד רשות שופטת חזקה. אני לא אומר כרגע מה לדעתי צריך לעשות אבל צריך לתת לעניין הזה מחשבה. העובדה היא שהאדה והאמון הציבורי ברשות השופטת יורד, וזה דבר מסוכן כי זה נישקו העיקרי של בית-המשפט, במיוחד בית-המשפט העליון, והבג"ץ שצריך וחייב לרסן גם את הממשלה וגם צריך בתנאים מסוימים צריך רוב בכנסת. זה צריך להיות תחת מערכת מסודרת שנותנים עליה את הדעת ולא בצורה כפי שזה נעשה היום על-ידי כל מיני קפיצות והכרעות שלפעמים נראה שזה תוצאה של כיפוף ידיים.

הדבר האחרון שלפי דעתי הוא הרבה יותר קל להשגה, זה העניין של מגילת הזכויות. אני לא כל כך תומך במשטר כל כך חזק ונשיאותי, אבל אלה שכן רוצים, אני לא חושב שזה יכול להעלות על הדעת מבלי שאנחנו גם נעגן בצורה חזקה מאוד את זכויות האזרח.

בכל מקרה, אם אנחנו רוצים חוקה, חלק הזכויות הוא חלק בלתי נפרד מהחוקה. החוקה האמריקאית התקבלה בלי פרק זכויות אלא קודם התקבל החלק המשטרי. אפשר לדבר על שלבים, אבל אם הולכים לפתרון של חיזוק של הרשות המבצעת, אני לא חושב שזה יכול להיעשות בלי שבמקביל יהיה עיגון הרבה יותר חזק של זכויות האזרח. אני בעד מהלך פחות מרחיק לכת של חיזוק הרשות המבצעת.

אני פונה אליך אדוני היושב-ראש. יש לך יתרון גדול שאתה עושה את הפעולה הזאת בכנסת. המכון לדמוקרטיה השקיע מאמצים אדירים וכספים רבים, הם עשו עבודה נפלאה, אבל אנחנו רוצים שגם יצא מזה משהו. בזה היתרון שלי ושלך ואריק כרמון שיושב אתנו כאן יודע שזה אחד המקומות בהם הוא יוכל להשפיע, ואם לא להעביר את כל ההצעה, להעביר את חלקה. כרגע הכדור בידיים שלך. אתה כרגע האדם שהתהליך בידיו. רמזתי לך שבעניין הזה מדינת ישראל שמסתכלת עליך. היא לא מסתכלת על אף אדם אחר אלא עליך ואתה הכתובת. מותר לך לפעמים, לא במידה גדולה מדי, אם מותר לי לתת לך עצה, להיות קצת עצמאי ולהגיד לעצמך שבתחומים עליהם אתה מופקד מותר לך לעשות.

אני מחכה ומצפה, ואני אעזור לך בכל דבר שתמצא, שנוכל להגיע לשלב של הכנת הצעה ולפחות לבחון את זה בהצבעות, אם זה אפשרי, כן או לא. זה לא יהיה ללא הידברות מוקדמת, זה לא יהיה ללא שיחות, זה לא יהיה ללא פגישות עם אנשי המפלגות, אלא מוכרח להיות תהליך פוליטי. יש לך כעת זמן, תתחיל אותו, תתחיל את העניין הפוליטי, תדבר עם אנשי המפלגות, תראה מה נקודות המחלוקת המרכזיות ובסופו של דבר תביא את הדברים להצבעה. נצליח – טוב, לא נצליח – לפחות נוכל לקיים את ההבטחה שאני הבטחתי לכל אלה שהתאמצו שאנחנו לא נחפש פתרונות קלים ולא נימנע מהאתגר הזה שאת כל עבודתם נעמיד במבחן אמיתי של הצבעה.

#### היו"ר מנחם בן-ששון:

אנחנו נצליח. תודה על דבריך חבר הכנסת איתן ועל חידוד הדברים. על דרך ההתנהלות של הוועדה, לא תמיד יודעים אזרחי ישראל. כמי שהגיע מבחוץ לא ידעתי עד כמה הדברים נעשים כאן בעצה אחת, בהידברות ובשותפות. אני מקווה שנצליח להגיע למרב, ונעשה זאת בשותפות המרבית.

אנחנו במהלך של עשיית חוקה. אנחנו לא במהלך הזה של ימי העיון אלא כדי לעבור לאחר מכן לעשייה.

את אלי ישי אתם מכירים כחבר כנסת, כראש סיעת ש"ס, ולא כולם מודעים למעורבות החברתית שלו לא רק ככותרת של ערב בחירות על האוטובוסים. הוא זה שהקים תנועת נוער, הוא זה שהקים תנועת נשים, שירת בצה"ל, אדם שמוביל מפלגה למעורבות, לרצון להיות שותפים לכל תחומי הפעילות של הכנסת, כמה אושר הוא רווה מכך כשהוא רואה שבחלק מימי העיון הנוכחיים שלנו, יום אחרי יום, פעם אחרי פעם, היו חברי התנועה שלו וכיצד הם מתפקדים בעבודה היום-יומית, בעבודת הוועדה.

מהיום הראשון בו יצאתי לשליחות שהטיל עלי חבר הכנסת איתן גיליתי אצל סגן ראש-הממשלה אלי ישי פתיחות, ואני כבר חצי שנה בשדה. אין ראש סיעה שלא שוחחתי אתו, גם עם אלה שאינם רוצים לשתף פעולה והם נמצאים כאן, אין חבר כנסת בוועדה שלא שוחחתי אתו שיחות ראשוניות, ושוחחתי גם עם חברים מחוץ לכנסת. זה מהלך שטעון תמיכה ציבורית רבה. על הפתיחות, על הנכונות, על ברכת הדרך עוד לפני שהגענו לכאן, קיבלנו תודה מראש-הממשלה. על כך שאתה פותח את ימי העיון הללו, על אחת כמה וכמה.

#### סגן ראש-הממשלה אלי ישי:

מכובדי, נשיא בית-המשפט העליון לשעבר, השופט מאיר שמגר, ידידי היקר יושב-ראש הוועדה, חבר הכנסת מנחם בן-ששון שבאמת פועל מתוך רצון אמיתי להגיע להסכמה אמיתית. אני חושב שאף אחד מבין חברי הבית מתנגד לחוקה, אלא כולם בעד. כמו כל בית-נבחרים בעולם, כמו כל דמוקרטיה מתוקנת, גם כנסת ישראל מחוקקת חוקים, ואנחנו חברים בכנסת ישראל, וגם מגישים הצעות חוק, וגם מצביעים בעד ונגד.



כאשר מדברים על חוקה בהסכמה סלע המחלוקת זו המילה חוקה בהסכמה. מי שחושב שניתן לקדם חוקה שלא בהסכמה, טועה טעות חמורה. אני רוצה לציין שיש לי הערכה גמורה ליושרו ולהגינותו של חבר הכנסת מיכאל איתן.

העניין הדתי-היהודי הוא לא עניין קטן של מיעוט כמו ש"ס או יהדות התורה או הציונות הדתית ואני לא אציין את האחוז שנמנה על ציבור זה בחברה הישראלית והיהודית. אני לא נכנס לאחוז החרדים, שומרי תורה, שומרי תרי"ג מצוות, דתיים לאומיים אבל אני מוכרח לומר שגם אם הם שלושים אחוזים בחברה הישראלית, או אפילו פחות, הרי שאין בית שאין בו את האיש הדתי, החרדי, הדתי ציוני, המסורתי, זה שחפץ בשמירת הערכים היהודים, הזהות ודמותה היהודית של מדינת ישראל. מכאן החובה שתהיה חוקה בהסכמה.

כאן אני רוצה לחזק את ידי יושב-ראש הוועדה. כל מי שחושב שאפשר להעביר חוקה שלא בהסכמה או מבסס את זה על בסיס שאנחנו רוצים לדבר ומוכנים לדבר, כאן נופל החשד. אתה מדבר על כך שיש צורך לדבר, על כך שזה ייעשה בהידברות, אבל אם ועדת החוקה חוק ומשפט תעשה דברים באופן עצמאי, בלי להבין את הרגישות הפוליטית, בלי להתחשב ברגשות העם, בלי להתחשב במורכבות של הסייעות ושל הקואליציה, לא תהיה ממשלה ואני לא אומר זאת במסגרת איומים קואליציוניים אלא אך ורק בהיבטים של האינטרסים הציבוריים.

כאשר היו דיונים ביקשו שנבוא לדבר כדי שיוכלו לשמוע את דעתנו, אבל אמרו שבסוף בכל מקרה החוקה תעבור אמרו שבכל מקרה החוקה תעבור, לא באנו לדבר. יכול להיות שאם לפני הרבה שנים היינו באים לדבר והייתה גישה אחרת, היינו מגיעים למקום אחר. כשיש כיוון של הסכמה, אנחנו באים לדבר, גם אני וגם חברי ביהדות התורה שלא מתנגדים לחוקה בהסכמה.

זה סלע המחלוקת. בדברך עמדת קודם על משמעות חוקה לישראל. "חוקה אחת נתתי לכם, לגר ולאזרח הארץ". לכולנו. כל מי שגר במדינת ישראל בוחר, מצביע, נבחר לבית המחוקקים ומקבל את החוקים של מדינת ישראל. אם מישהו מאתנו מחליט להגר למדינה אחרת, הוא לא יכול לומר שהוא לא מקבל את החוקים של אותה מדינה. אם הוא בא להתגורר שם, הוא מקבל את הדינים והחוקים של אותה מדינה. אנחנו, העם היהודי, עם הסגולה, ששרד הרבה שנים אחרי הרבה תלאות וזוועות, ידענו לשמור על עצמנו. כשאנחנו באים לקדם חקיקה וחוקים, צריך להסתכל קצת על ההיסטוריה שלנו כדי שלא נפגע ברגשות, בערכים וביסודות של העם היהודי. אין עם עם יסודות, ערכים והיסטוריה כמו העם היהודי, העם הנבחר. אני לא מכיר מדינה בעולם שיכלה לעבור את התלאות שעבר העם היהודי ולשרוד. מעצמות ואימפריות התרסקו ונעלמו אבל העם היהודי, אחרי כל מה שעבר – רדיפות בכל העולם – לא רק שהוא שורד ומצליח, אלא הקים מדינה והגיע לאן שהגיע. אסור שחלילה וחס אנחנו במו ידנו נפורר את המדינה היהודית שלנו אלא לחזק ולהעצים אותה.

אמרתי פעם לחיים רמון שיש לנו חילוקי דעות קשים בראייה, בגישה, במחשבות, ושאלתי אותו איך הוא מסתכל על העם היהודי, איך יכול להיות שיהודי נשאר יהודי דתי – ולא חשוב היכן הוא נמצא – והעם היהודי שמר על עצמו ושרד והגיע עד הלום. אמר לי חיים רמון שנדמה כאילו לכל היהודים וההנהגה היהודית בעולם יש איזשהו קוד והקוד הזה הוא התנ"ך. זאת אומרת, אני מניח ומעריך שאין חולק על ההיסטוריה, על האהבה של העם היהודי ועל העוצמה שנתנה תורת ישראל ובכך שמרה על העם הזה והיא תשמור עליו עוד הרבה שנים.

אני לא מדבר על מדינת הלכה למרות שמנסים לשים לנו דברים בפה. אף אחד לא חושב כך ואני אומר את הדברים באחריות.

מי שחושב שניתן להגיע לחוקה שלא בהסכמה, יגרום לקרע בעם. אם רוצים להתקדם ולעשות משהו, זה צריך להיעשות אך ורק בהסכמה. אולי אפשר יהיה להגיע להסכמה כאשר מחוקקים את החוקים לאחר הידברות ועם רגישות והתחשבות, לא בש"ס או ביהדות התורה או ממפד"ל או באיחוד הלאומי אלא התחשבות בערכים היהודים בצו האלוהי בתורת ישראל.

שיהיה ברור שהתורה והיהדות היא לא נחלתה של תנועת ש"ס או של יהדות התורה אלא של כל עם ישראל. כולנו כיהודים, אזרחי מדינת ישראל, יודעים שאנחנו מצווים לשמור עליה והיא תורת כולנו.

אם יגיעו לחוקה כזו בלי הסכמה רחבה, אנחנו לא שם. אם נשאל את אזרחי מדינת ישראל, גם אלה שלא חושבי כיפות וגם אלה שלא שומרים תרי"ג מצוות, לדעתי הם לא היו רוצים

לראות קרע בעם ופיצול העם היהודי. אף אחד מאתנו לא היה רוצה לראות את זה. לא מתוך איזושהי אנוכיות שלי כשאני אומר שאני אנצל את הכוח הפוליטי שלי, כי מעולם לא ניצלתי כוח פוליטי לדברים אישיים, אלא אנחנו עושים את זה מתוך דאגה אמיתית לזהות היהודית של מדינת ישראל.

אני לא מקבל את הגישה שאומרת ששופט בית-משפט פסק מה שפסק ועשה זאת בניגוד לחוק, ואני אומר את הדברים ללא התרסה. עם כל הכבוד לאותו שופט, יש בישראל כנסת, כנסת ישראל, יש את חברי הכנסת שנבחרו, הם נציגי העם, הם בית המחוקקים והם יחוקקו את החוקים. אם חוקקנו חוקים לא נכונים, שהעם ישפוט אותנו. אם אנחנו לא מחוקקים את החוקים שצריך לחוקק, שהעם ישפוט אותנו, כאשר יהיו בחירות ואזרחי מדינת ישראל יפעלו בהתאם. במדינה דמוקרטית יכול לומר שמפלגה מסוימת ייצגה אותו נכון, שהוא הצביע עבורה והוא ימשיך להצביע עבורה ולהיות פעיל בה. לעומת זאת, הוא יכול לומר שמפלגה מסוימת אכזבה אותו ולכן הוא לא ימשיך להצביע עבורה. אני חושב שדפוס ההצבעה וההתנהגות של אזרחי מדינת ישראל כלפי בית הנבחרים היא ברורה מאוד ואנחנו רואים את יחסי הכוחות.

ראובן ריבלין:

מה יהיה אם הכנסת תחוקק חוק שיחייב כל אזרח בישראל חלילה וחס לחלל את השבת? מה שאתה אומר הוא דבר שהוא מרחיק לכת. אתה צודק שצריך להגדיר מהי מדינה יהודית כפי שאנחנו מגדירים בצורה מדויקת מהי מדינה דמוקרטית. האופי היהודי הוא דבר אבסטרקטי. צריך לזכור שיכול להיות מצב בו יבואו חברי כנסת נבחרים והרוב יחליט שחובה לחלל את השבת חלילה וחס, דבר שלא יקרה, אבל אני אומר משהו תיאורטי.

משה גפני:

בתיאוריה, נכון, אתה צודק ואלי ישי ענה על השאלה הזאת.

ראובן ריבלין:

אני מסכים עם אלי ישי שצריך להגדיר את המדינה היהודית ולא לומר אבסטרקטית כי כל אחד בדמוקרטיה מאוד מדקדק אבל בהגדרת המדינה כמדינה יהודית, אף אחד לא יודע מה זה.

משה גפני:

את הבעיה של הציבור הדתי אפשר לפתור בדבר אחד: לעשות חוקה כי אנחנו מעוניינים בחוקה, להוציא את הסטטוס הדתי בחוקה ולדון עליו בנפרד.

סגן ראש-הממשלה אלי ישי:

הנה לך הסבר אחד מתוך הסברים רבים מדוע העם היהודי שרד וזה מאחר שיש לו את תורת ישראל, מאחר כאשר שמעו לנביאים, רווח לנו, וכשלא שמעו לנביאים, ראינו מה קרה בהיסטוריה של העם היהודי. היום אין לנו נביאים אבל יש לנו את גדולי ישראל וכמובן שיש לנו את תורת ישראל.

אני לא בעד כפייה ואני לא חושב שיש כפייה דתית. מעולם לא דיברנו על כפייה דתית ולא ביקשנו אותה.

אם שופט רוצה לקום נגד בית המחוקקים, יכול להעיר את הערותיו, אבל צריך לכבד את בית המחוקקים, את כנסת ישראל, את מדינת ישראל שחוקקה חוקים. שופט יכול לומר שחוק מסוים צריך תיקון, ואדרבא, זה המבחן הציבורי של כולנו.

כשמדברים על חוקה בהסכמה, וכולם מסכימים, יש כאן הסכמה מקיר לקיר ואפשר להתקדם. מה שלא הולך תוך שנה-שנתיים, ילך בכוח, בכפייה, באופן עצמאי? היו לנו שלוש שנים קשות בקדנציה הקודמת, לא הייתה מפלגה דתית חברה בקואליציה, ואפשר היה להעביר את החוקה בלי בעיה. יכולתם לקדם את הנושא במשך כמה ימים ולסיים הכול ללא התחשבות, אבל לא עשיתם זאת כי הבנתם שדבר כזה לא ניתן להיעשות.

ניסים זאב:

הסוגיות כאן הן רבות מאוד ואני חושב שהתקיימו כאן דיונים רבים, אפילו מעבר למה שחשבנו.

סגן ראש-הממשלה אלי ישי:

לכאורה יכלו לומר שיש ממשלה אנטי-דתית והיא תקום ותבצע את הדברים. עובדה שזה שלא נעשה. יכלו תוך שנה-שנתיים לקדם את החוקה ולהתגבר על חלק מהבעיות וחילוקי הדעות ולעשות זאת בהסכמה או שלא בהסכמה. עובדה שזה לא נעשה.

מיכאל איתן:

יש הבדל בין הסכמה רחבה לבין הסכמה מלאה. אין זכות וטו לאף אחד.

סגן ראש-הממשלה אלי ישי:

אני לא יודע מה זה הסכמה רחבה בלי הציבור ששומר תורה, מצוות ומסורת ישראל. אני לא רואה הסכמה רחבה ללא הקבוצה הגדולה והרחבה הזאת. הציבור הזה הוא ציבור גדול ורחב ולכן התייחסתי בראשית דבריי לאחוזים. לדעתי הקבוצה הזאת היא רוב העם כי רוב העם כן שומר את המסורת היהודית, מי יותר ומי פחות. רוב העם חפץ בשמירת הערכים ובשמירת הזהות היהודית של מדינת ישראל.

משה גפני:

לפי דעתי לא מדובר באחוזים אלא בנושא המהותי. האם מדינה יהודית יכולה לעשות חוקה שתתעלם במידה כזו או אחרת מהנושא היהודי.

סגן ראש-הממשלה אלי ישי:

אם אין חוקה בהסכמה, למה לעשות חוקה? אם אנחנו מדינה יהודית דמוקרטית שמחוקקים בה חוקים חדשות לבקרים, למה צריך בכלל חוקה? זה דמוקרטי? אולי זה לא דמוקרטי שאני אקבע חוקה לעוד שלושים-ארבעים שנה? הרי הדעות כאן משתנות. אם פעם חוקקנו חוק אחת לכמה שנים, הרי שעכשיו המצב הוא כזה שהדעות כאן משתנות והמצב מחייב תיקוני חקיקה. אני יכול לקבוע עכשיו לנערים בני 17 שעומדים להתגייס לצבא מה יהיה בעוד שנתיים-שלוש?

מיכאל איתן:

זה נשמע מוזר מה שאתה אומר, כי דווקא אנחנו קיבלנו תורה מסיני ושמרנו עליה כל כך הרבה שנים.

סגן ראש-הממשלה אלי ישי:

אם לא היינו שומרים על התורה – ואני אומר את זה לא כאדם דתי – אם לא היינו שומרים על הזהות היהודית, על הערכים היהודיים, על הקהילות היהודיות, על בתי הכנסת, על מקוואות טהרה, על נישואין וגירושין, היינו מזמן נעלמים. לא היינו צריכים את אויבינו אלא היינו משמידים את עצמנו. הנה תורת ישראל ששמרה על ארץ ישראל. לכן אין חוקה במדינה יהודית שמתעלמת מן העקרונות היהודיים של מדינת ישראל.

אני רוצה לסיים את דבריי ולדון האם יש חוקה בהסכמה כפי שדיברנו עליה ואם לא, למה צריך חוקה. אם לא מגיעים לחוקה בהסכמה, אין שום סיבה לחוקה ואני חושב שזה לא דמוקרטי. אנחנו במדינה דמוקרטית שכל אחד יכול להגיש הצעת חוק, וכך עושים כולם. זו דמוקרטיה. בקביעת חוקה לעוד עשרים שנה, אני לא רואה תפיסה דמוקרטית ואני לא רואה צדק.

בקשר לבית-המשפט העליון, ואני אומר את הדברים לא בהתרסה, כולנו תמימי דעים שכנסת ישראל היא זו שמחוקקת, היא בית המחוקקים, היא הרשות המחוקקת והרשות

המבצעת, ולעומתה יש את הרשות השופטת. צריך לשמור על הכללים האלה לטובת אזרחי המדינה ולטובת הדמוקרטיה במדינת ישראל.

מדברים על הצורך בחוקה והמחויבות של חוקה בהסכמה, או האם איננו זקוקים לחוקה. אני יודע שאפשר לדבר בנושא זה עוד זמן רב.

אני יודע שהיושב-ראש, חבר הכנסת מנחם בן-ששון, פועל בהגינות וביושר, מתוך ראייה ממלכתית, לטובת המדינה ואזרחיה, וכמובן מתוך אמונה אמיתית ורצון לשמור על צביונה היהודי של מדינת ישראל. אם יהיו דיונים על הסכמה, אני מניח שחבריי ואני נשב כאן ונקיים דיון מתוך ראייה אמיתית, אבל אם הדיונים יהיו במטרה לסמן עיגול ואחר-כך לירות את החץ, לא נהיה כאן ואני מעריך שדבר כזה שלא יכול להיות.

יש חילוקי דעות, תמיד היו ויהיו. אני רוצה להאמין ולקוות שכל הכוונה של חלק גדול מהחברים כאן היא שהם רוצים מתוך רצון אמיתי לשמור על הערכים היהודיים שלנו ועל אחדות העם הזה. הנושא הוא כל כך טעון, כל כך מורכב וכל כך מסובך, ולא נאמר בשום מקום שזה צריך להיות בעוד חודש או בעוד שנה או בעוד שנתיים.

יש לי הרבה הערכה וכבוד ליושב-ראש הוועדה כי אתה בא לכאן מתוך שליחות אמיתית ולא רק לשם כותרות פוליטיות. אני מאוד מעריך את הרצון שלך להגיע להסכמה. גם אם זה לא יקרה בעוד שנה, אז אולי זה יקרה בעוד שנתיים, בעוד שלוש שנים או בעוד ארבע שנים, אבל החיפזון הוא מהשטן. אם אנחנו רוצים לבוא ולפעול בחופזה וזאת במטרה לקבל כותרות ופרחים, אני חושב שבסופו של דבר זר הפרחים יהפוך לקוצים מאוד דוקרניים ומאוד רעילים.

אני מאחל הצלחה לימי העיון ואני מודה לאדוני היושב-ראש על הזמנתך אותי לכאן. ברשותך, אני מתנצל על כך שאינני יכול להישאר.

היו"ר מנחם בן-ששון:

למרות שחשבת שאנחנו מתחילים בדברי ברכה, אנחנו בעצם התחלנו את הדיון ואנחנו בשלים לו. השאלות עומדות היום בראש סדר היום. אנחנו יודעים להגיב ולא רק לדבר לעניין, אלא גם לשאול כהלכה. זאת אומרת, רמת הדיון בה אנחנו נמצאים היום, היא לא התחלה מאפס וזה דבר שעלה כבדרך אגב במהלך דברי פתיחה שאני התחלתי אותם חגיגית אבל מיד הורדתי אל המציאות וטוב שכך.

אני שמח ואני מודה לכם. מכאן ואילך אנחנו חייבים לסדר זמנים כי אחרת גם שלושה ימים לא יספיקו, ואילו אנחנו צריכים לצאת אל הדרך ועוד נשמע גם בה הרבה הרבה מבואות.

אתמול בערב, כשתיאר את הדברים עוד שופט ונשיא בית-המשפט העליון, השופט ברק, הוא תיאר כיצד מפרגנים שופטי בית-המשפט האחד לחברי כשהם יוצאים מתפקידם לזה שנכנס ועד כמה יש יחסים – לפחות לאחר סיום התפקיד – של אהבה, אחווה, שלום ורעות שם. כבוד השופט מאיר שמגר הוא זה שבין שאר מאות התופעות והעמדות הנחרצות שהביע, הביע עמדות ברורות מאוד לגבי חופש הביטוי, אפילו לגבי עניינים הקשורים בחוק לשון הרע. הוא זה שהגן על חיסיון עיתונאים, אליו מייחסים את האמרה "זכותך להניף את זרועך מסתיימת בקצה חוטמו של שכנך ואולי קצת קודם לכן משום שגם הרוח הזו היא רוח רעה, אז לא להניף את האגרוף בכללי". כבוד השופט שמגר, כפי שאמר את הדברים חבר הכנסת איתן, עמד ועומד בראש חוקה בהסכמה מטעם המכון הישראלי לדמוקרטיה, ואני מוכרח לומר שאת הדיונים שלי בתורת החוקה עשיתי אצלו בדוגמאות ואחר כך הוא שלח לי חומר עזר להשלמה במכתבים אישיים.

הדברים שציטטתי בשמו הם כמובן מעטים. יכולתי לבקש ממנו לדבר על כל אחד מהנושאים הנדונים בימי העיון, אולם ביקשתי שיפתח לנו את ימי העיון וידבר על היסטוריה חוקתית של מדינת ישראל.

## היסטוריה חוקתית של מדינת ישראל

מאיר שמגר:

אדוני היושב-ראש, אדוני היושב-ראש לשעבר, מכובדי מסביב לשולחנות. התבקשתי לתאר את המצב הנתון הנוכחי עד ימינו אלה אולם לא אוכל להתחיל בהרצאת הדברים מבלי להביע את ההערכה שאני חש היום לזכות כנסת באופן כללי ולוועדת החוקה חוק ומשפט, ליושב-ראש לשעבר וליושב-ראש הנוכחי על כי נושא החוקה זכה לטיפול ענייני ונמרץ, ואני מלא תקווה שהטיפול הזה שתחילתו עוד בקדנציה הקודמת, ישא פירות ושנחננו באחד הימים – ואני לא רוצה לומר מתי, כי שמעתי כאן כל מיני הערכות זמן – נזכה לחוקה כאשר כוונת החוקה – ואני חוזר על הדברים רק מכיוון שהדבר עלה לוויכוח – היא באמת להגיע ככל האפשר להסכמה, ועשינו רבות כדי שלא תהיה דעה או אמונה או השקפה אחת המשתלטת על הכול אלא שתהיה הבנה. אם אני שומע היום כאן את ידידי חבר הכנסת גפני, מי שהיה שותף לכל הדיונים הארוכים שלנו, אני מלא תקווה שאפשר להגיע להבנה שפותרת בעיות ויוצרת חוקה אשר רוב הציבור נותן לה את ידו. הוא הדין, אני מקווה, גם לגבי קבוצות אחרות אשר חיות במדינה הזאת. אני מוכרח לומר שאחת מהפגישות שלנו עם חברי הכנסת הערבים, דווקא הייתה חיובית מאוד והתרשמותו הייתה שאפשר להגיע גם איתם להבנה בנושאים שעולים כאן.

כמובן כל נושא נתון לדיון ולויכוח. אנחנו נמצאים כאן בפיתחו של הדיון ולא בסיומו, ואל לי למהר ולהציג דברים לפני זמנם.

אני חושב שטוב יהיה אם אתנצל בראשית הדברים, מכיוון שחלק ממה שאני אומר, אלה דברים ידועים לחלק נכבד מהנוכחים כאן, אבל נאמר לי על-ידי אלה שנותנים הוראות איך להציג את הנושא כאן, שצריך לתת משהו הוליסטי, משהו מלא, שמתייחס גם לדברים שמוסכמים וידועים וזאת כדי שהתשתית תהיה מוסכמת על כולם.

אני אתחיל בכך שארשה לעצמי להציג ולומר מהי חוקה כי בנושא זה יש הרבה מאוד ויכוחים.

לטעמי חוקה היא מקבץ של הוראות חוק שמסדיר באופן כולל ומקיף את כל הנוגע לאופי המדינה, למהות המשטר שבה, את ההסדרים הבסיסיים לסוגיהם לגבי שלושת רשויות השלטון, וכמקובל היום ברוב הארצות גם כוללת הגדרה מלאה של זכויות היסוד של האזרח.

אני רוצה לציין כאן כי היו תקופות, בעיקר לפני מלחמת העולם הראשונה, בהם סברו שהחוקה היא משהו ערטילאי ומאוד מופשט ואין צורך להיכנס לפרטי זכויות האדם וסוגיהם, אבל ההתפתחות אחרי מלחמת העולם הראשונה – וביתר שאת בוודאי אחרי מלחמת העולם השנייה, בגלל האירועים אשר רוב האנשים היו עדים להם – היא שאין חוקה אלא אם כן היא כוללת גם רשימה של זכויות היסוד של האדם כדי שאלה יקבלו מעמד על והחקיקה הרגילה תלך במישור ובמשעול המותווה על-ידי החוקה.

לכן גם בוועדת חוקה חוק ומשפט בדיוניה וגם במכון לדמוקרטיה הכינו חוקות אשר תמיד יש בהן פרק אשר מפרט את זכויות האדם, ולדידי זה עיקר החוקה. אני מוכרח לומר שאם שואלים אותי מהו הלוח, מהו הגרעין אשר מצדיק קיומה של חוקה – זכויות היסוד של האדם מכיוון שההקרנה היא מן החוקה לעבר המדינה כולה. הערך החינוכי של החוקה נובע במידה רבה מכך שיש הגדרה של זכויות היסוד, מניין שלהן לפחות, והאדם מתחנך מראשיתו – אם אפשר לומר, מגן הילדים – להכרה בזכויות היסוד של האדם ומכבד את רעהו, דבר שאנחנו לפעמים דבקים בו.

המאפיין העיקרי של חוקה, להבדיל מחוק רגיל, הוא המעמד המיוחד שלה. זאת אומרת, הכוונה היא שמערכת החוקים שאני תיארתי על חלקיה השונים – היינו, משטר המדינה, אופי המדינה, ההגדרה של רשויות השלטון ומוסדות השלטון וזכויות היסוד – יהיה להם מעמד מיוחד. אין פירושו של דבר של נוקשות החלטית אשר מונעת שינוי, אלא מעמד מיוחד פירושו שלא כל רוב מזדמן של חברי כנסת – כפי שיכול לקרות, שניים מול שלושה – אלא רק רוב מיוחד יכול להכניס שינוי כלשהו למבנה הזה, כדי שלמבנה הזה החוקתי תהיה יציבות והשפעתו תהיה מכובדת בעיני הציבור ויראו בו דבר שיש בו כדי להקרין דרך קבע ולא באופן חולף וחד-פעמי.

נושא זה לא פעם הוא נושא לוויכוחים. לעתים קרובות שואלים מה לכנסת ולקביעת דפוסים נוקשים יותר יחסית להוראות חוק אלו או אחרות, ואני עוד אשוב לכך ואזכיר שחברי

הכנסת בלי יוצא מן הכלל כללי בחוקים שונים הוראות אשר יש בהן דרישה לייחוס מסוים. אם אני אתחיל במניין של סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת אשר מנסה ליצור יציבות בשיטת הבחירות שלנו, נאמר שם שאחד מן הערכים שיש לכבד בזמן שעורכים את ההסדרים של הבחירות, זה השוויון והשוויון או חוסר השוויון, אין לשנותו כמו יתר החלקים של סעיף 4 אלא ברוב של חברי הכנסת. ברוב של חברי הכנסת, הכוונה היא למעלה מ-61.

ההוראה הזו שכלולה בסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת של השוויון הביאה להתדיינויות רבות, החל מפסק-דין ברגמן הידוע שקבע לראשונה את המינון של הבחירות, ולאחר מכן מספר פעמים בפרשת דרך ארץ שהייתה אגודה שהתחרתה בבחירות ובפרשת רובינשטיין, והכוונה היא לפרופסור אמנון רובינשטיין, שהיה אז חבר כנסת, ולפרשת לאור. אז באו ותקפו את הנושא הזה של הוראת השוויון ובית-המשפט אישר זאת, אבל זה לא הכול אלא העיקר הוא שהכנסת אישרה זאת כי אחרי שבית-המשפט ביטל בפסק-דין ברגמן את חוק המימון דאז, הועבר כאן בכנסת חוק מימון חדש והוקפד על כך שיהיה בו הרוב הדרוש של יותר מ-61 חברי כנסת כי החוק היסודי עבר רק ב-24 קולות.

אני ער לכך שהצורות של חוקות לסוגיהן הוא שונה והוא איננו אחיד. אין איזה מדגם שמשמש להעתקה לאחרים. יש ארצות בהן למשל אי-התאמה להוראה חוקתית מביאה לידי כך שאי-ההתאמה תבוא לדיון בפרלמנט, כמו באנגליה למשל. יש ארצות בהן הבדיקה של החוקתיות נושאת מיד עם קבלת החוק, עוד לפני שמתעוררות בעיות, כמו בצרפת למשל. יש ארצות אשר בהן ההתייחסות לחוקה היא דבר היסטורי, ואני מדבר למשל על הצרפתים כאשר הצרפתים בכל חוקותיהן המודרניות לא חזרו על מה שהובא בהכרזה על זכויות האדם מ-1789 אלא רק היפנו אליה ואמרו שההכרזה על זכויות האדם מה-1789 היא בתוקף ורואים אותה כחלק מן החוקה. זאת אומרת, זכויות היסוד של האדם שדיברתי עליהן באות שם לידי ביטוי על-ידי הפנייה ולא על-ידי ציטוט וייחוס.

אני אומר את הדבר הזה תוך אזכור העובדה ולא דווקא תוך הצבעה או הצעה ללכת בעקבות הדברים האלה. לא אתחרה בהיסטוריה עם יושב-ראש הוועדה הנכבד אבל אזכיר רק שבצרפת ב-1789 הגיבוש והפירוט של זכויות היסוד של האזרח לא היה כה מפורט כפי שהוא היום בחוקות מודרניות. ועדת חוקה חוק ומשפט בדיוניה דיברה על דברים יותר נרחבים ויותר מפורטים, כפי שהם מתחייבים היום במציאות הקיימת.

נתבקשתי לדבר על היסטוריה ואני אעשה זאת. הרמז הראשון לחובת ישראל לחוקה חוקה בא במסמך חיצוני, בהחלטה 181 הידועה של האומות המאוחדות, של העצרת הכללית, אשר בה הוכרז, הוצהר והוחלט על חלוקת ארץ ישראל. בתוך אותה החלטה מספר 181 מובאת גם הוראה בסעיף 10 של ההחלטה הזאת ובה נאמר שהמדינות שיקומו – והכוונה הייתה למדינה היהודית והערבית – יחוקקו חוקה דמוקרטית ולא הסתפקו בכך אלא הביאו בפירוט רב את ההוראות שצריכות להיכלל בחוקה, בעיקר כמובן בעניין של שמירת זכויות המיעוט, דת ומדינה ודברים כאלו.

#### ראובן ריבלין:

האם הכנסת היום, אם היא תקבל חוקה, האם היא מקבלת חוקה מתוקף אותה החלטה?

#### מאיר שמגר:

אני רואה את נקודת המוצא מבחינת מדינת ישראל בהכרזת העצמאות בשנת 1948 כי בהכרזה הזאת – ואנשים נוטים לשכוח את ההתחייבות הנובעת ממנה – כפי שנחתמה על-ידי חברי מועצת המדינה נאמר: "אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט הלילה, אור ליום שבת, ו' באייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה, בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האסיפה המכוננת הנבחרת, לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948, תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית ומוסד הביצוע שלה, מינהלת העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית אשר תיקרא בשם "ישראל".

כמובן שיש כאן שני דברים כאשר האחד נוגע לעניינינו והשני איננו נוגע לעניינינו. מועצת העם הפכה למועצת המדינה הזמנית ומינהלת העם לממשלה זמנית. אלה הן הוראות חשובות אבל הן אינן נוגעות לנושא עליו אני מדבר. מדובר כאן באופן מפורש על כך שהשלטונות הנבחרים והסדירים יקומו בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האסיפה המכוננת.

לטעמי – וכך גם לטעם רבים - הביטוי מכונן הוא תרגום לעברית של המושג של "קונסטיטיונט", מושג שלקוח בעיקר מצרפת ואשר בה בשנות ה-80 של המאה ה-18, כאשר התרבו החוקות כאשר התחלף המשטר בעקבות הגיליוטינה. "קונסטיטיונט" הוא הגוף המכונן את המוסדות השלטוניים ולכן השתמשו בביטוי אסיפה מכוננת שתקבע את המוסדות הנבחרים.

האסיפה הזאת שנקראת אסיפה מכוננת הייתה צריכה להיבחר בבחירות הראשונות, כפי שנאמר כאן ב-1 באוקטובר, אבל חוק שהתקבל אז במועצת המדינה הזמנית – במה שנקרא היום הכנסת – קבע את דחיית התאריך לחודש ינואר, והסיבה ברורה כי באוקטובר עדיין היו קרבות במקומות שונים בארץ-ישראל. בנוסף לכך, החוק הראשון שעבר, החוק היחיד שהועבר על-ידי המועצה המכוננת, חוק המעבר, שינה את שם האסיפה המכוננת לכנסת הראשונה. יש ויכוחים בין המלומדים האם שינוי השם היה כריתת הראש על-פי המסורת הרומית, האם הייתה כאן כוונה לשנות מן הביטוי מכונן אשר בו התחבאה החובה לחוקק חוקה, או שמא פשוט רצו רצף של גופים, כנסת ראשונה, שנייה, שלישית ולא אסיפה מכוננת. איך שלא יהיה, האסיפה המכוננת הזאת, אשר חלפה מן העולם עם העברת חוק המעבר, נושאת עמה – ואני אחר-כך אשוב לנושא – את בשורת הרציפות, מכיוון שנאמר בה שכל הסמכויות שהיו למועצת המדינה הזמנית עוברות, ושהאסיפה המכוננת מעבירה את סמכויותיה גם לכנסת. זאת אומרת, הכוונה הייתה שהגוף שקם כגוף נבחר בבחירות יקבל על עצמו ויקבל לידי את כל הכוחות והסמכויות שהיו לאסיפה המכוננת.

משה גפני:

למה דנים על זה כל הזמן? למה זה חשוב?

היו"ר מנחם בן-ששון:

כי זה מקור הסמכות.

מאיר שמגר:

צמחו שתי תיאוריות אשר עדיין מעסיקות את המלומדות ולדעתי לא כל כך צריכות להעסיק את הוועדה, אבל הוועדה יכולה לדון בהן.

תיאוריה אחת אומרת שלמעשה כאשר הכנסת זנה בחוק יסוד על-פי החלטת הררי הידועה, שעוד נשוב אליה בהמשך, היא לובשת כובע אחר. האב של תורת שני הכובעים יושב כאן בעולם והוא פרופ' קלוד קליין שכתב שורה של מאמרים. זה בעיקר נובע מתיאוריה שפיתח פרופ' אקצין בשעתו, שכל מוסד יש לו ביטוי שונה של דברי החקיקה שלו ושהכנסת צריכה לפעול אמנם כרשות אשר מעבירה את חוקי היסוד על-פי החלטת הררי אבל היא עושה זאת באופן אחר, בסגולות אחרות, ביכולת אחרת, בסמכות אחרת.

יש תיאוריה אחרת שאומרת שהואיל וכל החוקים של הבחירות קבעו שהסמכויות של כנסת אחת עוברות לכנסת השנייה, אז הכנסת היא גוף כל יכול. אמר את זה במלים מפורשות אחד מקודמי, השופט ברנזון, שכתב באחד מפסקי-הדין שלו שאין חולק שלכנסת מלוא הסמכויות לחוקק כל חוק שהיא תרצה. זאת אומרת, גם חוקה. לכן ישבנו כאן בדיונים שקיימה ועדת חוקה חוק ומשפט, ואנו מאמינים שבכוח הכנסת מבחינת סמכותה, יכולתה וכושרה, לחוקק כל חוקה שהיא תרצה, כמו שהיא יכולה לחוקק כל חוק, כי היא הגוף המחוקק היחידי של מדינת ישראל, היא הגוף היחידי שיכול להוליך חוק או חוקה לפי שיקוליה, וזאת להבדיל מתקנות כאשר ההסמכה שלהם היא בדרך כלל בידי רשות אדמיניסטרטיבית.

בראשית המדינה הייתה תקופה בה ניסו להעניק להכרזת העצמאות, ובעיקר להוראה הזאת בדבר חובה לחוקק חובה, תוקף של חוק. היה עורך-דין יחימובסקי ז"ל שפנה מספר פעמים לבית-המשפט העליון וביקש לטעון שהכרזת העצמאות היא חוק, היא חוק חוקתי, ויש לכבד אותו, והד מהדברים האלה גם באו לידי ביטוי בכנסת כאשר חבר הכנסת פייקס אמר שאם אתם רוצים לא לחוקק חוקה כפי שנאמר בהכרזת העצמאות, אתם צריכים להעביר חוק חוקתי מיוחד שמבטל את מה שנאמר שם. רוב חברי הכנסת סברו אז שאין צורך. גם בית-המשפט במספר הזדמנויות שהיו בפניו קבע שהכרזת העצמאות אמנם מבטאת את רוח המדינה, את מאווייה, את שאיפותיה, אבל היא איננה חוק, ולכן אין כל צורך להתייחס אל הוראה שבה כאילו זו הוראה חוקית מחייבת אלא זה ביטוי של רצון העם, ביטוי של המאוויים שלו ולא יותר מכך. זה המצב המשפטי עד היום. הכרזת העצמאות, כבודה במקומה, אבל היא איננה חוק.

אני כשלעצמי, ועל כך אני חושש שיש לי מחלוקת עם חבר הכנסת איתן, רציתי שהכרזת העצמאות תהיה המבוא לחוקה שתתקבל אי-פעם כי ראיתי יופי מיוחד, בעיקר בדברי הפתיחה שלה, שבארץ-ישראל קם העם היהודי ויצר כאן את נכסיו התרבותיים והדתיים כביטוי מנצח, אמנם בצורת לשון קצת ישנה ונושנה כי ב-48 דיברו עברית אחרת מאשר היום.

ראובן ריבלין:

לא עברו על הטיוטה כי היו שם כמה שגיאות.

מאיר שמגר:

יכול להיות. כעת הכול בידי הוועדה הזאת, ולא אתעכב על כך. אני מזכיר זאת רק בדרך אגב, כי כאשר מדברים על ההיסטוריה, צריך להזכיר שהייתה גרסה כזאת והיא התחזקה קצת כאשר חוק היסוד החדש שעבר בכנסת, חוק יסוד כבוד האם וחירותו, קבע בסעיף 1 שבו שזכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם וקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

אמרו שההכרזה השתלבה בחוק, אבל הפרשנות הרגילה היא שזה לא שינה את המצב המשפטי. ההכרזה, כבודה במקומה, אבל היא איננה חוק. ודאי שהיא מבטאת את רוח העם ומאווייו, אבל לא יותר מכך.

הכנסת התכנסה בשנת 1949, בעקבות הבחירות שהיו לאסיפה המכוננת ששינתה את שמה לכנסת הראשונה, ולאחר מכן התחילו, בשנת 1950, הדיונים בשאלת החוקה. אני חושב שיש חשיבות היסטורית דווקא להתייחס לוויכוח הזה בקצרה ובפרופורציות הנכונות מכיוון שיש בהיסטוריה הזאת דבר שיכול להצביע על נטייה מתמשכת. בדיון הזה בכנסת, בשנת 1950, כאשר סוכם בסופו של דבר בהחלטת הררי שמיד אתייחס אליה, הוחלט שהרוב איננו רוצה חוקה. הרוב החליט שהוא איננו רוצה חוקה וזה הוחלט בניגוד לדעת מפלגות שהיו אז בכנסת כמו מפ"ם, חרות, הציונים הכלליים והפרוגרסיביים. הרוב יוצג בכנסת אז בעיקר על-ידי דוד בן-גוריון שהופיע בעצמו בכנסת אחרי שהופיע פעמיים בפני ועדת חוקה חוק ומשפט והביע את התנגדותו החרפה לחוקה, כאשר הנימוקים היו בעיקרם – ואני אזכיר רק את העיקר – שניים.

ראשית, מה שמדינת ישראל זקוקה לו אלה הם חוקים רגילים ולא חוקה. לחוקים הוא קרא חוקי יסוד במובן הזה שיהיו הוראות מיוחדות יסודיות. אז המושג של חוק יסוד עוד לא היה מוכר כל כך כמושג משפטי. היה צריך חוקים בעניין העלייה, השבות וכולי, ולא צריך חוקה. נימוק לוואי היה שהישוב עדיין קטן והעלייה בדרך. היה חבר כנסת שאמר שכל האנשים שיושבים במחנות העולים עדיין לא התערו בארץ ולא יודעים שום דבר, כך שאיך נכפה על כולם חוקה אותה לא יבינו ולא יכירו. אז הרוב החליט שלא תהיה חוקה.

הייתה הצעת פשרה שהיא מוכרת לכם, הצעתו של חבר הכנסת יזהר הררי, אשר הציע לחוקק מה שנקרא חוקה בשלבים. החוקה בשלבים עליה דיבר חבר הכנסת הררי נבעה מהחלטה שהתקבלה בכנסת אשר מילותיה היו כדלהלן: "הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת במידה שהוועדה תסיים את עבודתה וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה".

למעשה חבר הכנסת הררי הציע הצעה שזכתה לרוב בכנסת ובהצעתו תהיה חוקה אלא שהחוקה תתקבל לא על-ידי העברתה הבר-זמנית והחד-פעמית כחוקה שלמה בכנסת אלא על-ידי הכנת פרקים, כאשר כל פרק ידון בנושא אחר. הוא קרא לזה חוק יסודי ואילו אנחנו בכנסת קראנו לזה חוק יסוד. הכוונה הייתה שאין תאריך אמנם אבל אי פעם, כאשר כל חוקי היסוד יהיו מוכנים, ישלבו אותם יחד לחוקה אחת והתפקיד הוטל על ועדת חוקה חוק ומשפט.

אני רואה בזה פעולה שיש לה משמעות חוקית ואפילו חוקתית מכיוון שהסמכת ועדת חוקה חוק ומשפט נובעת כאן מחדש מהחלטה של הכנסת אשר אמנם איננה חוק אבל היא הטילה על הוועדה לטפל בנושא של הכנת החוקה בשלבים.

מאז 1950 אחת מן התופעות החוקתיות של מדינת ישראל היא שעברו 11 חוקי יסוד. תשעה מהם עוסקים במוסדות – חוק יסוד השפיטה, חוק יסוד הממשלה, חוק יסוד הכנסת וכולי.



אני מוכרח לומר שזו עבודה איטית מאוד כי ההחלטה היא משנת 1950 אבל חוק היסוד הראשון, חוק יסוד הכנסת, התקבל ב-1958. זאת אומרת, לקח שמונה שנים עד שהחילו את חוק היסוד הראשון. אחר כך חוקי היסוד עברו עד שנת 1992.

בשנת 1992 עסקה הכנסת לראשונה – ואני לא נכנס לוויכוח על מה היו הכוונות של חברי הכנסת – בצד של זכויות היסוד כי כבוד האדם וחירותו מונה שורה של חירויות האדם אשר קיבלו מעמד מתוך חוק יסוד, היינו כחלק מהחוקה בדרך, כחלק מפרק אשר צריך להשתלב - אמנם לא כל זכויות יסוד ויש זכויות יסוד רבות שעדיין אינן מכוסות - ועסקה בחוק יסוד חופש העיסוק. גם חופש העיסוק, בעקבות פסיקה קודמת של בית-המשפט בפרשת בז'רנו ומיטרני, קיבל בכנסת מעמד מיוחד.

זה יצר סיטואציה משפטית אשר הזרימה הוראות של זכויות יסוד וזאת לראשונה מתוך מערכת חוקי היסוד אשר למעשה ברובם הם כאילו חוקים רגילים ואין להם מעמד מיוחד ואפשר לשנות אותם על-ידי רוב רגיל של חברי הכנסת.

חוק יסוד חופש העיסוק היה שונה. חוק יסוד חופש העיסוק קבע כי אין לשנות חוק יסוד זה אלא בחוק יסוד - זאת אומרת, קבעו את הדרך של שינויו – שהתקבל ברוב של חברי הכנסת. לראשונה כאן יש חוק יסוד אשר לגבי שינויו בדרך כלל יש הוראות מיוחדות בדבר זהות הגוף שיכול לשנות אותו ובדבר הרוב הנדרש.

#### ראובן ריבלין:

הבעיה הייתה בעקרונות האוניברסליים בחוק כבוד האדם וחירותו.

#### מאיר שמגר:

כן.

#### משה גפני:

בית-המשפט פסק שעל-פי חוק הם זכאים.

#### מאיר שמגר:

בית-המשפט לא פסק. בהתחלה זה לא הגיע לפסיקה של בית-המשפט.

נוצר אם כן מצב שיש בישראל חוקי יסוד אשר רק חלק מהם הם בעלי מעמד מיוחד. הזכרתי קודם את סעיף 4 לחוק יסוד הכנסת, גם שיטת הבחירות דורשת רוב מיוחס, אבל זה לא הדבר היחיד אלא יש עוד הוראות בחוק יסוד הכנסת, הוראות בדבר תקנות שעת חירום – סעיף 44 ו-45 – ויש גם הוראות דומות בחוקי יסוד אחרים כמו חוק יסוד נשיא המדינה וחוק יסוד השפיטה שאין לשנות אותם בתקנות שעת חירום. אולם זה באמת מיעוט קטן של הוראות ספורות בתוך מכלול.

אין היום מניעה לגבי הוראות שאין להם הוראות מיוחדות שחוק יסוד ישונה על-ידי חוק רגיל. אני רוצה לומר שהכנסת עשתה זאת מספר פעמים. הכנסת חוקקה חוקים רגילים שאפילו לא התיימרו להיות חוקי יסוד, בהם שינתה הוראות בחוקי יסוד. כך למשל חוק ששינה את מספר חברי הוועדות בכנסת, שסתר את סעיף 21 לחוק יסוד הכנסת המקורי. כמו למשל חוק אשר שינה את זכות הערעור. כל מיני דברים כאלה שלמעשה היו צריכים להיות מובאים לכנסת כהוראות חוקתיות.

זה איננו הכול. אני צריך להזכיר כאן היום ולומר שלא נוצר חלל חוקתי. זאת אומרת, מה שבית-המשפט העליון עשה, עוד בכהונתו של השופט חשין, לגבי פרשת בז'רנו ואחר-כך השופט אגרנט בפרשת קול העם, הוא שהוא קבע שמדינת ישראל כמדינה שיש בה דמוקרטיה ושהיא רפובליקה ודמוקרטיה ליברלית סופגת לתוכה כחלק מן המשפט הפוזיטיבי את העקרונות המקובלים במדינות החופשיות. זאת אומרת, חופש הביטוי. לכן בפרשת קול העם שהגיעה לבית-המשפט העליון קבע השופט אגרנט בפסק-דינו, שאחר-כך היה כוכב צפון שלאורו הלכו בפסיקה, שאין להתערב בחופש הביטוי אלא אם כן יש ודאות קרובה להפרת שלום הציבור וצריך להיות חופש דיבור וחופש ויכוח. אם אין ודאות קרובה לפגיעה, צריך לתת בידי האדם את האפשרות

לבטא את עצמו באופן חופשי. זה פסק-דין קול העם שלמעשה הכניס בכך את העיקרון של חופש הביטוי לתוך תפיסות היסוד שאדם בעטיין יכול לפנות לבית-המשפט ולדרוש את זכויותיו. אם היום יסתמו למישהו את הפה ויאמרו לו שהוא איננו רשאי לדבר כי אסור להביע ביקורת על הממשלה, הוא יביא את פסק-דין קול העם ויאמר שזה נותן לו את הזכות.

זאת אומרת, בית-המשפט יצר מצב, שיש לברך עליו, שיש נוצר חלל בשל כך שהחוקה עליה דובר בהכרזת העצמאות לא עברה ושחוקי היסוד ושחוקי היסוד שבמשך כל השנים התקבלו בכנסת עסקו בעיקר בגופים מוסדיים ורק לאחר מכן בשתי פרשיות של כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק, ולא עסקו למשל בחופש הביטוי, אלא חופש הביטוי הפך לחלק ולנחלה מן התפיסה המשפטית ומהזכויות המשפטיות על-ידי הפסיקה של בתי-המשפט.

לכן היום, כאשר ניגשים לנושא של קביעת ערכים חוקתיים, צריך להביא בחשבון שיש לנו מצד אחד חוקי יסוד, בעקבות החלטת הררי, ומצד שני יש גם נדבכים שנוצרו ונוצקו בפסיקה, ולא רק חופש הביטוי אלא גם חופש ההפגנה, גם חופש העיסוק שכבר כוסה על-ידי חוק חופש העיסוק, וחירויות נוספות.

כל הדברים האלה מצאו את ביטויים ולכן אין ואקום, אבל בית-המשפט העליון, לפחות למגינת ליבם של שופטי בית-המשפט, איננו מוסמך לבטל חוק אשר פוגע בזכות שנוצרה בפסיקה בלבד. אם נניח מישהו ירצה היום להעביר בכנסת חוק אשר יש בו משום פגיעה בחופש הביטוי, למשל חוק עיתונות חדש אשר דורש משהו מסוים, אז בית-המשפט לא יוכל להתערב ולומר שזה נוגד את פסק-דין קול העם כי פסק-דין קול העם עוסק רק בפגיעה בחירות כאשר היא נובעת מתקנה או ממעשה של ש.ר. אם יש חקיקה של הכנסת, בית-המשפט איננו יכול להתערב. זאת להבדיל מחוק יסוד חופש העיסוק וחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, שם יש הוראות מיוחדות – סעיף 8 – שם נאמר שאתה יכול לפגוע בזכויות יסוד רק על-ידי חוק אשר יש בו ביטוי לערכים של מדינת ישראל, במידה הראויה וכולי. בסעיף 8 ובסעיף 4 של כל אחד משני החוקים האלה יש הוראות אשר יוצרות הגבלה על פגיעה בחירויות. אין מניעה כזאת, אין ריסון כזה, לגבי דברים שנוצרו רק בפסיקה של הכנסת.

#### מיכאל איתן:

רציתי להעיר ולשאול לחוות דעתך. דיברת על חוק המעבר הראשון, אבל אחר-כך בא חוק מעבר שני.

חוק המעבר הראשון העביר את סמכויות האסיפה המכוננת לכנסת הראשונה. לקראת התפזרות הכנסת הראשונה שאלו מה יהיה בהמשך ועשו חוק מעבר שני שהעביר את הסמכויות לכנסת שתבוא אחריה ושם נאמר: "לכנסת השנייה ולחבריה יהיו כל הסמכויות, הזכויות והחובות שהיו לכנסת הראשונה ולחבריה". בסיפא של החוק הזה שנאמר: "חוק זה יחול בשינויים המחויבים לפי העניין, גם למעבר לכנסת השלישית ולכל כנסת שלאחריה כל עוד לא קיבלה הכנסת חוק אחר בדברים הנדונים בחוק זה". ציינת שבשנת 1958 הכנסת חוקקה את חוק יסוד הכנסת. כלומר, מרגע שהכנסת חוקקה את חוק יסוד הכנסת, פג תוקפו של חוק המעבר והוא לא יכול להעניק שום דבר נוסף מעבר למה שהוא העניק עד שהתמלא הקטע שאומר "כל עוד לא קיבלה הכנסת חוק אחר".

זה מאוד פרקטי כי אם אנחנו נמצאים היום במצב שלכנסת יש סמכות בשם 600 אלף איש שהתגוררו כאן ובחרו באסיפה המכוננת ב-1949, אז לכנסת – השנה או בשנת 2020 – תהיה סמכות בשמם לכוון חוקה, אז הכנסת יכולה לכוון את החוקה ויש לה את מקור הסמכות לכך. אם מישהו רוצה להיות יותר דווקני ולומר שכבר אין סמכות כזו, מרגע שהכנסת עצמה חוקקה את חוק יסוד הכנסת ובחוק יסוד הכנסת היא לא נתנה לעצמה את הסמכויות להיות אסיפה מכוננת, כלומר, בחוק יסוד הכנסת היא ויתרה על הסמכות המכוננת, אז גם בהיבט הפרקטי זה אומר שאם אנחנו נכין חוקה היא לא תהיה תקפה עד שהעם לא יאשר אותה. אני חושב שגם הצד ההגיוני מצדד בכיוון שאם אנחנו נחוקק חוקה, לא נאמר שבשנת 1949 הסמיכו אותנו 600 אלף איש אלא נביא את המסמך לאישורו של העם ומקור הסמכות יהיה בעם.

#### משה גפני:

אני לא משפטן ולכן אני לא כל כך מבין את הדיון לגבי האסיפה המכוננת. הכנסת יכולה לחוקק איזה חוק שהיא רוצה.

כבוד נשיא בית-המשפט לשעבר, בנושא הזה של חופש הביטוי, אני חושב שלגבי העניין הזה אין ויכוח אלא יש קונצנזוס מלא שצריך לתת סמכות לבית-המשפט העליון. אם תבוא כנסת, ואפילו ברוב גדול, ותקבל החלטה למנוע את חופש הביטוי – שאין לו שום הצדקה, לא ביטחונית ולא פגיעה במישהו – ודאי שצריכה להיות סמכות לבית-המשפט.

הכנסת התחילה בתהליך הזה והיא התחילה אותו בהסכמה. כפי שאמרת, בשנת 1992 היא חוקקה שני חוקי יסוד, כאשר המגמה הייתה ללכת לכיוון הזה. לא הייתה שום סיבה שנעצור בחופש העיסוק ובכבוד האדם וחירותו. בעקבות זה היה בא חוק יסוד חופש הביטוי וחוק יסוד זכויות במעצר והייתה סדרה של חוקי יסוד שהיו מביאים לחוקה ואנחנו היינו שותפים לעניין.

אני מצטער שאני אומר את זה, אבל אני שואל האם בית-המשפט העליון לא שגה בעניין הזה. כלומר, הסתיימו שני החוקים, יש את הפרוטוקולים של דיוני הכנסת, כאשר במליאת הכנסת נאמר על-ידי המציעים – והיו ארבעה שהובילו את זה, ביניהם גם פרופסור רובינשטיין – שחוק יסוד חופש העיסוק לא יפגע בנושא הדתי. כשהראו לי את החוק, ישבתי עם הרב רביץ, ובאמת ראינו שהכול תואם למה שאני מאמין בו. בעקבות החוק הזה, הלכה מיד חברה ועתרה לבג"ץ ובעקבות החוק הזה אפשרו לה לייבא בשר חזיר.

מאיר שמגר:

לא. תיקנו את סעיף 8 לחוק.

משה גפני:

אני יודע. אני הרי הייתי חלק בתהליך. חבר הכנסת דדי צוקר ואני עמדנו בחוץ. כולנו גייסנו 61 חברי כנסת ואז מרצ יכלה להיכנס ולהצביע נגד, וזו הייתה הפעם הראשונה שהכנסת קיבלה החלטה שכדור הארץ הוא מרובע. שבת וייס היה היושב-ראש והוא רצה לדעת אם יש 61 חברי כנסת, ולכן הוא אמר שמי שחושב שכדור הארץ הוא מרובע, יצביע בעד. זה היה ב-3 לפנות בוקר.

המשמעות של העניין נעלמה בחקיקת חוק היסוד הזה. במפורש נאמר על-ידי המציעים – והם לא היו אנשים דתיים – שהם לא רוצים לשנות מהסטטוס קוו הדתי. רובם המכריע של חברי הכנסת – ואני חושב שכך גם היום – רואים סמל בנושא היבוא של החזיר. אם בית-המשפט העליון לא היה אומר לכנסת בעקבות חוק היסוד שחייבים לתקן אותו כי אחרת הוא יאפשר את יבוא הבשר הזה, היה מגיע חופש הביטוי. אני לא הייתי נעצר. אני מתנגד לחוק יסוד זכויות עצירים? לחוק יסוד זכויות חברתיות? אני לא יודע אם הייתה כנסת אחת שלא הייתי בלובי החברתי. אני מתנגד לחוק היסוד הזה משום שאני פוחד מבית-המשפט העליון שמא הוא יעשה בחוקי היסוד האלה את מה שעשה בחוק יסוד חופש העיסוק שהוא הדבר הפשוט ביותר ושהוא בהתאם להשקפת עולמי כאדם דתי. השאלה היא האם בית-המשפט העליון לא שגה.

ישראל הראל:

באיזה מדינות הביאו חוקה, לאחר שהחליט עליה בית המחוקקים, להצבעה בקרב הציבור?

אליעזר כהן:

כבוד השופט, לאור דברים על ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל, לכשתהיה חוקה יהיה צריך לפרש אותה. אף פעם לא נאמר מי יהיה הגוף שיפרש את החוקה. מה רע בזה שעולה רעיון שמי שיפרש את החוקה יהיה בית-משפט לחוקה כפי שזה במרבית המדינות הנאורות באירופה? מה כל כך נורא בזה? האם משהו בעבר סותר את זה?

ראובן ריבלין:

כבוד הנשיא. ההתפתחות של פסיקת בית-המשפט העליון, גם בסעיף 105, גם בעניין ברמן, גם בעניין קול העם, הייתה התפתחות שהכנסת כמובן הייתה יכולה לומר את עמדתה ודעתה, כאשר בית-המשפט העליון פסק כפי שהוא פסק. האם יכולה הייתה הכנסת או לא הייתה יכולה הכנסת, בעקבות פסיקת בית-המשפט, עד חקיקת חוקי היסוד, לבוא ולומר את דברה? הדבר כמובן היה מחייב את בית-המשפט לומר את דברו, שכן בית-המשפט בא וקבע על-סמך

עקרונות שהם עקרונות העומדים בקנה אחד עם כינונה של מדינת ישראל והמטרות לשמן היא הוקמה, והיום הם הופכים להיות עקרונות אוניברסליים אשר איש לא יכול לדעת ולצפות מה פשרן, כאשר כל שופט ושופט נבחר לתפקידו.

בכל ההתפתחות ההיסטורית של ה"קומן לאו" בישראל, שפסיקת בית-המשפט העליון חייבה והכנסת למעשה אימצה ואמרה שהעיקרון הזה מקובל עליה, והיא עשתה זאת בשתיקתה, האם היום אפשר לפרש את הדבר כאילו כנסת ישראל אינה יכולה לקבל חוקים שהם נוגדים לתפיסת עולמם של שופטים אשר מסתמכים על עקרונות אוניברסליים? הדבר הזה מביא לידי חטא גדול במחשבה הפוליטית בישראל להקים בית-משפט לחוקה, שהוא בית-משפט מקביל לבית-המשפט העליון, בית-משפט נוסף לבית-המשפט העליון, שהוא דבר שיכול להיות מסוכן מאוד להתפתחותה של מדינת ישראל.

בנושא החוקים עליהם דיבר חבר הכנסת גפני, הלכתי עם חבר הכנסת רביץ לרבנים על-מנת לשכנע אותם שאנחנו עושים דבר שעולה בקנה אחד עם ההגנה על המיעוטים, עם ההגנה על האזרח, עם ההגנה מפני שלטון שיכול להיות שלטון רוב עריץ כלפי מיעוטים, והם הזהירו אותי אז באותו עניין. לצערי הרב בית-המשפט אמר את דברו ואני לא מדבר על עניין החזיר. ההתפתחות שבאה לאחר מכן בחוק כבוד האדם וחירותו, קבעה שלא צריך יותר חוקה לישראל כי יש לנו חוקה והיא בית-המשפט או השקפת העולם האוניברסלי של שופטי בית-המשפט שאנחנו כולנו מכבדים. זה דבר שיוצר היום במערכת איזושהו דבר שמתנה את קבלת החוקה שעליה שקדו ושוקדים יושב-ראש הוועדה לשעבר, שאין מלים בפיו להלל אותו, ולהביע את התקווה שיושב-ראש הוועדה החדש ימשיך את דרכו ואחרי כן יגדיל ויעשה.

השאלה היא האם אנחנו לא צריכים להתייחס לזה בזמן שאנחנו עומדים בפני אותה מטלה שהוטלה על הכנסת הראשונה ועל האסיפה המכוננת ועל מקימי המדינה הזאת לקיים חוקה לישראל? האם הדבר הזה לא מצריך הסברה ברורה ועמדה ברורה לגבי התפיסה של מה היחס בין החלטת בית-המשפט לפי עיקרון מסוים לעומת העיקרון שהתקבל על-דעת רוב חברי הכנסת לאחר שבית-המשפט העליון אמר את דברו?

#### אברהם דיסקין:

אני רוצה להודות לכבוד הנשיא על סקירה מאלפת ומדויקת.

אני רוצה להתייחס לנקודה אחת בלבד שבעיני היא נקודה מאוד מביכה וגם מאוד מרכזית, וזה המעמד של חוקי היסוד.

נתת לנו סקירה מדויקת של ההבדל בין חוקי היסוד השונים – חוק יסוד חופש העיסוק שהוא עדיף על חוקים רגילים, הן מתוקף פסקת ההגבלה והן מתוקף 61, חוק יסוד הממשלה בזמנו שלא הזכרת אבל היה עדין כולו בגלל 61, כבוד האדם וחירותו מתוקף פסקת ההגבלה, וגם סיפרת לנו שחוקי יסוד אחרים לא נחשבו בעבר כעדיפים ואף שונו, אפילו בצורה לא מפורשת, על-ידי חקיקה רגילה וברוב מאוד מאוד קטן.

כיום ההלכה המקובלת על-ידי רוב השופטים של בית-המשפט העליון, אם לא כולם, היא שכל חוקי היסוד, לרבות אלה שאין להם עדיפות פורמאלית מתוקף פסקת הגבלה או 61 או פרוצדורה אחרת שלא קיימת, הם כולם עדיפים על חוקים רגילים.

אני חושב שהדבר הזה בעיני – אדם בור ועם הארץ שאין לו שום תואר פורמאלי במשפטים – הוא מעשה פלא שאני מתקשה להבין אותו והייתי רוצה לדעת איך הדבר הזה קרה, איך כל חוקי היסוד זכו לעדיפות בבחינת יש מאין, מתי זה בדיוק קרה, מה הבסיס החוקתי לעניין הזה, האם אולי הייתה איזושהי החלטת כנסת או חקיקה שאני לא מודע לה.

#### מתן וילנאי:

שאלה טכנית לחלוטין שעלתה כאן תוך כדי הדיון. האם עם חקיקת חוק יסוד הכנסת, הכנסת איבדה את המעמד שלה כאסיפה מכוננת? אם כן, האם זה משפיע על כך שהחוקה לא תאושר בכנסת בבוא היום אלא בציבור הרחב, כמו למשל במשאל עם?

מיכאל איתן:

זו הפרשנות שאני נתתי.

מאיר שמגר:

אני אתחיל מהשאלה שהופנתה אלי במישרין בקשר להלכה שכאילו התפתחה בבית-המשפט ואומר שלא ידוע לי על הלכה כזאת. היחידי שעסק בנושא הזה, במידה וידוע לי, זה אני בעצמי בפסק-דין מזרחי, כאשר כתבתי לגבי חוקי היסוד האלה – כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק – יש לתקן אותם רק על-ידי חוקי יסוד.

מיכאל איתן:

בפסק-דין חרות פסל השופט ברק את החקיקה בכנסת שקובעת שהחלטה של יושב-ראש ועדת הבחירות לעניין חוק הבחירות, דרכי תעמולה, היא החלטה שאין עליה איזושהי ערכאה נוספת.

שנית, בג"ץ בעבר פסל פניות אליו כערעור על החלטה של יושב-ראש ועדת הבחירות העליונה, אבל בפרשת חרות נעשה עוד ניסיון ועכשיו קיבלו את הפנייה. ברק, שלא לצורך הכרעה בלבד אלא כהסבר, אמר שמיום שנחקקו חוקי היסוד, הם מחילים עכשיו גם את הנורמה שיש גם בחוק יסוד שאיננו במסגרת שני חוקים אלו – והוא התכוון לחוק יסוד השפיטה, שם כתובות סמכויות בג"ץ - כאשר לבג"ץ יש סמכות ואילו חוק רגיל אמר שאין לפנות לבג"ץ, ולכן הוא פוסל את הוראת החוק הרגיל וקובע שחוק יסוד השפיטה – למרות שחוקק לפני המזרחי – הוא החוק הקובע, ולכן תהיה פנייה לבית-המשפט.

ראובן ריבלין:

הדבר החשוב הוא שהוא מסתמך על פסק-דין מזרחי של הנשיא שמגר.

מיכאל איתן:

זה בדיוק הפוך. בפסק-דין מזרחי ההלכה אמרה שאין.

היו"ר מנחם בן-ששון:

התשובה היא ברורה. אין.

מאיר שמגר:

אני סבור שהכנסת היום מוסמכת לקבל חוקה ושהרציפות אשר חלה על כל הכנסות, כפי שנאמר כאן בחוק המעבר לכנסת השנייה – "הוראה זו תחול גם על הכנסות האחרות" – חלה. לכנסת יש את מלוא הסמכויות ורק צריך להיות רצון.

אם הכנסת תחליט – ומסיבות אחרות אני תמכתי ברעיון הזה – שאחרי קבלת חוקה כדאי לעשות משאל עם או משהו חגיגי אחר, יש הדים לכך בפסק-דינו של השופט חשין בפרשת מזרחי בו הוא אומר שחוקה צריך לקבל בחגיגות מיוחדות. אני למשל חושב שזה יפה שלגבי החוקה יהיה משאל עם, אבל זה לא בגלל זה שיש מחסור בסמכויות אלא מכיוון שכדאי לעבות את התהליך הזה במשהו שיכנס לתודעת הציבור בצורה מאוד חזקה. צריך להיות איזה אירוע חגיגי ואני חושב שהדים לכך היו גם בדברי יושב-ראש הוועדה כאשר פתח את הדיון היום. זה דבר לא משפטי אלא משהו טקסי-חינוכי.

לגבי בית-משפט מיוחד לחוקה. אנחנו פועלים על-פי שיטת משפט מסוימת שאיננה מקבלת בתי-משפט נפרדים לחוקה. זה לא קורה בקנדה, לא בארצות-הברית, לא באוסטרליה. בכל הארצות החופשיות שם המשפט דומה לנו יש בית-משפט אחד ואני חושב שבמדינת ישראל הקטנה מספיק בית-משפט עליון אחד.

מאז 1992 עד היום למעשה בית-המשפט ביטל בשלושה מקרים הוראות אשר נוגעות לנושא החוקתי. פעם אחת זה היה בקשר למעצר הצבאי שלא יכול להיות יותר מאשר כך וכך

שעות, ואני חושב שזה היה מוצדק כי באמת הייתה פגיעה בחירות האדם כאשר קצין שיפוט יכול לעצור אותו למספר רב של ימים. פעם שנייה היה בקשר ליועצי המס. בפרשת מזרחי אנחנו דחינו את הבקשה והחלטנו שהחוק שדן בשיקום המושבים הוא חוק תקף מבחינה חוקתית.

אם הכוונה היא לבית-משפט חוקתי שיש בו כדי לרוקן את בית-המשפט העליון מתוכנו, יש בכך פעולה שיש בה חתירה תחת מבנה המשפט הקיים. בית-המשפט שלנו, יש לו פרשנות משלו.

אני כורך את הדברים בשאלתו של חבר הכנסת ריבלין. אילו הכנסת הייתה רוצה, היא הייתה יכולה לחוקק חוק. מישהו מונע מהכנסת לחוקק חוק שמבטל תוקפה של החלטה של בית-המשפט? בחוק יסוד חופש העיסוק חוקקו את סעיף 8.

משה גפני:

חוק עוקף בג"ץ.

מאיר שמגר:

חוק עוקף בג"ץ עומד באותו מבחן כפי שעומד חוק זה וגם בית-משפט לחוקה יעמוד באותו מבחן. זאת אומרת, הוא צריך להיות חוק שתואם את ערכיה של מדינת ישראל במידה הראויה. צריכות להיות אמות מידה ובחוקות יכולות להיות שתי אמות מידה: קוואנטיטבית או קוואליטטיבית. קוואליטטיבית זה כפי שנאמר בסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת שדרוש רוב של חברי הכנסת. זה כמות. קוואליטטיבית, זאת כפי שהתכונות מפורטות בסעיף 8 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, שם נאמר שזה מוכרח להיות בחוק, שאין אפשרות לשנות בתקנה אלא צריך לשנות בחוק שתואם את ערכיה של מדינת ישראל ולמטרה ראויה. זה ודאי יחול גם על בית-משפט לחוקה.

אם בית-משפט לחוקה הוא כמו בית-המשפט העליון, לשם מה צריך אותו? אם הוא יהיה בית-משפט שיורכב על-פי מודוס של תוצאות הבחירות, זה לא טוב. מדינת ישראל היא מדינה בה בית-משפט צריך להיות עצמאי, בלתי תלוי, ניטרלי ולא פוליטי. אם אתה בונה את המשפט על-פי מבחן הרכב הכנסת, אתה יצרת בית-משפט פוליטי מובהק וזה לא קיים בשום מדינה דמוקרטית.

משה גפני:

השאלה אם בית-המשפט העליון שגה בפסיקה על מישראל, כך שבעקבות זה לא היו חוקי יסוד נוספים.

מאיר שמגר:

חוק יסוד חופש העיסוק לא כלל משהו יוצא מהכלל. זה שחברי כנסת אמרו שהם רוצים כך או אחרת, אם אין לזה ביטוי במילה החוקה, אין לזה משמעות.

היו"ר מנחם בן-ששון:

חבר הכנסת גפני, אתה הבחנת בין הדברים בצורה חדה כדרכך, בין מה שנאמר במהלך העלאת החוק על שולחן הכנסת לבין מה שנאמר בנוסח החוק.

חוקה – מבנה וייעוד או "איך בונים חוקה"  
פרק עקרונות היסוד ואופי המדינההיו"ר מנחם בן-ששון:

אני יכול לתאר את פרופסור רות גביון כאחת מן הדמויות הבולטות בעולם המשפט בישראל, כלת פרסים רבים ופרס אמת בהם, היום חברת ועדת הבדיקה, שיש השמחים לה ויש המבקרים אותה, אבל איש לא העז לחלוק על הרכב האנשים המרכיבים אותה, וציינו את מידותיה הטרומיות של פרופסור גביון.

אלינו פרופסור גביון קשורה בקשר מיוחד. היא נקראה על-ידי קודמי, חבר הכנסת איתן, לכהן כיועצת של ועדת חוקה חוק ומשפט ולסייע בהכנת פרק עקרונות היסוד של החוקה והיא הייתה לחלק מהדיונים. תוצאות העבודה שלה מונחים לפניכם בחוברת מספר 2, אבל רוחב המעורבות החברתית שלה שבאה לידי ביטוי באמנות אליהן הצליחה להגיע, ובזמנו קשה היה להאמין שאפשר להגיע לכאלה, נותן לה מקום מיוחד לא רק בעולם המשפט אלא גם בעולם החברתי שאין לנו דוגמאות רבות כמותו.

רות גביון:

אני רוצה להרגיע את הציבור ולומר שאני צריכה לעזוב את הדיון ב-30:13, כך שהבעיה החוקתית שנוצרה כאן, מאחר שלא שמרנו על כללי המשחק, הולכת להיפתר בזמן מאוד מאוד קצר. זאת דוגמה מצוינת לאחת השאלות היסודיות שעומדת בפנינו כי קודם כל אני צריכה לעשות אימפרוביזציה. אני התכוונתי לדבר פה באופן מאוד ארוך והסיבה שניתן לי זמן רב כל כך בבוקר הזה איננה מאחר שאני מביאה הצעה ייחודית של חוקה אלא מפני שהתפקיד שמילאתי בתהליך החוקתי בכנסת הקודמת הכין אותי לחשוב בצורה מאוד מאוד שיטתית ומסודרת לא על השאלה איזו חוקה אני רוצה ועל איזו חוקה אני ממליצה לכנסת, אלא על השאלה מה צריכה לעשות הכנסת לטובת מדינת ישראל והחברה בישראל כאשר היא ניגשת למטלה החשובה הזאת. אני שותפה לגמרי לברכות ולשמחה שגם הכנסת הזאת לוקחת את המטלה הזו על עצמה.

התשובה לשאלה איך הכנסת צריכה לגשת לשאלה של החוקה היא שאלה מאוד קשה והעובדה שעד היום מדינת ישראל לא הצליחה לסיים את התהליך היא ראייה לקשיים העקרוניים ולקשיים המיוחדים בישראל.

בזמן הפחות ארוך שנתר לי אני אנסה לא לומר כל מה שאפשר וצריך לומר. אני שמחה שמונחת לפניכם תורה שבכתב שנותנת תמונה יותר שיטתית של הדברים אליהם אני רוצה להתייחס. מאחר שיש תורה שיטתית בכתב אני אבחר מתוכה כמה נקודות יסודיות. להבדיל מההבחנה שהייתה מתוכננת של דיבור כללי על החוקה ודיבור מיוחד על פרק העקרונית, אני ארכז את שני הנושאים האלה בדיבור אחד.

היו"ר מנחם בן-ששון:

את תעני לנו על השאלה איך בונים חוקה.

רות גביון:

איך צריך לגשת לבניית חוקה, ומה הן השאלות שצריך לענות עליהן. אם אנחנו רוצים לבנות חוקה, היא בעיני שאלה לא טריביאלית וזה הדבר אתו אני רוצה להתחיל.

השאלה מה אנחנו שואלים את עצמנו, אנחנו, הציבור בישראל, אנחנו, כאן בחדר הזה, הכנסת שמייצגת את הציבור בישראל. אני חושבת שהשאלה הזאת היא שאלת מפתח בסוגיית החוקה.

השאלה היא האם אנחנו רוצים חוקה או שאלה יותר עמוקה והיא איך אנחנו מנהלים נכון את הפיקדון שהפקיד בידינו הציבור הישראלי, איך אנחנו מנהלים את הפיקדון הזה של ניהול נכון של מדינת ישראל למענה טוב למכלול האתגרים המורכבים של מדינת ישראל בחברה הישראלית. זו השאלה של הכנסת. הכנסת תיבדק ביכולת שלה לתת תשובה טובה על השאלה הזאת.

חוקה היא דרך חשובה לתת תשובה מסוימת לשאלה הזאת. האמירה שאנחנו רוצים חוקה כי אנחנו חושבים שחוקה היא מרכיב חשוב ביכולת של מדינת ישראל והחברה הישראלית לתת מענה טוב לאתגרים הניצבים בפניה.

אני חושבת שאחת הסיבות לכך שעד עכשיו לא הייתה לנו חוקה היא שאין תשובה ברורה בתוך הציבור של חברי הכנסת לשאלה האם אכן חוקה היא דבר טוב במדינת ישראל, והדבר הזה עיכב את החוקה ובהחלט עלול להמשיך לעכב את החוקה.

חלק מן הבעיה של עיכוב החוקה עד עכשיו נובע מן השאלה מה בעצם תפקידה של הכנסת. כאן אני רוצה לתת טיעון למה חוקה – ששמענו קצת על המאפיינים שלה בסקירה של הנשיא בדימוס שמגר – על פני הדברים היא באמת כלי חשוב לחברה הישראלית.

לפי דעתי התפקיד הראשון של החוקה הוא ליצור הבחנה מאוד מאוד חשובה בין מסגרת משותפת של החברה והמשחק הפוליטי בתוך המסגרת המשותפת, החוקה, בכך שהיא עליונה ונוקשה – זאת אומרת, היא לא ניתנת לשינוי קל על-ידי מערך כוחות קואליציוני משתנה ונוזל, ואנחנו יודעים להשתנות גם בתוך כנסת – נותנת לנו את הביטחון שאנחנו יחד, שהמדינה שלנו על כל מרכיביה היא מפעל ארוך טווח, ואנחנו רוצים להישאר יחד למרות שאנחנו יודעים שזה קשה. אנחנו רוצים להישאר יחד ואנחנו יודעים שלא תמיד נסכים כי בכל חברה מגוונת לא מסכימים ותמיד יש ניגודי אינטרסים. ניגודי האינטרסים שלנו הם לא רק מצבים משתנים אלא ניגודי האינטרסים שלנו הם עמוקים מאוד. יש תפיסות שונות של מה זה יהודי, תפיסות שונות האם יהודיות זה לגיטימיות, וכל הדברים האלה לא ייעלמו כי הם חלק ממרכיבי החברה הישראלית. אי-אפשר לייבא חוקה באופן מופשט. חוקה אמורה לתת מענים לחברה עליה אנחנו מדברים. העובדה שב-1950, כפי ששמענו, החליטו נגד חוקה, הייתה מפני שהמנהיגים של החברה הישראלית אז חשבו שאין לנו מספיק לכידות אידיאולוגית כדי להסכים על כללי משחק שיאפשרו לנו לעשות את ההבחנה הקריטית בין כללי משחק משותפים ובין משחק פוליטי.

יש שתי סיבות לזה שאנחנו כל כך הרבה מטפלים בנושא החוקה בעשורים האחרונים ושתי הסיבות במידה מסוימת אולי מתנגשות. קודם כל, יש לנו מה שקיים בישראל היום ולא היה קיים עד עכשיו והוא מה שאיפשר את החוקה האמריקאית. החוקה האמריקאית היא חוקה טובה ולא מפני שיש לה הסדרים אופטימאליים. יש הרבה בעיות בחוקה האמריקאית אבל היא חוקה שהחזיקה מעמד ומנהלת את החברה שלה עם כל מיני משברים ותיקונים במשך למעלה ממאתיים שנה. זה לא כמו תורת ישראל, אבל זה לא רע.

אנחנו במדינת ישראל הצלחנו להתמודד בצורה אפקטיבית עם אתגרים לא פשוטים – הקמת מדינה, מלחמת עצמאות, קליטת עלייה, בנייה של חברה אזרחית, עוד מלחמות – והייתה לנו אפשרות לגייס משאבים כדי לתת מענים ליעדים אלמנטריים. מה שהביא את החוקה היה שהקונפדרציה, איחוד 13 המדינות, היה לחלוטין בלתי אפקטיבי. כאשר ישבו האנשים בפילדלפיה, הם ידעו שאם הם לא יוציאו שלטון מרכזי חזק, 13 הקולוניות לא תשרודנה כי מנגנון קבלת ההחלטות המשותף שלהן הוא התאבדותי. לנו עד עכשיו לא היה הדבר הזה. הייתה לנו מדינה - עם הרבה כעס, עם הרבה תסכול ועם הרבה מחלוקת - מתפקדת.

אני חושבת שבזמן האחרון יש תחושה גוברת והולכת שיש בעיה אמיתית ביכולת של מדינת ישראל להתנהל והבעיה הזאת דורשת איזשהו שינוי עמוק בכללי המשחק בתוכם אנחנו פועלים.

הדבר השני והלא פחות חשוב היה שבשנות ה-50 לא הייתה במדינת ישראל באמת מחלוקת אידיאולוגית. המרכז הישראלי היה מרכז יהודי-לאומי-מסורתי-חילוני. מכיוון שזה היה המרכז, אפשר היה להחליט שלא לעגן את הקרדו הזה בחוקה, מפני שהקרדו הזה היה הקרדו של החברה. היו שוליים, היה מיעוט ערבי, היו המפלגות הדתיות, המפלגות החרדיות, אבל הם היו מוחלים בתוך מרכז גדול שהיה ציוני-מסורתי, בתחייה לאומית ועם מחויבות ממשית לניסיון להגיע לשוויון זכויות, הדברים האלה שבמצוות החלטת 181 כללנו בהכרזה על הקמת המדינה. לכן לא היה צורך לא להכריז על מדינה יהודית כי היה ברור שזו מדינה יהודית, וגם לא היה צורך לתת מענה לשאלות שלא ידעו לתת עליהן מענה. לא היה ברור מה לעשות עם הדברים האלה והצורה שבה המנהיגות בישראל פתרה את הבעיה הייתה בלומר שלא נכריז.

אני חושבת שבזמן האחרון בתוך מדינת ישראל יש תהליכים מרתקים, חשובים ונכונים, שתהליך החוקה מציף אותם, של התחלה של ספק בשאלה האם באמת יש עדיין לכידות, האם יש מרכז במדינת ישראל.



הדבר הזה לגבי החוקה אומר שני דברים. ראשית הוא אומר שיש הרבה מאוד אנשים שקודם לא רצו חוקה והיום רוצים חוקה כי הם רוצים לעגן בחוקה דבר שהיה נראה להם כמובן מאליה והיום נראה יותר חומקני, אם זה היה יהודיות של המדינה ואם זה ממשל תקין, זכויות האדם, חוסר שחיתות, וכל מיני דברים שלא חשבנו שניתקל בהם. אנחנו רוצים היום לעגן דברים שחשבנו שהם שלנו בלי לעגן אותם. אבל אנחנו עכשיו רואים שמכיוון שזה יותר שנוי במחלוקת, מכיוון שזה כבר לא מרכזי, ההתנגדות לחוקה גוברת מפני שהיום להסכים למדינה יהודית זה שונה מלהסכים למדינה יהודית ב-1950. לא היה כוח אמיתי בחברה הישראלית שהיה לו ארגומנט רציני נגד מדינה יהודית ב-1950, זה לא היה עולה על הדעת, אבל היום יש ארגומנט כזה וצריך להתמודד אתו והארגומנט הזה אומר אל תעשו חוקה, או אם תעשו מגילת זכויות או פרק עקרונות, אל תכללו בפרק העקרונות הזה את זה שזו מדינה יהודית כי זה לא לגיטימי.

הדבר הזה מצד אחד יוצר את הכורח של התהליך החוקתי, וזה נותן לנו אולי הזדמנות לעשות חוקה, אבל מצד שני הוא מראה לנו שעולה המחיר של החוקה וההתנגדות של החוקה.

אמרו כאן שאנחנו צריכים לעשות המון החלטות אסטרטגיות. הייתה לי תוכנית גדולה ללכת אתכם צעד צעד בצורה מסודרת ולציין כמה צמתים כי זה לא צומת אחד אלא הרבה מאוד צמתים שאתם צריכים להכריע בהם כשהולכים על החוקה.

אין לי זמן לעשות את הדבר הזה עכשיו ולכן אני אעשה משהו אחר. קודם כל, אין קיצורי דרך. מי שירצה לעשות חוקה שלמה, צריך בסבלנות לעבור את כל הצמתים האלה. זו עבודה רצינית, ולמה זו עבודה כל כך רצינית? אם חוקה תצליח, אז חוקה תעשה את ההבחנה הזאת שאני מדברת עליה בין המסגרת המשותפת והמאבק הפוליטי. תמיד תהיה לנו במדינת ישראל מחלוקת. אנחנו לא נסכים על האם לגיטימי שהמדינה תהיה יהודית, ואנחנו לא נסכים על מהי היהודיות של המדינה. אנחנו כן יכולים להסכים שאנחנו מאוד רוצים להמשיך להתווכח יחד על השאלות האלה ואנחנו כן יכולים להסכים שכדאי להתווכח עליהן יחד וכי אנחנו מוכרחים מסגרת משותפת שמחזקת שני דברים: את המחויבות של כולנו לשותפות הגורל האזרחית, עם הרבה מאוד דברים שהיא אומרת, אבל גם את ההבנה שהמסגרת המשותפת הזאת בדרך הטבע היא מסגרת שאיננה יכולה באופן מלא לתת לכל צד את כל מה שהוא רוצה. לכן במסגרת המשותפת הזו כולנו, כל קבוצה חשובה בישראל, נעשה ויתורים משמעותיים על כל מה שהיינו רוצים אולי להשיג כדי לקבל מסגרת שתהיה טובה לכולם.

יהיו קבוצות בחברה הישראלית שיגידו שלא שווה להן ושמענו אותן. הן היו כל הזמן אתנו. הן תגדנה שלא שווה להן לוותר כדי שתהיה מסגרת משותפת. אני רוצה להגיד באחריות לקבוצות שאומרות את הדבר הזה שלפי דעתי הן מה שנקרא טרמפיסטים, כי כשהן אומרות לא שווה לנו, הן מניחות שמדינת ישראל תמשיך להתקיים חזקה, איתנה, עם חופש ביטוי, חוסן מדיני, צבאי, חברתי והן לא ייתנו לנו לגיטימציה, לא לזה שאנחנו רק חילוניים, לא לזה שאנחנו יהודים.

אני לא רוצה להיות נביא זעם ואני חושבת שיכול להיות שזה לא נכון ויכול להיות שיש כאן אנשים שאומרים שכן שווה להם, שכן שווה להם להחליש את מדינת ישראל, ליהנות ממה שהיא יכולה להציע להם ולא לתת לה את היכולת הזאת להתמודד עם המחלוקות הפנימיות שלה כי בסוף הם ירוויחו יותר, הקונייקטורה הפוליטית תיתן להם יותר. מה שבעצם הקבוצות האלה אומרות הוא שהן לא מוכנות לעשות פשרה אמיתית.

מיכאל איתן:

את רומזת שיש קבוצות כאלה?

רות גביון:

אני לא רומזת שום דבר.

למה חוקה היא בכל-זאת דבר אופטימי. חוקה היא דבר אופטימי מפני שאנחנו אומרים שיש לנו כחברה מה להציע, והוא אמיתי והוא משמעותי לכל הקבוצות, ואנחנו מוכנים בהגיונות להיכנס לדיון ולראות איך אנחנו מסכימים לא על מהויות, כי לא נסכים על מהויות ואנחנו מקבלים שלא נסכים על מהויות. לא טבעי ולא אנושי שנסכים על מהויות, אבל כן טבעי, כן אנושי וכן נחוץ שנסכים על מסגרת משותפת. נתווכח על מה יהיה בה אבל נסכים על מסגרת משותפת.

דיברתי על הטרמפיסטים שהם קבוצות הקצה שאומרות שהן ייהנו ממה שאנחנו נותנים להן כי אנחנו מרכז חזק והן לא תיתנה לגיטימציה משני הצדדים, אבל המרכז גם הוא עושה קצת שריר. הוא אומר שיש לו כמה דברים שהם כזה ראה וקדש, אם אתן לא יכולות לחיות עם זה, זו בעיה שלכן. תהיה חוקה, אבל חוקה חייבת להיות כזאת.

שני הדברים האלה הם דברים שיביאו לכך שלא תהיה חוקה.

אני חושבת שחוקה למדינת ישראל זה דבר חשוב מאוד, אבל אני חושבת שעדיפה מציאות במדינת ישראל בה אין חוקה על זה שיש חוקה שהיא לא טובה ויכול להיות מצב פוליטי שיניב חוקה לא טובה. כשאנחנו מחפשים לעצמנו חוקה אנחנו צריכים לשאול את עצמנו לא האם אנחנו בעד חוקה או נגד חוקה כי השאלה היא לא אם חוקה זה טוב או לא טוב אלא השאלה היא איך חוקה נותנת לנו יותר ממה שיש לנו עכשיו או ממה שאנחנו יכולים לסבר שיהיה לנו עכשיו עם חוקה או בלי חוקה.

כאן יש שתי רמות שהן קריטיות להבנה של התהליך. חוקה, בגלל המאפיינים המבניים שלה, מכניסה שינוי לתוך מערכת השלטון. אני מדברת חוקה שלמה, לא חוקה ערומה כמו שיש לנו שזה המצב הגרוע ביותר בכל המצבים. גם יש לנו וגם אין לנו, וכל הזמן מתווכחים על מה יש לנו וזה רע לכל המוסדות. זה ממש מצב לא טוב.

אם יש חוקה שלמה, שהיא נוקשה והיא עליונה, ויש לה גוף שאיננו המחוקק המפרש אותה ואוכף אותה - ההסדר הזה שהכנסת עשתה או ההסדר הזה שהממשלה עשתה נוגד לחוקה ולכן משהו צריך לקרות לו, או שנבטל אותו, או שתתגברו עליו, או שאנחנו נצהיר שהוא בלתי מתיישב ואתם תשקלו מה לעשות, אבל יש מישהו שם למעלה, חיצוני למחוקק, שאומר שזה מחוץ לכללי המשחק - חוקה כזאת, ואני לא מדברת על התוכן שלה עכשיו, משנה לחלוטין את כללי המשחק בחברה שמאמצת אותה, מפני שהיא מעבירה החלטות מן המחוקק, שהוא ראש הפירמידה בחברה דמוקרטית רגילה עם הארובות הדמוקרטיות הרגילות של עיתונות, לחצים, משא ומתן, פשרה ובחירות, היא מעבירה חלק לא קטן של הכוח - והשאלה כמה תלויה בה הצורה שבה מנוסחת החוקה ובנויה - לגוף שאוכף ומפרש את החוקה.

לכן השאלה הזאת שכבר עלתה כאן פעמים רבות היא שאלת יסוד במחשבה על התכנון החוקתי, וזאת לא בושה להודות לכך. זה חשוב להודות שכאן יש החלטה קרדינאלית מבחינת הסמכויות בשיטה מפני שמי שמפרש ואוכף את החוקה, אם הוא מפרש באופן מלא, יש לו סמכות לבטל הסדרים כולל הסדרים חוקיים של רוב ואין מי שיכול לגבור על הדבר הזה אלא אם כן זה חוק שתואם את הפרשנות של הגוף הזה את החוקה, אז יש פה העברה רצינית של כוח ומילה אחרונה לגוף שחשוב מאוד לדבר על איך בונים אותו.

כאשר המחוקק מעביר חלק ניכר מן הסמכות שלו לגוף אחר, לא רק לגיטימי, לא רק מותר אלא נחוץ שהמחוקק יחשוב בעצמו באופן רציני למי הוא מעביר את הסמכות הזאת וכמה סמכות הוא מעביר. זו שאלה קרדינאלית ויש לה הרבה סוגים של תשובות שניתנו בכל מיני מקומות. לא כל פתרון שאומץ במקום אחר מתאים לנו. צריך מאוד להיזהר כאן מסיסמאות. סיסמה זה כשאומרים שלא יכולה להיות דמוקרטיה עם ביקורת שיפוטית, סיסמה זה כשאומרים שלא יכולה להיות דמוקרטיה עם ביקורת שיפוטית. יכולה להיות דמוקרטיה, ויש דמוקרטיה, עם ביקורת שיפוטית מלאה שבה בית-משפט מבטל חוקים, ויכולה להיות דמוקרטיה עם בית-משפט שלא מבטל חוקים. יכול להיות גם זה וגם זה. שמענו כאן, וזה נכון, שבית-המשפט העליון במדינת ישראל הגן על זכויות האדם לפני חוקי 1992 ועשה זאת בלי סמכות לבטל חוקים, וגם אחרי שנת 1992 הוא בעיקרו מגן על זכויות האדם בלי לבטל חוקים. נכון שאפשר לומר שאחרי 1992 הכנסת נזהרת, אבל יכול גם להיות שבית-המשפט אחרי 1992 נזהר מפני שעוד לא ברור שיש לו לגיטימיות לבטל חוקים ומי יודע מה יקרה אם ניתן לו את האפשרות.

אלה שאלות מאוד מורכבות ואנחנו, אתם, צריכים להתייחס אליהן ולא חשוב אם אתם מחוקקים או מכוננים, כי זה לא משנה את האחריות שלכם להחליט מהו ההסדר הנכון למדינת ישראל.

זה שייך לחוקה כמדרג. ברגע שיש מדרג, מתעוררת השאלה של העליון, האוכף, הפרשן, כי המדרג יוצר מציאות חדשה בה יש מישהו אחר, פרט למחוקק, שכפוף לבחירות ולאליוצים פוליטיים, יש מישהו אחר שיש לו מה להגיד.

האם אנחנו רוצים שיהיה מישהו אחר שיהיה לו מה להגיד? לדעתי התשובה היא חיובית. אנחנו רוצים. אנחנו לא סומכים על המחוקקים בכל, אבל המנגנון של השאלה מה אנחנו מעבירים לפרשנות, איך אנחנו עושים את זה, איך הדיאלוג מתנהל בין נציגי הציבור ובין הגוף המפרש, כמה זמן יושב הגוף המפרש, מה מקור הסמכות של הגוף המפרש, מה היחס בין הפונקציה של יישוב סכסוכים של בית-משפט לבין הפונקציה השיפוטית של בית-משפט – כל אלה הן שאלות קרדינאליות. לא זו בלבד שהן שאלות קרדינאליות אלא תכנון חוקתי הוא לא דבר שרק מדינת ישראל מתלבטת בו אלא אלה הן שאלות שמדינות וחברות מתמודדות איתן הרבה מאוד שנים עם קשת מאוד מאוד רחבה של פתרונות.

אחת הבעיות הגדולות כאשר מאמצים פתרונות חוקתיים הוא שאנחנו לא רוצים לייבא פתרון מארץ מסוימת, ובצדק, כי יש לנו מבנה קיים, יש לנו חברה מיוחדת ויש לנו מסורות משלנו אבל מה שאנחנו עושים הוא שכל אחד ולא רק צד אחד לוקח מכל מקום את מה שמוצא חן בעיניו ואומר ששם זה ככה ושם זה נפלא.

לקח מספר שתיים לחוקה. מכיוון שחוקה היא דבר שנועד לתת לכולנו מסגרת משותפת, חייבים לראות את החוקה כמכלול. אסור לראות את החוקה כטלאים טלאים שבנויים כל אחד לעצמו. חוקה באופן קלאסי חייבת לכלול פרק שאנחנו קוראים לו פרק של כללי המשחק או הפרק המשטרי.

במדינת ישראל, למרות שיש ויכוח אם יש לה חוקה נוקשה, עליונה, אחת וכולי, יש חוקים כאלה כמו חוק יסוד הכנסת, חוק יסוד הממשלה. יש לנו הסדרים לדבר הזה, יש לנו הסדרים חוקתיים של כללי המשחק. חוקה הופכת את ההסדרים האלה לפחות פגיעים, להסדרים בהם אנחנו מבחינים בין עקרונות ובין פרטים והסדרים בהם העקרונות הם יותר נבדלים, גם מבחינה של יציבות משטרית וגם מבחינה של חינוך של החברה למתן כבוד למנגנוני קבלת ההחלטות.

שמחתי מאוד לשמוע בדברים שצוטטו ונאמרו על-ידי הנשיא שמגר. דיוק שאנחנו לא תמיד שומעים אצל אנשי החוקה. הרבה פעמים הם אומרים שתפקידה של החוקה הוא להגביל את המחוקק. לא ולא. תפקידה של החוקה הוא ליצור את מערך האיזונים והבלמים שמאפשרת למדינה ולחברה להיות מנוהלת ונשלטת באופן נכון. אנחנו לא רוצים שיהיה לנו גוף מבקר חזק וגוף מחוקק או מבצע אימפוטנטי, שזה אולי בקיצוניות מה שיש לנו. כולנו צריכים להיות חזקים. אנחנו צריכים מחוקק מאוד מאוד חזק, אנחנו צריכים ממשלה מאוד מאוד יעילה וטובה, אנחנו צריכים בית-משפט שיעשה צדק לאזרחים וימלא תפקיד מבקר, אבל יש לנו כאן שלוש רשויות ואבות החוקה האמריקאית הצליחו בנושא הזה. הם אמרו שאי-אפשר אף פעם לתקן מערכת רק מלמעלה מכוח עקרונות. כדי לאזן ולבנות כוח צריך כוח ולכן מערך נכון של כוחות ממשליים חייב להיות בנוי על מערכת של כוחות כשלכל אחד מהם יש יתרון יחסי אחר, פונקציה מרכזית אחרת ויכולת להפעיל איזונים ובלמים אחת על השנייה. אין לנו מצב של קודקוד אחד שהוא למעלה והוא השולט או הוא הדיקטטור. אין דבר כזה. יש לנו מצב של מערכת שיש לנו בקודקוד כמה רשויות כאשר לכל אחת מהן יש פונקציה ייחודית אך לא יחידה, התאמה של המבנה שלה ושל הכשירות האנושית שלה לפונקציה הייחודית, אבל גם מערך נכון שמאפשר לה לעשות בקרה אפקטיבית על מוקדי כוח שהעוצמה שלהם היא אחרת.

הכול ישנו, הכול כתוב ואנחנו לא ממציאים שום דבר. אין חדש תחת השמש. כוח משחית, כוח מוחלט משחית באופן מוחלט, כוח צריך לבזר אבל כוח גם צריך להיות יעיל. אי-אפשר שאנחנו נוהל על-ידי מערכת שאין לה אפקטיביות. מי שעסוק רק בלחשוב איך למנוע שימוש לרעה בכוח, לפעמים שוכח או מניח – כמו הטרמפיסטים שלנו – שמישהו כבר ידאג לכוח. רבותיי, לא תמיד נכון שמישהו דואג לכוח. אפשר לסרס את מי שאמור להפעיל כוח.

איך אנחנו צריכים לגשת לזה. אני מסכימה עם יושב-הראש הנוכחי של ועדת החוקה חוק ומשפט שגם ההחלטה הזאת, כמו המון החלטות חוקתיות, לא יכולה להיעשות אפריורי. אני לא מסכימה עם חבר הכנסת איתן שאומר שנחליט שאנחנו רוצים חוקה ואז נהיה נחושים כך שבסוף תהיה חוקה. היינו נחושים ולא בטוח שתהיה חוקה. גם מי שרוצה חוקה, צריך לפעמים אולי לגשת בתחבולה. אנחנו אומרים שאנחנו רוצים לבדוק את השאלה של קיום החוקה. אנחנו חושבים שחוקה זה טוב, חוקה טובה זה טוב, אנחנו רוצים לקחת ברצינות את הבדיקה האם הדבר הזה הוא אפשרי, אנחנו רוצים להסביר לאותם טרמפיסטים שזה לא טוב, שאי-אפשר להיות טרמפיסטים לנצח ואנחנו אולי נמצא דרכים – תמיד מנומסות, תמיד אזרחיות, תמיד לא פוגעות בזכויות האדם של אף אחד – לשדר לטרמפיסטים שאולי הטרמפ נגמר. אנחנו לא רוצים טרמפיסטים כי קשה לנו ואנחנו רוצים לעבוד יחד.

אנחנו צריכים להגיד דברים גם למרכז, או למי שעדיין חושב שהוא מרכז. צריך לומר שיש כאן בעיה. גם אם זה נכון שצריך להיות משהו שיגיד למחוקק שלא הכול הולך מבחינת המחוקק, זה גם לא נכון שיש משהו שהוא כל החכמה ולכן הוא צריך להיות זה שתמיד צריכה להיות לו המילה האחרונה לעניינים הכי מורכבים, הכי שנויים במחלוקת, הכי יסודיים של החברה הזאת. גם בזה יש בעיה.

אנחנו צריכים להגיד חוקה, אבל אנחנו בודקים. כשאנחנו בודקים, יש לנו הרבה מאוד החלטות לעשות לאורך הדרך. יש הבדל גדול בשאלה אם אתה הולך על חוקה שלמה שמנסה לעשות שינוי משטרי רדיקאלי, אם אתה לא מנסה לעשות שינוי משטרי אלא רק את השינויים שנובעים מזה שיש חוקה - זאת אומרת, יש לנו במדרגה יותר גבוהה פרשן ואוכף - ואנשים שרוצים לעשות שינויים מתונים יותר באמצע.

כאן יש החלטה מאוד מאוד רצינית. יש גם את העניין של ייתכנות פוליטית וגם דבר שיכול לטרפד, כי כמו שיש לנו היום הרבה הצעות לעשות שינויים, פחות או יותר רדיקאליים, בשיטת המשטר, בדרך כלל מי שיש לו ניסיון פוליטי יודע שכאשר יש ארבע הצעות, או שאף אחת מהן לא יוצאת והסטטוס קוו מנצח, או שיש משהו חכם שגוזר קופון ואז אנחנו מקבלים אחת מן ההצעות האלה, אבל ממש לא בטוח שהיא ההצעה הטובה עבורנו, זו שמשפרת את מצבנו הנוכחי. מה שיש לנו עכשיו הוא ממש לא אופטימאלי. כולנו יודעים שיש צרות ואני שמחה לראות שהיום ההרגשה המשותפת שיש צרות משטריות היא חוצה מפלגות. נדמה לי שאין היום משהו רציני במדינת ישראל שחושב שכללי המשטר שלנו הם טובים למדינת ישראל.

באופן כללי אני מאמינה שאם אנחנו זוכרים את העקרונות של שיטת משטר נכונה, אבל גם את העיקרון הפוליטי הנכון ששינויים רדיקאליים זה דבר לא רק קשה אלא יכול להיות לא נכון, משום שכל מוסד פועל בתוך תרבות פוליטית וחברתית. אתה עוקר מוסד מהתרבות שלו, אתה בעצם מבטיח שהוא לא יוכל לתפקד. לכן מי שבאמת רוצה לעשות שינוי, צריך לעשות שינוי שמתבסס על הקיים. מאוד לא סביר שאפשר לעשות משטר חדש. אי-אפשר לעשות משטר חדש בלי לשנות את העם. לשנות את העם זה קשה ואני לא יודעת אם זה אפילו רצוי.

קודם כל, כאמור, צריך להחליט על העניין המשטרי. לאחר מכן צריך לעשות החלטה נוספת והיא האם תהיה חוקה רזה או חוקה עשירה. אני אומרת את זה מהר כי אני חושבת שישראל איבדה את האופציה לחוקה רזה. זה אולי עצוב, אבל זה נכון. חוקה רזה היא חוקה שמדברת רק על סמכויות ולא מדברת על ערכים.

ישראל איבדה את האופציה לחוקה רזה. מגילת זכויות זה ערכים. כולנו אומרים שחוקה לא יכולה להיות בלי מגילת זכויות. אמרנו מגילת זכויות, אמרנו חוקה לא רזה כי מיד אמרנו שוויון, חוק השבות וכולי. 1992 עשה מעשה, אבל 1950 לא עשה מעשה. יכולנו לעשות חוקה רזה כי לא היו הצהרות. היה סעיף 7(א) לחוק יסוד הכנסת, פסילת רשימת, אבל איכשהו אפשר היה לחיות עם זה. זה לא היה ברמה הצהרתית על דמות המדינה. ב-1992 עשינו מעשה. לא דומה ההחלטה לא להגדיר את מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או רק יהודית או רק דמוקרטית, לא דומה ההחלטה לא להגדיר אותה כך להחלטה להוציא מהחוקה את ההגדרה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. זאת אומרת, היום בעצם אין למדינת ישראל אופציה אמיתית לעשות חוקה שלא מעוררת את השאלה היסודית של הייחוד היהודי של המדינה. ברגע שאמרנו את הדבר הזה, בעצם החוקה הרזה היא אופציה תיאורטית ולא אופציה אמיתית.

מה כן אפשר לעשות כשעושים את התהליך החוקתי. אני חושבת שצריך לבדוק את הייתכנות של חוקה. אני חושבת שאגב התהליך שהיה בכנסת הקודמת - ואני בטוחה, כמו שראינו כבר כאן, אגב התהליך שהיה בכנסת הנוכחית - אם באמת אנחנו נעשה את התהליך גלוי, אמיתי, נוקב ולא נטיח את ניגודי העניינים, אם יהיה לנו דיון כזה, די מהר נציף את הבעיות. כאשר נציף את הבעיות, אז נראה אם אפשר לעשות חוקה או אי-אפשר לעשות חוקה.

הרעיון של עשיית חוקה, יכול להיות שהוא כולל גם שלב של פירוק מוקשים והשלב הזה של פירוק המוקשים קשור לשני דברים יסודיים, כאשר אחד מהם הוא נושא מגילת הזכויות. אמרתי, וכולנו מסכימים, שצריכה להיות מגילת זכויות. אנחנו אומרים יותר מזה. כולנו מסכימים באופן עמוק שמגילת זכויות היא מסוג החומרים שאמורים להיות הגבלת תוכנית גם על כוחו של המחוקק. זאת אומרת, זכויות אדם אינן נובעות רק מן ההסכמה של הציבור. מקור התוקף של זכויות אדם איננו ההחלטה של רוב הציבור בישראל או בכל מדינה אחרת. יש לזכויות אדם את התפקיד הזה גם במשפט הבינלאומי וגם בחשיבה ההגותית.

אז מתעוררת שאלה. מכיוון שזכויות אדם בעצם יכולות להתרחב מאוד, כל מדיניות יכולה להיות מיוצגת כעניין של פגיעה בזכויות אדם, מתעוררת במגילת זכויות אדם הבעיה באופן מאוד מאוד נוקשה, הבעיה של עליונות החוקה וזהות האוכף והפרשן. מה זה שוויון, האם החוק מתיישב עם שוויון, האם יש זכות לשוויון כלכלי וחברתי, מה זה אומר לגבי החירות של המדינה לעשות מדיניות כזו או אחרת, מה בדבר מדיניות הגירה? כל הדברים האלה הופכים שאלות יסודיות של מדינת ישראל ובדיון החוקתי אחת מהשאלות היא מי יכריע בסוף. חוקה נוקשה תיתן חלק גדול מהכוחות האלה לאיזשהו גוף שמפרש לא רק את החוקה, שאנחנו כבר יודעים שהוא גוף שמפחיד אותנו.

יכול להיות שאנחנו יכולים לעשות לנו כאן הקלה. אנחנו יודעים, כמו ששמענו כאן גם מחבר הכנסת בן-ששון וגם ממיכאל איתן, שאת חלק מהמוקשים אנחנו כבר מכירים כי אלה לא מוקשים חדשים. למשל, הנושא הזה של המונופול הדתי על נישואין וגירושין שאנחנו יודעים שהוא מוקש. אנחנו יודעים שהוא מוקש שבחלקו הוא אמיתי ובחלקו הוא לא אמיתי. אנחנו יודעים שזה מוקש שבחלקו הוא עניין של סמלים והיהודיות של המדינה, אבל בעיקרו הוא ויכוח חצי סמלי על עמדות כוח. אנחנו כולנו יכולים לעשות לעצמנו טובה - אם היום לא בשל מהלך חוקתי שלם - ולפרק את המוקש הזה כי אם נפרק את המוקש של המונופול הדתי - לא רק היהודי ולא רק האורתודוקסי הדתי על נישואין וגירושין - אנחנו יוצרים מצב חוקי, לא חוקתי, שיקל עלינו לעשות חוקה כי הוא מוציא לנו מהדרך את אחד הדברים שהיום הם מוקשים לא אמיתיים של חוקה.

העניין המשטרי לדעתי הוא מוקש אחר. צריך לעשות מהלך כולל ולתקן את הדורש תיקון בנושא המשטרי ולעבוד על זה באופן רציני ולא לשלוף. אי-אפשר לשלוף מן המותר. עשינו את זה פעם אחת וכולנו ראינו שזה היה יותר גרוע מאשר היה קודם. אם אנחנו רוצים לעשות תיקון משטרי, אנחנו מוכרחים לעשות אותו בזהירות מירבית. אם אנחנו רוצים לעשות תיקון משטרי ואין לנו מהלך חוקתי, כדאי לנו לדון בתיקון המשטרי בלי החרב המתהפכת הזאת של התיקון של החוקה כולה. יהיה יותר קל להסכים על איך נעשה לנו איזון נכון בין ממשלה חזקה, אפקטיבית אבל מוגבלת, בית מחוקקים הרבה יותר טוב, הרבה יותר חזק, עם חברי כנסת יותר איכותיים שעומד על זכויותיו, ובית-משפט עצמאי, חזק ובלתי תלוי שנותן לנו אימפוט לתוך השלישייה הזאת. זה קריטי לנו. את זה אנחנו יכולים לעשות בלי לעשות מהלך חוקתי שלם.

המצב הקיים מבחינה חוקתית הוא לא טוב. נכון שאין ואקום אבל יש עמימות. יש כאלה שחושבים שהמצב הקיים הוא מצוין מפני שהוא מאפשר את המשך הנגיסה הזוחלת לכיוון שבסופו של דבר הוא טוב. המחיר שכולנו אזרחי המדינה וכל הרשויות משלמים על העמימות הזאת, לדעתי המחיר הוא בלתי נסבל. זילות הכנסת, שלא מצליחה לעמוד על מקומה ולעשות את מה שצריך לעשות על-מנת לשמור על מעמדה, הממשלה, שסובלת משתי הרעות יחד, כאשר היא יותר מדי חזקה, פחות מדי מוגבלת והיא פחות מדי אפקטיבית - בשני הדברים יחד, לא יכול להיות דבר הרבה יותר גרוע - ובית-משפט, ואני לא אומר זאת שוב, אבל אני חושבת שהוא נגרר לתוך מצב שבו הוא רואה את עצמו כמי שצריך לתקן דברים שראויים לתיקון אבל שממש ממש לא ברור שבית-המשפט הוא הגוף הנכון לתקן אותם.

זה מצב שכאשר הוא מתמשך, כל הזמן הוא יוצר רעש במערכת. הוא לא מאפשר לנו לעשות את מה שאנחנו צריכים לעשות והוא לשלב ידיים, לגייס את הכוחות שלנו לדברים אותם אנחנו מסכימים שאנחנו רוצים לעשות.

השאלה האחרונה של חוקה, ולא רק של חוקה אלא גם של תיקונים עליהם אני מדברת עכשיו, האם אנחנו, החברה בישראל והנציגים שלנו בכנסת, האם יש להם את המנהיגות, החזון, המעוף והאחריות הנדרשים כדי להתעלות בעניין של התהליך החוקתי, ולא בהכרח חוקה שלמה. התהליך, התיקונים החוקתיים יכולים להיות במסגרת חוקה שלמה ויכולים להיות גם אחרת. האם הם יכולים להתעלות ולהתעלם מאינטרסים קבוצתיים שהם חשובים והם לגיטימיים, והתפקיד של חברי הכנסת הוא גם לייצג אותם, אבל כשאנחנו יוצרים את הדירוג הזה בין מסגרת כללים שמשרתת את כולנו לבין ההישגים של הקבוצה שלי, כל אחד מכם חייב לדעת שהוא מייצג את הסקטור שלו והוא אזרח במדינת ישראל. יש לנו במדינת ישראל דרישה וציפייה שתהיה לנו מערכת שלטון תקינה, יעילה והוגנת, ואנחנו רוצים שחברי הכנסת יראו שהם יכולים לעשות זאת. דרך אגב, הם לא צריכים לעשות את זה בעצמם אלא הם יכולים להסמיך גופים שיעשו את העבודה עבורם כי הם מאוד עסוקים ויש להם הרבה דברים אחרים חשובים לעשות. יכול להיות שזה פתרון, אבל זו אופציה אחרת. הם מוכרחים לקבל אחריות על כך שהם יזמו מהלך שבטוח

הקצר יכול להיראות כפוגע בהם, אבל בטווח הארוך הוא טוב לכולנו. אני מאמינה שאם טוב לכולנו, טוב גם לכל אחד מאתנו.

אנחנו רבים על שני דברים. גם על איך לחלק את העוגה, אבל גם ובעיקר על איך לעשות את העוגה יותר גדולה. יותר גדולה זה לא רק בכסף, זה לא רק בביטחון, אלא זה גם בערכים, גם בתקינות, גם במנהל תקין, ולחברי הכנסת יש תפקיד כפול: הם משרתים את האינטרס של הבוחרים שלהם, את האידיאולוגיה הפרטיקולארית שלהם, אבל הם גם משרתים את הצורך של כולנו בזה שתהיה לנו שיטת משטר יציבה, יעילה, מוגבלת, מרוסנת, צודקת ואשר תשקף את הייחוד הערכי של המדינה הזאת.

#### ראובן ריבלין:

פרופסור גביזון, אני רוצה לומר לך שאין חכם כבעל הניסיון. הכנסת שחוקקה את חוק הבחירה הישירה תיזהר מאוד כאשר היא תצטרך לברור מבין אופציות איזושהי אופציה רק כדי להראות שהיא בחרה באופציה עקב איזושהי רעה שהתרגשה על המדינה וקיבלה בחופזה פתרון שאינו ראוי.

לאחר שמיעת דברייך וקריאת חלק ממסמך גביזון שנמצא בפנינו הייתי רוצה לתהות ולשאול האם את ממליצה בפנינו, מתוך הבנה של הקושי בהגעה לחוקה שלמה, לקבוע את כללי המשחק ואת האיזון בין הרשויות השונות על-ידי הקדמה של חקיקת חוק יסודות השפיטה.

אחת מן הבעיות הרציניות ביותר שעומדות כמכשול בפני הגעה לקבלת חוקה בהסכמה היא השאלה מי הגוף אשר יפקח על הכנסת. האם יכול לקום גוף באחת משלושת הרשויות ולהכריז על מהפיכה כאשר הכרזתו היא על הפיכה, ואילו את שללת את הדברים הללו מכל וכל.

היה לי ויכוח עם חברי הטוב, יושב-ראש ועדת חוקה חוק ומשפט, ושנינו רוצים להגיע לאותה תוצאה. בכל מאודי אני חושב שהגיע הזמן, אחרי ששים שנה, שאנחנו נקיים את מצוות המייסדים ונכונן חוקה לישראל, והבעיה היא בעיה לא פשוטה. ניסיונות כבר עשינו ואנחנו לא מדינה שיכולה לסבול יותר מדי ניסיונות.

האם את ממליצה בפנינו לחוקק את חוק יסוד החקיקה אשר יקבע וייתחם לחוק השפיטה, חוק אשר יתייחס לגוף אשר יפקח על החלטות הכנסת אשר תתקבלנה לעומת החוקה? למיטב ידיעתי, כמובן שרוב חברי הכנסת חושב שבית-המשפט העליון הוא בית-המשפט היחיד שצריך לאחוז בסמכות זאת.

#### זהבה גלאון:

רציתי לשאול לגבי פירוק אחד הנושאים וזה הנושא של המונופול הדתי על נישואין וגירושין. אני תוהה איך מפרקים את המוקש הזה. הבנתי שעצם הוויכוח, חלקו אמיתי וחלקו לא אמיתי ואפשר לפרק את המוקש. אני שואלת איך מפרקים את המוקש, מה מחיר הפשרה הנדרשת, והאם זה מצדיק את זה בטווח הקצר ובטווח הארוך.

#### מתן וילנאי:

הסקירה הייתה מאלפת. אם הבנתי נכון את דברייך, הדבר העיקרי שהבאת לכאן, ומתוך היכרותי הקצרה עם המערכת הפוליטית, הוא שהפתרון שאנחנו נגיע אליו לא יהיה טוב ולכן עדיף לא להגיע אליו. בסוף הרצון לפשרה ולהסכמה רחבה, והאופי הפוליטי שלנו, יביא לדבר לא טוב. השאלה שלי היא איך נדע את זה ומה יהיו המדדים.

הזכירו כאן קודם את שינוי שיטת הבחירות ומה שקרה אתה והזכירו כאן ברמז את הצעת החוק הבלתי סבירה בנושא שינוי שיטת המשטר, והיא בלתי סבירה ולו רק בגלל הסביבה שבה היא מתקיימת, ואני לא מדבר כרגע על החוק עצמו. זה מצביע על כך שאנחנו כנראה נגיע לדבר לא טוב והשאלה איך נדע זאת, ואני לא אומר לעצור את התהליך כי האנשים היושבים כאן הם אנשים ראויים וצריך להגיע לדבר הטוב ביותר.

את אמרת, ואני מקבל את דברייך, שאם זה לא טוב, עדיף לא לעשות.

בשנות ה-50 הייתה כנראה הזדמנות לעשות חוקה רזה כי הייתה כאן חוקה ספרטנית, אחידה ומלוכדת. חלק מהיושבים כאן גדל בחברה הזאת והצעירים מכירים אותה מהסיפורים. יכול להיות שאז אפשר היה לעשות את זה מה עוד שאז הייתה מנהיגות שידעה הכול, מנהיגות שלא הייתה תחת ביקורת. בן-גוריון לא הסתיר ואמר שאותו לא מעניין מה העם חושב כי הוא יודע מה העם צריך. היום מנהיג שיאמר את המשפט הזה, אין לו זכות קיום.

הלקח שלנו הוא שאת מה שאפשר לעשות עכשיו צריך לעשות ולא לדחות כי תמיד יש נטייה לדחות דברים.

הערה נוספת שכמעט לא הייתי אומר אותה אבל מכיוון שהיא בוערת בעצמותי והיושב-ראש התייחס לנושא קודם לכן, אני חייב להעיר אותה, וזו הסוגיה של ועדת הבדיקה שהיא לא מענייננו והיא כן מענייננו.

היו"ר מנחם בן-ששון:

תניח לזה. הנושא ירד. פרופסור גביזון הצליחה לתת את דבריה בצורה אמיצה, ועשתה זאת לא רק כלפי הממשל אלא גם כלפי בית-המשפט העליון.

משה גפני:

ההרצאה שלך הייתה מרתקת אני רוצה לשאול אותך לגבי הטרמפיסטים ואני מבין שלא התכוונת אלי.

אני לא הערתי את ההערה הבאה, גם בדיונים שהתקיימו במכון לדמוקרטיה וגם בדיונים שהתקיימו כאן. יש ציבורים או נושאים שבאופן מובהק החוקה פוגעת בהם וזה עוד לפני שאנחנו מתחילים לדבר על משהו. את אמרת בצדק שיוצאת הרבה סמכות – לא יודעים עוד כמה, תלוי גם מה כמות הסמכות שיוצאת מהכנסת – לבית-המשפט העליון. אם אנחנו מדברים על המצב הנתון והפרשנות הולכת לבית-המשפט העליון, יוצאת הרבה סמכות מציבור מאוד מסוים שלא נמצא בבית-המשפט העליון אבל נמצא בכנסת. זאת אומרת, בעצם חקיקת החוקה, עוד לפני שאנחנו מדברים על מה כתוב בה, יוצאת סמכות מנושא מסוים. אני מצטער שכל הזמן אני צריך לדבר על החלק הדתי-היהודי כי הייתי מעדיף לדבר על הרבה בעיות שיש בחוקה שאינן קשורות לעניין הזה. יש דברים מוגדרים שבחקיקת החוקה מישהו נפגע מראש וזה עוד לפני שמתחילים לדבר. הוצאת סמכות מציבור או מנושא מסוים והעברת אותו למקום שם אין לו לחלוטין ייצוג, מכיוון שגם מה שיש היא לא סמכות שהיא מספקת כדי להביא את זה לידי ביטוי.

אני מקבל את מה שנאמר כאן קודם. יש את החוקה של העם היהודי ולא משנה מה שהכנסת תחליט או לא תחליט והחוקה הזו תישאר תנצח נצחים. אני חי במדינה חילונית, אני נבחר מכוח חוק חילוני, אני חבר כנסת ואני במקרה גם חרדי. זה לא רלוונטי לענייני כחבר כנסת.

זהבה גלאון:

בוודאי שזה רלוונטי.

משה גפני:

אבל אני נבחר מכוח חוק חילוני. לכן מבחינתי צריך להסתכל על חוקה באופן ריאלי ולראות האם היא טובת המדינה, היא לא טובת המדינה ומה היא הולכת לעשות. אני בעד. כשאני מתחיל את החוקה, אני כבר פוגע באותו נושא עליו דיברתי לגבי הייצוג מכיוון שהמשמעות של העניין היא שהחוקה היא חילונית. היא יכולה לא לפגוע בהלכה אבל היא חילונית. ברגע שאומרים את המילה החילונית שוויון ולא את המילה הדתית שוויון, זה מיד פוגע. זאת אומרת, זה כבר פוגע בחוקים שקיימים בכנסת. תאמר את זה חברת הכנסת גלאון ולא רק היא אלא יאמרו זאת גם אחרים. אם תוכנס המילה שוויון, המשמעות של זה היא שגם אישה יכולה להיות דיניית בבית-הדין אבל לפי ההלכה לא. המילה שוויון ביהדות היא אחרת. זאת אומרת, אני יוצא מנקודת הנחה הרבה יותר גרועה מכל אחד אחר, מכל קבוצה אחרת.

יש פה הרבה טרמפיסטים, זאת הבנתי מההרצאה שלך, אבל אני עכשיו לוקח אותי כטרמפיסט. אני טרמפיסט. אני נולדתי בארץ, אני לא חושב לעזוב את הארץ, אבל אני טרמפיסט

מכיוון שאני מגיע מנקודת מוצא הרבה יותר חלשה מכל קבוצה אחרת שתדון בחוקה ואני מדבר על הנושא המהותי ולא על הנושא האישי.

הדבר הכי גרוע שעשה לי הנשיא הקודם של בית-המשפט העליון השופט אהרן ברק כשהוא אמר לי שהוא יגן על הזכויות שלי ברגע שאני אהיה מיעוט שלא אוכל להגן עליו בכנסת. אמרתי לו שבעניין הזה הוא טועה כי המאבק שלי הוא לא על זה שמישהו יאמר לי ללכת לחלל שבת, כי לא יגידו לי את זה, כשאני מדבר על חוקה, אני לא מדבר על הזכויות שלי אלא אני מדבר על צביונה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, ועל זה הוויכוח שלי אתו.

לכן השאלה שלי היא האם אני כטרמפיסט שמגיע מתוך עמדה נחותה, האם אני צריך לקבל פריבילגיה כשמתחילים את החוקה.

#### היו"ר מנחם בן-ששון:

כיוון שחוקה אמורה להיות באיזושהי צורה תדמית ראי מאוששת, ממוסדת ומעצבת של החיים שמתנהלים על אף הקונטקסט החברתי-תרבותי שפרופסור גביזון כל כך הירבתה להדגיש אותו, השאלה שלי היא למה אנחנו צריכים להתקשות. הרי לחיות אנחנו חיים יחד עם מעט מתיחויות, את המרווחים הותרנו לעצמנו בין יחידות משנה בתוך החברה, אז לכאורה נקודת המוצא צריכה להיות כזו שלא רק אם אנחנו לא נעשה את זה, זה בראשינו וצאצאינו יכעסו עלינו ובצדק, אלא זה מתחייב מזה שנצליח למצוא את הדרך הנאותה לכך.

#### זהבה גלאון:

למה נקודת המוצא שלהם היא שיכעסו עליכם? אולי לעתים עדיף מצב נוכחי קיים, לא מושלם כפי שהוא, מאשר להגיע למצב שכמו שאמר חבר הכנסת גפני הטרמפיסטים ישלמו מחיר. זאת אומרת, אנחנו מדברים כרגע על מצב שאולי תיווצר חוקה נכה, והשאלה היא האם אנחנו רוצים שתיווצר חוקה נכה אם נלך לפירוק כל המוקשים האלה. אולי עדיף ללא חוקה וללא פשרה.

#### מיכאל איתן:

האם זה נכון לומר שמדינת ישראל נמצאת במצב שיש בה כבר משטר חוקתי שאמנם הוא כרגע לא שלם ובית-המשפט העליון, בעזרת האקטיביזם השיפוטי, מקדם את כתיבת החוקה?

#### רוברט אילטוב:

האם החוקה אמורה לפגוע בחופש הדת ובחופש הפולחן? לדעתי היא צריכה להגן עליהם.

#### רות גביזון:

אני מודה לחברי הכנסת שבשאלות שלהם הם מאפשרים לי לעשות מקצה שיפורים ולהרחיב בדברים שאני חושבת שהם מאוד מרכזיים.

יש פה כמה חוטים שזורים ואני חושבת שאחד בא לידי ביטוי בדבריו של חבר הכנסת ריבלין וחבר הכנסת איתן והוא קשור לשאלה מה צריך לעשות במצב חוקתי לא ברור. חברת הכנסת גלאון מצטרפת לאלה שאומרים – כמו חבר הכנסת ישי וחברי הכנסת הערבים - שנכון שיש אי סדר אבל אי הסדר הזה יותר טוב מכל דבר שנראה לנו שיצא מאיזושהו תהליך חוקתי. אחת מן הדרכים לצאת מאי הסדר היא חוק יסוד החקיקה שכבר כמה וכמה פעמים עולה על שולחן הדיונים, גם כתוצאה מועדה שהייתה בראשות נאמן בקואליציה הקודמת, והניסיון להגיד שנייצב את המצב החוקתי פחות או יותר ואז נראה איך להתקדם.

הבעיה של חוק יסוד החקיקה, לפחות בנוסח שהוצע, הייתה שהוא מייצב את המצב החוקתי בצורה שבאמת בעיני חלק מן הציבור היא צורה מאוד מאוד גרועה. זאת אומרת, הוא מנסה לייצב את המצב החוקתי בצורה שנותנת, לדעת חלק מן הציבור, יותר מדי כוח לבית-המשפט העליון ועושה את זה בצורה שמונעת את העמימות הקיימת ולכן את פוטנציאל התיקון. לכן זה מדגים בצורה מאוד מאוד טובה את מה שאמרתי קודם, ואני לא רוצה להפסיק להזכיר



לכם. השאלה היא לא האם אנחנו מייצבים חוקה אלא השאלה היא מה כתוב בחוקה. ההסדר פה הוא קריטי.

המצב שלנו היום, מבחינת המצב החוקתי, כמו שאמרתי קודם, בעיני הוא מצב בלתי נסבל. הוא לא ברור לפחות בשתי רמות. קודם כל, הוא לא ברור בשאלה האם יש לנו חוקה, והתשובה היא, בלי קשר למה שעשה בית-המשפט העליון, שהכנסת עצמה ב-1992 יצרה אי-סדר. נכון שבית-המשפט נכנס לדלת ויכול להיות שבית-המשפט היה יכול לומר שהוא לא יכנס לדלת, אבל בדרך כלל כשלמישהו פותחים דלת, הוא נכנס. לכן מי שפתח את הדלת לא יכול להלין. הדלת הזאת נשארה פתוחה אבל היא לא פתוחה לרווחה וזה נכון שהיום המצב לא ברור ולכן יש אפשרויות דינאמיות של נגיסה. עד היום הכיוון של הנגיסה הוא אחיד והוא אחיד לא רק וגם לא בעיקר מפני שבית-המשפט לוקח. הוא נזיל רק בכיוון אחד מפני שהחברים היושבים בחדר הזה אינם מסכימים לעשות את מה שנחוץ כדי ליצור ייצוב אחר, אולי לסגור את הדלת.

אפשר לומר שחוק יסוד החקיקה הוא אחת מן הדרכים לסגור את הדלת.

אני צריכה לדבר לא על השאלה של חוק יסוד חקיקה אלא על התוכן של החוקים. באופן עקרוני אני חושבת שמהלך של ייצוב המצב החוקתי באמצעות חוק יסוד חקיקה הוא טוב, הוא אפשרי גם בלי חוקה שלמה, אבל מכיוון שיש לנו מצב עמום, אז יש שלוש אפשרויות:

יש אפשרות להשאיר את הסטטוס קוו, ויש כאלה שרוצים את זה למרות שאני לא מתפעלת.

יש אפשרות להתיישר למטה. זאת אומרת, לומר שאין יותר לבית-המשפט סמכות לבטל חוקים. למשל, על-ידי המודל האנגלי או לומר שאנחנו לא יודעים, אנחנו שואלים ובינתיים אין לו סמכות. זה להתיישר למטה ובדרך הטבע יש הרבה מאוד אנשים שאומרים שזה דבר שלא בא בחשבון, כבר יש לנו ביקורת שיפוטית, כבר יש לנו הגנה על זכויות. זה דבר פוליטי ולא עניין חוקתי. זה לא עניין של התכנון של השיטה אלא זה עניין פוליטי. מי שלא רוצה את זה, לא רוצה את זה.

האנשים שרוצים את חוק יסוד החקיקה מציעים להתיישר למעלה. לתת לבית-המשפט את כל מה שיש לו עכשיו והרבה יותר. זאת אומרת, להכניס מנגנון של התגברות, הרבה יותר קשה ממה שיש היום, שבעצם הוא על כל חוקי היסוד פותר את הבעיה הזאת שעלתה כאן קודם של המעמד השונה, משריין את כל חוקי היסוד הקיימים בעסקת חבילה כוללת, כולל חוק יסוד ירושלים בירת ישראל, חוק יסוד הגולן וכל מיני חוקים שיש להם פרטים שאסור חוקתית-מקצועית לעגן אותם. הוא עושה דבר שהוא רע מבחינה חוקתית.

אני בעד פתרון חוקתי, אם אין לנו חוקה שלמה שתענה על השאלה הזאת, שייצב את המצב. איך ייראה הפתרון החוקתי הזה, על כך צריכה להחליט הכנסת. אני חושבת שצריך לחשוב על שני אלמנטים בפתרון החוקתי: ראשית, לא יכול להיות שהפתרון החוקתי הזה יפתור את השאלה לכיוון שאין ביקורת שיפוטית. זה לא מתקבל על הדעת, זה לא ייצוב לפני החלטה אלא זו החלטה, כך שזה לא עונה על השאלה שאנחנו מנסים להתמודד איתה.

אני הייתי הולכת לפתרון שמוריד את הרף. אני מבינה שזה דבר שקשה לעשות מבחינה פוליטית, ויכול להיות שבאמת אי אפשר לעשות את זה מבחינה פוליטית. פתרון נוסף או דרך או כלי נוסף שיש לכם בכנסת לעשות את זה הוא מה שנקרא סעיף שמירת דינים. אחד ההבדלים החשובים בין חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד חופש העיסוק הוא שרק בחוק יסוד כבוד האדם יש שמירת דינים מוחלטת. אם אתם עושים במסגרת החוק המייצב שמירת דינים מוחלטת, זה דבר שמייצב את המערכת וזה דבר טוב.

זהבה גלאון:

צריכים לבטל את שמירת הדינים.

רות גביזון:

אני מבינה את זה, אבל אי אפשר לקבל את כל מה שרוצים בעניין החוקתי.

זאת התשובה שלי לעניין חוק יסוד חקיקה. אני מצטערת אבל כל התשובות שלי כאן תהיינה מאוד מורכבות. אין פה כן או לא, אין פה שחור-לבן כי זה עסק מאוד רציני ומאוד רגיש.

ברור לגמרי שאי אפשר לעשות פתרון ביניים מייצב שהוא פתרון שמכריע בסוגיה לאורך זמן בצורה שהיא אחד הטעמים המרכזיים של חלק גדול מהציבור לא לרצות את הדבר הזה מלכתחילה. זה לא פתרון מייצב.

חברת הכנסת גלאון שאלה שאלה מרתקת, שאלה כללית של שינוי בחוק, ולא רק של שינוי בחוקה, והיא מה קורה כשיש לי מצב שברור שהוא לא טוב. מונופול דתי על נישואין וגירושין, נדמה לי שלא רק חברת הכנסת גלאון אלא רובנו בחדר הזה חושבים שזה דבר לא טוב למדינת ישראל ואני חושבת שזה כולל בלב ליבם את חברי הכנסת הדתיים ומנהיגיהם. זה מביא לזילות הדת. זה חוק רע. זה לא צריך להיות חוק מדינה. לא צריך להיות מצב שחוק מדינה כופה על אנשים לנהוג בעניינים החשובים לחייהם על-פי דת שהם לא בוחרים להיות כפופים לה. זה לא בריא. זה לא עניין של יהודיות וזה לא עניין של זכויות אדם אלא זה עניין של תבונה פוליטית. לכן אני אומרת שהמוקש הזה הוא מוקש שניתן לפרק אותו.

חלק מהבעיה שלנו בחוקה היא בדיוק הבעיה של רמת הדיון. אם אנחנו מפרשים את פירוק המוקש הזה כפגיעה אנושה באופי היהודי של המדינה, ברור לגמרי שיהיו כאלה שלא יוכלו לרדת מהעץ. אם אנחנו נגיד שנעשה איזשהו פתרון ביניים, אנשי זכויות האדם ישאלו איך יעלה על הדעת שתהיה כפייה דתית במדינת ישראל. לא יעלה על הדעת לא זה ולא זה.

אני מזכירה לכם כל הזמן שהמונופול הדתי על נישואין וגירושין הוא לא עניין יהודי אלא הוא עניין דתי שחל על כל הדתות במדינת ישראל. יש לנו פה במדינת ישראל הרבה אנשים שהם לא יהודים. יהודים שחושבים שהם מחזקים את היהודיות של המדינה לא מבינים שהם מחזקים את התיאוקרטיות של המדינה. יהודים חכמים דתיים צריכים לרצות לפרק את המוקש הזה אתמול או שלשום ולא מחר.

משה גפני:

כאן מתחיל המוקש של החוקה.

רות גביזון:

אני מציעה שנטפל בנושא הנישואין והגירושין לא ברמה החוקתית. אני מציעה שנטפל בנושא ברמת החוק.

גם ברמת החוק תהיה לנו בעיה מפני שבמדינה מתוקנת היו מבטלים את המונופול הדתי על נישואין וגירושין. כנראה שמבחינה פוליטית אנחנו לא יכולים לעשות זאת, ואם זה כך, אנחנו נעשה בעצם מימוש חוקי מכובד של המציאות הקיימת. אתם הרי יודעים שחלק גדול מאזרחי מדינת ישראל היום לא מתחתנים בנישואים דתיים אלא מוצאים כל מיני דרכים אחרות. אז אנחנו נמסד את זה, ניתן לזה בולטות ציבורית, ניתן לזה לגיטימציה. הייתי שמחה אם היינו יכולים לעשות חוק נישואים אזרחיים אבל אני מקבלת את זה שיש לנו אילוצים פוליטיים ואנחנו כנראה לא יכולים לעשות את זה.

זו בעיה ויש לה מחיר. המחיר הוא שאני לפחות על פני החוק לא מבטלת את המונופול על נישואין וגירושין כי אני יוצרת שתי רמות של קשר. יש רמת קשר אחת שהיא נישואין וגירושין שהיא כולה דתית, ויש רמה אחרת של קשר שהיא ברית זוגיות, ואני נותנת איזושהי אינדיקציה שברית זוגיות זה פחות מנישואין. זו בעיה ואני לא מאושרת מזה. הייתי שמחה אם הייתי יכולה לעשות את זה אחרת.

כאן אני רוצה לומר משהו עלינו כתברה. בואו נניח שאנחנו מצליחים לעשות את זה, שמועצת גדולי התורה מבינה שלא פגענו בקדושת הנישואין ואנחנו אז כתברה אזרחית, אנחנו האנשים הלא דתיים – כי לדתיים אין ברירה בעצם - הולכים לחוק שכן אפשר להעביר אותו, חוק ברית זוגיות, אז אנחנו החברה האזרחית, כשאנחנו מתחתנים, אנחנו יכולים להגיד שאתם לא נותנים לגיטימציה לברית זוגיות אלא רק לנישואין, ואז לכן כולנו הולכים לברית זוגיות ולא מתחתנים. אנחנו ניצור מבחינה חברתית לגיטימציה לברית זוגיות. אנחנו ניתן לדתיים מה שצריך לתת להם, את חופש הדת שלהם. אם הם רוצים מונופול על המוסד של ברית נישואין דתית, ניתן

להם, אבל אנחנו נאמר שאנחנו במדינת ישראל אומרים שברית זוגיות היא מבחינת הקשר, מבחינת האינטימיות, מבחינת ההתחייבות, זה לא פחות מנישואין.

זה לא מושלם, אבל את שואלת אותי האם זה שווה את המחיר, והתשובה שלי היא חד-משמעית. כשאת משחררת אנרגיות חברתיות שנותנות לערכים החוקתיים נפח, את משחררת אנרגיות שמאפשרות לנו להיות חברה חופשית וסובלנית ומקבלת את האילוצים שלה. יש לנו אילוצים דתיים ולא רק יהודיים. אם תקיימו פעם את הדיון הזה עם חלק מהנציגים של התנועה האיסלאמיסטית ותעלו בפניהם את האפשרות שניצור פה נישואין אזרחיים, אתם תראו התנגדות עמוקה, גם דתית וגם לאומית וזה טבעי לגמרי. אז כן, יש את הבעיה והתשובה שלי היא חד-משמעית ואני אומרת שזה שווה מאוד מאוד מאוד.

לטעמי שווה מאוד לעשות הבחנה בין בעיות אמיתיות לבין בעיות סמליות.

אני אביא את הדוגמה בגינה תוקפים אותי והמדובר בנישואין בין בני אותו מין. אני בעד שמערכת המשפט במדינת ישראל תעשה הכול כדי לאפשר לזוגות בני אותו מין לחיות חיים שלמים, מסודרים, מוגנים, עם כל האפשרויות לאמץ וכל הדברים שחשובים לאיכות החיים של האנשים האלה. אין לי סימפטיה לדרישה הקרדינאלית שהדבר הזה יוכר כנישואין שווי מעמד ומשמעות לנישואין רגילים, לא מפני שיש לי איזו תפיסה אסנציאלית של נישואין שזה לא אותו הדבר, אלא שוב, מבחינת הרגישויות הפוליטיות והחברתיות. זה עניין של זמן. יש כאלה שאומרים שאם הם לא יקבלו הכרה וזכות שהם יכולים להתחתן כמו כל אחד אחר, אז לא נעשה שום רפורמה ואתם אויבים שלנו, אני רואה את הדבר הזה כסיסמה שלא מקדמת אותנו אלא פוגעת בנו כחברה. אני גם חושבת שזה פוגע קצת באנשים האלה עצמם כי בסך הכול נדמה לי שרובם לא רוצים להיות דון קישוטים אלא הם רוצים להיות חלק מהחברה שלנו. אני חושבת שכדי להיות חלק מהחברה שלנו הם צריכים להראות גם קצת רגישות למרכיבים אחרים של החברה.

חבר הכנסת וילנאי שאל הרבה שאלות ואמר הרבה דברים שחלקם היסטוריים. אני לא לגמרי יודעת מה נובע מכל הדבר הזה. יכול להיות שאתה צודק, וברגעים מסוימים אני שותפה להרגשה שברמה החוקתית מה שנעשה יהיה לא טוב ולכן לא כדאי לעשות פתרונות של תת-חוקה. זה מתחבר לדברים כמו העניין הזה של הפתרון המשטרי. אני חושבת שהבעיה המשטרית היא בעיה מאוד אמיתית. דרך אגב, הבעיה המשטרית קשורה גם לבית-המשפט והיא כוללת את כל הרשויות.

אתם שואלים איך אפשר לעשות את זה יותר טוב והתשובה היא כפולה. קודם כל, מבחינה מהותית יש דברים שחשוב לחשוב עליהם. יש הרבה ניסיון עם תכנון חוקתי. יש טעויות שלא צריך לעשות. יש טעויות שאולי אי-אפשר לא לעשות, אבל יש טעויות שלא צריך לעשות. אנחנו בדרך כלל עושים את כל הטעויות האפשריות. למשל, אחד הדברים הגרועים ביותר אצלנו הוא שאנחנו מאוד טובים בשלוף ובמחטפים. אתם יודעים שהיום את חוקי היסוד אפשר להעביר בשלושה נגד אחד ומבחינה הזאת זה טוב שיהיה חוק יסוד חקיקה. לא ניתן לתרבות המחטפים לנצח, גם כשהמחטף משרת אותנו כי מחטף בדרך כלל הוא דבר שלא חשבו עליו עד הסוף. אין דבר כמו אור השמש והדיון הציבורי. צריך להציג בצורה מסודרת לא רק פתרון אחד.

אם ניקח לדוגמה את הבחירה הישירה, הרי שהבחירה הישירה לא הייתה רעיון רע, העיקרון לא היה רע ואנחנו רואים אותו עכשיו חוזר עם ההצעות הנשיאותיות האלה, אבל הבעיה בהצעת חוק הבחירה הישירה ובחלק גדול מההצעות שעכשיו עולות חדשות לבקרים זה לא שמישהו ניסה לעשות מה שעשו בפילדלפיה, לבנות מערכת ממשל עם מערכת שלמה של איזונים ובלמים, כפי שצריך לעשות חוקה. איך עושים את זה בתנאים שלנו, זו בעיה מאוד מאוד גדולה. יכול להיות שבתנאים שלנו הזהירות צריכה לא לעשות כלום, אבל לא בטוח. אני לא יודעת ואני לא רוצה להיכנס לרמה הזאת של פרטים.

אני רוצה להתייחס לדבריו של חבר הכנסת גפני, ולמה שלא אמר חבר הכנסת עזמי בשארה, כי אני חושבת שיש פה בעיה. אני רוצה להסביר את העניין הזה של הטרמפיסטים. אני חושבת שאחד הדברים החשובים ביותר בהצלחה בעשיית חוקה הוא להפסיק לרמות את עצמנו. יש כאלה שאומרים שחוקה זה הדבר הנפלא ביותר בעולם, זה טוב לכולנו, כל מי שמתנגד הוא אינטרסנט, הוא בדלן, רוצה וטו, והוא האויב שלי כי חוקה זה קידמה. לא. יש פה אינטרסים מאוד עמוקים. כאשר מפלגה קטנה אומרת שהיא לא רוצה אחוז חסימה של 10 אחוזים, היא אומרת את הדבר הלגיטימי ביותר שיש. היא אומרת שלא יעשו אותה כללי משחק וכי היא לא תשתף ולא תשב שקטה כשיעבירו את כללי המשחק שהם אולי נפלאים לחברה בישראל אבל מחסלים אותה.

צריך להודות בגילוי לב שיש כאן עניין של אינטרסים.

אני חושבת שאחד מן הדברים שכל הזמן הם ברקע התהליך הזה הוא שבתוך החברה הישראלית, אחת הבעיות הייחודיות שלה היא שיש שתי קבוצות, בגדלים לא כל כך מזעריים, שהן במידה מסוימת מנוכרות לחברה הישראלית ולא תוס שלה. אי-אפשר להתחמק מהדבר הזה. זה נכון שאם אני אומרת, ואני אומרת ואני אמרתי בפרק העקרונות, שסביר להניח שאי-אפשר לעשות מהלך חוקתי בישראל בלי לעגן בחוקה את העובדה שמדינת ישראל היא מדינה יהודית, ולהמשיך להתווכח בתוך החוקה על מה זה אומר בדיוק, ברור לי לגמרי שחברי הכנסת הערבים והארגונים הערביים מוצאים את הדבר הזה לא רק קשה ביותר אלא כמעט בלתי קביל. זו בעיה אמיתית. השאלה היא לא האם זה בעיה אמיתית כי זו בעיה אמיתית והיא תימשך ואי-אפשר להתכחש לה. השאלה הרצינית שאני חושבת שהיא עומדת גם לפתחם של חברי הכנסת הערביים והארגונים הערביים היא לא האם זה פוגע בהם כי מדינת ישראל מגדירה את עצמה כמדינה יהודית – התשובה היא כן. או האם זה פוגע בהם שמדינת ישראל מגדירה את עצמה כמדינה חילונית – גם כאן התשובה היא כן.

בדרך כלל מי שרוצה חוקה אלה הם המיעוטים. הנשיא בדימוס ברק אמר נכון מבחינה מבנית שחוקה ובית-משפט בדרך כלל יותר טובים למיעוטים, וזה אכן נכון מבחינת המיעוט הערבי. גם המיעוט הערבי כמו בן סובל מן העובדה שבית-משפט יכול מקסימום לבטל מדיניות אבל הוא לא יכול לעשות מדיניות והמדיניות נקבעת על-ידי הרוב, או על-ידי הממשלה או על-ידי הכנסת, אבל המצב שלכם מבחינה פוליטית שונה לחלוטין ולכן גם הוויתור שלכם הוא יותר גדול, משום שאתם מצליחים להשיג יותר בתוך המערכת הפוליטית.

משה גפני :

אני משיג פחות, אבל בבית-המשפט אני לא אשיג כלום.

רות גביון :

יכול להיות.

כל מה שאני רוצה לומר הוא באופן מתודולוגי, וזה חוזר לשאלה של יושב-ראש הוועדה. אומר פרופ' בן-ששון למה לנו להגיע להסכמות כי אנחנו הרי חיים ביחד די הרבה שנים. כולנו יושבים כאן ומחייכים וזה כולל גם את הטרימפיסטים שיש להם בעיה אמיתית של בידול וזכות לתרבות, ובמדינת ישראל הם לא מקבלים את כל מה שהם רוצים ואין להם שוויון מלא, אבל יש להם מידה לא מעטה של עצמאות, של אוטונומיה, של חופש ביטוי וחופש התרסה. לכן אמרתי קודם שאני אופטימית כי אני חושבת שהחברה הישראלית מציעה גם לקבוצות הקצה שלה עסקה משמעותית למרות שהיא לא נותנת להם כל מה שהם רוצים. זה לא נכון שהיא דורשת לגיטימיות או שותפות ולא נותנת שום דבר. זה לא נכון, זה חלק מההטעיה שמסתובבת כאן. כשאנחנו אומרים אמת, אנחנו מודים במה לא טוב, אבל אנחנו גם מודים בזה שיש דברים טובים ואנחנו מקבלים על עצמנו שאנחנו צריכים להיות שותפים בהמשך הייצור של הדברים הטובים האלה וזה מטיל עלינו לא רק זכות לדרוש אלא גם חובה להשתתף.

מהבחינה הזאת אני חושבת שאפשר לדבר במדינת ישראל, למרות הקשיים הרבים ולמרות שצריך להודות בקשיים האלה ולא לטיח אותם, לא לומר שזכויות אדם פותרות הכול כי כולנו בעד זכויות אדם ובעד דמוקרטיה, כי לא כך הוא ויש ויכוחים על מה זה זכויות אדם, אבל מה שצריך לומר הוא שאנחנו יכולים לתת לעצמנו מערכת מאוד מאוד מורכבת שבנויה על כל מיני פשרות קטנות שבחלקן הן לא מוצהרות, וסך הכול המערכת הזאת נותנת לכל אחד מאתנו, פרטים וקבוצות, משהו משמעותי שמצדיק את זה שאנחנו, לפחות בשלב הזה, נהיה שותפים. אני לא מצפה שאף ערבי יהיה ציוני אבל אני כן מצפה שתהיה לו אמפתיה לצורך שלי להיות ציונית ולא רק להיות אזרחית במדינת ישראל. לי יש אמפתיה לקושי שאנחנו גרמנו לחברה הפלסטינית, יש לי אמפתיה גדולה לזה. יש בעיה של הסדרים, אני אלך לעשות את ההסדרים הכי טובים שאפשר מבלי שאני איעלם מכאן, אבל אני רוצה שלמיעוט הערבי תהיה לא רק נכונות לשמור על החוק כי אני חזקה אלא גם אמפתיה לצורך שלי לעשות בדיוק את מה שהוא רוצה, להיות עצמאית וחופשית בחלק ממולדתי ההיסטורית. אני רוצה שתהיה לו אמפתיה לזה, אני דורשת את זה ואני חושבת שזה לגיטימי שאני אדרוש את זה.

אותו הדבר עם החרדים. אני חושבת שבמדינת ישראל לא הכול מושלם ויש בעיה, אבל מה שמדינת ישראל מציעה להם הוא דבר שאף מדינה אחרת לא הייתה מציעה להם וזה מחייב אותם לא רק לקחת את מה שמדינת ישראל מאפשרת, וטוב שהיא מאפשרת, אלא גם להעמיק את תחושת השותפות שלהם למפעל הזה ולעשות כדי שהמפעל הזה יתחזק וישגשג.

בסיום האופטימי הזה אני מברכת אתכם ומאחלת לכם ולנו שהמהלך הזה יניב לא חוקה שלמה אלא שיפורים משמעותיים ביכולת שלנו לזהות איך אנחנו יחד יכולים להחליט על מסגרת שתשפר את היכולת שלנו לפעול יותר נכון ולתת יותר נכון, יותר טוב, יותר בנדיבות ופחות באיום לכל הקבוצות שבתוכנו שאינן קבוצות שיכולות להזדהות אתנו באופן עמוק.

**הליך קבלת חוקה ותיקונה****היו"ר מנחם בן-ששון:**

פרופסור קלוד קליין שיושב על הקתדרה של אדווין גודמן במשפט ציבורי ותחומי ההתמחות שלו הם תיאוריה תחוקתית ומשפט משווה מוכר לנו כמי שמפענח נעלמים כשאנחנו נתקעים לא פעם בתסבוכות פוליטיות. הוא גם מכיר את הממסד היכרות ישירה משום שהוא גם היה ממסד עת משנת 1978 עד 1981 היה דיקן בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, הוא היה דיקן ודמות מרכזית במכללה למנהל, בבית-הספר למשפטים, בשנת 1997 עד 1999.

אם מישהו צריך לתת לנו תמונת אופק לסוגיית הליך קבלת חוקה ותיקונה, לא רק כיצד אנחנו צריכים לנהוג אלא גם כיצד נוהג העולם, זהו פרופסור קליין שאת דבריו שומעים באוניברסיטאות העולם הדוברות אנגלית, צרפתית, וכאלה שגם שומעות אותו דובר עברית.

**קלוד קליין:**

עשיתי לי נוהג להתחיל כל הרצאה שלי בנושאים הקונסטטוציוניים הישראלים באותו משפט וכך אעשה גם היום. כל הסוגיות המתעוררות במשפט הישראלי הן סוגיות שמתעוררות גם במקומות אחרים. בארץ לעתים חושבים שכל מה שקיים כאן לא קיים ולא היה קיים במקום אחר בעולם, אבל זה לא נכון. הרבה מן הסוגיות שמתעוררות כאן, יש להן דוגמאות ואפשר ללמוד ממה שקרה במקומות אחרים.

דווקא בהמשך לדבריה של פרופסור רות גביזון, אני רוצה להמשיך בקביעה שאולי היא מוזרה אבל לדעתי היא חשובה. כל חוקה, מקורה בחטא. הייתי אומר זאת משתי סיבות, אחת פוליטית ואחת יותר משפטית.

אימתי נוצר הצורך לכוון חוקה חדשה. בעיקר בשני מצבים שונים: כאשר מוקמת מדינה חדשה, בעיקר כשאינן רצף עם השלטון שהיה קיים קודם, או לאחר מהפיכה. כלומר, המשטר החדש שרוצה לקום ולתת לעצמו חוקה, הוא רוצה לבנות משהו כנגד מה שהיה קיים קודם ואין שום בסיס משפטי. יש אולי בסיס פוליטי אבל אין בסיס משפטי והוא צריך לבנות את אותו בסיס משפטי.

לחבר גפני הייתי אומר שכאשר החוקות החלו במאה ה-18, החוקה הייתה בעיקר מרד נגד אלוהים. מאותו רגע שבני האדם אמרו שהם מסוגלים לתת לעצמם חוקה והם לא צריכים חוקה שבאה אליהם מלמעלה.

הקביעה הזאת היא לא כל כך חשובה אבל יש לה השלכה כפי שאני אנסה להראות בעוד מספר דקות לגבי התיאוריה של תיקונים לחוקה. אם החוקה באה מלמעלה – אין לשנותה, אלא רק אולי לפרשה. אם החוקה באה מלמטה – בני אדם יכולים לומר שהם יכולים לשנות אותה, ולומר שם הם חכמים, הם יקבעו מראש טכניקות על-מנת לשנות אותה. הקביעה הזאת היא כמובן מאוד חשובה.

איך מקבלים חוקה. אם אנחנו יוצאים מתוך ההנחה שבאמת יש החלטה, והמילה הזאת היא מאוד חשובה, לקבל חוקה מכיוון שיש צורך לקבל חוקה, ההחלטה הזאת טומנת בחובה את כל הלגיטימיות האפשרית של אותה חוקה.

היום בעולם יש דוגמאות של חוקות שספק אם הן לגיטימיות, ואני לא מדבר על מדינות שהן כמובן מדינות העולם השלישי או מדינות בהן היו הפיכות. אתן לכם דוגמה של מדינה שהיא אולי אחת המפותחות והדמוקרטיות ביותר בעולם והיא קנדה. כולנו בישראל חיים על הצ'רטר הקנדי. בית-המשפט העליון שלנו כמעט אימץ את הצ'רטר הקנדי לאחר 1981-1982.

**מיכאל איתן:**

ועדת החוקה הייתה בקנדה והיא מודעת לנושא הזה.

קלוד קליין:

אני חושב שאתה יודע שדוברי הצרפתית בקנדה לא מקבלים את הלגיטימיות של הצ'רטר הזה מכיוון שמלכתחילה כשהם היו שותפים לדיון, בעצם הם התנגדו. הם כל כך התנגדו שהם לא היו טרמפיסטים אלא הם פשוט דרשו מן הדיונים.

מיכאל איתן:

הם קיבלו החלטה כוללנית לגבי הסתייגות מכל הסעיפים הנוגעים לצ'רטר.

קלוד קליין:

ראש-הממשלה של מחוז קוויבק פרש, החזירו אותו ופתאום באמצע הלילה כינסו את כל ראשי-הממשלה ולא זימנו אותו אלא בבוקר אמרו לו שהם ישבו וקיבלו חוקה חדשה, ומאז זו החוקה של קנדה. זאת בעצם לא החוקה אלא זה הצ'רטר, אבל זה המסמך העיקרי.

בזה רציתי לומר שהבעיה של הלגיטימיות על החוקה על עצם קיומה של החוקה ומחויבותה היא לא בעיה ישראלית מיוחדת.

יחד עם זאת, הכול מתחיל בהחלטה. אצל קרל שמידט יש תיאוריה על החלטה. אקרמן, שהוא אחד המומחים הגדולים היום, אומר שהחלטה זה המומנט הקונסטיטוציוני. אנחנו יוצאים מתוך הנחה שיש מומנט קונסטיטוציוני ושבעצם צריך לתפוס אותו. זה נאמר היום גם על-ידי רות גבזון ונדמה לי שגם על-ידי מתן וילנאי שהזכירו שב-1950, למרות שהייתה החלטה לא לקבל חוקה, זה היה אפשרי. זה היה אפשרי כי היה מומנט ובמומנט הזה, בחטא כן אפשר היה להעביר, אבל זה לא נעשה והשאלה היא האם אנחנו היום יכולים להחזיר את הגלגל וזו כבר כמובן שאלה אחרת.

מה עושים בדרך כלל כאשר מתעורר אותו צורך לקבל חוקה. ההחלטה טומנת בחובה קודם כל את התשובה לשאלה הבאה: מי יהיה הגוף המוסמך לנסח את החוקה. ההחלטה השנייה היא מי יהיה הגוף המוסמך לאשר – או כפי שהאמריקאים אמרו, לאשר – את החוקה.

אני רוצה לקחת דוגמה מאוד פשוטה וקלאסית מגרמניה ב-1919. זה התחיל בחטא. הייתה מהפיכה, האימפריה הקיסרית נפלה ופשוט הוחלט שהאסיפה שתיבחר תהיה אסיפה מכוונת, היא האסיפה המפורסמת שהתכנסה בעיר ויימר, ומכאן השם רפובליקת ויימר, והוחלט גם שהאסיפה הזאת היא זו שתנסח את החוקה ושהיא זו שגם תאשר אותה. הדבר האחרון שרצו בגרמניה ב-1919 זה משאל עם. יחד עם זאת, הניסיון של היום מלמד שאין כמעט יותר דוגמאות, בעיקר לאחר מלחמת העולם השנייה – פה ושם אפשר למצוא, ואני אתייחס לכך בהמשך – של מדינות דמוקרטיות מתקדמות שמקבלות חוקה ללא משאל עם. משאל העם הוא השלב האחרון של הליך קבלת החוקה אבל הוא לא חייב להיות אלא זה פשוט נותן יותר לגיטימציה לכל ההליך ואנחנו רואים את זה מ-1945 ברוב המדינות באירופה שקיבלו חוקות, כלומר, מדינות דמוקרטיות כמו צרפת, איטליה ועוד מקומות מן הסוג הזה.

ישראל הראל:

משאל העם מחייב?

קלוד קליין:

כן. משאל העם מחייב.

בצרפת יש דוגמה מאלפת אחת. ב-1946 העם לא קיבל את הצעת החוקה אלא דחה אותה, ואז היה צריך לבחור באסיפה מכוונת נוספת והיא הציגה הצעת חוקה חדשה והעם כן קיבל אותה. חוץ מאנגליה, שם כמובן אין חוקה, שפיתחה את התיאוריה שיש משאל עם שתיאורטית איננו מחייב, לרוב משאל עם הוא מחייב. אגב, החוקה הגרמנית של היום, של 1949, גם כן לא עברה במשאל עם ועד היום יש אנשים שטוענים שיש בה חוסר לגיטימיות.

ובכן, זה המודל המקובל היום בעולם. כלומר, אסיפה מכוונת, אסיפה שברור שיש לה את הסמכות המכוונת שהיא באה משום דבר. אני הראשון שאודה שהסמכות המכוונת באה משום

מקום. כלומר, היא אקסיומה. זו בנייה אינטלקטואלית. אנחנו לא יכולים לומר שהסמכות המכוננת באה ממקום מסוים. החוקה, זה כבר נאמר על-ידי הוגי דעות במאה ה-18 בצרפת, מניחה סמכות שנותנת את החוקה והבה נקרא לסמכות הזו סמכות מכוננת, אבל אנחנו לא יכולים לומר שהיא באה מאיזשהו מקום. ההתחלה היא תמיד שרירותית.

אני רוצה להגיע לחלק השני והוא החלק הדין בתיקונים.

היו"ר מנחם בן-ששון:

בחוק המדינה אין לנו היום איזושהי מסגרת שנקראת משאל עם.

קלוד קליין:

לא. אין.

היו"ר מנחם בן-ששון:

איך יוצרים מצב שבו משאל העם יהיה חד-פעמי רק לעניין החוקה ולא יהיה למסורת.

קלוד קליין:

לדעתי יש תשובה פשוטה. פרופסור אקצין כבר כתב את זה בזמנו. בהנחה שהכנסת תתקדם לקראת קבלת חוקה, חוק יסוד, החוקה, זה יתחיל במשפט האומר כל חוקי היסוד, 12 או 13 חוקי יסוד, אלה מהווים את החוקה וההצעה הזאת תובא לאישור משאל עם, לאחר אישור הכנסת, ואז יהיה ברור שזה רק למקרה הזה. כמובן אי-אפשר לומר שמבחינה פוליטית אנשים יראו כי טוב ויחזרו ויבקשו משאלי עם בעניינים אחרים.

לגבי התיקונים. נדמה לי שכאן יש דברים מאוד מעניינים שניתן ללמוד גם מהתיאוריה וגם מהמשפט ההשוואתי. כפי שרמזתי קודם, הכול התחיל כבר במאה ה-18 ברעיון שאם באמת החוקה נעשתה על-ידי בני אדם, היא אף פעם לא תהיה מושלמת ואנחנו צריכים לאפשר תיקונים אפשריים. כל התורה כולה היא כיצד ייעשו התיקונים האלה, ואני אוסיף בסוף דבר שלא מספיק ניתנה הדעת עליו במדינת ישראל, משהו לגמרי חדש במשפט הקונסטיטוציוני ההשוואתי, וזה סעיפים בחוקה שלא ניתנים כלל לשינוי. זה אחד הדברים המאוד חדישים שקיים היום.

אתחיל קודם כל בטכניקה של התיקונים. אסור להיתפס לרעיון המקובל בישראל שיש זהות מוחלטת - ומכאן אגב נוצרות הרבה בעיות - בין הרשות המחוקקת לבין אותה רשות שאני קראתי לה, שהתיאוריה קוראת לה, הסמכות המכוננת הנגזרת. כלומר, סמכות שהיא נגזרת מן החוקה עצמה.

במדינת ישראל התרגלנו לכך שבעצם אין שום הבדל זולת אולי ההבדל האחרון שלגבי סעיפים מסוימים יש צורך ברוב מיוחד, 61 או 80. קודם כל, אני חושב שברור שאם וכאשר נתקבל חוקה, היה עדיף להגיע לאחידות לגבי ההגנה של חוקי היסוד והסעיפים השונים. זה דבר מאוד מאוד מסובך ללכת ולבדוק אם חוק יסוד זה או סעיף זה מוגן ב-61 והוא מוגן ב-75.

הרוב הדרוש הוא לא הדבר היחיד. בהצעה שהוועדה הכינה, ונדמה לי שגם המכון לדמוקרטיה, היו הגנות נוספות ואני תומך בהגנות האלה, המופיעות בהרבה מדינות אחרות בעולם. ראשית, לדרוש פרק זמן מסוים בין הגשה של הבקשה או של ההצעה לתקן את החוקה לבין הביצוע. הגדילו לעשות הבלגים שכבר ב-1815 - וזה עדיין קיים - הנהיגו דרישה כזאת. אם הפרלמנט שהוא המוסמך לתקן את החוקה ברוב מסוים רוצה לתקן את החוקה, ינסח את ההצעה, יתפזר ורק הפרלמנט שנבחר לאחר מכן הוא זה שיכול לאשר את התיקון באופן סופי. זה פועל וזה פעל בבלגיה. אל תחשבו שבבלגיה אין בעיות כי שם יש בעיות חמורות מאוד של יחסים בין שתי הקבוצות העיקריות, דוברי הצרפתית ודוברי הולנדית, עד כדי כך שהיום אפילו יש הנחה של הרבה אנשים שבבלגיה עומדת בפני היפרדות לשתי מדינות. הדבר הזה עדיין קיים. בדרך כלל עושים את התיקונים האלה לקראת סוף הקדנציה. יש לזה יתרון מסוים כאשר הדיונים מתחממים.



היה מאוד מעניין לראות שבפסק-דין בנק המזרחי השופט ברק הבין את זה היטב והלך לראות האם בתעמולת הבחירות שבית הכנסת הראשונה, השנייה, השלישית והרביעית, דובר על החוקה. זה ללמדנו האם בעצם העם היה מודע שמעבירים גם סמכות מכוונת.

בבלגיה זה אומר כן. אם אתה יודע שיש הצעה בפרלמנט היוצא, אחד הפרקים בדיונים לפני העם זה האם העם רוצה באמת את הדבר הזה. אחת הבעיות העיקריות בבלגיה היא המעמד של בריסל, אם היא תהיה דו-לשונית. אם רוצים לשנות את זה, צריך לעשות תיקון לחוקה, ואז לפני הבחירות זה יהיה לא רק האם אתם רוצים מדיניות סוציאלית אלא האם אתם רוצים שבריסל תהיה במעמד זה או זה.

ללמדנו שאסור להיתפס רק לעניין של הרוב הדרוש. הרוב הדרוש הוא דבר חשוב, אבל לא רק הוא אלא קיים גם פרק הזמן.

כאשר שוקלים כיצד ניתן או צריך להגן על החוקה, כי בעצם זו הגנה על החוקה, יש בעיה שאני קורא לה בעיה של המינון. צריך למצוא את המינון הנכון כדי להגן על החוקה. המינון הקיים היום בישראל לגבי רוב הסעיפים הוא מינימאלי. הוא כל כך מינימאלי, שהוא כמעט מצחיק. מינון של 61, זולת סעיף 4 ש-61 הגנו עליו מאז 1958, הוא מינימאלי וקטן מדי. יחד עם זאת, מינון שהוא גבוה מאוד, הוא יכול להיות הרסני ואני רוצה לתת כאן דוגמה אחת וזאת הדוגמה של ארצות-הברית.

החוקה של ארצות-הברית היא כמובן מוגנת והיא מוגנת בצורה מאוד מאוד חזקה, עד כדי כך שהיום האמריקאים אומרים שבעצם כמעט בלתי אפשרי לתקן את החוקה. להזכירכם, החוקה תוקנה 27 פעמים ביותר מ-200 שנה, אבל עשרת התיקונים הראשונים נעשו בשנתיים הראשונות והתיקון ה-27 הוא גם כן מאותה תקופה. כלומר, סך הכול היו רק 15 תיקונים ביותר מ-200 שנים. כאשר המינון הוא נמוך, למשל בגרמניה שם המינון יחסית נמוך, שני-שלישים מתוך 49, היו כבר 45 תיקונים לחוק היסוד שאפילו לדעת הגרמנים זה גבוה מאוד.

אני לא רוצה לתת כאן נוסחת קסם, אבל אני רוצה לומר שזה נושא שצריך לתת עליו את הדעת.

אני רוצה להגיע לנקודה האחרונה שאני אישית מייחס לה חשיבות גדולה מאוד ולדבר על הסעיפים שלא ניתנים לתיקון.

הסיפור התחיל בצרפת ב-1884 אז פשוט קבעו – זה היה מיד לאחר שהרפובליקה שוב הונהגה – שלא ניתן להחזיר את המלך לצרפת, ומאז זה קיים בצרפת ובהרבה מדינות אחרות, אבל זה לא כל כך חשוב מכיוון שבעצם אין ניסיון. לאחר 1945 ראו למשל שיש אולי צורך גם להגן על הדמוקרטיה, על עקרונות מסוימים בדמוקרטיה. הראשונים שעשו את זה בצורה מאוד גבוהה היו הגרמנים מכיוון שבסעיף 79(ג) שהוא הסעיף הרלוונטי בחוק היסוד של גרמניה הם מגנים על האופי הדמוקרטי, על העקרונות המדיניים, על כל זכויות היסוד וגם על האופי הפדרלי. הגדילו לעשות ב-1975 הפורטוגזים בחוקה החדשה שלהם, כאשר יש לא פחות מ-27 נושאים שהם מוגנים, שזה האוטונומיה של הרשויות המקומיות, ההפרדה בין דת ומדינה, אוטונומיה של הרשות השופטת וכולי.

השאלה הזאת מעלה בעיה שהמשפטן צריך להבין אותה. אם אנחנו מדברים במדינת ישראל ובמדינות אחרות על הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על חוקים, באותן המדינות יש בעיה של הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על תיקונים לחוקה, ויש לנו כבר דוגמאות של מדינות בעולם כאשר בית-המשפט העליון פסל תיקון לחוקה בטענה שהתיקון לחוקה הזה הוא מנוגד לאחד הסעיפים. המדינה שעשתה הכי הרבה בעניין הזה היא מדינה שאנחנו מאוד קרובים אליה מבחינת התפיסה המשפטית וזוהי הודו. מבחינת התפיסה המשפטית והשיפוטית אנחנו מאוד קרובים, הם עשו את זה וזה עבד.

מיכאל איתן:

אם בית-המשפט יאמר שאם משנים את חוק כבוד האדם וחירותו, החוק הזה אינו הולם את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. יש לך סגירה בלי שריון טוטאלי אלא רק על-ידי פרשנות. גם שינוי חוק כבוד האדם וחירותו כחלק מהחוקה עלול להיסגר על-ידי פרשנות שאומרת שעצם השינוי אינו הולך את ערכיה של מדינת ישראל.

קלוד קליין:

הרעיון הבסיסי באמת היה הגנה על החוקה והגנה על הדמוקרטיה. כל זה בא כלקח ממה שעבר על גרמניה ועל איטליה ורצו להוסיף כל מיני גימיקים כדי להגן על החוקה. אף אחד מאתנו איננו תמים ויודע שאם באמת קבוצה מסוימת רוצה לתפוס את השלטון, היא תעשה זאת. יש איזה שלב מסוים שבו אתה אומר שיש עוד הגנה מסוימת ואני חושב שדווקא במדינת ישראל עם הבעיות שאנחנו מכירים, ויש חששות פה ושם, זה יכול לעזור להם כשיראו שיש סופר הגנה לסעיפים מסוימים.

היו"ר מנחם בן-ששון:

אתה יכול לתת גם איזון ערכי לשאלה של הגנה מוחלטת לחוקים שאתה רואה אותם כאן נחקקים בחוקה, חוקים שהיית רוצה לתת להם הגנה כזאת? מדברך ברור שאתה ממליץ לעשות חוקים מוגנים בהגנה כמו מוחלטת.

קלוד קליין:

אני הייתי אומר משהו שייראה כאילו אני אומר דבר והיפוכו, אבל לא כך הוא. אני חושב שאת האופי היהודי של המדינה ניתן להעלות לדרגה כזאת ולהגן.

היו"ר מנחם בן-ששון:

ולא את הדמוקרטיה?

קלוד קליין:

דמוקרטיה, כמובן. יחד עם זאת, הייתי מוסיף עוד משהו. אחד הרעיונות הבסיסיים לגבי למשל המעמד של המיעוט הערבי במדינת ישראל הוא קודם כל שצריך להיות מעמד כזה ושהוא יהיה מוגדר, והיום חוקתית הוא לא מוגדר. הוא מוגדר בפסיקה, מוגדר פה ושם בחוקים. ניתן להעלות על הדעת – אולי עם שיתוף של הנציגים של האוכלוסייה הערבית במדינת ישראל – שיצטרפו לניסוח כזה של חוק יסוד המיעוט הערבי במדינת ישראל ולתת לחוק יסוד כזה או לעקרונות מסוימים שבחוק יסוד כזה הגנה.

אתן דוגמה מהמשפט ההשוואתי ואומר למה הדבר דומה. למשל, בבלגיה, שם יש הגדרה חדה של הזכויות של כל קבוצה, דוברי הצרפתית ודוברי ההולנדית, אבל יש גם קבוצה מאוד קטנה הדוברת גרמנית, ושם נאמר דבר מאוד מעניין, שיש רוב בשביל לשנות את החוקה, כלומר, אתה בעצם יכול לנגוס ממה שנתת, אבל נאמר שהקבוצות המייצגות – כי שם יש קבוצות שמייצגות – הן חייבות גם להסכים לשינוי שנוגע למעמדן. מצד אחד להעלות את הרף, אבל מצד שני גם להגן על המיעוט. אני רוצה להגן על האופי היהודי ועל האופי הדמוקרטי, אבל גם להוריד מהחששות האפשריים של המיעוט וגם להגן עליו.

הגנה יכולה להיות כזו שאתה לא אומר הגנה ספציפית על סעיף כזה וכזה אלא אתה מדבר על העקרונות של המעמד. למשל, אם יש חופש ביטוי, אתה אומר שאתה יכול לגעת בחופש הביטוי אבל לא עד כדי כך שאתה יכול לבטל אותו לגמרי.

היו"ר מנחם בן-ששון:

רבותי, אם אין שאלות, אנחנו נצא להפסקה ונתכנס בשעה 15:00 להמשך יום העיון. חברי הכנסת שיצאו התנצלו והם ישובו לכאן בהמשך.

**הישיבה נפסקה ב- 14:00 ונתחדשה ב- 15:10**

היו"ר מנחם בן-ששון:

אנחנו ממשיכים בסדרת ימי העיון של ועדת חוקה חוק ומשפט בסוגיית החוקה לישראל. הוועדה עתידה לעסוק בחקיקת החוקה ובעוד כשבועיים ניכנס לסדרת ישיבות מרתוניות. המהלך הוא מהלך ארוך ומעמיק שלא יסתיים במהרה.

### החוקה מנקודת מבטו של המיעוט הערבי

היו"ר מנחם בן-ששון:

כחברי הוועדה ביקשנו ללמוד נקודות מבט שונות, מעין מבוא לדיון ולעיסוק בחוקה והמושג הנוכחי הוא מושג שעוסק בחוקה מנקודת מבטו של המיעוט הערבי. את המושג יפתח ד"ר מיכאל קרייני שהוא יושב על הקתדרה על-שם אדוארד סילבר למשפט פרוצדוראלי באוניברסיטה העברית בירושלים. ד"ר מיכאל קרייני הוא מחוקרים המבריקים הצעירים במשפט בישראל בכלל. הוא עסק בסוגיות רבות, בנושאים שקשורים לחוק בינלאומי פרטי, לחוק בינלאומי בהשלכותיו הבין-דתיות, בחוק אזרחי ובפרוצדורות אזרחיות. אני מניח שיכולנו לבלות חלק ניכר מהמושג הזה בשמיעה את עשרות מחקריו, ספריו ומידת מעורבותו בחוגים ובפעילות שעוברת הרבה מעבר לפעילות האקדמית. ד"ר קרייני הוא מרצה מבוקש ואני שמח שהצליח להתפנות, להגיע אל המושג ולהאיר את עינינו בסוגייה העוסקת בחוקה מנקודת מבטו של המיעוט הערבי.

הסוגיה כבר נדונה בכל מושב ומושג משום שהחוקה הוא מעשה משולב והשאלות העקרוניות אחוזות אחת בשנייה. עורך-דין ג'בארין שידבר אחרי ד"ר קרייני שמע אפילו לאן גלשו הדברים ואפילו שמע טרמינולוגיה מסוימת מחבר הכנסת בשארה.

מיכאל קרייני:

אני מבקש להודות לוועדה על שהזמינה אותי להרצות כאן. אני חושב שזו לא הפעם הראשונה שאני מרצה בפני הוועדה המסוימת כאשר קודם יצא לי להרצות בבית הנשיא בישיבה מיוחדת שהתקיימה שם, ויצא לי גם לדבר על הנושא של המיעוט הערבי בישראל ויחסו אל הנושא של הזכויות הקיבוציות במידה והחוקה המוצעת תבקש לכבד את הזכויות הקיבוציות של המיעוט.

האמת היא שהנושא הוא מאוד רחב. כשהכנתי את דבריי התקשיתי לקבוע את הכיוון כי אפשר ללכת בכיוונים רבים ואפשר להתמקד בלא מעט סוגיות. אני אומר את מה שתכנתי לומר ובמידה והיהו שאלות, אני אשמח ללכת בכיוון אותו תמצאו לנכון.

במשטר דמוקרטי באופן כללי חוקה נועדה לעשות שני דברים עיקריים. אני מניח ששמעתם איזושהי סקירה ואני אתחיל למעלה ולאט לאט אני ארד למטה, לנושא שלי. חוקה מסדירה את מערכות השלטון והיחס בין רשויות השלטון, וזה תפקיד אחד בולט מסורתי של מסמך שנקרא חוקה, והתפקיד השני שהוא חשוב הוא להסדיר את מקבץ הזכויות שאנחנו חושבים שהוא המקבץ שמגדיר את זכויות האדם הבסיסיות במשטר דמוקרטי.

אלה שני הנושאים העיקריים שחוקה בדרך כלל קובעת, אם לוקחים את החוקות השונות בעולם כאשר יש מידת פירוט אחת או מידת פירוט אחרת וזה כמובן עלול להשתנות.

מבחינתו של מיעוט, חוקה אידיאלית, אם אני אדבר על חוקה אידיאלית באופן כללי במנותק מהמציאות שלנו בישראל, היא חוקה שיכולה למלא שלוש פונקציות עיקריות: פונקציה אחת היא להגן על המיעוט מפני מה שאנחנו נוהגים לכנות עריצות הרוב. משטר, גם אם הוא דמוקרטי, על-פי עיקרון הרוב, וזה מוכח אמפירית ויש המון דוגמאות – הדוגמא הבולטת ביותר היא דווקא ארצות-הברית עם המשטר החוקתי הוותיק ביותר בעולם – לכך שרוב פועל כדי לשרת את האינטרסים שלו כרוב. בארצות-הברית, אף שנאמר שכל בני האדם הם שווים, עד אמצע שנות ה-50 הכרנו משטר של הפרדה בין-גזעית בתוך ארצות-הברית שאף קיבלה גושפנקה על-ידי בית-המשפט העליון בארצות-הברית. אם כך, חוקה אפקטיבית היא חוקה שמצליחה לקבוע איזון בתוך המנגנונים בין הרשויות השונות, מצליחה לקבוע כל מיני איזונים בכל מיני זכויות ומלווה את מקבץ הזכויות הבסיסיות שמבטיח למיעוט את הזכויות שלו גם כאשר יש רוב אחר שהוא בעצם שולט במוסדות של המדינה. כך חוקה צריכה לעשות, אם אני מדבר על חוקה אידיאלית.

דבר נוסף חשוב שהוא קשור נוגע לנושא של הזכויות הקיבוציות של המיעוט שהוא מאוד קשור לממד הראשון של יחסי הכוחות בין רוב למיעוט. כשאנחנו מדברים על זכויות קיבוציות של לאום, או קבוצה לאומית, או קבוצה אתנית, או קבוצה דתית במקרים מסוימים בתוך משטר קיים, נשאלת השאלה, בייחוד במשטר שמגדיר את עצמו כמשטר דמוקרטי, למה דווקא להתייחס לממד הקבוצתי ולמה לא להסתפק בזכויות שהחוקה מעניקה ליחידים בתור יחידים ולהבטיח את

הזכויות הבסיסיות דרך היחיד, ולמה צריך את הקבוצה. מדוע אנחנו צריכים להכיר בסוג מסוים של זכויות קיבוציות.

כשאני מדבר על זכויות קיבוציות אני מתכוון לזכויות המוכרות שיכולות להתחיל בקצה אחד משלטון עצמי, מאוטונומיה, כאשר הקבוצה הזו קובעת לעצמה משטר או המדינה נותנת לקבוצה אפשרות משטר לפיו היא שולטת בעניינים שלה, וזה גם יכול לנוע בין נושאים שקשורים לכל מה שקשור למיעוט, עד כדי נושאים בודדים. זה גם יכול להגיע לנושאים של תרבות כאשר ניתן להכיר במורשת של המיעוט באמצעות הקמת מוזיאונים, באמצעות הקמת מכוני מחקר, להכיר בשפה של המיעוט, גם מבחינת המיעוט עצמו וגם בספרה הציבורית הכללית בתוך המשטר.

השאלה היא למה להכיר בסוג כזה של זכויות קיבוציות. ישנה טענה בקרב מלומדים האומרת שכמשטר אני לא צריך להכיר במין כזה של זכויות קיבוציות כי אם אני אעניק את חופש ההתאגדות ליחידים, שיתאגדו ויקבעו קבוצה מה שמתאים להם כקבוצה. שוב, אפשר להסתפק על-פי הטענה הליברלית הקלאסית במתן חופש אישי אינדיבידואלי ודרך הזכויות האלה להגיע להגנה הקבוצתית.

האמת היא שיש טיעון שמגיע משני כיוונים. אני יודע שחבר הכנסת עזמי בשארה עסק בזה רבות והוא בהחלט יכול לתרום לוויכוח ואני אשמח לקבל את הערותיו. יש טיעון של הקהילתיים, ה"קומוניטריים", שבאים ואומרים שליחיד בעצם אין משמעות כיחיד אם אני מנתק אותו מהקבוצה שלו. אם אני לוקח את היחיד כישות ואני בודק מי זה היחיד, אנחנו מוצאים שהיחיד הזה הוא תערובת של זהויות שמגיעות מהקבוצה אליה הוא משתייך. יש כאלה שאפילו מתייחסים בזלזול לזכויות של היחיד ואומרים שאין דבר כזה יחיד אלא היחיד הוא חלק מישות כללית. כאדם הוא בהחלט נושא בכל מיני זכויות, אבל כל הישות שלו כיחיד יונקת את המשמעות שלה מזה שהוא שייך לקבוצה.

ראובן ריבלין:

זה הרעיון הציוני.

מיכאל קרייני:

בהקשר הזה שמעתי את הרב לאו מדבר באופן מאוד יפה על משמעות הקהילה ליחיד היהודי כיהודי.

ראובן ריבלין:

גם בזרם הסוציאליסטי וגם בזרם הרביזיוניסטי, היכולת של יהודי להתקיים כקולקטיב מאפשרת לו להתקיים כפרט.

מיכאל קרייני:

יש את הטיעון בו לפעמים מיטשטש הגבול אבל הוא קיים של מה שנקרא אנשים שהם ליברלים במוצאם או בחשיבתם והם נותנים גוון נוסף לטיעון למה אני צריך את ההגנה על הקבוצה ולא להסתפק בהגנה על היחיד מבחינתו של המיעוט. זה טיעון של הוגה הדעות קימליקה שהתחיל לכתוב בתחילת שנות ה-90 עם ההתערבות של הגישה הרב-תרבותית בעולם. הוא הלך ברמה פונקציונאלית ואמר שהוא כיחיד יוכל לחיות את האוטונומיה שלו, שאין משמעות לאוטונומיה שלו כיחיד אם לא תהיה הגנה על הקבוצה. אין משמעות לזה שהוא יחיה את השפה הערבית שלו אם לא תהיה הגנה מבחינת המשטר כולו על השפה, מבחינת הקבוצה כולה. אני יכול להשתמש – וזו דוגמה שהבאתי בעבר – בדוגמת התפילה במניין. אני כיחיד צריך את המניין כדי להתפלל כיחיד, אבל אני צריך את הקבוצה כדי למלא את התפילה. כך זה מבחינת השפה, כך מבחינת המורשת, כך מבחינת התרבות, כך אם אנו רוצים לאפשר לאותה קבוצה לחיות את המשמעות שלה כקבוצה ברמה של היחיד.

משטר חוקתי שמבקש להבטיח למיעוט את הזכויות הבסיסיות שלו, אפילו ברמה של היחיד בתפיסה הליברלית כפי שניסיתי להראות, הוא משטר שלא רק מגן על המיעוט בפני עריצות הרוב בכל מיני מנגנונים, כאשר אולי המנגנון של הביקורת השיפוטית, של בתי-המשפט, הוא

העיקרי שביניהם, אלא הוא גם משטר שמכיר בזכויות הקיבוציות של המיעוט באותו מסמך עצמו.

לכן מהבחינה הזו לא די לבוא ולהכיר רק באותן זכויות בסיסיות שכל משטר דמוקרטי מכיר בהן אלא צריך להגיע עד כדי ההגנה על הקבוצה בתור שכזו. ההגנה על הקבוצה בתור שכזו, כפי שאמרת, יכולה להתקיים במספר רמות, החל ממשטר אוטונומי וכלה בהבטחת ייצוג של המיעוט בגופים שלטוניים. למשל, בוועדת התכנון והבנייה הארצית, צריך שיהיה מספר מסוים של נציגי מיעוט, בבית-המשפט העליון צריך שיהיה כיסא מסוים שמוקצה לקבוצת מיעוט, ותוך כדי כך אנחנו מקווים שאותם גופים יפעלו בשל הגיוון וייצרו סינתזה שמשקפת את החברה כפי שהיא ותוך כדי כך יהיו מודעים וערים לעובדה שיש מיעוט עם רגישות.

קריאה:

בחלק הראשון של דבריך, כשהתייחסת לזכויות היחיד, הזכרת את ארצות-הברית. כפי שאני מבין, בארצות-הברית אין זכויות קיבוציות.

מיכאל קרייני:

אתה טועה. ב-ווימינג יש את ה"רזרבשישן" של האוכלוסייה האינדיאנית. בנוסף לכך, לאישה שחורה צריך לתת עדיפות בקבלה לעבודה.

קריאה:

זאת זכות שנגזרת משייכות לקבוצה מסוימת.

מיכאל קרייני:

אלה שתי דוגמאות שאני נותן לך ואני יכול לתת לך דוגמה שלישית שהיא מתחום המקצוע השני שלי שהוא פרוצדורה אזרחית. כל הנושא של תביעה ייצוגית. הנושא של התביעה הייצוגית הוא הסדר קבוצתי די חזק.

אני דיברתי על חוקה אידיאלית ולא דיברתי על חוקה ספציפית למדינה זו או אחרת. אני דיברתי ביני לבין עצמי וניסיתי לשתף אתכם במה שאני מתאר לעצמי חוקה אידיאלית מבחינתו של מיעוט. אני לא חושב שהחוקה האמריקאית היא אידיאלית.

היו"ר מנחם בן-ששון:

פרופסור גביזון הגדירה דברים דומים.

ראובן ריבלין:

הוגשה תביעה ייצוגית של אזרח ערבי ואזרח יהודי, אחד מעפולה ואחד מאילת, לבוא ולהתקבץ כקבוצה. זה לא עניין של זכות קבוצתית אלא זו קבוצה שנוצרת לצורך תביעה.

מיכאל קרייני:

אני כקבוצה ערבית רוצה לשאול למה בשדה התעופה בודקים ערבים.

ראובן ריבלין:

זו לא תביעה ייצוגית אלא אלה זכויות הערבים, כל אחד כפרט.

עזמי בשארה:

אלה לא זכויות קבוצתיות אלא זו אפליה קבוצתית.

מיכאל קרייני:

אם אני אזכה בתביעה הייצוגית, כל הקבוצה תהנה.

ראובן ריבלין:

ציננת שזו פרוצדורה. זו פרוצדורה שלא יורדת למהות. היא יכולה במקרה מסוים לרדת למהות. למשל, כאשר קבוצה של ערבים שואלת מדוע בשדה התעופה בודקים אותה כאשר לא בודקים את היהודים. המהות לא שייכת לקבוצתי אלא פה המהות באה באפליה שנעשית כלפי קבוצה מסוימת.

מיכאל קרייני:

אני חושב שחוקה אידיאלית, גם מבחינת המיעוט, היא חוקה שנותנת למיעוט שייכות. היא נותנת לקבוצות השונות שחיות באותה חברה את ההרגשה שהמסמך הזה שנקרא חוקה שייך לי כפי שהוא שייך לכל אחד אחר. כאן אני כן יכול אולי להסתייע בהקשר הזה בניסיון האמריקאי או בניסיון האירופי שפי שהתפתח, לבוא ולסמן מסמכים בסיסיים בתוך המסמך עצמו כאשר כל אחד מהיחידים שקיים בתוך אותה יחידה יכול לומר הוא שלי בדיוק כפי שהוא של כל אחד אחר.

אלה דברים מאוד כלליים כשאני שרטטתי לעצמי כאשר חשבתי מהי חוקה אידיאלית. המצב בישראל הוא מורכב מהבחינה הזו של משטר חוקתי ולדעתי הוא מורכב בשל שתי סיבות עיקריות: הסיבה האחת היא הסכסוך ערבי-יהודי, ערבי-פלשתיני, ציוני, לא ציוני, וההיסטוריה הארוכה של הסכסוך שבעצם הותירה – אני יכול אולי לדבר בשם כל אחד מאתנו – שקעים, כאב שהוא כאב ברמה האישית וגם ברמה הקבוצתית, ותחושות לא נוחות עד כדי כעס כלפי הצד השני. אני חושב שאני אפטור את עצמו מלהמשיך בקו הזה כי הדברים הם ברורים.

מה שהופך את המצב בישראל לעוד יותר מורכב הוא שיש כבר משטר שלדעתי הוא כן משטר חוקתי שנקבע עם הקמת מדינת ישראל במסמכים, בחוקים, בפסיקות שגיבשו את אופי המשטר והמשטר הזה הוא משטר מוטה במספר היבטים לטובתה של קבוצה אחת שהיא קבוצת הרוב היהודי. ההטיה מתייחסת לנושא של השייכות ומבחינת השייכות, מבחינה משפטית, הדבר היה ברור מאז קום המדינה. המשטר מוטה במספר היבטים חוקתיים מרכזיים לטובת הקבוצה היהודית, אם זה בחוקי ההגירה, שזה באופן מפורש, אם זה בסמלים, אם זה בהכרה במוסדות הדת של הקבוצות השונות. אני חושב שההטיה הזו חלחלה גם למקומות שבהם ההטיה לא מוצהרת.

דוגמה אחת שהתייחסתי אליה במאמר שפרסמתי לא מזמן נוגעת לנושא של השפה ואני אתן את הדוגמה הזו כדוגמה שתראה עד כמה ההטיה הזו הולכת ונכנסת כמו קוד גנטי לדברים אחרים בתוך המשטר, בהם ההטיה לא מתחייבת. אדרבה, הדוגמה שאני אביא היא דווקא דוגמה לכך שהשוויון הוא הערך המוצהר ואף על פי כן לא אחר מאשר בגי"ץ בא וקבע שיש צורך בקיומה של היררכיה, והדוגמה שלי היא מעמדה של השפה הערבית.

על-פי חקיקה מנדטורית, סימן 82 לדבר המלך במועצה, נקבע באופן ברור שהשפה הערבית היא שפה רשמית כמו שהשפה העברית היא שפה רשמית. התקבל פסק-דין מפורסם שחברי עורך-דין ג'בארין היה חלק מאלה שעתרו באותה עתירה – עדאלה והאגודה לזכויות האזרח עתרו נגד עיריית תל-אביב-יפו ונגד עוד שלוש עיריות נוספות – כאשר הם טענו שצריך להוסיף שילוט בערבית לשלטים בתוך מתחם העיריות. העתירה הצליחה, אבל מה שאני רוצה להתמקד בו הוא דווקא הנימוק שניתן על-ידי השופט ברק שנתן את חוות הדעת העיקרית באותו פסק-דין והנימוק קבע בצורה מאוד מפורשת ואמר שהוא מכיר במעמדה של השפה הערבית משום שהיא לא מסכנת את מעמדה של האחות היותר בכורה, השפה העברית.

מה שאנחנו רואים כאן זה את ההיררכיה בין השפה העברית לשפה הערבית, כשהוראת החוק בעצם קובעת שוויון.

מדהים הוא שגם בהצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה וגם בהצעה שראיתי מטעם ועדת החוקה, אמרו את הדברים באופן מפורש ובהצעת החוקה קבעו את ההיררכיה הזו באופן גלוי. לזה אני מתכוון כשאני אומר שזה מחלחל. זה מחלחל גם בדוגמה של החוק שנקרא

חוק האזרחות. אני כערבי ישראלי לא אוכל להתאחד עם בת זוגתי במידה שהיא מהשטחים הכבושים או מעזה וזאת רק משום שבעצם היא פלשתינית ואני פלשתיני.

נדמה לי שעברנו עוד פזה אחת. חוק השבות במקור שלו, הגיע על רקע מציאות מסוימת. קבוצה יהודית נרדפת בכל מיני מקומות בעולם ביקשה למצוא לה בית לאומי, אבל נדמה לי שההצדקה היום של חוק השבות שונה מההצדקה שניתנה לו במקור. היום נראה לי שחוק השבות, בעצם כל הטיעון שקשור לחוקי ההגירה בישראל, נועד כדי למלא פונקציה אחרת: לשמור על רוב יהודי במדינת ישראל. זה טיעון שמקשה עלי עוד יותר כי הטיעון הזה טומן בחובו שאני כערבי, כמספר, אני בעיני הרוב בעצם מהווה בעיה.

זהבה גלאון:

זה בא מתוך הגדרת המציאות.

ראובן ריבלין:

יש תפיסה שאומרת שאנחנו לא צריכים להיאחז בכל מקום בארץ-ישראל בגלל שזה יביא לטענה דמוגרפית. הטיעון הזה הוא טיעון בסיסי. זאת אומרת, הטיעון הבסיסי הוא שאנחנו רוצים לקיים ולשמר את מעמדה של מדינת ישראל כמדינה יהודית והיא יוצרת בעליל מיד את הצורך לקיים את הרוב היהודי. הוא צודק בדבריו במאה אחוזים והוא אומר את הדברים בעדינות רבה.

זהבה גלאון:

הוא אמר את זה בהאי לישנא. יש כאן סכנה דמוגרפית.

ראובן ריבלין:

לפחות בכנסת אחת מתוך 17 הכנסות, מעל במת הכנסת השפה הערבית הייתה שפה רשמית לחלוטין.

מיכאל קרייני:

הנושא הזה של ההטיה הקיימת שהתחלתי וסיפרתי איך היא בעצם קיימת באופן גלוי בחוקים, אחר-כך איך היא מחלחלת להוראות נוספות, ופעם ציינתי את הדברים במאמר שכתבתי על הניסיון שלי כשאני עומד כמרצה ערבי בפני סטודנטים יהודים ומרצה על סדרי הדין. סיפרתי על החוויה שלי כשהתחלתי ללמד את הקורס. אני עומד בפני הכיתה ואני מדבר על תקנות סדר הדין שלנו וכשאני מדבר על תקנות סדר הדין שלנו, יש רחש בכיתה. זה לא נשמע טבעי שעומד ערבי ומדבר על דבר רשמי במדינה ואומר שלנו. אני מניח שאם היה עומד שם גם מרצה חרדי, אותו רחש היה נשמע. חלק מתקנות סדר הדין האזרחי עוסקות במה מרחק השוליים בכתב הטענות ואין בהן שום זכר להסדרה נורמטיבית שנועדה להסדיר יחסי יהודים-ערבים וכולי. זה נשמע לא טבעי. אני חושב שזה עוד ריקושט נוסף מההטיה המובנית שקיימת חוקתית במדינת ישראל.

פעם נתתי הרצאה באוניברסיטת תל-אביב והשתמשתי בדוגמה הזו. בסוף הקורס אמרתי שכאשר אני אומר תקנות סדר הדין שלנו, כבר אין רחש בכיתה, וגם אין רחש בתוכי כי בהתחלה גם לי זה לא נשמע טבעי, אבל בסוף הקורס זה כבר נשמע יותר טבעי. כאן בעצם הדבר העיקרי שאולי יש לי לתרום לשיח החוקתי והוא הדבר שהתקיים בתוך הקורס עצמו, וזה הדבר שלדעתי הוא מאוד חסר ביחסי יהודים וערבים במדינת ישראל.

אני חושב שיש מציאות מאוד קשה של נפרדות בכל הרמות בין הקבוצה היהודית לקבוצה הערבית. מרביתנו לא גרים ביחד, אני במקרה גר בנווה שלום וכן מנסה להבין את הצד השני בהיבט אחר, הילדים שלנו לומדים בבתי-ספר שונים, המפגש היחידי, אם הוא מתקיים, מתקיים באוניברסיטה אבל לפי ניסיוני – וגם לפי ניסיון יושב-ראש הוועדה – הסטודנטים הערבים והיהודים לא כל כך מתערבבים אחד בשני. מסיימים את הלימודים, כל אחד חוזר ועובר במקום שונה. היחד שלנו הוא מאוד מאוד חלש.

כשהייתי חבר במועצה הציבורית של המכון הישראלי לדמוקרטיה זיהיתי דווקא בתהליך החוקתי איזושהו דבר שכן יכול ליצור בקרבנו, כיהודים וערבים, את אותו ערוץ שהתקיים בתוך הקורס שלי, שזה בעצם היה המהות לפיה אפשר לפתוח את הלבבות ולדבר אחד עם השני באופן גלוי, כאשר אני מעביר לצד השני את הכאב, את הדרישות, את הפחדים שלי, ובאותו מתכון אני שומע גם את הצד השני.

זה לא קרה. מה שאני מזהה, וזה הקושי בכל התהליך החוקתי, זה שהסכסוך בין היהודים לערבים בישראל הוא לא סכסוך בין רוב למיעוט. אני חושב שהסכסוך הוא בין שני מיעוטים. השאלה היא איך כל צד תופס את עצמו כמיעוט. מבחינת הקבוצה הערבית, זה ברור, זה אמפירי, אבל אני חושב שכאשר אני שומע את הצד היהודי – אם אני רוצה להיות גלוי לב – אני לא תמיד שומע שמי שמדבר אלי זה אדם ששייך לקבוצת רוב אלא בהרבה מקרים אני שומע מנטליות של מיעוט שנמשכת ואינה נגמרת וזה מאוד קשה.

קחו את ההצעות לחוקה. מה בולט בהצעות בכל הגדרה של אופי המדינה? זה האופי היהודי של מדינת ישראל. לקבע את האופי היהודי. מבחינה חוקתית דמוקרטית אני שואל את עצמי למה צריך לעשות את זה, למה צריך לומר בכל הזדמנות שיש שאופי מאוד חזק יהודי במדינת ישראל. זה יכול להיות ברור על פי העיקרון שהזכרתי קודם. אם יש פה רוב יהודי, מן הסתם תהיה ספירה שהיא מותאמת יותר בהיבט התרבותי, בהיבט של השפה, שהיא של קבוצת הרוב, מטבע זה שמדובר בקבוצת רוב.

ראובן ריבלין:

אם יצביעו על כך שמדינת ישראל תהיה מדינה לא דמוקרטית, לפי דעתך יכולים לעשות את זה?

מיכאל קרייני:

מה זה לא דמוקרטית?

ראובן ריבלין:

שהמדינה לא תהיה דמוקרטית, אין זכויות פרט ואין כלום. זה דבר שלדעתך הוא אפשרי? להערכתך זה בלתי אפשרי גם אם 120 חברי כנסת יצביעו בעד. לעומת זאת, באותו הגיון של הכרזת העצמאות והקמתה של מדינת ישראל שהיא נולדה בקונפליקט בין שני עמים שחלק ממנו הוא המדינה היהודית, וכאן 120 חברי כנסת לא יכולים לשנות את אופייה. זו כוונת החוקה.

אתה צודק בדבריך אבל זה בא מתוך כך שהיהודים היו עם נרדף במשך אלפיים שנה והם רצו להגשים ולבטא את עצמם. אני רוצה לשאול אם תוכל להגיע לחוקה כאשר יש אקסיומה.

מיכאל קרייני:

אם יהיה כאן בעוד שלושים שנים רוב ערבי ויבוא הרב הערבי מבחינה מספרית והוא יקבע מה שנכון מבחינתו והקבוצה היהודית תהיה מיעוט? זה שקבעת את זה בחוקה, זה ישנה משהו?

ראובן ריבלין:

כאשר יהיה רוב ערבי כאן, בלי כל ספק הוא יוכל לשנות את החוקה, אם יהיה לו את הרוב הדרוש.

מיכאל קרייני:

זה שאתה קובע בחוקה, מה זה מעלה ומה זה מוריד?

ראובן ריבלין:

יש דבר שבעליל לא יכול להתקבל על דעת אזרחי ישראל הערבים שהם מבטאים את עצמם במובן הלאומי כערבים וגם כפלשתינים. מדינת ישראל מוגדרת כמדינה יהודית. זאת



אומרת, יש מצב בו אתה רואה את עצמך כאדם שנגזרה עליו המדינה הזאת, כי הוויכוח בין עזמי בשארה לבניני היא על השאלה האם מדינת ישראל בהגדרתה היא מדינה יהודית או מדינת כל אזרחיה.

היו"ר מנחם בן-ששון:

היכן כאן השאלה? אתה עומד כאן לעימות עם מרצה שבא להסדיר לך דבר.

ראובן ריבלין:

האם יש דבר שהוא יוכל להסכים לחוקה.

מיכאל קרייני:

אם כך, אני אגיע למהות. אני אציג את השאלה ואני אציג את המחשבות שלי. כמשפטן אני עוסק בעקרונות. אני משתדל מאוד להיות אובייקטיבי. לא תמיד אני מצליח, אבל אני לא חושב שיש לנו אדם שאין לו תחושה פנימית, אדם ששייך לקבוצה שמבקש לבטא את הדברים שלו. זה מאוד טבעי ואני מאוד מכבד את זה.

אם אני רוצה להיות אדם אובייקטיבי, איש של עקרונות בתורות מוסר, כאן הקושי שלי. אני מכבד את זה שיש כאן רוב יהודי. אני מכבד את הצורך של הרוב היהודי כאן לעצב את החיים שלו בהתאם לערכים שהוא חושב שכאלה הם צריכים להיות. אין לי שום בעיה עם הגדרה עצמית. אני מאוד מכבד את זה, ואם אני לא אכבד את זה, אני אהיה אדם צבוע. אני גם מכבד את חוקי מדינת ישראל. אני מכיר בלגיטימיות שיש כאן כנסת שמחוקקת חוקים ובין החוקים האלה יש כאלה שהם לטעמי ויש כאלה שהם לא לטעמי, אבל זו המציאות ואני מכבד את המשטר ואת התוצר שלו.

אני אומר לכם היכן הבעיה. בהליך החוקתי אני גם מתבקש לעשות דבר נוסף והוא להסכים לזה שאני פחות שווה. מצופה ממני בתהליך החוקתי של חוקה בהסכמה שאני אקבל שאני פחות שווה. אני מתבקש להכיר בעובדה שאני לא אוכל להתאחד עם בן משפחה כפי שיהודי יכול להתאחד עם בני משפחתו שנמצאים מחוץ לישראל. אני מתבקש להכיר בעובדה – ואני אדבר על הדברים הגלויים – שהשפה שלי היא במעמד יותר נחות מאשר השפה העברית. אני מתבקש להכיר בסמלים של המדינה, כשינגנו את המנון המדינה אני אעמוד כפי שאני עושה בטקסים באוניברסיטה, אבל אני לא מרגיש שייכות. אני מכבד את כל הסמלים האלה של הרוב היהודי, אבל אני רוצה לשמוע, ועד עכשיו בכל הוויכוח החוקתי לא שמעתי, בשם איזה עיקרון אובייקטיבי מבקשים ממני לקבל את המציאות שאני פחות שווה.

יש חוק שנקרא חוק נכסי נפקדים. באמצעות החוק הזה לא מעט נכסים נלקחו מקבוצת המיעוט הערבי. אנשים שאפילו היו נוכחים, נחשבו כנפקדים וממשיכים להיחשב כך. כשהעליתי את הסוגיה הזו, נאמר לי שהעבר נעשה וזכרע לא נשנה את זה. אני מבקש לשאול אנשים שמתמחים בתורות מוסר, בפילוסופיה, במשפט, מהו העיקרון בשמו מבקשים ממני לקבל פוזיטיבית – ואני לא מדבר על ההסכמה שלי למשטר ומה המשטר מוליד – שאני פחות שווה במציאות.

יש טיעון שנקרא צדק חלוקתי. העשירים צריכים לשלם יותר מס מאשר העניים כי אנחנו חושבים שיש צדק חלוקתי וכך צריך להיות. אני מציג לעצמי גם את הדילמה הזו. איזה צדק חלוקתי יש מהבחינה הזאת? כלומר, אני צריך לקבל את חוק השבות, את חוק נכסי נפקדים, את זה שאני לא יכול להתאחד עם בן משפחתי, ואני שואל, ואני מבקש להפנות את השאלה הזו לצד היהודי והשאלה היא על מה הצד היהודי מוכן לוותר כדי להגיע להסכמה. על זה שאני אקבל את זכות הביטוי? זה ויתור? זו זכות שמגיעה לי כבן אדם. אם אני אקבל את כל הרשימה הזו של הזכויות הבסיסיות כמי שאינה מהווה ויתור אלא מגיעה לאדם, עד עכשיו בכל התהליך החוקתי לא מצאתי נטייה שבאה מצד הרוב היהודי ושאמרו לי שעל הדברים האלה, שהם מאוד חשובים לי, אני מוותר כי אני מצפה ממך לוותר על הנכסים שהיו לך בעבר, על זה שהפכת להיות נפקד, על זה שאולי לא תוכל להתאחד עם העם שלך כפי שאני כיהודי כאן יכול להתאחד עם העם שלי. השאלה על מה הצד היהודי מבקש או יכול או רוצה לוותר בשם זה שבסוף הדרך נבוא ונאמר שיש דבר שהוא שלנו ונרגיש מאוד טבעיים עם הביטוי הזה.

זה היה הקושי שלי בכל התהליך החוקתי שנעשה עד עכשיו. קרה כאן דבר אחד מאוד חשוב. אני חושב שהתהליך החוקתי שהתקיים ומתקיים, ואני מאוד מקווה שהוא ימשיך להתקיים, הוא דווקא ערוץ ההידברות היחידי שקיים כרגע בין שתי הקבוצות בשאלות המהותיות שאנחנו דנים בהם. אם לא היה הערוץ הזה, אני תוהה ביני לבין עצמי, מה היה כן מביא אותנו, כמו שבאנו היום לכאן, לשוחח על הדברים שאני חושב שצריך לשוחח עליהם ולדון בהם בכל בית-ספר בישראל ובכל מקום.

לדעתי זו תרומה מאוד חשובה וזו הסיבה שבעבר השתתפתי בתהליך הזה ואני מוכן להשתתף בעתיד בכל תהליך דומה.

#### היו"ר מנחם בן-ששון:

בהרצאות הקודמות, עלתה אחת האפשרויות עליה רמזת. המתח שבין ההיבטים הלא קבוצתיים של החוקה שמעמידה את האדם כאדם ואחרי כן מוסדות מול מוסדות. פתחת בדברים האלה ובשלב הראשון דילגת על ההיבט הקבוצתי.

אם אתה שואל על מה מוכנים לוותר, פרופסור גביזון בהרצאתה הציעה שבהגדרת החוקה או בתוך החוקה יימצא פרק שבאיזושהי צורה יגדיר זכויות לקבוצה. ברגע שעשית את זה באופן אוטומטי, סימנת אותה. ברגע שעשית באופן אוטומטי, יצרת את מה שאתה רוצה למנוע. זאת אומרת, לא רק את התג אלא את התג הפחות גבוה.

האם כיוון כזה הוא הכיוון שהיית מוליך אליו אם הכול היה נתון בידיך כשאתה מוביל את הוועדה? הרי יום יגיע.

#### מיכאל קרייני:

יכול להיות, אבל אני אומר לך מה מקשה עלי להשיב. הניסיון שלנו שהתקיים עד עכשיו לדעתי יצר הרבה אי-אמון. יש אי-אמון בסיסי בקרב הציבור הערבי מבחינת מה אפשר לצפות מהמשטר ומהחוק ובוודאי גם מהחוקה. המציאות שלנו הוכיחה שיש עקרונות משפטיים, די מוגנים, די ברורים, אבל בשטח הדברים מתנהלים אחרת.

ניקח את הדוגמה המאוד בולטת של כריכת זכויות וחובות. קחו את כל החובות, תקבלו את כל הזכויות. לא רק שהטענה הזו היא מופרכת מבחינה רעיונית, כי גם אני לא מקבל את כל הזכויות, אני עדיין צריך לשלם מיסים ולקיים את כל החובות או לנהוג בדרכים כפי שאני צריך לנהוג, וזה שאני מופלה לרעה, זה לא רישיון לבוא ולהפר את חוקי התנועה, אבל בפועל הקבוצה הערבית חשה תחושת ניכור מאוד מאוד קשה שגם אם יסכימו, אני לא חושב שההסכמה הזו תהיה כנה וזאת לאור המציאות שהייתה. אם אני יכול בכלל לייצג, אני יכול לומר שיש תחושת ניכור מאוד קשה בקרב הציבור הערבי. האמון של הציבור הערבי במוסדות המדינה נמצא לדעתי היום בשפל שלא היה כדוגמתו. אירועי אוקטובר היו תחנה מאוד חשובה, אם לא החשובה ביותר, בהתגבשות של אותו אי-אמון אצל הקבוצה הערבית.

קחו את האוכלוסייה הבדואית ואת האוכלוסייה הדרוזית. נעשה כאן סקר רציני שבוחן את מצבם? מדברים על האוכלוסייה הבדואית ואני לא יודע אם אדם ממוצע בישראל יודע מה זה החברה הבדואית בנגב. אדם צריך להילחם על כך שיקבל חשמל לביתו. אדם כזה, מה שלא תקבע בחוקה, גם אם תקבע בחוקה שזו מדינת כל אזרחיה, אני לא חושב שהאזרח הבדואי יתייחס לזה. במצב נתון כזה של קושי, אפילו ההסכמה שלו לא תהיה כנה גם אם תאמץ את החוקה הטובה והיפה ביותר.

לדעתי המתכון, וכאן אני אחדל מלהיות אדם אובייקטיבי, מה שנחוץ לנו זה תהליך התפייסות. לדעתי הוא יותר חשוב מאשר ההלכה החוקתית. תהליך התפייסות היסטורית. אני מאוד רוצה באותו תהליך של התפייסות שאני אתן לצד היהודי להבין מה המשמעות של שנת 1948 מבחינתי, מה המשמעות שאני עובר ליד קיבוץ ואני רואה שם את האדמות שלי ואני לא יכול לעשות איתן כלום, מה המשמעות האישית שלי בזה שיש לי דוד או דודה או במקרים בודדים היום, שלצערי יהיו בודדים עוד פחות בעתיד, אח או אחות ואני לא יכול לראות אותם. אני גם רוצה, ואני לא חושב שזה מתקיים מספיק בתוך החברה שלי, לאפשר לילדים שלי, אולי גם לדור שלי, להבין מה המשמעות של השואה מבחינת הצד היהודי. מה זה לחיות תמיד כמיעוט נרדף במדינות שונות, מה זה לאבד משפחה שלמה, מה זה להיות מופלה בצורה אולי השפלה ביותר שהייתה בהיסטוריה, להרגיש למה הצד השני, היהודי, חש עדיין כמיעוט. אני לא רוצה להתווכח

עם התחושה הזו כי אני חושב שהתחושה היא כנה ואמיתית. היא לא תחושה מדומה בקרב הצד היהודי אלא אני חושב שהתחושה של הציבור היהודי, של מרבית הציבור היהודי בישראל, היא תחושה של פחד קיומי, של מה יקרה אם, והיא תחושה כנה ואמיתית. אני רוצה שהילדים שלי, ואני עצמי, נחווה מכלי ראשון מה המשמעות כשאני משוחח עם הצד השני על התחושות שלו, ואני מנסה להבין אותן ומבין אותן.

דבר נוסף חשוב שלדעתי צריך לקרות כדי שיהיה מסמך חוקה או מסמך חוקתי במדינת ישראל, זה שלום. בלי שלום עם העם הפלשתיני אין שום סיכוי לדעתי שההנהגה הערבית בישראל, הן בכנסת והן בכל מקום אחר, תסכים פוזיטיבית למסמך חוקתי בתוך מדינת ישראל. מבלי שיהיה שלום בין ישראל לבין המדינה הפלשתינית שתקום, הדבר הזה לא יכול לקרות. זאת הערכה אקדמית אובייקטיבית שלי.

#### ראובן ריבלין:

אני רוצה להביע בפניך את תחושותיי כאזרח יהודי במדינה הזאת, שמבין ומאמין באמונה שלמה – בין אם חבריי עושים זאת מרצון או בין מתוך הכרה בעובדות – שאנחנו נחיה כאן יחד כל זמן שנחיה או לא נחיה בכלל.

כאשר אני מביע את תחושותיי כיהודי, אני מאמין באמונה שלמה – ונדמה לי שזו אמונה של כל ציוני שעמד על דעתו – שהתנועה שלי היא תנועה מוסרית שלא הייתה כדוגמתה באופן הסובייקטיבי שלי, שלא הייתה מוסרית ממנה במשך מאתיים השנים האחרונות, ואני מדבר על התנועות הלאומיות.

#### מיכאל קרייני:

אתה מתכוון לתנועה הציונית או לתנועת חרות?

#### ראובן ריבלין:

לתנועה הציונית.

אנחנו האמנו שאנחנו צריכים להקים את מדינתנו, שאופייה צריך להיות אופי יהודי וזה מהטעם הפשוט שזו זכות הקיום היחידה שלנו. כמובן שהיה קונפליקט יהודי-ערבי שיצר את הקונפליקט הישראלי-פלשתינאי. לא להיפך. אני מדבר כאשר שנינו בקונפליקט קשה זה שותפים בחוויה של המדינה שבה יש מיעוט ערבי ברור שהוא מזדהה לחלוטין עם בני עמו שלא נמצאים בתוך המערכת הזו ושנמצאים במלחמה בלתי פוסקת, ברמות כאלה ואחרות, עם המדינה שלי, שלנו.

השאלה האם חוקה תהיה חוקה חוקתית לגיטימית לפי השקפת העולם האובייקטיבית. אם אני כרוב שמשמר את מעמדה של מדינת ישראל, האם אני כרוב יהודי יכול לקבוע חוקים שישמרו לי את הרוב. זאת שאלה מרכזית מבחינת התפיסה החוקתית. בלי כל ספק, תמיד רוב במדינה דמוקרטית יכול לשנות בכל עת את החוקים עצמם. הוא יכול לעשות זאת או ברוב מיוחד, או ברוב מיוחס או ברוב רגיל. דרך אגב, זו השקפת עולמו של בית-המשפט העליון כפי שבאה לידי ביטוי.

השאלה שלי איך אתה רואה את האפשרות שהרוב יעשה שימוש ברוב שלו כדי לשמר את אופייה של המדינה כמדינה יהודית שיוצרת בהחלט בעיה. אני למשל לא חולם שיכול להיות מצב שבו כאזרח אתה תופלה לרעה, אלא אם כן מדובר בזכות הלאומית שמייצרת את מדינת ישראל כמדינה יהודית, וזה כבר הופך לקונפליקט בהגדרה בין דמוקרטיה לבין יהודית.

אני שואל אותך האם בהתפתחות כזו או אחרת של מדינתנו יהיה רוב ערבי, האם הוא יוכל לבוא ולקבוע שהוא חושב שאין צורך במדינה זו וכי אפשר להתאחד עם מדינות אחרות. אין צורך בהגדרה של המדינה הזו שלנו שכרגע היא מדינת ישראל. אני שואל אותך האם מבחינה חוקתית הדבר הזה אפשרי. אנחנו חיים כאן יחד ונמשיך לחיות יחד, ואני מסכים אתך שאין לנו שום דרך אחרת, ואני לא רואה איזשהו דבר בין יהודי וערבי כאזרחי ישראל כדבר שמתקבל על דעתי. אני שואל אותך האם ברמה העקרונית של המערכת שאתה אחד המלומדים שלה, האם הדבר הזה הוא בכלל אפשרי, האם בכלל נוכל להגיע למצב שבו אנחנו ניצור חוקה שתקבע את כל כללי המשחק בינינו מתוך הבנה ברורה שכאשר הטבע של מדינת ישראל הוא כזה שהיא בקונפליקט שלא יכול להביא לידי הבנה או הסכמה בינינו כי אתה בא ואומר שאתה מרגיש

מופלה. אתה מרגיש גם מאוים. אני לא יודע למה, אבל גם אני כיהודי מרגיש מאוים. אני מרגיש מאוים מההרגשה שיכול להיות שיש בין האזרחים שלי אנשים שלא רוצים בקיומנו כמדינה, וזה דבר שהוא מאיים. זה דבר שהוא שמרתיע כל אזרח יהודי במדינת ישראל. יש הרבה מדינות שהן בעלות גוון אחד והן מאוימות. יש מדינות שהן מאוימות מבלי שיש קונפליקט בתוכן וזה לא שאתה מאיים עלי.

#### מיכאל קרייני:

האיום שאתה מרגיש הוא כנה ואמיתי.

#### ראובן ריבלין:

ודאי שהוא כנה. ודאי לא חשוב אם האיום שאתה מרגיש הוא אמיתי או לא אמיתי, כי זה לא עניין אובייקטיבי. עניין האיום הוא עניין סובייקטיבי. אני משתתף כבר שנים רבות ברצון שלנו לקיים את הוראת מייסדי המדינה לקיים חוקה לישראל והלוואי ונגיע לזה. אני יודע שיש רבים שכועסים עלי כאשר אני אומר שהשפה הערבית היא שפה רשמית אבל כך קבענו את חוקי המשחק בחוויה המשותפת שלנו, של יהודים וערבים, במדינה היהודית.

האם לפי דעתך יהיה מצב שבו אתה תוכל לומר שאתה מסכים לקיים חוקה ולהצביע בעד חוקה ולהיות חלק מההסכמה, כאשר בהגדרתה מדינת ישראל היא מדינה יהודית?

#### עמירה דותן:

אני רוצה קודם לומר לך תודה רבה, גם על טוב דבריך וגם על טיב דבריך. בעיקר תודה לעובדה שנגעת כמשפטן גם בשפות אחרות, גם בפילוסופיה, גם בתרבות וגם קצת בפסיכולוגיה. התחום שלי הוא פסיכולוגיה ולכן אני מאוד רגישה לשפה הזאת. התובנות אליהן הגעת הן מאוד משותפות לנו כאשר חלק מהן הם פירושים שלנו למציאות. זאת אומרת, המציאות היא אחת ואיך שאנחנו מפרשים אותה זה חלק נוסף.

אם דיברת על להרגיש פחות שווה, כמי שנולדה בארץ הזאת להורים שנולדו בארץ הזאת, דיברת על פלשתינאית, אז כולנו פלשתינאים במשפחה שלי עד דור ילדיי ובעצם אני הרגשתי פחות שווה כי נולדתי למשפחה ספרדית ואני אישה. זאת אומרת, תחושת האי-שוויון היא תחושה שלא זרה לי, כמו תחושת האיום עליה דיבר חברי רובי ריבלין. זאת אומרת, תחושת המיעוטים שדיברת עליה, אני חושבת שזו תובנה מדהימה, שזה לא בין רוב למיעוט אלא בין שני מיעוטים ששניהם באמת מאוימים.

אני לא יודעת אם זה יוביל לתהליך התפייסות שבוודאי מאוד נדרש ובוודאי לא עומד בסתירה למה שאנחנו עושים כאן. השאלה הגדולה היא והנחת העבודה אתה הגעתי היא שאנחנו ממשכים להיות מדינה יהודית דמוקרטית. כתושבת הנגב הרבה מאוד שנים, וכמי שמכירה טוב מאוד את הבדואים וחיה אתם, אני רואה את ההגדרות לא רק מצד אחד. ההגדרות מוסכמות על-ידי שני הצדדים. אני רואה את נכדתי לומדת בבית-ספר פרטי, שם לומדים גם ערבים, גם יהודים וגם אחרים, ועבורי זאת איזושהי התפתחות מאוד יפה שאני מאוד מעריכה אותה ביחד שלנו במדינה הזאת.

השאלה שלי אליך – וזו הייתה הציפייה שלי מתוך הדברים – איך בתוך ההווה הזאת של מדינה יהודית דמוקרטית, זכויות הרוב – קיבוציות, אישיות, פרטניות – יכולות להיעשות בשיתוף אתך ועם חבריך בצורה שבאמת לא תהיה תחושה של מיעוט ורוב אלא תחושה של שוויון בעובדה שאנחנו אזרחי המדינה הזאת כאשר המדינה היא מדינה שממשיכה להיות מדינה יהודית ודמוקרטית.

אני מצפה בהמשך שיחותינו לדעת איפה האימפוט המיוחד שלך.

#### אברהם דיסקין:

יש לי שלוש הערכות שאני רוצה לשתף אותך בהן ואני רוצה לדעת אם אתה שותף להערכות אלה.

הערכה ראשונה היא שאין שום סיכוי שתתקבל חוקה, אם תתקבל חוקה, בעתיד הנראה לעין שלא תדגיש את האופי היהודי של מדינת ישראל, בצורה כזאת או אחרת.

הערכה שנייה היא שאין שום סיכוי שתתקבל חוקה בתנאים שאמרתי בטווח הנראה לעין, אם תתקבל, שהיא לא תדגיש את האופי הדמוקרטי ואת זכויות היסוד.

הערכה שלישית שלי היא שאין שום סיכוי בתנאים האלה שאיזשהו חבר כנסת ערבי, לרבות אלה שחברים במפלגות הציוניות, יתמוך בחוקה כזאת. אני לא אומר שחבר כנסת ערבי יתנגד בהכרח, אבל להערכתו הוא לא יתמוך.

השאלה האחרונה שלי היא אם ההערכות האלה נכונות או לא נכונות, מה שלא תגיד, האם בעיניך עדיף המצב הנוכחי או מצב של חוקה הכי אופטימלית שאתה יכול לדמיין לעצמך בתנאים ריאליים. השאלה היא מה עדיף מבחינתך.

### מיכאל קרייני:

אני חושב שזה שאין חוקה, זה לא אסון. אני חושב שבמובן מסוים, בתנאים הקיימים, בין לבוא ולבחור בחוקה שלא תהיה מספיק מכוונת, לא מספיק מדגישה את ממד השייכות לבין המצב שמתקיים בלי חוקה, אני אולי הייתי חושב שאפשר להמשיך בלי חוקה. זה לא אסון לחיות במשטר בלי חוקה. אם משמעות החוקה היא קרע עוד יותר עמוק מזה שקיים, וזה השיקול שלי, אני חושב שאני יכול לחיות בלי חוקה, כי המשטר המשפטי בישראל הכיר כמעט בכל דבר שאפשר להכיר בו במשפט חוקתי ועשה זאת בכל מיני דרכים, כולל אם זה בפסיקת בית-המשפט העליון, ומרבים לדבר על בית-משפט אקטיביסטי. אני חושב שבית-המשפט העליון היה הרבה יותר אקטיביסטי בשנות ה-50 וה-60 מכפי שמתארים אותו היום. כאמור, אני חושב שאפשר לחיות ואפשר להסתדר גם בלי חוקה כפי שפחות או יותר הסתדרנו עד עכשיו.

התייחסו כאן להיבט הפסיכולוגי, שזה דבר שלדעתי הוא לא מספיק ברור לצד היהודי. בסכסוך הערבי-יהודי, בסכסוך הישראלי-פלשתיני, ואם נתייחס לסכסוך גם בתוך ישראל, היה צד אחד שניצח וצד אחד שבעצם הפסיד. הצד היהודי ניצח, קיבל את המדינה, עשה את מה שהוא מצא לנכון לעשות, והצד הערבי הוא בעצם שיצא מפסיד בכל המערכה.

הדינאמיקה של הרוב במקרה שהוא מנצח היא לא כמו הדינאמיקה של המיעוט שהפסיד. אני מתאר את זה תמיד כאילו אנחנו נמצאים בסוף משחק כדורגל או משחק כדורסל, אז יש קבוצה שניצחה וקבוצה שהפסידה והשאלה אצל מי אתה מזהה יותר את הנכונות לבוא לצד השני ולהושיט לו יד, ואיזה צד יאמר שזה קשה לו. לדעתי יש כאן דבר מאוד עקרוני ביחסי הקבוצות שהוא לא מספיק ברור לצד השני.

אני חושב שחבר הכנסת ריבלין מציג שאלה לגיטימיות, אבל מה שלא ברור לי למה אתה מתכוון כאשר אתה מדבר על מדינה יהודית. אני אומר את הדברים בברור ואני מדבר בשם עצמי. אם במדינת ישראל רוצים לקלוט כל יהודי בעולם שנרדף על רקע זה שהוא יהודי, אני מקבל את זה. אני מספיק הומני כיחיד וגם כקבוצה וחושב שצריך לקבל את העיקרון. נדמה לי שרוצים לקבל את כל הנושא של ההגירה לא בשם העיקרון הזה אלא בשם מה שרמזתי לו קודם, בשם העיקרון הדמוגרפי וכאן הקושי שאני חוזר אליו. אתה בעצם רוצה שאני אקבל את העובדה שאני כמספר מהווה בעיה. אני, מיכאל מוסא חליל קרייני צריך לקבל את העובדה שאני כמספר מהווה בעיה, ועד היום לא מצאתי אף טיעון מוסרי שבשמו אני אקבל את הנחת המוצא הזו. אני פתוח לשכנוע. אני רוצה למצוא את הוגה הדעות והמשפטן בישראל שיבוא ויוכיח לי באמצעות תורת מוסר, באמצעות טענה משכנעת, שאני כמספר מהווה בעיה.

אנחנו, שני הצדדים, מאוד טובים בזה שאנחנו טוענים את הזכות שיש לנו כלפי כל העולם וכלפי עצמנו אבל יש לנו חולשה אינהרנטית וכאן הקושי. אנחנו טוענים את הזכות בשם ערך שמקובל לצד השני. עד שלא נגיע לערכים האלה שאני כערבי ואתה כיהודי נגיד שזה הערך ובשמו שנינו צריכים לקבל את העיקרון, לא נוכל להתקדם לחוקה. אנחנו יכולים לטעון את הטענות ההיסטוריות שלנו כלפי כל העולם, אנחנו יכולים לטעון את הטענות ההיסטוריות שלנו כלפי הקבוצה שלנו, אבל עד שלא נגיע לעמדה – ולכן אני מדגישה את הנושא הזה שאני צריך לתפוס את עצמי כבעיה וכאן הקושי – שבה אנחנו נוכל להגיד לצד השני שיש עיקרון ובשמו שנינו צריכים לקבל את ההסדר, יהיה מאוד קשה להגיע להסדר חוקתי ולדעתי כאן טמון הקושי.

היו"ר מנחם בן-ששון:

המרצה הבא הוא עורך-דין חסן ג'בארין, מנכ"ל עדאלה, ארגון לצדק חברתי וזכויות אדם. הוא בעל תואר שני במשפטים מאמריקן יוניברסיטי וושינגטון קולג', ב-1991 סיים תואר ראשון במשפטים ובפילוסופיה באוניברסיטת תל-אביב, עבד במשך 4 שנים כעורך-דין באגודה לזכויות האזרח בישראל, והוא מורה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, באוניברסיטת תל-אביב ובאוניברסיטה העברית בירושלים. הוא קיבל את פרס פיטר פצינו לעורכי-דין מצטיינים בשירות הציבורי, והוא עובד בארגון עדאלה מאז היווסדו בשנת 1996.

דבריו השקטים של ד"ר קרייני הובילו אותנו בינתיים לדרך ללא מוצא, אולם במקרה של עורך-דין ג'בארין, כפרקטיקן, דבריו יוציאו אותנו למוצא מסוים.

חסן ג'בארין:

אתחיל בהערה. נזכרתי בדיון שכולכם מכירים שהתקיים בפני בית-המשפט העליון בפני 11 שופטים, כאשר היועץ המשפטי לממשלה והכנסת ביקשו לפסול את מועמדותו האישית של חבר הכנסת עזמי בשארה ואת עדאלה. מי שפתחה את הדיון הייתה עורכת-הדין טליה ששון שטענה בשם היועץ המשפטי לממשלה ואמרה שהטענות המרכזי שלהם נגד מועמדותו של חבר הכנסת בשארה בא בגלל שהוא מזוהה עם הטענה שמדינת ישראל היא מדינת כל אזרחיה, הוא הסמל של הנימוק והדרישה הזו, והיא המשיכה ואמרה שאין לה בעיה בנושא השוויון בין אזרחים יהודים וערבים, אבל חבר הכנסת בשארה מבקש שוויון מלא בין ערבים ויהודים. רציתי לומר שחבר הכנסת בשארה מסכים לאפליה קטנה ולסיים את התיק, כי כל הבעיה הייתה עם השוויון המלא והמוחלט. זה מתיישב עם דבריו של ד"ר קרייני.

אני רוצה להתחיל בנושא מנקודת המוצא שלי. נקודת המוצא שלי היא שחוקה זה תמיד טוב כי בעשרים השנים האחרונות אנחנו לומדים ממדינות רבות בעולם שכוננו חוקות חדשות ושינו את החוקות הקיימות שלהן. הדגל של החוקות האלה חוקק בדרום אפריקה ב-1994. היו מדינות רבות שכוננו חוקות, אבל מה שמעניין בחוקות האלה הוא שכל המדינות האלה באו על רקע קונפליקט, על רקע סכסוך, על רקע ניכור, על רקע אפליה היסטורית, על רקע קיומן של שתי קבוצות מובחנות. כל אלה עברו הליך מעניין של כינון חוקה.

הגדירו שמטרת החוקה היא לקבוע את העתיד שלנו, אבל להגביל את העתיד. כדי להגביל את העתיד, צריך להתייחס אל העבר ואי-אפשר להתקדם מבלי להתייחס אליו. לכן החוקות האלה חגיגות. בסוף אני אשאל האם החוקה של הכנסת היא חוקה חגיגית או לא.

שם היה הליך מעניין. שתי הקבוצות שהיה ביניהן סכסוך קבעו את הפרוצדורה כדי להתקדם. הן הסכימו להסכים על הדברים שהן לא מסכימות להן. בסופו של דבר נגעו בסוגיות של אפליה היסטורית ודיכוי ולכן החוקה יצרה מצב חדש, ולכן כל החוקות האלה היו מהפכניות. הן היו מהפכניות בגלל שבאו ואמרו שהיום המצב הוא חדש. דרום-אפריקה חדשה, שונה מדרום-אפריקה הישנה, וכך בשאר המדינות.

קריאה:

איפה זה היה?

חסן ג'בארין:

פולין, הונגריה, ברזיל, אתיופיה, אוגנדה, קניה, רואנדה, ניקרגואה, קמבודיה, פיג'י והרבה ממדינות מזרח אירופה.

כל המדינות עברו את התהליך והתעוררו שם שאלות כפי שנגענו גם כאן. למשל, במקדוניה, בחוקה שלה בשנת 1991 נקבע שמקדוניה היא מדינתו של העם המקדוני. היה מאבק מזוין של האלבנים כי האלבנים הם מיעוט. האלבנים אמרו שהם ילידים ויצאו למאבק מזוין, עד שהתערב האיחוד האירופי, ובשנת 2001 חתמו על הסכם ושינו את החוקה וקבעו שהמדינה היא מדינתו של המקדונים ששייכים לעם המקדוני, של האלבנים ששייכים לעם האלבני, וכך גם לגבי כל הקבוצות האחרות.

בהונגריה היה מקרה ב-2001, אבל זה לא מקרה דומה לסוגיית חוק השבות כאשר הימין בהונגריה אמר שהוא רוצה חופש להונגריה כי כתוצאה ממלחמת העולם השנייה חמישה מיליון הונגרים נמצאים היום מחוץ להונגריה ולהם צריך להעניק זכות אוטומטית לשוב. קבעו שכל אחד שהוא ממוצא הונגרי יכול לקבל אוטומטית אזרחות הונגרית. היה שם משאל עם והרוב שם דחה את ההצעה הזאת. אירופה התנגדה לכך כי אמרה איך יכול להיות שמדינה תקבע למיעוטים שמתגוררים בארצות אירופה שלמעשה הם שייכים אליה.

אחד הנימוקים שהעלה עזמי בשארה בשאלת הגדרת המדינה כמדינה יהודית ושאל האם היהודים בארצות-הברית רואים את עצמם כמיעוט לאומי. הם לא רואים את עצמם כמיעוט לאומי.

#### עזמי בשארה:

יהדות אמריקה לא רואה את עצמה כמיעוט.

#### חסן ג'בארין:

אני אקרא לחוקה חוקה בהסכמה כי יש לי את הנוסח הסופי של המכון הישראלי לדמוקרטיה. כאשר אנחנו אומרים חוקה בהסכמה, השאלה היא הסכמה בין מי למי. אם חברי ועדת החוקה היו מבקרים בארצות-הברית ובקנדה, אני יודע שהם היו נשאלים מה בקשר לפלשתינאים בישראל ומה בקשר לערבים בישראל כי אלה שתי הקבוצות המובחנות במדינת ישראל. היה קשר של דיכוי ואפליה היסטורית בין שתי הקבוצות ולכן אלה שתי הקבוצות העיקריות שהשאלה שנשאלת לגביהן היא האם יש ביניהם הסכמה על החוקה, אם אנחנו מדברים על חוקה בהסכמה. ברור, כפי שכולכם מודים, ודיברה על זה פרופסור רות גביזון הבוקר, שהפער הוא תהומי. לפני שנדבר על זכויות קבוצתיות, מה עם הנושא ההיסטורי? ואני לא רוצה להכניס לסוגיה את הפליטים. מה עם הכפרים העקורים? יש גם פסק-דין שניתן ב-1952 ועוד פסק-דין שניתן לפני שלוש שנים, בו השופט דורנר אמר שאכן יש להם זכות לחזור אבל נמתין לשעת כושר. מה עם הכפרים הלא מוכרים? מה עם הפקעת הקרקע? 76 אחוזים מהקרקעות של הערבים הופקעו. מדוע שאני אתעלם מהם כאשר אני רואה חוקות אחרות מאמצע שנות ה-80 ועד היום, והבולטת ביניהן, דרום-אפריקה, שמתייחסות לסוגיית הקרקע ולצדק מתקן. מדוע לא נתייחס לסוגיה הזו? מדוע החוקה הזו צריכה להתעלם מהנושאים האלה כאשר נקודת המוצא שלי היא שאר אומות העולם. לא יהודים וערבים, אלא בואו נלמד מאחרים בעולם.

לכן הפער הוא תהומי ואי אפשר לדבר על חוקה בהסכמה. אם זה כך, על איזו חוקה אפשר לדבר? כאן אני מתקשר לדבריו של מיכאל קרייני. בדרך כלל מעגנים חוקים, נותנים זכויות למי שעלול להיפגע בגלל מעמדו, למיעוט לאומי, אבל כאן רואים בסעיף אחרי סעיף לא רק מדינה יהודית כאשר למדינה יהודית ודמוקרטית כבר התרגלנו וזה לא מקומם. היהודים הם לא העם היחיד בעולם.

#### קריאה:

אבל הם עם סגולה.

#### חסן ג'בארין:

אבל עם סגולה דווקא מתעלה על עצמו ולא לוקח זכויות רבות לעצמו. לא תמצאו היום מדינה מודרנית שיש בה סעיפים אתניים בכמות שכזו. אם הייתם מבקשים ממני לנסח את הזכויות הקיבוציות של הערבים בתור מיעוט, לא הייתי מנסח מספר סעיפים כאלה אפילו לא בתור מיעוט שצריך להגן עליו.

#### עזמי בשארה:

אתם לא מאמינים שיש לכם מדינה. אתם מסרבים להאמין.

#### היו"ר מנחם בן-ששון:

בפתיחת דבריי אמרתי שזו מדינה שבה כולנו מיעוטים.

חסן ג'בארין:

אתם יודעים שבנושא התעסקות האתנית בסוגיה הזו, בחוקה הזו, לא עולה מי הוא אזרח מדינת ישראל. לפי החוקה, מי הוא אזרח מדינת ישראל? הרי אין גבולות, החוקה לא קובעת גבולות. אתם יודעים שהסעיף המרכזי שבכל חוקה בעולם – מודרנית ולא מודרנית – קובעים את האזרחות. בהצעות כאן נאמר שהאזרחות תיקבע על-פי חוק וזה דבר כל כך מהותי. אתם יודעים בגין מה תהיה הפסילה הבאה של חבר הכנסת עזמי בשארה? העילה לכך תהיה בגלל שהוא לא מכיר בספר החוקה. אם תתקבל החוקה הזאת, יש לו בעיה עם החוקים האלה.

אתם לא מבקשים מהערבים להיות ציונים, ואם זה כך, מדוע אתם מעגנים סעיפים רבים ציוניים בחוקה ואתם אומרים שזו חוקת כל המדינה?

ניקח לדוגמה את הכרזת העצמאות כמבוא לחוקה. היום לחוקות חדשות יש מבוא, שהוא דבר מאוד חגיגי, מדבר בשפה של זכויות אדם, דמוקרטיה, אבל מגילת העצמאות, עם כל הכבוד, היא אנכרוניסטית. אתם יודעים שמונחים כמו זכויות אדם, המונח דמוקרטיה לא מופיע שם? אני לא מדבר על יהודים וערבים אלא המסמך כפותח חוקה, הוא אנכרוניסטי אם אתם משווים אותו למסמכים אחרים. אני לא מדבר על העובדה שאתה בא עם נרטיב היסטורי ובחוקה אתה פותח עם מפעלי הציונות כדבר חוקתי ואתה נותן להם מעמד חוקתי.

התייחסתם למאמר של אמנון רובינשטיין ששאל לשם שמה לעשות את זה ולמה לפתוח במסמך כזה. אם אתה משווה עם כל ההקדמות בחוקות בעולם, הוא יהיה הפרימיטיבי ביותר.

מבחינה משפטית, אין לי שום ספק שכל אלה שעבדו על החוקה הם משפטנים מעולים, אבל בגלל התפיסה הזו שהם רוצים לקדם בתפיסה אתנית, הניסוחים המשפטיים הם מאוד בעייתיים. תראו את הסעיף שמתחיל באופי המדינה ושם נאמר: "מדינת ישראל מכבדת את זכויות האדם של כל תושביה". מדינת ישראל צריכה לכבד את זכויות האדם ולא את כל תושביה. "אזרחות ישראלית נרכשת ונשללת על-פי חוק". תגיד את החוקה, תקבע מי הוא האזרח. זה דבר כל כך מהותי ואתה קובע דברים שחוקות אחרות לא קובעות.

ראובן ריבלין:

אני מוכרח לומר שאפילו הבכת אותי במונח מאליו. נדמה לי שכאשר נאמר שאזרחות תישלל על-פי חוק, החוק מגדיר מתי שוללים אזרחות.

חסן ג'בארין:

חוקות, אם הן רוצות להיות רזות בעניין האזרחי, מינימליסטיות, צריך להיות סעיף אחד שיאמר שהאזרחות של האזרחים לא תישלל.

ראובן ריבלין:

השאלה של האם יהודי יכול לעלות באופן אוטומטי לארץ ולהתקבל לפי חוק השבות.

היו"ר מנחם בן-ששון:

חסן תיאר את זה כמצב של שתי בעיות.

חסן ג'בארין:

עברית היא שפת המדינה. אין מדינה בעולם שמגדירה את זה ככה. ההגדרה צריכה להיות כך שתאמר שעברית היא שפה רשמית במדינת ישראל.

אני מביא את הדוגמאות האלו כי התפיסה האתנית הזאת גרמה למסמך שכמותו אין כיום. אם תשוו אותו, לא תמצאו מסמך דומה בחוקות החדשות, מסמך שהוא כל כך פרטיקולרי.

אמרתי בהתחלה שתמיד עדיפה חוקה כי היא נותנת יציבות וגם מעניקה זכויות אבל אם תשאלו אותי מה עדיף, חוקה כזו או חוקה יותר טובה מזו, על המצב המשפטי, אני אומר – כי



שמתם אותי לדבר מנקודת מבט של ערבי – שהחוקה הזו פוגעת במצב המשפטי הקיים היום. כלומר, הפסיקה והרטוריקה שצוינה בוועדת אור בעניין של הקרקעות וכולי, זה בכל-זאת מסמך משפטי, החוקה הזו פוגעת בהישגים האלה ולכן קשה מאוד לקבל אותה.

אתם יכולים לומר לי שבכל-זאת אתם רוצים לעשות חוקה. אם למשל פרופסור בן-ששון שוכר אותי כעורך-דין ואומר לי שהוא רוצה לעשות היסטוריה ושיש לו הזדמנות לעשות היסטוריה, ומבקש ממני להציע לו משהו כעורך-דין. הייתי אומר לו שאם הוא יעביר את זה, הוא יכנס להיסטוריה ככה שחוקק חוקה שאפשר להתגאות בה. אני לא יודע אם החוקה תעבור בגלל השטחים והסכסוכים. הייתי מציע לך ללכת על מגילת זכויות כאשר כל אדם שווה בפני החוק. חופש ביטוי לכולם, חופש דת, חופש קבלת מידע, חופש איכות סביבה וכולי. בדברים כאלה אפשר לקבל רוב וזה יהיה הישג משמעותי. חוק יסוד חופש העיסוק מתייחס רק לזכות אחת, רק לחופש העיסוק.

אני חושב שאתה וחבר הכנסת עזמי בשארה יכולים להסכים על מגילה כזו וזה יהיה מסמך היסטורי.

במדינה יש לך בעיה כי כל יום יש הצעה למשטר חדש. אתה רוצה חוקה וכל יום ישנו את המשטר? לך על דבר יציב. יש עשרים זכויות שאין עליהן מחלוקת, תסכים על השוויון ותאמר שכל אדם שווה בפני החוק. לדעתי זה מסמך שאתה וחבר הכנסת יכולים להגיע להסכמה.

שאלתם את ד"ר קרייני על עניין ההגדרה העצמית של היהודים והביטוי שלה. כפי שאמרתי, אני לא רואה שבאמת יש ייחודיות. אם נקבל את ההגדרה של השופט שמגר שיהדותה של מדינת ישראל היא כמו צרפתיותה של צרפת ולכן הדמוקרטיה של יהדותה לא תפגע בה, כפי שהצרפתיות לא פוגעת בדמוקרטיה שלה. נניח שההשוואה וההקבלה הזו נכונה, אז כדי לממש את ההגדרה העצמית שלך, יש לך את השפה העברית. מה גורם למדינת ישראל להיות המדינה השונה מכל מדינות העולם? זה שהיא המדינה היחידה בעולם בה העברית היא שפה רשמית. היינו, התרבות העברית היא תרבות רשמית. בגלל שיש לכם בעיות דת ומדינה, תן גם אוטונומיה דתית לחרדים. יכול להיות שצריך להיות גם עניין חוק השבות והאזרחות, אבל לא שאר הסעיפים. כלומר, הגדרה עצמית היא בעיקר בשפה ובתרבות. אז אני יכול להבין שיהודי יכול לומר שאין לו מדינה אחרת וזה נכון שאין לו מדינה אחרת שדוברת עברית, אין לו מדינה אחרת שהתרבות העברית היא דומיננטית בה, אין מדינה בעולם שהדת היהודית מוכרת בה, אין מדינה בעולם שהמוסדות היהודיים מקבלים סבסוד. מה אתה רוצה יותר מזה? זו ההבחנה שעשה עזמי בשארה בין אופי המדינה כיהודית והמהות שלה כיהודית. הוא התנגד למהות היהודית שלה. כששאלו אותו בדיונים למה הוא מתכוון כשאתה אומר שאתה מתנגד למהות שלה כמדינה יהודית, והוא אמר שהוא מתנגד לכל עיגון חקיקתי שבסופו של דבר נותן העדפה לצד האחד על פני הצד האחר, אבל אופי המדינה יישאר כי הרוב הוא כך. לכן אני גם לא מבין את האובססיה.

אני חושב שאם תתאמצו תקבלו את התמיכה של עזמי בשארה ואז יהיה לך מסמך היסטורי. המסמך הזה כפי שהוא הוא לא יעבור ואם הוא יעבור, אתה נותן אפשרות תקיפה מעל כל במה.

#### היו"ר מנחם בן-ששון:

ד"ר קרייני השאיר אותנו ברוחב החיים כפתרון אבל כמי שצריכים למצוא פתרון או מבקשים למצוא פתרון, וזה היה המסר של הבוקר, לשאלות שעה, טווח הזמנים שהפקדת בידינו הוא טווח זמנים עם אופק שאנחנו מתקשים להתמודד אתו כוועדה שמופקדת על חוק, ואתה בטח מבין זאת. עורך-דין ג'בארין אמר לנו להחליט ויכול להיות שבחלק מהטקטיקה נאמר שנתחיל ונראה אם אנחנו מסוגלים לעבור את המחסום הראשון. אם נעבור את המחסום הראשון, נעבור למחסום השני, כי גם לו הוא מצפה ואומר שבדת ומדינה גם מחכה מוקש.

#### ראובן ריבלין:

טוב לי לשמוע אותך כי אז אני מבין מדוע דבר מובן מאליו של מה שאתה אומר לי כדמוקרט, הוא בעיני מובן מאליו אבל הוא לא מובן מאליו.

היו"ר מנחם בן-ששון:

מר ישראל הראל הוא ראש המכון לאסטרטגיה ציונית. הסתבר שיש מסמך שעוד נקבל אותו, אבל בינתיים אין הרבה גופים שניסו לבנות חוקה מלאה.

ישראל הראל:

אני רוצה לומר קודם כל משהו הצהרתי. אני מאוד מאוד מכבד אתכם ומעריך את שלושת האנשים שיושבים מולי. אמר קודם חבר הכנסת עזמי בשארה שאנחנו לא מאמינים שיש לנו מדינה, והדבר הזה שאמרת הוא עמוק מאוד. אני לא יודע אם אנחנו לא מאמינים, אבל אנחנו פוחדים לגבי הישרדותה, וזה בגללך ובגלל הדברים שאתה עושה באופן כל כך ישר או בוטה. חוסר הביטחון שלנו, זה העניין. אתם קלטתם את זה. חוסר הביטחון שלנו הוא זה שמכתיב לנו דברים שלו כן היה לנו את הביטחון, יכול להיות שהיינו מגיעים לניסוחים אחרים. ההיסטוריה הארוכה שלנו מצדיקה באופן משמעותי את הליכתנו גם עם חגורה וגם עם שליקעס. אני חושב שזה עומד בבסיס חלק מהניסוחים של ועדת החוקה, של המכון לדמוקרטיה ומה שתראו בהצעה שלנו.

בהצעה שלנו אנחנו אומרים שיש זכויות קבוצתיות. באמצעות זה אנחנו מנסים לפתור את הבעיה של השתייכות המיעוט הערבי לקולקטיב הישראלי.

להערכתך, אם האזרחים הערבים במדינת ישראל היו מראים יחס אחר למדינה, כפי שהוא מופיע באמצעות נציגיהם בכנסת, כל הצעות החוקה בסעיפים האלה שכל כך חשובים לכם – וההערות שלכם מאוד נכונות – היו מתנסחים באופן שונה לחלוטין.

מיכאל קרייני:

למה זה חד-צדדי? למה אני צריך תמיד להראות ואתה פטור לגבי העבר ולגבי כל מה שנעשה עד עכשיו?

ישראל הראל:

אני חושב שהתשובה שלי היא מספר המשפטים שאמרתי עד עכשיו. שני הצדדים מגיעים בקשר ליחס למדינה לדברים שבמקומות נורמאליים לא קיימים. אני חושב שהמצב היום הוא שונה מהמצב בו ראיתי לפני חודש וחצי בטלביזיה את עזמי בשארה עומד בביירות ועכשיו שאני יושב מולו. אתה לא יכול לדרוש לראות חבר פרלמנט שלהם עומד על אדמת האויב ומדבר בזכות האויב ואחר כך להאמין לו שהוא רוצה בנוסח של החוקה את טובת שנינו. זה קשה מאוד או פשוט בלתי אפשרי.

אני רוצה לומר לך חבר הכנסת בשארה, ואני אומר את זה ברמה הכי ניטרלית, שלו היינו באמת בטוחים בעצמנו במדינה, אתה לא היית יכול לשבת בכנסת, עם כל החיבה האינטלקטואלית שיש לי אליך. לא היית יכול לשבת בכנסת במדינה לאחר שהופעת בכנס של החיזבאללה. זה אבסורד שלא קיים בשום מקום על פני כדור הארץ ולכן הטענות הן הדדיות.

אם באמת רוצים להתגבר, חייבים להתגבר על הדברים האלה.

עזמי בשארה:

כל פעם כשבאים נציגים של האזרחים הערביים לכנסת, תמיד יש טפיחה עצמית על השכם שהנה, אנחנו מתירים לכם לדבר. אי-אפשר כל הזמן שהקהל לא יהיה אובייקטיבי ושלא יתקיים ויכוח רציני אלא הכלל יהיה שמישהו סובל את השני ושמתיקיים יחס של סובלנות. אם מדובר ביחס של סובלנות, אני מביט לך שהוא הדדי. גם אני מגלה סובלנות כלפי אנשים שאני חושב ששום עם אחר לא היה נכנס למקום ולא היה נשבע אמונים למקום שלקח את מולדתו וכולי. תבינו שגם עצם זה שאנחנו באים לכאן כרוך בהרבה פשרות היסטוריות ופסיכולוגיות. אם מדינת ישראל תחליט שלא תהיה זכות הצבעה לערבים – בבקשה, תהיה מדינת אפרטהייד וניאבק אחרת במדינת ישראל. מישהו כאן התפרץ לכנסת? מישהו התחנן שיתנו לו להיכנס לכנסת? אם הדבר הזה ייפסק, ייפסק, ואז ישראל תהיה מדינת אפרטהייד ויהיו עימותים אחרים. צריך להפסיק לדבר בצורה הזאת, כולל הקטע הזה של היית באסיפת חיזבאללה. אני לא יכול להיות באסיפה של חיזבאללה ולא הייתי באסיפה של חיזבאללה, אבל כל הזמן חוזרים על זה. אני יושב

כאן ואומרים לי שישבתי באסיפה של חיזבאללה. אני לא ישבתי בשום אסיפה של חיזבאללה. הייתי בלבנון ואני לא רואה בלבנון מדינת אויב.

אני חושב שאסיפה של חיזבאללה זה הרבה פחות מאשר אסיפה של גוש אמונים. זה הרבה יותר קרוב אלי, אבל לא ישבתי בשום אסיפה של חיזבאללה וגם אסור לי לשבת. אני אומר שעבורי לבנון היא לא מדינת אויב. יש גבולות קולוניאליים ששמו הבריטים והצרפתים, אבל אני ממשיך לראות בערבים עם שלי. לכן אנחנו גם לא משרתים בצבא. אתם מגלים כאן דברים חדשים?

מדברים על זכויות קולקטיביות לאומיות. אחת מהזכויות הקולקטיביות הלאומיות היא שיהיה קשר למיעוט הלאומי הערבי עם העמים שהוא שייך אליהם שאלה הם עמי ערב. מי שעד עכשיו מנע את זה, זאת לא מדינת ישראל אלא סוריה ולבנון שלא מכירות בדרכון הישראלי. הן שמונעות מאתנו להיכנס. ישראל הייתה רוצה נורמליזציה, אבל מי שמנע יחסים עם הערבים בישראל, מי שמנע מהמוסלמים ללכת לחאגי' לסעודיה, זה סעודיה ולא ישראל. סוריה ולבנון מאפשרות לי וישראל מונעת ממני ואני שואל מאיפה היא לקחה את הזכות הזאת, גם להגיד לי עם איזה ערבים מותר לי להיות בקשר. למשל, לירדן לך, אבל ללבנון אסור לך, ואם תיכנס, אנחנו ניכנס ללבנון רק ככובשים ועם נשק אבל שתיכנס כאורח מבורך – אסור, אבל להפציץ, מותר. אם תלך איתנו להפציץ שם, זה מצוין.

בנוגע לחוקה. חוקה לא משנה דעות של אנשים. גם אם נתווכח כאן עשרים שעות, אני לא אשנה את דעתי של ריבלין לגבי מה צריכה להיות המדינה ואופייה. אנחנו דנים על עיגון דעותינו בחוקה ולא על כך שנשנה את דעתו האחד על השני. הדיון הנכון הוא האם זה ראוי, האם זה נכון, האם אנחנו יכולים לחיות כל אחד עם דעותיו או שראוי שנעגן את הדברים בחוקה.

מבחינתי הזמן הוא הזמן הכי לא מתאים למדינת ישראל. ישנו רוב ימני בכנסת וכך החוקה תיראה מבחינת ניסוחה אם עכשיו נתעקש על כך שהיא תהיה. אני כמובן חושב שזה לא הזמן. חסרות הגדרות למדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית? כל חוק יסוד פותח במלים מדינה יהודית ודמוקרטית. אגב, בחוקה יש קצת נגד קהדן, אבל לא נגד קהדן האיש אלא נגד בית-המשפט העליון והקו שנקט בית-המשפט העליון.

העניין הוא לא רק הגדרת מדינת ישראל כמדינה יהודית כפי שקיים בסעיף 7(א) אלא עיבוי הנושא.

אני אומר לכם למה יש ויכוח. בין דמוקרטים שיושבים בעולם, כולם מבינים למה אנחנו מתכוונים. הדמוקרטיה העממיות במזרח אירופה נעלמו. עכשיו יש דמוקרטיה ליברלית או אין. אם נגיד שמדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית, כולנו נבין למה הכוונה ומה הערכים שלה, אבל אנחנו נאמר מדינה יהודית וזה כאשר בין כל שני יהודים כאן יש ויכוח על מה זו מדינה יהודית. יהודי חילוני מסכים עם יהודי דתי על מה זו מדינה יהודית? יהודי דתי מסכים עם יהודי דתי לא ציוני? דתי אנטי ציוני מסכים עם דתי ציוני? אם אמרת ישראל, על מה היא הוכרזה? המשמעות של יהודי שאתה וגפני מסכימים עליה כלולה במילה ישראל. ברגע שאתה מתחיל לפרט, אין לך ויכוחים אתי. גם משה גפני מסכים אתי ואתך לגבי מה זו מדינה דמוקרטית, אבל אנחנו לא מסכימים על מה זה מדינה יהודית.

הערבים הם לא אנטי ציונים. יכול להיות שהם נגד התנועה הקולוניאלית אם הייתה ציונית או בריטית. אנטי ציונים יש רק יהודים. מי שיש לו קטע אידיאולוגי עם הציונות, רגשי, שאני גם ינקתי ממנו, כמו קומוניסטים יהודים, חרדים יהודים, דמוקרטים ליברלים יהודים, הם באמת היו אנטי ציונים. כלומר, היה עניין אידיאולוגי אישי בתוך היהדות נגד הציונות. כל מה שאני למדתי על אנטי ציונות, למדתי מהוויכוח בתוך היהדות. אנחנו לא ציונים ואנחנו מתנגדים לציונות כתנועה התיישבותית ולא אידיאולוגית. הקטע הציוני והוויכוח האידיאולוגי בתוך הציונות הוא ויכוח יהודי. כל האינטלקטואלים שאני מכיר שהעלו נימוקים רציניים, אידיאולוגיים, פילוסופיים נגד הציונות, הם כולם בלי יוצא מן הכלל יהודים. אתה לא תמצא הוגה דעות ערבי אחד רציני שיש לו תורה נגד הציונות. יש לו תורה נגד הציונות, ההתנחלות והמפעל, אבל לא אידיאולוגית ופילוסופית. לכן הוויכוחים על מהי מדינה יהודית ומהותה.

התורה שמרה על עם ישראל, אבל שוכח חבר הכנסת גפני להגיד שהתורה שמרה על עם ישראל בלי מדינה. הוא לא יכול להסתגל לרעיון שעכשיו לא התורה שומרת על עם ישראל אלא משהו אחר. זה השלב שיש כבר מדינה. זה ויכוח בתוך היהדות.

לכן, חוקה שלא נועדה למטרות של ביטחון עצמי ולא לדינאמיקה קבוצתית, אלא חוקה, היא מדינה דמוקרטית. כל השאר כלול במילה ישראל. כשישראל קמה, איך היא הוכרזה? לא צריך יותר להוסיף. צרפת לא אומרת שצרפת היא מדינה צרפתית. הם היו רוצים לומר קתולית, אבל הם לא יאמרו זאת. גם לגבי ישראל, ברור מהי ישראל. ברגע שהתחלת לפרט, כל המוסיף גורע. אתה גורע ואתה מתחיל ויכוחים. ישראל היא מדינה דמוקרטית. שם התואר שאתה צריך להוסיף לישראל זה לא אם היא יהודית או לא, כי היא קמה כמדינה יהודית, אלא דמוקרטית. ברגע שאמרת יהודית, התחלנו ויכוחים מה זה יהודית, למה יהודית וכולי.

היו"ר מנחם בן-ששון:

רבותיי, תם יום העיון הראשון בנושא החוקה. אמרתי שנגיע לשאלות שהן במחלוקת ולא רק שאלות התבנית, לא רק איך עושים חוקה אלא מה התכנים שלה, לא רק מה התכנים אלא גם חילוקי הדעות. שמענו אותם ואני עדיין מקווה שיש דרך אליה נוכל לצאת בצוותא. ראינו היום איזשהו מסלול. איך נגיע אליו? לשם כך אנחנו נשב לא רק בפרקי המבוא אלא על המדוכה. כבר פתרנו בעיות, אולי לא קשות כמו אלה של היום, ועשינו זאת מתוך חילוקי דעות ולאחר מכן מתוך מציאת המכנה המשותף.

אני מבקש להודות מאוד לכל הדוברים היום, לחברי הכנסת, תודה לאורחים שהיו קשובים וסבלנים במשך שעות ארוכות של דיונים. אנחנו נמשיך ביום העיון ביום ראשון בבוקר ואני מזמין את כולכם לדיונים הבאים שלנו בנושא יחסים שבין דתיים לבין חילוניים ובין דת למדינה.

תודה רבה.

הישיבה ננעלה בשעה 17:10