

מאמרים

המהפכה החוקתית — תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?

מאת

רות גביון*

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

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

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

הפוליטיות, השינוי הזה הינו, בינתיים, חלקי ונטוטיבי. שיה המהפכה החוקתית, לפחות כפי הנשיא ברק, אינו רק תיאור. הוא ניגד לסייע להשלים את המהלך, להנהיג בארץ חוקה שלמה, עליונה ונוקשה, הכוללת מגילת-זכויות שלמה, הפקידה את בית-המשפט על ביקורת שיפוטית המונעת טעות מן החוקה, ונותנת מעמד שווה, עצמאי ובלתי תלוי לשלש הרשויות. גם מי שמסכים עם היעד הזה, יכול להתנגד — משעמם של מוסר פוליטי ותבונה פוליטית כאחד — ליוזמה הפעלתית של בית-המשפט בקידום המהלך החוקתי, על רקע ההתנגדות במערכת הפוליטית. יחידה מזו, שיה המהפכה החוקתית מטשטש את העובדה כי אין הסכמה בישראל, לא רק במערכת הפוליטית, גם על השאלה אם יעד זה הינו רצוי לישראל, וגורם להתגברות נגד במערכות הפוליטיות המשפטיות. בשל כך, לא ברורה כנתיים התרומה של שיה המהפכה החוקתית למהלך החוקתי, להגנה על זכויות האדם בישראל, ולמעמדו של בית-המשפט מול המערכת הפוליטית.

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

א. פתח דבר

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ב. רקע

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

עקרון הביקורת השיפוטית אינו חלק מן ההלכה הפסוקה בפסק-הדין. התוצאה לא היתה משתנה גם לו חשבו השופטים, כולם או חלקם, כי אין להם סמכות כזאת?² כל עוד לא נפסל דבר חקיקה ראשי של הכנסת, התבטאויות שיפוטיות לגבי סמכות הביקורת העליון למסקנת בית-המשפט המחוזי, כי אכן יש לפסול את החוק.

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

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

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

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

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

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

4 פסקאות 2-1 לפסק-דינו.

5 פסקאות 133-136 לפסק-דינו.

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

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

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

החוקתית בכר חוקתיות החוקה ככלל, וחוקתיות זכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד כפרט.

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

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

ברורה בין פעולות של עשיית חוקה או שינוייה ובין פעולות חקיקה רגילות. האופי החלקי והעמום-משהו של המהלך החוקתי בכנסת מעביר חלק גדול מן האחריות למהלך לבית-המשפט. בפסק-הדין נותנים הנשיאים שמגר וברק והשופט דב לוין לחקיקת היסוד מ-1992 משמעות חוקתית מקיפה. שמגר וברק סבורים שניהם, למשל, כי, בניגוד לפסיקה קודמת של בית-המשפט, לכל חוקי-היסוד הלא משרויינים שכבר נתקבלו מעמד-על, ואין לשנותם אלא בחוקי-יסוד אחר ותוך התייחסות מפורשת לשינוי. בעוד שפרשנות שיפוטית קובעת את משמעות החוקה ואת גבולות הביקורת השיפוטית גם בשיטות אחרות, אין תקדים בעולם למצב שבו בית-המשפט מכריז על מעמד-על לחוקי-יסוד ונוטל לעצמו סמכות של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, ללא קיומו של מסמך חוקתי שלם וללא הוראה מפורשת⁷.

לדעתי, אין זו דרך ראויה לקבלת חוקה לישראל. יתירה מזו: דרך זו אינה משקפת התפתחות טבעית (שלא לדבר על התפתחות הכרחית) של המהלך שהוחל בו בהחלטת הררי. אני חורשת, כי התיאור של קטעי המהלך הזה בשם "מחפכה חוקתית" מעורר את הנטייה להשלים את המהלך בדרך הזאת בלי לערוך את הריכוז, הדיון הציבורי והליך קבלת ההסכמה הרחבה שהם חיוניים לבניית חוקה נוקשה שיש בה אמון⁸. השיח

7 זהו הבדל חשוב, למשל, בין (1803) 137 (1 Cranch) *Marbury v. Madison* ובין פסק-הדין שלפנינו. במדוברי נ' מדיסון קרא השופט מרשל סמכות לביקורת שיפוטית על חוקים שאינם מתיישבים מן החוקה, בהיעדר הוראה מפורשת על קיום סמכות כזאת. הטיעון הסתמך על העובדה כי החוקה האמריקנית התקבלה באופן חגיגי, יש בה הוראות נוקשות חמורות והיא הוגדרה במפורש כחוק העליון של השיטה. יש לציין, כי החוק שנפסל שם היה חוק שהקנה לבית-המשפט העליון סמכויות מעין-בג-ציון, כך שפסק-הדין היה דרך יצירתית לצמצם את תחומי המחלוקת בין בית-המשפט ובין המחוקק הראשי ואת נגיעתו של בית-המשפט העליון בשאלות פוליטיות בזמן אמת.

למרות זאת, הספרות המשפטית בארצות-הברית מלאה ביקורת על מחלכו של מרשל. ראו, למשל, הפרק הראשון בספרו רב-השפעה של ביקל *A. Bickel The Least Dangerous Branch* (Indianapolis, 2nd ed., 1986). פסק-הדין בעניין חוק גל קורא סמכות ביקורת שיפוטית בהיעדר הוראה מפורשת לתוך פסקת ההגבלה של חוקי-היסוד מ-1992. חוק יסוד: כבר האדם וחירותו, שנדרון באותו עניין, אינו נוקשה. מטמך חוקתי מלא לא התקבל ופסק-הדין מרחיב את מעמד-העל לחוקי-היסוד שלפני 1992, הגם שרובם אינם משרויינים פרוצדורלית או מהותית. בעניין זה ראו גם מ' לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט" משפט וממשל 2 (תשנ"ז) 697, 705-706.

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

המהפכה החוקתית ההחללה בכנסת במרץ 1992. הכנסת העניקה למדינת ישראל מגילת זכויות אדם חוקתית... בכך היא יצרה נורמה חוקתית עליזונה... סתירה בין האמור באחד משני חוקי היסוד לבין האמור בחוק רגיל גוררת אחריה בטלותו של החוק הסותר... היום מבצע בית המשפט העליון את עמדתו המשפטית המאשרת מעמד חוקתי עליון זה. בכך משתלבת הזרוע החקיקתית עם הזרוע השיפוטית... קמה השרשרת

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

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

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

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

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

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

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

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

11 מסקן 52 לפסק-הדין.

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

חוקה? אם כן, מה צריך להיות כלול בה? מהם עקרונות המשטר הבסיסיים? האם יש לכלול בה מגילת-זכויות? איך לספל בשאלות השניות כמחלוקת עמוקה, כגון רת ומדינה, מעמד הערכים בישראל והגישה החברתית-כללית של המדינה? האם ראוי כי החוקה תהיה נוקשה? באיזה סוג נוקשות? מה צריך להיות המנגנון האוכף את עליונות החוקה? ואחרון חביב: מה צריך להיות הליך שבו יש לאמץ חוקה שכזו? אמשיך ואמנה כמה מתוצאות-הלוואי הבלתי-רצויות של האופן שבו נעשה התהליך עד עכשיו. בסיכום, אטען, כי ראוי שהמערכת הפוליטית והציבורית בישראל, תוך כדי שיתוף-פעולה של המערכת המשפטית והשיפוטית, יכריעו אם אכן קבלת חוקה נוקשה לישראל בזמן הזה מצויה בעדיפות גבוהה מבחינתם, וכריעו אז על דרך ראיה להשגת המטרה. אם יוחלט, כי אכן רצוי ואפשר לישראל לאמץ חוקה נוקשה טובה עכשיו, יש לעשות זאת בדרך של חקיקה מפורשת ומקיפה, לאחר דיון ציבורי, ובהליך מיוחד¹². הדיון הציבורי הזה יעניק למסמך שיתקבל את הכוח לקיים את המטרות הפוליטיות החיוניות שחוקה אמורה למלא. בתהליך הנוכחי החוקה הופכת למסמך מפלג ומחסיס, במקום שתהיה בסיס למחויבות המשותפת של כל חלקי החברה¹³.

אם המערכת הפוליטית תמשיך בעמדה הבלתי-ברורה שלה, ואם הציבור לא ישרר לה כי אין חפץ בכך, סביר להניח כי בית-המשפט – בסיוע של מיעוט מסוים, אך נחרץ, בכנסת – אכן ישלים את המהלך, ומדינת ישראל תקבל חוקה נוקשה, המבוססת בחלקה על טקסטים רשמיים ובהלקה על "עקרונות-יסוד" אמורפיים, העשויה תלאים טלאים היסטוריים, שמעולם לא נבדקו כאמנה חברתית כוללת ומאוחדת, ועם ביקורת שיפוטית רחבה של בית-משפט מקצועי, שאין בו ייצוג נאות של קבוצות-אינטרסים מרכזיות בחברה. "המהפכה החוקתית", למרות שבניתיים עדיין אינה תיאור של המציאות המשפטית הקיימת מבחינות רבות, תהפוך לנבואה שהגשימה את עצמה.

האחריות העיקרית בנושא זה מוטלת על הכנסת ועל הציבור בישראל. הכנסת היא זו שחוקקה את חוקי-היסוד מ-1992 ואשר מחויבת, לפחות רשמית, להמשך המהלך החוקתי. הכנסת היא זו שאינה מתרגמת ביקורת מסוימת על הפירוש השיפוטי לשפת החקיקה המחייבת. הכנסת היא זו שאינה מפרשת, כי ההליך של הכנת חוקה צריך שיוצא מידיה או לפחות שיעשה באופן רציני, מרוכז, שישנה בו כדיקה שיטתית של ההסדרים החוקתיים כולם. יתירה מזו: הכנסת היא זו הנותנת יד לחקיקת חוקי-היסוד

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

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

חלק ראשון: כמה מושגות ראשוניות על חוקה

א. הבהרות מושגיות

1. חוקה — תכנים, עליונות, נוקשות, אכיפה

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

14 לפי קלן, ההרואות החינויות לחוקה מטריאלית נוגעות רק למקורות המשפט או לדרך שבה נקבעים. בשיטה, חוקים חדשים. הדבר נובע מיסוד תורת-משפט הנכון לגבי כל שיטה-משפט, כלי קשר למבנה המיוחד של מוסדותיה: המשפט, ככזה, מאופיין כמערכת נורמטיבית הקובעת בעצמה את דרכי יצירת המשפט במסגרתה. ראו H. Kelsen *General Theory of Law and State* (Cambridge, 1945) 124-125.

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

16 מקור מרכזי להבחנת מהות והשיבות של קונבנציות חוקתיות הוא חיבורו של דיסי (A.V. Dicey) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London, 9th ed., with an R. Hogg) 1950. ראו גם דיין אצל הוג (R. Hogg) 1950. (introduction and appendix by E.C.S. Wade, 2nd ed., 1985) הן מנהיגים וכי הן משילות חיובים "בלתי-מושלמים" — חיובים שמנגנוני-אכיפה שלהם אינם משפטיים-מוסדיים. למרות זאת, בדרך-כלל קונבנציות קובעות בצורה יעילה למדי את גבולות ההתנהגות של השחקנים הפוליטיים.

משפטים כ"ח תשנ"ז המחפכה החוקתית — תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?

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

רבים טוענים כי רק לחוקה פורמלית יכולים להיות מוקנים מאפיינים של עליונות או נוקשות¹⁹. עליונות פירושה, כי לחוקה ניתן מעמד על-חוקי; כי היא נתפשת, הידרכת, כעומדת מעל לחקיקה והיגולה. בדרך-כלל, אך לא תמיד, חוברת לעליונות גם נוקשות — דרישת מנגנון מיוחד של שינוי, השונה מן המנגנון של החקיקה והיגולה²⁰. מנגנוני השינוי המיוחד יכולים להיות שונים ומגוונים הן לעניין זהות הגופים הנדרשים להתליט הן לעניין הליכי ההחלטה. הנקשות הקלה ביותר היא דרישה של רוב מוחלט בבית-המחוקקים הרגיל. במדינות פדרטיביות שינוי החוקה דורש בדרך-כלל פעולה משותפת של השלטון המרכזי ושל המדינות המשתתפות²¹. ישנן מדינות העושות שימוש במשאל-עם²², בדרישה של חקיקה על-ידי שני פרלמנטים בזה אחר זה, כאשר תיקון החוקה מועמד כנושא בבחירות²³, או בדרישה של כינוס ועדה מתקנת מיוחדת²⁴. לעתים, חוק קובע שריון להוראות שאין להן משמעות חוקתית. אם ייתן תוקף לשריון כזה, תהיה לנו נוקשות של חומר משפטי שאינו חוקתית²⁵. חשוב לזכור כי, עקרונות, ניתן

17 כך, למשל, אצלנו לא ביור מעמד של חוק השבות ושל חוק שווי זכויות האשה. שניהם נחקקו לאחר החלטת הנרי ושינה לא כנוי, בשעתם, חוקי-יסוד.

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

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

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

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

22 זהו המצב באוסטרליה.

23 מנגנון שינוי כזה התגבש באופן מנהגי בשבדיה במאה הי"ח. כיום הוא קבוע בחוקה משנת 1974 לגבי חלק מן ההסדרים החוקתיים. לגבי חלק אחר, לרבות זכויות האדם הקלוניות, די בשינוי בשתי הצבעות רוב בפרלמנט במרווח של שנה זו מנוי, אלא אי-כך נהנתה ההצעה מרוב גדול במיוחד. ראו סקירתו של G.H. Glanz (New York, 1972) in *Constitutions of the World* "Sweden".

24 אחת האפשרויות בהליך התיקון בארצות-הברית.

25 כך קרה אצלנו בסעיף 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנסמכים פיננסיים, תשמ"ד-1984.

מ"ח 178, בעוד ששמגר נוטה לראות בשריון כזה חלק מריבונות הכנסת, נוטה בך לדעה (שהושמעה

מוגבלת למתן סעד לפרט שנוגע על-ידי חוק לא-חוקתי, אולם בהן לא יכול בית- המשפט גם להכריז על החוק כבטל או כנפסד.³⁰ ריבוי זה של משמעויות והסדרים מוכיח, כי אין משהו במונח של "חוקה" המחייב פורמליות, עליונות, נוקשות או מנגנון-אכיפה מסוים לגבי תכנים חוקתיים, ככלל, או לגבי מגילות זכויות-אדם, בפרט. השאלה, מהו ההסדר הראוי בחברה מסוימת בזמן נתון, היא שאלה פוליטית מרכזית וחשובה. סכרי להניח, כי אין לשאלות אלה תשובות כלליות, הנכונות תמיד ובכל חברה.³¹ שאלה זו תיפתר בכל חברה על סמך מאפיינים ייחודיים לחברה שמדובר בה, ועל סמך עקרונות ראויים כלליים של תפיסת השלטון והמינהל. לעומת זאת, השאלה, מהו ההסדר המשטר-חוקתי הקיים בחברה מסוימת בזמן נתון? היא שאלה מעורבת של מציאות פוליטית ושל משפט. תשובות לשתי השאלות — הן זו לגבי ההסדרים הראויים הן זו לגבי ההסדרים הקיימים — אינן יכולות להילמד מתוך עיונים מושגיים או לוגיים, או מתוך גירה הכרחית מעקרונות תורת- המשטרים או מעקרונות תורת-המשפט, או אף מצורת משטר מסוימת (כגון דמוקרטיה) או מתורת-משפט מסוימת (כגון זו של אוסטין, קלזן, הרט או דורקיין).

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

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

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

שאלה נפרדת היא האם יש מנגנון מיוחד האופך את עליונות החוקה ומבטל או מסייע חקיקה העומדת בניגוד לה. ישנן שיטות שבהן אין כל מנגנון כזה, וההגבלות על המחוקק הראשי הן עניין של קונבנציות או מוסר פוליטי.²⁶ בשיטות אחרות ישנם מנגנונים מגוינים, הכוללים ביקורת שיפוטית כללית על-ידי כל בית-משפט אגב תקיפה עקיפה (כמו בגרמניה)²⁸ או ביקורת שיפוטית או מעין-שיפוטית לחקופה מוגבלת הלך מיוחד (כמו בגרמניה)²⁸ או ביקורת שיפוטית של אקציין.²⁹ ישנן שיטות שבהן הביקורת השיפוטית (כמו בצרפת או לפי הצעתו של אקציין)²⁹. ישנן שיטות שבהן הביקורת השיפוטית

גם על-ידי רוכינטיין) כי שריון כזה אינו תופש. נראה, כי חששן יהיה מוכן לאשר שריון כזה על עור הוא אינו עולה על רוב מוחלט. נסיים (שר המשפטים דאז) מציין בלקוניות, כי הוא ראה שהחוק אכן היה נהיך.

26 מבחינת תורת-המשפט קובע 155-156, at pp. 155-156, Kelsen, *supra* note 14, כי חוקות צריכות לקחת בחשבון סחירה בין חוקה עליינה לחוק רגיל. במקרה כזה החוקה יכולה (אך לא חייבת) לקבוע אורגן שיפקח על סחירות כאלה. קלזן מבחין בין אפשרות שאורגן זה יהיה שונה מן המחוקק, שאז הוא סמכות הנמצאת מעליו, והוא מציין כי דבר זה עלול להיות בלתי-רצוי, בעיקר אם בידי אותו גוף גם סמכות לבטל חוקים הנראים לו בלתי-חוקתיים. אפשרות אחרת היא, כי הגוף האוכף את החוקה הוא המחוקק עצמו, ואז השיפוט של המחוקק בחקיקה הוא סופי, וכל חוק ייראה כאילו הוא תואם את החוקה. לסקירה השוואתית של מנגנוני פיקוח על סחיות מן החוקה ראו 20, *supra* note, Lijphart, *supra* note 403.

27 בחוקה האמריקנית לא צוינה במפורש סמכות הביקורת השיפוטית, וזו פותחה הלכתית בשורת החלטות החל ממרדני ג' מדיסון. לדיון כללי ראו, למשל, ספרו של גונתר G. Gunther *The Federal Constitutional Court in the German Political System* (New York, 11th ed., 1985) 191-196. ראו גם א' ברק "ביקורת שיפוטית על חוקותיה החוק" משפט וממשל ג' (תשנ"ו) 403.

28 בנרמניה מופעלת הסמכות לפי הוראה מפורשת על-ידי בית-משפט מיוחד לחוקה. לדיון מפורט ראו 28, *supra* note 16, Hogg.

29 D. Kommers "The Federal Constitutional Court in the German Political System" 26 *Comp. Pol. Stud.* (1994) 470.

למשפט הצרפתי ראו ספרו של J. Bell *French Constitutional Law* (Oxford, 1992).

א. Stone "Judging Socialist Reform: The Politics of France and Germany" 26 *Comp. Pol. Stud.* (1994) 443.

של אקציין ראו לקמן.

2. חוקה, משטר חוקתי וקונסטיטוציונליזם

ריבוי המובנים של "חוקה" מעלה שאלה לגבי ייחוד התיאור "חוקתי" למשטר מסוים. כאמור, לכל מדינה, בלי קשר לצורת משטרה, תהיה, בהכרח ובהגדרה, חוקה מטריאלית. אם נוצה לתת לתיאור "חוקתית" משמעות ייחודית מסוימת, המבחינה בין משטר חוקתי למשטר שאינו כזה, הרי שבטיטו זה אינו יכול להיות שווה-משמעות לקיומה של חוקה מהותית. ברור גם, כי חוקה מהותית תהיה גם למונחיות גם למשטרים סטוטילטרניים עריצים, ואין לה כל קשר לדמוקרטיה דווקא.³² במלים אחרות: אם "חוקה" היא חוקה מהותית, כל משטר הוא משטר חוקתי, ואין בתואר הזה כל תוספת תיאור שלו.

אולם משרדנו את הגזירה של "חוקתיות" מקיומה של חוקה מהותית, לא התקדמנו הרבה; שכן ישנן מחלוקות גדולות בשאלה, מהם המאפיינים המהותיים של משטר חוקתי? האם מספיק שתהיה חוקה פורמלית, גם אם אינה נוקשה או עליונה?³³ האם הכרחי שתהיה חוקה פורמלית כזאת?³⁴ האם מדובר בערכים יסודיים (כגון דמוקרטיה, זכויות אדם או ממשלה מוגבלת), או בעקרונות מבניים מסוימים (כגון חלוקת כוח השלטון, נוקשות מסוימת בחוקה³⁵ או עליונות החוקה גם כלפי מחוקק עליון ובקורת שיפוטית?).

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

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

33 לתשובה חיובית יהיה הייחוד של בהירות חיובית. מנגד, ברור כי נעדרים ממנו כוח חלק מן המאפיינים השגורים של משטר חוקתי, כגון הגבלת כוח החקיקה והיגיל באמצעות חוקה.

34 לתשובה שלילית מודמת ראי הערותיו של W. Murphy "Merlin's Memory: The Past and the Future" in *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton, S. Levinson ed., 1995) "דמוקרטיה חוקתית", למרות היעדר סדרות חקתיים פורמליים, מפני שיש בהן מחויבות לעיקרון של ממשלה מוגבלת ולהגנה על ערכי-יסודי. עמדה דומה נקטת על-ידי 32 *Friedrich, supra note* 32.

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

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

לו הוצרכתי להעדיף אפיזן יחיד של קונסטיטוציונליזם, שיתפוש באופן טוב את הרעיון המרכזי של אידיאל זה, הייתי נוטה להעדיף אפיזן שידגיש יסוד צדוני שיש לו תפקיד מהותי: משטר יהיה חוקתי כאשר תהיה בו הבחנה בין הליכי קבלת החלטות חוקתיים לחקיקה רגילה. בדרך-כלל הבחנה כזאת עניין של מסך פורמלי (שהוא-עצמו אינו חייב להיות נוקשה או עליון). אולם עקרונות, אין זה מן הנמנע שבמדינה מסוימת תתפתח קונבנציה של הבחנה בין חקיקה חוקתית לחקיקה רגילה. השאלה, אם הבחנה כזו אכן התפתחה בשיטה מסוימת, היא שאלה של מציאות פוליטית ולא בהכרח של הסדרים משפטיים מפורשים³⁶. יתירה מזו: החוקתיות אינה בהכרח הבדל בין דרכים מפורשות לעיצור חוקי. המבחן האמיתי הוא, האם יש בשיטה "מדרג נורמטיבי" שיש בו משום מגבלה אפקטיבית על כוח החקיקה של המחוקק העליון הרגיל?³⁷

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

37 אפיזן זה מבדיל את הקשר בין כמה הצעות שונות להגדרה של "קונסטיטוציונליזם". נוקשת מסוימת מפני המחוקק הרגיל, שהיא המאפיין שאני מציעה, קושרת כמוכח את החוקתיות לרעיון של ממשלה

קונסטיטוציונליזם באפיון זה בא לאפשר הבחנה בין עניינים שבהם מספיקה הכרעת רוב רגיל של מחוקקים ובין אלה שבהן יש צורך בהדקדקת מסוג אחר, עקרוני וחוק יותר. ובהתאם לכך גם בדרישות פרוצדורליות, כגון הסכמה רחבה או בריון ציבורי רחב יותר. בדרך-כלל מטרת הסדר החוקתי הזה היא הדגשה של ההבדל בין הכרעות "פנימיות" על הסדרים חברתיים ספציפיים ובין הכרעות "מסגרתיות" על כללי המשחק המשותפים. המפעל של קונסטיטוציונליזם כמובן זה הוא אחד המפעלים המרכזיים בתחום חרות-הביטוי הנורמטיבית בעידן המודרני, ובתקופתנו ניתנה לו חיוניות מחודשת בכתיבו רבי-ההשפעה של ג'ורג' רולס³⁸.

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

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

38 רולס התחיל במפעל כספרו המקיף (Cambridge, 1971) *A Theory of Justice* J. Rawls והמשיך לעדן את השלכותיו בכתיבים מאוחרים יותר, כגון *Political Liberalism* (New York, 1993). ההבחנה המרכזית לאורך כל עבודתו היא בין עקרונות המסגרת והקבועים במעין "מצב מקורי", ובין הפעילות הפוליטית השגרתית יותר, המתבצעת במסגרת עקרונות הצדק המסגרתיים. רק במצב המקורי נדרש מאגשים לפעול באופן המנותק ממצב המיוחד ומן התנאים הספציפיים לגבי העדפויותם. יש פה ניסיון היאורטי מעניין (שאי-אפשר להיכנס כאן לספרות העצומה העוסקת בו). ליצור הבחנה מבנית בין תנאי הרקע להסכמת חוקתיות ובין קבלת ההחלטות הפוליטיות ה"רגילות". רולס עצמו עושה ייחוס מעניין של גישה זו לגבי ההגנה על זכויות האדם במאמר "The Law of Peoples" in *Oxford Amnesty Lectures* (Oxford, S. Shue & S. Hurley eds., 1993).

39 כך, למשל, בקנדה לא הוכלל החוק המקים את בתי-המשפט העליון ואת סמכותיו בין המסמכים החוקתיים. גם בשכריה התקבלה ב-1974 חוקה חדשה, שהוצא ממנה במפורש "חוק הריקסטג".

40 לשניי חוק זה נקבע מנגנון-שני מיוחד, אולם הוא חלש יותר ממנגנון השני החוקתי המלא. החוקה האמריקנית שהוצעה בפילדלפיה לא כללה מגילת-זכויות, והיו כאלה שטענו נגד הצורך בהכללתה. במהלך דינוי האשרור במדינות של החוקה התברר, כי ישנה תביעה רחבה להכללת הגנה על זכויות פרטיות ומדיניות, ומדיסון יום הכנסת את השעה התקונים הראשונים לחוקה, שהם גרעין מגילת-הזכויות, במושבו הראשון של הקונגרס. בחוקה השבדית של 1974 לא הייתה כלולה מגילת-זכויות, שכן שאלת הכללתה בחוקה ושאלת המנגנון המיוחד לשנייהם בה היו שניים במחלוקת. מגילת-זכויות נוספה לחוקה בחוקתן מלא ב-1979, אולם היא קובעת שני מנגנוני-חוקת שונים לגבי היקף הזכויות המוגנות.

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

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

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

3. חוקתיות ושלטון החוק

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

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

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

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

4. חוקתיות ודמוקרטיה

גם לגבי אפיין הדמוקרטיה, כמו לגבי קונסטיטוציונליזם, ישנה מחלוקת רכה, ומטעמים דומים. לדעתי, גם כאן ראוי לתת לדמוקרטיה מובן צר-יחסית, שלא יוקיע כ"לא-דמוקרטי" מבנים ותכנים הנהוגים במדינות דמוקרטיות. הרחבתי בעניין זה במקום אחר⁴³ ולא אחזור על הדברים. המובן שאני ממליצה עליו הוא ראיתי הדמוקרטיה כשיטת-משטר המבוססת על הסכמת הנשלטים. אפיין זה מדגיש את הדרכים הקבועות במשטר כדי להבטיח הסכמה זו ולכן יש בו מאפיינים פרודורליים חשובים. לפי אפיין זה, דמוקרטיה קובעת בעיקר כללי משחק ולא תכנים, שהם התוצר של כללי המשחק האלה. ההצדקה העיקרית בדמוקרטיה היא ההסכמה, בדרגים הקבועות בשיטה. זוהי הצדקה בדרך של ייחוס ולא בדרך של תכנים. עם זאת, גם לפי תפישה צרה זו של דמוקרטיה, שלה הצדקות מורכבות, ישנה הגנה מסוימת על תכנים — אותם תכנים שהם הכרחיים כדי לאפשר תפקוד נכון של דמוקרטיה ככללי משחק.

מבחינה מבנית ניתן להבחין בין מנגנונים שונים, המבטיחים כי בסיס ההצדקה לשלטון יהיה הסכמת הנשלטים. בכל הדמוקרטיה המודרנית מדובר בעיקר בהפקדת כוח החקיקה, כולו או מקצתו, בידי בתי-נבחרים. עקרון-בסיס בדמוקרטיה הוא, כי בחירות מתקיימות לעתים סדירות ולא יותר מדי רחוקות וכי מירב הכוגים באוכלוסייה הכפופה לחוק רשאים להשתתף בהן, אקטיבית ופסיבית. ישנן דמוקרטיה שבהן יש גם פנייה למשאל-עם או לאספות חקתיות מיוחדות. ישנן דמוקרטיה שבהן יש בחירות ישירות גם למלאי תפקידים אחרים, כגון ראש הרשות המבצעת (כמו בארצות-הברית או בצרפת, ועתה גם בישראל) או שופטים (כמו במדינות אחרות בארצות-הברית)⁴⁴.

43 ר' גביון "מדינה יהודית ודמוקרטיה: אידאולוגיה, זהות פוליטית ומשפט" עיני משפט יט (1995).
44 לסקירה השוואתית של עיקרי הדמוקרטיה והריאציות עיקריות של שלטון דמוקרטי ראו, Lijphart, 20 *supra* note.

מעבר למבנה ארגוני ומוסדי שיש בו בחירות סדורות לבית-נבחרים שלו סמכות מחוקקת מקובל להוסיף גם מחויבות בסיסית של הדמוקרטיה לשוויון בפני החוק. שוויון זה מתבטא בכך, שלפחות בחלק ממנגונו-הבחירה לכל אדם יש קול אחד ושווה בחשיבותו וכי ההכרעות הרגילות מתקבלות לפי העיקרון של רוב. שני העקרונות האלה מאפשרים גיוון לא-מוצט⁴⁵.

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

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

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

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

דמוקרטיים מובהקים, ומשטר קונסטיטוציונלי אינו יכול — לפי ההגדרה — להיות דמוקרטי⁴⁷.
 העובדה הפשוטה כי רוב הדמוקרטיות המודרניות היציבות הן בכיור קונסטיטוציונליות דיה כדי לבחון בספקנות את ההיגיון המוביל למסקנה האמורה. היישוב האפשרי של שני הסודות, יואלי אף הקרבה העמוקה בין שני העיונות, נובעים מן ההכרה שדמוקרטיה אינה מחייבת כי כל ההכרעות בחברה התקבלנה בדרך של הכרעה רוב במובן הבוטטה והפשוט ביותר שלה. יתירה מזו: דמוקרטיה שתפעל כך תהיה פחות יציבה מדמוקרטיה שבה עקרון הכרעת הרוב מתחכם ומתווכך יותר.

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

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

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

48 אצל ג'ייס מיל ההצדקה של דמוקרטיה ייצוגית, היעדרה על דמוקרטיה ישירה, אינו רק עניין של יעילות ושל חוסר האפשרות לקיים דמוקרטיה ישירה חברתית גדולת, אלא גם אמנה כי הבחורים יהיו פחות משכילים, פחות בקיאים בענייני המדינה, ופחות נאורים ליברליים מנציגיהם. נקודה דומה עולה מלקחי הפוליטיקה הישראלית, אין זה מקרה כי לאחר עונה אחת של פריימרי, שעיקרם הגברת הדמוקרטיזציה של תהליך בחירות המועמדים, נשמעים קולות המושבחים את התהליך כצד קולות רבים המהפשים דרך לשוב לחלק מן המאפיינים של בחירות כאמצעות ועדות מסודרות.

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

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

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

50 ליחס בין עמדה זו ובין הקשייה של מקור הסמכות להגבלה העצמית של מוסדות מחוקקים ראו למטה.

51 אלטרס כתב על מנגנון זה בהרחבה בספרו על שירת הסינורות: אין פגיעה באוטונומיה של האדם (או הרוב) בכך שהוא-עצמו כובל את עצמו כדי שלא לפעול בצורה המוגדרת לעקרונותיו וכאשר הוא מבקש מאחרים לסייע לו משום שהוא יודע כי בשעת משבר הוא עלול לא לעמוד בהחלטותיו השקולות. להיפך: מבנה כזה של "מחויבות מקדימה" מסייע להגברת האוטונומיה, כי הוא מבטיח שהאדם (והרוב והחברה) יפעלו גם במצבי משבר בהתאם לערכי-היסוד שלהם *J. Elster Ulysses* (1979) המרכיב של הולמס במאמרו על המחויבות המקדימה (S. Holmes "Pre Commitment and the Paradox of Democracy" in *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge, J. Elster & R. Slagstaad eds., 1988)). יש לציין כי טיעון המחויבות המקדימה גריו חלש יותר כאשר הוא מופעל באופן כיווני, אולם לפחות בחלק האמור להגן על זכויות ועל המחויבות לערכי אמת מבנה הטיעון זהה בשני המקרים.

אולם העובדה כי דמוקרטיה אינה מתמצית רק בעקרון החלטת הרוב אינה מבטלת לחלוטין את המתח בין רעיונות של קונסטיטוציונליזם ובין דמוקרטיה. דמוקרטיה קונסטיטוציונליות תהינה יציבות, כדמוקרטיה, רק אם המרכיב החוקתי יהיה מוגבל, ועיקר הפעילות השלטונית במדינה תיעשה ברמת הענפים הפוליטיים, האחרים ישירות בפני הבחורים⁵². זה אכן המצב בכל הדמוקרטיות הקונסטיטוציונליות בעולם. ישנן כאלה שבהן מצב זה מושג על-ידי היעדרות מלאה של מנגנוני-איכפה לא-פוליטיים של הוראות החוקה. מטרת החוקה היא להגביל את כוח רשויות-השלטון, ומבחן הריגתן הוא בעמדת הבחורים. החוקה מספקת יכולת של רטוריקה חוקתית בדיונים פוליטיים וטענות כי פעולות הרשויות חודגות מן החוקה. היא אינה מספקת כלים להביא את שאלת הסטייה מן החוקה להכרעה של גוף חיצוני לרשות השלטונית עצמה. אולם אף במדינות שבהן ישנם מנגנונים להכרעה חיצונית בדבר סטייה של חוקים מהוראות החוקה יש צירוף של הוראות חוק, הרכב הטריבונלים החוקתיים וקונבנציות חוקתיות — צירוף המגביל את היקפה של "פוליטיקה חוקתית". במגבלה חשובה זו דמוקרטיה יכולה להיות חוקתית כמוכן החוק של ביטוי זה⁵³.

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

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

53 ישנם הסבורים (J. Elster in *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge, J.), 1988) כי מבחינה מוסרית העיקרון הדמוקרטי מודוה עם החוקה. החוקה — עם ביח-המשפט החוקתי. הספרות העצומה על המגבלות הראיות של ביקורת שיפוטית, כגון החיבורים של J. Ely *Democracy and Distrust* (Cambridge, 1980); *supra* note 7; Bickel, *supra* note 7; J. Choper *Judicial Review and the National Political Process* (Chicago, 1980). היא ניסיון לקבוע קונבנציות וכלים שיגבילו את הביקורת השיפוטית, כך שלא תפגע יתר על המידה בדמוקרטיה.

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

ב. עליונות, ריבונות והגבלה עצמית

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

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

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

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

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

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

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

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

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

58 ניסוח זה חוזר אל העליונות ההכרחית של אופן קביעת יצירת הנורמות בכיטה שציינו למעלה. הם שההבחנה בין עניינים של מהות ובין עניינים של "צורה ואופן" מופיעה הרבה בספרות בניסוח לתוך את הפרדוקס שבהגבלה עצמית, איני בטוחה כי היא מסייעת לנו כאן. פסקת ההגבלה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיעדר שריון פורמלי, מטילה הגבלות מהותיות. גם בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, יש למעשה שתי דרישות: הראשונה היא, שתהיה אי-התיישבות מהותית בין החוק ובין דרישות סעיף 4; והשנייה היא, כי התיקון או הסתייה לא נחקקו ברוב המיוחד. להבנתה ראו, למשל, פסק-דין של השופט חשין, פסקאות 75-86, ובסיקן 84. לדין כללי ראו, למשל, Hogg, *supra* note 16, at pp. 262-264.

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

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

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

מכיוון שלפחות בשיטה האנגלית מקובל כי "הריבון" במובן זה הוא הפרלמנט, ומקובל גם כי אנגליה היא דמוקרטיה — נובע כי תפישה של ריבונות העם במובן זה

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

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

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

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

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

ג. מדרג נורמטיבי — האם עליונות החוקה הכרחית?

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

67 דוגמא בולטת למצב כזה היא מצבו של אוידיסאוס, הנערך לקראת מפגשו עם הסינתה. דיון מפורט אצל 51 *supra* note Elister, ובמאמרו של 51 *supra* note Holmes.

68 אחר הצידוקים המיוחדים לשריון של הנגה על זכויות האדם, בעיקר זכויות מינוטים, הוא הניסיון ההיסטורי המורה כי הרוב נוטה להעדיף את האינטרסים שלו על אלה של מיעוט ולחוקק בצורה הפוגעת באופן בלתי-מוצדק במיעוטים. שאין בידם די כוח פורלמנטרי לשמור על האינטרסים שלהם. להבדיל משריון הורדג משאל-עם או הסכמה של גופים שונים פרט למחוקק העליון.

אינה הכרחית לדמוקרטיה. דמוקרטיה דורשת שהשלטון יהיה מוצדק על-ידי הסכמת הנשלטים, אולם מנגנוני-ההסכמה וחלוקת הכוח הפוליטי אינם מחייבים כי הכוח הפוליטי האחרון יהיה דווקא בידי העם⁶³. יתירה מזו: כלל לא ברור, שיטה שיטה דמוקרטית כלשהי שבה "ריבונות" יכולה להיות בידי ה"עם", גם אם יש בשיטות אלה — כמו בארצות-הברית ובצרפת המודרנית — סנטימנט ברור יותר שההכרעה לגבי טיב השלטון והותה השליטים צריכה להיות בידי הבוחרים. ריבונות מחייבת כוח לעשות החלטות חברתיות שוטפות, כוח לשלוט. בדמוקרטיה ייצוגית — וכל הדמוקרטיות המודרניות הן כאלה — כוחות השלטון אינם מופקדים באופן שוטף בידי העם. ויותר חשוב: חלק מן הביקורת על תורות-משפט המבוססות על מושג הריבונות⁶⁴ נעוץ בכך שבצורות-משטר שונות כלל לא ברור שניתן לזהות "יריבון"⁶⁵.

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

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

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

64 ראו, למשל, הדין הקלסי של הרט בוטרונותיה של תורת-המשפט של אוסטין, בין השאר בגלל המקום המרכזי של ה"יריבון" בהגדרת המשפט.

65 דוגמא בולטת היא המשטר האמריקני הפדרלי, שבו לאף רשות פרלמנטרית יחידה אין שליטה בלעדית על הלכי החקיקה הרגילים, ומנגנון-השינוי החוקתי דורש שיתוף-פעולה של גופים פרלמנטריים ומיינתיים.

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

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

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

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

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

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

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

אחר — הנורמה הבסיסית — יכול למלא את שני התפקידים, אולם מבחינת תורת-השייכות למדרג הנורמטיבי העליון בשיטה היא בהכרח עליונה על נורמות מאותו מדרג, שכן לפי ההגדרה הן באות מכוחה. כמובן מצומצם ולא רגיל זה ה"חוקה" שייכת ל"מדרג" גבוה יותר מן החקיקה הרגילה, שכן היא זו הקובעת איך נוצרים החוקים ומי מוסמך ליצור אותם. מבחינה לוגית (ולאו דווקא היסטורית או מבחינת מגנני השינוי או התיקון), החוקה היא אפוא הנורמה העליונה בשיטה. ראוי לציין, כי עליונות מושגית זו חלה רק על הנורמה הקובעת את מקור הלגיטימיות של השיטה כולה ולכן אינה

71 זוהי בדיקת הנקודה של ברק כעניין תנועת לאו"ר. הוא קובע שם, כי בוגע החלטה לא בשלו בישראל התנאים להנהגת ביקורת שיטתית על חקיקת הכנסת באופן הלכתי. הסוגייה אינה עניין תורת-משפטי, אלא עניין של המצב הקיים בשיטה הישראלית.

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

73 על הנורמה הבסיסית של קלזן ישנה פשרות רחבה. ראו הדין של ר' J. Raz *The Concept of a Legal System* (Oxford, 2nd ed., 1980).

פורמלית, שעל-פיה כוננו מוסדות מחוקקים אלה עצמם. קיום מצב זה בעיית יתר כאשר הבסיס המשפטי לפועלם של בתי-המחוקקים הוא קונבנציונלי, כולו או חלקו. הבעייתיות גוברת כאשר אין כל הברל בדרך החקיקה בין נורמות האמורות להיות שייכות למדרגים נורמטיביים שונים⁷⁴.

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

ד. כמה הערות על הסמכות המכוננת

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

ביוונים בשאלת החוקה ישנה נטייה שלא להבחין בין הנקודה המושגית ובין הפונקציה הפוליטית, ובלבול זה הוא לרעת העניין. הוא נובע מכך שבמדינות רבות הרגע ההיסטורי של הקמת המדינה ושל אימוץ חוקה קרובים או זהים. חלק מן האופי לבתי-המחוקקים בשיטות אלה יש סמכות חקיקן של החוקה, אך לא ברור אם סמכות זו חלה גם על אימוצה של חוקה ראשונית. אי-בהירות זו מחזקת על-ידי כך שמאתרים את בתי-המחוקקים האלה גם כ"אסיפות מכוננות". ליחס בין סמכות מכוננת לסמכות מחקת ראו למטה.⁷⁵

להשלכות הניתוח על המצב בישראל ראו בחלק השני למטה.

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

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

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

74 בקצהה זו צדק שמנו בהערות לגבי אקצין: פסקה 21 לפסק-הדין.

75 כך, למשל, הנכנסת מחוקקת ויכולה לקבל החלטות ותקנות שהן במעמד של חקיקה-משנה.

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

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

78 זהו המצב במדינות רבות כמותר-איידופה: 31 *supra* note Holmes & Sunstein, *ראוי להדגיש, כי*

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

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

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

81 אחת הנקודות שבהן קשה היה במיוחד לעמוד בפני הפיתוי שהוכרתי בהקדמה הייתה הדרך שבה מעמיד בה את מסקנותיו, כי לנכנס סמכות מכוננת על מודלים של תורת-המשפט. ברק עצמו מודד, כי מה שמכריע את הכף הם הנתונים החוקתיים של ישראל ולא המודלים של תורת-המשפט. ראו הערותיו של ע' ולצברגר בנושא הגיוריה של מסקנות חוקתיות מקומיות מתורת-משפט. "הסמכות המכוננת בישראל" משפט וממשל ג (תשנ"ז) 679.

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

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

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

83 טענה מינין זו מרשמעת על-ידי 1955 "The Basis of Legal Sovereignty" H.W.R. Wade *Camb.L.J.* 172. מרשל מבקר את טענתו זו, אם משמעותה היא כי ריבונות המחוקק היא רק עניין פוליטי, ללא מרכיב משפטי (46-43 pp. *supra*, Marshall), אולם, אין שום סחירה בין הקביעה כי בשיטה ישנו מקורן מסוים של תפישות המחוקק כריבון ובין ההכרה כי החוקף של עקרונ זה הוא, בחלקו, עניין של עובדה. כאן מעמד-הביניים של הנורמה הבסיסית נשל כלל הזיהוי רלבנטי ומרגיש את מעמדה של הטענה בדבר האופי הקדם-משפטי והאוניברסלי של הסמכות המכוננת עצמה.

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

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

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

המכוננת מתעוררת כאשר קמה מדינה חדשה או נעשה שינוי משפטי בעקבות מהפכה. ק' קליין "הרשות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב (תשל"ו), 51. לכאורה הוא נוקט את הגישה הראשונה לקיומה של סמכות מכוננת. ממונה זו מחזיקת לאור דינו בעובדה כי מדובר ביסוד משפטי חדש ובהבחנה שהיא ענינה בין סמכות מקורית לסמכות מתקנת. הוא מציין, למשל, כי סמכותה של רשות מכוננת היא מוחלטת וכי "בתקופת פעולתה של הרשות המכוננת המקורית אין במדינה גוף משפטי זולתה" (שם, בעמ' 52). אולם מד הוא מסיג אמידי זו בקביעה, כי התקופה יכולה להיות ארוכה ואו פעולת הרשות המכוננת גם כרשות מחוקקת (חריג זה ללמד מן העובדה, כי בתחילת הרפובליקה השלישית הייתה תקופת חפיפה של כחמש שנים בין שתי הסמכויות). סייג נוסף הוא, כי ניתן להגביל את סמכות האספה המכוננת (כך נעשה בצרפת לאחר מלחמת-העולם השנייה, כאשר משאל-העם ב-1945 החליט על הקמת אספה מכוננת מיוחדת). בזמן הכתיבה לא היה כדי מאמר החדש של קליין בנושא, המתפרסם בגיליון זה.

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

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

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

חוקה פורמלית, כוללת ואחידה, המתקבלת בהליך מיוחד בשלב הכינון הראשוני של יחידה מדינית חדשה, היא לכאורה מקרה מובהק של הפעלת סמכות מכוננת במובן החזק למילוי הפונקציה הפוליטית הראשונית של חוקה. גיבוש החוקה הראשונית ואימוצה מפקעים את הסמכות המכוננת הראשונית. ההתאמה של הקבנה החוקתית לשינויים נעשה במסגרת השיטה, באמצעות הפעלת סמכויות תקון⁸⁷. אולם גם במקרים פשוטים-יחסית כאלה יכולות לצוץ בעיות.

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

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

87 כאשר סמכויות התיקון מסוררות בלעדיה בידי הפרלמנט הריגל, יש המתארים את המצב בכך שבכיון סמכויות מכוננות מתמשכות. נראה כי תיאור זה הוא מטעה, שכן הוא יוצר את הרושם של תיקון של החוקה שקל כנגד כינון מסודת חדשים. הדבר מטעה במיוחד כאשר התיקונים שבהם מדובר הם קטנים. נראה כי עדיף אפוא, אם כוללים הכרות בחוקים העוסקים בכך, לכתוב כי בידי הפרלמנט סמכות לחוקק הן במסגרת "רגילה" הן במסגרת "חוקתית". כך הוא המצב, למשל, בחוקה של שבדיה.

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

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

ה. תפקידיה של חוקה וההשלכות לעניין נחיצותה,

מאפייניה ודרכי אימוצה

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

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

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

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

האימפריאלי, או שמא יש לנו פה יצירה של יחידה מדינית חדשה? ואם התיאור השני הוא הנכון, בידי מי היתה הסמכות המכוונת — בידי המחוקק האימפריאלי או בידי הגופים המוקומיים שעיבדו את החוק שהקנה להם עצמאות⁸⁹?
 שאלה מעניינת היא זו של הסמכות לתת חוקה פורמלית שלמה, בעלת עליונות או נוקשות, במדינה שבה אין חוקה כזאת. כאמור, נחפש בשיטה זו סמכות מכוונת רק אם נאמר, כי מתן חוקה כזו למדינה היא שינוי כה ניכר של שיטת-המשפט עד שניתן או ראוי לומר, תיאורטית, כי מדובר כאן בשיטת-משפט "חדשה" אשר כוננה באמצעות החוקה החדשה. בכל מקרה אחר נשאל, האם מוסמך המחוקק באותה שיטה לחוקק חוקה נוקשה? זהו תהיה שאלה משולבת של תורת-המשפט ושל המשפט החוקתי המהותי של השיטה. שאלה כזו יכולה להתעורר בשני הקשרים. הראשון הוא התפתחות היפותטי, במסגרת עיין של מלומדים או חוקרים הבודקים אפשרויות של התפתחות. השנייה, והיא החשובה יותר, היא כאשר יש בחוקה ניסיון של המחוקק להגביל את עצמו באמצעות חוקה ולאחר-מכן המחוקק העליון מנסה לגבור על ההגבלה העצמית שלא לפי תנאיה, מישוה תוקף ניסיון זה בבית-המשפט, והמחוקק טוען כי להגבלה העצמית שלו לא היה בעצם כל חוקף. כאן מתעוררת בפני בית-המשפט השאלה החוקתית בכל עוצמתה וללא אפשרות התחמקות ממנה. שאלה חוקתית זו חורגת מעבר לגבולות המשפט, שכן היא שאלה משולבת של משפט פנימי ושל הנחות היסוד הפוליטיות של השיטה כולה. מבחנה של השיטה יהיה בהחלטה השיפוטית ובמידה שבה החלטה זו תתקבל על-ידי הקהילה הפוליטית. כאמור, אלא אם נאמר כי השיטה כולה הותלפה, לא יהיה מדובר כאן בסמכות מכוונת כלל ועיקר.

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

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

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

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

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

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

רק לאחר שנתמסד עניין זה ובתי-נבחרים הפכו להיות חלק מרכזי של הרשויות המחוקקות בדמוקרטיזציה⁹¹, התחיל להתעורר, הן באנגליה הן בצרפת ובארצות-הברית, עניין השליט.

עבר בהצבעה של 3 בער, 0 נגד 10 נמנעים! יידיי הנכנסת שבת יריס התרעם והביע כוונה למנוע בעתיד מצב שבו חוקי-יסוד יוכלו להיות מתקנים ברוב מה קטן ומקרי.

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

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

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

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

92 כך מבין השופט חשין את עמדת בית-המשפט בבג"צ 98/69 בהגמין ג' שר האוצר, פ"ד (כנגד) 693, דוד העמדה שהוא נוקט בבג"צ 711/95, מרכז השלטון המקומי ג' הנכנסת (טרם פורסם). ראו דיון למטה. מובן כי בדרך-כלל ינסו מחוקקים לשוות לטובות ההנאה שלהם לביש של האינטרס הציבורי, אולם בדרך-כלל לא קשה לראות כי ניסיון זה הוא מאולץ.

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

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

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

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

2. הצדקות למנגנוני הגבלה חוקתיים בדמוקרטיה

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

93 את ההצדקה להגבלה זו יש המציגים כעניין של ערכי-יסוד ושל מוסר ייש המציגים גם אותה כצורך לחגן את החליך הדמוקרטי עצמו, מפני שפוטטים או מיעוטים הם כאלה שאינם יכולים לחדגם את עניינם ללחם הולם בענפים הפוליטיים ראו, למשל, הצדקת הביקורת השיפוטית וגבולותיה אצל איליי (Ely, *supra* note 53).

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

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

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

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

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

95 להצדקות אפשריות של הגנה כזאת ראו למטה.

ההגנה על זכויות הפרט והמעיוטים אינה שלמה כל עוד אינה מלווה הגנה חוקתית חזקה. הטיעון לטובת הגנה נוקשה על זכויות האדם חזק יותר אפוא מאשר הטיעון לנוקשות של עקרונות משפטיים יסודיים או של מניעת שחיתות במחוקק. מטבע הברבים, זכויות אדם, ובעיקר זכויות מעיוטים, הן אינטרס שהרוב לא ייטה להגן עליו במקרים של משבר או צורך. התהליך הפוליטי במקרה זה עלול להיכשל בגלל טעמים מבניים וידועים מראש. דווקא בגלל כשל צפוי זה של הליך קבלת החלטות על-ידי הרוב אנו עשויים להעריך הגנה על זכויות האדם באמצעות חוקה נוקשה, שתגביל את כוח החקיקה של הרוב, ובאמצעות ההפקדה של אכיפת הנוקשות הזאת והנשוא כולו בידי בית-משפט, שיהיה בלתי-חלוי ככל האפשר במערכת הפוליטית הרובנית.

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

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

99 ישנן אמנות הודושות בפורש חקיקה פנימית להגנה על זכויות מסוימות, כגון האמנה לביעור כל צורה של גזענות. הדרשה אינה בהכרח להגנה חוקתית על זכויות אלה, בין השאר מפני שלא כל המדינות שתחמו על האמנות הן דמוקרטיות חוקתיות שלהן מגילת-זכויות נוקשה.

100 הדין בבריטניה על חקיקת מגילת-זכויות כיוון כדיוק לחוצאה זו.

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

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

96 לא חייבים להסכים עם טיעוניו של אקיל אמאר (עניין הסמכות הטבעיה של רוב האוכלוסייה לשנות את החוקה גם מחוץ למנגנון-התיקון הקבוע בסעיף 5 לחוקה (Popular Sovereignty) A.R. Amar and Constitutional Amendment" in *Responding to Imperfection*: The Theory and Practice of Constitutional Amendment (Princeton, S. Levinson ed., 1995) בארצות-הברית אכן מבוססת על אמונה בסיסית בחבנת הבחור ובזכויות שיוויות של הפרטים. לא כבדי פותחת החוקה של ארצות-הברית בייחודי מחקני החוקה ומתארת אותם כ"אנחנו העם". לעומת זאת, בישראל פותחת החברה על הקמת המדינה בהיאר נכון של המחליטים: "אנו, חברי מועצת העם". ההחלטה לאמץ חוקה נפלה בלי לערב את "העם" ולא נתבקשה הסכמתו או דעתו לגבי החלטת הררי. בשעתו הייתה תמיכה ציבורית גדולה למדי בתועיה של "חוקה לישראל", אולם לא ברור אם זו הונעה על-ידי המשאלה לראות הגבלה של המחוקק או רצון לראות שינויים חוקתיים מסוימים. מכל-מקום, לא מולך זה הוא המולך העובר כננסת. מבין חוקי-היסוד רק לגבי זה שנגע לבחירה הישירה לראש-המשלה היה דיין ציבורי רציני ורואי שאף לומר כי היתה לו הסכמה רחבה. להיפך: ההצבעה כננסת הייתה חצייה. לדין ראו חלק שני למטה.

97 ראו, למשל, הגלגל המורדני של הוויכוח על אכיפת המוסר הנוהג כבדי המשפט, כפי שהוחל על-ידי רבלין והרט, המתואר בהקדמות לתרגום לעברית של הלי"א הרט חזק חירות ומוסר (תשמ"א).

98 כאמור, הבחנה זו עומדת כיסוד כתביהם של וולס ואיקמן. לניסוח קלסי ראו העמדה ב-10 *Federalist*.

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

3. מתי חוקה נחוצה?

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

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

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

במידה מסוימת גם בתכנים המסתברים של חוקה שתאומן, אולם לכותות הפוליטיים ישנה אופציה — שאינה קיימת בפרדציות — לבחור במצב חוקתי נוסח וסמימנטל¹⁰². כללית, חוקה תהיה נחוצה יותר ככל שסכנותיה של דמוקרטיה רובנית פשוטה גדולות יותר. מדינות פדרליות הן מקרה פרטי של מדינות שבהן הוחלט כי לא ניתן לקיים משטר אחדותי יציב, בגלל רצונם של מרכיבי הפרדציה לשמור על ייחודן. במדינות לא-פדרליות דמוקרטיה רובנית פשוטה אפשרית יותר ככל שהחברה הומוגנית ולהיפך: ככל שישנם במדינה סעיפים רבים יותר על בסיס לאומי או דתי, וככל שרכיבים בה יותר מיעוטים "כרוניים", אשר סיכוייהם להגיע למצב של רוב ולהפעיל כוח שלטוני קטנים — כך גדול החשש כי הרוב יפעל בניגוד לזכויות ולאינטרסים של המיעוטים או כי נציגי קבוצה אחת שיעזו לשלטון ייצרו עובדות שימנעו מימוש זכויותיהם של בני יחידות אחרות. מסיבות אלה גם מדינות אחדותיות צריכות מנגנוני-הגנה מעין-פורטיביים, שיקיימו מסגרת משותפת ומוסכמת אשר תוציא עקרונות-יסוד אל מחוץ למשתק-הכוחות הפוליטי המזדמן.

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

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

102 ואכן, ניו-זילנד אימצה מבנה של מדינה אחדותית ללא חוקה נוקשה, בריבונן אוטוטלית כוננה את עצמה במדינה פורטיבית.

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

4. דרכים ראויות לאימוץ חוקה

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

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

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

הכלל¹⁰⁴. אין זה גם מקרה, כי הסדרים חוקתיים מאומצים במקרים רבים על-ידי גוף השונה מהותית, הן מבחינת הרכיב הן מבחינת דרך הפעולה, ממנגנון-החקיקה הרגיל¹⁰⁵. ולבסוף, אין זה מקרה כי בדרך-כלל נדרש כי אימוץ חוקה יהיה מלווה מנגנון השתתפותי רחב הרבה יותר מן המקובל בחקיקה רגילה, כגון משאלי-עם, או חקיקה ברוב מיוחד או חוזר.

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

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

104 כך, למשל, א. ויתקון "המשפט בארץ מתפתח" הודפס מחדש במשפט תשי"ט (תשמ"א) 39, 46, מצטרף לריבם שסברו כי ההחלטה שלא לחוקק חוקה ב-1950 הייתה התמצה היסטורית, כי אז היו תנאים של ראשוניות שאפשרו חוקה, בעוד שתנאים אלה אינם קיימים כבר עם השתלטות השגרה של "פוליטיקה רגילה".

105 זוהי אחת ההמלצות החד-משמעיות היחידות של אלסטר, הסיק מנגנוני אימוץ חוקה ומשווה ביניהם. אלסטר מרגיש היטב כיצד יצירת חוקה באמצעות הליך חקיקה רגיל מסכלת את הפונקציות הייחודיות של חוקה עליונה ונוקשה (Making – Constitution – Forces and Mechanisms in the Constitution – Process) 45 Duke L.J. (1995).

הבדל בין חנומי ההסדרה החוקתית. לא נראה, כי יש טעם טוב לזוהר או לעקוף דרישות אלה לגבי ההסדרים השלטוניים המרכזיים בשיטה. לגבי אלה אין העדפות ערכיות מסוימות המכתבות פתרון זה או אחר דווקא: הא ראייה, שדמוקרטיה מתקדמת מקיימת שיטות בחירות יחסיות לעומת אחרות שיש בהן בחירות אזוריות ושישנן שיטות הדוגלות במבנה נשיאותי לעומת שיטות הדוגלות כפרלמנטריזם חזק¹⁰⁶.

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

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

106 לסקירה השוואתית של השיטות השונות ולשיקולים בעד השיטות ונגדן בהקשרים חברתיים שונים

ראו 20 Lijphart, *supra* note 107.

107 לסקירה כללית של ההתפתחות במשפט האמריקני לגבי ביקורת שיפוטית על חקיקה כלכלית וחברתית ראו, למשל, ספרו הכללי של 27 Gunther, *supra* note 107. לדיון מקיף בגבולות הביקורת השיפוטית גם בעניינים של זכויות אדם ראו 7 Bickel, *supra* note 108.

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

חלק שני: המהלך החוקתי בישראל 1948-1996

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

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

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

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

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

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

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

א. המהלך החוקתי 1948-1992

(1) 1948 — הכרזת-העצמאות. ההכרזה על הקמת המדינה מדברת מפורשות, בהתאם להחלטת האו"ם מיום 29.11.47, על בחירות לאספה מכוננת ואימוץ חוקה כחוקב¹⁰⁹. התוכנית המקורית של ההכרזה סוכלה למעשה עוד לפני שהאספה המכוננת נבחרה והתכנסה לראשונה. הבחירות לאספה המכוננת נתאחרו והתקיימו רק בראשית 1949. מועצת המדינה הזמנית, שהייתה אמורה לכהן כבית מחוקקים שוטף עד לבחירת המוסדות הרגילים מכוח החוקה, החליטה בפקודת המעבר לאספה המכוננת, תש"ט-1949 כי היא תחדל להתקיים כאשר תתכנס האספה המכוננת. האחרונה הפכה, אפוא, שלא ביוזמתה או בטובתה, למחוקק רגיל ולאספה מכוננת כאחד.

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

109 אנו קובעים שהחל מינוע סיום המנדט, הלילה, 15 למאי 1948... יצר להקמת השלטונות הנתונים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע ע"י האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 — תפעל מועצת העם כמועצת המדינה הזמנית, ומטרת הביצוע שלה, מינהלת העם. יהווה את המשלה הזמנית של המדינה היהודית אשר תיקרא בשם "ישראל".

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

ביקורת שיפוטית. יתירה מזו המערכת הפוליטית כולה פעלה בהתאם להנחה זו, והמפלגות השונות נערכו לזיכוח על הצעת החוקה שאומצה על-ידי הוועדה מתוך הנחה כי ניתן לשפר אותה, אך לא לשנות את עצם ההחלטה לגבי החוקה.

נראה, כי בעיקר בשל הצפייה שהכנסת תחוקק במועד קרוב חוקה פורמלית כוללת ונוקשה קבע בית המשפט כי לא יתן תוקף של חוק להצהרה על זכויות האדם בהכרזה על קיום המדינה¹¹¹.

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

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

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

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

משפטים כ"ח תשנ"ז

המהפכה החוקתית — תיאור המציאות או נבואה המנשימה את עצמה?

בהגבלת כוחה לשלוט. יתירה מזו: בן-גוריון רצה לשנות את שיטת-הבחירות כדי לחזק את יכולת הממשלה לשלוט, ואילו חוקה נוקשה שהייתה עשויה לקבוע את השיטה היחסית שהייתה קיימת לא התאימה לן¹¹².

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

112 לזיכוח לפני החלטת הד"ר ראו גביון, לעיל בהערה 31. לעמדתו של בן-גוריון ולעמדת המפלגות השונות לסוגיית החוקה ראו נ' ינאי "המעבר למדינת ישראל ללא חוקה" מתוך המעבר מישוד למדינה (י' פילובסקי עורכת, 1990) 23; ו' גולדברג "כשונטעים עצים אין צורך בחוקה" — על בניין מדינה ובינון חוקה" מדינה, ממשל יחסים בינלאומיים לח (1993) 29. לגבי החלטת הד"ר וההתפתחויות שלאחריה נעזרתי בעבודתו הסמינריונית של ניצן שמואל.

113 ד"ר (תשי"ז) 799 (לם); שם, בעמ' 1274 (בן-צבי). יצוין, כי השניים היו ממפא"י ומנו עם מתנגדי החוקה ייתכן כי הדבר היה להם מעין תירוץ, שכן סברו כי לא ניתן להשיג רוב גדול בהצבעה לטובת חוקה נוקשה. הדבר מחזק את הבעייתיות של החלטת מועצת המדינה הזמנית להחפור ולהעביר את סמכויות החקיקה הרגילות לאסיפה שנבחרה. סביר להניח כי אכן היה זה צער שחלק מכוונתו הייתה לסייע בסיוע הכוונה לאמץ חוקה.

114 שם, בעמ' 816, 819.

115 שם, בעמ' 717.

116 שם, בעמ' 743.

השוללת במפורש ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית¹¹⁷. רק חברי-כנסת מועטים הביעו תמיכה ברעיון של ביקורת שיפוטית על-ידי בתי-המשפט הדגילים¹¹⁸. להחלטת הררי עצמה אין תוקף מחייב¹¹⁹, ומכל-מקום כהחלטת פשרה היא נמנעה בכוחה לפרש את משמעות ההחלטה. שאלת הנקשות והעליונות של החוקה נשארה פתוחה, וההכרעה בה נדחתה ולא ברור אם לשלב כינוס חוקי-היסוד לחוקה או בהסדרים משתנים כחוקי-יסוד שונים במהלך הדרך¹²⁰.

¹¹⁷ שם, בעמ' 778.

¹¹⁸ ראו, למשל, ח"כ קלינב (צ"כ), שם, בעמ' 825, השואל: "מהו הרע בזה, שמוסרים לידי חבר שיפטים בלתי משותפים... לברוק את פעולתם התחוקתית של נבחרי העם, שלעתים רק האינטרסים האנוכיים של שכבות עם מצומצמות והדרשות החלפות של הרגע הפוליטי עומים לנגד עיניהם?"

¹¹⁹ נראה, כי החלטות כנסת אינן מחייבות את הכנסות הבאות אחרי הכנסת המחליטה. ראו א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהד' רביעית מורחבת, תשנ"א) 450. ייתכן שאין לדבר משמעות, שכן גם אלה החולקים על הצורך בחוקה אינם מתנגדים מכן שהכינון הכללי של המהלך החוקתי שנקבע בהחלטת הררי, שעל פרשנותו יש, כאמור, מחלוקת, ממשיך להנחות את הכנסת. לראיות לכך ראו, למשל, פסק-הדין של ברק.

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

שלושה שבועות אחרי החלטת הררי התקבל חוק השבות. לחוק לא צורפה התיבה "חוק יסוד" הגם שהכול היו ערים לשיבותו. ברייהודה (מפ"ס) הציע בדיון לשריין את סעיף 1 לחוק (הקובע את העיקרון כי כל יהודי זכאי לעלות ארצה) מפני כל שינוי בכנסת. בן-גוריון התנגד להצעה, על סמך החלטת הררי, שבה — לדעתו — נקבע כי לא יהיו חוקים מיוחדים ועליונים¹²¹. הצעת ברייהודה לא התקבלה. התיבה "חוק יסוד" אינה מצורפת גם לחוקים חוקתיים אחרים הנחקקים בכנסת הראשונה, כמו חוק האזרחות וחוק שיווי זכויות האשה. פעמיים בכנסת הראשונה עלות שתי נקודות הקשורות בהפעלת החלטת הררי: ראשית, האם ראשית הממשלה להגיש לדיון ולחקיקה חוקים שהם מבחינה מהותית חוקתיים, או שמא זהו תפקידה הבלעדי של הכנסת? שנית, האם ראוי שיוגשו "שברי חוקים", או שראוי שהדיונים בסוגיות החוקתיות ייעשו מתוך ראיית התמונה הכוללת? תומכי החוקה היו בעד ייחוד התפקיד לכנסת ודרשה כי תוכני החוקה יסופלו כמקשה אחת. שתי הסענות נדחו, ובפועל המשיכה הממשלה להגיש הצעות לחקיקה חוקתית ונחרה את מבנה החוקים לפי צרכיה המשתנים¹²².

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

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

¹²¹ ד"כ 6 (תש"י) 2036. בן-גוריון מבקש מבר-יהודה לא לפתוח מחדש את הוויכוח שהוכרע כבר בהחלטת הררי, ומזכיר כי הצעת האופוזיציה נפלה כי קיבלה רק 37 קולות. יש לציין, כי בן-גוריון אמר קודם-לכן שסעיף מסוג זה יעלה צורך לקבוע מנגנון-ביקורת על עמידה בתנאי הסעיף המשוורין וכי דבר זה ייעשה כנראה בידי בתי-המשפט, וזו אחת מטעמי התנגדותו לעליונות של חוקים ולנוקשותם.

¹²² כך, למשל, אבך הדיון בחוק תקופת הכנסת, תשי"א-1950, התלונן הררי על יוזמת הממשלה (ד"כ 7 (תשי"א) 219), ויאלו בן-אהרן ביקש כי תובא לכנסת "הצעת חוק מלאה, שתדון ביחסי הגומלין שבין הרשות המבצעת, בין הנשיא ובין הרשות המחוקקת. ובמידה יודעה מן ההכרח שהחבר יע גם ברשות המשפטית העליונה" (שם, בעמ' 223). ראו גם דברי ח"כ ברייהודה שדבריו מן ההכרח שהחבר יע גם ברשות כהונת נשיא המדינה, תשי"א-1951, ד"כ (תשי"ב) 174.

¹²³ ד"כ 10 (תשי"י) 58.

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

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

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

129 ד"ר 38 (תשכ"ד) 801.
 130 למגילת הזכויות ולהערותיו של קלינגהופר ראו מאמרו לעיל בהערה 120.
 131 ראו שם, בעמ' 137. קלינגהופר מסביר כי כאשר נבחר לכנסת בחתימת שנות השישים "עדיין רווחה הדעה, שבלטה בריכוז ההסטורי הגדול בכנסת הראשונה על הבטיה הקונסטיטוציונית בישראל — שאין מקום ואין צורך לקבוע חוקה כחוק עליון למדינה ובכלל זה אף חקיקה חוקתית לשיריון חירותי היחיד הינה מיתרת". בדיון המוקדם שהתקיים בהצעת החוק הפרטית שהגיש קלינגהופר בעניין מגילת-זכויות התנגד שר-המשפטים, דב יוסף מפורשות ובתוקף. הוא ציין גם כי לדעתו, אין לכנסת כוח להגביל את עצמה מפני שנינו חקיקה עתידית בכל רוב וכל הדבר שונה אם יש אספה מכוננת: ד"ר 38 (תשכ"ד) 789. ההצעה הורדה מעל סדר-היום ברוב של 35 נגד 21 קולות ב־1964. נראה כי השיריון של עקרון היסודית בבחירות נחפז כחריג מיוחד, וכי השיריון שלו נבע מן העובדה כי היתה הסכמה רחבה ביותר בעניין זה.

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

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

124 ראו דרישת השריון של משה סנה, ד"ר 21 (תשי"ז) 10, והתנגדות יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט (שם, בעמ' 30).
 125 ד"ר 23 (תשי"ח) 926.
 126 שם, בעמ' 927.
 127 ראו, למשל, עמדתו של חה"כ צדוק, שטען כי זוהי חקיקה לבטלה, שכן לכנסת אין כלל סמכות לכול את עצמה: ד"ר 27 (תשי"ט) 2961. ברור כי צדוק עצמו שינה את עמדתו יותר מאוחר, לפחות בכל הנוגע למגילת-זכויות. כאשר הוגשה הצעת החוק של ועדת החוקה בראשות בנימין הלוי לקריאה ראשונה ב־4.6.74, תמך שר-המשפטים דאז, צדוק, בשריון המגילה כלפי חקיקה עתידית של הכנסת. ראו גם עמדות דומות רבות המובאות בפסקה 37 לפסק-דינו של הש"י.
 128 אם כי לא ברור אם הכנסת סברה שהגבלה עצמית זו היא מושלמת, ויכולה להיאכף בידי בית-המשפט. בנוסף לעמדות המובאות בהערה 128 למעלה, ראו דברי יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט אונג, ושר המשפטים דב יוסף, ד"ר 40 (תשכ"ז) 2025.

הראשונה. לפי הצעתו של אקצין, מן העקיבים בחוקי הנוקשה כשיראל, לא תהיה ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת מעבר לסעיף 132. הצעת החוקה קובעת מנגנון מיוחד לתוקן החוקה: רוב של 61 בשתי הקריאות הראשונות ורוב של 72 או 80 ח"כים בקריאה השלישית. כמובן יש בה שתי הצעות חלופיות למנגנון אימוץ החוקה: אימוץ כל סעיף בקריאה ראשונה ברוב של 61, אימוץ כל פרק בקריאה שנייה באותו רוב ואימוץ כל החוקה כולה בקריאה שלישית ברוב של 72 או 80, או, לחלופין, אותו מנגנון בצירוף אישור במשאל-עם.

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

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

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

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

134 זמיר מונה, בפסקאות 2-1 לפסקדינו, את הטעמים לכך שהלכת ברגמן הצליחה להיקלט: היא לא הייתה מלווה הכרזת רמות, הדחיפות הייבה החלטה מהירה וקצרה ואפשרה התחמקות משאלות תיאוריות מורכבות וההחלטה נתתה מהסכמה רחבה בצבור, הגם שהייתה הפתעה גדולה מבחינה משפטית.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

144 ראו הייונים כסוגיה זו בחברת המיוחדת של עיוני משפטי י"ט (תשנ"ה).

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

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

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

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

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

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

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

142 ראו, למשל, נסים, שם, שם.

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

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

147 לתיאור התנועה הזאת, אהוד ברוב, דאו ספרו של ג' בכור חוקה לישראל: סיפורו של מאבק (1996).

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

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

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

146 אף במערכת הפוליטית העניין החוקתי היה לעתים קרובות משני לעניינים מהותיים, כגון ביטחון יחסי-חוקי. דיונים חוקתיים בכנסת מגלים מעטים רבות חוסר-עניין וחוסר-ידיע משותפים.

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

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

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

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

149. ט' פרייס "ביסמארק והמשפטנים" דבר 1.88.19.

150. ראו ח' צדיק "יש מוקדם ומאוחר בחוקה" דבר 1.88.15; א' פרוקציה "חוקה עכשיו?" הארץ 16.10.87.

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

בדרך של ביקורת שיפוטית על חקיקתה היא מהשימשה¹⁵². ממחקר זה עולה, כי מידת האמון של הציבור הישראלי בדינוריות הפוליטיות קטן ויש לו נטייה לחשוד בפוליטיקאים כי הם מושחתים ואינם פועלים למען האינטרס הכללי או להגנה על זכויות הפרט. לעומת זאת, בית-המשפט העליון נהנה מיוקרה עצומה, בין השאר מפני שהוא נתפש ככלם לשימוש-לרעה בעוצמה של השלטון.

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

152. ג' ברזילי, א' יערי-נוכטמן ו' סגל בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית (תשנ"ד) מגלים כי התמיכה הציבורית בבנין גבוהה, כי האמון בכנסת ובפוליטיקאים נמוך וכי ישנה תמיכה גבוהה בביקורת שיפוטית של בנין על הכנסת.

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

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

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

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

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

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

אולם מעבר למחלוקת המהותית בשאלה אם חוקה רצויה, העמדה השיפוטית הבוררה היתה כי שריין חוקה ועליונותה הוא עניין למחוקק לענות בו וכי בית המשפט אולם מציע דרך לפתרון בעיית הפגיעה בזכויות-היסוד שלהם. אחרים (כגון משה נבבי) נקטו עמדה נגד החקיקה המוצעת בשל העובדה שהיא מקבעת את כל חקיקת הביטחון, שהיא המקור החקיקתי העיקרי לפגיעה בזכויות-אדם בישראל.

157 לצד הכרזת "ישנותה" כאלה, כמו בבג"צ 188/63 בצול ג' שר הפנים, פ"ד יט"ו (1) 337, קובע השופט אלון חדי-משמעת כי אין לבית משפט בישראל סמכות להעביר ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת בהיעדר שריין מפורש (תגעת לארי, לעיל הערה 70, עמ' 555).

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

159 ראו, למשל, עמדתו של הנשיא שמגר בע"כ 1/88 ניימן ג' יו"ד יעוד הבחירות, פ"ד מב"ד (4) 177.

160 זו העמדה שלנדוי נקט בעקיבות החל בשנות השבעים ועד 1996 (ראו מאמרי הנזכרים לעיל בהערה 7 ובהערה 10; וכן מ' לנדוי "כוחו של בית המשפט ומבולותיו" משפטים י (תשל"ח) 196; וראוין עם מ' לנדוי הלשכה (ינואר 1995)).

משפטים כ"ח תשנ"ז

המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה:

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

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

החריגה הבלטת ביותר ממדיניות האיפוק השיפוטית כלפי ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בפסיקה היא זו שבוטאה בדעת-המיעוט של ברק בעניין תגעת לארי¹⁶³, ב-1990. שם מקבל השופט ברק את תורת הסמכות המכוננת כהסבר למקור כוחה של הכנסת להגביל את עצמה. באותו עניין הוא גם פותח חזית חדשה לגבי האפשרות לפתח באופן שיפוטי ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת. גם בהיעדר סעיפים משורריניים או חקיקת-יסוד. בעוד שהשופט אלון חודר באותו עניין על העמדה המקובלת שלפיה "אין אנו מהדהדים אחר מעשה בית המחוקקים בחקיקתו"¹⁶³, משמיע השופט ברק עמדה מורכבת יותר. ברק סבור, כי אכן בתנאים הקיימים אין מקום לביקורת שיפוטית כזאת, שכן התפתח מנהג שיפוטי לא להעביר; אולם המניעה אינה עקרונית תורתית, אלא תלוית-נסיבות. בהחלט ייתכן, כי יבשילו נסיבות שיאפשרו ביקורת שיפוטית שלפיה "בית משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה, גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק יסוד משורריין"¹⁶⁴. ביקורת שיפוטית על חוקי כנסת, הגם שאינם סותרים הוראת חוק-על כלשהי, כאשר הם עומדים בניגוד ל"עקרונות-יסוד", הוא רעיון מרחיק-לכת¹⁶⁵.

161 שמגר משאיר את השאלה בצורך עיין בבג"צ 889/86 בתן ג' שר העבודה הרווחה, פ"ד מא"ד (2) 540, 543.

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

163 תגעת לארי, לעיל הערה 70, עמ' 555.

164 שם, עמ' 554.

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

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

מגמות אלה של נכונות גוברת להאיץ את ההתפתחות של מהלך חוקתי שלם באמצעות הפסיקה ניכרות גם בכתבים חוץ-פסיקטיים. שופטים מכהנים החלו להתבטא בצורה ברורה בעד חוקה ומפתחים רמזים על האפשרות שבית-המשפט יטול תפקיד פעיל ביצירתה. כך, למשל, אומר ברק במאמר שפורסם בומונים בסוף 1987 כי לדעתו, רצויה לישראל חוקה כתובה ונוקשה עם ביקורת שיפוטית. הוא סבור גם, כי ניתן לפתח מוסדות אלה אצלנו בלי ליפול לפחם שבית-המשפט העליון האמריקני נפל בהם בחלק מהחלטותיהם¹⁶⁶. ישנה עמימות מסוימת במאמר לגבי השאלה, איך ניתן להגיע למצב ראוי זה? לכאורה חוקה כתובה ונוקשה היא עניין למחוקק לענות בו, אולם בהתבטאויותיו של ברק יש יותר מרמז כי תהליך יצירת החוקה מורכב יותר וגמיש יותר וכי יש בו שיתוף-פעולה לא ברור בין כל הרשויות¹⁶⁷. גם בספרו שיקול דעת שיפוטית מ-1987 מטפל ברק בפרשנות חוקתית כאילו היא למעשה פיתוח קיים של פרשנות

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

166 א' ברק "חוק יסודות המשפט והמורשת הישראלית" זמנים 26 (1987) 12, 19.
 167 ברק מדבר על תהליך "שינוי החוקה" שיצטרך להיות גמיש יותר מאשר באמריקה. האם מדובר כשינוי חוקה או ביצירתה? הוא מזכיר את מרבורי נ' מדיסון, שניתן שלשים שנה לאחר הכרזת-העצמאות. הוא לומד גיזרה שווה אלינו, שנמצאים בערך באותו מרחק זמן מהכרזת-העצמאות שלנו. ואכן — הוא אומר — המרבורי נ' מדיסון שלנו נכתב כימינו אלה. האומנם נשכח ממנו, כי שם היתה חוקה נוקשה ושלמה שאומצה כהלך פוליטי מיוחד ותגזי? ברק ממשיך: "הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת — כולן גם יחד — מניחות יזם-יים את היסוד למשפט החוקתי הישראלי. אנו מצויים בתקופת בראשית. אנו רק עתה בסיומו של "דור המדבר"... הנחת תשתית קונסטיטוציונית בריאה היא משימה של דורנו".

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

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

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

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

170 לתואר מפורט של העימותים ראו מאמרה של י' קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" — ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א' (תשנ"ג) 323.

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

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

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

משפטיים, ניתן לסכם את המצב מיד לאחר חקיקת חוקי 1992 בצורה הבאה:
(1) בית-המשפט קבע בעניין ברגמן, כי יתן תוקף להגבלה העצמית בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, בעניין שיטת הבחירות, כאשר החוק המאוחר לא נחקק ברוב הנדרש ואינו מתיישב מהותית עם החוק המקורי המשריין.

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

172 ומספר התיקונים שכבר הוכנסו בחוק זה יערי. גם ההסבר לכך חשוב לעניינו: א' לין "חוק יסוד הממשלה" ראיין משפט וממשל א (תשנ"ב) 165 מספר שיוזמי החוק חששו כי חוק-מסגרת, שלא אפשר עריכת בחירות נפרדות לכנסת ולראשות-הממשלה ללא חקיקה מפורשת נוספת, לא יחזיק מעמד אל מול ההתנגדות בכנסת.

173 לחיזור היוזמת האלה ראו, למשל, ריכזו החומר בספרו של ג' כבוד, לעיל בהערה 147. החוק עבר קריאה שלישית ב-18.3.92. כעוד הצביעו 55, נגדו הצביעו 32, נמצע ר-32 נעדרו.

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

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

ב. המהלך החוקתי 1992-1996

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

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

175 ברק מזכיר, כי מדובר ג' מדיסון ניתן שלושים שנה לאחר חקיקת החוקה שם. אולם בארצות-הביית עדיין יש כיום, למעלה ממאתיים שנה לאחר החוקה, מחלוקת לא-קטנות לגבי הדוקטרינה שנקבעה שם לגבי ביקורת שיפוטית וחקיקה. ראו, למשל, הספר החדש של *Clinton, Marbury v. Madison* and *Judicial Review* (Kansas, 1989).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

כבר בדין ראשון זה מופיעות שתי עמיויות שתתגבשנה ותתפרשנה לאחר-מכן: ראשית, לא ברור אם "מהפכת זכויות האדם" חלה רק על הזכויות המנויות במפורש בחוקי-היסוד או שהיא כללית לכל זכויות האדם. שנית, לא ברור אם חוצר החקיקה של 1992 הוא שלב חשרב במהלך חוקתי ארוך, או שחשיבותו כה גדולה עד שניתן לומר כי לאחריו יש כבר לישראל חוקה ממש. אם הקריאה השנייה נכונה, לא ברור מהם תוכני החוקה הזאת ומיזן הם נשאבים: מחקיקת היסוד המשוריינת? מחקיקת היסוד בכלל? מהניל ומעורקות-יסוד¹⁸²?

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

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

181 שם, בעמ' 13.

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

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

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

מביא לכלולו של חוק יג'ל, הסותר חוק יסוד (משורייני) "עמ' 16). בהמשך הוא מזכיר את הלכת בית-המשפט בעניין המעמד היג'לי של חוקי-יסוד לא-משורייני ומביע את הסתייגותו (עמ' 17). בסיום המאמר הוא כותב:

כבר המשימה המוטלת על שופט בחדרה דמוקרטית בכל מקום בעולם. כבר במיוחד המשימה המוטלת על שופטי ישראל. המדינה נמצאת במאבק על קיומה. החברה נמצאת במאבק על זהותה. המשטר נאבק על מהותו. כתגים אלה קיימת נטייה להקצנה ולהתרחפות. קיים חשש של פגיעה בעקרונות יסודי. על רקע זה חשובה אותה לעקרונות היסודי. החדשה, אשר יצאה מן הכנסת ואשר הגבילה את הכנסת, וכפפה אותה לעקרונות היסודי. מעתה, בית-המשפט יוכל לא רק לפרש חוק הנוגד את עקרונות היסוד, אלא גם להצדיק על כטלותו. בכך העניק העם לשופטי מכשיר רבי-עוצמה. עתה, משנתן לנו העם את הכלים — נעשה את המלאכה (עמ' 35) (הדגשות שלי).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

העמילות לגבי רוחב הפריסה של החוקים החדשים נשאות בעיניה, אך ההדגשה נשאת על השינוי המהותי ביחסי הכנסת ובית-המשפט ובסמכות כיסול חוקים הנובעת ממנו¹⁸⁸.

(2) חקיקה והמערבת הפוליטית. במאוס 1993 התפרסמה הצעת חוק יסוד: חקיקה, במטרה לסיים את המהלך החוקתי הכולל. בהצעה זו אין בית-משפט לחוקה, אולם נקבעת עליונותם של חוקי-היסוד ושיוון גורף שלהם, יחד עם קביעה כי חוקי-יסוד חדשים יתקבלו ברוב הדרוש לשינויים¹⁸⁹.
הזדמנות מאירת-עיניים לבחון את המצב במערכת הפוליטית ניתנת בזמן הקריאה הראשונה בהצעת החוק הפרטית שהוגשה על-ידי דן מירדור ובנימין בגין במטרה להוסיף לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, את סעיף הנוקשות שניתנה ב-1992 על חודו של קול¹⁹⁰. העמילות שליוותה את מעמדו ומשמעותו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ממשיכה גם כאן. בגין ציין, כי זהו אחד החוקים החשובים שהכנסת חוקקה, שכן הוא מאפשר לבדוק לפני חקיקה עתידית. אולם מיד בהמשך הוא ניסה להרגיע את חברי-הכנסת מפני אוכך השליטה שלהם בחקיקה והעיר, כי אף אם יתברר שחוק מסוים אינו עומד בדרישות חוקי-היסוד, ניתן יהיה לחזור ולשנות את האחרון¹⁹¹.

כך כלום. שכן פרשנות חוקים, ככלל, וחוקי-יסוד, בפרט, יהיה נעשית מאז ומתמיד לפי עקרונות זכויות האדם וחוקי-היסוד (הערה 97).

188 ברק מתאר את הכוח לבטל חוקים כ"נשק לא קונבנציונלי" וממליץ על זהירות בשימוש בו (שם). עם זאת, ההדגש שלו שונים לגמרי מאלה של זמיר, הסבור למשל, כי חקיקת חוקי-היסוד אכן ההחובה את גזירת הביקורת השיפוטית (ומסתמך קביעה זו על ברק, לעיל בהערה 3), אך זו נשארה עדיין כגדר חריג בשיטת השראלית (זמיר, לעיל בהערה 140).

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

190 ההצעה הופיעה בה"ח תשנ"ב 273, והדין בכנסת החקיים כיום 2.8.93.
191 ד"ר כ' 2.8.93, עמ' 7178. בגין הדגיש, כי זהו חוק טוב ומאוזן, כי היתה לו הסכמה רחבה וכי דווקא לכן יש להגן עליו מפני שינוי מודמן ומחפטי. הוא הזכיר לחברי-הכנסת יצחק לוי ורביץ, המחזיקים על שדריין החקיים בשעה 11 כלילה, בנוכחות רלה מאוד של חברי-כנסת, כי המחטף המבוקש יכול להיות גם החקיים "יהודית" מתיאור המדינה בחוקי-היסוד. בכך הוא ניסה לטעון כי האינטרס בשריון החוק חוצה את כל המפלגות והאידיאולוגיות. נימות דומות עולות גם מחברי הסיעה של המגיש השני, דן מירדור. מירדור הסביר את ההצעות התיאורטיות לחקיקת חוקה, ככלל, ולהגנה על זכויות פרט מפני רוב או אף מפני שינוי מחפטי, בפרט. לטענתו, הגם שהנוכחות של חברי-הכנסת דלה, יש רוב עצום בכנסת לחוק הזה חוזה המציאות הפוליטית האמיתית. מירדור הסכים, כי ישנן פישנויות

יצחק לוי, שניסה להביא לקיום דיון בהוכר רחב יותר, מסביר כי מפלגתו התנגד להצעה, הגם שתמכה בחקיקה ב-1992; שכן בינתיים פורסם מאמרו של ברק הכולל פרשנות ל"מדינה יהודית ודמוקרטית" המרוקן מתוכן את המרכיב היהודי שאינו גם אוניברסלי. לפי פירוש זה, אם תהיה נוקשות של החוק, לא תוכל בעתיד להיות חקיקה הנית שלא יהיה לה רוב של 61 חברי-כנסת. מכיוון שכך, התנאים לפשרה של 1992 כבר אינם קיימים וראוי לנהל את הדיון הזה במסגרת הצעת השריון הכללית של חוק יסוד: חקיקה, ולא בדיון נפרד ומחפטי בחוק יחיד-192. הה"כ יהלום מעלה את הבעיה הכללית של שריון על-ידי רוב קטן מבחינת הדמוקרטיה. הה"כ רביץ הוא הבוטה ביותר: הוא מבטא אכזבה מהטיפול שקיבלו חוקי-היסוד בבית-המשפט, למשל, בעניין הבשר הלא-כשר המחייב עתה תיקון של חוק יסוד: חופש העיסוק, ברוב מוחץ. הוא קורא לתת לכנסת הזדמנות לבדוק את הטיפול של בית-המשפט בחוקי-היסוד החדשים ומציין, כי המפלגות החזקות תמננה חקיקת מגילת-זכויות האדם, ואולי גם את חוק יסוד: החקיקה¹⁹³.

גם תומכי החוק הסכימו, כי ישנה בעיה של ממש בכך שמספר קטן של חברי-כנסת משריין חוק ודורש לשינוי רוב של 61. אולם הם סבורי כי ניתן יהיה לקבל רוב מיוחס בקריאה השלישית ובכך להעמיד דברים על תיקונם הריבוי¹⁹⁴. פורמלית, הם טוענים כי שריון על-ידי כל רוב מספיק בגלל חזרת שני הכובעים, שכן הכנסת כרשות מכוננת יכולה בכל רוב להגביל את הכנסת כסמכות מחוקת. אצל חלק מחברי-הכנסת נראה כי תועלתו של השריון, המגן מפני שינויים, אינה חלה רק על חומר חוקתי ממש או אף על חומר הנוגע להגנה על זכויות האדם¹⁹⁵. אחרים מצביעים על שריון לא-חוקתי כעל עניין מסוכן דווקא.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

בשר לא כש-199. יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט, חה"כ צוקר, הזכיר לכנסת כי היא פועלת כתפקידה כסמכות מכוננת.

השופט ברק כתב לוועדת החוקה מכתב גלוי בעניין חיקוני החוק המוצעים. הוא הדגיש, כי כוונתו היא לעסוק רק בתחום המקצועי ולא בתחום הפוליטי, והמליץ להאחיד את חוקי-היסוד ולנהוג בהם כבחלקי חוק-200. עיקר המלצותיו של ברק התקבלו. בעיתונות נמתזה ביקורת, מטעמי הפרדת רשויות, על שברק מתערב שלא כהלכה בעבודת החקיקה. בכנסת התקיים דיון בהצעות לסדר-היום, שבהן הובעה המיכה בהסתמכות על הערות מקצועיות בעבודת החקיקה²⁰¹.

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

199 ס"ח 104. נתקבל ב-15.3.96.

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

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

202 ברק, פרשנות חוקתית, בעמ' 560-559.

203 שם, בעמ' 301-307. לפי ברק, המשמעות של השינוי תלויה בטיב המודל שאומץ: מודל עצמאי

הפוך את עקרונות הכרזת-העצמאות לקני-מידה ישירים שניתן לגזור תוקף של חוקים או בטלוחם.

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

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

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

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

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

205 שם, בעמ' 37. בעוד שהערה מפורטת מסבירה את הכיסוס לקביעה כי ישראל היא "דמוקרטית", אין כל הסבר לחיבורה של ישראל כדמוקרטיה "חוקתית". יצוין, כי ברוב המקורות הבינלאומיים ישאל ממונת יחד עם אנגליה כמדינה שאין בה חוקה. ראו, למשל, המקרה ההשוואתי של Lijphart, supra note 20. יתכן כי השימוש הזה אצל ברק מתייחס רק לחוקתיות מהותית כמובן שבו גם אנגליה היא "מגונית חוקתית". אבל אם זה המובן של "חוקתיות", העמדות של ברק לגבי היחסים בין הרשויות אינן יכולות לנבוע ממנה.

206 ברק, פרשנות חוקתית, בעמ' 38.

207 שם, בעמ' 64.

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

209 ראו, למשל, א' ירון "המהפכה החוקתית במיטת בישראל", משפטים כג (תשנ"ד) 55.

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

תיאורטי ומגיעה למסקנה, כי אין לבטל את החוק. השופט טל מצטרף למסקנה זו²¹¹. בעניין שדולת הנשים, שהוכרע על סמך פרשנות הודאת חוק, מתבסס השופט מצא גם על הקביעה כי הזכות לשוויון עוגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בעוד שהשופט זמיר מסתייג. יתירה מזו: חוקי-היסוד "מושכים אש" הגם שבניתיים לא הסתמכו עליהם לבטל חוקים, כמו, למשל, בעניין דילוביץ²¹².

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

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

211 בג"צ 878/94 כלל כהנה לביטוח נ' שר האוצר (טרם פורסם). עמדתו של השופט דב לין אינה מגלה מודעות ללקחים שנלמדו בארצות-הברית מניסיון של בית-המשפט להעביר תחת ביקורת

חוקתית מדיניות כלכלית ומשקית. מעניין, כי פסק-דין זה לא זכה לעיון ממש בעת נתינתו, הנום שהייתה זו הפעם הראשונה שבה הציע שופט בבית-המשפט העליון להשתמש ב"שקל הלא-קונבנציונלי".

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

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

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

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

271

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

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

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

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

217 לתיאור תמציתי של פסק-הדין ראו משפט וממשל ג' (1996) 678-669. תמצית פסק-דין הן תמיד דבר מסונן, והדבר חל בחינת קלי-ז'וזמר על המצית של פסק-דין בהן אורך ומורכב. בתמצית זו כמה אי-דיוקים חשובים (למשל: בהכללת הסמכות המכוננת של הכנסת כחלק מן ההלכה או תיאור מנגנוני השנייה של חוק. שתי הסוגיות לא היו צריכות להכרעה במקרה).

218 לדברים מסכימים שמגר וברק, וברק מכניס אותם לפסקת הטיכום שלו (108), שאליה מצטרפים עוד ארבעה שופטים (כך, מצא, רב לזין ומרד).

בהחלטה בעניין ברגמן. השופט דב לזין מקבל את עמדתו של ברק הן לעניין המהפכה הן לעניין הסמכות המכוננת ומכניס אף את המעמד העצמאי של הכרזת-העצמאות לפסק-הדין. השופט בן אינו רואה הבדל מעשי בין גישותיהם של שמגר וברק.

הנשיא שמגר מבטא עמדה, כי הביטול של חוק ההסדרים על-ידי בית-המשפט המחוזי היה חפוז ולא עמד בדרישות המקובלות לבדיקה חוקתית (הכוללות, למשל, מנגנוני סינון ומיון של טיעונים חוקתיים)²¹⁹. אין נימה דומה בגישתו של הנשיא ברק²²⁰.

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

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

219 פסקאות 87-89.

220 להלן: ברק אומר, כי "החלב לא מטע" בהחלטה אם הפגיעה אינה עולה על הנדרש ובין השאר סבר, כי היא עומדת בדרישות רק מפני שבגלל החידוש טענה לא הוצגה חשיונות עוברתת מספקת (פסקה 107).

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

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

חוקי-היסוד ולרעיון של ביקורת שיפוטית על-ידי בית-המשפט העליון כבית-משפט לחוקה היו מרכיבים בהיערכות לקראת בחירות 1996.

במאס 1996 פג תוקפה של "תקופת החסר" לפי חוק-יסוד: חופש העיסוק, שתוקן. נסיבות לתקן את החוק נכשלו בשל דרישת הרוב של 61, ובשל הסתככות המשא-ומתן בקשר להמשך החקיקה החוקתית. החקיקה הקיימת כולה נעשתה פתוחה לתקפה חוקתית מטעמים של חוסר התיישבות עם חוק יסוד: חופש העיסוק. ואכן, לבית-המשפט הוגשו כמה עתירות בנושא זה. לפחות במקרה אחד דחה בג"ץ את העתירה בלי להיכנס לגופה בקביעה כי בשל פיזור הכנסת והבחירות חל על כל החקיקה הקיימת דין רציפות של תקופת מעבר בין הכנסות.

(9) לפני הבחירות הוגשו לבית-המשפט שתי עתירות הנוגעות להן: הופנוג'223 ומרכז השלטון המקומי'224. הראשונה עסקה במימון מפלגות, והשנייה — בחוק שאסר על כהונה בכנסת ובראשות עירייה או מועצה מקומית והחיל הסדר זה כמועדים שונים על ראשי-עיריות מכהנים בכנסת היצאת וראשי-עיריות המתמודדים לראשונה. בשני המקרים נטען, כי הדבר סותר את הזכות לשוויון מכות חוק יסוד: הכנסת. בעתירה השנייה נטען גם, כי הדבר סותר את הזכות לשוויון מכות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שתי העתירות נדחו. בעניין מרכז השלטון המקומי הושפט חשין אכן מציע לפעול לפי הלכת ברגמן ולבטל את החוק. לדעתו, זהו כדיוק סוג המקרה שבו חייבים למנוע מן הכנסת לתת טובות-הנאה ייחודיות לחבריה. לעומתו, הושפט זמיר סבור, כי הפגיעה בשוויון לא הוכחה והוא משמע אזהרות כלליות לגבי טענות על חוקתיות חוק'225. בעניין הופנוג מתייחס הושפט ברק במפורש לשינוי שהוכנס בבריקת פגיעה בשוויון על-ידי חוקי-היסוד החדשים. עתה נכנסת לתמונה גם חומרת הפגיעה, ובית-המשפט לא יתערב כאשר פגיעה זו מוצרנית.

(10) לאחר הבחירות, ביוני 1996, פורסם פסק-דינו של בית-המשפט, בהרכב של שלושה-עשר שופטים. בעניין זנדרבג'226. הטענה החוקתית היתה, כי חוק תשרי שהכשיר רטרואקטיבית העלאת אגרות טלוויזיה אינו מתיישב עם חוק-היסוד, שכן הוא

223 בג"ץ 3434/96 הופנוג נ' יו"ד הכנסת (טרם פורסם).

224 לעיל, הערה 92.

225 זמיר מתייע על המנהג הנפוץ לתקן את חוקיהם של חוקים, כאילו התנהגה היא שכל חוקי ישראל עומדים בסמך-שאלה.

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

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

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

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

(12) בסוף נובמבר 1996 פורסם פסק דינו של בית-המשפט בעניין מיטראל'227. בית-המשפט, בהרכב של תשעה שופטים, דחה את העתירות נגד חוק הבשר. טענות העותרים היו, כי החוק פוגע לא רק בהוראות פסקת ההגבלה, אלא גם בעקרונות-היסוד של חוק יסוד: חופש העיסוק וכי על פגיעה כזו לא חלה פסקת ההתגברות. כמו-כן הם טענו, כי החוק פוגע גם בזכויות המנויות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובו אין כלל מנגנון של התגברות. בית-המשפט, מפי הנשיא ברק, קובע, ראשית, כי פסקת ההתגברות אכן מאפשרת למחוקק לחוקק חוק הנוגד את פסקת ההגבלה, בלי לשנות את חוק-היסוד עצמו ואת מעמדו העל-חוקי. לפיכך חוק הבשר הוא תקף. הוא ממשיך וקובע, כי אין צורך להכריע אם פסקת ההתגברות חלה על עקרונות-היסוד, שכן אף אם היא חלה

227 בג"ץ 4678/94 מיטראל ואח' נ' כנסת ישראל ואח' (טרם פורסם). הישיבה התקיימה ב-1.5.95.

תסקי-הדין ניתן ב-25.11.96. גם כאן, כמו בעניין זנדרבג, נכתב פסק-הדין בידי הנשיא ברק, והשופטים האחרים הצטרפו אליו ללא תוספות.

חלק שלישי: "המהפכה החוקתית" – סיכום ביניים

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

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

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

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

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

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

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

229 כגון עזריה של האגודה לזכויות האזרח לבטל הוראות מפקדת העיתונות המבטלות חירותם של אנשים להוציא עיתון או לערוכה, עזריה של האגודה לזכויות האזרח ושל סטגורים צבאיים לבטל סעיף כחשיע המאפשר מעצר חייל לפני הבאתו לשופט לתקופה הארוכה מוז של אזרח, ועתירות כנגד הארכת ההסטר המחייב של חברות-הכיסות עם "אבנר".

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

א. האם אפשרות חוקה טובה בישראל?

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

1. האם נחוצה חוקה נוקשה בישראל?

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

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

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

²³⁰ פסקה ה. בעיקר פסקה 3n.

²³¹ שתי קבוצות-המיעוט האלה גולות מבחינה דמוגרפית מזה יותר מקבוצת-הרוב. העלייה ממדינות חבר-העמים שינתה את התמונה במקצת, שכן היא חילונית מובהקת. והמרכיב הלא-יהודי בה אינו ערבי.

²³² לתיאור השסעים בישראל ראו, למשל, ד. הורוביץ ומי. ליסק מצדקות באוטופיה (1992).

בישראל יוצרים גם חשש של נישואי-תערובת והתבלולות. כללית יש לנו מצב שלתוכנו בנויה סכנה מוחשית של פגיעה בזכויות: הערכים עלולים להיחפש בעיני יהודים רבים כאויב, כאיום וכמתחרים על נכסים. מכיוון שהם מעוטר בישראל, חשוב להגן עליהם מפני חקיקה של הרוב²³³.

באוכלוסייה היהודית עצמה יש רוב גדול מאוד החפץ במדינה יהודית, אולם ניטשת מחלוקת עמוקה על משמעותה של יהודיות זו. ישנם השואפים להגיע למדינת הלכה או לפחות למדינה שתהיה קרובה למדינת-הלכה במידת האפשר. אחרים רואים בזהות היהודית עניין לאומי-חילוני ורוצים במדינה שהעם היהודי — אשר רוב בניו כיום אינם שומרי מצוות — יוכל לממש בה את זכותו להגדרה עצמית. מתחם אלה יוצרים קשיים מגוונים: חשש של המיעוט הדתי לאפליה בהקצאת משאבים ובהכבדה על אורת-החיים הדתי, מצד אחד, וחשש של הרוב החילוני מפני כפייה דתית, מצד אחר. במקביל מתנהל דיון מתמשך על אופי הפהסיא בישראל, ובעיקר על מנגנוני ההשתתפות וההצטרפות ליהדות. בין הקבוצות אין מחלוקת לגבי מי שנוהך יהודי או מוכר כיהודי לפי ההלכה. הבעיה היא ההתייחסות למי שרוצה להצטרף לעם היהודי ולמדינתו. האורתודוקסים עומדים על כך, שקנה-המידה יהיה דתי וכי בקביעת הזהות הדתית יהיה מנופולין לרבניהם. חילונים מוצהרים היו רוצים מנגנון אורת-חילוני, ובתוך מושמעת תביעתם של זרמים לא-אורתודוקסיים ל"פלורליזם דתי". אחת מן הפשרות הממשיות בין דתיים לחילוניים בישראל היא מסירת מנופולין בנושאי נישואין ונידושים לבתי-הדין הרבניים, עם ההשלכות הקשות של מצב זה על שומרי מצוות ואחרים כאחד²³⁴.

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

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

233 מפעם לפעם מתפרסמים מקימים מדיאנים על עמותת הציבורי לבני זכויות ערבים בישראל. לאחונה, חודשים האחרונים של 1996, נמסר כי שני שלישים מן התלמידים אינם סבורים שיש להעניק שוויון זכויות לערבים בישראל.

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

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

2. האם אפשרי אימוץ חוקה שלמה, עליונה ונוקשה?

כדי לאמץ חוקה לא די בכך שישנם טעמים של מוסר פוליטי המצביעים כי יש בה צורך. כאמור, בישראל קיימים טעמים כאלה הן בתחום זכויות האדם הן בתחום הסדרי חלוקת הכוח הפוליטי. כדי שחוקה תוכל למלא את תפקידיה היא חייבת להישען על תמיכה רחבה, ועובדה זו צריכה להיות ברורה ומקובלת בה. תמיכה כזאת צריכה לבוא הן מטעם מרכזי הכוח הפוליטי עצמו הן כדרישה של הציבור הרחב שהחוקה אמורה להגן על האינטרסים שלו. כפי שראינו, בישראל אין הסכמה רחבה במערכת הפוליטית על הצורך בחוקה נוקשה ועליונה ואין לחץ ציבורי של ממש בכיוון זה.

הצורך בחוקה נוקשה ועליונה ואין לחץ ציבורי של ממש בכיוון זה. בפועל, נוכחותם של השטעים הדורשים חוקה היא שגרמה להעדרה של המערכת הפוליטית שלא לקבל חוקה. ההעדרה הפוליטית היתה לטפל בשטע הפנים-יהודי בדרך של משא-ומתן ושל פשרות; ואילו בשטע הערבי — לטפל בדרך של החלטות חרי-צדיות, יצירת עובדות בשטח ומנגנון קבלת החלטות רובני²³⁶. גם המדיניות הכלכלית

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

236 בגביון, לעיל בהערה 43, אני מציגת את חוסר הסימטריה בין שני השטעים: לשטע הפנים-יהודי כוללות גבוהה הרבה יותר בפוליטיקה הישראלית, לרבות במהלך החוקת, מאשר לשטע בין יהודים לערבים. הגיעו דברים עד כדי כך, שבסקירות חיצוניות משמות השטע היהודי-ערבי כולל אינו מוכר; כך, למשל, בסקירה של 20 supra note על Lijphart, דמוקרטיה מתוארת ישראל כחברה הומוגנית במובן שאין בה קבוצת מיעוט מוגדרת על בסיס של תרבות או שפה של 20% או אף 10%. אך בחברה "פלורלית" בשל השטע בין דתיים וחילוניים.

המדיניות החברתית הושארו בעיקרן מחוץ לתחומם של בתי-המשפט ובמסגרת המערכת הפוליטית, לטוב ולרע²³⁷. המשא-ומתן בענייני דת ומדינה, כמו גם חלקים מכריעים של סדר-ידיעיות, נקבעו במסגרת המערכת הפוליטית. בתי-המשפט פיתחו הגנה על זכויות האדם כעקרונות פרשנות. ברוב המקרים המחוקק הראשי לא נזעק לתקן חוק כדי לסכל את הקיום ארוך-הטווח של ההכרעה השיפוטית²³⁸. במקרים אחרים הכנסת הגיבה על פסיקות בית-המשפט בשניו החוק²³⁹.

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

חשוב לזכור, כי קשיים כאלה אינם מיוחדים לישראל. יחידה מזו: לטעמים פוליטיים ואינטרסנטיים אלה מצטרפים קשיים מבניים כלליים בפני מפעל של חקיקת חוקה²³⁷ בית-המשפט נקט עמדה פסיבית בנושא האינטגרציה בזינון הן כאשר היה מדובר בכפיית האינטגרציה הן כאשר מדובר בפתיחת אוזני רישום והגבלה. בית-המשפט כמעט שאינו מתחבא בנושאים של מדיניות חברתית.

238 לא הייתה תגובה חקיקתית על ההחלטות בעניין בג"צ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד (1) 399 או בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי-הסוהר, פ"ד (3) 294, הגם שניתן להניח כי הכבידו על השלטונות. יותר רלבנטי לענייננו: לא הייתה תגובה חקיקתית על פסיקת בית-המשפט בעניין כניסת נשים למעצרות דתיות (בג"צ 153/87 שקדיאל נ' שר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221) ולמרות חקיקת חוק הסמכה לגבי פתיחת בתי-קולנוע בשבת בעקבות החלטתה של פרוקציה בתי"פ (י"ס) 347/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פסי"מ תשמ"ח (ב) 265, לא נעשה מאמץ לאסור פתיחת בתי-קולנוע בירושלים. כמרבן החוק לא שונה בעקבות פסיקת בית-המשפט, המכירה בנייר לא-אורתודוקסי כחוק"ל (בג"צ 230/86 מילר נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 436; ובג"צ 264/87 התאחדות ספרדים שומרי תורה נ' מנהל מיתחל האוכלוסין, פ"ד מב(2) 727).

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

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

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

3. האם החוקה המתגבשת טובה?

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

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

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

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

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

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

242 לא לגמרי ברור אם עמדתו של לנדי לגבי חוקה לישראל נובעת ממעמים עקרוניים נגד חוקה או מהערכתו, כי המחלוקת בישראל כה עמוקה עד שאין סיכוי לקבלת חוקה טובה, שתהינה מרמה סבירה של הסכמה רחבה ואשר האפשר הפעלת ביקורת שיפוטית ללא חשש פוליטיזציה מוגזמת של

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

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

השופטים. עמידת דומה קיימת לגבי הערות ביקורתיות על רעיון החוקה. הביקורת השיפוטית המהלך החקתי בישראל, שהושמע לאחרונה מפי לבונטין (א' לבונטין "יהודית דמוקרטית" – דהרורים אישיים", עיוני משפטי (תשנ"ה) 521).

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

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

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

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

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

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

להכניס סעיף התגברות כללי לכל חוקי-היסוד, שכן הדרישה הזו בעייתית דווקא מבחינת המדרג הנורמטיבי: הבה נניח, כי עמדה זו היתה מתקבלת בעניין ברגמן. נראה, כי עולה ממנה כי חוק התשרי לחוקי הבחירות ומימונו, חייב היה להופך כולו לחוק-יסוד? במקום להתקם לקראת מצב של מיפוי וסינון, כך שחוקי-היסוד יכלו רק עקרונות, תביא דרישה זו להרחבת קבוצת חוקי-היסוד לכל החוקים המאוחרים שיש חשש כי הם עומדים בסתירה לחוק יסודי! דווקא בנושאי זכויות-אדם תוצאה זו בלתי-נסבלת, כי כל חוק "סותר" (כמו חוק הבשר) יצטרך להיות — כהיעדר סעיף התגברות המאפשר זאת — חוק-יסוד. שנית, ישנם חוקי-יסוד קיימים שמבחינה ציבורית ופוליטית אסור — לפחות, לדעתי — לשריינם, כגון חוק יסודי: ירושלים בירת ישראל²⁴⁶. שליטת, השריון הגורף לחוקי-יסוד ולא לחומרים אחרים ייצור אנמליה בין חוקי-היסוד לחוקים חוקתיים אחרים²⁴⁷. רביעית, הצורך להימנע מהסדרת ביקורת חוקתית מיוחדת, בשל המחלוקת העזה, תחייב שביקורת שיפוטית תילמד ישירות מעליונות החוק, כמו בארצות-הברית. במצב כזה לא ברור, שניתן לייחד את הביקורת השיפוטית על חוקי כנסת לבית-המשפט העליון דווקא. ולבסוף, שריון גורף לחוקי-היסוד שיתקבל ברוב רגיל הוא בעייתי הן מבחינת ההצדקה הן מבחינת תחושת השייכות והנאמנות.

ולסיכום: בטיעון מסדר ראשון אכן נחוצה בישראל חוקה נוקשה, עליונה ושלמה. אולם בגלל היעדר ההסכמה, ראוי לגשת לחקיקתה של חוקה כזאת מתוך דיאלוג ומתוך הליך חקיקה שביטח מחויבות והסכמה רחבה²⁴⁸. דיאלוג כזה אפשרי רק אם לכל המשתתפים תמריץ אמיתי להגיע להסדר חוקתי. תמריץ כזה יכול לנבוע מכוח או מתחושה של כל הקבוצות, כי חוקה כזו עשויה לשפר את מצבם. אם נעשית חוקה נוקשה ועליונה בתנאים כאלה, או כאשר היא נכפית על החברה או המדינה מבחוץ, סביר להניח כי ביקורת שיפוטית של בית-משפט חוקתי חזק היא יסוד חיוני בהסדר החדש. זה היה המצב הן בגרמניה לאחר מלחמת-העולם השנייה הן בחוקה החדשה של דרום-אפריקה: כל הצדדים ראו בקיומו ובעצמאותו ערובה לזכויותיהם. במצב כזה

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

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

248 לא ברור, כי ישראל כשלה לתת מקום שווה בדיונים על חוקה לרעבי ישראל. למרות זאת ניתן לטעון, כי רעבי ישראל ייתנו מחוקה, שכן היא תגן, לפחות במידומה, על זכויות המיעוטים. לכאורה זהו טיעון בעצ חוקה, גם אם לא יותאף הערכים בניבוייה. הגם שיתכן כי הדבר נכון, אני חוששת כי מהלך חוקתי כזה רק יחזק את הנטייה הקיימת בלאו הכי לעשות דה-לגיטימציה של שותפות אחרת של הערכים בישראל.

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

ב. המהלך החוקתי והשיח החוקתי

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

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

249 זמיר ממקם את רגע המהפכה בבג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כגז (1) 693, לא בחקיקת חוק יסודי: הכנסת, ששריין את סעיף הבחירות.
250 שאלה מעניינת היא, האם ראוי כי בשלב מוקדם זה ייעשה הניחוח הפרשני על-ידי שופט, העשוי לשבת בדיון ולהכריע בשאלות של פרשנות החוק? לסוגיית חלוקת העבודה בין משפטים אקדמיים למשפטים מעשיים, לרבות שופטים, ראו מ' מאוטנר "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי הדין ובחי המשפט" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ב-תשנ"ג (א רון צבי, עורך) 1.

מסגרת השפה, ההמשגה והניתוח שלנו הם כלי-העבודה החיוניים שלנו להבנת המציאות ולהערכתה. ההערכה של המהלך ושל אופן הצגתו חלווה אפוא בשילוב של שתי הערכות: הערכה עניינית על הכיוון הרצוי של ההתפתחות החוקתית ומקומו של המהלך בהתפתחות זו והערכה על הארדוקוטיות של השיח החוקתי ועל תוצאות השימוש בו. בשל מסקנתי לגבי הכיוון החוקתי הרצוי אין לי קושי לטעון כי קריאה זהירה ומצמצמת של המהלך החוקתי, ללא מרכיבי השיח החוקתי, נכונה יותר הן מבחינת היחס בין תורת-המשפט למשפט הפוזיטיבי הן מבחינת התיאור של המציאות החוקתית העכשווית הן מבחינת התפקיד השיפוטי הן מבחינת הכיוון הרצוי של המהלך החוקתי. לגבי אלה התפיצים בהשלמת החוקה במחווה הקיים, השאלה הטקסטית נהיית מורכבת יותר: שכן לשיח החוקתי יתרונות רבים, אך גם מחירים לא-קטנים. אטען, כי גם מבחינת נקודת-מוצא זו אני קוראת את ניסיון ארבע השנים הראשונות כאומר שנוקדי של השיח החוקתי עולים על תרומתו. מוטב היה לבית-המשפט, מתחילת הדרך, לאמץ את הקריאה הטנטטיבית והזהירה יותר של חוקי 1992.

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

1. סמכות מכוננת לכנסת?

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

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

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

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

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

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

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

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

251 חלק ראשון, פסקה ה'.

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

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

לטעמי, ברק אינו מצליח להראות כי ישנה הסכמה רחבה בשאלת הסמכות הנמשכת של הכנסת לחוקק חוקה שלמה, עליונה ונוקשה, לישראל. כפי שראינו, בפועל היתה החלטת הררי עמומה בדיוק בנקודה זו ובכוונת מכיוון. בצד אלה שטענו, כי יש לכנסת סמכות מכוונת וכי היא פועלת מכוונה בחקיקת חוקי-היסוד, היו אלה שסברו כי אין לה סמכות כזאת וכי חוקי-היסוד הם חוקים רגילים, היכולים להיתפש כפרקים בחוקה עתידית, שרעג אימוצה, אם יבוא, שונה מרגע חקיקתם של חוקי-היסוד. עממות זו נותרה בעינה עד עצם היום הזה. גם מי שתמך בשריין חלק מחוקי-היסוד, כגון מגילת-זכויות האדם, לא היה מחויב בשל כך לתורת הסמכות המכוונת דווקא. כאמור, גם מי שתמך בחורת הסמכות המכוונת (כמו קלינגהופר) לא התחייב בשל כך, אוטומטית, לתפישו כי מותר לכנסת לשריין חוקים ברוב רגיל, או שחקיקת חוקי-היסוד, אף אם הם משרוריינים, היא שוות-משמעות לאימוצה של חוקה.

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

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

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

טוב של המציאות החוקתית בישראל ואם הן מחייבות להגיע למסקנה השוללת את כסוי הרוצן הפוליטי הזה של הכנסת, הרי זה טעם חזק נגד אימוצו! את הנשיא ברק ניתן להרגיע: דחיית חורת הסמכות המכוונת אינה עליונות המפעל החוקתי כולו²⁵⁶. עובדה כי הנשיא שמגר, הנוקט עמדה של עליונות המפעל החוקתי, אינו מחזיק בחורת הסמכות המכוונת. יתירה מזאת: גם לדעת חשין חוקי-היסוד של 1992, לרבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הבלתי-משרויין, מקנים הגנה חוקתית על זכויות האדם המנויות בו. זו היתה גם עמדתו של לנדוי בברגמן. המפעל החוקתי — פרי חקיקת הכנסת ופסיקת בית-המשפט — מרשים ובן-קיימא. הוא אינו זקוק לתמיכתה של חורת הסמכות המכוונת. לעומת זאת לשיח הסמכות המכוונת בעיות מושגיות, תיאורטיות ונורמטיביות רציניות. אין צורך להתבסס עליו בניחות חוקי-היסוד, ועדיף היה להשאיר את העיניו בו לחוקי המשפט.

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

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

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

257 היא מאומצת על-ידי השופט רב לוינ בעניין כלל ומאוחרת בהסכמה על-ידי זמיר בעניין חוק גל. 258 השופטים בלאויר אינם מתייחסים לחורת הסמכות המכוונת וכך עושים גם שני השופטים האחרים בעניין כלל. הדבר מעלה בעיה כללית בכתיבת פסקי-דין. שופטים אינם אמורים להיות יוריספרטורטים ואף לא להיות מסוגלים לבחור בין חודרות-משפט ובין מודלים חלופיים. גם לא ברור, שאנו רוצים לעודר אותם להכין מהקרים יוריספרטורטיים אגב עבודתם השיפוטית. מיומנתם המקצועית אינה כוללת, ואינה צריכה לכלול, התמצאות בדרי חורת המשפט. שפט אחד הצלח למים אלה גם אינו יכול לחייב את עמיתיו ללכת בעקבותיו.

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

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

2. שיח המהפכה החוקתית

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

(א) מהפכה חוקתית?

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

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

259 ראו ראיון עם הנשיא ברק, לעיל בהערה 177.

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

סביר להניח, כי חוקי-היסוד ישפירו את מודעות הכנסת לחקיקה חדשה כדי למעור פגיעות בזכויות אדם וכך ישפרו את מצב זכויות האדם. סביר להניח, כי במשך הזמן יגיע גם מקרה שבו יבוטל חוק שהמדינה היתה מוכנה להגן על חוקתיותו בבית-המשפט. גם עובדה זו תשפר את מצב ההגנה על זכויות האדם משום שתבהיר כי לעקרונות אלה, במקרים מתאימים, ישנן גם שיניים. אולם בינתיים נראה, כי הרציפות עם תפקידו של בית-המשפט כמפרש חוקים וכמעמד אותם בחוקת שמירה על זכויות האדם גדולה יותר מן היסוד המהפכני של השבך²⁶².

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

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

263 נראה, כי זה חלק מברונתו של זמיר, הממקס את השינוי העקרוני בעניין ברגמן. ראי לזכור, כי הן ברגמן הן לארי' נוגנים לתחום המשטרי ולא לזכויות אדם וכי דברי השופטים בפסק-דין גל נוגנים לחוקי היסוד כולם, ולא רק לאלה הנוגעים לזכויות-אדם.

264 לכך ניתן להוסיף את י' ארדעי "מהפכה חוקתית" — האמנם? משפט וממשל ג (תשנ"ז): 453. הכינוי "מהפכה חוקתית" אינו מרמז על ייתור על כוחות אפריים, שהגיעו לידי גיבוש החלחלי לפני 1992.

265 למשל: אם החוק הראשון שיבוטל (לא לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת) לא יהיה כזה הפוגע בזכויות-אדם כולל ועיקר, נוכל לומר כי המהפכה האמיתית היתה בעניין לארי', וחוקי-היסוד רק נתנו למחלך החוקי את הלגיטימציה העקרונית.

"מהפכה" נמדת בחשיבות היחסית של היסודות החדשניים לעומת אלה המכטאים רציפות²⁶⁰.

לעתים התיאור של מהלך או פעולה מסוימת כ"מהפכה" נעשה לא במסגרת תיאור אקדמי בריחוק היסטורי או גיאוגרפי, אלא על-ידי המשתתפים בההלך עצמו. במקרה כזה סביר להניח, כי לתיאור זה לא רק מטרה תיאורית, אלא גם — ואולי בעיקר — מטרות מעשיות: הרעיון הוא להדגיש את השינוי ואת ההתחדשות, בדרך-כלל על רקע מציאות שבה שינוי והתחדשות אלה נתפשים כרצויים וחיוביים. לתיאור של המציאות יכולה להיות השפעה מורכבת: מצד אחד, הוא יכול לעודד את המשך המהלך וביצורו, והיערכות לקראת מיסודו והעמקתו. בין השאר תמיכה זו נעשית על-ידי כך שתיאור המהלך כמהפכה שכבר בוצעה מצנע את העירנות לכך שאולי התהלך עדיין לא הושלם או התבסס די הצורך. מצד אחר, הוא יכול לעורר את מי שמתנגדים לשינוי בכך שהוא מחדר את חדשותו ותוצאותיו האפשריות ויכול לפגוע באלה הסבורים כי יסודות הממשכיות במהלך רבים יותר על יסודות החידוש שבן²⁶¹. כפי שראינו, כך קרה גם לגבי השימוש ב"מהפכה חוקתית" במקומותינו.

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

260 למשל, לעניינו, נוהג לדבר על המהפכה האמריקנית לתיאור ההשתחררות של המרשבות האמריקניות מעוללה של בריטניה ולהאגרותן במסמכי הקונפירציה ואחרי-כן בחוקת ארצות-הברית. אולם מחקרים בנוגע להיסטוריה של ועידת פילדלפיה מדגישים את החשיבות העצומה שהיתה לניסיון שנרכש במסגרת החוקת של המדינות, בעיקר אלו של מסצ'וסטס ווירג'יניה, ואף לניסיון שגלמד מן המסורת הבריטית. ראו, למשל, 2, Ch. 108, *supra* note Fox, Ludwikowski & Fox.

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

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

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

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

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

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

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

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

3. תוצאות השיח המהפכני — הישגים ומחירים

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

266 גם לאחר חוק הבחירה הישיר יש אצלנו היררכיה ברורה בין הרשויות. הכנסת היא העליונה שבהן.

267 כך, למשל, זמיר קובע לעיל בהערה 140, בעמ' 396, כי הביקורת השיפוטית מוגבלת לגידה צרה וכי היא חריג; ובהערה 7 הוא מציין כי למרות התרחבות הגידה בשל חוקי 1992, עדיין ניתן לראות

בביקורת שיפוטית משום חריג.

החוקים, בנייהם החלק הכללי החדש של חוק העונשין²⁷². אין זה פלא שכמעט בכל עתירה וכלל תביעה יש אזכור של חוקי-היסוד, והזמנת בית-המשפט לבטל חוקים או לפרשם לפיהם. בפועל נראה, כי טיעונים מסוג זה אכן מושמעים בהתדיינות רבות בבתי משפט מכל הדרגות. הם מחזיקים את הנטייה שהייתה קיימת ממילא להעדיף ניתוח של "איוזים" ושל "מטרות" על ניתוח של השון החוק והרואות²⁷³.

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

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

272 ראו כך שם של מחקרי משפט המוקדש להשלכות חוקי-היסוד על המשפט הפלילי, לעיל בהערה 208. ראו גם לגרין, לעיל בהערה 7, בעמ' 709.

273 אני מסכימה עם היאורו של מ' מאוטנר, ירידת הפורמליזם תלית הערכים (1993). את התהליך העובר על הקהילה המשפטית שלנו בענין זה: מעבר מהתבוננות בלשון חוק כדי לגלות את הסדר הקבוע בו, לתהליך "פיתוח" של חיפוש אחרי הפתרון הראוי ויקריאתו" לתוך לשון חוק. אני חולקת על הקביעה כי המגמה הראשונה היא "פורמליסטית", לפחות במשמעות המקנה לגישה זו מובן שלילי, ואני חולקת על ההנרכה הנוכחית כי מעבר ל"רציונליות מהותית" ואיזון מודע של שיקולים הוא התפתחות חובית בתיישום העצמית של בתי-המשפט.

274 ראו דין בעמ' 100-101 למעלה.

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

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

269 התגובה על פסק-דין גל מחוגים לא מקצועיים הייתה מתונה מאוד והתבטאה בעיקר בשמחה על שאי-

תשתיה רחבה. לענין זה ראו למטה.

270 כן, למשל, בדיקה כזאת תחייב שינוי מהותי בדינמי קבלת החוקים של בית-המשפט. ראו, למשל,

הדמו של ברק על החלטתו לא להתערב כאן מפני שבגלל החידוש לא הונחה תשתית עובדתית ראויה. במקרה זה כתר-המשפט שלא לחייב את המדינה להגיש תשתית עובדתית כזאת. קרוב לוודאי, שטוב יהיה אם המחוקק אכן ידרוש תשתית עובדתית שכזאת לשם קבלת החלטות על מדיניות חקיקתית. הרבה פחות ברור, כי טוב שבתי-המשפט יחזור על הליך כזה. יש הגורסים, כי טוב העיון הזה הוא רוקא שיקל להוצאת הבריחה הזאת מבית-המשפט.

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

אכן, המצב שבו ישנם הסדרים שונים לגבי שרידן, בודאי בחוקים מאותה מאטריה, הוא אנומלי ובלתי-רצוי. בהחלט ראוי להגיע להאחדת הדינים. ההנחה המשתמעת אצל רוב השופטים היא כי כיוון ההאחדה ברור: חקיקת מגילת זכויות-אדם שלמה, עם פסקת הגבלה מתאימה²⁷⁵. שוב יש לנו משטוש של שאלות חשובות. אם חלק מן הבעיה של המהלך היא כי אִי-אפשר להאחיד בכיוון של מגילת-זכויות נוקשה, אולי מוטב להאחיד דווקא בכיוון של שמירת דינים כללית ושל סעיף התגברות כללי? אפשרות ליצור כלל התגברות שפוטו ודאי קיימת. פרשנות הקובעת כי די למחוקק לומר שכונתו שהחוק יחול למרות האמור בחוק-היסוד, היא למעשה סעיף כזה. זוהי בדיקת עמדתו של השופט חשיף²⁷⁶. לפני פסק-הדין הושמעה עמדה זו על-ידי יהודית קרפ והשופט מנחם אלון.²⁷⁷ השופט ברק מקצר וקובע, כי אין "אפשרות או צורך" ליצור פסקת התגברות שיפוטית²⁷⁸. והלא זו אחת השאלות המרכזיות בדיון שבפנינו?

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

275 ואכן, השופט ומיר מציין שיקול זה כטעם עיקרי לצורך החיוף בהשלמת חקיקת חוק-היסוד, בדאיון להלשבה (יולי 1996).

276 פסקאות 118-129.

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

278 פסקה 73.

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

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

279 בית-המשפט עשה כך בעניין חופש המצפין ולגבי המונופולין הדתי על נישואין וגירושין. דוגמא דרמטית למצב זה היא ההבדל בין פסיקת בית-המשפט העליון בעניין שליט (תשעה שופטים שישבו על המדוכה והחליטו, חמישה נגד ארבעה, לטובת העותר) והחלטתו בעתירת שליט לרשום את בנו השלישי, שנוגד לאחר-מכן, כמו את ילדיו הנדולים (שלושה שופטים נימקו בחצי-עמוד מדוע הנוסח המתקן של חוק השבות מחייב חזית העתירה). בבג"צ 187/72 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כו(1) 334.

במדינה. יתירה מזו: כל דחייה כזאת מצמצמת את הגזרה של יכולתו העתידית של בית- המשפט לפעול בהגבלת המחוקק.²⁸⁰

הצדה שבה היתה ביקורת כזאת בעבר. הדבר יכול להישמע פרדוקסלי: במקום לאפשר מלכוד זה קיים לא רק לגבי פיתוח עתידי של ביקורת שיפוטית, אלא גם לגבי הגזרה ביקורת שיפוטית במקום שלא היתה קודם, הוא מכאי — לפחות בטווח הקצר — לצמצום היכולת להגביל את שחיתות הכנסת לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. השיח המהפכני ממקד את תשומת-הלב בפעילות הביקורת השיפוטית של בית-המשפט על חקיקת הכנסת ולכן מחליש את נטייתו של בית-המשפט להתערב אף באותו סוג מקרים שבהם נהג להתערב בעבר, כאשר חוקי-כנסת פגעו בשוויון הנדרש לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. מי שסבור, כמוני, כי השופט חשין צודק בעניין מרכזי השלטון המקומי, יכול לטעון כי בעניין זה לפחות השיח של "מהפכה חוקתית" הגביל את כוחו ונטייתו של בית-המשפט להגביל את המחוקק באחת מן הנקודות שבהן ללא ספק רצוי כי יהיה לו כוח כזה — הקשרים שבהם הכנסת מעניקה לעצמה ולחבריה טובות-הנאה ייחודיות. אמרתי למעלה, כי מבחינת ההגנה על זכויות האדם התמונה בעקבות המהלך והשיח החוקתי עדיין אינה מגובשת. מכיוון שביט-המשפט לא ביטל עדיין אף חוק של הכנסת, אי-אפשר להצביע על מקרה שבו הביאה המהפכה החוקתית לביטול של שימוש-לרעה בכוחו של המחוקק לפגיעה בזכות-יסוד. כאמור, ביקורת שיפוטית על פעילות ברמת ממשלה ומנהל, מנימוקים של זכויות האדם, היתה לנו גם לפני המהפכה החוקתית. נראה, כי לפחות בתחום המצרים אכן יש שינוי מגמה של ממש במדיניות בתרי-המשפט, המשפיעה על מדיניות המשטרה. לא ברור אם שינוי מגמה זו הוא תוצאה של פסיקת בית-המשפט העליון בעקבות המהפכה החוקתית.²⁸¹ אולם ברור כי גם אם יש קשר בין השניים — לא היה צורך במהפכה החוקתית לצורך כך. השופט אלון, כמו גם השופטים חשין ורונר, החזיקו בעמדה המצמצמת לעניין עליות מעצר גם לפני חקיקת חוקי- היסוד מ-1992. מנגד, רוב גדול של השופטים בבית-המשפט ממשיך לדרות גם היום, לאחר חוקי-היסוד, טענות מפלגיות בדבר קדימות חירותם של חשודים העלולים לפגוע

280 זו היתה הבעיה בעניין מיטראל, לעיל הערה 227, ובית-המשפט אכן חזר, ובצדק, להעביר את האחריות אל המחוקק. הבעיה אינה קיימת רק במשפט החוקתי ורק בביקורת חוקתית חוק: עלית הסכירות, המאפשרת לבית-המשפט לבחון החלטות לגופן, יוצרת אותה דילמה: אם אין סמכות לבחון החלטות מנהליות כל עיר ניתנו בסמכות וללא פגם, אין בדחיית עתירה התוקפת ארתן משום מתן לגיטימציה להחלטה. לעומת זאת, אם אפשר לבחון סכירות ולאחר שהורב נעשה החלטה אינה נפסלת, אין מנוס מן הקביעה כי החלטה אכן סבירה. ראו ד"ר קרצמר "ארבעים שנה למשפט החוקתי" משפטים יט (תש"ן) 551.

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

בבטחון הציבור על שיקולי הסדר הציבורי-282. כאן "תרומת" השיח המהפכני מתוכמת יותר. ההדגשה על החשיבות הגדולה של הגנה על זכויות האדם מפני הרשות המחוקקת לא רק ממריצה אנשים להבין כי גם בחוקי כנסת לא הכול הולך, היא גם מגמדת במידה מסוימת את המפעל השיפוטי העצום של הגנה על זכויות-אדם בהיעדר חוקה. יתירה מזו: היא יוצרת חוסר-הלימה בין הטיפול השיפוטי בחלק מן העתירות שיש בהן פוטנציאל של ביטול חוק הכנסת ובין הטיפול בעניינים אחרים הנוגעים לפגיעה בזכויות אדם: כאשר כורקים גודל הרכבים ואת נפחי ההחלטות, מנקר לעתים חשש כי בשל הנוכחות הבלטת של השיח המהפכני בית-המשפט גאלץ לעסוק בקידום המהלך החוקתי ובניתוחו, אגב אורחא, יותר מאשר בעצם ההגנה על זכויות האדם.²⁸³

בסיכום ביניים, לאחר ארבע שנים, השאלה היא, האם המודעות הגבוהה ברמת השיח והפעילות ויצירת התשתית החוקתית הרחבה בספרות ובפסיקה שנגרמו בשל השיח החוקתי והמהפכני הצדיקו את עצמן? להערכתי, טוב היה אם היתה הפרדה בפיתוח המהלך החוקתי בין חוקרי משפט ופוליטיקאים, מצד אחד, ובין שופטים ובית- המשפט, מצד אחר. חוקרים ופוליטיקאים רשאים כמובן לתת למהלך החוקתי כל תיאור שהם רוצים בו ואשר הולם את פעילותם המקצועית. בדרך הטבע היתה מצטברת ספרות-תשתית בעניין זה וסביר להניח כי חלקים גדלים ממנה היו מטעמם של תומכי המהלך החוקתי.²⁸⁴ טוב היה לו הניח בית-המשפט מחלוקת תיאורטית ופוליטית

282 איירוניה עצובה היא, שדווקא השופט דורנר, שלדעתה, החוקה כרבו חירות נשחרו ציירה להיות חוקה ביותר, היתה זו שאישרה את המשך מעצרו של הנער החרדי שהואשם ביידי אבנים כרתי-ברי-אילן.

283 הפגיעה בזכות הקניין בדרך של הסדר חובות המושכים נדונה בפני תשעה שופטים על-פני 519 עמדים. החוקתיות של אשורו רטרואקטיבי של אגרת-הסלכיה נדונה בפני שלושה-עשר שופטים של בית-המשפט העליון. הוכח ליבא כשר לא-כשר זכתה לתשומת-לבם של תשעה שופטים. החוקתיות של שיטת-חקירה חריגה או של פיצוץ בתי משפחותיהם של מתבלים-מתאבדים נדונה בפני הרכבים מצומצמים של שלושה שופטים. נכון תשוב כי הרכבים מוגדלים ידונו בעתירות שבהן יש פוטנציאל לביטול חוק של הכנסת (אם כי לא ברור מדוע לא נקבעו הרכבים כאלה לעתירות בעניין מרכזי השלטון המקומי והופנוג. אולי זה מפני שפוטנציאל הביטול לא היה גדול לכאורה?) שאלה זו אינה קיימת לגבי חוק גל, שבו ישב בית-המשפט בערעור על החלטת ביטול. מנגד, בייחוד בשל העובדה כי חוקים לא בוטלו, ישנה תחושה לא-דעימה של חוסר-נחת מן המסר לגבי החשיבות החיטית של המקרים. שאלה מרתקת היא, מדוע נבחר הרכב של שלושה-עשר שופטים לעניין עתירת זנברג דווקא. אולי היה מי שסבר, כי ביטול חוק כזה עשוי להיות מקרה מהאיים להשקת הסמכות, שכן צפוי כי לא תהיה בו מחאה אידאולוגית ותמיד הציבור שמח כאשר קובעים שאסור להטיל עליו חיובים כספיים?

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

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

ג. לעתידו של המהלך החוקתי בישראל

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

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

1. השלכות למערכת הפוליטית-ציבורית

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

סבורה, כי צריין לא בשלה העת גם לכן. לדעתי, הבעיה היא כי אין די תחושה רחבה אצל כל מרכיבי החברה הזאת, כי חוקה מלכדת, המגבילה את השתקנים ה"רגילים" כולם, חיונית להמשך המפעל הישראלי. לעתים נראה, כי חברה הישראלית של היום, בייחוד לאחר רצח רבין, ישמה מספיק לכידות ותחושה של דחיפות וחיוניות המפעל, כדי שגוף מיוחד, המורכב מנציגי כל הקבוצות הגדולות באוכלוסייה, יוכל להתעלות מעל צורכי השעה והאינטרסים הצרים של חברי-כנסת וסיעות ולחבר מסך שיהיה באמת "אני מאמין" משותף של כל חלקי החברה בישראל. בכרחה, זה יהיה מסך של פשרה. ליברלים חילונים מערביים, כמו גם אנשי מורשת ישראל אורתודוקסיים, לא ימצאו בו ביטוי מלא למשאלותיהם הפוליטיות. ערביי ישראל יצרכו לחיות עם מאפיינים מסוימים של ישראל כמדינה יהודית ויהודי ישראל יצרכו להכיר חיד-משמעת בעיקרון שלאורחה המדינה השותפים בבניין הארץ קול שווה בכל הכרעה מדינית כאן, גם כאשר היא נוגעת לגבולות המדינה ויחסיה עם שכניה, וכי יש לנהוג בכלם בשוויון מדיני וחברתי מלא, כמובטח בהכרזה על הקמת המדינה. אבל מסך כזה, שיווצר בשותפות של נציגי כל הקבוצות, מתוך הכרה ששותפת באינטרסים של כולם ומתוך ריתוק נאות מן האינטרסים הפרטניים של שחקנים פוליטיים — יוכל לשמש בסיס הולם ומוסכם לחוקה פורמלית, חנינית, עליונה ונוקשה, שתואכף בהזדויות וברגישות על-ידי גוף שיפוטית מתאים. אין בישחון, כי ישנה הלכידות והנאמנות ההדדית המאפשרת בישראל אימוץ חוקה בדרך זו, אולם דבר זה אינו מצדיק המנעות מניסיון לקדם את המטרה. מכל-מקום, מדובר בהליך ציבורי ארוך-טווח, שהיה בו פעילות של מחקר ושל ניסוח, של ליבוני ושל משא-ומתן ושל פשרות סביב מסך חוקתי כולל. לאחר שמסך כזה יגובש, והדבר יכול לקחת שנים ארוכות ואין ודאות כי יושלם, ניתן יהיה לגשת למלאכת החקיקה והאשרור. צידוק נוסף למלאכה הקשה הזאת, היכולה להידאות סניפית וחסרת-תוחלת, הוא כי לעולם אין לדעת מתי תבוא שעת-הכשר לחקיקה כזאת. לעתים יכולים שבר גדול או הפיכת-מעט להכשיר את הלבבות למהלכים שלא היו נתפשים כתנאים אחרים. לרגעים כאלה חשוב שתהיה תשתית מספקת. בהכנתה ניתן כמובן לעשות שימוש בטיטוט שהוכנו במהלך השנים. החשוב הוא, כי כל טיטוט כזאת תעבור את מבחן הדין וההסכמה ברמות שונות, ולא רק את מבחן הרצון הטוב של מציעיה.

במקביל למאמץ זה, שמרכו לא צריך להיות הכנסת, בממשלה או במערכת הפוליטית במוכח הצר — שכן הוא אינו מכוון לחקיקה מיידית ועיינו הוא במסגרת הכוללת שבתוכה נדון גם מקומן של הכנסת ושל הממשלה עצמן, כמו גם שיטות הבחירות אליהן — יש להמשיך במלאכה המבורכת של קידום מטרות ראויות בכל הדרכים: חקיקת כנסת, חקיקת-משנה, הנחיות מנהליות והפעלה ראויה של כל שיקולי-דעת. לדעתי, אי-אפשר ולא טוב יהיה כאמור, לרבע את העיגול ולהעניק שריין גורף לכל חוקי-היסוד הקיימים. לאלה מחברי-הכנסת המעוניינים בקידום המהלך החוקתי אני

ממליצה לפתוח בסדרת תיקונים לחוקי-היסוד הקיימים — משטרניים ואלה הנוגעים לזכויות-היסוד כאחד — ולנסות ליצור הבחנה בין חקיקת העקרונות ובין החקיקה הפרטנית. בשלב זה יש לשמור על מעמד שווה לשני סוגי החוקים: כולם יהיו חוקים "רגילים", שלא תהיינה להם עליונות פורמלית או נוקשות. אך הפרדה כזאת כעת תוכל לאפשר, בבוא הזמן, מהלך קל יותר וקצר יותר של אימוץ חוקה. בינתיים תהיה למערכות בישראל הזדמנות להתמודד עם העקרונות החוקתיים ולהעריך את תוכנם ואת התאמתם לצרכי התבררה בישראל. העקרונות ישנו ויותאמו, כך שכאשר תעלה שאלת איגודם לחוקה ואימוצה בהליך מיוחד ההסכמה הכללית לחוקים אלה תהיה מבוססת ומשכללת²⁸⁵.

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

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

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

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

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

ישור: הכנסת, היא ההגנה על שוויון הבחירות. כאמור, המחוקק הסכים לשריון את הסעיף כדי לפגוע ביחסיותן של הבחירות, ולא בשוויון. חוסר-היכולת לבטל הסדרים שמידת השוויון שלהם בעייתית אינו רצוי, וזו אחת הסיבות לכך שצר לי על שבית-המשפט לא עשה שימוש בכוחותיו בעניינים של הפוגנוג ומרכזו השלטון המקומי. מנגד, נראה כי עובדה זו מרמזת כי אף בית-המשפט עצמו אינו מעוניין לבחון את סמכותו לביטול החוקים דווקא כסוגייה זו. דומני, כי בעניינים האחרים ניתן לסמוך על האילוצים הפנימיים של המחוקק עצמו כי ימנעו שימוש-לרעה בוטה בכוח, ואם תיכזב תקווה זו — בית-המשפט הראה יכולת מרשימה לעמוד בפרץ במקרים חריגים מתאימים²⁹⁰. לעניין זכויות האדם יש כאן מתח בין הרצוי לאפשרי. הרצוי הוא מגילת-זכויות שלמה, עליונה ונוקשה, שתאיכף באופן זהיר על-ידי גוף שיפוטני. יכול להיות, כי האפשרי הוא בחירה בין מגילת-זכויות שלמה, שמוסכם וברור — לפחות לשנות-דרך —

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

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

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

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

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

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

2. תפקידו של בית המשפט

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

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

291 אני מודגמה עניין זה במאמרי על היועץ המשפטי (ר' גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פללים (2) (תשנ"ז) 27). בהקשר שלנו לא אוכל לשפר את דבריו הנכונים של השופט זמיר, כאשר הוא מביע הסתייגות מהרעיון שהזכיר לשוויון כלולה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: כבוד האדם שלאחר חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מפורחו אמרות-אגב המוצאות פנים בפסיקה שלאחר חוק יסוד כבוד האדם וחירותו מפורחו אמרות-אגב המוצאות פנים

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

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

292 זה ראייה שהשופט אלון, אחד המתנגדים העיקרים לאקטיביזם שיפוטי, חוטא בעניין אמרות-האגב לא פחות מעמיתיו היותר אקטיביסטים. אין זה מקרה, כי דווקא הוא שכתב את פסק-הדין בע"א 506/88 שפר"ג מדינת ישראל, פ"ד (1) 87, אשר דוד הד מנחה אותו תוך ביקורת על תפישת התפקיד השיפוטי המסתמנת ממנו (ר' הד "מעבר לחירות ולכבוד" משפט ומשל ג (תשנ"ז) 649). השופט ויתקון, שאח הפישתו השיפוטית הכללית אינה מקבלת, היה אף הוא ידוע כמי שלא נמנע מאקטיביזם שיפוטי.

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

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

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

293 זהו נמוך נשא רחב היורד לשורש ההצדקה והתבונה של ביקורת שיפוטית בדמוקרטיה. לעניינו אציין רק, כי לטעמים אלה חלק חשוב בהסתייגויות מוחלך "המהפכה החוקתית" והתרחבות בביקורת שיפוטית. ראו, בעיקר, לדנוי, בעלה בהערה 7; לבונטין, לעיל בהערה 242; א. רוזנצבי, "מדינה יהודית דמוקרטית": אבהות ורחנות, ניכור וסימביוזה — האפשר לרבע את המעגל? עיוני משפט ט' (תשנ"ה) 479, 499-498; וניתוחו של ר' שמיר "חברה", יהדות ופונדמנטליזם דמוקרטי: על מקורותיה החברתיים של הפרשנות השיפוטית" עיוני משפט ט' (תשנ"ה) 699.

294 בשנים הראשונות לקום המדינה היו שופטים, בעיקר אגרנט, שבמקרים מסוימים הרחיבו מאוד את הידיעה. גם אז היו שביקרו נהוג זה, אולם הטעם שהובא להגנתו היה הצורך החוץ כעבוי התשתית המחוקקת של ענפי המשפט השונים.

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

אין ספק, כי במהלך חוקתי כזה ראוי שתהיה שותפות בין המחוקק ובין בית- המשפט. כך היה אצלנו מאז ומתמיד. בבית-המשפט עצמו נשמעים בהירות, לאורך כל הדרך, קולות הממליצים על התקמות אטית והדרה²⁹⁵. אני מקווה, כי פסקי-הדין האחרונים מסמנים מדיניות מכוונת של בית-המשפט, שתאפשר לו לחזור למקום הכבוד הראוי לו בפיתוח ערכים חוקתיים ובהגנה על זכויות האדם בישראל. שיח שלפיו האחריות לדמות החברה והמדינה ולהגנה על ערכיה ומשטרה היא תפקידו של בית- המשפט, גם כאשר מדובר בהכרעות מושכלות של הכנסת, שלא לדבר על הכרעות המונחות על-ידי שיח כזה — אינו לטובת העניין.

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