

לא על החוקה לבדה פרופ' רות גביזון

ידיעות אחרונות, ספטמבר 2000

א

חד הטיעונים החזקים ביותר של תומכי החוקה הוא שסוף־סוף נקבל באמצעותה הגנה טובה יותר על זכויות האדם. נטען גם כי הדרישה של הסכמה רחבה למגילת זכויות אינה מוצדקת, שכן המחויבות לזכויות האדם נובעת מכך שהן אילוצים מוסריים חוץ־חוקיים. נכון שההקפדה של זכויות האדם האוניברסליות – לחיים, לכבוד, לשוויון אנושי ולהליך הוגן – אינה מותנית בהסכמה. כל מטרתה של ההכרזה הבינלאומית עליהן, ושל האמנות המגנות עליהן, היא להזכיר לכל מדינה, ולכל פרט וקבוצה בה, כי ההגנה על זכויותיהם של אחרים אינה מבוססת על רצונו הטוב של השלטון או של הרוב. היא נובעת מעצם הקשר שבין זכויות האדם ובין אנושיותו של כל מי שנברא בצלם. ואכן, גרעיני זכויות האדם נמצאים בכל תרבות גדולה לרבות זו היהודית.

נכון גם כי חוקה המגבילה את כוחו של המחוקק לפגוע בזכויות האדם, יחד עם בתי משפט עצמאיים ובלתי תלויים האוכפים אותה היא כלי חשוב לקידום ההגנה על זכויות האדם – בייחוד בחברות כמו החברה הישראלית, שיש בהן מתחים קשים בין קבוצות. בחברה כזאת יש לעתים קרובות נטייה להתעלם מהתנהגות הפוגעת בזכויותיהם של "אחרים" ולהצדיק אותה בצרכים הקיומיים "שלנו".

למרות זאת יש הטעייה בטיעון לפיו רק חוקה תפתור את בעיית זכויות האדם בישראל. כאשר מחפשים דוגמאות לפגיעות החמורות שהחוקה אמורה לתקן, מדברים בעיקר על המונופולין האורתודוכסי על נישואין וגירושין ועל היבטים אחרים של יחסי דת ומדינה. זאת מאחר שהפגיעות הקשות האחרות שקיימות אצלנו בזכויות האדם אינן מבוססות על חוקים, שרק חוקה יכולה להביא לביטולם אלא על מעשי השלטון. בית המשפט שלנו עשה מלאכה מרשימה מאוד בהגנה על זכויות האדם גם ללא חוקה. צריך לסייע לו, באמצעות דיון ציבורי רחב, במלאכה החשובה של איזון ההגנה על זכויות האדם עם זכויות ואינטרסים אחרים.

נכון שצריך לתקן את החוק בעניין נישואין וגירושין, אבל זה עניין לחקיקה

מוסכמת ולא לחוקה. ממילא כל הצעות החוקה עד עתה נתנו לתחום זה "חסינות". גם הכרזה חוקתית על שיוויון, או על זכויות חברתיות וכלכליות, אינה יכולה לבוא במקום הסדרים מפורטים שייתנו להם משמעות ותוקף. החובה לעצב הסדרים כאלה היא אכן דחופה והיא מוטלת על הכנסת ועל הממשלה. אסור שהמהלך החוקתי יעזור לפוליטיקאים להתפרק מאחריותם. החוקה המוצעת כשלעצמה לא תגן טוב יותר על זכויות האדם, אלא תאפשר לעקוף את המערכת הפוליטית – המשותקת מפני שהיא נמצאת במחלוקת עמוקה או במאבקי־כוח. מכיוון שכמעט כל טענה ניתן להציג במונחים של זכויות, אנחנו מעבירים בדרך זו אל בית המשפט את התפקיד הרגיש של הכרעה במחלוקות האידיאולוגיות הבסיסיות ביותר שלנו. חופש מדת וחופש המצפון הם אכן זכויות יסוד חשובות, אבל האיזון שלהן עם חופש הדת והאופי היהודי של המדינה אינו דבר שצריך להיות המנדט הבלעדי של בית המשפט. כך גם לגבי ההתנגשות בין זכות הקניין ובין הזכות לחינוך או לחיים בכבוד, או בין הזכות לשיוויון ובין צורכי הביטחון או האופי היהודי של המדינה. בית המשפט יכול רק לקבוע כי הסדר קיים אינו חוקי. הוא אינו יכול לאפשר חקיקה אחרת ולהבטיח את אכיפתה והוא גם אינו יכול לעסוק בתכנון ארוך טווח או בהקצאת משאבים שיטתית.

חמור מזה, הפקדת שיח הזכויות הרחב בידי בית המשפט מחלישה את הדיון הציבורי. היא עלולה גם לעודר ביקורת כלפיו במקום שהכרעות אלה נתפשות כאוכפות את ערכיו של בית המשפט בסוגיות שיש בהן מחלוקת ערכית־תרבותית. וחשוב מאוד לזכור כי תפיסה כזו יכולה לחיות בצוותא עם אמונה עמוקה וכנה של השופטים כי הם אוכפים את ערכי היסוד של החברה. מטבע הדברים, השאלה אינה יכולה להיות מוכרעת על פי כנות האמונות של הצדדים. כל שיטה חייבת לתת להכרעות של בית המשפט העליון סופיות ולכבד אותן, אולם היא אינה יכולה למנוע מחלוקת ערכית לגבי מידת הצדקתן. את האחריות הראשונית להכרעה על האיזון הנכון בישראל בין זכויות האדם ובין זכויות ואינטרסים אחרים, יש לשים במקומה, המערכת החברתית והפוליטית בישראל. כאשר הכרעות אלה תעשינה שם, קל יותר יהיה להסכים גם על עיגונן בחוקה וגם על מנגנון הביקורת עליה. להחלטות אלה צריך שתהיה הסכמה רחבה שכן חוקה עוסקת בחלוקת הכוח בחברה ובמבנה מוסדותיה. ללא הסכמה רחבה, לא תוכל החוקה להעניק לנו את המסגרת המשותפת בתוכה אנחנו מיישבים את המחלוקות שבינינו.

יש חפ"ק בירושלים פרופ' רות גבזון

ידיעות אחרונות, יולי 2004

תוגמה מובהקת לפסק הדין של בג"ץ בעניין האילוצים ההומניטריים של לחימה מצויה במשפט הבא: "אל"מ מרדכי מסר לנו בעל-פה מידע על הסוגיות השונות שהועלו בפנינו. לעתים הוא ביקש שהות מה כדי לעמוד על המתרחש [בשעת מעשה] בגזרת רפיח". חיזיון תמוה זה, שלא היה עולה על הדעת בשום מקום בעולם, הוא המשך טבעי לשורת החלטות שבהן העמיק בג"ץ את מעורבותו בלחימה מבצעית בזמן אמת (למשל, בפעולות ג'נין ובית לחם).

מוזרים כמעט כמו ההתערבות עצמה הם מיעוט הדין הציבורי בה, והנכונות של הצבא ושל הממשלה לקבל את הדין. הרשויות אמנם טוענות בשפה רפה כי מדובר ב"גבול אי-השפיטות המוסרית". מה, לדעתן, נמצא בלב הדוקטרינה?

מובן שיש צורך לשמור על נורמות משפטיות ומוסריות גם כאשר התותחים רועמים. גם בלחימה, קשה ומתמשכת ככל שתהיה, יש אילוצים מוסריים ומשפטיים שצה"ל חייב לשמור עליהם. לא רק בגלל המוסר והמשפט עצמם ומפני שאין מאבק שיצליח לאורך זמן ללא אמונה בצדקתו, אלא גם מפני שישראל נלחמת בחזית הבינלאומית, המשפטית והמדינית, וחשוב שתהיה מסוגלת לטעון באמינות שנשקה טהור, ומלחמתה ולחימתה צודקות. הדרישות לצבא בהקשר זה צריכות להיות ברורות ומפורשות. השאלה היא מי אמור לאכוף אותן, ומתי.

יש הסבורים כי על בית המשפט להתרחק מכך, מפני שאילוצי המלחמה מחייבים אותו לא להתערב יתר על המידה. בבארו את המעט שאסור הוא מכשיר אפוא פרקטיקות כגון גירוש, הריסת בתים, או סיכולים ממוקדים שיש הטוענים כי הן פשעי מלחמה. אם זה המחיר, מוטב אולי שבית המשפט יעשה כמקובל בעולם וידיר עצמו כליל מענייני לחימה. כך או כך, לטעמי אסור לו באיסור חמור לעסוק בנושאים אלה כאשר הצבא נמצא בעיצומה של פעילות מבצעית, וכאשר העתירה נועדה לעצור או להגביל פעילות כזאת

בזמן אמת, עתירות מסוג זה אינן בתחום כשירותו של בג"ץ ויש לדחותן על הסף.

המשפט משיג את האיזון הנחוץ בין יעילות הלחימה ובין מוסריותה על-ידי שני עקרונות כלליים. אחד מהם קובע כי חייל חייב לציית לפקודה חוקית ולא לציית לפקודות שיש עליהן "דגל שחור" ושהן "בלתי חוקיות בעליל". עיקרון שני הוא ההבחנה בין הערכה בזמן אמת והערכה בדיעבד. צריך להבהיר ולפרש לכוחות את אילוצי הלחימה, ולהפיק לקחים מכשלים. אולם השקלול בזמן אמת של צורכי הלחימה והאילוצים האחרים מסור בלעדית למפקדים ולחיילים. לא ננשוף בעורפם, נבדוק אותם לאחר מעשה. בשל סטייה ברורה מכללים נטיל אחריות ונקווה שבכך נמנע חזרה על הכשל בפעם הבאה.

ברוב שיטות המשפט בעולם עתירה להפסיק פעולת לחימה או להנחות את הצבא בפעילותו בזמן אמת לא תגיע אל בית המשפט העליון. הציבור יכול להפגין נגד המלחמה, האופוזיציה יכולה להגיש הצעות אי-אמון, משפטנים יכולים להסביר מדוע הפעולות הן בגדר פשעי מלחמה, חיילי מילואים יכולים להכריז על סרבנות. אבל בית-המשפט צריך להישאר מחוץ לתמונה.

בכל המדינות בית המשפט אינו עוסק בשאלות אלה מתוך צירוף של כללים משפטיים ואתוס שיפוטי. מי שרוצה שאל"מ מרדכי ישהה בפעולה הבאה במטכ"ל או בשדה ולא בבית המשפט העליון צריך להחזיר את האחריות והסמכות למה שמתרחש בשדה המערכה למפקדים ולאלה שאחראים כלפי הבוחר לשלומם ולביטחונם.