

מתוך נאום באספה המכוננת של הודו, 4 בנובמבר 1948

ב"ר אמֶדְקֶר

[...] נטען כי אין כל חידוש בטיטת החוקה, שכמחצית ממנה הועתקה מתוך "חוק ממשלת הודו" משנת 1935,¹ ושיִתְרַתָּה שאולה מחוקות של מדינות אחרות. מעט מאוד ממנה יכול להיחשב למקורי.

מן הראוי לשאול אם ייתכנו חידושים בחוקה שנוסחה בשעה זו בהיסטוריה של העולם. יותר ממאה שנים חלפו מאז נוסחה החוקה הראשונה. בעקבותיה הלכו מדינות רבות והעלו את חוקותיהן על הכתב. זה מכבר הוכרע מה צריך להיות טווח יריעתה של חוקה. וגם היסודות הדרושים לחוקה הוכרו כבר בכל העולם. לנוכח עובדות אלה, כל החוקות צריכות לדמות זו לזו בהוראותיהן העיקריות. החידושים היחידים, אם ייתכנו כאלה, בחוקה המנוסחת בעת מאוחרת כל כך, הם שינויי גרסה שמטרתם לתקן פגמים ולהתאים את החוקה לצורכי המדינה. ההאשמה כאילו נוצר כאן העתק גמור מחוקות של מדינות אחרות מבוססת, בטוחני, על סקירה לקויה של החוקה. הראיתי מה חדש בטיטת החוקה, ובטוחני כי מי שלמדו חוקות אחרות ומוכנים לבחון את העניין בלא משוא פנים יסכימו שוועדת ניסוח החוקה [the drafting committee] לא חטאה אגב מילוי משימתה בחיקוי עיוור ונרצע כגון זה שיוחס לה.

אשר להאשמה שטיטת החוקה אימצה חלק נכבד מסעיפי "חוק ממשלת הודו, 1935", איני רואה כל צורך להצטדק. שאילה איננה סיבה לבושה. אין כאן גנבה ספרותית. איש אינו מחזיק בזכויות יוצרים על רעיונות היסוד של החוקה. אני רק מצר על כך שההוראות אשר

* תרגם מאנגלית יניב פרקש. עריכה מדעית והערות: חני לרנר.

1 חוק ממשלת הודו (The Government of India Act 1935) עבר בפרלמנט הבריטי ויצר מנגנונים של שלטון אוטונומי בחלקו בפרובינציות ההודיות שהיו בשליטת הבריטים. בין היתר קבע החוק פרוצדורות לבחירתן של מועצות מחוקקים פרוֹבִּינְצִיָּאלִיּוֹת שייצגו את האוכלוסייה המקומית.

אומצו מתוך "חוק ממשלת הודו, 1935" עוסקות בעיקרן בפרטי ניהול הממשל. אני מסכים שפרטים אדמיניסטרטיביים אין להם מקום בחוקה. מאוד הייתי שמח אילו ועדת ניסוח החוקה הייתה מוצאת דרך להימנע מהכללתם בחוקה. אבל את הדברים הבאים יש לומר על ההכרח המצדיק את הכללתם. [ג'ורג' גרוט [Grote], ההיסטוריון של יוון, אמר: "הפצתה של אתיקה חוקתית, לא רק בקרב בני הרוב בקהילה כלשהי אלא בקרב הקהילה בכללותה, היא תנאי הכרחי לממשל חופשי ושוחר שלום; כי כל מיעוט חזק ועיקש עלול לשבש את פעולתו של מוסד חופשי, אף מבלי שיהיה חזק דיו לכבוש את השלטון בעצמו".

ב"אתיקה חוקתית" [constitutional morality] התכוון גרוט ל"יראה של ממש כלפי מבני החוקה, המחייבת ציות לרשויות הפועלות בכפוף למבנים הללו ובגדריהם; אך במשולב עם ההרגל של דיבור פתוח, פעולה הכפופה רק לבקרה משפטית ברורה, ופיקוח בלתי מוגבל על אותן רשויות עצמן במה שנוגע לכלל פעולותיהן הציבוריות; ובמשולב עם ביטחון מוחלט בלבו של כל אזרח, על אף חריפותה של המחלוקת הבין-מפלגתית, שמבני החוקה יהיו מקודשים בעיני יריביו לא פחות מאשר בעיניו שלו" [קריאות הסכמה].

אף כי הכול מכירים בנחיצות תפוצתה של אתיקה חוקתית לצורכי תפקודה השלו של חוקה דמוקרטית, יש שני דברים הקשורים בה שלמרבית הצער אינם מוכרים תמיד. הראשון הוא שהמבנה של מנגנוני הממשל קשור קשר הדוק למבנה החוקה.² מבנה מנגנוני הממשל צריך להלוו את מבנה החוקה ולהתאים לתכליתה. השני הוא שאפשר בהחלט לסלף את החוקה בלי לשנות את המבנה שלה, פשוט באמצעות שינוי המבנה של מנגנוני הממשל כך שיהיו סותרים את רוח החוקה ומנוגדים לה. מכאן שרק כאשר בני העם רוויים אתיקה חוקתית כמו זו המתוארת אצל גרוט ההיסטוריון, אפשר להסתכן ולהשמיט מן החוקה את פירוט מנגנוני הממשל, ולהותיר את קביעתם בידי הרשות המחוקקת. השאלה היא האם נוכל להניח את דבר קיומה של אתיקה חוקתית נפוצה כל כך? אתיקה חוקתית איננה רגש טבעי. יש לטפח אותה. עלינו להכיר בכך שעמנו טרם למד אותה. הדמוקרטיה בהודו אינה אלא דשן המפוזר על אדמת הודו, שבמהותה אינה דמוקרטית. בנסיבות אלה מוטב שלא לסמוך על הרשות המחוקקת שתקבע את המבנה של מנגנוני הממשל. זוהי ההצדקה להכללתם בחוקה.

ביקורת נוספת שהושמעה נגד טיוטת החוקה היא ששום חלק בה אינו מייצג את צורת הממשל העתיקה של הודו [the ancient polity of India]. נטען כי את החוקה החדשה היה צריך לעצב בדמותו של המודל ההינדואי העתיק למדינה, ושבמקום לאמץ תיאוריות מערביות, החוקה החדשה הייתה צריכה לקום ולהיבנות על בסיס מועצות הכפרים והמחוזות (הפאנצ'איטים).³ אחרים הביעו עמדה קיצונית יותר. אלה אינם רוצים ממשל מרכזי או מחוזי

2. במונח "מנגנוני הממשל" (the form of administration) אמבדקר מתכוון ככל הנראה הן לרשויות השלטון והן למוסדות המדינה, במובן הווריאנטי של מוסדות הביורוקרטיה.

3. אחד התומכים הנלהבים בשימור מנגנוני השלטון הכפריים המסורתיים בהודו היה מהטמה גנדהי, שלא נמנה עם חברי האספה המכוננת ההודית ולא היה שותף בבניית מוסדות השלטון של הודו העצמאית.

כלשהו. הם רוצים שהודו תכיל רק כך וכך רשויות כפר. אהבתם של האינטלקטואלים ההודים לקהילות הכפר היא אינן-סופית, כמובן, שלא לומר פתטית [צחוק]. היא נובעת בעיקרה מן השבחים המופרזים שהעתיר עליהן [הברון סר צ'רלס] מטקלף, אשר תיאר אותן כרפובליקות קטנות המספקות כמעט את כל צורכיהן בעצמן, ומנותקות כמעט מכל יחסי חוץ. קיומן של קהילות הכפר הללו, אשר כל אחת מהן מהווה מדינה קטנה ונפרדת משל עצמה, תרם, לדעתו של מטקלף, יותר מכל גורם אחר לשימורו של העם ההודי לאורך כל המהפכות והתמורות אשר סבל, ותורם מאוד לאושרו ולאפשרותו ליהנות במידה רבה מחופש ומעצמאות.

אין ספק שקהילות הכפר התמידו במקום ששום דבר אחר אינו מתמיד. אבל מי שמתגאים בקהילות הכפר אינם טורחים לשקול כמה קטן החלק שמילאו בענייניה ובגורלה של הארץ; ומדוע? חלקן בגורל המדינה תואר יפה אצל מטקלף עצמו, שכותב כך: "שושלת אחר שושלת מתמוטטת. מהפכה רודפת מהפכה. הינדים, פתאנים, מוגולים, מרתים, סיקים, אנגלים — כולם שולטים בתורם, אבל קהילות הכפר נותרות כשהיו. בעתות צרה הן מתחמשות ומתבצרות. צבא עוין חולף בארץ. קהילות הכפר מקבצות את מעט ראשי הבקר שלהן בינות לחומות, ומניחות לאויב לעבור בלי להטרידו".

זה התפקיד שמילאו קהילות הכפר בתולדות ארצן. ולאור זאת, איזו גאווה אפשר לחוש כלפיהן? אולי נכון ששרדו את כל התהפוכות. אבל הישרדות גרידא אין בה ערך. השאלה היא באיזה מישור שרדו. מן הסתם במישור נמוך, במישור אנוכי. אני טוען שהרפובליקות הכפריות הללו הן הסיבה לחורבנה של הודו. לכן אני מופתע שכל הדוברים בגנותן של פרובינציאליות וקהילתנות באים ומתייצבים להגנת הכפר. מהו הכפר אם לא ביב של לוקליזם, מאורה של בורות, צרות אופקים וקהילתנות? אני שמח שטיוטת החוקה נפטרה מן הכפר ואימצה את הפרט בבחינת יחידת היסוד.

טיוטת החוקה ספגה ביקורת גם בגלל הערובות שהיא נותנת למיעוטים. בעניין זה אין אחריות כלשהי לוועדת ניסוח החוקה. היא רק מצייתה להחלטות האספה המכוננת. אך באשר לי, אין לי ספק שהאספה המכוננת נהגה בחוכמה כאשר נתנה למיעוטים ערובות כאלה. במדינה זו גם אוכלוסיות המיעוט וגם אוכלוסיות הרוב הלכו בדרך שגויה. רע עושה הרוב המתנכר לקיומם של מיעוטים. באותה המידה, רע עושים המיעוטים המנציחים את עצמם. צריך להימצא פתרון שישירת תכלית כפולה. ראשית עליו להכיר בקיומם של מיעוטים. ושנית עליו לאפשר לאוכלוסיות הרוב ולאוכלוסיות המיעוט להתמזג יחדיו ביום מן הימים. את הפתרון שמציעה האספה המכוננת יש לקבל בברכה, כי הוא פתרון שמשירת את התכלית הכפולה הזו. לשמרנים שפיתחו מעין קנאות נגד ההגנה על מיעוטים ברצוני לומר שני דברים. הראשון הוא שמיעוטים הם כוח נפיץ שהתפרצותו עלולה לקרוע את כל רקמת המדינה. ההיסטוריה של אירופה כוללת ראיות רבות ומזוועות לעובדה זו. השני הוא שהמיעוטים בהודו הסכימו להפקיד את קיומם בידי הרוב. בתולדות המשא ומתן למניעת חלוקתה של אירלנד אמר רדמונד לקרסון: "בקש איזו ערובה שתרצה עבור המיעוט הפרוטסטנטי, ובלבד שתהיה לנו אירלנד מאוחדת". תשובתו של קרסון הייתה "לך לעזאזל עם הערובות שלך,

אנחנו לא רוצים שתשלטו בנו".⁴ אף מיעוט בהודו לא נקט את העמדה הזו. הם קיבלו בנאמנות את שלטון הרוב, שהוא ביסודו רוב קהילתי ולא רוב פוליטי. על הרוב להכיר בחובתו שלא להפלות מיעוטים. השאלה אם המיעוטים יתמידו או ייעלמו תלויה בהכרח במנהג זה של הרוב. ברגע שהרוב יזנח את מנהג הפלייתם של המיעוטים, לא ייוותר עוד בסיס לקיום המיעוטים. הם ייעלמו.

את מרב הביקורת ספג אותו חלק בטיטת החוקה המתייחס לזכויות היסוד [Fundamental Rights].⁵ נטען כי סעיף 13, המגדיר זכויות יסוד, כולל חריגים רבים כל כך עד שהחריגים כילו לגמרי את הזכויות. מגנים אותו כאילו היה מעין הונאה. לדעת המבקרים, זכויות היסוד אינן זכויות יסוד אם אינן גם זכויות מוחלטות. המבקרים סומכים את התנגדותם על חוקת ארצות הברית ועל מגילת הזכויות המגולמת בעשרת התיקונים הראשונים לחוקה זו. לטענתם, זכויות היסוד במגילת הזכויות האמריקנית הן אמיתיות, כי אינן כפופות לסייגים או לחריגים.

צר לי לומר שכל הביקורת בנושא זכויות היסוד מבוססת על תפיסה שגויה. ראשית, הביקורת, ככל שהיא מבקשת להבחין בין זכויות יסוד לזכויות שאינן יסודיות, אין לה על מה לסמוך. לא נכון לומר שזכויות יסוד הן מוחלטות ואילו זכויות שאינן יסודיות אינן מוחלטות. ההבחנה האמיתית בין השתיים נעוצה בכך שזכויות לא יסודיות נוצרות בהסכם בין צדדים, ואילו זכויות יסוד מוקנות מכוח חוק. כיוון שזכויות היסוד מוקנות מידי המדינה, אין לומר שהמדינה אינה רשאית להגבילן.

שנית, לא נכון לומר שזכויות היסוד בארצות הברית הן מוחלטות. ההבדל בין עמדת החוקה האמריקנית לזו של טיוטת החוקה [ההודית] הוא הבדל של צורה ולא של תוכן. אין ספק שזכויות היסוד בארצות הברית אינן זכויות מוחלטות. סימוכין לכל אחד ואחד מן החריגים לזכויות היסוד שצוינו בטיטת החוקה יימצאו לפחות בפסק דין אחד של בית המשפט העליון בארצות הברית. די לצטט פסיקה אחת כזו של בית המשפט העליון האמריקני להצדקת הגבלתו של חופש הדיבור המופיע בסעיף 13 לטיטת החוקה. כך אמר בית המשפט העליון בעניין "ג'יטלו נ' ניו יורק", שנסב על חוקיותו של חוק "האנרכיה הפושעת" של ניו יורק, אשר ביקש להעניש בגין התבטאויות שנועדו לחולל שינוי אלים: "עקרון יסוד שהופר זה מכבר קובע שחופש הדיבור והעיתונות, המובטח בחוקה, אינו מקנה זכות מוחלטת לדבר או לפרסם מה שרוצים, בלא לשאת באחריות כלשהי, ואינו מעניק רישיון בלתי מוגבל ובלתי מסווג הפוטר כל שימוש אפשרי בשפה ומונע את ענישת המנצלים את החופש הזה לרעה". על

4 ג'ון רדמונד הנהיג את המפלגה האירית הפרלמנטרית הלאומנית בתחילת המאה העשרים; אדוארד קרסון היה מנהיג המפלגה היוניוניסטית של אלסטר. רדמונד ניסה לגייס את תמיכתו של קרסון להצעת חוק "שלטון הבית" של 1910, שנועדה להבטיח שלטון עצמי לאירלנד, ולשם כך היה מוכן להבטיח ויתורים והטבות למיעוט הפרוטסטנטי שהיה מרוכז בנפת אלסטר שבצפון אירלנד. קרסון חשש למעמד הפרוטסטנטים במדינה אירית עצמאית שתנהל בידי רוב קתולי, ועל כן סירב להיענות לפניותיו של רדמונד והוביל תנועת התנגדות תקיפה כנגד הניסיון לנתק את אירלנד מבריטניה.

5 חלקה השלישי של החוקה ההודית (סעיפים 12–35) כולל רשימה מפורטת של זכויות פרט.

כן לא נכון לומר שזכויות היסוד בארצות הברית הן מוחלטות ואילו אלה שבטיוטת החוקה אינן מוחלטות.

נטען כי אם יש צורך בהגבלתן של זכויות יסוד כלשהן, כי אז החוקה עצמה היא שצריכה להגבילן, כפי שנעשה בחוקה האמריקנית, וכי במקום שאין היא עושה זאת על העניין להימסר להכרעתה של הרשות השופטת, לאחר שתשקול את כל השיקולים הנוגעים בדבר. כל זה, צר לי לומר, הוא הצגה שגויה בתכלית, שלא לומר אי-הבנה גמורה, של החוקה האמריקנית. חוקת ארצות הברית אינה נוהגת כך כלל. פרט לעניין אחד – והוא חופש ההתאספות – חוקת ארצות הברית איננה מטילה בעצמה מגבלות כלשהן על זכויות היסוד המובטחות לאזרחים אמריקנים. גם לא נכון לומר שחוקת ארצות הברית מוסרת לידי הרשות השופטת את ההכרעה באשר להגבלת זכויות היסוד. הזכות להגביל את הזכויות מוקנית לקונגרס. המצב האמיתי שונה מזה שמניחים המבקרים. בארצות הברית, זכויות היסוד כפי שהוגדרו בחוקה היו בלי ספק מוחלטות. אבל הקונגרס גילה במהרה שהיה הכרח מוחלט לסייג את זכויות היסוד האלה ולהגבילן. כאשר הונחה שאלת החוקתיות של ההגבלות האלה לפתחו של בית המשפט העליון, נטען שהחוקה לא העניקה לקונגרס האמריקני סמכות כלשהי להטיל הגבלות כאלה; אז המציא בית המשפט העליון את דוקטרינת כוח השלטון [police power] ודחה את טענות הדוגלים בזכויות יסוד מוחלטות באמצעות הקביעה שכל מדינה ניחנה מטבעה בכוח שלטון שאין לה צורך לקבלו במפורש מן החוקה. בלשונו של בית המשפט העליון בעניין שכבר הפניתי אליו, נאמר: "אין מקום לספק שמדינה המפעילה את כוח השלטון שלה רשאית לענוש את המנצלים לרעה את החירות הזאת באמצעות אמירות המזיקות לרווחת הציבור, הנוטות להשחית את המוסר הציבורי, להסית לפשע או להפר את שלום הציבור".

(טיוטת החוקה, במקום לנסח זכויות יסוד במונחים מוחלטים ואז לסמוך על בית המשפט העליון שלנו שיציל את בית הנבחרים באמצעות המצאה של דוקטרינת כוח השלטון, מתירה למדינה במישרין להטיל מגבלות על זכויות היסוד. אין בעצם הבדל כלשהו בתוצאה. מה שזו עושה במישרין עושה האחרת בעקיפין. כך או כך, זכויות היסוד אינן מוחלטות.)

בטיוטת החוקה באים אחרי זכויות היסוד "עקרונות מנחים".⁶ זה מאפיין חדשני בחוקה המנוסחת עבור דמוקרטיה פרלמנטרית. החוקה הנוספת היחידה שנוסחה עבור דמוקרטיה פרלמנטרית ושכוללת עקרונות כאלה היא חוקתה של מדינת אירלנד החופשית.⁷ גם העקרונות

6 הכוונה לחלק הרביעי של החוקה המכונה Directive Principles of State Policy (סעיפים 36–51). חלק זה כולל המלצות למדיניות בנושאים חברתיים, דתיים וכלכליים. ההוראות הכלולות בסעיפים אלו הוגדרו במפורש (בסעיף 37) כבלתי שפיטים. כלומר, הפרה של ההוראות הכלולות בחלק זה של החוקה אינה גוררת סנקציה משפטית ולא ניתן לאכוף את מימושן של ההמלצות למדיניות באמצעות פנייה לבית המשפט.

7 ההשראה לרעיון של אי-שפיטות חוקתית הגיע מחוקת אירלנד, שנכתבה בשנת 1937 בהנהגתו של אמון דה-וולרה. סעיף 45 בחוקה האירית מגדיר כמה הנחיות כלליות – אך לא מחייבות – בנוגע למדיניות חברתית-כלכלית.

המנחים הללו ספגו ביקורת. נאמר עליהם שמדובר במילים יפות ותו לא. שאין להם כוח מחייב. ביקורת זו מיותרת כמובן. החוקה קובעת כך במפורש. אם ייאמר שלעקרונות המנחים אין מעמד משפטי מחייב, הריני מוכן להודות בכך. אבל לא אודה שאין להם מעמד מחייב כלשהו. גם לא אכיר בכך שהם מיותרים מאחר שמעמדם המחייב אינו משפטי.

העקרונות המנחים כמוהם כ"כתב ההוראות" (Instrument of Instructions) שניפקה ממשלת בריטניה למושל הכללי ולמושלי המושבות ולמושלי הודו לפי החוק מ-1935. לפי טיוטת החוקה מוצע לנפק כתבי הוראות כאלה לנשיא ולמושלים. הטקסטים של כתבי ההוראות הללו יימצאו ברשימה הרביעית (Schedule IV) לחוקה. "העקרונות המנחים", לאמיתו של דבר, אינם אלא כתב הוראות. ההבדל היחיד הוא שמדובר בהוראות לרשות המחוקקת ולרשות המבצעת. לדעתי זה עניין שראוי לברך עליו. בכל מקום שבו מוקנית סמכות במונחים כלליים לשמירת השלום, הסדר והממשל התקין, יש הכרח ללוותה בהוראות המסדירות את יישומה. הכללתן של הוראות כאלה בחוקה, כמוצע בטיוטה, מוצדקת מסיבה נוספת. טיוטת החוקה כפי שנוסחה מספקת רק את מנגנוני השלטון [a machinery for the government of the country]. היא לא נועדה להנצחת כוחה של מפלגה מסוימת, כפי שנעשה בכמה מדינות. העם הוא שיכריע בשאלה מי יעלה לשלטון — כפי שראוי, אם על המערכת לעמוד במבחנים דמוקרטיים. אבל מי שיחזיק בשלטון לא יהיה חופשי לעשות בו ככל שיחפץ. בהפעלתו, יצטרך לכבד את כתבי ההוראות הקרויים "עקרונות מנחים". הוא לא יוכל להתעלם מהם. אולי לא יצטרך לתת דין וחשבון על הפרתם בבית המשפט, אבל בהחלט יצטרך לתת לציבור דין וחשבון עליהם ביום הבחירות. ערכם העצום של העקרונות המנחים הללו יובן טוב יותר כאשר כוחות הצדק יתכננו לתפוס את השלטון.

העובדה שאין להם מעמד מחייב איננה נימוק נגד הכללתם בחוקה. עשויה להתעורר מחלוקת לגבי המקום המדויק שצריך להינתן להם בחוקה. אני מסכים שמוזר מעט שהוראות שאינן כוללות חובות פוזיטיביות ימוקמו בין הוראות הנושאות מטען כזה. לדעתי מקומן הראוי הוא ברשימות 3 ו-4, המכילות כתבי הוראות לנשיא ולמושלים; כי כאמור, אין הן אלא כתבי הוראות לרשות המבצעת ולבתי המחוקקים באשר לאופן מימוש סמכויותיהם. אבל זה רק עניין של ארגון. [...]