

מבט על, גיליון 894, 7 בפברואר 2017

חוק ההסדרה ותפקיד המערכת המשפטית

פנינה שרביט ברוך

החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז – 2017, הידוע בכינויו חוק ההסדרה, נחקק על ידי הכנסת בליל ה-7 בפברואר 2017. זאת למרות אמירות ברורות של היועץ המשפטי לממשלה שהחוק אינו חוקתי וכי לא יגן עליו בבג"ץ. התומכים בחוק מציגים את החוק כ-"תיקון עוול מחפיר כלפי תושבי יהודה והשומרון". מתנגדיו מגדירים אותו כ-"חוק גזל בלתי חוקי ובלתי מוסרי". אין ספק שכנגד החוק יוגשו עתירות לבג"ץ והכרעה על גורל החוק תעבור לפסים שיפוטיים. יש להניח כי אם בבג"ץ יפסול את החוק תועלה ביקורת קשה נגד בית המשפט, אשר יוצג כגורם המפריע לממשלת ישראל ולכנסת ישראל לממש מדיניות המשקפת את רצון הרוב במדינה, באופן שהוא בלתי דמוקרטי. הדיון סביב חוק ההסדרה וסביב המעורבות של המשפטנים בשירות הציבורי ובית המשפט בהכרעה לגבי גורלו של חוק זה הוא דיון חשוב אשר נוגע בסוגיות בסיסיות לגבי אופייה ומהותה של המדינה.

על הבעייתיות המשפטית של חוק ההסדרה נכתבו כבר חוות דעת לא מעטות, כולל ניתוח מפורט של היועץ המשפטי של וועדת החוקה של הכנסת.¹ בנוסף פורסמה חוות דעת תמציתית של היועץ המשפטי לממשלה² ביחס להצעת החוק, בה נקבע כי אי החוקיות של ההצעה, אשר לקידומה עלולות להיות השלכות משמעותיות בזירה הבינלאומית, מבחינה מדינית ואף משפטית, באה לידי ביטוי במספר היבטים:

1. ההסדר המוצע עומד בסתירה לחובת המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון להגן על קניינה של האוכלוסייה הפלסטינית באזור, בהיותו הסדר של הפקעה אסורה של זכויות קניין ושליטת מקרקעין מבעליהם החוקיים.
2. לפי המשפט הבינלאומי, ישנה מגבלה על מדינה מלהחיל את חוקיה ביחס למקרקעין המצויים מחוץ לשטחה. בעל הסמכות לחוקק ביהודה ושומרון הוא מפקד כוחות צה"ל באזור.
3. החוק קובע הסדר אשר משנה באופן מהותי מדיני המקרקעין הנהגים באזור יהודה ושומרון ומהמדיניות הנוגעת לאדמות מדינה. מדיניות אשר נובעת מאותה חובת ההגנה מוגברת על קניין הפרט.
4. החוק המוצע מבקש להכשיר בדיעבד ובאופן גורף בנייה בלתי חוקית.

מדובר בחוק אשר סוטה לחלוטין מהגישה שאומצה מאז 1967 לגבי שטחי יהודה ושומרון של הימנעות מהחלת החקיקה הישראלית באופן ישיר בשטחים אלה. החוק הוא בעייתי מבחינת המשפט הבינלאומי. הוא צפוי לגרור תגובות קשות בזירה הבינלאומית ועשוי להאיץ קיומם של הליכים שיפוטיים פליליים בסוגיית ההתנחלויות בבית הדין הפלילי הבינלאומי, שכבר מנהל בחינה של הנושא. החוק למעשה פוגע בטענות ההגנה העיקריות של ישראל בהליכים כאלו, קרי שאין מדובר בהעברת תושבים על ידי הממשלה אלא ביוזמה עצמאית של אזרחים ושאינן בהתנחלויות משום פגיעה בתושבים הפלסטינים המתגוררים באזור.

אולם חשוב להדגיש שההימנעות מהחלת החקיקה הישראלית באזור לאורך השנים נבעה גם ממניע חשוב נוסף והוא חוסר הרצון להחיל באופן מלא ושוויוני את החקיקה הישראלית על כל תושבי האזורים הללו. יש לזכור בהקשר זה, כי בעקבות החלת החוק הישראלי במזרח ירושלים ב-1967 ניתנה האפשרות לכל התושבים הפלסטינים שם לבקש אזרחות ישראלית. בקשה שלא נוצלה על ידיהם. בנוסף, כל תושבי מזרח ירושלים נהנים מהזכויות שמקנה המעמד של תושב ישראלי וחלים עליהם כל חוקי מדינת ישראל, לרבות ההגנות החוקיות על זכויות האדם שלהם. חוק ההסדרה מנסה למעשה לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה, כלומר להחיל חקיקה ישראלית במישרין על שטח האזור, אך לא רק שאין הוא מעניק במסגרת חקיקה זו זכויות שוות לכל תושבי האזור – יהודים ופלסטינים כאחד – אלא שהוא מעניק במסגרתה זכויות רק

¹ <https://goo.gl/3Wv2hR>

² http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_cs_bg_362461.pdf

לתושבים היהודים על חשבונם הישיר של התושבים הפלסטינים. מצדדי החוק טוענים כי בכך משתווה מעמדם של המתישבים באזור למעמדם של אזרחי המדינה, אולם ברור כי זוהי טענה חסרת בסיס. ברור כי אי אפשר לקבוע חקיקה ישראלית לפיה אפשר יהיה ליטול את המקרקעין של תושבים מסוג א' כדי להכשיר בנייה בלתי חוקית עליה של תושבים מסוג ב', וזאת גם אם תושבים אלה נהנו לאורך השנים מהסכמות שבקריצה מטעם גורמים רשמיים כלשהם.

הבעייתיות בחוק אינה בעייתיות משפטית פורמליסטית אלא מדובר בפגמים מהותיים ביותר. החלת חקיקה באופן מפלה ובלתי שוויוני, אשר פוגע באופן מובהק באוכלוסייה אחת על מנת להטיב עם אוכלוסייה אחרת, מנוגד לערכים הבסיסיים שעליהם הושתתה מדינת ישראל של היותה מדינה יהודית ודמוקרטית.

בהקשר זה ראוי להתייחס לטענה שנשמעת לאחרונה תדיר לפיה המשמעות הבלעדית של משטר דמוקרטי היא יישום הרעיון של שלטון הרוב. לפי גישה זו, מרגע שממשלה נבחרה על ידי רוב העם יש להניח לה לממש את מדיניותה, או אם להשתמש בביטוי השגור לאחרונה, יש להניח לה למשול. כאשר מונחים חסמים על ידי יועצים משפטיים או על ידי בית המשפט, המונעים מהממשלה לממש את רצון הרוב, מדובר בצעדים בלתי דמוקרטיים, שנובעים מניסיון של האליטות הישנות לשמר את כוחן ולאפשר את המשך היישום של תפיסת עולמן.

גישה זו מבוססת על טעות בהבנת המשמעות הבסיסית של המשג דמוקרטיה. בבסיס הדמוקרטיה נכלל אמנם העיקרון של הכרעת הרוב. עם זאת, הכרעת הרוב חייבת להלוך את עקרונות הדמוקרטיה, ובראשם את עקרון ההגנה על זכויות המיעוט ועל זכויות האדם וחירויותיו. ההשקפה הדמוקרטית מכירה בקיומם של חילוקי דעות בין בני אדם ורואה אותם כלגיטימיים. יישובן של מחלוקות אלה במשטר הדמוקרטי נעשה בדרכי שלום ותוך שמירה על כללי משחק מקובלים, אשר כוללים בחירות דמוקרטיות, שלטון חוק, הפרדת רשויות, קבלת החלטות על ידי רוב ושוויון פוליטי ומשפטי. ראוי גם לציין כי שמירה על הערכים הבסיסיים של הדמוקרטיה, כולל ערכים של הפרדת הרשויות, שלטון החוק, הזכות לשוויון וחופש הביטוי אינם מתנגשים עם אופייה "היהודי" של המדינה, אלא למעשה מבטאים גם את מהותה זו של המדינה.

משמעות הדברים היא כי ממשלה שנבחרה על ידי רוב הציבור יכולה ואמורה לממש את המדיניות שלשמה נבחרה, אולם אסור לה לעשות זאת תוך סטייה מן העקרונות האמורים שעומדים בבסיסה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. הנחת המוצא היא כי מי שנבחר בבחירות דמוקרטיות יכבד את כללי המשחק הדמוקרטיים ולפיכך אכן ראוי שבתי המשפט יגלו איפוק שיפוטי. עם זאת, יש גם מקרים בהם מי שנבחר באופן דמוקרטי נוקט בדרך פעולה אשר פוגעת ביסודות השיטה שהעלתה אותו לשלטון. כך נוהג למשל ארדואן שנבחר בבחירות דמוקרטיות בטורקיה וכיום פועל בשיטתיות להשתקת כל ביקורת נגדו, כולל בדרך של מעצר עיתונאים וסגירת כלי תקשורת.

במילים אחרות, עצם העובדה שהנהגה נבחרת בבחירות דמוקרטיות וחופשיות אין משמעה כי ניתן לסמוך עליה באופן מלא לשמר את הערכים הבסיסיים של המדינה. לשם כך נחוצה מערכת של איזונים ובלמים, אשר כוללת גם פיקוח פרלמנטרי, אך גם פיקוח של משפטנים בתוך המערכת הממשלתית וכן ביקורת שיפוטית, שתפקידם לרסן את השלטון באם ינסה לכרסם בערכים הללו.

לפיכך, בעוד שנכון וראוי לנהל דיון לגבי גבולות ההתערבות המשפטית ולגבי מיקומו של הקו העובר בין החלטות שלטוניות, שהן בבחינת מימוש מדיניות לגיטימית, לבין החלטות, שיש בהן פגיעה בערכים מוגנים של הדמוקרטיה, זוהי טעות לראות בכל התערבות משפטית התערבות במימוש הרצון של העם, וכפועל יוצא מהלך אנטי דמוקרטי. להיפך, ההתערבות המשפטית, ובמקרים המתאימים גם ההתערבות השיפוטית, בהחלטות שלטוניות שחוצות את הקו האמור ופוגעות בערכים הבסיסיים של הדמוקרטיה, היא מהלך שנועד להגן על הדמוקרטיה. בהתאם, ניסיונות להחליש את המשפטנים ואת בית המשפט, כדי למנוע מהם לממש תפקיד זה, הם סכנה ממשית להמשך קיומה של הדמוקרטיה הישראלית בטווח הארוך.

לאור האמור לעיל, ההתנגדות של היועץ המשפטי לממשלה לחוק ההסדרה מהווה מימוש של תפקידו הבסיסי להבטיח כי הממשלה מתנהלת בהתאם לשלטון החוק ולערכים הדמוקרטיים שאסור לה לסטות מהם. סביר להניח שגם בית המשפט העליון ינקוט בגישה דומה מטעמים דומים. זוהי טעות והטעייה להציג עמדות אלו כמתנגשות עם מימוש זכותו של הרוב לקבוע את המדיניות הרצויה או כשימור עולם ערכים השייך ל-"אליטה" הישנה המסרבת לשחרר את שליטתה. מדובר בעמדות שהן חיוניות להמשך שימורה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית כפי שהוגדרה על ידי מייסדיה במגילת העצמאות.