

הסדר חוקתי אפשרי – תגובות והערות

בגיליון הקודם של כתב-עת זה הופיע אוסף של מאמרים חשובים בנושא המאמצים לכונן חוקה למדינת ישראל. חלקם התייחסו להצעה של המכון לאסטרטגיה ציונית, מסמך שאני נמנה בין מנסחיו. במאמר זה אתייחס באופן כללי לדבריהם של ישראל שריר ויצחק גייגר, ואשתדל להראות איך הצעת המכון לאסטרטגיה ציונית (להלן: המכון) מתמודדת עם הבעיות שהם העלו¹. כמו כן, אבקש לחדד כמה נקודות שהעלה הרב בניהו ברונר בעניין נישואין אזרחיים.

שריר וגייגר הבחינו, כל אחד בדרכו שלו, בין רבדים שונים של אינטראקציה בין תורה ומדינה העשויים לבוא לידי ביטוי בחוקה: מתן אפשרות לדתיים לקיים אורח חיים דתי במישור הפרטי והציבורי, מתן ביטוי לכך שהמדינה היא מדינת העם היהודי, האפשרות העקרונית לחוקק חוקים דתיים וחקיקה דתית בפועל. במישור העקרוני אפשר ליחל ליותר מזה אבל במאמר קצר זה נסתפק באלה.

א. המרכיבים האוניברסליים בהצעת החוקה

מטבע הדברים, הנושא המרכזי המעסיק את הציבור הדתי לגבי החוקה הוא הצורך למצוא את האיזון הנכון בין ערכים ושאיפות יהודיים פרטיקולריים לבין זכויות אדם אוניברסליות. נקודה חשובה שלא תמיד נתפסת מספיק היא שניסוח המרכיבים האוניברסליים בחוקה, הגם שאינם מתייחסים ישירות לעניינים דתיים, לעתים קרובות משפיע יותר על אופיה של המדינה מאשר ניסוח הסעיפים ה"דתיים". אי לכך, נתחיל דווקא מהמרכיבים האוניברסליים שבהצעת החוקה עם דגש על השאלות הקרדינליות ביותר: מי יחליט ומי יחליט מי יחליט.

ההצעה כוללת מגילת זכויות כמקובל בחוקות מודרניות (סעי' 2, סעי' 3, סעי' 5-13)². "זכויות האדם המוכרות בחוקה מושתתות על ההכרה שכל אדם נברא בצלם, והוא בן חורין ובעל כבוד סגול"³ (סעי' 5). הזכויות הנמנות בחוקה נוסחו בקפידה כך שיהיה קשה לשופטים לנצל את עמימות הלשון כדי ליצור זכויות או חובות חדשות יש מאין (ראה גם בסעי' 74). כמו כן, חופש הדת נמצא יחד עם חופש התרבות (סעי' 8), לומר שיש חופש מדת באותה מידה שיש חופש מתרבות בכלל. כולם שווים בפני החוק גם בזכויות וגם בחובות (סעי' 15), אולם שוויון זה מוגבל מטבעו (סעי' 16, סעי' 68).

ישראל שריר הצביע באופן ספציפי על הסכנה במתן עוד עוצמה לבית המשפט העליון, והוא מנה חלק מהרעיונות שהועלו בהצעת המכון כדי להתמודד עם בעיה זו. אכן, מאמץ רב הוקדש לקביעת האיזון הנכון בין הרשות השופטת לרשויות האחרות. בסופו של דבר הצעת המכון מאפשרת לבית המשפט העליון לבטל חוקים שאינם חוקתיים (סעי' 90), אולם האפשרות הזאת מסויגת ומוגדרת היטב, ויד המחוקק על העליונה. כאן נפרט את כל הסייגים הנמצאים בהצעה.

1. בשלשה מקומות שונים (סעי' 20, סעי' 71, סעי' 90) מבחן ה"מידתיות" נוסח בדרך המסירה את העמימות בפסקת ההגבלה הקיימת. בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נאמר: "אין פוגעים בזכויות... אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש...". נשים לב לעמימות הביטוי "במידה שאינה עולה על הנדרש". נניח שניתן להגשים, למשל, 70% מהתכלית על ידי 60% מהפגיעה בזכויות – האם פגיעה גדולה יותר כדי להשיג יותר מהתכלית, נחשבת "מידה שאינה עולה על הנדרש"? בית המשפט מנצל עמימות זו להתערב כשנוח לו ולמשוך את ידו מלהתערב כשנוח לו. הנוסח המתוקן עשוי לפתור את הבעיה: "ובמידה שאינה עולה על הנדרש להגשמת התכלית".

2. כמו כן, ההצעה מגבילה את תחום השפיטות. חוקים שחוקקו לפני כניון החוקה אינם ניתנים לביטול על ידי בית המשפט (סעי' 91). סעיף זה נותן, בין היתר, הגנה גם לחקיקה דתית קיימת מפני בית המשפט (אבל לא מפני חקיקה בכנסת).

¹ עלי לציין שאין הצעת המכון אמורה להיות הצעה "דתית" או "לאומית", המיועדת לשמש עמדת פתיחה בסחר-מכר פוליטי. ההצעה נוסחה על ידי צוות שכלל אנשים בעלי רקעים ודעות שונים, והיא אמורה להיות הצעה העשויה להתקבל על ידי קהלים שונים. חברי הצוות היו פרופ' אבי דיסקין, פרופ' ברכיהו ליפשיץ, השופט (בדימוס) אורי שטרזמן, ד"ר יצחק קליין, הרב דן בארי, ראשי המכון: עו"ד יואל גולובנסקי וישראל הראל, והח"מ. במאמר אפנה לסעיפים ספציפיים בהצעה בלי להביא את לשונם. הנוסח המלא של הצעת המכון נמצא באתר www.izs.org.il/documents/constitutionhebrew.pdf מי שירצה להתייחס לפרטי הלשון יוכל לעיין שם.

³ אגב, השמטת השם, כנוסח המשנה בפרקי אבות, אינה אלא כדי לא להביא לידי מחיקה.

3. כמו כן, שאלות הקשורות לגופם של מדיניות חוץ, מדיניות ביטחון או עקרונות התקציב (סעי' 71) אינן שפוטות.
4. בנוסף, נקבעו כללי פרשנות לחקיקה, הן החוקתית והן הרגילה, אשר אמורים למנוע מבית המשפט יצירתיות יתר, המסלפת את עמדת המחוקק (סעי' 74).
5. הכנסת רשאית לאשרר חוק שנפסל על ידי בית המשפט, אבל רק תוך 120 יום ורק על ידי הסכמת רוב חבריה (סעי' 92).
6. התיקון המוצע החשוב ביותר בהצעתנו הוא שינוי בשיטת מינוי השופטים (סעי' 78). לפי השיטה הקיימת, שופטים מכהנים הם הגורם הדומיננטי בוועדה למינוי שופטים ועל פיהם יישק דבר. התוצאה היא אחידות אידיאולוגית בבית המשפט הנותנת ביטוי בעיקר למה שמכונה "הציבור הנאור". מדינת ישראל היא היחידה בעולם שבה פועלת השיטה הזאת; בכל המדינות הדמוקרטיות רשויות אחרות ממנות שופטים. הרי אין זה ראוי ששופטים מכהנים יבחרו את השופטים.
- יצחק גייגר מנה בין הקווים האדומים שלו: "המשך קיום המשטר הפרלמנטרי וחיזוק כוחה של הכנסת". ובכן, יש בהצעת המכון גם תיקונים העשויים לחזק את הכנסת. יש אפשרות לשנות את שיטת הבחירות (סעי' 40), בחירות לכנסת תתקיימנה רק כל ארבע שנים (סעי' 46), וחבר כנסת לא יוכל לכהן בו-זמנית כשר (סעי' 53).

ב. המרכיבים הלאומיים

נפנה עכשיו לתוכן הדתי והלאומי של ההצעה. בין הרבדים "הנמוכים" יותר שמנה יצחק גייגר, ושהוא כלל – בצדק – בין הקווים האדומים, נמצאים "הגדרת המדינה כמדינה יהודית", וכמו כן "מתן ביטוי ממשי למדינה יהודית, לפחות במישור הלאומי". ובכן, בהצעת המכון נקבע שהמדינה היא **מדינה יהודית** (סעי' 1), שפתה עברית (סעי' 22), הלוח העברי הוא הלוח הרשמי שלה (סעי' 23, סעי' 24), ולמורשת ישראל ולמשפט העברי יש בה מעמד חשוב (סעי' 29, סעי' 73). ההצעה נותנת ביטוי מעשי להיות מדינת ישראל "הבית הלאומי של העם היהודי" (סעי' 1). היא מעגנת את חוק השבות (סעי' 28) את ההתיישבות היהודית (סעי' 27), וחינוך יהודי בבתי ספר ממלכתיים המשרתים יהודים (סעי' 31). כמו כן, צה"ל מופקד, בין היתר, גם על ביטחונם של "בני העם היהודי הנתונים בצרה ובשביה" (סעי' 63).⁴

כפי שכבר העירו ישראל שריר ויצחק גייגר, ענייני **דת ומדינה** נחלקים לשניים: אלה הקשורים לחופש הדת ככלל (ואינם בהכרח ספציפיים ליהדות) ואלה הקשורים ספציפית להיות מדינת ישראל **מדינה יהודית**. לגבי הראשונים, ההצעה מחייבת חופש תרבות גם במישור הקהילתי: "קהילה זכאית לשמור על תרבותה, שפתה ומורשתה" (סעי' 30). סעיף זה משרת יהודים ולא-יהודים גם יחד, והוא אינטרס משותף של כל הקהילות (בניגוד למצב במדינות המעודדות התבוללות). שים לב שסעיף זה מאפשר קיומם של יישובים נפרדים בעבור קהילות מובחנות, כולל קהילות יהודיות. כמו כן, מובטחת הזכות לקיים חינוך עצמאי על ידי קהילות המרגישות שבתי הספר הממלכתיים והממלכתיים-דתיים אינם מספקים את צורכיהם (סעי' 31). כן נקבע, ש"צבא הגנה לישראל יכבד את השבת ומועדי ישראל, ישמור על כשרות המזון, ויאפשר למשרתים בו שמירה מלאה של מצוות דתם" (סעי' 63).

ג. המרכיבים הדתיים

הנושאים הקשורים ליחסי מצוות התורה וניהול המדינה הם הנושאים הרגישים ביותר, וכאן ההצעה מקפידה מאוד ללכת בדרך המלך. מצד אחד, גם ישראל שריר וגם יצחק גייגר הצביעו בצדק על חוסר הצדק וחוסר ההיגיון באיסור עקרוני על **חקיקה דתית** כפי שמופיע בהצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה. הרי אין איסור גורף כזה על שום אידיאולוגיה אחרת – וכי הלא תהא כוהנת כפונדקית?

מצד שני, אין להתייחס אל אפשרות **עקרונית** לחקיקה דתית כמו אל חקיקה דתית **בפועל**. ישראל שריר ויצחק גייגר ערים לכך שהאפשרות לחוקק חקיקה דתית כיום היא מוגבלת מאוד במאזן הכוחות הנוכחי. הייתי אומר יותר מזה: כאשר השלטון הוא בידי אלה שאינם בהכרח יראי שמים, יש לשקול היטב עד כמה חקיקה דתית רצויה (ולא רק אפשרית), שהרי ככל שהמדינה ומוסדותיה (לרבות בית המשפט) מעורבים יותר בעניינים דתיים, יש יותר סכנה לעיוותים וסילופים. אי לכך, בהצעת המכון נעשה מאמץ להתמקד בעיקר ממש.

⁴ יצוין ששלושת האחרונים: התיישבות יהודית, חינוך יהודי, ומחויבות ליהודי הגולה, נעדרים מהצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

לגבי **שבת**, נקבע איסור עקרוני על העסקת עובדים (סעי' 24). אולם, פירוט היוצאים מן הכלל ושאר הפעולות האסורות ייעשה בחקיקה הרגילה. גישה זאת מעגנת את עיקרון השבת (גם נגד התקפה בג"צית), אבל משאירה פתח להסדרים המקובלים על רוב הציבור (כגון אלה שבהסכמי גביון-מדן). לגבי הגדרת **מיהו יהודי** בחוק השבות, ההצעה עוקפת את הבעיה לחלוטין (סעי' 28). החוקה קובעת מי הם זכאי שבות (בדרך מצמצמת בהרבה מהחוק הקיים), אבל אינה קובעת שזכאי שבות הם יהודים. כך שהמדינה אינה פולשת לתחום ההלכה ואינה מסלפת את ההלכה. היא מכריעה בשאלה מדינית-לאומית בלבד: את מי המדינה רוצה להכניס לשעריה.

ד. חוקי האישות ומעמד בתי הדין

נשאר אפוא הנושא הקשה ביותר: קידושין וגיטין וסמכויות בתי הדין. ההצעה שומרת על העיקר: אשת איש אינה יכולה להתחתן ללא גט בבית דין (סעי' 68). כך, יהיה אשר יהיה בשאר העניינים, יימנע ריבוי ממזרים בישראל. אלא שההצעה אינה מונעת (וגם אינה מחייבת) **רישום זוגות שלא במסגרת קידושין**. ויתור זה הוא אמנם ויתור ממשי מצד הציבור הדתי, אבל – מעבר לכך שמבחינה פוליטית אין מנוס ממנו – דומה שניתן לקבל בעבורו "תמורה" בכמה עניינים חשובים. וכאן אני בא לביקורתו של הרב ברונר על הצעת "ברית הזוגיות" של המכון הישראלי לדמוקרטיה.

הרב ברונר מצביע על כך שהצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה לקויה מכמה בחינות חמורות מאוד:

1. היא כמעט מחייבת הכרה רשמית לזוגיות חד-מינית.
2. יש מקרים שבהם בית המשפט רשאי, על פי ההצעה, להתיר אשת איש לשוק.
3. היא מניחה שברית הזוגיות אינה מחייבת גט אף שבמקרים מסוימים יש חשש לאשת איש.
4. היא מאפשרת ברית זוגיות בין יהודים ללא יהודים.

כאמור, הצעת המכון לאסטרטגיה ציונית **אינה מונעת ואינה מחייבת** רישום זוגות שלא במסגרת קידושין. אך צריך להבין מה פשר הדבר. חשוב מאוד לדעת שנושא נישואין אזרחיים הוא בנפשו של חלק גדול מהציבור החילוני. אם הציבור הדתי ילך ראש בראש אתם בעניין זה, יש סכנה שאכן נקבל הסדר הסובל מכל הליקויים שנמנו על ידי הרב ברונר. אבל יש הסדרים אפשריים אחרים. תמורת הסכמה עקרונית להכרה בהסדרי זוגיות אזרחית (תחת שם זה או אחר), ניתן לדרוש שאלה יחולו רק על גבר ואשה ורק על מי שהיא פנויה על פי ההלכה⁵. כמו כן, ניתן לדאוג לכך שהסדר הזוגיות יהיה כזה שאינו מחייב גט להתיר⁶. לגבי הסדר זוגיות בין יהודים ללא-יהודים, לכאורה אין פתרון, ואכמ"ל.

בין סמכויות בתי הדין נמנה כל עניין שיובא לפניהם בהסכמת הצדדים, לרבות גופים ציבוריים (סעי' 68).

ה. נושאים שלא הוזכרו

ישנם כמה נושאים שלא הוזכרו בהצעה, כגון ניהול ומימון מוסדות דת על ידי המדינה. השמטה זו אינה מקרית. חשוב להבין שאין בהצעה שום דבר שימנע ניהול ומימון שכזה. כל ניסיון להכניס בכוח היתר לדבר שממילא אינו אסור רק יזמין שליטה חילונית עם כל המשתמע מכך, כגון דרישות לשוויון, בעניינים שאי-התלות יפה להם, וד"ל.

⁵ ועיין היטב בהצעת המכון, סעי' 68: "בתי הדין הדתיים מוסמכים לדון בענייני נישואין וגירושין של מי שנשוי על פי דתם; סמכות כאמור תהיה ייחודית בענייני תוקפם של הנישואין והגירושין".

⁶ כאן לא ירדתי לסוף דעתו של הרב ברונר. בהסכם זוגיות שבפירושו אינו לשם קידושין, איזה ספק קידושין הוא יכול ליצור?

הערת המערכת: ראה את תשובתו של הרב ברונר לתגובת הרב הנמן בגיליון זה.