

על צמיחת המשפט החוקתי

אמנון רובינשטיין*

במאמר זה ברצוני להודות לחברי ורעי הנשיא (בדימוס) מ' שמגר על תרומתו הניכרת לצמיחתו של המשפט החוקתי במדינת ישראל.

ישראל באה לעולם תוך כדי מלחמה קשה ואכזרית ומשום כך לא לוותה לידתה באותם הסדרים חוקתיים המאפיינים הקמתה של מדינה חדשה. שנותיה הראשונות התאפיינו בקשיים חיצוניים ופנימיים ואוכלוסייתה צמחה וגדלה בקצב שאין לו מקביל ואין לו דומה.

המשפט הציבורי של ישראל, צמח אף הוא, תחת סימניה של תקופה ראשונית זו: בלא חוקה, בלא מסורת משפטית עצמאית – זולת הנאמנות הכללית למסורת האנגלית והדבקות ברפואי ההתנהגות של היישוב העברי בארץ ישראל. עוניו של המשפט הציבורי-הישראלי בשנים ראשונות אלה, בא לידי ביטוי גם בתכניות הלימודים בפקולטה למשפטים. כאשר בני דורי למדו משפט קונסטיטוציוני בפקולטה למשפטים בירושלים – אחרת לא הייתה קיימת – הוקדש טרימסטר שלם ללימודו של כתב המנדט על ארץ ישראל והמשפט המנדטורי. כעבור כחמש-עשרה שנה, יצאה המהדורה הראשונה של ספרי על המשפט הקונסטיטוציוני, בשנת 1969, בה צומצם כל הדיון במשפט המנדטורי לנספח בן עמוד וחצי. זה היה בגדר חידוש מרעיש שזכה גם להרמת גבות וגם לביקורת.

שתי הערות לעניין תהליך זה: ראשית, על רקע עוניו של המשפט הציבורי בשנים ראשונות אלה, בולט בית המשפט העליון, שזה עתה נולד: בימים שבהם הצבא המצרי הגיע למרחק ארבעים קילומטרים מתל-אביב וירושלים הייתה מנותקת מחל-אביב, ישב בית המשפט העליון בתל-אביב ויצר מלכתחילה אקלים של חוקיות, שהייתה לו השפעה מכרעת בעיצוב אופייה של המדינה בתקופת התהוותה. פסק הדין בעניין אל כרבוטלי¹ היה, מבחינה זו, רמזור חשוב; כאשר קבע בו השופט אולשן כי "השלטונות כפופים לחוק כמו כל האזרחים במדינה. ושלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של המדינה"², הוא קבע נורמה קובעת ומחייבת. היום נראים

* פרופ' למשפטים.

¹ בג"צ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הביטחון, פ"ד כ 5.

² שם, כע' 15.

לנו דברים אלה כמוכנים מאלהם, אך בהקשרם של אותם ימי סער ופרץ ראוי להעריכם כדברים שקבעו במסמרות את עקרון שלטון החוק על דלתה של ישראל. ראוי גם לזכור כי בבג"צ ראשוני זה בעיצומה של מלחמת העצמאות והמלחמה הגיטשה בין יישוב קטן נטול צבא של ממש לבין צבאות ערב, קבע בית המשפט כי פגם פורמלי, דהיינו אי-אזכור מקום המעצר המינהלי, פוסל צו שהוצא על ידי המפקד הצבאי לפי תקנות ההגנה (שעת חירום) הבריטיות. אמת הדבר: לא כל פסקי הדין, שעיסוקם המשפט הציבורי שניתנו באותם ימים ראשוניים, עומדים במבחנים שעוצבו בתקופות מאוחרות יותר, אך אי-אפשר שלא להתפעל גם היום מאומץ הלב ומעצמת האמונה בשלטון החוק ובזכויותיהם של עצירים ביטחוניים ערכיים באותה תקופה פורמטיבית.

הערה שנייה נוגעת לעניין ההתמצות של אותם ימים ראשוניים: מדובר בשלוש התמצות שייכלו לקבוע הסדרים חוקתיים הניצבים מעל החקיקה הרגילה: הראשונה, אי-הכרתו של בית המשפט העליון בהכרזת העצמאות לא כמסמך חוקי, לא כמסמך חוקי מחייב; השנייה, ביטולה של האסיפה המכוננת כגוף עצמאי על ידי מועצת המדינה הזמנית, בהשראתו של ראש הממשלה, דוד בן-גוריון; השלישית, אי-קבלת החוקה על ידי הכנסת הראשונה שנבחרה להיות גם אסיפה מכוננת. אכן, רבים ביכו בעבר את ההתמצות הללו, אך בימים אלה, למעלה מחצי מאה שנים לאחר אותם ימי התמצות, אפשר גם לאמץ נקודת השקפה שונה לחלוטין.

הקינה על ההתמצות הושמעה בשנים בהן היה נראה כי אבדה ההזדמנות לכונן חוקה לישראל וכי המשפט הציבורי בישראל נדון לחיות לתקופה ארוכה ללא חוקה ולהתפרנס מפיסות חקיקה רגילה ומפסיקת בית המשפט העליון. כל זה, כידוע, נשתנה עקב חקיקת שני חוקי-היסוד בעניין זכויות האדם בכנסת השתיים-עשרה.

יתר על כן, מותר לשאול את עצמנו אם אכן הייתה כאן, במבט נוכחי, התמצות. שום בית משפט לא היה יכול לאמץ את הכרזת העצמאות, כולל החלק השלישי שבה, העוסק בשוויון זכויות – כמסמך חוקי העומד מעל לחקיקת הכנסת. יתר על כן, אפילו היה בית המשפט רואה בהכרזת העצמאות מסמך חוקי של מועצת המדינה הזמנית, הוא לא יכול היה להעמידו מעל לחקיקה רגילה, שכן בית המשפט היה עומד בפני שתי אלטרנטיבות קשות: האחת, לראות בהכרזת העצמאות מסמך מייסד שלא ניתן לשום גוף עתידי לשנותו (זולת, אולי, האסיפה המכוננת, שנפחה נשמתה, למעשה, עם בחירתה והותירה סמכויותיה לכל כנסת וכנסת); השנייה, להכיר בהכרזה כמעשה חקיקה רגילה הניתן לשינוי בידי הכנסת. מכל מקום, הכנסת השלוש-עשרה עשתה מעשה שלא עשתה הכנסת הראשונה והכניסה את ההכרזה בעקרונות

ההכרזה לשני חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק – ובכך הקנתה לפחות לחלק מעקרונות ההכרזה, מעמד חוקתי ראשון במעלה, כעיקרון-על משוריין, שאין לשנותו אלא ברוב מוחלט של חברי הכנסת.³ צריך לומר כי למרות זאת, עניין מעמד עקרון השוויון כעיקרון על חוקי טרם הוכרע בבית המשפט העליון והוא יהיה נושא למחלוקת ציבורית ופוליטית עזה.

ואשר לעניין החוקה שהוחמצה, ספק רב אם מבחינה עניינית, ההחמצה הזו, בסופו של דבר, אכן היה בה נזק. מי שמשחזר אותם ימים ראשוניים, מעיין בטיוטות החוקה שהוגשו למועצת המדינה הזמנית, זוכר את הלך הרוח הריכוזי של ישראל תחת הנהגתו של דוד בן-גוריון, חייב להגיע למסקנה כי באותה תקופה לא ניתן היה לחבר חוקה בנוסח הדומה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, עניין אחד – נושא מעמד הדת והחופש בענייני דת – צריך היה להיות מוכרע אז, שכן חלוף הזמן והיעדר הכרעה חוקתית אמיצה השאיר נושא חיוני זה פתוח לקונסטלציות פוליטיות משתנות, וגרם נזק רב לחברה הישראלית.

כך או כך, אין דבר יותר מתסכל מאשר דיון היפותטי, בנוסח "אילו", ולא הייתי עוסק בנושא זה אלמלא דובר בו בספרות ואלמלא ציון העובדה כי במשך למעלה ממחצית המאה עשינו ככרת דרך מרשימה ומעודדת.

אכן, כאשר עושים את מאונו של המשפט הציבורי מאז הקמת מדינה, חייבים לציין את ההתקדמות העקבית של ההגנה על זכויות האדם ושל שמירה על מינהל תקין – גם בפסיקה, גם בחקיקה.

איך נמדוד הישג זה? ראשית, על ידי הפרדה בין התפתחות המשפט בתוך ישראל ובשטחים המוחזקים שבהם שלטה ישראל, ובשטחים עדיין שולטת בהם ישראל. שנית, על ידי הפרדה בין תקופות שונות בהיסטוריה של ישראל.

משעה שבית המשפט הגבוה לצדק החליט שיש בידו – מכוח כפיפותם של נושאי משרה ישראליים לפיקוחו – להתערב בנעשה בשטחים המוחזקים, הוכנס למשפט הציבורי הישראלי פרק מיוחד. בשטחים המוחזקים, בניגוד לישראל גופא, היה קיים, ועדיין קיים, משטר כיבוש צבאי על פי הדין הבינלאומי. על פי דין זה יש זכויות מוגבלות ביותר לתושבים המקומיים. אך במציאות היה חייב בית המשפט לעסוק לא רק בהגנה על זכויות אלה – אלא גם במציאות שמעצם טיבה הקשתה על פיקוח

³ סעיף 1 לשני חוקי-היסוד קובע: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על הכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובחירותו בן-חורין, והן יוכחדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

משפטי רגיל. ממשלות ישראל, ללא יוצא מן הכלל, סירבו להחיל את אמנת ג'נבה הרביעית, זו שעיסוקה הוא הגנה על אזרחים המצויים תחת כיבוש ("חוקה לוחמתית" בלשון האמנה) ובוודאי שלא היו מוכנים לקבל שום איסור – מכוח אמנה או מנהג בינלאומיים – שימנע את תהליך ההתנחלות היהודית בשטחים. תהליך זה היה כרוך בכל כך הרבה הפרות של כללי המשפט הבינלאומי עד שאין טעם למנותם. יצוין רק שהקרקע להתיישבויות אלה, שהתרחבו והלכו עם עלייתה של ממשלת הליכוד לשלטון ב-1977, נלקחה בחלקה בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי מתושבים מקומיים או מ"ארמות מדינה", דהיינו ארמות מדינה אחרת; שמבחינה משפטית, התחפשה התיישבות רבת היקף זו – כולל עיירות, אזורי תעשייה וכל סממניה האחרים של התיישבות קבע – תחת התחפשות של התיישבות ביטחונית בעלת אופי זמני; כי טענה זו נטענה ברצינות מעושה על ידי יועצים משפטיים ופרקליטי מדינה בשעה שכל הצדדים ידעו למעשה שאין שחר לטענה זו וכי מדובר בהתיישבות בעלת תכלית פוליטית שנועדה להיות עובדה של קבע, עובדה שתקבע בעתיד את גבולות ישראל; כי המשפט הישראלי הוחל אך ורק על היהודים הישראליים שהתיישבו בשטחים – אותם שטחים עליהם לא הוחל משפט המדינה; כי הדבר נעשה באמצעות תכסיסים משפטיים שאינם יאים לשום מדינה מתוקנת; כי כתוצאה מכך נוצרה בשטחים אפליה משפטית חמורה בין יהודים-ישראליים לתושבים המקומיים שאין לה דומה בימינו בשום חברה דמוקרטית.

במצב זה נאלץ בית המשפט העליון לנסות ולהפעיל את שבט ביקורתו בצורה זהירה וסלקטיבית, כך שגם בפסיקתו, נוצרה הבחנה בין אמות המידה המחמירות שבאמצעותם הרחיב יריעת התערבותו לגבי כל הנעשה בגבולות ישראל, לבין חולשת התערבותו בשטחים.

עניין שני: מי שייקור את התפתחות המשפט החוקתי – גם הסטטוטורי, גם השיפוטי – ייתן דעתו לכך שאין מדובר בהתפתחות רציפה, אלא בשורה של קפיצות דרך. בשנים הראשונות להקמת המדינה, כאשר משפט הצנע והפיקוח שלט בכיפה ועדיין היו הרבה פקידים בעלי סמכויות ישירות ("רשויות מוסמכות"), התרכזה סמכות הביקורת השיפוטית בעיקר בבדיקת עצמאות שיקול הדעת של הרשות – סוגיה שנעלמה לאחר מכן ולא נודעו עקבותיה – ואילו בדיקה מהותית של שיקול הדעת המינהלי בלטה בחסרונה.

מאמצע שנות השישים, החל בית המשפט פורש יריעת ביקורתו בקנה מידה רחב – רבים גורסים: רחב מדי. הרחבת היריעה בוצעה בשלבים שונים: ראשית, עם הרחבת עילות ההתערבות והכללת עילת אי-הסבירות כעילה לפסילת שיקול דעת מינהלי (גם

כאשר שיקול דעת זה הוא של מליאת הכנסת בעת שהיא מחליטה להסיר חסינות); עילה כזאת אפשרה לבג"צ להפוך מבית משפט הפוסק בסכסוכים קונקרטיים לטריבונל הקובע חוקיות של מעשי השלטון. עילה זו, זה טיבה, שהיא יכולה לחול גם על מעשים שברגיל ובמדינות אחרות אינם כפופים לביקורת שיפוטית בשל העובדה שאין אמות מידה שיפוטיות מתאימות (למשל על החלטות של מדיניות). לעומת זאת, אי-סבירות הוא קריטריון שניתן להחילו על כל נושא ועל כל מעשה, אם כי בפועל, הבג"צ היה "קמצן" ביותר בהפעלת עילה זו על החלטות מדיניות. שנית, בית המשפט הרחיב סמכותו על ידי סילוק מחסומי ההתערבות הקודמים, תוך צמצום עד כדי חיסולה של טענת אי-השפיטות שמנעה, בשנות המדינה הראשונות, התערבות בית המשפט בהחלטות שהיה בהן ניחוח פוליטי וכן על ידי שמיעת עתירות לאו דווקא על ידי צד נפגע אלא על ידי עותרים ציבוריים (ועל כך ניתנת ביקורת – גם כאשר יש צד נפגע שאינו פונה בעתירה לבג"צ).

בשלב יותר מאוחר, הרחיב בית המשפט את תחולתן של העילות המסורתיות וקבע כי רשות מינהלית חייבת לנהוג בשוויון בין קבוצות שונות של אזרחי המדינה, גם בהקצאת תקציבים ממשלתיים.

גם בכנסת, הנושא החוקתי התקדם בשורה של קפיצות: עד לכנסת השתים-עשרה, חקיקת חוקי-היסוד הוגבלה ליזמות של הממשלה ואלה נגעו אך ורק לצד המוסדי (וגם בצד זה, הסתפקה הכנסת בשימור הסטטוס קוו במסגרת חוקי-יסוד, כך שחקיקה זו לא שינתה דבר ובצדק שמעה לא הגיע לציבור); רק בכנסת השתים-עשרה, בנסיבות פוליטיות מיוחדות, חוקקה הכנסת את שני חוקי-היסוד הנוגעים לזכויות האדם – כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק – אשר שמעם והשפעתם הייתה עצומה, גם על מערכת המשפט, גם על הנורמות הציבוריות.

מאז ועד כתיבת רשימה זו, נכשל כל מאמץ לחקיקה נוספת של חוקי-היסוד ובקריאה ראשונה, שהתקיימה בכנסת החמש-עשרה נפלה גם הצעת חוק-יסוד: החקיקה. אך, למרות זאת, נושא החוקה קיבל תאוצה רבה כאשר ראש הממשלה דאן, אהוד ברק, תבע להשלים את חקיקת חוקי-היסוד ולסיים את מלאכת חיבור החוקה.

בעת כתיבת מאמר זה עדיין נותרה השאלה האם הניסיון להשלים את החוקה יצליח, ונותרה עדיין השאלה היחידה מהותית: מה יהיה תוכנה של החוקה, ואם זו תבטיח את עליונות עקרון השוויון ואת החופש בענייני דת. אך גם אם לא ניתן יהיה להשלים את מלאכת חיבור החוקה בעתיד הנראה לעין, ניתן להניח כי בעתיד יגבר הלחץ הציבורי לסיים את מה שהוחל בו, וכי בינתיים בתי המשפט, המצויים בחוק-יסוד: כבוד

האדם וחירותו, לא יהססו להרחיב את רשת התערבותם ויעניקו מעמד חוקתי גם לזכויות – כמו הזכות לחופש הביטוי וההתאגדות – שלא נכנסו במפורש למסגרת חוק-היסוד האמור.

יש הטוענים כי בשל היותה של ישראל חברה רב-גונית – ויש האומרים: שסועה ומקוטבת – אין להשלים תהליך זה ויש להמתין עד שיתגבש מכנה משותף רחב. אך הניסיון, גם באירופה וגם בארצות-הברית ובקנדה, הוא שונה לחלוטין. אמנת רומא והקמת בית המשפט האירופי לזכויות אדם בשטרסבורג תרמה ליצירת מכנה משותף בין מדינות ותרבויות שונות – שונות ומגוונות הרבה יותר מאשר מרכיבי החברה הישראלית – לא פחות מאשר הסכמי הסחר. ואילו לגבי ההיסטוריה של ארצות-הברית, יש למעשה תמימות דעים על התפקיד שמלאה החוקה ביצירת עם חדש וחוויה אמריקנית משותפת. פרופ' בנג'מין ברבר, ראש מכון ואלט ויטמן לתרבות ודמוקרטיה באוניברסיטת רוטגרס, אמר זאת לשבועון הפאריסאי ל"אקספרס" בריאיון מיום 24 באוגוסט 2000⁴: פרופ' ברבר, מדגיש כי כבר ב-1750, הייתה ארצות-הברית המדינה הכי רב-תרבותית בעולם. והוסיף כי מה שמאחד את האמריקנים זו הנאמנות המשותפת שלנו למיתוס שלנו, לחוקה, להכרזת העצמאות, למען דת אזורית (משותפת). עמדה דומה מביעים מלומדים קנדיים לגבי ההשפעה המרגיעה והמאחדת של חוק (ה"צ'רטר") וזכויות האדם הקנדי.

דברים אלה יכולים להיות נכונים גם לגבי ישראל; שמשפטה החוקתי החל מצעדים קטנים ומהוססים והיום ממתין להשלמתו ולשכלולו בכנסת ובבית המשפט.