

הספריה לדמוקרטיה

המהפכה החוקתית

תיאור מציאות או נבואה
המגשימה את עצמה?

רות גביזון



המכון הישראלי לדמוקרטיה

פתח דבר

ספר זה מציע בחינה ביקורתית של המהלך החוקתי שהחל בשלהי כהונתה של הכנסת ה-12 עם חקיקת חוקי היסוד של 1992, ושל תפקידו של בית המשפט העליון במהלך זה. הספר נכתב לפני המהפך הפוליטי בעקבות הבחירות לכנסת ולראש הממשלה במאי 1996, ולפני התגבשותם של כמה תהליכים שקרו מאז. ההתקפות הארסיות, בעיקר מחוגים דתיים מסויימים, על בית המשפט העליון ועל נשיאו, השופט אהרן ברק, מכוונות לפחות חלקית נגד המשכו של המהלך החוקתי האמור, ונגד נושאו המרכזיים. בצד ההתקפות, הזוכות לגינוי מצד רוב גדול של הציבור והמערכת הפוליטית, גורמים מרכזיים בסיעות הדתיות מבטאים רצון להעניק גם לאינטרסים הדתיים מעמד מועדף של "חוקי יסוד", וליצור מצב שימנע "מחטפים חוקתיים", בין השאר בדרך של קביעת הליך חקיקה מיוחד לחוקי יסוד. מאידך, יש גם רצון מפורש – שעתה יש לו גם גיבוי פוליטי מסויים – לעצור לפחות אותו חלק של המהלך החוקתי המתפרש כנותן לבית המשפט כוח לקבוע מרכיבים בסטטוס קוו בין דתיים לחילוניים בכלל, ובפרט כאשר אלה נקבעים בדרך של חקיקה ראשית בכנסת.

המהלך החוקתי ומעמדו של בית המשפט העליון נקשרים זה בזה, ושניהם יחד נקשרים במלחמת התרבות בין תיאוקרטיה ובין דמוקרטיה. מכיוון שחוקה ובית המשפט נחשבים גם ככלים חיוניים במאבק להגנה על זכויות האדם, ומכיוון שחלק מן המהלך החוקתי נוגע אף הוא לזכויות האדם, ישנה נטייה להציג ביקורת על המהלך החוקתי ועל חלקו של בית

המשפט בו כנקיטת עמדה המסכנת את בית המשפט ואת ההגנה על זכויות האדם בישראל. טענה זו נשמעת ביתר שאת לאחר הבחירות וההתקפות האחרונות. לפי טענה זו, יש למהלך החוקתי ולבית המשפט אויבים פוליטיים רבים, מגוונים, חזקים ומסוכנים. רק בית משפט חזק ובלתי תלוי, הנהנה מאמון רחב בציבור, יוכל לעמוד מול אויבים אלה. כל מי שאינו רוצה בנצחונם, חייב להימנע מכל צעד העלול להחליש את בית המשפט ולספק תחמושת לאויביו. ביקורת על בית המשפט מתוך הקהילה המשפטית או האקדמית, ובעיקר מתוך אלה מחבריה שיש להם מחויבות ערכית לזכויות אדם, הינה לכן צעד לא נבון ובלתי ראוי.

לא אסתתר מאחורי הטענה כי אין לערב טיעון אקדמי בפוליטיקה. הליך אימוצה של חוקה אינו רק, או אף בעיקר, עניין משפטי: הוא עניין פוליטי מן המדרגה הראשונה. כתיבה אקדמית על הליכים ראויים לאימוץ חוקה חייבת להיבחן גם, בסופו של דבר, במציאות הפוליטית שהיא עוזרת לייצר. יתירה מזו, בעידן התקשורת המתוחכם בו אנו נמצאים, ישנו חלחול מתוך העיתונות האקדמית לדיון הציבורי. מי שעוסק בכתיבה אקדמית בנושאים אלה חפץ כי דבריו יישמעו, וחפץ כי דבריו ישפיעו. בעת כזאת, מי שמתבטא בנושאים כאלה חייב להצדיק את פרסומם גם ברמה של ההשפעה שלהם.

גם אני חוששת מהחלשה של בית המשפט העליון, ולא הייתי רוצה לתת יד לתהליך כזה. גם אני הייתי רוצה לראות התקדמות של ישראל בהגנה על זכויות האדם, ואין לי ספק כי רק בית משפט חזק יוכל להמשיך במסורת המפוארת שלו בעניין זה בעבר, ולהרחיב אותה. כתיבתי אינה מודרכת על ידי תפישה של ניתוק בין ניתוח אקדמי ובין פעילות ציבורית. להיפך. דווקא מחויבותי לבית משפט בלתי תלוי וחזק ולהגנה על זכויות האדם מונעת אותי מלתרגם עמדה פוליטית זו לתמיכה גורפת בהליך החוקתי כפי שהסתמן. אמונתי העמוקה היא כי הן כעניין של מוסר פוליטי, והן כעניין של תבונה פוליטית – בית משפט יהיה חזק לאורך זמן רק אם יהיה ער לתפקידו הייחודי ולמגבלותיו המוסדיות והפוליטיות. פסיביות מסויימת ועמידה מן הצד לגבי הליך יצירת החוקה, וזהירות רבה בפיתוח התפקיד השיפוטי במסגרת חוקה קיימת, הן ערובות הכרחיות לשימור כוחו

ועצמאותו של בית המשפט.

הסוגיה מורכבת כי, באופן סכמטי, ניתן להבחין בהתנגדות לבית המשפט בשני מרכיבים לפחות: ראשון הוא הרצון הטבעי של בעלי שררה שלא יגבילו את כוחם, גם (או בעיקר) כאשר הם משתמשים בכוחם זה לרעה ובאופן שרירותי, במינהל בלתי תקין ותוך פגיעה בזכויות הפרט. תפקידו הייחודי של בית המשפט במשפט הציבורי הוא לבקר ולהגביל את השימוש לרעה בכוח של השלטון, בעיקר כאשר זה פוגע בזכויותיהם של פרטים. מול הרצון הזה של השלטון להחליש את בית המשפט ניתן, עקרונית, לגייס תמיכה רחבה בבית המשפט, מכל קבוצות הציבור. מרכיב שני ושונה של התנגדות מבוסס על תחושה של "מי שמך?" זוהי התנגדות ערכית לדרכו האידיאולוגית של בית המשפט, הנתפשת כמייצגת רק חלק מסויים באוכלוסיה ומנכרת חלקים אחרים שלה. אם פעולתו של בית המשפט נתפשת כאכיפה של ערכים מסויימים, בניגוד לרצונם של המחזיקים במערכות ערכים אחרות, בא למרכז הבמה הקושי ה"אנטי רובני" המעסיק את החשיבה המדינית בכל הארצות המערביות. במרכיב התנגדות זה, קבוצות שלמות באוכלוסיה מרגישות כי בית המשפט מנוכר להן ולערכיהם הבסיסיים, וכי לכן הוא אינו בית המשפט "שלהן".

שני מוקדי הביקורת אמנם מובחנים, אך לעתים קרובות הם מופעלים על ידי גורמים פוליטיים באופן משולב. מי שערכיו מבוססים שיטתית על שלילת זכויות של אחרים ירגיש מנוכר מבית המשפט (ראש הביקורת השני), וגם ישאף מבחינה מוסדית להחלישו על מנת לאפשר לו לקיים את מטרתו (ראש הביקורת הראשון). אולם, עקרונית, עוצמת בית המשפט בחברה תלויה בכך שהוא רוכש תמיכה ציבורית רחבה נגד מי שרוצה להצר את צעדיו באופן מוסדי, באמצעות זהירות גדולה מאוד בהפעלת כוחו כך שלא תנכר ממנו קבוצות שלמות בציבור, ולא תהפוך אותו לעוד משתתף מלא במחלוקת הכוחות הפוליטיים על דמות החברה והמדינה. רק איזון עדין כזה יבטיח לבית המשפט את אמון הציבור, שהוא באמת חיוני לפעולתו היעילה. כאשר איזון עדין זה אינו נשמר, יש חשש ממשי כי מי שרוצה להגביל את כוחו של בית המשפט, על מנת לשמור על יכולתו שלו לפעול בשרירות ובכוחניות, יוכל להסתמך על תחושת ציבורים גדולים כי

בית המשפט אינו קשוב אליהם ואל תפישותיהם הלגיטימיות. הדרך להתגבר על קושי אמיתי וחשוב זה אינה בהימנעות מכל ביקורת על בית המשפט, בהתעלמות מתחושות הניכור, ובהסבר של חשיבותה הגדולה של המוסד לדמוקרטיה ולהגנה על זכויות האדם. התעלמות מתחושות עמוקות של ניכור, גם אם אלה אינן מוצדקות, עלולה רק להביא להחרפתן. קל וחומר כאשר תחושות הניכור האלה אינן מופרכות לגמרי. הדרך היא לנסות ולהחזיר למערכת כולה את האיזון העדין שנחלש בה.

הדילמה בין השמעת ביקורת עניינית ובין חוסר רצון לתת הכשר לפגיעה לא מוצדקת במי שאליו מכוונת הביקורת קיימת, כמובן, לא רק לגבי בית המשפט. האם הורה צריך להודות בפני מורה כעוס כי אכן ילדו פעל שלא כשורה, גם אם לדעתו עלול הדבר להכשיר, בעיני המורה ובית-הספר, הטלת עונש חמור מדי על הילד? או שמא עדיף כי ההורה יעמוד לצד ילדו באופן נחרץ וברור, בחינת "זהו ילדי, צודק או טועה," בלי לנסות לעשות צדק "אובייקטיבי"? נתקלתי בדילמה בעבר, דווקא בהקשר של הגנה על זכויות האדם, בהתלבטות לגבי אופן ההצגה של ההגנה על זכויות האדם בישראל לקהל בחו"ל. בין אלה המסכימים כי נעשו ונעשות בארץ פגיעות, חלקן חמורות למדי, בזכויות אדם, היתה מחלוקת. היו כאלה שסברו כי יש להציג בחוץ בדיוק אותה עמדה ביקורתית שקולה וזהירה אותה מציגים בפנים, לפיה בתנאי הארץ יש אמנם הצדקה לפגיעות מסוימות בזכויות אדם שלא היו מוצדקות באיזורים שקטים יותר, אולם כי דווקא בשל כך יש לחברה הישראלית אינטרס חזק בצמצום מירבי של פגיעות בלתי מוצדקות בזכויות האדם בה: רק עמדה כזאת תהיה אמינה ונכונה. אחרים סברו כי יש להבחין בין דיבורי-פנים ודיבורי-חוץ. לגבי דיבורי פנים, ניתן לקיים מאבק במסגרת האמורה. שונה המצב כלפי חוץ. הפגיעות בזכויות אדם בישראל הן קלות יחסית למצב בארצות רבות בעולם. אין פה רצח עם, היעלמויות ורציחות פוליטיות רחבות היקף, הצרת צעדים של פעילי זכויות אדם. לנוכח העובדה כי העולם מלא אויבי ישראל, שרק מצפים לישראלי המבקר את ממשלתו על מנת להיתלות בדברים, להוציאם מהקשרם ולנגח בהם, הרי שיש להימנע מסיפוק נשק לאויבי ישראל אלה.

ההתלבטות היא אמיתית וקשה. יחד עם זאת, אם ניתן לאויבי ישראל,

או אויבי בית המשפט, או אויבי הקידמה, לשלוט על הדרך בה אנו רואים דברים ומציגים אותם – אנחנו חותרים תחת המחויבות העמוקה והבסיסית ביותר שלנו לאמת וליושר אישי ומקצועי, ובכך אנו חותרים גם תחת ההצדקות לדמוקרטיה, לכבוד האדם ולשלטון החוק. ביחוד אמורים הדברים כלפי מהלכים חוקתיים. יתירה מזו, גם בנושא ההצגה של מצב זכויות האדם בישראל בחו"ל וגם לעניין בית המשפט אנחנו מדברים בנושאים שמידת הפומביות שלהם גדולה למדי. פעילי זכויות האדם אינם ממציאים את העובדות, וגם אינם אלה המביאים עובדות אלה לחו"ל. בית המשפט העליון עושה את מעשיו בריש גלי, ומלווה אותם בהתבטאויות מנמקות ופרשניות רבות. ההימנעות מניתוח ביקורתי ומהוצאת מסקנות מנתונים אלה אינה משיגה, להערכתנו, כל מטרה חיובית. להיפך, היא פוגעת אנושות באמינות של מי שתפקידו אמור להיות ניתוח ביקורתי של הליכים חברתיים מרכזיים.

התלבטתי לא מעט בשאלה אם לא ראוי היה להסתפק בפרסום החלק ה"ישראלי" של הספר, השייך ישירות לוויכוח הציבורי החשוב המתנהל בישראל, ואם לא כדאי לקצר גם אותו על מנת שיהיה קל יותר לקריאה. בחרתי להשאיר את הציבור בשלמותו, מפני שחסרה לנו עדיין ספרות בעברית בנושא התיאורטי של חוקה ותפקידיה. יחד עם זאת, הספר בנוי בצורה המאפשרת דילוג קל על הקטעים התיאורטיים וההיסטוריים יותר. ניתן בהחלט לקרוא רק את החלק השלישי, המתייחס למהלך החוקתי בישראל מכאן ולהבא – ולחזור אל החלקים הקודמים רק במידת הצורך. כמו כן, דיללתי את הערות השוליים, אך ניתן למצוא אותן בשלמותן בפרסום המקורי.

להערכתנו, הספקות שהושמעו לגבי המהלך החוקתי לא פגעו בהתקדמות לכיוון הגנה טובה יותר על זכויות האדם בישראל. התקדמות זו, כמו גם מגבלותיה החשובות, הינן תוצאה של הליכים עמוקים בחברה הישראלית, להם שותפות כל רשויות השלטון. גם מי שסבור, כמוני, כי ראוי שהתקדמות של פריצות דרך בנושאים ערכיים ואידיאולוגיים תיעשה במסגרת המערכת הפוליטית-ציבורית, יסכים כי לבית המשפט נועד תפקיד חיוני של כבוד בגיבוש התקדמויות כאלה ובמימושן. מחויבותנו

לעצמאותו ולכוחו של בית המשפט צריכה להתבסס על הבנה של תפקידו הייחודי בחיינו החברתיים, לא על ראייתו כ"פרה קדושה" שאין לגעת בה. רק מי שסבור כי פעולתו ה"אמיתית" של בית המשפט אינה ניתנת להצדקה ואינה ראויה לכבוד יבסס את יוקרת בית המשפט על התעלמות, תיאור מטעה ושתיקה. אני איני נמנית על אלה.