

מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)

מאת

יהושע (שוקי) שגב

"אילו ראשים, לבבות ומערכי-נפש צריכים להיות לאלה המוכשרים, או המעזים, לא רק לחוקק חוקים במסגרת חוקה של קבע אלא גם ליצור במחי אחד חוקה חדשה לגמרי לממלכה גדולה, על כל חלקיה, החל במלך היושב על כיסאו וגמור בפגישה של ועד-קהילה בכפר? אבל 'שוטים מתפרצים למקום שמלאכים יראו לדרוך בו'."

אדמנד ברק **מחשבות על המהפכה בצרפת** (אהרן אמיר תרגם, ירושלים, תשנ"ט) 61.

"לא זכיתי להיות בין המקוננים קינה מרה על כך שעדין אין לנו חוקה, ואינני שמח להיות בין אלה ששירתם צוהלת על זה שעדין אין לנו חוקה."

ח"כ שמחה פרידמן (חזית לאומית דתית) ד"כ (תשל"ז) 8.

א. הקדמה

- ח.לק א: מחלוקות והעשייה החוקתית עם קום המדינה
- ב. אי הסכמה כמאפיין הפוליטיקה היהודית בארץ ובגולה
- ג. העשייה החוקתית עם קום המדינה
- ד. החלטת הררי והמחלוקות סביב לה
- ה. מחלוקות ו"ההחלטה שלא להחליט" כטקטיקה חוקתית להשגת שיתוף פעולה
- ו. מחלוקות, הכישלון לאמץ חוקה וההגנה על זכויות אדם
- ח.לק ב: מחלוקות והעשייה החוקתית למן שנות השמונים
- ז. פוליטיקה ישראלית: התמשכות מחלוקות מוסריות, פוליטיות ותרבותיות
- ח. העשייה החוקתית טרום המהפכה החוקתית
- ט. חקיקת חוקי היסוד החדשים, המהפכה החוקתית והעשייה החוקתית היום
- י. הדיאלוג הקונסטיטוציוני, "ההחלטה להחליט" ושיתוף פעולה
- יא. החתירה למשטר חוקתי וההגנה על זכויות אדם

דוקטור, מרצה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. חלקים ממאמר זה מבוססים על פרק הבוחן את הנסיבות החוקתיות של מדינת ישראל בחיבור לקבלת תואר דוקטור שהוגש בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת וירג'יניה בחודש יוני 2003, *Joshua Segev Two Models of Judicial Review: On the Lost Tradition of the Israeli Supreme Court* (unpublished S.J.D. dissertation, University of Virginia School of Law, 2003). מאמר זה הינו חלק מפרויקט רחב יותר של הערכת התפתחות הביקורת השיפוטית בישראל בהעדרה של חוקה.

חלק ג: מבט להווה ולעתיד - מחלוקות למרות הכול

יב. האם יש לנו חוקה?

יג. האם תהיה לנו חוקה?

סיכום ומסקנות

א. הקדמה

אזרחי ישראל אינם מסכימים. הם לא הסכימו בעבר; הם אינם מסכימים על העבר. הם אינם מסכימים על העתיד; הם, קרוב לוודאי, לא יסכימו גם בעתיד. מאמר זה מטרתו לבחון את ההיסטוריה החוקתית, הקרובה והרחוקה, של מדינת ישראל תוך התמקדות באי הסכמה, מחלוקות וסכסוכים כמאפיין מרכזי של העשייה החוקתית בישראל. מאפיין זה, אטען, עומד מאחורי הכישלון לאמץ חוקה פורמאלית עם קום המדינה. זאת ועוד, אטען כי בניגוד לדעה שפשטה במחוזותינו המשפטיים בדבר קיומה של חוקה פורמאלית למדינת ישראל מאז המהפכה החוקתית,¹ לישראל אין חוקה פורמאלית, וכי אי ההסכמה, המחלוקות והסכסוכים מונעים גם כיום כל הכרה והתקדמות ממשית ואמיתית בעשייה חוקתית. עם זאת, מאמר זה גורס כי אין צורך לבכות מצב זה. הטקטיקה החוקתית שנבחרה על ידי מייסדי האומה הישראלית היא ההחלטה שלא להחליט, שמילאה את אותם מטרת וצרכים, שמובילים אומות מלכתחילה לעשייה חוקתית. נהפוכו. דווקא התתירה המהירה לחוקה פורמאלית בעשור האחרון על ידי גורמים בפוליטיקה הישראלית וגורמים בבית המשפט העליון מסכנת מטרת וצרכים חיוניים אלה.

על מנת להוכיח טענות אלו אתמקד בעיקר בשתי תקופות המהוות ציוני דרך בעשייה החוקתית, ושלדעת רבים הן בעלות השלכות מכריעות על ההסדרים החוקתיים של ישראל. חלקו הראשון של מאמר זה בוחן את המחלוקת והעשייה החוקתית עם קום המדינה. תחילה, אתאר בקצרה את המפה הפוליטית של התנועה הציונית טרום הקמת המדינה והמחלוקות שאפיינו אותה (פרק ב). הכישלון לאמץ חוקה, אטען, היה פועל יוצא של מחלוקות אלו ואחרות, שניתן לחלקן לשני סוגים: מחלוקות מהותיות ומחלוקות מבניות (פרק ג). אציין כי מחלוקות משני הסוגים הללו נשזרו זו בזו לעיתים קרובות, וכי הקשר הגורדי בין המחלוקות הובילו את אבות האומה הישראלית לאמץ את הטקטיקה החוקתית של "החלטה שלא להחליט" (פרק ד). על ידי נקיטה בטקטיקה זו הושגו שתי מטרות: שיתוף פעולה יציב והגן הנסמך על

¹ אהרן ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" **משפט וממשל** ד (תשנ"ח) 357, בע' 358: "האם באמת יש לנו חוקה? האין לומר כי עדיין אין לנו חוקה וכי חוקתנו-שלנו היא חזון לעתיד, בבחינת 'חוקה בדרך' – או שאיפה שטרם הוגשמה? ... ודאי שלישראל יש חוקה מטריאלית. זהו מכלול הנורמות המשפטיות הקובעות את האורגנים המרכזיים של המשטר... מאז הקמתה יש לישראל חוקה מטריאלית. לישראל יש לא רק חוקה מטריאלית, אלא גם חוקה פורמלית. זהו מסמך או מערכת-מסמכים המעגנים בחובם את החוקה המטריאלית. דומה שכיום הכל מודעים לקיומה של חוקה פורמלית בישראל." אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" **המשפט** ח (תשס"ג) 291, בע' 355: "לסיכומה של הסוגיה הסבוכה שנדונה כאן ניתן לומר, כי לישראל יש חוקה. זו אמנם חוקה שאינה שלמה ואינה מושלמת, אך המדובר בחוקה שפרקיה – חוקי-היסוד מכסים חלק ניכר מנושאי החוקות הפורמליות בדמוקרטיאות אחרות. עיקרה ברור ומוסכם על רוב הציבור, בכנסת ובבית המשפט." וראו גם Dalia Dorner "Does Israel have a Constitution?" 43 *St. Louis L. J.* 1325, 1333 (1999). הבסיס בפסיקה לאמירות אלו הוא כמובן ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, (להלן: עניין **מזרחי**) בע' 264 - 265. לדעה שונה ראו רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה שמגישימה את עצמה?" **משפטים** כח (תשנ"ז) 21.

יסודות דמוקרטיים (פרק ה) והגנה על זכויות אדם (פרק ו). חלקו השני של מאמר זה בוחן את המחלוקות והעשייה החוקתית למן שנות השמונים ועד ימינו אנו. תחילה אתאר את הפוליטיקה הישראלית בשנות השמונים שאופיינה בהתמשכות מחלוקות מוסריות, פוליטיות ותרבותיות (פרק ז). העשייה החוקתית טרום המהפכה החוקתית עוצבה לאור מחלוקות אלו ונבחרה הציבור המשיכו להיצמד לטקטיקה החוקתית של החלטה שלא להחליט בסוגיות יסוד חוקתיות (פרק ח). בנוסף, אטען כי גם חקיקת חוקי היסוד החדשים לא רק שאינה מהווה סטייה מהטקטיקה החוקתית של החלטה שלא להחליט במחלוקות יסודיות באשר למבנה החוקתי של מדינת ישראל, אלא מהווה המשך ישיר לטקטיקה זו (פרק ט). לאחר מכן אבחן כיצד החלטות בית המשפט העליון, כי יש לישראל חוקה פורמאלית במשמעותה הקונבנציונאלית, והחתימה למשטר חוקתי נוסח אמריקה על ידי גורמים בפוליטיקה הישראלית מצביעים על אימוצה של טקטיקה חדשה והיא "ההחלטה להחליט". לבסוף אטען כי דווקא מהלך זה מסכל את שיתוף הפעולה ההוגן בין הפלגים החברתיים בישראל (פרק י) ופוגע בהגנה על זכויות אדם (פרק יא). חלקו השלישי של מאמר זה בוחן את ההווה והעתיד בעשייה החוקתית הישראלית. אטען כי הניסיון לדחוף את החברה הישראלית להכיר בקיומו של משטר חוקתי נכשל וכי כשלו זה נעוץ במחלוקות המונעות מאיתנו לדבר באמת ובתמים על חוקה פורמאלית נוסח ישראל (פרק יב). גם מבט אל העתיד יוכיח, ככל שהדבר ניתן בתחום הידע בו אנו עוסקים, כי למרות הרצון העז של רבים וטובים לכוון חוקה פורמאלית הרי שהסיכויים לקבלתה הם קטנים לפחות בעתיד הנראה לעין (פרק יג).

לפני שאגש לדיון מרחיב בסוגיות אלו, אציין כי היקף הנושאים הנידונים במאמר זה הינו רחב ביותר, והספרות והפסיקה העוסקים בהסדרה החוקתיים של ישראל הינם עצומים וממשיכים להתפתח בנחשולים, במיוחד לאחר מה שכונה המהפכה החוקתית. הרצון לתחום את המאמר לגבולות סבירים מחד, ולהציג תמונה וטיעון רחבים לגבי טבע העשייה וההסדרים החוקתיים של ישראל מאידך, מחייבים אותי להתמקד בשתי התקופות האמורות (קום המדינה ולמן שנות השמונים). אולם, גם אז יתועל הדיון פחות בצורה כרונולוגית היסטורית ויותר לשם הדגשת והבהרת הטיעון והמסקנות שבמאמר תוך התמקדות בסוגיות נבחרות. למותר לציין כי למרות הנקיטה במתודה זו אני מאמין כי הטיעון והמסקנות שבמאמר מאפיינים את ההיסטוריה החוקתית של ישראל בכללותה.

חלק א: מחלוקות והעשייה החוקתית עם קום המדינה

ב. אי הסכמה כמאפיין ההיסטוריה היהודית והציונית בארץ ובגולה

למעשה, נראה שמחלוקות היו מאז ומתמיד "המצב הטבעי" של העם היהודי.² המאפיין המרכזי של הלכת התלמוד, כתב שופט בית המשפט העליון בדימוס חיים כהן, הוא חילוקי הדעות: כמעט ואין בעיה משפטית שחכמינו לא נמצאו חלוקים לגביה.³ ראויים לציון במיוחד הם

² על "הגן המתדיין" המאפיין את העם היהודי והחברה הישראלית חיים שייך **מדינת היהודים שלב הסיכומים: הרב עובדיה יוסף והנשיא אהרון ברק** (תל-אביב, תשס"ג) 201.

³ Haim Cohn "The Spirit of Israel Law" in *International Lawyers Convention in Israel 1958* 13, at p. 15 (Jerusalem, 1958). ועל מחלוקות כמאפיין מרכזי של ההלכה היהודית וההצדקה להן ראו גם Jeffrey I. Roth "The Justification for Controversy under Jewish Law" 76 *Cal. L. Rev.* 337, 338-339 (1988).

חילוקי הדעות בתלמוד בין בית הלל לבית שמאי. למרות שלרוב, הלכה נפסקה על פי בית הלל, נאמר כי "שניהם דברי אלוהים חיים" מתוך הכרה בתרומתם ופוריותם של מחלוקות להתפתחות המשפט העברי. למרות זאת, ידועים באותה מידה במורשת היהודית תוצאותיהן ההרסניות של מחלוקות. לפי התלמוד, הטעם לחורבן בית המקדש השני על ידי הלגיונות הרומאיים הוא שנאת החינם בה היו אשמים היהודים אחד כלפי השני עת עסקו ללא לאות בסכסוכים טריוויאליים חסרי משמעות ושלא לשם שמיים.

חורבן בית המקדש השני ושיכונם של המוני העם היהודי בגלות לא הביאו לסופו של העם היהודי ובוודאי שלא לסופם של מחלוקות וסכסוכים פנימיים. חוקרי היסטוריה ומדעי המדינה מציינים, כי למרות שכל פלגי העם היהודי היו שותפים לאמונה בגאולה ובחזרה לארץ האבות, הרי שבזמן ישיבתם בתפוצות התעצמו המחלוקות בקרב הפלגים השונים. ראשית, בהעדרה של סמכות עליונה וסופית, אזרחית או דתית, שיהיה ברשותה הכוח לאחד את העם היהודי, פיתח כל מרכז יהודי מנהגים, פרקטיקות ופרשנויות משלו לתורה ולהלכה. שנית, למרות שיהודים רבים זכו לממשל עצמי בניהול ענייניהם הפנימיים בטרטוריות זרות, הרי שלמעשה לא הייתה סמכות עליונה וסופית גם בתוך הקהילות עצמן.⁴ מצב דברים זה היה תולדת ההרכב החברתי, האידיאולוגי והדתי המגוון, שאפיין את הקהילות היהודיות. לכן, סמכותם של מנהיגי היישוב היהודי המסורתי הייתה לרוב נתונה לערער, כששום סמכות אינה סופית.

הציונים, שתמכו בהקמתה של מדינה יהודית בארץ ישראל, התמרדו בתבניות החיים והקיום היהודיים בגולה, ושאפו לייסודה של תבנית חברתית, פוליטית, כלכלית ותרבותית "נורמאלית" שתעשה את העם היהודי ככל העמים.⁵ הם תפסו את הפוליטיקה היהודית המסורתית כאימפוטנטית ופסיבית, מעוררת מחלוקות ומדנים ונגועה בחוסר כבוד לסמכות. מנהיגי הציונות הכירו בצורך באחדות, בצורך להתגבר על מחלוקות וסכסוכים, ותאבו את העובדה כי גם בעיתות משבר לא היה מסוגל העם היהודי להתאחד. אולם למרות המכנה המשותף הברור בין כל הציונים – הטענה כי ארץ ישראל מהווה את המולדת הלאומית של העם היהודי ובה יזכה להגדרה עצמית – ולמרות ההכרה של מנהיגי הציונות בחשיבותה של האחדות הלאומית, הרי שמעולם לא הייתה אידיאולוגיה ציונית אחידה.⁶ במקום זאת, התאפיינה הציונות כבר בראשית דרכה, ובמיוחד לאחר תחילת המאה העשרים, בהיותה פקעת של אידיאולוגיות: ציונות עבודה, ציונות רביזיוניסטית, ציונות כללית, ציונות דתית-לאומית ואידיאולוגיות אחרות.⁷ המאבק בין תפיסות העולם, העמדות והציוויים השונים של הציונות היה מאבק על אופייה של מדינת ישראל, המדינה שבדרך. הויכוח היה ביחס לערכי היסוד, המטרות והשאיפות של המדינה. חוקרים במדעי המדינה נוהגים להציג את השסע בין הפלגים השונים בציונות כמונע על ידי המתח

⁴ Alan Dowty "Zionism's Greatest Conceit" 3(i) *Israel Stud.* 1 (1998)

⁵ *Id.* at p.4; Pnina Lahav *Judgement in Jerusalem: Chief Justice Simon Agranat and the Zionist Century* (Berkeley, 1997) xiii.

⁶ Isaiah Friedman "Gideon Shimoni—The Zionist Ideology" 3(i) *Israel Stud.* 251 (1998) ראו גם אפרים יער וזאב שביט "רקע היסטורי לדיון בחברה הישראלית: האידיאולוגיה הציונית והחברה היישובית" **מגמות בחברה הישראלית** (אפרים יער וזאב שביט עורכים, כרך א, תל-אביב, תשס"א) 1, בע' 9.

⁷ **שם**, בע' 10 - 21. לצד ארבעת הזרמים המרכזיים בתנועה הציונית התקיימו זרמים נוספים ביישוב היהודי לפני קום המדינה: ברית שלום, הימין הרדיקאלי, העבריות, היהדות החרדית, המפלגות הקומוניסטיות. **שם**, בע' 21 - 23.

בין אלמנטים פרטיקולאריים של ערכים לאומיים לבין אלמנטים אוניברסאליים של ערכים הומניסטיים:

"בתשתית האידיאולוגיה הציונית היו גלומות סתירות פנימיות בין מרכיביה, לפחות בכוח אם לא בפועל. הסתירה הבולטת ביותר היתה בין הערכים הפרטיקולריסטים היהודיים, שהשתקפו בשאיפה למדינת-לאום, לבין ערכים הומניסטיים-אוניורסליים."⁸

למרות שהניסיון ליישב בין האופי הדמוקרטי והאופי היהודי של המדינה היה ועודנו אבן פינה של מרבית הפלגים והסיעות, הרי שהם היו חלוקים לגבי הערכים, העקרונות והמטרות שעל פיהם יש לכוון את האומה הישראלית. יתרה מכך, הפלגים השונים היו חלוקים על הדרכים והאמצעים בהם יש לנקוט על מנת להשיג את המטרה של ייסוד מדינה יהודית בארץ ישראל. ערב הקמתה של מדינה יהודית בארץ ישראל, היה נהיר לכל כי התנועה הציונית לא רק שלא ריפאה את הפוליטיקה היהודית ממחלוקות, שסעים, פלגים וסכסוכים, אלא אף יצרה לרוב מחלוקות חדשות על אלו הקיימות. חילוקי דעות מוסריים, פוליטיים ותרבותיים נותרו המאפיינים הראשיים של העם היהודי גם כאשר חזר לדרוש לעצמו את מולדתו ההיסטורית.

ג. העשייה החוקתית עם קום המדינה

למרות המגוון הרחב של אידיאולוגיות, תפיסות-עולם והשקפות פוליטיות ודתיות שנכללו בתנועה הציונית, הרי שהושגה אחדות מספקת להפיכת החלום הציוני למציאות עם ההכרזה על הקמת מדינת ישראל (להלן: ההכרזה).⁹ למעשה, זה מה שהפך את ההכרזה להישג משמעותי. סביר להניח, כי מייסדי המדינה והארכיטקטים של ההכרזה לא צפו במדויק האם וכיצד תהפוך ליסודותיה המשפטיים של מדינת ישראל,¹⁰ והאם וכיצד תסייע לבית המשפט העליון בהגנה על

⁸ דן הורוביץ ומשה ליסק *מצוקות באוטופיה: ישראל – חברה בעומס יתר* (תל-אביב, 1992) 157. שם, בע' 19 - 20. Erik Cohen "The Changing Legitimations of the State of Israel" *5 Studies in Contemporary Jewry* 148-165 (1989). כהן מסביר כי לגיטימיות מדינת ישראל עצמה נשענת על המתח בין יסודות פרטיקולריסטים ליסודות אוניברסליים. ראו גם Garry Jeffrey Jacobsohn *Apple of Gold: Constitutionalism in Israel and the United States* (Princeton, New Jersey, 1993) 3-18. פנינה להב "יד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על-פי השופט אגרנט" *עיוני משפט* טז (תשנ"א) 475, בע' 479 - 480. אורית קמיר "לימגילה" יש שתי פנים; סיפורן של 'הכרזת המדינה הציונית' ו'הכרזת המדינה הדמוקרטית'" *עיוני משפט* כג (תשי"ס) 473. Mark Tushnet "Book Review: The Universal and the Particular in Constitutional Law: An Israeli Case Study" *100 Colum. L. Rev.* 1327 (2000).

⁹ בשנים האחרונות אנו עדים לגל של כתיבה האקדמית המנסה לעמוד על טיבה של הכרזת העצמאות ראו קמיר, שם. אליקים רובינשטיין ונעם סולברג "הכרזת העצמאות של מדינת ישראל: אחרי בלותה (כמעט) היתה לה עדנה" *נתיבי ממשל ומשפט: סוגיות במשפט הציבורי בישראל* (ההוצאה לאור, תשס"ג) 179; אליאב שוחטמן "הכרזת העצמאות כמקור לזכויותיו הלאומיות של העם היהודי על ארץ ישראל" *משפט וממשל* ה (תשי"ס) 427; יזהר טל "הכרזת העצמאות – עיון היסטורי-פרשני" *משפט וממשל* ו (תשס"ג) 551; יורם שחר "הטיטות המוקדמות של הכרזת העצמאות" *עיוני משפט* כו (תשס"ג) 523.

¹⁰ ברבות הימים, נתגלעה מחלוקת בין מלומדים כיצד יש להבין את הכרזת העצמאות כחלק מיסודותיה המשפטיים של מדינת ישראל. היו שייחסו להכרזה אופי דקלרטיבי בלבד שלמה פרלס "תקפם של החוקים מתקופת המנדט במדינת ישראל" *הפרקליט* ו (תשי"י) 207. אך לגישת מלומדים רבים ההכרזה היתה בעלת אופי קונסטטיטוטיבי. ראו משה שטרנברג "הנורמה הבסיסית של המשפט הישראלי" *הפרקליט* ט (תשי"ג) 129, בע' 137.

זכויות וחירויות אזרחיות.¹¹ ספק הוא אם הם שקלו כלל עניינים אלה.¹² ההכרזה הייתה הישג משמעותי. לא רק בשל העובדה שנוצרה במהלך הקרב על קיומה של המדינה שבדרך;¹³ לא רק בשל העובדה שההכרזה שמה קץ ללבטים בדבר המועד הראוי להגשמת המטרה של ייסוד מדינה יהודית ריבונית. ההכרזה הייתה הישג משמעותי בשל העובדה שהיא אפשרה, אכלסה והכילה מחלוקות אידיאולוגיות חריפות בתוך מסגרת מדינית חדשה. היה זה הישג חשוב, מכיוון שהקמתם של מוסדות המדינה הזמניים נעשתה על רקע של הכרה בקיומן של מחלוקות. הכיצד? ראשית, ההכרזה הכירה ואפשרה מחלוקות רעיונית בכך שאימצה נוסחה המבססת את לגיטימיות המדינה החדשה על אלמנטים פרטיקולריסטיים בדבר "זכותו ההיסטורית והטבעית של העם היהודי" לבית לאומי מחד, ועל ערכים הומאניים אוניברסאליים של "חירות, שלום וצדק" מאידך. שנית, ההכרזה הורתה על הקמת מוסדות זמניים (כגון מועצת המדינה הזמנית והאסיפה המכוננת) שנועדו להכיל ולאכלס את הזרמים, הפלגים והסיעות של התנועה הציונית הלכה למעשה. כך הושגה האחדות, שנדרשה באותה עת של בין המצרים. למרות ולאור קיומן של מחלוקות, עמדה אחת אומצה על ידי כולם: קונצנזוס לעצמאות.

הישגה המשמעותי של ההכרזה בולט במיוחד לאור כישלונה של מדינת ישראל לאמץ חוקה. הכרזת העצמאות לא התיימרה להיות חוקה, אלא קבעה מפורשות כי החוקה תיקבע על ידי האסיפה המכוננת. אך, עתה, חילוקי דעות בין סיעות ופלגים שונים תפסו את מרכז הבמה הפוליטית ומנעו קבלתה של חוקה. פלגים דתיים, שכללו בעיקר את הציונים-הלאומיים והציונות הדתית, לא דחו כליל את רעיון החוקה.¹⁴ אך הם חשו כי יש לבססה על עקרונות התורה

בדומה ראו יצחק הנס קלינגהופר "הקמת מדינת ישראל: סקירה היסטורית-חוקתית" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** (ירושלים, תשנ"ג) 53, בע' 75. אך ראו בנימין אקצין "ההכרזה על הקמת מדינת ישראל" **ספר יובל לפנחס רוזן** (ירושלים, תשכ"ב) 52, בע' 54, שלפיו רק לאחר שנוסף להכרזה אופי אפקטיבי זכתה לרכוש מעמד משפטי יסודי.

¹¹ ציוני דרך בהגנה על זכויות וחירויות האזרח תוך הסתייעות בהכרזת העצמאות הם בג"ץ 95/49 אל-כורי נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד ד 34א; בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, בע' 884; בג"ץ 626/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, בע' 2116; בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' שר הדתות, פ"ד מב(2) 221, בע' 274.

¹² אליקים רובינשטיין "הכרזת העצמאות כמסמך יסוד של מדינת ישראל" **משפט וצבא** 13 (תשנ"ט) 11, בע' 12.

¹³ ניסוחה של הכרזת העצמאות נעשה כשהמלחמה הייתה בשיאה ומנהיגי היישוב התבשרו על הכנות לפלישה מסיבית של צבאם הסדיר של המדינות הערביות השכנות, ראו Tuvia Friling and S. Ilan Troen "Proclaiming Independence: Five Days in May from Ben-Gurion Diary" 3(i) *Israel Stud.* 170, 172.

¹⁴ לאורך השנים נתגלעה מחלוקת בקרב אנשי ציבור ומלומדים האם ליחס באופן גורף את הכישלון לאמץ חוקה עם ייסוד המדינה לעמדת המפלגות והסיעות הדתיות. הדעה השכיחה בקרב הציבור הרחב הייתה כי הדתיים ניצלו את כוחם הפוליטי ומנעו קבלתה של חוקה. ראו לדוגמא Dowty, *supra* note 4, at p. 11. אך היום מסתמן קונצנזוס בקרב חוקרים שונים, כי התנגדות הפלגים הדתיים שימשה עלה תאנה בידי בן גוריון, ראש הממשלה דאז, וגורמים במפלגת מפאי. בן גוריון וחלקים נרחבים ממפלגת מפאי ביקשו לחמוק ממחויבותם לקבוע חוקה מטעמים שונים ומגוונים (שלפחות חלקם היו טעמים מפלגתיים צרים), ומכאן שאין ליחס את הכישלון באימוצה ישירות להתנגדות הפלגים הדתיים ראו: Giora Goldberg "Religious Zionism and the Framing of Constitution for Israel" 3(i) *Israel Stud.* 211, 212 (1998); Philippa Strum "The Road not Taken: Constitutional Non-Decision Making in 1948-1950 and its Impact on Civil Liberties in the Israeli Political Culture" in *Israel: The First Decade of Independence* (S. Ilan Troen and Noah Lucas eds., State University of New York Press) 83, 87; Emanuel Rackman *Israel's Emerging Constitution 1948-51* (New York, 1955)

וההלכה,¹⁵ כי עליה להבטיח את עליונות ההלכה היהודית בתחום הנישואין והגירושין,¹⁶ וכי עליה להכיר בשבת ובמועדי ישראל כימי מנוחה רשמיים.¹⁷ מפא"י, הגדולה מבין המפלגות באותה עת, העדיפה לרוב ייסודה של מדינה חילונית, למרות שלא התנגדה לשילובם של מוטיבים יהודיים היסטוריים כחלק מהסדר המשפטי החדש.¹⁸ מפלגות שמאל אחרות, כמו מפ"ס, קיוו לכונן מדינה חילונית לחלוטין, ובכלל זה ייסודו של חוק נישואין וגירושין אזרחי ליהודים ולבעלי דתות אחרות.

לגבי אופייה החברתי כלכלי של המדינה, הרי שפלגים סוציאליסטים שאפו לעגן בחוקה זכויות חברתיות וכלכליות והיו אף כאלו שסברו כי החוקה צריכה לפרט את הדרכים להגשמת זכויות אלו.¹⁹ פלגים אלו תבעו גם הענקת עדיפות למפעלים ויוזמות קואופרטיביים בחקלאות ובתעשייה ודרשו הלאמתם של המים, האדמה, החשמל והמחצבים.²⁰ לעומתם מפלגות לאומיות וסיעות מרכז, דוגמת הציונים הכלליים, דרשו ביסוסן של הגנות חוקתיות ביחס לבעלות פרטית על הקניין וביחס לתחרות החופשית.²¹ השקפת עולמם של פלגים אלה הייתה כי להון הפרטי תפקיד מכריע בהתפתחותה של הכלכלה הצעירה, וכי אין צורך במהפכה סוציאליסטית מקום שההון אינו מוחזק בידי מעטים.

Peleg "Israel Constitutional Order and *Kulturkampf*: The Role of Ben-Gurion" 3(i) *Israel Stud.* 230 (1998), at p. 236.

¹⁵ בנימה זו כותב זרח ורהפטיג *חוקה לישראל דת ומדינה* (ירושלים, 1988) 45.

¹⁶ ש"ס, בע' 42 - 44.

¹⁷ ש"ס.

¹⁸ Rackman, *supra* note 14, at p. 17.

¹⁹ ראו דברי חברי הכנסת יזהר הררי (המפלגה הפרוגרסיבית) בזכות עיגונה של הזכות לעבוד בחוקה המתגבשת: "בחוקות חדשות ישנם גם סעיפים כלכליים – זכותו של אדם לקבל עבודה, וחובת השלטון לספק עבודה לכל אדם. גם זאת יש צורך לקבוע בחוקה, ולא מספיק לומר שאם אין זה אסור בחוקה – הרי שאדם רשאי וזכאי לעבוד. צריך שיתנו לו עבודה, שיספקו לו עבודה. זוהי אחת החובות של השלטון." ד"כ 4 (תשי"ז) 779. ראו גם ח"כ מאיר וילנר (מק"י): "חוקת-יסוד צריכה לכלול בתוכה את הזכויות הסוציאליות היסודיות של האזרח במדינה, וראשית-כל את הזכות לעבודה, למנוחה, לביטוח סוציאלי, לחינוך ובריאות על חשבון המדינה." ד"כ 4 (תשי"ז) 802. על המאבק לעגן זכויות חברתיות במשפט החוקתי הישראלי עם קום המדינה ראו גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" *שנתון משפט העבודה ז* (תשנ"ט) 65, בע' 72 - 73; ענת מאור "חור פעור בספר החוקים: הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות-כלכליות – כרוניקה של כשלון החקיקה" *זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות* (יורם רבין ויובל שני עורכים, תל-אביב, תשס"ה) 195.

²⁰ ראו ח"כ מאיר וילנר (מפלגת מק"י): "החוקה צריכה לכלול דרישה... הנובעת מצרכי המדינה, והיא – שאוצרות הטבע יהיו שייכים למדינה, ולא יהיו שלל לחברות זרות, בניגוד לאינטרס הפיתוח של המדינה. דבר כזה צריך להיכלל בחוקה גם עכשיו, בכנסת הקיימת." ד"כ 4 (תשי"ז) 803.

²¹ כך ניתן למצוא בדברי ח"כ מנחם בגין, כתוארו דאז, בישיבת מליאת הכנסת בדבר חוקת המדינה תמיכה ברורה במדינת "שומר הלילה" ותפקידה של החוקה ביישומה של תפיסה זו: "צא וראו, רבותי. פעם בתקופה שבה פרח המחשבה הליבראלית, נחצבה אימרה על סמכות המדינה, שיש להגבילה לתפקיד של 'שומר לילה'. ... אצלנו מתקבל הרושם כי נמצאה תשובה סופית לשאלה, מהו משטר-החיים שנקים במדינה. לא זו בלבד שנרחיב את סמכות מנגנון הממשלה על כל שטחי החיים, אלא נהפוך את המדינה שתהיה בבחינת 'גב לילה'. ... אנו רוצים מדינה חופשית. אנתו רוצים במדינה שבה האזרח יוכל לנשום את אוויר החירות שבה, שהוא יהיה בעל ביתו, שכבודו לא יירמס על ידי נושאי השררה, שהוא ירגיש את עצמו מוגן על ידי החוקה, שידע מה הן זכויותיו גם כלפי נושאי השררה." ד"כ 4 (תשי"ז) 739.

לגבי אופייה הלאומי של המדינה, תמכו זרמים לאומיים, כמו תנועת החרות, באידיאולוגיה לאומית, אם לא לאומנית, וקראו להתרחבות וכיבוש של טריטוריות נוספות. לכן דרשו כי בחוקה לא ימצא כל זכר לויתור על זכויות או חלק מארץ ישראל ההיסטורית.²² בהתאם, ביקשו זרמים אלה כי החוקה תתעלם מהחלטת עצרת האומות המאוחדות לגבי חלוקת ארץ ישראל לשתי מדינות. המפלגה הקומוניסטית, לעומת זאת, דרשה את מילוי המלא של החלטת עצרת האומות המאוחדות, ודרשה הגנה חוקתית למיעוט הערבי ובכלל זה השבת פליטים והענקת אזרחות לכל אדם שהתגורר בגבולות מדינת ישראל עם תום המנדט הבריטי.²³

אלו הן רק חלק קטן מהמחלוקות שהכבידו על המאמצים לקבל חוקה עם קום המדינה. את רוב המחלוקות הללו ניתן להכליל בקטגוריה של "מחלוקות מהותיות" - מחלוקות ביחס למדיניות מהותית, לתפיסת טוב מהותית, לעקרונות צדק מהותיים, או לזכויות מהותיות אותם נדרשת החוקה החדשה לעגן ולקדם. אך היו גם מחלוקות מסוג נוסף שמנעו קבלתה של חוקה עם קום המדינה. בין מייסדי המדינה והפלגים השונים התגלעו גם "מחלוקות מבניות" או "מחלוקות מוסדיות" - מחלוקות ביחס להסדרים והמוסדות החוקתיים הראויים אותם יש לייסד.²⁴

באופן כללי ניתן לומר כי הקונצנזוס בין הפלגים הפוליטיים השונים היה כי יש לייסד צורת משטר דמוקרטית, שתעניק לכל אזרח זכויות השתתפות והשפעה שוות בהליכים פוליטיים הקובעים חוקים ומדיניות.²⁵ קונצנזוס זה כלל גם הטלת תפקיד מרכזי להכרעת רוב כחלק מהליך קבלת ההכרעות הפוליטיות.²⁶ אולם למעשה, קונצנזוס זה היה צר ביותר, שכן הפלגים היו

²² Rackman, *supra* note 14, at p. 17.

²³ *Id.* at p. 35.

²⁴ על הבחנה דומה בין מחלוקות לגבי מטרות למחלוקות לגבי פרוצדורות ראו גם Jeremy Waldron *Law and Disagreement* (1999, Oxford), at p. 151-163.

²⁵ עם זאת, היו שהתנגדו לשימוש במונח "צורת שלטון דמוקרטית" בתארים את סדרי המשטר העתידיים במדינת ישראל, ראו פי דייקן "חוקת הייסוד למדינת ישראל" הפרקליט 1 (תש"ט) 2, בע' 3: "פחות מקוריות הן ההנחות על צורת השלטון הדמוקרטית [המצויות בהצעת החוקה של ד"ר פנחס יהודה הכהן], שלרובן כבר הסכנו עוד בתקופת היותנו מדינה בדרך. לא רצוי, לדעתי להשתמש במונח 'דמוקרטיה', שהוא לא רק ביטוי לועזי המעיד כמאה עדים על מוצאו הזר, אלא גם מונח נדוש, שמנסים לתת לו משמעויות שונות, הפוכות זו מזו. יש לנו צורת דמוקרטיה מזרחית, מערבית ועממית, ומוטב להשתמש במונח 'מדינה שוחרת חופשי' שעדיין נראה להיות מדויק וחד-משמעי יותר..." ראו גם גלגוליו של המונח "דמוקרטיה" בטיטות של הכרזת העצמאות עד שלבסוף סולק מההכרזה כליל, שחר, *לעיל* הערה 9, בע' 559 - 571. אך בעוד שניתן לפרש התנגדויות אלו בעיקר כהתנגדויות סמנטיות למונח דמוקרטיה, היו פלגים שהתנגדו התנגדות מהותית לצורת השלטון הדמוקרטית. היו אלה הפלגים החרדים דוגמת מפלגת אגודת ישראל. דוגמא אחת לעמדות הבלתי דמוקרטיות שביטאה אגודת ישראל עת נדונה קבלתה של חוקה היא הצעתה להתנות את כשירותם של אזרחים להתמנות לנושאי משרה ציבורית בשמירת מצוות, או הטענה כי הם חייבים להיות יהודים.

²⁶ יש לציין כי ישנם חוקרים במדעי המדינה המטילים ספק בקביעה כי ההנהגה והתרבות הפוליטית של היישוב היו אכן מחויבות לצורת משטר דמוקרטית. לפי מלומדים אלה, התלכדות הפלגים הפוליטיים סביב צורת משטר דמוקרטית הייתה משיקולי נוחות ו- *realpolitik*. ראו לדוגמא, הורוביץ וליסק, *לעיל* הערה 8, בע' 191: "מידת ההסכמיות הרבה הקיימת בישראל לגבי ההסדרים הפוליטיים הדמוקרטיים - חופש ההתארגנות הפוליטית, משטר פרלמנטרי, זכות בחירה לכל ועצמאות הרשות השופטת היתה תמיד רחבה, לפחות עד כמה שהדברים היו אמורים בעמדות פוליטיות מוצהרות... עם זאת, לא היתה מידת המחויבות האידיאולוגית לדמוקרטיה שווה בכל חלקי הציבור הפוליטי הישראלי ולא תמיד הייתה קיימת הסכמיות גם לגבי התכנים המשתמעים מהמושג דמוקרטיה. לאמיתו של דבר, היתה הדמוקרטיה הישראלית... מעוגנת במודוס ויונדי פוליטי יותר מכפי שהיתה מעוגנת במחויבות

חלוקים לגבי מה הליך קבלת הכרעות דמוקרטי כולל מלבד הכרעת רוב. יש לציין בעניין זה את ההסכמה בין הסיעות והפגלים השונים לגבי עצם הצורך בקבלתה של חוקה פורמאלית כתובה כחלק בלתי נפרד ממשטר דמוקרטי תקין. תומכי החוקה הכתובה טענו כי יהיה בה כדי להגן על זכויות אדם וכדי להציב גבולות ברורים לכוח השלטון;²⁷ כי חקיקתה של חוקה נחוצה על מנת להשיג לגיטימיות בינלאומית למדינה הצעירה;²⁸ כי היא תהווה סמל לעצמאותה המדינית של ישראל;²⁹ וכי חוקה כתובה תשמש כמכשיר פדגוגי שמטרתו לחנך את אוכלוסייתה המגוונת של ישראל ויהדות התפוצות בעקרונות הפוליטיים של משטר דמוקרטי.³⁰ מגוון רחב זה של טיעונים

ערכית ללא תנאי לתשתית האידיאולוגית שמתוקפה מתקיימים כללי המשחק הדמוקרטיים. ראו גם Daphna Sharfman *Living Without a Constitution: Civil Rights in Israel* (New York, 1993) 33. בהתאם, לפי שרפמן, אימוצם של כללי משחק דמוקרטיים על ידי תנועת העבודה והתנועה הרביזיוניסטית היו מונעים מטעמים פוליטיים מעשיים ולא מתפסית עולמם.

²⁷ ראו דברי ח"כ יעקב גיל (הציונים הכלליים): "[החוקה] משמשת לא רק ביטוי לאפיון [של העם], אלא היא גם מעצבת את אפיון. היא שומרת על זכויות האזרח. יש עוד מעלה לחוקה: היא כובלת את ידי השלטון והופכת אותו למשרת העם. אם הממשלה חורגת מהמסגרת החוקית, אפשר להעמיד אותה למשפט. אם אין החוקה, אי-אפשר להעמיד אותה למשפט, גם אם תעבור על עבירות חמורות ביותר." ד"כ 4 (תשי"י) 745. ראו גם דברי ח"כ מנחם בגין: "אם הממשלה רוצה בחוק – החוק מתקבל, ואם היא רוצה בביטול החוק – הוא מתבטל. וכך אתם עומדים למעשה מעל לחוק. זה המצב במדינתנו. יש כאן כת שלטת העומדת מעל לכל חוק, משום שאין חוקה שתגביל אותה. אתם רוצים להמשיך בכך, וזהו הנימוק האמיתי של התנגדותכם לחוקה, שאינכם מגלים אותו לעם." ד"כ 4 (תשי"י) 740.

²⁸ החלטת החלוקה שאומצה על ידי עצרת האומות המאוחדות ביום כ"ט בנובמבר 1947, שהביאה לסיום המנדט הבריטי על ארץ ישראל ואישרה את חלוקת הארץ לשתי מדינות, יהודית וערבית, קבעה כי המדינה החדשה תנסח חוקה דמוקרטית. G.A. Res. 181 (II), U.N. Doc. A/516 at 131. לכן, היו שהבינו את חקיקת החוקה כחלק מדרישות החלטת החלוקה וכתנאי להשגת לגיטימציה בינלאומית. ראו דברי נחום ניר-רפאלקס, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט בדיון במליאה בדבר חוקת המדינה: "לפי החלטת או"ם מ-29 בנובמבר סעיף 10 נאמר: 'האסיפה המכוננת של כל מדינה... תעבד קונסטיטוציה דמוקרטית למדינתה... לא שמענו אז, לפני שנתיים, אף מלה משום צד, לא בארץ ולא בחוץ-לארץ, נגד הסעיף הזה שבהחלטת או"ם." ד"כ 4 (תשי"י) 715. אך ראו דברי ח"כ בר-רב-האי (מפא"י): "הובאה כאן הסתמכות על החלטת האו"ם, המחייבת אותנו כאילו להכין חוקה. צוטט כאן מה שכתוב בהחלטת 29 בנובמבר של האו"ם. רבותי, מאז זרמו מים רבים מן הירדן לים-המלח. אז היתה מציאות אחרת ומצב אחר. דומה היה אז שהמדינה הולכת ומוקמת מתוך שיתוף פעולה עם גורמי האו"ם, עם ועדת-הביצוע שהיתה צריכה לבוא; אז היה מצב-דברים אחר, ומצב זה נשתנה לגמרי. פעלו גורמים אחרים, והמדינה נוצרה בדרך אחרת. היא נוצרה בדם ואש וקבעה בעצמה את גבולותיה שלא לפי התכנית של או"ם. גם הרכב האוכלוסיה נשתנה, ולא האו"ם יכתוב לנו אימתי יחוקו לעצמם אזרחי המדינה הזאת חוקת-יסוד. הבית הזה סוברן יחידי, והוא יחליט אימתי יגיע זמנה של קונסטיטוציה כזאת." ד"כ 4 (תשי"י) 727. לגישה דומה ראו גם זרח ורהפטיג (החזית הדתית מאוחדת) ד"כ 4 (תשי"י) בע' 729 - 730.

²⁹ ראו דברי ח"כ יעקב גיל (הציונים הכלליים): "יוסמל הסמלים של עם המתחדש במדינה, הוא החוקה. החוקה מסמלת כלפי פנים את האחוה, את הסדר והייעוד; וכלפי חוץ היא מסמלת את ריבונותו ואת עצמאותו של העם." ד"כ 4 (תשי"י) 745.

³⁰ ראו דברי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט נחום ניר-רפאלקס: "...גם אנו רוצים להכניס לחוקתנו את תוכן חיינו... הפרינציפ החלוצי של הנוער שלנו, הפרינציפ של עבודה עצמית, שהוא יסוד המדינה, וקיבוץ הגלויות – על הפרינציפים הללו רוצים אנו לחנך את הדורות הבאים ואת הנוער שלנו בתפוצות הגולה... אתם מתארים לעצמכם איזה ערך, אפילו תעמולתי, היה לזה בשביל הנוער בגולה, אילו היינו מקבלים חוקה אופיינית יהודית המתאימה לארצנו ולעמנו, איך היה הנוער מתייחס לזה." ד"כ 4 (תשי"י) 719. ראו גם ח"כ ישראל בר-יהודה (מפ"ם): "אנחנו חיים בארץ בנסיבות מיוחדות של קיבוץ גלויות, של עדות שונות, יוצאי כל קצות העולם, בעלי הרגלים שונים, וגם... עם קונסטיטוציות לא כתובות שונות ומשונות, ולעיתים מתנגדות וסותרות זו את זו. ומכל הערב רב הזה, רוצים

מראה כי גם בין תומכי החוקה היו חילוקי דעות הריפים. בולטים במיוחד בניגודם הם הטיעון הגורס כי החוקה תספק לגיטימציה בינלאומית והטיעון כי חוקה תהווה סמל לעצמאותה המדינית של ישראל. קבלתה של חוקה על מנת לעמוד בדרישות החלטת עצרת האומות המאוחדות כתנאי לגיטימיות המדינה הצעירה מוכיחה במידת מה את כפיפותה של המדינה ולא את עצמאותה וריבונותה.

בן-גוריון, ראש הממשלה דאז, וחברים אחרים ממפלגת השלטון מפא"י, למרות שהעדיפו חוקה כתובה בשנת 1948, כבר התנגדו לקבלתה בשנת 1949. טיעונם של מתנגדי החוקה נסמך על ארבעה אדנים. ראשית, נטען שחוקה כתובה וקשיחה תגביל את מרחב התמרון של נבחרי העם ולכן באופייה בלתי דמוקרטית.³¹ שנית, מתנגדי החוקה האמינו כי היא תעניק כוח רב מדי בידי המיעוט, דבר שיסכל את בניין הארץ והאומה על ידי הממשלה.³² שלישית, מתנגדי החוקה חששו מפני מלחמת תרבות (*kulturkampf*), שבהתנגשות בין חילונים לדתיים, שתהרוס או לפחות תסכן את מימוש החלום הציוני.³³ רביעית, היה טיעון "קיבוץ הגלויות" לפיו יש לאמץ חוקה רק לאחר

אנו להקים עם אחד... לחוקה יש ערך, באשר עליה מחנכים את אלה שיילחמו אחר-כך נגד הקונטר-רבולוציה. "ד"כ 4 (תשי"י) 734-735. אך ראו עמדתו של ח"כ זרח ורהפטיג (החזית הדתית המאוחדת) שלדיו הגשמת הערך של חינוך הדורות הבאים ויהדות התפוצות דווקא מחייבת אי קבלתה של חוקה בנסיבות האמורות: "חוקה צריכה לשמש גורם חינוכי לנוער בארץ ולתפוצות ישראל בחוץ לארץ. החוקה חשובה מאד כגורם חינוכי ותרבותי בכל העולם. היא צריכה להיות כעין כרטיס-ביקור, שיראה מי הוא העם הזה ומהי המדינה הזאת. החוקה שמציעים או שיציעו אינה מסוגלת לשמש לשני התפקידים הללו. אנו ידועים בעולם כעם של ספר-הספרים. אין לנו כל צורך בכרטיס-ביקור שני, שלא יוסיף, אלא יגרע." ד"כ 4 (תשי"י) 731.

³¹ ראו דברי בן-גוריון בדיון במליאת הכנסת בדיון בדבר חוקת המדינה, בהם הביע את התנגדותו לחוקה כתובה: "בימינו קמו מערערים על דמוקרטיה. טוענים שזוהי דמוקרטיה 'פורמאלית'. ופוסלי הדמוקרטיה הפורמלית בתוכנו נעשו משום מה החסידים הגדולים של החוקה. האין החוקה 'פורמאלית'? האין החוק 'פורמאלי'? ואמנם בארצות שאין בהן דמוקרטיה 'פורמאלית' – בארצות הדיקטטורה, – החוק והחוקה אינם אלא מלה מתה. 'החוק' היחיד זהו רצונו השרירותי של העריץ או תבורת העריצים העומדים מעל החוק... [במשטר דמוקרטי] אין האזרח נדרש לאשר רשימת המועמדים היחידה המוגשת על ידי השליטים – אלא הוא בורר לעצמו נציגיו, ומשום כך הנציגים כפופים לרצון העם ולא להיפך. אולם אין הדמוקרטיה משטר של יכל הישר בעיניו – יעשה'. הכרעת הרוב מחייבת... הדמוקרטיה לא תתקיים – אם נעשה אותה מחוסרת אונים, חידלת-פעולה, נטולת כוח-ביצוע ומשוללת אמצעי התגוננות יעילים." ד"כ 4 (תשי"י) בע' 817-818. ראו גם Peleg, *supra* note 14, at p. 236; Dowty, *supra* note 4, at p. 11.

³² ראו דברי בן-גוריון במליאת הכנסת בדיון בדבר חוקת המדינה: "אם הדמוקרטיה בישראל רוצה להתקיים ולהאריך ימים, היא צריכה להיות מזויינת באמצעי התגוננות ומכשירי פעולה וביצוע שימנעו בעד מיעוטים – ולא רק מיעוטים לא-יהודים, אלא גם מיעוטים יהודים – להשתלט עליה בכוח, פנימי או חיצוני, וקשה להיתמם כל-כך ולא לראות שיש בתוכנו מיעוטים כאלה, אם גם לא כולם מגלים כוונותיהם ושאיופתיים בנידון זה... קיום חוקה 'מיוחסתי' לא תגדיל הכבוד והזיקה לחוק – אלא להיפך תגביר הזלזול בחוק. כל מי שירצה לבעוט בחוק ימצא טענה חדשה – אין החוק מתאים לחוקה. אם אפשר לבעלי פלפול לטהר כל שרץ בקיין טעמים – אפשר בוודאי לפסול כל חוק בת"ק נימוקים." ד"כ 4 (תשי"י) 818.

³³ ראו, למשל, דברי ח"כ תבורי (מפא"י): "היקולטור-קאמפי" ישמש אמתלה ותואנה לסוג מסויים של יהודים בחוץ-לארץ, ויש יהודים כאלה בחוץ-לארץ, המחכים רק לאמתלה כגון זו. היהודים בחוץ-לארץ יאמרו: אמנם כן, יש בארץ ישראל בחורים טובים, שבנו את המדינה, הגנו על המולדת, בנו משק וחברה, אבל מקץ שנתיים הסתבכו במלחמה על קונסטיטוציה ונכנסו לטראנס של מלחמת-אמונות... אם כן, נחכה איפוא ונראה איך יפול דבר, ורק אחר כך נבוא לארץ-לישראל, נביא את ההון שלנו, את המשפחות שלנו. רבותי, זוהי סכנה ממשית מאד!" ד"כ 4 (תשי"י) 774. אך השוו עם דברי ח"כ מאיר יערי (מפ"ם): "החזית הדתית, המטילה חרם על חוקה חילונית, אינה מעיזה מצד שני לתבוע

קיבוצו של העם היהודי מהגלויות ועל ידו.³⁴ טיעון זה פחות נגע לעצם נחיצות החוקה כמטרה בפני עצמה (האם חוקה היא דבר טוב או לא), אלא התמקד בהליך הראוי לקבלתה.³⁵ נטען שקבלתה של חוקה מחייבת הליך בו ניתנת הזדמנות הוגנת להשתתפות לאוכלוסייה הפוטנציאלית כולה.³⁶ לרוב, כינונה של חוקה נעשה עבור אוכלוסייה נתונה המתגוררת בטריטוריה נתונה. אך מצב הדברים בו נתונה הייתה מדינת ישראל היה שונה, אוכלוסייתה הייתה נזילה, והתמורות הדמוגרפיות בהן הייתה שרויה כתוצאה מייסוד המדינה היו בעיצומן. לאור רקע זה תבעו מנהיגים ציוניים שונים כי קבלתה של חוקה תעשה רק בתום התייצבות המצב הדמוגרפי. מיותר

חוקה דתית לאלתר. הם מאיימים עלינו שחוקה חילונית תחולל בתוכנו 'קולטור-קאמפף', ומפאי כאילו נפחדת. משום מה נפחדה פתאים! ושמה נפחדה משום שרצוי לה מטעמי נוחות שלטונית לכלכל את עסקי המדינה בדרך של חוקי-חירוס! אם כך ואם כך – שוב מופעל, ובכל הדרו, אותו 'שמור לי ואשמור לך' הקואליציוני, הידוע לנו כדי שבעה. "ד"כ 4 (תשי"י) 767.

³⁴ ראו דברי ח"כ בר-רב-האי: "חוקה יוצרים, לפי עניות דעתי, לא בתחילת מהפכה, אלא בסיומה. כל חוקה היא נסיון 'להקפאי' עקרונות מסויימים, להנציח אותם, אם אפשר בכלל להנציח דבר מסויים בחיי עם... מצבנו הוא אחר לגמרי. האוכלוסייה שלנו היא שוטפת. איננו עומדים בסיום התהליך של המהפכה שלנו, אלא בתחילתו. כי המהפכה שלנו היא לא הקמת המדינה; הקמת המדינה היא רק אחד השלבים שלה; המהפכה שלנו היא קיבוץ גלויות, המהפכה שלנו היא ריכוז מאכסימאלי של יהודי-העולם בארץ-ישראל. ונשאלת השאלה: האם יכולים אנו כיום, במצב השוטף הזה, לצקת את הדפוסים הקבועים, ליצור את המסגרת הקבועה של מדינת-ישראל?" ד"כ 4 (תשי"י) בע' 726-727.

³⁵ פרופסור רות גביון מציינת כי טיעון קיבוץ הגלויות היה נטוע עמוק באידיאולוגיה הציונית, לפיה מדינת ישראל אמורה להיות מדינה יהודית עבור העם היהודי השוכן בארץ ישראל ובגלויות. גביון מסבירה כי טיעון הגלויות הוא טיעון ייחודי החושף את אחד המאפיינים הייחודיים של מדינת ישראל שכן הוא כמעט בלתי מתקבל על הדעת ובעייתי בעליל בכל מדינה אחרת בעולם. Ruth Gavison "The Controversy Over Israel's Bill of Rights" 15. *Israel Yearbook on Human Rights* 113 (1985) 135. צודקת פרופסור גביון, כי טיעון קיבוץ הגלויות הוא טיעון ייחודי הנטוע עמוק באידיאולוגיה הציונית. עם זאת, יש לציין כי טיעון קיבוץ הגלויות הוא למעשה וריאציה של טיעון כללי הכופר בעצם הלגיטימיות של חוקה כתובה ומשוריינת, המיועדת לכבול דורות עתידיים או אנשים שאינם שותפים לה. שורשיו של טיעון זה הינם עתיקים וניתן לאתרם כבר אצל David Hume במאה השמונה עשרה בהתנגדותו למסורת האמנה החברתית. *David Hume "Of the Original Contract" (1748) in Social Contract: Essays by Locke, Hume, and Rousseau (New York, 1948) 147*. אחת הבעיות עליהן מצביע Hume ביחס למסורת האמנה החברתית היא התבססותה על הסכמה היסטורית, חוזה היסטורי או חוקה היסטורית בין החברים הראשונים של הקהילה. Hume טען, כי העובדות והראיות ההיסטוריות אינן תומכות בטענה כי תברות מודרניות מבוססות על הסכם קדום מעין זה, ומלבד זאת ויותר חשוב לעניינו, ההצמדות להסכם היסטורי מניחה כי הסכמת האבות יכולה לחייב את הבנים – דבר שנראה בלתי מוסרי בעליל. ההשלכות של טיעון זה על הסדרים חוקתיים היא עצומה, שכן חוקות לרוב מתוכננות לשרוד שנים רבות ואף לכבול דורות עתידיים. לכן, אפילו מלומדים כמו טום פיין ותומס ג'פרסון שראו בחוקה האמריקאית מעין חוזה בסיסי המייסד את החברה האמריקאית ודחפו לאישורה גרסו שכל דור צריך לקבוע חוקה לעצמו ראו Tom Paine "The Rights of Man" in *The Life and Major Writing of* *Thomas Paine (Philip Foner ed., New York, 1961) at p. 251*. ראו בעניין זה גם הצעתו של ח"כ נחום ניר-רפאלקס כי החוקה תחייב דור אחד בלבד ותהיה פתוחה לרביזיה כל עשרים שנה ד"כ 4 (תשי"י) 718. כאשר מביטים על טיעון קיבוץ הגלויות מתוך המשקפיים של הטיעון של Hume אנו רואים כי השיקול המכריע הוא חוסר הנכונות לכבול דורות עתידיים או קבוצות שאינם שותפים לקבלת החוקה, ושיקול זה היווה באופן מסורתי שיקול הכופר בלגיטימיות העשייה החוקתית.

³⁶ Amos Shapira "Why Israel has No Constitution" 37 *St. Louis Univ. L. Rev.* 283, 285.

לציין, כי טיעונים אלה לא שכנעו את תומכי החוקה הכתובה שייחסו לבן גוריון ולמפלגת השלטון מניע נסתר – הרצון שלא להיות מוגבלים על ידי או כפופים לחוקה כתובה ונוקשה.³⁷

אך מחלוקות מבניות ומוסדיות לא נסבו רק על הצורך בחוקה כתובה או ההליך הראוי לקבלתה.³⁸ חוסר הסכמה התגלע גם בנוגע לסוגיות מבניות ומוסדיות אחרות. הייתה אי הסכמה לגבי ההרכב והמבנה של הרשות המחוקקת. מפלגת הציונים הכללים והמפלגה הפרוגרסיבית העדיפו מחוקק שיורכב משני בתי מחוקקים, זאת מתוך אמונה כי בית מחוקקים נוסף יתרום בתיקון טעויות בחקיקה.³⁹ מפא"י ומפלגות נוספות, לעומת זאת, העדיפו באופן כללי בית מחוקקים יחיד. היו מפלגות, כגון חרות, שתמכו בבחירות אזוריות לרשות המחוקקת, כך שנציגי הציבור יבחרו במחוזות השונים, בעוד שאחרות, דוגמת המפלגה הקומוניסטית, העדיפו בבחירות כלליות לאומיות. מפלגת מפא"י הייתה מפולגת בסוגיה זו. למרות שבמצע המפלגה לבחירות ב-1949 נכתב כי היא תומכת בבחירות כלליות, הרי שרבים מנציגיה תמכו בבחירות אזוריות. יש אף המייחסים את התנגדות בן גוריון לחוקה לחוסר רצונו בעיגון חוקתי של שיטת הבחירות הכלליות, שהיה מצמצם באופן ניכר את הסיכויים לשנותה בעתיד.⁴⁰ חוסר הסכמה היה גם בנוגע למבנה הרשות המבצעת וראש המדינה: הנשיא. מפא"י העדיפה כי הנשיא יבחר על ידי המחוקקים, וכי יואצלו לו כוחות וסמכויות מינוריים. מפלגת חרות ביקשה שהנשיא יבחר בבחירות כלליות ולאומיות. הציונים הכלליים והמפלגה הפרוגרסיבית דרשו כי יופקדו בידי הנשיא סמכויות שוות ערך לסמכויותיו של נשיא צרפת, וכי תוענק לו הסמכות לפזר את הכנסת ולקרוא לבחירות חדשות. ראויה לציין במיוחד גם המחלוקת ביחס לצורך בביקורת שיפוטית כמכשיר לאכיפתה של החוקה. היו שטענו כי הפקדת סמכות הביקורת בידי בתי המשפט עשויה להוות כוח מעכב בתוך המערכת הפוליטית הישראלית שיעדיף זכויות קניין על פני זכויות אדם וקידמה.⁴¹ אחרים טענו כי

³⁷ ראו דברי ח"כ מנחם בגין: "הייתם מוכנים לחייב את האומה לחתימה על גבולות שהיו חונקים את העליה בעודה באבה, ולא היו מרשים לאלה שבאו למדינת-ישראל להגיע. הייתם מוכנים לחייב את האומה בחתימה על שלטון זר בירושלים. אחד מדוברי הצד הזה סיפר לנו על 'יחמת העם' שנתגלתה בישיבת הוועד הפועל הציוני, בה הוחלט להסכים לביטאומה של ירושלים לפני שנתיים. הייתם מוכנים לקבל התחייבות. ועכשיו! עכשיו אתם מוכנים לחתום חוזה-שלום עם מדינת עבדאללה ולהפקיר את ירושלים העתיקה, בית-לחם וחברון, ואתם מוכנים לחייב את האומה לדורות, ואת היהודים הנמצאים בגולה לדורות על כך ששטחי-הארץ יישארו מחוץ לגבולות מדינת-ישראל. ופתאום נעשיתם צנועים כאלה, ענוותנים כאלה, אינכם מוכנים לחייב את העם בחוקת-יסוד שתתן לו את זכותו שתבטיח את מדינתו, שתעמיד גם את הממשלה במקומה! אתם מוכנים לחייב את העם היושב בגולה בדברים חמורים יותר מאשר חוקה כתובה, ואל תספרו לנו שדוקא במקרה זה אינכם מעיזים לחייב את העם." ד"כ 4 (תשי"ז) 739.

³⁸ מחלוקת נוספת שצצה ביחס למכשיר של חוקה כתובה נגע לצורתה וניסוחה. כפי שהוסבר לעיל, מפלגות סוציאליסטיות, כמו מפ"ם, דרשו שהחוקה הכתובה לא רק תעגן זכויות חברתיות וכלכליות אלא גם תתאר את הדרכים וההסדרים למימושם. מפלגות אחרות, דוגמת הציונים הכלליים והפרוגרסיבים הציעו חקיקתה של חוקה קצרה ותמציתית שתעגן עקרונות כלליים בלבד, על מנת שתשרוד זמן רב. ראוי לציין כי התנגדותם של הציונים הכלליים והמפלגה הפרוגרסיבית לחוקה מפורטת הייתה בשל החשש כי היא תוביל לתוצאות בלתי צפויות שכן השמטות מהחוקה עשויות להוות בסיס לפרשנות יתר. היום מלומדים רבים מאמינים דווקא כי חוקה עמומה, המעגנת עקרונות כלליים בלבד, צופנת בחובה סכנה גדולה יותר של תוצאות בלתי צפויות.

³⁹ Rackman, *supra* note 14, at p. 25.

⁴⁰ גיורא גולדברג "כשנוטעים עצים אין צורך בחוקה" – על בניין מדינה וכינון חוקה "מדינה ממשל ויחסים בינלאומיים 38 (תשנ"ג) 29, בע' 44.

⁴¹ בן-גוריון, לדוגמה, טען כי ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית היא לא רק בלתי דמוקרטית אלא גם עשויה להוביל לחוסר צדק משווע: "[בארה"ב] בית המשפט העליון לקח לעצמו הזכות, אם כי הדבר לא פורש בחוקה, לקבוע אם

את הביקורת על פי החוקה יש להפקיד בידי טריבונל מיוחד בהליך מיוחד;⁴² כי יש להגביל את הביקורת השיפוטית לתקופה קצובה לאחר חקיקת החוק; או כי החוקה תסמיך את המחוקק להתגבר על הקביעה השיפוטית של העדר חוקתיות על ידי רוב מיוחד.

מניתוח זה עולה כי היו אלה מחלוקות לרוחב ולאורך השדה החוקתי, על עקרונות והסדרים חוקתיים, שמנעו קבלתה של חוקה. לעיתים נדמה שלכל שני חברי כנסת היו שלוש עמדות. דוגמא מאלפת לכך היא כמובן בן גוריון וזרח ורהפטיג, מהאנשים המעוררים ביותר בעשייה החוקתית עם קום המדינה, שבהתחלה תמכו במידת מה בחוקה, לאחר מכן התנגדו נחרצות לקבלתה, ולבסוף טענו כי כבר התקבלה. אבות האומה הישראלית היו חלוקים ביחס לערכים, לשאיפות ולמטרות, שהחוקה החדשה תידרש לקדם. הם היו חלוקים גם לגבי המבנה המוסדי שהחוקה אמורה הייתה לייסד והאם יש בכלל צורך בחוקה כתובה. היו אלו מחלוקות לגבי מבנה ומוסדות בנוסף למחלוקות לגבי עקרונות, שאיפות ומטרות שהביאו לכישלון לאמץ חוקה. אין ספק, כי לפחות חלק מהמחלוקות הנ"ל היו ניתנות לגישור, חלק אחר לא. יש המאמינים כי מנהיגי היישוב היהודי בארץ חששו באמת ובתמים ממלחמת תרבות בין חוגים חילוניים לחוגים דתיים, שהייתה עשויה להתפתח מעימות עם המפלגות הדתיות, ושהייתה עלולה לסכן את פרויקט בניין האומה באותה עת. אחרים מאמינים כי בן גוריון פשוט הגיע למסקנה כי תינתן לו גמישות שלטונית רבה יותר ללא חוקה. בכל מקרה, היו אלה חילוקי דעות יסודיים שמנעו קבלתה של חוקה כתובה עם קום המדינה. כל פלג וסיעה נתן פרשנות משלו למה שניתן לכנות תנאי הלגיטימיות של מדינה יהודית ודמוקרטית. בהתאם, כישלונה של ישראל לאמץ חוקה עם קום המדינה מצטייר באור סקטוריאלי, לפיו שיקולים מפלגתיים וסיעתיים צרים וקצרי טווח זכו למשקל רב ומנעו אימוצה של חוקה. כל פלג שאף לקדם את טובתו שלו על פני טובת הקהילה בכללותה. מחויבות לשאיפות וערכים מפלגתיים צרים הובילו למחויבות אינטרסנטית למבנה ומוסדות מסוימים.

ד. החלטת הררי והמחלוקות סביב לה

לאור חוסר יכולתם לאמץ חוקה, הגו המפלגות הפוליטיות פשרה, שלימים כונתה "החלטת הררי"⁴³ לפי החלטה זו, הכנסת תחוקק חוקה בהדרגה, פרק אחר פרק. לבסוף הפרקים השונים, חוקי היסוד השונים, יאוגדו לכדי חוקה שלמה. אך כמו שקורה לרוב במצבים של פשרה פוליטית, החלטת הררי הייתה עמומה בנוגע לשאלות חוקתיות יסודיות. ראשית, החלטת הררי

חוק שנעשה על-ידי נציגי העם בקונגרס הולם או סותר החוקה, ובידו לפסול חוק, אם גם רוב גדול של העם ונציגיו עומדים מאחוריו, בתואנה שהחוק מתנגד לחוקה. וכך נעשה בית-המשפט העליון כוח, מעכב, מחשיל, משמר, המבכר זכויות הרכוש על זכויות האדם. וכשהחלטת באמריקה להטיל מס-הכנסה באו העשירים וטענו בפני בית-המשפט שהחוק סותר החוקה, ובית המשפט פסל חוק מס-הירושה, עד שהיה הכרח לשנות החוקה. ...היה מקרה שני שעשו חוק להגנת עבודת ילדים – בא בית-המשפט ופסל החוק מטעם קונסטיטוציוני. ומשונה קצת הדבר שאצלנו מפלגות הדוגלות ב'קידמה' וביכוחות המחר' נלהבות למשטר זה. "ד"כ 4 (תשי"י) 816.

⁴² ח"כ נחום ניר רפלאקס יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט ד"כ 4 (תשי"י) 717.

⁴³ החלטת הררי שניתנה ביום 13.6.1950 קבעה כי "הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה." ד"כ 5 (תשי"י)

הייתה מעורפלת ביחס לפרוצדורה לפיה תקבע חוקה ותאושר.⁴⁴ שנית, סוגיות יסוד חוקתיות, כמו מעמדם של חוקי יסוד בפני עצמם וביחס לחוקים רגילים,⁴⁵ מקורם המשפטי,⁴⁶ וסוגיית אכיפתם⁴⁷ לא הוסדרו כלל. עבור אחדים, כמו בן גוריון,⁴⁸ החלטת הררי סימלה את אימוצו של המודל החוקתי הבריטי של ריבונות ועליונות הפרלמנט – בגרסת שלטון הרוב ללא מצרים.⁴⁹ עבורם, גם הגבלות שמקורן בכנסת עצמה היו נעדרות תוקף, מכיוון שכנסת נוכחית אינה מסוגלת לכבול כנסת עתידית.⁵⁰ עבור אחרים, ההחלטה סימלה את אימוצו של הליך הדרגתי דרכו ניתן יהיה לאמץ את המודל החוקתי האמריקאי.⁵¹ עבור האחרונים, קבלת חוקי יסוד עשויה להגביל את ריבונות הכנסת כמחוקק ולכבול כנסות עתידיות.

⁴⁴ ראו בנימין אקצין "חוקי-יסוד וחוקים משוריינים בישראל" הפרקליט יז (תשכ"א) 230, בע' 232-233, וגם Amos Shapira "Judicial Review without a Constitution: The Israeli Paradox" 56 *Temple L. Q.* 405, 410 (1983). בין היתר, מציין שפירא, כי החלטת הררי לא קבעה לוח זמנים לקבלתם של חוקי יסוד אינדיבידואליים או לאיחודם לכדי חוקה שלמה. כמו כן, לא ברור האם ההליך שכוון התייחס רק לכנסת הראשונה, או שמא הטיל את חובת קבלת החוקה על כנסות עתידיות. בנוסף, החלטת הררי אינה ברורה בכל הנוגע להליך קבלתם וכניסתם לתוקף של חוקי יסוד: האם חוק היסוד זוכה למעמד משפטי מלא כבר עם אישורו על ידי הכנסת, או שמא הוא יזכה למעמד משפטי רק בתום ההליך עת תאושר החוקה השלמה.

⁴⁵ אחת השאלות שהחלטת הררי הותירה ללא מענה והמשפט החוקתי הישראלי התחבט בהן עשרות שנים היא נפקותו המשפטית של הגדרת חוק כ-"חוק יסודי". האם העובדה שחוק נושא את התואר "יסודי" הופך את אותו חוק לבעל מעמד נורמטיבי עליון לחוקים אחרים רגילים של אותה כנסת ו/או של כנסות עוקבות. בנוסף, עולה השאלה לגבי מעמדם החוקתי של חוקים רגילים שלא זכו להכרה כחוקי יסוד, אך בשל תוכנם (לדוגמא, חוק שיווי זכויות האישה) או בשל הפרוצדורה בה נתקבלו ושריונם (לדוגמא, חוק להגנה על השקעות הציבור) עשויים לזכות במעמד חוקתי ועליון לחוקים אחרים.

⁴⁶ במקור משפטי כוונתי לשאלה האם תוקפם של חוקי היסוד נובע מדוקטרינת ריבונות הכנסת בדומה למודל האנגלי או מהסמכות המכוננת בדומה למודל האמריקאי.

⁴⁷ דבר לא נאמר בהחלטת הררי לגבי מנגנון האכיפה של חוקי היסוד. באותה עת, נשקלו מספר מנגנונים אלטרנטיביים לביקורת שיפוטית קלאסית. לדוגמא, היו שהציעו כי הביקורת החוקתית תעשה על ידי טריבונל מיוחד בהליכים מיוחדים, בעוד שאחרים אמינו כי ניתן להשתמש בביקורת שיפוטית תוך הגבלת הביקורת לפרק זמן מסוים ממועד קבלת החוק שלגביו נטענת ההפרה החוקתית, או על ידי הסמכת המחוקק להתגבר על הקביעה השיפוטית בדבר העדר חוקתיות על ידי קבלת החוק המפר ברוב מיוחד. ראו Gavison, *supra* note 35, at note 83.

and accompanied text. ראו גם Shapira, *supra* note 44, at p. 410.

⁴⁸ ראו גם שלמה אהרונוסון "חוקה לישראל – הדגם הבריטי של דוד בן-גוריון" פוליטיקה 2 (תשנ"ט).

⁴⁹ אך ראו T.R.S. Allan *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law* (Oxford, 2001) הטוען כי המודל החוקתי הבריטי אינו מבוסס על דוקטרינת ריבונות הפרלמנט, אלא על ריבונות דואלית: ריבונות הפרלמנט וריבונות בתי המשפט. ראו בעניין זה גם Sir Stephen Sedley "The Common Law and the Constitution" in *The Making and Remaking of the British Constitution* (1997) 26.

⁵⁰ התומכים בהשקפה זו האמינו כי המסגרת החוקתית הישראלית מתבססת על הגישה המסורתית האנגלית כי הפרלמנט אינו כפוף או מוגבל להחלטות קודמיו. גישה זו נשענה על ההנחה כי, בניגוד לשאר כללי המשפט המקובל, לא ניתן לשנות בחקיקה זו כלל זה. לפי השקפה זו הכלל, שהפרלמנט אינו יכול לכבול את עצמו, הוא עקרון משפטי אולטימטיבי המשמש בסיס לשיטת המשטר. ראו Eliahu Likhovski "The Courts and the Legislative Supremacy of the Knesset" 3 *Israel L. Rev.* 345 (1968) 362.

⁵¹ כותב אליהו לחובסקי, כי מכיוון שבהחלטת הררי שום דבר ברור לא נאמר בנושא עליונות הכנסת כמקור לחוקה חייבים אנו להניח כי המצביעים בעד ההחלטה נחלקו בעיקר לשני מחנות. בקבוצה הראשונה, היו אלו שהניחו כי הבסיס האולטימטיבי לחוקה יישאר דוקטרינת ריבונות הכנסת. בנוסף הם הניחו כי "הפרקים יחד" שיאוגדו לחוקת

לכן, למרות העובדה שהחלטת הררי יצרה מסגרת נורמטיבית לקבלתה של חוקה על ידי חקיקת חוקי יסוד, הרי שטיבה של חוקה זו וטיבה של ההחלטה עצמה היו פתוחים לפרשנויות שונות. למעשה, החלטת הררי לא יישבה את המחלוקות והסכסוכים לגבי ההסדרים החוקתיים של המדינה החדשה, אלא איגדה אותם לתוך ניסוחה העמום, והשאירה את השדה החוקתי פתוח למספר רב של אופציות חוקתיות.

מאורעות מאוחרים הטילו צל כבד על החלטת הררי כמסגרת לקבלת חוקה. ראשית, יש לציין כי מעבר להחלטת הררי שום דבר נוסף לא נעשה במסגרת שארית כהונת הכנסת הראשונה בנוגע לאימוצה של חוקה. הכנסת הראשונה לא אימצה שום חוק יסוד, ובוודאי שלא חוקה שלמה. שנית, לקראת תום כהונתה חוקקה הכנסת הראשונה את חוק המעבר לכנסת השנייה, תשי"א – 1951 (להלן: חוק המעבר לכנסת השנייה), שהתיימר להעביר את סמכותה של הכנסת הראשונה לחוקק חוקה לכנסת השנייה ולכל כנסת עוקבת.⁵² מלומדים ואנשי משפט רבים, הדוחים את התיזה בדבר רציפות הסמכות המכוננת, מציינים במיוחד חוק זה כחוליה החלשה ברציפות הקונסטיטוציונית של ישראל.⁵³ היו משפטנים שערערו אחר השימוש בחוק רגיל על מנת להעביר את הסמכות המכוננת מהכנסת הראשונה לכנסת עוקבת. אחרים הטילו ספק בכוונת הכנסת הראשונה להעביר את הסמכות המכוננת בחוק המעבר לכנסת השנייה. אך הביקורת ההרסנית ביותר ביחס לסמכות המכוננת הנמשכת של הכנסת הוצגה על ידי פרופסור Melville Nimmer (להלן: נימר). לפי נימר, גם אם נקבל את הטענה כי הכנסת הראשונה התכוונה להעביר את הסמכות המכוננת לכל כנסת עתידית, הרי שעדין יש לחקור ולבדוק האם הייתה לה הסמכות המשפטית לעשות זאת.⁵⁴ נימר מצייין כי יהיה זה מוזר להשקיף על הסמכות המכוננת כאילו הייתה חפץ או זכות קניינית, שבעליה חופשיים לוותר עליה או להעבירה לאחרים על פי רצונם. לכנסת הראשונה ניתנה הסמכות לאמץ חוקה, העברת חובה וסמכות זו לאחרים אינה ראויה מבחינה משפטית.⁵⁵

לא רק הלגיטימיות המשפטית של החלטת הררי הותקפה, אלא גם הלגיטימיות הפוליטית שלה. לפי פרופסור Mark Tushnet (להלן: טושנט), נעדר ההליך שיצרה החלטת הררי

המדינה, יהיו ניתנים לשינוי מעת לעת בהליך חקיקתי הזהה לחקיקתו של כל חוק אחר. בקבוצה השנייה של תומכי החלטת הררי ניתן למצוא את אלה שהניחו כי חקיקתו של כל חוק יסוד אינדיבידואלי תהיה צעד בכיוון של התפתחות הדרגתית לכדי חוקה כתובה ונוקשה. בנוסף הם הניחו כי המערכת המשפטית הקיימת מסוגלת להפיק חוקה שתהווה החוק העליון בטרטוריה. Eliahu Likhovski "Can the Knesset Adopt a Constitution Which

Will Be the Supreme Law of the Land?" 4 *Israel L. Rev.* 61, 63-64 (1969)

⁵² ראו סעיפים 5, 9, ו-10 לחוק המעבר לכנסת השנייה, תשי"א – 1951.

⁵³ מ' שטרנברג "חוק יסוד הכנסת – חוק נוסף או נדבך משפטי עליון" מולד טז (1958) 284. ראו גם Melville B.

Nimmer "The Uses of Judicial Review in Israel's Quest For a Constitution" 70 *Colum. L. Rev.* 1217 (1970), at p. 1239; Eliahu Likhovski "The Courts and the Legislative Supremacy of the Knesset" 3

Israel L. Rev. 345 (1968). השופט חשין בעניין המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 483 - 485.

⁵⁴ Nimmer, *Id.*, at p. 1239.

⁵⁵ נימר טוען כי יש להשקיף על הסמכות המכוננת כנובעת מקשר של נאמנות בין הבוחרים לנציג הספציפי בו בחרו למטרה של קבלת חוקה כתובה. בנאמנות זו לא נרמז דבר על האפשרות כי הנאמן יעביר סמכויותיו לאדם אחר שלא נבחר למטרה זו. לטענת נימר, רק בבחירות הראשונות ניתנה הודעה ראויה לבוחרים כי הנציגים יעסקו בעשייה חוקתית ורק בחירות אלו ניתנה לנציגי העם הסמכות לכונן חוקה על ידי ההכרזה.

לגיטימיות פוליטית, מכיוון שהרשות שמחוקקת חוקי יסוד היא למעשה אותה רשות שאמורה ליישם מדיניות פוליטית רגילה. ההצדקה הפוליטית לכוחן של אסיפות מכוננות לכבול את המחוקק הרגיל נשענת, לפי טושנט, על ההנחה כי אסיפות מכוננות נוצרות בזמנים בהם העם קשוב ומעורה במיוחד בעניינים ובסוגיות פוליטיות יסודיות וחשובות.⁵⁶ בהתאם, חוקה פורמאלית היא תוצר של "פוליטיקה חוקתית", הנהנית מתמיכה עממית רחבה, ולא תוצר של "פוליטיקה רגילה", ומטרתה להסדיר ולקבוע את המסגרת וכללי המשחק של הפוליטיקה הרגילה.⁵⁷ ההליך שכוון על ידי החלטת הררי, הביא לכך שהפוליטיקה החוקתית בישראל היא לעיתים קרובות משנית לפוליטיקה הרגילה כשמצב דברים תקין היה דורש ההיפך.⁵⁸ טושנט גורס כי מכיוון שתהליך קבלת החוקה בהדרגה אינו עונה על האידיאל של ריבונות עממית ואינו נשען על ההבחנה בין נורמות שהן תוצר של "פוליטיקה חוקתית" לנורמות שהן תוצר של "פוליטיקה רגילה", הוא אינו נהנה מלגיטימיות פוליטית להגביל את הפוליטיקה הרגילה. בדומה לטושנט, גם פרופסור עלי זלצברגר תקף את הלגיטימיות הפוליטית של החלטת הררי ותהליך קבלת חוקה בהדרגה.⁵⁹ גם לגישתו של זלצברגר, חוקי היסוד אינם יכולים להיחשב כחלק מחוקה, מכיוון שהגוף שחוקק אותם הוא אותו גוף שהם באים להגביל. החלטות המתקבלות על ידי נציגי העם באסיפות מכוננות נהנות מלגיטימיות פוליטית מכיוון שהן עשויות, קרוב לוודאי, לאגד הוראות ציבוריות המטיבות עם העם בכללותו והצופות את פני העתיד הרחוק. לגיטימיות החוקה נובעת מכך שהוראותיה והסדריה מתקבלים בנסיבות המזכירות את מסך הבערות של John Rawls (להלן: רולס), המונעות את האפשרות לשקול שיקולים צרים, אנוכיים, אינטרסנטיים וסקטוריאליים בהגיינת כללי היסוד, שעל פיהם יש לארגן את הפוליטיקה היומיומית. ההליך של קבלת חוקה בהדרגה אינו עונה לדרישות אלו בשל התמזגותו עם פוליטיקה יומיומית, ומכאן שאין באפשרותו לספק הוראות ניטרליות.

ה. מחלוקות ו"ההחלטה שלא להחליט" כטקטיקה חוקתית להשגת שיתוף פעולה

לאחר שסקר את עמדות הפלגים הפוליטיים ביחס לחוקה עם קום המדינה, סיכם פרופסור רקמן את ספרו *Israel's Emerging Constitution 1948-51* בכך שלא נולדה כל תובנה חדשה לגבי מוסדות פוליטיים או זכויות אדם בעקבות ניסיונה של ישראל בעשייה חוקתית. רקמן קיווה כי בעתיד הספרות הפוליטית תיכתב בידי אנשים שאינם פוליטיקאים מקצוענים, ואז תוכל למשוך עניין אוניברסאלי רב יותר. אך היה, לדעתי, משהו שמתד בהחלט אוניברסלי, ומאידך מיוחד בניסיונה של ישראל בעשייה חוקתית. מייסדי האומה הישראלית התמודדו עם אי הסכמה יסודית באשר לתנאי הלגיטימיות של המדינה החדשה ומוסדותיה. הם, כמו אבות מייסדים של מדינות חדשות אחרות, אולי אפילו יותר מהם בשל הרקע המיוחד של העם היהודי והמדינה

⁵⁶ טושנט הולך בעניין זה בעקבות תורתו של ברוס אקרמן ראו Bruce Ackerman *We the People: Foundations* (Cambridge Mass., 1991) at pp. 173-186.

⁵⁷ רות גבזון "לקחי 'הפדרליסטי' והחליך החוקתי בישראל" *תכלת* 11 (תשס"ב) 21.

⁵⁸ Tushnet, *supra* note 8, at p. 1331-1332.

⁵⁹ שיחה עם עלי זלצברגר על "תקנות ההגנה המנדטוריות ומעמדה של הכרזת העצמאות – ליון נ' גוברניק וזיו נ' גוברניק" *משפטים ראשונים: שיחות בעקבות פסקי-דין של בית המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו* (עורכת דפנה ברק-ארז, תל-אביב, 1999) 41, בע' 46-47.

היהודית, ניצבו אל מול הבעיה שאנשים לא מסכימים על מה הופך ממשל לצודק, טוב ודמוקרטי ומהם תנאי הלגיטימיות שלו. ישראל אינה מיוחדת בצורך וברצון להשיג פשרה לאור מחלוקת יסודית במועד ייסודה. דמוקרטיה מערבית אחרות שותפות לניסיון זה, עד שנראה כי מדובר במאפיין אוניברסאלי של עשייה חוקתית בחברה מודרנית. עם זאת, בניגוד למדינות רבות אחרות, שסיימו את תהליך ייסודן בקבלת חוקה, ישראל נכשלה במשימה זו. לעיתים קרובות מחלוקות שזורות זו בזו. כך לדוגמה, התנגדותו של בן גוריון לחוקה כתובה הייתה מונעת מחששו ממוסד שיפוטי עצמאי בעל יכולת לפסול חוקים. ניתן לכנות שזירות מעין זו שזירות פנימית, בה מחלוקת לגבי מוסד מסוים מובילה למחלוקת לגבי מוסד אחר, או בה מחלוקת לגבי עקרון/ערך מהותי מסוים מובילה למחלוקת לגבי ערכים אחרים. לדוגמה, מחלוקת לגבי מהות ערך השוויון עשויה להוביל למחלוקת לגבי ערך הקניין הפרטי. סוג אחר של שזירות הוא שזירות חיצונית, בה מחלוקת לגבי ערכים מובילה למחלוקת לגבי מוסדות. אנשים חלוקים לגבי מהי טובת הכלל, לגבי הזכויות שברשותם, ולגבי המדיניות הפוליטית, החברתית או הכללית שהמדינה צריכה לאמץ. בהעדרה של הסכמה לגבי אילו ערכים, מטרות, שאיפות וזכויות יש לקדם, קהילה פוליטית אינה יכולה לתכנן מבנה פוליטי על מנת לקדם מטרות או ערכים אלו. לפחות חלק מההתנגדות לחוקה כתובה נבעה מחוסר הסכמה לגבי הערכים שחוקה זו תעגן ותקדם. באותה מידה, גם אם מנסים לפתור מחלוקות אלו על ידי פניה להליך או פרוצדורה מסוימת, והדוגמה לכך היא החלטת הררי, הרי שחוסר הסכמה יצוץ גם ביחס לטיבו של ההליך והפרוצדורה שנבחרו ואולי אפילו ביחס ללגיטימיות שלו מלכתחילה. מה שמיוחד בעשייה החוקתית בישראל אינו עצם קיומן של מחלוקות, אלא הכישלון לאמץ חוקה כתולדה ישירה של מחלוקות.

פילוסופים ומלומדי המשפט החוקתי מרבים היום להרהר שוב ושוב על מחלוקות, סכסוכים ופלורליזם של השקפות עולם כמאפיין המרכזי של חברות מערביות ודמוקרטיות.⁶⁰ השאלה המרכזית עליה הם מנסים לענות היא כיצד מבנים והסדרים חוקתיים עשויים לאכלס, להטיב ולהכיל מחלוקות אלו.⁶¹ מדינות דמוקרטיות מודרניות נוטות להתגבר על מחלוקות אלו או להטיב עם מחלוקות אלו על ידי קבלתה של חוקה, המאגדת בתוכה תנאים הוגנים לשיתוף פעולה,⁶² המבטיחה יציבות פוליטית ומשפטית,⁶³ המגבירה את השיח והדיאלוג הציבורי בין

⁶⁰ Waldron, *supra* note 24, at p. 36. John Rawls *Political Liberalism* (New York, 1993) xvii, 295.

⁶¹ על הכוחות והמכניזם המצויים בפעולה בחיבורה של חוקה כתובה ראו Jon Elster "Forces and Mechanisms in the Constitution-making Process" 45 *Duke L. J.* 364 (1995); Jon Elster "Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies" 2 *U. Pa. J. Const. L.* 345 (2000).

⁶² ראו John Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., revised ed., 1999) at p. 6; Rawls, *supra* note 60, at p. 339, 393; John Rawls *Justice as Fairness: A Restatement* (Erin Kelly Ed., Cambridge Mass., 2001) 46; Brian Barry *Justice as Impartiality* (Oxford, 1995) at pp. 93-98.

⁶³ ראו Hannah Arendt *On Revolution* (New York, 1965), at p. 174; Jeremy Waldron "Book Review: *We the People*" *Journal of Philosophy* (1993) 149, at p. 151; Waldron, *supra* note 24, at pp. 75-77. הדאגה מפני חוסר יציבות במדינות הנעדרות חוקה פורמאלית ראו גם Benjamin Akzin "Problem of Constitutional and Administrative Law" in *International Lawyers Convention in Israel 1958*

הפלגים השונים,⁶⁴ והמאפשרת הרהור והחלטה דמוקרטיים.⁶⁵ הניסיון החוקתי הישראלי הוא מיוחד במינו במובן זה שנעשה ניסיון על ידי מנהיגי האומה להתגבר על ולהטיב עם מחלוקות לגבי תנאי הלגיטימיות של המדינה החדשה (מחלוקות לגבי מהות ומחלוקות לגבי מבנה) על ידי דחיית אימוצה של חוקה כתובה.

החלטת הררי היא דוגמה מצוינת (למרות שאינה הדוגמה היחידה) לטקטיקה החוקתית של "להחליט שלא להחליט", שנבחרה על ידי מייסדי האומה. אמנם החלטה זו קוראת לקבלת חוקה בהדרגה. אך, למעשה, כפי שכותבת פרופסור דפנה ברק-ארז, היה ההליך של קבלת חוקה בהדרגה הליך להימנעות מקבלתה.⁶⁶ מנהיגי המדינה החדשה החליטו להותיר את השאלות האם, כיצד ומתי ישראל תאמץ חוקה פתוחות לעתיד לבוא. הם החליטו כי עדיף לא ליישב מחלוקות יסודיות ומופשטות לגבי ערכים, עקרונות ומוסדות, ובמיוחד ככל שהן מתייחסות לאופייה היהודי דמוקרטי של המדינה החדשה. לחלופין, הם בחרו בהליך החלטות פרלמנטארי, כפי שהוא בא לידי ביטוי בכנסת ובהליכה הפנימיים.⁶⁷ מייסדי האומה הישראלית לא ציינו מהו הבסיס העיוני מאחורי הליך קבלת החלטות מעין זה, האם הוא מושתת על עליונות בלתי מוגבלת של המחוקק, בדומה למודל החוקתי הבריטי, או שמא על כוחות האסיפה המכוננת, בדומה למודל החוקתי האמריקאי. בדומה, מייסדי האומה לא פרטו מהם ערכי היסוד בבסיס שיטת המשטר הישראלית, האם הם חשבו על ערכי יסוד רק במונחים רובניים ופרוצדוראליים, או שמא הגנה על זכויות וחירויות הפרט והמיעוט הייתה גם היא חלק בלתי נפרד מערכי היסוד של שיטת המשפט הישראלית. המסקנה היא, אם כן, כי הכישלון לאמץ חוקה הכוללת מגילת זכויות על ידי מייסדי המדינה לא היה תולדה של שכחה או רשלנות מצדם, אלא תוצאה של חילוקי דעות לגבי תוכנה, מהותה ומעמדה. הפתרון שנמצא הוא קבלה הדרגתית ואינקרמנטלית של חוקה, שתאפשר

(Jerusalem, 1958) 161, 168; Benjamin Akzin "On the Stability and Reality of Constitutions" 3 *Scripta Hierosolymitana* 313 (1955)

Stephen Holmes "Precommitment and the Paradox of Democracy" in *Passion and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy* (Chicago, 1995) 134, at pp. 169-172

Cass R. Sunstein *Designing Democracy: What Constitutions Do* (Oxford, 2001) at pp. 98-99, 102 ראו ⁶⁵

Daphne Barak-Erez "From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective" 26 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 309 (1995) at p. 314 ראו ⁶⁶

⁶⁷ למעשה, כבר באותה תקופה היו שטענו כי דרך פעולת הפרלמנט אינה מתבטאת במונחים רובניים בלבד, אלא מחייבת פשרות והסכמים עם המיעוט. לכן היו שהבחינו בין הדמוקרטיה הפרלמנטאריה הישראלית שהיא דמוקרטיה מהותית לבין הדמוקרטיה הפורמאלית המצויה בשאר עמי העולם. עד כמה שהדבר יראה מפתיע למשפטנים ישראלים היום, דווקא תומכי החוקה הכתובה היתקפו על כך שהחוקה אותה הם מציעים מעגנת את שלטון הרוב תוך התעלמות מרצונות וצרכי המיעוט, ראו דייקן, לעיל הערה 25, בע' 4: "בתקופה הארוכה שהיינו מדינה בדרך, למדנו את דרך הויתורים, התרגלנו למשטר של פשרות והסכמים. צורת ההנהלה היתה קואליציונית, בין שזו קואליציה רחבה מאד, או מצומצמת יותר, והחיים למדונו, שאין לנהל את העניינים רק כח ברוב. כעת, כשניתן לנו כח ממלכתי, אין עוד תלות כל כך גדולה במפלגות המיעוט, אבל נזכור שהמדינה עדיין קטנה ורפויה, ושגם מדינות גדולות ואדירות סובלות מחוסר רוב יציב ומקובל, שינהיג את האומה מתוך מדה של הסכם עם חלקים גדולים של המיעוט. האם המשברים של צרפת קוסמים לנו? ... נראה שבכל שאלות השלטון נוטה החוקה [הכוונה להצעת החוקה של ד"ר פנחס יהודה כהן] לטפח את היסודות של שלטון הרוב. החופש האמתי במדינות דורש התחשבות גדולה עם המעוטים (לא רק לאומיים, כי אם גם מעמדיים, מפלגתיים). ... וכאן המקום להבחין בין הדמוקרטיה הפורמלית של אומות העולם, ובין משטר החופש וההסכם בין חלקי האומה שהוא ברוח עמנו."

הימנעות באותה עת מפני סוגיות שעשויות היו לסכן את הקמתה, בניינה ופעילותה של המדינה והחברה הישראלית. אך, הפלא ופלא, מחלוקות וסכסוכים התעוררו גם ביחס לתוקפה הנורמטיבי של החלטת הררי עצמה, שעוררו ספק לא רק לגבי הוראותיה וההסכמות שבבסיסה, אלא גם לגבי הלגיטימיות המשפטית והפוליטית שלה, כלומר, האם הכנסת רכשה סמכות משפטית וסמכות פוליטית לאמץ חוקה כתובה בהדרגה על פי הוראותיה.

פרופסור גביון גורסת כי הייחוד של מדינת ישראל הוא בקיומו של סוג מסוים של מחלוקות, שאינו מצוי בדמוקרטיה אחרות: "...אף אם יכולות להיות מחלוקות בשיטה מסוימת על משמעות הסדר חוקתי מסוים, חקוק או קונבנציונלי, אין אף שיטה אחת בה קיימת מחלוקת מתמשכת לגבי שאלות כגון: האם יש לגוף מסוים במדינה סמכות לחוקק חוקה? האם במהלך השנים נעשה שימוש בסמכות זו, כך שבישראל יש חוקה? אם כן, מהם הסדרים ומאפייניה של החוקה? חלק מהייחוד הישראלי בשאלת החוקה הוא כי שאלות אלה מרחפות בחללה משך כל שנות קיומה".⁶⁸ לצערי, אינני יכול להסכים לגמרי לדברים אלה. למרות הייחוד של ישראל במחלוקות אלו, אין הן שונות מבחינה איכותית מהמחלוקות הקיימות באנגליה ובארה"ב לגבי ההסדרים החוקתיים המצויים. מחלוקות לגבי השאלות "מהו סוג המשטר אותו מכוננת החוקה האמריקאית?" או "האם השיטה הבריטית אכן מבוססת על סמכותו המוחלטת של הפרלמנט?" הן, לדעתי, בעלות איכות דומה למחלוקות שקיימות בישראל - מחלוקות מהותיות ומחלוקות מוסדיות לגבי טיבם של משטרים חוקתיים. נסיבות המחלוקות, שעל הרקע שלהן קמה ומתקיימת מדינת ישראל, קיימות, במידה זו או אחרת, בכל דמוקרטיה מודרנית. הייחוד בישראל, לדעתי, הוא בכך שהטקטיקה, שנבחרה לאור קיומן של מחלוקות ברגעי יסוד המדינה, היא ההחלטה שלא להחליט. הליך קבלתה של חוקה, חוקה האמורה להסדיר את פעולתם הרגילה של מוסדות המדינה, נמתח והוארך מעבר ליובל ללא כל תאריך יעד. לכן, מצב הדברים האנורמאלי, של יציקתה של מסגרת חוקתית, הפך למצב הדברים הנורמאלי של הפוליטיקה הישראלית. בעוד ששיתוף הפעולה בין הפלגים השונים בדמוקרטיה חוקתית מושג לרוב על ידי אימוצה של חוקה, הרי שבישראל הושג שיתוף פעולה זה על ידי אי החלטה לגבי אימוצה של חוקה. באחד הדיונים האינסופיים על חוקה עם קום המדינה הפטיר חבר הכנסת יוחנן בדר מסיעת חרות, כי אצל בן גוריון "כשנוטעים עצים אין צורך בחוקה; צריך לחכות עד שהעצים יגדלו".⁶⁹ לדעתי, ההיסטוריה החוקתית שלנו מראה, לא רק שכשמשתיים פעולה פשוט אין צורך בחוקה, אלא שלעיתים שיתוף הפעולה תלוי ועומד על אי קבלתה של חוקה או לפחות על אי החלטה לגבי אימוצה. רק כך הצליחו האבות המייסדים של האומה הישראלית לקדם את המטרה הליברלית של יצירת התנאים לשיתוף פעולה. בתנאים אלה יכלו פרטים במדינה להסכים, כאשר הסכמה מעין זו הייתה הכרחית, ולא להסכים כאשר הסכמה הייתה בלתי אפשרית.

ברצוני להטעים בשתי הערות על מנת שטיעוני בדבר טקטיקת העשייה החוקתית של החלטה שלא להחליט יובן כהלכה. ראשית, כמובן, שכל מייסד, מכוון או מחוקק הפועל על פי מודל זה של "החלטה שלא להחליט" יפעל על רקע בעל שני חלקים. מצד אחד, הוא מניח ומקבל כלגיטימי קיומן של חילוקי דעות חוקתיים לגבי מבנה ומהות, ומנסה לכבד מחלוקות אלו על ידי

⁶⁸ גביון, לעיל הערה 1, בע' 73.

⁶⁹ גולדברג, לעיל הערה 40, בע' 39.

אי פתרון. מצד שני, הוא מניח ומקבל קיומו של רקע מהותי ומבני לגביו ישנה הסכמה רחבה בחברה. זאת מכיוון שכל אחד שמסכים להשאיר עניינים רבים פתוחים מקבל בעצם גרעין של סוגיות חוקתיות. העובדה, שמייסדי האומה הישראלית החליטו שלא להחליט על חוקה כתובה וסוגיות חוקתיות נוספות, אינה משמיעה את הטענה כי לאורך שנות קיומה של המדינה לא הייתה לנו חוקה מטריאלית. חוקה מטריאלית זו כוננה על ידי כללים ועקרונות רחבים מחד, והסדרים קונקרטיים, פרגמטיים ומעשיים מאידך. בהתאם, הכללים והעקרונות הרחבים סביבן נבנה המשטר החוקתי הישראלי היו: עקרון התחייה הלאומית של העם היהודי במדינת ישראל, הכלל של "קול אחד לכל אחד", קיומו של מוסד מחוקק נבחר, עצמאותה של הרשות השופטת והעיקרון של שלטון החוק הפורמאלי. כלומר, חלק ניכר מהכללים והעקרונות שכוננו את חוקתה המטריאלית של מדינת ישראל היו תנאי בל יעבור לקיומם של משטר חופשי ומוסדות דמוקרטיים-ליברליים. בין ההסדרים הקונקרטיים שכוננו את החוקה המטריאלית היו הסדרי הסטאטוס קו בענייני דת ומדינה, הסדרי חוק השבות ומשטר הקרקעות וגאולת הארץ של מינהל מקרעי ישראל.

שנית, בטענתי בדבר הלגיטימיות שבטקטיקה החוקתית של החלטה שלא להחליט על מנת להשיג שיתוף פעולה רחוק אני מלצייר את החברה הישראלית ושיטת המשטר הישראלי בצבעים ורודים בלבד. היו, ולמעשה קיימים אפילו היום, חוקים, תקנות, צווים, החלטות ופרקטיקות משפטיות הנגועים בחוסר צדק, אפליה והפרה של זכויות וחירויות. טענתי היא כי עצם הטקטיקה של החלטה שלא להחליט הייתה לגיטימית מבחינה מוסרית ופוליטית, כי המבנה הבסיסי שנוצר על ידה היה בעיקרו לגיטימי. בגישתי זו ניתן למצוא הד לגישתו של רולס ופילוסופים אחרים לגבי הדרכים השונות בהן ניתן להעריך את הלגיטימיות של חוקים, תקנות, צווים והחלטות.⁷⁰ דרך אחת היא על ידי פניה ישירה לתפיסת הצדק. בהתאם לדרך זו, אנו עשויים לשבח או לחלופין להוקיע חוקים, צווים והחלטות שיפוטיות לאור מידת ההתאמה שלהם לתפיסת המוסר או הצדק הראויה. דרך שנייה היא להעריך חוקים והחלטות על ידי פניה לפרוצדורה שבהתאם לה הם התקבלו. בהתאם לדרך זו, חוקים והחלטות הם לגיטימיים, לא מכיוון שהם מוסריים או צודקים באופן ישיר, אלא מכיוון שהם התקבלו בהתאם לפרוצדורה דמוקרטית מקובלת. טענתי בדבר הלגיטימיות של טקטיקת ההחלטה שלא להחליט אינה משמיעה את הטענה כי כל החוקים, התקנות, הצווים וההחלטות בישראל של קום המדינה היו מוסריים וצודקים באופן ישיר, אלא שהמבנה החוקתי הבסיסי שהטקטיקה הנ"ל ייסדה היה לגיטימי במידה רבה כדרך להשגת שיתוף פעולה. בהתאם, חוקים, תקנות, צווים והחלטות ספציפיים בתקופה הפורמטיבית, שבאו לעולם מכוחה של טקטיקת ההחלטה שלא להחליט והמבנה החוקתי הבסיסי שנוצר על ידה, למרות שעשויים היו להיכשל על פי מבחן הלגיטימיות הראשון, הרי שהיו לגיטימיים במובן השני – הם התקבלו בהתאם לפרוצדורה דמוקרטית ליברלית.

ו. מחלוקות, הכישלון לאמץ חוקה וההגנה על זכויות אדם

כפי שראינו, אחד הטיעונים בעד אימוצה של חוקה היה הצורך בהגנה על זכויות אדם. לכן, עולה השאלה האם על מזבח שיתוף הפעולה הוקרבה לא רק החוקה הכתובה והפורמאלית,

⁷⁰ ראו Rawls, *supra* note 60, at p. 428.

אלא גם ההגנה על זכויות האדם? רבים מחוקרי מדעי המדינה הטילו ספק במחויבותה של הדמוקרטיה הפרלמנטארית הישראלית לערכים ליברלים ודמוקרטיים.⁷¹ טענתם הייתה כי התרבות הפוליטית של היישוב לא כיבדה באמת ובתמים את זכויות וחירויות האזרח, ולא הייתה מחויבת לערכים אלו. למעשה, כישלונה של הכנסת הראשונה לאמץ חוקה נתפסת כראיה מכרעת להוכחת הטענה. בהתאם, הטקטיקה החוקתית של "החלטה שלא להחליט" מצטיירת כאנטגוניסטית לחירויות וזכויות האזרח.

שלילת טענה זו מצריכה דיון ובחינה מפורטים. כדי לסבר את האוזן כבר עתה אציין כי לגישתי קיומן של מחלוקות ונקיטה בטקטיקה של "להחליט שלא להחליט", לא רק שלא היו אנטגוניסטיות לשיח של זכויות, ולא רק שלא מנעו שיח כזה, אלא שימשו קרקע פורייה לצמיחתו של שיח של זכויות, ואפשרו לבית המשפט ליטול על עצמו את התפקיד של פיתוח של והגנה על זכויות וחירויות. Ronald Dworkin (להלן: דבורקין) מסווג תיאוריות פוליטיות לשלושה סוגים: תיאוריות על בסיס זכות, תיאוריות על בסיס חובה ותיאוריות על בסיס מטרה.⁷² לגישתי, ברוב התיאוריות הפוליטיות ניתן לזהות הכרעות ושיפוטים מסוימים כיסודיים יותר מאחרים, ולבסוף להסיק דבר קיומה של מטרה אולטימטיבית, זכות בסיסית או חובה עליונה, כיסודיים לשאר ההכרעות והשיפוטים הערכיים של אותה תיאוריה.⁷³ תיאוריה על בסיס מטרה תציב מטרות מסוימות, כמו לדוגמא הישרדותה של מדינת ישראל, כיסודיות. תיאוריה על בסיס זכות תציב זכויות מסוימות, כמו לדוגמא הזכות לדאגה שווה, כיסודיות. תיאוריה על בסיס חובה תציב חובות מסוימות, כמו לדוגמא החובה לציית לרצון האל, כיסודיות. תיאוריות על בסיס מטרה ותיאוריות על בסיס חובה מתאימות במיוחד לחברות הומוגניות ולחברות המאוחדות במטרה דחופה או חובה עליונה (כמו למשל מטרה של הגנה עצמית או חובה לציית לדברי האל).⁷⁴

בהתאם, הטענה תהיה כי התרבות הפוליטית של היישוב בישראל עם קום המדינה מאופיינת בתרבות על בסיס מטרה או על בסיס חובה. ישראל של שנות החמישים הייתה מדינה שנולדה במלחמה ונשארה בתנאי חירום זמן ממושך. מטעם זה, אימצה התרבות הפוליטית של היישוב את המטרה של הישרדות המדינה או את חובת ההקרבה של הפרט למען הקהילה. אך הניתוח הופך לסבוך יותר כאשר אנו מנסים להסיק מסקנות לגבי הסדרים חוקתיים ומשפטיים מעשיים, הנחוצים על מנת ליישם תיאוריות פוליטיות מעין אלו. תיאוריה על בסיס חובה או על בסיס מטרה אינה דורשת חובות או מטרות מלמעלה עד למטה. לדוגמא, לעיתים הדרך הטובה להגשים מטרה מסוימת תהיה על ידי הקניית זכויות לפרטים.⁷⁵ במקרים מעין אלה, התיאוריה הפוליטית בה אנו דנים תהיה מחויבת לזכויות בשלב אחד, אך בשלב אחר ועמוק יותר תהיה מחויבת למטרות בלבד. לפחות חלק מהכוחות הדומיננטיים של היישוב בעשורים הפורמטיביים של המדינה מתאימים לתיאור מעין זה. בן גוריון, לדוגמא, תמיד השתמש בטרמינולוגיה של

⁷¹ ראו יונתן שפירא עילית ללא ממשיתים (תשמ"ד) 26, 73 - 83; הורוביץ וליסק, לעיל הערה 8, בע' 153 - 154;

Sharfman, *supra* note 26, at p. 33; Peleg, *supra* note 14, at p. 242.

⁷² ראו Ronald Dworkin "The Original Position" in *Reading Rawls: Critical Studies on Rawls' A Theory of Justice* (Norman Daniels eds., New York) 16.

Id. at p. 40⁷³

Id. at pp. 41-42⁷⁴

Id. at p. 44; Waldron, *supra* note 24, at p. 216⁷⁵

זכויות וחירויות בדברו על המשטר והסדר המשפטי של ישראל. עובדה זו לא הפכה את התיאוריה הפוליטית של בן גוריון לתיאוריה על בסיס זכות, מכיוון שהזכויות והחירויות עליהן דיבר היו לרוב, ואולי אף ללא יוצא מהכלל, משניות למטרה של ייסוד מדינה יהודית.

עד עתה בחנו את הקשר בין העמדות היסודיות לעמדות משניות בתוך התיאוריה הפוליטית של היישוב. חוקרים ממדעי המדינה ייחסו את חוסר הנכונות או הכישלון לאמץ חוקה ומגילת זכויות לחוסר מחויבותו של היישוב לזכויות. הניתוח לעיל מראה כי טענה זו פשטנית מדי. העובדה שחלק מהפלגים הדומיננטיים ביישוב החזיקו בתיאוריה על בסיס מטרה או על בסיס חובה עדין לא גוזרת את המסקנה כי הם התנגדו לזכויות משפטיות או לזכויות חוקתיות. זה היה גם המקרה של התנועה הרוויזיוניסטית. אמנם תנועה זו דרשה הקרבה עצמית, אך רק כחלק מהמאבק הלאומי למדינה ריבונית. בשאר תחומי החיים נטו הרוויזיוניסטים להחזיק בהשקפות ליברליות.⁷⁶ לאחר קום המדינה, תמכו הכוחות הרוויזיוניסטיים אף בחקיקתה של חוקה ומגילת זכויות. דיון זה מראה, כי שני הכוחות המרכזיים בציונות, ציונות העבודה מחד והציונות הרוויזיוניסטית מאידך, למרות שהיו מחויבים לתיאוריה על בסיס מטרה או חובה, הרי שעל פני השטח היו זרמים אלה מחויבים לשיח של זכויות וחירויות. לכן, יש לייחס את הכישלון לאמץ חוקה למחלוקות לגבי זכויות ולא להתנגדות למושג הזכות או לשיח של זכויות כשלעצמם. עדין נותרה פתוחה השאלה כיצד מחלוקות ואי אימוצה של חוקה אפשרו בכל זאת הגנה על זכויות ואימוצו של שיח זכויות.

פרופסור אנדרי מרמור הבחין כי שיח של זכויות מאפיין במיוחד חברות פלורליסטיות, חברות שבהן קיימת מחלוקת עמוקה ביחס לתפיסות טוב מהותיות וביחס לדרך החיים הראויה.⁷⁷ חברות הומוגניות, לעומת זאת, נעדרות שיח מעין זה. מרמור טוען כי ההסבר למצב דברים זה נעוץ בתוכן המיוחד של מושג הזכות, שמבחין אותו ממושג החובה. בניגוד לחובות, זכויות אינן מכוננות טעמים לפעולה. הסכמה על קיומה של חובה דורש בהכרח הסכמה כי קיימים טעמים לפעולה מסוימת בסיטואציה מסוימת. אך בהעדרה של הסכמה בחברה נתונה לגבי תפיסת הטוב הראויה, אין זה סביר כי תמצא הסכמה לגבי מערכת חובות כוללת. בניגוד לחובות, טוען מרמור, הרי שקל יותר להסכים על זכויות. זכות נתפסת כמערך של אינטרסים המצדיקים הטלת חובות על הזולת על מנת להגן על מערך זה. יוצא, אם כן, שמושג הזכות מהווה מעין מסקנת ביניים בטיעון מורכב.⁷⁸ תחילתו של טיעון זה בהנחה מקדימה בדבר קיומם של אינטרסים ראויים להגנה וסופו בהטלת חובות על מאן דהוא מסוג כזה או אחר. מאפיין מיוחד זה של זכויות קוסם מאוד לחברות פלורליסטיות. אפילו אנשים, החלוקים על מהם האינטרסים הראויים להגנה ומהם האמצעים להגן על אינטרסים אלה, עשויים להסכים על קיומה של הזכות הרלוונטית.⁷⁹ במילים אחרות, כשאנשים נעים מדיון אבסטרקטי לגבי אינטרסים ראויים להגנה להמלצות קונקרטיות ומעשיות, הם מוצאים מסקנות ביניים להן כולם יכולים להסכים.

⁷⁶ הורוביץ וליסק, לעיל הערה 8, בע' 154.

⁷⁷ ראו אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" *משפט וממשל* ד (תשנ"ז) 133, 156 וגם Andrei Marmor "On the

Limits of Rights" 16 *Law & Phil.* 1 (1997).

⁷⁸ ראו גם Joseph Raz *The Morality of Freedom* (1986) at p. 181.

⁷⁹ מרמור, לעיל הערה 77, בע' 156.

נסיבות העשייה החוקתית בישראל היו של מחלוקות כמעט לכל אורך החזית ומנעו חקיקתה של חוקה. מחלוקות אלה התקיימו למרות העובדה שהזרמים הדומיננטיים ביישוב החזיקו באידיאולוגיות קולקטיביסטיות. עובדה זו הפכה את התרבות הפוליטית של ישראל הצעירה לקרקע פורייה לשיח של זכויות. עם זאת, ראינו כי המחלוקת השתרעה גם לגבי זכויות, או לפחות לגבי זכויות מסוימות, והובילה לכישלון לאמץ חוקה ומגילת זכויות. אנשים ביישוב היו חלוקים לא רק ביחס למטרות, להשקפות ולעקרונות הראויים להגנה, אלא גם ביחס למסקנות ביניים, הווה אומר, ביחס לזכויות. עובדה זו היא שהובילה את מייסדי האומה להחליט שלא להחליט ולהמשיך להתדיינות בשאלה מהן זכויותיו של הישראלי. הנסיבות (מחלוקות), שהפכו, מחד, שיח של זכויות (הסכמה על מסקנות ביניים) לנחוץ, הובילו לכישלון האסיפה המכוננת לאמץ מגילת זכויות, מאידך. אך נסיבות אלו הן שאפשרו למוסד אחר, לבית המשפט העליון, לאמץ שיח של זכויות למרות העדרן של חוקה ומגילת זכויות, ולהצליח מקום שאחרים נכשלו.

הטעמים להצלחתו של בית המשפט להגן על זכויות מקום שאחרים נכשלו נעוצים חלקם באופיו המוסדי וחלקם בטקטיקה השיפוטית בה נקט. בעוד שמנהיגי האומה ניסו לחוקק מגילת זכויות כוללת, בית המשפט בשנותיו הראשונות כלל לא ניסה ליצור מגילת זכויות כוללת וודאי שלא ניסה לעשות זאת במהלך אחד או ברגע אחד. בית המשפט תיפקד כמוסד לפתרון סכסוכים בין פרטים לרשות השלטונית.⁸⁰ פרטים אלה פנו לבית המשפט בבקשה להכרה באינטרסים הלגיטימיים שלהם כראויים להגנה ולסעד. מכיוון שלא הייתה בנמצא מגילת זכויות פורמאלית, טענותיהם לא הסתכמו בהפרה של זכויות משפטיות פוזיטיביות.⁸¹ שופטי בית המשפט העליון, שנדרשו להכריע בסכסוך, היו לעיתים קרובות חלוקים בדעתם לגבי הטעמים המצדיקים סעד לעותר, ולגבי האפליקציה הרחבה של החלטתם באותו מועד לגבי מקרים אחרים. בית המשפט העליון חי בתוך עמו, ואותם סכסוכים שנגפו בעם ונציגיו לא נחסכו משופטיו.⁸² אך מחלוקות אלו, כפי שמלמדנו מרמור, הן שהופכות את שיח הזכויות לאטרקטיבי במיוחד. מגילת הזכויות ההלכתית הייתה תוצר לוואי של הכרעות בג"ץ בסכסוכים ספציפיים, ונוצרה בתהליך ממושך, בהכרעה ממקרה למקרה בצורה של "משפט מקובל נוסח ישראל". האמרה המפורסמת כי הסעד שהגיש בג"ץ הוליד במקרים רבים את הזכות, והעובדה כי בית המשפט מעולם לא אימץ תיאוריה קוהרנטית באשר לקשר בין אינטרסים לגיטימיים לזכות המוגנת,⁸³ מעידות אלף מונים על טבעה של פעילות זו. שיח הזכויות אותו אימץ בית המשפט היה שיח של הסכמות ביניים,⁸⁴ למרות אי

⁸⁰ על הגישה השיפוטית בה נקט בית המשפט העליון בשנות החמישית בהגנה על זכויות אדם ראו יהושע (שוקי) שגב "הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל – בחינה מחודשת" מאזני משפט ג (תשס"ד) 303.

⁸¹ לתאור ממצה של תהליך זה ראו בג"ץ 29/62 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד טז 1023, בע" 1027. ראו גם בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80; בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

⁸² עדי פרוש "מקומם של שיקולי צדק בפסיקה של בית-המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט יג (1988) 453, בע" 477.

⁸³ ויתקון "הזכות המהותית במשפט המינהלי" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 5, בע" 16-17. ראו גם פרוש, לעיל הערה 82, בהערות שולים 69: "הטענה הכללית של השופט ויתקון, כי אי-אפשר למצוא בפסיקה תיאוריה ברורה ומגובשת בדבר היחס בין אינטרס לזכות, נראית לי נכונה."

⁸⁴ ראו בעניין זה מאמרו של אברהם שפירא "הריסון העצמי של בית-המשפט העליון והבטחת זכויות האזרח (גלגוליה השונים של פרשת 'קול העם') עיוני משפט ג (תשל"ג) 640. לדעת שפירא, בהגנה על זכויות אדם התבסס בית המשפט על מוסכמות יסוד המצויות בקונצנוס הלאומי. עובדה זו מהווה את מקור עוצמתו של בית המשפט אבל גם מגדירה את גבולות כוחו, שכן אין בכוחו להגיש סעד בגין פגיעה בזכות מקום שהדבר חורג מהקונצנוס הפוליטי הקיים. בהתאם לכך, מסביר שפירא, כי עניין קול העם הראשון בו נדחתה עתירה קודמת של עיתון קול העם על הפסקת

ההסכמה לגבי הטעמים לקיומן של זכויות ספציפיות או הדרך בה הן נוצרות. הגישה השיפוטית בה נקט בית המשפט וכליו המוסדיים הפכו אותו לכשיר יותר מהכנסת מבחינה מוסדית לגבש הסכמות ביניים, קרי, לגבש הסכמה לגבי זכויות. הטקטיקה של "החלטה שלא להחליט" אפשרה לבית המשפט ואולי אפילו עודדה אותו לקחת על עצמו תפקיד זה. העובדה, עליה הצבעתי לעיל, כי התרבות הפוליטית של הכוחות המרכזיים ביישוב לא הייתה אנטגוניסטית לשיח זכויות, מסבירה כיצד הצליח בית המשפט להגן על זכויות ללא תגובה עוינת של גורמים פוליטיים. בפיתוחה של מגילת הזכויות ההלכתית, בית המשפט העליון לא פעל תוך התנגשות חזיתית עם הזירה הפוליטית, כי אם מתוך התאמה ושילוב עמה.

חלק ב: מחלוקות והעשייה החוקתית למן שנות השמונים

ז. פוליטיקה ישראלית: התמשכות מחלוקות מוסריות, פוליטיות ותרבותיות

בדומה לחברות אחרות המורכבות בעיקר ממהגרים בעלי רקע תרבותי, פוליטי ואידיאולוגי מגוון, ישראלים תופסים את חברתם כ"כור היתוך", המכוון ליצירתה ולעיצובה של זהות תרבותית ופוליטית דומיננטית. למרות זאת, שלושה עשורים לאחר הקמת מדינת ישראל, לאחר השגת מדינה עצמאית וריבונית בארץ ישראל, הייתה עדין הקהילה הישראלית מאופיינת במחלוקות ובסכסוכים פנימיים חריפים. מחלוקות ו"מלחמות היהודים" היו המאפיין הדומיננטי של הפוליטיקה הישראלית מאז בריאתה, ושנות השמונים לא היו שונות מהותית מעשורים קודמים בעניין זה. במבט לאחור, אין מנוס מהמסקנה כי התרחשו תמורות כלכליות, חברתיות ופוליטיות רבות מספור. זאת ועוד, ההיסטוריה הישראלית דחוסה באירועים היסטוריים בעלי חשיבות לאומית ובינלאומית, שהשפיעו, שינו ועיצבו את השיח הפוליטי ביחס לבעיות הלוחצות על סדר היום. יחד עם זאת, נראה כי מעט מאוד השתנה ביחס למחלוקות על תנאי הלגיטימיות עליהם נוסדה ישראל, ושעל פיהם היא צריכה לפעול. אזרחי ישראל ונציגיהם נשארו חלוקים באשר לדרך בה עלינו ליישב את הסתירה "בין הערכים הפרטיקולריסטים היהודיים, שהשתקפו בשאיפה למדינת-לאום, לבין הערכים ההומניסטים-אוניוורסליים."⁸⁵

בין המאורעות ההיסטוריים המרכזיים הראויים לציון מצויה מלחמת ששת הימים. מלחמה זו הביאה להכפפתה של אוכלוסייה פלסטינית גדולה בשטחי הגדה והרצועה לשלטון ישראלי. בלא מעט מובנים, מלחמת ששת הימים סימלה את קו פרשת המים ביחס לסכסוכים על תנאי הלגיטימיות של המדינה היהודית דמוקרטית. המלחמה הכריחה את השיח הפוליטי המעשי לקחת בחשבון את המציאות החדשה של שליטת ישראל בשטחים ולהטמיעה לתוך הויכוח ביחס לשלמותה הטריטוריאלית של המדינה. לאורך שנות השבעים ולמעשה אפילו עד היום, חלק ניכר של הציבור הישראלי האמין בסיפוח לצמיתות של כל או חלק מהשטחים. פלגים אלה ביססו את תביעתה הטריטוריאלית של הציונות באידיאל של "ישראל השלמה" ובשיח דתי, מסורתי,

פרסומו בשל ידיעת שווא, ניתן בתקופת השפל ביחסי ברית המועצות-ישראל, כשבדעת הקהל הישראלית ניכרה סלידה עמוקה מהתנהגות המשטר הסטאליניסטי. לעומת זאת, ערב ההחלטה בעניין **קול העם** [השני] חל שינוי דרסטי במצב הבינלאומי עם מותו של סטאלין וחיידוש היחסים התקינים בין ברית המועצות לישראל. לגישת שפירא, אין מקום לספק כי השינוי באקלים יחסי החוץ הקל בהרבה את קבלת ההחלטה בעניין **קול העם** על ידי הממשלה ודעת הקהל. מסקנתו של שפירא היא שלמרות שבית המשפט מכיר בערך התברתי הגבוה המונח ביסוד חופש הביטוי, הרי שהוא נשאר בגבולות הקונצנזוס הלאומי בפרישת חסותו עליו.

⁸⁵ הורוביץ וליסק, לעיל הערה 8, בע' 157.

והיסטורי של "ארץ האבות" וה"הבטחה האלוהית".⁸⁶ בקצה השני של הספקטרום הפוליטי, היו פלגים שהזהירו מפני הסכנות הטמונות מסיפוח השטחים – חוסר האפשרות לחתור לשלום בלא פשרה טריטוריאלית, וחוסר האפשרות לשמר את ישראל כמדינה דמוקרטית בעלת רוב יהודי. פלגים אלה דחו את האידיאל של "ישראל השלמה" על בסיס היסטורי, פרגמטי והומניסטי, וטענו כי מטרת הציונות הייתה "לשחרר עם" ולא טריטוריה, והדגישו את אי המוסריות שבהטלת שלטון זר בכוח על אוכלוסיה עוינת.⁸⁷

מאורע היסטורי נוסף בעל השלכות פוליטיות ואידיאולוגיות על מחלוקות בישראל הוא עלייתה לשלטון של מפלגת הליכוד בבחירות 1977. אירוע זה סימל לטענת חוקרים רבים גם את אובדן ההגמוניה של ציונות העבודה.⁸⁸ מנהיג הליכוד, מנחם בגין, הטיף לגישה חברתית-פופוליסטית שנועדה להטיב את המצב עם ההמונים. גישה זו הייתה מנוגדת לאידיאולוגיה החברתית קונסטרקטיבית של מפלגת המערך שהדגישה גדילה והתפתחות כלכלית והעניקה עדיפות להשקעות על פני צריכה ובזבוז. המדיניות הכלכלית של הליכוד, באחרית שנות השבעים ולאורך שנות השמונים, הגדילה בצורה משמעותית את הפערים הכלכליים בחברה ואפילו הובילה את המדינה למשבר כלכלי. עם זאת, שנות השמונים מציינות ירידה במודעות החברתית ובפוליטיקה המעמדית.⁸⁹ הויכוח סביב יצירתה של חברה צודקת הנשענת על יסודות סוציאליסטיים שיתופיים או הנשענת על כלכלה חופשית ושוק חופשי איבד ממרכזיותו ומעוצמתו.

בניגוד לקונפליקט האידיאולוגי סביב סוגיות חברתיות ומעמדיות, המתח והשסע בין פלגים דתיים וחילוניים החרף.⁹⁰ בשנותיה הראשונות של ישראל הנטייה הייתה לשמר את האופי החילוני של הקולקטיב, אך בעקבות מלחמת ששת הימים גבר השימוש בסמלים דתיים בטקסים בעלי אופי ממלכתי ולאומי. כל עוד הפלגים הדתיים ניסו רק לספק בסיס ותשתית דתית לאתוס החילוני לאומי, הרי שהם לא החרפו את הקונפליקט בין מרכביה החילוניים והדתיים של החברה הישראלית. עם זאת, מאז אותה תקופה ניסו פלגים דתיים להשתמש בכוחם הפוליטי על מנת לקדם את האינטרסים הדתיים הצרים שלהם, שהתבטאו בדרישות להקצאת משאבים נרחבת לסקטור הדתי, להרחבת הפטור משירות צבאי לתלמידי ישיבות ולכפות את שמירת השבת על הציבור בכללותו. מהלכים אלו הביאו לחידושה של המחלוקת לגבי מקודמה של הדת בחיים הציבוריים שהייתה רדומה רוב שנות השישים והשבעים. פעמים רבות מחלוקת זו התבטאה בהפגנות ולעיתים אף גלשה למעשי אלימות עת הופר הסטאטוס קוו בענייני דת.

⁸⁶ ש.ס, בע' 166-160.

⁸⁷ ש.ס.

⁸⁸ לניתוח מקיף של אירוע זה והשלכותיו על פעילותו של בית המשפט העליון ראו מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו (תשס"ג) 645, בע' 660-670.

⁸⁹ אחד ההסברים לירידה בחשיבותו של הקונפליקט החברתי-כלכלי בישראל הוא התפיסה שתנועת העבודה הייתה אחראית במידה רבה לחוסר השוויון בחלוקת המשאבים בחברה. תנועת העבודה שילמה מחיר על היותה מפלגת השלטון עת עוצבו המעמדות הכלכליים והחברתיים, בעוד שמפלגת חרות, שהייתה מוחרמת על ידי הממסד לאורך שנים, הייתה נקודת מפגש נוחה עבור כל אלה שהרגישו מנוצים ומופלים לרעה מבחינה כלכלית וחברתית.

⁹⁰ ראו Gavison, *supra* note 35, at p. 117; הורוביץ וליסק, לעיל הערה 8, בע' 103; ראו גם מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503, בע' 577.

ח. העשייה החוקתית טרום המהפכה החוקתית

למרות השינויים שחלו בפוליטיקה הישראלית מאז קום המדינה, נראה כי נסיבות המחלוקת הכוללות לא השתנו בחברה הישראלית, וכך גם הרצון שלא להחליט בסוגיות חוקתיות מהמעלה הראשונה והכול בהתאם למסורת של "פרק אחר פרק". נטייה זו באה לידי ביטוי במיוחד בכישלון לפתור שלוש סוגיות חוקתיות מרכזיות שאותן אבחנו להלן: ההגנה וההסדרה החוקתית של זכויות וחירויות האזרח; חקיקתו של חוק יסוד החקיקה; והצורך בהליך מיוחד לאימוץ ואשרור החוקה העתידית.

בשנת 1974 הוגשה למליאת הכנסת הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח⁹¹ על ידי ועדת חוקה, חוק ומשפט. הצעת החוק כללה את הזכויות והחירויות הקלאסיות, שביניהן, חופש הפרט, שוויון בפני החוק, הזכות לחיים, זכות התנועה, זכות לפרטיות, חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, חופש הדת והזכות להליך הוגן וגישה לערכאות שיפוטיות. בניגוד להצעות חוק קודמות ביחס להגנה החוקתית של זכויות יסוד⁹², הושמטו מהצעת החוק הנ"ל זכויות חברתיות וכלכליות, דוגמת הזכות לעבוד, הזכות לשבות, הזכות לחינוך, הזכות לבריאות והזכות לביטחון סוציאלי. פרופסור רות בן-ישראל זיהתה בהקשר זה שבר אידיאולוגי שהתרחש בעשורים האחרונים, שקנה לו אחיזה במיוחד ברבדים העליונים של החברה הישראלית ושהתבטא בהמרת הערכים הציונים סוציאליסטים בערכי האידיאולוגיה של השוק החופשי והיוזמה הפרטית.⁹³ לפי בן-ישראל, לפחות חלק מתברי הכנסת ששירתו בוועדת חוקה, חוק ומשפט החזיקו בהשקפת עולם, שהעניקה משקל נמוך לזכויות חברתיות וכלכליות ושהובילה לדחיקתן אל מחוץ להצעת החוק.⁹⁴

⁹¹ ה"ח תשל"ג 448. הצעת החוק פורסמה באוגוסט 1973, אך הוגשה לקריאה ראשונה רק באוגוסט 1974.

⁹² עוד טרם כישלונה של הכנסת הראשונה לאמץ חוקה נעשו מאמצים לעגן זכויות חברתיות וכלכליות כחלק מההגנה החוקתית לזכויות אדם. עם אימוצה של החלטת הררי, הויכוח סביב ההגנה החוקתית של זכויות חברתיות וכלכליות נדד למחלוקת באשר לצורך ולתוכנו של חוק יסוד המגן על זכויות אדם בכללותם. בשנת 1964, פרופסור יצחק קלינגהופר יזם הצעת חוק פרטית, שהונחה על שולחן הכנסת. ההצעה כללה בנוסף להגנה על הזכויות הקלאסיות גם הגנה על זכויות חברתיות וכלכליות כמו הזכות לעבוד, הזכות לשבות, הזכות לחינוך, הזכות לבריאות והזכות לביטוח סוציאלי. עם זאת, הצעת החוק נדחתה בשל התנגדות הממשלה. ראו יצחק הנס קלינגהופר "מגילת זכויות האדם – הקפאון בחקיקה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (עורך יצחק זמיר, ירושלים, תשנ"ג) 137.

⁹³ רות בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד (תשנ"ד) 27, בע' 31-33. ראו גם מאוטר, לעיל הערה 88, בע' 571. לפי בן-ישראל, בשנות היווסדה, אימצה ישראל כחלק מהשקפותיה ומערכיה הבסיסיים אידיאולוגיה ציונית סוציאליסטית, שהייתה בעיקרה קולקטיביסטית ושאפה לקדם שוויון וסולידאריות חברתית. חקיקת העבודה הישראלית בשנים אלה דרשה התערבות מדינתית ניכרת בכלכלת השוק החופשי על מנת להשיג איזון חברתי ראוי. העשורים האחרונים, לגישת בן-ישראל, מאופיינים בשבר אידיאולוגי – למרות שמרבית ציבור העובדים נצמד לאידיאולוגיה המצדדת בהתערבות ממשלתית על מנת לתקן עיוותים של השוק החופשי והתחרות החופשית, האליטה החברתית תומכת באידיאולוגיה של שוק חופשי ותחרות חופשית והשוללת כל התערבות מדינתית ביחסי העבודה במשק.

⁹⁴ ש.ש. יש לציין, כי בעת הגשת הצעת החוק לפני הכנסת תת-הוועדה לחוקי יסוד הייתה בראש חבר הליכוד, דוקטור בנימין הלוי. חירות, שהייתה מרכיב מוביל בתוך הליכוד, צידדה בכלכלת שוק חופשי ובנתינת אוטונומיה רחבה יותר לכוחות השוק. לכן, ניתן ליחס את הפיחות במעמדן של הזכויות החברתיות והכלכליות ישירות לעלית כוחו של הליכוד. עם זאת, האידיאולוגיה של חירות נותרה על הנייר בלבד ולא יושמה על ידי הליכוד כאשר האחרון עלה לשלטון, וקיימים טעמים רבים לחוסר נכונותו של הליכוד ליישם את האידיאולוגיה של חירות. על כל פנים, השבר האידיאולוגי בו דנה בן-ישראל חצה גבולות מפלגתיים ואין לייחסו לעליה בכוחה של מפלגה פוליטית ספציפית.

דחיקתן של הזכויות החברתיות כלכליות אל מחוץ להצעת החוק לא עוררה גלים בעיקר בשל הירידה במודעות המעמדית בקרב עורכי דין, שופטים ועיתונאים, וגם בשל חוסר מודעותם של ארגוני עובדים להשלכות השליליות של מהלך זה השולל הגנה חוקתית מזכויות אלו.⁹⁵

סלע מחלוקת עיקרי שמנע כל התקדמות בחקיקת הצעת החוק קשור היה לאופייה היהודי של המדינה. למרות ששנות השבעים והשמונים סימנו את המשך פילוגו הפנימי של הגוש הדתי וצמיחתן של מפלגות דתיות חדשות, הרי שבשלוש סוגיות הראה הגוש הדתי חששות מאוחזים. ראשית, המפלגות הדתיות חששו כי קבלת הצעת החוק תביא לשינוי בסטאטוס קוו. הסטאטוס קוו אומץ על ידי האבות המייסדים כנוסחה הבסיסית ליישוב סכסוכים בענייני דת ומדינה.⁹⁶ הסטאטוס קוו כונן על ידי מכלול של הסדרים לגבי קו התפר שבין דת למדינה, ולא ממערכת של עקרונות.⁹⁷ הצעת החוק קבעה כי "חוק יסוד זה אינו פוגע בכוחם של חוקים... ולכן חיסן את כל ההסדרים הדתיים הסטטוטוריים הקיימים מפני חוק היסוד הנ"ל. אך לא הייתה בה כל התייחסות להסדרים ומנהגים שלא מצאו עיגון חקיקתי.⁹⁸ שנית, המפלגות הדתיות חששו כי הענקת הגנה חוקתית לזכויות ליברליות קלאסיות, ובמיוחד לעקרון השוויון, לכל אורך החזית וללא סייגים משמעותיים, עשויה לסכן הסדרים פורמאליים ואחרים המבניים את אופייה היהודי של המדינה. בהתאם, חברי כנסת המשתייכים לפלגים ציוניים דתיים ביקרו בחריפות את הצעת החוק, וטענו כי היא מופשטת מדי ונעדרת כל תוכן יהודי ממשי.⁹⁹ שלישית, הסיעות הדתיות חששו במיוחד מההוראה שהעניקה לבית המשפט העליון את סמכות הביקורת החוקתית על חקיקה עתידית. גם הפעם, בדומה למצב בשנות היוסדה של המדינה, התנגדותם למגילת זכויות לא הייתה התנגדות עקרונית לעצם הרעיון, אלא נבעה מחששם ששופטים, בהם לא בטחו ובהם לא שלטו, יוסמכו לפרש ולאכוף את הצעת החוק על פי השקפותיהם.¹⁰⁰

לאור חששות אלו הצביעו המפלגות הדתיות, שהיו באותה עת באופוזיציה של ממשלת רבין הראשונה, נגד הצעת החוק, אך הצעת החוק עברה בקריאה ראשונה במליאה. אישור הצעת החוק בקריאה הראשונה העצימה את ביקורתם של משפטנים, מלומדים ונציגי ציבור כלפיה. ביקורתם התמקדה בסמכות הרחבה שניתנה למחוקק להגביל ולצמצם זכויות וחירויות בחוק, וטענו כי הסמכה מעין זו ללא סייגים חותרת תחת המטרה של הגנה חוקתית לזכויות אדם. זאת

⁹⁵ למרות שראוי לציין כי העדרן של הזכויות החברתיות לא נעלם מעיני חברי כנסת רבים בעת הדיונים בהצעות חוק יסוד שונות בדבר זכויות הפרט לאורך השנים ראו ח"כ זלמן שובל (הליכוד) ד"כ (תשלי"ד) 1581; ח"כ מאיר פעיל (מוקד) ד"כ (תשלי"ד) 1760; ח"כ פנחס שינמן (חזית דתית לאומית) ד"כ (תשלי"ד) 2731; ח"כ אריאל ויינשטיין (הליכוד) ד"כ 94 (תשמ"ג) בע' 1516 - 1517; ח"כ תופיק טובי (החזית הדמוקרטית לשלום ושוויון) ד"כ 94 (תשמ"ג) 1521.

⁹⁶ לבחינה נרחבת והערכת השלכות המהפכה החוקתית על הסטאטוס קוו ראו Gidon Sapir "Religion and State in Israel: The Case for Reevaluation and Constitutional Entrenchment" 22 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 617 (1999).

Id. at p. 620⁹⁷

⁹⁸ ראו מנחם פרוש (חזית דתית תורתית) ד"כ (תשלי"ד) 1584 - 1585; ח"כ זרח ורהפטיג ד"כ (תשלי"ד) 2738.

⁹⁹ ראו ח"כ שלמה לורנץ (אגודת ישראל) ד"כ (תשלי"ג) 4443; ח"כ מנחם פרוש (חזית דתית תורתית) ד"כ (תשלי"ד) 1584; ח"כ פנחס שינמן (חזית דתית לאומית) ד"כ (תשלי"ד) 2732; ראו לעניין זה גם Goldberg, *supra* note 14, at p. 221.

¹⁰⁰ ראו מנחם פרוש (חזית דתית תורתית) ד"כ (תשלי"ד) 1585; ח"כ זרח ורהפטיג ד"כ (תשלי"ד) בע' 2738 - 2739.

ועוד, הם שללו את הסייגים שהוצבו לעקרון השוויון. באחת מהטיטות של הצעת החוק נקבע כי עקרון השוויון לא יפגע בחוקים המייסדים את ישראל כמדינה יהודית, ומכך ניתן היה ללמוד על סתירה משתמעת בין היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית לבין הצורך לקיים "שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור, לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע, ומין," כמובטח בהכרזת העצמאות. נורמה חוקתית מעין זו, נטען, תהיה בעלת השלכות הרסניות וקיצוניות.¹⁰¹ הצעת החוק נקברה לבסוף בוועדת חוקה, חוק ומשפט ממספר טעמים. ראשית, המפלגות הדתיות חזרו לקואליציה והשתמשו בהשפעתן על יושב ראש וועדת חוקה, חוק ומשפט למנוע כל התקדמות בחקיקת הצעת החוק. שנית, חברי הוועדה לא הצליחו ליישב את חילוקי הדעות לגבי הנורמה החוקתית אותה רצוי לעגן של עקרון השוויון. שלישית, נתגלעו חילוקי דעות לגבי פסקת השריון. הצעת החוק כללה פסקת שריון שמטרתה שריון חוק היסוד כולו על מנת לחסנו מפני שינוי, תיקון או ביטול בעתיד על ידי רוב מקרי בכנסת. חברי הכנסת נחלקו בדעותיהם לגבי נחיצותו של שריון מעין זה, ולגבי גודלו של הרוב שיידרש על מנת לעקוף או להתגבר על שריון זה.¹⁰² רביעית, חילוקי דעות נתגלו גם באשר למנגנון האכיפה של הזכויות המנויות בחוק היסוד, קרי, חילוקי דעות לגבי לגיטימיות הביקורת השיפוטית בידי בית המשפט העליון.¹⁰³ לאור חילוקי דעות אלו, הצעת החוק אפילו לא הגיעה לקריאה שנייה ושלישית.

מספר הצעות חוק להגנה על זכויות אדם הוגשו לכנסת בשנות השמונים, ואף אחת מהן לא זכתה להפוך לחוק.¹⁰⁴ חוסר יכולתה של הכנסת להתקדם במלאכה זו היה ברור לעין במיוחד בין השנים 1984-1990. בשנים אלו, ישראל נשלטה על ידי ממשלת אחדות לאומית, שהורכבה משתי הסיעות הגדולות: הליכוד והמערך (מפלגת העבודה היום). תיאורטית, יכלו הליכוד והעבודה לשלב כוחות ולהציג חזית אחידה בעניין זה למרות התנגדותו העיקשת של הגוש הדתי, אך הן לא עשו זאת. הליכוד והמערך לא הראו נכונות לסכן את קשריהם עם הגוש הדתי, שתמיכתו הייתה נחוצה ליצירתה של קואליציה שלטונית צרה. חוסר הנכונות להתקדם בעיגון החוקתי של זכויות אדם לא נבע רק מאינטרסים פוליטיים צרים. מרבית מחברי הליכוד חשו כי

¹⁰¹ אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, ירושלים ותל-אביב, תשנ"ז) בע' 912.

¹⁰² מספר חברי כנסת, ביניהם ד"ר בנימין הלוי, האמינו כי אין לשריין את הצעת החוק כל עוד נמשך תהליך חקיקתם של חוקי יסוד. לגישתם, רק לאחר קבלתו של הפרק האחרון בחוקה ואשרורה של החוקה כולה על ידי הכנסת, יש לשריין את מגילת הזכויות. פרוצדורה זו, הם האמינו, תאפשר לכנסת לשנות, לתקן ולבטל חוקי יסוד על מנת להגיע לחוקה קוהרנטית ועקבית. ראו ח"כ בנימין הלוי ד"כ (תשל"ד) 1958. חברי כנסת אחרים האמינו כי נחוץ שריון מיידי של מגילת הזכויות על מנת להגן על זכויות ולהפיה חיים בהצעת החוק. ראו ח"כ ליאון דיציאן (הליכוד) ד"כ (תשל"ד) 1583; ח"כ יורם ארידור (הליכוד) ד"כ (תשל"ד) 1587. בנוסף לחלוקת זו, צצה מחלוקת לגבי הרוב הדרוש לשינוי, תיקון וביטול של הצעת החוק. בעוד שמספר חברי כנסת האמינו כי שריון ברוב של שישים ואחד חברי כנסת יספיק (ראו לדוגמה ח"כ אמנון לין (הליכוד) ד"כ (תשל"ד) 1756), אחרים האמינו כי דרישה מעין זו חלשה מדי, מכיוון שהממשלה מסוגלת על פי רוב לגייס תמיכה מעין זו. לכן, לגישתם יש לשריין את החוק מפני שינויים ותיקונים ברוב של שני שלישים מחברי הכנסת.

¹⁰³ בין התומכים בהענקת סמכות הביקורת השיפוטית לפי חוק היסוד לבית המשפט העליון ניתן למנות ח"כ בנימין הלוי ד"כ (תשל"ד) 1569. עם זאת היו שהציעו כינונו של טריבונול מיוחד של אנשי רוח ואנשי מדע, ראו ח"כ אמנון לין (הליכוד) ד"כ (תשל"ד) 1757.

¹⁰⁴ ראו הצעת חוק יסוד: שיווי זכויות הזרמים הדתיים ד"כ 90 (תשמ"א) 992; הצעת חוק יסוד: מגילת העצמאות ד"כ (תשמ"א) 1064; הצעת חוק יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם הי"ח תשמ"ג 111.

טענותיו ותלונותיו של הגוש הדתי לא נענו כראוי, וכי מגילת הזכויות המופשטת שהוצעה לא הגנה על אופייה היהודי של המדינה.¹⁰⁵

הגרסה הראשונה של הצעת חוק יסוד: החקיקה הוצגה לכנסת בשנת 1975.¹⁰⁶ מאז הוגשו לכנסת גרסאות נוספות של הצעת חוק יסוד: החקיקה, אך אף אחת מהן לא הגיעה לשלבי החקיקה הסופיים.¹⁰⁷ למעשה, הצעת חוק יסוד: החקיקה עדין עומדת בפני הכנסת, אך סיכוייה להפוך לחוק קלושים ביותר. הצעת חוק יסוד: החקיקה נועדה, בכל גרסאותיה, להסדיר את חקיקתם, תיקונם וביטולם של חוקי יסוד ולקבוע את עליונותם הנורמטיבית על פני חוקים רגילים. בהתאם, הצעת החוק מורה כי אימוצו של חוק יסוד על ידי הכנסת יעשה ברוב מיוחד,¹⁰⁸ וקובעת כי גם שינוי או ביטול של חוק יסוד יעשה ברוב מיוחד, אלמלא קיימת הוראה אחרת בחוק היסוד בו עסקינן. גרסאות מסוימות של הצעת חוק יסוד: החקיקה אף הכריזו כי הכנסת פועלת כאסיפה מכוננת עת היא מחוקקת חוקי יסוד,¹⁰⁹ וכי בית המשפט העליון בשיבתו בהרכב מורחב הינו בית משפט חוקתי המוסמך לבקר חקיקה ראשית.¹¹⁰

חקיקתה של הצעת חוק יסוד: החקיקה עשויה הייתה להבהיר את המסגרת החוקתית של מדינת ישראל – עדיפותם של חוקי יסוד על פני חוקים רגילים וסמכותם של בתי המשפט לבקר חקיקה ראשית. תומכי הצעת חוק יסוד: החקיקה ציינו כי מדובר ב"חוק החוקים" שיציב מסגרת חוקתית לכל מעשי החקיקה העתידיים;¹¹¹ כי חקיקתו תייסד היררכיה חוקתית מפורשת ותמנע אנרכיה;¹¹² כי יתרום לגיטימציה של הליך חקיקתם ההדרגתי של חוקי יסוד;¹¹³ כי יהיה בו משום צעד רב משמעות לקראת מתן חוקה למדינת ישראל;¹¹⁴ וכי יסמך את בית המשפט העליון בהרכב מיוחד להציב גבולות בפני הרוב ולפסוק הלכה בעניין כשרותם הקונסטיטוציונית של חוקים רגילים בשם ההגנה על המיעוט וזכויות האזרח.¹¹⁵ אולם, דווקא משום שהצעת חוק

¹⁰⁵ ראו ח"כ זלמן שובל (הליכוד) ד"כ (תשלי"ד) 1580.

¹⁰⁶ הי"ח תשל"ו 135.

¹⁰⁷ הי"ח תשל"ח 328; הי"ח תשנ"ב 147; הי"ח תשנ"ג 91; הי"ח תש"ס 341.

¹⁰⁸ בעוד שחוקים רגילים נחקקים ברוב רגיל של חברי הכנסת במליאה, הרי שהצעת חוק יסוד: החקיקה האחרונה קובעת כי אימוצם, שינוים או ביטולם של חוקי יסוד יעשה ברוב של שבעים חברי כנסת בשלב החקיקה של הקריאה האחרונה. חלק מההצעות הקודמות של חוק יסוד: החקיקה דרשו רוב של שני שלישים מחברי הכנסת לפחות בחלק משלבי החקיקה של חוקי יסוד.

¹⁰⁹ סעיף 1(א) להצעת חוק יסוד: החקיקה, הי"ח תשנ"ג 91.

¹¹⁰ סעיף 12 להצעת חוק יסוד: החקיקה, הי"ח תשל"ו 135, בע" 140; סעיף 13 סעיף 12 להצעת חוק יסוד: החקיקה, הי"ח תשל"ח 328, בע" 332; וסעיף 35 להצעת חוק יסוד: החקיקה, הי"ח תשנ"ב 147, בע" 162-163 המתקן את חוק יסוד: השפיטה ומעניק סמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בגין סתירה של חוקי יסוד או "עקרונות היסוד של מדינת ישראל".

¹¹¹ ראו שר המשפטים חיים יוסף צדוק ד"כ (תשל"ו) 1704; שר המשפטים שמואל תמיר ד"כ (תשל"ח) 3975; ח"כ אליעזר רונן (המערך) ד"כ (תשל"ז) 10.

¹¹² שר המשפטים דוד ליבאי ד"כ 129 (תשנ"ג) 4303; ח"כ אמנון רובינשטיין ד"כ (תשס"א) 3542.

¹¹³ ח"כ דן מרידור (מפלגת המרכז) ד"כ (תשס"א) 3554.

¹¹⁴ ח"כ משה ניסים ד"כ (תשל"ו) 1710; ח"כ משה שחל ד"כ (תשל"ז) 959; שר המשפטים דוד ליבאי ד"כ 129 (תשנ"ג) 4303.

¹¹⁵ ח"כ יורם ארידור ד"כ (תשל"ו) 1707; שר המשפטים חיים יוסף צדוק ד"כ (תשל"ו) 1705; ח"כ משה שחל ד"כ (תשל"ז) 959; ח"כ שמואל תמיר (הליכוד) ד"כ (תשל"ז) 4; ח"כ ליאון דיציאן (הליכוד) ד"כ (תשל"ז) 5; ח"כ אליעזר

יסוד: החקיקה הייתה מספקת תשובה למרבית השאלות והמחלוקות החוקתיות היסודיות ביחס למסגרת החוקתית של ישראל, היא מעולם לא נחקקה.¹¹⁶ סלעי המחלוקת העיקריים ביחס להצעת החוק הני"ל היו סעיף השריון הכללי והסמכת בית המשפט העליון לבקר חקיקה ראשית. מאז חקיקתו של חוק יסוד: הכנסת, כללה הכנסת פסקאות הדורשות רוב מיוחד לשינויים או ביטולם של הוראות ספציפיות המצויות בחוקי יסוד. הדבר נעשה למרות קיומן של מחלוקות מוסריות, פוליטיות ומשפטיות חריפות לגבי כשירותה של הכנסת לשריין הוראות אלו. השאלה האם יכולה הכנסת לשריין הוראות ספציפיות ולכבול את יורשיה, נשזרה בשאלות יסוד מוסדיות אחרות: האם בידי הכנסת סמכות מכוונת? האם סמכות הכנסת נשענת על דוקטרינת ריבונות הכנסת המונעת שריון מעין זה? האם רוב רגיל של חברי כנסת יכול לדרוש כי שינוי הוראות חקיקה מסוימות יעשה ברוב מיוחד? וכיוצא באלה שאלות חוקתיות מהמעלה הראשונה. בהחלטתו בבג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**¹¹⁷ ובהחלטות אחרות¹¹⁸ נתן בית המשפט העליון תוקף להוראות השריון המצויות בחוק יסוד: הכנסת, הדורשות רוב של שישים ואחד חברי כנסת לשינוי הוראות המצויות בו. עם זאת, מכיוון שבית המשפט לא ציין מהי התשתית הנורמטיבית לתוקפן המחייב של הוראות השריון ולא הכריע במחלוקת ביחס לסמכותה המכוונת של הכנסת, האמינו חברי כנסת רבים כי עניין **ברגמן** אינו סותם את הגולל על טענות כנגד הלגיטימיות המשפטית והפוליטית של הוראות משוריינות.

במהלך הדיונים בהצעת חוק יסוד: החקיקה נתעוררו שוב מחלוקות אלו. חברי כנסת אחדים טענו כנגד הלגיטימיות הדמוקרטית של הוראות משוריינות;¹¹⁹ היו שטענו כנגד חוסר הלגיטימיות הפוליטית והמשפטית שבשריון חוקי יסוד ברוב מיוחד, תוך שאקט החקיקה עצמו המתיימר לשריין חוקי יסוד נחקק ברוב רגיל;¹²⁰ היו שערערו אחר מידת הנוקשות הגבוהה של השריון,¹²¹ שנקבעה בהוראות חוק יסוד: החקיקה;¹²² היו שחששו כי הענקת שריון גורף לכל חוקי

רוני (המערך) ד"כ (תשל"ז) 10; ח"כ דוד צוקר (מרצ) ד"כ 129 (תשנ"ג) 4305; ח"כ אברהם פורז (מרצ) ד"כ 129 (תשנ"ג) 4307; ח"כ דן מרידור (הליכוד) ד"כ 129 (תשנ"ג) 4312.

¹¹⁶ בכך מודים גם תומכי הצעת חוק יסוד: החקיקה, ראו דבריו של ח"כ דן מרידור, שהסביר כי בבסיס ההתנגדות להצעת חוק יסוד: החקיקה עומדת ההתנגדות לחוקה, ד"כ (תשס"א) 3554.

¹¹⁷ פ"ד כג(1) 693. (להלן: עניין **ברגמן**)

¹¹⁸ ראו גם בג"ץ 148/73 **קניאל נ' שר המשפטים**, פ"ד כז(1) 794 (להלן: עניין **קניאל**); בג"ץ 60/77 **רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות**, פ"ד לא(2) 556 (להלן: עניין **רסלר**); בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור**, פ"ד לה(4) 1 (להלן: עניין **אגודת דרך ארץ**); בג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לו(3) 141 (להלן: עניין **רובינשטיין**).

¹¹⁹ ראו ח"כ ארי אנקוריון (המערך) ד"כ (תשל"ו) 1709; ח"כ מרדכי בן פורת (המערך) ד"כ (תשל"ז) 6; ח"כ ניסים זאב (ש"ס) ד"כ (28.3.00);

¹²⁰ ראו ח"כ משה ניסים (הליכוד) ד"כ (תשל"ו) 1710; ח"כ מרדכי בן פורת (המערך) ד"כ (תשל"ז) 6; ח"כ בנימין הלוי ד"כ (תשל"ז) בע' 955 - 957; ח"כ מיכאל איתן (הליכוד) ד"כ 129 (תשנ"ג) 4306; ח"כ יגאל ביבי (מפד"ל) ד"כ (תשס"א) 3557. ראו לעניין זה גם הצעת חוק יסוד: החקיקה (רוב מיוחד) של ח"כ מרדכי וירשובסקי (התנועה לזכויות האזרח והשלום) שנועדה לתקן פגם זה שקבע בסעיף 1 כי "הוראת חוק הקובעת כי חוק או הוראה מהוראותיו לא ישונו אלא ברוב מיוחד, לא יהיה לה תוקף אם לא נתקבלה באותו רוב מיוחד הנדרש כדי לשנותה" ד"כ 124 (תשנ"ב) 2686, 2705. עם זאת, הצעת חוק זו לא הגיע לכדי מימוש חקיקתי.

¹²¹ מספר גרסאות של הצעת חוק יסוד: החקיקה אף הרחיבו את השריון של חוקי יסוד מעבר לדרשת הרוב המיוחד של שישים ואחד חברי כנסת. היו שדרשו רוב של שני שלישים (קרי, שמונים חברי כנסת) וההצעה הנוכחית דורשת רוב של שבעים חברי כנסת. תומכי הצעת חוק יסוד: החקיקה בחרו בהוראות אלו על מנת להגביל את כוחה של הממשלה, שלרוב מצליחה לגייס רוב של שישים ואחד חברי כנסת בקואליציה. לטיעון מעין זה ראו קלינגהופר, לעיל

היסוד הקיימים תוביל לשריונם של חוקי יסוד שאינם ראויים לשריון;¹²³ והיו שחששו כי קביעת השריון הכללי לחוקי יסוד תיתפס כהשלמת המשימה של קביעת חוקה, למרות שמשימה זו טרם הושלמה.¹²⁴ מחלוקות אלו מקורן במחלוקת המסורתית סביב סמכותה המכוננת של הכנסת מול דוקטרינת ריבונות ועליונות הכנסת. אמנם, אימוצה של דוקטרינת ריבונות הכנסת או לחלופין הכרה בסמכותה המכוננת אינה מכריעה בהכרח ובמישרין בשאלת מהות והיקף השריון בו כנסת נוכחית רשאית לנקוט על מנת לכבול כנסת עתידית.¹²⁵ למרות זאת, חוסר יכולתה של הכנסת להתקדם בחקיקת הצעת חוק יסוד: החקיקה נבע לפחות בחלקו ממחלוקות ביחס לשאלות יסודיות אלו. יש לציין כי הוראה המכריזה על הכנסת כבעלת סמכות מכוננת מכוח החלטת הררי שנכללה באחת מהגרסאות האחרונות של הצעת חוק יסוד: החקיקה הושמטה,¹²⁶ אך הדבר לא קידם את חקיקת הצעת החוק. הטעם לכך הוא שהמחלוקת סביב השריון שקובעת הצעת חוק היסוד אינה ניתנת לתיחום לשאלת הסמכות המכוננת של הכנסת, אלא גם נוגעת ללגיטימיות של הוראה המונעת משישים ואחד חברי כנסת לשנות ולתקן חוקי יסוד.

אבן הנגף השנייה שמנעה חקיקתה של הצעת חוק יסוד: החקיקה הייתה תפקידו של בית המשפט העליון. מספר גרסאות של הצעת חוק יסוד: החקיקה כוננו את בית המשפט העליון בשיבתו במושב מורחב כבית משפט חוקתי האמון על ביקורת שיפוטית של חקיקה ראשית. חברי כנסת רבים התנגדו לרעיון של ביקורת שיפוטית כשלעצמו.¹²⁷ אולם גם רבים מאלה שקיבלו את לגיטימיות הביקורת על המחוקק התנגדו להעניק סמכות זו לבית המשפט העליון, שבהרכבו הנוכחי נתפס בעיניהם בלתי יציג ושיטת מינוי השופטים בו היא בלתי הוגנת.¹²⁸ בדומה להוראה בדבר סמכותה המכוננת של הכנסת, ועדת חוקה, חוק ומשפט השמיטה את ההוראה העוסקת בתפקידו של בית המשפט, והבטיחה כי תדון בסוגיה זו כאשר תידון בפני הכנסת סוגית השלמת החוקה. גם תיקון זה לא הוביל לחקיקת הצעת חוק יסוד: החקיקה. רבים מחברי הכנסת האמינו כי חקיקת הצעת חוק היסוד ללא פתרון מחלוקת זו תהיה בעלת תוצאות הרסניות, במיוחד משום

הערה 92, בע' 143 - 144; ח"כ יורם ארידור ד"כ (תשל"ו) 1706-1707; ח"כ ידידיה בארי (הליכוד) ד"כ (תשל"ז) 2; ח"כ ליאון דיציאן (הליכוד) ד"כ (תשל"ז) בע' 4 - 5; ח"כ אהוד אולמרט (הליכוד) ד"כ (תשל"ז) 18.

¹²² ראו ח"כ שמחה פרידמן (חזית דתית לאומית) ד"כ (תשל"ז) בע' 8 - 9; ח"כ בנימין הלוי ד"כ (תשל"ז) 955; ח"כ מיכאל איתן (הליכוד) ד"כ 129 (תשנ"ג) 4306; ח"כ ניסים זאב (שי"ס) ד"כ (28.3.00); ח"כ תאופיק חטיב (המפלגה הלאומית הערבית) ד"כ (תשס"א) 3553; ח"כ אחמד טיבי (התנועה הערבית להתחדשות) ד"כ (תשס"א) 3558.

¹²³ ח"כ שולמית אלוני (תנועה לזכויות האזרח) ד"כ (תשל"ז) 15; ח"כ יגאל ביבי (מפד"ל) ד"כ (תשס"א) 3557.

¹²⁴ ח"כ בנימין אלון (האיחוד הלאומי - ישראל ביתנו) ד"כ (תשס"א) 3543.

¹²⁵ כמודגם בעמדות השופטים שמגר וחשין בעניין **מזרחי**, לעיל הערה 1.

¹²⁶ ראו דברי ח"כ אמנון רובינשטיין ד"כ (28.3.00).

¹²⁷ ראו ח"כ ארי אנקוריון (המערך) ד"כ (תשל"ו) 1710; ח"כ משה ניסים (הליכוד) ד"כ (תשל"ו) בע' 1710 - 1711; ח"כ אברהם לבנבראון (הרשימה הקומוניסטית החדשה) ד"כ (תשל"ז) 7; ח"כ שמחה פרידמן (חזית דתית לאומית) ד"כ (תשל"ז) בע' 8 - 9; ח"כ שלמה יעקב גרוס (חזית דתית תורתית) ד"כ (תשל"ז) 9; ח"כ מאיר פעיל (מוקד) ד"כ (תשל"ז) בע' 13 - 14; ח"כ מיכאל איתן (הליכוד) ד"כ 129 (תשנ"ג) בע' 4305 - 4306.

¹²⁸ ראו ח"כ זרח ורהפטיג (חזית דתית לאומית) ד"כ (תשל"ז) בע' 961 - 963; ח"כ זבולון אורלב ד"כ (תשס"א) 3546; ח"כ יובל שטייניץ (הליכוד) ד"כ (תשס"א) 3549; ח"כ משה גפני (יהדות התורה) ד"כ (תשס"א) 3552; ח"כ יגאל ביבי (מפד"ל) ד"כ (תשס"א) 3556; ח"כ מיכאל איתן (הליכוד) ד"כ (תשס"א) 3560; ח"כ אחמד טיבי (התנועה הערבית להתחדשות) ד"כ (תשס"א) 3558.

שלא סמכו על נשיא בית המשפט העליון, כי ירסן את בית המשפט מלשנות את הסטאטוס קוו החוקתי.¹²⁹

הנטייה שלא להחליט לגבי המסגרת החוקתית של ישראל התבטאה גם בסוגיה שלישית, והיא הצורך בהליך מיוחד על מנת לאמץ ולאשר את החוקה העתידית. לרוב, החוקה נתפסת כביטוי לרצונו של העם בכללותו. הפילוסופית Hannah Arendt (להלן: ארנדט), לדוגמה, טענה כי האלמנט המהפכני באמת בחוקות המודרניות היה שהם אומצו, לא בידי הממשלה, אלא בידי העם שמכונן את עצמו.¹³⁰ החוקות של ארה"ב וצרפת אופיינו, מסבירה ארנדט, לא רק על ידי ממשל מוגבל, אלא גם בפעילותן של אסיפות מכוננות וועידות מיוחדות שתפקידן היחיד היה ניסוחה של חוקה שתאושר בידי העם. מטרתה של חוקה מודרנית אינה רק להגביל את הממשל, אלא גם לשמש ביטוי פוליטי ועליון לערכיו, שאיפותיו ומטרותיו של העם. משפטים ישראלים, עורכי דין ושופטים כאחד, נוטים לעיתים קרובות להתעלם מהיבט זה של חוקות מודרניות. קרוב לוודאי שהדבר נובע מהנסיבות החוקתיות המיוחדות של ישראל. בהעדרה של חוקה, היה המשפט החוקתי הישראלי פרי פעילותם של מחוקקים, שופטים ועורכי דין, תוך שאלה מתמקדים ביצירתן, בזיהוין וביישומן של נורמות חוקתיות במנותק מהליך או פרוצדורה עממיים.¹³¹ אך היבט זה של העשייה החוקתית לא נשכח לגמרי. לאורך שנות השבעים, השמונים ואף לאחר המהפכה החוקתית של 1992, היו מלומדים ונציגי ציבור רבים, שלמרות שהכירו בכוחה של הכנסת לכוון חוקה, טענו כי עדיף יהיה להשתמש בפרוצדורה מיוחדת לאישורה הסופי של החוקה.¹³² מלומדים ונציגי ציבור אלה האמינו כי ההליך החוקתי הרגיל של קבלת חוקי יסוד בהדרגה, שהוארך מעבר לחמישה עשורים, הוא בלתי מספק. מספר פרוצדורות הוצעו לקבלתה של חוקה. מלומדים אחדים הציעו כי טיוטת חוקה שתקבל בכנסת תועמד למשאל עם או שיעשה שימוש באמצעי דומה אחר של אשרור עממי.¹³³ מלומדים אחרים סברו כי יש לחוקק חוקי יסוד

¹²⁹ על החשש מפני ההשלכות שבפרשנות הצעת חוק יסוד: החקיקה על ידי בית המשפט העליון ראו ח"כ בנימין אלון (האיחוד הלאומי – ישראל ביתנו) ד"כ (תשס"א) 3543; ח"כ משה גפני (יהדות התורה) ד"כ (תשס"א) 3552.

¹³⁰ Hannah Arendt *On Revolution* (New York, 1965) at p. 143.

¹³¹ כאשר שופטים יוצרים נורמות חוקתיות, הם על פי רוב טוענים כי נורמות אלו הן ביטוי לרצונות, השקפות ותפיסות העם. עם זאת, תפקידם המוסדי מונע מהם את האפשרות לשתף את העם בהליך יצירת הנורמות החוקתיות באותה מידה שאסיפות וועידות מכוננות מאפשרות את שיתופן. שופטים אינם מעבירים לאישור העם נוסחי חוקה להתדיינות ואישור. פעילותו האקטיבית והממשית של העם ביצירת נורמות חוקתיות בעזרת אסיפות מכוננות מקטין בהכרח את תפקיד השופטים בתהליך יצירת נורמות חוקתיות.

¹³² ראו Shapira, *supra* note 44, at p. 441.

¹³³ בנימין אקצין "הצעת חוקה למדינת ישראל" סוגיות במשפט ובמדינאות (ירושלים, תשכ"ו) בע' 168-169. Elishah S. Likhovski *Israel Parliament: The Law of the Knesset* (Oxford, 1971) at p. 219-220; Shapira, *Id.*; Nimmer, *supra* note 53, at p. 1253; ראו גם דברי עלי זלצברגר על הצורך בהליך מיוחד על מנת לגבש לגיטימציה לעשייה חוקתית היום: "אין מנוס מייסוד אספה מכוננת שתגבש חוקה. אני לא אומר זאת מתוך בוז לכנסת, לחברי הכנסת. אני חושב שהם נמצאים במצב בלתי אפשרי, שבו השיקולים שלהם הם מטבע הדברים שיקולים קצרי טווח של בחירה מחדש... לכן אני חושב שצריך לפעול – ואני אשמח מאוד אם מכון הישראלי לדמוקרטיה יעשה לכינון אספה מכוננת. גם אם ישבו בה 120 חברי כנסת לשעבר, התוצאות שלה, התוצרים שלה יהיו שונים מאוד מתוצר חוקתי של כנסת מכהנת. אספה מכוננת כזו תגבש מסמך שהמהות שלו תהיה הסכמה מאוד רחבה, כי חוקה היא חוזה חברתי, היא אמורה לייצג הסכמה." מתוך חוקה, חוקי יסוד, מגילת זכויות (תשס"א, ירושלים) בע' 53.

ואולי אף את החוקה כולה ברוב מיוחד של חברי כנסת.¹³⁴ והיו שגרסו כי לשם קבלתה של החוקה הכתובה כל שצריך הוא שהכנסת תפעל מפורשות כאסיפה מכוננת.¹³⁵

העובדה כי נכון להיום לא אומצה אף לא אחת מן השיטות משקפת את העדרו של קונצנזוס רחב הן לגבי שאלות יסוד חוקתיות והן לגבי שיטות, פרוצדורות ודרכים מעשיות לפתור סוגיות אלו. הספקטרום הרחב של הצעות מראה כי קיים סיכוי קלוש בלבד לפתרון בעיית הלגיטימיות שבקבלת חוקה שלמה על ידי הכנסת. באחד הקטבים של ספקטרום זה ניתן למצוא את ההליך של משאל עם לגבי חוקה, שלמעשה יכונן נתיב חדש למתן לגיטימציה לחוקה שתקבל. בקוטב האחר, ניתן למצוא את ההליך של קבלת חוקה שלמה על ידי הכנסת תוך שהיא מכריזה על עצמה כפועלת מכוח הסמכות המכוננת, שלמעשה יאשר את תיאורית שני הכובעים לפיה בידי הכנסת הן סמכות מכוננת והן סמכות מחוקקת. לפי הצעה זו הצורך באישור עממי לחוקה יבוא על סיפוקו בפעילות הכנסת המבטאת את רצון העם.

למרות שהמסקנה מניתוח זה של העשייה החוקתית בשנות השמונים היא כי הנסיבות החוקתיות הכוללות של מדינת ישראל לא השתנו, הרי שמספר התרחשויות אירעו בחקיקת חוקי היסוד. באוגוסט 1980, חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל הוצג על ידי חברת הכנסת גאולה כהן ממפלגת התחייה והתקבל במליאה של הכנסת התשיעית. חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל הבטיח את מעמדה של ירושלים המאוחדת כבירת ישראל וכמקום "מושבם של נשיא המדינה, הכנסת, הממשלה ובית המשפט העליון".¹³⁶ בנוסף צוין כי ישמרו המקומות הקדושים מפני חילול או פגיעה אחרת, וכי הממשלה תשקוד על פיתוחה ושגשוגה של ירושלים ועל רווחת תושביה. חוק יסוד זה לא הכיל בתוכו חידוש כלשהו מלבד ההצהרה על ירושלים השלמה והמאוחדת כבירת ישראל. אימוץ חוק יסוד זה התקבל בעוינות על ידי הקהילה הבינלאומית, שחששה כי מטרתו היא לחזק את האחיזה הישראלית על העיר כולה, וכי ימנע כל משא ומתן ופשרה עתידיים לגבי ירושלים עם מדינות ערב השכנות.¹³⁷ נציגי ציבור ומלומדים אף ראו בחוק יסוד זה ביטוי פוזיטיבי פורמאלי לרצון לבסס את התביעות הטריטוריאליות של הציונות על טעמים דתיים, מסורתיים והיסטוריים, שהשתייכו לאלמנטים הפרטיקולאריים הלאומיים שבציונות להבדיל מהאלמנטים האוניברסאליים שבה.¹³⁸ חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל היה חוק היסוד הראשון שמקורו

¹³⁴ קלינגהופר, לעיל הערה 92, בע' 141. שי גוברמן "סמכותו של בית המשפט לבטל חוקים" רפורמה קונסטיטוציונית בישראל והשלכותיה – כנס שנערך בחודש יוני 1994 (תשס"ה) 76, 79. אקצין, שם.

¹³⁵ Claude Klein "A New Era in Israel's Constitutional Law" 6 *Israel L. Rev.* 376 (1971) at pp. 391-392; Shapira, *supra* note 44, at p. 441.

¹³⁶ סעיף 2 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח 980, תש"ס, בע' 186.

¹³⁷ על עוינות הקהילה הבינלאומית לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל ראו Ruth Lapidoth "The Future of Jerusalem: A Symposium: Jerusalem—Some Jurisprudential Aspects" 45 *Cath. U. L. Rev.* 661,670 (1996).

¹³⁸ הורוביץ וליסק, לעיל הערה 8, בע' 153. חברי כנסת מהשמאל והימין ראו בהצעת חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל מבחן אידיאולוגי בעל ערך סמלי ודקלרטיבי הן לגבי היסודות עליהן נשענת לגיטימיות מדינת ישראל והן לגבי דרכה העתידית. ראו ח"כ בן ציון רובין (חזית דתית לאומית) ד"כ (תש"ס) 4052: "השבועה הזאת [לירושלים] שנשבענו לפני 1,900 שנה, ואנחנו מחזיקים בה עד היום היא תחילתה של הציונות, היא היסוד להקמתה של מדינת ישראל... והנה היום אנחנו באים לתת תוקף חוקי לזכות ההיסטורית ולחוקק את חוק ירושלים בירת ישראל." ח"כ גאולה כהן (התחיה – בנא"י) ד"כ (תש"ס) 4037: "...חוק ירושלים לא הועלה הפעם רק כדי לסתום פירצה בחקיקה. הוא הועלה

בהצעת חוק פרטית של חבר כנסת,¹³⁹ וחוק היסוד הראשון שאומץ בהתלהבות על ידי הפלגים הדתיים בכנסת.¹⁴⁰ למרות אופיו המפלג של חוק יסוד זה, לא היה בו משום הכרעה במחלוקות נושנות לגבי תנאי הלגיטימיות של מדינת ישראל ולגבי מסגרתה החוקתית הפורמאלית. הטעם להשלכותיו המזעריות של חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל על הויכוח החוקתי בישראל היה משולש. ראשית, לחוק יסוד זה לא נתלוותה הוראת שריון כלשהי,¹⁴¹ והוא נתפס כתוצר של פוליטיקה יומיומית ואולי אפילו של מניפולציות פוליטיות.¹⁴² שנית, מלומדים ומדינאים רבים ציינו כי חוק היסוד לא ימנע מהממשלה משא ומתן על מעמדם העתידי של המקומות הקדושים או על הסדרים מוניציפאליים.¹⁴³ שלישית, בזמן קבלת חוק היסוד על ידי הכנסת הסיכויים

היום... גם כדי לסתום פרצה פוליטית בעלת דינאמיקה שלילית.... "ח"כ אורי אבנרי (מחנה שלי) ד"כ (תש"ס) 4040: "הצעת החוק הזאת אינה חשובה כשלעצמה. כולכם יודעים שאין היא חשובה, שהיא חסרת כל ערך. אך היא חשובה כסמל למה שמתרחש היום בעם ישראלן ובכנסת ישראל. "ח"כ יהודה בן-מאיר ד"כ (תש"ס) 4045: "אין ספק שיש סמליות רבה בכך שהכנסת תקבל היום ברוב אדיר, המייצג את רובו ככולו של העם בישראל... את חוק ירושלים למחרת תשעה באב... זמן חורבן בית ראשון ובית שני... הנושא הוא מעבר למילים. הנושא הזה בוער כאש בנשמתו ובנפשו על העם היהודי ושל כל יהודי. "ח"כ מאיר וילנר (החזית הדמוקרטית לשלום ולשוויון) ש"כ (תש"ס) 4048: "אם הכנסת תקבל את העצת החוק... יהיה זה תרשים למלחמה הבאה. חוק ירושלים הוא גם מחסום נוסף חמור לשלום. "ח"כ יוסי שריד (המערך) ד"כ (תש"ס) 4055: "חברת-הכנסת גאולה כהן מעוניינת בכל ארץ-ישראל... היא ידעה שאינה יכולה להביא הצעת חוק כזאת... משום שהכנסת לא תאשר אותו... חברת הכנסת גאולה כהן יכולה מחר, מחרתיים להגיש... הצעת חוק תמימה האומרת שארץ ישראל היא נחלת אבותינו, ושזכות אבותינו עומדת לנו על ארץ-ישראל כולה. "ח"כ תופיק זיאד (חזית דמוקרטית לשלום ולשוויון) ד"כ (תש"ס) 4058: "החוק המותאם הוא פרובוקאציה פוליטית חדשה לא רק נגד העם הערבי הפלשתינאי אלא גם נגד האומות המאוחדות, נגד השלום במזרח-התיכון ובעולם כולו. "ח"כ משה שמיר (התחיה - בנא"י) ד"כ (תש"ס) 4062: "חשוב שנתרכז בירושלים, נמחיש ונדגיש שהמאבק על ירושלים מתמצת בתוכו את המאבק על ארץ-ישראל."

¹³⁹ למרות שיש לציין כי הממשלה בראשותו של מנחם בגין תמכה בהצעת חוק היסוד.

¹⁴⁰ ראו ח"כ יהודה בן-מאיר (חזית דתית לאומית) ד"כ (תש"ס) 4045; ח"כ פנחס שינמן (חזית דתית לאומית) ד"כ (תש"ס) בע' 4046 - 4048; ח"כ בן-ציון רובין (חזית דתית לאומית) ד"כ (תש"ס) 4052. אולם ראו דברי ח"כ קלמן כהנא (פועלי אגודת ישראל) ד"כ (תש"ס) 4069: "אני מביע צער על כך כי זהו חוק ירושלים, זה ולא אחר... היכן קדושתה של ירושלים באה לידי ביטוי בחוק זה? ... האם בחוק ירושלים אשר מחוקקת מדינת ישראל, מדינת יהודים ריבונית, לא היה צריך לבוא לידי ביטוי אופיה המקודש של ירושלים? ... בלב כבד, בהעדר כל שמחה, בצער ויגון אני מצביע היום על חוק ירושלים, חוק נטול תוכן ממשי, חוק נטול מעוף וחזון, חוק נטול רקע ובסיס."

¹⁴¹ עם זאת, בחודש נובמבר 2000 תוקן חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל וחלק מההוראות האופרטיביות שהתווספו לחוק היסוד שוריינו. לדיון בתיקון ומשמעותו ראו להלן טקסט נלווה להערות... .

¹⁴² ח"כ אורי אבנרי (מחנה שלי) ד"כ (תש"ס) 4040: "כולנו יודעים שהליכוד התנגד להצעת החוק הזאת. המערך התנגד לה, וכמעט כל שאר סיעות הבית התנגדו לה. ובכל זאת, בהגיון של טראגדיה יוונית... נגרר הבית... אחרי תכתיב הקנאות הלאומנית הקיצונית הרת-האסון. "ח"כ חייקה גרוסמן (המערך) ד"כ (תש"ס) 4051: "חברת הכנסת גאולה כהן, במהלך פארלאמנטרי מוצלח מצדה, מנצלת את חולשתה של הממשלה, את פיק הברכיים שאחזו רבים באפוזיציה, את פחדם של רבים מאתנו מפני כך שיטילו ספק בנאמנותם לירושלים וידרשו מהם תעודת יושר פאטריוטי. "ח"כ יוסי שריד (המערך) ד"כ (תש"ס) 4054: "יודעת חברת הכנסת גאולה כהן את נפש עמיתה בכנסת, היא יודעת את מורך-לבם והיא יודעת שאין בהם אומץ לומר את אשר הם חושבים באמת ובתמים כאשר מדובר בנושא זה של ירושלים, והיא ניצלה היטב ידיעה זאת. "ח"כ מאיר תלמי (המערך) ד"כ (תש"ס) 4062: "כלי-הקומוניקאציה משמיעים דברי שבח לחברת-הכנסת גאולה כהן, שהצליחה להביך את הממשלה וזכתה לתימרון פוליטי מוצלח... אבל כל המשבחים אינם אומרים כי החוק משרת את עניין ירושלים, כי מובן לכול כי החוק מתגלגל בתחום תרגילים על המפה הפוליטית שלנו בפנים ולא בתחום קביעת מעמדה של העתיד של ירושלים."

¹⁴³ Lapidoth, *supra* note 137, at p. 678.

ליישוב הסכסוך הישראלי-ערבי בדרכי שלום, שיכלול כמובן גם הסכמה על מעמדה של ירושלים, נראו קלושים ביותר.¹⁴⁴

התרחשות נוספת הייתה חקיקתו של חוק יסוד: השפיטה על ידי הכנסת העשירית בפברואר 1984. חוק יסוד: השפיטה הכיר ברשויות השיפוטיות של מדינת ישראל וקבע את עצמאותן, גדרי סמכויותיהן ויחסיהן בין לבין עצמן.¹⁴⁵ חוק יסוד: השפיטה עסק בשלוש סוגיות מרכזיות שהיו בעלות פוטנציאל להשלכות חוקתיות מרחיקות לכת: תפקידו של בית המשפט העליון בכלל ובשיבתו כבית משפט גבוה לצדק בפרט;¹⁴⁶ שיטת מינוי השופטים;¹⁴⁷ וסוגיית סמכותם של בתי הדין הדתיים.¹⁴⁸ חקיקתו של חוק יסוד: השפיטה נתאפשרה לאחר מציאתה של נוסחת פשרה שהתייחסה לסמכות בתי הדין הדתיים *vis-à-vis* בית המשפט העליון,¹⁴⁹ ומכיוון שברובה המכריע עיגנה בחוק יסוד את ההסדרים השיפוטיים הקיימים,¹⁵⁰ ובכלל זה הותירה ללא הכרעה את סוגיית ההסמכה המפורשת של בית המשפט העליון לבקר חקיקה ראשית.¹⁵¹ במקום זאת, סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה אימץ את הוראת סעיף 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ז – 1957, שקבע סמכות רחבה לבית המשפט העליון לדון בעניינים אשר הוא רואה צורך להושיט בהם "סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר." כל המפלגות הפוליטיות הסכימו לניסוח זה, מכיוון שהותיר את שאלת הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית ללא הכרעה. מחד, ההוראה לא העניקה מפורשות לבית המשפט העליון את הסמכות לבקר את

*Id.*¹⁴⁴

¹⁴⁵ ראו שמעון שטרית על השפיטה: מערכת הצדק במשפט (ירושלים, 2004) בע' 96 - 97.

¹⁴⁶ בין היתר טענו הנואמים השונים בדיון במליאה כי יש צורך בחלוקת בית המשפט העליון להתמחויות שונות; כי עניינים מסויימים כגון החזקת קטינים או נושאים הנוגעים לשלטון המקומי, יועברו מבית המשפט העליון לבתי המשפט המחוזיים; וכי יש לצמצם את מגמת המשפטיות וההתדיינות היתרה של הציבור הישראלי. ראו זרח ורהפטיג (חזית דתית לאומית) ד"כ (תשמ) 785; ח"כ אורי אבנרי (מחנה שלי) ד"כ (תשי"ם) 788; ח"כ גדעון האזנר (המפלגה הליברלית העצמאית) ד"כ (תשי"ם) 785; ח"כ אמנון רובינשטיין (התנועה לשינוי ויזמה) ד"כ (תשי"ם) בע 786 - 878.

¹⁴⁷ חלק ניכר מהשינויים עליהם המליצו חברי הכנסת נועדו להחליש את הזיקה הפוליטית לוועדה למינוי שופטים. בין היתר הציעו חברי הכנסת על שילובו של איש מחוץ למערכת עריכת הדין, למשל אחד מהדיקאנים של הפקולטאות למשפטים, בוועדת המינויים, על הקטנת מספרם של הפוליטיקאים בוועדת המינויים ועל מינויו של נשיא בית המשפט העליון ליו"ר ועדת המינויים. ראו ח"כ מרדכי ורשובסקי (התנועה לשינוי ויזמה) 783; ח"כ אורי אבנרי (מחנה שלי) ד"כ (תשי"ם) 789; ח"כ שולמית אלוני ד"כ 99 (תשמ"ד) 1736.

¹⁴⁸ למעשה, הצעת חוק יסוד: השפיטה המקורית לא כללה הוראות לגבי בתי הדין הדתיים, דבר שהוביל להתנגדות חריפה מצד המפלגות הדתיות וגרם לעיכוב של שנים מספר בחקיקת חוק היסוד. ראו ח"כ זרח ורהפטיג (חזית דתית לאומית) ד"כ (תשי"ם) 784;

¹⁴⁹ שר המשפטים שמואל תמיר ד"כ (תשי"ם) 1309.

¹⁵⁰ ראו ח"כ אורי אבנרי (מחנה שלי) ד"כ (תשי"ם) 788: "הצעת החוק המובאת כאן... היא צילום המצב הקיים במדינה, במילים ישנות או במילים חדשות. הוא לא מחדש מאומה. אפילו המילים 'חוק יסוד', כפי שכולנו יודעים, הן מילים ריקות לפי שעה."

¹⁵¹ שר המשפטים שמואל תמיר ד"כ (תשי"ם) 3271: "אשר לסמכותו של בית המשפט העליון: מוצע להשאיר על כנה, אפילו תוך העתקה מילולית של סעיף 7 לחוק בתי המשפט, וזאת כדי שלא לפגוע בהלכות שנקבעו לגבי סעיף זה. נוספה אפשרות שלבית-המשפט העליון תוקנה סמכות של בית משפט לחוקה. כאשר נשוב לדיון בחוק יסוד: החקיקה, ויוחלט שבית-המשפט העליון יהיה בית-משפט לחוקה, תוכל קביעה זו לעלות בקנה אחד עם חוק יסוד: בית המשפט."

חקיקת הכנסת. מאידך, היא אפשרה לבית המשפט להמשיך ולפתח את מוסד הביקורת השיפוטית בהתאם להחלטה בעניין **ברגמן** והחלטות אחרות שניתנו בשנות השבעים והשמונים.¹⁵² חוק יסוד: השפיטה גם לא שוררין, ועל פי פסיקת בית המשפט העליון באותה עת נתפס כניתן לשינוי ותיקון בידי הכנסת בהליך רגיל וברוב רגיל. לכן, למרות העובדה שחקיקתו של חוק יסוד: השפיטה היוותה התקדמות בעשייה החוקתית ותוספת ברוכה של חוק יסוד למערך ההולך ומתעבה של חוקי יסוד, הרי שלמעשה שמר חוק יסוד: השפיטה על הסטאטוס קוו החוקתי של "החלטה שלא להחליט" בסוגיות יסוד חוקתיות.¹⁵³

ט. חקיקת חוקי היסוד החדשים, המהפכה החוקתית והעשייה החוקתית היום

ההתפתחות החשובה ביותר בתהליך קבלתם בהדרגה של חוקי יסוד בשני העשורים האחרונים הייתה ללא ספק חקיקתם של שני חוקי היסוד החדשים. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק נחקקו בחודש מרץ של שנת 1992 במושב האחרון של הכנסת השתים עשרה. מספר זכויות אדם כמו כבוד האדם, חירות, זכות הקניין, חופש העיסוק, הזכות לפרטיות וזכות הכניסה והיציאה מישראל עוגנו במפורש בחוקי יסוד אלו. מן המפורסמות הוא כי בעקבות חקיקתם טוענים משפטנים רבים כי הנסיבות החוקתיות של מדינת ישראל השתנו, כי חקיקת חוקי היסוד החדשים היוותה "מהפכה חוקתית",¹⁵⁴ ומאותו רגע לישראל חוקה פורמאלית.¹⁵⁵ אחת השאלות שאבחן בפרק זה היא האם חקיקתם של חוקי היסוד החדשים סימלה שינוי בטקטיקה החוקתית של "החלטה שלא להחליט." הטיעון אותו אנסה לבסס הוא שלמרות שחקיקתם של חוקי היסוד החדשים הייתה צעד נוסף בקידומו של פרויקט קבלת חוקי יסוד בהדרגה, הרי שאין המדובר בשינוי הנסיבות החוקתיות של מדינת ישראל. כלומר, חקיקתם של חוקי היסוד החדשים לא רק שאינה מהווה סטייה מהטקטיקה החוקתית של החלטה שלא להחליט, אלא מהווה המשך ישיר לטקטיקה זו.

חקיקתם של חוקי היסוד החדשים נתאפשרה לאחר שחבר הכנסת אמנון רובינשטיין, שהינו אחד מהפרופסורים המוערכים ביותר בתחום המשפט חוקתי, הציע לחוקק בהדרגה הוראות הנוגעות לזכויות יסוד. פרופסור רובינשטיין הבין כי מטעמים פוליטיים (מחלוקות) לא ניתן לחוקק מגילת זכויות שלמה ומקיפה, ולכן בחר לנקוט בהליך של אטומיזציה של זכויות.¹⁵⁶ הרעיון היה לפרק את מגילת הזכויות למספר קבוצות ולעגן בחוקי יסוד בשלב ראשון רק את אותן

¹⁵² כחלק מהפשרה הפוליטית שהושגה, יצרה הכנסת מערכת מינויים של שופטים ששימרה את עצמאותה של הרשות השופטת ואת טיבם המקצועי של בתי המשפט. ראו שמעון שטרית **על השפיטה: מערכת הצדק במשפט** (ירושלים, 2004).

¹⁵³ ראו דברי ח"כ שולמית אלוני בשם ועדת חוקה, חוק ומשפט כי עם חקיקת חוק יסוד: השפיטה עדין יש "לבחון באיזו מידה חוקי-היסוד יישארו בחזקת חוקים מנחים רגילים – שמכוח תרבותנו ובגלל רצוננו להיות דמוקרטיים נכבד אותם, אך נשמור על האפשרות לשנותם על-ידי רוב מקרי זה או זה – או האם נשריין אותם... מפני חקיקה של רוב מקרי כזה או כזה על ידי הקמת בית-דין לחקיקה." ד"כ 99 (תשמ"ד) 1736.

¹⁵⁴ אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א (תשנ"ב) 9; אשר מעוז "משפט חוקתי: המהפכה החוקתית" **ספר השנה של המשפט בישראל**, תשנ"ו (א' רוזן צבי עורך, תשנ"ו) 215.

¹⁵⁵ ברק, **לעיל** הערה 1, בע' 358; רובינשטיין ומדינה, **לעיל** הערה 101, בע' 355.

¹⁵⁶ ח"כ שבח וייס (עבודה) ד"כ 124 (תשנ"ב) 2596; ראו גם יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א (תשנ"ג) 323, בע' 338.

זכויות שהייתה לגביהן הסכמה רחבה. הנחת העבודה של פרופסור רובינשטיין הייתה שרק זכויות מסוימות מצויות במחלוקת וכי ניתן לגבש קונצנזוס רחב לגבי שאר הזכויות.¹⁵⁷ זכויות שבאופן מסורתי היו בעייתיות כמו זכות השוויון, חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, חופש המצפון, החופש מדת וחופש הדת וזכויות חברתיות וכלכליות הושארו מחוץ לחוקי היסוד החדשים וחקיקתן נדחתה למועד מאוחר יותר. גישתו של רובינשטיין תאמה במדויק את המסורת של קבלת חוקי יסוד בהדרגה ויישמה את אותו תהליך של חקיקת חוקה בהדרגה. עם קום המדינה, מכיוון שלא הייתה הסכמה לגבי החוקה כולה, הוחלט שלא להחליט ולקבוע את המשטר החוקתי של ישראל בהדרגה. עתה, אל מול המחלוקות סביב מגילת הזכויות השלמה הוחלט שלא להחליט לגבי המגילה השלמה ולחוקק בשלב ראשון רק זכויות להן יש הסכמה רחבה.¹⁵⁸

ביקורת חריפה נמתחה על האטומיזציה של זכויות האדם על ידי נבחר ציבור¹⁵⁹ ומלומדים,¹⁶⁰ שהאמינו כי חוקי היסוד החדשים אימצו תפיסת עולם בעייתית, תוך שהם מתעלמים מהאינטרסים ומרווחתו של חלק ניכר מהחברה הישראלית. נבחר ציבור אחדים אף טענו כי בחוקי היסוד החדשים יש משום גזילה בהיסח הדעת של סמכויות הכנסת והעברתן לבית המשפט העליון ופקפקו אחר הלגיטימיות הדמוקרטית של מהלך זה.¹⁶¹ החקיקה החלקית של

¹⁵⁷ ח"כ אמנון רובינשטיין (תנועת המרכז – שינוי) ד"כ 123 (תשנ"ב) בע' 1235 – 1236; ראו גם קרפ, שם, בע' 338; רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 101, בע' 919; David Kretzmer "The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?" 26 *Israel L. Rev.* 238-239 (1992); Barak-Erez, *supra* note 66. לגבי הגישה החיובית של המפלגות הדתיות לאטומיזציה של מגילת הזכויות ראו Goldberg, *supra* note 66, at p. 224, 14, לפיו הטקטיקה של אטומיזציה הפחיתה את החששות המסורתיים של המפלגות הדתיות מפני הגנה חוקתית של זכויות יסוד.

¹⁵⁸ ראו דברי ח"כ רובינשטיין ד"כ 124 (תשנ"ב) 1532. ח"כ אוריאל לין (יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט) ד"כ 125 (תשנ"ב) 3782: "החוק הזה הוכן בהבנה שעלינו ליצור הסכמה רחבה של כל סיעות הבית. היינו מודעים לכך, שאין אנו יכולים להעביר חוק-יסוד, שמעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם לא נגיע להסכמה רחבה של כל סיעות הבית." מכך כמובן אין להסיק כי חוקי היסוד החדשים התקבלו בהסכמה רחבה שלרוב מיוחסת לעשייה חוקתית, ראו דיון להלן בטקסט נלווה להערות השוליים 163 - 164. ראו גם דברי ח"כ מיכאל איתן (הליכוד) ד"כ 125 (תשנ"ב) 3783: "לשום הסכמה כללית לא הגעת. אתם במיעוט, ורוצים לכפות חוק שרק ברוב אפשר יהיה לשנות אותו. אתם מדברים על דמוקרטיה? מיעוט של חברי כנסת רוצה לחוקק חוק שישלול מהכנסת סמכויות."

¹⁵⁹ לביקורת על תפיסת העולם המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ראו ח"כ שולמית אלוני (התנועה לזכויות האזרח והשלום) ד"כ 123 (תשנ"ב) בע' 1240 - 1241; ח"כ מרדכי וירשובסקי (תנועת המרכז – שינוי) ד"כ 123 (תשנ"ב) 1242; ח"כ משה שחל (העבודה) ד"כ 123 (תשנ"ב) 1244; ח"כ מוחמד נפאע (החזית הדמוקרטית לשלום ולשוויון) ד"כ 123 (תשנ"ב) 1245; ח"כ גאולה כהן (התחיה) ד"כ 124 (תשנ"ב) 1529. לביקורת על תפיסת העולם המעוגנת החוק יסוד: חופש העיסוק ראו ח"כ רענן כהן (עבודה) ד"כ 124 (תשנ"ב) 2602; ח"כ יעקב צור (העבודה) ד"כ 124 (תשנ"ב) 2604; ח"כ אלי דיין (העבודה) ד"כ 124 (תשנ"ב) 2605.

¹⁶⁰ הראשונה להטיל ספק בלגיטימיות חוקי היסוד החדשים הייתה פרופסור רות בן-ישראל, לעיל הערה, בע' 32-33, שטענה כי חברי הכנסת ששימשו חברי ועדת חוקה חוק ומשפט בעת ניסוח חוקי היסוד החדשים לא נתנו משקל לאינטרסים הלגיטימיים של מעמד העובדים. ראו גם מרמור, לעיל הערה 77, בע' 139-140. אך השוו עלי זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" **משפט וממשל** ד (תשנ"ח) 489, בע' 502.

¹⁶¹ ח"כ מיכאל איתן (הליכוד) ד"כ 123 (תשנ"ב) 1247: "איך יכול להיות שאנחנו נעביר חוק כזה כאן בכנסת בלי לשים לב לכך, שמאחורי העניין הזה עומדת אוזורפציה, לקיחת סמכויות הכנסת והמחוקק והעברתן לבית המשפט העליון?" ראו גם ח"כ אליקים העצני (התחיה) ד"כ 124 (תשנ"ב) 1528, 2606; ח"כ משה גפני (דגל התורה) ד"כ 124 (תשנ"ב) בע' 2607-2608.

זכויות אדם ושתיקת חוקי היסוד החדשים באשר למוסד הביקורת השיפוטית לא היו הפגמים היחידים שנפלו בחוקי היסוד החדשים. ראשית, חוקי היסוד החדשים אינם מצהירים כי הם נועדו להשלים את מעשה החוקה, כי נחקקו מכוח סמכותה המכוננת של הכנסת או כי מקור תוקפם המשפטי נעוץ במסגרת חוקתית כלשהי. במקום זאת, נקבע כי מטרתם המוצהרת של חוקי היסוד החדשים היא "לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".¹⁶² שנית, מכיוון שחוקי היסוד החדשים נחקקו ברוב רגיל ובנוכחות מינימאלית של חברי כנסת,¹⁶³ הם גם לא סימלו מפנה בהיבט האפרמטיבי של עשייה חוקתית. הכנסת לא נקטה בפרוצדורה מיוחדת בקבלתם של חוקי היסוד החדשים, ולא גויס רוב מיוחד לאישורם. לכן לא היה בעצם קבלת חוקי היסוד החדשים משום ניסיון להתגבר על המחלוקות שנתגלעו ברבות השנים באשר לאשרור העממי של החוקה או בנוגע לגיבושו של קונצנוס רחב.¹⁶⁴ שלישי, בעוד שחוק יסוד: חופש העיסוק שוריין ואחת מהוראותיו דרשה כי אין לשנות את חוק היסוד אלא בחוק יסוד אחר וברוב של 61 חברי כנסת, הרי שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא הכיל הוראה המשריינת אותו מפני שינוי וביטול בידי כל רוב מקרי ורגיל של חברי כנסת.¹⁶⁵ פגמים אלה סימנו את אותן נקודות מסורתיות של אי הסכמה ומחלוקת, והימנעות מאמירה ברורה בסוגיות הני"ל תאמה את מסורת ההחלטה שלא להחליט.

מלומדים ונציגי ציבור רבים רואים בנוסחת ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית, שאומצה על ידי חוקי היסוד החדשים, משום פריצת דרך מהותית, שהובילה בסופו של דבר לחקיקת חוקי היסוד.¹⁶⁶ עם זאת, אימוצה של נוסחה זאת אינו עולה כדי פתרון מהותי של המחלוקות שהובילו לכישלון לאמץ חוקה עם קום המדינה. לפי נוסחה זו יש לפרש את הזכויות

¹⁶² ראו בעניין זה מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659, בע' 663. לגישה הזו ראו גם קרפ, לעיל הערה 156, בע' 341-342.

¹⁶³ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נחקק ברוב של שלושים ושנים תומכים מול עשרים ואחד מתנגדים (ד"כ 125 (תשנ"ב) 3792) וחוק יסוד: חופש העיסוק אמנם נחקק פה אחד בקריאה השלישית (לאחר שהתקבל בקריאה ראשונה ברוב של עשרים ואחד מול שישה עשר) אבל על ידי עשרים ושלושה חברי כנסת בלבד (ד"כ 125 (תשנ"ב) 3393).

¹⁶⁴ ראו בעניין זה רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 101, בע' 918: "מאמצי הפשרה הרבים, שכללו ויתורים משמעותיים, גררו ביקורת חריפה על הנוסח שהתקבל. הם אמנם אפשרו את קבלת חוקי היסוד, אולם קשה לומר, כי היה זה בהסכמה רחבה, כפי שניתן היה לצפות בעת קבלת מסמך מרכזי כמו מגילת זכויות אדם..." זלצברגר וקדר, לעיל הערה 160, בע' 499: "רק נציין, שבאשר לאופן אימוץ הנורמות החוקתיות או הזכויות המשוריינות, קבלת קו-הטיעון שלנו שוללת לחלוטין את דרכי חקיקת חוקי-היסוד בישראל. המסר המרכזי של קו-הטיעון הני"ל הוא, שחוקה או זכויות משוריינות צריכות לייצג הליך הכרעה קונסנזואלית המנותק ממאבקי הכוחות הפוליטיים היומיומיים. בניגוד לקבלה שוטפת של החלטות חברתיות שהסתכלותה היא קצרת-טווח, נורמות חוקתיות מתוכננות לטווח ארוך."

¹⁶⁵ השמטת סעיף השריון מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא הייתה מקרית, אלא בבסיסה הייתה ההתנגדות לחוקה, ההתנגדות לביקורת שיפוטית וחוסר הלגיטימיות שבחקיקת הוראה הדורשת רוב של 61 לשינוי או ביטול החוק כשהוראה זו עצמה נחקקה ברוב הקטן מהרוב אותו היא דורשת. ראו ח"כ אברהם רביץ (דגל התורה) ד"כ 125 (תשנ"ב) 3787; ח"כ מיכאל איתן (הליכוד) ד"כ (תשנ"ב) 3789; ח"כ יצחק לוי (המפלגה הדתית הלאומית) ד"כ 125 (תשנ"ב) 3785. על החשיבות של הוראת השריון ראו דברי יוזם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ח"כ אמנון רובינשטיין (תנועת המרכז – שינוי) ד"כ 123 (תשנ"ב) 1236: "אני חייב להדגיש... שבלי סעיף 10 [סעיף השריון בהצעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו], שהוא בעצם לא שריון, 61 חברי הכנסת בעצם אינם שריון, אלא מכשיר שקיים בהרבה פרלמנטים, שנועד למנוע הצבעות מקריות. אבל בלי סעיף 10 החוק הזה יהיה חסר משמעות."

¹⁶⁶ קרפ, לעיל הערה, בע' 341-342.

המעוגנות בחוקי היסוד החדשים לאור ערכים יהודים ודמוקרטיים, ופגיעה בזכויות אלו יכולה להיעשות רק בהתאם לערכים יהודים ודמוקרטיים. אך השאלה הייתה, מאז ומתמיד, מהן הדרישות הסובסטנטיביות של ערכים אלה וכיצד ליישב את המתח בין שני הערכים. המונח "ערכים יהודיים", כידוע לכל, הוא בעל מובנים שונים ומגוונים. האם "ערכים יהודיים" הם שווי ערך לערכים יהודיים דתיים? או שמא יש לפרשם במונחים לאומיים היסטוריים? אולי בכלל הכוונה היא לערכי יהדות אוניברסאליים? המונח "ערכים דמוקרטיים" גם הוא בעל מובנים שונים ומגוונים. האם יש להבין ערכים דמוקרטיים במונחים פרוצדוראליים (לדוגמא, זכות שווה להשתתף בהליך הפוליטי, שלטון הרוב וכו')? או להבין ערכים דמוקרטיים במונחים והסדרים מהותיים (לדוגמא שמירה על זכויות המיעוט והגנה על זכויות אדם)? האם הכוונה היא לערכים של דמוקרטיה ליברלית? או שמא הכוונה לערכים של דמוקרטיה רפובליקנית? השאלה כיצד ליישב בין ערכים דמוקרטיים לערכים יהודיים גם היא מצויה תחת מחלוקת חריפה בין מלומדים ופוליטיקאים. יש הרואים בנוסחה זו ניסיון לרבע את המעגל וגורסים כי מונח זה מכיל סתירה פנימית.¹⁶⁷ אחרים גורסים כי ניתן ליישב בין המונחים ומציעים נוסחאות שונות לעשות כן.¹⁶⁸

אין כוונתי לצייר את המונחים "ערכים יהודיים" ו"ערכים דמוקרטיים" כחסרי משמעות או כסיסמאות ריקות. בדומה, אין בכוונתי כאן לטעון לעדיפותה של אחת מהנוסחאות שהוצעו ליישובם של ערכים יהודים ודמוקרטיים. כוונתי להצביע על דבר שהוא מובן מאליו למתבונן מהצד, והוא שכל פנייה לערכיה של "מדינה יהודית ודמוקרטית" מובילה בהכרח למחלוקת סבוכה ואולי אף בלתי פתירה לגבי מהותם וטיבם של ערכים אלה. מכיוון שהשסע בין הפלגים השונים בציונות נע במתח שבין אלמנטים יהודיים פריטיקולאריים לבין אלמנטים אוניברסאליים דמוקרטיים,¹⁶⁹ ומכיוון שהניסיון ליישב בין האופי הדמוקרטי לאופי היהודי של המדינה היה ועודנו אבן פינה של מרבית הפלגים והסיעות, הרי שקל להבין כיצד זכתה נוסחה זו להצלחה. עם זאת, בנוסחה עצמה ובחוקי היסוד החדשים אין משום פתרון או הכרעה חוקתית מהותית וערכית בשאלה כיצד יש ליישב בין ערכים יהודיים לערכים דמוקרטיים. מחלוקת זו הייתה מהסיבות העיקריות לכישלון לאמץ חוקה. חקיקתם של חוקי היסוד החדשים לא יישרה מחלוקת יסודית זו לגבי דמות החברה והמדינה הישראלית, אלא השאירה אותה ללא הכרעה, והכול בהתאם למסורת החוקתית רבת השנים של החליט שלא להחליט.

למרות הפגמים שנפלו בחוקי היסוד החדשים, טען השופט אהרן ברק בסדרת מאמרים כי קבלת חוקי היסוד החדשים מהווה מהפכה חוקתית, וכי זכויות האדם זכו עתה למעמד חוקתי

¹⁶⁷ אביגדור לבונטין "ישראל ודמוקרטיה" – הרהורים אישיים "עיוני משפט" יט (תשנ"ה) 521; יואב פלד "האם תהיה מדינת ישראל מדינת כל אזרחיה בשנת המאה שלה?" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 73.

¹⁶⁸ הכתיבה המנסה ליישב בין היסודות היהודיים והדמוקרטיים של מערכת המשפט הישראלית היא מונומנטאלית. אציין מספר מקורות ספורים ולו רק כדי לתת תחושה למגוון הרחב של עמדות, תפיסות, גישות ונוסחאות ליישוב בין ערכים יהודיים לערכים דמוקרטיים, אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 473479; אשר מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 547; אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (ירושלים, 2004) 87-93; זה מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659; אסא כשר "מדינה יהודית ודמוקרטית – סקיצה פילוסופית" מדינה יהודית ודמוקרטית (דפנה ברק ארז עורכת, תל-אביב, 1996) 277; רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" מדינה יהודית ודמוקרטית (דפנה ברק ארז עורכת, 1996) 171.

¹⁶⁹ ראו לעיל טקסט נלווה להערות 7 - 8.

מעל לחוקים רגילים.¹⁷⁰ בשנת 1995 נקרא בית המשפט העליון להכריע את ע"א 6821/93 **בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי**.¹⁷¹ שאלות חוקתיות רבות נדונו והוכרעו (לצורך ושלא לצורך) בהרכב כמעט ללא תקדים עד אותה תקופה של תשעה שופטים.¹⁷² אם ננסה לסכם שלוש מאות ושבעים עמודים בקצרה, הרי שהשורה התחתונה של פסק הדין הייתה כי החוק לגביו נטענה טענת העדר החוקתיות אינו סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אך עניין **מזרחי** הוא ציון דרך במשפט החוקתי לא בגלל התוצאה האופרטיבית שלו, אלא בשל התיאוריה החוקתית שבו. השופט ברק, אליו הצטרף רוב של שופטי בית המשפט, שרטט בעניין **מזרחי** תיאוריה חוקתית, לפיה ישראל השיגה החל משנת 1992 ביקורת שיפוטית מלאה, וכי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נהנה מעליונות נורמטיבית על פני חקיקה רגילה. בהתאם, כל חקיקה שפוגעת או מפרה את הזכויות המעוגנות בחוקי היסוד החדשים נדרשת לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה. מאז עניין **מזרחי** דעכו קולות המתנגדים למהפכה החוקתית, שבקעו מתוך כותלי בית המשפט העליון עצמו, ובמקרים אחדים אף בוטלו הוראות בחוק רגיל הסותרות את חוקי היסוד החדשים באשר לזכויות אדם.¹⁷³ בפסיקה נוספת נקבע גם כי כל חוקי היסוד נהנים ממעמד על חוקי.¹⁷⁴

התגובות לעניין **מזרחי** ולמהפכה החוקתית לא אחרו לבוא. מחד, עניין **מזרחי** התקבל בברכה בקרב התומכים המסורתיים לרעיון החוקה והביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית,¹⁷⁵ שלמרות שהעירו הערות מגוונות,¹⁷⁶ הרי שקראו קריאות עידוד לבית המשפט להמשיך

¹⁷⁰ בנוגע להיקף הזכויות המוגנות על ידי חוקי היסוד החדשים טען השופט ברק כי העובדה שזכויות מסוימות נעדרות מהטקסט של חוקי היסוד, כלומר העובדה שזכויות מסוימות לא הוזכרו במפורש, אין משמעה כי הן אינן חוסות תחת ההגנה של חוקי היסוד. לפי השופט ברק, חוקה, ככל מסמך נורמטיבי אחר, צריך להיות מפורש לפי תכליתו או לפי מטרתו הכללית. בהתאם, יש לראות בלפחות מחלק מהזכויות הבלתי מנויות בחוקי היסוד כמוגנות על ידי חוקי היסוד, למרות שלא נזכרו במפורש. אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 253. לניתוח מפורט ראו גם הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח (תשנ"ח) 257. בנוגע לפגם השני, העובדה שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו משוריין אין משמעה כי הוא נעדר עליונות נורמטיבית. השופט ברק ביסס את מסקנתו על קיומו של סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הידוע גם כפסקת ההגבלה. על פי פסקת ההגבלה כל חוק של הכנסת נדרש לעמוד בתנאים מסוימים. המטרה של פסקת ההגבלה היא להגביל את הסמכות המחוקקת של הכנסת. תכלית זו לא תושג או תסוכל אם חוקים רגילים יורשו לפגוע בזכויות אדם המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בלי לעמוד בדרישת פסקת ההגבלה.

¹⁷¹ פ"ד מט(4) 221. (להלן: עניין **מזרחי**)

¹⁷² על ריבוי השימוש בהרכבים מורחבים למן שנות התשעים ראו גיא זיידמן "מותבים מורחבים בבית המשפט העליון" **מאזני משפט** ג (תשס"ג-תשס"ד) 155.

¹⁷³ בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 376; בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הבטחון**, פ"ד נג(5) 241; בג"ץ 1030/99 **ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נו(3) 640.

¹⁷⁴ בג"ץ 3434/96 **הופנונג נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נ(3) 57; בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נו(1) 750.

¹⁷⁵ עניין **מזרחי** אימץ את התזה של פרופסור קליין שהוצגה במאמרו קלוד קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" **משפטים** ב (תשל"ל-תשל"א) 51 תוך שהוא הופך למעשה את ההחלטות בעניין **קניאל**, **לעיל** הערה 118, ובעניין **רסלר**, **לעיל** הערה 118. לבחינת העמדות המסורתיות של תומכי המהלך החוקתי ראו גם קלוד קליין "איך כל זה התחיל: פסק-דין ברגמן – התגובות הראשונות" **עלי משפט** ג (תשס"ד) 391.

¹⁷⁶ ראו למשל קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון" **משפטים** כח (תשנ"ז) 341.

במלאכתו.¹⁷⁷ מאידך, היו שביקרו בחריפות את ההחלטה בעניין **מזרחי** ואת המהפכה החוקתית על היבטיהן השונים. הנשיא לנדוי כינה את עניין **מזרחי** "סמינר אקדמי",¹⁷⁸ גרס כי לאור המסקנה הסופית ניתן היה להניח בצריך עיון את השאלות בהן התחבטו השופטים,¹⁷⁹ וטען כי בהחלטה יש משום ניסיון למתן חוקה בדרך פסיקת בית המשפט. פרופסור רות גביון כתבה כי המהפכה החוקתית היא נבואה המגשימה את עצמה, והדגימה כיצד הרטוריקה של המהפכה החוקתית טשטשה את הנתונים החוקתיים של ישראל, וביניהם את עצם העובדה כי השאלות הפוליטיות של חוקה לישראל לא נחתכו מעולם בדיון שיטתי.¹⁸⁰ פרופסור יוסף אדרעי טען כי מדובר "במהפכה העומדת על כרעי תרנגולת"¹⁸¹ וגרס כי לא ניתן למצוא תימוכין לגישה כי הכנסת פועלת על פי תיאורית שני הכובעים.¹⁸² כותבים רבים גם הצביעו על הסכנות והחסרונות שטמונים במהפכה החוקתית שיצר בית המשפט ועל הבעייתיות שבאימוץ מוסד הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית בנסיבות החוקתיות של מדינת ישראל.¹⁸³ ביקורות אקדמיות אלו ואחרות¹⁸⁴ נכשלו עד עתה להחזיר את גלגל המהפכה לאחור, ומרביתן, יש להודות, לא התכוונו לכך כלל.

מעניין לציין בהקשר זה את התגובות לעניין **מזרחי** ולמהפכה החוקתית במערכת הפוליטית. תחילה, דומה היה שעולם כמנהגו נוהג ומדובר בשלב נוסף בדיאלוג החוקתי שבין זרועות הממשל השונות. עם זאת, אט-אט החלו מגזרים שונים בפוליטיקה להפנים את הסכנה שריחפה על קיומם של הסדרים שונים במדינה, והחלו להפעיל לחצים על הכנסת להגן על חקיקה המסדירה את קיומם. כבר בשנת 1994 החלה הכנסת במהלך שמטרתו הייתה הצרת היקפה של המהפכה החוקתית. כך נולד לו התיקון לחוק יסוד: חופש העיסוק. תיקון זה אף כונה על ידי פרופסור ברק "התפתחות פוסט מהפכנית" או כ"מהפכת נגד",¹⁸⁵ ועיקרו הכללת פסקת התגברות בחוק יסוד: חופש העיסוק. פסקה זו מאפשרת פגיעה בחופש העיסוק גם שלא בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה, ובלבד שהחוק התקבל בקולותיהם של רוב חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, כי החוק יהא תקף על אף האמור בחוק היסוד.¹⁸⁶ פסקת ההתגברות נועדה, בין היתר, לסלול את הדרך לחקיקת חוק יבוא בשר קפוא, תשנ"ד – 1994, ולעקוף ביקורת שיפוטית פוטנציאלית.

¹⁷⁷ דוד קרצמר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" **משפטים** כח (תשנ"ז) 359, בע' 385: "יש לברך על כך, שהרוב בבית-המשפט [בעניין **מזרחי**] בחר בתיאוריה המספקת את הלגיטימציה החוקתית לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם." ראו גם אוריאל לין "חוקי היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" **המשפט** ה (תש"ס) 267. הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **משפט ועסקים** א (תשס"ד) 59, בע' 60: "בעניינים החוקתיים הבסיסיים המוצגים ברשימה זו, אין מקום להנהיג גישה של התקדמות יעקב בצד אגודל, אלא יש להכריעם. בעשותו כך, יבהיר בית-המשפט העליון לכנסת, לציבור ואף לבית המשפט העליון עצמו מהם עקרונותיה של החוקה הישראלית."

¹⁷⁸ משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" **משפט וממשל** ג (תשנ"ו) 697.

¹⁷⁹ שם, שם.

¹⁸⁰ גביון (מהמהפכה החוקתית), לעיל הערה 1, בע' 31.

¹⁸¹ יוסף אדרעי "מהפכה חוקתית – האמנם?" **משפט וממשל** ג (תשנ"ו) 453, בע' 454.

¹⁸² שם, בע' 468.

¹⁸³ שם, שם. גביון, לעיל הערה 1, בע' 120 - 122; יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח (תשנ"ז) 149, בע' 209.

¹⁸⁴ ראו גם אסף ברם "ביקורת שיפוטית על חוקים – נחוץ סיפור משכנע" **המשפט** ה (תשס"א) 149.

¹⁸⁵ אהרן ברק **פרשנות במשפט** (כרך ג: פרשנות חוקתית, תשנ"ד) 580.

¹⁸⁶ ראו סעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

אמנם מהלך זה נחל הצלחה, בכך שחוק יבוא בשר קפוא שרד את הביקורת השיפוטית, אך הצלחה זו הייתה חלקית בלבד. פסיקת בג"ץ הבהירה כי פסקת ההתגברות, למרות שהיא בעלת השפעה על המבחנים החוקתיים הסובסטנטיביים אותם יפעיל בג"ץ, הרי שאין בה כדי להעניק שריון מוחלט לחוקים שנחקקים על פיה מפני ביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון.¹⁸⁷ ניסיון אחר להצר את צעדי בית המשפט העליון בהגשמת המהפכה החוקתית היה בהצעה להקים בית משפט חוקתי ובדרישה לשינויים בהליך איוש שופטי בית המשפט העליון.¹⁸⁸ הצעה זו היא בבחינת אם אינך יכול לנצח אותם הצטרף אליהם, ומבחינה היסטורית מהווה תגובה צפויה של המערכת הפוליטית לפעילות שיפוטית חוקתית רדיקאלית.¹⁸⁹ אם דמותה וערכיה של מדינת ישראל יחתכו בבית המשפט העליון, ביקשו פלגים וגורמים שונים דריסת רגל בהיכל הצדק, וכי דעתם והשקפתם תילקח בחשבון. הצעות ודרישות אלו נתקבלו ברגשות חצויים על ידי האקדמיה המשפטית, ובהתנגדות נחרצת מצד גורמים במערכת השיפוטית.¹⁹⁰ עד היום לא זכו הצעות ודרישות אלו לעיגון חוקתי וקשה לומר כי הייתה להן השפעה על פסיקת בית המשפט או כי הסיטו את המהפכה החוקתית מבית מדרשו של בית המשפט העליון ממסלולה.

תגובה מעניינת נוספת של המערכת הפוליטית לעניין מזרחי ניתן לאפינה כ"אינפלציה" של הצעות לחוקי יסוד. כאמור, חקיקת חוקי היסוד החדשים לא התיימרה לשים סוף לחקיקת חוקי היסוד ולמעשה הרכבת החוקה הישראלית. בהתאם, הונחו לפני הכנסת הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט,¹⁹¹ הצעת חוק יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות,¹⁹² הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות¹⁹³ והצעת חוק יסוד: החקיקה.¹⁹⁴ אך הצעות נוספות לחוקי יסוד צצו חדשות לבקרים.

¹⁸⁷ ראו בג"ץ 4676/94 מישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד (5) 15. לניתוח מעמיק של התיקון לחוק יסוד: חופש העיסוק ותגובתו של בית המשפט העליון לו ראו גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 129, בע' 157 - 170.

¹⁸⁸ לניתוח מעמיק של ההצעות השונות בעניין זה והדילמות שהליך מינוי השופטים מציב בחברה הישראלית ראו מנחם מאוטנר "מינוי שופטים לבית-המשפט העליון בחברה רב תרבותית" מחקרי משפט (תשס"ג) 423.

¹⁸⁹ קשה שלא להיזכר בהקשר זה בתוכנית ה-"court-packing" של נשיא ארה"ב Franklin Delano Roosevelt (להלן: רוזבלט). בפברואר 1937, לאחר ניצחונו הסוחף בבחירות לנשיאות ובעקבות פסיקה חוקתית עוינת של בית המשפט העליון בארה"ב לתוכניתו הכלכלית, יצא רוזבלט בתוכניתו הידועה לשמצה לאייש את בית המשפט העליון בשופטים נוספים. לפי תוכנית זו, יש למנות שופט נוסף לבית המשפט העליון הפדראלי על כל שופט המסרב לפרוש בהגיעו לגיל שבעים. נטען כי המניע לתוכנית ה-"court-packing" של רוזבלט הוא הרצון להקל בעומס העבודה של שופטי בית המשפט העליון, אך יוחס לרוזבלט מניע נסתר לתוכנית זו והוא הרצון לאייש את בית המשפט בשופטים האוהדים את תוכניתו הכלכלית. הקונגרס האמריקאי לא אימץ את תוכניתו של רוזבלט, אך מלומדים רבים טענו כי בעקבות תוכניתו של רוזבלט בית המשפט העליון אישר את חקיקת הניו-דיל ולשינוי הפילוסופיה השיפוטית שהנחתה את בית המשפט. ראו למשל 196-199 pp. H. Abraham *Justices and Presidents* (1974) at pp. 196-199. אך ראו John Hart *Ely Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, 1980) 46 הגורס כי רישומים שהתגלו לאחרונה מוכיחים כי השינוי בגישתו של בית המשפט התרחש ללא קשר, ולמעשה אף לפני, ההכרזה על תוכניתו של רוזבלט.

¹⁹⁰ אהרן ברק "בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה" משפט וממשל (תשס"ג) 315.

¹⁹¹ ראו ד"כ (16.11.93).

¹⁹² ראו ד"כ (16.11.93).

¹⁹³ לדיון מקיף בהצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות על גלגוליה השונים ראו מאור, לעיל הערה 19.

¹⁹⁴ ראו ד"כ.

ביניהן ראויות לציון הצעת חוק יסוד: חקיקה ברוב מיוחס,¹⁹⁵ הצעת חוק יסוד: שוויון הזדמנויות בחינוך,¹⁹⁶ הצעת חוק יסוד: שיווי זכויות האשה,¹⁹⁷ הצעת חוק יסוד: הכרזת העצמאות של מדינת ישראל,¹⁹⁸ הצעת חוק יסוד: חופש הדת והמצפון,¹⁹⁹ הצעת חוק יסוד: חוקה לישראל (כינון ועדת ניסוח),²⁰⁰ הצעת חוק יסוד: איכות הסביבה,²⁰¹ הצעת חוק יסוד: השבות,²⁰² הצעת חוק יסוד: בית משפט לחוקה,²⁰³ הצעת חוק יסוד: מדינת ישראל,²⁰⁴ הצעת חוק יסוד: מדינת ישראל מדינת העם היהודי (הצעת חברת כנסת לבנת),²⁰⁵ הצעת חוק יסוד: מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי (הצעת קבוצת חברי כנסת),²⁰⁶ הצעת חוק יסוד: השוויון האזרחי,²⁰⁷ הצעת חוק יסוד: שוויון האוכלוסיה הערבית,²⁰⁸ הצעת חוק יסוד: הגבלת זכות השתיקה לנבחרי ציבור,²⁰⁹ הצעת חוק יסוד: הזכות לדיוור²¹⁰ והצעת חוק יסוד: משאל עם.²¹¹ עם זאת, כל ההצעות לחוקי יסוד חדשים, הצעות ותיקות והצעות צעירות כאחת, נדחו או נבלמו ולא הגיעו לכדי מימוש חוקתי. זוהי, למעשה, התגובה הנחרצת ביותר של המערכת הפוליטית לעניין מזרחי – עצירת התהליך של קבלת חוקי יסוד בהדרגה. כאמור, המכשול המרכזי בחקיקת חוקי יסוד והשלמת החוקה היה חוסר הסכמה מהותי ומוסדי עקבי. חוקי יסוד התקבלו תוך שהם עוקפים אזורים מסורתיים של חוסר הסכמה חוקתית. אך עתה גם הצעות לחוקי יסוד לגביהן נטען כי קיימת הסכמה פוליטית רחבה נבלמו. דוגמא טובה לכך היא הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות וכלכליות. הצעת חוק יסוד זו הייתה שנויה במחלוקת בתחילת דרכה, אך בשנים האחרונות נטען על ידי רבים כי ניתן להגיע להסכמה רחבה לגביה.²¹² למרות זאת, החשש מפני מחטף חוקתי,²¹³ ומפני פרשנות אקטיביסטית

¹⁹⁵ הצעת החוק פורסמה בד"כ (תשנ"ה) 5877, לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ (תשנ"ה) 5800 (25.1.95).

¹⁹⁶ ראו הצעתו של ח"כ מיכאל קליינר ד"כ (25.2.98).

¹⁹⁷ ראו הצעתו של ח"כ אמנון רובינשטיין ד"כ (10.3.98).

¹⁹⁸ הצעת החוק פורסמה בד"כ (תשנ"ח) 6519, לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ (תשנ"ח) 6517 (25.3.98).

¹⁹⁹ הצעת החוק פורסמה בד"כ (תשנ"ט) 3046, לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ (תשנ"ט) 2933 (6.5.98).

²⁰⁰ הצעת החוק פורסמה בד"כ (תשנ"ח) 9354, לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ (תשנ"ח) 9246 (15.7.98).

²⁰¹ ראו הצעתו של ח"כ מיכאל נודלמן ד"כ (19.1.00).

²⁰² ראו הצעתו של ח"כ אופיר פינס-פז ד"כ (31.5.00).

²⁰³ ראו ד"כ (15.11.00).

²⁰⁴ ראו ד"כ (13.12.00).

²⁰⁵ ראו הצעתה של חברת הכנסת לימור לבנת ד"כ (13.12.00).

²⁰⁶ ראו ד"כ (13.12.00).

²⁰⁷ הצעת החוק פורסמה בד"כ (תשס"א) 3745, לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ (תשס"א) 3628 (31.3.01).

²⁰⁸ הצעת החוק פורסמה בד"כ (תשס"א) 3743, לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ (תשס"א) 3624 (21.3.01).

²⁰⁹ הצעות החוק בעניין זה פורסמו בד"כ (תשס"ד) 9328, 9332 לדיון בהצעות החוק ראו ד"כ (תשס"ד) 9230, 9232 (21.1.04).

²¹⁰ הצעת החוק פורסמה בד"כ (תשס"ד) 10540, לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ (תשס"ד) 10435 (25.2.04).

²¹¹ ראו ד"כ (28.3.05).

²¹² ראו ח"כ עמיר פרץ (עבודה) ד"כ (תשנ"ז) 7568; יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט ח"כ אופיר פינס-פז ד"כ (5.3.02);

ח"כ ענת מאור (מרצ) ד"כ (5.3.02); ח"כ חיים אורון (מרצ) ד"כ (תשס"ד) 7595; ח"כ מוחמד ברכה (חד"ש-תע"ל) ד"כ (תשס"ג) 3585; ח"כ אחמד טיבי ד"כ (תשס"ג) בע' 3588 – 3589.

²¹³ ראו ח"כ שאול יהלום (מפד"ל) ד"כ (13.12.00); ח"כ זבולון אורלב (מפד"ל) ד"כ (5.3.02); ח"כ ניסים זאב (ש"ס) ד"כ (5.3.02).

עתידיה של בית המשפט העליון להצעת חוק היסוד מנעה ומונעת כל התקדמות בקבלתה.²¹⁴ בהתאם, גם פלגים שהתיימרו להניף במצעם את הדגל החברתי כלכלי והדאגה לשכבות חלשות התנגדו להצעת חוק היסוד. התהליך לו אנו עדים מאז המהפכה החוקתית הוא התפשטותה והשלכתה של המחלוקת המבנית/מוסדית לגבי מקומו ומעמדו של בית המשפט העליון *vis-à-vis* הכנסת על כל עשייה חוקתית עתידית. הגיעו הדברים לידי כך שפלגים דתיים לאומיים אומרים, ספק בציניות ספק ברצינות, כי אפילו היו מנסים לחוקק את עשרת הדיברות בצורת חוק יסוד, הרי שהם היו מתנגדים לכך.²¹⁵ כלומר, אפילו היו מציעים לאמץ את תפיסת עולמם המהותית בחוקי יסוד, הרי שהיו מכשילים יוזמה זו לאור המחלוקת המבנית בנוגע למקומו ומעמדו החוקתי של בית המשפט העליון.

רבים ממתנגדי המהלך של המהפכה החוקתית הבינו כי הסיכויים להכנסת "השד החוקתי" לבקבוק באמצעים קונבנציונאליים קטנים ביותר, וכי ביקורת חריפה או תיקונים אחדים ומינוריים לחוקי יסוד לא יסיטו את מדינת ישראל מהמסלול החוקתי אליו נקלעה בעקבות עניין מזרחי. בצר להם, החליטו מחד לבלום קבלת חוקי יסוד נוספים שעשויים להחריף את המצב החוקתי לרעה על פי תפיסת עולמם הפוליטית, ומאידך לפנות לאפיק של "קבלת חוקה בהסכמה" אם דרך פעילותה של ועדת חוקה, חוק ומשפט בכנסת ואם דרך גופים ציבוריים אחרים. לגישתם, בעזרת קבלתה של חוקה בהסכמה ניתן יהיה לתקן את העיוותים שנפלו במצב החוקתי אליו נקלעה מדינת ישראל ולבלום בעזרתה את בית המשפט העליון. מותר לציין, כי גם ניסיון זה להצר את המהפכה החוקתית לא נשא פירות חוקתיים עד כה.

י. הדיאלוג הקונסטיטוציוני, "ההחלטה להחליט" ושיתוף פעולה

פרופסור דותן בחן במאמרו "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" כיצד עניין מזרחי והמהפכה החוקתית משתלבים "בדיאלוג הקונסטיטוציוני" בין בית המשפט העליון לבין הממשלה והכנסת.²¹⁶ מסקנתו של דותן הייתה כי

²¹⁴ ראו ח"כ משה גפני (דגל התורה) ד"כ (5.3.02); ח"כ יאיר פרץ (שי"ס) ד"כ (תשס"ג) 3585.

²¹⁵ ראו לדוגמה דברי ח"כ דוד טל (שי"ס): "אז נוצר מצב, שבעצם כל הסיעות הדתיות, החרדיות, החליטו להתנגד לחוקי-יסוד, וגם אם יביאו את עשרת הדיברות כחוקי-יסוד, אדוני, אנחנו נתנגד להם מהטעם הפשוט שהזכרתי קודם. משום שאם אני אאמץ את עשרת הדיברות כחוק-יסוד וזה יגיע לאיזו ערכאה שיפוטית כמו בית-המשפט העליון, ובית-המשפט העליון, עם כל הכבוד הראוי, יפרשן את זה הפוך על הפוך, אני נמצא פשוט במצב מאוד-מאוד געום... אנחנו יודעים שיש הרבה חוקי-יסוד שראוי ונכון וכדאי, מאוד-מאוד כדאי, שיחוקקו, לטובת, לרווחת ציבור האזרחים במדינת ישראל, אבל הפחד והחשש שלנו מהפירשון של החוק, כפי שכבר היה לצערך, הכניס את כולם למגננה והכניס את כולם להרגשה מאוד-מאוד לא טובה... ונוצר מצב שאנחנו בעצם מתנגדים לחוקי-יסוד, הגם שאנחנו יודעים שהם טובים למדינת ישראל." ד"כ (14.7.99) ראו גם דברי ח"כ אריה גמליאל (שי"ס): "אצלנו בשי"ס רגילים לומר, שאפילו עשרת הדיברות, אם היה כתוב עליהם חוק-יסוד היינו מתנגדים להם, מכיוון שיש לנו התנגדות מוחלטת לכל חוקי-היסוד. אולי היה צריך לשנות את השם של החוק הזה ולא לקרוא לו חוק-יסוד, אלא למצוא איזה שם אחר, כי עברנו על בשרנו בבית הזה את הסכנה העצומה שיש בהעברת חוקי-היסוד... ההתנגדות שלנו לכל העניין של חוקי-היסוד היא עקרונית..." ד"כ (20.12.00) בכך יש שינוי ניכר מהגישה שהייתה נהוגה בקרב פלגים דתיים מאז קום המדינה, לפיה אין לדחות כליל את רעיון החוקה אלא יש לדרוש ביסוסה על עקרונות התורה וההלכה, ראו לעיל טקסט נלווה להערות 14 - 17.

²¹⁶ דותן, לעיל הערה 183. לניתוח היחסים בין הזרועות השלטון השונות כדיאלוג קונסטיטוציוני ראו L. Fisher

.Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process (Princeton, 1988)

למרות שהמהפכה החוקתית העניקה לכל אחד מהמשתתפים בדיאלוג החוקתי כלים "בלתי קונבנציונאליים" לתקוף את הכרעות הצד השני, הרי שלא מדובר בשינוי מהותי במאזן יחסי הכוחות שבין הרשויות השונות.²¹⁷ גרשון גונטובניק מצטרף לדותן בפרדיגמת הדיאלוג ומנתח את התיקון שביצעה הכנסת לחוק יסוד: חופש העיסוק, שנועד להכחות את המהפכה החוקתית, והפרשנות המצמצמת שהעניק בית המשפט העליון לתיקון זה על פי קווי מתאר של דיאלוג בין זרועות השלטון השונות.²¹⁸ גונטובניק מציין כי "הדיאלוג הקונסטיטוציוני... לא יפסק כמובן,"²¹⁹ וכי יש לקוות שבעתיד שני הצדדים יפעילו את כלי הנשק שלהם (חקיקה ופרשנות) בזהירות.²²⁰ לדעתי, לאחר עניין מזרחי והמהפכה החוקתית פרדיגמת הדיאלוג החוקתי בין שתי זרועות השלטון העיקריות (הכנסת ובית המשפט) אינה מתאימה עוד למשפט החוקתי הישראלי. נהפוכו. דווקא העדרו של דיאלוג ומטאפורות של נתק ושבירת הכלים מאפיינים יותר מכל את העשייה החוקתית למן עניין מזרחי.²²¹

עד תחילת שנות השמונים נקט בית המשפט בגישה של הימנעות מהכרעה בשאלות חוקתיות מהמעלה הראשונה.²²² גישה שיפוטית זו תאמה להפליא את הטקטיקה החוקתית של "החלטה שלא להחליט" בה בחרו נבחרי האומה. ההתאמה בין הגישה השיפוטית של בית המשפט העליון והטקטיקה החוקתית של נבחרי הציבור הובילה להגשמת המטרות של שיתוף פעולה יציב והוגן בין הפלגים השונים והגנה על זכויות אדם.²²³ לא זאת אף זאת. גישת בית המשפט עד תחילת שנות השמונים הייתה הדרגתית של התקדמות עקב בצד אגודל ואפשרה לכנסת ולמערכת הפוליטית לבחון ולהגיב לפסיקת בית המשפט בנוגע להסדרים חוקתיים ראשונים. כלומר, הייתה זו גישה המגנה מחטפים חוקתיים והמאפשרת לא רק דיאלוג בין הכנסת לבית המשפט אלא גם קיומו של שיח ושיג בין הפלגים השונים לגבי ההסדרים החוקתיים שברצונם לאמץ.²²⁴ כאמור, חקיקת חוקי היסוד החדשים תאמה טקטיקה חוקתית כוללת זו של החלטה שלא להחליט והיותה המשך ישיר למסורת החוקתית של מדינת ישראל.

לעומת זאת, עניין מזרחי והמפכה החוקתית שהנהיג בית המשפט העליון הם חתירה ברורה להכרעה חוקתית מצד שופטי בית המשפט העליון ומהווים אימוצה של גישה שיפוטית שהייתה זרה למשפט החוקתי הישראלי עד אותה תקופה – "החלטה להחליט". למעשה, ניתן

²¹⁷ שם, בע' 209.

²¹⁸ גונטובניק, לעיל הערה 187. על הדיאלוג שבין הרשויות ראו גם אהרן ברק "שותפות ודיאלוג בין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת" מאזני משפט ד (תשס"ה) 51.

²¹⁹ שם, בע' 169.

²²⁰ שם.

²²¹ מעניין לציין כי למרות שגרשון מאמץ את הפרדיגמה של דיאלוג הרי שמבחינה רטורית הוא משתמש במונחים המתאימים יותר להאבקות ומלחמה מאשר לשיחה בין בני תרבות: "שני הדוברים בשיח הקונסטיטוציוני [הכנסת ובית המשפט] ציידו עצמם בנשק עז: האחד הצטייד בנשק החקיקה, האחר הצטייד בנשק הפרשנות. יש לקוות כי שני הצדדים יפעילו את כלי הנשק שלהם בזהירות בעתיד." שם.

²²² הטקטיקה של הימנעות משאלות חוקתיות מהמעלה הראשונה נקטה בשורה ארוכה של פסקי דין ראו עניין ברגמן, לעיל הערה 118, העניין קניאל, לעיל הערה 118, עניין רסלר, לעיל הערה 118, עניין אגודת דרך ארץ, לעיל הערה 118, ועניין רובינשטיין, לעיל הערה 118.

²²³ ראו לעיל פרקים ה ו-ו.

²²⁴ משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל" הפרקליט כז (תשל"א) 30.

לזהות מגמה זו של "החלטה להחליט" וחתירה למשטר חוקתי מלא הכולל ביקורת שיפוטית רחבה כבר בדעות יחיד בפסקי דין שקדמו לחקיקת חוקי היסוד.²²⁵ חוקי היסוד החדשים נפלו לחיקו של בית המשפט העליון כמוצא שלל רב ולאורם בחר בית המשפט כמעט פה אחד לסטות חד-צדדית ממסורת ההחלטה שלא להחליט. פרופסור יצחק זמיר הסביר כי "ההחלטה להחליט" היא מהמאפיינים הבולטים ביותר של האקטיביזם השיפוטי.²²⁶ היה זה אך טבעי כי בית המשפט העליון, הנחשב למן שנות השמונים לאחד האקטיביסטים ביותר בעולם, ינקוט באקטיביזם גם בתחום המשפט החוקתי – החלטה להחליט על מסגרת חוקתית ומבנה חוקתי מוגדרים וברורים למדינת ישראל. בצדק ציין לנדוי כי בעניין **מזרחי יש** משום מתן חוקה למדינת ישראל בדרך פסיקת בית המשפט העליון.²²⁷ בעוד שעד עניין **מזרחי התאפיינה** העשייה החוקתית של מדינת ישראל בהחלטה שלא להחליט, הרי שבעניין **מזרחי נפל** דבר ובית המשפט החליט להחליט עבור כולנו על מסגרת חוקתית מוגדרת וברורה הכוללת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית.

פרופסור מאוטנר כתב כי יש להבין את השינויים הניכרים, שחלו בפסיקתו של בית המשפט העליון החל משנות השמונים ובכלל זה האקטיביזם המוגבר בו הוא נוקט, כתגובה של בית המשפט העליון להתמוטטות ההגמוניה הפוליטית, החברתית והתרבותית של תנועת העבודה בסוף שנות השבעים.²²⁸ במסגרת שינויים אלה, מסביר מאוטנר, בית המשפט העליון "תפס צד" במאבק הפוליטי והתרבות המתחולל בישראל והפך את עצמו לזירה חשובה לקידום היעדים הפוליטיים והתרבותיים של הקבוצה "היהודית-החילונית-הליברלית" במאבקה על עיצוב אופייה של ישראל בשנים שלאחר התמוטטות ההגמוניה.²²⁹ לגישתי, את השינוי בגישתו של בית המשפט העליון בעניינים חוקתיים יש להבין על רקע תובנות אלו. גישת ה"החלטה להחליט" של בית המשפט העליון היא פועל יוצא של ניסיונו של בית המשפט להכריע לגבי דמותה ואופייה של מדינת ישראל תוך שהוא מתערב לטובת אותה קבוצה יהודית-חילונית-ליברלית. מטרת העל שהציב לעצמו היא ייסודה של דמוקרטיה ליברלית חוקתית המעניקה עליונות נורמטיבית חוקתית לזכויות אדם והמסמיכה את בית המשפט העליון לבקר חקיקה ראשית.

אין פלא שרבים במערכת הפוליטית חשו נבגדים. המאבק על דמותה של מדינה ישראל, כפי שצינתי לעיל, אינו מאבק חדש אלא מטען אותו אנו נושאים משחר קיומה של המדינה והוא קשור בטבורו לשאלת החוקה והעשייה החוקתית. בית המשפט זכה במרבית מיוקרתו ומעמדו

²²⁵ ראו חוות דעתו של הנשיא ברק בג"ץ 142/89 **תנועת לאור נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מד(3) 529.

²²⁶ יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: ההחלטה להחליט" **עיוני משפט** 10 (תשנ"ג) 647, בע' 650: "השינוי של הדין מבטא רק היבט אחד של האקטיביזם. קיים גם היבט אחר, חשוב לא פחות, ואולי אף משקף יותר את המובן המקובל של האקטיביזם. היבט זה, אינו מתייחס לשאלה האם ראוי לשנות את הדין המהותי ומהו השינוי הראוי, אלא לשאלה המקדמית אם ראוי להכריע בדין."

²²⁷ לנדוי, **לעיל** הערה 178; ראו גם גביון, **לעיל** הערה 1, בע' 22: "שיח המהפכה החוקתית, לפחות בפי הנשיא ברק, אינו רק תיאור. הוא נועד לסייע להשלים את המהלך, להנהיג בארץ חוקה שלמה, עליונה ונוקשה, הכוללת מגילת זכויות שלמה, המפקידה את בית-המשפט על ביקורת שיפוטית." לכן אינני יכול להסכים עם בנדור כי פסק דינו של בית המשפט בעניין **מזרחי** "אינו בגדר 'מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט' יותר מכפי שהפרשנות הקודמת היתה בגדר 'שליטת חוקה מישראל בדרך פסיקת בית המשפט'." אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" **ספר ברנזון** (כרך ב, תש"ס) 119, בע' 128. לגישתי "משחק העשייה החוקתית" אינו משחק בינארי של קיומה של חוקה או העדרה של חוקה, שכן בתווך עומדת האופציה של החלטה שלא להחליט האם נדרשת חוקה.

²²⁸ מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" **עיוני משפט** 10 (תשס"ג) 645.

²²⁹ **שם**, בע' 649.

באמצעות יכולתו להציב את עצמו כמתנשא מעל לפוליטיקה הקואליציונית מפלגתית במדינת ישראל.²³⁰ ברם, המהלך של בית המשפט העליון בעניין מזרחי הצטייר בעיני הפוליטיקאים, ובצדק, כמהלך בו בית המשפט יורד מכס השיפוט ונוטל צד בויכוח כאחד מבעלי הדין. הטעם מדוע נתפס בית המשפט העליון כפועל בזירה הפוליטית גם שעה שהוא עוסק בפעילות חוקתית מהמעלה הראשונה של מתן תוקף לנורמות חוקתיות מצוי בעובדה שהחלטת הררי, שהיא המקור המרכזי לנורמות חוקתיות, יצרה מצב בו חוקי היסוד הם גם תוצר של פוליטיקה יומיומית ולא רק פוליטיקה חוקתית. טענות אלו זכו לביסוס חלקי לפחות בעקבות החלטות והתבטאויות שונות של בית המשפט העליון ושופטיו שפגעו והעמידו בספק הסדרים שונים בענייני דת ומדינה.²³¹ על כל פנים, פלגים פוליטיים רבים מצטיינים היום בעוינות גוברת לבית המשפט העליון תוך שהם מביטים על פעילותו במישור החוקתי כעל פעילותו של יריב פוליטי.²³² חוסר האמון של נבחרי ציבור רבים התגלה לא רק ביחסם כלפי בית המשפט העליון על המהלך החד צדדי והפגיעה בסטאטוס קוו בענייני דת ומדינה, אלא גם ביחסם לגורמים פוליטיים שפיתו אותם ליתן את הסכמתם לחקיקת היסוד בהבטחות שווא.²³³

²³⁰ אברהם שפירא "הריסון העצמי של בית-המשפט העליון והבטחת זכויות האזרח (גלגוליה השונים של פרשת 'קול העם')", עיוני משפט ג (תשל"ג) 640. לגישת שפירא, בית המשפט העליון עיצב את תדמיתו הא-פוליטית במודע וכמדיניות שיפוטית, תוך הימנעות מהכרעה בסוגיות שהן נפיצות מבחינה פוליטית, מאז הקמת המדינה. גישה זו של א-פוליטיות הושגה תוך הימנעות מדיון והרצון שלא לנקוט בעמדה פוליטית. ראו גם יצחק אולשן "על בית המשפט העליון" משפטים א (תשכ"ט) 287. אולשן מסביר כי אחת המטרות הראשונות שבית המשפט הציב לעצמו, מיד עם תחילת פעולתו, היתה רכישת אמונו של הציבור. מכיוון שהשופטים באותם ימים היו מוכרים, לא רק כמשפטנים אלא גם כבעלי נטייה פוליטית, החליטו שופטי בית המשפט העליון לנתק עצמם מכל קשר עם פעילות מפלגתית. הדימוי של בית המשפט כמוסד אל-מפלגתי ובלתי משוחד נתחזק, לאחר שרבו המקרים בהם העניק בית המשפט סעד בגין הפליה על בסיס מפלגתי. שם, 288.

²³¹ טענות אלו, הגורסות כי יש להביט על פעילות בית המשפט העליון בתחום החוקתי כפעילות פוליטית, זכו גם לביסוס אקדמי, ראו למשל גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 461. עם זאת, ספיר גורס כי ההליך החוקתי בבית המשפט עשוי להתגלות כמועיל חרף המימד הערכי-סובייקטיבי שלו ראו שם, בע' 471-493.

²³² ביטוי לתפיסה הרואה בבית המשפט העליון כיריב פוליטי של הקבוצה הדתית לאומית במאבק על דמותה של מדינת ישראל ניתן לזהות בדברי ח"כ דוד טל (ש"ס) ד"כ (25.1.05) בישיבה מיוחדת של המליאה לציון חמישים-ואחת שנה לכינונה של הכנסת: "...בפועל יישום המהפכה החוקתית אינו שונה מיישומה של כל מהפכה אחרת. אנו נמצאים בעיצומו של מאבק חסר פשרות על אופיה של מדינת ישראל, האם תישאר מדינה בעלת אופי יהודי מובהק כפי שכיוונו מייסדיה, או שתהפוך למדינה דמוקרטית ללא כל ייחוד לעם היהודי. השאלה היא, מי יכריע על כך? מי יוביל ויעצב את אופיה של מדינת ישראל בעת המודרנית? האם יהא זה גוף שנבחר בבחירות דמוקרטיות במטרה לייצג את אוכלוסיית ישראל, או שיהיה זה גוף אוליגרכי מצומצם, שאנשיו מונו על-ידי ועדה ולא נבחרו על-ידי העם?... דומני כי בבסיס המחלוקת עומד הרצון של קבוצת מיעוט אליטיסטית להכתיב לרוב הציבור בישראל ידפוס התנהגות ראויים למדינה מתוקנת, או כפי שהדבר מכונה 'שלטון החוק' בהמשך לשלטון החוק במחוקק ועל 'בסיס שלטון השופט בפרשנות החוק'. ראו גם מאיר פרוש ד"כ (תשס"ד) 8830; ח"כ יורי שטרן (האיחוד הלאומי – ישראל ביתנו) ד"כ (תשס"ד) 8833: "אנחנו יודעים שהחלטות בג"ץ רבות מאוד – וחברי ציינו פה חלק מהן – היו התערבות גסה בעניינים פוליטיים, עם סטייה פוליטית מוחלטת לכיוון מסוים, לכיוון השמאלי."

²³³ ראו למשל דברי ח"כ משה גפני (יהדות התורה) במליאה: "זיה היה ב-1992. עמד כאן ח"כ אמנון רובינשטיין, יושב-ראש ועדת החוקה, והעביר את חוק יסוד: חופש העיסוק. הוא אמר לנו, ובצדק: האם על-פי ההלכה יכולה להיות בעיה עם העניין של חופש העיסוק, שלכל אחד יהיה שוויון הזדמנויות בכל הדברים האלה, ולא יוכלו לפגוע בעיסוקו של האדם? אמרנו – נכון, אתה צודק. תמכנו, וזה עבר. ובפרוטוקול מופיעים דברים שלא נוגעים בכלל לנושאים הדתיים. עד שזה הגיע לבג"ץ. היה הבג"ץ של מיטראלי, יבוא בשר חזיר, יבוא בשר טרף. בית המשפט העליון אמר:

ההחלטה בעניין **מזרחי הביאה**, לדעתי, לתמורה בשדה העשייה החוקתית המתבטאת בניסיון לאמץ טקטיקה חוקתית חדשה על ידי נבחרי הציבור: ההחלטה להחליט.²³⁴ על הרקע הנ"ל יש להביט על ה"אינפלציה" בהצעות לחוקי יסוד. קבוצות ופלגים פוליטיים מכל רחבי הקשת הפוליטית עושים כמיטב יכולתם לקדם את תפיסתם הפוליטית הצרה על ידי עיגונה בחקיקת יסוד ועל ידי כך לפחות להשפיע, אם לא להכריע, את המאבק על אופייה ודמותה של מדינת ישראל.²³⁵ בדרך דומה יש להשקיף גם על הניסיון לקבל "חוקה בהסכמה" של גורמים פוליטיים וציבוריים שונים – ניסיון להכריע ולעצב בהסכמה את דמותה של מדינת ישראל. אך אימוצה של טקטיקה ההחלטה להחליט על ידי גורמים פוליטיים לרוב אינה נעשית מתוך שותפות בדרך ו/או במטרה עם בית המשפט העליון. נהפוכו. ניתן לתאר חלק ניכר מהדפוסים החדשים בעשייה החוקתית כתגובת מחאה לתהליך אותו הוביל בית המשפט העליון למן החלטתו בעניין **מזרחי**. לשון אחר: מטרת טקטיקה ההחלטה להחליט של חלק ניכר מנבחרי הציבור היא לבלום את בית המשפט העליון או לכל הפחות לתקן את התהליך החוקתי שהתהווה בעשור האחרון. לא "דיאלוג" מצוי לנגד עינינו אלא מלחמה וקרב של ממש בין בית המשפט העליון לבין הכנסת בדבר הסדריה החוקתיים של מדינת ישראל. לכן אין להתפלא, כי ניסיונות המערכת הפוליטית לאמץ את הטקטיקה החוקתית של החלטה להחליט לא נתקבלו בעין יפה על ידי גורמים בבית המשפט העליון וזאת בלשון המעטה.²³⁶

אבל הניסיון של המערכת הפוליטית להתאים את עצמה לגישת בית המשפט למן עניין **מזרחי** ולנקוט גם היא בטקטיקה של החלטה להחליט הסתיים לרוב במפח נפש מצידם של

נכון, המחוקק אמר שמותר לייבא בשר טרף, כיוון שיש חוק יסוד: חופש העיסוק... ונדהמתי. נדהמתי. איך יכולים לפרש [כך] חוק שהמחוקק אמר חד-משמעית שאין לו שום נגיעה לנושאים הלכתיים, לסטטוס קוו..."

²³⁴ אשר כהן וברוך זיסר כתבו, כי החל משנות השמונים חל שינוי בדפוסים הפוליטיים על פיהם התנהלה מדינת ישראל המתבטא במעבר מפוליטיקה קונסוציונלית (הסכמית) לפוליטיקה של הכרעה. אשר כהן וברוך זיסר "בין הסכמיות שבירה לשבירת ההסכמיות: תמורות ביחסי דת ומדינה – בין קונסוציונליזם להכרעה" **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוץ שמיר עורכים, תשנ"ח, תל-אביב) 675, בע' 677. עם זאת, חשוב לשיטתי להדגיש, כי השינוי הנ"ל התבטא בשינוי בדפוסים הפוליטיים "היומיומיים" ופסח כפי שהדגמתי לעיל על "הפוליטיקה החוקתית" והעשייה החוקתית. מכאן שאינני יכול להסכים עימם כי חקיקת חוקי היסוד החדשים מבטאת נסיגה ממה שהם מכנים דפוס הקונסוציונליזם (**שם**, בע' 689), שכן חקיקתם תואמת את מסורת ההחלטה שלא להחליט. ברם: יש בינינו הסכמה מלאה כי המהפכה החוקתית שהנהיג בית המשפט העליון מהווה מעבר לטקטיקה של הכרעה.

²³⁵ דוגמא מצויינת לנקיטה בטקטיקה של הכרעה בחקיקת חוקי יסוד הוא התיקון לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל שהתקבל בנובמבר 2000. חוק זה נועד להצר צעדי ממשלת ברק בתחום המדיני וקבע איסור בהעברת סמכויות המתייחסות לתחום ירושלים לגורם זר.

²³⁶ ראו, למשל, אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** (ירושלים, 2004) בע' 413: "משוכנע אני כי הדיאלוג בין הכנסת לבית המשפט יימשך. עם זאת הסימנים היוצאים מעם הכנסת בעניין זה אינם מבשרים טובות. הצעות חוק מועלות, כאשר התחושה הנה כי עיקר מטרתן להתריס כנגד בתי המשפט ולפגוע באמון הציבור בהם." ראו גם דברי הנשיא אהרן ברק בדיוני הוועדה הציבורית של המכון הישראלי לדמוקרטיה שדנה בכינונה של חוקה בהסכמה: "השאלה הניצבת בפנינו בדיון היום איננה האם להנהיג חוקה וביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק... השאלה אלינו היא צרה יותר: היש מקום לשנות מהלכת בנק המזרחי ולקבוע הסדר שונה בדבר הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק... בעיקרו של דבר, המצב הקיים הוא ראוי וטוב, וההצעות השונות שהועלו ואשר יידונו כאן היום, אינן ראויות לדעתי; על כל פנים, אינן ראויות במידה מספקת להביא לשינוי בהלכת בנק המזרחי." **דגמים של ביקורת שיפוטית, המועצה הציבורית: הכינוס החמישי (ירושלים, תשס"ב) 23.**

גורמים פוליטיים רבים. הטעם לכך נעוץ בעובדה שהנתון הבסיסי של מחלוקות אידיאולוגיות עמוקות המאפיין את המערכת הפוליטית בישראל מאז קום המדינה לא השתנה, ולכן מנע ומונע, אף היום לאחר ההחלטה בעניין מזרחי, כל אפשרות לשיתוף פעולה בין הפלגים הפוליטיים לאור הטקטיקה של החלטה להחליט. זאת ועוד, המחלוקת לגמי מקומו של בית המשפט העליון במבנה הבסיסי של החברה הישראלית והחשש מפני יכולתו הרדיקלית לפרש טקסטים חוקתיים שלא בהתאם לכוונת יוצרו, הובילו להפסקת שיתוף הפעולה בין הפלגים השונים בחקיקת יסוד ולבלימה כמעט מוחלטת של פרויקט קבלת החוקה בהדרגה.

החתימה למשטר חוקתי "נוסח אמריקה" פגעה לא רק בשיתוף הפעולה בין הפלגים הפוליטיים בחקיקת יסוד, אלא מעמידה בספק או לפחות מקשה על יצירת שיתוף פעולה הנסמך על יסודות דמוקרטיים הוגנים. בעבר, התבטא הנשיא ברק כי המהפכה החוקתית עשויה לאחד את כל חלקי הציבור הישראלי ואף להוביל למהפכה חברתית אשר תעשה אותנו לחברה טובה יותר.²³⁷ אבל החתימה להכרעה חוקתית הובילה אותנו דווקא להתרחק מאידיאל חשוב מאוד של חברה דמוקרטית בה שיתוף הפעולה הוא שיתוף פעולה הוגן. לגישת רולס "חברה מתוקנת" (well ordered society) מתאפיינת בשיתוף הפעולה החברתי מכיל מבנה מסוים: כל אחד מהמשתתפים מקבל ויודע שאחרים מקבלים את העקרונות והכללים על פיהם פועלת החברה ושההתאם להם מיושבים סכסוכים ומחלוקות.²³⁸ המהפכה החוקתית הרחיקה אותנו מאידיאל זה. חלקים נרחבים באוכלוסיה חשים ניכור הן למערכת הפוליטית והן לבית המשפט המתבטא בכפירה לאורך חזית רחבה בקיומם של כללים מוסכמים לפתרון סכסוכים.

אין פלא כי גם מלאכת החקיקה הרגילה הפכה להיות קשה מתמיד ונבחר ציבור מציינים כי חשדנותם של פלגים פוליטיים מפני שינוי הסטאטוס קוו החוקתי מונעת גם חקיקה מתקדמת בנושאים שאינם קשורים להסדרים חוקתיים או להסדרי דת ומדינה.²³⁹ המערכת הפוליטית החלה באחרונה להכיר שוב בערך של פרויקט החוקה בהדרגה וההחלטה שלא להחליט,²⁴⁰ ואף

²³⁷ אהרן ברק "המהפכה החוקתית" מבחר כתבים (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, תש"ס) 349, בע' 374.

²³⁸ Rawls, *supra* note, at p.

²³⁹ ח"כ פרופסור יולי תמיר בכנס "צדק בגז"י: בין פורמליזם לערכים?" שהתקיים בבית הספר למשפטים המכללה האקדמית נתניה, 4 למרץ 2005.

²⁴⁰ ראו, למשל, דברי ראש הממשלה אריאל שרון, ד"כ (25.1.05) בישיבה מיוחדת לציון חמישים-ושש שנה לכינון הכנסת - הגיע זמן חוקה: "עם כל הישגיה האדירים של הכנסת בתחום החקיקה, יש בינינו רבים הסבורים שהכנסת חטאה בכך שלא מילאה את תפקידה הראשון, והוא חיבורה של חוקה לישראל. אני לא סבור כך. שתי אפשרויות ניצבו בפני חברי הכנסות הראשונות: האחת - חיבורה של חוקה סדורה וכפייתה הר כגיגית על החברה הישראלית המתהווה, הלומדת מחדש, אחרי אלפיים שנות גלות, את אורחות הממלכתיות והעצמאות. האחרת - חיבורה של חוקה כמעשה מרכבה, פיסה אחר פיסה, תוך הקשבה רגישה וסבלנית לצורכי החברה על חלקיה הרבים והשונים. בצדק, לדעתי, בחרה הכנסת ללכת בדרך השנייה, והתוצאה היום, 56 שנה אחרי כינונה של הכנסת, היא שיש לנו חוקי-יסוד לא מעטים המהווים שלד מוצק לחוקה שמלאכת חיבורה עדיין נמשכת. בכל מדינה מתוקנת החוקה, המבטאת את תעודת הזהות של החברה, היא בגדר צורך. גם אצלנו כך. ועדיין, בעיני, גדול וחשוב מן הצורך הזה, הצורך האחר: להגיע בחברה שהיא כל כך רבת גוונים וזרמים - שלא לומר, פלגים - כמו החברה הישראלית, לחיבורה של החוקה מתוך הסכמה. רק כך נבטיח שתעודת הזהות שתתקבל בסופו של דבר תהיה אכן תעודת זהות משותפת לכולנו ומוסכמת על כולנו. אמרתי - אני תומך בצורך בחוקה. לדעתי, חוקה חייבת להיעשות בהסכמה. וגם אם לא נצליח במלאכת עשיית החוקה הזאת, כפי שהיינו רוצים, אולי עדיפה בעיני אפילו חוקה שיש בה פגמים מסוימים אבל שנעשתה בהסכמה, ולא בכפייה." (25.1.05)

נראה כי התבונה, שחוקה פורמאלית אינה מטרה בפני עצמה, חדרה לתודעה הפוליטית. פרופסור מאוטנר אף מציין כי ניתן לזהות סימני התקרבות בין הפלגים השונים לעומת שנות השמונים.²⁴¹ אך הדרך לעודד התקרבות זו אינה על ידי ניסיון להכריע ביחס לאופייה של מדינת ישראל תוך הנחת תשתית חוקתית פורמאלית, אלא על ידי יצירת הסדרים פרגמאטיים ומעשיים לשיתוף פעולה הוגן ויציב.²⁴²

יא. החתירה למשטר חוקתי וההגנה על זכויות אדם

עם חקיקת חוקי היסוד החדשים, טען הנשיא ברק בסדרת מאמרים ובספריו כי חלה תמורה במעמדן הנורמטיבי של זכויות האדם, וכי הן זכו להכרה חוקתית על חוקת.²⁴³ בדומה, נטען לעיתים על ידי הנשיא ברק ומלומדים אחרים כי המהפכה החוקתית והחתירה למשטר חוקתי טומנות בחובן השפעה חיובית על מקומם של זכויות האדם בחברה הישראלית.²⁴⁴ לעיתים נדמה אפילו כי ההצדקה למהפכה החוקתית ולביקורת שיפוטית על חוקת טמונה ביכולתם להביא לשינוי לטובה בהגנה על זכויות האדם. לשון אחר: כי ההצדקה למהפכה החוקתית ולביקורת שיפוטית מצויה בהגנה על זכויות אדם.

אם היגדים אלה נכונים, הרי שהתקפה על החתירה למשטר חוקתי היא בבחינת התקפה על שיח הזכויות. לטעון כי חתירה למשטר חוקתי פורמאלי בעשור האחרון אינה ראויה משמיעה את הטענה כי אימוצו של שיח זכויות חוקתי על חוקי פוגע בשיתוף הפעולה בין הפלגים השונים, בערכי יסוד, או באינטרסים אחרים.²⁴⁵ ביקורת זו ככל שהיא נוגעת ל"ראשוניותו" או ל"קדימותו" של שיח הזכויות היא בעייתית. היא לובשת בשלב מסוים מבנה הגורס כי על מנת להשיג ערכים כגון "נדיבות", "קהילתיות", ו"זהות" יש למנוע צדק ולפגוע בזכויות. טעון מעין זה נתפס על ידנו על פי רוב בלתי ראוי ומכאן נובע על פי רוב גם כישלונה של הביקורת אלמלא תסויג או תעודן. מכאן, שההתקפה על החתירה למשטר חוקתי חייבת, על מנת להצליח, להתבסס על טעמים שבזכויות אדם ולהראות כיצד דווקא החתירה למבנה חוקתי חותרת תחת ההגנה על זכויות אדם.

²⁴¹ מאוטנר, לעיל הערה 228.

²⁴² לספרות המבקרת את שיח הזכויות הליברלי ראו Michael J. Sandel *Liberalism and the Limits of Justice* וגם Mary Ann Glendon *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (New York, 1991). לביקורת על האוטופיזם האוניברסאלי שבשיח הזכויות ועל הצורך להחליפו בהסדרים פרגמאטיים על מנת להשיג שיתוף פעולה בנושאי דת ומדינה והימנעות משיח זכויות אוניברסאלי ראו גם ארווינג קריסטול "על האווילות הפוליטית של היהודים" מתוך ספרו **מחשבות על השמרנות החדשה** (אהרן אמיר תרגם, ירושלים, תשס"ה) 329, בע' 339. לביקורת על שיח הזכויות החוקתי בישראל ראו אבי שגיא "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות" מחקרי משפט טז (תשס"א) 37.

²⁴³ ברק, לעיל הערה 154, בע' 12.

²⁴⁴ אהרן ברק "מהמהפכה החוקתית" **מבחר כתבים** (חיים הרמן כהן ויצחק זמיר עורכים, כרך א, ירושלים, תש"ס) 349, בע' 367 והשוו אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א (תשס"ד) 3, 23. ראו גם אור בסוק "עשור למהפכה החוקתית" – בחינת התהליך החוקתי בישראל דרך פריזמה היסטורית-השוואתית" **משפט וממשל** ו (תשס"ג) 451, בע' 495.

²⁴⁵ ארווינג קריסטול "על האווילות הפוליטית של היהודים" מתוך ספרו **מחשבות על השמרנות החדשה** (אהרן אמיר תרגם, ירושלים, תשס"ה) 329, בע' 343-345.

אינני יכול במסגרת מאמר זה לפתח טיעון מפורט ובנוי לתלפיות מדוע החתירה למשטר חוקתי תרמה מעט ואולי אף גרעה מההגנה על זכויות אדם בישראל. שיפוט מעין זה עשוי להיות מורכב ביותר. ראשית, הוא דורש אימוצו של קנה מידה נורמטיבי לגבי ההגנה על זכויות אדם – קנה מידה שיאפשר לנו לעמוד את מידת ההגנה על זכויות אדם במצב חברתי נתון. שנית, טיעון מעין זה מבקש גם אימוצן של הנחות היפותטיות על מנת להשוות בין ההגנה בפועל על זכויות אדם למן המהפכה החוקתית לבין ההגנה על זכויות אדם בסיטואציה דימוינית, לפיה בית המשפט ממשיך לפעול על פי הכללים והדוקטרינות המסורתיות של המשפט החוקתי. שיפוט זה עשוי להיות קשה במיוחד לאור העובדה שזכויות האדם מצאו הגנה משפטית גם במשטר החוקתי טרום המהפכה החוקתית.²⁴⁶ שלישית, הערכה זו עשויה להצריך אותנו גם לבצע חישוב מורכב בו נחסר או נחליף אלו באלו זכויות שכן יכול להיות שבעצם הקניית הגנה חוקתית הנעזרת בביקורת שיפוטית על חוקי יש משום פגיעה בזכות ההשתתפות הפוליטית שיש הגורסים כי היא "אם כל הזכויות".²⁴⁷

עם זאת, אציין מספר תובנות שיכולות להוות בסיס למסקנה כי המהפכה החוקתית תרמה אך מעט להגנה על זכויות אדם אם בכלל. ראשית, גם תומכי המהפכה החוקתית יאלצו להודות כי מספר פסקי הדין בהם ניתן תוקף נורמטיבי עליון לזכויות יסוד על פני חקיקה ראשית של הכנסת הם מועטים ומינווריים בהחלט בהגנתם על זכויות.²⁴⁸ שנית, חוקרי משפט רבים טוענים כי המהפכה החוקתית מבשרת הגנה על זכויות השכבות החזקות בחברה על חשבון זכויות השכבות החלשות וקבוצות המיעוט הראויות להגנה.²⁴⁹ שלישית, דווקא פסקי הדין הנתפסים על ידי רבים כמרכזיים בהגנה על זכויות האזרח בעשור האחרון לא נשענו הלכה למעשה על ההכרה במעמדן העל חוקי של זכויות, אלא על מרכזיותן של זכויות בשיטת המשטר הישראלית.²⁵⁰ מרכזיותן של זכויות בשיטת המשפט הישראלית הוכרה מימים ימימה ואינה פועל יוצא של המהפכה החוקתית.²⁵¹

²⁴⁶ ראו לעיל פרק ו.

²⁴⁷ ראו Waldron, *supra* note 24, at pp. 232. השוו לעניין זה אלון הראל "ההצדקה הדמוקרטית לביקורת שיפוטית" מאזני משפט ה (תשס"ו) המתפרסם בכרך הנוכחי.

²⁴⁸ ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 376; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 245; בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(5) 640; בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, תק-על(1)2003 (1)287.

²⁴⁹ ראו בן ישראל, לעיל הערה 93; מרמור, לעיל הערה 77; אייל גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג (תש"ס) 229; אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי" צדק חלוקתי בישראל (מנחם מאוטנר עורך, תל-אביב, תשס"א) 79; Ran Hirschel "The 'Constitutional Revolution' and the Emergence of a New Economic Order in Israel" 2 *Israel Studies* 136 (1997).

²⁵⁰ ראו בג"ץ 721/94 אל-על נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (להלן: עניין דנילוביץ); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94; בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 285; בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, דינים עליון כרך נו 744; א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה נ' טיבי (טרם פורסם).

²⁵¹ אך ראו חילוקי הדעות בין השופטים בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(3) 355; דני"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589.

ברצוני להתעכב על התצפית האחרונה, שכן היא עשויה להוות אבן בוחן לבחינת השפעתה של טקטיקות ההחלטה להחליט על ההגנה על זכויות. הטעמים מדוע לא נזקקו שופטי בית המשפט העליון לביקורת שיפוטית על חוקית בהגנה על זכויות עשויים להיות מגוונים. אולם, ניתן לשער, כי אחד הטעמים הוא החשש כי הישענות על המהפכה החוקתית בסוגיות השנויות במחלוקת חריפה עשויה הייתה להפריע ולא לתמוך בהגנה על זכויות. הכיצד? חלק ניכר מהביקורת שנמתחה על החלטות בית המשפט העליון בהגנה על זכויות אדם בעשור האחרון אינו נוגע לתוצאות הקונקרטיים שבהחלטות, אלא בגין החזון המשתקף מהן: חזון המדינה החוקתית הניטרלית.²⁵² מכאן ניתן להניח, כי חוסר הרצון של בית המשפט להישען על המהפכה החוקתית שעה שהוא בא להגן על זכויות אדם במקרים שנויים במחלוקת נובע מחשש שמהלך מעין זה עשוי לסכן במידה רבה הן את המהפכה החוקתית והן את ההגנה על זכויות האדם. אם השערה זו נכונה, הרי שבמקום שהמהפכה החוקתית והחוקה הלכאורית יהוו בסיס להקניית לגיטימציה להגנה על זכויות, הרי שהן מהוות אבן רחיים על צוואר ההגנה על זכויות.²⁵³ אם ההגנה על זכויות אדם על ידי בית המשפט נעשתה טרום המהפכה החוקתית מתוך התאמה ושילוב עם הזירה הפוליטית, הרי שעתה היא נעשית תוך עימות חזיתי עקרוני בין בית המשפט לכנסת. עימות זה, סב סביב השאלה מי יהיה הפוסק האחרון והאולטימטיבי בדבר מהותן, טיבן והיקפן של זכויות יסוד במשפט הישראלי. מיותר לציין כי בעימות זה, ויהיה מנצחו אשר יהיה, האזרחים וזכויותיהם הם המפסידים העיקריים.

חלק ג: מבט להווה ולעתיד - מחלוקות למרות הכול

יב. האם יש לנו חוקה?

השאלה האם יש לנו חוקה היא שאלה סבוכה הנתונה במחלוקת קשה. מחד, מצדדי המהפכה החוקתית בפוליטיקה, באקדמיה ועל כס המשפט טוענים כי נפל דבר וישראל הצטרפה למשפחת העמים המתוקנים הנהנים מחוקה פורמאלית.²⁵⁴ מאידך, מפקפקים אחרים בפוליטיקה באקדמיה ובבית המשפט אחר מסקנה חד משמעית זאת וגורסים כי לא חל שינוי מהותי במסגרת החוקתית של מדינת ישראל וכי לישראל אין עדין חוקה פורמאלית נוקשה במשמעותה הקונבנציונאלית במדינות מתוקנות.²⁵⁵

²⁵² ראו ח"כ אברהם רביץ (יהדות התורה) ד"כ (תשנ"ה) 3240 (הביקורת שנמתחה על ההחלטה בעניין דנילוביץ); יו"ר הכנסת ראובן ריבלין ד"כ (תשס"ד) בע' 8822, 8828 (ביקורת על פסיקותיו של בג"ץ בעניין תקציב המדינה); ח"כ מאיר פרוש (יהדות התורה) ד"כ (תשס"ד) 8831. על החזון המשתקף מהמהפכה החוקתית ראו שייך, לעיל הערה 2, בע' 155 - 177.

²⁵³ על הסכנה לזכויות הטמונה במהפכה החוקתית ראו גם דברי פרופסור עלי זלצברגר: "אנחנו הלכנו בדרך האנגלית, ניסינו לקבל חוקה אורגנית, חוקה שמתפתחת תוך כדי פעילות והתפתחות המדינה; זה מה שמצטייר מהחלטת הררי ומאופן התקבלותם של שני חוקי היסוד האחרונים. אני חושב שלא הצלחנו בדרך הזאת, ובאופן פרדוקסלי הכישלון נובע דווקא משני חוקי היסוד האחרונים ולא מהליך שהתפתח עד אז; כי עד אז התפתח איזשהו תהליך אורגני, שבו אפילו בית המשפט יצר מגילת זכויות שיפוטית שההתנגדות לה הייתה פחותה בהרבה מההתנגדות למעשים של בית המשפט בעקבות חוקי היסוד." חוקה, חוקי יסוד, מגילת זכויות (תשס"א, ירושלים) 53.

²⁵⁴ ברק, לעיל הערה 1, בע' 358 - 360; רובינשטיין, לעיל הערה 1, בע' 356.

²⁵⁵ גביון, לעיל הערה 1, בע' 32; דותן, לעיל הערה 183, בע' 209: "...הלכה למעשה הימהפכה של 1992 לא הובילה את ישראל למצב של דמוקרטיה חוקתית במובן המוכר והמקובל של המונח, ובמתכונת הנוכחית ספק אם תוכל להוביל אותה לתוצאה כזו גם בהמשך הדרך. לא היתה לנו בעבר, וגם אין לנו כיום, מסגרת חוקתית קשיחה של

למעשה, גדר המחלוקת בסוגיה זו אינו כה רחב. כולם מסכימים כי יש לנו חוקי יסוד. חוסר הסכמה הוא לגבי עצם מהותם וטיבם של חוקי היסוד. מחד, יש המהללים את חוקי היסוד וגורסים כי מדובר בחוקה של ממש. מאידך אחרים גורסים כי מהותם וטיבם של חוקי יסוד אינם בהירים די צורכם והם אינם בגדר חוקה.²⁵⁶ כולם מסכימים כי חוקי יסוד אלו נוצרו על ידי גוף המונה 120 חברים הנבחרים מדי ארבע שנים הלא הוא כנסת ישראל. חוסר ההסכמה הוא לגבי מהות וטיב פעילותה של הכנסת שעה שהיא יוצרת חוקי יסוד. מחד, יש המאמצים את תיאורית הסמכות המכוננת על שלל גווניה ודגמיה וגורסים כי בקבלת חוקי היסוד פועלת הכנסת כרשות מכוננת.²⁵⁷ מאידך, אחרים דוחים תיאוריה זו וגורסים כי פעילותה זו אינה שונה מבחינה מהותית מכל פעילות אחרת של הכנסת שעה שהיא יוצרת חקיקה ראשית.²⁵⁸ כולם מסכימים כי בית המשפט מקיים ביקורת שיפוטית על חוקים ואף הורה במקרים אחדים על בטלותה של חקיקה ראשית. חוסר ההסכמה בענייננו הוא לגבי השאלה האם מעצם קיומה של ביקורת שיפוטית ניתן להסיק על קיומה של חוקה ולגבי היקפה של הביקורת. מחד, מצדדי החוקה רואים בכך סימן לקיומה של חוקה פורמאלית נוקשה המתחזקת על ידי אכיפה שיפוטית.²⁵⁹ מאידך, אחרים מצביעים על העובדה שעצם קיומה של ביקורת שיפוטית על חוקית אינה מוכיחה בהכרח קיומה של חוקה פורמאלית.²⁶⁰ כולם מסכימים כי בחוקי היסוד קיימים פגמים שונים ומגוונים, החל מדרך קבלתם וכלה בטיבם והיקפם. חוסר ההסכמה הוא לגבי התוצאות הנורמטיביות שבפגמים

טקסט חוקתי משוריין, המעניק לבית המשפט את הכוח... לאמירת המלה האחרונה"; שיין, לעיל הערה 2, בע' 136 ואילך; אדרעי, לעיל הערה 181, בע' 460; יואש מייזלר "המהפכה החוקתית" – עשור וקצת אחרי: הדין וחשבון "תרבות דמוקרטית 7 (תשס"ג) 131. ח"כ ראובן ריבלין (הליכוד) ד"כ: "חוקתה של מדינת ישראל היא בבחינת ינוחית נפקדת, מעין יצור כלאיים... היא רחוקה מאוד מלהיות 'משנה סדורה', שכלליה ידועים לכול ושמעמדה הוא מעל לכל ספק. אין בפנינו 'מגנה כרטה', תורה שבכתב, שהוראותיה ניצבות לדורות, מעל לכל 'משטר מזדמן', מעל לכל מעשה חקיקה." (24.1.00)

²⁵⁶ ראו אדרעי, לעיל הערה, בע' 460: "חוקי היסוד אינם חוקה, כי אם חוקים המבטאים את השקפתה של הרשות המחוקקת בדבר המגבלות שהיא נוטלת על עצמה." מייזלר, לעיל הערה 255, בע' 177 כותב במילים חריפות: "הטענה הנורמטיבית האובייקטיבית כביכול, שחוקי-היסוד הם חוקי-על חוקתיים המגבילים את סמכותה של הכנסת אינה אלא 'סיפור בדים קדוש' בעל תפקיד אינטגרלי במסגרת המניפולציה המושגית הכוללת של 'המהפכה החוקתית'." ראו ח"כ ראובן ריבלין ד"כ () : "חוקי-היסוד עצמם אינם יוצרים מאטריה רצופה ושלמה של נורמות-על, שמעמדן המיוחד ברור ומחלט. אין בין חוק-יסוד: מבקר המדינה לבין חוק-יסוד: חופש העיסוק אלא כותרת המשותפת בלבד; אין בין חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל לחוק-יסוד: השפיטה אלא התווית שהודבקה לשניהם... לא ייתכן מצב שבו קיימת מחלוקת עמוקה באשר למעמדם של חוקי-היסוד בכלל; באשר למעמדם של חוקי-יסוד מסוימים לעומת חוקי-יסוד אחרים; באשר למעמדם של חוקי-יסוד לעומת חוקים רגילים; ובאשר לשאלות יסודיות רבות, שמתבע הדברים מעולם לא זכו למענה מסודר, כיוון שהמחוקק, שהוא האמור לתת מענה לשאלות אלו, מעולם לא פעל במודע כרשות מכוננת ומעולם לא העלה על דעתו שבמהפכה עסקינן." (24.1.00)

²⁵⁷ לדיון בתאורית הסמכות המכוננת ראו לחלן טקסט נלווה להערות 270 – 284.

²⁵⁸ דעת השופט חשין בעניין מזרחי, לעיל הערה 1.

²⁵⁹ רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 1, בע' 356.

²⁶⁰ עמדה זו נשענת על שני טעמים מרכזיים. ראשית, ביקורת שיפוטית אינה תנאי הכרחי או נחוץ לקיומה של חוקה ראו L.H. Tribe "Five Reigning Myths about Constitutionalism and Judicial Review" *The Israeli Academy of Sciences and Humanities* (1994) 12. שנית, ביקורת שיפוטית על חוקית התקיימה הלכה למעשה עוד טרום המהפכה החוקתית (ראו עניין ברגמן, לעיל הערה 117) בזמנים בהם מוסכם על כולם כי לישראל לא הייתה חוקה (ראו מייזלר, לעיל הערה 255, בע' 131: "מאז קום המדינה ועד שנת 1992 לא טען איש שמשטרה של מדינת ישראל הוא משטר חוקתי").

אלו. מחד, יש הטוענים שפגמים אלה מובילים להכרה כי חוקתנו אינה משולמת ואולי אף נכה אך היא חוקה ככל החוקות.²⁶¹ מאידך, אחרים טוענים כי פגמים אלה פוסלים את סיווג הנורמות המכונות חוקי יסוד כחוקה לכל דבר ועניין. כולם מסכימים כי הכנסת אינה נרתעת מלהכניס תיקונים רבים בחוקי יסוד חדשות לבקרים ולעיתים הדבר נעשה על מנת לספק אינטרסים פוליטיים צרים וקצרי טווח.²⁶² חוסר ההסכמה הוא לגבי נפקותה של תופעה זו. מחד, יש הרואים בכך בעיה הראויה טיפול אך אינה פוגמת במסקנה כי לישראל חוקה. מאידך, אחרים מאמינים כי תופעה זו חותרת תחת עצם מהותה של החוקה ומונעת הכרה בקיומה של מסגרת חוקתית פורמאלית. כולם מסכימים כי קיימות סוגיות חוקתיות בחוקי היסוד שטרם ניתן להם מענה ברור. חוסר ההסכמה הוא לגבי מידת היקפן והשלכותיהן. מחד, יש הסוברים כי על בית המשפט להכריע על מנת להבהיר את עקרונותיה של החוקה הישראלית.²⁶³ מאידך, אחרים מאמינים כי אין זה מתפקידו של בית המשפט להכריע בסוגיות אלה וכי עצם קיומן של סוגיות חוקתיות ללא הכרעה מעיד כי ישראל טרם החליטה על מסגרת חוקתית פורמאלית. כולם מסכימים כי נכון להיום פועלים גופים ציבוריים שונים על מנת לכוון חוקה לישראל.²⁶⁴ חוסר ההסכמה הוא לגבי מהותה וטיבה של פעילות זו. מחד, יש הרואים בה ניסיון לתקן ולשפר את החוקה הפורמאלית הקיימת. מאידך, אחרים רואים בה ניסיון לקבלתה בפעם הראשונה של חוקה פורמאלית אמיתית.²⁶⁵

לכאורה במבט ראשון הויכוח הוא סמנטי. אם המשמעות הנכונה של המונח חוקה הוא מסמך או מערכת מסמכים המגבילים את המחוקק ושעל פיהם פוסלים חקיקה ראשית, הרי שלישאל יש חוקה. החוקה הזו לא התקבלה על ידי העם בהליך מיוחד המבטא ריבונות עממית, אלא נוצרה ונאכפת על ידי מוסדות שלטוניים (הכנסת ובית המשפט). כמובן, שניתן לטעון כנגד הלגיטימיות הפוליטית של החוקה הישראלית אך חייבים להכיר בעצם היותה חוקה.²⁶⁶ אולם, אם המשמעות הנכונה של חוקה היא מסמך הנוצר על ידי העם בהליך אשרור מיוחד וחגיגי הרי שלישאל אין חוקה. העובדה שיש מסמך המגביל את המחוקק אינה מעלה ואינה מורידה, שכן המשמעות הנכונה של חוקה היא מסמך המביא לידי ביטוי את רצון העם ובו העם מכונן את עצמו. יחד עם זאת חשוב להדגיש כי הסוגיה אינה עניין של סמנטיקה. המחלוקות אינן סבות בעיקרן אחר המשמעות הנכונה של המונח חוקה. אנו מצויים במצב בו מוסדות והסדרים

²⁶¹ פרופסור אמנון רובינשטיין ודוקטור ברק מדינה מכנים חוקה זו "הרע במיעוטו": חוקה שאינה שלמה, אך חוקה המגנה באורח מלא על זכויות האדם החשובות ביותר... "רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 1, בע' 356.

²⁶² על בעיית השינויים התכופים של חוקי יסוד וכפיפותם של חוקי היסוד לצרכי השעה וצרכים סקטוריאליים ראו גם אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי היסוד" **משפט וממשל** ב (תשנ"ה) 443, בע' 447.

²⁶³ סומר, לעיל הערה 177, בע' 77 - 79.

²⁶⁴ ראו אתר האינטרנט של ועדת חוקה, חוק ומשפט <http://www.knesset.gov.il/huka/> (נבדק 20.6.05). השוו אתר האינטרנט של המכון לדמוקרטיה <http://www.idi.org.il/hebrew/article.asp?id=2351>.

²⁶⁵ מייזלר, לעיל הערה 255, בע' 195.

²⁶⁶ בדומה לחוקה של רפובליקת ויאמר שנכתפה על העם הגרמני לאחר מלחמת העולם וקשה לומר עליה כי נוצרה על ידו, כך החוקה הישראלית נכתפה על העם הישראלי ולא נוצרה על ידו. לביקורת מעין זו על החוקה של רפובליקת ויאמר ראו Walter Benjamin "Critique of Violence" *Reflections* (Peter Demetz ed., Edmund Jephcott trans., U.S.A., 1978) 277.

חברתיים, פוליטיים ומשפטיים מצויים תחת מחלוקת קשה ועמוקה.²⁶⁷ זהו מצב בו יש לנו כנסת, חוקי יסוד וביקורת שיפוטית. אולם אנחנו לא מסכימים לגבי טיבם, מהותם והיקפם. השאלה מהו טיבם אינה שאלה עובדתית גרידא, אלא מערבת בתוכה גם הכרעה ערכית באשר לשאלה כיצד רצוי או ראוי שהם יפעלו או יהיו. כאמור וכמודגם היטב לאורך מאמר זה, מצב זה אינו חדש אלא תולדת שורשי המשפט החוקתי שלנו ופועל יוצא של טיב העשייה החוקתית של החלטה שלא להחליט שמאפינת את מדינת ישראל.²⁶⁸

העובדה שיש מחלוקות אינה גוזרת את המסקנה כי קיומה או העדרה של חוקה היא עניין סובייקטיבי התלוי בעיני המתבונן. חוקה אינה תלויה סובייקט. קיומה או העדרה של חוקה אינה תלויה בהעדפות ואמונות אישיות של נבחר ציבור, שופטים ומלומדים לגבי הסוגיה. עמדה בדבר קיומה או העדרה של חוקה צריכה להתאים לטבע התופעה הפוליטית והמשפטית העומדת לנגד עינינו. למעשה, העדפות ושיפוטיות אישיים אינם כלל ממך העניין.²⁶⁹ האם קיימת לישראל חוקה זה דבר אחד, ומהן האמונות של אנשים בסוגיה זו זה דבר אחר. אם שני אנשים מחזיקים בדעות סותרות לגבי עצם קיומה של חוקה הרי שלפחות אחד מהם טועה.

לגרסת מלומדי משפט רבים, בשלב זה אמורה להיכנס לתמונה התיאוריה החוקתית ולספק לנו את התשובה לשאלה מי טועה. למעשה, לגישת מצדדי החוקה, זה תפקידה של תיאורית הסמכות המכוננת. היא אמורה לשמש לנו אבן בוחן על מנת להכריע במחלוקות לגבי השאלות האם לכנסת יש סמכות מכוננת והאם קיימת לנו חוקה.²⁷⁰ בעניין **מזרחי** הציג הנשיא ברק שלושה מודלים לביסוסה של תיאורית הסמכות המכוננת והמסקנה כי יש לנו חוקה. המודל הראשון נסמך על תורתו של Hans Kelsen (להלן: קלזן) בדבר הנורמה הבסיסית.²⁷¹ על פי מודל זה הנורמה הבסיסית של ישראל הינה כי מועצת המדינה הזמנית היא הרשות העליונה

²⁶⁷ ראו בעניין זה גם רות גביון: אנחנו נמצאים במצב מאוד מורכב שבו יש לנו מוסדות, שהמוסדות האלה שנויים במחלוקת ציבורית קשה ועמוקה, ושנחנו כולנו מנסים לחשוב יחד איך לתת למדינת ישראל, שכולנו מחוייבים אליה, לחברה הישראלית המורכבת שאנחנו חלק ממנה, את המסגרת המשטרית הטובה ביותר לטפל בבעיות הקיומיות, הזהותיות, הכלכליות, החברתיות והביטחוניות הקשות שעומדות בפניה. מתוך **דגמים של ביקורת שיפוטית** (תשס"ב, ירושלים) בע' 39. גם רובינשטיין ומדינה הגורסים כי לישראל יש חוקה מודים בקיומן של מחלוקות עמוקות באשר למוסדותינו החברתיים: "חילוקי הדעות העזים שניטשו בכנסת החמש-עשרה, ואשר מנעו קבלתם של חוקי יסוד נוספים, עסקו, בעיקרו של דבר, בשאלה מי יהיה הגוף המוסמך לפרש את החוקה – וממילא, להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת – בית המשפט העליון או בית משפט מיוחד לחוקה." רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 1, בע' 355. עם זאת הם מסייגים את היקפם של חילוקי דעות אלו וטוענים כי "...חילוקי הדעות אינם מתייחסים עוד לעצם הצורך בחוקה כתובה או בסמכותה של הכנסת לכונן חוקה." שם, שם. אך ראו לדוגמה עמדתו של פרופסור שלמה אבינרי: "אם הייתי צריך להשיב במילה אחת על השאלה, האם צריך לכונן במדינת ישראל חוקה, הייתי אומר: צריך. אם הייתי צריך לומר זאת בשתי מילים, הייתי אומר: לא צריך." **חוקה, חוקי יסוד, מגילת זכויות** (תשס"ב, ירושלים) 15.

²⁶⁸ אולם ראוי לציין שגם מדינות הפונות לעשייה חוקתית פורמאלית אינם מצליחות להימנע מלהיקלע בסופו של דבר לסיטואציה זו ראו: Jeremy Waldron "Precommitment and Disagreement" *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (Larry Alexander ed., Cambridge University Press, 1998) 271.

²⁶⁹ לעניין זה ראו גם Joseph Raz "The Relevance of Coherence" 72 *B. U. L. Rev.* 273 (1992) at p. 283.

²⁷⁰ ראו הפניה למודלים תיאורטיים בדעת השופט ברק בעניין **מזרחי**, לעיל הערה 1, פסקאות 5 - 18. ראו בעניין זה גם המבחנים שמציגים רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 1, בע' 315 - 329.

²⁷¹ Hans Kelsen *General Theory of Law and State* (Cambridge Mass., 1945) at p. 102.

של מדינת ישראל, והיא זו שהורתה בהכרזת העצמאות כי חוקה תקבע על ידי האסיפה מכוננת. עם כינונה של האסיפה המכוננת נתפזרה מועצת המדינה הזמנית והעבירה לאסיפה המכוננת את הסמכויות שהיו בידיה, וכך בידי גוף אחד היו הן הסמכות המכוננת והן הסמכות המחוקקת. מאז עוברת הסמכות המכוננת מכנסת לכנסת ואף נעשה בה שימוש שהוביל ליצירתה של חוקה. המודל השני נסמך על תורתו של H.L.A. Hart (להלן: הארט) בדבר כלל ההכרה של השיטה.²⁷² לגישת ברק, כלל ההכרה של מדינת ישראל הוא כי לכנסת יש סמכות מכוננת ומחוקקת. קביעה זו, אליבא דברק, אינה קביעה סובייקטיבית, אלא אובייקטיבית. היא מתבססת על מערכת החיים הלאומיים שלנו. תפיסות העומק בחברה הישראלית הן שהכנסת נתפסת בתודעה הלאומית שלנו כגוף המוסמך לתת חוקה לישראל. המודל שלישי נסמך על תורתו של Ronald Dworkin (להלן: דבורקין) בדבר הפרשנות הטובה ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית-משפטית שלנו בזמן נתון.²⁷³ לפי מודל זה לגוף פלוני (כגון הפרלמנט) תהיה סמכות להעניק חוקה, אם מסקנה זו היא הפרוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של אותה חברה. לפי ברק הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה החוקתית שלנו הוא שלכנסת יש סמכות לקבוע חוקה שכן כל פרשנות אחרת תוביל אותנו למסקנה כי הכנסת בזוזה את זמנה כאשר עסקה בחקיקת חוקי יסוד. הפרשנות הטובה ביותר להיסטוריה שלנו הוא שהכנסת עסקה בקבלה של חוקה בהדרגה. הפרשנות הטובה ביותר לפסקי הדין לגבי חוקי יסוד הוא שהם עסקו בנתינת תוקף לקבלת החוקה בהדרגה.

השאלה היא האם באמצעות תיאורית הסמכות המכוננת ושלושת המודלים התיאורתיים הצליח הנשיא ברק להתעלות מעבר לנסיבות של מחלוקות חוקתיות בישראל? פנייתו לקלון, הארט ודבורקין נראית מבטיחה. אכן, האם ניתן להעלות על הדעת טיעון מוצלח יותר לטובת הסמכות המכוננת של הכנסת וקיומה של חוקה מאשר זה הנסמך על שלושת מלומדי המשפט המכובדים הללו? עם זאת, מבט נוסף עשוי להטריד. ראשית, למרות שהתיאוריות של קלון, הארט ודבורקין זכו לחשיפה רחבה בקהילה האקדמית, אין הן נקיות מספקות. תומכי כל אחת מהתיאוריות הנ"ל עדין מתדיינים בינם לבין עצמם ועם תומכי תיאוריות מתחרות באשר לנכונותן. יש לציין כי הנשיא ברק עצמו לא הסתפק באחת מהתיאוריות לשם הוכחת הסמכות המכוננת וקיומה של חוקה, ובכך הכיר במשתמע בעובדה שהתיאוריות הנ"ל מצויות תחת מחלוקת עמוקה. אם התיאוריות הנ"ל היו חפות ממחלוקות, הרי שלא היה צורך להוכיח קיומן של סמכות מכוננת וחוקה על פי מודלים שונים. שנית, גם אם נניח את נכונותן של התיאוריות הנ"ל, הרי שאין הן מסוגלות להכריע באופן חד-משמעי את המחלוקת לגבי קיומה של סמכות מכוננת או חוקה בישראל. על מנת להעריך טענה זו כראוי, עלינו לשקול כל תיאוריה בקונטקסט של המסורת בו צמחה תוך מתן משקל לנסיבות החוקתיות של מדינת ישראל.

התיאוריות של קלון והארט חולקות מכנה משותף, שעשוי לכאורה לרמוז כי הן מתאימות במיוחד לפתרון המחלוקות שעל הפרק. קלון והארט פועלים במסגרת מסורת המשפט הפוזיטיביסטית, לפיה קיומו של החוק ותוכנו ניתנים לזיהוי תוך פניה לעובדות חברתיות בלבד

²⁷² H.L.A. Hart *The Concept of Law* (2nd ed., Oxford, 1994) at pp. 94-95

²⁷³ Ronald Dworkin *Law's Empire* (Cambridge, Mass. 1986)

וללא עירוב כלשהו של מבחנים ערכיים בדבר תוכנו.²⁷⁴ מכיוון שניתן אובייקטיבית להסיק את קיומו של החוק על ידי פניה לעובדות חברתיות, הרי שטיעונים והיגדים משפטיים נושאים ערך של אמת או שקר. התנאים לאמיתותם של טיעונים והיגדים משפטיים נקבעים מתוך יחס לפרקטיקות חברתיות מורכבות.²⁷⁵ בהתאם, הטענה כי לכנסת יש סמכות מכוננת או כי לישראל יש חוקה היא טענה משפטית ביחס למערכת המשפט הישראלית העשויה להיות אמת או שקר. את התשובה לכוננותן של טענות אלו עלינו להסיק על ידי בחינת פרקטיקות חברתיות מורכבות. יתרה מזאת, מסורת המשפט הפוזיטיביסטית מציעה לנו דרך להתגבר על חילוקי דעות מוסריים הקיימים בחברה נתונה על ידי ניתוקם של הכרעות משפטיות משיקולים מהותיים של מוסר וצדק. בהתאם, העובדה כי קיימים חילוקי דעות בדבר הצורך המוסרי והפוליטי בחוקה, או בדבר הלגיטימיות המוסרית והפוליטית של קבלת חוקי יסוד בהדרגה על ידי אותו מוסד שאותו הן אמורים להגביל,²⁷⁶ אינה מעלה ואינה מורידה. השאלה האם יש לנו חוקה תקבע, לפי הגישה הפוזיטיביסטית, על פי עובדות חברתיות ולא על פי שיקולים מוסריים, שעליהם, כאמור, אנו חלוקים. עם זאת, מבט עמוק יותר למודלים של קלזן והארט יראה את חולשתם וכישלונם בפתרון המחלוקת בדבר סמכותה המכוננת של הכנסת וקיומה של חוקה.

קלזן מקדם גישה קוגניטיבית למשפט.²⁷⁷ עבורו טענה משפטית מבטאת עמדה מעשית בכך שהיא מבטאת אמונה בקיומה של נורמה תקפה. לכן, יש להסביר את ההיבט הנורמטיבי של טענות משפטיות על ידי העובדה כי הן מצהירות או מניחות מלכתחילה קיומה של נורמה מחייבת. בהתאם, תקפותה של נורמה משפטית מבוססת על ידי פניה לנורמה משפטית רלוונטית מסדר גבוה יותר. תקפותה של הנורמה מהסדר הגבוה יותר מבוססת גם היא על ידי פניה לנורמה המצויה בסדר הגבוה יותר ממנה בהיררכיית הנורמות, וכך הלאה עד אשר אנו מגיעים לנורמה שהיא הנורמה הגבוהה ביותר במערכת הנורמות. זוהי הנורמה הבסיסית שמהווה קריטריון אולטימטיבי לתקפות משפטית ונקודת היצירה של המערכת המשפטית.²⁷⁸ תקפותה של הנורמה הבסיסית אינה מובטחת על ידי פניה לנורמה עליונה אלא היא פשוט הנחה מקדמית. חשוב להבחין כי בטיעונו הטרנסצנדנטלי לגבי הנורמה הבסיסית, קלזן אינו שואל האם אנחנו יודעים כי טענות משפטיות מסוימות הן נכונות/אמתיות, אלא הוא מניח כי ברשותנו ידע מעין זה ושואל כיצד ידע זה אפשרי. המודל של קלזן לביסוס סמכותה של הכנסת לכונן חוקה למעשה משמיע את הטענה בדבר רציפות חוקתית של הסמכות המכוננת. רציפות זו, כאמור, הותקפה על ידי מלומדים

²⁷⁴ ראו Joseph Raz "The Purity of the Pure Theory" *Essays on Kelsen* (Richard Tur & William Twining, Oxford, 1986) 79, 86.

²⁷⁵ Id.

²⁷⁶ ראו לעיל טקסט נלווה להערות 56-59.

²⁷⁷ ראו Stanley L. Paulson "Introduction" to Hans Kelsen *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson trans., Oxford, 1992) at p. xxxii.

²⁷⁸ ראו Kelsen, *supra* note 271, at pp. 232-233: "A norm the validity of which cannot be derived from a superior norm we call a 'basic' norm. All those norm whose validity may be traced back to one and the same basic norm form a system of norm, or an order. ... The basic norm of a legal order is the postulate ultimate rule according to which the norms of this order are established and annulled, receive and lose their validity."

ושופטים בדרכים שונות ומגוונות ונטען כי נקטעה. הפניה למודל של קלזן היא חסרת תוחלת. המחלוקת אינה האם למערכת המשפט בישראל יש נורמה בסיסית, אלא האם השרשרת החוקתית נקטעה. אמונה בדבר תקפותם החוקתית (Constitutional validity) של חוקי יסוד, להבדיל מתקפותם החוקית, מניחה מלכתחילה קיומה של נורמה מכוננת גבוהה יותר שבהתאם לה נוצרו. אולם, זה בדיוק מה שחסר לנו. אנו חלוקים באמונותינו המשפטיות לגבי טיבם החוקתי של חוקי היסוד, ומכאן שאיננו יכולים להניח קיומה של סמכות מכוננת או קיומה של חוקה מכוחה.

הקריטריון האולטימטיבי לתקפות משפטית של הארט הוא כלל ההכרה. בדומה לנורמה הבסיסית של קלזן, אין בנמצא כלל/נורמה המספקים קריטריונים להערכת תוקפו המשפטי של כלל ההכרה. כלל ההכרה הוא כלל חברתי בין פקידי ציבור, שילוב של פרקטיקה זהה של פקידי הציבור המלווה בהיבט ביקורתי כלפי אותה פרקטיקה. הפקידים מקבלים את כלל ההכרה ככלל המנחה את התנהגותם ואת ההתנהגות של פקידים אחרים וכבסיס להערכת התנהגויות אלה. הארט, יש לציין, אינו מסכים עם קלזן כי קיומו של הקריטריון האולטימטיבי לתקפות משפטית הוא הנחה מקדמית. לגישתו, ניתן לבסס את קיומו גם על ידי פניה לפרקטיקות קיימות – לדרכים בהן בית המשפט מזהה מהו החוק, ולהסכמה הכללית או שבשתיקה לדרכי זיהוי אלו.²⁷⁹ הישענותו של הנשיא ברק על המודל של הארט הייתה עשויה להצליח אילו היה ביכולתו להראות כי פקידי ציבור רואים או מקבלים את הסמכות המכוננת של הכנסת כקריטריון אולטימטיבי לתקפות משפטית – כסטנדרט להערכת התנהגותם והתנהגות אחרים. אולם, מאז החלטת הררי, חברי כנסת, שופטים ופקידים אחרים הטילו ספק ביכולתה של הכנסת לקבל חוקה. למעשה, בשל חוסר ההסכמה בשאלה זו נמנעה הכנסת וגם בית המשפט בעקבותיה מלהכריע בסוגיות מרכזיות מהן עשוי היה להשתמע אימוצה של תיאורית הסמכות המכוננת. גם בהחלטתו בעניין **מזרחי**, למעשה, לא הוכרעה שאלה זו, הן מהטעם שלא גיוס לה רוב והן בשל העובדה שהחלטה זו היא רובה ככולה אמרת אגב.

גם לתיאוריה של דבורקין מאפיינים העשויים לרמוז לכאורה כי היא מתאימה לפתרון המחלוקת שעל הפרק. לפי דבורקין, שופט הנתקל בבעיה משפטית מתבקש לבנות ולכונן תיאוריה בדבר השאלה מהו החוק. תיאוריה זו תשלב מרכיבים הצופים פני עבר ועתיד תוך שהם מפרשים פרקטיקות משפטיות עכשוויות בנרטיב מתמשך.²⁸⁰ בהתאם, השאלות האם לכנסת סמכות מכוננת והאם לישראל חוקה, תוכרע תוך פניה לתיאוריה משפטית בדבר המשפט החוקתי של ישראל. יתרה מזאת, ניתן להבין את כתיבתו של דבורקין כתגובה למחלוקת שצצות בין נתיני מערכת המשפט באשר לעקרונות והכללים הבסיסיים שעל פיהם היא מתנהלת והמצויים בגרעינה ולא רק באשר למקרים המצויים במעטפת.²⁸¹ לפי דבורקין, טענות והיגדים משפטיים הם נכונים אם הם נובעים מעקרונות של צדק או הגינות המספקים את הפרשנות הקונסטרוקטיבית הטובה ביותר לפרקטיקות המשפטיות של הקהילה בה מדובר. בהתאם, על השופט במקרים קלים וקשים כאחד לאמץ את מערכת העקרונות הקוהרנטית ביותר המהווה את הפרשנות הטובה ביותר למבנה

²⁷⁹ Hart, *supra* note 272, at pp. 104-110.

²⁸⁰ Dworkin, *supra* note 273, at p. 225.

²⁸¹ Waldron, *supra* note 24, at pp. 188-191. ראו גם Brian Bix *Jurisprudence: Theory and Context* (2nd ed., Durham NC., 1999) 85.

הפוליטי והמשפטי של הקהילה. מכאן, שלכאורה, התיאוריה של דבורקין מציעה לנו דרך ליישוב נתונים פוליטיים ומשפטיים סותרים לגבי טבע העשייה החוקתית בישראל. העובדה כי ניתן להבחין בין פעילות אותה ניתן לפרש כניסיון לאימוץ חוקה מצד אחד, ופעילות אותה ניתן לפרש כהימנעות מאימוצה אינה מהווה בעיה. עלינו לשאול מה מבין הפרשנויות הקיימות היא הטובה ביותר והמתאימה ביותר לפרקטיקות הקיימות. בתהליך זה, הולך דבורקין אחרי מנגנון שווי המשקל הרפלקטיבי של רולס. לפי מתודה זו, מטעמים של קוהרנטיות ניתן להתעלם מפרקטיקות משפטיות שאינן מתאימות לתבנית העקרונות הטובה ביותר.²⁸²

אולם מדוע שנחשוב כי הפרשות הטובה ביותר להיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל היא תיאורית הסמכות המכוננת. מאמר זה גורס כי הפרשנות הטובה ביותר להיסטוריה החוקתית שלנו לאור קיומן של מחלוקות חוקתיות בלתי נגמרות, היא כי החלטנו שלא להחליט על מסגרת חוקתית פורמאלית. במה מתבטאת עדיפותה של הפרשנות הגורסת קיומה של סמכות מכוננת וקיומה של חוקה על פני הפרשנות של החלטה שלא להחליט? לדעתי, הפרשנות הקובעת כי בידי הכנסת סמכות מכוננת וכי השתמשה בה על מנת ליצור חוקה תהנה מעדיפות אך ורק אם נניח כי עצם קיומה של חוקה נדרש מבחינה מוסרית או פוליטית על מנת לקיים חיים הוגנים וצודקים.²⁸³ רק על ידי אימוץ הנחה נורמטיבית מעין זו ניתן יהיה להתעלם ולהשמיט את כל הנתונים החוקתיים, המורים כי הכנסת לאורך השנים נמנעה במכוון מלאמץ חוקה תוך שהיא מותירה סוגיות מרכזיות ללא הכרעה. אך הנחה זאת בדיוק, כי חוקה נדרשת מבחינה מוסרית או פוליטית, מצויה במחלוקת קשה בין מלומדים ופוליטיקאים.²⁸⁴ למעשה יהיו אף שיטענו, ואני ביניהם, שההיסטוריה החוקתית של ישראל לאורך מרבית שנות קיומה מוכיחה בסיגים מסוימים כי קיומה של חוקה אינו תנאי נחוץ או מספיק לביסוסם של חיים הוגנים, צודקים או ראויים.

בסופו של דבר ניסיונו של הנשיא ברק להכריע את המחלוקת בדבר הסמכות המכוננת וקיומה של חוקה בעזרת תיאוריה חוקתית מתמוטט לכדי רשימת תיאוריות ומודלים שנויים במחלוקת ושגם אם מניחים את נכונותם הם אינם חד-משמעיים. למעשה, כל ניסיון לבסס קיומה של חוקה בישראל באמצעות תיאוריה נידון לכישלון. הטעם לכך הוא שהעשייה החוקתית בישראל מתאפיינת בריבוי של פעילויות של גופים שונים ושחקנים שונים לאורך עשרות שנים. כל ניסיון ליישב בין העשייה החוקתית של הכנסת הראשונה לבין העשייה החוקתית של הכנסת השתים עשרה או בין פעילותו החוקתית של ראש הממשלה לשעבר, דוד בן גוריון, לשר המשפטים לשעבר, דן מרידור, תחת תיאוריה חוקתית אחת המובילה לפתרון קוהרנטי בדמותה של סמכות מכוננת וחוקה אינו מציאותי. זהו ניסיון לאידיאליזציה של העשייה חוקתית שלנו תוך התעלמות מהקונקרטיקות של הפוליטיקה שכוננה אותה. המציאות הפוליטית שלנו הותירה את תהליך

²⁸² ראו Rawls *A Theory of Justice*, supra note 62, at p. 18-19; John Rawls *Justice as Fairness*, supra note 62, at p. 29; Raz, supra note 269, at p. 285.

²⁸³ ראו Ronald Dworkin *A Bill of Rights for Britain* (London, 1990); Barry, supra note 62, at p. 95.

²⁸⁴ לביקורת על הטענה כי חוקה פורמאלית נדרשת והכרחית מכוח טעמים של צדק, הגינות, דמוקרטיה או זכויות ראו Waldron, supra note 24, at pp. 219-221. לביקורת על הטענה כי ביקורת שיפוטית על חוקים נדרשת מכוח טעמים של צדק, הגינות או זכויות ראו גם Richard A. Posner "Review of *Id.* at pp. 287-289; וגם Jeremy Waldron, Law and Disagreement" 100 *Colum. L. Rev.* 582 (2000).

העשייה החוקתית שלנו בלתי מסודר, בלתי עקבי, שסוע ואולי אפילו בעייתי. תיאורית הסמכות המכוננת מנסה ליפות אותו והיא יכולה לעשות זאת רק תוך התעלמות והפחתת ההשלכות של המחלוקות והפשרות שהיו מנת חלקו. קיומה של חוקה אינה סוגיה סבוכה אותה יש להכריע בעזרת תיאוריות. עצם הצורך להסיק את קיומה של חוקה בעזרת תיאוריה, מעלה ספקות בדבר קיומה. הסיבה שהיא אינה קיימת אינה נובעת מהחסרונות של התיאוריה הפוטנציאלית אותה נאמץ, אלא מהמציאות החוקתית המורכבת, המשוסעת והמפולגת של ישראל. מציאות של החלטה שלא להחליט במרבית ממחלוקות היסוד שלנו.

יג. האם תהיה לנו חוקה?

יש הסבורים כי בקרוב תכונן חוקה לישראל.²⁸⁵ הם טוענים כי "הויכוח המשפטי אודות קיומה של החוקה הסתיים",²⁸⁶ וכי "עיקריה מקובלים ומוסכמים על רשויות השלטון ועל מרבית שכבות הציבור".²⁸⁷ לצערי, אינני יכול להצטרף להשערתם ואני חולק על ממצאייהם. הויכוח על החוקה נמצא היום במלוא עוזו ויעידו על כך הניסיונות הרבים לחוקק "חוקה בהסכמה" על ידי גופים ציבוריים שונים. לא חל גם שינוי מהותי במחלוקות המהותיות והמבניות שמנעו קבלתה של חוקה לאורך השנים. כל ניסיון עתידי לכונן חוקה מצריך התמודדות עם סוגיות כגון: גבולות המדינה,²⁸⁸ מעמד המיעוט הערבי והשפה הערבית, מעמד הדת היהודית בחייה הציבוריים של המדינה, חוק השבות ותפקידו של בית המשפט העליון ושיטת המינויים אליו. בשינויים של דגש, היקף ועוצמה הרי שאלו אותן סוגיות שעוררו את המחלוקות שהובילו לכישלון לאמץ חוקה עם קום המדינה ועד עתה - מהם תנאי הלגיטימיות של המדינה היהודית דמוקרטית ומוסדותיה. לכן נראה לי סביר לקבוע כי בעתיד הנראה לעין לא תכונן לישראל חוקה.

למעשה, אין לנו צורך בה, שכן הטקטיקה של החלטה שלא להחליט על חוקה פורמאלית מילאה את אותם מטרות וצרכים שמובילים אומות לעשייה חוקתית מלכתחילה. אינני טוען כי המשטר בישראל חף מבעיות, קשיים ופגמים. אני טוען כי אסור לנו ללכת שבי אחר מקסם השווא של חוקה פורמאלית כפתרון לבעיות השעה הדחופות והלוחצות.²⁸⁹ חוקה במידה רבה אינה מהווה פתרון לבעיות וקשיים בחיי האומה, אלא היא מציבה מסגרת דרכה ניתן יהיה לדאוג לפתרון.

²⁸⁵ ראו אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" המשפט גליון מספר 20 (יוני 2005) 38: "סביר מאוד להניח כי בעשור הבא תכונן חוקה לישראל."

²⁸⁶ שם, שם.

²⁸⁷ שם.

²⁸⁸ אמנם, אין כל הכרח כי חוקה תכיל הוראות גם לגבי גבולות המדינה, אבל קל לשער כי הן הימין והן השמאל ירצו, כל אחד מטעמיו כי תינתן הכרה בחוקה לגבולותיה המוסכמים של המדינה. הטעם ששאלת הגבולות, למרות שאינה חשובה לגבי מדינות אחרות, חשובה מעין כמוה לקבלתה של חוקה במדינתנו היא ששאלת החוקה מעוררת מחלוקות לגבי דמותה של המדינה. השמאל מדינה דמוקרטית וליברלית שאין לה תביעות טריטוריאליות לשלוט בעם אחר. לגבי הימין מדובר בבסיס הערכי של הציונות האם היא מבוססת על ערכי ארץ האבות וההבטחה האלוהית.

²⁸⁹ על מקסם השווא של החוקה ראו גם שלמה אבינרי "זהירות חוקה", <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3062813,00.html> (נבדק 2.11.05). אך השוו אריק כרמון "מקסם שווא נשיאותי" <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3163326,00.html> (נבדק 2.11.05). למרות שכרמון גורס כי אל לנו להתפתות אחר הפתרון של משטר נשיאותי שרק יחריף את מצבנו ומהווה מקסם שווא, הרי שהוא תומך ברעיון החוקה וכותב: "אנו זקוקים לחוקה, ולא למקסם."

אולם, מסגרת שלטונית זו מצויה כבר בידנו. את הפגמים והבעיות של הדמוקרטיה הישראלית יש לתקן בעזרת רפורמות שלטוניות קונקרטיות ומעשיות ולא בעזרת הכרעות רעיוניות ואידיאולוגיות מופשטות.

אולם, כל השערה באשר לסיכויי כינונה של חוקה חייבת לקחת בחשבון את פעילותו של בית המשפט העליון. באופן פרדוקסאלי, הוא הגורם הדוחף היום את הגורמים הפוליטיים לקבל חוקה, אך באותה עת ממש הוא גם הגורם המונע קבלתה. העניין המחודש שמגלים גורמים פוליטיים מרכזיים בעשייה חוקתית נובע בעיקרו מרצונם לבלום את בית המשפט העליון בעזרת החוקה שתתגבש. התחושה הקשה היא שבפעם הראשונה בהיסטוריה של אומות הנתפסות נאורות נעשה ניסיון לכוון חוקה מתוך רצון לבלום את בית המשפט. עם זאת, מבינים אחרים, גם הם ממתנגדיו של בית המשפט העליון, כי דווקא כינונה של חוקה עשויה להוביל לחיזוקו וביצורו של בית המשפט העליון. הם טוענים כי בית המשפט העליון הוכיח כי קשה להציב בפניו מעצורים וכי בעזרת פרשנות אקטיביסטית הוא מסוגל להגיע לתוצאות שהכנסת מעולם לא התכוונה עליהן ואולי אפילו הפוכות.²⁹⁰ כל ניסיון לחזות את עתיד העשייה החוקתית של ישראל מצריך הכרעה בשאלה האם החשש בקרב גורמים אלה מפני הלא נודע שבכינונה של חוקה יגבר על החשש מהמצב החוקתי הקיים. האם בכל זאת יש סיכוי לקבלתה של חוקה בקרוב?

לכאורה, יש לקחת בחשבון כי נוצר קונצנזוס במפה הפוליטית בדבר הצורך החוקה לאור פעילות בית המשפט העליון. אני אומר לכאורה, מכיוון שזהו קונצנזוס פיקטיבי. הצורך בחוקה לגישת אחדים נובע, כאמור, מהרצון לבלום את בית המשפט העליון במהלכי החוקתיים. לעומת זאת, עבור התומכים המסורתיים ברעיון החוקה, הצורך בחוקה נעוץ ברצונם להעצים, לבצר ולהרחיב את מעמדו, יוקרתו ותפקידו של בית המשפט העליון בדמוקרטיה הישראלית. אין כל דרך אמיתית לגשר בין הפערים הללו ופערים אחרים בעזרת נוסח מוסכם על תוכנה של החוקה הישראלית. מכאן, שלמרות שבהחלטותיו יצר בית המשפט העליון אינרציה חוקתית, קשה להניח כי בעתיד הנראה לעין תיכון חוקה לישראל.

סיכום

הציונות אינה ומעולם לא הייתה אידיאולוגיה ברורה, אחידה וקוהרנטית. במקום זאת התאפיינה הציונות מאז ומעולם בהיותה פקעת של אידיאולוגיות בעלות מכנה משותף צר. ניתוח הכישלון לאמץ חוקה על ידי אבות האומה הישראלית מלמד, מעבר לכל הפיקנטריה שבהתנהגותם של בן גוריון ומפלגת מפא"י, שהיו אלו חילוקי הדעות האידיאולוגיים, שכל כך מאפיינים את הציונות ואת העם היהודי בכלל, שמנעו קבלתה של חוקה כתובה. כל צד שאף שהחוקה תקדם את תפיסת העולם שלו. על חילוקי הדעות הללו, שניתן לכנותן חילוקי דעות

²⁹⁰ ראו דברי ח"כ משה גפני (יהדות התורה) בדיון במליאה על פסיקת בג"ץ בנושא החזיר: "אדוני היושב-ראש, מדברים היום על חוקה בהסכמה. חוקה בהסכמה, חוקה שתיעשה על דעת רוב מוחלט של הציבור בישראל. והנה, בא בג"ץ ומטרפד את זה, מכיוון שמה אני צריך לחשוב כאשר בג"ץ אומר שבגלל חוק-יסוד: חופש העיסוק, שאנחנו לא התנגדנו לו, מותר למכור בשר חזיר במרכזי הערים? אני יכול להגיע לחוקה בהסכמה? ואני רוצה להגיע. אני יכול להגיע לחוקה בהסכמה? מי שמטרפד את החוקה במדינת ישראל זה נשיא בית-המשפט העליון ושופטי בית-המשפט העליון. אני לא יכול להסכים לחוקה בהסכמה כאשר אלה החלטות בג"ץ, שהם אמורים לפרש את חוקי-היסוד." ד"כ

מהותיים, נוספו חילוקי דעות מבניים ומוסדיים. מבין חילוקי הדעות הללו במיוחד ראויים לציון המחלוקת ביחס לצורך לקבל חוקה כתובה והמחלוקת לגבי מוסד הביקורת השיפוטית. ישראל לא מיוחדת בכך שהיו מחלוקות ברגע הייסוד לגבי החוקה, תוכנה והמוסדות שעליה לייסד. ישראל מיוחדת בכך שהטקטיקה שבחרו אבות האומה הישראלית אל מול מחלוקות אלו הייתה הטקטיקה של "החלטה שלא להחליט". בעוד שאומות אחרות בוחרות לקבל חוקה אל מול חילוקי דעות על מנת לאפשר שיתוף פעולה, בחרו אבות האומה הישראלית שלא לקבל החלטה בדבר חוקה כדי שניתן יהיה לשתף פעולה. באמצעות הטקטיקה החוקתית של החלטה שלא להחליט הושגו שיתוף פעולה הוגן ויציב וניתנה, למעשה, לבית המשפט יד חופשית להגן על זכויות אדם תוך שמצוי בעמדה טובה יותר מהמכונן ליצור מגילת זכויות. מגילת זכויות זו הייתה אמנם מגילת זכויות הלכתית, אבל ניתן לשער שהייתה הרבה יותר רחבה וכוללת מכל מגילה שהייתה יוצרת המערכת הפוליטית.

העשייה החוקתית טרום המהפכה החוקתית עוצבה אף היא לאור מחלוקות ונבחרו הציבור המשיכו להיצמד לטקטיקה החוקתית של החלטה שלא להחליט בסוגיות יסוד חוקתיות. גם חקיקת חוקי היסוד החדשים אינה מהווה סטייה מהטקטיקה החוקתית של החלטה שלא להחליט, אלא מהווה המשך ישיר לטקטיקה זו. טקטיקה זו נזנחה בהחלטות בית המשפט העליון, כי יש לישראל חוקה פורמאלית במשמעותה הקונבנציונאלית, והחתירה למשטר חוקתי נוסח אמריקה על ידי גורמים בפוליטיקה הישראלית. מהלכים אלה מצביעים על אימוצה של טקטיקה חדשה והיא "ההחלטה להחליט". טענתי כי דווקא מהלך זה מסכל את שיתוף הפעולה ההוגן בין הפלגים החברתיים בישראל ופוגע בהגנה על זכויות אדם. יתרה מזאת, הניסיון לדחוף את החברה הישראלית להכיר בקיומו של משטר חוקתי נכשל בשל מחלוקות המונעות מאיתנו לדבר באמת ובתמים על חוקה פורמאלית נוסח ישראל. גם מבט אל העתיד הוכיח, ככל שהדבר ניתן בתחום הידע בו אנו עוסקים, כי למרות הרצון העז של רבים וטובים לכונן חוקה פורמאלית, הרי שהסיכויים לקבלתה הם קטנים לפחות בעתיד הנראה לעין.