

חוקה למדינת ישראל? — הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר "המהפכה החוקתית"

מאת

יואב דותן*

עד שנת 1992 השתייכה ישראל למשפחת המדינות שבהן לא היתה חוקה פורמלית. חוקי-היסוד החדשים שהתקבלו בשנת 1992 והפרשנות שניתנה להם בפסיקת בית-המשפט העליון יצרו שינויים חשובים במשפט החוקתי בישראל. המאמר סוקר את ההשלכות של ההתפתחויות החוקתיות על היחסים שבין בית-המשפט העליון ובין הממשלה והכנסת ("הדיאלוג הקונסטיטוציוני") ועל מעמדו בקרב הקהילה החברתית והפוליטית על רקע טיעונים עיוניים שונים. לכאורה השינויים במשפט החוקתי הופכים את ישראל לשיטת-משפט שבה ישנה חוקה פורמלית המשמשת מסגרת להסדרת היחסים בין בית-המשפט לרשויות האחרות. בפועל ספק אם "המהפכה החוקתית" אכן הוליכה לתוצאה כזו. המהפכה החוקתית אכן העניקה לבית-המשפט סמכות רחבה-יחסית לפסול דברי חקיקה של הכנסת, אך בד-בבד הותירה בעינה את האפשרות של תגובה מיידית מצד הרשויות הפוליטיות לביטול התוצאות של התערבות שיפוטית כזו. בפועל גם כיום המסגרת החוקתית שלנו היא מסגרת גמישה, שבה פסיקתו של בית-המשפט אינה סוף פסוק, אלא כפופה לאפשרות תמידית של ביטול תוצאותיה על-ידי חקיקה של הכנסת, באמצעות הליך שאינו שונה באופן מהותי מחקיקה רגילה של הכנסת.

מכאן, שהמהפכה החוקתית לא יצרה שינוי ביחסים בין בית-המשפט לכנסת במובן זה שהעניקה לבית-המשפט סמכות הכרעה סופית שלא היתה בידיו קודם-לכן. עם זאת המהפכה יצרה שינוי בכך שהעניקה לכל אחד מהמוסדות המשתתפים בדיאלוג כלים "בלתי-קונבנציונליים" היכולים לאפשר לו לתקוף הכרעות של הצד השני לדיאלוג. פירוש הדבר הוא, שהמהפכה לא הצליחה להעניק לנו מסגרת חוקתית יציבה שעל-פיה יתנהל הדיאלוג הקונסטיטוציוני, אך היא "הצליחה" להעניק לכל צד לתהליך כלים חזקים יותר, העשויים לערער את מידת היציבות ששררה קודם-לכן. על רקע זה המאמר סוקר את פסיקת בית-המשפט ואת פעולות הכנסת והממשלה משנת 1992 ואילך.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. תודתי נתונה לד"ר מנחם הופנונג על הערותיו המועילות; וכן לגב' אריאן דרוקמן, על שסייעה לי בהשגת חומר-רקע היסטורי.

- א. מבוא. ב. רקע עיוני: ביקורת שיפוטית — דמוקרטיה וחוקה. 1. ביקורת שיפוטית ודמוקרטיה — בית-המשפט כמסד אנטי-רובי וסיעונים מטא-טקסטואליים אחרים; 2. ביקורת שיפוטית וחוקה; 3. ביקורת שיפוטית — חוקה או דמוקרטיה? ג. המהפכה התוקנית והדילמה של בית-המשפט העליון. 1. הרקע הקונסטיטוציוני — טרום המהפכה החוקתית; 2. ניצני פיתוח תיאוריה מטא-טקסטואלית — הלכת לאור; 3. המהפכה החוקתית ופסקי-הדין בנק המזרחי; 4. ביקורת שיפוטית על בסיס "חוקה למדינת ישראל" — יתרונות וסכנות. ד. הדיאלוג הקונסטיטוציוני לפני המהפכה החוקתית ואחריה. 1. מסגרות משפטיות ותהליכים פוליטיים; 2. הדיאלוג הקונסטיטוציוני לפני המהפכה החוקתית; 3. הדיאלוג הקונסטיטוציוני בעקבות המהפכה החוקתית; 4. הדרך שבה ילך בית-המשפט — שתי גישות מתחרות; 5. הבחירה בין שתי הגישות — הערכה ביקורתית. ה. סיכום.

א. מבוא

האם לישראל ישנה חוקה? מהו אופיה של חוקה זו? כיצד התקבלה וכיצד ניתן לשנותה? ברוב שיטות-המשפט המוכרות לנו שאלות אלו ייחשבו לשאלות טריביאליות, אך לא כן בישראל: אצלנו השאלות הללו נשאלות ברומם של עולם, שכן הן משמשות כר נרחב לדיון ולמחלוקות בין שופטים, אנשי-אקדמיה, פוליטיקאים ואנשי-תקשורת. אין חולק כי בשנים האחרונות, בעקבות חקיקת חוקי-היסוד החדשים, חלו שינויים במשפט החוקתי שלנו. אך אין כל הסכמה לגבי עומק ההשלכות של השינויים. אין גם הסכמה לגבי השאלה, האם יש לנו כיום — בעקבות השינויים הללו — חוקה? או לגבי הטענה, שחוקה כזו היא תוצאה הכרחית של אותם תהליכים הגם שטרם גובשה סופית, למצער עד למועד כתיבת שורות אלו.

זאת ועוד: האקלים והסביבה הפוליטיים שבהם נשאלות שאלות אלו מקשים עוד יותר על האפשרות להעריך את ההשלכות של מה שמכונה "המהפכה החוקתית" בישראל, לצפות את השלבים הבאים בהתפתחויות או להביע דעה לכאן או לכאן לגבי היתרונות והחסרונות של התהליכים הללו. אמנם, תהליכים חוקתיים קורים לא פעם על רקע שינויים חברתיים ופוליטיים רבי-עוצמה ובעקבותיהם. אך המהפכה החוקתית בישראל מתרחשת על רקע סוער במיוחד: ההתרחשויות הכבירות במישור המדיני והתגברות המתחים הבטחוניים הנלווים לתהליך השלום, המתח הפוליטי החזק בין דתיים לחילוניים והמתח הגובר שביחסים בין בית-המשפט העליון ובין הממשלה והכנסת — הם כולם תהליכים שבינם ובין התהליך החוקתי ישנן השלכות-גומלין מורכבות. המאמר הנוכחי יוקדש לדיון בשאלות אלו. בחלק הראשון שלו אציג מסגרת עיונית לדיון בשאלת מהותה של חוקה במדינה ליברלית וההשלכות האפשריות של כינון חוקה על תהליכים פוליטיים בקהילות דמוקרטיות ועל היחסים בין בית-המשפט

ובין הרשויות האחרות. בחלקים האחרים של הרשימה אנסה לבחון ולהסביר את התהליכים שאירעו בישראל בשנים האחרונות על בסיס הכלים שיוצגו בחלק העיוני וגם אנסה להציג תחזית לגבי קורים אפשריים של התפתחות התהליכים החוקתיים אצלנו לעתיד לבוא.

ב. רקע עיוני: ביקורת שיפוטית – דמוקרטיה וחוקה

בשיח החוקתי המקובל אצלנו נהוג לקשר בין המושג "חוקה" ובין התהליך של ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים. לפי קרמחובה זה, קיומה של חוקה פורמלית הוא תנאי הכרחי להכרה של השיטה המשפטית בסמכותם של בתי-המשפט של הקהילה הפוליטית הרלבנטית לבחון את תוקפם של חוקים שחוקקו על-ידי הפרלמנט. החוקה היא הנורמה המשפטית העליונה ביותר ב"פירמידת הנורמות", כאשר מתחתיה עומדים אקטים המצויים בדרגה של חקיקה ראשית, ולאחריהם – אקטים שהם חקיקת-משנה ואקטים מנהליים אינדיבידואליים. לפי תפישה זו, תפקידם של בתי-המשפט הוא להעמיד כל אקט שלטוני במבחן התקפות המשפטי, קרי: לוודא את התאמתו לתכנים ולדרישות של הנורמות העומדות בדרגה הגבוהה יותר בפירמידה הנורמטיבית. מכאן, שחוקה היא בעצת ובעונה אחת מקור הסמכות הנתונה בידי בתי-המשפט לבחון את חוקתיותם של חוקים וגם קנה-המידה התוכני והכללי שבאמצעותו בתי-המשפט מבצעים את מלאכת הביקורת.¹

הפשטות הלוגית של המודל החוקתי הפורמליסטי הזה מושכת לכאורה את הלב. אך התבוננות מעמיקה יותר תוכיח כי הוא אינו מצליח להביא לידי ביטוי את המורכבות שביחסים בין שלושת מושגי-היסוד שהדיון הנוכחי עוסק בהם: דמוקרטיה, חוקה

1 H. Kelsen *General Theory of Law and State* (Cambridge, 1945) 162. תפישת "פירמידת הנורמות" של קלזן הנחתה את אבות המשפט הקונסטיטוציוני בישראל. ראו ב' אקצין תורת המשפטים (מהדורה שנייה, תשכ"ח) פרק 17 ("הפירמידות של הנורמות והמוסדות"); י"ה קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת משנה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 105; י"ה קלינגהופר "מגילת זכויות האדם: הקפאון בחקיקה" שם, בעמ' 137, 142. לתפישה זו גם עיגון מוצק בפסיקה שלנו. ראו, למשל, דברי הנשיא שמגר בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח' פ"ד מט(4) 221, בסעיפים 19–24 (להלן: פסק-הדין בנק המזרחי). יצוין, כי על-פי תפישה זו, חוקה היא תנאי הכרחי, אך לא דווקא תנאי מספיק לקיום ביקורת שיפוטית על חוקים, משום שניתן לתאר שיטה המאמצת את הרעיון של פירמידת הנורמות, אך אינה מאמצת את הרעיון של קיום אורגאן נפרד מהחוקק עצמו שיפקח על התאמת החוקים הרגילים לחוקה. בעניין זה ראו א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ב, כרך א: תורת הפרשנות הכללית) 556 ואסמכתאות שם.

וביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים. הדיון החוקתי המודרני יותר (כפי שהתפתח בשני העשורים האחרונים, במיוחד בארצות-הברית) זונח את התפישה הפוזיטיביסטית הפורמלית לטובת בחינתם של היחסים שבין מוסדות משפטיים ובין העקרונות וההליכים העומדים בבסיסה של שיטת הממשל שבה מתקיימים מוסדות אלו. ניתוח כזה יכול להראות, כי ניתן לגזור את הצידוקים של הביקורת השיפוטית מהעקרונות המובנים של שיטת הממשל הדמוקרטית גם ללא חוקה; וכן כי קיומה של חוקה פורמלית כבסיס לביקורת השיפוטית עשוי לעמוד בסתירה מסוימת לעקרונות-היסוד של השיטה הדמוקרטית עצמה. להלן אדון ביחסים שבין כל צמד מבין שלושת מונחי-היסוד הללו בנפרד, ולאחר-מכן — בכמה מסקנות עיוניות כלליות הנובעות מכך.

1. ביקורת שיפוטית ודמוקרטיה — בית-המשפט כמוסד אנטי-רובי וטיעונים מטא-טקסטואליים אחרים

מהם הצידוקים לכך שלבתי-המשפט תינתן סמכות לפסול חוקים שהתקבלו על-ידי הפרלמנט בשיטה דמוקרטית? צידוק אפשרי אחד הוא כמובן צידוק משפטי פורמלי (קיומה של חוקה כתובה המסמיכה את בית-המשפט לבצע פעילות כזו). אך האם חוץ מצידוק פורמלי כזה ישנם טעמים לתמוך בהכרה בסמכות כזו של בית-המשפט? במלים אחרות: האם בשיטה שבה לא קיימת חוקה פורמלית, עדיין יש מקום לתמוך בקיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקה פרלמנטרית? לכאורה כל ניסיון של בית-משפט לפסול חוק שהתקבל על-ידי הנציגים הנבחרים של הציבור עשוי להיתקל בטענות קשות הנוגעות לעצם הלגיטימיות של פעולה כזו. בניגוד לחברי הפרלמנט — כך ייטען — שופטי בית-המשפט אינם נבחרים על-ידי הציבור בבחירות תקופתיות ואינם אחראים ישירות כלפיו. לכן אם מצאו הנציגים הנבחרים של הציבור לנכון לחוקק, ברוב קולות, חוק מסוים — מגין ישאבו שופטים, שאינם מייצגים ישירות את הציבור, סמכות להרהר אחרי קביעותיו של המחוקק?

תשובה אפשרית לשאלה זו היא, שבשיטת ממשל דמוקרטית צריכה להיות לבית-המשפט סמכות לפסול קביעות של המחוקק, במקום שבו יש כשל בפעולה של המוסדות הדמוקרטיים. כדי שיווצר כשל כזה, המצדיק התערבות של בית-המשפט, צריכים להתקיים שני תנאים מצטברים: ראשית, שפעולת המוסד המחוקק הנבחר תעמוד בסתירה לעקרונות-היסוד של השיטה הדמוקרטית; שנית, שאופיו של הכשל יהיה כזה, שתיווצר אינו יכול להיעשות על-ידי המוסדות הנבחרים עצמם, אלא חייב להיעשות על-ידי גורם המנותק מהמערכת הפוליטית הייצוגית הרגילה, קרי: בית-המשפט.

ניתן להביא דוגמאות מספר למצבים שבהם נוצרים כשלים באופני הפעולה של המוסדות הייצוגיים, כך שהתערבות בתי-המשפט תיראה לנו לא רק מוצדקת, אלא אף הכרחית כדי לשמור על קיומה של מסגרת הפעולה הדמוקרטית התקינה. טלו, לדוגמא,

מצב שבו האופוזיציה מעוררת טענות לגבי כשרות הבחירות שהביאו לבחירתו של פרלמנט במדינה מסוימת, ואילו הפרלמנט "הנבחר" מחוקק מיד עם התכנסותו חוק שבו הוא "מאשר" את כשרות הבחירות שהביאו להתכנסותו. או טלו לדוגמא מקרה שבו פרלמנט שנבחר לתקופת-זמן קצובה מחוקק (ברוב קולות) חוק המתיימר להאריך את כהונתו בכמה שנים נוספות. מה שמאפיין מצבים מעין אלו הוא שמחד גיסא, עולה טענה כי המוסד הנבחר עצמו פעל בניגוד לעקרונות-היסוד של השיטה הדמוקרטית וחרג מהמנדט שהשיטה מעניקה לו. בד-בבד ברור, שבמצבים כאלו אין כל מקום לצפות כי את התקלה יתקן המוסד הנבחר, שהוא-הוא המקור לאותה תקלה. לכן דווקא ההיגיון המובנה של השיטה הדמוקרטית מחייב, כי סכסוכים המתגלעים במצבים כאלו יבוררו בידי גוף שאינו חלק מהמערכת הפוליטית הרגילה ואינו שואב את כוחו מאישורו של ה"רוב", שעצם הלגיטימיות של הכרעתו היא העומדת לבירור. בתי-המשפט הם המועמדים הטבעיים לשמש בוררים במצבים מסוג כזה, משום שהם נתפשים כמוסד שאינו צר במחלוקת בין הצדדים הפוליטיים הניצים. הפנייה לבית-המשפט וההחלטה של בית-המשפט לעסוק בסכסוכים מעין אלו אינה תלויה בהכרח בקיומו של טקסט חוקתי מסמך כלשהו (אם כי כמובן קיומו של טקסט כזה יכול לחזק את הטענה בדבר הצורך בהתערבות בית-המשפט), אלא ניתן לטעון, כי בית-המשפט שואב את סמכותו לדון בסכסוכים כאלו גם בהיעדרו של טקסט כזה מעקרונות-היסוד של השיטה הדמוקרטית עצמה.

הדוגמא המוכרת ביותר בספרות החוקתית בימינו לכשל בפעולה הדמוקרטית המצדיק התערבות בית-המשפט היא זו המכונה הכשל האנטי-רובי (the counter-majoritarian difficulty), כפי שפותחה על-ידי המלומד האמריקני ביקל². לפי טיעון זה, בשיטת ממשל דמוקרטית לבית-המשפט סמכות אינהרנטית להגן על חירויות הפרט של המיעוט כנגד ניסיון של הרוב לפגוע בחירויות אלו, ולו גם באמצעות חקיקה של הפרלמנט הנבחר, הנעשית ברוב (יהיה גודלו אשר יהיה) של הנציגים הנבחרים. הטיעון מבוסס על המהלך הבא: הרעיון הדמוקרטי עומד על שני ערכי-יסוד: האוטונומיה של הפרט (כלומר: הסמכות של כל אדם להכריע בעצמו כבן-חירות בדבר גורלו וכל פעולותיו) והשוויון בין כל הפרטים הנוטלים חלק בהכרעות קולקטיביות. שני ערכי-יסוד אלו מובילים למסקנה, כי הכרעות רגילות בשיטה דמוקרטית תתקבלנה על-פי רוב, כאשר המיעוט חייב לקבל עליו את הכרעת הרוב (אחרת, ייפגע העיקרון של השוויון בין הקולות של כל המשתתפים). עם זאת, יכולתו של הרוב בדמוקרטיה להכריע עבור המיעוט אינה בלתי-מוגבלת. לרוב בדמוקרטיה אין סמכות לקבל הכרעות הפוגעות בחירויות-היסוד של המיעוט, אחרת הכרעה כזו תעמוד בסתירה לערכי-היסוד שהשיטה

2 A.M. Bickel *The Least Dangerous Branch* (1962)

מבוססת עליהם. לדוגמא: אם בעיירה מסוימת ישנה התלבטות אם להשקיע את כספי המסים שנגבו בשיפור הרחובות העוברים בעיירה או בשיפוץ של מערכת הביוב העירונית, הרי הכרעה כזו חייבת – לפי ההיגיון הדמוקרטי – ליפול על-פי דעתם של רוב התושבים (או נציגי הרוב, לעניין זה). לעומת זאת, הרעיון הדמוקרטי איננו מחייב, ואף שולל, אפשרות שרוב (ולו גם מכריע) של תושבי אותה עיירה יוכל להחליט כי מיעוט מסוים מהתושבים יהפוך לעבדי הרוב (או כל חלק ממנו) או שרכושו של אותו מיעוט יישלל ממנו ויחולק בין הרוב. החלטות מהסוג האחרון מנשלות את המיעוט מחירויות היסוד שלו ופוגעות באוטונומיה שלו ולכן עומדות בסתירה לרעיון הדמוקרטי עצמו.

יוצא, שבשיטה הדמוקרטית יש שני סוגים של הכרעות: הכרעות רגילות, הצריכות להתקבל על-פי רוב; והכרעות מיוחדות הנוגעות לחירויות היסוד של המיעוט. ההבחנה בין שני סוגי ההכרעות מחייבת קביעת קריטריון ביניהן (מלאכה שבמקרים רבים עלולה להיות הרבה פחות טריביאלית ממה שנובע מהדוגמא הפשוטה של תושבי אותה עיירה, לעיל). וחשוב מכך: היא מחייבת הכרעה לגבי מיהות המוסד שיהיה מוסמך לקבוע אותו קריטריון. הטיעון האנטי-רובי גורס, כי המוסד שיקבל את ההכרעות בדבר גבולות כוחו של הרוב בדמוקרטיה אינו יכול להיות מוסד המייצג באופן ישיר את אותו רוב. היינו: זה צריך להיות מוסד שתהיה לו אוטונומיה (חלקית לפחות) לגבי ההשפעה הישירה של הרוב, שכנגדו נטענת הטענה של הפרת חירויות המיעוט, אחרת אין כל ערובה ממשית כי מוסד כזה יוכל להעניק הגנה של ממש למיעוט, כנגד הכרעה רובנית המסכנת את חירויותיו. בתי-המשפט הם מוסד מתאים לשאת בתפקיד האנטי-רובי הזה, שכן בניגוד לפרלמנט הם אינם תלויים באופן ישיר ומיידי באישור או בתמיכה של רוב הציבור להכרעותיהם³.

הטיעון האנטי-רובי הוא רק דוגמא אחת (אם גם מוכרת ורבת-עוצמה) לסוג של כשל בפעולת המערכת הממשלית הדמוקרטית, היכול להצדיק התערבות של בית-המשפט כנגד הכרעות המוסדות הייצוגיים של מערכת כזו. לצד הדוגמאות האחרות שהובאו למעלה ישנם טיעונים נוספים בדבר כשלים אחרים, המצדיקים – לדעת מלומדים מסוימים – התערבות שיפוטית כזו. כך, למשל, היו שטענו כי בידי בית-המשפט סמכות להתערב לא רק כאשר נשקפת סכנה של רודנות של הרוב הנכפית על המיעוט, אלא גם כאשר נשקפת סכנה הפוכה שמיעוט קטן מנצל את מעמדו וכוחו העודף כדי ליצור

3 מבחינה אנליטית אין כל הכרח שהמוסד הממלא את התפקיד האנטי-רובי יהיה דווקא בית-משפט. אמנם, בכל שיטות הממשל הדמוקרטיות המוכרות לנו מוגדרים המוסדות האנטי-רוביים בשם "בתי-המשפט", אך בשיטות ממשל קונטיננטליות רבות (שהחשובות שבהן הן צרפת וגרמניה) אין חפיפה מוסדית בין השיפוט בעניינים חוקתיים ובין השפיטה בעניינים אחרים, אלא ישנם בתי-משפט לחוקה שאינם חלק ממערכת-המשפט הרגילה.

הלכה למעשה רודנות כלפי הרוב; או כאשר יש ניסיון של קבוצת-מיעוט מסוימת, שיש לה נגישות גבוהה למערכות-השלטון, להשיג באמצעות חקיקה יתרונות שיפגעו באופן בוטה בעקרון השוויון. הנחת-המוצא של טיעונים כאלו היא, ששום שיטה דמוקרטית ייצוגית אינה נקייה מהאפשרות של ניצולה לרעה וכי עצם קיומן של בחירות תקופתיות אינה ערובה לכך שכשלים ועיוותים בשיטת הממשל יתוקנו באמצעות הנהגת שוויון בזכות הפורמלית להצביע. לפי זה, מי שתמכו בביקורת שיפוטית כמכשיר לחיקון כשלים כאלו הצביעו על העובדה שישנן קבוצות שונות באוכלוסייה שאינן יכולות לממש הלכה למעשה את הפוטנציאל הפוליטי הטמון בגודל המספרי של חברי הקבוצה. מניעה כזו יכולה להיות קיימת מכמה סיבות: לעתים מדובר בקבוצת-מיעוט המבודדת מבחינה חברתית והסובלת מעוינות כללית, כך שבניגוד לקבוצות אחרות באוכלוסייה אין לה יכולת מעשית ליצור קואליציות פוליטיות שימנעו פגיעה באינטרסים של חבריה⁴. לעתים חברי הקבוצה, למרות מספרם הגדול, הם במצב סוציו-אקונומי קשה, המונע מהם הלכה למעשה להתארגן כדי להגן על האינטרסים היסודיים שלהם⁵; ובמקרים אחרים המבנה של האינטרסים המתחרים על ההסדר הפוליטי הרלבנטי הוא כזה שמעניק יתרונות ניכרים דווקא לקבוצות-מיעוט מאורגנות על-פני קבוצות אחרות שהאינטרסים שלהן נוגדים, אך אין להן יכולת מעשית להתארגן ביעילות להגנה על אותם אינטרסים שלהם. במקרים כאלו — טוענים מחברים מסוימים — על בית-המשפט להתערב כדי לתקן את הפגם בייצוג של הקבוצה הרלבנטית ולהביא לכך שהליך החקיקה יהיה שוויוני יותר במישור הייצוגי⁶.

- 4 ראו J.H. Ely *Democracy and Distrust* (Cambridge and London, 1980) Chap. 6 (להלן: אילי). ראו גם R. Dahl *A Preface to Democratic Theory* (Chicago and London, 1959) 103 ff.
- 5 ראו, למשל, S. Loffredo "Poverty, Democracy and Constitutional Law" 141 *U.Pa.L.R.* 1277 (1993).
- 6 ראו, למשל, C.R. Sunstein "Interest Groups in American Public Law" 38 *Stan. L.R.* (1985) 19; D.A. Farber & P.P. Frickey *Law and Public Choice* (Chicago and London, 1991) 63-73. ראו גם אלהוג', להלן הערה 7, בעמ' 33-35 ואסמכתאות שם. דוגמא טובה לרלבנטיות של טיעונים כאלה למציאות אצלנו היא השתלשלות העניינים שהוליכה לחקיקת חוק משק החשמל, התשנ"ז-1996, ס"ח 208. חברת החשמל בישראל היא גוף הומוגני ומאורגן היטב, המסוגל לנצל את הכספים שנצברו בקופתו בעקבות המונופול שנהנה ממנו במשך שנים ארוכות כדי לנהל מסע מאורגן של יחסי-כבוד והפעלת שדולה נמרצת על חברי-הכנסת. לעומת זאת, קבוצת הצרכנים (בין אלו במגזר התעשייתי, ובוראי אלו השייכים למגזר הביתי) היא קבוצה גדולה יותר במישור המספרי, אך עוצמת האינטרס של כל חבר בקבוצה בשאלה זו היא נמוכה, והוצאות ההתארגנות וההפעלה של שדולה פוליטית נגדית הן גבוהות יחסית. התוצאות של מאבק פוליטי בין שתי קבוצות אלו, כמעט צפויות מראש. ואכן, בשלהי ימיה של הכנסת השלוש-עשרה נחקק חוק החשמל החדש, שהאריך את המונופול של החברה בעשר שנים נוספות והעניק לה שורה של הטבות מפליגות. חקיקת החוק נעשתה

הסקירה שהובאה לעיל אינה מכוונת, מטבע הדברים, להציג מגוון ממצא של הטיעונים השונים לטובת התערבות שיפוטית לתיקון כשלים בפעולות של מחוקקים בשיטות ממשל דמוקרטיות, אלא רק להצביע על הקו המיתורי המנחה אותם.⁷ המשותף לכל הטיעונים הללו הוא שעקרונית הם טיעונים מטא-טקסטואליים, היינו: ההתערבות השיפוטית בהכרעות חקיקתיות נדרשת ללא כל תלות בטקסט חוקתי שיסמך את בית-המשפט לעשות כן. אכן, אם ישנה חוקה פורמלית באותה שיטה, הרי ניתן לפרש אותה בהתאם לרוח טיעונים מעין אלו (כפי שעשו מחברים שהעלו טיעונים מסוג זה בשדה המשפט החוקתי בארצות-הברית).⁸ אולם במישור העקרוני התוקף של הטיעונים הללו אינו מותנה בקיום טקסט חוקתי כזה. הטענה העומדת בבסיס היא, שלבית-המשפט צריכה להיות סמכות אינהרנטית לתקן כשלים מובנים בשיטת הממשל הדמוקרטית, הפוגעים באפשרות להגשים את העקרונות המבססים את הרעיון הדמוקרטי עצמו, ושהפעולה הרובנית הממוסדת הרגילה אינה יכולה (בשל אופיו של הכשל והמבנה של אותה שיטת ממשל) להביא לידי תיקונם. כלומר: הטיעונים הללו מבטאים תפישה כוללת, שלפיה ביקורת שיפוטית בדמוקרטיה היא שאלה הכרוכה יותר בלמידה ובניתוח של תהליכים פוליטיים ומבניים בדמוקרטיה מאשר בפרשנות של טקסט נורמטיבי כלשהו (כגון חוקה) ולכן הם מכירים באפשרות של ביקורת שיפוטית גם בשיטת ממשל שבה אין חוקה כתובה. להלן אכנה את קו-הטיעון הזה בשם "דמוקרטיה של דרגה אחת", משום שהוא שולל את הצורך במערכת נורמות עליונה למערכת הדמוקרטית-חקיקתית הרגילה כתנאי לקיומה של ביקורת שיפוטית.

בין שני קווי-החשיבה הללו — זה המבסס את סמכות הביקורת של בית-המשפט על חוקה ובין התפישה של דמוקרטיה של דרגה אחת — לא רק שאין זהות, אלא שיש

אנב הפעלת לחץ רצוף של נציגי עובדי החברה על חברי-הכנסת, תוך ניצול אופטימלי של התזמון של תקופת הבחירות המקדימות במפלגות (הפריימריז) ולאחר שאלפים מעובדי החברה דאגו להתפקד לשורותיה של מפלגת-העבודה. כל זאת, על-אף שהסדר שעוגן בחוק החדש עמד בניגוד להמלצות של ועדות מקצועיות שבחנו את הנשוא ונמתחה עליו ביקורת נמרצת בעיתונות. הלחץ שהפעילו עובדי החברה על חברי-הכנסת בא לידי ביטוי הן בדברי הכנסת (ראו דברי חה"כ דן תיכון, ד"כ מיום 11.3.96, עמ' 103 ואילך) הן בעיתונות (ראו, למשל, צ' זרחיה "למרות מאמצי גדליה גל — מונופול חברת החשמל הוארך ב-10 שנים" הארץ 12.3.96). החוק החדש עשוי לעורר בעיה חוקתית שתצטרך להיות מוכרעת בבית-המשפט משום שלכאורה החוק פוגע בחופש העיסוק של גורמים אחרים בענף החשמל במשק, אך הוא התקבל בכנסת כרוכ שאינו תואם את דרישות חוק יסוד: חופש העיסוק (קרי: רוב של 61 חברי-כנסת).

7 לביקורת על ההיגיון המנחה את הטיעונים בדבר כשלים בייצוג של קבוצות-אינטרס מסוימות ראו E.R. Elhauge "Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review" 101 *Yale L.J.* (1991) 31.

8 ראו, למשל, אילי, לעיל הערה 4.

ביניהם מתחים ניגודיים חזקים. מתח כזה קיים בראש-וּבראשונה אם הטקסט החוקתי מכיל הגבלות על היקף הסמכות של בית-המשפט לבקר חוקיותם של חוקים. במצב דברים כזה, אם מתעורר מקרה שבו, מחד גיסא, יש כשל בפעולה של השיטה הדמוקרטית, ומאידך גיסא, הטקסט החוקתי אינו מכיר (או אף שולל במפורש) אפשרות של ביקורת שיפוטית, אזי קיום החוקה עלול למנוע את התערבות בית-המשפט, שהיתה אפשרית בלעדיו. ואולם המתח בין שתי התפישות הללו מתקיים גם במקום שבו הטקסט החוקתי אינו מכיל כל הגבלות ישירות כאלו, אלא ניתן לטעון שהוא נובע מעצם קיומה של חוקה, המעגנת בתוכה עקרונות-יסוד מהותיים לגבי אופי השיטה והחברה בקהילה הרלבנטית. טיעון זה יוסבר להלן.

2. ביקורת שיפוטית וחוקה

(א) דמוקרטיה וחוקה — הכשל הבין-זמני

לצורך דיוננו ניתן להגדיר חוקה בתור טקסט (או מסמך) נורמטיבי, שיש לו מעמד עליון בשיטה המשפטית הרלבנטית מבחינה זו שהוא נהנה מעליונות על-פני חקיקה רגילה של הפרלמנט. לפי הגדרה זו, חוקה מקיימת שני תנאים הכרחיים: הראשון הוא, שכל חוק (או נורמה אחרת במערכת המשפטית) חייב לתאום את קביעות החוקה, ואם אינו עושה כן — הריהו חסר תוקף משפטי. התנאי השני הוא, שכדי לשנות את החוקה (או לגרוע ממנה בדרך אחרת) נדרשת פרוצדורה מיוחדת, השונה (ובדרך-כלל תובענית יותר) מהפרוצדורה הנדרשת בהליכי חקיקה רגילים. פרוצדורה כזו יכולה לכלול אחד, או יותר, מהמרכיבים הבאים: משאל-עם, אישור של גוף המוקם במיוחד לשם כך (ושהרכבו שונה מזה של בתי-הפרלמנט הרגילים), קבלת רוב מיוחד בבית-המחוקקים (או בשני בתי-המחוקקים, בהתאמה), אישור (ברוב רגיל או מיוחד) של בתי-המחוקקים של הישויות המרכיבות את המדינה (בשיטות פדרטיביות) וכיו"ב. כלומר: חוקות נהנות בדרך-כלל ממידה כזו או אחרת של שריון מפני שינוי (או פגיעה בדרך אחרת) באמצעות חקיקה רגילה. המשמעות של שריון החוקה היא, שהקביעות הכלולות בחוקה נהנות מחסינות מסוימת מאפשרות הפגיעה בהן באמצעות הפעולה הפוליטית-חקיקתית השגרתית⁹. שיטה שבה ישנה חוקה (כהגדרתה לעיל) תכונה על-ידי להלן "דמוקרטיה

9 כלומר: הדיון להלן ייחס למונח "חוקה" את המשמעות של חוקה פורמלית ומשוריינת, להבדיל מחוקה במובן של ההסדרים הבסיסיים הקובעים בכל שיטה את מוסדות-השלטון ואת היחסים ביניהם ושאינם כלולה בטקסט או במסמך נורמטיבי מוגדר כלשהו (חוקה "מטריאלית") ולהבדיל מחוקה שאינה נהנית משריון (ראו בעניין זה ר' גביון "המהפכה החוקתית" — תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה? משפטים כח (תשנ"ז) סעיף 2א למאמר). בין המדינות שבהן נהנית החוקה משריון נמנות ארצות-הברית, קנדה, צרפת, גרמניה, רוסיה, בלגיה, אוסטריה, הולנד ושווייץ. ראו S.E. Finer, V. Bogdanor & B. Rudden *Comparing Constitutions* (Oxford, 1995); *The*

של שתי דרגות", משום ששיטה כזו מכירה באפשרות שמעל להכרעות הפוליטיות הפרלמנטריות הרגילות תהיה האפשרות להכרעות על-פי החוקה, שהן עליונות על סוג ההכרעות הראשון.

קיומה של חוקה ליברלית היא תופעה רווחת במדינות דמוקרטיות ותיקות (כאשר בריטניה היא חריג בולט בהקשר זה), וחקיקת חוקה ליברלית היתה אחת התופעות שליוו את הגל הגדול של הדמוקרטיזציה ששטף חלק גדול ממדינות העולם בעקבות השינויים הגלובליים שחלו לאחר התמוטטותה של ברית-המועצות. עם זאת, במישור האנליטי יש מתח ניגודי בין תפישת החוקתיות ובין תפישת הדמוקרטיה, משום שעיון קביעות מסוימות בחוקה מוביל להוצאתן ממתחם הקביעות שניתן לשנותן באמצעות הפרוצדורה החקיקתית השגרתית. כלומר: החוקה מעניקה לעקרונות הכלולים בה חסינות מאפשרות השינוי באמצעים הפוליטיים המקובלים על-ידי פעולה של נציגי רוב הציבור המכהנים בנקודת-זמן נתונה בפרלמנט. בעיה זו תריפה כמיוחדת אם שינוי החוקה מחייב השגת רוב מיוחד (של יותר מ-50%) מבין חברי-הפרלמנט. אוראו עומדת החוקה בסתירה ישירה לעקרון-היסוד של הדמוקרטיה: עקרון ההכרעה על-פי רוב¹⁰. ניתן להדגים קביעה זו באמצעות הדוגמא הבאה: נניח כי בשיטת ממשל מסוימת קובעת החוקה, שהתקבלה במאה הקודמת, כי רק גברים זכאים להיבחר למשרות ציבוריות. ונניח עוד, כי אותה חוקה כוללת סעיף המשריין את קביעות החוקה במובן זה שכדי לשנותן נדרש רוב של שני שלישים לפחות מקולות המצביעים במשאל-עם. כמרכז נניח כי כיום, בעת שנערך משאל-עם כזה, תומכים 65% מהתושבים בשינוי סעיף החוקה ובהשוואת זכות ההיבחרות למשרות ציבוריות של גברים ונשים. במערך נתונים עובדתי כזה עדיין תמנע החוקה את הרפורמה בנושא זה. היינו: מיעוט שובניסטי קטן-יחסית

Blackwell Encyclopaedia of Political Science (V. Bogdanor ed., Oxford and Cambridge, 1991) 143-144, 206; וכן י"ה קלינגהופר "חוקה" האנציקלופדיה העברית יז (תשכ"ה) 867. רוב החוקות בעולם גם התקבלו בפרוצדורה מיוחדת אם מבחינת הגוף שכוון אותן (השונה מהפרלמנט הקיים באותן מדינות), אם מבחינת הפרוצדורה שקדמה לקבלתן (אישור על-ידי העם או על-ידי גוף מיוחד [מועצה מכוננת וכדו'] שהוקם לשם כך), אם מבחינת מידת התנגדות החברתית והחשיבות ההיסטורית שליוותה את תהליך יצירתן. ראו פינר וכיגורנו, שם, בעמ' 7-13. להלן ארון כמונח "חוקה" בהנחה שמדיבר בחוקה משוריינת, הגם שישנן שיטות-משפט שבהן ניתן לשנות את החוקה באמצעות רוב פרלמנטרי רגיל (כגון שבדיה ואיסלנד). ראו A. Lijphart *Democracies* (Yale, 1984) 191.

10 לצורך הדיון אני מתעלם מהטענה שאפילו הרישה לרוב, שאמנם הוא קטן ממוחצית חברי-הפרלמנט אך גדול מהרוב הנדרש לשם קבלת חקיקה רגילה לשם שינוי החוקה, עשויה להיחשב כהגבלה על עקרון הרוב העומד בבסיס שיטה דמוקרטית נתונה, משום שהיא פוגעת בזכות שיש לחברי-הפרלמנט להימנע או להיעדר מהצבעה. לעניין זה ראו את הדיון של השופט חשין בפסק-הדין בנק המזרחי, סעיפים 87-90.

של קצת יותר משליש מהמצביעים יכול למנוע רפורמה בנושא מרכזי בחשיבותו, הגם שהרוב המכריע של הציבור כיום תומך בקיום רפורמה כזו. אם נרצה לנסח את הבעיה במלים אחרות נאמר, כי חוקה היא מכשיר המאפשר לרוב (כלשהו, בהתאם לקביעות מכונני החוקה) בנקודת-זמן מסוימת (בדוגמא שהבאתי: אי-שם בתוכני המאה הי"ט) להגביל את יכולת ההכרעה הפוליטית של רוב האזרחים בנקודת-זמן מאוחרת יותר (בדוגמא שהבאתי: היום). המלומד האמריקני אקמן כינה אפוא את טענה זו — כנגד עצם הלגיטימיות של חוקה מנקודת-ראות דמוקרטית — בשם "הכשל הכין-זמני"¹¹.

(ב) צידוקים אפשריים של ביסוס הביקורת השיפוטית על חוקה כתובה
האם ניתן להצדיק את הצורך בחוקה כבסיס לקיום סמכות הביקורת בידי בית-המשפט, למרות הקושי הבין-זמני? להלן אציג שורה של טיעונים שניתן להעלות בהקשר זה "לטובת" חוקה.

סוג טיעונים ראשון בעניין זה הוא במישור הערכי. הוא ישמש את אלו הסבורים, כי הדמוקרטיה אינה בהכרח ערך עליון שאין חשוב ממנו וכי ישנם ערכים כלשהם שניתן להכפיף את הדמוקרטיה אליהם. כך, למשל, לא יהיה זה מפתיע למצוא בתוקותיהן של רפובליקות איסלמיות מהפכניות (כמו זו באירן או בסודן) סעיפים המעניקים עליונות לעקרונות דת האיסלאם, ולו גם על חשבון האפשרות להגשים באורח מלא את דרישות הדמוקרטיה¹². וכך גם (להבדיל) מי שטוען כי לעקרון יהדותה של מדינת ישראל צריך להיות מעמד על בשיטת-המשפט שלנו, יוכל לאמץ עמדה שלפיה חוקת המדינה צריכה לעגן עקרונות התואמים (במידה זו או אחרת) את אופיה היהודי של המדינה. על-פי נקודת-השקפה כזו, עיגון העיקרון של יהדות המדינה בחוקה יכול להוביל לתפישה שלפיה במקרה של התנגשות בין שני העקרונות (הכלולים במונח "מדינה יהודית דמוקרטית") עשוי עקרון יהדות המדינה לגבור על המשמעויות הנוגדות הנובעות

11 B.A. Ackerman "The Storrs Lectures — Discovering the Constitution" 89 *Yale L.J.* (1984) 1013, 1045 ff.

12 אמנם, החוקה האירנית מאמצת את העיקרון שלפיו המוסדות המרכזיים של המדינה (הם נשיא הרפובליקה והמועצה האיסלאמית המייעצת שהיא הגוף המחוקק) יקבעו בדרך של בחירות שבהן ישתתפו כלל האזרחים, אך היא מכפיפה הן את האפשרות להצגת מועמדות בבחירות הן את דרכי הפעולה של המוסדות הנבחרים ותוכן החוקים, לעקרונות דת האיסלאם ולפיקוחה של מועצת שמירה (guardian council) המורכבת מחכמי הדת. אמנם, גם חירויות האזרח הבסיסיות (לרבות חופש הביטוי וההתאגדות ושוויון האיש) מעוגנות בחוקה אך מוכפפות לעקרונות דת האיסלאם. ראו, למשל, סעיפים 62, 72, 99, 115 ו-118 לחוקת הרפובליקה האיסלאמית של אירן (מיום 24.10.79, כפי שתוקנה ביום 28.7.89), (N.Y., A.P., 28.7.89), *The Constitutions of the Countries of the World* (N.Y., A.P., 28.7.89), Vol. 9: IRAN. Blaustein & G.H. Flanz eds., 1992.

מדרישות הדמוקרטיה. מנקודת-הראות של תפישה ערכית כזו, עיגונו של עקרון יהדות המדינה בחוקה משוריינת הוא פתרון מתבקש הבא להגשים את הגישה העומדת מאחוריו¹³. כלומר: מנקודת-הראות האידיאולוגית של מי שתומך בהענקת מעמד מוחלט, או מועדף, לערך מוסרי, דתי, מדיני או חברתי כלשהו, הכללת קביעות ברוח תואמת בחוקה משוריינת עשויה להיראות כדרך נאותה להגשמת אותם ערכים. כאן המקום לציין, כי אימוץ השקפה חוקתית כזו אינו חייב להיות בהכרח נחלתם של חוגים דתיים, לאומנים קיצוניים או ריאקציוניים. למעשה גם ליברלים מובהקים, שמטרתם היא הגנה על חירויות האזרח, יכולים לאמץ קריחשיבה דומה, שלפיו רצוי ולגיטימי כי בחוקתה של המדינה הליברלית תהיה מגילת-זכויות, שתהנה ממעמד-על נורמטיבי. אכן, ההגנה על חירויות הפרט (במיוחד אלו של המיעוט) נובעת — כפי שהראינו — מההיגיון הפנימי של השיטה הדמוקרטית עצמה באופן בלתי-תלוי בקיומו של טקסט חוקתי כזה או אחר. אך הליברל, חסיד חירויות האזרח, עשוי שלא להסתפק בכך ולאמץ טענה שתתמוך בהענקת הגנה נורמטיבית קשיחה לחירויות הפרט, וזאת, למשל, מטעמים פוליטיים מעשיים המשולבים בהשקפה אידיאולוגית שלפיה יש לחירויות הפרט מעמד ערכי ראשון במעלה באופן שאינו צריך להיות תלוי בניתוח פוליטי-מבני כזה או אחר. ההבדל העקרוני בין עמדה חוקתית כזו ובין עמדה המבססת את ההגנה על חירויות המיעוט על טיעונים מהסוג של הכשל האנטי-דמוקרטי יכול לבוא לידי ביטוי במישור הפוליטי המעשי (למשל: לעניין היקף ההגנות שיינתנו לחירויות הפרט בסיטואציה זו או אחרת, מגוון המקרים המצדיקים את הענקת ההגנה השיפוטית וכדו')¹⁴.

13 גישה כזו יכולה למצוא לה עיגון בדין הפוויטיבי שלנו בשל המונח "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", המופיע בפסקת המטרה שבשני חוקי-היסוד החדשים — סעיף 2 לחוק יסוד: חופש העיסוק (ס"ח תשנ"ד 90) וסעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ס"ח תשנ"ב 150). ראו א' רוזן צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית": אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה — האפשר לרבע את המעגל?" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 479; אם כי הרעה הרווחת אצל חלק מהפרשנים היא, שהביטוי האמור בחוקי-היסוד אינו מוביל בהכרח לתוצאה נורמטיבית כזו. ראו רוזן-צבי, שם; וכן א' מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 547. והשוו א' לבונטין "יהודית ודמוקרטית — ההורדים אישיים" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 521.

14 ראו, למשל, B. Ackerman "The Lost Opportunity?" 10 Tel Aviv University U. Stud. in Law 53, 59 (1991). השוו א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית) 129-132, ובמיוחד הביקורת של ברק על טענתו של גרי (T.C. Grey "Do We Have an Unwritten Constitution" 27 Stan. L.R. (1975) 703), שלפיה אין לראות בטקסט החוקתי בסיס מספק ומלא לעיגון הנורמות החוקתיות (שם, בעמ' 132-133). תפישה כזו של עליונות חוקתית על-רובנית ניתן לאמץ לגבי סוג מסוים של חידויות, כמו, למשל, החידויות הכלכליות. ראו י' דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח (תשנ"ז), סעיף א3.

סוג שני של טיעונים מתייחס למישור המבני והדיוני. מי שתומך בקריחשיבה זה עשוי לאמץ ללא כל הסתייגות את ההיגיון של הטיעון בנוגע לכשל הבין-זמני, אך עדיין להאמין כי גם בדמוקרטיה של דרגה אחת יש מקום לחוקה. זאת משום שחוקה יכולה לספק מסגרת דיונית ומבנית לפעולתה של המערכת הדמוקרטית, והכול כדי לאפשר פעולה פוליטית במסגרת יציבה ומוגדרת מראש. אמנם, מנקודת-ראות כזו חוקה אינה צריכה להעניק יתרון על-רובני להכרעות ערכיות מהותיות כלשהן, אך היא צריכה לכלול בתוכה את כל העקרונות המבניים והדיוניים המשמשים מסגרת לתהליכי קבלת ההכרעות המהותיות בין הכוחות המתחרים זה בזה. לפי השקפה כזו, חוקה יכולה לכלול תיאור של המוסדות העיקריים הפועלים במסגרת שיטת הממשל, סמכויותיהם, היחסים ביניהם וכן הסדרה של התהליכים המרכזיים המשמשים מסגרת למאבק הפוליטי בין הכוחות המתחרים (כגון שיטת הבחירות וכדו'). עם זאת, אסור לחוקה להתייחס לעקרונות ערכיים – תוכניים כלשהם. היא צריכה להגדיר את המסגרת ולהסדיר את "כללי המשחק" הדמוקרטי, אך אסור לה לקבוע מראש, להגביל או להתייחס לתוצאות ה"משחק" הזה¹⁵. לדוגמא: מנקודת-השקפה כזו ניתן בהחלט לעגן בחוקה עיקרון שלפיו כל שינוי בחוקי הבחירות אסור שייעשה בשנה הקודמת לתאריך של בחירות מסוימות או שתחולתו תהיה אך ורק החל ממערכת-הבחירות הבאה אחרי זו שהשינוי התחיקתי הוא הקרוב אליה בתאריכו. זהו שינוי מבני-משחקי, שנועד למנוע "מחטפים" בנושאי בחירות הנעשים על-ידי הצד שנהנה מרוב פרלמנטרי בתקופה של ערב בחירות, והוא תורם לקידום ההגינות של הפעולה הפוליטית והיציבות של המבנה הפוליטי¹⁶. לעומת זאת, מנקודת-השקפה חוקתית כזו לא יהיה זה, למשל, לגיטימי לכלול בחוקה משוריינת חוק כמו "חוק הגולן", הכולל בתוכו הכרעה פוליטית בנושא נתון במחלוקת, באופן המונע מרוב של נבחרי העם, בנקודת זמן נתונה בעתיד, לקבל הכרעה נוגדת בהתאם לרצונו של רוב הציבור באותה נקודת-זמן עתידית¹⁷.

סוג שלישי של טיעונים לטובת דמוקרטיה של שתי דרגות (פוליטית רגילה וחוקתית)

15 ראו אילי, לעיל הערה 4, פרק רביעי.

16 כך, למשל, יחזמת החקיקה של הקואליציה, בשלהי ימיה של הכנסת השלוש-עשרה לתקן את חוק הבחירות (דרכי תעמולה) ולקצר את משך-הזמן שבו נאסר על כלי התקשורת האלקטרוניים להקריין או להשמיע קולות ותמונות של המועמדים בבחירות התקבלה בהסכמת שתי המפלגות הגדולות והוסכם כי התיקון במלואו ייכנס לתוקפו רק החל מהבחירות לכנסת החמש-עשרה (ראו דברי חז"כ מירום בעת הדיון בהצעת חוק הבחירות (דרכי תעמולה) (תיקון מס' 13 והוראת שעה), התשנ"ו-1996, ס"ח 172, ד"כ מיום 11.3.96, בעמ' 52 לפרוטוקול הסטנוגרפי וסעיפים 9 ו-10 לחוק הנ"ל). זאת מכיוון שהאופוזיציה מתחה ביקורת קשה על הקואליציה, שיומה בתחילה תיקון בנושא זה ללא תיאום מוקדם עמה.

17 ראו להלן הערה 59.

מתייחס למשמעויות של חוקה מבחינה היסטורית. חוקות — כך נטען — נוצרות (ומשתנות) על-ידי קהילות פוליטיות בתקופות פורמטיביות, בעקבות משברים קיצוניים המובילים ליציקת דפוסי הפעולה החברתיים לדורות הבאים. בתקופות כאלו — טוענים מחברים שונים — בא לידי ביטוי "האני מאמין" של העם (או הקהילה הפוליטית), המתגבש לידי עקרונות-יסוד שהם ביטוי לרוחו של אותו עם. נציגי העם (שאינם בהכרח — כך נטען — האנשים המעורבים בפוליטיקה בדרך-כלל), היוצרים את החוקה, מתנהגים במעמדים מסוג זה באופן שונה מאשר פוליטיקאים מפלגתיים רגילים. בשל גודל השעה (או צוק העתים) הם מאמצים "מבט רחב" לגבי אינטרסים העמוקים של הקהילה שבה הם חיים. בעת כינון החוקה הם אינם נכנעים לכללים הפוליטיים הרגילים (קרי: כיתתיות, אינטרסים קצרי-טווח, שאיפות הנובעות מאמביציות אישיות ופופוליזם), אלא פועלים בהתאם לצרכים ולשאיפות ההיסטוריות של הקהילה הרלבנטית ומתוך ראייה לטווח רחוק. אימוץ גישה כזו על-ידי המכוננים מעניקה תוקף מוסרי מיוחד למעשיהם. הם מודעים לכך, שהם מתוקקים לדורות הבאים (ולאו דווקא לעצמם ולדורם-שלהם) ולכן פעולתם נהנית מהיתרונות של "מסך בורות" מבחינה זו שאין הם יודעים (או שאין הם מתחשבים בשאלה) כיצד ישפיעו מעשיהם על האינטרסים המידיים שלהם, אלא מה שעומד בפניהם הוא השגת אושר ורווחה לדורות שיבואו אחריהם¹⁸. לפיכך הואיל והחוקה היא תוצר של פעולה שהיא נעלה לגבי הפעולה הפוליטית הרגילה, אין פסול בכך שהיא דורשת ששינוי של קביעותיה יעשה גם הוא בדרך שהיא שונה, ותובענית יותר, מזו המקובלת בחקיקה רגילה¹⁹.

טיעון נוסף וחשוב לטובת חוקה פורמלית המעוגנת בטקסט ידוע ומוכר עניינו התפקיד החינוכי והתדמיתי של המסמך החוקתי. חוקה אינה רק אמצעי פורמלי המשמש את בתי-המשפט להוצאת צווים נגד רשויות שלטוניות, אלא היא גם אמצעי להנחלת ערכים מסוימים ולחינוך של אנשי המנהל הציבורי, הנוער והציבור בכללו לערכים חוקתיים (לרבות לערכים של הגנה על חירויות האזרח). באמצעות חוקה פורמלית ניתן להשריש תרבות חוקתית (דוגמת זו הקיימת בארצות-הברית) ולהשריש ערכים, כגון

18 על מסך הבורות הרולסיאני ראו 136 J. Rawls *A Theory of Justice* (Harvard, 1971). על השימוש בטיעון של מסך הבורות בהקשר הנידון בטקסט ראו, למשל, R. Gavison "The Controversy over Israel's Bill of Rights" 15 *Israel Year Book on Human Rights* (1985) 113, 152.

19 בהקשר זה טען, למשל, המלומד האמריקני אקרמן, כי יש להבחין בין שתי רמות של הפעולה הפוליטית: זו הרגילה, שבה מבוססת השיטה הדמוקרטית על פעולתם של נציגי הציבור; וזו המיוחדת לעתות משבר ושינוי, שבהן נוצר תהליך של שינוי קונסטיטוציוני אשר בו מעורבים גם חלק ניכר מהאזרחים הרגילים (והכוחות הפוליטיים הלא-ממסדיים), המסתפקים בדרך-כלל בפעולה הייצוגית, אך בעתות כאלו נזעקים ומתגייסים למעורבות עמוקה יותר בתהליכים החברתיים הרלבנטיים. ראו אקרמן, לעיל הערה 11, עמ' 1034 ואילך.

דמוקרטיה, חירויות הפרט, הפרדת רשויות וכדו' בתודעת אנשי המנהל והציבור בכלל. אכן, ניתן לטעון כי גם ללא חוקה ניתן לפעול להנחלת ערכים כאלה, אך דומה שקיומו של טקסט ידוע ומוגדר, המוכר בתור הנורמה העליונה במישור הפוליטי והמשפטי כאחד, יכול לסייע ולהקל על הנחלת ערכים אלו במיוחד בקרב הציבור הרחב, שאינו בקי ברזי התיאוריה המשפטית.

הסוג האחרון של הטיעונים שנוכיר לטובת דמוקרטיה חוקתית עניינו התפקיד החברתי והמוסדי של החוקה. חוקה — כך נטען — היא מסגרת רצויה לקיום דיאלוג בין מוסדות משני סוגים: אלו הנבחרים ישירות על-ידי הציבור (קרי: המחוקק, והממשלה) ואלו האחראים להגן על "ערכי-היסוד" של השיטה, מתוך מבט רחב יותר, לעבר עקרונות ואינטרסים שהם מעבר לצרכים המידיים וקצרי-הטווח המנחים (לפי ההנחה שבסיס הטיעון) את הפעולה הפוליטית הרגילה. גישה זו באה לידי ביטוי בדברים הבאים שנאמרו על-ידי נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק:

אם אנחנו [השופטים] לא accountable, ולא עומדים לפריימריס ולא עומדים לבחירות, הסיבה לכך היא שאוכל לתת פסק-דין שאינו משקף את ההיסטוריה של העם. אני רואה עצמי כמי שצריך לשקף את ההיסטוריה של העם, לא את ההיסטוריה של העם. אם יש היום תלונות קשות מאוד נגד חופש הביטוי, לא לפי זה אני צריך לפסוק. אני צריך לתת ביטוי לתפישות היסוד של החברה הישראלית.²⁰

הנחת היסוד העומדת בבסיס גישה כזו היא שהפעולה הפוליטית הרגילה, זו שאינה קונסטיטוציונית לוקה במספר חולשות יסודיות, כגון: היעדר יכולת לראות אינטרסים רחוקי טווח ולהעדיפם על לחצי השעה, פופוליזם וכדו'. לגוף שיפוטי אליטיסטי וממונה, שאינו כפוף לדרישות הייצוג והאחריות הציבורית הישירה, יש, לפי גישה כזו, יתרונות במישורים אלו. לכן, הפעולה הפוליטית הכללית בדמוקרטיה צריכה להביא לידי ביטוי איזון מסוים בין שני סוגי המוסדות הללו, הפועלים במסגרת דמוקרטית, שלכל אחד מהם יש תפקיד במסגרת זו, וכל אחד מהם תורם את תרומתו לעיצוב "התוצר הסופי" של הפעולה השלטונית בשיטה הדמוקרטית.

בניגוד לטיעונים ההיסטוריים לטובת חוקה (לעיל) הטיעון הזה אינו מבוסס על נסיבות מיוחדות הכרוכות בשלב בו גובש טקסט חוקתי כלשהו, והמעניקות לו מעמד

20 א' ברק, בהופיעו בפני ועדת חוק ומשפט של הכנסת, ב-19.12.95, כפי שפורסמו ב"הלשכה", כטאון לשכת עורכי הדין, הועד המחוזי, ירושלים, גליון מס' 29 (פברואר, 1996) בעמ' 23. לתפישת מסוג זה, הרואה את השופטים בתור שומרי החותם של "ערכי-היסוד של החברה" יש לא מעט תומכים אצלנו, ראו למשל: י' זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" משפט וממשל א (תשנ"ג) 395, 397; ו' מרידור "עיקרים בהצעת חוק יסוד: הזיקה" משפט וממשל א (תשנ"ג) 387, 391-392.

ערכי מיוחד במינו, אלא על המאפיינים המוסדיים המיוחדים של בתי-המשפט, כפי שהתגבשו כדמוקרטיה המודרנית, והמבדילים אותם מהמוסדות הייצוגיים באותן שיטות משפט. בהתאם, במישור העקרוני, טיעון כזה — לגבי היתרונות היחסיים של הפעולה השיפוטית על פני הפעולה הפוליטית וחשיבותה כחלק בלתי נפרד מהפעולה השלטונית בדמוקרטיה — יכול בהחלט להישמע גם מפיהם של תומכי הדמוקרטיה של דרגה אחת. מבחינתם, אותם חסרונות שהנשיא ברק מנה בפעולה הפוליטית הרגילה יכלו להחשב לגורמים המרכיבים את "הכשל" בפעולת השיטה הדמוקרטית, שמצדיק התערבות בתי-המשפט, ללא כל תלות הכרחית בקיומו של טקסט חוקתי. ואולם, מה שמייחד את הטיעון האמור באופן שבו הובא כאן הוא שמי שטוען אותו מכיר (לפי ההנחה) בכך שקו התיחום בין התחום הנתון לשליטת המוסדות הייצוגיים לבין התחום שעליו אחראי בתי-המשפט נקבע על-ידי הטקסט החוקתי.

כלומר, החוקה מהווה מסגרת טקסטואלית להסדרת היחסים בין שני סוגי המוסדות בדמוקרטיה: הפוליטיים והשיפוטיים.²¹ ההבדל בין שתי הגרסאות של הטיעון הזה נעוץ בכך שמי שמאמץ את הצורך בחוקה תומך בכך שקווי התיחום בין הסמכויות של שני סוגי המוסדות (ובמיוחד המנדט שיש לשופטים להתערב בקביעות של מוסדות נבחרים) יקבע על-ידי טקסט נורמטיבי הקבוע מראש, שהוא שיסמין את בתי-המשפט לבחון את התאמת קביעות המתקוק לחוקה, והוא שיסדיר (או לפחות ינחה, בקווים כלליים) את הדיאלוג הקונסטיטוציוני בין הגופים הרלבנטיים. לעומת זאת, מי שמאמץ את תפיסת הדמוקרטיה של דרגה אחת יכול לאמץ השקפה לפיה הדיאלוג החוקתי יכול (ואולי גם צריך) להתנהל באופן "חופשי" ממגבלות טקסטואליות כאלו, כאשר כל אחד מהמוסדות, המתקוק (הפוליטי) ובתי-המשפט, מייצג פן אחר של תפישת הממשל הדמוקרטי.²²

21 ראו א' ברק, לעיל הערה 14, 108-109.

22 בקרב מלומדים בארצות-הברית נטושות מזה שנים מחלוקות בשאלות, כגון האם על בתי-המשפט להיצמד להוראות החוקה ולראות בה מסמך המכיל הנחיות מהותיות ומגבלות ערכיות שבתי-המשפט צריך לפצול על-פיהן, או שמא החוקה היא (בעיקר, או אך ורק) טקסט המעניק מנדט לבתי-המשפט ליישם את חפיקיו החוקתי בהתאם להשקפותיהם החוקתיות של השופטים המכהנים בבתי-המשפט; והאם, במקרה שהטקסט נתפס כמכיל הנחיות מהותיות, יש לפרשו בהתאם לכוננותיהם המקוריות של מכוני החוקה, או שמא בידי השופטים סמכות לצקת לתוכו פרשנות התואמת את ערכי התקופה שבה מובאת השאלה לריון. ראו אילי, פרקים 1-3; גרי, לעיל הערה 14. לגישה הדוגלת בהיצמדות דווקנית של בתי-המשפט לטקסט החוקתי ולכוננות המקוריות של המכוני ראו, למשל, R.H. Bork *The Tempting of America* (London, 1990). המחלוקת הזו מעידה על כך, שגם בשיטה שבה קיום חוקה פורמלית הוא נקודת-מוצא לכל ריון בנושא, יכולות להתעורר מחלוקות חריפות לגבי מידת ההשפעה שיש לטקסט על מרחב-הפעולה שיש לבתי-המשפט ביחסיהם עם המוסדות הפוליטיים הייצוגיים.

עד כאן הבאתי שורה של טיעונים מקובלים המוצגים עליידי אלו התומכים, למרות הקשיים האנליטיים, בתפישה חוקתית של דמוקרטיה של שתי דרגות. הטיעונים הללו הובאו באופן סכימטי ומבלי שדנתי בשלב זה בקשיים שהם עשויים לעורר או לביקורת שהושמעה כנגדם. אשוב ואזדקק לנושאים אלו כשאבחן להלן את האפשרות ליישם אותם כבסיס אפשרי לתמיכה בביקורת חוקתית בשיטת הממשל בישראל. אך קודם-לכן נסכם את הדיון לעיל בכמה הערות לגבי היתרונות והחסרונות של שתי התפישות המתחרות לגבי הבסיס העיוני של הביקורת השיפוטית.

3. ביקורת שיפוטית — חוקה או דמוקרטיה?

בחנתי לעיל שתי תפישות עקרוניות המתחרות זו בזו כבסיס עיוני להכרה בלגיטימיות של ביקורת שיפוטית על הכרעות פוליטיות ייצוגיות: זו המבוססת על חוקה פורמלית, ומולה התפישה הדוגלת בדמוקרטיה של דרגה אחת. איזו מן התפישות הללו עדיפה? והאם בכלל ניתן להשיב על שאלה כזו בלי שידוע לנו מהו התוכן של החוקה ומהם הנתונים של השיטה הפוליטית והחברתית שבמסגרתה מתעוררת השאלה?

דומה, כי מנקודת-מבטו של התאורטיקן, הרואה בקיום עקרונות-היסוד של הדמוקרטיה הליברלית ערך עליון, יש כוח-משיכה רב לתיאוריה של הדמוקרטיה של דרגה אחת. זו תפישה המכירה בחשיבות הביקורת השיפוטית באופן שאינו תלוי בתוכן של טקסט חוקתי כזה או אחר. היא מעניקה לבית-המשפט עצמאות מוחלטת (מבחינה עיונית) בכל הנוגע להגדרת התפקיד שהוא נוטל על עצמו בהגנה על עקרונות-היסוד של הדמוקרטיה ועל חירויות המיעוט. מנגד, בשיטות שבהן יש חוקה מקובלת ומושרשת בקרב בני הקהילה, הרי היא יכולה לשמש מנוף לחיזוק מעמדו של בית-המשפט ולהענקת עוצמה לקביעותיו. היא מעניקה לגיטימציה פוליטית לביקורת השיפוטית ויוצרת מסגרת יציבה לדיאלוג שבין בית-המשפט למוסדות הפוליטיים הייצוגיים. אלא שיש בעניין זה גם צד שני למטבע: הטקסט החוקתי היכול להעניק עוצמה ולגיטימציה לבית-המשפט המבקר, יכול גם לפעול להגבלת סמכותם של בתי-המשפט, גם במקרים שבהם — מנקודת-הראות של העקרונות הדמוקרטיים הצרופים — היה מקום להתערבותו. הפה שמתיר יכול גם לאסור. קושי זה הוא רלבנטי במיוחד לשיטות ממשל שבהן החוקה אינה משוריינת באופן המעניק אוטונומיה ועצמאות פורמלית לבתי-המשפט, או בקהילות שבהן אין תודעה חברתית מושרשת וקונסנזוס יציב לגבי תפקידו של בית-המשפט כגוף הרשאי להעביר ביקורת על הכרעות של המוסדות הפוליטיים הייצוגיים.

ההכרעה בין שתי התפישות בדבר בסיס הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית אינה עניין תיאורטי בלבד. השאלה עשויה להתעורר גם בשיטות משפט שבהן יש חוקה

כתובה, משורינת ומושרשת²³. עם זאת, דומה שאין שום שיטת ממשל בעולם שבה התעוררה השאלה הזו באופן כה ישיר, בוטה ומרכזי כחשיבותו כמו בישראל. בהיעדר חוקה פורמלית רגילה, אך בעקבות מה שכונה "המהפכה החוקתית", בית-המשפט העליון אצלנו היה צריך לקבל הכרעה ישירה בשאלה, האם יש תוקה למדינת ישראל אם אין? להלן נסקור את ההתפתחויות שליוו הכרעה זו.

ג. המהפכה החוקתית והדילמה של בית-המשפט העליון

1. הרקע הקונסטיטוציוני – טרום המהפכה החוקתית

דומה, כי מעטים יחלקו על הקביעה כי עד למאוס 1992 לא היתה בישראל חוקה. לכך יסכימו גם אלו הנוטים לייחס משמעויות חוקתיות מרחיקות לכת לחקיקת שני חוקי-היסוד החדשים באותו חודש²⁴. החוקה שהצהרת העצמאות מתייחסת אליה ושהאסיפה המכוננת נבחרה כדי לקבלה ואשר פרנסי היישוב עם קום המדינה עמלו על הכנתה, לא התקבלה לבסוף²⁵. כידוע, במקומה התקבלה אותה החלטת פשרה עמומה הידועה בשם החלטת הררי. פירוטיה של אותה החלטה היו, עד לתחילת שנת 1992 כמה חוקי-יסוד, שעסקו בעניינים מבניים או נשאו אופי שהיה בעיקרו הצהרתי. הציבוריות הישראלית התקיימה במשך יותר מ-40 שנה ללא המסגרת המשפטית של תוקה פורמלית וגם ללא התייחסות של ממש בתודעה הציבורית לחוקה או למושג החוקתיות. העיקרון של

23 אחת התיאוריות הידועות ביותר של דמוקרטיה של דרגה אחת פותחה דווקא על-ידי המלומד האמריקני אילי לגבי המשפט החוקתי האמריקני. היא שימשה עבורו כטיס לתיזה פרשנית לגבי חוקת ארצות-הברית, שלפיה החוקה צריכה להתפרש ככוללת אך ורק הסדרים קבניים והגנה על חירויות המיעוט. ראו אילי, לעיל הערה 4.

24 ראו, למשל, דברי הנשיא ברק בפתיח של פסק-דינו בעניין בנק המזרחי: "עתה הצטרפנו לקהילת המדינות הדמוקרטיות... אשר להן מגילת זכויות אדם חוקתית" (ההדגשה שלי – י"ד).

25 זמן קצר לאחר החלטת האו"ם ברבר הקמת מדינה יהודית (ב-29 בנובמבר 1947) יזמה הסוכנות היהודית פעולה לניסוח חוקה למדינה שכדור. בעקבות זאת הכין ד"ר ליאו כהן, שהיה בשעתו פרופסור ליחסים בינלאומיים באוניברסיטה העברית, הצעת טיוטה מפורטת לחוקה שכללה התייחסות למבנה החוקתי של המדינה, לסמליה, לאופיה היהודי. כמו גם מגילת זכויות אורח מפורטת שהכילה גם התייחסות רחבה לחירויות הסוציאליות ברוח תפישת הצדק החברתי של הציונות הסוציאליסטית. ההצעה נדונה על-ידי ועדת החוקה שנבחרה על-ידי מועצת-המדינה הזמנית, אך לבסוף החלט שלא להביאה לידי השלמה, וכמקומה התקבלה החלטת הררי. ראו י"ה קלינגהופר "הקמת מדינת ישראל – סקירה היסטורית חוקתית" (בתרגום לעברית, ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 53, 97-99).

עליונות הפרלמנט משל בכיפה בפסיקה שלנו, והקורס למשפט קונסטיטוציוני בפקולטות למשפטים היה לא יותר מאשר מבוא כללי לקורס לדיני מנהל ציבורי. מי שבוחן, למשל, את הטקסט האקדמי המוכר ביותר אצלנו הוא ספרו של פרופ' אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, על-פי המהדורה השלישית מ-1980, יכול להתרשם נאמנה על מצב דברים זה. מתוך עשרות פרקי הספר מוקדש רק פרק אחד למעמדה המכונן של הכנסת וגם הוא כולל ברובו סקירה היסטורית. הביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים תופשת כחמישה עמודים, כאשר במרכזה עומדת ההתייחסות להלכת ברגמן הידועה²⁶. האפשרות כי בתי-המשפט יחרגו מהמסגרת הצרה שהותוותה בפסק-דין זה ויעבירו באופן שיטתי תחת ביקורתם את חוקי הכנסת — גם כאשר הם סותרים סעיפים משוריינים בחוקי-יסוד — מוזכרת שם בתור "ספקולציה" הסותרת עיקרון המושל בכיפה: עקרון ריבונותו של הפרלמנט²⁷. גם בית-המשפט העליון, שיישם את הלכת ברגמן על כמה מקרים נוספים במהלך שנות השבעים והשמונים, לא עשה זאת מתוך הכרה בקיומה של חוקה מלאה או חלקית. למעשה ההיפך הוא הנכון: נקודת-המוצא של בית-המשפט היתה עקרון-העל של ריבונות הכנסת. מתוך נקודת-מוצא זו הכיר בית-המשפט (בעקיפין, ואגב שהוא נזהר מכל קביעה עקרונית כוללת בנושא זה) בסמכות של הכנסת לכבול את כוחה לשנות קביעות הכלולות בסעיפים משוריינים בחוקי-יסוד. אין שום דבר בפסקי-הדין שנתן בית-המשפט בנוגע לתוקף המחייב של סעיפים משוריינים שיש בו כדי לתמוך בתיוזה שלפיה לחוקי-היסוד בכלל (או אף לסעיפים המשוריינים הכלולים בהם) יש מעמד נורמטיבי עליון משום שהם חלק מחוקה הקיימת במדינה או משום שהם ביטוי לכוח המיוחד ה"מכונן" של הכנסת. וכשהוצגה טענה כזו, בהסתמך על התיאוריה של פרופ' קליין, דחה אותה בית-המשפט מפורשות ובשתי ידיים²⁸. הרטוריקה של פסקי-הדין חזרה שוב

26 בג"צ 98/69 ברגמן נ' שרי-האוצר, פ"ד כג(1) 693.

27 א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה שלישית, תש"ם) 289. אפילו במהדורה הרביעית של אותו ספר (שפורסמה ערב המהפכה החוקתית בשנת 1991) ולמרות פסיקתו של בית-המשפט העליון בבג"צ 142/89, 172 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529 המחבר מטיל ספק באפשרות קיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מכוח חוקי-יסוד וטוען, כי הדרך הטובה ביותר להבהיר את השאלות הסבוכות שהנושא מעורר היא על-ידי הכנסת עצמה באמצעות חקיקת חוק יסוד: החקיקה, ראו א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית, תשנ"א) 461-463 (להלן: רובינשטיין).

28 בג"צ 60/77 רסלר נ' יו"ר ועדת הכחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא(2) 556, 560. ראו גם בג"צ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794; ע"פ 107/73 נגב נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 640. השופט לנדוי, שכתב את פסקי-הדין בעניין ברגמן, דחה את הטענות שפסקי-הדין יכול (או צריך) לשמש בסיס לפיתוח תיאוריה חוקתית מרחיקת-לכת, שלפיה יש לחוקי-יסוד עליונות אינהרנטית על חוקים רגילים. ראו מ' לנדוי "ביקורת על ספרו של א' לחובסקי" משפטים ד (תשל"ב) 213, 214. לנדוי מוסיף

ושוב על המחויבות חסרת-הפניות של בית-המשפט, גם כשהוא פוסל חקיקה הסותרת סעיפים משוריינים בחוק-יסוד, לעקרון-העל של ריבונות הכנסת ולחסינות שיש לחקיקה ראשית מביקורת שיפוטית²⁹. תיאור זה נכון לגבי כל תקופת שנות השבעים מאז הפסיקה בעניין ברגמן והוא ממשיך להיות נכון גם לגבי פסקי-הדין שנתן בית-המשפט העליון במשך כל שנות השמונים. המלה "כינון" לגבי סמכות הכנסת מוזכרת על-ידי השופט ברק בפעם הראשונה בפסק-דין משנת 1986, וגם אז הדבר נעשה אגב אורחא ובהקשר הנושאי הצר של יישום הלכת ברגמן ושימור גבולותיה, קרי: הכרה בתוקפם של סעיפים משוריינים בחוק-יסוד³⁰.

2. ניצני פיתוח תיאוריה מטא-טקסטואלית – הלכת לאור

הזהירות והשמרנות שבית-המשפט העליון כפה על עצמו בתחום הביקורת על חקיקה ראשית בחצי השני של שנות השבעים ובמשך כל שנות השמונים עמדה בניגוד משווע למגמות ששלטו בגישת בית-המשפט בסוגיית הביקורת השיפוטית באופן כללי במשך אותה תקופה. למעשה, כמעט בכל תחום אחר שהביקורת השיפוטית נגעה בו, התחוללה בשנים אלו מהפכה-רבתי. בית-המשפט פרץ את מחסומי השפיטות וזכות העמידה בבג"ץ, ניתן שורה של הלכות קודמות שהגבילו את הביקורת השיפוטית בתחומים, כגון צבא, ביטחון, הפיקוח על השירותים החשאיים ועל שיקול-הדעת של רשויות התביעה והמשטרה. הוא פיתח באופן נמרץ כלים שיאפשרו לו להרחיב את הביקורת השיפוטית, ובמיוחד את עילת הסבירות. הוא התערב חרשים לבקרים ופסק הלכות, לא פעם תוך התעלמות ממחאה נמרצת של חוגים שלטוניים או פוליטיים אלו או אחרים, בנושאים ציבוריים רגישים ונתונים במחלוקת, כגון היחסים בין דתיים לחילוניים, המונופול של הממסד הדתי האורתודוקסי בתחום המעמד האישי ופעולות השלטון הישראלי בשטחים המוחזקים. בית-המשפט לא חס גם על מעמדה של המערכת הפוליטית בכלל, ושל הכנסת בפרט, אל מול ההתפשטות של הביקורת השיפוטית. הוא התערב והביא להעמדתם לדין פלילי של אישי-ציבור, הוא פסק כי יש לו סמכות להתערב ולפסול הסכמים פוליטיים וקואליציוניים (או לחלופין להורות על אכיפתם בתור מסמכים בעלי

לדבוק בעמדתו זו גם כיום, לאחר המהפכה החוקתית. ראו דברים שאמר ביום עיון בנושא המהפכה החוקתית בפקולטה למדעי החברה באוניברסיטת תל-אביב (מ' גורלי "לנדוי מכחיש את אבהותו" מעריב 23.1.96). לטיעון של פרופסור קליין ראו C. Klein "A New Era in Israel's Constitutional Law" 6 *Isr. L.R.* (1971) 376.

29 בג"צ 148/73 קניאל לעיל, הערה 28, בעמ' 798; בג"צ 60/77 רסלר, לעיל, הערה 28, בעמ' 560.
30 בג"צ 761/86 מיעארי ואח' נ' יו"ד הכנסת, פ"ד מב(4) 868, 874. ראו גם בג"צ 119/80 הכהן נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(4) 281, 283. והשוו' קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, 375.

תוקף משפטי מחייב) והוא הרחיב את הביקורת השיפוטית גם על ההליכים הפנימיים של הכנסת, לרבות אלו הנוגעים לצד הפוליטי, הפרלמנטרי והחקיקתי של פעולותיה והמתנהלים על-פי תקנונה.

על רקע זה נראית ההיצמדות של בית-המשפט לגבולותיה הצרים של הלכת ברגמן בבחינת אנומליה, שניתן להסבירה רק על רקע המחויבות האקסיומטית המסורתית של שיטת-המשפט שלנו למורשת האנגלית של ריבונות הפרלמנט. ואכן, בתחילת שנות התשעים, כאשר הועלתה בפני בית-המשפט טענה שהטילה ספק בתוקף האקסיומטי של עקרון ריבונות הכנסת, ניכרו בפסיקת בית-המשפט סימנים ראשונים לכך שגם בתחום זה האיפוק השיפוטי לא יעמוד לעולם. הסממן הברור ביותר לשינוי תפישה אפשרי בעניין זה היא אמרת-האגב של השופט ברק (כתוארו אז) בבג"ץ 142/89, 172 תנועת לאו"ר נ' יושב ראש הכנסת³¹. שם העלו העותרים טענה שלפיה אין תוקף לחוק הסותר את עקרון השוויון, המעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, גם אם החוק התקבל ברוב המיוחד הנדרש לפי סעיף 46 לחוק. הטענה נסמכה על תיוזה כללית, שלפיה בית-המשפט צריך להתערב ולהכריז על בטלותו של חוק אם הוא סותר את "עקרונות-היסוד" של השיטה המשפטית, גם בלי שיש להתערבותו בסיס בטקסט נורמטיבי עליון כלשהו (קרי: חוקה או חוק-יסוד). כשהועלתה הטענה, הגיב עליה השופט ברק, באומרו את הדברים הבאים:

חייב אני לציין, כי טענתו של ד"ר קורנילדי הביכה אותי. הטענה היא חשובה, ועומדת ביסוד תפיסתנו החוקתית כאשר להפרדת רשויות, ריבונות הכנסת, והתפקיד השיפוטי. היא יורדת לשורש המשפט הפוזיטיבי ויחסו למשפט הטבעי. קיימת לגבי עניין זה ספרות עניפה, בישראל ומחוצה לה. הקדשתי לה מחשבה רבה במשך שנים רבות...³².

כלומר: הטענה הזו, שהיא לכאורה מרחיקת-לכת הרבה מעבר למה ששיטת-המשפט שלנו היתה מוכנה להכיר בעבר, אינה נדחית על-ידי ברק על הסף אגב ציטוט לקוני של העמדה העקיבה של בית-המשפט העליון מאז קום המדינה לגבי עקרון ריבונות הכנסת³³, אלא היא נדונה על-ידי באופן מפורט ושיטתי (הגם, שלדבריו, הטענה נטענה "ללא ביסוס" מספק, ולכן ההתייחסות כולה היא בבחינת הערת-אגב גרידא). היינו: לא עוד מדובר בטענה "פוליטית", שהיא, מבחינתו של בית-המשפט, טענה שהיא "מחוץ לשיטה", אלא המדובר בטענה משפטית, כמו כל טענה אחרת, שבית-המשפט בוחן

31 פ"ד מד(3) 529, 551-554.

32 שם, 551.

33 ראו המובאות מפסקי-הדין המוזכרים על-ידי ברק שם, בעמ' 553, בדבר הדוקטרינה של ריבונות המחוקק.

אותה במפורט לגופה, שוקל והופך בה על כל צדדיה, מפרט את היתרונות והחסרונות שבקבלתה, אם גם דוחה אותה לבסוף, באומרו את הדברים הבאים:

מהי המסקנה העולה מניתוח זה? לדעתי, שלוש הן המסקנות המתבקשות: האחת, כי באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסוד אלו אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין, אין כל דבר אקסיומטי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו. בפסילת חוק על-ידי בית-המשפט בשל פגיעתו הקשה בעקרונות יסוד אין משום פגיעה בעקרון ריבונות המחוקק, שכן הריבונות היא לעולם מוגבלת. אין בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, שכן עיקרון זה בנוי על איזונים וריסונים, המגבילים את כל אחת מהרשויות. אין בכך פגיעה בדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה היא איזון עדין בין שלטון הרוב לבין זכויות האדם ועקרונות יסוד, ובאיזון זה, שמירה על זכויות האדם ועקרונות יסוד אינה יכולה להיתפס, כשלעצמה, כעניין בלתי דמוקרטי. אין בכך פגיעה בשפיטה שכן מתפקידה של זו לשמור על שלטון החוק, לרבות שלטון החוק במחוקק. השניה, כי על-פי התפישה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית-המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו. תפישה זו, קיבלנוה בירושה מהתפישה האנגלית ופיתחנו אותה על רקע המציאות של הדמוקרטיה שלנו. כך אנו נוהגים למעלה מארבעים שנה. היא משקפת את ההסכמה החברתית בישראל, והיא נהנית מקונצנזוס של הציבור הנאור. רק על רקע תפישה זו ניתן להכין את המחלוקת המפלגת אותנו באשר לצורך בחוקה נוקשה ובביקורת שיפוטית. השלישית, כי לאור התפישות החברתיות-משפטיות הנהוגות בישראל, ולאור הפסיקה העקבית של בית-משפט זה במשך השנים, אין זה ראוי, כי נסטה מגישתנו המקובלת והמשקפת את המסורת המשפטית-פוליטית שלנו, ואין זה ראוי, כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית-המשפט להצהיר על בטלותו של חוק — שאינו סותר הוראה משורינת בחוק-יסוד — והנוגד עקרונות יסוד של השיטה. אם נעשה כן, ניראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית. תפיסת החברה הישראלית את התפקיד השיפוטי אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה מרחיקת לכת זו. נראה לי, כי תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות — בשלב זה של חיינו הלאומיים — על-ידי העם ונציגיו הנבחרים.

מטעמים אלו יש לרעתי לדחות את הטענה...³⁴ (ההדגשה האחרונה שלי — י"ד).

אין כל ספק, כי הדברים הללו מבטאים שינוי רבתי בהשוואה לעמדה המסורתית של בית-המשפט העליון. ברק שולל כאן את עקרון-הריבונות המוחלטת של הכנסת בתור עקרון-היסוד של שיטת-המשפט אצלנו ומכפיף אותו לעקרונות-יסוד ערכיים של השיטה. הוא גם אינו מוציא מכלל אפשרות יישום הלכה למעשה של התיזה בדבר אפשרות הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית בנקודה כלשהי בעתיד. הוא רק מכפיף את אפשרות המימוש של התפתחות כזו להתפתחויות מתאימות בזירה הציבורית או החוקתית אצלנו. במלים אחרות: הוא מבטא את הכרתו בצורך בפיתוח הביקורת השיפוטית על חוקיותם של חוקים בשיטת הממשל שלנו, אך בד-בבד מצהיר על חוסר-נכונותו לבצע בשלב זה את המהלך האמור, בהיעדרו של בסיס טקטואלי מתאים.

בתחילת שנות התשעים הוצבה אפוא בפני בית-המשפט העליון האפשרות של פיתוח תיאוריה של ביקורת שיפוטית על בסיס מטא-טקסטואלי. ובית-המשפט — לפחות ככל שניתן ללמוד מגישתו של השופט ברק — לא דחה אפשרות זו על הסף. להיפך: הוא דן בה באריכות, תוך הפגנת אהדה ותמיכה גלויה בבסיסה הרעיוניים. הוא דחה את אפשרות יישומה בשלב שבו הועלתה משיקולים של פוליטיקה שיפוטית, תוך שהוא מצביע (או רומז) על האפשרות או הסיכוי לכך שבעתיד הנראה לעין תוכל הביקורת השיפוטית להתבסס על מצע טקסטואלי.³⁵

הנכונות של השופט ברק לאמץ — בתקופה שבה נפסקה הלכת לאור — תיאוריה של ביקורת שיפוטית על בסיס מטא-טקסטואלי איננה מפתיעה; שהרי, מצד אחד — כפי שאמרנו — התהליך של הרחבת האקטיביזם השיפוטי תאם מבחינה רעיונית הרחבה של הביקורת גם לתחום החקיקה הראשית. מצד אחר, בפני בית-המשפט לא עמדה באותה תקופה תשתית טקסטואלית מתאימה שיכלה לאפשר לו לבצע מהלך כזה על בסיס של אימוץ תיאוריה של שתי ררגות. העלאת האפשרות של פנייה לתיזה של ביקורת מטא-טקסטואלית היתה — מצדו של אבי האקטיביזם השיפוטי בישראל — בבחינת הצהרה על האפשרות שבעתיד לא תיוותר לבית-המשפט כל דרך אחרת. אלא שפחות משנתיים

34 שם, בעמ' 554.

35 ראו גם דברי הנשיא שמגר בבג"צ 889/86 כחן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מא(2) 540, 543, ליד האות ה. סממן נוסף לשבירת הטאבו של דוקטרינת ריבונות המחוקק היה בכך שהחל בסוף שנות השמונים בית-המשפט הראה נכונות להתערב ולפסול חוקים של הכנסת בעילה שההליך לקבלתם היה בלתי-תקין. ראו בג"צ 975/89 Nimrodi Land Development נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154, 157; בג"צ 410/91 בלום נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מו(2) 201.

לאחר ההצהרה הזו התחוללה "המהפכה החוקתית", שחסכה (לכאורה) לבית-המשפט את הצורך לממש את הפוטנציאל הטמון באמרת האגב של לאור.

3. המהפכה החוקתית ופסק-הדין בגן המזרחי

במאוס 1992 חוקקה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואת חוק יסוד: תופש העיסוק, ובכך סימנה את תחילתו של תהליך המכונה על-ידי רבים "המהפכה החוקתית" (להלן אכנה אותם "חוקי-היסוד החדשים"). אמנם, גם שני חוקים אלו רחוקים מלהיות (כשלעצמם, או אף בהצטרפם לחוקי-היסוד המבניים שהיו קיימים קודם-לכן) חוקה מושלמת. הם אינם כוללים התייחסות לחירויות-יסוד ראשונות-במעלה (כגון עקרון השוויון, חירות הביטוי והאסיפה, חופש הדת וכו') וגם המעמד הגורטיבי שלהם אינו אחיד ורחוק מלהיות זהה לזה של חוקה של ממש³⁶. אך בכל-זאת הם בגדר שינוי של ממש בהשוואה לחוקי-היסוד הקודמים: הם בבחינת מגילה (אם גם, כאמור, חלקית ומקוטעת) להגנה על חירויות הפרט, שהיא לב-לבה של כל חוקה בדמוקרטיות ליברליות. גם המסגרת הכללית של חוקים אלו שונה מקודמיהם ויש בה כדי להעיד לכאורה על השאיפה והרוח החוקתית שהנחתה את הכנסת בשעה שקיבלה אותם: הם נפתחים בהצהרה כללית בדבר התייחסותם למגילת-העצמאות ולעקרונות-היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית והם מכילים התייחסות מפורטת ליחס בינם ובין חקיקה רגילה העומדת בסתירה לעקרונותיהם³⁷. קיצורו של דבר, חקיקת שני חוקים אלו יכולה לספק תשתית — למי שמחפש תשתית כזו — לטענה כי ישראל הפכה לדמוקרטיה של שתי דרגות. ואכן, בית-המשפט העליון מיהר להיענות לאתגר שהציבה לו הכנסת. בע"א 6821/93 בגן המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואחרים³⁸ הובאה לפני בית-המשפט שאלת חוקיותו של חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), התשנ"ג-1993, כאשר הטענה היתה שהסדר הכלול בחוק (והידוע גם בשם "הסדר המושבים") פוגע בזכות הקניין של הגושים של המגזר המושבי ולכן סותר את דרישות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית-המשפט ניצל את ההזדמנות שעובדות המקרה העמידו בפניו כדי לדון, בהרכב של תשעה משופטים, בשורה של שאלות חוקתיות כלליות שהמהפכה החוקתית הציבה בפניו³⁹. פסק-הדין, המשתרע על למעלה

36 ראו להלן, סעיף 4(ב) ליד הערה 53.

37 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, סעיפים 1, 1א ו-8; חוק יסוד: תופש העיסוק, סעיפים 1, 2 ו-4.

38 ניתן ביום 9.11.95, לעיל הערה 1.

39 הדיון בשאלות חוקתיות נכבדות אלו נעשה כל-כולו במסגרת אמרות-אגב של השופטים, שהשתרעו על-פני מאות עמודי רפוס. לגופו של עניין, בית-המשפט החליט לדחות את הטענה כי החוק שעמד לדיון שם עומד בסתירה לדרישות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו י' דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח (תשנ"ז).

מ-500 עמודי דפוס, הוא "המניפסט החוקתי" של בית-המשפט, ומבטא את תפישתו לגבי שאלת מקורה, קיומה ומעמדה של נורמה חוקתית בישראל שלאחר חקיקת חוקי-היסוד החדשים. אלא שבפסק-הדין אין עמדה אחידה לחלוטין לגבי אף אחת מהשאלות הללו. להלן אסקור בקצרה את העמדות העיקריות שבוטאו בפסק-הדין והנוגעות לשאלות העיוניות שאנו עוסקים כאן בהן.

שמונה מתוך תשעת השופטים שישבו בהרכב תמכו בעמדה, שלפיה, בעקבות המהפכה החוקתית, הפכה ישראל לדמוקרטיה של שתי דרגות. כלומר: הם קיבלו את הטענה שבשיטה המשפטית שלנו ישנן נורמות — הם חוקי-היסוד — בעלות מעמד עליון לחוקים רגילים, אשר קיומן מעיד גם על סמכותו של בית-המשפט לפסול חוקים הסותרים אותן נורמות, וכדבריו של הנשיא ברק בפתח פסק-דינו:

בחוקה את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הביעה הכנסת את עמדתה באשר למעמדם המשפטי-חוקתי העליון של שני חוקי יסוד בדבר זכויות האדם. היום מביע בית-המשפט העליון את עמדתו המשפטית המאשרת מעמד חוקתי עליון זה⁴⁰.

כלומר: כל שמונת שופטי-הרוב קיבלו את התיזה, שלפיה, בשיטה המשפטית שלנו יש לכנסת סמכות ליצור נורמות חוקתיות (קרי: נורמות שלהן מעמד גבוה יותר מזה של חקיקה רגילה והיכולת להגביל את כוחו של המחוקק הרגיל) בדרך של חקיקת חוקי-יסוד. זאת ועוד: מבין שמונה שופטים אלו היה רוב לעמדתו של הנשיא ברק באשר לשאלת המקור הנורמטיבי לקיום הסמכות החוקתית הזו של הכנסת. לפי העמדה שאומצה, לכנסת יש, לצד סמכותה לחוקק חוקים רגילים, גם סמכות כינון, שמכוחה היא יוצרת את חוקי-היסוד⁴¹.

עמדה שונה לחלוטין בעניין זה באה לידי ביטוי בפסק-דינו של שופט-המיעוט בעניין בנק המזרחי, הלוא הוא השופט מישאל חשין⁴². בפסק-דין ארוך ומפורט הוא מציג תיזה חלופית לזו שאומצה על-ידי הרוב. זוהי תיזה חוקתית קלסית של דמוקרטיה

40 שם, בסעיף 2 לפסק-דינו.

41 לעמדת ברק בדבר קיומה של סמכות הכינון בידי הכנסת הצטרפו השופטים ד' לוי (בסעיף 28 לפסק-דינו), זמיר (בסעיף 5 לפסק-דינו), מצא (בפתיח לפסק-דינו) וכנראה גם השופט גולדברג (בסעיף 1 לפסק-דינו). לעומת זאת, גרס הנשיא בדימוס שמגר, כי הבסיס לסמכותה זו של הכנסת הוא הריבונות הבלתי-מוגבלת הנתונה בידה בשיטת-המשפט שלנו. השופט טל לא התייחס ישירות לשאלה, והשופט כך ציין כי אינו נוקט עמדה לגבי מקור הסמכות החוקתית (בסעיפים 3-4 לפסק-דינו).

42 למעשה עמדת השופט חשין היתה במיעוט רק בנוגע לנימוקים, שכן הוא הצטרף לעמדת הרוב לגבי תוצאות ההליכים שעמדו בפני בית-המשפט ולגבי דחיית הטענה בדבר אי-חוקיותו של חוק ההסדרים במקור החקלאי.

של דרגה אחת. חשין שולל, על יסוד נימוקים היסטוריים ועקרוניים כאחד, את (מה שהוא מכנה) "תורת שני הכתרים", שלפיה בידי הכנסת שני סוגים נפרדים של סמכויות: חוקתית וחקיקתית⁴³; אך הוא אינו מסתפק בשלילת עמדת הרוב אלא מציג במפורט גישה חוקתית חלופית לגבי מקור כוחו וגבולות סמכותו של בית-המשפט בכואו להעביר תחת שבט-ביקורתו חקיקה של הכנסת.

נקודת-המוצא המנחה את חשין היא עקרון-היסוד בדמוקרטיה: הכרעה על-פי רוב. לפיכך הוא קובע, כי בשיטת-המשפט שלנו אין לכנסת סמכות לחוקק חוקים שיהיו משוריינים מפני אפשרות של שינויים בחקיקה מאוחרת יותר הנהנית מתמיכתם של יותר מחצי מחברי בית-המחוקקים. היינו: הוא מבחין בין סעיפים משוריינים, הדורשים יותר מאשר תמיכה של רוב חברי-הכנסת כדי לשנות או לבטל חקיקה קיימת, ובין שריון שהכנסת קובעת לפיו כי דרוש רוב מיוחד, אך הקטן או השווה ל-61 חברי-כנסת, כדי להתגבר על דרישות הסעיף המשריין. שריון מהסוג האחרון — קובע חשין — אינו אלא קביעה לגבי דרכי הליך החקיקה, שהכנסת מוסמכת, בהיעדר הוראה אחרת בחוקה כתובה, לקבוע לעצמה. לעומת זאת, ניסיון לשריין חקיקה קיימת כך שבעתיד לא יוכל גם רוב מוחלט של חברי-הכנסת לשנותה, היא פגיעה אסורה בעקרון-היסוד של ההכרעה על-פי רוב ולכן אינו נכלל בגדר סמכויותיה של הכנסת⁴⁴.

יש לשים לב לכך שהתיזה המוצגת על-ידי חשין, הגם שהיא מכוונת לכאורה כנגד המהלך החוקתי שאימצה דעת הרוב, וכנגד הטענה כי יש חוקה לישראל, היא עצמה תיזה חוקתית רחבה למדי, הנושאת עמה אפשרויות לא מעטות של התערבות שיפוטית בקביעות המחוקק לעתיד לבוא. בראש-ובראשונה חשין שולל במפורש את העיקרון של ריבונותו המוחלטת של הפרלמנט⁴⁵. הוא קובע, כי הכנסת, כמו כל גוף או אדם בישראל, כפופה לעקרונות-היסוד של השיטה המשפטית והממשלית אצלנו. כלומר:

43 חשין קובע, כי לאסיפה המכוננת לא היתה סמכות להעביר את כוחה המכוון לגוף אחר; ובכל אופן, גם לו היתה לה סמכות העברה כזו, הרי הרציפות החוקתית נקטעה משום שהאסיפה המכוננת לא עשתה כל פעולה להעביר אותה סמכות מכוננת, למשל: באמצעות חקיקת חוק-יסוד בנושא (ראו סעיפים 24 ואילך לפסק-דינו). הוא סוקר את העמדות ששררו אצל שופטים, חברי-כנסת ומשפטים במשך השנים כדי להראות שתורת שני הכתרים לא היתה מקובלת על מרבית העוסקים בנושא (סעיפים 35 ואילך, סעיפים 49 ואילך). הוא גם מצביע על הקשיים הניכרים, חוסר-האחידות והסכנות הצפויות מאימוץ תורת שני הכתרים, מנקודת-ראות דמוקרטית ומנקודת-הראות של התפתחות המשפט החוקתי בישראל: היעדר קונסנזוס חברתי, היעדר פרודורה מיוחדת לגיבוש החוקה ועוד (סעיפים 59 ואילך לפסק-דינו, וראו להלן).

44 סעיפים 87 ואילך, ובמיוחד שם, סעיף 91 וכן שם סעיף 101. חשין קובע כי בידי הכנסת, כמו לכל גוף משפטי, סמכות לקבוע כללים שיסדירו את דרכי פעולתה, ועליה לפעול לפי כללים אלו כל זמן שלא שונו על-ידיה (סעיפים 82-86).

45 ראו סעיף 76 רישא לפסק-דינו.

הוא מקבל ומנסח את העיקרון שלפיו ישנם גבולות לכוחה של הכנסת — גבולות, שבמקרה הצורך יתערב בית-המשפט כדי לכפותם על הכנסת. קביעה זו כשלעצמה היא חידוש בהשוואה לפסיקה קודמת של בית-המשפט העליון (אם מוציאים מכלל חשבון את אמרת-האגב של ברק בעניין לאור).

שנית, אמנם חשין מדגיש, בהקשר הנדון בפסק-דינו, את העיקרון של ההכרעה על-פי רוב מבין כל עקרונות-היסוד של הדמוקרטיה, אך לא מן הנמנע שאימוץ תפישה כזו תוביל את בעליה למסקנה כי בית-המשפט רשאי להתערב בחקיקת הכנסת גם כשהיא עומדת בסתירה לעקרונות-יסוד אחרים של השיטה. למעשה, קביעות המרחיבות את התיזה לגבי המגבלות האינהרנטיות שהשיטה הממשלית שלנו מטילה על הכנסת מופיעות אצל חשין במפורש. כך, למשל, הוא קובע:

אין זו [האיסור לחרוג מעקרון ההכרעה על-פי רוב] אלא דוגמה לסמכותה המוגבלת של הכנסת לחוקק לעצמה, להגדיר את כוחה שלה, לקבוע את סמכויותיה היא. דוגמאות נוספות לא תחסרנה. הנה דוגמה אחת: כנסת פלונית מחוקקת חוק-יסוד וקובעת בו כי תקופת כהונתה שלה-עצמה תורחב בארבע שנים נוספות אל-מעבר לארבע השנים שנקבעו בסעיף 8 לחוק יסוד: הכנסת... חוק זה, לדעתי, יהיה בלתי חוקי בעליל — מבחינה משפטית — ואפילו יצביעו עבורו כל מאה ועשרים חברי הכנסת (אשר יאמרו להאריך את כהונתם שלהם)... העם לא נתן יפוי-כוח בידי הכנסת להאריך את תקופת כהונתה שלה עצמה... מדוגמאות אלו שהבאנו — מהן ומאחרות זולתן — נדע כי יש בנמצא כוחות "נסתרים", כוחות הטבועים בעצם קיומה של הכנסת ואשר יש בהם כדי להגביל את סמכותה — סמכותה הבלתי מוגבלת, לכאורה לחוקק חוקים. ניתן דעתנו כי מדברים אנו עתה בסמכויות הכנסת כמחוקקת-לעצמה ולא כמחוקקת לזולתה כתפקידה העיקרי. לא נדבר בהגבלות "בנות משפט הטבע" החלות על סמכותה של הכנסת לחוקק לזולתה... שלא בסמכות זו עניינו כאן⁴⁶ (כל ההדגשות, למעט זו המודגשת בקו, הן שלי — י"ד).

כלומר: לא רק שהכנסת אינה כל-יכולה, אלא חלות על כוח החקיקה שלה שורה של הגבלות חוקתיות. אסור לה לפעול בניגוד לעקרון הרוב (פועל יוצא של העיקרון הדמוקרטי), אסור לה לחוקק כאוות נפשה בכל הנוגע למעמדם של חבריה-היא (פועל יוצא של התפישה הרעיונית של הפרדת הרשויות) ונוסף על כך מוזכרת (אם גם ברמז)

46 בסעיף 99 לפסק-דינו.

האפשרות של הגבלות נוספות "בנות משפט הטבע" שיחולו על הכנסת בבואה לפגוע בחירויות-יסוד של הפרט. אין גם להתרשם מהעובדה, שהדוגמאות המוצגות על-ידי חשין כדי להדגים את העקרונות המנחים אותו הן קיצוניות על סף האבסורד. את המסגרת העיונית המוצגת על-ידו ניתן ליישם גם על מקרים שבהם החריגה מעקרונות-היסוד אינה כה קיצונית, וחשין עצמו הוכיח את נכונותו לעשות כן זמן קצר לאחר מתן פסק-דינו בעניין בנק המזרחי⁴⁷.

פסק-הדין בנק המזרחי הוא אפוא נקודת-מפנה מרכזית בתיאוריה החוקתית של בית-המשפט העליון. הכנסת העמידה בפני בית-המשפט את האפשרות לאמץ תפישה של ביקורת שיפוטית המבוססת על תיאוריה של שתי דרגות, ובית-המשפט (מפי דעת הרוב) נענה לאתגר הזה במלוא התנופה. בית-המשפט העדיף את הגישה החוקתית הזו על פני האפשרות להתעלם, או להמעיט, במשמעויות העקרונות של תוקי-היסוד החדשים ולהמשיך לפתח בהדרגה תיאוריה מינימליסטית יותר של ביקורת המבוססת על תפישה של דמוקרטיה של דרגה אחת⁴⁸. ואולם הרעיון של דמוקרטיה של דרגה אחת, כבסיס הביקורת השיפוטית, לא ירד מעל הפרק בעקבות פסק-הדין. הוא זכה להצגה עיונית מפורטת ולהתייחסות רבת-עוצמה בפסק-דינו של השופט חשין. במישור הרעיוני והמעשי כאחד ממשיכה התפישה הזו להיות אלטרנטיבה לתפישה שבית-המשפט אימץ בפועל, וכפי שנראה בהמשך הדברים, זוהי אלטרנטיבה שספק אם לבית-המשפט — למרות ההכרעה שקיבל בפסק-הדין בנק המזרחי — יהיה מנוס מלהיזקק לה בסופו של דבר.

47 המגבלות שחשין רואה את הכנסת כפופה להן ניתנות לחלוקה לשלוש קטגוריות: הסוג הראשון של המגבלות הן כאלו "הנגזרות מאופי המישור הדימוקרטי ומערכי-יסוד בחברה בישראל" (כגון היעדר סמכותה של הכנסת לקבוע כי ביטול או שינוי של חוק מחוקיה מחייב רוב של יותר מ-61 מחברי הבית. ראו סעיף 98 לפסק-דינו). הסוג השני הן, כאמור, הגבלות "בנות משפט הטבע", הכוללות כנראה את חירויות-היסוד האלמנטריות (סעיף 99 סיפא לפסק-דינו). הקטיגוריה השלישית, והייחודית מכולן, היא מגבלות על הכנסת כאשר היא "מחוקקת לעצמה" (למשל: בדוגמא לעיל, שבה הכנסת מתיימרת להאריך את תקופת כהונתה מעבר למה שנקבע ערב הבחירות שעל-פיהן היא מכהנת. ראו סעיף 102 לפסק-דינו). חשין מעלה את הטענה, שלפיה בית-המשפט רשאי להתערב בחקיקה של הכנסת כאשר חקיקה זו נוגעת לאינטרסים של חברי-הכנסת המכהנים עצמם (או של המפלגות המיוצגות בכנסת המחוקקת חוק מסוים). הוא רומז, כי התערבות כזו אפשרית, למשל, כאשר הכנסת מחוקקת בענייני החסינות של חבריה (סעיף 84 לפסק-הדין). זמן קצר לאחר מתן פסק-הדין בעניין בנק המזרחי כתב חשין פסק-דין נוסף שבו המשיך לפתח טענה זו. ראו בג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת (טרם פורסם; ניתן ב-6.2.96), הנידון להלן, ליד הערה 102.

48 השווה דברי חשין על הצורך בהדרגתיות בפיתוח תיאוריות שיפוטיות בסעיף 136.

4. ביקורת שיפוטית על בסיס "חוקה למדינת ישראל" — יתרונות וסכנות

מהו ההסבר לכך שבית-המשפט (ברוב מכריע) העדיף את התיאוריה הטקסטואלית על האלטרנטיבה שהועלתה על-ידי חשין? מהם היתרונות והחסרונות של כל אחת מהגישות הללו, מנקודת-הראות ה"מוסדית" של בית-המשפט ומנקודת-ראות ביקורתית כוללת? ומהן ההשלכות האפשריות של הבחירה שנקט בית-המשפט בפסק-הדין בנק המזרחי? על שאלות אלו ננסה לענות כעת כסדרן.

(א) הרקע לבחירתו של בית-המשפט — היתרונות של התיזה הטקסטואלית מבחינה פוליטית ועניינית

כפי שאמרנו, כל השופטים שישבו לדין בעניין בנק המזרחי (למעט אחד) היו מוכנים, ללא הפגנת היסוסים מיותרים, לקבל על עצמם את "עול" הביקורת החוקתית על סמך ההזדמנות שהכנסת העמידה בפניהם בחוקקה את חוקי-היסוד החדשים, ועל-ידי כך להעמיד את עצמם במצב שבו פסיקתם תוכל לעמוד מעל לרצונו של המחוקק הנבחר. גישה זו של בית-המשפט לא היתה בבחינת הפתעה. כפי שצייתי קודם-לכן, למי שעקב אחרי התפתחות תופעת האקטיביזם השיפוטי במהלך שני העשורים האחרונים פסיקת בית-המשפט היתה בבחינת המשך צפוי, אם לא לומר טבעי כמעט, למגמה הכללית שאפיינה את תפישותיו השיפוטיות הכלליות. אין שום דבר מפתיע גם בעובדה, שבית-המשפט בחר לחצות את הרוביקון ולקבוע את סמכותו לפסול חוקים של הכנסת על בסיס תיאוריה חוקתית טקסטואלית, ולא על סמך החלופה המטא-טקסטואלית שהציע השופט חשין. מנקודת-הראות הפוליטית של בית-המשפט — כמוסד המתחרה עם מוקדי-כוח אחרים על הסמכות לעצב ערכים ולהתוות דרך חברתית — הבחירה באפשרות הטקסטואלית והעדפתה על חברתה המטא-טקסטואלית היא הכרעה מתבקשת מאליה שיש לה שורה של יתרונות כבדי משקל: ראשית, בית-המשפט יכול להציג, ובצדק, את ההרחבה המסיבית בגבולות סמכותו הפורמלית ובמשקלו הפוליטי בתור תוצאה הנובעת מפעולתה של הכנסת ולהבדיל ממהלך יזום על-ידי בית-המשפט עצמו; שהרי גם המתנגדים העקשים ביותר של המהפכה החוקתית אינם יכולים להתעלם מכך שבמאוס 1992 נפל דבר בישראל. אמנם, ניתן להמעיט בהשלכות של המהלך החקיקתי, להתווכח על הכוונות האמיתיות שהנחו את יוזמיו או להביע ספקות לגבי היכולת שלו לספק תשתית חוקתית יציבה לביקורת השיפוטית — אך לא ניתן להתעלם ממנו לחלוטין או לטעון כי דבר לא אירע. מנקודת-ראותו של השופט האקטיביסט, היוזמה שנקטה הכנסת יוצרת קרקע נוחה לביצוע המהלך השיפוטי המשלים. בית-המשפט יכול בנקל להציג את פסיקתו בתור תגובה מתבקשת, שנועדה לא יותר מאשר להשלים ולצקת תוכן, אל המסגרת שיצרה הכנסת. על-ידי כך קל יהיה יותר לבית-

המשפט לגבש קונסנזוס ציבורי תומך ולמנוע תגובת-נגד של גורמים במערכת הפוליטית או בציבור הרחב, העלולים להטיל ספק בלגיטימציה של הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים.⁴⁹

שנית, גם במישור כללי יותר יש לחלופה הטקסטואלית יתרונות כבדי-משקל בהשוואה לחלופה המטא-טקסטואלית. בתי-משפט הם מוסדות שלחם-חוקם הוא פרשנות של טקסטים נורמטיביים. עבור השופטים הטקסט הוא מקור סמכות פורמלית, כלי-עבודה מקצועי ומקור של לגיטימציה פוליטית בעת ובעונה אחת. כאשר בית-המשפט בוחן את מעשי המחוקק על סמך טקסט חוקתי קנוני וידוע, הוא יכול, לפחות למראית-עין, להציג את פעולותיו בתור פעולה שיפוטית רגילה ושגרתית: השופט אינו מהפכן חברתי (או לחלופין, שמרן קיצוני), שהכרעותיו צריכות לעמוד לביקורת ציבורית בזירה הפוליטית, אלא הוא לא יותר מאשר פרשן נאמן של הנורמות שקבעה החוקה. אכן, בשל המידה המקובלת של עמימות טקסטואלית בחוקות של מדינות מודרניות אי-אפשר להגן ברצינות על הטענה שלפיה הפעולה הפרשנית היא הליך מיכני או ביורוקרטי גרידא. אך אין ספק, שקיום הטקסט מספק לשופטים מידה מסוימת של חסינות מפני ביקורת ציבורית והתנכלות מצד גורמים פוליטיים מתחרים.⁵⁰ דבר זה בולט במיוחד אם משווים את הביקורת הטקסטואלית לחלופה המתחרה המבססת את הביקורת על הערכה עצמאית, מטא-טקסטואלית, שהשופטים אמורים לעשות כתנאי להתערבותם בפעולות המחוקק. לפי חלופה זו, ההתערבות השיפוטית צריכה להיעשות על סמך הערכה בלתי-אמצעית של ההתאמה בין תהליכים חברתיים ופעולות פוליטיות ובין אוסף בלתי-מוגדר של ערכים או תפישה תיאורטית כזו או אחרת המתייחסת לרציות ולמשמעות של תהליכים כאלו. אין ספק כי מבחינה זו נוח יותר לבית-המשפט לסמוך את ביקורתו על הליך הפרשנות הטקסטואלית.

ולבסוף, וכפועל יוצא מהאמור לעיל, לקיומו של טקסט חוקתי סמכותי שבית-המשפט יכול לבסס עליו את ביקורתו יתרונות ברורים מבחינת ההיקף הפוטנציאלי של הביקורת השיפוטית. רשימה של חירויות-יסוד הכלולות במסמך חוקתי, וכאשר מעמדן וגבולותיהן מוגדרים בטקסט, היא נקודת-מוצא נוחה וטבעית לפיתוח הביקורת השיפוטית על מעשי המחוקק. לעומת זאת, אם אין טקסט כזה, אזי בית-המשפט ייאלץ לשאוב את הלגיטימציה להתערבותו אגב היזקקות לתיאוריות חוקתיות-פוליטיות כלליות ועמומות ולבסס את קביעותיו הענייניות על "עקרונות-יסוד" בלתי-מוגדרים של השיטה. במצב כזה סביר להניח, כי ההתערבות השיפוטית לפסילת חוקים תהיה מעין "מוצא אחרון", שנועד למצבים קיצוניים ויוצאי-דופן. ואכן, בתקופה שקדמה למהפכה

49 ראו להלן סעיף 37.

50 ראו לעיל הערה 22. והשוו F.I. Michelman "Traces of Self Government" 100 *Harv. L.Rev.* והשוו 4, 66 ff. (1986).

החוקתית, המקרה היחיד שבו בית-המשפט העליון היה מוכן לשקול הלכה למעשה קבלת החלטה הנוגדת באופן ישיר קביעה של הכנסת בחוק, היתה במקרה הקיצוני ויוצא-הדופן שהובא בפניו בפרשת ירדור הידועה ושב פיתח בית-המשפט את עקרון "הדמוקרטיה המתגוננת" על בסיס מטא-טקסטואלי⁵¹. כלומר: מנקודת-ראותם של השופטים הרוצים לפתח באופן שיטתי (ומהיר-יחסית) את הביקורת השיפוטית על החקיקה, כחלק אינטגרלי מהליך הפעולה השלטונית בשיטה הדמוקרטית שלנו, התפישת המטא-טקסטואלית נראית כדרך-פעולה מוגבלת ביותר ולא מבטיחה במיוחד.

(ב) החסרונות של הגישה הטקסטואלית

למרות היתרונות הברורים לעין של התיזה הטקסטואלית, היא סובלת גם מחולשות ניכרות ונושאת עמה סכנות לא מעטות. אלו בולטות במיוחד בשיטת-המשפט שלנו. על-פי התיזה הטקסטואלית, העוצמה של הביקורת השיפוטית ומידת הביטחון שהיא מספקת לבית-המשפט תלויות בסופו של דבר בעוצמה ובמעמד של הטקסט החוקתי עצמו. היינו: אם הטקסט החוקתי הוא חלקי, מוגבל ומקוטע, ואם המעמד הנורמטיבי שהוא-עצמו מסוגל להעניק לקביעותיו הוא בלתי-יציב — אזי זה עלול להיות גם מעמדה של הביקורת השיפוטית על-פי הטקסט. מי שמבסס את הביקורת השיפוטית על קיומו ומעמדו של טקסט מסוים (ולא על בסיס של ניתוח עצמאי של ערכי השיטה), נותר בסופו של דבר תלוי באותו טקסט שהיה מוכן להשליך עליו את יהבו. הפה שהתיר לבית-המשפט לפעול הוא הפה שיכול גם לאסור ולהגביל את סמכות הביקורת. ואכן, קשה להתעלם מהחולשות ומה"חורים" שיש בטקסט החוקתי שהכנסת העניקה לבית-המשפט — חולשות המשליכות ישירות גם על מידת השכנוע שיש לתיזה החוקתית המבוססת על הטקסט. ראשית, אין זה מיותר לחזור ולציין כי גם לאחר המהפכה החוקתית אין לנו חוקה של ממש. היינו: חוקי-היסוד החדשים הם לכל היותר שני פרקים בחוקה עתידית כזו. אין לנו מסמך שלם, אחיד וכולל, בעל מעמד נורמטיבי עליון המצוי מעל לכל ספק והכולל הגדרה מפורטת של היחס המשפטי בינו לבין חקיקה רגילה. אמנם, שני חוקי-היסוד החדשים מתייחסים לכמה חירויות חוקתיות חשובות (כבוד האדם, חופש התנועה, הפרטיות, הקניין, העיסוק וכו'), אך אינם כוללים שורה

51 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365. למעשה מבין שופט-הרוב בעניין ירדור תמך רק השופט זוסמן באימוץ תפישת הדמוקרטיה המתגוננת בתור עקרון-על מטא-טקסטואלי בשיטת-המשפט בישראל (שם, עמ' 390). השופט אגרנט העדיף להשתית את הבסיס לעיקרון על פרשנות (אם גם מרחיבה ו"יצירתית") של חוק הבחירות לכנסת (שם, בעמ' 386, למטה).

של חירויות אחרות מרכזיות לא פחות (חירויות הביטוי, ההתאגדות, האסיפה, התהלכה, הפולחן הדתי ועקרון השוויון)⁵². שנית, ההגנה שהטקסט התוקף הקיים מעניק לאותן חירויות שכן כלולות בו היא חלשה ובלתי-אחידה. כידוע, הכנסת בחרה משום-מה (ראו להלן) לייחד לחירות שולית-יחסית, כמו חופש העיסוק, מעמד מיוחד ונישא מעל חירויות-יסוד אחרות, שהן חשובות ומרכזיות הרבה יותר (כגון ההגנה על החיים, כבוד האדם, חירות התנועה ושאר החירויות הכלולות בחוק יסוד: כבוד האדם). לחירות העיסוק הוקדש חוק-יסוד מיוחד ונפרד, כאשר ההגנה המוענקת בחוק כנגד פגיעה בחירות העיסוק בחקיקה עתידית חזקה במידה ניכרת לגבי החירויות הכלולות בחוק יסוד: כבוד האדם. חיקוק הסותר את דרישותיו של חוק יסוד: חופש העיסוק, חייב בכל מקרה להתקבל ברוב מוחלט של 61 מחברי-הכנסת: החירויות הכלולות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינן נהנות מהגנה כזו של דרישת רוב מוחלט, וההגנה הנורמטיבית הניתנת להן באותו חוק היא חלשה ומוגדרת בניסוחים הסובלים מעמימות קשה⁵³.

52 לאחרונה נעשה ניסיון על-ידי כמה חברי-כנסת להרחיב את מגילת-הזכויות על-ידי חקיקת חוק-יסוד נוספים (הם חוק יסוד: זכויות במשפט, חוק יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, חוק יסוד: זכויות חברתיות, ה"ח תשנ"ד 335, 336, 337). יוזמה זו שנעשתה בערוב ימיה של הכנסת השלוש-עשרה, נחלה כישלון, וסביר להניח, כי לפי המציאות הפוליטית שנוצרה עם היבחרה של הכנסת הארבע-עשרה לא צפויה לה הצלחה גם בעתיד הנראה לעין. בכל מקרה חוק-היסוד שהוצעו לא כללו עדיין חירויות מרכזיות מנקודת-ראות חוקתית-ליברלית, כגון חופש הדת והמצפון, ואת עקרון השוויון, ובמהלך המשאומתן בין הסיעות בכנסת הוסכם גם כי יושמטו מההצעות גם חופש הביטוי והיצירה. ראו ההפניות להלן, בהערה 88.

53 הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כללה סעיף שריון כזה, אך הוא הושמט בשל הסתייגותם של חברי-הכנסת רביץ והלפרט בקריאה שנייה, ועל חודו של קול. ראו קרפ, לעיל הערה 30, בעמ' 344 והערה 78 שם. לפי זה מתעוררים קשיים ניכרים להשיב על השאלה האם ובאלו תנאים יכול חוק רגיל כלשהו לסתור חירויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בעניין זה נתגלעו חילוקי-דעות בין השופטים שישבו בדיון בעניין בנק המזרחי. הנשיאים שמגר וברק הגיעו (כל אחד מטעמיו-הוא) למסקנה, כי לא ניתן כלל לסתור את הוראותיו של חוק-היסוד בחקיקה רגילה, אלא רק באמצעות קבלת חוק-יסוד (סעיפים 40-45 לפסק-דינו של שמגר וסעיפים 70-73 לפסק-דינו של ברק). לעומתם סבר השופט חשין (בדעת-מיעוט), כי חוק רגיל יכול לסתור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אם הכנסת הביעה את עמדתה במפורש שזוהי התוצאה שאליה היא שואפת להגיע (סעיפים 113 ואילך לפסק-דינו, ובמיוחד סעיף 125, שם). עמדת הרוב בסוגייה זו יוצרת, כאמור, אנומליה, משום שנובע ממנה כי ניתן לפגוע בהוראותיו של חוק יסוד: חופש העיסוק, גם בחקיקה רגילה (בתנאי שנתקבלה, בהתאם לתנאי פסקת ההתגברות של סעיף 8 לחוק היסוד, ברוב של לפחות 61 חברי-כנסת, ותוקפה מוגבל לארבע שנים בלבד), אך לא ניתן לפגוע, כאמור, בהוראותיו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעומת זאת, חוק יסוד: חופש העיסוק, מעניק להוראותיו הגנה חזקה יותר כנגד האפשרות לסתור אותן בחוק-יסוד, משום שהוא מחייב רוב מוחלט כזה, בעוד שאין דרישה כזו לרוב מוחלט

שלישית, שני חוקי-יסוד מעניקים חסינות מקביעותיהם לכל חקיקה שהתקבלה על-ידי הכנסת קודם לכניסתם לתוקף, וגם כאן אין התאמה בין שני החוקים, כאשר החסינות הנתונה לחקיקה קודמת על-ידי חוק יסוד: חופש העיסוק, היא לתקופת-זמן מוגבלת של שנתיים; בעוד שהחסינות המוענקת לחקיקה כזו על-ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא מוחלטת. גם חסינות כזו, הנתונה לכל חוק הקיים בספר החוקים (לפחות כשמדובר בחוק יסוד: כבוד האדם), רחוקה מלהיות הולמת טקסט חוקתי של ממש, ויוצרת גם בעיות קשות של פרשנות, בעיקר לגבי מעמד של חקיקה חדשה, המאוחרת לחוקי-היסוד, שמטרתה, במישורין או בעקיפין, לתקן חקיקה קודמת הנהנית מאותה חסינות⁵⁴. רביעית, הפרוצדורה שלפיה מתקבלים אצלנו חוקי-יסוד בכלל, והדרך שבה התקבלו בכנסת שני חוקי-היסוד החדשים, בפרט, רחוקה מלתאם את מה שמקובל וראוי לראותו בתור הדרך לכינון חוקה. אין שום הוראה מיוחדת בספר החוקים שלנו (או בתקנון הכנסת) לגבי הדרך שבה צריכים להתקבל חוקי-יסוד או לגבי הרוב הנדרש לקבלתם. היינו: לא רק שאין אצלנו שום פרוצדורה חוץ-פרלמנטרית לקבלת חוקי-יסוד (כגון גוף מכונן מיוחד, משאל-עם וכו'), אלא שאף בכנסת עצמה אין שום שוני בין ההליך הנדרש לחקיקת חוקי-יסוד ובין ההליך הנדרש לחקיקת חוק רגיל⁵⁵. פירוש הדבר הוא, שהכנסת יכולה לכאורה לקבל כל חוק-יסוד העולה על דעתה, בתנאי שבמהלך כל שלוש

בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו סעיף 73 לפסק-דינו של הנשיא ברק). נוסף על כך, פסקי-הדין של שופטי-הרוב יוצרים חוסר-בהירות בדיון, משום שהם מבוססים על הבחנות קשות ומונחים עמומים, כגון "פגיעה" ו"שינוי" של חוקי-יסוד (ראו סעיף 27 לפסק-דינו של שמגר) וכן בין שריון "פורמלי" לשריון "מהותי" הקיים בחוקי-יסוד (ראו סעיף 64 לפסק-דינו של ברק). אין זה המקום לפרט את הקשיים, העמימות וחוסר-העקיבות העלולים להיווצר בעקבות השימוש במונחים אלו.

54 ראו סעיף 10 לחוק יסוד: חופש העיסוק; סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בעניין בנק המזרחי נפסק (סעיפים 10-15 לפסק-דינו של הנשיא שמגר), כי חוק המתקן חוק שקדם לחוקי-היסוד החדשים צריך לעמוד בדרישות חוקי-היסוד אם נחקק לאחר כניסתם לתוקף. ספק אם עמדה זו, שהוחלה שם על חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, תאומץ על-ידי בית-המשפט העליון באופן גורף בנוגע לתיקונים של חוקים אחרים (למשל: כאלו הנוגעים לדין האישי בישראל) בעתיד. ואם אכן תאומץ עמדה כזו הריהי עלולה לגרום הן לסערה פוליטית והן להתפתחויות בעייתיות בכל הנוגע לטכניקות ולטקטיקות הנלוות לחקיקת חוקים על-ידי הכנסת.

55 לפיכך התגלעו חילוקי-דעות בין השופטים בעניין בנק המזרחי בשאלה הנוגעת לקריטריונים לזיהוי חוק מסוים של הכנסת בתור חוק-יסוד. הנשיא שמגר סבר (סעיפים 37-38), כי חוק "חוקתי" ניכר לא רק על-פי כותרתו, אלא גם לפי קריטריונים נוספים: הנושא של החוק, ניסוחו המופשט וסממנים צורניים (כגון שריון) (ראו גם רובינשטיין, מהדורה רביעית, לעיל הערה 27, בעמ' 451-453). לעומתו סבר השופט ברק, כי חוק-יסוד ניכר אך ורק על-פי הקריטריון הטכני של שם החוק (סעיף 55). למותר כמעט לציין, כי שתי הגישות הללו מעוררות שאלות קשות, שהן בבואה של הבעייתיות הכללית של התיזה החוקתית אצלנו.

הקריאות יהיו נוכחים באולם חברי-כנסת ספורים, או אף חברי-כנסת אחד, שיצביע בעד קבלת החוק (ואז אותו חוק-יסוד יתקבל הדרוש של 1 נגד 0)! לא זאת אף זאת: אותו חוק-יסוד שנחקק אגב נוכחות זעומה וברוב מינימלי יכול לשריין את עצמו מפני שינויו בעתיד (בדרך של חוק רגיל או חוק-יסוד) גם ברוב מוחלט ובלתי-מוגבל של חברי-הכנסת (לרבות עקרונית גם ברוב של 120 חברי-כנסת!)⁵⁶.

הבעיות הללו, הכרוכות במהפכה החוקתית של 1992, משליכות הן על הערכת ההישגים של אותה מהפכה הן על הערכה התיזה החוקתית העיונית שבית-המשפט אימץ בעקבותיה. "החוקה" — אם ניתן להסכין למינוח בהקשר זה — שסיפקה לנו "המהפכה החוקתית", היא חלקית, מעורערת ובעייתית. היא מספקת הגנה חלשה, בלתי-אחידה ובלתי-יציבה לחירויות-היסוד הכלולות בה. זאת ועוד: אם נבחן לפי מציאות זו את התיזה העיונית לגבי הצידוקים לחוקה (ולתיאוריה חוקתית טקסטואלית) — בהתאם למסגרת שהצבנו בתחילת הדיון — גם אז נגיע לכאורה למסקנות בלתי-מעודדות. התיזה החוקתית שאומצה על-ידי בית-המשפט העליון סובלת בצורה התריפה ביותר ממרבית הליקויים והבעיות האופייניים לתיאוריה החוקתית הטקסטואלית, בלי שניתן להתגבר על ההתנגדויות או לרכך את עוצמתן באמצעות הטיעונים המקובלים לטובת התיאוריה הזו. מצד אחד, המסגרת החוקתית הזו סובלת בכל חריפותה מהטיעון המרכזי כנגד אפשרות החוקה בשיטה דמוקרטית: הוא הכשל הבין-זמני⁵⁷. מצד אחר, אף אחד מהטיעונים המקובלים כבסיס להתגברות על הכשל הזה אינו עומד לזכותה של התיאוריה הזו, כפי שהוצגה על רקע המציאות של חקיקת חוקי-היסוד החדשים.

56 החולשות הללו באו לידי ביטוי במציאות בעת הליך קבלת חוקי-היסוד החדשים. כצדק מציינת יהודית קרפ בעניין זה, כי

דומה שימי קבלת חוקי-היסוד בכנסת לא ימי מהפכה היו, אף לא ימי התרוממות רוח והתעלות; ימי קטנות היו, ימים של מאבקים ופשרות. הקולות, שעלו מן הכנסת בעת הדיונים בחוק, ספק אם יש בהם כדי להעיד על מודעותם של חברי הכנסת לחלקם ולשותפותם בתהליך של מהפכה חוקתית (לעיל, הערה 30, בעמ' 326).

בסופו של דבר התקבלו שני חוקי-היסוד כאשר בכנסת נכחו פחות ממחצית חברי הבית וברוב הרחוק מלהיות תואם את מה שניתן היה לצפות מהליך חקיקתם של פרקים משוריינים בחוקה. כך, למשל, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התקבל בכנסת (בקריאה השלישית) ברוב של 32 כנגד 21 (וח"כ אחד נמנע), ואילו 66 מחברי-הכנסת לא טרחו כלל להיות באולם. גם חוק יסוד: חופש העיסוק, התקבל בכנסת ברוב קטן הרבה יותר מהרוב המוחלט של לפחות 61 חברים, שנקבע ברעצמו כתנאי לאפשרות שינויו (ראו קרפ, שם, בהערה 11). היו שכינו את הדרך שבה התקבלו חוקי-היסוד החדשים בכינויים, כגון "הגנבת" החוקה לספר החוקים של המדינה וקבלתה בדרך "תצי-מחתרתית" (ראו דברי חה"כ שבח רייס, ד"כ 124 (תשנ"ב) 2596), המצוטטים בפסק-דינו של השופט חשין (בסעיף 65); וכן קרפ, בעמ' 339 ואסמכתאות שם.

57 לעיל סעיף 22.

באשר לכשל הבין-זמני, התיאוריה הנוכחית של דעת הרוב בפרשת בנק המזרחי מכירה, ללא כל סייגים ומגבלות, באפשרות של רוב מזדמן, הקיים בכל רגע נתון בכנסת לחוקק חוק בנושא פוליטי-מהותי ולקבל כל הכרעה, ולו בנושא הרגיש ביותר והנתון במחלוקת עזה, תוך כדי שריון התוצאה שהתקבלה באותו הליך באופן שימנע את האפשרות לשנות אותה קביעה לעולמי-עד, ולו גם ברוב גדול של חברי הכית. היינו: לא רק שהמסגרת שהותוותה על-ידי בית-המשפט העליון מאפשרת לרוב הפוליטי בתקופה נתונה לקבל הכרעות באופן שימנע את שינוי המדיניות גם לאחר שאותו סקטור יאבד (בבחירות עתידיות, למשל) את הרוב שיש לו בבית-המחוקקים, אלא אף אינה מונעת פעולה כזו שתיעשה על-ידי רוב מזדמן, אפילו אם אינה מבטאת את דעת רוב חברי-הכנסת באותה קדנציה. כל שעל אותה קבוצה של חברי-כנסת, המבצעים את "המחטף החוקתי", לעשות הוא לגבש רוב בשלוש קריאות רגילות של הכנסת ולהכתיר את הכותרת של מעשה החקיקה כתחילתו במלים "חוק יסודי"⁵⁸. ניתן להמחיש זאת על-ידי הדוגמא הבאה: נניח, למשל, כי הכנסת מחוקקת (ברוב כלשהו) בשנת 1996 את חוק יסוד: הגולן, שבו נקבע כי אין לעשות כל שינוי בגבולות הטריטוריאליים של מדינת ישראל ברמת-הגולן, אלא אם הכנסת אישרה זאת ברוב של שני שלישים מחבריה, הנדרש לשינוי של אותו חוק-יסוד או לביטולו. ונניח עוד, כי בשנת 1997, בעקבות תהליך השלום, ישראל כורתת חוזה-שלום עם סוריה, שבמסגרתו מתחייבת מדינת ישראל לוותר על שטחים ברמת-הגולן, וכי יש רוב של 70 חברי-כנסת התומך בשינוי החוק כדי לאפשר את קיום ההסכם. המשמעות של מתן תוקף לכוונה של המכוננים היא, שלמרות השינוי הקיצוני בנסיבות הפוליטיות ולמרות קיומו של רוב בכנסת (הנסמך — כך נניח — על תמיכתו של רוב הציבור), הכרעת בית-המשפט, המבוססת על התיאוריה החוקתית שאומצה בעניין בנק המזרחי, תמנע מהמוסדות הפוליטיים לתת ביטוי לרצונו של הרוב שגובש בדרכים דמוקרטיות עקב שינוי דפוסי חשיבה לגבי שאלה פוליטית מרכזית בחשיבותה⁵⁹.

58 לעיל הערה 55. וראו גם דברי השופט חשין בסעיף 69 לפסק-דינו בעניין בנק המזרחי. חלק מהקשיים הללו יבואו על פתרונם אם יתקבל בעתיד חוק יסוד: החקיקה (ראו ה"ח תשנ"ז 91), שיסדיר גם את הדרישות לגבי קבלת חוקי-יסוד ואת הרוב הדרוש לשם קבלתם ולשם שינויים. אלא שעד כה, הגם שהצעת חוק יסוד: החקיקה (בגרסאותיה השונות), הוכאה פעמים מספר לאישור הכנסת, כל היוזמות בעניין זה נחלו כישלון. הניסיון האחרון בעניין זה נעשה שבועות מספר לפני מועד כתיבת שורות אלו וגורלו היה דומה לזה של קודמיו (ראו ג' אלון "מסע מפרך להשלמת החקיקה" הארץ 22.3.96; ש' אילן "פרס הבטיח לאגו"י שלא לאפשר את העברת חוקי-היסוד החדשים בשכוע הבא" הארץ 18.4.96).

59 הדוגמא רחוקה כמובן מלהיות בגדר "מדע בדיוני". בפועל אך כפסע היה בין מגישי ההצעה לשריון חוק הגולן ובין הצלחה. הצעת החוק שהוגשה בנושא זה בשנת 1995 (ואמנם הכילה שריון, אך לא

מצד שני, ספק אם במציאות החוקתית שלנו ישנם נתונים היכולים לשמש בסיס לטיעוני-הנגד, לטובת תיאוריה חוקתית טקסטואלית⁶⁰. אין בתרבות הפוליטית בישראל מסורת מושרשת של ערכים או תפישות חוקתיות וגם הטקסט החוקתי (זה שהתקבל וזה שיתקבל באותה מתכונת בעתיד) לא נוצר אצלנו אגב הליך מיוחד של פנייה אל העם, או בנסיבות היסטוריות, מיוחדות או "חגיגיות" יוצאות דופן, שיכולות להעניק תוקף לטענה שיש להעניק לו מעמד על-חוקי. המתכונת של חקיקת חוקי-היסוד וזה לזו של חקיקת חוקים רגילים, והיא כפופה לכל החולשות, הקלקלות ותופעות הלוואי המתלוות לפעולה הפוליטית השגרתית בבית-המחוקקים. ספק אם ניתן ליחס לכנסת, שקיבלה את חוקי-היסוד ב-1992 "מבט רחב", והתעלמות משיקולים פוליטיים קצרי טווח או אינטרסים מפלגתיים צרים⁶¹. ובכל מקרה, אין שום ביטחון כי בעתיד, כשיחוקקו חוקי-יסוד, יגטו יוזמי החוק ותומכיו מבט כזה. גם מנקודת ראות מבנית ודיונית ספק אם המסגרת שנוצרה בחוקי-היסוד החדשים יכולה להחשב כשלעצמה מסגרת יציבה וברורה לאורה יתנהל "הריאלוג החוקתי" בין בית-המשפט לבין הכנסת והציבור בעתיד (ראו להלן)⁶². ניתן גם להטיל ספק האם "חוקה" מהסוג שקיבלנו בשנת 1992 אכן

הוכתרה בכותרת "חוק יסוד" נחתה משום שמספר חברי-הכנסת שתמכו בה היה זהה למספר החברים שהצביעו נגדה. עם ערוב ימיה של הכנסת השלוש-עשרה עשו נציגי שדולת הגולן ניסיון נוסף, שגם הוא הוכתר בהצלחה לא מבטלת: שלוש הצעות חוק פרטיית לשריון חוק רמת הגולן על-ידי חברי-כנסת מהאופוזיציה (האחת, הדורשת רוב של 61 לשינוי החוק בעתיד, השנייה רוב של 70 והשלישית לרוב של 80 חברי כנסת) זכו לרוב זעום והתקבלו בקריאה טרומית (ראו ד"כ מיום 13.3.96, עמ' 320-323 לפרוטוקול הסטנוגרפי). ניתן להניח שכל ניסיון נוסף של תומכי "לובי" הגולן בכנסת להגביל את חופש הפעולה של הכנסת בנושא זה, ייעשה בעתיד אגב צירוף הכותרת האמורה להצעת החוק (זאת במיוחד לאור המעמד הלא מוגדר של חקיקה משוריינת שאינה חקיקת יסוד בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – ראו סעיף 66 לפסק-דינו של הנשיא ברק). אם אכן תנהג הכנסת כך לא יהיה שום דבר בעמדת הרוב בעניין בנק המזרחי שימנע ממנה להשיג את מטרותיה. תיאוריית הכינון עליה ביססה דעת הרוב בפסק-הדין את עמדתה תוביל לכך שהגולן ישאר חלק בלתי-נפרד ממדינת ישראל כשם שחוק הגולן ישאר חלק בלתי נפרד מחוקתה של מדינת ישראל, וזאת גם אם רוב מכריע של תושבי מדינת ישראל יגלו את רצונם הפוליטי לאמץ פתרון פוליטי נוגד.

60 ראו לעיל סעיף ב3.

61 זאת למרות הניסיון של הנשיא ברק להציג את הדיונים בכנסת בעת קבלת חוקי-היסוד החדשים בנושאי אופי "מיוחד" (סעיף 57 לפסק-דינו בעניין בנק המזרחי). והשוו סעיף 65 לפסק-דינו של השופט חשין, שם והערה 56 לעיל. ראו גם אקרמן, לעיל הערה 14, עמ' 58-59.

62 דוגמא למידת היציבות (או חוסר היציבות) של "החוקה" המעוגנת בחוקי-היסוד שלנו יכולה להילקח דווקא מהתקופה האחרונה: בתאריכים 12.3.96 ו-13.3.96, בשלהי ימיה של הכנסת השלוש-עשרה, ועצם ימי הבחירות המקדימות (הפריימריז) קיומו בכנסת שתי ישיבות, שבהן קיבלה הכנסת בקריאה שנייה ושלישית כמה עשרות (!) חוקים, והעבירה בקריאה טרומית או בקריאה ראשונה כמה עשרות נוספות של חוקים. כמעט בכל ההליכים הללו נכחו באולם הדיונים והשתתפו בהצבעות מספר חברי

מקדמת את הערכים החוקתיים במישור החינוכי ובקרב הציבור הרחב, החוזה חדשים לבקרים כיצד הופכת אותה חוקה לכלי-שרת בידי חברי-הכנסת לקידום מטרות לטווח הקצר ולביצוע מחטפים פרלמנטריים וקואליציוניים למיניהם.

יוצא אפוא, כי כשבית-המשפט העליון בפרשת בנק המזרחי אימץ, על בסיס חוקי-היסוד החדשים, תיאוריה חוקתית של שתי דרגות, הוא אמנם נטל לעצמו סמכות לבקר את חוקיותם של חוקי הכנסת, אך כד-בבד הוא העניק לכנסת כוח לקבוע, לשנות ולבטל את תוכנה של חוקת המדינה באמצעות חקיקת חוקי-יסוד. המסגרת שאימץ אינה מכילה (לכאורה) הגבלות מהותיות או דיוניות כלשהן על כוחה המכונן של הכנסת — הגבלות שהן לחם-חוקן של שיטות-משפט אחרות שבהן יש חוקות. בכך בית-המשפט פתח פתח ליוזמות אפשריות מצד הכנסת אשר לא רק שלא יחזקו את השיטה החוקתית שלנו אלא אף יסכנו אותה ויחתרו תחת אושיותיה. ניתן לחלק את היוזמות האפשריות הללו לשלוש קטגוריות נפרדות: האחת תכלול יוזמות חוקתיות שיחייסו לנושאים מהותיים הנתונים במחלוקת ויאיימו על עקרון-היסוד של הכרעה על-פי רוב (כמו בדוגמת חוק הגולן שנדונה לעיל); השנייה תכלול חוקי-יסוד (או חוקים רגילים שיתקבלו ברוב הנדרש, אם נדרש, בחוקי-היסוד הקיימים) שיגבילו את חירויות-היסוד של הפרט. היינו: חוקים שיעמדו בניגוד לרוחם של חוקי-היסוד החדשים, אך יתקבלו בהתאם לתנאים הפורמליים הנדרשים באותם חוקים (למשל: חוק המגביל קשות — ובניגוד לתנאי פסקת ההגבלה — את חירות התנועה של בני מיעוט לאומי כלשהו, אך שכותרתו היא חוק-יסוד, ולכן הוא ייחשב לממלא את התנאים להתגברות על דרישות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו)⁶³. השלישית, יוזמות חוקתיות של הכנסת שיכוונו ישירות לפגיעה בסמכויותיו או במעמדו של בית-המשפט עצמו.

כנסת שניתן למנותו על אצבעות יד אחת. במסגרת זו גם קיבלה הכנסת בקריאה שנייה ושלישית את חוק יסוד: נשיא המדינה (תיקון מס' 3) (ס"ח תשנ"ח 234) ברוב של ארבעה חברי כנסת מול אפס מתנגדים או נמנעים (דברי הכנסת, 12.3.96, עמ' 293 לפרוטוקול הסטנוגרפי), והעבירה בקריאה טרומית הצעת חוק לתיקון חוק יסוד: הממשלה ברוב של שלושה נגד אחד (דברי הכנסת 13.3.96, עמ' 342 לפרוטוקול הסטנוגרפי). כך תוקנה "החוקה" שלנו פעם אחת, ועוד הליך לתיקונה קודם בשלב נוסף, והכול על-ידי הרמת ארבע ידיים בכנסת, במסגרת דיון שבו נדונו כמה עשרות עניינים אחרים באותו ערב. גם בנוגע לחוקי-היסוד קשה לדבר על יציבות מיוחדת המוקנית להם. כך למשל חוק יסוד: חופש העיסוק המקורי מ-1992 (ס"ח תשנ"ב 114) הוחלף על-ידי חוק חדש מ-1994 (ס"ח תשנ"ד 90) וגם החוק החדש מצוי כיום בהליכי תיקון, שנועדו להבטיח את דחיית מועד כניסתו לתוקף של סעיף 10 לחוק העוסק בביטול חקיקה קודמת העומדת בניגוד לחוק היסוד (הצעת התיקון עברה קריאה ראשונה ביום 7.3.96. ראו הצעת חוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון), ה"ח תשנ"ו 516; וד"כ מיום 7.3.96, עמ' 136 לפרוטוקול הסטנוגרפי).

63 לעיל הערה 53.

(ג) מבט לעתיד — הדילמה הצפויה לבית-המשפט העליון
האם בית-המשפט יוכל להתמודד עם החולשות והבעיות שיוצרת התיאוריה שאימץ
בפסק-דינו בעניין בנק המזרחי?

ראשית, רצוי לציין כי אין לכותב שורות אלו ספק שהחולשות, ובמיוחד הסכנות
העתידיות, הכרוכות באימוץ תיאוריה של שתי דרגות על בסיס מהפכת 1992 לא נעלמו
מעיניהם של השופטים שכתבו את דעת הרוב בעניין בנק המזרחי. אם פסקי-הדין של
שמגר וברק מעדיפים להימנע מהתייחסות מפורשת לסכנות העתידיות הללו, הרי הדבר
נבע — לדעתי — משיקולים טקטיים (בבחינת: "אל תעירו מתים מרבצם") ולא מהיעדר
מודעות לחולשותיה של התיזה שאומצה. זאת ועוד: עיון מדוקדק בחוות-הדעת שכתבו
שני הנשיאים (בעבר ובהווה) של בית-המשפט במסגרת אותו דיון מגלה התייחסויות,
ולו ברמזה, לאפשרות שבית-המשפט יצטרך להתמודד עם שאלת הלגיטימיות
החוקתית של חוק-יסוד שהכנסת תקבל בעתיד. כך, למשל, שמגר קובע, כי לא כל חוק
שכותרתו "חוק יסוד" אכן ייחשב לחלק מהחוקה שלנו וכי המבחן בעניין זה הוא מבחן
מורכב המתייחס לתוכן החוק הרלבנטי, למעמד הנורמטיבי שהוא מעניק לעצמו, אך גם
ל"אופן השתלבותו... במבנה החוקתי של השיטה"⁶⁴. לעומתו קובע הנשיא ברק, כי
המבחן לשאלה, האם חוק מסוים הוא חוק-יסוד או חוק רגיל הוא מבחן טכני שנקבע
לפי הכותרת של אותו חוק. עם זאת, בשתי הפעמים שהשאלה נדונה בפסק-דינו הוא
מציין, כי הוא מעדיף להשאיר בצריך עיון את השאלה, כיצד ינהג בית-המשפט אם
הכנסת תעשה "שימוש לרעה" בסמכותה לחוקק חוק-יסוד⁶⁵? זאת ועוד: בפסק-דינו
ברק כורך במפורש את נכונותו של בית-המשפט להכיר במעמד המיוחד של חוק-היסוד
בעובדה שאלו חוקים העוסקים בהגנה על חירויות הפרט ומדגישים את הקשר שבין
חקיקתם ובין פיתוח ההלכה הפסוקה בתחום חירויות הפרט במשך השנים⁶⁶. גם מכך
ניתן אולי להסיק, כי בית-המשפט לא יהיה מוכן להעניק מעמד דומה לחוק-יסוד
שיכילו מגמה הפוכה של פגיעה וצמצום בחירויות הפרט.

יהיה הדבר אשר יהיה — כל ניסיון של בית-המשפט להגביל מכאן ואילך את כוחה
המכוון של הכנסת יהיה חייב לכאורה להיעשות על בסיס מטא-טקסטואלי. אם בית-
המשפט ינקוט דרך כזו (כתגובה למהלך כלשהו של הכנסת), הרי פעולתו צפויה
להיתקל בקשיים ניכרים. במישור העיוני פעולה כזו תסתור את התיאוריה הטקסטואלית
שבית-המשפט עצמו הלך בה. ובמישור המעשי, אימוץ עמדה שיפוטית כזו עלול
להיתקל בתגובה חריפה מצד הציבור והמערכת הפוליטית גם יחד. זאת לא רק משום
שבית-המשפט יצטרך להסביר כיצד הוא הופך את דרכו, ומצנזר — כדברי השופט

64 ראו סעיף 38 לפסק-דינו.

65 סעיפים 43(ג) ו-58 לפסק-דינו.

66 סעיפים 3 ו-4 לפסק-דינו. וראו גם עמדת השופט גולדברג בסעיף 1 לפסק-דינו, שם.

חשין⁶⁷ — אותה "חוקה" שהוא עצמו רומם אל-על את מעמדה בשיטה המשפטית שלנו, אלא במיוחד משום שסביר להניח כי הסבר כזה יצטרך להינתן על רקע פוליטי מתוח ופרובלמטי, שייווצר בכל קונסטלציה מהסוג שפורט לעיל, כזו שתשמש רקע להתנגשות בין בית-המשפט ובין הכנסת.

האם צפויה לנו בפועל התנגשות כזו? ואיך צפוי להגיב כל אחד מהצדדים לה? כדי לנסות ולתת תשובה לשאלות אלו מן הראוי לבחון באופן יסודי יותר את "הדיאלוג הקונסטיטוציוני" בישראל שלפני המהפכה החוקתית ואחריה.

ד. הדיאלוג הקונסטיטוציוני לפני המהפכה החוקתית ואחריה

1. מסגרות משפטיות ותהליכים פוליטיים

בשיטות-משפט, שבהן יש ביקורת שיפוטית על פעולות השלטון, יש סוג של דיאלוג בין בתי-המשפט לבין הרשויות הפוליטיות. הרשות המבצעת — ובשיטות שבהן יש ביקורת חוקתית, גם המחוקקת — חייבות להביא בין שיקוליהן את האפשרות שפעולותיהן יעמדו למבחן שיפוטי, בהתאם לתשתית הסטטוטורית והחוקתית הקיימת בשיטה הרלבנטית. בתי-המשפט מצדם אינם פועלים בחלל ריק. השאלה של ההשלכות הפוליטיות והתגובות הציבוריות הצפויות לפסיקה כזו או אחרת היא שאלה המרחפת בחלל אולם המשפט (גם אם אינה זוכה להתייחסות גלויה בפסקי-הדין). ניתן לראות את בית-המשפט, מחד גיסא, ואת הרשויות הפוליטיות הנוגעות בדבר, מאידך גיסא, בתור שני שחקנים שישנה תחרות (גלויה או סמויה) ביניהם על היכולת להשפיע על הפעולה השלטונית ולעצב אותה בהתאם לערכים ולשיקולים המוסדיים והמדיניים המנחים כל צד במשחק. כל פעולה של כל צד נעשית אגב הערכה של התגובה האפשרית של הצד (או הצדדים) האחרים המשתתפים בתהליך. כל הצדדים גם יחד מבצעים הערכות לגבי התגובה הציבורית הכוללת למהלך כזה או אחר, מצדם או מצד השחקנים האחרים⁶⁸.

בשיטות-משפט שבהן יש חוקה פורמלית משוריינת, המושתתת על קונסנזוס ציבורי רחב ועל מסורת פרשנית רבת-שנים, מתנהל התהליך הזה בתוך מסגרת קבועה וקשיחה-יחסית. כך, למשל, בארצות-הברית, כאשר מועלית הצעה לחקיקה מסוימת, חייבים

67 ראו סעיף 94 סיפא לפסק-דינו בעניין בנק המזרחי.

68 על הדיאלוג הקונסטיטוציוני בין בית-המשפט ובין הרשויות הפוליטיות בדמוקרטיות מודרניות ראו M. Shapiro & A. Stone "The New Constitutional Politics of Europe" 26 *Comparative Political Studies* (1994) 397; וכן D.P. Kommers "The Federal Constitutional Court in the German Political System" 26 *Comparative Political Studies* (1994) 470.

יזומיה להביא בחשבון, בצד ההשלכות הפוליטיות הישירות (מבחינת התמיכה הציבורית הכללית בהצעה) ובצד הצורך להימנע מווטו נשיאותי, גם את שאלת החוקתיות של החוק הפדרלי המוצע. חברי הקונגרס יודעים היטב, כי ישנן מגבלות על כוחות החקיקה שלהם. מגבלות אלו מעוגנות בחוקה, בעקרונות הפרשנות החוקתיים שכית-המשפט העליון הפדרלי פיתח במהלך השנים ובתפישות הפרשניות והפוליטיות של השופטים המכהנים בתקופה הרלבנטית בבית-המשפט והמוכרות לחברי הקונגרס. המגבלות החוקתיות הקובעות את גבולות יכולת הפעולה של הרשויות הפוליטיות הן קבועות-יחסית ואינן ניתנות לשינוי חד אלא בנסיבות של שינוי חברתי ופוליטי קיצוני ביותר או בהליך מורכב הנמשך שנים רבות⁶⁹. הגם שפורמלית, מאז פרשת *Marbury v. Madison* הידועה, שמורה המלה האחרונה כדיאלוג הזה לבית-המשפט, הרי גם בית-המשפט מצדו פועל במסגרת מגבלות ידועות, הנובעות הן מאופיו כמוסד שיפוטי הן מהרכבו הפרסונלי, המשקף, אם גם בצורה עקיפה, את ההשקפות של הנשיאים שמינו את השופטים, הן משיקולים של שימור המסורת הפרשנית, הפגנת עקיבות וכיו"ב⁷⁰. בישראל של טרום המהפכה החוקתית היה המצב הפורמלי שונה בתכלית השינוי מבחינה זו. בהיעדר חוקה כתובה (ובהיעדר תפישה מגובשת של ביקורת חוקתית על בסיס מטא-טקסטואלי) היתה המלה האחרונה השמורה ללא עוררין למחוקק. מבחינה משפטית, הדיאלוג בין הרשות השופטת לרשויות הפוליטיות היה פשוט ומורכב משניים או שלושה שלבים לכל היותר: הראשון, פעולה של גורם ברשות המבצעת; השני, פסיקת בית-המשפט; והשלב השלישי, התערבות אפשרית מצד המחוקק לתיקון או לביטול התוצאות הבלתי-נוחות לגורמי השלטון של פסיקת בתי-המשפט, או לחלופין חוסר-מעש של המחוקק, שהעניק הלכה למעשה תוקף להחלטה השיפוטית.

69 ההליך הפורמלי לתיקון חוקת ארצות-הברית (על-פי סעיף 5 לחוקה) מחייב רוב של שני שלישים בשני בתי-הקונגרס הפדרליים ואישור של התיקון בפרלמנטים המדינתיים של שלושה רבעים לפחות ממדינות האיחוד. ניתן כמובן להשפיע על התוכן הנורמטיבי של החוקה באמצעים עקיפים, כגון מינוי שופטים בעלי אידיאולוגיה פרשנית מסוימת בידי הנשיא (או הכשלת מינוי מועמדים לשיפוט על-ידי הסנאט) או על-ידי יצירת לחץ ציבורי ופוליטי על בית-המשפט, הצשוי להוביל לשינוי מסוים בעמדותיו הפרשניות. אך בכל מקרה מדובר בהליך מסורבל וארוך, שצריך להיות מלווה שינויים חברתיים, פוליטיים ותרבותיים מקיפים. ראו אקרמן, לעיל הערה 11, בעמ' 1058 ואילך.

70 עצם העובדה שישנה חוקה פורמלית כשלעצמה אינה מבטיחה יציבות של המסגרת החוקתית, אלא נדרש קונסנזוס מוסדי וחברתי לגבי תוכני החוקה. כך, למשל, אמנם הסמכות של בית-המשפט העליון בארצות-הברית לקבוע את התאמת חוקי הקונגרס לחוקה נקבעה פורמלית בפסק-הדין בעניין *Marbury v. Madison* 2 L.Ed. 60 (1803), אך פסק-הדין היה רק תחילתו של תהליך ארוך של מאבק בין הקונגרס לבית-המשפט על גבולות כוחם היחסי. הקונסנזוס החוקתי לגבי סמכותו של בית-המשפט התגבש שנים רבות לאחר פסק-הדין. ראו G. Gunther *Constitutional Law* (N.Y., 11th ed., 1985) 10 ff.

המהפכה החוקתית אצלנו יצרה לכאורה שינוי במבנה המשפטי שבתוכו מתנהל הדיאלוג הזה. השינוי מתבטא בכך, שפעולת המחוקק אינה סוף פסוק. בית-המשפט יכול להגיב ולהעמיד למבחן חוקתי את התאמתם של חוקים רגילים (השלב הרביעי, מבחינת הסכמה המוצגת לעיל⁷¹). אולם גם לאחר הפסיקה השיפוטית ברמה החוקתית, זכות ההכרעה הסופית בדיאלוג הזה נשארה לכאורה לכנסת. אמנם היא נדרשת (במקרה של חוק יסוד: חופש העיסוק, וסעיפי השוויון שבחוק יסוד: הכנסת) לגייס רוב מוחלט של 61 מחבריה או להכתיר את מהלך התגובה שלה בכותרת "חוק-יסוד" (במקרה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), אולם במישור הפורמלי המהפכה החוקתית הותירה לכנסת מרחב ניכר להפעיל את כוחה המכונן כדי לתקן קביעות של בית-המשפט שאינן נראות לה (השלב החמישי). כלומר: ה"חוקה" שלנו — בניגוד לאחותה האמריקנית — אינה מכילה מגבלות קשות במיוחד על אפשרות שינוי החוקה כדי לתקן או לבטל קביעות של בית-המשפט: לא נדרש הליך חוץ-פרלמנטרי מיוחד וגם לא נדרש (במרבית המקרים, לרבות לגבי החלק המרכזי ביותר בחוקה — חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) רוב מיוחד מבין חברי-הפרלמנט; וגם כשנדרש רוב מיוחד, אין מדובר בדרישה שהיא בלתי-עבירה לחלוטין במישור הפרקטי (ראו להלן). בקצרה: הכנסת יכולה בכל עת "ללבוש את כובעה המכונן" — כדברי הנשיא ברק — ולעשות ככובע הזה (כמעט) אותו שימוש שעשתה בכובעה החקיקתי בתקופה של טרום המהפכה החוקתית.

הגם שהמהפכה החוקתית לא יצרה, כאמור, שינוי דרסטי מבחינת מערך הכוחות הבסיסי של השחקנים המשתתפים בדיאלוג הקונסטיטוציוני, הרי היא גרמה לכמה שינויים שעשויות להיות להם השלכות על האופן שבו יתנהל הדיאלוג הזה בעתיד. ראשית, היא הרחיבה והקצינה את מאגר הכלים לתגובה העומדים לרשותו של כל אחד מהשחקנים (הכנסת ובית-המשפט). בעוד שקודם-לכן היו בידי שני הצדדים כלי-משחק "קונבנציונליים" (ביקורת שיפוטית מנהלית וחקיקה רגילה), הרי כעת יש בידי שניהם כלי-משחק "בלתי-קונבנציונליים" (ביקורת חוקתית וסמכות כינון)⁷². לכל שחקן יש כעת לא רק כלים כדי להשפיע על הפתרון של השאלה הקונקרטית העומדת לדיון, אלא גם כלים כדי לשנות אד-הוק את המסגרת הכוללת שהמשחק מתנהל בה ולנסות לקדם על-ידי כך את מעמדו-שלו במשחק! ושנית, התהליכים הפוליטיים שנלוו למהפכה החוקתית עלולים ליצור אווירה ציבורית של ציפיות חזקות משני הצדדים לעשות שימוש בכלים העומדים לרשותם (ועל כך להלן), לאמור כאן ניתן להוסיף את האפשרות שבית-המשפט יתערב ויפסול גם פעולות של הכנסת בגדר כוחות הכינון שלה (קרי: השלב השישי בסכמה שהוצגה לעיל). ניתן להניח, שזוהי דרך-פעולה שבית-המשפט

71 אם כי כמובן במקרים מסוימים יכול הדיאלוג החוקתי להתחיל בשלב החקיקה בכנסת ולעבור משם לבית-המשפט, כפי שהיה, למשל, בפרשת ברגמן.

72 כדברי השופט זמיר בבג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, להלן ליד הערה 101.

ינוקט רק במצבים קיצוניים ונדירים יחסית. על ההשלכות הפוליטיות של החלטה כזו עמדתי לעיל, בסעיף ג(ג).

2. הדיאלוג הקונסטיטוציוני לפני המהפכה החוקתית

המאפיין הבולט של הדיאלוג בין בית-המשפט העליון ובין הרשויות הפוליטיות בעשור שקדם למהפכה החוקתית היה התנופה של האקטיביזם השיפוטי אל מול הפסיביות היחסית והנכונות להשלים עם המדיניות השיפוטית מצד הממשלה והכנסת. בית-המשפט הרחיב את התחומים שבהם היה מוכן להתערב, והעמיק את הביקורת השיפוטית. אולם הגם שהביקורת נגעה לא פעם לתחומים ציבוריים רגישים, ובית-המשפט אימץ עמדות בניגוד לאלו של הממשלה, לא עשתה הכנסת בדרך-כלל נסיגות לבטל את התוצאות של ההתערבות השיפוטית תוך שימוש בכוחה לומר את "המלה האחרונה" באמצעות חקיקה. הדברים הללו נכונים, למשל, לגבי ההרחבה המסיבית של הביקורת השיפוטית בנושאי ביטחון וההפעלה של הפיקוח השיפוטי על פעולות רשויות צה"ל בשטחים המוחזקים. למרות שעצם קיומה של הסמכות השיפוטית לבקר את מעשי הממשל הצבאי לא היתה מלכתחילה בבחינת המוכן מאליה⁷³, והגם שהפיקוח השיפוטי הטיל מגבלות של ממש על מרחב הפעולה המבצעי של הצבא וגרם לא פעם להתמרמרות ולביקורת קשה לכל אורך שרשרת הפיקוד הצבאי והמדיני — לא עשו הרשויות הפוליטיות כל שימוש באפשרות שהיתה נתונה להן (פורמלית, לפחות) להשתחרר מכבלי בג"ץ⁷⁴.

זאת ועוד: לעתים קרובות, במשך שנות השמונים, לא רק שהממשלה והכנסת הפגינו שתיקה ופסיביות אל מול הרחבת גבולות הביקורת השיפוטית, אלא אף במקרים רבים

73 בג"צ 306, 302/72 סולימאן חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 176, 169.

74 על הקשיים שהפיקוח השיפוטי גרם למערכת הצבאית ועל המאבקים שהיו כרוכים באכיפת הדין על רשויות-הצבא המתמודדות עם קשיי הכיטחון ראו א' סטרשנוב צדק תחת אש (תשנ"ד). מובן שבג"ץ מצדו הקפיד שלא "למתוח את החבל" יתר על המידה. פסיקת בית-המשפט מראה מאמץ ניכר להתחשב בקשיים שבפניהם עמדו רשויות-הצבא (ראו ד' קרצ'מר "ביקורת בג"ץ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 305). בג"ץ גם ידע "לעצור" ולכופף את עקרונותיו באותן נקודות קריטיות (ומועטות-יחסית), שבהן התערבותו היתה עשויה לגרור תגובה ציבורית נזעמת ורחבת-היקף ובעקבותיה אולי תגובה פוליטית במישור המוסרי. כך היה במקרה הידוע של גירוש 400 מאנשי תנועת החמאס (בג"צ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד מז(1) 267) וכך היה גם במקרה של הריסת בתייהם של תושבי מחנה הפליטים אל-בורייג' שעליה הוחלט זמן קצר לאחר שבמחנה בוצע מעשה לינץ' מזעזע בחייל-מילואים שנקלע בטעות למקום (בג"צ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626).

הן הפגינו נכונות להסכין ולשתף פעולה עם פסיקה ששינתה את הגבולות שהיו קיימים קודם-לכן והרחיבה את היקף מעורבותו של בג"ץ. כך, למשל, באותה תקופה החיל בג"ץ, בשורה של הלכות חדשניות ומרחיקות-לכת, את פיקוחו על הליכים פנימיים של הכנסת בכל הנוגע להליכים הפרלמנטריים והחקיקתיים המתנהלים על-פי תקנון הבית. הכנסת לא רק שלא נקטה שום יוזמה כדי להגביל או לעצור את הפלישה של בג"ץ לענייניה הפנימיים, אלא אף יצרה רושם שהיא משתפת פעולה ברצון עם היוזמות השיפוטיות. כל פסק-דין אקטיביסטי של בג"ץ בתחום זה הביא לגל נוסף של עתירות מצד חברי-כנסת וחוזר חלילה⁷⁵. זאת ועוד: במקרים מסוימים הובילה היוזמה של בית-המשפט את הכנסת "ליישר קו" ולאמץ את הפסיקה האקטיביסטית בחקיקה תואמת. כך, למשל, בית-המשפט פסק שורה של הלכות חדשניות שבהן העניק תוקף משפטי להסכמים בין סיעות פוליטיות בכנסת. הכנסת לא רק שלא עשתה כל ניסיון לבלום את בית-המשפט, אלא אף אימצה, בעקבות פסיקת בג"ץ, את העיקרון המחייב פרסום של הסכמים קואליציוניים ברבים כתנאי להכרה בתוקפם המחייב⁷⁶.

יוצא, כי העובדה שלא היתה לנו חוקה לפני 1992 אין פירושה שלא היה אצלנו דיאלוג חוקתי. במסגרת התהליך הדינמי הזה, שבו עוצבו גבולות כוחו של בית-המשפט והשפעתו על הזירה הציבורית אצלנו, למסגרת החוקתית הפורמלית (עקרון ריבונות הכנסת) היתה השפעה חלקית בלבד על התוצאות של אותו תהליך. גורמים פוליטיים וציבוריים, כמו גם מידת הדינמיות, החזון וההעזה של מי שהוליכו את התהליך משני

75 בג"צ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197; בג"צ 73/85 סיעת כך נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141; בג"צ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85; בג"צ 482/88 רייסר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מב(3) 142; בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, תקדין עליון 95 (1) 961. ראו גם רובינשטיין (מהדורה רביעית), לעיל הערה 27, כעמ' 158.

76 בג"צ 1601-1604/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353; בג"צ 1635/90 זידי'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749; בג"צ 1523/90, 1540 לוי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מד(2) 213; חוק יסוד: הממשלה, סעיפים 13 ו-13א(ג), שחוקקו בעקבות פסיקת בית-המשפט (כיום סעיפים 17 ו-18ב לחוק יסוד: הממשלה מ-1992, ס"ח תשנ"ב 214). דוגמא נוספת למהלך חוקתי שהחל בבית-המשפט העליון והסתיים בחקיקה תואמת של הכנסת הוא הנושא של המאבק בתנועות גזעניות. בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225 דחה בית-המשפט את הניסיון להביא לפסילתה של רשימת "כך" מלהתמודד בבחירות לכנסת בנימוק שאין בספר החוקים שלנו סעיפים המתירים לפגוע, ללא אסמכתא מתאימה, בזכות לבחור ולהיבחר של תומכי הרשימה ומועמדיה. בעקבות התשתית הרעיונית שהניחה פסיקת בית-המשפט הוסיפה הכנסת את סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת (חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 9), ס"ח תשמ"ה 196), האוסר על השתתפותן של רשימות שמצען גזעני בבחירות. ראו ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, 185.

צדי המתרס, השפיעו לא פחות על עיצוב אותן תוצאות⁷⁷. מי שמחפש ראייה נוספת לכך שלא המסגרת החוקתית הפורמלית היא שהשפיעה על אותו משחק כוחות, יכול לפנות לתחום של נושא מימון המפלגות. אחד הביטויים לאקטיביזם השיפוטי היה ההתערבות האינטנסיבית של בג"ץ לאכיפת דרישת השוויון בבחירות לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. אך דווקא שם, כאשר התערבות בית-המשפט נסמכה על הוראה "מעין-חוקתית", היה זה אחד הנושאים המועטים שבו הכנסת כן עשתה שימוש בכוחה לבטל את תוצאות של פסיקותיו של בג"ץ. היינו: לא העובדה שפסיקת בית-המשפט נסמכה על סעיף משוריין בחוק-יסוד ולא העובדה שנדרש רוב מיוחד לשם כך, הפריעו לכנסת להגיב ולבטל בחקיקה מאוחרת יותר את ההתערבות ה"טורדנית" (מנקודת הראות של שתי המפלגות הגדולות) בתחום הרגיש של מימון מפלגות ומימון בחירות⁷⁸.

3. הדיאלוג הקונסטיטוציוני בעקבות המהפכה החוקתית

לכאורה ניתן היה לצפות, כי המהפכה החוקתית תוביל לחיזוק העוצמה של בית-המשפט במסגרת יחסי עם הרשויות הפוליטיות ותוסיף תנופה לתהליך של האקטיביזם השיפוטי. ניתן היה גם לצפות, כי התוצאה של יצירת מסגרת חוקתית, שבתוכה יתנהל הדיאלוג הקונסטיטוציוני, תקנה יציבות לתהליך האמור ותפחית את הסיכוי לצעדים חריפים מצד אחד הצדדים (והכוונה במיוחד לרשויות הפוליטיות) שיערערו את מרקם היחסים שנוצרו בתקופה שקדמה למהפכה הזו. כבר הראיתי למעלה, כי במישור המשפטי הפורמלי, המהפכה החוקתית לא הצליחה ליצור מסגרת משפטית שתבטיח את השגת התוצאות הללו, אלא להיפך: היא מכילה דווקא פוטנציאל לערעור "הסטטוס קוו" שהיה קיים לפניו. השאלה שברצוני להתייחס אליה כעת היא, האם בפועל התממשו הסכנות הפוטנציאליות הללו? וכיצד השפיעה המהפכה החוקתית על החיים הציבוריים במדינת ישראל?

התבוננות באירועים בזירה החוקתית והציבורית אצלנו, בתקופה שלאחר מארס 1992 תוכיח, כי גם במישור האמפירי המהפכה החוקתית לא הגשימה את הציפיות שניתן היה לתלות בה. למעשה דומה, כי התוצאות של השינוי החוקתי הן דווקא

77 עליית חשיבותם הפוליטית של בתי-משפט, ובמיוחד בתי-משפט לחוקה, היא תופעה כלל-עולמית שלא זהו המקום לעמוד על הגורמים לה (ראו, למשל, שפירד וסטון, לעיל הערה 68). בישראל נהגה בית-המשפט העליון מרמה גבוהה של אמוץ הציבור הן בהשוואה למוסדות פוליטיים אחרים, הן בהשוואה למוסדות שיפוט בדמוקרטיות אחרות – דבר שיכול להסביר את הנטייה של בית-המשפט להתערב ולהשפיע בזירה הציבורית והפוליטית. ראו ג' ברזילי, א' יער-יוכטמן וד' סגל בית-המשפט העליון בעין החברה הישראלית (תשנ"ד).

78 ראו, למשל, חוק הבחירות (אישור תוקפם של חוקים), התשכ"ט-1969; וכן רובינשטיין (מהדורה רביעית), לעיל הערה 27, בעמ' 376-379.

הפוכות: בית-המשפט העליון שאחרי המהפכה הוא בית-משפט הסובל הרבה יותר מאשר קודם-לכן מביקורת פומבית של גורמים במערכות הפוליטיות והציבוריות, המיתרגמת לא פעם בפעולות פוליטיות שנועדו להצר את צעדיו של בית-המשפט ולבטל את התוצאות של פסיקתו. זאת ועוד: יותר מאי-פעם עומד בית-המשפט באמצע שנות החשעים מול הסכנה של צעדים מצד הממשלה והכנסת במישור המוסרי, שנועדו להחליש את מעמדו הכולל במסגרת הדיאלוג הקונסטיטוציוני. התכונות בכמה אירועים שקרו בזירה החוקתית בשנים האחרונות תוכיח את הטענות הללו.

דוגמא בולטת בהקשר זה היא פרשת מיטראל (על גלגוליה השונים), שבה הועמדה שאלת החוקיות של איסור היבוא של בשר קפוא בלתי-כשר למדינת ישראל. בשלב הראשון (בסוף שנת 1992) הגיע העניין לדיון בבית-המשפט, כאשר העותרים טענו כי הממשלה מעכבת ביצוע של החלטה קודמת שלה בדבר הרפורמה שתביא להפרטת ענף יבוא הבשר לישראל, משיקולים דתיים-קואליציוניים הכרוכים בשאלת כשרות הבשר. בית-המשפט נענה לעתירה, תוך שהוא קובע כי מבחינת דיני המנהל הציבורי חובתה של הממשלה לבצע את החלטותיה הקודמות בעניין זה וליישם את הרפורמה בענף⁷⁹. בית-המשפט הוסיף וקבע — הגם שהדבר לא נדרש לגופו של עניין — כי המשך המדיניות הנוכחית של הממשלה אינו מתיישב עם מבחניו של חוק יסוד: חופש העיסוק, ולכן לא ניתן גם לעגן אותה בחקיקה רגילה של הכנסת שלא בהתאם ל"פסקת ההתגברות" שבחוק-היסוד⁸⁰. אלא שהממשלה והכנסת לא ויתרו: בתוך פחות מחצי-שנה מיום מתן פסק-הדין קיבלה הכנסת, ברוב הנדרש של 61 חבריה, את חוק יבוא הבשר הקפוא, תשנ"ד-1994, שהכשיר במפורש את ה"שרץ" של דרישת הכשרות כתנאי למתן רשיון יבוא לבשר, ואגב כך החליפה את חוק יסוד: חופש העיסוק, מ-1992 בחוק יסוד: חופש העיסוק הנוכחי. הממשלה מצדה גם לא הזדרזה להשלים את מהלך ההפרטה של ענף יבוא הבשר, הגם שבית-המשפט הורה לה, בהליכים הקודמים באותה פרשה, לעשות כן. משפנו העותרים בשלישית לבג"ץ כדי לאכוף על הממשלה את החלטותיה הקודמות בעניין זה, הראה בית-המשפט חוסר-נכונות בולט להתערב, הגם שצעדי הממשלה עמדו לכאורה בסתירה לצווים קודמים של בג"ץ באותו עניין⁸¹.

79 בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות ואח', פ"ד מז(5) 485 (להלן: משפט מיטראל השני). וראו גם בג"ץ 1775/93 (לא פורסם) שקדם לו באותו עניין (להלן: משפט מיטראל הראשון).

80 שם, בעמ' 505 (מפי השופט אור) ועמ' 514-515 (מפי השופט חשין).

81 בג"ץ 7198/93, בשג"ץ 1892/94 מיטראל בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה ואח', פ"ד מח(2) 844 (להלן: משפט מיטראל השלישי). בית-המשפט סירב להיענות לבקשת העותרים לתת צו שיאכוף על המשיבים לקיים את הצו שניתן במשפט מיטראל הראשון, שלפיו חויבה הממשלה להשלים את הרפורמה בענף בתוך תקופת-זמן קצובה של ארבעה חודשים (שהמשיבים לא עמדו בה). השופט זמיר

אולם תגובותיה של הכנסת לאקטיביזם השיפוטי לאחר המהפכה החוקתית אינן מתמצות רק בחקיקה ספציפית שהיא תגובה נקודתית להתערבות כזו או אחרת מצד בג"ץ. בשנים האחרונות חזרו על עצמם כמה נסיונות של סקטורים בבית-המחוקקים לזוזם רפורמות מוסדיות שיקצצו הלכה למעשה את כנפיו של בית-המשפט. דוגמא אחת בולטת לניסיון כזה היא ההסכם הקואליציוני שנעשה בין סיעת העבודה לסיעת ש"ס בניסיון להביא לצירופה של ש"ס לממשלה שהוקמה בעקבות הבחירות לכנסת השלוש-עשרה. ההסכם נועד כל-כולו לחסל, מחד גיסא, את כל ההשלכות האפשריות של המהפכה החוקתית בתחום היחסים בין הדת למדינה, על-ידי הכנסת תיקון לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שיעגן במפורש את הסטטוס קוו הדתי בנוסח חוק-היסוד. מאידך גיסא, ההסכם יצר מנגנון של ועדת-משפטים שנועד להפעיל מיד את מנגנון החקיקה, כל-אימת שפסיקת בג"ץ תפר — לדעת הצדדים להסכם — את הסטטוס קוו⁸². עוד לפני שנחתם, הותקף ההסכם בבית-המשפט בבג"צ 5364/94 ולנר נ' "המערך" מפלגת העבודה⁸³. גם כאן, למרות ההשלכות החמורות של ההסכם על מעמדו של בית-המשפט ויחסו עם הרשויות הפוליטיות, לא מיהר בג"ץ להתערב. בדעת רוב של שלושה (הנשיא שמגר והשופטים גולדברג וחשין, ומול דעת-המיעוט של המשנה לנשיא ברק והשופט אור) הוא קבע, כי למרות הפסלות החמורה שבהסכם, אין בית-המשפט מחליט להוציא צו בעניין כשלב שבו הובא לבית-המשפט. בפסק-הדין של שופטי הרוב בולטים לכאורה השיקולים המוסדיים של ריסון עצמי וזיהור מהחרפת העימות בין בית-המשפט לבין הממסד הפוליטי⁸⁴, וכדברי השופט גולדברג:

(שאליו הצטרף המשנה-לנשיא ברק) ביסס את דחיית העתירה על העובדה, שבמשפט מישראל השני לא חזר במפורש בית-המשפט וחייב את הממשלה להשלים את הרפורמה, אלא הסתפק בהוצאת צו שהורה להיענות לבקשת ההיתר הקונקרטי של העותרים, באומרו: "בית המשפט רשאי, ואף חייב, להעריך את המצב כפי שהוא כיום. גם אם הממשלה השתהתה, מעבר לראוי בביצוע החלטתה בעניין ההפרטה, מטעמים טובים או מטעמים אחרים, עדיין שאלה היא אם במצב הקיים ראוי שבית המשפט יצווה על ביצוע מיידי של ההפרטה המלאה" (שם, בעמ' 854). לעומתו, השופט שטרסברג-כהן קבעה (בדעת-מיעוט), כי אין לראות בהיעדר ההתייחסות לעניין השלמת ההפרטה במסגרת הצו שהוציא בית-המשפט (במשפט מישראל השני) היתר למתן ארכה לממשלה בעניין זה (שם, בעמ' 860). לדעתי, אין ספק כי הזהירות שהפגין בית-המשפט בעניין זה קשורה קשר הדוק לעובדה שבעצם הימים שבהם גדונה העתירה בבג"ץ התנהל והסתיים הליך החקיקה האמור של הכנסת.

82 הגם שסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משריין כל חקיקה קיימת, לרבות זו העוסקת בענייני דת בתחום המעמד האישי וכו', כנגד תחולתו של חוק-היסוד.

83 תקדין עליון 95 (1) 144.

84 שמגר בסעיף 14 סיפא; גולדברג, בסעיף 5.

עניינו של הסכם זה נוגע ישירות בבית-המשפט העליון, במעמדו ובתיפקודו. במלים אחרות, עלינו להחליט בנושא בו אנו, לכאורה, בעלי ענין. מכאן החשש כי בקבלת עתירה זו, עלול בית-המשפט להראות כמי שחצה את הקו האדום של התערבות בהסכם פוליטי, רק בשל היותו מעורב, שלא בטובתו, בהסכם עצמו. החשש בעיני הוא כי מתוך מגמה שלא לפגוע במעמד הרשות השופטת, בעצמאות השיפוטית, ובאמון הציבור בשופטיו, אנו מסתכנים במקרה זה בחשיפה לתגובה ציבורית אשר תביא לתוצאה הפוכה מזו שרצינו בה, כשכל כוחו של בית-המשפט באמון הציבור בו...⁸⁵ (ההדגשה במקור — י"ד).

ההסכם הקואליציוני האמור לא מומש ונחתם, בסופו של דבר, בשל נסיגתה של תנועת ש"ס מהסכמתה להצטרף לקואליציה. אך בכך לא פסקו האיומים על האוטונומיה המוסרית של בית-המשפט. חדשים לבקרים אנו עדים בעת האחרונה לאמירות ולהצהרות של חברי-כנסת ואישי-ציבור אחרים התוקפים את בית-המשפט ומביעים חוסר-אמון בטוהר כוונותיהם של השופטים ובנייטרליות הפוליטית שלהם. להתקפות אלו נלוות לא פעם הצעות לרפורמות מוסדיות מסוגים שונים, שנועדו להגביל את סמכויותיו של בית-המשפט. כך, למשל, הסערה שפרצה בעקבות פסק-הדין של בג"ץ בפרשת דנילוביץ' נ' אל-על⁸⁶, שם חייב בג"ץ את המשיבים להעניק לבן-זוגו של דייל הומוסקסואל אותן ההטבות הנתונות לבני-זוג הטרוסקסואלים של עובדי החברה. בפסיקת בג"ץ לא היה למעשה חידוש הלכתי יוצא-דופן, אך היא העלתה עליה משום-מה את חמתם של כמה חברי-כנסת, שניסו לזום חקיקה שתמנע את מינויו של אהרן ברק לנשיא בית-המשפט העליון. במסגרת הסערה שפרצה בעקבות הפרשה (בדצמבר 1994) דחו מרבית הקולות שנשמעו בתקשורת את הניסיון להתערב בעבודתו של בית-המשפט העליון, אך נשמעו גם לא מעט קולות ביקורת, לרבות מצד אישי-ממשל ואנשי-אקדמיה, כגנות האקטיביזם השיפוטי המופרז של בית-המשפט העליון⁸⁷. החשדנות

85 שם, בסעיף 5, עמ' 69 לנוסח המודפס.

86 בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ ואח', פ"ד מח(5) 749.

87 ראו, למשל, ש' אביגרי "קצת מכוערת פחות מסוכנת" הארץ 6.1.95 (ביקורת על נסיונו של בית-המשפט העליון "לייבא" את הדגם החוקתי האמריקני לישראל); עודד בלבן "לא נציג הערכים הנצחיים" הארץ דצמבר 1994 (ביקורת על נסיונו של בית-המשפט העליון לכפות את ערכיו על הציבור הרחב); דן מרגלית "הבג"ץ מרחיק לכת" הארץ 30.12.94 (ביקורת על פסק-הדין בנוגע לחיוב הרכנות להעניק חגירות-כשרות למי שמייבא גם בשר לא-כשר); וכן ביקורתו של היועץ המשפטי לממשלה, מיכאל בן יאיר, בהופיעו בפני ועדת חוקה — חוק ומשפט של הכנסת, על האקטיביזם השיפוטי בבית-המשפט העליון (ג' אלון רצ' זרחה "היועץ המשפטי לממשלה מטתיג מהאקטיביזם השיפוטי של השופט ברק בביהמ"ש העליון" הארץ 21.12.94). על הסערה שעוררה ההצעה לרחות

והעיונות של חברי-הכנסת מהסיעות הדתיות כלפי רעיון המהפכה החוקתית באה לידי ביטוי בעת הדיון בהצעות חוק לשלושה חוקי-יסוד נוספים הנמצאים בשלבי חקיקה, כאשר הדוברים קשרו במפורש את התנגדותם לחוקי-היסוד בחוסר-האמון שהם רוחשים לבית-המשפט העליון ובעובדה שהם רואים את בית-המשפט בתור גורם פוליטי, החובר אל הצד שעמדתו נוגדת לזו שלהם והמשתמש בחוקה בתור מכשיר להגשמת תוצאות פוליטיות בניגוד לרצונו של רוב הציבור⁸⁸.

את מינויו של ברק לנשיאות בית-המשפט העליון ראו ע' בנימין "ביבי נגד ברק" הארץ 9.12.94; מאמרי-המערכת הראשי של הארץ 9.12.94 ("עצמאות למשפט"); ג' אלון "הממשלה דוחה את הביקורת שמתחו ח"כים דתיים על השופט ברק" הארץ 12.12.94; ד' מרגלית "רביץ ופרס של בג"ץ" הארץ, 9.12.94; צ' זרחיה "ליבאי – ההצעה להגביל את ברק אינה נובעת מבית-המשפט העליון" הארץ 14.12.94.

88 הכוונה להצעות חוק יסוד: זכויות במשפט, חוק יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות וחוק יסוד: זכויות חברתיות שאושרו לאחרונה בכנסת בקריאה ראשונה (ד"כ 11.3.96, עמ' 247–250; ה"ח תשנ"ד 335, 336, 337). במהלך הדיון בהצעות החוק תקפו נציגי הסיעות הדתיות בחריפות את היוזמה ואת המהפכה החוקתית בכללותה. הם האשימו את יוזמי ההצעה בניסיון לבצע "מחטף" פוליטי, שיוביל – כפי שהובילה המהפכה החוקתית – לתוצאות שהכנסת לא צפתה אותן (ראו דברי חה"כ מ' גפני, ד"כ 19.2.96, עמ' 310 לפרוטוקול הסטנוגרפי; ודברי חה"כ א' ורדיגר, שם, עמ' 343). במסגרת הדיון גם השמיעו נציגי הסיעות הדתיות דברים חריפים כנגד בית-המשפט העליון. כך, למשל, אמר חה"כ א' דרעי את הדברים הבאים:

בא נשיא בית המשפט העליון... ואומר: לכאורה אין צורך בחוקה כבר. ברגע שנתת לנו את כבוד האדם וחירותו – דרך הפתח הזה אני מכניס את כל החוקה שאנחנו חושבים עליה, שופטי בית המשפט העליון שלא נבחרו, לא מייצגים את העם... אם יש שם דתי אחד מתוך 14 שופטים זה הכוח של המפלגות הדתיות או של הציבור הדתי במדינת ישראל... מה לא "אכלנו" עם כבוד האדם וחירותו? כמה שינויי סטטוס קוו על ידי הבג"צ... זאת המציאות רבותי... שלושת החוקים התמימים הללו שאני... בשכלי הדל לא מוצא בהם חסרונות שאני יכול להצביע עליהם היום... גם אם חוק זכויות עובדים הוא מצויין, גם אם חוק זכויות במשפט הוא מצויין, אבל מי מפרש את החוקים הללו...? מי שמפרש אותם כיום הוא בית המשפט העליון, ובהרכב שלו היום ובפרשנות הליברלית שהוא נתן למדינה יהודית ואוניברסלית, איך אני יכול כיהודי דתי חרדי... לסמוך על בית המשפט העליון שיפרש את החוקים הללו?... ואני לא קונה את הדבר הזה שהכוונות [של יוזמי החקיקה] הן תמימות... אני אומר את זה באופן גלוי... גם אם היית מביא את עשרת הדיברות כחוק יסוד של ועדת החוקה, הייתי מצביע נגד... אני לא יודע מה אתם זוממים ביחד עם שופטי בית המשפט העליון לעשות לנו... אין לי ספק שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו תואם עם בית המשפט העליון. אני אומר את זה ואני עומד מאחורי הדבר הזה. הניסוח של החוק היה בתיאום יחד איתם. והם דרך פתח המחט הזה הכניסו את כל מה שהם רוצים... (שם, בעמ' 360–361 לפרוטוקול הסטנוגרפי).

אלא שהמתנגדים למהפכה החוקתית אינם מסתפקים רק בתגובות למהלכים שנועדו להרחיב אותה, אלא עושים שימוש בכלים שהיא-עצמה יצרה (קרי: בסמכות הכינון!) כדי לקעקע את יסודותיה. הרוגמא הבולטת לניסיון כזה היא הצעת חוק יסוד: הדין בענייני דת, שהונחה על שולחן הכנסת ביוזמת 14 חברי-כנסת דתיים. ההצעה — כפי שהוגשה ונידונה בינואר 1996 — כוללת את כל המרכיבים הנדרשים כדי להיות "הסיט המושלם" מבחינת יוזמיה המקוריים של המהפכה החוקתית. היא כוללת לא רק ביטול רטרואקטיבי של כל השינויים שיצרה — לדעת יוזמי ההצעה — המהפכה החוקתית בתחום הדין הדתי ולא רק עיגון של הסטטוס-קוו הדתי והענקת עליונות לקביעות

בעקבות העברת הצעות החוק בקריאה ראשונה וההתנגדות שהן עוררו בקרב הסיעות הדתיות הסכימו יוזמי ההצעות להשמיט מהן שורה של סעיפים מרכזיים, לרבות אלו הנוגעים לחירות הביטוי, היצירה, הבעת הדעה, הפרסום; והסעיף העוסק בהקמת בית-משפט לחוקה. הנוסח המקוצץ של הצעות החוק הללו זכה לביקורת נמרצת מצד תומכי המהפכה החוקתית (ראו, למשל, מ' נגבי "תוקא ואיטלולא" מעריב 29.3.96; ד' סגל "חוקי-יסוד ללא יסוד" הארץ 25.3.96), אך הרבר לא גרס להנחת דעתן של המפלגות הדתיות. מנהיגי הציבור הדתי יצאו בהתקפות חריפות כנגד יוזמת החקיקה, שבה לא היססו גם לתקוף במישרין ובמפורש את בית-המשפט העליון עצמו. כך, למשל, טען מנהיג המפד"ל, זבולון המר, כי בית-המשפט העליון נוקט עמדות התואמות את אלו של השמאל הקיצוני ופוגע בסטטוס קוו הדתי (ג' אלון "ח"כ המר: בימה"ש העליון נוקט בעמדות השמאל ולא מייצג את החברה הישראלית" הארץ 9.4.96). וכך עשה גם הרב עובדיה יוסף (ש' אילן "בפגישה עם נתניהו האשים הרב יוסף: הליכוד יזם את חוקי-היסוד" הארץ 9.4.96). בעקבות ההתנגדות של המפלגות הדתיות הבטיחו שני המועמדים לראשות-הממשלה לנציגיהן כי יפעלו כנגד יוזמת החקיקה (ש' אילן "פרס הבטיח לאגרי" שלא לאפשר את העברת חוקי-היסוד החדשים נטבעו הבא" הארץ 18.4.96) ודומה שלפי תוצאות הבחירות לכנסת הארבע-עשרה וההרכב של הממשלה החדשה נסתם הגולל על היוזמה (ג' אלון "קיים חשש שהמפלגות הדתיות יתנו חקיקת חוקי-יסוד בהסכמתן" הארץ 9.6.96). לאחרונה פרצה גם סערה בקרב חוגים דתיים בעקבות פסק-דינו של הנשיא ברק בעניין חוקיותה של רשימת "ימין ישראל" (רע"א 7793/95, 7504/95 יאסין ואח' נ' רשם המפלגות תקדין-עליון (2) 281). גורמים שונים האשימו את ברק בכך, שפסק-דינו מכיל קביעה שלפיה מפלגה המשתתפת בבחירות לכנסת (ש' אילן "השופט העברי עשויה להיפסל על-ידי בית-המשפט העליון מלהשתתף בבחירות לכנסת (ש' אילן "השופט ברק: מפלגה החותרת להחיל את המשפט העברי — עשויה להפסל" הארץ 5.5.96). הפרסומים הללו אילצו את השופט ברק להכחיש את הדברים במכתב ששלח לרב הראשי האשכנזי, הרב ישראל לאו (ש' אילן "השופט ברק במכתב לרב הראשי: אין שחר לטענה כי כתבתי שמפלגה המבקשת להשליט את ההלכה אינה דמוקרטית" הארץ 12.5.96) והובילו לגל של תגובות הן מצד מוסדות דתיים (כגון הרבנות הראשית, שהחליטה לקיים דין בנושא; ראו, שם), הן מצד אישי ציבור ואקדמיה (ראו, למשל, י' אנגלרד "פרשנות מסולפת" הארץ 19.5.96). חשוב לציין, כי ההתנגדות של חברי-כנסת ופוליטיקאים לאקטיביזם השיפוטי של בית-המשפט העליון אינה נחלתם של נציגי הציבור הדתי בלבד. ראו, למשל, דברים שנאמרו בכנסת לרגל ביקור שופטי בית-המשפט העליון (ד"כ 24.1.94, עמ' 18-8 לפרוטוקול הסטנוגרפי).

מועצת הרבנות הראשית על-פני קביעות נוגדות של בית-המשפט או הכנסת עצמה, אלא אף מעניקה לחוק-יסוד הזה מעמד עליון נורמטיבי הגובר על כל חוק-יסוד קיים (לרבות כמובן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) ומשריינת את החוק המוצע שריון מוחלט כנגד כל אפשרות לשנותו בחוק-יסוד עתידי⁸⁹! ניתן כמובן לטעון כי הצעה זו, שנוסחה הקיצוני חורג בצורה כמעט פראית מהקונסנזוס החוקתי שהתגבש במהלך השנים ומהדרישה לאיזון בין רשויות-הממשל, היא לא יותר מאשר קוריוז פרלמנטרי. דא עקא, שההצעה התקבלה בקריאה טרומית והועברה להמשך דיון בוועדה בקולותיהם של 32 מחברי-הכנסת. היינו: מספר חברי הכנסת שתמכו בהצעה זהה למספר חברי-הכנסת שתמכו בזמנו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בקריאה השלישית⁹⁰.

קשה לקבוע, האם המגמות הפוליטיות והציבוריות הללו הן תוצאה ישירה של המהפכה החוקתית? ייתכן לטעון, כי אלו הן תגובות שנוצרו באופן טבעי בשל התגברותו של האקטיביזם השיפוטי והמגמות המואצות של הגברת מעורבותו של בית-המשפט בכל תחומי פעילות הממשל והמסד הפוליטי, ופרצו התוצאה כאשר "מד-ההתערבות" עבר "סף קריטי" מסוים⁹¹. אך גם אם כך הוא הדבר, אין ספק שהמהפכה החוקתית האיצה את תחילת התהליך של תגובת-הנגד והגבירה את עוצמתו. הסיבה לכך היא כנראה, שהמהפכה החוקתית נתנה גושפנקא פורמלית, גלויה ותגנית לתהליך (שהיה קיים גם קודם-לכן) של התגברות האקטיביזם. פוליטיקאים וסקטורים בציבור שלא ראו בעין יפה את התהליך הזה, אך אצרו בתוכם במשך זמן רב את התנגדותם ואת חוסר שביעות-רצונם ממנו, חשו שהם נאלצים להגיב אל מול מה שנראה להם ניסיון להנציח את תוצאותיו באמצעות מסמך חוקתי-פורמלי שאין ממנו חזרה⁹².

89 כדברי שר-המשפטים, דוד ליכאי בעת שנימק את ההתנגדות הממשלה לחוק: "עולה כי למעשה זהו חוק יסוד עליון שבעליונים" (ד"כ 24.1.96, עמ' 80 לפרוטוקול הסטנוגרפי).

90 שם, בעמ' 84. והשוו ליחסי הכוחות בהצבעות על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמתואר אצל קרפ, בעמ' 327. הנסיונות להגביל את סמכויות בית-המשפט, לבטל את השינויים שכאו בעקבות המהפכה החוקתית (במיוחד בתחום דת ומדינה) ולהציר את מרחב-הפעולה של בית-המשפט לא נפסקו, אלא אף גברו לאחר הבחירות לכנסת הארבע-עשרה, והצעות ברות זו הועלו על-ידי המפלגות הדתיות בעת המשא-ומתן הקואליציוני (ראו, למשל, ש' אילן ו" ודטר "הליכוד והמפלגות החרדיות גיבשו בחשאי את רוב ההסכם הקואליציוני, הקובע: גיור רפורמי יאסר, תוקף חוק הבשר יוארך, ותימצא דרך למנוע חפירות בקברים" הארץ 13.6.96).

91 ראו י' דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבג"ץ" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 93, 124 ואילך.

92 קברניטי המהפכה החוקתית בכנסת לא עשו כל מאמץ להמעיט בהשלכותיהם של חוקי-היסוד החדשים. למגמה זו שותף גם הנשיא הנוכחי של בית-המשפט העליון השופט ברק. הן בפסקי-דינו של ברק הן בכתיבתו האקדמית ובהתבטאויותיו הפומביות בולטת הנטייה דווקא להדגיש את הפן ה"מהפכני" של חוקי-היסוד החדשים ואת היסודיות של השינוי שהכניסו בשיטת המשפט והממשל שלנו. ראו, למשל, הפתיח לפסק-דינו בעניין בנק המזרחי; א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד), כךך

נוסף על האיום שהמהפכה החוקתית יצרה על העצמאות ומרחב-הפעולה של בית-המשפט⁹³, בידה עוד תוצאות לא רצויות, שהוגיה בוודאי לא התכוונו אליהן. במקום להשיג חוקה יציבה שתשמש מסגרת אשר בתוכה יתנהל ההליך הפוליטי הרגיל, השיגה המהפכה החוקתית תהליך הפוך שבו טיעונים חוקתיים ומכשירים חוקתיים (קרי: נסיונות "כינון") הופכים לכלי שגרתי במאבק הפוליטי היומיומי. במקום להגיע למצב שבו החוקה משפיעה "מרחוק" — כמצע בסיסי, וכמסגרת ערכית ראויה ומוסכמת — על הפעולה הפוליטית, אנו עדים לתופעות של מחטפים קונסטיטוציוניים שנועדו לשרת צרכים פוליטיים קצרי-טווח. במקום להגיע לחברה שבה הקונסטיטוציה מנחה את הפוליטיקה, הגענו למצב שבו יש פוליטיזציה של הקונסטיטוציה. ההצעה לשריון חוק הגולן שהוכרתי לעיל היא רק דוגמא אחת לתופעה חדשה זו באקלים החוקתי אצלנו⁹⁴.

שלישי, 61 ואילך); ודברים שנשא בטקס חילופי הנשיאים, ביום פתיחת שנת המשפט (12.9.95) בבית-המשפט העליון. לרטוריקה הזו מלוות גם פרקטיקות חדשניות, המחזקות את התרמית של בית-המשפט בתור שחקן פעיל בזירה הציבורית אצלנו ואת הנופך ה"חוקתי" של פעילותו. כך, למשל, מרבה בית-המשפט העליון יותר מאשר קודם-לכן לשבת בתקופה האחרונה בהרכבים של תשעה שופטים ויותר. ברק, כנשיא, גם מוסר הצהרות לעיתונות כשם מערכת בתי-המשפט (ראו, למשל, תגובתו הפומבית על דברי הביקורת של שר-המשפטים, דוד ליכאי, בנוגע לשיקול-הדעת של שופטים במשפטי אונס (ג') אלון "השופט ברק תוקף את ליכאי בשל דבריו על 'שיקול דעתם העקום של שופטים' במשפטי אונס" הארץ 4.1.96)). למערכת בתי-המשפט מונה לאחרונה גם דובר – פרקטיקה שלא היה לה תקדים בעבר.

93 ראו M. Hofnung "The Unintended Consequences of the Unplanned Legeslative Reform in Israel" 44 *American Journal of Comparative Law* (1996) 501.

94 ראו לעיל הערה 59. ההצעות לשריון חוק הגולן, שהתקבלו בקריאה טרומית, הן דוגמא מצוינת ל"מחטף קונסטיטוציוני", שנעשה באותו מקרה על-ידי האופוזיציה, אשר ניצלה את הרוב שהיה לה באולם-הדיונים באותה שעה. מפלגות השמאל בכנסת לא טמנו את ידן בצלחת וניסו לעשות מחטף נגדי עוד באותו יום דיונים. אלא שהצעת חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (סייג ויתור על הסכמי שלום), התשנ"ו-1996, שהוצעה על-ידי חבר הכנסת טמקין ממר"צ, נדחתה בשלב הקריאה הטרומית ברוב של 37 נגד 33 (ד"כ 13.3.96, עמ' 324 לפרוטוקול הסטנוגרפי).

דוגמא אחרת למציאות החדשה היא ההסכמה שאליה הגיעו נציגי כל המפלגות הדתיות ערב הבחירות לכנסת הארבע-עשרה להצגת דרישות משותפות במהלך המשא ומתן הקואליציוני הצפוי. בין הדרישות המרכזיות עליהם הוסכם מצוי גם סעיף הקובע כי יהדות המדינה תעוגן בחוק-יסוד שיוכל להשתנות רק ברוב מיוחד (ש' אילן "המפלגות הדתיות מנהלות מגעים להקמת בלוק פרלמנטרי" הארץ 12.5.96). ברוח דומה מסמך המכיל את עקרונות המצע של רשימת "ימין ישראל" לקראת הבחירות לכנסת הארבע-עשרה – כפי שפורסם בעיתונות בפברואר 1996 – כולל סעיף המציע לעגן בחוק-יסוד את "הגדרת מדינת ישראל כמדינת העם היהודי" וכן החלה מיידית של ריכוזות המדינה על שטחי ארץ-ישראל ואיסור ויתור על שטח ריכוזי של המדינה. הצעות לשינויים של חוק-יסוד ורוחו אצל השותפים הפוטנציאליים להקמת הממשלה לאחר הבחירות לכנסת הארבע-עשרה.

המסקנה העולה מההתפתחויות עד כה היא כנראה, שמי ש"מכונן" "חוקה" באמצעות מחטפים פרלמנטריים אינו צריך להתפלא וגם אינו צריך לבוא בטרניה כאשר מתברר לו כי עליו לעמוד על המשמר כדי להגן על אותה "חוקה" בפני מחטפים פוליטיים נגדיים; וגם אינו צריך להתפלא אם החוגים הפוליטיים (שלפחות על-פי תחושתם הסובייקטיבית) חשים כי כנגדם כוצע אותו מחטף מסרבים לעבור לדום ולהצטרף ל"תגיות" כינון החוקה, אלא מנסים לשנות את "רוע הגזירה" בכל האמצעים הפוליטיים העומדים לרשותם⁹⁵.

4. הדרך שבה ילך בית-המשפט – שתי גישות מתחרות

לפי האמור לעיל, נשאלת השאלה מהי האסטרטגיה שבית-המשפט יפתח אל מול האיומים הגוברים על עצמאותו המוסדית ומרחב-הפעולה שלו? דומה, כי בפסקי-הדין של בית-המשפט העליון בתקופה האחרונה מתגלות שתי גישות שונות שהשופטים נוטים לאמץ במצבים שבהם הם צופים קונפליקט בין פסיקתם ובין העמדה של הרשויות האחרות או סקטורים פוליטיים מסוימים שיש להם השפעה על עיצוב העמדה של רשויות אלו.

קו אחד של תגובות הנצפה בפסקי-דין מסוימים של בית-המשפט הוא ריסון מוגבר מצד השופטים כל-אימת שמובא לפניהם עניין שיש בו השלכות ציבוריות רגישות או כזה העלול לעורר חיכוך בינם לבין הממסד הפוליטי. דעת-הרוב בפרשת מיטראל (מספר 3) שסקרתי לעיל היא דוגמא אחת לאימוץ גישה שיפוטית מרוסנת על רקע כזה. בג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת⁹⁶ יכול לשמש דוגמא נוספת מהתקופה האחרונה לגישה כזו. באותו מקרה הוצבה לפני בית-המשפט שאלת חוקיותו של התיקון

95 אין פירוש הדבר שבעקבות המהפכה החוקתית אין אצלנו גם דוגמאות אחרות, מעודדות יותר, לדיאלוג חוקתי המתנהל בין הממשלה, הכנסת ובית-המשפט. כך, לדוגמא, בעקבות החלטת בית-המשפט, שנשמעותה המעשית היתה כי על הממשלה להתיר התקשרויות פונדקאית בארץ אם לא יחוקק חוק בעניין זה תוך תקופת-זמן קצובה (בג"צ 5087/94 זכרו נ' שר הבריאות, תקדין עליון 95 (2) 1073), התקבל לאחרונה חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (ס"ח 176) המסדיר את הנושא. החוק התקבל לאחר פשרה בין הפלגים השונים בוועדת-העבודה-ההרווחה שבכנסת (ראו ד"כ 7.3.96, עמ' 123 ואילך לפרוטוקול הסטנוגרפי; וכן ש' אילן "הרב בקשי-דורון: אנחנו יכולים לחיות עם הנוסח המוצע של חוק הפונדקאות" הארץ 28.2.96). הכנסת גם קיבלה לאחרונה את חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ו-1996 (ס"ח 176), המסדיר את סוגיית החיפוש בגופם של חשודים, ברוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו סעיף 2(ד) לחוק הנ"ל). ראו גם חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) סעיף 1(ב).

96 תקדין-עליון 96(1) 289.

לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם (מס' 15). בתיקון נקבע, כי כהונתו של חבר-כנסת שכינה בעת היבחרו לכנסת גם כראש רשות מקומית תפקע עם בחירתו לכנסת. אלא שחברי הכנסת השלוש-עשרה שחוקקו את התיקון (בערוב ימיה של אותה כנסת, וכשהבחירות לכנסת הארבע-עשרה עומדות בפתח) קבעו כי התיקון יחול באופן מיידי (היינו: עם כינון הכנסת הארבע-עשרה) על כל חברי-הכנסת שלא כיהנו קודם-לכן בכנסת, אך לא יחול על מי שכינה בעת חקיקת התיקון בכנסת השלוש-עשרה ונבחרו מחדש לכנסת הארבע-עשרה (אלא שהחלת החוק לגביהם תתחיל רק בעת היבחרה של הכנסת החמש-עשרה). כלומר: חברי הכנסת השלוש-עשרה היו מוכנים להחיל מיד את העיקרון הנעלה של איסור כהונה כפולה על חבריהם שאינם מכהנים בכנסת (אך מתחרים עמהם על מקומם), אך לא על עצמם (קרי: על אלו מביניהם שכינה בעת קבלת התיקון גם כראשי רשויות מקומיות והיה להם אינטרס ישיר ומיידי בנשוא החקיקה). בעתירה נטען, כי ההבחנה האמורה לגבי מועד תחולתו של התיקון היא הפרה של עקרון השוויון ולכן היא מפרה שתי הוראות שיש להן מעמד חוקתי במשפטנו: האחת, את עקרון שימור כבוד האדם שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; והשנייה, את דרישת השוויון בבחירות, הכלולה בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת.

בית-המשפט הסכים עם העותרים, כי ההבחנה האמורה שעשה התיקון היא בבחינת אפליה פסולה והפרה של עקרון השוויון. למרות זאת, הוא דחה ברע"ד רוב (השופטים גולדברג וזמיר) את העתירה. את הטענה בדבר הפגיעה בכבוד האדם דחה בית-המשפט בקובעו, שאין הלכה קיימת של בית-המשפט העליון שלפיה עקרון השוויון נגזר מעקרון כבוד האדם שבחוק-היסוד ושיש להתייחס לאמרות-אגב שתמכו בהיסק כזה בזהירות וכי בכל אופן במקרה הנידון הפגיעה בשוויון אינה כה תמורה כרי להצדיק התערבות על-פי עקרון שימור כבוד האדם⁹⁷. בית-המשפט דחה גם את הטענה, כי התיקון מפר את עקרון השוויון שבסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. השופט גולדברג קבע, כי עקרון השוויון שבסעיף חל אך ורק על שוויון בין הרשימות בבחירות לכנסת ולא על מועמדים שונים בתוך אותן רשימות. השופט זמיר היה מוכן להניח, כי סעיף 4 חל גם על שוויון בין מועמדים, אך קבע כי לא שוכנע שבהבחנה שקבעה הכנסת יש משום פגיעה בסיכויי העותרים במסגרת הבחירות המקדימות בתוך המפלגות⁹⁸. לעומתם קבע השופט חשין ברע"ד-מיעוט, כי התיקון הוא הפרה בוטה של דרישת השוויון שבסעיף 4 וכי אין כל סיבה שבעולם שבית-המשפט יפרש את סעיף 4 באופן החל רק על שוויון בין רשימות ולא על שוויון בין מועמדים בבחירות לכנסת. הוא ציין כי אין כל אינוקציה בלשון הסעיף שממנה עולה הגבלה כזו וכי גישת השופט גולדברג בעניין זה היא חריגה

97 גולדברג, עמ' 7 לנסח המודפס; זמיר, עמ' 12.

98 גולדברג סעיף 12; זמיר, סעיף 4.

מהמדיניות המורשת של בית-המשפט במשך השנים להעניק פירוש רחב ככל האפשר לדרישת השוויון שבסעיף⁹⁹.

גישת הרוב בפסק-הדין מרכז השלטון המקומי היא דוגמא טובה (ונוספת) לטענה שדווקא הגברת כוחו הפורמלי של בית-המשפט (באמצעות המהפכה החוקתית) מובילה להחלשת כוחו במישור הפרקטי ונכונותו לממש את העקרונות הפסיקטיים על מקרים המובאים לפניו וכי יש לעקרונות אלה השלכות בזירה הפוליטית או הציבורית¹⁰⁰. במסגרת המהפכה החוקתית הוענק לבית-המשפט הכלי "הבלתי-קונבנציונלי" של "כבוד האדם". אולם לא רק שבית-המשפט מפרש באופן מצמצם את המונח הזה, אלא שהוא אף יוצא מגדרו כדי לפרש באופן מצמצם וליישם באופן מרוסן ככל האפשר את הכלי הישן והמורשש יותר של דרישת השוויון בבחירות שבחוק יסוד: הכנסת. קשה גם להבין את הנכונות של השופט זמיר להטיל — גם בשל מראית-העין הברורה של האפליה שיצר התיקון — את נטל הוכחת ההשלכות הפרקטיות של האפליה על סיכויי העותרים בבחירות על העותרים עצמם ולא על המשיבים, אלא לפי דבריו לגבי האסטרטגיה הכללית שעל בית-המשפט לנקוט בהפעילו את הביקורת החוקתית:

אכן, כיום הלכה היא שחוקי-היסוד הקנו לבית המשפט סמכות לבטל חוקים. סמכות זאת היא, לדעתי, חיונית בחברה נאורה, ובמיוחד כך בישראל, שבה תרבות השלטון טרם הכתה שורשים עמוקים. יש לשמור עליה היטב, כדי שניתן יהיה לעשות בה שימוש במקרה הראוי. אך דווקא בשל כך יש להיזהר מאוד, שלא תהיה כעושר השמור לבעליו לרעתו. כבר אמר הנשיא ברק שהסמכות של בית משפט לבטל חוקים דומה לנשק בלתי קונבנציונלי... כל אחד יודע עד כמה נשק כזה עשוי להיות הרסני, אם כי לא כל אחד מבין עד היכן עלול ההרס להתפשט. מי שמופקד על נשק כזה חייב באיפוק מירבי¹⁰¹.

99 חשין, סעיף 16.

100 ראו הופנונג, לעיל, הערה 93.

101 פסק-הדין מרכז השלטון המקומי הנ"ל, סעיף 2. וראו גם לאחרונה בג"צ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת (טרם פורסם; ניתן ביום 11.7.96). שם עמדה לדיון שאלת תוקפיותו של חוק מימון מפלגות (תיקון מס' 18), התשנ"ו-1996. בית-המשפט היה מוכן להסכים לטענות העותרים, כי התיקון פגע בעקרון השוויון בבחירות לכנסת, המעוגן בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת; אך הוא סירב לפסול את החוק (הגם שלא התקבל ברוב הנדרש על-פי חוק-היסוד) בקובעו, כי הפגיעה בשוויון היתה "מזערית". השופט זמיר, שכתב את פסק-הדין העיקרי בעניין זה, קבע כי יש להכפוף את דרישת השוויון של סעיף 4 הנ"ל לעקרונות הכלליים של חוקי-היסוד החדשים (ובמיוחד לדרישת המידתיות של פסקת ההגבלה

בד-בכד מוכיחה עמדתו של השופט חשין, כי לעתים אימוץ של תיאוריה חוקתית מינימליסטית יכולה להוביל לתוצאות מעשיות פוריות יותר בשדה הביקורת השיפוטית. נאמן לעמדתו לגבי המשמעויות המוגבלות של מהפכת 1992 הוא הולך בעקבות (אם גם ביצירותיו) בדרך שנפרצה על-ידי בית-המשפט עוד בהלכת ברגמן. דרך זו מובילה אותו למסקנה (שלדעתנו, עם כל הכבוד, אין ממנה מנוס), שהתיקון הנדון מפר את עקרון השוויון שבסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, וככזה מחייב את התערבותו של בית-המשפט. גם קשה שלא להסכים עם קביעתו של חשין, שלפיה האיפוק השיפוטי המוגזם של דעת-הרוב במקרה זה היא סתירה לקו שהלך בו בית-המשפט העליון מאז הלכת ברגמן — לפסול את פעולות הכנסת כל-אימת שזו "מחוקקת לעצמה"¹⁰². אל מול הגישה המתפתחת של הפגנת איפוק שיפוטי קיצוני בולטת גישה אחרת אצל חלק משופטי בית-המשפט העליון, ובראשם הנשיא הנוכחי ברק. גישה זו באה לידי ביטוי בדברים שאמר ברק לאחרונה בפגישתו עם חברי ועדת חוקה — חוק ומשפט של הכנסת:

לאחר שבית המשפט מפרש את החוק, מתחיל השלב השני באותו שיתוף פעולה [בין הכנסת לבית המשפט] והוא שהעניין חוזר לכנסת. ואם הכנסת מרוצה היא לא עושה דבר, ואם הכנסת איננה מרוצה מן הפירוש, כלומר היא חושבת שהפירוש איננו רצוי לה, הרי היא יכולה לשנות את החוק. אני בין אלו הגורסים שחלק מהתפקיד, מהחובה ומהנטל המוטל על הכנסת הוא לעקוב אחרי הפסיקה שלנו, ובכל מקום שהפסק לא נראה, לא במובן זה שטכנית הפסק לא נראה אלא במובן זה שהתוצאה המתקבלת איננה נראית רצויה — לא לזה התכוונו, לא בכך רצינו, השתנו

בחוקים אלו), הגם שעקרונות אלו לא נכללו בחוק יסוד הכנסת (סעיף 12 לפסק-דין). יצוין כי הנשיא ברק, שהיה שותף להרכב, הצטרף למסקנה בדבר דחיית העתירה.
102 חשין מעניק בכך הסבר נוסף ומעניין לשורת ההחלטות החוקתיות של בית-המשפט העליון שהחלה בפסק-הדין ברגמן. לשיטתו, הקו הרעיוני שהנחה את בית-המשפט לא היה העיקרון הפורמלי של עליונות חוק-יסוד על חקיקה רגילה, אלא העובדה שבכל המקרים שבהם התערב בית-המשפט דובר בחקיקה שבה התימרה הכנסת להעניק לכוחות המיוצגים באותה כנסת מסוימת יתרונות על פני כוחות פוליטיים שאינם מיוצגים בה, או להנציח את הפער במאזן-הכוחות הקיים בנקודת-זמן מסוימת על-ידי שינוי כללי המשחק הדמוקרטי. זהו הטיעון בדבר הכנסת "המחוקקת לעצמה" (ראו לעיל הערה 47), המספק הסבר לתפישת השוויון שאומצה על-ידי בית-המשפט בפסק-הדין ברגמן, כמו גם בפסק-הדין האחרים שבהם פסל בית-המשפט את חקיקת הכנסת בנושאי בחירות. ראו בג"צ 246/81, 260 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1; בג"צ 141/82 רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לז(3) 141.

הנסיבות — לפי דעתי, הכנסת צריכה לראות עצמה חופשית, במסגרת המגבלות המוטלות עליה, לחוקק את החוק מחדש¹⁰³.

הדברים הללו נאמרו על-ידי ברק בהקשר לתגובה של הכנסת לפסק-דין המפרש חוק או פוסל פעולה מנהלית (קרי: לשלבים השני והשלישי בסכמה שהצגנו קודם-לכן). לכאורה הם אינם מכוונים לתגובה של הכנסת שתשנה את המסגרת החוקתית בשל התערבות של בית-המשפט בחקיקה של הכנסת. אף-על-פי-כן אני סבור, שיש בדברים אלו כדי לשקף את גישתו של ברק גם לגבי הדיאלוג ברמה החוקתית, שיתנהל בין בית-המשפט לכנסת לעתיד לבוא. זוהי גישה המאמינה בדיאלוג פתוח בין בית-המשפט לכנסת. על בית-המשפט מוטל התפקיד לפתח את עקרונות-היסוד ולפרש את החוקים באופן שמרחיב ככל האפשר את חירויות הפרט, תוך נכונות להסתכן בכך שהכנסת תגיב כדי לבטל את תוצאות פסיקתו של בית-המשפט אם אינן נראות לה. היינו: זוהי גישה השוללת את הטענה שעל בית-המשפט לרסן את עצמו מראש, בשל החשש לתגובת-נגד מצד הכנסת (ראו דברי זמיר לעיל). היא רואה תגובה אפשרית של הכנסת בתור סיכון שהוא חלק מהמשחק עצמו. גישה כזו מחייבת את בית-המשפט לריסון רק לאחר שהכנסת הגיבה¹⁰⁴. היא תואמת היטב את האקטיביזם השיפוטי של ברק, את תפישתו המרחיבה לגבי ההשלכות של המהפכה החוקתית בישראל ואת הנכונות שהפגין בשנים האחרונות להצהיר בפומבי ובכל פורום על ההשלכות המרחיקות-לכת של המהפכה הזו, בלי לעשות כל ניסיון להסוות ולהמעיט בתיאור התוצאות וההשלכות של התהליך¹⁰⁵.

103 הלשכה — בטאון לשכת עורכי הדין 29 (הוצר המחוזי, ירושלים, פברואר 1996) 15.

104 ראו, למשל העובדה שברק סמך את ידייו על פסק-דינו המאופק של השופט זמיר במשפט מיטראל השלישי (לעיל, הערה 81) לאחר שהכנסת אמרה את דברה.

105 ראו לעיל הערה 92. דוגמא נוספת ליישום גישה זו בידי ברק היא פסק-הדין שנתן לאחרונה בערעור הבחירות, שעסק בשאלת חוקיות הרשמתי של רשימת "ימין ישראל" לבחירות לכנסת הארבע-עשרה (רע"א 7504/95, רע"א 9793/95, לעיל הערה 88). ברק הסכים בפסק-דינו, כי אין במצעה של הרשימה סתירה לאופיה הדמוקרטי של המדינה, משום שאינה מבקשת להפוך את ישראל למדינת הלכה, אלא רק לשאוב השראה מההלכה העברית בגיבוש חוקי הכנסת. לפיכך, דחה בית-המשפט את הערעור על החלטת רשם המפלגות לרשום את הרשימה בפנקס-המפלגות. אולם ברק לא הסתפק בקביעות הנחוצות להכרעה האופרטיבית באותו מקרה ספציפי, אלא הוא כלל בפסק-דינו הערת-אגב שממנה עולה ספק לגבי האפשרות ליישם את המשפט העברי בתור קודקס החוקים של המדינה, אפילו אם הדבר ייעשה באמצעים דמוקרטיים (קרי: אגב הסתמכות על הצבעות רובניות), בשל עקרון הדמוקרטיה המתגוננת (ראו שם, בסעיף 26 לפסק-דינו). הערת-אגב זו עוררה מיד עם הינתנה סערה פוליטית וגררה תגובות נועזות בקרב פוליטיקאים דתיים, שהגיעו לכותרות הראשיות של העיתונים (ראו ש' אילן "השופט ברק: מפלגה החותרת להחיל את המשפט העברי — עשויה להפסל" הארץ 5.5.96).

דוגמא ליישום גישה כזו על-ידי בית-המשפט העליון הוא פסק-הדין שניתן לאחרונה בבג"צ 1031/93 פסחו ג' שר הפנים¹⁰⁶. שם נדרש בית-המשפט לשאלת תוקפו של גיור רפורמי שנעשה בישראל לצורך רישום אדם כיהודי במרשם-התושבים. מבחינה פורמלית וטכנית פסיקת בית-המשפט בפסחו עסקה גם היא בפרשנות חוק בלבד ולא בפסילת חוק בהתאם להוראות חוק-היסוד. מבחינה מעשית ופוליטית זו היתה פסיקה בעניין קונסטיטוציוני מרכזי בחשיבותו, המערב מחלוקת ציבורית עזה שלה השלכות פוליטיות פוטנציאליות כבדות-משקל, והיא התבססה על העקרונות החוקתיים שגובשו בפסיקת בית-המשפט בדבר השוויון וחופש המצפון¹⁰⁷. פסיקתו החדשנית של בית-המשפט עשויה ללא ספק לעורר התנגדות עזה מצד חוגים רחבים בכנסת, אך בית-המשפט צפה זאת והעביר את הכדור ישירות, ובמפורש, לפתחו של בית-המחוקקים. הוא קבע — מפי הנשיא ברק — כי הכרעת בית-המשפט נותרת בינתיים במישור ההצהרתי. הוא לא ציווה באופן מיידי על רישום העותרת כיהודייה במרשם-התושבים, אלא הסתפק בקביעה הצהרתית, תוך שהוא מציין כי אם הכנסת לא תפעל בעניין זה לתיקון מצב הרברים כפי שפורש על-ידי בית-המשפט ותקבע תנאים שיסדירו את הדרישות לגיור הנעשה במדינת ישראל — אזי בית-המשפט ישוב ויידרש לעניין בעתיד ויתן צו אופרטיבי לטובת העותרת על סמך קביעתו ההצהרתית¹⁰⁸.

5. הבחירה בין שתי הגישות — הערכה ביקורתית

איזו גישה מבין השתיים המסתמנות בפסיקת בית-המשפט עדיפה? דומה, כי קשה לתת לשאלה זו תשובה חד-משמעית. מצד אחד, היתרונות של דרך הריסון הקיצוני בולטים לעין על רקע המים הסוערים שבהם משייטת הספינה השיפוטית בתקופה הנוכחית. האקלים הפוליטי הקשה שבו מצוי בית-המשפט ביחסיו עם הרשויות האחרות, מחד גיסא, והחולשה של המסגרת החוקתית, מאידך גיסא, מעניקים צידוקים חזקים לאסטרטגיה הזהירה שבה הולכים השופטים הנוקטים גישה זו. עדיף — כך יטען הטוען — לתת לזמן לעשות את שלו, "להרגיל" את הציבור ואת הגורמים הפוליטיים לרעיון של הביקורת החוקתית ולטעת בהם את התחושה כי "השד אינו נורא כל כך" וכי הענקת

106 תקדין-עליון 95(3) 961.

107 המחלוקת הפרשנית התייחסה לשאלה, האם הוראות פקודת העדה הדתית (המרה) בכל הנוגע לדרישות להכרה בהמרת דת חלות רק על המרת דת לצורך קביעת השיפוט בענייני המעמד האישי או שמא יש להוראותיה תחולה על כל המרת דת שבוצעה במדינת ישראל לכל דבר ועניין. בית-המשפט הכריע במחלוקת בעיקר על סמך פרשנות הפקודה לפי עקרונות-היסוד של שיטת-המשפט: חירות הדת והמצפון ועקרון השוויון. ראו סעיפים 18–20 לפסק-דינו של הנשיא שמגר.
108 ראו סעיפים 6–7 לפסק-דינו של הנשיא ברק, עמ' 118 לנוסח המודפס.

הסמכויות החוקתיות לבית-המשפט אין פירושה שינוי מיידי במאזן הכוחות הפוליטי בין בית-המשפט לבין הכנסת והממשלה.

מצד אחר, גם לדרך שבה הולך הנשיא ברק עשויים להיות יתרונות חשובים, משום שלכאורה היא תואמת היטב את המבנה החוקתי שהתגבש בישראל בעקבות המהפכה החוקתית. החוקה שלנו היא חוקה גמישה: בניגוד לאחותה האמריקנית, היא אינה מכילה קביעות נוקשות שאינן ניתנות כמעט לשינוי (אלא בהליך יוצא-דופן ובלתי ניתן כמעט להשלמה). היא גם אינה מעניקה סופיות לקביעותיו של בית-המשפט. פסיקתו של בית-המשפט, בעת שהוא מפרש את "החוקה" הזו, אינה סוף פסוק בהליך גיבוש הפעולה הפוליטית של הקהילה הרלבנטית, אלא רק שלב אחד בתהליך דינמי ששותפים לו שני הצדדים המעורבים: הכנסת, מחד גיסא, ובית-המשפט, מאידך גיסא. כאשר בית-המשפט אצלנו אומר לכנסת, כי צעד מסוים מצדה הוא "בלתי חוקתי", פירוש הדבר הוא לכל היותר, כי בית-המחוקקים שלנו צריך להכשיר את הפעולה הזו בהליך פשוט-יחסית (הדומה לחקיקת חוק רגיל) וברוב של (לכל היותר) 61 חברי-כנסת. ההגנה שהחוקה מעניקה לעקרונות הכלולים בה (ולפרשנות השיפוטית של עקרונות אלו) היא הגנה יחסית ולא מוחלטת. אכן, הפיכת קביעה שיפוטית של בית-המשפט בעניין חוקתי אינה עניין של מה בכך, ומחייבת מאמץ מסוים מצד הרשויות הפוליטיות (שיש לו כמובן השלכות ארגוניות ומחיר פוליטי מסוים גם מבחינת דעת-הקהל), אך אין מדובר במחסום בלתי-עביר. והא ראייה, כי בעניינים שבהם הדבר היה חשוב דיו לכוחות הפוליטיים הרלבנטיים הם ידעו להתגבר במהירות יחסית על המחסום החוקתי ולהפוך את פסיקת בית-המשפט על פניה (כמו, למשל, בעניין יבוא הכשר הכשר, בפרשת מיטראל שנדרנה לעיל).

במצב דברים זה — יטען הטוען — אין כל סיבה שבית-המשפט ינהג באיפוק קיצוני בבואו לבחון את תוקף חוקי הכנסת, אלא ההיפך הוא הנכון: תפקידו של בית-המשפט הוא להתריע ולהתערב כל-אימת שהכנסת חורגת מהגבולות החוקתיים שהוצבו בחוקי-היסוד, משום שכל התערבות כזו של בית-המשפט פירושה מעשי הוא רק החזרת הכדור אל הכנסת, כדי שזו תשקול מחדש את המשמעויות של פעולתה המקורית ותחליט האם היא מוכנה להמשיך באותה דרך למרות המשמעות של פריצת הגדר החוקתית. בית-המשפט אינו יכול למנוע מהכנסת לפעול בניגוד לרוחם של חוקי-היסוד, הוא יכול רק להפנות את תשומת-לב המחוקקים (והציבור) לכך, שהמסגרת החוקתית נפגעה מהחקיקה הרלבנטית ולהטיל את כובד-משקלו (המוגבל) כנגדה — והכול כל עוד הכנסת אינה מפעילה את כלי-הכינון המצויים בידיה. בית-המשפט יכול למנוע או לעכב פעולה פוליטית בניגוד לחוקי-היסוד אך ורק כל זמן שלפעולה הזו אין רוב של ממש מבין כלל חברי-הכנסת. הוא יכול גם להפנות את תשומת-לבה של הכנסת להשלכות החוקתיות של פעולה כזו, ואולי גם להכריח את הכוחות התומכים בה לשלם

מחיר מסוים ברעת הקהל, אם יחליטו לרבות בה בניגוד לקביעת בית-המשפט. אך בכך מסתיים תפקידו.

בניגוד לשיטות שבהן יש חוקה נוקשה, אצלנו אין סכנה כי קביעות מסוימות של בית-המשפט יהיו סוף פסוק מבחינת האפשרות ליזום רפורמות פוליטיות או לבטא שינויים בהלכי דעת-הקהל למרות תמיכה מצד רוב הציבור בצעדים כאלו. לפיכך אין גם סכנה כי פסיקות בית-המשפט יצרו התמרמרות של חוגים נרחבים בציבור ותסכול לגבי האפשרות לשנות את מהלך חיי הקהילה באמצעות הפעלת העקרונות הדמוקרטיים המקובלים. לכן, לפי קריחשיבה זה, אין סיבה לכך שבית-המשפט יאמץ גישה של ריסון קיצוני בבואו לבחון את חוקיותם של חוקי הכנסת בהתאם לתוקי-היסוד החדשים.

יש לשים לב לכך, כי ההצלחה של האסטרטגיה העומדת בבסיס הגישה הזו תלויה בכך שכל הצדדים המעורבים בתהליך יסכימו (או יתרגלו) להתייחס אל הדיאלוג הקונסטיטוציוני בהתאם לכך. היינו: לפי תפישה זו, גם הכנסת גם בית-המשפט צריכים להתרגל ולראות במצב שבו הכנסת הופכת קביעה של בית-המשפט ומתקנת את החוקה לא מצב של "משבר חוקתי" חריף, המסמן עימות-רבותי בין שתי הרשויות הללו, אלא בתור סיטואציה אפשרית ונורמלית, שבה כל צד ממלא את תפקידו בדיאלוג הקונסטיטוציוני. שום צד אינו צריך לראות בצעדיו של המשתתף האחר — לפסילת חוק או לתיקון החוקה — בתור קריאת-תגר המסכנת את מעמדו. ואכן, האדריכל של התפישה הזו בבית-המשפט כיום, הנשיא ברק, אינו חוסך במאמצים הסברתיים בכל מישור שהוא (והמכוונים בעיקר אל חברי-הכנסת) כדי להדגיש את הנקודה האמורה¹⁰⁹.

כנגד הגישה הזו ניתן להעלות לכאורה טענות ביקורת. ראשית, ניתן לטעון כי "מורל דינמי" כזה חסר את המאפיינים החשובים ביותר של חוקה: היציבות והקניית הסופיות לקביעות בית-המשפט. היינו: חוקת מדינה אינה מסמך שראוי שיתוקן חדשים לבקרים בהתאם לכל סיטואציה פוליטית מזדמנת ואין זה ראוי גם שקביעותיו של בית-המשפט בעת שהוא מפרש את החוקה יהיו נתונות לסכנה של הפיכתן על פניהן בידי הגוף המשמש בתור המחוקק הרגיל של המדינה. לפי קריחשיבה הזו, אין זה גם ראוי כי האווירה הציבורית תורגל למציאות מעין זו. מנקודת-הראות של תומכי הגישה האקטיביסטית התשובה לטענה זו פשוטה: זוהי ה"חוקה" שיש לנו כיום, ותו לא. העובדה שבית-המשפט ינהג בזהירות מופגנת בעת שהוא עושה שימוש בחוקה הזו לא תשנה זאת ואינה מביחה שום יחס של ריסון נגדי מצד הכנסת. היא רק תוביל לכך, שלא ניתן יהיה למצות אפילו אותן האפשרויות הטמונות בטקסט החוקתי הקיים.

109 הפגישה בין ברק לבין חברי ועדת חוקה — חוק ומשפט של הכנסת, שהזכרתי לעיל, היא דוגמה למאמץ ההסברתי הזה.

הטענה השנייה כנגד הגישה האמורה היא, שמודל דינמי כזה אינו מעניק לבית-המשפט אפשרות לבסס אפילו הגנה מינימלית גם על חירויות הפרט היסודיות ביותר. הוא מכפיף מראש כל קביעה של בית-המשפט, ולו בעניינים שהם ציפור-נפשה של הדמוקרטיה הליברלית (חירויות-היסוד של המיעוט), לשרירות קביעותיו של הרוב בבית-המחוקקים. לטענה זו ניתן להשיב כמו שנאמר לגבי הטיעון הראשון, אך נוסף על כך ניתן לומר, כי אם אכן תיווצר סיטואציה קיצונית כזו שבה הכנסת תפעיל את כוחות הכינון שלה כנגד קביעת בית-המשפט בתחום חירויות-היסוד הבסיסיות של המיעוט, עדיין נותר בידיו של בית-המשפט הכלי המטא-טקסטואלי כדי להגיב גם על פעולה של הכנסת ברמת הכינון. היינו: המודל הדינמי הוא מודל גמיש, אך גם לו יש גבולות; ואם יחוש בית-המשפט כי עליו לעשות צעד קיצוני "ולשכור את הכלים", הרי המסגרת שפותחה בעקבות המהפכה החוקתית מותירה לו את האמצעים העיוניים לעשות כן. לפיכך כאשר יחוש בית-המשפט כי כלו כל הקצין, הוא עשוי להתערב ולהגביל גם את הסמכות המכוננת של הכנסת, אם היא תאיים על עקרונות-היסוד של הדמוקרטיה או על חירויות-היסוד של המיעוט¹¹⁰.

הטענה השלישית כנגד גישה זו היא, שהיא מגבירה באופן מודע את הסיכון של חיכוכים והתנגשויות בין הצדדים לדיאלוג החוקתי, משום שהיא מעודדת כל אחד מהצדדים להפעיל חרשים לבקרים את הכלים "הבלתי-קונבנציונליים" העומדים לרשותו כנגד החלטות ופעולות של השותף האחר לדיאלוג. מה יקרה — ישאלו מבקרי הגישה — אם הצד השני (הכנסת) לא יבין את מה שהשופטים מצפים ממנו להבין? בית-המשפט יכול לכאורה להקהות את עוקצו של הסיכון הזה אם יגביל את הקביעות המתערבות שלו לפסקי דין הצהרתיים כמו במקרה של פסק-הדין פסחו שהוזכר לעיל. אולם ספק אם יש בכך כדי לנטרל את הסיכונים הכלולים בגישה החוקתית האקטיביסטית הזו. בית-המשפט העליון נהנה מתמיכה ציבורית המבוססת בעיקר על תדמיתו כגוף מקצועי ונייטרלי, שאינו מהווה צד במחלוקות פוליטיות ומפלגתיות¹¹¹. מצב דברים שבו בית-המשפט מתערב לפסול חרשים לבקרים דברי חקיקה של הכנסת עלול להוביל לפגיעה קשה בתדמית הציבורית של בית-המשפט ולאובדן אימון הציבור בשופטים, כמו גם לתגובות חריפות של הממשלה והכנסת. בשל התגברות המתח שביחסים בין הכנסת והממשלה לבין בית-המשפט העליון ובשל הדברים שאמרנו לעיל לגבי השינויים באופיו של הדיאלוג החוקתי בעקבות מהפכת 1992, דומה כי טענת הביקורת הזו היא כבדת-משקל וספק אם תומכי הגישה הדינמית האקטיביסטית יוכלו לתת לה תשובה המניחה את הדעת.

110 על הסכנות והחסרונות של נקיטת הדרך הזו על רקע ההחלטה העקרונית של בית-המשפט לאמץ תפישה חוקתית טקסטואלית עמדנו לעיל בסעיף 41(ג).
111 ראו ברזילי, יערייכטמן וסגל, לעיל הערה 77, בעמ' 126-131.

ה. סיכום

בפתח פסק-דינו בעניין בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל הכריז הנשיא ברק:

במרץ 1992 נחקקו חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם חקיקתם חל שינוי מהותי במעמדן של זכויות האדם בישראל... ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. עתה הצטרפנו לקהילת המדינות הדמוקרטיות... אשר להן מגילת זכויות אדם... חוקתית¹¹².

הצהרה חגיגית זו אינה יכולה לטשטש את העובדה שהלכה למעשה ה"מהפכה" של 1992 לא הובילה את ישראל למצב של דמוקרטיה חוקתית כמובן המוכר והמקובל של המונח, ובמכתכונת הנוכחית ספק אם תוכל להוביל אותה לתוצאה כזו גם בהמשך הדרך. לא היתה לנו בעבר, וגם אין לנו כיום, מסגרת חוקתית קשיחה של טקסט חוקתי משוריין, המעניק לבית-המשפט את הכוח (ואתו את האחריות) לאמירת המלה האחרונה. במקום זאת היתה, ונשארה לנו, מסגרת חוקתית גמישה, שהיא כר נוח לתהליך דינמי שבו כל אחד מהצדדים למשחק (בית-המשפט והכנסת) צריכים להעריך בכל עת לא רק את ההשלכות הנקודתיות של אימוץ עמדה כזו או אחרת, אלא אף את ההשלכות האפשריות בשל נקיטת צעדי תגובה מערכתיים על-ידי הצד האחר. המהפכה החוקתית לא שינתה את הגמישות של המסגרת הזו וספק אם שינתה במשהו את יחסי הכוחות בין השותפים למשחק, אך היא ללא ספק הוסיפה עוצמה פוטנציאלית לכלים שכל אחד מהצדדים אווזו בידיו, ובכך הפכה את המשחק ליציב פחות ולמסוכן יותר.

112 שם, בפתיח לפסק-דינו.

1

2

3