

## רבע מאה למהפכה החוקתית – תמונת מצב של ה"חוקה בהרצה"

מאת

אמנון רייכמן\*

במלאת רבע מאה לפרשת בנק המזרחי, ממקמת רשימה זו את המהלך השיפוטי שבוצע בפסק הדין כחלק מפרויקט חוקתי גדול יותר – פרויקט ה"חוקה בהרצה" – שאינו מהפכני במהותו אלא אבולוציוני אף שהוא כולל טרנספורמציות מעין מהפכניות כאבני דרך. הרשימה מסרטטת קווים לדמותו של פרויקט זה, אשר מעניק משמעות חדשה לדרך הילוכה של ההיסטוריה החוקתית בישראל. על פי מתווה החוקה בהרצה נבנת בישראל חטיבות חוקתיות אחת-אחת, באופן שתהליך קליטתן והטמעתן מאפשר למערכות החברתיות השונות, ובראשן המשפט, הפוליטיקה, השוק, הדת והמוסר, להתנסות בפעולה במסגרת החטיבות הללו, להתאים עצמן למבנה שהולך ונבנה, ובמקרים מסוימים לעדכן את ההסדרים המשפטיים כפועל יוצא של התנסות זו. מבחינה משפטית, המאמר מראה כי מעמדם של חוקי היסוד טרם קבלת חוקי-יסוד: החקיקה (ועד לפרשת בנק המזרחי) לא היה כשל חקיקה רגילה ואף לא כשל חקיקה על-חוקית, אלא מעמד ביניים, של נורמות חוקתיות "שברוך". הבנה זו מאפשרת להבין טוב יותר את הקשיים שבהנמקת השופטים השונים בפרשת בנק המזרחי ולהתייחס לדרך שבה בחר בית המשפט שלא ללכת. כן מאפשרת מסגרת מושגית זו לנתח את המשמעות של העלאת כלל חוקי היסוד למדרגה על-חוקית, אשר מחד היא קפיצת מדרגה על בסיס שאינו נקי מספקות משפטיים – כפי שהראתה בזמן אמת פרופ' גביון – ומאידך מאפשרת למערכות השונות להתנסות בביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית ללא פסקת התגברות. בין השאר מתייחס המאמר להשלכות מהלך זה על המשפט הציבורי ברובד התת-סטטוטרי וכן על סוגיות השימוש לרעה בסמכות המכוננת והתיקון החוקתי הלא-חוקתי.

**מבוא. א. פרשת בנק המזרחי: ניתוח משפטי.** 1. גישות השופטים ומגבלותיהן. 2. פרשת בנק המזרחי: דרך המלך שנתרה מיותמת. 3. מאחורי הקלעים ובין השורות של פסק הדין:

\* פרופסור, ראש המוקד לחקר שלטון החוק, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. מאמר זה הוצג לראשונה בכנס "20 שנה למהפכה החוקתית" שאורגן בשיתוף פעולה של המוקד לשלטון החוק עם כתב העת **משפט וממשל** בשנת 2016, ומאז זכה למשוב בפורומים רבים (האחרון שבהם – הסדנה למשפט ציבורי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, בהנחיית ד"ר אורי אהרונסון). תודתי נתונה לעוזרי מחקר רבים ויסודיים במהלך השנים, אשר השקעתם אפשרה לפרויקט שאפתני זה לקרום עור וגידים. לאחרונה שבהם, הודיה נמני, תודה מיוחדת. תודה גם למערכת כתב העת **משפטים** ולקוראים החיצוניים, אשר תרמו רבות לחידוד הטיעונים, לדיוקם ולהבהרתם. מטבע הדברים, התייחסות להערות הרבות הובילה להרחבה ולהעמקה, וכפועל יוצא של אלה – אורכו הרב של מאמר זה; על כך התנצלותי לפני הקוראת. האחריות לכל הטעויות כמובן עליי. עם הירידה לדפוס קמה בישראל ממשלה שהחלה לפעול לשינויים מרחיקי לכת במבנה החוקתי בישראל; האמור במאמר זה נכון לכהונתה של הכנסת ה-24, ואינו מתייחס כלל לאירועים שבאו לאחר מכן.

ניסיון להבנת המהלך השיפוטי. ב. חוקי היסוד ותהליך יצירת החוקה בישראל: "חוקה בהרצה". 1. "חוקה בהרצה" – קווים לדמותה. 2. מעמדם של חוקי היסוד לפי מודל ה"חוקה בהרצה" (טרם פרשת בנק המזרחי). 3. "חוקה בהרצה" – פרשנות בזמן: קווי המתאר של התהליך בישראל. 4. היחס האפשרי בין בנק המזרחי ובין האטת קצב חקיקת חוקי היסוד (או הסטת תשומת הלב החוקתית). 5. בחזרה למהפכה – השפעת תיקון חוקי היסוד בשנת 1994. ג. "חוקה בהרצה" – ביקורת שיפוטית בעקבות פרשת בנק המזרחי. 1. תגובת הכנסת (ותגובת בית המשפט). 2. "חוקה בהרצה" – השלכות לא מתוכננות על המשפט ה"מנהלי". 3. "קפיצת המדרגה" בבנק המזרחי – ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (תיקון חוקתי לא-חוקתי). 4. "קפיצת המדרגה" בבנק המזרחי – ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (שימוש לרעה בסמכות מכוננת). 5. "קפיצת המדרגה" בבנק המזרחי – המשך פיתוח שיפוטי של חוק-יסוד: החקיקה. ד. סיכום: הדרך שלא נבחרה.

## מבוא

מקובל לראות בפסק הדין בפרשת בנק המזרחי כמגלם את המהפכה החוקתית בישראל (אף שכידוע פסק דין זה לא ניתן בחלל ריק<sup>1</sup>; קדמו לו חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992, וכפי שיצוין בהמשך פסקי דין ספורים וכמה פרסומים אקדמיים). יותר מעשרים וחמש שנה חלפו מאז ניתן פסק הדין. חלוף הזמן מאפשר לבחון בריחוק המתבקש את הנמקות השופטים בפרשה בחינה מקיפה ולנתח את הגישות השונות לשאלת מעמדם של חוקי היסוד, את סמכותה החוקתית של הכנסת ואת סמכותו של בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. סוגיה זו העסיקה רבות את פרופ' גביון בזמן אמת. רשימה זו תנתח את המחלוקות בין השופטים ואת משמעותן, וכן תציב גישה חלופית שלא זכתה להתייחסות על ידי בית המשפט. גישה זו ככל הנראה מתיישבת טוב יותר עם הפרויקט החוקתי הישראלי, ובכלל זה חוקי היסוד משנת 1992.

באופן ספציפי, רשימה זו תטען שהדרך הטובה ביותר להבין את פועלה של הכנסת למן החלטת הררי היא באמצעות רעיון ה"חוקה בהרצה". לפיו, כל עוד לא אוגדו חוקי היסוד לחוקה, ולכל הפחות כל עוד לא התקבל חוק-יסוד: החקיקה, חקיקת חוקי היסוד משקפת תהליך הדרגתי שבו נורמות בעלות פוטנציאל חוקתי מאומצות אחת-אחת אגב בחינת התמודדותן של מערכות חברתיות שונות, ובראשן הפוליטיקה והמשפט, עם הפיתוח בעל הפוטנציאל החוקתי. כך, טרם אימוצה של חוקה מקיפה ונוקשה מפותחים מרכיבים של חוקה שבדרך ואלו נבחנים בתנאים שבהם קל יותר לתקנם, מבלי שבהכרח מהווים הם חלק ממבנה שלם או משתלבים בתאוריה מקיפה אשר היו בנמצא בעת שפרק כזה או אחר נכתב. הרשימה תטען כי בשל הדרך שבה בחר בית המשפט להלך בפרשת בנק המזרחי השתנה מסלול הפיתוח החוקתי – בית המשפט לא רק העמיד את הפרק שחוקקה הכנסת כחלק מהמבנה שבהרצה, כמתבקש מפרויקט חקיקת חוקי היסוד שהתקבלו אז, אלא העמיד את

1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 288–289 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי). כידוע, רבות נכתב על סוגיה זו, אך דווקא משום כך חשוב לסקור בקצרה את ליבת הניתוח של דעות השופטים כנקודת מוצא הכרחית להבנת הבסיס לשינוי המשטרי שנבע מפסק הדין, להצגת החלופה שלא אומצה בבית המשפט, ועל בסיס אלו – להבנת מהותו של התהליך החוקתי בישראל, שבו תתמקד רשימה זו.

חוקי היסוד כולם במדרגה החוקתית. אומנם קפיצת מדרגה זו מאפשרת למערכות השונות ולמוסדותיהן – ובראשן הכנסת – להתנסות בפעילות במסגרת חוקתית מגובשת יותר, אך בלי שמרכיבי המבנה החוקתי כוילו לשלב "הרצה" זה, ובלי שהמערכת הפוליטית נתנה דעתה על השלכותיה של קפיצת מדרגה זו. אפשר שלו היה בית המשפט ממשיך בדרך שהותוותה מאז קום המדינה, ובפרשת **בנק המזרחי** היה פועל על פי הגישה החלופית, היה פיתוח ההלכות החוקתיות מאפשר לכנסת להתנסות בפעילות לפי הלכות אלו באופן שמותאם לשלב ההרצה, ומבלי שעל כתפי בית המשפט ירבוץ משקלה של קפיצת המדרגה. לכך חשיבות מיוחדת בבואו של בית המשפט להתמודד עם סוגיות שטרם הוכרעו בפרשת **בנק המזרחי**, למשל באשר לשימוש לרעה בסמכות המכוננת, וכן בבואה של הכנסת לחוקק את חוק-יסוד: החקיקה, כל עוד לא הושלמו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם.

**פרק א** של רשימה זו יכלול שלושה תתי-פרקים: ראשית אנתח את עמדותיהם של שופטי ההרכב, ועל סמך הספרות הקיימת אראה כי כל אחת מהגישות כוללת מתח פנימי. אטען כי אומנם שילובן מסיר עמימות באשר למעמדם של חוקי היסוד, אך מייצר עמימות באשר לתשתית החוקתית התומכת במעמד זה. סקירה זו תשתמש בסיס הכרחי לסרטוט הדרך אשר נותרה מיוזמת – דרך שהייתה ממתנת מתחים פנימיים אלו. לדיון בדרך זו יוקדש תת-הפרק השני. תת-הפרק השלישי יתמקד בהשערות באשר לסיבות האפשריות אשר הובילו את בית המשפט שלא לילך בדרך שנדונה לעיל על אף התאמתה למבנה החוקתי הישראלי.

**פרק ב** ירחיב את העדשה ויציג את מודל החוקה בהרצה. תת-הפרק הראשון יוקדש להצגת המודל. תת-הפרק השני יעסוק במעמדם של חוקי היסוד על פי מודל זה. תת-הפרק השלישי ינתח את אבני הדרך העיקריות בהרצת מרכיבי החוקה בישראל. תת-הפרק הרביעי ימקם את פרשת **בנק המזרחי** במסגרת המודל, ותת-הפרק החמישי ישלים את התמונה באמצעות דיון בהשפעת תיקון חוקי היסוד בשנת 1994. מודל זה הוא חידוש לא רק באשר לתהליך הישראלי אלא גם באשר לתהליך יצירתן של חוקות בכלל.

**פרק ג** של המאמר יתמקד בביקורת שיפוטית לאחר הטרונספורמציה שגלומה **בבנק המזרחי**, כפי שהיא ניתנת להבנה במסגרת מודל ה"חוקה בהרצה". אדון ראשית בתגובת הכנסת (ובתגובת בית המשפט לה), אמשיך בסוגיית הביקורת השיפוטית על המשפט המנהלי, בעקבות פרשת **בנק המזרחי**, ומכאן אפנה לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד במסגרת דוקטרינת התיקון החוקתי שאיננו חוקתי ובמסגרת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת. חלק זה יסתיים בעיסוק באופן שבו בית המשפט ממשיך להתמודד עם רכיבים של חוק-יסוד: החקיקה במסגרת ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה.

## א. פרשת **בנק המזרחי**: ניתוח משפטי

### 1. גישות השופטים ומגבלותיהן

פרשת **בנק המזרחי** נידונה בפני הרכב של תשעה שופטי בית המשפט העליון.<sup>2</sup> פרק זה יציג סקירה מתומצתת של הגישות השונות אשר הובעו בפרשה באשר למעמדם של חוקי היסוד. כן יוצגו הקשיים המלווים את הנמקות השופטים.

2 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1.

בבסיס גישתו של הנשיא לשעבר שמגר<sup>3</sup> ניצבת הקביעה כי הכנסת היא "כל יכולה" מבחינה משפטית. מכאן שמוסמכת היא לכבול את עצמה באמצעות חוקה. לשיטת הנשיא שמגר, כך אכן עשתה כאשר חוקקה את חוקי היסוד בשנת 1992.<sup>4</sup> הנשיא שמגר דוחה בפסק דינו את תאוריית "שני הכובעים", לפיה לכנסת סוגי סמכות שונים.<sup>5</sup> לשיטתו, לכנסת אך סמכות אחת – סמכות החקיקה, הכוללת את הסמכות לקבוע את המדרג הפנימי של דברי החקיקה השונים.

גישה זו מעלה את הקושי הברור, עליו עמד השופט חשין: הכיצד ייתכן שגוף כל-יכול מגביל את עצמו?<sup>6</sup> לקושי אנליטי זה מצטרף קושי ערכי: מה יקרה אם הכנסת, בהיותה כל יכולה, תאיין עקרון יסוד דמוקרטי, למשל על ידי ביטול הבחירות?<sup>7</sup> לשיטתו של השופט חשין, בכך תחרוג הכנסת מסמכותה, שכן תפעל בניגוד לעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית.<sup>8</sup> כן לא ברור אם כוחה של הכנסת להגביל את כוחה החקיקתי באמצעות חוקה

3 ב-13.8.1995 עם יציאתו של הנשיא שמגר לגמלאות, מונה השופט ברק לתפקיד נשיא בית המשפט העליון. פסק הדין, שפורסם ב-9.11.1995, ניתן סמוך לתום תקופת שלושת החודשים שבהם שופט פורש רשאי לפרסם פסקי דין שעל שולחנו. מבחינה פורמלית אפוא פרסם השופט שמגר את פסק דינו כ"נשיא לשעבר". עם זאת מאמר זה יאמץ את הנוהג לכנות את הנשיא הפורש "נשיא".

4 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 294–295 (הנשיא שמגר). הנמקתו נשענת על אנלוגיה: כפי שחקיקת משנה של הכנסת כפופה לחקיקתה הראשית, כך יכולה חקיקה ראשית של הכנסת להיות כפופה לחקיקה עליונה של הכנסת, דהיינו: לחוקה. הכול משום שכך קבעה הכנסת, אם באמצעות השימוש בביטוי "חוק יסוד" ואם משום שאימצה אל תוך חוקי היסוד, שהתקבלו ב-1992, פסקת הגבלה (שם), בעמ' 267–285).

5 שם, בעמ' 287 ("מבין שתי התורות העיקריות הנ"ל – התורה בדבר סמכותה הבלתי מוגבלת של הכנסת תורך הרשות מכוונת – הנני מעדיף באופן חד וחלק את הראשונה, היינו את התורה בדבר סמכותה הבלתי מוגבלת של הכנסת. יש בה, לטעמי, משום ביטוי מדויק יותר להיסטוריה החקיקתית, לתפיסות המשפטיות המקובלות והמוכרות ולפסיקתו של בית משפט זה בעבר"). עם זאת, הנשיא לשעבר שמגר מציין שמכיוון שההכרעה בין התאוריות לא נדרשת, ניתן להשאיר בצריך עיון (שם, בעמ' 288א). ראו גם אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי: פרשנות חוקתית 43 (1994); מאיר שמגר "על סמכויות הכנסת בתחום החוקתי" **משפטים** כו 3, 12–14 (1995).

6 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 528 (השופט חשין).

7 השופט חשין מעלה קושי זה. ראו שם, בעמ' 544–546. גם יואב דותן מעלה כמה שאלות עקרוניות בנושא הקושי הערכי. ראו יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח 149, 183–185 (1997) (להלן: דותן "הדיאלוג הקונסטיטוציוני").

8 ראו שם, בעמ' 174–176; פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 544–546. השופט בך מתייחס לסוגיה באומרו שיש פעולות שהנחת המוצא בעניינן צריכה להיות שהן פשוט לא תקרינה (שם, בעמ' 583), אולם לא ברור אם אומנם הנחה זו תופסת בחברות משוסעות ערכית. מכל מקום, לא ברור מדוע גישתו זו של השופט בך, שלפיה מוטב להותיר שאלות קצה בלי פתרון משפטי חד בהנחה כי מערכות אחרות (כגון הפוליטיקה או המוסר) תפעלנה כוחן כדי שאכן תיוותרנה כשאלות תאורטיות, אינה משליכה גם על האופן שבו היה ראוי להתקדם בפרשת **בנק המזרחי** עצמה (שם). לפי גישה זו, לבית המשפט תפקיד חשוב במרחב החברתי שאינו בקיצון, לפחות כל עוד נשען הוא על בסיס איתן. השור, Yaniv Roznai *Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy*, 29 WM. & MARY BILL RTS. J. 327 (2021).

כולל גם את הכוח להשתחרר ממגבלה זו, למשל באמצעות ביטול החוקה מעתה והלאה.<sup>9</sup> נניח שהכנסת תחליט כאמור ותחוקק חוק יסוד לביטול חוקי היסוד וכל נורמה חוקתית אחרת, כתובה או שאינה כתובה: האם אז נאמר שישראל נעדרת חוקה? האם תיתכן שיטת משפט ללא חוקה כלל, ובכלל זה ללא קונוונציות חוקתיות מחייבות?

הנשיא ברק קבע אף הוא כי הכנסת מוסמכת לכוונן חוקה, אך משום שלכנסת סמכות מכווננת השמורה עימה מאז הבחירות לאספה המכווננת וחוקי המעבר שבאו עם פיזור. לשיטתו, סמכות זו הופעלה בקבלת חוקי היסוד בשנת 1992, ועם הפעלתה "עלה" מעמדם של חוקי היסוד כולם.<sup>10</sup> גישתו מעלה גם היא קושי. אף אם נאמר כי שרשרת הסמכות המכווננת לא ניתקה וכי האספה המכווננת הייתה מוסמכת להעביר סמכותה לגוף המחוקק לדורותיו,<sup>11</sup> הרי שמבחינה פוזיטיבית סירב בית המשפט מאז שהופיע רעיון חוקי היסוד במקומותינו לקבוע כי הם בעלי מעמד נורמטיבי עליון.<sup>12</sup> בית המשפט אף קבע במפורש כי הביטוי "חוק יסוד" כשלעצמו הוא עניין שבסמנטיקה בלבד.<sup>13</sup> מומחי המשפט הציבורי בדור הקודם, הפרופ' קלינגהופר והפרופ' אקצין, הצביעו על כך שאולי רצוי שחוקי היסוד יזכו למעמד עליון, אך אין זה המצב המצוי.<sup>14</sup> בבואה לחוקק את חוקי היסוד בשנת 1992 ראתה הכנסת לנגד עיניה מציאות נורמטיבית זו, כפי שפירשה בית המשפט. עמדתו של הנשיא ברק אינה מבססת תשובה מספקת לשאלה בדבר הבסיס המשפטי לקביעה כי הינה שונה מעמדם של חוקי היסוד והם הפכו עליונים, והדבר אף אינו עולה מדברי הכנסת.<sup>15</sup> אין אינדיקציה שכך פעלה הכנסת אף לפי גישה פרשנית "אובייקטיבית", שאינה מייחסת משקל לכוונה הסובייקטיבית של יוצר הטקסט.<sup>16</sup> אין יסוד איתן דיו לבסס שינוי משטרי במעמד חוקי יסוד ישנים על בסיס חקיקת חוקי יסוד חדשים כל עוד אין התייחסות לכך בלשון חוקי היסוד החדשים, או למצער כל עוד אין הכרח שזו תהיה המסקנה המתבקשת מהגיונם של חוקי היסוד החדשים. בהיעדר חוק-יסוד: החקיקה, אין זה מתבקש שחוקי היסוד החדשים

- 9 קושי זה באשר לאי-היכולת של הכנסת להשתחרר מכבלי החוקה זוכה להתייחסות גם במאמרו של קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכווננת בראי בית-המשפט העליון" **משפטים** כח 341, 347 (1997) (להלן: קליין "הסמכות המכווננת").
- 10 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 406–407 (הנשיא ברק).
- 11 הנחה זו אינה פשוטה בכל האמור בסמכות חוקתית ראשונית, אשר מופקדת אצל האספה המכווננת ואינה ניתנת להעברה לגוף שקם כפועל יוצא של שימוש בסמכות ראשונית זו. אף הנשיא ברק מודה כי לו הייתה מתעוררת ישירות מייד בכנסת השנייה, נראה כי היה מתקשה לאשר את הרציפות. ראו שם, בעמ' 366–369.
- 12 שם, בעמ' 513–514 (השופט חשין).
- 13 בג"ץ 60/77 **רסלר נ' יושב ראש ועדת הבחירות**, פ"ד לא(2) 560, 556 (1977).
- 14 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 512–513 (השופט חשין).
- 15 גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" **משפטים** לו 349, 400–401 (2007) (להלן: ספיר "שלושה מודלים").
- 16 להבחנה בין הגישה הסובייקטיבית לגישה האובייקטיבית בפרשנות ראו אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 165–226 (2003) (להלן: ברק **פרשנות תכליתית**).

אכן העלו, כמעט אגב אורחא, את מעמדם של חוקי היסוד הישנים כולם;<sup>17</sup> לא כל שכן אם מהעלאה זו נובע שחוקי היסוד נעדרי השריון המהותי הפכו לחוקי יסוד שלא ניתן לפגוע בהם.<sup>18</sup> מכאן נוצר מתח בין שיטת ההנמקה של הנשיא ברק, אשר במרכזה איתור המהלך הפרשני המשקף בצורה האופטימלית את ההיסטוריה המשפטית של ישראל, ובין המסקנה שאליה הגיע, ולפיה חוקי היסוד עליונים כולם. אין תמה אפוא שהיו חברי כנסת שהופתעו לשמוע שהם חוללו מהפכה חוקתית באשר למעמדם של חוקי היסוד, בלי ששמו לב.<sup>19</sup> לעומתם, כפר השופט חשין בסמכותה של הכנסת לחוקק חוקה ללא הליך הסמכה מיוחד מאזרחי המדינה. לטענתו, סמכות הכינון שבה אל העם עם התפזרות האספה המכוננת. לפיכך אליבא דשופט חשין חוקי היסוד אינם "עליונים" על חקיקה ראשית אחרת.<sup>20</sup> לשיטתו, משמעותה של פסקת ההגבלה היא שחקיקה הסותרת חוק שבו מצויה פסקת הגבלה אינה תקפה אלא אם תאמר הכנסת במפורש אחרת, ללא צורך בהכרח ברוב מיוחד או בשימוש בחוק יסוד דווקא.<sup>21</sup> גם עמדתו של השופט חשין קשה, הן בשל קושי אנליטי והן בשל מספר בעיות מהותיות. אשר לקושי האנליטי, ביקורתו של השופט חשין באשר לגישתו של הנשיא שמגר מצויה במתח עם ביקורתו כלפי גישתו של הנשיא ברק. לשיטתו של השופט חשין עקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית – עקרונות "טבעיים" –

17 השוו יהושע שגב "ההיית או חלמתי חלום": השופט חשין על סמכותה המכוננת של הכנסת "מאזני משפט" ו 461 (2007); משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" **משפט וממשל** ג 697, 702 (1996) (להלן: לנדוי "מתן חוקה לישראל").

18 כידוע, לצד הקביעה המשטרית כי חוקי היסוד הישנים והלא-משוריינים עליונים על חקיקה רגילה, השאיר הנשיא ברק בפרשת **בנק המזרחי** את פועלה האופרטיבי של המהפכה בנוגע לחוקי יסוד אלו בצריך עיון. מבחינה לוגית, משחוקי היסוד עליונים, ובהיעדרה של פסקת הגבלה, אין חוק רגיל יכול לסטות מהסדרים המנויים בס. אלא שמסקנה זו משנה את הדוקטרינה המשפטית שינוי דרסטי, שכן עד כה, כאמור, בהיעדר שריון כלשהו בית המשפט ראה בכנסת כמוסמכת לסטות בחוק רגיל, בין במפורש ובין במשתמע, מכל הסדר המנוי בחוק יסוד ישן שאינו משורייני. שלוש אפשרויות נוספות באות בחשבון: הראשונה, שיש לפרש את חוקי היסוד הישנים כמתירים היתר גורף לחוק לפגוע בהסדרים המנויים בהם (אך לא לשנותם, קרי לא לסטות מהם סטייה חריפה ומקיפה). כל שעל הכנסת לעשות הוא להתייחס במפורש לסטייה כאמור, למשל באמצעות הביטוי "על אף האמור", ואפשר שאף התייחסות כזו אינה נדרשת כלל; האפשרות השנייה היא לקרוא לחוקי היסוד כולם פסקת הגבלה שיפוטית (ובכלל זה מותרת פגיעה ברכיבים משטריים). האפשרות השלישית היא לתור אחר פרשנות ייחודית לכל חוק יסוד בפני עצמו, שמא קיימת פסקת הגבלה הייחודית לו. בלי להיכנס להערכת כל האפשרויות הללו, רשימה זו טוענת שהמקום המתאים לעסוק בכך הוא מסגרת חוק-יסוד: החקיקה, וכי המשך פיתוח הדוקטרינה כאן נובע מהעובדה שבית המשפט הוא שקבע שחוקי יסוד שאינם משוריינים הם עליונים מבלי שהכנסת נתנה לכך דעתה. כאמור, הנשיא ברק היה מודע לקושי, ולכן השאיר את פתרון הסוגיה בצריך עיון. ראו פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 409–410.

19 ד"כ 17.3.1992, 3781. פשיטא, שלולא חקיקת חוקי היסוד ב-1992 לא הייתה מתחוללת המהפכה. ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א 57–60 (2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה **המשפט החוקתי**). אלא שכאמור לא ברור שחקיקה זו השפיעה על מעמדם של חוקי היסוד שנחקקו עובר ל-1992.

20 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 482–489 (השופט חשין).

21 שם, בעמ' 554–561. לימים ראו גם דניאל פרידמן "היש לישראל חוקה ומי כותב אותה?" **משפט ונסיקים** יד 117 (2012). כן ראו הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ג 91.

הם שמגבילים את כוחה של הכנסת ולא בהכרח אספה מכוונת כזו או אחרת.<sup>22</sup> לפיכך ביקורתו כלפי הנשיא שמגר היא מטריאלית: היתר לכנסת לכבול עצמה באמצעות דרישת רוב מיוחד העולה על רוב חברי הכנסת, משמעה כבילה בין-דורית: קול של חבר כנסת בדור קודם הופך לשווה יותר מקול של חבר כנסת בדור מאוחר, שכן רוב של 61 חברי כנסת מאוחרת אינו מספיק כדי לשנות הוראה שהתקבלה על ידי רוב חברי כנסת מוקדמת.<sup>23</sup> בכך יש פגיעה בעקרון יסוד דמוקרטי "טבעי" – שלטון האזרחים בעצמם.<sup>24</sup> לפי גישה זו, הכנסת יונקת סמכותה בסופו של דבר מעקרונות הדמוקרטיה (ובכלל זה העיקרון לפיו הכרעות האזרחים, באמצעות נציגיהם, מחייבות, בהיעדר הפרת זכויות טבעיות או עקרונות מבניים).<sup>25</sup> אלא שבין עמדה זו לביקורתו על הנשיא ברק קיים מתח. השופט חשין, בניגוד לגישתו של הנשיא ברק, הגיע למסקנה ששרשרת ההסמכה ניתקה, ולפיכך אין הכנסת מוסמכת לקבל חוקה.<sup>26</sup> הצדקה זו איננה הצדקה הנשענת על עיקרון טבעי כלשהו אלא על בסיס פוזיטיביסטי. הכנסת הראשונה נבחרה כידוע כאספה מכוונת, על בסיס פוזיטיבי המפורט בהכרזת העצמאות (ובחיקוק של גופים הפועלים מכוחה), אשר קבעו שתהיה זו הכנסת הראשונה דווקא אשר תהא מוסמכת לכונן חוקה. זהו גם הבסיס לקביעה כי שרשרת ההסמכה ניתקה, וכי ניתוק שכזה בעייתי מבחינה משפטית, שכן בהיעדר הסמכה פוזיטיבית אין הגוף שהוסמך לחוקק חוקה מוסמך להעביר סמכות זו לגוף אחר. אך כאמור, לפי ביקורתו של השופט חשין על גישת הנשיא שמגר, מקור כוחה של החוקה איננו פוזיטיבי כי אם "טבעי", ואף האספה המכוונת עצמה, כך נראה, כפופה לעקרונות אלו.<sup>27</sup> אם כך, הרי שאין הכרח לפרש את עקרונותיה ה"טבעיים" של הדמוקרטיה כך שרק הכנסת הראשונה מוסמכת לחוקק חוקה, והדבר תלוי בתפיסה מושגית באשר לסמכות מכוונת ראשונית וסמכות מכוונת נגזרת ויישומה של תפיסה זו בישראל לאחר שהכנסת הראשונה לא חוקקה חוקה שלמה.<sup>28</sup> אם אכן מוקד הדיון הוא בעקרונות "טבעיים", הרי שמבחינת עקרונות אלו אין הכרח שהמנדט שקיבלה האסיפה המכוונת מהעם יהיה שונה מהמנדט שמקבלת כל כנסת אחריה בשל בחירתה על ידי העם, כפי שמורנו המודל הבריטי. לפיכך דווקא עמדתו של הנשיא ברק, המאפשרת "הסמכה מתגלגלת", אפשרית ואולי אף מתבקשת מבחינה "טבעית". מכאן שמבחינה אנליטית השופט חשין אינו יכול להחזיק בשתי הביקורות גם יחד.<sup>29</sup>

- 22 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 544–546 (השופט חשין).
- 23 רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 43 (1997) (להלן: גביון "נבואה המגשימה את עצמה"). לדיון בנושא ברוח הפרשנות האוריינליסטית ראו ספיר "שלושה מודלים", לעיל ה"ש 15, בעמ' 367.
- 24 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 523–525 (השופט חשין).
- 25 שם, בעמ' 543–546.
- 26 שם, בעמ' 482–489.
- 27 שם, בעמ' 523–525.
- 28 YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENT: THE LIMITS OF AMENDMENT POWER 113–120 (2017) (להלן: ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL).
- 29 ראו קליין "הסמכות המכוונת", לעיל ה"ש 9, בעמ' 347 (המתאר את הסתירה הפנימית בגישתו של חשין).



מלבד הקושי האנליטי, גישתו של השופט חשין מעלה כמה בעיות מהותיות:<sup>30</sup> ראשית, כידוע חוקות רבות בעולם, ובכללן טיטוט החוקה שעמדו לפני האספה המכוננת, כוללות מנגנון שריון המגביל את הכוח לשנות את החוקה בעתיד.<sup>31</sup> האם לשיטתו של חשין שריון של חוקות ברוב העולה על 51% פסול ואין ליתן לו תוקף? כך, לו הכנסת הראשונה – האספה המכוננת אשר הייתה מוסמכת לשיטתו של חשין לכונן חוקה – הייתה משריינת סעיפים מסוימים ברוב, ואף ברוב גדול (או ברוב מוחלט, כפי שנעשה בגרמניה), האם היה רואה בכך טעם לפגם באשר לעקרונות הטבעיים של הדמוקרטיה?

שנית, לפי גישת עקרונות היסוד הטבעיים שבה דוגל השופט חשין, גם בהיעדר בסיס פוזיטיביסטי מוסמך בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית נגד חקיקה שמפירה נורמות בסיסיות.<sup>32</sup> מלבד התהייה העולה באשר לדרכים האופרטיביות לשמירה על איזון ראוי בין שלוש הרשויות לפי גישה זו, עולה גם השאלה הטכנית באשר למעמדם של חוקי יסוד המגלמים את עקרונות היסוד ה"טבעיים" ויוצקים בהם תוכן קונקרטי: האין לומר שהם לפחות עליונים נורמטיבית? האם רק משום שהועלו על הכתב ועברו תהליך זיכוכ בכור ההיתוך הפוזיטיביסטי כדי לצקת בהם תוכן אופרטיבי מאבדים עקרונות היסוד הללו ממעמדם? לפחות לכאורה, גם לכנסת אמור להיות כוח לעצב עקרונות יסוד אלו.<sup>33</sup> לכך מצטרפת התהייה הכללית הכרוכה בדיון בעקרונות יסוד טבעיים, אשר עולה בנוגע לסמכותו של גוף מכוון לכונן חוקה הסותרת עקרונות אלו (או בהליך המצוי במתח עם עקרונות אלו – תהייה המוכרת כתהייה באשר למקטע חוקתי שאינו חוקתי).<sup>34</sup>

ולבסוף, עמדתו של השופט חשין מעוררת קושי בכל הנוגע למיקומה של הסמכות המכוננת. השופט חשין אינו טוען נגד עצם רעיון הסמכות המכוננת אלא רק שחזרה היא אל העם משלא חוקקה האספה הראשונה חוקה.<sup>35</sup> אולם עמדה זו בעייתית, שכן לפי העיקרון

30 אם אנו רואים בה עמדה עקרונית, הנשענת על מבנה כללי של תאוריה דמוקרטית, ולא רק עמדה שנובעת ממסקנתו של חשין כי הכנסת השנייה והלאה נעדרות סמכות לכונן חוקה.

31 עם המדינות שבהן החוקה כוללת מנגנון שריון כאמור נמנות ארצות הברית, קנדה, צרפת, גרמניה, רוסיה, בלגיה, אוסטריה, הולנד ושווייץ.

32 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 565 (השופט חשין). בכך חשין לא רק מאמץ את גישתו של השופט ברק בפרשת **לאו"ר** (בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד מד(3) 529 (1990)) אלא אף מקדם אותה צעד קדימה.

33 ראו Michael Mandel, *A Brief History of the New Constitutionalism, or "How We Changed Everything so that Everything would Remain the Same"*, 32 *ISR. L. REV.* 250, 250–253 (1999); MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* 153 (1998).

34 תהייה זו משיקה לדיון ב"תיקון החוקתי שאינו חוקתי", אך אינה זהה לו, שכן היא משתרעת גם על מצב שבו החוקה המקורית, זו שמקימה את היחידה הפוליטית, כוללת מתח עם עיקרון דמוקרטי כזה או אחר. השוּוּ Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Migration and Success of a Constitutional Idea*, 61 *AM. J. COMPAR. L.* 657 (2013); Yaniv Roznai, *The Theory and Practice of "Supra-Constitutional" Limits on Constitutional Amendments*, 62 *INT'L & COMPAR. L. Q.* 557 (2013). כן ראו לאחרונה בספרו ROZNAI, *UNCONSTITUTIONAL*, לעיל ה"ש 28. ראו גם את הדיון בבג"ץ 4908/10 **בר און נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד סד(3) 275 (2011), וכן בבג"ץ 10042/16 **קונוניסקי נ' כנסת ישראל** (נבו 6.8.2017). לדיון בסוגיות "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" בישראל שלאחר פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, ראו בפרק ג.3 להלן.

35 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 482–489 (השופט חשין).



הקלזיאני תמיד קיים מוסד בעל סמכות מכוונת, ולו סמכות מכוונת נגזרת (או שניונית).<sup>36</sup> עמדה זו של השופט חשין אינה מתיישבת עם מודל חוקתי מוכר, משום שאפילו לפי מודלים שאינם קלזיאניים – דוגמת המודל הדיסיאני – תמיד קיים אורגן משפטי אשר לו סמכות ריבונית שירית.<sup>37</sup>

שאר השופטים נמנעו מלהציג תאוריות עצמאיות בדבר סמכותה המכוונת של הכנסת. השופט זמיר סבר שהמהפכה החוקתית אירעה זה מכבר, בפרשת **ברגמן**,<sup>38</sup> שם היטיב בית המשפט לעשות כשנמנע מלעסוק בשאלות התאורטיות שבבסיס סמכותה של הכנסת לכבול עצמה, סמכותו של בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית או מעמדם של חוקי היסוד, אלא אך קבע לגופו של עניין כי חוק הסותר חוק יסוד משוריין נדרש לעמוד בדרישות חוק היסוד.<sup>39</sup> לשיטתו של השופט זמיר, אך טבעי שכפי שבית המשפט העניק תוקף לשריון

36 במקרה של ישראל, מכיוון שטרם נעשה שימוש ממצה בסמכות המכוונת הראשית – טרם חוקקה חוקה – כיצד עלינו להבין את הסמכות הנתונה לכנסת? האם היא נגזרת, או משנית בלבד, או שמא כוללת מרכיבים ראשוניים? פשיטא, שהסמכות הראשונית מוצתה בכל הקשור לעצם הקמת המדינה, ואפשר שגם באשר למרכיבי יסוד המצויים בהכרזת העצמאות. אך הכרזת העצמאות אינה ממצה, ורב החסר בה. מכאן שלכנסת סמכות ייחודית – בעלת מאפיינים של סמכות ראשית, אך בעוצמה, או ברמה, נמוכה מזו של הסמכות הראשית המקורית אשר מתגבשת ומתממשת עם הקמת מדינה וקביעת הסדר הבסיס שלה. במילים אחרות: הכרחי שלכנסת תהיה סמכות פרוטו ראשונית, כגון קביעת הכללים להפעלת הסמכות, שאם לא כן, נגיע למסקנה, לפי שיטתו של חשין, שרק העם בעצמו (ולא על ידי נציגיו) מוסמך לקבוע את הכללים שלפיהם יקבע העם את תוכן החוקה. אלא שמסקנה זו אינה מתיישבת עם עקרון היסוד בדמוקרטיה ייצוגית. קלוד קליין מציין כי סמכות מכוונת נגזרת, הנדרשת לשם תיקון החוקה, איננה נעלמת אלא בגמר כינון החוקה (קליין "הסמכות המכוונת", לעיל ה"ש 9, בעמ' 356–357). כמו כן לשיטתה של פרופ' גביון, סמכות מכוונת בצורתה הקרובה ביותר לכלל ההכרה קיימת בכל שיטת משפט, שאם לא כן אין זו שיטת משפט (גביון "נבואה המגשימה את עצמה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 124).

37 מבחינה מעשית, הטענה כי הסמכות המכוונת חזרה כולה אל העם משמעה כי למדינת ישראל לא תהיה חוקה פורמלית אלא אם תתרחש מהפכה חוקתית של ממש – דוגמת המהפכה שבבסיס הקמת המדינה ב-1948 – משום שאם הסמכות המכוונת חזרה אל העם, הכנסת נעדרת סמכות לקבוע פרוצדורה לאימוץ חוקה – ואפילו פרוצדורה הכוללת משאל עם או בחירות לאסיפה המכוונת – שכן הפעלת סמכות שכזו מניחה קיומה של סמכות מכוונת לכנסת לכל הפחות לעניין אימוץ כללי הפרוצדורה לקבלת חוקה. עובדה זו, כשלעצמה, אינה צריכה כמובן להשפיע על הניתוח: יש כאמור להפריד בין הרצוי למצוי (ויש שיאמרו שטוב הדבר שיש לישראל לא תהיה חוקה פורמלית עד אשר תתרחש מהפכה חוקתית שתזכה להכרה עממית ישירה). אלא שכאמור מבחינה פורמאלית, קשה לחשוב על מצב שבו הוקמה מדינה, והמפתחות לאימוץ חוקה, ובכלל זה לשינוי הכללים החוקתיים המטריאליים שלפיהם פועל השלטון, אינם נמצאים אצל אורגן כלשהו (ובכלל זה שילוב של אורגנים). דומה שאפילו חשין עצמו אינו ממשיך עם גישתו עד למסקנה ההגיונית הנגזרת ממנה, שכן לשיטתו, בכל זאת לכנסת לפחות כמה מאפיינים של סמכות מכוונת נגזרת.

38 בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969).

39 שם, בעמ' 699–700. כידוע, קביעתו של בית המשפט התאפשרה משום שהיועץ המשפטי לממשלה החליט שלא לטעון לפני בית המשפט לעניין סמכותו לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. כך נהג גם בפרשות אחרות, עד אשר בבג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד לז(3) 141, 147–148 (השופט ד' לוי) (1983) העיר בית המשפט ליועץ המשפטי שהיעדר טיעון יוביל לסגירת החלון שבו ניתן להעלות את הסוגיה.

הפורמלי (דרישת רוב), כך יכיר בפועלו של השריון המהותי (פסקת הגבלה).<sup>40</sup> אלא שהשופט זמיר אינו מיישם עמדתו זו, שכן בחר לצרף דעתו לדעתו של הנשיא ברק בכל האמור לתשתית העיונית ולהשלכות של פסק הדין בכל האמור לחוקי היסוד כולם, ללא קשר לשריון מהותי או פורמלי.<sup>41</sup>

השופט מצא<sup>42</sup> והשופט ד' לוי<sup>43</sup> אימצו אף הם את עמדתו של הנשיא ברק לעניין סמכותה המכוננת של הכנסת. לשיטתו של השופט לוי, מסקנה זו נגזרת ממגילת העצמאות, אשר אף שנעדרה (עד לאותה העת) תוקף משפטי המאפשר ביקורת שיפוטית חוקתית, יש לראות בה כמשקפת את מתווה הפעולה החוקתית בישראל. לשיטתו, עם קבלת חוקי היסוד בשנת 1992, נראה שמעמדה האמיתי כנורמת הבסיס נחשף. עם זאת האופן שבו חקיקת חוקי יסוד אלו עדכן את מעמדה של מגילת העצמאות אינו ברור לגמרי, ואף אינו עולה בקנה אחד עם עמדתו של הנשיא ברק בפסק הדין.<sup>44</sup>

השופט גולדברג מצא לנכון לא להכריע בין גישתו של הנשיא ברק לגישתו של הנשיא שמגר בכל הנוגע למקור סמכותה המכוננת של הכנסת. לשיטתו, חוקי היסוד שנחקקו בשנת 1992 עליונים משום שהם מגינים על זכויות יסוד, ועל בית המשפט להעדיף, מבחינה

40 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 468–470 (השופט זמיר).

41 שם, בפס' 4 ואילך לפסק דינו של השופט זמיר. יוזכר כי בקנדה, השיטה אשר שימשה מקור הראיה לפסקת ההגבלה (הסעיף הראשון לצ'רטר הקנדי, הקרוי "The Limitation Clause"), אין תלות בין פסקת ההגבלה למעמד הזכויות. ראו Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11 (U.K. הקנדי). פסקת ההגבלה שבסעיף 1 אינה חלה בהכרח על כלל הזכויות, שכן על פי הטקסט החוקתי ופסיקת בית המשפט, לזכויות מסוימות יש דרכי הגבלה ייחודיות להן. ראו Christopher D. Bredt & Adam M. Dodek, *The Increasing Irrelevance of Section 1 of the Charter*, 14 SUP. CT. L. REV. (2001) 175. מה גם שהן בצ'רטר הקנדי והן ב-British North American Act, שהוא המסמך החוקתי המרכזי שמסדיר את סדרי השלטון והמשפט בקנדה (the British North American Act, 1867), יש הסדרים שאינם כפופים לפסקת ההגבלה כלל, והם בלי ספק בעלי מעמד חוקתי. דרישת המידתיות המוכרת לנו פותחה בקנדה בפסיקה המפרשת את פסקת ההגבלה הקנדית בפרשת R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103 (Can.).

42 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 577 (השופט גולדברג).

43 שם, בעמ' 450–455 (השופט ד' לוי). גם לגישתו של פרופ' קרמניצר "קשה להניח שניתן למצוא בהיסטוריה של ישראל בסיס מכונן קונצנזואלי טוב יותר מהכרות העצמאות שלנו, ומתבקש להישען עליה". ראו מרדכי (מוטה) קרמניצר "על מושג המהפכה החוקתית של ג'קובסון ורוזנאי ובית המשפט העליון – מחשבות נוספות" **ICON-S-IL Blog** (18.11.2020) <https://tinyurl.com/462k9ndp> (להלן: קרמניצר "על מושג המהפכה החוקתית").

44 השוו לכתובתו המאוחרת יותר של ברק בדבר עליונותה של מגילת העצמאות (אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" **חוקים** יא 9 (2018) (להלן: ברק "מגילת העצמאות"), ולביקורתו של שמעון נטף (שמעון נטף "מועצת המדינה הנצחית? תשובה למאמרו של אהרן ברק 'מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת'" **חוקים** טז 219 (2022)). עם קבלת התיקון לחוקי היסוד בשנת 1994, אשר מפנה לעקרונות המנויים במגילת העצמאות, אפשר שהכנסת גילתה דעתה שעקרונות אלו הם חלק אופרכיבי מהנורמות החוקתיות בישראל, אם משום שאזכורם המפורש בחוק יסוד שדרג מעמדם, ואם משום שבאזכור זה הסירה הכנסת חסם חוקתי שמנע גישה לעקרונות אלו כבסיס לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית (אלא אפשר שימוש בהם לצורכי פרשנות חקיקה של הכנסת, ובכך היווה בסיס לביקורת שיפוטית על נורמות תת-חוקיות).

ערכית, גישה המעניקה מעמד רם לזכויות האדם.<sup>45</sup> לא ברור אם מגישה זו נגזרת בהכרח המסקנה כי חוקי היסוד כולם, גם אלו שאינם עוסקים בזכויות יסוד, הפכו עליונים לחקיקה רגילה, והשופט גולדברג מתייחס לכך בעקיפין בלבד.<sup>46</sup> השופט טל והשופט בך בחרו גם הם שלא להיכנס למחלוקת בנושא מקור הסמכות של הכנסת (אך הצטרפו למסקנה של הנשיא ברק באשר לכוחם המשפטי של חוקי היסוד).<sup>47</sup> היעדר הכרעה כאמור אפשרי, לו כך היה פועל בית המשפט כיחידה. אולם מששילבו הנשיא ברק והנשיא שמגר את סוגיית מקור הסמכות בפסק דינם, משזכתה מסקנתם בדבר עליונות חוקי היסוד לרוב, ומשברור שבפסק דין זה מייסד בית המשפט את הבסיס למבנה הפירמידה הנורמטיבית בישראל, הותרת הסוגיה ב"צריך עיון" נבלעת בכינון המסגרת לפיה מעתה והלאה חוקי היסוד עליונים כולם. משכך, לא ברור מתי ובאילו תנאים עיון זה יגיע, בלי שהמבנה שזה עתה הוקם – בין שנשען הוא על היותה של הכנסת כלי-יכולה ובין משום שהיא מכהנת גם כרשות מכווננת וגם כרשות מחוקקת – ייסדק.

יודגש שהקושי הטמון בגישתו של השופט חשין אינו מרפא את הקושי הטמון בגישתו של הנשיא שמגר או של הנשיא ברק. כל שלוש הגישות אינן מתיישבות כראוי עם מבנה שיטת המשפט בישראל כפי שהיה ערב חקיקת חוקי היסוד.<sup>48</sup> אם כן, רואים אנו שכל אחת מן הגישות בפסק הדין אשר כונן את המהפכה החוקתית אינה נקייה מקשיים. מכיוון שלפנינו שינוי משטרי אשר חלקו הלא מבוטל עוצב בפסיקה, ומכיוון שאף לא אחת מן הגישות השיפוטיות איתנה דייה לשאת את משקלו של שינוי זה, אין תמה שפסק הדין מעורר גם כיום הדי ביקורת.<sup>49</sup> אומנם רוב שופטי בית המשפט העליון הגיעו למסקנה

45 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 572 (השופט גולדברג).

46 שם, בעמ' 573: "השאלה בדבר מקור הנורמה ומעמדה היא בעניינינו שאלה עיונית, שאינה מחייבת הכרעה. לפיכך אומר רק זאת: מוכן אני לצאת מן ההנחה כי כל אחת מן הדעות שהובעו בנושא זה אינה לוקה בתשתיתה הרעיונית, ההיסטורית או הפרשנית. אולם היא הנותנת: דווקא משום שניתן לראות בכל דעה אופציה משפטית 'לגיטימית', ראוי הוא להעדיף את זו המאדירה את מעמדן של זכויות האדם, כשהעדפה כזאת מתחייבת מערכיותו של הנושא. **חידה, אף שהיא אפשרית, שיש בה להחליש את מעמדה של הנורמה, בהכרח ממעיטה ממעמדן של הזכויות עצמן, שעה שמגמה אשר צריכה להנחות אותנו היא הפוכה בתכלית**" (ההדגשות הוספו). מכך יכול להשתמע שהשופט גולדברג מבכר את המסקנה שחוקי היסוד עליונים, שאז גם זכויות האדם עליונות, ואין הוא מוסיף ופותח אפשרות שחוקי יסוד שאינם מגינים על זכויות אדם אינם עליונים. מנגד, בראשית פסק דינו מדגיש השופט גולדברג את ייחודו של חוק יסוד שעוסק בזכות אדם דווקא, שהוא אינו "חוק של חולין" אלא "נוגע לנשמת אפה של ההווה החברתית במדינה דמוקרטית" (שם, בעמ' 571). בסופו של דבר הצטרף השופט גולדברג לדעת חבריו "בדבר תוצאותיו של הדין" (שם, בעמ' 577).

47 שם, בעמ' 579–581 (השופט בך), 588 (השופט טל).

48 שם, בעמ' 571–573 (השופט ד' לוי).

49 הביקורת שבראשיתה התבטאה בכמה דיונים בכנסת נמשכה לאורך השנים. ראו למשל פרוטוקול ישיבה 299 של הכנסת ה-13, 16 (16.1.1995). <https://tinyurl.com/4ssuwss>. תגובתה של המערכת הפוליטית הגיעה כמה שנים מאוחר יותר, ראו להלן ה"ש 209. כך למשל יו"ר הכנסת בדימוס ראובן ריבלין: "המהפכה החוקתית אשר הוכרזה ע"י כבוד נשיא בית המשפט העליון לפני שנים אחדות הייתה בפועל, אולי מבלי משים, אולי ללא כוונה כזו להפיכה שלטונית המסכנת כיום לדעתי את יסודותיה המקודשים ביותר של הדמוקרטיה הישראלית". ראו "ריבלין: בג"ץ מוביל הפיכה שלטונית" **ערוץ 7** <https://bit.ly/3FFXtEU> (22.9.2003); רבקה וויל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקטני של

כי חוקי היסוד עליונים על חקיקה רגילה. בכך הוסרה עמימות שאפפה את חוקי היסוד למן פרשת **ברגמן**, אך ריבוי הקולות שהושמעו בפסק הדין באשר לתשתית הבסיסית שממנה נגזר מעמד של חוקי היסוד, מייצר עמימות יסודית לא פחות. ככל שפסקי דין נושאים על כתפיהם כינונו של מבנה חוקתי אשר אמור לנבוע ישירות מהנורמה הבסיסית של השיטה, היעדר ההסכמה – לא רק באשר לדוקטרינה זו או אחרת או לדרכי יישומה אלא גם באשר לתשתית המשפטית והעיונית של המבנה – פוגם בחוסנו המשפטי של המבנה שכוון זה-אז, לא משום עצם אי-ההסכמה – תדיר ששופטות ושופטים אינם מסכימים אלה עם אלה, וזו דרכה של יוריספרודנציה להתפתח – אלא משום שיישוב המחלוקת באשר לנורמה הבסיסית עצמה אינו ישים בכלים משפטיים בלבד. אם השופטים עצמם אינם מסכימים באשר לבסיס הביקורת השיפוטית, אין לצפות ממערכות אחרות להסכמה כאמור (אף שעליהן לקבל את ההלכה ככזו, על פי עקרון שלטון החוק). יודגש שהיעדר הסכמה אינו פוגע בתוקף המשפטי של ההלכה; הוא אף לא בהכרח ישפיע על אופני התפתחות הדוקטרינה (אם כי ייתכן שכך יהיה). ברם משום שביקורת חוקתית, בהגדרה, מערבת חיכוך בין מערכות שונות – לרבות המשפט, הפוליטיקה, הכלכלה והמוסר – ריבוי הגישות והיעדר צידוק "נקי" לכל אחת מהן אינם צפויים לסייע בהכלתו של חיכוך מובנה זה.

ניתן אף לומר שהיעדר ההסכמה בדבר התשתית מחדד את שתירתה של הכנסת כמחוקקת חוקי היסוד עובר לפסק הדין, לא משום שהכנסת אינה מוסמכת לחוקק חוקים חוקתיים, כעמדתו של השופט חשין, ואף לא משום שלא השתמשה בסמכותה החוקתית,<sup>50</sup> אלא כפי שאטען בחלק השני של רשימה זו, משום שהכנסת השתמשה שימוש ייחודי בסמכות זו. כפי שאראה, פרויקט חוקי היסוד אינו פרויקט של חקיקה רגילה אלא של חקיקה בעלת מעמד מיוחד שהוא חלק מה"הרצה" של איברי החוקה בישראל. מכאן, בית המשפט הלך צעד אחד מעבר לזה שהכנסת הילכה בו עד אותו פסק דין. בעקבות זאת מצא בית המשפט עצמו על קרקע יציבה פחות במקרים קשים שבהם הוא מבקש להתערב בתחום ההגנה על זכויות האדם ובתחום המשטרי.

האם הייתה בנמצא דרך אחרת – בה בית המשפט לא הלך – אשר היה בה כדי למזער את הקשיים הללו? או שמא חוקי היסוד משנת 1992 אינם מאפשרים ניתוח נטול סתירות פנימיות? אפנה לדיון זה כעת. בהמשך אחזור ואבחן את מעמדו של חוקי היסוד כפי שהיו ערב פרשת **בנק המזרחי**. אומנם כאמור פסיקת בית המשפט שינתה מצב זה, אולם יש

חוקת הכלאיים הישראלית "עיוני משפט" לח 501 (2016); משה גולן "ישראל זקוקה למועצה חוקתית" **השילוח** 18, 57 (2020). כן ראו יאיר שגיא "מבנק המזרחי לחוק הלאום: עוד מחשבות על ההיסטוריה של 'מפעל החוקה' הישראלי" **ICON-S-IL Blog** (16.12.2020) <https://tinyurl.com/mrye4usb> (לגישתו של שגיא, פסק הדין הוא "פסק דין מאכזב" משום שהוא מנמק באופן חסר את "המהפכה החוקתית" ששופטיו ניסו לחולל). לאחרונה השמיע השופט מינץ תהייה עקיפה באשר ללגיטימיות של המהלך שהתבצע בפרשת **בנק המזרחי**, בדונו בסמכותו של בית המשפט לדון בחוקתיות חוקי-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, ס"ח התשע"ח 898 (להלן: חוקי-יסוד: הלאום). ראו בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל** (נבו 8.7.2021).

50 השוו גרעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" **משפט וממשל** יא 571 (2007) (להלן: ספיר "המהפכה החוקתית").

חשיבות להבנה מדויקת יותר של המצב טרם ה"מהפכה", שכן מצב זה משליך על האפשרויות העומדות בפני המשפט ברובד החוקתי כיום.

## 2. פרשת בנק המזרחי: דרך המלך שנותרה מיותמת

### (א) על פרשת דרכים – מהו היקף השינוי שחל בשנת 1992?

אם כך, מהי הדרך אשר בה היה על בית המשפט להלך? הפתרון לסוגיה שהתעוררה בפני בית המשפט טמון בתובנה (הפשטנית משהו) שהכנסת אכן מוסמכת לאמץ חוקה – כפי שקובע הנשיא ברק וכפי שהראה השופט ד' לויץ על בסיס מגילת העצמאות – אך היא פשוט לא עשתה כן ב-1992.<sup>51</sup> ניתוח מדוקדק של המהלכים של משרד המשפטים לקראת חקיקת חוק יסוד: זכויות האדם אשר הוקפאו כדי לאפשר להצעות החוק הפרטיות (!) להבשיל;<sup>52</sup> בחינה של דברי הכנסת בקריאות השונות;<sup>53</sup> קריאה קפדנית של הפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט ושיחות עם חלק מחברי הכנסת המעורבים (וחלק מאלו שלא היו מעורבים)<sup>54</sup> – מובילים כולם למסקנה כי לא הייתה לכנסת, כמוסד, כוונה לשנות את מעמדם המשפטי של חוקי היסוד. לא זה היה הפרויקט.<sup>55</sup> מסקנה זו נתמכת לא רק על כוונת יוצרי הנורמה אלא גם על האופן שבו אדם סביר יבין אותה: למרות ניסיונו של השופט כך לראות במילות חוקי היסוד עצמן את "קול הברקים, הרעמים והשופר",<sup>56</sup> שאותו מצפים אנו לראות כאשר גוף מכוון מקבל חוקה, העיקר חסר. עיקר זה מצוי מאז שנות השבעים בהצעת חוק יסוד: החקיקה: הקביעה שחוקי היסוד עליונים על חקיקה רגילה ושהרשות השופטת

51 לדיון במעמדה של מגילת העצמאות ראו יזהר טל "הכרות העצמאות – עיון היסטורי-פרשני" **משפט וממשל** ו 551 (2003); יורם שחר "הטיוטות המוקדמות של הכרות העצמאות" **עיוני משפט** כו 523 (2002); אליאב שוחטמן "הכרות העצמאות כמקור לזכויותיו הלאומיות של העם היהודי על ארץ-ישראל" **משפט וממשל** ה 523 (2000).

52 לסיקור התהליך ראו יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" **משפט וממשל** א 323 (1992); לנודי "מתן חוקה לישראל", לעיל ה"ש 17, בעמ' 701; זאב סגל "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים" **המשפט** ה 249 (2000); אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה 339, 346 (1999) (להלן: רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד").

53 ראו דברי הכנסת בקריאה הראשונה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ד"כ 24.12.1991, 1527), ובקריאות השנייה והשלישית (ד"כ 17.3.1992, 3781), וכן דברי הכנסת בקריאה ראשונה לחוק יסוד: חופש העיסוק (בקריאה ראשונה ראו ד"כ 28.1.1992, 2595; בקריאות השנייה והשלישית ראו ד"כ 3.3.1992, 3390).

54 לקראת כתיבת מאמר זה קיימתי שיחות עם דן מרידור, מיכאל איתן, עוזי ברעם, משה שחל ושמעון שטרית.

55 לדברי חיים רמון בדיון בכנסת ראו ד"כ 16.3.1998, 5799. הדבר עולה באופן המובהק ביותר מקריאת כתבי בי דין בערכאות השונות בפרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2. העותרים והמדינה לא התייחסו כלל למעמדם הנורמטיבי של כלל חוקי היסוד – לא כנקודת מוצא ולא כחלק ממבנה הטיעון. הדעת נותנת שלו הייתה אינדיקציה כלשהי לכך שחוקי היסוד עליונים נורמטיבית, הייתה לכך התייחסות כלשהי, אם בדיונים בכנסת (וכאמור, התייחסות לכך לא נמצאה), אם בדיונים בוועדות הכנסת (וכאמור, התייחסות לכך לא נמצאה), ואם בכתבי בי הדין אשר הוגשו לערכאות השונות, ובכלל אלה בית המשפט העליון (וכאמור, אף התייחסות כזו לא נמצאה). לעומת זאת נמצאו התייחסויות רבות לכך שניתנת כעת הגנה מפורשת לזכויות מניירות. ראו גם ספיר "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 50.

56 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 580–581 (השופט בך).

מוסמכת אפוא שלא להעניק תוקף משפטי לחוק רגיל הסותר חוק עליון.<sup>57</sup> על שתיקה זו לא ניתן להתגבר בקלות, שכן מבטאת היא החלטה ריבונית שלא לעסוק (עדיין) במבנה הפירמידה הנורמטיבית בישראל.<sup>58</sup>

לפיכך ככל שבית המשפט נסמך בפרשת **בנק המזרחי** על חקיקתה של הכנסת ולא על יצירה שיפוטית עצמאית, אין מנוס ממסקנה לפיה יש קושי בקביעה שבשנת 1992 גיבשה הכנסת בישראל מדרגה נורמטיבית חדשה וכוללת.<sup>59</sup> אין אינדיקציה מספקת לכך שרצון הכנסת היה שבחקיקת חוקי היסוד בשנת 1992 ייווצר בישראל רובד משפטי שלא היה קיים בה קודם לכן – הוא רובד החוקה הפורמלית – לא כל שכן שישונה מעמדם של חוקי היסוד הישנים.<sup>60</sup> בראייה אובייקטיבית, חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992 לא באה לשנות את מעמדם של חוקי היסוד כולם. כל שנעשה היה צעד חשוב אך מדוד קדימה, שבבסיסו הוספת שריון מהותי לשריון הפורמלי שהוכר בבית המשפט בפרשת **ברגמן**. כאמור, אין בכך בהכרח כדי לשנות את מעמדם של חוקי היסוד.<sup>61</sup> זאת ועוד, כפי שבית המשפט בפרשת **ברגמן** הראה, מכך גם לא נבע הצורך לקבוע אם הכנסת מוסמכת או שאינה מוסמכת לחוקק חוקה.<sup>62</sup> מכל מקום, מבחינתה של הכנסת, מהפכה לא הייתה כאן. עמדה זו דומה לעמדתו של השופט זמיר בפרשת **בנק המזרחי** (למעט קביעתו שבכל זאת נעשתה מהפכה, אך בפסק דין **ברגמן**).<sup>63</sup> אם כן, נראה שלפני בית המשפט עמדה האפשרות להתמקד בפועלם המשפטי של חוקי היסוד שנחקקו בשנת 1992 בלבד, ולא לעסוק במעמד חוקי היסוד כולם, אשר נותר כשהיה. אפנה לניתוח זה כעת.

### (ב) משמעותם המעשית של חוקי היסוד שהתקבלו בשנת 1992 – ראייה חלופית

אם אומנם מהפכה חוקתית לא התרחשה, עולות שתי שאלות: הראשונה – מהו בכל זאת (היה) מעמדם של חוקי היסוד שהתקבלו בשנת 1992 – האם של חקיקה רגילה לכל דבר

57 הצעת חוק-יסוד: החקיקה.

58 ואכן, גם פרופ' גביון מסבירה במאמרה, כי אף בשיטות משפט אחרות לא נתקיימה הכרזה על מעמד חוקתי לזכויות ללא מסמך חוקתי שלם. ראו גביון "נבואה המגשימה את עצמה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 28. בהקשר זה כתבה שני שניצר כי "בשנים שלאחר כינון חוקי היסוד שלזכויות האדם החלה להתרגש בבית המשפט העליון מהפכה 'זוחלת', ושאוּמַגַם פסק הדין בעניין בנק המזרחי היה צומת קריטי בה, אך לא התאים בעצם להוות את שיאה" (שני שניצר "בנק המזרחי: מהפכה זוחלת או נסיגה במהפכה?" <https://tinyurl.com/432hay4d> (27.12.2020)).

59 עם זאת יש החולקים על הטענה, כאמנון רובינשטיין, הקובע במאמרו כי לכנסת היה ידוע מראש כי לחוקי היסוד מעמד על-חוקי, עוד בחקיקתם (רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד", לעיל ה"ש 52, בעמ' 349).

60 תיאור זה מובא גם על ידי גדעון ספיר במאמרו "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 50, בעמ' 581–584, 587–588. ראו והשוו לניתוחו של אמנון רובינשטיין במאמרו אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" **משפט ועסקים** יד 79, 97–108 (2012) (להלן: רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד"). לדיון כללי ראו גם גדעון ספיר, **המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד** (2010).

61 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 565–567 לפסק דינו של השופט חשין.

62 פרשת **ברגמן**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 696–697 לפסק הדין.

63 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בפס' 1–2 לפסק דינו של השופט זמיר. כאמור, לא ברור, ואף אין הכרח לקבוע, אם אכן התרחשה מהפכה, ובית המשפט עצמו לא ראה בפרשת **ברגמן** (לעיל ה"ש 38) משום מהפכה. ראו לנדוי "מתן חוקה לישראל", לעיל ה"ש 17, בעמ' 699–700.

ועניין? והשאלה השנייה: מן הבחינה האופרטיבית – מה (היה) על בית המשפט לעשות בחוקי היסוד שהתקבלו בשנת 1992 לאור השריון הפורמלי של חוק-יסוד: חופש העיסוק והיעדרו של שריון כאמור בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לאור קיומה של פסקת שמירת הדינים ולאור קיומה של פסקת ההגבלה? אדון ראשית בשאלה השנייה, ולשאלה הראשונה אתייחס לאחר שאבסס תזה חלופית בדבר אופי הפרויקט החוקתי בישראל.

נדמה שחוק-יסוד: חופש העיסוק, הכולל שריון פורמלי, יכול היה לזכות ליחס משפטי דומה לזה שלו זכה סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. בית המשפט נדרש היה לפרש את ההבדל בין שינוי לבין פגיעה כדי לקבוע מתי נדרש רוב מיוחד. פירוש זה היה יכול להישען על הפיתוח האמור בחוק-יסוד: הכנסת העוסק בשינוי מפורש אל מול שינוי משתמע. פשיטא, ששינוי מפורש במילותיו של חוק היסוד מצריך היה רוב מיוחד (ללא קשר לעוצמת השינוי: גם שינוי מפורש מזערי בסעיף כזה או אחר, ואף שינוי מיטיב, היה נדרש לזכות בשישים ואחד חברי כנסת). באשר לשינוי משתמע, ניתן היה לקבל פרשנות לפיה כל סתירה – בין שהיא סתירה בעוצמה קטנה או בהיקף מוגבל ובין שהיא סתירה של ממש – צריכה לעמוד בדרישת פסקת ההגבלה. אם חקיקה של הכנסת אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, הרי שיש בה כדי לשנות את האמור בחוק היסוד במשתמע, ולפיכך נדרשת לזכות ברוב מיוחד של חברי הכנסת כדי שתהיה תקפה.<sup>64</sup> זהו, אחרי הכל, המבנה של חוק-יסוד: הכנסת, אשר לאורו חוקקו חוקי היסוד החדשים.<sup>65</sup>

ומה באשר לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? כידוע, הוא איננו משוריין פורמלית אלא רק מהותית. כיצד (היה) עלינו להבין את פועלה המשפטי של פסקת ההגבלה כשחוק-היסוד אינו כולל גם שריון פורמלי? הבה נניח שהכנסת מחוקקת חוק שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד שאינו משוריין פורמלית. האם פסקת ההגבלה (המוקדמת) גוברת או שמא החוק (המאוחר) גובר? לשם מענה לשאלה זו עלינו לבחון את מעמדו המשפטי של כלל מתקל הדינים, שקובע שחוק מאוחר גובר אלא אם החוק המוקדם הוא ספציפי. לשיטתו של השופט חשין, זהו עיקרון "טבעי".<sup>66</sup> אך האם יכולה הכנסת לשנותו לזכה שלפיו תמיד המוקדם (פסקת ההגבלה) גובר? לשיטתו של הנשיא שמגר, התשובה חיובית: זוהי בדיוק המשמעות של כבילה עצמית.<sup>67</sup> אך נראה כי על הכנסת לעשות זאת במפורש ולציין כי חוק שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה נעדר תוקף (וכזאת, כידוע, לא עשתה). לעומת זאת לשיטתו של השופט חשין, נראה שאין לכנסת כוח משפטי לקבוע כי חוק מוקדם תמיד יגבר על חוק מאוחר, משום שבכך עלולה להיווצר בעיה בין-דורית: אם כנסת מוקדמת מונעת מכנסת מאוחרת לקבל חוק ספציפי שיגבר על החוק המוקדם, משמעות הדבר שהמשקל של

64 ראו פרשת **ברגמן**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 697 לפסק הדין; בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה (4) 1, 5–6 (1981).

65 כזכור, בהצעת החוק שהועלתה לקריאה שלישית בכנסת, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היה משוריין; השריון הוסר בקבלת הסתייגות ברוב של קול אחד.

66 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 554–556 (השופט חשין).

67 שם, בעמ' 288–290. קלוד קליין קושר במאמרו את תורת שני הכובעים לעליונות הנצחית של חוק יסוד על חוק "רגיל" מאוחר, ואף שבית המשפט לא החזיק בגישה זו, הוא טען כי דווקא שמגר הראה סימנים לקבלת העליונות בבג"ץ 148/73 **קניאל נ' שר המשפטים** פ"ד כו (1) 794 (1973) (להלן: פרשת **קניאל**). ראו קליין "הסמכות המכוננת", לעיל ה"ש 9, בעמ' 353–354.



קולו של אזרח שהצביע בבחירות לכנסת המאוחרת קטן מהמשקל שניתן לקולו של אזרח בבחירות לכנסת המוקדמת (ובלבד שאין בשינוי המאוחר כדי לפגוע בעקרונות יסוד "טבעיים"). בכך יש סטייה מעקרון דמוקרטי בסיסי.<sup>68</sup> אלא שלפי השופט חשין, רשאית הכנסת לקבוע חזקה, כל עוד היא עצמה יכולה לסטות ממנה. כך, השופט חשין אינו פוסל את החובות שמטילה פסקת ההגבלה על כל רשות מרשויות השלטון, ואף מציין כי לא ניתן להתעלם מחובות שחוק מטיל במפורש על הכנסת. מן המקובץ עולה שלשיטתו של השופט חשין, השינוי שיכולה הכנסת לחולל בכלל מתקל הדינים הנ"ל מוגבל: אין כנסת מוקדמת יכולה אלא לדרוש מכנסת מאוחרת שתאמר במפורש כי היא – האחרונה – סוטה מהסדר שנקבע בכנסת המוקדמת. מכאן ניתן לפרש את פסקת ההגבלה כדרישה מכנסת מאוחרת לתת דעתה במפורש לתנאים שמציבה פסקת ההגבלה. לשיטתו, חיוב מפורש שהוטל ייפתר רק באמצעות ביטול מפורש.<sup>69</sup> מבחינה אופרטיבית, חוק שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה לא ייאכף בבית המשפט אלא אם ציינה הכנסת מפורשות שהחוק תקף על אף האמור בתנאי פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>70</sup> למסקנה דומה הגיע גם המלומד יהושע ויסמן, כאשר בחן ביסודיות את חוק היסוד החדש,<sup>71</sup> ברוח הצעות חוק יסוד החקיקה, שאף הן התייחסו לכוחה של הכנסת לסטות במפורש מהסדר שבחוק היסוד.<sup>72</sup> מכיוון שדרך הילוך זו נקיה מסתירה פנימית, הדרך המתבקשת מבית המשפט, לו לא היה עוסק במעמד חוקי היסוד אלא בתוצאה האופרטיבית של פסקת ההגבלה, הייתה לאמץ נגזרת של עמדתו של השופט חשין.<sup>73</sup>

68 גם הנשיא ברק ער למתח זה, אלא שלשיטתו מעליונותם של חוקי היסוד נובע כי המחוקק אינו רשאי, אלא אם קיבל הרשאה חוקתית לכך, לפעול על אף האמור בפסקת ההגבלה המצויה בנורמה חוקתית. אך כפי שצוין, אם חוקי היסוד אינם עליונים, נשמט הטעוץ הנ"ל. הנשיא ברק העלה את האפשרות שהכנסת תוכל לפעול "על אף האמור בחוק-יסוד", אולם רק כשמדובר בחוקי יסוד נעדרי פסקת הגבלה. בכך, לשיטתו, יהיה אפשר "להבליט את מעמדו הנורמאטיבי העליון של חוק היסוד, ומאידך גיסא, ניתן היה לשמור על ההבחנה הראויה בין חוק יסוד הקובע הוראת שריון לבין חוק יסוד השותק בעניין זה" (פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 409–410). אפשר שבכך קבע בית המשפט העליון שחוקי יסוד שמגינים על זכויות עדיפים, במובן מסוים, על חוקי יסוד משטריים.

69 השופט חשין פעל כך לעניין מעמדו של חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 עד 2012 (הוראת מיוחדת) (הוראת שעה), ס"ח התשס"ט 134, לעומת חוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985, ס"ח 202. ראו בג"ץ 3434/96 **הופנונג נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד נ(3) 57 (1996). לגישתו של השופט חשין, חוק התקציב אמור להיות כפוף לחוק יסודות התקציב כחוק מסגרת, אלא אם חוק התקציב כולל הוראת "על אף האמור".

70 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 523–525, 558–559 (השופט חשין).

71 יהושע ויסמן **דיני קניין – חלק כללי** 37–40 (1993). השוו גם מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **עיוני משפט** יז 659, 662 (1993); מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" **מחקרי משפט** יב 253 (1995).

72 ראו להלן ה"ש 148.

73 נגזרת – במובן זה שבית המשפט היה יכול להגיע למסקנה פרשנית שטרם תהיה הכנסת מוסמכת להחריג מפורשות חוק מפסקת ההגבלה, על פסק דין של בית המשפט המוסמך, הקובע כי החוק אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה, לעמוד לפניה. ניתן גם לחשוב על מגבלה מובנת, שלפיה חוק שמתקבל על אף האמור תקף בימי הכנסת שקיבלה אותו, אך מצריך אישור מחדש של כנסת חדשה. נושא זה חורג ממסגרת מאמר זה. ראו יניב רוזנאי **ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת**

יצוין בהקשר זה כי אין הכרח להגיע למסקנה הפרשנית שדי בכך שהחוק החדש יכלול את הביטוי "על-אף-האמור" בנוגע לאמור בחוק היסוד באופן כוללני, או סתמי. ראשית, אפשרות המסקנה לפיה נדרשת התייחסות ספציפית ומפורשת בחקיקה לאופן הסטייה מן האמור בחוק היסוד. למשל, אפשר שתידרש התייחסות לכך שעל אף הפגיעה הספציפית אשר אמצעי כזה או אחר פוגע בזכות ספציפית המוגנת בחוק היסוד, האמצעי גובר. דרישה זו תחייב את הכנסת לפרט את הסתירה בחוק הסותר, דהיינו לציין במדויק, באותו חוק, את גדר הסתירה בינו לבין חוק היסוד. מסקנה זו מתיישבת עם הגישה לפיה בהיעדר אמירה מפורשת בחוק, כשאנו מגיעים למסקנה פרשנית שקיימת סתירה, הרי שחזקה היא שחוק היסוד הוא החיקוק הספציפי בעניין זכויות אדם, ומשום כך הוא גובר על חוק רגיל, אלא אם תאמר הכנסת ברחל בתך הקטנה אחרת.<sup>74</sup> שנית, אפשר בהחלט להחזיק בעמדה פרשנית לפיה יש לשנות תחילה את חוק היסוד עצמו באמצעות הוספת סעיף המתייחס לחקיקה הסותרת אשר אינה עומדת בפסקת ההגבלה. זאת, לא משום שחוק היסוד עליון, אלא משום חזקה שהוא ספציפי, וחזקה זו ניתנת לסתירה רק באמצעות תיקון נקודתי של חוק היסוד עצמו, המתיר למחוקק לפעול בדרך מסוימת. מגבלה שכזו היא בגדר מגבלה פרוצדורלית, השקולה למגבלות אחרות החלות על הליך החקיקה. כידוע, תקנון הכנסת אינו, כשלעצמו, עליון על חקיקה רגילה. אולם הוא משמש אמצעי לזיהוי אם דבר הוא אכן בגדר "חקיקה". כפי שנדרש שהכנסת תשנה את תקנון הכנסת בטרם תוכל לקבל חוק בשתי קריאות בלבד (ואין די בחוק המצהיר על עצמו שהוא תקף אף שעבר בשתי קריאות), כך ניתן לפרש את פסקת ההגבלה כדורשת שחוק היסוד יעודכן במפורש קודם שייכנס החוק הסותר אותה לתוקף. במילים אחרות, דרך הילוך זו מאפשרת להגיע למסקנה שקיימת דרישה פרוצדורלית לפיה על הכנסת להתייחס במפורש לסתירה מול חוק היסוד, משל היה מדובר בדרישה תקנונית להצבעה מיוחדת במליאת הכנסת על הסעיף שבו מתקיימת הסתירה, ואין להסתפק בסמכות הכנסת הכללית לשינוי במשתמע של חקיקה באמצעות חקיקה מאוחרת. יודגש כי

**השיפוטית בישראל (2021)**. נראה שמחקר זה מגיע למסקנה דומה לזו שהגיעה אליה רבקה ווייל, כאשר בחנה עד כמה פסקת התגברות זרה למשפט הישראלי (והגיעה למסקנה שהיא אינה זרה), וכאשר ניתחה מגבלות פנימיות שניתן למצוא בתוך מנגנון פסקת ההגבלה. השוו רבקה ווייל "על נרטיב וחוקה: איך מפרקים את 'המוקש' של פסקת ההתגברות?" **ICON-S-IL Blog** (10.5.2021) <https://bit.ly/3VegnbP> (להלן: ווייל "על נרטיב וחוקה").

74 טלו לדוגמה חוק שמתיר לרופא לחסן אדם מפני מגפה ללא הסכמתו של אותו אדם. אומנם חוק זה מעניק הרשאה ספציפית לרופא, בתנאים מסוימים, לפעול באופן מסוים, אבל כל עוד המסגרת המושגית משייכת את זכויות האדם לחוקים אחרים – למשל לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בהקשר שלנו – אזי חוקים אלו הם הספציפיים, וחקיקה כאמור, אשר מאפשרת לרופא לחסן ללא הסכמה, לא תהיה בעלת תוקף משפטי אלא אם הכנסת תאמר "ברחל בתך הקטנה כי הרופא רשאי לחסן ללא הסכמה בנסיבות מסוימות על אף הפגיעה בזכות האדם על גופו המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", או נוסח דומה. דרך הילוך זה משתלבת עם ההבחנה שמציע השופט חשין בין חוקים שהנמען שלהם הוא הכנסת (ושתי רשויות השלטון האחרות) לחוקים שהנמען שלהם הוא אחר (פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 560). מכיוון שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק מיועדים לכנסת, הרי עליה, בטרם היא משתמשת בסמכותה ומתירה, למשל, לרופא לחסן ללא הסכמה בנסיבות מסוימות, להתייחס במפורש לאמור בחוק היסוד, משום שבכך היא פועלת על פי החוק הספציפי לעניין חקיקה בתחום. תודתי נתונה לתלמידי מערכת **משפטים** על דוגמה זו.

הפרשנות לפיה יש לשנות את חוק היסוד עצמו אינה הכרחית<sup>75</sup> (וספק אם היא ראויה, שכן כפי שיפורט בהמשך, יש ערך בהקפדה על כך שחוקי היסוד יתוקנו רק אם וכאשר נוכחת הכנסת שהסדר הכללי הגלום בהם פגום) ולא כדי לייצר חריגים ספציפיים. לדעתי עדיפה אפוא פרשנותו של השופט חשין לעניין זה. מכל מקום, מן המקובץ עולה כי אין הכרח שקיומה של פסקת הגבלה יעיד על עליונות נורמטיבית; די בכך שיעיד הוא על "מרכזיות"<sup>76</sup>.

עוד בהקשר זה יצוין כי לו הייתה נבחרת הדרך המוצעת כאן, היה על בית המשפט לרונן בשאלה אם ניתן לחרוג חריגה מפורשת כאמור אף טרם שקבע בית המשפט כי הסדר מסוים פוגע בזכות מוגנת פגיעה לא מידתית.<sup>77</sup> על פי הגישה שתוצג להלן, לפיה המודל החל בישראל הוא זה של "חוקה בהרצה", עולה כי יש רגליים לטענה כי על אף שתיקתם של חוקי היסוד בסוגיה, מתחייב להמתין למהלך שיפוטי שאומר כי חוק אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה טרם שתהיה פתוחה הדרך להשתמש בפסקה הקובעת שחוק חורג יעמוד בתוקפו.<sup>78</sup> כן נדרש היה בית המשפט להחליט אם ניתן לחדש את החוק החורג לאחר ארבע

75 כידוע, בית המשפט לא קיבל עמדה מקבילה לעניין חוקי-יסוד: הכנסת, אם כי לפני בית המשפט לא הוצגה הטענה כסוג של טענה פרוצדורלית, והטענה שנדחתה הסתמכה על חוקי היסוד כנורמות עליונות. ראו פרשת **קניאל**, לעיל ה"ש 67, בעמ' 796.

76 לא כאן המקום לפתח תאוריה חוקתית חלופית שלפיה נורמות חוקתיות אינן בהכרח עליונות אלא מרכזיות, במובן זה שבמרכז מערכת המשפט ניצבות הנורמות בעלות המשקל הנורמטיבי הרב ביותר, ובהתנגשות עם נורמות אחרות משקל סגולי זה מסיט נורמות משפטיות "קלות" יותר ממסלולן או אף מפרק מרכיבים מסוימים של נורמות אלו כך שאין להן תוקף משפטי. על פי קונסטרוקציה זו, בתווך שבין נורמות משפטיות מצויים עקרונות לא כתובים, ואף בכוחם של אלה לא רק להשפיע על פרשנות הנורמות אלא אף לחסום (או "למסך") פועלן המשפטי של נורמות מסוימות. דרך המשגה זו אינה הייררכית בהכרח אלא מתאימה יותר למארג שנשלט על פי היגיון של משפט מקובל. לפי דרך זו, פועלה של פסקת "על אף האמור" מחסן נורמה מפועלה הסגולי של נורמה אחרת, בתנאים מסוימים. כאמור, פיתוח שכזה מצריך מחקר עצמאי, שכן בישראל אומצה תפיסת העולם ההיררכית. לעיסוק בהקשר הישראלי והשוואתי ביחס שבין חוקה למשפט המקובל ראו Rivka Weill, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution Making*, 62 AM. J. COMP. L. 127 (2014); Rivka Weill, *Exploring Constitutional Statutes in Common Law Systems, in QUASI-CONSTITUTIONALITY AND CONSTITUTIONAL STATUTES: FORMS, FUNCTIONS, APPLICATIONS* 64 (Richard Albert & Joel I. Colón-Ríos eds., 2019).

77 לפי הגיונה, שיטתו של השופט חשין תאפשר לכנסת להגן על חוק מסוים מביקורת שיפוטית מראש, במובן זה שהכנסת רשאית לקבל חקיקה "על-אף-האמור" גם טרם פסק בית המשפט כי יש סתירה בין חוק לחוק יסוד. אולם שיטתו כאמור נסמכת על היעדר סמכות של הכנסת לקבל חוקה (או נורמות על-חוקיות). עמדת רשימה זו שונה בהקשר זה.

78 לפי גישה המכירה בסמכותה של הכנסת לחוקק חוקה והרואה בחוקי היסוד פוטנציאל לחוקה עתידית, הפרשנות המתבקשת היא שכדי לאפשר התנסות ראויה של המערכות בפעילות בנוכחות חוקה עתידית, על הכנסת להמתין לפסיקתו של בית המשפט טרם שתוכל לסייג חוק מתחולתו של חוק היסוד, אלא אם תשנה את חוק היסוד ישירות (וזאת היא תוכל לעשות כמובן גם לפני שהוגשה עתירה הטוענת שחוק מסוים סותר חוק יסוד). אומנם בקנדה, שם פותחה פסקת ההתגברות, מתאפשרת חריגה מניעתית לפי סעיף 1(33) לצ'רטר הקנדי, אך מלומדים מתנגדים לשימוש זה. להרחבה על היתרונות והחסרונות בשימוש מניעתי של החרגת חוק ראו צבי כהנא **מנגנון החרגה – צידוקים, סיכויים וסיכונים** 1, 33 (2007). <https://shorturl.at/byzOU>. ראו גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** 123, 156–160 (2007) (להלן: רובינשטיין ומדינה **המשפט הקונסטיטוציוני**).

שנים אף מבלי שחל שינוי כלשהו בנסיבות. גם כאן נראה שיש סיבה טובה מדוע הארכה כאמור תצריך הצדקה שניתנת לביקורת שיפוטית. ולבסוף, עצם השימוש הראשוני ב"על אף האמור" יכול שיעמוד לביקורת שיפוטית, אם החוק החורג לא פוגע רק בזכות אלא פוגע גם פגיעה של ממש בעקרונות השיטה, ולכן כנראה עולה כדי שינוי נורמה חוקתית.<sup>79</sup> פיתוח סוגיות אלו, שלא על בסיס עליונות חוקי היסוד, הוא כמובן עניין תאורטי כעת, אך הסוגיות מוצגות כאן כדי לסרטט כיצד הייתה נראית הדרך שבית המשפט לא הלך בה.

הביקורת האפשרית על הגישה שהוצעה זה עתה מדגישה את היעדרו של סעיף התגברות בחוקי היסוד משנת 1992. ניתן אפוא לטעון שלו רצתה הכנסת לאפשר לעצמה לפעול על אף האמור בתנאי פסקת ההגבלה, היא הייתה מציינת זאת במפורש בחוקי היסוד. "קריאה פנימה" של סעיף כזה על ידי בית המשפט משולה לאקטיביזם שיפוטי פסול, שכן בכך מחוקק בית המשפט בעצמו מקום בו התאוריה הדמוקרטית תצפה שהכנסת היא שתנקוט עמדה.<sup>80</sup> אלא שעיון מדוקדק יותר מראה שלא בהכרח מדובר בפעולה של "קריאה פנימה", אלא של חשיפה על מנגנון שניצב ברקע ההסדר, כל עוד לא נאמר אחרת.

מנגד, ניתן לטעון שהקביעה כי מנגנון "על אף האמור" מתבקש נובעת ממבנה כלל מתקל הדינים עצמו, לפיו חוק מאוחר גובר אלא אם המוקדם ספציפי. מכאן שאין מדובר ב"קריאה פנימה" בהכרח, אלא בפרשנות שבאה על רקע קיומה של מוסכמה חוקתית, דהיינו המוסכמה בדבר כלל מתקל הדינים בין חוק מאוחר לחוק מוקדם. ייתכן כמובן לטעון שעצם פיתוחו של כלל זה (דהיינו כלל מתקל הדינים לפיו הנורמה המאוחרת גוברת אלא אם המוקדמת ספציפית) הוא כשלעצמו סוג של אקטיביזם שיפוטי, שכן כלל זה אינו כתוב בחוק יסוד כלשהו. אך אקטיביזם זה, אם אומנם אקטיביזם הוא, מלווה את שיטת המשפט הישראלי מיום לידתה, ואומץ מהדין שהיה קיים ערב הקמת המדינה. אם כך, גם עדכוננו של כלל זה באמצעות פרשנות פסקת ההגבלה הוא בבחינת יצירה שיפוטית, אולם יצירה זו אינה בגדר "קריאה פנימה" אל תוך בחירה של המחוקק אלא המשך פיתוח בשדה שהולדתו וטיפוחו הם פרי יצירה שיפוטית.<sup>81</sup>

79 בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996) (להלן: פרשת מישראל ה-2).

80 להרחבה ראו רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי – בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 173–176 (2001).

81 כאמור, גישה זו היא גישתו של השופט חשין בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 558–560. לשיטתו, ניתן להגיע למסקנה דומה אם נתייחס לחוק היסוד, משום שנעדר הוא תאריך, כאילו שב ונחקק כל העת, ולכן לחוק הסותר אותו אין בהכרח מעמד של חוק מאוחר, ולכן נדרשת ספציפיות מפורשת. דרך אחרת לנסח את טענת הנגד הזו היא באמצעות מיקום הכלל הידוע כ"מאוחר גובר אלא אם המוקדם ספציפי" כחלק מן החוקה המטריאלית. מרכיבי חוקה אלו חלים, לפחות בהיעדר הוראה ספציפית אחרת, הן על נורמות חוקתיות (התייחסות "אופקית") והן על נורמות חוקיות (התייחסות "אנכית"). אם הכלל האמור בדבר מתקל דינים הוא חלק מן החוקה המטריאלית – ומתבקש שיהיה – הרי שיש לגשת לחוקי היסוד הכוללים פסקת הגבלה כאילו הם ספציפיים לעניין דרך שינויים (גם שינוי במפורש וגם שינוי במשמע). אחרת אין משמעות לפסקת ההגבלה, וחוקה על הכנסת שלא שיחתה מילותיה לריק. לפיכך כדי שחוק מאוחר הסותר את תנאי פסקת ההגבלה יועדף על פני חוק היסוד הכולל את פסקת ההגבלה, על החוק הסותר להיות ספציפי אף יותר ולצייץ במפורש כי אין לפעול בעניינו על פי תנאי פסקת ההגבלה. במילים אחרות, גישה שמחויבת למציאת פתרון פרשני המתיישב באופן אופטימלי עם המבנה

שאלה נוספת שעולה, לו הייתה הדרך הזו נבחרת, היא מהו כוחה של פסקת ההגבלה ביחס לחוקי יסוד אחרים? אם אכן פסקת ההגבלה היא מנגנון של שריון, כפי שטוען הנשיא ברק באופן משכנע בפרשת **בנק המזרחי**,<sup>82</sup> התשובה אמורה להיות חיובית: כפי ששריון פורמלי חל גם על חוקי יסוד אחרים, אין מניעה שכך גם שריון מהותי.<sup>83</sup> אלא שבית המשפט בחר ללכת בדרך אחרת,<sup>84</sup> וכאמור בכך נוצרה סתירה פנימית באופן שבו פותחה ההלכה **בבנק המזרחי**.<sup>85</sup>

אם כן, נראה שאופן פעולתם של חוקי היסוד שנחקקו ב־1992, וספציפית פועלה של פסקת ההגבלה, פתוח לפרשנות. אומנם הגישה שלפיה משמעותה של פסקת ההגבלה היא שחוקי היסוד הם עליונים אפשרית, אך היא אינה הכרחית ואף אינה מתיישבת במידה המיטיבית עם המבנה החוקתי של מדינת ישראל כפי שהתפרש עד אז על ידי בית המשפט העליון. בבחירה שבין פרשנות חוקי היסוד ככוללים מהפכה חוקתית היוצרת רובד עליון בשיטת המשפט הישראלית לבין פרשנותם ככוללים אפשרות לסתור אותם אגב שימוש בלשון מפורשת, האפשרות הראשונה נראית כמגלמת מתח רב יותר בנוגע לתפקיד השיפוטי בדמוקרטיה חוקתית.<sup>86</sup> אומנם ההשלכה האופרטיבית של עמדת הרוב בפרשת **בנק המזרחי**

החוקתי בכללותו, תעדיף כך נראה הכרה בכוחה של הכנסת לחרוג מפסקת ההגבלה, ובלבד שתעשה זאת מפורשות – כל עוד לא התקבל חוק יסוד: החקיקה.

82 שם, בעמ' 408–409 (הנשיא ברק). ראו גם אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א 9, 15–16 (1992) (להלן: ברק "המהפכה החוקתית").

83 לפיכך אם חפצה הכנסת לפטור חקיקת חוקי יסוד מדרישות פסקת ההגבלה, עליה לציין זאת במפורש בפסקת ההגבלה באמצעות שינויה (ברוב הדרוש). משלא נבחרה זו, כפי שמציינת פרופ' גביון, מתעצמת ההבנה כי אכן קיימת סתירה בין נורמות חוקתיות. השוו גביון "נבואה המגשימה את עצמה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 136–137.

84 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 403–406 לפסק דינו של הנשיא ברק. לשיטתו של הנשיא ברק, מכיוון שפסקת ההגבלה היא אינדיקציה לעליונות חוקי היסוד על חקיקה רגילה, היא אמורה לחול על חקיקת חוקים "רגילים" (תחולה אנכית) ולא על חקיקת חוקי יסוד (תחולה אופקית). ואכן, כך פסק הנשיא ברק ללא הנמקה מפורטת בבג"ץ 1368/94 **פורת נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נו(5) 913 (1994). אלא שפרשת **פורת** הוכרעה טרם שנפסק אשר נפסק בפרשת **בנק המזרחי**, ובהיעדר נימוק של ממש. על כל פנים, על עמדה זו חזר הפרופ' ברק בהיקף נרחב בספרו אהרון ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 117 וההערות שם, 641–642 (2010). המבנה הפירמידלי הנ"ל מניח שחקיקת חוק יסוד אינה צריכה לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה, ולו משום שלא ברור אם הרשות המכוננת יכולה לכבול את עצמה בתנאים של מהות. אף אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוק יסוד" **הפרקליט** מח(2) 293, 307–330 (2006) מצדד בפרשנות כי אין להגביל את הכנסת כרשות מכוננת מבחיקת חוק יסוד הסותר נקודתית חוק יסוד אחר.

85 מחד טוען הנשיא כי השריון המהותי הוא שווה ערך לשריון הפורמלי, ושניהם הם אינדיקציה לעליונות. אלא ששריון פורמלי חל כאמור גם על חוקי יסוד אחרים, ומכאן מתבקש שגם שריון מהותי היה חל כאמור. כמו כן הייתה מתבקשת המסקנה כי חוקים שמהם סממן זה נעדר לא היו מסווגים בהכרח כעליונים נורמטיבית. לכך הנשיא ברק אינו מסכים, באמצעו את המבחן הצורני שלפיו הביטוי "חוק יסוד" הוא שמעיד על מעמד נורמטיבי עליון. אף במאמרו מציין ברק בקצרה את הבעייתיות הקיימת בכבילה עצמית של המחוקק אך משאיר את הנושא בצריך עיון. ראו ברק "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 82, בעמ' 19.

86 נראה כי הכרה בכוחה של הכנסת לכבול עצמה, כמו גם לאפשר שינוי מפורש המופיע בחוק "רגיל", מאפשרים את המשך מלאכת כינון החוקה באופן המגדר את המתח המובנה בין המחוקק הראשי לבית

מאפשרת לכנסת לומר את דברה, ואף במקרה של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינה מצריכה רוב לצורך שינוי (למעט אותם סעיפים שהתקבלו דרך תיקון חוקי-יסוד: חופש העיסוק), אולם הדרך הפרשנית, אשר כללה העלאת חוקי היסוד למעמד חוקתי וקביעה כי פסקת ההגבלה משמעה כי על המחוקק/המכונן לתקן את חוק היסוד עצמו (אם הגיע למסקנה כי צורכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית מחייבים זאת), מטילה צל, או שמא מעמסה, כל אימת שבית המשפט מפעיל את כוחו ומוצא כי חוק (או אף נורמה או מעשה ממשל תת-חוקי) אינו חוקתיים. זאת, משום שדרך פרשנית זו כוללת קפיצה, או דילוג, שאינם מתחייבים ממבנה חוקי היסוד ומהפרשנות של התהליך החוקתי שעברה מדינת ישראל, בראייה כוללת.<sup>87</sup> נראה אפוא שבעוד שהנשיאים ברק ושמגר צדקו שהכנסת מוסמכת לקבל חקיקה ברמה החוקתית, המסקנה שבשנת 1992 נעשה בסמכות זו באופן שימוש שונה מזה שנעשה בעת חקיקת חוקי היסוד שקדמו להם אינה מתבקשת.<sup>88</sup> ומכאן, לא דק בית המשפט פורתא כשקבע שבאותה ההזדמנות הועלה מעמדם של כל חוקי היסוד בישראל לרמה העליונה. לא זו הסמכות שהפעילה הכנסת בחוקקה את חוקי היסוד עד כה, ולא זו הסמכות שהפעילה בשנת 1992. בה בעת, לעניין פועלם המשפטי של חוקי היסוד הכוללים פסקת הגבלה אך אינם כוללים שריון פורמלי, דומה שהצדק עם השופט חשין: מנגנון הבקרה שהכנסת הכניסה לחוק הוא מנגנון בקרה דיאלוגי בעיקרו, המתאים לשלב ההתפתחותי שבו היו מצויים חוקי היסוד בעת חקיקתם בשנת 1992. מכאן, לו היה בית המשפט בוחר בדרך המוצעת ברשימה זו, אשר עולה בקנה אחד עם דרכה של פרופ' גביון באשר לזהירות המתבקשת בספירה החוקתית, היה מגיע למסקנה שחוקי היסוד לא שינו מעמדם, שלכנסת יש סמכות לשנות מעמדם (אם תחליט לעשות זאת), וכי נפל דבר – נדרשת ביקורת שיפוטית להבטיח עמידה בתנאי פסקת ההגבלה. בעקבות ביקורת כאמור, כך מתבקש מהגיונה של דרך זו, הייתה הכנסת רשאית לחוקק חוק סותר המגדיר את גזרת הסתירה במפורש על אף האמור בפסקת ההגבלה.

אם לא שונה מעמדם של חוקי היסוד בשנת 1992, נדרש דיון מעמיק במעמד זה כדי להבין את מלוא משמעות המהפכה החוקתית. אך בטרם אפנה לכך, חלק זה לא יהיה שלם אם לא אתייחס לשאלת משנה: מדוע בחר בית המשפט שלא לפסוע בדרך שסורטטה זה

המשפט. ראו דוד קרצמר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח 359 (1997). אומנם לשופטים תפקיד חשוב והרחיף בפיתוח הנורמות החוקתיות, אולם המהלך שבוצע בבנק המזרחי כולל שינוי המשטר החל, כאמור בלי שיש אינדיקציה ברורה לכך שהשותף המתבקש למהלך זה – הכנסת – אכן השתתף במודע ובמכוון להשגת תכלית זו. בהקשר זה יצוין שלצד השאלה ההליכית, המודגשת כאן, קיימת שאלת העיצוב המוסדי הבסיסי, ובמרכזה השאלה אם עדיפה ביקורת שיפוטית "נוקשה", המצמצמת את מרחב התגובה החוקתית, או "גמישה" במובן זה שמאפשרת למחוקק לחוקק חקיקה שאינה לפי המתווה המתאפשר באמצעות הפרשנות השיפוטית לנורמה החוקתית. דומה כי הבחירה במודל מתאים מצריכה התחשבות בתרבות המשפטית והכללית, במידת המחויבות של השיטה לזכויות האדם ולשלטון החוק, במבנה התמריצים הכלכלי והמוסדי, בהליכי בחירת השופטים והעצמאות השיפוטית ובמרכיבים נוספים. לדיון במודלים של ביקורת שיפוטית "גמישה" ראו STEPHEN GARDBAUM, THE NEW COMMONWEALTH MODEL OF CONSTITUTIONALISM (2013).

87 לדיון בתהליך זה ראו תת-פרק 2.

88 שותפה למסקנה זו היא פרופ' גביון. ראו גביון "נבואה המגשימה את עצמה", לעיל ה"ש 23.

עתה? הרי על פני הדברים דרך זו מתבקשת – כל שנדרש היה לעדן את עמדתו של השופט חשין – ולו משום שהיא תואמת את המסורת החוקתית הישראלית ואינה כרוכה בסתירות פנימיות בהיקף המצוי בפסק הדין **בנק המזרחי**. לשאלה זו אפנה כעת.

### 3. מאחורי הקלעים ובין השורות של פסק הדין: ניסיון להבנת המהלך השיפוטי

בית המשפט בחר, כפי שנפרס בחלק הקודם, שלא להלך בדרך המתבקשת אלא לפרוץ לעצמו נתיב חדש, ללא יסודות איתנים בדין המצוי (כפי שהיה בשעתו). מדוע? היבטים של שאלה זו (ונגזרותיה) העסיקו את הספרות,<sup>89</sup> ומטבע הדברים אין בידינו המתודולוגיה לקבוע מדוע השופטים פסקו כך או אחרת, אך ניתן לנסות ולשער מהם הגורמים שהובילו לפסיקה זו. לשאלה זו חשיבות לא רק כחלק מהשיח על משמעותו ההיסטוריוגרפית של פסק הדין,<sup>90</sup> אלא גם משום שהתשובה הפשוטנית – בית המשפט תר אחר כל דרך להרחיב סמכותו – אינה משכנעת.<sup>91</sup> לו זה היה הפרויקט, מבחינה מוסדית היה מוטב לו בית המשפט ושופטיו היו מתאחדים מאחורי אחת הגישות, שכן שלושתן מאפשרות ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית ולכתוב פסק דין "רזה" אך מפעים, קצר אך מהדהד, בהמשך לפסק הדין המפורסם בעניין **מרבורי**.<sup>92</sup>

89 ראו למשל Rivka Weill, *The Strategic Common Law Court of Aharon Barak and its Aftermath: On Judicially-Led Constitutional Revolutions and Democratic Backsliding*, 14 L. & ETHICS HUM. RTS. 227 (2020). ברשימה זו לא אפתח את הקשר האפשרי בין המהפכה החוקתית לבין מאבק הנגד, שיצא נגד המבנה החוקתי הליברלי שפסק הדין **בנק המזרחי** בא לבסס. ראו למשל Alon Harel, *Chief Justice Barak's Legal Revolutions and What Remains of Them: The Authoritarian Abuse of the Judicial-Empowerment Revolution*, IACL-AIDC Blog (Mar. 20, 2019), <https://tinyurl.com/3stye8y>.

90 ראו יאיר שגיא "פסק-הדין שעשה היסטוריה: עיון היסטוריוגרפי בפסק-הדין בפרשת **בנק המזרחי**" **משפט וממשל** יט 325 (2018) (להלן: שגיא "פסק הדין שעשה היסטוריה"); רבקה ווייל "המדריך לאפקטיביות וללגיטימיות שיפוטית: בית המשפט האסטרטגי של השופט ברק" **ICON-S-IL Blog** (11.2.2022). <https://tinyurl.com/4smkfk9>

91 לעיסוק בסוגיה ראו רון חריס "העבר המדומיין של בית המשפט העליון: השימוש בנרטיבים היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט" **ICON-S-IL Blog** (25.4.2021) <https://tinyurl.com/2p8ejyf6>. רשימה זו משתלבת עם הפרויקט של פרופ' חריס, במובן זה שהיא תרה אחר פרסקטיבה היסטורית מורכבת יותר, בעלת היגיון מארגן שאינו ניתן לרדוקציה למאבק כוח מוסדי (כעמדתו של פרידמן, המאזכרת שם, בה"ש 6) או למאבק באשר לגבולות הליברליזם (כעמדתו של מאוטנר, המאזכרת שם, בה"ש 6). באופן ספציפי הרשימה מציגה את פרשת **בנק המזרחי** כהמשך של הפרקים הקודמים בפרויקט החוקתי, אך לא כהמשך מתבקש אלא כהקפצת שלב. להרחבה ראו רון חריס "העבר המדומיין של בית המשפט העליון: השימוש בנרטיבים היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט" **עיוני משפט** מד 49, 70 (2021). לביקורת ראו אהרן גרבר "על היסטוריה ומתודולוגיה: האם חולל ברק מהפכה והאם זה משנה?" **ICON-S-IL Blog** (7.7.2021) <https://tinyurl.com/3dakpn57>. רשימה זו חלוקה על עמדתו של גרבר ואחרים שלפיה בית המשפט "ניכס לעצמו את המילה האחרונה". עמדה זו אינה מתיישבת עם פרויקט ה"חוקה בהרצה", ולו משום שבבסיסו התובנה לפיה גורמים גורמים רבים נוטלים חלק בפיתוח ויישום נורמות חוקתיות.

92 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803) (להלן: פרשת **מרבורי**).



ייתכן שההליך החריג שהוביל את הפרשה לבית המשפט – הליך ערעור אזרחי על הכרעה בעניין סמכויות בית המשפט אל מול סמכויות המשקם – תרם לערפול מסוים.<sup>93</sup> באופן ספציפי קבע בית המשפט המחוזי כי החוק שנדון שם – תיקון לחוק הידוע כ"חוק גל" – אינו חוקתי.<sup>94</sup> נראה כי בית המשפט העליון חש שעליו להגיב לניתוח התאורטי של בית המשפט קמא. יודגש שאת הצדדים לסכסוך עניינה בעיקר השאלה אם החוק פוגע בזכות לקניין יתר על המידה. הם לא ראו לנכון לחדד לפני בית המשפט בכתבי בי דין את האפשרויות החוקתיות הניצבות לפניו.<sup>95</sup> נראה כאילו הצדדים נענו להזמנתו של בית המשפט – הכלולה בפרשה שקדמה לפרשת **בנק המזרחי** – פרשת כלל<sup>96</sup> – להביא בפניו את

93 באופן ספציפי קבע בית המשפט המחוזי בתל אביב, מפי השופטת הניה שטיין, כי המדינה לא הרימה את הנטל להראות שלא ניתן להשיג את התכלית אלא דרך הרחבתו של "חוק גל" המחריפה את הפגיעה בקניין הנושים. לפיכך התיקון לחוק הידוע כ"חוק גל" אינו חוקתי, ולכן אין לנהוג על פיו, בין השאר בהתבסס על פרסומיו האקדמיים של הפרופ' אהרן ברק שעסקו בהיקף רחב וממצה בחוקי היסוד החדשים (ראו אהרן ברק "פרשנותם של חוקי יסוד" **משפטים** כב 31 (1993); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" **משפט וממשל** א 253 (1992) (להלן: ברק "זכויות אדם מוגנות"), שעליהם הסתמכה השופטת שטיין בת"א (מחוזי ת"א) 2252/91 **שירותי אשראי מסחרי (ישראל) בע"מ נ' גבעת יואב – מושב עובדים**, פ"מ התשנ"ד (3) 243, 253–254 (1994) (להלן: עניין **שירותי אשראי**). פסק הדין השני שהיה בבסיס פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, הוא פסק דינו של השופט סלים ג'ובראן, אשר אימץ את מסקנתה של השופטת שטיין. ראו בר"ע (מחוזי חי) 18/94 **כפר ביאליק כפר שיתופי בע"מ נ' נחמיאס** (נבו 30.5.1994). טרם פרסומים אלו כתב השופט ברק את המאמר המכונן "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 82, אשר בו קבע את עיקר פועלם של חוקי היסוד שזה עתה נחקקו, ומייד לאחריהם כתב את אהרן ברק את מאמרו "חוק-יסוד: חופש העיסוק" **משפט וממשל** ב 195 (1994). בה בעת עמל על ספרו **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 5, אשר ראה אור בשנת התשנ"ג, ובו פרס את משנתו בצורה מקיפה. ראו שני שניצור 26 שנים לפסק דין בנק המזרחי – בנק המזרחי: מהפכה וזחלת או נסיגה במהפכה? "דיומא" (25.11.2021) <https://tinyurl.com/mr4hptfd>.

94 עניין **שירותי אשראי**, לעיל ה"ש 93, בעמ' 263: "כפי שהוסבר לעיל, הוראות החוק המתקן פוגעות בזכות הקניין של הנושים. המחוקק לא הראה בדברי ההסבר או בהוראות החוק, כי פגיעה זו היא הדרך היחידה שעמדה לפניו כדי להגשים את מטרת החקיקה. אף בא-כוח הנתבעים לא יכול היה להצביע על כך. לא נטען שאין דרך להציל את המגזר החקלאי אלא על ידי פגיעה בקניינו של הפרט. אף אחד לא הצביע על כך, שנשקלו אלטרנטיבות אחרות, פרט לפגיעה שרירותית בקניינו של הפרט, כדי להשיג אותה מטרה". יצוין כי השופטת שטיין מצאה כי החוק אף אינו עולה בקנה אחד עם ערכי המדינה בכך שפוגע הוא בחופש החוזים. קביעה זו בוודאי הצריכה התערבותה של ערכאת הערעור, בשל לקחי פרשת **לונגר** האמריקנית (Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)).

95 מעיון במסמכים שהוגשו לבית המשפט עלה שאיש לא טען בפני בית המשפט שהוא נעדר סמכות לבצע ביקורת שיפוטית, שחוקי היסוד אינם עליונים או שלא נתבצעה מהפכה חוקתית. כן לא נטענה סוגיית סמכותה של הכנסת לאמץ חוקה. את המדינה ייצגה הפרקליטות האזרחית ולא מחלקת הבג"צים. את הצדדים למחלוקת על סמכותו של המשקם ייצגו עורכי דין מהמגזר הפרטי, שהיו מחויבים לטובת לקוחותיהם במקרה הקונקרטי והותירו – בצדק מבחינתם – את הסוגיות העקרוניות לבית המשפט. כתבי הטענות מצויים אצל המחבר. לדיון בתיק מנקודת מבטה של הפרקליטות ראו מרים רובינשטיין "אנטומיה של תיק: זכרונות תיק בנק המזרחי נ' מגדל ואח" **שורשים במשפט** 521 (דינה זילבר עורכת 2020).

96 עיקרי עמדתו של הנשיא ברק בכתבתו האקדמית, לעיל ה"ש 93, אומצו בידי השופט ד' לויין בבג"ץ 726/94 **כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר**, פ"ד מח(5) 441 (1994) שניתן חודשים ספורים קודם לכן, ובה פירש השופט ד' לויין את משנתו החוקתית וחדש בה לעניין מעמד מגילת העצמאות (שם),

הסוגיה החוקתית כדי שיכריע בה מתוך תובנותיו שלו ולא דווקא על סמך טיעונים המובאים לפניו.<sup>97</sup>

כך פרס בית המשפט רשתו הרחק ופנה ל'שוטט במרחבים שלא נזקקו להכרעה או אף לדיון. בזאת סטה מדרכו משכבר הימים.<sup>98</sup> ייתכן שבית המשפט בחר בטכניקה זו משום שסבר, בדיעבד, שברגעים חוקתיים קודמים – סביב מעמדן של הכרזת העצמאות ופקודת סדרי השלטון והמשפט,<sup>99</sup> סביב כוחה של הכנסת לכבול עצמה (בפרשת **ברגמן**) וסביב מעמדם של חוקי היסוד (בפרשות **רסלר**<sup>100</sup> ו**קניאל**<sup>101</sup>) – הוחמצה ההזדמנות לקבע את הפירמידה הנורמטיבית הישראלית באופן שמייצר בהירות ומקנה לבית המשפט את הסמכות להגן על עקרונות יסוד ועל זכויות בסיסיות מפני פגיעה בחקיקה ראשית.<sup>102</sup> ביקורת לעניין "החמצות" אלו והותרת הפירמידה הנורמטיבית בישראל לא מוסדרת, דבר שאינו מעניק הגנה מספקת לזכויות אדם הושמעה גם באקדמיה.<sup>103</sup> ומשכך, ובהתחשב

- בעמ' 465–466, 469, 471, 476, 483). אולם השופט ד' לוי היה בדעת יחיד לעניין התוצאה, ועמדתו לא זכתה לתהודה, אפשר שמשום שהקהילה המשפטית ציפתה לפסק דין בהרכב בכיר ומורחב (שם, בעמ' 486 (השופט שטרסברג-כהן), 488 (השופט טל), בדעת הרוב). כפי שציין יהושע שופמן בכינוס "20 שנה למהפכה החוקתית", שנערך בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה בשנת 2016, נראה אז שבית המשפט נערך לפסק הדין החוקתי המרכזי בבג"ץ 4562/92 **זנדברג נ' רשות השידור**, פ"ד נ(2) 793 (1996). לעמדתו של שופמן באשר למשמעות המהפכה החוקתית ראו יהושע שופמן "המהפכה החוקתית" **שורשים במשפט** 461 (דינה זילבר עורכת 2020).
- 97 על קידום המהלך החוקתי אגב אורחא ראו גביון "נבואה המגשימה את עצמה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 139. לגישתה, נראה כי בית המשפט בחר לקדם את המהפכה אף על חשבון דיון נרחב בזכויות אדם.
- 98 פרשת **ברגמן**, לעיל ה"ש 38.
- 99 דוגמה להחמצה כאמור ניתן למצוא בבג"ץ 7/48 **אלכרבוטלי נ' שר הבטחון**, פ"ד ב 5, פס' 1–4, 12 (1949). בפרשה זאת, הועלתה הטענה שיש לפסול סעיף מתקנות ההגנה בשל אי-התאמתו לעקרונות של מגילת העצמאות. בית המשפט דחה טענה זאת והכריז שאין למגילת העצמאות תוקף מחייב. עולות מכך שאלות מרתקות בנוגע לדרך החלופית שבה לא הלך בית המשפט בכל האמור לביקורת שיפוטית על חקיקה מקומית מנדטורית גם אל מול פקודת סדרי השלטון והמשפט.
- 100 פרשת **רסלר**, לעיל ה"ש 13.
- 101 פרשת **קניאל**, לעיל ה"ש 67.
- 102 אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" **ספר ברנזון** כרך שני: בני סברה 119 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים 2000).
- 103 ראו משה שטרנברג "חוק נוסף או נדבך משפטי עליון" **מולד** 119 (1958); קליין "הסמכות המכוננת", לעיל ה"ש 9, בעמ' 347–350; קלוד קליין "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו – הערכה נורמטיבית ראשונה" **המשפט** א 123 (1993). אפשר ששופטי בית המשפט שמגר, ברק וחשין בחרו לכתוב רחב ואקדמי משהבינו את הצורך לשכנע לא רק את הפוליטיקאים ואת אנשי המנהל אלא גם (אם לא בעיקר) את הקהילה האקדמית בישראל בתשתית העיונית שבבסיס המהפך. אחרי הכול, הקהילה האקדמית עד לאותו רגע הייתה לא רק משען יציב לבית המשפט אלא גם קול שקרא שוב ושוב להעמקת ההגנה על זכויות האדם בישראל ולחקיקת חוקי-יסוד: החקיקה.

ברקע האקדמי של השופטים ברק, זמיר וחשין,<sup>104</sup> אין להתפלא על הנופך האקדמי של הפסיקה.<sup>105</sup>

ייתכן גם שלנגד עיני חלק משופטי בית המשפט עמד מקרה מוקדם קנדי, שבו אפשר שהוחמצה ההזדמנות לבסס את מעמדו של החוק הפדרלי להגנה על זכויות האדם. הדרך שבה פורש החוק מייד לאחר קבלתו הגבילה את האופק הפרשני האפשרי של החוק, ובהמשך אותת בית המשפט הקנדי שאין ככוונתו לפתח בעצמו את מעטפת החוק.<sup>106</sup> בכך מוסמסה האפשרות להעניק הגנה טובה יותר לזכויות אדם בקנדה באותה התקופה. במאמר מוסגר יצוין שדווקא הגישה המאופקת שהפגין בית המשפט הקנדי הייתה מן הגורמים שהובילו את הקהילה הפוליטית שם שלא לחשוש מפני הרשות השופטת; כידוע, רשות זו הוסמכה במפורש לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית במסגרת הצ'רטר משנת 1982.<sup>107</sup>

104 פרופ' ברק – זוכה פרס ישראל למשפט בשנת 1975 ומבכירי השופטים בעולם המערבי – המשיך בקריירה אקדמית בתוך כדי השפיטה. השופט זמיר כיהן כפרופסור באוניברסיטה העברית בירושלים, ושימש דקן הפקולטה בשנים 1975–1978. השופט ד"ר חשין שימש במשך שנים מרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

105 כפי שמציין בביקורתיות הנשיא (בדימוס) לנדוי במאמרו "מתן חוקה לישראל", לעיל ה"ש 17, בעמ' 698. בהקשר זה קשה להתעלם מפועלו של המשנה לנשיא ולאחר מכן הנשיא ברק, אשר הרבה לכתוב ולהרצות על חשיבות המהפכה החוקתית שהתחוללה לשיטתו בעקבות חקיקת חוקי היסוד ב-1992, ואשר כאמור ספרו, אשר נכתב בתוך פחות משנה ממועד חקיקת חוקי היסוד, אותה לקהילה המשפטית כמעט בכל דרך אפשרית שאכן נפל דבר והשתנו כללי המשחק (ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 5). בנוסף ראו ברק "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 82 (המבוסס על הרצאה שנשא עם קבלת תואר ד"ר לשם כבוד באוניברסיטת חיפה ב-18.5.1992); ברק "זכויות אדם מוגנות", לעיל ה"ש 93 (המבוסס של הרצאה בשם "Balancing Rights: Principles And Perspectives" שנשא בכנס "קנדה ישראל" שנערך בירושלים בתאריכים 20–23 בדצמבר בנושא "לקראת חקיקת יסוד בזכויות האדם").

106 ראו פסק הדין בעניין R. v. Drybones, [1970] S.C.R. 282 (Can.), אשר פרץ דרך בכך שבו נקבע כי לבית המשפט הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית הסותרת את חוק זכויות האדם הקנדי (כל עוד המחוקק הקנדי לא סייג במפורש חוק זה או אחר מתחולתו של חוק זכויות האדם). אלא שפיתוח שיפוט זה נותר בבדידות מזהרת. אומנם המחוקק פעל לפי הקביעה השיפוטית שלפיה סעיף מסוים בחוק שנדון בפרשה הנ"ל נעדר תוקף משפטי, וביטל אותו, אך בהמשך החל להוסיף סעיפים לחקיקה כזו או אחרת הקובעים שחקיקה זו תקפה על אף האמור בחוק זכויות האדם. בית המשפט לא המשיך וביסס את ההשלכה של הפסיקה בפרשת Drybones ואף נסוג ממנה במידה מסוימת. ראו R. v. Burnshine, [1975] 1 S.C.R. 693 (Can.); Canada (AG) v. Lavell, [1974] S.C.R. 1349 (Can.) לניתוחו ראו W.S. Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights From Diefenbaker to Drybones*, 17 MCGILL L.J. 437 (1971); W.S. Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights and the Supreme Court Decisions in Lavell and Burnshine: A Retreat from Drybones to Dicey?*, 7 OTTAWA L. REV. 1 (1975). נראה כי התייחסותו של בית המשפט לחוק זכויות האדם בראשית דרכו כחוק הצהרתי השפיע על האופק הפרשני האפשרי של החוק. אם אכן כך, ייתכן שבית המשפט הישראלי רצה לבסס את מעמדו המיוחד של חוק היסוד כבר בראשית הדרך, ובכך להבטיח אופק חוקתי ארוך טווח.

107 בעקבות גיבוש התיקון לחוקה הקנדית (לעיל ה"ש 41) – תיקון אשר הוביל בסופו של דבר לאימוץ הצ'רטר הקנדי לזכויות האדם אשר השלים את החוקה הנ"ל וניתק את קנדה מהפרלמנט הבריטי – נקט בית המשפט הקנדי גישה זהירה מאוד. כאשר נשאל אם המתווה אשר נועד להעניק לבתי המשפט סמכות לפסילת חוקים הסותרים את זכויות האדם המוגנות בצ'רטר, הוא בסמכות הממשלה הפדרלית אף שלא זכה לתמיכת הפרובינציות הקנדיות, קבע בית המשפט כי הסמכות קיימת, אך קיים מנהג חוקתי בקנדה

ייתכן שהבחירה לצעוד צעד נוסף על המתבקש הושפעה גם מתחושה כי זה הזמן הנכון, במובן זה שביית המשפט נהנה מהון מוסדי מכובד (בניגוד, למשל, לבית המשפט הראשון, שלפתחו ניצב האתגר לבסס את מעמדו בחברה), וכן במובן זה שאפשר שהזדמנות טובה נוספת לא תגיע בעתיד הנראה לעין בשל שינויי עומק בחברה הישראלית בכל האמור למחויבות לערכי היסוד החוקתיים הגלומים במגילת העצמאות, אשר אותם באו חוקי היסוד, לפי החלטת הררי, למסד.<sup>108</sup> עם זאת קשה להשתחרר מן הרושם של צד שיקולים אלו הושפעו השופטים גם מן הרצון לטבוע חותם.<sup>109</sup> נראה היה כי ברור לשופטים שהשתתפו בכתיבה שאת פסק דינם הם כותבים "להיסטוריה", ושראוי שלהרכיב רחב של שופטים יהיה חלק במלאכה. אך חשוב מכך: כללי הטקס חייבו, כך נראה, לאפשר לנשיא שמגר לכתוב את "שירת הברבור" שלו עם פרישתו מקריירת שיפוט מפוארת ולהשאיר מורשת של ממש לדורות הבאים. לפי השערה זו, ייתכן שהתזמון הזה נקבע משום שביית המשפט בחר להטיל על הנשיא שמגר – או נאות לכבד את החלטתו של הנשיא שמגר – להשלים, ככל שניתן בפסק דין אחד, את המהלך החוקתי שהחל ב-1948, ובכך להביא את ישראל, ולו ב"דילוג נחשוני" יציר־שפיטה, אל עידן חוקתי חדש.<sup>110</sup> כך, עם סיום כהונתו נשא הנשיא שמגר על כתפיו את המשא והניח את אבן הפינה החסרה במבנה החוקתי הישראלי.<sup>111</sup> אולם לדרך פעולה זו מחיר: משבחר הנשיא שמגר שלא לאמץ את תאוריית שני הכובעים, נדרש הנשיא

שלפיו יש להיוועץ בפרובינציות (אף אם אי־כיבוד מנהג זה לא יפגע בתוקפו המשפטי של הצ'רטר אם יאומץ גם ללא ההוועצות). מהלך זה הבהיר שביית המשפט הקנדי אינו שש לקדם את אימוץ הצ'רטר בכל מחיר אף שאימוץ הצ'רטר ירחיב במובהק את הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה שפוגעת בזכויות מוגנות. ראש הממשלה פייר טרודו אימץ את חוות הדעת ונועץ בפרובינציות, ובעקבות זאת נקלטה בצ'רטר פסקת ההתגברות. ראו *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753 (Can.).

108 דברים ברוח זו אמר שר המשפטים לשעבר דן מרידור, בכינוס "20 שנה למהפכה החוקתית" שנערך באוניברסיטת חיפה בתאריכים 26–27 במאי 2016.

109 כך, השופט ד' לויין הדגיש בפרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בפס' 2 לפסק דינו, שהמהפכה כבר בוצעה במשמרתו (פרשת **כלל**, לעיל ה"ש 96): "את משנתי הסדורה בעניין חוק־יסודי: חופש העיסוק וחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ואת עמדותי באשר למעמד החוקתי 'העל־חוקי' של חוקים אלה ולמקומם המרכזי בחוקת ישראל המתגבשת פרקים פרקים, הבהרתי בהרחבה ובפירוט בפסק־דיני בפרשת כלל [...] בכל הסוגיות העקרוניות והערכיות, ההתייחסות לחוקי היסוד והפן החוקתי שבהם, הצטרפו חבריי להרכב, השופט שטרסברג־כהן והשופט טל, לדעתי. הם חלקו עליי רק במסקנה לעניין המידתיות של החקיקה בנסיבות אותו מקרה". מבחינה טכנית השופט ד' לויין כמובן צדק, אך בית המשפט כתב את פסק הדין בפרשת **בנק המזרחי** כאילו פסק הדין בפרשת **כלל** (שם), לו היו שותפים גם השופטים טל ושטרסברג־כהן, טרם קבע את אשר קבע.

110 כפי שטוען שנעשה הנשיא (בדימוס) לנדוי במאמרו "מתן חוקה לישראל", לעיל ה"ש 17.

111 אפשר שלו כל השופטים (למעט חשין) היו מצטרפים לפסק דינו של הנשיא שמגר, על כל קשייו, היה אפשר לראות במהלכו זה של שמגר "מגש כסף" לדורות הבאים. אלא שהמחלוקת סביב הסוגיה התאורטית "פרמה" את לכידותו הפנימית של פסק הדין באשר לתשתית אשר בבסיס השינוי המשפטי. בכך החליף בית המשפט אי־בהירות אחת, שאת הסרתה אחת ולתמיד שם לו למטרה – מעמדם של חוקי היסוד – באי־בהירות אחרת – תשתיתה של המהפכה החוקתית. אין בכך כדי לטעון כי דין אי־בהירות אחת כדין אי־בהירות אחרת, אלא אך להצביע על הקושי הפנימי הטמון במהלך להסרת אי־בהירות, אשר בעצמו מייצר אי־בהירות (בפסק דין שנועד לקבוע מהם שורשי השיטה ומה המבנה שניצב עליהם).

ברק לעניין. ומשכך, נדרש השופט חשין להציג את גישתו שלו.<sup>112</sup> והינה – התקבל פסק דין מורכב ורווי מחלוקות. דומה ש"תקלה" זו לא סייעה להפגת התחושה שמדובר ב"גלישה" שיפוטית אל מחוץ למחוזות שהיו דרושים להכרעה בפסק הדין, וברמה הפרגמטית מקשה על שימוש בפסק הדין לצורך בסיס המהפכה, במובן זה שקשה ללמדו, אפילו בפקולטות למשפטים.

מכל מקום, לפי גישה זו, פרשת **בנק המזרחי** הייתה ההזדמנות הטובה ביותר לבית המשפט להקפיץ את המשפט הישראלי מדרגה לא רק בגלל ההיבט הפרסונלי, אלא גם אם נביא בחשבון גורמים חברתיים-כלכליים חיצוניים.<sup>113</sup> כאמור, פסק הדין התקבל בתקופה שבה בית המשפט נהנה משיעורי תמיכה גבוהים בקרב הציבור והתקשורת,<sup>114</sup> ובשעה שהמערכת הפוליטית סבלה מפילוג יתר ומדימוי ציבורי נמוך,<sup>115</sup> בין השאר בעקבות שרשרת של ממשלות איחוד לאומי שהובילו לקיפאון ולתרגילים מתרגילים פוליטיים שונים.<sup>116</sup> מעל כל זאת – באוויר נישב רוח של תקופה חדשה – תקווה לסיום הסכסוך עם הפלסטינים, שבעקבותיו תוכל המדינה להתפנות סוף-סוף להשלמת מרכיבי היסוד של המפעל הציוני.<sup>117</sup> סיום הסכסוך, שאז נראה בהישג יד, היה מחליץ את המשפט החוקתי הישראלי מהקשר הגורדי שבו הוא לכוד מראשית ימיו, בהיבטי קרקע ואוכלוסייה כאחד, אשר זכה לרובד סיבוכיות נוסף עם כיבושי הקרקע והאוכלוסייה במלחמת ששת הימים.

בראייה היסטורית אפוא ניתן להבין את חלון ההזדמנויות שבו ניתן פסק הדין. עם כל זאת יש להכיר בכך שהעובדות שביסוד המחלוקת שנדונה בפסק הדין אינן עובדות שעל פניהן מצדיקות התערבות שיפוטית בחקיקה ראשית – לפחות לפי התאוריות המקובלות להצדקת הענקת כוח לשופטים לבטל חקיקה ראשית.<sup>118</sup> אין מדובר בעושה

112 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בפס' 44 לפסק דינו של הנשיא (לשעבר) שמגר, בפס' 73 לפסק דינו של הנשיא ברק, וכן בפס' 9 לפסק דינו של השופט חשין.

113 השוו אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" לעיל ה"ש 60; אוריאל לין "חוקי היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" **המשפט** ה' 267 (2005).

114 גד ברזילי, אפרים יערי-יוכטמן וזאב סגל **בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית** 175–190 (1994).

115 ספיר "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 50, בעמ' 576–577. ספיר בוחן אם ניתן להסביר סיבות חברתיות אלו – ירידה באמון הציבור במערכת הפוליטית, ובעקבותיה דרישה ל"שינוי מערכתי יסודי" – במסגרת התאוריה של ברוס אקרמן, המסבירה, ואף מצדיקה, "רגע חוקתי" במובן של תיקון חוקתי המתבצע לצד מנגנוני התיקון הפורמליים, ובמסגרתו תפקיד מרכזי להליך השיפוטי ולבית המשפט כמנהירים לציבור את שעל הפרק. ספיר מגיע למסקנה שלא ניתן להצדיק את המהלך בתאוריה אקרמנית (שם, בעמ' 577–578). מסקנתו זו משכנעת, אם אכן המנגנון שמציע אקרמן לשיטה האמריקנית מיושם בשיטה הישראלית. התפיסה המוצעת ברשימה זו, של "חוקה בהרצה", ניתנת ליישוב עם הרציונל האקרמני, של התפתחות חוקתית, אך במנגנון שונה.

116 גביוזן "נבואה המגשימה את עצמה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 86–89.

117 ראו יוסף מ' אדרעי "מהפכה חוקתית: האומנם?" **משפט וממשל** ג' 453, 470 (1996) (להלן: אדרעי "מהפכה חוקתית"), המתאר תקופה זו כ"תחילתו של עידן השלום הקיומי והכלכלי".

118 לא כאן המקום להרחיב בשאלה מהן עובדות שמצריכות התערבות שיפוטית. יהונתן גינת מבקר את החסך בתשתית עובדתית שאפיינה את פסק הדין והביאה להתערבות לא הכרחית, יהונתן גינת "ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי – לאן נעלמה התשתית העובדתית?" **מחקרי משפט** יד' 209, 221–224 (1998). לתאוריות המצדיקות ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית ראו למשל אורן גול-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות" **משפטים** מא' 97 (2011). לדין

קבוצות המיעוט, אין לפנינו מקרה קלאסי של הקרבת זכויות הפרט היחיד לשם קידום הקולקטיב,<sup>119</sup> ואין מדובר בהחלטה שנקבלה בשל לחץ פוליטי ובלהט סנטימנט עממי חולף. אולי אף להפך: לפנינו פגיעה בזכויות של גורמים חזקים במשק – הבנקים. זוהי תקופת רגיעה יחסית בתחום הכלכלי, והדיון לא נעשה בלחץ זמן מיוחד.<sup>120</sup>

ייתכן שביית המשפט סבר שעובדות "בנק המזרחי" מהוות בסיס נוח לשינוי מעמד חוקי היסוד דווקא משום שבמקרה זה אפשר לנתק את המשמעות המשפטית של פסק הדין מהמשמעות הציבורית-פוליטית שלו: סביר להניח שסביב סוגיית סמכויות המשקם לא הייתה מתעוררת סערה בכנסת או בתקשורת. זאת ועוד, גם לעניין המשמעות המשפטית דאג בית המשפט לנתק את ההכרעה ואת הסעד מהקביעה שהתרחשה מהפכה חוקתית ושמעתה והלאה מוסמך בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית לאור חוקי היסוד.<sup>121</sup> בחירת מקרה שולי מבחינה ציבורית והקפדה שהסעד המשפטי לא יופעל אלא אך האפשרות להפעלתו תבוסס, מקטינות, כך ניתן לשער, את הסיכוי לתגובת נגד חריפה.<sup>122</sup>

אלא שלהפרדה זו בין הדוקטרינה לבין הסעד בפרשת **בנק המזרחי** נלווה מחיר שאין להתעלם ממנו, דווקא ברמה הפנים-משפטית. לשיטתו של פרופ' ברק, אשר אומצה בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, היה על בית המשפט לקבוע שלחוק אין תוקף, שכן המדינה לא הביאה כל ראיות לכך שנסקלו חלופות ושנבחרה החלופה המידתית. לשיטתו של הנשיא ברק, ההלכה היא שמשוהכחה פגיעה בזכות, נטל השכנוע עובר לכתפי המדינה.<sup>123</sup> בסופו של דבר – אולי כדי להקל על המדינה להסתגל למעבר ואולי כדי להבטיח שפסק דינו יהיה חלק מדעת הרוב – החליט הנשיא ברק שלא להתערב. אך בכך נוסף עוד אלמנט של חוסר ודאות באשר להלכה שנקבעה בפרשת **בנק המזרחי**: מהו בדיוק מבנה נטלי השכנוע והבאת

בפסיקה ראו למשל את הוויכוח בין הנשיא ברק לשופט גרוניס, בבג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619 (2006). כאמור, סוגיה זו חורגת ממסגרת מאמר זה.

119 השוו אדרעי "מהפכה חוקתית", לעיל ה"ש 117, בעמ' 469.

120 בבסיס המחלוקת קיימות סמכויות המשקם שמונה לשם הסדרת חובות המושבים, אשר הורחבו קלות בשנת 1993 במסגרת הצעדים להבראת המושבים, בין השאר על חשבון המלווים המוסדיים (והרי בני המושבים, על פני הדברים, זכאים לעזרת הציבור לא פחות מהבנקים עצמם, אשר זכו לעזרה לא מבוטלת בעקבות משר מניות הבנקים כעשור קודם לכן, על חשבון הציבור בכללותו). אומנם זכות הקניין של המלווה נפגעת, אולם זוהי פגיעה המתרחשת בכל הסדר נושים רחב שנובע ממשבר כלכלי, ואין סיבה להניח שהסיכון צריך לדלג על המלווים המובטחים. נציגי הבנקים והמלווים האחרים נשמעו בוועדה, ואין להניח שזכו לתתייצוג. לא מקרים שכאלה אמורים "להעיר" את הבסיס הערכי שעליו נסמך השופט גולדברג לשם הקביעה כי חוקי היסוד עליונים נורמטיבית. אין להתפלא אפוא שלאחר שטרח ומצא שיש להעניק לחוקי היסוד מעמד עליון משום שהם מגינים על זכויות אדם, סב השופט גולדברג על עקביו וקבע שזכות הקניין למעשה אינה ראויה להגנה שיפוטית ב"מינון" גבוה. פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 571–577 (השופט גולדברג).

121 כאמור, בית המשפט דחה את העתירה לאחר שנקבע שבכל מקרה החוק עומד בדרישות חוק היסוד (שם, בעמ' 588).

122 כך מתאר גדעון ספיר במאמרו את תגובת הצד הפוליטי למהלך ומוסיף שהייתה בעיקר מילולית וללא כל פעולה נחרצת. ראו ספיר "שלושה מודלים", לעיל ה"ש 15, בעמ' 350.

123 ראו פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 428 (הנשיא ברק); ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 373. ראו גם אהרן ברק "נטל ההוכחה ופגיעה בזכויות חוקתיות" **מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי – ספר הרנון** 53, 69 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמיניצר עורכים) (2009).

הראיות על פי חוקי היסוד? דומה היה שבין שאירעה מהפכה חוקתית ובין שלא, בין שמוסמכת הכנסת לקבל חוקה ובין שלא ובין שחוקי היסוד (שהתקבלו ב-1992 או כולם) עליונים ובין שלא, טוב היה לו הכריע בית המשפט דווקא בסוגיית נטלי ההוכחה, לצד הדיון ההכרחי בהיקף הזכות לקניין.<sup>124</sup> הכרעה בסוגיה זו הייתה נחוצה לשם קבלה או דחייה של הערעור ובה היה כדי להשפיע באופן ברור ביותר על ההתפתחות החוקתית בישראל.<sup>125</sup> כאמור, לא נדע מדוע בחר בית המשפט בסופו של דבר לבצע את "המהפכה החוקתית", וכן לא נדע מדוע נבחר דווקא פסק הדין בעניין **בנק המזרחי**. נותרים לנו עם השערות מסוימות, ובה בעת עם הצורך להסביר טוב יותר את המהלך שביצעו הכנסת בחוקה את חוקי היסוד ובית המשפט בפרשת **בנק המזרחי**, בהקשר הרחב יותר של "הפרויקט החוקתי" במדינת ישראל.

## ב. חוקי היסוד ותהליך יצירת החוקה בישראל: "חוקה בהרצה"

### 1. "חוקה בהרצה" – קווים לדמותה

מהי הדרך הטובה ביותר להבין את פועלה של כנסת ישראל ב-1992 בפרט ואת קבלת חוקי היסוד בכלל? קביעה כי כל חוקי היסוד עליונים, כאמור, לא התקבלה. מנגד, קשה גם לקבל את המסקנה כי הכנסת נעדרת סמכות לחוקק חוקה.<sup>126</sup> כדי לרדת לפשר הלבנה שהוספה בשנת 1992 למבנה המשטרי של מדינת ישראל יוקדש פרק זה לניתוח עיוני של מפעל חקיקת חוקי היסוד בישראל. הדרך הטובה ביותר להבין מפעל זה, שהחל במתווה שנקבע בהחלטת הררי – חקיקת חוקי היסוד בזה אחר זה – הכולל גם את פועלו הפרשני של בית המשפט אשר העניק משמעות אופרטיבית לחוקי היסוד, היא כתהליך הדרגתי שבו נורמות בעלות פוטנציאל חוקתי מאומצות אחת-אחת, אגב בחינה כיצד המערכות השונות – המשפט, הפוליטיקה, הביורוקרטיה, האקדמיה, התקשורת, הדת, השוק ויתר המערכות החברתיות – מתמודדות עם הוראותיהן.<sup>127</sup>

124 אסף פוזנר אף כותב שייתכן שבית המשפט קבע בפסק דינו זה "נורמת שיפוט" בנוגע לפגיעות עתידיות בזכות הקניין (אסף פוזנר "חוק גל כמשל – ההגנה על זכות הקניין" **משפטים** כח 581 (1997)). במילים אחרות, עולה החשש שפגיעה עתידית בזכות הקניין תיבחן לפי הפגיעה שאושרה בפרשת "חוק גל" במקום שבית המשפט יבחן כל מקרה בחינה עצמאית ופרטנית לפי הפגיעה מול פסקת ההגבלה. בחינה זו עשויה להשפיע על איכות הביקורת השיפוטית במקרים עתידיים.

125 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 578–579 (השופט מצא). לא כל השופטים חיוו דעתם בסוגיה חשובה זו, ועל כל פנים היא הושארה בצריך עיון. גם בסוגיה זו היו כתבי הטענות של הצדדים דלים.

126 ראו את הדיון המפורט לעיל בטקסט הנלווה לה"ש 36.

127 העמקה ופירוט של היחס בין המערכות השונות ובין המשפט, בדגש על המשפט החוקתי, על פי מודל ה"חוקה בהרצה", מחייבים תשתית תאורטית שמגדירה מהי אותה "התמודדות", וכיצד היא באה לידי ביטוי. זהו פרויקט בפני עצמו. נקודת מוצא פוטנציאלית לפרויקט כזה היא תאוריית המערכות (system theory) מבית מדרשו של ניקלאס לואמן (ראו תרגום לאנגלית NIKLAS LUHMANN, INTRODUCTION TO SYSTEM THEORY (2012). הכתיבה על גישה זו רבה מאוד. ראו למשל Michael King & Chris Thornhill, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, 31 J. L. & SOC'Y 421 (2003). לענייננו בבסיס הגישה קיימת התובנה שלכל תת-מערכת חברתית לוגיקה משלה, ולכן כדי להבין את האינטראקציה בין מערכות לא די להתמקד בשאלה (המשפטית) אם בית המשפט מוסמך לבצע ביקורת



ניתן לכנות תהליך זה "חוקה בהרצה": טרם השקתה של חוקה כתובה (פוזיטיביסטית) עליונה, מוגמרת, נוקשה ומשורינית, נבחנים מרכיביה הפוטנציאליים בתנאים הדומים לתנאי חקיקה "רגילה", תנאים שבהם קל יותר לשנות ולתקן. אופן פעולה זה מאפשר זמן הסתגלות והפנמה למוסדות ולאורגנים השונים הכפופים לחוקה ומשתתפים בהליך יצירתה, פירושה ואכיפתה.<sup>128</sup> מבחינה עיונית, הליך זה הוא בגדר תמונת ראי לרעיון ה"רגע החוקתי", שבו מעוצבת חוקה, או לכל הפחות הסדרים מקיפים בחוקה, על רקע שינוי משטרי יסודי. התהליך האינקרמנטלי שבבסיס רעיון ה"חוקה בהרצה" ייחודי בכך שאינו נשען על אימוץ חוקה זמנית שלמה או על אימוץ נורמות חוקתיות בעלות תאריך תפוגה.<sup>129</sup> ביסוד הליך הבנייה והבחינה ההדרגתי הזה ניצבת ההכרה כי יש לבנות הסכמה באשר לכל שלב, או לכל מקטע, על בסיס הסכמות קודמות, לאחר התנסות בחיי המעשה, במסגרת חלקית שהולכת ונבנית (ויכול שתשנה הסכמות קודמות, במידה). במסגרת תהליך זה אפשר שיתרחשו "רגעים" חוקתיים שבמסגרתם חל שינוי בהיקף נרחב,<sup>130</sup> אולם "רגעים" אלו הם טרנספורמציות בדרך אל בניית חוקה כתובה ולא מתוך חוקה כתובה שמגדירה עצמה כמקיפה.

מבחינה רעיונית, פרויקט ה"חוקה בהרצה" אינו בהכרח תחום בזמן כלשהו. כפי שאינו כולל תנאים א-פרויריים אחרים שבהתקיימותם נורמה מסוימת, חטיבה מסוימת של החוקה שבדרך או היצירה כולה סיימו את שלב ההרצה, כך אין הוא כולל תנאים אחרים, מוסכמים מראש, שלפיהם יהיה אפשר לקבוע כי הרצה של נורמה מסוימת הסתיימה וניתן לשכללה לכדי נורמה חוקתית מלאה. כפי שלא ניתן להצביע, מראש, על רגע שבו הפרויקט יגיע לקו הגמר, כך לא ניתן להצביע במדויק מראש על מוסד או על הליך שיקבעו שאכן הפרויקט הושלם, לבד מההכרה בכך שנדרשת הסכמה של המוסדות המרכזיים – בית המשפט, הכנסת והממשלה – ושל המערכות הרלוונטיות, ובהן המערכת הפוליטית, הבריורקרטית,

שיפוטית נגד חקיקה ראשית ובאילו תנאים, אם כי כמובן קיומה בעולם המעשה של ביקורת שכזו חשוב לאופי התקשורת. על פי התאוריה, חוקי יסוד אינם אך חלק ממערכת המשפט, ועל כל פנים, תקשורת בין המערכות אינה מתמצה בהפעלת כוח וטו. כיוול מערכות מתבצע גם אל מול פרשנות המוסדות במערכות השונות, ואל מול אופי החיכוך ביניהן ובתוכן. גם בתוך מערכת המשפט פנימה יש משמעות לאימוץ חוקי יסוד אף אם נורמה משפטית אחרת לא בהכרח תבוטל לאורך, משום שיש חשיבות לפרשנות הנורמה, להליכים, למוסדות ולתרבות הארגונית שמתעצבת לאורה. לדוגמה ראו פירוט לגבי ההשפעה של חוק יסוד: כבוד האדם לגבי דבר חקיקה קודם – "חוק ועדות חקירה, התשכ"ט–1968" אצל אביגדור קלגסבלד **ועדות חקירה ממלכתיות** 379 (2001).

128 רות גביון חקרה את נושא קבלת חוקה נוקשה כאשר נעדרת הבשלות לכך. להרחבה ראו גביון "נבואה המגשימה את עצמה", לעיל ה"ש 23.

129 השוו O. Varol, *Temporary Constitutions*, 102 CAL. L. REV. 409 (2013).

130 HANA LERNER, MAKING CONSTITUTIONS IN DEEPLY DIVIDED SOCIETIES 42–43 (2013). מרדכי קרמניצר טוען במאמרו כי "בספרם של ג'קובסון ורוזנאי יש דוגמאות להתפתחויות הדרגתיות במגמה של הרחבת והעמקת ההגנה על זכויות האדם במדינות שונות, למשל בגרמניה ובהודו, אשר בשנייה לטענת המחברים התרחש מה שהם מכנים "step by step revolution". נראה לי שהתפתחות דומה ניתן למצוא בישראל, אשר עברה מהפכה במעמד הכרות עצמאותה, ועם כתיבת מגילת העצמאות, אך מאז המשיכה לפתח את עקרונותיה החוקתיים באופן אבולוציוני והדרגתי" (קרמניצר "על מושג המהפכה החוקתית, לעיל ה"ש 43).

המשפטית (הן בפרקטיקה והן באקדמיה) ואף הכלכלית לכך שתמה ההרצה. עד אז מדובר בהליך שנשען על ההכרה של העושים במלאכה שיש להתקדם לשלב הבא, כפועל יוצא של הערכתם שאכן השתכללה ההסכמה הנדרשת לכך, וכפועל יוצא של לחצים שונים הנובעים מן המערכות השונות בחברה. הערכה זו מתייחסת הן למידת ההפנמה של הנורמות הפרוטו-חוקתיות שחוקקו ויושמו בעבר, הן ליכולת להגיע להסכמה באשר לפרק הבא והן באשר למידת הנחיצות שבהתקדמות לקראת חוקה מקיפה ופורמלית. מכאן שההרצה מניחה יכולת בחינה בכל שלב, אף בהיעדר הסכמה באשר לתאוריה החוקתית שמצדיקה או מסבירה את כלל השלבים; ההרצה מתירה לתאוריות אלו זמן ומרחב לעיצוב ולגיבוש.<sup>131</sup> כאמור, אין הפרויקט מניח הכרח לסיימו, אף שהנחת המוצא היא שבשלב מסוים הוא יסתיים, אם כך תחליט המערכת. בהשאלה, אין מדובר בספינה היוצאת מנמל אחד ועליה להגיע לנמל יעד אחר, אלא במסע שניתן לשנות יעדו, ובכלל זה לקבוע כי היעד הוא להמשיך לשוט; לא זו אף זו, הפרויקט מניח בניית רכיבים מהותיים בספינה תוך כדי תנועה<sup>132</sup> (ובכפוף לכך שנשמרים מרכיבים חברתיים-משפטיים בסיסיים ביותר שמגדירים את היחידה הפוליטית ואת הפרויקט). כל עוד לא תשתנה הנחת היסוד שיש לאמץ כללים חוקתיים בישראל, בהסכמת הסיעות המרכזיות בבית (או לכל הפחות, הסיעות הציוניות בבית),<sup>133</sup> הגיונו הפנימי של הפרויקט החוקתי הישראלי מצביע לכיוון השאיפה להשלמת המבנה, אך לא בהכרח ליותר מזה.

מכאן שהליך בניית החוקה והרצתה התווה קווי מתאר בסיסיים – פרקים-פרקים שיאוגדו בעתיד לכדי חוקה – אך מניח כי יהיו ויכוחים הן על תוכן והן על האופן שבו יש

131 לעמדתה של רבקה ווייל לעניין תאוריות חוקתיות מקבילות, מצב אותו היא מכנה "היברידיות חוקתית" ראו Rivka Weill, *Hybrid Constitutionalism: The Israeli Case for Judicial Review and Why Should We Care*, 30 BERKELEY J. INT'L L. 349 (2012).

132 הדימוי של מעשה מדינה לספינה מוכר מכתבתו של אפלטון (אפלטון "רפובליקה", ספר 6, 488d–499a; אפלטון **פוליטיאה** [390 לפנה"ס]), מתוך ברוך זיסר ורוד צור **המחשבה המדינית: מבחר כתבים** 50–52 (1990). כן מופיע דימוי הספינה בכתביו של נויראת' באשר להתפתחות ידע מדעי. ראו אוקשוט (Michael Oakeshott) פנה אף הוא לדימוי הספינה, כאשר חקר את היחס בין רציונליות לפוליטיקה. לשיטתו, ריבונות משמעה שליטה בספינה, אך אין הכרח כי מנגנוני הריבונות יתועלו דווקא להשגת יעד מסוים – אין הכרח שעל הספינה לשוט לכיוון כזה או אחר; די בכך שהיא שטה באופן מאוזן. MICHAEL OAKESHOTT, *RATIONALISM IN POLITICS AND OTHER ESSAYS* (1962); MICHAEL OAKESHOTT, *THE POLITICS OF FAITH AND THE POLITICS OF SCEPTICISM* (Timothy Fuller ed., 1996).

133 אחת הביקורות המרכזיות המושמעות נגד הליך החוקה בישראל היא שהוא אינו מעניק משקל של ממש לעמדת המיעוט הערבי. ואכן, אל מול תהליך החוקה בהסכמה במסגרת התנועות הציוניות (ובשיח עם המגזר החרדי), מוכרים מסמכי החזון של האליטה הפלסטינית בישראל. ראו הוועד הארצי לראשי הרשויות המקומיות הערביות בישראל **החזון העתידי לערבים הפלסטינים בישראל** (2006) <https://bit.ly/3VcTeGF>; מרכז מוסווא לזכות ערבים בישראל **חוקה שויונית לכול** (2006); עדאלה **החוקה הדמוקרטית** (2007) <https://bit.ly/3Vel5X3>; מדא אל-כרמל **אמנת חיפה** (2007). ככולם הגדרתה של מדינת ישראל כמדינת הלאום היהודי, או כמדינה שבאמצעותה ממש העם היהודי את זכותו להגדרה עצמית במדינת לאום, אינה מקובלת, לפחות משום שהמדינה אינה מבטאת גם את זכותו של העם הפלסטיני להגדרה עצמית בה.

להתקדם, ככל שתתגבש הכרה בדבר משמעותן של נורמות חוקתיות בתנאי החברה הישראלית, וככל שתתגבש הסכמה באשר לתאוריה המארגנת את המשפט הציבורי בכללותו, לרבות רובדו החוקתי. אם כן, ההנחה שבבסיס הסבר זה היא שקיימות מחלוקות אידאולוגיות ניכרות בכנסת. תמיד היו, אף שהמפלגות שנשאו דגל כזה או אחר התחלפו ביניהן.<sup>134</sup> גם בכך שונה הפרויקט הישראלי; המעבדה החוקתית אינה בוחנת, על דרך "ניסוי חוקתי" אך הסדר אחד באופן מבוקר אל מול יעדים חוקתיים ברורים ומוגדרים מראש, אלא בוחנת גם את עצם הפרויקט החוקתי, את התאוריה החוקתית וכן את המארג שנוצר לאחר הוספת פרק זה או אחר בחיי המעשה ואל מול תפיסות ערכיות. לשאיפה (ולא רק להגשמתה) יש חשיבות כשלעצמה, הן משום שהיא מייצרת תודעה (ובכך תורמת לתהליכי התגבשות הקהילה הפוליטית בצורה כזו או אחרת) והן משום שהיא מאפשרת התקדמות בצעדים קטנים, אך בעלי משמעות.<sup>135</sup> התקדמות לכדי השלמה שכזו אפשרית לא בציפייה לכך שזרם כזה או אחר יזנח את עיקרי משנתו, אלא אם וכאשר הזרמים השונים ייווכחו כי "ניתן לחיות" עם חוקה הכוללת הגנה לכלל זכויות האדם ולמבנה משטרי דמוקרטי לאחר תקופת ההרצה וההטמעה. ניתן אפוא לראות בתהליך זה לא רק תהליך משפטי-מקצועי או תהליך מפלגתי-פוליטי, אלא גם תהליך לבניית תרבות משפטית, המבוססת על הצדקות מסוימות (שעולות בקנה אחד עם ליבת האמור במגילת העצמאות). משכך, ניתוח האופן שבו תהליך זה יסתיים, אם בכלל, אינו אלא דיון במתווים אפשריים שבהם ניתן להתקדם כחלק מתהליכים חברתיים, פוליטיים, משפטיים, כלכליים ומוסריים-אידאולוגיים, כאשר בכל רגע נתון בני החברה כותבים פרק נוסף לפי המתאר הכללי (אשר אף הוא בר-שינוי בגבולות מסוימים).

נראה אם כן שב-1992 הוסיפה הכנסת עוד לבנה במפעל חוקתי זה – צעד קטן אך חשוב קדימה, במסגרת "הרצתה" של חוקה פוטנציאלית בישראל. צעד זה בא לאפשר למערכות השונות להסתגל לפעולה בסביבה שבה קיימת ביקורת שיפוטית מסוג מסוים על חקיקה ראשית שפוגעת בחלק מזכויות היסוד.<sup>136</sup> כל היתר נותר כשהיה, דהיינו עדיין בהרצה.

134 כידוע, מח"ל בראשות מנחם בגין הציבה את מגילת זכויות האדם כחלק מרכזי מתפיסת עולמה הפוליטית, ואילו מפא"י, ולימים המערך, סברה שאין הכרח להתקדם בתחום זה (אף כאשר היה בידיה הכוח לעשות כן, למשל מיד בתום מלחמת ששת הימים).

135 השוו אורי אהרונוסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? אל הסטטוס-קוו כקושי אנטי-רובני" **עיוני משפט** 509, 562 (2016) (להלן: אהרונוסון "הסטטוס-קוו"), המתיחס ל-*path dependence* שנוצר.

136 במסגרת תאוריית המערכות, שהוזכרה לעיל בה"ש 127, קיומה של ביקורת שיפוטית מחייבת מערכות מקבילות להתמודד עם גבולות הפעלת הכוח השלטוני או החברתי, באופן שניתן להצדקה בשפה החוקתית ועל בסיס ראיות שמוכרות ומקובלות בהליך המשפטי. אדגים באופן סכמטי: בתי משפט נדרשים לבחון כיול הדוקרטינות ופיתוחם של מערכי איזונים מעודכנים בשדות משפט שונים; הפוליטיקה נדרשת לפעול כך שמקצת הטובין החברתיים וההליכים והאמצעים להשגתם קשים יותר למימוש, וברבד עליה להסכיין לנוכחות שיח ערכי מסוים במערכת המשפט; עולם הדת נדרש לא רק להפנים את מגבלות הפעולה בעולמות הפוליטיקה והשוק אלא גם להסתגל להשלכת דרכי ההנמקה החוקתיות לדרכי החשיבה וההנמקה הדתיות. האקדמיה נדרשת לפתח כלי ביקורת והמשגה מעודכנים, ואף התקשורת נדרשת לעדכן את אופי ההתייחסות לזירה המשפטית אשר מוסמכת לבצע ביקורת שיפוטית על בסיס מידתיות פגיעה בזכות, ולהבחין יחס זה מהיחס שזוכה לו התנהלות במערכות

תמיכה לתפיסה זו של הפרויקט החוקתי בישראל מצאתי בדבריו של שר המשפטים חיים צדוק, שכתב בשנת 1974 מאמר קצר לזכרו של ראובן ברקת, יו"ר הכנסת שהלך לעולמו, סביב הדיון בהצעת חוק-יסוד: זכויות האדם אשר נדונה אז בכנסת (אך לא התקבלה). לדברי צדוק:

אחרי שנשלים את מלאכת החקיקה של חוקי היסוד, נעמוד לפני המלאכה של כינוס כל החקיקה הקונסטיטוציונית במסמך אחד, שיהיה לחוקת המדינה. אז תבוא שעת ההכרעה בשתי הסוגיות החוקתיות הגדולות והן: מה מידת השריון שנעניק לחוקה – אם נעניק לה שריון. ואת מי – איזה מוסד – נפקיד על שמירת החוקה. מתן שריון להוראות החוקה משמעותו עדיפות על חוקים רגילים. לדעתי, הגיעה הזמן שנצמד צעד ראשון בכיוון של העלאת הדינים החוקתיים, בעיקר בתחום זכויות הפרט, לדרגה של אמת מידה אשר על פיה תיבחן כשרותם של חוקים רגילים. אבל את הצעד הראשון הזה יש לצעוד בזהירות רבה.<sup>137</sup>

והינה, כעשרים שנה לאחר דבריו אלו של השר צדוק מצאה לנכון הכנסת לצעוד אותו צעד זהיר קדימה, כשהיא שומרת על גמישות, לפי משנתו של צדוק. אומנם אך צעד (לקראת חוקה), אולם בעל משמעות רבה, שכן חוקי היסוד שנתקבלו כוללים כאמור הזמנה לביקורת שיפוטית על האמור בס (ובשלב זה בס בלבד).<sup>138</sup>

כידוע, קבלת חוקי היסוד שמגינים על זכויות האדם לא הייתה התוספת היחידה בשנת 1992 לפרויקט ה"חוקה בהרצה" בישראל; קבלת התיקון לחוק-יסוד: הממשלה באותה שנה לפיו בישראל תיערכנה בחירות ישירות,<sup>139</sup> היא דוגמה מובהקת להרצה של נורמה חוקתית.<sup>140</sup> ניסוי כלים זה הוביל את הכנסת למסקנה שפיצול ההצבעה לראש הממשלה

האחרות, כגון הפוליטיקה. הביורוקרטיה נדרשת להיערך למצב שבו תיקון החלטה שיפוטית אינו כרוך אך בהפעלת מנופים אל מול המחוקק, והשוק נדרש להסתגל לאפשרויות להגן על משאבים מסוימים מפני המחוקק או הרשות, באמצעות הליכים שיפוטיים, לצד הגבלת יכולתו להשפיע על הליכי חקיקה ויישומה.

137 חיים צדוק "לקראת חוקה" מעריב (3.5.1974) <https://tinyurl.com/4ammnjdp>.

138 השוו לדבריו של השר צדוק בדיון בכנסת על הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח בשנת 1974 (ד"כ 4.6.1974, 2485), שלפיהם החלת מנגנון של שריון משמעו הכפפת חוקי הכנסת לביקורת שיפוטית באשר לסתירת האמור בחוק היסוד המשוריין מכאן ולהבא (ורק אל מול חוק היסוד המשוריין).

139 חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 214.

140 בהקשר זה יצוין המובן מאליו: הרצה מתבצעת לא רק ברמה החוקתית, אלא גם ברמה החוקית או התת-חוקית. ברמות אלו מצופה כי המחוקק ומחוקק המשנה יבחנו את השלכות הנורמות ויעדכנו את ההסדרים בהתאם. להרחבה על הערכת השפעות רגולציה ראו "הרחבה – RIA" אתר הרגולציה הממשלתי <https://tinyurl.com/2p986wj3>. לעיתים הרצה של סוגיות בעלות אופי משטרי נעשית ברובד הסטטוטורי. כך, למשל, באשר להעלאת אחוז החסימה, בחודש מרץ 2014 התקבל תיקון לחוק הבחירות לכנסת, שהעלה את אחוז החסימה ל-3.5 (חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 62), התשע"ד–2014, ס"ח 347). נגד התיקון הוגשה עתירה שבה נטען שהיא פוגעת בייצוג של המיעוט הערבי. הנשיא גרוניס השתמש במעין "עילת בשלות" ואמר שאם המפלגות הערביות יתאחדו לא תהיה פגיעה בשוויון, אולם אם יתברר, בעקבות הבחירות, שאחוז החסימה הגבוה פוגע בשוויון, ייתכן שיהיה מקום לבחון את חוקתיותה (בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 39, 47–50 לפסק

ולכנסת במתווה שנקבע בחוק היסוד אינו מתאים לשיטה הישראלית, ולכן חוק-יסוד: הממשלה תוקן שוב, והבחירה הישירה בוטלה (אם כי רכיבים מהתיקון הושארו).<sup>141</sup> זוהי אינה דוגמה מקרית: המהלך החברתי-פוליטי אשר הוביל למעבר לבחירה הישירה (ותיקון חוק היסוד בהתאם) הובל על ידי תנועת "חוקה לישראל", ומתייחס ישירות להחלטת הררי ולצורך להשלים את המפעל החוקתי בחקיקת חוקי היסוד המגינים על זכויות האדם (אשר רכיבים מהם נחקקו אף הם בשנת 1992, כחוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

כידוע, יש דרכים אחרות להבין את התהליך החוקתי בישראל בכלל ובשנת 1992 בפרט. היו שטענו כי חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992 נועדה להטיב עם האליטה (משזו חששה מאובדן כוחה), או שלפחות כך יש להבינה.<sup>142</sup> היו אף שהציעו לראות בחוקי היסוד הללו דרך לפירוקה של הפוליטיקה הסולידרית כדי להבטיח את "שלטון ההון".<sup>143</sup> אלא שטענות אלו מצוינות במישור אחר: הן ריאליסטיות-חיצוניות, וככאלה, אין הן משליכות בהכרח על מעמד של חוקי היסוד. רעיון ה"חוקה בהרצה" הוא קונסטרוקטיביסטי, במובן זה שהוא מתייחס לתהליך המשפטי מנקודת ראות פנימית, ולכן מתייחס ברצינות למבנים המשפטיים שהוא יצר ושעל בסיסם נוצר, כבעלי לוגיקה פנימית ואף הצדקה פנימית.

באופן ספציפי: המסגרת הרעיונית של "חוקה בהרצה" מתייחסת להחלטה לחוקק את חוקי היסוד בשנת 1992 לא רק כהליך שנועד למצות את ההסכמות הפוליטיות שאליהן הגיעו נציגי המפלגות השונים,<sup>144</sup> אלא גם כחלק מהליך בעל רקע היסטורי, הכולל אפוא מוסכמות מסוימות, ובה בעת כחלק מהליך שיש לו אופק עתיד, אשר אמור לכלול הגנה על הזכויות החסרות, כגון שוויון, חופש ביטוי וחופש התאגדות,<sup>145</sup> וכן זכויות הליכיות<sup>146</sup>

דינו (נבו 28.12.2015). גם פסיקתו של הנשיא גרוניס ראתה בכך סוג של ניסוי שלאחריו יתברר אם יש מקום להתערבות שיפוטית.

141 חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158. יצוין כי בשל קשיים בניסוח התיקון לחוק-היסוד שביטל את הבחירה הישירה, הנושא נדרש לדיון שיפוטי, שאף הוא ניתן להבנה כחלק מ"הרצת" החוקה. לא היה ברור מהביטול אם הכנסת שתכהן תשלים פחות, או יותר, מארבע שנים. ראו בג"ץ 102/99 **משגב נ' הכנסת**, פס' 1–2, 7 לפסק הדין (נבו 17.1.1999).

142 Michael Mandel, *Democracy and the New Constitutionalism in Israel*, 33 *ISR. L. REV.* 259 (1999). ראו גם Ran Hirschl, *The Political Origins of Judicial Empowerment Through Constitutionalization Lessons from Israel's Constitutional Revolution*, 33 *COMPAR. POL.* 315 (2004).

143 דני גוטוין "ממהפכה חוקתית להפיכת נגד" **מעשי משפט** א 47 (2008).  
144 קרפ, לעיל ה"ש 52. כידוע, חוקי היסוד שחוקקו בשנת 1992 נגזרו מהצעת חוק-יסוד: זכויות האדם, והם ביטוי להסכמות שאליהן הגיעו שר המשפטים דן מרידור עם חברי הכנסת אמנון רובינשטיין ואוריאל ליין. אמנון רובינשטיין הגיע להסכמות עם חבר הכנסת יגאל לוי מן המפד"ל – הסכמות אשר אפשרו את קידומה של החקיקה בכנסת. לחוקי יסוד אחרים – חוק-יסוד: חופש הביטוי וחוק-יסוד: חופש ההתאגדות – אשר אף הם נגזרו מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ועברו בקריאה טרומית בכנסת, לא קודמו.

145 הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, ה"ח התשנ"ד 336.

146 הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח התשנ"ד 334 אשר הוגשה שוב בשינויים בשנת 2000 בידי ח"כ אמנון רובינשטיין (חוק זכויות במשפט, התש"ס–2000, פ/15/1531, מיום 13.3.2000).

וזכויות חברתיות.<sup>147</sup> בשלב הבא על המהלך להתייחס לעיצובו של חוק-יסוד: החקיקה, אשר חקיקתו נועדה להשלים את השלב הזה במסע בפנייה לאיגוד כלל חוקי היסוד לכדי חוקה.<sup>148</sup> זוהי פרשנות שמתייחסת ברצינות לאמירות מעל בימת הכנסת כי בכוננת המוסד לפעול להשלמת הפרויקט.<sup>149</sup>

על כל פנים, הבנת הליך יצירת נורמות חוקתיות בישראל כ"בניית חוקה בהרצה" כוללת הכרה בתכלית ההליך ככזו שמובילה למבנה משפטי-חברתי שנועד לעגן עקרונות משפטיים וזכויות אדם ולהגן עליהם – הגנה הכוללת גם הגבלת כוחו של המחוקק הנבחר. זהו מהותו של הפרויקט. הסבר זה מכיר בתפקיד החוקתי של המוסדות השונים – הכנסת, משרדי הממשלה (ובראשם משרד המשפטים) ובית המשפט – ביצירת נורמות משפטיות ברמה העליונה, וביצירת התרבות המשפטית המעניקה משמעות לנורמות אלו, ובכך יתאפשר ללאום לממש את הגדרתו העצמית באופן שהולם ערכים דמוקרטיים, ובהם ייצוגיות, שקיפות, השתתפותיות ואחריותיות מתוך מחויבות לכל בני החברה בישראל הכפופים למשפט המדינה. במילים אחרות, המסקנה כי הליך אימוץ החוקה בישראל ניתן להבנה כהליך יצירת "חוקה בהרצה" היא מסקנה פרשנית-נורמטיבית בעיקרה, הקוראת את התהליך ההיסטורי כפי שתואר ברשימה זו באופן שאינו מתמקד בדה-קונסטרוקציה של הנרטיב, דהיינו באיתור מרכיבי הכוח שהרוויחו או הפסידו מהכרעה כזו או אחרת (או מצבר הכרעות כזה או אחר) – אלא ברקונסטרוקציה שלו, דהיינו במתן משמעות משפטית-טלאולוגית להליך, כהליך שניתן להצדקה במסגרת מארג המושגים המאפיין יצירת חוקה בדמוקרטיה חוקתית. רשימה זו אינה באה לומר כאמור שדרך פעולה זו של המוסדות השונים בישראל היא מיטבית, או להצדיקה אל מול דרכי פעולה אחרות שישראל הייתה יכולה לאמץ. הטענה אף איננה כי מודל התפתחותי זה נבחר במודע על ידי מאן דהוא – אישיות פוליטית, שיפוטית או בירוקרטית, או מוסד זה או אחר – באופן שמבטא החלטה פוזיטיבית לילך דווקא בדרך זאת, לאחר שנשקלו חלופות ותוך כדי שנקבעו תפקידים מוגדרים ומתואמים לכל אורגן בשיטה. המודל המוצע חושף היגיון פנימי שניתן להצדיקו בתהליך שאם לא כן, נראה אקראי.<sup>150</sup> זהו תהליך שמאפשר בניית אומה (בחברה רבת גוונים

147 הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, ה"ח התשנ"ד 326.

148 הצעת חוק-יסוד: החקיקה. זו הייתה הפעם הרביעית אשר בה פורסמה הצעת החוק. ניסיונות קודמים (7.12.1975, 1.8.1978, 13.1.1992) כידוע לא צלחו, כפי שלא צלח ניסיונו של ח"כ אמנון רובינשטיין לקדם את המהלך בשנת 2000. אף ניסיונות מאוחרים, אשר באו בתגובה למהפכה החוקתית, לא קודמו. ראו למשל את נוסח ועדת נאמן משנת 2012, <https://bit.ly/3BU3pt9>. גם לאחרונה פעלה שרת המשפטים שקד לקידום גרסה של חוק היסוד הכוללת פסקת התגברות המאפשרת לכנסת להתגבר על פסיקתו של בית המשפט ברוב של 61 חברי כנסת.

149 ראו למשל דברי ראש הממשלה לוי אשכול, עם הצגת חוק-יסוד: הממשלה, בדבר תמיכתו בחוק-יסוד: זכויות האדם: "דעת הממשלה היא שהגיעה השעה כי הכנסת תקדיש חלק חשוב מעבודת החקיקה שלה להשלמת הפרקים החסרים עדיין לחוקה. אם תספיק הכנסת השישית לחוקק את חוק יסוד: זכויות האדם ואת חוק יסוד: הממשלה, המוצע עתה לכנסת, נוכל לגשת לחיבור הפרקים ולאחדם לחוקה שלמה ומקפת" (ד"כ 31.8.1966, 2503). לפועלו של ח"כ מיכאל איתן לבצע האחדה של חוקי היסוד כחלק מקבלת חוקה בהסכמה רחבה ראו "חוקה בהסכמה רחבה" **הכנסת** <https://tinyurl.com/hvffsehe>.

150 Adam Shinar, *Accidental Constitutionalism*, in SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS 207 (Denis J. Galligan & Mila Versteeg eds., 2013). ד"ר שנער מראה כיצד

ושסעים), יצירת תרבות משפטית דמוקרטית ופיתוח מערכת משפט מודרנית באופן שלוב – כל זאת על רקע מסורות שלטוניות שונות ושפה משותפת חלקית. משכך, דרך פעולה זו מעניקה משמעות משפטית לחקיקת חוקי היסוד השונים, לרבות חוקי היסוד משנת 1992, ולתיקונם בשנת 1994.

## 2. מעמדם של חוקי היסוד לפי מודל ה"חוקה בהרצה" (טרם פרשת בנק המזרחי)

אם אומנם מקבלים אנו כי הדרך הטובה ביותר להבין את ההליך החוקתי בישראל היא במסגרת המושגית של "חוקה בהרצה", מה היה מעמדם של חוקי היסוד עד לפסק הדין בפרשת בנק המזרחי וכל עוד לא התקבל חוק-יסוד: החקיקה? אם אנו מאמצים את רעיון ההתאמה (fit) כרעיון מארגן במסגרת הליך הענקת המשמעות הכלול בפרשנות (טקסט והליכי יצירת טקסט משפטי), הרי שהתשובה שמתיישבת באופן הטוב ביותר עם הפסיקה ועם תהליך ההתפתחות החוקתי הישראלי היא שאין מדובר בחוקים רגילים ואף לא בחוקים עליונים. מדובר בחוקים שמעמדם טרם התגבש סופית, מכיוון שהם בעלי פוטנציאל חוקתי אשר טרם השתכלל כל צורכו. ראייה זו מתייחסת לחוקי היסוד כחלק מההליך האינקרימנטלי שבו נוצרת החוקה בישראל, במובן זה שלחוקי היסוד מעמד בעל מרכיב דינמי. כפי שעובר טרום לידתו אינו בגדר אדם לכל דבר ועניין אך הוא גם אינו בגדר איבר "רגיל" לכל דבר ועניין, אלא (החל משלב החיות) מדובר בגוף מיוחד לאור פוטנציאל החיים העצמאיים הטמון בו, כך גם חוקי היסוד, אחת שנחקקו, היו במעמד מיוחד. לא היו הם חוקים רגילים ואף הכנסת לא נהגה בהם ככאלה. כפי שמציין הנשיא ברק בפסק דינו, לחוקי היסוד מאפיינים ייחודיים, ובמסגרת מתווה החלטת הררי נועד כל אחד להיות איבר עתידי מאיברי החוקה.<sup>151</sup> לשם כך, וכחלק ממושג ה"חוקה בהרצה", על כל חוק יסוד להבשיל באמצעות עמידתו במבחן המציאות הישראלית, ועל כל חוקי היסוד ביחד להיבחן באשר להשלכות "איבר" אחד על יתר ה"איברים". אך עד שנגיע לנקודה שבה הושלם המפעל – אם נגיע<sup>152</sup> – ובמשך הזמן שחלף מחקיקת חוק היסוד הראשון ועד לחקיקת חוקי היסוד בשנת 1992, לא היו הם חוקים עליונים, ואף בית המשפט לא נהג בהם ככאלה. כבר צוינה פסיקתו

התהליך החוקתי בישראל אינו מובנה במובן זה שאינו מתפתח על פי מתווה מסודר שבמסגרתו לכל מוסד תפקיד מוגדר וברור. עם זאת המחבר מגיע למסקנה שאין בכך בהכרח כדי לפגום בלגיטימיות של התהליך או של תוצאותיו. רשימה זו מציעה הסבר למסקנתו זו של ד"ר שנער.

151 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 403–407 (הנשיא ברק).

152 רעיון הזמניות הוא חיוני להבנת המושג "חוקה בהרצה", שכן המושג מניח אפשרות לקיומה של חוקה קבועה במובן זה שתסתיים תקופת ההרצה. מטבע הדברים, אף בחוקה "קבועה" ייתכנו שינויים, על פי מנגנוני התיקון, השינוי וההחלפה הקבועים בחוקה, או בהתקיים מהפכה חוקתית. רעיון החוקה בהרצה שונה מחוקה קבועה, בשני היבטים מרכזיים: ראשית, מרכיב האינקרימנטליות. חוקה בהרצה מניחה חלקיות מובנית – אימוץ פרק אחר פרק; שנית – מרכיב הניסוי והטעייה. חוקה בהרצה מניחה כי נדרשים ניסוי, התאמה והסתגלות באשר לכל פרק בנפרד ובמצטבר (באשר לעצם הרעיון של חוקה שלמה ונוקשה). בעקבות זאת מושג ה"חוקה בהרצה" מניח מעמד מעברי לנורמות הנבחנות במסגרת ההרצה, עד לכדי גיבושם לכדי חוקה, אך תיתכן שהייה לא מתוחמת בזמן במצב ההרצה. השוואה, Varol, לעיל ה"ש 129.



המפורשת של בית המשפט בעניין זה, אשר השאירה את מעמדם של חוקי יסוד כ"לא מוגדר"<sup>153</sup> ואין סיבה להניח שבחוקקה את חוקי היסוד בשנת 1992 באה הכנסת לשנות את מעמדם. מכאן שחוקי היסוד היו במעמד ביניים, משום שהיו חלק משלב ביניים שבו התגבשה החוקה בישראל. חקיקתם מצריכה שימוש בסמכות החוקתיות הנתונה לכנסת, אך באופן שעדיין אינו מקבע חוקים אלו ברובד החוקתי. שלב ביניים זה הלך והתארך, אך בהתחשב בכך שהפעם האחרונה שבה העם היהודי נהנה מחיים ריבוניים הייתה לפני כאלפיים שנה, והתנאים אז היו שונים בתכלית, אין בכך רבותא. אומנם המסקנה כי חוקי היסוד מצויים ב"מעמד ביניים" שמעצם טבעו יציב פחות אינה נוחה מבחינה אנליטית, אך דומה שהיא הנכונה מבחינת המצב כפי שהיה ערב פרסום פסק הדין בפרשת **בנק המזרחי**. כפי שאין לאנוס פלומה לכדי מוצק או נוזל, אף שבתנאים מסוימים היא יציבה פחות, כך אין טעם בדחיקתם של חוקי היסוד לתוך תבנית של חוקים "רגילים" או "עליונים", ויש להכיר במעמד ביניים, אשר קיים בישראל רק בגלל התארכות התהליך החוקתי.<sup>154</sup>

מבחינה משפטית-מעשית יש נפקות לקיומו של מעמד ביניים. כל עוד חוקי היסוד אינם עליונים, אין לרשות השופטת סמכות לבצע לאורם ביקורת שיפוטית (אלא אם לשון חוק יסוד כזה או אחר מובילה למסקנה פרשנית אחרת, למשל קיומה של דרישת רוב מיוחד לשינוי, או קיומו של שריון מהותי).<sup>155</sup> אך היעדר היכולת לבצע ביקורת שיפוטית לאורם אינו אומר בהכרח שמעמדם אינו מיוחד ושאינן הם אלא חקיקה רגילה. טיבם כנורמות בעלות ממד חוקתי, או פוטנציאל חוקתי, מחייב גישה פרשנית מיוחדת לחוקים אלו. למשל, יש טעם רב באימוץ חזקה פרשנית שלפיה מתוך כמה אפשרויות פרשניות לחוק אשר סותר את התנאים המנויים בחוק יסוד יש להעדיף את הפרשנות שמצמצמת את הסתירה האמורה. זאת, לא משום שבכוחו של חוק יסוד מעצם מעמדו להוביל לבטלותו של חוק רגיל סותר,

153 ראו פרשת **ברגמן**, לעיל ה"ש 38; פרשת **רסלר**, לעיל ה"ש 13. לניתוח המשמעויות השונות של פרשת **ברגמן** ראו Rivka Weill, *Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On The Theoretical and Historical Origins of the Israeli Legislative Override Power*, 39 HASTINGS L.Q. 457 (2012) (להלן: Weill, *Reconciling Parliamentary*). אדגיש שההשלכות המשפטיות של פרשת **ברגמן** היו ברורות: כל עוד הכנסת לא העלתה את שאלת מעמדם המשפטי של חוקי היסוד, או את שאלת סמכותו של בית המשפט לקבוע כי אין לנהוג על פי חוק של הכנסת, כי אז חוק של כנסת, או סעיף בחוק של הכנסת, אשר בית המשפט קבע כי אינו מתיישב עם האמור בחוק יסוד משוריין פורמלית, אינו תקף אלא אם עבר ברוב הדרוש. אלא שהבסיס המשפטי לקביעה זו, ולפיכך הגדרת מעמדם של חוקי היסוד, נותר בצריך עיון, ולפיכך מבחינה טכנית הוא אינו מוגדר.

154 אריאל בנדור מעלה את האפשרות של קיומו של "מעמד ביניים" נורמטיבי לחוקי היסוד של 1992 בטרם הם קובצו יחדיו לכדי חוקה קשיחה. ראו אריאל בנדור "חוקי היסוד כבסיס לחוקה – הצעה לחוקת ישראל" **משפט וממשל** ה' 15 (1999).

155 גישה זו מתיישבת עם הגישה שאימץ בית המשפט בע"פ 107/73 **נגב נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(1) 640 (1974), שבו מצא בית המשפט כי "בענין זה אין חוק יסוד: הממשלה עדיף על חוק התקנים. להיפך, דבר היותו של חוק התקנים חוק מיוחד לעומת חוק יסוד: הממשלה שהוא חוק כללי, מקנה עדיפות לחוק המיוחד על פני החוק הכללי" (שם, בעמ' 642), וכן עם גישתו של בית המשפט בבג"ץ 188/63 **בצול נ' שר הפנים**, פ"ד יט(1) 337 (1965); פרשת **רסלר**, לעיל ה"ש 13, פרשת **קניאל**, לעיל ה"ש 67, ואף פרשת **ברגמן**, לעיל ה"ש 38. גישה זו גם עולה בקנה אחד עם גישתו של בית המשפט העליון הקנדי בפרשת *Drybones*, לעיל ה"ש 106. גישה אחרת באה לידי ביטוי בפרשת **לאור**, לעיל ה"ש 32, שם ברק מסגל עליונות על חקיקה ראשית לערכי יסוד המהווים את הבסיס לחוקה המהותית.

שכן כאמור לא זה המצב, אלא משום שחוק היסוד מועמד להעלאה לרמה הנורמטיבית העליונה, ולפיכך, כחלק מהליך ההרצה שלו, יש להתייחס אליו באופן שיאפשר למערכות השונות לבחון את היבטיו השונים ואת השלכותיו, שמא יש צורך לשנותו טרם שיאוגד לכלל חוקה.<sup>156</sup> חזקה פרשנית כאמור תחייב את המחוקק לתת דעתו לרובד חוקי היסוד באופן ספציפי בבואו לחוקק בתחום שעליו חלות הוראות חוקי היסוד,<sup>157</sup> ובכך לאפשר למערכות השונות להסתגל לפעילות בנוכחות נורמות עליונות פורמליות. ניתן להסביר חזקה פרשנית זו גם משיקולי הרמוניה חקיקתית: קבלת חקיקה הסותרת את חוקי היסוד מבלי שהכנסת תיתן דעתה על הצורך להתייחס לסתירה אפשרית במפורש תקשה על הפיכתם של חוקי היסוד לנורמות עליונות במשפט הישראלי בעתיד. ודוקו, אין בהכרח חזקה פרשנית דומה באשר לחוקים בעלי מעמד נורמטיבי זהה: בבואנו, כפרשנים, לקבוע אם חוק מאוחר אכן מפורש ולפיכך גובר על האמור בחוק מוקדם, אין עדיפות לחוק כלשהו על פני משנהו; על פי גישת הפרשנות התכליתית, החובה העיקרית של הפרשן היא ליישב סתירה אפשרית באופן שמקדם את התכלית המשולבת (או מכלול התכליות השונות) של החוקים הנדונים. החזקה הפרשנית לפיה נדרשת מפורשות מיוחדת בטרם חוק רגיל יגבר על חוק יסוד מתיישבת עם ההנחה, אשר נדונה בפרשת **בנק המזרחי**, שחוקי היסוד אכן עוסקים בעיקרי השיטה – המבנה המשטרי הבסיסי בישראל וזכויות היסוד – ולכן הם מרכזיים יותר. כך לפחות למן החלטת הררי ואימוץ פרויקט חקיקת החוקה שבדרך בחקיקה של פרק אחר פרק.<sup>158</sup>

אם מבחינה משפטית מסתכם ההבדל בין חוק רגיל לחוק יסוד רק בחזקה פרשנית, הרי שמבחינה פוליטית משמעותו של רובד חוקי היסוד ברורה: באמצעותו פועלת הכנסת להשלמת חוקה עתידית, ועל פי האופן שבו חוקי היסוד הללו מפורשים ומיושמים מכלכלת המערכת הפוליטית צעדיה בנוגע להמשך הפרויקט.<sup>159</sup> לכן הכנסת התייחסה – לפחות עד לאחרונה – לחוקי היסוד התייחסות מיוחדת. אומנם אין היא נוקטת הליך מיוחד לחקיקתם, כל עוד לא קבע חוק יסוד: החקיקה את מעמדם ואת הליך קבלתם, אך בדרך כלל נמנעה

156 צמצום הסתירה למינימלית יועיל גם בהפגת החשש משימוש לרעה בכוח המחוקק כל עוד החוקים במצב ביניים. ראו גביון "נבואה המגשימה את עצמה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 113. לגישה שמאמצת גישה פרשנית כזו בשל עליונות נורמטיבית ראו בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה**, פ"ד נז(1) 750 (2003). כן ראו בג"ץ 5113/12 **פרידמן נ' כנסת ישראל** (נבו 7.8.2012). לניתוח מעמדם של חוקי היסוד המוסדיים ראו ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסדיות" **עיוני משפט** מ 595 (2017).

157 גישה פרשנית זו ניתנת ליישוב עם האמור בפרשת **נגב**, לעיל ה"ש 155, שם הגיע בית המשפט למסקנה כי אומנם חוק יסוד: הממשלה אוסר על האצלת הסמכות להתקין תקנות, אך קבע כי תקן אינו תקנה, וקיימת סמכות מפורשת לשר בחוק התקנים להסמיך את ראש מכון התקנים לקבוע תקנים. מבחינה מהותית ניתן לראות בתקן סוג של צו כללי. עם זאת קשה להסכים עם קביעתו של בית המשפט שלפיה אין צורך לפרסם את התקן. דווקא משום שמדובר בצו כללי, נדרש פרסום (לאו דווקא ברשומות). נושא זה חורג מגדרי מאמר זה ומצריך פיתוח רחב יותר של מתווה הפירמידה הנורמטיבית בישראל.

158 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 369–381 (שם סוקר הנשיא ברק את התפתחות חוקי היסוד בכנסת).

159 השוו ספיר "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 50.

מלשנות עיקר מעיקרי חוקי היסוד ללא הליך מעמיק.<sup>160</sup> יש הרואים בכך סוג של "שריון פוליטי".<sup>161</sup> דווקא סמוך לכתיבת שורות אלה, סביב חקיקת התיקונים שאפשרו את ממשלת החליפים ועקיפתו של חוק-יסוד: משק המדינה באמצעות הקצאה ישירה של תקציב בחוק יסוד, נראה כי כוחו של השריון הפוליטי נשחק, ונדמה ששחיקה זו נחווית, לפחות על פי עתירות שהוגשו נגד שינויים בחוקי היסוד, כביטוי למשבר חוקתי.<sup>162</sup> יש לקוות ששחיקה זו אינה סימן לבאות.

גם מבחינה ציבורית יש משמעות לחוקי היסוד, אף אם נותרו הם במעמד ביניים, שכן התקשורת ומערכות הניזונות מהתקשורת, כגון מערכת החינוך, התייחסו לחוקי היסוד

160 ניתן לראות בתיקונים שנערכו בחוק-יסוד: הממשלה בשנת 2018 דוגמה מנוגדת לזה. חוק היסוד תוקן תיקון שלפיו ראש הממשלה המכהן כשר ראשי לאצול מסמכותו של השר במלוואה, למעט הסמכות לתקן תקנות, לסגן השר המכהן במשרד (חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 5), ס"ח התשע"ח 112). תיקון זה נועד לאפשר לסגן השר ליצמן להמשיך ולעמוד בפועל בראש המשרד, לאחר שהתפטר מכהונתו כשר הבריאות – כהונה שאליה מונה בעקבות פסיקת בג"ץ שקבעה כי חוק-יסוד: הממשלה אינו מאפשר לסגן שר לעמוד בפועל בראש משרד על אף הנוהג רב השנים של המערכת הפוליטית לאפשר מצב זה (ראו בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 23.8.2015); בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 39–42 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 9.6.2009). תיקון זה לחוק היסוד, המצריך רוב מיוחד של חברי הכנסת, התקבל בהליך חפוז שלא עמד על מרב ההשלכות של המהלך. ניתן לראות בכך נגיסה במעמדו של השריון הפוליטי של חוקי היסוד (לצד נגיסה קודמת במעמד חוק-יסוד: משק המדינה, עם המעבר לתקציב דרשתי). לפי גישה זו, אפשר שנגיסה זו קשורה למאבק הכוח בין הרשויות, או לפחות ניתן לראות בכך השלכה שלילית של האופן שבו הפכו חוקי היסוד לעליונים בלי שהכנסת עצמה קיבלה עליה במפורש ובאמת את עליונותם. מנגד, ניתן לטעון כי "הכשרת" כהונתו של סגן שר במעמד של שר היא מתן גושפנקה חוקתית לנוהג שהנהיגה המערכת הפוליטית משכבר הימים, ואשר לא נחווה על ידי אנשי המערכת הפוליטית כמייצר קושי של ממש בכל האמור בנושאי המשותפת באחריות, או ביכולתו של סגן השר להגן על ענייני המשרד בפני הממשלה, משרדי הממשלה (לרבות משרד האוצר) או גורמים מקצועיים אחרים. משכך, מנקודת המבט הפוליטית, אין מדובר בהכרח בשינוי מהותי בחוק היסוד, ומכאן שאין מדובר בשנומך כוחו של השריון הפוליטי. על פי גישה זו, תיקון חוק היסוד הוא דווקא אינדיקציה ל"הרצתן" של הנורמות החוקתיות בתגובה לפרשנותו של בית המשפט העליון. חיפזון שיא משתקף גם בתיקון השישי לחוק-יסוד: הממשלה. הכנסת העשרים אישרה את תיקונו של סעיף 40 לחוק היסוד, שאפשר לממשלה לאצול סמכותה להכרות מלחמה לוועדת שרים. על פי התיקון, המניין החוקי לקבלת ההחלטה בוועדת השרים יהיה מחצית מחברי הממשלה המכהנים בוועדה. נוסף על זה, התיקון התיר לראש הממשלה ושר הביטחון לקבל את ההחלטה במניין מצומצם יותר "בנסיבות קיצוניות ומטעמים שירשמו" (חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 6), ס"ח התשע"ח 636). בעקבות ביקורת ציבורית בוטל התיקון חודשיים וחצי מאוחר יותר (חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 7), ס"ח התשע"ח 900).

161 Ariel L. Bendor, *The Purpose of the Israeli Constitution*, in ISRAEL CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING – COMPARATIVE AND GLOBAL PERSPECTIVES 41, 51 (Aharon Barak, Daphne Barak-Erez & Gideon Sapir eds., 2013)

162 שלוש העתירות נגד התיקונים שאפשרו את הקמת ממשלת החלופים (בג"ץ 2905/20, בג"ץ 2292/20 שהגישה סיעת מר"ץ ובג"ץ 2941/20 שהגיש אביגדור פלדמן ואח') נדונו במאוחד בבג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (נבו 12.7.2021) (להלן: בג"ץ ממשלת החלופים). כנגד הקצאת התקציב ישירות בחוק היסוד הוגשו שלוש עתירות (בג"ץ 5969/20, בג"ץ 6101/20 שהגישה אחריות לאומית – ישראל הבית שלי בע"מ ובג"ץ 6255/20 שהגישה התנועה למען איכות השלטון בישראל), אשר נדונו במאוחד בבג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (נבו 23.5.2021) (להלן: פרשת שפיר). לדיון במשמעות עתירות אלו ראו תתי-פרקים ג.3 ו-ג.4 להלן.

כבעלי פוטנציאל חוקתי מבחינה מהותית. מכאן ששינויים על ידי הכנסת אמור לעורר שיח פוליטי-מפלגתי, מוסרי ותקשורתי המביא בחשבון את ההשלכות על החוקה שברוך. זאת ועוד, רובד ה"חוקה בפוטנציה" מאפשר להניע תהליכי בניית אומה ויצירת אתוס אזרחי משותף בין תושבי המדינה המגיעים מרקע שונה ומתרבות שונה, דוברי שפות שונות וחברים בקהילות לאומיות ואתניות שונות.<sup>163</sup> שלב ההרצה אפוא מתייחס גם לרובד האקספרסיבי של החוקה, ונועד לוודא שהאמור בחוקה מאפשר לכונן על בסיסה את תודעת הסולידריות והמחויבות לערכי היסוד אשר על בסיסם ניתן לתחזק קהילה פוליטית. אחרי הכל, תפקידה של חוקה הוא לא רק לקבוע את חלוקת הסמכויות ולהגן על זכויות הפרט והמיעוט, אלא גם לשמר (או לייצר) אחווה אזרחית ולאחות תהליכי היפרדות ופרגמנטציה אגב שמירה על מגוון התרבויות המצויות בקהילה הפוליטית-מדינתית.<sup>164</sup>

אפשר שכדי לייצר תנאים משפטיים שמאפשרים הרצה של חוקי היסוד – דהיינו בדיקה של האמור בחוקי היסוד בתנאים הקרובים לתנאי נורמה עליונה – תבחר הכנסת, כפי שאומנם בחרה, לשנות את כללי מתקל הדינים באמצעות חוקי היסוד לפי דרישת רוב או דרישת מפורשות (קרי: פסקת ההגבלה), או גם וגם (באמצעות פסקת התגברות). אין זאת אומרת שחוקים אחרים אינם יכולים אף הם לדרוש דרישת רוב או להכיל פסקת הגבלה (או מנגנון דומה אחר); במקרה כזה נצטרך לבחון אם שינוי כללי מתקל הדינים הוא חלק מהפרויקט החוקתי הישראלי, או שמא מדובר בצורך נקודתי אחר, שאז אין מדובר בחוק שיש להתייחס אליו כבעל פוטנציאל חוקתי (ואז גם אין מקום להפעיל את החזקה בדבר פרשנות חוק סותר באופן הממוזער את הסתירה עם חוק בעל פוטנציאל חוקתי). זאת ועוד, גם לאחר שנקבע כי חוקי היסוד הם במעמד עליון – וכאמור, קביעה זו לא הייתה מחויבת

163 פרופ' גביון מסבירה את חשיבות הנושא: "חוקה אמורה להעניק לחברה מסגרת המשותפת לכלל החברה האזרחית. חוקה חשובה במיוחד בחברות שיש בהן פערים ומתחים בין חלקים בציבור, בהיותה אחד הכלים המאפשרים יצירת איזון בין הלכידות האזרחית ובין השונות של קבוצות בציבור. במובן זה, העיסוק בהגנה על זכויות מיעוטים, ובכלל תרומת החוקה ליחסי קבוצות ובעיקר ליחסי רוב מיעוט היא מרכזית וחשובה. בישראל יש לנושא דרמטיות מיוחדת בשל העובדה שהחוקה המסתמנת מגדירה את ישראל כמדינה שיש לה זיקה מיוחדת לעם היהודי, בצד היותה דמוקרטית ומחויבת לזכויות אדם. וכי חלק מן המתחים בין קבוצות בישראל קשורים לטענה כי שניות זו אינה אפשרית, וכי על המדינה – ועל חוקתה – לבחור בין יהודיות ובין דמוקרטיה וזכויות אדם". להרחבה ראו רות גביון וטלי בלפור **זכויות קיבוציות של מיעוטים** (2005).

164 לעומת זאת חוק הלאום לא התייחס להגנה על מיעוטים החיים במדינה, לבד מאותה התייחסות עמומה לשפה הערבית, ונתפס בעיני חלקים בחברה הישראלית כחוק מפלג וגזעני. לעיסוק תקשורתי ראו למשל הבוקר הזה "אליהו מצא על חוק הלאום: 'נהיה מדינת אפרטהייד פר אקסלנס'" **כאן – תאגיד השידור הישראלי** (30.7.2018) <https://tinyurl.com/5n8khzzd>; בר פלג ואח' "עשרות אלפים הפגינו נגד חוק הלאום: 'נלחמנו על קיום המדינה ונילחם על אופיה'" **הארץ** (4.8.2018) <https://tinyurl.com/42bdevbn>; בר פלג "רבבות ערבים ויהודים בהפגנה בת"א נגד חוק הלאום: 'אנחנו כאן כדי להסיר את הכתם של ממשלת נתניהו'" **הארץ** (11.8.2018) <https://tinyurl.com/35errhez>; יואב איתאל "לראות מבעד לדגלים: ההפגנה 'הישראלית' של הערבים נגד חוק הלאום" **וואלה! חדשות** (12.8.2018) <https://tinyurl.com/49d7eutm>. פרופ' גביון הזהירה מפני תוצאה כזו בדוח שהגישה לשרת המשפטים בשנת 2014. לדבריה, "חזון מכוון דרך משותף הוא חיוני לחברה שחבריה נדרשים להקריב למען קיומה ולתרום לשגשוגה. בגרעין חזון המדינה כלולים ערכי היסוד הנותנים לחברה החיה בה את אופיה". ראו רות גביון **עיגון חוקתי של חזון המדינה: המלצות לשרת המשפטים** (2014) (להלן: **דוח גביון**).

המציאות – עדיין המודל המתאים לתיאור המצב בישראל הוא "חוקה בהרצה", אלא שכעת כוללת ההרצה גם את הרובד העל-חוקי עצמו.<sup>165</sup>

### 3. "חוקה בהרצה" – פרשנות בזמן: קווי המתאר של התהליך בישראל

משעמדתי על מעמדם של חוקי היסוד ערב פרשת בנק המזרחי, אפנה עתה לסרטט את קווי המתאר של ה"חוקה בהרצה" כפי שהתפתחה בישראל בפרספקטיבה רחבה יותר. סרטוט זה חשוב כדי להבחין את משמעותה של ה"קפיצה" שביצע בית המשפט בפרשת בנק המזרחי, בקובעו כי חוקי היסוד הם בעלי מעמד חוקתי על-חוקי, ומכאן שהם עליונים על חקיקת הכנסת ה"רגילה". כידוע, התהליך שמתואר בקווים כלליים כאן כ"חוקה בהרצה", קרי ההימנעות מאימוץ חוקה פורמלית ומקיפה באבחה חקיקתית אחת והעדפה של התפתחות חוקתית בשלבים, נבע מגורמים שונים. בבסיסו הפשרה ההיסטורית שבין מצדדי החוקה הנוקשה למתנגדיה, אשר הושפעה גם מהיעדר הסכמה באשר לתוכן החוקה לצד הסכמה בקרב מרכיבים מרכזיים בפוליטיקה הישראלית באשר לאמור במגילת העצמאות. בין היתר, נראה שהמערכת הפוליטית נרתעה מהגבלת כוחה;<sup>166</sup> המערכת המשפטית לא ששה להיכנס לסבך הערכי ולהתעמת ישירות עם הכנסת,<sup>167</sup> ואף הגורמים הפוליטיים סברו שמעמדו של בית המשפט יפגע אם אכן כך יקרה.<sup>168</sup> לא היה לשחקנים מרכזיים במשק תמריץ לגייס את מערכת המשפט כדי להגן על זכויותיהם הכלכליות מפני כוחה המפקיע של המדינה; יחסי דת ופוליטיקה בישראל הכבידו על הגדרת גבולות הדת והמדינה וספציפית אימו על ההכרה בעליונות שלטון החוק החילוני;<sup>169</sup> יחסי רוב ומיעוט יצרו דיסוננס אצל הרוב, שחש מחויב לזכויות אך לא היה שלם עם הענקת זכויות שוות למיעוט.<sup>170</sup> מלבד כל אלו הייתה העובדה שמדינת ישראל נדרשה לא רק לאפיין נורמות וסדרי ממשל אלא גם לעסוק בבניית אומה.<sup>171</sup> נקודה אחרונה זו מבדלת, אולי, את המקרה הישראלי ממקרים אחרים שכוללים

<sup>165</sup> לדיון ראו תת-פרקים 3.ג ו-4.ג להלן.

<sup>166</sup> גביון "נבואה המגשימה את עצמה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 24. ראו גם שגיא "פסק הדין שעשה היסטוריה", לעיל ה"ש 90, בעמ' 339-346.

<sup>167</sup> כפי שניתן ללמוד מפסקי הדין המוקדמים: פרשת ברגמן, לעיל ה"ש 38; פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 39; פרשת דרך ארץ, לעיל ה"ש 64, שבהם לא הכריע בית המשפט ונמנע מעימות עם הכנסת. ראו גם משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" הפרקליט כו 30, 35 (1971) (להלן: לנדוי "חוק עליון"). לגישתו של לנדוי, אל לבית המשפט להיכנס לתחום הבעיות המדיניות השנויות במחלוקת בציבור.

<sup>168</sup> כך סבר בן-גוריון. ראו ניר קידר בן-גוריון והחוקה: חוקתיות, משפט ודמוקרטיה במשנתו של ראש הממשלה הראשון 65 (2015).

<sup>169</sup> ספיר "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 50, בעמ' 579-581.

<sup>170</sup> גביון "נבואה המגשימה את עצמה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 118-120.

<sup>171</sup> להרחבה בנושא זה ראו בנימין אקצין "הצעת חוקה למדינת ישראל" סוגיות במשפט וכמדינאות 158, 162 (1966). לגישתו של אקצין, חוקה צריכה לאחד את האומה ואסור שתהיה גורם מפלג. לכן אין לקבל חוקה או תיקונים לחוקה כאשר מיעוט גדול מתנגד לתוכנה. פרופ' גד ברזילי כותב שלדילמות היסוד שעמדו בפני המערכת הפוליטית "לווה שיח משפטי של משפטנים ואנשי מדעי החברה אשר שיקף לבטים קשים בנוגע לאפשרויות לכונן חוקתיות בעידן של בניין אומה". ראו גד ברזילי "חוקתיות של

מרכיבי "הרצה" או "ניסוי"<sup>172</sup> – בישראל הן ההסדרים החוקתיים (שאמורים לבטא את תרבותה של האומה) והן יסודות מרכזיים שמקשרים את מרכיבי האומה השונים לכדי אומה, נבנו בשלבים ו"בתוך כדי תנועה", כאשר הפרק הנבנה בהסדר החוקתי מכונן את, ומכונן על ידי, היחידה הפוליטית, ובתוך כך משליך גם על הפרקים הבאים (הן במערכת המשפט והן במערכות אחרות – הפוליטית, הכלכלית, המוסרית-אידאולוגית והבירוקרטית). בתנאים אלו קבלת נורמות בעלות פוטנציאל חוקתי "פרקים פרקים", בחינתן בעולם המעשה ואגב שמירה על גמישות מסוימת ובניית תרבות משפטית-פוליטית תומכת, היו פתרון של מדינת ישראל עד כה לסוגיית החוקה.<sup>173</sup> כפי שצוין, אין זאת אומרת שזה היה הפתרון המיטבי לישראל. ייתכן שאילו זרח ורהפטיג היה מצליח לסיים את מלאכתו ולהשלים טיוטת חוקה לפני הבחירות לאספה המכוננת, וזו הייתה מקבלת את החוקה ומתפנה לעניינים אחרים, מצבנו היום היה טוב יותר. אך "אילו" זה לא התגשם ומדינת ישראל צעדה בדרך אחרת.<sup>174</sup> כידוע, בשנים הראשונות לקיומה של מדינת ישראל קבע בית המשפט כי עד אשר תקבע הכנסת אחרת, חוקי הכנסת אינם ניתנים לביקורת שיפוטית בשל סתירה לאמור בהכרזת העצמאות.<sup>175</sup> בתוך מסגרת זו, התחומה בהחלטת הררי מחד ובעמדת בית המשפט בדבר הצורך בהסמכה חוקתית לביקורת שיפוטית מאידך, התפתחה פרקטיקה שלפיה הכנסת

בניין אומה, ביקורת הצדק המשפטי: הארה על מחקר וכתובה משפטיים בישראל" **עיוני משפט** מ 471, 474 (2017).

172 השימוש ברעיון ה"ניסוי" בהקשר חוקתי מוכר בספרות. ראו למשל Michael C. Dorf & Charles F. Sabel, *A Constitution of Democratic Experimentalism*, 98 COLUM. L. REV. 267 (1998); Charles F. Sabel, *A Quiet Revolution of Democratic Governance: Towards Democratic Experimentalism*, in GOVERNANCE IN THE 21ST CENTURY 121 (OECD, 2001); John Witte Jr., *Essential Rights and Liberties of Religion In The American Constitutional Experiment*, 71 NOTRE DAME L. REV. 371 (1995); Alan C. Cairns, *The Canadian Constitutional Experiment*, 9 DALHOUSIE L.J. 87 (1984).

173 להחלטת הררי ראו ד"ר 13.6.1950, 1743.

174 לעמדתו של קידר, לעיל ה"ש 168, מדובר בצעד שאפשר למערכות הממלכתיות לפעול ללא זעזועים. העובדה שנמנע ויכוח אידאולוגי מוקדם בשאלות חוקתיות תרמה ליצירת מערכת משפט מתפקדת. "לולא החלטת הררי יתכן שגם מערכת המשפט לא הייתה נמלטת מגורלם של הפוליטיקה, הצבא והחינוך. סביר להניח כי בישראל הלוהטת מבחינה אידאולוגית היו המחלוקות סביב פרשנות החוקה עושות גם את מערכת המשפט מוקד למחלוקות אידאולוגיות ופוליטיות כבר בשלב מוקדם, כפי שאכן קרב בסוף המאה ה-20 במהפכה החוקתית. ספק אם במקרה כזה היו בתי המשפט יכולים לפתח את מגילת זכויות האדם השיפוטית ולהטמיע את שלטון החוק בדרך היעילה והטובה שעשו גם בהעדר חוקה כתובה" (שם, בעמ' 120). לגישתה של פרופ' נבות, "כאשר המחוקק הרגיל הוא גם מכונן החוקה, יש חשש לטשטוש ההבחנה בין פוליטיקה חוקתית לבין פוליטיקה יומיומית וחשש לשימוש לרעה בסמכות המכוננת". ראו סוזי נבות "על סעיף השריון ב'ממשלת החילופים'" **ICON-S-IL Blog** (25.11.2020) <https://tinyurl.com/2sfkr6pc>. זו גם הייתה עמדתו של השופט לנדוי בזמנו, שעליה חזר מאוחר יותר במאמרו "חוק עליון", לעיל ה"ש 167. השופט לנדוי הבחין בין ביקורת שיפוטית, שתכליתה להגן על סדרי השלטון, ובין ביקורת שיפוטית על פגיעה בזכויות אדם (שם, בעמ' 35). לנדוי התמיד בעמדתו זו (ראו לנדוי "מתן חוקה לישראל", לעיל ה"ש 17). ראו גם עמדתו של ד"ר זרח ורהפטיג, אשר כיהן כחבר ועדת החוקה, חוק ומשפט עם הקמתה, כיו"ר הוועדה בכנסת הרביעית והשמינית, ולפני הקמת המדינה היה מופקד על הפרויקט החוקתי בוועדת המצב (זרח ורהפטיג **חוקה לישראל: דת ומדינה** (התשמ"ח)).

175 בג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל אביב, פ"ד א 85, 86–89 (1948).

מחוקקת חוק יסוד אחת לכמה שנים. אומנם קבלת החוק לא הצריכה הליך מיוחד מבחינת רוב או דרכי הצבעה, אולם הדיון בקבלת חוקי היסוד בכנסת היה בדרך כלל דיון חגיגי שבו הדוברים התייחסו למפעל חקיקת חוקי היסוד ולמחויבות הכנסת להשלמת החוקה.<sup>176</sup> תוכנם של חוקי היסוד, כדרך כלל, אכן עסק בעיקרי שיטת המשטר בישראל. מה המשמעות של דפוס פעולה זה, כשידועה המסגרת המשפטית שנקבעה בהחלטת הררי ובפסיקת בית המשפט? ניתן לומר שאין משמעות כלשהי לאופן הפעולה של משרד המשפטים ושל הכנסת. ניתן לשער שסדרי העדיפות הפוליטיים של שרי משפטים, סדרי עדיפות מקצועיים במשרד המשפטים, מגבלות כוח אדם, היכולת להגיע להסכמה בין הגורמים המקצועיים ועוד – כל אלה השפיעו על קצב קבלת אותם "פרקים", ואך בגלל שיקולים אופרטיביים כאלה ואחרים לא התפנו גורמי החקיקה להשלים את המפעל זה מכבר. לא מן הנמנע שקיים אלמנט של מקריות באופן התפתחות החוקה בישראל.<sup>177</sup> עם כל זאת חובתנו, כפרשני משפט, לא להסתפק בנקודת המבט הסובייקטיבית של העוסקים במלאכה (קרי בכוננת יוצר הטקסט) או בנקודת מבט האדישה למהותו המשפטית של ההליך. חובתנו, כפרשני משפט, לפי גישה זו, להכיר ברובד התכליתי שבתיווכו עלינו להבין את משמעותה של ההיסטוריה החקיקתית. עלינו לשאול: מהי הפרשנות הטובה ביותר – במובן זה שמתיישבת עם הגיונו של הליך שנועד להוביל לקבלת חוקה בסופו – לדפוס הפעולה שלפיו הכנסת מקבלת חוק יסוד אחת לכמה שנים, וממתינה עד לקבלת חוק יסוד נוסף?

לפי גישה תכליתית שכזו, המשמעות של אי-אימוצה של חוקה שלמה וכוללת עד להתפזרותה של הכנסת הראשונה, או מייד לאחר בחירת הכנסת השנייה, ובמקום זאת חקיקה מדורגת של חוק יסוד אחד בכל פעם, איננה בהכרח ניסיון למסמס את הפרויקט החוקתי (אף אם אפשר שהיו כאלה שזו הייתה כוונתם). מבחינה מערכתית, העובדה שגופי השלטון בכל זאת המשיכו בחקיקה (מדורגת ומרווחת בזמן) של חוקי היסוד, אגב התייחסות למטען החוקתי הטמון בהם בדרך לקראת השלמת המפעל, מעידה, כך נראה, על דפוס פעולה שיש לו משמעות נורמטיבית (במובן זה שכן ראוי להתקדם): בנייה בשלבים, אגב מתן אפשרות הסתגלות.

אחזור ואדגיש שוב: אין כוונתי שכן בהכרח ראו ח"כ הררי, ראש הממשלה בן-גוריון, שר המשפטים רוזן, צמרת משרדו או מאן שהוא אחר את הפרויקט החוקתי הישראלי מראשיתו. אפשר, ואולי אף סביר, שמנקודת מבטם של חברי הכנסת, ההחלטה לאמץ את החוקה פרק לאחר פרק, ומתוך כך לבחון את השלכותיו המעשיות של כל פרק טרם קבלתו של פרק אחר, לא נבעה בהכרח מתפיסת עולם לכידה ועקיבה. הטענה לפיה הדרך הטובה ביותר להסביר את ההליך החוקתי בישראל כהליך של יצירת "חוקה בהרצה" אינה אפוא

176 פרופ' קרמניצר מבקר את ספרם של ג'קובסון ורוזנאי וכותב ש"העובדות הנכונות המצוינות בספר, לפיהן חוקי היסוד שעניינם זכויות אדם עברו בכנסת בשקט וברוב בלתי מרשים, משקפות תמונה חלקית ולא מדויקת. הן מחמיצות את מה שהוא עיקר בעיניי: לצורך העברת חוקי היסוד האלה התקיימה פשרה פוליטית והושגה הסכמה רחבה ונדירה, כאשר שתי המפלגות הגדולות ומפלגות קטנות נוספות – וביניהן מפלגות 'המתנגדים הטבעיים', הדתיים לאומיים והחרדים – היו שותפות להסכמה זו. בהיעדר התנגדות פוליטית של ממש, גם התקשורת לא גילתה עניין" (קרמניצר "על מושג המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 43).

177 Shinar, לעיל ה"ש 150.



טענה עובדתית גרידא אלא טענה המפרשת את ההיסטוריה. הענקת משמעות הקשרית לעובדות מניחה אם כן נקודת מבט אשר ממנה יכול האדם הסביר להעריך את המשמעות המשפטית של חקיקת חוקי היסוד. אומנם פרשנות אובייקטיבית זו אינה נשענת על כוונת מחוקק כלשהי, אך היא אינה זרה לנקודת המבט הפנימית ואינה מרחיקה עצמה מהמסגרת שבה פעלו חברי הכנסת ואנשי משרד המשפטים במשך השנים. במילים אחרות, לו היינו מציגים לפני חברי הכנסת לדורותיהם, או לפני אדם סביר המתבונן על התהליך כאזרח במדינת ישראל, את התמונה הגדולה שבתוכה הם פועלים, נראה שהתשובה לשאלה "מהו המפעל, על מכלול חלקיו", הייתה זו: אנו בונים חוקה שבדרך ומנסים את מרכיביה הפוטנציאליים השונים בתוך כדי תנועה. יתרונו של הסבר פרשני זה הוא בהעניקו משקל להחלטה לאמץ הסדר חוקתי פרק אחר פרק, והוא אינו רואה בה הכרח תקלה, אקט אקראי או הכרח בל יגונה.<sup>178</sup>

זאת ועוד, הבנת התהליך כבניית פרקים "בהרצה" אינה מתעלמת מחשיבות היוזמה וממנהיגותם של השחקנים השונים ברגעים אלו ואחרים. לשחקנים השונים יש תפקיד חשוב מאוד בעיצוב הפרטים של כל פרק וכן בעיצוב אופן התפתחות הפרויקט. למשל, תת-הפרק 1.3 בעבודה זו הוקדש לניתוח גורמים קונטינגנטיים שייתכן שהשפיעו על קפיצת המדרגה שאירעה בפרשת **בנק המזרחי**; חלקם הם תלויי המנהיגות המשפטית, חלקם תלויי שינויים אידאולוגיים, וחלקם תלויי המצב הכלכלי, הפוליטי והמדיני. אך את אלה עדיין ניתן להבין בתוך המסגרת של "חוקה בהרצה". המסגרת הרעיונית של "חוקה בהרצה" מתייחסת לפרויקט כולו, אשר במסגרתו פועלים השחקנים ובמסגרתו פעולתם מקבלת רובד של משמעות.

כפי שעולה מהמקובץ, תהליך ההרצה אינו נשען אך על תרומתה של הכנסת. בד בבד וכחלק מן החוקה ההולכת ונבנית, פיתחה הפסיקה הישראלית צעד אחר צעד את כללי החוקה המטריאלית החלים על מחוקק המשנה, מוציא הצווים הכלליים ומוציא הצווים האישיים. בשורה של החלטות שיפוטיות פותחו כללי הסמכות,<sup>179</sup> הפרוצדורה,<sup>180</sup> שיקול הדעת<sup>181</sup> וכן מגילת הזכויות השיפוטית.<sup>182</sup> כל זאת לפי הכלל, המצוי אף הוא בחוקה המטריאלית, שלפיו בית המשפט אינו מוסמך להעביר ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בהיעדר הסמכה בחוקה הפורמלית.<sup>183</sup> כך הובטח שפיתוחם ו"הרצתם" של מרכיבי החוקה

178 ש.ם.

179 ראו למשל בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988); בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).

180 ראו למשל בג"ץ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529, פס' 1-4, 7-9 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1989) (להלן: פרשת הוועד הציבורי); בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה, פ"ד לד(2) 566 (1980).

181 ראו בג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טו 2101 (1962); בג"ץ 392/72 ברגר נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז חיפה, פ"ד כוז(2) 764 (1973); בג"ץ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673 (1990).

182 ראו בג"ץ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980); בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

183 ראו בג"ץ 620/85 מיערי נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מא(4) 169, 250-252 (1987); פרשת לאו"ר, לעיל ה"ש 32, בעמ' 554-556. כך נדחתה האפשרות לבצע ביקורת שיפוטית מכוח הכרות העצמאות. ראו

המטריאלית כלפי מחוקק המשנה והרשות המבצעת יהיו בתנאים המאפשרים לגופים אלה להפנים את הנורמות החוקתיות אך גם להגיב באופן שיוביל לשינוי נורמה שאותה מצאו בעייתית במיוחד, באמצעות פנייה למחוקק הראשי. המחוקק הראשי, מצידו, אף שלא היה כפוף ישירות לביקורת שיפוטית, יכול היה להפנים את מגילת הזכויות ולהשתתף בבנייתה, באמצעות חקיקה "רגילה".

ובחזרה לקווי המתאר של התהליך ההיסטורי של כתיבת פרקי החוקה: בקצרה, ניתן לציין כמה אבני דרך במסגרת הרצתה של החוקה בישראל על בסיס מתווה החלטת הררי ובעקבות פסקי הדין אשר קבעו כי מעמדו של הפרק שבו מנויים הערכים במגילת העצמאות אינו מאפשר, כל עוד לא נאמר אחרת, ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית.<sup>184</sup> אומנם במועד קבלתה של החלטת הררי לא היה ברור מה יהיה מעמדם של חוקי היסוד עד אשר יושלם הפרויקט וחוקי היסוד יאוגדו לכדי חוקה.<sup>185</sup> כפי שניתן לראות, ב-1953, כאשר נדונה הצעת חוק היסוד הראשונה – חוק יסוד: הכנסת<sup>186</sup> – ולאחר מכן בשנת 1958, כאשר הובאה ההצעה להמשך דיון והצבעה,<sup>187</sup> היה ברור למתדיינים שחוק היסוד כולל מרכיבים

בג"ץ 1554/95 עמותת שוחרי גילית נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד (נ) 2 (3) 1996; פרשת אלכרבוטלי, לעיל ה"ש 99.

184 פרשת זיו נ' גוברניק, לעיל ה"ש 175. בהכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1, בחלק השלישי מפורטים העקרונות שעל פיהם תפעל מדינת ישראל, למשל: "מדינת ישראל תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין. מדינת ישראל תבטיח חופש דת, חופש מצפון, לשון, חינוך ותרבות"; בהמשך, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק עוררו מחדש את השאלה בדבר מעמדה הנורמטיבי של הכרזת העצמאות – האם עתה קיבלה תוקף של מקור עצמאי לזכויות אדם? השאלה הותרה בצריך עיון (פרשת עמותת "שוחרי גילית", לעיל ה"ש 183, בפס' 37 לפסק דינו של השופט אור), אך נשמעה עמדה שלפיה "באו חוקי יסוד אלה והביאו לשינוי דרמטי במעמדה של מגילת העצמאות, בכך שאינה עוד רק מקור לפרשנות, אלא היא עצמה הייתה למקור עצמאי לזכויות אדם [...]". (פרשת כלל, לעיל ה"ש 96, בפס' 27 לפסק דינו של השופט לוי). עמדה זו זכתה גם לתמיכתו של פרוץ ברק: "כייבדן של זכויות היסוד של האדם ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל הפכה לצו חוקתי. נמצא, כי לא רק שיש לעקרונותיה של הכרזת העצמאות תוקף משפטי, אלא שהחובה לכבד את זכויות היסוד ברוח עקרונותיה של הכרזת העצמאות הפכה לחובה חוקתית, ש'חוק רגיל' אינו יכול לעמוד לעומתה. לפנינו אפוא שינוי מהותי במעמדה המשפטי של הכרזת העצמאות" (ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 305). להרחבה ראו ברק "מגילת העצמאות", לעיל ה"ש 44, בעמ' 16, 29-36. ברק טוען שמקור סמכותה של האספה המכוננת הוא חלקה השני של מגילת העצמאות, הנורמה הבסיסית (לפי המודל הקלזיאני) היא הקביעה ש"יש לציית להוראותיה של מועצת המדינה הזמנית". ברק עושה "צעד פרשני" נוסף בקובעו שכיוון שהאספה המכוננת יונקת סמכותה מהכרזת העצמאות, ומכיוון שהכרזת העצמאות מצביעה על המבנה הבסיסי של ערכי היסוד של המדינה המוקמת, מבנה ערכי זה תוחם את גבול כוחה המשפטי של האספה המכוננת.

185 נוסחה של החלטת הררי עצמה כידוע עמום, אך דומה כי מן הסיפה של ההחלטה עולה כי רק לאחר שיאוגדו, יהיו פרקי היסוד בגדר "חוקה". מכאן אין עולה כי עד אשר יאוגדו פרקי החוקה – החוקים היסודיים – הם בגדר חקיקה רגילה בלבד, שכן לפנינו איברים מן החוקה שבדרך. לפיכך גם קריאה מדוקדקת של החלטת הררי עצמה תומכת במסקנה כי מעמדם של חוקי היסוד הוא "מעמד ביניים" – בין חוק לחוק יסוד. זהו מעמד דינמי בהגדרה, שכן מטיבו הוא מניח שתתקבל חוקה בעתיד, ואז יתבצע תהליך האיגוד, אשר יוביל למעמד קבוע.

186 ד"כ 9.11.1953, 57.

187 ד"כ 12.2.1958, 912.

שאינן מקומם בחוקה, ולכן בינתיים אין להתייחס אליו כאל חלק מהנורמה העליונה, אלא רק כחלק מחוקה לעתיד לבוא. במשך עשור שנים פעלה הכנסת לפי חוק-יסוד: הכנסת על דרך של פיקוח עצמי. כידוע, בשנת 1969 בוצע השלב הבא, ובו התנסתה הכנסת לראשונה בסוג של ביקורת שיפוטית, לאחר שהיועץ המשפטי לממשלה דאז מאיר שמגר אפשר באופן יצירתי מהלך הרצה שכזה כאשר ביקש מבית המשפט שלא לעסוק בשאלת סמכותו להעביר ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית או בשאלת מעמד חוקי היסוד.<sup>188</sup> התנסות זו אפשרה לבית המשפט לצקת תוכן לעקרונות השוויון בבחירות כפי שעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת ולמערכת הפוליטית להפנים את המשמעות של הביקורת השיפוטית בתחום הבחירות – כל זאת כאשר לכנסת האפשרות להפסיק את ההרצה באמצעות העלאת טענת הסמכות או באמצעות שינוי ישיר (מפורש) של חוק היסוד באמצעות הרוב הדרוש. לחלופין, לכנסת הייתה האפשרות לפעול במסגרת ההרצה אך באופן שמעניק לה פטור נקודתי מהדרישה שלא לפגוע בשוויון בבחירות, באמצעות שינוי עקיף של חוק היסוד באמצעות הרוב הדרוש. ואכן, בארבעת המקרים בהם קבע בית המשפט שחוק של הכנסת סתר את האמור בחוק היסוד לא העלה היועץ המשפטי לממשלה את שאלת הסמכות;<sup>189</sup> במקרים אלו שבה וקיבלה הכנסת את החוק הסותר ברוב הדרוש, ובכך תמה מעורבותו של בית המשפט. זוהי דוגמה מובהקת להרצה, הן משום שמעמד חוקי היסוד הושאר במפורש בצריך עיון,<sup>190</sup> הן משום שהכנסת הכשירה פגיעה מסוימת בשוויון המנוי בסעיף 4 באמצעות קבלת חקיקה סותרת ברוב הדרוש, והן משום שסביר שבמקרים לא מעטים אחרים הכנסת, על חבריה ויועציה המשפטיים, הפנימה את הלכות בית המשפט ודאגה שחקיקתה בכל זאת תעמוד בדרישות חוק היסוד.<sup>191</sup>

התאמת המבנה החוקתי לתנאי הארץ, לתושביה ולתרבותה אינה מתמצית, כמובן, ברגולציה החוקתית של הבחירות ובפיקוחו של בית המשפט על רגולציה זו – פיקוח אשר לו מרכיבים הנשענים לא רק על חוקי היסוד אלא גם על החוקה המטריאלית.<sup>192</sup>

188 פרשת **ברגמן**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 696.

189 ראו שם; פרשת **קניאל**, לעיל ה"ש 67; פרשת **דרך ארץ**, לעיל ה"ש 64. פרשת **לאו"ר**, לעיל ה"ש 32.

190 ראו פרשת **רסלר**, לעיל ה"ש 13; פרשת **קניאל**, לעיל ה"ש 67.

191 איל ינון "מגמות בחקיקת הכנסת ה-18 – סיכום ביניים" **דין ודברים** ז 23, 27–28 (2012). באנגליה, למשל, נדרש הפרלמנט לציין במפורש אם הגיע, באמצעות היועצים המשפטיים, למסקנה שחקיקתו אינה סותרת את דיני האיחוד האירופי (כל עוד בריטניה כפופה לדין זה). כן נדרש הפרלמנט למידת ההתאמה לחוק זכויות האדם. לדין מוקדם בהשלכות המבנה הבריטי ראו Lord Lairg, *The Impact of the Human Rights Act: Parliament, the Courts and the Executive*, PUB. L. 308 (2003).

192 ע"ב 1/65 **ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד יט(3) 365 (1965). חשיבותו של פסק דין זה להרצתן של הנורמות החוקתיות בישראל רבה: במקרה זה קבע בית המשפט שלישראל נתוני יסוד חוקתיים. בכך הזמין את הכנסת להגיב לנתונים אלו – לעצבם ולקבוע את משמעותם המשפטית. בה בעת נראה כי לפחות מבחינה תאורטית בית המשפט פתח פתח לטענה כי הכנסת מוגבלת בבואה להסדיר נתונים אלו בדיוק משום שנתונים אלו הם חלק מהבסיס שעליו נשענת סמכותה של הכנסת. הנושא נשאר בצריך עיון משום שמבחינה משפטית **ירדור** הוא פסק דין חריג, שכן נתוני היסוד שעיצב שימשו בסיס להסמכה לפגיעה בזכות ולא בסיס להגבלת כוחו של הרוב. אפשר שמשום כך הגביל בית המשפט את התפתחותו של העיקרון שנקבע ב**ירדור** כאשר סירב לפסול על פיו את רשימת כהנא (ע"ב 2/84 **ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה**, פ"ד ט(2) 225 (1985), ובכך הוביל להוספת סעיף 7א

השלב הבא במסגרת "הרצת" מרכיבי החוקה התמקד בשילוב מרכיבים של זכויות הפרט בחוקי היסוד. הכנסת התקדמה בזירות רבה: הזכויות החשובות באמת – חופש הביטוי והשוויון<sup>193</sup> – הושארו לשלב מאוחר יותר.<sup>194</sup> חוק היסוד ששוויין בשוויין פורמלי – ולכן חסה תחת כנפי הלכת ברגמן – היה חוק היסוד שכלל הגנה על זכות שנתפסה כבלתי שנויה במחלוקת<sup>195</sup> וכזכות שלמערכת היה זמן רב להפנים. כידוע, הזכות הראשונה שהוכרה בישראל כזכות טבעית הייתה הזכות לחופש העיסוק.<sup>196</sup> גם אשר לזכות זו, התיר חוק היסוד לפגוע בה כדי להשיג מספר נכבד של תכליות.<sup>197</sup>

לחוקי-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 9), ס"ח התשמ"ה 196. כידוע, הסעיף זכה לפרשנות שיפוטית בע"ב 1/88 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות לכנסת השתיים עשרה, פ"ד מב(4) 177 (1988) (להלן: פרשת ניימן 2) אשר יושמה בפרשת טיבי, בשארה ומרזל (א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003)), ובעקבות יישום זה תוקן חוק היסוד שוב (ראו חוקי-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 39), ס"ח התשס"ח 626) תיקון שנועד להתמודד עם התנהלותו של ח"כ עומי בשארה, ולאחר מכן עם אופן התנהלותו של ח"כ באסל גאטס (ראו חוקי-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 44), ס"ח התשע"ו 1086), המאפשר הדחה של ח"כ מכהן ברוב של 90 ח"כ. הכנסת שבה והמשיכה לתקן את חוק היסוד, ולאחרונה אף הרחיבה את עליות הפסילה של חבר כנסת בהוסיפה הגדרה מרחיבה למעשים – לרבות התבטאויות (ראו חוקי-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 46), ס"ח התשע"ז 516). דיאלוג זה הוא דוגמה להרצתה של הנורמה החוקתית החולשת על השוויון בבחירות ולדרכי הסתגלותן של המערכות השונות להגנה השיפוטית על הזכות (השוויונית) לבחור (ולהיבחר). מלבד זאת תצוין העובדה שבמשך 60 שנות קיומו תוקן חוק היסוד 46 פעמים (ובקצב גובר), נתון שמלמד לכל הפחות על מלאכת האפנון והכוונון הכרוכה בהרצתה של נורמה פרוטו-חוקתית אל מול קיומה של ביקורת שיפוטית.

193 יש קונצוזוס רחב במישור הבינלאומי לעיגונו של עקרון השוויון ואיסור האפליה כעמודי תווך של הדמוקרטיה. ראו גביון ובבלפור, לעיל ה"ש 163. בדומה לזה, חופש הביטוי נתפס במשפט הבינלאומי כזכות יסודית ואוניברסלית, המטילה חובות פוזיטיביות ו"שילליות" למען אכיפתה. תפיסה זו עוגנה במגוון רחב של מסמכי חקיקה בינלאומיים ואמנות כדוגמת האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31 (נפתחה לחתימה ב-1966). ראו KATIE BRESNER, UNDERSTANDING THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION (Renu Mandhane, Bonnie Allen & Naregh Galoustian eds., 2005).

194 רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד", לעיל ה"ש 52, בעמ' 349. בעניין הזכות לשוויון ואיסור האפליה הוגשו כמה הצעות חוק דוגמת הצעת חוקי-יסוד: השוויון האזרחי, ולפיה "המדינה תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין, ותבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות ותשמור על המקומות הקדושים של הדתות". ראו הצעת חוקי-יסוד: השוויון האזרחי, פ/446/17, <https://bit.ly/3YBMfu1>.

195 חוקי-יסוד: חופש העיסוק. אין משמעות הדבר כי ישנה תמימות דעים לגבי היקף ההגנה על הזכות או באשר להשפעת עיגונה של הזכות בחוקי-יסוד, אלא שההכרה בזכות כזכות יסוד גם טרם חקיקת חוקי-יסוד אינה שנויה במחלוקת. ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן, כרך א – יסודות ועקרונות 468–469 (2001), וכן יצחק אליאסוף "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 173, 174–173 (התשנ"ד).

196 בג"ץ 1/49 בזירנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949).

197 שולמית אלמוג "חוקי-יסוד: חופש העיסוק, חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפט וממשל א 185, 187–188 (1992): פסקת ההגבלה המקורית של החוק הגדירה רשימה סגורה של שיקולים שרק לפיהם הרשות יכולה להימנע ממתן רישיון עיסוק למקצוע הדורש זאת. התכלית המקורית של החקיקה הייתה ליצור הגנה של האזרח אל מול המדינה במצבים שבהם הוא כפוף לאישורה לצורך עיסוק מסוים, באמצעות הגבלת שיקול הדעת המינהלי. שיקול דעת רחב הוענק לבית המשפט, לצורך התמודדות עם בעיות פרטניות שעלולות ליפול בגדר החוק.

חוק היסוד השני, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כלל זכויות מגוונות שמשמעותן המדויקת טרם התבררה כל צורכה, ולכן אך טבעי ששינויו לא דרש רוב. ניתן לשער שלו היו נשאלים העוסקים במלאכה – חברי הכנסת והיועצים המשפטיים – מה פשר הוספתו של נדבך זה למבנה החוקתי, הייתה צפייתם הסבירה שהזכויות המוגנות בו – כגון הזכות לקניין, לפרטיות, לכבוד, לחיים וכו' – תפתחנה צעד אחר צעד. הלכות שיפוטיות ייבנו על ההלכות שפותחו במסגרת מגילת הזכויות השיפוטית, וכך יוכל בית המשפט להתנסות ביציקת תוכן לחוק יסוד שעוסק בזכויות אדם.<sup>198</sup> מנגנון פסקת ההגבלה יוכל להיבחן אף הוא: הכנסת תידרש לדייק בתכלית שלשמה היא פוגעת בזכות מוגנת וכן במידת הפגיעה; גם בית המשפט יידרש לפתח הלכות באשר לפרשנות התכליות הלגיטימיות ובאשר לדרכי ההוכחה ולאופן יישומה של דרישת המידתיות; יהיה אפשר לבחון את סוגיית הנטלים הלכה למעשה, וכן סוגיות נלוות, כגון מגוון הסעדים ושאלת התחולה על רשויות המדינה.<sup>199</sup> כל זאת, כאמור, בתנאי מורטוריום מסוימים, שכן חוק היסוד אינו משוריין פורמלית ואף עליונותו אינה מקובעת. מתבונן מהצד על תהליך זה יסיק שבתנאים אלו תוכל הכנסת להתנסות בכפיפות להוראות אלה, אך כאשר תגיע קביעה שיפוטית שחוק שחוקקה סותר את חוק היסוד, ולכן הוא נעדר תוקף, תישמר בידה האפשרות לשוב ולחוקק אותו – אם באמצעות תיקון חוק היסוד (ללא רוב), באופן שמחריג את החוק הסותר, ואם באמצעות קבלת סעיף מפורש בחוק הסותר (כחלק ממנגנון ההרצה). כך תוכלנה המערכות השונות לכייל את אופן פעולתן לפי דרישות החוק, ודרישות אלו תיבחנה בעולם האמיתי טרם העלאתן לרמה העליונה.

ניתן לשער שהשלב הבא בתהליך החוקתי היה אמור להיות קבלת חוקי היסוד שיגנו על מכלול הזכויות – הזכות לשוויון וחופש הביטוי, לחופש הדת ולחופש המצפון ולאחריהן זכויות במשפט, ולבסוף גם זכויות חברתיות – לאחר שהמערכות השונות, ובראשן המערכת הפוליטית והמשפטית, תסתגלנה לקשרי עבודה בנוכחות זכויות יסוד מוגנות החלות גם על חקיקה ראשית. כפוף להשגת הסדר עם שכנינו, ניתן להניח שגם גבולות המדינה יוסדרו במסגרת חוקי היסוד, אם כי אין הכרח שכך יהיה. בדומה לזה, הגיונו של המבנה המשטרי

198 דוגמה טובה להתפתחות המדוברת ניתן לראות בנוגע לזכות הקניין. בבג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001), מפי הנשיא ברק, זכתה הזכות להגנה אפקטיבית בהקשר של קרקע פרטית שהופקעה לצורך מסוים, אך צורך זה לא מומש. למהלך היו אמורות להיות השלכות מעשיות, אלא שכל הנראה בשל החשש מהשלכות רחב אלו לא הוביל המהלך להשבת הקרקע.

199 הסביר זאת השופט לנדוי בבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2408 (1962), בנוגע לזכויות הנובעות מאופי המדינה כדמוקרטיה (שם, בעמ' 2415), וכאשר יישם את הלכת "קול העם" הראה כי אומנם בית המשפט לא ייכנס לנעלי הרשות, אך על הרשות לעמוד בנטל ולהראות הסתברות קרובה לוודאי לפגיעה קשה וממשית באינטרס ציבורי שעל הגנתו היא אמונה, בטרם תפעיל סמכותה ותקבע כי לא ישודר יומן חדשותי בקולנוע (שם, בעמ' 2418–2419). זוהי דוגמה ליישום ופיתוח של הלכה ברובה התת-סטוטורי, מכח עקרונות הדמוקרטיה עצמם. מן הבחינה המתודולוגית, כך ניתן היה לצפות שבין המשפט ימשיך ויפתח את הפסיקה, בכאור לקבוע נטלים, וכן את עוצמת התחולה של זכות כלפי הרשות המוסמכת. לעניין זה קבע השופט לנדוי כי לדעתו קיים הבדל בין סרט אומנותי ליומן חדשותי, בכל הנוגע לנטל שבו אמורה הרשות לעמוד (שם, בעמ' 2413).

בישראל מתיישב טוב יותר עם התייחסות לנושא השכות בחוק יסוד, <sup>200</sup> אגב הפניה לפרטים שייקבעו בחוק, אף שגם בהקשר זה אין הכרח שייחוד לכך חוק יסוד דווקא.

בפועל, בין השאר בעקבות פרשת **בנק המזרחי**, התמקדה תגובת הכנסת במישור חקיקת חוקי היסוד, <sup>201</sup> בשניים: ראשית, עוד בטרם הגענו להסדר כאמור עם שכנינו וכתגובה לתהליך "אוסלו" – אשר גם הוא השפיע על תיקון חוקי היסוד בשנת 1994<sup>202</sup> – קיבלה הכנסת את חוק-יסוד: משאל עם.<sup>203</sup> חוק יסוד זה נועד להגביל כוחה של הממשלה לחתום על הסכם מחייב הכולל ביטול תחולת המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל בשטח כלשהו, וכן מגבילה את כוחה של הכנסת לאשר הסכם כאמור בהחלטה (אם כי לא בחוק) באמצעות דרישה לרוב של 80 חברי כנסת, או לעריכת משאל עם. חוק יסוד זה הוא מבני במהותו, ותכליתו, כך נראה, למנוע מחטף. ואומנם, קבלתו היא הפנמה של המהפכה החוקתית במובן זה שהכנסת הגיעה למסקנה שיש לקבלו כחוק יסוד ולא כחוק רגיל.<sup>204</sup> זוהי דוגמה לכיול המערכת לפי מתווה **בנק המזרחי**. בה בעת, קבלת חוק-יסוד: משאל עם תחייב גם היא, בשלב מסוים, "הרצתו" בעולם המעשה כדי להבין השלכותיו. מבחינה מהותית, קיימת בחוק היסוד א־סימטריה בין הרחבת המשפט, השיפוט ומנהל, שאינה מצריכה משאל עם, ובין צמצומה, אשר מצריך רוב מיוחד או משאל עם. כן נוצר "גירעון דמוקרטי" באשר לאוכלוסייה הנשאלת, כל עוד לא נשאלים כל אלו שנתונים תחת המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל, אלא רק אזרחיה. מבחינה זו, המועד המתאים לחקיקתו היה לאחר הבשלת הסדר גבולות. מכל מקום, על פני הדין הנוהג כעת, לא ברור אם האמור בחוק בהכרח יופעל אם וכאשר ייחתם הסכם באשר לשטחים שבהם הוחל המשפט, השיפוט ומנהל, שכן יהיה אפשר לשנות את חוק היסוד ברוב קואליציוני.

200 ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 65. ברק מסביר בספרו שחרף "החולשה הפורמלית" של חקיקה מעין זו בחוק "רגיל", היא נהנית מ"עוצמה מהותית", הנתפסת בהווה המשפטית שלנו כחוק יסודי. לפיכך בשל מעמד המהותי הרם של חוקים אלו, וחרף שלילת מעמד העל-חוקי (שהרי לא עוגנו פורמלית בחוק יסוד), בבואנו לפרשם עלינו להתייחס אליהם כנורמות בעלות מטען חוקתי.

201 וזאת לצד תיקון חוק בתי המשפט ושינוי הרוב הדרוש בוועדה לבחירת שופטים לבחירת שופטי בית המשפט העליון שהציע גרעון סער והתקבל ב-28 ביולי 2008 ("תיקון סער"). ראו חוק בתי המשפט (תיקון מס' 55), התשס"ח-2008. מבחינה מהותית מדובר בתיקון בעל משמעות חוקתית, אך כאמור לפי המבחן הצורני-פורמלי, מדובר בתיקון ברוב הסטטוטורי.

202 LERNER, לעיל ה"ש 130, בעמ' 42-43.

203 חוק-יסוד: משאל עם, ס"ח התשע"ד 400. לעיסוק תקשורתי ראו דנה בלאנדר "חוק יסוד: משאל עם" משנה את כללי המשחק בדמוקרטיה הישראלית "המכון הישראלי לדמוקרטיה" (10.3.2014) <https://tinyurl.com/4j9apebv>; מורן אזולאי "על האפס: גם חוק משאל העם אושר בכנסת Ynet" (12.3.2014) <https://tinyurl.com/bdwx9sv5>; יהודה הראל "חוק משאל העם" **מידה** (19.3.2014) <https://tinyurl.com/4v7j759w>. כן ראו איתי בר-סימן טוב "דיני החקיקה" **עיוני משפט** לו 645, 696 (2016); אילן סבן "תגובת-הנגד הפוליטית למהפכה החוקתית" **המרחב הציבורי** 13, 13 (2017).

204 ראו עתירתו לבג"ץ של מוחמד וותד נגד חקיקתו של חוק משאל עם, בטענה שמקומו של ההסדר המפורט בחוק זה להיות בחוק יסוד. משחוקק חוק-יסוד: משאל עם, בין השאר בעקבות העתירה, זו התייתרה (בג"ץ 9149/10 וותד נ' **כנסת ישראל** (נבו) 13.5.2014).

התחום השני שהעסיק את הכנסת היה קידומו, ולבסוף חקיקתו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (הידוע בכינויו "חוק הלאום"). בחלק השלישי של רשימה זו אתייחס למשמעות חוק יסוד זה כחלק מפרויקט החוקה בהרצה. הפרק האחרון בתהליך כתיבת פרקי החוקה היה אמור להיחקק בחוק-יסוד: החקיקה, שעם קבלתו יהיה אפשר לומר שהחלטת הררי קוימה במובן זה שחוקי היסוד היו אמורים, באמצעות, "לעלות" כולם לכדי נורמות חוקתיות, אגב הסדרת דרכי שינויים וכן הסדרת סוגיית הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד שעד לחוק-יסוד: החקיקה לא היו משוריינים. השלמת פרקי החוקה, על פי מתווה החלטת הררי, אינה אומרת בהכרח שבכך תסתיים הרצתה של החוקה בישראל. ניתן להניח שלפי מודל החוקה בהרצה, גם חוק יסוד: החקיקה מצריך את אותו תהליך הרצה, או במילים אחרות, הגיונו של המודל אינו מניח בהכרח סיום חד (אם כי הוא מתיר כזה). אם תגיע חקיקת חוק-יסוד: החקיקה (לאחר השלמת פרק זכויות האדם), היא תעלה את הפרויקט שלב במעלה הדרך ותאפשר הרצה בתנאים הקרובים מאוד לתנאי חוקה שלמה. זאת ועוד, ייתכן – ואף צפוי – שלאחר קבלת חוק-יסוד: החקיקה, ולאחר "הרצתו", תפעל הכנסת לאיגוד כלל חוקי היסוד לכדי מסמך אחד. פעולה זו, שיכול שתכלול העברת רכיבים מסוימים המצויים כיום בחוקי יסוד לחקיקה רגילה, ויכול שתכלול גם קבלת החוקה האחדה באמצעות הליך מיוחד, כגון משאל עם או חקיקה בהליך חריג על ידי הכנסת, עם או בלי אישור של גוף ייחודי שייבחר לצורך כך. נראה שנקודה זו יכולה להיחשב כהשלמת פרויקט ה"חוקה בהרצה". על כל פנים, השלמת הרצתה של החוקה עצמה, אם (וכאשר) תגיע, אין משמעה נוקשות או נצחיות אלא מעבר למודל חוקתי רגיל, כמקובל בדמוקרטיה חוקתיות, שבו מתבצעים תיקונים חוקתיים על רקע חוקה שלמה. כפי שנאמר לא אחת ברשימה זו, מתווה עקרוני זה כפוף לשינויים, שכן לא ניתן לקבוע מראש נורמה מסוימת שבהתגבשותה בהכרח יסתיים שלב ההרצה, וניתן להתקדם גם בדרכים אחרות, ובכלל זה להותיר את ההרצה לתקופה ארוכה. בה בעת יש להכיר בכך שעד כה אלו היו קווי המתווה העקרוניים.

כידוע, מאז פרשת בנק המזרחי, תהליך זה נעצר, למעט חקיקתם של חוק-יסוד: משאל עם בשנת 2014, וכאמור, חוק-יסוד: הלאום. כעת מצויים אנו בשלב שבו נדונה הצעת חוק-יסוד: זכויות בחקירה, וכן מתקיימים דיונים באשר לחקיקת חוק-יסוד: החקיקה. אלא שנכון לכתיבת שורות אלו, אין עיסוק בהשלמת חוק-יסוד: זכויות האדם. אשוב למשמעות עובדות אלו בחלק השלישי. בשלב זה יש לתת את הדעת לקשר האפשרי שבין המהלך שבוצע בבנק המזרחי לעיכוב שחל בחקיקת חוקי היסוד על פי המתווה העקרוני.

#### 4. היחס האפשרי בין בנק המזרחי ובין האטת קצב חקיקת חוקי היסוד (א) הסטת תשומת הלב החוקתית

כפי שתואר לעיל, הרצת חוקי היסוד התקדמה על פי היגיון מסוים – חוקי היסוד המשטריים ולאחריהם חוקי היסוד שעסקו בחלק מזכויות האדם, וכל זאת בהסכמה יחסית רחבה. בשלב זה התקבל פסק הדין נשוא רשימה זו, והכנסת הסיטה את עיסוקה החוקתי לחוק-יסוד: משאל עם ולחוק-יסוד: הלאום, אך לא התקדמה עד כה בהשלמת חוקי היסוד שעוסקים בזכויות. אפשר שמעצור זה נוצר מסיבות "גדולות", במובן של תהליכים היסטוריים. בראש



ובראשונה ניתן לציין את ההתנגשות המתחייבת כמעט מקבלת חקיקה על-חוקתית המגינה על זכויות האדם, כולל זכות הקניין, והמשכה של השליטה בשטחי יהודה ושומרון ללא הסדר משפטי יציב וללא הבטחה של זכויות אדם בסיסיות – כגון הזכות להגדרה עצמית, הזכות לבחור ולהיבחר ועוד ועוד – של כלל האוכלוסייה המצויה בשטחים אלו. ברובד עמוק יותר, העלאת חוקי יסוד לרמה החוקתית מניח, ברמה מסוימת, שהשלב המהפכני של הציונות, המציב בראש את הקמת הבית הלאומי לעם היהודי ורוחם אליו את שלטון החוק (ואף מתיר רמה של אי-לגאליזם הנדרשת מתנועה מהפכנית כדי להגשים מטרותיה) הסתיים, וכעת עוסקת התנועה בהגשמת חזון חברתי בנוגע לחברי הקהילה האזרחית. והינה, כל עוד לא הסתיים שלב זה, החיכוך בין מושכלות היסוד שבבסיס ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, ובראשן שלטון החוק, ובין הפרויקט המהפכני – הוא ניכר.

אפשר שהמעצור נוצר גם מסיבות פנים-מערכתיות, במובן של מערכת היחסים שבין הרשות השופטת למערכת הביורוקרטית מחד ("המנהל") למערכת הפוליטית (הכנסת והמפלגות) מאידך. משום שבית המשפט הלך בפסק דינו שני צעדים קדימה, במקום צעד אחד, נוצר חוסר איזון מסוים. או כפי שהיטיב לתאר זאת השופט חשין, דרכו של המשפט אינה במהפכה כי אם סיפור בהמשכים; "ואם יגביר השחקן מהירותו אל מעבר למהירותה של הבימה, גם אז עלול הוא להיעלם אל מאחורי הבימה. חוכמתנו שלנו – חוכמת המשפט – היא, שנדע להתאים מהירותנו לעולם סביבנו".<sup>205</sup> כאמור, הצעד הראשון בתחום זכויות הפרט היה אמור להתמקד בהרצת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בתנאים המאפשרים לרשות השופטת והמחוקקת לבחון מקרוב מה המשמעות האמיתית של משטר זכויות שאליו כפופה חקיקה ראשית. אלא שבית המשפט הלך צעד נוסף קדימה: הוא דרש מהכנסת להתנסות למעשה גם בפעולה במגבלות חוק-יסוד: החקיקה (למעט דרישת רוב שסביר שתהיה בו) בכך שהעלה את כל חוקי היסוד לרמה החוקתית ובכך שקבע שהכנסת אינה יכולה לפעול "על אף האמור" בחוקי היסוד, אלא אם תתקן את חוקי היסוד ותוסיף סעיף שמאפשר לה לפעול כך במפורש.<sup>206</sup> זוהי הרצה מסוג מורכב מזה שלו הייתה הכנסת נכונה.<sup>207</sup> אפשר שבית המשפט חש שבשלה העת להעלות רמה ו"לשחות במים החוקתיים העמוקים". נראה שתגובתן למהלך של המערכות השונות – הפוליטיקה, האקדמיה, הביורוקרטיה, הדת והתקשורת – הייתה חלקה פחות ממה שציפה בית המשפט. כפי שפירטתי במקום אחר,<sup>208</sup> תגובתה של המערכת הפוליטית לכלל היבטיה של המהפכה החוקתית הגיעה רק כמה שנים לאחר פסק הדין עצמו, ככל הנראה כפועל יוצא של הלוגיקה הפנימית של המערכת הפוליטית, אשר מגיבה כאשר מצטברות הכרעות שאינן לרוחה

205 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 567 לפסק דינו של השופט חשין.

206 שם, בעמ' 270–271, 305–306 לפסק דינו של הנשיא (לשעבר) שמגר; בעמ' 414–416 לפסק דינו של הנשיא ברק.

207 נראה כי בחירה בתאוריה של דמוקרטיה בעלת "שתי דרגות", כפי שמכנה אותה יואב דותן, טומנת בחובה סכנות עתידיות. להרחבה בנושא "שתי הדרגות" ראו דותן "הדיאלוג הקונסטיטוציוני", לעיל ה"ש 7, בעמ' 186.

208 Amnon Reichman, *Judicial Constitution Making in a Divided Society – The Case of Israel*, in CONSEQUENTIAL COURTS: JUDICIAL ROLES IN GLOBAL PERSPECTIVE (Diana Kapiszewski, (Reichman, *The Case of Israel*: להלן: Gordon Silverstein & Robert A. Kagan eds. 2013).

(ובכלל זה קביעות באשר לדין המהותי המגבילות צעדיה ישירות, ולא תאורטית).<sup>209</sup> הכרעות אלו נשענו על פיתוח מהיר יחסית של בית המשפט אשר נכרך אף הוא במהפכה החוקתית: הקביעה כי הזכות לכבוד האדם היא זכות רחבה, הכוללת מרכיבים מהותיים של שוויון וחופש ביטוי, על אף הכרעתה של הכנסת שלא להריץ בינתיים את רובד החקיקה הראשית בישראל אל מול דרישות מהותיות אלו.<sup>210</sup> בכך הרחיב בית המשפט שלא בהדרגה את סט הזכויות שבגין פגיעה בן ניתן לבקר חקיקה ראשית. דומה כי המערכת הפוליטית, ואפשר שאף הברוקרטיה, הכלכלית והדתית, לא היו מוכנות לכך שבית המשפט ירכיב בעצמו את הגלגל החסר במבנה החוקתי ויקבע את מעמדם הנורמטיבי של חוקי היסוד ברמה העליונה,<sup>211</sup> לא כל שכן לפי הגישה האמורה לזכות לכבוד האדם (אך בה בעת לא היו מוכנות לסכל את המהלך ולהשיב את הגלגל לאחור). כאמור, כפי שיידון בפרק ג, לאחרונה נדרש בית המשפט להתמודד עם חוקי יסוד המצויים במתח עם חוקי יסוד אחרים או עם עקרונות יסוד, ובכך נדרשת השיטה לבצע הרצה מורכבת יותר. בהיעדר מגילת זכויות יסוד חקוקה שלמה וחוקי-יסוד: החקיקה, נקודת הפתיחה להרצה זו אינה אופטימלית.<sup>212</sup>

209 לתגובת המערכת הפוליטית ראו למשל גדעון אלון "מהפכה חוקתית? בסך הכל גניבת דעת" **הארץ** (6.8.2002) <https://tinyurl.com/mw5yefav>; צבי לוי "יש אולי דיין אבל אין דין לאזרחי ישראל" **גלובס** (24.4.2003) <https://tinyurl.com/8mrcajhu>; הדס מגן ואיתמר לוי "ריבלין: 'מהפכה החוקתית' של אהרון ברק היתה להפיכה שלטונית" **גלובס** (22.5.2003) <https://tinyurl.com/4n453ktw>; מיכאל איתן "דין ודברים עם אהרון ברק: חסידים בחצר האדמו"ר" **הארץ** (8.7.2009) <https://tinyurl.com/yc549ehf>. כן ראו ראובן ריבלין "פרי הבאשים של המהפכה החוקתית" **ynet** (1.1.2012) <https://bit.ly/3hRiwFT>; "יו"ר הכנסת ריבלין: המהפכה החוקתית שברה את הכלים" **מידה** (13.4.2016) <https://bit.ly/3WDup81>.

210 לביקורת ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (1997) (להלן: סומר "הזכויות הבלתי מנויות"); אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית" **ממשל ומשפט** ז 469 (2004) (להלן: רייכמן "כבוד האדם מלא עולם"). אומנם, הסיעות החרדיות בכנסת חששו שכך אכן יקרה, זאת אומרת, שאכן יש חשש שחוק היסוד יפורש על ידי בית משפט שאינו ככול להכרעות הכנסת באופן מרחיב – לשיטתם, יתרו על המידה – ולכן הצביעו בקריאה השלישית כנגד חקיקת חוקי היסוד האלו. אולם מכך אין ללמוד שהכנסת, כמוסד שמורכב הן מסיעות הבית והן מן הגורמים המקצועיים, אכן הכריעה שכך על בית המשפט לפעול. אין לטעות ולראות בחשש של הסיעות החרדיות שבית המשפט ייקח את האמור בחוק כמה צעדים מעבר להסכמה שהובילה לטקסט האמור בחוק, כאילו צעדים אלו אכן אושרו על ידי הכנסת.

211 אהרון ברק טען כי כלל הגורמים הרלוונטיים לא הופתעו, ולראיה, לשיטתו, האקדמיה הבינה היטב את המשמעות של המהלך ואת הצורך בו. לקוח מרבי-השיח "פסק דין בנק המזרחי: לאחר שלוש שנים", שהתקיים ב-28 בנובמבר 1998 בהנחיית זאב סגל; להרחבה ראו זאב סגל "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים" **המשפט** ה 249, 260 (2000) (להלן: סגל "בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים").

212 ראו דיון בחלק ג.3. להלן. במסמך תגובה מטעם סיעת הליכוד וראש הממשלה בנוגע לעתירות שהוגשו נגד תיקוני חוקי היסוד שאפשרו את הקמתה של הממשלה הפריטטית, פרסו היועצים המשפטיים ועורכי הדין את משנתם מדוע לא תהיה לבית המשפט הסמכות לדון בתוקפם של חוקי היסוד. ראו בג"ץ **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 162, תגובה מטעם סיעת הליכוד וראש הממשלה. בסימפוזיון שנערך לאחרונה ב-**ICON-S-IL Blog** הציבה רבקה ווייל על כמה בסיסים אפשריים לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד העולים מן הפסיקה: "חוקתיות נוסח המשפט המקובל", "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", "שימוש לרעה בסמכות מכוונת", גזירת הסמכות ממנגנון פסילת מפלגות, הכרה בהכרות העצמאות

ודוקו, אין אני טוען כי הצעד הנוסף שבית המשפט ביצע בפרשת **בנק המזרחי** הוא, לבדו, הוביל למתח המוגבר בין המערכות השלטוניות עד כדי הצעות שונות להגבלת סמכות השיפוט של בית המשפט.<sup>213</sup> כפי שאטען בהמשך, שלושה מהלכים נלוו למהלך ביסוס מעמד הנורמטיבי של חוקי היסוד,<sup>214</sup> ושילוב שלושם עולה כדי המהפכה החוקתית

כמגבילה את אופן השימוש בסמכות המכוננת מלכתחילה, ותיכונה אפשרויות נוספות. לגישתה, "כדאי להשקיע זמן ומחשבה מעמיקים בשאלה האם המקרה מצדיק שימוש בסמכות לא פחות ממשאלה של המסלול באמצעותו מבוטל חוק יסוד או תיקון לו". ראו רבקה ווייל "נשק יום הדין: מסלולים לביטול חוק יסוד – יתרונות וחסרונות" **ICON-S-IL Blog** (22.11.2020) <https://tinyurl.com/4hbukp7p> (להלן: "נשק יום הדין"). אדם שנער מציין ש"הדיון החריף שהתעורר בחודשים האחרונים באשר לסמכותו של בית המשפט לפסול חוקי יסוד הוא למעשה אשרור גמור של המהפכה החוקתית וקבלת עיקריה. המהפכה החוקתית, אם כן, איתנו כדי להישאר". ראו אדם שנער "חוות הדעת הנשכחות בפסק דין בנק המזרחי – מיניסימופוזיון: עשרים וחמש שנים לפרשת בנק המזרחי" **ICON-S-IL Blog** (20.12.2020) <https://tinyurl.com/mr2w5nda>. בפורום אחר טען פרופ' אלבשן ש"מערכת המשפט צריכה להתנהל באחידות, ואם היא לא נהגה להתערב בחוקי יסוד עד כה, היא צריכה להמשיך לעשות זאת גם במקרה הזה". ראו יובל אלבשן "בג"ץ חוק הלאום: מבחינת העותרים, כשנוח, חוק יסוד הופך לחוק רגיל" **גלובס** (28.12.2020) <https://tinyurl.com/4yd3hhsw>. פרופ' אלדד מזכיר את דרכי הצמצום הפרשניות האפשריות: "שופטי בג"ץ אולי לא יהרגו את החוק, אבל הם יעשו לו את המוות, כדי לא לפתוח חזית מול הכנסת". ראו אריה אלדד "לבטל או לרוקן מתוכן? הדיון בחוק הלאום משאיר את שופטי בג"ץ עם הידיים למעלה" **מעריב** (26.12.2020) <https://tinyurl.com/8e5vwcp5>. תגובתו של יו"ר הכנסת הייתה חריגה. ראו זאב לב "בג"ץ וחוק הלאום: החוקה המשפטית החדשה של מדינת ישראל" **מידה** (23.12.2020) <https://tinyurl.com/24dhyb36>: "לראשונה נשלח מכתב רשמי מיו"ר הכנסת לנשיאת בית המשפט העליון, אשר מתרה בה במפורש כי לבית המשפט העליון אין כל סמכות לעסוק בתוקפו של חוק יסוד. במקביל, ציוץ ברשת החברתית 'טוויטר' של ראש הממשלה חזר גם הוא על [כך]".

213 להתייחסויות להצעות אלו ראו מורן אזולאי "הכנסת נגד העליון: שורת חוקים לצמצום כוחו" **Ynet** (20.10.2013) <https://tinyurl.com/ef5h382>; אפרת אבן "מנגנונים לביקורת שיפוטית חוקתית – הרכבים ומינויים" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (31.10.2001) <https://tinyurl.com/mxzjdpdr>; פרטוקול ישיבה 204 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (14.4.2004) <https://tinyurl.com/2p8v8wdu>; פרטוקול ישיבה 171 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (22.2.2004) <https://tinyurl.com/3ferh55k>. כן ראו "שר המשפטים: צמצום בשפיטות יקל בעומס" **Ynet** (15.11.2007) <https://tinyurl.com/ktzrbk7a>; תזכיר הצעה לתיקון חוק-יסוד: השפיטה (ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים) <https://tinyurl.com/5yjmdjbf>. להצעות לצמצום זכות העמידה וסמכותו של בית המשפט לדרן בענייני ביטחון ראו יובל יועז "המטרה של פרידמן: להגביל תחומי ההתערבות של בג"ץ" **הארץ** (23.8.2007) <https://tinyurl.com/ydefv6aw>; יובל יועז "העבודה: המשך החקיקה של פרידמן תביא למשבר קואליציוני" **הארץ** (16.11.2007) <https://tinyurl.com/2fxvd62n>.

214 בקצרה, אלו הם שלושת המהלכים: הראשון – הרחבת זכות העמידה והגמשת הקריטריונים של השפיטות (בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441 (1988)); השני – פיתוח דיני הסבירות והמידתיות ברובד התת-חוקי (בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(1) 421 (1980); בג"ץ 6163/92 **אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מז(2) 229 (1993); בג"ץ 8397/06 **אדוארדו נ' שר הביטחון**, פ"ד סב(2) 198 (2007); בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807 (2004); השלישי – פיתוח פרשני של הזכות לכבוד האדם באופן שתכלול גם מרכיבים של שוויון (פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 118); בג"ץ 3267/97 **רוכנישטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998); ושל חופש הביטוי (ע"א 4463/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136 (1996); בג"ץ 10203/03 **המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(4) 715 (2008) –

שהתחוללה בישראל בסוף המאה העשרים. לזה יש לצרף את השלכתם של מהלכים אלו על העיסוק המשפטי בסוגיות ליבה בחברה הישראלית המשוסעת, ובראשן סוגיות הקשורות למעמדו של המיעוט הערבי (בעיקר בהיבטי קרקע וזכויות תרבותיות)<sup>215</sup> וסוגיות הקשורות ליחסי דת ומדינה – כל זאת אגב הגדרה מחדש של תפקיד המדינה אל מול כוחות השוק.<sup>216</sup> אם כן, מנקודת המבט של הרשות המחוקקת ושל הרשות המבצעת כאחד, העשור שבין 1985 ל-1995 הוא טרנספורמטיבי ומאתגר. אולם כל עוד נותרה בידי המחוקק אפשרות התגובה החוקית ה"פשוטה" – זו שאינה מצריכה תיקון ברמה החוקתית (בלי קשר הכרחי לשאלת הרוב) – ניתן לומר שהמסגרת הכוללת – הפרדיגמה – נותרה על כנה. כפי שהמחוקק הגיב להכרעת בית המשפט בפרשת **ברגמן**<sup>217</sup> או בפרשת **שליט** (בסוגיית מיהו יהודי),<sup>218</sup> כך הייתה שמורה בידו האפשרות להגיב גם על פסיקה לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כל עוד מעמדו הנורמטיבי של חוק יסוד זה נותר בצריך עיון כפי שהיה בצריך עיון בפרשות **רסלר וקניאל**. אולם הקביעה כי חוק היסוד עליון, ולכן אי-עמידה בפסקת ההגבלה מחייבת תגובה ברמת חוקי היסוד (ואין דרך להסתפק בחקיקה מפורשת ונקודתית שמתייחסת ישירות לזכות הנפגעת בעקבות פסיקה של בית המשפט), משנה את כללי המשחק הפוליטי. במצב זה נוצר לחץ פוליטי לשקול מחדש את אותו שריון פוליטי שממנו נהנים חוקי-היסוד כחוקה שבדרך. שריון פוליטי זה אין משמעו שחוקי יסוד חסינים בפני שינוי (ולא היא: כידוע, רכיבים מחוקי היסוד, כגון חוק-יסוד: משק המדינה, ואף חוק-יסוד: הממשלה בהיבטי מספר השרים או סגני השרים וסמכותו של ראש הממשלה לאצול תפקידי שר לסגן שר, נתונים לשינויים תדירים; לעיתים אף ניתן להצדיק מחקר חלוץ (פיילוט) שנועד לבחון, נקודתית, שינויו של הסדר חוקתי מסוים לפרק זמן מוגבל).<sup>219</sup> אלא

מרכיבים אשר כאמור נדחו במפורש על ידי הכנסת בחוקה את חוקי היסוד (ולא את חוק-יסוד: זכויות האדם, שאותו הציע משרד המשפטים). בעקבות זאת המהפכה החוקתית איננה מסתכמת רק בהעלאת מעמדו של חוקי היסוד כולם לרמה החוקתית; היא כוללת גם רכיבים מתחום המשפט המנהלי ותורת הפרשנות, אשר השלכתם היא הרחבת ההגנה על שלטון החוק וזכויות האדם, ובה בעת הרחבת קשת הנושאים המגיעים לפתחו של בית המשפט. לניתוח ביקורתי. ראו Reichman, *The Case of Israel*, לעיל ה"ש 208, בעמ' 233.

215 ראו דיון בחוק-יסוד: הלאום בפרק ג.3 להלן.

216 גוטווין, לעיל ה"ש 143.

217 פרשת **ברגמן**, לעיל ה"ש 38. בעקבות פסק הדין תוקן החוק בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון. ראו דברי הסבר להצעת חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות וביקורת) (תיקון), התשכ"ט–1969, ה"ח הממשלה 318.

218 בג"ץ 58/68 **שליט נ' שר הפנים**, פ"ד כג(2) 477 (1970). והשוו לעמדתו של גדעון ספיר במאמרו Gidon Sapir, *How Should a Court Deal with a Primary Question That the Legislature Seeks to Avoid? The Israeli Controversy over Who Is a Jew as an Illustration*, 39 VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 1233 (2006). בעקבות ההחלטה בפרשת **שליט** תוקן חוק השבות בהתאם לקביעתו של בית המשפט העליון. ראו דברי הסבר להצעת חוק השבות (תיקון מס' 2), התש"ל–1970 ה"ח הממשלה 36.

219 ראו למשל את הצדקת ה"פיילוט" בהקשר של חוק-יסוד: הוראת שעה, שבא לבחון שימוש בתקציב דו-שנתי. הצדקה זו התקבלה בבית המשפט בפרשת **בר און**, לעיל ה"ש 34, אך כשהתברר, לאחר מספר הארכות, שכבר אין מדובר בפיילוט, קבע בית המשפט כי שימוש כזה בחוק יסוד אינו חוקתי. ראו בג"ץ

שלצורך השינוי נדרש גיוס פוליטי מיוחד. באשר למרכיבי הליכה של החוקה שבדרך, כגון זכויות הפרט או יסודות דמוקרטיים, לפשרות במישור הפוליטיקה החוקתית יש מחיר שמביא בחשבון את העובדה שמדובר בשינוי כללי המשחק.<sup>220</sup> משום ששינוי כללי המשחק באשר למעמד של חוקי היסוד נעשה על ידי בית המשפט, גם יתר מרכיבי המהפכה החוקתית – שעליהם אעמוד בהמשך – אשר אף הם יצירי שפיטה, נטענים ביתר משמעות (הן במישור הסימבולי והן במישור המעשי, העוסק בדרכי התגובה והשיח הבין-מוסדי). במצב עניינים זה, חילוקי דעות עם פסיקותיו של בית המשפט מתורגמים בקרב גורמי הכוח הפוליטיים בקלות רבה יותר לתהייה באשר לסמכות השיפוט ולתפקידו הכולל של בית המשפט בהגנה על שלטון החוק וזכויות האדם. יודגש כי לבית המשפט תפקיד חשוב בהגנה על מבנה הדמוקרטיה וזכויות היסוד. לכן חשוב לשמור עליו.

תגובה חשדנית מצד גורמים פוליטיים אינה מפתיעה במיוחד: קיימת אינדיקציה במשפט המשווה לכך שבתי משפט זוכים להון חברתי רב יותר – ולכן ליתר נכונות לשיתוף פעולה מצד המערכת הפוליטית והבירוקרטית – אם הם נתפסים ככאלה שלא צעדו צעד נוסף על זה שהתבקש, אלא הביעו רתיעה מקבלת הכוח לבקר חקיקה ראשית. כך בקנדה, כאשר בית המשפט העליון קבע שקיים נוהג חוקתי לפיו על הממשל הפדרלי להתייעץ עם הפרובינציות טרם חקיקת חוקה, ובכך נתפס כדוחה את הרגע שבו תוטל עליו המשימה להגן על זכויות אדם מפני חקיקה ראשית קנדיה.<sup>221</sup> המשפט האמריקני אף הוא רלוונטי, אך כדוגמה הפוכה: פרשת **מרבורי**, שבה פיתח בית המשפט את הכוח לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה פדרלית אף שסמכות זו אינה מנויה בחוקה, התקבלה כלא לגיטימית בצד המפסיד (הנשיא ג'פרסון), וכידוע חלפו יותר מחמישים שנה עד שמצא בית משפט זה לנכון לבטל חקיקה פדרלית. עם זאת גם בדוגמה האמריקנית הפגין בית המשפט רגישות אסטרטגית, אך בהיבט אחר. בפרשת **מרבורי** הקפיד בית המשפט לייצר סמכות אגב הגבלת סמכות: כידוע, ב**מרבורי** קבע בית המשפט שהוא אינו מוסמך לדרון בתביעה הספציפית שלפניו משום שהחוקה אינה מאפשרת לקונגרס להסמיך את בית המשפט לדרון בתביעות שכאלה.<sup>222</sup> במובן זה, המהלך שביצע השופט חשין קרוב יותר למהלך שבוצע בפרשת **מרבורי**: בקובעו שהכנסת אינה מוסמכת לחוקק חוקה, קבע השופט חשין שבית המשפט מוסמך לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת הסותרת עקרונות יסוד "טבעיים".<sup>223</sup> אלא

2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פ"ד סג' (2) 545 (2009) (להלן: פרשת הפרטת בתי הסוהר).

220 השוו (1991) 266–269 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE.

221 *Re: Resolution to Amend the Constitution of Canada*, [1981] 1 S.C.R. 753, 766–770 (Can.).

222 פרשת **מרבורי**, לעיל ה"ש 92. בהקשר זה יוזכר שהנשיא ג'פרסון סבר במשך תקופה ארוכה מאוד שמרבורי הוא פסק דין מוטעה, ותהה מדוע הקהילה המשפטית מתייחסת אליו כאל תקדים. בפועל, בתי המשפט הפדרליים לא ביטלו חקיקה של הקונגרס במשך תקופה ארוכה, עד אשר התחלף דור המייסדים. לניתוח היסטורי של המהלך ראו CHARLES A. BEARD, SUPREME COURT AND THE CONSTITUTION (1962) 112, 112–118. לטענה לפיה משמעות המהלך היתה צרה יותר, והתמקדה אך בכוחו של בית המשפט הפדרלי לקבוע בטלותה של חקיקה הפוגעת בסמכות השיפוטית של הרשות השופטת, ראו ROBERT L. CLINTON, MARBURY V. MADISON AND JUDICIAL REVIEW (1989).

223 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 566 לפסק דינו של השופט חשין.

שבניגוד לפרשת **מרבורי**, שם נשען בית המשפט על קיומה של חוקה פורמלית, השופט חשין נשען על החוקה המטריאלית, ובכך ביצע אף הוא מהפכה חוקתית עמוקה אף יותר. עד אז החוקה המטריאלית הישראלית, בעקבות מקבילתה הבריטית מאז 1688, נתפסה כקובעת שבית המשפט אינו מוסמך לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, לא כל שכן על חקיקת יסוד (אלא במצבי קיצון כאלה שסביר להניח, כפי שמקווה השופט כן, שלעולם לא יתעוררו. השופט חשין, כידוע, מצא לפחות במקרה אחד שחוק הכנסת הפר עקרונות טבעיים, ולכן היה נכון לקבוע כי נעדר הוא תוקף).<sup>224</sup>

### 5. בחזרה למהפכה – השפעת תיקון חוקי היסוד בשנת 1994

הדין בפועלו של פסק הדין בפרשת **בנק המזרחי** ובאופן שהוא משתלב בפרויקט "החוקה בהרצה", לא יהיה שלם אם לא נתבונן באופן ממוקד בתגובתה המיידית של הכנסת לאמרות אגב ולכתיבה האקדמית כפי שבאה לידי ביטוי בתיקון חוקי היסוד בשנת 1994, עוד טרם פורסם פסק דינו של בית המשפט העליון. באופן ספציפי, עלי להתמודד עם הטענה שלפיה שינוי חוקי היסוד בשנת 1994 הוא הבסיס לשדרוג מעמדם של חוקי היסוד. ניתן לטעון כי ייתכן שאומנם בשנת 1992 אין תשתית למסקנה כי הכנסת שינתה את מעמדם של חוקי היסוד כולם ואף לא סברה שהיא יוצרת חוקים במעמד עליון בחוקה את חוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי היסוד: חופש העיסוק. אך בשנת 1994, כאשר קיבלה תיקון לשני חוקי יסוד אלו, קיבלה עליה הכנסת את העלאת חוקי היסוד כולם למדרגה עליונה, ובכך קבעה כי הגיעה העת לעלות שלב בפרויקט "החוקה בהרצה". התיקון הנ"ל, שנולד בעקבות אמרת האגב של השופט אור בפרשת **מיטראל**,<sup>225</sup> וקדם ל**בנק המזרחי**,<sup>226</sup> התקבל בשעה שכבר

224 פרשת **התנועה לאיכות השלטון**, לעיל ה"ש 214, בפסק דינו של המשנה לנשיא חשין.  
225 בג"ץ 3872/93 **מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות**, פ"ד מז(5) 485, פס' 24 לפסק דינו של השופט אור (1993).

226 הלכת **בנק המזרחי** אינה ניצבת לבדה. קדמה לה הפסיקה בפרשת **מיטראל**, שם, אשר עוררה סערה והשליכה על ראייה בגישה השיפוטית בנוגע לחוקי היסוד גישה לא זחירה. כזכור, התגובה להכרעה בפרשת **מיטראל** כללה תיקון חוקי היסוד בהוספת פסקת התגברות בחוקי היסוד: חופש העיסוק (לצד הפניה להכרזת העצמאות והאחדת פסקת ההגבלה). כידוע, תגובתה של הכנסת כללה לא רק תיקון חוקי היסוד אלא גם עיגון מתווה איסור יבוא בשר לא כשר לישראל ברמה החוקית, ועיסוק נרחב במשמעות תקנון הכנסת במיוחד בעת תיקונים בעלי משמעות חוקתית. ברמה הפוליטית, המנוע שהוביל לתגובה החוקתית אינו נשען על עמדה עקיבה ולכידה של הכנסת באשר למשמעותו החוקתית של חוקי היסוד: חופש העיסוק באופן מופשט, אלא על השלכתו על יבוא בשר לא כשר וככלל על יחסי דת ומדינה, אשר כוללים, על פי פרשנות אפשרית, תחומי השקת נרחבים עם חופש העיסוק. כידוע, צידה השני של העסקה אף הוא בעל משמעות חוקתית במובן המהותי – הסכם אוסלו, אשר הצריך את תמיכתה של ש"ס. מפלגת מרצ, השותפה המרכזית בקואליציה באותה עת, דרשה בתמורה התייחסות לערכי מגילת העצמאות, ובכך נפתח פתח פרשני לקליטה של אותן הזכויות אשר לא הוכנסו במפורש לחוקי היסוד. למותר לציין שהוויכוח כלל לא רק שאלות באשר לזהותה היהודית של המדינה, אלא גם באשר למבנה הכלכלי של פרקטיקות דתיות, כגון כשרות (לצד המבנה הכלכלי של תעשיות שבמובהק מיועדות לצרכנים חילוניים, כגון ייצור מקומי של בשר לא כשר). משרד המשפטים פעל להאחדה של פסקות ההגבלה בין שני החוקים, והוא שהציע את מנגנון פסקת ההתגברות, הכולל תחימת תוקפו של חוק חורג לארבע שנים. מכיוון ששימוש בחוק חורג מצריך רוב של 61 אשר נדרש לחידוש אחת לארבע שנים, נוכחו המפלגות החרדיות שנעשה כאן מקח טעות מבחינתן, ולפיכך פעלו להחרגת חוק איסור יבוא בשר

היה בידי חברי כנסת ספרו של פרופ' ברק,<sup>227</sup> שבו פרס באופן רחב (וממצה) את האופן שבו יש לראות את חוקי היסוד. אומנם ספר זה הוא אך פרסום אקדמי, אך קשה להניח שהשופט ברק יסבור שנפלה טעות בידי פרופ' ברק בספרו, כאשר ישב הוא על כס השיפוט לדון במעמדם של חוקי היסוד, ולכן קשה להניח שהכנסת לא צפתה מה תהא עמדתו. ואכן, הדיון במליאת הכנסת בשנת 1994 מתייחס במפורש לסמכותה המכוננת של הכנסת: יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט ח"כ דדי צוקר דאג להעלות ביטוי זה מספר מספיק של פעמים למען הסר ספק ואף מעבר לכך.

אומנם, הטענה כי התיקון ב-1994 אכן משכלל את הקפצתם של כלל חוקי היסוד למדרגה על-חוקית אינה נקייה מספקות, שכן אמרת האגב של השופט אור, אשר שימשה זרז לתיקון חוקי היסוד, הייתה שגויה. השופט אור טען שאם תקבל הכנסת חוק המסמין את הממשלה לאסור על יבוא בשר לא כשר, חוק זה יפגע בחופש העיסוק,<sup>228</sup> ולכן עליו להתקבל ברוב של 61 חברי כנסת.<sup>229</sup> בכך לא דק השופט אור פורתא, שכן דילג הוא על בחינתו של חוק שכזה – אם וכאשר יתקבל – בתנאיה של פסקת ההגבלה. ייתכן שהכנסת הייתה מחוקקת חוק מידתי אשר היה עומד בתנאיה של פסקת ההגבלה. לכן אם תיקון חוקי היסוד נועד להתמודד עם פסיקתו של השופט אור באמצעות קבלתה של פסקת ההתגברות בחוקי-יסוד: חופש העיסוק,<sup>230</sup> מדובר בתיקון מיותר מבחינה משפטית (או לכל הפחות מוקדם ותאורטי).<sup>231</sup> זוהי אפוא דוגמה נוספת לכשל שביחסים בין בית המשפט לכנסת, אשר אמורים להיות מושגתים על הימנעות מפגיעת הצעד הנוסף והלא הכרחי.<sup>232</sup> עם זאת, יש להכיר בכך שתיקון חוקי היסוד בשנת 1994 הוא אכן בגדר צעד בעל משמעות חשובה: בחקיקה זו צעדה הכנסת צעד של ממש בהתייחסה לחוקי היסוד שנחקקו

מתכולתה של דרישת החקיקה מחדש. ראו הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק, ד"כ 3.3.1992, 5358–5417 (קריאה שנייה וקריאה שלישית); חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון מס' 2), ס"ח התשנ"ח 178; הצעת חוק יבוא בשר בקר קפוא, התשנ"ד–1994 (הצעה שנייה), ס"ח 206; ד"כ 15.3.1994, 5440–5447; חוק בשר ומוצרי, התשנ"ד–1994, ס"ח 104.

227 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 5, בעמ' 37–54.

228 בכך החריפה ההתנגשות בין בית המשפט, הפועל על פי כללי השיח המשפטי, לבין הכנסת, הפועלת על פי הלוגיקה הפוליטית, ובה למפלגות הדתיות יתרון. וכך בעיני הכנסת היה דרוש פתרון להתערבותו של בית המשפט בנושאים כה רגישים. ראו LERNER, לעיל ה"ש 130, בעמ' 83–86.

229 פרשת מיטראל, לעיל ה"ש 225.

230 כידוע, פסקת ההתגברות לקוחה מסעיף 33 לצ'רטר הקנדי להגנה על זכויות אדם שהתקבל בשנת 1982, המכונה גם "Notwithstanding Clause". להרחבה בנושא ראו Nicholas Stephanopoulos, *The Case of the Legislative Override*, 10 UCLA J. INT'L L. & FOREIGN AFF. 250 (2005).

231 ואכן, קביעתו של השופט אור בפרשת מיטראל (לעיל ה"ש 225), שהביאה להוספת פסקת ההתגברות, הגיעה אך כדי לפשר בין גורמים שהסתמכו על מעבר החוק ה"סותר". ראו ספיר "שלושה מודלים", לעיל ה"ש 15, בעמ' 375–376.

232 חשין בפרשת בנק המזרחי ראה בכך עניין של קצב: "דרכו של המשפט אינה דרך המהפכה אלא דרכו של סיפור בהמשכים (בדימויו של פרופסור דבורקין), דרך הרץ למרחקים ארוכים. החיים משתנים והולכים כל העת, ועמהם המשפט. משפט שלא יתאים עצמו לחיים כמוהו כמשפט נסוג אחר. שיטת המשפט ביחסה לחיים נדמית היא לשחקן העומד על בימה נעה ומסתובבת... אם יגביר השחקן מהירותו אל מעבר למהירותה של הבימה, גם אז עלול הוא להיעלם אל מאחורי הבימה. חוכמתנו שלנו – חוכמת המשפט – היא, שנדע להתאים מחירותנו לעולם סביבנו... אט אט נלך, עקב בצד אגודל, בשופי תהא דרכנו, בשובה נחת נפסע". לעיל ה"ש 2, בפס' 136 לפסק דינו.



בשנת 1992 כמבטאים שימוש של הכנסת בסמכותה המכוננת. ניתן לראות בכך אמירה באשר למעמדם במדרגה על-חוקית. לפיכך, ניתוח התמונה החוקתית כפי שזו מצטיירת בזמן חקיקת התיקון מוליך למסקנה שהכנסת הכירה בכך שחוקי היסוד שחוקקו בשנת 1992 הם ייחודיים. גם להתייחסות המפורשת לערכי מגילת העצמאות יש משמעות, אולם נושא זה מחייב הרחבה במקום אחר.

אך בכל זאת יש להכיר בכך שהילוכה של הכנסת בשנת 1994 כשלעצמו אינו משליך ישירות על ניתוח פרשת **בנק המזרחי**, שכן פסק הדין התקבל על סמך חוקי היסוד כפי שחוקקו בשנת 1992 ואינו נשען על התיקון משנת 1994. כך, גם אין להניח שהחקיקה הנ"ל היא תגובה ל**בנק המזרחי**, שכן טרם עמדה בפני הכנסת הכרעתה של השופטת שטיין, שקבעה שהתיקון לחוק גל אינו חוקתי,<sup>233</sup> לא כל שכן פסיקתו של בית המשפט העליון בפרשה<sup>234</sup> ואף לא פסק דינו של השופט ד' לויין בפרשת **כלל**.<sup>235</sup> עם זאת נראה שלכנסת הייתה סיבה לחשוב שעמדתו של הנשיא ברק, אשר הובעה בספרו, הייתה צפויה להשפיע על דרך פיתוחו של המשפט, בשל משקלו הסגולי של הנשיא ברק. אך אל מולו עדיין ניצבו גישות אחרות, למשל זו שהתווה השופט לנדוי,<sup>236</sup> שלפיה ראוי שהשופטים יאמצו גישה אחרת לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוא חוק שאינו משוריין פורמלית. על כל פנים, גם אם נאמר שתיקון חוקי היסוד בשנת 1994 הוא שימוש בסמכות מכוננת, אין זה אומר בהכרח שבכך חוקי היסוד הפכו עליונים כולם. חקיקת חוקי היסוד, על פי מודל "החוקה בהרצה", כרוכה מטבע הדברים בהפעלת סמכות מכוננת בשל הפוטנציאל הטמון בחוקי היסוד להפוך בעתיד לחוקה, לאחר הרצתם. כפי שנטען, אין לזהות שימוש בסמכות מכוננת עם קביעה כי חוקי היסוד עליונים בהכרח. לפיכך, כפי שצוין זה עתה, ניתן לומר שאפשר שהכנסת התייחסה לחוקי היסוד שעסקו בזכויות אדם – חוקי היסוד שהתקבלו בשנת 1992 – כבעלי מעמד מיוחד, שכן אלו זכו לשריון מהותי – אך לא עסקה בחוקי היסוד שקדמו לחקיקה זו.

בהקשר זה מעניין לעקוב אחר דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט לעניין התיקון. המשנה לנשיא (כתוארו דאז) השופט ברק בחר לכתוב לוועדה מכתב ובו ביקש ממנה לשמור על ההבחנה בין שינוי לבין פגיעה המצויה בחוקי היסוד כפי שהתקבלו בשנת 1992.<sup>237</sup> הבחנה זו היא ציר מרכזי בטענתו של הנשיא ברק כי יש להבחין בין חוקי היסוד לחוקים רגילים.<sup>238</sup> באותה עת נמתחה ביקורת על מהלך זה, בטענה שלא ראוי שהמשנה לנשיא בית המשפט

233 עניין **שירותי אשדוד**, לעיל ה"ש 93, ניתן ביום 16.3.1994, כאשר חוקי היסוד תוקנו ביום 10.3.1994.

234 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2.

235 פרשת **כלל**, לעיל ה"ש 96.

236 פרשת **ברגמן**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 697 (השופט לנדוי). לשיטתו, על בית המשפט לשפוט לגוף הסכסוך ולהותיר בצריך עיון את שאלת הביקורת השיפוטית החוקתית. לנדוי לא הבהיר מהו הבסיס המשפטי לחקיקת חוקים שיתאגדו לבסוף לחוקה, שכן לא ברור מאליו שהחלטת הררי מהווה בסיס שכזה בעולם המשפט. לעומתו, הנשיא ברק הגדיר במפורש את סמכותה המכוננת של הכנסת, ובכך הוענק בסיס מוגדר לביקורת שיפוטית. ראו סגל "בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים", לעיל ה"ש 211, בעמ' 258–260.

237 אהרן ברק "על התיקונים בחוק-יסוד: חופש העיסוק" **משפט וממשל** ב 545 (1994). המכתב נשלח ליו"ר הוועדה ח"כ דדי צוקר בתאריך 11 בינואר 1994.

238 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 387–388 (הנשיא ברק).

העליון "יתערב" בהליכי חקיקת חוק היסוד (אף שהמשנה לנשיא הגיב לתזכיר שהפיץ משרד המשפטים, המזמין תגובות משופטים ומאנשי אקדמיה; הנוהג הוא ששופטים ממעטים להגיב ישירות כדי לשמור על הפרדת רשויות, והם פונים לנציג משרד המשפטים שהפיץ את התזכיר).<sup>239</sup> לגופו של עניין, הוועדה החליטה להשאיר את ההבחנה על כנה. לא ברור אם בחרה הוועדה להשאיר את ההבחנה משום שאכן תמכה היא בעליונותם של חוקי היסוד, או משום שסברה שתיתכן פרשנות שלפיה ניתן לשמר את ההבדל בין שינוי לפגיעה גם לפי "מודל הביניים", שלפיו חוקי היסוד הם נורמה עליונה בפוטרנציה בלבד.

מבחינה פוליטית המסר הטמון בתיקון מ-1994 היה ברור: הכנסת הקפידה לאותת לבית המשפט שהיא תרה אחרי מנגנונים שיאפשרו לה להגיב לפסיקתו של בית המשפט באשר למשמעות זכויות יסוד חוקתיות.<sup>240</sup> על כל פנים, הכנסת הקפידה במילותיה, בתיקון שהתקבל בשנת 1994, שלא לקבוע מסמרות בעניין מעמדם של חוקי היסוד.<sup>241</sup> ייתכן שקיוונה שבפרשת **בנק המזרחי** – שהייתה תלויה ועומדת באותו הזמן – ישכיל בית המשפט ויעסוק באופן הפעלת הביקורת השיפוטית לפי דרישות פסקת ההגבלה, כשהוא מותיר את סוגיית המעמד, לא כל שכן את סוגיית הביקורת השיפוטית על בסיס חוקי היסוד הישנים והלא משוריינים, באותו המקום שם הייתה מאז ימי **ברגמן**: בצריך עיון.<sup>242</sup>

## ג. "חוקה בהרצה" – ביקורת שיפוטית בעקבות פרשת **בנק המזרחי**

### 1. תגובת הכנסת (ותגובת בית המשפט)

פסיקתו של בית המשפט בפרשת **בנק המזרחי** היא שמהווה את הדין הפוזיטיבי במדינת ישראל; גם אם פסיקה זו נשענת על יסודות שאינם איתנים, אין הדבר פוגע בתוקפה המשפטי, לא כל שכן כאשר זכתה היא לאישור בפסיקה מאוחרת וכל עוד הכנסת לא אמרה במפורש אחרת.<sup>243</sup> כלל מרכזי בחוקה המטריאלית הישראלית – ואולי אף כלל גנרי במערכת המשפט באשר היא – הוא שגם פסיקה לא מדויקת של בית המשפט מחייבת, שכן בית המשפט מוסמך לטעות<sup>244</sup> (אלא אם טעותו היא כזו שמובילה לפגם כה חמור בשיטה

239 גביוון "נבואה המגשימה את עצמה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 103.

240 כגון פסקת ההתגברות שנוספה לחוק-יסוד: חופש העיסוק אשר מייד לאחריה התקבל חוק בשר ומוצרים, התשנ"ד–1994.

241 הבחירה בהפניה לעקרונות המנויים במגילת העצמאות, ללא אזכור מעמדם של עקרונות אלו או של חוקי היסוד עצמם, מלמדת אף על הליכתה של הכנסת "בין הטיפות" באשר למעמד הנורמטיבי: מחד, עקרונות היסוד הללו זכו להכרה מפורשת בחוק היסוד, אולם פועלם, לפחות על פניו, הוא פרשני, במובן זה שלאורם יש לקרוא את הזכויות המוגנות בחוק היסוד. פועל פרשני לעקרונות אלו כבר הוכר בעבר. במסגרת פרויקט ההרצה אפוא ניתן לקרוא מהלך זה ככוחן פעולה בנוכחות מפורשת של עקרונות אלו, בלי לקבוע בהגדרה את מעמדם, כפי שמעמד חוקי היסוד טרם נקבע בהגדרה בעת ההיא.

242 ואכן, בכתבתו של ברק "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 82, קודם למתן פסק הדין, משאיר הוא בצריך עיון את סוגיית מעמדו האופרטיבי של חוק יסוד שבו אין פסקת ההגבלה.

243 ראו בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג" (5) 241 (1999); בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא" (4) 367 (1997); פרשת **מיטראל**, לעיל ה"ש 225; פרשת **מיטראל ה-2**, לעיל ה"ש 79.

244 אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א 3, 41–42 (2004).

הדמוקרטיה שאין לציית לה; לא זה המצב בבנק המזרחי). במילים אחרות, יש להפריד בין הביקורת האקדמית על הנמקתו ומסקנותיו של בית המשפט ובין פעולה בתוך מערכת המשפט לפי כלל הזיהוי של המערכת.<sup>245</sup> הבעייתיות הטמונה בפסיקה יכול שתהא עילה טובה לקרוא למערכות המשפט או הפוליטיקה להגיב, אך אין בה כשלעצמה כדי לשנות מהדין הנוהג.<sup>246</sup> קשה להניח, ואף לא ראוי, שבית המשפט ייסוג בו כעת מהמסקנה שאליה הגיע בבנק המזרחי. ההלכה התגבשה. אף שלא נערך עימות ישיר בין עמדתו של השופט חשין לעמדתו של הנשיא ברק – לבד מהדיון בפרשת בנק המזרחי, אשר כידוע לעניין זה היה בגדר אוביטר, שכן לא השפיע על ההכרעה – כיום הפך מעמדם העליון של חוקי היסוד לעובדה משפטית (אם זה לגישתו של הנשיא ברק ואם לגישתו של הנשיא שמגר). קשה להניח גם, ואף לא ראוי, שהמערכת הפוליטית תגיב כעת לפסיקה בפרשת בנק המזרחי בשנמוך מעמדם של חוקי היסוד; סביר יותר שתגיב, אם תגיב, בשינוי תוכנם באופן שיחזק את כלי התגובה של הכנסת או שיחליש את כוחו ויפגע בסמכויותיו של בית המשפט, שיגביר את המעורבות הפוליטית בבחירת השופטים או שיצמצם את היקפן ואת תוכנן של הזכויות המוגנות (או גם וגם). אף תגובה מסוג זה אינה ראויה, וימים יגידו אם ובאיזו דרך תבחר הכנסת.<sup>247</sup>

כדי להעריך את תגובת הכנסת עד כה, על פי תמונת המצב שנכונה לכנסת ה-24, יש לתת את הדעת לכך שהעלאת חוקי היסוד למדרגה על-חוקית אינה עניין תאורטי גרידא. שינוי משטרי זה הרחיב את קשת החוקים הכפופים לביקורת שיפוטית מגזרה מצומצמת של חקיקת בחירות (שבעניינה קיימת הצדקה ספציפית לביקורת שיפוטית)<sup>248</sup> לכלל החוקים אשר בעניינם נטענת פגיעה בזכות מוגנת, ואף לחוקים שסותרים חוק יסוד באשר הוא. זהו שינוי של כמות, שהוא שינוי גם של איכות. אך יותר מזה, המעבר לפרדיגמה של פגיעה

245 H. L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW 92–93 (3rd ed. 1961); כלל ההכרה זכה לעיגון גם בפרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 357 (הנשיא ברק).

246 Hans Kelsen, *The Concept of the Legal Order*, 27 AM. J. JURIS. 64, 72 (1982). ראו גם פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, פס' 26 (הנשיא (לשעבר) שמגר), בבואו להתמודד עם פסיקת בית המשפט העליון ועם התנהלות הכנסת באשר למעמדם של חוקי היסוד בטרם חוקקו חוקי היסוד בשנת 1992. לדבריו, פסיקה זו והתנהלות זו היו תקפות לשעתן, אך אינן משקפות "תורה חוקתית קומפרהנסיבית".

247 משה לנדוי דן בסכנות שעשויות להתרחש בשל מהלך חטוף זה, אשר עשויות להביא לשבירת היציבות המשפטית שנוצרה עד לאותה עת ולהשפיע בצורה שלילית על השיח החברתי בישראל. ראו משה לנדוי "מחשבות על המהפיכה החוקתית" **משפטים** כו 419 (1995).

248 שאלה מעניינת היא, שלא כאן המקום להרחיב עליה, אם לא היה אפשר להרחיב את הפונטציאל שהיה טמון בהלכת **ברגמן** (לעיל ה"ש 38) לא רק באשר להליך תגובתה של הכנסת. כידוע, בית המשפט הסתפק בדרישת רוב בלבד ולא התייחס להתגברות הכנסת באופן מהותי, אף שהיו בפניו דרכים לעשות כן. ראו רבקה ווייל "על המגבלות האינהרנטיות על סמכות ההתגברות בחוקה הישראלית: סיפורה של ההתגברות מסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת דרך תיקונים רטרואקטיביים לחוקה וכלה בעקרונות העל" **ספר גרוניס** (אהרן ברק ואח' עורכים 2021); Weill, *Reconciling Parliamentary*, לעיל ה"ש 153. הפונטציאל שלא מומש משתרע גם על פני קשת הנושאים שמושפעים מהדרישה כי הבחירות תהיינה שוויוניות. מבחינה אנליטית ניתן לגזור זכויות אחרות, כגון חופש הביטוי וההפגנה, ואף זכויות חברתיות, כגון הזכות לחינוך, מהדרישה כי הבחירות תהיינה שוויוניות, לו הייתה דרישה זו מתפרשת כמשתרעת לא רק על אקט הבחירות עצמו אלא על ההליך הדמוקרטי במובנו הרחב יותר. מסלול הרצה זה לא נבחן.

בזכות מוגנת גוזר לא רק קיומה של ביקורת שיפוטית אלא גם שינוי המשמעות המשפטית-פוליטית של חקיקת הכנסת הסותרת חוק יסוד. לפי מתווה **ברגמן** נקודת המוצא הייתה שסתירה מותרת בחוק היסוד כל עוד חוקקה ברוב הדרוש – די בכך שהכנסת נתנה על כך דעתה – ואילו המעבר לשריון המהותי מזמין את בית המשפט לדון ולקבוע כי המחוקקים פגעו בזכות מוגנת (אף אם זוהי פגיעה מידתית). במילים אחרות, חוק אשר סתר סעיף משוריין אך התקבל ברוב הדרוש, לא הצריך קביעה שיפוטית לגוף העניין באשר למהות הסתירה. קבלה ברוב הדרוש הייתה סוף פסוק. לעומת זאת שריון מהותי מחייב כניסה לעובי הקורה, וככל שאכן קיימת פגיעה בזכות מוגנת, מצופה שבית המשפט יסביר לציבור את מהות הפגיעה, בין שהיא מידתית ובין שלא – מהלך בעל השלכות פוליטיות דווקא משום הרגישות לשיח הזכויות. לא זו אף זו, בית המשפט יכול לקבוע כי אין מדובר בפגיעה כי אם בשינוי המצריך שינוי חוק היסוד עצמו – מהלך אשר משמעו כי אירעה תקלה בהרצה ברמה החוקתית. גם לכך משמעות פוליטית-סימבולית.

כידוע, תגובתה הראשונית של הכנסת להכרעה ולהנמקה בפרשת **בנק המזרחי** עצמה הייתה מהוססת (לא כל שכן לעומת תגובתה בפרשת **מיטראל**). בית המשפט הקפיד, כאמור, שלא לעסוק בעניין בעל חשיבות ציבורית או לבטל חוק.<sup>249</sup> פסק הדין היה ארוך, מסובך ומורכב. יום לאחר מתן פסק הדין נרצח ראש הממשלה יצחק רבין. למעט קולות ספורים, השיח התקשורתי לא פיתח את סוגיית המהפכה החוקתית (בשונה מן השיח האקדמי, אשר הכיר בחשיבות פסק הדין).<sup>250</sup> בית המשפט המשיך במגמה להפריד בין החשיבות הציבורית לחשיבות המשפטית כשביטל לראשונה סעיף שולי בחוק יועצי ההשקעות לאחר שקבע כי הסעיף סותר את חוק-יסוד: חופש העיסוק.<sup>251</sup>

מגמת ההתעלמות הפוליטית שינתה פניה מעט כשהחל בית המשפט לבטל חוקים בטענה כי הם סותרים את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אומנם פסק הדין הראשון שעשה כן עסק בעניין שלא עורר התנגשות כלשהי עם המערכת הפוליטית, ולכן לא זכה לתגובה,<sup>252</sup> אך לאחר מכן החלה הכנסת לעסוק באופן משמעותי יותר בתגובתה למהפכה החוקתית, שאותה חוותה כמהפכה נרחבת יותר מאשר הכפפת חוקיה לביקורת שיפוטית. כפי שצוין למעלה, אפשר, ואף סביר, שמבחינה פוליטית הייתה זו הפרשנות לחוקי היסוד (ובכלל זה קריאת הזכות לכבוד ככוללת מרכיבים מהותיים של הזכות לשוויון ושל חופש הביטוי, בניגוד להכרעתה של הכנסת בנדון) אשר השפיעו על תגובתה של הכנסת. מלבד

249 מבחינה טכנית, פרשת **בנק המזרחי** (לעיל ה"ש 2) לא הייתה אלא אמרת אגב, שכן שאלת הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוק או על מעמד חוקי היסוד כולם לא נצרכה לשם הכרעה בסכסוך, משנמצא כי החוק שנדון עומד בתנאי פסקת ההגבלה, ולפיכך ייוותר על כנו. להתייחסות ראו לנדוי "מתן חוקה לישראל", לעיל ה"ש 17; חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" **משפטים** לא 415 (2001).

250 כתב העת **משפטים** ייחד את כרך לפסק הדין. ראו **משפטים** כה (1997). כרכים, חלקי כרכים או מאמרים ספציפיים הוקדשו מאז באופן רציף לציון חלוף הזמן מאז מתן פסק הדין, ובכללם שלוש שנים, עשור, בת מצווה, 20 שנה, וכעת גם מאמר זה, במלאות רבע מאה.

251 פרשת **לשכת מנהלי השקעות**, לעיל ה"ש 243. לדיון ביקורתי ראו עלי ולצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" **משפט וממשל** ד 489 (1998).

252 פרשת **צמח**, לעיל ה"ש 243.

זאת, מבחינת הכנסת, המהפכה החוקתית כללה גם את הרחבתן של עילות הסבירות<sup>253</sup> והמידתיות<sup>254</sup> נגד הרשות הציבורית והגמשת זכות העמידה,<sup>255</sup> וכן את הטמעתה של גישת הפרשנות התכליתית אשר אפשרה לבית המשפט גמישות פרשנית שגבלה לעיתים ביצירתיות של ממש.<sup>256</sup> השימוש בעילת המידתיות נקלט כרכיב מרכזי בתרבות המשפטית בישראל, בין השאר הודות לאמון במוסד השפיטה ובשופט היושב בדין.<sup>257</sup> שינויים אלו, לצד תהליכים חברתיים אחרים<sup>258</sup> ושינוי מגמות בתקשורת באשר לאופן סיקור בית המשפט,<sup>259</sup> הגבירו את החיכוך בין הכנסת לבית המשפט, עד כדי העלאת סוגיית אמון הציבור בשפיטה ככלי אמפירי להערכת אופן ביצוע התפקיד השיפוטי, במובחן מכלי היוריסטי הנשען על "הטיפוס האידיאלי" של השופט, של בית המשפט ושל מבנה השיח בין הרשויות.<sup>260</sup>

יודגש שבבסיס החיכוך בין המערכת הפוליטית, ולעיתים גם המערכת הביורוקרטית, לבין בית המשפט אינו מכיל רק המהפכה החוקתית, אפילו בגרסה הנרחבת. החיכוך המוגבר לעת האחרונה נובע, כך נראה, גם מפערים אשר קשורים ליחס שבין תפיסות הקולקטיב (לאום או דת, ובעבר קולקטיב מעמדי) במקום שבו תפיסות אלו חיצוניות לעקרונות החירות והשוויון (בגרסא כזו או אחרת שלהם), ומשכך קשה להצדיקן במסגרת שיח זכויות.<sup>261</sup> נוסף על זה, כפי שצוין, סוגיות הקשורות להמשך השליטה בשטחים

253 ראו פרשת דפי זהב, לעיל ה"ש 214; בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990); פרשת אייזנברג, לעיל ה"ש 214.

254 בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון, פ"ד מח(1) 217 (1993).

255 ראו בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429 (1980); בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986); פרשת רסלר, לעיל ה"ש 13. כן ראו זאב סגל זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (1994).

256 ראו ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 16, בעמ' 259–272; בג"ץ 953/89 אינורו נ' עריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 688 (1991); דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817 (1998); רע"א 1287/92 בוסקילה נ' צמח, פ"ד מו(5) 159 (1992); בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749 (1993); בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241 (2004).

257 משה כהן-אליה "מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק" משפט ועסקים טו 317 (2012).

258 סבן, לעיל ה"ש 203, בעמ' 13.

259 אור בסוק "עשור ל'מהפכה החוקתית' – בחינת התהליך החוקתי בישראל דרך פריזמה היסטורית-השוואתית" משפט וממשל ו 451 (2003).

260 בהקשר זה ראו אדם שנער "יש ירידה באמון הציבור במערכת המשפט, אבל עד כמה זה צריך להטריד אותנו"? ICON-S-IL Blog (11.7.2021) <https://tinyurl.com/4hww728h>; מישאל חשין "אמון הציבור בבית המשפט – תגובה למאמרו של השופט חיים כהן ז"ל ולהרהורי הכפירה שלו במושג אמון הציבור" המשפט ט 419 (2004). כן ראו Amnon Reichman, *The Dimensions of Law: Judicial*, 95 CAL. L. REV. 1619 (2007). *Craft, Its Public Perception, and the Role of the Scholar*. ללא התמודדות עם אמון הציבור כמושג משפטי מורכב אנו נותרים רק עם סקרי דעת קהל או מקביליהם, באופן שמשטיח את ייחודיות השיח המשפטי כשיח ערכי פורמלי, ובאופן שאינו רגיש לשיח בין המערכות החברתיות השונות. השווה אהרן גרבר ויהונתן גבעתי "כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט" משפטים נג (צפוי להתפרסם ב-2022).

261 מתח זה בא לידי ביטוי, למשל, סביב חוק המסתננים (חוק למניעת הסתננות ולהבטחת יציאתם של מסתננים מישראל (תיקוני חקיקה והוראות שעה), התשע"ה–2014, ס"ח 84).

החריפו את המתח, כפי שמדגימות הפרשות העוסקות בחוק האזרחות והכניסה לישראל,<sup>262</sup> חוק הנכבה,<sup>263</sup> חוק החרם<sup>264</sup> וחוק ההסדרה.<sup>265</sup> בהקשר זה ניתן למקם את ניסיונו של בית המשפט להתחמק מהשלכותיה של המהפכה, למשל באמצעות פיתוח דוקטרינת הבטלות<sup>266</sup> או באמצעות יישום מוקשה של מבחני מידתיות,<sup>267</sup> של סעד הבטלות היחסית<sup>268</sup> או מבחנים בעלי פועל דומה.<sup>269</sup> במאמר מוסגר יצוין שתגובות אלו אף הן ניתנות להבנה כחלק מפרויקט ה"חוקה בהרצה", שכן הן מאפשרות מרחב הסתגלות לרשויות השונות לפעילות בסביבת הביקורת השיפוטית החוקתית.

כחלק מצעדי התגובה שקלה הכנסת הקמתו של בית משפט לחוקה,<sup>270</sup> שינוי שיטת מינוי השופטים,<sup>271</sup> דרישת רוב מיוחס בקרב השופטים לקביעה שחוק אינו חוקתי,<sup>272</sup> שינוי

- 262 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג–2003, ס"ח 544.
- 263 חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א–2011, ס"ח 686.
- 264 חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א–2011, ס"ח 972.
- 265 חוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז–2017, ס"ח 410.
- 266 בג"ץ 2311/11 סכח נ' הכנסת 77–79 (נבו 17.9.2014).
- 267 ראו למשל בג"ץ 1213/10 ניר נ' יושב ראש הכנסת (נבו 23.2.2012). לניתוח ראו ברק מדינה ואילן סבן "על 'עם', קרעיו ושאיפת איחוי: פסק הדין בעניין חוק החנינה למפרי חוק על רקע התנגדותם לתכנית ההתנתקות" **משפט, מיעוט וסכסוך לאומי** 375 (2017); רינה דורפמן "פינוי – פיצוי? על סטייה מליבת המצע המפלגתי כהפרת חובת אמון של נבחר ציבור: 'חוק החנינה' כסעד תחקיתי" **הארץ דין ח** (2013).
- 268 ראו למשל פרשת **צמח**, לעיל ה"ש 243. לביקורת על הבטלות היחסית ראו אמנון רייכמן "חידושים והתפתחויות במשפט הציבורי בישראל בשנת 2014" **דין ודברים** יא 205, 225 (2018) (להלן: רייכמן "חידושים והתפתחויות במשפט הציבורי"), ולאחרונה אמנון רייכמן "בעקבות בג"ץ ההפרדה המגדרית: בטלות עמומה? – חלק ב'" **ICON-S-IL Blog** (19.8.2021) <https://tinyurl.com/5n7f8nwy>.
- 269 ראו למשל את ההכרעה בע"א 8573/08 **אורון נ' משרד הפנים**, פ"ד סונ(3) 44 (2013). אומנם פרשה זו לא עסקה בביקורת שיפוטית על תוקפו של חוק, אולם קשה ליישב את הפסיקה הנ"ל עם המהפכה החוקתית במובנה הרחב ככוללת את פיתוח מבחני הסבירות, המידתיות בהקשר הפגיעה בזכות לכבוד האדם, צמצום מרחב אי-השפיות והנמכת דרישות זכות העמידה, לצד פיתוח הפרשות התכליתיות. ההכרעה התבססה על תקדים שקדם לחקיקת חוקי היסוד (ע"א 630/70 **טמרינ' נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 197 (1972)), ללא עדכון של ממש כמתבקש על פי האמור, למשל, בדנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589 (1995)). לתגובתו של העותר ראו ליאת נטוביץ קושיצקי "אני ישראלי: הישראלים שלא רוצים להיקרא יהודים" **מקור ראשון** (10.11.2013) <https://shorturl.at/mFSV1>.
- 270 פרוטוקול ישיבה 374 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (31.10.2001) <https://tinyurl.com/39u8a69c>. להצעה של חברי הכנסת אליעזר כהן, אביגדור ליברמן, מיכאל נודלמן ויורי שטרן ראו הצעת חוק-יסוד: בית המשפט לחוקה, התשס"א–2000, פ/1875/15. ראו גם אהרן ברק "בית-המשפט העליון כבית-משפט לחוקה" **משפט וממשל** ו 315, 321–322 (2003) (להלן: ברק "בית-משפט לחוקה"). ברק מסביר שהקמת בית משפט נפרד לחוקה הוא רעיון רע, בשל טעמים של פוליטיזציה ובשל תוצאות לוואי שליליות והרסניות: ראשית, יש בו הרס של בית המשפט העליון – "מה צידוק יש ליחס זה אל בית-המשפט העליון במדינה שבה ההגנה העיקרית וההכרה המרכזית בזכויות האדם היא מבית היוצר של בית-המשפט העליון?". שנית, עם הקמתו של בית משפט חוקתי מוצאות השאלות החוקתיות מבתי המשפט האחרים. השופטים ה"רגילים" אינם עוסקים בהכרעות חוקתיות. התוצאה השלילית של הרחקת השופטים מהחוקה היא מחיקת הזיקה הישירה לחוקה ולזכויות האדם והגדלת אופייה הביורוקרטי של השפיטה. לטענתו, "החוקה צריכה להיות בנפשו של כל שופט וזכויות האדם במומחיותו של כל שופט".
- 271 להצעה של ח"כ דוד טל ראו הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – מינוי שופטים לבית המשפט העליון), התשס"ד–2003, פ/1341/16 <https://tinyurl.com/22yj6spc> 1341/16. כן ראו פרוטוקול ישיבה 5 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (25.3.2003) <https://tinyurl.com/2fy72nsd>.

חוקי היסוד באמצעות צמצום השפיטות וזכות העמידה<sup>273</sup> וצמצום הביקורת השיפוטית לחוקי יסוד משוריינים פורמלית ומהותית בלבד, אגב החלטה של פסקת התגברות. מרביתם של צעדים אלו נשענים על תפיסה שאינה מתיישבת עם גישתו של השופט גולדברג בפרשת **בנק המזרחי**, ונראה שאף לא עם זו שביסוד גישתם של הנשיאים ברק ושמגר ושל השופטים לוי, כך וזמיר. במילים אחרות, הצעות אלו, בנוסח שהוצעו, מצויות במתח עם רכיבים אחרים במבנה החוקתי שהלך ונוצר. בד בבד, שקדה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת על הכנתה של טיוטה לחוקה שלמה למדינת ישראל, אשר הייתה אמורה להסדיר אחת ולתמיד את מבנה רשויות השלטון, את זכויות האדם ואת אופניה של הביקורת השיפוטית.<sup>274</sup>

עד כה בוטאו פעולותיה של הכנסת במספר מצומצם של תחומים ובאופן נקודתי. למשל, הוענקה עצמאות ליועץ המשפטי לכנסת לייצגה בסוגיות חוקתיות.<sup>275</sup> כמו כן, שונה הרוב

צבי לוי "ח"כ מיכאל איתן יקדם את הצעת החוק לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים" **גלובס** (25.3.2003) <https://tinyurl.com/29upkmt>. ברק המתנגד לפוליטיזציה של הליך מינוי השופטים התייחס לכך בכינוס המכון הישראלי לדמוקרטיה. ראו ברק "בית-משפט לחוקה", לעיל ה"ש 270, בעמ' 321: "מדוע לפגוע באחד הנכסים היקרים ביותר שיש למדינת ישראל – מערכת שפיטה מקצועית וא-פוליטית? שיטת המינוי של השופטים בישראל היא מהטובות שבעולם. מדוע להחליפה בכל הנוגע לערכאה השיפוטית העליונה – בית המשפט לחוקה – בשיטת מינוי פוליטית גרועה? שכן זאת לדעת: שיטות המשפט האירופאיות אין מרוצות מהאופי הפוליטי של מינוי השופטים לבתי המשפט החוקתיים. רבים מסתכלים על השיטה שלנו בקנאה. מדוע זה נרצה להרוס את אחד הנכסים החשובים שיש לנו, שהוא כולו שלנו, והנותן לנו יתרון על פני רבות מהשיטות בעולם? מדוע נרצה לשנות את מה שמדינות אחרות רוצות לחקות?" ד"ר אביעד בקשי מתייחס לכך בחיבורו **שינוי שיטת בחירת השופטים בישראל** (המכון לאסטרטגיה ציונית 2011) <https://bit.ly/3Genu07>, באומרו: "בשיח הציבורי מושלטה אקסיומה כנגד מינוי שופטים על ידי נבחרי ציבור ושיטת בחירה כזו מוצגת כ'הזוויה' וכ'סכנה לדמוקרטיה'. בעקבות הלך רוח זה, מבין ההצעות השונות לשינוי שיטת בחירת השופטים, ההצעות למסירת המינוי לנבחרי ציבור אינן תופסות מקום של ממש בשיח הציבורי" (שם, בעמ' 28).

272 תזכיר חוק-יסוד: החקיקה. לעיסוק תקשורתי נוסף ראו עידו באום "פסקת ההתגברות = יותר שחיתות" **TheMarker** (7.5.2018) <https://tinyurl.com/3n9nf8vr>; יואב דותן "מי מפחד מחוק עוקף בג"ץ?" **הארץ** (6.11.2014) <https://tinyurl.com/mr44mdt4>; רויטל חובל "החוק הקנדי, המודל הבריטי ו-20 שנה של ויכוחים בישראל: מדריך לחוק עוקף בג"ץ" **הארץ** (16.4.18) <https://tinyurl.com/yn9usxxw>.

273 במסגרת תפקידו כשר המשפטים הורה פרידמן למחלקת ייעוץ וחקיקה במשרדו לנסח טיוטת הצעת חוק לחידוש חסמי זכות העמידה בבתי המשפט (ראו לעיל ה"ש 213). לביקורת על כך ראו רותי אברהם "איכות השלטון: פרידמן פוגע ביכולת לעתור" **News1** (23.8.2007) <https://tinyurl.com/23e6bkhc>. עם כניסתו לתפקיד בשנת 2007 החל פרידמן לקדם הצעת חוק שלפיה תוגבל סמכותו של בית המשפט העליון לביטול תקפותם של חוקים המנוגדים לחוקי יסוד. ראו מתי טוכפלד "המהפכה במערכת המשפט החלה: שר המשפטים דניאל פרידמן יזום חוק אשר יגביל את כוחו של בג"ץ" **גלובס** (25.7.2007). ב-11 במרץ 2008 אמר פרידמן בשיחה עם כתבים כי הקפיא את יוזמתו לצמצום מתחם השפיטות, בתקווה שבית המשפט העליון עצמו יגבילה, ללא צורך בחקיקה. ראו תומר זרחין "שר המשפטים מקפיא היוזמה להגבלת השפיטות בעליון" **הארץ** (10.3.2008) <https://tinyurl.com/4m4hdndk>.

274 ראו פרויקט "חוקה בהסכמה רחבה", לעיל ה"ש 149. כן ראו את הדיונים בכתב עת **משפט וממשל** (2) (2003) (שהוקדש לדיון על חוקה רחבה בהסכמה); אביחי דורפמן "התיאוריה של כלל השינוי החוקתי: מדוע אופן תיקון החוקה משליך על אופי המשטר?" **משפט וממשל** י' 429 (2007).

275 חוק הכנסת (תיקון מס' 10) (היועץ המשפטי לכנסת), התשס"א–2000, ס"ח 50.



הדרוש לבחירת שופטים לבית המשפט העליון.<sup>276</sup> לצד זאת סתתה הכנסת מן הנוהג הראוי להעניק לאופוזיציה מושב בוועדה לבחירת שופטים.<sup>277</sup> בהינתן הזדמנות זו פעלה שרת המשפטים דאז איילת שקד, שכינה במשרד המשפטים בשנים 2015–2019, למינוי שופטים אשר לשיטתה דוגלים בגישה מצמצמת לביקורת שיפוטית במשפט הציבורי. עד כה טרם הגיעה יוזמה אחרת של הכנסת (או של משרד המשפטים) לכדי בשלות. ברקע ניצב תיקון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כך שיאפשר לכנסת להתגבר על כל פסיקה של בית המשפט העליון ברוב קואליציוני רגיל, וחוק יסוד: החקיקה (שייתכן שיכלול מנגנונים דומים). בהקשר זה יצוין גם הקמפיין התקשורתי שאליו נרתמו ארגונים שונים, שתכליתו "לאזן את בג"ץ".<sup>278</sup> לפחות יו"ר כנסת אחד – יריב לוין – מנחה עם המחנה שבכל הזדמנות הזכיר עניין זה. ימים יגידו אם מהלך זה יבשיל (ויש לקוות שיימצא פתרון אחר). על כל פנים כבר כעת ניתן לומר שחלק מהטענות המועלות בתמיכה לצורך בפסקת ההתגברות נשענות על התדמית שלפיה גישתו של בג"ץ לביקורת השיפוטית כללה נטילת סמכות שלא בהכרח הוענקה לו, אף אם בסופו של דבר מספר החוקים שבג"ץ ביטל אינו בהכרח גדול.<sup>279</sup>

276 חוק בתי המשפט (תיקון מס' 55), התשס"ח–2008.

277 בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (נבו 1.2.2017), שם הכיר השופט הנדל בחובה מכוח מנהג חוקתי לבחירת חבר כנסת מהאופוזיציה לוועדה למינוי שופטים. השופט הנדל קבע שמעמדו של מנהג חוקתי בישראל יכול בהקשרים שונים לזכות בתוקף משפטי מחייב, אף כי בית המשפט נמנע מלקבוע קווים נורמטיביים לשאלת תוקפו ומיקומו של מנהג חוקתי במשפט הישראלי עד כה. מבחינה אופרטיבית נקבע כי אם בעתיד לא יינתן ייצוג לאופוזיציה, תהיה ככל הנראה מניעה משפטית לכנס את הוועדה. עם זאת בהמשך דחה בג"ץ דחה עתירות שביקשו להכריז על בטלות החלטת הכנסת שלפיה נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים יהיו חברי קואליציה, מאחר שלא עלה בידי העותרים להוכיח קיומו של מנהג חוקתי בראייה. השופט עמית היה יכול לסייג דבריו למצב שבו מדובר בממשלה שהיא כממשלת אחדות לאומית, אך בחר שלא לעשות כן. ראו בג"ץ 4956/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל (נבו 20.8.2020).

278 הדר ת"ש "קמפיין חדש: חייבים לאזן את סמכויות בג"ץ" עכשיו 14 (3.5.2018) <https://bit.ly/3jooHST>. כן ראו יניב רוזנאי "ביקורת שיפוטית על נורמות חוקתיות והגנה על הדמוקרטיה" ICON-S-IL Blog (9.12.2020) <https://tinyurl.com/5a3xxnc6>, שם כתב "הדין המשפטי מביא איתו דיון ציבורי, וזהו מנגנון מעכב המאפשר לעם, לפוליטיקאים ולחברה האזרחית לשקול מחדש שינויים משפטיים וחוקתיים, ואם יש צורך – להתנגד להם. באמצעות פסיקותיו, בית המשפט יכול גם לחנך ולהסביר על בעייתיות אפשרית לדמוקרטיה, העולה מחקיקה מסוימת או מתיקון חוקתי. על ידי כך, מסירים בתי המשפט פסאדה של חוקתיות מרפורמות מסוימות אשר יש בכוחן לפגוע בדמוקרטיה. נכון, הכוח של בית המשפט – כמו כל כלי משפטי – הוא מוגבל. אולם זה לא אומר שיש לרוקן אותו מכוח. לבתי המשפט יש תפקיד חשוב במניעת תהליכים מסוימים, אך הם לבדם לא יכולים להציל את הדמוקרטיה".

279 מבחינה סוציולוגית נראה שקו התפר המרכזי שמאתגר את מערכת המשפט קשור לחזית הסכסוך הישראלי-פלסטיני (בהקשר השליטה בשטחים ובהקשר זכויות המיעוט הערבי) לצד סוגיות ההגירה לישראל וה"מסתננים", אשר במסגרתה שב ופסל בג"ץ את ההסדר החקיקתי או החלטת הממשלה אשר אפשרו השמתם של מסתננים אלו במשמורת אף ללא העמדה לדין פלילי, בדיקת פליטות או לחלופין גירוש למדינה בטוחה. ראו בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת, פ"ד סו(1) 717 (2013); בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (נבו 22.9.2014); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (נבו 11.8.2015); ע"מ 8101/15 צגטה נ' שר הפנים (נבו 28.8.2017); בג"ץ 679/18 אביבי נ' ראש הממשלה (נבו 10.4.2018). כמו כן עומדת על הפרק סוגיית הגיוס של בחורי הישיבה, לאחר שבג"ץ פסל

אם כן, המערכת הפוליטית לא ביטלה הכרעתו של בית המשפט בפרשת **בנק המזרחי**, אך בכל זאת שינתה גישה בשני מישורים: ראשית, חלק לא מבוטל של המערכת מבהיר שנכון לעכשיו לא תקודם חקיקתם של חוקי יסוד שיש בהם כדי להרחיב את הביקורת השיפוטית (על פי הצדקותיה הליברליות), למשל בתחום זכויות האדם; <sup>280</sup> שנית, אותו חלק מבהיר שאין הוא רואה בעין יפה את מוסד הביקורת השיפוטית במתכונתו הנוכחית, ולכן יש לצמצמו. <sup>281</sup> בכך יצרה המערכת הפוליטית, לעיתים בשיתוף עם שר המשפטים, דינמיקה אשר משמעותה הגבלת כוחו של בית המשפט. על הנייר הפך בית המשפט לאחר פרשת **בנק המזרחי** (ובנותיה) מצויד בכלים משפטיים חזקים (שלא לומר "לא קונבנציונאליים" <sup>282</sup>), אך בפועל נוצר מאזן אימה אשר מנע מבית המשפט להפעיל כלים אלו אל מול חקיקה ראשית באופן שלם. <sup>283</sup>

מצב זה בעייתי לא רק משום שבכך נפגעת הגנה אפקטיבית על זכויות אדם אלא גם משום שבכך נוצר פער בין הציפיות מבית המשפט, ובכלל זה ציפיות שנובעות מרטוריקת הזכויות, לבין יכולתו (המוגבלת) של בית המשפט להוציא רטוריקה זו מן הכוח אל הפועל בשל המציאות הפוליטית. <sup>284</sup> מטבע הדברים, פער ציפיות שכזה עלול להוביל לפגיעה באמון מגזרים שונים בחברה הישראלית במידת מחויבותו של בית המשפט להגנה על זכויות האדם. <sup>285</sup> אירוני אפוא שדווקא משום שבית המשפט נהנה מהון מוסדי שנבנה במשך שנים רבות שבהן נתפס כגוף מקצועי-ערכי שמחויב להגנה על זכויות יסוד ועיקרי שלטון החוק, נבנתה גם האמונה בכוחו המוסדי של בית המשפט, ועימה הציפייה לפריעת השטר גם ברובד החוקתי. בית המשפט, שלאחר **בנק המזרחי** פועל בזירה החוקתית שבה פועלים בתי משפט בעלי סמכות חוקתית בכל דמוקרטיה חוקתית – הוא שחקן שבכוחו לבטל חקיקה ראשית, ולאחרונה אף קבע כי בכוחו לבטל חקיקה (לרבות, כך נראה, חקיקת יסוד) אשר אינה עולה בקנה אחד עם דרישות מטריאליות, ללא תשתית פוזיטיביסטית לכך

את ההסדר החקיקתי שקיבלה הכנסת (לאחר שביטלה הסדר חקיקתי שאותו קבלה הכנסת בהובלת ממשלה שבה לא ישבו מפלגות חרדיות). ראו בג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו 12.9.2017) (להלן: פרשת **ביטול חוק הגיוס**).

280 כמו למשל חוק יסוד: החקיקה. ראו פרוטוקול ישיבה 156 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 <https://bit.ly/3FQSGk8> (24.7.2000).

281 אמנון רובינשטיין, "סיפורם של חוקי-היסוד", לעיל ה"ש 60, בעמ' 95, 104–105.

282 כפי שניסח זאת הנשיא ברק. ראו אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא 271, 288 (1994).

283 בעניין זה מציין יואב דותן במאמרו את התשתית הרעועה למהפכה החוקתית שהובילה לכך שההגנה על הזכויות היא חלשה ולא אחידה (דותן "הדיאלוג הקונסטיטוציוני", לעיל ה"ש 7, בעמ' 182). אף מני מאוטנר מציג את בית המשפט כשמרני, ודאי כשמדובר בביקורת על חקיקה ראשית (מנחם מאוטנר "מהומה על לא מאומה" **עורך הדין** 1, 64 (2008) (להלן: מאוטנר "מהומה על לא מאומה")). אם כי מאוטנר היה מעדיף שבית המשפט יסיג ידיו מסוגיות רבות הנתפסות בעיניו כמתאימות לשיח הפוליטי; דעה נוגדת לדעתו של מאוטנר ניתן למצוא אצל מרדכי קרמניצר בטענתו בדבר הצורך ביצירת "חוקה מדורגת" בשל המציאות הפוליטית השסועה בישראל (מרדכי קרמניצר "כל הדרך מהבנק" **עורך הדין** 1, 67 (2008)).

284 לביקורת מעין זו ראו ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים: על דמוקרטיה, תיוג אתני ומבחני פסקת ההגבלה (בעקבות פסק דין חוק האזרחות והכניסה לישראל)" **משפטים** לט 47 (2009).

285 גביוזן "נבואה המגשימה את עצמה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 134–138.

בחוקי היסוד.<sup>286</sup> אך בכל זאת קשה להתעלם מהתובנה שבית המשפט אינו פועל בסביבה חוקתית מוגנת (דוגמת הסביבה הגרמנית, הקנדית, האמריקנית, או ברמה העל-מדינתית – האיחוד האירופי), אלא עליו להתמודד עם טענות שצדד צדד אחד רחוק מדי. משכך, ניכר כי בית המשפט נדרש לכלכל צעדיו בזהירות יתר, מתוך מגננה.

במאמר מוסגר יצוין שפער ציפיות כאמור עלול להיווצר לא רק כאשר בית המשפט אינו פורע את שטר החוב ונכשל בקיום ההבטחה הגלומה בשיח הזכויות, אלא גם במצבים שבהם המגזרים השונים בחברה טרם הפנימו, בשל המעבר החד לעידן חוקתי שבו בית המשפט נתפס (בטעות) כבעל המילה האחרונה בשיח הזכויות, מהן המגבלות הפנימיות של השיח השיפוטי.<sup>287</sup> מגבלות אלה עשויות לפגוע בכלל השיח הציבורי הדמוקרטי בשל הגבלתו לתחום המשפטי הצר ומניעת התחשבות מספקת בשיקולים מתחומים אחרים שהכרחיים לקבלת ההחלטות במדינה.<sup>288</sup> ניתן למנות אכזבות לא מעטות של מגזרים מרכזיים בחברה הישראלית שנובעות, כך נראה, מתחושה של אותם מגזרים שזכויותיהם לא זכו להגנה מספקת.<sup>289</sup> מכיוון שבית המשפט ושופטיו פיצו על היעדרם של "קולות וברקים" במסגרת הליך קבלת חוקי היסוד באמצעות הכתרת קבלתם של החוקים בתואר "מהפכה חוקתית", היו שהבינו לא נכון את היקפה האמיתי של המהפכה. אחרים הבינו לא נכון את הקצב הראוי לפיתוח ההלכה: מכיוון שבית המשפט פעל מהר עם קבלת חוקי היסוד בכל האמור לקביעה שאכן אירעה מהפכה חוקתית שתכליתה הגנה על זכויות אדם, היו שחשבו שהוא נכון לפעול בקצב דומה גם כאשר למתן סעדים אופרטיביים,<sup>290</sup> והתבדו.<sup>291</sup> אומנם

286 ראו פרשת **קוונטיסקי**, לעיל ה"ש 34; פרשת **חסון**, לעיל ה"ש 49.

287 כך עולה מהערכה ראשונית של המהפכה הראשונית, שלפיה טיעונים חוקתיים מושמעים לעיתים בלא רגישות לייחודיות השיח המשפטי ותוצריו. ראו סגל "בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים", לעיל ה"ש 211, בעמ' 260–261.

288 גד ברזילי "המשפט כשדה במסגרת של כוח פוליטי: האם בתי משפט הם נשאי שינוי חברתי-פוליטי ואם כן – כיצד?" **האם המשפט חשוב?** 139 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות 2010).

289 על פי טענה זו, פתיחת עידן הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית, אשר נסמכה על רטוריקת הזכויות, התיקה חלק לא מבוטל מהציפיות לסיוע אל כתפי בית המשפט, בלי שלבית המשפט – או לגורמים אחרים בשיח הציבורי – היה סיפק להנמיך את הציפיות. כידוע, לבית המשפט כוח מוגבל להניע שינויים חברתיים או אף שינויים עמוקים באופן שבו מערכות אחרות, לרבות הפוליטיקה, הביורוקרטיה, הדת או השוק, מתנהלות. כשבית המשפט מבטיח, באמצעות רטוריקה שיפוטית, שיש בכוחה של הדוקטרינה המשפטית לחולל שינוי לטובה, צפויה למובטחים בשלב מסוים אכזבה, בייחוד כשמערכות, מוסדות או תרבויות ארגוניות מאמצים אסטרטגיה לעומתית. לדיון בהרחבה ראו גביון "נבואה המגשימה את עצמה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 133–135. עמדה ביקורתית על התקפה זו של המאבק הפוליטי לזירה המשפטית מביע גם מני מאוטנר, אולם עמדתו שלו מתמקדת בפגיעה הכרוכה בדילולם של ערוצי ההשתתפות, ההנעה וההשפעה הפוליטיים, והעדפת הערוץ המשפטי הסטרילי אך המוגבל. ראו מנחם מאוטנר **הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו ועתידותיו** 94 (2019) וההפניות המוזכרות שם בה"ש 1; מנחם מאוטנר "חשיבה מוסדית, דמוקרטיה וסוציולוגיה בהגותה של רות גביון" **משפטים** נב 697 (2021).

290 ראו למשל פרשת **עמותת "שוחר גיל"ת**, לעיל ה"ש 183, אל מול בג"ץ 7426/08 **טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך**, פ"ד סד(1) 820 (2010) שבו סברו העותרים שתוכר הזכות לחינוך וינתן סעד אופרטיבי. רק לאחר יותר מעשור היה בית המשפט נכון לפעול כך, וגם זאת בהקשר מעט שונה. בבג"ץ **טבקה** נשורה הזכות לחינוך בזכות לשוויון, כחלק מהזכות לכבוד האדם. אלא שגם בהקשר זה

בית המשפט התקדם במישור העיוני בהכירו מהר יחסית, ובניגוד להכרעת הכנסת, בשוויון ובחופש הביטוי כחוסים ב"כבוד האדם", ובכך העמיד את הזכות לכבוד זכות שמבחינה עיונית ניתן לגזור ממנה כמעט כל היבט של זכות אחרת. אולם בה בעת, בכל האמור בהגנה על זכויות בפועל – דהיינו בעיצוב משטר זכויות יחסית קשיח, הכולל סרטוט בהיר של תחומי התפרסותה של הזכות המוגנת, והגנה נגד פגיעה בזכות באמצעות הפעלה קשיחה של תנאי פסקת ההגבלה, וכמובן מתן סעדים בהתאם, דומה שבית המשפט בחר לאמץ את אותו היבט של פסק הדין **בבנק המזרחי** הקורא לזהירות (ואף לזהירות יתר).<sup>292</sup> ניתן להבין את ההיגיון הטמון בגישה זו, אשר נועדה, כך ניתן לשער, לאפשר למערכת הפוליטית והבירוקרטית להפנים את השינוי המשטרי ולשמר את הונו המוסדי של בית המשפט המודע היטב לכך שכל פסילה על בסיס חוקתי נספרת לו (בשונה משיטות אחרות אשר בהן אין מתקיימת ספירת מלאי תכופה שכזו). עם זאת לגישתו של בית המשפט יש מחיר, אם יש ממש בעמדתו של השופט גולדברג, שלפיה תפקידו המרכזי של בית המשפט בהקשר החוקתי נשען על ההגנה על זכויות הפרט. כמו כן העובדה שהיו מגזרים שציפו מבית המשפט ציפיות שלא היו מעוגנות בתשתית משפטית מספקת אינה מקהה את עוקצם של המקרים שבהם התשתית המשפטית הייתה איתנה, אך בית המשפט נרתע מלממש את ההבטחה הגלומה בתשתית זו.<sup>293</sup>

דוגמה לכך שבית המשפט הפך בשני העשורים שלאחר מתן פסק הדין לבית משפט "מתגונן" ניתן לראות במקרים אשר לפי הדוקטרינה הנקוטה בידי בית המשפט היה עליו להגיע בהן למסקנה שהחוק הנתקף פסול, אך ידו של בית המשפט קצרה מלהושיע. כך היה בפרשת חוקתיותו של החוק האוסר על איחוד משפחות בישראל עם תושבי השטחים (שמקרין ישירות על השסע היהודי-ערבי).<sup>294</sup> מנגד, בפרשיות אחרות, שבהן בית המשפט מצא כי הסדר אינו חוקתי, הוא נתקל באי-אמון מצד הכנסת. לדוגמה, בפרשות התיקונים

הסעד האופרטיבי לא פעם חמקמק. השוו בג"ץ 5373/08 **אבו לבדה נ' שרת החינוך** (נבו 6.2.2011). גישה אחרת להפעלת שיקול הדעת השיפוטי בהקשר של פיתוח זכויות שאינן מנויות באה לידי ביטוי בעמדתו של השופט זמיר, אשר הציע להשאיר שאלה זו לעת מצוא. ראו בג"ץ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501, 534–536 (1994) (השופט זמיר).

291 כידוע, לזכות לחופש העיסוק היה אמור להיות מעמד בכורה, אלא שגם בהקשר זה ניכרת רתיעה ממתן סעד. ראו עתירה לביטול פקודת העיתונות בג"ץ 6652/96 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**, פ"ד נב(3) 117 (1998). כך גם במקרים שבהם נראה שהחוק אינו עומד בסטנדרט חוקתי. ראו בג"ץ 4406/16 **איגוד הבנקים בישראל נ' כנסת ישראל** (נבו 29.6.16); בג"ץ 7956/10 **גבאי נ' שר האוצר** (נבו 19.11.2012). ככלל, סעד הבטלות היחסית בהקשר החוקתי הוא דוגמה קלאסית לניסיון להפריד בין פיתוח הדוקטרינה המהותית למשמעות האופרטיבית שלה.

292 ראו בג"ץ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' כנסת ישראל**, פ"ד נב(3) 485 (1996), שם הודגש הכלל הבסיסי שלפיו פסילת חוק היא מוצא אחרון שמתאים למקרים חריפים בלבד. ראו גם סומר "הזכויות הבלתי מנויות", לעיל ה"ש 210, בעמ' 273; בג"ץ 5503/94 **סגל נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד נא(4) 529 (1997) (שרן באגרת הרדיו לרכב).

293 ראו למשל פרשת **המפקד הלאומי**, לעיל ה"ש 214; פרשת **ניר**, לעיל ה"ש 267; בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006). פרופ' גביון תומכת בעמדה כי קידום "המהפכה החוקתית" תופס את מקום ההגנה על הזכויות. ראו גביון "נבואה המגשימה את עצמה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 139.

294 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 293. לדיון נוסף ראו מאוטרנר "מהומה על לא מאומה", לעיל ה"ש 283.

ל"חוק למניעת הסתננות"<sup>295</sup> – תיקונים אשר פגיעתם הלא-מדתית בזכויות אדם מובהקת, ולכן מהמקרים הברורים שבהם בית המשפט נחלץ להגנה מפני פגיעת ההסדר (שאם לא כן, הייתה חלילה עולה במלוא עוזה התהייה באשר לתוחלת של המהפכה החוקתית). בפרשות אלו שב וקבע בית המשפט נחרצות שהמתווה החוקי פוגע פגיעה אנושה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>296</sup> הכנסת תיקנה את החוק, אולם התיקון הזה לא הותיר לבית המשפט ברירה אלא לשוב ולקבוע כי החקיקה בטלה,<sup>297</sup> וכך אף בפעם השלישית,<sup>298</sup> ובהמשך נדרשה מעורבות שיפוטית מסוימת גם בנוגע לפעולת ממשלה שנועדה לגרש את המסתננים (אגב שימוש במאסר כדי להשיג הסכמתם).<sup>299</sup> סיבוב נוסף של הסוגיה, הפעם בגזרת העובדים הזרים, הגיע כאשר הכנסת ניסתה אמצעי אחר ללחוץ את העובדים הזרים לצאת את הארץ עם פגיעת אשרת העבודה שבידם – שלילה של חלק משכרם עד אשר יעזבו. גם כאן פסל בג"ץ את החוק.<sup>300</sup> דפוס פעילות זה אינו בהכרח דוגמה להרצה מוצלחת, הנשענת על דיאלוג פורה בין הרשויות, שבו כל רשות מפרשת את תרומתה של הרשות האחרת את הפירוש הנדיב ביותר האפשרי. קריאה אופטימית יותר של דרך התנהלות זו תמקם אותה בתהליך ההסתגלות של המערכות השונות למשמעות של המהפכה החוקתית. לפי קריאה אופטימית זו, כל עוד הריצה אינה מסתיימת ב"פציעה", דהיינו בפגיעה בעקרונות יסוד, כגון עצמאות הרשות השופטת או סמכותה לשפוט, מדובר בכאבי גדילה בלבד (אגב פגיעה בזכויות אשר בעתיד נשכיל להגן עליהן טוב יותר). ימים יגידו אם מדובר בהרצה כושלת או אך בלמידה על דרך ניסוי וטעייה.

מלבד זאת יש אינדיקציות לכך שעצם קיומה של הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית מוביל להיערכות שונה בכנסת ובמשרד המשפטים, כדי למזער סיכויי עתירה עתידית בבג"ץ. כך למשל הדיון סביב חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי כלל התייחסויות ל"מבחן בג"ץ", אפילו שמדובר בחוק יסוד (ובכך אדון בתת-הפרק הבא). מתוך שלל

295 פרשת אדם, לעיל ה"ש 280.

296 פרשת איתן מדיניות הגירה, לעיל ה"ש 280, בעמ' 68–69, 137 (השופט פוגלמן).

297 שם.

298 פרשת דסטא, לעיל ה"ש 279.

299 ראו פרשת צגטה, לעיל ה"ש 279; פרשת אביבי, לעיל ה"ש 279. ביום 22.3.2018 הגישו כמה וכמה ארגוני זכויות אדם עתירה ובה ביקשו למנוע ממבקשי מקלט לעזוב לאוגנדה ולרואנדה, ולחלופין – למנוע את כליאתם. בהודעת עדכון לעתירה עדכנה המדינה שאין כל מתווה אופרטיבי לגירוש בכפייה, אלא אפיק ה"יציאה מרצון" יימשך. ראו בג"ץ 2445/18 המוקד לפליטים ולמהגרים נ' ראש הממשלה (24.4.2018). לפי ההתפתחויות, העתירה נמחקה ביום 30.4.2018, אולם בסופו של דבר התברר שהמדינה אינה יכולה לערוב לשלמותם של העוזבים, והמתווה בוטל.

300 בג"ץ קבע שההוראה בחוק המחייבת לנכות חמישית משכרם של המסתננים לטובת פיקדון שתיצור המדינה כדי לעודד את יציאתם מהארץ איננה חוקתית. לפי פסק הדין, מדובר בפגיעה קשה ולא מידתית בזכותם של המסתננים לקניין. לגישתו של השופט עמית בפסק הדין, החוק אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה מאחר שאינו הולם את ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית. זהו פסק הדין השני בישראל שפסל הסדר בחוק בגלל פגיעה בזכות שאינה עומד במבחן ההלימה. השופט לוי עשה כן לראשונה בבג"ץ 2293/17 גרסהגר נ' כנסת (נבו 23.4.2020). יש לציין שפסק הדין פורסם ב"זמן פוליטי" ייחודי, כאשר המסגרת הפוליטית שבבסיס הממשלה הפריטטית כללה הגנה מפני קבלת פסקת התגברות.

## הצעות החוק שהוגשו,<sup>301</sup> הצעת החוק שהתקבלה נוסחה כך שמותן במידת־מה (אם כי לא

301 במהלך השנים גובשו גרסאות שונות של חוק הלאום. לסקירת ההיסטוריה של המהלכים שהובילו לעיגון החוקתי של חזון המדינה ראו דין וחשבון שכתבה פרופ' גביון לשרת המשפטים: רות גביון "עיגון חוקתי של חזון המדינה: המלצות לשרת המשפטים" (נובמבר 2014). להתייחסויות תקשורתיות ראו יהונתן לוי "מה נותר מחוק הלאום, שבע שנים אחרי שהונח על שולחן הכנסת?" **הארץ** (6.8.2018) <https://tinyurl.com/49kymhix>. את ההצעה הראשונה לגיבוש החוק יזמו חברי הכנסת אבי דיכטר וזאב אלקין בכנסת ה־18 (ראו הצעת חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/3541/18 – יו"ר מפלגתו (ראו יהונתן לוי "בלחץ לבני, דיכטר גנז את חוק הלאום" **הארץ** (14.11.2011) <https://tinyurl.com/mpmmdus8>). בהסכם קואליציוני שנחתם לאחר הבחירות לכנסת ה־19 בין סיעת הבית היהודי לסיעת הליכוד ביתנו נקבע שיקודם חוק יסוד אשר יגדיר את ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי (ראו ס' 50 להסכם קואליציוני לכינון הממשלה ה־30 למדינת ישראל, שנערך ונחתם ביום ד' בניסן התשע"ג, 15 במרס 2013, בין סיעת הליכוד – ישראל ביתנו ובין סיעת הבית היהודי מייסודם של האיחוד הלאומי והמפד"ל החדשה <https://tinyurl.com/yckutzpe>). באותה שנה הגישה חברת הכנסת רות קלדרון, בליווי כמה חברי כנסת, את הצעת חוק־יסוד: מגילת העצמאות והמדינה היהודית והדמוקרטית, פ/1539/19 <https://bit.ly/3hHNMy5>, אשר ביקשה לתת תוקף לעקרונות היסוד שנקבעו במגילת העצמאות. חברי הכנסת איילת שקד, יריב לוין ורוברט אילטוב יזמו את הצעת חוק ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/1550/19 <https://tinyurl.com/4kph7uv4>. בשנת 2014 חידש חבר הכנסת אלקין את ההצעה של דיכטר ושלו מהכנסת ה־18 (ראו הצעת חוק־יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/2502/19 <https://tinyurl.com/2utaysdk>). בנובמבר 2014 דנה הממשלה בשתי הצעות החוק, ובתמיכת ראש הממשלה אישרה המשך תהליך חקיקה (ראו חזקי עזרא "חוק הלאום אושר בממשלה" **ערוץ 7** (23.11.2014) <https://tinyurl.com/254a2ep8>). בעקבות התנגדויות ניסה ראש הממשלה לערוך הצעת חוק משלו (ראו יהונתן לוי "חוק הלאום של נתניהו: ישראל מדינת העם היהודי, השוויון לא יעוגן בחוק יסוד" **הארץ** (19.11.2014) <https://tinyurl.com/5yawu5vw>). בעקבות הדיון בממשלה הוגשו כמה הצעות נוספות (ראו הצעת חוק־יסוד: מדינת ישראל, פ/2883/19 <https://tinyurl.com/yc3n2vtw> (ביוזמת חברי כנסת מסייעת "התנועה"); הצעת חוק־יסוד: מדינת ישראל, פ/2907/19 <https://tinyurl.com/289tjeb> (הצעה נוספת ביזמתה של ח"כ רות קלדרון); הצעת חוק־יסוד: ישראל – מדינה דמוקרטית ושוויונית", פ/2913/19 <https://tinyurl.com/5d694kb3> (ביזמת חברי הכנסת מסייעת חד"ש, שאינה מזכירה את היותה של מדינת ישראל מדינת הלאום של העם היהודי ומתמקדת במהותה כמדינה דמוקרטית ושוויונית)). אולם בטרם הובאו איוז מהצעות אלו לקריאה טרומית, התפזרה הכנסת ה־19 בתאריך 8.12.2014. בשנת 2017, בעת כהונתה של הכנסת ה־20, עסקה ועדת השרים לענייני חקיקה בגרסה מרוככת של הצעת החוק של חבר הכנסת אבי דיכטר והחליטה לקדמה בהכנסת שינויים בסעיפים השנויים במחלוקת (ראו יהונתן לוי "השרים אישרו את חוק הלאום, אך בתוך חודשיים יוצג נוסח חדש" **הארץ** (7.5.2017) <https://tinyurl.com/yc2s9mdm>). לאחר שעברה ההצעה בקריאה טרומית בכנסת, ביום 12.7.2017 החליטה ועדת הכנסת על הקמת ועדה מיוחדת שמטרתה להכין את הצעת החוק לקריאה ראשונה – "הוועדה המשותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי" (ראו פרוטוקול ישיבה 274 של ועדת הכנסת, הכנסת ה־20 (12.7.2017) <https://tinyurl.com/y3h3awy5>). לאחר אישורה של ההצעה בקריאה ראשונה ולקראת העלתה להצבעה בוועדה התגלעה מחלוקת סביב סעיף 7 שאפשר לקהילות דתיות להקים יישובים נפרדים. הסעיף עורר את התנגדותו של היועץ המשפטי לממשלה, ואף של נשיא המדינה, בטענה שהוא מעודד אפליה ומטרתו להתיר הקמת יישובים ליהודים בלבד (ראו יורי ילון "נשיא המדינה ריבלין על חוק הלאום: "נוסחו עלול לשמש כנשק בידי אויבנו" **ישראל היום** (10.7.2018) <https://tinyurl.com/7xbmk8h4>). בעקבות התנגדות זו רוכך הסעיף ונוסחו עודכן לנוסח המצוי בחוק כיום. בעקבות זאת הסיר היועץ המשפטי לממשלה את התנגדותו לחוק (ראו אבישי גרינצייג, יגיר קוזין ואריק בנדר "היועץ" שסיר את התנגדותו: הושגה הסכמה על חוק הלאום"



פג) המתח בינה ובין נורמות חוקתיות אחרות, לרבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפנמה מסוימת זו של פעילות בנוכחות זכויות אדם מוגנות אל תוך ההליכים תומכי החקיקה (למשל תהליכי הייעוץ במשרד המשפטים ובכנסת) היא חלק מרכזי במשטר חוקתי, ונראה כי זוהי השלכה מרכזית של אימוץ המודל שנבחר, לפיו כלל חוקי היסוד עליונים לא רק במובן זה שכל חוק הפוגע בזכות נדרש לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה אלא גם במובן זה שאין לכנסת דרך לחסן חקיקה מפני ביקורת שיפוטית באמצעות פסקת התגברות. עם זאת לא ברור אם לא היה אפשר להשיג תוצאה זאת, ואף טובה ממנה, לו היה בית המשפט נמנע מעשיית הצעד הנוסף בפרשת **בנק המזרחי**.<sup>302</sup> ניתן לשער שלו הייתה לכנסת אפשרות לחוקק חוק "על אף האמור" בחוק היסוד רק לאחר שקבע בית המשפט שחוק ללא סעיף שכזה אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה,<sup>303</sup> וללא אפשרות חידוש אוטומטי – תנאים שכאמור היה אפשר לגזור מהמבנה החוקתי שאותו ייסדו חוקי היסוד – לא הייתה הכנסת בהכרח ממחרת להשתמש בכוחה זה. גם במצב זה היו נתונים לייעוץ המשפטי לממשלה ולכנסת האמצעים לציין במפורש שלדעתם חקיקה מסוימת פוגעת בזכויות אדם בצורה לא מידתית. בכך היה כדי להעמיד את המחוקקים על השלכות חריגה מחוקי היסוד, ואפשר שאף לעודד שיח ציבורי ביקורתי (שבבסיסו תביעה להגינון מצד בעלי הכוח). אומנם גישה זו חשופה לטענה שקיומה של האפשרות לפעול "על אף האמור" יחליש את ההרתעה הטמונה בפסיקה ביקורתית, והכנסת, הפועלת בחברה משוסעת אידאולוגית, לא הייתה מהססת, או לא הייתה מהססת די הצורך, בטרם הייתה מגיבה לפסיקה שפסלה חוק באמצעות שימוש בכוחה לחוקק על אף האמור בחוקי היסוד. אלא שכידוע גם כיום לבית המחוקקים כוח לייצר לעצמו פסקת התגברות באמצעות שינוי חוקי היסוד (וימים יגידו אם ישתמש בכוח זה).<sup>304</sup> זאת ועוד, במצב העניינים ההיפותטי המתואר כאן, מעמדו של בית

**מעריב** (https://tinyurl.com/2p9vy4bm (15.7.2018)). לבסוף התקבלה בקריאה שנייה ושלישית הצעתו של חבר הכנסת דיכטר (הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/1989/20/133). לדיון בקריאה השנייה והשלישית הוגשו כ-133 הסתייגויות של חברי הכנסת (ראו נספח כ-768/א' להצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/1989/20/133). בתום דיון ממושך ולאחר דחיית כל ההסתייגויות אושר חוק היסוד סופית ביום 19.7.2018 (ראו "חדשות הכנסת: חוק הלאום אושר סופית" **הכנסת** (19.7.2018) (https://tinyurl.com/7zfhurx3)).

302 לשיטתה של פרופ' גביוון, היה אפשר להסתפק בפרשנות חוקי היסוד ללא מעבר ממודל הביניים. ראו גביוון "נבואה המגשימה את עצמה", לעיל ה"ש 23, בעמ' 140.

303 טיעון זה נשען על ההנחה שכדי שהכנסת תוכל לתת דעתה במפורש כי אכן ברצונה לפעול באופן הסוטה מהאמור בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נדרש כי יהיה לפניו פסק דין של בית המשפט אשר קובע, בצורה מנומקת, מדוע נדרשת פעולה מפורשת כאמור. ניתוח זה אפוא אינו מאפשר לכנסת לשחרר עצמה מראש מעולה של הביקורת השיפוטית כל עוד פסקת ההגבלה בחוקי היסוד על מכונה עומדת. משמעות הכבילה העצמית, לפי גישה זו, מאפשרת לכנסת לפעול על אף האמור בחוקי היסוד שהיא עצמה קבעה רק לאחר שעמדה על המשמעות, ובכלל זה נחשפה להנמקה השיפוטית. השוו לגישתו של המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז) בהקשר משיק בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' **יושב ראש מפלגת העבודה**, פ"ד מט(1) 758, 798–800 (1995).

304 ראו כתיבתו של משה גולן "ישראל זקוקה למועצה חוקתית" **השילוח** 18, 57, 69 (2019): "המצדדים בפסקת ההתגברות מדגישים שהיא תאפשר ליצור דיאלוג בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת בשאלות חוקתיות תוך מתן זכות המילה האחרונה לרשות המחוקקת כנציגת הציבור, לצד הבטחת דיון



המשפט היה ונותר איתן, בין השאר משום שלא היה נתפס כנוטל לעצמו סמכות נוספת על זו שהוענקה לו. במצב דברים זה אפשר שהלחץ "לאזן" את בית המשפט באמצעים שונים ולא ראויים – שלא לומר, לא חוקתיים – כגון פוליטיזציה של השיטה לבחירה שופטים היה קטן יותר. על כל פנים, ייתכן שהמכשלה הפוליטית הניצבת בפני הכנסת בבואה לחוקק חקיקה שבית המשפט קבע כי היא פוגעת בזכות באופן שאינו מידתי, או בבואו לחוקק פסקת התגברות, הייתה מהווה רף גבוה מזה הניצב כיום. מטבע הדברים, אין דרך לאשש השערה זו או להפריכה.

## 2. "חוקה בהרצה" – השלכות לא מתוכננות על המשפט ה"מנהלי"

הרצת הנורמות החוקתיות בישראל במתווה הררי אינה תחומה אך לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. האופן שבו תהליך הבנייה ההדרגתי של הנורמות הפרוטוקוליות בישראל השליך על הרובד התת-סטטוטורי – חקיקת משנה, צווים כלליים וצווים אישיים – הוא נושא למאמר בפני עצמו. לכאורה הכרעתו של בית המשפט בפרשת **בנק המזרחי** לא הייתה אמורה לשנות מבנה זה של הגנה על זכויות. זאת ועוד, הנשיא שמגר, אשר חשש מהשלכות אפשריות של הכרעתו ב**בנק המזרחי**, ציין כי אין לפנות לחוק היסוד טרם שכללי המשפט המנהלי מוצו. לשיטתו, בית המשפט יפנה ל"חוקה" רק אם לא נמצא מענה בדיקטרינות שפיתח סביב מגילת הזכויות השיפוטית.<sup>305</sup> אלא שבניגוד לגישה זו, החליטה השופטת דורנר בפרשת **אליס מילר** שלא להסתפק בהסכמה לדבריו הממצים של השופט מצא, אשר הפעיל, במדויק, את כללי המשפט הציבורי בלי שנדרש להפעלה ישירה של חוק היסוד.<sup>306</sup>

רציני ומורכב בסוגיות אלו. השוללים אותה מדגישים שהשימוש העיקרי בפסקת התגברות הוא לחקיקת חוקים שלגביהם פסק בית המשפט שהם פוגעים בזכויות אדם באופן בלתי מידתי, ובכך עלולה פסקת ההתגברות לגרום לפגיעה חמורה בזכויות אדם ובפרט בזכויות המיעוט, תוך שלילת זכותם של הנפגעים מחוקים אלה לעתור נגד החוקים.<sup>305</sup> בשנת 2018 פרסם ד"ר הלל סומר מאמר המבקש להפנות את תשומת ליבם של התומכים ושל המתנגדים לפסקת ההתגברות לדרכי עיצוב המנגנון, באמצעות הגבלת מספר הפעמים והגדרת התחומים שבהם יופעל. ראו הלל סומר "תרופת פלא או גלולת רעל? עיון חוזר במנגנון ההתגברות" **חוקים** יב 55 (2018) (להלן: סומר "תרופת פלא או גלולת רעל?"). כן ראו ירדן כרמלי "חוק יסוד הלאום כמעין המתגבר" **ICON-S-IL Blog** (30.12.2020) <https://tinyurl.com/2em7z5mv>, הכותבת על חוק הלאום כי "עצם ניסיונו של המחוקק לשנות את המציאות החוקתית כפי שכבר התבססה בפסיקה, מלמד על חוסר השלמה עם חוקי היסוד הקיימים ועשוי לרמוז על השימוש הצפוי במנגנון ההתגברות".

305 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 350. הנשיא שמגר מפנה בהסכמה לפסיקה אמריקנית, ובראשה פסק הדין בעניין *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288 (1936), בציינו כי הכללים האמריקניים שפותרו שם "ראויים לשמש גם אותנו כחומר למחשבה, תוך סינון והתאמה עצמאיים" (שם, בעמ' 349).

306 השופט מצא כמובן לא התעלם מחוקי היסוד. ראו בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94 (1995). בפס' 14 לפסק דינו הוא כותב: "אף ביתר שאת מתחייבת גישה זו מן ההכרה, שעם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התעלה מעמדו הנורמטיבי של עקרון השוויון – שזה כבר נאמר עליו כי 'הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו... (השופט לנדוי בבג"צ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר ואח'**, בעמ' 698) – והוא הפך לעיקרון בעל מעמד חוקתי על-חוקי' (כביטוי של השופט אור בבג"צ 5394/92 **הופרט נ' ידי ושם**, **רשות הזיכרון לשואה ולגבורה**, בעמ' 363) (ההדגשות הוספו), אך העלאה זו של עקרון השוויון אינה מצריכה הפעלתו של חוק-היסוד עצמו אלא הקפדה שהמבנה המשפטי המעוגן במשפט הציבורי החל על הרובד התת-סטטוטורי יופעל באופן קפדני ומכיל".

השופטת דורנר פנתה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נגד ההחלטה (או ליתר דיוק, סוג של צו כללי), אף שכללי המשפט הציבורי התמודדו עם אי-השוויון שם באופן הולם ומספק.<sup>307</sup> משנפרץ סכר זה, החל בית המשפט לפנות לחוקי היסוד גם נגד פעולות הרשות במקום שהיה אפשר להסתפק בו במבחני הסמכות ההליך ושיקול הדעת החלים על הרובד התת-סטטוטורי,<sup>308</sup> ולמרות ההיגיון הפנימי המעדיף ביקורת שיפוטית נגד מחוקק המשנה באופן שמאפשר למחוקק הראשי להגיב לפסיקת בית המשפט באמצעות תיקון החוק, טרם שחוקי היסוד נכנסים לפעולה. פנייה ישירה לחוקי היסוד (בשונה מעדכון הדוקטרינה התת-סטטוטורית) משמעה שאם המחוקק מעוניין להגיב לפסיקתו של בית המשפט, עליו לשנות את חוק היסוד עצמו (או להפעיל את פסקת ההתגברות אם מדובר בחוק-יסוד: חופש העיסוק).<sup>309</sup> כך, הנשיא ברק הקפיד על הישענות על כללי המשפט הציבורי ה"ישנים" בפרשת **הוועד הארצי נגד עינויים**,<sup>310</sup> והנשיאה ביניש הייתה ערה לחשיבות השיה כאשר קבעה כלל פסילה ראיית לראיות שהושגו אגב פגיעה בזכות מוגנת שאינו נגזר ישירות מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (אף שבפסק דינה היא בכל זאת נשענת על זכויות המוגנות בחוקי היסוד).<sup>311</sup> אך במקרים אחרים פונים השופטים לחוקי היסוד, ובכלל זה לפסקת ההגבלה שבו.<sup>312</sup> לדוגמה, עם פרישתה, אף הנשיאה ביניש הצטרפה למחנה בפנותה לפסקת ההגבלה, כשהיא נוטשת את מבחני האיזון הישנים אף שלא היה במהלך זה צורך של ממש במקרה שנדון לפניו.<sup>313</sup>

307 שם, בעמ' 131–144 (השופטת דורנר).

308 אין כוונתי כאן לסוגיית עדכון ההלכה, או פרשנות מחודשת של חקיקה ישנה, ברוח חוקי היסוד, כפי שנבקע בפרשת **גנימאת** (לעיל ה"ש 269), אלא לפנייה ישירה לחוקי היסוד גם כאשר ניתן להתמודד עם סוגיה מסוימת באמצעות כללי המשפט המנהלי. ההבדל ברור: תקיפה ישירה על בסיס חוקי היסוד מובילה להפעלת פסקת ההגבלה. תקיפה על פי כללי המשפט הציבורי החלים ברובד התת-סטטוטורי, אף אם עודכנו בשל חוקי היסוד, נשענת על ערכת הסמכות, ההליך ושיקול הדעת, ובכלל זה מבחני האיזון, כל עוד הנורמה הנתקפת אינה חקיקה ראשית. ראו למשל, בג"ץ 951/06 **שטיין נ' קראדי** (נבו 30.4.2006), שם פונה הנשיא ברק לפסקת ההגבלה אף שהיה ניתן להפעיל את מבחן האיזון האנכי. הנשיא ברק מודע לקושי ומנסה לשלב רכיבים של מבחן האיזון האנכי בתנאי פסקת ההגבלה.

309 כפי שאכן נעשה בעקבות פרשת **מיטראל**, לעיל ה"ש 225. עד כה זהו השימוש היחיד בישראל בפסקת ההתגברות.

310 פרשת **הוועד הציבורי נגד עינויים**, לעיל ה"ש 179, בעמ' 834–840 (הנשיא ברק).

311 בג"ץ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי**, פ"ד סא(1) 461, 64–50 (2006) (הנשיאה ביניש). פנייה למשפט ציבורי שהוא חיצוני לחוקי היסוד בהחלטות בעתירות בנושא זכויות ניתן לראות גם בבג"ץ 5636/01 **בקמן נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד נח(5) 890 (2004), לפי תיאורה של מיכל טמיר "על חוקתיות ועל סבירות: בעקבות בג"ץ 5636/01 בקמן נ' שר העבודה והרווחה" **הפרקליט** נ 185 (2008).

312 ראו פרשת **מילר**, לעיל ה"ש 306; פרשת **המפקד הלאומי**, לעיל ה"ש 214.

313 בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי**, פ"ד סה(1) 782 (2012). בבואה לדון בשאלה אם חזקה המצויה בחוק הביטוח הלאומי, הקובעת כי "יראו" כבעל רכב מי שהכנסתו גבוהה מהכנסה המזכה בהבטחת הכנסה היא חוקתית, פנתה הנשיאה לזכות לכבוד המוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. במסגרת הניתוח מצאה הנשיאה כי ההסדר החוקי פגע בזכות באופן שאינו מידתי, ולכן בטל. אלא שמהלך זה מדלג על השלב הפרשני, אשר במסגרתו היה על בית המשפט לקבוע אם החזקה הנ"ל חלוטה אם לאו. על פני הדברים נראה כי תכליתו של ההסדר תתממש בצורה המיטבית אם תפורש חזקה זו כחזקה הניתנת לסתירה במקרים המתאימים, ולפי הליך הוגן. לפיכך לא היה צורך להעלות את הדיון לבחינת חוקתיות הסעיף, ומכאן שלא נדרש לדון בביטולו.

בכך כאמור מאבד השיח בין מערכת המשפט למערכת הפוליטית רובד חשוב. נוסף על זה, הרצתן של נורמות חוקתיות אינה אופטימלית, שכן לא ברור באילו תנאים פונה בית המשפט להפעלת תנאי פסקת ההגבלה, ובאילו תנאים מיישם בית המשפט את מבחני האיזון האנכי והאופקי.<sup>314</sup> אי-ודאות זו, כשלעצמה, מקשה את הטמעתה של פסקת ההגבלה כחלק מההרצה של חוקי היסוד, ואף מקשה על בעלי התפקידים במערכות השונות להעריך את המשמעות של תחולת חוקי היסוד כלפי מערכות אלו.

אך מלבד זאת, מסתבר שגם רמת ההגנה על זכויות הפרט נפגעת, משום שלמרות קביעותיו הנחרצות בראשית הדרך בדבר חשיבות ההקפדה על הסמכה מפורשת בחוק ועל בחירת האמצעי שפגיעתו בזכות המוגנת היא הפחותה ביותר, נוכח בית המשפט שיתקשה להתמיד בסטנדרט זה. הנשיא ברק סלל את הדרך כאשר הגמיש את מבחן הפגיעה המינימלית<sup>315</sup> והחדיר לתוכו סממני סבירות: כל עוד המחוקק בוחר מתווה אשר היחס בין הפגיעה בזכות המוגנת הטמונה בו לפגיעה הטמונה במתווה שפגיעתו פחותה מהמתווה שנבחר הוא יחס סביר, בית המשפט לא יתערב. רק אם המחוקק יבחר אמצעי אשר פוגע בזכות מוגנת במידה העולה משמעותית על זו הגלומה בחלופות העומדות לרשותו, רק אז יתערב בית המשפט.<sup>316</sup> גישה זו, אשר החליפה את הגישה שנקט הנשיא ברק בפרשת **מנהלי ההשקעות**,<sup>317</sup> הלכה וקנתה לה שביטה בבית המשפט. בעוד שאת הגיונה של בחירה זו בכל האמור בביקורת שיפוטית נגד חקיקה ראשית, שנועדה לאפשר למחוקק מרחב תמרון חקיקתי ניתן להבין, שונים פני הדברים כאשר מדובר בביקורת שיפוטית נגד חקיקת משנה, צווים כלליים או צווים אישיים. משמעות המהלך עולה כדי הגמשה ניכרת של סטנדרט הביקורת השיפוטית: לא עוד הסתברות קרובה לוודאי לפגיעה קשה וממשית, אלא רק בחינה אם האמצעי שבו בחרה הרשות פגיעתו סבירה ביחס לפגיעה הצפויה מאמצעים אחרים.<sup>318</sup> לא זו אף זו, בית המשפט כאמור הקפיד על דרישת ההסמכה המפורשת כאשר היה מדובר בפגיעה מובהקת בזכות יסוד טרם עידן חוקי היסוד, אולם יש אינדיקציה שגם

314 ראו בהקשר זה גדעון ספיר "ישן מול חדש – על איזון אנכי ומידתיות" **מחקרי משפט** כב 471, 484–486 (2006). לטענתו, במצב דברים זה מעצים בית המשפט את שיקול דעתו אגב שימוש סימולטני בפסקת ההגבלה כאיזון אופקי ובאיזון אנכי. בכך, לטענתו, מאפשרים השופטים לעצמם להגיע לתוצאה המועדפת עליהם.

315 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 444 (הנשיא ברק).

316 ע"פ 4424/98 **סילגור נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 529, 544–545 (2002) (הנשיא ברק). על בסיס מהלך זה, פותח הכלל כי כעוצמת הפגיעה בזכות, וכחשיבותה, כך תופעל פסקת ההגבלה באדיקות.

317 פרשת **לשכת מנהלי השקעות**, לעיל ה"ש 243.

318 ראו למשל את גישתו של השופט הנציגור בבג"ץ 3989/11 **תנועת נאמני הר הבית נ' ועדת הכנסת לביקורת המדינה** (נבו 27.12.2012). בפרשה זו נדרש בית המשפט לשאלה האם פרסום דו"ח מבקר המדינה על הנעשה בהר הבית יוביל לפגיעה ביחסי החוץ של המדינה ובביטחונה בהסתברות הקרובה לוודאי. אלא שבמקרה זה עמדת השב"כ, הגורם המקצועי לפחות לעניין ביטחון המדינה, הייתה כי אין כזו הסתברות. אף על פי כן צידד בית המשפט בהחלטת ועדת הכנסת, בקובעו כי החלטת הוועדה לעניין ההסתברות סבירה (וכי הוועדה נהנית לעניין זה ממתחם סבירות רחב). אלא שמעבר זה למתחם סבירות אינו עולה בקנה אחד עם הגיונו הפנימי של האיזון האנכי. בפרשת **קול העם**, לעיל ה"ש 182, לא נדונה סבירות הערכתו של שר הפנים אלא נקבע כי בהיעדר הוכחה שקיימת כוונת סבירות, ידו של חופש הביטוי על העליונה.

דרישה זו התרופפה.<sup>319</sup> כך, בפרשת הפרסומות הפוליטיות הסתפקו שופטי בית המשפט בהסמכה הכללית שמצויה בחוק הרשות השנייה ובחוק רשות השידור, ולא החזירו את הסוגיה להכרעה ספציפית של המחוקק.<sup>320</sup> ניתן להניח שלו אותה פרשה הייתה נדונה טרם עידן חוקי היסוד, היו שופטי הרוב מצטרפים לעמדתן של הנשיאה ביניש והשופטת חיות לעניין זה, ודורשים הסמכה שכזו.<sup>321</sup> (או לכל הפחות היו דורשים תשתית ראייתית מוצקה לקיומה של הסתברות קרובה לוודאי לפגיעה קשה וממשית בשיח הציבורי או בטוהר הליך הבחירות) טרם שהיו מאפשרים לרשות השידור לאסור לחלוטין כל פרסומת פוליטית.

בהקשר זה ראוי לציין תוצאה לא צפויה אחרת והיא טשטוש ההבדל בין זכות מוגנת לבין אינטרס ציבורי.<sup>322</sup> לא מצאתי מקרים רבים בעבר שבהם אינטרס ציבורי אובחן על ידי בית המשפט כזכות, ואילו לאחרונה ניכרת מגמה להגדיר אינטרס ציבורי כזכות. מהלך זה מוביל להפעלת סטנדרט נרפה יותר של ביקורת שיפוטית – אשר בעבר היה קרוי איזון אופקי. אין להבין מכך שבית משפט השוגה באבחון כאמור מתערב פחות בהחלטת הרשות: לעיתים אפיון האינטרס הציבורי כזכות דווקא יוביל לביטול החלטת הרשות. למשל, אפיון חופש המידע (בטעות) כזכות חוקתית עלול להוביל לפגיעה בזכות לפרטיות (של נישומי מס שעיימם נסגרה עסקת כופר אשר שמם מפורסם או של מועמדים לדייקטוריון שלא זכו להיבחר אשר גם שמם מפורסם).<sup>323</sup> אך הגנת היתר על האינטרס הציבורי פוגעת בזכויות – פגיעה שקרתה פחות במשטר הישן. היא גם שולחת מסר מבלבל לרשות, אשר זה מכבר הפנימה את הצורך להימנע מפגיעה בזכויות מוגנות אף אם בדרך פעולה זו קיים סיכון לפגיעה כלשהי באינטרס ציבורי.<sup>324</sup>

מכאן רואים אנו שיש חשש שמא ההגנה שזכויות היסוד זוכות לה אל מול הרשות המנהלית – מחוקק המשנה, מוציא הצווים הכלליים או מוציא הצווים האישיים – אינה טובה יותר בעידן חוקי היסוד, ואפשר שאף טובה פחות,<sup>325</sup> משום שלפחות בתקופת

319 ניתן לראות זאת בהשוואה שעורך דוד קרצמר בין פרשת **ברגמן** (לעיל ה"ש 38) לפרשת **בנק המזרחי** (לעיל ה"ש 2). ראו קרצמר, לעיל ה"ש 86, בעמ' 372. גבולותיה של דרישת ההסמכה המפורשת נפרמו במידה ניכרת בדנג"ץ 9411/00 **ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון**, פ"ד נז(5) 673 (2003).

320 פרשת **המפקד הלאומי**, לעיל ה"ש 214, בפס' 30–36 לפסק דינה של השופטת נאור, בפס' 1 לפסק דינו של השופט לוי, בפס' 37–38 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, וכן בפס' 3 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

321 שם, בפס' 8–13 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, וכן בפס' 2–4 לפסק דינה של השופטת חיות.

322 על חשיבות ההבחנה ראו גול-אייל ורייכמן, לעיל ה"ש 118.

323 פרשת **עדאלה**, לעיל ה"ש 293, בפס' 15–16 לפסק דינו של השופט ריבלין. ראו לאחרונה גם את פסיקתו של השופט שטיין בבג"ץ 144/22 **אבו שחידם נ' מפקד פיקוד העורף** (נבו 19.1.2022), שם הוא ממשיג את אינטרס הציבור בשמירה על ביטחון המדינה ועל חיי התושבים כזכות של ילד ישראלי לחיים, שאותה יש לאזן עם זכות הילד הפלסטיני שביתו לא ייהרס.

324 לפי זמיר וסובל, אכן יש צורך לקיים פשרה בכל זמן שאפשר, אף כשמדובר באינטרס ציבורי מול זכות. המטרה היא לקיים איזון אופקי, ורק בליט ברירה לקיים איזון אנכי המחייב הכרעה. ראו יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" **משפט וממשל** ה' 165, 215 (1999).

325 ראו רייכמן "חידושים והתפתחויות במשפט הציבורי", לעיל ה"ש 268; מיטל פינטו ויובל יקותיאל "יתרונותיו של מבחן האיזון האנכי על פני מבחני המידתיות בהגנה על זכויות האדם" **פורום עיוני משפט** מב 67 (2019).

ההרצה נדרשות גמישות וזהירות בביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, ואלו מקרינות על כורחן על הביקורת השיפוטית המנהלית. בכך הביקורת השיפוטית המנהלית הופכת הדוקה פחות. בשל הגיונה זה של פסקת ההגבלה, מתקשה בית המשפט להקפיד הקפדה נוקשה על דרישת ההסמכה המפורשת, על דרישת ההסתברות הקרובה לוודאי לפגיעה קשה וממשית במקרי איזון אנכי ועל אפיון מדויק של היקף הזכות המוגנת ושל קו הגבול שבין זכות לאינטרס ציבורי. אדגיש כי סוגיה זו אינה קשורה לטענה המרכזית שברשימה זו, שלפיה לא היה הכרח להעלות את חוקי היסוד כולם למדרגה על-חוקית. עם זאת סוגיה זו מדגימה את חשיבות ההכרה במודל ה"חוקה בהרצה" בהקשר רחב יותר, שכן השלכה לא צפויה זו עלתה כחלק מהרצתה של פסקת ההגבלה ביחס למשפט התת-סטטוטורי.

### 3. "קפיצת המדרגה" בבנק המזרחי – ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (תיקון חוקתי לא-חוקתי)

משהעלה בית המשפט את חוקי היסוד כולם למדרגה על-חוקית, ומשבכך אפשר ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית אף שלא אל מול דרישת שריון פורמלית או מהותית, כל זאת בהיעדרו של חוק-יסוד: החקיקה, נדרש בית המשפט להתמודד עם נגזרותיה של הכרעה זו. בתת-פרק זה, אתייחס לשאלה הזאת: האם עליונותו של חוק יסוד – כל חוק יסוד – משמעה שהוא אינו כפוף לביקורת שיפוטית?

פשיטא, שחוק יסוד כפוף לביקורת שיפוטית אל מול חוק יסוד אחר אם חוק היסוד משנה, בין במפורש ובין במשתמע, חוק יסוד אשר דורש רוב מיוחד כדי לשנותו. כך נובע ישירות מהלכת ברגמן ומלשון סעיפי השריון העוסקים בשינוי הוראות הסעיף המשוריין.<sup>326</sup> שאלת היחס בין חוק יסוד משוריין מהותית לחוק יסוד שפוגע בזכות מוגנת זכתה להתייחסות בפסיקה (אף אם ניתן לשער שטרם נאמרה המילה האחרונה בעניין זה).<sup>327</sup> אך

326 ס' 44 לחוק-יסוד: הכנסת. לפיכך לא מפתיע שבית המשפט יפתח דוקטרינות פרשניות נלוות שלפיהן עדיפה פרשנות שמיישבת בין חוק יסוד הכולל סעיף משוריין לחוק יסוד הסותר אותו (ולא התקבל ברוב הדרוש). הצעד הבא – אימוץ פרשנות מקיימת בין חוק יסוד משוריין מהותית לחוק יסוד שהתקבל אחריו ומצוי במתח עם האמור בחוק היסוד המשוריין מהותית, אינו טריוויאלי, אך אינו בהכרח מהפכני. לעמדה אחרת ראו Rivka Weill, *A Covert Constitutional Revolution? Is Basic Law: Israel – The Nation State of the Jewish People Democratic?*, BALKANIZATION (Dec. 19, 2021) <https://tinyurl.com/2y7je9bv>.

327 לעמדתו של השופט ברק על תחולת פסקת ההגבלה כלפי חוק יסוד ראו פרשת פורת, לעיל ה"ש 84. עמדה זו זכתה לאזכור בפסקי דין שונים (בג"ץ 5744/16 בן מאיר נ' הכנסת, פס' 20 לפסק דינה של הנשיאה חיות (נבו 27.5.2018); פרשת חסון, לעיל ה"ש 286, בפס' 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות; בג"ץ ממשלת החילופים, לעיל ה"ש 162, בפס' 88 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר). עם זאת עמדה זו אינה הכרחית, לפחות בכל האמור לפגיעה משתמעת (דהיינו לפגיעה שאינה כוללת התייחסות מפורשת לזכות הנפגעת, על דרך "על אף האמור"). כך עולה, למשל, מהגיונו של העיסוק בשימוש לרעה בסמכות מכוונת, אשר נדון בפרק ג. לעיל. כן ראו אמנון רייכמן "הפירמידה הנורמטיבית בישראל – קווים לדמותה" (טרם פורסם, עותק אצל הכותב); יניב רוזנאי "תיקונים חוקתיים שאינם חוקתיים? כמה לקחים השוואתיים" חוקתיות, כינון חוקה וריבונות: מבט תיאורטי והשוואתי 104–105 (אמל ג'מאל, נאוה זוננשטיין ואמיר פאחורי עורכים 2020). היבט זה חורג מגדרי מאמר זה. כמו כן לא אדון

מה באשר לחוק יסוד שסותר עקרון יסוד או נתון יסוד? האם עקרונות אלו עליונים על חקיקה באשר היא, לרבות חוקי יסוד? האם מכאן נגזרת הרצתו של מתקל זה בשדה השיפוט? סוגיית התיקון החוקתי שאינו חוקתי, דהיינו תיקון חוק על-חוקי באופן שסותר את עיקרי היסוד של השיטה, ובכלל זה אלו שבאו לידי ביטוי במגילת העצמאות, הפכה אפוא לרלוונטית. רבות נכתב על שאלה זו,<sup>328</sup> אולם הזווית שממנה תביט רשימה זו על הסוגיה היא זווית ה"חוקה בהרצה", קרי הלוגיקה המארגנת את הפיתוח החוקתי בישראל, פרק אחד בכל פעם.

ואכן, במסגרת תגובתה של הכנסת להעלאת חוקי היסוד למדרגה על-חוקית, וחלף השלמת מגילת הזכויות, נפתחה "זירת הרצה" חדשה: תיקון חוקי יסוד באופן שמאתגר חוקי יסוד אחרים או עקרונות יסוד. כך, למשל, הגיבה הכנסת לפירושן וליישומן של הנורמות החוקתיות בישראל סביב השסע היהודי-הערבי. בתיקון חוקי-יסוד: הכנסת, לצד תיקון חוק הכנסת, הידועים יחדיו בכינוי "חוק ההדחה", התייחסה הכנסת למצב שבו חבר כנסת, לאחר שנבחר, מסית לגזענות או תומך במאבק מזוין של ארגון טרור או מדינת אויב.<sup>329</sup> ניתן לראות בכך גם תגובה עקיפה לדרך יישומו של סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת על ידי בית המשפט, אשר על פי הדוקטרינה הנהוגה, דורש מסה של ראיות ברורות וחד-משמעיות טרם פסילת מועמד בטענה כאמור.<sup>330</sup> תיקון חוק היסוד אינו משנה את כללי פסילת המועמדים אלא מאפשר לתשעים חברי כנסת להדיח חבר כנסת מכהן בעילות האמורות, לאחר ששלושה רבעים מחברי ועדת הכנסת, על בסיס בקשה של שבעים חברי כנסת (מתוכם לפחות עשרה חברי כנסת מהאופוזיציה), ביקשו את הדחתו של חבר הכנסת.<sup>331</sup> בבואו להתמודד עם הטענה כי תיקון זה סותר עקרונות יסוד דמוקרטיים, הגיע בית המשפט למסקנה כי הפגיעה, שאכן קיימת, אינה עולה כדי שלילת עקרונות דמוקרטיים, בשל קיומם של מנגנונים מרכזיים ומאזנים, ובהתחשב בכך שיהיה אפשר לבקר את מימוש הסמכות במקרה קונקרטי.<sup>332</sup> לשאלת קליטתה של דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי

בשאלת קריאתו של שריון מהותי – פסקת הגבלה שיפוטית – אל תוך חוקי יסוד שאינם משוריינים כלל. ראו פרשת **הופנונג**, לעיל ה"ש 69.

328 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 524–525, 543–545 לפסק דינו של השופט חשין. ראו גם כתיבתו העניפה של Roznai, לעיל ה"ש 34.

329 בג"ץ 4169/10 **כהן נ' שר הביטחון** (נבו 2.6.2010) (להלן: פרשת **המרמרה**).

330 ראו פרשת **ניימן**, לעיל ה"ש 192, בעמ' 248–251; פרשת **ניימן 2**, לעיל ה"ש 192, בעמ' 188; פרשת **טיבי**, לעיל ה"ש 192, בעמ' 42–43. ראו גם א"ב 1806/19 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת העשרים ואחת נ' כסיף** (נבו 18.7.2019).

331 פרשת **בן מאיר**, לעיל ה"ש 327, אשר עסק בתיקון 44 לחוק-יסוד: הכנסת ותיקון 43 לחוק הכנסת. שם, בפס' 26 לפסק דינה של הנשיאה חיות. בית המשפט קבע שלתיקון, שכונה "חוק ההדחה", נלווית אינהרנטית פגיעה בזכות לבחור ולהיבחר ובחופש הפוליטי של נבחר הציבור, אולם משום שמעמדו הנורמטיבי של התיקון לחוק היסוד הוא על-חוקי, עניין לנו בשינוי חוקתי. על כן חוק ההדחה אינו כפוף למסלול ה"רגיל" של הביקורת החוקתית (קרי אינו כפוף לפסקת ההגבלה). הפגיעה הגלומה בו בזכות לבחור ולהיבחר היא פגיעה של ממש, אך אינה מצדיקה הפעלת הדוקטרינה בדבר "תיקון חוקתי שאינו חוקתי", אשר טרם אומצה בפסיקתנו. בכך פתח בית המשפט את האפשרות לביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד, אך השאירה בצריך עיון. החלטתו של בית המשפט שלא להתערב בתיקון גררה ביקורת על אדישות בית המשפט מחד ועל שקיבל עליו כוח לא לו כאשר פתח אותו מאידך. לעיסוק תקשורתי

בשל פגיעה במבנה הבסיסי של החוקה או בעקרונות על-חוקתיים, מצאה הנשיאה כי "לעת הזו, ובהנתן השלב שבו מצוי המפעל החוקה הישראלי כמשימה שטרם הושלמה, ובפרט משלא נקבעו עד כה ההליכים לכינון ולתיקון של חוק-יסוד, יש בעייתיות לא מבוטלת באימוץ דוקטרינה מקיפה הנוגעת לתיקון חוקתי שאינו חוקתי דוגמת הדוקטרינות הנוהגות במשפט המשווה".<sup>333</sup>

ראשית, בדרך הנמקה זו ניתן לראות ביטוי מסוים לשלב ההרצה שבו מצויה השיטה בישראל. מלבד זאת, ושנית, מבחינה מושגית קשה לדון ב"תיקון חוקתי שאינו חוקתי" שסותר עקרונות מבניים בהיעדר חוקה שלמה, שכן ההבדל בין תיקון חוקתי, שאותו ניתן לבחון אל מול מבנה שלם, לבניית פרק חוקתי (כחלק מהרצת הנורמות הפרוטו-חוקתיות ביחס למבנה שבהגדרה הוא מבנה חלקי, שמצוי בבנייה) אינו פשוט כלל.<sup>334</sup> שלישית, הדילמה הזו כאמור מחדדת את הקושי שבקפיצה לרובד החוקתי, בהיעדר חוק-יסוד: החקיקה, אך בה בעת, כשאלו הם פני הדברים, יש יתרונות בהרצתה של ביקורת חוקתית על חקיקה על-חוקתית כשלב בגיבוש חוק-יסוד: החקיקה והנורמות המטריאליות החלות על חקיקת יסוד. מבחינה מושגית, היחס שבין חוק-יסוד: החקיקה, אם וכאשר יחוקק, לסוגיית התיקון החוקתי שאינו חוקתי הוא יחס מורכב. שתיקה של חוק היסוד בסוגיה זו תצריך פירוש בתקופת ההרצה שצפויה לחוק-יסוד: החקיקה. האם נגזר ממנה הסדר שלילי? לא בהכרח. ומה אם חוק-יסוד: החקיקה ייחד במפורש ביקורת שיפוטית רק אל מול חוקי יסוד, אך לא במצב של סתירה עם מבנה השיטה או ערכי היסוד? כאן עולה קושי תורת-משפטי: החוק, יציר כפיה של הכנסת (ברמה החוקתית או העל-חוקתית), הוא פרי מקור משפטי פוזיטיביסטי. ככזה, אין הוא שולט על העקרונות המהותיים, פרי מקור משפטי אחר, אלא אם קיים עיקרון מהותי שמכפיף את יתר העקרונות המהותיים לדבריה הפוזיטיביסטי של הכנסת. אומנם יש סיבות טובות שתומכות בעיקרון מהותי (לא כתוב) שמעניק עדיפות לדבריה המפורש של הכנסת ברובד החוקתי, אך מבחינה עיונית יש סיבות טובות לא פחות שתומכות בהותרת סייג שמגביל את כוחה הפוזיטיביסטי של הכנסת לשלול גישה לעקרונות יסוד במקרי קצה, אפילו אם שלילה זו נעשית בחוק יסוד. מכאן, בהתחשב בכך שבוצעה "קפיצה" שהעלתה את כלל חוקי היסוד לרובד החוקתי, מובנת בחירתו של בית המשפט להותיר את הדיון ברובד הרצה זה לעת מצוא בלי לקבוע עליונות יחסית בין חוק יסוד לעקרון יסוד, אך גם בלי לשלול אפשרות זו. בכך ממשיך בית המשפט את המסורת שקדמה לפסק הדין בעניין **בנק המזרחי**. בה בעת הלוגיקה של "חוקה בהרצה" תומכת בשיקוף מבנה הדוקטרינה האפשרי אם וכאשר יוחלט לאמץ גרסה כזו או אחרת שלה, כדי לאפשר

ראו רועי פלד "חוק ההדחה" המכון הישראלי לדמוקרטיה (25.6.2018) <https://tinyurl.com/3w2j22ye>;  
 רועי פלד "ביהמ"ש שם לב שזה חוק נגד ערבים בלבד?" **הארץ** (25.5.2018) <https://tinyurl.com/5bcmhxc>;  
 מערכת ישראל היום "בג"ץ אישר את החוק להדחת ח"כים" **ישראל היום** (27.5.2018) <https://tinyurl.com/bddh8dup>;  
 רויטל חובל "שופטי בג"ץ הכשירו את החוק המאפשר להדיח חבר כנסת מכהן: יש בו איוונים ובלמים" **הארץ** (27.5.2018) <https://tinyurl.com/5xc36nww>;  
 איתמר לוין "בג"ץ אישר את חוק ההדחה" **News1** (27.5.2018) <https://tinyurl.com/bdhybfjc>.

<sup>333</sup> פרשת **בן מאיר**, לעיל ה"ש 327, בפס' 25 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>334</sup> אהרון ברק "התיקון של חוקה שאינו חוקתי" **ספר גבריאל בן 361**, 380 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בן עורכים 2011).



למערכות השונות להתכיל (כל עוד נשמר חריץ של עמימות קונסטרוקטיבית שתכליתו למנוע מכוח פוליטי כזה או אחר "לשבות" את המערכת החוקתית).

התמודדות נוספת עם סוגיה זו עלתה בדיון בעתירה על חוקתיות חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.<sup>335</sup> על פני הדברים נראה כי קבלת חוק היסוד במתכונת זו נתפסה בעיני מובילי המהלך כתגובה ל"בנק המזרחי" ולנטילת הכוח שגלומה בו, אשר כללה, לדעת מובילי מהלך הנגד, לא רק נטילת כוח שיפוטי אלא אף העלאת מעמדן של זכויות האדם בישראל (בהמשך לדבריו של הנשיא ברק והשופט גולדברג). מכאן, לשיטתם של מובילי מהלך הנגד, נדרש "איזון", שנועד להעלות את מעמד יהדותה של המדינה.<sup>336</sup> טענה זו מוקשה, ולו משום שככל שבית המשפט הרחיב כוחו באמצעות העלאת כלל חוקי היסוד למדרגה על-חוקית, הרי שקבלת חוק יסוד נוסף משמעה הרחבה נוספת של הכוח השיפוטי, באופן שמצוי במתח עם הביקורת שהושמעה נגד בית המשפט העליון מפי חלק מהמחנה התומך בחוק-יסוד: הלאום, הגורס שאין להרחיב את סמכות הביקורת השיפוטית. אך גם מבחינה מהותית, נחיצותו של חוק יסוד במתכונת שבה נחקק מוטלת בספק. חלק מההסדרים – כגון באשר לירושלים כבירת המדינה – כבר נדונו בחוקי יסוד אחרים.<sup>337</sup> הסדרים ועקרונות אחרים זכו בעבר להכרה שיפוטית, במסגרת "נתוני היסוד החוקתיים".<sup>338</sup>

335 פרשת חסון, לעיל ה"ש 49.

336 ד"ר אביעד בקשי מהמכון לאסטרטגיה ציונית נימק את הצורך המשפטי בחוק היסוד: "בעשרים השנים האחרונות חלה שחיקה דרמטית במשקל שמעניק בית המשפט העליון לזהותה היהודית של ישראל. אחד הגורמים המרכזיים למציאות החוקתית בישראל כיום הוא המחסור בעיגון חוקתי לאופייה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי. הצעת חוק היסוד הולמת את המסורת המקובלת של המשפט הישראלי ובה בעת יש בה צורך משפטי מעשי בשל סטייה ממסורת זו בפסיקת בית המשפט בעשרים השנים האחרונות". ראו אביעד בקשי "חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום – הצורך המשפטי" המכון לאסטרטגיה ציונית (15.5.2016) <https://tinyurl.com/ypuhmshf>. ד"ר שאולי שארף מציין כי "בהיעדר חוק-יסוד המקנה מעמד חוקתי לערכיה של ישראל כמדינה יהודית ולמרכיבי הזהות היהודית שלה, כפי שזכו לכך הערכים הדמוקרטיים וערכי זכויות אדם, ישראל מתבססת על מערכת ערכים חוקתית לא סימטרית". ראו שאולי שארף "מי יגן על 'המדינה היהודית'? ראוי שהעיקרון היהודי יעוגן בחוק יסוד ויצטרף לחוקה JOKOPOST.COM (2.6.2014) <https://tinyurl.com/mtdp5azn>; שאולי שארף "בשבחי חוק הלאום: חוסר האיזון בעיגון מעמדם של ערכי היסוד" JOKOPOST.COM (8.5.2016) <https://tinyurl.com/2p8mse7e>; ירון כרמלי כותבת כי "דומה שחוק יסוד הלאום מבטא הפנמה מלאכותית של השינוי החוקתי משנת 1995, ובתוך כך מנסה לאלץ את בית המשפט לבצע איזון שעל פי תפיסת המחוקקים יעלה את מעמדו של הערך היהודי אל מול מעמדו של הערך הדמוקרטי" (ראו כרמלי, לעיל ה"ש 304).

337 חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל.

338 רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 336–339. הביטוי נשען על פרשת ירדור, לעיל ה"ש 187, שם קבע הנשיא אגרנט כי המשכיותה ונצחיותה של מדינת ישראל הן עובדת יסוד קונסטטוציונית. לשיטתו של אגרנט, הסמכה מפורשת לוועדת הבחירות אינה נדרשת, כיוון שנתון היסוד מעניק הסמכה זו. ניתן לומר למשל שכחלק מנתוני היסוד של מדינת ישראל, שפתה הרשמית הבכורה היא השפה העברית, אף לו לא היה עניין זה מוסדר בדבר המלך במועצתו. על כל פנים, משנמצא עיגון זה בדבר המלך הן לשפה העברית והן לשפה הערבית, ומשקבע חוק-יסוד: הלאום כי אין באמור בו כדי לשנות את מעמדה של השפה עובר לחקיקתו, לא ברור מדוע נדרשה בחוק היסוד הקביעה כי לישראל שפה רשמית אחת ואילו לערבית מעמד של "שפה מיוחדת". בכך נפתח פתח למחלוקות פרשניות באשר למונח זה, ולצידן עולות שאלות באשר לאופן שבו על הכנסת למלא את חובתה לחוקק

בניגוד לטענות שנשמעו, בית המשפט העניק לקולקטיב היהודי הגנה נרחבת,<sup>339</sup> כזאת שמכירה במדינת ישראל כמדינת הלאום היהודי, בחגי ישראל כחגי המדינה, בחוקתיות עקרון השבות ואף במעמד בכורה של השפה העברית.<sup>340</sup> לכן לא ברור מה הועיל חוק היסוד בהכירו, למשל, במעמד חגי ישראל.<sup>341</sup> מכאן שלא היה צורך בהשגת איזון, משום שאיזון זה לא הופר בעקבות חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992 ותיקונם בשנת 1994. אומנם מבחינה עיונית נפתחה כעת אפשרות לביקורת שיפוטית נגד חוק או חקיקת משנה שיסתרו את האמור בסעיפים אלו, אך לא ברור מה תהיה הנפקות המשפטית של ביקורת כאמור,<sup>342</sup> ומובן שבעת כתיבת שורות אלו גם לא ברורה מהי ההיתכנות הפוליטית אשר תוביל מהלכים לצמצום אופייה היהודי של המדינה כפי שהוכר בבית המשפט העליון לאורך שנים. הסדרים אחרים שינו נורמות חוקתיות-סמליות שהיו בתוקף מלפני קום המדינה – כגון בהקשר מעמד השפה, אשר הוסדר בדבר המלך במועצתו (ונקלט באמצעות סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח–1948).<sup>343</sup> מבחינה מעשית, דומה ששני סעיפים מעלים קושי

- את חוק מעמד השפה הערבית. בית המשפט פירש בפרשת **חסון**, לעיל ה"ש 49, את החוק פירוש שלפיו ערבית נותרה שפה רשמית. ראו גם להלן ה"ש 343.
- 339 ראו למשל בג"ץ 5026/04 **דיזין 22 – שארק דלוקס והיטים בע"מ נ' רוונצווייג**, פ"ד ס(1) 38, פסק דינו של הנשיא ברק (2005); פרשת **טיבי**, לעיל ה"ש 192.
- 340 ראו בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1) 258, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק (2000): "שיבתו של העם היהודי למולדתו נגזרת מערכה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד. מערכה אלה של מדינת ישראל – מכל אחד מהם בנפרד ומהשתלבותם זה בגדר זה – מתבקשות מסקנות מספר: כך, למשל, מתבקש כי עברית תהא שפה עיקרית במדינה ועיקרי חגיגה ישקפו את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מתבקש מכך גם כי מורשת ישראל תהווה מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית".
- 341 גם בהקשר זה עולה שאלה פרשנית: האם הסדר זה בחוקי היסוד מונע מגוף ציבורי להכיר גם בחגים שאינם חגי ישראל? על פני הדברים נראה שהכרה שכזו מתבקשת לפחות ברובד זכויות המיעוט (כך שבני המיעוט לא יהיו חשופים לסנקציות בשל השתתפות בחגים שאינם חגי ישראל). אך ניתן לקוות שחוק היסוד אינו אוסר על גוף ציבורי להכריז על יום חופש גם בחג שאינו חג יהודי (כל עוד עיקר החגים המצוינים הם חגי ישראל).
- 342 לדיון בשלוש הדרכים להבין את חוק-יסוד: הלאום כחוק הצהרתי, כחוק שתכליתו להיות מקור השראה פרשני, ולא לחובות או זכויות חדשות, וכחוק אופרטיבי לכל דבר ועניין, ראו אורי אהרונוסון "חוק הלאום בראי חוקי היסוד האחרים" **קומנטר מאמרים על חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי** (הוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה 2020). ד"ר אהרונוסון קורא להתייחס לחוק כבעל משמעות אופרטיבית ומראה שייתכנו לחוק השלכות שמצויות במתח מיוחד עם חוקי היסוד האחרים. לשיטתו, יש דרכים פרשניות למזעור מסוים של מתח זה, אולם סביר שבית המשפט יידרש לשאלה אם חוק היסוד הנ"ל גובר על חוקי היסוד הקודמים לו בהיותו מאוחר וספציפי, ומגיע למסקנה שברמת חוקי היסוד, מהלך זה "לא פחות משרירותי". לשיטתו, משמעות הדבר היא שבבואה ליישם את החוק בחקיקה לא תיהנה הכנסת מהיתר א-פריורי לפגוע בזכויות חוקתיות, וכן שקשה לתמוך במסקנה שחקיקה שפוגעת בחוק-יסוד: הלאום תהיה, רק בשל כך, בטלה. לפיכך נראה שברובד הסטוטורי כל חוק מיישם יידרש לעמוד בפסקת ההגבלה של חוקי היסוד, ובפסקת איזון מקבילה אל מול חוק-יסוד: הלאום, וכל זאת בגבולות הפרשניים שהתווה בית המשפט בפרשת **חסון**, לעיל ה"ש 49.
- 343 ס' 82 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922–1947. עד חקיקת חוק-יסוד: הלאום פסל בג"ץ חוקי עזר ונהלים שהקנו עדיפות לשפה העברית. למשל, חוק עזר שחייב לתת לשפה העברית לפחות שני שלישים משטח מודעות פרסום שנתלות בשטח העירייה (בג"ץ 105/92 **ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית**, פ"ד מז(5) 182 (1993); פסק הדין שעסק בשילוט דרכים בערבית (בג"ץ 4112/99

אפשרי: הראשון מטיל חובה על המדינה באשר לקשר עם העם היהודי בתפוצות בלי שסעיף זה סולל בהכרח דרך ליהדות זו להשתתף בעיצוב קשר זה (ובכך קם פוטנציאל לגירעון דמוקרטי או אף לפגיעה אפשרית בריבונות מדינה זרה);<sup>344</sup> השני מצהיר על קידום התיישבות יהודית,<sup>345</sup> אך משום שאינו מתייחס לחובת המדינה לפתח את משאבי הציבור לטובת כלל אזרחי המדינה, כאמור בהכרזת העצמאות,<sup>346</sup> נוצר מתח אפשרי עם עקרונות השוויון, אם סעיף זה ישמש בסיס לפעולה כלשהי בעולם המשפט. בכך מאותגר תהליך בניית החוקה במדינת ישראל, הנסמך על המחויבות לשוויון כערך יסודי "טבעי", לשיטת השופט חשין, או כערך מערכי מגילת העצמאות, אשר את הגשמתם נועדו חוקי היסוד, בשלב מסוים, להגשים.<sup>347</sup> החובה לנהוג בשוויון בהקצאת קרקע ציבורית נדון בבית המשפט העליון,<sup>348</sup> ונראה כי הסדר זה בחוק-יסוד: הלאום הוא תגובה לפסיקה זו, אך ברמת חוק יסוד. לכן זוהי דוגמה להרצה, אך כזו שבה רב החיכוך.

כשהגיעה הכנסת למסקנה שיש מקום במסגרת השלמת הפרויקט החוקתי לעגן את נתוני היסוד החוקתיים של מדינת ישראל, התבקשה גם התייחסות מפורשת לזכויות המיעוט וכן לזכות לשוויון, אשר אינן מצויות במפורש בחוקי היסוד (למשל, על דרך תיקון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בהתאם). כמו נתוני היסוד, גם הזכות לשוויון פותחה בפסיקה, ולפיכך נראה שהיבטים של חוק-יסוד: הלאום הם שמאתגרים את האיזון שבין הרכיבים הליברליים ללאומיים, אשר שימש אחד הצירים המרכזיים בפיתוח הפרויקט החוקתי.<sup>349</sup> לנוכח סבך זה

**עדאלה נ' עיריית תל אביב יפו**, פ"ד נו(5) 393 (2002). בפסק הדין לא הוכרה דו-לשוניות בישראל, ומעמד השפה הרשמית שימש רציו להכרעה רק בפסק דינה של השופטת דורנר. להרחבה ראו גביון ובבלפור "זכויות קיבוציות של מיעוטים", לעיל ה"ש 163, בעמ' 52–54. מבחינת המשפט הבין-לאומי מדינת ישראל עומדת, כך נראה, בהוראות המחייבות בעניין הגנת שפת המיעוט (שם, בעמ' 49). לסקירה משווה של רב-לשוניות בחוקות בעולם ראו שם, בעמ' 73–80. להרחבה ראו אילן סבן ומוחמד אמארה "מעמד השפה הערבית בישראל: משפט, מציאות, וגבולות השימוש במשפט לשינוי מציאות" **מדינה וחברה** 4, 1 (2004).

344 ס' 6 לחוק-יסוד: הלאום. במסגרת חוק יסוד המחוקק למעשה "מקבל עליו אחריות" על יהודים שאינם אזרחי המדינה, בלי לתת להם אפשרות להשפיע על תוכנו של החוק, קרי על אופן ההגנה עליהם; מצב זה יוצר גירעון דמוקרטי.

345 שם, בס' 7.

346 ההכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1.

347 כידוע, חוקי היסוד תוקנו בשנת 1994 באופן שקושר בינם ובין ערכי מגילת העצמאות. עם זאת שאלה היא אם בכך הפכה הזכות לשוויון לזכות חוקתית במובן זה שפגיעה בה מקימה עילה לביקורת שיפוטית נגד חקיקה ראשית. הגיונה של ה"חוקה בהרצה" מוביל למסקנה כי היה מוטב להשאיר שאלה זו בצריך עיון ולהימנע מפיתוח הזכות לכבוד האדם כזכות אם לכלל הזכויות הלא מנויות, שאותן החליטה הכנסת שלא לחוקק. לניסיון כזה, אשר רגיש לעקרונות השוויון כעקרון יסודי אשר בא לידי ביטוי דוקטרינרי לא באמצעות הזכות לשוויון אלא באמצעות מודל חלופי לזכות לכבוד, ראו רייכמן "כבוד האדם מלא עולם", לעיל ה"ש 210.

348 ס' 7 לחוק-יסוד: הלאום מתנגש בצורה מסוימת עם פסיקתו של בית המשפט בפרשת **קעדאן**, לעיל ה"ש 340, שבה נקבע שחובתה של המדינה לנהוג בשוויון חלה על כל פעולותיה, גם בעניין הקצאת המקרקעין (שם, בפס' 30 לפסק דינו של הנשיא ברק).

349 במגילת העצמאות נכתב שמדינת ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין". אומנם חרף העובדה שהזכות לשוויון לא זכתה לעיגון במסגרת חוקי היסוד קבע בית המשפט העליון שהזכות קיימת מכוח עקרונות כלליים. כך למשל כתב השופט לנדוי בשנת 1969,

אין תמה שפרופ' גביון, ואחרים, התנגדו מראש לחקיקת חוק-יסוד: הלאום במתכונת שבה חוקק. לשיטתם, משפוט התחומים הנ"ל, למצער בטרם הושלמו מרכיבים מבניים אחרים, אינו חכם.<sup>350</sup>

אלא משנחקק חוק-היסוד: הלאום, ביטולו כרוך במחיר לא מבוטל. רעיון ה"חוקה בהרצה" רגיש לכך שביטול פרק או חטיבה בחוקה המתהווה עלול להקרין על המחויבות הכוללת להמשיך במפעל החוקתי. לפי גישה זו, חוק יסוד, או הסדר מרכזי בחוק יסוד, יבוטל על ידי הכנסת רק אם נכשל.<sup>351</sup> נוסף על זה, מבחינה מבנית פרויקט ה"חוקה בהרצה" מניח שבין חלקי החוקה השונים ימוזערו הסתירות. זוהי בראש ובראשונה אחריותה של הכנסת. כשמוחדרת סתירה פנימית אל תוך המבנה, בתוך כדי הרצת הנורמות החוקתיות, קיים סיכון של ממש ללכידות המבנה בדיוק משום שהוא נבנה "בתוך כדי תנועה". כפי שצוין למעלה, פרויקט ה"חוקה בהרצה" לא נועד רק לגבש מוסדות ומסגרות משפטיות, אלא גם להשתתף בתוך כדי כך בגיבוש אומה ותרבות משפטית שבתוכן נורמות אלו תחיינה. סתירה כאמור, כל עוד לא ניתן לרפאה בעזרת פרשנות מקיימת – וכפי שפסיקת בית המשפט בעתירות מראה, דגש רב הושג בניסיונות יצירתיים לפרשנות כזו<sup>352</sup> – מציבה לפני

בבג"ץ **ברגמן**, לעיל ה"ש 38, בנוגע לעקרונות השוויון: "אצלנו אין סעיף מפורש כזה, לא בחוקה כתובה ואף לא בסעיף 'משורייך' של חוק יסוד, ואף על פי כן רעיון זה, שאינו כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (שם, בעמ' 698). בישראל רווחת התפיסה שהזכות לשוויון (לפחות על רקע קבוצות חשודות) נגזרת מהזכות לכבוד שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו למשל בבג"ץ **קעדאן**, לעיל ה"ש 340), אף שהכנסת בחרה במודע שלא לכלול את הזכות לשוויון כזכות מוגנת. להרחבה ראו קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח", לעיל ה"ש 52, בעמ' 345–354. השוו רייכמן "כבוד האדם מלא עולם", לעיל ה"ש 210.

350 ראו **דוח גביון**, לעיל ה"ש 164.

351 אהרונסון "הסטטוס-קוו", לעיל ה"ש 135. לדוגמה ראו ביטול התיקון לחוק-יסוד: הממשלה המכיל בחירה ישירה, אשר נתפס כהסדר פגום. (חוק-יסוד: הממשלה (בחירה ישירה) בוטל ביום כינונה של הממשלה לאחר הבחירות לכנסת ה-16, דהיינו ביום 27.2.2003).

352 פרשת **חסון**, לעיל ה"ש 49. בבג"ץ, בהרכב מורחב של 11 שופטים, בחר לפנות לפרשנות מקיימת כדי למנוע אפליית מייעוטים על בסיסו, מבלי שקבע שהאמור בחוק היסוד שולל עקרונות יסוד חוקתיים. כצפוי, הדין עורר סיקור תקשורתי ואקדמי נרחב. ראו לעיל ה"ש 212. ברוח זו כתב פרופ' קרמניצר ש"ברור ששינוי חברתי לא יתחולל אם בית המשפט נשאר לבדו חשוף בצריח אל מול הכוחות החברתיים המתנגדים לשינוי. ציפייה סבירה היא, מצד בית המשפט, שיצטרפו אליו סוכני שינוי נוספים, וביניהם: בראש ובראשונה האקדמיה המשפטית (כפי שהיה בגרמניה ביחס למהלכיו של בית המשפט החוקתי). ציבור עורכי הדין והמשפטנים, אנשי החינוך והרוח. הצפייה הזו אוכזבה במידה לא מבוטלת". להרחבה ראו קרמניצר "על מושג המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 43. להרחבה בנושא תחושת הקיפוח של החברה הערבית ראו את אשר נכתב בדוח ועדת אור: "יחסי מייעוט ורוב הם בעייתיים בכל מקום, ובמיוחד במדינה המגדירה את עצמה על-פי לאומיותו של הרוב. לדילמות המתעוררות במדינה כזו אין למעשה פתרונות מושלמים ויש גם הטוענים כי קיים ניגוד מהותי בין עקרונות מדינת לאום רובנית לבין עקרונותיה של דמוקרטיה ליברלית. בכל מקרה, כינון הרמוניה סבירה ביחסי רוב ומיעוט היא משימה קשה המוטלת על כל מגזרי החברה. משימה זו מחייבת מאמץ מיוחד מצד מוסדות המדינה המבטאים את ההגמוניה של הרוב, וזאת על מנת לאזן את היפגעותו של המיעוט כתוצאה מנחיתותו המובנית – מספרית והשפעתית. הימנעות ממאמץ כזה, או עשייתו באופן בלתי מספק, יוצרת בקרב המיעוט תחושות קיפוח ומציאות של קיפוח, אשר עלולות להחמיר במרוצת הזמן. מאפיינים אלה תופסים גם לגבי מצבו של המיעוט הערבי במדינת ישראל, אשר מבחינות רבות מופלה לרעה" (ועדת החקירה

בית המשפט שאלה יסודית, ומשכך ישנה חשיבות לתזמון העלאתה. ביקורת שיפוטית על חוק יסוד בטענה שסותר חוק יסוד אחר, עקרון יסוד לא כתוב או עיקרון המנוי במגילת העצמאות,<sup>353</sup> בטרם הושלם הפרויקט ונקבע מעמדן של נורמות חוקיות ועל-חוקיות היא עניין סבוך. כפי שצוין בראשית תת-פרק זה, כל מענה לשאלה זו עלול לשבש את תהליך הבנייה ולייצר סוג של "קצר". מחד, היעדר ביקורת שיפוטית אשר עלול לסכן את המבנה החוקתי,<sup>354</sup> ומאידך ביקורת שכזו עלולה לחתור תחת המבנה; בכך שתיסמך על ערכי היסוד עלולה הכנסת לתהות בדבר התשתית לעליונותו על רובד חוקי היסוד (וכפועל יוצא של זה, בדבר הערך שיש בהשלמת חוקי היסוד). לחלופין ביקורת שכזו עלולה להוביל לתגובת נגד שתנסה להגביל את כוחו של בית המשפט או לגדר את עקרונות היסוד של השיטה באופן שיסיט את אופן התפתחות המבנה עוד יותר. ואכן, בית המשפט פוסע בשדה חוקתי זה בלי שפסל את האפשרות לביקורת שיפוטית כאמור, אך נכון לכתיבת שורות אלו, גם בלי שהפעיל כוח חריג זה על בסיס הטענה כי חוק היסוד סותר את ערכי היסוד.<sup>355</sup>

הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לאזרחים ישראלים באוקטובר 2000 דו"ח הוועדה 26 (2003). כן ראו רבקה ווייל "ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד: על מורשת חיות ונתניהו" **ICON-S-IL Blog** (16.12.2021) <https://tinyurl.com/2dxy57f5> (להלן: ווייל "על מורשת חיות ונתניהו"). ווייל כותבת ש"על רקע זה ניתן להבין את חדשנותו של פסק דין חסון. מבחינת רבות, הוא רדיקלי יותר מאשר ביטול חוק יסוד: הלאום. שעה שבית המשפט דחה את העתירות, [...] בפועל באמצעות פרשנות מקיימת במקום פרשנות רגילה, בית המשפט שכתב [את חוקי-יסוד: הלאום] [...] מבלי להכיר בכך מפורשות, בית המשפט כן קרא לתוכו את עקרון הדמוקרטיה ואת הזכות לשוויון. [...] אלמלא הפרשנות המקיימת, משתמע כי על דעת כל שופטי בית המשפט העליון, שמרנים וליברלים כאחד, חוק יסוד: הלאום היה ככל הנראה בטל [...]"

353 למסלולים אפשריים לביקורת שיפוטית על חוק יסוד ראו ווייל "נשק יום הדין", לעיל ה"ש 212. המחברת מציגה את הביקורות האפשריות על כל מסלול (לשיטתה ניתן לגזור ביקורת שיפוטית גם ממנגנון פסילת מפלגות, והיא כוללת גם את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוונת באותה המשפחה, אף שמבחינה עיונית מדובר בחוק המתיימר להיות חוק יסוד ושאינו צולח את מבחן הזיהוי). לא כל הביקורות הן בעלות אותה עוצמת שכנוע, אך עמדתה כי יש להקפיד על שימוש אופרטיבי בכלי התיקון החוקתי שאינו חוקתי במצבי קיצון היא עמדה שיש להתייחס אליה ברצינות. אין נובע מזה בהכרח שעל בית המשפט להימנע מפיתוח רכיבים של הדוקטרינה שייגנו על עיקרי השיטה, רכיבים שלא בהכרח יהיה אפשר לפתח במקרה שבו יידרש גם השימוש בהם (אם וכאשר). פרויקט ה"חוקה בהרצה" מניח פיתוח דוקטרינרי צופה פני עתיד במסגרת שלב ההרצה שבו נבחנות הנורמות שהולכות ונבנות.

354 לדיון בגישה שתפקידו של בית המשפט להגן על המבנה החוקתי מפני תיקון מרכיב בחוקה שאינו חוקתי ראו ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL, לעיל ה"ש 28.

355 רות גביון התנגדה לאפשרות לביקורת שיפוטית על חוק היסוד. לטענתה, חוקי-יסוד: הלאום ניצב בליבתן של מחלוקות אידאולוגיות ופוליטיות באשר לחזון המדינה ובשאלה איזה מוסד צריך להכריע באשר לתוכן החזון. השאלות שהוא מעלה לדיון צריכות לעמוד במוקד הדיון הציבורי בישראל ואינן יכולות או צריכות להיות מוכרעות בבג"ץ. פסילת חוק היסוד או חלקים ממנו בבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ תהיה שגיאה, ועליו להשתמש בכלי המשפט הציבורי, כגון עילת סף של "חוסר שפיטות", מאחר שהניסיון להכריע בשאלה כזו בבג"ץ עלול להזיק לבית המשפט העליון ולחברה כולה. לגישתה של גביון, הכוח לבצע ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד בטענה לפגיעה בזכות עלול להחריף את ריב הסמכויות בין בית המשפט והכנסת ופירושו שבית המשפט יוכל למנוע מהרוב בכנסת לערוך שינויים חוקתיים (רות גביון ואור בסוק "חוק הלאום הוא טעות, אך אסור לבג"ץ לתקנה" **הארץ** (7.5.2019) (<https://tinyurl.com/497mxvkc>); ברוח דומה, ציין השופט לנדוי בעניין סמכות הביקורת השיפוטית על חקיקה רגילה: "הרחבת סמכותו של בית המשפט עלולה להיפך לחיבוק דב לבית

ברמה המשפטית, גם בפרשה זו, כמו בפרשת חוק ההדחה, הגיע בית המשפט למסקנה כי "בשלב זה של המפעל החוקתי הישראלי קיימת מגבלה אחת, צרה ביותר, החלה על הכנסת בכובעה כרשות מכוננת, והיא כי אין ביכולתה לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>356</sup> בכך נפתח הצוהר שנדון לעיל בהקשר חוק ההדחה, ועימו החלה בנייה שלדית של פרק נוסף במפעל החוקתי הישראלי. אך צוהר זה צר לעת הזאת, והיקפו המצומצם מאפשר לבית המשפט לפרש סתירות כאמור באופן שממזער אותן ("פרשנות הרמונית")<sup>357</sup> מבלי להפעיל אות אתו חריג צר ישירות, ובכך הן להגן על ההון המוסדי של בית המשפט והן לאפשר למפעל ההרצה להתקדם בפיתוח חוקי היסוד, מתוך הבנה שייתכן שבעתיד חריג זה יורחב. אלא שכאמור, שלב זה היה אמור לבוא לאחר חקיקת חוק יסוד: החקיקה, וככל הנראה במסגרת הרצתו של פרק זה. עם זאת משהגענו עד הלום, יש ערך גם בהבשלת רובד זה, על דרך פיתוח דוקטרינרי זהיר, כפי שנעשה עד כה.

בהקשר זה יש לתת את הדעת לניסיון ההשוואתי, אשר מלמד שאין להתעלם ממצבים שבהם קיימת סכנה לשחיקה בצעדים קטנים, על דרך יצירת סדקים אשר עלולים לשנות את שיווי המשקל החוקתי עד כדי קיעקועו; אין לחכות אפוא לפיתוח הדוקטרינה רק כאשר

המשפט עצמו. האדרת כוחו של בית המשפט כשותף בכיר במלאכת החקיקה אך תעודד את הקריאה לשינוי של שיטת בחירת השופטים, כדי להפוך את בית המשפט העליון למעין כנסת זוטא [...], ומשכך ניתן לשער כי לנדוי היה מתנגד בחריפות רבה לביקורת שיפוטית על חוק יסוד (לנדוי "מתן חוקה לישראל", לעיל ה"ש 17, בעמ' 709–710). שרת המשפטים איילת שקד תקפה את הגישה שלפיה לבית המשפט הסמכות להעביר ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. לטענתה, אם בג"ץ יפסול את חוק הלאום תיווצר "מלחמה בין רשויות" ו"רעידת אדמה משטרית" (ראו רויטל חובל ונעה שפיגל "שקד מאיימת: אם בג"ץ יפסול את חוק הלאום תהיה מלחמה בין רשויות" הארץ (5.8.2018) <https://tinyurl.com/2s3cmPy5>; מנחם שטאובר "שקד: 'ביקורת שיפוטית על חוק יסוד – רעידת אדמה משטרית'" גלובס (4.9.2018) <https://tinyurl.com/2a4b7ybb>; יניב רוזנאי "בג"ץ חוק הלאום: בית המשפט כביטוי לקול העם" מקור ראשון (18.10.2018) <https://tinyurl.com/2p99s2cw>). בפסק דין שניתן לאחרונה בעניין התיקון לחוק יסוד: הכנסת ("החוק הנורווגי") עלתה שוב סוגיית סמכותו של בית המשפט לפסול הוראת חוק יסוד מכוח דוקטרינת "התיקון החוקתי הלא חוקתי". בית המשפט, מפי השופט גרוסקופף, קבע ש"קבלת העתירה מחייבת החלה של דוקטרינת 'התיקון החוקתי הלא חוקתי' במשפט הישראלי, שכן ביסוד הסעד המתבקש קיימת הכרה בסמכותו של בג"ץ להגביל את כוחה של הכנסת כרשות המכוננת מכוח עקרונות יסוד על-חוקתיים, ולו על דרך של השהיית כניסת התיקון לתוקף. שאלת סמכותו של בג"ץ לפסול הוראת חוק יסוד מכוח דוקטרינת 'התיקון החוקתי הלא חוקתי' היא סוגיה חוקתית חשובה מאין כמותה, אשר טרם נקבעה לגביה הלכה מחייבת [...] אף התומכים בהחלתה של דוקטרינת 'התיקון החוקתי הלא חוקתי' מסכימים כי החלה זו צריכה להיות מצומצמת למצבים חריגים ביותר ויוצאי דופן של שינוי חוקתי הפוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי, ובמקרים של פגיעה ב'עקרונות יסוד העומדים בבסיס קיומנו כחברה וכמדינה'" (בג"ץ 4076/20 שפירא נ' הכנסת, פס' 8–10 לפסק הדין (נבו) 22.7.2020). להרחבה ולסקירה השוואתית בנוגע לסמכותו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד ראו סוזי נבות ויניב רוזנאי "סימפוזיון בנושא חוק יסוד: הלאום ופסקת ההתגברות: על הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי יסוד" ICON-S-IL Blog (4.11.2018) <https://tinyurl.com/4zremuwj>.

356 פרשת חסון, לעיל ה"ש 49, בפס' 16 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

357 שם.

הגיעה השיטה בישראל אל פי פחת, שכן אפשר שאז יהיה מאוחר מדי.<sup>358</sup> על כל פנים, אין להתעלם מהאפשרות שהאופן שבו מבנה בית המשפט את הרובד החוקתי הזה מוגבל אף הוא בגלל הקפיצה שביצע בבנק המזרחי.

כאמור, מבחינת התאוריה של המשפט החוקתי מוצאים אנו עצמנו במצב של חוסר בהירות היררכית באשר ליחס שבין עקרונות יסוד לחוק יסוד (מלבד איסור שלילת הליבה, שאף בענייניו קיימת אי-בהירות – לא ברור אם מקורו בעקרונות לא כתובים או שהוא מביא לידי ביטוי עקרונות שנחקקו כבר בחוקי היסוד והוטמעו בפסיקה ובמערכות חברתיות נוספות).<sup>359</sup> אי-בהירות זו היא ברמה אחת מעל הרמה שאפיינה את העידן החוקתי השני של מדינת ישראל (טרם המהפכה החוקתית ולאחר קבלת פסק הדין בעניין ברגמן). בעידן ברגמן, לא היה ברור מעמדם של חוקי היסוד. כיום, לא ברור מעמדם של נתוני היסוד. יודגש כי אי-בהירות שכזו היא מצב טבעי במסגרת בנייתה של חוקה בתוך כדי הרצה (אם כי, כאמור, שאלה היא באשר למדרג הנורמטיבי שבו היא קיימת; עליית המדרגה של חוקי היסוד לרובד העל-חוקי העלתה עימה את שאלת הביקורת השיפוטית גם לרובד זה). עיסוק זה, כך נראה, מצריך הפנמה של עקרון שלטון החוק גם ברובד החוקתי – הפנמה שמחייבת, בתורה, חוסן דמוקרטי בקרב מערכות הפוליטיקה והכלכלה, ותרבות משפטית מפותחת, הכוללת שיח מקצועי-משפטי שנשען על קשב בין הדוברים השונים בתוך הקהילה המשפטית, כדי למנוע פגיעה בעצמאות הרשות השופטת מחד גיסא, ואחריותות מקצועיות מאידך גיסא.<sup>360</sup> יש לקוות שהשיטה בישראל בשלה לכך.

אלא שדומה כי תרומתו העיקרית של חוק-יסוד: הלאום איננה ברבדים אלו, אלא דווקא במערכת הפוליטית: עד כה זוהי רכיב הפרויקט החוקתי עם הפרוגרסיבים ותנועת החירות בראשית הדרך, ובהמשך הדרך עם תנועות השמאל. והינה, מהלך חוקתי משמעותי מובל מתוך אידאולוגיה ימנית-לאומית-שמרנית. משמעותו של המהלך אפוא היא בשדה השייכות: פרויקט פיתוח והרצת הנורמות הוא גם נחלתו של מחנה זה. כעת על המערכות השונות בישראל להסתגל לחוק יסוד חדש זה ולפרשנות המקיימת של בית המשפט העליון

358 אין להבין מדברים אלו כאילו על בית המשפט להתערב בחוקי יסוד רק כל אימת שהכנסת תחוקק הסדר שדגל שחור מתנופף מעליו, ולכן ברור מאליו כי עם אימוצו "נפלו מבצרי הדמוקרטיה היהודית" (בפרפרזה על אמרתה של הנשיאה חיות בדיון סביב הקמת ממשלת האחדות הפריטטית). לעיתים דמוקרטיה נופלות בצעדים קטנים יותר, סדק אחד בכל פעם, כפי שמראות דוגמאות עכשוויות, כגון הונגריה או טורקיה. ראו למשל, Miklós Bánkuti, Gábor Halmai & Kim Lane Scheppelle, *Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution*, 23(3) J. DEMOCRACY 138 (2012).

359 לגישה ביקורתית לפיה בית המשפט, למרות דרך הילוכו הזהירה, אימץ למעשה את דוקטרינת התיקון החוקתי הלא-חוקתי ואף קבע מדרג נורמטיבי פנימי בין מרכיביה הפורמליים והלא פורמליים, ראו ווייל "על מורשת חיות ונתניהו", לעיל ה"ש 252. כפי שנטען למעלה, זו לא הדרך היחידה להבין את הרצת הנורמות בספרה החוקתית בישראל.

360 במושג "אחריותות מקצועיות" הכוונה לחשיבות שבניתוח משפטי זהיר של המהלכים החקיקתיים והשיפוטיים אגב דיון וליבון הן בקרב הקהילה האקדמית והן בקרב קהילת עורכי הדין והשופטים. אין להמעיט בחשיבותו של המארג החברתי-משפטי "The Legal Complex" (Lucien Karpik & Terence C. Halliday, *The Legal Complex*, 7 ANN. REV. L. & SOC. SCIENCE 217 (2011)) – לשימור המסגרת המושגית שמאפשרת לנהל חילוקי דעות. במסגרת זו אין בהגדרה "מילה אחרונה" אלא אם מדובר במילה שאחריה חדלה השיטה מלהתקיים.



באופן שיבטא את זהותה של מדינת ישראל כמדינת הלאום היהודי בלי לפגוע בזכות לשוויון של המיעוטים (ובחירויות הפוליטיות של כל הנתונים למרותו של הדין הישראלי). שלב זה הוא שלב חשוב בהבשלה החוקתית, אולם נכון יותר היה להגיע אליו לאחר השלמת חוק-יסוד: זכויות האדם.<sup>361</sup> סטייה זו בסדר הדברים היא בת-תיקון – אם באמצעות הוספת הזכות לשוויון (ויתר החירויות) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואם באמצעי מקביל אחר, כגון חוק-יסוד: זכויות המיעוטים, לפי האמנה האירופית, כל עוד לא יעשה שימוש מעשי בחוק-יסוד: הלאום להדרת קבוצות ופרטים שאינם בני הלאום (מלבד הדרתם האקספרסיבית, שגלומה בחוק היסוד).<sup>362</sup>

#### 4. "קפיצת המדרגה" בבנק המזרחי: ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד (שימוש לרעה בסמכות מכוננת)

בפרשת **בנק המזרחי**, אגב הקביעה כי כל חוקי היסוד עליונים וכחלק מהדיון באימוץ המבחן הצורני לזיהוי נורמה על-חוקית, העלה הנשיא ברק את החשש הזה: "מה דין חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה 'שימוש לרעה' בדיבור 'חוק יסוד' תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה, שבינה לבין חוקה אין ולא כלום?"<sup>363</sup> השופט בך גם הוא היה ער לאפשרות שהכנסת תשתמש בסמכות המכוננת באשר לנושאים שאינם ראויים להיכלל בחוקה.<sup>364</sup> השופט חשין סבר שאין מקום לבחינה שיפוטית מעין זו.<sup>365</sup> הנשיא, אשר נותר בצריך עיון בפרשת **בנק המזרחי**, פותח בפסיקת בית המשפט שדנה בשימוש בחוק יסוד כהוראת שעה.<sup>366</sup> הנשיאה ביניש סרטטה מבחן שלא רק עוסק בזיהוי הנורמה כנורמה חוקתית, אלא גם בוחן את מידת הפגיעה של השימוש בזמניות ההוראה החוקתית בעקרונות משטריים ובזכויות אחרות,<sup>367</sup> ובכך היטשטש הגבול בין דוקטרינה זו לסוגיית התיקון החוקתי שאינו

361 לא מן הנמנע שמבחינת סדר הזמנים, מקומו של חוק-יסוד: הלאום היה מגיע אף לאחר קבלת חוק-יסוד: החקיקה אם לחוק-יסוד: החקיקה תהיה תקופת הרצה אשר תבחן את השלכותיו, משום שחקיקת חוק-יסוד: החקיקה תקבע את אופן קבלת חוקי היסוד, וחוק-יסוד: הלאום אמור להתקבל באופן שמעניק משקל גם לאורחים שאינם בני הלאום, אם בפרוצדורת קבלתו ואם על דרך דרישה חוקתית לקבלו בצירוף חוק יסוד, או חוק המעניק הגנה למיעוטים הלאומיים. משהתקבל חוק-יסוד: הלאום, ניתן להשאיר שאלה זו בצריך עיון (כפוף לכך שטרם קבלתו של חוק-יסוד: החקיקה, או לפחות בעת קבלתו, יתוקן חוק-יסוד: הלאום או חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו באופן המעניק הגנה לזכות לשוויון ולזכויות מיעוטים).

362 ראו דבריה של מנאל תותרי-ג'ובראן "אנחנו לא אורחים בארץ הזו, גם אם בית המשפט העליון סבור אחרת" **גלובס** (15.07.2021) <https://tinyurl.com/yhcmna3n>, וכן בכנס פרשנות חוק הלאום "מה בין חוק-יסוד: הלאום לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (מנאל תותרי-ג'ובראן "כנס: פרשנות חוק הלאום" יוטיוב (10.7.2019) <https://tinyurl.com/2w9sxv53>). כן ראו לאחרונה מנאל תותרי-ג'ובראן "חוק יסוד הלאום: פרשנות סעיף ההתיישבות היהודית בראי עיקרון השוויון" **קומנטר מאמרים על חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי** (2020).

363 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 406 (הנשיא ברק).

364 שם, בעמ' 580 (השופט בך).

365 שם, בעמ' 516 (השופט חשין).

366 פרשת **בר און**, לעיל ה"ש 34.

367 שם, בפס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

חוקתי. גם בפסיקת ההמשך בנושא זה התייחס השופט רובינשטיין לעוצמת הפגיעה בעקרונות דמוקרטיים,<sup>368</sup> כגון השיבותו של פיקוח הכנסת על המסגרת התקציבית והיעדר צידוק מקצועי לבד מנוחות פוליטית, כחלק מן הנימוקים למסקנה ששימוש בהוראת שעה כדי להתיר תקציב דו-שנתי הוא שימוש לרעה בסמכות מכוונת.<sup>369</sup> דרך חשיבה זו הובילה את בית המשפט בפרשת שפיר לפתח מבחן משולב – שאינו אך צורני אלא כולל גם רכיב פונקציונלי (קרי סוג הנושאים שנכלל בנורמה המשפטית הנדונה ורמת ההפשטה שלהם) ואף מהותי (קרי מידת הסטייה מעקרונות יסוד וההצדקה לסטייה זו) – שנועד לזהות אם נורמה שמתכנה חוק יסוד אכן תיחשב מבחינה משפטית לנורמה על-חוקית. זאת, כדי "להגן על החוקה המתגבשת מפני חדירה של נורמות, שאינן מצויות במדרג המתאים לכך [...] באופן שעלול לגרום לשחיקה וזילות במעמדם של חוקי היסוד".<sup>370</sup> מכאן שלפנינו שימוש לרעה בסמכות שמתחזה לסמכות מכוונת אך אינה כזו. מבחינה דוקטרינרית קבעה הנשיאה חיות "מבחן דו-שלבי": בשלב הזיהוי יש לבחון אם לחוק היסוד או לתיקון מאפיינים צורניים וסימני היכר של נורמות חוקתיות, ובכלל זה לבחון את יציבות הנורמה (אם הנורמה קובעת הסדר קבע יציב הצופה פני עתיד או שמא נושאת היא אופי זמני); את כלליותה (אם מדובר בנורמה בעלת תחולה מבנית-כללית או בנורמה בעלת מאפיינים פרסונליים); את התאמתה למארג החוקתי (אם הנורמה תואמת את סוג הנושאים שהוסדרו בחוקי היסוד על פי תכליתם ובהתחשב בשינויים שנעשו בחוקי היסוד עד כה, וכן את רמת ההפשטה שמקובלת בחוקי יסוד, אם לאו);<sup>371</sup> בשלב השני אם חוק יסוד אינו עומד במבחן הזיהוי, עליו לעמוד במבחן הצידוק: על הכנסת להצביע על צידוק לקביעת הסדר שאינו מתאים לחוקה באופיו, "במסגרת חוקי היסוד דווקא".<sup>372</sup> הנשיאה מדגישה שמבחן זה אינו תר אחר מניעה של הכנסת אלא אחר קיומו של טעם עקרוני אובייקטיבי להצדקת הפגיעה שיוצר עצם ההכרה בנורמה חורגת כבעלת מעמד חוקתי.

השופטת ברק-ארז חלקה על מרכיבים בעמדתה של הנשיאה. לשיטתה, אמת המידה המוצעת שעניינה "התאמה למארג החוקתי" ומבחן ה"צידוק" נוסכים תכנים מהותיים באופן העלול לגרוע מהוודאות המשפטית ולהשפיע על האזון בין הרשויות.<sup>373</sup> על כן, לעמדתה, יש להסתפק במבחן שהציעה הנשיאה ללא רכיב ה"התאמה". במקומו מציעה השופטת ברק-ארז בחינה של "מובחנות" ההסדר, אשר באה למנוע מצב שבו "נעשה ניסיון להכתיר בכותרת 'חוק יסוד', הסדר המבקש לפלוש באופן מובהק לתחומי הרשויות האחרות", משום שלכנסת הסמכות לחוקק חוקי יסוד מכוח החלטת הררי לשם מלאכת הכנת החוקה אך לא למטרה אחרת.<sup>374</sup>

368 בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (נבו) (6.9.2017) (להלן: עניין המרכז האקדמי).

369 שם, בפסק דינו של השופט רובינשטיין.

370 פרשת שפיר, לעיל ה"ש 162, בפס' 31 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

371 שם, בפס' 36-43.

372 שם, בפס' 43-45.

373 שם, בפס' 13 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

374 שם, בפס' 14-24.

לא כאן המקום לפתח דיון מעמיק בגישות אלו אלא דווקא למקמן במסגרת רעיון החוקה בהרצה. ראשית, הפיתוח ההלכתי הטמון בפרשת **שפיר** ניתן להנהרה על רקע רעיון החוקה בהרצה: המוסדות השונים – הכנסת ובית המשפט – והמערכות השונות (הפוליטית, המשפטית, הכלכלית והבירוקרטית) מתנסים בחקיקת חוק בעל מאפיינים צורניים של חוק יסוד אך בה בעת בעל תוכן של נורמה שאינה חוקתית (ובאופן שעוקף מנגנונים חוקתיים קיימים). לפיכך נדרש כיוול כדי לוודא התאמה למבנה הכללי שנוצר, ולתכליתיו. בכך הפרק החוקתי הכללי – רכיבים שמקומם בחוק-יסוד: החקיקה שפותחו בפסיקה ההמשך לפרשת **בנק המזרחי** – זוכה לליטוש ולהרצה. ליד זאת חוקים ספציפיים, לרבות חוקי יסוד, זוכים לטבילת אש באופן שמאפשר למערכות השונות לתקנם ו"להריצם מחדש". אלא שכאמור, הרצה זו היא הרצה של רכיבי חוק-יסוד: החקיקה טרם זה הוחק. מכאן, ובתוך כדי התבוננות בחצי הכוס המלאה, אם וכאשר יוחק חוק יסוד זה, תזכה הכנסת לניסיון מעשי באשר לדרכי ההתנהלות במציאות שבה קיים חוק-יסוד: החקיקה, ותוכל לתת דעתה לאופן שבו יש להסדיר את גבולות סמכותה ואת מבנה מבחני הזיהוי השונים.<sup>375</sup>

שנית, עולה השאלה מהי משמעותו המשפטית של שימוש לרעה בסמכות המכוננת. האם שימוש כאמור משמעו כי הכנסת, כרשות מכוננת, פעלה באופן החורג מסמכותה (ultra vires) ולכן חוק היסוד נעדר תוקף משפטי Ipso facto? אם זו התזה, הדוקטרינה אינה שונה, מבחינה מהותית, מדוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, אשר אף היא מגבילה את הסמכות המכוננת. אלא שמבחינה אנליטית אפשרית ראייה אחרת, ולפיה אכן דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת פועלת "מתחת" לדוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי לא רק במובן זה שאינה דנה בערכיו של חוק היסוד הנתקף, אלא גם משום שמיקודה הוא בצירוף התיבה הלשונית "חוק יסוד" אשר הוצמדה לדבר החקיקה בהינתן שבהיעדר חוק-יסוד: החקיקה, אין מגבלה הליכית ישירה על חקיקת חוקי היסוד בכנסת. כזכור, הקושי שהעלה הנשיא ברק הוא בזיהוי מקרים שבהם חוק המתכנה "חוק יסוד" אינו משתמש בסמכות מכוננת אלא דווקא בסמכות חקיקתית רגילה. לפיכך אף שהכנסת ניסתה לשוות לו מעמד על-חוקי באמצעות שימוש בצורה, זהו ניסיון לא צלית. מכאן שהביקורת השיפוטית על ניסיון כאמור מתבקשת מהגיונו של **בנק המזרחי**.<sup>376</sup> במצב זה החוק, אף שהוא מכונה

375 אין להבין מהאמור לעיל כאילו ערכה של ההכרעה בפרשת **שפיר**, שם, הוא אך התנסות. אומנם במקרה זה לא נלווה להכרעה סעד אופרטיבי שהוביל לשינוי פני המציאות, אולם מבחינה משפטית השימוש בחוק יסוד כדי לעקוף את תהליכי התקצוב הסדורים במדינה הוא איום של ממש על המבנה הדמוקרטי (השוו יוסף מ' ארעי **פירוש לחוקי-היסוד: חוק-יסוד: משק המדינה** 350 (יצחק זמיר עורך 2004); יניב רוזנאי "שימוש לרעה בחוק יסוד" **ספר אליקים רובינשטיין** 1349, 1371–1374 (אהרן ברק ואח' עורכים 2021). המדד איננו אם מאן דהוא "מתרגש מתקציב דר-שנתי" אם לאו, אלא מהו פוטנציאל הנזק הטמון בשיבוש המבנה הדמוקרטי הבסיסי, דווקא באמצעות שחרור הברגים הקטנים, אך הכה חשובים. כאמור, דרך הילוכו של בית המשפט מאפשרת למערכות להתנסות בביקורת שיפוטית על שימוש לרעה בסמכות מכוננת, התנסות אשר בונה מנגנוני חיסון נגד שימוש לרעה כאמור. לעמדה אחרת ראו וייל "נשק יום הדין", לעיל ה"ש 212.

376 דעת המיעוט של השופט מינץ סברה אחרת. ראו פרשת **שפיר**, לעיל ה"ש 162, בפס' 5–11 לפסק דינו. השופט סולברג ראה בהוספת רכיב מהותי למבחן הזיהוי "חידוש מפליג" (שם, בפס' 26 לפסק דינו). יצוין כי בלב עמדת המיעוט עמדה ההכרעה כי מדובר בעתירה תאורטית (כך סברו גם השופטים סולברג ואלרון, שם). לעמדה שלפיה השימוש בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת בעייתי מהשימוש

"חוק יסוד", הוא במעמד של חקיקה רגילה, ולכן ייסוג אם מתנגש הוא בחוק יסוד, ועל כל פנים לא יזכה למעמד עדיף בהכרח כנגד חוק אחר, אם התנגשות זו קיימת.<sup>377</sup> משכך, לפי גישה זו, לאחר הפעלת מבחן השימוש לרעה, בין על פי גרסת הנשיאה חיות ובין על פי גרסתה של השופטת ברק-ארוז, נדרש שלב נוסף והוא בחינה של המתקל שנוצר בין החוק, שכונה לשווא חוק יסוד, ובין חוק יסוד אחר (או נתון יסוד חוקתי). שלב זה נעדר עד כה מהפסיקה.<sup>378</sup>

שלישית, מבחינה דוקטרינרית, אכן הוספתו של מבחן הצידוק לצד מבחן הזיהוי משמעה הוספה של מבחן ערכי, ומשכך הוא סוג של שריון מהותי (אומנם שונה מפקט הגבלה, אך בכל זאת חלק ממשפחה זו). יתרונו של מבחן זה הוא בהתאמתו לדרך הילוכה של הפסיקה עד כה בפרשת התקציב הדו-שנתי, באופן שמאפשר לבית המשפט לבקר חקיקת יסוד שלא דרך דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, השמורה למקרי סתירת הליבה בלבד. אולם בכך שמשולבים מרכיבי שריון מהותי בתוך מבחן שנועד לזהות אם הכרתו של חוק כחוק יסוד אכן מתיישבת עם הסמכות המכוננת, קיים חוסר ניקיון אנליטי. לא ברור אם דרך הילוך זה מתאימה לגישה הראויה של בית המשפט לביקורת שיפוטית ערכית על חוקי היסוד. השופטת ברק-ארוז מודעת לסטייה הגלומה במבחן שהיא הציעה מהפסיקה שעסקה בשימוש בחוק יסוד כהוראת שעה (אשר כללה כאמור מבחן ערכי),<sup>379</sup> אולם לשיטתה קיימת חשיבות, בשלב זה של הפיתוח ההלכתי, להקפיד על ההבחנה בין מבחן הזיהוי לדוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, אשר עוסקת בהגנה על ערכי היסוד של השיטה.

מנגד, התנגדותה של השופטת ברק-ארוז למבחן ההתאמה למארג החוקתי בכללותו בטענה כי כל עוד לא הושלם הפרויקט החוקתי אין להעניק משקל לקיים ביחס לתיקון, אינה ערה די הצורך לחשיבות הרצת נורמות חוקתיות שבתוך כדי הרצתן בונות אגפים במבנה

בדוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי ראו רבקה ווייל "על שימוש לרעה בסמכות מכוננת ותיקון חוקתי שאינו חוקתי" **ICON-S-IL Blog** (6.10.2019) <https://tinyurl.com/4bwk3vkw>. לשיטתה, כל עוד שמור לכנסת הכוח להביע אי-אמון באמצעות רוב של 61, אין לפסול חוק יסוד שעבר ברוב של 61, שכן "ספק אם עקרונות העל של החברה הישראלית נשענים על חודו של קול אחד". אלא שהגינה של הדוקטרינה לא נשען בהכרח על הרוב שבו פעלה הכנסת. החשש הוא דווקא מרוב שמתגייס עבור טובין פוליטי קצר מועד, על חשבון יציבות המבנה.

377 בעניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 368, הגיע השופט רובינשטיין למסקנה כי אכן מדובר בשימוש לרעה בסמכות המכוננת, ולכן חקיקת תקציב כאמור אין בכוחה לשנות את האמור בסעיף 3(א) לחוק-יסוד: משק המדינה (שם, בפס' 6 לפסק דינו). המשנה לנשיאה מלצר מוסיף כי הפרקטיקה של שינוי חוק יסוד בהוראת שעה וללא צידוק אינה אך פגיעה אלא עולה כדי שינוי ההסדר החוקתי הכולל גם את סעיף 36א לחוק-יסוד: הכנסת ואת סעיף 9א לחוק יסוד זה (שם, בפס' 6 לפסק דינו).

378 פרשת **שפיר**, לעיל ה"ש 162, בפס' 13 לפסק דינו של השופט מינץ, הדנה בשאלת הבטלות היחסית. יש לציין שהשופט מינץ מתייחס לכך בעקיפין.

379 פרשת **חסון**, לעיל ה"ש 49, בפסק דינה של השופטת ברק-ארוז. השופטת ברק-ארוז מציעה להתמודד עם סוגיה נגזרת – הקשיחות של מבחן הזיהוי – באמצעות פנייה לפסקת הגבלה. הנשיאה חיות מציינת כי יש קושי בשימוש בפסקת הגבלה כאשר חוק היסוד פוגע בעיקרון משטרי ולא בזכות, שכן כידוע פסקת הגבלה, אשר מתירה פגיעה מידתית, אינה מתאימה בהכרח להכשרת פגיעות בעקרונות משטריים או מבניים.

החוקתי שבדרך. בניית חוקה פרקים-פרקים, "בתוך כדי תנועה", מניחה שאגפים שהורצו מוחזקים כתשתית שלאורה נבחן אגף חדש או שיפוץ אגף קיים. הרי כך עולה גם ממבחן ה"מובחנות" של השופטת ברק-ארז: כיצד נדע מהם תחומי הרשויות האחרות אם לא על פי המארג החוקתי הקיים? משמעות העובדה שהרובד החוקתי של ישראל נבנה שלבים-שלבים, כפי שמציינת השופטת ברק-ארז, אינה אך עובדה מקרית: זהו ייחודו של המודל הישראלי. אין זה אומר כמובן שיש עדיפות מובנית לקיים על פני תיקונו, אלא שיש עדיפות לקיים שזכה להרצה, להטמעה ולהצדקה על פני חירוש שטרם נבחן וסותר את הקיים. החלפת הקיים שכבר נבדק והוטמע אפשרית בהחלט, לפי המודל המוצע, ובלבד שתבצע במשורה, או למצער באופן שמשמר בכל רגע נתון די רכיבים מן השלד הקיים, שאם לא כן עלול המבנה לקרוס. מכאן גם נובע כי על תיקון או הוספה כאמור להשתלב באותם מרכיבים שנותרו על כנם. החלפתם של מרכיבים רבים בעת ובעונה אחת מאתגרת את המודל, ולפיכך נדרש שתיעשה במפורש – חזקה ששינוי רחב היקף לא בא לעולם באופן משתמע. מבחינה מושגית, החלפה מסיבית כאמור מהווה מהפכה חוקתית במובן של קביעת פרדיגמה חוקתית חדשה ולא רק תיקונה של הקיימת. כאן יבוא בהכרח לידי ביטוי הקשר שבין השימוש לרעה ובין דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, אם אכן יתרחש שינוי רחב היקף שכזה.

רביעית, ובהקשר זה, ההבדל בין עמדתה של הנשיאה חיות לבין עמדתה של השופטת ברק-ארז מהדהד את המחלוקת שנוצרה בפרשת **בנק המזרחי**. לפי הביקורת שהוצגה לעיל,<sup>380</sup> בנוגע ליכולתו של פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** לשאת את כובד ההכרעות שניתנו בו, עולה השאלה אם גם בפרשת **שפיר** בית המשפט לא צעד צעד אחד רחוק מדי, בהתחשב במחלוקת בין הנשיאה לשופטת ברק-ארז. כפי שעולה מאופן כתיבת פסק דין **בנק המזרחי** (אשר נפרס על יותר מ-300 עמודים) ומרעיון החוקה בהרצה, פתיחה של חזית עקרונית בסוגיות משטריות בסיסיות אינה דבר של מה בכך, בהיעדר הסדרה של נושא מסוים בחקיקה חוקתית של הכנסת. במילים אחרות, כאשר בית המשפט הוא שמשלים בנייתו של פרק, יש חשיבות להותרתן של מחלוקות בצריך עיון (כפי שהיה צריך לעשות **בבנק המזרחי** באשר למעמד חוקי היסוד), כל עוד הן אינן משליכות ישירות על פתרון הסכסוך שניצב בפני בית המשפט. אדגיש שלמחלוקות תפקיד חשוב מאד באופן התפתחות המשפט, שכן הן עצמן חלק ממנגנון ההרצה – דרכן מתלבנות הדוקטרינות, ובאמצעותן הרשויות השונות מכלכלות צעדיהן בעתיד. דעת מיעוט חזקה היא הזמנה להמשך דיון עד אשר יותאם האבר החוקתי-שבדרך ליתר האברים שבהתפתחות. אולם כאשר מדובר במחלוקות ברמה התשתיתית עצמה ובהיעדר אמירה של הכנסת, יש חשיבות להבחנה בין מחלוקת על עצם מהותו של הפרק – זוהי מחלוקת שמוטב להימנע ממנה, אם יש אפשרות – לזו שתפקידה להשליך על אופן היישום בעתיד.<sup>381</sup> במקרה של פרשת **שפיר**, היעדר ההסכמה על השאלה

380 ראו לעיל את הטקסט הנלווה לה"ש 49, 111–112.

381 השוו כהן, לעיל ה"ש 249. חיים כהן טוען שאין הבדל של ממש בין אוביטר לרציו, ולכן על השופטים להיזהר בדבריהם באוביטר. גישתה של רשימה זו היא מעט שונה: לאוביטר שעוסק בענייני תשתית יש חשיבות רבה באשר לדרך התפתחות ההלכה, ולכן הותרת המחלוקת בצריך עיון תתרום לביסוס החלק המוסכם ולהרצתו של החלק שנותר בצריך עיון. היעדר ההסכמה על עצם הבסיס להנמקה – כפי שעולה

אם מבחן הזיהוי כולל התייחסות למארג כולו, הוא לכן בעייתי, משום שהוא משליך על עצם מהות הפרויקט כולו. אם תיקון לחוק יסוד אינו נבדק אל מול המארג הקיים, משמע שאין משמעות לשלבים שכבר נבנו. אומנם בפרשת **חסון**, שעסקה בתיקון חוקתי שאינו חוקתי, הדגיש בית המשפט את חשיבות המבנה הקיים, אשר ממנו ניתן לגזור את ליבת עיקרי השיטה, אך אם אכן קיימת מחלוקת עומק באשר לאופיו של פרויקט ההרצה (אשר נשען על בנייה בשלבים ועל פירוק רק בלידת ברירה), ייתכן שזו אינדיקציה לכך שהליך ההרצה נקלע לקושי נוסף על קשיי הרצה צפויים. ייתכן שהשופטת ברק-ארז חשה שלא ניתן עוד להריץ נורמות חוקתיות אל מול המבנה הקיים, וכל המבנה כולו כפוף לתיקונים עמוקים – שכן "אין מוקדם ומאוחר" בפרויקט החוקתי.<sup>382</sup> כפי שצוין לעיל,<sup>383</sup> המחלוקת התשתיתיות **בבנק המזרחי**, אשר לא נדרשו לצורך ההכרעה בסכסוך עצמו, יצרו כשלעצמן מתח משום שמדובר בפסק דין מרכזי, קרי פסק דין שמשלים את הכנסת בבניית חטיבה במסגרת הרצת החוקה שבדרך. יש לקוות שהמחלוקת שהתעוררה בפרשת **שפיר** לא תוסיף עוד מתח לפרויקט החוקתי הישראלי.

חמישית, ולסיום, יוזכר ששאלת הזיהוי – שהיא חלק ממאפייני שלב ההרצה שבו מצוי הפרויקט החוקתי כעת – אינה מיוחדת אך לנורמות החלות על תקציב המדינה. לאחרונה, בעקבות הקושי להקים ממשלה ולקראת הקמתה של ממשלת ישראל השלושים וחמש, תוקנו שוב חוקי היסוד כדי להתמודד עם המציאות החברתית והפוליטית בישראל. לחוק-יסוד: הממשלה נוסף סעיף המאפשר את הקמתה של ממשלת חילופים.<sup>384</sup> כמעט באותה עת תוקן חוק-יסוד: הכנסת. התיקון (המכונה גם "החוק הנורווגי") מסדיר את אפשרותו של חבר כנסת המכהן כשר או כסגן שר להפסיק את חברותו בכנסת כאשר במקומו יבוא המועמד הבא בתור ברשימת המועמדים של המפלגה שאליה הוא משתייך.<sup>385</sup> בית המשפט דן בחוקתיות התיקון, וכנגד דעת המיעוט של המשנה לנשיאה מלצר, נפסק כי מדובר בתיקון חוקתי, משום שאינו נופל בגדר המקרים הנדירים של תיקון חוקתי שאינו

מפסקי הדין בפרשת **בנק המזרחי** (לעיל ה"ש 2) – הוא אינדיקציה אפשרית לכך שבית המשפט צועד צעד אחד מעבר לנדרש. בפרשת **שפיר**, לעיל ה"ש 162, מוסכם על הנשיאה חיות ועל השופטת ברק-ארז שעל בית המשפט מוטלת החובה לזהות אם נורמה שכותרתה "חוק יסוד" אכן משתייכת למדרגה העל-חוקית בישראל, וחלקים לא מעטים ממבחני הזיהוי משותפים. הפער אשר נוצר סביב שאלת ההתאמה למארג החוקתי ושאלת הצידוק, הוא מטריד.

382 שם, בפס' 22 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

383 ראו ביקורת על ריבוי הקולות שהושמעו בפסק הדין, לעיל בטקסט עוקב לה"ש 49.

384 חוק-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 8 והוראת שעה), ס"ח התש"ף 2795, הכולל שינויים שונים בחוק-יסוד: הממשלה ובחוק-יסוד: הכנסת.

385 חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 49), ס"ח התש"ף 70. בשונה מהתפטרות, אם חבר הכנסת יחדל מלכהן כשר או כסגן שר, או ימונה לתפקיד בממשלה, תחודש חברותו בכנסת וחבר הכנסת האחרון שמונה במקומו ממפלגתו יחדל מלכהן. התיקון הנ"ל אינו מוגבל בזמן ומאפשר התפטרות של עד שלוש מחברי הכנסת מאותה סיעה. על תיקון זה נמתחה ביקורת לא רק משום שהוא פוגע בעצמאות חבר הכנסת המכהן בכנסת "על תנאי" ששר או סגן שר לא יתפטר, אלא גם בטענה שהוא משמש כלי פוליטי למינוי חברי כנסת שלא היו נכנסים לכנסת, והוא מעין "פרס ניחומים" ולא כלי לחיזוקה של הכנסת. ראו חן פרידברג וגדעון רהט "החוק הנורווגי במציאות הישראלית" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (28.2.2019). <https://tinyurl.com/mr26a7ht>

חוקתי ואף אינו נכשל במבחן הזיהוי. לשיטת המיעוט, שינוי כללי המשחק בתוך כדי המשחק, בהיעדר צידוק לבד מצידוק "פרסונלי", מכשיל את התיקון.<sup>386</sup> דרך הילוכו של המשנה לנשיאה משקפת את הטשטוש שבין דוקטרינת השימוש לרעה – שבה השתמש המשנה לנשיאה – לדוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, אשר ניצבת מבחינה מהותית בבסיס הנמקתו. לגופו של עניין, ימים יגידו אם ניתן לראות גם בתיקונים הללו מעין "ניסיונות חוקתיים" המאפשרים את אותה ההרצה של נורמות חוקתיות ובחינת התאמתן בחלוף הזמן,<sup>387</sup> או שמא מדובר, חלילה, בשינוי של הפרויקט (אשר נשען כאמור גם על "שריון פוליטי") והסבתו לפרויקט אחר, אשר תכליתו מציאת פתרונות אד הוק לקשיים פוליטיים, או גרוע מזה, נסיגה מהמחויבות הבסיסית לעגן ברובד החוקתי הסדרים המתיישבים עם תפיסות יסוד דמוקרטיות ויהודיות.<sup>388</sup> מכל מקום, דרך הילוכו של בית המשפט מצביעה כאמור על קיומו של אזור חפיפה בין דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת לדוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, אם האחרונה אינה מתוחמת לטיפול במקרי קצה קיצוניים בלבד. לכך יש השלכות באשר להרצת המקטע החוקתי העוסק בביקורת שיפוטית ברובד העל-חוקי, שאליו הגענו בעקבות המהלך שבוצע בפרשת **בנק המזרחי**, ובהיעדר מגילת זכויות אדם שלמה וחוק-יסוד: החקיקה.

386 בג"ץ **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 162, פס' 148–153 לפסק דינו של המשנה לנשיאה (בדימ') ח' מלצר.

387 גמישות חוקתית זו היא בבחינת יתרון מסוים, בשונה למשל מחוקות נוקשות, דוגמת החוקה האמריקנית, הנחשבת לחוקה שלמה וקשיחה, אשר בה תיקון כשלים חוקתיים (למשל בהקשרים של ייצוג אזורים כאלה ואחרים) מאתגר עד בלתי אפשרי. שינויים אלו מאפשרים גמישות והתאמת "כללי המשחק" למציאות המשתנה, אשר בלעדית ייתכן שמדינת ישראל הייתה מתקשה להשתחרר מן הלולאה של בחירות חוזרות ונשנות.

388 בג"ץ **ממשלת החילופים**, לעיל ה"ש 162, פס' 124–125 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר. בתיקונים עצמם, כפי שנפסק, אין נסיגה מהמחויבות לערכי יסוד יהודיים ודמוקרטיים, אולם הליך חקיקת חוקי היסוד הנ"ל מציב סימן שאלה באשר למחויבות לערכים אלו, ובהם זהירות רבה בשינויים חוקתיים מסוג זה ואימוצם במבט צופה פני עתיד שאינו משנה את כללי המשחק בתוך כדי המשחק. מבחינה עיונית, המשנה לנשיאה מלצר ממקם את הסוגיה כחלק מהשימוש לרעה בסמכות המכוננת, אולם זהו גם שימוש לרעה הליכי, ולכן אפשר שמקומו במסגרת ההגנה על הליכי חקיקת חוקי היסוד במובנה המהותי של הגנה זו. יצוין כי יתר שופטי ההרכב הצטרפו לניתוח של המשנה לנשיאה באשר לדרישה החוקתית כי תיקון חוקי היסוד לא ישנה את כללי המשחק בתוך כדי המשחק על ידי קבלת שינוי מהותי שמעניק יתרון מובהק לרוב הקואליציוני המחוקק. המחלוקת התמקדה באופן שבו יש ליישם את הכלל בנסיבות העניין שנדון שם, דהיינו באשר לשאלה האם עיגון ממשלת החילופים בחוק היסוד מהווה שינוי יסודי של כללי המשחק, אשר מעניק לרוב הקואליציוני יתרון לא הוגן. כאמור, ניתן לראות במהלך אינדיקציה לעומק המשבר שאליו נקלעה מדינת ישראל לאחר שלוש מערכות בחירות רצופות ללא הכרעה, וממשלת מעבר מתמשכת, וכל זאת כאשר מגפת הקורונה פרצה בישראל. עם זאת אחת שנקבע תקדים שכזה, ייתכן שגם בעתיד יתקבלו רפורמות רחבות היקף כדי לספק צרכים פוליטיים בני-חלוף, ובאופן שיקשה על השתחררות מרפורמות אלו גם אם יתברר שהן אינן נחוצות או אף פוגעות פגיעה מסוימת בהגיונות כללי המשחק הפוליטיים או בזכויות אדם.



## 5. "קפיצת המדרגה" בבנק המזרחי – המשך פיתוח שיפוטי של חוק יסוד: החקיקה

משעלה והוגדר מעמדם של חוקי היסוד כפי שעלה והוגדר, התעוררה לא רק סוגיית זיהוי הנורמה החוקתית – זיהוי אשר התבסס ראשית על המבחן הצורני וזה לא כבר הוחלף במבחן משולב – אלא גם סוגיה אחרת, שאמורה לזכות בהסדרה בחוק יסוד: החקיקה – משמעות פגם בהליך חקיקה ראשית. כידוע, בהמשך למהפכה החוקתית וכחלק ממנה פיתח בית המשפט הלכה בדבר העקרונות החלים על הליכי חקיקה בכנסת אשר הפרתם מובילה לביטולו של חוק.<sup>389</sup> נדמה שבהקשר זה הפער בין הדין טרם המהפכה החוקתית, כפי שהתבטא בפרשת **בצול**,<sup>390</sup> והדין שלאחר המהפכה החוקתית, כפי שהתבטא בפסק דין **קוונטינסקי**,<sup>391</sup> הוא רחב לא פחות מהאופן שבו שינה בית המשפט את יחסו למבחן הצורני (בין פסקי הדין **רסלר וקניאל** לפסק הדין **בנק המזרחי**, ולאחריהם בפסק הדין בעניין **שפיר**). גם בהקשר הליך החקיקה בולט רעיון ההרצה. נבנה רכיב שלא היה קודם לכן, והוא מוטמע, כאשר מעמדו אינו ברור (כך מצופה: הותרת המעמד הנורמטיבי בצריך עיון עד אשר תופנמה ההשלכות). כידוע, הלכת **מגדלי העופות**,<sup>392</sup> שבה פותח המבחן, אינה נשענת על חוק יסוד כלשהו בהכרח, אך גם אינה בהכרח אינדיקציה לעליונות עקרונות לא כתובים על פני חקיקת יסוד או אף חקיקה רגילה. שלוש אופציות פרשניות לפנינו: ראשית, ניתן להבין הלכה זו כנגזרת מעקרונותיה הדמוקרטיים של השיטה, אשר אינם נגזרים מדבר חקיקה פוזיטיביסטי זה או אחר.<sup>393</sup> לפי גישה זו, עקרונות היסוד עליונים על החוק שנפסל בשל פגם בהליך החקיקה. על פי הילוך פרשני זה, בעקבות פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** הוסר המכשול שמנע מבית המשפט לפנות ישירות לעקרונות היסוד כנקודת משען לביצוע ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית,<sup>394</sup> ולו בעניינים הליכיים. גישה אחרת ממקמת את נקודת המשען באמור בחוק יסוד: הכנסת (ובחוקי יסוד אחרים), כשהיא נותנת פירוש תכליתי לסמכותה המחוקקת של הכנסת, ככוללת גם דרישות מהותיות (העוסקות בהליך

389 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ביניש (2004).

390 בג"ץ **בצול**, לעיל ה"ש 155.

391 פרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 34.

392 פרשת **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 389.

393 שם, בפסק דינה של השופטת ביניש. כן ראו את פסק דינו של השופט סולברג בפרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 34. לדעתו של השופט סולברג, ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה אינה יוצרת קושי שווה ערך לקושי הכרוך בביקורת שיפוטית על תוכנו של החוק. עם זאת עמדה זו אינה נקייה מספקות, שכן הדוקטרינה מעניקה שיקול דעת מהותי לבית המשפט לקבוע אימתי פגם בהליך החקיקה יורד לשורשו של הליך ומוביל לבטלות החוק. בכך נפתחת חזית לעומתית לא פחות בין בית המשפט לכנסת. זאת ועוד – טרם ברור לחלוטין אם אין משקל להשלכתו של ביטול החוק שנחקק בהליך פגום, ומכאן בעקיפין לתוכנו, במסגרת הדיון בארבעת העקרונות ההליכיים הניטרליים לכאורה או בשלב הסער, באמצעות דוקטרינת הבטלות היחסית. לדיון מעניין ביחס שבין פרשות **שפיר** ו**קוונטינסקי** גם בהקשר זה ראו חגי שלזינגר "בין פרשות קוונטינסקי ושפיר" **ICON-S-IL Blog** (21.7.2021) <https://tinyurl.com/3n8h7phk>.

394 וזאת בעקבות עמדתו של השופט חשין בפרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2, ולפניו עמדתו של השופט ברק בפרשת **לאור**, לעיל ה"ש 32.

חקיקה הוגן). על פי גישה זו, עם הכרה במעמדו החוקתי של חוק היסוד באה הכרה גם במגבלות החלות על הכנסת בבואה לחוקק חקיקה רגילה.<sup>395</sup> אך קיימת גם דרך שלישית להבין את מקור ההלכה – חוק שנחקק בהליך פגום משול לחוק שלא עבר בשלוש קריאות, ולכן אינו חוק (על אף העובדה שהקביעה כי חוק יחוקק בשלוש קריאות מצויה בתקנון הכנסת ולא בחוק), משום שנורמה שמשמשת לצורכי זיהוי הליכי היא בעלת פוטנציאל חוקתי, ולכן היא מובהקת יותר (או מקבלת קדימות משום שמוענק לה מעמד של נורמה מפורשת יותר), ולימים אפשר שתעלה למדרגה נורמטיבית עליונה. מכאן, על פי דרך זו, מעמדה של הדוקטרינה – אף אם מקורה בעקרונות לא כתובים, דוגמת העקרונות שבבסיס ההלכה בפרשות מגדלי העופות וקוונטינסקי – הוא מעמד שאינו מוגדר מבחינת עליונות, אלא מבחינה פונקציונאלית. במילים אחרות, ניתן להבין את הלכת ארגון מגדלי העופות כנשענת על מקור משפטי שאינו כמובהק עליון לחוק שעל הליך חקיקתו נמתחה ביקורת (אלא רק בעל פוטנציאל עליונות, במובן זה שמקור זה חולש על הזיהוי של הנורמה כנורמה שנכנסה לתוקף). דרך חשיבה זו מאפשרת לכנסת עצמה להגיב להלכת מגדלי העופות, אם באימוצה בחוק יסוד: החקיקה ואם בשינויה (עד גבול מסוים – ישנו מרכיב של הליך הוגן שיוורד לשורש הדמוקרטיה עצמה).

לפי הקריאה הפרשנית שנדונה זה עתה, הביקורת השיפוטית המהותית על הליך החקיקה רלוונטית גם – אם לא במיוחד – להליך חקיקת חוקי יסוד. זאת, בלי לקבוע בהכרח שעקרונות יסוד עליונים על חוקי יסוד.<sup>396</sup> כך למשל, הדרישה כי אין לכנסת סמכות לשנות את כללי המשחק בתוך כדי המשחק באופן שמעניק לרוב הקואליציוני באותה הכנסת כוח לא מוגבל, היא דרישה שניתן לגזור ממושג הליך החקיקה התקין עצמו (אם כי כמובן ניתן גם להבין דרישה זו כחלק מעקרונות היסוד של השיטה). מכאן נראה ששלב ההרצה שבו מצויה השיטה בישראל כעת מציף מתח מסוים לא רק בין דוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי לדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות מכוננת, שנדון בתת-הפרק הקודם, אלא גם בין שתי דוקטרינות אלו לבין דוקטרינת הפגם היוורד לשורשו של הליך החקיקה. גם דוקטרינה זו, על פי הגיונה, אמורה לחול, ואולי אף ביתר שאת, על הליכי חקיקת חוקי יסוד. אך משהגדיר בית המשפט בפרשת בנק המזרחי את חוקי היסוד כעליונים, קשה יותר להותיר את מעמדה של הדוקטרינה בצריך עיון, ומכיוון שאמורה היא כאמור לחול גם על חקיקת חוק יסוד, מגיע בית המשפט, בצעד מהיר יחסית, לביקורת שיפוטית על חקיקת יסוד על בסיס עקרונות יסוד עליונים ולא כתובים, וכל זאת טרם שנחקק חוק יסוד: החקיקה. כאמור, פיתוח של רכיבים אלו אפשרי גם על דרך דין יציר פסיקה, אולם דומה כי הגיונו של הליך הרצת הנורמות הפרוטוקוליות בישראל נשען בראש ובראשונה על אימוץ חוק יסוד על ידי הכנסת בדבר מעמדם של חוקי היסוד. והינה, משהחל בית המשפט בפיתוח שיפוטית של חוק יסוד: החקיקה, מוצא הוא עצמו נדרש להשלים רכיבים נוספים בגזרה זו.

395 פרשת קוונטינסקי, לעיל ה"ש 34, בפס' 9–13 לפסק דינו של השופט מזוז.

396 בג"ץ ממשלת החילופים, לעיל ה"ש 162, בפס' 99–103 לפסק דינו של המשנה לנשיאה מלצר, מתקרב לעיסוק בהיבט זה.

מכאן שכאשר הכנסת שוקדת על ניסוח חוק-יסוד: החקיקה, תיטיב לא רק לכרוך בחקיקתו גם את השלמת פרק זכויות האדם, אלא גם תשקול דרכים להבנות את הליך החקיקה עצמו, ואת הביקורת המהותית עליו.

#### ד. סיכום: הדרך שלא נבחרה

רשימה זו ניתחה את הקשיים שעולים מהנמקת בית המשפט בפרשת "בנק המזרחי" והציגה דרך חלופית שעמדה לפני בית המשפט – דרך שמתיישבת טוב יותר עם אופן פיתוח המשפט החוקתי בישראל, שאותו ניתן להבין כבניית חוקה על דרך "הרצה": בניית יחידה פרוטו-חוקתית בכל פעם ובחינתה בחיי המעשה אל מול הסדרים אחרים ומערכות אחרות טרם יציקתה אל תוך הרובד החוקתי עצמו. דרך זו ייחודית, משום שאין מדובר בבניית חוקה כוללת שתוקפה מוגבל בזמן, ואף אין מדובר בחקיקת חוקים רגילים אשר נחשבים חשובים בשל תוכנם, ולכן חוקתיים במובן זה. פיתוח "חוקה בהרצה" מניח שהותרת מעמד חוקי היסוד בצריך עיון במשך שנים לא הייתה אך מהלך פרגמטי אלא היא משקפת דבר-מה עמוק יותר – את מעמדם הייחודי של חוקי היסוד בין חוק רגיל לחוק ברובד החוקתי. כחלק מהניתוח של פרשת בנק המזרחי מציעה הרשימה כמה הסברים להעדפתו של בית המשפט ללכת צעד אחד נוסף ולקבוע את עליונות חוקי היסוד כולם אף שהכנסת טרם חוקקה את חוק-יסוד: החקיקה. לצד פיתוח זה בוחנת הרשימה כמה השלכות של המהפכה החוקתית, ובהן סוגיית הביקורת השיפוטית על חוקי יסוד, על הליכי חקיקה ועל המשפט הציבורי ברובד התת-סטטוטורי. בכך תואמת רשימה זו את משנתה של פרופ' גביון, אשר מחד הדגישה את החשיבות של הקפדה על הנימוק המשפטי, ומאידך קראה להתקדם בשדה החוקתי באופן שמוותר רכיבים מרכזיים בצריך עיון, בהתחשב במבנה החברתי, הפוליטי והערכי בישראל, ובהתחשב באנומליה הכרוכה בשליטת ישראל בשטחים.

יש להכיר בכך שבית המשפט הישראלי, שלו ולשופטיו – בני הדור הראשון כבני הדור השני והשלישי – חבה המדינה חוב של ממש בכל הקשור להקפדה על שלטון החוק ושמירה על זכויות האדם, מצוי כעת במגננה. כאמור, ייתכן שמדובר אך בתקופת מעבר מהמודל הישן של האיזונים למודל החדש של פסקת ההגבלה כפועל יוצא של קפיצת המדרגה שבוצעה בפרשת בנק המזרחי, היישר אל הליגה החוקתית המובהקת. יש אינדיקציות ראשוניות לכך שבית המשפט מראה סימנים שהוא נכון להמשיך בדרכו ללא מורא.<sup>397</sup> ייתכן גם, כפי שצוין לעיל, שבית המשפט עוסק כעת בשימור כוחו ונוהר בשימוש בכוח הביקורת השיפוטית כדי להגן על זכויות.<sup>398</sup> עם זאת קשה לומר כעת שהמסלול שבו בחר בית המשפט בפרשת בנק

397 פרשת הפרטת בתי הסוהר, לעיל ה"ש 219; בג"ץ 2150/07 אבו צפיה נ' שר הביטחון, פ"ד סג (3) 331 (2009); בג"ץ 2390/10 חליחל נ' שר הפנים (נבו 23.5.2010); בג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד ס (3) 67 (2005).

398 קרמניצר טוען כי "ההגינות כלפי בית המשפט מחייבת לקחת צד, לטובת בית משפט ליברלי או לטובת בית משפט פופולרי. כיום, ובשים לב לחולשת הרבה של תרבות זכויות האדם אצלנו, את שניהם לא יכול שום בית משפט להשיג בישראל. כאשר מצפים ממנו את ההישג הכפול הזה, מציבים אותו בפני כישלון ידוע מראש, שאין דרך להימנע ממנו". להרחבה ראו קרמניצר "על מושג המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 43.

המזרחי בהכרח הוביל להגנה מלאה יותר על זכויות יסוד, או שבית המשפט אכן יצליח למלא תפקידו כנווט (לצד הנוטים האחרים) ולמנוע את שקיעתה או פירוקה של הספינה. מחד יש אינדיקציות לכך שעצם קיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית עוצר פגיעות בזכויות מוגנות עוד בשלב הליך החקיקה. זוהי כמובן התפתחות חיובית (כל עוד לא נעצרות גם הצעות חוק הכרחיות שאינן פוגעות בזכויות יסוד באופן שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה). פרשת ערוץ שבע<sup>399</sup> וחוק ההתנתקות<sup>400</sup> הראו שביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית תורמת להגנה על זכויות הפרט, וכך גם פרשות חוקי המסתננים,<sup>401</sup> פרשת הקפאת השכר של עובדים זרים עד לעזיבתם<sup>402</sup> ופרשת חוק ההסדרה.<sup>403</sup> בכך אין ספק. הספק הוא אם היה נדרש לקבוע שחוקי היסוד עליונים וכי הכנסת מנועה מלפעול על אף האמור בחוקי היסוד. מתן אפשרות לכנסת לפעול על אף האמור היה משחרר את בית המשפט הן מהבעייתיות הכרוכה בצעד הנוסף שעשה בבנק המזרחי, והן מהריסון העצמי שגזר בית המשפט על עצמו עת עסק בזכויות אשר יישומן היה כרוך בסוגיות שבלב המחלוקת הציבורית.<sup>404</sup> לו היה ברור שהמחוקק יכול להגיב בחקיקת חוק המציין במפורש כי הפגיעה בזכות הגלומה בו תקפה על אף האמור בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ייתכן שבית המשפט היה יכול לפסוק כפי שהיה צריך לפסוק בפרשת איחוד המשפחות,<sup>405</sup> בידועו שהאחריות הסופית נשאת בכנסת. כך גם לעניין גיוס בחורי הישיבות,<sup>406</sup> ואף לעניין התוכנית הכלכלית.<sup>407</sup> כך היה בית המשפט יכול להגן על זכויות באופן בהיר וברור יותר, ויש לקוות שהמחוקק היה מתייחס בתגובתו ברצינות לאמור בפסק הדין כדי לוודא מידתיות. אך גם אם לא, מצב הזכויות לא היה טוב פחות מבמצב הנוכחי, שבו בית המשפט מתקשה להגן על זכויות בדיוק במקרים שבהם הגנה על זכויות נדרשת משום שהמערכת הפוליטית רוויה בלחצים. בטווח הארוך נראה כי עדיפה הייתה לו דרך הפעולה שנקטה עד 1995 – דרך ההרצה המותאמת לשלב ההרצה שאותו קבעה הכנסת – הייתה נבחרת, שכן כך היה בית המשפט יכול לפתח הלכות

399 בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נו"ד (3) 640 (2002).

400 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).

401 ראו פרשת אדם, לעיל ה"ש 279; בג"ץ 7385/13 איתן נ' ממשלת ישראל (נבו) 22.9.2014; פרשת דסטה, לעיל ה"ש 279. בשלושת פסקי דין אלו פסל בית המשפט הסדר בחוק למניעת הסתננות, אשר התיר החזקתם של מסתננים במתקן חולות (אף אם בפרק זמן זה בפועל לא בדקו הרשויות אם מדובר בזכאים למעמד של פליט, ובלי שיהיה ברור מה יעלה בגורלם של המוחזקים בתום תקופת ההחזקה).

402 בג"ץ גרסגור, לעיל ה"ש 300. השופט עמית מצא כי החוק אינו הולם את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לפניו השופט לוי הוא שהגיע למסקנה שחוק אינו מקיים את מבחן ההלימה שבפסקת ההגבלה, בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44 (2012).

403 בג"ץ 1308/17 עיריית סלואד נ' הכנסת (נבו) 9.6.2020. אך לעניין ההשלכות האופרטיביות של מקרקעין פלסטיניים שעליהם הוקמו יישובים יהודיים ראו לאחרונה דנ"א 6364/20 שר הבטחון נ' סאלחה (נבו) 27.7.2022. הידוע כפרשת מצפה כרמים.

404 דיון רחב בנושא ניתן למצוא בספרם של אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המציגים תאוריה שלפיה אין על בית המשפט לפעול כבעימות עם המדינה, תאוריה שמובילה אף היא לריסון שיפוטי. ראו רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 259–264.

405 בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006).

406 פרשת ביטול חוק הגיוס, לעיל ה"ש 279.

407 בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004).

חוקתיות ללא מורא (או בפחות מורא) והכנסת הייתה זוכה להתנסות בפעילות לפי הלכות אלו בלי שעליה לתקן את חוקי היסוד כאשר נדרשת היא להגיב לפסיקה במסגרת תקופת ההסתגלות.

יודגש שאין באמור לעיל כדי לקבוע שכעת, לאחר שהוכרע אשר הוכרע בפרשת **בנק המזרחי** ובפסיקה שבאה בעקבותיה לעניין היקף הזכויות, יש להשיב את הגלגל לאחור. הגיונה של בניית החוקה פרקים-פרקים "בתוך כדי תנועה" אינו תומך בנסיגה או בפירוק מרכיב מרכזי אלא אם הוכח שמרכיב זה אינו נקלט כראוי ואינו משתלב במבנה. לא זה המצב באשר לקפיצת דרג ההרצה שבוצעה בפרשת **בנק המזרחי**, אשר הפכה חלק מחיינו המשפטיים – אכן הנבואה הגשימה את עצמה, כדברי פרופ' גביון. היות שכעת חוקי היסוד עליונים כולם, דומה כי אין ערך ב"הענשת" בית המשפט בגין פיתוח זה או בגין הפיתוח הפרשני שנכרך בו, אשר כלל קריאה רחבה של הזכות לכבוד באופן שכולל גם מרכיבים מרכזיים של הזכויות הלא מנויות. כך גם לא נכון שיש "לאזן את בג"ץ" ולחוקק פסקת החרגה ("פסקת התגברות") אשר מאפשרת לכנסת להגיב ברוב של 61 לפסיקתו של בג"ץ.<sup>408</sup> תגובה שאפשר שהייתה מובנת בשנת 1995, מייד לאחר מתן פסק הדין ב**בנק המזרחי**, אינה בהכרח ראויה 25 שנה לאחר מכן, משנבנה נדבך נוסף במשפט החוקתי הישראלי, משום שתהליך בנייה חוקתי הוא תהליך "תלוי כיוון" (path dependent). אומנם נראה כי האדן אשר נבנה סביב המהפכה החוקתית לא נבנה באופן מיטבי, אולם מכאן אין נובע שניתן או ראוי לפרק את אשר נבנה. מסקנה הגיונית יותר היא כי ייתכן שבשלה העת לפיתוחים נוספים בשדה חוקי היסוד, אשר יכללו אולי סוג מסוים של פסקת התגברות (ברוב מיוחד ועם מגבלות פנימיות) אשר תהיה בתוקף לתקופה מסוימת, אך בה בעת תינתן הגנה מפורשת לזכויות אדם שאינן מנויות וכן למרכיבים מבניים אחרים, כגון הגנה פורמלית איתנה יותר על עצמאותה של הרשות השופטת.<sup>409</sup>

בחציה המלא של הכוס, המערכת בישראל זוכה כעת להרצה בסביבה חוקתית כמעט מלאה, לבד מרכיב מרכזי – חוק יסוד: החקיקה. בכך זוכה המערכת להזדמנות נדירה (גם אם יציבה פחות) לבחינת רכיבים שונים במבנה, הן בשדה המשפטי-דוקטרינרי (למשל בסוגיות של ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה ועל חוקי יסוד) והן בשדות חברתיים אחרים, לרבות השדה הפוליטי, הכלכלי, הבירוקרטי והדתי. מכאן שמצופה מרשויות השלטון לכייל את חוקי היסוד באמצעות השלמת מגילת זכויות האדם וחוק-יסוד: החקיקה ולהמשיך בבניית הספינה החוקתית באופן קוהרנטי ככל שניתן, המאפשר למדינת ישראל (ולאזרחיה) להגשים את עקרונות היסוד ונתוני היסוד של השיטה, ולשלוש רשויות השלטון לאזן זו את זו באופן המותאם לשלב ההרצה שאליו עלינו בעקבות פרשת **בנק המזרחי**.

408 כמוצע בהצעת חוק-יסוד: החקיקה. לדיון השוווי ווייל "על נרטיב וחוקה", לעיל ה"ש 73.  
409 לגישתו של סומר "תרופת פלא או גולולת רעל?", לעיל ה"ש 304, יש להגביל את מספר הפעמים שכל כנסת תהיה רשאית להשתמש במנגנון זה.