

חטיבה VI – האומנם מהפיכה חוקתית?

המהפכה החוקתית: תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה? / רות גביון

המאמר בכללותו בוחן את המהלך החוקתי שהחל עם חקיקת חוקי היסוד של 1992, ושל תפקידו של ביהמ"ש העליון במהלך זה.

ההתנגדות לביהמ"ש נבחנת בשני מרכיבים; הראשון בהם הוא הרצון הטבעי של השליטים שלא להיות מוגבלים בכוחם, וגם אם הם משתמשים בכוח זה לרעה או באופן שרירותי במנהל בלתי-תקין ותוך פגיעה בזכויות הפרט. המרכיב השני הוא התנגדות ערכית לדרכו האידיאולוגית של ביהמ"ש, הנתפשת כמייצגת רק חלק מסוים באוכלוסיה ומנכרת חלקים אחרים בה. במסגרת כך חשות קבוצות שלמות באוכלוסייה, כי ביהמ"ש מנוכר להן ולערכיהן הבסיסיים ולכן אין הוא ביהמ"ש "שלהן".

הדרך להתמודד עם קשיים אלו, היא אינה בהימנעות מכל ביקורת על ביהמ"ש או בהתעלמות מתחושות הניכור, אלא דווקא לנסות ולהחזיר למערכת כולה את האיזון העדין שנחלש בה. גביון ממשילה את הדילמה בין השמעת ביקורת עניינית ובין חוסר רצון לתת הכשר לפגיעה בלתי מוצדקת, להורה המודה בפני מורה כעוס כי אכן ילדו פעל שלא כשורה, גם אם לדעתו עלול הדבר להכשיר ביני המורה וביה"ס הטלת עונשים חמורים על הילד. שואלת גביון לעניין זה, כי אולי עדיף שההורה יעמוד לצד ילדו באופן נחרץ וברור מבלי לנסות לעשות צדק אובייקטיבי.

הרקע לדברים הוא בפס"ד בנק המזרחי, בו עסק ביהמ"ש העליון בהרכב מורחב, בערעור על כמה החלטות של ביהמ"ש המחוזיים לפיהם התיקון לחוק הסדר חובות המושבים בטל, מאחר והוא נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בשורה האחרונה החליט ביהמ"ש, כי התיקון פוגע בזכות הקניין, אולם עומד בתנאים הקבועים בפסקת ההגבלה ועל כן אין לפסול חוק זה. חשיבות פסק הדין, בכך שהוא קובע כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הגם שלא שורין ושינוי אינו דורש רוב מיוחד, מצמיח אפשרות לביהמ"ש להעביר ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת, ואף לפסול אותה.

שופטי העליון מגדירים באופן שונה את הקביעה; הנשיא ברק חוזר בפסקי הדין על הקביעה כי חוקי 1992 היו "המהפכה החוקתית", השופט זמיר מייחס את רגע המהפכה בהלכת ברגמן, ולעומתם השופט חשין משמיע הרהורי כפירה בהתאמת התיאור "מהפכה" למציאות שיצרו חוקי היסוד.

נראה כי עיקר המהלך הוא ניסיון להשלים את המתווה החוקתי שהוחל בהחלטת הררי באמצעות שריון גורף של חוקי היסוד הקיימים וקבלת חוק יסוד: חקיקה, שייקבע מפורשות מעמדם העליון של חוקי היסוד, דרישות רוב מיוחס לשינויים וקביעת מנגנון מיוחד לביקורת שיפוטית. אלא שהשלמת מהלך זה אינה בדרך של ריכוז כל ההוראות החוקתיות למסמך אחד, ואילו המסלול שאנו הולכים בו כיום הוא מסלול של חקיקה רגילה, חפזה ומחטפית, בניסיון להשלים את החומרים החוקתיים החסרים. כזו שאין בה דיון ציבורי או הבחנה ברורה בין פעולות של עשיית חוקה או שינויה ובין פעולות של חקיקה רגילה.

שמגר וברק סבורים לעניין זה, כי חוקי היסוד הלא משוריינים קיבלו מעמד על, ואין לשנותם אלא בחוק יסוד אחר ותוך התייחסות מפורשת לשינוי. שניהם סבורים אפוא, כי דווקא הפרשנות השיפוטית היא זו הקובעת את משמעות החוקה וגבולות הביקורת השיפוטית.

ביקורת גביון על "המהפכה החוקתית"

גביון מחזיקה בדעה כי אין זו דרך ראויה לקבלת חוקה בישראל, אין היא משקפת את ההתפתחות הטבעית של מהלך שהוחל בו בהחלטת הררי. כינוי ותיאור המהלך "מהפכה חוקתית" מעודד את הנטייה להשלים את המהלך בדרך זו מבלי לערוך ריכוז, דיון ציבורי והליך קבלת הסמכה רחבה שהם חיוניים לבניית חוקה נוקשה שיש בה אמון.

נשאלת השאלה האם ראוי שתהיה לנו חוקה נוקשה בכל מחיר, או שמא יש מקום לדחות את אימוצה לתקופה שבה תהיה הסכמה רחבה על מגילה ראויה לשמה. ומסקנתה של גביון לעניין זה, היא כי בישראל בגלל מאפייניה החברתיים המורכבים, נחוצה עקרונית, חוקה נוקשה הכוללת מגילת זכויות. אולם דווקא בשל אותם מאפיינים חברתיים ופוליטיים, אין בישראל ההסכמה הרחבה הנדרשת לחוקה לגבי חלק משאלות המפתח שלה, לרבות חלקים ממגילת הזכויות ועיקרון הביקורת השיפוטית. יש מקום להפריד בין החקיקה הרגילה ובין החקיקה החוקתית, ונראה כי במצב הקיים בישראל של היום, אין נכונות להפרדה שכזו. מידת הקיטוב והנזילות של הסדרים מרכזיים היא כה רבה והאיום על הלגיטימיות של הענפים הפוליטיים כה חזקה, שהעת איננה אופטימאלית לגיבוש חוקה נוקשה. נראה כי הביטוי והרטוריקה של "המהפכה החוקתית", כתיאור של משהו שכבר קרה, מטשטשים את הצורך לבדוק את השאלות החוקתיות המרכזיות המתעוררות; האם ראוי שתהיה בישראל חוקה, מה היא צריכה לכלול, מהם עקרונות המשטר הבסיסיים, האם יש לכלול בה מגילת זכויות, כיצד יש לטפל בשאלות השנויות במחלוקת עמוקה (דת ומדינה, מעמד הערבים בישראל והגישה החברתית-כלכלית במדינה), האם ראוי שתהיה זו חוקה נוקשה ואם כן באיזה סוג נוקשות מדובר, מה צריך להיות המנגנון האוכף את עליונות החוקה וכמובן מה צריך להיות ההליך בו יש לאמץ חוקה זו. גביון מותחת ביקורת על המערכת הפוליטית, ועל כך שאם תוסיף בעמדתה הבלתי ברורה, גביון מניחה, כי אם ביהמ"ש אכן ישלים את המהלך, ומדינת ישראל תקבל חוקה נוקשה, המבוססת על טלאים היסטוריים, שמעולם לא נבדקו כאמנה חברתית כוללת ומאוונת, עם ביקורת שיפוטית רחבה של ביהמ"ש מקצועי, שאין בו ייצוג נאות של קבוצות אינטרסים מרכזיות בחברה. כך, תהפוך המהפכה החוקתית לנבואה שהגשימה את עצמה.

גביון מטילה את האחריות העיקרית בנושא על הכנסת, כמחוקקת את חוקי היסוד, המחויבת לפחות רשמית להמשך המהלך החוקתי. ישנה אשמה הרובצת על הכנסת, על כך שאינה מפרשת כי ההליך של הכנת חוקה צריך לצאת מידה או להיעשות באופן רציני ומרוכז, בו מתקיימת בדיקה שיטתית של ההסדרים החוקתיים כולם.

האם אפשרית חוקה טובה בישראל?

בתנאים המיוחדים של ישראל, נחוצה חוקה עקרונית ונוקשה. מנגד, טעות תהיה לחשוב שניתן היה לאמץ חוקה טובה בשנת 1950. עוד נראה, כי לא ניתן לעשות זאת עתה, כל עוד אין תחושה של משבר או כורח המחייבים להגיע לפשרות ולוויתורים הדדיים, שניביבו הסדר יציב והוגן. המנגנון שנקבע בפשרת הררי לכתוב את הסוגיות פרקים-פרקים, אינו יכול להניב חוקה טובה.

האם נחוצה חוקה נוקשה בישראל?

נראה כי בכל מדינה וחברה מתקיים חשש לשימוש לרעה בכוח הנובע ממנגנון החקיקה, וככל שחשש זה גדול יותר, כך גדל הצורך בחוקה נוקשה, שתיתן לעקרונות יסוד יציבות והגנה מפני המחוקק. זאת ועוד, בישראל ישנם כמה נתונים בסיסיים המגדילים את החשש לשימוש לרעה;

1. ישראל היא חברה שסועה – בה שתי קבוצות מיעוט מרכזיות – לא-יהודים ובעיקר ערבים ואורתודוקסיים בעיקר חרדים. נוסף על כך, מתאפיינת ישראל בריבוד על בסיס עדתי ועל בסיס סוציו-אקונומי. הפערים הולכים וגדלים, וישנה תחושה של החלשה שתחושת הסולידאריות החברתית.
2. ישראל מוגדרת כמדינה יהודית – עצם הגדרה זו יוצרת מוקד מתח עם אזרחיה הלא-יהודיים. תחושת השייכות והשוויון שניתנת להם נמצאת בסימן שאלה.
3. בישראל רוב החפץ במדינה יהודית – ומתקיימת מחלוקת עמוקה על משמעותה של יהודיות זו, כאשר כל אחד מהפרטים בחברה רואים בה רמה אחרת של יהודיות.
4. קבוצות דתיות-חרדיות המחויבות לדמוקרטיה – אינן מקבלות את עקרון הכרעת הרוב או את הרעיון של קביעת חוקים ע"י נציגי האוכלוסייה ואת המוסדות המוסמכים לקבל החלטות.

נראה כי במדינה עם רקע כזה, הכרעה חוקתית על דמות המדינה ועל חלוקת הכוח בה נראית מתבקשת.

האם אימוץ חוקה שלמה, עליונה ונוקשה אפשרי?

חוקה צריכה להישען על תמיכה רחבה, שתבוא מטעם מרכזי הכוח הפוליטי והן כדרישה של הציבור הרחב שהחוקה אמורה להגן על האינטרסים שלו. וכפי שראינו בישראל, אין הסכמה רחבה במערכת הפוליטית על הצורך בחוקה נוקשה ועליונה ובוודאי שאין לחץ ציבורי של ממש בכיוון זה.

נראה אפוא, כי הסיכויים להשגת חוקה שלמה, עליונה ונוקשה, המגנה על סדרי משטר וזכויות אדם, בדרך של חקיקה מפורשת ומסודרת – אינם גדולים. והערכה כזו מניבה שתי מסקנות פוליטיות מנוגדות; האחת היא, כי אין טעם לעסוק בניסיונות לחקיקת חוקה, שכן הדבר לא יתאפשר ממילא, ולכן יש לנסות לשפר ככל הניתן את ההסדרים החקיקתיים ולוותר מראש על דיונים שעניינם עליונות, נוקשות או ביקורת שיפוטית. השנייה היא, כי מכיוון שחוק נוקשה חשובה לישראל, מוצדק לעשות מאמצים מתמשכים להעביר כזו ולו גם בחלקים ובמחטפים. נראה כי השיח החוקתי קרוב ברוחו לעמדה השנייה, שכן הוא מנסה להרי תרומה להליך כזה של יצירת חוקה.

האם החוקה המתגבשת טובה?

החוקה המתגבשת מחזקת את זהותה של ישראל כמדינת לאום יהודית, ואינה כוללת התייחסות מבנית לצרכים, לשאיפות ולמאוזווייהם של קבוצות המיעוט הגדולות, תוך שהיא מקבעת את חלוקת הנכסים הקיימת באמצעות הגנה חוקתית על זכות הקניין וחופש העיסוק ומשאירה פתוחות את הבעיה של זכויות ערבים ושאלת סדרי העדיפויות החברתיים בישראל.

החוקה היא רעה משום שאינה מאחדת, ולהיפך – מפלגת. היא מנציחה, מקבעת ומשריינת דברים שלא ברור כי ראוי לשריינם, מקבץ הזכויות והערכים המוגן בה איננו אחד ויוצר עיוותים פנימיים, הליך קבלת חוקי היסוד אינו מבטיח עיון שיטתי ומקיף בגבולות הדמוקרטיה ועקרונ הרוב בישראל.

לסיכום; אכן נחוצה בישראל חוקה נוקשה, עליונה ושלמה. אולם בשל היעדר הסכמה, ראוי לגשת לחקיקתה של חוקה כזו מתוך דיאלוג ומתוך הליך חקיקה שיבטיח מחויבות והסכמה רחבה. דיאלוג שכזה יהיה אפשרי רק אם לכל המשתתפים תמריץ איתי להגיע להסדר חוקתי.

האם לכנסת סמכות מכוננת?

אין לכנסת סמכות מכוננת והיא אינה פועלת מכוחה בחקיקת חוקי היסוד. במסגרת טענה זו מתעוררות שתי שאלות; האם לכנסת סמכות להגביל עצמה והאם סמכות זו מגובלת לחומר חוקתי? האם לכנסת סמכות לחוקק, בהליך חקיקה רגיל, חוקה שלמה, עליונה ונוקשה לישראל. מרבית השופטים עונים בחיוב על השאלה הראשונה, ואילו המחלוקת נסבה על השאלה השנייה. הספק לגבי שאלה זו, נובע משיקולי מוסר פוליטי והצדקה. היש לכנסת סמכות להעניק לעצמה סמכות מכוננת, והאם ראוי להעניק לה סמכות כזו. גביון נוטה להשיב על שאלות אלו בשלילה ותומכת בנימוקיו של חשין לטענה כי לא ראוי שהכנסת תוכל, בהליך חקיקה כמעט רגיל, לתת חוקה לישראל.

המונח "מהפכה חוקתית"

כבר ציינה גביון במאמרה, כי חוקי היסוד של 1992 אינם בגדר מהפכה חוקתית בעיניה. החוקים כשלעצמם הם שינוי חשוב, אולם אינם עולים כדי מהפכה ובוודאי שלא מיד עם חקיקתם. המילה "מהפכה" אמורה להדגיש שינוי מהותי ורדיקאלי, וכן פעמים רבות ניתן לזהות תהליך כמהפכה רק בפרספקטיבה היסטורית ולא בהכרח בזמן אמת. והשאלה המתעוררת האם באמת חל כאן שינוי של מהותי? שיח המהפכה יוצר את הרושם כאילו זכויות האדם בישראל היו במצב נורא מכיוון שלא היו מוגנות מפני המחוקק, ועכשיו איום זה סולק. ואילו בפועל, מצב זכויות האדם בישראל איננו נורא, בין השאר בגלל חקיקת כנסת טובה ועובדי ציבור מצפוניים ובעיקר בשל פרשנות יצירתית ואמיצה של ביהמ"ש. גביון סבורה כי חוקי 1992 היו שינוי חשוב, אך לא מהפכה.

תוצאות השיח המהפכני – הישגים ומחירים

הישגים;

- העצמת חשיבות המהלך החוקתי של 1992 וסיוע לתת לו משמעות פוטנציאלית מרחיקת לכת.
- הבאת השינוי בחוקי היסוד ותשומת לבה של הקהילה המשפטית והציבור.
- העלאת מודעות לכוחו של כלי הביקורת השיפוטית.
- בשיח זה יש משהו מלהיב ומעורר, שיוצר ציפיות לשיפור ולשינוי. בעקבות השיח נתפש המהלך החקיקתי כמשהו שיש בו תקווה לעתיד טוב יותר.
- מתן לגיטימציה שיפוטית לכלי של ביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד שאיננה נוקשה.

מחירים;

- חוסר הוודאות שהמהפכה החוקתית משדרת לציבור ולקהילת המשפטנים.
- חוסר הוודאות לעניין מנגנוני השינוי של חוקי היסוד, החדשים והישנים, משוריינים ושאינם משוריינים.
- המשותף לחוקי 1992 ולשיח המהפכני, הוא כי נוצרו בטווח הקצר הבדלים של ממש במעמד זכויות האדם השונות בשיטה. כאשר לפני חוקי היסוד היו מעוגנות הזכויות בחוקי הכנסת ובפיתוח משפטי. כאשר משנה זו ואילך אחדות זו שונתה, ונוצרו שלוש קטגוריות של זכויות יסוד;
 - חוק יסוד: חופש העיסוק – המוגן ביותר; משוריין פורמאלית ומהותית, בעל פסקת התגברות וכולל הוראת שמירת דינים מוגבלת בזמן.
 - חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – מוגן באמצעות סעיף שמירת דינים כללי מוגבל בזמן, אינו משוריין פורמאלית ואין בו פסקת התגברות.
 - זכויות אדם "סתם" – פחות מוגנות, שאינן כלולות בחוקי היסוד. עם זאת, יכולה קבוצה זו להפוך לקבוצה ריקה, ע"י פרשנות ביהמ"ש להיקף הזכות החוקתית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

עתיד המהלך החוקתי בישראל

יש המציעים להקים אסיפה מכוננת, אלא שגביון סבורה כי מדינתנו עדיין איננה בשלה לכך. נראה כי מדובר כאן בהליך ציבורי ארוך טווח, שיהיו בו פעילויות של מחקר וניסוח, ליבון ומו"מ ואף פשרות סביב מסמך חוקתי כולל. לאחר שמסמך זה יגובש, וייתכן שייקח שנים עד שיושלם, ניתן יהיה לגשת למלאכת החקיקה והאשרור. במקביל למאמץ, יש להמשיך במלאכה המבורכת של קידום מטרות ראויות בכל הדרכים; חקיקת הכנסת, חקיקת משנה, הנחיות מנהליות והפעלה ראויה של כל שיקול דעת.

גביון טוענת כי אחדות כיום יכולה להיות מושגת רק בכיוון של הסרת הנוקשות והשריון באופן גורף, ומניחה כי למהלך זה לא תהיה תמיכה רבה בקרב תומכי החוקה, אך היא רואה בו יתרונות מסוימים; הגברת מסוימות של יכולת השינוי של ההסדרים החוקתיים וכן צמצום הבסיס לביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים מאוחרים באותו תחום.

גביון טוענת לתפקיד בית המשפט בעניין זה, שהוא ביישום כללים שנוצרו במסגרת החקיקה כדי להכריע בעניין הספציפי. יצירת כללים שכאלו במסגרת השפיטה, היא עניין נלווה, ואותו יש לבצע בזהירות ובצמצום רב.