

## זכויות קולקטיביות ופיוס בכינון חוקה: המקרה הישראלי

מאת: עו"ד חסן ג'בארין<sup>1</sup>

מר אלטשולר, היה יהודי חילוני ובעל מסעדה בתל-אביב בתקופת המנדט הבריטי. עיריית תל-אביב קנסה אותו בגלל שפתח את עסקו ביום שבת בניגוד לחוק העזר העירוני. הוא פנה לבית המשפט המנדטורי ותבע ביטול חוק העזר של עיריית תל-אביב. בעקבות מעשהו זה, אנשי הציבור של תל-אביב, שרובם הגדול היה חילוני באופן מובהק, החליטו לצאת נגד מר אלטשולר בטענה, כי הוא פגע באוטונומיה התרבותית של תל-אביב ובייחוד הלאומי של "הישוב העברי"<sup>2</sup>.

תגובתם זו של אנשי הציבור בתל-אביב מאפיינת היא את התנהגותם הפוליטית של מיעוטים אתניים, דתיים, לאומיים או תרבותיים המעוניינים להבליט את השונות שלהם ולשמור על הייחודיות למען ההכרה בזכויות הקיבוציות שלהם. אכן, למען ההגנה על זכויות מיעוטים מסוג זה, מדינות דמוקרטיות רבות הכירו בזכויותיהם לנהל את ענייניהם התרבותיים הפנימיים ללא התערבות חיצונית של בתי המשפט אף כאשר האוטונומיה התרבותית שלהם פגעה בזכויות הפרט.

בשנת 1992 נתן בית המשפט העליון פסק-דין (קסטנבאום) שבו נקבעה הלכה בעניין החוקתיות של האוטונומיה האישית של הפרט מפני חובות שתכליתן לשמור על **הלכידות הדתית והלאומית** של היהודים הישראלים. ביהמ"ש העליון חייב את חברת קדישא להיעתר למשפחת הנפטר להוסיף ולרשום על מצבתו את שמו באותיות לטיניות, במקום הבלעדיות של השפה העברית, ואת תאריך פטירתו לפי הלוח הגריגוריאני במקום הבלעדיות של התאריך העברי. פסק דין זה עורר דיון מעניין באקדמיה ונטען, כי הוא מהווה נקודת ציון של מעבר מעידן עול הקולקטיביזם לעידן חירויות הפרט<sup>3</sup>.

בחוקה המוצעת היום על ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה (להלן: החוקה בהסכמה) צוין כי "לוח השנה העברי הוא לוח רשמי במדינת ישראל". יאמר האומר, כי עניין עיגונו של התאריך העברי בחוקה הינו נושא שולי וסמלי בלבד. זה לא נכון. העוצמה היא דווקא בסמליותו המתבטאת בעיגונים נוספים אשר מבליטים ללא היסוס את הערכים האתנו-דתיים. כך למשל, אם עד כה בג"צ התערב בהחלטות של בתי הדין הרבניים בדיני אישות למען ההגנה על זכויות נשים וחירויות הפרט, אזי לפי "החוקה בהסכמה", התערבות כזו בנושאים אלה תהיה מוגבלת וצרה מאוד משום שאלה הם עניינים של "אי שפיטות חוקתית" והם כוללים גם: "הצטרפות לדת, השתייכות לדת או פרישה ממנה; צביונם היהודי של השבת ומועדי ישראל ברשות הרבים; שמירת הכשרות במוסדות ממלכתיים".

<sup>1</sup> מנכ"ל ארגון עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל. חלק מרשימה זו התפרסם בביטאון לשכת עורכי-הדין "הלשכה", מס' 71 (הועד המחוזי, ירושלים, אפריל 2005) עמ' 13.

<sup>2</sup> ראו את ההפניות במאמרו של רוני שמיר, "לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי" מ. מאוטר, א. שגיא, ר. שמיר (עורכים) רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (רמות, אוניברסיטת תל-אביב 1998) 589, 600-601.

<sup>3</sup> ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א יקהילת ירושלים נ קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464.

האובססיה הקולקטיבסטית הזו של מנסחי "החוקה בהסכמה" הצליחה אף להשפיע על סגנון הניסוחים של סעיפים רבים אחרים. כך, למשל, במקום לקבוע כפי שמקובל בחוקות בעולם, כי "העברית היא שפה רשמית במדינת ישראל" נקבע, בסגנון לא מקצועי הנובע מתוך שאיפה לחזק את האחיזה האתנית שלא מותירה ספקות כלשהן כי, "העברית היא שפת המדינה". אלו הן דוגמאות אחדות מיני רבות.<sup>4</sup>

הרטוריקה של עידן אלטשולר שאפיינה את המיעוט העברי והפוליטיקה הציונית של שנת 1948 הן הדומיננטיות "בחוקה בהסכמה". "החוקה בהסכמה" קובעת, כי הנוסח המלא של הכרזת העצמאות של מדינת ישראל ורק הוא יהווה המבוא של החוקה במדינת ישראל. כידוע, המבוא של כל חוקה - שנקרא ה- preamble - הוא קובע את "האני מאמין" של אזרחי המדינה ובגלל זה יש לו ערך מחנך ומלמד לכלל האזרחים. בנוסף, תפקידו המשפטי של המבוא הוא לשרטט את יעדיה העיקריים של החוקה, ולכן, הוא משמש כלי פרשני להוראותיה של החוקה, ובחלק מהמדינות הוא מהווה אף מקור עצמאי לזכויות.<sup>5</sup>

בהשוואה עם ה- preambles של רוב החוקות החדשות שנחקקו בשני העשורים האחרונים עולה כי, התוכן של הכרזת העצמאות של מדינת ישראל, כמבוא לחוקה, הינו אנכרוניסטי ביותר. ראשית, התוכן של preambles אלו נשען על רטוריקה של זכויות אדם, ואילו הכרזת העצמאות של מדינת ישראל אשר כללה, אמנם, שלוש פסקאות אוניברסאליות, התוכן הדומיננטי והבולט שלה הוא פרטיקולרי, ואתני ביותר, אפילו מילים כגון "מדינה דמוקרטית", "זכויות אדם", ו- "כבוד האדם וחירותו" לא נמצאות בו. שנית, להבדיל מכל מבואות החוקות בדמוקרטיה בעולם המדברות בשם כלל האזרחים או האומה, הכרזת העצמאות מדברת בשם "נציגי העם" - העם היהודי, נציגי היישוב והתנועה הציונית על כל גופיה - ברור שזה כולל גופים כמו קק"ל והסוכנות היהודית אשר מצהירים בפומבי ובפני בתי-המשפט שהם רשאים להפלות את מי שאינו יהודי.<sup>6</sup> ועל כן, היא קובעת כי, ההיסטוריה, התרבות, המורשת והזיכרון הקולקטיבי המוכרים במדינת ישראל הם אך ורק אלה של העם היהודי. היינו, היא מרוקנת את כל הארץ מתושביה הערביים הנוכחים בה, והופכת אותם לנפקדים מהקשרו המלא של עקרון האזרחות. בכך, היא מציגה אותם לכל היותר בתור מהגרים שהגיעו אליה ולא בתור ילידים שהמדינה הגיעה אליהם.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> החוקה המוצעת מופיעה באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה אשר אומת בחודש ינואר 2005: [www.idi.org.il](http://www.idi.org.il)

<sup>5</sup> אמנון רובינשטיין וליאב אורגד, "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" עתיד להתפרסם בחודש אוגוסט 2005 בכתב-העת המשפט.

Jeremy Webber, "Constitutional Poetry: The Tension between Symbolic and Functional Aims in Constitutional Reform," 21 *Sydney Law Review* 260 (1999); Eric M. Axler, "Note: The Power of the Preamble and the Ninth Amendment: The Restoration of the People's Unenumerated Rights," 24 *Seton Hall Legislative Journal* 431 (2000); Gilbert Paul Carrasco and Congressman Peter W. Rodino, "Unalienable Rights: The Preamble and the Ninth Amendment: The Spirit of the Constitution," 20 *Seton Hall Law Review* 498 (1990).

<sup>6</sup> האם הפרשנות המשפטית של מבוא מסוג זה תוביל בעתיד לקביעה משפטית שגופים אלה רשאים להמשיך ולהיות שותפים בנייהול מינהל מקרקעי ישראל, למשל? זוהי שאלה משפטית המחייבת אותנו, בכל מקרה, להעלות אותה, בעתיד ולהתמודד עמה בפני בג"צ.

<sup>7</sup> לאחר פסק-דין Mabo המפורסם משנת 1992 באוסטרליה שהכיר בדרכי הבעלות בקרקע של העמים הילידים, החל שם דיון רציני בדבר הצורך בשינוי המבוא של החוקה האוסטרלית המתכחש לעמים הילידים ראו:

Mark McKenna, "First Words: A Brief History of Public Debate on a New Preamble to the Australian Constitution," Parliament of Australia Research Paper, 2000; George Winterton, "A New Constitutional Preamble," 8 *Public Law Review* 186 (1997);

עיקרון ריקון הארץ של הכרזת העצמאות הוא גורם דומיננטי בהשפעתו על סעיפיה של "החוקה בהסכמה". לא מקרי שהגיונם של סעיפים אלה קובע כי, האזרחים הערבים זכאים לכל היותר לזכויות אזרחיות כמו אלו המגיעות למהגרים שונים. כמו שעל כל המהגרים לקבל את "שפת המדינה" המארכת ולהזניח מאחוריהם את זהותם ותרבותם שנטשו מרצונם במולדתם, כך על האזרחים הערבים לקבל שהעברית היא שפת המדינה<sup>8</sup>. בהקשר זה קבעה "החוקה בהסכמה", כי השפה הערבית במדינת ישראל לא תהיה עוד שפה רשמית אלא שפה שיש לה "מעמד מוכר", היינו מעמד לא מחייב ולכל היותר מעמד של working language. יצוין, כי השפה הערבית היא שפה רשמית במדינת ישראל לפי סעיף 82 לדבר המלך במועצתו אשר שמר על הסטאטוס קוו מתקופת המנדט, אם כי הלכה למעשה הרשויות לא מכבדות סעיף זה<sup>9</sup>.

רטוריקת הזכויות המשפטית הקיימת היום ביחס אל האזרחים הערבים, על אף חסרונותיה ומגרעותיה הרבות, היא עדיין עדיפה על זו של "חוקה בהסכמה". **ועדת אור**, למשל, קובעת כי, "אוכלוסיית המיעוט הערבי בישראל היא אוכלוסייה ילידה...בהבחנה המקובלת בספרות המקצועית בין 'מיעוטים ילידים' לבין 'מיעוטי הגירה', המיעוט הערבי בישראל שייך בבירור לקטגוריה הראשונה...משוואה זו, של מיעוט 'ילידי' מול רוב 'מהגר' – יש בה פוטנציאל של מתח גובר... [המיעוט הערבי] הפך למיעוט רק בימינו. הוא נושא עמו את המורשת, את העמדות והציפיות של אלה שהיו תמיד שותפים בחברות רוב"<sup>10</sup>. בפס"ד **עדאלה נגד עיריית תל-אביב-יפו** עושה הנשיא ברק הבחנה בין מעמדה של השפה הערבית לבין שאר השפות (לא כולל העברית) וקובע כי, "לא הרי כל אותן שפות, כהרי השפה הערבית. הייחוד של השפה הערבית הוא כפול: ראשית, הערבית היא שפתו של המיעוט הגדול ביותר בישראל, החי בישראל מימים ימימה. זוהי שפה הקשורה למאפיינים תרבותיים היסטוריים ודתיים של קבוצת המיעוט הערבית בישראל"<sup>11</sup>.

נוסח דומה לעקרון ריקון הארץ מתושביה הילידים עלה במבוא של חוקת מקדוניה החדשה בשנת 1991. אולם, כתוצאה ממאבקו העיקש של המיעוט האלבני (מיעוט מולדת) וכתוצאה מהתערבות האיחוד האירופאי, בוצעו שינויים במבוא של החוקה בשנת 2001 אשר כללו את הקביעה

רובינשטיין ואורגד מסתייגים מהכללת הנוסח המלא של הכרזת העצמאות כמבוא לחוקה בגלל, בין היתר, שה"אנו" שבה הוא יהודי והיא חתומה על ידי יהודים בלבד, אולם, הם טוענים, כי חשוב להשתית את המבוא על ההכרה מטעמים היסטוריים, משפטיים, חברתיים ופרגמאטיים, ולכן, הם מציעים לאמץ את העיקרים המצויים בהכרזת העצמאות כמבוא לחוקת מדינת ישראל בהתבסס על הנוסח המצוי בסעיפי הפתיחה של שני חוקי היסוד (כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק), היינו, להסתפק בהפניה אל עקרונותיה אך בלי נוכחות הנוסח המלא שלה כמבוא לחוקה. הצעה זו, לדעתנו, עשויה לרכז את הניכור האזרחי ולהצניע את הבולטות שלו אך לא תביא לביטולו, בנוסף, אין ביכולתה של הצעה זו כדי לאיין את התוצאות המשפטיות השליליות שעלויות לפגוע בזכויותיהם של האזרחים הערבים.

<sup>8</sup> חסן גיבארין, "ישראליות 'הצופה פני העתיד' של הערבים לפי זמן יהודי-ציוני, במרחב בלי זמן פלסטיני", משפט וממשל כרך (ו) יולי 2001, 53. הנוסח האנגלי של מאמר זה התפרסם ב-

Hassan Jabareen, "The Future of Arab Citizenship in Israel: Jewish-Zionist Time in a Place With No Palestinian Memory," in *Challenging Ethnic Citizenship*, eds. Daniel Levy and Yfaat Weiss (New York: Berghahn Books, 2002) 196-220.

<sup>9</sup> על מעמדה של השפה הערבית ראו: אילן סבאן ומוחמד אמארה, "מעמד השפה הערבית בישראל: משפט, מציאות, וגבולות השימוש במשפט לשינוי מציאות", מאגיד אלחאגי ואסעד עאנגם (עורכים) *הערבים בישראל: דילמות לאומיות ואזרחיות* (אוניברסיטת חיפה, חיפה, 2004) 885.

<sup>10</sup> דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות ביי כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000, כרך א', (ספטמבר 2003), עמ' 26-27.

<sup>11</sup> בג"ץ 4112/99 *עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו*, תק-על 2002(2), 603 פסקה 25 לפסק דינו של ברק; ראו התייחסותם של סבן ואמארה לקביעה זו במאמרם לעיל עמ' 900.

שמקדוניה היא מדינת כל לאומיה וקבוצותיה האתניות. הנחת העבודה בניהול המשא ומתן בין הצדדים היתה, שאחוזם של האלבנים נע בין 20% לבין 25% מכלל אזרחי מקדוניה<sup>12</sup>.

בשנת 1991 נקבע במבוא של חוקת מקדוניה כי, מקדוניה היא מדינתו של העם המקדוני המבטיחה שוויון מלא לכל הקבוצות האתניות שבתוכה<sup>13</sup>. המיעוט האלבני התנגד לכך בטענה, כי קביעה זו מסווגת את מעמדו האזרחי כמעמד מדרגה שנייה. הדבר אף הוביל לשימוש במאבק מזוין ע"י קבוצות אלבניות נגד הגדרת המדינה<sup>14</sup>. לאחר התערבות האיחוד האירופאי נחתם ביום 13/8/2001 הסכם Ohrid אשר הציע נוסח למבוא של החוקה המשמיט את כל ההתייחסויות ללאומים וקובע כי, מקדוניה היא מדינת אזרחיה<sup>15</sup>. אולם, המקדונים הלאומיים, והכנסייה המקדונית התנגדו לכך ואף הקימו שרשרת אנושית סביב הפרלמנט כדי למנוע את אישור התיקון המוצע. חלק מהמיעוט האלבני התנגד גם הוא לתוכן זה ותבע התייחסות ישירה לשיוך שלו "כבני העם האלבני" ולא כמיעוט לאומי. בעקבות התנגדות חריפה זו, הציע מר Javier Solana שייצג את האיחוד האירופאי, נוסח אחר למבוא המתייחס לכל הקבוצות האתניות במקדוניה עם שיוך המילה "people לכל קבוצה, ולגבי האלבנים נקבעה ההגדרה: "האזרחים בני העם האלבני". וביום 16/11/2001 אישר הפרלמנט ברוב גדול את הנוסח הסופי למבוא לאמור:

"The citizens of the Republic of Macedonia, the Macedonian people, as well as citizens living within its borders who are part of the Albanian people, the Turkish people, the Vlach people, the Serbian people, the Romany people, the Bosniac people and others... have decided to establish the Republic of Macedonia as an independent, sovereign state..."

---

<sup>12</sup> Vladimir Jovanovski and Lirim Dulovi, "A New Battlefield: The Struggle to Ratify the Ohrid Agreement," in The Institute of War and Peace Reporting, *Ohrid & Beyond* (2002); "Constitutional Watch", in 10(1) and 10(4) *East European Constitutional Review*, (2001), a publication of New York University School of Law and the Central European University; ראו גם את התייחסותם של רובינשטיין ואורגד למקרה של מקדוניה בפרק ג למאמרם.

<sup>13</sup> הנוסח הראשוני של המבוא קבע:

"Macedonia is established as a national state of the Macedonian people, in which full equality... is provided for Albanians, Turks, Vlachs, Romanies and other nationalities living in the Republic of Macedonia".

<sup>14</sup> הנשיא של המפלגה הדמוקרטית האלבנית Arben Xhaferi אמר בהקשר זה:

"To whom does the state belong? Macedonians want to create the state as their own ethnic property... against the will of the Albanian minority. Since then we have had permanent... conflict over the concept of the state. But the concept of the state – the constitution of the state – is incompatible with multi-ethnic reality. So the question now is whether we change reality through ethnic cleansing or [change] the concept of the state?"

Institute for War and Peace Reporting, "An Optimist in Panic: Interview with Arben Xhaferi," 6 April 2001.

<sup>15</sup> הנוסח המוצע למבוא של החוקה קבע כי:

"The citizens of the Republic of Macedonia... have decided to establish the Republic of Macedonia as an independent, sovereign state..."

תפקיד עיקרי של חוקות דמוקרטיות הוא לעגן זכויות הגנה ייחודיות למיעוטים על מנת לשמור עליהם מכוחו של הרוב. אולם, כאשר "החוקה בהסכמה" הופכת את היוצרות ומתייחסת לרוב הלאומי במדינת ישראל בתור מיעוט לאומי, אז בוודאי היא לא מותירה מקום כלשהו להגנה על זכויות המיעוט הערבי. לפי סעיפיה של "החוקה בהסכמה", דינם של היהודים במדינת ישראל כדין מיעוט לאומי, שכן, כדי לשמור על האוטונומיה התרבותית שלהם יש לעגן סעיפים רבים הכוללים זכויות ייחודיות שישמרו על מבנהו התרבותי של "המיעוט היהודי" מפני התבוללות או כרסום.

המיעוט הלאומי ולא הרוב הדומיננטי, הוא דווקא זה שזקוק לזכויות קולקטיביות על מנת להבטיח לפרט שלו "חברות תרבותית" (cultural membership). פגיעה במבנהו התרבותי של המיעוט תגרום לכרסום בחירויותיו של הפרט המשתייך למיעוט, וזאת בגלל הקשר האינהרנטי בין חירויות הפרט להקשר התרבותי שלו. לא כך כשמדובר בקבוצת רוב לאומי דומיננטי, שכן החברות התרבותית מובטחת לפרט המשתייך לרוב כזה בגלל ששפתו היא רשמית ודומיננטית בהיותה שפת הרוב במדינה<sup>16</sup>. לא במקרה, אפוא, המשפט הבינלאומי מתייחס לזכויות ייחודיות למיעוט ולא לקבוצה הדומיננטית. לכן, ככלל, כל חקיקה נוספת שמטרתה לחזק את הזהות האתנית של הרוב הדומיננטי מהווה פגיעה בעקרון השוויון בין הקבוצות השונות מחד, והיא פוגעת באוטונומיה האישית של הפרט המשתייך לקבוצת הרוב, כדוגמת המקרה של **קסטנבאום**, מאידך.

אינני טוען כי, לרוב הלאומי אין זכויות קולקטיביות כלשהן. אני טוען כי, כל העדפה שהיא מעבר למתחם הלגיטימי של מימוש ההגדרה העצמית הינה בעייתית ביותר בהיותה מובילה להפליה אסורה על רקע קיבוצי ולפגיעה באוטונומיה האישית של הפרט. ההגדרה העצמית של עמים במשטרים דמוקרטים מתבטאת בשפתם כשפה רשמית. ההכרה בשפה הרשמית מבטיחה, מאלוה, את הזכויות התרבותיות. צרפתיותם של הצרפתים מתבטאת בשפה הצרפתית כשפה רשמית ולא בהעדפות אחרות על רקע שייכות אתנית. כך הוא הדבר לגבי האמריקאים, האנגלים ועוד. אני טוען גם, כי מדינה יכולה, ובמקרים מסוימים היא חייבת, לממש את ההגדרה העצמית של יותר מלאום אחד. טענה לא תקפה היא, למשל, כי הקנדים דוברי השפה האנגלית אינם נהנים מהגדרה עצמית בקנדה בגלל שקנדה מעניקה הגדרה עצמית גם לדוברי השפה הצרפתית.

ההגדרה העצמית של בני העם היהודי במדינת ישראל מתבטאת בשפה העברית כשפה רשמית במדינת ישראל. בנוסף, ובגלל הקשר הייחודי בין הדת היהודית והלאום, אז הבטחת אוטונומיה דתית לקהילות יהודיות דתיות במדינת ישראל הינה חלק לגיטימי ממימוש ההגדרה העצמית של האזרחים היהודים. למעשה וכעובדה, שני המרכיבים האלה לבדם הובילו לכך: מדינת ישראל היא, היחידה בעולם ששמה הוא עברי-יהודי, והיא היחידה בעולם אשר משתמשת, מגשימה,

<sup>16</sup> Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship* (Oxford: Oxford University Press 1995). ראו גם את מאמרו של ד"ר אמל ג'מאל, "על מוסריות הזכויות הקולקטיביות של הערבים בישראל", גיליון עדאלה האלקטרוני, מס' 12, אפריל 2005.

מבטאת ומבטיחה את התפתחותן, שגשוגן ועושרן של השפה העברית, התרבות העברית והדת היהודית<sup>17</sup>.

לכן, הענקת זכויות יתר לקבוצה הדומיננטית מעבר לשפה – ומתווספת אליה, במקרה היהודי או דומה לו, את האוטונומיה הדתית, היא עניין לאפליה אסורה ולא למימוש ההגדרה העצמית במיוחד כאשר מתגוררות בתוך המדינה קבוצות לאום נוספות שאף הן זכאיות להגדרה עצמית שווה בתחומי המדינה<sup>18</sup>.

הניסיון הטרי של העם ההונגרי בסוגיית ההגירה והאזרחות מתאים לעניין זה. בהונגריה, מדינה שאין לה מסורת ליברלית, נדחתה במשאל עם שנערך ביום 5/12/2004 ההצעה לחוקק חקיקה אשר תעניק אזרחות לכל אדם ממוצא ההונגרי<sup>19</sup>. ההונגרים הלאומיים התומכים בהצעה טענו כי, קרוב ל-5 מיליון אדם ממוצא הונגרי מצאו את עצמם מתגוררים במדינות הגובלות את הונגריה כתוצאה מעוול היסטורי שנגרם בקביעת הגבולות במלחמת העולם הראשונה ומאז הם ממשיכים לסבול מהפליה שם; ועל כן, הם טענו, הצעה זו היא תיקון לעוול ההיסטורי שנגרם לעם ההונגרי וחובה על הונגריה לפעול לאיחוד העם מחדש. מפלגת השלטון הליברלית – סוציאליסטית והמדינות השכנות הביעו את התנגדותם להצעה זו שבסוף נפלה במשאל העם.

ללא ספק, החרדה הלא רציונלית מקיומה של זהותו הערבית-פלסטינית של המיעוט הערבי היא דווקא שחיבה את מציעי "החוקה בהסכמה" להבליט את "הלכידות" של הקולקטיב היהודי בחוקה ולא סוגיית ההגדרה העצמית של היהודים. זוהי, למעשה, הלאומנות המבקשת לאשר מחדש את נורמת **הלכידות הדתית-הלאומית** שנדחתה **בקסטנבאום** ולהכריז עליה היום כנורמה משפטית עליונה. לאומנות זו, היא הסיבה להתכחשות לזכויות הקיבוציות השוויוניות של האזרחים הערבים. לכל הדעות, חיזוקה של לכידות זו פוגע הן בזכויותיו של הפרט היהודי והן בזכויותיו הקולקטיביות של המיעוט הערבי.

מדוע אקדמאיים ליברליים יהודים הידועים בתמיכתם בזכויות הפרט לפי הקונספציה של **קסטנבאום**, ממשיכים לתמוך, אם כן, "בחוקה בהסכמה"? לדעתם, על אף "שהחוקה בהסכמה" היא גרועה בחלק מהוראותיה, היא מבטאת את המתחם המכסימלי שניתן להסכים אודותיו לאור

<sup>17</sup> ברשימה קצרה זו, לא התייחסתי לסוגייה החשובה בעניין הקשר בין האזרחות והלאומיות במדינת ישראל. היינו, להבדל בין יהדותם של הישראלים ולבין צרפתיים של הצרפתיים. השנייה נקבעת, כמו שמקובל בכל העולם, ע"פ מבחן טריטוריאלי אשר הוא יוצר ומעצב את הלאומיות או האומה המודרנית, אולם, במדינת ישראל היא נקבעת ע"פ הנחה או קביעה היסטורית המשתנה מעת לעת כקביעת פסק-הדין החדש המאשר, כי ביכולתו של הלא יהודי להצטרף תמיד לעם היהודי "בקפיצה" אל אחת מהקהילות היהודיות בעולם; ראו את התייחסותו של עו"ד מרואן דלאל, "אזרחות מדומינת", גיליון עדאלה האלקטרוני, מס' 12, אפריל 2005.

<sup>18</sup> איריס מריון יאנג, "הגדרה עצמית כהעדר יחסי שליטה: אידיאלים שימושיים עבור פלסטיין/ישראל" גיליון עדאלה האלקטרוני, מס' 12, אפריל 2005.

<sup>19</sup> הנוסח של ההצעה שלא התקבל ע"י רוב ההונגרים במשאל העם היה:

"offering preferential naturalization on request...that grants Hungarian citizenship to persons who claim Hungarian ethnicity, do not reside in Hungary, are not Hungarian citizens and certify Hungarian ethnicity".

מאזן הכוחות הפוליטיים היום, ובכל מקרה, היא עדיין עדיפה על העתיד שעלול להתדרדר ולהיות גרוע יותר מהמצב הפוליטי הנוכחי.

זה נכון שתפקידה של חוקה דמוקרטית הוא לצפות את העתיד כדי להגביל הפרות עתידיות ומסיביות של זכויות אדם. בגלל טעם חשוב זה, אנו עדים בשני העשורים האחרונים להליכים חשובים ביותר של כינון חוקות במדינות רבות בעולם ומביניהן המדינות של הגוש המזרחי לשעבר<sup>20</sup> וכן מדינות אחרות שבהן שררו מדיניות של הפליה ודיכוי על רקע אתני, משטרים צבאיים או עריצים. ברוב המדינות הללו, הליך כינון החוקה היווה שלב של מעבר היסטורי בתרבות הפוליטית. על מנת ליצור תרבות חדשה המבוססת על זכויות האדם, מדינות אלו החליטו להביט אחורה ולבדוק את העבר שלהן, להכיר בעוולות ההיסטוריות, להגיע לפיוס היסטורי עם הקבוצות שסבלו מדיכוי ומהפליה במשך תקופה ארוכה<sup>21</sup>.

כמו כן, בחלק ניכר מהמדינות האלה נוהל מו"מ הוגן בין הקבוצות השונות אודות העקרונות שינחו את עצם **ניהולו של הליך** כינון החוקה לרבות קביעת מנגנון קבלת ההחלטות לצורך ניסוח החוקה (The Interim Period), וזאת כדי לא ליתן לקבוצה הדומיננטית להכתיב את תפיסתה ולמען שילוב כל הקבוצות בהליך הכינון גופו ובמיוחד אלו שהופלו או דוכאו בעבר. שילוב מסוג זה בהליך הביניים וההכרה בהפרות זכויות האדם שהתרחשו בעבר היו הסיבות העיקריות שהפכו את הליך הכינון עצמו להליך של מעבר היסטורי. כך היה למשל, בפולין, הונגריה, מזרח טימור, ברזיל, אתיופיה, אוגנדה, קיניה, רואנדה, ניקרגואה, קמבודיה, פיג'י, והבולטת בהן היא דרום אפריקה ששם הייתה בדיקה עמוקה להפרות זכויות האדם בתקופת האפרטהייד<sup>22</sup>.

לא כך הוא הליך כינון "החוקה בהסכמה". לא רק שהוא רחוק מלהעיד על שילוב כלשהו במובן של קביעת interim period ולא רק שהוא פוגע בסטאטוס קוו, אלא הוא מתנהג כאילו אין היסטוריה של הפליה ודיכוי נגד האזרחים הערבים, אין כפרים לא מוכרים, אין אזרחים שנעקרו מכפריהם לאחר קום המדינה, אין יותר משלושה מיליון איש הנמצאים תחת כיבוש ישראלי, אין פליטים, ירושלים היא עיר השלום המאוחדת וכי גבולותיה של מדינת ישראל ידועים ומוכרים לכול<sup>23</sup>!

<sup>20</sup> Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe* (Chicago: The University of Chicago Press, 2000).

<sup>21</sup> על הדיון המשלב בין תיאוריה ופרקטיקה בעניין של 21 מדינות שפתחו בשנים האחרונות בהליך של פיוס לאומי ראו:

Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions* (New York and London: Routledge, 2002).

<sup>22</sup> על ההשוואה בין המקרה הישראלי לבין הדרום אפריקאי ראו:

Aeyal Gross, "The Constitution, Reconciliation, and Transitional Justice: Lessons from South Africa and Israel," 20 *Stanford Journal of International Law* 47 (2004)

<sup>23</sup> על סוגיית הפיוס ההיסטורי הישראלי-פלסטיני:

Nadim Rouhana, "Reconciliation in Protracted National Conflict: Identity and Power in the Israeli-Palestinian Case", in A.H. Eagly, et. al., (eds.), *The Social Psychology of Group Identity and Social Conflict: Theory, Application and Practice* (Washington, DC: American Psychological Association, 2004).

בהשוואה עם החוקות החדשות של המדינות לעיל עולה, כי "החוקה בהסכמה" מציגה, למעשה, את העבר שחוקות אלו ביקשו להבטיח את אי חזרתו. ע"פ רוב, חלק ממדינות אלו סבלו בעבר מחוקות "קולקטיביסטיות - אידיאולוגיות" וחלק אחר מחוקות "אתניות- מדרות". "החוקה בהסכמה" ממחישה את שני סוגי העבר יחדיו. לכן, היא רעה לכל האזרחים בהיותה "אידיאולוגית" כלפי האזרחים היהודים ו"אתנית" כלפי האזרחים הערבים.