

## מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של "ההחלטה שלא להחליט"

יהושע (שוקי) שגב\*

"אילו ראשים, לבבות ומערכי־נפש צריכים להיות לאלה המוכשרים, או המעזים, לא רק לחוקק חוקים במסגרת חוקה של קבע אלא גם ליצור במחזי אחד חוקה חדשה לגמרי לממלכה גדולה, על כל חלקיה, החל במלך היושב על כיסאו וגמור בפגישה של ועד־קהילה בכפר? אבל 'שוטים מתפרצים למקום שמלאכים יראו לדרוך בו.'"  
אדמנד ברק מחשבות על המהפכה בצרפת (אהרן אמיר מתרגם, ירושלים, תשנ"ט) 61.

- א. הקדמה
  - ב. חלק ראשון: מחלוקות והעשייה החוקתית עם קום המדינה
  - ג. אי הסכמה כמאפיין הפוליטיקה היהודית בארץ ובגולה
  - ד. העשייה החוקתית עם קום המדינה
  - ה. החלטת הררי והמחלוקות סביב לה
  - ו. מחלוקות ו"ההחלטה שלא להחליט" כטקטיקה חוקתית להשגת שיתוף פעולה
  - ז. מחלוקות, הכישלון לאמץ חוקה וההגנה על זכויות אדם
  - ח. חלק שני: מחלוקות והעשייה החוקתית למן שנות השמונים
  - ט. פוליטיקה ישראלית: התמשכות מחלוקות מוסריות, פוליטיות ותרבותיות
  - י. העשייה החוקתית טרום המהפכה החוקתית
  - יא. חקיקת חוקי היסוד החדשים, המהפכה החוקתית והעשייה החוקתית כיום
  - יב. הדיאלוג הקונסטיטוציוני, "ההחלטה להחליט" ושיתוף פעולה
  - יג. החתירה למשטר חוקתי וההגנה על זכויות אדם
  - יד. חלק שלישי: מבט להווה ולעתיד — מחלוקות למרות הכול
  - יז. האם יש לנו חוקה?
  - יח. האם תהיה לנו חוקה?
- סיכום

\* דוקטור, מרצה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. דואר אלקטרוני: segejosh@netanya.ac.il. תודתי נתונה לפרופ' דפנה ברק־ארז, לד"ר פנחס גולדשטיין, לד"ר גרשון גונטובניק, לד"ר משה גלברד, לד"ר אייל גרוס, לד"ר ברק מדינה ולד"ר סוזי נבות על הערותיהם המועילות והחשובות. ברצוני להודות גם לחבר מערכת מאזני משפט מר ינאי וייסלר על עבודת עריכה מצוינת.

## א. הקדמה

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

כדי להוכיח טענות אלו אתמקד בעיקר בשתי תקופות המהוות ציוני דרך בעשייה החוקתית, ושלדעת רבים הן בעלות השלכות מכריעות על ההסדרים החוקתיים של ישראל. חלקו הראשון של מאמר זה בוחן את המחלוקת והעשייה החוקתית עם קום המדינה. תחילה אתאר בקצרה את המפה הפוליטית של התנועה הציונית טרום הקמת המדינה והמחלוקות שאפיינו אותה (פרק ב). הכישלון לאמץ חוקה, אטען, נבע ממחלוקות אלו ואחרות, שניתן לחלקן לשני סוגים: מחלוקות מהותיות ומחלוקות מבניות (פרק ג). אציין כי מחלוקות משני הסוגים הללו נשזרו זו בזו לעתים קרובות,

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

וכי הקשר הגורדי בין המחלוקות הביא את אבות האומה הישראלית לידי אימוץ הטקטיקה החוקתית של "החלטה שלא להחליט" (פרק ד). באמצעות נקיטת טקטיקה זו הושגו שתי מטרות: שיתוף פעולה יציב והוגן הנסמך על יסודות דמוקרטיים (פרק ה) והגנה על זכויות אדם (פרק ו). חלקו השני של מאמר זה בוחן את המחלוקות והעשייה החוקתית למן שנות השמונים ועד ימינו שלנו. תחילה אתאר את הפוליטיקה הישראלית בשנות השמונים שאופיינה בהתמשכות מחלוקות מוסריות, פוליטיות ותרבותיות (פרק ז). העשייה החוקתית טרום המהפכה החוקתית עוצבה לנוכח מחלוקות אלו ונבחרי הציבור המשיכו להיצמד לטקטיקה החוקתית של החלטה שלא להחליט בסוגיות יסוד חוקתיות (פרק ח). בנוסף, אטען כי גם חקיקת חוקי היסוד החדשים לא זו בלבד שאינה מהווה סטייה מהטקטיקה החוקתית שלא להחליט במחלוקות יסודיות באשר למבנה החוקתי של מדינת ישראל, אלא מהווה המשך ישיר לטקטיקה זו (פרק ט). לאחר מכן אבחן כיצד החלטות בית המשפט העליון, כי יש לישראל חוקה פורמלית במשמעותה הקונבנציונלית, והחתירה למשטר חוקתי בנוסח אמריקה של גורמים בפוליטיקה הישראלית, מצביעים על אימוצה של טקטיקה חדשה והיא "ההחלטה להחליט". לבסוף אטען כי דווקא מהלך זה מסכל את שיתוף הפעולה ההוגן בין הפלגים החברתיים בישראל (פרק י) ופוגע בהגנה על זכויות אדם (פרק יא). חלקו השלישי של מאמר זה בוחן את ההווה והעתיד בעשייה החוקתית הישראלית. אטען כי נכשל הניסיון לדחוף את החברה הישראלית להכיר בקיומו של משטר חוקתי וכי כישלון זה נעוץ במחלוקות המונעות מאיתנו לדבר באמת ובתמים על חוקה פורמלית בנוסח ישראל (פרק יב). גם מבט אל העתיד יוכיח, ככל שהדבר ניתן בתחום הידע שבו אנו עוסקים, כי למרות הרצון העז של רבים וטובים לכוון חוקה פורמלית, הסיכויים לקבלתה הם קטנים לפחות בעתיד הנראה לעין (פרק יג).

לפני שאגש לדיון מרחיב בסוגיות אלו, אציין כי היקף הנושאים הנידונים במאמר זה הנו רחב ביותר, והספרות והפסיקה העוסקים בהסדריה החוקתיים של ישראל הנם עצומים וממשיכים להתפתח בנחשולים, במיוחד לאחר מה שכונה "המהפכה החוקתית". הרצון לתחום את המאמר בגבולות סבירים מחד גיסא, ולהציג תמונה וטיעון רחבים של טבע העשייה וההסדרים החוקתיים של ישראל מאידך גיסא, מחייבים אותי להתמקד בשתי התקופות האמורות (קום המדינה ולמן שנות השמונים). מכל מקום, גם אז יתפתח הדיון פחות בצורה כרונולוגית-היסטורית ויותר מתוך הדגשת הטיעון והמסקנות שבמאמר והבהרתן באמצעות התמקדות בסוגיות נבחרות. למותר לציין כי למרות הנקיטה של מתודה זו אני מאמין כי הטיעון והמסקנות שבמאמר מאפיינים את ההיסטוריה החוקתית של ישראל בכללותה.

## חלק ראשון: מחלוקות והעשייה החוקתית עם קום המדינה

## ב. אי-הסכמה כמאפיין ההיסטוריה היהודית והציונית בארץ ובגולה

נראה שמחלוקות היו מאז ומתמיד "המצב הטבעי" של העם היהודי.<sup>2</sup> המאפיין המרכזי של הלכת התלמוד, כתב שופט בית המשפט העליון בדימוס חיים כהן, הוא חילוקי הדעות: כמעט אין בעיה משפטית שחכמינו לא נמצאו חלוקים לגביה.<sup>3</sup> ראויים לציין במיוחד הם חילוקי הדעות בתלמוד בין בית הלל לבית שמאי. אף שלרוב, הלכה נפסקה על פי בית הלל, נאמר כי "שניהם דברי אלוהים חיים" מתוך הכרה בתרומתן ופוריותן של מחלוקות להתפתחות המשפט העברי. ובכל זאת, ידועות בה במידה במורשת היהודית תוצאותיהן ההרסניות של מחלוקות. לפי התלמוד, הטעם להחרבת בית המקדש השני על ידי הלגיונות הרומאיים הוא שנאת החינם ששנאו היהודים זה את זה עת עסקו בלא לאות בסכסוכים טריוויאליים חסרי משמעות ושלא לשם שמיים.

חורבן בית המקדש השני וישיבת המוני העם היהודי בגלות לא הביאו לידי סופו של העם היהודי ובוודאי לא לסופם של מחלוקות וסכסוכים פנימיים. חוקרי היסטוריה ומדעי המדינה מציינים, כי אף שכל פלגי העם היהודי היו שותפים לאמונה בגאולה ובחזרה לארץ האבות, הרי בזמן ישיבתם בתפוצות התעצמו המחלוקות בקרב הפלגים השונים. ראשית, בהיעדרה של סמכות עליונה וסופית, אזרחית או דתית, שיהיה ברשותה הכוח לאחד את העם היהודי, פיתח כל מרכז יהודי מנהגים, פרקטיקות ופרשנויות משלו לתורה ולהלכה. שנית, אף שיהודים רבים זכו לממשל עצמי, היינו לניהול עצמאי של ענייניהם הפנימיים בטריטוריות זרות, הרי למעשה לא הייתה סמכות עליונה וסופית גם בתוך הקהילות עצמן.<sup>4</sup> מצב דברים זה היה תולדת ההרכב החברתי, האידיאולוגי והדתי המגוון, שאפיין את הקהילות היהודיות. לכן, סמכותם של מנהיגי היישוב היהודי המסורתי הייתה לרוב נתונה לערעור, כששום סמכות לא הייתה סופית.

הציונים, שתמכו בהקמתה של מדינה יהודית בארץ ישראל, מרדו בתכניות החיים והקיום היהודיים בגולה, ושאפו לייסודה של תבנית חברתית, פוליטית, כלכלית ותרבותית "נורמלית" שתהפוך את הציבור היהודי לעם ככל העמים.<sup>5</sup> הם תפסו את הפוליטיקה היהודית המסורתית כאימפוטנטית ופסיבית, מעוררת מחלוקות ומדנים

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

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

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

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

ונגועה בחוסר כבוד לסמכות. מנהיגי הציונות הכירו בצורך באחדות, בצורך להתגבר על מחלוקות וסכסוכים, ותיעבו את העובדה שגם בעתות משבר לא היה העם היהודי מסוגל להתאחד. אולם למרות המכנה המשותף הברור בין כל הציונים – הטענה כי ארץ ישראל היא המולדת הלאומית של העם היהודי ובה יזכה להגדרה עצמית – ולמרות ההכרה של מנהיגי הציונות בחשיבותה של האחדות הלאומית, הרי מעולם לא הייתה אידיאולוגיה ציונית אחידה.<sup>6</sup> במקום זאת התאפיינה הציונות כבר בראשית דרכה, ובמיוחד לאחר תחילת המאה העשרים, בפקעת של אידיאולוגיות: ציונות עבודה, ציונות רביזיוניסטית, ציונות כללית, ציונות דתית-לאומית ואידיאולוגיות אחרות.<sup>7</sup> המאבק בין תפיסות העולם, העמדות והציוויים השונים של הציונות היה מאבק על אופייה של מדינת ישראל, המדינה שברוך. הוויכוח היה באשר לערכי היסוד, המטרות והשאיפות של המדינה. חוקרים מתחום מדעי המדינה נוהגים להציג את השסע בין הפלגים השונים בציונות כניזון מן המתח בין אלמנטים פרטיקולריים של ערכים לאומיים לבין אלמנטים אוניברסליים של ערכים הומניסטיים:

“בתשתית האידיאולוגיה הציונית היו גלומות סתירות פנימיות בין מרכיביה, לפחות בכוח אם לא בפועל. הסתירה הבולטת ביותר היתה בין הערכים הפרטיקולריסטים היהודיים, שהשתקפו בשאיפה למדינת-לאום, לבין ערכים הומניסטיים-אוניוורסליים.”<sup>8</sup>

אף שהניסיון ליישב בין האופי הדמוקרטי לאופי היהודי של המדינה היה ועודנו אבן פינה של מרבית הפלגים והסיעות, הרי הם היו חלוקים בעניין הערכים, העקרונות והמטרות שעל פיהם יש לכונן את האומה הישראלית. יתרה מזו, הפלגים השונים

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

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

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

היו חלוקים בעניין הדרכים והאמצעים שיש לנקוט כדי להשיג את המטרה של ייסוד מדינה יהודית בארץ ישראל. ערב הקמתה של מדינה יהודית בארץ ישראל, היה נהיר לכול כי התנועה הציונית לא זו בלבד שלא ריפאה את הפוליטיקה היהודית ממחלוקות, שסעים, פלגים וסכסוכים, אלא אף יצרה לרוב מחלוקות נוספות על אלו הקיימות. חילוקי דעות מוסריים, פוליטיים ותרבותיים נותרו המאפיינים הראשיים של העם היהודי גם כאשר חזר לדרוש לעצמו את מולדתו ההיסטורית.

### ג. העשייה החוקתית עם קום המדינה

למרות המגוון הרחב של אידיאולוגיות, תפיסות עולם והשקפות פוליטיות ודתיות בתנועה הציונית, הושגה אחדות מספקת להפוך את החלום הציוני למציאות עם ההכרזה על הקמת מדינת ישראל (להלן: ההכרזה).<sup>9</sup> למעשה, מגוון זה הוא שהפך את ההכרזה להישג משמעותי. סביר להניח שמייסדי המדינה ומעצבי ההכרזה לא צפו במדויק אם וכיצד היא תהפך ליסודותיה המשפטיים של מדינת ישראל,<sup>10</sup> ואם וכיצד היא תסייע לבית המשפט העליון בהגנה על זכויות וחירויות אזרחיות.<sup>11</sup> ספק אם הם שקלו עניינים אלה.<sup>12</sup> ההכרזה הייתה הישג משמעותי לא רק בשל העובדה שנוצרה במהלך הקרב על קיומה של המדינה שבדרך;<sup>13</sup> לא רק בשל העובדה שההכרזה שמה קץ ללבטים

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

10 ברבות הימים נתגלעה מחלוקת בין מלומדים כיצד יש להבין את הכרזת העצמאות כחלק מיסודותיה המשפטיים של מדינת ישראל. היו שייחסו להכרזה אופי דקלרטיבי בלבד. ראו שלמה פרלס "תקפם של החוקים מתקופת המנדט במדינת ישראל" הפרקליט ו (תש"י) 207. אך לגישת מלומדים רבים ההכרזה הייתה בעלת אופי קונסטיטוטיבי. ראו משה שטרנברג "הנורמה הבסיסית של המשפט הישראלי" הפרקליט ט (תשי"ג) 129, 137. בדומה ראו יצחק הנס קלינגהופר "הקמת מדינת ישראל: סקירה היסטורית-חוקתית" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (ירושלים, תשנ"ג) 53, 75. אך ראו בנימין אקצין "ההכרזה על הקמת מדינת ישראל" ספר יובל לפנחס רוזן (ירושלים, תשכ"ב) 52, 54, שלפיו רק לאחר שנוסף להכרזה אופי אפקטיבי היא זכתה לרכוש מעמד משפטי יסודי.

11 ציוני דרך בהגנה על זכויות וחירויות האזרח תוך הסתייעות בהכרזת העצמאות הם בג"ץ 95/94 אל-כורי נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד ד 34א; בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (להלן: עניין קול העם); בג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז(3) 2101, 2116; בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221, 274.

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

13 ניסוחה של הכרזת העצמאות נעשה כשהמלחמה הייתה בשיאה ומנהיגי היישוב התבשרו על

בדבר המועד הראוי להגשמת המטרה של ייסוד מדינה יהודית ריבונית. ההכרזה הייתה הישג משמעותי בשל העובדה שהיא אפשרה, אכלסה והכילה מחלוקות אידיאולוגיות חריפות בתוך מסגרת מדינית חדשה. זה היה הישג חשוב, מכיוון שהקמתם של מוסדות המדינה הזמניים נעשתה על רקע ההכרה בקיומן של מחלוקות. הכיצד? ראשית, ההכרזה הכירה במחלוקת הרעיונית ואפשרה אותה בכך שאימצה נוסחה המבססת את לגיטימיות המדינה החדשה על אלמנטים פרטיקולריסטיים בדבר "זכותו ההיסטורית והטבעית של העם היהודי" לבית לאומי מחד גיסא, ועל ערכים הומניים אוניברסליים של "חירות, שלום וצדק" מאידך גיסא. שנית, ההכרזה הורתה על הקמת מוסדות זמניים (כגון מועצת המדינה הזמנית והאספה המכוננת) שנועדו להכיל ולאכלס את הזרמים, הפלגים והסיעות של התנועה הציונית הלכה למעשה. כך הושגה האחידות, שנדרשה באותה עת של בין המצרים. למרות ולאור קיומן של מחלוקות, עמדה אחת אומצה על ידי כולם: קונסנזוס לעצמאות.

הישגה החשוב של ההכרזה בולט במיוחד לנוכח כישלונה של מדינת ישראל לאמץ חוקה. הכרזת העצמאות לא התיימרה להיות חוקה, אלא קבעה במפורש כי החוקה תיקבע על ידי האספה המכוננת. אך עתה, חילוקי דעות בין סיעות ופלגים שונים תפסו את מרכז הבמה הפוליטית ומנעו קבלתה של חוקה. פלגים דתיים, שכללו בעיקר את הציונים-הלאומיים והציונות הדתית, לא דחו כליל את רעיון החוקה,<sup>14</sup> אך הם חשו כי יש לבססה על עקרונות התורה וההלכה,<sup>15</sup> כי עליה להבטיח את עליונות ההלכה היהודית בתחום הנישואין והגירושין,<sup>16</sup> וכי עליה להכיר בשבת ובמועדי ישראל

הכנות לפלישה מסיבית של צבאן הסדיר של המדינות הערביות השכנות. ראו: Tuvia Friling and S. Ilan Troen "Proclaiming Independence: Five Days in May from Ben-Gurion's Diary" 3(i) *Israel Stud.* (1998) 170, 172

14 במהלך השנים נתגלעה מחלוקת בקרב אנשי ציבור ומלומדים אם לזקוף באופן גורף את הכישלון לאמץ חוקה עם ייסוד המדינה לעמדת המפלגות והסיעות הדתיות. הדעה השכיחה בקרב הציבור הרחב הייתה כי הדתיים ניצלו את כוחם הפוליטי ומנעו קבלתה של חוקה. ראו, למשל: Dowty, *supra* note 4, at p. 11. אך היום מסתמן קונסנזוס בקרב חוקרים שונים, כי התנגדות הפלגים הדתיים שימשה עלה תאנה בידי בן-גוריון, ראש הממשלה דאז, וגורמים במפלגת מפא"י. בן-גוריון וחלקים נרחבים ממפלגת מפא"י ביקשו לחמוק ממחויבותם לקבוע חוקה מטעמים שונים ומגוונים (שלפחות חלקם היו טעמים מפלגתיים צרים), ומכאן שאין לזקוף את כישלון אימוצה במישורין להתנגדות הפלגים הדתיים. ראו: Giora Goldberg "Religious Zionism and the Framing of the Constitution for Israel" 3(i) *Israel Stud.* (1998) 211, 212; Philippa Strum "The Road not Taken: Constitutional Non-Decision Making in 1948–1950 and its Impact on Civil Liberties in the Israeli Political Culture" in *Israel: The First Decade of Independence* (S. Ilan Troen and Noah Lucas eds., State University of New York Press, 1995) 83, 87; Emanuel Rackman *Israel's Emerging Constitution 1948–51* (New York, 1955). והשוו: Ilan Peleg "Israel Constitutional Order and *Kulturkampf*: The Role of Ben-Gurion" 3(i) *Israel Stud.* (1998) 230, 236

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

16 שם, בע' 42–44.

כימי מנוחה רשמיים.<sup>17</sup> מפא"י, הגדולה במפלגות באותה עת, העדיפה לרוב את ייסודה של מדינה חילונית, אף שלא התנגדה לשילובם של מוטיבים יהודיים היסטוריים כחלק מהסדר המשפטי החדש.<sup>18</sup> מפלגות שמאל אחרות, כגון מפ"ם, קיוו לכוונן מדינה חילונית לחלוטין, ובכלל זה לחוקק חוק נישואין וגירושין אזרחי ליהודים ולבעלי דתות אחרות. אשר לאופייה החברתי-כלכלי של המדינה, פלגים סוציאליסטיים שאפו לעגן בחוקה זכויות חברתיות וכלכליות והיו אף שסברו כי החוקה צריכה לפרט את הדרכים להגשמת זכויות אלו.<sup>19</sup> פלגים אלו תבעו גם להעניק עדיפות למפעלים ויוזמות קואופרטיביים בחקלאות ובתעשייה ודרשו להלאים את המים, האדמה, החשמל והמחצבים.<sup>20</sup> לעומתם מפלגות לאומיות וסיעות מרכז, כגון הציונים הכלליים, דרשו לבסס הגנות חוקתיות בנוגע לבעלות פרטית על הקניין ובנוגע לתחרות החופשית.<sup>21</sup> השקפת עולמם של פלגים אלה הייתה כי להון הפרטי תפקיד מכריע בהתפתחותה של הכלכלה הצעירה, וכי אין צורך במהפכה סוציאליסטית במקום שבו ההון אינו מוחזק בידי מעטים.

אשר לאופייה הלאומי של המדינה, תמכו זרמים לאומיים, כגון תנועת החרות, באידיאולוגיה לאומית, אם לא לאומנית, וקראו להתרחבות וכיבוש של טריטוריות

17 ש.ם.

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

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

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

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



נוספות. לכן דרשו כי בחוקה לא יימצא כל זכר לויתור על זכויות או על חלק מארץ ישראל ההיסטורית.<sup>22</sup> בהתאם, ביקשו זרמים אלה כי החוקה תתעלם מהחלטת עצרת האומות המאוחדות בדבר חלוקת ארץ ישראל לשתי מדינות. המפלגה הקומוניסטית, לעומת זאת, דרשה את מילוייה המלא של החלטת עצרת האומות המאוחדות, ודרשה הגנה חוקתית למיעוט הערבי ובכלל זה השבת פליטים והענקת אזרחות לכל אדם שהתגורר בגבולות מדינת ישראל עם תום המנדט הבריטי.<sup>23</sup>

אלו הן רק מקצת המחלוקות שהכבידו על המאמצים לייסד חוקה עם קום המדינה. את רוב המחלוקות הללו ניתן להכליל בקטגוריית "המחלוקות המהותיות" – מחלוקות בעניין מדיניות מהותית, תפיסת טוב מהותית, עקרונות צדק מהותיים או זכויות מהותיות שאותם נדרשת החוקה החדשה לעגן ולקדם. אך היו גם מחלוקות מסוג נוסף שמנעו קבלתה של חוקה עם קום המדינה. בין מייסדי המדינה והפלגים השונים התגלעו גם "מחלוקות מבניות" או "מחלוקות מוסדיות" – מחלוקות בנוגע להסדרים ולמוסדות החוקתיים הראויים שאותם יש לייסד.<sup>24</sup>

באופן כללי ניתן לומר כי הפלגים הפוליטיים השונים הסכימו שיש לייסד צורת משטר דמוקרטית, שתעניק לכל אזרח זכויות השתתפות והשפעה שוות בהליכים פוליטיים הקובעים חוקים ומדיניות.<sup>25</sup> קונסנזוס זה כלל גם הטלת תפקיד מרכזי להכרעת רוב כחלק מהליך קבלת ההכרעות הפוליטיות.<sup>26</sup> אולם למעשה, קונסנזוס זה היה צר

<sup>22</sup> Rackman, *supra* note 14, at p. 17.

<sup>23</sup> *Id.* at p. 35.

<sup>24</sup> על הבחנה דומה בין מחלוקות לעניין מטרות ובין מחלוקות לעניין פרודורות ראו גם: Jeremy Waldron *Law and Disagreement* (1999, Oxford) 151–163.

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

<sup>26</sup> יש לציין כי ישנם חוקרים מתחום מדעי המדינה המטילים ספק בקביעה כי ההנהגה והתרבות הפוליטית של היישוב היו אכן מחויבות לצורת משטר דמוקרטית. לפי מלומדים אלה, התלכדות הפלגים הפוליטיים סביב צורת משטר דמוקרטית הייתה משיקולי נוחות ו-*realpolitik*. ראו לדוגמה, הורוביץ וליסק, לעיל הערה 8, בע' 191: "מידת ההסכמיות הרבה הקיימת בישראל לגבי ההסדרים הפוליטיים הדמוקרטיים – חופש ההתארגנות הפוליטית, משטר פרלמנטרי,

ביותר, שכן הפלגים היו חלוקים בשאלה מה הליך קבלת הכרעות דמוקרטיות כולל מלבד הכרעת רוב. יש לציין בעניין זה את אי-ההסכמה בין הסיעות והפלגים השונים לעצם הצורך בקבלתה של חוקה פורמלית כתובה כחלק בלתי נפרד ממשטר דמוקרטי תקין. תומכי החוקה הכתובה טענו כי יהיה בה כדי להגן על זכויות אדם וכדי להציב גבולות ברורים לכוח השלטון;<sup>27</sup> כי חקיקתה של חוקה נחוצה כדי להשיג לגיטימיות בינלאומית למדינה הצעירה;<sup>28</sup> כי היא תהווה סמל לעצמאותה המדינית של ישראל;<sup>29</sup> וכי חוקה

זכות בחירה לכל ועצמאות הרשות השופטת היתה תמיד רחבה, לפחות עד כמה שהדברים היו אמורים בעמדות פוליטיות מוצהרות... עם זאת, לא היתה מידת המחויבות האידיאולוגית לדמוקרטיה שווה בכל חלקי הציבור הפוליטי הישראלי ולא תמיד הייתה קיימת הסכמות גם לגבי התכנים המשתמעים מהמושג דמוקרטיה. לאמיתו של דבר, היתה הדמוקרטיה הישראלית... מעוגנת במודוס ויונדי פוליטי יותר מכפי שהיתה מעוגנת במחויבות ערכית ללא תנאי לתשתית האידיאולוגית שמתקפה מתקיימים כללי המשחק הדמוקרטיים". ראו גם: Daphna Sharfman, *Living Without a Constitution: Civil Rights in Israel* (New York, 1993) 33. לדעת שרפקן, אימוצם של כללי משחק דמוקרטיים על ידי תנועת העבודה והתנועה הרביזיוניסטית נבע מטעמים פוליטיים מעשיים ולא מתפיסת עולמן.

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

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

29 ראו דברי חבר הכנסת יעקב גיל (הציונים הכלליים): "וסמל הסמלים של עם המתחדש במדינה,

כתובה תשמש כמכשיר פדגוגי שמטרתו לחנך את אוכלוסייתה המגוונת של ישראל ואת יהדות התפוצות בעקרונות הפוליטיים של משטר דמוקרטי.<sup>30</sup> מגוון רחב זה של טיעונים מראה כי גם בקרב תומכי החוקה היו חילוקי דעות חריפים. בולטים במיוחד בניגודם הם הטיעון הגורס כי החוקה תספק לגיטימציה בינלאומית והטיעון הגורס כי חוקה תהווה סמל לעצמאותה המדינית של ישראל. קבלתה של חוקה כדי לעמוד בדרישות החלטת עצרת האומות המאוחדות וכתנאי לגיטימיות המדינה הצעירה מוכיחה במידת מה את כפיפותה של המדינה ולא את עצמאותה וריבונותה.

בן-גוריון, ראש הממשלה דאז, וחברים אחרים ממפלגת השלטון מפא"י, אף שהעדיפו חוקה כתובה בשנת 1948, כבר התנגדו לקבלתה בשנת 1949. טיעונים של מתנגדי החוקה נסמך על ארבעה אדנים. ראשית, נטען שחוקה כתובה וקשיחה תגביל את מרחב התמרון של נבחר העם ולכן באופייה היא בלתי דמוקרטית.<sup>31</sup> שנית,

הוא החוקה. החוקה מסמלת כלפי פנים את האחוה, את הסדר והייעוד; וכלפי חוץ היא מסמלת את ריבונותו ואת עצמאותו של העם. ד"כ 4 (תש"י) 745.

30 ראו דברי יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט נחום ניר-רפאלקס: "... גם אנו רוצים להכניס לחוקתנו את תוכן חיינו... הפרינציפ החלוצי של הנוער שלנו, הפרינציפ של עבודה עצמית, שהוא יסוד המדינה, וקיבוץ הגלויות – על הפרינציפים הללו רוצים אנו לחנך את הדורות הבאים ואת הנוער שלנו בתפוצות הגולה... אתם מתארים לעצמכם איזה ערך, אפילו תעמולתי, היה לזה בשביל הנוער בגולה, אילו היינו מקבלים חוקה אופיינית יהודית המתאימה לארצנו ולעמנו, איך היה הנוער מתייחס לזה." ד"כ 4 (תש"י) 719. ראו גם דברי חבר הכנסת ישראל ברי-הודה (מפ"ם): "אנחנו חיים בארץ בנסיבות מיוחדות של קיבוץ גלויות, של עדות שונות, יוצאי כל קצות העולם, בעלי הרגלים שונים, וגם... עם קונסטיטוציות לא כתובות שונות ומשונות, ולעיתים מתנגדות וסותרות זו את זו. ומכל הערב רב הזה, רוצים אנו להקים עם אחד... לחוקה יש ערך, באשר עליה מחנכים את אלה שיילחמו אחר-כך נגד הקונטר-רבולוציה." ד"כ 4 (תש"י) 734-735. אולם ראו עמדתו של חבר הכנסת זרח ורהפטיג (החזית הדתית המאוחדת) שלדירו הגשמת הערך של חינוך הדורות הבאים ויהדות התפוצות דווקא מחייבת את אי-קבלתה של חוקה בנסיבות האמורות: "חוקה צריכה לשמש גורם חינוכי לנוער בארץ ולתפוצות ישראל בחוץ לארץ. החוקה חשובה מאד כגורם חינוכי ותרבותי בכל העולם. היא צריכה להיות כעין כרטיס-ביקור, שיראה מי הוא העם הזה ומהי המדינה הזאת. החוקה שמציעים או שיציעו אינה מסוגלת לשמש לשני התפקידים הללו. אנו ידועים בעולם כעם של ספר-הספרים. אין לנו כל צורך בכרטיס-ביקור שני, שלא יוסיף, אלא יגרע." ד"כ 4 (תש"י) 731.

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

מתנגדי החוקה האמינו כי היא תעניק כוח רב מדי בידי המיעוט, דבר שיסכל את בניין הארץ והאומה על ידי הממשלה.<sup>32</sup> שלישית, מתנגדי החוקה חששו מפני מלחמת תרבות החלום הציוני.<sup>33</sup> רביעית, נטען שיש לאמץ חוקה רק לאחר קיבוצו של העם היהודי מהגלויות (טיעון "קיבוץ הגלויות").<sup>34</sup> טיעון זה נגע פחות לעצם נחיצות החוקה (האם חוקה היא דבר טוב או לא), והתמקד בהליך הראוי לקבלתה.<sup>35</sup> נטען שקבלתה של חוקה

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

33 ראו, למשל, דברי חבר הכנסת תבורי (מפא"י): "ה'קולטור-קאמפף' ישמש אמתלה ותואנה לסוג מסויים של יהודים בחוק-לארץ, ויש יהודים כאלה בחוק-לארץ, המחכים רק לאמתלה כגון זו. היהודים בחוק-לארץ יאמרו: אמנם כן, יש בארץ ישראל בחורים טובים, שבנו את המדינה, הגנו על המולדת, בנו משק וחברה, אבל מקץ שנתיים הסתבכו במלחמה על קונסטיטוציה ונכנסו לטראנס של מלחמת-אמונות... אם כן, נחכה איפוא ונראה איך יפול דבר, ורק אחר כך נבוא לארץ-לישראל, נביא את ההון שלנו, את המשפחות שלנו. רבותי, זוהי סכנה ממשית מאד!" ד"כ 4 (תש"י) 774. אך השוו עם דברי חבר הכנסת מאיר יערי (מפ"ם): "החזית הדתית, המטילה חרם על חוקה חילונית, אינה מעיזה מצד שני לתבוע חוקה דתית לאלתר. הם מאיימים עלינו שחוקה חילונית תחולל בתוכנו 'קולטור-קאמפף', ומפאי כאילו נפחדת. משום מה נפחדת פתאים? ושמה נפחדת משום שרצוי לה מטעמי נוחות שלטונית לכלכל את עסקי המדינה בדרך של חוקי-חירום? אם כך ואם כך – שוב מופעל, ובכל הדרו, אותו 'שמור לי ואשמור לך' הקואליציוני, הידוע לנו כדי שבעה". ד"כ 4 (תש"י) 767.

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

35 פרופסור רות גביון מציינת כי טיעון קיבוץ הגלויות היה נטוע עמוק באידיאולוגיה הציונית, שגרסה כי מדינת ישראל אמורה להיות מדינה יהודית עבור העם היהודי השוכן בארץ ישראל ובגלויות. גביון מסבירה כי טיעון הגלויות הוא טיעון ייחודי החושף את אחד המאפיינים הייחודיים למדינת ישראל שכן הוא כמעט בלתי מתקבל על הדעת ובעיית בעליל בכל מדינה אחרת בעולם. Ruth Gavison "The Controversy Over Israel's Bill of Rights" 15 *Israel Yearbook on Human Rights* 113 (1985) 135. פרופסור גביון צודקת. טיעון קיבוץ הגלויות הוא טיעון ייחודי הנטוע עמוק באידיאולוגיה הציונית. עם זאת יש לציין כי טיעון קיבוץ הגלויות הוא למעשה וריאציה של טיעון כללי הכופר בעצם הלגיטימיות של חוקה כתובה ומשוריינת, המיועדת לכבול דורות עתידיים או אנשים שאינם שותפים לה. שורשיו של טיעון זה הנם עתיקים

מחייבת הליך שבו תינתן לאוכלוסייה הפוטנציאלית כולה הזדמנות הוגנת להשתתף.<sup>36</sup> כינונה של חוקה נעשה, לרוב, עבור אוכלוסייה נתונה המתגוררת בטריטוריה נתונה, אך מצב הדברים במדינת ישראל היה שונה: היקף אוכלוסייתה והרכבה השתנו תכופות, והתמורות הדמוגרפיות שבהן הייתה נתונה עקב ייסוד המדינה היו בעיצומן. לפיכך תבעו מנהיגים ציוניים שונים שקבלתה של חוקה תיעשה רק בתום התייצבות המצב הדמוגרפי. מיותר לציין כי טיעונים אלה לא שכנעו את תומכי החוקה הכתובה, שייחסו לבן-גוריון ולמפלגת השלטון מניע נסתר – הרצון שלא להיות כפופים לחוקה כתובה ונוקשה או מוגבלים על ידיה.<sup>37</sup>

אך מחלוקת מבניות ומוסדיות לא נסבו רק על הצורך בחוקה כתובה או על ההליך הראוי לקבלתה.<sup>38</sup> חוסר הסכמה התגלע גם בנוגע לסוגיות מבניות ומוסדיות

וניתן לאתרם כבר אצל דיוויד יום (David Hume) במאה השמונה עשרה בהתנגדותו למסורת האמנה החברתית. David Hume "Of the Original Contract" (1748) in *Social Contract: Essays by Locke, Hume, and Rousseau* (New York, 1948) 147. אחת הבעיות שעליהן מצביע יום, בנוגע למסורת האמנה החברתית, היא התבססותה על הסכמה היסטורית, חוזה היסטורי או חוקה היסטורית בין החברים הראשונים של הקהילה. יום טען, כי העובדות והראיות ההיסטוריות אינן תומכות בטענה כי חברות מודרניות מבוססות על הסכם קדום מעין זה, ומלבד זאת וחשוב יותר לענייננו, ההיצמדות להסכם היסטורי מניחה כי הסכמת האבות יכולה לחייב את הבנים – דבר שנראה בלתי מוסרי בעליל. ההשלכות של טיעון זה על הסדרים חוקתיים היא עצומה, שכן חוקות לרוב מתוכננות לשרוד שנים רבות ואף לכבול דורות עתידיים. לכן, אפילו מלומדים כגון טום פיין ותומס ג'פרסון, שראו בחוקה האמריקנית מעין חוזה בסיסי המייסד את החברה האמריקנית ודחפו לאישורה, גרסו שכל דור צריך לקבוע חוקה לעצמו. ראו: Tom Paine "The Rights of Man" in *The Life and Major Writing of Thomas Paine* (Philip Foner ed., New York, 1961) 251. ראו בעניין זה גם את הצעתו של חבר הכנסת נחום גיררפאלקס כי החוקה תחייב דור אחד בלבד ותהיה פתוחה לרביזיה כל עשרים שנה. ד"כ 4 (תש"י) 718. כאשר בוחנים את טיעון קיבוץ הגלויות במשקפי הטיעון של יום, אנו רואים כי השיקול המכריע הוא חוסר הנכונות לכבול דורות עתידיים או קבוצות שאינם שותפים לקבלת החוקה, ושיקול זה היווה באופן מסורתי שיקול הכופר בלגיטימיות העשייה החוקתית.

Amos Shapira "Why Israel Has No Constitution" 37 *St. Louis Univ. L. J.* (1993) 283, 285.

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

38 מחלוקת נוספת שצצה בנוגע למכשיר של חוקה כתובה נגע לצורתה וניסוחה. כפי שהוסבר לעיל, מפלגות סוציאליסטיות, כגון מפ"ם, דרשו שהחוקה הכתובה לא זו בלבד שתעגן זכויות

אחרות. לא הייתה הסכמה לעניין ההרכב והמבנה של הרשות המחוקקת. מפלגת הציונים הכלליים והמפלגה הפרוגרסיבית העדיפו מחוקק שיורכב משני בתי מחוקקים, וזאת מתוך אמונה כי בית מחוקקים נוסף יתרום בתיקון טעויות חקיקה.<sup>39</sup> מפא"י ומפלגות נוספות, לעומת זאת, העדיפו באופן כללי בית מחוקקים יחיד. היו מפלגות, כגון חרות, שתמכו בבחירות אזוריות לרשות המחוקקת, באופן שנציגי הציבור ייבחרו במחוזות השונים, ואילו אחרות, כגון המפלגה הקומוניסטית, העדיפו בחירות כלליות לאומיות. מפלגת מפא"י הייתה מפולגת בסוגיה זו. אף שבמצע המפלגה לבחירות ב-1949 נכתב כי היא תומכת בבחירות כלליות, רבים מנציגיה תמכו בבחירות אזוריות. יש אף הזוקפים את התנגדות בן-גוריון לחוקה לחוסר רצונו בעיגון חוקתי של שיטת הבחירות הכלליות, שהיה מצמצם באופן ניכר את הסיכויים לשנותה בעתיד.<sup>40</sup> היה חוסר הסכמה גם בנוגע למבנה הרשות המבצעת וראש המדינה, הנשיא. מפא"י העדיפה כי הנשיא ייבחר על ידי המחוקקים, וכי יואצלו לו כוחות וסמכויות מינוריים. מפלגת חרות ביקשה שהנשיא ייבחר בבחירות כלליות ולאומיות. הציונים הכלליים והמפלגה הפרוגרסיבית דרשו כי יופקדו בידי הנשיא סמכויות שוות ערך לסמכויותיו של נשיא צרפת, וכי תוענק לו הסמכות לפזר את הכנסת ולקרוא לבחירות חדשות. ראויה לציון במיוחד גם המחלוקת בעניין הצורך בביקורת שיפוטית כמכשיר לאכיפתה של החוקה. היו שטענו כי הפקדת סמכות הביקורת בידי בתי המשפט עשויה להוות כוח מעכב בתוך המערכת הפוליטית הישראלית שיעדיף זכויות קניין על פני זכויות אדם וקדמה.<sup>41</sup> אחרים טענו כי את הביקורת על פי החוקה יש להפקיד בידי טריבונל מיוחד בהליך מיוחד;<sup>42</sup> כי יש להגביל

חברתיות וכלכליות אלא גם תתאר את הדרכים וההסדרים למימושן. מפלגות אחרות, כגון הציונים הכלליים והמפלגה הפרוגרסיבית הציגו חקיקתה של חוקה קצרה ותמציתית שתעגן עקרונות כלליים בלבד, כדי שתשרוד זמן רב. ראוי לציון כי התנגדותם של הציונים הכלליים והמפלגה הפרוגרסיבית לחוקה מפורטת הייתה נעוצה בחשש כי היא תביא לידי תוצאות בלתי צפויות, שכן השמטות מהחוקה עשויות להוות בסיס לפרשנות יתר. היום מלומדים רבים מאמינים דווקא כי חוקה עמומה, המעגנת עקרונות כלליים בלבד, צופנת בחובה סכנה גדולה יותר של תוצאות בלתי צפויות.

<sup>39</sup> Rackman, *supra* note 14, at p. 25.

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

<sup>41</sup> בן-גוריון, לדוגמה, טען כי ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית היא לא רק בלתי דמוקרטית אלא גם עשויה להביא לידי חוסר צדק משווע: "[בארה"ב] בית המשפט העליון לקח לעצמו הזכות, אם כי הדבר לא פורש בחוקה, לקבוע אם חוק שנעשה על-ידי נציגי העם בקונגרס הולם או סותר החוקה, ובידו לפסול חוק, אם גם רוב גדול של העם ונציגיו עומדים מאחוריו, בתואנה שהחוק מתנגד לחוקה. וכך נעשה בית-המשפט העליון כוח, מעכב, מחשיל, משמר, המבכר זכויות הרכוש על זכויות האדם. וכשהוחלט באמריקה להטיל מס-הכנסה באו העשירים וטענו בפני בית-המשפט שהחוק סותר החוקה, ובית המשפט פסל חוק מס-הירושה, עד שהיה הכרח לשנות החוקה... היה מקרה שני שעשו חוק להגנת עבודת ילדים – בא בית-המשפט ופסל החוק מטעם קונסטיטוציוני. ומשונה קצת הדבר שאצלנו מפלגות הדוגלות ב'קידמה' ו'כוחות המח' נלהבות למשטר זה". ד"כ 4 (תש"י) 816.

<sup>42</sup> חבר הכנסת נחום ניר רפלאקס, יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, ד"כ 4 (תש"י) 717.

את הביקורת השיפוטית לתקופה קצובה לאחר חקיקת החוק; או כי החוקה תסמך את המחוקק להתגבר על הקביעה השיפוטית של היעדר חוקתיות באמצעות רוב מיוחד. מניתוח זה עולה כי נגלעו מחלוקות לרוחב ולאורך השדה החוקתי, על עקרונות והסדרים חוקתיים, שמנעו קבלתה של חוקה. לעתים נדמה שלכל שני חברי כנסת היו שלוש עמדות. דוגמה מאלפת לכך ניתן למצוא כמובן בעמדותיהם של בן-גוריון וזרח ורהפטיג, מהאנשים המעורים ביותר בעשייה החוקתית עם קום המדינה, שבהתחלה תמכו במידת מה בחוקה, לאחר מכן התנגדו נחרצות לקבלתה, ולבסוף טענו כי כבר התקבלה. אבות האומה הישראלית היו חלוקים בנוגע לערכים, לשאיפות ולמטרות, שהחוקה החדשה תידרש לקדם. הם היו חלוקים גם בעניין המבנה המוסדי שהחוקה אמורה הייתה לייסד ואם יש בכלל צורך בחוקה כתובה. היו אלו מחלוקות בעניין מבנה ומוסדות בנוסף על מחלוקות בעניין עקרונות, שאיפות ומטרות שהביאו לידי הכישלון לאמץ חוקה. אין ספק שלפחות חלק מהמחלוקות הללו היו ניתנות לגישור. חלק אחר – לא. יש המאמינים כי מנהיגי היישוב היהודי בארץ חששו באמת ובתמים ממלחמת תרבות בין חוגים חילוניים לחוגים דתיים, שהייתה עשויה להתפתח מעימות עם המפלגות הדתיות, ושהייתה עלולה לסכן את פרויקט בניין האומה באותה עת. אחרים מאמינים כי בן-גוריון פשוט הגיע לכלל מסקנה כי תינתן לו גמישות שלטונית רבה יותר בלא חוקה. מכל מקום, היו אלה חילוקי דעות יסודיים שמנעו קבלתה של חוקה כתובה עם קום המדינה. כל פלג וסיעה נתן פרשנות משלו למה שניתן לכנות "תנאי הלגיטימיות של מדינה יהודית דמוקרטית". על כן כישלונה של ישראל לאמץ חוקה עם קום המדינה מצטייר באור סקטוריאלי של שיקולים מפלגתיים וסיעתיים צרים וקצרי טווח שקיבלו משקל רב ומנעו אימוצה של חוקה. כל פלג שאף לקדם את טובתו שלו על פני טובת הקהילה בכללותה. מחויבות לשאיפות וערכים מפלגתיים צרים הביאו לידי מחויבות אינטרסנטית למבנה ומוסדות מסוימים.

#### ד. החלטת הררי והמחלוקות סביב לה

בגלל חוסר יכולתם לאמץ חוקה, הגו המפלגות הפוליטיות פשרה, שלימים כונתה "החלטת הררי"<sup>43</sup>. הוחלט שהכנסת תחוקק חוקה בהדרגה, פרק אחר פרק, והפרקים, חוקי היסוד השונים, יאוגדו לבסוף לכדי חוקה שלמה. כפי שקורה לרוב במצבים של פשרה פוליטית, החלטת הררי הייתה עמומה בנוגע לשאלות חוקתיות יסודיות. ראשית, החלטת הררי הייתה מעורפלת באשר לפרוצדורה שלפיה תיקבע החוקה ותאושר.<sup>44</sup>

43 החלטת הררי, שניתנה ב-13 ביוני 1950, קבעה כי "הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה". ד"כ 5 (תש"י) 1743.

44 ראו בנימין אקצין "חוקי-יסוד וחוקים משוריינים בישראל" הפרקליט יז (תשכ"א) 230, 232–233.

שנית, סוגיות יסוד חוקתיות, כגון מעמד של חוקי היסוד כשהם לעצמם וכלפי חוקים רגילים,<sup>45</sup> מקורם המשפטי<sup>46</sup> וסוגיית אכיפתם<sup>47</sup> לא הוסדרו כלל. עבור אחדים, כגון בן-גוריון,<sup>48</sup> החלטת הררי סימלה את אימוצו של המודל החוקתי הבריטי בדבר ריבונות ועליונות הפרלמנט – בגרסת שלטון הרוב בלא מצרים.<sup>49</sup> עבורם, גם הגבלות שמקורן בכנסת עצמה היו נעדרות תוקף, מכיוון שכנסת נוכחית אינה מסוגלת לכבול כנסת עתידית.<sup>50</sup> עבור אחרים, ההחלטה סימלה את אימוצו של הליך הדרגתי שבאמצעותו

- גם: Amos Shapira "Judicial Review without a Constitution: The Israeli Paradox" 56 Temple L. Q. (1983) 405, 410. בין היתר מציין שפירא, כי החלטת הררי לא קבעה לוח זמנים לקבלתם של חוקי היסוד האינדיווידואליים או לאיחודם לכדי חוקה שלמה. כן לא ברור אם ההליך שכונן התייחס רק לכנסת הראשונה, או שמא הטיל את חובת קבלת החוקה על כנסות עתידיות. בנוסף, החלטת הררי אינה ברורה בכל הנוגע להליך קבלתם וכניסתם לתוקף של חוקי היסוד: האם חוק היסוד זוכה למעמד משפטי מיוחד כבר עם אישורו על ידי הכנסת, או שמא הוא זוכה למעמד משפטי זה רק בתום ההליך, כאשר תאושר החוקה השלמה.
- 45 אחת השאלות שהחלטת הררי הותירה בלא מענה והמשפט החוקתי הישראלי התחבט בה עשרות שנים, היא הנפקות המשפטית של כינוי חוק כ"חוק יסוד". האם העובדה שחוק נושא את התואר "יסוד" הופכת אותו לחוק בעל מעמד נורמטיבי עליון, מורם ממעמדם של חוקים אחרים רגילים של אותה כנסת ו/או של כנסות עוקבות? בנוסף, עולה השאלה בעניין מעמד החוקתי של חוקים רגילים, שלא זכו להכרה כחוקי יסוד, אך בשל תוכנם (לדוגמה, חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א–1951) או בשל הפרוצדורה שבה נתקבלו ובגלל שרינם (לדוגמה, חוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, תשמ"ד–1984) עשויים לזכות במעמד חוקתי מיוחד העולה על חוקים אחרים.
- 46 ב"מקור משפטי" כוונתי לשאלה אם תוקפם של חוקי היסוד נובע מדוקטרינת ריבונות הכנסת בדומה למודל האנגלי או מהסמכות המכוננת בדומה למודל האמריקני.
- 47 דבר לא נאמר בהחלטת הררי בעניין מנגנון האכיפה של חוקי היסוד. באותה עת נשקלו כמה מנגנונים חלופיים לביקורת שיפוטית קלאסית. לדוגמה, היו שהציעו כי הביקורת החוקתית תיעשה על ידי טריבונל מיוחד בהליכים מיוחדים, ואילו אחרים האמינו כי ניתן להשתמש בביקורת השיפוטית הרגילה תוך צמצום הביקורת לפרק זמן מסוים ממועד קבלת החוק שבעניינו נטענת ההפרה החוקתית, או תוך הסמכת המחוקק להתגבר על הקביעה השיפוטית בדבר היעדר חוקתיות באמצעות אישור החוק המפר ברוב מיוחד. ראו: Gavison, *supra* note 35, at note 83 and accompanied text. ראו גם: Shapira, *supra* note 44, at p. 410.
- 48 ראו גם שלמה אהרונסון "חוקה לישראל – הדגם הבריטי של דוד בן-גוריון" פוליטיקה 2 (תשנ"ט) 9.
- 49 אך ראו: Trevor R. S. Allan *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law* (Oxford, 2001) הטוען כי המודל החוקתי הבריטי אינו מבוסס על דוקטרינת ריבונות הפרלמנט, אלא על ריבונות דואלית: ריבונות הפרלמנט וריבונות בתי המשפט. ראו בעניין זה גם: Stephen Sedley "The Common Law and the Constitution" in *The Making and Remaking of the British Constitution* (1997) 26.
- 50 התומכים בהשקפה זו האמינו כי המסגרת החוקתית הישראלית מתבססת על הגישה המסורתית האנגלית שהפרלמנט אינו כפוף או מוגבל להחלטות קודמיו. גישה זו נשענה על ההנחה כי לעומת שאר כללי המשפט המקובל, כלל זה אינו ניתן לשינוי בחקיקה. לפי השקפה זו, הכלל שהפרלמנט אינו יכול לכבול את עצמו, הוא עיקרון משפטי אולטימטיבי המשמש בסיס לשיטת המשטר. ראו: 3 Eliahu Likhovski "The Courts and the Legislative Supremacy of the Knesset" *Israel L. Rev.* (1968) 345, 362.



ניתן יהיה לאמץ את המודל החוקתי האמריקני.<sup>51</sup> עבור האחרונים, קבלת חוקי יסוד עשויה להגביל את ריבונות הכנסת כמחוקק ולכבול כנסות עתידיות. לכן, אף שהחלטת הררי יצרה מסגרת נורמטיבית לקבלתה של חוקה באמצעות חקיקת חוקי יסוד, הרי טיבה של חוקה זו וטיבה של החלטה עצמה היו פתוחים לפרשנויות שונות. למעשה, החלטת הררי לא ייטבה את המחלוקות והסכסוכים בדבר ההסדרים החוקתיים של המדינה החדשה, אלא איגדה אותם לתוך ניסוחה העמום, והשאירה את השדה החוקתי פתוח למספר רב של אופציות חוקתיות. מאורעות מאוחרים הטילו צל כבד על החלטת הררי כמסגרת הראויה לקבלת חוקה. ראשית, יש לציין כי מלבד החלטת הררי לא נעשה שום דבר נוסף בשארית כהונת הכנסת הראשונה בנוגע לאימוצה של חוקה. הכנסת הראשונה לא אימצה שום חוק יסוד, ובוודאי לא חוקה שלמה. שנית, לקראת תום כהונתה חוקקה הכנסת הראשונה את חוק המעבר לכנסת השנייה, תשי"א–1951 (להלן: חוק המעבר לכנסת השנייה), שהתיימר להעביר לכנסת השנייה ולכל כנסת עוקבת את סמכותה של הכנסת הראשונה לחוקק חוקה.<sup>52</sup> מלומדים ואנשי משפט רבים, הדוחים את התזה בדבר רציפות הסמכות המכוננת, מציינים במיוחד חוק זה כחוליה החלשה ברציפות הקונסטיטוציונית של ישראל.<sup>53</sup> היו משפטנים שעזרו על השימוש בחוק רגיל כדי להעביר את הסמכות המכוננת מהכנסת הראשונה לכנסות עוקבות. אחרים הטילו ספק בכוונת הכנסת הראשונה להעביר את הסמכות המכוננת בחוק המעבר לכנסת השנייה. אך הביקורת ההרסנית ביותר באשר לסמכות המכוננת הנמשכת של הכנסת הוצגה על ידי פרופסור מלוויל נימר (Melville Nimmer). לפי נימר, גם אם נקבל את הטענה כי הכנסת הראשונה התכוונה להעביר את הסמכות המכוננת לכל כנסת עתידית, הרי עדיין יש לחקור ולברוק אם הייתה לה הסמכות המשפטית לעשות זאת.<sup>54</sup> נימר מציינ

51 כותב אליהו לחובסקי, כי מכיוון שבהחלטת הררי שום דבר ברור לא נאמר בנושא עליונות הכנסת כמקור לחוקה, חייבים אנו להניח כי המצביעים בעד ההחלטה נחלקו בעיקר לשני מחנות. בקבוצה הראשונה, היו אלו שהניחו כי הבסיס האולטימטיבי לחוקה יישאר דוקטרינת ריבונות הכנסת. בנוסף הם הניחו כי "הפרקים יחד" שיאוגדו לחוקת המדינה, יהיו ניתנים לשינוי מעת לעת בהליך חקיקתי דומה להליך חקיקתו של כל חוק אחר. בקבוצה השנייה של תומכי החלטת הררי ניתן למצוא את אלה שהניחו כי חקיקתו של כל חוק יסוד אינדיווידואלי תהיה צעד לקראת התפתחות הדרגתית לכדי חוקה כתובה ונוקשה. בנוסף, הם הניחו כי המערכת המשפטית הקיימת מסוגלת להפיק חוקה שתהווה החוק העליון בטריטוריה. Elishu Likhovski "Can the Knesset Adopt a Constitution Which Will Be the Supreme Law of the Land?" 4 *Israel L. Rev.* (1969) 61, 63–64.

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

53 מ' שטרנברג "חוק יסוד הכנסת – חוק נוסף או נדבך משפטי עליון" מולד טז (1958) 284. ראו גם: Melville B. Nimmer "The Uses of Judicial Review in Israel's Quest For a Constitution" 70 *Colum. L. Rev.* (1970) 1217, 1239; Elishu Likhovski "The Courts and the Legislative Supremacy of the Knesset" 3 *Israel L. Rev.* (1968) 345, 358. השופט חשין בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 483–485.

54 Nimmer, *Id.*, at p. 1239.

כי יהיה זה מזור להשקיף על הסמכות המכוננת כאילו הייתה חפץ או זכות קניינית, שבעליה חופשיים לוותר עליה או להעבירה לאחרים על פי רצונם. לכנסת הראשונה ניתנה הסמכות לאמץ חוקה. העברת חובה וסמכות זו לאחרים אינה ראויה מבחינה משפטית.<sup>55</sup>

לא רק הלגיטימיות המשפטית של החלטת הררי הותקפה, אלא גם הלגיטימיות הפוליטית שלה. לפי פרופסור מארק טושנט (Mark Tushnet), נעדר ההליך שיצרה החלטת הררי לגיטימיות פוליטית, מכיוון שהרשות המחוקקת חוקי יסוד היא למעשה אותה רשות שאמורה ליישם מדיניות פוליטית רגילה. ההצדקה הפוליטית לכוחן של אספות מכוננות לכבול את המחוקק הרגיל נשענת, לפי טושנט, על ההנחה כי אספות מכוננות נוצרות בזמנים שבהם העם קשוב ומעורה במיוחד בעניינים ובסוגיות פוליטיים יסודיים וחשובים.<sup>56</sup> על כן חוקה פורמלית היא תוצר של "פוליטיקה חוקתית", הנהנית מתמיכה עממית רחבה, ולא תוצר של "פוליטיקה רגילה", ומטרתה להסדיר ולקבוע את המסגרת וכללי המשחק של הפוליטיקה הרגילה.<sup>57</sup> ההליך, שכונן על ידי החלטת הררי, הביא לידי כך שהפוליטיקה החוקתית בישראל היא לעתים קרובות משנית לפוליטיקה הרגילה כשמצב דברים תקין דורש יחס הפוך.<sup>58</sup> טושנט גורס כי מכיוון שתהליך קבלת החוקה בהדרגה אינו עונה על האידיאל של ריבונות עממית ואינו נשען על ההבחנה בין נורמות שהן תוצר של "פוליטיקה חוקתית" לנורמות שהן תוצר של "פוליטיקה רגילה", הוא אינו נהנה מלגיטימיות פוליטית להגביל את הפוליטיקה הרגילה. בדומה לטושנט, גם פרופסור עלי זלצברגר תקף את הלגיטימיות הפוליטית של החלטת הררי ואת תהליך קבלת החוקה בהדרגה.<sup>59</sup> גם לגישתו של זלצברגר, חוקי היסוד אינם יכולים להיחשב לחלק מחוקה, מכיוון שהגוף שחוקק אותם הוא אותו גוף שהם באים להגביל. החלטות המתקבלות על ידי נציגי העם באספות מכוננות נהנות מלגיטימיות פוליטית מכיוון שהן עשויות, קרוב לוודאי, לאגד הוראות ציבוריות המיטיבות עם העם בכללותו והצופות אל פני העתיד הרחוק. לגיטימיות החוקה נובעת מכך שהוראותיה והסדריה מתקבלים בנסיבות המזכירות את מסך הבערות של ג'ון רולס

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

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

57 רות גביון "לקחי הפדרליסט" וההליך החוקתי בישראל" תכלת 11 (תשס"ב) 21.

58 שיחה עם עלי זלצברגר על "תקנות ההגנה המנדטוריות ומעמדה של הכרות העצמאות – ליון נ' גוברניק וזיו נ' גוברניק" משפטים ראשונים: שיחות בעקבות פסקי-דין של בית המשפט העליון

59 בשנה הראשונה להיווסדו (עורכת דפנה ברק-ארוז, תל-אביב, 1999) 41, 46–47.

(John Rawls),<sup>60</sup> המונעות את האפשרות לשקול שיקולים צרים, אנוכיים, אינטרסנטיים וסקטוריאליים בעיצוב כללי היסוד, שעל פיהם יש לארגן את הפוליטיקה היומיומית. ההליך של קבלת חוקה בהדרגה אינו עונה על דרישות אלו בשל התמזגות עם פוליטיקה יומיומית, ומכאן שאין באפשרותו לספק הוראות ניטרליות.

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

לאחר שסקר את עמדות הפלגים הפוליטיים בעניין החוקה עם קום המדינה, סיכם פרופסור עמנואל רקמן את ספרו *Israel's Emerging Constitution 1948–51* במסקנתו שלא נולדה כל תוכנה חדשה בנוגע למוסדות פוליטיים או זכויות אדם בעקבות ניסיונה של מדינת ישראל בעשייה חוקתית.<sup>61</sup> רקמן קיווה כי בעתיד תיכתב הספרות הפוליטית בידי אנשים שאינם פוליטיקאים מקצוענים, ואז תוכל למשוך עניין אוניברסלי רב יותר. אך היה, לדעתי, משהו בהחלט אוניברסלי מחד גיסא, ומאידך גיסא מיוחד בניסיונה של ישראל בעשייה חוקתית עם קום המדינה. מייסדי האומה הישראלית התמודדו עם אי-הסכמה יסודית באשר לתנאי הלגיטימיות של המדינה החדשה ושל מוסדותיה. הם, כמו אבות מייסדים של מדינות חדשות אחרות, ואולי אף יותר מהם בשל הרקע המיוחד של העם היהודי והמדינה היהודית, ניצבו לנוכח מחלוקות בסוגיות מה הופך ממשל לצודק, טוב ודמוקרטי ומהם תנאי הלגיטימיות שלו. ישראל אינה מיוחדת בצורך וברצון להשיג פשרה לנוכח מחלוקת יסודית במועד ייסודה. דמוקרטיה מערבית אחרות שותפות לניסיון זה, עד שנראה כי מדובר במאפיין אוניברסלי של עשייה חוקתית בחברה מודרנית. עם זאת, בניגוד למדינות רבות אחרות, שסיימו את תהליך ייסודן בקבלת חוקה, ישראל נכשלה במשימה זו. לעתים קרובות מחלוקות שזורות זו בזו. התנגדותו של בן-גוריון, למשל, לחוקה כתובה נבעה מחששו ממוסד שיפוטי עצמאי בעל יכולת לפסול חוקים. ניתן לכנות שזירה מעין זו שזירה פנימית, שבה מחלוקת בעניין מוסד מסוים מובילה למחלוקת בעניין מוסד אחר, או שבה מחלוקת בעניין עיקרון/ערך מהותי מסוים מובילה למחלוקת בעניין ערכים אחרים. לדוגמה, מחלוקת בעניין מהות ערך השוויון עשויה להוביל למחלוקת בעניין ערך הקניין הפרטי. סוג אחר של שזירה הוא שזירה חיצונית, שבה מחלוקת בעניין ערכים מובילה למחלוקת בעניין מוסדות. אנשים חלוקים בנוגע לשאלת טובת הכלל, בנוגע לזכויות שברשותם, ובנוגע למדיניות הפוליטית, החברתית או הכללית שהמדינה צריכה לאמץ. בהיעדרה של הסכמה בדבר הערכים, המטרות, השאיפות והזכויות שיש לקדם, קהילה פוליטית אינה יכולה לתכנן מבנה פוליטי כדי לקדם מטרות או ערכים אלו. לפחות חלק מההתנגדות

John Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., revised ed., 1999) 118 60

Rackman, *supra* note 14 61

לחוקה כתובה נבעה מחוסר הסכמה באשר לערכים שחוקה זו תעגן ותקדם. באותה מידה, גם אם מנסים לפתור מחלוקות אלו באמצעות פנייה להליך או פרוצדורה כלשהם, והדוגמה לכך היא החלטת הררי, הרי חוסר הסכמה יצוץ גם בנוגע לטיבם של ההליך והפרוצדורה שנבחרו ואולי אפילו בנוגע ללגיטימיות שלהם מלכתחילה. מה שמיחד בעשייה החוקתית בישראל אינו עצם קיומן של מחלוקות, אלא הכישלון לאמץ חוקה כתולדה ישירה של מחלוקות.

פילוסופים ומלומדי המשפט החוקתי מרבים היום להרהר שוב ושוב על מחלוקות, סכסוכים ופלורליזם של השקפות עולם כמאפיין המרכזי של חברות מערביות דמוקרטיות.<sup>62</sup> השאלה המרכזית עליה הם מנסים לענות היא כיצד מבנים והסדרים חוקתיים עשויים לאכלס, להטיב ולהכיל מחלוקות אלו.<sup>63</sup> מדינות דמוקרטיות מודרניות נוטות להתגבר על מחלוקות אלו או להטיב עם מחלוקות אלו באמצעות קבלתה של חוקה, המאגדת בתוכה תנאים הוגנים לשיתוף פעולה,<sup>64</sup> המבטיחה יציבות פוליטית ומשפטית,<sup>65</sup> המגבירה את השיח והדיאלוג הציבורי בין הפלגים השונים,<sup>66</sup> והמאפשרת הרהור והחלטה דמוקרטיים.<sup>67</sup> הניסיון החוקתי הישראלי הוא מיוחד במינו כמובן זה שנעשה ניסיון על ידי מנהיגי האומה להתגבר על ולהטיב עם המחלוקות בדבר תנאי הלגיטימיות של המדינה החדשה (מחלוקות בעניין מהות ומחלוקות בעניין מבנה) באמצעות דחיית אימוצה של חוקה כתובה.

החלטת הררי היא דוגמה מצוינת (אף שאינה הדוגמה היחידה) לטקטיקה החוקתית של "להחליט שלא להחליט", שנבחרה על ידי מייסדי האומה. אמנם החלטה זו קוראת לקבלת חוקה בהדרגה, אך למעשה, כפי שכותבת פרופסור דפנה ברק-ארז,

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

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

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

65 ראו: Jeremy Waldron "Book Review: *We the People*" *Journal of Philosophy* (1993) 149, 151; Waldron, *supra* note 24, at pp. 75–77; Hannah Arendt *On Revolution* (New York, 1965) 174; Benjamin Akzin "Problem of Constitutional and Administrative Law" in *International Lawyers Convention in Israel 1958* (Jerusalem, 1958) 161, 168; Benjamin Akzin "On the Stability and Reality of Constitutions" 3 *Scripta Hierosolymitana* (1955) 313.

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

67 ראו: Cass R. Sunstein *Designing Democracy: What Constitutions do* (Oxford, 2001) 98–99, 102.

היה ההליך של קבלת חוקה בהדרגה הליך הימנעות מקבלתה.<sup>68</sup> מנהיגי המדינה החדשה החליטו להותיר את השאלות, אם, כיצד ומתי תאמץ ישראל חוקה, פתוחות לעתיד לבוא. הם החליטו כי עדיף שלא ליישב מחלוקות יסודיות ומופשטות בדבר ערכים, עקרונות ומוסדות, ובמיוחד ככל שהן מתייחסות לאופייה היהודי-דמוקרטי של המדינה החדשה. לחלופין, הם בחרו בהליך החלטות פרלמנטרי, כפי שהוא בא לידי ביטוי בכנסת ובהליכיה הפנימיים.<sup>69</sup> מייסדי האומה הישראלית לא ציינו מהו הבסיס העיוני שביסוד הליך קבלת החלטות מעין זה, האם הוא מושתת על עליונות בלתי מוגבלת של המחוקק, בדומה למודל החוקתי הבריטי, או שמא על כוחות האספה המכוננת, בדומה למודל החוקתי האמריקני. בדומה, מייסדי האומה לא פירטו מהם ערכי היסוד שבבסיס שיטת המשטר הישראלית, האם הם חשבו על ערכי יסוד רק במונחים רובניים ופרוצדורליים, או שמא הגנה על זכויות וחירויות הפרט והמיעוט הייתה גם היא חלק בלתי נפרד מערכי היסוד של שיטת המשפט הישראלית? המסקנה היא אפוא שהכישלון לאמץ חוקה הכוללת מגילת זכויות על ידי מייסדי המדינה לא היה תולדה של שכחה או רשלנות מצדם, אלא תוצאה של חילוקי דעות באשר לתוכנה, מהותה ומעמדה. הפתרון שנמצא הוא קבלה הדרגתית ואינקרמנטלית של חוקה, שתאפשר הימנעות באותה עת מסוגיות שעשויות לסכן את הקמתה, בנייה ופעילותה של המדינה והחברה הישראלית. אך, הפלא ופלא, מחלוקות וסכסוכים התעוררו גם בנוגע לתוקפה הנורמטיבי של החלטת הררי עצמה, שעוררו ספק לא רק בנוגע להוראותיה ולהסכמות שבבסיסה, אלא גם באשר ללגיטימיות המשפטית והפוליטית שלה, כלומר אם הכנסת רכשה סמכות משפטית וסמכות פוליטית לאמץ חוקה כתובה בהדרגה על פי הוראותיה. פרופסור גביון גורסת כי הייחוד של מדינת ישראל נעוץ בקיומו של סוג מסוים

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

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

של מחלוקות, שאינו נמצא בדמוקרטיה אחרות: "...אף אם יכולות להיות מחלוקות בשיטה מסוימת על משמעות הסדר חוקתי מסוים, חקוק או קונבנציונלי, אין אף שיטה אחת בה קיימת מחלוקת מתמשכת לגבי שאלות כגון: האם יש לגוף מסוים במדינה סמכות לחוקק חוקה? האם במהלך השנים נעשה שימוש בסמכות זו, כך שבישראל יש חוקה? אם כן, מהם הסדריה ומאפייניה של החוקה? חלק מהייחוד הישראלי בשאלת החוקה הוא כי שאלות אלה מרחפות בחללה משך כל שנות קיומה".<sup>70</sup> לצערי, אינני יכול להסכים לגמרי לדברים אלה. למרות הייחוד של ישראל במחלוקות אלו, אין הן שונות מבחינה איכותית מהמחלוקות הקיימות באנגליה ובארצות הברית בדבר ההסדרים החוקתיים הקיימים. מחלוקות בדבר השאלות: "מהו סוג המשטר שאותו מכוננת החוקה האמריקנית?"<sup>71</sup> או "האם השיטה הבריטית אכן מבוססת על סמכותו המוחלטת של הפרלמנט?"<sup>72</sup> הן, לדעתי, בעלות איכות דומה למחלוקות הקיימות בישראל – מחלוקות מהותיות ומחלוקות מוסדיות בדבר טיבם של משטרים חוקתיים. נסיבות המחלוקות המלוות את מדינת ישראל מאז הקמתה, קיימות, במידה זו או אחרת, בכל דמוקרטיה מודרנית. הייחוד בישראל, לדעתי, נעוץ בכך שהטקטיקה, שנבחרה בגלל המחלוקות שנתגלעו ברגעי ייסוד המדינה, היא ההחלטה שלא להחליט. הליך קבלתה של חוקה, חוקה האמורה להסדיר את פעולתם הרגילה של מוסדות המדינה, נמתח והוארך אל מעבר ליוכל בלא כל תאריך יעד. לכן, מצב הדברים האנורמלי, של יציקתה של מסגרת חוקתית, נהפך למצב הדברים הנורמלי של הפוליטיקה הישראלית. בעוד שיתוף הפעולה בין הפלגים השונים בדמוקרטיה חוקתית מושג לרוב באמצעות אימוצה של חוקה, הרי בישראל הושג שיתוף פעולה זה באמצעות אי-החלטה בשאלת אימוצה של חוקה. באחד הדיונים האינסופיים על חוקה, שנוהלו עם קום המדינה, הפטיר חבר הכנסת יוחנן בדר מסיעת חרות, כי אצל בן-גוריון "כשנוטעים עצים אין צורך בחוקה; צריך לחכות עד שהעצים יגדלו".<sup>73</sup> לדעתי, ההיסטוריה החוקתית שלנו מראה, שלא זו בלבד שכשמשותפים פעולה פשוט אין צורך בחוקה, אלא שלעתים שיתוף הפעולה מותנה באי-קבלתה של חוקה או לפחות באי-החלטה בדבר אימוצה. רק כך הצליחו האבות המייסדים של האומה הישראלית לקדם את המטרה הליברלית של יצירת התנאים לשיתוף פעולה. בתנאים אלה יכלו פרטים במדינה להסכים, כאשר הסכמה מעין זו הייתה הכרחית, ולא להסכים כאשר הסכמה הייתה בלתי אפשרית. ברצוני להטעים שתי הערות כדי שיוכן כהלכה טיעוני בדבר טקטיקת העשייה

70 גביון, לעיל הערה 1, בע' 73.

71 השו"ב בעניין זה את ההסברים והפרשנויות השונות הניתנים על ידי מלומדים אמריקאים למערכת המשטר שמייסדת החוקה האמריקאית: John Hart Ely *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge Mass., 1980); Ackerman, *supra* note 56; Ronald Dworkin *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge Mass., 1996).

72 ראו בעניין זה לעיל הערה 49.

73 גולדברג, לעיל הערה 40, בע' 39.

החוקתית של ההחלטה שלא להחליט. ראשית, מובן שכל מייסד, מכונן או מחוקק הפועל על פי מודל זה של "החלטה שלא להחליט", יפעל על יסוד שתי הנחות שלובות: מצד אחד, הוא יניח ויקבל כלגיטימי את קיומם של חילוקי דעות חוקתיים בנוגע למבנה ומהות, וינסה לכבד מחלוקות אלו באמצעות אי-פתרון. מצד אחר, הוא יניח ויקבל את קיומו של רקע מהותי ומבני שבנוגע אליו ישנה הסכמה רחבה בחברה. זאת משום שהמסכים להשאיר עניינים רבים פתוחים, מקבל בעצם גרעין של סוגיות חוקתיות. העובדה שמייסדי האומה הישראלית החליטו שלא להחליט בדבר חוקה כתובה וסוגיות חוקתיות נוספות, אין פירושה כי לאורך שנות קיומה של המדינה לא הייתה לנו חוקה מטריאלית. חוקה מטריאלית זו כוננה באמצעות כללים ועקרונות רחבים מחד גיסא, והסדרים קונקרטיים, פרגמטיים ומעשיים מאידך גיסא. הכללים והעקרונות הרחבים שסביבם נבנה המשטר החוקתי הישראלי היו: עקרון התחייה הלאומית של העם היהודי במדינת ישראל, הכלל של "קול אחד לכל אחד", קיומו של מוסד מחוקק נבחר, עצמאותה של הרשות השופטת והעיקרון של שלטון החוק הפורמלי.<sup>74</sup> כלומר חלק ניכר מהכללים והעקרונות שכונו את חוקתה המטריאלית של מדינת ישראל היו תנאי כל יעבור לקיומם של משטר חופשי ומוסדות דמוקרטיים-ליברליים. בין ההסדרים הקונקרטיים שכונו את החוקה המטריאלית היו הסדרי הסטטוס קוו בענייני דת ומדינה, הסדרי חוק השבות ומשטר הקרקעות וגאולת הארץ של מינהל מקרעי ישראל.

שנית, בטענתי בדבר לגיטימיות הטקטיקה החוקתית שלא להחליט כדי להשיג שיתוף פעולה, רחוק אני מלצבוע את החברה הישראלית ואת שיטת המשטר הישראלי בצבעים ורודים בלבד. היו, ולמעשה קיימים אפילו כיום, חוקים, תקנות, צווים, החלטות ופרקטיקות משפטיות הנגועים בחוסר צדק, הפליה והפרה של זכויות

74 ההחלטה שלא להחליט אם לחוקק חוקה פורמלית כללה גם את אימוצה על ידי בתי המשפט של דוקטרינת ריבונות הכנסת בגבולות צרים ביותר – כי בתנאים נורמליים ורגילים חקיקת הכנסת מבטאת את רצון העם ולא ניתן להטיל ספק בתוקפה. הבנה צרה זו של דוקטרינת ריבונות הכנסת ניכרה בכמה היבטים. ראשית, לא נעשה כל ניסיון ליישב בין דוקטרינת ריבונות הכנסת לבין תהליך קבלתם בהדרגה של חוקי יסוד. שנית, האפליקציה של דוקטרינה זו בנסיבות ובמקרים חריגים (כמו, למשל, מקרים של חקיקת חוקים בלתי מוסריים בעליל) לא נדונה בפסיקה מעולם במפורש, ראו עדי פרוש "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי: השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל יכולה" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 717, 751–753. שלישי, במידה רבה השאירה הפסיקה את המתח בין המחויבות לדוקטרינת ריבונות הכנסת ובין המחויבות להגנה על זכויות האדם בלא הכרעה. ראו פרוש, שם, בע' 753. השוו יזהר טל "מחוקק כלי-יכול: האמנם? ביקורת ההלכה לפיה אין הגבלות לכוח החקיקה של הכנסת" עיוני משפט י (תשמ"ד) 361, 366–367, הטוען כי בפסיקה שעד שנות השמונים קיימת סתירה "בין מתן סמכות חקיקה בלתי מוגבלת לכנסת מצד אחד לבין ההכרה בקיומן ובחשיבותן של זכויות כחלק מן המשפט המחייב בישראל מצד שני". מכאן, שלמרות העובדה שבג"ץ אישר את דוקטרינת ריבונות הכנסת פעם אחר פעם, הרי היא הייתה ביטוי לקונסנוס צר באשר לכוחות הכנסת ולהימנעות מהכרעה במחלוקת העמוקה בעניין מטרות הדמוקרטיה הישראלית.

וחירויות. טענתי היא כי עצם הטקטיקה שלא להחליט הייתה לגיטימית מבחינה מוסרית ופוליטית, כי המבנה הבסיסי שנוצר באמצעותה היה בעיקרו לגיטימי. בגישתי זו ניתן למצוא הד לגישתו של רולס ופילוסופים אחרים באשר לדרכים השונות שבהן ניתן להעריך את הלגיטימיות של חוקים, תקנות, צווים והחלטות.<sup>75</sup> דרך אחת היא באמצעות פנייה ישירה לתפיסת הצדק. לפי דרך זו, אנו עשויים לשבח או לחלופין להוקיע חוקים, צווים והחלטות שיפוטיות לפי מידת ההתאמה שלהם לתפיסת המוסר או הצדק הראויה. דרך שנייה היא להעריך חוקים והחלטות באמצעות פנייה לפרוצדורה שעל פיה הם התקבלו. לפי דרך זו, חוקים והחלטות הם לגיטימיים, לא משום שהם מוסריים או צודקים במישרין, אלא מכיוון שהם התקבלו לפי פרוצדורה דמוקרטית מקובלת. טענתי בדבר הלגיטימיות של טקטיקת ההחלטה שלא להחליט אין פירושה שכל החוקים, התקנות, הצווים וההחלטות בישראל של קום המדינה היו מוסריים וצודקים במישרין, אלא שהמבנה החוקתי הבסיסי, שהטקטיקה הזו ייסדה, היה לגיטימי במידה רבה כאמצעי להשגת שיתוף פעולה. על כן חוקים, תקנות, צווים והחלטות ספציפיים בתקופה הפורמטיבית, שבאו לעולם מכוחה של טקטיקת ההחלטה שלא להחליט והמבנה החוקתי הבסיסי שיצרה, אף שעשויים היו להיכשל על פי מבחן הלגיטימיות הראשון, הרי היו לגיטימיים במובן השני – הם התקבלו על פי פרוצדורה דמוקרטית ליברלית.

### ו. מחלוקות, הכישלון לאמץ חוקה וההגנה על זכויות אדם

כפי שראינו, אחד הטיעונים בעד אימוצה של חוקה היה הצורך להגן על זכויות אדם. לכן, עולה השאלה אם על מזבח שיתוף הפעולה הוקרבה לא רק החוקה הכתובה והפורמלית, אלא גם ההגנה על זכויות האדם? רבים מחוקרי מדעי המדינה הטילו ספק במחויבותה של הדמוקרטיה הפרלמנטרית הישראלית לערכים ליברלים ודמוקרטיים.<sup>76</sup> טענתם הייתה כי התרבות הפוליטית של היישוב לא כיבדה באמת ובתמים את זכויות האזרח וחירויותיו, ולא הייתה מחויבת לערכים אלו. למעשה, כישלונה של הכנסת הראשונה לאמץ חוקה נתפסת כראיה מכרעת להוכחת הטענה. הטקטיקה החוקתית שלא להחליט מצטיירת אפוא כאנטגוניסטית לחירויות האזרח וזכויותיו.

שלילת טענה זו מצריכה דיון ובחינה מפורטים. כדי לסבר את האוזן כבר עתה אציין כי לגישתי קיומן של מחלוקות ונקיטת טקטיקה של "להחליט שלא להחליט", לא זו בלבד שלא היו אנטגוניסטיים לשיח זכויות, ולא זו בלבד שלא מנעו שיח כזה, אלא הם שימשו קרקע פורייה לצמיחתו של שיח זכויות, ואפשרו לבית המשפט לקבל עליו את התפקיד לפתח ולהגן על זכויות וחירויות. רונלד דבורקין (Ronald

75 ראו: Rawls, *supra* note 62, at p. 428.

76 ראו יונתן שפירא עילית ללא ממשכים (תשמ"ד) 26, 73–83; הורוביץ וליסק, לעיל הערה 8, בע' 153–154; Peleg, *supra* note 14, at p. 242; Sharfman, *supra* note 26, at p. 33.



(Dworkin) מסווג תיאוריות פוליטיות לשלושה סוגים: תיאוריות על בסיס זכות, תיאוריות על בסיס חובה ותיאוריות על בסיס מטרה.<sup>77</sup> לגישתו, ברוב התיאוריות הפוליטיות ניתן לזהות הכרעות ושיפוטים מסוימים כיסודיים יותר מאחרים, ולבסוף להסיק את דבר קיומה של מטרה אולטימטיבית, זכות בסיסית או חובה עליונה, כיסודיים לעומת שאר ההכרעות והשיפוטים הערכיים של אותה תיאוריה.<sup>78</sup> תיאוריה על בסיס מטרה תציב מטרות מסוימות, כגון הישרדותה של מדינת ישראל, כיסודיות. תיאוריה על בסיס זכות תציב זכויות מסוימות, כגון הזכות לדאגה שווה, כיסודיות. תיאוריה על בסיס חובה תציב חובות מסוימות, כגון החובה לציית לרצון האל, כיסודיות. תיאוריות על בסיס מטרה ותיאוריות על בסיס חובה מתאימות במיוחד לחברות הומוגניות ולחברות המאוחדות במטרה דחופה או חובה עליונה (כמו, למשל, מטרה של הגנה עצמית או חובה לציית לדברי האל).<sup>79</sup>

לפיכך, הטענה תהיה כי התרבות הפוליטית של היישוב בישראל עם קום המדינה מאופיינת בתרבות על בסיס מטרה או על בסיס חובה. ישראל של שנות החמישים הייתה מדינה שנולדה במלחמה ונשארה בתנאי חירום זמן ממושך. מטעם זה, אימצה התרבות הפוליטית של היישוב כמטרה את הישרדות המדינה או את חובת ההקרבה של הפרט למען הקהילה. אך הניתוח נהפך לסבוך יותר כאשר אנו מנסים להסיק מסקנות בדבר ההסדרים החוקתיים והמשפטיים המעשיים, הנחוצים כדי ליישם תיאוריות פוליטיות מעין אלו. תיאוריה על בסיס חובה או על בסיס מטרה אינה דורשת חובות או מטרות מלמעלה עד למטה. לעתים מטרה מסוימת, למשל, תוגשם בדרך הטובה ביותר באמצעות זכויות לפרטים.<sup>80</sup> במקרים מעין אלה, התיאוריה הפוליטית שבה אנו דנים תהיה מחויבת לזכויות בשלב אחד, אך בשלב אחר ועמוק יותר תהיה מחויבת למטרות בלבד. לפחות חלק מהכוחות הדומיננטיים של היישוב בעשורים הפורמטיביים של המדינה מתאימים לתיאור מעין זה. בן-גוריון, לדוגמה, תמיד השתמש בטרמינולוגיה של זכויות וחירויות בדברו על המשטר של ישראל והסדר המשפטי שלה. עובדה זו לא הפכה את התיאוריה הפוליטית של בן-גוריון לתיאוריה על בסיס זכות, מכיוון שהזכויות והחירויות שעליהן דיבר היו לרוב, ואולי אף בלא יוצא מהכלל, משניות למטרה של ייסוד מדינה יהודית.

עד עתה בחנו את הקשר בין העמדות היסודיות לעמדות משניות בתוך התיאוריה הפוליטית של היישוב. חוקרים ממדעי המדינה ייחסו את חוסר הנכונות או הכישלון לאמץ חוקה ומגילת זכויות לחוסר מחויבותו של היישוב לזכויות. הניתוח לעיל מראה כי טענה זו פשטנית מדי. העובדה שחלק מהפלגים הדומיננטיים ביישוב

77 ראו: Ronald Dworkin "The Original Position" in *Reading Rawls: Critical Studies on* Rawls' *A Theory of Justice* (Norman Daniels eds., New York, 1975) 16

78 *Id.* at p. 40

79 *Id.* at pp. 41–42

80 *Id.* at p. 44; Waldron, *supra* note 24, at p. 216

החזיקו בתיאוריה על בסיס מטרה או על בסיס חובה עדיין לא גוזרת את המסקנה כי הם התנגדו לזכויות משפטיות או לזכויות חוקתיות. זה היה גם המקרה של התנועה הרביזיוניסטית. אמנם תנועה זו דרשה הקרבה עצמית, אך רק כחלק מהמאבק הלאומי למדינה ריבונית. בשאר תחומי החיים נטו הרביזיוניסטים להחזיק בהשקפות ליברליות.<sup>81</sup> לאחר קום המדינה, תמכו הכוחות הרביזיוניסטיים אף בחקיקתן של חוקה ומגילת זכויות. דיון זה מראה, כי שני הכוחות המרכזיים בציונות, ציונות העבודה מחד גיסא והציונות הרביזיוניסטית מאידך גיסא, אף שהיו מחויבים לתיאוריה על בסיס מטרה או חובה, הרי על פני השטח היו זרמים אלה מחויבים לשיח של זכויות וחירויות. לכן, יש לייחס את הכישלון לאמץ חוקה למחלוקת בעניין זכויות ולא להתנגדות למושג הזכות או לשיח של זכויות כשלעצמם. עדיין נותרה פתוחה השאלה כיצד מחלוקת ואי-אימוצה של חוקה אפשרו בכל זאת הגנה על זכויות ואימוצו של שיח זכויות.

פרופסור אנדרי מרמור הבחין בכך ששיח זכויות מאפיין במיוחד חברות פלורליסטיות, חברות שבהן קיימת מחלוקת עמוקה בנוגע לתפיסות טוב מהותיות ובנוגע לדרך החיים הראויה.<sup>82</sup> חברות הומוגניות, לעומת זאת, נעדרות שיח מעין זה. מרמור טוען כי הטעם למצב דברים זה נעוץ בתוכן המיוחד של מושג הזכות, שמבחינן אותו ממושג החובה. בניגוד לחובות, זכויות אינן מכוננות טעמים לפעולה. הסכמה לקיומה של חובה דורש בהכרח הסכמה לכך שקיימים טעמים לפעולה מסוימת בסיטואציה מסוימת. אך בהיעדרה של הסכמה בחברה נתונה לעניין תפיסת הטוב הראויה, אין זה סביר כי תימצא הסכמה לעניין מערכת חובות כוללת. לעומת חובות, טוען מרמור, קל יותר להסכים לקיום זכויות. זכות נתפסת כמערך של אינטרסים המצדיקים הטלת חובות על הזולת כדי להגן על מערך זה. נמצא אפוא שמושג הזכות מהווה מעין מסקנת ביניים בטיעון מורכב.<sup>83</sup> תחילתו של טיעון זה בהנחה מקדימה בדבר קיומם של אינטרסים ראויים להגנה וסופו בהטלת חובות על מאן דהוא מסוג כזה או אחר. מאפיין מיוחד זה של זכויות קוסם מאוד לחברות פלורליסטיות. אפילו אנשים החלוקים בשאלת האינטרסים הראויים להגנה ובשאלת האמצעים להגן על אינטרסים אלה, עשויים להסכים לקיומה של הזכות הרלוונטית.<sup>84</sup> במילים אחרות, כשאנשים נעים מדיון אבסטרקטי בנוגע לאינטרסים ראויים להגנה אל המלצות קונקרטיות ומעשיות, הם מוצאים מסקנות ביניים שלהן כולם יכולים להסכים.

נסיבות העשייה החוקתית בישראל לוו במחלוקת כמעט לכל אורך החזית ומנעו חקיקתה של חוקה. מחלוקת אלה התקיימו אף שהזרמים הדומיננטיים ביישוב החזיקו באידיאולוגיות קולקטיביסטיות. עובדה זו הפכה את התרבות הפוליטית של ישראל

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

82 ראו אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 133, 156 וגם: Andrei Marmor "On the Limits of Rights" 16 *Law & Phil.* (1997) 1.

83 ראו גם: Joseph Raz *The Morality of Freedom* (Oxford, 1986) 181.

84 מרמור, לעיל הערה 82, בע' 156.

הצעירה לקרקע פורייה לשיח של זכויות. עם זאת, ראינו כי המחלוקת השתרעה גם על זכויות, או לפחות על זכויות מסוימות, והביאה לידי הכישלון לאמץ חוקה ומגילת זכויות. אנשים ביישוב היו חלוקים לא רק בנוגע למטרות, להשקפות ולעקרונות הראויים להגנה, אלא גם בנוגע למסקנות ביניים, כלומר בנוגע לזכויות. עובדה זו היא שהביאה את מייסדי האומה לידי החלטה שלא להחליט ולידי המשך ההתדיינות בשאלה מהן זכויותיו של הישראלי. הנסיבות (המחלוקות), שהפכו מחד גיסא שיח של זכויות (הסכמה למסקנות ביניים) לנחוק, הביאו מאידך גיסא לידי כישלון האספה המכוננת לאמץ מגילת זכויות. אך נסיבות אלו הן שאפשרו למוסד אחר, לבית המשפט העליון, לאמץ שיח של זכויות למרות היעדרן של חוקה ומגילת זכויות, ולהצליח במקום שאחרים נכשלו בו.

הטעמים להצלחתו של בית המשפט להגן על זכויות במקום שאחרים נכשלו בו נעוצים חלקם באופיו המוסדי וחלקם בטקטיקה השיפוטית שנקט. בעוד מנהיגי האומה ניסו לחוקק מגילת זכויות כוללת, בשנותיו הראשונות כלל לא ניסה בית המשפט ליצור מגילת זכויות כוללת, וודאי שלא ניסה לעשות זאת במהלך אחד או ברע אחד. בית המשפט תפקד כמוסד לפתרון סכסוכים בין פרטים לרשות השלטונית.<sup>85</sup> פרטים אלה פנו לבית המשפט בבקשה להכיר באינטרסים הלגיטימיים שלהם כראויים להגנה ולסעד. מכיוון שלא הייתה בנמצא מגילת זכויות פורמלית, טענותיהם לא הסתכמו בהפרה של זכויות משפטיות פוזיטיביות.<sup>86</sup> שופטי בית המשפט העליון, שנדרשו להכריע בסכסוך, היו לעתים קרובות חלוקים בדעתם באשר לטעמים המצדיקים מתן סעד לעותר, ובאשר להחלה הרחבה של החלטתם באותו מועד על מקרים אחרים. בית המשפט העליון חי בתוך עמו, ואותם סכסוכים שנגפו בעם ובנציגיו לא נחסכו משופטינו.<sup>87</sup> אך מחלוקות אלו, כפי שמלמדנו מרמור, הן שהופכות את שיח הזכויות לאטרקטיבי במיוחד. מגילת הזכויות ההלכתית הייתה תוצר לוואי של הכרעות בג"ץ בסכסוכים ספציפיים, ונוצרה בתהליך ממושך, בהכרעה ממקרה למקרה בצורה של "משפט מקובל נוסח ישראל". האמרה המפורסמת כי הסעד שהגיש בג"ץ הוליד במקרים רבים את הזכות, והעובדה שבית המשפט מעולם לא אימץ תיאוריה קוהרנטית באשר לקשר בין אינטרסים לגיטימיים לזכות המוגנת,<sup>88</sup> מעידות אף מונים על טבעה

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

86 לתיאור ממצה של תהליך זה ראו בג"ץ 29/62 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד טז(2) 1023, 1027. ראו גם בג"ץ 1/49 בזרנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80; עניין קול העם, לעיל הערה 11.

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

88 ויתקן "הזכות המהותית במשפט המינהלי" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 5, 16–17. ראו גם פרוש, שם, בהערת שוליים 69: "הטענה הכללית של השופט ויתקן, כי אי אפשר למצוא בפסיקה תיאוריה ברורה ומגובשת בדבר היחס בין אינטרס לזכות, נראית לי נכונה".

של פעילות זו. שיח הזכויות שאימץ בית המשפט היה שיח של הסכמות ביניים,<sup>89</sup> למרות אי-ההסכמה לגבי הטעמים לקיומן של זכויות ספציפיות או לגבי הדרך שבה הן נוצרות. הגישה השיפוטית שנקט בית המשפט וכליו המוסדיים הפכו אותו מבחינה מוסדית לכשיר יותר מהכנסת לגבש הסכמות ביניים, קרי לגבש הסכמה לזכויות. הטקטיקה שלא להחליט אפשרה לבית המשפט ואולי אפילו עודדה אותו לקבל עליו תפקיד זה. העובדה, שעליה הצבעתי לעיל, שהתרבות הפוליטית של הכוחות המרכזיים ביישוב לא התנגדה לשיח זכויות, מסבירה כיצד הצליח בית המשפט להגן על זכויות בלא תגובה עוינת מצד גורמים פוליטיים. בפיתוחה של מגילת הזכויות ההלכתית, בית המשפט העליון לא פעל מתוך התנגשות חזיתית בזירה הפוליטית, כי אם מתוך התאמה ושילוב עמה.

### חלק שני: מחלוקות והעשייה החוקתית למן שנות השמונים

#### ז. פוליטיקה ישראלית: התמשכות מחלוקות מוסריות, פוליטיות ותרבותיות

בדומה לחברות אחרות, המורכבות בעיקר ממהגרים בעלי רקע תרבותי, פוליטי ואידיאולוגי מגוון, ישראלים תופסים את חברתם כ"כור היתוך", המכוון ליצירתה ולעיצובה של זהות תרבותית ופוליטית דומיננטית. למרות זאת, שלושה עשורים לאחר הקמת מדינת ישראל, לאחר השגת מדינה עצמאית וריבונית בארץ ישראל, עדיין הייתה הקהילה הישראלית מאופיינת במחלוקות ובסכסוכים פנימיים חריפים. מחלוקות ו"מלחמות היהודים" היו המאפיין הדומיננטי של הפוליטיקה הישראלית מאז בריאתה, ושנות השמונים לא היו שונות מהותית מעשורים קודמים בעניין זה. במבט לאחור, אין מנוס מהמסקנה כי התרחשו תמורות כלכליות, חברתיות ופוליטיות רבות מספור. זאת ועוד, ההיסטוריה הישראלית דחוסה באירועים היסטוריים בעלי חשיבות לאומית ובינלאומית, שהשפיעו על השיח הפוליטי בנוגע לבעיות המעיקות על סדר היום. עם זאת, נראה כי מעט מאוד השתנה בנוגע למחלוקות בעניין תנאי הלגיטימיות לייסוד ישראל, ושעל פיהם היא צריכה לפעול. אזרחי ישראל ונציגיהם נשארו חלוקים באשר לדרך שבה עלינו ליישב את הסתירה "בין הערכים הפרטיקולריסטים היהודיים, שהשתקפו בשאיפה למדינת-לאום, לבין הערכים ההומניסטים-אוניוורסליים".<sup>90</sup> בין המאורעות ההיסטוריים המרכזיים ראוייה לציון מלחמת ששת הימים. מלחמה זו

89 ראו בעניין זה מאמרו של אברהם שפירא "הריסון העצמי של בית-המשפט העליון והבטחת זכויות האזרח (גלגוליה השונים של פרשת 'קול העם')" עיוני משפט ג (תשל"ג) 640. לדעת שפירא, בהגנה על זכויות אדם התבסס בית המשפט על מוסכמות יסוד הנתונות בקונסנזוס הלאומי. עובדה זו מהווה את מקור עצמתו של בית המשפט אבל גם מגדירה את גבולות כוחו, שכן אין בכוחו להגיש סעד בגין פגיעה בזכות כאשר הדבר חורג מהקונסנזוס הפוליטי הקיים.

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

הביאה לידי הכפפתה של אוכלוסייה פלסטינית גדולה בשטחי הגדה והרצועה לשלטון ישראלי. במובנים לא מעטים, מלחמת ששת הימים סימלה את קן פרשת המים כאשר לסכסוכים בנוגע לתנאי הלגיטימיות של המדינה היהודית-דמוקרטית. המלחמה הכריחה את השיח הפוליטי המעשי להביא בחשבון את המציאות החדשה של שליטת ישראל בשטחים ולהטמיעה לתוך הוויכוח בנוגע לשלמותה הטריטוריאלית של המדינה. במשך שנות השבעים ולמעשה אפילו עד היום, חלק ניכר מהציבור הישראלי האמין בסיפוח לצמיתות של כל השטחים או חלק מהם. פלגים אלה ביססו את תביעתה הטריטוריאלית של הציונות על אידיאל "ישראל השלמה" ועל שיח דתי, מסורתי והיסטורי בדבר "ארץ האבות" וה"הבטחה האלוהית".<sup>91</sup> בקצה השני של הספקטרום הפוליטי, היו פלגים שהזהירו מפני הסכנות הנשקפות מסיפוח השטחים – חוסר האפשרות לחתור לשלום בלא פשרה טריטוריאלית, וחוסר האפשרות לשמר את ישראל כמדינה דמוקרטית בעלת רוב יהודי. פלגים אלה דחו את אידיאל "ישראל השלמה" על בסיס היסטורי, פרגמטי והומניסטי, וטענו כי מטרת הציונות הייתה "לשחרר עם" ולא טריטוריה, והדגישו את אי-המוסריות שבהטלת שלטון זר בכוח על אוכלוסייה עוינת.<sup>92</sup>

מאורע היסטורי נוסף, בעל השלכות פוליטיות ואידיאולוגיות על מחלוקת בישראל, הוא עלייתה לשלטון של מפלגת הליכוד בבחירות 1977. אירוע זה סימל לטענת חוקרים רבים גם את אבדן ההגמוניה של ציונות העבודה.<sup>93</sup> מנהיג הליכוד, מנחם בגין, הטיף לגישה חברתית-פופוליסטית שנועדה להיטיב את מצב ההמונים. גישה זו הייתה מנוגדת לאידיאולוגיה החברתית-קונסטרקטיבית של מפלגת המערך שהדגישה גדילה והתפתחות כלכלית והעניקה עדיפות להשקעות על פני צריכה ובזבוז. המדיניות הכלכלית של הליכוד, באחרית שנות השבעים ובמשך שנות השמונים, הגדילה במידה ניכרת את הפערים הכלכליים בחברה ואפילו הביאה את המדינה לידי משבר כלכלי. עם זאת, שנות השמונים מציינות ירידה במודעות החברתית ובפוליטיקה המעמדית.<sup>94</sup> הוויכוח סביב יצירתה של חברה צודקת הנשענת על יסודות סוציאליסטיים שיתופיים או הנשענת על כלכלה חופשית ושוק חופשי איכד ממרכזיותו ומעצמתו. לעומת הקונפליקט האידיאולוגי סביב סוגיות חברתיות ומעמדיות, החרף המתח והשסע בין פלגים דתיים וחילוניים.<sup>95</sup> בשנותיה הראשונות של ישראל הנטייה הייתה

91 שם, בע' 160–166.

92 שם.

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

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

95 ראו: Gavison, *supra* note 35, at p. 117; הורוביץ וליסק, לעיל הערה 8, בע' 103; ראו גם

לשמר את האופי החילוני של הקולקטיב, אך בעקבות מלחמת ששת הימים גבר השימוש בסמלים דתיים בטקסים בעלי אופי ממלכתי ולאומי. כל עוד הפלגים הדתיים ניסו רק לספק בסיס ותשתית דתיים לאתוס החילוני-לאומי, הרי הם לא החריפו את הקונפליקט בין מרכיביה החילוניים למרכיביה הדתיים של החברה הישראלית. עם זאת, מאז אותה תקופה ניסו פלגים דתיים להשתמש בכוחם הפוליטי כדי לקדם את האינטרסים הדתיים הצרים שלהם, שהתבטאו בדרישות להקצאת משאבים נרחבת לסקטור הדתי, להרחבת הפטור משירות צבאי לתלמידי ישיבות ולכפיית שמירת השבת על הציבור בכללותו. מהלכים אלו הביאו לידי חידושה של המחלוקת בנוגע למקומה של הדת בחיים הציבוריים, מחלוקת שהייתה רדומה רוב שנות השישים והשבעים. פעמים רבות התבטאה מחלוקת זו בהפגנות ולעיתים אף גלשה למעשי אלימות בעת שהופר הסטטוס קוו בענייני דת.

### ח. העשייה החוקתית טרום המהפכה החוקתית

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

בשנת 1974 הגישה ועדת חוקה, חוק ומשפט למליאת הכנסת את הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח.<sup>96</sup> הצעת החוק כללה את הזכויות והחירויות הקלאסיות, ובהן חופש הפרט, השוויון בפני החוק, הזכות לחיים, זכות התנועה, הזכות לפרטיות, חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, חופש הדת והזכות להליך הוגן וגישה לערכאות שיפוטיות. שלא כהצעות חוק קודמות בנוגע להגנה החוקתית על זכויות יסוד,<sup>97</sup> הושמטו

מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503, 577.

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

97 עוד טרם כישלונה של הכנסת הראשונה לאמץ חוקה נעשו מאמצים לעגן זכויות חברתיות וכלכליות כחלק מההגנה החוקתית על זכויות אדם. עם אימוצה של החלטת הררי, הוויכוח סביב ההגנה החוקתית על זכויות חברתיות וכלכליות נדד למחלוקת באשר לצורך בחוק יסוד המגן על זכויות אדם בכללותן ובאשר לתוכנו. בשנת 1964, יזם פרופסור יצחק קלינגהופר הצעת חוק פרטית, שהונחה על שולחן הכנסת. ההצעה כללה בנוסף להגנה על הזכויות הקלאסיות גם הגנה על זכויות חברתיות וכלכליות כגון הזכות לעבוד, הזכות לשבות, הזכות לחינוך, הזכות לבריאות והזכות לביטוח סוציאלי. עם זאת, הצעת החוק נדחתה בשל התנגדות הממשלה. ראו יצחק הנס

מהצעת החוק החדשה זכויות חברתיות וכלכליות כגון הזכות לעבוד, הזכות לשבות, הזכות לחינוך, הזכות לבריאות והזכות לביטחון סוציאלי. פרופסור רות בן-ישראל זיהתה בהקשר זה שבר אידיאולוגי שהתרחש בעשורים האחרונים, שקנה לו אחיזה במיוחד ברבדים העליונים של החברה הישראלית ושהתבטא בהמרת הערכים הציוניים-סוציאליסטיים בערכי האידיאולוגיה של השוק החופשי והיוזמה הפרטית.<sup>98</sup> לפי בן-ישראל, לפחות חלק מחברי הכנסת ששירתו בוועדת חוקה, חוק ומשפט החזיקו בהשקפת עולם, שהעניקה משקל נמוך לזכויות חברתיות וכלכליות ושהביאה לידי דחיקתן אל מחוץ להצעת החוק.<sup>99</sup> דחיקתן של הזכויות החברתיות והכלכליות אל מחוץ להצעת החוק לא עוררה גלים בעיקר בשל הירידה במודעות המעמדית בקרב עורכי דין, שופטים ועיתונאים, וגם בשל חוסר מודעותם של ארגוני עובדים להשלכות השליליות של מהלך זה, השולל מזכויות אלו הגנה חוקתית.<sup>100</sup>

סלע מחלוקת עיקרי שמנע כל התקדמות בחקיקת הצעת החוק קשור היה לאופייה היהודי של המדינה. אף ששנות השבעים והשמונים סימנו את המשך פילוגו הפנימי של הגוש הדתי ואת צמיחתן של מפלגות דתיות חדשות, הרי בשלוש סוגיות הראה הגוש הדתי חששות מאוחדים. ראשית, המפלגות הדתיות חששו כי קבלת הצעת החוק

קלינגהופר "מגילת זכויות האדם – הקפאון בחקיקה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (עורך יצחק זמיר, ירושלים, תשנ"ג) 137.

98 רות בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד (תשנ"ד) 27, בע' 31–33. ראו גם מאוטנר, לעיל הערה 95, בע' 571. לפי בן-ישראל, בשנות היוסודה, אימצה ישראל כחלק מהשקפותיה ומערכיה הבסיסיים אידיאולוגיה ציונות סוציאליסטית, שהייתה בעיקרה קולקטיביסטית ושאפה לקדם שוויון וסולידריות חברתית. חקיקת העבודה הישראלית בשנים אלה דרשה התערבות מדינתית ניכרת בכלכלת השוק החופשי כדי להשיג איזון חברתי ראוי. העשורים אחרונים, לגישת בן-ישראל, מאופיינים בשבר אידיאולוגי – אף שמרבית ציבור העובדים נצמד לאידיאולוגיה המצדדת בהתערבות ממשלתית כדי לתקן עיוותים של השוק החופשי והתחרות החופשית, האליטה החברתית תומכת באידיאולוגיה של שוק חופשי ותחרות חופשית והשוללת כל התערבות מדינתית ביחסי העבודה במשק.

99 בן-ישראל, שם. יש לציין, כי בעת הגשת הצעת החוק לכנסת, ישב בראש תת-הוועדה לחוקי יסוד חבר הליכוד, דוקטור בנימין הלוי. חרות, שהייתה מרכיב מוביל בתוך הליכוד, צידדה בכלכלת שוק חופשי ובנתינת אוטונומיה רחבה יותר לכוחות השוק. לכן, ניתן לזקוף את הפיחות במעמדן של הזכויות החברתיות והכלכליות במישורין לעליית כוחו של הליכוד. עם זאת, האידיאולוגיה של חרות נותרה על הנייר בלבד ולא יושמה על ידי הליכוד כאשר האחרון עלה לשלטון, וקיימים טעמים רבים לחוסר נכונותו של הליכוד ליישם את האידיאולוגיה של חרות. על כל פנים השבר האידיאולוגי שבו דנה בן-ישראל חצה גבולות מפלגתיים ואין לייחסו לעלייה בכוחה של מפלגה פוליטית ספציפית.

100 אף שראוי לציין כי היעדרן של הזכויות החברתיות לא נעלם מעיני חברי כנסת רבים בעת הדיונים בהצעות חוק יסוד שונות בדבר זכויות הפרט במרוצת השנים. ראו חבר הכנסת זלמן שובל (הליכוד) ד"כ 70 (תשל"ד) 1581; חבר הכנסת מאיר פעיל (מוקד) ד"כ 70 (תשל"ד) 1760; חבר הכנסת פנחס שינמן (חזית דתית לאומית) ד"כ 71 (תשל"ד) 2731; חבר הכנסת אריאל ויינשטיין (הליכוד) ד"כ 94 (תשמ"ג) בע' 1516–1517; חבר הכנסת תופיק טובי (החזית הדמוקרטית לשלום ושוויון) ד"כ 94 (תשמ"ג) 1521.

תביא לידי שינוי בסטטוס קוו. הסטטוס קוו אומץ על ידי האבות המייסדים כנוסחה הבסיסית ליישוב סכסוכים בענייני דת ומדינה.<sup>101</sup> את קו התפר שבין דת למדינה כונן מכלול הסדרים, ולא מערכת עקרונות.<sup>102</sup> הצעת החוק קבעה כי "חוק יסוד זה אינו פוגע בכוחם של חוקים..." ולכן חיסנה את כל ההסדרים הדתיים הסטטוטוריים הקיימים מפני השפעת חוק היסוד, אך לא הייתה בה כל התייחסות להסדרים ומנהגים חסרי עיגון חקיקתי.<sup>103</sup> שנית, המפלגות הדתיות חששו כי הענקת הגנה חוקתית לזכויות ליברליות קלאסיות, ובמיוחד לעקרון השוויון, לכל אורך החזית ובלא סייגים משמעותיים, עשויה לסכן הסדרים פורמליים ואחרים המבנים את אופייה היהודי של המדינה. לפיכך, חברי כנסת המשתייכים לפלגים ציוניים דתיים ביקרו בחריפות את הצעת החוק, וטענו כי היא מופשטת מדי ונעדרת כל תוכן יהודי ממשי.<sup>104</sup> שלישית, הסיעות הדתיות חששו במיוחד מההוראה שהעניקה לבית המשפט העליון את סמכות הביקורת החוקתית על חקיקה עתידית. גם הפעם, בדומה למצב בשנות היוסדה של המדינה, התנגדותם למגילת זכויות לא הייתה התנגדות עקרונית לעצם הרעיון, אלא נבעה מחששם ששופטים, שבהם לא בטחו ובהם לא שלטו, יוסמכו לפרש ולאכוף את הצעת החוק על פי השקפותיהם.<sup>105</sup>

בגלל חששות אלו הצביעו המפלגות הדתיות, שהיו באותה עת באופוזיציה של ממשלת רבין הראשונה, נגד הצעת החוק, אך הצעת החוק אושרה בקריאה ראשונה במליאה. אישור הצעת החוק בקריאה הראשונה העצימה את ביקורתם של משפטנים, מלומדים ונציגי ציבור כלפיה. ביקורתם התמקדה בסמכות הרחבה שניתנה למחוקק להגביל ולצמצם זכויות וחירויות בחוק, והם טענו כי הסמכה מעיין זו בלא סייגים חותרת תחת המטרה להעניק הגנה חוקתית לזכויות אדם. זאת ועוד, הם שללו את הסייגים שהוצבו לעקרון השוויון. באחת מהטיוטות של הצעת החוק נקבע כי עקרון השוויון לא יפגע בחוקים המייסדים את ישראל כמדינה יהודית, ומכך ניתן היה ללמוד על סתירה משתמעת בין היותה של מדינת ישראל מדינה יהודית לבין הצורך לקיים "שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור, לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע, ומין," כמובטח בהכרזת העצמאות. נורמה חוקתית מעיין זו, נטען, תהיה בעלת השלכות

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

102 *Id.* at p. 620

103 ראו חבר הכנסת מנחם פרוש (חזית דתית תורתית) ד"כ 70 (תשל"ד) 1584–1585; חבר הכנסת זרח ורהפטיג ד"כ 71 (תשל"ד) 2738.

104 ראו חבר הכנסת שלמה לורניץ (אגודת ישראל) ד"כ 68 (תשל"ג) 4443; חבר הכנסת מנחם פרוש (חזית דתית תורתית) ד"כ 70 (תשל"ד) 1584; חבר הכנסת פנחס שינמן (חזית דתית לאומית) ד"כ 71 (תשל"ד) 2732; ראו לעניין זה גם: Goldberg, *supra* note 14, at p. 221.

105 ראו חבר הכנסת מנחם פרוש (חזית דתית תורתית) ד"כ 70 (תשל"ד) 1585; חבר הכנסת זרח ורהפטיג ד"כ 71 (תשל"ד) 2738–2739.



הרסניות וקיצוניות.<sup>106</sup> הצעת החוק נקברה לבסוף בוועדת חוקה, חוק ומשפט מכמה טעמים. ראשית, המפלגות הדתיות חזרו לקואליציה והשתמשו בהשפעתן על יושב ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט למנוע כל התקדמות בחקיקת הצעת החוק. שנית, חברי הוועדה לא הצליחו ליישב את חילוקי הדעות בנוגע לנורמה החוקתית המבוססת על עקרון השוויון שאותה רצוי לעגן. שלישית, נתגלעו חילוקי דעות באשר לפסקת השריון. הצעת החוק כללה פסקת שריון שמטרתה שריון חוק היסוד כולו כדי לחסנו מפני שינוי, תיקון או ביטול בעתיד על ידי רוב מקרי בכנסת. חברי הכנסת נחלקו בדעותיהם בדבר נחיצותו של שריון מעין זה, ובדבר גודלו של הרוב שיידרש כדי לעקוף שריון זה או להתגבר עליו.<sup>107</sup> רביעית, חילוקי דעות נתגלו גם באשר למנגנון האכיפה של הזכויות המפורטות בחוק היסוד, קרי חילוקי דעות באשר ללגיטימיות הביקורת השיפוטית בידי בית המשפט העליון.<sup>108</sup> בגלל חילוקי דעות אלו, הצעת החוק אפילו לא הגיעה לקריאה שנייה ושלישית.

הצעות חוק אחדות להגנה על זכויות אדם הוגשו לכנסת בשנות השמונים, ואף אחת מהן לא זכתה להיפך לחוק.<sup>109</sup> חוסר יכולתה של הכנסת להתקדם במלאכה זו היה ברור לעין במיוחד בשנים 1984–1990. בשנים אלו נשלטה ישראל על ידי ממשלת אחדות לאומית, שהורכבה משתי הסיעות הגדולות: הליכוד והמערך (מפלגת העבודה כיום). תיאורטית, כלל הליכוד והעבודה לשלב כוחות ולהציג חזית אחידה בעניין זה, למרות התנגדותו העיקשת של הגוש הדתי, אך הן לא עשו זאת. סיעות הליכוד והמערך לא הראו נכונות לסכן את קשריהן עם הגוש הדתי, שתמיכתו הייתה

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

107 מספר חברי כנסת, ובהם ד"ר בנימין הלוי, האמינו כי אין לשריין את הצעת החוק כל עוד נמשך תהליך חקיקתם של חוקי יסוד. לגישתם, רק לאחר קבלתו של הפרק האחרון בחוקה ואשרורה של החוקה כולה על ידי הכנסת, יש לשריין את מגילת הזכויות. פרוצדורה זו, הם האמינו, תאפשר לכנסת לשנות, לתקן ולבטל חוקי יסוד כדי להגיע לכלל חוקה קוהרנטית ועקיבה. ראו חבר הכנסת בנימין הלוי ד"כ 70 (תשל"ד) 1568. חברי כנסת אחרים האמינו כי נחוץ שריון מיידי של מגילת הזכויות כדי להגן על זכויות ולהפיח חיים בהצעת החוק. ראו חבר הכנסת ליאון דיציאן (הליכוד) ד"כ 70 (תשל"ד) 1583; חבר הכנסת יורם ארידור (הליכוד) ד"כ 70 (תשל"ד) 1587. בנוסף למחלוקת זו, צצה מחלוקת באשר לרוב הדרוש לשינוי, תיקון וביטול של הצעת החוק. בעוד כמה חברי כנסת האמינו כי שריון ברוב של שישים ואחד חברי כנסת יספיק, אחרים האמינו כי דרישה מעין זו חלשה מדי, מכיוון שהממשלה מסוגלת על פי רוב לגייס תמיכה מעין זו. לכן, לגישתם יש לשריין את החוק מפני שינויים ותיקונים ברוב של שני שלישים מחברי הכנסת.

108 בין התומכים בהענקת סמכות ביקורת שיפוטית לבית המשפט העליון לפי חוק היסוד ניתן לציין את חבר הכנסת בנימין הלוי ד"כ 70 (תשל"ד) 1570. עם זאת, היו שהציעו לכונן טריבוטל מיוחד של אנשי רוח ואנשי מדע. ראו חבר הכנסת אמנון לין (הליכוד) ד"כ 70 (תשל"ד) 1757.

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

נחוצה ליצירתה של קואליציה שלטונית צרה. חוסר הנכונות להתקדם בעיגון החוקתית של זכויות אדם לא נבע רק מאינטרסים פוליטיים צרים. מרבית מחברי הליכוד חשו כי טענותיו ותלונותיו של הגוש הדתי לא נענו כראוי, וכי מגילת הזכויות המופשטת שהוצעה, לא הגנה על אופייה היהודי של המדינה.<sup>110</sup>

הגרסה הראשונה של הצעת חוק יסוד: החקיקה הוצגה לכנסת בשנת 1975.<sup>111</sup> מאז הוגשו לכנסת גרסאות נוספות של הצעת חוק יסוד: החקיקה, אך אף אחת מהן לא הגיעה לשלבי החקיקה הסופיים.<sup>112</sup> למעשה, הצעת חוק יסוד: החקיקה עדין תלויה ועומדת בפני הכנסת, אך סיכוייה להיפך לחוק קלושים ביותר. הצעת חוק יסוד: החקיקה נועדה, בכל גרסאותיה, להסדיר את חקיקתם של חוקי יסוד, תיקונים וביטולים, ולקבוע את עליונותם הנורמטיבית על פני חוקים רגילים. הצעת החוק מורה אפוא כי אימוצו של חוק יסוד על ידי הכנסת ייעשה ברוב מיוחד,<sup>113</sup> וקובעת כי גם שינוי או ביטול של חוק יסוד ייעשה ברוב מיוחד, אם אין הוראה אחרת בחוק היסוד שבו עסקינן. גרסאות מסוימות של הצעת חוק יסוד: החקיקה אף הכריזו כי הכנסת פועלת כאספה מכוננת בעת שהיא מחוקקת חוקי יסוד,<sup>114</sup> וכי בית המשפט העליון, בשבתו בהרכב מורחב, הנו בית משפט חוקתי המוסמך לבקר חקיקה ראשית.<sup>115</sup>

חקיקתה של הצעת חוק יסוד: החקיקה עשויה הייתה להבהיר את המסגרת החוקתית של מדינת ישראל – עדיפותם של חוקי יסוד על פני חוקים רגילים וסמכותם של בתי המשפט לבקר חקיקה ראשית. תומכי הצעת חוק יסוד: החקיקה ציינו כי מדובר ב"חוק החוקים" שיציב מסגרת חוקתית לכל מעשי החקיקה העתידיים;<sup>116</sup> כי חקיקתו תייסד הייררכיה חוקתית מפורשת ותמנע אנרכיה;<sup>117</sup> כי יתרום ללגיטימציה של הליך חקיקתם ההדרגתי של חוקי יסוד;<sup>118</sup> כי יהיה בו משום צעד רב משמעות לקראת כינון חוקה

110 ראו חבר הכנסת זלמן שובל (הליכוד) ד"כ 70 (תשל"ד) 1580.

111 ה"ח תשל"ו 135.

112 ה"ח תשל"ח 328; ה"ח תשנ"ב 147; ה"ח תשנ"ג 91; ה"ח תש"ס 341.

113 בעוד חוקים רגילים נחקקים ברוב רגיל של חברי הכנסת במליאה, הרי הצעת חוק יסוד: החקיקה האחרונה קובעת כי אימוצם של חוקי יסוד, שינויים או ביטולם ייעשו ברוב של שבעים חברי כנסת בשלב החקיקה של הקריאה האחרונה. חלק מההצעות הקודמות של חוק יסוד: החקיקה דרשו רוב של שני שלישים מחברי הכנסת לפחות בחלק משלבי החקיקה של חוקי היסוד.

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

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

116 ראו שר המשפטים חיים יוסף צדוק ד"כ 76 (תשל"ו) 1704; שר המשפטים שמואל תמיר ד"כ 83 (תשל"ח) 3975; חבר הכנסת אליעזר רונן (המערך) ד"כ 78 (תשל"ז) 10.

117 שר המשפטים דוד ליבאי ד"כ 129 (תשנ"ג) 4303; חבר הכנסת אמנון רובינשטיין ד"כ 203 (תשס"א) 3542.

118 חבר הכנסת דן מרידור (מפלגת המרכז) ד"כ 203 (תשס"א) 3554.

למדינת ישראל;<sup>119</sup> וכי יסמיך את בית המשפט העליון בהרכב מיוחד להציב גבולות בפני הרוב ולפסוק הלכה בעניין כשרותם הקונסטיטוציונית של חוקים רגילים בשם ההגנה על המיעוט וזכויות האזרח.<sup>120</sup> אולם דווקא משום שהצעת חוק יסוד: החקיקה הייתה מספקת תשובה למרבית השאלות והמחלוקות החוקתיות היסודיות הנוגעות למסגרת החוקתית של ישראל, היא מעולם לא נחקקה.<sup>121</sup> סלעי המחלוקת העיקריים באשר להצעת החוק הנ"ל היו סעיף השריון הכללי והסמכת בית המשפט העליון לבקר חקיקה ראשית.

מאז חקיקתו של חוק יסוד: הכנסת, כללה הכנסת פסקאות הדורשות רוב מיוחד לשינויים או ביטולם של הוראות ספציפיות המצויות בחוקי יסוד. הדבר נעשה למרות קיומן של מחלוקות מוסריות, פוליטיות ומשפטיות חריפות באשר לכשירותה של הכנסת לשריין הוראות אלו. השאלה אם יכולה הכנסת לשריין הוראות ספציפיות ולכבול את יורשיה, נשזרה בשאלות יסוד מוסדיות אחרות: האם בידי הכנסת סמכות מכווננת? האם סמכות הכנסת נשענת על דוקטרינת ריבונות הכנסת המונעת שריון מעין זה? האם רוב רגיל של חברי כנסת יכול לדרוש כי שינוי הוראות חקיקה מסוימות ייעשה ברוב מיוחד? וכיוצא באלה שאלות חוקתיות מהמעלה הראשונה. בהחלטתו בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר<sup>122</sup> ובהחלטות אחרות<sup>123</sup> נתן בית המשפט העליון תוקף להוראות השריון הקבועות בחוק יסוד: הכנסת, הדורשות רוב של שישים ואחד חברי כנסת לשינוי הוראות הכלולות בו. עם זאת, מכיוון שבית המשפט לא ציין את התשתית הנורמטיבית לתוקפן המחייב של הוראות השריון ולא הכריע במחלוקת באשר לסמכותה המכווננת של הכנסת, האמינו חברי כנסת רבים כי עניין ברגמן אינו סותם את הגולל על טענות כנגד הלגיטימיות המשפטית והפוליטית של הוראות משרורינות. במהלך הדיונים בהצעת חוק יסוד: החקיקה נתעוררו שוב מחלוקות אלו. חברי כנסת

119 חבר הכנסת משה ניסים (הליכוד) ד"כ 76 (תשל"ו) 1710; חבר הכנסת משה שחל (המערך) ד"כ 78 (תשל"ז) 959; שר המשפטים דוד ליבאי ד"כ 129 (תשנ"ג) 4303.

120 חבר הכנסת יורם ארידור ד"כ 78 (תשל"ו) 1707; שר המשפטים חיים יוסף צדוק ד"כ 76 (תשל"ו) 1705; חבר הכנסת משה שחל (המערך) ד"כ 78 (תשל"ז) 959; חבר הכנסת שמואל תמיר (הליכוד) ד"כ 78 (תשל"ז) 4; חבר הכנסת ליאון דיציאן (הליכוד) ד"כ 78 (תשל"ז) 5; חבר הכנסת אליעזר רונן (המערך) ד"כ 78 (תשל"ז) 10; חבר הכנסת דוד צוקר (מרצ) ד"כ 129 (תשנ"ג) 4305; חבר הכנסת אברהם פרוז (מרצ) ד"כ 129 (תשנ"ג) 4307; חבר הכנסת דן מרידור (הליכוד) ד"כ 129 (תשנ"ג) 4312.

121 בכך מודים גם תומכי הצעת חוק יסוד: החקיקה. ראו דבריו של חבר הכנסת דן מרידור (מפלגת המרכז), שהסביר כי בבסיס ההתנגדות להצעת חוק יסוד: החקיקה עומדת ההתנגדות לחוקה, ד"כ 203 (תשס"א) 3554.

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

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

אחדים טענו כנגד הלגיטימיות הדמוקרטית של הוראות משוריינות;<sup>124</sup> היו שטענו כנגד חוסר הלגיטימיות הפוליטית והמשפטית שבשריון חוקי יסוד ברוב מיוחד, תוך שאקט החקיקה עצמו, המתיימר לשריון חוקי יסוד, נחקק ברוב רגיל;<sup>125</sup> היו שערערו על מידת הנוקשות הגבוהה של השריון,<sup>126</sup> שנקבעה בהוראות חוק יסוד: החקיקה;<sup>127</sup> היו שחששו כי הענקת שריון גורף לכל חוקי היסוד הקיימים תוביל לשריונם של חוקי יסוד שאינם ראויים לשריון;<sup>128</sup> והיו שחששו כי קביעת השריון הכללי לחוקי יסוד תיתפס כהשלמת המשימה של קביעת חוקה, אף שמשימה זו טרם הושלמה.<sup>129</sup> מחלוקות אלו מקורן במחלוקת המסורתית סביב סמכותה המכוננת של הכנסת לעומת דוקטרינת ריבונות הכנסת ועליונותה. אמנם אימוצה של דוקטרינת ריבונות הכנסת, או לחלופין הכרה בסמכותה המכוננת, לא בהכרח מכריעה במישרין בשאלת מהות השריון שכנסת נוכחית רשאית לנקוט כדי לכבול כנסת עתידית ובשאלת היקפו.<sup>130</sup> למרות זאת, חוסר יכולתה של הכנסת להתקדם בחקיקת הצעת חוק יסוד: החקיקה נבע לפחות בחלקו ממחלוקות בנוגע לשאלות יסודיות אלו. יש לציין כי הושמטה הוראה המכריזה על הכנסת כבעלת סמכות מכוננת מכוח החלטת הררי, שנכללה באחת מהגרסאות האחרונות של הצעת

- 124 ראו חבר הכנסת ארי אנקוריון (המערך) ד"כ 76 (תשל"ו) 1709; חבר הכנסת מרדכי בן פורת (המערך) ד"כ 78 (תשל"ז) 6; חבר הכנסת ניסים זאב (ש"ס) ד"כ 194 (תש"ס) 7041.
- 125 ראו חבר הכנסת משה ניסים (הליכוד) ד"כ 76 (תשל"ו) 1710; חבר הכנסת מרדכי בן פורת (המערך) ד"כ 78 (תשל"ז) 6; חבר הכנסת בנימין הלוי ד"כ 78 (תשל"ז) בע' 955–957; חבר הכנסת מיכאל איתן (הליכוד) ד"כ 129 (תשנ"ג) 4306; חבר הכנסת יגאל ביבי (מפד"ל) ד"כ 203 (תשס"א) 3557. ראו לעניין זה גם הצעת חוק יסוד: החקיקה (רוב מיוחד) של חבר הכנסת מרדכי וירשובסקי (התנועה לזכויות האזרח והשלום), שנועדה לתקן פגם זה, שקבעה בסעיף 1 כי "הוראת חוק הקובעת כי חוק או הוראה מהוראותיו לא ישונו אלא ברוב מיוחד, לא יהיה לה תוקף אם לא נתקבלה באותו רוב מיוחד הנדרש כדי לשנותה", ד"כ 124 (תשנ"ב) 2686, 2705. עם זאת, הצעת חוק זו לא הגיעה לכדי מימוש חקיקתי.
- 126 כמה גרסאות של הצעת חוק יסוד: החקיקה אף הרחיבו את השריון של חוקי היסוד מעבר לדרישת הרוב המיוחד של שישים ואחד חברי כנסת. היו שדרשו רוב של שני שלישים (קרי שמונים חברי כנסת) והצעה כיום דורשת רוב של שבעים חברי כנסת. תומכי הצעת חוק יסוד: החקיקה בחרו בהוראות אלו כדי להגביל את כוחה של הממשלה, שלרוב מצליחה לגייס רוב של שישים ואחד חברי כנסת בקואליציה. לטיעון מעין זה ראו קלינגהופר, לעיל הערה 97, בע' 143–144; חבר הכנסת יורם ארידור (הליכוד) ד"כ 76 (תשל"ו) 1706–1707; חבר הכנסת ידידיה בארי (הליכוד) ד"כ 78 (תשל"ז) 2; חבר הכנסת ליאון דיציאן (הליכוד) ד"כ 78 (תשל"ז) 4–5; חבר הכנסת אהוד אולמרט (הליכוד) ד"כ 78 (תשל"ז) 18.
- 127 ראו חבר הכנסת שמחה פרידמן (חזית דתית לאומית) ד"כ 78 (תשל"ז) בע' 8–9; חבר הכנסת בנימין הלוי ד"כ 78 (תשל"ז) 955–956; חבר הכנסת מיכאל איתן (הליכוד) ד"כ 129 (תשנ"ג) 4306; חבר הכנסת ניסים זאב (ש"ס) ד"כ 194 (תש"ס) 7041; חבר הכנסת תאופיק חטיב (המפלגה הלאומית הערבית) ד"כ 203 (תשס"א) 3553; חבר הכנסת אחמד טיבי (התנועה הערבית להתחדשות) ד"כ 203 (תשס"א) 3558.
- 128 חברת הכנסת שולמית אלוני (תנועה לזכויות האזרח) ד"כ 78 (תשל"ז) 15; חבר הכנסת יגאל ביבי (מפד"ל) ד"כ 203 (תשס"א) 3557.
- 129 חבר הכנסת בנימין אלון (האיחוד הלאומי – ישראל ביתנו) ד"כ 203 (תשס"א) 3543.
- 130 כמומחש בעמדות השופטים שמגר וחשין בעניין בנק מזרחי, לעיל הערה 1.

חוק יסוד: החקיקה,<sup>131</sup> אך הדבר לא קידם את חקיקת הצעת החוק. הטעם לכך הוא שהמחלוקת סביב השריון, שקובעת הצעת חוק היסוד, אינה ניתנת לתיחום לשאלת הסמכות המכוננת של הכנסת, אלא גם נוגעת לגיטימיות של הוראה המונעת משישים ואחד חברי כנסת לשנות חוקי יסוד ולתקנם.

אבן הנגף השנייה, שמנעה את חקיקתה של הצעת חוק יסוד: החקיקה, הייתה תפקידו של בית המשפט העליון. גרסאות אחדות של הצעת חוק יסוד: החקיקה כוננו את בית המשפט העליון, בשבתו כמותב מורחב, כבית משפט חוקתי הממונה על ביקורת שיפוטית של חקיקה ראשית. חברי כנסת רבים התנגדו לרעיון של ביקורת שיפוטית כשלעצמו,<sup>132</sup> אולם גם רבים מאלה שקיבלו את לגיטימיות הביקורת על המחוקק, התנגדו להעניק סמכות זו לבית המשפט העליון, שבהרכבו הנוכחי נתפס בעיניהם כבלתי יציג וכמוסד ששיטת מינוי השופטים בו היא בלתי הוגנת.<sup>133</sup> בדומה להוראה בדבר סמכותה המכוננת של הכנסת, השמיטה ועדת חוקה, חוק ומשפט את ההוראה העוסקת בתפקידו של בית המשפט, והבטיחה כי תדון בסוגיה זו כאשר תידון בכנסת סוגיית השלמת החוקה. גם תיקון זה לא הביא לידי חקיקת הצעת חוק יסוד: החקיקה. רבים מחברי הכנסת האמינו כי חקיקת הצעת חוק היסוד בלא פתרון מחלוקת זו תהיה בעלת תוצאות הרסניות, במיוחד משום שלא סמכו על נשיא בית המשפט העליון, כי ירסן את בית המשפט מלשנות את הסטטוס קוו החוקתי.<sup>134</sup>

הנטייה שלא להחליט בדבר המסגרת החוקתית של ישראל התבטאה גם בסוגיה שלישית, והיא הצורך בהליך מיוחד כדי לאמץ את החוקה העתידית ולאשרה. לרוב, החוקה נתפסת כביטוי לרצונו של העם בכללותו. הפילוסופית חנה ארנדט (Hannah Arendt) טענה, למשל, כי האלמנט המהפכני באמת בחוקות המודרניות היה שהן אומצו, לא בידי הממשלה, אלא בידי העם שמכונן את עצמו.<sup>135</sup> החוקות

131 ראו דברי חבר הכנסת אמנון רובינשטיין ד"כ 194 (תש"ס) 7037.

132 ראו חבר הכנסת ארי אנקוריון (המערך) ד"כ 76 (תשל"ו) 1710; חבר הכנסת משה ניסים (הליכוד) ד"כ 76 (תשל"ו) 1710–1711; חבר הכנסת אברהם לבנבראון (הרשימה הקומוניסטית החדשה) ד"כ 78 (תשל"ז) 7; חבר הכנסת שמחה פרידמן (חזית דתית לאומית) ד"כ 78 (תשל"ז) 8–9; חבר הכנסת שלמה יעקב גרוס (חזית דתית תורתית) ד"כ 78 (תשל"ז) 9; חבר הכנסת מאיר פעיל (מוקד) ד"כ 78 (תשל"ז) 13–14; חבר הכנסת מיכאל איתן (הליכוד) ד"כ 129 (תשנ"ג) 4305–4306.

133 ראו חבר הכנסת זרח ורהפטיג (חזית דתית לאומית) ד"כ 78 (תשל"ז) בע' 961–963; חבר הכנסת זבולון אורלב (מפד"ל) ד"כ 203 (תשס"א) 3546; חבר הכנסת יובל שטייניץ (הליכוד) ד"כ 203 (תשס"א) 3549; חבר הכנסת משה גפני (יהדות התורה) ד"כ 203 (תשס"א) 3552; חבר הכנסת יגאל ביבי (מפד"ל) ד"כ 203 (תשס"א) 3556; חבר הכנסת מיכאל איתן (הליכוד) ד"כ 203 (תשס"א) 3560; חבר הכנסת אחמד טיבי (התנועה הערבית להתחדשות) ד"כ 203 (תשס"א) 3558.

134 על החשש מפני ההשלכות של פרשנות הצעת חוק יסוד: החקיקה על ידי בית המשפט העליון ראו חבר הכנסת בנימין אלון (האיחוד הלאומי – ישראל ביתנו) ד"כ 203 (תשס"א) 3543; חבר הכנסת משה גפני (יהדות התורה) ד"כ 203 (תשס"א) 3552.

135 Arendt, *supra* note 65, at p. 143.

של ארצות הברית וצרפת התאפיינו, מסבירה ארנדט, לא רק בממשל מוגבל, אלא גם בפעילותן של אספות מכוננות וועידות מיוחדות שתפקידן היחיד היה לנסח חוקה שתאושר בידי העם. מטרתה של חוקה מודרנית אינה רק להגביל את הממשל, אלא גם לשמש ביטוי פוזיטיבי ועליון לערכיו של העם, שאיפותיו ומטרותיו. משפטנים ישראלים, עורכי דין ושופטים כאחד, נוטים לעתים קרובות להתעלם מהיבט זה של חוקות מודרניות. קרוב לוודאי שהדבר נובע מהנסיבות החוקתיות המיוחדות של ישראל. בהיעדר חוקה, היה המשפט החוקתי הישראלי פרי פעילותם של מחוקקים, שופטים ועורכי דין, שהתמקדו ביצירתן של נורמות חוקתיות, בזיהוין וביישומן במנותק מהליך או פרוצדורה עממיים.<sup>136</sup> אך היבט זה של העשייה החוקתית לא נשכח לגמרי. במשך שנות השבעים, השמונים ואף לאחר המהפכה החוקתית של 1992, היו מלומדים ונציגי ציבור רבים, שלמרות הכרתם בכוחה של הכנסת לכוון חוקה, טענו כי עדיף יהיה להשתמש בפרוצדורה מיוחדת לאישורה הסופי של החוקה.<sup>137</sup> מלומדים ונציגי ציבור אלה האמינו כי ההליך החקיקתי הרגיל של קבלת חוקי יסוד בהדרגה, שנמשך מעל חמישה עשורים, הוא בלתי מספק. כמה פרוצדורות הוצעו לקבלתה של חוקה. מלומדים אחדים הציעו כי טיוטת חוקה שתתקבל בכנסת תועמד למשאל עם או שיעשה שימוש באמצעי דומה אחר של אשרור עממי.<sup>138</sup> מלומדים אחרים סברו כי יש לחוקק חוקי יסוד ואולי אף את החוקה כולה ברוב מיוחד של חברי כנסת.<sup>139</sup> והיו

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

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

137 בנימין אקצין "הצעת חוקה למדינת ישראל" סוגיות במשפט ובמדינאות (ירושלים, תשכ"ו) בע' 168–169. Elisha S. Likhovski *Israel Parliament: The Law of the Knesset* (Oxford, 1971) 219–220; Shapira, *Id.*; Nimmer, *supra* note 53, at p. 1253 לעיל הערה 106, בע' 370. ראו גם דברי עלי זלצברגר על הצורך בהליך מיוחד כדי לגבש לגיטימציה לעשייה חוקתית כיום: "אין מנוס מייסוד אספה מכוננת שתגבש חוקה. אני לא אומר זאת מתוך כוון לכנסת, לחברי הכנסת. אני חושב שהם נמצאים במצב בלתי אפשרי, שבו השיקולים שלהם הם מטבע הדברים שיקולים קצרי טווח של בחירה מחדש... לכן אני חושב שצריך לפעול – ואני אשמח מאוד אם המכון הישראלי לדמוקרטיה יעשה לכינון אספה מכוננת. גם אם ישבו בה 120 חברי כנסת לשעבר, התוצאות שלה, התוצרים שלה יהיו שונים מאוד מתוצר חוקתי של כנסת מכהנת. אספה מכוננת כזו תגבש מסמך שהמהות שלו תהיה הסכמה מאוד רחבה, כי חוקה היא חוזה חברתי, היא אמורה לייצג הסכמה". מתוך חוקה, חוקי יסוד, מגילת זכויות (תשס"א, ירושלים) 53.

139 קלינגהופר, לעיל הערה 97, בע' 141. ש' גוברמן "סמכותו של בית המשפט לבטל חוקים" רפורמה קונסטיטוציונית בישראל והשלכותיה – כנס שנערך בחודש יוני 1994 (תשס"ה) 76, 79. אקצין, שם.

שגרסו כי לשם קבלתה של החוקה הכתובה כל שצריך הוא שהכנסת תפעל במפורש כאספה מכוננת.<sup>140</sup>

העובדה שטרם אומצה אף לא אחת מן השיטות משקפת את היעדרו של קונסנזוס רחב הן לעניין שאלות יסוד חוקתיות והן לעניין שיטות, פרוצדורות ודרכים מעשיות לפתור סוגיות אלו. הספקטרום הרחב של ההצעות מראה כי קיים סיכוי קלוש בלבד לפתרון בעיית הלגיטימיות שבקבלת חוקה שלמה על ידי הכנסת. באחד הקטבים של ספקטרום זה ניתן למצוא את ההליך של משאל עם על חוקה, שלמעשה יכונן נתיב חדש למתן לגיטימציה לחוקה שתתקבל. בקוטב האחר ניתן למצוא את ההליך של אישור חוקה שלמה על ידי הכנסת שתכריז על עצמה כעל רשות הפועלת מכוח הסמכות המכוננת, שלמעשה יאשר את תיאוריית שני הכובעים שלפיה בידי הכנסת הן סמכות מכוננת והן סמכות מחוקקת. לפי הצעה זו הצורך באישור עממי לחוקה יבוא על סיפוקו בפעילות הכנסת המבטאת את רצון העם.

אף שניתן להסיק מניתוח זה של העשייה החוקתית בשנות השמונים כי הנסיבות החוקתיות הכוללות של מדינת ישראל לא השתנו, הרי כמה התרחשויות בכל זאת אירעו בחקיקת חוקי היסוד. באוגוסט 1980 הוצג חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל על ידי חברת הכנסת גאולה כהן ממפלגת התחייה והתקבל במליאה של הכנסת התשיעית. חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל הבטיח את מעמדה של ירושלים המאוחדת כבירת ישראל וכמקום "מושבם של נשיא המדינה, הכנסת, הממשלה ובית המשפט העליון".<sup>141</sup> בנוסף צוין כי יישמרו המקומות הקדושים מפני חילול או פגיעה אחרת, וכי הממשלה תשקוד על פיתוחה ושגשוגה של ירושלים ועל רווחת תושביה. חוק יסוד זה לא הכיל בתוכו חידוש כלשהו מלבד ההצהרה על ירושלים השלמה והמאוחדת כבירת ישראל. אימוץ חוק יסוד זה התקבל בעוינות על ידי הקהילה הבינלאומית, שחששה כי מטרתו היא לחזק את האחיזה הישראלית בעיר כולה, וכי ימנע כל משא ומתן ופשרה עתידיים עם מדינות ערב השכנות בנוגע לירושלים.<sup>142</sup> נציגי ציבור ומלומדים אף ראו בחוק יסוד זה ביטוי פוזיטיבי פורמלי לרצון לבסס את התביעות הטריטוריאליות של הצינונות על טעמים דתיים, מסורתיים והיסטוריים, שהשתייכו לאלמנטים הפרטיקולריים הלאומיים שבצינונות להבדיל מהאלמנטים האוניברסליים שבה.<sup>143</sup> חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל

Claude Klein "A New Era in Israel's Constitutional Law" 6 *Israel L. Rev.* 637 (1971) 140  
at pp. 391–392; Shapira, *supra* note 44, at p. 441

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

142 Ruth Lapidot "The Future of Jerusalem: A Symposium: Jerusalem — Some Jurisprudential Aspects" 45  
*Cath. U. L. Rev.* (1996) 661, 670

143 הורוביץ וליסק, לעיל הערה 8, בע' 153. חברי כנסת מהשמאל והימין ראו בהצעת חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל מבחן אידיאולוגי בעל ערך סמלי ודקלרטיבי הן של היסודות שעליהם נשענת לגיטימיות מדינת ישראל והן של דרכה העתידית. ראו חבר הכנסת בן ציון רובין (חזית דתית לאומית) ד"כ 89 (תש"ם) 4052: "השבועה הזאת [לירושלים] שנשבענו לפני 1,900 שנה,

היה חוק היסוד הראשון שמקורו בהצעת חוק פרטית של חבר כנסת,<sup>144</sup> וחוק היסוד הראשון שאומץ בהתלהבות על ידי הפלגים הדתיים בכנסת.<sup>145</sup> למרות אופיו המפלג של חוק יסוד זה, לא הייתה בו הכרעה במחלוקות נושנות בדבר תנאי הלגיטימיות של מדינת ישראל ובדבר מסגרתה החוקתית הפורמלית. הטעם להשלכותיו המזעריות של חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל על הוויכוח החוקתי בישראל היה משולש. ראשית, לחוק יסוד זה לא נתלוותה הוראת שריון כלשהי,<sup>146</sup> והוא נתפס כתוצר של פוליטיקה יומיומית ואולי אפילו של מניפולציות פוליטיות.<sup>147</sup> שנית, מלומדים ומדינאים רבים ציינו כי חוק

ואנחנו מחזיקים בה עד היום היא תחילתה של הציונות, היא היסוד להקמתה של מדינת ישראל... והנה היום אנחנו באים לתת תוקף חוקי לזכות ההיסטורית ולחוקק את חוק ירושלים בירת ישראל". חברת הכנסת גאולה כהן (התחיה – בנא"י) ד"כ 89 (תש"ם) 4037: "... חוק ירושלים לא הועלה הפעם רק כדי לסתום פירצה בחקיקה. הוא הועלה היום... גם כדי לסתום פירצה פוליטית בעלת דינאמיקה שלילית..." " חבר הכנסת אורי אבנרי (מחנה שלי) ד"כ 89 (תש"ם) 4040: "הצעת החוק הזאת אינה חשובה כשלעצמה. כולכם יודעים שאין היא חשובה, שהיא חסרת כל ערך. אך היא חשובה כסמל למה שמתרחש היום בעם ישראל ובכנסת ישראל". חבר הכנסת יהודה בן-מאיר ד"כ 89 (תש"ם) 4045: "אין ספק שיש סמליות רבה בכך שהכנסת תקבל היום ברוב אדיר, המייצג את רובו ככולו של העם בישראל... את חוק ירושלים למחרת תשעה באב... זמן חורבן בית ראשון ובית שני... הנושא הוא מעבר למילים. הנושא הזה בוער כאש בנשמתו ובנפשו על העם היהודי ושל כל יהודי". חבר הכנסת מאיר וילנר (החזית הדמוקרטית לשלום ולשוויון) ד"כ 89 (תש"ם) 4048: "אם הכנסת תקבל את הצעת החוק... יהיה זה תרשים למלחמה הבאה. חוק ירושלים הוא גם מחסום נוסף חמור לשלום". חבר הכנסת יוסי שריד (המערך) ד"כ 89 (תש"ם) 4055: "חברת הכנסת גאולה כהן מעוניינת בכל ארץ-ישראל... היא ידעה שאינה יכולה להביא הצעת חוק כזאת... משום שהכנסת לא תאשר אותה... חברת הכנסת גאולה כהן יכולה מחר, מחרתיים להגיש... הצעת חוק תמימה האומרת שארץ ישראל היא נחלת אבותינו, ושזכות אבותינו עומדת לנו על ארץ-ישראל כולה". חבר הכנסת תופיק זיאד (חזית דמוקרטית לשלום ולשוויון) ד"כ 89 (תש"ם) 4058: "החוק המוצע הוא פרובוקאציה פוליטית חדשה לא רק נגד העם הערבי הפלשתינאי אלא גם נגד האומות המאוחדות, נגד השלום במזרח-התיכון ובעולם כולו". חבר הכנסת משה שמיר (התחיה – בנא"י) ד"כ 89 (תש"ם) 4062: "חשוב שנתרכז בירושלים, נמחיש ונדגיש שהמאבק על ירושלים מתמצת בתוכו את המאבק על ארץ-ישראל".

144 אף שיש לציין כי הממשלה בראשותו של מנחם בגין תמכה בהצעת חוק היסוד.  
145 ראו חבר הכנסת יהודה בן-מאיר (חזית דתית לאומית) ד"כ 89 (תש"ם) 4045; חבר הכנסת פנחס שינמן (חזית דתית לאומית) ד"כ 89 (תש"ם) בע' 4046–4048; חבר הכנסת בן-ציון רובין (חזית דתית לאומית) ד"כ 89 (תש"ם) 4052. אולם ראו דברי חבר הכנסת קלמן כהנא (פועלי אגודת ישראל) ד"כ 89 (תש"ם) 4069: "אני מביע צער על כך כי זהו חוק ירושלים, זה ולא אחר... היכן קדושתה של ירושלים באה לידי ביטוי בחוק זה?... האם בחוק ירושלים אשר מחוקקת מדינת ישראל, מדינת יהודים ריבונית, לא היה צריך לבוא לידי ביטוי אופיה המקודש של ירושלים? ... בלב כבוד, בהעדר כל שמחה, בצער ויגון אני מצביע היום על חוק ירושלים, חוק נטול תוכן ממשי, חוק נטול מעוף וחזון, חוק נטול רקע ובסיס".  
146 עם זאת, בחודש נובמבר 2000 תוקן חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל וחלק מההוראות האופרטיביות שהתווספו לחוק היסוד שוריינו.  
147 חבר הכנסת אורי אבנרי (מחנה שלי) ד"כ 89 (תש"ם) 4040: "כולנו יודעים שהליכוד התנגד להצעת החוק הזאת. המערך התנגד לה, וכמעט כל שאר סיעות הבית התנגדו לה. ובכל זאת, בהגיון של טראגדיה יונית... נגרר הבית... אחרי תכתיב הקנאות הלאומנית הקיצונית



היסוד לא ימנע מהממשלה משא ומתן על מעמדם העתידי של המקומות הקדושים או על הסדרים מוניציפליים.<sup>148</sup> שלישית, בזמן קבלת חוק היסוד על ידי הכנסת, הסיכויים ליישוב הסכסוך הישראלי-ערבי בדרכי שלום, שיכלול כמובן גם הסכמה לעניין מעמדה של ירושלים, נראו קלושים ביותר.<sup>149</sup>

התרחשות נוספת הייתה חקיקתו של חוק יסוד: השפיטה על ידי הכנסת העשירית בפברואר 1984. חוק יסוד: השפיטה הכיר ברשויותיה השיפוטיות של מדינת ישראל וקבע את עצמאותן, גדרי סמכויותיהן ויחסיהן בינן לבין עצמן.<sup>150</sup> חוק יסוד: השפיטה עסק בשלוש סוגיות מרכזיות שהיו בעלות פוטנציאל להשליך השלכות חוקתיות מרחיקות לכת: תפקידו של בית המשפט העליון בכלל ובשבתו כבית משפט גבוה לצדק בפרט;<sup>151</sup> שיטת מינוי השופטים;<sup>152</sup> וסוגיית סמכותם של בתי הדין הדתיים.<sup>153</sup> חקיקתו של חוק יסוד: השפיטה נתאפשרה לאחר מציאתה של נוסחת פשרה שהתייחסה

הרת-האסון". חברת הכנסת חייקה גרוסמן (המערך) ד"כ 89 (תש"ם) 4051: "חברת הכנסת גאולה כהן, במהלך פארלאמנטרי מוצלח מצדה, מנצלת את חולשתה של הממשלה, את פיק הברכיים שאחזו רבים באפוזיציה, את פחדם של רבים מאתנו מפני כך שיטילו ספק בנאמנותם לירושלים וידרשו מהם תעודת יושר פאטריוטי". חבר הכנסת יוסי שריד (המערך) ד"כ 89 (תש"ם) 4054: "יודעת חברת הכנסת גאולה כהן את נפש עמיתה בכנסת, היא יודעת את מורך-לכם והיא יודעת שאין בהם אומץ לומר את אשר הם חושבים באמת ובתמים כאשר מדובר בנושא זה של ירושלים, והיא ניצלה היטב ידיעה זאת". חבר הכנסת מאיר תלמי (המערך) ד"כ 89 (תש"ם) 4062: "כלי-הקומוניקציה משמיעים דברי שבח לחברת-הכנסת גאולה כהן, שהצליחה להביך את הממשלה וזכתה לתימרון פוליטי מוצלח... אבל כל המשבחים אינם אומרים כי החוק משרת את עניין ירושלים, כי מובן לכול כי החוק מתגלגל בתחום תרגילים על המפה הפוליטית שלנו בפנים ולא בתחום קביעת מעמדה של העתיד של ירושלים".

Lapidoth, *supra* note 142, at p. 678 148

*Id.* 149

ראו שמעון שטרית על השפיטה: מערכת הצדק במשפט (ירושלים, 2004) 96–97. 150

151 בין היתר טענו הנואמים השונים בדיון במליאה כי יש צורך בחלוקת בית המשפט העליון לתחומי התמחויות שונים; כי צריך להעביר עניינים מסוימים, כגון החזקת קטינים או נושאים הנוגעים לשלטון המקומי, מבית המשפט העליון לבתי המשפט המחוזיים; וכי יש לצמצם את מגמת המשפטיות וההתדיינות היתרה של הציבור הישראלי. ראו חבר הכנסת זרח ורהפטיג (חזית דתית לאומית) ד"כ 87 (תש"ם) 784; חבר הכנסת אורי אבנרי (מחנה שלי) ד"כ 87 (תש"ם) 788; חבר הכנסת גדעון האוזנר (המפלגה הליברלית העצמאית) ד"כ 87 (תש"ם) 785; חבר הכנסת אמנון רובינשטיין (התנועה לשינוי ויזמה) ד"כ 87 (תש"ם) 786–788.

152 חלק ניכר מהשינויים, שעליהם המליצו חברי הכנסת, נועדו להחליש את הזיקה הפוליטית לוועדה למינוי שופטים. בין היתר הציעו חברי הכנסת את שילובו של איש מחוץ למערכת עריכת הדין, למשל אחד מהדיקנים של הפקולטות למשפטים, בוועדת המינויים, את הקטנת מספרם של הפוליטיקאים בוועדת המינויים ואת מינויו של נשיא בית המשפט העליון ליושב ראש ועדת המינויים. ראו חבר הכנסת מרדכי וירשובסקי (התנועה לשינוי ויזמה) ד"כ 87 (תש"ם) 783; חבר הכנסת אורי אבנרי (מחנה שלי) ד"כ 87 (תש"ם) 789; חברת הכנסת שולמית אלוני ד"כ 99 (תשמ"ד) 1736.

153 למעשה, הצעת חוק יסוד: השפיטה המקורית לא כללה הוראות בנוגע לבתי הדין הדתיים, דבר שהוביל להתנגדות חריפה מצד המפלגות הדתיות וגרם לעיכוב של שנים מספר בחקיקת חוק היסוד. ראו חבר הכנסת זרח ורהפטיג (חזית דתית לאומית) ד"כ 87 (תש"ם) 784.

לסמכות בתי הדין הדתיים *vis-à-vis* בית המשפט העליון,<sup>154</sup> ומכיוון שברובה המכריע עיגנה בחוק יסוד את ההסדרים השיפוטיים הקיימים,<sup>155</sup> ובכלל זה הותירה בלא הכרעה את סוגיית ההסמכה המפורשת של בית המשפט העליון לבקר חקיקה ראשית.<sup>156</sup> במקום זאת, סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה אימץ את הוראת סעיף 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ז–1957, שהעניק סמכות רחבה לבית המשפט העליון לדון בעניינים אשר הוא רואה צורך להושיט בהם "סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר". כל המפלגות הפוליטיות הסכימו לניסוח זה, מכיוון שהותיר בלא הכרעה את שאלת הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית. מחד גיסא, ההוראה לא העניקה במפורש לבית המשפט העליון את הסמכות לבקר את חקיקת הכנסת. מאידך גיסא, היא אפשרה לבית המשפט להמשיך ולפתח את מוסד הביקורת השיפוטית לפי ההחלטה בעניין ברגמן והחלטות אחרות שניתנו בשנות השבעים והשמונים.<sup>157</sup> חוק יסוד: השפיטה גם לא שורייץ, ועל פי פסיקת בית המשפט העליון באותה עת נתפס כניתן לשינוי ולתיקון בידי הכנסת בהליך רגיל וברוב רגיל. לכן, אף שחקיקתו של חוק יסוד: השפיטה היוותה התקדמות בעשייה החוקתית ותוספת ברוכה של חוק יסוד למערך ההולך ומתעבה של חוקי יסוד, הרי למעשה שמר חוק יסוד: השפיטה על הסטטוס קוו החוקתי של ה"החלטה שלא להחליט" בסוגיות יסוד חוקתיות.<sup>158</sup>

### ט. חקיקת חוקי היסוד החדשים, המהפכה החוקתית והעשייה החוקתית כיום

ההתפתחות החשובה ביותר בתהליך קבלתם בהדרגה של חוקי היסוד בשני העשורים האחרונים הייתה בלא ספק חקיקתם של שני חוקי היסוד החדשים. חוק יסוד:

- 154 שר המשפטים שמואל תמיר ד"כ 87 (תש"ם) 1309.
- 155 ראו חבר הכנסת אורי אבנרי (מחנה שלי) ד"כ 87 (תש"ם) 788: "הצעת החוק המובאת כאן... היא צילום המצב הקיים במדינה, במילים ישנות או במילים חדשות. הוא לא מחדש מאומה. אפילו המילים 'חוק יסוד', כפי שכולנו יודעים, הן מילים ריקות לפי שעה".
- 156 שר המשפטים שמואל תמיר ד"כ 86 (תש"ם) 3217: "אשר לסמכותו של בית המשפט העליון: מוצע להשאירה על כנה, אפילו תוך העתקה מילולית של סעיף 7 לחוק בתי המשפט, וזאת כדי שלא לפגוע בהלכות שנקבעו לגבי סעיף זה. נוספה אפשרות שלבית-המשפט העליון תוקנה סמכות של בית משפט לחוקה. כאשר נשוב לדיון בחוק יסוד: החקיקה, ויוחלט שבית-המשפט העליון יהיה בית-משפט לחוקה, תוכל קביעה זו לעלות בקנה אחד עם חוק יסוד: בית המשפט".
- 157 כחלק מהפשרה הפוליטית שהושגה, יצרה הכנסת מערכת מינויים של שופטים ששימרה את עצמאותה של הרשות השופטת ואת טיבם המקצועי של בתי המשפט. ראו שטרית, לעיל הערה 150.
- 158 ראו דברי חברת הכנסת שולמית אלוני בשם ועדת חוקה, חוק ומשפט כי עם חקיקת חוק יסוד: השפיטה עדיין יש "לבחון באיזו מידה חוקי-היסוד יישארו בחזקת חוקים מנחים רגילים – שמכוח תרבותנו ובגלל רצוננו להיות דמוקרטיים נכבד אותם, אך נשמור על האפשרות לשנותם על-ידי רוב מקרי זה או זה – או האם נשרייץ אותם... מפני חקיקה של רוב מקרי כזה או כזה על ידי הקמת בית-דין לחקיקה". ד"כ 99 (תשמ"ד) 1736.

כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק נחקקו בחודש מרץ 1992 במושב האחרון של הכנסת השתים עשרה. כמה זכויות אדם כגון כבוד האדם, חירות, זכות הקניין, חופש העיסוק, הזכות לפרטיות וזכות הכניסה לישראל והיציאה ממנה עוגנו במפורש בחוקי יסוד אלו. מן המפורסמות הוא כי בעקבות חקיקתם טוענים משפטנים רבים כי השתנו הנסיבות החוקתיות של מדינת ישראל, כי חקיקת חוקי היסוד החדשים היוותה "מהפכה חוקתית"<sup>159</sup> וכי מאז יש לישראל חוקה פורמלית.<sup>160</sup> אחת השאלות שאבחן בפרק זה היא השאלה אם חקיקתם של חוקי היסוד החדשים סימלה שינוי בטקטיקה החוקתית של ה"החלטה שלא להחליט". הטיעון שאותו אנסה לבסס הוא שאף שחקיקתם של חוקי היסוד החדשים הייתה צעד נוסף בקידומו של פרויקט קבלת חוקי היסוד בהדרגה, אין מדובר בשינוי הנסיבות החוקתיות של מדינת ישראל. כלומר חקיקתם של חוקי היסוד החדשים לא זו בלבד שאינה מהווה סטייה מהטקטיקה החוקתית שלא להחליט, אלא מהווה המשך ישיר לטקטיקה זו.

חקיקתם של חוקי היסוד החדשים נתאפשרה לאחר שחבר הכנסת אמנון רובינשטיין, שהנו אחד מהפרופסורים המוערכים ביותר בתחום המשפט חוקתי, הציע לחוקק בהדרגה הוראות הנוגעות לזכויות יסוד. פרופסור רובינשטיין הבין כי מטעמים פוליטיים (מחלוקת) לא ניתן לחוקק מגילת זכויות שלמה ומקיפה, ולכן בחר לנקוט הליך אטומיזציה של זכויות.<sup>161</sup> הרעיון היה לפרק את מגילת הזכויות לכמה קבוצות, ולעגן בחוקי יסוד בשלב הראשון רק את אותן זכויות שהייתה לגביהן הסכמה רחבה. הנחת העבודה של פרופסור רובינשטיין הייתה שרק זכויות מסוימות שנויות במחלוקת וכי ניתן לגבש קונסנזוס רחב לשאר הזכויות.<sup>162</sup> זכויות שבאופן מסורתי היו בעייתיות כגון זכות השוויון, חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, חופש המצפון, החופש מדת וחופש הדת וזכויות חברתיות וכלכליות הושארו מחוץ לחוקי היסוד החדשים וחקיקתן נדחתה למועד מאוחר יותר. גישתו של רובינשטיין תאמה במדויק את המסורת של קבלת חוקי יסוד בהדרגה ויישמה את אותו תהליך של חקיקת חוקה בהדרגה. עם קום המדינה, מכיוון שלא הייתה הסכמה לנוסח החוקה כולה, הוחלט שלא להחליט ולקבוע

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

160 ברק, לעיל הערה 1, בע' 358; רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 1, בע' 355.

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

162 חבר הכנסת אמנון רובינשטיין (תנועת המרכז – שינוי) ד"כ 123 (תשנ"ב) בע' 1235–1236; ראו גם קרפ, שם, בע' 338; רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 106, בע' 919; David Kretzmer; "The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?" 26 *Israel L. Rev.* 238–239 (1992); Barak-Erez, *supra* note 68 Goldberg, *supra* note 14, at p. 224, הסבור כי הטקטיקה של אטומיזציה הפחיתה את החששות המסורתיים של המפלגות הדתיות מפני הגנה חוקתית על זכויות יסוד.

את המשטר החוקתי של ישראל בהדרגה. עתה, לנוכח המחלוקות סביב מגילת הזכויות השלמה, הוחלט שלא להחליט בדבר נוסח המגילה השלמה ולחוקק בשלב הראשון רק זכויות שלהן נתונה הסכמה רחבה.<sup>163</sup>

ביקורת חריפה נמתחה על האטומיזציה של זכויות האדם מפי נבחרי ציבור<sup>164</sup> ומלומדים,<sup>165</sup> שהאמינו כי חוקי היסוד החדשים אימצו תפיסת עולם בעייתית, והתעלמו מהאינטרסים של חלק ניכר מהחברה הישראלית ומרווחתו. נבחרי ציבור אחדים אף טענו כי בחוקי היסוד החדשים יש משום גולה בהיסח הדעת של סמכויות הכנסת והעברתן לבית המשפט העליון ופקפקו בלגיטימיות הדמוקרטית של מהלך זה.<sup>166</sup> החקיקה החלקית של זכויות אדם ושתיקת חוקי היסוד החדשים באשר למוסד הביקורת השיפוטית לא היו הפגמים היחידים שנפלו בחוקי היסוד החדשים. ראשית, חוקי היסוד החדשים אינם מצהירים כי הם נועדו להשלים את מעשה החוקה, כי נחקקו מכוח סמכותה המכוננת של הכנסת או כי מקור תוקפם המשפטי נעוץ במסגרת חוקתית

163 ראו דברי חבר הכנסת רובינשטיין (תנועת המרכז – שינוי) ד"כ 124 (תשנ"ב) 1532. חבר הכנסת אוריאל לין (יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט) ד"כ 125 (תשנ"ב) 3782: "החוק הזה הוכן בהבנה שעלינו ליצור הסכמה רחבה של כל סיעות הבית. היינו מודעים לכך, שאין אנו יכולים להעביר חוקי-יסוד, שמעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם לא נגיע להסכמה רחבה של כל סיעות הבית". מכך כמובן אין להסיק כי חוקי היסוד החדשים התקבלו בהסכמה רחבה של רוב מיוחסת לעשייה חוקתית. ראו דיון להלן בטקסט נלווה להערות השוליים 168–169. ראו גם דברי חבר הכנסת מיכאל איתן (הליכוד) ד"כ 125 (תשנ"ב) 3783: "לשום הסכמה כללית לא הגעתם. אתם במיעוט, ורוצים לכפות חוק שרק ברוב אפשר יהיה לשנות אותו. אתם מדברים על דמוקרטיה? מיעוט של חברי כנסת רוצה לחוקק חוק שישלול מהכנסת סמכויות".

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

165 הראשונה שהטילה ספק בלגיטימיות חוקי היסוד החדשים הייתה פרופסור רות בן-ישראל, לעיל הערה 98, בע' 32–33, שטענה כי חברי הכנסת ששימשו חברי ועדת חוקה, חוק ומשפט בעת ניסוח חוקי היסוד החדשים לא נתנו משקל לאינטרסים הלגיטימיים של מעמד העובדים. ראו גם מרמור, לעיל הערה 82, בע' 139–140. אך השוו עלי זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 489, בע' 502.

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

כלשהי. במקום זאת, נקבע כי מטרתם המוצהרת של חוקי היסוד החדשים היא "לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>167</sup> שנית, מכיוון שחוקי היסוד החדשים נחקקו ברוב רגיל ובנוכחות מינימלית של חברי כנסת,<sup>168</sup> הם גם לא סימלו מפנה בהיבט האפירמטיבי של העשייה החוקתית. הכנסת לא נקטה פרוצדורה מיוחדת בקבלתם של חוקי היסוד החדשים, ולא גויס רוב מיוחד לאישורם. לכן לא היה בעצם קבלת חוקי היסוד החדשים משום ניסיון להתגבר על המחלוקת שנתגלעה ברבות השנים באשר לאשרור העממי של החוקה או בנוגע לגיבושו של קונסנזוס רחב.<sup>169</sup> שלישית, בעוד חוק יסוד: חופש העיסוק שוריין ואחת מהוראותיו קבעה כי אין לשנות את חוק היסוד אלא בחוק יסוד אחר וברוב של 61 חברי כנסת, הרי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לא הכיל הוראה המשריינת אותו מפני שינוי וביטול בידי כל רוב מקרי ורגיל של חברי כנסת.<sup>170</sup> פגמים אלה סימנו את אותן נקודות מסורתיות של אי-הסכמה ומחלוקת, והימנעות מאמירה ברורה בסוגיות הללו תאמה את מסורת ההחלטה שלא להחליט.

מלומדים ונציגי ציבור רבים רואים בנוסחת "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית", שאומצה על ידי חוקי היסוד החדשים, משום פריצת דרך מהותית, שהביאה בסופו

167 ראו בעניין זה מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659, 663. לגישה דומה ראו גם קרפ, לעיל הערה 161, בע' 341–342.

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

169 ראו בעניין זה רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 106, בע' 918: "מאמצי הפשרה הרבים, שכללו ויתורים משמעותיים, גררו ביקורת חריפה על הנוסח שהתקבל. הם אמנם אפשרו את קבלת חוקי היסוד, אולם קשה לומר, כי היה זה בהסכמה רחבה, כפי שניתן היה לצפות בעת קבלת מסמך מרכזי כמו מגילת זכויות אדם...". זלצברגר וקדר, לעיל הערה 165, בע' 499: "רק נציין, שבאשר לאופן אימוץ הנורמות החוקתיות או הזכויות המשוריינות, קבלת קריהטיעון שלנו שוללת לחלוטין את דרכי חקיקת חוקי היסוד בישראל. המסר המרכזי של קריהטיעון הנ"ל הוא, שחוקה או זכויות משוריינות צריכות לייצג הליך הכרעה קונסנזואלית המנותק ממאבקי הכוחות הפוליטיים היומיומיים. בניגוד לקבלה שוטפת של החלטות חברתיות שהסתכלותה היא קצרת-טווח, נורמות חוקתיות מתוכננות לטווח ארוך".

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

של דבר לידי חקיקת חוקי היסוד.<sup>171</sup> עם זאת, אימוצה של נוסחה זאת אינו עולה כדי פתרון מהותי של המחלוקות שהביאו לידי הכישלון לאמץ חוקה עם קום המדינה. לפי נוסחה זו יש לפרש את הזכויות המעוגנות בחוקי היסוד החדשים לאור ערכים יהודיים ודמוקרטיים, ופגיעה בזכויות אלו יכולה להיעשות רק לפי ערכים יהודיים ודמוקרטיים. אך השאלה הייתה, מאז ומתמיד, מהן הדרישות הסובסטנטיביות של ערכים אלה וכיצד ליישב את המתח בין שני הערכים. המונח "ערכים יהודיים", כידוע לכול, הוא בעל מובנים שונים ומגוונים. האם "ערכים יהודיים" הם שווי ערך לערכים יהודיים דתיים? או שמא יש לפרשם במונחים לאומיים היסטוריים? אולי בכלל הכוונה היא לערכי יהדות אוניברסליים? המונח "ערכים דמוקרטיים" גם הוא בעל מובנים שונים ומגוונים. האם יש להבין ערכים דמוקרטיים במונחים פרוצדורליים (לדוגמה, זכות שווה להשתתף בהליך הפוליטי, שלטון הרוב וכו')? או להבין ערכים דמוקרטיים במונחים והסדרים מהותיים (לדוגמה השמירה על זכויות המיעוט וההגנה על זכויות אדם)? האם הכוונה היא לערכים של דמוקרטיה ליברלית? או אולי הכוונה לערכים של דמוקרטיה רפובליקנית? השאלה כיצד ליישב בין ערכים דמוקרטיים לערכים יהודיים גם היא שנויה במחלוקת חריפה בין מלומדים לפוליטיקאים. יש הרואים בנוסחה זו ניסיון לרבע את המעגל וגורסים כי מונח זה מכיל סתירה פנימית.<sup>172</sup> אחרים גורסים כי ניתן ליישב בין המונחים ומציעים נוסחאות שונות לעשות כן.<sup>173</sup>

אין כוונתי לצייר את המונחים "ערכים יהודיים" ו"ערכים דמוקרטיים" כחסרי משמעות או כסיסמאות ריקות. בדומה, אין בכוונתי כאן לטעון לעדיפותה של אחת מהנוסחאות שהוצעו ליישובם של ערכים יהודיים ודמוקרטיים. כוונתי להצביע על דבר שהוא מובן מאליו למתבונן מהצד, והוא שכל פנייה לערכיה של "מדינה יהודית ודמוקרטית" מביאה בהכרח לידי מחלוקת סבוכה ואולי אף בלתי פתירה בדבר מהותם וטיבם של ערכים אלה. מכיוון שהשסע בין הפלגים השונים בציונות נע במתח שבין

171 קרפ, לעיל הערה 161, בע' 341–342.

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

173 הכתיבה המנסה ליישב בין היסודות היהודיים ליסודות הדמוקרטיים של מערכת המשפט הישראלית היא מונומנטלית. אציין מקורות ספורים ולו כדי להמחיש את המגוון הרחב של עמדות, תפיסות, גישות ונוסחאות ליישוב בין ערכים יהודיים לערכים דמוקרטיים. אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית": אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה: האפשר לרבע את המעגל?" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 473–479; אשר מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 547; אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (ירושלים, 2004) 87–93; מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659; אסא כשר "מדינה יהודית ודמוקרטית: סקיצה פילוסופית" מדינה יהודית ודמוקרטית (דפנה ברק ארו עורכת, תל-אביב, 1996) 277; רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" מדינה יהודית ודמוקרטית (דפנה ברק ארו עורכת, 1996) 171.

אלמנטים יהודיים פרטיקולריים לבין אלמנטים אוניברסליים דמוקרטיים,<sup>174</sup> ומכיוון שהניסיון ליישב בין האופי הדמוקרטי לאופי היהודי של המדינה היה ועודנו אבן פינה של מרבית הפלגים והסיעות, הרי קל להבין כיצד זכתה נוסחה זו להצלחה. עם זאת, בנוסחה עצמה ובחוקי היסוד החדשים אין משום פתרון או הכרעה חוקתית מהותית וערכית בשאלה כיצד יש ליישב בין ערכים יהודיים לערכים דמוקרטיים. מחלוקת זו הייתה מהסיבות העיקריות לכישלון לאמץ חוקה. חקיקתם של חוקי היסוד החדשים לא יישבה מחלוקת יסודית זו בדבר דמות החברה והמדינה הישראלית, אלא השאירה אותה בלא הכרעה, והכול בהתאם למסורת החוקתית רבת השנים להחליט שלא להחליט. למרות הפגמים שנפלו בחוקי היסוד החדשים, טען השופט אהרן ברק בסדרת מאמרים כי קבלת חוקי היסוד החדשים מהווה מהפכה חוקתית, וכי זכויות האדם זכו עתה למעמד חוקתי גבוה משל החוקים הרגילים.<sup>175</sup> בשנת 1995 נקרא בית המשפט העליון להכריע בעניין ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי.<sup>176</sup> שאלות חוקתיות רבות נדונו והוכרעו (לצורך ושלא לצורך) בהרכב כמעט בלא תקדים עד אותה תקופה של תשעה שופטים.<sup>177</sup> אם ננסה לסכם שלוש מאות שישים ושבעה עמודים בקצרה, הרי השורה התחתונה של פסק הדין הייתה כי החוק, שנטען כי הוא נעדר חוקתיות, אינו סותר את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אך עניין בנק המזרחי הוא ציון דרך במשפט החוקתי לא בגלל התוצאה האופרטיבית שלו, אלא בשל התיאוריה החוקתית שבו. השופט ברק, ואליו הצטרף רוב שופטי בית המשפט, שרטט בעניין בנק המזרחי תיאוריה חוקתית, ולפיה השיגה ישראל משנת 1992 ואילך ביקורת שיפוטית מלאה, וכי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נהנה מעליונות נורמטיבית על פני החקיקה הרגילה. על כן כל חקיקה הפוגעת בזכויות המעוגנות בחוקי היסוד החדשים או

174 ראו לעיל טקסט נלווה להערות 7–8.

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

176 לעיל הערה 1.

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

מפרה אותן, נדרשת לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה. מאז עניין בנק המזרחי דעכו קולות המתנגדים למהפכה החוקתית, שבקעו מתוך כותלי בית המשפט העליון עצמו, ובמקרים אחדים אף בוטלו הוראות חוק רגיל שסתרו את חוקי יסוד החדשים באשר לזכויות אדם.<sup>178</sup> בפסיקה נוספת גם נקבע כי כל חוקי היסוד נהנים ממעמד על חוקי.<sup>179</sup> התגובות על עניין בנק המזרחי ועל המהפכה החוקתית לא איחרו לבוא. מחד גיסא, עניין בנק המזרחי התקבל בכרכה בקרב התומכים המסורתיים ברעיון החוקה והביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית,<sup>180</sup> ואף שהעירו הערות מגוונות,<sup>181</sup> הרי הם קראו קריאות עידוד לבית המשפט להמשיך במלאכתו.<sup>182</sup> מאידך גיסא היו שביקרו בחריפות את ההחלטה בעניין בנק המזרחי ואת המהפכה החוקתית על היבטיהן השונים. הנשיא לנדוי כינה את פסק הדין בעניין בנק המזרחי "סמינר אקדמי",<sup>183</sup> גרס כי לאור המסקנה הסופית ניתן היה להניח ב"צריך עיון" את השאלות שבהן התחבטו השופטים,<sup>184</sup> וטען כי בהחלטה יש משום ניסיון למתן חוקה באמצעות פסיקת בית המשפט. פרופסור רות גביוזן כתבה כי המהפכה החוקתית היא נבואה המגשימה את עצמה, והדגימה כיצד הרטוריקה של המהפכה החוקתית טשטשה את הנתונים החוקתיים של ישראל, וביניהם את עצם העובדה שהשאלות הפוליטיות בדבר חוקה לישראל לא הוכרעו מעולם בדין שיטתי.<sup>185</sup> פרופסור יוסף אדרעי טען כי מדובר "במהפכה העומדת על כרעי תרגולת"<sup>186</sup>

- 178 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 376; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241; בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640.
- 179 בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57; בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(1) 750 (להלן: עניין חרות).
- 180 עניין בנק המזרחי אימץ את התזה של פרופסור קליין שהוצגה במאמרו קלוד קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב (תשל"ל-תשל"א) 51, והפך למעשה את ההחלטות בעניין קניאל, לעיל הערה 123, ובעניין רסלר, לעיל הערה 123. לבחינת העמדות המסורתיות של תומכי המהלך החוקתי ראו גם קלוד קליין "איך כל זה התחיל: פסק-דין ברגמן: התגובות הראשונות" עלי משפט ג (תשס"ד) 391.
- 181 ראו, למשל, קלוד קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי: הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון" משפטים כח (תשנ"ז) 341.
- 182 דוד קרצמר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח (תשנ"ז) 359, בע' 385: "יש לברך על כך, שהרוב בבית-המשפט [בעניין בנק המזרחי] בחר בתיאוריה המספקת את הלגיטימציה החוקתית לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם". ראו גם אוריאל לין "חוקי היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" המשפט ה (תש"ס) 267. הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א (תשס"ד) 59, בע' 60: "בעניינים החוקתיים הבסיסיים המוצגים ברשימה זו, אין מקום להנהיג גישה של התקדמות 'עקב בצד אגודל', אלא יש להכריעם. בעשותו כך, יבהיר בית-המשפט העליון לכנסת, לציבור ואף לבית המשפט העליון עצמו מהם עקרונותיה של החוקה הישראלית".
- 183 משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 697.
- 184 שם, שם.
- 185 גביוזן (המהפכה החוקתית), לעיל הערה 1, בע' 31.
- 186 יוסף אדרעי "מהפכה חוקתית: האמנם?" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 453, 454.



וגרס כי לא ניתן למצוא תימוכין לגישה שהכנסת פועלת על פי תיאוריית שני הכובעים.<sup>187</sup> כותבים רבים גם הצביעו על הסכנות והחסרונות הטמונים במהפכה החוקתית שיצר בית המשפט ועל הבעייתיות שבאימוץ מוסד הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית בנסיבות החוקתיות של מדינת ישראל.<sup>188</sup> ביקורות אקדמיות אלו ואחרות<sup>189</sup> נכשלו עד עתה להחזיר את גלגל המהפכה לאחור, ומרביתן, יש להודות, לא התכוונו לכך כלל. מעניין לציין בהקשר זה את התגובות במערכת הפוליטית על פסק הדין בעניין בנק המזרחי ועל המהפכה החוקתית. תחילה, נדמה היה שעולם כמנהגו נוהג ומדובר בשלב נוסף בדיאלוג החוקתי שבין זרועות הממשל השונות. עם זאת, אט-אט החלו מגזרים שונים בפוליטיקה להפנים את הסכנה שריחפה על קיומם של הסדרים שונים במדינה, והחלו ללחוץ על הכנסת להגן על החקיקה המסדירה את קיומם. כבר בשנת 1994 החלה הכנסת במהלך שמטרתו הייתה להצר את היקפה של המהפכה החוקתית. כך נולד לו התיקון לחוק יסוד: חופש העיסוק. תיקון זה אף כונה על ידי פרופסור ברק "התפתחות פוסט מהפכנית" או "מהפכת נגד",<sup>190</sup> ועיקרו הכללת פסקת התגברות בחוק יסוד: חופש העיסוק. פסקה זו מאפשרת פגיעה בחופש העיסוק גם שלא לפי תנאי פסקת ההגבלה, ובלבד שהחוק התקבל בקולותיהם של רוב חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, כי החוק הוא תקף על אף האמור בחוק היסוד.<sup>191</sup> פסקת ההתגברות נועדה, בין היתר, לסלול את הדרך לחקיקת חוק יבוא בשר קפוא, תשנ"ד–1994, ולעקוף ביקורת שיפוטית פוטנציאלית. אמנם מהלך זה נחל הצלחה, שכן חוק יבוא בשר קפוא שרד את הביקורת השיפוטית, אך הצלחה זו הייתה חלקית בלבד. פסקת בג"ץ הבהירה כי פסקת ההתגברות, אף שהיא בעלת השפעה על המבחנים החוקתיים הסובסטנטיביים שאותם יפעיל בג"ץ, הרי אין בה כדי להעניק שריון מוחלט לחוקים שנחקקים על פיה מפני ביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון.<sup>192</sup> ניסיון אחר להצר את צעדי בית המשפט העליון בהגשמת המהפכה החוקתית היה טמון בהצעה להקים בית משפט חוקתי ובדרישה לשינויים בהליך איוש שופטי בית המשפט העליון.<sup>193</sup> הצעה זו היא בבחינת "אם אינך יכול לנצח אותם הצטרף אליהם", ומבחינה היסטורית מהווה תגובה

- 187 שם, בע' 468.  
 188 שם, שם. גביון, לעיל הערה 1, בע' 120–122; יואב דותן "חוקה למדינת ישראל?": הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית' "משפטים כח (תשנ"ז) 149, 209.  
 189 ראו גם אסף ברם "ביקורת שיפוטית על חוקים: נחוץ סיפור משכנע" המשפט ה (תשס"א) 149.  
 190 אהרן ברק פרשנות במשפט (כרך ג: פרשנות חוקתית, תשנ"ד) 580.  
 191 ראו סעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק.  
 192 ראו בג"ץ 4676/94 מיטראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15. לניתוח מעמיק של התיקון לחוק יסוד: חופש העיסוק ותגובתו של בית המשפט העליון ראו גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 129, 157–170.  
 193 לניתוח מעמיק של ההצעות השונות בעניין זה והדילמות שהליך מינוי השופטים מציב לחברה הישראלית ראו מנחם מאוטנר "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב תרבותית" מחקרי משפט (תשס"ג) 423.

צפויה של המערכת הפוליטית על פעילות שיפוטית חוקתית רדיקלית.<sup>194</sup> אם דמותה וערכיה של מדינת ישראל יעוצבו בבית המשפט העליון, ביקשו פלגים וגורמים שונים דריסת רגל בהיכל הצדק, וכי דעתם והשקפתם יובאו בחשבון. הצעות ודרישות אלו נתקבלו ברגשות חזויים על ידי האקדמיה המשפטית, ובהתנגדות נחרצת מצד גורמים במערכת השיפוטית.<sup>195</sup> עד היום לא זכו הצעות ודרישות אלו לעיגון חוקתי וקשה לומר שהייתה להן השפעה על פסיקת בית המשפט או כי הסיטו את המהפכה החוקתית מבית מדרשו של בית המשפט העליון ממסלולה.

תגובה מעניינת נוספת של המערכת הפוליטית על פסק הדין בעניין בנק המזרחי ניתן לאפינה כ"אינפלציה" של הצעות לחוקי יסוד. כאמור, חקיקת חוקי היסוד החדשים לא התיימרה לשים סוף לחקיקת חוקי היסוד ולמעשה הרכבת החוקה הישראלית. לפיכך הונחו לפני הכנסת הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט,<sup>196</sup> הצעת חוק יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות,<sup>197</sup> הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות<sup>198</sup> והצעת חוק יסוד: החקיקה. אך הצעות נוספות לחוקי יסוד צצו חדשות לבקרים. ביניהן ראויות לציון הצעת חוק יסוד: חקיקה ברוב מיוחד,<sup>199</sup> הצעת חוק יסוד: הדין בענייני דת,<sup>200</sup> הצעת חוק יסוד: החקלאות,<sup>201</sup> הצעת חוק יסוד: הזדמנויות שוות בחינוך,<sup>202</sup> הצעת חוק יסוד: שיווי

194 קשה שלא להיזכר בהקשר זה בתכנית ה-"court-packing" של נשיא ארצות הברית Franklin Delano Roosevelt (להלן: רוזוולט). בפברואר 1937, לאחר ניצחונו הסוחף בבחירות לנשיאות, ובעקבות פסיקה חוקתית של בית המשפט העליון בארצות הברית העוינת את תכניתו הכלכלית, יצא רוזוולט בתכניתו הידועה לשמצה לאייש את בית המשפט העליון בשופטים נוספים. לפי תכנית זו, יש למנות שופט נוסף לבית המשפט העליון הפדרלי כנגד כל שופט המסרב לפרוש בהגיעו לגיל שבעים. נטען כי המניע לתכנית ה-"court-packing" של רוזוולט הוא הרצון להקל את עומס העבודה המוטל על שופטי בית המשפט העליון, אך יוחס לרוזוולט מניע נסתר והוא הרצון לאייש את בית המשפט בשופטים האוהדים את תכניתו הכלכלית. הקונגרס האמריקני לא אימץ את תכניתו של רוזוולט, אך מלומדים רבים טענו כי בעקבות תכניתו של רוזוולט, אישר בית המשפט העליון את חקיקת הניו-דיל וחל שינוי בפילוסופיה השיפוטית שהנחתה את בית המשפט. ראו, למשל: Henry J. Abraham *Justices and Presidents: A Political History of* (New York, 1974) 196–199. *Appointments to the Supreme Court* (New York, 1974). אך ראו: Ely, *supra*, note 71, at p. 46, הגורס כי רישומים שהתגלו באחרונה מוכיחים כי השינוי בגישתו של בית המשפט התרחש בלא קשר, ולמעשה אף לפני ההכרזה על תכניתו של רוזוולט.

195 אהרן ברק "בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה" משפט וממשל ו (תשס"ג) 315.  
196 הצעת החוק פורסמה בה"ח תשנ"ד 99. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 132 (תשנ"ד) 1015.  
197 שם, שם.  
198 לדיון מקיף בהצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות על גלגוליה השונים ראו מאור, לעיל הערה 19.  
199 הצעת החוק פורסמה בד"כ 143 (תשנ"ה) 5877. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 143 (תשנ"ה) 5800.  
200 ראו הצעת קבוצת חברי הכנסת ד"כ 153 (תשנ"ו) 3721. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 153 (תשנ"ו) 3652.  
201 ראו הצעתו של חבר הכנסת משה פלד ד"כ 153 (תשנ"ו) 3980. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 153 (תשנ"ו) 3885.  
202 ראו הצעתו של חבר הכנסת מיכאל קליינר ד"כ 172 (תשנ"ח) 5699. לדיון בצעת החוק ראו ד"כ 172 (תשנ"ח) 5572.

זכויות האשה,<sup>203</sup> הצעת חוק יסוד: הכרזת העצמאות של מדינת ישראל,<sup>204</sup> הצעת חוק יסוד: חוקה לישראל (כינון ועדת ניסוח),<sup>205</sup> הצעת חוק יסוד: זכויות נכסיות,<sup>206</sup> הצעת חוק יסוד: כינון לכול,<sup>207</sup> הצעת חוק יסוד: חופש הדת והמצפון,<sup>208</sup> הצעת חוק יסוד: איכות הסביבה,<sup>209</sup> הצעת חוק יסוד: השבות,<sup>210</sup> הצעת חוק יסוד: בית משפט לחוקה,<sup>211</sup> הצעת חוק יסוד: מדינת ישראל,<sup>212</sup> הצעת חוק יסוד: מדינת ישראל מדינת העם היהודי (הצעת חברת כנסת לבנת),<sup>213</sup> הצעת חוק יסוד: מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי (הצעת קבוצת חברי כנסת),<sup>214</sup> הצעת חוק יסוד: השוויון האזרחי,<sup>215</sup> הצעת חוק יסוד: שוויון האוכלוסיה הערבית,<sup>216</sup> הצעת חוק יסוד: הגבלת זכות השתיקה לנבחרי ציבור,<sup>217</sup> הצעת חוק יסוד: הזכות לדיוור<sup>218</sup> והצעת חוק יסוד: משאל עם.<sup>219</sup> עם זאת, כל ההצעות לחוקי יסוד חדשים, הצעות ותיקות והצעות צעירות כאחת, נדחו או נבלמו ולא הגיעו לכדי מימוש חוקתי. זוהי, למעשה, התגובה הנחרצת ביותר של המערכת הפוליטית על

- 203 ראו הצעתו של חבר הכנסת אמנון רובינשטיין שפורסמה בד"כ 172 (תשנ"ח) 6036. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 172 (תשנ"ח) 5925, 6235.
- 204 הצעת החוק פורסמה בד"כ 173 (תשנ"ח) 6519. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 173 (תשנ"ח) 6517.
- 205 הצעת החוק פורסמה בד"כ 176 (תשנ"ח) 9354. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 176 (תשנ"ח) 9246.
- 206 ראו הצעתו של חבר הכנסת רוני מילוא שהונחה על שולחן הכנסת בתאריך 29.3.00, <http://www.knesset.gov.il/Tql/mark01/h0025191.html#TQL> (נבדק ב-6.4.06).
- 207 ראו הצעתו של חבר הכנסת רומן ברונופמן וקבוצת חברי הכנסת שהונחה על שולחן הכנסת בתאריך 5.6.00, <http://www.knesset.gov.il/Tql/mark01/h0025189.html#TQL> (נבדק ב-6.4.06).
- 208 הצעת החוק פורסמה בד"כ 183 (תשנ"ט) 3046. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 183 (תשנ"ט) 2933.
- 209 ראו הצעתו של חבר הכנסת מיכאל נודלמן ד"כ 191 (תש"ס) 4736. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 191 (תש"ס) 4654.
- 210 ראו הצעתו של חבר הכנסת אופיר פינס-פז ד"כ 195 (תש"ס) 8248. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 195 (תש"ס) 8029.
- 211 ראו הצעתו של חבר הכנסת יגאל ביבי ד"כ 199 (תש"ס) 665. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 199 (תש"ס) 631.
- 212 ראו הצעתו של מספר חברי כנסת ד"כ 200 (תש"ס) 1879. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 200 (תש"ס) 1745.
- 213 ראו הצעתו של חבר הכנסת לימור לבנת ד"כ 200 (תש"ס) 1873. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 200 (תש"ס) 1742.
- 214 ראו ד"כ 200 (תש"ס) 1873. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 200 (תש"ס) 1741.
- 215 הצעת החוק פורסמה בד"כ 203 (תש"ס) 3745. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 203 (תש"ס) 3628.
- 216 הצעת החוק פורסמה בד"כ 203 (תש"ס) 3743. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 203 (תש"ס) 3624.
- 217 הצעות החוק בעניין זה פורסמו בד"כ 233 (תשס"ד) 9332, 9328. לדיון בהצעות החוק ראו ד"כ 233 (תש"ס) 9232, 9230.
- 218 הצעת החוק פורסמה בד"כ 235 (תש"ס) 10540. לדיון בהצעת החוק ראו ד"כ 235 (תש"ס) 10435 (25.2.04).
- 219 ראו דיון בהצעת חוק יסוד: משאל עם של ועדת חוקה, חוק ומשפט קריאה ראשונה בתאריך <http://www.knesset.gov.il/Tql/mark01/h0025191.html#TQL>, 28.3.05 (נבדק ב-6.4.06).

פסק הדין בעניין בנק המזרחי – עצירת התהליך של אישור חוקי היסוד בהדרגה. כאמור, המכשול המרכזי לחקיקת חוקי היסוד והשלמת החוקה היה טמון בחוסר הסכמה מהותי ומוסדי עקיב. חוקי יסוד התקבלו תוך שהם עוקפים אזוריים מסורתיים של חוסר הסכמה חוקתית. אך עתה נבלמו גם הצעות לחקיקת חוקי יסוד שנטען כי נתונה להם הסכמה פוליטית רחבה. דוגמה טובה לכך היא הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות וכלכליות. הצעת חוק יסוד זו הייתה שנויה במחלוקת בתחילת דרכה, אך בשנים האחרונות טענו רבים כי ניתן להגיע להסכמה רחבה בעניינה.<sup>220</sup> למרות זאת, החשש מפני מחטף חוקתי,<sup>221</sup> ומפני פרשנות אקטיביסטית עתידית של בית המשפט העליון להצעת חוק היסוד מנע ומונע כל התקדמות בקבלתה.<sup>222</sup> גם פלגים שהתיימרו להניף במצעם את הדגל החברתי-כלכלי והדאגה לשכבות החלשות התנגדו להצעת חוק היסוד. התהליך שאנו עדים לו מאז המהפכה החוקתית הוא התפשטותה והשלכתה של המחלוקת המבנית/מוסדית בדבר מקומו ומעמדו של בית המשפט העליון *vis-à-vis* הכנסת בכל עשייה חוקתית עתידית. הגיעו הדברים לידי כך שפלגים דתיים-לאומיים אומרים, ספק בציוניות ספק ברצינות, כי אפילו היו מנסים לחוקק את עשרת הדיברות בצורת חוק יסוד, הרי הם היו מתנגדים לכך.<sup>223</sup> כלומר אפילו היו מציעים לאמץ

- 220 ראו חבר הכנסת עמיר פרץ (עבודה) ד"כ 164 (תשנ"ז) 7568; יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט חבר הכנסת אופיר פינס-פז ד"כ 215 (תשס"ב) 4687; חברת הכנסת ענת מאור (מרצ) ד"כ 215 (תשס"ב) 4688; חבר הכנסת חיים אורון (מרצ) ד"כ 231 (תשס"ד) 7595; חבר הכנסת מוחמד ברכה (חד"ש-תע"ל) ד"כ 226 (תשס"ג) 3585; חבר הכנסת אחמד טיבי ד"כ 226 (תשס"ג) בע' 3588-3589.
- 221 ראו חבר הכנסת שאול יהלום (מפד"ל) ד"כ 200 (תשס"א) 1762; חבר הכנסת זבולון אורלב (מפד"ל) ד"כ 215 (תשס"ב) 4689; חבר הכנסת ניסים זאב (ש"ס) ד"כ 215 (תשס"ב) 4696.
- 222 ראו חבר הכנסת משה גפני (דגל התורה) ד"כ 215 (תשס"ב) 4691; חבר הכנסת יאיר פרץ (ש"ס) ד"כ 226 (תשס"ג) 3585.
- 223 ראו לדוגמה דברי חבר הכנסת דוד טל (ש"ס): "אז נוצר מצב, שבעצם כל הסיעות הדתיות, החרדיות, החליטו להתנגד לחוקי-יסוד, וגם אם יביאו את עשרת הדיברות כחוקי-יסוד, אדוני, אנחנו נתנגד להם מהטעם הפשוט שהזכרתי קודם. משום שאם אני אאמץ את עשרת הדיברות כחוקי-יסוד וזה יגיע לאיזו ערכאה שיפוטית כמו בית-המשפט העליון, ובית-המשפט העליון, עם כל הכבוד הראוי, יפרשן את זה הפוך על הפוך, אני נמצא פשוט במצב מאוד-מאוד עגום... אנחנו יודעים שיש הרבה חוקי-יסוד שראוי ונכון וכדאי, מאוד-מאוד כדאי, שיחוקקו, לטובת, לרווחת ציבור האזרחים במדינת ישראל, אבל הפחד והחשש שלנו מהפירשון של החוק, כפי שכבר היה לצערי, הכניס את כולם למגננה והכניס את כולם להרגשה מאוד-מאוד לא טובה... ונוצר מצב שאנחנו בעצם מתנגדים לחוקי-יסוד, הגם שאנחנו יודעים שהם טובים למדינת ישראל". ד"כ 184 (תשנ"ט) 537. ראו גם דברי חבר הכנסת אריה גמליאל (ש"ס): "אצלנו בש"ס רגילים לומר, שאפילו עשרת הדיברות, אם היה כתוב עליהם חוקי-יסוד היינו מתנגדים להם, מכיוון שיש לנו התנגדות מוחלטת לכל חוקי-היסוד. אולי היה צריך לשנות את השם של החוק הזה ולא לקרוא לו חוקי-יסוד, אלא למצוא איזה שם אחר, כי עברנו על בשרנו בבית הזה את הסכנה העצומה שיש בהעברת חוקי-היסוד... ההתנגדות שלנו לכל העניין של חוקי-היסוד היא עקרונית...". ד"כ 200 (תשס"א) 2234. גישה זו שונה שינוי ניכר מהגישה שהייתה נהוגה בקרב פלגים דתיים מאז קום המדינה, ולפיה אין לדחות כליל את רעיון החוקה אלא יש לדרוש את ביסוסה על עקרונות התורה וההלכה. ראו לעיל טקסט נלווה להערות 14-17.

את תפיסת עולמם המהותית בחוקי יסוד, הרי היו מכשילים יוזמה זו בגלל המחלוקת המבנית בנוגע למקומו ומעמדו החוקתי של בית המשפט העליון. רבים ממתנגדי המהלך של המהפכה החוקתית הבינו כי הסיכויים להכניס את "השד החוקתי" לבקבוק באמצעים קונבנציונליים הם קטנים ביותר, וכי ביקורת חריפה או תיקונים אחדים ומינוריים של חוקי היסוד לא יסיטו את מדינת ישראל מהמסלול החוקתי שאליו נקלעה בעקבות פסק הדין בעניין בנק המזרחי. בצר להם, החליטו מחד גיסא לבלום קבלת חוקי יסוד נוספים העשויים להחריף את המצב החוקתי על פי תפיסת עולמם הפוליטית, ומאידך גיסא לפנות לאפיק של "קבלת חוקה בהסכמה" בין באמצעות פעילותה של ועדת חוקה, חוק ומשפט בכנסת ובין באמצעות גופים ציבוריים אחרים. לגישתם, בעזרת קבלתה של חוקה בהסכמה ניתן יהיה לתקן את העיוותים שנפלו במצב החוקתי שאליו נקלעה מדינת ישראל ולבלום בעזרתה את בית המשפט העליון. מותר לציין, כי גם ניסיון זה להצר את המהפכה החוקתית לא נשא פירות חוקתיים עד כה.

### י. הדיאלוג הקונסטיטוציוני, "ההחלטה להחליט" ושיתוף פעולה

פרופסור יואב דותן בחן במאמרו "חוקה למדינת ישראל? הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" כיצד פסק הדין בעניין בנק המזרחי והמהפכה החוקתית משתלבים "בדיאלוג הקונסטיטוציוני" בין בית המשפט העליון לבין הממשלה והכנסת.<sup>224</sup> מסקנתו של דותן הייתה כי אף שהמהפכה החוקתית העניקה לכל אחד מהמשתתפים בדיאלוג החוקתי כלים "בלתי קונבנציונליים" לתקוף את הכרעות הצד האחר, הרי לא מדובר בשינוי מהותי במאזן יחסי הכוחות שבין הרשויות השונות.<sup>225</sup> דוקטור גרשון גונטובניק מצטרף אל דותן בפרדיגמת הדיאלוג ומנתח את התיקון של הכנסת לחוק יסוד: חופש העיסוק, שנועד להקהות את המהפכה החוקתית, ואת הפרשנות המצמצמת שהעניק בית המשפט העליון לתיקון זה, על פי קווי מתאר של דיאלוג בין זרועות השלטון השונות.<sup>226</sup> גונטובניק מציין כי "הדיאלוג הקונסטיטוציוני... לא יפסק כמובן",<sup>227</sup> וכי יש לקוות שבעתיד יפעילו שני הצדדים את כלי הנשק שלהם (חקיקה ופרשנות) בזירות.<sup>228</sup> לדעתי, לאחר פסק הדין בעניין בנק המזרחי והמהפכה

224 דותן, לעיל הערה 188. לניתוח היחסים בין זרועות השלטון השונות כדיאלוג קונסטיטוציוני ראו: Louis Fisher *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process* (Princeton, 1988).

225 שם, בע' 209.

226 גונטובניק, לעיל הערה 192. על הדיאלוג שבין הרשויות ראו גם אהרן ברק "שותפות ודיאלוג בין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת" מאזני משפט ד (תשס"ה) 51.

227 גונטובניק, שם, בע' 169.

228 שם.

החוקתית, פרדיגמת הדיאלוג החוקתי בין שתי זרועות השלטון העיקריות (הכנסת ובית המשפט) אינה מתאימה עוד למשפט החוקתי הישראלי. להפך, דווקא היעדרו של דיאלוג ומטאפורות של נתק ושכירת הכלים מאפיינים יותר מכול את העשייה החוקתית למן עניין בנק המזרחי.<sup>229</sup>

עד תחילת שנות השמונים נקט בית המשפט גישה של הימנעות מהכרעה בשאלות חוקתיות מהמעלה הראשונה.<sup>230</sup> גישה שיפוטית זו תאמה להפליא את הטקטיקה החוקתית שלא להחליט שבה בחרו נבחרי האומה. ההתאמה בין הגישה השיפוטית של בית המשפט העליון ובין הטקטיקה החוקתית של נבחרי הציבור הביאה לידי הגשמת המטרות של שיתוף פעולה יציב והוגן בין הפלגים השונים וההגנה על זכויות אדם.<sup>231</sup> לא זאת אף זאת. גישת בית המשפט עד תחילת שנות השמונים הייתה הדרגתית, התקדמות עקב בצד אגודל שאפשרה לכנסת ולמערכת הפוליטית לבחון את פסיקת בית המשפט בנוגע להסדרים חוקתיים ראשונים ולהגיב עליה. כלומר הייתה זו גישה המגנה מחטפים חוקתיים והמאפשרת לא רק דיאלוג בין הכנסת לבית המשפט אלא גם את קיומו של שיח ושיג בין הפלגים השונים באשר להסדרים החוקתיים שברצונם לאמץ.<sup>232</sup> כאמור, חקיקת חוקי היסוד החדשים תאמה טקטיקה חוקתית כוללת זו של החלטה שלא להחליט והיותה המשך ישיר למסורת החוקתית של מדינת ישראל.

לעומת זאת, פסק הדין בעניין בנק המזרחי והמפכה החוקתית שהנהיג בית המשפט העליון הם חתירה ברורה להכרעה חוקתית מצד שופטי בית המשפט העליון ומהווים אימוצה של גישה שיפוטית שהייתה זרה למשפט החוקתי הישראלי עד אותה תקופה — "החלטה להחליט". למעשה, ניתן לזהות מגמה זו של "החלטה להחליט" וחתירה למשטר חוקתי מלא הכולל ביקורת שיפוטית רחבה כבר בדעות יחיד בפסקי דין שקדמו לחקיקת חוקי היסוד.<sup>233</sup> חוקי היסוד החדשים נפלו לחיקו של בית המשפט העליון ובית המשפט, כמוצא שלל רב, בחר באופן חד-צדדי וכמעט פה אחד לסטות לאורם ממסורת ההחלטה שלא להחליט. פרופסור יצחק זמיר הסביר כי "ההחלטה להחליט" היא מהמאפיינים הבולטים ביותר של האקטיביזם השיפוטי.<sup>234</sup> היה זה אך

229 מעניין לציין כי אף שגונטובניק מאמץ את הפרדיגמה של דיאלוג הרי מבחינה רטורית הוא משתמש במונחים המתאימים יותר להיאבקות ומלחמה מלשיחה בין בני תרבות: "שני הדוברים בשיח הקונסטיטוציוני [הכנסת ובית המשפט] ציידו עצמם בנשק עז: האחד הצטייד בנשק החקיקה, האחר הצטייד בנשק הפרשנות. יש לקוות כי שני הצדדים יפעילו את כלי הנשק שלהם בזהירות בעתיד", שם.

230 הטקטיקה של הימנעות משאלות חוקתיות מהמעלה הראשונה ננקטה בשורה ארוכה של פסקי דין. ראו עניין ברגמן, לעיל הערה 122; עניין קניאל, לעיל הערה 123; עניין רסלר, לעיל הערה 123; עניין אגודת דרך ארץ, לעיל הערה 123; עניין רובינשטיין, לעיל הערה 123.

231 ראו לעיל פרק ה ופרק ו.

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

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

234 יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: ההחלטה להחליט" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 647, 650: "השינוי של הדין מבטא רק היבט אחד של האקטיביזם. קיים גם היבט אחר, חשוב לא פחות, ואולי

טבעי כי בית המשפט העליון, הנחשב למן שנות השמונים לאחד האקטיביסטים ביותר בעולם, ינקוט אקטיביזם גם בתחום המשפט החוקתי – החלטה להחליט על מסגרת חוקתית ומבנה חוקתי מוגדרים וברורים למדינת ישראל. בצדק ציין לנדוי כי בעניין בנק המזרחי יש משום מתן חוקה למדינת ישראל באמצעות פסיקת בית המשפט העליון.<sup>235</sup> בעוד עד עניין בנק המזרחי התאפיינה העשייה החוקתית של מדינת ישראל בהחלטה שלא להחליט, הרי בעניין בנק המזרחי נפל דבר ובית המשפט החליט להחליט עבור כולנו על מסגרת חוקתית מוגדרת וברורה הכוללת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית.

פרופסור מאוטנר כתב כי יש להבין את השינויים הניכרים שחלו בפסיקתו של בית המשפט העליון משנות השמונים ואילך ובכלל זה את האקטיביזם המוגבר שהוא נוקט, כתגובה של בית המשפט העליון על התמוטטות ההגמוניה הפוליטית, החברתית והתרבותית של תנועת העבודה בסוף שנות השבעים.<sup>236</sup> בעקבות שינויים אלה, מסביר מאוטנר, בית המשפט העליון "תפס צד" במאבק הפוליטי והתרבותי המתחולל בישראל והפך את עצמו לזירה חשובה לקידום היעדים הפוליטיים והתרבותיים של הקבוצה "היהודית-החילונית-הליברלית" במאבקה על עיצוב אופייה של ישראל בשנים שלאחר התמוטטות ההגמוניה.<sup>237</sup> לגישתי, את השינוי בגישתו של בית המשפט העליון בעניינים חוקתיים יש להבין על רקע תובנות אלו. גישת ה"החלטה להחליט" של בית המשפט העליון היא פרי ניסיונו של בית המשפט להכריע בשאלת דמותה ואופייה של מדינת ישראל תוך שהוא מתערב לטובת אותה קבוצה יהודית-חילונית-ליברלית. מטרת העל שהציב לעצמו היא ייסוד דמוקרטיה ליברלית חוקתית המעניקה עליונות נורמטיבית חוקתית לזכויות האדם ומסמיכה את בית המשפט העליון לבקר חקיקה ראשית. אין פלא שרבים במערכת הפוליטית חשו נבגדים. המאבק על דמותה של מדינת ישראל, כפי שצינתי לעיל, אינו מאבק חדש אלא מטען שאותו אנו נושאים משחר קיומה של המדינה והוא קשור בטבורו לשאלת החוקה והעשייה החוקתית. בית המשפט זכה במרבית מיוקרתו ומעמדו באמצעות יכולתו להציב את עצמו כמתנשא

אף משקף יותר את המובן המקובל של האקטיביזם. היבט זה, אינו מתייחס לשאלה האם ראוי לשנות את הדין המהותי ומהו השינוי הראוי, אלא לשאלה המקדמית אם ראוי להכריע בדין".  
 235 לנדוי, לעיל הערה 183; ראו גם גביון, לעיל הערה 1, בע' 22: "שיח המהפכה החוקתית, לפחות כפי הנשיא ברק, אינו רק תיאור. הוא נועד לסייע להשלים את המהלך, להנהיג בארץ חוקה שלמה, עליונה ונוקשה, הכוללת מגילת זכויות שלמה, המפקידה את בית-המשפט על ביקורת שיפוטית". לכן אינני יכול להסכים עם פרופסור בנדור כי פסק דינו של בית המשפט בעניין בנק המזרחי "אינו בגדר 'מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט' יותר מכפי שהפרשנות הקודמת היתה בגדר 'שלילת חוקה מישראל בדרך פסיקת בית המשפט'". אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" ספר ברנזון (כרך ב, תש"ס) 119, 128. לגישתי "משחק העשייה החוקתית" אינו משחק בינארי על קיומה של חוקה או היעדרה של חוקה, שכן בתווך עומדת האופציה להחליט שלא להחליט אם נדרשת חוקה.

236 מאוטנר, לעיל הערה 93, בע' 649.

237 שם, שם.

מעל לפוליטיקה הקואליציונית-מפלגתית במדינת ישראל.<sup>238</sup> ברם, המהלך של בית המשפט העליון בעניין בנק המזרחי הצטייר בעיני הפוליטיקאים, ובצדק, כמהלך שבו בית המשפט יורד מכס השיפוט ומשתתף בוויכוח כאחד מבעלי הדין. בית המשפט העליון נתפס כפועל בזירה הפוליטית גם כאשר הוא עוסק בפעילות חוקתית מהמעלה הראשונה של מתן תוקף לנורמות חוקתיות משום שהחלטת הררי, שהיא המקור המרכזי לנורמות חוקתיות, יצרה מצב שבו חוקי היסוד הם גם תוצר של פוליטיקה יומיומית ולא רק של פוליטיקה חוקתית. טענות אלו זכו לביסוס לפחות חלקי בעקבות החלטות והתבטאויות שונות של בית המשפט העליון ושופטיו שפגעו והעמידו בספק הסדרים שונים בענייני דת ומדינה.<sup>239</sup> מכל מקום, פלגים פוליטיים רבים מפתחים כיום עוינות גוברת כלפי בית המשפט העליון ומביטים על פעילותו במישור החוקתי כעל פעילותו של יריב פוליטי.<sup>240</sup> חוסר האמון של נבחרי ציבור רבים ניכר לא רק ביחסם כלפי בית המשפט העליון בעקבות המהלך החד-צדדי והפגיעה בסטטוס קוו בענייני דת

238 שפירא, לעיל הערה 89. לגישת שפירא, עיצב בית המשפט העליון את תדמיתו הא-פוליטית במודע וכמדיניות שיפוטית, ונמנע מהכרעה בסוגיות שהן נפיצות מבחינה פוליטית, מאז הקמת המדינה. גישה זו של א-פוליטיות הושגה באמצעות הימנעות מדיון ורצון שלא לנקוט עמדה פוליטית. ראו גם יצחק אולשן "על בית המשפט העליון" משפטים א (תשכ"ט) 287. אולשן מסביר כי אחת המטרות הראשונות שבית המשפט הציב לעצמו, מיד עם תחילת פעולתו, הייתה רכישת אמונו של הציבור. מכיוון שהשופטים באותם ימים היו מוכרים, לא רק כמשפטנים אלא גם כבעלי נטייה פוליטית, החליטו שופטי בית המשפט העליון לנתק עצמם מכל קשר עם פעילות מפלגתית. הדימוי של בית המשפט כמוסד אל-מפלגתי ובלתי משוחד התחזק לאחר שרבו המקרים שבהם העניק בית המשפט סעד בגין הפליה על בסיס מפלגתי. שם, 288.

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

240 ביטוי לתפיסה הרואה בבית המשפט העליון יריב פוליטי של הקבוצה הדתית לאומית במאבק על דמותה של מדינת ישראל ניתן לזהות בדברי חבר הכנסת דוד טל (ש"ס) בשיבה מיוחדת של המליאה לציון חמישים ואחת שנה לכינונה של הכנסת: "... בפועל יישום המהפכה החוקתית אינו שונה מיישומה של כל מהפכה אחרת. אנו נמצאים בעיצומו של מאבק חסר פשרות על אופיה של מדינת ישראל, האם תישאר מדינה בעלת אופי יהודי מובהק כפי שכיוונו מייסדיה, או שתהפוך למדינה דמוקרטית ללא כל ייחוד לעם היהודי. השאלה היא, מי יכריע על כך? מי יוביל ויעצב את אופיה של מדינת ישראל בעת המודרנית? האם יהא זה גוף שנבחר בבחירות דמוקרטיות במטרה לייצג את אוכלוסיית ישראל, או שיהיה זה גוף אוליגרכי מצומצם, שאנשיו מונו על-ידי ועדה ולא נבחרו על-ידי העם? ... דומני כי בבסיס המחלוקת עומד הרצון של קבוצת מיעוט אליטיסטית להכתיב לרוב הציבור בישראל 'דפוסי התנהגות ראויים למדינה מתוקנת', או כפי שהדבר מכונה 'שלטון החוק' בהמשך 'שלטון החוק במחוקק' ועל 'בסיס שלטון השופט בפרשנות החוק'." <http://www.knesset.gov.il/TqI/mark01/h0025202.html#TQL> (נבדק ב-6.4.06). ראו גם מאיר פרוש ד"כ 233 (תשס"ד) 8830; חבר הכנסת יורי שטרן (האיחוד הלאומי – ישראל ביתנו) ד"כ 233 (תשס"ד) 8833: "אנחנו יודעים שהחלטות בג"ץ רבות מאוד – וחברי ציינו פה חלק מהן – היו התערבות גסה בעניינים פוליטיים, עם סטייה פוליטית מוחלטת לכיוון מסוים, לכיוון השמאלי".



ומדינה, אלא גם ביחסם כלפי גורמים פוליטיים שפיתו אותם ליתן את הסכמתם לחקיקת היסוד בהבטחות שווא.<sup>241</sup>

פסק הדין בעניין בנק המזרחי הביא, לדעתי, לידי תמורה בשדה העשייה החוקתית המתבטאת בניסיון של נבחרי הציבור לאמץ טקטיקה חוקתית חדשה: ההחלטה להחליט.<sup>242</sup> זה הרקע הראוי להבנת ה"אינפלציה" בהצעות לחוקי יסוד. קבוצות ופולגים פוליטיים מכל רחבי הקשת הפוליטית עושים כמיטב יכולתם לקדם את תפיסתם הפוליטית הצרה באמצעות עיגונה בחקיקת יסוד ומבקשים לפחות להשפיע בכך על המאבק על אופייה ודמותה של מדינת ישראל אם לא להכריע בו.<sup>243</sup> בדרך דומה יש להשקיף גם על הניסיון של גורמים פוליטיים וציבוריים שונים לייסד "חוקה בהסכמה" – ניסיון להכריע ולעצב בהסכמה את דמותה של מדינת ישראל. אך אימוצה של טקטיקת ההחלטה להחליט על ידי גורמים פוליטיים לרוב אינה נעשית מתוך שותפות בדרך ו/או במטרה של בית המשפט העליון. נהפוך הוא. ניתן לתאר חלק ניכר מהדפוסים החדשים בעשייה החוקתית כתגובת מחאה על התהליך שהוביל בית המשפט העליון למן פסק דינו בעניין בנק המזרחי. לשון אחר: מטרת טקטיקת ההחלטה להחליט של חלק ניכר מנבחרי הציבור היא לבלום את בית המשפט העליון או לכל הפחות לתקן את התהליך החוקתי שהתהווה בעשור האחרון. לא "דיאלוג" נגלה לנגד עינינו אלא מלחמה וקרב של ממש בין בית המשפט העליון לבין הכנסת בדבר הסדריה החוקתיים של מדינת ישראל. לכן אין להתפלא, כי ניסיונות המערכת הפוליטית לאמץ

241 ראו, למשל, דברי חבר הכנסת משה גפני (יהדות התורה) ד"כ 215 (תשס"ב) 4691: "זה היה ב-1992. עמד כאן ח"כ אמנון רובינשטיין, יושב-ראש ועדת החוקה, והעביר את חוק יסוד: חופש העיסוק. הוא אמר לנו, ובצדק: האם על-פי ההלכה יכולה להיות בעיה עם העניין של חופש העיסוק, שלכל אחד יהיה שוויון הזדמנויות בכל הדברים האלה, ולא יוכלו לפגוע בעיסוק של האדם? אמרנו – נכון, אתה צודק. תמכנו, וזה עבר. ובפרוטוקול מופיעים דברים שלא נוגעים בכלל לנושאים הדתיים. עד שזה הגיע לבג"ץ. היה הבג"ץ של 'מיטראלי', ייבוא בשר חזיר, ייבוא בשר טרף. בית המשפט העליון אמר: נכון, המחוקק אמר שמוותר לייבא בשר טרף, כיוון שיש חוק יסוד: חופש העיסוק... ונדהמתי. נדהמתי. איך יכולים לפרש [כך] חוק שהמחוקק אמר חד-משמעית שאין לו שום נגיעה לנושאים הלכתיים, לסטטוס קוו..."

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

243 דוגמה מצוינת לנקיטת הטקטיקה של הכרעה בחקיקת חוקי יסוד היא התיקון לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, שהתקבל בנובמבר 2000. חוק זה נועד להצר את צעדי ממשלת ברק בתחום המדיני וקבע איסור להעביר לגורם זר את הסמכויות המתייחסות לתחום ירושלים.

את הטקטיקה החוקתית של החלטה להחליט לא נתקבלו בעין יפה על ידי גורמים בבית המשפט העליון וזאת בלשון המעטה.<sup>244</sup>

אבל הניסיון של המערכת הפוליטית להתאים את עצמה לגישת בית המשפט למן עניין בנק המזרחי ולנקוט גם היא בטקטיקה של החלטה להחליט הסתיים לרוב במפח נפש מצדם של גורמים פוליטיים רבים. כלומר במבחן התוצאה הסופית נכשלו הגורמים הפוליטיים לעבור לטקטיקה של החלטה להחליט ועדיין לא הצליחו לכונן חוקה. הטעם לכך נעוץ בעובדה שהנתון הבסיסי, היינו המחלוקת האידיאולוגיות העמוקות המאפיינות את המערכת הפוליטית בישראל מאז קום המדינה, לא השתנה, ולכן מנע, ומונע אף כיום לאחר פסק הדין בעניין בנק המזרחי, מעבר לטקטיקה של החלטה להחליט. אולם יש לציין כי המחלוקת בעניין מקומו של בית המשפט העליון במבנה הבסיסי של החברה הישראלית, והחשש מפני יכולתו הרדיקלית לפרש טקסטים חוקתיים שלא בהתאם לכוונת יוצרם, הביאו לידי הפסקת שיתוף הפעולה בין הפלגים השונים בחקיקת חוקי יסוד ולבלימה כמעט מוחלטת של פרויקט קבלת החוקה בהדרגה.

החתימה למשטר חוקתי "בנוסח אמריקה" פגעה לא רק בשיתוף הפעולה בין הפלגים הפוליטיים בחקיקת חוקי יסוד, אלא מעמידה בספק או לפחות מקשה את יצירת שיתוף הפעולה הנסמך על יסודות דמוקרטיים הוגנים. בעבר טען הנשיא ברק כי המהפכה החוקתית עשויה לאחד את כל חלקי הציבור הישראלי ואף להביא לידי מהפכה חברתית אשר תעשה אותנו לחברה טובה יותר.<sup>245</sup> אבל החתימה להכרעה חוקתית גרמה לנו דווקא להתרחק מאידיאל חשוב מאוד של חברה דמוקרטית שבה שיתוף הפעולה הוא שיתוף פעולה הוגן. לגישת רולס "חברה מתוקנת" (well ordered society) מתאפיינת בשיתוף פעולה חברתי בעל מבנה מסוים: כל אחד מהמשתתפים מקבל ויודע שהאחרים מקבלים את העקרונות והכללים שעל פיהם פועלת החברה ושעל פיהם מיושבים סכסוכים ומחלוקות.<sup>246</sup> המהפכה החוקתית הרחיקה אותנו

244 ראו, למשל, ברק, לעיל הערה 173, בע' 413: "משוכנע אני כי הדיאלוג בין הכנסת לבית המשפט יימשך. עם זאת הסימנים היוצאים מעם הכנסת בעניין זה אינם מבשרים טובות. הצעות חוק מועלות, כאשר התחושה הנה כי עיקר מטרתן להתריס כנגד בתי המשפט ולפגוע באמון הציבור בהם". ראו גם דברי הנשיא אהרן ברק בדיוני הוועדה הציבורית של המכון הישראלי לדמוקרטיה, שדנה בכינונה של חוקה בהסכמה: "השאלה הניצבת בפנינו בדיון היום איננה האם להנהיג חוקה וביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק... השאלה אלינו היא צרה יותר: איש מקום לשנות מהלכת בנק המזרחי ולקבוע הסדר שונה בדבר הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק... בעיקרו של דבר, המצב הקיים הוא ראוי וטוב, וההצעות השונות שהועלו ואשר יידונו כאן היום, אינן ראויות לדעתי; על כל פנים, אינן ראויות במידה מספקת להביא לשינוי בהלכת בנק המזרחי". דגמים של ביקורת שיפוטית, המועצה הציבורית: הכינוס החמישי (ירושלים, תשס"ב) 23.

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

246 Rawls, *supra* note 60, at p. 4

מאידיאל זה. חלקים נרחבים באוכלוסייה חשים ניכור הן כלפי המערכת הפוליטית והן כלפי בית המשפט, ניכור המתבטא בכפירה לאורך חזית רחבה בקיומם של כללים מוסכמים לפתרון סכסוכים.

אין פלא כי גם מלאכת החקיקה הרגילה נהפכה לקשה מתמיד ונבחרי ציבור מציינים כי חשדנותם של פלגים פוליטיים מפני שינוי הסטטוס קוו החוקתי מונעת גם חקיקה מתקדמת בנושאים שאינם קשורים להסדרים חוקתיים או להסדרי דת ומדינה.<sup>247</sup> המערכת הפוליטית החלה באחרונה להכיר שוב בערך של פרויקט חקיקת החוקה בהדרגה וההחלטה שלא להחליט,<sup>248</sup> ואף נראה כי התובנה, שחוקה פורמלית אינה מטרה בפני עצמה, חדרה לתודעה הפוליטית. פרופסור מאוטנר אף מציין כי ניתן לזהות סימני התקרבות בין הפלגים השונים לעומת שנות השמונים.<sup>249</sup> אך הדרך לעודד התקרבות זו אינה באמצעות ניסיון להכריע בעניין אופייה של מדינת ישראל תוך הנחת תשתית חוקתית פורמלית, אלא באמצעות יצירת הסדרים פרגמטיים ומעשיים לשיתוף פעולה הוגן ויציב.<sup>250</sup>

## יא. החתירה למשטר חוקתי וההגנה על זכויות אדם

עם חקיקת חוקי היסוד החדשים, טען הנשיא ברק בסדרת מאמרים ובספריו כי חלה

247 חברת הכנסת פרופסור יולי תמיר בכנס "צדק בגצ"י: בין פורמליזם לערכים?" שהתקיים בבית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה, 4 במרץ 2005.

248 ראו, למשל, דברי ראש הממשלה אריאל שרון, ד"כ 246 (תשס"ה) 19131, בישיבה מיוחדת לציון חמישים ושש שנה לכינון הכנסת – הגיע זמן חוקה: "עם כל הישגיה האדירים של הכנסת בתחום החקיקה, יש בינינו רבים הסבורים שהכנסת חטאה בכך שלא מילאה את תפקידה הראשון, והוא חיבורה של חוקה לישראל. אני לא סבור כך. שתי אפשרויות ניצבו בפני חברי הכנסות הראשונות: האחת – חיבורה של חוקה סדורה וכפייתה הר כגיגית על החברה הישראלית המתהווה, הלומדת מחדש, אחרי אלפיים שנות גלות, את אורחות הממלכתיות והעצמאות. האחרת – חיבורה של חוקה כמעשה מרכבה, פיסה אחר פיסה, תוך הקשבה רגישה וסבלנית לצורכי החברה על חלקיה הרבים והשונים. בצדק, לדעתי, בחרה הכנסת ללכת בדרך השנייה, והתוצאה היום, 56 שנה אחרי כינונה של הכנסת, היא שיש לנו חוקי-יסוד לא מעטים המהווים שלד מוצק לחוקה שמלאכת חיבורה עדיין נמשכת. בכל מדינה מתוקנת החוקה, המבטאת את תעודת הזהות של החברה, היא בגדר צורך. גם אצלנו כך. ועדיין, בעיני, גדול וחשוב מן הצורך הזה, הצורך האחר: להגיע בחברה שהיא כל כך רבת גוונים וזרמים – שלא לומר, פלגים – כמו החברה הישראלית, לחיבורה של החוקה מתוך הסכמה. רק כך נבטיח שתעודת הזהות שתתקבל בסופו של דבר תהיה אכן תעודת זהות משותפת לכולנו ומוסכמת על כולנו. אמרתי – אני תומך בצורך בחוקה. לדעתי, חוקה חייבת להיעשות בהסכמה. וגם אם לא נצליח במלאכת עשיית החוקה הזאת, כפי שהיינו רוצים, אולי עדיפה בעיני אפילו חוקה שיש בה פגמים מסוימים אבל שנעשתה בהסכמה, ולא בכפייה".

249 מנחם מאוטנר "שנות התשעים – שנות ההתקרבות?" עיוני משפט כו (תשס"ג) 887.

250 ארווינג קריסטול "על האווילות הפוליטית של היהודים" מתוך ספרו מחשבות על השמרנות החדשה (אהרן אמיר מתרגם, ירושלים, תשס"ה) 329, 339.

תמורה במעמדן הנורמטיבי של זכויות האדם, וכי הן זכו להכרה חוקתית על חוקית.<sup>251</sup> בדומה, הנשיא ברק ומלומדים אחרים טוענים לעתים כי המהפכה החוקתית והחתימה למשטר חוקתי טומנות בחובן השפעה חיובית על מקומן של זכויות האדם בחברה הישראלית.<sup>252</sup> לעתים אף נדמה כי ההצדקה למהפכה החוקתית ולביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים טמונה ביכולתם להביא לידי שינוי לטובה בהגנה על זכויות האדם. לשון אחר: נדמה שההצדקה למהפכה החוקתית ולביקורת השיפוטית טמונה בהגנה על זכויות האדם.

אם היגדים אלה נכונים, הרי תקיפת החתימה למשטר חוקתי היא בבחינת תקיפת שיח הזכויות. לטעון כי החתימה למשטר חוקתי פורמלי בעשור האחרון אינה ראויה פירושו שאימוצו של שיח זכויות חוקתי על חוקי פוגע בשיתוף הפעולה בין הפלגים השונים, בערכי יסוד או באינטרסים אחרים.<sup>253</sup> ביקורת זו, ככל שהיא נוגעת ל"ראשוניותו" או ל"קדימותו" של שיח הזכויות, היא בעייתית. היא לובשת בשלב מסוים מבנה הגורס כי כדי להבטיח ערכים כגון "נדיבות", "קהילתיות" ו"זהות" יש למנוע צדק ולפגוע בזכויות. טיעון מעין זה נתפס על ידינו על פי רוב כבלתי ראוי ומכאן נובע על פי רוב גם כישלונה של הביקורת אלמלא תסויג או תעוון. מכאן שתקיפת החתימה למשטר חוקתי חייבת, כדי להצליח, להתבסס על טעמים הכרוכים בהגנה על זכויות האדם ולהראות כיצד דווקא החתימה למבנה חוקתי חותרת תחת ההגנה על זכויות האדם.

במסגרת מאמר זה אינני יכול לפתח טיעון מפורט ובנוי לתלפיות, מדוע החתימה למשטר חוקתי תרמה מעט ואולי אף גרעה מההגנה על זכויות האדם בישראל. שיפוט מעין זה עשוי להיות מורכב ביותר. ראשית, הוא דורש את אימוצו של קנה מידה נורמטיבי לבחינת ההגנה על זכויות האדם – קנה מידה שיאפשר לנו לאמוד את מידת ההגנה על זכויות האדם במצב חברתי נתון. שנית, טיעון מעין זה מחייב גם את אימוצן של הנחות היפותטיות כדי להשוות בין ההגנה שניתנה בפועל לזכויות אדם מאז המהפכה החוקתית לבין ההגנה על זכויות אדם בסיטואציה דמיונית, שבה בית המשפט ממשיך לפעול על פי הכללים והדוקטרינות המסורתיות של המשפט

251 ברק, לעיל הערה 159, בע' 12.

252 ברק, לעיל הערה 245, בע' 367 והשוו אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א (תשס"ד) 3, 23. ראו גם אור בסוק "עשור למהפכה החוקתית: בחינת התהליך החוקתי בישראל דרך פריזמה היסטורית-השוואתית" משפט וממשל ו (תשס"ג) 451, 495.

253 לספרות המבקרת את שיח הזכויות הליברלי ראו: Michael J. Sandel *Liberalism and the Limits of Justice* (2<sup>nd</sup> ed., Cambridge, 1998) at pp. 15–65 וגם: Mary Ann Glendon *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* (New York, 1991) לביקורת על האוטופיזם האוניברסלי שבשיח הזכויות ועל הצורך להחליפו בהסדרים פרגמטיים כדי להשיג שיתוף פעולה בנושאי דת ומדינה ראו גם קריסטול, לעיל הערה 250, בע' 343–345. לביקורת על שיח הזכויות החוקתי בישראל ראו אבי שגיא "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות" מחקרי משפט טז (תשס"א) 37.

החוקתי. שיפוט זה עשוי להיות קשה במיוחד משום שזכויות האדם קיבלו הגנה משפטית גם במשטר החוקתי שקדם למהפכה החוקתית.<sup>254</sup> שלישית, הערכה זו עשויה להצריך אותנו לבצע גם חישוב מורכב שבו נידרש לבחון את קיומן של זכויות אלו באלו, שכן ייתכן, למשל, שבעצם הקניית ההגנה החוקתית הנעזרת בביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים יש משום פגיעה בזכות ההשתתפות הפוליטית שיש הגורסים כי היא "אם כל הזכויות".<sup>255</sup>

עם זאת, אציין כמה תובנות שיכולות להוות בסיס למסקנה כי המהפכה החוקתית תרמה אך מעט להגנה על זכויות האדם אם בכלל. ראשית, גם תומכי המהפכה החוקתית ייאלצו להודות כי מספר פסקי הדין שבהם ניתן תוקף נורמטיבי עליון לזכויות יסוד לעומת חקיקה ראשית של הכנסת הוא מועט ופסקי הדין הם מינוריים בהחלט בהגנתם על זכויות.<sup>256</sup> שנית, חוקרי משפט רבים טוענים כי המהפכה החוקתית מבשרת הגנה על זכויות השכבות החזקות בחברה על חשבון זכויות השכבות החלשות וקבוצות המיעוט הראויות להגנה.<sup>257</sup> שלישית, דווקא פסקי הדין הנתפסים על ידי רבים כמרכזיים בהגנה שהם נתנו לזכויות האזרח בעשור האחרון לא נשענו הלכה למעשה על ההכרה במעמדן העליון של זכויות, אלא על מרכזיותן של זכויות בשיטת המשטר הישראלית.<sup>258</sup> מרכזיותן של זכויות בשיטת המשפט הישראלית הוכרה מימים ימימה ואינה פרי המהפכה החוקתית.<sup>259</sup>

ברצוני להתעכב על התצפית האחרונה, שכן היא עשויה להוות אבן בוחן לבחינת השפעתה של טקטיקת ההחלטה להחליט על ההגנה על זכויות. הטעמים לאי-היזקקותם של שופטי בית המשפט העליון לביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים כשהגנו על זכויות עשויים להיות מגוונים, אולם ניתן לשער, כי אחד הטעמים הוא החשש שהישענות על המהפכה החוקתית בסוגיות השנויות במחלוקת חריפה עשויה הייתה

254 ראו לעיל פרק ו.

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

256 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 376; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 245; בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(5) 640; עניין חרות, לעיל הערה 179.

257 ראו בן-ישראל, לעיל הערה 98; מרמור, לעיל הערה 82; אייל גרוס "כיצד היתה התחרות החופשית לזכות חוקתית?: בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג (תש"ס) 229; אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי" צדק חלוקתי בישראל (מנחם מאוטנר עורך, תל-אביב, תשס"א) 79; Ran Hirschel "The 'Constitutional Revolution' and the Emergence of a New Economic Order in Israel" 2 *Israel Studies* (1997) 136.

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

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

להפריע להגנה על זכויות ולא לתמוך בה. הכיצד? חלק ניכר מהביקורת, שנמתחה על החלטות בית המשפט העליון כשהגן על זכויות אדם בעשור האחרון, אינו נוגע לתוצאות הקונקרטיות של ההחלטות, אלא לחזון המשתקף מהן: חזון המדינה החוקתית הניטרלית.<sup>260</sup> מכאן ניתן להניח, כי חוסר הרצון של בית המשפט להישען על המפכה החוקתית כאשר הוא בא להגן על זכויות האדם במקרים שנויים במחלוקת נובע מחשש שמהלך מעין זה עשוי לסכן במידה רבה הן את המהפכה החוקתית והן את ההגנה על זכויות האדם. אם השערה זו נכונה, אזי במקום שהמהפכה החוקתית והחוקה הלכאורית יהיו בסיס להקניית לגיטימציה להגנה על זכויות, הרי הן מהוות אבן רחיים על צוואר ההגנה על זכויות.<sup>261</sup> אם ההגנה על זכויות האדם על ידי בית המשפט נעשתה לפני המהפכה החוקתית בתיאום עם הזירה הפוליטית, הרי עתה היא נעשית מתוך עימות חזיתי עקרוני בין בית המשפט לכנסת. עימות זה נסב על השאלה מי יהיה הפוסק האחרון והאולטימטיבי בדבר מהותן של זכויות יסוד במשפט הישראלי, טיבן והיקפן. מיותר לציין כי בעימות זה, ויהיה מנצחו אשר יהיה, האזרחים וזכויותיהם הם המפסידים העיקריים.

## חלק שלישי: מבט להווה ולעתיד – מחלוקת למרות הכול

### יב. האם יש לנו חוקה?

השאלה אם יש לנו חוקה היא שאלה סבוכה הנתונה במחלוקת קשה. מחד גיסא, מצדדי המהפכה החוקתית בפוליטיקה, באקדמיה ועל כס המשפט טוענים כי נפל דבר וישראל הצטרפה למשפחת העמים המתוקנים הנהנים מחוקה פורמלית.<sup>262</sup> מאידך גיסא, מפקפקים אחרים בפוליטיקה באקדמיה ובבית המשפט במסקנה חד-משמעית

260 ראו חבר הכנסת אברהם רביץ (יהדות התורה) ד"כ 142 (תשנ"ה) 3240 (הביקורת שנמתחה על ההחלטה בעניין דנילוביץ); יו"ר הכנסת ראובן ריבלין ד"כ 233 (תשס"ד) 8822, 8828 (ביקורת על פסיקותיו של בג"ץ בעניין תקציב המדינה); חבר הכנסת מאיר פרוש (יהדות התורה) ד"כ 233 (תשס"ד) 8831. על החזון המשתקף מהמהפכה החוקתית ראו שיין, לעיל הערה 2, בע' 155–177.

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

262 ברק, לעיל הערה 1, בע' 358–360; רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 1, בע' 356.

זאת וגורסים כי לא חל שינוי מהותי במסגרת החוקתית של מדינת ישראל, וכי לישראל עדיין אין חוקה פורמלית נוקשה במשמעותה הקונבנציונלית במדינות מתוקנות.<sup>263</sup> למעשה, גדר המחלוקת בסוגיה זו אינו כה רחב. כולם מסכימים כי יש לנו חוקי יסוד. חוסר ההסכמה נוגע לעצם מהותם וטיבם של חוקי היסוד. מחד גיסא, יש המהללים את חוקי היסוד וגורסים כי מדובר בחוקה של ממש. מאידך גיסא אחרים גורסים כי מהותם וטבעם של חוקי היסוד אינם בהירים די צורכם והם אינם בגדר חוקה.<sup>264</sup> כולם מסכימים כי חוקי יסוד אלו נוצרו על ידי גוף המונה 120 חברים הנבחרים בבחירות כלליות, היינו על ידי כנסת ישראל. חוסר ההסכמה הוא בנוגע למהות ולטיב פעילותה של הכנסת כשהיא יוצרת חוקי יסוד. מחד גיסא, יש המאמצים את תיאוריית הסמכות המכוננת על שלל גווניה ודגמיה וגורסים כי בקבלת חוקי היסוד פועלת הכנסת כרשות מכוננת.<sup>265</sup> מאידך גיסא, אחרים דוחים תיאוריה זו וגורסים כי פעילותה זו אינה שונה מבחינה מהותית מכל פעילות אחרת של הכנסת כשהיא יוצרת חקיקה ראשית.<sup>266</sup> כולם מסכימים כי בית המשפט מקיים ביקורת שיפוטית על חוקים ואף הורה במקרים אחדים על בטלותה של חקיקה ראשית. חוסר ההסכמה בענייננו

263 גביון, לעיל הערה 1, בע' 32; דותן, לעיל הערה 188, בע' 209: "... הלכה למעשה ה'מהפכה' של 1992 לא הובילה את ישראל למצב של דמוקרטיה חוקתית במובן המוכר והמקובל של המונח, ובמתכונת הנוכחית ספק אם תוכל להוביל אותה לתוצאה כזו גם בהמשך הדרך. לא היתה לנו בעבר, וגם אין לנו כיום, מסגרת חוקתית קשיחה של טקסט חוקתי משוריין, המעניק לבית המשפט את הכוח... לאמירת המלה האחרונה"; שיין, לעיל הערה 2, בע' 136 ואילך; אדרעי, לעיל הערה 186, בע' 460; יואש מייזלר "המהפכה החוקתית" – עשור וקצת אחרי: הדין וחשבון" תרבות דמוקרטית 7 (תשס"ג) 131. חבר הכנסת ראובן ריבלין (הליכוד) ד"כ 192 (תש"ס) 4770: "חוקתה של מדינת ישראל היא בבחינת 'נוכחת נפקדת', מעין יצור כלאיים... היא רחוקה מאוד מלהיות 'משנה סדורה', שכלליה ידועים לכול ושמעמדה הוא מעל לכל ספק. אין בפנינו 'מגנה כרטה', תורה שבכתב, שהוראותיה ניצבות לדורות, מעל לכל 'משטר מזדמן', מעל לכל מעשה חקיקה".

264 ראו אדרעי, שם, בע' 460: "חוקי היסוד אינם חוקה, כי אם חוקים המבטאים את השקפתה של הרשות המחוקקת בדבר המגבלות שהיא נוטלת על עצמה". מייזלר, שם, בע' 177 כותב במילים חריפות: "הטענה הנורמטיבית האובייקטיבית כביכול, שחוקי-היסוד הם חוקי-על חוקתיים המגבילים את סמכותה של הכנסת אינה אלא 'סיפור בדים קדוש' בעל תפקיד אינטגרלי במסגרת המניפולציה המושגית הכוללת של 'המהפכה החוקתית'". ראו חבר הכנסת ראובן ריבלין ד"כ (הליכוד) 192 (תש"ס) 4770: "... חוקי-היסוד עצמם אינם יוצרים מאטריה רצופה ושלמה של נורמות-על, שמעמדם המיוחד ברור ומוחלט. אין בין חוקי-יסוד: מבקר המדינה לבין חוקי-יסוד: חופש העיסוק אלא כותרתם המשותפת בלבד; אין בין חוקי-יסוד: ירושלים בירת ישראל לחוקי-יסוד: השפיטה אלא התווית שהודבקה לשניהם... לא ייתכן מצב שבו קיימת מחלוקת עמוקה באשר למעמדם של חוקי-היסוד בכלל; באשר למעמדם של חוקי-יסוד מסוימים לעומת חוקי-יסוד אחרים; באשר למעמדם של חוקי-יסוד לעומת חוקים רגילים; ובאשר לשאלות יסודיות רבות, שמטבע הדברים מעולם לא זכו למענה מסודר, כיוון שהמחוקק, שהוא האמור לתת מענה לשאלות אלו, מעולם לא פעל במודע כ'רשות מכוננת' ומעולם לא העלה על דעתו שבמהפכה עסקינן".

265 לדיון בתאוריית הסמכות המכוננת ראו להלן טקסט נלווה להערות 278–292.

266 דעת השופט חשין בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1.

נוגע לשאלה אם מעצם קיומה של ביקורת שיפוטית ניתן להסיק את קיומה של חוקה ואת היקפה של הביקורת. מחד גיסא, מצדדי החוקה רואים בביקורת השיפוטית סימן לקיומה של חוקה פורמלית נוקשה המתחזקת באמצעות אכיפה שיפוטית.<sup>267</sup> מאידך גיסא, אחרים מצביעים על העובדה שעצם קיומה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים לא בהכרח מוכיחה את קיומה של חוקה פורמלית.<sup>268</sup> כולם מסכימים כי חוקי היסוד לוקים בפגמים שונים ומגוונים, החל בדרך אישורם וכלה בטיבם והיקפם. חוסר ההסכמה נוגע לתוצאות הנורמטיביות שבפגמים אלו. מחד גיסא, יש הטוענים שבפגמים אלה מביאים לידי הכרה כי חוקתנו אינה מושלמת ואולי אף נכה אך היא חוקה ככל החוקות.<sup>269</sup> מאידך גיסא, אחרים טוענים כי פגמים אלה פוסלים את סיווג הנורמות המכונות "חוקי יסוד" מלהיות חוקה לכל דבר ועניין. כולם מסכימים כי הכנסת אינה נרתעת מלהכניס חדשות לבקרים תיקונים רבים בחוקי היסוד ולעיתים הדבר נעשה כדי לספק אינטרסים פוליטיים צרים וקצרי טווח.<sup>270</sup> חוסר ההסכמה נוגע לנפקותה של תופעה זו. מחד גיסא, יש הרואים בכך בעיה הראויה לטיפול אך אינה פוגמת במסקנה כי יש לישראל חוקה. מאידך גיסא, אחרים מאמינים כי תופעה זו חותרת תחת עצם מהותה של החוקה ומונעת הכרה בקיומה של מסגרת חוקתית פורמלית. כולם מסכימים כי קיימות סוגיות חוקתיות בחוקי היסוד שטרם ניתן להן מענה ברור. חוסר ההסכמה נוגע להיקפן ולהשלכותיהן. מחד גיסא, יש הסוברים כי על בית המשפט להכריע בהן כדי להבהיר את עקרונותיה של החוקה הישראלית.<sup>271</sup> מאידך גיסא, אחרים מאמינים כי אין זה מתפקידו של בית המשפט להכריע בסוגיות אלה וכי עצם קיומן של סוגיות חוקתיות שטרם הוכרעו מעיד כי ישראל טרם החליטה לקבוע מסגרת חוקתית פורמלית. כולם מסכימים כי כיום פועלים גופים ציבוריים שונים כדי לכונן חוקה לישראל.<sup>272</sup> חוסר

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

268 עמדה זו נשענת על שני טעמים מרכזיים. ראשית, ביקורת שיפוטית אינה תנאי הכרחי או נחוץ לקיומה של חוקה. ראו: Laurence H. Tribe "Five Reigning Myths about Constitutionalism: and Judicial Review" *The Israeli Academy of Sciences and Humanities* (1994) 12. שנית, ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים התקיימה הלכה למעשה עוד לפני המהפכה החוקתית (ראו עניין ברגמן, לעיל הערה 122) בזמנים שבהם היה מוסכם על כולם כי לישראל אין חוקה (ראו מייזלר, לעיל הערה 263, בע' 131: "מאז קום המדינה ועד שנת 1992 לא טען איש שמשטרה של מדינת ישראל הוא משטר חוקתי").

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

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

271 סומר, לעיל הערה 182, בע' 77-79.

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



ההסכמה נוגע למהותה וטיבה של פעילות זו. מחד גיסא, יש הרואים בה ניסיון לתקן ולשפר את החוקה הפורמלית הקיימת. מאידך גיסא, אחרים רואים בה ניסיון לקבלת חוקה פורמלית אמיתית בפעם הראשונה.<sup>273</sup>

לכאורה במבט ראשון הוויכוח הוא סמנטי. אם המשמעות הנכונה של המונח חוקה היא מסמך או מערכת מסמכים המגבילים את סמכויות המחוקק ושניתן על פיהם לפסול חקיקה ראשית, הרי לישראל יש חוקה. החוקה הזו לא התקבלה על ידי העם בהליך מיוחד המבטא ריבונות עממית, אלא נוצרה ונאכפת על ידי מוסדות שלטוניים (הכנסת ובית המשפט). ניתן, כמובן, לטעון כנגד הלגיטימיות הפוליטית של החוקה הישראלית אך חייבים להכיר בעצם היותה חוקה.<sup>274</sup> אולם אם המשמעות הנכונה של חוקה היא מסמך הנוצר על ידי העם בהליך אשרור מיוחד וחגיגי, הרי לישראל אין חוקה. העובדה שיש מסמך המגביל את סמכויות המחוקק אינה מעלה ואינה מורידה, שכן המשמעות הנכונה של חוקה היא מסמך המביא לידי ביטוי את רצון העם ושבו העם מכונן את עצמו.

עם זאת חשוב להדגיש כי הסוגיה אינה סמנטית. המחלוקות אינן נסבות בעיקרן על המשמעות הנכונה של המונח "חוקה". אנו נמצאים במצב שבו מוסדות והסדרים חברתיים, פוליטיים ומשפטיים נתונים במחלוקת קשה ועמוקה.<sup>275</sup> זהו מצב שבו יש לנו כנסת, חוקי יסוד וביקורת שיפוטית, אולם אין אנחנו מסכימים בדבר טיבם, מהותם והיקפם. שאלת טיבם אינה שאלה עובדתית גרידא, אלא כרוכה בה גם הכרעה ערכית באשר לשאלה כיצד רצוי או ראוי שהם יפעלו או יהיו. כאמור וכמודגם שוב ושוב

273 מייזלר, לעיל הערה 263, בע' 195.

274 בדומה לחוקה של רפובליקת וימאר, שנכפתה על העם הגרמני לאחר מלחמת העולם וקשה לומר עליה כי נוצרה על ידיו, כך החוקה הישראלית נכפתה על העם הישראלי ולא נוצרה על ידיו. לביקורת מעין זו על החוקה של רפובליקת וימאר ראו: Walter Benjamin "Critique of Violence" (Peter Demetz ed., Edmund Jephcott trans., U.S.A., 1978) 277.

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

במאמר זה, מצב זה אינו חדש אלא הוא תולדת שורשי המשפט החוקתי שלנו ופרי טיבה של העשייה החוקתית, של החלטה שלא להחליט, המאפיינת את מדינת ישראל.<sup>276</sup> העובדה שיש מחלוקות אין פירושה שקיומה או היעדרה של חוקה הם עניין סובייקטיבי התלוי בעיני המתבונן. חוקה אינה תלויה סובייקט. קיומה או היעדרה של חוקה אינם תלויים בהעדפות ובאמונות אישיות של נבחרי ציבור, שופטים ומלומדים בסוגיה. עמדה בדבר קיומה או היעדרה של חוקה צריכה להתאים לטבע התופעה הפוליטית והמשפטית העומדת לנגד עינינו. למעשה, העדפות ושיפוטיות אינם כלל ממך העניין.<sup>277</sup> שאלת קיומה של חוקה בישראל היא דבר אחד, ושאלת האמונות של אנשים בסוגיה זו היא דבר אחר. אם שני אנשים מחזיקים בדעות סותרות בנוגע לעצם קיומה של חוקה בישראל, הרי לפחות אחד מהם טועה. אולם כיצד נדע מיהו הצודק ומיהו הטועה בענייננו? לפתרון שאלות אלו ניתן לפנות לכלל ההכרעה לפי עמדת הרוב. מצדדי המהפכה החוקתית והחוקה עשויים לטעון כי עמדתם מקובלת בקרב מרבית מומחי המשפט בישראל ואילו השוללים קיומה של חוקה בישראל מהווים מיעוט. הבעייתיות הכרוכה בטענה זו היא כפולה מלבד ביסוסה האמפירי (שהרי מעולם לא בוצע סקר בקרב מלומדים בסוגיה זו). ראשית, מדוע יש ללכת בעניין זה על פי דעת רוב מומחי המשפט בישראל ולא על פי דעת רוב המשפטנים בכלל או דעת רוב הציבור בכללותו? שנית, מדוע יש להעדיף את דעת הרוב מדעת המיעוט? כידוע לכול, דעת הרוב אינה נושאת בחובה מטען מוסרי או משפטי מיוחד היכול להכריע מחלוקות מעין אלו. כלומר אין זה ברור מאליו שיש להעדיף את דעת הרוב באשר לעצם קיומה של חוקה בישראל. למעשה, קיימות במצב זה שתי אפשרויות שאינן מקדמות אותנו כהוא זה בפתרון המחלוקת: אפשרות אחת היא שהרוב צודק והמיעוט טועה – שאז יש לנו חוקה. אפשרות שנייה היא שהרוב טועה והמיעוט צודק – שאז אין לנו חוקה. אז כיצד ניתן בכל זאת להכריע במחלוקת?

לגרסת מלומדי משפט רבים, בשלב זה אמורה להיכנס לתמונה התיאוריה החוקתית ולספק לנו את התשובה על השאלה מי טועה. למעשה, לגישת מצדדי החוקה, זה תפקידה של תיאוריית הסמכות המכוננת. היא אמורה לשמש לנו אבן בוחן כדי להכריע במחלוקות אם לכנסת יש סמכות מכוננת ואם קיימת לנו חוקה.<sup>278</sup> בעניין בנק המזרחי הציג הנשיא ברק שלושה מודלים לביסוסה של תיאוריית הסמכות המכוננת ולביסוס

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

277 לעניין זה ראו גם: Joseph Raz "The Relevance of Coherence" 72 *B. U. L. Rev.* (1992): 273, 283.

278 ראו את ההפניה למודלים תיאורטיים בדעת השופט ברק בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, פסקאות 5–18. ראו בעניין זה גם את המבחנים שמציגים רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 1, בע' 315–329.

המסקנה כי יש לנו חוקה. המודל הראשון נסמך על תורתו של הנס קלזן (Hans Kelsen) בדבר הנורמה הבסיסית.<sup>279</sup> על פי מודל זה הנורמה הבסיסית של ישראל הנה כי מועצת המדינה הזמנית היא הרשות העליונה של מדינת ישראל, והיא שהורתה בהכרזת העצמאות כי חוקה תיקבע על ידי האספה המכוננת. עם כינונה של האספה המכוננת נתפזרה מועצת המדינה הזמנית והעבירה לאספה המכוננת את הסמכויות שהיו בידיה. כך בידי גוף אחד היו הן הסמכות המכוננת והן הסמכות המחוקקת. מאז עוברת הסמכות המכוננת מכנסת לכנסת ואף נעשה בה שימוש שהביא לידי יצירתה של חוקה. המודל השני נסמך על תורתו של ה.ל.א. הארט (H.L.A. Hart) בדבר כלל ההכרה של השיטה.<sup>280</sup> לגישת ברק, כלל ההכרה של מדינת ישראל הוא כי לכנסת יש סמכות מכוננת ומחוקקת. קביעה זו, אליבא דברק, אינה קביעה סובייקטיבית אלא אובייקטיבית. היא מתבססת על מערכת החיים הלאומיים שלנו. תפיסות העומק של החברה הישראלית הן שהכנסת נתפסת בתודעה הלאומית שלנו כגוף המוסמך לתת חוקה לישראל. המודל השלישי נסמך על תורתו של רונלד דבורקין בדבר הפרשנות הטובה ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית-משפטית שלנו בזמן נתון.<sup>281</sup> לפי מודל זה לגוף פלוני (כגון הפרלמנט) תהיה סמכות להעניק חוקה, אם מסקנה זו היא הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של אותה חברה. לפי ברק הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה החוקתית שלנו הוא שלכנסת יש סמכות לקבוע חוקה, שכן כל פרשנות אחרת תביא אותנו לידי מסקנה כי הכנסת בזבזה את זמנה כאשר עסקה בחקיקת חוקי יסוד. הפרשנות הטובה ביותר להיסטוריה שלנו היא שהכנסת עסקה בקבלה של חוקה בהדרגה. הפרשנות הטובה ביותר לפסקי הדין שדנו בחוקי היסוד היא שהם עסקו במתן תוקף לקבלת החוקה בהדרגה.

השאלה היא אם באמצעות תיאוריית הסמכות המכוננת ושלושת המודלים התיאורתיים הצליח הנשיא ברק להתעלות מעל לנסיבות של מחלוקת חוקתיות בישראל? פנייתו לקלזן, הארט ודבורקין נראית מבטיחה. אכן, האם ניתן להעלות על הדעת טיעון מוצלח יותר לאישוש הסמכות המכוננת של הכנסת ולקיומה של חוקה מטיעון הנסמך על שלושת מלומדי המשפט המכובדים הללו? עם זאת, מבט נוסף עשוי להטריד. ראשית, אף שהתיאוריות של קלזן, הארט ודבורקין זכו לחשיפה רחבה בקהילה האקדמית, אין הן נקיות מספקות. תומכי כל אחת מהתיאוריות הללו עדיין מתדיינים בינם לבין עצמם, ועם תומכי תיאוריות מתחרות, כאשר לנכונותן. יש לציין כי הנשיא ברק עצמו לא הסתפק באחת מהתיאוריות לשם הוכחת הסמכות המכוננת וקיומה של חוקה, ובהזדקקותו לשלושתן הכיר במשתמע בעובדה שהתיאוריות הללו שנויות במחלוקת עמוקה. אם התיאוריות הללו היו חפות ממחלוקות, הרי לא היה צורך להוכיח את קיומן של סמכות מכוננת וחוקה על פי מודלים שונים. שנית, גם אם

.Hans Kelsen *General Theory of Law and State* (Cambridge Mass., 1945) 102 279

.H.L.A. Hart *The Concept of Law* (2<sup>nd</sup> ed., Oxford, 1994) 94–95 280

.Ronald Dworkin *Law's Empire* (Cambridge Mass., 1986) 281

נניח את נכונותן של התיאוריות הללו, הרי אין הן מסוגלות להכריע באופן חד-משמעי במחלוקת בדבר קיומה של סמכות מכוונת או חוקה בישראל. כדי להעריך טענה זו כראוי, עלינו לשקול כל תיאוריה בהקשר של המסורת שבה צמחה תוך מתן משקל לנסיבות החוקתיות של מדינת ישראל.

התיאוריות של קלזן והארט חולקות מכנה משותף, שעשוי לכאורה לרמוז כי הן מתאימות במיוחד לפתרון המחלוקת שעל הפרק. קלזן והארט פועלים במסגרת מסורת המשפט הפוזיטיביסטי, הגורסת כי קיומו של החוק ותוכנו ניתנים לזיהוי באמצעות פנייה לעובדות חברתיות בלבד ובלא עירוב כלשהו של מבחנים ערכיים בדבר תוכנו.<sup>282</sup> מכיוון שניתן אובייקטיבית להסיק את קיומו של החוק באמצעות פנייה לעובדות חברתיות, הרי טיעונים והיגדים משפטיים נושאים ערך של אמת או שקר. התנאים לאמיתותם של טיעונים והיגדים משפטיים נקבעים מתוך יחס לפרקטיקות חברתיות מורכבות.<sup>283</sup> בהתאם, הטענה כי לכנסת יש סמכות מכוונת או כי לישראל יש חוקה היא טענה משפטית בנוגע למערכת המשפט הישראלית העשויה להיות אמת או שקר. את התשובה על שאלת נכונותן של טענות אלו עלינו להסיק באמצעות בחינת פרקטיקות חברתיות מורכבות. יתרה מזו, מסורת המשפט הפוזיטיביסטי מציעה לנו דרך להתגבר על חילוקי דעות מוסריים הקיימים בחברה נתונה באמצעות ניתוקן של הכרעות משפטיות משיקולים מהותיים של מוסר וצדק. על כן, קיומם של חילוקי דעות בדבר הצורך המוסרי והפוליטי בחוקה, או בדבר הלגיטימיות המוסרית והפוליטית של קבלת חוקי יסוד בהדרגה על ידי אותו מוסד שאותו הן אמורים להגביל,<sup>284</sup> אינה מעלה ואינה מורידה. השאלה אם יש לנו חוקה תיקבע, לפי הגישה הפוזיטיביסטית, על פי עובדות חברתיות ולא על פי שיקולים מוסריים, שעליהם, כאמור, אנו חלוקים. עם זאת, מבט עמוק יותר במודלים של קלזן והארט יראה את חולשתם וכישלונם בפתרון המחלוקת בדבר סמכותה המכוונת של הכנסת ובשאלת קיומה של חוקה.

קלזן מקדם גישה קוגניטיבית למשפט.<sup>285</sup> טענה משפטית מבטאת בעיניו עמדה מעשית, שכן היא מבטאת אמונה בקיומה של נורמה תקפה. לכן, ההיבט הנורמטיבי של טענות משפטיות נעוץ בעובדה שהן מניחות או מצהירות מלכתחילה על קיומה של נורמה מחייבת. לפיכך, תקפותה של נורמה משפטית מתבססת באמצעות פנייה לנורמה משפטית רלוונטית מסדר גבוה יותר. תקפותה של הנורמה מהסדר הגבוה יותר מתבססת גם היא באמצעות פנייה לנורמה הנמצאת בסדר גבוה יותר ממנה

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

*Id.* 283

284 ראו לעיל טקסט נלווה להערות 56–59.

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

בהיררכיית הנורמות, וכך הלאה עד אשר אנו מגיעים לנורמה שהיא הנורמה הגבוהה ביותר במערכת הנורמות. זוהי הנורמה הבסיסית המהווה קריטריון אולטימטיבי לתקפות המשפטית ונקודת היצירה של המערכת המשפטית.<sup>286</sup> תקפותה של הנורמה הבסיסית אינה מובטחת באמצעות פנייה לנורמה עליונה אלא היא פשוט הנחה מקדמית. חשוב להבחין כי בטיעונו הטורנסצנדנטלי בעניין הנורמה הבסיסית, קלזן אינו שואל אם אנחנו יודעים כי טענות משפטיות מסוימות הן נכונות/אמיתיות, אלא הוא מניח כי ברשותנו ידע מעין זה ושואל כיצד ידע זה אפשרי. המודל של קלזן לביסוס סמכותה של הכנסת לכוון חוקה משמיע למעשה את הטענה בדבר הרציפות החוקתית של הסמכות המכוננת. רציפות זו, כאמור, הותקפה על ידי מלומדים ושופטים בדרכים שונות ומגוונות ונטען כי נקטעה. הפנייה למודל של קלזן היא חסרת תוחלת. המחלוקת אינה אם למערכת המשפט בישראל יש נורמה בסיסית, אלא אם השרשרת החוקתית נקטעה. אמונה בדבר תקפותם החוקתית (Constitutional validity) של חוקי היסוד, להבדיל מתקפותם החוקתית, מניחה מלכתחילה את קיומה של נורמה מכוננת גבוהה יותר שעל פיה נוצרו. אולם זה בדיוק מה שחסר לנו. אנו חלוקים באמונותינו המשפטיות בדבר טיבם החוקתי של חוקי היסוד, ומכאן שאיננו יכולים להניח את קיומה של סמכות מכוננת או את קיומה של חוקה מכוה.

הקריטריון האולטימטיבי לתקפות משפטית אצל הארט הוא כלל ההכרה. בדומה לנורמה הבסיסית של קלזן, אין בנמצא כלל/נורמה המספקים קריטריונים להערכת תוקפו המשפטי של כלל ההכרה. כלל ההכרה הוא כלל חברתי בקרב פקידי ציבור, שילוב של פרקטיקה זהה של פקידי הציבור המלווה בהיבט ביקורתי כלפי אותה פרקטיקה. הפקידים מקבלים את כלל ההכרה ככלל המנחה את התנהגותם ואת ההתנהגות של פקידים אחרים וכבסיס להערכת התנהגויות אלה. הארט, יש לציין, אינו מסכים עם קלזן כי קיומו של הקריטריון האולטימטיבי לתקפות משפטית הוא הנחה מקדמית. לגישתו, ניתן לבסס את קיומו גם באמצעות פנייה לפרקטיקות קיימות – לדרכים שבהן בית המשפט מזהה חוק מהו, ולהסכמה הכללית או להסכמה שבשתיקה לדרכי זיהוי אלו.<sup>287</sup> הישענותו של הנשיא ברק על המודל של הארט הייתה עשויה להצליח אילו היה ביכולתו להראות כי פקידי ציבור רואים או מקבלים את הסמכות המכוננת של הכנסת כקריטריון אולטימטיבי לתקפות משפטית – כסטנדרט להערכת התנהגותם והתנהגות אחרים. אולם מאז החלטת הררי, הטילו חברי כנסת, שופטים ופקידים אחרים ספק ביכולתה של הכנסת לקבל חוקה. למעשה, בשל חוסר ההסכמה בשאלה זו נמנעה הכנסת, וגם בית המשפט בעקבותיה, מלהכריע בסוגיות מרכזיות שמהן עשוי היה להשתמע אימוצה של תיאוריית הסמכות המכוננת. גם בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין בנק המזרחי, למעשה לא הוכרעה שאלה

286 ראו: Kelsen, *supra* note 279, at pp. 232–233.

287 Hart, *supra* note 280, at pp. 104–110.



חיים הוגנים וצודקים.<sup>291</sup> רק אם נאמץ הנחה נורמטיבית מעין זו, נוכל להתעלם מכל הנתונים החוקתיים, המורים כי הכנסת נמנעה כל השנים במכוון מלאמץ חוקה והותירה סוגיות מרכזיות בלא הכרעה. אך הנחה זאת בדיוק, כי חוקה נדרשת מבחינה מוסרית או פוליטית, שנויה במחלוקת קשה בקרב מלומדים ובקרב פוליטיקאים.<sup>292</sup> למעשה יהיו אף שיטענו, ואני ביניהם, שההיסטוריה החוקתית של ישראל במרבית שנות קיומה מוכיחה בסייגים מסוימים כי קיומה של חוקה אינו תנאי הכרחי או מספיק לביסוסם של חיים הוגנים, צודקים או ראויים.

בסופו של דבר ניסיונו של הנשיא ברק להכריע במחלוקת בדבר הסמכות המכוננת ובדבר קיומה של חוקה בעזרת תיאוריה חוקתית מתמוטט לכדי רשימת תיאוריות ומודלים שנויים במחלוקת ושגם אם מניחים את נכונותם, הם אינם חד-משמעיים. למעשה, כל ניסיון לבסס את קיומה של חוקה בישראל באמצעות תיאוריה נדון לכישלון. הטעם לכך הוא שהעשייה החוקתית בישראל מתאפיינת בריבוי פעילויות של גופים שונים ושחקנים שונים במשך עשרות שנים. כל ניסיון ליישב בין העשייה החוקתית של הכנסת הראשונה לבין העשייה החוקתית של הכנסת השתים עשרה, או בין פעילותו החוקתית של ראש הממשלה לשעבר, דוד בן-גוריון, לבין פעילותו החוקתית של שר המשפטים לשעבר, דן מרידור, באמצעות תיאוריה חוקתית אחת המביאה לידי פתרון קוהרנטי בדמותן של סמכות מכוננת וחוקה אינו ניסיון מציאותי. זהו ניסיון ליצור אידיאליזציה של העשייה חוקתית שלנו תוך התעלמות מהקונקרטיים של הפוליטיקה שכוננה אותה. המציאות הפוליטית שלנו הותירה את תהליך העשייה החוקתית שלנו בלתי מסודר, בלתי עקיב, שסוע ואולי אפילו בעייתי. תיאוריית הסמכות המכוננת מנסה לייפות אותו והיא יכולה לעשות זאת רק באמצעות התעלמות והפחתת ההשלכות של המחלוקות והפשרות שהיו מנת חלקו. קיומה של חוקה אינה סוגיה סבוכה שאותה יש לפתור בעזרת תיאוריות. עצם הצורך להסיק את קיומה של חוקה בעזרת תיאוריה, מעלה ספקות בדבר קיומה. הסיבה שהיא אינה קיימת אינה נובעת מהחסרונות של התיאוריה הפוטנציאלית שאותה נאמץ, אלא מהמציאות החוקתית המורכבת, המשוסעת והמפולגת של ישראל. מציאות של החלטה שלא להחליט במרבית ממחלוקות היסוד שלנו.

291 ראו: Ronald Dworkin *A Bill of Rights for Britain* (London, 1990); Barry, *supra* note 64, at p. 95.

292 לביקורת על הטענה כי חוקה פורמלית נדרשת והכרחית מכוח טעמים של צדק, הגינות, דמוקרטיה או זכויות ראו: Waldron, *supra* note 24, at pp. 219–221. לביקורת על הטענה כי ביקורת שיפוטית על חוקים נדרשת מכוח טעמים של צדק, הגינות או זכויות ראו: *Id.* at pp. 287–289; וגם: Richard A. Posner "Review of Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*" 100 *Colum. L. Rev.* (2000) 282.

## יג. האם תהיה לנו חוקה?

יש הסבורים כי בקרוב תכונן חוקה לישראל.<sup>293</sup> הם טוענים כי "הויכוח המשפטי אודות קיומה של החוקה הסתיים",<sup>294</sup> וכי "עיקריה מקובלים ומוסכמים על רשויות השלטון ועל מרבית שכבות הציבור".<sup>295</sup> לצערי, אינני יכול להצטרף להשערתם ואני חולק על ממצאיהם. הויכוח על החוקה ניטש כיום במלוא עוזו,<sup>296</sup> ויעידו על כך גם הניסיונות הרבים של גופים ציבוריים שונים לחוקק "חוקה בהסכמה". גם לא חל שינוי מהותי במחלוקות המהותיות והמבניות שמנעו קבלתה של חוקה במהלך השנים. כל ניסיון עתידי לכונן חוקה יצריך התמודדות עם סוגיות כגון גבולות המדינה,<sup>297</sup> מעמד המיעוט הערבי והשפה הערבית, מעמד הדת היהודית בחייה הציבוריים של המדינה, חוק השבות, תפקידו של בית המשפט העליון ושיטת מינוי שופטיו. בשינויי דגש, היקף ועצמה אלו אותן סוגיות שעוררו את המחלוקות שהביאו לידי הכישלון לאמץ חוקה עם קום המדינה ומכשילים אותה עד עתה – תנאי הלגיטימיות של המדינה היהודית-דמוקרטית ומוסדותיה. לכן נראה לי סביר לקבוע כי בעתיד הנראה לעין לא תכונן ישראל חוקה.

למעשה, אין לנו צורך בה, שכן הטקטיקה שלא להחליט בדבר כינונה של חוקה פורמלית מילאה את אותם מטרות וצרכים שמביאים אומות לעשייה חוקתית מלכתחילה. אינני טוען כי המשטר בישראל חף מבעיות, קשיים ופגמים. אני טוען כי אסור לנו ללכת שבי אחר מקסם השווא של חוקה פורמלית כפתרון לבעיות השעה הדחופות והלוחצות.<sup>298</sup> חוקה במידה רבה אינה מהווה פתרון לבעיות וקשיים בחיי האומה, אלא היא מציבה מסגרת שדרכה ניתן יהיה לדאוג לפתרונם. אולם מסגרת

<sup>293</sup> ראו אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל" המשפט 20 (יוני, 2005) 38: "סביר מאוד להניח כי בעשור הבא תכונן חוקה לישראל".

<sup>294</sup> שם, שם.

<sup>295</sup> שם.

<sup>296</sup> ראו, למשל, מאמרם של חן יחזקאלי ויוסף אגסי "חוקה לישראל: תגובה לא" רובינשטיין ול' אורגד 'המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי: המקרה של ישראל' המשפט 21 (פברואר, 2006) 75. <sup>297</sup> אמנם אין כל הכרח שחוקה תכיל הוראות גם בדבר גבולות המדינה, אבל קל לשער כי הן הימין והן השמאל ירצו, כל אחד מטעמיו, שיוכרו בחוקה גבולותיה המוסכמים של המדינה. שאלת הגבולות, אף שבמדינות אחרות אינה חשובה, חשובה מעין כמוה לקבלתה של חוקה במדינתנו, שכן היא מעוררת מחלוקות בדבר דמותה של המדינה. בעיני השמאל מדובר במדינה דמוקרטית וליברלית שאין לה תביעות טריטוריאליות לשלוט בעם אחר. בעיני הימין מדובר בבסיס הערכי של הציונות בדבר ביסוס המדינה על ערכי ארץ האבות וההבטחה האלוהית.

<sup>298</sup> על מקסם השווא של החוקה ראו גם שלמה אבינרי "זהירות חוקה", <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3062813,00.html> (נבדק ב-2.11.05). אך השוו אריק כרמון "מקסם שווא נשיאותי" <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3163326,00.html> (נבדק ב-2.11.05). אף שכרמון גורס כי אל לנו להתפתות ללכת אחר הפתרון של משטר נשיאותי שרק יחריף את מצבנו ומהווה מקסם שווא, הרי הוא תומך ברעיון החוקה וכותב: "אנו זקוקים לחוקה, ולא למקסם".



שלטונית זו כבר נתונה בידינו. את הפגמים והבעיות של הדמוקרטיה הישראלית יש לתקן בעזרת רפורמות שלטוניות קונקרטיות ומעשיות ולא בעזרת הכרעות רעיוניות ואידיאולוגיות מופשטות.

אולם כל השערה באשר לסיכויי כינונה של חוקה חייבת להביא בחשבון את פעילותו של בית המשפט העליון. באופן פרדוקסלי, הוא הגורם הדוחף היום את הגורמים הפוליטיים לקבל חוקה, אך באותה עת ממש הוא גם הגורם המונע את קבלתה. העניין המחודש שמגלים גורמים פוליטיים מרכזיים בעשייה חוקתית נובע בעיקרו מרצונם לבלום את בית המשפט העליון בעזרת החוקה שתתגבש. התחושה הקשה היא שבפעם הראשונה בהיסטוריה של אומות הנתפסות כנאורות נעשה ניסיון לכוון חוקה מתוך רצון לבלום את בית המשפט. עם זאת, מבינים אחרים, גם הם ממתנגדיו של בית המשפט העליון, כי דווקא כינונה של חוקה עשוי להביא לידי חיזוקו וביצורו של בית המשפט העליון. הם טוענים כי בית המשפט העליון הוכיח כי קשה להציב בפניו מעצורים וכי בעזרת פרשנות אקטיביסטית הוא מסוגל להגיע לתוצאות שהכנסת מעולם לא התכוונה אליהן ואולי אף לתוצאות מנוגדות לדעת הכנסת.<sup>299</sup> כל ניסיון לחזות את עתיד העשייה החוקתית בישראל מצריך הכרעה בשאלה אם החשש בקרב גורמים אלה מפני הלא נודע שיתרחש לאחר כינונה של חוקה יגבר על החשש מהמצב החוקתי הקיים. האם בכל זאת יש סיכוי שחוקה תתקבל בקרוב?

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

299 ראו דברי חבר הכנסת משה גפני (יהדות התורה) בדיון במליאה בפסיקת בג"ץ בנושא החזיר ד"כ 238 (תשס"ד) 13059: "אדוני היושב-ראש, מדברים היום על חוקה בהסכמה. חוקה בהסכמה, חוקה שתיעשה על דעת רוב מוחלט של הציבור בישראל. והנה, בא בג"ץ ומטרפד את זה, מכיוון שמה אני צריך לחשוב כאשר בג"ץ אומר שבגלל חוק-יסוד: חופש העיסוק, שאנחנו לא התנגדנו לו, מותר למכור בשר חזיר במרכזי הערים? אני יכול להגיע לחוקה בהסכמה? ואני רוצה להגיע. אני יכול להגיע לחוקה בהסכמה? מי שמטרפד את החוקה במדינת ישראל זה נשיא בית-המשפט העליון ושופטי בית-המשפט העליון. אני לא יכול להסכים לחוקה בהסכמה כאשר אלה החלטות בג"ץ, שהם אמורים לפרש את חוקי-היסוד".

## סיכום

הציונות איננה ומעולם לא הייתה אידיאולוגיה ברורה, אחידה וקוהרנטית. במקום זאת התאפיינה הציונות מאז ומעולם בפקעת של אידיאולוגיות בעלות מכנה משותף צר. ניתוח הכישלון לאמץ חוקה על ידי אבות האומה הישראלית מלמד, מעבר לכל הפיקנטריה שבהתנהגותם של בן-גוריון ומפלגת מפא"י, שהיו אלו חילוקי הדעות האידיאולוגיים, שכל כך מאפיינים את הציונות ואת העם היהודי בכלל, שמנעו קבלתה של חוקה כתובה. כל צד שאף שהחוקה תקדם את תפיסת העולם שלו. על חילוקי הדעות הללו, שניתן לכנותם חילוקי דעות מהותיים, נוספו חילוקי דעות מבניים ומוסדיים. מבין חילוקי הדעות הללו במיוחד ראויים לציון המחלוקת בנוגע לצורך לכוון חוקה כתובה והמחלוקת בנוגע למוסד הביקורת השיפוטית.

ישראל אינה מיוחדת בכך שצצו מחלוקות בעת ייסודה בעניין החוקה, תוכנה והמוסדות שעליה לייסד. ישראל מיוחדת בכך שהטקטיקה שבחרו אבות האומה הישראלית להתמודדות עם מחלוקות אלו הייתה הטקטיקה שלא להחליט. בעוד אומות אחרות בוחרות לקבל חוקה בגלל חילוקי הדעות וכדי לאפשר שיתוף פעולה, בחרו אבות האומה הישראלית שלא לקבל החלטה בדבר חוקה כדי שניתן יהיה לשתף פעולה. באמצעות הטקטיקה החוקתית שלא להחליט הושג שיתוף פעולה הוגן ויציב וניתנה, למעשה, לבית המשפט יד חופשית להגן על זכויות האדם. מגילת זכויות זו אמנם הייתה מגילת זכויות הלכתית, אבל ניתן לשער שהייתה הרבה יותר רחבה וכוללת מכל מגילה שהייתה יוצרת המערכת הפוליטית.

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