

המהפכה החוקתית — תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?

מאת

רות גביון*

מאמר זה בודק את פסק-הדין בעניין חוק גל כחלק מן המהלך החוקתי בישראל מאז הקמתה. חלק מן השופטים בפסק-הדין, בעיקר הנשיא (הנכנס) ברק, מדברים על מהפכה חוקתית שאירעה עם חקיקת חוקי-היסוד ב-1992.

החלק הראשון במאמר עוסק בבדיקת מהותן של חוקות, תפקידיהן הפוליטיים, תנאים לנחיצותן ודרכים ראויות לאימוצן. בחלק השני נסקר המהלך החוקתי בישראל מאז הקמת המדינה, ונבדק המצב בישראל לאור הדיון הכללי בחלק הראשון. המסקנה היא כי בישראל נחוצה מאוד חוקה נוקשה, עליונה, עם ביקורת חיצונית, אולם כי לא בשלו התנאים הפוליטיים והחברתיים לכינונה הנכון. בחלק השלישי נעשית הערכה של שיח המהפכה החוקתית. נטען בו כי חוקי-היסוד בעניין זכויות האדם, שנחקקו ללא תשומת לב מרובה וברוב לא גדול, מהווים שינוי חשוב בחקיקה להגנת זכויות-אדם בישראל. הם נועדו למנוע קיפאון מתמשך בשל העובדה שלא היתה בכנסת הסכמה רחבה לגבי הגנה חוקתית על זכויות-אדם וביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת. החוקים מגוונים כרמה חוקתית, וכוללים סעיפים המצביעים על כך שהמחוקק התכוון לאפשר בדיקה וביטול תוקף של חוקים שאינם עומדים בדרישות חוקי-היסוד. יחד עם זאת, בגלל הנסיבות

* פרופסור מן המניין, הקתדרה ע"ש חיים ה' כהן לזכויות האדם, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. עידו פורת קרא בסבלנות טיוטות לאין ספור של חיבור זה, ואני מניחה כי רק אני שמחה יותר ממנו על שהעבודה הזו נסתיימה. דוד קרצמר העיר הערות מאירות, וסבר — בצדק — כי החיבור ארוך מדי. כוחי ועיתותי לא עמדו בי לקצרו, ואני מתנצלת. אני מודה לנועם שפירא על עזרה במחקר. טיוטה מוקדמת של חיבור זה הוצגה בפני קבוצת-הדיון בתורת-המשפט, ואני מודה למשתתפיה. אני מודה גם לתלמידי בסמינריונים על "משפט ופוליטיקה" ועל "מהפכה חוקתית?" וכן לתלמידי בקורס על "דמוקרטיה, חברה אזרחית ומשפט". למדתי מהם ובאמצעותם הרבה.

הפוליטיות, השינוי הזה הינו, בינתיים, חלקי וטנטטיבי. שיח המהפכה החוקתית, לפחות בפי הנשיא ברק, אינו רק תיאור. הוא נוצר לסייע להשלים את המהלך, להנהיג בארץ חוקה שלמה, עליונה ונוקשה, הכוללת מגילת זכויות שלמה, המפקידה את בית המשפט על ביקורת שיפוטית המונעת סטיות מן החוקה, ונותנת מעמד שווה, עצמאי ובלתי תלוי לשלוש הרשויות. גם מי שמסכים עם היעד הזה, יכול להתנגד — מטעמים של מוסר פוליטי וחבונה פוליטית כאחד — ליוזמה הפעלתית של בית המשפט בקידום המהלך החוקתי, על רקע ההתנגדות במערכת הפוליטית. יחירה מזו, שיח המהפכה החוקתית מטשטש את העובדה כי אין הסכמה בישראל, לא רק במערכת הפוליטית, גם על השאלה אם יעד זה הינו רצוי לישראל, וגורם לתגובת-נגד במערכות הפוליטית והמשפטית. בשל כך, לא ברורה בינתיים התרומה של שיח המהפכה החוקתית למהלך החוקתי, להגנה על זכויות האדם בישראל, ולמעמדו של בית המשפט מול המערכת הפוליטית.

א. פתח דבר. ב. רקע. חלק ראשון: כמה מושגים ראשוניים על חוקה. א. הבהרות מושגיות. 1. חוקה — תכנים, עליונות, נוקשות, אכיפה; 2. חוקה, משטר חוקתי וקונסטיטוציונליזם; 3. חוקתיות ושלטון החוק; 4. חוקתיות ודמוקרטיה. ב. עליונות, ריבונות והגבלה עצמית. ג. מדרג נורמטיבי — האם עליונות החוקה הכרחית? ד. כמה הערות על הסמכות המכוננת. ה. תפקידיה של חוקה וההשלכות לעניין נחיצותה, מאפייניה ודרכי אימוצה. 1. כמה תפקידים של חוקה; 2. הצדקות למנגנוני-הגבלה חוקתיים בדמוקרטיה; 3. מתי חוקה נחוצה? 4. דרכים ראויות לאימוץ חוקה. חלק שני: המהלך החוקתי בישראל 1948-1996. א. המהלך החוקתי 1948-1992. ב. המהלך החוקתי 1992-1996. חלק שלישי: "המהפכה החוקתית" — סיכום ביניים. א. האם אפשרות חוקה טובה בישראל? 1. האם נחוצה חוקה נוקשה בישראל? 2. האם אפשרי אימוץ חוקה שלמה, עליונה ונוקשה? 3. האם החוקה המתגבשת טובה? ב. המהלך החוקתי והשיח החוקתי. 1. סמכות מכוננת לכנסת? 2. שיח המהפכה החוקתית; 3. תוצאות השיח המהפכני — הישגים ומחירים; ג. לעתידו של המהלך החוקתי בישראל. 1. השלכות למערכת הפוליטית-ציבורית; 2. תפקידו של בית המשפט.

א. פתח דבר

מאמר זה מציע בחינה ביקורתית של המהלך החוקתי, שהחל בשלהי כהונתה של הכנסת השתיים-עשרה עם חקיקת חוקי-היסוד של 1992, ושל תפקידו של בית המשפט העליון במהלך זה. המאמר נכתב לפני המהפך הפוליטי, בעקבות הבחירות לכנסת ולראש-הממשלה במאי 1996, ולפני התגבשותם של כמה תהליכים שקרו מאז. ההתקפות הארסיות, בעיקר מחוגים דתיים מסוימים, על בית המשפט העליון ועל נשיאו, השופט אהרן ברק, מכוונות לפחות חלקית נגד המשכו של המהלך החוקתי האמור ונגד נושאו המרכזיים. התקפות אלה זוכות לגינוי מצד רוב גדול של הציבור והמערכת הפוליטית.

במקביל, גורמים מרכזיים בסיעות הדתיות מבטאים, מחד גיסא, רצון להעניק גם לאינטרסים הדתיים מעמד מועדף של חוקי-יסוד וליצור מצב שימנע "מחטפים חוקתיים" ומאידך גיסא, הם מבטאים גם רצון מפורש – שעתה יש לו גם גיבוי פוליטי מסוים – לעצור לפחות אותו חלק של המהלך החוקתי המתפרש כנותן לבית-המשפט כוח לקבוע מרכיבים בסטטוס קוו בין דתיים לחילוניים, בכלל, וכאשר אלה נקבעים בדרך של חקיקה ראשית בכנסת, בפרט.

המהלך החוקתי ומעמדו של בית-המשפט העליון נקשרים זה בזה, ושניהם יחד נקשרים במלחמת-התרבות בין תיאוקרטיה ובין דמוקרטיה. מכיוון שחוקה ובית-המשפט נחשבים גם ככלים חיוניים במאבק להגנה על זכויות האדם ומכיוון שחלק מן המהלך החוקתי נוגע אף הוא לזכויות האדם, ישנה נטייה להציג ביקורת על המהלך החוקתי ועל חלקו של בית-המשפט בו כנקיטת עמדה המסכנת את בית-המשפט ואת ההגנה על זכויות האדם בישראל. טענה זו נשמעת ביתר-שאת לאחר הבחירות וההתקפות האחרונות. לפי טענה זו, למהלך החוקתי ולבית-המשפט אויבים פוליטיים רבים, מגוונים, חזקים ומסוכנים. רק בית-משפט חזק ובלתי-תלוי, הנהנה מאמון רחב בציבור, יוכל לעמוד מול אויבים אלה. כל מי שאינו רוצה בנצחונם, חייב להימנע מכל צעד העלול להחליש את בית-המשפט ולספק תחמושת לאויביו. ביקורת על בית-המשפט מתוך הקהילה המשפטית או האקדמית, ובעיקר מתוך אלה מחבריה שיש להם מחויבות ערכית לזכויות-אדם, היא אפוא צעד לא נכון ובלתי ראוי.

לא אסתתר מאחורי הטענה כי אין לערב טיעון אקדמי בפוליטיקה. הליך אימוצה של חוקה אינו רק, או אף בעיקר, עניין משפטי, אלא עניין פוליטי מן המדרגה הראשונה. בסופו של דבר כתיבה אקדמית על הליכים ראויים לאימוץ חוקה חייבת להיבחן גם במציאות הפוליטית שהיא עוזרת לייצר. יתירה מזו: בעידן התקשורת המתוחכם שאנו נמצאים בו, יש תלחול מתוך העיתונות האקדמית לדיון הציבורי. מי שעוסק בכתיבה אקדמית בנושאים אלה חפץ כי דבריו יישמעו וישפיעו. בעת כזאת מי שמתבטא בנושאים כאלה חייב להצדיק את פרסומם גם ברמת השפעתם.

גם אני חוששת מהחלשה של בית-המשפט העליון ולא הייתי רוצה לתת יד לתהליך כזה. גם אני הייתי רוצה לראות התקדמות של ישראל בהגנה על זכויות האדם ואין לי ספק, כי רק בית-משפט חזק יוכל להמשיך במסורת המפוארת שלו בעניין זה בעבר ולהרחיב אותה. כתיבתי אינה מודרכת על-ידי תפישה של ניתוק בין ניתוח אקדמי ובין פעילות ציבורית. להיפך: דווקא מחויבותי לבית-משפט בלתי-תלוי וחזק ולהגנה על זכויות האדם מונעת אותי מלתרגם עמדה פוליטית זו לתמיכה גורפת בהליך החוקתי, כפי שהסתמן. אמונתי העמוקה היא, כי הן כעניין של מוסר פוליטי הן כעניין של תבונה פוליטית בית-משפט יהיה חזק לאורך זמן רק אם יהיה ער לתפקידו הייחודי ולמגבלותיו המוסדיות והפוליטיות. פסיביות מסוימת ועמידה מן הצד לגבי הליך יצירת החוקה

וזהירות רבה בפיתוח התפקיד השיפוטי במסגרת חוקה קיימת הן ערובות הכרחיות לשימור כוחו ועצמאותו של בית-המשפט.

הסוגיה מורכבת, כי באופן סכמטי ניתן להבחין בהתנגדות לבית-המשפט בשני מרכיבים לפחות: הראשון הוא הרצון הטבעי של בעלי-שררה שלא יגבילו את כוחם, גם (או בעיקר) כאשר הם משתמשים בכוחם זה לרעה ובאופן שרירותי במנהל בלתי-תקין ותוך פגיעה בזכויות הפרט. תפקידו הייחודי של בית-המשפט כמשפט הציבורי הוא לבקר ולהגביל את השימוש לרעה בכוח השלטון, בעיקר כאשר זה פוגע בזכויותיהם של פרטים. מול הרצון הזה של השלטון להחליש את בית-המשפט ניתן עקרונית לגייס תמיכה רחבה בבית-המשפט מכל קבוצות הציבור. מרכיב שני ושונה של התנגדות מבוסס על תחושה של "מי שמך?" זוהי התנגדות ערכית לדרך האידאולוגית של בית-המשפט, הנתפשת כמייצגת רק חלק מסוים באוכלוסייה ומנכרת חלקים אחרים שלה. אם פעולתו של בית-המשפט נתפשת כאכיפה של ערכים מסוימים, בניגוד לרצונם של המחזיקים במערכות ערכים אחרות, בא למרכז הבמה הקושי ה"אנטי-רובני" המעסיק את החשיבה המדינית בכל הארצות המערביות. במרכיב התנגדות זה קבוצות שלמות באוכלוסייה מרגישות, כי בית-המשפט מנוכר להן ולערכיהן הבסיסיים וכי לכן הוא אינו בית-המשפט "שלהן".

אמנם, שני מוקדי הביקורת מובחנים, אך לעתים קרובות הם מופעלים על-ידי גורמים פוליטיים באופן משולב. מי שערכיו מבוססים שיטתית על שלילת זכויות של אחרים ירגיש מנוכר מבית-המשפט (ראש הביקורת השני) וגם ישאף מבחינה מוסרית להחלישו כדי לאפשר לו לקיים את מטרותיו (ראש הביקורת הראשון). אולם עקרונית עוצמת בית-המשפט בחברה תלויה בכך שהוא רוכש תמיכה ציבורית רחבה נגד מי שרוצה להצר את צעדיו באופן מוסדי באמצעות זהירות גדולה מאוד בהפעלת כוחו, כך שלא תנכר ממנו קבוצות שלמות בציבור ולא תהפוך אותו לעוד משתתף מלא במחלוקת הכוחות הפוליטיים על דמות החברה והמדינה. רק איזון עדין כזה יבטיח לבית-המשפט את אמון הציבור, שהוא באמת חיוני לפעולתו היעילה. כאשר איזון עדין זה אינו נשמר, יש חשש ממשי כי מי שרוצה להגביל את כוחו של בית-המשפט, כדי לשמור על יכולתו-שלו לפעול בשרירות ובכוחניות, יוכל להסתמך על תחושת ציבורים גדולים שבית-המשפט אינו קשוב אליהם ואל תפישותיהם הלגיטימיות.

הדרך להתגבר על קושי אמיתי וחשוב זה אינה בהימנעות מכל ביקורת על בית-המשפט, בהתעלמות מתחושות הניכור ובהסכר של תשיבותו הגדולה של המוסד לרמוקרטיה ולהגנה על זכויות האדם. התעלמות מתחושות עמוקות של ניכור, גם אם אלה אינן מוצדקות, עלולה רק להביא להתרפתן, קל-יחומר כאשר תחושות הניכור האלה אינן מופרכות לגמרי. הדרך היא לנסות ולהחזיר למערכת כולה את האיזון העדין שנחלש בה.

הדילמה בין השמעת ביקורת עניינית ובין חוסר-רצון לתת הכשר לפגיעה בלתי-מוצדקת במי שאליו מכוונת הביקורת קיימת כמובן לא רק לגבי בית-המשפט. האם הורה צריך להודות בפני מורה כעוס כי אכן ילדו פעל שלא כשורה, גם אם לדעתו עלול הדבר להכשיר, בעיני המורה ובית-הספר, הטלת עונש חמור מדי על הילד? או שמא עדיף כי ההורה יעמוד לצד ילדו באופן נחרץ וברור, כחינת "זהו ילדי, צודק או טועה", בלי לנסות לעשות צדק "אובייקטיבי"? נתקלתי בדילמה בעבר, דווקא בהקשר של הגנה על זכויות האדם, בהתלבטות לגבי אופן ההצגה של ההגנה על זכויות האדם בישראל לקהל בחו"ל. היתה מחלוקת בין אלה המסכימים כי נעשו, ונעשות, בארץ פגיעות, חלקן חמורות למדי, בזכויות-אדם. היו כאלה שסברו, כי יש להציג בחוץ בדיוק אותה עמדה ביקורתית שקולה וזהירה שמציגים בפנים, אשר לפיה בתנאי הארץ יש אמנם הצדקה לפגיעות מסוימות בזכויות-אדם שלא היו מוצדקות באזורים שקטים יותר, אולם דווקא בשל כך יש לחברה הישראלית אינטרס חזק בצמצום מירבי של פגיעות בלתי מוצדקות בזכויות האדם בה. רק עמדה כזאת תהיה אמינה ונכונה. אחרים סברו כי יש להבחין בין דיבורי פנים לדיבורי חוץ. לגבי דיבורי פנים ניתן לקיים מאבק במסגרת האמורה. שונה המצב כלפי חוץ. הפגיעות בזכויות-אדם בישראל הן קלות יחסית למצב בארצות רבות בעולם. אין פה רצח-עם, היעלמויות ורציחות פוליטיות רחבות-היקף והצרת צעדים של פעילי זכויות-אדם. בשל העובדה כי העולם מלא אויבי ישראל, שרק מצפים לישראלי המבקש את ממשלתו כדי להיתלות בדברים, להוציאם מהקשרם ולנגח בהם — הרי שיש להימנע מסיפוק נשק לאויבי ישראל אלה.

ההתלבטות היא אמיתית וקשה. עם זאת, אם ניתן לאויבי ישראל, אויבי בית-המשפט או אויבי הקדמה לשלוט על הדרך שבה אנו רואים דברים ומציגים אותם — אנחנו חותרים תחת המחויבות העמוקה והבסיסית ביותר שלנו לאמת וליושר אישי ומקצועי ובכך אנו חותרים גם תחת ההצדקות לדמוקרטיה, לכבוד האדם ולשלטון החוק. בייחוד אמורים הדברים כלפי מהלכים חוקתיים. יתירה מזו: גם בנושא ההצגה של מצב זכויות האדם בישראל בחו"ל וגם לעניין בית-המשפט אנחנו מדברים בנושאים שמידת הפומביות שלהם גדולה למדי. פעילי זכויות האדם אינם ממציאים את העובדות וגם אינם אלה המביאים עובדות אלה לחו"ל. בית-המשפט העליון עושה את מעשיו בריש גלי ומלווה אותם בהתבטאויות מנמקות ופרשניות רבות. ההימנעות מניתוח ביקורתי ומהוצאת מסקנות מנתונים אלה אינה משיגה כל מטרה חיובית. להיפך: היא פוגעת אנושות באמינותו של מי שתפקידו אמור להיות ניתוח ביקורתי של הליכים חברתיים מרכזיים.

להערכתו, הספקות שהושמעו לגבי המהלך החוקתי לא פגעו בהתקדמות לכיוון הגנה טובה יותר על זכויות האדם בישראל. התקדמות זו, כמו גם מגבלותיה החשובות, הן תוצאה של הליכים עמוקים בחברה הישראלית, שכל רשויות השלטון שותפות להם.

גם מי שסבור, כמוני, כי ראוי שהתקדמותן של פריצות-דרך בנושאים ערכיים ואידיאולוגיים תיעשה במסגרת המערכת הפוליטית-ציבורית, יסכים כי לבית-המשפט נועד תפקיד חיוני של כבוד בגיבוש התקדמות כאלה ובמימושן. מחויבותנו לעצמאות ולכוחו של בית-המשפט צריכה להתבסס על הבנה של תפקידו הייחודי בחיינו החברתיים ולא על ראייתו כ"פרה קדושה" שאין לגעת בה. רק מי שסבור כי פעולתו ה"אמיתית" של בית-המשפט אינה ניתנת להצדקה ואינה ראויה לכבוד, יבסס את יוקרת בית-המשפט על התעלמות, תיאור מטעה ושתיקה. אני איני נמנית עם אלה.

ב. רקע

ראשיתו של חיבור זה בכנס שיוחד לפסק-הדין בעניין בנק המזרחי¹. בפסק-דין זה עסק בית-המשפט העליון, בהרכב מורחב, בערעור על כמה החלטות של בתי-משפט מחוזיים שלפיהם התיקון לחוק הסדר חובות המושבים ("חוק גל") בטל, מאחר שהוא נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בשורה האחרונה החליט בית-המשפט, פה אחד, כי התיקון פוגע בזכות הקניין, אולם עומד בתנאים הקבוצים בפסקת ההגבלה ולכן אין לפוסלו. חשיבותו של פסק-הדין בכך שהוא קובע כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הגם שלא שורין ושינוי אינו דורש רוב מיוחד, מצמיח סמכות לבית-המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת ולפסול אותה. במלים אחרות: בית-המשפט, פה אחד, פירש את פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמטילה הגבלה מהותית-תוכנית על כוח החקיקה של הכנסת, שטיות ממנה תיאכפנה וחבטלנה על-ידי בית-המשפט.

עקרון הביקורת השיפוטית אינו חלק מן ההלכה הפסוקה בפסק-הדין. התוצאה לא היתה משתנה גם לו חשבו השופטים, כולם או חלקם, כי אין להם סמכות כזאת². כל עוד לא נפסל דבר חקיקה ראשי של הכנסת, התבטאויות שיפוטיות לגבי סמכות הביקורת

1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: פסק-הדין).

2 מטעם זה, הקביעות לגבי סמכות הביקורת השיפוטית אינן חלק מטעם הפסק לפי מבחן ההיפוך של ומבו. גם לפי מבחן העובדות המטריאליות של גודהרט, אין סמכות הביקורת השיפוטית חלק מטעם הפסק, שכן סמכות זו היא כלל משפטי ואינה עובדה מהותית. למבחי טעם הפסק ראו, R. Cross, *Precedent in English Law* (Oxford, 4th ed., 1991) Ch. 2. מעבר למבחנים, ההיגיון של הקביעה כי אין כאן הלכה פסוקה ממש הוא בכך, שאין לראות כהלכה פסוקה ומחייבת קביעה שלא היתה צריכה ממש להכרעה בסכסוך שעמד בפני בית-המשפט. שונה היה המצב לו הצטרף בית-המשפט העליון למסקנת בית-המשפט המחוזי, כי אכן יש לפסול את החוק.

השיפוטית הן אמרות-אגב. עם זאת, אי-אפשר להתעלם מן העובדה כי הרכב מורחב של בית-המשפט קבע כי זוהי עמדתו. פסיקה מאוחרת יותר מתייחסת לפסק-הדין שלפנינו כאילו אכן נפסק כבר, שלבית-המשפט מוקנית בחוק סמכות לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת.

לצד קביעות אלה עסקו חלק משופטי בית-המשפט העליון גם בדיונים מקיפים על מקור הכוח של הכנסת להגביל את עצמה בחוקי-יסוד, על מעמדם של חוקי-יסוד אלה ועל דרכי שינויים. בשאלות אלה נתגלעו כמה מחלוקות חשובות בין השופטים, אולם אף הם מסכימים כי הרהורים כלליים אלה הם בחינת אמרות-אגב. לצורכי חשוב רק לומר, כי הנשיא (הנכנס) ברק חזר בפסק-הדין על הקביעה כי חוקי 1992 היו "מהפכה חוקתית"³, בעוד שהשופט זמיר קובע את רגע המהפכה בהלכת ברגמן⁴. לעומתם, השופט חשין משמיע הרהורי כפירה בהתאמת התיאור "מהפכה" למציאות שיצרו חוקי-היסוד⁵.

העושר הצפון בפסק-הדין הארוך הזה כה רב ומגוון, שקשה מאוד לעמוד בפיתוי ולא להתייחס לשלל הנקודות העולות בו⁶. מנגד, כל אחת מן השאלות המרכזיות היא עצומה בהיקפה, שכן, כפי שקובע השופט חשין, אנו עוסקים כאן ב"נפילי נפילים" – שאלות היורדות לשורש המשפט, תורת-המשפט ותורת-המדינה. מי שינסה לתפוש מרובה, יכול להיות שלא יתפוש כלל. כלל הבחירה שלי לגבי הסוגיות שאתרכו בהן במאמר זה מבוסס על הטענה כי פסק-הדין, ושיח המהפכה החוקתית, הם חלק ממהלך פוליטי-משפטי-חוקתי. עיקרו של המהלך הוא הניסיון להשלים את המתווה החוקתי שהוחל בהחלטת הררי באמצעות שריון גורף של חוקי-היסוד הקיימים וקבלתו של חוק יסוד: חקיקה, שיקבע מפורשות את מעמדם העליון של חוקי-היסוד, דרישת רוב מיוחס לשינויים וקביעת מנגנון מיוחד לביקורת שיפוטית. אלא מאי, שהשלמת המהלך החוקתי אינה בדרך של ריכוז כל ההוראות החוקתיות למסמך אחד, שתהיה לו שלמות פנימית ואשר יתקבל כמסמך שלם, מקשה אחת, בהליך מיוחד ולאחר דיון ציבורי. המסלול שאנו הולכים בו כיום הוא מסלול של חקיקה רגילה, חפוזה ומחטפית לעתים, בניסיון להשלים את התומרים החוקתיים החסרים עדיין, שאין בה דיון ציבורי ואין בה הכתנה

3 ברק טבע את הכינוי במאמר א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, חזר עליו בשורה של פרסומים, והוא חוזר על התיאור בפסקאות 4-1 לפסק-דינו. לתיאור מפורט ראו למטה.

4 פסקאות 2-1 לפסק-דינו.

5 פסקאות 133-136 לפסק-דינו.

6 גם השופטים מתמודדים עם פיתוי זה, לא בהצלחה יתירה. ראו, למשל, השופט ברק בפסקה 5 לפסק-דינו; השופט חשין בפסקה 4; והשופט זמיר בפסקאות 4-3.

ברורה בין פעולות של עשיית חוקה או שינוייה ובין פעולות חקיקה רגילות. האופי החלקי והעמום-משהו של המהלך החוקתי בכנסת מעביר חלק גדול מן האחריות למהלך לבית-המשפט. בפסק-הדין נותנים הנשיאים שמגר וברק והשופט רב לוין לחקיקת היסוד מ-1992 משמעות חוקתית מקיפה. שמגר וברק סבורים שניהם, למשל, כי, בניגוד לפסיקה קודמת של בית-המשפט, לכל חוקי-היסוד הלא משוריינים שכבר נתקבלו מעמד-על, ואין לשנותם אלא בחוקי-יסוד אחר ותוך התייחסות מפורשת לשינוי. בעוד שפרשנות שיפוטית קובעת את משמעות החוקה ואת גבולות הביקורת השיפוטית גם כשיטות אחרות, אין תקדים בעולם למצב שבו בית-המשפט מכריז על מעמד-על לחוקי-יסוד ונוטל לעצמו סמכות של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, ללא קיומו של מסמך חוקתי שלם וללא הוראה מפורשת.⁷

לדעתי, אין זו דרך ראויה לקבלת חוקה לישראל. יתירה מזו: דרך זו אינה משקפת התפתחות טבעית (שלא לדבר על התפתחות הכרחית) של המהלך שהוחל בו בהחלטת הררי. אני חוששת, כי התיאור של קטעי המהלך הזה בשם "מהפכה חוקתית" מעורר את הנטייה להשלים את המהלך בדרך הזאת בלי לערוך את הריכוז, הדיון הציבורי והליך קבלת ההסכמה הרחבה שהם חיוניים לבניית חוקה נוקשה שיש בה אמון.⁸ השיח

7 זהו הבדל חשוב, למשל, בין *Marbury v. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) ובין פסק-הדין שלפנינו. במדברי נ' מדיסון קרא השופט מרשל סמכות לביקורת שיפוטית על חוקים שאינם מתיישבים מן החוקה, בהיעדר הוראה מפורשת על קיום סמכות כזאת. הטיעון הסתמך על העובדה כי החוקה האמריקנית התקבלה באופן חגיגי, יש בה הוראות נוקשות חמורות והיא הוגדרה במפורש כחוק העליון של השיטה. יש לציין, כי החוק שנפסל שם היה חוק שהקנה לבית-המשפט העליון סמכויות מעין-בג"ציות, כך שפסק-הדין היה דרך יצירתית לצמצם את תחומי המחלוקת בין בית-המשפט ובין המחוקק הראשי ואת נגיעתו של בית-המשפט העליון בשאלות פוליטיות בזמן אמת. למרות זאת, הספרות המשפטית בארצות-הברית מלאה ביקורת על מהלכו של מרשל. ראו, למשל, הפרק הראשון בספרו רב-ההשפעה של ביקל *A. Bickel The Least Dangerous Branch* (Indianapolis, 2nd ed., 1986). פסק-הדין בעניין חוק גל קורא סמכות ביקורת שיפוטית בהיעדר הוראה מפורשת לתוך פסקת ההגבלה של חוקי-היסוד מ-1992. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנידון באותו עניין, אינו נוקשה. מסמך חוקתי מלא לא התקבל ופסק-הדין מרחיב את מעמד-העל לחוקי-היסוד שלפני 1992, הגם שרובם אינם משוריינים פרוצדורלית או מהותית. בעניין זה ראו גם מ' לגנדי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט" משפט וממשל ג (תשנ"ז) 697, 705-706.

8 ראו, למשל, דברי השופט ברק בפתח פסק-הדין:

המהפכה החוקתית התחוללה בכנסת כמרץ 1992. הכנסת העניקה למדינת ישראל מגילות זכויות אדם חוקתיות... בכך היא יצרה נורמה חוקתית עליונה... סתירה בין האמור באחד משני חוקי היסוד לבין האמור בחוק רגיל גורדת אחריה בטלותו של החוק הסותר... היום מביע בית המשפט העליון את עמדתו המשפטית המאשרת מעמד חוקתי עליון זה. בכך משחלבת הזרוע החקיקתית עם הזרוע השיפוטית... קמה השרשרת

הציבורי מנוהל כיום על סמך הנחה סמויה, כי ההחלטות היסודיות לגבי חוקה כבר בוצעו. שיח זה מקבל תמיכה ועידוד מבית-המשפט עצמו ומכתביהם החוץ-שיפוטיים של שופטים ומשפטנים. אלה משפיעים בדרך הטבע על סוג הטענות שמשיעים המדינה או הצדדים כאשר מועלות טענות "חוקתיות" בבתי-המשפט⁹. בדיקה היסטורית פשוטה תורה כי אין זה המצב: ההחלטות היסודיות עדיין לא נעשו, לפחות מן הבחינה של הצגת האלטרנטיבות לדיון ציבורי נרחב והכרעה ביניהן. מה שיש לנו הוא פסיביות, מעניינת כשלעצמה, של חלקים ניכרים של המערכת הפוליטית בסוגיות החוקתיות. פסיביות זו, יחד עם תמיכה ברעיון של החוקה ובתכנים מסוימים שלו אצל חלק ממרכיבי המערכת הפוליטית ויחד עם תמיכה ציבורית ברעיון של השמת גבולות על כוח המתוקק ועל פעילות המערכת הפוליטית בכללה, מפרנסת את התחושה כי המהלך הזה ראוי ובלתי-נמנע.

מטרתו של מאמר זה להזכיר, כי חוקה היא למעשה המסמך הקובע את כללי-היסוד המשותפים לחברה החיה במסגרתה. כללים אלה קובעים הן את היחס בין הרשויות המרכזיות הן את ההגנה על זכויות-היסוד. מכיוון שהחוקה אמורה להיות מסמך מלכד, ראוי שנאמץ כללים ומסגרות שכל חברי החברה, או לפחות חברי הקבוצות העיקריות בה, יוכלו להרגיש שייכות אליהם. המהלך החוקתי הנוכחי אינו מבטיח את כל אלה. להיפך: הניסיון שהצטבר מאז שנת 1992 מעורר דאגה לא מעטה.

החוקתית בדבר חוקתיות החוקה בכלל, וחוקתיות זכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד בפרט.

האם ההכרזה של בית-המשפט היא חלק מן השרשרת החוקתית? מדוע? אם המהלך לא הושלם לפני הפסיקה, מדוע מכנה אותו ברק בשם "מהפכה חוקתית" וקובע בטלות חוקים מיד לאחר החקיקה? אולי כדי לטשטש את היצירתיות שבפסיקה, ההולכת אל מעבר למה שנאמר במפורש בחוקים? האם באמת כלי-כך ברור, כי חוקי-היסוד קובעים בטלות של חוקים סותרים, גם אם אין בהם דרישת רוב מיוחד? משהו מטעה ברטוריקה הזאת, שמצד אחד, מתייחסת לפסיקה באופן חגיגי מאוד, ומצד אחר, מציגה אותה כמכריזה בפשטות על המובן הברור והחד-משמעי של החוקים.

9 קשה ללמוד מן השיח של פרקליטים: אלה העותרים לבית-המשפט כדי לבטל חוק או לבקש פירוש המתיישב — לדעתם — עם הוראות חוקי-היסוד, חייבים לקיים שיח חוקתי כדי לבסס את טענותיהם. סביר להניח, כי פרקליטות המדינה, שלא כמו נציגי הכנסת, מרגישה את עצמה מחויבת לרעיון של הגבלת המתקוק לצורך הגנה ראויה על זכויות האדם וכי לא תבחר להעלות מיוזמתה, טיעון לפיו לא ראוי שתופעל ביקורת שיפוטית ככלל, להבדיל מטענה כי לא ראוי שהיא תופעל במקרה מסוים זה או אחר, כגון התביעה לבטל את חוק גל.

אני שבה וחוזרת לכן על קריאתו של השופט לנדוי¹⁰: הבה נדון בשאלה, אם אנו רוצים באותה חוקה שסביר להניח כי אנו יכולים להשיג היום בישראל. הבה נדון בתוכני החוקה, במבנה הרשויות וביחסים ביניהן ובשאלה, אם ראוי שתהיה לנו מגילת זכויות נוקשה בכל מחיר או שנדחה את אימוצה לתקופה שבה תהיה לנו הסכמה רחבה על מגילה ראויה לשמה. אל ניתן יד למהלך שבסופו נקום יום בהיר אחד ונשמע כי יש לנו חוקה נוקשה, ואנו לא ידענו, לא ראינו, לא קראנו ולא נשאלנו לדעתנו. לא יהיה כבודנו, וכבוד חוקתנו, על הדרך הזאת.

מטרה זו מכתובה את מבנהו של המאמר. בחלק הראשון אעסוק במהות החוקה, בתפקידיה ובהליך הראוי לקבלתה. אראה, כי חלק מאי-הבהירות בנושא נובעת מעמימות לגבי משמעותה ותפקידיה של חוקה. במובנים מצומצמים מסוימים חוקה היא הכרחית ובמובנים אחרים היא הסדר פוליטי שיש לבדוק את מידת התאמתו. תוויכות בישראל הוא פוליטי, אך לעתים הוא מוצג במונחים מושגיים או הגדרתיים. הסדרים חוקתיים ממלאים תפקידים שונים בחברות שונות ויש לגביהן מידה רבה מאוד של שונות. אין כמעט שום דבר הכרחי לעניין זה וכל שאלה מרכזית צריכה להידון לגופה, בהתאם לתנאים המיוחדים של החברה שמדובר בה. הסדרים חוקתיים מסוימים גם אינם נובעים בהכרח מהיות המשטר דמוקרטי או מן האידיאלים של שלטון החוק, מהפרדת הרשויות או מממשלה מוגבלת. ולבסוף, אין מניעה לוגית או כללית לאימוץ חוקה עליונה או נוקשה בדמוקרטיה או בשיטה של ריבונות הפרלמנט. כל אלה מדגישים, כי השאלות של אימוץ חוקה עליונה ונוקשה, תכניה ומנגנוני הפיקוח שלה הן שאלות פוליטיות שצריכות להיות מוכרעות בכל חברה בנפרד. חשוב שלא לעודד את הרושם, כי מסקנות אלה נובעות בהכרח ממושג החוקה או מאילוצים לוגיים על כוחה של הכנסת, כדי שלא לסייע לתהליך של הימנעות מהוויכות הפוליטי עצמו.

מנגד, אראה גם כי ישנם דברים שבכל-זאת נובעים מעצם המהות של חוקה ומתפקידיה: הגם שיכולות להיות מחלוקות לגיטימיות רבות וחשובות לגבי הפרטים החוקתיים המתאימים לחברה מסוימת, מוסכם על הכול כי חוקה נוקשה היא הסדר מסגרת, האמור ללכד את החברה וליהנות מהסכמה רחבה בה. הליך אימוץ מיוחד הוא דרך אחת להבטחת הסכמה כזאת, אולם חוקה אינה יכולה למלא את תפקידיה הייחודיים אם אינה נהנית מהסכמה רחבה בחברה.

בשארית המאמר אבדוק את שאלת החוקה על רקע המציאות הישראלית. אין ספק שצורך הנשיא ברק כאשר הוא אומר, כי כפי שישראל ייחודית ומיוחדת בהרבה

10 מ' לנדוי "חוקה כחוק עליין למדינת ישראל?" הפרקליט כז (תשל"א) 30. גם ההתפתחויות האחרונות לא הביאו את השופט לנדוי לשנות את דעתו, אלא חיזקו אותו בעמדתו המקורית. ראו מ' לנדוי "חוקה לישראל — האם ומתי?" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 27; וכן לנדר, לעיל בהערה 7.

תחומים, כך אף בתחום המהלך החוקתי¹¹. באנגליה, שבה אין חוקה נוקשה, ישנם דיונים בשאלה, אם ראוי שתהיה לה חוקה או לפחות מגילת זכויות נוקשה. במדינות רבות ישנה חוקה שיש בה פתרון ברור של שאלת העליונות והביקורת השיפוטית, ופתרון זה מקובל. בארצות הברית היתה חוקה נוקשה, ששאלת הביקורת השיפוטית הושארה בה פתוחה. שאלה זו הוכרעה בינתיים, והוויכוח עתה הוא על ההיקף הראוי של הביקורת השיפוטית. רק בישראל הוויכוח ניטש בשאלה, האם יש לה חוקה? ואם כן, ממה היא מורכבת ומה מעמדה?

השיח של "מהפכה חוקתית" החל אחרי חקיקת חוקי-היסוד ב-1992. כדי להבין מה קרה ב-1992 והאם נכון לקרוא לכך "מהפכה חוקתית" חשוב להבין מה קרה לפני 1992 ואיך המהלך החוקתי עד אז מסביר את מה שקרה ב-1992. בחלק השני אתאר, בפירוט מסוים, את המהלך החוקתי בישראל. אחלק את הדיון למהלך לפני 1992 ולאחרי, כדי להבחין בהשפעה של שיח המהפכה החוקתית על ההתפתחות אחרי החקיקה. הדבר יאפשר לי, בחלק השלישי והאחרון, להעריך את השימוש בשיח "המהפכה החוקתית" לתיאור 1992 כנקודת-המפנה במהלך החוקתי בישראל.

מסקנתי היא, כי בישראל – בגלל מאפייניה החברתיים המורכבים – נחוצה, עקרונית, חוקה נוקשה הכוללת מגילת זכויות. אולם דווקא בשל אותם מאפיינים חברתיים ופוליטיים, אין בישראל ההסכמה הרחבה הנדרשת לחוקה לגבי חלק משאלות-המפתח שלה, לרבות חלקים ממגילת-הזכויות ועקרון הביקורת השיפוטית. מצב כזה אינו ייתורי לישראל. במדינות רבות הוא נפתר כאשר יש כורח בחוקה (אם כשל היות המדינה פדרטיבית או מפני שהישות המדינית הוקמה לאחר מהפכה מדינית, ודרישת החוקה בה היתה מבוססת על שיקולים מיוחדים ועל יחס-יכוח מיוחדים) או כאשר ישנה נכונות משותפת של מרכיבי החברה החשובים להפריד בין החקיקה ה"רגילה" ובין החקיקה ה"חוקתית". במצב הקיים בישראל כיום אין נכונות כזאת להפרדה. מירת הקיטוב והנזילות של הסדרים מרכזיים היא כה רבה והאיום על הלגיטימיות של הענפים הפוליטיים כה חזק, שהעת אינה אופטימלית לגיבוש חוקה נוקשה. את ההסכמה על הסדרים משטריים ראוי לקדם בדרך של דיון ציבורי מקיף ובדרך של חקיקה רגילה. אם וכאשר תתגבש הסכמה כזאת, ניתן יהיה לאמץ הסדרים חוקתיים שלמים כמקשה אחת בהליך קבלה מיוחד וחגיגי. אמשך ואתעד את טענתי, כי השאלות הפוליטיות של חוקה לישראל לא נחתכו מעולם בדיון שיטתי וכי השיח הציבורי והמשפטי, ובעיקר הרטוריקה של "המהפכה החוקתית", מטשטשים עובדות-יסוד אלה. אטען, כי השימוש השגור בביטוי "המהפכה החוקתית" כתיאור משהו שכבר קרה מטשטש את הצורך לברוק את השאלות החוקתיות המרכזיות המתעוררות: האם ראוי שתהיה בישראל

חוקה? אם כן, מה צריך להיות כלול בה? מהם עקרונות המשטר הבסיסיים? האם יש לכלול בה מגילת-זכויות? איך לטפל בשאלות השנויות במחלוקת עמוקה, כגון דת ומדינה, מעמד הערבים בישראל והגישה החברתית-כלכלית של המדינה? האם ראוי כי החוקה תהיה נוקשה? באיזה סוג נוקשות? מה צריך להיות המנגנון האוכף את עליונות החוקה? ואחרון חביב: מה צריך להיות ההליך שבו יש לאמץ חוקה שכזו? אמשיך ואמנה כמה מתוצאות-הלוואי הבלתי-רצויות של האופן שבו נעשה התהליך עד עכשיו. בסיכום, אטען, כי ראוי שהמערכת הפוליטית והציבורית בישראל, תוך כדי שיתוף-פעולה של המערכת המשפטית והשיפוטית, יכריעו אם אכן קבלת חוקה נוקשה לישראל בזמן הזה מצויה בעדיפות גבוהה מבחינתם, ויכריעו אז על דרך ראויה להשגת המטרה. אם יוחלט, כי אכן רצוי ואפשר לישראל לאמץ חוקה נוקשה טובה עכשיו, יש לעשות זאת בדרך של חקיקה מפורשת ומקיפה, לאחר דיון ציבורי, ובהליך מיוחד¹². הדיון הציבורי הזה יעניק למסמך שיתקבל את הכוח לקיים את המטרות הפוליטיות החיוניות שחוקה אמורה למלא. בתהליך הנוכחי החוקה הופכת למסמך מפלג ומתסיס, במקום שתהיה בסיס למחויבות המשותפת של כל חלקי החברה¹³. אם המערכת הפוליטית תמשיך בעמדה הבלתי-ברורה שלה, ואם הציבור לא ישרד לה כי אין הוא חפץ בכך, סביר להניח כי בית-המשפט — בסיוע של מיעוט מסוים, אך נחרץ, בכנסת — אכן ישלים את המהלך, ומדינת ישראל תקבל חוקה נוקשה, המבוססת בחלקה על טקסטים רשמיים ובחלקה על "עקרונות-יסוד" אמורפיים, העשויה טלאים-טלאים היסטוריים, שמעולם לא נבדקו כאמנה חברתית כוללת ומאוזנת, ועם ביקורת שיפוטית רחבה של בית-משפט מקצועי, שאין בו ייצוג נאות של קבוצות-אינטרסים מרכזיות בחברה. "המהפכה החוקתית", למרות שבינתיים עדיין אינה תיאור של המציאות המשפטית הקיימת מבחינות רבות, תהפוך לנבואה שהגשימה את עצמה. האחריות העיקרית בנושא זה מוטלת על הכנסת ועל הציבור בישראל. הכנסת היא זו שחוקקה את חוקי-היסוד מ-1992 ואשר מחויבת, לפחות רשמית, להמשיך המהלך החוקתי. הכנסת היא זו שאינה מתרגמת ביקורת מסוימת על הפירוש השיפוטי לשפת החקיקה המחייבת. הכנסת היא זו שאינה מפרשת, כי ההליך של הכנת חוקה צריך שיוצא מידיה או לפחות שייעשה באופן רציני, מרוכז, שישנה בו בדיקה שיטתית של ההסדרים החוקתיים כולם. יתירה מזו: הכנסת היא זו הנותנת יד לחקיקת חוקי-יסוד

12 ייתכן כי לשריון של ההגנה על זכויות האדם מעמד מיוחד וכי הטיעון לטובת שריון כזה אינו תלוי בשאלת החוקה לגבי תחומים אחרים. לדיון (חלקי) בשאלה זו ראו למטה.

13 אני רואה את פסק-הדין כשלב חשוב במהלך החוקתי שאני בודקת. אסתמך על אותם קטעים ממנו העוסקים בשאלות שאני מעוררת ואדגים בעזרתו טענות מסוימות. מובן, כי הטיפול שלי בפסק-הדין לא יהיה שיטתי או ממצה.

מחשפיים והמחוקקת הסדרים יסודיים ללא תשומת-לב מספקת להשלכותיהם ארוכות-הטווח.

עם זאת, על רקע הפגמים המוסכמים בהליך החוקתי עד עתה ועל רקע האנומליות הקשות שנוצרות בעקבות ההכרה בביקורת שיפוטית של כל בית-משפט ואגב כל הליך על חלק לא ברור מן החקיקה הראשית (החדשה?) של הכנסת, אני נוטה לדעה כי טוב היה עושה בית-המשפט לו המתין עד לעמדה ברורה וכוללת יותר מצד הרשות המחוקקת או עד למקרה מתאים שבו היה מגיע למסקנה כי אכן יש לבטל חוק של הכנסת, לפני שהיה מפתח עמדות כוללות ומרחיקות-לכת – חלקן ברמה של המלצות למחוקק ושל שינוי רטוראקטיבי של מעמד חוקי-היסוד כולם. נטייתו של בית-המשפט להאיץ את המהלך החוקתי עלולה לגרום להאטתו. אבל חמור מזאת: נטייה זו עלולה לחזק את התחושה, כי בית-המשפט הוא שחקן פוליטי מהותי ולא רק הבורר המוסכם של כל חלקי החברה לאכיפת ערכיה המשותפים.

חלק ראשון: כמה מושכלות ראשונים על חוקה

א. הבהרות מושגיות

1. חוקה — תכנים, עליונות, נוקשות, אכיפה

קשה להסכים על תשובה לשאלות שהצגתי לגבי חוקה בלי הסכמה קודמת על מהות החוקה עצמה. חלק מן העמימות בנושא שלפנינו נערך בריבוי המובנים של המלה "חוקה". נהוג להבחין בין חוקה מטריאלית (או מהותית) ובין חוקה פורמלית. לכל מדינה יש חוקה מטריאלית — ההסדרים הבסיסיים הקובעים את מוסדות השלטון ואת היחסים ביניהם¹⁴. לעתים כוללים ב"חומר חוקתי" גם את ההוראות העוסקות בהגנה על זכויות האדם ואת קביעת ערכי-היסוד של החברה שמדובר בהם¹⁵. לעתים קבועים הסדרים אלה בחוק חרות אחד, לעתים בכמה חוקים חרותים ולעתים הם עניין של קונבנציות חוקתיות¹⁶. חוקה פורמלית היא זו המעוגנת במסמכים חקיקתיים נפרדים. כאשר החומר מרוכז במסמך אחד, נקראת החוקה אחידה. זיהוי החומרים הכלולים בחוקה המטריאלית נעשה לפי תוכן ההסדרים. אולם כאשר ההסדרים אינם קבועים בחוק אחד או בחוקים אחדים, ישנה לעתים מחלוקת בשאלה אם לחומר מסוים משמעות

14 לפי קלזן, ההוראות החיוניות לחוקה מטריאלית נוגעות רק למקורות המשפט או לדרך שבה נקבעים, בשיטה, חוקים חדשים. הדבר נובע מיסוד תורת-משפטי הנכון לגבי כל שיטת-משפט, בלי קשר למבנה המיוחד של מוסדותיה: המשפט, ככזה, מאופיין כמערכת נורמטיבית הקובעת בעצמה את דרכי יצירת המשפט במסגרתה. ראו H. Kelsen *General Theory of Law and State* (Cambridge, 1945). 124-125. למוכן שבו חוקה מטריאלית כזאת היא הכרחית ראו דיון למטה.

15 הגם שרוב החוקות המודרניות כוללות מגילות-זכויות, החלק היחיד שהוא הכרחי לחוקה הוא הקמת מוסדות השלטון.

16 מקור מרכזי להבהרת המהות והחשיבות של קונבנציות חוקתיות הוא חיבורו של דייסי (A.V. Dicey) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London, 9th ed., with an introduction and appendix by E.C.S. Wade, 1950). ראו גם דיון אצל הוג (R. Hogg) *Constitutional Law of Canada* (Toronto, 2nd ed., 1985). לצרכינו חשוב לזכור, כי קונבנציות הן מנהגים וכי הן מטילות חיובים "בלתי-מושלמים" — חיובים שמנגנוני-האכיפה שלהם אינם משפטיים-מוסדיים. למרות זאת, בדרך-כלל קונבנציות קובעות בצורה יעילה למדי את גבולות ההתנהגות של השחקנים הפוליטיים.

חוקתית¹⁷. בשיטה שיש בה חוקה פורמלית, זיהוי של החומר החוקתי נעשה לפי השיוך למסמכים הרלוונטיים¹⁸.

רבים טוענים כי רק לחוקה פורמלית יכולים להיות מוקנים מאפיינים של עליונות או נוקשות¹⁹. עליונות פירושה, כי לחוקה ניתן מעמד על-חוקי; כי היא נתפשת, היררכית, כעומדת מעל לחקיקה הרגילה. בדרך-כלל, אך לא תמיד, חוברת לעליונות גם נוקשות — דרישת מנגנון מיוחד של שינוי, השונה מן המנגנון של החקיקה הרגילה²⁰. מנגנוני השינוי המיוחד יכולים להיות שונים ומגוונים הן לעניין זהות הגופים הנדרשים להתליט הן לעניין הליכי ההחלטה. הנוקשות הקלה ביותר היא דרישה של רוב מיוחס בבית-המחוקקים הרגיל. במדינות פדרטיביות שינוי החוקה דורש בדרך-כלל פעולה משותפת של השלטון המרכזי ושל המדינות המשתתפות²¹. ישנן מדינות העושות שימוש במשאלי-עם²², בדרישה של חקיקה על-ידי שני פרלמנטים בזה אחר זה, כאשר תיקון החוקה מועמד כנושא בבחירות²³, או בדרישה של כינוס ועדה מתקנת מיוחדת²⁴. לעתים, חוק קובע שריון להוראות שאין להן משמעות חוקתית. אם יינתן תוקף לשריון כזה, תהיה לנו נוקשות של חומר משפטי שאינו חוקתי²⁵. חשוב לזכור כי, עקרונית, ניתן

17 כך, למשל, אצלנו לא ברור מעמדם של חוק השבות ושל חוק שווי זכויות האשה. שניהם נחקקו לאחר החלטת הררי ושניהם לא כונו, בשעתם, חוקי-יסוד.

18 כך, למשל, התיקון השמונה-עשר לחוקת ארצות-הברית, שאסר שתיית משקאות משכרים, היה חלק מן החוקה עד שבוטל, הגם שלא ברור כי היה נכון להעניק לו מעמד כזה.

19 קלזן סבור, כי עקרונית לא ניתן לדבר על נוקשות ועליונות בהוראות חוקתיות לא-פורמליות: Kelsen, *supra* note 14, at p. 125. הוא מתאר את אנגליה כשיטה שאין בה חוקה פורמלית ולכן יש לחוקה המטריאלית שלה אופי של דין מנהגי — ואין הבדל בינו ובין חקיקה רגילה.

20 לפי הפירוש המקובל על כל השופטים בפסק-הדין, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נהנה מעליונות כלפי חקיקה רגילה של הכנסת הגם שאינו משוריין ואינו דורש הליך חקיקה מיוחד לשינוי ועל-אף שנתקבל כחוק רגיל. לסקירה כללית של מנגנוני שריון ראו: A. Lijphart *Democracies: Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty One Countries* (New Haven, 1984) 188-191.

21 זה המצב בארצות-הברית, לפי הסעיף החמישי לחוקה, וכן בגרמניה ובקנדה.

22 זהו המצב באוסטרליה.

23 מנגנון שינוי כזה התגבש באופן מנהגי בשכדיה במאה הי"ח. כיום הוא קבוע בחוקה משנת 1974 לגבי חלק מן ההסדרים החוקתיים. לגבי חלק אחר, לרבות זכויות האדם הקלסיות, די בשינוי בשתי הצבעות רוב בפרלמנט במרווח של שנה זו מזו, אלא-אם-כן נהנתה ההצעה מרוב גדול במיוחד. ראו סקירתו של G.H. Glanz "Sweden" in *Constitutions of the Countries of the World* (New York, A.P. Blaustein & G.H. Glanz eds., 1972).

24 אחת האפשרויות בהליך התיקון בארצות-הברית.

25 כך קרה אצלנו בסעיף 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, תשמ"ד-1984 ס"ח 178, בעוד ששמגר נוטה לראות בשריון כזה חלק מריבונות הכנסת, נוטה ברק לדעה (שהושמעה

לייחס עליונות גם לנורמות שאינן חקוקות. זה הוא המעמד של משפט הטבע בתורות משפט טבע של משפט, וזה הוא מעמד "ערכי-היסוד" אם הקהילה המשפטית ובתי המשפט יבחנו תוקפם של חוקים על פיהם. אם נראה נוקשות כעניין של יכולת שינוי מעשית, ולא מנגנון שינוי מפורש, ניתן להעלות על הדעת קונבנציות הקשות יותר לשינוי מאשר הוראות חוק משוריינות וחקוקות.

שאלה נפרדת היא האם יש מנגנון מיוחד האוכף את עליונות החוקה ומבטל או מסייג חקיקה העומדת בניגוד לה. ישנן שיטות שבהן אין כל מנגנון כזה, וההגבלות על המחוקק הראשי הן עניין של קונבנציות או מוסר פוליטי²⁶. בשיטות אחרות ישנם מנגנונים מגוונים, הכוללים ביקורת שיפוטית כללית על-ידי כל בית-משפט אגב תקיפה עקיפה (כמו בארצות-הברית ובקנדה²⁷) ביקורת שיפוטית על-ידי מוסד מיוחד ולפי הליך מיוחד (כמו בגרמניה)²⁸ או ביקורת שיפוטית או מעין-שיפוטית לתקופה מוגבלת (כמו בצרפת או לפי הצעתו של אקצין)²⁹. ישנן שיטות שבהן הביקורת השיפוטית

גם על-ידי רובינשטיין) כי שריון כזה אינו תופש. נראה, כי חשין יהיה מוכן לאשר שריון כזה כל עוד הוא אינו עולה על רוב מוחלט. נסים (שר המשפטים דאז) מציין בלקוניות, כי הוא ראה שהחוק אכן היה נחרץ.

26 מבחינת תורת המשפט קובע Kelsen, *supra* note 14, at pp. 155-156, כי חוקות צריכות לקחת בחשבון סתירה בין חוקה עליונה לחוק רגיל. במקרה כזה החוקה יכולה (אך לא חייבת) לקבוע אורגן שיפקח על סתירות כאלה. קלון מבחין בין אפשרות שאורגן זה יהיה שונה מן המחוקק, שאז הוא סמכות הנמצאת מעליו, והוא מציין כי דבר זה עלול להיות בלתי-רצוי, בעיקר אם בידי אותו גוף גם סמכות לכטל חוקים הנראים לו בלתי-חוקתיים. אפשרות אחרת היא, כי הגוף האוכף את החוקה הוא המחוקק עצמו, ואז השיפוט של המחוקק בחקיקה הוא סופי, וכל חוק ייראה כאילו הוא תואם את החוקה. לסקירה השוואתית של מנגנוני פיקוח על סטיות מן החוקה ראו Lijphart, *supra* note 20, at pp. 191-196. ראו גם א' ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" משפט וממשל ג (תשנ"ז) 403.

27 בחוקה האמריקנית לא צוינה במפורש סמכות הביקורת השיפוטית, וזו פותחה הלכתית בשורת החלטות החל ממרכורי נ' מדיסון. לדיון כללי ראו, למשל, ספרו של גונתר (G. Gunther) *Constitutional Law* (New York, 11th ed., 1985). בקנדה נקבעה הסמכות מפורשות בחוקה מ-1982. לסקירה כללית ראו Hogg, *supra* note 16.

28 בגרמניה מופעלת הסמכות לפי הוראה מפורשת על-ידי בית-משפט מיוחד לחוקה. לדיון מפורט ראו D. Kommers "The Federal Constitutional Court in the German Political System" 26 *Comp. Pol. Stud.* (1994) 470.

29 למשפט הצרפתי ראו ספרו של J. Bell *French Constitutional Law* (Oxford, 1992). להתפתחות במשפט הצרפתי (והגרמני) ראו A. Stone "Judging Socialist Reform: The Politics of Coordinate Construction in France and Germany" 26 *Comp. Pol. Stud.* (1994) 443. להצעתו של אקצין ראו לקמן.

מוגבלת למתן סעד לפרט שנפגע על-ידי חוק לא-חוקתי, אולם בהן לא יכול בית-המשפט גם להכריז על החוק כבטל או כנפסד³⁰.

ריבוי זה של משמעויות והסדרים מוכיח, כי אין משהו במובן של "חוקה" המחייב פורמליות, עליונות, נוקשות או מנגנון-אכיפה מסוים לגבי תכנים חוקתיים, בכלל, או לגבי מגילות זכויות-אדם, בפרט. השאלה, מהו ההסדר הראוי בחברה מסוימת בזמן נתון, היא שאלה פוליטית מרכזית וחשובה. סביר להניח, כי אין לשאלות אלה תשובות כלליות, הנכונות תמיד ובכל חברה³¹. שאלה זו תיפתר בכל חברה על סמך מאפיינים ייחודיים לחברה שמדובר בה, ועל סמך עקרונות ראויים כלליים של תפישת השלטון והמדינה. לעומת זאת, השאלה, מהו ההסדר המשטרי-חוקתי הקיים בחברה מסוימת בזמן נתון? היא שאלה מעורבת של מציאות פוליטית ושל משפט. תשובות לשתי השאלות – הן זו לגבי ההסדרים הראויים הן זו לגבי ההסדרים הקיימים – אינן יכולות להילמד מתוך עיונים מושגיים או לוגיים, או מתוך גזירה הכרחית מעקרונות תורת-המשטרים או מעקרונות תורת-המשפט, או אף מצורת משטר מסוימת (כגון דמוקרטיה) או מתורת-משפט מסוימת (כגון זו של אוסטיין, קלזן, הרט או דוורקין).

30 נראה כי זהו המצב המסתמן בשיטה הישראלית, על-פי צירוף של סמכות, בדיקה כללית והלכת התקדים המחייב המעניקה רק לפסק-דין של בית-המשפט העליון תוקף מחייב כלפי מטה: פסק-דין של בית-משפט נמוך נותן סעד בין הצדדים, אולם אינו יכול לבטל את החוק. ביטול כזה יכול להיעשות רק על-ידי בית-המשפט העליון. לדיון בסוגיה זו ראו מאמרו של ד' סגל בחוברת זו. לדיון השוואתי כללי בביקורת שיפוטית ראו ספרה של A.R. Brewer-Carias *Judicial Review in Comparative Law* (Cambridge, 1989).

31 ראו, למשל, הדיון המעניין של S. Holmes & C. Sunstein "The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe" in *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton, S. Levinson ed., 1995) במצב החוקתי במדינות מזרח-אירופה לאחר נפילת ברית-המועצות וטענתם, כי בנתונים המיוחדים של האזור ראוי שם לא לקבוע נוקשות חמורה ולא להעניק כוח למוסדות בלתי-ייצוגיים כגון בתי-משפט לחוקה. הם גם מרגישים, כי הליכי שינוי חוקה אינם נושא משפטי-טכני, אלא שאלות בעלות משמעות, פוליטית מרכזית ומכרעת: עמ' 273. גם בדיון בכנסת לפני החלטת הררי יש שילוב של נקודות עקרוניות (כגון עמדת הדתיים, כי לישראל אין צורך בחוקה משום שיש לה חוקה – תורת ישראל) ונקודות הנוגעות לעיתוי ולתנאים המיוחדים של ישראל באותה תקופה (הליך של עלייה, מצב בטחוני חמור, צרכים של שלטון יעיל וגמיש). לדיון בכנסת ראו דיון לקמן; וכן R. Gavison "The Controversy over Israel's Bill of Rights" 15 *IYHR* (1985) 113.

2. חוקה, משטר חוקתי וקונסטיטוציונליזם

ריבוי המובנים של "חוקה" מעלה שאלה לגבי ייתור התיאור "חוקתי" למשטר מסוים. כאמור, לכל מדינה, בלי קשר לצורת משטרה, תהיה, בהכרח ובהגדרה, חוקה מטריאלית. אם נרצה לתת לתואר "חוקתי" משמעות ייחודית מסוימת, המבחינה בין משטר חוקתי למשטר שאינו כזה, הרי שביטוי זה אינו יכול להיות שווה-משמעות לקיומה של חוקה מהותית. ברור גם, כי חוקה מהותית תהיה גם למונרכיות גם למשטרים טוטליטריים עריצים, ואין לה כל קשר לדמוקרטיה דווקא³². במלים אחרות: אם "חוקה" היא חוקה מהותית, כל משטר הוא משטר חוקתי, ואין בתואר הזה כל תוספת תיאור שלו.

אולם משדחינו את הגזירה של "חוקתיות" מקיומה של חוקה מהותית, לא התקדמנו הרבה; שכן ישנן מחלוקות גדולות בשאלה, מהם המאפיינים המהותיים של משטר חוקתי? האם מספיק שתהיה חוקה פורמלית, גם אם אינה נוקשה או עליונה³³? האם הכרחי שתהיה חוקה פורמלית כזאת³⁴? האם מדובר בערכים יסודיים (כגון דמוקרטיה, זכויות-אדם או ממשלה מוגבלת), או בעקרונות מבניים מסוימים (כגון חלוקת כוח השלטון, נוקשות מסוימת בחוקה³⁵ או עליונות החוקה גם כלפי מחוקק עליון וביקורת שיפוטית?).

הקושי התיאורטי של אפיון החוקתיות (או הקונסטיטוציונליזם) מתחזק מפני שיש לנו עניין כאן במשהו הנתפש כחיובי ולא רק במינוח נייטרלי. כמו לגבי דמוקרטיה,

32 יחירה מזו: המקור של ההגבלות החוקתיות אינו חייב להיות מסמך אנושי. הרעיון החוקתי המקורי ראשיתו במושגים, כגון משפט דתי או משפט טבעי, שבהם ההגבלות על כוח החקיקה והשלטון של בני-אדם נובעות מגורמים בלתי-אנושיים. לנקודה זו ראו גם C.I. Friedrich "Constitutions and Constitutionalism" in *International Encyclopedia of the Social Sciences* (New York, Vol. 3, p. 318, 1968). נקודה זו תהיה חשובה כאשר נחזור לדיון בשאלת ההגנה על זכויות האדם באמצעות חוקה. למרות חשיבותה, אעסוק בעיקר בחוקות שהן ההסכמות האנושיות המרכזיות על כללי-היסוד החברתיים.

33 לתשובה חיובית יהיה היתרון של בהירות בזהוּי. מנגד, ברור כי נעדרים ממצב כזה חלק מן המאפיינים השגורים של משטר חוקתי, כגון הגבלת כוח החקיקה הרגיל באמצעות חוקה.

34 לתשובה שלילית מרומזת ראו הערותיו של W. Murphy "Merlin's Memory: The Past and the Future" in *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton, S. Levinson ed., 1995). מורפי סבור, כי אנגליה וניו-זילנד ראויות לשם "דמוקרטיה חוקתית", למרות היעדר יסודות חוקתיים פורמליים, מפני שיש בהן מחויבות לעיקרון של ממשלה מוגבלת ולהגנה על ערכי-יסוד. עמדה דומה ננקטת על-ידי Friedrich, *supra* note 32.

35 כך הולמס וסנסטיין מגדירים חוקה כ"בין השאר, מסמך שקשה במיוחד לשנותו" (Holmes & Sunstein, *supra* note 31, at p. 275).

שאף בה השניות הזאת, נודעת חשיבות רבה להימנע מאפיון של המושג בצורה כזאת שתכתיב פתרונות פוליטיים ומשפטיים שהם אולי רצויים, אך אינם הכרחיים. מנגד, ברוב ההקשרים התיאורטיים אין משמעות רבה לקביעה אם שיטה מסוימת היא "חוקתית" אם לאו. השימוש הרווח בתיאור קיומה של חוקה אינו של חוקה מהותית, אלא של חוקה נוקשה. יותר מעניין להגדיר אם שיטה מסוימת מקיימת יסודות של קונסטיטוציונליזם – ולצורך מתן מענה על שאלה זו ניתן בהחלט להגדיר את המובן שמדובר בו לצורך הדיון.

לו הוצרכתי להעדיף אפיון יחיד של קונסטיטוציונליזם, שיתפוש באופן טוב את הרעיון המרכזי של אידיאל זה, הייתי נוטה להעדיף אפיון שידגיש יסוד צורני שיש לו תפקיד מהותי: משטר יהיה חוקתי כאשר תהיה בו הבחנה בין הליכי קבלת החלטות חוקתיים לחקיקה רגילה. בדרך-כלל הבחנה כזאת תהיה עניין של מסמך פורמלי (שהוא עצמו אינו חייב להיות נוקשה או עליון). אולם עקרונית, אין זה מן הנמנע שבמדינה מסוימת תתפתח קונבנציה של הבחנה בין חקיקה חוקתית לחקיקה רגילה. השאלה, אם הבחנה כזו אכן התפתחה בשיטה מסוימת, היא שאלה של מציאות פוליטית ולא בהכרח של הסדרים משפטיים מפורשים³⁶. יתירה מזו: החוקתיות אינה בהכרח הברל בין דרכים מפורשות ליצירת חוק. המבחן האמיתי הוא, האם יש בשיטה "מדרג נורמטיבי" שיש בו משום מגבלה אפקטיבית על כוח החקיקה של המחוקק העליון הרגיל³⁷?

36 כך, למשל, בקנדה התפתחה קונבנציה לעניין ייזומם של שינויים בחוקה עד 1982. עד אותו זמן הכוח לשנות את ההסדרים החוקתיים המרכזיים בקנדה היה מסור בידי הפרלמנט הבריטי האימפריאלי. החוקים המקוריים עצמם קבעו, כי תהליך השינוי ייעשה על-ידי פנייה של שני בתי-הפרלמנט הפדרליים של קנדה, מלווה בהצעת חוק, לפרלמנט הבריטי. עלה מכך, שלפי החוק לא היתה שום תשומה מחייבת לפרובינציות בתיקוני החוקה. מצב זה הוא אנומלי בפדרציה, שכן הוא נותן לכאורה כוח חד-צדדי בידי השלטון המרכזי לשנות את יחסי-הכוחות בינו ובין המדינות. בפועל, כל התיקונים עד זה של 1982 נעשו בהסכמתן של כל הפרובינציות. התיקון של 1982, שהיה שנוי יותר במחלוקת ואשר קוויבק התנגדה לו לאורך כל הדרך, הניב תהליכים מורכבים ואף החלטות שיפוטיות. בסופו של דבר הוגשה הצעת התיקון לאחר הסכם של תשע מתוך עשר הפרובינציות, לאחר פסיקה שקבעה כי אין דרישה חוקית לקבל את הסכמת המדינות, אולם יש קונבנציה המחייבת קבלת הסכמתן של רוב המדינות. לדיון, בחלקו ביקורתי, ראו Hogg, *supra* note 16, pp. 51-56. חוקי 1982 קבעו הסדרי תיקון קנדיים מפורטים, שבהם מעורבותן של המדינות קבועה באופן סטטוטורי מפורש. עם זאת יש להזכיר, שההסדר הקנדי עד 1982 כלל הבחנה ברורה בין חקיקה פדרלית רגילה ובין תיקונים לחוקה, שכן האחרונים היו בסמכותו הייחודית של המחוקק האימפריאלי. קונבנציה כזאת התפתחה גם בשבדיה. ראו סקירתו של Glanz, *supra* note 23.

37 אפיון זה מבהיר את הקשר בין כמה הצעות שונות להגדרה של "קונסטיטוציונליזם". נוקשות מסוימת מפני המחוקק הרגיל, שהיא המאפיין שאני מציעה, קושרת כמובן את החוקתיות לרעיון של ממשלה

קונסטיטוציונליזם באפיון זה בא לאפשר הבחנה בין עניינים שבהם מספיקה הכרעת רוב רגיל של מחוקקים ובין אלה שבהן יש צורך בהצדקות מסוג אחד, עקרוני וחזק יותר, ובהתאם לכך גם ברירות פרוצדורליות, כגון הסכמה רחבה או בדיון ציבורי רחב יותר. בדרך-כלל מטרת ההסדר החוקתי הזה היא הדגשה של ההבדל בין הכרעות "פנימיות" על הסדרים חברתיים ספציפיים ובין הכרעות "מסגרתיות" על כללי המשחק המשותפים. המפעל של קונסטיטוציונליזם כמובן זה הוא אחד המפעלים המרכזיים בתחום תורת המדינה הנורמטיבית בעידן המודרני, ובתקופתנו ניתנה לו חיוניות מחודשת בכתביו רבי-ההשפעה של ג'והן רולס.³⁸

ראוי להזכיר כי לפי אפיון זה של קונסטיטוציונליזם אין קביעה מוקדמת של תוכני החוקה, להבדיל מתוכני חוקים רגילים. כך, למשל, עקרונות משפטיים יכולים להיות כלולים בחוקה נוקשה, אך יכולים להיות גם מתוצה לה³⁹. הוא-הדין לגבי מגילת-זכויות⁴⁰

מוגבלת (ראו למטה). עם זאת, לפי אפיון זה גם לאנגליה יש חוקה, שכן חלק מן הקונבנציות החוקתיות שלה נוקשות לא פחות, ואולי יותר, ממסמכים חוקתיים מפורשים בארצות אחרות. אני מעדיפה מאפיין שיהיה פורמלי יותר וקל לזיהוי. לדין כללי ראו J.E. Lane *Constitutions and Political Theory* (Manchester, 1996).

38 רולס התחיל במפעל בספרו המקיף J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, 1971) והמשיך לעדן את השלכותיו בכתבים מאוחרים יותר, כגון J. Rawls *Political Liberalism* (New York, 1993). ההבחנה המרכזית לאורך כל עבודתו היא בין עקרונות המסגרת הנקבעים במעין "מצב מקורי", ובין הפעילות הפוליטית השגרתית יותר, המתבצעת במסגרת עקרונות הצדק המסגרתיים. רק במצב המקורי נדרש מאנשים לפעול באופן המנותק ממצבם המיוחד ומן הנתונים הספציפיים לגבי העדפותיהם. יש פה ניסיון תיאורטי מעניין (שאני-אפשר להיכנס כאן לספרות העצומה העוסקת בו) ליצור הבחנה מבנית בין תנאי הרקע להסכמות חוקתיות ובין קבלת ההחלטות הפוליטיות ה"רגילות". רולס עצמו עושה יישום מעניין של גישה זו לגבי ההגנה על זכויות האדם במאמר J. Rawls "The Law of Peoples" in *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures* (Oxford, S. Shute & S. Hurley eds., 1993).

39 כך, למשל, בקנדה לא הוכלל החוק המקים את בית-המשפט העליון ואת סמכויותיו בין המסמכים החוקתיים. גם בשבדיה התקבלה ב-1974 חוקה חדשה, שהוצא ממנה במפורש "חוק הריקסטג". לשינוי חוק זה נקבע מנגנון-שינוי מיוחד, אולם הוא חלש יותר ממנגנון השינוי החוקתי המלא.

40 החוקה האמריקנית שהוצעה בפילדלפיה לא כללה מגילת-זכויות, והיו כאלה שטענו נגד הצורך בהכללתה. במהלך דיוני האשרור במדינות של החוקה התברר, כי ישנה תביעה רחבה להכללת הגנה על זכויות פרטים ומדינות, ומדיסון יזם הכנסת את תשעה התיקונים הראשונים לחוקה, שהם גרעין מגילת-הזכויות, כמושב הראשון של הקונגרס. בחוקה השבדית של 1974 לא היתה כלולה מגילת-זכויות, שכן שאלת הכללתה בחוקה ושאלת המנגנון המיוחד לשינויים בה היו שנויים במחלוקת. מגילת-זכויות נוספה לחוקה בתיקון חוקתי מלא ב-1979, אולם היא קובעת שני מנגנוני-תיקון שונים לגבי היקף הזכויות המוגנות.

ולגבי עקרונות יסוד מסוימים⁴¹. במלים אחרות: קבוצות התכנים של החוקה, כמו גם תוכן ההסדרים החוקתיים, אינם מוכתבים על-ידי האידיאל של קונסטיטוציונליזם. יתירה מזו: הדרכים המיוחדות לפעילות חוקתית אינן מוגדרות מראש ובהכרח. ניתן לדבר על פעילות מיוחדת בתוך בית-המחוקקים או על תהליכים "מהפכניים" שיש בהם ביטוי חזק יותר לדעתם של התושבים, ולא רק של נציגיהם, או על מבנה-ביניים שיש בו החלטה של נציגים, אולם כאשר הנציגים נבחרים למטרה המיוחדת של שינוי חוקתי, במובחן מן הגוף העוסק גם בחקיקה רגילה⁴².

עם זאת, כפי שצינתי, למבחן הצורני פונקציה מרכזית: הרצון הוא להוציא חלק מן ההסדרים בחברה ממנגנון ההחלטות הרגיל של יוצרי החוקים. רצון זה יכול להיות מבוסס על משאלה להבטיח לעקרונות-מסגרת מסוימים יציבות והגנה מפני רוב מזדמן, על חשש כי בנושאים מסוימים מנגנון-החקיקה הרגיל עלול להניב תוצאות לא אופטימליות או על צירוף שלהם. עולה מכך, כי עיקרון של קונסטיטוציונליזם מבוסס הן על רצון להגן על הסדרים חברתיים מפני מחטפים של מיעוט הן על הרצון להציב גבולות מסוימים גם לכוחו של רוב אמיתי וגדול.

לפי אפיון זה, ודאי כי באנגליה אין חוקה נוקשה, אולם פחות ברור אם אין בה משטר חוקתי, בשל הקונבנציות שלה לגבי מגבלות החקיקה הראשית של הפרלמנט. עם זאת, מכיוון שעקרון ריבונות הפרלמנט מוכר בה ואין מגבלות משפטיות פורמליות על כוח החקיקה העליון בה, נראה כי לא פשוט יהיה לתאר אותה כמשטר חוקתי במובן הרגיל של מונח זה. גם ניו-זילנד, שיש לה חוקה פורמלית גמישה אשר ניתן לשנות אותה בדרך של חקיקה רגילה, תהיה מדינה בעלת משטר לא-חוקתי. קביעת החוקתיות של משטר מסוים תהיה, כאמור, מבוססת על שילוב של בדיקת הוראות החוק והמציאות הפוליטית.

3. חוקתיות ושלטון החוק

ישנם המשתמשים בתיבה "חוקתיות" כתיאור נרדף של עקרון "שלטון החוק" או "מדינת חוק". אמנם שני הביטויים, מתארים מצבים ראויים ואינם רק נייטרליים, אולם

41 כך, למשל, התיקון הראשון לחוקה האמריקנית קובע הסדר של הפרדה של דת ממדינה. אקצין מציע כי חוקה ישראלית לא תכלול התייחסות לנושא זה מפני שהוא שנוי במחלוקת עמוקה מדי בין חלקי אוכלוסייה (ב' אקצין "הצעת חוקה למדינת ישראל" מתוך סוגיות במשפט ובמדינאות (תשכ"ו) 158).

42 כך, למשל, התיאור של אקמן על "פוליטיקה מהפכנית" לעומת "פוליטיקה רגילה" — שם האפיון הוא תוצאה משולבת של תכנים ושל הליכי קבלת החלטות, גם כשאנשים פורמליים — הוא דרך אחת לזיהוי ההבחנה הזאת B. Ackerman "Neo Federalism?" in *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge, J. Elster & R. Slagstaad eds., 1988) 153.

ראוי לדייק במינוחים כדי למנוע בלבול. העיקרון שלפיו אין לאפשר לרשות שלטונית לפעול ללא סמכות, שהוא עיקרו של "שלטון החוק" במובן פורמלי ראשוני, אינו מחייב כלל ועיקר שתהיינה הגבלות של ממש על הקניית הסמכויות בחקיקה ראשית או שתהיינה הבחנות בין דרכים שונים לקבלת חוקים כעניינים "רגילים" ו"חוקתיים". כאמור, התרומה הייחודית של חוקה עליונה ונוקשה הוא הגבלתו של המחוקק הראשי. ביקורת שיפוטית על פעולות המנהל מכוח החוק היא מוסד מוכר הנובע משלטון החוק גם במובן הראשוני שלו. הוא שונה מאוד מן השאלות הנובעות ממעמדה של חוקה עליונה ונוקשה המגבילה את המחוקק הראשי עצמו.

4. חוקתיות ודמוקרטיה

גם לגבי אפיון הדמוקרטיה, כמו לגבי קונסטיטוציונליזם, ישנה מחלוקת רבה, ומטעמים דומים. לרעתי, גם כאן ראוי לתת לדמוקרטיה מובן צריחטי, שלא יוקיע כ"לא-דמוקרטי" מבנים ותכנים הנהוגים במדינות דמוקרטיות. הרחבתי בעניין זה במקום אחר⁴³ ולא אחזור על הדברים. המובן שאני ממליצה עליו הוא דאית הדמוקרטיה כשיטת-משטר המבוססת על הסכמת הנשלטים. אפיון זה מדגיש את הדרכים הקבועות במשטר כדי להבטיח הסכמה זו ולכן יש בו מאפיינים פרוצדורליים חשובים. לפי אפיון זה, דמוקרטיה קובעת בעיקר כללי משחק ולא תכנים, שהם התוצר של כללי המשחק האלה. ההצדקה העיקרית בדמוקרטיה היא ההסכמה, בדרכים הקבועות בשיטה. זוהי הצדקה בדרך של ייחוס ולא בדרך של תכנים. עם זאת, גם לפי תפישה צרה זו של דמוקרטיה, שלה הצדקות מורכבות, ישנה הגנה מסוימת על תכנים — אותם תכנים שהם הכרחיים כדי לאפשר תפקוד נכון של דמוקרטיה ככללי משחק. מבחינה מבנית ניתן להבחין בין מנגנונים שונים, המבטיחים כי בסיס ההצדקה לשלטון יהיה הסכמת הנשלטים. בכל הדמוקרטיות המודרניות מדובר בעיקר בהפקדת כוח החקיקה, כולו או מקצתו, בידי בתי-נבחרים. עקרון-בסיס בדמוקרטיה הוא, כי בחירות מתקיימות לעתים סדירות ולא יותר מדי רחוקות וכי מידב הכוגרים באוכלוסייה הכפופה לחוק רשאים להשתתף בהן, אקטיבית ופסיבית. ישנן דמוקרטיות שבהן יש גם פנייה למשאל-עם או לאספות חוקתיות מיוחדות. ישנן דמוקרטיות שבהן יש בחירות ישירות גם לממלאי תפקידים אחרים, כגון ראש הרשות המבצעת (כמו בארצות-הברית או בצרפת, ועתה גם בישראל) או שופטים (כמו במדינות אחדות בארצות-הברית)⁴⁴.

43 ר' גביון "מדינה יחודית ודמוקרטית: אידאולוגיה, זהות פוליטית ומשפט" עיוני משפט יט (1995).

44 לסקירה השוואתית של עיקרי הדמוקרטיות וריאציות עיקריות של שלטון דמוקרטי ראו, Lijphart, *supra* note 20.

מעבר למבנה ארגוני ומוסדי שיש בו בחירות סדירות לבית-נבחרים שלו סמכות מחוקקת מקובל להוסיף גם מחויבות בסיסית של הדמוקרטיה לשוויון בפני החוק. שוויון זה מתבטא בכך, שלפחות בחלק ממנגנוני-הבחירה לכל אדם יש קול אחד ושווה בחשיבותו וכי ההכרעות הרגילות מתקבלות לפי העיקרון של רוב. שני העקרונות האלה מאפשרים גיוון לא-מועט⁴⁵.

לצרכינו כאן מעניינת השאלה של היחס בין דמוקרטיה ובין קונסטיטוציונליזם, שכן ישנם הטוענים כי דמוקרטיה חייבת להיות קונסטיטוציונלית; וישנם הטוענים כי חוקה, בעיקר חוקה נוקשה שיש עמה ביקורת שיפוטית, מכניסה בהכרח יסוד לא-דמוקרטי למשטר. לפי האפיונים המוצעים, ניתן לדחות את שתי הטענות: דמוקרטיה יכולה להיות חוקתית, אולם אינה חייבת להיות כזאת. תוצאה זו מתיישבת היטב עם העובדות הפוליטיות המוכרות: מצד אחד, אנגליה נחשבת ותיקת הדמוקרטיות ומדינה שיש לה עמדה נחרצת נגד מגבלות פורמליות על כוח החקיקה העליון ולכן גם היעדר של הבחנה כלשהי בין חקיקה ברמה "רגילה" לחקיקה קונסטיטוציונית. מצד אחר, רוב המדינות הדמוקרטיות, ובעיקר מדינות העובדות תהליכי דמוקרטיזציה לאחר תקופה של ממשל צבאי, בוחרות במסלול שיש עמו אימוץ (או תיקון) של חוקה נוקשה⁴⁶.

הטענה כי, עקרונית, דמוקרטיה, אינה מתיישבת עם חוקתיות, היא פשוטה: קונסטיטוציונליזם מאפשר (אם כי אינו מחייב) הגבלה של מנגנון-החקיקה הרגיל. לכאורה יש לנו כאן מנגנון המסכל את המחויבות הדמוקרטית המרכזית להבטיח כי בסיס ההצדקה יהיה הסכמת הנשלטים, בכך שהוא כופף את ההעדפות של רוב הנשלטים לתכנים חיצוניים להם או לפרוצדורות המאפשרות למיעוט למנוע קבלת החלטה המועדפת על-ידי הרוב. יתירה מזו: קונסטיטוציונליזם יוצר בעיה בין-דורית, שכן החוקה המאומצת היום מונעת את יכולתם של הדורות הבאים לקבל החלטות לגבי רוחותם לפי שיקול-דעתם. לכאורה, אפוא, קונסטיטוציונליזם כולל יסודות אנטי-

45 כך, למשל, בחירות יחסיות שונות מבחירות אזוריות מבחינת השיקוף של מספר המצביעים עבור מועמד או מפלגה. ההבחנה הזאת התחדדה אצלנו לכל מי שעקב אחרי תוצאות הפריימריז במפלגות הגדולות, שהיו בהן רשימות ארציות ורשימות מחוזיות. לגבי עקרון הכרעת הרוב קל לראות כי יכולים להיות הבדלים מעשיים גדולים בין דרישה של רוב חברי-הבית, רוב הנוכחים בהצבעה, או רוב המצביעים, והגם שכולם הם מקרים של הכרעה לפי רוב.

46 ראו, למשל, הדיון המרתק של Holmes & Sunstein, *supra* note 31 לגבי ההתארגנות במזרח-אירופה לאחר התפרקותה של ברית-המרצות. למרות שהשינויים המשפטיים שחלו הם עצומים, העדיפו מדינות רבות להסתפק בתיקוני חוקה במקום בניסיון (שלכאורה נראה הולם יותר) להחליף את החוקה בשלמותה. תופעה זו מעוררת בעיות של ייחוס "סמכות מכוננת" למעברים אלה. בניגוד למצב בישראל, שם נראה כי הופעלה סמכות מכוננת, הגם שהיה רצון עז להציג אותה כסמכות מתקנת בלבד.

דמוקרטיים מובהקים, ומשטר קונסטיטוציונלי אינו יכול — לפי ההגדרה — להיות דמוקרטי⁴⁷.

העובדה הפשוטה כי רוב הדמוקרטיות המודרניות היציבות הן בבירור קונסטיטוציונליות דיה כדי לבחון בספקנות את ההיגיון המוביל למסקנה האמורה. היישוב האפשרי של שני היסודות, ואולי אף הקרבה העמוקה בין שני הרעיונות, נובעים מן ההכרה שדמוקרטיה אינה מחייבת כי כל ההכרעות בחברה תתקבלנה בדרך של הכרעת רוב במובן הבוטה והפשוט ביותר שלה. יתירה מזו: דמוקרטיה שתפעל כך תהיה פחות יציבה מדמוקרטיה שבה עקרון הכרעת הרוב מתוחכם ומתווך יותר.

כך, למשל, בכל השיטות הדמוקרטיות המודרניות עקרון הכרעת הרוב בסוגיות ספציפיות אינו נעשה ברמת הפרטים, אלא דווקא ברמת נציגיהם. תרגום העדפות של פרטים להכרעות של נציגים, בעיקר במצבים המצריכים קואליציות, הוא עניין מורכב מאוד. מקובל להניח כי בהכרעות על-ידי נציגים יש אולי שיקוף פחות אותנטי של השקפות הפרטים לגבי כל עניין ועניין, אבל שיפוט נאות יותר של השיקולים הצריכים להילקח בחשבון בהכרעות קיבוציות⁴⁸. דמוקרטיה ייצוגית היא אפוא סטייה חשובה מן העיקרון של הכרעת הרוב במובן הפשוט ביותר שלו.

יתירה מזו: בשיטות רבות כוח החקיקה העליון אינו מסור בלעדית למוסדות המשקפים את דעת הרוב. כך, למשל, בארצות-הברית צריך דבר חקיקה פדרלי לעבור בבית-הנבחרים (שיקוף מירבי של עקרון הרוב על בסיס לאומי), אך גם בסינט (שם יש ייצוג קבוע לכל אחת מן המדינות, בלי קשר לגודלה, עושרה או מספר תושביה), ולקבל את אישור הנשיא. חקיקה יכולה לעבור למרות וטו נשיאותי רק אם היא נהנית מרוב מיוחס. קל לראות, כי במנגנון-חקיקה כזה ניתן להעביר החלטות שהרוב על בסיס לאומי מתנגד להם או להכשיל החלטות שהרוב תומך בהן⁴⁹.

47 להצגה סכימטית חזקה של דילמה זו ראו, למשל, R. Dahl *A Preface to Democratic Theory* (Chicago, 1964).

48 אצל ג'ייס מיל ההצדקה של דמוקרטיה ייצוגית, והעדפתה על דמוקרטיה ישירה, אינו רק עניין של יעילות ושל חוסר האפשרות לקיים דמוקרטיה ישירה בחברות גדולות, אלא גם אמונה כי הבוחרים יהיו פחות משכילים, פחות בקיאים בענייני המדינה, ופחות נאורים וליברליים מנציגיהם. נקודה דומה עולה מלקחי הפוליטיקה הישראלית, אין זה מקרה כי לאחר עונה אחת של פריימריז, שעיקרם הגברת הדמוקרטיזציה של תהליך בחירות המועמדים, נשמעים קולות המשבחים את התהליך בצד קולות רבים המחפשים דרך לשוב לחלק מן המאפיינים של בחירות באמצעות ועדות מסדרות.

49 החלטה שיהיה לה רוב בבתי-הקונגרס ואצל הנשיא תחוקק גם אם משאל-עם היה "מפיל" אותה, בעוד שתמיכת רוב גדול אינה מספקת אם אי-אפשר לתמוך אותה ברוב בקונגרס ובאישור נשיאותי. מנגנון החקיקה בשלטון המרכזי בארצות-הברית מורכב מאוד, מפני שלעיתים יש מצב שבו הכרעות הבוחרים שונות ברמה הנשיאותית וברמה של הקונגרס. כך היה במשך תקופה ארוכה, כאשר היה קונגרס דמוקרטי ונשיא רפובליקני, וכך קורה עכשיו כאשר באמצע הקדנציה של קלינטון הדמוקרטי וזכו

לבסוף — כפי שצינו למעלה — גם הרעיון הצר של הדמוקרטיה כולל מתח פנימי בין דמוקרטיה כקיום של כללי משחק מסוימים, שתוצאתם מקבלת לגיטימציה מפני שנתקבלה לפי כללי המשחק, והצורך להבטיח את תנאי הקדם הנדרשים כדי שכללי המשחק האלה יוכלו לפעול. החלטת רוב מלא בפרלמנט לשלול את זכות הבחירה מחלק מן האוכלוסייה או החלטת רוב של הפרלמנט להאריך את כהונתו ללא הגבלת זמן הן דוגמאות להפעלת הכוח של הרוב המובאות גם בהקשר הבריטי — המקרה הבולט ביותר של דמוקרטיה לא-קונסטיטוציונית באופן פורמלי — כמקרים שבהם סביר כי בית-המשפט יפסול את החקיקה בשם הדמוקרטיה עצמה⁵⁰. במובן זה גם בדמוקרטיה שאין בה כל מרכיב קונסטיטוציוני פורמלי טבועה סמכות לפעול נגד כוחו של המחוקק העליון. היציבות של דמוקרטיות לא-קונסטיטוציונליות אינה מובטחת על-ידי המבנה הפורמלי שלהן, אלא על-ידי העובדה שמוסדות השלטון, הגם שאין עליהן הגבלות משפטיות, אינם חורגים בפועל מכללי המסגרת המוסכמים המתחייבים על-ידי דמוקרטיה. נוסף על כך המתח בין קונסטיטוציונליזם ובין דמוקרטיה הוא חלקי, מפני שהרוב הוא זה המקים את המנגנון המגביל את כוח הרוב⁵¹.

הרפובליקנים ברוב מוחץ בבחירות לקונגרס. שני הצדדים אכן מכבידים מאוד זה על זה לקיים מדיניות עקיבה בענייני תקצוב ורווחה, שבהם יש ביניהם מחלוקת חזיתית ועמוקה. ישנם הטורענים, כי המשטר החוקתי שאומץ בשלטון המרכזי אכן אינו מאפשר שליטה יעילה וכי יש לשקול מעבר לשליטה פרלמנטרית. לענייננו ראוי לציין, כי ישנה תמימות-דעים מחלטת כמעט כי לא ניתן יהיה להעביר שינוי כזה במנגנון התיקון החוקתי לפי סעיף 5 לחוקה האמריקנית. ישנם הרואים בעובדה זו טעם לבקר את החוקה ואת מנגנון-התיקון הנוקשה מאוד שלה. ראו, למשל, מאמרו של S. Griffin "Constitutionalism in America" in *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton, S. Levinson ed., 1995).

50 ליחס בין עמדה זו ובין הקושיה של מקור הסמכות להגבלה העצמית של מוסדות מחוקקים ראו למטה.
51 אלסטר כתב על מנגנון זה בהרחבה בספרו על שירת הסירנות: אין פגיעה באוטונומיה של האדם (או הרוב) בכך שהוא-עצמו כובל את עצמו כדי שלא לפעול בצורה המנוגדת לעקרונותיו וכאשר הוא מבקש מאחרים לסייע לו משום שהוא יודע כי בשעת משבר הוא עלול לא לעמוד בהחלטותיו השקולות. להיפך: מבנה כזה של "מחויבות מקדימה" מסייע להגברת האוטונומיה, כי הוא מבטיח שהאדם (והרוב והחברה) יפעלו גם במצבי משבר בהתאם לערכי-היסוד שלהם J. Elster *Ulysess* and the Sirens: *Studies in Rationality and Irrationality* (Cambridge, 1979). זו גם טענתו המרכזית של הולמס במאמרו על המחויבות המקדימה S. Holmes "Pre Commitment and the Paradox of Democracy" in *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge, J. Elster & R. Slagstaad eds., 1988). יש לציין כי טיעון המחויבות המקדימה נהיה חלש יותר כאשר הוא מופעל באופן בין-דורי, אולם לפחות בחלק האמור להגן על זכויות ועל המחויבות לערכי אמת מבנה הטיעון זהה בשני המקרים.

אולם העובדה כי דמוקרטיה אינה מתמצית רק בעקרון החלטת הרוב אינה מבטלת לחלוטין את המתח בין רעיונות של קונסטיטוציונליזם ובין דמוקרטיה. דמוקרטיה קונסטיטוציונלית תהייה יציבות, כדמוקרטיה, רק אם המרכיב החוקתי יהיה מוגבל, ועיקר הפעילות השלטונית במדינה תיעשה ברמת הענפים הפוליטיים, האחרים ישירות בפני הבוחרים.⁵² זה אכן המצב בכל הדמוקרטיות הקונסטיטוציונליות בעולם. ישנן כאלה שבהן מצב זה מושג על-ידי היעדרות מלאה של מנגנוני-אכיפה לא-פוליטיים של הוראות החוקה. מטרת החוקה היא להגביל את כוח רשויות השלטון, ומבחן חריגתן הוא בעמדת הבוחרים. החוקה מספקת יכולת של רטוריקה חוקתית בדיונים הפוליטיים וטענות כי פעולות הרשויות חורגות מן החוקה. היא אינה מספקת כלים להביא את שאלת הסטייה מן החוקה להכרעה של גוף חיצוני לרשות השלטונית עצמה. אולם אף במדינות שבהן ישנם מנגנונים להכרעה חיצונית בדבר סטייה של חוקים מהוראות החוקה יש צירוף של הוראות חוק, הרכב הטריבונלים החוקתיים וקונבנציות חוקתיות — צירוף המגביל את היקפה של "פוליטיקה חוקתית". במגבלה חשובה זו דמוקרטיה יכולה להיות חוקתית במובן החזק של ביטוי זה.⁵³

מקביעה זו לא נובע כי היא חייבת להיות כזאת. כאמור, לדמוקרטיה ולחוקתיות קרבה רעיונית גדולה. הגנה על הדמוקרטיה מחייבת במקרים חריגים יכולת להגביל את כוח הרוב להחליט. עם זאת, מבחינת הגדרת המשטר (להבדיל מן המציאות הפוליטית המורכבת) דמוקרטיה אינה חייבת להיות חוקתית. ניתן להעלות על הדעת, ובפועל ישנן, דמוקרטיות יציבות שבהן אין הבחנה משפטית בין חקיקה רגילה ובין חקיקה "חוקתית" ואשר בהן לא היה צורך מעולם שבית-המשפט יעשה שימוש בכוחו, על-פי

52 בשיטה נשיאותית, האחריות של הנשיא בפני הבוחרים היא ישירה ממש. אולם גם בשיטה פרלמנטרית ישנה אחריות של הרשות המבצעת בפני הבוחרים, המופעלת בתיווך מנגנון אי-האמון של הנציגים. לא ברור איזו משתי השיטות טובה יותר, וברור כי התשובה תלויה בתנאים המיוחדים של כל חברה. אולם לענייננו חשוב להדגיש גם, כי לא ברור איזה משתי השיטות דמוקרטית יותר. אין ספק, כי קל יותר להפיל ממשלה באמצע תקופת-כהונתה בשל אי-שביעות רצון מפעולתה, מאשר להחליף נשיא באמצע כהונתו.

53 ישנם הסבורים (J. Elster "Introduction" in *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge, J.) 4 (Elster & R. Slagstaad, eds., 1988), כי מבחינה מוסדית העיקרון הדמוקרטי מוזהה עם המחוקק, והחוקה — עם בית-המשפט החוקתי. הספרות העצומה על המגבלות הראויות של ביקורת שיפוטית, כגון החיבורים של Bickel, *supra* note 7; J. Ely *Democracy and Distrust* (Cambridge, 1980); J. Choper *Judicial Review and the National Political Process* (Chicago, 1980) ואחרים, היא ניסיון לקבוע קונבנציות וכלים שיגבילו את הביקורת השיפוטית, כך שלא תפגע יתר על המידה בדמוקרטיה.

סמכות טבועה או אחרת, להעביר ביקורת כלפי מעשה חקיקה של מחוקק ראשי. אנגליה היא עדיין דוגמא בולטת לאפשרות זו⁵⁴.

ב. עליונות, ריבונות והגבלה עצמית

מן העובדה כי ישנן שיטות-משפט, כיום רובן הגדול של השיטות הדמוקרטיות, שבהן ישנה חוקה נוקשה ועליונה, המגבילה את המחוקק העליון הרגיל, עולה כי אין מניעה לוגית כללית – מבחינת מהות המשפט, מהות המחוקק או מהות הדמוקרטיה – לקיומו של מדרג נורמטיבי כזה. בשיטת-משפט נתונה השוקלת את דרכה, שאלת המדרג הנורמטיבי היא שאלה פוליטית ולא שאלה מושגית-לוגית. עם זאת, השאלה יכולה להיות מוצגת כבעיה לוגית כאשר אנו עוסקים בשיטה שהמחוקק העליון בה מוגדר "ריבון". כאשר מחוקק כזה קובע שריון או מדרג נורמטיבי, ניתן לראות בכך "הגבלה עצמית", המעוררת שאלות לוגיות, כמו גם שאלות פוליטיות מעניינות. לטענתי, השאלות הלוגיות אינן רלבנטיות באופן ספציפי לוויכוחים החוקתיים בישראל. בשאלות הפוליטיות יש לדון לגופן, כשאלות נורמטיביות יסודיות על גבולות הדמוקרטיה. אולם, לאור העובדה שהפניות למעמד של קושיות אלה מופיעות בחוות-הדעת בעניין בנק המזרחי, בעיקר אלה של שמגר, ברק וחשין, ראוי להתייחס בקצרה לבעיות מרתקות אלה.

ניתן לטעון כי ריבון – לפי ההגדרה – אינו יכול להגביל את עצמו, מפני שאם יצליח בהגבלה העצמית, שוב אינו ריבון. מנגד, ניתן לטעון כי אם ריבון אינו יכול להגביל את עצמו, גם אז אינו ריבון, שכן יש דבר – הגבלה עצמית – שהוא אינו יכול לעשות. הפרדוקס הזה מוכר מוויכוחים על כל-יכולתו של אלוהים, אולם לגבי מחוקקים, או לגבי העם, הוא נראה פחות חמור. ריבונות פוליטית היא קונסטרוקציה משפטית-פוליטית. הגדרה מקובלת של ריבונות היא היעדר כוח של גוף או רשות אחרת להטיל על הריבון הגבלות משפטיות אפקטיביות. שום דבר בקוהרנטיות של ריבונות כזאת אינו נפגע אם נאמר, כי ריבון הוא זה שהדרך היחידה שבה ניתן להטיל עליו הגבלות היא הגבלה עצמית⁵⁵. ניתן גם לומר, בלי סתירה לוגית, כי בשיטה שבה

54 נטען, כי למעשה גם באנגליה כבר אין הדבר כך, שכן חוקי אנגליה נבדקים ולעיתים אף הוכרזו כבטלים על-ידי בית-הדין האירופאי לזכויות האדם. המנגנון האירופאי משפיע ללא ספק בצורה מעניינת על המבנה החוקתי של החברות בו, אולם חשוב להדגיש כי הדבר נכון רק לגבי תחום זכויות האדם ואינו ניתן להכללה לגבי עקרונות המשטר. בנושא אחרון זה, העיקרון של ריבונות הפרלמנט הוא עדיין אכן-יסוד של החוקה המהותית האנגלית.

55 זו הצורה שבה שמגר מאפיין את ריבונות הכנסת: פסקה 32 לפסק-הדין.

המחוקק הוא ריבון יכול המחוקק גם להחליט ברגע מסוים, כי הוא חפץ להפסיק להיות ריבון על-ידי חלוקת הכוח העליון בינו ובין רשויות אחרות. לעומת זאת, הכול-יכולות של האל יכולה להיראות כתכונה הכרחית שלו. מי שהוא כל-יכול, אך אינו יכול לייצר אבן שהוא אינו יכול להרים, יוצר לנו פרדוקס⁵⁶. אין שום דבר פרדוקסלי בכך שאדם, הנראה לנו אדון לעצמו, קובע לעצמו כלל המגביל את חירות פעולתו בעתיד⁵⁷. כולנו עוסקים בפעילות זו לעתים מזומנות. יתירה מזו: כאשר מדובר במחוקק וכאשר ההגבלה לובשת צורה של דרישת רוב מיוחד או הליך מיוחד לקבלת חוקים, ניתן גם לומר, כי אין פה הגבלה על הכוח העתידי לעשות חוקים, אלא הגבלה על מה שנראה באותה שיטה כחוק⁵⁸.

אמרנו כבר למעלה, כי אין מניעה לוגית בהגבלה עצמית. יכול להיות, כי הגבלה עצמית כזאת לא תהיה אפקטיבית מפני שלא יהיה קיים כוח, אדם, גוף או מוסד שיאכפו את ההגבלה העצמית. במצב כזה ניתן לומר שבפועל, המחוקק אינו יכול להגביל את עצמו במובן זה שאם הוא ירצה לפעול בניגוד להגבלה העצמית שהטיל — לא תהיה עליו סנקציה חיצונית. במקרה כזה ההגבלה העצמית היא בלתי-מושלמת, אולם אין פירוש הדבר כי היא אינה קיימת. המחוקק יכול להגביל את עצמו במובן החשוב שבו הוא יטיל על עצמו מגבלה וברך-כלל ילך בעקבותיה⁵⁹.

תורת הסמכות המכוננת פותרת לכאורה את בעיית ההגבלה העצמית. ההגבלה בחוקי-יסוד אינה עוד "הגבלה עצמית", אלא הגבלה של רשות אחת על-ידי רשות אחרת או מכוח סמכות שהיא-עצמה עליונה. אולם קל לראות, כי תוספת של סמכות מכוננת רק "דוחפת" את הבעיה הלוגית של ההגבלה העצמית צעד אחד אחורנית. האם יכולה הרשות המכוננת להגביל את עצמה? אם התשובה היא חיובית, נראה כי הקושי אינו לוגי

56 השופט חשין מפנה לפרדוקס זה בפסק-דינו, פסקה 77. לא ברור אם הוא מרמז כי לבעיה של הגבלה עצמית על-ידי מחוקק אותו מעמד. נראה כי הוא מקבל בהמשך טיעונו, כי הכלל האוסר הגבלה עצמית הוא עניין של מוסר פוליטי ושל דמוקרטיה ולא עניין של דרישה הגיונית.

57 ראו, למשל, הרט, כפי שהוא מצוטט על-ידי שמגר, עמ' 66-67 לפסק-הדין.

58 ניסוח זה חוזר אל העליונות ההכרחית של אופן קביעת יצירת הנורמות בשיטה שצינו למעלה. הגם שהבחנה בין עניינים של מהות ובין עניינים של "צורה ואופן" מופיעה הרבה בספרות בניסיון לתרץ את הפרדוקס שבהגבלה עצמית, איני בטוחה כי היא מסייעת לנו כאן. פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיעדר שריון פורמלי, משילה הגבלות מהותיות. גם בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, יש למעשה שתי דרישות: הראשונה היא, שתהיה אי-התיישבות מהותית בין החוק ובין דרישות סעיף 4; והשנייה היא, כי החיקון או הסטייה לא נתקבלו ברוב המיוחד. להבחנה ראו, למשל, פסק-דינו של השופט חשין, פסקאות 75-86, ובעיקר 84. לדין כללי ראו, למשל, Hogg, *supra* note 16, at pp. 262-264.

59 זה המובן החשוב שבו גם באנגליה ישנה חוקה. רבים מציינים כי החוקה האנגלית המהותית, הגם שאינה חקוקה ואינה נוקשה, שונתה פחות במהלך השנים מאשר חוקות נוקשות וחקוקות.

אחרי הכול. מדוע לא תוכל הרשות המחוקקת לעשות זאת באותו אופן עצמו? אם התשובה שלילית, תהיה לנו רגרסיה אינסופית של סמכויות. יתירה מזו: אם אנו מכירים בבטיחה לוגית של הגבלה עצמית, תורת הסמכות המכוננת כלל אינה יכולה להסביר יכולתו של מחוקק להגביל את עצמו בהוראה מסוימת, ספציפית, שאינה קשורה כלל לחומר חוקתי של ממש. וודאי שהיא אינה מסבירה את יכולתו של מחוקק עליון לשנות את המנגנונים שיידרשו בעתיד לאישורו של חוק⁶⁰. מפתחיה של התורה גם מבחינים, בצדק, בין סמכות מכוננת מקורית — לאמור: סמכות להקים שיטת-משפט חדשה — ובין סמכות חוקתית נגזרת, דהיינו: סמכות על-חוקית לשנות את ההסדרים מן המדרג הנורמטיבי העליון⁶¹.

לעתים נהוג לומר, כי ההבחנה בין סמכות מכוננת לסמכות מחוקקת נובעת מן העובדה כי בדמוקרטיה הריבונית מצויה בידי העם⁶². העם, כריבון, יכול ללא קושי להגביל רשויות הכפופות לו, כגון המחוקק העליון. יכולת ההגבלה של המחוקק היא חלק מן הריבוניות. אולם הרעיון של "ריבוניות העם" מובא בהקשר זה בשני תפקידים המדגימים את המתחים הפנימיים בין דמוקרטיה לקונסטיטוציונליזם מפני שהם, לפחות פוטנציאלית, מנוגדים: מצד אחד, עקרון "ריבוניות העם" הוא מהות הדמוקרטיה ולכן מחייב כי "העם", ולא בית-משפט או מוסד אחר כלשהו, יוכל להיות המחליט האחרון והבלתי-מוגבל בעניינים הנוגעים לגורלו. לפי הקשר זה, רצונו של ה"עם", צריך להיות החוק של דמוקרטיה. מצד אחר, ריבוניות העם היא המצדיקה בשם הדמוקרטיה הגבלות קונסטיטוציוניות על המחוקק הראשי להגנה על זכויות האדם או על עקרונות המשטר כפי שנקבעו בחוקה, אף כאשר רוב גדול באוכלוסייה רוצה בשינויים שהמחוקק יזום. ראשית, חשוב להזכיר כי "ריבוניות העם", במובן שמדובר כאן, איננו מרכיב הכרחי של דמוקרטיה. "ריבוניות" יכולה להיות ביטוי חצי-טכני, דומה לזה שגוהן אוסטין משתמש בו בתורת המשפט שלו. במובן זה ריבוניות היא פשוט ההחזקה בכוח העליון בשיטה. ריבוניות אינה יצור פנים-משפטי טהור, אלא היא תערובת של סמכות משפטית עליונה המבוססת על פרקטיקות נוהגות. כאשר מדברים על "ריבוניות הפרלמנט" בשיטה האנגלית, מתכוונים לומר כי הוא אינו יכול להטיל על עצמו מגבלות משפטיות וכי אין בשיטה גוף אחר, עליון יותר, היכול להטיל עליו מגבלות כאלה. מכיוון שלפחות בשיטה האנגלית מקובל כי "הריבון" במובן זה הוא הפרלמנט, ומקובל גם כי אנגליה היא דמוקרטיה — נובע כי תפישה של ריבוניות העם במובן זה

60 כפי שקרה באנגליה כאשר נשללה זכותו המעשית של בית-הלורדים לעכב חקיקה של הפרלמנט לטווח ארוך.

61 לבעיית קיומה של סמכות על-חוקית להגבלת חקיקה רגילה בשיטה שאין בה חוקה נוקשה ראו דיון בפסקה ד למטה.

62 כך, למשל, ברק. ראו דבריו בעניין בנק המזרחי, פסקה 5.

אינה הכרחית לדמוקרטיה. דמוקרטיה דורשת שהשלטון יהיה מוצדק על-ידי הסכמת הנשלטים, אולם מנגנוני-ההסכמה וחלוקת הכוח הפוליטי אינם מחייבים כי הכוח הפוליטי האחרון יהיה דווקא בידי העם⁶³.

יתירה מזו: כלל לא ברור, שישנה שיטה דמוקרטית כלשהי שבה "ריבונות" יכולה להיות בידי ה"עם", גם אם יש כשיטות אלה — כמו בארצות-הברית ובצרפת המודרנית — סנטימנט ברור יותר שההכרעה לגבי טיב השלטון וזהות השליטים צריכה להיות בידי הבודדים. ריבונות מחייבת כוח לעשות החלטות חברתיות שוטפות, כוח לשלוט. בדמוקרטיה ייצוגית — וכל הדמוקרטיות המודרניות הן כאלה — כוחות השלטון אינם מופקדים באופן שוטף בידי העם. ויותר חשוב: חלק מן הביקורת על תורת-משפט המבוססת על מושג הריבונות⁶⁴ נעוץ בכך שבצורות-משטר שונות כלל לא ברור שניתן לזהות "ריבון"⁶⁵.

כך או כך: "ריבונות העם" אינה פותרת את הקושי הלוגי של ההגבלה העצמית במסגרת שיטה כגון זו הנוהגת בישראל, אם הוא קיים, מפני שהריבונות הזאת — מבחינת ההשפעה על המוסד המחוקק — מתמצית בבחירות לכנסת. אין לנו כאן שני הליכי בחירות שונים, שניתן לייחס לאחד מהם עליונות נורמטיבית על-פני האחר, בשל הכוונה כי בו תוקנה סמכות חקיקה עליונה וחוקתית. במובן המשפטי, ה"ריבונות" נמצאת בידי הכנסת, בין אם נתפוש אותה כאחדותית, כמו שמגר, בין אם נאמץ את תורת שני הכתרים, כמו ברק.

הגבלה עצמית של מחוקק עליון אכן מעלה לכאורה קושי נורמטיבי מסוים: מנין אנו לוקחים את הכוח לחייב את הדורות הבאים? או אף את עצמנו, בתקופה מאוחרת יותר? האם הריבונות, השליטה או החירות, אינן מחייבות כי נשמור לעצמנו בכל רגע את כל האפשרויות פתוחות? כאשר הקושי הנורמטיבי הזה הוא חמור ומתמיד, ניתן להדגיש את המצב הזה ולחפש הסדרים פוליטיים שבהם תועמד המגבלה לא רק במונחים של "לא ראו", אלא אף במונחים של חוסר-יכולת⁶⁶. במקרים כאלה, יכול כי בית-המשפט,

63 כבר אדמונד בורק הזכיר, בספרו על המהפכה הצרפתית, כי דמוקרטיה אינה מחייבת שהעם יוכל להחליף את השלטון. כך, למשל, באנגליה אין סמכות לפרלמנט להחליף את המלך וכך היה גם בתקופה שלוח היו סמכויות רבות והוא היה למעשה ראש הרשות המבצעת (E. Burke *Reflections on the Revolution in France* (Los Angeles, 1955)).

64 ראו, למשל, הדיון הקלסי של הרט בחסרונותיה של תורת-המשפט של אוסטין, בין השאר בגלל המקום המרכזי של ה"ריבון" בהגדרת המשפט.

65 דוגמא בולטת היא המשטר האמריקני הפדרלי, שבו לאף רשות פדרלית יחידה אין שליטה בלעדית על הליכי החקיקה הרגילים, ומנגנון-השינוי החוקתי דורש שיתוף-פעולה של גופים פדרליים ומדינתיים.

66 במובן מסוים הרצון להפוך שאלות של מוסר פוליטי לשאלות של גבולות הכוח עומד ביסוד המפעל החוקתי כולו!

כאשר יידרש לשאלה אם יש לחת תוקף לניסיון של המחוקק להגביל את עצמו, יענה לשאלה זו בשלילה. אם כך יקרה, יהיה זה נכון לומר, כי כעניין של משפט פוזיטיבי, באותה שיטה אין למחוקק הראשי כוח להגביל את עצמו באותה צורה. אולם קביעה זו אינה קשורה ואינה נובעת מקושי לוגי של המחוקק הראשי להגביל את עצמו — בית-המשפט יכול היה לקבוע כי הניסיון של המחוקק לפעול בניגוד להגבלה העצמית אינו צולח, ובכך לשנות את הקביעה הפוזיטיבית. בשלב זה די לומר כי ניתן להעלות על הדעת מצבים שבהם סביר, ואף מוצדק, כי אדם ירצה להגביל את חירותו לפעול בעתיד⁶⁷, והדבר נכון גם לגבי חברות שלמות⁶⁸. לגבי מקרים כאלה הפתרון של מדרג נורמטיבי הכולל הגבלות על כל החקיקה העליון הרגיל יכול להיות סביר, או אף עדיף, ולכן הקושי הנורמטיבי אינו מן הסוג שראוי לתרגמו לחוסר-יכולת כללי. יכול להיות כי קושי נורמטיבי זה יצדיק או יחייב דרישות מסוימות לגבי סוגי ההסדרים שלגביהם תוכר הגבלה עצמית לגבי קביעה מפורשת של עליונות או נוקשות ולגבי דרך חקיקה מיוחדת לאימוץ הגבלות עצמיות.

מן האמור עולה, כי עשיית חוקה עליונה ונוקשה, או הגבלה של כוח החקיקה של המחוקק העליון, אינה מעוררת בעיות מושגיות, לוגיות או תורת-משפטיות גם בשיטה המבוססת על עליונות המחוקק הראשי. במקום שהשריון לובש צורה של דרישת רוב מיוחד במחוקק העליון עצמו⁶⁹, ניתן גם לומר כי העליונות של החוקה אינה פוגעת בעליונות של המחוקק: אמנם, ישנה הגבלה עצמית על יכולת החקיקה שלו, אולם בסופו של דבר שינוי בחוקה ובחוק תלוי רק ברצונו-שלו.

ג. מדרג נורמטיבי — האם עליונות החוקה הכרחית?

בתיאור שלמעלה קבעתי כי עליונות ונוקשות הן מאפיינים אפשריים, אך לא הכרחיים, של חוקה. נראה, כי הן שמגר הן ברק מאמצים בפסקי-דינם בעניין בנק המזרחי את התיזה שלפיה לחוקה (ובישראל — גם לחוקי-יסוד הנתפשים כחלק מחוקה כמובן זה) עליונות הכרחית מעצם טיבה על חקיקה רגילה. לטעמם, עליונות כזאת ישנה גם אם אין להוראות החוקה שריון פורמלי או מהותי; והיא אינה נובעת מהוראות שריון כאלה,

67 דוגמא כולטת למצב כזה היא מצבו של אודיסאוס, הנערך לקראת מפגשו עם הסירנות. דיון מפורט אצל Elster, *supra* note 51 ובמאמרו של Holmes, *supra* note 51.

68 אחד הצידיקים המיוחדים לשריון של הגנה על זכויות האדם, בעיקר זכויות מיעוטים, הוא הניסיון ההיסטורי המורה כי הרוב נוטה להעדיף את האינטרסים שלו על אלה של מיעוט ולחוקק בצורה הפוגעת באופן בלתי-מוצדק במיעוטים, שאין בידם די כוח פרלמנטרי לשמור על האינטרסים שלהם.

69 להבדיל משריון הדורש משאל-עם או הסכמה של גופים שונים פרט למחוקק העליון.

אלא מעצם השייכות של החומר לחוקה⁷⁰. לצרכי, חשוב רק לראות כי אם ישנה אפשרות שחקיקה חוקתית בישראל איננה עליונה (למשל: מפני שלא שוריינה), אזי ברור שהעליונות אינה עניין הכרחי מושגי של חוקה, אלא עניין של מדיניות ראויה. לטעמי, חשוב להדגיש כי הנוקשות והעליונות הן שאלות פוליטיות-נורמטיביות וחשוב לא להציג את קביעתן כעניין מושגי ואוטומטי.

ייתכן, כי הנטייה לראות את עליונות החוקה כעניין מושגי-הכרחי נובעת מחוסר הבחנה בין שלוש שאלות מרמות שונות: ראשונה היא שאלת ההסדרים החוקתיים בשיטה נתונה. שנייה היא נקודה מושגית-לוגית לגבי היחס בין נורמות הקובעות כיצד יוצרים חוקים ובין הנורמות הנוצרות מכוח סמכויות חקיקה כאלה. שלישית היא השאלה מהם היסודות ההכרחיים כדי שמערכת נורמטיבית מסוימת תהיה שיטת-משפט נהגת בתברה מסוימת בזמן נתון. השאלה הראשונה היא שאלה פוליטית, שהתשובה עליה תהיה תלויה בנתונים של השיטות הנבדקות. שתי השאלות האחרות באות מתחום תורת-המשפט הכללית ולכן התשובות עליהן אמורות להיות נכונות לגבי כל שיטת-משפט. היחס בין התשובות לשתי השאלות אף היא שאלה של תורת-המשפט.

ההבדל בין שתי השאלות היוריספרודנטיות נובע מהבחנה שחלק מן ההוגים רואים כמועילה: זו שבין הסתכלות פנימית על השיטה, הכוללת בהכרח כללים לגבי יצירת חוק ויישומו, ובין היסודות המעניקים לשיטה כולה תוקף משפטי. בתוך מערכת משפטית נתונה מתעוררות לעתים קרובות בעיות של סמכות. בעיות כאלה נפתרות מכוח המבנה ההיררכי של הנורמות: עקרון שלטון החוק מחייב כי רשות לא תפעל ללא הסמכה. הסמכה זו ניתנת בדרך-כלל על-ידי רשות גבוהה מזו שאת פעולתה אנחנו מבקשים להצדיק. לכן כעניין של דוגמטיקה משפטית, כאשר רשות מבקשת להצדיק את פעולתה, נחפש אחרי ההסמכה בחוק לפעולה זו. בדרך-כלל נעצור בשלב מסוים של הסמכה, בלי להעלות שאלות על הבסיס האולטימטיבי שלה. כך, למשל, בדרך-כלל יספיק כי שוטר מצביע בפנינו על צו של שופט להצדקת הפעולה הנקובה בצו. אולם לעתים נשאל גם, אם היתה לשופט סמכות להוציא את הצו ולצורך כך נפנה להוראות המתאימות בחוק הקובע את סמכות השופט. אם אנו מעלים לגבי החוק המסמך שאלות של פרשנות, אנחנו נמצאים בתוך העיון המשפטי הפנימי בשיטה. אם ישאל בית-משפט גם, מה מקור הסמכות לחוקק את החוק, הרי ששאלה זו מניחה קיומו של מדרג חוקתי על-חוקי במסגרת אותה שיטת-משפט.

70 כאן עשויה להיות משמעות מעשית להבדל בגישותיהם לגבי זיהוי החומר החוקתי. מבחנם של שמגר וברק בפסק-הדין קל לזיהוי, כי הוא מסתמך בלעדית על התיבה "חוק יסוד". עמדתו של ברק בבג"צ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529. עמומה יותר, שכן הוא מדבר על חוקה מהותית ועל "ערכי-יסוד" כיכולים ליצור עליונות על חקיקה ראשית של הכנסת.

כל החקירה הזאת שונה מהותית מן השאלה מהם מאפייני היסוד של כל שיטת-משפט ככזאת. בכל שיטת-משפט ישנה היררכיה של נורמות, הקובעת מבחני תקפות פנימיים, אולם התוכן של מבחני התקפות האלה הוא עניין קונטינגנטי⁷¹. החקירה השיפוטית הפנימית בודקת אם התמלאו תנאים קונטינגנטיים אלה. מנגד, בכל שיטת-משפט ישנה נקודה שבה החיפוש אחרי הצדקה פנימית חייב להיעצר, שכן הגענו לבסיס האחרון (או הראשון) של כוח יצירת הנורמות או זיהוין. זוהי נקודת-המפגש בין הסמכות הפנימית ובין התנאי החיצוני לקיומה, לאחרותה ולזיהויה של השיטה כולה. את הפונקציה התורת-משפטית הזאת ממלאים, כל אחד בדרכו, הריבון של בנטם ואוסטין, הנורמה הבסיסית של קלזן, כלל הזיהוי של הרט או עקרון ה"אינטגרטיבי" במשנתו המאוחרת של דבורקין⁷².

ניתן להדגים את היחס בין שתי השאלות במשנתו של קלזן. אצל קלזן ישנה עמימות מסוימת לגבי מהותה של הנורמה הבסיסית. לעתים נראה, כי זוהי הנורמה העליונה ביותר בשיטה, שמכוחה נוצרות כל הנורמות האחרות. לפי הצגה זו, הנורמה הבסיסית היא כלל הסמכות הראשוני והעליון, שהחיפוש אחרי מקור הסמכות של כל נורמה אחרת בשיטה חייב להסתיים בו. לעתים נראה, כי הנורמה הבסיסית ממלאת תפקיד שונה לגמרי וכי היא משמשת מעין הנחת-יסוד תיאורטית מוקדמת, הנתוצה כדי לתת למערכת המשפטית כולה תוקף ונורמטיביות (להבדיל מעילות אכיפה)⁷³. לא ברור אם מושג אחד – הנורמה הבסיסית – יכול למלא את שני התפקידים, אולם מבחינת תורת-המשפט של קלזן חייב להימצא מענה לשניהם, לגבי כל שיטת-משפט.

מכל-מקום, הנורמה הקובעת מי מוסמך בשיטה מסוימת לקבוע את הנורמות השייכות למדרג הנורמטיבי העליון בשיטה היא בהכרח עליונה על נורמות מאותו מדרג, שכן לפי ההגדרה הן באות מכותה. במובן מצומצם ולא רגיל זה ה"חוקה" שייכת ל"מדרג" גבוה יותר מן החקיקה הרגילה, שכן היא זו הקובעת איך נוצרים החוקים ומי מוסמך ליצור אותם. מבחינה לוגית (ולאו דווקא היסטורית או מבחינת מנגנוני השינוי או התיקון), החוקה היא אפוא הנורמה העליונה בשיטה. ראוי לציין, כי עליונות מושגית זו חלה רק על הנורמה הקובעת את מקור הלגיטימיות של השיטה כולה ולכן אינה

71 זוהי בדיקת הנקודה של ברק בעניין תנועת לאו"ר. הוא קובע שם, כי ברגע ההחלטה לא בשלו בישראל התנאים להנהגת ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת באופן הלכתי. הסוגייה אינה עניין תורת-משפט, אלא עניין של המצב הקיים בשיטה הישראלית.

72 זוהי גם אחת הפונקציות של תורת הסמכות המכוננת. ראו דיון בסעיף הבא. למעשה, גם בתורה זו יכול להיות בלבול בין הפונקציה התורת-משפטית הכללית של הסמכות המכוננת, הקיימת בכל שיטה, ובין הזיהוי של סמכות מכוננת כעניין פנים-שיטתי.

73 על הנורמה הבסיסית של קלזן ישנה ספרות רחבה. ראו הדיון של רו J. Raz *The Concept of a Legal System* (Oxford, 2nd ed., 1980).

כוללת בהכרח הסדרים, כגון זכויות-אדם או אף פרטים חשובים של העקרונות המשפטיים (כגון מספר בתי-הפרלמנט או דרך בחירתם). חשוב אף יותר להזכיר, כי מאפיין זה קיים לגבי ההסדר הקובע את בסיס הנורמטיביות של השיטה גם אם כל מה שיש לה הוא חוקה מטריאלית בלבד. "עליונות", או קדימות, זו של "חוקה" היא אפוא קביעה אוניברסלית של תורת-המשפט הכללית לגבי הנורמה המסמיכה יצירתן של נורמות עליונות בשיטה ואין לה כל השלכה לשאלה של המצב החוקתי הקיים, או הרצוי, לגבי פורמליות, עליונות או נוקשות של הוראות חוקתיות.

הפגישה בין הנורמה העליונה בתוך השיטה ובין היסוד המאחד החיצוני לשיטה קשורה בבעיית הרגרסיה האינסופית של הסמכות. אמרנו למעלה, כי לפי ההגדרה, החיפוש הפנים-שיטתי אחרי מקור סמכות חייב להיעצר במקום מסוים, בין אם מקום זה הוא חוק כנסת או חוקה. אולם עקרונית, שאלת מקור הסמכות יכולה להישאל גם לגבי הנקודה שהחיפוש נעצר בה. העובדה כי ישנה קביעה מוסדית מוסמכת לגבי נקודת-העצירה הזאת הוא אחד מן המאפיינים החשובים של המשפט, לפחות בתורות הפוזיטיביסטיות. אולם אם נקודת-העצירה אמורה לספק למערכת המשפטית לא רק זיהוי מוסכם אלא גם הצדקה נורמטיבית, יש לנו טשטוש מסוים של גבולות המשפט כמערכת ייחודית שיש בה מערכת ממוסדת היררכית ואשר היא הניתנת לזיהוי ולהבחנה ממערכות מוסריות.

הערה אחרונה באשר לעליונות: עקרונית, מדרג נורמטיבי אינו חייב להיות מקביל למדרג ברשויות היוצרות את הנורמות⁷⁴. בפועל, ישנן רשויות אשר בהליך שונה יוצרות נורמות ממדרג שונה⁷⁵. החוקות הנוקשות, היוצרות עליונות ברורה שיש בה גם הגבלה של ממש על כוח החקיקה של המחוקק העליון, הן חדשות-יחסית. לפחות לגבי חלק מן המלומדים, חוקה נוקשה מניחה מדרג נורמטיבי שונה יחד עם רשויות מחוקקות שונות. לגישתם, המדרג הנורמטיבי השונה, ברמת הגבלת המחוקק הראשי, מחייב קיומן של רשויות נפרדות, שיש ביניהן היררכיה ברורה⁷⁶. מלומדים אחרים מניחים, כי רשות מחוקקת אחת יכולה לקיים הליכים שונים, שבאמצעותם ניתן לחוקק במדרגים שונים⁷⁷. מבחינת המשפט ההשוואתי, אין ספק כי יש בתי-מחוקקים "רגילים", שמוקנות להם סמכויות של תיקון החוקה בהליך מיוחד⁷⁸. אולם סמכות זו מוקנית להם בחוקה

74 בנקודה זו צודק שמגר בהערתו לגבי אקצין: פסקה 21 לפסקי-הדין.

75 כך, למשל, הכנסת מחוקקת ויכולה לקבל החלטות ותקנות שהן במעמד של חקיקת-משנה.

76 זוהי עמדתם של ברייס ודייסי, כפי שמציג אותה G. Marshall *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth* (Oxford, 1957) 31-32.

77 שמגר אף מצטט את קלון כאומר, שבדרך-כלל מתבצעות הפונקציות של חקיקה רגילה וחקיקה חוקתית בידי אותו גוף: פסקה 31, עמ' 54-55.

78 זהו המצב במדינות רבות במזרח-אירופה: Holmes & Sunstein, *supra* note 31. ראוי להדגיש, כי

פורמלית, שעל-פיה כוננו מוסדות מחוקקים אלה עצמם. קיום מצב זה בעייתי יותר כאשר הבסיס המשפטי לפועלם של בתי-המחוקקים הוא קונבנציונלי, כולו או חלקו. הבעייתיות גוברת כאשר אין כל הבדל בדרך החקיקה בין נורמות האמורות להיות שייכות למדרגים נורמטיביים שונים⁷⁹.

מכל-מקום, יהיה מה שיהיה הביטוי המוסדי בשיטה מסוימת לשאלה הפנימית של ההיררכיה של הנורמות — צריך להיות ברור כי הקדימות המושגית של הנורמה הקובעת איך נוצרות נורמות עליונות בשיטה אינה אוצלת כלל על השאלה של העליונות או הנקשרות של חומרים מסוימים בשיטת-משפט נתונה, לא מבחינת המשפט המצוי באותה שיטה ולא מבחינת המשפט הרצוי בה באותן נקודות.

ד. כמה הערות על הסמכות המכוננת

אמרנו, כי המובן המרכזי של חוקה, בין אם היא מטריאלית בין אם היא פורמלית, בין אם היא עליונה ונוקשה בין אם היא גמישה, הוא ההסדרה של מוסדות השלטון והיחסים ביניהם. חוקה במובן זה ממלאת פונקציה פוליטית חיונית, שכן היא מסדירה את פעולתם של המוסדות המרכזיים. במקביל ציינתי פונקציה ייחודית וצרה יותר — זו של כינון מוסדות, כך שהשיטה תקבע בעצמה את הדרכים ליצירת חוקים במסגרתה. פונקציה זו הכרחית הן מבחינה היסטורית הן מבחינה מושגית או תורת-משפטית: פעילות מסוימת של קבוצת-אנשים נחשבת חוק רק מפני שישנה מסגרת של כללים הקובעת כי אנשים אלה מוסמכים בדרך מסוימת לעשות חוקים. מסגרת הכללים הזאת היא החוקה המטריאלית ההכרחית והצרה, והנחת קיומה היא "הנורמה הבסיסית" על-פי קלזן. הכינון הזה אינו חייב להיעשות בהכרזה פורמלית. הוא הנחה מוקדמת של עצם הקביעה, כי בשטח מסוים פועלת שיטת-משפט ולא רק מערך של הפחדה ממוסדת. מבחינה תורת-משפטית, שיטת-משפט חדשה הנוהגת בתחום מסוים מניחה קיומה של סמכות מכוננת. כאמור, סמכות זו קשורה במובן מסוים, ראשוני מאוד, של חוקה, שאינה חייבת להיות פורמלית, נוקשה או עליונה.

בריונים בשאלת החוקה ישנה נטייה שלא להבחין בין הנקודה המושגית ובין הפונקציה הפוליטית, ובלבול זה הוא לרעת העניין. הוא נובע מכך שבמדינות רבות הרגע ההיסטורי של הקמת המדינה ושל אימוץ חוקה קרובים או זהים. חלק מן האופי

לבתי-המחוקקים בשיטות אלה יש סמכות חקון של החוקה, אך לא ברור אם סמכות זו חלה גם על אימוצה של חוקה ראשונית. אי-בהירות זו מתחזקת על-ידי כך שמתארים את בתי-המחוקקים האלה גם כ"אסיפות מכוננות". ליחס בין סמכות מכוננת לסמכות מתקנת ראו למטה.
79 להשלכות הניתוח על המצב בישראל ראו בחלק השני למטה.

החגיגי של הרגע ההיסטורי-פוליטי הזה ניתן אז בכך, שאנו מתארים את פעולת הגוף אשר יצר את החוקה הראשונית כפעולה של "כינון", והאספה עצמה קרויה "אספה מכוננת"⁸⁰. במצבים כאלה אנו מייחסים את כינון השיטה לפעילות מכוונת ומסוימת של גוף מסוים. אולם מבחינה מושגית, כאמור, בכל שיטה יש וחייבת להיות הסדרה וזיהוי של יוצרי החוק. אין פה הכרעה אופציונלית, ששיטה מסוימת יכולה לוותר עליה משיקולים פוליטיים. השאלה הפוליטית היא רק מי יהיו יוצרי החוק ומה יהיו היחסים בין היוצרים, המפעילים והמבצעים. על רקע הבהרה זו צריך להיות מוסכם, כי הוויכוח בישראל הוא בשאלות הפוליטיות, והבירור המושגי אינו יכול להתוך אותן, פשוט מפני שהוא מכונן לבעיה שונה לחלוטין⁸¹.

ישנן מדינות שבהן מוסדות השלטון מוקמים באחת, בעקבות מהפכה. במצבים כאלה סביר שיהיה מיד עם הקמת המדינה בסיס פורמלי מסוים לסמכויות השלטוניות. בשיטות כאלה קלי-יחסית לזהות, בזמן ומבחינת גוף, את מי שהפעיל את הסמכות המכוננת בשיטה. במדינות אחרות התגבשות מוסדות השלטון והיחסים ביניהם הוא עניין של תהליכים ממושכים ומורכבים. במדינות כאלה יכול שתהיה רק חוקה מטריאלית, שחלקים ניכרים ממנה מבוססים על קונבנציות. במקרים כאלה זיהויה של הפעלת סמכות מכוננת קשה הרבה יותר. בכל סוגי המדינות הפירוש של סמכויות הרשויות המרכזיות הוא עניין נתון להשתנות. במקרים רבים השתנות זו אינה נעשית בדרך של שינויים פורמליים. גם לגבי שינויים אלה היחס ביניהם ובין הפעלת סמכות מכוננת אינו ברור. התמונה נהיית מורכבת יותר כאשר אנו זוכרים שחשוב להבחין תמיד בין המציאות הקבועה בהסדרים המשפטיים ובין המציאות הפוליטית לעניין חלוקת כוח

80 אם כי במקרים רבים "האספה המכוננת" היא-עצמה נקודה על רצף חוקתי, שכן סמכותה של האספה המכוננת נלמדת בדרך-כלל מן ההסדר שקבע את דרכי בחירתה ואת סמכויותיה. לפי היגיון זה, לו התנהלו הדברים לפי ההכרזה על הקמת המדינה, "הנורמה הראשונה" מבחינה היסטורית לא היתה החוקה שהיתה נוצרת על-ידי האסיפה המכוננת, אלא ההכרזה על הקמת המדינה עצמה. למרות זאת ייתכן, כי היתה מתגבשת הסכמה לגבי השיטה הרואה את החוקה כמקור העליון והראשון של הנורמות המשפטיות בה. דבר זה היה מחייב, למשל, הכללתן של נורמות מסוימות מפקודת סדרי השלטון והמשפט בתוך הקסמך החוקתי.

81 אחת הנקודות שבהן קשה היה במיוחד לעמוד בפני הפיתוי שהזכרתי בהקדמה היתה הדרך שברק מעמיד בה את מסקנתו, כי לכנסת סמכות מכוננת על מודלים של תורת-המשפט. ברק עצמו מודה, כי מה שמכריע את הכף הם הנתונים החוקתיים של ישראל ולא המודלים של תורת-המשפט. ראו הערותיו של ע' זלצברגר בנושא הגזירה של מסקנות חוקתיות מקומיות מתורות-משפט, "הסמכות המכוננת בישראל" משפט וממשל ג (תשנ"ז) 679.

השלטון. ההסדרים המשפטיים נותנים לנו בלי ספק מידע חשוב על חלוקת הכוח בחברה נתונה, אולם רק בדיקה עובדתית מורכבת תגלה מי "באמת" מחזיק את הכוח בחברה⁸². ההסדר החוקתי שנקבע בהליך הכינון משקף בהכרח את יחסי-הכוחות ואת מבנה ההצדקה הקיימים בחברה שאת מוסדותיה מקימים. מבחינה זו, הסמכות המכוננת (ואין זה חשוב איזה סוג חוקה נוצר באמצעותה) היא נקודת-המעבר בין הצוברים הפוליטיות ובין ההסדר המשפטי: היא זו הנותנת לשיטת-המשפט את ההקשר שבה היא יכולה לתפקד כשיטת-משפט ולא כמערכת כוחנית. הקשר זה, הוא-עצמו, הוא קדם-משפטי וחץ-משפטי בהגדרה⁸³.

נראה כי יש שתי דרכים אפשריות, המוציאות זו את זו, לראות את הסמכות המכוננת במובן החזק והמדויק של ביטוי זה: לפי שתי הדרכים, סמכות זו קיימת בהכרח כל פעם שמוקמת שיטת-משפט חדשה. לפי דרך אחת, הסמכות המכוננת פוקעת ברגע הקמתה או לפחות בניית מוסדותיה הקבועים של השיטה. רק כאשר מונהגת שיטת-משפט חדשה, היא דורשת הנחת קיומה של סמכות מכוננת חדשה. הסמכות המכוננת, לפי תיאור זה, היא כלי לתיאור או להסבר של האינדיבידואציה (בזמן) של שיטות משפט. פעילות פנימית של שיטת-משפט אחת, גם אם יש בה שינוי רדיקלי של מבנה המשטר לפי הוראות השיטה, אינה הפעלה של סמכות מכוננת. אם השינוי דורש הליך חקיקה מיוחד ברמה החוקתית, יש פה שימוש בסמכות חוקתית מתקנת. לפי דרך שנייה, ככל שיטת-משפט ישנה סמכות מכוננת טבועה מתמשכת, שהיא נתון חץ-משפטי הכרחי של השיטה ומאפשרת, תיאורטית, גם תיקון כה רדיקלי של השיטה העולה כדי שינויה. לפי תיאור זה, השאלה היחידה מבחינת המשפט הפוזיטיבי של שיטה נתונה היא בידי מי מסורה הסמכות המכוננת ומהן הדרכים הראויות להפעלתה⁸⁴. מבחינת המתבונן

82 כל תורות-המשפט החשובות כוללות הכרה באמת בסיסית זו. הריאליזם המשפטי הפך הכרה זו לחלק מרכזי ומגדיר של המשפט. בתורות אחרות הזיקה למציאות היא חלק מדרישות התוקף של המערכת (אצל קלזן, שיטת-משפט "קיימת" רק אם היא יעילה בדרך-כלל. אצל הרט, כלל הזיהוי הוא עובדה סוציולוגית). קלזן מכיר מפורשות בעובדה, כי כללים משפטיים מכל רמה אינם יכולים למנוע באופן מלא יצירת פרקטיקות המשנות אותם בדרך של דסוטורו, כלומר: של מנהג המבטל את ההלכה (Kelsen, *supra* note 14).

83 טענה מעין זו מושמעת על-ידי H.W.R. Wade "The Basis of Legal Sovereignty" 1955 *Camb.L.J.* 172. מרשל מבקר את טענתו זו, אם משמעותה היא כי ריבונות המחוקק היא רק עניין פוליטי, ללא מרכיב משפטי (Marshall, *supra* note 76, at pp. 43-46). אולם, אין שום סתירה בין הקביעה כי בשיטה ישנו עקרון מסוים של תפישת המחוקק כריבון ובין ההכרה כי התוקף של עיקרון זה הוא, בחלקו, עניין של עובדה. כאן מעמד-הביניים של הנורמה הבסיסית ושל כלל הזיהוי רלבנטי ומדגים את מעמדה של הטענה בדבר האופי הקדם-משפטי והארכימדי של הסמכות המכוננת עצמה.

84 דומני, כי קלוד קליין נע בין שתי התפישות האלה של סמכות מכוננת וכי הדבר פוגע באופן שבו הוא מציג את תורת הסמכות המכוננת ומיישם אותה לניסיון הישראלי. קליין מציין, כי בעיית הסמכות

החיצוני, לפי תיאוריה זו, השאלה תהיה האם השינוי הוא כזה שגרם לשינוי השיטה מיסודה (שאז הופעלה סמכות מכוננת), או שמא יש לנו שינוי גדול שהוא פנימי והצריך רק שימוש בסמכות חוקתית מתקנת או בסמכות חקיקה רגילה. לפי גישה זו, שאלת קיומה של סמכות מכוננת תתעורר כשאלה משפטית-שיפוטית רק כאשר יבוצע שינוי חוקתי מסיבי, שיהיה מי שיתקוף אותו בטענה כי נעשה ללא סמכות, כאשר יהיה מוסכם כי השינוי עולה כדי שינוי שיטת המשפט, וכאשר בית-המשפט יצטרך להכריע אם הגוף שביצע את השינוי היה הגוף שבידורו היתה הסמכות המכוננת.

לפי שתי ההצגות, קיומה של הסמכות המכוננת הוא, במובן מסוים, נתון חוץ-משפטי ותיאורטי. לפי שתי ההצגות, זיהוי החומר המשפטי בשיטה יהיה תלוי בזיהוי מוסכם של הגוף או הגופים שבידיהם מופקדות סמכויות השלטון, והפקדה בסיסית זו נעשית תחילה מכוח הפעלה של הסמכות המכוננת, ולאחר-מכן — על-ידי סמכות מתקנת⁸⁵. לפי שתי ההצגות, שינויים חוקתיים שאינם עולים כדי שינוי השיטה כולה אינם מביאים להפעלה של סמכות מכוננת, שכן אין בהם כדי לכונן שיטה חדשה. לפי שתי ההצגות, הפעלת הסמכות המכוננת המקורית יכולה להניב חוקה שאינה עליונה ואינה נוקשה. חשוב להדגיש, כי מבחינת תורת-המשפט, הקריטריון לזיהוי מעבר בין שיטת-משפט אחת לזולתה — ולכן של הפעלת סמכות מכוננת — לעולם הוא שילוב של בדיקה משפטית-פנימית ושל מציאות פוליטית חוץ-משפטית⁸⁶. רק שילוב של

המכוננת מתעוררת כאשר קמה מדינה חדשה או נעשה שינוי משפטי בעקבות מהפכה. ק' קליין "הרשות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב (תש"ל) 51, 51. לכאורה הוא נוקט את הגישה הראשונה לקיומה של סמכות מכוננת. תמונה זו מתחזקת לאור דיונו בעובדה כי מדובר ב"סדר משפטי חדש" ובהבחנה שהוא עושה בין סמכות מקורית לסמכות מתקנת. הוא מציין, למשל, כי סמכותה של רשות מכוננת היא מוחלטת וכי "בתקופת פעולתה של הרשות המכוננת המקורית אין במדינה גוף משפטי זולתה" (שם, בעמ' 52). אולם מיד הוא מסייג אמירה זו בקביעה, כי התקופה יכולה להיות ארוכה ואז פועלת הרשות המכוננת גם כרשות מתוקקת (חריג זה נלמד מן העובדה, כי בתחילת הרפובליקה השלישית היתה תקופת חפיפה של כחמש שנים בין שתי הסמכויות). סייג נוסף הוא, כי ניתן להגביל את סמכות האספה המכוננת (כך נעשה בצרפת לאחר מלחמת-העולם השנייה, כאשר משאל-העם ב-1945 החליט על הקמת אספה מכוננת מיוחדת). בזמן הכתיבה לא היה בידי מאמרו החדש של קליין בנושא, המתפרסם בגיליון זה.

85 ניסוח זה מעלה שאלות מרתקות לגבי ההבדלים בין פרשנות, בין תיקון פורמלי של החוקה ובין התלפתה. רק לגבי האחרונה יכולה להתעורר שאלה של תידוש הסמכות המכוננת.

86 ראו, למשל, ההתפתחות של הוג בשאלה אם חוקי 1982 הצליחו לתת עצמאות משפטית לשיטה הקנדית: בפרק השלישי בספרו הוג בודק את הוראות החוק והדוקטרינות החוקתיות של בריטניה, שחוקקה את חוקי 1982 לפי בקשת קנדה, ושל קנדה, אולם מסכם כי העצמאות של החוקה הקנדית נובעת יותר מקונבנציות, ממנהגים ומיחסי כוח בין שתי המדינות, שהתגבשו למעשה לפני 1982. ראו בעיקר Hogg, *supra* note 16, at pp. 48-49.

השניים יניב קביעה תורת-משפטית של זיהוי השיטה המשפטית הנוהגת במדינה מסוימת.

חוקה פורמלית, כוללת ואחידה, המתקבלת בהליך מיוחד בשלב הכינון הראשוני של יחידה מדינית חדשה, היא לכאורה מקרה מובהק של הפעלת סמכות מכוננת במובן החזק למילוי הפונקציה הפוליטית הראשונית של חוקה. גיבוש החוקה הראשונית ואימוצה מפקיעים את הסמכות המכוננת הראשונית. ההתאמה של המבנה החוקתי לשינויים נעשה במסגרת השיטה, באמצעות הפעלת סמכויות תיקון⁸⁷. אולם גם במקרים פשוטים יחסית כאלה יכולות לצוץ בעיות.

ראשית, לעתים התהליך ההיסטורי כולל בחירת "אספה מכוננת" שתפקידה הוא לייצר חוקה. לכאורה במקרה כזה הסמכות המכוננת היא עצמה סמכות משפטית המוקנית לגוף המכין את החוקה. אולם מבחינה יוריספרודנטית, כאמור, יכול להיות כי ה"סמכות" הזאת, או הנורמה הבסיסית, היא רק הנחת-יסוד של כשרות פעולתה של האספה המכוננת ולא עצם סמכותה. ויכול להיות, כי לאיתור נכון של "הסמכות המכוננת" יש ללכת עוד אחורנית אל העם אל מי שבחר את האספה המכוננת או אל מי שהחליט על ההליך שבו תיבחר. עשויה להיות פה הבחנה מסוימת בין הסמכות המכוננת מבחינה משפטית, הנמצאת בידי האספה המכוננת, ובין הסמכות המכוננת מבחינה נתון הרקע החצי-משפטי העומד ביסוד אותו מוסד את עוברת הכשרתו.

שנית, איך נתאר את המצב שבו החוקה הראשונית מוחלפת כולה, תוך שינויים בסיסיים במבנה המשטר בהליך שקט ובאמצעות הליך חקיקה מיוחד? האם יש פה הפעלת סמכות מתקנת במסגרת חוקה קיימת, או שמא יש פה הפעלת סמכות מכוננת ויצירה של שיטה חדשה⁸⁸? מה דינו של חוק אימפריאלי, המעניק עצמאות למה שהיתה פעם מושבת-כתר? האם ההיסטוריה החוקתית של המושבה לשעבר היא ברצף עם החוק

87 כאשר סמכויות התיקון מסודות כלעדית בידי הפרלמנט הרגיל, יש המתארים את המצב בכך שבדיו סמכויות מכוננות מתמשכות. נראה כי תיאור זה הוא מטעה, שכן הוא יוצר את הרושם שכל תיקון של החוקה שקול כנגד כינון מוסדות חדשים. הדבר מטעה במיוחד כאשר התיקונים שבהם מדובר הם קטנים. נראה כי עדיף אפוא, אם כוללים הכרזות בחוקים העוסקים בכך, לקבוע כי בידי הפרלמנט סמכות לחוקק הן במסלול "רגיל" הן במסלול "חוקתי". כך הוא המצב, למשל, בחוקה של שבדיה.

88 מקרה מבחן מעניין הוא זה של שבדיה. לצד מהפכות שהגיבר שינוי חוקה ב-1772 וב-1789 היה ב-1974 שינוי מוסכם של החוקה כולה, ששיקף שינוי חוקה משנת 1969 ומוסכמות פוליטיות. דומה כי ב-1974, למרות שינוי כולל ותגיי של החוקה בשלמותה, אי-אפשר לדבר על שינוי בנורמה הבסיסית או על הפעלה של הסמכות המכוננת. לעומת זאת, בניחוח השיטה הצרפתית נהוג לראות את המעבר בין המשטר הפרלמנטרי של הרפובליקה הרביעית למשטר הנשיאותי של הרפובליקה החמישית כהנהגה של שיטת-משפט שונה וכהפעלתה של סמכות מכוננת במובן החזק. זאת הגם שיש רצף חוקתי מרשים בין שתי התקופות. אולם גם בשיטה הצרפתית השימוש בסמכות מכוננת מיוחד לשינויים כוללים של שיטת המשפט והמשטר ולא לשינויים חשובים שהם פנימיים לשיטה נתונה.

האימפריאלי, או שמא יש לנו פה יצירה של יחידה מדינית חדשה? ואם התיאור השני הוא הנכון, בידי מי היתה הסמכות המכוננת — בידי המחוקק האימפריאלי או בידי הגופים המקומיים שעיבדו את החוק שהקנה להם עצמאות?⁸⁹

שאלה מעניינת היא זו של הסמכות לתת חוקה פורמלית שלמה, בעלת עליונות או נוקשות, במדינה שבה אין חוקה כזאת. כאמור, נחפש בשיטה זו סמכות מכוננת רק אם נאמר, כי מתן חוקה כזו למדינה היא שינוי כה ניכר של שיטת-המשפט עד שניתן או ראוי לומר, תיאורטית, כי מדובר כאן בשיטת-משפט "חדשה" אשר כוננה באמצעות החוקה החדשה. בכל מקרה אחר נשאל, האם מוסמך המחוקק באותה שיטה לחוקק חוקה נוקשה? וזו תהיה שאלה משולבת של תורת-המשפט ושל המשפט החוקתי המהותי של השיטה. שאלה כזו יכולה להתעורר בשני הקשרים. הראשון הוא תיאורטי-היפותטי, במסגרת עיון של מלומדים או חוקרים הבודקים אפשרויות של התפתחות. השנייה, והיא החשובה יותר, היא כאשר יש בחוקה ניסיון של המחוקק להגביל את עצמו באמצעות חוקה ולאחר-מכן המחוקק העליון מנסה לגבור על ההגבלה העצמית שלא לפי תנאיה, משהו תוקף ניסיון זה בבית-המשפט, והמחוקק טוען כי להגבלה העצמית שלו לא היה בעצם כל תוקף. כאן מתעוררת בפני בית-המשפט השאלה החוקתית ככל עוצמתה וללא אפשרות התחמקות ממנה. שאלה חוקתית זו חורגת מעבר לגבולות המשפט, שכן היא שאלה משולבת של משפט פנימי ושל הנחות-היסוד הפוליטיות של השיטה כולה. מבחנה של השיטה יהיה בהחלטה השיפוטית ובמידה שבה החלטה זו תתקבל על-ידי הקהילה הפוליטית. כאמור, אלא אם נאמר כי השיטה כולה הוחלפה, לא יהיה מדובר כאן בסמכות מכוננת כלל ועיקר.

שאלה מעניינת נוספת, הרלבנטית למצב בישראל, היא מה רינו של ניסיון הגבלה עצמית בסעיף אחד, או בכמה סעיפים, של הסדר השייך לחוקה המטריאלית. ברור, כי לא מדובר כאן בסמכות מכוננת במובן החזק והמקורי שלה. אבל האם מדובר כאן בסמכות חוקתית נגזרת? הסמכות הנגזרת היא סמכות לתקן הסדרים חוקתיים. אבל כאשר ההסדרים החוקתיים שאנו מתקנים הם עניין של חוק רגיל או של קונבנציה, לא ברור מדוע התיקון צריך לערב סמכות על-חוקית. העל-חוקיות נדרשת אולי כדי ליצור הליך אימוץ מיוחד שיצדיק דרישת נוקשות מאוחרת. אולם אין כאן עניין של סמכות תיקון על-חוקית, אלא של סמכות פוליטית להגבלה עצמית.

מקרים כאלה מבהירים כי תורת-הסמכויות כשלעצמה אינה יכולה להאיר את עניינו לגבי התיאור הנכון של מציאות מדינית מורכבת. קל-יחומר עולה מן האמור כי תורת-

89 ההתפתחויות בחבר-העמים הבריטי הניבו שורה מרתקת של מחקרים בנושאים אלה. בחלק מן המדינות היה תהליך ההינתקות מהיר וחד-שלבי, בעוד שבחלק אחר הוא היה ארוך (כמו, למשל, בקנדה). ברוב המדינות הושג ההסדר בדרך של פשרה פוליטית, אולם באחדות היה יסוד של מרידה (כמו, למשל, ברודזיה). לדין מרכז ראו ספרו של מרשל (Marshall, *supra* note 76).

הסמכויות כשלעצמה אינה יכולה להנביע מסקנות נורמטיביות לגבי שיטות-משפט ספציפיות. כאמור, יכולת ההגבלה העצמית של מחוקק עליון אינה תלויה בכך שבידו סמכות מכוננת. גם אם נאמר, כעניין תיאורטי, שלמחוקק בשיטה מסוימת סמכות כזאת — ראשונית או משנית — לא ברור שהשימוש שעשה בה המחוקק הניב דווקא חוקים עליונים או נוקשים. בשארית חלק זה אדון אפוא רק בפונקציות הפוליטיות של חוקה.

ה. תפקידיה של חוקה וההשלכות לעניין נחיצותה, מאפייניה ודרכי אימוצה

1. כמה תפקידים של חוקה

כאמור, לכל מדינה חייבת להיות חוקה כמובן של הסדרי שלטון מרכזיים, וחוקה זו אינה חייבת להיות פורמלית, עליונה או נוקשה. לחוקה יש כמה פונקציות תורת-משפטיות והיא ממלאת אותם בכל שיטה. נוסף על כך בידה פונקציות פוליטיות שונות שלהן הצדקות שונות. יכולת החוקה למלא פונקציות פוליטיות אלה תלויה במידה מסוימת במאפיינים שלה.

לחוקה פורמלית יש יתרון ברור על-פני חוקה מטריאלית: החומר המשפטי-החוקתי קל לזיהוי, ולכן גם ללמידה ולהפנמה. כמו-כן למגילת-זכויות פורמלית ואחידה, אף אם היא גמישה, חשיבות חינוכית רבה. מסמך כזה, המונה באופן מרוכז ותמציתי את זכויות האדם המוכרות והמוסכמות בשיטה, מקל על ההפנמה, הלמידה וההזדהות עם ערכי זכויות האדם הקבועים בחוקה. מסמכים כאלה יכולים גם לפתח "שיח חוקתי" ו"חשיבה חוקתית". הם יכולים לחדד את המודעות לקיומן של מגבלות מוסכמות על כוחות השלטון ולעודד דרישה ציבורית לכיבוד הנורמות החוקתיות. המאמץ להשיגם ולגבשם נותן הזדמנות לשיח ציבורי מלכד ולהדגשת היסודות המוסכמים המעניקים לכידות לחברה. בקצרה: גם למסמכים חוקתיים, שאין להם ייחוד של עליונות או נוקשות, פונקציות פוליטיות חשובות. פונקציות אלה ממלאות גם על-ידי חוקות שיש בהן עליונות או נוקשות.

אולם הסדרים חוקתיים גמישים ניתן לשנות בדרך החקיקה הרגילה. אין להם הגנה מפני העדפותיו של רוב, וודאי לא מפני העדפותיו של רוב גדול. באותן וריאציות של הדמוקרטיה, המבוססות על עקרון הרוב והמאפשרות קבלת חקיקה ברוב של הנוכחים, ניתן לשנות הסדרים חוקתיים על-ידי רוב מזדמן וקטן, שהוא בעצם מיעוט⁹⁰. מטרת

90 לדוגמא דרמטית למדי אצלנו ראו החיקון לחוק יסוד: הכנסת, שהועבר ב-10 במאוס 1996 וקבע נהלים חדשים לפתיחת ישיבות הכנסת (לרבות קריאת פרק מהכרזת-העצמאות ופרקי תהלים). החוק

הסדרי הנוקשות היא למנוע מצבים כאלה או לפחות להכביד על התהוותם. הסדר חוקתי עליון שאין לו מנגנון-אכיפה הוא הסדר משפטי שהמחוקק הראשי יכול, משפטי, להתעלם ממנו. קיומו של מנגנון-אכיפה חזק ויעיל הוא ניסיון למנוע התעלמות כזאת או להכביד עליה.

הפונקציה הייחודית, מבחינה מבנית, של חוקה עליונה ונוקשה היא הגנה על ההסדרים החוקתיים מפני חקיקה רגילה. הצורך בהגנה כזאת קשור לאיתור סכנות וקשיים העלולים להילווה לפעולת החקיקה הרגילה. דיון בפונקציות של חוקה עליונה ונוקשה ושל קונסטיטוציונליזם קשור אפוא קשר הדוק לתיאוריה תיאורית ונורמטיבית של חקיקה רגילה. חשוב לחזור ולהזכיר, כי קונסטיטוציונליזם אינו רעיון המוגבל לדמוקרטיה. היסטורית, הרעיון של הגבלות חוקתיות על השלטון התפתח דווקא במצבים של ריכוז כוח שלטוני בידי מלכים או שליטים יחידים אחרים. התולדות במנגנוני-חקיקה רגילים אינן, אפוא דווקא חולשות המיוחדות לטיפוסים מקובלים של דמוקרטיות.

כך, למשל, בדמוקרטיה, "ממשלה מוגבלת" ו"הגנה מפני עריצות הרוב" יכולות להיראות כמו שני ניסוחים שונים של אותו ערך, אשר החוקה אמורה להשיג. הממשלה פועלת מכוח הרוב, ואנחנו זקוקים להגנה מסוימת מפניה. לכן לא ראוי לתת לה סמכויות בלתי-מוגבלות, ומכאן ההיגיון של קונסטיטוציונליזם. הכנסת הביטויים האלה להקשרם ההיסטורי מראה כי קשר זה אינו הכרחי והיא תורמת להבנת המצב הלכאורה-אנומלי של הדמוקרטיה האנגלית. הרעיון הראשון, זה של ממשלה מוגבלת, קדם לרעיון השני. החשש שהניע את אימוץ הסיסמה הראשונה היה הפחד מן השלטון העריץ ללא מצרים של שליט יחיד, של מלך, של לווייתן, שמידת ההתחשבות שלו ברצונות, ברווחה ובהעדפות של נתיניו יכלה להיות מינימלית. "המהפכה המפוארת" היא דמוקרטיזציה מסוימת, שמטרתה הגבלת הממשלה. לראשונה נעשתה הפרדה מסוימת של הפונקציות השלטוניות, והמלך לא ריכוז בידי אדם כוח החקיקה, הביצוע והשיפוט כאחד. הממשלה נהייתה, למעשה מוגבלת. גם ה"מגנה כרטא" היא מימוש של רעיון של ממשלה מוגבלת, הקודם לחשש מפני עריצות הרוב. המגנה כרטא היא הגנה מסוימת מפני עריצות השליט.

רק לאחר שנתמסד עניין זה ובתי-נבחרים הפכו להיות חלק מרכזי של הרשויות המחוקקות בדמוקרטיות⁹¹, התחיל להתעורר, הן באנגליה הן בצרפת ובארצות-הברית,

עבר בהצבעה של 3 בעד, 0 נגד ו-0 נמנעים! יו"ר הכנסת שבח וייס התרעם והביע כוונה למנוע בעתיד מצב שבו חוקי-יסוד יוכלו להיות מתוקנים ברוב כה קטן ומקרי.

91 באנגליה, למשל, הרשות המחוקקת היא שני בתי-הפרלמנט והמלך יחדיו. אולם הקונבנציה היא, כי המלך אינו מסרב לתת את חתימתו (קונבנציה הקיימת גם לגבי הנשיא שלנו) ובהדרגה צומצמה גם יכולתו של בית-הלורדים לסכל חקיקה שיש לה רוב בבית-הנבחרים.

הפתח מפני "עריצות הרוב". ביטוי חריף לחשש זה באנגליה הוא המסה על החירות של ג'ייס מיל, וחשש זה מתבטא היטב גם בחיבורו על דמוקרטיה ייצוגית. הן מיל הן טוקוויל חוששים מפני ההשפעה של "עריצות הרוב" על החירות ועל דמות הפרט בחברה דמוקרטית. מיל מכטא גם חששות מפני הסכנה שהבוחרים יהיו פחות ליברלים ופחות נאורים מאלה ששלטו במשטרים לא דמוקרטיים וייטו להעדיף אינטרסים עצמיים על-פני האינטרס הציבורי. אולם מיל מזכיר לנו, כי אחת מן ההצדקות של דמוקרטיה היא זו שעריצות הרוב תהיה שונה מעריצותו של הרודן. במלים אחרות: בתי-מתוקקים ייצוגיים, או דמוקרטיזציה, הם דרך חשובה של ערובה מבנית נגד עריצות השליט. משהתגברנו על החשש לעריצות השליט, באמצעות דרישות כמו שלטון החוק וביקורת שיפוטית על מעשי הממשל, מתעורר החשש של עריצות, או של כשלים אחרים, דווקא במחוקק הדמוקרטי. מחוקק זה שומר על הממשלה, אולם מי ישמור על השומרים?

כל איתור של חולשות במנגנון קבלת החלטות במחוקק הדמוקרטי מניח תורת-הערכה, שהיא חיצונית לפעילות המוסד המחוקק גופה. תורת-הערכה כאלה יכולות לתאר חולשות של יעילות במנגנוני קבלת החלטות אצל המחוקקים, אך החשש העיקרי הוא בכך שהחלטות כאלה לא תשרתנה את "האינטרס הציבורי". במלים אחרות: כל תורת-הערכה של מנגנוני-חקיקה צריכה לכלול אפשרות לזיהוי עצמאי, שאינו תלוי בחקיקה הרגילה עצמה, של החלטות ראויות של המחוקק העליון ושל מנגנוני קבלת החלטות ראויים בו. חלק מן הבעיה של מבנים חוקתיים הוא, כי לא תמיד בחברות מורכבות יש הסכמה על קני-המידה לזיהוי עצמאי כזה. הדמוקרטיה, באמצעות עקרון הכרעת הרוב שלה, היא דרך מסוימת להתגבר על חוסר-ההסכמה תוכני כזה באמצעות הסכמה על כלל הכרעה צורני, שיש טעמים טובים להניח כי במקרים רבים ימנע החלטות בלתי-קבילות.

ראוי לזכור, כי ההגנה החוקתית בדמוקרטיות ייצוגיות מורכבת משלושה יסודות שונים. יסוד אחד הוא הרצון למנוע מן הנציגים לסכל את העדפותיהם של בוחריהם: החשש כאן הוא מפני השחתה, אינטרסנטיות או שחיתות של הנציגים, העלולים לקבל החלטות שהן בניגוד לאינטרסים של הציבור כולו. הגנה חוקתית זו אינה אנטי-דמוקרטית, אלא ניתן לתאר אותה כמקדמת את הרעיון הבסיסי של דמוקרטיה במובן של הכרעת העם. הצורך בהגנה זו ברור כאשר הנציגים מנסים לסכל את הדמוקרטיה עצמה, כגון כאשר הפרלמנט מחוקק חוק המונע את התפזרותו. החשש ברור גם כאשר הנציגים עושים שימוש בכוחם החקיקתי כדי להעניק לעצמם טובות-הנאה ייחודיות⁹². בשני

92 כך מבין השופט חשין את עמדת ביח-המשפט בבג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, וזו העמדה שהוא נוקט בבג"צ 7111/95, מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת (טרם פורסם). ראו דיון למטה. מוכן כי בדרך-כלל ינסו מחוקקים לשוות לטובות ההנאה שלהם לבוש של האינטרס הציבורי, אולם בדרך-כלל לא קשה להראות כי ניסיון זה הוא מאולץ.

המקרים האלה אין מחלוקת על טובת הכלל, אלא ניסיון למנוע מן הנציגים שימוש בכוחם לקידום האינטרסים שלהם.

יסוד שני הוא החשש כי רוב (מיעוט מזדמן או מיעוט שיש לו אמצעי סחיטה כלפי הרוב) יביא לחקיקת נורמות שיש בהן פגיעה בזכויותיהם היסודיות של מיעוטים או של פרטים. כאן אין זה חשוב אם רוב הבוחרים אכן תומך בהגבלה אם לאו. הבעיה כאן היא, שאנו רוצים להגן על זכויות פרט יסודיות ועל זכויות המיעוטים גם כלפי שיפוט מושכל של הרוב. מקור ההגבלה כאן אינו העובדה כי החלטת הנציגים משבשת את העדפות הרוב של הבוחרים, אלא כי יש עניינים מסוימים שבהם אנחנו רוצים להבטיח הגנה מפני רוב, בין אם זה רוב של נציגים בין אם זה רוב של בוחרים⁹³.

יסוד שלישי הוא הצורך להבטיח מידה מסוימת של יציבות מוסכמת להסדרי השלטון הבסיסיים, כך שאלה יהיו מוגנים מפני חקיקה רגילה ומזדמנת. הצורך ביציבות בעניין זה קיים בעיקר בחברות שיש בהן מחלוקות על כוח ורצון להבטיח כי הסדרים של אמנה חברתית שהתבססו על פשרה לא יוכלו להיפתח מחדש בכל רגע שבו יש שינוי מסוים, ואף זמני, ביחסיה הכוחות. יציבות חוקתית להסדרי יסוד יכולה להשיג גם את המטרה הנוספת, והקשורה, של הוצאה מוסכמת של נושאים מפלגים מסוימים מעל סדר-היום הפוליטי הרגיל. כך, למשל, אחד מן הטיעונים לטובת הפרדת הדת מן המדינה הוא העובדה, שהסדר זה מאפשר לכוחות החברתיים השונים לחדול מן הוויכוח המתמשך — התובע משאבים רבים, ואשר עקרונית אינו ניתן להכרעה פוליטית — לגבי הכרעה בסוגיות ספציפיות של דת ומדינה⁹⁴.

חשוב לראות כי שלוש פונקציות אלה, שונות, אולם כולן יכולות להצדיק הגבלה חוקתית מסוימת.

2. הצדקות למנגנוני-הגבלה חוקתיים בדמוקרטיה

ראינו למעלה כי, מושגית, לא זו בלבד שדמוקרטיות יכולות להיות חוקתיות, אלא שישנם הרבה קשרים עמוקים בין שני הרעיונות, למרות קיומו של מתח פנימי ביניהם. עתה אנחנו צריכים ללכת צעד אחד הלאה ולדון בשאלת הפונקציות הפוליטיות של הגבלות חוקתיות והאיזון המוצדק בין הגבלות כאלה ובין העקרונות הדמוקרטיים

93 את ההצדקה להגבלה זו יש המציגים כעניין של ערכי-יסוד ושל מוסר ויש המציגים גם אותה כצורך לתקן את ההליך הדמוקרטי עצמו, מפני שפרטים או מיעוטים הם כאלה שאינם יכולים לתרגם את עניינם ללחץ הולם בענפים הפוליטיים ראו, למשל, הצדקת הביקורת השיפוטית וגבולותיה אצל איליי (Ely, *supra* note 53).

94 סטיבן הולמס מצדיק באופן זה את התיקון הראשון בחוקה האמריקנית במאמרו על כללי השתקה S. Holmes "Gag Rules or the Politics of Omission" in *Constitutionalism and Democracy* ((Cambridge, J. Elster & R. Slagstaad eds., 1988).

היסודיים של הכרעת רוב, ייצוגיות והשתתפות. למעלה קבענו רק, כי דמוקרטיה חוקתית יציבה צריכה להניח מרווח פעילות גדול ל"פוליטיקה רגילה" של משא-ומתן של נציגים ושל הכרעת רוב. עתה נוכל להרחיב מעט לגבי ההגבלות, הצדקתן ומה שנובע מן ההצדקה לגבי גבולותיהן.

נתחיל מן החשש, כי הנציגים יפעלו לקידום האינטרסים האישיים שלהם או של מפלגותיהם ולא לקידום האינטרס הכללי או לקידום האינטרסים של בוחריהם. במקרה כזה קל לקבוע שמדובר בשימוש-לרעה בכוח. אם שימוש-לרעה זה יביא לאיום על סדרי המשטר הדמוקרטי עצמו, סביר להניח כי במכנה בריא של רשויות-שלטון יימצא המנגנון שיטכל את המהלך, אף בהיעדרה של סמכות מפורשת לעשות זאת. קל-וחומר כי זה הוא מצב המצדיק הפעלת סמכות הגבלה חוקתית הקיימת בשיטה. אם מדובר במניעת חקיקה של אינטרס עצמי במחוקק, ניתן להפעיל מנגנון-פיקוח חיצוני בנושאים אלה אם הוא קיים.

לעומת זה, כאשר מדובר במחלוקת של ממש על האינטרס הציבורי, ההצדקה לכבילה עצמית ולביקורת חיצונית על החקיקה העליונה מסוכנת ומסובכת יותר. בקרה עיקרית על כוח החקיקה היא הזמניות של התפקיד והצורך להציג את הרקורד של האדם לבחירה הוזרת. מנגנון חיצוני שיפעיל בקרה תוכנית על חקיקה ראשית מכוח "האינטרס הציבורי" יוצר חשש של ממש, כי תהיה פה ביקורת של תפישת האינטרס הציבורי של המייצגים על ידי תפישת האינטרס הציבורי של הגוף המבקר.

אם וכאשר גוף חיצוני, כגון בית-המשפט, אוכף ערכים חוקתיים כנגד המחוקק הראשי, ראוי כי הוא יעשה אחת משתיים: או שיוודה כי הוא מגן על ערכים נגד הרוב, מטעמים שונים⁹⁵, או שיבדוק אם אכן ישנן ראיות כלשהן לכך שבסוגייה שהתעוררה, "העם" מעדיף את הפירוש של בית-המשפט על הפירוש שניתן להסדר החוקתי, בדרך של עשייה, על-ידי המחוקק והענפים הפוליטיים. בהיעדר בדיקה מן הסוג השני, רב החשש כי בשמו של "העם" תהיה לנו הכרעה בסוגיות ציבוריות על-ידי מועצת-חכמים אפלטוניות. יכול להיות, כי החלטות אלה אכן טובות יותר מאלה שהיו מתקבלות על-ידי "העם", אך ישנה כאן בעיה של ממש עם הרעיון הדמוקרטי וראוי להכיר בה ולהצדיק את ההחלטות בצורה שהיא רגישה לקושי זה. לא ראוי שהסתמכות אליפטית על "ריבונות העם" תסכם את הדיון במתח האפשרי שבין דמוקרטיה ובין אכיפה שיפוטית של ערכים חוקתיים. חשוב גם, כי הטיעון של "ריבונות העם" יושמע כאשר יש בסיס

95 להצדקות אפשריות של הגנה כזאת ראו למטה.

עובדתי לכך שהתרבות הפוליטית אכן מבוססת על עיקרון זה וכי המסמך החוקתי או ערכי-היסוד אכן נגזרים, באופן אותנטי, מן "העם"⁹⁶. למיל, למשל, אין קושי עם הקביעה כי ההגנה מפני החלטות מוטעות של הרוב (כמו גם ההגנה על חירות הפרט מפני עריצות הרוב) צריכה להיות עניין של מוסר פוליטי. ויכוחים של ממש ניטשים גם עם טענתו כי אכן זו העמדה המתבקשת מן המוסר הפוליטי⁹⁷, אולם ברור כי מיל לא העלה על הדעת שההגנה מפני עריצות הרוב תיעשה בדרך של הגבלות על כוחו של המחוקק הראשי. הרעיונות שהוא עוסק בהם הן דרכים להשבחת איכותם של הנבחרים, כדי להבטיח ככל האפשר כי יקבלו את החלטותיהם על סמך האינטרס הציבורי ויוכלו להתעלות מעל אינטרסים מפלגתיים וכיתתיים צרים. אולם ראוי גם לזכור, כי תורות דמוקרטיה בדרך-כלל אינן מוכנות להניח כי זה יהיה המצב ובונות את המוסדות מתוך הנחה, כי בפוליטיקה הרגילה תהיינה חלק מן ההחלטות נשלטות על-ידי אינטרסים כיתתיים⁹⁸.

הצורך להגן על זכויות-היסוד של פרטים ומיעוטים מפני חקיקה רגילה אינו מעורר קושי זה, שכן בסיס הצורך הזה אינו רצון הרוב, אלא תפישה ערכית מסוימת שאינה תלויה ברוב. יתירה מזו: להגבלה החוקתית השלמה עם מנגנונים של עליונות ונוקשות ועם ביקורת ישירה של אורגן חיצוני, הצדקה מיוחדת בהקשר זה. רק אורגן חיצוני, ובעיקר בית-משפט עצמאי ובלתי-תלוי, יכול לקבל על עצמו תפקיד של אכיפה והגנה על זכויות של פרטים גם כאשר הדבר מנוגד להעדפות הרוב. ניתן בהחלט לומר, כי

96 לא חייבים להסכים עם טיעוניו של אקיל אמאר בעניין הסמכות הטכונה של רוב האוכלוסייה לשנות את החוקה גם מחוץ למנגנון-התיקון הקבוע בסעיף 5 לחוקה (A.R. Amar "Popular Sovereignty and Constitutional Amendment" in *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton, S. Levinson ed., 1995)) כדי לקבל שהדמוקרטיה בארצות-הברית אכן מבוססת על אמונה בסיסית כתבונת הבחור ובזכויות שיוויון של הפרטים. לא בכדי פותחת החוקה של ארצות-הברית בזיהוי מתקני החוקה ומתארת אותם כ"אנחנו העם". לעומת זאת, בישראל פותחת ההכרזה על הקמת המדינה בתיאור נכון של המחליטים: "אנו, חברי מועצת העם". ההחלטה לאמץ חוקה נפלה בלי לערב את "העם" ולא נתבקשה הסכמתו או דעתו לגבי החלטת הררי. בשעתו היתה תמיכה ציבורית גדולה למדי בתנועה של "חוקה לישראל", אולם לא ברור אם זו התנועה על-ידי המשאלה לראות הגבלה של המחוקק או רצון לראות שינויים חוקתיים מסוימים. מכל-מקום, לא מהלך זה הוא המהלך העובר בכנסת. מבין חוקי-היסוד רק לגבי זה שנגע לבחירה הישירה לראש-הממשלה היה דיון ציבורי רציני וודאי שאין לומר כי היתה לו הסכמה רחבה. להיפך: ההצבעה בכנסת היתה חצויה. לדיון ראו חלק שני למטה.

97 ראו, למשל, הגלגול המודרני של הוויכוח על אכיפת המוסר הנוהג בידי המשפט, כפי שהותחל על-ידי דבלין והרט, המתואר בהקדמתי לתרגום לעברית של הל"א הרט חוק חירות ומוסר (תשמ"א).

98 כאמור, הבחנה זו עומדת ביסוד כתביהם של רולס ואקארמן. לניסוח קלסי ראו העמדה ב-Federalist 10.

ההגנה על זכויות הפרט והמיעוטים אינה שלמה כל עוד אינה מלווה הגנה חוקתית חזקה.

הטיעון לטובת הגנה נוקשה על זכויות האדם חזק יותר אפוא מאשר הטיעון לנוקשות של עקרונות משפטיים יסודיים או של מניעת שחיתות במחוקק. מטבע הדברים, זכויות-אדם, ובעיקר זכויות מיעוטים, הן אינטרס שהרוב לא ייטה להגן עליו במקרים של משבר או צורך. התהליך הפוליטי במקרה זה עלול להיכשל בגלל טעמים מבניים וירועים מראש. דווקא בגלל כשל צפוי זה של הליך קבלת ההחלטות על-ידי הרוב אנו עשויים להעדיף הגנה על זכויות האדם באמצעות חוקה נוקשה, שתגביל את כוח החקיקה של הרוב, ובאמצעות ההפקדה של אכיפת הנוקשות הזאת והנושא כולו בידי בית-משפט, שיהיה בלתי-תלוי ככל האפשר במערכת הפוליטית הרובנית.

יש הטוענים, כי בשל כך שורר מתח מיוחד בין דמוקרטיה ובין ההגנה על זכויות-אדם. גוסף על הדברים שנאמרו כבר למעלה על היחס בין דמוקרטיה ובין קונסטיטוציונליזם יש לציין, כי ההגנה על לפחות חלק מזכויות האדם – כגון הזכות לבחור ולהיבחר, חופש הביטוי וחופש ההתאגדות לקידום נושאים ורעיונות פוליטיים – חיונית להגנת הדמוקרטיה עצמה. ניתן אף לבנות טיעון המחייב מדינות להגן על זכויות האדם מפני הרוב כדרך לקיום ההתחייבויות הבינלאומיות שלהן⁹⁹. מכל-מקום, לגבי זכויות האדם ההצדקה להגבלת הרוב היא מבנית וחזקה. כך, הגם שחוקה אינה חייבת לכלול מגילת-זכויות, היא ודאי יכולה לעשות זאת, ורוב המדינות נוהגות לכלול מגילות כאלה בחוקותיהן הנוקשות. יתירה מזו: אף במדינות שבהן ישנה "חוקת" וסטמינסטר" ניתן להעלות על הדעת קיומה של מגילת-זכויות נוקשה¹⁰⁰.

לגבי הסדרים שלטוניים, שאלת המעמד החוקתי תלויה בנסיבות החברתיות הספציפיות. עקרונית, יש היגיון ברצון לתת עליונות ונוקשות להסדרי היסוד המוסכמים. אולם נוקשות יכולה לשמש אבן-נגף כאשר המצב החברתי הוא נזיל, ויש צורך בתקופה של ניסוי וטעייה. נוקשות יכולה בוודאי להיות אבן-נגף כאשר ההסדרים מפורטים מדי, כך שהנוקשות אינה מאפשרת איזון נכון בין יציבות לגמישות. שאלה לא פשוטה היא, האם מוצדק לתת לעיקרון הדמוקרטי עצמו מעמד חוקתי נוקשה כדי להגן עליו מפני החלטת הרוב. לפחות בחברות שבהן התממש איום על הדמוקרטיה מתוך משטר דמוקרטי, כגון גרמניה לאחר נפילתה של הרפובליקה של ויימאר, ניתנה לשאלה זו תשובה חיובית ברורה וחד-משמעית. שאלה מעניינת וחשובה היא אם הסדרים חוקתיים משפטיים מסוג זה צריכים להיות נאכפים על-ידי בית-משפט או אורגן חיצוני למערכת

99 ישנן אמנות הדורשות במפורש חקיקה פנימית להגנה על זכויות מסוימות, כגון האמנה לביעור כל צורה של גזענות. הדרישה איננה בהכרח להגנה חוקתית על זכויות אלה, בין השאר מפני שלא כל המדינות שחתמו על האמנות הן דמוקרטיות חוקתיות שלהן מגילת-זכויות נוקשה.

100 הדיון בבריטניה על חקיקת מגילת-זכויות כוון בדיוק לתוצאה זו.

הפוליטית. יש הטוענים כי הפקדת ההגנה על הדמוקרטיה ועיקרי המשטר בידי בית המשפט היא מרכיב הכרחי באיזון ראוי בין הרשויות. אחרים טוענים כי דווקא בנושא זה אין לבתי-משפט יתרון יחסי, ויש להשאיר את העניין לרשויות הפוליטיות, כל עוד הן נותנות להכרעותיהן ביטוי בחקיקה ראשית. השוואת טעמי הביקורת החיצונית בתחום המשטרי ובתחום זכויות האדם מחדד גם טיעונים בעד ונגד מבנים שונים של האורגן בידו מופקדת הביקורת. בשני המקרים ראוי שהגוף המבקר יהיה בלתי-תלוי. אולם בטיפול בפגיעות ספציפיות בפרטים יש לבתי-משפט מקצועיים יתרון יחסי של ניסיון ומיומנות, ואין להם בעיה אמיתית של לגיטימציה כל עוד הם פועלים במסגרת נורמטיבית ברורה ומוסכמת פחות או יותר. לעומת זאת, בדיון בשאלות חוקתיות מופשטות יותר, ובשאלות של ערכי-יסוד וסדרי עדיפויות חברתיים, ראוי שהגוף המבקר החיצוני יהיה קשוב יותר לרגישויות ולאי-לוצים של האוכלוסייה בכללה.

3. מתי חוקה נחוצה?

בכל מדינה עלולים להיווצר חששות מפני פעולת נציגים לקידום אינטרסים אישיים במקום האינטרס הכללי, מפני עריצות הרוב ופגיעה במיעוטים או מפני מחטפים של מיעוט. לכן בכל מדינה ישנם צידוקים להנהגת עקרונות של חוקתיות. הדיון שלמעלה יכול לסייע בזיהוי של נסיבות שבהן מנגנונים חוקתיים נחוצים במיוחד, מפני שהסכנות האלה — כולן או מקצתן — בולטות במיוחד.

לפני שנגיע לתנאים אלה חשוב להזכיר, כי ישנן יחידות פוליטיות שאינן יכולות לקום ללא חוקה פורמלית, נוקשה ועליונה, המונעת שינוי חד-צדדי בה על-ידי הליך חקיקה רגיל של מחוקק מסוים. כאלה הן, למשל, הפדרציות, הכנויות מכמה יחידות עצמאיות. הפדרציה אינה יכולה לקום ללא הסכמה מסוימת — חיצונית למחוקקים של המדינות עצמן ולרשויות-השלטון של הגוף המרכזי — לגבי היחסים בין השלטון המרכזי ובין היחידות המרכיבות את האיחוד. זה הוא המצב בארצות-הברית, בגרמניה, בשווייץ ובקנדה¹⁰¹. במדינות אחדותיות, כגון אנגליה או ישראל, אין כורח מבני מסוג זה לאימוץ חוקה פורמלית. במדינות מן הסוג הראשון השאלה היחידה היא מה יהיו תוכני החוקה ומנגנוני אימוצה ושינוייה. במדינות מן הסוג השני יש להקדים דיון בשאלה, האם ומתי ראוי לאמץ חוקה נוקשה. ברור, כי התשובה לשאלה זו תהיה תלויה

101 על הכרח בחוקה נוקשה ועליונה, שתיקונה הוא מחוץ לתחום הסמכות של כל רשות יחידה, לכינון פדרציה ראו Dicey, *supra* note 16, at p. 144. במסגרת כזו נהוג לדבר גם על כך שהרשויות המחוקקות השונות, וכן הרשויות האחרות, הן "שוות מעמד ועצמאיות" (coordinate). יחס זה הכרחי, מפני שרשות עליונה אחת תהיה זו שבידה יהיה הכוח לקבוע באופן חד-צדדי את ההסדרים החוקתיים.

במידה מסוימת גם בתכנים המסתברים של חוקה שתאומץ, אולם לכוחות הפוליטיים ישנה אופציה — שאינה קיימת בפדרציות — לבחור במצב חוקתי נוסח וסטמינסטר¹⁰². כללית, חוקה תהיה נחוצה יותר ככל שסכנותיה של דמוקרטיה רובנית פשוטה גדולות יותר. מדינות פדרליות הן מקרה פרטי של מדינות שבהן הוחלט כי לא ניתן לקיים משטר אחדותי יציב, בגלל רצונם של מרכיבי הפדרציה לשמור על ייחודן. במדינות לא-פדרליות דמוקרטיה רובנית פשוטה אפשרית יותר ככל שהחברה הומוגנית יותר, כך שהמיעוט של היום אינו חושש יותר על המידה מן מחטפי הרוכ של היום. ולהיפך: ככל שישנם במדינה שסעים רבים יותר על בסיס לאומי או דתי, וככל שרבים בה יותר מיעוטים "כרוניים", אשר סיכוייהם להגיע למצב של רוב ולהפעיל כוח שלטוני קטנים — כך גדול החשש כי הרוב יפעל בניגוד לזכויות ולאינטרסים של המיעוטים או כי נציגי קבוצה אחת שיגיעו לשלטון ייצרו עובדות שימנעו מימוש זכויותיהם של בני יחידות אחרות. מסיבות אלה גם מדינות אחדותיות צריכות מנגנוני-הגנה מעין-פדרטיביים, שיקיימו מסגרת משותפת ומוסכמת אשר תוציא עקרונות-יסוד אל מחוץ למשחק-הכוחות הפוליטי המזדמן.

במדינות כאלה יהיה צורך בחוקה בשל שלושה טעמים קשורים: ראשון הוא צורך בהגנה חוקתית שלמה ככל האפשר על זכויות של פרטים ומיעוטים. שני הוא הצורך בהסדרה חוקתית של מבני חלוקת השלטון והענקת זכויות וטו או זכויות השתתפות לאותן קבוצות שסביר להניח, כי לא תוכלנה לתת ייצוג הולם לאינטרסים שלהם במשחק-כוחות רגיל של פוליטיקה רובנית. שלישי הוא, כי סביר להניח, שבחברה כזאת הלכידות החברתית והנכונות לחיים במסגרת משותפת חלשה יותר. בני הרוב מרגישים אדנות ושייכות מלאה אל החברה שלהם ואינם רואים כל בעייתיות במנגנונים שינציחו אותה, אולם בני המיעוטים מרגישים מופלים ומוצאים. נאמנותם למסגרת השלטונית אינה עניין של שייכות ושל "אזרחות" מלאה, אלא עניין של כורח מסוים. מצב זה של הזדהות חלקית וכלתי-שלמה אינו יציב, בעיקר אם ישנם בחברה מצבי קונפליקט העלולים להתדרדר לאלימות. חוקה צודקת, שתתן לכל הקבוצות תחושה של שייכות מלאה יותר ושל הגנה על האינטרסים הבסיסיים שלהם, תוכל להיות בסיס לחברה שמחויבותם של רוב חבריה אליה היא מהותית ולא רק אינסטרומנטלית.

דבר זה מחזק את הטענה כי למרות המתח הפנימי בין דמוקרטיה וקונסטיטוציונליזם ישנה בין השניים גם קרבה רבה, מושגית והיסטורית כאחד. דמוקרטיה היא חברה הרוצה, עקרונית, לקיים צורת משטר שבה ירגישו הכפופים מחויבות ושייכות לשלטון. לכן עקרונית, בדמוקרטיה תהיה נכונות לאמץ חוקה במקום שחוקה כזאת נחוצה. אם

102 ואכן, ניר-זילנד אימצה מבנה של מדינה אחדותית ללא חוקה נוקשה, בר-זמן שאוסטרליה כוננה את עצמה כמדינה פדרטיבית.

מדינה נוצרת מלכתחילה כדמוקרטיה שיש בה חוקה עליונה ונוקשה, גורל החברה והדמוקרטיה שלה יהיה תלוי הן בחוקה הן בתנאים החברתיים התומכים בה. לעומת זאת, אם מדינה נוצרת ללא חוקה כזאת, השאלה של מעבר למדינה עם חוקה, כמו השאלה של דמוקרטיזציה, תלויה בתנאים החברתיים והפוליטיים בחברה¹⁰³. הכוחות המרכזיים בחברה צריכים לקבל, כי יש להם כוח או אינטרס להגיע לחוקה או לדמוקרטיזציה לפני שתהליך כזה יכול להיות מושלם בהצלחה. בהיעדר תחושה כזאת, אם המצב בלי דמוקרטיה או בלי חוקה עדיף מבחינת בעלי האינטרסים העיקריים בחברה, סביר להניח כי ימצאו דרך לסכל את המעבר לדמוקרטיה או לחוקה בהתאמה.

4. דרכים ראויות לאימוץ חוקה

כל חוקה צריכה לקבוע עמדה לגבי היחס בין גמישות ויעילות, הנחוצות כדי לאפשר לשלטון לקדם מדיניות ולהתאים את עצמו לתנאים ולתפישות משתנים, ובין ההגנה על מסגרת יציבה וראויה של כללי-משחק ושל ערכי-יסוד. היא אמורה לספק לתורה, שאת פעילותה ואת מוסדותיה היא מסדירה, מסגרת משותפת של לכידות אזרחית, שבתוכה יוכלו בעלי תפישות שונות להיאבק על קידומן. מכאן ברור, כי לשאלות חוקתיות אין פתרון אחד וכללי. הצרכים, הבעיות, התרבות הפוליטית ויחסי הכוחות בחברות מסוימות יקבעו את המבנים החוקתיים המתאימים להן. כללית, ניתן לומר רק, כי היכולת של חוקה למלא את הפונקציות הפוליטיות שלה תלויה במידה רבה בכך שהיא מבוססת על הסכמה רחבה. הדבר נכון במיוחד בחוקות עליונות ונוקשות המעבירות כוח החלטה בעניינים ערכיים מרכזיים לרשויות חוץ-פוליטיות, שאין להן קשר ישיר של אחריות כלפי הבוחרים. הלגיטימיות של פעולתם של גופים כאלה תלויה בכך שישנה הסכמה רחבה הן לערכים שהם פועלים מכוחם הן לעובדה כי כוח ההכרעה מסור בידיהם. היעדרה של הסכמה רחבה כזאת, בעיקר לגבי העניין השני, עלולה לחבל ביציבות המשטרית. היא עלולה לפגוע הן ביכולתם של המוסדות הפוליטיים למשול הן ביכולתם של המוסדות החוץ-פוליטיים לבצע את תפקידיהם הייחודיים.

הצורך בהסכמה רחבה, ההבחנה בין הסדרי מסגרת ובין מאבקים פוליטיים בתוך מסגרת נתונה ומוסכמת והצורך המיוחד להתעלות מעל אינטרסים אישיים וכיתתיים מצביע על שיקולים מסוימים לגבי דרך אימוץ רצויה של הסדרים חוקתיים. אין זה מקרה, כי חוקות מאומצות בדרך-כלל כרגעים "מהפכניים" שבהם אין לגוף הפוליטי המוקם ברירה ובהם ההתרגשות הכללית מניבה הסכמה מסוימת על האינטרס הציבורי

103 לדין בתנאים החברתיים המשפיעים על השאלה אם חברה מסוימת תהיה דמוקרטית ראו, למשל, מאמרו של A. Przeworski "Democracy as a Contingent Outcome of Conflicts" in *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge, J. Elster & R. Slagstaad eds., 1988).

הכללי¹⁰⁴. אין זה גם מקרה, כי הסדרים חוקתיים מאומצים במקרים רבים על-ידי גוף השונה מהותית, הן מבחינת ההרכב הן מבחינת דרך הפעולה, ממנגנון-החקיקה הרגיל¹⁰⁵. ולבסוף, אין זה מקרה כי בדרך-כלל נדרש כי אימוץ חוקה יהיה מלווה ממנגנון השתתפותי רחב הרבה יותר מן המקובל בחקיקה רגילה, כגון משאלי-עם, או חקיקה ברוב מיוחס או חוזר.

שיטות אלה נועדות להבטיח שני יסודות קשורים, אך מובחנים: ראשית, היכולת לטעון באופן משכנע כי בסיס ההסכמה והלגיטימציה של החוקה הוא אכן רחב, יותר מזה הנדרש לחקיקה רגילה. בסיס כזה נדרש בעיקר כדי להצדיק הגבלה עצמית ומנגנוני-אכיפה הייצוגית למערכת הייצוגית עצמה. שנית, הגדלת הסיכוי של המסמך החוקתי לזכות באמון ובתחושת תמיכה והשתייכות של רוב גדול באוכלוסייה, כך שהחוקה תוכל למלא את תפקידה המאחד. אין ספק, כי יש קשר חשוב בין שני היסודות. אולם עקרונית, יכול להיות כי דרך האימוץ היא רק עניין ראייתי: הגם שתוק מסוים אומץ בחקיקה רגילה, מידת ההסכמה לגביו היא כה רחבה עד שהצידוקים להגבלה עצמית או לעליונות לגביו חזקים. יתירה מזאת וחשוב מזאת: ראינו כי לפחות לגבי חלק מן הנושאים הצידוק להגבלה העצמית ולאכיפה החיצונית אינו נובע מקריאה נכונה יותר של העדפות רוב, איך שלא תזוהינה, אלא מתפישת ערכית האמורה להגביל מראש את כוחו של הרוב, כגון לגבי זכויות האדם. שם תמיכה רחבה חיונית להבטחת הצלחתה של חוקה, מבחינה מעשית, אולם היא אינה חיונית להצדקת החוקה. ההצדקה במקרים כאלה היא בלתי-תלויה במידת התמיכה שהיא זוכה לה. להיפך: ההגנה החוקתית נחוצה בדיוק מפני שבאותם הקשרים יש לצפות באופן מבני לניגודי אינטרסים שיניבו צמצום ההסכמה הרחבה.

מטעם זה, ההשלכות של ניתוח הפונקציות החוקתיות על דרך האימוץ הראויה אינן חד-משמעיות. סביר להסיק, כי עקרונית, עדיף שהסדרים חוקתיים אכן יאומצו רק כאשר ישנה הסכמה רחבה ורק בדרכים שיביאו את ההסכמה הרחבה הזאת לכלל כיטוי מוסדי ומובנה. יתירה מזו: עדיף כי הסדרים חוקתיים יאומצו בהליך מיוחד, שיאפשר באורח מירבי לנתק בין ההשפעות של הפוליטיקה הרגילה ובין הפוליטיקה החוקתית. אולם יש

104 כך, למשל, א' ריתקן "המשפט בארץ מתפתחת" הודפס מחדש במשפט ושיפוט (חשמ"א) 39, 46, מצטרף לרבים שסברו כי ההחלטה שלא לחוקק חוקה ב-1950 היתה החמצה היסטורית, כי אז היו תנאים של ראשוניות שאפשרו חוקה, בעוד שתנאים אלה אינם קיימים כבר עם השתלטות השגרה של "פוליטיקה רגילה".

105 זוהי אחת ההמלצות החד-משמעיות היחידות של אלסטר, הסוקר ממנגנוני אימוץ חוקה ומשווה ביניהם. אלסטר מדגים היטב כיצד יצירת חוקה באמצעות הליך חקיקה רגיל מסכלת את הפונקציות הייחודיות של חוקה עליינה ונוקשה (J. Elster "Forces and Mechanisms in the Constitution – Making" 45 Duke L.J. (1995) 364.

הבדל בין תחומי ההסדרה החוקתית. לא נראה, כי יש טעם טוב לוותר או לעקוף דרישות אלה לגבי ההסדרים השלטוניים המרכזיים בשיטה. לגבי אלה אין העדפות ערכיות מסוימות המכתיבות פתרון זה או אחר דווקא: הא ראייה, שדמוקרטיה מתקדמות מקיימות שיטות בחירות יחסיות לעומת אחרות שיש בהן בחירות אזוריות ושישנן שיטות הדוגלות במבנה נשיאותי לעומת שיטות הדוגלות בפרלמנטריזם חזק¹⁰⁶.

הבעיה סבוכה יותר לגבי הגנה חוקתית על זכויות האדם. בייחוד מי שמחזיק בדעה, כי התוכן של זכויות אלה נבחן אוניברסלית וכי זכויות האדם קודמות למשפט הפוזיטיבי של שיטות-המשפט, יכול לטעון כי הגנה חוקתית מלאה על זכויות האדם רצויה בלי קשר לשאלה איך היא נחקקה. השאלה כאן אינה אפוא שאלה של הצדקה, אלא שאלה של תבונה פוליטית ומוסרית. אם עיגון חוקתי מלא של זכויות האדם יביא למחלוקת קשה בחברה ולפגיעות של המוסד החיצוני האוכף סטיות מן ההגנה החוקתית, לא ברור שהמערכת החוקתית כולה, הבנויה על התפקיד המאחד והמלכד של המסמך החוקתי ושל יחסי-הכוח שהוא קובע, לא תקרוס. הסכנה גדולה במיוחד אם הפירוש שיינתן למגבלות על החקיקה הרגילה מכוח ההגנה על זכויות האדם הוא מרחיב. לכן אין פלא שגם בשיטות שיש בהן ביקורת חוקתית על חקיקה רגילה מטעמי הגנה על זכויות האדם התפתחו מנגנונים של איפוק עצמי, בעיקר אך לא רק, בתחומים של מדיניות חברתית וכלכלית¹⁰⁷.

הן לגבי העקרונות המשטריים הן לגבי זכויות האדם ראוי כי חוקה תאומץ כמקשה אחת, כעסקת-חבילה כוללת. החוקה קובעת את יחסי-הגומלין בין הקבוצות ובין הסמכויות. סביר להניח, כי בהחלטות אלה תהיינה פשרות ומערכת מורכבת למדי של איזונים והגבלות. את אלה ראוי לבחון יחדיו, במכלול אחד, שכולו יחד יעגון במסמך מחייב שלא יהיה אפשר יהיה לבודד ממנו יסודות מסוימים. רק בתנאים כאלה סביר, כי ניתן יהיה להגיע לפשרה שתהיה כרוכה בוויזורים הדדיים. הסדרים חוקתיים חלקיים, בעיקר אם הם נהנים מנוקשות, עלולים להחריף רגשות של תסכול ושל עוינות מצד אלה שהאינטרסים החיוניים שלהם נשארים פגיעים יותר. בעיקר יהיה הדבר חמור אם ההסדרים הנוקשים עצמם התקבלו שלא על דעתן של הקבוצות המתנגדות להם¹⁰⁸.

106 לסקירה השוואתית של השיטות השונות ולשיקולים בעד השיטות ונגדן בהקשרים חברתיים שונים ראו Lijphart, *supra* note 20.

107 לסקירה כללית של ההתפתחות במשפט האמריקני לגבי ביקורת שיפוטית על חקיקה כלכלית וחברתית ראו, למשל, ספרו הכללי של Gunther, *supra* note 27. לדיון מקיף בגבולות הביקורת השיפוטית גם בעניינים של זכויות אדם ראו Bickel, *supra* note 7.

108 הניסיון של החוקה הפולנית, השלישית מבין החוקות המערביות הראשונות (של ארצות-הברית, של צרפת ושל פולין) הוא דוגמא מצוינת לכשל חוקתי שכזה. ראו הדיון המרתק אצל R. Ludwikowski & W. Fox Jr. *The Beginning of the Constitutional Era* (Washington, 1993).

חלק שני: המהלך החוקתי בישראל 1948-1996

לאור האמור בחלק הראשון, אין זה פלא כי הליכי אימוץ חוקה פורמלית הם חלק חשוב ומרכזי בהתפתחות ההיסטורית של עמים ומדינות: חוקה, להבדיל מחוקים רגילים, עוסקת בכללי המסגרת של ההתארגנות המדינית. חוקה משקפת, לעתים קרובות, את תוצאות הליכי הכינון של החברות בהן מדובר, לרבות ההכרעה המשותפת על חלוקת הסמכויות הבסיסית בחברה. החוקה משקפת מעין "אני מאמין" אזורי ולאומי, המהווה מוקד הזדהות וגאווה לאזרחי המדינה. גם במדינות שאין בהן חוקה פורמלית ונוקשה, כמו באנגליה, יש עיסוק בשאלת ההסדרה החוקתית, ומורשת זו יכולה להיות אף היא מוקד הזדהות לאומית. מכל מקום, אף אם יכולות להיות מחלוקות בשיטה מסוימת על משמעות הסדר חוקתי מסוים, חקוק או קונבנציונלי, אין אף שיטה אחת בה קיימת מחלוקת מתמשכת לגבי שאלות כגון: האם יש לגוף מסוים במדינה סמכות לחוקק חוקה? האם במהלך השנים נעשה שימוש בסמכות זו, כך שבישראל יש חוקה? אם כן, מהם הסדריה ומאפייניה של החוקה? חלק מן הייחוד הישראלי בשאלת החוקה הוא כי שאלות אלה מרחפות בחללה משך כל שנות קיומה. עמימות זו לגבי המצב החוקתי היא הרקע למאמר זה: עם ההכרזה על הקמת המדינה החל מהלך מסוים לגבי שאלת החוקה. במשך השנים היתה בו התקדמות מסוימת, חלקה בחקיקה וחלקה בפסיקה. התקדמות זו לוותה במחלוקת לגבי קיום סמכות לתת חוקה למדינה, מידת הרציות של חוקה כזאת, ובעיקר של נוקשות, עליונות וביקורת שיפוטית, ומחלוקת על מעמדם ומשמעותם של חוקי-היסוד, משוריינים ובלתי משוריינים. עמדות בשאלות אלה הכתיבו הערכות שונות לגבי המהלך החוקתי.

בשנת 1992 נחקקו שלושה חוקי-יסוד חשובים. היו שהגדירו חקיקה זו כ"מהפכה חוקתית", והיו שבתרו לתארה כהמשך חשוב של התהליך שקדם לה, וכשלב נוסף בדרך להשלמת המהלך החוקתי בדרך של אימוץ חוקה פורמלית שלמה. לטענתי, חלק מן הפרשנות השיפוטית לחוקי-היסוד של 1992 אינה רק יישום נאמן או אף יצירתי של חוקי-היסוד למקרים המתעוררים בפני בית-המשפט. השיח המהפכני המאומץ בה (יחד עם שיח הסמכות המכוננת) מכוונים להאיץ את המהלך החוקתי, ולהבטיח הפיכתה של ישראל ממדינה שאין בה חוקה עליונה ונוקשה למדינה שיש בה חוקה כזאת.

על מנת לבסס את טענתי זו, אציג בחלק הזה תיאור של המהלך החוקתי. התיאור ייעשה בשני שלבים: בחלק הראשון, מקום המדינה עד חקיקת חוקי-היסוד של 1992, יהיה התיאור תמציתי יותר. מטרתו להאיר את המצב שהיה ברקע חקיקת חוקי 1992. הפירוט של ההתפתחות אחרי 1992 יהיה רחב יותר, שכן מטרתו היא לסייע לנו להעריך

את תוצאות השיח החוקתי והמפכני, ואת השפעותיהם על המהלך החוקתי כפי שהתגבש.

תיאור המהלך החוקתי אינו עניין פשוט. קל-יחסית להסכים על מה שקרה ומה שלא קרה מבחינת החקיקה והפסיקה. קשה הרבה יותר להסכים על המשמעות והניתוח של החקיקה והפסיקה, על הצורה שבה אלה נתפשו על-ידי מחולליהם ועל-ידי הקהילה המשפטית והפוליטית, על הטעמים והגורמים שהשפיעו על ההתפתחות, ובעיקר על הערכתה. חלק מן המחלוקות האלה באות לידי ביטוי בפסקי-הדין בעניין חוק גל, בעיקר בהבדלים בין חוות-הדעת של הנשיא ברק ושל השופט חשין. למעשה, מי שקורא את שתיהן מתקשה להאמין כי הן מתארות אותו מהלך עצמו.

בחרתי בריכוז התיאור והניתוח של המהלך החוקתי באופן כרונולוגי. אטען, כי ציוני-הדרך העיקריים של המהלך החוקתי — הכוללים הן התפתחויות בחקיקה ובפסיקה הן עמדות פוליטיות, אקדמיות וציבוריות — מוכיחים כי במערכת הפוליטית היתה כל הזמן מחלוקת לגבי שאלת החוקה וכי לא הגיעו בה להכרעה הן לגבי הצורך בחוקה בכלל הן לגבי תכניה הן לגבי מאפייניה הבסיסיים. יתירה מזו: ההתנגדות במערכת הפוליטית לנוקשות, לעליונות ולביקורת שיפוטית סיכלה את כל הנסיונות להשלים את חקיקת ההסדרים החוקתיים המרכזיים בחקיקה מסודרת, שלא לדבר על החלטה בקשר לנוקשות גורפת או לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת. אטען גם, כי בדרך-כלל לא היתה מעורבות ציבורית רבה בנסיונות החקיקה, אולם כי יש סנטימנט רחב ולא ביקורתי בעד חוקה נוקשה, הגבלת המחוקק וביקורת שיפוטית עליו. ולבסוף אטען גם, כי חלו שינויים בולטים בהתייחסות של שופטים ובית-המשפט לנסיונות לחוקק חוקה, ולפרשנות חוקי-היסוד: העמדה ההתחלתית של השופטים היתה של חיוב מתון לחקיקת חוקה, ופסיקה זהירה. בשלב מסוים משפטים בכירים ושופטים נוקטים עמדה חד-משמעית לעידוד חוקה נוקשה, ופועלים, בפסיקה ומחוצה לה, לעידוד המהלך. אחרי 1992 ישנה תנופה רבה בתפישה החוקתית השלמה, בין השאר בשל שיח המהפכה החוקתית. שופטים רבים בבית-המשפט ממשיכים במהלך של תרומה אקטיבית לחיזוק המהלך החוקתי, בדרך של פסיקה, אמרות-אגב והתבטאויות חוץ-שיפוטיות. ייתכן כי במגמה זו חל שינוי מסוים לכיוון פסיקה ושיח זהירים יותר החל מ-1996. לעומת זאת, הניסיון להמשיך את תנופת החקיקה החוקתית נכלם כבר בשלב מוקדם יותר. המערכת הפוליטית ערה מאוד להתבטאויות השיפוטיות ומגיבה עליהן.

תיאור זה יסייע לי — בחלק השלישי והאחרון — להעריך את המהלך החוקתי הישראלי לאור המושכלות היסודיים שתוארו בחלק הראשון.

א. המהלך החוקתי 1948-1992

(1) 1948 — הכרזת העצמאות. ההכרזה על הקמת המדינה מדברת מפורשות, בהתאם להחלטת האו"ם מיום 29.11.47, על בחירות לאספה מכוננת ואימוץ חוקה כתובה¹⁰⁹. התוכנית המקורית של ההכרזה סוכלה למעשה עוד לפני שהאספה המכוננת נבחרה והתכנסה לראשונה. הבחירות לאספה המכוננת נתאחרו והתקיימו רק בראשית 1949. מועצת המדינה הזמנית, שהיתה אמורה לכהן כבית מחוקקים שוטף עד לבחירת המוסדות הרגילים מכוח החוקה, החליטה בפקודת המעבר לאספה המכוננת, תש"ט-1949 כי היא תחדל להתקיים כאשר תתכנס האספה המכוננת. האחרונה הפכה, אפוא, שלא ביוזמתה או בטובתה, למחוקק רגיל ולאספה מכוננת כאחד.

אין ספק, כי ההכרזה על הקמת המדינה כללה הכרעה בעד חוקה פורמלית. החוקה היתה אמורה לכלול גם התחייבות להגנה על זכויות, שרמז עליה נכלל בהכרזה עצמה, שוב לפי דרישת האו"ם. ראינו כי חוקה פורמלית אינה חייבת להיות עליונה או נוקשה. נוסח ההכרזה אינו קובע מסמרות בעניין זה. עם זאת, הצעות החוקה שעליהן עבדו בוועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית, ובעיקר הצעתו של ליאו כהן שהוערפה כהצעת עבודה, היו חוקות שהיו בהן עליונות ונוקשות¹¹⁰. אין גם ספק, כי לאספה המכוננת היתה סמכות לחוקק חוקה שיהיה לה תוקף על-חוקי, אם כי מקיומה של הסמכות לא נובע בהכרח שהיא היתה בוחרת לחוקק חוקה אשר יש בה יסודות כאלה דווקא. ניתן לסכם אפוא, כי ההכרעה בזמן ההכרזה וסמוך לאחריה היתה כי תהיה לישראל, סמוך להקמתה, חוקה פורמלית וכי זו תהיה עליונה, נוקשה, כוללת מגילת-זכויות מקיפה ומלאה, לרבות זכויות חברתיות וסוציאליות, וכוללת מנגנון (מסוים) של

109 אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, 15 למאי 1948... ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע ע"י האסיפה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 — תפעל מועצת העם כמועצת המדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מינהלת העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית אשר תיקרא בשם "ישראל".

110 בהצעת כהן נקבע במפורש, כי החוקה היא החוק העליון, וכי לא ייחזק חוק שאינו מתיישב עמה. הניסוח לגבי ביקורת שיפוטית זהיר: אם יקבע בית-משפט כי חוק מסוים אינו מתיישב עם החוקה, יהיה חוק זה, במידה שאינו מתיישב עם החוקה, בטל וחסר נפקות מאותו זמן: סעיף 76. הוראת תיקון החוקה של הצעת כהן קבוצה בסעיף 75: לתיקון חוקה נדרש רוב של שני שליש חברי מועצת הנבחרים, והתיקון חייב לעבור בשתי ישיבות שונות של הבית, בהפרש זמן של לא פחות משישה חודשים ביניהן.

ביקורת שיפוטית. יתירה מזו המערכת הפוליטית כולה פעלה בהתאם להנחה זו, והמפלגות השונות נערכו לוויכוח על הצעת החוקה שאומצה על-ידי הוועדה מתוך הנחה כי ניתן לשפר אותה, אך לא לשנות את עצם ההחלטה לגבי החוקה. נראה, כי בעיקר בשל הציפייה שהכנסת תחוקק במועד קרוב חוקה פורמלית כוללת ונוקשה קבע בית-המשפט כי לא יתן תוקף של חוק להצהרה על זכויות האדם בהכרזה על קיום המדינה¹¹¹.

(2) 1950 — החלטת הררי. מה שהיתה כוונת ההכרזה וכוונת המערכת הפוליטית בינה ובין הדיון בכנסת — ברור הוא, כי ב-1950 נקטה המערכת הפוליטית עמדה שונה בשאלת החוקה ודרך אימוצה. בפועל, הגם שהוכרז על הקמת דמוקרטיה חוקתית, החליטה הכנסת הראשונה לאמץ, בינתיים, מבנה משטרי דמוי אנגליה. הכנסת הראשונה קיימה דיון ארוך וממצה בשאלת החוקה, שבסופו התקבלה בה החלטת הררי, הקובעת כי

הכנסת מטילה על ועדת חוקה חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהיה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחדיו יתאגדו לחוקת המדינה.

החלטה זו היתה עמומה הן לעניין מועד השלמת החוקה הן לעניין מעמדה. היא התקבלה לאחר דחיית ההצעה הנגדית, שגובשה על-ידי האופוזיציה, ואשר דרשה מוועדת החוקה להציג, עוד בפני הכנסת הראשונה, הצעה שלמה לחוקה. הצעה זו נפלה לאחר שזכתה רק ב-37 קולות. בדיון בכנסת שהתקיים לפני שאומצה החלטת הררי נשמעו לא-מעט התנגדויות עקרוניות לחוקה, בכלל, ולחוקה נוקשה עם ביקורת שיפוטית נוסח ארצות-הברית, בפרט. נציגי המפלגות הדתיות התנגדו לרעיון החוקה, מפני שלדעתם יש לישראל חוקה מצוינת — חוקת התורה. מצד הממשלה הושמעו טענות עקרוניות נגד נוקשות (בשל הצורך בגמישות רבה), נגד קיבוע (כי לא מוצדק שמיעוט של העם היהודי יקבע חוקה שתחייב את אלה שיעלו בעתיד) ונגד ביקורת שיפוטית (תוך אזכור הניסיון האמריקני מתקופת הניו-דיל). האופוזיציה, בדרך הטבע, ראתה בחוקה מקור להגנה על זכויותיה ותמכה בה. הקואליציה, בדרך הטבע, לא רצתה

111 בג"צ 7/48 אלכרבוטלי נ' שר הבטחון, פס"ע א 97. החלטה זו הסתמכה בין השאר על ההבטחה הכלולה בהכרזה, כי היא-עצמה אינה חוקה וכי חוקה כזו תחוקק בהמשך. לתחושה בדעבד כי היתה זו החמצה היסטורית — שכן אז אפשר היה ליצור חוקה שיפוטית וחיוס קשה הדבר יותר — שותפים מ' נגבי מעל לחוק: משבר שלטון החוק בישראל (1987) 27, ומ' בן-פורת "חוקה לישראל: האם ומתי?" רב שיח עיוני משפט יא (תשמ"ז) 19.

בהגבלת כוחה לשלוט. יתירה מזו: בן-גוריון רצה לשנות את שיטת-הבחירות כדי לחזק את יכולת הממשלה לשלוט, ואילו חוקה נוקשה שהיתה עשויה לקבוע את השיטה היחסית שהיתה קיימת לא התאימה לה¹¹².

לצרכינו חשוב להדגיש, כי בדיון עלה בין השאר גם הטעון המוסרי שאין לשריין חוקה שנתקבלה ברוב רגיל. זוהי טענה שאינה מועילת לגבי אספות מכוונות, שתפקידן מתמצה באימוץ חוקה (או לפחות בהמלצה על הליך מיוחד לאימוצה, שעשוי לכלול גם מנגנונים של אשרור). נראה, איפוא, שכבר בכנסת הראשונה התעוררו ספקות לגבי סמכותה לקבל, בהליך חקיקה רגיל, ובמהלך של פוליטיקה רגילה, חוקה מקיפה עליונה¹¹³. חשוב גם לציין, כי החשש מביקורת שיפוטית היה משותף למתנגדי החוקה ולתומכיה והיה כמעט כללי: בן-גוריון התנגד לחוקה עליונה ונוקשה מפני שחשש מאבדן האמון בשופטים, עקב מעורבותם בעניינים פוליטיים, אבל גם מהסכנה כי שופטים עלולים לסכל מהלכים נחוצים, כפי שקרה בארצות-הברית¹¹⁴. גם ח"כ ניר-רפאלקס, מתומכי החוקה, הביע חשש כי בתי-המשפט יהיו גורם ריאקציוני¹¹⁵ והוא הציע טריבונל מיוחד המורכב מחברי-כנסת ומשופטים. דינבורג הציע פשוט לקבוע מפורשות, כי הכנסת תהיה זו שתבחן התאמת החקיקה לחוקה, באמצעות ועדה אד-הוק¹¹⁶. אף הררי עצמו מציין חשש, כי השופטים יינזקו אם ייעשו משתתפים פעילים בפולמוסים פוליטיים ומפלגתיים הנוגעים לחקיקה. הפתרון שלו הוא לאמץ חוקה

112 לוויכוח לפני החלטת הררי ראו גביון, לעיל בהערה 31. לעמדתו של בן-גוריון ולעמדת המפלגות השונות לסוגיית החוקה ראו ג' ינאי "המעבר למדינת ישראל ללא חוקה" מתוך המעבר מיישוב למדינה (ו' פילובסקי עורכת, 1990) 23; וג' גולדברג "כשנוטעים עצים אין צורך בחוקה" – על בניין מדינה וכינון חוקה" מדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים לח (1993) 29. לגבי החלטת הררי וההתפתחויות שלאחריה נעזרתי בעבודתו הסמינרית של ניצן שמואלי.

113 ד"ר (תש"י) 799 (לם); שם, בעמ' 1274 (בן-צבי). יצוין, כי השניים היו ממפא"י ונמנו עם מתנגדי החוקה וייתכן כי הדבר היה להם מעין תירוץ, שכן סברו כי לא ניתן יהיה להשיג רוב גדול בהצבעה לטובת חוקה נוקשה. הדבר מחדד את הבעייתיות של החלטת מועצת המדינה הזמנית להתפזר ולהעביר את סמכויות החקיקה הרגילות לאסיפה שנבחרה. סביר להניח כי אכן היה זה צעד שחלק מכוונתו היתה לסייע בסיכול הכוונה לאמץ חוקה.

114 שם, בעמ' 816, 819.

115 שם, בעמ' 717.

116 שם, בעמ' 743.

השוללת במפורש ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית¹¹⁷. רק חברי-כנסת מועטים הביעו תמיכה ברעיון של ביקורת שיפוטית על-ידי בתי-המשפט הרגילים¹¹⁸. להחלטת הררי עצמה אין תוקף מחייב¹¹⁹, ומכל-מקום כהחלטת פשרה היא נמנעה בכוונה לפרש את משמעות ההחלטה. שאלת הנוקשות והעליונות של החוקה נשארה פתוחה, וההכרעה בה נדחתה ולא ברור אם לשלב כינוס חוקי-היסוד לחוקה או בהסדרים משתנים בחוקי-היסוד שונים במהלך הדרך¹²⁰.

117 שם, בעמ' 778.

118 ראו, למשל, ח"כ קלינוב (צ"כ), שם, בעמ' 825, השואל: "מהו הרע בזה, שמסרים לידי חבר שופטים בלתי משוחזרים... לבדוק את פעולתם התחוקתית של נבחרי העם, שלעתים רק האינטרסים האנוכיים של שכבות עם מצומצמות והדרישות החולפות של הרגע הפוליטי עומדים לנגד עיניהם?".
119 נראה, כי החלטות כנסת אינן מחייבות את הכנסות הבאות אחרי הכנסת המחליטה. ראו א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהד' רביעית מורחבת, תשנ"א) 450. ייתכן שאין לדבר משמעות, שכן גם אלה החולקים על הצורך בחוקה אינם מתנערים מכך שהכיוון הכללי של המהלך החוקתי שנקבע בהחלטת הררי, שעל פרשנותו יש, כאמור, מחלוקת, ממשיך להנחות את הכנסת. לראיות לכך ראו, למשל, פסק-הדין של ברק.

120 לעמימות זו היו מודעים חברי-הכנסת כבר בזמן שנתקבלה החלטת הררי. רבים מהם ראו חוקי-היסוד כחוקים רגילים הדנים בנושאים השייכים לחוקה המטריאלית. כך, למשל, ח"כ בר-רב-האי, ד"ר 4 (תש"י) 728. הדבר בא לידי ביטוי גם בכך שחוקי-היסוד נתפשו כחוקים מפורטים המסדירים סוגיות משטוריות. ראו, למשל, ח"כ לם (מפא"י), שם, בעמ' 812 (20.2.1950). תומכי החוקה מבין תומכי החלטת הררי סברו כי לחוקי-היסוד יהיה מעמד חוקתי מלא וכי הם ייהנו מעליונות מסוימת. לכן הם התנגדו לפירוט הרב בחוקי-היסוד ורצו שייכללו בהם רק עקרונות היפים לחוקה ממש. ראו, למשל, ח"כ כהן (פרוגרסיבים) שם, בעמ' 1321. לדיון במשמעות הפתוחה של החלטת הררי לגבי מועד מתן החוקה ולגבי עליונותה ראו ב' אקצין "חוקי יסוד וחוקים משוריינים בישראל" סוגיות במשפט ובמדינאות (תשכ"ו) 109, 112. אף לאחר חקיקת חוקי-היסוד מ-1992 קובע א' מעוז "המשפט החוקתי" ספר השנה של המשפט בישראל (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ב-תשנ"ג) 143, 1992, בעמ' 68, כי לא ברור לפי החלטת הררי אם חוקי-היסוד אמורים לקבל תוקף חוקתי כלשהו מיד עם חקיקתם, או שמדובר על הפיכתם לחוקה רק לאחר תהליך מיוחד של ריכוז במסמך אחד, שיתקבל באופן כולל כמסמך חוקתי. לעמדה כי החלטת הררי התכוונה לכך שיהיה שלב מוגדר של ריכוז כל חוקי-היסוד שיתקבלו למסמך אחד ראו גם י"ה קלינגהופר "מגילת זכויות האדם — הקפאון בחקיקה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, 1993) 137, 138. עם זאת, הוא מדגיש כי ניתן היה לקבל מגילת-זכויות נוקשה גם קודם-לכן. כאן מתעוררת גם המחלוקת לגבי השאלה אם הכנסת הראשונה העבירה את סמכותה המכוננת לכנסות שלאחריה. סעיף 5 לחוק המעבר לכנסת השנייה, תשי"א-1951 מעביר לכנסת השנייה ולחבריה את כל הסמכויות, הזכויות והחובות שהיו לכנסת הראשונה ולחבריה. הסדר זה הוחל על כל המעברים העתידיים. אולם, הסדר זה אינו עונה לשאלה, שכן כלל לא ברור שהכנסת יכולה להעביר את סמכותה המכוננת. השופט חשין סובר כי אינה יכולה, ואף השופט ברק מכיר באפשרות כי לו נדרשה החלטה בנקודה זו או, היה טיעון כבר משקל לטובת הקביעה כי הסמכות המכוננת פקעה: פסקה 16. לדעתו, באותו שלב ניתן היה להכריע בשאלה לכאן

שלושה שבועות אחרי החלטת הררי התקבל חוק השבות. לחוק לא צורפה התיבה "חוק יסוד" הגם שהכול היו ערים לחשיבותו. בריהודה (מפ"ם) הציע בדיון לשריין את סעיף 1 לחוק (הקובע את העיקרון כי כל יהודי זכאי לעלות ארצה) מפני כל שינוי בכנסת. בן-גוריון התנגד להצעה, על סמך החלטת הררי, שבה – לדעתו – נקבע כי לא יהיו חוקים מיוחדים ועליונים¹²¹. הצעת בריהודה לא התקבלה.

התיבה "חוק יסוד" אינה מצורפת גם לחוקים חוקתיים אחרים הנחקקים בכנסת הראשונה, כמו חוק האזרחות וחוק שיווי זכויות האשה. פעמיים בכנסת הראשונה עולות שתי נקודות הקשורות בהפעלת החלטת הררי: ראשית, האם רשאית הממשלה להגיש לדיון ולחקיקה חוקים שהם מבחינה מהותית חוקתיים, או שמא זהו תפקידה הבלעדי של הכנסת? שנית, האם ראוי שיוגשו "שברי חוקים", או שראוי שהדיונים בסוגיות החוקתיות ייעשו מתוך ראיית התמונה הכוללת? תומכי החוקה היו בעד ייתור התפקיד לכנסת ודרישה כי תוכני החוקה יטופלו כמקשה אחת. שתי הטענות נדחו, ובפועל המשיכה הממשלה להגיש הצעות לחקיקה חוקתית ובחרה את מבנה החוקים לפי צרכיה המשתנים¹²².

(3) 1958 – חוק יסוד: הכנסת. חקיקת חוק-היסוד לפי החלטת הררי התנהלה בעצלתיים. היו חברי-כנסת שהתרעמו על העיכוב, וטענו כי החלטת הררי נמצאת מסוכלת. אחרים סברו כי ההחלטה נתנה הכשר לחקיקה לפי צורכי השעה. חוק-היסוד הראשון שהובא לחקיקה היה חוק יסוד: הכנסת. בהצעת החוק לא נכלל סעיף שריון כלשהו. למרות זאת הוא תואר על-ידי בריהודה, יו"ר ועדת המשנה לחוק-היסוד, כחוק ראשון מפרקי החוקה המוגש לכנסת¹²³. הדיון התחדש על הצעת חוק חדשה רק

או לכאן. יש להדגיש כי "סמכות מכוונת" כאן אין פירושה סמכות להקים שיטת-משפט חדשה (ראו פסקה ג בחלק הראשון) אלא סמכות לחוקק חוקה שלמה ונוקשה. בעוד שברור כי הסמכות הראשונה פקעה, יכולה להישאר פתוחה השאלה אם נותרה בידי הכנסת הסמכות השנייה.

121 ד"כ 6 (תשי"ז) 2036. בן-גוריון מבקש מבריהודה לא לפתוח מחדש את הוויכוח שהוכרע כבר בהחלטת הררי, ומזכיר כי הצעת האופוזיציה נפלה כי קיבלה רק 37 קולות. יש לציין, כי בן-גוריון אמר קודם-לכן שסעיף מסוג זה יעלה צורך לקבוע מגגון-ביקורת על צמידה בתנאי הסעיף המשוריין וכי דבר זה ייעשה כנראה בידי בית-המשפט, וזו אחת מטעמי התנגדותו לעליונותם של חוקים ולנוקשותם. 122 כך, למשל, אגב הדיון בחוק תקופת הכנסת, תשי"א-1950, התלונן הררי על יוזמת הממשלה (ד"כ 7 (תשי"א) 219), ואילו בן-אהרן ביקש כי תובא לכנסת "הצעת חוק מלאה, שתדון ביחסי הגומלין שבין הרשות המבצעת, בין הנשיא ובין הרשות המחוקקת. ובמידה ידועה מן ההכרח שהדבר יגע גם ברשות המשפטית העליונה" (שם, בעמ' 223). ראו גם דברי ח"כ בריהודה בדיון בקריאה הראשונה בחוק כהונת נשיא המדינה, תשי"א-1951, ד"כ (תשי"ב) 174.

123 ד"כ 10 (תשי"ד) 58.

באוקטובר 1956. גם בהצעה זו לא היה סעיף שריון, והדבר גרר דיון בכנסת¹²⁴. עיקר הדיון בחוק היה בפרטי שיטת הבחירות. כך היה גם בקריאה השנייה, אולם במהלכה הוצע שריון של סעיף שיטת הבחירות. הושמעו דעות בעד שריון ונגדו. ברוך אזניה, יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, טען כי אי-אפשר לעשות שריון של 80 חברי-כנסת אם לא יצביעו בעד החוק לפחות 80 חברי-כנסת, שכן הכנסת אינה עוד אספה מכוננת¹²⁵. ניר, בשם ועדת החוקה, ציין כי ממילא אי-אפשר לשריין את כל הסעיפים, וההחלטה לעניין נוקשות תיעשה "כשנבוא לסיים את החוקה"¹²⁶. למרות הערות אלה נחקקו הוראות השריון. מוסכם, כי הטעם לרצון לשריין את הסעיף הזה היה הרצון, בעיקר של מפלגות קטנות, להבטיח את יחסיות הבחירות ואת הכלליות שלהן מפני מגמות לעבור לשיטת בחירות אזורית. עניין השוויון נראה פחות מרכזי, שכן לא היה איום על מאפיין זה של בחירות. יצוין, כי בעיית קבלתו של חוק ברוב קטן מזה הנדרש לשינויו לא התעוררה, שכן החוק התקבל ברוב עצום של 96 חברי-כנסת ללא אף מתנגד. יצוין, כי גם החלטת הכנסת לא סיימה את המחלוקת. בדיון בהצעה לתקן את חוק יסוד: הכנסת, ולדרוש כי הרוב המיוחס יידרש בכל שלבי החקיקה עדיין מושמעת הטענה כי אין לכנסת סמכות לכבול את עצמה. התיקון התקבל¹²⁷.

בשלב זה נראה אפוא, כי הכנסת סברה שאין עליונות הכרחית לחוקי-יסוד וכי שריון אינו חלק מהותי מהם. מנגד, הכנסת קיבלה החלטה כי יש לה סמכות להגביל את עצמה לפי בחירתה וכי סמכות זו כוללת גם הגבלה עצמית של שני שלישים מחברי-הכנסת¹²⁸. כמובן נראה, כי הכנסת לא ראתה בעיה עקרונית בכך שהיא מטילה על עצמה הגבלה עצמית בהליך חקיקה רגיל (אם כי ייתכן מאוד שבעיה כזו היתה מתעוררת אם היתה מחלוקת ממשית לגבי תכני ההסדר המוצע לשריון). בשנים שלאחר-מכן, עד הדיון בעניין ברגמן, נחקקו עוד שני חוקי-יסוד: חוק יסוד: מקרקעי ישראל, בשנת 1960; וחוק יסוד: נשיא המדינה, ב-1964. באף לא אחד משניהם לא היתה הוראת שריון. ראוי לציין

124 ראו דרישת השריון של משה סנה, ד"כ 21 (תשי"ז) 10, והתנגדות יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט (שם, בעמ' 30).

125 ד"כ 23 (תשי"ח) 926.

126 שם, בעמ' 927.

127 ראו, למשל, עמדתו של ח"כ צדוק, שטען כי זוהי חקיקה לבטלה, שכן לכנסת אין כלל סמכות לכבול את עצמה: דה"כ 27 (תשי"ט) 2961. ברור כי צדוק עצמו שינה את עמדתו יותר מאוחר, לפחות בכל הנוגע למגילת-זכויות. כאשר הוגשה הצעת החוק של ועדת החוקה בראשות בנימין הלוי לקריאה ראשונה ב-4.6.74, תמך שר-המשפטים דאז, צדוק, בשריון המגילה כלפי חקיקה עתידית של הכנסת. ראו גם עמדות דומות רבות המובאות בפסקה 37 לפסק-דינו של חשין.

128 אם כי לא ברור אם הכנסת סברה שהגבלה עצמית זו היא מושלמת, ויכולה להיאכף בידי בית-המשפט. בנוסף לעמדות המובאות בהערה 128 למעלה, ראו דברי יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט אונא, ושר המשפטים דב יוסף, ד"כ 40 (תשכ"ד) 2025.

כי הרעות נגד סמכות הכנסת להגביל את עצמה ונגד התבונה שהגבלה עצמית כזאת הושמעו מתוך מודעות לחריג של סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, ומתוך ציון כי הסדר זה היה חריג בשל ההסכמה הרחבה.

ב-1964 העלה פרופסור קלינגהופר, במסגרת הצעת חוק פרטית, הצעה מקיפה למגילת זכויות אדם. קלינגהופר התייחס במפורש לסוגיית הסמכות של הכנסת להגביל את עצמה וקשר אותה לרציפות הסמכות המכוננת, שהועברה לכל כנסת מאז הכנסת הראשונה¹²⁹. בהצעה זו נכללו סעיפים מפורשים של עליונות ושל נוקשות: קלינגהופר הציע כי ניתן יהיה לשנות את החוק רק ברוב של שני שלישים מחברי הכנסת, אך גם מדגיש כי יש לקבל את מגילת הזכויות עצמה באותו רוב. לימים הסביר קלינגהופר, כי לא כלל בהצעה סעיף מפורש על ביקורת שיפוטית מפני שסבר כי יחול כאן המודל האמריקני הגוזר אותה ישירות מעצם העליונות. אולם בשל חששו כי יעשה מאמץ למנוע ביקורת כזאת בחקיקה, הוסיף קלינגהופר בזמן הפרסום מחדש סעיף מפורש על ביקורת שיפוטית, שפרטיה ייקבעו בחוק¹³⁰. הצעת החוק הורדה מעל סדר-היום, בין השאר בגלל ההתנגדות להצעות של עליונות ונוקשות, שבאותו שלב נראה היה כי הוכרעו כבר בשלילה בזמן החלטת הררי¹³¹.

ב-1965, בהצעת החוקה שלו, הציע אקצין לא לכלול התייחסות לשאלות של דת ומדינה ושל מדיניות חברתית וכלכלית בשל היותן שנויות במחלוקת. הוא מציע מודל מיוחד לשותפות בית-המשפט בחקיקה. לפי סעיף 57 להצעת החוקה שלו, כמה גופים או 40 מחברי הכנסת יכולים לפנות לבית-המשפט העליון לבירור התיישובותו של חוק עם החוקה במהלך השבוע הראשון לאחר שהועבר חוק שנתקבל אצל הנשיא לשם חתימה עליו. דיון בבקשה כזו יקבל קדימות ויתנהל בהרכב של שבעה שופטים. פסק חתימה של בית-המשפט עם החוק מתיישב עם החוקה ייתם על-ידי הנשיא. פסק כי אינו מתיישב יוחזר החוק לדיון בכנסת לפי החלטות בית-המשפט, וידלגו בדיון על שלב הקריאה

129 ד"כ 38 (תשכ"ד) 801.

130 למגילת הזכויות ולהערותיו של קלינגהופר ראו מאמרו לעיל בהערה 120.

131 ראו שם, בעמ' 137. קלינגהופר מסביר כי כאשר נבחר לכנסת כתחילת שנות השישים "עדיין רווחה הדעה, שכלטה בויכוח ההסטורי הגדול בכנסת הראשונה על הבעיה הקונסטיטוציונית בישראל – שאין מקום ואין צורך לקבוע חוקה כחוק עליון למדינה ובכלל זה אף חקיקה חוקתית לשיריון חירויות היחיד הינה מיותרת". בדיון המוקדם שהתקיים בהצעת החוק הפרטית שהגיש קלינגהופר בעניין מגילת-זכויות התנגד שר-המשפטים, דב יוסף מפורשות ובתוקף. הוא ציין גם כי לדעתו, אין לכנסת כוח להגביל את עצמה מפני שינוי חקיקה עתידי בכל רוב וכי הדבר שונה אם יש אספה מכוננת: ד"כ 38 (תשכ"ד) 789. ההצעה הורדה מעל סדר-היום ברוב של 35 נגד 21 קולות ב-15.1.64. נראה כי השריון של עקרון היחסיות בבחירות נתפש כחריג מיוחד, וכי השריון שלו נבע מן העובדה כי היתה הסכמה רחבה ביותר בבית בעניין זה.

הראשונה. לפי הצעתו של אקצין, מן העקבים בתומכי החוקה הנוקשה בישראל, לא תהיה ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת מעבר לסעיף זה¹³². הצעת החוקה קובעת מנגנון מיוחד לתיקון החוקה: רוב של 61 בשתי הקריאות הראשונות ורוב של 72 או 80 ח"כים בקריאה השלישית. כמוכן יש בה שתי הצעות חלופיות למנגנון אימוץ החוקה: אימוץ כל סעיף בקריאה ראשונה ברוב של 61, אימוץ כל פרק בקריאה שנייה באותו רוב ואימוץ כל החוקה כולה בקריאה שלישית ברוב של 72 או 80, או, לחלופין, אותו מנגנון בצירוף אישור במשאל-עם.

(4) 1969 — הלכת ברגמן¹³³. אחת-עשרה שנים חלפו עד שהוראת השריון בחוק יסוד: הכנסת, עמדה במבחן חוקתי ראשון. הכנסת חוקה חוק מימון בחירות, שלפיו היה הברל ממשי במצבן של מפלגות קיימות ומפלגות המתמודדות לראשונה. ברגמן הגיש עתירה ציבורית וטען, כי החוק סותר את סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, המבטיח שוויון בבחירות. ההחלטה נדרשה בדחיפות בשל הבחירות המתקרבות. בית-המשפט קבע כי החוק אינו מתיישב עם דרישת השוויון, שכן הוא מפלה בין מפלגות המיוצגות בכנסת היוצאת ובין מפלגות שאינן מיוצגות. בית-המשפט הדגיש כי אינו נוקט עמדה בשאלות העקרוניות המתעוררות. הכנסת הגיבה במהלך כפול: היא שינתה במעט את הוראות החוק כדי לענות במידה מסוימת לקושי שהציג בית-המשפט, וחוקה — ברוב מוחלט — חוק תשריר כללי לכל חוקי הבחירות.

למרות נסיונו של בית-המשפט להמעיט במשקלה של ההחלטה, זו נתפשה על-ידי הקהילה המשפטית ועל-ידי בית-המשפט עצמו כקביעה ראשונה ועקרונית לגבי כוחו של בית-המשפט להעביר תחת ביקורתו חוקים שאינם מתיישבים עם סעיף חוק משוריין, כל עוד לא נתקבלו ברוב הנדרש, הגם שלא היתה בחוק הפניה מפורשת למנגנון של בדיקה של סטייה מהוראת השריון. נראה כי היועץ המשפטי לממשלה דאז לא ציפה להכרעה כזאת, שכן סבר כי העתירה תידחה לגופה. מאז הלכת ברגמן היה חריג, מצומצם ככל שיהיה, לעיקרון הגדול שלפיו בית-המשפט לא יתן תוקף לניסיון של המחוקק הראשי להגביל את עצמו. זו הסיבה שזמיר סבור כי המהפכה החוקתית, אם היתה כזאת, החלה בהחלטה זו¹³⁴.

132 אם כי לפי סעיף 108 להצעה, ימשיכו חוקים ועסקאות לעמוד בתוקפם רק אם אין בהם סתירה להוראותיה של החוקה. לא ברור היחס בין שני ההסדרים.

133 בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693.

134 זמיר מונה, בפסקאות 2-1 לפסק-דינו, את הטעמים לכך שהלכת ברגמן הצליחה להיקלט: היא לא היתה מלווה הכרעות רמות, הדחיפות חייבה החלטה מהירה וקצרה ואפשרה התחמקות משאלות תיאורטיות מורכבות וההחלטה נהנתה מהסכמה רחבה בציבור, הגם שהיתה הפתעה גדולה מבחינה משפטית.

(5) חקיקה, פסיקה, עמדות ציבוריות וספרות משפטית 1970-1992. התקופה הארוכה שבין ההחלטה בעניין ברגמן ובין חקיקת חוקי-היסוד ב-1992 מאופיינת בהתפתחויות רבות וחשובות, שיש קשר ביניהן. מבחינת החקיקה בפועל, חוקי-היסוד שנתקבלו עד 1992 היו בעיקרם חוקי-יסוד מוסכמים, ששיקפו מציאות משטרית קיימת. היה בהם מעט מאוד שינוי של המצב המשפטי הקיים. מכל-מקום, עד 1992 לא נוספו הוראות משוריינות בחוקי-היסוד¹³⁵, אולם היה ניסיון של ממש להשלים את המהלך החוקתי, באמצעות הסדרה חקיקתית, ברמה של חוקי-יסוד, של רוב התחומים החוקתיים-משפטיים, למעט שני נושאים שהיו שנויים במחלוקת ניכרת. הצעות רבות לחוק יסוד: החקיקה, שנועדו להסדיר באופן כולל את מעמדם של חוקי-היסוד ולהעניק להם עליונות ונוקשות, לא נתקבלו. כמו-כן הצעות חוק רבות שעסקו בזכויות האדם לא הצליחו לעבור את מחסום החקיקה. מכיוון שהצעות חוק לעניין זכויות האדם ולעניין חקיקה ומעמד חוקי-היסוד באו בווריאציות שונות, נראה כי ההתנגדות לרעיונות של חקיקת-יסוד בתחומים אלה גדולה ועקיבה.

בתחילת שנות השבעים חלה תזוזה מסוימת בהגנה החוקתית על זכויות האדם ובעמדה כלפי נוקשות, עליונות וביקורת שיפוטית, אולי בעקבות ההחלטה בעניין ברגמן. החל ב-1973 הוגשו לכנסת כמה הצעות חוק שלמות של מגילת-זכויות¹³⁶. ההצעות הראשונות הוגשו מטעם ועדת חוקה, חוק ומשפט וכהצעות חוק פרטיות, אולם בשנות השמונים היתה גם הצעה למגילת-זכויות שהוגשה על-ידי שר-המשפטים מרידור. בניגוד לטיפול בהצעתו המקורית של קלינגהופר, שהורדה מעל סדר-היום עוד בשלב הקריאה הטרונית, היה שינוי של ממש בגישה הציבורית והפוליטית, וחוקי זכויות האדם עברו בדרך-כלל בקריאה ראשונה ברוב גדול ומרשים. עם זאת, הליכי החקיקה במגילות אלה לא הושלמו¹³⁷. במקביל גובשו ונידונו כמה הצעות חוק כוללות

135 בכמה חוקי-יסוד נקבע, כי תקנות שעת חירום אינן יכולות להפקיעם או להגבילם.

136 ראו, למשל, הערת העורך במבוא למאמרו של קלינגהופר לעיל בהערה 120, על הקיפאון בחקיקה, והסקירה הממצה בפסק-דינו של השופט ברק, פסקאות 25-28.

137 הנשיא ברק מביא את ההתפתחות הזאת כראיה לכך, שהמערכת הפוליטית לא ראתה מניעה מושגית לכנסת לשריין את חוקי-היסוד. נראה, כי הכנסת אכן ראתה את עצמה מוסמכת לשריין את חוקי-היסוד, לפחות משנות השבעים ואילך. לדעתי, סמכותה של הכנסת לשריין חוקי-יסוד אינה שוות-משמעות לקביעה כי לכנסת סמכות מכוננת דווקא. לנקודה זו ראו למטה. יתירה מזו: העובדה כי חלק מחברי-הכנסת סברו שיש להם סמכות לעשות דבר-מה אינה ראיה ניצחת כי אכן בידם סמכות כזאת. אולם לצורכי כאן אין זה חשוב למה מוסמכת הכנסת, אלא מה היה הרצון הפוליטי שלה. לעניין הרצון הפוליטי העובדה המכרעת היא, כי חקיקה משוריינת בנושאים אלה לא עברה.

של חוק יסוד: חקיקה. בכולן הופיע מנגנון של ביקורת שיפוטית בצורה זו או אחרת¹³⁸. בחלק מן ההצעות נקבע, כי ביקורת זו צריכה להיות מסורה לכל בית-משפט, כחלק מן העמדה הכללית שבית-המשפט מפרש את תוקף החוק, וכי נורמה נמוכה יותר שאינה מתיישבת עם נורמה גבוהה יותר אינה חוק. חלק אחר הציע לייחד את הביקורת השיפוטית על חוקי כנסת לבית-משפט מיוחד לחוקה, שיהיה הרכב מורחב של בית-המשפט העליון. למרות הקליטה של רעיון הביקורת השיפוטית בהצעות החוק, ההתנגדות לביקורת כזאת ליוותה אותן מתחילת דרכן ואף היתה גורם מרכזי בתוסר ההצלחה של ההצעות להפוך לחוק¹³⁹. הגם שמלומדים רבים דנו בטעמי ההתנגדות לביקורת שיפוטית ודחו אותם¹⁴⁰ נראה, כי ההתנגדות של המערכת הפוליטית עומדת בעינה. לפחות אצל חלק מן הדוברים היתה בנושא זה תמיכה במתן פירוש, שלפיו אימוץ החוקה לפי החלטת הררי אמור להיות הליך נפרד, לאחר השלמת כל חוקי-היסוד. שבו יתקיים דיון לא רק בתכנים, אלא גם בדרכי אימוץ ובשריון, לרבות ביקורת שיפוטית על חוקי כנסת¹⁴¹.

ההתנגדות העקיבה למגילת-זכויות שלמה מבוססת על כמה חששות שונים, אך ממוקדים. לעתים היא מסתירה הסכמה רחבה למדי לגבי הגנה חוקתית על זכויות אחרות. הרתיים, למשל, מתנגדים לעיגון על-חוקי של זכויות לחופש דת וחופש מדת ורואים בכך איום על חקיקה דתית לסוגיה, לרבות המונופולין הדתי על ענייני המעמד האישי. יש חשש גדול במערכת הפוליטית מפני הכרה בזכות חוקתית לשוויון בשל חשש לפגיעה בהסדרים המדגשים את אופיה היהודי של המדינה (דתי ולאומי כאחד) ולפיקוח על מדיניות כלכלית וחברתית. רוב בסיעות היהודיות חושש מעיגון חוקתי של חופש תנועה וזכות להליך הוגן בשל חשש שיימנעו בעתיד צעדים הננקטים לקידום הביטחון¹⁴². מנגד, היתה התקדמות רבה בכנסת בחקיקת נושאים, כגון זכויות חשודים ועצירים, זכויות ילדים, זכויות תולים וזכויות נשים. אף בתחום השוויון ישנה חקיקה מתקדמת, כמו, למשל, בתחום התעסוקה. ההתנגדות למעמד על-חוקי של זכויות האדם

138 ה"ח תשל"ו 133; ה"ח תשל"ח 326; ה"ח תשנ"ב 147.

139 ראו, למשל, עמדת יו"ר הכנסת ישעיהו, ספר ברקת (תשל"ז) 279-283. חשוכ במיוחד לציין עמדה זו כי היא באה מצדו של איש מפלגת-שלטון חילונית, שנשא בתפקיד יו"ר הכנסת ועמדו נכונה מתפישה לגבי מעמדה של הכנסת. לעומתו, יו"ר הכנסת שבח וייס, מצדד במנגנון של ביקורת שיפוטית.

140 ראו, למשל, י' זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" משפט וממשל א (תשנ"ג) 395, 400-396.

141 ראו, למשל, שר-המשפטים דאז מ' נסים "חוקה לישראל: האם ומתי?" רב שיח עיוני משפט יא (תשמ"ו) 29, 31-32. ראו גם ח"כ ב' הלוי ד"כ 78 (תשל"ז) 958.

142 ראו, למשל, נסים, שם, שם.

קיימת בהקשרים שבהם חוששת המערכת הפוליטית מפני סיכוי סביר לקביעת המערכת השיפוטית כי החקיקה פסולה.

נסיגות לחקיקת מגילת זכויות שלמה ותוק יסוד: חקיקה, עוררו גם את המחלוקת הישנה לגבי ערכי יסוד. ניצניהן הופיעו כבר בעת הכרזת העצמאות והוויכוח המקורי על החוקה ב-1950. נושא יסודי שעליו אין הסכמה הוא היחס הראוי בין הדת למדינה. ישנם שומרי מצוות הסבורים, כי ישראל צריכה להיות מדינת הלכה¹⁴³. קבוצה קטנה של יהודים וערביי ישראל רבים סבורים, כי ישראל צריכה להיות "מדינת כל אזרחיה" ובכך לנתק את הקשר הייחודי שלה הן עם הדת הן עם הלאום היהודי. אולם מעבר לקבוצה זו ישנן מחלוקות של ממש על משמעות יהודיותה של המדינה מבחינת הסדרים החלים בה, האופי של המקום הציבורי בה והקשר בין זהות דתית לזהות לאומית¹⁴⁴. כמו-כן מעולם לא הוכרעה ממש המחלוקת החברתית-כלכלית בין מחויבות לעקרונות של כלכלת שוק "טהורה" וצמצום המעורבות של הממשלה בכלכלה ובין תפישות של מדינת-רווחה או אף סוציאליזם.

ההתקדמות בחקיקת חוקי היסוד המשטריים נבעה מן העובדה כי בתחום זה היתה, לפחות בתחילת הדרך, הסכמה. העקרונות המשטריים שלנו התגבשו בעיקר בדרך של אבולוציה. יסודם היה במבנים היסודיים של היישוב, ואלה התקבלו בדרך של שגרה עם הקמת המדינה החדשה¹⁴⁵. אומצה אצלנו שיטה פרלמנטרית עם בחירות כלליות ויחסיות. ההבנה הברורה היתה, כי ישראל היא מדינה יהודית, בלי לפרש בדיוק את ההשתמעויות של זהות זו או את השלכותיה. מבחינת יחסי דת ומדינה ההכרעה היתה של שמירה על סטטוס-קוו, עם המשך השיטה העות'מנית, שאומצה גם על-ידי המנדט, שלפיה ישנה אוטונומיה בעניינים אלה לקהילות הדתיות השונות. כך ניתן מונופולין לבתי-דין דתיים בעניינים של נישואין וגירושין. ברוב הסוגיות המשטריות לא היה דיון ציבורי. כך, למשל, לא נשקלה האפשרות של שני בתים בגוף המחוקק. חלק מן המוסדות החוקתיים שלנו (כמו היועץ המשפטי לממשלה) אף לא זכו כלל לגיבוש

143 ייתכן כי כל מי שהוא שומר מצוות אכן רוצה עקרונות במדינת הלכה. אולם אין ספק כי בין שומרי המצוות הבדלים גדולים בהתייחסותם לנושא זה. גם הציונות הדתית נימקה את ההתנגדות לחוקה בכך שיש לישראל חוקה – חוקת התורה. אולם אנשי הציונות הדתית, ככלל, מקבלים את מוסדות המדינה ואת השניות ביניהם ובין המדינה היהודית לפי ההלכה. ראו, למשל, התיאור המרתק אצל א' רביצקי הקץ המגילה ומדינת היהודים (תשנ"ג). בזמן האחרון מושמעת בצורה בולטת יותר מפי חוגים חרדיים המשתתפים בשלטון. העמדה שלפיה מוסדות המדינה, כיום ועכשיו, צריכים לפעול לפי ההלכה.

144 ראו הדיונים בסוגייה זו בחוברת המיוחדת של עיוני משפט יט (תשנ"ה).

145 ינאי, לעיל בהערה 112, בעמ' 24, קובע כי עקרונות המשטר היסודיים – יהודיותה של המדינה ומשטר דמוקרטי עם בכורה חוקתית שלמה של המוסד הפרלמנטרי – נקבעו בפועל לפני הדיון ככנסת והיו מבוססים על תפישת השלטון של כל הגופים המרכזיים ביישוב היהודי.

סטטוטורי והתפתחו בעיקר בדרך של קונבנציות. כך, למשל, במעבר מן היישוב למדינה היה מוסכם על רוב המפלגות עקרון הייצוג היחסי-כללי. היה דיון אקדמי מסוים בהשוואה של שיטות שונות של בחירות (יחסיות וכלליות, לעומת אזוריות רוביות), אולם לא היו לו תוצאות חד-משמעיות, והדיון בכנסת נסב יותר סביב אינטרסים פוליטיים של מגזרים מסוימים מאשר על שקילה שיטתית של יתרונות וחסרונות של שיטות קיימות. התחושה הכללית היתה – הן במערכת הפוליטית הן בציבור – כי בחירות יחסיות כלליות נותנות ייצוג הולם לכל חלקי האוכלוסייה וכי נמצאות דרכים פוליטיות כדי להקנות את עוקצה של העובדה שאין בשיטה ערובות חוקתיות של ממש. ההסכמה הרחבה לגבי נושאים, כגון בחירות והשיטה הפרלמנטרית, החלה להתערער כאשר התגלו תקלות בתפקוד המערכת הפוליטית, בעיקר לאחר מהפך 1977 והיווצרותו של איוון בין שני גושים גדולים, שנתן כוח רב מאוד למפלגות-מיעוט ששימשו לשון-מאזניים ויכלו לקבוע את זהות ראש-הממשלה ולהשפיע במידה רבה על מדיניותו. האופציות השלטוניות החלו לנוע בין שתי אפשרויות רעות: ממשלות-אחדות רחבות, שהיה בהן שיתוק משום שאף אחת מן המפלגות הגדולות לא יכלה לנסות לממש את מצעה הייחודי; או ממשלות צרות למדי, שנשענו על מפלגות דתיות ויצרו תחושה של כפייה דתית אצל חילוניים מכל המחנות ותחושת ניכור אצל חברי אותו גוש שלא היו מיוצגים בממשלה. לצד אלה שסברו כי הבעיות האלה נובעות ממצאות פוליטית של קיטוב ופילוג עמוק היו שסברו, כי שינויים מבניים כשלעצמם יוכלו להוציא את השיטה מן המבוי הסתום שלתוכו נקלעה.

מציאות זו יצרה שינוי של ממש במידת המעורבות הציבורית בנושאים חוקתיים. בעבר היתה מעורבות זו קטנה למדי¹⁴⁶. ההחלטה הראשונית על החוקה בהכרזה על הקמת המדינה נעשתה, כאמור, על-ידי מועצת-העם, לפי דרישת האו"ם. קשה היה לחשוב באותם תנאים על מוביליזציה ציבורית רחבה. לא שמענו הדים לתגובה ציבורית, להבדיל מתגובה של האופוזיציה, על החלטת מועצת-המדינה הזמנית לפזר את עצמה עם כינון האספה המכוננת ועל החלטת האספה המכוננת להגדיר את עצמה ככנסת הראשונה. היה נראה, כי ה"ציבור" הניח את המלאכה בשעתה לנציגיו. מאמצע שנות השמונים השתנה מצב זה לגמרי. אין ספק כי הדבר נוגע גם לדפוסים כלליים של החברה בישראל ולא רק למעורבות ציבורית רחבה במבנה החוקתי של המדינה. בשנים הראשונות רוכזו כיווני פעילות רבים דרך המפלגות הפוליטיות. בשנים האחרונות אלה יורדות ממרכזיותן, ואילו "החברה האזרחית" מתפתחת ומתחזקת בדמות תנועות וארגונים חוץ-פרלמנטריים המנסים לקדם אינטרסים או עמדות. נוסף על כך, בעשור

146 אף במערכת הפוליטית העניין החוקתי היה לעתים קרובות משני לעניינים מהותיים, כגון ביטחון ויחסי-חוץ. דיונים חוקתיים בכנסת מגלים פעמים רבות חוסר-עניין וחוסר-ידע משוערים.

האחרון התפתחה מודעות גדולה הרבה יותר לשימוש מושכל בתקשורת כאמצעי להשגת מטרות פוליטיות וחברתיות.

ארגונים ציבוריים עסקו גם בעבר, מפעם לפעם, ביוזמות לקידום חוקה. הצעתו של אקצין היא תוצאה של יוזמת בני-ברית, שריכוזו לצורך המפעל קבוצה מרשימה. יוזמה זו גם הניבה מסמך מקיף ורציני, אך זה לא זכה מעולם להתייחסות פוליטית או ציבורית רבה. זה היה גם גורלה של הצעתו של קלינגהופר שתיארת למעלה. בעיקרו של דבר הקיפאון נבע מן התחושה כי המצב החוקתי בישראל אינו רע כל-כך, כי שינוי יכניס אותנו למצב בלתי ידוע וכי חוקה נוקשה וכוללת אינה גבוהה בסדר-העדפויות של מדינה הנאבקת על קיומה.

השיתוק במערכת הפוליטית, ובעיקר התפישת הגוברת כי משהו לקוי במבנה של המשטר, הוא שיצר את התנופה לשינוי. מאמצע שנות השמונים עד 1992 נוהל המאבק הציבורי השיטתי הכולל הראשון בתביעה כי תאומץ חוקה למדינה. ראשיתו של המהלך בהצעת חוקה שלמה שנוסחה במסגרת יוזמת הפרופסורים מתל-אביב והתנועה של "חוקה לישראל"¹⁴⁷. לצד שימור עקרונות קיימים רבים כללה החוקה המוצעת כמה יסודות חדשים: ראשית, היא הציעה שינוי שיטת הבחירות והמשטר: ראש-הממשלה היה אמור להפוך מעין-נשיא ולעמוד לבחירה ישירה, והבחירות לכנסת היו אמורות להשתנות בהתאם לכך¹⁴⁸, לצד שינוי משטרי יסודי זה התנהל גם מאבק על מגילת זכויות-יסוד מלאה, הנתונה לביקורת שיפוטית. החוקה המוצעת שמרה על המבנה המקובל לחוקת-עקרונות כלליים של שיטת-המשטר וערכי-היסוד והשארת הפרטים לחקיקה רגילה. לפי ההצעה, החוקה תיכנס לתוקפה עם אישורה במשאל-עם לאחר שזכתה לתמיכה של שני שלישים מחברי-הכנסת. בחירות חדשות לפי ההצעה יתקיימו תוך שנה ממועד אימוצה (סעיף 211). ניתן יהיה לתקן את החוקה בהליך רגיל בבית-המחוקקים, אולם יידרש לשם כך רוב מיוחס של שני שלישים חברי-הכנסת בכל שלב של החקיקה (סעיף 212). החוקה קובעת סעיף עליונות ברור, אולם נותנת תקופה של ארבע שנות-חסד לתקיפת חוקים (סעיף 213). החוקה מתייחסת גם מפורשות למנגנון הפיקוח על סטיות מן החוקה: היא מקימה בית-משפט לחוקה, שהוא בית-המשפט העליון, כבית-משפט לחוקה בהרכב של לפחות שבעה שופטים (סעיף 154). אדם שזכותו נפגעה במישורין בחוק ואינו יכול להשיג עליה בפני רשות שיפוטית אחרת (כגון אגב הליך פלילי נגדו), יכול להשיג על תוקפו החוקתי של חוק בפני בית-המשפט לחוקה (156), אם כי בידי לבית-המשפט סמכות להחליט כי העניין אינו ראוי להידון

147 לתיאור התנועה הזאת, אהד כרוכר, ראו ספרו של ג' בכור חוקה לישראל: סיפורו של מאבק (1996).

148 הוצע לקיים בחירות בעירוב של שתי השיטות: מחצית חברי-הכנסת ייבחרו על בסיס אוזרי אישי, אולם הייצוג בכנסת עצמה ייעשה פחות או יותר לפי עקרונות יחסיים. חלק זה של הרפורמה לא עבר בכנסת יחד עם השינוי בשיטת הבחירה של ראש-הממשלה.

בפניו (158). החוקה אינה קובעת סמכות ביטול של חוק שנפסק כי אינו תקף, אלא קובעת שפסיקה על אי-חוקתיות תחול בדרך-כלל על העניין ומכאן ולהבא וכי הודעה על כך תפורסם בספר-החוקים (160). קביעות אינצידנטליות באשר לחוקתיות כוחן יפה רק לאותו הליך, וניתן לערער עליהם בפני בית-המשפט לחוקה (סעיף 157).

יוזמת הפרופסורים מתל-אביב הניבה תגובות מגוונות. היו שסברו, כי אימוץ חוקה פחות חשוב להגנה על זכויות-אדם ועל דמוקרטיה מאשר גישות יסודיות בחברה וכי לכן לא ראוי להתרכז בה, אלא בשינוי הגישות החברתיות¹⁴⁹. אחרים הבחינו בין מרכיבי ההצעה והמליצו להתרכז בחקיקת מגילת-זכויות ולא לעסוק ברפורמה במשטר¹⁵⁰. לצד עמדות אלה היו מאמרים שתמכו באופן נחרץ בצורך בחוקה כוללת ככלי נוסף לשיפור ההגנה על החירויות ולשיפור שיטת-המשטר¹⁵¹.

בשלב מוקדם למדי של המאבק התברר כי חוקה כוללת לא תתקבל, ואנשי התנועה ניהלו מאבק לגבי קטעי חוקה: המאבק לחקיקת חוק זכויות-אדם והמאבק לשינוי שיטת-הבחירות. המאבק הציבורי הממשי הוקדש דווקא לנושא האחרון והוא התמצה לאחר שזכה להישג חלקי בנושאים אלה בדמות קבלת חוק הבחירה הישירה לראשות-הממשלה וחוקי 1992. בשלבים אלה של המאבק היה שימוש נרחב בתקשורת, התקיימו הפגנות ופניות למעורבות ציבורית. נראה, כי אלה היו מרכיב מרכזי למדי בהצלחת המהלך לשינוי שיטת-הבחירות. בתמיכת הציבור קשה היה להבחין בכוונות מסוימות באשר לנושאים, כגון נוקשות, עליונות וביקורת שיפוטית. סביר להניח, כי ההתייחסות הציבורית לטובת שינוי שיטת-הבחירות נבעה בעיקר מתחושת המיאוס של חלקים ניכרים בציבור בעקבות "התרגיל המסריח" של 1990 ומה שנתפש כהשחתה של המערכת הפוליטית כולה.

עדות מסוימת, אם כי אינה ישירה, לעמדות הציבור בנושאים חוקתיים, ובעיקר לגבי שאלת היחסים הראויים בין בית-המשפט ובין הכנסת, שלא בהקשר למאמץ גיוס מסוים — ניתן למצוא במחקר מקיף על עמדות הציבור לגבי בית-המשפט העליון שנעשה לאחרונה. אמנם, לחיבור זה יש חסרון חשוב לענייננו — הוא אינו בודק שיטתית ערכים או חרדים — אולם מידת התמיכה בבית-המשפט וביכולתו לקיים ביקורת על הכנסת

149 ט' פרויס "ביסמארק והמשפטים" דבר 19.1.88.

150 ראו ח' צדיק "יש מוקדם ומאוחר בחוקה" דבר 15.1.88; א' פרוקציה "חוקה עכשיו?" הארץ 16.10.87.

151 זמיר מגיב ואומר, כי בכל-זאת יש צורך בחוקה כדי לחזק את ההגנה על הדמוקרטיה ועל החירויות ("חירות ללא חוקה" הארץ 7.10.87), ואילו אורי רייכמן מסביר מדוע "בכל זאת חוקה עכשיו" הארץ 22.10.87.

בדרך של ביקורת שיפוטית על חקיקתה היא מרשימה¹⁵². ממחקר זה עולה, כי מידת האמון של הציבור הישראלי ברשויות הפוליטיות קטן ויש לו נטייה לחשוד בפוליטיקאים כי הם מושחתים ואינם פועלים למען האינטרס הכללי או להגנה על זכויות הפרט. לעומת זאת, בית-המשפט העליון נהנה מיוקרה עצומה, בין השאר מפני שהוא נתפש כבלם לשימוש-לרעה בעוצמה של השלטון.

אסור שהיעדרה של מוביליזציה ציבורית "קבועה" לטובת רעיונות של חוקה כוללת או מגילת-זכויות תביא למסקנה בדבר היעדרה של תמיכה מקצועית רחבה ברעיון. משפטנים ואנשי-ציבור בכירים רבים הכירו מאז ומתמיד בנחיצותה של חוקה בישראל ובהשתמטות מן ההבטחה לחוקק חוקה ראו משום כישלון חמור ומצער¹⁵³. הבעיה היא, כי תומכי החוקה במערכת הפוליטית באו בדרך-כלל מן האופוזיציה ושינו את טעמם כאשר עלו לשלטון¹⁵⁴. פרשנים ומשפטנים בכירים, שאינם חלק מן המערכת הפוליטית, נקטו תמיד עמדה בעד חוקה ובעד מגילת-זכויות¹⁵⁵. עם זאת חשוב לציין, כי האילוצים הפוליטיים הניבו הצעות לחקיקת-יסוד בתחומי זכויות האדם, למשל, שהתגובה עליהן היתה מעורבת גם בקרב קהילת הפעילים למען זכויות האדם. הצעת מרידור, למשל, שנוסחה כדי להגדיל את סיכוייה להיות מאומצת, הוציאה במפורש מתחולת החוק את ענייני הנישואין והגירושין, נוסף על סעיף שמירת דינים. מציעיה קיוו כמובן, כי סעיף מפורש של ביקורת שיפוטית בבית-משפט לחוקה שהוא הרכב מורחב של בית-המשפט העליון, יחד עם סעיף פירושים נדיב המפנה אל הכרזת-העצמאות, יאפשרו שימוש יוצר

152 ג' ברזילי, א' יערייכטמן וד' סגל בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית (תשנ"ד) מגלים כי התמיכה הציבורית בבג"ץ גבוהה, כי האמון בכנסת ובפוליטיקאים נמוך וכי ישנה תמיכה גבוהה בביקורת שיפוטית של בג"ץ על הכנסת.

153 אנשי מדע-המדינה היו מאז ומתמיד זהירים יותר בנושא זה. הערכתם את המהלך שהסתיים בהחלטת הררי מאוזנת יותר. רבים מהם סבורים, כי לא ניתן היה לקבל חוקה נוקשה ב-1950 וכי החלטת הררי היתה סיכום פשרה טוב. ראו, למשל, גולדברג, לעיל בהערה 112.

154 כך, למשל, מנחם בגין דיבר נמרצות נגד החלטת הררי ב-1950, אולם היה כבול בעצמו בהסכמים קואליציוניים ובשיקולים שלטוניים שמנעו ממנו השלמת קבלת החוקה כאשר עלה לשלטון ב-1977. שמואל תמיר הגיש הצעת חוק בעניין מגילת-זכויות כאשר היה באופוזיציה, אולם לא קידם אותה כאשר מונה לשר-משפטים. לסקירה ראו פרק 2 בספרו של נגבי, לעיל בהערה 111. במובן זה התקדים של הפעילות החוקתית בכנסת האחת-עשרה-שלוש-עשרה מעניינת, שכן יוזמות חוקתיות יסודיות הגיעו דווקא מספסלי הממשלה. מעניין לראות, כי גם במצב זה הן לא עברו את מסלול החקיקה המלא.

155 ראו עמדתו של נגבי, שם. והציטוטים שהוא מביא מדברי זמיר וברק כאשר היו יועצים משפטיים. גם אלה שלא סברו כי חוקה היא בסדר-עדיפות גבוה, לא נקטו בדרך-כלל עמדה מסתייגת.

גם בנושאים אלה. למרות זאת נשמעה התנגדות לחוק מפי חלק מפעילי זכויות האדם¹⁵⁶.

לענייננו חשובה במיוחד ההתפתחות בעמדת השופטים. בית-המשפט המשיך לפעול לפי הלכת ברגמן ככמה עניינים הנוגעים לשוויון הבחירות ואף פסל כמה חוקים שלא עמדו בדרישת השוויון. במקביל, הדגיש בית-המשפט כי בארץ קיימת ריבונות של הפרלמנט¹⁵⁷. בית-המשפט הקפיד שלא להרחיב את המשמעות של הלכת ברגמן: הוא דחה את התורה המקנה לחקיקת-יסוד עליונות מעצם טיבה (הגם שזו הופיעה בספרות בכמה מקורות) וקבע מפורשות, כי ניתן לתקן חוקי-יסוד לא-משוריינים או לפגוע בהסדרים הקבועים בהם בדרך של חקיקה רגילה מאוחרת¹⁵⁸. אף לגבי חוקי-היסוד המשוריינים ידע בית-המשפט – כאשר רצה בכך – להימנע מבדיקה של אי-ההתיישבות המהותית בין שתי הוראות של חוקי-יסוד (בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת) אם לא היה צורך בכך בשל העובדה שהחוק נתקבל ברוב המוחלט הנדרש¹⁵⁹.

במישור המדיניות סבר רוב גדול של שופטי בית-המשפט העליון בדור הקודם, כי ראוי שתהיה בישראל חוקה ומגילת-זכויות, ואף פנה בעניין זה אל הכנסת. יוצא-הדופן היה השופט לגדוי, שהבחין בין החלק המשטרי, החלק הנוגע לזכויות-יסוד והחלק הנוגע לערכי-יסוד. לגבי הראשון הוא סבר, כי יש מקום לעיגון חוקתי נוקשה עם ביקורת שיפוטית, שכן זהו תחום שבו הוראות החוק ברורות-יחסית ואין חשש כי בית-המשפט ייכנס למחלוקות אידיאולוגיות. לעומת זאת, לגבי זכויות-יסוד וערכי-יסוד סבר לגדוי, כי סכנת הפוליטיזציה של השפיטה גדולה יותר מן היתרונות שיהיו בביקורת שיפוטית¹⁶⁰.

אולם מעבר למחלוקת המהותית בשאלה אם חוקה רצויה, העמדה השיפוטית הברורה היתה כי שריון חוקה ועליונותה הוא עניין למחוקק לענות בו וכי בית-המשפט

156 ארגוני-הנשים, למשל, אימצו עמדה נגר החוק בהבעת מחאה על שאינו כולל מחויבות לשוויון נשים ואינו מציע דרך לפתרון בעיית הפגיעה בזכויות-היסוד שלהם. אחרים (כגון משה נגבי) נקטו עמדה נגד החקיקה המוצעת בשל העובדה שהיא מקבעת את כל חקיקת הביטחון, שהיא המקור החקיקתי העיקרי לפגיעה בזכויות-אדם בישראל.

157 לצד הכרזות "ישנות" כאלה, כמו בבג"צ 188/63 בצול ג' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337, קובע השופט אלון חדר-משמעות כי אין לבית-משפט בישראל סמכות להעביר ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת בהיעדר שריון מפורש (תנועת לאו"ר, לעיל הערה 70, עמ' 555).

158 ראו, למשל, בג"צ 148/73 קניאל ג' שר המשפטים פ"ד כז(1) 794. לתיאור החלטות אלה, לביקורת עליהן ולהזמנה להפוך אותן ראו פסקי-הדין של שמגר וברק בעניין חוק גל.

159 ראו, למשל, עמדתו של הנשיא שמגר בע"ב 1/88 ניימן ג' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד מב(4) 177.
160 זו העמדה שלגדוי נוקט בעקיבות החל בשנות השבעים ועד 1996 (ראו מאמריו הנזכרים לעיל בהערה 7 ובהערה 10; וכן מ' לגדוי "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" משפטים י (תשל"ח) 196; וראיון עם מ' לגדוי הלשכה (ינואר 1995)).

ימשיך לעסוק בשפיטה ובפרשנות, תוך כדי פיתוח שיפוטי של מגילת זכויות האדם. לפי עמדה זו, מעמדן של זכויות האדם היה כשל עקרון פרשנות המעמיד פרזומפציה חזקה למדי לטובת הגנה על זכויות-אדם, שאינה עומדת בפני כוונה מפורשת של המחוקק הראשי. בדרך זו יצר בית-המשפט העליון הגנה מרשימה על זכויות האדם גם בהיעדר חוקה. במקרים מסוימים הגן בית-המשפט בישראל על זכויות-אדם בהיעדר חוקה יותר מאשר היו מוגנות בשיטות שיש בהן חוקה נוקשה, הכוללת ביטול חוקים של המחוקק הראשי.

בסוף שנות השמונים החל חלק מן השופטים להתבטא בצורות פעילות יותר הן בשפיטה הן מחוצה לה. בכמה עניינים רמזו שופטים, כי הם משאירים בצריך עיון את השאלה העקרונית, שער עתה נתפשה כמוכרעת, של סמכות בית-המשפט לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת¹⁶¹. בכמה עניינים אחרים הובע ספק לגבי נכונותה המתמשכת של ההלכה לתקן חוקי-יסוד בחקיקה מאוחרת רגילה¹⁶².

החריגה הבולטת ביותר ממדיניות האיפוק השיפוטי כלפי ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בפסיקה היא זו שבוטאה בדעת-המיעוט של ברק בעניין תנועת לאו"ר, ב-1990. שם מקבל השופט ברק את תורת הסמכות המכוננת כהסבר למקור כוחה של הכנסת להגביל את עצמה. באותו עניין הוא גם פותח חזית חדשה לגבי האפשרות לפתח באופן שיפוטי ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת, גם בהיעדר סעיפים משוריינים או חקיקת-יסוד. בעוד שהשופט אלון חוזר באותו עניין על העמדה המקובלת שלפיה "אין אנו מהרהרים אחר מעשה בית המחוקקים בחקיקתו"¹⁶³, משמיע השופט ברק עמדה מורכבת יותר. ברק סבור, כי אכן בתנאים הקיימים אין מקום לביקורת שיפוטית כזאת, שכן התפתח מנהג שיפוטי לא להעבירה; אולם המניעה אינה עקרונית תורתית, אלא תלוית-נסיבות. בהחלט ייתכן, כי יבשילו נסיבות שיאפשרו ביקורת שיפוטית שלפיה "בית משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה, גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק יסוד משוריין"¹⁶⁴. ביקורת שיפוטית על חוקי כנסת, הגם שאינם סותרים הוראת חוק-על כלשהי, כאשר הם עומדים בניגוד ל"עקרונות-יסוד", הוא רעיון מרחיק-לכת¹⁶⁵.

161 שמגר משאיר את השאלה בצריך עיון בבג"צ 889/86 כהן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מא(2) 540, 543.

162 דברי השופט ברק בבג"צ 119/80, המ' 224/80 הכהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 281.

163 תנועת לאו"ר, לעיל הערה 70, עמ' 555.

164 שם, עמ' 554.

165 לביקורת עליו ראו, למשל, זמיר, לעיל בהערה 140. עקרונית הוא מאפשר גם ביקורת שיפוטית על פעולת הסמכות המכוננת או על פעולת הכנסת מכוח סמכות חוקתית מתקנת: אין דבר חקיקה החסין עקרונית מפני ביקורת על-פי "עקרונות-יסוד". הדבר יוצא-הדופן הוא נטילת סמכות לבטל חוק של

הגם שייתכן כי ברק העלה אותו כאן רק בהיעדר חוקה נוקשה לישראל, הוא אומץ על-ידי שר-המשפטים דאז, מרידור, בהצעת חוק יסוד: חקיקה תשנ"ב, שהוגשה על-ידיו ב-1992, הכוללת הסמכה מפורשת של בית-המשפט לחוקה לפסול חוק הסותר "עקרון מעקרונות היסוד של מדינת ישראל", נוסף על סמכותה של ביקורת שיפוטית כאשר חוק רגיל סותר חוק-יסוד.

מגמות אלה של נכונות גוברת להאיץ את ההתפתחות של מהלך חוקתי שלם באמצעות הפסיקה ניכרות גם בכתבים חוץ-פסיקתיים. שופטים מכהנים החלו להתבטא בצורה ברורה בעד חוקה ומפתחים רמזים על האפשרות שבית-המשפט יטול תפקיד פעיל ביצירתה. כך, למשל, אומר ברק במאמר שפורסם בזמנים בסוף 1987 כי לדעתו, רצויה לישראל חוקה כתובה ונוקשה עם ביקורת שיפוטית. הוא סבור גם, כי ניתן לפתח מוסדות אלה אצלנו בלי ליפול לפחים שבית-המשפט העליון האמריקני נפל בהם בחלק מהחלטותיו¹⁶⁶. ישנה עמימות מסוימת במאמר לגבי השאלה, איך ניתן להגיע למצב ראוי זה? לכאורה חוקה כתובה ונוקשה היא עניין למחוקק לענות בו, אולם בהתבטאויותיו של ברק יש יותר מרמז כי תהליך יצירת החוקה מורכב יותר וגמיש יותר וכי יש בו שיתוף-פעולה לא ברור בין כל הרשויות¹⁶⁷. גם בספרו שיקול דעת שיפוטי מ-1987 מטפל ברק בפרשנות חוקתית כאילו היא למעשה פיתוח קיים של פרשנות

הכנסת מטעם זה. אין מחלוקת כי לשופטים סמכות טבועה לפרש חוקים אגב הכרעת הדין וכי במקרים חריגים וקשים יכול שפרשנות החוק תביא לביטול תחולתו באותו מקרה. לטענתי, למשל, זו היתה משמעותה של החלטת הרוב כע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד יט(3) 365. במקרים מסוימים התוצאה המעשית של פרשנות כזאת יכולה להיות צמצום ממשי בתחולת החוק ואף ביטולו הכמעט מלא. עם זאת, תוצאות מרחיקות-לכת אלה אינן שקולות כנגד הכרה בסמכות בית-המשפט להכריז על בטלותו של חוק הכנסת.

166 א' ברק "חוק יסודות המשפט והמורשת הישראלית" זמנים 26 (1987) 12, 19.

167 ברק מדבר על תהליך "שינוי החוקה" שיצטרך להיות גמיש יותר מאשר באמריקה. האם מדובר בשינוי חוקה או ביצירתה? הוא מזכיר את מרבורי נ' מדיסון, שניתן שלושים שנה לאחר הכרזת-העצמאות. הוא לומר גזירה שווה אלינו, שנמצאים בערך באותו מרחק זמן מהכרזת-העצמאות שלנו. ואכן — הוא אומר — המרבורי נ' מדיסון שלנו נכתב בימינו אלה. האומנם נשכח ממנו, כי שם היתה חוקה נוקשה ושלמה שאומצה בהליך פוליטי מיוחד וחגיגי? ברק ממשיך: "הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת — כולן גם יחד — מניחות יום-יום את היסוד למשפט החוקתי הישראלי. אנו מצויים בתקופת בראשית. אנו רק עתה בסיומו של "דור המדבר"... הנחת תשתית קונסטיטוציונית בריאה היא משימה של דורנו".

שבית-המשפט העליון כבר עוסק בה¹⁶⁸. נוצר הרושם כי בישראל, אף לפני 1992, ישנה למעשה תחולה רחבה למדי לפרשנות חוקתית, השונה מפרשנות של חוק או תקדים¹⁶⁹.

(6) חוקי-היסוד של 1992 מבטאים שינוי מגמת החקיקה הקודמת של חוקי-יסוד בכך שבכולם היתה הצעה לשריון כולל של החוקים על-ידי דרישת רוב מוחלט של כל חברי-הכנסת לשינוי. ההצעה נתקבלה לגבי חוק יסוד: חופש העיסוק, וחוק יסוד: הממשלה, אך נפלה על חודו של קול לגבי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בשני החוקים הנוגעים לזכויות האדם מצויה גם פסקת הגבלה, ושני החוקים קובעים הסדר לגבי הדין הקיים (תקופת-חסד בחוק יסוד: חופש העיסוק, וסעיף שמירת דינים קיימים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). לכאורה יש כאן ראיה ניצחת לנצחון המגמה של מעמד על-חוקי ומשורייני לחוקי-יסוד גם במהלך הדרך. מנגד, הדיון בשני החוקים בכנסת מגלה עמימות מבחינת תפישתם של חברי-הכנסת. בעוד שחלק סבורים כי החוקים אכן מעניקים כוחות של ביקורת שיפוטית לבית-המשפט ולכן הם מתנגדים לחוק, ישנה גם הדגשה של האמירה כי הכוח להכריע נשאר בידי המחוקק¹⁷⁰. נראה, כי פריצת-הדרך הושגה בשל הסכמה רחבה על תוכני הזכויות הספציפיות שהוכללו בחוקי-היסוד הנוגעים לזכויות האדם ובשל עמימות מכוונת היטב לגבי מעמדן של הזכויות לפי החקיקה החדשה, בעיקר לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך, למשל, הושמטה ההתייחסות המפורשת לביקורת שיפוטית ולרעיון של ייחוד סמכות הביטול לבית-משפט לחוקה. כמרבין, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הושמט סעיף הקובע כי חוקים קיימים, המוגנים באמצעות סעיף שמירת הדינים, יפורשו לפי עקרונות החוק, כדי למנוע שחיקה שיפוטית

168 א' ברק שיקול דעת שיפוט (1987) 317-338.

169 החלק השלישי בספר דן בהקשרים שונים של שיקול-דעת שיפוט. השער התשיעי דן בשיקול-דעת שיפוט בחוקה ובחוקי-יסוד, השער העשירי — בשיקול-דעת בפרשנות חוק, השער האחר-עשר בשיקול-דעת בסטייה מתקדים, והשער השנים-עשר — ביחס בין שיקול-דעת שיפוט לערכי-יסוד. ברק פותח את השער התשיעי באפיון חוקה כנורמה משפטית עליונה ונוקשה, בדרך-כלל עם ביקורת שיפוטית, העוסקת בהסדרי המשטר ובזכויות-היסוד (פסקה 372). הוא קובע, כי לחוקי-היסוד חלק ניכר מן המאפיינים של חוקה ומסיק כי "התפיסות הפרשניות המקובלות לעניין חוקה תופסות גם לעניין פירושם של חוקי היסוד" (פסקה 373). בשארית השער הוא דן בעקרונות פרשנות חוקתיים על-פי דברי שופטים אמריקניים, בעוד הציטוטים מישראל מבוססים על דברים לגבי פרשנות חוק, בדרך-כלל בנושאים השייכים לתחום הסדרי משטר וזכויות-אדם. מדובר שם על העובדה שחוקה היא מסמך פשרה פוליטית, כי הוא אינו מבטא משנה פוליטית אחת וכדומה. ברור כי ישנה רציפות מסוימת בפרשנות חוקות וחוקים ואין זה פלא כי ניתן למצוא אסמכתאות לעקרונות פרשנות חוקה גם בפרשנות חוקים "רגילים". לא ברור מדוע יש להדגיש הבחנה זו בשיטה שאין בה חוקה נוקשה.

170 לתיאור מפורט של העמימות ראו מאמרה של "ק"פ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו — ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 323.

בסטטוס־קוו הדתי. מבחינת המגזר הדתי, ה"עסקה" נראתה מושכת, כי, לטעמם, הם הגנו על מה שנראה היה להם חשוב (סטטוס־קוו, אפשרות לחקיקה דתית ברוב רגיל) תמורת חירות פרשנית לשופטים בעניינים מוסכמים, והכרזה מפורשת כי המדינה אינה רק דמוקרטית, אלא גם יהודית¹⁷¹.

חוק־היסוד של 1992 אינם אחידים לא רק בעניין הסדרי השריון שלהם. בעוד שחוק יסוד: חופש העיסוק, וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מנוסחים כחוקים חוקתיים, ברמה גבוהה של כלליות, חוק יסוד: הממשלה הוא צילום של החוק מ־1968, על הפרטים הלא־חוקתיים שבו, יחד עם החידוש של בחירה ישירה לראשות־הממשלה. חוק־היסוד, הגם ששורייך כולו, כולל בתוכו הסדרים לא־מעטים שלא ראוי היה לתת להם שרייך חוקתי¹⁷².

בין החוקים יש גם הכרל עצום מבחינת הדיון הציבורי והעירנות למהלך. הדיון על שינוי בשיטת הבחירות לכנסת ולראשות־הממשלה היה דיון פוליטי, ציבורי ומקצועי רחב. הוא היה מבוסס על מחקר השוואתי, והרעות בו היו חלוקות. בסופו של דבר, הגם שכל בוחני הנושא סברו כי יש לבצע שינוי כולל שישמור על איזונים ובלמים בין חלקי המערכת ושיכלול שינויים בשיטת־הבחירות הן לכנסת הן לראשות־הממשלה, כמו גם ביחסי־הגומלין בין הרשויות — עבר בכנסת, בשלהי הכנסת השתי־עשרה, רק תיקון חלקי וממותן של חוק הבחירה הישירה לראשות־הממשלה, ששורייך כולו בדרישת רוב לשינוי של 61 חברי־כנסת¹⁷³. לעומת זאת, חוק־היסוד הנוגעים לזכויות האדם עברו ללא כל דיון ציבורי של ממש ובנוכחות מצומצמת למדי של חברי־כנסת¹⁷⁴.

משפטית, ניתן לסכם את המצב מיד לאחר חקיקת חוקי 1992 בצורה הבאה:

(1) בית־המשפט קבע בעניין ברגמן, כי יתן חוקף להגבלה העצמית בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, בעניין שיטת־הבחירות, כאשר החוק המאוחר לא נחקק ברוב הנדרש ואינו מתיישב מהותית עם החוק המקורי המשורייך.

171 בהצעת החוק המקורית, שהיתה בנויה לפי המודל הקנדי, נקבע בפסקת ההגבלה הכללית, כי חוקים יוכלו לפגוע בזכויות־יסוד רק אם הפגיעה נחוצה במדינה דמוקרטית. על כל פרטי ההסכמה ראו קרפ, שם.

172 ומספר התיקונים שכבר הוכנסו בחוק זה יעיד. גם ההסבר לכך חשוב לענייננו: א' לין "חוק יסוד הממשלה" ראיון משפט וממשל א (תשנ"ב) 165 מספר שיחמי החוק חששו כי חוק־מסגרת, שלא יאפשר עריכת בתורות נפרדות לכנסת ולראשות־הממשלה ללא חקיקה מפורטת נוספת, לא יחזיק מעמד אל מול ההתנגדות בכנסת.

173 לתיאור היחזמות האלה ראו, למשל, ריכוז החומר בספרו של ג' בכור, לעיל בהערה 147. החוק עבר בקריאה שלישית ב־18.3.92. בעדו הצביעו 55, נגדו הצביעו 32, 1 נמנע ו־32 נעדרו.

174 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא החוק החשוב יותר, עקב כלליותו. הוא אושר בכנסת בקריאה שלישית ב־17.3.92. בקריאה שלישית (חוזרת) הצביעו בעדו 32 חברי־כנסת, ונגדו — 21. ח"כ אחר נמנע. עולה מכך, כי יותר ממתצית חברי־הכנסת (66) נעדרו מן ההצבעה.

- (2) בית-המשפט קבע, כי מעמד חוק-יסוד לא-משוריין הוא כמעמד חוק רגיל לעניין כללי המוקדם ומאוחר. בפסיקה ובספרות הושמעו הסתייגויות ספורות מעמדה זו.
- (3) סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, נתפש על-ידי הכנסת ועל-ידי בית-המשפט כחריג מצומצם לעקרון עליונותו של הכנסת. ההבנה בקהילה המשפטית היתה, כי אין להעביר ביקורת שיפוטית על חוק כנסת. כלפי עמדה זו הושמעו הסתייגויות מועטות באמרות-אגב.
- (4) מוסכם, כי בישראל יש מהלך חוקתי ממושך, שבינתיים הוא לא הניב חוקה.

ב. המהלך החוקתי 1992-1996

המהלך החוקתי עד 1992 הוא הרקע לשאלה שמאמר זה עוסק בה: מה קרה בעצם ב-1992 והאם ראוי לתאר את המצב המשפטי בישראל כיום, לאחר החקיקה, כשונה מהותית מזה שהיה לפני? ההיסטוריה החוקתית לפני 1992, בקוויה הכלליים, ידועה ומוסכמת. המחלוקת לגבי היסטוריה זו בין ברק לחשין בפסק-הדין מצביעה על כך, שמעבר לציוני-הדרך המוסכמים רחשה מתחת לפני השטח עמימות רבה. בדרך הטבע, עמימות כזאת רבה עוד יותר כאשר אנו ניגשים לתיאור ההתפתחויות בארבע השנים האחרונות: אנחנו נמצאים בתחילתו של תהליך, שאי-אפשר להעריכו עתה באופן מלא¹⁷⁵. ענייני אינו רק במהלך החוקתי עצמו, אלא גם בהשפעת השיח החוקתי על המהלך הזה. לכן אפרוש תשתית עובדתית, המנסה לתעד כרונולוגית את יחסי-הגומלין בין חקיקה ופסיקה, מצד אחד, ובין פרשנות ורטוריקה, מצד שני.

- (1) התייחסות ראשונית. המערכת הפוליטית נערכה לבחירות והניחה לחוקי-היסוד. ישנה התייחסות מסוימת לחוקים בעיתונות היומית ויש המתארים אותה כ"מהפכה"¹⁷⁶.

¹⁷⁵ ברק מזכיר, כי מרבורי נ' מדיסון ניתן שלושים שנה לאחר חקיקת החוקה שם. אולם בארצות-הברית עדיין יש כיום, למעלה ממאתיים שנה לאחר החוקה, מחלוקות לא-קטנות לגבי הדוקטרינה שנקבעה שם לגבי ביקורת שיפוטית והיקפה. ראו, למשל, הספר החדש של R. Clinton Marbury v. Madison and Judicial Review (Kansas, 1989).

¹⁷⁶ ק' קליין "המהפכה החוקתית השקטה" מעריב 27.3.92, המציין כי יהיו מי שיתנגדו לעובדה שחוק יסוד: חופש העיסוק, מעביר לבית-המשפט את הכוח להעריך כי חקיקה מסוימת נעשית ל"טובת הכלל"; ב' ברכה "מלשון הרטוריקה לשפת הדין" הארץ 2.4.92, המציין כי "כבוד האדם" הוא ביטוי עמום, היכול לתת בסיס להגנת כל זכויות האדם; א' רובינשטיין "חוקה גדולה באה" הארץ 3.4.92, המדגים את ההשפעה האפשרית של חוקי-היסוד בקביעה כי חלק גדול מחקיקת הפיקוח אינה

הכולטות הגבוהה של חוקי-היסוד החדשים, בעיקר אלה העוסקים בזכויות האדם, החלה בסדרת מאמרים והרצאות של השופט ברק, ולו שמורה גם זכות היוצרים על הכינוי המקובל של חקיקת חוקי 1992 בשם "המהפכה החוקתית"¹⁷⁷. במקביל, שופטים מתחילים להתייחס לחוקי-היסוד גם בפסיקתם, כאשר בשלב הראשון הם משמשים הזדמנות לאמרות-אגב וכמקור להשראה פרשנית. השופט אלון מזדרז לתת ביטויים ראשוניים בפסיקה לצירוף "מדינה יהודית ודמוקרטית" שבפסקת המטרה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁷⁸. עקב חשיפת הפוטנציאל הפרשני החדש, ובעיקר האפשרות כי בית-המשפט עשוי לפסול חקיקת כנסת, החלה הסתמכות על חוקי-היסוד החדשים בפניות שונות לבית-המשפט. רוב הפניות היו הזמנות לפרש חוקים קיימים לפי עקרונות חוקי-היסוד, ומקצתן כללו גם הזמנות לבטל חוקי כנסת בשל אי-התיישבותם עם חוקי-היסוד. בדרך הטבע, פניות כאלה החלו להגיע ישירות לבית-המשפט העליון בעתירות לבג"ץ ומצאו את דרכן לבית-משפט נמוכים יותר כתקיפה עקיפה של חוקי כנסת או כהזמנות לתת להם פרשנות חדשה לפי חוקי-היסוד.

משמעותה של המהפכה החוקתית ועיתויה מקבלים ביטויים שונים ומתפתחים בכתיבתו של ברק, אולם עיקרי הדברים מופיעים כבר במאמר הראשוני ובעלי-השפעה: זכויות האדם היו הלכתיות, והקונסנסוס היה כי חוק ראשי של הכנסת יכול לפגוע בהן ולצמצמן. הקונסנסוס היה, כי בשיטה ישנה עליונות של המחוקק וכי אין לבטל חוקי כנסת רק מטעם שהם פוגעים בזכות-יסוד או בעקרון-יסוד. שינוי בקונסנסוס החל להתרחש — אומר ברק — אולם לפני שהדבר נעשה "אירעה מהפכה חוקתית"¹⁷⁹. לפי

מתיישבת עם חוק יסוד: חופש העיסוק וכי "חוק גל" היה עלול להיפסל לו לא נתקבל לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

177 ברק, לעיל בהערה 3; א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג) 253; א' ברק פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, תשנ"ד) (להלן: פרשנות חוקתית). בראיון עמו בעורך הדין הוא אומר: "במרץ 1992 יוצאים שני חוקי יסוד ברממה מוחלטת. מרץ חולף, אפריל, מאי — וכלום, שום דבר, ואני קורא את שני חוקי-היסוד ואני אומר לעצמי: זו חוקתנו. ואו, בהרצאה קצרה שנתתי, דיברתי על מהפכה חוקתית" (עמ' 18).

178 דאו, למשל, ע"א 294/91 חברת קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464. פסק-הדין ניתן ב-30.4.92. השופט אלון משמיע שם את ניצני תפישתו הפרשנית לביטוי "מדינה יהודית ודמוקרטית" והשופט ברק רושם "הערת-אזהרה" לגבי פרשנות זו. עיון ראשון של ברק עצמו בנושא זה, שבו הוא מעלה את הרעיון כי המתח בין יהודיות לדמוקרטיה צריך להיפתר על-ידי העלאת הערכים היהודיים לרמה גבוהה של אוניברסליות מובא אצל ברק, לעיל בהערה 3, בעמ' 30-31.

179 שם, עמ' 10-11. הראיה שברק מביא לכך שהקונסנסוס בעניין עליונות המחוקק החל להשתנות היא הכללת סמכותו של בית-המשפט לפסול חוקים המנוגדים לחוקי-היסוד בהצעת חוק יסוד: החקיקה, מתשנ"ב. המהפכה מתוארת כחקיקת חוקי-היסוד על-ידי הכנסת כרשות מכוננת. בהערה 14 ברק מפנה לספרו של רובינשטיין, לעיל בהערה 119 ולמאמרו של קליין, לעיל בהערה 84 ומציין, כי להשקפתו,

ברק, מהות השינוי כפולה: הזכויות הפכו להיות "כתובות על-פי ספר", כשלהן מעמד חוקתי עדיף או — כביטוי — "הן הפכו להיות נקודת משען נורמטיבית הקובעת את תוקפם של דברי החקיקה כולם"¹⁸⁰. ברק ממשיך וקובע, שאחרי חקיקה זו שוב אין לומר כי אין לישראל חוקה כתובה ונוקשה בתחום זכויות האדם: "זכויות היסוד מחייבות מעתה את המחוקק עצמו"¹⁸¹. ברק מפרט את מחיר הפשרה של 1992 במונחי זכויות האדם: לא כל העניינים נכללו, דפוסי השריון שונים ואינם מספקים. למרות זאת, חקיקת 1992 נראית לו רצויה וחשובה:

עדיפה חקיקה "פרקים-פרקים" על פני אי-חקיקה. נראה לי, כי בכך החל תהליך שלא ניתן יהיה לעצור אותו, ושסופו מגילה חקוקה וכוללת של זכויות אדם, בעלת מעמד חוקתי עליון, תוך קביעת "פסקת הגבלה" או "פסקאות הגבלה" הולמות, ותוך קביעה ראויה של הוראת השריון.

ברק מצהיר במפורש, כי כוונתו במאמר היא "להביא את החקיקה החדשה לתודעתם של כל הגורמים הקרובים לנושא". הוא מקווה, כי הדיון במעמד המיוחד של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שיש בו פסקת הגבלה ללא שריון, יהפוך למיותר כאשר גם חוק זה ישוריי. הוא מסיים בקביעה, כי לחוקים אלה תהיה השפעה מכרעת על שיטת המשפט והחברה, כי התפקיד השיפוטי לבש לבוש חדש וכי "לשופטים, ובעיקר שופטי בית המשפט העליון, הוענק מכשיר רב עוצמה, אשר בכוחו לשנות את פני החברה הישראלית" (עמ' 15).

כבר בדיון ראשון זה מופיעות שתי עמימותות שתתגבשנה ותתפרשנה לאחר-מכן: ראשית, לא ברור אם "מהפכת זכויות האדם" חלה רק על הזכויות המנויות במפורש בחוק-היסוד או שהיא כללית לכל זכויות האדם. שנית, לא ברור אם תוצר החקיקה של 1992 הוא שלב חשוב במהלך חוקתי ארוך, או שחשיבותו כה גדולה עד שניתן לומר כי לאחריו יש כבר לישראל חוקה ממש. אם הקריאה השנייה נכונה, לא ברור מהם תוכני החוקה הזאת ומניין הם נשאבים: מחקיקת היסוד המשוריינת? מחקיקת היסוד בכלל? מהנ"ל ומעקרונות-יסוד¹⁸²?

הכנסת פועלת כרשות מכוננת כאשר היא מחוקקת חוקי-יסוד. בהמשך הניתוח מצביע ברק על ההשלכות של תורת הסמכות המכוננת ועל יתרונותיה.

180 ברק, לעיל בהערה 3. ברק מביא מדבריו של שר-המשפטים דן מרידור בטקס השבעת שופטים שהתקיים ב-27.4.92. מרידור אומר, כי המהפכה היא בכך שזכויות האדם מוגנות עתה גם נגד חקיקה שרירותית של הכנסת עצמה.

181 שם, בעמ' 13.

182 ברק מביא את תורת הסמכות המכוננת וקובע כך: "דומה שכיום אין עוד מחלוקת של ממש כי בשיטת המשפט הישראלית יש לחוקה — ולכל אחד מפרקיה (חוקי-היסוד) — מעמד נורמטיבי עליון, אשר

בשלב הראשון ישנה עדיין טנטטיביות אצל ברק לגבי השאלה, אם המעמד העל-חוקי המלא חל רק על זכויות שזכו לשריון פורמלי, בדרך של חביעת רוב מיוחד לשינוי החוק, או גם לאלה שזכו "רק" לשריון מהותי (באמצעות פסקת הגבלה). בשלב זה קביעותיו הן טנטטיביות והוא מעלה נימוקים להעדפת פרשנות חוקתית חזקה, בצד אזכור של מודלים אפשריים אחרים¹⁸³.

פרשנים שהחלו לפרסם ניתוחים של חוקי-היסוד סוברים, כי אכן לכל חוקי-היסוד מעמד על-חוקי. הם מסכימים, כי אין בעיה לגבי החוקים המשוריינים, ופסקת ההגבלה, פסקת הכיבוד ופסקת שמירת הדינים מקנים מעמד כזה גם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בשל היעדר השריון, הדעה המקובלת היא, כי בעוד שאת חוקי-היסוד המשוריינים ניתן לתקן רק בצורה הקבועה בהם, הרי שלגבי חוק יסוד: כבוד האדם

מביא לבטלותו של חוק 'רגיל' הסותר חוק יסוד (משוריין) (עמ' 16). בהמשך הוא מזכיר את הלכת בית-המשפט בעניין המעמד ה"רגיל" של חוק-יסוד לא-משוריין ומביע את הסתייגותו (עמ' 17). בסיום המאמר הוא כותב:

כבדה המשימה המוטלת על שופט בחברה דמוקרטית בכל מקום בעולם. כבדה במיוחד המשימה המוטלת על שופטי ישראל. המדינה נמצאת במאבק על קיומה. החברה נמצאת במאבק על זהותה. המשטר נאבק על מהותו. בתנאים אלה קיימת נטייה להקצנה ולהחרפה. קיים חשש של פגיעה בעקרונות יסוד. על רקע זה חשובה במיוחד החקיקה החדשה, אשר יצאה מן הכנסת ואשר הגבילה את הכנסת, וכפפה אותה לעקרונות היסוד. מעתה, בית-המשפט יוכל לא רק לפרש חוק הנוגד את עקרונות היסוד, אלא גם להצהיר על בטלותו. בכך העניק העם לשופטיו מכשיר רבי-ערצמה. עתה, משנתן לנו העם את הכלים — נעשה את המלאכה (עמ' 35) (הדגשות שלי).

יצוין, כי ההתייחסות כאן אינה נוגעת לזכויות-אדם כלל, וודאי לא רק לאלה המעוגנות בחוקי-היסוד. 183 כך, למשל, בא' ברק "זכויות-אדם מוגנות והמשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, 1993), חוזר ברק ומכנה את חוקי-היסוד "מהפכה חוקתית", בכך שהוכר להם מעמד על-חוקי (עמ' 166). בהמשך הוא מפרש, כי ייחוס מעמד על-חוקי לזכויות אלה הוא הנחת המוצא של הדיון. בעוד שאין ספק בדבר לגבי חופש העיסוק שזכה לשריון פורמלי — אומר ברק — פחות ברור הדבר לגבי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (עמ' 167). ברק מפרש, כי לדעתו, פסקת ההגבלה וכן הסעיף הקובע כי כל רשות מחויבת לכבד את הזכויות לפי החוק מחייבות להסיק כי חוק העומד בניגוד לפסקת ההגבלה "אינו תופש". והוא מסיים את הפסקה:

רשימתי זו מבוססת על הנחה זו: עד כמה שהנחה זו אינה נכונה — או ייקבע בעתיד שהיא אינה נכונה — ניתן לראות ברשימתי בחינה תיאורטית באשר ליחס בין זכויות יסוד מוגנות לבין המשפט הפרטי. בחינה תיאורטית זו עשויה להיות בעלת חשיבות מעשית שעה שהכנסת, כרשות מכוננת, תשקול הפיכתן של זכויות האדם לזכויות חוקתיות בעלות מעמד על-חוקתי (שם, בעמ' 167).

יצוין כי פסקה 3 למאמר קרויה "המהפכה החוקתית", בעוד שפסקה 4, הטנטטיבית יותר, קרויה "ההנחה: קיומה של מהפכה חוקתית".

וחירותו, מספיקה הוראה שתפרש מודעות של המחוקק לכוונתו כי הסתירה או הביטול יקבלו תוקף¹⁸⁴. הגישה הכללית היא מאוד טנטטיבית לגבי ביקורת שיפוטית, שתביא לבטלותם של חוקי כנסת¹⁸⁵.

לפסק-דין מוקדם אחד השפעה ישירה על המשכו של המהלך החוקתי, הגם שהוא עצמו מתייחס לחוקי-היסוד רק אגב אורחא: בעניין מישראל (להלן: מישראל הראשון) ביטל בית-המשפט העליון החלטת ממשלה לקבוע כי כל הבשר שיובא לארץ יהיה כשר, מן הטעם, אשר התבסס במשפט המנהלי, ששיקולי כשרות הם שיקולים זרים, שההסתמכות עליהם אינה מותרת. בעבר הדרך ל"הכשיר" שיקולים כאלה היתה בחוקי הסמכה או בחוקים מיוחדים (כפי שנעשה לגבי פתיחת בתי-עינוגים בשבת או חוקים האוסרים מכירת בשר-חזיר). בית-המשפט מציין, כי עתה תהיה מלאכת החקיקה, אם יבחר בה המחוקק, קשה יותר; שכן יהיה עליה לעמוד גם בדרישות חוק יסוד: חופש העיסוק.

בסוף 1992 התקיים בירושלים כנס ישראלי-קנדי שעסק בהגנה חוקתית על זכויות האדם. בקנדה ציין הכנס עשור לחקיקתה של מגילת זכויות אדם נוקשה ב-1982. מגילת-הזכויות שם נחקקה כחלק ממהלך של ניתוק קנדה מן הקשר הגורדי אל הריבונות האנגלית, לאחר דיון ציבורי ממושך ופשרות של ממש¹⁸⁶ ולאחר התנסות ארוכה של המדינה במגילת-זכויות ללא נוקשות ועליונות. בתרומתו של ברק לכנס הוא חוזר ומתאר את חקיקת 1992 כמהפכה חוקתית ומדגיש כי היא חייבת להיות מלווה "מהפכה מחשבתית": המחוקק חייב להפנים כי שוב אינו "כל יכול" וכי עליו לברוק לא רק אם המדיניות ראויה, אלא גם אם היא חוקתית לפי פסקת ההגבלה. הרשות המבצעת צריכה להפעיל את סמכויותיה במעשי מנהל ובחקיקת-משנה לפי חוקי-היסוד; והשופט הישראלי נדרש "לבחון עתה לא רק את מובנו של חוק חדש, אלא גם את תוקפו"¹⁸⁷.

184 זו העמדה המושמעת מפי D. Kretzmer "The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?" 26 *Isr.L.Rev.* (1992) 238; קרפ, לעיל בהערה 170; ומ' אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659.

185 אלון מציין במפורש, כי ראוי לבית-המשפט לנקוט בעניין זה זהירות מפליגה מ' אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם" — מאין ולאן? "מחקרי משפט יב (תשנ"ו) 253, 255-257. גם קרפ, לעיל בהערה 170, מציינת את הבעייתיות של ביקורת שיפוטית בהיעדר הסמכה מפורשת ואת העובדה כי היעדרה של ביקורת כזאת היה חלק מן ההסכמה שעמדה ביסוד החקיקה. למרות זאת היא סבורה, כי החוק עומד ברשות עצמו וכי הוא אכן מקנה סמכות לביקורת כזאת.

186 שכללו סעיף התגברות כללי והחלטה שלא להכליל את זכות הקניין במגילת הנוקשה, כדי לא להעביר דיון בנושאים חברתיים וכלכליים לבתי-המשפט.

187 ברק, לעיל בהערה 177, בעמ' 271-273. באותו מקום מציין ברק כי בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין סעיף המחייב פירוש לפי עקרונות חוקי-היסוד כמו בחוק יסוד: חופש העיסוק. הוא קובע, כי אין

העמימות לגבי רוחב הפריסה של התוקים החדשים נשארת בעינה, אך ההדגשה נשארת על השינוי המהותי ביחסי הכנסת וכית-המשפט ובסמכות ביטול תוקים הנובעת ממנו¹⁸⁸.

(2) חקיקה והמערכת הפוליטית. במארכ 1993 התפרסמה הצעת חוק יסוד: חקיקה, במטרה לסיים את המהלך החוקתי הכולל. בהצעה זו אין בית-משפט לחוקה, אולם נקבעת עליונותם של חוקי-היסוד ושריון גורף שלהם, יחד עם קביעה כי חוקי-היסוד חדשים יתקבלו ברוב הררש לשינויים¹⁸⁹.

הזדמנות מאידת-עיניים לבחון את המצב במערכת הפוליטית ניתנת בזמן הקריאה הראשונה בהצעת החוק הפרטית שהוגשה על-ידי דן מרידור ובנימין בגין במטרה להוסיף לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, את סעיף הנוקשות שנדחה ב-1992 על חודו של קול¹⁹⁰. העמימות שליוותה את מעמדו ומשמעותו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ממשיכה גם כאן. בגין ציין, כי זהו אחד התוקים החשובים שהכנסת חוקקה, שכן הוא מאפשר לבדוק לפיו חקיקה עתידית. אולם מיד בהמשך הוא ניסה להרגיע את חברי-הכנסת מפני אובדן השליטה שלהם בחקיקה והעיר, כי אף אם יתברר שחוק מסוים אינו עומד בדרישות חוק-היסוד, ניתן יהיה לתזור ולשנות את האחרון¹⁹¹.

בכך כלום, שכן פרשנות חוקים, בכלל, וחוקי-היסוד, בפרט, היתה נעשית מאז ומתמיד לפי עקרונות זכויות האדם וחוקי-היסוד (הערה 97).

188 ברק מתאר את הכוח לבטל חוקים כ"נשק לא קונבנציונלי" וממליץ על זהירות בשימוש בו (שם). עם זאת, ההדגשים שלו שונים לגמרי מאלה של זמיר, הסבור למשל, כי חקיקת חוקי-היסוד אכן הרחיבה את גזירת הביקורת השיפוטית (ומסתמך בקביעה זו על ברק, לעיל בהערה 3), אך זו נשארה עדיין בגדר חריג בשיטה הישראלית (זמיר, לעיל הערה 140).

189 ה"ח (תשנ"ג) 91. יש לציין, כי היעדרו של אזכור מפורש של ביקורת שיפוטית יכול להיות חסר חשיבות מעשית רבה, בשל העובדה שהצעת החוק קובעת מפורשות את עליונות חוקי-היסוד ואת נוקשותם. נראה, כי בספרות המשפטית, ובמובהק בפסק-הדין בעניין חוק גל, נקבע כי צירוף של שני אלה, אף ללא אזכור מפורש של סמכות ביקורת שיפוטית, מאפשר אותה.

190 ההצעה הופיעה בה"ח תשנ"ב 273, והדיון בכנסת התקיים ביום 2.8.93.

191 ד"כ 2.8.93, עמ' 7178. בגין הדגיש, כי זהו חוק טוב ומאוזן, כי היתה לו הסכמה רחבה וכי דווקא לכן יש להגן עליו מפני שינוי מזדמן ומחטפי. הוא הזכיר לחברי-הכנסת יצחק לוי ורביץ, המתרעמים על שהדיון התקיים בשעה 11 בלילה, בנוכחות דלה מאוד של חברי-כנסת, כי המחטף המבוקש יכול להיות גם הוצאת "יהודית" מתיאור המדינה בחוק-היסוד. בכך הוא ינסה לטעון כי האינטרס בשריון החוק חוצה את כל המפלגות והאידיאולוגיות. נימות דומות עולות גם מדברי הסיכום של המגיש השני, דן מרידור. מרידור הסביר את ההצדקות התיאורטיות לחקיקת חוקה, בכלל, ולהגנה על זכויות פרט מפני רוב או אף מפני שינוי מחטפי, בפרט. לטענתו, הגם שהנוכחות של חברי-הכנסת דלה, יש רוב עצום בכנסת לחוק הזה וזהו המציאות הפוליטית האמיתית. מרידור הסכים, כי ישנן פרשנויות

יצחק לוי, שניסה להביא לקיום דיון בהרכב רחב יותר, מסביר כי מפלגתו תתנגד להצעה, הגם שתמכה בחקיקה ב-1992; שכן בינתיים פורסם מאמרו של ברק הכולל פרשנות ל"מדינה יהודית ודמוקרטית" המרוקן מתוכן את המרכיב היהודי שאינו גם אוניברסלי. לפי פירוש זה, אם תהיה נוקשות של החוק, לא תוכל בעתיד להיות חקיקה דתית שלא יהיה לה רוב של 61 חברי-כנסת. מכיוון שכך, התנאים לפשרה של 1992 כבר אינם קיימים וראוי לנהל את הדיון הזה במסגרת הצעת השריון הכללית של חוק יסוד: חקיקה, ולא בדיון נפרד ומחטפי בחוק יחיד¹⁹². חה"כ יהלום מעלה את הבעיה הכללית של שריון על-ידי רוב קטן מבחינת הדמוקרטיה. חה"כ רביץ הוא הבוטה ביותר: הוא מבטא אכזבה מהטיפול שקיבלו חוקי-היסוד בבית-המשפט, למשל, בעניין הבשר הלא-כשר המחייב עתה תיקון של חוק יסוד: חופש העיסוק, ברוב מיוחס. הוא קורא לתת לכנסת הזדמנות לבדוק את הטיפול של בית-המשפט בחוקי-היסוד החדשים ומציין, כי המפלגות הדתיות תמנענה חקיקת מגילת-זכויות האדם, ואולי גם את חוק יסוד: החקיקה¹⁹³.

גם תומכי החוק הסכימו, כי ישנה בעיה של ממש בכך שמספר קטן של חברי-כנסת משריין חוק ודורש לשינויו רוב של 61, אולם הם סברו כי ניתן יהיה לקבל רוב מיוחס בקריאה השלישית ובכך להעמיד דברים על תיקונם הרצוי¹⁹⁴. פורמלית, הם טוענים כי שריון על-ידי כל רוב מספיק בגלל תורת שני הכובעים, שכן הכנסת כרשות מכוננת יכולה בכל רוב להגביל את הכנסת כסמכות מחוקקת. אצל חלק מחברי-הכנסת נראה כי תועלתו של השריון, המגן מפני שינויים, אינה חלה רק על חומר חוקתי ממש או אף על חומר הנוגע להגנה על זכויות האדם¹⁹⁵. אחרים מצביעים על שריון לא-חוקתי כעל עניין מסוכן דווקא.

שונות ל"מדינה יהודית ודמוקרטית", אך כי כך הוא בטבע הדברים, וכי הסמכות לפרש את חוקי הכנסת מסורה לבית-המשפט. הוא הזכיר גם, כי בית-המשפט פועל במקרים רבים, ולא רק חוקתיים, מעבר ללשון החוק וכי לכן אין רבותא רבה בכך שהוא עושה זאת גם בהקשרים חוקתיים (שם, בעמ' 7190-7188).

192 שם, בעמ' 7180-7179. ח"כ בא-גד היה בוטה מאוד באמירתו, כי יצביע בעד החוק אם ישוכנע כי הוא מסייע לחיזוק ההסתמכות על היהדות במדינה ויצביע נגדו אם יש חשש כי הוא יסכל הסתמכות כזאת או יזיק לה (בעמ' 7182).

193 שם, בעמ' 7185-7184. רביץ הבטיח למרידור כי חוק זכויות האדם לא יעבור, "זאתה יודע למה? בגלל פרשנות של השופט אהרן ברק" (בעמ' 7184).

194 ראו, למשל, מירום (עבודה), שם, בעמ' 7182; יוסי כץ (עבודה), שם, בעמ' 7187. זנדרבג (צומת) ביטא חוסר-אופטימיות לגבי הסיכוי להעביר דיון גורף בחוק יסוד: חקיקה, ולכן הציע לפתור את הבעיה בדרך של נקיטת עמדה עקרונית לגבי נוהל קבלת חוקי-יסוד (שם, בעמ' 7183).

195 ראו, למשל, ח"כ מגן שדיבר בצער על יכולתה של ממשלת 1992 לשנות את העיקרון של המדיניות הכלכלית של הממשלה שקדמה לה (שם, בעמ' 7187).

חשוב לראות כי העמדות בקשר לחוק חוצות קווי אופוזיציה וקואליציה וישנן עמדות שונות גם בתוך מפלגות מסוימות¹⁹⁶. ההצעה הועברה לוועדת חוקה, חוק ומשפט להכנה לקריאה שנייה ושלישית ברוב של 12 נגד 5 וללא נמנעים.

(3) ביטול חוק על-ידי בתי משפט נמוכים. בנובמבר 1993, במאוס ובמאי 1994 ניתנו כמה החלטות בבתי-משפט מחוזיים, בחלקן בתביעות אזרחיות ראשוניות ובחלקן בערעורים על החלטות ההוצאה לפועל, הקובעות כי התיקון לחוק ההסדרים אינו עומד בדרישות פסקת ההגבלה. השופט שטיין, בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב, מבססת את פסילת החוק על הקביעה כי הוא אינו מתיישב עם ערכי-היסוד של מדינת ישראל, ובעיקר השוויון; שכן הוא מטיל נטל בלתי-שווה ובלתי-הוגן על נושיהם של חייבי מגזר כלכלי מסוים. בקשות רשות ערעור על החלטות אלה הניבו את פסק-הדין שאנו עוסקים בו. הדיון התקיים בנובמבר 1994.

(4) תיקון חוקי-היסוד. במאוס 1994 תוקנו חוקי-היסוד, אגב החלפתו המלאה של חוק יסוד: חופש העיסוק¹⁹⁷. התיקונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נועדו להאחיד את שני חוקי-היסוד מבחינת מבנה ונוסח פסקת ההגבלה¹⁹⁸. שניהם פותחים עתה בסעיף "עקרונות יסוד" הקובע: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין, והן יכובדו כרות העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". לחוק יסוד: חופש העיסוק, נוסף "סעיף התגברות", המאפשר מתן תוקף לתקופה מרבית של ארבע שנים לחוק הפוגע בזכות שלא בהתאם לפסקת ההגבלה, אם נאמר בו במפורש כי הוא תקף על-אף האמור בחוק-היסוד ונתקבל ברוב חברי-הכנסת. מיד לאחר-מכן נתקבל ברוב הנדרש חוק יבוא בשר קפוא, התשנ"ד-1994, האוסר יבוא

196 ח"כ מיכאל איתן הדגיש נקודה זו, כי ההתנגדות לשריין אינה עניין של עמדות דתיות בלבד, אלא של עמדות חוקתיות עקרוניות: הבעיה היא העברת הסמכויות מן הכנסת אל בית-המשפט. גם הוא התייחס לפרשנות של השופט ברק לחוקי-היסוד כבסיס לטענה כי לא מדובר כאן רק בעניין צר, אלא במשהו שיכולה להיות לו השלכה על חלקים ניכרים מחקיקת הכנסת (שם, בעמ' 7185-7186).

197 ס"ח (תשנ"ד) 90, נתקבל בכנסת ב-9.3.1994. לדין בדרך קבלתו של החוק ראו מאמרו של א' בנדרון "פגמים בחקיקת חוקי היסוד" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 443.

198 סעיף 1 לחוק יסוד: חופש העיסוק, הישן דרש כי הפגיעה בזכות תיעשה רק ב"חוק". הדבר יצר קושי רב, שכן חלק גדול מן ההסדרים העלולים לפגוע בחופש העיסוק קבועים בחקיקת-משנה או בהנהגות מנהליות. לכן הוסיפו לפסקת ההגבלה בשני החוקים אפשרות לפגוע בזכות גם על-פי הסמכה מפורשת בחוק.

בשר לא כשר¹⁹⁹. יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, חה"כ צוקר, הזכיר לכנסת כי היא פועלת בתפקידה כסמכות מכוננת.

השופט ברק כתב לוועדת החוקה מכתב גלוי בעניין תיקוני החוק המוצעים. הוא הדגיש, כי כוונתו היא לעסוק רק בתחום המקצועי ולא בתחום הפוליטי, והמליץ להאחיד את חוקי-היסוד ולנהוג בהם כבחלקי חוקה²⁰⁰. עיקר המלצותיו של ברק התקבלו. בעיתונות נמתחה ביקורת, מטעמי הפרדת רשויות, על שברק מתערב שלא כהלכה בעבודת החקיקה. בכנסת התקיים דיון בהצעות לסדר-היום, שבהן הובעה תמיכה בהסתמכות על הערות מקצועיות בעבודת החקיקה²⁰¹.

(5) התפתחויות בפסיקה ובספרות. ב-1994 יצא לאור ספרו המקיף והשיטתי של אהרן ברק פרשנות במשפט: חלק שלישי: פרשנות חוקתית. ברק סוקר בחיבור זה סוגיות מגוונות בפרשנות חוקתית ומציע קווי-יסוד לפרשנות חוקי-היסוד העוסקים בזכויות האדם ולמשמעותם מבחינת החוקה לישראל. ברק חוזר בספרו על התיאור של חקיקת 1992 כמהפכה ומפתח את תורת הסמכות המכוננת וטוען לה כפירוש הטוב ביותר של ההיסטוריה החוקתית בישראל. בספר נעלמת הטנטטיביות שאפיינה את הכתיבה במאמרים הראשונים לגבי המעמד העל-חוקי המלא של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ברק קובע מפורשות, כי לאחר תיקון חוק יסוד: חופש העיסוק, ניתן לפגוע בזכות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, רק בדרך של חוק העומד בדרישות פסקת ההגבלה²⁰². ברק קובע, כי תיקון חוק יסוד: חופש העיסוק, שינה את מעמדה של הכרזת העצמאות ונתן לה מעמד חוקתי על-חוקי²⁰³. ברק תומך בספרו ב"עמדת-ביניים" לגבי היקף הביטויים "כבוד האדם וחירותו", שלפיה החוק משתרע "על כל אותן זכויות אדם אשר על פי תפיסתו של הציבור הנאור בישראל קשורות לכבוד האדם ולחירותו בקשר ענייני הדוק, ואשר בלעדיהן אין משמעות להגנה על כבוד האדם וחירותו". זכויות אלה כוללות את השוויון, הכשרות המשפטית, חופש הדיבור, חופש התנועה, חופש הדת, המצפון, המדע וההתאגדות²⁰⁴.

199 ס"ח 104. נתקבל ב-15.3.96.

200 המכתב פורסם במשפט וממשל ב (תשנ"ה) 545.

201 הצעות לסדר-היום של ח"כ שילנסקי וח"כ מאור, 1.2.94, עמ' 4153.

202 ברק, פרשנות חוקתית, בעמ' 559-560.

203 שם, בעמ' 301-307. לפי ברק, המשמעות של השינוי תלויה בטיב המודל שיאומץ: מודל עצמאי יהפוך את עקרונות הכרזת-העצמאות לקני-מידה ישירים שניתן לגזור תוקף של חוקים או בטלותם.

מודל חלש יותר רק יחזק את המשקל הפרשני של עקרונות אלה.

204 שם, בעמ' 416. הדיון בנושא הוא בעמ' 411-433.

לענייננו חשוב לראות גם את האפיון שכרך נותן למשטר הקיים במדינת ישראל: בעיניו, ישראל, נכון לשנת 1994, היא "דמוקרטיה חוקתית"²⁰⁵. דמוקרטיה חוקתית פירושה, כי שלוש הרשויות הן שוות-מעמד וכולן כפופות לחוקה ומוגבלות על-ידיה. הרשות השופטת "שומרת על גבולות החוקה ועל חוקיות פעולות הרשויות השלטוניות". בידה הכוח לפסול חוקים לא-חוקתיים, מכיוון שבכך היא שומרת על ריבונות העם כפי שזו מתבטאת בחוקה²⁰⁶. גם כאן העמימות נשמרת בכך שברק מודה כי מפעל הכנת החוקה עדיין לא הושלם²⁰⁷.

במקביל לתהליכים שתוארו החלה הצטברות של כתיבה אקדמית סביב חוקי-היסוד ומשמעותם בתחומי משפט שונים²⁰⁸. חלק מן הכתיבה הזאת מצטרף לכינוי התהליך "מהפכה חוקתית" ולמשמעויות שלה²⁰⁹, אולם חלק אחר משמיע ספקות²¹⁰.

בפסיקה של בית-המשפט העליון מסתמנים באמרות-אגב ניצנים של מחלוקות בין השופטים בכמה נושאים. בעניין כלל, בסוף אוקטובר 1994, מציע לראשונה השופט דב לין, בדעת-מיעוט, לבטל חוק של הכנסת. הוא מאמץ את ניתוחו של ברק הן לעניין המהפכה החוקתית הן לעניין הסמכות המכוננת וקובע, כי החוק אינו עומד בדרישות פסקת ההגבלה. השופטת שטרסברג-כהן אינה מתייחסת מפורשות לחלק העקרוני-

205 שם, בעמ' 37. בעוד שהערות מפורטות מסבירות את הביסוס לקביעה כי ישראל היא "דמוקרטיה", אין כל הסבר לתיאורה של ישראל כדמוקרטיה "חוקתית". יצוין, כי ברוב הסקירות הבינלאומיות ישראל ממוינת יחד עם אנגליה כמדינה שאין בה חוקה. ראו, למשל, הסקירה ההשוואתית של Lijphart, *supra* note 20. ייתכן כי השימוש הזה אצל ברק מתייחס רק לחוקתיות מהותית כמובן שבו גם אנגליה היא "מונרכיה חוקתית". אבל אם זה המובן של "חוקתיות", העמדות של ברק לגבי היחסים בין הרשויות אינן יכולות לנבוע ממנה.

206 ברק, פרשנות חוקתית, בעמ' 38.

207 שם, בעמ' 64.

208 ראו, למשל, החוברת של מחקרי משפט יג(1) שיצאה ב-1996 והעוסקת כולה בהשלכות חקיקת-היסוד בזכויות-אדם על המשפט הפלילי, על סמך כנס שהתקיים בדצמבר 1994. ראו גם הסקירות בספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג (א' רוזן-צבי, עורך), שיצא בסוף 1994. יש לציין, כי בפרסום האחרון יש הכדל ניכר בין רוב המאמרים, שאינם מקדישים תשומת-לב להשלכות חוקי-היסוד על תחומיהם, ובין כמה מאמרים, כגון אלה של י' שחר "סדר דין פלילי" (בעמ' 375), ושל ר' בן ישראל "דיני עבודה" (בעמ' 433), העוסקים בעיקר בהם. ראו גם ח' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית — עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט כרך היוכל (תשנ"ד) 9; אלון, לעיל בהערה 184; קרפ, לעיל בהערה 170; וקצ'מר, לעיל בהערה 184.

209 ראו, למשל, א' יורן "מהפכה החוקתית במיסיבי ישראל", משפטים כג (תשנ"ד) 55.

210 ראו, למשל, אלון, לעיל בהערה 185, בעמ' 256-257. ראו גם ראיון עם השופט לנדוי לעיל בהערה 160, ודיווח בהארץ 27.1.95: לדעתו של לנדוי, אין לכנסת סמכות מכוננת, לא היתה מהפכה חוקתית, לחוקי-היסוד של 1992 אין תמיכה רחבה דייה והרעיון של בית-משפט לחוקה אינו רצוי.

תיאורטי ומגיעה למסקנה, כי אין לבטל את החוק. השופט טל מצטרף למסקנה זו²¹¹. בעניין שדולת הנשים, שהוכרע על סמך פרשנות הוראת חוק, מתבסס השופט מצא גם על הקביעה כי הזכות לשוויון עוגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בעוד שהשופט זמיר מסתייג. יתירה מזו: חוק-היסוד "מושכים אש" הגם שבינתיים לא הסתמכו עליהם לבטל חוקים, כמו, למשל, בעניין דנילוביץ²¹².

(6) פרשנות ושמירת דינים. בפברואר 1995 ניתן פסק-הדין הראשון של בית-המשפט העליון בעניין גנימאת²¹³, שעסק בסוגיית המעצר עד תום ההליכים. המחלוקת התשובה לענייננו היתה לגבי הנפקות של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפירוש דיני-המעצר לפי חוק סדר הדין הפלילי. בסוגיית המעצר עצמה היתה (ונותרה) מחלוקת גדולה בין שופטי בית-המשפט העליון. בעניין גנימאת הצטרף השופט ברק, שעד לאותה נקודה נמנה עם המחמירים, לאלה הסבורים כי יש לתת משקל רב ביותר לחירותו של נאשם. באותו עניין התקיים דיון נוסף, שפורסם בנובמבר 1995. נראה כי התגבש רוב לתמיכה בעמדתו התיאורטית של ברק לעניין משמעות חוק-היסוד, אך כי בנושא ההשלכה של חוק-היסוד על דיני-המעצרים עצמם נדחתה הפרשנות של ברק ושל דורנר²¹⁴.

היו שפירשו את הלכת גנימאת כניסיון לעקוף במקרים מסוימים את סעיף שמירת הדינים. ראינו כבר, שברק גורס כי בשל סעיף שמירת הדינים אי-אפשר לבטל חוקים הקיימים, אולם כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מחייב פרשנות חדשה, שתעניק משקל-יתר לזכויות העל-חוקיות. בעניין גנימאת הוא הופך קביעה זו להלכה²¹⁵. לעומתו, השופט חשין גורס, כי פרשנות החוק היא חלק ממנו. ברור כי לשופטים שיקול-דעת, כפי שתמיד היה להם, לפרש חוקים; אולם לעניין הפעלת שיקול-הדעת — לדעתו — לא חל שינוי בעקבות חוק-היסוד. יתירה מזו: חשין אף סבור, כי סעיף

211 בג"צ 726, 878/94 כלל חברה לביטוח נ' שר האוצר (טרם פורסם). עמדתו של השופט רב לויין אינה מגלה מודעות ללקחים שנלמדו בארצות-הברית מניסיון של בית-המשפט להעביר תחת ביקורת חוקתית מדיניות כלכלית ומשקית. מעניין, כי פסק-דין זה לא זכה לעיון ממשי בעת נתינתו, הגם שהיתה זו הפעם הראשונה שבה הציע שופט בבית-המשפט העליון להשתמש ב"נשק הלא-קונבנציונלי".

212 בג"צ 463/94 שדולת הנשים בישראל נ' שר התחבורה (טרם פורסם); בג"צ 721/94 אל על נ' דנילוביץ (טרם פורסם).

213 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).

214 דנ"פ 2316/95, בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).

215 עמדה זו לגבי פרשנות החוק מצוינת כבר בהערת-אגב בבש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), וא' רוזן-צבי צופה כי היא תביא לבדיקה מחדש של חוקים קיימים תחת תיאור של פרשנות, א' רוזן-צבי "דיני משפחה" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (א' רוזן-צבי, עורך) 267, 271.

שמירת הדינים נועד להשיג יציבות במצב המשפטי לפי חוקים קיימים וכי פרשנותו של ברק מסכלת מהלך זה; שכן היא מזמינה בקשות ל"פירוש-מחדש" של החקיקה הקיימת כולה²¹⁶.

(7) פסק-הדין בעניין חוק גל. בנובמבר 1995 פורסם פסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין חוק גל, שהוא ההתייחסות השיטתית הראשונה של בית-המשפט להשפעת חוק-היסוד על המצב המשפטי. פסק-הדין מחזיק למעלה מ-500 צמוד, שרובם אמרות-אגב²¹⁷.

לענייננו ראוי להזכיר כאן רק כמה מן הקביעות הרבות המופיעות בו: כל השופטים סבורים, כי פסקת ההגבלה מאפשרת בדיקה שיפוטית של חוקתיות החוק וביטול חוק מאוחר שאינו מתיישב עם חוק-היסוד. שמגר וברק סבורים שניהם, כי לחקיקת-היסוד מעמד על-חוקי מעצם היותה חקיקת-יסוד וכי הדבר מחייב עיקרון שלפיו אין לתקן חוק-יסוד אלא על-ידי חוק-יסוד (שמגר, פסקה 39. ברק, פסקה 86). אלא ששמגר מגיע לעמדה זאת מתוך ריבונות הכנסת, ואילו ברק טוען לתורת שני הכתרים והסמכות המכוננת ומכנה את חוקי 1992 "מהפכה חוקתית". לפי שניהם, הסמכות להגבלה עצמית חוקתית אינה מוגבלת לרוב מוחלט של חברי-הכנסת. שניהם סבורים גם, כי חוק רגיל מאוחר שאינו עומד בדרישות פסקת ההגבלה אינו יכול לעמוד, בלי קשר לרוב שבו התקבל או למודעות המחוקק לאפשרות של אי-התיישבות (שמגר, פסקה 44; ברק, פסקה 73). נראה, כי לעמדה זו יש רוב²¹⁸. לעומתם, השופט חשין טוען, כי אין לכנסת ולא ראוי שתהיה לה סמכות מכוננת, כי אימוץ חוקה המצדיקה הגבלה אמיתית של הכנסת היא עניין להליך מיוחד ונפרד מחקיקה רגילה וכי עקרונות הדמוקרטיה אינם מספקים הצדקה להגבלה עצמית של המחוקק מעבר לדרישת הרוב המוחלט של חברי-הכנסת. חשין מתנגד לתיאור המהלך כ"מהפכה חוקתית" והוא סבור, כי תיקון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, די שיעשה בדרך של פסקת "על אף האמור" בחוק רגיל. זמיר נוטה להסכים לתורת שני הכובעים, אך ממקם את המהפכה החוקתית בזמן

216 נראה, כי פרשנותו של חשין משקפת את כוונת המחוקק. ראו קרפ, לעיל בהערה 170 בעמ' 342-344, המסבירה את ההבדל לעניין סעיפי הפרשנות בין שני חוקי-היסוד בכך שהדתיים חששו כי פרשנות לפי חוקי-היסוד תכרסם בסעיף שמירת הדינים.

217 לתיאור תמציתי של פסק-הדין ראו משפט וממשל ג (1996) 669-678. תמציות פסקי-דין הן תמיד דבר מסוכן, והדבר חל בחינת קל-יומור על תמצית של פסק-דין כה ארוך ומורכב. בתמצית זו כמה אי-דיוקים חשובים (למשל: בהכללת הסמכות המכוננת של הכנסת כחלק מן ההלכה או בתיאור מגגוני השינוי של חוק. שתי הסוגיות לא היו צריכות להכרעה במקרה).

218 לדברים מסכימים שמגר וברק, וברק מכניס אותם לפסקת הסיכום שלו (108), שאליה מצטרפים עוד ארבעה שופטים (כך, מצא, דב לרין וזמיר).

בהחלטה בעניין ברגמן. השופט דב לין מקבל את עמדתו של ברק הן לעניין המהפכה הן לעניין הסמכות המכוננת ומכניס אף את המעמד העצמאי של הכרזת-העצמאות לפסק-הדין. השופט כץ אינו רואה הבדל מעשי בין גישותיהם של שמגר וברק. הנשיא שמגר מבטא עמדה, כי הביטול של חוק ההסדרים על-ידי בית-המשפט המחוזי היה חפז ולא עמד בדרישות המקובלות לבדיקה חוקתית (הכוללות, למשל, מנגנוני סינון ומיון של טיעונים חוקתיים)²¹⁹. אין נימה דומה בגישתו של הנשיא ברק²²⁰.

גם בפסק-הדין חוזרת העמימות אצל ברק בשאלה, אם לכנסת סמכות לחוקק חוקה או שיש לה כבר חוקה. ישנם מקומות שבהם מטעים הנשיא ברק, כי לכנסת סמכות לחוקק חוקה לישראל, אולם יש לה גם החירות להחליט שלא לעשות כן²²¹. אולם בכמה וכמה מקומות ניכר, כי ברק סובר כי לא זו בלבד שיש לכנסת סמכות לחוקק חוקה, אלא שהיא אכן חוקקה חוקה. בית-המשפט אינו מכריז רק כי יש לה סמכות לעשות כן, אלא כי היא עשתה בה שימוש ולכן יש לישראל חוקה בדמות חוקי-היסוד²²². למעשה, ברק קובע מפורשות, כי מטרת הדיון בסמכות המכוננת בפסק-הדין היא לתת תוקף חוקתי למפעל החוקתי (פסקה 49).

(8) נסיונות חקיקה בשלהי הכנסת השלוש-עשרה. בתחילת 1996, בשלהי עבודתה של הכנסת השלוש-עשרה ולאחר שהוכרו כבר על הקדמת הבחירות, החלה פעילות חקיקתית קדחתנית בנושא חוקי-היסוד. מצד אחד, נעשה מאמץ של הרגע האחרון לחזור על ההצלחה של הכנסת השתיים-עשרה ולהעביר כמה חוקי-יסוד נוספים בתחום זכויות האדם. מצד אחר, נעשה מאמץ לקדם את חקיקתו של חוק יסוד: חקיקה, שיקבע שריון גורף ונוקשות גורפת לכל חוקי-היסוד הקיימים. לרגע נראה היה, כי הושגה הסכמה ראשונית בנושאים אלה בין דמויות מרכזיות בוועדת חוקה, חוק ומשפט, אולם המהלך לא הושלם. יתירה מזו: התנגדות, בעיקר מצד מפלגות דתיות, להמשך חקיקת

219 פסקאות 87-89.

220 להיפך: ברק אומר, כי "התלבט לא מעט" בהחלטה אם הפגיעה אינה עולה על הנדרש ובין השאר סבר, כי היא עומדת בדרישות רק מפני שבגלל החידוש בטענה לא הוצגה תשתית עובדתית מספקת (פסקה 107).

221 למשל: פסקה 41: "אם הכנסת תחליט שלא להמשיך במפעל החוקה, אראה בכך החלטה לגיטימית, שיש לתת לה אותו תוקף כמו להחלטתה להמשיך במפעל החוקה". לא ברור איך עמדה זו מתיישבת עם הרמז בעניין פרשת לאו"ר כי ניתן לפתח ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית.

222 לדוגמא: פסקה 54: "הכנסת היא בעלת סמכות מכוננת. מכוחה היא העניקה חוקה לישראל. היא עשתה כן פרקים-פרקים, על-פי "החלטת הררי", כל אחד מחוקי-היסוד הוא פרק בחוקתה של מדינת ישראל... אכן, יש למדינת ישראל חוקה. אלה הם חוקי-היסוד...".

חוקי-היסוד ולרעיון של ביקורת שיפוטית על-ידי בית-המשפט העליון כבית-משפט לחוקה היו מרכיבים בהיערכות לקראת בחירות 1996. במאוס 1996 פג תוקפה של "תקופת החסד" לפי חוק-יסוד: חופש העיסוק, שתוקן. נסיונות לתקן את החוק נכשלו בשל דרישת הרוב של 61, ובשל הסתבכויות המשא-ומתן בקשר להמשך החקיקה התוקנית. החקיקה הקיימת כולה נעשתה פתוחה לתקיפה חוקתית מטעמים של חוסר התיישבות עם חוק יסוד: חופש העיסוק. ואכן, לבית-המשפט הוגשו כמה עתירות בנושא זה. לפחות במקרה אחד דחה בג"ץ את העתירה בלי להיכנס לגופה בקביעה כי בשל פיזור הכנסת והבחירות חל על כל החקיקה הקיימת דין רציפות של תקופת מעבר בין הכנסות.

(9) לפני הבחירות הוגשו לבית-המשפט שתי עתירות הנוגעות להן: הופנונג²²³ ומרכז השלטון המקומי²²⁴. הראשונה עסקה במימון מפלגות, והשנייה — בחוק שאסר על כפל כהונה בכנסת ובראשות עירייה או מועצה מקומית והחיל הסדר זה במועדים שונים על ראשי-עיריות מכהנים בכנסת היוצאת וראשי-עיריות המתמודדים לראשונה. בשני המקרים נטען, כי הדבר אינו מתיישב עם סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. בעתירה השנייה נטען גם, כי הדבר סותר את הזכות לשוויון מכות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שתי העתירות נדחו. בעניין מרכז השלטון המקומי השופט חשין אכן מציע לפעול לפי הלכת ברגמן ולבטל את החוק. לדעתו, זהו בדיוק סוג המקרה שבו חייבים למנוע מן הכנסת לתת טובות-הנאה ייחודיות לחבריה. לעומתו, השופט זמיר סבור, כי הפגיעה בשוויון לא הוכחה והוא משמיע אזהרות כלליות לגבי טענות על חוקתיות חוק²²⁵. בעניין הופנונג מתייחס השופט ברק במפורש לשינוי שהוכנס בבדיקת פגיעה בשוויון על-ידי חוקי-היסוד החדשים. עתה נכנסת לתמונה גם חומרת הפגיעה, ובית-המשפט לא יתערב כאשר פגיעה זו מזערית.

(10) לאחר הבחירות, ביוני 1996, פורסם פסק-דין של בית-המשפט, בהרכב של שלושה-עשר שופטים, בעניין זנדברג²²⁶. הטענה החוקתית היתה, כי חוק תשריר שהכשיר רטרואקטיבית העלאת אגרות טלוויזיה אינו מתיישב עם חוק-היסוד, שכן הוא

223 כג"צ 3434/96 הופנונג נ' יו"ד הכנסת (טרם פורסם).

224 לעיל, הערה 92.

225 זמיר מתריע על המנהג הנפוץ לתקוף את חוקתיותם של חוקים, כאילו ההנחה היא שכל חוקי ישראל עומדים בסימן-שאלה.

226 כג"צ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור ואח' (טרם פורסם). פסק-הדין ניתן ב-2.6.96. פסק-הדין נכתב על-ידי הנשיא ברק, וכל השופטים הצטרפו אליו.

פוגע בזכות הקניין שלא בהתאם לערכי מדינת ישראל (בשל הרטרואקטיביות שלו) ולפסקת ההגבלה.

עיקר פסק-הדין מוקדש לפרשנות החוקים. לפי פרשנות זו, חיוב האגרות ותשלומי ההצמדה חוקי, אולם קנסות-פיגורים על תשלום שלא היתה חובה חוקית לשלמו אינם חוקיים. בשלב הטענה החוקתית החליט בית-המשפט שלא לדון בשאלה (הקשה) אם חיוב במס הוא פגיעה בזכות הקניין, שכן לדעת בית-המשפט הפגיעה היא כרין (פסקה 31). בית-המשפט קבע, כי לא כל חקיקה אזורית רטרואקטיבית נוגדת את ערכי מדינת ישראל ואין שום דבר מקומם בכך שמי שנהנה משירותי רשות-השידור יידרש לשלם עבור השירות (פסקה 33). הוא קובע גם, כי התכלית – מניעת קריסתה של רשות לשידור ציבורי – ראויה וכי תיקון טעות פורמלית כדי לאפשר גבייה של אגרה אינה פגיעה במידה העולה מן הנדרש.

(11) חקיקת-יסוד לאחר הבחירות. זמן קצר לאחר הבחירות התברר כי חוק יסוד: הממשלה, אינו נותן מענה לכמה עניינים (כגון מעמדם של סגני ראש-הממשלה), והממשלה הביעה רצון להכניס בחוק כמה שינויים (כגון החוק הנורבגי והגדלת מספר חברי-הקבינט). הגם שהיתה התחייבות בהסכמים קואליציוניים כי השינויים יועברו תוך חודש מהצגת הממשלה, לא בוצעו השינויים עד היום. דרישת רוב של חברי-הכנסת מתגלה כדרישה לא-קלה, המונעת שינויים שחלקם אינם שנויים במחלוקת. לעומת זאת, הצליחה הממשלה להעביר תיקון לחוק יסוד: חופש העיסוק, שלפיו הוארכה תקופת שמירת הדינים, רטרואקטיבית, לשנתיים נוספות.

(12) בסוף נובמבר 1996 פורסם פסק דינו של בית-המשפט בעניין מישראל²²⁷. בית-המשפט, בהרכב של תשעה שופטים, דחה את העתירות נגד חוק הבשר. טענות העותרים היו, כי החוק פוגע לא רק בהוראות פסקת ההגבלה, אלא גם בעקרונות-היסוד של חוק יסוד: חופש העיסוק וכי על פגיעה כזו לא חלה פסקת ההתגברות. כמובן הם טענו, כי החוק פוגע גם בזכויות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובו אין כלל מנגנון של התגברות. בית-המשפט, מפי הנשיא ברק, קובע, ראשית, כי פסקת ההתגברות אכן מאפשרת למחוקק לחוקק חוק הנוגד את פסקת ההגבלה, בלי לשנות את חוק-היסוד עצמו ואת מעמדו העל-חוקי. לפיכך חוק הבשר הוא תקף. הוא ממשיך וקובע, כי אין צורך להכריע אם פסקת ההתגברות חלה על עקרונות-היסוד, שכן אף אם היא חלה

227 בג"צ 4678/94 מישראל ואח' נ' כנסת ישראל ואח' (טרם פורסם). הישיבה התקיימה ב-15.5.95 ופסק-הדין ניתן ב-25.11.96. גם כאן, כמו בעניין זנדברג, נכתב פסק-הדין בידי הנשיא ברק, והשופטים האחרים הצטרפו אליו ללא תוספות.

עליהם, הפגיעה שבה מדובר היא בעקרונות יסוד "אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם, ואשר הפגיעה בהם היא מהותית וקשה" וכי זה אינו המקרה שלפני בית המשפט (פסקה 16). לגבי היחס בין חוק חורג לפי חוק יסוד: חופש העיסוק, לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע ברק, כי הפרשנות צריכה לתת משמעות הן לקיומה של פסקת התגברות בחוק השני הן להיעדרה מן החוק הראשון. פרשנות כזאת תעניק לחוק החורג הגנה אם הפגיעה בזכויות האחרות היא תוצאת-לוואי מתבקשת מהפגיעה בחופש העיסוק ומשנית לה ואם הפגיעה בזכויות האחרות אינה ממשית (פסקה 21). מכיוון שלדעת בית המשפט מתקיימים במקרה זה כל התנאים האלה, בית המשפט נמנע מלהכריע בשאלות העקרוניות, האם יש בחוק הבשר פגיעה בזכויות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? האם שוויון וחופש מדת נכללים בו? והאם הפגיעה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה?

התגובה על פסק-הדין היתה מעורבת הן מבחינת התוכן הן מבחינת רמת הדיון. רחיים, בדרך הטבע, שמחו על התוצאה. פרשנים נחלקו: הרוב סבר, כי בית-המשפט נתן פירוש נכון ומתבקש למסר החקיקתי המורכב של המחוקק. חלק טענו, כי היתה פה "התקפלות" של בית-המשפט בשל "הטרור הדתי".

לסיכום ראשוני: נכזבה התקווה כי בכנסת השלוש-עשרה יושלם המהלך החוקתי ונראה, כי הכנסת הארבע-עשרה לא תהיה זו שתבצע אותו. מנגד, איומי החקיקה הדתית גם הם מבוששים להתממש. בינתיים, ארבע שנים אחרי חקיקת חוקי-היסוד, לא בוטל אף חוק יחיד של הכנסת על-ידי בית-המשפט, כולל ביטול "ישן" לפי הלכת ברגמן. אחרי פסק-הדין בעניין חוק גל נראה, כי בית-המשפט שינה ממנהגו: פסקי-הדין החוקתיים קצרים-יחסית ויש מאמץ ברור להסתפק בפסק-דין אחד המבטא את דעת בית-המשפט כולו. חשוב יותר, וקשור: בית-המשפט מצטמצם במודע להכרעת השאלות המשפטיות הנדרשות להכרעה²²⁸. בפני בתי-המשפט תלויים ועומדים כמה עניינים שבהם עומדת חוקתיותם של חוקים להכרעה²²⁹, וימים יגידו איך ינהג בהם בית-המשפט.

228 ברור כבר, כי אין בבית-המשפט הסכמה בשאלות, כגון מקור הסמכות לשריין חוקים (סמכות מכוננת, ריבונות הכנסת או עקרון התארגנות פנימית) או היקף ההגנה לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (האם, למשל, הוא כולל שוויון או חופש מדת?). לו ביטאו השופטים דעות בנושאים אלה, סביר להניח כי לא היו יכולים לכתוב פסקי-דין פה אחד.

229 כגון עתירה של האגודה לזכויות האזרח לבטל הוראות מפקודת העיתונות המגבילות חירותם של אנשים להוציא עיתון או לעורכו, עתירה של האגודה לזכויות האזרח ושל סניגורים צבאיים לבטל סעיף בחש"צ המאפשר מעצר חייל לפני הבאתו לשופט לחקופה הארוכה מזו של אזרח, ועתירות כנגד הארכת ההסדר המחייב של חברות-הביטוח עם "אבנר".

חלק שלישי: "המהפכה החוקתית" – סיכום-ביניים

מוקדם עדיין להעריך את תרומת ההתפתחות במהלך החוקתי שהתחילה ב-1992 מבחינת עיקרי המשטר בישראל, מבחינת ההגנה על זכויות האדם ומבחינת מעמדו של בית-המשפט העליון לעומת הרשויות האחרות. סביר גם להניח, כי המהלך אינו ליניארי וכי רק מפרספקטיבה של זמן ניתן יהיה להעריך את השפעותיו. בפרק זה אטען, כי שיח המהפכה החוקתית (כמו גם שיח הסמכות המכוננת או המדרג הנורמטיבי) האיץ מאוד את המהלך החוקתי מבחינת שיח השופטים ומבחינת עידוד פניות לבית-המשפט. שאלה קשה יותר, וחשובה יותר, היא, האם האצה זו היתה טובה? ברור, שעמדות בנושא זה תהיינה קשורות גם לעמדה הנורמטיבית של אדם כלפי רעיון החוקה והדרך הראויה לקידומו. אני אטען, כי יכולה להיות מחלוקת בנושא זה גם בין אנשים המסכימים שחוקה נוקשה ועליונה לישראל היא חשובה.

בחלק הראשון אטען, כי יישום עקרונות החלק הראשון למצבה של ישראל מראה כי נחוצה בה מאוד חוקה עליונה ונוקשה הן בתחום סדרי המשטר הן בתחום ההגנה על זכויות האדם. למרות זאת, ואולי חלקית בגלל זאת, אין בישראל תמיכה רחבה, במערכת הפוליטית ובציבור, לחוקה נוקשה העונה על בעיות האמת של ישראל. תומכי מהלך 1992 סברו, כי לפי שתי קביעות אלה ראוי לקדם את רעיון החוקה בכל דרך, כולל חלוקת מגילת-זכויות האדם לפרקים, דילול של המהלך לשינוי שיטת-הבחירות והעברת החקיקה באופן מחטפי וללא רוב מסיבי. לדעתי, הן המוסר הפוליטי הן התבונה הפוליטית מורים, כי עקיפת הצורך בהסכמה רחבה, ובהליך מסודר, כולל ומקיף של אימוץ חוקה נוקשה אינה רצויה. החוקה שנקבל בדרך זו אינה טובה, ונוקיה עולים על יתרונותיה.

בחלק השני אבחן את מהלך 1992 ואת השיח שהתפתח סביבו. חקיקת זכויות האדם של 1992 כשלעצמה היא טובה: אמנם, אין בה מגילת-זכויות נוקשה וכוללת, אך היא מאפשרת שיפור בהיקף ההגנה על זכויות האדם בישראל. אולם, כמו כל שלב במהלך החוקתי הארוך בישראל, היתה, וישנה, סביב החקיקה עמימות רבה לגבי כוונותיה, היקפה ומשמעותה. עמימות זו נבעה בין השאר מפני שהחקיקה היתה תוצאה של פשרה, שבה כל צד טען לפרשנות שונה של החוקים. אטען, כי שיח הסמכות המכוננת, המדרג הנורמטיבי והמהפכה החוקתית גורמים לקריאה מרחיבה של משמעות חוקי 1992, שאינה משקפת את המצב החוקתי הקיים או את המצב החוקתי שהוא – לדעתי – רצוי.

בחלק השלישי אשרטט כיוון ראוי להתפתחותו של המהלך החוקתי בישראל, לפי הנתונים המיוחדים בה. לטעמי, ראוי לוותר על מאמצי ההשגה של נוקשות ועליונות בחקיקת הכנסת ולרכז את המאמץ בשני מסלולים שונים: שיפור מירבי של החקיקה הרגילה, כולל אימוצה של מגילת-זכויות כוללת וגמישה, בנושאי זכויות-אדם ונושאים משטריים, בצד בנייה מקבילה של הליך של "אמנה חברתית" שתוכל אולי להניב חוקה אמיתית לישראל, על בסיס של השתתפות ציבורית והסכמה רחבה. גם מי שאינו מסכים עם כיוון זה יכול להסכים לפסקה השנייה, הנוגעת לתפקידו הראוי של בית-המשפט בהליך התגבשות החוקה. אני מעדיפה את גישת זנדרג ומיטראל לגישת פסק-הדין בעניין חוק גל והשיח החוקתי. דומני, שגישת זו נובעת מטבעו של התפקיד השיפוטי, בכלל, וכי היא מתחייבת במיוחד בנסיבות הרגישות של המהלך החוקתי שבו אנו עוסקים. אני סבורה, כי זהירות זו היתה פוגעת ביכולתו של בית-המשפט להגן על זכויות האדם או אף בסיכויו לקבל מגילת-זכויות נוקשה ושלמה. ההיפך הוא הנכון.

א. האם אפשרית חוקה טובה בישראל?

כדי להעריך את המהלך החוקתי של 1992 ואת השיח החוקתי שהאיצו, יש לענות על שלוש שאלות שונות: ראשית, האם לישראל, בגלל תנאיה המיוחדים, נחוצה חוקה עליונה ונוקשה? שנית, האם קיימים בישראל התנאים שיניבו אימוצה של חוקה בתמיכה חברתית רחבה? שלישית, בהנחה שהחוקה המתגבשת תהיה תוצר של המשך החקיקה הרגילה ושל שריון גורף של חוקי-היסוד הקיימים באמצעות חוק יסוד: חקיקה (או באופן הלכתי), האם תהיה זו חוקה טובה, הנותנת מענה ראוי לצורכי מדינת ישראל? לדעתי, צודקים אלה הסבורים כי בתנאים המיוחדים של ישראל אכן נחוצה עקרונית חוקה נוקשה. מנגד, דומני כי טעות היא לחשוב שניתן היה לאמץ חוקה טובה ב-1950, ומכל-מקום ודאי כי לא ניתן לעשות זאת עתה, כל עוד אין תחושה של משבר או כורח, המחייבים להגיע לפשרות ולוויתורים הדדיים, שיניבו הסדר יציב והוגן. מנגנון החקיקה במסגרת "פוליטיקה רגילה" של הכנסת, כאשר הסוגיות נבחנות פרקים-פרקים ותוך כדי האילוצים וההטיות של ההליך הפוליטי בישראל, אינו יכול להניב חוקה טובה. אם ראוי לנסות לאמץ חוקה, הניסיון חייב להיעשות בדרך של תמונה כוללת, כך שניתן יהיה לאמץ עסקת-חבילה שלמה, שאיזוניה הפנימיים ברורים. לטעמי, הערכה זו היתה נכונה ב-1992 והיא נכונה שבעתיים כיום.

1. האם נחוצה חוקה נוקשה בישראל?

ראינו בחלק הראשון²³⁰ כמה צידוקים אפשריים להגנה על הסדרים חוקתיים מפני המחוקק הראשי גם בדמוקרטיה. בכל מדינה ובכל חברה יש חשש כי מחוקקים, כמו מפעילי כוח אחרים, יעשו בו שימוש-לרעה. בכל מדינה וחברה ניתן לחשוב על דרכים לצמצם חשש זה. ככל שהחשש לשימוש-לרעה בכוח החקיקה, על-ידי רוב או על-ידי גורמים אינטרסנטיים, גדול יותר – כך גדול יותר הצורך בחוקה נוקשה, שתתן לעקרונות-יסוד יציבות והגנה מפני המחוקק. דומני שאין חולק, כי בישראל נתונים מבניים המגדילים חששות כאלה במידה ניכרת.

ישראל היא חברה שסועה ויש בה שני שטחים מרכזיים ושתי קבוצות-מיעוט מרכזיות: הלא-יהודים, בעיקר ערבים, מצד אחד, המונים כ-18% מן האוכלוסייה; והאורתודוקסים, בעיקר החרדים, שישנן הערכות שונות של מספרם ויש להם כיום ייצוג של 20% בכנסת, מצד אחר²³¹. נוסף על כך יש בישראל ריבוד על בסיס עדתי ועל בסיס סוציו-אקונומי, שיש ביניהם התאמה לא-קטנה²³². בשנים האחרונות אנו מתבשרים על עלייה חדה במידת הפער בין חלקי אוכלוסייה שונים, כאשר גם כאן ישנה התאמה מדאיגה בין השתייכות קבוצתית-לאומית-תרבותית ובין מאפיינים כלכליים-חברתיים. אמנם, ישראל רחוקה עדיין מרמת העוני והניכור של חברות, כגון ארצות-הברית, אך הפערים בה גדולים וגדלים וישנה תחושה של החלשה בתחושת הסולידריות החברתית. האוכלוסיות החלשות והעניות ביותר בישראל הן אלה של הערבים ושל החרדים.

ישראל מוגדרת עתה גם כמדינה יהודית בחוקי-היסוד החדשים. עצם ההגדרה הזאת יוצרת מוקד מתח עם אזרחיה הלא-יהודים. תחושת השייכות שלהם והשוויון שיינתן להם נמצאים בסימן-שאלה. האם הם חלק בלתי-נפרד מן המפעל של מדינת ישראל? איך מתיישבות זכויותיהם עם חוק השבות ועם הקדימות שניתנת במדינה להתיישבות יהודית ולקיבוץ-גלויות? סימן-שאלה זה גובר כאשר זוכרים כי ישראל נמצאת מאז הקמתה בסכסוך קיומי עם שכניה וכי אלה והמיעוט הערבי בישראל שייכים לאותו עם. הערבים בישראל אינם רק מיעוט לאומי, אלא נתפשים לעתים קרובות גם כסיכון בטחוני וכ"גיס חמישי". סיכונים בטחוניים הם טעם קלאסי לפגיעה בזכויות, אולם ידועה גם העובדה כי במקרים רבים נושאים את שם הביטחון לשווא. נוסף על כך לא-יהודים

230 פסקה ה, בעיקר פסקה ה3.

231 שתי קבוצות-המיעוט האלה גדלות מבחינה דמוגרפית מהר יותר מקבוצת-הרוב. העלייה ממדינות חברה-עמים שינתה את התמונה כמקצת, שכן היא חילונית מובהקת, והמרכיב הלא-יהודי בה אינו ערבי.

232 לתיאור השטחים בישראל ראו, למשל, ר' הנרוביץ ומ' ליסק מצוקות באוטופיה (1992).

בישראל יוצרים גם חשש של נישואי־ערוכת והתבוללות. כללית יש לנו מצב שלתוכו בנויה סכנה מוחשית של פגיעה בזכויות: הערבים עלולים להיתפש בעיני יהודים רבים כאויב, כאיום וכמתחרים על נכסים. מכיוון שהם מיעוט בישראל, חשוב להגן עליהם מפני חקיקה של הרוב.²³³

באוכלוסייה היהודית עצמה יש רוב גדול מאוד החפץ במדינה יהודית, אולם ניטשת מחלוקת עמוקה על משמעותה של יהודיות זו. ישנם השואפים להגיע למדינת הלכה או לפחות למדינה שתהיה קרובה למדינת־הלכה במידת האפשר. אחרים רואים בזהות היהודית עניין לאומי־חילוני ורוצים במדינה שהעם היהודי — אשר רוב בניו כיום אינם שומרי מצוות — יוכל לממש בה את זכותו להגדרה עצמית. מתחים אלה יוצרים קשיים מגוונים: חשש של המיעוט הדתי לאפליה בהקצאת משאבים ובהכבדה על אורח־חיים הדתי, מצד אחד, וחשש של הרוב החילוני מפני כפייה דתית, מצד אחר. במקביל מתנהל דיון מתמשך על אופי הפרהסיה בישראל, ובעיקר על מנגנוני ההשתייכות וההצטרפות ליהדות. בין הקבוצות אין מחלוקת לגבי מי שנולד יהודי או מוכר כיהודי לפי ההלכה. הבעיה היא ההתייחסות למי שרוצה להצטרף לעם היהודי ולמדינתו. האורתודוקסים עומדים על כך, שקנה־המידה יהיה דתי וכי בקביעת הזהות הדתית יהיה מונופולין לרבניהם. חילונים מוצהרים היו רוצים מנגנון אזרחי־חילוני, ובתווך מושמעת תביעתם של זרמים לא־אורתודוקסיים ל"פלורליזם דתי". אחת מן הפשרות הממשיות בין דתיים לחילוניים בישראל היא מסירת מונופולין בנושאי נישואין וגירושין לבתי־הדין הרבניים, עם ההשלכות של מצב זה על שומרי מצוות ואחרים כאחד.²³⁴

נראה, כי לפחות בקבוצות הדתיות־חרדיות, המחויבות לדמוקרטיה, אם היא קיימת כלל, היא אינסטרומנטלית בלבד. עקרונית, קבוצות אלה אינן מקבלות את עקרון ההכרעה על־ידי רוב או את הרעיון של קביעת החוקים על־ידי נציגי האוכלוסייה ואת המוסדות המוסכמים לקבל החלטות, כגון בחי־משפט; שכן המקור הנורמטיבי האחרון של הנורמות שהם מקבלים כמחייבות הוא אלוהי. בציונות הדתית ניסו למצוא איזון בין הדת לדמוקרטיה, אולם איזון זה מתברר כשברירי בעידן של פסקי־הלכה האוסרים ציות לפקודות לפנות יישובים, או של אנשים המוציאים לפועל "דין רודף" ו"דין מוסר" או רואים בהריגת ערבים מצווה דתית ועניין של קידוש־השם.

במדינה עם רקע כזה, הכרעה חוקתית על דמות המדינה ועל חלוקת הכוח בה נראית מתבקשת. די ברור, כי בחברה אין ההומוגניות המאפשרת תפקוד סביר של מנגנון קבלת החלטות רובני פשוט, שכן לקבוצות שונות באוכלוסייה אינטרסים מבניים ומובנים

233 מפעם לפעם מתפרסמים מחקרים מדאיגים על עמדות הציבור לגבי זכויות ערבים בישראל. לאחרונה, בחודשים האחרונים של 1996, נמסר כי שני שלישים מן התלמידים אינם סבורים שיש להעניק שוויון זכויות לערבים בישראל.

234 ראו, למשל, פ' שיפמן מי מפחד מנישואין אזרחיים? (1995).

שונים. יתירה מזו: לקבוצות-המיעוטים הגדולות יש לא רק אינטרסים שונים, אלא צורך במידה מסוימת של אוטונומיה לניהול אורחות-חיים ייחודיים. למעשה, חברה במצב כזה מתפקדת במובן מסוים כמו פדרציה: יש בה לכידות כללית, אולם לקבוצות שונות בתוכה יש אינטרסים ייחודיים, שהגנתם דורשת הסדרים משפטיים מיוחדים, שלא יהיה אפשר לשנות אותם בהחלטת רוב שאינה לוקחת בחשבון את האינטרסים הייחודיים האלה. עולה מכך, כי נחיצותה של חוקה קיימת הן לגבי מבני ההשתתפות בהכרעות הפוליטיות הן לגבי זכויות האדם של פרטים ושל מיעוטים²³⁵. בגלל השסעים המורכבים בחברה הישראלית אכן ראוי היה שתהיה בה חוקה נוקשה שהיא מעבר לפוליטיקה רגילה של רוב מזדמן או של רוב חלקי שאינו משקף את המבנה המורכב של החברה. חוקה כזאת היתה מאפשרת פיתוח של הזיקה האזרחית, המבוססת על שוויון בלי הבדל דת או לאום, שהיא הכרחית כדי שישאל תוכל להיות דמוקרטיה אמיתית. במקביל היא היתה נותנת תחושה של שייכות וביטחון גם לקבוצות-המיעוט הגדולות.

2. האם אפשרי אימוץ חוקה שלמה, עליונה ונוקשה?

כדי לאמץ חוקה לא די בכך שישנם טעמים של מוסר פוליטי המצביעים כי יש בה צורך. כאמור, בישראל קיימים טעמים כאלה הן בתחום זכויות האדם הן בתחום הסדרי חלוקת הכוח הפוליטי. כדי שחוקה תוכל למלא את תפקידיה היא חייבת להישען על תמיכה רחבה, ועובדה זו צריכה להיות ברורה ומקובלת בה. תמיכה כזאת צריכה לבוא הן מטעם מרכזי הכוח הפוליטי עצמם הן כדרישה של הציבור הרחב שהחוקה אמורה להגן על האינטרסים שלו. כפי שראינו, בישראל אין הסכמה רחבה במערכת הפוליטית על הצורך בחוקה נוקשה ועליונה ואין לחץ ציבורי של ממש בכיוון זה. בפועל, נוכחותם של השסעים הדורשים חוקה היא שגרמה להעדפה של המערכת הפוליטית שלא לקבל חוקה. ההעדפה הפוליטית היתה לטפל בשסע הפנים-יהודי בדרך של משא-ומתן ושל פשרות; ואילו בשסע הערבי – לטפל בדרך של החלטות חד-צדדיות, יצירת עובדות בשטח ומנגנון קבלת החלטות רובני²³⁶. גם המדיניות הכלכלית

235 לעיל בהערה 31, הסברתי בהרחבה, מדוע התנאים בישראל יוצרים צורך בהגנה חוקתית על זכויות האדם.

236 בגביון, לעיל בהערה 43, אני מציינת את חוסר הסימטריה בין שני השסעים: לשסע הפנים-יהודי בולטות גבוהה הרבה יותר בפוליטיקה הישראלית, לרבות במהלך החוקתי, מאשר לשסע בין יהודים לערבים. הגיעו דברים עד כדי כך, שבסקירות חיצוניות מסוימות השסע היהודי-ערבי כלל אינו מוזכר! כך, למשל, בסקירה של Lijphart, *supra* note 20 על 21 דמוקרטיות מתוארת ישראל כחברה הומוגנית במובן שאין בה קבוצת מיעוט מוגדרת על בסיס של תרבות או שפה של 20% או אף 10%, אך כחברה "פלורלית" בשל השסע בין דתיים וחילוניים.

והמדיניות התברתית הושארו בעיקרן מתוך לתחומם של בתי-המשפט ובמסגרת המערכת הפוליטית, לטוב ולרע²³⁷. המשא-ומתן בענייני דת ומדינה, כמו גם חלקים מכריעים של סדר-עדיפויות, נקבעו במסגרת המערכת הפוליטית. בתי-המשפט פיתחו הגנה על זכויות האדם כעקרונות פרשנות. ברוב המקרים המחוקק הראשי לא נזקק לתקן חוק כדי לסכל את הקיום ארוך-הטווח של ההכרעה השיפוטית²³⁸. במקרים אחרים הכנסת הגיבה על פסיקת בית-המשפט בשינוי החוק²³⁹.

עד 1977 לא היה לנציגי הממשלה אינטרס לאמץ חוקה, ולנציגי האופוזיציה לא היתה דרך לאלץ אותם לעשות זאת בניגוד לרצונם: הממשלה נשענה על רוב יציב ודי קבוע, וכדרך הטבע לא ששה לוותר על כוחה לשלוט על החקיקה. המהפך של 1977 יצר לראשונה מצב שבו זהות הכוחות הנמצאים בשלטון אינה ידועה מראש. במובן מסוים הוא יצר מעין "מסך של בערות", שמאחוריו פוליטיקאים דנים בשאלת החוקה בלי ידיעה אם הם עצמם נמצאים בשלטון או באופוזיציה, בלי ידיעה אם הם רוב היכול להגן על זכויותיו בדרך החקיקה עצמה או מיעוט הדורש הגנה חוקתית מפני המחוקק. כיום התחדדה גם התחושה, כי בגלל נתונים משטריים הרוב החילוני אינו יכול לגייס את כוחו כדי להגן על זכויותיו מפני חקיקת דתית. גם תחושה זו מניבה אינטרס של פוליטיקאים בחוקה נוקשה, אלא שטעם זה עצמו גם מחליש את הסיכויים לחוקה: המפלגות הדתיות, שלהן אינטרס ברור במניעת ההעברה של הכרעות מסוג זה אל מחוץ למערכת הפוליטית, מטרפדות את המהלך. נראה אפוא, כי הסיכויים להשגת חוקה שלמה, עליונה ונוקשה, המגינה על סדרי משטר ועל זכויות האדם, בדרך של חקיקה מפורשת ומסודרת — אינם גדולים.

חשוב לזכור, כי קשיים כאלה אינם מיוחדים לישראל. יתירה מזו: לטעמים פוליטיים ואינטרסנטיים אלה מצטרפים קשיים מבניים כלליים בפני מפעל של חקיקת חוקה

237 בית-המשפט נקט עמדה פסיבית בנושא האינטגרציה בחינוך הן כאשר היה מדובר בכפיית האינטגרציה הן כאשר מדובר בפתיחת אזורי רישום והגבלתה. בית-המשפט כמעט שאינו מתבטא בנושאים של מדיניות חברתית.

238 לא היתה תגובה חקיקתית על ההחלטות בעניין בג"צ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה(1) 399 או בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי-הסוהר, פ"ד לר(3) 294, הגם שניתן להניח כי הכבירו על השלטונות. יותר רלבנטי לענייננו: לא היתה תגובה חקיקתית על פסיקת בית-המשפט בעניין כניסת נשים למועצות דתיות (בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221) ולמרות חקיקת חוק הסמכה לגבי פתיחת בתי-קולנוע בשבת בעקבות החלטתה של פרוקציה בת"פ (י"ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פס"מ תשמ"ח (ב) 265, לא נעשה מאמץ לאסור פתיחת בתי-קולנוע בירושלים. כמרכן החוק לא שונה בעקבות פסיקת בית-המשפט, המכירה בגיור לא-אורחודוקסי בחול"ל (בג"צ 230/86 מילר נ' שר הפנים, פ"ד מ(4) 436; ובג"צ 264/87 התאחדות ספרדים שומרי תורה נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד מג(2) 727).

239 בעקבות ההחלטה בבג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, תוקן חוק השבות.

נוקשה וכוללת בתוך פעילות חקיקתית ופוליטית "רגילה"²⁴⁰: הפעילות הפוליטית והחקיקתית הרגילה היא תובענית למדי, בעיקר בישראל. הכנת טקסט חוקתי שלם וראוי היא מלאכה הדורשת זמן. זמן זה הוקדש בכנסת שלנו פעמים לא-מעטות, לפחות לגבי ההגנה על זכויות האדם. כשלון המאמצים עשוי בהחלט להניב חוסר-רצון להקדיש שוב את הזמן הנדרש. מעבר לכך, פעילות פוליטית מונעת במקרים רבים על-ידי אינטרסים קצרי-מועד של הפוליטיקאים. יש מי שמבכה מצב זה ויש מי שמקבל אותו כטבעי, אולם ברור שפעילות המונעת על-ידי אינטרסים מידיים כאלה לא תניב בדרך-כלל הסדרים חוקתיים מושכים, שיוכלו ללכד מסביבם תמיכה ציבורית רחבה.

הערכה זו לגבי סיכויי אימוצה של חוקה עליונה ונוקשה יכולה להניב שתי מסקנות פוליטיות מנוגדות: האחת היא, כי אין טעם לעסוק בנסיונות לחקיקת חוקה; שכן דבר זה לא יתאפשר ממילא, ויש לנסות לשפר ככל הניתן את ההסדרים החקיקתיים החלים על הסוגיות החוקתיות ולוותר מראש ובידיעה ברורה על דיונים שעניינם עליונות, נוקשות או ביקורת שיפוטית. במסגרת עמדה כזאת יכול בית-המשפט להמשיך במפעל המרשים שלו ולקדם זכויות-אדם ודמוקרטיה בדרך של פרשנות החוק. השנייה היא, כי מכיוון שחוקה נוקשה חשובה לישראל, מוצדק לעשות מאמצים מתמשכים להעביר חוקה כזאת, ולו גם בחלקים ובמחטפים, ומתוך שיתוף-פעולה פורה ביצירת החוקה בין המחוקק ובין בית-המשפט. השיט החוקתי קרוב ברוחו לעמדה השנייה, שכן הוא מנסה להרים תרומה להליך כזה של יצירת חוקה. כדי להעריך את העמדה הזאת, יש לעבור לשאלה נוספת: האם חוקה, שתתגבש בצורה של מחטפי חקיקה, פשרות מקומיות ופיתוחים שיפוטיים תהיה חוקה טובה לישראל?

3. האם החוקה המתגבשת טובה?

התקווה של מחוללי מהלך 1992 ושל בעלי השיט החוקתי היא, כי יושלם המפעל החוקתי באמצעות חקיקה של הסדר חוקתי להגנה על זכויות-אדם, ובעיקר חוק יסוד: חקיקה. התמונה המצטיירת היא של מצב שבו חוק יסוד: חקיקה שכזה ישריץ באופן גורף את כל חקיקת-היסוד הקיימת ויקנה לה עליונות וכי עליונות זו תגרום להתפתחותה של ביקורת שיפוטית. במצב זה תהיה לישראל "חוקה", גם אם חוק יסוד: חקיקה, עצמו יתקבל ברוב קטן למדי ובנסיבות של עמימות גדולה או מחטף. סביר להניח, כי בתנאים הפוליטיים של ישראל שריון כזה יבוא יחד עם שמירת דינים כללית של כל החוקים

240 ראו, למשל, סקירתו המאלפת של O. Down "The Implementation of Constitutional Reform in the U.K.: Principles and Problems" 29 *Isr.L.Rev.* (1995) 551 על תהליכים של רפורמה חוקתית בבריטניה. הראיון עם לין, לעיל בהערה 172, על העברת חוק יסוד: הממשלה, ב-1992 פותח גם הוא צוהר לאילוצי חקיקה חוקתית במסגרת מחוקק רגיל.

הקיימים, לרבות דיני המעמד האישי וסמכויות החירום של הצבא. סביר גם להניח, כי אם יעבור חוק כזה, הוא יגן על הסטטוס-קוו הדתי ובוודאי על המונופולין הדתי בעניינים של נישואין וגירושין. זהו התרחיש החוקתי שאני רואה אותו כבלתי-רצוי וכמסוכן. לפיכך אני מתנגדת לכל שיח או תהליך העשוי להחיש אותו באמצעות טשטוש המשמעויות החמורות של המהלך.

משפטנים עסקו בסוגיית החוקה, בעיקר מתוך נקודת-המבט המוסדית של מעמדו של בית-המשפט. חוקי-יסוד משוריינים, ובוודאי חוקה שלמה, עם ביקורת שיפוטית, יכניסו שינוי של ממש ביחס בין בית-המשפט ובין המערכת הפוליטית, בכלל, והכנסת, בפרט. הלגיטימיות של משא-ומתן פוליטי ועקרונות מדיניות הממשלה בכל התחומים יוכלו להיות נידונים במסגרת דיונים משפטיים בבתי-המשפט. במצב הקיים אצלנו, שבו קרסו כל מנגנוני ההגנה של זכות עמידה ושפיטות, מהלך חוקתי מלא עלול בהחלט להפוך את בית-המשפט למעין מחוקק נוסף ומכריע בכל השאלות הטעונות ביותר על סדר-היום הציבורי בישראל.

הטיעון המבני הזה הוא טיעון "פרודנטי", שלפיו על השופטים לשמור על עצמם מפני מעורבות העלולה להתליש אותם. טיעון זה חשוב, שכן יש לנו עניין ברור בבית-משפט חזק, הנתפש כנייטרלי וכמקצועי, וזוכה לאמון של כל חלקי האוכלוסייה. אולם כאזרחים בחברה הישראלית, העניין שלנו בחוקה אינו מתמצה בשאלת מעמדו של בית-המשפט העליון. לעתים נהיה מוכנים לתבוע מן השופטים לאבד יוקרה ואמון ציבורי, אם נראה לנו כי הערכים שהם אמורים להגן עליהם חשובים דיים. בית-המשפט אמור להיות גוף שאינו אחראי ישירות לציבור באמצעות בחירות, בין השאר כדי שיוכל לקיים שיפוט עצמאית. שיפוט כאלה חשובים במיוחד בהגנה על זכויות מיעוטים, דווקא משום שבהקשרים אלה הרוב עלול להפגין עוינות כלפי הגנה על המיעוט²⁴¹. כאזרחים, המלאכה העיקרית היא לראות האם תוכני החוקה המתגבשים אכן עונים כיאות לבעיות שחוקה אמורה לפתור. השפעת החוקה על מעמד השופטים ובית-המשפט היא רק שיקול אחד מרבים בעד (או נגד) מהלך חוקתי מסוים²⁴².

241 ובאמת, מחקרם של ברזילי ואח', לעיל בהערה 152, מצביע על כך, שתמיכת הציבור בהחלטות בית-המשפט פוחתת כאשר מדובר בהגנה על זכויותיהם הדמוקרטיות של ערבים. לכן איני מסכימה עם עמדתו של נגבי, בביקורת הספרים על ברזילי ואח' משפט וממשל ג (תשנ"ה) 355, הטוען כי אין לבית-המשפט לחשוש מניכור האזרחים. אני נוטה לחשוב, כי נגבי צודק לגבי תמיכת הציבור החילוני בהתערבות בג"ץ נגד אינטרסים דתיים, אולם שם הדבר נובע מכך שבית-המשפט אינו מגן על מיעוט, אלא דווקא על רוב.

242 לא לגמרי ברור אם עמדתו של לנדוי לגבי חוקה לישראל נובעת מטעמים עקרוניים נגד חוקה או מהערכתו, כי המחלוקות בישראל כה עמוקות עד שאין סיכוי לקבלת חוקה טובה, שתיהנה מרמה סבירה של הסכמה רחבה ואשר תאפשר הפעלת ביקורת שיפוטית ללא חשש פוליטיזציה מוגזמת של

כללית נראה, כי יש כאן שילוב מעניין בין הליך לתכנים: האופן שבו מתקבלות ההוראות החוקתיות שלגביהן אין הסכמה יוצר חשש ניכר כי החוקה שתתגבש לא תהיה טובה או מוצדקת. הסדר בלתי-רצוי רע כשלעצמו, אבל אם הוא זוכה להילה ולשריון של הסדר חוקתי שבו עליונות ונוקשות הרבר עלול לגרום להנצחתו ולמניעת אפשרות קלה יותר לשינויו ולהתאמתו לצרכים.

החוקה המתגבשת היא בעיקרה מפעל של גורמי אליטות ברוב היהודי-החילוני, שיש להם עניין בחיזוק זהותה של ישראל כמדינת-לאום יהודית, שיש לה זיקה תרבותית ומדינית לתרבות המערבית ולאידיאלים שלה. תהליך קביעת ההסדרים החוקתיים אינו כולל התייחסות מבנית לצורכיהם, לשאיפותיהם ולמאוייהם של קבוצות-המיעוט הגדולות. הוא מקבע את חלוקת הנכסים הקיימת באמצעות הגנה חוקתית על זכות הקניין ועל חופש העיסוק ומשאירה פתוחה וכואבת את הבעיה של זכויות ערבים בקרקע, כמו את שאלת סדרי-העדיפויות החברתיים בישראל²⁴³. בגלל שיטת הפשרה הפוליטית, פרקי החוקה המתקבלים אינם מבטלים את החקיקה הבטחונית, שמוסכם על הכול כי כלולים בה הסדרים שאינם במקומם במדינות דמוקרטיות. בגלל הפשרה הפוליטית והצורך ליצור רושם של התנהגות סימטרית כלפי שמאל וימין, ההסדרים החוקתיים נוהגים מנהג שווה בגזנות יהודית ובשאיפות לאומיות ערביות²⁴⁴. בדרך

השופטים. עמימות דומה קיימת לגבי הערות ביקורתיות על רעיון החוקה, הביקורת השיפוטית והמהלך החוקתי בישראל, שהושמעו לאחרונה מפי לבונטין (א' לבונטין "ייהודית ודמוקרטית" – הרהורים אישיים", עיוני משפט יט (תשנ"ה) 521).

243 לזכויות הערבים בקרקע ראו בקצרה D. Kretzmer *The Legal Status of the Arabs in Israel* (1990). לחשש כי ייוצר חוסר שיוויון-משקל בין זכויות עיסוק וקניין ובין זכויות חברתיות ודיני עבודה ראו בן ישראל, לעיל בהערה 208 ופ' רדאי "הפרטת זכויות האדם והשימוש בכח" משפטים כד (תשנ"ד) 21. למחלוקת על הגנה על זכויות בקרקע ראו, למשל, הוויכוח הקשה בנושא זה עצמו בחוקה החדשה בדרום-אפריקה: M. Chaskalson "Stumbling Towards Section 28: Negotiations Over the Protection of Property Rights in the Interim Constitution" *SAJHR* 222 (1995). ההבדל הוא כמובן, כי שם באה זכות הקניין להגן על המיעוט הלבן, ואילו אצלנו היא אמורה להגן על הרוב היהודי.

244 זו היתה הפשרה שהתקבלה סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, לעניין הזכות של רשימות להשתתף בבחירות. להחלטות בעייתיות ברמה החוקתית בשל הצורך בסימטריה ראו גם החלטות בית-המשפט החוקתי של גרמניה (1952, 1956) לפסול את הרשימה הניאנאצית ואת הרשימה הקומוניסטית. דווקא אצלנו הצליחה הפרשנות השיפוטית ליצור את ההבחנה בין מפלגתו של כהנא, שנפסלה, ובין רשימות אשר ביטאו שאיפות לאומיות שאושרו. ב-1988 אושרה התמודדותה של הרשימה המתקדמת ברוב דחוק של 3 נגד 2. ב-1996 כבר היה ברור, כי רשימתו של טיבי אינה יכולה להיפסל בשל מצעה (להבדיל מחששות לגבי ניגוד אינטרסים בין טיבי עצמו ובין נאמנות למדינה): רע"א 2316/96 אינקסון נ' רשם המפלגות (טרם פורסם).

הטבע, בשל היעדר הסכמה וקבלת הצורך בהסכמה רחבה, החוקה אינה יכולה לנקוט עמדה מוסכמת בשאלה הסבוכה של דת ומדינה. הנטייה היא להשאיר את עיקרי ה"סטטוס-קוו" על כנם ובכך לא לתת מענה לבעיות המורכבות שמצב זה יוצר, בעיקר לגבי הזכות להינשא והשוויון בין המינים.

התוצאה הבלתי-נמנעת כמעט היא, כי בגלל ההליך המקוטע והאטומיסטי, הדוחה דיון בשאלות השנויות יותר במחלוקת, מתקבעים הסדרים חוקתיים מרכזיים על בסיס חלקי, בלי לראות את התמונה בכללותה ובלי לחשוב על האיזון הפנימי, מבחינת חלוקת הכוח, בתוכה. אמרנו כבר, כי אחת מן הפונקציות של חוקה היא ההגנה על הפרשה הכוללת בענייני חלוקת הכוח והיחס בין הרשויות מפני שינויים מזדמנים ומחטפיים או מפני נגיסה על-ידי מוקד כוח אחד. כאשר מקבעים רק חלק מן ההסדר, כגון חלק מן ההגנה על זכויות האדם וחלק מן ההסדרים המשטריים, חסרה לחוקה היציבות המוקנית מכוח הסכמה רחבה לעסקת-חבילה שלמה ומתחזקת תחושת הניכור של אלה שענייניהם לא זכו להסדרה חוקתית.

החוקה המסתמנת רעה מכמה בחינות: היא אינה מאחדת, אלא מפלגת. היא מנציחה, מקבעת ומשריינת דברים שלא ברור כי ראוי לשריינם. מקבץ הזכויות והערכים המוגן בה אינו אחיד ויוצר עיוותים פנימיים. הליך קבלת חוקי-היסוד אינו מבטיח עיון שיטתי ומקיף בגבולות הדמוקרטיה ועקרון הרוב בישראל. החשש הוא, כי המחוקק הרגיל, במסגרת תנ"וקח של חקיקה רגילה, ישריין ויקבע עקרונות מסגרת על בסיס אינטרסים צרים ומצבים קוניוקטורליים. גם הרעיון של מתן שריון גורף לכל חוקי-היסוד כדרך לעקוף את השלב של האחדה ודיון ציבורי במכלול החוקתי אינו טוב: ראשית, חוקי-היסוד כוללים פרטים רבים שאינם הולמים חוקה. מעבר לחוסר-אלגנטיות, העלול להשפיע על היכולת להפנים את החוקה ולתת לה ערך חינוכי וסמלי, שריונם עלול להביא לנוקשות מיותרות של הסדרים קיימים²⁴⁵. כאן יש לשים לב לתוצאה שלילית של רעיון השריון החוקתי, שרוב השופטים בפסק-הדין של חוק גל מקבל: הדרישה כי לא יהיה שינוי של חוק-יסוד, אלא בחוק-יסוד. דומה, כי זו דרישה שתחייב את המחוקק

245 רוגמא טובה לבעייתיות של ההליך היא חוק הבחירה הישירה של ראש-הממשלה. הכול מסכימים, שהמצב הקיים לפי החוק החדש הוא מצב כלאיים בלתי-רצוי וכי הוא תוצאה של פשרות שנעשו בכנסת בגלל לחץ להעביר את החוק, כאשר מכל הצדדים פרעלים בעיקר אינטרסים של פוליטיקאים השואפים להגדיל את סיכוייהם להיבחר. אם תרצה עתה הכנסת להתאים את החוק ללקחים שנלמדו, או אף להחזיר את הגלגל או לעשות שינוי רדיקלי, יעמוד בפני הצעת התיקון מחסום דרישת הרוב. כאמור, מחסום זה הצליח למנוע עד עתה הכנסת תיקונים לחוק שנקבע בהסכמים הקואליציוניים כי יוכנסו תוך חודש מכינון הממשלה. ייתכן, כי אף הנוקשות ה"מינימליסטיות" של רוב מלא היא מחסום שאינו מאפשר התאמת חוקים לצרכים משתנים, בייחוד מקום שחוק-היסוד כולל — כמו חוק יסוד: הממשלה — הסדרים פרטניים שלא היתה סיבה טובה לשריין אותם מלכתחילה.

להכניס סעיף התגברות כללי לכל חוקי-היסוד, שכן הדרישה הזו בעייתית דווקא מבחינת המדרג הנורמטיבי: הבה נניח, כי עמדה זו היתה מתקבלת בעניין ברגמן. נראה, כי עולה ממנה כי חוק התשריר לחוקי הבחירות ומימון, חייב היה להפוך כולו לחוק-יסוד? במקום להתקדם לקראת מצב של מיפוי וסינון, כך שחוקי-היסוד יכללו רק עקרונות, תביא דרישה זו להרחבת קבוצת חוקי-היסוד לכל החוקים המאזורים שיש חשש כי הם עומדים בסתירה לחוק יסוד: דווקא בנושאי זכויות-אדם תוצאה זו בלתי-נסבלת, כי כל חוק "סותר" (כמו חוק הבשר) יצטרך להיות – בהיעדר סעיף התגברות המאפשר זאת – חוק-יסוד. שנית, ישנם חוקי-יסוד קיימים שמבחינה ציבורית ופוליטית אסור – לפחות, לדעתי – לשריינם, כגון חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל²⁴⁶. שלישית, השריון הגורף לחוקי-היסוד ולא לחומרים אחרים ייצור אנומליה בין חוקי-היסוד לחוקים חוקתיים אחרים²⁴⁷. רביעית, הצורך להימנע מהסדרת ביקורת חוקתית מיוחדת, בשל המתלוקת העזה, תחייב שביקורת שיפוטית תילמד ישירות מעליונות החוק, כמו בארצות-הברית. במצב כזה לא ברור, שניתן לייחד את הביקורת השיפוטית על חוקי כנסת לבית-המשפט העליון דווקא. ולבסוף, שריון גורף לחוקי-היסוד שיתקבל ברוב רגיל הוא בעייתי הן מבחינת ההצדקה הן מבחינת תחושת השייכות והנאמנות. ולסיכום: בטיעון מסדר ראשון אכן נחוצה בישראל חוקה נוקשה, עליונה ושלמה. אולם בגלל היעדר ההסכמה, ראוי לגשת לחקיקתה של חוקה כזאת מתוך דיאלוג ומתוך הליך חקיקה שיבטיח מחויבות והסכמה רחבה²⁴⁸. דיאלוג כזה אפשרי רק אם לכל המשתתפים תמריץ אמיתי להגיע להסדר חוקתי. תמריץ כזה יכול לנבוע מכורח או מתחושה של כל הקבוצות, כי חוקה כזו עשויה לשפר את מצבם. אם נעשית חוקה נוקשה ועליונה בתנאים כאלה, או כאשר היא נכפית על התברה או המדינה מבחוץ, סביר להניח כי ביקורת שיפוטית של בית-משפט חוקתי חזק היא יסוד חיוני בהסדר החדש. זה היה המצב הן בגרמניה לאחר מלחמת-העולם השנייה הן בתוקה החדשה של דרום-אפריקה: כל הצדדים ראו בקיומו ובעצמאותו ערובה לזכויותיהם. במצב כזה

246 עמדה זו אינה נובעת מכיוון פוליטי מסוים. דווח, כי ממשלת נתניהו לא אישרה המשך דיון בהצעת חוק שהגיש בכנסת הקודמת צחי הנגבי במסגרת לשריין את חוק הגולן.

247 אנומליה כזאת קיימת כבר עתה בין זכויות הנכללות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לזכויות שאינן כלולות בו. כך, למשל, היו בתי-משפט שפסקו כי יש להזיז את האזיון שבין חופש הביטוי ובין הזכות לשם טוב לכיוון הזכות לשם טוב, בשל העובדה שזכות זו מנוייה במפורש בחוק-היסוד.

248 לא ברור, כי ישראל בשלה לתת מקום שווה בדיונים על חוקה לערביי ישראל. למרות זאת ניתן לטעון, כי ערביי ישראל ייהנו מחוקה, שכן היא תגן, לפחות במידת-מה, על זכויות המיעוטים. לכאורה זהו טיעון בעד חוקה, גם אם לא ישותפו הערבים בגיבושה. הגם שייתכן כי הדבר נכון, אני חוששת כי מהלך חוקתי כזה רק יחזק את הנטייה הקיימת בלאו הכי לעשות דה-לגיטימציה של שותפות אזרחית של הערבים בישראל.

חששו של השופט לנדוי אינו חייב להתממש, לפחות כל עוד בית-המשפט פועל בזהירות. לעומת זאת, אם תנאי-יסוד אלה חסרים, סביר מאוד כי בית-המשפט המפרש הוראות של חוקה שנויה במחלוקת יתפש כמי שנוקט צד במחלוקת עצמה.

ב. המהלך החוקתי והשיח החוקתי

חוקי 1992 הם עובדה. השאלה היסודית היא מהי משמעותם. כאמור, אי-אפשר עדיין לתת תשובה לשאלה זו: משמעות החוקים תיקבע לא מעט בדרך פרשנותם ובעיקר בתוצאות המעשיות שייגרמו²⁴⁹. במקרים רבים משפטים ופרשנים מציגים עיקרי חוק חדש לעיונם של הקהילה המשפטית והציבור הרחב. במקרה שלפנינו החקיקה גורמת לא רק להצגות ראשוניות כאלה, אלא לשפע של פרשנות מקדימה, הניתנת בחלקה מפיהם של שופטי בית-המשפט העליון עצמם²⁵⁰. יתירה מזו: הניתוח אינו מסתפק בהצגת עיקרי החוקים, אלא מעמיד אותם בהקשר רחב יותר. החקיקה מתוארת כ"מהפכה", שיש בה שינוי אקטואלי ופוטנציאלי של המצב החוקתי ושל התפקיד השיפוטי בישראל. שינוי זה אינו נלמד רק מהוראות החוק עצמן, אלא מרשתת על קיומה של סמכות מכוונת (או סמכות ליצור מדרג נורמטיבי שונה) שבידי הכנסת. מסמכות זו נגזרות תוצאות לגבי עליונותה של חקיקת 1992 ועליונותם של חוקי-היסוד כולם. אקרא לעמדות אלה בשם הכולל "שיח חוקתי".

שאלת היחס בין מציאות חברתית ובין שיח ציבורי זכתה לעיון מעמיק בעת האחרונה. תרמה לכך הטענה הפמיניסטית, כי העליונות הגברית אינה רק תוצאה של מבני כוח חברתיים, אלא מחלחלת ומונצחת באמצעות השיח הציבורי, המסייע להפוך אותה למוכנת מאליה ולתופעה שאינה דורשת הסבר או הצדקה. איני רוצה להיכנס כאן לדיון מרתק זה ואסתפק באמירה, כי אכן בין מציאות חברתית ובין שיח ציבורי יש יחסים מורכבים. עניין המהלך החוקתי מאז 1992 הוא הדגמה טובה לנקודה זו. התובנה הביקורתית והפמיניסטית נכונה וחשובה, אם כי אסור שהיא תביא אותנו למסקנה הקיצונית והמוטעית כי המציאות מתמצה, או אף מקבלת ביטוי טוב ביותר, בשיח. יתירה מזו: מסוכן להגיע אל המסקנה כי יש להעריך שיח רק בתוצאותיו הפוליטיות:

249 זמיר ממקם את רגע המהפכה בבג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, לא בחקיקת חוק יסוד: הכנסת, ששריין את סעיף הכחירות.

250 שאלה מעניינת היא, האם ראוי כי בשלב מוקדם זה ייעשה הניתוח הפרשני על-ידי שופט, העשוי לשבת בדיון ולהכריע בשאלות של פרשנות החוק? לסוגיית חלוקת העבודה בין משפטים אקדמיים למשפטים מעשיים, לרבות שופטים, ראו מ' מאוטנר "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי הדין ובתי המשפט" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (א' רחן-צבי, עורך) 1.

מסגרת השפה, ההמשגה והגיתוח שלנו הם כלי-העבודה החיוניים שלנו להבנת המציאות ולהערכתה.

ההערכה של המהלך ושל אופן הצגתו תלויה אפוא בשילוב של שתי הערכות: הערכה עניינית על הכיוון הרצוי של ההתפתחות החוקתית ומקומו של המהלך בהתפתחות זו והערכה על האדקווסיות של השיח החוקתי ועל תוצאות השימוש בו. בשל מסקנתי לגבי הכיוון החוקתי הרצוי אין לי קושי לטעון כי קריאה זהירה ומצמצמת של המהלך החוקתי, ללא מרכיבי השיח החוקתי, נכונה יותר הן מבחינת היחס בין תורת-המשפט למשפט הפוזיטיבי הן מבחינת התיאור של המציאות החוקתית העכשווית הן מבחינת התפקיד השיפוטי הן מבחינת הכיוון הרצוי של המהלך החוקתי. לגבי אלה התפצלים בהשלמת החוקה במתווה הקיים, השאלה הטקטית נהיית מורכבת יותר; שכן לשיח החוקתי יתרונות רבים, אך גם מחירים לא-קטנים. אטען, כי גם מבחינת נקודת-מוצא זו אני קוראת את ניסיון ארבע השנים הראשונות כאומר שזקקו של השיח החוקתי עולים על תרומתו. מוטב היה לבית-המשפט, מתחילת הדרך, לאמץ את הקריאה הסטנטיבית והזהירה יותר של חוקי 1992.

מסקנתי דומה לזו של השופט לגר: אין לכנסת סמכות מכוונת והיא אינה פועלת מכוחה בחקיקת חוקי-היסוד. הכנסת לא אימצה את תורת המדרג הנורמטיבי. להיפך: היא החליטה לגבי עליונות הוראות בחוקי-יסוד באופן פרטני והבהירה, כי לדעתה, אין להם עליונות הכרחית. בינתיים לא היתה מהפכה חוקתית. עדיין אין לנו חוקה נוקשה וגם בחוקה המטריאלית שלנו אין זה נכון שכל הרשויות הן שוות-מעמד ועצמאיות, ובית-המשפט בודק שהרשויות האחרות לא תסטינה מן החוקה. חוקי 1992 הם צעד חשוב ומעניין במהלך החוקתי ומספקים לזכויות מסוימות הגנה חוקתית מסוימת. הפתרונות שההליך הלא-פורמלי נותן לשאלות הנורמטיביות המרכזיות הקשורות בחוקה אינו טוב. אין לנו אפשרות לקיצורי-דרך שיניבו חוקה טובה. במצב הקיים הימנעות ממהלך שייצור חוקה ללא הליך פורמלי היא הכיוון הנורמטיבי הנכון.

1. סמכות מכוונת לכנסת?

חשוב לראות, כי המחלוקת בין שמגר ובין ברק, ואף המחלוקת ביניהם לבין חשין, חלקה (הקטן) ברמת המציאות המשפטית וחלקה (הגדול) ברמת השיח. כל השופטים מסכימים, כי בכוחה של הכנסת לחוקק חוקים המגבילים את כוחה העתידי לחוקק, לפחות עד כדי דרישת רוב מוחלט. כל השופטים מסכימים, כי פסקת הגבלה ללא שריון פורמלי של נוקשות מפני שינוי היא סוג מסוים של הגבלה כזאת. מחלוקת חשובה לעניין המציאות היא לגבי מעמדם של חוקי-יסוד שאין בהם שום אות על כוונת המחוקק לעשות הגבלה עצמית כלשהי. בנקודה זו תומך חשין בעמדת שהיתה מקובלת על בית-המשפט מימים-ימימה – כי חוקים אלה הם חוקים רגילים. שמגר וברק, כל

אחד לשיטתו, נותנים גם להם מעמד, מוחלש יותר, של עליונות. לעליונות זו הם מקנים תוצאות משפטיות, הכוללות שינוי רטרואקטיבי של מעמד חוקי-יסוד. אמנם, שמגר וברק אינם משריינים רטרואקטיבית את כל חוקי-היסוד, כפי שרוצות לעשות הצעות חוק יסוד: חקיקה, אולם הם מחזקים את התשתית הרעיונית של מהלך כזה על-ידי יצירת הבחנה ברורה בין חוקי-היסוד ככאלה, בלי קשר לשריון, ובין החקיקה הרגילה של הכנסת. מהלך כזה מתזק את הנטייה לומר, כי בישראל ישנה כבר כיום חוקה במובן של אוסף חוקים העוסקים בבעיות חוקתיות ונהנים מעליונות. עליונות זו של חוקי-היסוד אינה נובעת מניתוח נורמטיבי או פוליטי של שאלת העליונות ודרך היצירה הראויה שלה, בעיקר על רקע המחלוקת הפוליטית, אלא שהיא מוצגת כנובעת בהכרח מכך שהם מאמצים תורה מסוימת לגבי ההיסטוריה החקיקתית של הכנסת. הביקורת על שיח הסמכות המכוננת (ובמידה מסוימת, גם על שיח המדרג הנורמטיבי של שמגר) היא איפוא מורכבת.

ראשית, יש להבהיר כמה הבהרות מושגיות ומונחיות. הדיון למעלה²⁵¹ מראה, כי השאלה אם סמכות מכוננת היא דרך מועילה לתאר מציאות משפטית בשיטה מסוימת היא שאלה תיאורטית-יוריספרודנטית, עם תחולה כללית, ולא שאלה קונטינגנטית לגבי שיטות-משפט ספציפיות. לפי קלזן, אין שאלה אם בשיטה מסוימת ישנה נורמה בסיסית. כדי שמערכת נורמטיבית תהיה שיטת-משפט, חייבת, מושגית, להיות לה נורמה בסיסית. הוא-הדין בכלל הזיהוי של הרט. זהו המצב גם לגבי הסמכות המכוננת במובן החזק והראשוני (הקרוב לזה של הנורמה הבסיסית). מובן זה של סמכות מכוננת כלל אינו רלבנטי לסוג הבעיות העולות במהלך החוקתי בישראל, הנוגעות כולן לשאלות על המצב המשפטי אצלנו. השאלה, אם לכנסת סמכות מכוננת (או אם היא קיבלה את תורת המדרג הנורמטיבי) מניחה כי עקרונית ניתן לענות עליה תשובה שלילית²⁵².

כעניין של תיאור טוב של שיטות-משפט נתונות, להבדיל משאלה יוריספרודנטית כללית, התיאור של "סמכות מכוננת" נוח ביותר למצב שבו גוף מסוים מקים, בפעילות מוגדרת, סדר משפטי חדש. מבחינה זו, המפעל החוקתי המתמשך בישראל ודאי שאינו פרי של "סמכות מכוננת", שכן חוקי-היסוד אינם מתיימרים לשבור את הרצף החקיקתי של המדינה. להיפך: הן שמגר הן ברק לומדים את הכוח לתת חוקה עליונה מן הרציפות החוקתית. השאלות המתעוררות בארץ, ברמת הסמכות, הן שתיים: ראשית, האם לכנסת סמכות להגביל את עצמה? והאם סמכות זו מוגבלת לחומר חוקתי? שנית, האם לכנסת סמכות לחוקק, בהליך חקיקה רגיל, חוקה שלמה, עליונה ונוקשה לישראל? כאמור, כל השופטים עונים בחיוב לשאלה הראשונה ומסכימים, כי חוק שיש בו הגבלה עצמית הוא

251 חלק ראשון, פסקה ד.

252 ואכן, קלזן קובע כי באנגליה, שבה אין חוקה פורמלית, יש לעקרונות החוקתיים מעמד של מנהגים (Kelsen, *supra* note 14).

במעמד על-חוקי. המתלוקת נסבה על השאלה השנייה. הספק בנוגע לשאלה הראשונה נובע מן האפשרות שהכנסת היא ריבונית, כמו הפרלמנט האנגלי. זוהי שאלה של הקונבנציות החוקתיות של השיטה הישראלית. הספק לגבי השאלה השנייה נובע בעיקר משיקולים של מוסר פוליטי והצדקה. לכאורה הכול היו צריכים לראות כי בוויכוח בישראל הבעיה אינה לוגית-מושגית וכי שיח של סמכות מכוננת כלל אינו ישים לוויכוח בישראל ואינו מועיל לתת מענה לבעיותיה.

אולם המשיכה של תורת הסמכות המכוננת בישראל אינה באדקוויטיות של התיאור שהיא מספקת. אצל קליין, אקצין וקלינגהופר, כמו אצל ברק, הסמכות המכוננת היא המאפשרת לוגית את "ההגבלה העצמית" של הכנסת והיא הקובעת, מושגית והגדרתית, את העל-חוקתיות של החקיקה החוקתית הן אם זו משוריינת הן אם אינה משוריינת. חשוב אפוא להזכיר את הדברים שאמרנו למעלה: תורת שני הכובעים אינה מצדיקה את ההגבלה העצמית של הכנסת, אלא הופכת את ההגבלה של הכנסת להגבלה "רגילה" של סמכות נחותה על-ידי סמכות גבוהה ממנה, כמו כל הגבלה של רשות מנהלית על-ידי המחוקק הראשי. לוגית, אין הכרח כי סמכויות בדרגות שונות תופקדנה בלעדית בידי רשויות שונות. הבעיה של קביעת מדרג סמכויות אינה מושגית, אלא נורמטיבית. ראינו, כי לעתים ישנה הצדקה להגבלה עצמית של מחוקק עליון. צמדנו גם על הקשר בין העליונות של חוקה ובין תכניה ואופן אימוצה. בישראל תורת הסמכות המכוננת (וגם תורת המדרג הנורמטיבי של שמגר) יוצרת הבדל חוקתי של ממש בין הליכים זהים מבחינה פוליטית וציבורית (חקיקה רגילה וחקיקת חוקייסוד על-ידי הכנסת במהלך עבודתה הרגילה). אסור שתיוג שונה יסלק מן הדיון את המשמעויות הנורמטיביות מרחיקות-הלכת של הכרעות אלה. חשוב להזכיר, כי עמדה זו משותפת ללא מעטים מחסידי תורת הסמכות המכוננת: אקצין וקלינגהופר — שגדלו על המשנה היוריספרודנטית של קלזן, ולכן לא יכלו לקבל באופן מושגי הגבלה עצמית — סברו שניהם, כי יש לקבל חוקייסוד משוריינים ברוב מיוחד וכי חוקה שלמה צריכה להתקבל בהליך מיוחד ונפרד²⁵³.

מכיוון שהבעיה העיקרית באימוצה של חוקה נוקשה אינה לוגית, אלא פוליטית-נורמטיבית, אי-אפשר לתת לה מענה במהלך שנועד לפתור בעיה לוגית. כאשר יש ניסיון להציג את התיאוריה כשלעצמה כמקור להצדקת מהלך חוקתי, יש חשש לטשטוש של השאלות הנורמטיביות שחשוב שתישאלנה לפני צעד שכזה. כך, למשל, תורת הסמכות המכוננת, כפי שאומצה בארץ, יכולה להצדיק אוטומטית כל חקיקה המגבילה חקיקה

253 הנשיא ברק מפרש את התייחסותו של חשין ל"דם ואש ותמרות עשן" כמאפיין ראוי של הליך קבלת חוקה, כעניין של הליך אלים. דומה, שחשין היה מקבל את הליך קבלת החוקה שהציע אקצין כמתאים לתיאור.

עתידיית לפי קנה-מידה צורני היכול להיות שרירותי של "חוק-יסוד". מעין-הצדקה אוטומטית זו עלולה להסתיר הברלים חשובים בין הקשרים שבהם הצורך בהגנה חוקתית וההצדקה הנורמטיבית לגביה שונים לחלוטין. הסקירה ההיסטורית של ברק בעניין זה באה להוכיח — לדעתי, בהצלחה — כי בכנסת גברו הקולות שהכירו בסמכותה להגביל את עצמה²⁵⁴. אולם שאלת-המפתח של המפעל החוקתי אינה אם לכנסת סמכות להגביל את עצמה, או אף אם יש לכנסת סמכות לתת לישראל חוקה נוקשה ועליונה (ושתייהן אינן מחייבות סמכות מכוננת), אלא אם ראוי שהכנסת תעשה שימוש בכוחה זה, ואם כן — באיזה הליך ובאיזה אופן? בשאלה זו ניטש עדיין ויכוח של ממש בכנסת, המשקף מחלוקת בציבוריות הישראלית. לעתים נראה, כי הטענה לגבי הסמכות המכוננת נועדה בין השאר לטשטש עובדה זו ולסלק חלק זה של הוויכוח מעל סדר-היום²⁵⁵.

לטעמי, ברק אינו מצליח להראות כי ישנה הסכמה רחבה בשאלת הסמכות הנמשכת של הכנסת לחוקק חוקה שלמה, עליונה ונוקשה, לישראל. כפי שראינו, בפועל היתה החלטת הררי עמומה בדיוק בנקודה זו ובכוננת מכון. בצד אלה שטענו, כי יש לכנסת סמכות מכוננת וכי היא פועלת מכוחה בחקיקת חוקי-היסוד, היו אלה שסברו כי אין לה סמכות כזאת וכי חוקי-היסוד הם חוקים רגילים, היכולים להיתפש כפרקים בחוקה עתידיית, שרגע אימוצה, אם יבוא, שונה מרגע חקיקתם של חוקי-היסוד. עמימות זו נותרה כעינה עד עצם היום הזה. גם מי שתמך בשריון חלק מחוקי-היסוד, כגון מגילת-זכויות האדם, לא היה מחויב בשל כך לתורת הסמכות המכוננת דווקא. כאמור, גם מי שתמך בתורת הסמכות המכוננת (כמו קלינגהופר) לא התחייב בשל כך, אוטומטית, לתפישה כי מותר לכנסת לשריין חוקים ברוב רגיל, או שחקיקת חוקי-יסוד, אף אם הם משוריינים, היא שוות-משמעות לאימוצה של חוקה.

יתירה מזו: ההיסטוריה החוקתית בישראל היא חד-משמעית לגבי העובדה שהכנסת הבחינה היטב בין הסמכות להגביל את עצמה ובין השימוש בה. ברוב חוקי-היסוד, כולל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכנסת בחרה, לעתים לאחר דיון, שלא להגביל את עצמה. אם תורת הסמכות המכוננת (או תורת המדרג הנורמטיבי) אמורות לתת תיאור

254 ברור גם, שהכנסת לא הגבילה את סמכות ההגבלה העצמית שלה לחוקי-יסוד או למאסדיה חוקתית דווקא, ובכך ניתנת תמיכה דווקא לטענה כי כוח ההגבלה העצמית הוא עניין של מציאות פוליטית ולא של תורה זו או אחרת. נראה, כי הכנסת עצמה סברה שהיא מוסמכת להטיל על עצמה הגבלות עצמיות גם מעבר לרוב מוחלט.

255 חשין מבסס חלק מנימוקיו נגד הקביעה, כי לכנסת אין סמכות לחוקק חוקה שלמה לישראל, על הנימוק כי לא ראוי שתהיה לה סמכות כזאת. לדעתי, אי-אפשר לקבוע עמרה בשאלת סמכויות הכנסת כל עוד לא עומדת שאלה מעשית הדורשת הכרעה. מי שרוצה למנוע סכנה שהכנסת תחוקק חוקה שלמה במחטף חוקתי חייב כמעט לטעון, כי אין לה סמכות לעשות זאת.

טוב של המציאות החוקתית בישראל ואם הן מחייבות להגיע למסקנה השוללת את ביטוי הרצון הפוליטי הזה של הכנסת, הרי זה טעם חזק נגד אימוצן! את הנשיא ברק ניתן להרגיע: דחיית תורת הסמכות המכוננת אינה הורדה לטמיון של המפעל החוקתי כולו²⁵⁶. עובדה כי הנשיא שמגר, הנקט עמדה של עליונות המפעל החוקתי, אינו מחזיק בתורת הסמכות המכוננת. יתירה מזאת: גם לדעת חשין חוקי-היסוד של 1992, לרבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הבלתי-משוריין, מקנים הגנה חוקתית על זכויות האדם המנויות בו. זו היתה גם עמדתו של לנדוי בברגמן. המפעל החוקתי — פרי חקיקת הכנסת ופסיקת בית-המשפט — מרשים ובן-קיימא. הוא אינו זקוק לתמיכתה של תורת הסמכות המכוננת. לעומת זאת לשיח הסמכות המכוננת בעיות מושגיות, תיאורטיות וגורמטיביות רציניות. אין צורך להתבסס עליו בניתוח חוקי-היסוד, ועדיף היה להשאיר את העיון בו לחוקרי המשפט.

חשוב יותר להזהיר את המחוקק. תורת הסמכות המכוננת קיבלה תמיכה מסוימת בפסקי-דין של בית-המשפט העליון²⁵⁷. במסגרת זו היא חלק של מודלים תיאורטיים לתיאור המשפט. כאמור, האדוקוטיות של התיאור שנויה במחלוקת. לא תמיד בוחרים שופטים או חוקרים להגיב על מודל תיאורטי המובא בפסקי-דין²⁵⁸. כאשר נובעות ממודל זה תוצאות, ניתן להתייחס לתוצאות לגופן ולא להתייחס דווקא לחולשה או לחוזק של המודל התיאורטי. לפי אימון זהיר של תורת התקדים המחייב, ממילא לא נתייחס לחלקים אלה של פסקי-דין כמחייבים. הדבר שונה לחלוטין כאשר המחוקק כולל התייחסות לסמכות כזאת בדבר חקיקה. האם חוק-היסוד מעניק את הסמכות או רק מאזכר סמכות הקיימת בלעדיו? אם מדובר רק באזכור, המחוקק חייב לנקוט עמדה

256 כך מסביר ברק את הצורך לדחות את עמדתו של חשין, פסקה 41 לפסק-דינו:

אין לנו חוקה, וחוקי היסוד אינם אלא חוקים רגילים; המפעל החוקתי בן ארבעים השנה ומעלה לא היה אלא נסיון שבינתיים לא צלח; ...ראם נרצה לקבל חוקה חוקי יסוד, יהא עלינו להתחיל הכל מחדש. ואף התחלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. בוודאי שלא נשאף לדם ואש ותמרות עשן. אם נרצה לקבל חוקה כהליך שאינו אלים, נעמוד בשני קשיים ניכרים. הכנסת לא תוכל לחוקק חוק שיקים אסיפה מכוננת שתכונן חוקה. גם העמדת הצעת חוקה שתכין הכנסת (או גוף מטעמה) להצבעת העם יעורר בעיות שלא קל יהיה להתגבר עליהן.

257 היא מאומצת על-ידי השופט דב לוין בעניין כלל ומאוזכרת בהסכמה על-ידי זמיר בעניין חוק גל.

258 השופטים בלאויר אינם מתייחסים לתורת הסמכות המכוננת וכך עושים גם שני השופטים האחרים בעניין כלל. הדבר מעלה בעיה כללית בכתיבת פסקי-דין. שופטים אינם אמורים להיות יוריספרודנטים ואף לא להיות מסוגלים לבחור בין תורת-משפט ובין מודלים חלופיים. גם לא ברור, שאנו רוצים לעודד אותם להכין מחקרים יוריספרודנטיים אגב עבודתם השיפוטית. מיומנותם המקצועית אינה כוללת, ואינה צריכה לכלול, התמצאות ברוי תורת-המשפט. שופט אחד הצולל למים אלה גם אינו יכול לחייב את עמיתיו ללכת בעקבותיו.

בוויכוח המתנהל בשאלה אם יש לכנסת סמכות כזאת ומה משמעותה. סמכות לעשות סדר משפטי חדש? סמכות לתת חוקה? סמכות לחוקק חוקים שיש בהם הגבלה עצמית? נראה, כי הכוונה תהיה למשמעות השלישית, העשויה לכלול גם את המשמעות השנייה. האם ראוי לקרוא לסמכות כזאת "מכוננת"? הלוא ברור, כי אין לה מעשה של כינון? אולי ראוי יותר לקרוא לה "סמכות חוקתית"? לשם זה יתרון כי הוא מבהיר שהסמכות חלה — כפי שסבור ברק — רק על חומר חוקתי. מנגד, ההשתמעויות של תורת הסמכות המכוננת, על העליונות ההכרחית שלה, עלולות להיעלם? אם מדובר בהענקת סמכות (וסביר להניח, כי חוק-היסוד יהיה לאחר-מכן מקור הסמכות), חוזרות השאלות הבסיסיות למקומן: היש לכנסת סמכות להעניק לעצמה סמכות מכוננת? והאם ראוי להעניק לה סמכות כזאת? אני נוטה להשיב על שתי השאלות בשלילה, גם אם "מכוננת" בהקשר זה הוא "סמכות לחוקק חוקה שלמה ונוקשה בהליך חקיקה רגיל" (או אף בהליך חקיקה של חוקי-יסוד). טובים בעיני נימוקיו של השופט חשין לטענה כי לא ראוי שהכנסת תוכל, בהליך חקיקה כמעט רגיל, לתת חוקה לישראל. המחוקק, כמו הנשיא ברק ואלה ההולכים בעקבותיו, לא נתנו לעצמם ולנו ריין-וחשכון על ההבחנה התשובה בין סמכות מכוננת וסמכות חוקתית משנית או מתקנת. כאשר ישנה חוקה נוקשה שלמה בהתחלה, כל סמכות חוקתית היא סמכות משנית ומתקנת. מה קורה כאשר יש לנו מצב-ביניים מוזר, שבו אין חוקה שלמה, ויש שעטנו של חוקי-יסוד מדורגים ואופני שריון שונים? את הפתרון לשאלות אלה צריכים לתת תוקרי משפט התומכים בתורה, ואת הצעותיהם נעריך. מבחינת המחוקק — יהיה מה שיהיה הפתרון לקשיים אלה — כלל לא ברור מדוע הוא צריך להיכנס לשדה-המוקשים הזה ללא כל צורך של ממש.

עדיף למחוקק לקבוע בחוקיו עובדות נורמטיביות ולא להסתבך במחלוקות תיאורטיות. את המדרג הנורמטיבי הוא יכול לקבוע באמצעות הכרזה מפורשת על עליונות ונוקשות. האם המצב הקיים יוצר גם מדרג סמכויות? לטעמי, ברק אינו מצליח לשכנע כי מקור הסמכות המכוננת, להבדיל מזו המחוקקת, הוא בהעדפות העם, ולגזור בדרך זו הצדקה מיוחדת ליכולת הסמכות המכוננת להגביל את זו המחוקקת. הפתרון הנורמטיבי המסתמן אצלנו לשריון חוקתי הוא זה של דרישת רוב מיוחדת בכנסת עצמה (להבדיל מדרישת הצבעות חוזרות או מתהליך הדורש שיתוף-פעולה של גופים מחוץ למחוקק העליון). הישות המחליפה כובעים היא אותה כנסת, הנבחרת באותו אופן — על-פי אותה תערובת של שיקולים — ונהנית מאותה מידה של לגיטימציה. אחרי חוק יסוד: חקיקה, אני מניחה, כי ממילא לא ניתן יהיה לקבל חוקי-יסוד משוריינים שלא ברוב הנדרש לשינויים. אפילו "יתרון" זה של תורת הסמכות המכוננת ייעלם. תישאר רק הסכנה הגדולה כי אֶזכור "סמכות מכוננת" יתפרש כאישור חקיקתי של תורת שני הכובעים. אני חוששת, כי לא תהיה תפארתו של המחוקק הישראלי על הדרך הזאת.

2. שיח המהפכה החוקתית

גם לגבי שיח המהפכה החוקתית, כמו לגבי שיח הסמכות המכוננת, יש להבחין בין השאלה האם השימוש בביטוי מוצדק לגבי המהלך שהיא שאלה תיאורית, ובין ההערכה של תוצאות השימוש בשיח הזה למהלך החוקתי. טענתי היא כי בינתיים חוקי 1992 אינם בגדר מהפכה. יכול להיות כי בדיעבד, כאשר נסתכל עליהם ממרחק שנים, נראה כי אכן חקיקה זו היתה תחילתה של מהפכה. אולם המהפכה תהיה בהתפתחות, ולא בעצם חקיקת חוקי 1992. החוקים כשלעצמם הם שינוי חשוב, אולם אינם עולים כדי מהפכה ממש, וודאי לא מיד עם חקיקתם. כפי שנראה, לשיח המהפכני תוצאות מורכבות. חלקן אימננטי במהלך עצמו, אולם נראה כי גם יוצרו של הביטוי מוכן עתה לקדם את המהלך החוקתי ללא סיועו של שיח המהפכה.

(א) מהפכה חוקתית?

ברק עצמו מסביר, כי לבחירת התיאור "מהפכה חוקתית" היתה כוונה מפורשת ומגלה גם עירנות לכך שיש בתיאור הזה משהו מקומם²⁵⁹. מטרתו המוצהרת של ברק היא למשוך תשומת-לב לשינוי הגדול שהונהג בחוקי-היסוד. כאשר אנו רואים את חקיקת 1992 בתוך ההקשר הרחב של המהלך החוקתי, האם ישנה הצדקה לקרוא לה "מהפכה"?

"מהפכה" היא תיבה האמורה להדגיש שינוי מהותי ורדיקלי. לפרקים אנחנו מכנים "מהפכה" תהליכים מדיניים שאינם במסגרת חוקה נתונה. לפרקים אנו מדברים על "הפיכה", בעיקר כאשר ההבדל הוא בזיהוי השליט ולא בהכרח בבסיס השלטון המדיני. ישנן מהפכות, ובעיקר הפיכות, שלהן קיום תל-ל-זמני מוגדר למדי: ניתן למקם את המהפכה בפעולות מסוימות ובמקומות ובזמנים מסוימים. כזאת היא, במובנים מסוימים, המהפכה הצרפתית. מהפכות אחרות הן למעשה תהליכים מורכבים וממושכים, כגון המהפכה התעשייתית. במקרים רבים ניתן לזהות תהליך כמהפכה רק בפרספקטיבה היסטורית, ולא בזמן אמת. תיאור פעולות או תהליכים כ"מהפכה", כאשר הוא נעשה בריחוק של זמן, הוא כלי של חוקר או היסטוריון, המנסה לתת לנו תיאור טוב יותר של תקופה מסוימת. מהפכות הן ציוני-דרך, משום שהן מדגישות את השבר, את ההבדלים, בין מה שהיה לפנייה ומה שהיה אחריהן. מובן כי בכל מהפכה גם יסודות רבים של רצף ושל המשכיות. התועלת התיאורטית של ההחלטה לכנות תהליך או שינוי מסוימים בשם

259 ראו ראיון עם הנשיא ברק, לעיל בהערה 177.

"מהפכה" נמדדת בחשיבות היחסית של היסודות החדשניים לעומת אלה המבטאים רציפות²⁶⁰.

לעתים התיאור של מהלך או פעולה מסוימת כ"מהפכה" נעשה לא במסגרת תיאור אקדמי בריחוק היסטורי או גיאוגרפי, אלא על-ידי המשתתפים בתהליך עצמם. במקרה כזה סביר להניח, כי לתיאור זה לא רק מטרה תיאורית, אלא גם — ואולי בעיקר — מטרת מעשיות: הרעיון הוא להדגיש את השינוי ואת ההתחדשות, בדרך-כלל על רקע מציאות שבה שינוי והתחדשות אלה נתפשים כרצויים וחיוניים. לתיאור כזה של המציאות יכולה להיות השפעה מורכבת: מצד אחד, הוא יכול לעורר את המשך המהלך וביצורו, והיערכות לקראת מיסודו והעמקתו. בין השאר תמיכה זו נעשית על-ידי כך שתיאור המהלך כמהפכה שכבר בוצעה מצניע את העירנות לכך שאולי התהליך עדיין לא הושלם או התבסס די הצורך. מצד אחר, הוא יכול לעורר את מי שמתנגדים לשינוי בכך שהוא מחדר את חדשנותו ותוצאותיו האפשריות ויכול לפגוע באלה הסבורים כי יסודות ההמשכיות במהלך רבים יותר על יסודות החידוש שבו²⁶¹. כפי שראינו, כך קרה גם לגבי השימוש ב"מהפכה חוקתית" במקומותינו.

האם באמת חל כאן שינוי מהותי? חלק מן הקושי לענות על השאלה נובע מכך, שלא לגמרי ברור מהי המהפכה הנטענת ומהו היקפה. אצל ברק, לפחות לכאורה ובחלק מן ההתבטאויות, המהפכה היא בתחום ההגנה על זכויות האדם. האם חל שינוי של ממש במידת ההגנה על זכויות האדם בישראל בשל חקיקת החוקים החדשים? שיח המהפכה יוצר את הרושם כאילו זכויות האדם בישראל היו במצב נורא מכיוון שלא היו מוגנות מפני המחוקק, ועכשיו סוף-סוף סולק האיום הזה. דומה, שהעובדה כי ארבע שנים אחרי החקיקה לא בוטל אף חוק של הכנסת מטעם של פגיעה בלתי-מוצדקת בזכויות האדם, כשלעצמה, מורה כי תיאור זה אינו מדויק בכמה רמות: ראשית, מצב זכויות האדם בישראל אינו נורא, בין השאר בגלל חקיקת כנסת טובה ועובדי-ציבור מצפוניים, ובעיקר בשל פרשנות יצירתית ואמיצה של בית-המשפט. שנית, האיום העיקרי על זכויות-אדם בישראל אינו בא מדברי חקיקה ראשיים. שלילת חירות ללא הליך הוגן, מעצרים מוגזמים, אלימות משטרתית, עינויים בחקירות, אפליה על בסיס לאום או מין — כל

260 כך, למשל, לעניינו, נהוג ליכר על המהפכה האמריקנית לתיאור ההשתחררות של המרשכות האמריקניות מעולה של בריטניה ולהתאגדותן במסמכי הקונפדרציה ואחר-כך בחוקת ארצות-הברית. אולם מחקרים בנוגע להיסטוריה של ועידת פילדלפיה מדגישים את החשיבות העצומה שהיתה לניסיון שנרכש במסגרת החוקות של המדינות, בעיקר אלו של מסצ'וסטס ווירג'יניה, ואף לניסיון שנלמד מן המסורת הבריטית. ראו, למשל, Ludwikowski & Fox, *supra* note 108, Ch. 2.

261 ראו תגובתו של אחד-העם לקבוצת צעירים שהנהיגו "מהפכה ספרותית" (כל כתבי (תשי"ג) רע"ג). ראו גם דבריו של השופט חשין, פסקאות 133-136 לפסק-דינו. להתנגדות לשימוש בתיבה "מהפכה" ראו גם אלון. לעיל בהערה 185, בעמ' 256-257; ולנדוי, לעיל בהערה 7.

אלה נעשים בדרך-כלל ברמה של מעשי מנהל או חקיקת-משנה. לבית-המשפט היתה סמכות להעביר פעולות אלה תחת ביקורתו גם לפני 1992. במקרים רבים עשה זאת ושיפר את ההגנה על זכויות האדם, ובמקרים אחרים נמנע. מכל-מקום, הבעיה לא היתה היעדר הכוח לביקורת שיפוטית על חוקי כנסת. שלישית, חוקים היוצרים בעיות רציניות של זכויות-אדם אינם פתוחים לביקורת שיפוטית גם לפי חוקי-היסוד. הדוגמא הבולטת היא החוקים המקנים מונופולין לבתי-הדין הרבניים בעניינים של מעמד אישי וחקיקת-החירום. שלא במפתיע, הרצון להגן על חוקים אלה מפני תקיפה חוקתית הוא אחת הסיבות המרכזיות לכך שעוד אין בישראל מגילת-זכויות שלמה.

סביר להניח, כי חוקי-היסוד ישפרו את מודעות הכנסת לחקיקה חרשה כדי למזער פגיעות בזכויות אדם ובכך ישפרו את מצב זכויות האדם. סביר להניח, כי במשך הזמן יגיע גם מקרה שבו יבוטל חוק שהמדינה היתה מוכנה להגן על חוקתיותו בבית-המשפט. גם עובדה זו תשפר את מצב ההגנה על זכויות האדם משום שתבהיר כי לעקרונות אלה, במקרים מתאימים, ישנן גם שיניים. אולם בינתיים נראה, כי הרציפות עם תפקידו של בית-המשפט כמפרש חוקים וכמעמד אותם בחזקת שמירה על זכויות האדם גדולה יותר מן היסוד המהפכני של השבר²⁶².

אפילו בתחום המשטרי הרחב יותר, החורג מן ההגנה החוקתית על זכויות האדם — עקרון הביקורת השיפוטית על חקיקת כנסת — לא ברור כי יסודות המהפכה גדולים מיסודות הרצף²⁶³. ברק הלוא סבר, כי הוא יכול ליטול לעצמו סמכות ביקורת כזאת על כל סטייה מעקרונות-היסוד, ולא רק בתחום זכויות האדם, עוד לפני חקיקת חוקי 1992. גם לאחר החוקים נראה, שאין הוא מגביל את עצמו בהכרח לביקורת שניתנה בחוקים. הוא קורא את חוקי 1992 כנותנים לגיטימציה לביקורת שיפוטית, לאו דווקא בתחום חלותם הספציפי. שוב השינוי החוקתי הגדול הוא עקרון הביקורת השיפוטית. לכך ישנם חיים עצמאיים ורחבים יותר מאשר לחוקי-היסוד²⁶⁴. לפי ההתפתחות העתידית נוכל אולי לקבוע בעתיד את רגע המהפכה האמיתית²⁶⁵.

262 ברק עצמו מרבה לצטט פסיקה קודמת של בית-המשפט בעניינים חוקתיים ואחרים, כדי להדגים טענות לגבי פרשנות חוקתית בנוגע לזכויות-אדם.

263 נראה, כי זה חלק מכוונתו של זמיר, הממקם את השינוי העקרוני בעניין ברגמן. ראוי לזכור, כי הן ברגמן הן לאור"ר נוגעים לתחום המשטרי ולא לזכויות אדם וכי דברי השופטים בפסק-דין גל נוגעים לחוקי היסוד כולם, ולא רק לאלה הנוגעים לזכויות-אדם.

264 לכן ניתן להרגיע את י' אדרעי "מהפכה חוקתית — האמנם?" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 453: הכינוי "מהפכה חוקתית" אינו מרמז על ויתור על כוחות אפשריים, שהגיעו לידי גיבוש התחלתי לפני 1992.

265 למשל: אם החוק הראשון שיבוטל (לא לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת) לא יהיה כזה הפוגע בזכויות-אדם כלל ועיקר, נוכל לומר כי המהפכה האמיתית היתה בעניין לאור"ר, וחוקי-היסוד רק נתנו למהלך החוקתי את הלגיטימציה העקרונית.

אם אכן עברנו ב-1992 משיטה של עליונות המחוקק (בתריג של סעיף אחד) לשיטה שיש בה עליונות של כל החומרים החוקתיים — ובהתאם לכך גם ביקורת שיפוטית מלאה על חקיקה ראשית — הרי זו מהפכה. ודאי זה יהיה המצב אם ההסדר החוקתי החדש קובע, כי שלוש הרשויות הן שוות-מעמד. אבל זה אינו המצב המשפטי בישראל כיום²⁶⁶ וצריך מידה גדולה של חזון כדי לראות איך מגיעים אליו על הבסיס החקיקתי הקיים. בתנאים כאלה, ההכרזה כי המהפכה כבר קרתה מעוררת קושי, שכן יש בה תיאור לא נכון של המציאות. אם כוונתה של ההכרזה לסייע בתנועה לעבר כיוון זה, מתעוררת השאלה, מה מידת הלגיטימיות של המהפכה הזאת? שאלה זו מושתרת על-ידי יצירת הרושם כאילו המהפכה נוצרה כבר על-ידי חוקי 1992.

מטעמים אלה, אני מצטרפת לאלה הסבורים, כי חוקי 1992 עצמם היו שינוי חשוב, אך לא מהפכה²⁶⁷. כפי שראינו, הפרשנות המרחיבה של ברק, החזון החוקתי שלו והטענה כי חזון זה בעצם כבר ממומש — אכן עשויים ליצור מהפכה. מהפכה כזאת טמונה בפוטנציאל של חוקי-היסוד, אולם היא איננה חלק מהם. להיפך: חוקי-היסוד, עם הקפדתם על שמירת דינים ועל פשרה, מבטאים הליכה מאוד זהירה בתלם חדש, באווירה טנטטיבית. אין באוויר תחושה, כי חברי-הכנסת צופים ביטול סיוני של חוקי כנסת. אין גם תחושה כאילו הם צופים הגבלה ממשית, מעבר לשיקולים שהיו שוקלים קודם-לכן, על החקיקה. ודאי וודאי שבזמן הדיונים בכנסת אין תחושה של חגיגות או של מהפכה. נראה, כי לא מוצדק להטיל על תוצר התהליך הזה את התיאור "מהפכה" זמן כה קצר אחרי החקיקה.

3. תוצאות השיח המהפכני — הישגים ומחירים

אין ספק, כי פסק-הדין בעניין חוק גל, כמו עצם התיאור של המהלך כ"מהפכה", נועדו לקבע במחשבה המשפטית את עקרון הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת, לפחות בתחומים שנקבעו בחוקי-היסוד החדשים. בצורה זו השיח המהפכני מעצים את חשיבותו של המהלך החוקתי של 1992 ומסייע לתת לו, מיד לאחר החקיקה, משמעות פוטנציאליות מרחיקות-לכת. מבחינה זו, השיח המהפכני מרים תרומה חיונית להעמקתו ולביסוסו של המהלך החוקתי, תוך חיזוק הפוטנציאל לפרשנות מרחיבה שלו. השיח הזה יוצר גם שותפות מעניינת וחזקה בין המחוקק — שסיפק את הלגיטימציה הפוליטית

266 גם לאחר חוק הבחירה הישירה יש אצלנו היררכיה ברורה בין הרשויות, והכנסת היא העליונה שבהן.
267 כך, למשל, זמיר קובע לעיל בהערה 140, בעמ' 396, כי הביקורת השיפוטית מוגבלת לגיזרה צרה וכי היא חריג; ובהערה 7 הוא מציין כי למרות התרחבות הגיזרה בשל חוקי 1992, עדיין ניתן לראות בביקורת שיפוטית משום חריג.

למהלך – ובין בית-המשפט, האמור לספק למהלך לגיטימציה נורמטיבית ותיאורטית ולתרגם אותה להחלטות שיפוטיות בשטח.

אין ספק גם, ששיח "המהפכה החוקתית" הצליח לעזור להביא את השינוי בחוקי-היסוד ואת חשיבותו הפוטנציאלית לתשומת לב של הקהילה המשפטית והציבור בישראל סמוך מאוד לסיומה של החקיקה ב-1992. הוא הצליח לעורר פעילות רבתי בתגובה למודעות זו בדרך של פניות לבית-המשפט, שינוי השיח בכנסת ובקהילה המשפטית, העלאת המודעות לכוחו של כלי הביקורת השיפוטית ולמידה מואצת מנסיון של מדינות אחרות בתחום זה. כמובן מסוים נעשה פה קיצור-דרך: בשיטות-משפט ובחברות אחרות עקרונות הפרשנות והמשמעות של הוראות חוקתיות מתגבשים במשך שנים ארוכות ונשענים גם על דיונים מפורטים וממושכים שקדמו לאימוץ החוקה. אצלנו סייעו השיח המהפכני והפעילות האקדמית, החינוכית והמשפטית שבעקבותיה ליצירת תשתית משפטית רחבה, תיאורטית והשוואתית, המאפשרת הכרעות חוקתיות בדרך "דוקטרינרית" מעקרונות קיימים, ואינה מחייבת פיתוח תשתית כזאת בדרך ההכללה מהכרעות חוקתיות במקרים שמתעוררים.

השיח המהפכני הצליח בעוד דבר: יש בו משהו מלהיב ומעורר, משהו היוצר ציפיות לשיפור ולשינוי. בעקבות השיח המהפכני נתפש המהלך החוקתי של 1992 כמשהו שיש בו תקווה לעתיד טוב יותר. הוא עורר ציפיות בקרב משפטנים, קבוצות-אינטרס ואנשי-ציבור, כי בקרוב יופעל כוחו החדש של בית-המשפט וכי בהפעלה כזו תהיה בקרה של ממש על נטייתם של הכנסת לעשות שימוש, שנתפש כשירותי, בכוחה. יתירה מזו: המהלך יצר ציפייה, כי נפתח פתח של תקווה לשיפור של ממש בסוגיות שבהן היה קושי להניע חקיקה אשר תגן בצורה טובה יותר על זכויות האדם, כגון בנושאים הקשים של המעמד האישי. הערכה זו הביאה להתארגנות של יחידים וקבוצות במטרה לחפש מקרים מתאימים שיאפשרו שימוש בכלי החדש שנוצר.

קשה עדיין להתנבא אם השיח המהפכני הצליח ליצור את התחושה כי עברנו באחת ממצב שבו אין חוקה למצב שבו היא קיימת. צריך לזכור, כי כאן המתח בין השיח לבין המציאות גדול וכי אף הפרשנים המרחיבים ביותר של המהלך קובעים כי הליך יצירת החוקה עדיין לא הסתיים. אולם אחד מן ההישגים הגדולים של השיח המהפכני, ובעיקר של פסק-דין גל, הוא מתן לגיטימציה שיפוטית לכלי של ביקורת שיפוטית על חקיקת-יסוד לא-נוקשה. בית-המשפט כולו, לרבות השופט חשין, פעל כאן בטכניקה מוכרת: את התשתית העקרונית מכינים במקרה שבו היא אינה מופעלת²⁶⁸. אלה המתעניינים

268 כך עשה השופט ברק בעניין בג"צ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 לגבי עילת הסבירות, כך עשה בעניין בג"צ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לו(4) 326 לגבי היקף הביקורת השיפוטית על החלטות היועץ המשפטי וכך עשה בעניין תנועת לאו"ר. ראוי להזכיר שוב, בשל טעות נפוצה, כי זה לא היה המצב בעניין מרבורי נ' מדיסון. שאלה קשה היא, אם טכניקה זו

בעיקר בשורה האחרונה אינם מגיבים²⁶⁹. הכלי מוכן עתה לשעת-כושר, וכאשר יופעל — יהיה לדבר בסיס תקדימי לפחות ברמת המודעות הציבורית. סביר להניח, כי בית-המשפט יבחר להפעיל אותו לראשונה במקרה מתאים שבו תהיה תמיכה ציבורית רחבה בביטול החוק. בצורה כזאת, בית-המשפט מרים את תרומתו הניכרת לקביעה, שהיתה רחוקה מאוד מלהיות טריביאלית, כי ראוי שבית-המשפט יעמיד לביקורת שיפוטית שאלות, כגון הפגיעה היחסית של שני כיווני חקיקה אפשריים בזכויות-יסוד²⁷⁰.

להישגים אלה יש גם מחירים, חלקם ניכרים. בעיה ראשונה וחשובה היא חוסר-הוודאות שהמהפכה החוקתית משרתת לציבור ולקהילת המשפטנים. ברגע שהוכרזה סמכות עקרונית של בית-המשפט לבדוק את חוקתיותם של חוקי הכנסת²⁷¹, נפתחה חזית חדשה להתדיינות משפטית. אין זה משנה כלל אם בינתיים נפסל חוק כזה: ברגע שהאפשרות קיימת — חובתו המקצועית של עורך-הדין היא לטעון כל טענה אפשרית העשויה לסייע למרשו. העמימות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אף מרחיבה את הבעיה. לא מדובר רק בזכויות לחיים, לפרטיות, לחופש ממעצר ולקניין, שכולן רחבות למדי, אלא גם בזכויות כגון שוויון, חופש דת, חופש ביטוי ושאר זכויות ראויות. יתירה מזו: אין מדובר רק בתקיפה של חוקי הכנסת עצמם, שחלה על חקיקה חדשה, אלא גם בהזמנת בית-המשפט לתת לחוקים ישנים פרשנות חדשה. במלים אחרות: האפשרויות החדשות של התקיפה החוקתית חושפות את כל ההסדרים במדינה, על כל רמותיהם, למידה רבה של חוסר-ודאות. בשנים האחרונות התוספו חוקים חדשים לא-מעטים לספר

מוצדקת. מחד גיסא, היא מעניקה לבית-המשפט כוח לקבוע הלכות שלא אגב הכרעה במקרה ספציפי, בניגוד לתורת התקדים ולהגינה הפנימי. מאידך גיסא, ניתן לראות בכך תרומה של בית-המשפט לפיתוח המשפט ווראות החוק, החשובים בעיקר בתחום חדש, שחסרה בו מסורת פסיקתית וספרות חשיתית רחבה. לעניין זה ראו למטה.

269 התגובה על פסק-דין גל מחוגים לא מקצועיים היתה מתונה מאוד והתבטאה בעיקר בשמחה על שאי-הוודאות אשר ריחפה שנים מעל הסדר החובות התפוגגה ללא צורך בשינוי חקיקה. בין השאר יש לייחס מצב זה לקרבה בין פרסום פסק-הדין ובין רצת רבין, אולם אין ספק שהמצב היה שונה לו ביטל בית-המשפט את החוק.

270 כך, למשל, בדיקה כזאת תחייב שינוי מהותי בדפוסי קבלת הראיות של בית-המשפט. ראוי, למשל, הרמז של ברק על החלטתו לא להתערב כאן מפני שבגלל החידוש לא הונחה תשתית עובדתית ראויה. במקרה זה בחר בית-המשפט שלא לחייב את המדינה להגיש תשתית עובדתית כזאת. קרוב לוודאי, שטוב יהיה אם המחוקק אכן ידרוש תשתית עובדתית שכזאת לשם קבלת ההחלטות על מדיניות חקיקתית. הרבה פחות ברור, כי טוב שבית-המשפט יחזור על הליך כזה. יש הגורסים, כי טיב העיון הזה הוא דווקא שיקול להוצאת הבריקה הזאת מבית-המשפט.

271 כאמור, בית-המשפט העליון הכריז על כך בעניין חוק גל. קדמו להחלטתו זו כתביו של ברק וכן פרשנויות ראשוניות של קרצמר, קליין ומעוז.

החוקים, ביניהם החלק הכללי החדש של חוק העונשין²⁷². אין זה פלא שכמעט בכל עתירה ובכל תביעה יש אזכור של חוקי-היסוד, והזמנת בית-המשפט לבטל חוקים או לפרשם לפיהם. בפועל נראה, כי טיעונים מסוג זה אכן מושמעים בהתדיינות רבות בבתי משפט מכל הדרגות. הם מחזקים את הנטייה שהיתה קיימת ממילא להעדיף ניתוח של "איונים" ושל "מטרות" על ניתוח של לשון החוק והוראותיו²⁷³.

איי-הוודאות אינה חלה רק על הציבור הרחב וקהילת המשפטנים. כפי שראינו, היא קיימת גם לעניין מנגנוני השינוי של חוקי-היסוד, חדשים גם ישנים, משוריינים ושאינם-משוריינים. בפסק-הדין מתגבש רוב לקביעה, שגם היא רק אִמֶּרְת־אגב, כי לא ניתן לשנות חוקי-יסוד אלא בחוקי-יסוד או על-פיו. מעבר לבעייתיות שבשינוי רטרואקטיבי ושיפוטי של כללי השינוי של חוקי-היסוד, קביעה זו היא בעייתית לגופה ונראה כי אינה רצויה²⁷⁴.

קושי נוסף, המשותף לחוקי 1992 ולשיח המהפכני, הוא כי נוצרו, לפחות בטווח הקצר, הבדלים של ממש במעמד זכויות האדם השונות בשיטה. לפני חוקי-היסוד, היו זכויות האדם מעוגנות חלקן בחוקי הכנסת (כמו הזכות לפרטיות או הזכות לשם טוב, וזכויות רבות של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי) וחלקן בפיתוח שיפוטי. לגבי כולן חוק כנסת מפורש היה יכול לפגוע בהן, אולם בית-המשפט עשה מלאכה פרשנית מרשימה למדי. חוקי-היסוד מ-1992 שינו את האחידות הזאת. הם יצרו לכאורה שלוש קטיגוריות של זכויות-יסוד: המוגנת ביותר היא הזכות לחופש העיסוק; חוק יסוד: חופש העיסוק, משוריין פורמלית ומהותית כאחד, יש בו פסקת התגברות, והוא כולל הוראת שמירת דינים מוגבלת בזמן; אחריה באות הזכויות המוגנות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאינו משוריין פורמלית, שאין בו פסקת התגברות ויש בו סעיף שמירת דינים כללי ובלתי-מוגבל בזמן. הפחות מוגנות לכאורה הן זכויות-אדם "סתם", שאינן כלולות בחוקי-היסוד. בקבוצה האחרונה כלולות זכויות, כגון חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, חופש המצפון והדת והשוויון.

272 ראו כרך שלם של מחקרי משפט המוקדש להשלכות חוקי-היסוד על המשפט הפלילי, לעיל בהערה 208. ראו גם לנדוי, לעיל בהערה 7, בעמ' 709.

273 אני מסכימה עם תיאורו של מ' מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים (1993). את התהליך העובר על הקהילה המשפטית שלנו בעניין זה: מעבר מהתבוננות בלשון החוק כדי לגלות את ההסדר הקבוע בו, לתהליך "פתוח" של חיפוש אחרי הפתרון הראוי ו"קריאתו" לתוך לשון החוק. אני חולקת על הקביעה כי המגמה הראשונה היא "פורמליסטית", לפחות במשמעות המקנה לגישה זו מרכז שלילי, ואני חולקת על ההערכה הנורמטיבית כי מעבר ל"רציונליות מהותית" ואיזון מודע של שיקולים הוא התפתחות חיובית בתפישתם העצמית של בתי-המשפט.

274 ראו דיון בעמ' 100-101 למעלה.

אכן, המצב שבו ישנם הסדרים שונים לגבי שריון, בוודאי בחוקים מאותה מאטריה, הוא א-נומלי ובלתי-רצוי. בהחלט ראוי להגיע להאחדת הדינים. ההנחה המשתמעת אצל רוב השופטים היא כי כיוון ההאחדה ברור: חקיקת מגילת זכויות-אדם שלמה, עם פסקת הגבלה מתאימה²⁷⁵. שוב יש לנו טשטוש של שאלות חשובות. אם חלק מן הבעיה של המהלך היא כי אי-אפשר להאחיד בכיוון של מגילת-זכויות נוקשה, אולי מוטב להאחיד דווקא בכיוון של שמירת דינים כללית ושל סעיף התגברות כללי? אפשרות ליצור כלל התגברות שיפוטי ודאי קיימת. פרשנות הקובעת כי די למחוקק לומר שכוונתו שהחוק יחול למרות האמור בחוק-היסוד, היא למעשה סעיף כזה. זוהי בדיוק עמדתו של השופט חשין²⁷⁶. לפני פסק-הדין הושמעה עמדה זו על-ידי יהודית קרפ והשופט מנחם אלון²⁷⁷. השופט ברק מקצר וקובע, כי אין "אפשרות או צורך" ליצור פסקת התגברות שיפוטי²⁷⁸. והלוא זו אחת השאלות המרכזיות בדיון שבפנינו?

ראינו כבר, כי חלק מאי-הבהירות ובעיית הלגיטימציה נובעת מנטיות בבית-המשפט לתת פירוש רחב לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו — פירוש העלול להפוך את הקבוצה השלישית של זכויות לקבוצה ריקה. אולם, לדעת ברק (ואולי, בצורה פחות מפורשת, גם לפי שמגר) נראה, כי החקיקה יצרה א-נומליה מפתיעה עוד יותר, שלפיה הזכויות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר הוחלט לא לשריין אותו נחשבות למוגנות יותר מפני חקיקת הכנסת מאשר הזכות לחופש העיסוק, המוגנת בחוק משוריין. א-נומליה זו נובעת מצירוף של שניים: ראשית, הפירוש שלפיו פסקת ההגבלה קובעת מסלול בלעדי לפגיעה מותרת בזכות מוגנת. חוק של הכנסת, בכל רוב שהוא, ואף אם ידגיש במפורש כי כוונתו לגבור על חוק-היסוד, אינו יכול לפגוע בזכות שלא במסגרת פסקת ההגבלה. שנית, העובדה כי לגבי חוק יסוד: חופש העיסוק, הגיעו מהר מאוד להכרה כי קשה יהיה לחיות אתו והוסיפו לו פסקת התגברות: המחוקק יכול לקבל, ברוב מוחלט, חוק שייגבר לתקופה מוגבלת על חוק-היסוד, אם ייאמר בחוק במפורש כי תוקפו הוא למרות חוק-היסוד. בקנדה אומצה פסקת התגברות כללית לגבי חלק ניכר מן הזכויות היותר שנויות במחלוקת כתנאי להשגת ההסכמה שאפשרה חקיקת מגילת-הזכויות. אצלנו אומץ פתרון זה רק לגבי חוק-היסוד המשוריין, מתוך הנחה שאין צורך במנגנון כזה לגבי חוק-היסוד לא-משוריין. אלא שלפתות לפי פירוש של ברק, הנחה זו אינה נכונה. לדעתו, בהיעדר סעיף התגברות, המסלול היחיד שבו חקיקה רגילה יכולה לפגוע בזכות המוגנת באותו

275 ואכן, השופט זמיר מציין שיקול זה כטעם עיקרי לצורך הדחוף בהשלמת חקיקת חוק-היסוד, בראיון להלשכה (יולי 1996).

276 פסקאות 118-129.

277 קרפ, לעיל בהערה 170, בעמ' 379-381. למעשה, עמדתו של ברק עצמו בנקודה זו היתה תחילה לא-ברורה. ראו לעיל הערה 3.

278 פסקה 73.

חוק היא דרך פסקת ההגבלה. ציון מפורש כי החוק אמור לחול על-אף האמור בחוק-היסוד, רק יחמיר את מצבו של החוק, שכן הוא יקל על הקביעה כי אכן ישנה כאן פגיעה. כיוון כזה של פרשנות לא רק מגביר מאוד את חוסר-הוודאות, אלא עלול להגביר את ההתנגדות למהלך החוקתי כפי שהוא מתפרש בבית-המשפט. נוצרת הרגשה, כי הפרשנות שמקבל מהלך החקיקה של 1992 בבית-המשפט עומד בסתירה ברורה להבנות של המחוקקים. מה יכול להיות ברור יותר מן העובדה שהמחוקקים סברו כי השריון שנתנו לחוק יסוד: חופש העיסוק, חזק יותר מזה שנתנו לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? ואין מדובר כאן רק בכוונה נסתרת, שלא מצאה ביטוי בחקיקה. כעסם של אותם המחוקקים המרגישים מרומים הוא זה התורם עתה לעיכוב של המשך המהלך החוקתי. הוא מגביר גם את החשדנות כלפי בית-המשפט וכלפי סמכות הביטול של חוקי כנסת שהוא חש לקבל על עצמו.

עצם הקיום של סמכות לבדוק חוקתיות של חוק ובחינה של כמה מן העתירות התלויות ועומדות בפני בית-המשפט העליון היום מחדד קושי נוסף, מעין מלכוד, של המהלך החוקתי ה"מהפכני". כל עוד אין ציפיות גבוהות מן המהלך החוקתי, יכול היה בית-המשפט לקיים חירות לעצמו בקצב הפיתוח של דוקטרינות חוקתיות ובקביעת קני-מידה להתערבות ה"לא-קונבנציונלית" בדרך של ביטול חוקים. מרגע שקיימות ברקע הדברים הצהרות על כך שייחודו של המהלך הוא כוח זה, מיד מרוכזת תשומת-הלב בבית-המשפט. קבוצות בעלות אינטרס עושות קיצורי-דרך ופונות אליו בבקשה שיפעיל את כוחו המיוחד. לבית-המשפט אין שליטה על הפונים אליו, ובגלל החלטת מנגנוני הסינון של זכות עמידה הוא מוגן עוד פחות מתמיד. בית-המשפט מצדו ניצב בפני בחירות שכולן אינן פשוטות ולכן מחיר כבד. עד עתה יכול היה בית-המשפט לומר, כי ישנה נקודה שבה מסתיים כוחו, והיא חוק ברור של הכנסת. הוא יכול היה לבקר את ההסדר, להשתתף בהליך של עידוד המחוקק לשנותו, אך לא היתה עליו חובה לסכלו. מבחינת חלוקת העבודה, האחריות היתה של המחוקק²⁷⁹. לפי השיח המהפכני, אופציה זו נהיית מסובכת יותר: אם בית-המשפט דוחה את הפניות, הוא מרים תרומה ליציבות המערכת, מחזק את פרזומפציית החוקתיות של חקיקת הכנסת ומונע התנגשות חזיתית בינו ובין המערכת הפוליטית. מנגד, כל דחייה כזאת מאכזבת את אלה שסברו כי יש להם "כלי עבודה" חדש במאבק על הנורמות הציבוריות ועל ההגנה על זכויות האדם

279 בית-המשפט עשה כך בעניין חופש המצפון ולגבי המנופולין הדתי על נישואין וגירושין. דוגמא דרמטית למצב זה היא ההבדל בין פסיקת בית-המשפט העליון בעניין שליט (תשעה שופטים ישבו על המדוכה והחליטו, חמישה נגד ארבעה, לטובת העותר) והחלטתו בעתירת שליט לרשום את בנו השלישי, שגולד לאחרי-מכן, כמו את ילדיו הגדולים (שלושה שופטים נימקו בחצי-עמוד מדוע הנוסח המתוקן של חוק השבות מחייב דחיית העתירה), בבג"צ 18/72 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כו(1) 334.

במדינה. יתירה מזו: כל דחייה כזאת מצמצמת את הגזרה של יכולתו העתידית של בית המשפט לפעול בהגבלת המחוקק²⁸⁰.

מלכוד זה קיים לא רק לגבי פיתוח עתידי של ביקורת שיפוטית, אלא גם לגבי הגזרה הצרה שבה היתה ביקורת כזאת בעבר. הדבר יכול להישמע פרדוקסלי: במקום לאפשר ביקורת שיפוטית במקום שלא היתה קודם, הוא מביא — לפחות בטווח הקצר — לצמצום היכולת להגביל את שחיתות הכנסת לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. השיח המהפכני ממקד את תשומת-הלב בפעילות הביקורת השיפוטית של בית-המשפט על חקיקת הכנסת ולכן מחליש את נטייתו של בית-המשפט להתערב אף באותו סוג מקרים שבהם נהג להתערב בעבר, כאשר חוקי-כנסת פגעו בשוויון הנדרש לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. מי שסבור, כמוני, כי השופט חשין צודק בעניין מרכז השלטון המקומי, יכול לטעון כי בעניין זה לפחות השיח של "מהפכה חוקתית" הגביל את כוחו ונטייתו של בית-המשפט להגביל את המחוקק באחת מן הנקודות שבהן ללא ספק רצוי כי יהיה לו כוח כזה — הקשרים שבהם הכנסת מעניקה לעצמה ולחבריה טובת-הנאה ייחודיות. אמרתי למעלה, כי מבחינת ההגנה על זכויות האדם התמונה בעקבות המהלך והשיח החוקתי עדיין אינה מגובשת. מכיוון שבית-המשפט לא ביטל עדיין אף חוק של הכנסת, אי-אפשר להצביע על מקרה שבו הביאה המהפכה החוקתית לביטול של שימוש-לרעה בכוחו של המחוקק לפגיעה בזכות-יסוד. כאמור, ביקורת שיפוטית על פעילות ברמת ממשלה ומנהל, מנימוקים של זכויות האדם, היתה לנו גם לפני המהפכה החוקתית. נראה, כי לפחות בתחום המעצרים אכן יש שינוי מגמה של ממש במדיניות בתי-המשפט, המשפיעה על מדיניות המשטרה. לא ברור אם שינוי מגמה זו הוא תוצאה של פסיקת בית-המשפט העליון בעקבות המהפכה החוקתית²⁸¹, אולם ברור כי גם אם יש קשר בין השניים — לא היה צורך במהפכה החוקתית לצורך כך. השופט אלון, כמו גם השופטים חשין ודורנר, החזיקו בעמדה המצמצמת לעניין עילות מעצר גם לפני חקיקת חוקי-היסוד מ-1992. מנגד, רוב גדול של השופטים בבית-המשפט ממשיך לדחות גם היום, לאחר חוקי-היסוד, טענות מפליגות בדבר קדימות חירותם של חשודים העלולים לפגוע

280 זו היתה הבעיה בעניין מיטראל, לעיל הערה 227, ובית-המשפט אכן חזר, ובצדק, להעביר את האחריות אל המחוקק. הבעיה אינה קיימת רק במשפט החוקתי ורק בבדיקת חוקתיות חוק; עילת הסבירות, המאפשרת לבית-המשפט לבחון החלטות לגופן, יוצרת אותה דילמה: אם אין סמכות לבחון החלטות מנהליות כל עוד ניתנו בסמכות וללא פגם, אין בדחיית עתירה התוקפת אותן משום מתן לגיטימציה להחלטה. לעומת זאת, אם אפשר לבחון סבירות ולאחר שהדבר נעשה ההחלטה אינה נפסלת, אין מנוס מן הקביעה כי ההחלטה אכן סבירה. ראו ד' קרצמר "ארבעים שנה למשפט החוקתי" משפטים יט (תש"ן) 551.

281 ראו בעיקר פסקי-הדין בעניין גנימאת, לעיל הערות 213, 214.

בבטחון הציבור על שיקולי הסדר הציבורי²⁸². כאן "תרומת" השיח המהפכני מתחכמת יותר. ההדגשה על החשיבות הגדולה של הגנה על זכויות האדם מפני הרשות המחוקקת לא רק ממריצה אנשים להבין כי גם בחוקי כנסת לא הכול הולך, היא גם מגמדת במידה מסוימת את המפעל השיפוטי העצום של הגנה על זכויות אדם בהיעדר חוקה. יתירה מזו: היא יוצרת חוסר-הלימה בין הטיפול השיפוטי בחלק מן העתירות שיש בהן פוטנציאל של ביטול חוק הכנסת ובין הטיפול בעניינים אחרים הנוגעים לפגיעה בזכויות אדם: כאשר בודקים גודל הרכבים ואת נפחי ההחלטות, מנקר לעתים החשש כי בשל הנוכחות הבולטת של השיח המהפכני בית-המשפט נאלץ לעסוק בקידום המהלך החוקתי ובניתוחו, אגב אורחא, יותר מאשר בעצם ההגנה על זכויות האדם²⁸³.

בסיכום-ביניים, לאחר ארבע שנים, השאלה היא, האם המודעות הגבוהה ברמת השיח והפעילות ויצירת התשתית החוקתית הרחבה בספרות ובפסיקה שנגרמו בשל השיח החוקתי והמהפכני הצדיקו את עצמן? להערכתי, טוב היה אם היתה הפרדה בפיתוח המהלך החוקתי בין חוקרי משפט ופוליטיקאים, מצד אחד, ובין שופטים ובתי-המשפט, מצד אחר. חוקרים ופוליטיקאים רשאים כמובן לתת למהלך החוקתי כל תיאור שהם רוצים בו ואשר הולם את פעילותם המקצועית. בדרך הטבע היתה מצטברת ספרות-תשתית בעניין זה וסביר להניח כי חלקים גדולים ממנה היו מטעמם של תומכי המהלך החוקתי²⁸⁴. טוב היה לו הניתן בית-המשפט מחלוקות תיאורטיות ופוליטיות

282 אירוגיה עצובה היא, שדווקא השופט דורנר, שלדעתה, החוקה בדבר חירות ושחרור צריכה להיות חוקה ביותר, היתה זו שאישרה את המשך מעצרו של הנער החרי שהאשם בידי אבנים ברח' בראיין.

283 הפגיעה בזכות הקניין בדרך של הסדר חובות המושבים נדונה בפני תשעה שופטים על-פני 519 עמודים. החוקתיות של אשור רטרואקטיבי של אגרת-הטלביזיה נדונה בפני שלושה-עשר שופטים של בית-המשפט העליון. הזכות לייבא בשר לא-כשר זכתה לתשומת-לבם של תשעה שופטים. החוקתיות של שיטות-חקירה חריגות או של פיצוץ בתי משפחותיהם של מחבלים-מתאבדים נדונה בפני הרכבים מצומצמים של שלושה שופטים. נכון שחשוב כי הרכבים מוגדלים ידרגו בעתירות שבהן יש פוטנציאל לביטול חוק של הכנסת (אם כי לא ברור מדוע לא נקבעו הרכבים כאלה לעתירות בעניין מרכז השלטון המקומי והופנונג. אולי זה מפני שפוטנציאל הביטול לא היה גדול לכאורה?) שאלה זו אינה קיימת לגבי חוק גל, שבו ישב בית-המשפט בערעור על החלטת ביטול. מנגד, בייחוד בשל העובדה כי חוקים לא בוטלו, ישנה תחושה לא-נעימה של חוסר-נחת מן המסר לגבי החשיבות היחסית של המקרים. שאלה מרתקת היא, מדוע נבחר הרכב של שלושה-עשר שופטים לעניין עתירת זנברג דווקא. אולי היה מי שסבר, כי ביטול חוק כזה עשוי להיות מקרה מתאים להשקת הסמכות, שכן צפוי כי לא תהיה בו מחאה אידיאולוגית ותמיד הציבור שמח כאשר קובעים שאסור להטיל עליו חובות כספיים?

284 ראו, למשל, מאמרו של יורן לעניין דיני מסים, לעיל הערה 209; ומאמרו של שחר לעניין מעצרים פליליים, לעיל בהערה 208.

לא לה שנייגם בכך, ומחכה בסבלנות למקרה מתאים, שבו יש באמת משהו מקומם מאנד ומנוגד בבירור לזכויות יסוד בחקיקת הכנסת, שבו ניתן היה וצריך היה לבטל חוק של הכנסת. בינתיים הוא היה יכול להסתפק בלמידה פרשנית מחוקי היסוד, כפי שעשה בעבר מעקרונו זכויות האדם הבלתי-כתובים. בצורה כזאת הוא היה מבסס בצורה טובה יותר הן את ההגנה על זכויות האדם הן את כוחו לבקר במקרים מתאימים חקיקת-יסוד של הכנסת.

ג. לעתידו של המהלך החוקתי בישראל

חוקי 1992 היו פשרה חיונית באילוצי המערכת הפוליטית. הם הכניסו יסוד של הגבלת הכנסת מפני פגיעה בזכויות אדם בחקיקה ראשית ופתחו פתח לכיקורת שיפוטית. החוקים כשלעצמם היו פתוחים לשני כיווני התפתחות: אטי וזהיר או מהיר ונחרץ. השיח המהפכני קבע למעשה, כי יילקח כיוון ההתפתחות השני מבחינת קצב ההתמודדות של המערכת עם השלכות החקיקה החדשה.

אסיים בהתוויית קווים נורמטיביים להמשך ההליך החוקתי, בשל לקחי מהלך 1992 והתפתחותו. הנחת היסוד שלי היא, כי החברה בישראל מפולגת עתה לא-פחות משהיתה בזמן החלטת הררי וכי לכן חוקה נוקשה ומלכדת אולי אינה אפשרית, ומכל-מקום אינה מעשה קל. מבחינת המערכת הפוליטית-ציבורית יש ללכת במקביל בשני מסלולים: ראשית, מסלול של ניסיון ארוך-טווח לאמץ, במערכת הפוליטית על כל חלקיה, "אמנה חברתית" בישראל, שתוכל אולי להיתרגם לחוקה נוקשה. שנית, מסלול של חקיקה רגילה, לא עליונה ולא נוקשה, בנושאים חוקתיים, לרבות הגנה על זכויות האדם. מבחינת בתי-המשפט, המחלוקת העמוקה בחברה הישראלית רק מחזקת את הציווי המקצועי הכללי, שלפיו על בתי-המשפט להתרכז בתפקידם החשוב, המרכזי והחיוני ביותר כמיישבי סכסוכים על פי נורמות מוסכמות, בין פרטים ובין פרטים ובין השלטון, ולא לפעול כחכמי תורת-משפט או כמתקני עולם וכחוד-החנית במאבקים על דמות החברה. ציווי זה מחייב זהירות רבתי בפיתוח העקרונות החוקתיים של מהלך 1992.

1. השלכות למערכת הפוליטית-ציבורית

כמו לכל מי שסבור כי חוקה טובה נחוצה לישראל, גם לי קשה לוותר על התקווה שתהיה לישראל חוקה כזאת. נראה לי שלקחי העבר מורים, אצלנו ועל בסיס השוואתי, כי הכנסת לבדה לא תוכל להרים את המשא, ולו מפני שיושבים בה אינטרסנטים שחוקה כזאת, אף אם תהיה טובה ומצוינת, תפגע בהם. ישנם המציעים כינון אספה מכוננת. אני

סבורה, כי עדיין לא בשלה העת גם לכך. לדעתי, הכעיה היא כי אין די תחושה רחבה אצל כל מרכיבי החברה הזאת, כי חוקה מלכדת, המגבילה את השחקנים ה"רגילים" כולם, חיונית להמשך המפעל הישראלי. לעתים נראה, כי בחברה הישראלית של היום, בייחוד לאחר רצח רבין, ישנה מספיק לכידות ותחושה של דחיפות וחיוניות המפעל, כדי שגוף מיוחד, המורכב מנציגי כל הקבוצות הגדולות באוכלוסייה, יוכל להתעלות מעל צורכי השעה והאינטרסים הצרים של חברי-כנסת וסיעות ולחבר מסמך שיהיה באמת "אני מאמין" משותף של כל חלקי החברה בישראל. בהכרח, זה יהיה מסמך של פשרה. ליברלים חילוניים מערביים, כמו גם אנשי מורשת ישראל אורתודוקסיים, לא ימצאו בו ביטוי מלא למשאלותיהם הפוליטיות. ערביי ישראל יצטרפו לחיות עם מאפיינים מסוימים של ישראל כמדינה יהודית ויהודי ישראל יצטרפו להכיר חד-משמעית בעיקרון שלאזרחי המדינה השותפים בבניין הארץ קול שווה בכל הכרעה מדינית כאן, גם כאשר היא נוגעת לגבולות המדינה ויחסיה עם שכניה, וכי יש לנהוג בכולם בשוויון מדיני וחברתי מלא, כמובטח בהכרזה על הקמת המדינה. אבל מסמך כזה, שייווצר בשותפות של נציגי כל הקבוצות, מתוך הכרה משותפת באינטרסים של כולם ומתוך ריחוק נאות מן האינטרסים הפרטניים של שחקנים פוליטיים — יוכל לשמש בסיס הולם ומוסכם לחוקה פורמלית, חגיגית, עליונה ונוקשה, שתאכף בזהירות וברגישות על-ידי גוף שיפוטי מתאים. אין ביטחון, כי ישנה הלכידות והנאמנות ההרדית המאפשרת בישראל אימוץ חוקה בדרך זו, אולם דבר זה אינו מצדיק הימנעות מניסיון לקדם את המטרה. מכל-מקום, מדובר בהליך ציבורי ארוך-טווח, שיהיו בו פעילות של מחקר ושל ניסוח, של ליבון ושל משא-ומתן ושל פשרות סביב מסמך חוקתי כולל. לאחר שמסמך כזה יגובש, והדבר יוכל לקחת שנים ארוכות ואין ודאות כי יושלם, ניתן יהיה לגשת למלאכת החקיקה והאשרור. צידוק נוסף למלאכה הקשה הזאת, היכולה להיראות סיוזיפית וחסרת-תוחלת, הוא כי לעולם אין לדעת מתי תבוא שעת-הכושר לחקיקה כזאת. לעתים יכולים שבר גדול או הפיכת-מעט להכשיר את הלבבות המהלכים שלא היו נתפשים בתנאים אחרים. לרגעים כאלה חשוב שתהיה תשתית מספקת. בהכנתה ניתן כמובן לעשות שימוש בטיטות שהוכנו במהלך השנים. החשוב הוא, כי כל טיטה כזאת תעבור את מבחן הדיון וההסכמה ברמות שונות, ולא רק את מבחן הרצון הטוב של מציעה. במקביל למאמץ זה, שמרכזו לא צריך להיות בכנסת, בממשלה או במערכת הפוליטית במובן הצר — שכן הוא אינו מכון לחקיקה מיידית ועניינו הוא במסגרת הכוללת שבתוכה נדון גם מקומן של הכנסת ושל הממשלה עצמן, כמו גם שיטות הבחירות אליהן — יש להמשיך במלאכה המבורכת של קידום מטרות ראויות בכל הדרכים: חקיקת כנסת, חקיקת-משנה, הנחיות מנהליות והפעלה ראויה של כל שיקול-דעת. לדעתי, אי-אפשר ולא טוב יהיה כאמור, לרבע את העיגול ולהעניק שריון גורף לכל חוקי-היסוד הקיימים. לאלה מחברי-הכנסת המעוניינים בקידום המהלך החוקתי אני

ממליצה לפתוח בסדרת תיקונים לחוקי-היסוד הקיימים — משטריים ואלה הנוגעים לזכויות-היסוד כאחד — ולנסות ליצור הבחנה בין חקיקת העקרונות ובין החקיקה הפרטנית. בשלב זה יש לשמור על מעמד שווה לשני סוגי החוקים: כולם יהיו חוקים "רגילים", שלא תהיינה להם עליונות פורמלית או נוקשות. אך הפרדה כזאת כעת תוכל לאפשר, בבוא הזמן, מהלך קל יותר וקצר יותר של אימוץ חוקה. בינתיים תהיה למערכות בישראל הזדמנות להתמודד עם העקרונות החוקתיים ולהעריך את תוכנם ואת התאמתם לצורכי החברה בישראל. העקרונות ישונו ויותאמו, כך שכאשר תעלה שאלת איגודם לחוקה ואימוצה בהליך מיוחד ההסכמה הכללית לחוקים אלה תהיה מבוססת ומושלמת²⁸⁵.

מהלך זה מעורר שאלה לגבי סעיפי השריון שכבר הוכנסו לחוקים. כאמור, במצב הקיים ישנה א־נומליה הנובעת מהבדלים בין ההסדרים. הנטייה של תומכי החוקה היא לשאוף לאחידה כלפי מעלה: יינתן לכל ההסדרים החוקתיים שריון אחיד. אמנם, טיעון זה משיג אחידות רצויה, אולם הוא מתעלם מן הרקע להבדלים: שריון ניתן כאשר היתה הסכמה והוא נעדר כאשר היא איננה. האחידות עצמה אינה יכולה ליצור הסכמה. בחלק מן המקרים שריון ניתן כאשר סברו שישנה הסכמה, וההתפתחות הראתה, מהר למדי, כי הנחת ההסכמה היתה מוטעית (כמו לגבי חוק יסוד: חופש העיסוק, ועניין הבשר הכשר). בחלק אחר (כמו שריון סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת) עמדה ההסכמה בינתיים במבחן הזמן.

הבחירה כאן היא בין ויתור על האחידות לטובת התפתחות "אטומיסטית" במידת האפשר ובין השגת אחידות במערכת. אחידות כיום יכולה להיות מושגת רק בכיוון של הסרת הנוקשות והשריון באופן גורף. אני מניחה, כי לא תהיה למהלך זה תמיכה רבה אצל תומכי החוקה²⁸⁶, אולם אני רואה בו יתרונות מסוימים הן בתחום המשטרי הן בתחום ההגנה על זכויות האדם.

285 אני משמיעה המלצות אלה בהיסוס מסוים. מצד אחד, כדי שתהיה לנו חוקה טובה יש להיערך לכך. מצד אחר, אם ישנה תשתית מתאימה, הסכמה למחטף חוקתי גדולה יותר. מחטף כזה, ואולי גם פשרות חוקתיות, עלולים להניב מצב גרוע יותר מבחינה חוקתית מהמצב שיש לנו כיום. גם לפי הניתוח שלי חשוב, כי ההגנה החוקתית על זכויות האדם תקבל פרשנות מצומצמת וזהירה. המגמות בבית-המשפט העליון שלנו אינן מבטיחות פרשנות כזאת. עולה, כי יש טיעון כבר-משקל נגד עיסוק בנושא החוקה הנוקשה לישראל. מנגד, הויתור על חוקה נוקשה בתנאים של ישראל הוא נכונות לקבל, כי השסעים המרכזיים יקבלו רק את סוגי הטיפול שהמערכת הפוליטית הרגילה תתן להם. בשל המגמות המדאיות במערכת הפוליטית עצמה, הן ברמת התכנים הן ברמת מנגנוני קבלת ההחלטות, הפתרון של משטר וסטמינסטר אינו קל.

286 וניתן להעלות טיעון מעניין, שלפיו אין לכנסת סמכות לבטל שריון של הנוראות חוקתיות וכי זה יהיה תיקון חוקה לא-חוקתי! אני מקווה, כי אמרתי די כדי שיהיה ברור כי לדעתי, טיעון זה הוא שגוי. שאלה מעניינת יותר, ולא פשוטה, היא מה יהיה דינו של ניסיון, למשל, לבטל את השריון של חוק

להסרת הנוקשות שתי תוצאות חשובות: ראשונה היא הגברה מסוימת של יכולת השינוי של ההסדרים החוקתיים²⁸⁷. שנייה היא צמצום הבסיס לביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים מאוחרים באותו תחום²⁸⁸. לעניין הגמישות יש הבדל בין התחום המשטרי לתחום זכויות האדם. לדעתי, כל עוד לא קיבלנו הסדר משטרי מלא וכולל, שיש בו איוונים ובלמים, חיוני לשמור על גמישות מירבית. רק כאשר ההליך לאימוץ ההסדרים המשטריים הוא חוקתי באופן מלא, קם הצידוק להגבלת המחוקק הראשי משינוי חרצדי של ההסדר בחקיקה רגילה²⁸⁹. שונה המצב לגבי זכויות האדם, שם הרצון להגן עליהן מפני המחוקק הראשי הוא מרכיב מרכזי במהותן. לכן הייתי מנסה עקרונית, במידת האפשר, להאחיד את ההגנה החוקתית על זכויות האדם "כלפי מעלה", כך שתכלול הוראות של הגבלת כוח המחוקק הראשי.

שונה המצב לגבי הביקורת השיפוטית. האברה הגדולה של שריון סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, היא ההגנה על שוויון הבחירות. כאמור, המחוקק הסכים לשריין את הסעיף כדי לפגוע ביחסיותן של הבחירות, ולא בשוויון. חוסר-היכולת לבטל הסדרים שמידת השוויון שלהם בעייתית אינו רצוי, וזו אחת הסיבות לכך שצר לי על שביטול המשפט לא עשה שימוש בכוחותיו בעניינים של הופנונג ומרכז השלטון המקומי. מנגד, נראה כי עובדה זו מרמזת כי אף בית-המשפט עצמו אינו מעוניין לבחון את סמכותו לביטול החוקים דווקא בסוגייה זו. דומני, כי בעניינים האחרים ניתן לסמוך על האילוצים הפנימיים של המחוקק עצמו כי ימנעו שימוש-לרעה בוטה בכוח, ואם תיכזב תקווה זו – בית-המשפט הראה יכולת מרשימה לעמוד בפרץ במקרים חריגים מתאימים²⁹⁰. לעניין זכויות האדם יש כאן מתח בין הרצוי לאפשרי. הרצוי הוא מגילת-זכויות שלמה, עליונה ונוקשה, שתיאכף באופן זהיר על-ידי גוף שיפוטי. יכול להיות, כי האפשרי הוא בחירה בין מגילת-זכויות שלמה, שמוסכם וברור – לפחות לשנות-דור –

יסוד: הממשלה, שלא ברוב הנדרש? אני מניחה, כי המערכת הפוליטית לא תנסה לעשות זאת וכי לכן השאלה של עמדת בית-המשפט לא תתעורר.

287 יש חוקים שאינם משוריינים שקשה יותר לשנותם מחוקים משוריינים, כגון חוק השבות; או שינוי בחוק בתי-הדין הרבניים בניגוד לעמדת הדתיים.

288 צמצום ולא ביטול, שכן, כאמור, הערת-האזהרה של ברק בתנועת לאו"ר, כמו גם התבטאויות של שמגר וניתוחו של אדרעי, מבססים יצירה הלכתית של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית במקרים מתאימים.

289 לכן עקרונית אני מסכימה עם הנדרי כי יש לעגן חוקתית את מבני המשטר, אולם עיגון חוקתי כזה אינו יכול להיעשות על סמך ההסדר החוקתי הקיים.

290 יש לזכור, כי גם בשיטת-משפט עם חוקה נוקשה אין יכולת, ולא ראוי, לטפל בכלים משפטיים בכל חוליי השלטון והשתתותו. נראה, למשל, כי נדון עלינו לחיות עם שליטת הכנסת על תנאיה של חבריה ומקורביהם. ישנם קשיים בכל שיטת-משפט, וההגנה האחרונה על ערכי השיטה אינה יכולה להיות באמצעות אכיפה שיפוטית בניגוד לרצון החברה או האליטות שלה.

כי היא אינה כוללת ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, ובין המצב הקיים. לדעתי, ניתן להעלות טיעונים כבדי-משקל לטובת כל אחת מן האפשרויות.

2. תפקידו של בית-המשפט

אמרתי כבר למעלה את עיקרי הדברים, והם נאמרו כבר על-ידי אחרים, בבית-המשפט ומחוצה לו, ואינם חדשים. יש פער ניכר בין פסק-הדין בעניין גל (וגם בזה של גנימאת, ובפסק-דינו של דב לוין בעניין כלל) ובין פסקי-הדין החוקתיים האחרים מבחינת הסגנון והגישה של בית-המשפט. בראשון נפרשה יריעה רחבה, החורגת הרבה אל מעבר לנדרש, ומחלוקות רבות ומגוונות בין השופטים בכל הרמות. גם בו, כמו בהתבטאויות שיפוטיות ותוך-שיפוטיות אחרות, נראה כי ישנם חילוקי-דעות בין השופטים הן לגבי הגישה להכרעות חוקתיות הן לגבי פירוש המהלך החוקתי הן לגבי המקור התיאורטי והנורמטיבי של המפעל החוקתי. באחרים, כגון זנדברג ומיטראל, ישנה הצטמצמות מדעת לשאלה העומדת להכרעה, נכונות רבה להשאיר שאלות בצריך עיון והליכה על הכרעה שיפוטית מוסכמת, שתזכה להסכמת כל השופטים היושבים בדין. אני מעדיפה את גישת פסקי-הדין האחרונים הן משיקולים כלליים של טיב התפקיד השיפוטי והמגבלות הראויות על יצירת חוק אגב הכרעה שיפוטית הן בשל העובדה כי מדובר כאן בהתגבשות של התייחסות שיפוטית לחוקי-יסוד הפותחים פתח לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, אשר הועברו ללא בסיס הסכמה רחבה ובהיעדר דיון ציבורי מקיף.

אינני רוצה לפתוח כאן במלחמת-מאסף נגד המנהג שהשתרש בפסיקה הישראלית לזנות לחלוטין את ההבחנה בין טעם פסק ובין אמרת-אגב, הן בכתיבת פסקי-דין הן בהתייחסות אל פסקי-דין שניתנו בעבר. מנהג זה קשור להתפתחות אחרת שחלה בתפישת בית-המשפט את עצמו: אצל חלק מן השופטים, הגם שהם משלמים מס-שפתיים לעיקרון שלפיו תפקידו העיקרי של השופט הוא להכריע בעניינים הבאים לפניו ולעשות צדק בין הצדדים, קשה להשתחרר מן הרושם כי את מרכז הבמה מתחיל לתפוש תפקיד מעין-חקיקתי או תפקיד של תיקון עולם והשלטת נורמות ראויות בחברה. השילוב בין השניים מתבטא בכך, שחידושי הלכה מפליגים נקבעים בעניינים שבהם הם אינם נדרשים להכרעה, אולם אחרי-כן הם זמינים להחלטות עתידיות ומשמשים בהן כמעמד של עקרונות שכבר הוכרעו ומקובלים אצלנו מאז ומתמיד²⁹¹. עלי מקובלת

291 אני מרגימה עניין זה במאמרי על היועץ המשפטי (ר' גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה(2) (תשנ"ז) 27). בהקשר שלנו לא אוכל לשפר את דבריו הנכוחים של השופט זמיר, כאשר הוא מביע הסתייגות מהרעיון שהזכות לשוויון כלולה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

בפסיקה שלאחר חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מפורזות אמרות-אגב המוצאות פנים

הגישה ה"קלאסית", שלפיה ייחודו של התפקיד השיפוטי הוא ביישום כללים כלליים, שנוצרו בעיקר במקומות ובהליכים אחרים, כדי להכריע בעניינים ספציפיים. יצירת נורמות כלליות אגב שפיטה היא עניין נלווה להכרעה זו, שיש לעשותו בזהירות ובצמצום. הערובה ליצירת נורמות טובות בדרך של תקדים הוא בכך שהן נצרפות בכור ההיתוך של המקרה המיוחד. לכן שפיטה צריכה להיות גם עניין פסיבי: השופט אינו "מזמין" את העניינים הבאים להכרעתו ואינו צריך להיות להוט להכריע בהם לפני שהגיעו להכרעתו. עניין זה אינו קשור כלל ועיקר לסוגית האקטיביזם כעמדה שיפוטית לגבי נכונות לנקוט עמדה בשאלות שנויות במחלוקת. הוא קשור לתפישה יסודית של תפקיד בית-המשפט ומקומו במערכת-השלטון²⁹².

ישנם הטוענים, כי הצגה זו של השפיטה נוטלת ממנה מרכיב חשוב מאוד של תפקידה, בעיקר ככל שמדובר בבית-משפט עליון. בארץ ובעולם נוטלות ערכאות שיפוטיות עליונות חלק חשוב בגיבוש ערכים ציבוריים ובהנהרה של נורמות עקרוניות ושל אידיאלים משותפים. דורות שלמים גדלים על פסקי-דין חשובים ומרכזיים ומפנימים באמצעותם ערכי-יסוד והגנה על זכויות האדם. הצגת התפקיד השיפוטי כאילו הוא מתמצה ביישוב סכסוכים ספציפיים נוטלת מבית-המשפט העליון את גולת-הכותרת של תפקידו החברתי. איני מקבלת תפישה זאת. פסקי-דין חשובים הם אלה שבהם נבחן ערך כללי בהחלטו למקרה ספציפי. מובן, כי ההנמקה של ההחלטה הספציפית יכולה להיות מלווה פירוט של התשתית הערכית של הנורמה הכללית המיושמת באותו עניין. במקרים רבים החלטות כאלה הן אכן דרמטיות יותר וחשובות יותר מבחינה חינוכית, מאשר עצם קיומה של הנורמה הכללית. אגב יישומה של הנורמה הכללית למקרה הספציפי היא מקבלת חיוניות ורלבנטיות שיכול להיות שנעדרו ממנה קודם-לכן. אולם עם כל חשיבותו ומרכזיותו של תפקיד חברתי-חינוכי זה, אין הוא יכול או צריך

הרבה בחוק היסוד. בעיקר כך בזכות לכבוד. וכך גם בספרות המשפטית. יש המוצאים בכבוד האדם את עקרון השוויון, יש המגלים בו את חופש הביטוי, ויש התולים בו זכויות יסוד אחרות שלא בא זכרן בחוק היסוד. ... ואילו אני מבקש להזהיר את עצמי, בהקשר זה, מפני אמרות-אגב המוצאות דרכן בין השורות של פסקי הדין, בנושא עקרוני ויסודי כל כך, ללא דיון עמוק לגופו של עניין כחלק מתחייב של הפסק. אני סבור כי אם אין צורך בכך, ועד שיתעורר הצורך, מוטב שלא להתחייב.

292 הא ראייה שהשופט אלון, אחד המתנגדים העקיבים לאקטיביזם שיפוטי, חוטא בעניין אמרות-האגב לא פחות מעמיתיו היותר אקטיביסטים. אין זה מקרה, כי דווקא הוא שכתב את פסקי-הדין בע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, אשר דוד הד מנתח אותו תוך ביקורת על תפישת התפקיד השיפוטי המסתמנת ממנו (ד' הד "מעבר לחידות ולכבוד" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 649). השופט ויתקון, שאת תפישתו השיפוטית הכללית אני מקבלת, היה אף הוא ידוע כמי שלא נמנע מאקטיביזם שיפוטי.

להיעשות שלא אגב פסיקה בעניינים ספציפיים. אני שוחפה לתחושה המרומזת בעמדה זו, כי יצירת נורמות חברתיות או שינוי פני החברה הן פעילות חשובה יותר מזו של שפיטה. אבל, אף אם זה נכון, שפיטה אכן שונה מהיקון עולם. ייחודם של שופטים הוא בכך שהם שופטים, בעוד שהסמכות המחוקקת העיקרית מופקדת בידי גוף אחר, הבנוי ופועל אחרת. מי שרוצה להיות מתקן עולם, ייכבד ויעבור אל המערכת המופקדת על כך. ראינו, כי בהקשרים מסוימים ניתן, ואולי רצוי, להעביר חלק מסמכויות הפיקוח על יצירת חוקים מן המחוקק העליון לידי בית המשפט. אולם פיקוח שונה מחקיקה עצמה וראינו גם, כי בדמוקרטיה פיקוח כזה חייב להיות חריג, המקבל את הצדקתו מן העובדה כי הוא חריג²⁹³.

הדברים שלמעלה נכונים לגבי הפעילות השיפוטית בכל ענפי המשפט ובכל תחום. הם נכונים שבעתיים כאשר הסוגייה לדיון נוגעת להיקף הביקורת של בית המשפט עצמו על חקיקה ראשית של הכנסת. בית המשפט כאן אינו רק מרחיב את ההיקף הפונקציונלי של פעילותו, אלא שהוא תובע לעצמו סמכות לבקר ולהגביל את פעולתה של הרשות המחוקקת העליונה. אמנם, זוהי סוגייה שלה מרכיבים חשובים של טוב ציבורי מן הסוג שבית המשפט אמון על שקילתו. סביר להניח, כי הכנסת עצמה לא תשוש להגביל את כוחה. מנגד, אסור להתעלם מכך, שגם לבית המשפט אינטרס מוסדי ישיר בה. על רקע הנתונים החוקתיים של ישראל — כאשר נושא החקיקה של זכויות האדם כה שנוי במחלוקת וכאשר המסר של המחוקק עצמו עמום ביותר — הן השיקול הפרודנטי הן השיקול הענייני היו צריכים להביא לעמדה של פסיביות זהירה מצד בית המשפט. בעיקר אמורים הדברים כאשר ברקע הפסיקה ישנה תשתית מתרחבת במהירות של ספרות מחקרית ואקדמית²⁹⁴.

פסק הדין בעניין חוק גל הוא אפוא מעורר תמיהות. על רקע הבעיות הנוצרות, מבחינת אחידות הדין ובהירותו, לא ברור מהי ההצדקה לתריגה הניכרת של השופטים ממה שהיה נדרש על פי המקרה שהיה בפניהם. המחלוקות בין השופטים גרמו לכך, כי אפילו הבהרה של עמדות בית המשפט לא היתה שם. לא היה כל צורך לקבוע מסמרות

293 זהו כמובן נושא רחב היורד לשורש ההצדקה והתבונה של ביקורת שיפוטית בדמוקרטיה. לענייננו אציין רק, כי טעמים אלה חלק חשוב בהסתייגויות ממהלך "המהפכה החוקתית" והתרכזותה בביקורת שיפוטית. ראו, בעיקר, לנר, לעיל בהערה 7; לבנטין, לעיל בהערה 242; א' רוזן-צבי, "מדינה יהודית ודמוקרטיה": אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה — האפשר לרבע את המעגל? עיוני משפט יט (תשנ"ה) 479, 498-499; וניתוחו של ר' שמיר "חברה, יהדות ופונדמנטליזם דמוקרטי: על מקורותיה החברתיים של הפרשנות השיפוטית" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 699.

294 בשנים הראשונות לקום המדינה היו שופטים, בעיקר אגרנט, שבמקרים מסוימים הרחיבו מאוד את היריעה. גם אז היו שביקרו נוהג זה, אולם הטעם שהובא להגנתו היה הצורך הדחוף בעיבוי התשתית המחקרית של ענפי המשפט השונים.

חוקתיים בעניין אשר בו הוחלט שלא לבטל את החוק נשוא התביעה. מבין פסקי-הדין הרי אלה של הנשיאים שמגר וברק והשופטים חשין ורב לוי אינם עוסקים רק בפיתוח רחב מכדי הצורך של המשפט הקיים. הם עוסקים, במודע ובאופן ברור, בקביעות חוקתיות לגבי המצב הרצוי. בשלב כה ראשוני של תהליך חוקתי, שכיוונו אינו ברור, דווקא השופטים שרוצים בקידומו של התהליך היו חייבים להתגבר על הפיתוי. פסקי-הדין שלהם, בצורתם הנוכחית, יחד עם פסקי-דין אחרים, ובעיקר כאשר הם מצטרפים לכתבים חוץ-שיפוטיים של שופטים, דוחפים את המהפכה החוקתית במקום ליישם את המהלך החוקתי של 1992, על כל הגבלותיו החשובות, בזהירות ובאטיות, ורק לפי הצרכים של ההכרעות המגיעות לבית-המשפט. בית-המשפט אינו יכול להלין, אפוא על כי ישנם המתארים אותו כמחוללה של המהפכה החוקתית, ולא רק כמיישמה. הוא אינו יכול להתפלא על אלה הטוענים כי המחוקק לא הנהיג מהפכה חוקתית, כי בית-המשפט הוא המייצר אותה וכי בסופו של דבר תהיה המהפכה נבואה שהגשימה את עצמה, בשותפות פעילה של בית-המשפט עצמו.

אין ספק, כי במהלך חוקתי כזה ראוי שתהיה שותפות בין המחוקק ובין בית-המשפט. כך היה אצלנו מאז ומתמיד. בבית-המשפט עצמו נשמעים בבהירות, לאורך כל הדרך, קולות הממליצים על התקרמות אטית וזהירה²⁹⁵. אני מקווה, כי פסקי-הדין האחרונים מסמנים מדיניות מכוונת של בית-המשפט, שתאפשר לו לחזור למקום הכבוד הראוי לו בפיתוח ערכים חוקתיים ובהגנה על זכויות האדם בישראל. שיח שלפיו האחריות לרמות החברה והמדינה ולהגנה על ערכיה ומשטרה היא תפקידו של בית-המשפט, גם כאשר מדובר בהכרעות מושכלות של הכנסת, שלא לדבר על הכרעות המונחות על-ידי שיח כזה — אינו לטובת העניין.

295 עקרונית, די היה להפנות להנחיות לריסון ולאיפוק שמציין הנשיא שמגר עצמו בפסקאות 88-89 לפסקי-הדין, מפיו של השופט האמריקני-יהודי ברנדיס. אלא ששמגר מביא את ההנחיות האלה בסיום חוות-דעת שכולה חריגה מהן. כאמור, ההסבר כי ההארכה באותו עניין נדרשה להתוויית קווים מנחים לבדיקת חוקתיות בעתיד (שמגר, פסקה 88) אינו משכנע. חלק מן השופטים אכן מצטמצמים גם בעניין גל (כמו זמיר, כך וטל). גם בעניין כלל נקט טל צמצום ההכרעה והשית, כפי שעשתה שטרסברג-כהן. זמיר, כאמור, נקט לשון אזהרה מפורשת בעניינים של מרכז השלטון המקומי ובאמרת-האגב בשדולת הנשים. חשין, המאריך מאוד בעניין חוק גל, מתמרדר בעיקר עם שיח המהפכה, העליינות והסמכות המכוננת. לגופה של הגישה לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית הוא נוקט עמדה מצמצמת וזהירה.

