



על יוזמת "חוקה רזה" / אליקים רובינשטיין

chagai.schlesinger

May 30



[הערת העורך: רשימה זו מבוססת על דברים שנאמרו במכון למדיניות העם היהודי, לרגל יוזמת 'חוקה רזה' שמקדם המכון, עליה ניתן לקרוא [כאן](#)]

אנו שרויים בתקופה שלא ידענו כמותה בתולדות מדינת ישראל. אוכל לומר זאת לצערי בפה מלא ממרומי גילי. מה שאירע ב-7.10, ולדעתי זה השם הפשוט המתאים למלחמה – מלחמת 7.10 (אינני יכול לקרוא לזה מלחמת שמחת תורה) לא קרה אי פעם בתולדות המדינה, ובעצם מאז תום השואה. התנהגות מפלצות החמאס ביום המר ההוא היתה נאצית. אין זו השוואה ריקה. רצח אנשים מסיבי במיטותיהם, בבתיהם, אונס, ביזה רק בשל היותם יהודים וישראלים – זו הגדרתו. אנו בעיצומה של המלחמה. החמאס הוחלש אך טרם מוטט, והחטופים זועקים לפדיון. יש חזיתות נוספות. אבל חלק מהתרפיה הציבורית הוא המשך החיים והפעילות באופן הקרוב ביותר ליומיום הרגיל. לכן מה שנעשה כאן היום אינו מנותק ואינו גורע מן היגיון על ההולכים, מהתקוה לפדיון השבויים, מן האיחולים לפצועים להחלים בסיעתא דשמיא, מן הרצון לראות את המפונים שבים לביתם, בתוך תהליך שיקום. כשלעצמי תקוותי הגדולה היא החיילים, מאות האלפים שישתחררו מן המילואים, בהם קודשה בדם אחוות הלוחמים. אם יכולים יהודי ולא יהודי, דתי וחילוני, אשכנזי וספרדי, ימני ושמאלני, כל שבטי עם ישראל ומדינת ישראל, להילחם שכם אל שכם ולתת מבטחם בחבריהם לנשק באש ובמים כפשוטם – מדוע לא יקיימו שיח של אמון בהיותם אזרחים? ניטעת איפוא תקוה; הלואי שתתקיים.

בין ינואר לאוקטובר 2023 היינו בתזזית המהפכה השיפוטית. הסערה באה במידה רבה בהפתעה. לא על כך נסבה מערכת הבחירות. רעייתי מרים ואנכי ועוד מבנות ובני משפחתנו מצאנו עצמנו מפגינים שבוע שבוע ודגל בידינו. בעבורנו כמשרתי צבור מנעורינו היתה זו טראומה. אך הדברים הללו הוסטו הצידה במאמץ האדיר של המלחמה, שהטמינה במגירות נעולות את הויכוחים והביאה להתמקדות באתגר. האנרגיות הנפשיות הן שם. והנה משה דיין, שהייתי עוזרו בצעירותי, היה מצטט את בן גוריון ואפילו מחקה אותו, באמרו שיש דבר ש"מת", אך עדיין יש לו תקומה; ויש "מת ונקבר" – אין לו תקומה עוד. אני מניח שהמהפכה היא בחינת "מת" אבל לא "מת ונקבר". אך דומה שרבים, אולי הרוב הגדול, יבינו שכדי לקדם נושאים היורדים לשורש מעין אלה נחוצה הסכמה רחבה. על אחת האפשרויות באנו לדבר,

כמבט קדימה.

לא אדבר על פסק הדין [1] שהדלפת טיוטתו הייתה יום אפל בתולדות בית המשפט העליון. על הבעייתיות של "אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי" שהייתה בפני בית המשפט אין צורך להכביר מלים, ועוד ידובר.

בימים כמעט נשכחים, על פי החלטת עצרת האו"ם על תכנית החלוקה ואיחוד כלכלי מיום 29.11.1947 היה צורך לכונן חוקה במדינה היהודית ובזו הערבית. הדבר נראה כמובן מאליו, בעיקר בשל הצורך להבטיח את זכויות המיעוטים בכל מדינה. ואכן רבים וטובים עסקו בהצעות חוקה למדינה ויקצר המצע. הכנסת הראשונה נבחרה כאספה מכוונת לחוקה והיא ששינתה שמה לכנסת הראשונה. בן גוריון החליט, בפרגמטיות אופיינית, שלא לחוקק חוקה. בין הטעמים היו כי רק חלק קטן יחסית מן העם היהודי נמצא בארץ, כי הסכסוך עם השכנים ועם ערביי ישראל טרם נפתר, ועל כן לא כדאי כאן ועתה לחייב את הדורות הבאים. בודאי עמד מאחורי הדברים גם שיקול פרגמטי מוחשי, בן גוריוני אופייני – אי הרצון לכבול את ידי הממשלה, ונזכור כי באותם ימים אזורי הערבים של ישראל היו תחת ממשל צבאי, מה שאיננו יכולים להעלות על הדעת היום. בנאומו הפולמוסי לעילא בכנסת בג' באדר תש"י (20.2.1950) הסביר בן גוריון, לא במלים מפורשות עד תום, מדוע לשיטתו אין מקום לחוקה לעת ההיא, וקידש מאד את הכרזת העצמאות גם בהיעדר תוקף פורמלי של חוק. לשיטתו אין צורך בהכרזת חריות בחוקה כי זו מדינה חופשית, אלא נחוצה מגילת חובות, הצריכה להתמקד בעליה, התיישבות ובטחון, ולכך אין להסתגר במסגרת נוקשה וכלים מלאכותיים. כל אלה הביאו ל"החלטת הררי" הנודעת מיום 13.6.1950 (ע"ש יו"ר ועדת הכנסת ח"כ יזהר הררי) שקבעה את מתווה חוקי היסוד, וכיום יש עמנו 13 חוקי יסוד, שמהם ניתן לכנות שמונה כ"ממשליים" (נשיא המדינה, הכנסת, הממשלה, השפיטה, מבקר המדינה, הצבא, משק המדינה, מקרקעי ישראל), והיתר בעלי ערך לאומי, מדיני ופוליטי מסוגים שונים. מה שלא אירע הוא איגוד חוקי היסוד לכלל חוקה, כפי שציפתה "החלטת הררי".

מאז פסק הדין בבג"ץ **בנק המזרחי** [2] בשנת 1995 (שהיו לו ראשיות בבג"ץ **ברגמן** [3] בשנת 1969) מפעיל בית המשפט העליון, שבמקור היה בג"ץ מינהלי, גם בג"ץ חוקתי – התערבות בחוקי הכנסת, ובעיקר על יסוד חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא אמנם נעשית במשורה – 24 התערבויות בקרוב לשלושים שנה, מתוך קרוב ל-500 עתירות חוקתיות. חלק מן ההתערבויות משניות מאד – אך עצם קיומה של הסמכות, הגם שהתקבל בסופו של יום כעובדה וכיום כמעט ללא עוררין של ממש, גרם לפוליטיקאים הדתיים (במיוחד) להתנגד לכל חקיקת חוק יסוד של זכויות אדם מחשש שיפורש בידי בג"ץ באופן ליברלי/חילוני/שמאלי, חשש מוגזם מאוד. מפעל החוקה לא הושלם. מה שלא הצליחה ישראל לייצר הוא חוק יסוד: החקיקה, הגם שאיננו בליבת הקשיים לאמיתם, כך שמרבית חוקי היסוד אינם משוריינים וניתן לתקנם ברוב רגיל משל היו חוק עזר מוניציפלי משני. ויכוח עקר על "פסקת התגברות" היה, בין השאר, בעוכרי הענין. כשלעצמי אני מיצר שנים רבות על אי היכולת להשלים את מפעל החוקה, חרף מאמצים גדולים של גורמים פרלמנטריים וחוגי-פרלמנטריים, למשל, הועדה במכון הישראלי לדמוקרטיה בראשות הנשיא מאיר שמגר ע"ה, איש לאומי ליברלי, לעילא לאומי ולעילא ליברלי, ומאמצי ח"כ מיכאל איתן כיו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט. מדוע בעיניי חשובה החוקה? לא כל כך

בהקשר המהותי "נטו", כי אם ניטול, למשל, את נושא השוויון, גם אם אינו מופיע בחוקי היסוד, בית המשפט יקיים אותו תוך פרשנות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והכרזת העצמאות; כך עשה בעתירות בנושא חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי ("חוק יסוד הלאום") [4]. אבל הערך החשוב בעיניי הוא ההיבט החינוכי. בארצות הברית, כל בוגר תיכון יודע – לאחר שלמד בבית הספר – מהו התיקון הראשון לחוקת ארה"ב, זה המבטיח את חופש הביטוי, ויש רבים היודעים גם מהו התיקון השני, שעניינו הזכות לנשיאת נשק, התיקון הרביעי, שעניינו ההגנה מחיפוש בלתי חוקי והתיקון החמישי, שעניינו הזכות לאי הפללה עצמית. אגב, תיקונים לחוקת ארצות הברית הם תהליך ממושך המערב ברוב מיוחס את הקונגרס והמדינות (states). לנו אין מסמך כזה שיילמד בבתי הספר. הכרזת העצמאות ממלאת חלק מחלל זה וחשיבותה רבה, אך בוודאי לא את כולו. חוק יסוד: הלאום יכול היה למלא תפקיד מסוים – וגם להיות מעין פרק ראשון בחוקה – אילולא נעדרה בו כל התייחסות לשוויון האזרחי (להבדיל מן הלאומי), כדי שלכל אזרח לא יהודי תהא תחושת השותפות במדינה, תחושה שאותה ראוי לעודד ויש לה ביקוש.

לצערי אין גם עתה באופק השלמת החוקה כולה, דבר שהייתי מייחל לו מאד, ולטעמי חשוב במיוחד – כאמור – סעיף השוויון, הקיים בהכרזת העצמאות ובתי המשפט מיישמים כחלק מכבוד האדם. אף חברתי לפני שנים אחדות לתת-אלוף דרוזי ומספר פרופסורים וחיברנו הצעה לתיקון חוק יסוד: הלאום, שהיה יכול לשמש כמעין פרק פתיחה לחוקה, באופן המביא בחשבון את כלל השאלות. הנושא לא המריא. אני רואה את היוזמה הנוכחית של פרופ' ידידיה שטרן והמכון למדיניות העם היהודי ל"חוקה רזה", בחלק הממשלי ובו חוק יסוד: החקיקה, כשלב ראשון לקראת השלמת החוקה, לרבות השוויון. ושמא הנשיאה המשותפת בנטל המלחמה תפתח פתחים חדשים.

חוקה היא מלה מרוממת. היא מופיעה במקרא, על נגזרותיה, 100 פעמים. לרבות בצירוף "חוקת משפט" (במדבר כ"ז, י"ב בענייני ירושה, כולל הבת; ל"ה, כ"ט, בעניין ערי מקלט). בין הצירופים השכיחים, "חוקת עולם" (למשל שמות כ"ז, כ"א בעניין נר התמיד) "מצוותי חוקותי ותורותי" (למשל בראשית כ"ו, ה', על דרכו של אברהם). אין פירוש המונח המקראי מסמך "על חוקי" כמוכר לנו היום, אלא משהו מקביל לחוק (ראו גם דברי דוד בן גוריון בכנסת כאמור). גם עשרת הדברות אינם בדיוק חוקה שהפירוט לה בחוקים נמצא בפרשה העוקבת, פרשת משפטים בספר שמות. אך פירמידת הנורמות של הנס קלזן מציבה בראשה את החוקה, המסמך המכונן. אינני יודע על ידי מי צמח המונח "קונסטיטוציה" ל"חוקה".

הכרזת העצמאות, שיש המבקשים לראותה כגרעין לחוקה וגם אנכי רואה בה חשיבות חינוכית יתרה, וכמובן עקרונותיה נזכרים כבסיס פרשני בחוקי היסוד שלזכויות, כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק, ואולי השוויון בראשם – בכל זאת איננה חוקה. חברי השופט נעם סולברג ואנכי כתבנו לפני מחצית יובל מאמר, בו לא הרחקנו עד כדי מתן תוקף של חוק להכרזת העצמאות אך דיברנו על מודל פרשני מרחיב, אף כי לא על ההכרזה כמקור עצמאי לזכויות אדם. [5] מה שנוצר לאורך עשרות שנים – מכל מקום – הוא כאוס, תוהו ובוהו חקיקתי, בהיעדר כללי מסגרת (אינני אוהב את הביטוי כללי משחק). הרעה החולה העיקרית היא – כאמור – האפשרות לתקן חוק יסוד כאילו היה חוק עזר ברשות מקומית,

מבלי לפגוע חלילה.

חוק יסוד הכנסת תוקן, למשל, כ-50 פעם, חלק גדול מהן כדי לשרת צרכים פוליטיים קוניונקטורליים. התקציב החד-שנתי לפי חוק יסוד: משק המדינה הפך בהוראת שעה חוזרת ונשנית לתקציב דו-שנתי כדי להקל על הממשלה פוליטית, והדוגמאות רבות. כדי להסדיר לפלוגי אפשרות לכהן כשר ניתן לתקן את חוקי היסוד, ממש כהחלפת גרביים. בהינתן זילות מעין זו, המשליכה גם על מעמדה של הכנסת שאיננה אמורה להיות "להקת המעודדות" של הממשלה (כפי שנזדמן לי לכתוב באחד מפסקי הדין) [6]. דוחקים את חוקי היסוד לא אחת לכלל חוק רגיל המתחפש לחוק יסוד רק על ידי כותרתו. מה שמוכר באנגליה, שגם בה אין חוקה, כ-*it isn't done*, דבר שלא ייעשה גם אם אינו כתוב, אצלנו ייעשה וייעשה. רוב קואליציוני כלשהו, תיאורטית 1:2 במליאה, יכול לשנות את מרבית חוקי היסוד. אמר פעם הרב שלמה זלמן אוירבך זצ"ל, יש דברים שאינם כתובים אך ברורים לכל אדם; לא כתוב בשום מקום שאין מכניסים חתול לארון הקודש, היעלה על דעת איש לעשות כן? לצערנו לא יצרנו תרבות פרלמנטרית חקיקתית שנוהגים לפיה, ועל כן נחוצה מסגרת שתגן על הכנסת מפני עצמה ומפני הממשלה. מה שאמור היה להיות המסגרת המונעת את התווה ובוהו, את חוסר היציבות, כמו חוק יסוד: החקיקה שיקבע כללים, גדרים וסייגים – איננו קיים. אוכל להעיד על כך באופן אישי, הן כמזכיר הממשלה, הן כיועץ המשפטי לממשלה והן כשופט. אביא דוגמה נוספת: באחד מגלגולי חוק יסוד: הממשלה היה מספר השרים המרבי 18. בשנת 1999 קמה ממשלה שהייתה זקוקה פוליטית ליותר שרים, כפי שגם היה בעבר, למשל בממשלת האחדות של 1984–1990. הייתי בשנת 1999 היועץ המשפטי לממשלה וניסיתי להניא מהגדלת המספר, על פי לקחיי כמזכיר הממשלה לפני כן. במאמר שפירסמתי על חוק יסוד: הממשלה לפני 28 שנים כתבתי: "במאזן השיקולים, דומה שיש טעם בהגבלת מספרם של חברי הממשלה, בראש וראשונה מטעמים ציבוריים, הקשורים בהוצאות הגדולות מקופת הציבור הכרוכות בכל משרה של שר – לשכתו והתנאים הנלווים. הניסיון מלמד, שאת כל תפקידי הממשלה ניתן למלא בלא קושי בהרכב של עד 18 חברי ממשלה. ממשלות שהגיעו ל-26 שרים [...] לא היו יעילות יותר מממשלות שמספר שריהן היה קטן בהרבה". [7] ואכן אוכל לומר בפה מלא: אפשר למלא בהצלחה וביעילות את כל משימות הממשלה כולן ב-18 שרים. מסגרת שהייתה קובעת זאת הייתה משרתת את המדינה היטב. המספרים הגדולים שקדמו ושהגיעו לשיא חדש עכשיו מיותרים להפליא ציבורית וכספית. ועוד: בבית המשפט ישבתי לא אחת והתעצבתי, שלא לומר התפלצתי, כיצד הכנסת מאבדת את זהותה כמחוקקת ומפקחת על הממשלה והממשלה שולטת בה כבובה על חוט. מגיעות עתירות. מה יעשה בית המשפט? יאטום עיניו ואוזניו ופיו כשלושת הקופים? "מעשי ידי טובעים בים ואתם אומרים שירה"? ימעל בתפקידו ויאמר "נבחר העם החליטו ושלום עלייך נפשי", גם אם המשמעות היא חוסר יציבות, ספינה המיטלטלת אנה ואנה, עלה הנידף? ואז, כשאומר בית המשפט את דברו נזעקים, "מה אתם מתערבים"? והלא ידוע שההתערבות החוקתית היא במשורה במשורה, וכאמור רק כ-5% מן העתירות החוקתיות התקבלו. כל המצטבר עד כה – מורה, כי מעמד הכנסת בשפל לעומת הממשלה. וההשלכות על מעמד בית המשפט ברורות, ומשפילות גם אותו, וחושפות אותו לא רק לביקורת אלא גם לניסיונות קעקוע כמו אלה שאנו עדים להן במיוחד בשנה החולפת. שאלת ההתערבות בחוקי יסוד, על כל בעייתיותה מצויה הייתה על האבניים. כיצד יוצאים, לפחות במידה משמעותית, מהמצב הזה? ואגב, בניגוד לדימוי רווח בציבורים מסוימים, בית המשפט

ממש אינו "מחפש תיקים" כדי להגג נגד הממשלה והכנסת. ההיפך הוא הנכון.

רחש לבו של פרופ' ידידיה שטרן נשיא המכון למדיניות העם היהודי, בהיעדר היתכנות לעת הזאת לחוקה שלמה, להציע "חוקה רזה", כלומר, קביעת מסגרת הכללים שעליהם ניתן להסכים ושאינם עמוסי אידיאולוגיות סותרות, ובכך לתרום ליציבות. לשם כך כינס חוקרים ויועצים. חלק ניכר מן "החוקה הרזה" קיים כבר כיום בחוקי היסוד. עתה הגיעה השעה לאגדם, ולהוסיף להם את אבן הראשה המסגרתית – חוק יסוד: החקיקה. כאמור, יש לראות רעיון זה כשלב בדרך לטקסט חוקתי שיכלול גם את השוויון, בחינת אתחלתא דגאולה.

פרופ' אריאל בנדור קיטלג את הנושאים שיש להידרש אליהם – הליך החקיקה, על עקרונותיו ושלביו – בין בחקיקה רגילה בין בחוקי יסוד, ביקורת שיפוטית לרבות על חוק יסוד, התגברות ועוד. אציין כי מכבר סברתי כשלעצמי, שאם יתקבל חוק יסוד: החקיקה וחוקי יסוד יתקבלו ויתוקנו בפרוצדורה מיוחדת ונכבדת, לא יהיה לכאורה מקום לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד, להבדיל מחוקים רגילים, אף שאמנם יהיו שיחלקו על כך וטעמם עמם.

כללם של דברים: פרופ' שטרן אחז במידת "תפסת מרובה – לא תפסת, תפסת מועט – תפסת". לפיכך איפוא נתכנסנו. ייתכן, גם בנסיבות הפסיקה שבאה עלינו, ואני רוצה לקוות שלטובה, שהטלטלה שעברנו כולנו בשנה זו בכפליים, "המהפכה המשפטית" ולהבדיל המלחמה הנוראה, מהוה מקור השראה לשינוי, ואולי מכשירה את הדרך. נייחל שלא להתבדות. הדבר מחייב עבודת הכנה, בהתבססות על כתפי קודמינו, אך לא פחות, ובמובהק – מלאכת שכנוע של המערכת הפוליטית ללמוד את לקחי התקופה הקשה כל כך שחווינו.

ועוד מילה: ענוה, שהרמב"ן, ר' משה בן נחמן מדבר עליה באיגרתו הנודעת כ"מידה טובה מכל המידות טובות". גם המאמץ בו עסקין צריך להיות טבול בענוה, לא רק כי רבים וטובים ניסו ודרכם לא צלחה, אלא בגלל כובד הנושא לגופו.

בהצלחה בסיעתא דשמיא.

אליקים רובינשטיין הוא פרופסור חבר במדע המדינה ומדיניות ציבורית באוניברסיטה העברית, שופט בית המשפט העליון (2004–2017) והמשנה לנשיאת בית המשפט העליון בדימוס (2015–2017). בעבר שימש, בין השאר, כיועץ המשפטי לממשלת ישראל, כשופט בית המשפט המחוזי בירושלים, כיועץ המשפטי למערכת הביטחון, כמזכיר הממשלה בארבע ממשלות וכיועץ משפטי למשרד החוץ. השתתף במשאים ומתנים לשלום עם כל שכנינו, לרבות הסכם קמפ דייוויד והסכם השלום עם מצרים (1978–1979) ועמידה בראש משלחת ישראל להסכם עם ירדן (1994).

אזכור מוצע: אליקים רובינשטיין "על יוזמת 'חוקה רזה'" **ICON-S-IL Blog** (30.5.2024).

[1] בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נגד הכנסת** (נבו 1.1.2024).

[2] ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).

[3] בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969).

[4] בג"ץ 5555/18 **חסון נגד כנסת ישראל** (נבו 8.7.2021).

[5] אליקים רובינשטיין ונעם סולברג "הכרזת העצמאות של מדינת ישראל: אחרי בלותה (כמעט) הייתה לה עדנה" **נתיבי משפט וממשל** 179 (2003).

[6] ראו בג"ץ 4374/15 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל**, פס' קמב לחוות דעתי (נבו 27.3.2016).

[7] אליקים רובינשטיין "חוק יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית – הלכה למעשה" **משפט וממשל** ג 571, 591 (התשנ"ו).

[Like](#)

[Comment](#)

.You can also reply to this email to leave a comment 

.**ICON-S-IL Blog** © 2024. [Manage](#) your email settings or unsubscribe



Get the Jetpack app

!Subscribe, bookmark, and get real-time notifications - all from one app



 **WordPress.com**

Automattic, Inc. - 60 29th St. #343, San Francisco, CA 94110