



הנחותיה השגויות של ההפיכה

יוסף מ' אדרעי 20 בפברואר 2023 עקוב

לנוכח השמועות והדיווחים על ההפיכה המשטרית, השיפוטית והמשפטית של השר יריב לוין, ראוי להבהיר לו ולשותפיו, כי הם שוגים בהבנתם את המבנה המשפטי והחוקתי של מדינת ישראל. השגיאה הגדולה מתבטאת בהנחתם, שמאז פסק הדין בפרשת בנק המזרחי ב-1995, כל סמכויותיה של האסיפה המכוננת הועברו לכנסת, והיא מוסמכת לבצע באמצעות "חוקי יסוד" שינויים חוקתיים, משפטיים ומשטריים ככל העולה על רוחם של חבריה: לחתור תחת אושיות המדינה, לכפור ביסודות שעליהם היא נוסדה ולשחוק או לבטל את זכויות האדם הבסיסיות. לא כך הדבר. גם הכנסת כפופה לעקרונות ולכללים, שבאו לידי ביטוי במסמכי היסוד של מדינת ישראל ובראשם הכרזת העצמאות.

מסקנה זו מתבהרת לנוכח ההתפתחויות ההיסטוריות עם הקמת המדינה.

בינואר 1949 הציבור בחר באסיפה מכוננת — לא ברשות המחוקקת — לצורך אחד בלבד: לחבר חוקה. בסיום התהליך האסיפה היתה אמורה להתפזר, ואולם, הרוב ששלט בה הפר את אמן הציבור. נבחרה של האסיפה המכוננת נמנעו מלקיים את שליחותם — לחבר חוקה, ולהתפזר. הם הפכו עצמם לרשות המחוקקת ללא רשותו של הציבור ובחוסר סמכות.

בפברואר 1950 הכנסת דנה בנושא החוקה. נציג האופוזיציה ח"כ מנחם בגין זעם (בצדק): "הלכנו כולנו לבחירות לאסיפה מכוננת, והמושג אסיפה מכוננת הוא מושג יורידי מובהק, מוגדר וידוע בכל העולם... על סמך חוקת היסוד קמה הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת, הרשות השופטת... החובה שהוטלה עליכם היא אחת: לחוקק חוקה, ואחר כך להתפזר ולערוך בחירות חדשות...".

נציג הקואליציה, ח"כ דוד בר-רב־האי, הגן על ההחלטה והביע דעה חד־משמעית ביחס לעקרונות המפורשים במגילת העצמאות: "אין אנו מנהלים עתה

ויכוח על תוכנה של החוקה, אלא על עצם השאלה אם הגיעה כבר בכלל השעה לחוקק את חוקת היסוד. גם אם לא ננסה להעסיק את הבית בהגדרות החוקה, הרי צורכי הוויכוח הזה מחייבים אותנו לזכור, שהדבר היסודי בכל חוקה הוא קביעת העקרונות... הבה נראה. במגילת העצמאות נאמר, שמדינת ישראל תהיה פתוחה לקיבוץ גלויות, תדאג לפיתוח הארץ לטובת כל תושביה, תהיה מושתתה על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל... מדינה שתקפיד על שוויון לכל אזרחיה, בלי הבדל גזע, דת ומין! שבה ישרו חופש דת חופש מצפון, חופש לשון, חינוך ותרבות. המדינה תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות ותשמור על נאמנות לאותם העקרונות שנקבעו במגילת האו"ם. האפשר להוסיף משהו לחוקת היסוד נוסף על הדברים שהזכרתי? האפשר למצוא צורה יפה יותר, נשגבה יותר, ממצה יותר לעקרונות אלה? האם מה שחסר לנו הוא ויכוח על העקרונות?".

אכן, המכנה המשותף לאפוזיציה ולקואליציה היה הסכמה על קיומם של עקרונות יסוד וזכויות אדם שפורטו בהכרזת העצמאות, ועל כך שהיא המסמך המכונן שעומד בבסיס קיומה של המדינה.

אמנם, בשלהי 1948 דן בג"ץ בעתירתו של אזרח נגד החרמה של דירה. לטיעוניו הפורמליים הוא הוסיף, כי הזכויות שפורטו בהכרזת המדינה תומכות בעמדתו. בג"ץ דחה את טענותיו והעיר, כי ההכרזה נועדה לצורך הכרזה על ידי החוק הבינלאומי. היא מבטאת את חזון העם ואת "האני מאמין" שלו, אך אין בה משום חוק קונסטטוציוני המאפשר להעביר ביקורת שיפוטית על חוקים. אלא שהסדר הכרונולוגי של השתלשלות הדברים מגלה, כי לא מדובר כלל בהלכה או בהחלטה שרירה וקיימת: פסק הדין התקבל ביום 2.12.1948, לפני הבחירות לאסיפה המכוננת והתכנסותה, לפני שוויתרה על כתיבת חוקה ולפני התפוגגותה!

לאמור, הידיעה השיפוטית ביום מתן פסק הדין היתה שהאסיפה המכוננת עתידה להיבחר בתוך פרק זמן קצר ביותר, וכינונה של חוקה כתובה עומד בשער. בנתונים אלה לא היה ראוי שבית המשפט יקבע שהכרזת העצמאות היא בעלת מעמד קונסטטוציוני, משום שקביעה כזאת היתה מייתרת את הצורך בבחירות לאסיפה המכוננת, או מעמידה בפני האסיפה עובדה מוגמרת.

משהתברר כי הידיעה השיפוטית הופרכה, הבסיס להערה האמורה — שאין להכרה מעמד חוקתי — נשמט. מאז הניחו בתי המשפט, כי להכרזת העצמאות אין מעמד חוקתי, ואולם לא ידוע לנו על דיון שיפוטי מעמיק וממצה בסוגיה. יתרה מזאת, מאז פסק הדין התרבות המשפטית בישראל התפתחה. הכנסת הכירה בסמכותו של בית המשפט לבקר את מעשי ידיה, ועתירות של חברי כנסת נהפכו למקובלות.

נזכור כי לחוקה שני רכיבים. האחד, פירוט אושיות המדינה, קרי העקרונות, ה"אני מאמין" והכרה בזכויות אדם. השני, הקמת המוסדות שתפקידם ניהול המדינה. הכרזת העצמאות התמקדה ברכיב הראשון. לאסיפה המכוננת לא היתה סמכות לוותר על גיבושו ולהעבירו לכנסת. החלטת הררי מיוני 1950, שבה הכנסת הטילה על ועדת החוקה לחבר חוקי יסוד שבסיומם ההליך יגובשו לחוקה, מוגבלת רק לרכיב השני, שהוא חיוני לניהול מדינה.

אמרו מעתה: לאסיפה המכוננת יועדו שני כתרים: כתר כינון אושיות המדינה, וכתר כינון מוסדותיה. האסיפה המכוננת העבירה לכנסת רק את הכתר השני; הכנסת ירשה ממנה רק את סמכותה לחוקק חוקי יסוד שנועדו להסדרת מוסדות השלטון. הואיל והכנסת לא ירשה את הכתר הראשון, היא אינה מוסמכת לפגוע באושיות המדינה, לבטל את אופיה הדמוקרטי ולשחוק את זכויות האזרח שפורטו בהכרזת העצמאות. היא גם אינה מוסמכת לבטל את חוק השבות, שנועד להבטיח את ייעודה של המדינה כמקום מקלט ליהודים, אך אסור לה להפלות בין אזרחיה ותושביה.

עתה, משהועמדו הדברים על דיוקם, ניתן לבחון את היתכנותם של ארבעה מרכיבים ביוזמתה של הקואליציה הנוכחית.

• מקור זכויות האדם במדינת ישראל: אין מי שיחלוק על כך שמיום הקמתה יש במדינת ישראל זכויות אדם בסיסיות, שנועדו להגן על היחיד, החלש, המיעוט, מפני עריצות הרוב. זכויות האדם היו תנאי להכרת עצרת האו"ם במדינה. הן אומצו ופורטו ברחל בתך הקטנה בהכרזת העצמאות. בהיעדר אסיפה מכוננת, הכנסת רשאית לשכללן, או להכריז על קיומן, אך לא לכרסם בהן או לבטלן.

• פסקת ההתגברות: ההיסטוריה השיפוטית שלנו משופעת במקרים שבהם בית המשפט העליון קבע מה שקבע והכנסת ביטלה את ההחלטה באמצעות חקיקה. אין בכך כל חידוש. זה תפקיד האיזונים והבלמים. הכנסת רשאית לתקן כשנראה לה שבית המשפט טעה, אך לא כשמדובר בזכויות אדם בסיסיות ובצורך לרסן את כוחו הדורסני של הרוב המיוצג בכנסת. כאשר הרוב מנסה לרמוס זכויות אדם, נדרשת הרשות השיפוטית למנוע זאת. מכאן, שקיים פרדוקס מובנה בכל תפישה שמכירה בפסקת התגברות על החלטת בית המשפט להגן על זכויות אדם. גם רוב מוחלט (ודורסני) של 120 חברי כנסת לא מוסמך לפגוע במיעוט. שאם לא כך, מה הועילו זכויות אדם אם 99% מהרוב מחליט לעשווק את המיעוט?

• מינוי שופטים: מטבע הדברים הוא, שהרשות השופטת חייבת להיות עצמאית. אין להעלות על הדעת שהשופטים והשופטות ימונו על ידי בעלי עניין, דהיינו פוליטיקאים שמבקשים להשתחרר מהכבלים החוקתיים: פוליטיקאים שמייצגים את הרוב הדורסני ימונו שופטים כלבבם, ואלה יאפשרו לרוב לדרוס את המיעוט.

• עילת הסבירות: גדולים ממני (יצחק זמיר, "הארץ", 12.1.23) הבהירו, כי מבחני הסבירות הם נדבך בלתי נפרד מהליך השפיטה.

פרופ' (אמריטוס) אדרעי היה דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה