

המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל

אמנון רובינשטיין וליאב אורגד *

- א. פתח דבר
- ב. המבוא לחוקה
- ג. תפקידיו ושימושו (הלא משפטיים) של המבוא לחוקה
- ד. המעמד המשפטי של המבוא לחוקה
- ה. המבוא לחוקה במדינת ישראל
- ו. סוף דבר

א. פתח דבר

סביר מאוד להניח כי בעשור הבא תכונן חוקה לישראל. הטעם העיקרי לכך הוא שבמידה רבה הוויכוח המשפטי-היסטורי על אודות קיומה של החוקה הסתיים. שני חוקי היסוד בעניין זכויות האדם – חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק – כפי שפורשו לאחר מכן בפסיקת בית המשפט העליון¹, העניקו לחוקי-היסוד מעמד חוקתי על-חוקי; חוקי-היסוד הוכרו כחוקת היסוד המהותית של מדינת ישראל. פרשנות בית המשפט העליון לחוקי-היסוד – פרשנות שהתקבלה במשתמע על ידי הכנסת – נתנה בידיו רבים מן המכשירים החוקתיים שמהם

* פרופסור אמנון רובינשטיין מכהן כדקאן בית הספר רדוינר למשפטים ומשנה לנשיא לעניינים אקדמיים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ליאב אורגד הוא מוסמך במשפט, מנהל ומדיניות ציבורית, האוניברסיטה העברית. המחברים מבקשים להודות לד"ר סוזי נבות ולד"ר יורם רבין על הערות מועילות וחשובות למאמר זה וכן לתמר ולדמן על עזרתה המסורה בשלבים השונים של המחקר. מאמר זה עתיד להתפרסם בהוצאת מפעלות – המרכז הבינתחומי הרצליה בספר ישראל לקראת העשור השישי (שם זמני) (א' רייכמן וד' נחמיאס עורכים) (בדפוס).

1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: עניין בנק המזרחי); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241; בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640; בג"ץ 212/03 חירות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16, פ"ד נז(1) 750.

חששו מתנגדי החוקה, ובכלל זה סמכות לביקורת שיפוטית על דבר חקיקה של הכנסת והכרה בעליונות הנורמטיבית של חוקי-היסוד. קיומה של חוקה מהותית בישראל – גם אם חוקה שאינה מאוגדת במסמך פורמלי מסודר – הוא אפוא עובדת יסוד קונסטיטוציונית. עיקריה מקובלים ומוסכמים על רשויות השלטון ועל מרבית שכבות הציבור. בהינתן ההנחה כי למדינת ישראל יש כבר כיום חוקת יסוד מטריאלית², עולה השאלה מה החשיבות של המשך כינון החוקה. ראשית, חוקתה של ישראל אינה שלמה ויש להשלימה. כך באשר לזכויות אדם (דוגמת חופש הביטוי וההתאגדות וזכויות במשפט), לעקרונות יסוד (דוגמת שבות וקיבוץ גלויות) ולמעמדה של החוקה ודרכי שינויה (דוגמת הצורך בחוק-יסוד: החקיקה). הכרה באלו נדרשת לצורך השלמת החוקה של מדינת ישראל³. שנית, יש חשיבות רבה למבוא לחוקה כערך מלכד ומחנך, במיוחד במדינה שסועה ורב-תרבותית כמדינת ישראל. במבוא לחוקה מרוכזים תמצית האידאולוגיה והערכים של מדינה, ויש בו מעין הצהרת כוונות. המבוא אמור לעגן את צביונה הערכי של המדינה, את זהותה ואת אופייה כמדינה יהודית ודמוקרטית שבה מיעוטים לאומיים.

במאמר זה תידון סוגיית המבוא לחוקה. תחילה יוצגו היבטים תאורטיים באשר למבוא לחוקה ותכניו בכמה מדינות. לאחר מכן יוצגו תפקידיו הלא משפטיים של המבוא לחוקה במדינות אחדות בעולם. בהמשך יוצגו שלושה מודלים באשר למעמדו המשפטי: מעמד טקסי-סימבולי, מעמד פרשני ומעמד חוקתי – מקור עצמאי מחייב לזכויות אדם ולערכי יסוד. ולבסוף יידונו השאלות אם למדינת ישראל יש מבוא לחוקה; אם ראוי שהכרזת העצמאות תשמש כמבוא לחוקה; מהו המעמד המשפטי הראוי שיהיה למבוא לחוקה לכשיחוקק. לאור דיון במשפט המשווה והרלוונטיות למציאות הקונסטיטוציונית הישראלית עולה המסקנה כי לישראל יש כיום מעין מבוא לחוקה, הכולל גם הפניה להכרזת העצמאות, וכי ניתן וראוי להכיר במעמדו המחייב. בעתיד הקרוב, כאשר תכונן חוקה פורמלית, יהיה אפשר לאמצו, בשינויים המחויבים, כמבוא לחוקת מדינת ישראל.

ב. המבוא לחוקה

במרבית המדינות בעולם שבהן קיימת חוקה, ובמיוחד במדינות דמוקרטיות, קיים גם מבוא לחוקה⁴. במסגרת בדיקה שערכנו לצורכי מאמר זה נבחנו חוקותיהן

2 אנו מגדירים חוקה כקבוצה של עקרונות יסוד מחייבים המאפיינים מדינה או חברה על בסיס של קבע. על חוקת מדינת ישראל ראו א' ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א (תשס"ד) 3; א' רובינשטיין וב' מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח (תשס"ג) 291; א' ברק "החוקה של מדינת ישראל: עבר, הווה ועתיד" הפרקליט מג (תשנ"ז) 5; עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 402–403.

3 לסוגיות חוקתיות שנתרו פתוחות ויש להשלימן ראו ה' סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א (תשס"ד) 59.

4 מאמר זה לא ידון בתפקידו של המבוא לחוקה במדינות הנעדרות מסורת דמוקרטית. לנושא

של כ-50 מדינות. מבדיקה זו עולה כי למרביתן יש מבוא לחוקה: כ-38 מדינות (76%) קיים מבוא לחוקה⁵, ואילו כ-12 מדינות בלבד (24%) אין מבוא לחוקה⁶. יתרה מזו, במרבית המדינות שבהן כוננה החוקה בשנים האחרונות, בעיקר במזרח אירופה ובמרכזה, יש מבוא לחוקה. ממצאים אלו תואמים מחקרים שנערכו במשפט המשווה. באחד מהם, שבחן חוקות במרבית המדינות בעולם, נמצא כי כ-67.6% מהן יש מבוא לחוקה או הצהרה מקדימה אחרת, ורק כ-32.4% מהן לא נמצא כל מבוא⁷.

מבחינה צורנית המבוא לחוקה הוא הפתיח לחוקה, מעין הקדמה לכלל המסמך החוקתי. לרוב הוא נושא את הכותרת הרשמית "מבוא" (Preamble) או כותרת חלופית, ובמקרים אחרים מדובר באמירות ובהצהרות מקדימות לגוף החוקה ללא כותרת כלל; כך לגבי חוקות של מדינות, פדרציות או איחוד משותף בין מדינות. המבחן הצורני מאפשר לכן לזהות בנקל, באופן טכני, את הרכיב בחוקה המהווה מבוא לה. לצד הזיהוי הצורני, הפשוט יחסית, ניתן בדרך כלל לזהות את המבוא לחוקה גם לפי מדד תוכני-מהותי⁸. במהותו, המבוא מציג לעתים תכופות את הנסיבות ההיסטוריות שהובילו לכינון החוקה ולייסוד המדינה, וכן ערכי ליבה אזרחיים, לאומיים ופוליטיים של המדינה המצויים בקונצנזוס ציבורי רחב. עמד על כך פרופ' ג'ורג' וינטרטון (Winterton) בציניו:

זה ראו: J. Go "Modeling The State: Postcolonial Constitutions in Asia and Africa" 39 *Southeast Asian Studies* (2002) 558

5 המדינות (ולרבות האיחוד האירופי) שבהן יש מבוא לחוקה הן: אוסטרליה, אוקראינה, אירלנד, אסטוניה, ארגנטינה, ארצות-הברית, ארמניה, בולגריה, בוסניה-הרצגובינה, ברזיל, גרמניה, דרום-אפריקה, האיחוד האירופי, הודו, הונגריה, הונג-קונג, תורכיה, יוון, יפן, ליטא, מקדוניה, ניו-זילנד, סין, סלובניה, סלובקיה, ספרד, סרביה-מונטנגרו, פולין, פורטוגל, פרגוואי, צ'כיה, צ'צ'ניה, צרפת, קנדה, קרואטיה, רוסיה ושווייץ. כל הנוסחים (בתרגום לאנגלית) של המבואות לחוקות במאמר נלקחו מאתרי האינטרנט הבאים: [http://www.oefre.unibe.ch/law/icl] (last visited on 7.1.07); [http://www.nwjc.org.au/] (last visited on 7.1.07)

6 אוסטרליה, איטליה, אלבניה, דנמרק, הולנד, לוקסמבורג, לטביה, נורבגיה, סינגפור, פינלנד, רומניה ושוודיה. עם זאת, בחלק מחוקותיהן של מדינות אלו אמנם אין מבוא פורמלי (Preamble), אך יש בהן סעיפים פותחים שניתן לראותם, מבחינה מהותית, כמעין מבוא לחוקה. כך באיטליה (סעיפים 1-3), אלבניה (סעיפים 1-2), דנמרק (סעיפים 1-4), נורבגיה (סעיף 1) ושוודיה (סעיפים 1-2). יוצא אפוא כי אין מבוא לחוקה, מבחינה צורנית או מהותית, רק בשבע מהמדינות שנבדקו (14%).

7 H. Maarseveen & G. Tang *Written Constitutions: A Computerized Comparative Study* (New York, 1978) 86

8 איטליה, אלבניה, דנמרק, נורבגיה ושוודיה, לעיל הערה 6. יצוין כי במישור התאורטי תיתכן גם גישה שלפיה המבוא לחוקה אינו תלוי מקום בחוקה אלא מכלול ערכי היסוד ועקרונות הליבה שבחוקה, ועשוי להיות ממוקם למשל באמצע החוקה או בסופה. הגישה המוצגת במאמר זה מזהה מבוא לחוקה לפי המבחן הפורמלי-טכני, ללא קשר הכרחי לתוכנו.

“Just as a book or article is enhanced by an introduction setting the context of the material discussed, so a constitution should include a Preamble which explains concisely the circumstances leading to its adoption and the core governmental features of the society which it governs”⁹.

המבוא לחוקה הוא בסיסה הפוליטי והערכי של החוקה, נשמת אפה. בשונה מהחוקה, העשויה להשתנות עם העתים, המבוא נותר לרוב כסלע איתן. עמד על כך שופט בית המשפט העליון בהודו, השופט להוטי (Lahoti), בציינו:

“A constitution is framed for ages to come and is designed to approach immortality as near as human institutions can approach. A constitution must grow with the growth of the nation, with the philosophical and cultural advancement of the people who gave birth to it, and interpretation must adapt to changed circumstances and the needs of time and polity. No reading of any Constitution can be complete without reading it from the beginning to the end. While the end may expand, or alter, the point of commencement can never change. It is the Preamble wherefrom the Constitution commences. Hence, the significance of the Preamble”¹⁰.

עולם התוכן של המבוא לחוקה הוא מגוון. בחלוקה גסה ניתן לסווג את תוכני המבוא לחוקות לחמש קטגוריות מרכזיות:

1. מקור הסמכות – הריבון. במרבית החוקות מאוזכר במבוא לחוקה ריבון – מקור הסמכות לכינון החוקה. בחלקן מקור הסמכות לכינונה הוא אוכלוסיית המדינה (“we the people of”)¹¹; זהו ניסוח ניטרלי יחסית שעמו יכולים להזדהות מרבית המגורים באוכלוסיית מדינה. ניסוחים דומים, אם כי בעלי משמעות שונה, עוסקים אמנם במקור סמכות הנובע מאנשי מדינה כלשהי, אך תוך הדגשת ההשתייכות לאומה או למדינה מסוימת (האומה הארמנית, האסטונית, הגרמנית, הצרפתית וכדומה); ניסוח זה מדגיש יותר את המדינה הספציפית, והוא ניטרלי פחות¹².

9 הכותב הוא פרופסור למשפטים באוניברסיטת סידני, אוסטרליה. ראו: Legal, Constitutional and Administrative Review Committee “A preamble for the Queensland Constitution?” (Legislative Assembly of Queensland, Nov. 2004) 9.

[<http://www.parliament.qld.gov.au/tableOffice/view/committees/documents/lcarc/reports/LCAR046.pdf>]
(last visited on 7.1.07)

10 R.C. Lahoti *Preamble: The Spirit and Backbone of The Constitution of India* (2004) 1–2

11 אירלנד, ארצות-הברית, דרום-אפריקה, הודו וצ'כיה (בצ'כיה הניסוח הוא לגבי אזרחים – “We the citizens of the Czech”).

12 כך, למשל, לא הרי הניסוח – “We the people of Israel” הכולל בין היתר קהילות מיעוטים

מבואות לחוקות מסוג נוסף הן אלו הקובעות את מקור הסמכות כגוף מופשט בדמות האומה או הלאום (Nation)¹³. בחלק מן המבואות לחוקות קיים שילוב בין העם כריבון וכמקור הסמכות לבין הגופים הייצוגיים¹⁴. יש מבואות לחוקות המפנות רק לגופים הנבחרים ולמוסדות הייצוגיים¹⁵, ובאחרות הריבון כלל אינו מאוזכר¹⁶. במקרים אחרים, דוגמת פדרציות או איחוד מדינות, המבוא לחוקה מציין את המדינות השונות כמקור הסמכות לחוקה¹⁷.

2. נרטיבים היסטוריים. מבוא לחוקה כולל בדרך כלל היבטים היסטוריים מעברה של מדינה, קהילה או עם¹⁸. אזכורים אלו מגבשים ומעצבים זהות משותפת ("אנו") באמצעות נרטיב היסטורי משותף ברמת הפשטה גבוהה. לעתים מדובר בציון אירוע שהתרחש בעבר והשפיע על הקמת המדינה או על כינון החוקה ועיצב את אופייה; לעתים — באזכור של מסורת, של מורשת או של יסודות לאומיים המשותפים לרוב תושבי המדינה ומגבשים את זהותם. כך, לדוגמה, במבוא לחוקת דרום-אפריקה יש הכרה של תושבי המדינה באי-הצדק ובסבל הרב שהיו בעבר (אם כי האפרטהייד לא מוזכר במפורש); במבוא לחוקה הסינית מציין כי סין היא אחת המדינות בעלות ההיסטוריה הארוכה בעולם, ומפורטים, בהרחבה יתרה, גלגולי ההיסטוריה הסינית (במיוחד בעידן המודרני) והישגי המדינה; המבוא לחוקה התורכית מציין את מייסד הרפובליקה אתאטורק (Atatürk) ואינו מאפשר הגנה חוקתית לדעות המנוגדות למורשתו ולתורתו; במבוא לחוקה ביפן קיימת הצהרה על נחישות שלא לחוות שוב את זוועות המלחמה ועל שאיפה מתמדת לשלום; ובמדינות מזרח אירופה ומרכז (אוקראינה, סלובניה, סלובקיה, קרואטיה) יש אזכור למאבק הנמשך לעצמאות וכן לזכותן להגדרה עצמית במדינה ריבונית. אזכור אירועים היסטוריים יכול שיהיה גם כאקט מכונן במישור הבינלאומי — כתוקף בינלאומי להקמת המדינה. כך, למשל, במבוא לחוקת הרפובליקה של בוסניה-הרצגובינה יש אזכור של הסכמי ז'נבה וניו-יורק משנת 1995.

המתגוררות בישראל, כהרי הניסוח "We the Israeli people" — המדגיש את המשתייכים ל"אומה" הישראלית שבה יש רכיב יהודי דומיננטי. יש מדינות שהדגישו לכן שמדובר בכל האזרחים מכל הקבוצות הדתיות והאתניות, למשל המבוא לחוקת אוקראינה (The Verkhovna Rada of Ukraine, on behalf of the Ukrainian people — citizens of Ukraine of (all nationalities), בוסניה-הרצגובינה (Bosniacs, Croats, and Serbs, as constituent peoples) ופולין (along with Others], and citizens of Bosnia and Herzegovina) "We, the Polish) (Nation — all citizens of the Republic".

13 ליטא ("We the Lithuanian Nation").

14 ארגנטינה, בולגריה, ברזיל, יפן, ספרד, פרגוואי וצ'כיה.

15 הונגריה, סלובניה וסרביה-מונטנגרו.

16 תורכיה, יוון, קנדה וקרואטיה.

17 אוסטרליה, האיחוד האירופי ושווייץ.

18 במבוא לחוקות ארצות-הברית, ארגנטינה, בולגריה, ברזיל, הודו, הונגריה, יוון, צרפת, ספרד, קנדה ושווייץ אין נרטיב היסטורי.

3. מטרת-העל של החוקה. המבוא לחוקה מתווה לרוב את התכליות הבסיסיות שלשם הגשמתן כוננה מלכתחילה חוקת המדינה. מטרת-על אלו יכול שיהיו מטרת ממשלויות, כגון שמירת המשטר הדמוקרטי או שמירת האיחוד שבין מדינות; מטרת אוניברסליות, כגון קידום שלום, צדק, אחווה בין בני אדם וזכויות אדם; מטרת כלכליות כגון טיפוח מדינה סוציאליסטית או הגנה על הקניין הפרטי וקידום כלכלת שוק חופשי¹⁹; או קידום יעדים ואינטרסים של עם מסוים באמצעות מדינת הלאום של אותו עם וחוקתה. מטרת אלו ואחרות הן כאמור יעדי-העל של החוקה; החוקה אינה אלא אמצעי משפטי הנועד לשם הגשמתן ומימושן.

4. עקרונות יסוד, ערכים ושאיפות. מבוא לחוקה הוא בדרך כלל הצהרת כוונות ערכית של מדינה, בהתאם לתרבותה, למורשתה, להרכבה הדמוגרפית ולגורמים נוספים. לרוב מוזכרים ערכים אוניברסליים וזכויות אדם דוגמת חירות, כבוד, שוויון, צדק, סובלנות ותנאים ראויים לקיום אנושי, כערכי יסוד של המדינה. לצדם מופיעים לעתים עקרונות יסוד, כגון כפיפות לשלטון החוק ועקרונות כלכליים, חברתיים ולאומיים. כך, למשל, יש מדינות המצהירות במבוא לחוקתן על מחויבותן לפתרון סכסוכים פנימיים ובינלאומיים בדרכי שלום²⁰, למגילת האומות המאוחדות ולאמנות בינלאומיות בדבר זכויות אדם²¹ ולשאיפות שהוכרו בהכרזת עצמאותן²². יש אף חוקות שבמבוא שלהן ישנם ערכים ועקרונות שאינם ניתנים להפקעה ואינם ניתנים לשינוי על ידי החוקה. בדרך כלל מדובר בעיקר בנושאי זכות להגדרה עצמית של מדינה²³, גבולות המדינה או מחויבותה לערכים דמוקרטיים²⁴. בחלק מן המקרים המבוא לחוקה עוסק במבנה הממשל ומצהיר על משטר המדינה – רפובליקה, פדרציה וכדומה.

5. אזכור האל או הדת. בחלק מן החוקות, לרבות במדינות דמוקרטיות חילוניות, מאוזכרים במבוא האל או הדת²⁵. בחלק מן המקרים מדובר ביסודות תאולוגיים רחבי היקף, כגון חוקות שבהן מוצהר במפורש במבוא על כינון בחסות האל²⁶; או חוקות המקדשות במבוא את עליונות האל, לדוגמה: הצ'רטר הקנדי

19 מדינות שבהן המבוא לחוקה מכריז על צביון סוציאליסטי הן אוקראינה, בולגריה, סרביה-מונטנגרו וצ'צ'ניה. דוגמה למבוא לחוקה המצהיר על צביון קפיטליסטי היא חוקת בוסניה-הרצגובינה.

20 המבוא לחוקת ברזיל.

21 המבוא לחוקת בוסניה-הרצגובינה.

22 המבוא לחוקת ארמניה מאמץ את העקרונות והשאיפות הלאומיות שהוכרו בהכרזת העצמאות הארמנית.

23 המבוא לחוקות אסטוניה, סלובניה, סלובקיה וקרואטיה.

24 המבוא לחוקות אסטוניה, בוסניה-הרצגובינה, דרום-אפריקה, האיחוד האירופי, תורכיה, פולין, צ'כיה וקרואטיה.

25 לטיעונים בעד ונגד אזכור האל במבוא לחוקה ראו: M. Maddox "Does a Preamble Need a God?" (Research Paper 8, Department of the Parliamentary Library, 1999)

[<http://www.aph.gov.au/library/pubs/rn/1999-2000/2000rn08.htm>] (last visited on 7.1.07)

26 המבוא לחוקת ברזיל מצהיר כי החוקה הברזילאית מכוננת "Under the protection of God"

(Supremacy of God), החוקה השווייצרית, המכוננת בשמו של "האל הכול-יכול", והחוקה האוסטרלית, הנשענת על ברכת "האל הכול-יכול" (Humbly relying on the blessing of Almighty God)²⁷. לצד חוקות שבהן האל הוא סמכות מכוננת או עליונה יש חוקות שבהן האל מאוזכר במבוא באופן סימבולי²⁸. בחוקות אחרות המבוא עוסק בדת דווקא, למשל בחוקת יוון המאזכרת את השילוש הקדוש או בחוקת אירלנד (1937) שבה ההתייחסות לשילוש הקדוש היא כמקור הסמכות אשר אליו מכוונות כל פעולות האדם והמדינה. לעומתן, יש מדינות שבהן המבוא לחוקה מעגן את הפרדת הדת מן המדינה²⁹ או מצהיר על היותן מדינות חילוניות³⁰. הנה כי כן, הגם שניתן לזהות מאפיינים משותפים, הרי תוכנו של המבוא לחוקה הוא מגוון ומשתנה ממדינה למדינה. הואיל והופעת מבוא שכיחה בחוקותיהן של מדינות, ניתן לאתר דפוסים מגוונים של מבואות, ולכל אחד מהם אופי המיוחד למדינה שבה נחקק. מבוא לחוקה יכול שיהיה קצר או ארוך³¹; אפשר שיהיה בהרמוניה עם גוף החוקה או יקבע הצהרות הסותרות אותו³²; ויכול להיחקק עם החוקה או לאחריה³³. לרוב יש בו ממד של זמן לגבי העבר (נרטיבים היסטוריים), ההווה (דמותה של המדינה) והעתיד (תקוות ושאיפות לדורות הבאים).

ג. תפקידיו ושימושו (הלא משפטיים) של המבוא לחוקה

- 27 וראו גם המבוא לחוקה הגרמנית הקובע כי כינון החוקה נעשה תוך — "Conscious of their responsibility before God and men. נוסח מעניין נקבע בחוקת פולין: "Both those who believe in God as the source of truth, justice, good and beauty, as well as those not sharing such faith but respecting those universal values as arising from other sources"
- 28 המבוא לחוקת דרום-אפריקה.
- 29 המבוא לחוקת תורכיה. זאת להבדיל ממדינות — כגון ארצות-הברית — שבהן הפרדת הדת מהמדינה מעוגנת בחוקה (ולא במבוא).
- 30 המבוא לחוקת הודו מצהיר כי היא מדינה חילונית שבה יכובדו חופש הדת, האמונה והמצפון.
- 31 דוגמאות למבוא לחוקה ארוך ומפותל ניתן למצוא בחוקות של איראן, מצרים, סוריה, סין, פקיסטן, קונגו, קרואטיה ותאילנד. דוגמאות למבוא לחוקה המנוסח בקצרה ניתן למצוא בחוקות ארצות-הברית, הודו, הונגריה, צרפת, קנדה ושווייץ.
- 32 ראו למשל את המבוא לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות (1982), המנוגד למספר הוראות בגוף הצ'רטר: Constitution Act 1992, Canadian Charter of Rights and Freedoms (להלן: "הצ'רטר הקנדי" או "The Canadian Charter").
- 33 ראו למשל חוקת קווינסלנד (Queensland) — מדינה המשתייכת לפדרציה האוסטרלית שבה התעורר דיון באשר לאימוץ מבוא חדש לחוקת המדינה, בעיקר בשל הצורך להתחשב במעמד המיעוטים הילידים ובזכויותיהם. ראו: Legal, Constitutional and Administrative Review Committee "Hands on Parliament — A parliamentary committee inquiry into Aboriginal and Torres Strait Islander peoples' participation in Queensland's democratic processes" (Legislative Assembly of Queensland, Sep. 2003) [http://www.parliament.qld.gov.au/tableOffice/view/committees/documents/lcarc/inquir Legal, Constitutional : and Administrative Review Committee, supra note 9]. (last visited on 7.1.07) ies/handsOnParl/LCARCR043.pdf] וראו גם:

למבוא לחוקה כמה תפקידים עיקריים. במישור המשפטי (שבו נדון בפרק הבא) המבוא לחוקה נע על הרצף שבין היותו הצהרה טקסית-חגיגית חסרת תוקף משפטי לבין היותו חלק אינטגרלי מהחוקה ומקור עצמאי לזכויות ולמחויבויות. אלא שהמבוא לחוקה הוא אחד מן החלקים החשובים בחוקתיהן של מדינות גם ברמה החינוכית והציבורית; הוא נלמד בבתי הספר במדינות רבות, ודורות של בוגרים מתחנכים לאור עקרונותיו וערכיו. שלא כמו החוקה, שבדרך כלל היא מסמך ארוך הכולל הוראות רבות בעלות משמעות משפטית מורכבת, יתרונו של המבוא הוא בהיותו קצר יחסית ונוח לקריאה, ובו מעוגנים תמצית ערכי המדינה ועקרונותיה. ככזה, המבוא מוכר וידוע לא רק בקרב משפטנים ואנשי מדע המדינה אלא גם בקרב הציבור הרחב ובתודעה הציבורית.³⁴

לצד החשיבות החינוכית-ציבורית יש למבוא לחוקה גם תפקיד סימבולי בהיותו מקור השראתי המגבש זהות. המבוא מהווה מעין "כרטיס ביקור" של מדינה. מרוכזים בו עיקרי ה"אני מאמין" של המדינה, שנוסח לרוב על ידי האבות המייסדים. יש לו לכן חשיבות היסטורית, תרבותית וחינוכית רבה, כמקור השראתי רב-משמעות. במקרים רבים ניסוחו העמום והגמיש מאפשר להתאימו לשינויי נסיבות, עתים ומציאות. המבוא הוא מקור המגבש ומעצב זהות לאומית ואזרחית משותפת, ולפיכך מהווה לעתים מושא למחלוקות לאומיות ולשסעים בין קבוצות רוב למיעוט.

המבוא לחוקה משקף ומגדיר פעמים רבות את הערכים המרכזיים החשובים במדינה מסוימת, את פניה ואת רבדיה של החברה. כך, למשל, במדינות שבהן יש קהילות מיעוטים ילידים, המבוא לחוקתן מאזכר לעתים את קהילות המיעוט כחלק ממכונני החוקה³⁵, כקהילות שהמדינה תשלכן ותשתף עמן פעולה³⁶ וכאזרחים שווי זכויות³⁷. אולם כאשר המבוא לחוקה אינו משקף נאמנה את רבדיה המגוונים של החברה ואינו מהווה מוקד לזהות ולהשתייכות, מתגלעות לא אחת מחלוקות קשות באשר לתוכנו ועולות דרישות לשנותו. נדגים זאת באמצעות שלוש מדינות: בשתיים מהן יש מבוא שמסיבות שונות עלתה דרישה לשנותו (מקדוניה ואוסטרליה), ובשלישית מדובר בטיוטת מבוא לחוקה שעליה נחלקו הדעות (האיחוד האירופי). דיון בדוגמאות יסייע להמחיש את תפקידיו המגוונים של המבוא לחוקה ולהסיק מספר מסקנות הרלוונטיות לישראל.

המבוא לחוקת מקדוניה. מקדוניה הוקמה כמדינה עצמאית לאחר פירוק

34 על המבוא לחוקה, על חשיבותו ועל תוכנו ראו דבריו של א' רובינשטיין בכנסת. "ישיבה מיוחדת לציון חמישים-ושש שנה לכינון הכנסת – הגיע זמן חוקה", 25 בינואר 2005, ט"ו בשבט תשס"ה, כנסת ישראל.

[www.knesset.gov.il/plenum/data/03040205.doc] (last visited on 7.1.07)

35 המבוא לחוקת מקדוניה.

36 המבוא לחוקת סלובקיה.

37 המבוא לחוקת קרואטיה.

הפדרציה היוגוסלבית. מתגורר בה מיעוט לאומי אלבני (ומיעוטים נוספים) המונה לפי הערכות שונות בין רבע לשליש מאוכלוסייתה. המבוא לחוקה משנת 1992 עיגן את ייסוד מקדוניה כ"מדינת לאום של העם המקדוני" ועסק בהרחבה בנרטיבים היסטוריים של העם המקדוני, בתרבותו, בזכויותו ההיסטוריות ובמאבקו לעצמאות מדינית. המדינה נוסדה לפיו על מנת להוות "בית משותף לעם המקדוני" וכן "ללאומים המתגוררים בה"³⁸. המבוא לחוקת 1992 הבטיח שוויון זכויות מלא לאזרחי מקדוניה ויצירת דו-קיום בין מקדוניה לבין המיעוט האלבני ומיעוטים נוספים. ברם, המיעוט האלבני התנגד בתוקף להגדרתו כ"קבוצת מיעוט", להגדרת מקדוניה כ"מדינת לאום של העם המקדוני" ולאזכור נרטיבים היסטוריים מקדוניים במבוא לחוקה. פלגים אלבניים קיצוניים החלו להשתמש באלמנטים על מנת להוביל לשינוי המבוא כך שמקדוניה תהפוך למדינה דו-לאומית שבה תינתן אוטונומיה טריטוריאלית ופוליטית מלאה לאלבנים באזורים המאוכלסים ברוב אלבני. פלגים אלבנים מתונים יותר דרשו רפורמות נרחבות במבוא לחוקה ובחוקה. באשר למבוא הייתה דרישה שיושמו ממנו היסודות הלאומיים וכן שיושמו הביטוי "מיעוט לאומי" לגבי המיעוט האלבני – שמנקודת מבטו ובשל גודלו הדמוגרפי אינו מיעוט כלל אלא שותף מלא במדינה. בלחץ המיעוט האלבני והקהילייה הבינלאומית שונה בנובמבר 2001 המבוא לחוקת מקדוניה תוך טשטוש היסודות הלאומיים בו. הביטוי "מיעוט לאומי" הושמט מהמבוא, ותחתיו אומצו הביטויים "חלק מהעם האלבני" ו"קהילות אזרחים באזורים שבהם לפחות 20% מהאוכלוסייה דוברת שפה אחרת מאשר מקדונית"³⁹. המבוא לחוקה אף הרחיב את מספר המיעוטים המוכרים רשמית במדינה והכיר בהם כחלק מהעם שאליו הם משתייכים. וזו לשונו של המבוא המתוקן לחוקת 2001 של מקדוניה:

"The citizens of the Republic of Macedonia, the Macedonian people, as well as the citizens living within its border, which are part of the Albanian nation, the Turkish nation, the Vlah nation, the Serbian

38 לרקע לשינוי המבוא לחוקת 1992 במקדוניה, לניתוח השינויים החוקתיים ולהשלכות השינויים הללו על הקונפליקט האתני שבין המקדונים לבין המיעוט האלבני ראו: B. Belamaric "Attempting to Resolve an Ethnic Conflict: The Language of the 2001 Macedonian Constitution" *IV Southeast European Pol.* (2003) 25–40; Z. Daskalovski "Language and Identity: The Ohrid Framework Agreement and Liberal Notions of Citizenship and Nationality in Macedonia" *J. of Ethno-pol. and Minority Issues in Eur.* (2002) 15–18, 24–28; J. Engstrom "Multi-ethnicity or Bi-nationalism? The Framework Agreement and the Future of the Macedonian State" *J. of Ethno-pol. and Minority Issues in Eur.* (1/2002) 14–16; U. Brunnbauer "The Implementation of the Ohrid Agreement: Ethnic Macedonian Resentments" *J. of Ethno-pol. and Minority Issues in Eur.* (1/2002) 4–12

39 המבוא לחוקת מקדוניה וכן סעיפים 7 ו-48 לחוקת 2001. הנרטיבים ההיסטוריים והצביון הלאומי המקדוני הושמטו. לשינויים בחוקת מקדוניה ראו גם א' רובינשטיין וא' יעקובסון ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם (תשס"ג) 300–304.

nation, the Roma nation, the Bosnian nation and others [...] have decided to establish the Republic of Macedonia as an independent, sovereign state”.

שינוי מהפכני זה בצביון הלאומי של המבוא לחוקת מקדוניה לא פתר סופית את הקונפליקט הלאומי. מחד גיסא, המיעוט האלבני ממשיך לקרוא תיגר על עובדת הזכרתו במבוא לחוקה עם מיעוטים אחרים במדינה, על אף גודלו הדמוגרפי הניכר המבדילו משאר הקבוצות האתניות. נוסף על כך, קבוצות אלבניות רדיקליות המשיכו במאבקן בטענה כי הן לא שותפו בניסוח הסכם המסגרת ולא היו מעורבות בהשגת השינויים החוקתיים. מאידך גיסא, השמטת רעיון מדינת הלאום המקדוני מהמבוא לחוקה עורר תרעומת בקרב פלגים בציבור המקדוני, שראו בכך ויתור שנכפה על ממשלת מקדוניה בלחצי טרור ובלחץ הקהילה הבינלאומית. פלגים מקדוניים חששו כי השינוי במבוא לחוקת מקדוניה הוא ראשיתו של תהליך אירידנטי אלבני.⁴⁰

דוגמה זו ממחישה את חשיבותו העילאית של המבוא לחוקה כמקור מאחד או מפלג זהות של פרטים וקבוצות במדינה, את השלכותיו על היחסים בין קבוצות לאומיות שונות ואת הקשיים הנובעים מניסוח שנוי במחלוקת. היא ממחישה את הקשיים העלולים להיווצר מניסוח מבוא לחוקה הכולל שאיפות וערכים לאומיים שנויים במחלוקת ציבורית, ומלמדת כי עדיף שהמבוא לחוקה יהיה מקובל, ככל האפשר, על רוב רובדי הציבור. הדוגמה המקדונית שופכת אור גם באשר למידת התרומה של שינויים טרמינולוגיים בחוקת מדינה ובמבוא לה לריכוך קונפליקטים לאומיים עזים במדינות לאום דמוקרטיות, ובמיוחד כשמדובר בשינוי הנכפה בלחץ חיצוני.⁴¹

המבוא לחוקת אוסטרליה. אוסטרליה כוננה בעקבות כינוס פדרציית המושבות הנפרדות ביולי 1900 על ידי ה-*Commonwealth of Australia Constitution Act*. החוק, שנתקבל על ידי הפרלמנט הבריטי ובמסגרתו הוקמה אוסטרליה כקהילה פדרלית מאוחדת, כולל גם מבוא הנחשב מאז למעין מבוא לחוקת אוסטרליה.⁴² במבוא נידונים מבנה השלטון וסמכויותיו ומאוזכר גם האל⁴³. ב-6 בנובמבר 1999

40 באוגוסט 2004 נחקק במקדוניה חוק שהעניק לריכוזי מיעוט אלבני המהווים רוב באזורים מסוימים סוג של אוטונומיה במספר רשויות מקומיות. השפה אלבנית הפכה בכמה אזורים במקדוניה לשפה רשמית שנייה. תוקפו של חוק זה הועמד למשאל עם במקדוניה ב-7 בנובמבר 2004, ובו נכשלו הלאומנים המקדוניים לבטל את האוטונומיה לאלבנים. ראו “כישלון ללאומנים במשאל העם במקדוניה: האוטונומיה למיעוט האלבני צפויה להישמר” הארץ 8.11.2004.

41 Belamaric, *supra* note 38.

42 לניתוח החוק המכונן באוסטרליה, המבוא לחוקה והדיונים והטיטות שקדמו להם ראו: J. Quick & R. Garran *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth* (Sydney, 1901).

43 אזכור האל בחוקה הושג כפשרה לאחר שהובטח חופש הדת והאמונה בסעיף 116 לחוקה.

נערך משאל עם על אימוץ מבוא חדש לחוקת אוסטרליה. הדיון הציבורי על משאל העם, על תוצאותיו ועל לקחיו, מעניינים⁴⁴. לקראת סוף המאה העשרים גברה הביקורת על המבוא לחוקת 1900; בין השאר נטען כי המבוא אינו משקף עוד את מצבה של אוסטרליה ואת ערכיה לקראת המאה העשרים ואחת, ולכן יש להתאימו למציאות החדשה. אחד הגורמים המרכזיים לכך היה הצורך בהכרה בזכויות ההיסטוריות של המיעוט היליד האבוריגיני (Aboriginal)⁴⁵. בפברואר 1998 הגיעה הוועדה החוקתית שהתכנסה לדרון בעתיד הרפובליקה להחלטה כי דרוש מבוא חדש לחוקת אוסטרליה, וכי עליו לאזכר במידה נאותה את זכויות המיעוט האבוריגיני הילידי⁴⁶. המטרה הייתה ליצור מבוא לחוקה שגם קהילות מיעוטים תוכלנה להזדהות עמו ולהרגיש שייכות. הוועדה החליטה כי יערך משאל עם נפרד בעניין המבוא החדש לחוקה במקביל למשאל העם על עתיד הרפובליקה, כי מבוא זה יכלול בין היתר הכרה בזכויות ההיסטוריות ובשוויון מלא של המיעוטים הילידים⁴⁷ וכי הוא יהיה חסר תוקף משפטי מחייב⁴⁸. באוקטובר 1998 הכריז ראש ממשלת אוסטרליה ג'ון הווארד (Howard) על כוונתו לקיים משאל עם נפרד בשאלת המבוא החדש לחוקת אוסטרליה, שבו יוכרו זכויות המיעוטים הילידים. הצעתו

- M. McKenna "Maker of Miracles" *Maker of Miracles* (D. Headon & J. Williams eds., 1998) לעניין זה ראו:
- 44 M. McKenna "First Words: A Brief History of Public Debate on a New Preamble to the Australian Constitution 1991–99" (Parliamentary Library Research Paper 16, 1999–2000) [http://www.aph.gov.au/library/pubs/rp/1999–2000/2000rp16.htm] (last visited on 7.1.07);
M. McKenna "The Need for a New Preamble to the Australian Constitution and / or a Bill of Rights" (Parliamentary Library Research Paper 12, 1996–1997) [www.aph.gov.au/library/pubs/rp/1996–97/97rp12.htm] (last visited on 7.1.07); B. Stone "A Preamble to the Australian Constitution: A Criticism of the Recent Debate" 35 *Austl. J. of Pol. Science* (2000) 291
- 45 התפתחות זו הייתה לאור פסיקתו התקדימית של בית המשפט העליון, שהכירה בזכויות ההיסטוריות של המתישבים האבוריג'ינים וביטלה את הבעלות הגורפת של הכתר על קרקעות המדינה 1 *Mabo v. Queensland* (1992) 175 CLR, וכן לאור חקיקת חוק הבעלות המקורית 1993 Native Title Legislation Act, שקבע הליך של צדק מתקן שבו ניתן לתבוע בעלות מקורית על קרקע.
- 46 *Report of the Constitutional Convention* (Old Parliament House, Canberra, 1998) ראו: [http://pandora.nla.gov.au/nph-arch/1998O-Nov-12] (last visited on 1.4.05)
- 47 McKenna, "First Words: A Brief History of Public Debate on a New Preamble to the Australian Constitution 1991–1999", *supra* note 44
- 48 McKenna, "First Words: A Brief History of Public Debate on a New Preamble to the Australian Constitution 1991–1999", *supra* note 44

פורסמה בפברואר 1999 וזכתה לביקורת⁴⁹, בין היתר ממנהיגי המיעוטים שדרשו להזכירם לא כמיעוט ילידי אלא כ"אפוטרופוס על קרקעות המדינה" (Custodian of Our Land). בעקבות הביקורת ניסח ראש הממשלה טיוטה שנייה למבוא לחוקה, וזו הוצגה באוגוסט 1999.⁵⁰ ברם, חרף תמיכת המפלגה הדמוקרטית, לא הצליח ראש הממשלה להשיג הסכמה מלאה על הנוסח, ומנהיגי המיעוטים המשיכו להתנגד למבוא החדש לחוקה⁵¹. הנוסח המשופר של המבוא, שעסק בקשר העמוק (Deep Kinship) של המיעוטים הילידים (The Nation's First People) עם הקרקע, לא הניח את דעתם, והם דרשו, בין השאר, לקבוע כי הם האפוטרופוס על הקרקע. לבסוף, בשל הסיבות שאוזכרו ובשל סיבות נוספות, משאל העם לאישור המבוא החדש לחוקה נחל כישלון בקלפי — 60.7% התנגדו לקבלתו⁵².

הדוגמה האוסטרלית מספקת מסקנות חשובות באשר למבוא לחוקה: ראשית, יש קושי לנסח מבוא חדש לחוקה כך שתהיה עליו הסכמה חברתית רחבה, במיוחד בחברות רבות-תרבותיות שסועות. קשה לגבש הסכמה על ערכי הליבה של מדינה כפי שהם צריכים לבוא לידי ביטוי במבוא לחוקה. שנית, יש צורך לשתף את הציבור בהכנת המבוא לחוקה; נטען שאת המבוא לחוקה האוסטרלית ניסח ראש הממשלה ללא שיתוף הציבור, מעשה שפגם בדיון הציבורי וייתכן שבהסכמה הרחבה הדרושה. כך, למשל, אם המטרה היא השגת פיוס היסטורי בין המדינה למיעוטיה, או אז יש לשלב את נציגי המיעוט בתהליך הניסוח ולהגביר את מעורבותם. שלישית, המבוא לחוקה האוסטרלית יועד מלכתחילה להיות סימבולי וחסר תוקף משפטי⁵³. צעד זה פגם בחשיבות הציבורית שיוחסה לו, הואיל והציבור בחלקו לא הבין את הצורך במבוא לחוקה בהיעדר תוקף משפטי מחייב.

המבוא לחוקת האיחוד האירופי. בסוף אוקטובר 2004 חתמו נציגי האיחוד האירופי ברומא על טיוטת חוקת האיחוד האירופי הכוללת גם מבוא⁵⁴. הדיונים שקדמו למבוא לחוקה העלו מחלוקות ישנות על פני השטח, ואילצו את נציגי

49 לטעמי הביקורת והיקפה ראו: *ibid*, *ibid*.

50 McKenna, "First Words: Constitution Alteration (Preamble) Bill 1999. לנוסח הסופי ראו: A Brief History of Public Debate on a New Preamble to the Australian Constitution 1991–1999", *supra* note 44.

51 ההתנגדות נבעה גם מכך שנציגי המיעוט לא היו מעורבים ולא שותפו באופן פעיל במשא ומתן לקראת ניסוח המבוא לחוקה.

52 על הסיבות לכישלון משאל העם ראו: McKenna, "First Words: A Brief History of Public Debate on a New Preamble to the Australian Constitution 1991–1999", *supra* note 44. לתוצאות משאל העם ראו:

[http://results.aec.gov.au/] (last visited on 1.4.05).

53 הכוונה לא הייתה להחליף מבוא חדש במבוא הישן (1900), אלא לקבל מבוא חדש — חסר תוקף משפטי — נוסף על המבוא הישן.

54 ההיקש מהדיון בחוקת האיחוד האירופי אינו זהה לדיון בחוקת של מדינות. ואולם טיוטת החוקה של האיחוד אינה מסמך בינלאומי רגיל — טיוטת החוקה תאושר בהליך של משאל עם במדינות השונות וממילא תידרש הסכמת האזרחים.

המדינות לעסוק בסוגיות שלגביהן נדרשה הסכמה של כל חברות האיחוד, כגון היבטים היסטוריים ומניעים משותפים לכינון איחוד אירופה, ערכי היסוד של האיחוד האירופי, מטרות-על משותפות, יעדים ואינטרסים משותפים לעתיד, התכליות שלשמן הוא נוצר והמטלות הניצבות בפניו⁵⁵. בחוקה שאורכה כ-350 עמודים, למבוא ערך רב וחשיבות מיוחדת⁵⁶. סביר להניח כי המבוא לחוקה הוא החלק שיילמד בבתי ספר וייכנס לתודעה הציבורית באופן הנרחב ביותר, כחלק מגבש ומעצב זהות ואחדות⁵⁷. במבוא תמצית המאפיינים, הערכים והיעדים של האוכלוסייה באיחוד האירופי⁵⁸. באשר למקור הסמכות – הריבון, היה צריך להחליט מי מדבר בשם אזרחי האיחוד: ראשי המדינות, הפרלמנטים, המדינות עצמן או שמא ציבור האזרחים. לבסוף הוחלט על ניסוח המפנה את מקור הסמכות לראשי המדינות (נשיא או מלך) המרכיבות את האיחוד. דיון מעניין נערך סביב השאלה אם פרט לכך יש לאזכר גם את האל או הנצרות: פולין ואיטליה דגלו באזכור האל, ואילו צרפת החילונית ובלגיה התנגדו בכל תוקף. לבסוף הוחלט לא לאזכר את האל או הדת הנוצרית במבוא. ויכוח נוקב נסב על ההיבטים ההיסטוריים המשותפים לאיחוד ועל הגורמים שהניעו להיווסדו. עלתה השאלה אם להזכיר את זוועות מלחמות העולם והפיצול באירופה כמניעים מרכזיים לאיחוד. כדי למנוע חילוקי דעות הוחלט על ניסוח ניטרלי, שבו הוכרז על "איחוד מחדש לאחר חוויות מרירות" ועל כך ש"אוכלוסיית אירופה החליטה להתעלות מעל המחלוקות הקודמות" ולהתאחד. לצד זאת, המבוא לחוקת האיחוד מזהיר על אינטרסים ועל יעדים משותפים לעתיד, כגון שאיפה "לעצב גורל משותף" לקראת "ציוויליזציה, קדמה ושגשוג" משותפים

55 לדיונים על המבוא לחוקת האיחוד האירופי ראו: A.V. Bogdandy "The Preamble" *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe* (B.D. Witte ed., 2003) 3–10; A.V. Bogdandy "The European Constitution and European Identity: A Critical Analysis of The Convention's Draft Preamble" *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective* (J.H.H. Weiler & C. L. Eisgruber eds., 2004) [<http://www.jeanmonnetprogram.org>] (last visited on 10.8.05)

56 בעת ניסוח המבוא החדש לחוקה ניצבו ברקע שלושה סוגים של מבוא ששימשו בסיס לניסוחו: המבוא לאמנת האיחוד האירופי (TEU), המבוא לאמנת הקהילה האירופית (TEC) והמבוא לצ'רטר בדבר הזכויות היסודיות של האיחוד האירופי. לעניין זה ראו: I.P. Berlin "Integrating the Charter of Fundamental Rights into the Constitution of the European Union: Practical and Theoretical Propositions" 10 *Colum. J. Eur. L.* 5. (2003) 18–22, 45

57 על התפקיד המעצב של חוקת האיחוד האירופי ראו: Bogdandy, "The Preamble", *supra* note 55; Bogdandy "The European Constitution, and European Identity: A Critical Analysis of The Convention's Draft Preamble", *supra* note 55

58 הוחלט כפשרה להשאיר ניסוח המאזכר את "הדורות הבאים", מונח בעל משמעות חילונית ודתית כאחד. ראו: Bogdandy, "The European Constitution and European Identity: A Critical Analysis of The Convention's Draft Preamble", *supra* note 55, at pp. 5–6. אזכור הדורות הבאים קיים גם במבוא לחוקות אסטוניה, ארגנטינה, ארמניה, יפן ורוסיה. בטיוטת חוקת האיחוד יש גם אזכור של השורשים הנוצריים באירופה (Heritage) והתייחסות למעמד הכנסייה (Article I-52).

לכל התושבים וכן שאיפה "לחתור לשלום, צדק וסולידריות בעולם כולו"⁵⁹. מנסחי המבוא היו מודעים לייחודיות המשטר החדש באירופה; המבוא מציג חזון לעולם טוב יותר:

"CONVINCED that, thus 'United in diversity', Europe offers them the best chance of pursuing, with due regard for the rights of each individual and in awareness of their responsibilities towards future generations and the Earth, the great venture which makes of it a special area of human hope".

הביקורת שנשמעה הייתה כי הניסוחים המכלילים מטשטשים את הייחודיות של המדינות החברות באיחוד. לפיכך הוכנס במבוא לחוקה סייג, שלפיו יצירת הזהות המאוחדת תיעשה תוך "שמירה גאה של המדינות על זהותן הלאומית וההיסטורית" תוך ניסיון לאתר זהות נוספת, משותפת. זהות זו תהיה מגובשת סביב ערכי יסוד של דמוקרטיה, שלטון חוק, חירות ושוויון, כזכויות שלא ניתן להפר. פשרה זו יישבה מחלוקת בשאלת הזהות של האיחוד האירופי. עלתה השאלה אם נדרש להגדיר במבוא צביון קיבוצי היכול לסייע לגיבושו של האיחוד או שמא להישאר ניטרליים כאשר להגדרת הזהות — בשל הקושי להגיע להסכמה. רבים תמכו בהכנסת רכיב קולקטיבי משותף שייצור תחושת אחדות. בטיוטה שאומצה בוועדה האירופית ביולי 2003 נפתח המבוא לחוקה במשפט ביונית מכתבי ההיסטוריון תוקידידס⁶⁰. המטרה הייתה להפנות למקורות ההיסטוריים והתרבותיים של הדמוקרטיה כסמל מאחד בעל נצחיות בזמן ובמרחב, היכול לגבש זהות משותפת. דא עקא, גם על המעט הזה לא הושגה לבסוף הסכמה⁶¹.

הדיון בנושא המבוא לחוקת האיחוד האירופי ממחיש עד כמה קשה לגבש הסכמה על עקרונות ועל ערכים המצויים במבוא לחוקה, ובמיוחד על מונחים בעלי משמעות סמלית והיסטורית המגבשים זהות. אך עצם גיבוש המבוא לחוקת האיחוד האירופי — על רקע ההיסטוריה, משקעי העבר וההבדלים בין המדינות

59 מהותו, ערכיו ומטרותיו של האיחוד האירופי עוגנו גם בסעיפים I-1, I-2 ו-I-3 לחוקת האיחוד האירופי. ראו: *Treaty Establishing a Constitution for Europe* (October 2004). לנוסח החוקה ראו:

[<http://European-convention.eu.int>] (last visited on 1.4.05)

60 במשפט זה, שהושמט ממש ברגע האחרון, נאמר (בגרסה האנגלית) כי: "Our Constitution[...] is called a democracy because power is in the hands not of a minority but of the greatest number. Thucydide II, 37". נוסח זה הוגש לנשיאות המועצה האירופית ברומא ב-18 ביולי 2003.

[<http://europa.eu.int/futurum/constitution/preamble/index.en.htm>] (last visited on 1.4.05)

61 Bogdandy, "The Preamble", *supra* note 55; Bogdandy "The European Constitution, and European Identity: A Critical Analysis of The Convention's Draft Preamble", *supra* note 55.

— מלמד על חשיבות הליך הניסוח, ובין היתר על כך שעל מנת להשיג הסכמה עדיף לכלול במבוא לחוקה, ככל הניתן, ניסוחים המקובלים על מרבית הקבוצות והמדינות. הדוגמה ממחישה גם את הערך החינוכי והציבורי שיש למבוא לחוקה ואת חשיבותו כגורם מלכד ומגבש זהות.

ד. המעמד המשפטי של המבוא לחוקה

במשפט המשווה ניתן לזהות כשלושה מודלים מרכזיים באשר למעמדו המשפטי של המבוא לחוקה: מודל טקסי — המבוא כמגבש זהות (מודל המכונה גם National Building Model), מודל פרשני (Interpretive Model) ומודל חוקתי (Constitutionalist model)⁶².

1. המודל הטקסי

המבוא לחוקה הוא מסמך היוצר ומגבש זהות לאומית ואזרחית. יש לו משמעות טקסית וסימבולית רבת-ערך אך הוא נעדר תוקף משפטי מחייב, ולעתים הוא כלל אינו חלק מהשיח החוקתי במדינה למעט אזכור סמלי והשראתי⁶³. זוהי מעין הצהרת כוונות ערכית של האבות המייסדים המשקפת את החזון, העקרונות והשאיפות של עם ומדינה; אין מדובר במסמך חוקתי היוצר זכויות יסוד או מבטל חקיקה סותרת ואף לא בכלי פרשני מחייב.

דוגמה למודל זה ניתן לראות במבוא לחוקה האמריקנית. המבוא מתייחס לאוכלוסיית ארצות-הברית כאל מקור הסמכות, ומתווה לחוקה שש מטרות-על: ליצור ברית מושלמת יותר, לכוונן משפט, להבטיח שקט מבית, לעשות להגנת הציבור, לטפח את רווחת הכלל ולקיים את החירות⁶⁴. חרף מרכזיותו של המבוא לחוקה כמסמך יסוד במערכת החינוך בארצות-הברית ובדיונים ציבוריים, בפועל אין לו תוקף משפטי מחייב. המבוא הוא אחד החלקים החוקתיים שבתי משפט אינם מרבים לדון בו או לאזכר בפסיקתם. כך, למשל, במחקר שנערך נמצא כי בשנים 1825–1990, החלקים במבוא לחוקה העוסקים במשפט צדק, ברווחת הכלל או בחירות, אוזכרו באופן עצמאי בבית המשפט העליון 24 פעמים בלבד (!), וגם זאת לרוב על ידי שופטי דעת המיעוט (83.3% מסך כל האזכורים),

62 יודגש כי תיתכנה אפשרויות נוספות המשלבות בין המודלים. כך, למשל, בית המשפט החוקתי בבוסניה-הרצגובינה הבחין בין חלקים תיאוריים במבוא לחוקה, שאינם בעלי תוקף משפטי מחייב (ולכן משתייכים למודל הטקסי), לבין חלקים נורמטיביים במבוא, שיש להם מעמד משפטי בפרשנות החוקתית. הבחנה זו מצויה בפסק דינו, להלן הערה 96.

63 המבוא לחוקת אוסטרליה שהוגש למשאל עם הוא דוגמה למסמך שכל מטרתו הייתה לשמש כלי מגבש זהות לאומית ואזרחית. המבוא כלל הצהרה מפורשת שהוא אינו מחייב משפטית ולא ישמש לפרשנות חוקתית או חקיקתית.

64 לפרשנות המבוא לחוקת ארצות-הברית ראו: M. Adler & W. Gorman *The American Testament* (New York, 1975) 63–118.

וכאשר ארבעה שופטים בלבד אחראים למחצית מן האזכורים⁶⁵. בית המשפט העליון, וגם ערכאות שיפוטיות נמוכות⁶⁶, דחו בהזדמנויות שונות טענות שלפיהן ניתן וראוי לגזור מהמבוא לחוקה סמכויות עצמאיות וזכויות חוקתיות או, למצער, להעניק לו תפקיד פרשני. כך, למשל, נדחו טענות שנטו לייחס משמעות משפטית סוציאליסטית לביטוי "לטפח את רווחת הכלל" שבמבוא⁶⁷. פסק הדין הקלאסי שקיבע את מעמדו הבלתי מחייב של המבוא לחוקה נפסק בשנת 1904. באותו עניין נטען כי חוק שנתקבל במדינת מסצ'וסטס נוגד את הזכות לחירות שהובטחה במבוא לחוקה. בדחותו את הטענה, מציין השופט Harlan's כי:

"Although [the] Preamble indicates the general purposes for which the people ordained and established the Constitution, it has never been regarded as the source of any substantive power conferred on the Government of the United States or on any of its Departments. Such powers embrace only those expressly granted in the body of the Constitution and such as may be implied from those so granted"⁶⁸.

זאת ועוד, לא זו בלבד שבית המשפט העליון לא גזר זכויות חוקתיות מן המבוא לחוקה לכשעצמו, אלא הוא אף לא עשה כן גם כאשר המבוא לחוקה נקרא יחד עם חלקים אחרים בחוקה, כגון התיקון התשיעי לחוקה⁶⁹. נפסק כי המבוא לחוקה אינו מחייב משפטית אלא מהווה מסמך יסוד המבטא את השאיפות החוקתיות של האבות המייסדים. יש לכך מספר חריגים⁷⁰: ראשית, לעתים בתי המשפט מפנים

65 ממצאים דומים נמצאו גם בערכאות שיפוטיות נמוכות. ראו בהרחבה: M. Handler, B. Leiter & C.E. Handler "A Reconsideration of The Relevance and Materiality of The Preamble in Constitutional Interpretation" 12 *Cardozo L. Rev.* (1990-1991) 117, 120-121

Ibid., at p. 119, 122 66

Ibid., *ibid* 67

68 (1904) 11, 22 *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. פסק הדין לא קבע במפורש כי המבוא לחוקת ארצות-הברית הוא בעל משמעות פחותה משל חלקיה האחרים של החוקה, או שהוא אינו חלק מחייב מהחוקה, אלא אך כי לפרט אין זכויות חוקתיות הנגזרות ישירות מן החוקה. נקבע כי הזכויות שבמבוא לא ניתנו לאינדיבידואלים אלא ל"חברה כולה ולדורות הבאים" (Ourselves and our Posterity). למעמדו המשפטי של המבוא לחוקה האמריקנית ראו: [http://www.conlaw.org] (last visited on 7.1.07)

69 ראו: G.P. Carrasco & C.P. Rodino "Unalienable Rights", The Preamble and The Ninth Amendment: The Spirit of The Constitution" 20 *Seton Hall L. Rev.* (1989-1990) 498, 503-509, 516

70 התיקון התשיעי לחוקת ארצות-הברית נועד להגביל את החקיקה הפדרלית הפוגעת בזכויות הפרט. התיקון קובע כי "פירוט של זכויות מסוימות בחוקה, אין לפרשו כאילו בא לשלול או לגרוע מזכויות אחרות שבני החברה מחזיקים בהן". לפי הטענה, מבין ה"זכויות האחרות שבני החברה מחזיקים בהן" ניתן להצביע גם על זכויות אשר מעוגנות במבוא לחוקה האמריקנית. Handler, Leiter & Handler, *supra* note 65, at pp. 120-121, 131, 151-153 והמקורות הנזכרים שם.

למבוא לחוקה במקרים שבהם רוצים לציין כי הריבון הוא העם (אם כי גם אז לרוב מדובר באזכור השראתי וסימבולי ולא כמקור משפטי). שנית, בכמה מקרים הפנו בתי משפט למבוא לחוקה כדי לתת הגנה חוקתית לפעולות בסוגיות ביטחוניות הנעשות ל"הגנת הציבור". במקרים אלו שימש המבוא לחוקה כמקור משפטי המעניק הגנה חוקתית לממשל. שלישית, במקרים יוצאי דופן התייחסו בתי המשפט לחלקיו השונים של המבוא לחוקה כמחייבים משפטית. רביעית, למבוא לחוקה יש השפעה עקיפה על פסיקות בתי המשפט מבחינת רוח החוקה וערכיה, כך שגם אם אין אזכור או ציטוט מפורש הרי שלמבוא לחוקה יש השפעה עקיפה שחלחלה לשיח החוקתי גם באופן תת-הכרתי. מדינה נוספת שבה אין למבוא לחוקה מעמד משפטי מחייב היא קנדה. המבוא הקצר לצ'רטר הקנדי קובע כי החוקה מושתתת על שני עקרונות יסודיים: שלטון החוק ועליונות האל⁷¹. בתי המשפט לא העניקו למבוא מעמד משפטי כלשהו⁷², ואף אנשי אקדמיה בולטים התנגדו להעניק לו מעמד משפטי⁷³, בין השאר בשל הסתירה הלכאורית בין "עליונות האל" לבין "שלטון החוק", ובשל היותו מנוגד לכאורה לסעיפים אחרים בצ'רטר כגון הגדרתה של קנדה כ"חברה חופשית ודמוקרטית"⁷⁴. בפסיקה ניתן למצוא התייחסות למבוא כאל "אות מתה" (Dead Letter) בצ'רטר⁷⁵. לא אחת מופגן יחס מזלזל באשר למעמד המבוא ולתוכנו: נטען כי מדובר במבוא שטחי שאין להשתמש בו, גם לא ככלי פרשני⁷⁶. קנדה היא אפוא דוגמה למדינה שבה המבוא לא משקף את ערכי היסוד של המדינה, ולו אף ברמה הטקסטית⁷⁷.

2. המודל הפרשני

המבוא לחוקה הנו מסמך מכונן ומרכיב רב-השראה בשיקוף חזונו של עם ושל

71 המבוא לצ'רטר הקנדי קובע: "Whereas Canada is founded upon the principles that recognize the supremacy of God and the rule of law" יצוין כי הגרסה הראשונה לצ'רטר לא כללה מבוא. המבוא הוכנס לראשונה לצ'רטר באפריל 1981, בשלב המאוחר של הליכי החקיקה. ראו: P.W. Hogg *Canada Act 1982 Annotated* (Toronto, 1982).

72 ראו: *R. v. Morgentaler* [1988] 1. S.C.R. 30. 178; *Zylberberg v. Sudbury Board of Education* [1988] 65 O.R. (2d) 641 (C.A.) 657; *R. v. Sharpe* [1999] B.C.J. No. 1555 (להלן: Sharpe case).

73 D. Gibson *The Law of The Charter: General Principles* (Toronto, 1986) 65; Hogg, *supra* note 71, at p. 9.

74 נטען כי המרכיב של עליונות האל במבוא לצ'רטר הקנדי מנוגד להיותה של קנדה "חברה חופשית ודמוקרטית" (The Canadian Charter § 1), לזכות החוקתית לחופש הדת והמצפון (The Canadian charter § 2(a)) וכן ליסוד של שלטון החוק המעוגן במבוא לחוקה.

75 *Sharpe case, supra* note 72.

76 Gibson, *supra* note 73, at pp. 65–66.

77 לביקורת על גישה זו ולהצעה לדרכים ליישוב שני העקרונות — עליונות האל ושלטון החוק — ראו: D.M. Brown "Freedom From Or Freedom For?: Religion As A Case Study In Defining The Content Of Charter Rights" 551 *U.B.C. L. Rev. Soc.* (2000) 560–563, 615.

ערכי יסוד במדינה. הוא מגבש מוסכמות יסוד חוקתיות. לפיכך מוענק לו מעמד פרשני מנחה, ובתי משפט יכולים לשאוב מתוכו עקרונות יסוד בפרשנות חוקתית. על הפרשנות החוקתית לעלות בקנה אחד עם מטרות-העל וערכי היסוד של מדינה כפי שנקבעו במבוא לחוקה. כך, למשל, במקרה של כמה אפשרויות פרשניות ראוי להעדיף את האפשרות הפרשנית המתיישבת עם האמור במבוא. זהו מעין "מצפן חוקתי" אשר ניתן לגבור עליו על ידי חקיקה ברורה ומפורשת. דוגמה למודל הפרשני ניתן למצוא במבוא לחוקת דרום-אפריקה. המבוא קובע שהריבון הוא אוכלוסיית דרום-אפריקה, מציג היבטים היסטוריים בעברה, מדגיש את הגיון שבה (United in our Diversity) ומסיים באזכור האל (May God protect our people). החלק המהותי של המבוא קובע כי מטרות החוקה הן:

"Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights; Lay the foundations for a democratic and open society in which government is based on the will of the people and every citizen is equally protected by law; Improve the quality of life of all citizens and free the potential of each person; and Build a united and democratic South Africa able to take its rightful place as a sovereign state in the family of nations".

המבוא לחוקת דרום-אפריקה הכניס לפרשנות החוקתית המונהגת בה יסודות ערכיים. פרשנות מגילת זכויות האדם החוקתית נעשית בהתאם לעקרונות של "חברה חופשית ודמוקרטית"⁷⁸. בתי המשפט, ובית המשפט החוקתי בפרט, מעניקים למבוא לחוקת 1996 מעמד פרשני מנחה, בפרשנות החוקה והחקיקה. בחוקת דרום-אפריקה יש אף סעיף המחייב להתייחס "לרוח החוקה ותכליתה" בפרשנות של כל דבר חקיקה או פיתוח המשפט המקובל⁷⁹. המבוא אמנם אינו מחייב משפטית, אך הוא כלי עזר פרשני מיעץ רב – הראה; פנייה אל המבוא תיעשה בדרך כלל כמפלט אחרון, כאשר יש שאלה פרשנית ומוצו כל הדרכים הפרשניות האחרות⁸⁰. גם למבוא לחוק המייסד באוסטרליה⁸¹, הנחשב בעיני רבים לחוקת המדינה, ניתן מעמד של כלי עזר פרשני, אם כי בהיקף קטן יחסית. האבות המייסדים התכוונו שיהא למבוא מעמד פרשני⁸². בפועל בית המשפט העליון באוסטרליה

L.M.D. Plessis "The Evolution of Constitutionalism and the Emergence of a Constitutional Jurisprudence in South Africa: An Evaluation of the South African Constitutional Court's Approach to Constitutional Interpretation" 62 *Sask. L. Rev.* 299 (1999) 314–315, 321–322

79 ס' 39 (ב) לחוקת דרום אפריקה.

80 Plessis, *supra* note 78.

81 The Commonwealth of Australia Constitution Act (1900)

82 Quick ו-Garran מציינים בהקשר זה כי: "(The preamble) may be of valuable service and potent effect in the Courts of the Commonwealth, aiding in the interpretation of words and phrases which may now appear comparatively clear, but which, in time to come, may

העניק למבוא מעמד משפטי שולי יחסית⁸³ (ולו בשל העובדה שהוא לא כולל כמעט אף תנאי מהותי שניתן לעשות בו שימוש פרשני)⁸⁴, בדרך כלל בנוגע ליישום עקרון השוויון באופן אחיד בין מדינות הפדרציה. באחד המקרים פסל בית המשפט העליון חוק שחוקק באחת המדינות, שקבע עונשים פליליים שונים לאסירים ובכך הפלה אסירים של מדינה אחת ביחס למדינות אחרות בפדרציה. בית המשפט קבע כי תושבי אוסטרליה הסכימו להתלכד בפדרציה מאוחדת אשר בה יש לנהוג בשוויון כלפי תושבי המדינות השונות⁸⁵.

השימוש במבוא לחוקה ככלי עזר בפרשנות חוקתית שכיח במדינות באירופה, לרוב בהקשר לזכויות מיעוטים. באסטוניה, למשל, המבוא לחוקה – שבו מתחייבת אוכלוסיית אסטוניה לשמור על הזהות האסטונית ועל תרבותה בדורות הבאים – שימש את בית המשפט העליון על מנת לאשר את חוקתיותו של חוק שדרש שליטה מספקת בשפה האסטונית כתנאי למימוש הזכות להיבחר למועצה מקומית. בית המשפט קבע שהשפה הרשמית במדינה היא אסטונית וכי יש לכך הצדקה בהתאם למבוא לחוקה, הקובע שאחת מחובות המדינה היא להנציח את הזהות הלאומית האסטונית⁸⁶. מנגד, במקרה אחר, הכריז בית המשפט העליון כבלתי חוקתית על חוק שאסר על אזרחים אסטונים לשנות את שם משפחתם משם אסטוני לשם שאינו אסטוני, חרף האמור במבוא לחוקה⁸⁷. במקדוניה, אישר בית המשפט הגבלות על חופש ההתאגדות הפוליטית כיוון שפעילויות מסוימות נתפסו כמנוגדות למבוא לחוקה; בית המשפט קבע כי אין

- be obscured by the raising of unexpected issues and by the conflict of newly emerging opinions. Quick & Garraan, *supra* note 42, at p. 286. ראו: 83
- McKenna, "First Words: A Brief History of Public Debate on a New Preamble to the Australian Constitution 1991–1999", *supra* note 44. 84
- תפקיד פרשני מרכזי יש גם ל"מבוא" של החקיקה הרגילה באוסטרליה, בדרך כלל כאשר קיימת עמימות בלשון החוק. על התפקיד הפרשני של המבוא לחקיקה בפרשנות החקיקה באוסטרליה ראו: "The Contextual Role of a Preamble in Statutory Interpretation" A. Winkel 23 *Melbourne Univ. L. Rev.* (1999) 184, 188.
- 85 *Leeth v. Commonwealth*, 174 CLR 455 (1992), יצוין כי תפיסה זו של השוויון נדחתה על ידי בית המשפט העליון במקרה אחר – ראו: *Kruger v. Commonwealth*, 190, CLR 455, (1997) 486.
- 86 *Riigi Teataja I* (Official Gazette), 1998, 98/99, Article 1618, EST-1998-3-007, ראו: [http://codices.coe.int] (last visited on 7.1.07) ("מאגר ה-CODICES").
- 87 במקרה זה דובר באזרחית אסטונית שנישאה וביקשה להוסיף לשם משפחתה החדש את שם משפחתה מלפני הנישואין. שר הפנים סירב לאפשר זאת בהתבסס על הוראת סעיף 11 ל-Surnames Act 1934. בית המשפט מצא כי הסעיף מפר את סעיפים 19 ו-26 לחוקה האסטונית, אינו מידתי ולכן בטל. נקבע כי שמירה על זהות לאומית אסטונית, כפי שנדרש במבוא לחוקה, אינה יכולה למנוע את הוספת שם המשפחה מלפני הנישואין. ראו: *Riigi Teataja III* (Official Bulletin), 2001, 15, Article 154 (v4.3 2003/2). EST-2001-2-004. פסק הדין מתומצת ומתורגם לאנגלית, ראו: מאגר ה-CODICES.

לאפשר התאגדות פוליטית שמטרתה המוצהרת הגליונות מנוגדות לזכות ההגדרה העצמית של העם המקדוני כפי שנקבעה במבוא לחוקה⁸⁸. במקרה אחר הסתמך בית המשפט על המבוא לחוקה על מנת להכריע באשר לחוקתיות השימוש בדגלי הלאום של מיעוטים לאומיים במקדוניה, בתחומי שיפוט של רשויות מקומיות המצויות תחת שלטון עצמי של המיעוט⁸⁹. באוקראינה, השתמש בית המשפט במבוא לחוקה — שיש בו מוטיבים לאומיים אוקראיניים — על מנת לאשר את חוקתיות השימוש בשפה האוקראינית כשפה רשמית המחייבת את השלטון המרכזי והמקומי ואת מערכת החינוך וכן להגביל את השימוש הרשמי, בנסיבות מסוימות, בשפות לאומיות אחרות, כגון רוסית⁹⁰. במקרה אחר שימשה ההכרזה במבוא לחוקה שאוקראינה היא מדינה סוציאלית בסיס פרשני להגנה על הזכות למינימום קיום אנושי. ברפובליקה של בוסניה-הרצגובינה, המחולקת בהתאם להסכם דייטון (1995) לשתי ישויות נפרדות — הפדרציה המוסלמית-קרוואטית (Federacija Bosne i Hercegovine) והרפובליקה הסרבית (Republika Srpska)⁹¹, פסל בית המשפט החוקתי חלק מהמבוא לחוקת הרפובליקה הסרבית בשל הסתירה בינו לבין המבוא לחוקת בוסניה-הרצגובינה⁹². בית המשפט החוקתי הכריז כלא חוקתיים על סעיפים 1, 2, 3 ו-5 למבוא לחוקת הרפובליקה הסרבית הואיל והם כללו הצהרות סרביות לאומיות המנוגדות להסכם דייטון ולמבוא לחוקת המדינה⁹³. בית המשפט ראה באזכורים מסוימים במבוא לחוקת הרפובליקה הסרבית — כגון "זכות העם הסרבי", "עצמאות מדינית" ואזכור "מעמד המדינה" — כסותרים את המבוא

88 MKD-2001-1-004, Sluzben vesnik na Republika Makedonija (Official Gazette), 27/2001 ראו: מאגר ה-CODICES. יצוין כי פסיקה זו, והפסיקה שלהלן, הייתה בטרם התיקון שהוכנס למבוא לחוקת מקדוניה בנובמבר 2001.

89 MKD-1998-3-007, Sluzben vesnik na Republika Makedonija (Official Gazette), 59/98 ראו: מאגר ה-CODICES.

90 UKR-2000-1-002. Ophitsiynyi Visnyk Ukrayiny (Official Gazette), 4/2000 CODICES ראו: מאגר ה-CODICES.

91 להסכם המסגרת לשלום בבוסניה-הרצגובינה ראו באתר:

[http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_id=380] (last visited on 7.1.07)

92 ס' VI(3) לחוקת הרפובליקה של בוסניה-הרצגובינה מאפשר לבית המשפט החוקתי סמכות לפסול כל הוראה המצויה בחוקות של שתי ישויות הרפובליקה המנוגדת להוראת חוקת הרפובליקה של בוסניה-הרצגובינה. על בסיס זה בית המשפט החוקתי בוחן לגבי כל סעיף בחוקות של שתי הישויות המרכיבות את המדינה, ובכלל זה המבוא לחוקתן, אם הוא בהתאם לחוקת המדינה. סעיף בחוקה הפנימית, או במבוא לחוקה זו, הסותר סעיף בחוקת המדינה, יוכרז כבטל.

93 כמו כן, הכריז בית המשפט על מספר סעיפים בחוקת הרפובליקה הסרבית כלא חוקתיים בשל היותם מנוגדים לחוקת המדינה. נפסק שהמבוא לחוקת הרפובליקה הסרבית העוסק ב"זכויות העם הסרבי", יחד עם סעיפים נוספים בחוקה הסרבית — סעיף 7 לחוקה המעגן את הסרבית כשפה רשמית וכן סעיף 28(3) העוסק במעמד הכנסייה האורתודוקסית — מעניקים לעם הסרבי זכויות יתר על פני העם הבוסני והעם הקרוואטי, ולכן פסולים מחמת פגיעתם בחוקת בוסניה-הרצגובינה.

המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל

לחוקת בוסניה-הרצגובינה ופוגעים במעמד החוקתי של הבוסנים ושל הקרואטים⁹⁴. בית המשפט הכריז גם כלא חוקתי על סעיף 1 במבוא לחוקת הרפובליקה הסרבית שעסק ב"מדינת העם הסרבי וכל אזרחיה"; נפסק שסעיף זה מנוגד לחוקת המדינה המייסדת שתי רפובליקות עצמאיות שהן ישויות מדיניות (Entities) אך לא "שתי מדינות לאומיות נפרדות"⁹⁵. יצוין כי מעמד של כלי עזר בפרשנות חוקתית הוענק למבוא לחוקה במדינות נוספות באירופה, דוגמת ליטא⁹⁶, וכן במדינות מחוץ לאירופה, כגון יפן, שבה עיגון ערך השלום במבוא לחוקה מאוזכר בפסקי דין העוסקים בסוגיות של ביטחון לאומי⁹⁷.

3. המודל החוקתי העצמאי

המבוא לחוקה הנו חלק אינטגרלי מן החוקה ומהווה את בסיסה המוסרי והערכי. במבוא תמצית עקרונות וערכי היסוד של המדינה ופירוט מטרות-העל שלשמן כוננה החוקה. ככזה יש ליתן לו תוקף ומשמעות משפטית עצמאית מחייבת (בדומה לחוקה גופה). כך, למשל, אם המבוא מעגן זכויות יסוד שאינן מופיעות בחוקה, או אז לאלו יוענק מעמד חוקתי עצמאי, כאילו נמנו הן בגוף בחוקה, הואיל והמבוא לחוקה הוא חלק בלתי נפרד מהחוקה.

דוגמה למודל החוקתי העצמאי ניתן למצוא בצרפת. המבוא לחוקה של הרפובליקה החמישית (1958) קובע:

"The French people hereby solemnly proclaim their dedication to the Rights of Man and the principle of national sovereignty as defined by the Declaration of 1789, reaffirmed and complemented by the Preamble to the 1946 Constitution"⁹⁸.

94 בית המשפט פסק כי העיסוק ב"זכויות העם הסרבי" בבוסניה-הרצגובינה בעייתי, הואיל והסכם דייטון וחוקת המדינה קובעים כי לכל שלושת העמים – לבוסנים, לקרואטים ולסרבים – יש זכויות שוות בכל שטחה של בוסניה-הרצגובינה.

95 BIH-2000-3-003, Sluzbeni List Fed. BiH (Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina). ראו: מאגר ה-CODICES.

96 LTU-2003-2-004, Valstybes Zinios (Official Gazette), 27-1098, 19.03.2003; LTU-2000-2-005, Alstybes zinios (Official Gazette), 39-1105, 12.05.2000. ראו: מאגר ה-CODICES.

97 ראו: [http://pandora.nla.gov.au/nph-arch/1999/O1999-Dec-15/http://www.centenary.org.au/info/intro/pioc.html] (last visited on 1.4.05).

98 להלן הנוסח בצרפתית: "Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946". ראו:

[http://www.elysee.fr/elysee/francais/les_institutions/les_textes_fondateurs/la_constituti.on_de_1958/la_constitution_de_1958.21061.html] (last visited on 7.1.07)

האבות המייסדים של חוקת הרפובליקה החמישית לא כללו בחוקה מגילת זכויות אדם, בין היתר מסיבות פוליטיות של היעדר הסכמה על מהות הזכויות, טעמים פילוסופיים על אודות תפקיד החוקה וחשש מביקורת שיפוטית⁹⁹. תחת זאת הם כתבו מבוא לחוקה המפנה לזכויות האדם שהוכרו בהצהרת זכויות האדם והאזרח שניתנה בתום המהפכה הצרפתית (1789) וכן למבוא לחוקת הרפובליקה הרביעית (1946). למבוא לחוקת 1958 לא היה תוקף משפטי מחייב, והוא לא נחשב לחלק אינטגרלי מהחוקה עד ל-16 ביולי 1971 — אז הכירה המועצה החוקתית בתוקפו המחייב ובהיותו מקור עצמאי לזכויות אדם ואזרח¹⁰⁰. המועצה החוקתית פסקה, לראשונה, כי חוק שנחקק על ידי הפרלמנט הצרפתי אינו חוקתי בשל היותו סותר את חופש ההתאגדות שהנו "עקרון בסיס מוכר על ידי חוקי הרפובליקה". עיקרון בסיסי מוכר זה עוגן במבוא לחוקת 1946, שאומץ במבוא לחוקת 1958. למעשה, קבעה המועצה החוקתית בפסק דין זה ובפסקי הדין שלאחריו מספר קביעות חשובות: ראשית, נקבע כי למבוא לחוקת 1946 יש מעמד משפטי מחייב, והוא מהווה מקור עצמאי לזכויות. המעניין הוא שלמבוא זה לחוקה לא היה בתקופתו כל מעמד משפטי, כך שלמעשה המועצה החוקתית העניקה למבוא לחוקת הרפובליקה הרביעית, דרך אזכורו במבוא לחוקת 1958, מעמד משפטי גבוה יותר משהיה לו בתקופת קיומה של חוקת הרפובליקה הרביעית. התוצאה היא שכל חוק שנחקק בפרלמנט צריך להיבחן לפי מבחנים משפטיים של שלושה מסמכים חוקתיים: חוקת 1958, המבוא לחוקת הרפובליקה הרביעית והצהרת זכויות האדם והאזרח; לאחרונים ניתן מעמד משפטי מחייב מאחר שהם נקלטו בחוקת הרפובליקה החמישית.

שנית, כל הזכויות המעוגנות במסמכים החוקתיים המוזכרים במבוא לחוקת 1958 — הצהרת זכויות האדם והאזרח והמבוא לחוקת הרפובליקה הרביעית — הן זכויות חוקתיות שחוקת הרפובליקה החמישית מכירה בהן באופן מלא באמצעות אזכורן במבוא, ומאמצת אותן. יש להן עצמה חוקתית מוכרת ועצמאית. כך לגבי זכויות אינדיבידואליות המנויות בהצהרת זכויות האדם וכך לגבי זכויות קיבוציות המנויות במבוא לחוקת 1946. במקרה של סתירה בין הזכויות האינדיבידואליות לבין הזכויות הקיבוציות, ידן של הזכויות האינדיבידואליות על העליונה¹⁰¹. כך הוכרו כזכויות חוקתיות, הגם שאינן מנויות במפורש בחוקת 1958, חופש התאגדות,

M. Troper "Judicial Review and International Law" 4 *San Diego Int'l L. J.* (2003) 39, 99
50-53.

100 להחלטת המועצה החוקתית ראו ק' קליין "ביקורת על חוקתיות של חוקים בצרפת" עיוני משפט ב (תשל"ב) 711, 715; ק' קליין "ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים בצרפת — התפתחויות חדשות" עיוני משפט ה (תשל"ו) 60.

101 ראו המידע על המבוא לחוקת צרפת:

[http://www.hrcr.org/national/c_f/france.html] (last visited on 7.1.07).

הזכות לפרטיות, הזכות לחינוך¹⁰², חופש המצפון, חופש התנועה, חופש העיסוק והזכות להליך הוגן (Due Process)¹⁰³.

שלישית, חלק מן הזכויות החוקתיות שהוכרו בפסיקה – דוגמת חופש ההתאגדות – לא אוזכרו בהצהרת זכויות האדם והאזרח ואף לא במבוא של חוקת 1946. זכויות אלו אומצו מכוח הדוקטרינה של "העקרונות הבסיסיים המוכרים על ידי חוקי הרפובליקה". דוקטרינה זו אוזכרה במבוא לחוקת 1946, וכיוונה למספר חוקים יסודיים שנתקבלו במהלך התקופה של הרפובליקה השלישית, כגון: חוק העיתונות (1881), חוק האיגודים המקצועיים (1884), חוק האיגודים וחופש ההתאגדות (1901) וחוק הפרדת הדת מן המדינה (1905)¹⁰⁴. וכך יוצא שזכויות שלא אוזכרו במבוא לחוקת 1946 או בהצהרת זכויות האדם, שהמועצה ראתה לנכון להכיר בהן בנסיבות מסוימות, הוכרו בחוקת 1958 וזאת באמצעות דוקטרינת "עקרונות בסיסיים" (שהוכרו על ידי המחוקק הצרפתי), כפי שאוזכרה במבוא לחוקת 1946. יש בכך אקט פרשני מעניין, שבו ניתן בדיעבד למבוא לחוקת 1946 מעמד משפטי מחייב, ולא זו בלבד אלא אף ניתן מכוחו מעמד מחייב לחקיקה רגילה שהיא בבחינת "עקרונות בסיסיים ברפובליקה".

דוגמה מעניינת מצויה במבוא לחוקה בהודו. המבוא כולל שלושה חלקים¹⁰⁵: חלק הצהרתי שבו אוכלוסיית הודו מצהירה על כינון חוקה באמצעות האסיפה המכוננת; חלק עקרוני שבו אוכלוסיית הודו מחליטה על ייסוד הודו כרפובליקה דמוקרטית, ריבונית, חילונית וסוציאלית; חלק מחייב שבו אוכלוסיית הודו מתחייבת להעניק לכל אזרחיה ארבע תכליות-על – צדק, חירות, שוויון וקידום אחווה¹⁰⁶. בית המשפט העליון בהודו קבע כי המבוא לחוקה הוא "המפתח להבנת החוקה וכוונת מייסדיה", חלק עצמאי בחוקה ובעל תפקיד מרכזי בפרשנות של הוראותיה ודברי חקיקה. הללו צריכים להתפרש ברוח האידיאלים שבמבוא. עם זאת, נקבע גם כי המבוא אינו יכול לכשעצמו להעניק לממשלה סמכויות נוספות, או להטיל מגבלות נוספות על אלו המנויות במפורש בחוקה¹⁰⁷.

במהלך השנים העניקו בתי המשפט בהודו למבוא לחוקה תפקיד עליון בפרשנות חוקתית וחקיקתית ובעיצוב צביונה של המדינה. לפי גישה זו המבוא לחוקה הוא המבנה הבסיסי ביותר של החוקה ולכן חוק או אקט מנהלי המנוגד למבוא לחוקה

102 לעניין זה ראו י' רבין הזכות לחינוך (תשס"ב) 213–215, 221–226, 238–239, 245–246.

103 לעיל הערה 101; Troper, *supra* note 99.

104 קליין, "ביקורת על חוקתיות של חוקים בצרפת", לעיל הערה 100, בע' 715.

105 למבוא לחוקת הודו ראו בהרחבה: Lahoti, *supra* note 10.

106 המבוא המקורי לחוקה אומץ ב-17 באוקטובר 1949. הוא תוקן ב-1977 והוספו לו המילים "חילונית" ו"סוציאלית" כתיאור לצביונה של הודו. כן הוספה בו המילה יושר (Integrity) לתיאור השאיפה לאומה מאוחדת והוגנת. *ibid*, at pp. 18–21.

107 *Kesavanada Baharati v. State of Kerala* (1973) 4 *ibid*, at pp. 63–77, 63–78. וראו גם: SCC 225.

כפוף לביקורת שיפוטית ועלול להיות מוכרז כבטל¹⁰⁸. בית המשפט העליון נשען על המבוא בקבעו כי כל הסמכויות החוקתיות שואבות כוחן ישירות מאוכלוסיית הודו – הריבון¹⁰⁹; הוא יצק תוכן למשמעותה של הודו כרפובליקה סוציאלית¹¹⁰, הכיר באפשרות הלאמה של תעשיות פרטיות לשם השגת שוויון וצדק כאמור במבוא¹¹¹; והעניק זכות חוקתית לצדק חברתי וצדק כלכלי בהסתמך על המבוא לחוקה¹¹². נקבע גם כי מפלגה דתית הפועלת בבחירות, בהצהרותיה או במעשיה, לכרסום חילוניתה של הודו, מפרה את הוראות המבוא לחוקה. כל פעילות ממשלתית שמטרותיה דתיות, מנוגדת למבוא לחוקה ולכן עלולה להיפסל¹¹³.

באשר לתיקון המבוא, בפסיקה הובעה דעה שלפיה המבוא לחוקה אינו הוראה חוקתית רגילה, ולכן לא ניתן לתקנו כשם שמתקנים את הוראות החוקה; דעה נוספת גרסה כי החלק המחייב במבוא – המבטיח צדק, חירות, שוויון וקידום אחווה – הוא "משפט טבעי" נצחי שאין להפר, גם לא על ידי תיקון החוקה¹¹⁴. ניתן לתקן את החוקה רק בתנאי שתיקון זה אינו מפר את המבנה הבסיסי של החוקה – וזה מצוי בעיקר במבוא.

ה. המבוא לחוקה במדינת ישראל

רבות נכתב על הטעמים ההיסטוריים לאי-כינון חוקה לישראל¹¹⁵. הדיונים הממושכים בממשלה¹¹⁶ ובכנסת¹¹⁷ לא הסתיימו בהסכמה באשר למידת נחיצותה

- 108 *ibid.*, at pp. 54–55 וראו גם: *S.R. Bommai v. Union of India* (1994) 3 S.C.C 1.
- 109 *Union of India v. Madan Gopal* (1954) S.C.R 541.
- 110 *Samatha v. State of A.P.* (1997) 8 S.C.C. 191; Lahoti, *supra* note 10, at p. 80–86.
- 111 *Akadasi Padhan v. State of Orissa* (1963) supp (2) S.C.R 691.
- 112 *Valasamma Paul v. State of Rajasthan* (1997) 6 S.C.C 241; *Muir Mills. Co. Ltd. v. Suti Mills Mazdoor Union* (1955) 1 S.C.R 991; *Murlidhar Dayandeo Kesekar v. Vishwanath Pandu Barde* (1995) Supp (2) S.C.C 549.
- 113 Lahoti, *supra* note 10, at pp. 55–56.
- 114 בפסיקה נדונה השאלה אם תיקון המבוא לחוקה נעשה על ידי סעיף 368 לחוקה – שבו נקבע ההליך לתיקון החוקה. נקבע כי ניתן לתקן את המבוא לחוקה בדומה לתיקון החוקה. ראו: Lahoti, *supra* note 10, at pp. 18–21, 43–46, 49.
- 115 א' צידון בית הנבחרים: מורה נתיבי הכנסת בחקיקה ובמשל (מהדורה רביעית, תשכ"ו) 361.
- 116 ישיבה מא/ש"ט של הממשלה הזמנית, הנושא: "חוקת מעבר" (ג' בשבט תש"ט, 2.2.1949); ישיבה טז/ש"י של הממשלה, הנושא: "עיבוד חוקה למדינה" (כב' כסלו תש"י, 13.12.1949) (להלן: עיבוד חוקה למדינה).
- 117 דיוני הכנסת, ועדת חוקה חוק ומשפט והצעות החוקה שנדונו פורסמו בחמש חוברות מסכמות בהוצאת המדפיס הממשלתי: חוברת א': הדיון הכללי בישיבות הוועדה; חוברת ב': חוקה לישראל: הרצאה ודברי הסבר מאת יהודה פנחס כהן; חוברת ג': הרשות המחוקקת: דיונים וסיכומים; חוברת ד': הרשות המבצעת: דיונים וסיכומים; חוברת ה': ארגון המדינה: תזכירים והרצאות מאת אשר ויטה, היועץ המדעי של ועדת החוקה.

של החוקה או, למצער, באשר לתוכנה הראוי. בכנסת התגבש רוב נגד רעיון חוקת יסוד¹¹⁸. חלף זאת העדיפה הכנסת לכוון חוקה בשלבים — חוקי-יסוד שיוגשו לכנסת פרקים-פרקים, כאמור בהצעת הפשרה של ח"כ יזהר הררי¹¹⁹. אחד הטעמים הידועים פחות בשיח הציבורי להיעדר ההסכמה על סוגיית החוקה הוא המבוא לחוקה. עיון בפרוטוקולים של ועדת החוקה, של הממשלה ושל הכנסת מעלה כי המבוא לחוקה — תוכנו ומעמדו — היה אחד מן הנושאים המרכזיים לאי-כינון חוקה ואחד הנושאים השנויים במחלוקת בשאלת החוקה. בפברואר 1950, בהציגו בכנסת את מסקנות הדו"ח המסכם של ועדת חוקה, חוק ומשפט בנושא החוקה, ציין יו"ר הוועדה — ח"כ נחום ניר-רפאלקס — כי המבוא הוא אחד הקשיים היסודיים ביצירת חוקה¹²⁰ וכי ללא הסכמה עליו ספק את תהא חוקה לישראל. ח"כ יונה קוסרי (מפא"י) ציין כי:

“בדיון זה על החוקה החריף הויכוח ביחס למבוא של החוקה, כלומר — לגבי אותו חלק בתוכה שצריך לנסח את היסודות המוסריים, החברתיים והסוציאליים של חוקת המדינה. ויש בתוכנו אנשים הרואים את הצורך של החוקה בעיקר במבוא שלה[...]. השאלה היא: כיצד נעשה זאת? הבית מחולק בדבר הזה לא רק מבחינת מדינה דתית או מדינה חילונית, אלא מבחינות רבות אחרות[...]. העניין מסובך ומורכב, ואם נתחיל בניסוח המבוא יארך הדבר שנים על השנים[...]. אם נצליח בניסוח המבוא, נשלים את בנינה של החוקה”¹²¹.

“המבוא המסוכן”, כפי שכונה בכנסת, אשר “בגללו אין רוצים להחליט על עצם קבלת חוקה”¹²², היה מכשול פוליטי משמעותי במוקד הדיון על חוקה לישראל. סיעות שונות רצו להתאים את תוכנו לאידאולוגיה שלהן¹²³. לפיכך היו שהציעו לכוון חוקה ללא מבוא או, לחלופין, להשאיר את ניסוח המבוא לסוף התהליך החוקתי. אין זה מפתיע אפוא כי הצעות חוקה לישראל אשר הוצעו במהלך השנים לא כללו בחלקן הצעת מבוא לחוקה¹²⁴.

118 ד"כ (תש"י) 1711–1722 (להלן: ד"כ).

119 “הכנסת הראשונה מטילה על ועדת חוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוקי-יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה”. ראו ד"כ 5 (תש"י) 1743.

120 דברי הכנסת, לעיל הערה 118, בע' 18.

121 שם, בע' 784.

122 שם, בע' 802.

123 על הדיון בעניין המבוא לחוקה ראו שם, בע' 10, 726, 728, 731, 784, 801, 802, 804, 1262, 1263.

124 ראו ג' בכור חוקה לישראל: סיפורו של מאבק (תשנ"ו) 207–257; א' בנדור “חוקי-היסוד כבסיס לחוקה — הצעה לחוקת ישראל” משפט וממשל ה (תש"ס) 15–48 וכן ח' ה' כהן “הערות להצעת חוקה לישראל” משפט וממשל ה (תש"ס) 49–56. מנגד, הצעות החוקה

ב-1994 כוננה הכנסת את חוק-יסוד: חופש העיסוק המתוקן. חוק-היסוד כלל, בין היתר, שתי פסקאות חשובות ורבות-משמעות שהכריזו, לראשונה, כי ערכי הבסיס של מדינת ישראל הם היותה מדינה יהודית ודמוקרטית וכי יש לכבד את זכויות היסוד של האדם בישראל ברוח העקרונות שבהכרזת העצמאות. פסקאות אלו עוגנו גם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. וכך קובעים סעיפים 1 ו-1א' לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוק-יסוד: חופש העיסוק¹²⁵:

1. "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

א1. "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

תיקון זה שהוכנס לחוק-היסוד בשנת 1994, ונושא את הכותרת "עקרונות יסוד" ו"מטרה", תואם את מרבית הדרישות המהותיות הנדרשות ממבוא לחוקה. אמנם אין מדובר במבוא פורמלי הממוקם בפתיח של החוקה ונושא את הכותרת "מבוא" (Preamble), אך מהותית זהו ללא ספק מעין מבוא לחוקה. ראשית, ניסוחו חגיגי והצהרתי כיאה לניסוחים של מבואות לחוקה במשפט המשווה. שנית, הפסקה ממקמת בפתיח של חוק-היסוד העוסקים בזכויות האדם. שלישית, הפסקה קובעת את מטרת-העל של החוקה בישראל — נקבע בה כי חוק-היסוד מושתתים על "הכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין". רביעית, נקבעו ערכי-העל של מדינת ישראל — היותה מדינה יהודית ודמוקרטית. זוהי הצהרת כוונות ערכית ועיגון חוקתי של ערכי הבסיס שעליהם הוקמה ומושתתת המדינה. חמישית, הפסקה מעגנת בחוקה את המסמך המכונן של מדינת ישראל — הכרזת העצמאות. נקבע כי יש לכבד את זכויות האדם בישראל "ברוח העקרונות שבהכרזה". בכך מאמץ המחוקק הישראלי את זכויות היסוד שנקבעו בהכרזה על הקמת המדינה (כגון חירות, צדק, שלום, שוויון, חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות), ערכי היסוד של המדינה (כגון עלייה וקיבוץ גלויות), זכותה להגדרה עצמית כמדינה יהודית, נרטיבים היסטוריים של העם היהודי (הקשר ההיסטורי לארץ ישראל, השואה), אזכור המסמכים הבינלאומיים שסייעו להקמת המדינה (הצהרת בלפור) והצהרות במישור הבינלאומי (כ"ט בנובמבר), נאמנות לעקרונות שנקבעו במסמכים בינלאומיים, אזכור מונחים בעלי משמעות דתית ומסורתית

של ב' אקצין וי' פנחס כהן כללו מבוא לחוקה. ראו י' פ' כהן חוקה לישראל: הצעה ודברי הסבר (תש"ט); ב' אקצין סוגיות במשפט ובמדינאות (תשכ"ו) 158–218.

125 בס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק הנוסח הוא זהה למעט הקביעה ש"חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק". לדיון בפסקת עקרונות היסוד ובמעמדה המשפטי ראו בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28.

(ספר הספרים הנצחי, נביאי ישראל, ביטחון בצור ישראל) ואזכור מקור הסמכות (חברי מועצת העם). שישיית, כיאה למבוא לחוקות, גם פסקאות עקרונות היסוד והמטרה זכו להסכמה רחבה בכנסת ולרוב חסר תקדים¹²⁶. בכך הן עונות כאמור על כלל היסודות המהותיים המופיעים במבוא לחוקות במשפט המשווה. מסקנה זו באשר לתפקודה של פסקת עקרונות היסוד כמעין מבוא לחוקת ישראל איננה רק תוצאה של פרשנות תכליתית. ככלל, הייתה זו אף כוונת המחוקק. בהציגו את התיקון לחוקי-היסוד בכנסת ציין ח"כ דן מרידור:

"היום אנחנו עושים צעד חשוב מאוד במהפך הקונסטיטוציוני שישראל החלה לעבור לפני שנתיים[...] בסעיף אחד יש חידוש[...] סעיף 1 להצעת חוקי-יסוד[...] הוא קובע את התשתית הקונסטיטוציונית לזכויות האדם בישראל[...] זאת הפעם הראשונה שבחוקה הישראלית, בחקיקת יסוד, נכנסת מגילת העצמאות לתוך החוק. כתוב כאן שהזכויות של האדם בישראל כולן תכובדנה ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת המדינה[...] אני חושב שראוי לברך על המהפכה הזאת, שאנחנו ממשיכים בה היום, הפעם בתמיכה רבה של הבית, משני קצותיו[...] עד היום שימשה מגילת העצמאות, לפי פסיקת בית המשפט, מדריך לבית המשפט כאשר הוא דן בתקנות של הממשלה, אבל לא כאשר הוא פוסל חוקים של הכנסת. היום קבענו גם את הקביעה הזאת[...] עקרונות מגילת העצמאות, היום הם קו מנחה לערכיה של המדינה"¹²⁷.

הנה כי כן, המחוקק עצמו ראה בהכנסתן של פסקאות "עקרונות היסוד" ו"מטרת חוקי היסוד" בישראל אקט קונסטיטוציוני חדש ורב-משמעות, הן ככלי משפטי חדש לביקורת שיפוטית והן כיסוד ערכי פותח לחוקה כולה. לפיכך, ובהנחה שיש לראות בחוקי-היסוד חוקה, גם אם לא מושלמת, ניתן לומר שלמעשה כבר כיום יש לישראל מבוא לחוקה. מבוא זה הוא פסקת עקרונות היסוד ופסקת המטרה, המופיעים חגיגית בפתיח של חוקי-היסוד. ברי כי כאשר תכונן חוקה פורמלית

126 פסקת עקרונות היסוד שבחוקי-יסוד: חופש העיסוק, ובה הפנייה להכרזת העצמאות, עברה בקריאה שנייה ברוב של 80 חברי כנסת בעד אל מול 1 נגד; פסקת המטרה שבחוקי-יסוד: חופש העיסוק, המעגנת את ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית, עברה בקריאה שנייה ברוב של 78 חברי כנסת בעד אל מול 2 נגד. חוקי-יסוד: חופש העיסוק התקבל בקריאה שלישית ברוב של 67 חברי כנסת בעד אל מול 9 נגד. כמו כן, גם התיקון לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1994, שהכניס לחוקי-היסוד את פסקת עקרונות היסוד ופסקת המטרה, התקבל בקריאה שנייה ברוב גדול – 75 חברי כנסת בעד, ללא מתנגדים ונמנעים. ראו "הצעת חוקי-יסוד: חופש העיסוק (קריאה שנייה ושלישית)", כנסת ישראל, 9 במרץ 1994.

127 "הצעת חוקי-יסוד: חופש העיסוק (קריאה שנייה ושלישית)", דברי הכנסת, הישיבה המאה תשעים ושמונה של הכנסת השלוש-עשרה, כ"ו באדר תשנ"ד, 9 במרס 1994, כנסת ישראל. פורסם באתר הכנסת באינטרנט:

[http://www.knesset.gov.il/TqI/mark01/h0000437.html#TQL] (last visited on 1.7.07)

בישראל כי אז ראוי שלחוקת המדינה יקדם מבוא עצמאי ונפרד. שהרי מקומו הטבעי של המבוא לחוקה איננו בפתיח של שני חוקי-היסוד אלא במבוא לכלל חוקת ישראל העתידית.

הנחתנו היא שבעתיד הקרוב תכונן חוקה לישראל. בימים אלו נדונה הסוגיה בוועדת החוקה. הדיונים נסבים בעיקר על תוכן החוקה. אחד הנושאים שלא הרבו לדון בו הוא המבוא לחוקה. זהו נושא חשוב ורב-משמעות בדיון עתידי על חוקה לישראל. גישתנו מצדדת באימוץ העיקרים המצויים בהכרזת העצמאות כמבוא לחוקת ישראל; זאת בהתבסס על הנוסח המצוי בסעיפים 1 ו-2 לחוקי-היסוד כבוד האדם וחופש העיסוק. כלומר יש להשתית את המבוא לחוקה על הכרזת העצמאות. זאת מטעמים משפטיים, היסטוריים, חברתיים ופרגמטיים.

ראשית, הניסיון במשפט המשווה – במדינות דוגמת אוסטרליה, מקדוניה וסלובקיה¹²⁸ – מלמד על הקושי הרב בניסוח מבוא חדש לחוקה שניתן יהיה לגבש סביבו הסכמה ציבורית רחבה, במיוחד כשמדובר בחברות שסועות ורב-תרבותיות כמו בישראל. הוכחה לקושי בגיבוש ניסוח מקובל של מבוא לחוקה ניתן למצוא גם בדיוני המכון הישראלי לדמוקרטיה על אודות המבוא לחוקה לישראל, שכללו משתתפים המייצגים את מרבית רובדי החברה הישראלית¹²⁹. עיון בכתובים מעלה כי כמעט בלתי אפשרי להסכים כיום על הנוסח של המבוא לחוקה בישראל. כפי שהומחש לעיל, צביונו הפוליטי, הערכי וההיסטורי של המבוא לחוקה מקשה לגבש סביבו הסכמה רחבה.

שנית, הכרזת העצמאות היא מסמך יסודי מכונן המוסכם, בהשוואה לאופציות הסבירות האחרות, על מרבית הרבדים בחברה הישראלית. הניסיון במשפט המשווה מלמד, בין השאר, כי הסכמה היא רכיב הכרחי בגיבוש מבוא לחוקה, ובהיעדרה עלולה מדינה להתדרדר לשסעים, למחלוקות ולעתים למאבק אלים. על רקע זה ולאור הקושי המעשי בניסוח מבוא חדש מוסכם, ניצבת הכרזת העצמאות, בהשוואה לחלופות, במרכז הקונצנזוס. כך למשל המסקנה העיקרית מדיוני המכון

128 המבוא לחוקה הסלובקית (1992) מצהיר כי הרפובליקה הסלובקית היא מדינה אתנית עצמאית של האומה הסלובקית ולא של אזרחי סלובקיה. המיעוט ההונגרי בסלובקיה התנגד למבוא הלאומי לחוקתה; מפלגת הקואליציה ההונגרית (HCP) דרשה לשנות את המבוא לחוקה מ-“We, the Slovak nation” אל “We, the citizens of the Slovak Republic”. המבוא לחוקה נדון גם כאשר סלובקיה ביקשה להצטרף לנאט"ו ולאחר האירופי. ברם, התיקונים החקיקתיים שנעשו בפברואר 2001 לא כללו את תיקון המבוא לחוקת סלובקיה. ראו: F. Daftary & K. Gal “The 1999 Slovak Minority Language Law: Internal or External Politics?” *Nation-Building, Ethnicity and Language Politics in Transition Countries* (Budapest, 1st ed., F. Daftary & F. Grin eds., 2003) 39, 43–45.

129 סוגיית אופי המדינה והשלכותיה על החוקה – המבוא לחוקה (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003). וראו גם “הצעה למבוא לחוקה”, כנסת ישראל, ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט למבוא לחוקה, 9 בנובמבר 2004. ראו:

[<http://knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2004-11-09-03.html>] (last visited on 7.1.07)

הישראלית לדמוקרטיה היא שניתן לגבש הסכמה על הכרזת העצמאות כמבוא לחוקה. על כך הסכימו דתיים וחילונים, יהודים וערבים¹³⁰. זאת ועוד, הכרזת העצמאות היא מסמך משפטי מוכר, שפורש במשך עשרות שנים בפסיקות בתי המשפט. דווקא ההיכרות המעמיקה עם האמור בה, היותה חלק מהצביון הציבורי בישראל והפרשנות המשפטית הקיימת לגביה, תורמים להסכמה הנדרשת. אין זה מסמך חדש שיש לחשוש מהפרשנות שתינתן לו בפסיקה, אלא באימוץ מסמך מוכר ומקובל.

שלישית, להכרזת העצמאות חשיבות היסטורית וסימבולית שלא ניתן להפריז בחשיבותה. זהו המסמך המייסד של המדינה, ובו תמצית כוונות ותכלית המדינה לפי מקימיה, ופירוט זיכרון היסטורי משותף, מורשת, מסורת, ערכים ושאיפות. גם הניסוח הארכאי והשפה העמומה של המסמך הם יתרון הניתן להתאימו למציאות ולנסיבות משתנים. הכרזת העצמאות נלמדת בבתי ספר. יש לה ערך בונה ומגבש זהות משותפת לחלקים רבים בחברה.

רביעית, להכרזת העצמאות מספר יתרונות משפטיים רבי-משמעות. היא מעגנת זכויות ועקרונות יסוד חשובים. כך, למשל, ההכרזה מעגנת את עקרון השוויון כעקרון יסוד בישראל¹³¹ וכמוהו את חופש הדת, המצפון והלשון; היא מעלה על נס את ערך השלום – "אנו מושיטים יד שלום ושכנות טובה לכל המדינות השכנות ועמיהן"; מקדשת את ערכי החירות, הצדק והשלום; ומבטיחה שמדינת ישראל תהא נאמנה לעקרונות מגילת האומות המאוחדות.

לעמדה שלפיה יש להציב את הכרזת העצמאות כבסיס למבוא עתידי לחוקתה של מדינת ישראל יש להוסיף שתי הסתייגויות מרכזיות: הראשונה באשר למיעוטים היושבים בישראל והשנייה באשר לצביון המדינה.

באשר למיעוטים, אנו סבורים שיש הצדקה לסטות מן הנוסח הקלאסי של הכרזת העצמאות באשר למיעוטים המתגוררים בישראל. יש להוסיף במקביל לנוסח ההכרזה נוסח המוסכם גם על קהילת המיעוט הערבי (ואולי אף על מיעוטים נוספים). את ההצדקות לכך יש למצוא בנקודות הבאות: ראשית, הכרזת העצמאות היא מסמך שעליו חתמו יהודים בלבד, ללא אף נציג ערבי. שנית, הריבון ומקור הסמכות בהכרזה הוא העם היהודי – "חברי מועצת העם, נציגי הישוב העברי והתנועה הציונית". גם הנוסח של ההצהרות בהכרזה הוא יהודי בלבד – "אנו קובעים [...] אנו קוראים [...] אנו מושיטים". שלישית, בישראל מיעוט

130 סוגיית אופי המדינה והשלכותיה על החוקה – המבוא לחוקה, לעיל הערה 129, בע' 43, 54, 59, 66–69, 72, 75–76, 82–83, 96, 98, 103, 108, 117, 133–139, 140, 142–143, 155, 158, 166, 176–178. לדעה שונה בהקשר של המיעוט הערבי ראו ח' ג'אברין "זכויות קולקטיביות ופיוס בכינון חוקה: המקרה הישראלי" עדאלה 12 (אפריל 2005). ראו: [http://www.adalah.org/newsletter/heb/apr05/ar3.pdf] (last visited on 7.1.07).

131 כך, למשל, הכרזת העצמאות העניקה, בעיצומו של מאבק דמים, שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור וזכות קיבוצית לבני העם הערבי "ליטול חלק בבניין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה".

ערבי שמשקלו הדמוגרפי מסך האוכלוסייה הוא משמעותי – כ-20%. רביעית, ההכרזה עוסקת ב"בני העם הערבי תושבי מדינת ישראל". אולם בישראל מתגוררים מיעוטים לאומיים ואתניים נוספים (צ'רקסים, דרוזים ואחרים) וקהילות נוצריות קטנות שאינן ערביות. חמישית, הכרזת העצמאות מדגישה בעיקר את זכות הפרט, אך יש לתת ביטוי גם לתפיסה המודרנית המאפשרת לפרט, במיוחד זה הנמנה עם קבוצת המיעוט, לבטא את עצמו גם באמצעות מסגרות קבוצתיות לאומיות, דתיות ולשוניות. שישית, להכרה במיעוט הלאומי ערבי ובמיעוטים נוספים יש חשיבות רבה במישור ההצהרתי והבינלאומי.

באשר לצביונה של המדינה: בהכרזת העצמאות לא מוזכר במפורש כי ישראל היא מדינה דמוקרטית. ברבות השנים השתרשה במשפט הישראלי התפיסה הדואלית, שלפיה ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. כיום תפיסה זו מעוגנת בפסקת "עקרונות היסוד" וב"פסקת המטרה" שהוכנסו בתיקון לחוקי-היסוד בשנת 1994. אך המקום הטבעי לעיגון צביונה וזהותה של המדינה אינו בחוקי-היסוד העוסקים בזכויות אדם ואף לא בסעיפי החוקה, אלא במבוא לחוקה – הקובע היבטים היסטוריים בעברה של מדינה, ערכי יסוד, עקרונות ליבה וצביון. יודגש שהצביון הלאומי-יהודי במבוא לחוקה עומד בסטנדרטים המקפידים של האיחוד האירופי, ובו במדינות לא מעטות יש במבוא לחוקה נרטיבים לאומיים מובהקים הקובעים כי המדינה שייכת לאומה או לקבוצה אתנית מסוימת. כך, למשל, סלובקיה לא נדרשה להכניס שינוי במבוא לחוקתה עת הצטרפה לאיחוד האירופי¹³².

הנה כי כן, הצעתנו דוגלת באימוץ הכרזת העצמאות כבסיס למבוא לחוקה בישראל. זאת במקביל לשתי הסתייגויות לתוכן ההכרזה שיש להוסיפן – האחת עניינה בעדכון המעמד המשפטי של המיעוטים בישראל וזכויותיהם, והאחרת, עניינה בעיגון הצביון היהודי-דמוקרטי של המדינה. על מנת שלא לפתוח את נוסח הכרזת העצמאות לשינויי תכנים – אפשרות שסביר כי תוביל למחלוקות רבות ותקשה על גיבוש הסכמה¹³³ – ראוי שלא לאמץ את הנוסח המלא של הכרזת העצמאות כמבוא לחוקה; די באזכורה ובהפניה אליה במבוא לחוקה, בדומה למהות ההסדר שבמבוא לחוקה הצרפתית. עדיף להותיר נוסח קצר – אך חשוב וממצה – בדומה לנוסח התמציתי המופיע בפתיח של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק (ובכפוף להוספת פסקה באשר למיעוטים), על

132 F. Daftary & K. Gal, *supra* note 128

133 ניסוח מבוא חדש לחוקה שהוא בבחינת "הכרזת עצמאות מעודכנת" אינה משימה פשוטה. עצם האפשרות "לרענן" את הנוסח שבהכרזת העצמאות פותחת פתח למחלוקות רבות. יהיה אפשר להשיג ביתר קלות הסכמה על הנוסח ה"קלאסי" של ההכרזה מאשר על נוסח "מודרני". הנחה זו נתמכת הן על הניסיון לניסוח מבוא לחוקות במשפט המשווה והן על הניסיון לעשות כן בישראל (ראו דיוני המכון הישראלי לדמוקרטיה, לעיל הערה 129, וכן דיוני ועדת המשנה בהצעה למבוא לחוקה, לעיל הערה 129).

המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל

פני אימוץ הנוסח המלא והמפורט של הכרזת העצמאות. להלן דוגמה לנוסח מבוא לחוקה ברוח זו:

חוקת מדינת ישראל מושתתת על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והיא תכובד ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, ותוך כיבוד המיעוט הלאומי-ערבי ומיעוטים נוספים היושבים בישראל¹³⁴.

שאלה היא, מהו המעמד הנורמטיבי הראוי למבוא לחוקה בישראל. לדעתנו, יש להעניק למבוא לחוקה בישראל, ובכלל זה להכרזת העצמאות המהווה חלק בלתי נפרד ממנו¹³⁵, מעמד משפטי מחייב; מקור עצמאי לזכויות אדם ולערכי יסוד, כפי שנעשה הדבר כאמור בצרפת – שבה יש מבוא לחוקה קצר ודומה במהותו לישראל. המשמעות של מעמד נורמטיבי מחייב תהיה, בין השאר, שזכויות אדם, ערכי ליבה ועקרונות יסוד אשר אינם מנויים במפורש או במשתמע בחוקה, אך מנויים בהכרזת העצמאות, יהיה ניתן להכיר גם בהם כחוקתיים מכוח אזכורם במבוא לחוקת המדינה¹³⁶. וכך, חוק שיפגע בזכויות, בערכים ובעקרונות המנויים במבוא לחוקה, ומבלי שעמד בהוראות שריון החוקה, יוכל להיות מוכרז כחוק בלתי חוקתי. המבוא לחוקה ישמש מעטפת חוקתית כוללת לפרשנות של נושאים חוקתיים כבדי משקל אשר יתעוררו מעת לעת במשפט הישראלי¹³⁷. גישה זו אינה ייחודית למשפט החוקתי. בדיני חוזים למשל, המבוא לחוזה הוא חלק בלתי נפרד מהחוזה ומקור לזכויות ולחובות¹³⁸. גם המשפט הבינלאומי מכיר בתוקף העצמאי המחייב של המבוא בפרשנות של אמנות והסכמים בינלאומיים¹³⁹.

ו. סוף דבר

בחודשים פברואר-יוני 1950 דנה הכנסת בסוגיית חוקה לישראל. לאחר דיונים

134 וראו גם רובינשטיין, לעיל הערה 34.

135 למעמדה המשפטי של הכרזת העצמאות ראו א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (תשנ"ז) 44–60, 955–958; סומר, לעיל הערה 3, בע' 75–77.

136 כך, למשל, באשר לעקרונות השוויון, חופש הדת והמצפון, חופש לשון, הקשר שבין המדינה לעם היהודי וערך השלום.

137 תיתכן גישה המבחינה בין ערכים וזכויות במבוא לחוקה בעלי מעמד חוקתי יחסי לבין ערכים וזכויות בעלי מעמד חוקתי מוחלט אשר אינם ניתנים לשינוי או הפקעה (נוסח המקובל במבוא לחוקות של מדינות אחדות). כך, למשל, ניתן לטעון שקיים מדרג פנימי בתוך המבוא לחוקה בין ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית לבין ערך החירות וקדושת החיים.

138 א' ברק פרשנות במשפט (תשס"א, כרך ד: פרשנות החוזה) 458–459.

139 ראו, למשל, סעיף 31(2) לאמנת וינה הקובע: "The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble"

Vienna Convention on the Law of Treaties

ממושכים הוחלט לא לקבל חוקת יסוד אלא להתחיל בתהליך הדרגתי שבו יתקבלו חוקי-יסוד פרקים-פרקים שיתאגדו בבוא היום לחוקת מדינה. הסיבות לבחירה בדרך זו היו מגוונות. אחת המרכזיות שבהן הייתה הוויכוח שהתעורר על המבוא לחוקה ועל תוכנו. סוגיית המבוא לחוקה תרמה לפילוג האידאולוגי והערכי ששרר בין חברי הכנסת ולקושי להגיע להסכמה רחבה על ניסוח מבוא לחוקה שמרבית החברה הישראלית תודהה עמו. קושי זה נותר בכללו עד היום.

בשנים הבאות יושלם ככל הנראה הליך כינון החוקה למדינת ישראל. מהוויכוח ההיסטורי על אודות החוקה נותר רלוונטי כיום הסבך הפוליטי על תוכנה, ובעיקר האתגר המורכב של ניסוח המבוא לה. מבוא זה צפוי לעגן את זהותה, את אופייה ואת ערכי היסוד של המדינה. תהיה לו חשיבות משפטית, ציבורית וחינוכית מן המעלה הראשונה. המבוא לחוקה צפוי להקרין גם על יחסי רוב ומיעוט בישראל, ולהוות, כך יש לקוות, גורם מלכד ומאחד בחברה הישראלית. המבוא הוא החלק בחוקה הנלמד בבתי הספר ושאת ערכיו לומדים דורות רבים של אזרחים. השפעתו על היחסים בתוך החברה גבוהה, הן ברמה המשפטית הן ברמה הסימבולית.

במאמר זה ביקשנו להאיר כמה היבטים על אודות המבוא לחוקה, על תפקידיו השונים ועל מעמדו המשפטי. כאמור, ניסוח מבוא לחוקה הוא הליך מורכב ורצוף קשיים, במיוחד בחברות רב-תרבותיות ושסועות כמדינת ישראל. גם לאחר ניסוחו נותרות לעתים בעיות משפטיות, ולא אחת עולה דרישה לשנותו; כל מילה במבוא עוברת בחינה קפדנית ועשויה להשפיע על תפקידו כמנגנון לגיבוש זהות, אחדות ולכידות. המאמר נועד לתרום מחקר משווה לצד הצעה למבוא לחוקה לקראת תהליך זה, הצפוי להתקיים בחברה הישראלית בעשור הקרוב.