

המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל

אמנון רובינשטיין וליאב אורגד *

א. פתח דבר

סביר מאוד להניח כי בעשור הבא תכונן חוקה לישראל. הטעם העיקרי לכך הוא שבמידה רבה הוויכוח המשפטי-היסטורי על אודות קיומה של החוקה הסתיים. שני חוקי-היסוד בעניין זכויות האדם – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – כפי שפורשו לאחר מכן בפסיקת בית המשפט העליון¹, העניקו לחוקי-היסוד מעמד חוקתי על-חוקי; חוקי-היסוד הוכרו כחוקת היסוד המהותית של מדינת ישראל. פרשנות בית המשפט העליון לחוקי-היסוד – פרשנות שהתקבלה על ידי הכנסת – נתנה בידי רבים מן המכשירים החוקתיים שמהם חששו מתנגדי החוקה, ובכלל זה סמכות לביקורת שיפוטית על דבר חקיקה של הכנסת והכרה בעליונות הנורמטיבית של חוקי-היסוד. קיומה של חוקה מהותית בישראל – גם אם חוקה שאינה מאוגדת במסמך פורמלי מסודר – הוא אפוא עובדת יסוד קונסטיטוציונית. עיקריה מקובלים ומוסכמים על רשויות השלטון ועל מרבית שכבות הציבור.

בהינתן ההנחה כי למדינת ישראל יש כבר כיום חוקת יסוד מטריאלית², עולה השאלה מהי החשיבות של המשך כינון החוקה. **ראשית**, חוקתה של ישראל אינה שלמה ויש להשלימה. כך באשר לזכויות אדם (דוגמת חופש הביטוי וההתאגדות וזכויות במשפט), לעקרונות יסוד (דוגמת שבת וקיבוץ גלויות) ולמעמדה של החוקה ודרכי שינויה (דוגמת הצורך בחוק-יסוד: החקיקה). הכרה באלו נדרשת לצורך השלמת החוקה של מדינת ישראל³. **שנית**, יש חשיבות רבה למבוא לחוקה כערך מלכד ומחנך, במיוחד במדינה שסועה ורב-תרבותית כמדינת ישראל. במבוא לחוקה מרוכזים תמצית האידאולוגיה והערכים של המדינה, ויש בו מעין הצהרת כוונות. המבוא אמור לעגן את צביונה של המדינה, את זהותה ואת אופייה כמדינה יהודית ודמוקרטית שבה מתגוררים מיעוטים לאומיים.

במאמר זה תידון סוגיית המבוא לחוקה. תחילה יוצגו היבטים תאורטיים באשר למבוא לחוקה ותכניו בכמה מדינות. לאחר מכן יוצגו תפקידי הלא משפטיים של המבוא לחוקה במדינות אחדות בעולם. בהמשך יוצגו שלושה מודלים באשר למעמדו המשפטי: מעמד טקסי-סימבולי, מעמד פרשני ומעמד חוקתי – מקור עצמאי מחייב לזכויות אדם ולערכי יסוד. ולבסוף יידונו השאלות: האם למדינת ישראל יש מבוא לחוקה; האם ראוי שהכרזת

העצמאות תשמש כמבוא לחוקה; ומהו המעמד המשפטי הראוי שיהיה למבוא לחוקה לכשיחוקק. לאור דיון במשפט המשווה והרלוונטיות למציאות הקונסטיטוציונית הישראלית, עולה המסקנה כי למדינת ישראל יש כיום מעין מבוא לחוקה, הכולל גם הפניה להכרזת העצמאות, וכי ניתן וראוי להכיר במעמדו המשפטי המחייב. בעתיד הקרוב, כאשר תכונן חוקה פורמלית, יהיה אפשר לאמצו, בשינויים המחויבים, כמבוא לחוקת מדינת ישראל.

ב. המבוא לחוקה

במרבית המדינות בעולם שבהן קיימת חוקה, ובמיוחד במדינות דמוקרטיות, קיים גם מבוא לחוקה⁴. במסגרת בדיקה שערכנו לצורכי מאמר זה נבחנו חוקותיהן של כ-50 מדינות. מבדיקה זו עולה כי למרביתן יש מבוא לחוקה: כ-38 מהן (76%) קיים מבוא לחוקה⁵, ואילו כ-12 מדינות בלבד (24%) אין מבוא לחוקה⁶. יתרה מזו, במרבית המדינות שבהן כוננה החוקה בשנים האחרונות, בעיקר במזרח אירופה ובמרכזה, יש מבוא לחוקה. ממצאים אלו תואמים מחקרים שנערכו במשפט המשווה. באחד מהם, שבהן את חוקותיהן של מדינות בעולם, נמצא כי כ-67.6% מהן יש מבוא לחוקה או הצהרה מקדימה אחרת, ורק כ-32.4% מהן לא נמצא כל מבוא⁷.

מבחינה צורנית המבוא לחוקה הוא הפתיח לחוקה, מעין הקדמה לכלל המסמך החוקתי. לרוב הוא נושא את הכותרת הרשמית "מבוא" (Preamble) או כותרת חלופית, ובמקרים אחרים מדובר באמירות ובהצהרות מקדימות לגוף החוקה ללא כותרת כלל; כך לגבי חוקות של מדינות, פדרציות או איחוד משותף בין מדינות. המבחן הצורני מאפשר לכן לזהות בנקל, באופן טכני, את הרכיב בחוקה המהווה מבוא לה. לצד הזיהוי הצורני הפשוט יחסית ניתן בדרך כלל לזהות את המבוא לחוקה גם לפי מדד תוכני-מהותי⁸. במהותו, המבוא לחוקה מציג לעתים תכופות את הנסיבות ההיסטוריות שהובילו לכינון החוקה ולייסוד המדינה, וכן ערכי ליבה אזרחיים, לאומיים ופוליטיים של המדינה המצויים בקונצנזוס ציבורי רחב. עמד על כך פרופ' ג'ורג' וינטרטון (Winterton) בצינו:

"Just as a book or article is enhanced by an introduction setting the context of the material discussed, so a constitution should include a Preamble which explains concisely the circumstances leading to its adoption and the core governmental features of the society which it governs"⁹.

המבוא לחוקה הוא בסיסה הפוליטי והערכי של החוקה, נשמת אפה. בשונה מהחוקה, העשויה להשתנות עם העתים, המבוא נותר כסלע איתן.

* פרופסור אמנון רובינשטיין מכהן כדקאן בית הספר רדזינר למשפטים ומשנה לנשיא לעניינים אקדמיים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ליאב אורגד הוא מוסמך במשפט, מנהל ומדיניות ציבורית, האוניברסיטה העברית. המחברים מבקשים להודות לד"ר סוזי נבות ולד"ר יורם רבין על הערות מועילות וחשובות למאמר זה וכן לתמר ולדמן על עזרתה המסורה והתרומת בשלבים השונים של המחקר. מאמר זה עתיד להתפרסם בהוצאת מפעלות – המרכז הבינתחומי הרצליה בספר **ישראל לקראת העשור השישי** (שם זמני) (אי רייכמן ודי נחמיאס עורכים) (בדפוס).



3 לסוגיות חוקתיות שנתרו פתוחות ויש להשלימן ראו ה' סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **משפט ועסקים** א (תשס"ד) 59.

4 מאמר זה לא ידון בתפקידו של המבוא לחוקה במדינות הנעדרות מסורת דמוקרטית. לנושא זה ראו: J. Go "Modeling The State: Postcolonial Constitutions in Asia and Africa" 39 *Southeast Asian Studies* (2002) 558.

5 המדינות (ולרבות האיחוד האירופי) שבהן יש מבוא לחוקה הן: אוסטרליה, אוקראינה, אירלנד, אסטוניה, ארגנטינה, ארצות-הברית, ארמניה, בולגריה, בוסניה-הרצגובינה, ברזיל, גרמניה, דרום-אפריקה, האיחוד האירופי, הודו, הונגריה, הונגקונג, תורכיה, יוון, יפן, ליטא, מקדוניה, ניו-זילנד, סין, סלובניה, סלובקיה, ספרד, סרביה-מונטנגרו, פולין, פורטוגל, פרוואי, צ'כיה, צ'צ'ניה, צרפת, קנדה, קרואטיה, רוסיה ושווייץ. כל הנוסחים (בתרגוםם לאנגלית) של המבואות לחוקות במאמר נלקחו מאתרי האינטרנט הבאים: [http://www.oefre.unibe.ch/law/icl] (last visited on 1.4.05); [http://www.nwjc.org.au/] (last visited on 1.4.05).

6 אוסטרליה, איטליה, אלבניה, דנמרק, הולנד, לוקסמבורג, לטביה, נורבגיה, סינגפור, פינלנד, רומניה, שוודיה. עם זאת, בחלק מחוקותיהן של מדינות אלו אמנם אין מבוא פורמלי (Preamble), אך יש בהן סעיפים פותחים שניתן לראותם, מבחינה מהותית, כמעין מבוא לחוקה. כך באיטליה (סעיפים 1-3), אלבניה (סעיפים 1-2), דנמרק (סעיפים 1-4), נורבגיה (סעיף 1) ושוודיה (סעיפים 1-2). יוצא אפוא כי אין מבוא לחוקה, מבחינה צורנית או מהותית, רק בשבע מהמדינות שנבדקו (14%).

7 H. Maarseveen & G. Tang *Written Constitutions: A Computerized Comparative Study* (New York, 1978) 86.

8 איטליה, אלבניה, דנמרק, נורבגיה ושוודיה, לעיל הערה 6. יצוין כי במישור התאורטי תיתכן גם גישה שלפיה המבוא לחוקה אינו תלוי מקום בחוקה אלא מכלול ערכי היסוד ועקרונות הליבה שבחוקה, ועשוי להיות ממוקם למשל באמצע החוקה או בסופה. הגישה המוצגת במאמר זה מוזה מבוא לחוקה לפי המבחן הפורמלי-טכני, ללא קשר הכרחי לתוכנו.

9 הכתוב הוא פרופסור למשפטים באוניברסיטת סידני, אוסטרליה. ראו: Legal, Constitutional and Administrative Review Committee "A preamble for the Queensland Constitution?" (Legislative Assembly of Queensland, Nov. 2004) 9. [http://www.parliament.qld.gov.au/tableOffice/view/committees/documents/lcsrc/reports/LCAR046.pdf] (last visited on 15.5.05)

10 R.C. Lahoti *Preamble: The Spirit and Backbone of The Constitution of India* (2004) 1-2.

עמד על כך שופט בית המשפט העליון בהודו, השופט להוטי (Lahoti), בציינו:

"A constitution is framed for ages to come and is designed to approach immortality as near as human institutions can approach. A constitution must grow with the growth of the nation, with the philosophical and cultural advancement of the people who gave birth to it, and interpretation must adapt to changed circumstances and the needs of time and polity. No reading of any Constitution can be complete without reading it from the beginning to the end. While the end may expand, or alter, the point of commencement can never change. It is the Preamble wherefrom the Constitution commences. Hence, the significance of the Preamble"¹⁰.

1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: עניין בנק המזרחי); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367; בג"ץ 5/95605 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241; בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640; בג"ץ 212/03 חירות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16, פ"ד נו(1) 750.

2 אנו מגדירים חוקה כקבוצה של עקרונות יסוד מחייבים המאפיינים מדינה או חברה על בסיס של קבע. על חוקת מדינת ישראל ראו א' ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א (תשס"ד) 3; א' רובינשטיין ובי מדינה "החוקה של מדינת ישראל" **המשפט ח** (תשס"ג) 291; א' ברק "החוקה של מדינת ישראל: עבר, הווה ועתיד" **הפרקליט** מג (תשנ"ז) 5; עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 402-403.

עולם התוכן של המבוא לחוקה הוא מגוון. בחלוקה גסה ניתן לסווג את תוכני המבואות לחוקות לחמש קטגוריות מרכזיות:

1. מקור הסמכות – הריבון. במרבית החוקות מאוזכר במבוא לחוקה הריבון – מקור הסמכות לכינון החוקה. בחלקן מקור הסמכות לכינונה הוא אוכלוסיית המדינה ("we the people of")¹¹; זהו ניסוח ניטרלי יחסית שעמו יכולים להזדהות מרבית המגורים באוכלוסיית המדינה. ניסוחים דומים, אם כי בעלי משמעות שונה, עוסקים אמנם במקור סמכות הנובע מאנשי מדינה כלשהי, אך תוך הדגשת ההשתייכות לאומה או למדינה מסוימת (האומה הארמנית, האסטונית, הגרמנית, הצרפתית וכדומה); ניסוח זה מדגיש יותר את המדינה הספציפית, והוא ניטרלי פחות¹². מבואות לחוקות מסוג נוסף הן אלו הקובעות את מקור הסמכות כגוף מופשט בדמות האומה או הלאום (Nation)¹³. בחלק מן המבואות לחוקות קיים שילוב בין העם כריבון וכמקור הסמכות לבין הגופים הייצוגיים¹⁴. יש מבואות לחוקות המפנים רק לגופים הנבחרים ולמוסדות הייצוגיים¹⁵, ובאחרות הריבון כלל אינו מאוזכר¹⁶. במקרים אחרים, דוגמת פדרציות או איחוד מדינות, המבוא לחוקה מציין את המדינות השונות כמקור הסמכות לכינון החוקה¹⁷.

לצד החשיבות החינוכית-ציבורית יש למבוא לחוקה גם תפקיד סימבולי בהיותו מקור השראתי המגבש זהות. המבוא מהווה מעין "כרטיס ביקור" של מדינה כלפי פנים וכלפי חוץ

2. נרטיבים היסטוריים. מבוא לחוקה כולל בדרך כלל היבטים היסטוריים מעברה של מדינה, קהילה או עם¹⁸. אזכורים אלו מגבשים ומעצבים זהות משותפת ("אנו") באמצעות נרטיב היסטורי משותף ברמת הפשטה גבוהה. לעתים מדובר בציון אירוע שהתרחש בעבר והשפיע על הקמת המדינה או על כינון החוקה ועיצב את אופייה; לעתים – באזכור של מסורת, של מורשת או של יסודות לאומיים המשותפים לרוב תושבי המדינה ומגבשים את זהותם. כך, לדוגמה, במבוא לחוקת דרום-אפריקה יש הכרה של תושבי המדינה באי-הצדק ובסבל הרב שהיו בעבר (אם כי האפרטהייד לא מוזכר במפורש); במבוא לחוקה הסינית מצוין כי סין היא אחת המדינות בעלות ההיסטוריה הארוכה בעולם, ומפורטים, בהרחבה יתרה, גלגולי ההיסטוריה הסינית (במיוחד בעידן המודרני) והישגי המדינה; המבוא לחוקה התורכית מציין את מייסד הרפובליקה אטאטורק (Atatürk) ואינו מאפשר הגנה חוקתית לדעות המנוגדות למורשתו ולתרבותו; במבוא לחוקה ביפן קיימת הצהרה על נחישות שלא לחוות שוב את זוועות המלחמה ועל שאיפה מתמדת לשלום; ובמדינות במזרח אירופה ומרכזה (אוקראינה, סלובנייה, סלובקיה, קרואטיה) יש אזכור למאבק הנמשך לעצמאות וכן לזכותן להגדרה עצמית במדינה ריבונית. אזכור אירועים היסטוריים יכול

שיהיה גם כאקט מכונן במישור הבינלאומי – כתוקף בינלאומי להקמת המדינה. כך, למשל, במבוא לחוקת הרפובליקה של בוסניה-הרצגובינה יש אזכור של הסכמי זינבה וניו-יורק משנת 1995.

3. מטרות-העל של החוקה. המבוא לחוקה מתווה לרוב את התכליות היסודיות שלשם הגשמתן כוננה מלכתחילה חוקת המדינה. מטרות-על אלו יכול שתהיינה מטרות ממשליות, כגון שמירת המשטר הדמוקרטי או שמירת האיחוד שבין מדינות; מטרות אוניברסליות, כגון קידום שלום, צדק, אחווה בין בני אדם וזכויות אדם; מטרות כלכליות כגון טיפוח מדינה סוציאליסטית או הגנה על הקניין הפרטי וקידום כלכלת שוק חופשי¹⁹; או קידום יעדים ואינטרסים של עם מסוים באמצעות מדינת-האם (Kin-State) של אותו עם וחוקתה. מטרות אלו ואחרות הן כאמור יעדי-העל של החוקה; החוקה אינה אלא אמצעי משפטי הנועד לשם הגשמתן ומימושן.

4. עקרונות יסוד, ערכים ושיאיות. מבוא לחוקה הוא בדרך כלל הצהרת כוונות ערכית של מדינה, בהתאם לתרבותה, למורשתה, להרכבה הדמוגרפי ולגורמים נוספים. לרוב מוזכרים ערכים אוניברסליים וזכויות אדם דוגמת חירות, כבוד, שוויון, צדק, סובלנות ותנאים ראויים לקיום אנושי, כערכי יסוד של המדינה. לצדם מופיעים לעתים עקרונות יסוד, כגון כפיפות לשלטון החוק ועקרונות כלכליים, חברתיים ולאומיים. כך, למשל, יש מדינות המצהירות במבוא לחוקתן על מחויבותן לפתרון סכסוכים פנימיים ובינלאומיים בדרכי שלום²⁰, למגילת האומות המאוחדות ולאמנות בינלאומיות בדבר זכויות אדם²¹ ולשיאיות שהוכרו בהכרזת העצמאות²². יש אף חוקות שבמבוא שלהן יש ערכים ועקרונות שאינם ניתנים להפקעה ואינם ניתנים לשינוי על ידי החוקה. בדרך כלל מדובר בעיקר בנושאי זכות להגדרה עצמית של מדינה²³, גבולות המדינה או מחויבותה לערכים דמוקרטיים²⁴. בחלק מן המקרים המבוא לחוקה עוסק במבנה הממשל ומצהיר על משטר המדינה – רפובליקה, פדרציה וכדומה.

5. אזכור האל או הדת. בחלק מן החוקות, לרבות במדינות דמוקרטיות חילוניות, מאוזכרים במבוא האל או הדת²⁵. בחלק מן המקרים מדובר ביסודות תאולוגיים רחבי היקף, כגון חוקות שבהן מוצהר במפורש במבוא על כינון בחסות האל²⁶; או חוקות המקדשות במבוא את עליונות האל, לדוגמה: החוקה הקנדית (Supremacy of God), החוקה השווייצרית, המכוננת בשמו של "האל הכול-יכול" (In the Name of Almighty God) והחוקה האוסטרלית, הנשענת על ברכת "האל הכול-יכול" (Humbly relying on the blessing of Almighty God)²⁷. לצד חוקות שבהן האל הוא סמכות מכוננת או עליונה יש חוקות שבהן האל מאוזכר במבוא באופן סימבולי²⁸. בחוקות אחרות המבוא עוסק בדת דווקא, למשל בחוקת יוון המאוזכרת את השילוש הקדוש או בחוקת אירלנד (1937) שבה ההתייחסות לשילוש הקדוש היא כמקור הסמכות אשר אליו מכוונות כל פעולות האדם והמדינה. לעומתן, יש מדינות שבהן המבוא לחוקה מעגן את הפרדת הדת מן המדינה²⁹ או מצהיר על היותן מדינות חילוניות³⁰.

הנה כי כן, הגם שניתן לזהות מאפיינים משותפים, הרי תוכנו של המבוא לחוקה הוא מגוון ומשתנה ממדינה למדינה. הואיל והופעת מבוא

שכיחה בחוקותיהן של מדינות, ניתן לאתר דפוסים מונונים של מבוואת, כאשר לכל אחד מהם אופי המיוחד למדינה שבה נחקק. מבווא לחוקה יכול שיהיה קצר או ארוך³¹; אפשר שיהיה בהרמוניה עם גוף החוקה או יקבע הצהרות הסותרות אותו³²; ויכול להיחקק עם החוקה או לאחריה³³. לרוב יש בו ממד של זמן לגבי העבר (נרטיבים היסטוריים), ההווה (דמותה של המדינה) והעתיד (תקוות ושאיפות לדורות הבאים).

ג. תפקידיו ושימושיו (הלא משפטיים) של המבווא לחוקה

למבווא לחוקה כמה תפקידים עיקריים. במישור המשפטי (שבו נדון בפרק הבא) המבווא לחוקה נע על הרצף שבין היותו הצהרה טקסטית-חגיגית חסרת תוקף משפטי לבין היותו חלק אינטגרלי מהחוקה ומקור עצמאי לזכויות ולמחויבויות. אלא שהמבווא לחוקה הוא אחד מן החלקים החשובים בחוקותיהן של מדינות גם ברמה החינוכית והציבורית; הוא נלמד בבתי הספר במדינות רבות, ודורות של בוגרים מתחנכים לאור עקרונותיו וערכיו. שלא כמו החוקה, שבדרך כלל היא מסמך ארוך הכולל הוראות רבות בעלות משמעות משפטית מורכבת, יתרונו של המבווא הוא בהיותו קצר יחסית ונוח לקריאה, ובו מעוגנים תמצית ערכי המדינה ועקרונותיה. כזוה, המבווא מוכר וידוע לא רק בקרב משפטנים ואנשי מדע המדינה אלא גם בקרב הציבור הרחב, בתודעה הציבורית³⁴.

לצד החשיבות החינוכית-ציבורית יש למבווא לחוקה גם תפקיד סימבולי בהיותו מקור השראתי המגבש זהות. המבווא מהווה מעין "כרטיס ביקור" של מדינה כלפי פנים וכלפי חוץ. מרוכזים בו עיקרי ה"אני מאמין" של המדינה, מעין הצהרת כוונות ערכית וחברתית, שנוסחה על פי רוב על ידי האבות המייסדים. לכן יש לו חשיבות היסטורית, תרבותית וחינוכית מן המעלה הראשונה, כמקור השראתי רב-משמעות. במקרים רבים ניסוחו העמום והגמיש מאפשר להתאימו לשינויי נסיבות, עתים ומציאות. המבווא הוא מקור המגבש ומעצב זהות לאומית ואזרחית משותפת, ולפיכך מהווה לעתים מושא למחלוקת לאומיות ולשסעים בין קבוצות רוב למיעוט.

המבווא לחוקה משקף ומגדיר את הערכים המרכזיים החשובים לחברה במדינה מסוימת, את פניה ואת רבדיה של החברה. כך, למשל, במדינות שבהן יש קהילות מיעוטיות ילידים, המבווא לחוקתן מאזכר לעתים את קהילות המיעוט כחלק ממכונני החוקה³⁵, כקהילות שהמדינה תשלכן ותשתף עמן פעולה³⁶ וכאזרחים שווי זכויות³⁷. אולם כאשר המבווא לחוקה אינו משקף נאמנה את רבדיה המונוניים של החברה ואינו מהווה מוקד

13 ליטא ("We the Lithuanian Nation").
 14 ארגנטינה, בולגריה, ברזיל, יפן, ספרד, פרגוואי וצ'כיה.
 15 הונגריה, סלובניה וסרביה-מונטנגרו.
 16 תורכיה, יוון, קנדה וקוראטיה.
 17 אוסטרליה, האיחוד האירופי ושווייץ.
 18 במבווא לחוקות ארצות-הברית, ארגנטינה, בולגריה, ברזיל, הודו, הונגריה, יוון, צרפת, ספרד, קנדה ושווייץ אין נרטיב היסטורי.
 19 מדינות שבהן המבווא לחוקה מכריז על צביון סוציאליסטי הן אוקראינה, בולגריה, סרביה-מונטנגרו וצ'כיה. דוגמה למבווא לחוקה המצהיר על צביון קפיטליסטי היא חוקת בוסניה-הרצגובינה.
 20 המבווא לחוקת ברזיל.
 21 המבווא לחוקת בוסניה-הרצגובינה.
 22 המבווא לחוקת ארמניה מאמץ את העקרונות הבסיסיים ואת השאיפות הלאומיות שהוכרו בהכרזת העצמאות הארמנית.
 23 המבווא לחוקות אסטוניה, סלובניה, סלובקיה וקוראטיה.
 24 המבווא לחוקות אסטוניה, בוסניה-הרצגובינה, דרום-אפריקה, האיחוד האירופי, תורכיה, פולין, צ'כיה וקוראטיה.
 25 לטיעונים בעד ונגד אוכר האל במבווא לחוקה ראו: M. Maddox "Does a Preamble Need a God?" (Research Paper 8, Department of the Parliamentary Library, 1999) [http://www.aph.gov.au/library/pubs/rn/1999-2000/2000rn08.htm] (last visited on 1.4.05).
 26 המבווא לחוקת ברזיל מצהיר כי החוקה הברייליתית מכוננת "Under the protection of God".
 27 וראו גם המבווא לחוקת גרמניה הקובע כי כיוון החוקה נעשה תוך "Conscious of their responsibility before God and men". נוסח מעניין נקבע בחוקת פולין: "Both those who believe in God as the source of truth, justice, good and beauty, as well as those not sharing such faith but respecting those universal values as arising from other sources".
 28 המבווא לחוקת דרום-אפריקה.
 29 המבווא לחוקת תורכיה. זאת להבדיל ממדינות – כגון ארצות-הברית – שבהן הפרדת הדת מהמדינה מעוגנת בחוקה (ולא במבווא).
 30 המבווא לחוקת הודו מצהיר כי היא מדינה חילונית שבה יתבדו חופש הדת, האמונה והמצפון.
 31 דוגמאות למבווא לחוקה ארוך ומפתל ניתן למצוא בחוקות של איראן, מצרים, סוריה, סין, פקיסטן, קונגו, קוראטיה ותאילנד. דוגמאות למבווא לחוקה המנוסח בקצרה ניתן למצוא בחוקות ארצות-הברית, הודו, הונגריה, צרפת, קנדה ושווייץ.
 32 ראו למשל את המבווא לצירטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות (1982), המנוגד למספר הוראות בגוף הצירטר: Constitution Act 1992, Canadian Charter of Rights and Freedoms (להלן: "הצירטר הקנדי" או "The Canadian Charter").
 33 ראו למשל חוקת קווינסלנד (Queensland) – מדינה המשתייכת לפדרציה האוסטרלית שבה התערור דיון באשר לאימוץ מבווא לחוקה הקיימת במדינה, בעיקר בשל הצורך להתחשב במעמד המיעוטים הילידים ובזכויותיהם. ראו: Legal, Constitutional and Administrative Review Committee "Hands on Parliament – A parliamentary committee inquiry into Aboriginal and Torres Strait Islander peoples' participation in Queensland's democratic processes" (Legislative Assembly of Queensland, Sep. 2003) [http://www.parliament.qld.gov.au/tableOffice/view/committees/documents/.lcacr/inquiries/handsOnParl/LCACR043.pdf] (last visited on 15.4.05) וראו גם: Legal, Constitutional and Administrative Review Committee, *supra*, note 9.
 34 על המבווא לחוקה, על חשיבותו ועל תוכנו ראו דבריו של א' רובינשטיין בכנסת. "שיבה מיוחדת לציון חמישים-ושש שנה לכינון הכנסת – הגע זמן חוקה", 25 בינואר 2005, טיוו בשבת תשס"ה, **כנסת ישראל**, [www.knesset.gov.il/plenum/data/03040205.doc] (last visited on 1.4.05).
 35 המבווא לחוקת מקדוניה.
 36 המבווא לחוקת סלובקיה.
 37 המבווא לחוקת קוראטיה.

11 אירלנד, ארצות-הברית, דרום-אפריקה, הודו וצ'כיה (בצ'כיה הניסוח הוא לגבי אזרחים – "We the citizens of the Czech").
 12 כך, למשל, לא הרי הניסוח "We the people of Israel" – הכולל בין היתר קהילות מיעוטיות המתגוררות בישראל, כהרי הניסוח "We the Israeli people" – המדגיש את המשתתפים ל"אומה" הישראלית שבה יש רכיב יהודי דומיננטי. יש מדינות שהדגישו לכן שמדובר בכל האזרחים מכל הקבוצות הדתיות והאתניות, למשל המבווא לחוקת אוקראינה "The Verkhovna Rada of Ukraine, on behalf of the Ukrainian people – citizens".

people, as well as the citizens living within its border, which are part of the Albanian nation, the Turkish nation, the Vlah nation, the Serbian nation, the Roma nation, the Bosnian nation and others[...] have decided to establish the Republic of Macedonia as an independent, sovereign state”.

שינוי מהפכני זה בצביון הלאומי של המבוא לחוקת מקדוניה לא פתר סופית את הקונפליקט הלאומי. מחד גיסא, המיעוט האלבני ממשיך לקרוא תיגר על הזכרתו במבוא לחוקה עם מיעוטים אחרים במדינה, על אף גודלו הדמוגרפי הניכר המבדילו משאר הקבוצות האתניות. נוסף על כך, קבוצות אלבניות דיקליות המשיכו במאבקן בטענה כי הן לא שותפו בניסוח הסכם המסגרת ולא היו מעורבות בהשגת השינויים החוקתיים. מאידך גיסא, השמטת רעיון מדינת הלאום המקדוני מהמבוא לחוקה עורר תרעומת בקרב פלגים בציבור המקדוני, שראו בכך ויתור שנכפה על ממשלת מקדוניה בלחצי טרור ובלחץ הקהילה הבינלאומית. פלגים מקדוניים חששו כי השינוי במבוא לחוקת מקדוניה הוא ראשיתו של תהליך אירידנטי אלבני.⁴⁰

דוגמה זו ממחישה את חשיבותו העילאית של המבוא לחוקה כמקור מאחד או מפלג זהות של פרטים וקבוצות במדינה, את השלכותיו על היחסים בין קבוצות לאומיות שונות ואת הקשיים הנובעים מניסוח שני במחלוקת. היא ממחישה את הקשיים העלולים להיווצר מניסוח מבוא לחוקה הכולל שאיפות וערכים לאומיים שנויים במחלוקת ציבורית, ומלמדת כי עדיף שהמבוא לחוקה יהיה מקובל, ככל האפשר, על רוב רובדי הציבור. הדוגמה המקדונית שופכת אור גם באשר למידת התרומה של שינויים טרמינולוגיים בחוקת מדינה ובמבוא לה לריכוך קונפליקטים לאומיים עזים במדינות לאום דמוקרטיות, במיוחד כשמדובר בשינוי הנכפה בלחץ חיצוני.⁴¹

המבוא לחוקת אוסטרליה. אוסטרליה כוננה בעקבות כינוס פדרציית המושבות הנפרדות ביולי 1900 על ידי ה-*Commonwealth of Australia Constitution Act*. החוק, שנתקבל על ידי הפרלמנט הבריטי ובמסגרתו הוקמה אוסטרליה כקהילה פדרלית מאוחדת, כולל גם מבוא הנחשב מאז למעין מבוא לחוקת אוסטרליה.⁴² במבוא נידונים מבנה השלטון וסמכויותיו ומאוזכר גם האל⁴³. ב-6 בנובמבר 1999 נערך משאל עם על אימוץ מבוא חדש לחוקת אוסטרליה. הדיון הציבורי על משאל העם, על תוצאותיו ועל לקחיו, מעניינים⁴⁴. לקראת סוף המאה העשרים גברה הביקורת על המבוא לחוקת 1900; בין השאר נטען כי המבוא אינו משקף עוד את מצבה של אוסטרליה ואת ערכיה לקראת המאה העשרים ואחת, ולכן יש להתאימו למציאות החדשה. אחד הגורמים המרכזיים לכך היה הצורך בהכרה בזכויות ההיסטוריות של המיעוט היליד האבוריגיני (Aboriginal).⁴⁵ בפברואר 1998 הגיעה הוועדה החוקתית שהתכנסה לדון בעתיד הרפובליקה להחלטה כי דרוש מבוא חדש לחוקת אוסטרליה, וכי עליו לאזכר במידה נאותה את זכויות המיעוט האבוריגיני הילדי.⁴⁶ המטרה הייתה ליצור מבוא לחוקה שגם קהילות מיעוטים תוכלנה להזדהות עמו ולהרגיש שייכות. הוועדה החליטה כי ייערך משאל עם נפרד בעניין המבוא החדש לחוקה במקביל למשאל העם על עתיד הרפובליקה, כי מבוא זה יכלול בין היתר הכרה

להות ולהשתייכות, מתגלעות לא אחת מחלוקות קשות ומתעוררים ויכוחים סוערים באשר לו ועולות דרישות לשנות את תוכנו. נדגים זאת באמצעות שלוש מדינות: בשתיים מהן יש מבוא שמסיבת שונות עלתה דרישה לשנותו (מקדוניה, אוסטרליה), ובשלישית מדובר בטיטת מבוא לחוקה שעליה נחלקו הדעות (האיחוד האירופי). דיון בדוגמאות יסייע להמחיש את תפקידו המגוונים של המבוא לחוקה ולהסיק מספר מסקנות הרלוונטיות לישראל.

המבוא לחוקת מקדוניה. מקדוניה הוקמה כמדינה עצמאית לאחר פירוק הפדרציה היוגוסלבית. מתגורר בה מיעוט לאומי אלבני (ומיעוטים נוספים) המונה לפי הערכות שונות בין רבע לשליש מאוכלוסייתה. המבוא לחוקה משנת 1992 ייסד את מקדוניה כ"מדינת לאום של העם המקדוני" ועסק בהרחבה בנטיבים היסטוריים של העם המקדוני, בתרבותו, בזכויותיו ההיסטוריות ובמאבקו לעצמאות מדינית. המדינה נוסדה לפיו על מנת להוות "בית משותף לעם המקדוני" וכן "ללאומים המתגוררים בה".³⁸ המבוא לחוקת 1992 הבטיח שוויון זכויות מלא לאזרחי מקדוניה ויצירת דו-קיום בין מקדוניה לבין המיעוט האלבני ומיעוטים נוספים. ברם, המיעוט האלבני התנגד בתוקף להגדרתו כ"קבוצת מיעוט", להגדרת המדינה כ"מדינת לאום של העם המקדוני" ולאזכור נטיבים היסטוריים מקדוניים במבוא לחוקה. פלגים אלבניים קיצוניים החלו להשתמש באלימות על מנת להוביל לשינוי המבוא כך שמקדוניה תהפוך למדינה דו-לאומית שבה תינתן אוטונומיה טריטוריאלית ופוליטית מלאה לאלבנים באזורים המאוכלסים ברוב אלבני. פלגים אלבנים מתונים יותר דרשו רפורמות נרחבות במבוא לחוקה ובחוקה. באשר למבוא הייתה הדרישה שיושטמו ממנו היסודות הלאומיים וכן שיושטמו הביטוי "מיעוט לאומי" לגבי המיעוט האלבני –

כאשר המבוא לחוקה אינו משקף נאמנה את רבדיה המגוונים של החברה ואינו מהווה מוקד לזהות ולהשתייכות, מתגלעות לא אחת מחלוקות קשות ומתעוררים ויכוחים סוערים באשר לו ועולות דרישות לשנות את תוכנו

שמנקודת מבטו ובשל גודלו הדמוגרפי אינו מיעוט כלל, אלא שותף מלא במדינה. בלחץ המיעוט האלבני והקהילה הבינלאומית שונה בנובמבר 2001 המבוא לחוקת מקדוניה, כך שהטרמינולוגיה שבה השתמשו וכן ההקשר שונו במידה משמעותית תוך טשטוש היסודות הלאומיים בו. הביטוי "מיעוט לאומי" הושטם מהמבוא, ותחתיו אומצו הביטויים "חלק מהעם האלבני" ו"קהילות אזרחים באזורים שבהם לפחות 20% מהאוכלוסייה דוברת שפה אחרת מאשר מקדונית".³⁹ המבוא לחוקה אף הרחיב את מספר המיעוטים המוכרים רשמית במדינה והכיר בהם כחלק מהעם שאליו הם משתייכים. וזו לשונו של המבוא המתוקן לחוקת 2001 של מקדוניה: "The citizens of the Republic of Macedonia, the Macedonian

Macedonian Resentments" *J. of Ethno-pol. and Minority Issues in Eur.* (1/2002) 4-12

39 המבוא לחוקת מקדוניה וכן סעיפים 7 ו-48 לחוקת 2001. הנרטיבים ההיסטוריים והצביון הלאומי המקדוני הושמטו. לשינויים בחוקת מקדוניה ראו גם א' רובינשטיין וא' יעקובסון **ישראל ומשפחת העמים** (2003) 300-304.

40 באוגוסט 2004 נחקק במקדוניה חוק שהעניק לריכוזי מיעוט אלבני המהווים רוב באזורים מסוימים סוג של אוטונומיה במספר רשויות מקומיות. השפה האלבנית הפכה בכמה אזורים לשפה רשמית שנייה. תוקפו של חוק זה הועמד למשאל עם במקדוניה ב-7 בנובמבר 2004, ובו נכשלו הלאומנים המקדוניים לבטל את האוטונומיה לאלבנים. ראו "כישלון ללאומנים במשאל העם במקדוניה: האוטונומיה למיעוט האלבני צפוייה להישמר" **הארץ** 8.11.2004. Belamaric, *supra* note 38

41 לניתוח החוק המכונן באוסטרליה, המבוא לחוקה והדיונים והטיטות שקדמו להם ראו: J. Quick & R. Garran *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth* (Sydney, 1901).

42 אזכור האל בחוקה הושג כפשרה לאחר שהובטח חופש הדת והאמונה בסעיף 116 לחוקה. לעניין זה ראו: M. McKenna "Maker of Miracles" *Maker of Miracles* (D. Headon & J. Williams eds., 1998)

43 מ. McKenna "First Words: A Brief History of Public Debate on a New Preamble to the Australian Constitution 1991-1999" (Parliamentary Library Research Paper 16, 2000) [http://www.aph.gov.au/library/pubs/rp/1999-2000/2000rp16.htm] (last visited on 9.5.05); M. McKenna "The Need for a New Preamble to the Australian Constitution and/or a Bill of Rights" (Parliamentary Library Research Paper 12, 1996-1997) [www.aph.gov.au/library/pubs/rp/1996-97/97rp12.htm] (last visited on 1.4.05); B. Stone "A Preamble to the Australian Constitution: A Criticism of the Recent Debate" 35 *Austl. J. of Pol. Science* (2000) 291

44 התפתחות זו הייתה לאור פסיקתו התקדימית של בית המשפט העליון, שהכירה בזכויות ההיסטוריות של המתישבים האמריקניים וביטלה את הבעלות הנורפת של הכתר על קרקעות המדינה *Mabo v. Queensland* (1992) 175 CLR 1, וכן לאור חקיקת חוק הבעלות המקורית Native Title Legislation Act 1993, שקבע הליך של צדק מתקן שבו ניתן לתבע בעלות מקורית על קרקע.

45 *Report of the Constitutional Convention* (Old Parliament House, Canberra, 1998) [http://pandora.nla.gov.au/nph-arch/O1998-Nov-12/http://www.dpmc.gov.au/convention/report.html] (last visited on 1.4.05)

46 לנוסח המבוא לחוקה שהומלץ בדו"ח הוועדה ראו McKenna, "First Words: A Brief History of Public Debate on a New Preamble to the Australian Constitution 1991-1999", *supra* note 44

47 בניגוד למבוא משנת 1900 – שלא היה באופן פורמלי חלק מחוקת אוסטרליה אך היה בעל תוקף פרשני – המליצה הוועדה כי למבוא החדש לחוקה לא יהיה תוקף משפטי מחייב.

48 הנוסח של המבוא לחוקה פורסם ב-23 במרץ 1999. לנוסח המלא ראו: McKenna, "First Words: A Brief History of Public Debate on a New Preamble to the Australian Constitution 1991-1999", *supra* note 44

49 לטעמי הביקורת והיקפה ראו: *ibid*, *ibid*.

50 McKenna, "First Words: A Brief History of Public Debate on a New Preamble to the Australian Constitution 1991-1999", *supra* note 44

51 ההתנגדות נבעה גם מכך שצניגי המיעוט לא היו מעורבים ולא שותפו באופן פעיל במשא ומתן לקראת ניסוח המבוא לחוקה.

52 על הסיבות לכישלון משאל העם ראו: McKenna, "First Words: A Brief History of Public Debate on a New Preamble to the Australian Constitution 1991-1999", [http://results.aec.gov.au/] *supra* note 44 לתוצאות משאל העם ראו: [http://results.aec.gov.au/] *supra* note 44 (last visited on 1.4.05).

53 הכוונה לא הייתה להחליף מבוא חדש במבוא הישן (1900) אלא לקבל מבוא חדש – חסר תוקף משפטי – נוסף על המבוא הישן.

54 ההיקש מהדין בחוקת האיחוד האירופי כאיחוד משותף בין מדינות אינו זהה לדיון בחוקת של מדינות. ואלום טיוטת החוקה של האיחוד אינה מסמך בינלאומי רגיל – טיוטת החוקה תאושר בהליך של משאל עם במדינות השונות וממילא תידרש הסכמת האזרחים.

בזכויות ההיסטוריות ובשוויון מלא של המיעוטים הילידים⁴⁷ וכי הוא יהיה חסר תוקף משפטי מחייב⁴⁸. באוקטובר 1998 הכריז ראש ממשלת אוסטרליה ג'ון הווארד (Howard) על כוונתו לקיים משאל עם נפרד בשאלת המבוא החדש לחוקת אוסטרליה, שבו יוכרו זכויות המיעוטים הילידים⁴⁹. הצעתו פורסמה בפברואר 1999 וזכתה לביקורת⁵⁰, בין היתר ממנהיגי המיעוטים שדרשו להזכירם לא כמיעוט ילידי אלא כ"אפוטרופוס על קרקעות המדינה" (Custodian of Our Land). בעקבות הביקורת ניסח ראש הממשלה טיוטה שנייה למבוא לחוקה, וזו הוצגה באוגוסט 1999⁵¹. בם, חרף תמיכת המפלגה הדמוקרטית, לא הצליח ראש הממשלה להשיג הסכמה מלאה על הנוסח, ומנהיגי המיעוטים המשיכו להתנגד למבוא החדש לחוקה⁵². הנוסח המשופר של המבוא, שעסק בקשר העמוק (Deep Kinship) של המיעוטים הילידים (The Nation's First People) עם הקרקע, לא הניח את דעתם, והם דרשו, בין השאר, לקבוע כי הם האפוטרופוס על הקרקע. לבסוף, בשל הסיבות שאוזכרו ובשל סיבות נוספות, משאל העם לאישור המבוא החדש לחוקה נחל כישלון בקלפי – 60.7% התנגדו לקבלתו⁵³.

הדוגמה האוסטרלית מספקת כמה מסקנות חשובות באשר למבוא לחוקה: **ראשית**, יש קושי לנסח מבוא חדש לחוקה כך שתהיה עליו הסכמה חברתית רחבה, במיוחד בחברות רב-תרבותיות ששועות. קשה לגבש הסכמה על ערכי הליבה של מדינה כפי שהם צריכים לבוא לידי ביטוי במבוא לחוקה. **שנית**, יש צורך לשתף את הציבור בהכנת המבוא לחוקה; נטען שאת המבוא לחוקה האוסטרלית ניסח ראש הממשלה ללא שיתוף הציבור, מעשה שפגם בדיון הציבורי וייתכן שבהסכמה הרחבה הדרושה. כך, למשל, אם המטרה היא השגת פיוס היסטורי בין המדינה למיעוטים, או אז יש לשלב את נציגי המיעוט בתהליך הניסוח ולהגביר את מעורבותם. **שלישית**, המבוא לחוקה האוסטרלית יועד מלכתחילה להיות סימבולי וחסר תוקף משפטי⁵⁴. צעד זה פגם בחשיבות הציבורית שיוחסה לו, והאילו והציבור בחלקו לא הבין את הצורך במבוא לחוקה בהיעדר תוקף משפטי מחייב.

המבוא לחוקת האיחוד האירופי. בסוף אוקטובר 2004 חתמו נציגי האיחוד האירופי ברומא על טיוטת חוקת האיחוד האירופי הכוללת גם מבוא⁵⁵. הדיונים שקדמו למבוא לחוקה העלו מחלוקות ישנות על פני השטח, ואילצו את נציגי המדינות לעסוק בסוגיות שלגביהן נדרשה הסכמה של כל חברות האיחוד, כגון היבטים היסטוריים ומניעים משותפים לכינון איחוד אירופה, ערכי היסוד של האיחוד האירופי, מטרות על-משותפות, יעדים

38 לרקע לשינוי המבוא לחוקת 1992 במקדוניה, לניתוח השינויים החוקתיים ולהשלכות השינויים הללו על הקונפליקט האתני שבין המקדונים לבין המיעוט האלבני ראו: B. Belamaric "Attempting to Resolve an Ethnic Conflict: The Language of the 2001 Macedonian Constitution" IV *Southeast European Pol.* (2003) 25-40; Z. Daskalovski "Language and Identity: The Ohrid Framework Agreement and Liberal Notions of Citizenship and Nationality in Macedonia" *J. of Ethno-pol. and Minority Issues in Eur.* (2002) 15-18, 24-28; J. Engstrom "Multi-ethnicity or Bi-nationalism? The Framework Agreement and the Future of the Macedonian State" *J. of Ethno-pol. and Minority Issues in Eur.* (1/2002) 14-16; U. Brunnbauer "The Implementation of the Ohrid Agreement: Ethnic

המדינות (נשיא או מלך) המרכיבות את האיחוד. דיון מעניין נערך על השאלה אם פרט לכך יש לאזכר גם את האל או הנצרות: פולין ואיטליה דגלו באזכור האל, ואילו צרפת החילונית ובלגיה התנגדו בכל תוקף. לבסוף הוחלט לא לאזכר את האל או הדת הנוצרית במבוא⁵⁹. ויכוח נוקב נסב על ההיבטים ההיסטוריים המשותפים לאיחוד ועל הגורמים שהניעו להיווסדו. עלתה השאלה אם להזכיר את זוועות מלחמות העולם והפיצול באירופה כמניעים מרכזיים לאיחוד. כדי למנוע חילוקי דעות הוחלט על ניסוח ניטרלי, שבו הוכרז על "איחוד מחדש לאחר חוויות מרירות" ועל כך ש"אוכלוסיית אירופה החליטה להתעלות מעל המחלוקות הקודמות" ולהתאחד. לצד זאת, המבוא לחוקת האיחוד מצהיר על אינטרסים ועל יעדים משותפים לעתיד, כגון שאיפה "לעצב גורל משותף" לקראת "ציוויליזציה, קדמה ושגשוג" משותפים לכל התושבים וכן שאיפה "לחתור לשלום, צדק וסולידריות בעולם כולו"⁶⁰. מנחם המבוא היו מודעים לייחודיות המשטר החדש באירופה; המבוא מציג חזון לעולם טוב יותר:

"CONVINCED that, thus 'United in diversity', Europe offers them the best chance of pursuing, with due regard for the rights of each individual and in awareness of their responsibilities towards future generations and the Earth, the great venture which makes of it a special area of human hope".

הביקורת שנשמעה הייתה כי הניסוחים המכלילים מטשטשים את הייחודיות של המדינות החברות באיחוד. לפיכך הוכנס במבוא לחוקה סייג, שלפיו יצירת הזהות המאוחדת תיעשה תוך "שמירה גאה של המדינות על זהותן הלאומית וההיסטורית" ותוך ניסיון לאתר זהות נוספת, משותפת. זהות זו תהיה מגובשת סביב ערכי יסוד של דמוקרטיה, שלטון חוק, חירות ושוויון, כזכויות שלא ניתן להפר. פשרה זו יישבה מחלוקת בשאלת הזהות של האיחוד האירופי. עלתה השאלה אם נדרש להגדיר במבוא צביון קיבוצי היכול לסייע לגיבושו של האיחוד או שמא להישאר ניטרליים באשר להגדרת הזהות – בשל הקושי להגיע להסכמה. רבים תמכו בהכנסת רכיב קולקטיבי משותף שייצור תחושת אחדות. בטיסה שאומצה בוועידה האירופית ביולי 2003 נפתח המבוא לחוקה במשפט ביוניתי מכתבי ההיסטוריון תוקידידס⁶¹. המטרה הייתה להפנות למקורות ההיסטוריים והתרבותיים של הדמוקרטיה כסמל מאחד בעל נצחיות בזמן ובמרחב, היכול לגבש אחדות וזהות משותפת. דא עקא, גם על מעט זה לא הושגה הסכמה⁶².

הדיון בנושא המבוא לחוקת האיחוד האירופי ממחיש עד כמה קשה לגבש הסכמה על עקרונות ועל ערכים המצויים במבוא לחוקה, במיוחד על מונחים בעלי משמעות סמלית והיסטורית המגבשים זהות. אך עצם גיבוש המבוא לחוקת האיחוד האירופי – על רקע ההיסטוריה, משקעי העבר וההבדלים בין המדינות – מלמד על חשיבות הליך הניסוח, ובין היתר על כך שעל מנת להשיג הסכמה עדיף לכלול במבוא לחוקה, ככל הניתן, ניסוחים המקובלים על מרבית הקבוצות והמדינות. הדוגמה ממחישה גם את הערך החינוכי והציבורי שיש למבוא לחוקה ואת חשיבותו כגורם מלכד ומגבש זהות.



כרזת יום העצמאות 1986-87; צילום: סער יעקב (1986)

עצם גיבוש המבוא לחוקת האיחוד האירופי – מלמד על חשיבות הליך הניסוח, ובין היתר על כך שעל מנת להשיג הסכמה עדיף לכלול במבוא לחוקה, ככל הניתן, ניסוחים המקובלים על מרבית הקבוצות והמדינות

ואינטרסים משותפים לעתיד, התכליות שלשמן הוא נוצר והמטלות הניצבות בפניו⁵⁶. בחוקה שאורכה כ-350 עמודים, למבוא ערך רב וחשיבות מיוחדת⁵⁷. סביר להניח כי המבוא לחוקה הוא החלק שילמד בבתי ספר וייכנס לתודעה הציבורית באופן הנרחב ביותר, כחלק מגבש ומעצב זהות ואחדות⁵⁸. במבוא תמצית המאפיינים, הערכים והיעדים של ציבור האזרחים באיחוד האירופי. באשר למקור הסמכות – הריבון, היה צריך להחליט מי מדבר בשם אזרחי האיחוד: ראשי המדינות, הפרלמנטים, המדינות עצמן או שמא ציבור האזרחים. לבסוף הוחלט על ניסוח המפנה את מקור הסמכות לראשי

ד. המעמד המשפטי של המבוא לחוקה

במשפט המשווה ניתן לזהות כשלושה מודלים מרכזיים באשר למעמד המשפטי של המבוא לחוקה: מודל טקסי – המבוא כמגבש זהות (מודל המכונה גם National Building Model), מודל פרשני (Interpretive Model) ומודל חוקתי (Constitutionalist model)⁶³.

1. המודל הטקסי

המבוא לחוקה הוא מסמך היוצר ומגבש זהות לאומית ואזרחית. יש לו משמעות טקסית וסימבולית רבת-ערך אך הוא נעדר תוקף משפטי מחייב, ולעתים הוא כלל אינו חלק מהשיח החוקתי במדינה למעט אזכור סמלי והשראתי⁶⁴. זוהי מעין הצהרת כוונות ערכית של האבות המייסדים המשקפת את החזון, העקרונות והשאיפות של עם ומדינה; אין מדובר במסמך חוקתי היוצר זכויות יסוד או מבטל חקיקה סותרת ואף לא בכלי פרשני מחייב. דוגמה למודל זה ניתן לראות במבוא לחוקה האמריקנית. המבוא מתייחס לאוכלוסיית ארצות-הברית כאל מקור הסמכות, ומתווה לחוקה שש מטרות-על: ליצור ברית מושלמת יותר, לכונן משפט, להבטיח שקט מבית, לעשות להגנת הציבור, לטפח את רווחת הכלל ולקיים את החירות⁶⁵. חרף מרכזיותו של המבוא לחוקה כמסמך יסוד במערכת החינוך בארצות-הברית ובדיונים ציבוריים, בפועל אין לו תוקף משפטי מחייב. מדובר באחד החלקים שבתי משפט אינם מרבים לדון בו או לאזכרו בפסיקתם. כך, למשל, במחקר שנערך נמצא כי בשנים 1825–1990, החלקים במבוא לחוקה העוסקים במשפט צדק, ברווחת הכלל או בחירות, אוזכרו באופן עצמאי בבית המשפט העליון 24 פעמים בלבד (!), וגם זאת לרוב על ידי דעת מיעוט (83.3% מסך כל האזכורים), וכאשר ארבעה שופטים בלבד אחראים למחצית מן האזכורים⁶⁶. בית המשפט העליון וערכאות שיפוטיות נמוכות⁶⁷ דחו בהזדמנויות שונות טענות שלפיהן ניתן וראוי לגזור מהמבוא לחוקה סמכויות עצמאיות וזכויות חוקתיות או, למצער, להעניק לו תפקיד פרשני. כך, למשל, נדחו טענות שנטו לייחס משמעות סוציאלית לביטוי "לטפח את רווחת הכלל" שבמבוא⁶⁸. פסק הדין הקלאסי שקיבע את מעמדו המשפטי הבלתי מחייב של המבוא לחוקה נפסק בשנת 1904. באותו עניין נטען כי חוק שנתקבל במדינת מסצ'וסטס נוגד את הזכות לחירות שהובטחה במבוא לחוקה. בדחותו את הטענה, מציין השופט Harlan's כי:

“Although [the] Preamble indicates the general purposes for which the people ordained and established the Constitution, it has never been regarded as the source of any substantive power conferred on the Government of the United States or on any of its Departments. Such powers embrace only those expressly granted in the body of the Constitution and such as may be implied from those so granted”⁶⁹.

זאת ועוד, לא זו בלבד שביט המשפט העליון לא גזר זכויות חוקתיות מן המבוא לחוקה לכשעצמו, אלא הוא אף לא עשה כן גם כאשר המבוא

56 A.V. Bogdandy “The Preamble” לדיונים על המבוא לחוקת האיחוד האירופי ראו: *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe* (B.D. Witte ed., 2003) 3–10; A.V. Bogdandy “The European Constitution and European Identity: A Critical Analysis of The Convention’s Draft Preamble” *Almeuldand: The EU Constitution in a Contextual Perspective* (J.H.H. Weiler & C. L. Eisgruber eds., 2004) [http://www.jeanmonnetprogram.org] (last visited on 1.4.05)

57 בעת ניסוח המבוא החדש לחוקה ניצבו ברקע שלושה סוגים של מבוא ששימשו בסיס לניסוח: המבוא לאמנת האיחוד האירופי (TEU), המבוא לאמנת הקהילה האירופית (TEC) והמבוא לצירטר בדבר הזכויות היסודיות של האיחוד האירופי. לעניין זה ראו: I.P. Berlin “Integrating the Charter of Fundamental Rights into the Constitution of the European Union: Practical and Theoretical Propositions” *10 Colum. J. Eur. L.* 5. (2003) 18–22, 45

58 על התפקיד המעצב של חוקת האיחוד האירופי ראו: Bogdandy, “The Preamble”, *supra* note 56; Bogdandy, “The European Constitution, and European Identity: A Critical Analysis of The Convention’s Draft Preamble”, *supra* note 56

59 הוחלט כפשרה להשאיר ניסוח המאזכר את “הדורות הבאים”, מונח בעל משמעות חילונית ודתית כאחד. ראו: Bogdandy, “The European Constitution and European Identity: A Critical Analysis of The Convention’s Draft Preamble”, *supra* note 56, at pp. 5–6. אוזכר הדורות הבאים קיים גם במבוא לחוקת אסטוניה, ארגנטינה, ארמניה, יפן ורוסיה. בטיבת חוקת האיחוד יש גם אוזכור של השורשים הנוריים באירופה (Heritage) והתייחסות למעמד הכנסייה (Article I-52).

60 מהותו, ערכיו ומטרותיו של האיחוד האירופי עוגנו גם בסעיפים I-1, I-2 ו-I-3 לחוקת האיחוד האירופי. ראו: *Treaty Establishing a Constitution for Europe* (October 2004) [http://European-convention.eu.int] (last visited on 1.4.05)

61 לניסוח החוקה ראו: “Our Constitution[...] is called a democracy because power is in the hands not of a minority but of the greatest number.” Thucydide II, 37” number. ניסוח זה הוגש לנישאות המועצה האירופית ברומא ב-18 ביולי 2003. [http://europa.eu.int/futurum/constitution/preamble/index.en.htm] (last visited on 1.4.05)

62 Bogdandy, “The Preamble”, *supra* note 56; Bogdandy, “The European Constitution, and European Identity: A Critical Analysis of The Convention’s Draft Preamble”, *supra*. note 56

63 יודגש כי תיתכנה אפשרויות נוספות המשלבות בין המודלים. כך, למשל, בית המשפט החוקתי בבוסניה-הרצגובינה הבחין בין חלקים תיאוריים במבוא לחוקה, שאינם בעלי תוקף משפטי מחייב (ולכן משתייכים למודל הטקסי), לבין חלקים נורמטיביים במבוא להם מעמד משפטי בפרשנות החוקתית. הבחנה זו מצויה בפסק דינו, “להלן הערה 97.

64 המבוא לחוקת אוסטרליה שהוגש למשאל עם הוא דוגמה למסמך שכל מטרתו הייתה לשמש כלי מגבש זהות לאומית ואזרחית. המבוא כלל הצהרה מפורשת שהוא אינו מחייב משפטית ולא ישמש לפרשנות חוקתית או חקיקתית.

65 לפרשנות המבוא לחוקת ארצות-הברית ראו: M. Adler & W. Gorman *The American Testament* (New York, 1975) 63–118

66 ממצאים דומים נמצאו גם בערכאות שיפוטיות נמוכות. ראו בהרחבה: M. Handler, B. Leiter & C.E. Handler “A Reconsideration of The Relevance and Materiality of The Preamble in Constitutional Interpretation” *12 Cardozo L. Rev.* (1990–1991) 117, 120–121

67 *Ibid*, at p. 119, 122

68 *Ibid*, *ibid*

69 *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 22 (1904) פסק הדין לא קבע במפורש כי המבוא לחוקת ארצות-הברית הוא בעל משמעות פחותה משל חלקיה האחרים של החוקה, או שהוא אינו חלק מחייב מהחוקה, אלא אך כי לפרט אין זכויות חוקתיות הנגזרות ישירות מן החוקה. נקבע כי הזכויות שבמבוא לא ניתנו לאינדיבידואלים אלא ל“חברה כולה ולדורות הבאים” (Ourselves and our Posterity). למעמד המשפטי של המבוא לחוקה האמריקנית ראו: [http://www.conlaw.org] (last visited on 1.4.05)

דוגמה למודל הפרשני ניתן למצוא **במבוא לחוקת דרום-אפריקה**. המבוא קובע שהריבון הוא אוכלוסיית דרום-אפריקה, מציג היבטים היסטוריים בעברה, מדגיש את הגיוון שבה (United in our Diversity) ומסיים באזכור האל (May God protect our people). החלק המהותי של המבוא קובע כי מטרת החוקה הן:

“Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights; Lay the foundations for a democratic and open society in which government is based on the will of the people and every citizen is equally protected by law;

Improve the quality of life of all citizens and free the potential of each person; and Build a united and democratic South Africa able to take its rightful place as a sovereign state in the family of nations”.

המבוא לחוקת דרום-אפריקה הכניס לפרשנות החוקתית המונהגת בה יסודות ערכיים. פרשנות מגילת זכויות האדם החוקתית נעשית בהתאם לעקרונות של "חברה חופשית ודמוקרטית"⁷⁹. בתי המשפט, ובית המשפט החוקתי בפרט, מעניקים למבוא לחוקת 1996 מעמד פרשני מנחה בפרשנות החוקה והחקיקה. בחוקת דרום-אפריקה יש אף סעיף המחייב להתייחס "לרוח החוקה ותכליתה" בפרשנות של כל דבר חקיקה או בפיתוח המשפט המקובל⁸⁰. המבוא אמנם אינו מחייב משפטית, אך הוא כלי עזר פרשני מייעף רב-השראה; פנייה אל המבוא תיעשה בדרך כלל כמפלט אחרון, כאשר יש שאלה פרשנית ומוצו הדרכים הפרשניות האחרות⁸¹.

גם למבוא לחוק המייסד **באוסטרליה**⁸², הנחשב בעיני רבים לחוקת המדינה, ניתן מעמד של כלי עזר פרשני, אם כי בהיקף קטן יחסית. האבות המייסדים התכוונו שיהא למבוא מעמד פרשני⁸³. בפועל העניק בית המשפט העליון באוסטרליה למבוא מעמד משפטי שולי יחסית⁸⁴ (ולו בשל העובדה שהוא לא כולל כמעט אף תנאי מהותי שניתן לעשות בו שימוש פרשני)⁸⁵, בדרך כלל בנוגע ליישום עקרון השוויון באופן אחיד בין מדינות הפדרציה. באחד המקרים פסל בית המשפט העליון חוק שחוקק באחת המדינות, שקבע עונשים פליליים שונים לאסירים ובכך הפלה אסירים של מדינה אחת ביחס למדינות אחרות בפדרציה. בית המשפט קבע כי תושבי אוסטרליה הסכימו להתלכד בפדרציה מאוחדת אשר בה יש לנהוג בשוויון כלפי תושבי המדינות השונות בה⁸⁶.

השימוש במבוא לחוקה ככלי עזר בפרשנות חוקתית שכיח במדינות באירופה, לרוב בהקשר לזכויות מיעוטים. **באסטוניה**, למשל, המבוא לחוקה – שבו מתחייבת אוכלוסיית אסטוניה לשמור על הזהות האסטונית ועל תרבותה בדורות הבאים – שימש את בית המשפט העליון על מנת לאשר חוקתיות של חוק שדרש שליטה מספקת בשפה האסטונית כתנאי למימוש הזכות להיבחר למועצה מקומית. בית המשפט קבע שהשפה הרשמית במדינה היא אסטונית וכי יש לכך הצדקה בהתאם למבוא לחוקה, הקובע שאחת מחובות המדינה היא להנציח את הזהות הלאומית האסטונית⁸⁷.

לחוקה נקרא יחד עם חלקים אחרים בחוקה, כגון התיקון התשיעי לחוקה⁷⁰. נפסק כי המבוא לחוקה אינו מחייב משפטית אלא מהווה מסמך יסוד המבטא את השאיפות החוקתיות של האבות המייסדים. יש לכך מספר חריגים⁷¹: **ראשית**, לעתים בתי המשפט מפנים למבוא לחוקה במקרים שבהם רוצים לציין כי הריבון הוא העם (אם כי גם אז לרוב מדובר באזכור השראתי וסימבולי ולא כמקור משפטי). **שנית**, בכמה מקרים הפנו בתי המשפט למבוא לחוקה כדי לתת הגנה חוקתית לפעולות בסוגיות ביטחוניות הנעשות ל"הגנת הציבור". במקרים אלו שימש המבוא לחוקה כמקור משפטי המעניק הגנה חוקתית לממשל. **שלישית**, במקרים יוצאי דופן התייחסו בתי המשפט לחלקי השונים של המבוא לחוקה כמחייבים משפטית. **רביעית**, למבוא לחוקה יש השפעה עקיפה על פסיקות בתי המשפט מבחינת רוח החוקה וערכיה, כך שגם אם אין אזכור או ציטוט מפורש הרי שלמבוא לחוקה השפעה עקיפה שחלחלה לשיח החוקתי גם באופן תת-הכרתי.

מדינה נוספת שבה אין למבוא לחוקה מעמד משפטי מחייב היא **קנדה**. המבוא הקצר לצירטר הקנדי קובע כי החוקה מושתתת על שני עקרונות יסוד: שלטון החוק ועליונות האל⁷². המבוא אינו נהנה ממעמד משפטי בבתי המשפט⁷³, ואף אנשי אקדמיה בולטים התנגדו להעניק לו מעמד משפטי מחייב⁷⁴, בין השאר בשל הסתירה הלכאורית בין "עליונות האל" לבין "שלטון החוק", וכן בשל היותו מנוגד לכאורה לסעיפים אחרים בצירטר כגון הגדרתה של קנדה כ"חברה חופשית ודמוקרטית"⁷⁵. בפסיקה ניתן למצוא התייחסות למבוא כאל "אות מתה" (Dead Letter) בצירטר הקנדי⁷⁶. לא אחת מופנן יחס מזלזל באשר למעמד המבוא ולתוכנו: נטען כי מדובר במבוא שטחי, המצמצם את החירויות המעוגנות בחוקה, שאין להשתמש בו, גם לא ככלי פרשני⁷⁷. קנדה היא אפוא דוגמה למדינה שבה המבוא לחוקה לא משקף את ערכי היסוד של המדינה, ולו אף ברמה הטקסטית⁷⁸.

בהתאם למודל הפרשני, המבוא לחוקה הנו מסמך מכונן ומרכיב רב-השראה בשיקוף חזונו של עם ושל ערכי יסוד במדינה. לפיכך מוענק לו מעמד פרשני מנחה

2. המודל הפרשני

המבוא לחוקה הנו מסמך מכונן ומרכיב רב-השראה בשיקוף חזונו של עם ושל ערכי יסוד במדינה. הוא מגבש מוסכמות יסוד חוקתיות. לפיכך מוענק לו מעמד פרשני מנחה, ובתי משפט יכולים לשאוב מתוכו עקרונות יסוד בפרשנות חוקתית. על הפרשנות החוקתית לעלות בקנה אחד עם מטרת-העל וערכי היסוד של מדינה כפי שנקבעו במבוא לחוקה. במקרה של כמה אפשרויות פרשניות יש להעדיף את האפשרות הפרשנית המתיישבת עם האמור במבוא. זהו מעין "מצפן חוקתי" אשר ניתן לגבור עליו על ידי חקיקה ברורה ומפורשת.

77 מגנד, במקרה אחר, הכריז בית המשפט העליון כבלתי חוקתי על חוק שאסר על אזרחים אסטונים לשנות את שם משפחתם משם אסטוני לשם שאינו אסטוני, חרף האמור במבוא לחוקה⁸⁸. במקדוניה, אישר בית המשפט הגבולות על חופש ההתאגדות הפוליטית מכיוון שפעילויות מסוימות נתפסו כמנוגדות למבוא לחוקה; בית המשפט קבע כי אין לאפשר התאגדות פוליטית שמטרתה המוצהרת הגלויות מנוגדות לזכות ההגדרה העצמית של העם המקדוני כפי שנקבעה במבוא לחוקה⁸⁹. במקרה אחר הסתמך בית המשפט על המבוא לחוקה על מנת להכריע באשר לחוקתיות השימוש בדגלי הלאום של מיעוטים לאומיים במקדוניה, בתחומי שיפוט של רשויות מקומיות המצויות תחת שלטון עצמי של המיעוט⁹⁰.

באוקראינה, השתמש בית המשפט במבוא לחוקה – הכולל מוטיבים לאומיים – על מנת לאשר את חוקתיות השימוש בשפה האוקראינית כשפה רשמית המחייבת את כלל השלטון המרכזי והמקומי ואת מערכת החינוך וכן להגביל את השימוש הרשמי, בנסיבות מסוימות, בשפות לאומיות אחרות, כגון רוסית⁹¹. במקרה אחר שימשה ההכרזה במבוא לחוקה שאוקראינה היא מדינה סוציאלית בסיס פרשני להגנת הזכות למינימום קיום אנושי. ברפובליקה של **בוסניה-הרצגובינה**, המחולקת בהתאם להסכם דייטון (1995) לשתי ישויות נפרדות – הפדרציה המוסלמית-קרואטית (Federacija Bosne i Hercegovine) והרפובליקה הסרבית (Republika Srpska)⁹², פסל בית המשפט החוקתי חלק מהמבוא לחוקת הרפובליקה הסרבית בשל הסתירה בינו לבין המבוא לחוקת בוסניה-הרצגובינה⁹³. בית המשפט החוקתי הכריז (ביולי 2000) כלא חוקתיים על סעיפים 1, 2, 3 ו-5 למבוא לחוקת הרפובליקה הסרבית מאחר שהם כללו הצהרות סרביות לאומיות המנוגדות להסכם דייטון ולמבוא לחוקת המדינה⁹⁴. בית המשפט ראה באזכורים

Gibson, *supra* note 74, at pp. 65–66 77
 לביקורת על גישה זו ולהצעה לדרכים ליישוב שני העקרונות – עליונות האל ושלטון החוק 78
 – ראו: D.M. Brown “Freedom From Or Freedom For?: Religion As A Case Study In Defining The Content Of Charter Rights” 551 *U.B.C. L. Rev. Soc.* (2000) 560–563, 615.
 L.M.D. Plessis “The Evolution of Constitutionalism and the Emergence of a Constitutional Jurisprudence in South Africa: An Evaluation of the South African Constitutional Court’s Approach to Constitutional Interpretation” 62 *Sask. L. Rev.* 299 (1999) 314–315, 321–322 79
 סי 39 (ג) לחוקת דרום-אפריקה.
 Plessis, *supra* note 79 80
 The Commonwealth of Australia Constitution Act (1900) 81
 “(The preamble) may be of valuable and potent effect in the Courts of the Commonwealth, aiding in the interpretation of words and phrases which may now appear comparatively clear, but which, in time to come, may be obscured by the raising of unexpected issues and by the conflict of newly emerging opinions” 82
 Quick & Garran מציניים בהקשר זה כי: “The preamble” 83
 “(The preamble) may be of valuable and potent effect in the Courts of the Commonwealth, aiding in the interpretation of words and phrases which may now appear comparatively clear, but which, in time to come, may be obscured by the raising of unexpected issues and by the conflict of newly emerging opinions” 84
 McKenna, “First Words: A Brief History of Public Debate on a New Preamble to the Australian Constitution 1991–1999”, *supra* note 44 85
 תפקיד פרשני מרכזי יש גם ל”מבוא” של החקיקה הרגילה באוסטרליה, בדרך כלל כאשר קיימת עמימות בלשון החוק. על התפקיד הפרשני של המבוא לחקיקה בפרשנות חקיקתית באוסטרליה ראו: A. Winkel “The Contextual Role of a Preamble in Statutory Interpretation” 23 *Melbourne Univ. L. Rev.* (1999) 184, 188 86
Leath v. Commonwealth 174 C.L.R. 455 (1992) יצוין כי תפיסה זו של השוויון נדחתה על ידי בית המשפט העליון במקרה אחר – ראו: *Kruger v. Commonwealth* 190, C.L.R. 455, 486 (1997) 87
 EST-1998-3-007, *Riigi Teataja I (Official Gazette)*, 1998, 98/99, Article 1618 ראו: [http://codices.coe.int] (last visited on 16.5.05) “מאגר ה-CODICEC”. 88
 במקרה זה דובר באזרחית אסטונית שנישאה וביקשה להוסיף לשם משפחתה החדש את שם משפחתה מלפני הנישואין. שר הפנים סירב לאפשר זאת בהתבסס על הוראת סעיף 11 ל-Surnames Act 1934. בית המשפט מצא כי הסעיף מפר את סעיפים 19 ו-26 לחוקה האסטונית, אינו מידתי ולכן בטל. נקבע כי שמירה על זהות לאומית אסטונית, כפי שנדרש במבוא לחוקה, אינה יכולה למנוע את הוספת שם המשפחה מלפני הנישואין. ראו: EST-2001-2-004, *Riigi Teataja III (Official Bulletin)*, 2001, 15, Article 154 (2003/2). 4.3 פסק הדין מתומצת ומתורגם לאנגלית, ראו: מאגר ה-CODICES.
 MKD-2001-1-004, *Sluzben vesnik na Republika Makedonija (Official Gazette)*, 27/2001 ראו: מאגר ה-CODICES. יצוין כי פסיקה זו, והפסיקה שלהלן, הייתה בטרם התקוין שהוכנס למבוא לחוקת מקדוניה בנובמבר 2001. 89
 MKD-1998-3-007, *Sluzben vesnik na Republika Makedonija (Official Gazette)*, 59/98 ראו: מאגר ה-CODICES. 90
 UKR-2000-1-002, *Ophitsiyniy Visnyk Ukrayiny (Official Gazette)*, 4/2000 ראו: מאגר ה-CODICES. 91
 להסכם המסגרת לשלום בבוסניה-הרצגובינה ראו באתר: [http://www.ohr.int/dpa/default.asp?content_id=380] (last visited on 1.4.05) 92
 סי VI(3) לחוקת הרפובליקה של בוסניה-הרצגובינה מאפשר לבית המשפט החוקתי סמכות לפסול כל הוראה המצויה בחוקות של שתי ישויות הרפובליקה המנוגדות להוראת חוקת הרפובליקה של בוסניה-הרצגובינה. על בסיס זה בית המשפט החוקתי בוחן כל סעיף בחוקות שתי הישויות המרכיבות את המדינה, ובכלל זה המבוא לחוקתן, אם הוא בהתאם לחוקת המדינה. סעיף בחוקה הפנימית, או במבוא לחוקה, הסותר סעיף בחוקת המדינה, יוכרז כבטל. 93
 כמו כן, הכריז בית המשפט על מספר סעיפים בחוקת הרפובליקה הסרבית כלא חוקתיים בשל היותם מנוגדים לחוקת המדינה. נפסק שהמבוא לחוקת הרפובליקה הסרבית העוסק ב”זכויות העם הסרבי”, יחד עם סעיפים נוספים בחוקה הסרבית – סעיף 7 לחוקה המעגן את הסרבית כשפה רשמית וכן סעיף 3(28) העוסק במעמד הכנסייה האורתודוקסית – מעניקים לעם הסרבי זכויות יתר על פני העם הבוסני והעם הקרואטי, ולכן פסולים מחמת גניעתם בחוקת בוסניה-הרצגובינה. 94

70 ראו: G.P. Carrasco & C.P. Rodino “Unalienable Rights”, *The Preamble and The Ninth Amendment: The Spirit of The Constitution* 20 *Seton Hall L. Rev.* (1989–1990) 498, 503–509, 516. התקוין התשיעי לחוקת ארצות-הברית נועד להגביל את החקיקה הפדרלית הפוגעת בזכויות הפרט. התקוין קובע כי “פירוט של זכויות מסוימות בחוקה, איך לפרשו כאילו בא לשלול או לרועז מזכויות אחרות שבני החברה מחזיקים בהן” לפי הטענה, מבין הייצויות האחרות שבני החברה מחזיקים בהן” ניתן להצביע גם על זכויות המעוגנות במבוא לחוקה האמריקנית.
 Handler, Leiter & Handler, *supra* note 66, at pp. 120–121, 131, 151–153 71
 והמקורות הנזכרים שם.
 המבוא לצירטר הקנדי קובע: “Whereas Canada is founded upon the principles that recognize the supremacy of God and the rule of law” 72
 לצירטר לא כללה מבוא. המבוא הוכנס לראשונה לצירטר באפריל 1981, בשלב המאוחר של הליכי החקיקה. ראו: P.W. Hogg *Canada Act 1982 Annotated* (Toronto, 1982).
 R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, 178; Zylberberg v. Sudbury Board of Education, [1988] 65 O.R. (2d) 641 (C.A.) 657; R. v. Sharpe, [1999] B.C.J. No. 1555 (להלן: Sharpe case). 73
 D. Gibson *The Law of The Charter: General Principles* (Toronto, 1986) 65; Hogg, *supra* note 72, at p. 9 74
 נטען כי המרכיב של עליונות האל במבוא לצירטר הקנדי מנוגד להיותה של קנדה “חברה חופשית ודמוקרטית” (The Canadian Charter § 1), לזכות החוקתית לחופש הדת והמצפון (The Canadian charter § 2(a)) וכן לרכיב של שלטון החוק המעוגן במבוא לחוקה. Sharpe case, *supra* note 72 76

לחוקת המדינה המייסדת שתי רפובליקות עצמאיות שהן ישויות מדיניות (Entities) אך לא "שתי מדינות לאומיות נפרדות"⁹⁶. יצוין כי מעמד של כלי עזר בפרשנות חוקתית הוענק למבוא לחוקה במדינות נוספות באירופה, דוגמת **ליטא**⁹⁷, וכן במדינות מחוץ לאירופה, כגון **יפן**, שבה עיגון ערך השלום במבוא לחוקה מאוזכר בפסקי דין העוסקים בסוגיות של ביטחון לאומי⁹⁸.

3. המודל החוקתי העצמאי

המבוא לחוקה הנו חלק אינטגרלי מן החוקה ומהווה את בסיסה המוסרי והערכי. במבוא תמצית עקרונות וערכי היסוד של מדינה ופירוט מטרות-העל שלשמן כוננה החוקה. כזוהי יש ליתן לו תוקף ומשמעות משפטית עצמאית מחייבת (בדומה לחוקה גופה). כך, למשל, אם המבוא מעגן זכויות יסוד שאינן מופיעות בחוקה, או אז לאלו יוענק מעמד חוקתי עצמאי, כאילו נמנו הן בגוף החוקה, הואיל והמבוא לחוקה הוא חלק בלתי נפרד מהחוקה. דוגמה למודל החוקתי העצמאי ניתן למצוא **בצרפת**. המבוא לחוקה

של הרפובליקה החמישית (1958) קובע:

"The French people hereby solemnly proclaim their dedication to the Rights of Man and the principle of national sovereignty as defined by the Declaration of 1789, reaffirmed and complemented by the Preamble to the 1946 Constitution"⁹⁹.

האבות המייסדים של חוקת הרפובליקה החמישית לא כללו בחוקה מגילת זכויות אדם, בין היתר מסיבות פוליטיות של היעדר הסכמה על מהות הזכויות, טעמים פילוסופיים על אודות תפקיד החוקה וחשש מביקורת שיפוטית¹⁰⁰. תחת זאת הם כתבו מבוא לחוקה המפנה לזכויות האדם שהוכרו בהצהרת זכויות האדם והאזרח שניתנה בתום המהפכה הצרפתית (1789) וכן למבוא לחוקת הרפובליקה הרביעית (1946). למבוא לחוקת 1958 לא היה תוקף משפטי מחייב, והוא לא נחשב לחלק אינטגרלי מהחוקה עד ל-16 ביולי 1971 – אז הכירה המועצה החוקתית בתוקפו המחייב ובהיותו מקור עצמאי לזכויות אדם ואזרח¹⁰¹. המועצה החוקתית פסקה, לראשונה, כי חוק שנחקק על ידי הפרלמנט הצרפתי אינו חוקתי בשל היותו סותר את חופש ההתאגדות שהנו "עקרון בסיס מוכר על ידי חוקי הרפובליקה". עיקרון בסיסי מוכר זה עוגן במבוא לחוקת 1946, שאומץ במבוא לחוקת 1958. למעשה, קבעה המועצה החוקתית בפסק דין זה ובפסקי הדין שלאחריו מספר קביעות חשובות:

ראשית, נקבע כי למבוא לחוקת 1946 יש מעמד משפטי מחייב, והוא מהווה מקור עצמאי לזכויות. המעניין הוא שלמבוא זה לחוקה לא היה בתקופתו כל מעמד משפטי, כך שלמעשה המועצה החוקתית העניקה למבוא לחוקת הרפובליקה הרביעית, דרך אזכורו במבוא לחוקת 1958, מעמד משפטי גבוה יותר משהיה לו בתקופת קיומה של חוקת הרפובליקה הרביעית. התוצאה היא שכל חוק שנחקק בפרלמנט צריך להיבחן לפי מבחנים משפטיים של שלושה מסמכים חוקתיים: חוקת 1958, המבוא לחוקת הרפובליקה הרביעית והצהרת זכויות האדם והאזרח; לאחרונים ניתן מעמד משפטי מחייב מאחר שהם נקלטו בחוקת הרפובליקה החמישית.



צילום: Photos

בהתאם למודל החוקתי העצמאי, המבוא לחוקה הנו חלק אינטגרלי מן החוקה ומהווה את בסיסה המוסרי והערכי. במבוא תמצית עקרונות וערכי היסוד של מדינה ופירוט מטרות-העל שלשמן כוננה החוקה

מסוימים במבוא לחוקת הרפובליקה הסרבית – כגון "זכות העם הסרבי", "עצמאות מדינית" ואזכור "מעמד המדינה" – כסותרים את המבוא לחוקת בוסניה-הרצגובינה וכפוגעים במעמד החוקתי של הבוסנים ושל הקרואטים⁹⁵. בית המשפט הכריז גם כלא חוקתי על סעיף 1 במבוא לחוקת הרפובליקה הסרבית שעסק ב"מדינת העם הסרבי וכל אזרחיה"; נפסק שסעיף זה מנוגד

שנית, כל הזכויות המעוגנות במסמכים החוקתיים המוזכרים במבוא לחוקת 1958 – הצהרת זכויות האדם והאזרח והמבוא לחוקת הרפובליקה הרביעית – הן זכויות חוקתיות שחוקת הרפובליקה החמישית מכירה בהן באופן מלא באמצעות אוזרון במבוא, ומאמצת אותן. יש להן עצמה חוקתית עצמאית. כך לגבי זכויות אינדיבידואליות המנויות בהצהרת זכויות האדם וכך לגבי זכויות קיבוציות המנויות במבוא לחוקת 1946. במקרה של סתירה בין הזכויות האינדיבידואליות לבין הזכויות הקיבוציות, ידן של הזכויות האינדיבידואליות על העליונה¹⁰². כך הוכרו כזכויות חוקתיות, הגם שאינן מנויות במפורש בחוקת 1958, חופש התאגדות, הזכות לפרטיות, הזכות לחינוך¹⁰³, חופש המצפון, חופש התנועה, חופש העיסוק והזכות להליך הוגן (Due Process)¹⁰⁴.

שלישית, חלק מן הזכויות החוקתיות שהוכרו בפסיקה – דוגמת חופש ההתאגדות – לא אוזכרו בהצהרת זכויות האדם והאזרח ואף לא במבוא של חוקת 1946. זכויות אלו אומצו מכוח הדוקטרינה של "העקרונות הבסיסיים המוכרים על ידי חוקי הרפובליקה". דוקטרינה זו אוזכרה במבוא לחוקת 1946, וכיוונה למספר חוקים יסודיים שנתקבלו במהלך התקופה של הרפובליקה השלישית, כגון: חוק העיתונות (1881), חוק האיגודים המקצועיים (1884), חוק האיגודים וחופש ההתאגדות (1901) וחוק הפרדת הדת מן המדינה (1905)¹⁰⁵. וכך יוצא שזכויות שלא אוזכרו במבוא לחוקת 1946 או בהצהרת זכויות האדם, והמועצה ראתה לנכון להכיר בהן בנסיבות מסוימות, הוכרו בחוקת 1958, וזאת באמצעות דוקטרינת "עקרונות בסיסיים" (שהוכרו על ידי המחוקק הצרפתי), כפי שאוזכרה במבוא לחוקת 1946. יש בכך אקט פרשני מעניין, שבו ניתן בדיעבד למבוא לחוקת 1946 מעמד משפטי מחייב, ולא זו בלבד אלא אף ניתן מכוחו מעמד מחייב לחקיקה רגילה שהיא בבחינת "עקרונות בסיסיים ברפובליקה".

דוגמה מעניינת מצויה גם במבוא לחוקה בהודו. המבוא כולל שלושה חלקים¹⁰⁶: חלק הצהרתי שבו אוכלוסיית הודו מצהירה על כינון חוקה באמצעות האסיפה המכוננת; חלק עקרוני שבו אוכלוסיית הודו מחליטה על ייסוד הודו כרפובליקה דמוקרטית, ריבונית, חילונית וסוציאליסטית; חלק מחייב שבו אוכלוסיית הודו מתחייבת להעניק לכל אזרחיה ארבע תכליות על – צדק, חירות, שוויון וקידום אחווה¹⁰⁷. בית המשפט העליון בהודו קבע כי המבוא לחוקה הוא "המפתח להבנת החוקה וכוונת מייסדיה", חלק עצמאי בחוקה ובעל תפקיד מרכזי בפרשנות של הוראותיה ודברי חקיקה. הללו צריכים להתפרש ברוח האידיאלים שבמבוא. עם זאת, נקבע גם כי המבוא אינו יכול לשעצמו להעניק לממשלה סמכויות נוספות, או להטיל מגבלות נוספות על אלו המנויות במפורש בחוקה¹⁰⁸.

במהלך השנים העניקו בתי המשפט בהודו למבוא לחוקה תפקיד עליון בפרשנות חוקתית וחקיקתית ובעיצוב צביונה של המדינה. לפי גישה זו המבוא לחוקה הוא המבנה הבסיסי ביותר של החוקה ולכן חוק או אקט מנהלי המנוגד למבוא לחוקה כפוף לביקורת שיפוטית ועלול להיות מוכרז כבטל¹⁰⁹. בית המשפט העליון נשען על המבוא בקבעו כי כל הסמכויות החוקתיות שואבות כוחן ישירות מאוכלוסיית הודו – הריבון¹¹⁰; הוא יצק

תוכן למשמעותה של הודו כרפובליקה סוציאליסטית¹¹¹; הכיר באפשרות הלאמה של תעשיות פרטיות לשם השגת שוויון וצדק כאמור במבוא¹¹²; והעניק זכות חוקתית לצדק חברתי וכלכלי בהסתמך על המבוא לחוקה¹¹³. נקבע גם כי מפלגה דתית הפועלת בבחירות, בהצהרותיה או במעשיה, לכרסום חילוניותה של הודו, מפרה את הוראות המבוא לחוקה; כל פעילות ממשלתית שמטרתיה דתיות, מנוגדת למבוא לחוקה ולכן עלולה להיפסל¹¹⁴.

באשר לתיקון המבוא, בפסיקה הובעה דעה שלפיה המבוא לחוקה אינו הוראה חוקתית רגילה, ולכן לא ניתן לתקנו כשם שמתקנים את הוראות החוקה. דעה נוספת גרסה כי החלק המחייב במבוא – המבטיח צדק, חירות, שוויון וקידום אחווה – הוא "משפט טבעי" נחש שאין להפר, גם

95 בית המשפט פסק כי העיסוק ב"זכויות העם הסרבי" בבוסניה-הרצגובינה בעייתי, הואיל והסכם דייטון וחוקת המדינה קובעים כי לכל שלושת העמים – לבוסנים, לקרואטים ולסרבים – יש זכויות שוות בכל שטחה של בוסניה-הרצגובינה.

96 BIH-2000-3-003, *Sluzbeni List Fed. BiH (Official Gazette of the Federation of Bosnia and Herzegovina)*, מאגר ה-CODICES.

97 LTU-2003-2-004, *Valstybes Zinios (Official Gazette)*, 27-1098, 19.03.2003; LTU-2000-2-005, *Alstybes zinios (Official Gazette)*, 39-1105, 12.05.2000. ראו: מאגר ה-CODICES.

98 ראו: [http://pandora.nla.gov.au/nph-arch/1999/O1999-Dec-15/] (last visited on 1.4.05).

99 "Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946" [http://confinder.richmond.edu/#E] (last visited on 1.4.05).

100 M. Troper "Judicial Review and International Law" 4 *San Diego Int'l L. J.* 39, 50-53 (2003).

101 להחלטת המועצה החוקתית ראו ק' קליין "ביקורת על חוקתיות של חוקים בצרפת" עיוני משפט ב (תשלי"ב) 711, 715; ק' קליין "ביקורת שיפוטית על חוקיותם שלחוקים בצרפת – התפתחויות חדשות" עיוני משפט ה (תשלי"ו) 60.

102 ראו המידע על המבוא לחוקת צרפת באתר האינטרנט: [http://www.hrcr.org/] (last visited on 1.4.05).

103 לעניין זה ראו יי רבין **הזכות לחינוך** (תשס"ב) 213-215, 226-238, 239-245, 246-245.

104 לעיל הערה 102; Troper, *supra* note 100.

105 קליין, "ביקורת על חוקתיות של חוקים בצרפת", לעיל הערה 101, בע' 715.

106 למבוא לחוקת הודו ראו בהרחבה: Lahoti, *supra* note 10.

107 המבוא המקורי לחוקה אומץ ב-17 באוקטובר 1949. הוא תוקן ב-1977, והוספו לו המילים "חילונית" ו"סוציאליסטית" כתיאור לצביונה של הודו. *ibid.*, at pp. 18-21.

108 *Kesavanada Baharati v. State of Kerala*, *ibid.*, at pp. 63-77, 63-78 (1973) 4 S.C.C. 225.

109 *S.R. Bommai v. Union of India*, (1994) 3 S.C.C. 1. *ibid.*, at pp. 54-55.

110 *Union of India v. Madan Gopal*, (1954) S.C.R. 541.

111 Lahoti, *supra* note 10, at pp. 80-86; *Samatha v. State of A.P.*, (1997) 8 S.C.C. 191.

112 *Akadasi Padhan v. State of Orissa*, (1963) supp. (2) S.C.R. 691.

113 *Valasamma Paul v. State of Rajasthan*, (1997) 6 S.C.C. 241; *Muir Mills. Co. Ltd. V. Suti Mills Mazdoor Union*, (1955) 1 S.C.R. 991; *Murlidhar Dayandeo Kesekar v. Vishwanath Pandu Barde*, (1995) Supp (2) S.C.C. 549.

114 Lahoti, *supra* note 10, at pp.55-56.

היסוד של האדם בישראל ברוח העקרונות שבהכרזת העצמאות. פסקאות אלו עוגנו גם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. וכך קובעים סעיפים 1 ו-1א' לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוק-יסוד: חופש העיסוק¹²⁶:

1. "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

א. "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". תיקון זה שהוכנס לחוק-היסוד בשנת 1994, ונושא את הכותרת "עקרונות יסוד" ו"מטרה", תואם את מרבית הדרישות המהותיות הנדרשות ממבוא לחוקה. אמנם אין מדובר במבוא פורמלי הממוקם בפתיח של החוקה ונושא את הכותרת "מבוא" (Preamble), אך מהותית זהו ללא ספק מעין מבוא לחוקה. ראשית, ניסוחו חגיגי והצהרתי כיאה לניסוחים של מבואות לחוקה במשפט המשווה. שנית, הפסקה ממוקמת בפתיח של חוק-היסוד העוסקים בזכויות האדם. שלישית, הפסקה קובעת את מטרת-העל של החוקה בישראל – נקבע בה כי חוק-היסוד מושתתים על "הכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין". רביעית, נקבעו ערכי-העל של מדינת ישראל – היותה מדינה יהודית ודמוקרטית. זוהי הצהרת כוונות ערכית ועיגון חוקתי של ערכי הבסיס שעליהם הוקמה ומושתתת המדינה. חמישית, הפסקה מעגנת בחוקה את המסמך המכונן של מדינת ישראל – הכרזת העצמאות. נקבע כי יש לכבד את זכויות האדם בישראל "ברוח העקרונות שבהכרזה". בכך מאמץ המחוקק הישראלי את זכויות היסוד שנקבעו בהכרזה על הקמת המדינה (כגון חירות, צדק, שלום, שוויון, חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות), ערכי היסוד של המדינה (כגון עלייה וקיבוץ גלויות), זכותה להגדרה עצמית כמדינה יהודית, נרטיבים היסטוריים של העם היהודי (הקשר ההיסטורי לארץ ישראל, השואה), אזכור המסמכים הבינלאומיים ששייעו להקמת המדינה (הצהרת בלפור) והצהרות במישור הבינלאומי (כ"ט בנובמבר), נאמנות לעקרונות שנקבעו במסמכים בינלאומיים, אזכור מונחים בעלי משמעות דתית ומסורתית (ספר הספרים הנצחי, נביאי ישראל, ביטחון בצור ישראל) ואזכור מקור הסמכות (חברי מועצת העם). שישיית, כיאה למבוא לחוקה, גם פסקאות עקרונות היסוד והמטרה זכו להסכמה רחבה בכנסת ולרוב חסר תקדים¹²⁷. בכך הן עונות כאמור על כלל היסודות המהותיים המופיעים במבוא לחוקה במשפט המשווה.

מסקנה זו באשר לתפקודה של פסקת עקרונות היסוד כמעין מבוא לחוקת ישראל איננה רק תוצאה של פרשנות תכליתית. ככלל, הייתה זו אף כוונת המחוקק. בהציגו את התיקון לחוק-היסוד בכנסת ציין ח"כ דן מרידור:

"היום אנחנו עושים צעד חשוב מאוד במהפך הקונסטיטוציוני שישראל החלה לעבור לפני שנתיים [...] בסעיף אחד יש חידוש [...] סעיף 1 להצעת חוק-יסוד [...] הוא קובע את התשתית הקונסטיטוציונית לזכויות האדם בישראל [...] זאת הפעם הראשונה שבחיקקה הישראלית, בחקיקת יסוד, נכנסת מגילת העצמאות לתוך החוק. כתוב כאן שהזכויות של האדם

לא על ידי תיקון החוקה¹¹⁵. בפועל ניתן לתקן את החוקה רק בתנאי שתיקון זה אינו מפר את המבנה הבסיסי של החוקה – וזה מצוי בעיקר במבוא.

ה. המבוא לחוקה במדינת ישראל

רבות נכתב על הטעמים ההיסטוריים לאי-כינון חוקה לישראל¹¹⁶. הדיונים הממושכים בממשלה¹¹⁷ ובכנסת¹¹⁸ לא הסתיימו בהסכמה באשר למידת נחיצותה של החוקה או, למצער, באשר לתוכנה הראוי. בכנסת התגבש רוב נגד רעיון חוקת יסוד¹¹⁹. חלף זאת העדיפה הכנסת לכונן חוקה בשלבים – חוק-יסוד שיוגשו לכנסת פרקים-פרקים, כאמור בהצעת הפרשה של ח"כ יזהר הררי¹²⁰. אחד הטעמים הידועים פחות בשיח הציבורי להיעדר ההסכמה על סוגיית החוקה הוא המבוא לחוקה. עיון בפרוטוקולים של ועדת החוקה, של הממשלה ושל הכנסת מעלה כי המבוא לחוקה – תוכנו ומעמדו – היה אחד מן הנושאים המרכזיים לאי-כינון חוקה ואחד הנושאים השנויים במחלוקת בשאלת החוקה. בפברואר 1950, בהציגו בכנסת את מסקנות הדו"ח המסכם של ועדת חוקה, חוק ומשפט בנושא החוקה, ציין יו"ר הוועדה – ח"כ נחום ניר-רפאלקס – כי המבוא לחוקה הוא אחד הקשיים היסודיים ביצירת חוקה¹²¹ וכי ללא הסכמה עליו ספק אם תהא חוקה לישראל. ח"כ יונה קוסוי (מפא"י) ציין כי:

בהנחה שיש לראות בחוק-היסוד חוקה, גם אם לא מושלמת, ניתן לומר שלמעשה כבר כיום יש לישראל מבוא לחוקה. מבוא זה הוא פסקת עקרונות היסוד ופסקת המטרה, המופיעים חגיגית בפתיח של חוק-היסוד

"בדיון זה על החוקה החרף הויכוח ביחס למבוא של החוקה, כלומר לגבי אותו חלק בתוכה שצריך לנסח את היסודות המוסריים, החברתיים והסוציאליים של חוקת המדינה. ויש בתוכנו אנשים הרואים את הצורך של החוקה בעיקר במבוא שלה [...] השאלה היא: כיצד נעשה זאת? הבית מחולק בדבר הזה לא רק מבחינת מדינה דתית או מדינה חילונית, אלא מבחינות רבות אחרות [...] העניין מסובך ומורכב, ואם נתחיל בניסוח המבוא יארך הדבר שנים על השנים [...] אם נצליח בניסוח המבוא, נשלים את בנינה של החוקה"¹²².

"המבוא המסוכן", כפי שכונה בכנסת, אשר "בגללו אין רוצים להחליט על עצם קבלת חוקה"¹²³, היה מכשול פוליטי משמעותי במוקד הדיון על חוקה לישראל. סיעות שונות רצו להתאים את תוכנו לאידאולוגיה שלהן¹²⁴. לפיכך היו שהציעו לכונן חוקה ללא מבוא או, לחלופין, להשאיר את ניסוח המבוא לסוף התהליך החוקתי. אין זה מפתיע אפוא כי הצעות חוקה לישראל אשר הוצעו במהלך השנים לא כללו בחלקן הצעת מבוא לחוקה¹²⁵.

ב-1994 כוננה הכנסת את חוק-יסוד: חופש העיסוק המתוקן. חוק-היסוד כלל, בין היתר, שתי פסקאות חשובות ורבות-משמעות שהכריזו, לראשונה, כי ערכיה של מדינת ישראל הם יהודית ודמוקרטית וכי יש לכבד את זכויות

בישראל כולן תכונתה ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת המדינה [...]. אני חושב שראוי לברך על המהפכה הזאת, שאנחנו ממשכיכים בה היום, הפעם בתמיכה רבה של הבית, משני קצותיו [...] עד היום שימשה מגילת העצמאות, לפי פסיקת בית המשפט, מדריך לבית המשפט כאשר הוא דן בתקנות של הממשלה, אבל לא כאשר הוא פוסל חוקים של הכנסת. היום קבענו גם את הקביעה הזאת [...] עקרונות המגילה היום הם קו מנחה לערכיה של המדינה"¹²⁸.

הנה כי כן, המחוקק עצמו ראה בהכנסתן של פסקאות "עקרונות היסוד" ו"מטרת חוקי היסוד" בישראל אקט קונסטיטוציוני חדש ורב-משמעות, הן ככלי משפטי חדש לביקורת שיפוטית והן כיסוד ערכי פותח לחוקה כולה. לפיכך, ובהנחה שיש לראות בחוקי-היסוד חוקה, גם אם לא מושלמת, ניתן לומר שלמעשה כבר כיום יש לישראל מבוא לחוקה. מבוא זה הוא פסקת עקרונות היסוד ופסקת המטרה, המופיעים חגיגת בפתח של חוקי-היסוד. ברי כי כאשר תכונן חוקה פורמלית בישראל כי אז ראוי שלחוקת המדינה יקדם מבוא עצמאי ונפרד. שהרי מקומו הטבעי של המבוא לחוקה איננו בפתח של שני חוקי-היסוד אלא במבוא לכלל חוקת ישראל העתידית. הנחתנו היא שבעתיד הקרוב תכונן חוקה לישראל. בימים אלו נדונה הסוגיה בוועדת החוקה. הדיונים נסבים בעיקר על תוכן החוקה. אחד הנושאים שלא הרבו לדון בו הוא המבוא לחוקה. זהו נושא חשוב ורב-משמעות בדיון עתידי על חוקה לישראל. **גישתנו מצדדת באימוץ העיקרים המצויים בהכרזת העצמאות כמבוא לחוקת ישראל**, זאת בהתבסס על הנוסח המצוי בסעיפים 1 ו-2 לחוקי-היסוד כבוד האדם וחופש העיסוק. כלומר יש להשתית את המבוא לחוקה על הכרזת העצמאות. זאת מטעמים משפטיים, היסטוריים, חברתיים ופראגמטיים.

ראשית, הניסיון במשפט המשווה – במדינות דוגמת אוסטרליה, מקדוניה וסלובקיה¹²⁹ – מלמד על הקושי הרב בניסוח מבוא חדש לחוקה שניתן יהיה לגבש סביבו הסכמה ציבורית רחבה, במיוחד כשמדובר בחברות שסועות ורב-תרבותיות כמו בישראל. הוכחה לקושי בגיבוש נוסח מקובל של מבוא לחוקה ניתן למצוא גם בדיוני המכון הישראלי לדמוקרטיה על אודות המבוא לחוקה לישראל, שכללו משתתפים המייצגים את מרבית רובדי החברה הישראלית¹³⁰. עיון בכתובים מעלה כי כמעט בלתי אפשרי להסכים כיום על הנוסח של המבוא לחוקה בישראל. כפי שהומחש לעיל, צביונו הפוליטי, הערכי וההיסטורי של המבוא לחוקה מקשה לגבש סביבו הסכמה רחבה.

שנית, הכרזת העצמאות היא מסמך יסודי מכונן המוסכם, בהשוואה לאופציות הסבירות האחרות, על מרבית הרבדים בחברה הישראלית. הניסיון במשפט המשווה מלמד, בין השאר, כי הסכמה היא רכיב הכרחי בגיבוש מבוא לחוקה, ובהיעדרה עלולה מדינה להתדרדר לשטעים, למחלוקות ולעתים למאבק אלים. על רקע זה ולאור הקושי המעשי בניסוח מבוא חדש מוסכם, ניצבת הכרזת העצמאות, בהשוואה לחלופות, במרכז הקונצנזוס. כך למשל המסקנה העיקרית מדיוני המכון הישראלי לדמוקרטיה היא שניתן לגבש הסכמה על הכרזת העצמאות כמבוא לחוקה. על כך הסכימו דתיים

115 בפסיקה נדונה השאלה אם תיקון המבוא לחוקה נעשה על ידי סעיף 368 לחוקה – שבו נקבע ההליך לתיקון החוקה. נקבע כי ניתן לתקן את המבוא לחוקה בדומה לתיקון החוקה. ראו: Lahoti, *supra* note 10, at pp.18–21, 43–46, 49.

116 אי צידון **בית הנבחרים: מורה נתיבי הכנסת בחקיקה ובמשפט** (מהדורה רביעית, תשכ"ו) 361.

117 **ישיבה מא/ש"ט של הממשלה הזמנית**, הנושא: "חוקת מעבר" (מי בשבת תש"ט, 2.2.1949); **ישיבה טז/ש"י של הממשלה**, הנושא: "עיבוד חוקה למדינה" (כ"ב כסלו תש"י, 13.12.1949) (להלן: **עיבוד חוקה למדינה**).

118 דיוני הכנסת, ועדת חוקה חוק ומשפט והצעות החוקה שנדונו פורסמו בחמש חוברות מסכמות בהוצאת המדפיס הממשלתי: חוברת א: **הדיון הכללי בישיבות הוועדה**; חוברת ב: **חוקה לישראל: הרצאה ודברי הסבר מאת יהודה פנחס כהן**; חוברת ג: **הרשות המחוקקת: דיונים וסיכומים**; חוברת ד: **הרשות המבצעת: דיונים וסיכומים**; חוברת ה: **ארגון המדינה: תזכירים והרצאות מאת אשר ויטה, היועץ המדעי של ועדת החוקה**.
119 ד"כ (תש"י) 1711–1722 (להלן: ד"כ).

120 "הכנסת הראשונה מטילה על ועדת חוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק-יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה". ראו ד"כ 5 (תש"י) 1743.

121 דברי הכנסת, **לעיל** הערה 119, בע' 10.

122 שם, בע' 784.

123 שם, בע' 802.

124 על הדיון בעניין המבוא לחוקה ראו שם, בע' 10, 726, 728, 731, 784, 801–802, 804, 1263–1262.

125 ראו ג' בכור **חוקה לישראל: סיפורו של מאבק** (תשנ"ו) 207–257; אי בנדור "חוקי-היסוד כבסיס לחוקה – הצעה לחוקת ישראל" **משפט וממשל** ה (תש"ס) 15–48 וכן ח' ה' כהן "הערות להצעת חוקה לישראל" **משפט וממשל** ה (תש"ס) 49–56. מנגד, הצעות החוקה של ב' אקצין וי' פנחס כהן כללו מבוא לחוקה. ראו י' פ' כהן **חוקה לישראל: הצעה ודברי הסבר** (תש"ט); ב' אקצין **סוגיות במשפט ובמדינות** (תשכ"ו) 158–218.

126 ב' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק הנוסח הוא זהה למעט הקביעה ש"חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק". לדיון בפסקת עקרונות היסוד ובמעמדה המשפטי ראו בניץ 4676/94 **מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל**, פ"ד (5) 28.

127 פסקת עקרונות היסוד שבחוק-יסוד: חופש העיסוק, ובה הפנייה להכרזת העצמאות, עברה בקריאה שנייה ברוב של 80 חברי כנסת בעד אל מול 1 נגד; פסקת המטרה שבחוק-יסוד: חופש העיסוק, המעגנת את ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית, עברה בקריאה שנייה ברוב של 78 חברי כנסת בעד אל מול 2 נגד. חוק-יסוד: חופש העיסוק התקבל בקריאה שלישית ברוב של 67 חברי כנסת בעד אל מול 9 נגד. כמו כן, גם התיקון לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משנת 1994, שהכניס לחוק-היסוד את פסקת עקרונות היסוד ופסקת המטרה, התקבל בקריאה שנייה ברוב גדול – 75 חברי כנסת בעד, ללא מתנגדים ונמנעים. ראו "הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק (קריאה שנייה ושלישית)", **כנסת ישראל**, 9 במרץ 1994 [www.knesset.gov.il].

128 "הצעת חוק-יסוד חופש העיסוק (קריאה שנייה ושלישית)", דברי הכנסת, הישיבה המאה תשעים ושמונה של הכנסת השלוש-עשרה, כ"ו באדר תשנ"ד, 9 במרץ 1994, **כנסת ישראל**. פורסם באתר הכנסת באינטרנט: [www.knesset.gov.il].

129 המבוא לחוקה הסלובקית (1992) מצהיר כי הרפובליקה הסלובקית היא מדינה אתנית עצמאית של האומה הסלובקית ולא של ארחי סלובקיה. המיעוט ההונגרי בסלובקיה התנגד למבוא הלאומי לחוקתה; מפלגת הקואליציה ההונגרית (HCP) דרשה לשנות את המבוא לחוקה מ-"We, the Slovak nation" אל "We, the citizens of the Slovak Republic". המבוא לחוקה נדון גם כאשר סלובקיה ביקשה להצטרף לנאט"ו ולאחר האירופי. ברם, התיקונים החוקיקטיים שנעשו בפברואר 2001 לא כללו את תיקון המבוא לחוקת סלובקיה. ראו: F. Daftary & K. Gal "The 1999 Slovak Minority Language Law: Internal or External Politics?" *Nation-Building, Ethnicity and Language Politics in Transition Countries* (Budapest, 1st ed., F. Daftary & F. Grin eds., 2003) 39, 43–45.

130 **סוגיית אופי המדינה והשלכותיה על החוקה – המבוא לחוקה** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003). וראו גם "הצעת מבוא לחוקה", **כנסת ישראל**, ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט למבוא לחוקה, 9 בנובמבר 2004. ראו: [http://knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2004-11-09-03.html] (last visited on 15.5.05).

העם הערבי תושבי מדינת ישראל". אולם בישראל מתגוררים מיעוטים לאומיים ואתניים נוספים (צירקסים, דרוזים ואחרים) וקהילות נוצריות קטנות שאינן ערביות. **חמישית**, הכרזת העצמאות מדגישה בעיקר את זכות הפרט, אך יש לתת ביטוי גם לתפיסה המודרנית המאפשרת לפרט, במיוחד זה הנמנה עם קבוצת המיעוט, לבטא את עצמו גם באמצעות מסגרות קבוצתיות לאומיות, דתיות ולשוניות. **שישית**, להכרה במיעוט הלאומי ערבי ובמיעוטים נוספים יש חשיבות רבה במישור ההצהרתי והבינלאומי.

באשר לצביונה של המדינה: בהכרזת העצמאות לא מוזכר במפורש כי ישראל היא מדינה דמוקרטית. ברבות השנים השתרשה במשפט הישראלי התפיסה הדואלית, שלפיה ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. כיום תפיסה זו מעוגנת בפסקת "עקרונות היסוד" וב"פסקת המטרה" שהוכנסו בתיקון לחוקי-היסוד בשנת 1994. אך המקום הטבעי לעיגון צביונה וזהותה של המדינה אינו בחוקי-היסוד העוסקים בזכויות אדם ואף לא בסעיפי החוקה, אלא במבוא לחוקה – הקובע היבטים היסטוריים בעברה של מדינה, ערכי יסוד, עקרונות ליבה וצביון. יודגש שהצביון הלאומי-יהודי במבוא לחוקה עומד בסטנדרטים המקפידים של האיחוד האירופי, ובו במדינות לא מעטות יש במבוא לחוקה נרטיבים לאומיים מובהקים הקובעים כי המדינה שייכת לאומה או לקבוצה אתנית מסוימת. כך, למשל, סלובקיה לא נדרשה להכניס שינוי במבוא לחוקתה עת הצטרפה לאיחוד האירופי¹³³. הנה כי כן, הצעתנו דוגלת באימוץ הכרזת העצמאות כבסיס למבוא לחוקה בישראל. זאת במקביל לשתי הסתייגויות לתוכן ההכרזה שיש להוסיפן – האחת עניינה בעדכון המעמד המשפטי של המיעוטים בישראל וזכויותיהם, והאחרת עניינה בעיגון הצביון היהודי-דמוקרטי של המדינה. על מנת שלא לפתוח את נוסח הכרזת העצמאות לשינויי תכנים – אפשרות שסביר כי תוביל למחלוקות רבות ותקשה על גיבוש הסכמה¹³⁴ – ראוי שלא לאמץ את הנוסח המלא של הכרזת העצמאות כמבוא לחוקה; די באזכורה ובהפניה אליה במבוא לחוקה, בדומה למהות ההסדר שבמבוא לחוקה הצרפתית. עדיף להותיר נוסח קצר – אך חשוב וממצה – בדומה לנוסח התמציתי המופיע בפתח של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק (ובכפוף להוספת פסקה באשר למיעוטים), על פני אימוץ הנוסח המלא והמפורט של הכרזת העצמאות. להלן דוגמה לנוסח מבוא לחוקה ברוח זו:

חוקת מדינת ישראל מושתתת על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והיא תכונת ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית, ותוך כיבוד המיעוט הלאומי-ערבי ומיעוטים נוספים היושבים בישראל¹³⁵.

שאלה היא, מהו המעמד הנורמטיבי הראוי למבוא לחוקה בישראל. לדעתנו, יש להעניק למבוא לחוקה בישראל, ובכלל זה להכרזת העצמאות המהווה חלק בלתי נפרד ממנו¹³⁶, מעמד משפטי מחייב; מקור עצמאי לזכויות אדם ולערכי יסוד, כפי שנעשה הדבר כאמור בצרפת – שבה יש מבוא לחוקה קצר ודומה במהותו לישראל. המשמעות של מעמד נורמטיבי

וחילונים, יהודים וערבים¹³¹. זאת ועוד, הכרזת העצמאות היא מסמך משפטי מוכר, שפורש במשך עשרות שנים בפסיקות בתי המשפט. דווקא ההיכרות המעמיקה עם האמור בה, היותה חלק מהצביון הציבורי בישראל והפרשנות המשפטית הקיימת לגביה, תורמים להסכמה הנדרשת. אין זה מסמך חדש שיש לחשוש מהפרשנות שתיתן לו בפסיקה, אלא באימוץ מסמך מוכר ומקובל.

שלישית, להכרזת העצמאות חשיבות היסטורית וסימבולית שלא ניתן להפריז בחשיבותה. זהו המסמך המייסד של המדינה, ובו תמצית כוונות ותכלית המדינה לפי מקימה, ופירוט זיכרון היסטורי משותף, מורשת, מסורת, ערכים ושאיפות. גם הניסוח הארכאי והשפה העמומה של המסמך הם יתרון הניתן להתאימו למציאות ולנסיבות משתנים. הכרזת העצמאות נלמדת בבתי ספר. יש לה ערך בונה ומגבש זהות משותפת לחלקים רבים בחברה.

הצעתנו דוגלת באימוץ הכרזת העצמאות כבסיס למבוא לחוקה בישראל. זאת במקביל לשתי הסתייגויות לתוכן ההכרזה שיש להוסיפן – האחת עניינה בעדכון המעמד המשפטי של המיעוטים בישראל וזכויותיהם, והאחרת עניינה בעיגון הצביון היהודי-דמוקרטי של המדינה

רביעית, להכרזת העצמאות מספר יתרונות משפטיים רבי-משמעות. היא מעגנת זכויות ועקרונות יסוד חשובים. כך, למשל, ההכרזה מעגנת את עקרון השוויון כעקרון יסוד בישראל¹³² וכמוהו את חופש הדת, המצפון והלשון; היא מעלה על נס את ערך השלום – "אנו מושיטים יד שלום ושכנות טובה לכל המדינות השכנות ועמיהן"; מקדשת את ערכי החירות, הצדק והשלום; ומבטיחה שמדינת ישראל תהא נאמנה לעקרונות מגילת האומות המאוחדות.

לעמדה שלפיה יש להציב את הכרזת העצמאות כבסיס למבוא עתידי לחוקתה של מדינת ישראל יש להוסיף שתי הסתייגויות מרכזיות: הראשונה באשר למיעוטים היושבים בישראל והשנייה באשר לצביון המדינה.

באשר למיעוטים, אנו סבורים שיש הצדקה לסטות מן הנוסח הקלאסי של הכרזת העצמאות באשר למיעוטים המתגוררים בישראל. יש להוסיף במקביל לנוסח ההכרזה נוסח המוסכם גם על קהילת המיעוט הערבי (ואולי אף על מיעוטים נוספים). את ההצדקות לכך יש למצוא בנקודות הבאות: **ראשית**, הכרזת העצמאות היא מסמך שעליו חתמו יהודים בלבד, ללא אף נציג ערבי. **שנית**, הריבון ומקור הסמכות בהכרזה הוא העם היהודי – "חברי מועצת העם, נציגי הישוב העברי והתנועה הציונית". גם הנוסח של ההצהרות בהכרזה הוא יהודי בלבד – "אנו קובעים[...]. אנו קוראים[...]. אנו מושיטים". **שלישית**, בישראל מיעוט ערבי שמשקלו הדמוגרפי מסך האוכלוסייה הוא משמעותי – כ-20%. **רביעית**, ההכרזה עוסקת ב"בני

131 סוגיית אופי המדינה והשלכותיה על החוקה – המבוא לחוקה, **לעיל** הערה 130, בע' 43, 54, 59, 66–69, 72, 75–76, 82–83, 96, 98, 103, 108, 117, 133–139, 140, 142–143, 155, 158, 166, 176–178.

132 כך, למשל, הכרזת העצמאות העניקה, בעיצומו של מאבק דמים, שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור וזכות **קיבוצית** לבני העם הערבי "ליטול חלק בבניין המדינה על יסוד ארחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה".
Daftary & Gal, *supra* note 129.

134 ניסוח מבוא חדש לחוקה שהוא בבחינת "הכרזת עצמאות מעודכנת" אינה משימה פשוטה. עצם האפשרות לרענן את הנוסח שבהכרזת העצמאות פותחת פתח למחלוקות רבות. יהיה אפשר להשיג ביתר קלות הסכמה על הנוסח ה"יקלאסי" של ההכרזה מאשר על נוסח "מודרני". הנחה זו נתמכת הן על הניסיון לניסוח מבוא לחוקות במשפט המשווה והן על הניסיון לעשות כן בישראל (ראו דיוני המכון הישראלי לדמוקרטיה, **לעיל** הערה 130), וכן דיוני ועדת המשנה למבוא לחוקה, **לעיל** הערה 130).

135 וראו גם רובינשטיין, **לעיל** הערה 34.

136 למעמדה המשפטי של הכרזת העצמאות ראו א' רובינשטיין ובי' מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (תשנ"ז) 44–60, 955–958, סומר, **לעיל** הערה 3, בע' 75–77.

137 כך, למשל, באשר לעקרונות השוויון, לחופש הדת והמצפון, לחופש לשון, לקשר שבין המדינה לעם היהודי ולערך השלום.

138 תיתכן גישה המבחינה בין ערכים וזכויות במבוא לחוקה בעלי מעמד חוקתי יחסי לבין ערכים וזכויות בעלי מעמד חוקתי מוחלט אשר אינם ניתנים לשינוי או הפקעה (נוסח המקובל במבוא לחוקות של מדינות אחדות). כך, למשל, ניתן לטעון שקיים מדרג פנימי בתוך המבוא לחוקה בין ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית לבין ערך החירות וקדושת החיים.

139 א' ברק **פרשנות במשפט** (תשס"א, כרך ד: פרשנות החוזה) 458–459.

140 ראו, למשל, סעיף 2(31) לאמנת וינה הקובע: "The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble" *Vienna Convention on the Law of Treaties*.

מחייב תהיה, בין השאר, שזכויות אדם, ערכי ליבה ועקרונות יסוד אשר אינם מנויים במפורש או במשמע בחוקה, אך מנויים בהכרזת העצמאות, יהיה ניתן להכיר גם בהם כחוקתיים מכוח אזכורם במבוא לחוקת המדינה¹³⁷. וכך, חוק שיפגע בזכויות, בערכים ובעקרונות המנויים במבוא לחוקה, ומבלי שעמד בהוראות שריון החוקה, יוכל להיות מוכרז כחוק בלתי חוקתי. המבוא לחוקה ישמש מעטפת חוקתית כוללת לפרשנות של נושאים חוקתיים כבדי משקל אשר יתעוררו מעת לעת במשפט הישראלי¹³⁸. גישה זו אינה ייחודית למשפט החוקתי. בדיני חוזים למשל, המבוא לחוזה הוא חלק בלתי נפרד מהחוזה ומקור לזכויות ולחובות¹³⁹. גם המשפט הבינלאומי מכיר בתוקף העצמאי המחייב של המבוא בפרשנות של אמנות והסכמים בינלאומיים¹⁴⁰.

1. סוף דבר

בחודשים פברואר–יוני 1950 דנה הכנסת בסוגיית חוקה לישראל. לאחר דיונים ממושכים הוחלט לא לקבל חוקת יסוד אלא להתחיל בתהליך הדרגתי שבו יתקבלו חוקי יסוד פרקים פרקים שיתאגדו בבוא היום לחוקת מדינה. הסיבות לבחירה בדרך זו היו מגוונות. אחת המרכזיות שבהן הייתה הוויכוח שהתעורר על המבוא לחוקה ועל תוכנו. סוגיית המבוא לחוקה תרמה לפילוג האידיאולוגי והערכי ששרר בין חברי הכנסת ולקושי להגיע להסכמה רחבה על ניסוח מבוא לחוקה שמרבית החברה הישראלית תזדהה עמו. קושי זה נותר בכללו עד היום.

בשנים הבאות יושלם ככל הנראה הליך כינון החוקה למדינת ישראל. מהוויכוח ההיסטורי על אודות החוקה נותר רלוונטי כיום הסבך הפוליטי על תוכנה, ובעיקר האתגר המורכב של ניסוח המבוא לה. מבוא זה צפוי לעגן את זהותה, את אופייה ואת ערכי היסוד של המדינה. תהיה לו חשיבות משפטית, ציבורית וחינוכית מן המעלה הראשונה. המבוא לחוקה צפוי להקדין גם על יחסי רוב ומיעוט בישראל, ולהוות, כך יש לקוות, גורם מלכד ומאחד בחברה הישראלית. המבוא הוא החלק בחוקה הנלמד בבתי הספר ושאת ערכיו לומדים דורות רבים של אזרחים. השפעתו על היחסים בתוך החברה גבוהה, הן ברמה המשפטית הן ברמה הסימבולית.

במאמר זה ביקשנו להאיר כמה היבטים על אודות המבוא לחוקה, על תפקידיו השונים ועל מעמדו המשפטי. כאמור, ניסוח מבוא לחוקה הוא הליך מורכב ורצוף קשיים, במיוחד בחברות רבת-תרבותיות ושסועות כמדינת ישראל. גם לאחר ניסוחו נותרות לעתים בעיות משפטיות, ולא אחת עולה דרישה לשנותו; כל מילה במבוא עוברת בחינה קפדנית ועשויה להשפיע על תפקידו כמנגנון לגיבוש זהות, אחדות ולכידות. המאמר נועד לתרום מחקר משווה לצד הצעה למבוא לחוקה לקראת תהליך זה, הצפוי להתקיים בחברה הישראלית בעשור הקרוב. ■