

# מבוא לדין על החוקה

דמוקרטיה אינה מתאפיינת בשלטון הרוב בלבד. מבחינה מסוימת, דמוקרטיה מתאפיינת בעיקר בשאלה מה הרוב אינו רשאי לעשות. אחד הכלים המשמשים לצמצום כוח הרוב הוא החוקה. למעשה מהווה החוקה הגדרת יסוד של הקיום. היא אינה עוסקת בחוקים המעשיים המסדירים את החברה, אלא מהווה גם מסמך חזוני. היא לא רק כלי משפטי, כי אם גם מסמך לאורו מתחנכים ילדים, ולאורו מתנהל הוויכוח העקרוני בחברה.

יש להדגיש כי בפועל קיימת כיום חוקה למדינת ישראל. בית המשפט העליון פירש את 'חוק יסוד כבוד האדם וחירותו' כמתיר לו לבטל כל חוק, שהרי כל חוק פוגע במידה כלשהי בחירות האדם. פרשנות רחבה זו כוננה מציאות מעשית של חוקה, והדיון אינו מתנהל בחלל ריק. המשמעות בדין הרבני: האם בכלל ניתן להיות שותף בכינון חוקה אשר אינה חורת על דגלה את תורת ישראל? כל עוד הדיון מתנהל על חוקים, הרי שניתן להיות שותפים בפשרות ובהסכמות. ברם, החוקה היא דיון על החזון, וכאן הסכמה כלשהי למשהו שהוא פחות מחוקת התורה מהווה ויתור מצדנו על החזון. עם זאת, מובן שיש טיעונים כבדי משקל גם לצד השני.

## א. מבנה החוקה

כל חוקה בעולם כוללת לפחות שני מרכיבים - כללי השלטון והבקרה השיפוטית. כל חוקה בעולם המערבי כוללת שלושה מרכיבים. לשני הראשונים נוספת רשימת זכויות שבהן אין הרוב יכול לפגוע. ההצעות השונות של החוקה בישראל כוללות מרכיב רביעי, והוא המבוא לחוקה. **1. כללי השלטון:** הרעיון היסודי הוא להגדיר את הכללים, כדי שהרוב לא יוכל לנצל אותם לטובתו בצורה מושחתת.

**המשמעות בדין הרבני:** הדיון הפרטני בשאלה זו הוא מקצועי מאוד, והוא יכול להיערך רק על ידי מי שמתמסר לעניין זה במלואו. טוב יותר שלא להיכנס בינתיים לפרטי הדיון.

**2. הבקרה השיפוטית:** זהו למעשה הכלי החשוב ביותר בחוקה, שכן בסופו של דבר אין משמעות למה שנתב בחוקה עצמה, אלא למה שתכריע הבקרה השיפוטית בשעה שבה מתגלעת מחלוקת. אריה דרעי הגדיר זאת היטב: אפילו אילו החוקה הייתה עשרת הדיברות היינו דוחים אותה, בשל העובדה שהבקרה השיפוטית המוצעת היא בית המשפט העליון במבנהו הנוכחי.

כאמור, הדיון אינו נערך בחלל ריק, כיוון שבפועל, בית המשפט מהווה ערכאת-על לחוקי הכנסת. **המשמעות בדין הרבני:** בפנינו עומדות למעשה ארבע אפשרויות יסוד.

א. דחיית החוקה בשל התנגדות לראות את בית המשפט העליון כפרשן המשפטי הראוי.

ב. אימוץ החוקה על אף המבנה הנוכחי של הבקרה השיפוטית.

ג. מאבק על כינון בקרה שיפוטית אחרת (כגון בית משפט לחוקה), לאחר לימוד היתרונות והחסרונות שבה. יש להגדיר האם זה תנאי אולטימטיבי להשתתפות בדיון.

ד. כתיבת חוקה המצמצמת את יכולתו של בית המשפט ומוציאה ממנה תחומים שונים.

**3. רשימת הזכויות:** רשימת הזכויות כוללת בתוכה את אותן זכויות שאין הרוב יכול לשלול

בכוחו הדורסני מהמיעוט, כגון חופש הדיבור, ההתארגנות, זכות הקניין וכדו'. רשימה זו הינה יתרון עצום לזרמי מיעוט, והיא קיימת רק בחוקות ליברליות. ברם, היא פוגעת פגיעה חמורה בזהות הכללית של הרוב (שתידון בהמשך). נזכיר לדוגמה את חוק יסוד חופש העיסוק שכולם תמכו בו, אך עם חקיקתו התברר כי הוא מחייב לאפשר יבוא בשר לא כשר באופן חופשי, והוא שנה מייד. זכויות נוספות כמו הזכות למשפחה (אם תהיה חלק מהחוקה) או חופש הדת וחופש מדת (כני"ל) יצמצמו אף הן את הזהות היהודית הקולקטיבית.

**המשמעות בדיון הרבני:** הרעיון של רשימת זכויות הוא נכון מאוד, והוא מתאים מאוד לדברי הנביאים אשר זעקו את זעקת החלשים בחברה. ברם, יש צורך לדון בשאלה על אילו זכויות מדובר, ולאילו זכויות חוקתיות אנו מתנגדים.

**4. המבוא לחוקה:** המבוא לחוקה הוא צמצום כוח הרוב מכיוון הפוך, לאמור: הרוב אינו מוגבל רק בצמצום זכויות המיעוט, אלא הוא מוגבל גם בשינוי הזהות הקולקטיבית. אם המבוא לחוקה מגדיר את מדינת ישראל כמדינה יהודית, אין רוב רגיל יכול לשנות זהות זו, ואין הוא רשאי לפגוע בחקיקה בעקרונות אלו. הכנסת מבוא לחוקה מעצימה מאוד את משקל הבקרה השיפוטית, אשר צריכה לקבוע אם חוק מסוים פוגע בהגדרה הקולקטיבית. דוגמה לדבר: האם חוק ירושת שני בני זוג מאותו מין פוגעת בזהותה של המדינה כמדינה יהודית?

**יש להזגיש כי מבוא לחוקה מעצם מהותו הוא צמצום מסוים ברשימת הזכויות,** שכן על הבקרה השיפוטית לשקלל בין הפגיעה בפרט לבין חשיבות הפגיעה לצורך הזיקה הלאומית הרחבה. **המשמעות בדיון הרבני:** יש לדון כאן בשאלות רבות: האם אנו מעוניינים במבוא לחוקה, מה יהיה כתוב בו, כיצד הוא לא יותיר לבקרה השיפוטית את העוצמה הטוטלית לעיצוב דמות החברה והמדינה וכדו'.

## ב. הטקטיקה

עולם הרבנות אינו עוסק בטקטיקות, כי אם ביסוד הכללי. לפיכך יש לברר את העקרונות בלבד. השאלה העומדת לדיון היא אם בסופו של דבר אי שותפות היא טובה יותר או ששותפות היא טובה יותר.

מצד אחד יש מספר שיקולים להימנע מהשתתפות בתהליך: שלא נידרש לוותר על החזון שלנו; יש להניח כי החוקה תתחשב בזהותה היהודית של מדינת ישראל בכל מקרה; יש להניח שאין זה משנה מה יהיה כתוב בחוקה כל עוד הפרשנות היא של בית המשפט העליון במבנהו הנוכחי. מאידך, יש שיקולים בעד ההשתתפות בתהליך: לממש את היכולת להשפיע ולעצב את החוקה; הרצון לפעול דרך כלל ישראל כפי שהוא בדורנו; אין לייחס לחוקה חשיבות כה גדולה, ועל כן אין השותפות ביצירתה שונה במהותה מהשתתפות בכל תהליך של חקיקה.

השאלה העומדת לדיון לפנינו היא אם בכלל להעמיד את החוקה על סדר יומה של הרבנות. עמדתי היא **שהחוקה תעצב את דמות העם היהודי** (לא רק את מדינת ישראל) בשנים הבאות, וככזו היא **הנושא החשוב ביותר על סדר היום הרבני**, יותר מאשר נושאים שונים שאנו עוסקים בהם, וחלק מהנושאים שבהם אנו מנסים לכבות שריפות באופן מתמיד. על כן, קיימת חובה **להתארגן לדרכי השפעה על החוקה**, וייתכן שהדבר כבר מאוחר מדי. יש צורך בגיבוי רבני רחב לכל מהלך שבו הולכים. הדרך של "שב ואל תעשה עדיף" שאנו נוקטים בה בעניין זה היא בוודאי רעה מכל האפשרויות - בין המאבק נגדה ובין השותפות בחקיקתה.

