

פסק-הדין שעשה היסטוריה: עיון היסטוריוגרפי בפסק-הדין בפרשת בנק המזרחי

יאיר שגיא*

בעוד משמעויותיו הנורמטיביות המהפכניות של פסק-הדין בפרשת **בנק המזרחי** הן שעומדות בדרך-כלל במרכז הדיון בו, עניינו המרכזי של המאמר הנוכחי הוא בתפקיד המרכזי המוקנה להיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל בהבניית אותן הלכות. המאמר סוקר ומבקר את פרטי הסיפור ההיסטורי הנפרש בדברי השופטים השונים שבפסק-הדין דן, וממקם אותו בשרשרת הנמשכת של ההיסטוריוגרפיה המשפטית-החוקתית של מדינת-ישראל. עיקרו של המאמר מוקדש לחשיפת קשת מרתקת ורחבה של עמדות היסטוריוגרפיות המתרוצצות בין דפי פסק-הדין. כלומר, בהתאם לשני מובניו המקובלים של המונח "היסטוריוגרפיה", המאמר בוחן באופן מעמיק הן את תוכנם של הנרטיבים ההיסטוריים-החוקתיים המובעים בדברי השופטים והן את המתודולוגיות ההיסטוריוגרפיות המגוונות המונחות בבסיסם. הדיון במאמר מצביע על פערים היסטוריוגרפיים משמעותיים בין השופטים, אך גם על יסודות חשובים המשותפים לכתבתם: הדחיקת תפקידו של בית-המשפט בכינונה של המהפכה החוקתית, כמו-גם חשיפת מתח מובנה השורר בין תחום העיסוק ההיסטורי ה"רגיל" לבין תחום העיסוק ההיסטורי בגדרו של דיון משפטי המבקש לקדם פרופוזיציה משפטית קונקרטיית מסוימת. מקורו של המתח הוא בכך שהמסורות, גופי הידע והמתודות של כל תחום הם שונים. חרף זאת, ולנוכח ריבוי הקשיים ההיסטוריוגרפיים הנגלים בפסק-הדין, המאמר טוען כי הניסיון לגשר בין שני התחומים עשוי בהחלט לשפר את מידת ההבנה של אירועי עבר, אשר שני התחומים מגלים עניין בהם, וכן של מציאות חיינו בהווה.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. אני מבקש להודות לסנדי קדר וליורם שחר על העזרה שהושיטו לי בעת המחקר שהמאמר מבוסס עליו. תודה מקרב לב גם לעילי אהרונסון, לתמי הראל בן-שחר, לגיא לוריא, לקורא האנונימי של המאמר ולמערכת כתב-העת על הערותיהם המעולות ועצותיהם הטובות. כן אני מודה לעורך הלשוני גיא פרמינגר על טיפולו המסור במאמר. לבסוף, תודה לגיא ירום, ליואל לביא ולרננה מיסקין על עזרתם החשובה במחקר.

מבוא: המהפכה החוקתית ומשק כנפי ההיסטוריה. א. אבני המשחק: "הנתונים החוקתיים".
 ב. קווי מתאר. ג. ההיסטוריוגרפיה של השופטים: 1. מבוא: מה מונח על כפות המאזניים?
 2. ההיסטוריוגרפיה הפרוגרסיבית של הנשיא ברק; 3. חוות-דעתו של השופט חשין; 4. פרשת
 ברגמן והשופט זמיר; 5. סיכום: על השונה והדומה בפסקי-הדין. ד. היסטוריה – ההיית או
 חלמתי חלום? ה. סיכום.

מבוא: המהפכה החוקתית ומשק כנפי ההיסטוריה

בפתח הכנס שנערך באוניברסיטת חיפה בחלוף שני עשורים מפסק-הדין בפרשת בנק המזרחי,¹ אמרו הן הנשיא ברק (המזוהה יותר מכל אחד אחר עם המהפכה החוקתית שעליה בישר פסק-הדין) והן דן מרידור (שמילא תפקיד מכריע בהבשלת חוקי-היסוד של שנת 1992, ואשר היה שר המשפטים בעת קבלתם²) כי הם חשו את "משק כנפי ההיסטוריה" כאשר שקדו על כינונה של המהפכה החוקתית.³ בעוד שמרידור כיוון את דבריו להליך חקיקתם של שני חוקי-היסוד האמורים, הנשיא בדימוס אהרן ברק דיבר על הדברים שכתב בפרשת בנק המזרחי. מטבע הדברים, מאורעות אשר "משק כנפי ההיסטוריה" מרחף מעליהם חייבים לעורר שאלות היסטוריוגרפיות כבדות-משקל. כל עניינו של מאמר זה הוא בשאלות ממין זה. המאמר יוקדש לבחינה מקיפה של ההיסטוריוגרפיה החוקתית הגלומה בפסק-הדין בפרשת בנק המזרחי. כלומר, בהתאם לשני מובניו המקובלים של המונח "היסטוריוגרפיה",⁴ המאמר יבחן באורח מעמיק וביקורתי הן את תוכנם של הנרטיבים ההיסטוריים-החוקתיים המובעים בדברי השופטים והן את המתודולוגיה ההיסטורית המונחת בבסיסם. הוא יציע מסע מאורגן במחזורותיהן של מתודות היסטוריוגרפיות חשובות (למשל, היסטוריוגרפיה פרוגרסיבית והיסטוריוגרפיה פוסט-מודרנית), ואף ייגע, מטבע הדברים, ביחס שבין כתיבה "משפטית" לבין כתיבה "היסטורית". את הסוגיות התיאורטיות האלה יבחן המאמר, כאמור, בהקשרו של פסק-הדין "היסטורי".

- 1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן גם: פסק-הדין). הערה: לכל אורך המאמר ייעשו ההפניות לדברי השופטים בפסק-דין זה באופן הבא: שם השופט, מספר הפסקה (מספר העמוד). כל הפניה בפורמט זה היא לפסק-הדין דנן.
- 2 לסיפור חקיקתם של חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בחודש מרץ 1992 (ולחלקו של מרידור בחקיקתם) ראו, למשל, יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד אדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א 323 (1993); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 914–925 (מהדורה חמישית, 1996); גדעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" משפט וממשל יא 571 (2008); אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" משפט ועסקים יד 79 (2012). כן ראו הנשיא ברק, פס' 28–29 (עמ' 378–379).
- 3 יום עיון בנושא "עשרים שנה לפרשת בנק המזרחי", הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, 26–27.5.2016.
- 4 ראו, למשל, א"ה קאר היסטוריה מהי? (אורי רם מתרגם, 1986); Daniel Woolf, *Historiography*, in *NEW DICTIONARY OF THE HISTORY OF IDEAS xxxv* (Maryanne Cline Horowitz ed., 2005). לשם הבהרה ניתן להזכיר כי גם המונח *jurisprudence* משמעו באנגלית (בין היתר) הן תורת המשפט ה"תיאורטית" העולה מפסיקת בית-המשפט והן תוכנה המהותי של אותה פסיקה.

אין ספק שפסק-הדין "עשה היסטוריה". ראשית, הוא עשה היסטוריה בכך שבעקבותיו נפל דבר בישראל וכוננה מסגרת חוקתית חדשה במדינה. פסק-הדין בישר באופן ברור את סוף ימיה של הדוקטרינה החוקתית המרכזית ששלטה עד אליו בכיפה ולפיה כל כנסת נהנתה מעליונות (כמעט) מוחלטת בחקיקתה. דוקטרינה זו זוהתה היסטורית עם משנתו של המלומד האנגלי הנודע אלברט ון דייסי (A.V. Dicey), וכונתה "דוקטרינת וסטמינסטר" (Westminster doctrine).⁵ דורות קודמים של שופטים בבית-המשפט העליון דבקו בדוקטרינה זו באופן רציף פעם אחר פעם.⁶ כך היה עד פסק-הדין בפרשת בנק המזרחי, אשר הדיח מהבכורה את הדוקטרינה האנגלית-המסורתית הזו, והעמיד במקומה בראש המשפט החוקתי הישראלי דוקטרינות מתחרות, המזוהות עם המשפט האמריקאי. לפי הדעה המקובלת, זהו הלוח של המהפכה שחולל פסק-הדין.⁷ מכאן שכדי לבסס את המהפכה הדוקטרינרית בפסק-הדין, היה על השופטים להסביר את גט-הכריתות שנתנו לדוקטרינה המסורתית, שאותה ביססו קודמיהם באופן עקבי. בהקשרנו עולה השאלה – והנה לנו הדגמה לסוג השאלות שהמאמר עוסק בהן – כיצד עלה בידי השופטים לכלול את דוקטרינת וסטמינסטר בהיסטוריה החוקתית שהם שרטטו בפסקי-הדין שלהם? איזה מקום היא מילאה בהיסטוריה זו?

שנית, פסק-הדין עשה היסטוריה לא רק במובן זה שהוא חולל עידן חוקתי חדש, אלא גם בכך שהוא העמיק בחקר ההיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל, משל דובר במחקר היסטורי מן השורה. אכן, אין בנמצא פסק-דין העוסק בהיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל בצורה מקיפה יותר מאשר פסק-הדין בפרשת בנק המזרחי, ודומה שאין לך פסק-דין שבו השופטים מדברים בהיסטוריה הזו כה רבות ובאופן מוצהר כמו בפסק-דין זה.⁸ עם זאת, השופטים שישבו על המדוכה בפרשה זו לא יכלו להביט על שלל השאלות שעל הפרק אלא מנקודת-מבטם

5 למקורותיה של הדוקטרינה ראו Melville B. Nimmer, *The Uses of Judicial Review in Israel's* 70 COLUM. L. REV. 1227–1229, 1234–1236 (1970) *Quest for a Constitution*; יזהר טל "מחוקק כלי-יכול: האמנם? ביקורת ההלכה לפיה אין הגבלות לכוח החקיקה של הכנסת" עיוני משפט י 361, 371–368, 377–379 (1984) (להלן: טל "מחוקק כלי-יכול: האמנם?"); H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, 13 CAMBRIDGE L.J. 172 (1955); Mark Bevir, *The Westminster Model, Governance and Judicial Reform*, 61 PARLIAMENT. AFF. 559 (2008); Dylan Lino, *Albert Venn Dicey and the Constitutional Theory of Empire*, 36 OXFORD J. LEGAL STUD. 751 (2016). להתפתחויות מאוחרות יותר של הדוקטרינה החוקתית בבריטניה ראו, למשל, PETER LEYLAND, *THE CONSTITUTION OF THE UNITED KINGDOM: A CONTEXTUAL ANALYSIS* 192–196 (2nd ed. 2012).

6 ראו להלן ליד ה"ש 48, 140–146.

7 אך ראו רבקה ווייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטטי של חוקת הכלאיים הישראלית" עיוני משפט לח 501, 504 (2016) (שם מכירה המחברת בכך ש"דומה כי בקרב מלומדים המכירים בקיומה של חוקה פורמלית בישראל רווחת הדעה שבית המשפט העליון אימץ את תורת הסמכות המכוננת של הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, הנשענת במידה רבה על המודל האמריקני המרבוריאני". עם זאת, לטענתה, "טרם אומצה הכרעה ברורה בבית המשפט העליון – וודאי לא בכנסת, בממשלה ובעם – באשר לאופי החוקה הנוכחית של ישראל").

8 מבין שלל ההפניות בפסק-הדין ל"היסטוריה" של המדינה או ל"היסטוריה החוקתית" שלה ראו, למשל, הנשיא שמגר, פס' 30(ד) (עמ' 279); הנשיא ברק, פס' 46 (עמ' 396); השופט בך, פס' 6 (עמ' 581).

שלהם באותה נקודת זמן, והעמדות השונות שהם הציגו בפסק-הדין היו אף הן – במידה זו או אחרת – תוצרי תקופתן.⁹ עם זאת, מכיוון ששום שלב בדיון אינו נערך "על החלק", בהתעלם מהשליבים שקדמו לו מבחינה כרונולוגית, פסק-הדין בפרשת בנק המזרחי היווה חוליה נוספת בשרשרת הולכת ונמשכת. הוא נישא על-גבי ההיסטוריה של ההיסטוריה החוקתית במדינת-ישראל, ונסמך עליה. פסק-הדין הצטרף לדיאלוג נמשך ותרם לו.¹⁰ בלב פסק-הדין עומדת אפוא לא רק שאלת יחסם של השופטים לדוקטרינה מושרשת שהם מבקשים לגדוע מהמשפט הישראלי, אלא גם יחסם לכתיבה קודמת שניתחה את המסגרת החוקתית בישראל בימי שלטונה של אותה דוקטרינה. אף לשאלה זו יידרש המאמר.

פסק-הדין מזמין עיון היסטוריוגרפי, בין היתר, בגין העובדה שתחת לסכור מחלוקות ולהציע נרטיב מארגן הגמוני של קורות המפעל החוקתי בישראל, הוא מצִיף מחלוקות היסטוריוגרפיות ומרבה פלוגתות. לכל אורך פסק-הדין שזורים בדברי השופטים השונים כמה גרסאות מתחרות של אותה היסטוריה, וכל חוות-דעת פורמת את חברתה. למעשה, המחלוקת הקשה שבפסק-הדין בין הנשיא ברק לבין השופט חשין נטועה כולה בראייתם השונה ביחס להיסטוריה החוקתית של המדינה. כל אחד מהשניים מציג פרשנות מנוגדת של מהלכים מרכזיים בהיסטוריה החוקתית של המדינה, וגוזר מפרשנות זו מסקנות נורמטיביות חשובות, וזאת הגם שהשניים נדרשים למקורות היסטוריים קרובים ואף זהים.¹¹ המאמר יידרש בהרחבה

9 אכן, אין חולק שכל היסטוריון (ולמעשה, כל בן-אנוש) אינו יכול להביט על עברו (כמו-גם על מציאות חייו בהווה ועל עתידו) אלא במשקפי הסכמות החברתיות והתרבותיות שלו ושל בני תקופתו. בניסוח תמציתי, "Blindness without concepts, as Kant almost said, are blind". ראו ALASDAIR MACINTYRE, AFTER VIRTUE: A STUDY IN MORAL THEORY 79 (2nd ed. 1985). גם, למשל, DOMINICK LACAPRA, RETHINKING INTELLECTUAL HISTORY: TEXTS, CONTEXTS, LANGUAGE 65 (1983) ("One of the most important contexts for reading texts is clearly our own"); ERNST BREISACH, HISTORIOGRAPHY: ANCIENT, MEDIEVAL, AND MODERN 278–284 (3rd ed. 2007). מסיבה זו, מידה של "עכשוויות" (presentism) מלווה – וחייבת ללוות – כל כתיבה היסטורית, או בניסוח אחר, "Presentism is generally regarded as a necessary evil in historiography". ראו Lynn Fendler, *The Upside of Presentism*, 44 PAEDAGOGICA HISTORICA 677, 677 (2008). ראו עוד להלן ה"ש 135, 255, 321 והטקסט שלידן.

10 עם זאת, דומה כי תרומתו של פסק-הדין לדיאלוג נתפסת כיוצאת-דופן במיוחד מכמה סיבות, בעיקר בשל מעמדו המוסדי של בית-המשפט העליון בשיטת המשפט המקובל תוצרת ישראל (ראו, למשל, יאיר שגיא "למנצח שיר מזמור? לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל" משפט וממשל טז 65 (2014) (להלן: "שגיא" למנצח שיר מזמור?)); בשל המועד שבו נערך הדיון בבית-המשפט מבחינת החשיבה החוקתית שנהגה אז הן במדינת-ישראל והן בראייה גלובלית (ראו יוסף ויילר ודורין לוסטיג "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" עיוני משפט לח 419 (2016), וכן את המקורות הנזכרים להלן בה"ש 291); ובשל הרכבו של בית-המשפט העליון באותה עת וחילופי הגברי בעמדת נשיאו (כידוע, באופן נדיר, פסק-הדין ניתן הן על-ידי נשיא מכהן (ברק) והן על-ידי נשיא בדימוס (שמגר)).

11 עמד על כך כבר משה לנדוי במאמרו "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג 697, 699 (1996) (להלן: "לנדוי" מתן חוקה לישראל") ("...הנשיא ברק מצטט דברים שנאמרו במשך השנים על-ידי חברי כנסת... וכן הוא מגיע גם אל דברים שנאמרו מדי פעם על-ידי מפלגה זו או אחרת במצעה לקראת בחירות לכנסת. ושוב בא השופט חשין ומביא גם הוא שפע מובאות אחרות מאותם מקורות, הסותרות את אלה שהביא הנשיא ברק").

לפער הניכר בין התיאורים ההיסטוריים המוצגים על-ידי הנשיא ברק,¹² השופט חשין ושופטים נוספים אשר ישבו בדין. אך המאמר לא יבקש להכריע בין הנרטיבים ההיסטוריים השונים העולים בפסק-הדין¹³ (אם כי הוא יצביע בהחלט על נקודות חולשה שלהם). תחת זאת הוא ינתח את הנרטיבים הללו ויבחן אותם כנגד כתיבה היסטורית-משפטית מוקדמת ומאוחרת יותר. המאמר אף יבחן ויאפיין את אופן טיפולם של שופטי ההרכב במקורות ההיסטוריים השונים. עם זאת, על-ידי לציין כי פסק-הדין של הנשיא ברק והשופטים חשין וזמיר הם שזכו במירב תשומת-הלב במאמר, ולצידם, אם כי במידה פחותה, גם פסק-דינו של הנשיא שמגר, שכן בהם נערך הדיון ההיסטורי היסודי ביותר, והם שמעלים את השאלות ההיסטוריוגרפיות החשובות ביותר.

בתמצית, אטען להלן כי פסק-דינו של הנשיא ברק חוגג את ההישג שהוא מבשר עליו – המהפכה החוקתית – תוך הצגת נרטיב פרוגרסיבי שבמסגרתו מוכר כוחם של הציבור הישראלי ורשויותיו להמשיך בניווט המסע החוקתי לעבר עתיד חוקתי טוב עוד יותר. פסק-דין זה מהווה שלב חדש בהיסטוריוגרפיה של החוקה הישראלית, שתמציתו היא הכרתה של חקיקת חוקי-היסוד של שנת 1992 כשיאו של מהלך (פרוגרסיבי) ההולך ונמשך מקום המדינה לעבר השלמתה של חוקה ישראלית. לאמור, לפי גישה זו, חקיקת חוקי-היסוד בשנת 1992 מנביעה את שני אלה: היא מחייבת את מסקנותיו הנורמטיביות הדרמטיות של הנשיא ברק בפסק-הדין,

12 זה המקום להעיר כי מהבחינה הדוקטרינרית נראה שגישתו של הנשיא ברק היא שזכתה במירב התמיכה בפסק-הדין, והיא שקנתה שביתה בפסיקה מאוחרת יותר – ראו להלן ה"ש 105. אך ראו גם ווייל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 510–514.

עם זאת, יש לזכור את שני אלה: ראשית, כפי שהוער פעמים רבות, בראייה פורמלית פסק-הדין כולו אינו אלא אמרת-אגב (ראו השופט חשין, פס' 4 (עמ' 472); חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" משפטים לא 415 (2000); עלי ולצברגר "הסמכות המכוננת בישראל – שתי הערות אגב לאימרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש" משפט וממשל ג 679 (1996)); שנית, וחסוב מכך לעניינו של מאמר זה, קשה לומר עד כמה השופטים שאימצו את מסקנותיו של הנשיא ברק אימצו באותה מידה גם את ניתוחו ההיסטורי על כל פרטיו. כך, למשל, פרק ג להלן יתאר בהרחבה את הפערים בין הנרטיבים ההיסטוריים של הנשיא ברק ושל השופט זמיר, וזאת הגם שהאחרון הצטרף לעמדת הראשון בנקודות משפטיות-דוקטרינריות מכריעות (ראו זמיר, פס' 4 (עמ' 470)). אם כך, אף שרב הפיתוי לטעון כי הנשיא ברק דיבר בשם "בית המשפט" או "רוב השופטים", אין זה ראוי לדעתי לטעון כך בהקשרו של מאמר זה. לפיכך במאמר זה הדיון בגרסת הנשיא ברק יתייחס רק לאמור בחוות-הדעת שלו בפסק-הדין.

עוד אעיר כאן כי אין ספק שסדר כתיבת חוות-הדעת של השופטים השפיע על האופן שבו הם הביעו את דעותיהם (גם) ביחס להיסטוריה החוקתית של המדינה. הדברים נכונים במיוחד ביחס לחוות-דעתו של השופט חשין, הכוללת התייחסות רבה ומפורטת לתזות ההיסטוריות שהביעו הנשיאים שמגר וברק, ואלה האחרונים מביעים בתורם את עמדתם הביקורתית ביחס לעמדתו של חברם השופט חשין (אך זאת, כמובן, רק לאחר שחוות-דעתם הושלמה כמעט). ראו הנשיא שמגר, פס' 32 (א) (עמ' 283); הנשיא ברק, פס' 40–49 (עמ' 391–401) והדיון להלן ליד ה"ש 240. למקרא פסק-הדין נדמה שחוות-הדעת השונות מוצגות לפי סדר הכתיבה של השופטים, אך אין כל ביטחון שכך אכן היו פני הדברים.

13 כמו-כן, המאמר לא יטריד את עצמו בהצבעה על שגיאות היסטוריות קלות שנפלו בפסק-הדין (למשל, כאשר נאמר כי מדינת-ישראל קמה ביום ה' באייר התש"ח, 15.5.1948, אף שהמועד הלועזי הנכון הוא 14.5.1948 – ראו הנשיא ברק, פס' 10 (עמ' 359)), אשר מקורן בוודאי בטעויות הגהה ותו לא.

והיא אף היא צובעת (לאחור) באור פרוגרסיבי את מהלך הדברים בשדה החוקתי בישראל משנת 1948 ואילך.

בפסק-דינו של השופט חשין אני מאתר שני זרמים, אשר מתח ברור מתקיים ביניהם. מחד גיסא, ניתן לקרואו כשקוע בהיסטוריוגרפיה פוסט-מודרניסטית/פוסט-סטרוקטורליסטית, שמכוחה השופט חשין מבקר נחרצות את הנרטיב של הנשיא ברק (ובמידה פחותה גם את זה של הנשיא שמגר). בפשטות, בעוד הנשיא ברק רואה סדר בהיסטוריה החוקתית של המדינה, בידיו של השופט חשין רצף המאורעות שאירעו במהלכה נדמה לבוקה ומבוקה ומבולקה.¹⁴ מאידך גיסא, השופט חשין מקדם עמדות נורמטיביות והיסטוריות שניתן לכנותן "מהותניות"¹⁵ או "הגדרתיות".¹⁶ וזאת מדוע? מכיוון שהן מבוססות על ההנחה שלמושגים ולמוסדות יש מהות אשר מגדירה אותם והופכת אותם למה שהם, ומהות זו מוחזקת לרוב כנתונה, כברורה ואף קבועה. לפי גישה זו, מכיוון שמהות זו היא-היא המושגים והמוסדות הללו, אין להם קיום בלעדיה. הלך-מחשבה זה הוא המוביל את השופט חשין, למשל, לקביעת הגבלות בנוגע לכוחה של הכנסת, שמקורן (לדעתו) בעצם מהותה של הכנסת ככנסת.¹⁷ בהתאמה, השופט חשין מבקש להציג גם את ההיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל כנגזרת של המושגים הרלוונטיים, קרי, של הסטרוקטורות המושגיות-המבניות שבתוכן פועלים – ותמיד פעלו – הכנסת ובית-המשפט. בסיכומו של הדיון בפסק-דינו של השופט חשין¹⁸ אסביר מדוע ניתן לטעון כי חרף עיסוקו הנרחב באירועי העבר, למעשה השופט חשין כאילו "בורח מההיסטוריה" ומגלה עניין מוגבל במיוחד בנקודת-המבט ההיסטורית.

אם הנרטיב של הנשיא ברק הדגיש את תפקידם של שחקני המשפט בכינון המהפכה החוקתית, והשופט חשין התמקד בסימון הסטרוקטורות שהבנו את פעולתם, השופט זמיר מציג

14 השוו לאמור להלן ליד ה"ש 224.

15 איני נדרש לפתח במסגרת זו דיון נרחב במושג זה. די לי בהגדרה שבטקסט, אשר חוזרת על קביעתו הידועה של ג'ון לוק (John Locke), שלפיה "Essence may be taken for the very being of any thing [sic], whereby it is, what it is" ראו JOHN LOCKE, AN ESSAY CONCERNING HUMAN UNDERSTANDING 124 (Gary Fuller et al. eds., 2000). ראו עוד להלן ה"ש 16–17.

16 גישתו של השופט חשין הינה "הגדרתית" במובן זה שהוא מסתמך על הגדרה "ממשית", 'מושגית', או 'אובייקטיבית' של מושגים. ראו עדי אופיר "הגדרה" מפתח – כתב עת לקסיקלי למחשבה פוליטית 11, 71, 72 (2017). לחלופין, אם נמשיך להיצמד למונחיו של אופיר, ניתן לומר כי פסק-דינו של השופט חשין משופע ב"טענות ממשיות". ראו שם.

17 כך, למשל, הוא קובע כי "יש תכונות אופייניות השוכנות בגנים של הכנסת – בהיותה מה שהיא – ומאותם עקרונות, מאותן תכונות, לא תוכל הכנסת להשתחרר. אותן תכונות הן-הן הכנסת" (השופט חשין, פס' 101 (עמ' 546)). ראו הערות ברוח דומה שם, פס' 82, 91 (עמ' 531, 538, בהתאמה).

השוו למקורות הנזכרים להלן בה"ש 212 וכן לאופיר, לעיל ה"ש 16, שם מתייחס אופיר לגישה שלפיה "הגדרה היא תשובה הולמת לשאלה 'מהו X', כאשר 'מהו' מתייחס... ל'מה' שלו, כלומר למהותו" (שם, בעמ' 72) ואומר את הדברים הבאים: "אני מציע להכיר בלגיטימיות של הגדרות ממשיות בתור ניסיונות לומר משהו מהותי על דברים שקיימים ועל עניינים שעל הפרק. אכן, אין מדובר בייצוג לשוני של הדברים כשלעצמם, אלא רק כפי שהם מופיעים עבורנו, תחת תנאים היסטוריים מסוימים, תחת משטר חושי, לשוני והכרתי מובחן, אבל תמיד מופיעים כך שאי אפשר לצמצם אותם למילים המתארות אותם ולמבט הצופה בהם" (שם, בעמ' 84).

18 ראו להלן בסוף תת-פרק 3.

עמדת-ביניים רבת עוצמה: הוא רואה את פסק-הדין בפרשת ברגמן הנודעת¹⁹ ואת האדם שחתום עליו (השופט – לימים הנשיא – לנדוי) כמי שבישרו בשעתם על מהפכה חוקתית וסימנו, בצורה ברורה, את המשך מהלכה בואכה פרשת בנק המזרחי. גישה זו מכירה אפוא בכוחם של שחקני משפט להתוות את הדרך (כפי שעשה השופט לנדוי), אך זאת רק בגבולות האפשר במסגרת המוסדית-החברתית הנתונה. כמוסבר בהמשך, עמדה זו מקיימת את עיקריה של ההיסטוריוגרפיה הקשורה לאסכולות "המוסדיות החדשה" (New Institutionalism), והנרטיב ההיסטורי של השופט זמיר עולה בקנה אחד עם היסטוריוגרפיה "תלוית-מסלול" (path-dependent), הקשורה אליהן.

הדיון במאמר יציג את ההיסטוריוגרפיות השונות הללו ואת מבעיהן בפסק-הדין, יבהיר את מושגיהן ויבחן אותן בצורה ביקורתית. המאמר בכללותו נדרש במפורש ובהרחבה יחסית לכל אחת מההיסטוריוגרפיות שצוינו זה עתה, ונותן בהן סימנים, לא רק במטרה לקדם את הדיון ההיסטוריוגרפי במשפט הישראלי (ובוודאי לא על-מנת להכביד בשפת ז'רגון), אלא גם מטעם נוסף. כפי שנראה, כל אחת מההיסטוריוגרפיות אשר נגלות לטענתי בפסק-הדין נטועה בשורה של הכרעות בסוגיות חשובות שדיון היסטוריוגרפי מבקש אותן. המאמר יתמקד בשלוש סוגיות מרכזיות ממין זה, אשר ישובו ויעלו במהלך דרכנו: (1) חלקו של בית-המשפט העליון עצמו בכינון המהפכה החוקתית; (2) מידת האוטונומיה המוקנית לשחקנים ההיסטוריים במהלך ההתפתחות ההיסטורית (לשון אחר, מידת האג'נטיות (agency) המוקנית להם); (3) הסוגיה, שכבר נזכרה לעיל, שעניינה יחסו של פסק-הדין למודל החוקתי שאומץ בפסיקה קודמת של בית-המשפט העליון. אכן, אחת ממטרותיו של המאמר היא להצביע על תרומתו של העיון ההיסטוריוגרפי להעלאת סוגיות כאלה לדיון ולטיפול בהן. המאמר יצביע לפיכך על הקשר בין ההיסטוריוגרפיות שאומצו בחוות-הדעת של השופטים במטרה לתת תוקף למסקנות נורמטיביות מסוימות לבין סוגיות אלה, המגולמות אף הן בדברים שנכתבו באותן חוות-דעת. לסיכום, מאמר זה מבקש להשתמש בכלי ניתוח היסטוריוגרפיים²⁰ על-מנת לחשוף ולאגור את האופנים שבהם נדרשו השופטים למחקר היסטורי בבקשם לבסס את טענותיהם הנורמטיביות בפסק-הדין.²¹ חשיפה זו של ההיסטוריוגרפיות השונות שנקטו על-ידי השופטים

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

20 לא למותר לציין כי איני מתיימר, ולו ברמז, לטעון כי דבריי במאמר ממצים את מה שיש לשדה העצום של ההיסטוריוגרפיה "לומר" על פסק-הדין. היה אפשר, למשל, לבחון את חוות-הדעת בפסק-הדין לפי הטיפולוגיה המאלפת המוצעת בספרו המשפיע של היידן וייט: HAYDEN WHITE, *METAHISTORY: THE HISTORICAL IMAGINATION IN NINETEENTH-CENTURY EUROPE* (1973). בחרתי לקשר את חוות-הדעת של השופטים לזרמים מרכזיים בהיסטוריוגרפיה של העת האחרונה, וביארתי במאמר את מושגיהם של אותם זרמים, מכיוון שסברתי כי יש בכך כדי להציג בצורה מקיפה, מנומקת ומשמעותית נקודת-מבט נוספת על פסק-הדין אשר כה רבות כבר נאמר עליו. כן סברתי שהדבר עשוי אף לקדם את הדיון ההיסטוריוגרפי-המשפטי בישראל, בין היתר מכיוון שאופן הניתוח של השופטים בפסק-הדין אינו יוצא-דופן. ראו להלן ה"ש 112.

21 ניתן לדמות את הדבר לנסיגה של חוקרי משפט כספרות לחשוף טכניקות פואטיות, נרטיביות ורטוריות ששופטים משתמשים בהן כדי לקדם את קביעותיהם הנורמטיביות, במטרה להנכיח את הטכניקות הללו ולעשות פרובלמטיזציה שלהן. יש כמובן ספרות עצומה המוקדשת למשפט

מציגה נקודת-מבט מושכלת נוספת, חשובה ומשמעותית, שדרכה ניתן לבחון באור אחר את פסק-הדין דנן, כמו-גם פסקי-דין נוספים העורכים דיונים היסטוריוגרפיים. מכאן שיש לדיון הנערך במאמר חשיבות בכמה מישורים. ראשית, המאמר עורך בירור מדוקדק של האופן שבו הובנה פסק-דין היסטורי של בית-המשפט העליון. שנית, הוא בוחן בצורה מעמיקה את ההיסטוריה החוקתית הכלולה בפסק-הדין ואת יחסה להיסטוריוגרפיה ההיסטורית-החוקתית שקדמה לו. שלישית, המאמר מעיין – ומזמין עיון נוסף – בדרכים שבהן בית-המשפט משתמש בהיסטוריה בהתוותו הלכות משפט.

הדיון במאמר יתקדם בסדר הבא. פרק א יציג את המסד המשפטי-העובדתי שעליו נערך הדיון בפסק-הדין. פרק ב יציג את קווי המתאר של הנרטיבים ההיסטוריים הנכללים בחוות-הדעת של הנשיאים שמגר וברק והשופטים חשין וזמיר, ויבחן את זיקותיהם של נרטיבים אלה לכתיבה מוקדמת על-אודות מפעל החוקה הישראלי. פרק ג הוא לב המאמר. בו תיערך בחינה יסודית של ההיסטוריוגרפיה המגולמת בדבריהם של הנשיא ברק והשופטים חשין וזמיר. הפרק לא יסתפק בחשיפת ההיסטוריוגרפיות המתרוצצות בפסק-הדין, אלא גם יציע אילו בעיות מתעוררות בהקשרה של כל אחת מהן. לקראת סיום אציג בפרק ד, כנקודה למחשבה, הרהורי כפירה על העמדה שבבסיס המאמר, שלפיה יש מקום לבחון את פסק-הדין במשקפיהן של תורות היסטוריוגרפיות "רגילות". כנגד עמדה זו, שמאמר זה מבוסס עליה, אציין גישות הסוברות – במידה שונה של חומרה – כי יש להבחין היטב בין עיסוק שיפוטי בהיסטוריה לבין מחקר היסטורי מן השורה. לבסוף, פרק ה יסכם.

א. אבני המשחק: "הנתונים החוקתיים"²²

נקודת המוצא המוסכמת על כל השופטים היא הכרות העצמאות.²³ מקובל על הכל שההוראה הקבועה בה אשר בהתאם לה הוכרה מועצת המדינה הזמנית כ"מוסד החקיקתי העליון של

וספרות. ראו, למשל, שולמית אלמוג משפט וספרות (2000); GUYORA BINDER & ROBERT WEISBERG, LITERARY CRITICISMS OF LAW (2000).
 22 הנשיא ברק, פס' 9 (עמ' 359), שם מדבר הנשיא ברק על "העובדות החברתיות שעליהן בנוי משטרה של מדינת ישראל", כלומר, על "הנתונים החוקתיים... שמהם יונקים שלושת המודלים [המשפטיים המבססים את סמכותה המכוננת של הכנסת – "ש" ... את חיותם". רבות נכתב לאורך השנים על-אודות ההיסטוריה החוקתית בישראל. ראו, למשל, יצחק ה' קלינגהופר "הקמת מדינת ישראל: סקירה היסטורית-חוקתית" יצחק זמיר ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 53, 78 (יצחק זמיר עורך, 1993); אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 276–278 (מהדורה שלישית, 1980); Nimmer, לעיל ה"ש 5; Amos Shapira, *Judicial Review Without a Constitution: The Israeli Paradox*, 56 TEMPLE L.Q. 405 (1983); Ruth Gavison, *The Controversy Over Israel's Bill of Rights*, 15 ISR. Y.B. HUM. RIGHTS 113 (1985); Asher Maoz, *Defending Civil Liberties Without a Constitution – The Israeli Experience*, 16 MELB. U. L. REV. 815, 818–819 (1988); Daphne Barak-Erez, *From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective*, 26 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 309, 312–322 (1995); Aeyal M. Gross, *The Politics of Rights in Israeli Constitutional Law*, 3 ISR. STUD. 80, 81–83 (1998).

המדינה²⁴ היא נורמת-היסוד של המדינה.²⁵ בהוראה זו העניקה לעצמה מועצת העם – היא מועצת המדינה הזמנית – סמכות בלתי-מוגבלת, וזאת מבלי להסתמך על כל מקור משפטי אחר, "בחנינת יש הנוצר מאין".²⁶ זהו, מהבחינה המשפטית, המפץ הגדול, אשר כל השופטים מתחילים בו את המסע.²⁷

לפי הוראתה המפורסמת של הכרזת העצמאות, "החל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר התש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית". אם בשש המילים האחרונות של הוראה זו נקבעה, כפי שראינו, הנורמה הבסיסית של המדינה,²⁸ באמצעה נקבעה – אף זאת במילים ספורות בלבד – דרך לקבלת חוקת-יסוד למדינת-ישראל, קרי, על-ידי אספה מכוננת נבחרת.²⁹ ואם בתחילה היה נדמה שמועצת המדינה הזמנית מקפידה לצעוד בתוואי שנקבע בהכרזת העצמאות, תוך זמן קצר יחסית הובהר שהיא בחרה לה דרך אחרת. הדברים ידועים, ואין צורך להאריך.

בראשי-פרקים, זה היה מהלכה של מועצת המדינה הזמנית. עוד במועד ההכרזה היא פרסמה מנשר שקבע כי "מועצת המדינה הזמנית היא הרשות המחוקקת".³⁰ על הוראה זו חזרה

23 היה אפשר לחשוב על נקודות פתיחה אחרות למסע, במיוחד ככל שמדובר בעקרונות-יסוד חוקתיים. למשל, היה אפשר לציין בהקשר זה את מסורת המשפט המקובל המנדטורי או את החלטת האומות המאוחדות מכ"ט בנובמבר 1947. ראו אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" משפטים כט 689 (1998); יוסף מ' ארעבי "מה גובר: הזכות לישון בשקט או חופש דת?" הארץ (26.3.2017) www.haaretz.co.il/opinions/premium-1.3952948.

יתר על כן, היה אפשר לציין את עבודתה של "המועצה המשפטית", אשר היוותה חלק מוועדת המצב שהקימה הנהגת היישוב בסוף שנת 1947 לקראת יציאת הבריטים מן הארץ. המועצה המשפטית עסקה בשאלות חוקתיות רבות. עוד היה אפשר להפנות להצעות חוקה למדינה החדשה אשר הוכנו על-ידי אישים שונים לפני ההכרזה על הקמת המדינה או סמוך לאחר-מכן. על עבודת המועצה ועל הצעות החוקה האמורות ראו, למשל, יאיר שגיא "הסמכות והרשות: על הקמת בית המשפט העליון במדינת ישראל" משפטים מד 7, 17–20, 32–33 (2013), ודהפניות שם. כן ראו להלן ה"ש 27.

24 הנשיא ברק, פס' 10 (עמ' 359).

25 הניתוח במושגי "הנורמה הבסיסית" (וראו עוד להלן ליד ה"ש 119–121) מתבסס כמובן על כתיבתו של הנס קלזן – "קלזן הגדול", בלשונו של השופט חשין. חשין, פס' 33 (עמ' 491). ראו עוד, למשל, הנשיא ברק, פס' 6 (עמ' 356).

26 אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 42 (מהדורה רביעית, 1991).

27 בכמה נקודות נזכרת בדברי השופטים גם החלטת האומות המאוחדות מכ"ט בנובמבר 1947, שבה נקבעה מסגרת לקבלת חוקה על-ידי אספה מכוננת בשתי המדינות – "הערבית והיהודית" – שהיו אמורות לקום בהתאם להחלטה זו. ראו הנשיא ברק, פס' 10 (עמ' 360). השוו ל-Nimmer, ה"ש 5, בעמ' 1240–1246.

28 ראו קלינגהופר, לעיל ה"ש 22.

29 לדיון ראשוני במקורותיה של הוראה זו ראו להלן ה"ש 275.

30 מנשר מס' 1 של מועצת המדינה הזמנית גנוך המדינה, פ-3074/6 (14.5.1948).

המועצה בפקודת סדרי השלטון והמשפט, שפורסמה סמוך לכך.³¹ במקביל מינתה המועצה ועדה מיוחדת לענייני חוקה,³² וזו ערכה את ההסדרים הנדרשים לבחירת אספה מכוונת.³³ הבחירות לאספה המכוונת לא נערכו במועד שיועד להן בהכרזת העצמאות. למעשה, הן נערכו רק ביום 25.1.1949, כלומר, לאחר המועד הנקוב בה (1.10.1948) לפרסומה של חוקה ולסיום עבודתה של האספה הנבחרת.³⁴ משמעותית יותר היא העובדה שעם היבחר האספה המכוונת פיזרה עצמה מועצת המדינה הזמנית. וכך, במקום שהשתיים יכהנו במקביל – האחת כרשות מחוקקת והאחרת כרשות מכוונת – עד לבחירתם של מוסדות מדינה קבועים בהתאם לחוקה שתוציא האספה המכוונת מתחת ידה, נהפכה האספה המכוונת לגוף היברידי בעל סמכות מכוונת וסמכות מחוקקת. מבחינה משפטית אירעה הטנספורמציה בשני שלבים משלימים: תחילה החליטה מועצת המדינה הזמנית להתפזר עם היבחר האספה המכוונת, ולהעביר אל האחרונה את כל סמכויותיה;³⁵ ובהמשך לכך, מייד עם היאסוף האספה המכוונת, היא קיבלה את חוק המעבר, התש"ט–1949, שבפתחו נאמר בפשטות כי "לביית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא 'הכנסת'. לאסיפה המכוונת ייקרא 'הכנסת הראשונה'. לציר האסיפה המכוונת ייקרא 'חבר הכנסת'".³⁶ שאר הוראותיו של חוק המעבר התייחסו, גם אם בקצרה, לפעולתם של הכנסת, נשיא המדינה והממשלה.

הכנסת הראשונה כיהנה רק שנתיים ומחצה (מיום 14.2.1949 עד ליום 20.8.1951). במהלך נקבעו שתי נקודות-ציון, שעל משמעותן ניטשה מחלוקת לאורך השנים וגם בפסק-הדין. הראשונה מביניהן הייתה "החלטת הררי" מאמצע שנת 1950, שזו לשונה:

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.³⁷

-
- 31 ראו ס' 7 (א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח–1948. הפקודה התקבלה ב-19.5.1948, אך הוחלה למפרע ממועד הכרזת המדינה (ראו ס' 23 לפקודה).
- 32 על עבודתה של ועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית ראו, למשל, Amihai Radzyner, A *Constitution for Israel: The Design of the Leo Kohn Proposal, 1948*, 54 *ISR. STUD.* 1 (2010). כן ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 79.
- 33 פקודת הבחירות לאסיפה המכוונת, התש"ט–1948, ע"ר תוס' א 52.
- 34 על נסיבות קביעתו של מועד הבחירות ראו Meir Chazan, *Israel Goes to the Polls: The Road to Elections for the Constituent Assembly, 1948–1949*, 31(2) *ISR. STUD. REV.* 80, 81–84 (2016).
- 35 פקודת המעבר לאסיפה המכוונת, התש"ט–1949, ע"ר תוס' א 105.
- 36 ס' 1 לחוק המעבר, התש"ט–1949.
- 37 ד"כ 5, 1743 (התש"י). לבחינת הרקע ההיסטורי להחלטת הררי ראו Orit Rozin, *Forming a Collective Identity: The Debate over the Proposed Constitution, 1948–1950*, 26 *J. ISR. HIST.* 251 (2007).

שנית, ביום 4.4.1951, כארבעה חודשים לפני יום הבחירות לכנסת השנייה (שנערכו ביום 30.7.1951), התקבל בכנסת חוק המעבר לכנסת השניה, התשי"א-1951, שבו נקבע כי "לכנסת השניה ולחבריה יהיו כל הסמכויות, הזכויות והחובות שהיו לכנסת הראשונה ולחבריה", וכי "חוק זה יחול... גם על המעבר לכנסת השלישית ולכל כנסת שלאחריה, כל עוד לא קיבלה הכנסת חוק אחר בדברים הנידונים בחוק זה".³⁸

הכנסת השנייה לא קיבלה שום חוק-יסוד, אם כי גם היא – כמו קודמתה – חוקקה חוקים "רגילים" בעלי משמעות חוקתית ברורה.³⁹ הייתה זו הכנסת השלישית שקיבלה את חוק-היסוד הראשון, הלא הוא חוק-יסוד: הכנסת. הכנסת השלישית אף הגדילה לעשות וכללה סעיפים משוריינים בחוק-היסוד הבכור האמור, שאותם יוכל לשנות רק רוב מקרב כלל חברי הכנסת.⁴⁰ מאז ועד היום הוראות שריון כאלה מוכרות כהוראות "שריון פורמלי".

עד לחודש מרץ 1992 קיבלה הכנסת עוד שמונה חוקי-יסוד. עם זאת, אין לומר שהכנסת עסקה בעניין באינטנסיביות: הכנסת השביעית לא קיבלה שום חוק-יסוד; ולבד מהכנסת השמינית (שחוקקה שני חוקי-יסוד),⁴¹ כל שאר הכנסות הסתפקו, כל אחת בתורה, בקבלתו של חוק-יסוד אחד. עוד יש לציין כי הכנסות שלאחר הכנסת השלישית כללו בחקיקת-היסוד שלהן מעט מאוד הוראות המוגנות בשריון פורמלי.⁴² לבסוף, באותו חודש מרץ 1992 הנודע, בימי מושבה של הכנסת השתים-עשרה, התקבלו חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר בשניהם נכללה לראשונה הוראה המגבילה פגיעה בהוראות חוקי-היסוד הללו בהתקיימותם של תנאים ("מהותיים") מסוימים. הוראה זו מכונה מאז ועד היום "פסקת ההגבלה".⁴³ חוק-יסוד: חופש העיסוק כלל לצד זה גם "סעיף נוקשות", שהציב שריון פורמלי מפני שינוי חוק-היסוד.⁴⁴

- 38 ס' 5, 10 לחוק המעבר לכנסת השניה, התשי"א-1951.
- 39 לשם הדוגמה, הכנסת השנייה קיבלה את חוק האזרחות, התשי"ב-1952. הכנסת הראשונה אימצה, בין היתר, את חוק השבות, התש"י-1950; חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951; וחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951.
- 40 חוק-היסוד התקבל ביום 12.2.1958. כאשר התקבל חוק-היסוד, נכללו בו הוראות שריון בס' 4 ו-45. לאחר-מכן הוספו הוראות השריון הבאות: ס' 9א (א) ("הכנסת לא תאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת") וס' 45א (המחיל את הוראת הנוקשות של ס' 45 גם לעניין שינוי ס' 9א(א)).
- 41 הכנסת השמינית קיבלה את חוק-יסוד: משק המדינה ואת חוק-יסוד: הצבא. כידוע, בשנת 1992 הצטרפה הכנסת השתים-עשרה למועדון המצומצם עד-מאוד של כנסות שחוקקו יותר מחוק-יסוד אחד בימי-חלדן: הכנסת השתים-עשרה קיבלה, כאמור, את חוק-יסוד: חופש העיסוק ואת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 42 מבין ארבעה-עשר חוקי-היסוד שחוקקו מהכנסת השלישית ועד היום, רק שישה כוללים הוראות המוגנות בשריון פורמלי: חוק-יסוד: הכנסת; חוק-יסוד: הממשלה; חוק-יסוד: השפיטה (הקובע בס' 22 יציבות מפני תקנות שעת חירום); חוק-יסוד: ירושלים; חוק-יסוד: חופש העיסוק (הקובע גם שריון מהותי לצד זה הפורמלי – ראו להלן ליד ה"ש 43); חוק-יסוד: משאל עם.
- 43 ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 44 ס' 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. ראו גם ס' 8 לחוק-היסוד ("פסקת ההתגברות"). מסיבות שונות, אשר אין זה המקום לפרטן, התקבל חוק-יסוד: חופש העיסוק שנית, בשינויים מסוימים, במהלך שנת 1994. במסגרת זו הוספה לו "פסקת ההתגברות" שבס' 8 לחוק-היסוד. גם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו תוקן בשנת 1994. על כך ראו, למשל, Barak-Erez, לעיל ה"ש 22, בעמ' 328–331.

אלה היו, בקיצור נמרץ ובקווים גסים, דברי-החקיקה העיקריים שהפיקה הכנסת לאורך השנים בשדה החוקתי ואשר עמדו לנגד עיניהם של השופטים בעת כתיבת פסק-הדין בפרשת בנק המזרחי.⁴⁵ בשל מרכזיותם הברורה של דברי-החקיקה ומקורות משפט פורמליים נוספים בדיון השיפוטי, התעכבנו כאן בעת הנחת התשתית לדיון כולו – כפי שעשו גם שופטי ההרכב בפסק-הדין – על עלילותיהם של מקורות המשפט החוקתי הפורמליים שקבעה הכנסת לאורך השנים. עם זאת, לרשות השופטים שישבו בדיון בפרשת בנק המזרחי עמדו כמובן מקורות רבים נוספים שמהם היה אפשר ללמוד על אומד-דעתם של חברי הכנסת שקיבלו את דברי-החקיקה האמורים. לצד דברי הכנסת והחלטות מליאה, כללו דברי ימי הכנסת גם דיונים נרחבים ומרתקים שנערכו לאורך השנים בשאלות דגן במליאת הכנסת ובוועדותיה. חברי הכנסת (ואנשי ציבור נוספים) העסיקו את עצמם בשאלות החוקתיות גם במקומות אחרים – למשל, בעת ניסוח מצעי המפלגות השונות לקראת ימי בחירות.⁴⁶ אכן, כפי שנראה, כל המקורות הללו, וכן מקורות נוספים, נדונו ונזכרו בהנמקות השופטים בפסק-הדין.

כידוע, שיטת המשפט הישראלית קבעה לה מראשיתה מקור משפטי-פורמלי תקף נוסף לצד חקיקת הכנסת (וכן לצד, למשל, חקיקת-המשנה של הרשות המבצעת), הלא הוא המשפט המקובל תוצרת ישראל, בעיקר כפי שהוא בא לידי ביטוי בפסיקת בית-המשפט העליון.⁴⁷ בהתאם לכך נמצא בפסק-הדין דיון גם בפסיקה קודמת של בית-המשפט העליון, במיוחד ככל שזו נגעה בשאלת מעמדם החוקתי העדיף של חוקי-היסוד. גם כאן הדברים ידועים. שמם של פסקי-הדין הרלוונטיים מוכרים לכל בר בר בי רב בתחום המשפט החוקתי בישראל: מי אינו מכיר, למשל, את פסקי-הדין ברגמן, אגודת דרך ארץ ורובינשטיין, אשר עסקו בכוחה של הכנסת לגבור על סעיפים משוריינים שבחוק-יסוד: הכנסת ונתנו תוקף למחסום (הפרוצדורלי) הקבוע בהם.⁴⁸ מן הצד שכנגד, הכל זוכרים את פסקי-הדין קניאל, נגב ורסלר, שבהם סירב בית-המשפט העליון, בלשון חד-משמעית, להטיל מגבלות על חקיקת הכנסת (מחוץ לסעיפים משוריינים שבחוקי-היסוד) מכוחם של חוקי-היסוד או מכוחו של כל מקור משפטי אחר.⁴⁹ לצד אלה, ואף זאת ידוע, עומד פסק-הדין בפרשת תנועת לאו"ר, שבו השמיע השופט ברק דברים

45 מאוחר יותר התקבלו חוקי-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 ו-2010 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה); חוק-יסוד: משאל עם; חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2017 ו-2018 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה).

46 ראו, למשל, הנשיא ברק, פס' 16–17 (עמ' 366–368).

47 אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ 197 (1992); מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת-המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1987).

48 פרשת ברגמן, לעיל ה"ש 19; בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1 (1981); בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז (3) 141 (1983).

49 בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז (1) 794 (1973); ע"פ 107/73 "נגב" – תחנת שירות לאוטומוביל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (1) 640 (1974); בג"ץ 60/77 רסלר נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא (2) 556 (1977). ראו גם, למשל, ע"א 228/63 עוז נ' עזר, פ"ד יז 2541, 2547 (1963) (השופט ברנזון: "נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה"). לניתוח ביקורתי של פסיקה זו ולהפניות לפסיקה רבה נוספת באותה רוח ראו טל "מחוקק כל-יכול: האמנם?", לעיל ה"ש 5.

יוצאי-דופן – בוודאי יוצאי-דופן לזמנם, ככל שבפסיקת בית-המשפט מדובר – בדבר עליונותם הנורמטיבית של חוקי-היסוד על דברי-חקיקה "רגילים" של הכנסת.⁵⁰ לבסוף, אין חולק שלאחר חקיקת חוקי-היסוד בשנת 1992 השמיעו שופטים נוספים עמדות שאימצו את הלך-החשיבה שעליו הצביע השופט ברק בפרשת תנועת לאו"ר, הגם שהם לא קבעו הלכה מחייבת בנדון.⁵¹ זה היה, בראשי-פרקים, המצע הפסוק שעזמו התמודדו השופטים בפסק-הדין בפרשת בנק המזרחי.⁵²

לסיכום, בניסוח דוקטרינרי, עד לפסק-הדין בפרשת בנק המזרחי אימץ המשפט הישראלי את דוקטרינת דייס-וסטימינסטר, המקנה סמכות בלתי-מוגבלת לפרלמנט,⁵³ אך זאת תוך הכרה בכוחו המחייב של שריון פורמלי בחוק-יסוד, מכוחה של הלכת ברנמן. אין פלא שבראיה זו התמצתה המהפכה שנכללה בין דפיו של פסק-הדין, במידה רבה, בגדיעתה של הפסיקה הישראלית אשר קיבעה את דוקטרינת וסטמינסטר נוסח ישראל ובהכרזה דרמטית על עידן חדש במשפט החוקתי הישראלי.⁵⁴ לכן גם אין זה מפתיע שפסק-הדין חייב את השופטים לבחון בצורה מעמיקה את היחס שבין הכרעתם בפסק-הדין לבין המסגרת החוקתית שאותה ביססו דורות קודמים של שופטים, קרי דוקטרינת וסטמינסטר נוסח ישראל, כמו-גם העקרונות החוקתיים וזכויות-היסוד שנקבעו בפסיקה קודמת.

ב. קווי מתאר

פרק זה יציג בתכלית הקיצור את קווי המתאר של הסיפורים ההיסטוריים הכלולים בחוות-הדעת של ארבעת השופטים שהתייחסותם בפסק-הדין להיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל הינה המשמעותית ביותר: הנשיאים שמגר וברק והשופטים חשין וזמיר. אך בטרם אפנה לכך ברצוני להציג רקע היסטוריוגרפי כללי, שבלעדיו יהיה זה בלתי-אפשרי להעריך את הנרטיבים ההיסטוריים של השופטים.

מעשה הפרשנות של השופטים בפסק-הדין נעשה על רקע דיונים רבי שנים, אשר מלומדי משפט ואישי ציבור מרובים היו שותפים להם, בשאלת המודל החוקתי הנוהג – וזה אשר ראוי

50 בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד (3) 529 (1990). ראו גם בג"ץ 119/80 הכהן נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (4) 281 (1980).

51 בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח (5) 441 (1994); בג"ץ 4746/92 G.P.S. Agro Exports L.T.D. נ' שר החקלאות, פ"ד מח (5) 243 (1993); בג"ץ 1255/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט (3) 661 (1995); בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (1) 290 (1993); בג"ץ 5394/92 הופרט נ' ייד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח (3) 353 (1994).

52 עוד יש להזכיר, כמובן, את בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355 (1995).
53 ראו לעיל ה"ש 5. כן ראו עמוס שפירא "בית-המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר של נייר?" עיוני משפט ג 625, 625 ה"ש 1 (1973), שם מצוטטים הדברים הבאים של השופט חיים כהן, אשר נאמרו בשנת 1974: "הכנסת היא המוסד המחוקק העליון במדינה ובתור שכזה הוא בלתי תלוי בכל גורם אחר ומעל לכל גורם אחר".

54 השופט זמיר, כזכור וכפי שנראה להלן בהרחבה, ראה את הדברים אחרת בפסק-הדין. ראו להלן תת-פרק 4.

שינהג – במדינת-ישראל. פולמוס נרחב זה היה כרוך בשורה של שאלות-יסוד בנוגע לתוכנה של החוקה הישראלית (זו המטריאלית ולצידה ניצני חקיקה חוקתית פורמלית), בנוגע למורשתה של האספה המכוננת ובנוגע לדרכים לקבלת חוקה כתובה בישראל, וזאת בהתחשב, בין היתר, במורשת האמורה (ובהנחה שהדבר נדרש בכלל). הדיון בפסקאות הבאות ייערך במבט רחב על הדיונים הללו בנקודת הזמן של ראשית שנות התשעים. אך בטרם נעשה כן יש להבהיר כי הפולמוס התנהל תחת ההנחה שהאספה המכוננת לא הנפיקה חוקה פורמלית למדינת-ישראל,⁵⁵ ושבישראל חל המודל הווסטמינסטרי בדבר עליונות הפרלמנט.⁵⁶

בחלק זה של הדיון אני מבקש להציג תרשים זרימה כללי של מגמות מרכזיות שחלשו על החשיבה המשפטית-החוקתית בישראל בתקופת התווך שמן המעבר לכנסת השנייה ועד למהפכה החוקתית. עם חלוף השנים לאחר החלטת הררי התברר לכל כי הכנסת לא תמהר להשלים את המפעל החוקתי. יתר על כן, לעיתים עלה הרושם שהכנסת חסרה את הרצון או את היכולת הפוליטית להשלים את המלאכה.⁵⁷ לא חסרו סימנים לקשיים שחוה המפעל החוקתי בישראל במהלך הדרך. העידו על כך, לדוגמה, מחדלה של הכנסת השנייה לחוקק ולו חוק-יסוד אחד, כמו-גם הקצב האיטי של קבלת חוקי-היסוד על-ידי הכנסות הבאות.⁵⁸ כפי שהוכיחו הנסיבות, לא אחת היה קשה למצוא את הרצון והתמיכה הפוליטית בקביעתן של הוראות חוקתיות (בין בחוקי-יסוד ובין בצורה אחרת).⁵⁹ ואולי מעל הכל, ככל שחלף הזמן התברר יותר

55 זאת, אף שדוד בן-גוריון, למשל, סבר כי היה אפשר לראות את חוק המעבר משנת 1949 כאותה חוקה (כתובה!) שהובטחה לישראל בהכרות העצמאות. גם אורי ידין ראה בחוק המעבר "מעשה חקיקה יסודי בשטח הקונסטיטוציה המדינית". אורי ידין "על חוק המעבר" ספר אורי ידין: האיש ופועלו כרך 90 (אהרן ברק וטנא שפניץ עורכים, 1990). ראו חשין, פס' 43 (עמ' 507–508), שם מובאים דברים ברוח זו מפי דוד בן-גוריון וחבר הכנסת זרח ורהפטיג.

56 ראו לעיל ה"ש 53. כן ראו Eliahu Likhovski, *The Courts and the Legislative Supremacy of the Knesset*, 3 ISR. L. REV. 345 (1968) (להלן: "להלן: *the Knesset*"), שם מודגשת הזיקה בין העקרונות החוקתיים באנגליה ובישראל.

57 ראו, למשל, Barak-Erez, לעיל ה"ש 22, בעמ' 314 ("For many years, the gradual enactment of the future constitution proved to be an abstention from doing just that").

58 ראו רון חריס **המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948–1977** 61–62 (2014); שמעון שטרית "ארבעים שנה למשפט החוקתי: התפתחויות בדיני חוקה – סוגיות נבחרות" **משפטים** יט 573, 612–613 (1990).

59 Gavison, לעיל ה"ש 22; "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים" **המשפט** ה 249 (2000) (להלן: "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי") (הרב-שיח התקיים במסגרת מושב הפתיחה בכנס השנתי של העמותה למשפט ציבורי, טבריה, 26.11.1998).

ניתן להציע כמה סיבות לקושי. ראשית, התפזרותה של האספה המכוננת, מבלי שזו קיבלה חוקה, הנכיחה את הקושי העצום בקבלת חוקה בישראל ואת המחלוקות הכרוכות בכך. ראו על כך, למשל, Rozin, לעיל ה"ש 37; משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" **הפרקליט** כז 30, 35 (1971) (להלן: לנדוי "חוקה כחוק עליון"). כך יכלה להתקבע התפיסה כי "שומר נפשו ירחק" ממלאכת החוקה בישראל. נוסף על כך, ככל שחלף זמן בהעדר חוקה ישראלית בנוסח פורמלי ואחור, נהפך המצב הנוהג ל"נורמלי" יותר, חרף היותה של ישראל בבדידות מזהרת בשדה החוקתי. לרבים נראָה שאפשר להתנהל כך, ללא חוקה ואף בבדידות מזהרת, והצורך בה נראָה להם כהחלטת אקוטי פחות. מכל מקום, עם התמשכותו של מפעל החוקה, "political leaders got used to the convenience of having no Constitution to check them" ראו Benjamin Akzin, *The Place of the Constitution in the Modern State*, 2 ISR. L. REV. 1, 14 n. 14 (1967).

ויותר כי קבלתה של חקיקת-יסוד שעניינה זכויות אדם תהיה כרוכה בקשיים ניכרים, בעיקר לנוכח סוגיות של דת ומדינה ושל שוויון וביטחון שהיא עוררה באופן אינהרנטי.⁶⁰ הוסכם אפוא, על דעת רוב המתדיינים, שהאספה המכוננת לא הפיקה חוקה כתובה למדינת-ישראל בהתאם למתווה של הכרזת העצמאות. כידוע, בשעתו, ואף לאחר-מכן, היו שבירכו על כך.⁶¹ לפי גישה זו, לא רק שהאספה המכוננת לא החסירה דבר, אלא שהיא הבטיחה שינהג בארץ משטר פרלמנטרי ראוי, תוך הבטחת גמישות חיונית לנוכח תנאי הארץ ותושביה. חוקה נוקשה, לפי גישה זו, הייתה עלולה לסכל גמישות זו.⁶² לפי עמדה זו, לא חטא קדמון חטאה האספה המכוננת, אלא חסד גדול עשתה.⁶³ כפי שראינו, חברי קבוצה זו נתלו באילנה של אנגליה – על מורשתה המפוארת – וכן בהצדקות של מתנגדי החוקה מקרב האבות המייסדים בישראל בקדם את עמדתם הנוגדת.⁶⁴ לפי שיטה מתחרה,⁶⁵ שקנתה תומכים בכנסת ומחוץ לה, היה על הכנסת להשלים את מפעל החוקה לישראל, בדרך זו או אחרת, וכל עוד היא לא תשלים את שהחסירה האספה המכוננת, היא תמעל בייעודה.⁶⁶

יש לזכור כי במהלך הדרך השתנו גודי הדיון בצורה משמעותית ככל שהלכה הכנסת וחוקקה אט-אט שורה של חוקי-יסוד, אשר עניינם, בהכללה, מוסדות המדינה, ובעיקר הכנסת, הממשלה, בתי-המשפט, נשיא המדינה ומבקר המדינה.⁶⁷ אכן, ככל שהתקדם מסע חקיקתם של חוקי-היסוד ה"מוסדיים", דומה שמסגרת הדיון הצטמצמה מעט: הגם ששאלת כוחה של

- 60 ראו, למשל, Barak-Erez, לעיל ה"ש 22, בעמ' 314–315; EMANUEL RACKMAN, ISRAEL'S EMERGING CONSTITUTION 1948–1951, 112–117 (1955).
- 61 מן המפורסמות הוא שרוד בן-גוריון נמנה עימם. לעמדתו של בן-גוריון ראו, בין היתר, שלמה אהרונוסון "חוקה לישראל – הדגם הבריטי של דוד בן-גוריון" פוליטיקה 2, 9 (1998); דניאל פרידמן לפני המהפכה – משפט ופוליטיקה בעידן התמימות 209–215 (2015) (להלן: פרידמן לפני המהפכה); ובעיקר ניר קידר בן-גוריון והחוקה (2015).
- 62 Lord Diplock, *On the Unwritten Constitution*, 9 ISR. L. REV. 463 (1974). נוסף על כך, היו משפטנים שטענו בתוקף כי בהעדר חוקה פורמלית "נוקשה" לא יכלה הכנסת לכבול את עצמה, וזאת במישור של המשפט המצוי. ראו Likhovski, *Legislative Supremacy of the Knesset*, לעיל ה"ש 56. מעניין שאותו מחבר הביע תמיכה זהירה באימוצה של חוקה נוקשה בישראל: Eliahu Likhovski, *Can the Knesset Adopt a Constitution Which Will Be the "Supreme Law of the Land"?*, 4 ISR. L. REV. 61, 68–69 (1969) (להלן: Likhovski, *Can the Knesset Adopt a Constitution?*).
- 63 Joshua Segev, *Who Needs a Constitution? In Defense of the Non-Decision Constitution-Making Tactic in Israel*, 70 ALBANY L. REV. 409 (2007). למשל, ראו, למשל, ראו, למשל, לעיל ה"ש 59, בעמ' 4.
- 64 ראו Akzin, לעיל ה"ש 59, בעמ' 4.
- 65 לטיעונים שהועלו במסגרת הדיון ראו, למשל, Shapira, לעיל ה"ש 22, בעמ' 409–410. כן ראו Rozin, לעיל ה"ש 37, להקשרו החברתי-הזהותי הרחב של הדיון.
- 66 ראו, למשל, דברים שמביא הנשיא ברק בפסק-דינו מפי חברי כנסת שונים המפצירים בחבריהם להשלים את עריכת חוקי-היסוד מתוך אמונה בחיוניותה של השלמת המשימה החוקתית שהוטלה על הכנסת: הנשיא ברק, פס' 27, 30 (עמ' 377, 379, בהתאמה). כן ראו להלן ה"ש 71 (להערכות שונות של העובדה שהאספה המכוננת לא הפיקה חוקה לישראל).
- 67 חוקי-יסוד: הכנסת; חוקי-יסוד: מקרקעי ישראל; חוקי-יסוד: נשיא המדינה; חוקי-יסוד: הממשלה; חוקי-יסוד: משק המדינה; חוקי-יסוד: הצבא; חוקי-יסוד: ירושלים בירת ישראל; חוקי-יסוד: השפיטה; חוקי-יסוד: מבקר המדינה.

הכנסת לקבוע – במסגרת חוקי-יסוד או בכל מסגרת אחרת – חוקים הנהנים מעליונות נורמטיבית לא נפתרה (אף לא לאחר פרשת ברגמן),⁶⁸ חקיקת חוקי-יסוד נהפכה לפרקטיקה מקובלת. בהתאם, הלכה למעשה נסב הדיון במידה רבה סביב הסוגיה של מגילת זכויות האזרח בישראל. לפי גישה מרכזית שרווחה בעת ההיא, התיקון הנדרש למסגרת החוקתית בארץ חייב את קבלתה של חוקה מקיפה, ובכלל זה מגילת זכויות אדם נוסח ישראל. זאת, מתוך אמונה יוקדת שמשוה מרכזי היה חסר במשפט החוקתי הישראלי עד למהפכה החוקתית, ודבר זה היה לא פחות מאשר מגילת זכויות אדם חוקתית שיהיה בכוחה להגביל את כוחו של המחוקק.⁶⁹ זאת ועוד, דעה מקובלת הייתה שהגבלה זו תהיה חייבת להיות כרוכה בהחלתה של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, בנוסח שזוהה מעל הכל עם תורת המשפט האמריקאית.⁷⁰ בהמשך לכך, לפי גישה זו, עדות לנוק שנגרם למשפט הישראלי עקב מחדלה של האספה המכוננת (מוצדק ככל שהיה)⁷¹ נמצאה בתפיסה החוקתית השלטת שנהגה בארץ לאחריה, אשר עדויות לה לרוב נמצאו בין דפי הפסיקה. המסר שעלה מהפסיקה היה זה: באין חוקה לישראל, ינהג בה המודל הווסטמינסטרי הבריטי-הקלסי של עליונות הפרלמנט,⁷² שבמסגרתו ייתן בית-המשפט

- 68 תעיד על כך הכתיבה הרבה שהוקדשה לפרשנותו של פסק-הדין בפרשת ברגמן. ראו, למשל, לנדוי "חוקה כחוק עליון", לעיל ה"ש 59; Claude Klein, *A New Era in Israel's Constitutional Law*, 6 ISR. L. REV. 376 (1971).
- 69 ראו, למשל, יורם דינשטיין "זכויות האדם בישראל" עיוני משפט ג 619 (1973); Gavison, לעיל ה"ש 22; עמוס שפירא וברוך ברכה "המעמד החוקתי של זכויות הפרט" עיוני משפט ב 20 (1972). להיסטוריה של הנסיונות שנעשו לאורך השנים לקבוע מגילת זכויות אדם בישראל ראו Yair Sagi, *Israel's Unconstitutional Moment? New Historiography of Israel's Founding Moments* (forthcoming 2018) (להלן: Sagi, *Israel's Unconstitutional Moment*).
- 70 Meir Shamgar, *On the Written Constitution*, 9 ISR. L. REV. 467 (1974); פנינה להב ורוד קרצ'מר "מגילת זכויות האדם בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?" משפטים ז 154 (1976); מרים בן-פורת "רב-שיח: חוקה לישראל – האם ומתי?" עיוני משפט יא 19 (1986); שטרית, לעיל ה"ש 58, בעמ' 612–614. ראו עוד, למשל, Barak-Erez, לעיל ה"ש 22, בעמ' 318–322; Marina O. Lowy, *Restructuring a Democracy: An Analysis of the New Proposed Constitution for Israel*, 22 CORNELL INT'L L.J. 115 (1989); שפירא, לעיל ה"ש 53, בעמ' 635–639; Shapira, לעיל ה"ש 22, בעמ' 429–435.
- 71 לאורך השנים נעשה לעיתים ניסיון לחרוץ את דינה – לשבט או לחסד – של האספה המכוננת אשר נמנעה מלקבוע חוקה. בתוך כך נבחנו הסיבות שהניאו את האספה המכוננת מלקבל חוקה כמובטח, וזאת בין מתוך הסכמה, בין מתוך ביקורת ובין מבלי לנקוט עמדה ישירה בנדון. ראו, למשל, רות גביון "ארבעים שנה למשפט החוקתי (תגובה להרצאתו של פרופסור שטרית)" משפטים יט 617, 619 (1990) ("...החלטת הררי היתה, לפחות בדעבד, החמצה של ההזדמנות ההיסטורית היחידה שבה אולי היה ניתן לחוקק חוקה לישראל"); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 78 (התייחסות [ל]התרחשויות מצערות בימיה הראשונים של המדינה, שביטלו את קיומה העצמאי של האספה המכוננת"). אך ראו גם Shamgar, לעיל ה"ש 70 (שם מובאת עמדה אפולוגטית ביחס לעלילותיה של האספה המכוננת); אמנון רובינשטיין "על צמיחת המשפט החוקתי" ספר שמגר – מאמרים חלק א 3, 4–5 (אהרן ברק עורך, 2003); וכן להלן ה"ש 269.
- 72 אכן, למקרא פסק-הדין בפרשת אל-כרבוטלי עולה הרושם שבית-המשפט היה מוכן בהחלט להקנות מעמד חוקתי עליון לחוקה של הכנסת כאספה מכוננת, וזאת תוך סטייה ברורה מהמודל הווסטמינסטרי הקלסי, שבו אין בכוחה של חוקה לכבול את ידי הפרלמנט. השופט אולשן קבע שם – בהפנותו לבג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 85 (1948) – כי "בית-המשפט לא קיבל את הטענה, כי [הכרזת העצמאות] מהווה את החוקה,

תוקף אף לחקיקה (מפורשת) הפוגעת בזכויות-היסוד של בית-המשפט. בכל מקרה, בית-המשפט לא יקנה מעמד חוקתי להוראות חוקי-היסוד (שאינן משוריינות).⁷³ למעשה, אף כאשר נדרש בית-המשפט להוראה משוריינת שבחוק-יסוד: הכנסת, הוא נמנע (או השיים עצמו כמי שנמנע) מלדון בשאלת מעמדה החוקתי של הוראה זו.⁷⁴

אל מול גישה זו ניצבה אפשרות מתחרה אשר זוהתה יותר מכל עם השופט לנדוי. זה האחרון אומנם ראה "הרבה מן החיוב" בהקניית מעמד חוקתי "להוראות הקובעות את מסגרת השלטון" במדינה, ואף סבר כי ראוי שביית-המשפט יפקח על מילוי של הוראות אלה על-ידי הכנסת. אך הוא התנגד נחרצות להכללתן בחוקה של "הוראות מהותיות, ובכלל זה הצהרות על עיקרי המשטר החברתי של המדינה ורשימת זכויות האזרח", לא כל שכן להחלת פיקוח שיפוטי על הוראות מהותיות מסוג זה.⁷⁵ אין פלא אפוא שכל פן במהפכה החוקתית שגולמה בפסק-הדין בפרשת בנק המזרחי – תוכנה, האופן שבו היא התקבלה, החלק שיוחס לפסיקתו במסגרתה – עורר את התנגדותו הקשה של השופט לנדוי.⁷⁶

שתי הגישות כאחת הכירו בכך שמצבה החוקתי של ישראל היה ייחודי, משום שהיא נמנתה עם קומץ מצומצם בהחלט של מדינות חסרות חוקה כתובה,⁷⁷ ומשום שהתרחשה בה סטייה מהמסלול שהותווה במגילת העצמאות. הן סיעת לנדוי והן הסיעה המתחרה סברו כי נדרש תיקון יסודי ומהיר ככל האפשר של מחדלה של האספה המכוננת, אשר הותירה את הדמוקרטיה הישראלית מוגבלת ושברירית.⁷⁸ אלה ואלה הצביעו על דרכים להשלמת המשימה. היו שסברו כי לא יהיה מנוס מאשרון החגיגי, בבוא העת, של ההוראות החוקתיות על-דרך משאל-עם,

שלאורה יש לבחון כשרותם של חוקים בטרם נקבעה על-ידי האסיפה המכוננת החוקה היסודית, אשר עצם ההכרזה מדברת עליה". ראו בג"ץ 7/48 אל-כרכוטלי נ' שר-הבטחון, פ"ד 5, 13 (1949). ראו גם ברק, פס' 10 (עמ' 360). לפי קריאה זו, גם בית-המשפט הכיר במעמדה יוצא-הדופן של האספה המכוננת כמי שהיה למעשה בסמכותה לעצב את המסגרת החוקתית בישראל כראות עיניה (ובעיקר כמי שהיה בכוחה לקבוע הגבלות על הפרלמנט, שמקומן לא הכירן במסורת הבריטית). יוצא מניתוח זה שביית-המשפט החיל את מסגרת החשיבה הקלסית הבריטית, והניח אותה בתשתית מערכת היחסים שבין בית-המשפט לכנסת, רק משהתפזרה האספה המכוננת והתבררו הקשיים הרעיוניים שזו הותירה אחריה.

73 לפסיקה האמורה ראו לעיל ה"ש 49. כן ראו, למשל, Barak-Erez, לעיל ה"ש 22, בעמ' 318–319.

74 ראו פרשת ברגמן, לעיל ה"ש 19. אך ראו גם את הערתו של השופט שלמה לויין בפרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 48, בעמ' 147–148: "כמו במקרים הקודמים, שבהם נדונה שאלת השוויון בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת... אין היועץ המשפטי לממשלה מעלה טענה של העדר שפיטות, ואין הוא מבקש להעמיד לבחינה שיפוטית את שאלת היחס בין חוק יסוד לבין חוק ירג'יל, תוך שהוא שומר לעצמו את הזכות להעלות שאלות אלו ושאלות דומות להן, במקרים שבעתיד... לפיכך נתבקשו על-ידי לדחות את העתירה לגופה. אכן יש לציין, במאמר מוסגר, שכלל שהולך ורב מספר המקרים, שבהם דן בית-משפט זה בעתירות בעלות משמעות קונסטיטוציונית מהסוג האמור לגופן, כן פוחת והולך הסיכוי, שביית-משפט זה ימשוך את ידו מהדיון בהן, גם כשהיועץ המשפטי לממשלה יראה בעתיד לעורר 'שאלות כאלה ושאלות דומות להן'".

75 לנדוי "חוקה כחוק עליון", לעיל ה"ש 59, בעמ' 32 ו-34.

76 ראו להלן ה"ש 284.

77 Mark Tushnet, *Constitution, in The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* 217 (Michel Rosenfeld & András Sajó eds., 2012).

78 ראו לנדוי "חוקה כחוק עליון", לעיל ה"ש 59, בעמ' 31.

למשל.⁷⁹ אחרים, אשר שרטטו שני כתרים לראשה של הכנסת (הכנסת כרשות מכוננת והכנסת כרשות מחוקקת), הציעו לחתור לסיום המתווה של החלטת הררי, תוך קביעת מגילה של זכויות אדם וחתימת המפעל החוקתי על-ידי הכנסת.⁸⁰

בשורה התחתונה, התמונה העולה מתיאור הדברים, הן לשיטת לנדוי והן לשיטה המתחרה, לא הייתה של מסע פרוגרסיבי אשר ראשיתו בימים ההם – בימי האספה המכוננת – וסופו בזמן הזה. האספה המכוננת לא נתפסה כקרש-קפיצה לעבר חוקה, אלא לכל-היותר כמי שהניחה לפתח הדורות הבאים את הפשרה שגולמה בהחלטת הררי⁸¹ – פשרה שקשה לקבוע בצורה החלטית מה תוקפה ומהן גבולותיה. רבים ושונים סברו כי העובדה שלא כוננה חוקה הייתה בגדר מחדל של האספה המכוננת. גם אם ניתן להבין את הנסיבות שהובילו לכך, היה זה מחדל, והתחייב תיקון כדי לקבוע מסגרת חוקתית נאותה למדינה.

זאת ועוד, תו משותף נוסף שהתגלה בכתיבתן של שתי הקבוצות בשנים הארוכות שלפני המהפכה החוקתית היה חוסר הבהירות באשר לשאלה לאן פניה של הרכבת החוקתית הישראלית מועדות. הגם שלכותבים שונים היה חזון חוקתי שונה, הם חלקו את התחושה שהיה קשה לומר (בוודאי במהלכן של שנות השבעים והשמונים) איזו צורה תלבש "בסופו של דבר" המסגרת החוקתית בישראל. לא עלתה מדבריהם הערכה ברורה של המשך המסע – מה יהיה נתיבו ואילו תחנות ייקרו בהמשך הדרך. בוודאי לא היה ברור להם, למעשה לכל אורך תקופת הביניים שלפני המהפכה החוקתית, מה תהיה תחנת הסיום (ולו סיום טנטטיבי) של המסע.⁸²

79 שפירא וברכה, לעיל ה"ש 69; Nimmer, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1239–1240. כפי שנראה, בפסק-הדין השופט חשין נוטה בבירור לעמדה זו. ראו השופט חשין, פס' 10 (עמ' 475), וכן להלן ליד ה"ש 233.

80 ראו משה שטרנברג "חוק נוסף או נדבך משפטי עליון" מולד טז 284 (התשי"ח); קלוד קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב 51 (1970); Amnon Rubinstein, *Israel's Piecemeal Constitution*, 16 STUD. ISR. LEGIS. PROBS 201 (1966). תיאוריית שני הכתרים של הכנסת עוררה גם ביקורת, כמובן, כפי שניתן לראות בפסק-דינו של השופט חשין ובמקורות שהוא מסתמך עליהם. ראו, למשל, השופט חשין, פס' 49 (עמ' 510–511).

81 ראו, למשל, Shapira, לעיל ה"ש 22, בעמ' 410 (The Harari Resolution was a compromise resolution); לנדוי "חוקה כחוק עליון", לעיל ה"ש 59, בעמ' 30. כן ראו לעיל ה"ש 37 והטקסט שלידיה.

82 ראו בנימין אקצין "חוקי-יסוד וחוקים משוריינים בישראל" הפרקליט יז 230, 234 (1961); Gavison, לעיל ה"ש 22, בעמ' 114 (הטוענת כי "once the legislature deferred the enactment of a Bill of Rights at the moment of the creation of the State, the likelihood of such an enactment ever occurring became slim" (Shapira, לעיל ה"ש 22, בעמ' 411) כתב, למשל, בשנת 1983: "Thus, the implementation of the Harari Resolution has been slow, hesitant, and inconsistent. The ultimate stage of forging all basic laws into a consolidated constitution is not even in sight at the present time". ראו גם את הערכתו של זאב סגל, אשר פורסמה בשנת 1992: Zeev Segal, *A Constitution Without a Constitution: The Israeli Experience and the American Impact*, 21 CAPITAL U. L. REV. 1, 29 (1992) ("Due to the divergence of opinions in Israeli society concerning a written constitution, there may be only a slight chance for the proximate adoption of a constitution which adequately protects civil rights").

יש לומר כאן, ובהדגשה, כי כנגד שני אלה דיבר פסק-דינו של הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי. תיאור ההיסטוריה החוקתית מפי הנשיא ברק הוא שונה ומפתיע במיוחד בשני המובנים הבאים: ראשית, עולה ממנו תחושה של התפתחות חוקתית "נורמלית", מדודה ושקולה, אשר התמשכה לכל אורך חיי המדינה;⁸³ ושנית, לפי ברק, כיוונה של ההתפתחות כיום הוא טלאולוגי ופרוגרסיבי, וכך גם היה תמיד. שני הדגשים קשורים זה לזה, כמובן. אכן, למקרא התיאור ההיסטורי הנרחב של הנשיא ברק מתקבלת תמונה של מסע מאורגן למדי לעבר המהפכה החוקתית – מסע שאורכו כאורך חיי המדינה. ראשיתו של המסע בהכרזת העצמאות, והמשכו במעבר בין כל המקורות הפורמליים שקיבלה הכנסת לאורך השנים ואשר הוזכרו לעיל (בעיקר חוק המעבר, החלטת הררי וחוקי-היסוד השונים, ובראשם חוקי-היסוד של שנת 1992). הנשיא ברק מדלג ממקור למקור, תוך שהוא ממעט להתעכב בדרכו.⁸⁴ את ההצבעה על "שרשרת הרציפות החוקתית",⁸⁵ אשר נמשכה (באופן פורמלי) מהכרזת העצמאות עד לחוקי-היסוד שנחקקו בשנת 1992, הוא משלים בעמידה על המשכיותה של "תודעה לאומית" אשר תומכת בכינונה של חוקה ומכירה בסמכותה של הכנסת לקבל את פרקי החוקה השונים,⁸⁶ כמו-גם בהצבעה על התבססותה של דעה שלטת בספרות האקדמית שלפיה לכנסת אכן נתונה סמכות זו. לכנסת עצמה מוקנה תפקיד מכריע בנרטיב הברקי. הנשיא ברק טוען כי התקיימה בה בכנסת, לאורך כל חייה, ההכרה בכוחה לחוקק חוקי-יסוד חוקתיים על-חוקיים בכלל וחוקי-יסוד מסוג זה שעניינם זכויות אדם בפרט.⁸⁷ יסוד חשוב בכלל תיאורו של הנשיא ברק הוא הצגת מפעל החוקה הישראלי כפעילות משולבת ומתואמת של בית-המשפט העליון וכנסת ישראל.⁸⁸

אמת נכון הדבר, הנשיא ברק מתאר גם את המהמורות בדרך. כך, למשל, הוא מציין את התנגדותו של דוד בן-גוריון לקביעת חוקה כתובה למדינה,⁸⁹ כמו-גם את עמדתו של שר המשפטים דב יוסף נגד ייחוס עליונות נורמטיבית לחוקי-היסוד (קרי, נגד כבילת ידיה של

83 למשל, ביחס לתיאוריית שני הכתרים של הכנסת מציין הנשיא ברק כי "תופעה זו – לפיה הסמכות המכוננת והסמכות המחוקקת נתונות לאותו גוף – מקובלת היא ביותר". ברק, פס' 6 (עמ' 356). ראו באופן דומה, וביתר הרחבה, שם, פס' 13 (עמ' 362–364).

84 כפי שנראה בפרק הבא, הנשיא ברק מתעכב על המעבר מהכנסת הראשונה – היא האספה המכוננת – אל הכנסת השנייה. ראו להלן ליד ה"ש 129.

85 הנשיא ברק, פס' 12 (עמ' 361).

86 הנשיא ברק, פס' 38 (עמ' 390).

87 הנשיא ברק, פס' 24–28 (עמ' 373–378). הנשיא ברק דן גם בפסיקה קודמת של בית-המשפט העליון. לדיונו בכך ראו להלן בפרק הבא של המאמר.

88 ראו, למשל, הנשיא ברק, פס' 2 (עמ' 353) ("בחוקקה את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הביעה הכנסת את עמדתה באשר למעמדם המשפטי-חוקתי העליון של שני חוקי יסוד בדבר זכויות האדם. היום מביע בית המשפט העליון את עמדתו המשפטית המאשרת מעמד חוקתי עליון זה. בכך משתלבת הזרוע החקיקתית עם הזרוע השיפוטית. החוליה המכוננת משתלבת בחוליה השופטת").

89 הנשיא ברק, פס' 14 (עמ' 364).

הכנסת).⁹⁰ עם זאת, במסגרת הנרטיבית של ברק, כל אלה לא היו אכן אלא מהמורות בדרך, שיש לצפות להן כאשר בכתיבת חוקה עסקינן. דומה שברק מוכן להכיר בייחודיותו של המפעל החוקתי בישראל בכל הקשור למשך הזמן הארוך שבו הוא התנהל.⁹¹ אולם מלבד זאת דומה כי הדרך שבה התפתחו הדברים סבירה בהחלט לדידו, ואולי אף ראויה. רושם זה מתקבל מכיוון שלפי תיאורו של הנשיא ברק, למסע החוקתי הישראלי יש והיה תמיד – למן החלטת הררי – יעד (telos) ברור: השלמת כתיבתם של פרקי החוקה בהתאם להחלטת הררי, כלומר, חתימתה של חוקה מקיפה, כתובה ועליונה, המקנה לבית-המשפט את הסמכות לקיים ביקורת חוקתית.⁹² בראייתו של הנשיא ברק, המהלכים שאירעו עד לנקודת הזמן שבה ניתן פסק-הדין אינם אלא תחנות מסע ליניאריות בדרך ליעד זה, כך שכל תחנה מוסיפה נדבך משלה לקראת השלמת המשימה. רוצה לומר, לדידו המהלך הינו מונחה-יעד, אינקרמנטלי ופרוגרסיבי.

בניגוד לנשיא ברק, השופט חשין מסרב להכיר בקיומה של סמכות מכוונת בידה של הכנסת והאידינא.⁹³ להבנתו של השופט חשין, עם התפזרותה של הכנסת הראשונה, היא האספה המכוונת, התפוגגה לה סמכותה לקבוע חוקה.⁹⁴ – חוקה "[ה]מחזיקה את נורמות העל של המדינה... שאף הרשות המחוקקת תרכיז ראשה לפנייה ותשתחוה לה".⁹⁵ ואם הנשיא ברק מכביר במקורות ובמובאות במטרה לבסס את טענתו כי נשמרה בתודעה הלאומית גחלת סמכותה המכוונת של הכנסת, השופט חשין מרבה להצביע על דברי אישים שהטילו ספק ואף כפרו בכך לאורך השנים. באופן דומה, השופט חשין טוען בלהט כי אף הספרות המשפטית ופסיקת בית-המשפט אינם מגלים את מה שהנשיא ברק מבקש לראות בהם.⁹⁶

עוד יש לציין כי חלק עיקרי בדברי השופט חשין – וזהו חלקו המקורי ביותר של פסק-דינו – עוסק במתן פשר להוראות השריון הפורמלי, דוגמת זו שנדונה בפרשת ברגמן. השופט חשין סבור כי "סמכות לחוקק חוקים משוריינים אין היא משמיעה, כשהיא לעצמה, סמכות לכנסת

90 הנשיא ברק, פס' 24 (עמ' 373). ראו גם שם, פס' 46 (עמ' 397) ("ודוק: אינני טוען שהתמונה היא 'שחור-לבן'; מכיר אני בעמדות של חברי-כנסת שונים שהובעו בכנסת כנגד מפעל החוקה; מכיר אני מחברים שכתבו נגדה").

91 הנשיא ברק, פס' 24 (עמ' 373). ראו גם שם, פס' 52–53 (עמ' 402–403). עם זאת, הנשיא ברק מקפיד לומר בהקשרה של החלטת הררי כי התהליך הנקוב בהחלטה "אינו מהיר", וכי "היה ברור לכול כי הוא לא יסתיים בכנסת הראשונה". ברק, פס' 14 (עמ' 365).

בניגוד לנשיא ברק, השופט חשין רואה בהחלטת בהימשכותו של מפעל החוקה הישראלי אבן-נגף משמעותית בפני הכרה בקיומה של סמכות מכוונת שנים כה רבות לאחר התפזרותה של הכנסת הראשונה. לדבריו, "לא ידענו בימינו על חוקה הנכתבת חמישים שנה". חשין, פס' 13 (עמ' 478).

92 כך גם לפי תיאורו של הנשיא שמגר, אבל מדבריו של שמגר עולה כי לא היה ברור כלל שהדברים יגיעו לידי כך. ראו להלן את הדין בעמדתו ליד ה"ש 105–108, 302–305.

93 ראו באופן דומה, למשל, Likhovski, *Legislative Supremacy of the Knesset*, לעיל ה"ש 56; Likhovski, *Can the Knesset Adopt a Constitution?*, לעיל ה"ש 62; Nimmer, לעיל ה"ש 5; דניאל פרידמן "היש לישראל חוקה ומי כותב אותה?" *משפט ועסקים* יד 117 (2012) (להלן: פרידמן "היש לישראל חוקה?").

94 ראו, למשל, השופט חשין, פס' 33 (עמ' 491) ("אכן, עם פיזור של הכנסת הראשונה – שנבחרה כאסיפה המכוונת – נעלמה עמה הסמכות המכוונת").

95 השופט חשין, פס' 9 (עמ' 473).

96 השופט חשין, פס' 49 (עמ' 510–511).

כרשות מכוננת".⁹⁷ לשיטתו, הוראות אלה אינן אלא הוראות לגיטימיות שבהן הכנסת מסדירה "את דרכי פעילותה בביתה שלה",⁹⁸ ואשר מטרתן היא אך לקבוע את סדרי ההצבעה של הכנסת (מבחינת דרישת הקוורום ודינם של נעדרים ונמנעים).⁹⁹ כל עוד הכנסת אינה משנה סדרים אלה, עליה לדבוק בהם ולקיימם. בכל מקרה, מדגיש השופט חשין, כבילת-רוב הדורשת תמיכה של יותר משישים ואחד חברי כנסת אינה יכולה להיות תקפה, בהיותה מנוגדת לעיקרי הדמוקרטיה.¹⁰⁰

השופט זמיר מצטרף להלכות הנשיא ברק. אך הסיפור ההיסטורי המגולם בדבריו של השופט זמיר שונה מזה העולה מדברי חברו. פרשת ברגמן היא הציר המרכזי שסביבו סובבת חוות-הדעת של השופט זמיר, הפותח את דבריו באמירה חד-משמעית: "המהפכה החוקתית לא התחוללה עכשיו, כשנחקקו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. היא התחילה לפני שנות דור, בפרשת ברגמן".¹⁰¹ השופט זמיר מפליג בחשיבות של פרשת ברגמן ושל המהפכה שהיא חוללה, עד כדי כך שהוא קובע כי אף שחקיקת חוקי-היסוד בשנת 1992 עלתה בחשיבותה "מבחינה מעשית" על המהפכה שחוללה לפנייה פרשת ברגמן, "מבחינה עיונית" אין בחקיקה האמורה "פריצת דרך".¹⁰² מכיוון שכך, חוקי-היסוד האמורים אך "מרחיבים את העיקרון שנקבע בפרשת ברגמן, שבינתיים זכה להסכמה כללית, הוא העיקרון שהכנסת רשאית לכבול עצמה בחוק יסוד".¹⁰³ בראייה זו, המעבר מהכבילה הפורמלית (שנדונה בפרשת ברגמן) לכבילה המהותית (שבה עוסק פסק-הדין) הינו "קל וחלק".¹⁰⁴

הנשיא שמגר קובע אף הוא כי "הרציפות החוקתית לא נקטעה" וכי הכנסת נהנית מכפל סמכויות: מחוקקת ומכוננת.¹⁰⁵ עם זאת, גם הוא אינו יכול להתעלם מעולה של הפסיקה

- 97 השופט חשין, פס' 20 (עמ' 481). ראו גם את ניתוחה המעניין של ווייל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 528-537.
- 98 השופט חשין, פס' 82 (עמ' 530).
- 99 השופט חשין, פס' 88-91 (עמ' 535-538). לתמיכה בעמדה זו ראו פרידמן "היש לישראל חוקה?", לעיל ה"ש 93, בעמ' 123.
- 100 גם בנקודה זו דניאל פרידמן תומך בעמדתו של השופט חשין. ראו שם.
- 101 השופט זמיר, פס' 1 (עמ' 468).
- 102 השופט זמיר, פס' 2 (עמ' 468).
- 103 השופט זמיר, פס' 2 (עמ' 469). לשם תמיכה בטענה זו, השופט זמיר מאמץ במפורש את גישת הנשיא ברק שלפיה הכנסת נהנית מסמכות מכוננת. שם, פס' 4 (עמ' 470).
- 104 השופט זמיר, פס' 2 (עמ' 469).
- 105 הנשיא שמגר, פס' 32(ד)-(ו) (עמ' 285-287). כידוע, הנשיאים שמגר וברק הציגו שתי גישות מתחרות בבואם לבסס את סמכותה של הכנסת לקבוע חוקי-יסוד הנהנים מעליונות נורמטיבית – סמכות ששניהם הכירו בה: בעוד שהראשון נדרש ל"תורת הריבונות הבלתי-מוגבלת של הכנסת", השני נסמך על "תורת הסמכות המכוננת" (או "תורת שני הכובעים"). להבדלים אלה ראו, למשל, הנשיא ברק, פס' 66 (עמ' 410). כאמור, השופט זמיר מצטרף לעמדת הנשיא ברק בנקודה זו (ראו לעיל ה"ש 103). גם השופט דב לוין מצטרף לעמדת הנשיא ברק לעניין סמכותה המכוננת של הכנסת (ראו השופט דב לוין, פס' 5 (עמ' 450)), וכך גם השופט מצא (עמ' 577). שלושה משופטי ההרכב – השופטים גולדברג, כץ וטל – אינם מכריעים בפסק-הדין בין גישת הנשיא שמגר לבין גישת הנשיא ברק, אך שלושתם מקבלים את העמדה כי חוקי-היסוד נהנים מעליונות נורמטיבית.

המסורתית, אשר קבעה, גם אחרי פרשת ברנמן, כי ניתן לתקן חוקי-יסוד בחוק רגיל.¹⁰⁶ אך לדברי הנשיא שמגר:

יש לראות פסיקה זו כקשורה לתקופתה וכפרשנות שאינה צופה עדיין את פני ההתפתחויות החקיקתיות החוקתיות ואת גיבושה של תורה חוקתית קומפרהנסיבית.

אולם... בשני חוקי היסוד החדשים משנת תשנ"ב ניתן ביטוי מלא יותר למידרג החוקתי הנורמטיבי כפי שהוא עולה ממגמת פניה של הכנסת בחוקקה חוקי יסוד. בעקבות השינוי במדיניות החקיקתית של הכנסת, כביטוייה בשני חוקי היסוד הנ"ל, ותוך עיגון גישה חדשה ראויה בתפיסת המידרג הנורמטיבי, ניתן לנקוט מעתה ואילך אמת מידה חקיקתית אחידה, אשר לפיה אין עוד שינוי של חוק יסוד כלשהו אלא בחוק יסוד.¹⁰⁷

כפי שניתן להבחין, בדומה לנשיא ברק, גם הנשיא שמגר נתלה בכנסת – בחקיקת חוקי-היסוד בשנת 1992 – בקדמו סדר חוקתי חדש למדינת-ישראל. עם זאת, להבדיל מהנשיא ברק, הנשיא שמגר קובע מפורשות כי במובן עמוק המסגרת החוקתית הנובעת מפסק-דינו סוטה סטייה חדה מהמסורת החוקתית המסורתית. כל מסגרת חוקתית, הוא אומר, שייכת לתקופה נפרדת משלה, אך רק המסגרת המוצעת כעת הינה מקיפה כדבעי. רק זו האחרונה היא הראויה בעיניו.¹⁰⁸

ג. ההיסטוריוגרפיה של השופטים

1. מבוא: מה מונח על כפות המאזניים?

כעת, משהונחה התשתית לחלקו העיקרי של המאמר, אבקש לאפיין בפרק זה את אופן טיפולם של הנשיא ברק והשופטים חשין וזמיר בהיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל. לטענתי, כל אחד משלושת השופטים מגלה את סימניה של גישה היסטוריוגרפית שונה. פרק זה יציג כל אחת מההיסטוריוגרפיות הללו ויבחן אותה באופן ביקורתי. במסגרת הדיון שלהלן אבחן כיצד השופטים מתייחסים לשאלות דוקטרינריות ולסוגיות היסטוריוגרפיות מרכזיות הקשורות לפסק-הדין. אולם בטרם אעבור לגופו של הפרק, ברצוני לומר מילים אחדות על השאלות והסוגיות הללו.

מובן שכל האמור במאמר עד כה לא מיצה את תיאור מהלכה של ההיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל, אלא אך מנה נקודות-ציון מרכזיות בה. כן מובן וידוע כי העובדה שמקורות המשפט שצוינו עד כה הם ידועים ומוכרים אין בה כדי ללמד כי הכל מסכימים על

106 לעניין זה הנשיא שמגר מפנה, בין היתר, לפרשת נגב, לעיל ה"ש 49.
107 הנשיא שמגר, פס' 26(א) (עמ' 272). באופן דומה אומר הנשיא שמגר, בדחותו את עמדת השופט חשין, כי "השמעת דעות ביקורתיות של חברי הכנסת על מהלך והאופן של הכנת החוקה לישראל, כמצוטט על-ידי חברי הנכבד, יש לראותן כקשורות לזמנן ולמקומן". שם, פס' 32(א) (עמ' 284).
108 למשל, הנשיא שמגר קובע כי המבנה של חוקי-יסוד: חופש העיסוק "הוא המבנה החוקתי הראוי אשר מן הנכון שיחול על כל חוקי היסוד". הנשיא שמגר, פס' 26(ב) (עמ' 273).

"משמעותם", ואין כמעט גבול למגוון האפשרויות שניתן לכלול במילה "משמעות" בהקשר זה.¹⁰⁹ במילים אחרות, כפי שפסק-הדין הנרחב והדיון הער שהוא עורר מלמדים, מחלוקות דוקטרינריות רבות ועמוקות נגררו בעקבות מקורות המשפט הללו.

מטבע הדברים, הדילמה המרכזית שעימה התמודדו השופטים בפסק-הדין הייתה זו: איזו משמעות נורמטיבית יש לגזור ממקורות המשפט האמורים? האם המכלול הזה כולו – או חלק מסוים בו – מנביע "מהפכה חוקתית", שבמסגרתה הכנסת מוגבלת בחקיקתה בהתאם להוראות חוקי-היסוד – חוקי-יסוד אשר בשל מעמדם הנורמטיבי העליון ראוי לראות בהם את "החוקה" (הפורמלית) נוסח ישראל, וזאת בהקבלה למבנה החוקתי המקובל במדינות רבות שמעבר לים – ובתי-המשפט מוסמכים ומצופים לאכוף הגבלה זו? במסגרת פסק-הדין נדרשו השופטים להתייחס לשורה ארוכה של שאלות דוקטרינריות כבודות-משקל בבואם לתת מענה לדילמה זו, וחלק ניכר מאותן שאלות נגעו במהלכים שאירעו בהיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל. כך, לדוגמה, באופן מעניין נדרש בית-המשפט לפסוק בפסק-הדין, במידה רבה לראשונה, באשר לתוקפם ולמשמעותם של שני דברי-חקיקה בעלי משמעות חוקתית עצומה: החקיקה שביקשה להעביר את סמכויותיה החוקתיות של הכנסת הראשונה לכנסת שאחריה, וחקיקת חוקי-היסוד בשנת 1992. דברי-חקיקה אלה נזכרים רבות בדברי השופטים בפסק-הדין. האופן שבו טיפלו השופטים בחקיקה זו – וכן בשאלות דוקטרינריות הקשורות אליה ובכאלה נוספות¹¹⁰ – מגדיר ומדגים היטב, כך אטען, את הגישה ההיסטוריוגרפית של כל אחד מהשופטים.

יתר על כן, הדיון שלהלן יבהיר דבר-מה מרכזי נוסף: לא רק שדרכי טיפולם של השופטים בשאלות הדוקטרינריות שעל הפרק מגלות את סימניהן של ההיסטוריוגרפיות השונות, אלא שההיסטוריוגרפיות הללו נטועות בצורה משמעותית בהכרעות עקרוניות חשובות המונחות במידה רבה בבסיסן של חוות-הדעת השונות שבפסק-הדין. וכך, דוקטרינה והיסטוריוגרפיה נכרכו להן במידה רבה יחד בפסקי-הדין. הפרק שלהלן יראה אפוא כיצד, בחותרן לתוצאות נורמטיביות שונות, אימצו להן חוות-הדעת היסטוריוגרפיות מסוימות אשר יש בהן כדי להקרין על שורה של שאלות-יסוד בהיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל.

למעשה, אין הדבר מפתיע, שכן בבסיסם של דברים פסק-הדין נסב סביב פירמידת הנורמות הישראלית וסביב שאלת כוחם של חוקי-יסוד, הכנסת, הממשלה, בתי-המשפט והציבור הישראלי לקבוע מגבלות בנוגע לחקיקת הכנסת. מסורת מבוססת של פסיקה – אשר דוקטרינת וסטמינסטר ופרשת ברגמן נמצאות במידה רבה במרכזה – קבעה לה עמדה בנוון. מכאן שהדיון בפסק-הדין, ותוצאתו המהפכנית, חייבו את השופטים להבהיר את עמדתם ביחס לאותה מסורת של פסיקה קודמת. בהמשך לכך, בשל המהפכה שבפסק-הדין, היה על בית-המשפט להבהיר מה חלקן שלו בהתרחשותה של אותה מהפכה.

זאת ועוד, באופן עמוק עוד יותר, פסקי-הדין של השופטים נוגעים בשאלת-יסוד היסטוריוגרפית, המקופלת במידה רבה בהצבעה על ההיסטוריוגרפיות השונות של השופטים.

109 השווה Lawrence B. Solum, *The Unity of Interpretation*, 90 B.U. L. REV. 551, 561 (2010).
 110 בפסק-הדין נדונו מחלוקות מרכזיות נוספות, כגון משמעותה של החלטת הררי. לעניין זה ראו את המחלוקת בין הנשיאים שמגר וברק לבין השופט חשין: הנשיא שמגר, פס' 37 (ב) (עמ' 294) ועוד; הנשיא ברק, פס' 2 (עמ' 353) ועוד; השופט חשין, פס' 38 (עמ' 501–505).

כוונתי לשאלה בדבר מידת האוטונומיה המיוחסת לשחקן ההיסטורי (חבר הכנסת, השר, השופט וכן הלאה) – קרי, מידת האג'נטיות (agency) המיוחסת לו – בהסברת אירועי העבר, וזאת לעומת הנטייה להסבירם בהתבסס על מבנים חברתיים (ואחרים) שנהגו בתקופתו. אין חולק כי כל בן-אנוש פועל במסגרת מבנים חברתיים/תרבותיים/פוליטיים/אידיאולוגיים שהם בגדר מבנים נתונים מבחינתו במידה רבה. השאלה היא אם אנו נוטים לבאר את אירועי העבר במושגי המבנים הללו או שמא אנו מבקשים להנהיר אירועים אלה תוך הקניית משקל ברור ומרכזי לכוח ולאג'נטיות של אותן דמויות שמילאו חלק בהתרחשויות הרלוונטיות. ניתן לתאר את היחס בין אג'נטיות לבין מבנה (סטרוקטורה) כמצוי על רצף, וכך יובהר כי אין מדובר, כמובן, במשחק של הכל או לא-כלום. כלומר, ניתן בוודאי לנסות לתאר מאורע מן העבר תוך הישענות על שילוב מסוים של השניים.¹¹¹

כפי שנראה, בפסקי-הדין השונים – המגלמים היסטוריוגרפיות נפרדות – טמונות גישות מגוונות לשלוש הסוגיות שצינו זה עתה: מה היה חלקן של בית-המשפט עצמו בכינונה של המהפכה החוקתית? היאך (והאם) ניתן לכלול פסיקה קודמת של בית-המשפט העליון בדוקטרינה המהפכנית שפסק-הדין מכריז עליה? מהי מידת האוטונומיה המיוחסת לשחקני ההיסטוריה בנרטיבים ההיסטוריים-החוקתיים שבפסקי-הדין? כפי שיודגם להלן, מתקיימת הלימה רבה, אך לא מלאה, בין ההיסטוריוגרפיה הנגלית בסיפור ההיסטורי שהשופטים מספרים לבין הגישה הנגלית בדבריהם לשלוש הסוגיות הללו. אכן, כפי שכתבתי בפתח הדברים, לטעמי, אחת המטרות של העיון ההיסטוריוגרפי הנערך במאמר היא לחשוף עדויות להלימה ולצרימה תיאורטיות בהנמקת השופטים, וזאת מנקודת-מבט שונה מזו שאנו מורגלים לה בספרות המשפטית. זאת יעשה הפרק הנוכחי.

2. ההיסטוריוגרפיה הפרוגרסיבית של הנשיא ברק

(א) מבוא: היסטוריוגרפיה פרוגרסיבית

לטענתי, הנשיא ברק נוקט היסטוריוגרפיה פרוגרסיבית. להלן אראה כי הנשיא ברק, ממקום עומדו בשנת 1995, "משליך אחורה" ראיה פרוגרסיבית – כמעט אופורית – על כלל ההיסטוריה החוקתית הישראלית משנת 1948 ועד לשנת 1992 ולמועד התרחשותה של המהפכה החוקתית.¹¹²

111 ראו, למשל, Philip Pomper, *Historians and Individual Agency*, 35 HIST. & THEORY 281 (1996); John E. Toews, *Intellectual History After the Linguistic Turn: The Autonomy of Meaning and the Irreducibility of Experience*, 92 AM. HIST. REV. 879 (1987). כן ראו נילי כהן "גורל ומשפט" הפרקליט מט 23 (2006) ולהלן תת-פרק ג(א).

112 הנשיא ברק מפגין גישה זו – הטוענת כי חלה התפתחות טבעית-פרוגרסיבית בפסיקה לאורך חיי המדינה – גם במקומות אחרים. ראו, למשל, אהרן ברק "חמישים שנות שיפוט בישראל" עלי משפט א 9 (1999) (להלן: ברק "חמישים שנות שיפוט"). גם יצחק זמיר נקט עמדה דומה (אך לא זהה – ראו להלן בפרק זה) לא רק בפסק-הדין, אלא גם במקומות אחרים: ראו יצחק זמיר "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות? (תגובה להרצאתו של פרופסור קרצמר)" משפטים יט (1990) 563.

המסורת ההיסטוריוגרפית-הפרוגרסיבית הינה עשירה. אחד מניסוחיה התמציתיים ניתן במאה השמונה-עשרה על-ידי הכלכלן-הפוליטי טורגו (Turgot), אשר קבע, ללא כחל ושרק, כי "the whole human race, through alternate periods of rest and unrest, of weal and woe, goes on advancing, although at a slow pace, towards greater perfection"¹¹³ מטבע הדברים זכתה גישה זו בפריחה מיוחדת בימי הנאורות וההשכלה, כחלק מאותה התלהבות שרווחה אז ביחס לכוחה של הרציונליות האנושית להוביל את האנושות לעבר עתיד מאושר יותר, וזאת בהתבסס על טבעו של האדם ותבונתו,¹¹⁴ אך היא הותירה את רישומה גם על דורות מאוחרים יותר של הוגות והוגים.¹¹⁵ זה המקום לעמוד על כך שלא רק האופן שבו ההווה נתפס – למשל, ההערכה הרווחת בעת נתונה בדבר הפוטנציאל הגלום בחברה וביכולתה לעצב את מציאות חייה כרצונה – משפיע על האופן שבו נתפסת ההיסטוריה של אותה חברה. בה-במידה מוכרת ההשלכה מהעתיד לעבר. כלומר, אין ספק שהציפייה לעתיד טוב יותר או רע יותר – או אף ההערכה כי "מה שהיה הוא שיהיה, ומה שנעשה הוא שיעשה" – עשויות להותיר את רישומן על פרשנות הניתנת (בהווה) לאירועי עבר. ברוח זו נראה כי כתיבתו של הנשיא ברק מקיימת את הדברים הבאים אשר נכתבו זה כבר על ההיסטוריוגרפיה הפרוגרסיבית, ולפיהם "[f]or centuries the past as tradition had guided human actions in the present and human hopes for the future. Now, in a total reversal, the expectations for the future governed the life of the present and

עוד לפני המהפכה החוקתית היו שהטילו ספק עד כמה אכן התקדמה פסיקת בית-המשפט לאורך השנים באופן אינקרמנטלי וטבעי (כשיטת ברק), תוך הדגשת ההתפתחויות המהפכניות שחלו בה עם חילופי הדורות. ראו, למשל, דוד קרצמר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט 551, 555 (לאורך השנים לא חלה "התפתחות טבעית בהלכה, כי אם מהפכה בעצם תפישתו של בית-המשפט את מהות התפקיד השיפוטי"); רובינשטיין "על צמיחת המשפט החוקתי", לעיל ה"ש 71, בעמ' 6 ("מי שסקור את התפתחות המשפט החוקתי – גם הסטטוטורי, גם השיפוטי – ייתן דעתו לכך שאין מדובר בהתפתחות רציפה, אלא בשורה של קפיצות דרך"). כן מוכרת היטב התזה בדבר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים בפסיקת בית-המשפט העליון לאורך השנים. ראו MENACHEM MAUTNER, LAW AND THE CULTURE IN ISRAEL (2011).

TURGOT ON PROGRESS, SOCIOLOGY AND ECONOMICS 41 (Ronald L. Meek trans. & ed., 1973). 113

ראו, למשל, גדי טאוב תולדות הרעיונות – הנאורות (2016); IMMANUEL KANT, WHAT IS ENLIGHTENMENT? (1784). קנט עונה על השאלה האמורה כבר בתחילת מאמרו: "Enlightenment is man's emergence from his self-incurred immaturity. Immaturity is the inability to use one's own understanding without the guidance of another". כידוע, אמונתה האופטימית של הנאורות עמדה תחת מתקפה עזה מראשיתה, ואין זה המקום לעסוק בכך. ראו, למשל, EDMUND BURKE, REFLECTIONS ON THE FRENCH REVOLUTION (1790), וכן להלן ה"ש 117. 114

דובר משפיע במיוחד על החשיבה הפרוגרסיבית בסוף המאה התשע-עשרה בעולם האנגלו-אמריקאי היה הרברט ספנסר, שהציג שיטת חשיבה שלמה אשר "הראתה", לשיטתו ולשיטת הרבים שאימצו את השקפתו, כי "Progress, therefore, is not an accident, but a necessity". ראו HERBERT SPENCER, SOCIAL STATICS, TOGETHER WITH MAN VERSUS THE STATE 32 (1892). על ספנסר והחשיבה הפרוגרסיבית בתקופתו ולאחריה ראו עוד Yair Sagy, *The Legacy of Social Darwinism: From Railroads to the 'Reinvention' of Regulation*, 11 GEO. J.L. & PUB. POL'Y 481 (2013). ראו עוד להלן ה"ש 117. 115

"the evaluation of the past"¹¹⁶ יש להדגיש כי תפיסה היסטוריוגרפית זו הייתה בשעתה מהפכנית.¹¹⁷

(ב) דרכו של הנשיא ברק

הנשיא ברק מבקש לבסס את סמכותה המכוננת של הכנסת השתיים-עשרה, כלומר של כל כנסת שלאחר הכנסת הראשונה, בהתבסס על שלושה קווי טיעון, שלושה "מודלים", המתוארים בפסק-דינו. המודל הראשון הינו מודל פורמלי, המצביע על קיומו של רצף הסמכות בלתי-קטוע שתחילתו בנורמה הבסיסית של המדינה, אשר תוארה לעיל,¹¹⁸ והמשכו בכנסת הראשונה – היא האספה המכוננת – וממנה הלאה לכנסות הבאות.¹¹⁹ אם המודל הראשון נסב סביב "הנורמה הבסיסית" מבית-מדרשו של הנס קלזן (Kelsen),¹²⁰ המודל השני סומך עצמו על "כלל ההכרה", לפי אפיונו הנודע של הרט (H.L.A. Hart).¹²¹ כלל ההכרה הוא המזהה את הנורמות התקפות במערכת המשפט והקובע את מעמדן הנורמטיבי. לפי הנשיא ברק:

כלל ההכרה נקבע על-ידי בית המשפט. בית המשפט אינו יוצר יש מאין. הוא משקף את התפיסה של הקהילה על דבר דרכי יצירתן של נורמות (לרבות נורמות חוקתיות) במסגרתה. על-פי גישה זו, יש לקבוע כי כלל ההכרה של מדינת ישראל הינו כי לכנסת נתונה סמכות מכוננת ומחוקקת גם יחד... תפיסות היסוד של החברה בישראל היום – המהוות ביטוי של הניסיון הלאומי כולו – הינן כי הכנסת נתפסת בתודעה הלאומית שלנו כגוף המוסמך ליתן חוקה לישראל.¹²²

מדברים אלה נלמד מדוע גישתו של הרט, כפי שהיא מוצגת בפסק-דינו של הנשיא ברק, אינה "היסטורית" (או אינה "היסטורית" בהכרח), שכן היא "בוחרת" את המבנה החוקתי הקיים בזמן נתון.¹²³ מכאן, על פניו, ייתכן מצב ש"בזמן נתון" – למשל, בהקשרנו, במועד כתיבתו

116 BREISACH, לעיל ה"ש 9, בעמ' 207.

117 ראו שם, בעמ' 207. כן ראו באופן כללי על-אודות היסטוריוגרפיה פרוגרסיבית שם, בעיקר פרקים 15–16. כינוי ידוע (וביקורתי) במיוחד להיסטוריוגרפיה פרוגרסיבית בריטית הוא Whig history, אשר ביקורת נוקבת ומפורסמת נמתחה עליה אצל HERBERT BUTTERFIELD, THE WHIG INTERPRETATION OF HISTORY (1931). לתיאור היסטוריוגרפיה זו ולדיון הביקורתי שנסב סביבה ראו, למשל, BERNARD BAILYN, SOMETIMES AN ART: NINE ESSAYS ON HISTORY ch. 2 (2015). למשל, בהקשר של המשפט האמריקאי, Robert W. Gordon, *Historicism in Legal Scholarship*, 90 YALE L.J. 1017, 1037–1045 (1981).

118 ראו לעיל ה"ש 25 והטקסט שלידה.

119 ראו, למשל, הנשיא ברק, פס' 6 (עמ' 356–357).

120 HANS KELSEN, THE PURE THEORY OF LAW 193–221 (Max Knight trans., 1967).

121 H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 327–346 (1961).

122 הנשיא ברק, פס' 7 (עמ' 357).

123 שם.

של פסק-דין – התגבש כלל הכרה מסוים שאינו מקיים קשר הדוק עם ההיסטוריה של שיטת המשפט. כפי שמסביר הנשיא ברק, "אכן, ללא כל קשר למצב המשפטי אשר שרר עם פיזור של האסיפה המכוננת, ואפילו לא הייתה אסיפה מכוננת כלל, עדיין קמה ועומדת השאלה, מהו כלל ההכרה של המשפט הישראלי היום? האם המשפט הישראלי היום מכיר בסמכותה של הכנסת ליתן חוקה לישראל? על שאלה זו השבתי בחיוב".¹²⁴ מטעם זה אני סבור כי בהקשר של הדיון ההיסטוריוגרפי הנערך בפסק-דינו של הנשיא ברק, עלינו להתרכז במודל הבא המוצג על-ידי.

המודל השלישי פונה לפילוסוף-משפט נוסף, רונלד דוורקין (Ronald Dworkin), ולתיאוריית הפרשנות שלו.¹²⁵ כידוע, דוורקין קידם תורת פרשנות קונסטרוקטיבית שבמסגרתה הפרשן נדרש להציג את מושא פרשנותו כאקסמפלר הטוב ביותר לסוגו.¹²⁶ הנשיא ברק מחויב לגישה זו לכל אורך פסק-דינו.¹²⁷ הוא קובע כי "הפירוש הטוב ביותר של מכלול ההיסטוריה המשפטית-חברתית של מדינת ישראל הינו, כי בתודעה החברתית והמשפטית של הקהילייה הישראלית טבועה עמוק התפיסה כי הכנסת היא המוסמכת ליתן חוקה לישראל".¹²⁸

ניתן להדגים יפה את ההיסטוריוגרפיה של הנשיא ברק בפסק-הדין באמצעות הקטע שבו הוא בוחן את תוקפה של חוליית הקישור מהכנסת הראשונה לכנסת שאחריה. יש לומר, ראשית, כי המעבר מהכנסת הראשונה – האספה המכוננת – אל הכנסת השנייה מהווה חוליה בעייתית במיוחד ברצף החוקתי, וזאת הן לשיטת הנשיא ברק והן לשיטת השופט חשין. על פני הדברים, האספה המכוננת נבחרה במיוחד כדי לקבוע חוקה למדינה, ואין זה ברור אם היא הייתה רשאית להעביר את השרביט לגוף אחר ולהסמיך את הכנסות הבאות לקבוע חוקה לישראל. שאלה זו הייתה הרת-גורל, שכן היא נגעה בשורש סמכותה של כל כנסת שלאחר הכנסת הראשונה לקבוע הסדרים חוקתיים.

תוקפה של חוליית הקישור מהכנסת הראשונה – האספה המכוננת – אל הכנסת השנייה אכן טרדה את מנוחתו של הנשיא ברק, אשר אמר במפורש בפסק-הדין כי "אילו התעוררה השאלה

124 הנשיא ברק, פס' 44 (עמ' 395) (ההדגשה הוספה).

125 כתיבתו של דוורקין והכתיבה על-אודותיו הן רבות אנפין. לסקירה ביקורתית של התיאוריות הפרשניות של דוורקין, אשר נערכה בשלב מאוחר של חייו, ראו Solum, *The Unity of Interpretation*, לעיל ה"ש 109. כן ראו Imer B. Flores, *The Legacy of Ronald Dworkin (1931–2013): A Legal Theory and Methodology for Hedgehogs, Hercules, and One Right Answer* (2014), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2538310, ראו עוד, למשל, RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* (1986); RONALD DWORKIN, *JUSTICE FOR HEDGEHOGS* (2011); ANDREI MARMOR, *INTERPRETATION AND LEGAL THEORY* (1992).

126 ראו, למשל, DWORKIN, *LAW'S EMPIRE*, לעיל ה"ש 125, בעמ' 52 ("[r]oughly, constructive") interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong". ראו גם Raban, *Dworkin's 'Best Light' Requirement and the Proper Methodology of Legal Theory*, 23 OXFORD J. LEGAL STUD. 243 (2003).

127 ראו, למשל, הנשיא ברק, פס' 8, 16, 18, 34, 44–46 (עמ' 358, 367, 369, 386, 395–396, בהתאמה).

128 הנשיא ברק, פס' 8 (עמ' 358). לתמיכה בעמדה זו ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 85, 92.

לפני בית המשפט העליון עם תחילת כהונתה של הכנסת השנייה, ניתן היה להחליט בה לכאן ולכאן.¹²⁹ הנשיא ברק מוסיף כי אילו היה עליו לבחון את הסוגיה סמוך למועד המעבר בין הכנסת הראשונה לשנייה, הוא היה נדרש למתודולוגיה הפרשנית האמורה מבית-מדרשו של דוורקין, והיה "שואל מהו הפירוש הטוב ביותר של ההיסטוריה המשפטית והחברתית עם כינוסה של הכנסת השנייה באשר למפעל החוקה".¹³⁰ זו הנקודה בדיון שבה הנשיא ברק מגלה את אוזנינו: "ערכתי עתה בדיקה זו".¹³¹ לשם כך הוא מציג בשלב זה מובאות ממצעיהן של מפלגות שונות שהשתתפו בבחירות לכנסת השנייה, מתוך כוונה להראות כי שאלת החוקה וחוקי-היסוד אכן נדונו בבחירות ההן.¹³²

מסקנתו של הנשיא ברק ראויה להדגשה. הנשיא אומר, בין היתר, כך:

שאלת הרציפות הקונסטיטוציונית בכוחה של הכנסת ליתן חוקה לא התעוררה לפני בית המשפט העליון בשנת 1951 (עם כינוסה של הכנסת השנייה). אין בידינו הכרעה שיפוטית בעניין זה. השאלה החוקתית מתעוררת לפנינו כיום, בשנת 1995, בעת כהונתה של הכנסת השלוש-עשרה. אין כל ספק בלבי כי הכרעתנו היום צריכה להיות אחת ויחידה: הרציפות החוקתית לא נקטעה. לכנסת השנייה נתונות סמכויות של אסיפה מכוננת. אכן, כל מסקנה אחרת אינה מתיישבת עם הניסיון הלאומי שלנו. צא וראה: מאז כינוסה של הכנסת השנייה עברו ארבעים וארבע שנים. מספר פעמים נערכו בחירות. בכל אחת מהן עמד עניין החוקה על סדר היום ונכלל במצעי המפלגות. במשך כל השנים הללו המשיכה הכנסת במפעל החוקה וחוקקה אחד-עשר חוקי יסוד; היא המשיכה לראות עצמה מוסמכת ליתן חוקה לישראל; היא המשיכה לשריין את ההוראות בחוקי היסוד לפני פגיעה בהם בחקיקה רגילה... כל אלה גם יחד מובילים, לדעתי, למסקנה כי הרציפות החוקתית נמשכת...¹³³

נקל להבחין במעבר המהיר שהנשיא ברק עושה בפסקה מסכמת זו ממועד כינוסה של הכנסת השנייה (1951) אל עשרות השנים שאחריה. הוא קובע בלשון הווה כי לכנסת השנייה "נתונות" סמכויות מכוננות (ולא כי היו נתונות לה, בשעתה, סמכויות כאלה) בהתבסס על "הניסיון הלאומי" המצטבר "שלנו" במשך ארבעים וארבע השנים שחלפו ממועד כינוסה של הכנסת השנייה.¹³⁴ הערות אלה מבהירות עד כמה נקודת-המבט של ההווה והדילמות שהנשיא ברק

129 הנשיא ברק, פס' 16 (עמ' 366).

130 הנשיא ברק, פס' 16 (עמ' 367).

131 ש.ם.

132 הנשיא ברק, פס' 16–17 (עמ' 367–368). הנשיא ברק מציין (שם) גם את העובדה שעניין זה נדון אף בקווי-היסוד של הממשלה שהוקמה עם כינוסה של הכנסת השנייה. עם זאת, ראו להלן את הדיון בה"ש 266 ובטקסט שלידיה, שם מוטל ספק של ממש בכך שהשאלות החוקתיות הנכבדות שהשופטים עוסקים בהן בפסק-הדין אכן בלטו במסגרת הדיון שנערך הלכה למעשה בבחירות לאספה המכוננת.

133 הנשיא ברק, פס' 18 (עמ' 368–369).

134 השו"ל לדיון המרתק הנערך אצל אריאל הנדל "הווה" מפתח – כתב עת לקסיקלי למחשבה פוליטית 7, 8 (2014).

ניצב בפניהן מנחות את ניתוחו ההיסטורי.¹³⁵ הוא צובע לאחור את אירועי העבר בהיסטוריה החוקתית של המדינה בצבעה של חקיקת 1992, כפי שהוא מפרש אותה. אך בה־בעת, בשומר אמונים לגישתו הפרוגרסיבית, הנשיא ברק מפנה את פניו כל העת גם מההווה לעבר העתיד – לעבר עתיד טוב יותר. התמונה המתגלה בדבריו היא של שרשרת נמשכת מהעבר אל ההווה ואל העתיד. הנשיא ברק מסכם את פסק־דינו בהצהרה כי כעת, עם ההכרזה על המהפכה החוקתית, נוצר "סיכוי... בהעלאת קרן זכויות האדם ובקירוב הלבבות בין בני אדם".¹³⁶ דוגמה נוספת להיסטוריוגרפיה הפרוגרסיבית של הנשיא ברק מזומנת לנו באופן התייחסותו לפסיקתו החוקתית המסורתית של בית־המשפט העליון. לכך אפנה עתה.

(ג) "דור המדבר" ויחסים בין־דוריים

הנשיא ברק מבקש כאמור להציג נרטיב פרוגרסיבי של מעשה החוקה בישראל מימי ראשית המדינה ועד היום. דא עקא, לשם כך עליו להתמודד עם התרחשויות עבר אשר מוכרות לכל באופן שאינו מאפשר להתכחש להן, ואשר נתפסות כעיונות את התזה הכללית שלו. הקושי גדול במיוחד לנוכח דברים נחרצים שהשמיעו שופטי עבר של בית־המשפט העליון. שכן זאת יש להזכיר: מחוקקים ומלומדי־משפט שונים אמרו לאורך השנים דברים מגוונים ביחס לשאלות החוקתיות שעל הפרק, כפי שמעידות המובאות הרבות שבדברי השופטים בפסק־הדין. לכן יכול השופט חשין לצטט דברים שאמר חבר כנסת פלוני בדיון מסוים או שכתב משפטן בנקודת זמן אחרת, והנשיא ברק, בתורו, יכול לצטט דברים ברוח שונה לגמרי שאמר חבר כנסת אחר באותו דיון מליאה או שהביע מלומד אחר באותה נקודת זמן. אך דווקא בהקשרנו, כאילו מעשה שטן, ההלכה הקלסית של בית־המשפט העליון נראית הומוגנית. כפי שיודגם מייד, פעם אחר פעם דיבר בית־המשפט בתקופה שלפני המהפכה בלשון הדוקטרינה הווסטמינסטרית. אמת נכון הדבר, יש שני מקומות מרכזיים שבהם ניתן למצוא דיבור אחר בין דפי הפסיקה: ראשית, בפרשת ברגמן ובנותיה; ושנית, במספר מצומצם של פסקי־דין שבהם קידם השופט ברק עצמו – באמרות־אגב – את החשיבה החוקתית האמריקאית במקומה של החשיבה המסורתית הבריטית.¹³⁷ על פניו יש ספק עד כמה בכוחם של שני המקורות החלופיים הללו לנתן את החומה הבצורה שבנה בית־המשפט בשורה של פסקי־דין המאמצים את מודל וסטמינסטר.

בהקשר זה עולה הפיתוי לצטט את אמירתו השנונה של וינסטון צ'רצ'יל, אשר כתב את ההיסטוריה של מלחמת־העולם השנייה, שלפיה ההיסטוריה תהיה אדיבה כלפיו מכיוון שהוא

135 במונחיה של Fendler, לעיל ה"ש 9, פסק־דינו של הנשיא ברק מגלה את סימניה (הבעייתיים) של "epistemologically impose a priori, בתמצית, אשר בין היתר, "rationalistic presentism" interpretations on historical phenomena...; methodologically essentialise concepts in history (frequently manifested in the form of the assumption of progress); [and] pedagogically construe the present as if it were caused or determined by the past" ראו עוד להלן ה"ש 255.

136 הנשיא ברק, פס' 109 (עמ' 448).

137 ראו פרשת תנועת לאור, לעיל ה"ש 50.

עצמו עומד לכתוב אותה.¹³⁸ עולה הפיתוי לומר, במילים אחרות, שהנשיא ברק קבע בפסק-הדין כי ההיסטוריה החוקתית בישראל אדיבה כלפי התזה הנורמטיבית שלו מכיוון שהיא נסמכת על דברים שהוא עצמו כתב בעבר בפסקי-דין שונים. אין זה ברור עד כמה די בכך לקדם את טענותיו בנקודה זו.¹³⁹ אכן, הנשיא ברק אינו יכול להתעלם מכך שאל מול אמרות-האגב שהוא עצמו זרע לאורך השנים, שופטים אחרים אמרו דברים נוגדים פעם אחר פעם ובצורה נחרצת.¹⁴⁰ ידועים, למשל, דבריו הברורים של השופט זוסמן שלפיהם לא רק שהמחוקק הישראלי הוא "כל-יכול", אלא שהוא אף "רשאי... להתיר את הפגיעה באזרח ללא דין וללא דיין".¹⁴¹ החרה החזיק אחריו השופט ברנזון, אשר קבע, בלשון שאינה משתמעת לשני פנים, כי "נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שליטת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה בחוק הכנסת שנעשה כדין על יסוד נימוק זה או אחר".¹⁴² כחמש-עשרה שנה מאוחר יותר דבק השופט ברנזון בעמדה עקרונית זו וקבע, ברחל בתך הקטנה, כי "אין כל אסמכתה לכך שלא ניתן לשנות חוק-יסוד אלא על-ידי חוק שהכנסת כינתה אותו כחוק-יסוד".¹⁴³ יש לשים לב לא רק להמשכיות שבין פסקי-הדין, אלא אף לעובדה שהשופט ברנזון הוא שנתן את שני פסקי-הדין האחרונים. הלה הוחזק – בוודאי על-ידי אהרן ברק – כשופט בעל תרומה מיוחדת למשפט הציבורי בארץ,¹⁴⁴ וכמי שפיתח את תחום המשפט האמור "כאילו בקפיצות",¹⁴⁵ ואף-על-פי-כן נמנע השופט ברנזון בעקביות, וכמותו נמנעו גם חבריו, מלקפץ מהמסורת האנגלית-הווסטמינסטרית לעבר השיטה האמריקאית, שעליה (בין היתר) נסמכה המהפכה החוקתית בישראל.¹⁴⁶

138 "For my part, I consider that it will be found much better by all parties to leave the past to W. Churchill, *Speech in history*, especially as I propose to write that history myself" *the House of Commons (January 23, 1948)*, in *THE YALE BOOK OF QUOTATIONS* 153 (Fred R. Shapiro ed., 2006).

139 ראו רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון – הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" *עיוני משפט* כא 91 (1997).

140 עומד על כך גם השופט חשין, פס' 57 (עמ' 514).

141 בג"ץ 163/57 לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד יב 1041, 1079 (1958). ראו עוד טל "מחוקק כל-יכול: האמנם?", לעיל ה"ש 5, למשל בעמ' 364 ("זוהי אם כן, ההלכה לפיה משבא המחוקק להצר את תחומה של זכות יסוד או אף לשלול קיומה כליל, אין גבול לסמכותו").

142 פרשת עזוז, לעיל ה"ש 49, בעמ' 2547 (ההדגשה הוספה). ראו באופן דומה, למשל, פרשת קניאל, לעיל ה"ש 49, בעמ' 798: "במשטר החוקתי שלנו דין הכנסת כרשות המחוקקת הוא דין, ועל בית-המשפט לפרש את הדין ולהפעילו, ולא לבטלו או לשנותו, כפי שבא-כוח העותר ביקש מאתנו בטענותיו הכלליות על אי-הצדק הטמון בחוק החדש. הכנסת היא ריבונית בחקיקת חוקים. היא חפשיית בבחירת הנושא לכל חוק ובקביעת תכנו, וכל חוק היוצא מבית היוצר שלה יש לתת לו ולכל חלק שבו תוקף (דברי השופט ברנזון ב-בג"צ 188/63...)".

143 פרשת רסלר, לעיל ה"ש 49, בעמ' 560. ראו קלוד קליין "על סמנטיקה ושלטון החוק – הרהורים וערעורים על בג"צ 60/77 'רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת" *משפטים* ט 79 (1978).

144 ראו אהרן ברק "הנשיא מאיר שמגר והמשפט הציבורי" *משפט וממשל* ג 11, 27 (1995).

145 יצחק זמיר "לכבוד השופט צבי ברנזון" *משפט וממשל* ב 325, 331 (1994).

146 הנשיא ברק, פס' 75 (עמ' 416–417).

לפיכך גם הנשיא ברק חייב להתמודד עם התחום העצום שמחוץ לגדרי התפרשותה של הלכת ברגמן, שבו שלטה ברמה, במשך כל שנות המדינה, דוקטרינת וסטמינסטר. לנוכח התמודד זה של דוקטרינת וסטמינסטר, נדרש עיון מיוחד בעמדתו הפרוגרסיבית של הנשיא ברק. עלינו לבחון כיצד עולה בידו, מחד גיסא, להכיר במרכזיותה הבלתי-מעוררת של הדוקטרינה בתקופה הטרומ-מהפכנית, אך מאידך גיסא, להציג תיאור פרוגרסיבי אחד של ההיסטוריה החוקתית הישראלית, אשר כולל את הדוקטרינה האמורה אך שסופו במהפכה החוקתית. מהלך הטיעון של הנשיא ברק מרתק. הנשיא ברק אינו דוחה את המסורת החוקתית של קודמיו. נהפוך הוא: הוא מאמץ לחיקו את אותם חלקים בה שמשרתים את התזה הכללית שלו, שלפיה חל מהפך במשפט הישראלי. ניתן לומר כי הנשיא ברק עורך דה-קונסטרוקציה של המסורת ומציג רה-קונסטרוקציה חדשה שלה, שבמסגרתה יסודות מרכזיים של המסורת נכללים בסיפורה החדש, יסודות אחרים נדחים, ועל המבנה המתקבל מורכבים יסודות מהפכניים. הנשיא ברק אינו יכול להתעלם מפסקי-דין המסורתיים של בית-המשפט העליון, וכתוצאה מכך הוא נאלץ לכלול גם אותם בנרטיב ההיסטורי שהוא מציג בפסק-הדין, אף שרוחה של דוקטרינת וסטמינסטר שורה עליהם.¹⁴⁷ עם זאת, הוא דוחה יסוד זה של הפסיקה המסורתית, אלא שהוא עושה זאת, לדבריו, לפי מצוות הכנסת. אין זה, לדבריו, מצב שבו בית-המשפט של דור אחד מבטל את דברו של בית-משפט של דור קודם, אלא הכנסת היא ששינתה את פניה, ובית-המשפט הנוכחי אך מרכיב ראש לפניה. הבה נבחן את המהלך הברקי ביתר פירוט.

תחילה יש לציין כי הטיעון של הנשיא ברק מאמץ את העקרונות החוקתיים ואת רשימת זכויות-היסוד שפותחו בפסיקת בית-המשפט העליון, הגם שהם לא נכתבו עלי ספר. הוא מציג פסיקה קודמת זו כמהווה נדבך חשוב בהתפתחות החוקתית הישראלית לאורך הדורות. הוא קובע כי המהפכה החוקתית אומנם "התחוללה בכנסת"¹⁴⁸ אך היא "בנויה על אדני ההלכה הפסוקה".¹⁴⁹ לדבריו, "בלא התשתית ההילכתית, לא ניתן היה לקיים את השינוי החוקתי... על המסד ההילכתי הוקם המבנה החוקתי".¹⁵⁰ העובדה שמגילת הזכויות שנקבעה בפסיקת בית-המשפט נמצאה בנחיתות נורמטיבית ברורה ביחס לכל דבר-חקיקה של הכנסת¹⁵¹ מוצגת כמאפיין נלווה של פסיקה זו, שהיה יפה לזמנו. לא היה זה מאפיין מגדיר או מאפיין מהותי של פסיקת זכויות האדם של אותם ימים. וכך, עם השתנות הזמנים, ניתן להיפטר מהמאפיין הנלווה האמור, אשר עמד בדרכה של הגנה מלאה ושלמה על זכויות אדם בישראל.¹⁵²

147 למשל, הנשיא ברק, פס' 4, 64 (עמ' 354, 409, בהתאמה). גם שופטים אחרים מזכירים פסיקה מסורתית זו ומצטטים ממנה. ראו, למשל, הנשיא שמגר, פס' 26–27 (א), 32 (ד) (עמ' 272–274, 284–285, בהתאמה); השופט חשין, פס' 131 (עמ' 563).

148 הנשיא ברק, פס' 1 (עמ' 353).

149 הנשיא ברק, פס' 3 (עמ' 353).

150 הנשיא ברק, פס' 3 (עמ' 353–354). דברים דומים אמר הנשיא ברק בפרשת גנימאת, לעיל ה"ש 52, בעמ' 414 ("לא היינו מגיעים כיום לעוצמת מעמדן של זכויות האדם בישראל לולא הבסיס האיתן שהניחו להם השופטים אשר קדמו לנו").

151 קראו, למשל, את דבריו הנחרצים של השופט זוסמן בפרשת לובין, לעיל ליד ה"ש 141.

152 הנשיא שמגר נוקט עמדה דומה. ראו לעיל ליד ה"ש 107.

אך כיצד ניתן ליישב את השינוי המהפכני אשר הפך את המסגרת החוקתית על ראשה – או שמא הציב אותה, לראשונה, על רגליה – עם מהלכה הקודם של הפסיקה?¹⁵³ הפתרון של ברק הוא כאמור הכללת *deus ex machina* בסיפור המעשה. לדבריו, המהפכה "נעשתה על-ידי הכנסת, אשר הטילה מגבלות על עצמה ועל הרשויות השלטוניות האחרות"¹⁵⁴. באופן דומה, הנשיא ברק קובע, ממש בראשית דבריו בפסק-הדין, כי "המהפכה החוקתית התחוללה בכנסת במרץ 1992"¹⁵⁵. במילים ציוריות ניתן לומר כי הנשיא ברק מרכיב את חקיקת חוקי-היסוד על-ידי הכנסת על העץ החוקתי שצימח בית-המשפט העליון לאורך השנים. בדברו על שותפות בין שתי זרועות השלטון – הכנסת ובית-המשפט – הוא מרכיב את החוקה הפורמלית הישראלית (כפי שהוא מגדירה) על-גבי החוקה שלא עלי ספר שאותה כתב בעיקר בית-המשפט העליון לאורך השנים. מבנה טיעון זה מעלה שוב את השאלה, שאלה נעבור מייד, מה בדבר דוקטרינת וסטמינסטר, אשר נכללה אף היא במסגרת החוקתית בישראל, כפי שפותחה ופורשה על-ידי אותו בית-משפט עליון.

ניתן להציע שלא רק כובד-ידה של ההלכה המסורתית חייב את הנשיא ברק לשבץ את פסקי-הדין המסורתיים בציר ההיסטורי שהוא התווה, אלא ששיקול נוסף – מעניין יותר – הנחה אותו. מקורו של האילוץ ברצונו של הנשיא ברק להישען על דורות קודמים של שופטי בית-המשפט העליון מחד גיסא, אך לנתק את עצמו מהם ולצאת לדרך חדשה מאידך גיסא. בעיקר בנקודה זו מתגלה בהנמקתו של הנשיא ברק שניות מרתקת ביחסו לשופטים שקדמו לו ולמסורות החשיבה שלהם. בדומה לסיטואציות רבות אחרות של יחסים בין-דוריים (למשל, היחס בין אבות/אימהות לבין בנים/בנות), גם הדוקטרינה הברקית נבנית על תוצרי הדור הקודם אך בה-בעת מבקשת לבדל את עצמה מהם.¹⁵⁶ אצל ברק השניות נדרשת במיוחד כדי

153 על המהפכה שפסק-הדין מבשר עליה ראו בעיקר את דבריו של הנשיא ברק בפסקת הסיום של פסק-דינו, פס' 109 (עמ' 447–448), שם נאמר, בין היתר, כי "עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התרחשה מהפכה חוקתית במעמדן של זכויות האדם בישראל... אם בעבר נגזרו זכויות האדם מההסדרים בענפי המשפט השונים, הרי מעתה ייגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות".

154 הנשיא ברק, פס' 109 (עמ' 448).

155 הנשיא ברק, פס' 1 (עמ' 353). ראו באופן דומה שם, פס' 2, 4 (עמ' 353, 355, בהתאמה).

156 אנלוגיה מאלפת לקשר מורכב זה, אשר דומה שעשויה להיות רלוונטית גם בהקשרים משפטיים רבים אחרים, מצויה בתיאוריה הנודעת של מבקר הספרות החשוב הרולד בלום (Harold Bloom) על-אודות "חרדת ההשפעה". התיאוריה הינה מורכבת, אולם בתמצית פשטנית ניתן לומר כי היא מאירה את יחס המורכב של יוצרים לדורות קודמים של יוצרים ואת נסיונם של הראשונים (במיוחד של יוצרים "חזקים") להוציא מתחת ידם יצירות מקוריות ובעלות משמעות חרף תחושת החרדה המשתקת שעשויה להתעורר אצלם לנוכח כתיבה קודמת בתחומם שבצילה הם יוצרים: Harold Bloom, *The Anxiety of Influence: A Theory of Poetry* (2nd ed. 1997). בלום מציג בספרו שורה של יחסים (ליתר דיוק, "six revisionary ratios") המתגלים בכתיבת שירה על-ידי משוררים שביקשו לבדל את עצמם מקודמיהם רבי ההשפעה. בפתח הספר מכריז בלום כי "[p]oetic history, in this book's argument, is held to be indistinguishable from poetic influence, since strong poets make that history by misreading one another, so as to clear "poetic influence imaginative space for themselves" (שם, בעמ' 5). בלום מוסיף ומדגיש כי "poetic influence need not make poets less original" (שם, בעמ' 7).

להשיג שתי מטרות: מחד גיסא, הצגה של המשכיות (בין המהפכה החוקתית לבין מה שקדם לה); ומאידך גיסא, התעקשות על כך שנדרש שינוי מהפכני, כלומר, שמשוהו חשוב מאוד היה חסר בכל-זאת בעידן הטרור-מהפכני, ולכן נדרש כעת לצעוד צעד אחד משמעותי קדימה. אני מבקש להציע דימוי מסוים לאופן שבו צייר ברק את בית-המשפט שלפני המהפכה. אשתמש בדימוי של "דור המדבר" – אותו דור של בני-ישראל שיצאו ממצרים אך לא זכו (ואולי לא היו ראויים) להיכנס לארץ. בתנ"ך יש שתי התייחסויות ל"דור המדבר": האחת שלילית – אֲנִי יְהוָה, דְּבַרְתִּי, אִם לֹא זָאת אֲעֲשֶׂה לְכָל הָעַדָּה הַרְעָה הַזֹּאת, הַנוֹעְדִים עָלַי; בַּמִּדְבָּר הַזֶּה יָתֵמוּ, וְיָשֶׁם יָמָתוֹ;¹⁵⁷ והאחרת חיובית – הֲלֹךְ וְקָרָאתָ בְּאָזְנֵי יְרוּשָׁלַם לְאִמֹר, כִּי אָמַר יְהוָה, זָכַרְתִּי לְךָ חֶסֶד נְעוּרֶיךָ, אֶהְבֵּת פְּלוּלֶיךָ – לְכַתֵּךְ אַחֲרַי בַּמִּדְבָּר, בְּאֶרֶץ לֹא זְרוּעָה.¹⁵⁸

באופן כללי דומה שיחסם של הנשיא ברק ובני דורו לדור השופטים שקדם למהפכה החוקתית הינו חיובי ומלא הערכה. שופטי הבראשית, נאמר לא אחת, ראויים לכל שבח: הם הקימו את המסד למערכת משפט מפוארת, תוך כתיבת מגילת זכויות אדם פסוקה. אך יש גם התייחסות חיובית פחות לדרך החשיבה החוקתית שהנחתה אותם. שופטי בית-המשפט העליון בתקופה שעד למהפכה החוקתית אימצו לליבם את המודל האנגלי. הם נמנעו מלאתגר אותו, ובכך הגבילו למעשה את האופק החוקתי שלהם. אכן, זה המקור לראייה הביקורתית בנוגע לפסיקה שלפני המהפכה החוקתית: הייתה זו תקופה עם אופק חוקתי מוגבל. תומכי המהפכה החוקתית מספרים לנו שהיא יולדה מתוך כוונה לתקן את המעוות ולכונן בישראל – סוף-סוף – הגנה חוקתית על זכויות אדם.¹⁵⁹ "עתה", אומר הנשיא ברק בשורות הראשונות לפסק-דינו, "הצטרפנו לקהילת המדינות הדמוקרטיות (ובהן ארצות-הברית, קנדה, גרמניה, איטליה, דרום-אפריקה) אשר להן מגילת זכויות אדם (Bill of Rights) חוקתית. הפכנו להיות חלק ממהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים". ומיד אחר כך מסביר הנשיא ברק כי "לקחי מלחמת העולם השנייה, ובמרכזם השואה של העם היהודי", הם ש"העלו את זכויות האדם על ראש סדר היום העולמי".¹⁶⁰ דרך זו של הצגת הדברים מבליטה את "המר והמתוק": מדינת-ישראל הצטרפה עתה למגמה עולמית ברוכה, אך היא עשתה זאת רק עתה, חרף היותה מדינתו של העם היהודי, אשר הנוראות שפקדו אותו הם העומדים בבסיסה.¹⁶¹

157 במדבר יד 35.

158 ירמיהו ב 2.

159 הכל מכירים כתיבה נוספת של פרופ' ברק המתארת את השינוי העמוק שחוללה המהפכה במעמדן של זכויות האדם בישראל. ראו, למשל, אהרן ברק "בית-המשפט העליון כבית-משפט לחוקה" משפט וממשל ו 315 (2003); אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992); אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996); אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפט וממשל ה 375 (2000); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004).

160 הנשיא ברק, דברי מבוא (עמ' 352).

161 ראו גם דברים שאמר הנשיא ברק במסגרת "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי", לעיל ה"ש 59, בעמ' 259: "אני מוכרח לומר שזה נראה לי טרגי שמדינת היהודים שקמה לאחר השואה, דווקא היא, לא מיישמת את אחד הלקחים הדגולים של השואה, לאמור: הגנה חוקתית על זכויות האדם... זה

הד לגישה זו ניתן למצוא בשיחה שקיים אהרן ברק עם אריאל בנדור וזאב סגל בשלהי שנת 2008.¹⁶² כאשר התבקש על-ידי בני-שיחו להשוות "את הדור הישן של השופטים [בבית-המשפט העליון], שאיתם [הספיק] לשבת, עם הדור החדש, כלל מענהו של ברק כמה אמרות מעניינות. שלושה יסודות בתשובתו ראויים לציון. ראשית, ברק מלא הערכה לשופטים שקדמו לו. הם היו "מצוינים". עם זאת, וזהו היסוד השני, ברק מוסיף – וחוזר ומדגיש במהלך דבריו – כי הם היו "מצוינים לעולם שלהם" או "במסגרת הנתונים של תקופת[ם]". במה דברים אמורים? לפי ברק, "קשה לי לחשוב על המשפט היום בלי פילוסופים של המשפט כמו רונאלד דבורקין, כמו הארט. השופטים של הדור המייסד פעלו לפני דבורקין ולפני הארט... השופטים המייסדים שפטו וכתבו לפני כל ההתפתחויות האחרונות בעולם המשפט... הם לא שמעו על פסקת ההתגברות... הם לא עסקו כלל בביקורת שיפוטית על חוקים". לבד מאגרנט, "רוב השופטים האחרים לא התחנכו בעולם של ביקורת חוקתית". שלישי, ברק מדגיש את ההמשכיות שחלה לדבריו בין הדורות השונים של שופטי בית-המשפט העליון, ואת החוב שהדור שלו חב לדור שקדם לו. התפתחות ההלכה צריכה להיות "טבעית" ונטולת "קפיצות", הוא מזהיר, ויש לדבריו אמת באמירה ש"אנחנו מרחיקים לראות יותר מקודמינו משום שאנחנו יושבים על כתפיהם".¹⁶³

נראה כי הישענותו של הנשיא ברק על דרכו הפרשנית של דוורקין מסייעת בידו לדבוק בנרטיב פרוגרסיבי המציג את המהפכה החוקתית כשלב הכרחי ומתחייב במסלול החוקתי בישראל. גישתו ההיסטוריוגרפית של ברק מאפשרת לו לעשות זאת מבלי לתת גט-כריתות לדורות קודמים של שופטים; נהפוך הוא, היא מאפשרת לו לטעון כי מהלכיו המהפכניים נבנים עליהם. כך ברק יכול לטעון בר-זמנית שקודמיו היו "מצוינים" אך שהדוקטרינה החוקתית שלהם חייבה מהפכה. במילים אחרות, בדרך זו ברק יכול להציג גם את השופטים המייסדים כ"מצוינים" וגם את פסק-דינו, אשר שם קץ לדוקטרינה החוקתית המרכזית של אותם שופטים, כמצוין וכהכרחי. כיצד? למעשה, מה שהנשיא ברק אמר לבנדור ולסגל הוא שהדור הקודם של השופטים הציגו את הפרשנות הטובה ביותר של המסגרת החוקתית הישראלית לזמנם, והוא, בתורו, מציג את הפרשנות המיטיבית למסגרת החוקתית בתקופתו. מה נשתנה בין שתי התקופות? לפי הנשיא ברק, כפי שראינו, הכנסת קיבלה את חוקי-היסוד של שנת 1992, והיא עשתה כן כרשות המכוננת, ולא "סתם" בחקיקה של שגרה ובהיסח-דעת. אין לכחד, אומר הנשיא ברק, שהמהפכה שחוללה הכנסת היא רצויה וראויה, ויש בה כדי לתת מענה לבעיה עיקשת הכרוכה בדוקטרינת וסטמינסטר. היא עדיפה מבחינה נורמטיבית שכן היא מציבה מחסום בפני כוחו של הרוב לפגוע בזכויות-יסוד מסוימות על-דרך חקיקה ראשית.¹⁶⁴ מכאן

נראה לי עצוב מאוד שמדינת ישראל, שם נמצאת שארית הפליטה, שדווקא אנחנו, מהאחרונות בדמוקרטיה, שהולכות בכיוון הזה".

162 אריאל בנדור וזאב סגל עושה הכובעים – דין ודברים עם אהרן ברק (2009).

163 כל הציטוטים בפסקה זו מקורם שם, בעמ' 244–246.

164 אך לדבריו של הנשיא ברק, לא העדפתו הנורמטיבית היא המוליכה אותו למסקנתו הפרשנית בפסק-הדין, כי אם בחינה שקולה של מכלול המקורות המשפטיים לעת הזו. ראו להלן ה"ש 181. השוו להבחנה שקס סנסטין מציע – בבוחנו את השימוש שמשפטנים עושים בחומרים היסטוריים – בין "mere advocacy" לבין "historically-inclined constitutional lawyer[ing]", שלפיה:

שבצד הזהירות הרבה של הנשיא ברק בכבודם של קודמיו, הוא קובע כי המסגרת החוקתית שהם קבעו הייתה אומנם נכונה אך רק לתקופתה. משמע, מובלעת בדבריו העמדה השנויה במחלוקת שגם אם מצב הדברים שהנחילו דורות קודמים של שופטים – המבנה החוקתי בישראל בתקופה שלפני המהפכה – היה הטוב ביותר לתקופתו, אין הוא המבנה הטוב ביותר לתקופתנו. מכיוון שכך נדרש התיקון שהוא מציע בפסק-הדין. אין זו המסגרת לעסוק בכך בהרחבה, אך יש לציין כי עמדה זו שנויה כאמור במחלוקת. בעיקר אין זה ברור כלל מאליו שהמודל החוקתי המסורתי הבריטי מוצלח פחות מהמודל האמריקאי – במישור התוצאה ובמישור הרעיוני – בשמירה על זכויות אדם, בריסון הכוח השלטוני ובהגשמתם של ערכים ועקרונות ליברליים-דמוקרטיים נוספים.¹⁶⁵ כלומר, אין זה ברור לכל שהמהלך שהנשיא ברק מוביל – מהלך שהסיפור ההיסטורי המובא בפסק-דינו בא לשרתו – הינו אכן פרוגרסיבי.¹⁶⁶ אכן, בטרם אעבור הלאה, יש לציין כבר עתה כי השופט חשין מתנגד בצורה חריפה לנרטיב הפרוגרסיבי של הנשיא ברק. תחילה אציין כי הוא מתנגד לאופן שבו ברק מתייחס לדורות הקודמים של שופטי בית-המשפט העליון. חוות-דעתו בפסק-הדין מתנגדת נחרצות לתפיסה שהיה זה "דור המדבר". במקום דור שפרץ דרך אך נותר במדבר – בעיקר במובן זה שהוא אימץ את הדוקטרינה הווסטמינסטרית – השופט חשין מדגיש את יסודותיה של החוקה המטריאלית (הלא-פורמלית) שכונן בית-המשפט לאורך הדורות.¹⁶⁷ לא במדבר שכנו שופטי העבר, אלא בארצנו ישבו, וכוננו מסגרת חוקתית למופת.¹⁶⁸ לראייתו, גם בהעדר חוקה

"[T]he... advocate begins with a preestablished conclusion, is interested only in persuasion, and allows his political convictions to dominate everything that he says, whereas the historically-inclined constitutional lawyer is interested in truth, and owes duties of Cass R. Sunstein, *The Idea of* objectivity and fairness to the materials that he invokes" ראו עוד להלן ליד ה"ש 186 ופרק ד.

165 הספרות העשויה להיות רלוונטית לסוגיה זו היא עצומה. ראו, למשל, את החיבור הבא (שאינו רדיקלי כלל): ROBERT A. DAHL, HOW DEMOCRATIC IS THE AMERICAN CONSTITUTION? כן ראו Martin Kettle, *Britain Must Beware the Dystopic Drift Towards a US-Style Judiciary*, THE GUARDIAN (Mar. 28, 2012), <https://www.theguardian.com/commentisfree/2012/mar/28/britain-beware-us-style-judiciary>; Mark Tushnet, *Scepticism About Judicial Review: A Perspective from the United States*, in SCEPTICAL ESSAYS ON HUMAN RIGHTS 359 (Tom Campbell, K.D. Ewing & Adam Tomkins eds., 2001).

166 ברמת הפשטה גבוהה יותר, הטיעון הפרוגרסיבי של הנשיא ברק חשוף כמובן לטענות העקרוניות הקשות שהוטחו בתפיסות פרוגרסיביות בעיקר במהלך המאה העשרים. ראו להלן ה"ש 208 והטקסט שליידה.

167 הכתיבה על-אודות פרקי החוקה המטריאלית הישראלית שחיבר בית-המשפט העליון לאורך השנים הינה – והייתה תמיד – ענפה במיוחד. ראו, למשל, Jeffrey M. Albert, *Constitutional Adjudication Without a Constitution: The Case of Israel*, 82 HARV. L. REV. 1245 (1969); שפירא, לעיל ה"ש 53; Maoz, לעיל ה"ש 22; פנינה להב "העוז והמשרה: בית-המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד 479, 490–501 (1989); Shapira, לעיל ה"ש 22, בעמ' 417–426; Barak-Erez, לעיל ה"ש 22, בעמ' 315–317; Gross, לעיל ה"ש 22; Pnina Lahav, *Rights and Democracy: The Court's Performance*, in ISRAELI DEMOCRACY UNDER STRESS 125 (Ehud Sprinzak & Larry Diamond eds., 1993). כן ראו להלן ה"ש 168.

168 ראו במיוחד השופט חשין, פס' 134–135 (עמ' 565–567). עמדה זו בוודאי אינה מקובלת על הכל, במיוחד ככל שמדובר בפסיקת בית-המשפט בתחומים קריטיים נרחבים, כגון אזרחות

פורמלית עשו בתי-המשפט עבודה מצוינת בשמירה על זכויות אדם בישראל בשנות החמישים.¹⁶⁹ יתר על כן, במקום הטענה המרומזת שהדור ההוא לא היה יכול – ואולי לא היה ראוי – להיכנס לארץ המובטחת, היא הארץ שבה התרחשה המהפכה החוקתית והוחל סוף-סוף סדר חוקתי ראוי, השופט חשין מטיל ספק עד כמה הארץ שאליה "נכנסנו" לאחר המהפכה החוקתית אכן טובה יותר מ"המדבר" המיוחס לעידן שופטי העבר. לדבריו, "ספק גדול... אם תיאוריה המקנה לכנסת סמכות של כינון חוקה ראוייה היא לנו, בזמננו ובמקומנו."¹⁷⁰

(ד) הערכה: עד כמה הטיעון ההיסטוריוגרפי של הנשיא ברק משכנע?

פסק-דינו של הנשיא ברק מבקש לשכנע כי מהלכו של המפעל החוקתי בישראל היה רצוף ואומנם מהמורות אך נע על מסלול ברור מראשיתו. מכאן שקושי ברור אחד שדרך ההנמקה של הנשיא ברק מעוררת הוא שקשה ליישב את מהלך טיעונו עם התמורה החוקתית – אכן, המהפכה! – שהתחוללה בישראל, לפי הנשיא ברק, בפתח שנות התשעים. לדבריו:

עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התרחשה מהפכה חוקתית במעמדן של זכויות האדם בישראל... אם בעבר נגזרו זכויות האדם מההסדרים בענפי המשפט השונים, הרי מעתה יגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות. אך מעבר לכך: חל שינוי ברטוריקה החוקתית. אם, בעבר, הרטוריקה המשפטית התמקדה בסמכות, בכוח ובשיקול הדעת (החקיקתי, המינהלי והשיפוטי), הרי מעתה נעבור לרטוריקה של זכויות וחירויות. לא הכוח השלטוני באיזונו הראוי הוא שיקבע את זכות האדם, אלא זכויות האדם, באיזון הראוי, הן שתקבענה את הכוח השלטוני.¹⁷¹

לפחות ככל שמדובר במהלכה של הפסיקה המסורתית של בית-המשפט העליון, שהייתה נטויה בדוקטרינת וסטמינסטר, ניתן לתהות עד כמה משכנע נסיונו של הנשיא ברק להציג (גם)

והגירה, קרקעות וביטחון. ראו, למשל, אילן סבן "המשפט והמיעוט הערבי-פלסטיני בשלושת העשורים הראשונים למדינה: מתכונת הפיקוח" מחקרי משפט כד 565 (2008); ברוך קימרלינג "חקיקה ושפיטה בחברת מהגרים-מתיישבים" מחקרי משפט טז 17 (2000). כן ראו Sagy, *Israel's Unconstitutional Moment*, לעיל ה"ש 69.

169 יש המרחיקים לכת וטוענים בפה מלא כי בתי-המשפט של פעם – של העידן שלפני המהפכה החוקתית – היו טובים יותר, גם ככל שמדובר בשמירה על זכויות אדם. ראו פרידמן לפני המהפכה, לעיל ה"ש 61, למשל בעמ' 486–487; דניאל פרידמן הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה 595 (2013) (להלן: פרידמן הארנק והחרב). גישה זו עומדת בסתירה ברורה לחזון המרהיב שהנשיא ברק מצייר בפסק-הדין, כמצוטט להלן ליד ה"ש 171.

170 השופט חשין, פס' 3 (עמ' 471). בהמשך הוא אומר אומנם "גם אני סבור, כמוני כחבריי, כי ראויים אנו לחוקה וכי ראוייה חוקה לנו", אך הוא ממהר להוסיף: "ואולם אתנגד בכל כוחי כי נכיר סמכות לכנסת לחקוק חוקה על דרך פסיקה של בית המשפט, על דרך ניתוח משפטי של מסמך שזמנו לפני כארבעים ושבע שנים, על-פי תפיסות שנויות במחלוקת, תפיסות שלא קנו להן אחיזת סלע בחברה בישראל. והעם היכן הוא?" שם, פס' 63 (עמ' 518–519).

171 הנשיא ברק, פס' 109 (עמ' 447–448). ראו עוד, למשל, ברק "חמישים שנות שיפוט", לעיל ה"ש 112, בעמ' 13 ("בעקבות המהפכה החוקתית] ישראל הפכה מדמוקרטיה פרלמנטרית לדמוקרטיה חוקתית").

אותה כמי שהיה לה חלק בכינון המהפכה – מהפכה שיש בה כדי לדחות מניה וביה את אותה פסיקה מסורתית.

נוסף על כך, כנרמז למעלה,¹⁷² ואף מבלי להתייחס לנסיבות השנויות במחלוקת של חקיקת חוקי-היסוד בשנת 1992,¹⁷³ יש לכל-הפחות להעלות את הספק עד כמה דרך התיאור של הנשיא ברק משקפת נכונה את האופן שבו נראו הדברים במהלך הדרך. דרך הטיעון הפרוגרסיבית של הנשיא ברק מזמינה ספקנות כזו.¹⁷⁴

לפיכך ספק עד כמה הטיעון הפרוגרסיבי של הנשיא ברק משכנע לנוכח עמדתה האיתנה של הפסיקה המסורתית, לנוכח המהמורות בדרכה של חקיקת "החוקה" הישראלית, אשר עדויות להן מצויות גם בדברי הכנסת (למשל, החלטת הררי), ובוודאי בהתחשב בעדויות הרבות שהשופט חשין מעלה, המלמדות על ריבוי הקולות בכנסת ומחוץ לה ביחס למהלכו של מפעל החוקה הישראלי לאורך השנים. לנוכח כל אלה אין תמה שאמנון רובינשטיין – מי שמילא תפקיד מכריע בחקיקת חוקי-היסוד בשנת 1992 ומי שאין לחשוד בו כי הוא עוין את המהפכה החוקתית – קבע כי חוקי-היסוד "came into being as the half-legitimate heirs to the defunct constitution"¹⁷⁵ באופן דומה קבע זאב סגל, שאף הוא לא יצא נגד המהפכה, כי "נראה... שקבלת חוקי-היסוד בשנת 1992 הייתה בבחינת נס חוקתי".¹⁷⁶ מבלי להתייחס לנסיבות חקיקתם של חוקי-היסוד האמורים, "נס" ו"ירושה חצי-לגיטימית" אינם יכולים להיות תוצרים של מהלך פרוגרסיבי, אלא רק בחריגה ממהלך היסטורי "רגיל".¹⁷⁷

אם כך, יש יסוד לספק אם הסיפור ההיסטורי ששרטט הנשיא ברק נתפס – לפני מתן פסק-הדין, אחריו ובמסגרתו – כמשכנע. דומה שניתן לומר במידה רבה של ביטחון כי השאיפה המונחת בבסיס דיונו הנרחב של הנשיא ברק, להציג את "הפרשנות האובייקטיבית של ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל",¹⁷⁸ לא עלתה יפה, וזאת אף אם נכיר בתוקפה של השאיפה להציג פרשנות אובייקטיבית כזו. אכן, כשם שהימורה להיסטוריוגרפיה אובייקטיבית הינה ארוכת-שנים, כך גם המחלוקת בנוגע אליה.¹⁷⁹ מבלי להיכנס בעובי הקורה, די לי אם אציין כעת כי בקרב הדורות האחרונים של ההיסטוריונים רווחת ההכרה כי לשאיפה זו אין

172 ראו לעיל ליד ה"ש 82.

173 ראו להלן ליד ה"ש 194–201.

174 ראו BAILYN, לעיל ה"ש 117, בעמ' 23–24.

175 Amnon Rubinstein, *Israel's Partial Constitution – The Basic Laws*, in ISRAEL STUDIES: AN

ANTHOLOGY (Mitchell G. Bard & David Nachmias eds., 2009), <http://www.jewishvirtual>

library.org/israel-studies-an-anthology-israel-s-partial-constitution

ליד ה"ש 224, את דבריו של חבר הכנסת שבה וייס – אשר נמנה אף הוא עם התומכים בכינונה

של חוקה לישראל – בעת הדיון בכנסת בחוקי-יסוד: חופש העיסוק.

176 לדברי סגל, "הנס אירע הואיל ורוב חברי הכנסת היו אז טרודים בעניינים אחרים בתקופה שבטרם

בחירות". "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי" לעיל ה"ש 59, בעמ' 249. ראו להלן ליד ה"ש 194–

201 והמקורות הנזכרים לעיל בה"ש 2, הדנים בנסיבות קבלתם של חוקי-היסוד.

177 השוו לדיון הנערך אצל כהן, לעיל ה"ש 12.

178 הנשיא ברק, פס' 9 (עמ' 359).

179 PETER NOVICK, THAT NOBLE DREAM: THE "OBJECTIVITY QUESTION" AND THE AMERICAN

HISTORICAL PROFESSION 28–40, 72–85 (1988).

בסיס, שכן הלכה והשתרשה ההכרה שההיסטוריון אינו יכול לחרוג מהגבולות החברתיים, התרבותיים והנורמטיביים שבמסגרתם הוא חי בבואו לתאר את מאורעות העבר.¹⁸⁰ לפיכך ההיסטוריה המופקת על-ידי אותו היסטוריון חייבת להיות מוכתבת, במידה זו או אחרת, על-ידי גבולות אלה. עמדה טריוויאלית זו אינה זקוקה לראיה, במיוחד בהקשרנו, שכן הנשיא ברק חושף במסגרת פסק-הדין את העדפתו הנורמטיבית הנגזרת מההיסטוריוגרפיה המובאת על-ידיו. "חשוב נא רק על תוצאותיה" של גישתו המתחרה של השופט חשין, הוא מבקש מאיתנו; תורת הסמכות המכוננת העולה מתיאורו ההיסטורי, לעומת זאת, "היא בעלת יתרונות ניכרים", לדבריו.¹⁸¹ דומה שבדיוק על דברים אלה מתבסס השופט חשין באומרו כי "קשה לי להימנע מהתרשמות כי התומכים בתורת שני הכתרים נתערבבו להם... נושאי פרוגרמה בנושאי משפט, משפט רצוי במשפט מצוי".¹⁸²

יתר על כן, חילופי הדברים הללו בין השופטים מעלים את השאלה עד כמה שיטת הפרשנות של דוורקין מתאימה בכלל לדיון היסטורי. אין זה המקום לדיון תורת-משפטי רחב זה. די לי לציין ולהדגיש, לצורכי מאמר זה, את המתח הנגלה בחוות-דעתו של הנשיא ברק בין היומרה לספק תיאור היסטורי אובייקטיבי ומוסכם לבין המחויבות הדוורקינית העמוקה לעקרונות נורמטיביים (מסוימים). בין היתר על רקע זה יש החולקים על עמדתו של דוורקין כי מתקיימת אחדות בין הפעילויות הפרשניות הנערכות בקרב כל תחומי הידע המוכרים (להוציא את מדעי הטבע) כך שניתן להחיל ביחס לכולן תורת פרשנות אחידה.¹⁸³ לפי עמדה זו, ניתן בהחלט להיזקק לאותה מסגרת (דוורקינית) בבואנו לפרש היסטוריה ומשפט. אך בעוד דוורקין עצמו סבור כי שיטת הפרשנות שלו ישימה הרבה מעבר לתחום המשפט, ויאה בהחלט למחקר היסטורי, יש החולקים בצורה נחרצת על גישת "אחדות הפרשנות" שלו.¹⁸⁴ יתר על כן, יש הטוענים כי משפטנית הנדרשת לפרשנות היסטורית-חוקתית ברוח דוורקין אינה "עושה היסטוריה", אלא עוסקת בדבר-מה אחר. כך, למשל, קס סנסטין (Sunstein), התומך במתודולוגיה ההיסטורית שבה דבק הנשיא ברק, טוען כי טוב תעשה משפטנית-חוקתית העושה את מלאכתה נאמנה – וזאת כנבדל מהיסטוריונית "רגילה" – אם בפנותה להיסטוריה תאמץ את גישתו הפרשנית של דוורקין. כפי שנראה מיד, סנסטין תומך את עמדתו בתחום

180 ראו לעיל ה"ש 4. ראו עוד פרק ד להלן.

181 הנשיא ברק, פס' 41 ו-51 (עמ' 392 ו-401, בהתאמה). יש להדגיש כי הנשיא ברק אומר (שם, פס' 41 (עמ' 392)) כי "לכנסת שלנו סמכות מכוננת, ובאמצעותה ניתן להגיע להסדרים חוקתיים שהאנגלים מתקשים להגיע אליהם. קובע אני זאת לא משום שיש אני אלי חוקה, כשם שחברי [השופט חשין – י"ש] קובע את קביעותיו שלו בלא שהוא שש שלא תהא לנו חוקה. קובע אני זאת כי אלה הם – לפי מיטב הכרתי המקצועית ועל בסיס מיטב ניסיוני להיות אובייקטיבי – המבנה החוקתי וההבנה החוקתית שלנו כיום. אכן, אם הכנסת תחליט שלא להמשיך במפעל החוקה, אראה בכך החלטה לגיטימית שיש לתת לה אותו תוקף כמו להחלטה להמשיך במפעל החוקה. אך כל עוד הכנסת לא החליטה להפסיק את מפעל החוקה, על בית המשפט ליתן תוקף חוקתי למפעל זה, תהיינה דעותיו של השופט אשר תהיינה".

182 השופט חשין, פס' 50 (עמ' 511).

183 ראו בעיקר בספרו DWORKIN, JUSTICE FOR HEDGEHOGS, לעיל ה"ש 125.

184 ראו Solum, *The Unity of Interpretation*, לעיל ה"ש 109. אך ראו David A.J. Richards, *Interpretation and Historiography*, 58 S. CAL. L. REV. 489, 502–504 (1985).

המומחיות שהוא מייחס למשפטנית (ניתוח נורמטיבי) לעומת תחום המומחיות המיוחס להיסטוריונית ה"רגילה" (הניסיון "לדמות" את העבר באורח כללי). בהקשר של ההיסטוריה של החוקה האמריקאית, סנסטין מאמין כי על משפטנית זו *"to make the best constructive sense out of the historical events associated with the Constitution... [and] try to conceive of the [historical] materials in a way that makes political or moral sense, rather than nonsense, out of them to current generations"*.¹⁸⁵ עם כל זאת טוען סנסטין כך:

The historian is trying to reimagine the past, necessarily from a present-day standpoint, but subject to the discipline provided by the sources and by the interpretive conventions in the relevant communities of historians. By contrast, the constitutional lawyer is trying to contribute to the legal culture's repertoire of arguments and political/legal narratives that place a (stylized) past and present into a trajectory leading to a desired future. On this view, the historically-minded lawyer need not be thought to be doing a second-rate or debased version of what the professional historians do well, but is working in a quite different tradition with overlapping but distinct criteria.¹⁸⁶

זאת ועוד, אף אם נקבל שהמסגרת הדוורקינית הולמת את הדיון ההיסטורי-החוקתי שפסק-הדין עוסק בו, הסיפור ההיסטורי המגולם בדברי הנשיא ברק כרוך בקשיים נוספים שמקורם בהתבססותו על המתודולוגיה הדוורקינית.¹⁸⁷ דוורקין, כידוע וכפי שראינו, דורש מהפרשן להציג את מושא פרשנותו באורח טוב ביותר. אך "באורח טוב ביותר" כיצד? דוורקין מבקש להציג תורת פרשנות קונסטרוקטיבית, הדורשת מהפרשן לכוון את מעשה הפרשנות שלו בהתבסס על המבנים התיאורטיים הרלוונטיים לתחום העיסוק שלו, כך שמושא הפרשנות יוצג באורח טוב ביותר בהתחשב בסוגה שהוא משתייך אליה.¹⁸⁸ בפשטות, פרשן של יצירת אומנות צריך לפרשה באורח טוב ביותר לאור מושכלות-היסוד של התחום באשר לערכה של יצירת אומנות מוצלחת מסוגה. מושכלות-יסוד אלה הם שיתחמו, לשיטת דוורקין, את תחום הפרשנות האפשריות של אותה יצירת אומנות, והם שיקבעו מהו "האורח הטוב ביותר"

185 Sunstein, לעיל ה"ש 164, בעמ' 602. כחלק מגישה זו סנסטין טוען (שם, בעמ' 603) כי על המשפטן-ההיסטוריון לתור אחר "useable past", כלומר, עליו לאתר "elements in history that can be brought fruitfully to bear on current problems" (שם, בעמ' 604): "[C]onstitutional lawyers, preoccupied with the idea of a useable past, may draw from history a lesson that comes pretty much entirely from their own political commitments, and not at all from the history itself... Hence there is nothing at all dishonorable in the idea that constitutional lawyers should try to identify those features of the constitutional past that are, in their view, especially suitable for present constitutional use"

186 שם, בעמ' 605. ראו עוד להלן פרק ד.

187 אני מתמקד בדוורקין, ופחות בהרט (ראו לעיל ליד ה"ש 121), מהסיבות המפורטות לעיל ליד ה"ש 124.

188 ראו, למשל, MARMOR, לעיל ה"ש 125, פרק 3.

בעבורה ובהקשרה.¹⁸⁹ לפי הלך-חשיבה זה, חשיבות עילאית מוקנית לסיווגם ה"נכון" של הטקסט, הפעילות או העצם העומדים לפרשנותנו. בהעדר הסכמה לאיזו קטגוריה או סוגה הם משתייכים, לא תיתכן הסכמה על הערכים החולשים על מעשה הפרשנות, ולא תיתכן פרשנות של ממש.¹⁹⁰

לאיזו סוגה משתייכת מסכת העלילה שהנשיא ברק מתאר? דומה שהיא משתייכת לפעילות של קביעת חוקה במדינה ליברלית-דמוקרטית במאה העשרים. ב"סוגה" זו יש ערכי-יסוד מבוססים, שהנשיא ברק משתית עליהם את דבריו לכל אורך פסק-דינו, ובמרכזם ריבונות העם¹⁹¹ ושמירה על זכויות אדם.¹⁹² בתארו את ההיסטוריה החוקתית-הישראלית, הוא מדגיש את המופעים השונים של ערכי-יסוד אלה במהלך חייו של המפעל החוקתי הישראלי. השאלה היא אם אכן עלה בידו לשכנע שזו הפרשנות הטובה ביותר, לנוכח סימני השאלה הטורדניים שהשופט חשין מעלה. השופט חשין מדגיש יסודות אחרים של ה-ideal type לכינונה של חוקה מודרנית, כגון יסוד החגיגות בהכתרתה של חוקה ודרכי חיבורה המקובלים (למשל, על-ידי גוף מיוחד לעניין זה),¹⁹³ כמו-גם קיומה של מעורבות ציבורית בכינונה של חוקה. יסודות אלה מודחקים על-ידי הנשיא ברק מסיבה ברורה: אי-אפשר לומר שהם התקיימו במשך ימי המפעל החוקתי בישראל.

אכן, השופט חשין מבקש לערער ביסודיות את הטענה כאילו התקיימה הסכמה עממית לכינונה של חוקה ישראלית גם לאחר התפזרותה של הכנסת הראשונה (היא האספה המכוננת). הקשר מסוים אחד שבו השופט חשין מעלה את הטענה נראה על פניו משכנע במיוחד ואקוטי בהחלט. מדובר בשאלה מה בדיוק אירע בכנסת במרץ 1992 כאשר התקבלו שני חוקי-היסוד המהוללים.

אין ספק שנסיונות קבלתם של חוקי-היסוד במרץ 1992 שנויות במידה רבה במחלוקת. מתעורר אף החשד שדיונו המפורט של הנשיא ברק והמאמץ הניכר שלו לרתום את המסורת (הלא-פשוטה, בלשון המעטה) של כינון חוקה לישראל לקונסטרוקציה המשפטית-ההיסטורית הנבנית בפסק-דינו מקורם, בין היתר, בעובדה שקשה לומר שחקיקת חוקי-היסוד בכנסת במרץ 1992 נדמתה לאירוע יוצא-דופן המבשר על התרחשותה של מהפכה.¹⁹⁴ זאת, אף שלפי קו

189 ראו, למשל, DWORKIN, LAW'S EMPIRE, לעיל ה"ש 125, בעמ' 52 (an interpreter can[not] make of a practice or work of art anything he would have wanted it to be... [f]or the history (or shape of a practice or object constrains the available interpretation of it)).

190 במילותיו של MARMOR, לעיל ה"ש 125, בעמ' 30-31: "We can only interpret a text if we have a sense of what kind of text it is, because we must also have a view about the values which are inherent in that kind or genre. Unless we know what makes texts in that genre better or worse, we cannot even begin to interpret the text".

191 הנשיא ברק, פס' 5, 48 (עמ' 356, 399, בהתאמה).

192 הנשיא ברק, למשל פס' 47, 80 (עמ' 397-398, 423, בהתאמה).

193 ראו, למשל, השופט חשין, פס' 9-10, 13 (עמ' 473-475, 478-479, בהתאמה). ראו גם את דבריו שם, פס' 64 (עמ' 520). ראו עוד, למשל, שפירא וברכה, לעיל ה"ש 69.

194 על-מנת להיווכח בכך די להישאר בגדר פסק-הדין ולקרוא, למשל, כיצד הנשיא שמגר מתאר את עלילות החקיקה של חוקי-היסוד הללו. הנשיא שמגר, פס' 57, 59 (עמ' 315-316, 317, בהתאמה).

הטיעון של הנשיא ברק, בחוקי-יסוד אלה בישרה הכנסת – היא, ולא בית-המשפט ואף לא שום מוסד אחר – על המהפכה החוקתית וחוללה אותה.¹⁹⁵ נתוני ההצבעות בכנסת ידועים, כמובן, אך שאלת כוונתם של חברי הכנסת בבואם להצביע על חוקי-היסוד והשאלה עד כמה הבינו את גודל השעה שנויות במחלוקת עזה.¹⁹⁶ אין זה ברור כלל וכלל עד כמה הבינו חברי הכנסת שהשתתפו בהליכי קבלתם של חוקי-היסוד כי הם מחוללים מהפכה חוקתית.¹⁹⁷ לא אחת נשמעת הטענה כי אין לומר שהייתה נסוכה אווירה של חגיגות יוצאת-דופן כאשר חוקקה הכנסת את חוקי-יסוד: חופש העיסוק וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כך, למשל, השופט חשין מעלה כי בעת חקיקת חוקי-היסוד בשנת 1992, "רוב חברי הכנסת לא חשו אלא שעושים הם בשיגרת היום-יום".¹⁹⁸ לפיכך, טוען השופט חשין, הקונסטרוקציה של הנשיא ברק חסרה בסיס "מכל בחינה שהיא: משפטית, ציבורית, מוסרית".¹⁹⁹ הנשיא ברק טוען כנגד זה כי אי-אפשר "לטעון ברצינות ש[חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם] התקבלו בלא שהעם שותף בקבלתם", וכי "חלקים נרחבים של הציבור נתנו דעתם למהפכה החוקתית". ברמת הכללה גבוהה יותר טוען הנשיא ברק באותו מקום, כנגד השופט חשין, כי "העם נשאל והעם השיב כי הוא רוצה בחוקה, וכי זכויות אדם חוקתיות רצויות לו".²⁰⁰ אך תשובתו של הנשיא ברק אינה משכנעת את השופט חשין. האחרון מתמיד בדעתו, גם לנוכח טענותיו מרחיקות-הלכת של הנשיא ברק, כי "את פי העם לא שאלנו".²⁰¹

- 195 ראו לעיל ליד ה"ש 154.
- 196 ראו את המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 2.
- 197 לעניין נתוני ההצבעה במליאה, התמונה – לכל הדעות – אינה מרשימה במיוחד. מן המפורסמות הוא, למשל, שחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו התקבל בהשתתפות 54 חברי כנסת בלבד מקרב כלל חברי הכנסת, אשר זו הייתה התפלגותם: 32 חברי כנסת הצביעו בעדו, 21 הצביעו נגדו, וחבר כנסת אחד נמנע. ראו ד"כ 125, 3793 (התשנ"ב).
- 198 השופט חשין, פס' 65 (עמ' 521). ראו גם שם, פס' 92 (עמ' 540). כן ראו הנשיא שמגר, פס' 59 (עמ' 317) ("חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו] עבר ללא הצבעת רוב של חברי הכנסת... [ו] לא קדם לכך דיון ציבורי"). ראו באופן דומה לנדוי "מתן חוקה לישראל", לעיל ה"ש 11, בעמ' 700; ספיר, לעיל ה"ש 2; וויל, לעיל ה"ש 7, בעמ' 545–548. אך ראו רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד", לעיל ה"ש 2.
- 199 השופט חשין, פס' 64 (עמ' 520) ("לכינונה של חוקה כיום... נדרשים אנו – ומכל בחינה שהיא: משפטית, ציבורית, מוסרית – ליותר, להרבה יותר, מאשר לקונסטרוקציה משפטית על דבר סמכותה של הכנסת דהאידיא לחוקק חוקה").
- 200 הנשיא ברק, פס' 49 (עמ' 400). על עמדה זו חזר הנשיא ברק גם בהמשך. ראו "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי", לעיל ה"ש 59, בעמ' 257 ואילך.
- 201 השופט חשין, פס' 63 (עמ' 519). ראו, באופן דומה, Nimmer, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1252; שפירא וברכה, לעיל ה"ש 69, בעמ' 21–22. מעניין שגם הנשיא ברק אמר באחת ההזדמנויות כך: "אני בעד ללכת אל העם. אני בעד שאחרי שהכנסת תקבל טקסט מלא יותר, המשפטנים יחברו אותו, ונלך אל העם. והעם יצביע אם הוא בעד או נגד. אז לפחות גם חשין יצטרף למחנה, משום שזה מה שמפריע לו. ואני בהחלט מכבד את העמדה הזאת". "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי", לעיל ה"ש 59, בעמ' 264. לתמיכה בעריכת משאל-עם לאישור חוקה ישראלית ראו עוד לעיל ה"ש 79.

מבלי להכריע במחלוקת פוסקים זו, נראה שהשופט חשין העלה ספקות רציניים ביחס למידת ההתאמה (fit)²⁰² בין הנרטיב הפרוגרסיבי של הנשיא ברק לבין הסוגה שהנשיא ברק מבקש לשייך אליה את הנרטיב הזה (חיבורה של חוקה ליברלית-דמוקרטית). קשה לומר, גם בסופו של פסק-הדין של הנשיא ברק, כי ניתן בו מענה לקושיה הפשוטה הבאה, המופיעה בתחילת פסק-דינו של השופט חשין:

שמענו על סוגיית פירושה של חוקה; שמענו על סוגיית סמכותו – או אי-סמכותו – של בית-משפט לפסול חוקים הסותרים דברה של חוקה. אפשר קוצר המשיג הוא, אך לא שמענו עד הנה על ויכוח אם גוף פלוני קנה סמכות (היסטורית ומשפטית) על-פי דין ליתן חוקה לעם. בוודאי לא שמענו על שאלה זו כשאלה משפטית הניתנת להכרעתו של בית-משפט... חילוקי הדעות בשאלה זו, הם עצמם, יש בהם כדי להעיד מה קשה היא המסקנה שהכנסת דהאידינא מחזיקה בסמכות מכוונת.²⁰³

3. חוות-דעתו של השופט חשין

שניות עמוקה מונחת בתשתית ניתוחו ההיסטורי של השופט חשין. להלן אראה כי כתיבתו מגלה את סימניה הברורים של היסטוריוגרפיה פוסט-מודרניסטית/פוסט-סטרוקטורליסטית (בעיקר) כאשר הוא מבקש לערער את הנרטיב ההיסטורי של חבריו השופטים. עיקרים אחדים בהיסטוריוגרפיה זו יוצגו מייד, אך יש לומר כבר עתה כי תו מרכזי שמשותף להם, ואשר מגדיר היסטוריוגרפיה זו, הוא ההתקוממות נגד פרשנות מהותנית למהלכי עבר.²⁰⁴ דא עקא, שדווקא ראייה מהותנית היא הנגלית בכירור בחלקים אחרים בפסק-דינו, המבקשים אף הם לתת פשר למאורעות בהיסטוריה החוקתית של המדינה. לחשיפתו של מתח זה אפנה בפסקאות הבאות.

(א) היסטוריוגרפיה פוסט-מודרנית/פוסט-סטרוקטורלית בפסק-דינו של השופט חשין

יש כתובת ברורה למדי לחלקו העיקרי של פסק-דינו של השופט חשין: פסקי-דינם של הנשיאים שמגר וברק.²⁰⁵ בבוחנו את ההיסטוריוגרפיה של חבריו הנשיאים, ובהציגו את גרסתו שלו לסיפור המעשה של מפעל החוקה הישראלי, השופט חשין נוקט לשון חריפה. בהתאם, הוא אף נוקט מתודולוגיה בעלת יסודות רדיקליים. אבקש להראות להלן כי פסק-דינו של השופט חשין נושא – למרבה הפלא, אולי – את סימניה של היסטוריוגרפיה פוסט-

202 ליסוד זה בתורת הפרשנות של דוורקין ראו, למשל, Solum, *The Unity of Interpretation*, לעיל ה"ש 109, בעמ' 553–555; Richards, לעיל ה"ש 184, בעמ' 502–503. אם טענה זו בדבר העדר fit נכונה, אזי פרשנותו של הנשיא ברק נפסלת מאליה לפי שיטת הפרשנות של דוורקין.

203 השופט חשין, פס' 10 (עמ' 475).

204 ראו לעיל ה"ש 15. כן ראו לעיל ה"ש 16.

205 כדבריו של השופט חשין בתחילת פסק-דינו, "חבריי, הנשיא שמגר והנשיא ברק, הניפו חרמש ומגל, ולא הניחום מידיהם עד רדת יום בקוצרם בשדה חוקי היסוד. אך מעט לקט, שכחה ופאה הותרו אחריהם. מתוכם אמרתי אאסוף אל חיקי שתיים-שלוש שיכולים, אותן אטחן ומהן אופה את פתי שלי". השופט חשין, פס' 2 (עמ' 471).

מודרניסטית/פוסט-סטרוקטורליסטית, אשר זכתה בבולטות רבה במיוחד במחצית השנייה של המאה העשרים.²⁰⁶ אטעים כעת כמה יסודות בחוות-דעתו של השופט חשין הנושאים את תוויה של ההיסטוריוגרפיה האמורה.

יש להדגיש תחילה את התנגדותו הנחרצת של השופט חשין למסגור ההיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל במושגיו של סיפור-על כולל אחד, כפי שעושה הנשיא ברק בעיקר. מוכרת העמדה הפוסט-מודרניסטית המתנגדת לנרטיבים חובקי-כל של מהלכים היסטוריים "גדולים" (דוגמה מובהקת לכך היא "סיפורה של המודרנה"). תחת זאת, הפוסט-מודרניזם מבקש להציג את ריבוי פניה של המציאות ההיסטורית ואת הקושי לחלץ הימנה נרטיב קונקלוסיבי העושה חסד לגיוון האדיר של תופעות ועמדות שהתגלו בימי עבר.²⁰⁷ בהתאמה, השופט חשין חוזר ומצביע על הקושי לחלץ ממצא היסטורי מובהק מדברי ימי המפעל החוקתי בישראל, לפחות ככל שמדובר בכוונתם של חברי הכנסת – אלה שהיו ואשר עודם, לשיטת חבריו הנשיאים ברק ושמגר, חברי הרשות המכוננת. לעומת הנשיא ברק, השופט חשין מדגיש כי במהלך ההיסטוריה היו חברי כנסת שונים שהביעו כוונות מגוונות בשאלות החוקתיות שעל הפרק, וכי הכנסת פעלה בתקופות שונות בכיוונים שונים ביחס לאותן שאלות.

יתר על כן, הכתיבה הפוסט-מודרנית הינה ביקורתית במיוחד כלפי ראייה פרוגרסיבית של ההיסטוריה, בקובעה כי זו האחרונה "מלבישה" מִטְּ-נרטיב עצום על בליל של אירועים, וזאת – וכאן אנו עוברים ליסוד הבא – באופן כוחני. ברגיל, ראייה פרוגרסיבית כזו, המזוהה עם המערב, נתפסת ככוחנית בדיוק מכיוון שהיא כופה נרטיב מסוים, המשרת אידיאולוגיות (מערכיות) מסוימות. כפייה זו כרוכה בדרך-כלל בהשתקה נחרצת של קולות מתחרים, בהדרה שלהם או בזלזול בהם.²⁰⁸ ראינו כי גם השופט חשין מתקומם נגד הנרטיב הפרוגרסיבי שהנשיא

206 על היסטוריוגרפיה פוסט-מודרניסטית/פוסט-סטרוקטורליסטית ראו, למשל, BREISACH, לעיל ה'ש 9, בעמ' 425–420 & ; 39 HIST. & ; Keith Jenkins, *A Postmodern Reply to Perez Zagorin*, 181 (2000) THEORY. ההפניה לפוסט-סטרוקטורליזם מכוונת למשפחת התיאוריות שצמחו בהמשך לתיאוריה הסטרוקטורליסטית מבית-מדרשם (למשל) של פרדיננד דה-סוסיר (Ferdinand de Saussure) וקלוד לוי-סטרס (Claude Lévi-Strauss). על סטרוקטורליזם, פוסט-סטרוקטורליזם והיחס ביניהם ראו, למשל, TERENCE HAWKES, STRUCTURALISM AND SEMIOTICS (1977); JONATHAN CULLER, ON DECONSTRUCTION: THEORY AND CRITICISM AFTER STRUCTURALISM (1982); TERRY EAGLETON, LITERARY THEORY: AN INTRODUCTION (2nd ed. 1996); JOHN STURROCK, STRUCTURALISM (2nd ed. 2003).

קשה לומר עד כמה פוסט-סטרוקטורליזם מובחן מפוסט-מודרניזם, אם בכלל, כלומר עד כמה ניתן לדבר עליהם בצורה מאירת-עיניים כשתי תורות נבדלות. בכל מקרה, הדבר אינו צריך להטרידנו כאן (בהקשר ההיסטוריוגרפי ראו, למשל, את אופן טיפולו של BREISACH, לעיל ה"ש 9, בסוגיה). בשורות הבאות אבהיר אילו יסודות בחשיבה הפוסט-מודרניסטית/הפוסט-סטרוקטורליסטית אני מבקש להדגיש בפסק-דינו של השופט חשין.

207 החיבור הבא מהווה ציון-דרך חשוב בעלייתם של הפוסט-מודרניזם בכלל ושל הביקורת על מִטְּ-נרטיבים היסטוריים בפרט: ז'אן-פרנסוא ליזטר המצב הפוסטמודרני (גבריאל אש ואריאלה אזולאי מתרגמים, 1999).

208 ראו, לאחרונה, Kwame Anthony Appiah, *There Is No Such Thing as Western Civilisation*, (Nov. 9, 2016), available at https://www.theguardian.com/world/2016/nov/09/western-civilisation-appiah-reith-lecture?CMP=Share_iOSApp_Other

ברק משרטט, תוך שהוא טוען נגדו (בין היתר) כי אין הוא נוהג "בענווה ובצניעות" בדין שקדם לחוקי-היסוד משנת 1992 – דין אשר התבסס על הלכות "רבות וטובות" של בית-המשפט העליון.²⁰⁹

אכן, השופט חשין מצביע ללא כחל ושרק על הכוחניות הטבועה במהלך ההיסטוריה-הפרשני של חבריו להרכב. אף כאן עיקר חיצי מופנים לנשיא שמגר, ואף יותר מכך לנשיא ברק. הוא מאשים במישרין בכך שהם כופים הר כגיגית על הכנסת והעם בישראל בהכרזים על המהפכה החוקתית, וזאת – ובכך טמון העיקר כאן – מכוחן של תיאוריות (פרשניות-היסטוריוגרפיות) מופשטות.²¹⁰ תיאוריות אלה אומנם מוצגות על-ידי הנשיא ברק כאמת לאמתה, אך אין הן אלא קונסטרוקט פרשני יציר ידי אדם.²¹¹ לפיכך כפייתן על המסגרת החוקתית בישראל היא מאולצת וכוחנית, לפי גישתו של השופט חשין.

טענה זו מזכירה ביקורות פוסט-מודרניסטיות מקבילות שבמסגרתן נחשף מבנה הכוח שהיה טמון בנרטיבים או במט-נרטיבים ה"קלסיים" שההיסטוריוגרפיה המערבית הורגלה בהם. הודות לביקורות אלה מוכרות לנו היטב כיום הטענות שלפיהן נרטיבים ליברליים קלסיים נטו, מעשה שגרה, למקם בקדמת הבמה דמות של גבר לבן, בורגני, משכיל, "בריא", הטרוסקסואל ומערבי, תוך דחיקת קבוצות אחרות אל מורד הבמה. הצגה זו, כך נטען, לא רק שיקפה מדרגים חברתיים, אלא אף שירתה וקידמה אותם, ומכאן הכוח הטמון בנרטיבים אלה.²¹² כעת, אם נוסיף על כך את מעמדו המוסדי של בית-המשפט בישראל (ובשיטות המשטר המערביות באורח כללי), מימד הכוח הטמון באופן אינהרנטי בנרטיב שבית-המשפט מבנה נהיה ברור לחלוטין: כוח אל מול גורמים הסולדים מהעמדה המגולמת בהכרעת בית-המשפט, וכוח אף אל מול מוסדות הכרעה אחרים.

קיימת ספרות רבה ומעניינת העוסקת באופנים שבהם בתי-משפט מקבעים – קובעים כעובדה פסוקה – נרטיבים היסטוריים-עובדתיים מסוימים, וזאת, לא אחת, לנוכח מחלוקת עזה

ניתן לציין, מעבר לאמור לעיל, כי תפיסה פרוגרסיבית, המושתתת על ראייה מדרגית של מודלים חברתיים, חברתיים ואף מדעיים, חשופה לביקורת המזוהה במיוחד עם כתיבתו של תומס קון. כתיבה זו דוחה ראייה אינקרמנטלית של התפתחות המדע, ומתארת את ההיסטוריה של המדע במושגים של "פרדיגמות" מדעיות שונות, אשר כל אחת מהן עומדת ברשות עצמה עד שאין זה ברור עד כמה ניתן להשוות ביניהן ולדרגן. ראו THOMAS S. KUHN, THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTIONS 102 (2nd ed. 1970). לכתובה ברוח דומה, שחלקה קדם לזו של קון, ראו, למשל, LUDWIK FLECK, GENESIS AND DEVELOPMENT OF A SCIENTIFIC FACT (Thaddeus J. Trenn & Robert K. Merton eds., Fred Bradley & Thaddeus J. Trenn trans., 1979) (1935); EDWARD A. PURCELL, JR., THE CRISIS OF DEMOCRATIC THEORY: SCIENTIFIC NATURALISM & THE PROBLEM OF VALUE 1–73 (1973).

209 השופט חשין, פס' 134 (עמ' 566) (ציטוט מפרשת גנימאת, לעיל ה"ש 52). ראו עוד לעיל ליד ה"ש 169–170.

210 ראו, למשל, להלן ה"ש 230 והטקסט שלידה.

211 ראו Fendler, לעיל ה"ש 9, בעמ' 685.

212 ראו, למשל, Gyan Prakash, *Subaltern Studies as Postcolonial Criticism*, 99 AM. HIST. REV. 1475 (1994); TOURAJ ATABAKI, *BEYOND ESSENTIALISM: WHO WRITES WHOSE PAST IN THE MIDDLE EAST AND CENTRAL ASIA?* (2003).

בנוגע למאורעות שפסקי-הדין מתייחסים אליהם.²¹³ בנסיבות כאלה הכרעת בתי-המשפט מעדיפה לרוב גרסה אחת של העבר על גרסה אחרת. ואף אם נאמר כי אין מנוס מכך, בשל אופיו של הדיון השיפוטי, העדפה זו, מכיוון שהיא נושאת את חותם בית-המשפט, עשויה להיות בעלת משמעויות חברתיות ומשפטיות מרחיקות-לכת.²¹⁴ דומה שהורגלנו זה כבר בביקורת מלומדים שמבקשת לקעקע את הרושם כאילו נרטיב היסטורי המוצג על-ידי בית-המשפט אינו אלא רשומון ניטרלי-טבעי, ואשר חושפת את צדדיה הכוחניים של מלאכת בניית הנרטיבים ההיסטוריים שבפסקי-דין.²¹⁵ אך דומה שביקורות ברוח זו הנשמעות מבין דפי פסק-דין של בית-המשפט העליון אינן חזון נפרץ, וזאת בוודאי, כל נשכח, בפסק-דין היסטורי לכל הדעות, שהרי, כדברי השופט חשין, "למיום היות בית המשפט העליון לישראל – למיום היווסדו ועד עתה – לא עלתה לפניו שאלה גדולה וחשובה כשאלת סמכותה המכוננת של הכנסת", שבה עוסק פסק-הדין.²¹⁶

יסוד נוסף שאבקש להדגיש הוא הנטייה לרפלקסיביות, כלומר, לבחינה פומבית ופתוחה של עמדתו האישית של הכותב על הסוגיות שעל הפרק. הכתיבה הפוסט-סטרוקטורליסטית, המבקשת להנכיח את מקבילית הכוחות החברתיים אשר כל דיון חברתי ואקדמי נערך בתוכם, מגלה חשדנות רבה לטענות בעלות יומרה אובייקטיבית. כתיבה זו מעוררת מאליה את הדרישה כי הדוברת בשיח תבחן לעצמה ותבהיר לשומעיה מהי המחויבות שמכוחה היא מביעה את דעתה, תהא זו מחויבות תרבותית, אידיאולוגית, פוליטית או אישית – הכל לפי העניין.²¹⁷ אימוצה של נטייה זו בפסק-דינו של השופט חשין הינו ראוי לציון מיוחד ככל שמדובר בשופט המחויב לסטנדרטים "מקצועיים", ובראשם ניטרליות ביחס למחלוקות שבהן הוא דן.²¹⁸ כך במיוחד אולי כאשר מדובר בפרשה המעוררת שאלה "המצויה ביסודה של שיטת המשפט בישראל, לא פחות".²¹⁹

213 ראו להלן ה"ש 214–215 וכן, למשל, Sarah Maza, *Stories in History: Cultural Narratives in Recent Works in European History*, 101 AM. HIST. REV. 1493, 1500 (1996) ("stories, especially those used in legal and ritual settings, are the means whereby social actors attempt to impose fixed meaning on social experience in the context of a crisis in which meanings have become indeterminate").

214 ראו, למשל, את הדיון המצוין הנערך אצל Eric H. Reiter, *Fact, Narrative, and the Judicial Uses of History*, 8 INDIGENOUS L.J. 55 (2010), על שלל הפניותיו.

215 ראו, למשל, ליאורה בילסקי ואנאלו ורביץ "העסק של רוטשטיין": נחום גוטמן, מיתולוגיה מקומית ונסיון האונס הראשון בתל-אביב" *עיוני משפט* כו 391, 418–426 (2002); יעל ארידור, בר-אילן "עובדות שנויות במחלוקת" *עיוני משפט* כד 131 (2000); מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" *פלילים* ז 11 (1998).

216 השופט חשין, פס' 5 (עמ' 472).

217 ראו, למשל, HUBERT L. DREYFUS & PAUL RABINOW, MICHEL FOUCAULT: BEYOND STRUCTURALISM AND HERMENEUTIC 200–204 (2nd ed. 1983).

218 ראו יששכר (איסי) רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" *משפט וממשל* ח 49 (2005); Issachar Rosen-Zvi, *Constructing Professionalism: The Professional Project of the Israeli Judiciary*, 31 SETON HALL L. REV. 760 (2001).

219 השופט חשין, פס' 5 (עמ' 472).

הגיעה השעה לעבור, כמקובל במקומותינו, מן הכלל אל הפרט. בפסקאות הבאות אבקש להדגים בקצרה את היסודות שהוזכרו זה עתה.

אפנה תחילה לתיאור המהלך החוקתי-ההיסטורי. ה"ממצא" ההיסטורי העיקרי של השופט חשין, הסומך עצמו בעיקר על דברי הכנסת לאורך השנים, הוא כי "חברי הכנסת לדורותיהם היו רחוקים כל השנים מקביעת עמדה אחת וחד-משמעית" בשאלות שעל הפרק בפסק-הדין.²²⁰ באופן כללי, ובניגוד לנשיא ברק, השופט חשין מטעים, פעם אחר פעם ובהקשרים שונים, את ריבוי פניהם של המקורות ההיסטוריים הנזכרים בפסק-הדין ואת חוסר היכולת לגזור מהם מסקנה ברורה.²²¹ הוויכוח שבין השופטים בפסק-הדין אנלוגי במידה מסוימת לוויכוח שפרץ בין היסטוריונים עם עלייתה של ההגות הפוסט-מודרנית. זה האחרון נסב סביב השאלה "אם הטקסט ההיסטורי הוא בגדר חלון המשקף את העבר – גם אם בשל הטיותו של ההיסטוריון – החלון אינו שקוף לגמרי – או שמא הטקסט שחיבר ההיסטוריון הוא רק בגדר ציור של חלון על קיר; במשמע שהטקסט מבטא רק את דרכו ואת מחשבותיו של ההיסטוריון עצמו ואינו מבטא את העבר ואולי אף בגרסה קיצונית – מסווה אותו".²²² אין זה מרחיק-לכת לומר כי השופט חשין מעלה נגד חבריו את הגרסה ה"קיצונית" האמורה.

אין פלא שהשופט חשין מצטט,²²³ כתמיכה לעמדתו, את דבריו הבאים של חבר הכנסת שבח וייס, אשר אמר כך בעת הקריאה הראשונה על חוק-יסוד: חופש העיסוק: "אם חבר הכנסת אמנון רובינשטיין יצליח, חלקיקים-חלקיקים, פרודות-פרודות, לעבור לאטומים, ומן האטומים למערכת כוללת יותר, ואם זה לא ייצור בוקה ומבוקה ומבולקה, ויש שם איזה סדר, בדרך החצי-מחתרתית, חצי-לגיטימית, של הגנבת החוקה לסדר-יומה של מדינת ישראל – אנחנו נברך אותו על כך".²²⁴ לא רק שדבריו האחרונים של חבר הכנסת וייס מכחישים את תיאורו הפרוגרסיבי של הנשיא ברק, הם אף כוללים האשמה חריפה: "החוקה" שהנשיאים שמגר וברק מבשרים עליה (יחד עם אחרים, וביניהם חבר הכנסת רובינשטיין) הוגנבה "בדרך החצי-מחתרתית, חצי-לגיטימית... לסדר-יומה של מדינת ישראל". השופט חשין, אף יותר מחבר הכנסת וייס, מבקש לחשוף את אלה שחברו למעשה המחתרת. חשוב מכך, הוא חושף לעין כל את האופי הפעיל, המכוון והספק-לגיטימי של פעולתם – כך לעניין המהפכה החוקתית, וכך אף לעניין הסיפור ההיסטורי המובא בפסקי-דינם של הנשיאים.²²⁵

220 השופט חשין, פס' 36 (עמ' 495).

221 השופט חשין, פס' 38 (עמ' 505) ("החלטת הררי הייתה מעין פשרה, וכדרכן של פשרות ראה בה כל אחד את שביקש לראות בה"); שם, פס' 41 (עמ' 506) ("גיוון הדעות הוא רב כדי מבוכה"); שם, פס' 44 (עמ' 509) ("על דברים שנאמרו בכנסת נאמר אנו: הפוך בה והפוך בה דכולא בה"); שם, פס' 49 (עמ' 510) ("לא כל הסופרים והמחברים הינם בדעה אחת").

222 אורית רוזין "ההיסטוריה של המשפט הישראלי: עיון מתודולוגי" קתדרה (צפוי להתפרסם ב-2018).

223 השופט חשין, פס' 65 (עמ' 421).

224 ד"כ 124, 2596 (התשנ"ב) (ההדגשה הוספה).

225 לכאורה יש בחשיפה זו כדי לערער את טענתי בדבר גישתו המהותנית של השופט חשין, שבה מוקנה מקום מצומצם לאג'נטיות של שחקני ההיסטוריה (ראו לעיל ה"ש 17 והטקסט שלידה). אלא שמתברר, כפי שיובהר בהמשך, כי השופט חשין מבקש להדגיש בפסקי-דינו עד כמה היו

השופט חשין טוען במפורש כי פסקי-דינם של הנשיאים שמגר וברק מרכיבים תיאוריה חוקתית (שנויה במחלוקת) על בליל המאורעות ושטף המלל הכלולים תחת הכותרת "ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל". מוקד הטענה האחרונה אינו בעובדת היותה של התיאוריה החוקתית דנן (הכנסת כגוף דר-מהותי) בעייתית. בכך בוודאי אין חידוש: לפני פסק-הדין ואחריו היו שהצביעו על חולשותיה של תיאוריה זו.²²⁶ המוקד מצוי בטענה התקיפה של השופט חשין כי ראוי להמשיל את הנרטיב ההיסטורי של חבריו – ובמיוחד את זה של הנשיא ברק – למיטת סדום. זאת, לשיטתו, מכיוון שהנרטיבים של חבריו חוטאים בשני אלה: לא רק שהם מרכיבים באופן מאולץ את גוף העובדות ומתאימים אותו למסגרת החוקתית שהם מבקשים לקדם, אלא שתוצאת המהלך היא הענקת כוח משמעותי בידי בית-המשפט. הביקורת אינה רק על מידת ההתאמה בין הסיפור ההיסטורי המגולם בנרטיב של חבריו לבין המציאות ששררה "באמת" בעבר, אלא גם על תוצאת המהלך ההיסטורי-הפרשני של חבריו: נטילת כוח בידי בית-המשפט לערוך ביקורת שיפוטית על הכנסת כרשות מחוקקת ואף כרשות מכוננת.²²⁷ השופט חשין עושה מעשה נדיר בפסק-דינו, בהנכיחו – במפורש וכמיטב הרטוריקה העוצמתית שרק הוא היה מסוגל לה – את המימד הכוחני שגולם במהלך ההיסטורי-הפרשני של חבריו בכלל ושל הנשיא ברק בפרט.

ביתר פירוט ניתן לומר כי השופט חשין צועד כאן שלושה צעדים עוקבים המבססים את הטענה כי מהלכם של חבריו הינו כוחני: הוא טוען כי פסק-דינם של חבריו מבוסס על קונסטרוקציה פרשנית – תיאוריה – שנויה במחלוקת, אשר אין לומר כי הכתה שורשים במציאות ארצנו; הוא מדגיש כי פסק-דין זה הוא הראשון שבו קונסטרוקציה זו מתקבלת באופן מוצהר על דעת בית-המשפט העליון; והוא חוזר ומדגיש את העוצמה הרבה שבית-המשפט מעניק באמצעות הלכה זו לו עצמו, וזאת מכוחה של תיאוריה שנויה במחלוקת, רצופת קשיים וחסרת אחיזה במציאות החברתית בישראל.

די בדין-ודברים הביקורתי שבין הנשיא ברק לבין השופט חשין, כמו-גם בפער שבין הנשיא שמגר לבין הנשיא ברק, ללמד שוב כי שום מסקנה פרשנית של שום שופט לא עלתה מפסק-הדין כבלתי-שנויה במחלוקת. על רקע זה השופט חשין מטיח בחבריו כי הלכת פסק-דינם כולה, המבקשת לכוון מהפכה חוקתית, אינה מבוססת אלא על תיאוריה שאין לה אחיזת-אמת במציאות.²²⁸ ולא סתם מהפכה חוקתית הם מבקשים להביא עלינו, מטעים השופט חשין, אלא מהפכה מרחיקת-לכת ביותר שבמסגרתה נפתח פתח לביקורת שיפוטית לא רק על הרשות המחוקקת במדינה, אלא אף על הרשות המכוננת בה.²²⁹ השופט חשין אומר בפתח פסק-דינו כי

אותם שחקני היסטוריה – ועודם – כפופים באופן ברור לסכמות מבניות "נתונות", עד כדי כך שיש לפרש לשיטתו את כל מעשיהם בכפוף לסכמות אלה. ראו להלן ליד ה"ש 249–252.
 226 ראו, למשל, Nimmer, לעיל ה"ש 5; פרידמן הארנק והחרב, לעיל ה"ש 169, למשל בעמ' 226–228; מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 140–143 (2008) (להלן: מאוטנר משפט ותרבות בישראל); ובהרחבה, גדעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד (2010).

227 השופט חשין חושף היבטים כוחניים נוספים המגולמים בהכרעת הדין של חבריו, ובעיקר את יחסי הכוח בין רוב לבין מיעוט בחברה הישראלית. ראו השופט חשין, פס' 97 (עמ' 543). אך בכך לא אעסוק כעת.

228 השופט חשין, פס' 3 (עמ' 471) (ההדגשה הוספה).

229 השופט חשין, פס' 60 (עמ' 515–516).

"ספק גדול בעיניי אם תיאוריה המקנה לכנסת סמכות של כינון חוקה ראויה היא לנו, בזמננו ובמקומנו", ובהמשך דבריו הוא מבהיר כי אף הוא "[מ]בקש חוקה לישראל – בנושא זכויות הפרט – והמקדים ישובח. אך דומני כי בראש ובראשונה חייב שיימצא לאותה חוקה עיגון של אמת – ועיגון בטוח – במשפט הקיים". בהמשך הוא אף מגדיל לעשות ושואל טרורית: "האין אנו משחקים במילים ובקונסטרוקציות משפטיות ערטילאיות?"²³⁰

וכך, לאחר שהצביע על הפרכות שבנרטיבים ההיסטוריים של הנשיאים ברק ושמגר, וטען כי חסרה התמיכה הנדרשת של העם ונציגיו לאותה הלכה שהנשיאים מבקשים לקדם, קובע השופט חשין, יותר מפעם אחת, כי עמדת חבריו השופטים, המכירה בסמכות הכנסת לחוקק חוקה, מחוללת מהפכה חוקתית "על דרך פסיקה של בית המשפט".²³¹ לטעמו, מכיוון שעם התפזרותה של הכנסת הראשונה שבקה חיים לכל חי ההסכמה הלאומית לכינון חוקה על-ידי הכנסת, והואיל ומאז ועד היום לא שאלנו לדעת "האיש ברחוב"²³² בסוגיה זו (וברי כי בעת חקיקתם של חוקי-היסוד בשנת 1992 "את פי העם לא שאלנו"²³³), אין לומר כי התקיימה בישראל (לאחר פיזור הכנסת הראשונה) הסכמה לאומית רחבה לחוקק חוקה אשר תגביל את כוחן של כנסות שלעתיד.²³⁴ זאת ועוד, גם בפסיקת בית-המשפט העליון אי-אפשר לתמוך את עמדות הנשיאים שמגר וברק. ראינו שאפילו הם מכירים בכך שההלכות שהם מקדמים בפסק-הדין סוטות מהלכות קודמות ומבוססות של בית-המשפט העליון.²³⁵ לכן, מפציר השופט חשין בחבריו, "אל נא נקבע עתה – לראשונה – הלכה משפטית... ונכונן כמו ידינו את הכנסת כרשות מכוננת לחקיקתה של חוקה נוקשה למדינה".²³⁶

המובאה האחרונה מדברי השופט חשין מוליכה אותנו ליסוד הרפלקסיביות. השופט חשין נוכח מאוד בפסק-הדין. פסק-דינו משובץ בפניות אישיות לחבריו (כפי שראינו זה עתה), הערות על עמדתו שלו ביחס לשאלה אם רצויה לישראל חוקה נוקשה, ואף עדות אישית ביחס לשאלות שבמחלוקת. כך, למשל, הגם שהוא מודה בפה מלא כי יש "רבים וטובים החושבים אחרת, וטעמיהם לדעתי כבדי משקל המה", אין הוא נמנע מלהצהיר: "גם אני סבור, כמוני כחבריי, כי ראויים אנו לחוקה וכי ראויה חוקה לנו".²³⁷ השופט חשין אינו מסתפק בהצהרה פומבית על דבר העדפתו שלו ביחס לשאלת החוקה, אלא חושף, בבהירות ובצורה ישירה, גם

230 השופט חשין, פס' 3, 50, 61 (עמ' 471, 511, 517, בהתאמה). כן ראו שם, פס' 54 (עמ' 513), ושוב את דבריו הבאים (שם, פס' 64 (עמ' 520)): "הוא שאמרנו אנו: לכינונה של חוקה כיום, ארבעים ושבע שנים לאחר הקמת המדינה, נדרשים אנו – ומכל בחינה שהיא: משפטית, ציבורית, מוסרית – ליותר, להרבה יותר, מאשר לקונסטרוקציה משפטית על דבר סמכותה של הכנסת דהאידינא לחוקק חוקה".

231 השופט חשין, פס' 63 (עמ' 519). ראו עוד שם, למשל פס' 69 (עמ' 523). ראו באופן דומה לנדוי "מתן חוקה לישראל", לעיל ה"ש 11.

232 השופט חשין, פס' 72 (עמ' 525).

233 השופט חשין, פס' 63 (עמ' 519) (ההדגשה במקור הוסרה).

234 השופט חשין, פס' 72 (עמ' 525).

235 ראו לעיל ליד ה"ש 107 ו-152.

236 השופט חשין, פס' 69 (עמ' 523). אדגיש שוב כי השופט חשין מעלה נימוקים נוספים בהתנגדו להכרה בסמכותה של הכנסת לקבוע חוקה. ראו, למשל, את דבריו שם, פס' 68 (עמ' 522–523), ואת הדיון הנערך אצל רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 89–90.

237 השופט חשין, פס' 63 (עמ' 518). ראו עוד לעיל ליד ה"ש 230.

את העדפתם של חבריו, ובמיוחד את העדפתו של הנשיא ברק,²³⁸ וזאת חרף העובדה שהאחרון טוען כי פרשנותו בנוגע להיסטוריה הינה אובייקטיבית.²³⁹ בעשותו זאת, השופט חשין מחייב אותם להיענות לאתגר. היה זה כאילו הוא גרר אותם ממש אל אור השמש. הנשיא ברק נענה לאתגר. אין זה מפתיע כי דווקא כאשר הוא מגיב על דברי השופט חשין, אומר הנשיא ברק כי "לכנסת שלנו סמכות מכוונת, ובאמצעותה ניתן להגיע להסדרים חוקתיים שהאנגלים מתקשים להגיע אליהם. קובע אני זאת לא משום ששש אני אלי חוקה, כשם שחברי [השופט חשין] – "ש" קובע את קביעותיו שלו בלא שהוא שש שלא תהא לנו חוקה. קובע אני זאת כי אלה הם – לפי מיטב הכרתי המקצועית ועל בסיס מיטב ניסיוני להיות אובייקטיבי – המבנה החוקתי וההבנה החוקתית שלנו כיום".²⁴⁰

לבסוף, השופט חשין מגדיל לעשות וכולל עדות אישית שלו במסגרת הראיות שהוא שוטח לביסוס מסקנתו המשפטית. הוא מספר לנו כי הוא היה תלמידם ועוזר-ההוראה של הפרופסורים אקצין וקלינגהופר בשנות החמישים של המאה העשרים אך לא נחשף ל"דבר וחצי-דבר" שהשניים אמרו על סמכותה המכוונת של הכנסת. השופט חשין מציין זאת בתמיכה לטענתו כי סמכות הכנסת לחוקק חוקה "נתגלתה" לפתע" בשנות השישים.²⁴¹ כמובן, הערתו האישית של השופט חשין מעניינת אותנו כאן לא מנקודת-המבט המשפטית (למשל, מבחינת "קבילותה" לפי דיני הראיות), אלא כראיה היסטורית. לפיכך ניתן להסתפק בתהייה אם אין בה כדי לסדוק את מעטה המקצועיות הניטרלית המשוך על השופט, וזאת בדיוק מהסיבה שהערה זו מתיישבת יפה עם כתיבה ברוח פוסט-סטרוקטורליסטית: היא מציבה את הכותב במרכז מושא המחקר. מסיבה זו גם כתיבה היסטוריוגרפית מסורתית, השותפה בוודאי לזימרה המשפטית המדעית/המקצועית-הניטרלית שהנשיא ברק מדבר עליה, עשויה לראות בעין ביקורתית הערה מסוג זה.²⁴²

(ב) מהותנות בפסק-דינו של השופט חשין

כנרמז למעלה, יש תו מאפיין נוסף החוצה את פסק-דינו של השופט חשין לכל אורכו. תו זה רדיקלי במיוחד, ויש בו בהחלט כדי לחתור תחת יסודותיו הפוסט-סטרוקטורליים של הסיפור ההיסטורי שבפסק-דינו. תו זה מתגלה בחלקי פסק-הדין שבהם השופט חשין כמעט מאיין את כוחם של שחקני ההיסטוריה שהוא דן בהם לקבוע את תחום פעולתם. באותם חלקים של פסק-

238 הנשיא שמגר מציג בעצמו את העדפתו הנורמטיבית לאורך פסק-דינו. ראו, למשל, הנשיא שמגר, פס' 32(ד) (עמ' 286): "סוף דבר, לטעמי, הכנסת מוסמכת לחוקק לא רק חוקי יסוד אלא גם חוקה שלמה. אני אף סבור שראוי שתעשה כך ואני תומך בכך בכל לב". הנשיא שמגר מתייחס לפירמידת הנורמות המחייבת שפסק-הדין מבסס (ואשר במסגרתה חוקי-היסוד עליונים על חקיקה רגילה) כאל המצב המשפטי הרצוי בעיניו. ראו שם, למשל פס' 24, 28(ב) (עמ' 271, 277, בהתאמה) וכן לעיל ה"ש 108.

239 ראו לעיל ה"ש 181.

240 הנשיא ברק, פס' 41 (עמ' 392).

241 השופט חשין, פס' 52–55 (עמ' 512–513).

242 ראו, למשל, BAILYN, לעיל ה"ש 117, בעמ' 15 ("[Memory] is not a critical, skeptical reconstruction of what happened... It is absolute, not tentative or distant... [I]t is ultimately (emotional, not intellectual)").

הדין פרשנותו של השופט חשין מציבה את שחקני ההיסטוריה במסגרות (סטרוקטורות) שבאמצעותן – ורק באמצעותן – ניתן לתת פשר להתנהלותם או מובן לסמכותם. לפי שיטה זו, המסגרת החוקתית שלתוכה הוקמה המדינה, מושגי-היסוד שהוחלו בה ומוסדות הממשל שכווננו בה – כל אלה מבנים בצורה משמעותית את מרחב הפעילות של נושאי-המשרה במדינה ושל מוסדותיה (הכנסת וחברי כנסת, בתי-המשפט וכן הלאה). וכך, אם לשוב לרצף שהוצג בפתח הפרק, שעניינו מידת האג'נטיות (agency) של אישי הציבור בישראל בקביעת המסגרת החוקתית הרצויה להם, חלקיו אלה של פסק-דינו של השופט חשין – ומדובר בחלקים מרכזיים בפסק-דינו – "מושכים" בבירור לכיוון הקוטב המבני בדואליות אג'נטיות/מבנה.²⁴³ עדויות להגבלה חריפה של האג'נטיות של שחקני ההיסטוריה שפסק-הדין עוסק בהם – ובראשם הציבור הישראלי וחברי הכנסת לדורותיהם – מצויות כאמור למכביר בפסק-דינו של השופט חשין. ראשית, אציין כי השופט חשין, החרד לדעת "העם של היום"²⁴⁴ בשאלות שעל הפרק, נותן עדיפות מוחלטת ל"מחשבתם של מחוללי המדינה", כפי שהיא באה לידי ביטוי בהכרזת העצמאות.²⁴⁵ למעשה, השופט חשין אינו נמנע מלהזכיר כי "מקורה של האספה המכוננת לא היה בכנסת שקדמה לה אלא במחשבתם של מחוללי המדינה".²⁴⁶ אמירה זו, אשר אין חולק עליה,²⁴⁷ משמעה בהקשרנו ברור: לשיטתו של השופט חשין, יש ליתן עדיפות לקביעתם של "מחוללי המדינה" – אף שהיא לא נעשתה על-ידי כנסת נבחרת – על כל קביעה של כל כנסת (נבחרת) מאוחרת הימנה במקרה של סתירה בין הקביעות.²⁴⁸ עיון מעמיק יותר מגלה, לדעתי, כי עמדתו של השופט חשין רדיקלית אף יותר. נראה כי השופט חשין אינו מסתפק בהכפפת הציבור והיום ונבחריו לדעת "מחוללי המדינה" (כפי שהוא מפרש אותה), אלא הוא מכפיף הן את הראשונים ואפילו את האחרונים למובן המהותי הטבוע (לכאורה) במושגים שבתוכם הם נעו. אכן, ניכר שהשופט חשין נוקט, בצמתים רבים בפסק-דינו, גישה מהותנית (essentialist) ביחס למושגי-יסוד ולמוסדות שבהם הוא דן.²⁴⁹ כך, למשל, לדידו, "האסיפה המכוננת – בתורת שכזו – אינה אמורה להיות אבר קבוע בגופה של המדינה".²⁵⁰ משמעות מיוחדת יש לקביעה, באותה רוח, כי "קריאה בשמו של הגוף – הכנסת – תכלול מאליה גם את חבר הנבחרים גם את דרכי ההליכים והאירגון שנקבעו לו".²⁵¹ לקביעה אחרונה זו יש משמעות כבירה, כמובן, מכיוון שנובעות ממנה, לשיטת השופט חשין, מגבלות אינהרנטיות שהכנסת כפופה להן מעצם הגדרתה. השופט חשין אומר במפורש כי "יש תכונות

243 ראו לעיל ה"ש 111 והטקסט שלידה.

244 השופט חשין, פס' 63 (עמ' 519).

245 השופט חשין, פס' 26 (עמ' 485). ראו גם שם, ס' 13 (עמ' 478) ("דומני שלו נאמר להם לחברי מועצת העם כי לאחר ארבעים ושבע שנים טרם יסתיים מפעל החוקה, כי אז היו מניפים יד בתנועת ביטול כאומרים: 'מה פתאום', בוודאי לא לכך נתכוונו").

246 השופט חשין, פס' 26 (עמ' 485).

247 ראו לעיל ליד ה"ש 26.

248 ראו להלן ה"ש 279, שם אני מעלה את השאלה עד כמה יהיה זה מוצדק לראות בשופט חשין אוריגינליסט (originalist).

249 לגישה מהותנית ראו לעיל ה"ש 15.

250 השופט חשין, פס' 13 (עמ' 477). ראו עוד, למשל, את הציטוט המובא להלן בה"ש 253.

251 השופט חשין, פס' 82 (עמ' 531) (ההדגשה הוספה).

אופי השוכנות בגנים של הכנסת – בהיותה מה שהיא – ומאותם עקרונות, מאותן תכונות, לא תוכל הכנסת להשתחרר".²⁵²

בהתאם, והגם שהוא אינו מקבל את ניתוחם הנורמטיבי של הנשיאים שמגר וברק, השופט חשין פותח פתח רחב במיוחד לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת.²⁵³ והוא עושה זאת – יש להדגיש שוב – תוך שהוא דוחה את דבר קיומה של סמכות מכוננת בישראל, כלומר, הוא עושה כן לא בהסתמך על עליונותם הנורמטיבית של חוקי-היסוד. זהו, לכל הדעות, צעד מרחיק-לכת. יש לומר – וכבר עמדו על כך אחרים²⁵⁴ – כי במובנים חשובים פסק-דינו של השופט חשין הינו האקטיביסטי ביותר מבין חוות-הדעת שבפסק-הדין, שכן הוא פותח פתח לבחינה מהותית נרחבת של מעשי החקיקה של הכנסת, אשר אינה מצמצמת את עצמה אל הקבוע בחוקי-היסוד. מכאן שהשופט חשין פוסל במומו את חוות-דעתו של הנשיא ברק. שניהם מרכיבים מערכת נורמטיבית-אפריורית על מסכת העובדות שבהן הם בחרו לעסוק. יתר על כן, יש מקום לטעון כי המהלך ההיסטוריוגרפי של השופט חשין מרחיק-לכת אף יותר מזה של הנשיא ברק, במובן זה שהוא רגיש פחות לפער האפשרי בין נקודת-המבט שלו בהווה לבין נקודת-המבט של אישי העבר.²⁵⁵ ניתן לומר כי למעשה השופט חשין כאילו "בורח מההיסטוריה", במובן זה שהניתוח ההיסטורי שלו שבוי באופן דוגמטי ולא-רפלקטיבי במסגרת המושגית האפריורית שהוא מקדם בפסק-הדין. ככל שהוא אכן עושה זאת, הוא מגלה עניין מוגבל מאוד בהיסטוריה, שהרי כפי שראינו, הוא מרכיב על הניתוח ההיסטורי שבפסק-דינו סכמות מהותניות על-זמניות. הדיון ה"היסטורי" שהוא עורך כופה בצורה בלתי-ביקורתית הבנה מסוימת של מושגי-היסוד הרלוונטיים – הבנה אשר נכונה כביכול בכל עת – מבלי לבחון בחינה של ממש עד כמה הבנה זו התאימה למסגרת הזמן שבה מדובר.²⁵⁶ הפניית גב זו למימד ההיסטורי-הקונקרטי של מושגי-היסוד הללו מעלימה את ההקשרים החברתיים-האידיאולוגיים שמהם הם צמחו ואת מקבילית הכוחות החברתיים הנוטעים בבסיסם; היא אף מצמצמת את אופק החשיבה על שינוי עתידי של מצב הדברים הקיים.²⁵⁷ ברמה מסוימת, אם כן, הניתוח ההיסטורי רלוונטי במידה

252 השופט חשין, פס' 101 (עמ' 546) (ההדגשה הוספה).

253 ראו במיוחד השופט חשין, פס' 97–101 (עמ' 544–546), שם נאמר, בין היתר, "גם רוב כביר אין בכוחו לשריין חוק לבלתי שנותו אלא ברוב של 62 (ומעלה) חברי-כנסת. במקרה זה האחרון, אפילו הצביעו בעד החוק המגביל כל חברי הכנסת כולם, גם אז אומר שהכנסת חרגה מסמכותה". יש לציין כי עמדות דומות הושמעו עוד לפני כן, אם כי הן היו מועטות. ראו, למשל, טל "מחוקק כל-יכול: האמנם?", לעיל ה"ש 5.

254 ראו, למשל, רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 2; יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 174–176 (1997). כן ראו, למשל, את עמדתו של השופט חשין, ואת יחסו לדעתם של שאר חברי המותב, בבג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא (1) 619 (2006).

255 ראו לעיל ה"ש 9 ולהלן פרק ד. בהמשך לאמור לעיל בה"ש 135, ניתן לומר כי הנה לנו נקודת מפגש היסטוריוגרפית בין הנשיא ברק לשופט חשין: שניהם מגלמים יסודות של "rationalistic presentism" בפסקי-הדין שלהם. ראו Fendler, לעיל ה"ש 9.

256 ראו עוד להלן פרק ד, שם אני מציג את האפשרות שמסיבה זו ואחרות אולי אין מקום לראות את פסק-דינו של השופט חשין, כמו-גם פסקי-דין של שופטים אחרים, ככאלה ש"עושים היסטוריה".

257 השוו לדין הנערך אצל Fendler, לעיל ה"ש 9, בעיקר בעמ' 683–685.

מצומצמת ודוגמטית מאוד לניתוחו של השופט חשין. את הרלוונטיות המוגבלת של הניתוח ההיסטורי לניתוחו של השופט חשין נגלה בהקשר נוסף, שאליו אפנה עתה.

(ג) ביקורת: האם השופט חשין "בורח מההיסטוריה"?

השופט חשין חוזר ונתלה בפסק־דינו ברגע המפץ הגדול להולדת המדינה ולכינון חוקתה: חלקה האופרטיבי של מגילת העצמאות, שבו נזכרות, זו לצד זו, "האספה המכוננת הנבחרת" ומועצת המדינה הזמנית. הוא סבור, כפי שראינו, כי סמכותה המכוננת של האספה המכוננת פסה מן העולם עם התפזרותה של הכנסת הראשונה – היא האספה המכוננת. הוא אינו מכיר בכוחם המצטבר של חוקי המעבר מהאספה המכוננת לכנסת הראשונה ומהכנסת הראשונה לכנסת השנייה (ולאלה שלאחריה)²⁵⁸ לשמר את הסמכות המכוננת, מכיוון שסמכות זו הופקדה בידה של האספה המכוננת, אשר ייעודה "היה ייעוד אישי וחד־פעמי".²⁵⁹ מכיוון שכך, כל שעלה בידם של חוקי המעבר האמורים לשמר הוא רצף "בנושאי חקיקה בלבד אך לא בנושאי חוקה".²⁶⁰ השופט חשין מבסס את מסקנתו זו על שורה של טעמים נוספים.²⁶¹ רלוונטית במיוחד לענייננו היא "[ה]חשיבות [ה]רבה" שהשופט חשין מייחס "לבחירות שהיו לאסיפה המכוננת". לגישתו, רק באותן בחירות "עמדה שאלת החוקה לעיונו של הבוחר כשאלה על־פי דין. האסיפה המכוננת יועדה מעיקרה לכתובתה של חוקה, וממילא 'ידעו' הבוחרים לאסיפה המכוננת כי עומדים הם לבחור גוף שיעסיק עצמו בכתיבת חוקה. קו אופי זה מייחד את האסיפה המכוננת לעניינה, ומבדיל הוא אותה מכל שאר כנסות שעקבוה".²⁶²

דברים אלה של השופט חשין מעוררים קושי. דומה שיש בהם עירוב תחומים בין בחינה היסטורית־עובדתית לבין בחינה היסטורית־נורמטיבית, כלומר, בין מה שקרה "באמת" לבין מה שהיה ראוי שיקרה לאורו של הדין שנהג בשעתו.²⁶³ עירוב זה מתגלה בבירור כאשר השופט חשין מדבר במירכאות על "ידיעת" הבוחרים לאספה המכוננת כי הם עתידים לבחור "גוף שיעסיק עצמו בכתיבת חוקה". מירכאות אלה מגלות כי תיאורו אינו עוסק בידיעה "ממש" שידעו אותם בוחרים, אלא בידיעה שהוא מייחס להם בעת כתיבת פסק־הדין. ייחוס ידיעה זו נעשה בהסתמך על קביעת הדין שלאורו נערכו הבחירות לאספה המכוננת, כאשר בדברו על "דין" כוונתו היא, יש להניח, בעיקר לקביעה במגילת העצמאות בדבר "האספה המכוננת

258 ראו לעיל ה"ש 35–36.

259 השופט חשין, פס' 27 (עמ' 485).

260 השופט חשין, פס' 25 (עמ' 484).

261 למשל, על הכלל המוכר שלפיו שליחות אינה ניתנת להעברה. חשין, פס' 28 (עמ' 485). גם כאן השופט חשין מעלה טיעון שהועלה כבר בעבר אצל Nimmer, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1239–1240. אך ראו את תשובתו של הנשיא ברק לטיעון זה: הנשיא ברק, פס' 43 (א) (עמ' 393).

נוסף על כך, השופט חשין אף מביא באריכות רבה דברים שאמרו חברי כנסת שונים לכל אורך חיי המדינה – מימי הקמתה, עבור דרך החלטת הררי וחקיקת חוקי־היסוד מראשיתם, וסיים בחקיקת חוקי־היסוד בשנת 1992 – המערערים את יסודות הקונסטרקציה הברקית שלפיה התקיימה רציפות חוקתית לאורך חיי הכנסות והתקבע קונסנזוס ביחס לכך.

262 חשין, פס' 30 (עמ' 486–487).

263 ראו גם לעיל ליד ה"ש 183.

הנבחרת".²⁶⁴ דא עקא, שאם די בקביעתו הפורמלית של הדין להסיק לא רק על מצב הדברים המשפטי המחייב באותה עת, אלא אף על מצב הדברים החברתי שנהג בעת ההיא, הלכה למעשה, בקרב הציבור, כי-אז הניתוח הפורמלי של שרשרת ההסמכות החוקיות ממגילת העצמאות לכנסת הראשונה ולכנסות שאחריה עשוי בהחלט להספיק לביסוס הסמכה נמשכת מהעם לכנסות מאוחרות לקבוע הוראות חוקתיות. למצער ניתן לומר כי לא עלה בידי השופט חשין להפריך את הנמקתו של הנשיא ברק בנקודה זו.

יתר על כן, השופט חשין מבקש ללמד על האופן שבו נתפסו הבחירות לאספה המכוננת בעת הסמוכה להתרחשותן בהתבסס על דבריהם של מלומדים (למשל, פרופ' אורי ידין) וחברי כנסת מהאופוזיציה,²⁶⁵ אך מי לידנו יתקע שדוברים אלה ייצגו נאמנה את "רצונו של העם" בהולכו לבחירות לאספה המכוננת? אין זה ברור כלל שהבחירות לאספה המכוננת אכן היו שונות בצורה מהותית מבחירות לכנסות אחרות, בין קרובות אליה ובין רחוקות ממנה. נהפוך הוא: דומה שהכתיבה ההיסטורית על-אודות הבחירות לאספה המכוננת אינה מדגישה כלל את ייחודן מבחינת העניינים שנדונו לקראתן, ואינה מציגה אותן ככאלה שעסקו באופן יוצא-דופן בסוגיות חוקתיות, הגם שאין חולק על ההתרגשות המיוחדת שנלוותה אליהן בשל ראשוניותן. לפי ספרות זו, בחירות אלה עסקו – כנראה מעל הכל – בסוגיות בטחוניות, שבהן אנו מורגלים לעסוק מאז ועד היום.²⁶⁶ למען האמת, קריאה בכתיבה היסטורית זו מלמדת עד כמה יוצא-דופן הוא תיאורו של השופט חשין באשר לאותן בחירות.²⁶⁷

מצד אחר, אם לפי הנמקתו של השופט חשין אין די בהסמכה פורמלית לבסס את הלגיטימציה של הכנסת לקבוע הוראה חוקתית, אלא נדרשת לשם כך הצבעה על ראיות נוספות, אזי אין מקום לומר בהכרח כי בעת הבחירות לאספה המכוננת אכן התקיים דיון ציבורי ייחודי שהקנה לאספה המכוננת – ורק לה – סמכות יוצאת-דופן לכונן חוקה. לצורך זה דרוש דיון מפורט ורציני בקורותיהן של מערכות בחירות אחרות. אכן, הבחירות לאספה המכוננת היו

264 ראו לעיל ליד ה"ש 28.

265 השופט חשין, פס' 13 (עמ' 477).

266 ראו את הדיון מאיר-העיניים הנערך אצל Chazan, לעיל ה"ש 34. כך, למשל, נאמר שם (בעמ' 86), בצורה ברורה, כי במהלך הבחירות ובסיכומן "[t]he issue of war and peace... surpassed in importance any other topic on the public agenda". המחבר גם מצביע על כך שהמפלגות השונות התרכזו במערכת הבחירות באוכלוסיות החיילים והעולים (שם, בעמ' 88–89). עד כמה יהא זה סביר לומר כי המבנה החוקתי של המדינה הצעירה עמד בראש מעייניהן של אוכלוסיות אלה (אשר חלק ניכר מהן לא שלטו כלל בשפה העברית (ראו להלן ה"ש 267))? כן ראו, למשל, זאב צחור "מערכות הבחירות הראשונות והמפה הפוליטית" העשור הראשון: תש"ח–תשי"ח 27 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 1997).

267 ראו לעיל ה"ש 266, וכן, למשל, זאב צחור "מפא"י, מפ"ם והקמת ממשלת ישראל הראשונה, 1949" עיונים בתקומת ישראל כרך 4, 378, 381–386 (1994). צחור מציין שם נתונים אחדים המערערים את דיונו של השופט חשין (ובמידה פחותה אף את זה של הנשיא ברק – ראו לעיל ה"ש 132). למשל, בהמשך לאמור לעיל בה"ש 266, יותר מרבע מבעלי זכות הבחירה היו עולים ש"לא ידעו עברית"; "הבחירות כשלעצמן לא היוו חידוש מהפכני [שכן] הן היו המשך לסדרה ארוכה של בחירות, שנערכו ברצף, קרוב לשלושים שנה"; ו"בשבוע האחרון למלחמת הבחירות התנקזו המחלוקות לשני נושאים: האחד – סיום המלחמה [ו]הנושא השני היה אישיותו של בן-גוריון".

הבחירות היחידות שנערכו במדינת-ישראל כבחירות "לאסיפה המכוננת" (ולא בחירות "לכנסת").²⁶⁸ אולם האם די בכותרת זו להסיק שאותן בחירות היו אכן שונות "באמת" מבחינה מהותית מכל מערכת בחירות אחרת לעניין כינונה של חוקה בישראל? כאמור, אנו מניחים עתה כי הצבעה על מקורות המשפט הפורמליים שחלשו על אותן בחירות ראשונות אינה מספקת לשם ביסוס מסקנה זו. הרי אין ספק שמוסדות המדינה סטו חיש מהר מן האמור במגילת העצמאות – כפי שהתברר לכל, בעיקר, עם חלוף המועד האחרון שנקבע במגילה לכינונה של חוקה (1.10.1948) – ונראה שסטייה זו התקבלה בהבנה לנוכח המאורעות הדרמטיים שליוו את הקמת המדינה, ובראשם מלחמת העצמאות.²⁶⁹ לנוכח קצב האירועים הדרמטיים הללו ונסיבות השעה, מהו הבסיס להתעקשותו של השופט חשין כי לא חלה כל תזווה בין התפיסה הרווחת ביחס לסדר הדברים החוקתי במדינה הצעירה אשר גולמה במגילת העצמאות לבין תפיסות שעלו סמוך לבחירות לאספה המכוננת? למעשה, יש ביכולתנו להצביע על מקור משפטי תקף המלמד בבירור על תזווה כזו. כפי שמדגיש השופט חשין עצמו, פקודת המעבר לאספה המכוננת, אשר פורסמה כשבועיים לפני יום הבחירות,²⁷⁰ שינתה את ייעודה של האספה המכוננת והטילה עליה שני תפקידים: לא רק לכתוב חוקה, אלא גם לקבוע חוקים "רגילים" – גוף אחד ולראשו שני כתרים.²⁷¹ האין בכך כדי לערער את טיעונו של השופט חשין בדבר מהותן של הבחירות לאספה המכוננת?

זאת ועוד, השופט חשין אומר במפורש: "ואולם אסיפה מכוננת כהוראתה וכמשמעה בהכרזה על הקמת המדינה לא פעלה מעולם".²⁷² אם כך, ניתן לשאול מדוע הוא מייחס "חשיבות רבה" לבחירות לאספה המכוננת? דומה שלשיתו, מרגע שהוחלט על זניחת המודל הקבוע בהכרזה העצמאות לקבלת חוקה – והדבר הוחלט כאמור עוד לפני הבחירות לאספה המכוננת – לא הייתה (ואין) סיבה להעניק מרכזיות מיוחדת לבחירות לאספה המכוננת. זאת, אלא אם, שוב, מן הראוי לראות בהן בחירות חשובות במיוחד בשל הקביעה בהכרזה העצמאות (ובפקודת הבחירות לאסיפה המכוננת, התש"ח–1949), כלומר, אלא אם הוראות הדין הנחזות כרלוונטיות בעיני השופט חשין – פקודת הבחירות לאספה המכוננת אך לא פקודת המעבר לאספה המכוננת – ופרשנותן הראויה לפי השופט חשין הן המכתיבות את האופן הראוי להבניית ההיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל.

268 ראו פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת, לעיל ה"ש 33.

269 ראו, למשל, ידין, לעיל ה"ש 55, בעמ' 80 ("ולכן אין גם לבוא בטרוניה אל מחברי הכרזת העצמאות על שקבעו מה שקבעו. הם חתמו על ההכרזה לפני שאווירוני האויב הופיעו בשמי תל-אביב (אם כי רק יום אחד לפני כן), לפני פלישתן של שבע מדינות לתוך גבולות המדינה, ולא היה בידם לחזות מראש את הצפון בחדשים הקרובים").

270 הפקודה פורסמה ביום 14.1.1949, והבחירות לאספה המכוננת נערכו ביום 25.1.1949.

271 השופט חשין, פס' 15 (עמ' 480). כפי שמציין הנשיא ברק, "ודוק: ההחלטה על פיזור של מועצת המדינה הזמנית ועל העברת סמכויות לאסיפה המכוננת התגבשה עוד בימיה של מועצת המדינה הזמנית. חברי מועצת המדינה הזמנית – ובעקבותם כל תושבי ישראל שהצביעו בבחירות לאסיפה המכוננת – היו מודעים לכך כי הם בוחרים גוף שיהיה הן בעל סמכות מכוננת והן בעל סמכות מחוקקת, ושהיו לו גם סמכויות פיקוח על הממשלה" (הנשיא ברק, פס' 12 (עמ' 362)).

272 השופט חשין, פס' 15 (עמ' 479).

רצף ההסמכות מהכרזת העצמאות לכנסת השנייה ולא לה שאחריה היווה ציר מרכזי בחוות-הדעת של השופט חשין. כפי שראינו, עניין זה טרד גם את מנוחתו של הנשיא ברק. אולם אופן טיפולו של השופט חשין בסוגיה מתייחד בכך שהוא נטוע כולו באותן מילים ספורות בהכרזת העצמאות שבהן נאמר כי "האספה המכוננת הנבחרת" היא שתקבע חוקה, ובמקביל לה "תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית", וזאת "עד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם" לאותה חוקה. למעשה, עמדתו של השופט חשין תולה עצמה בשלוש המילים "האספה המכוננת הנבחרת" ובמשמעות שהוא מייחס להן ברגע כיוון המדינה. המשמעות שהשופט חשין מייחס למילים אלה בעת ההכרזה על הקמת המדינה נסמכת, בין היתר, על האופן שבו ראו את הדברים בשעתם אורי ידין וכן כמה חברי כנסת בני התקופה.²⁷³ מעניין שהנשיא שמגר מפנה את תשומת-ליבו ואת תשומת-לב חבריו לעובדה שפרופ' קלינגהופר הביע זה כבר את דעתו כי הסכמה שלפיה יתקיימו במקביל מועצת המדינה הזמנית והאספה המכוננת נכללה בהכרזת העצמאות "מתוך היסח דעת של המנסחים".²⁷⁴ עם זאת, הגם שהשופט חשין מייחס חשיבות כה רבה לקביעה האמורה של הכרזת העצמאות, הוא אינו טורח כלל לבחון בצורה ממשית את ההיסטוריה של הפסוק שהוא נתלה בו.²⁷⁵ כל זאת אף-על-פי שאת הספק בדבר כוונת מנסחיה של ההכרזה השמיע פרופ' קלינגהופר, שעליו אומר השופט חשין כי הוא היה בשעתו אחד "המורים בה"א הידיעה" למשפט קונסטיטוציוני באוניברסיטה

273 ראו השופט חשין, פס' 13, 30 (עמ' 477, 487–489, בהתאמה). גם הנשיא ברק מסכים כי "על-פי התכנית המקורית, עם בחירתה של האסיפה המכוננת – וכפי שנחזה בהכרזת העצמאות – היו צריכים להתקיים זו לצד זו מועצת המדינה הזמנית והאסיפה המכוננת". הנשיא ברק, פס' 11 (עמ' 361).

274 הנשיא שמגר, פס' 31 (א) (עמ' 280). ראו קלינגהופר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 75 ("פירושו המילולי של החלק הנדון מתוך ההכרזה היה מביא לקיום בו-זמני של מועצת המדינה הזמנית והאסיפה המכוננת בתקופה שעד תחילת תוקפה של החוקה" (אם כי ספק אם בעת ניסוחה של הכרזת העצמאות היו נסחיה מודעים לכך)).

275 ראו, באופן כללי, יורם שחר "הטיוטות המוקדמות של הכרזת העצמאות" עיוני משפט כו 523 (2002). בהתכתבות של מחבר מאמר זה עם פרופ' יורם שחר, אשר חקר לעומקה את ההיסטוריה של הכרזת העצמאות (ראו שם), הביע פרופ' שחר את דעתו כי "נושא המוסדות העתידיים לא העסיק את נסחי ההכרזה. להערכתי, כל עניין 'האספה המכוננת הנבחרת' נכלל רק כמס-שפתיים למתווה של החלטת החלוקה של האו"ם. אני מעריך שכל השחקנים הבינו זאת היטב, ולכן לא טרחו להתווכח על המונחים האלה. אזכורה של חוקה שתאושר על-ידי 'אספה מכוננת' מופיע כבר בטיוטה הראשונה של ההכרזה, והוא היחיד שלא עבר שינוי כלשהו על-פני עשרות מהלכי ניסוח ומאות ויכוחים. משה שרת הוסיף את המילה 'נבחרת' יומיים לפני הטקסט, אבל גם זה נעשה כלאחר-יד ולא גרר שום ויכוח". פרופ' שחר מסכם את דעתו באומרו כי "כל הנושא נראה חשוב (ובצדק) רק במבט לאחור. לא הייתה לו שום משמעות ב'כוונה המקורית'". אני מודה מקרב לב לפרופ' שחר על שהואיל לשתפני בתובנה זו. כן ראו יזהר טל "הכרזת העצמאות – עיון היסטורי-פרשני" משפט וממשל 11 (2003), למשל, בעמ' 586 (במסגרת טיוטת שרת המופיעה שם). עוד ראו, למשל, את שני מאמריו של משה גור-ארי, אשר כדבריו "זכה להימנות עם נושאי שובליה של הכרזת העצמאות": משה גור-ארי "חבלי לידתה של מגילת העצמאות" דבר 6.5.1973, 27; משה גור-ארי "ב.ג. עורך את נוסח שרת" דבר 11.5.1973, 14.

העברית בירושלים,²⁷⁶ ואף שהספק הובע במאמר שמצוטט בפסק-דינו של השופט חשין (ושל שופטים נוספים).²⁷⁷

הפניית הגב למקורותיה של אותה קביעה בהכרות העצמאות המהווה נקודת משען מרכזית לטיעוניו חושפת כי השופט חשין מקדש את הסכמה המוסדית המקורית של הכרות העצמאות אך מבלי לבחון את משמעותה במועד שבו ראתה אור. הוא מקדש אותה שכן הוא מפרש אותה בראייתו המהותנית העל-היסטורית. רוצה לומר, הוא מקדש אותה אך ורק ככל שהיא מקיימת את ראייתו המהותנית (ולא מכיוון שהיא "נכונה" עובדתית). השופט חשין נתלה "במחשבתם של מחוללי המדינה",²⁷⁸ אך אין הוא מברר אותה. הוא אינו מגלה עניין של ממש בהיסטוריה של ההוראה בדבר "האספה המכוננת הנבחרת" ומהלכי הבחירות שנעשו עד אליה, הגם שהוא מעמיד הוראה זו בראש טיעוניו ומבקש להגביל בצורה החלטית את מהלכי הכנסת דהיום בהתבסס עליה.²⁷⁹

4. פרשת ברגמן והשופט זמיר

(א) עמדת-הביניים של השופט זמיר

השופט זמיר מייצג גישה היסטוריוגרפית שלישית. הוא מציג נרטיב תלוי-מסלול (path-dependent), אשר מאפיין היסטוריוגרפיה מוסדית שזכתה בבולטות רבה בספרות של הדור האחרון. היסטוריוגרפיה זו משתייכת למשפחת המוסדיות החדשה (New Institutionalism).²⁸⁰ משפחה רבת אנפין זו עוסקת בפנים רבים ושונים של מוסדות חברתיים רבים ומגוונים. בת משפחה זו, אשר תחום עיסוקה הוא ההיסטוריה של מוסדות חברתיים, נקראת Historical

276 השופט חשין, פס' 53 (עמ' 512).

277 ראו, למשל, השופט חשין, פס' 6 (עמ' 472–473); הנשיא שמגר, פס' 31 (א) (עמ' 280); הנשיא ברק, פס' 10 (עמ' 359–360).

278 השופט חשין, פס' 26 (עמ' 485).

279 שאלה היא, כמובן, אם כוונתם של אותם חברי מועצת העם ותוכניתם ה"מקורית" הן שצריכות לשלוט בפרשנות החוקתית של כלל ההיסטוריה החוקתית בישראל. ראינו את תשובתו של השופט חשין, הסבור כי יש לגזור ממנה את המסקנות הנורמטיביות מרחיקות-הלכת שלו עצמו. לכן יהיו שיאמרו כי בראייה זו השופט חשין מתגלה כאוריגינליסט, אך כאוריגינליסט מזן ייחודי: הוא משלב יסודות שמרניים, אשר צובעים את רוב הכתיבה האוריגינליסטית בארצות-הברית, לצד יסודות אקטיביסטיים מובהקים. על אוריגינליזם ראו להלן ה"ש 310. יש לציין כי פרשנות זו של פסק-דינו של השופט חשין חושפת אותו לביקורות מקובלות על גישת האוריגינליזם. ראו, למשל, Gordon, לעיל ה"ש 117, בעמ' 1020 ו-2015; Jack M. Balkin, *The New Originalism* (2013) 641 *FORDHAM L. REV.* 82 *and the Uses of History* (ביקורת על "originalist model of authority"). אולי לא יהא זה מרחיק-לכת מדי לטעון, לפיכך, כי הביקורת החריפה הבאה הולמת במיוחד את ניתוחו של השופט חשין: "Originalist law review articles constitute their own genre of scholarship, which I call history-in-law... I believe that history functions in that genre as decoration rather than authority" ראו Mark Tushnet, *Interdisciplinary Legal Scholarship: The Case of History-in-Law*, 71 *CHI.-KENT L. REV.* 909, 914 (1996).

280 ראו שגיא "למנצח שיר מזמור?", לעיל ה"ש 10, בעמ' 96–97, על ההפניות דשם.

Institutionalism.²⁸¹ היסטוריוגרפיה זו היא המונחת, לטענתי, בבסיס חוות-דעתו של השופט זמיר.

דומה שאסכולה זו מוכרת פחות, ולכן ארחיב מעט על-אודותיה. כאמור, אסכולת ה-Historical Institutionalism נוטה לרוב לתיאורים היסטוריוגרפיים תלויי-מסלול. כלומר, היא נוטה להציג השתלשלות אירועים שהתרחשה בעברו של מוסד חברתי מסוים כנובעת מהתרחשות מכרעת בעברו הרחוק יותר, המהווה מעין מפץ גדול בתולדותיו (למשל, מועד הקמתו של מוסד דוגמת בית-משפט). התיאור המתקבל מדגיש את האופנים שבהם יסודות שנקבעו באותו מפץ גדול באו לידי ביטוי והשפיעו על כיוונה של השתלשלות האירועים במורד ההיסטוריה של המוסד הרלוונטי. נוסף על כך, האסכולה נוטה להביט במבט ארוך-טווח על ההיסטוריה של מוסדות, תוך הדגשת יסודות מבניים אשר מונחים בתשתיתם וחולשים על מהלכה הכולל של היסטוריה זו. מכאן שהתיאורים המתקבלים עשויים להצביע על תווים שמשותפים בהתמדה לאורך ההיסטוריה של מוסד נתון, אף כאשר היסטוריה זו נדמית במבט ראשון רצופת תהפוכות ותמורות. לבסוף, יש לציין כי אסכולה זו, כיתר אגפיה של המוסדות החדשה, צמחה כתגובת-נגד על תורות כתורת הבחירה הציבורית (Public Choice), אשר שמות את יהבן על מניעיהם האישיים של השחקנים הרלוונטיים – על האג'נדות שלהם – בהסבירן, למשל, את מדיניותם של מוסדות ציבוריים שונים.²⁸² כך, אם ניטול דוגמה מרכזית ורלוונטית במיוחד, בעוד גישות אינדיווידואליסטיות-התנהגותיות "התייחסותיות" (attitudinal) נתלות בנטייתם הפוליטית-האידיאולוגית של שופטי בית-המשפט העליון של ארצות-הברית (או שמא יש לומר – במה שנדמה כנטייתם הפוליטית-האידיאולוגית) כדי להסביר את תוכן פסיקתו של בית-המשפט, המוסדות החדשה, בבואה להסביר פסיקה זו, מדגישה את המאפיינים המוסדיים-המבניים שבית-המשפט פועל במסגרתם, אשר מבנים, לפי הטענה, את שיקול-דעתם של השופטים.²⁸³

בפסקאות הבאות נגלה כיצד פסק-דינו של השופט זמיר מדגים את עיקריה של היסטוריוגרפיה זו.

281 ראו את הסקירה המובאת אצל Yair Sagy, *The Missing Link: Legal Historical Institutionalism and the Israeli High Court of Justice*, 31 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 703 (2014) (להלן: "The Missing Link").

282 ראו שם, בעמ' 710–714.

283 Howard Gillman & Cornell W. Clayton, *Beyond Judicial Attitudes: Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making*, in SUPREME COURT DECISION-MAKING: NEW INSTITUTIONALIST APPROACHES 1 (Cornell W. Clayton & Howard Jeffrey A. Segal & Harold J. Gillman eds., 1999). לגישה "התייחסותית" ראו, למשל, Keren Weinsahl-Margel, *Attitudinal and Neo-Institutional Models of Supreme Court Decision Making: An Empirical and Comparative Perspective from Israel*, 8 J. EMPIRICAL L. STUD. 556 (2011).

(ב) פרשת ברגמן כנקודת מגוז

פסק-דינו של השופט זמיר הינו קצר ביותר, בוודאי בהשוואה לפסקי-הדין של הנשיאים שמגר וברק והשופט חשין. חרף זאת הוא הכה גלים,²⁸⁴ בין היתר מסיבות המצויות בלב תחום עיסוקו של מאמר זה. כבר ציינתי למעלה את העובדה שדומה כי פסק-הדין העצים מחלוקות היסטוריוגרפיות רבות תחת לפתור אותן (וייתכן שאין זה מפתיע, שכן פסק-הדין הינו כה רב אנפין). כפי שנראה עתה, אופן טיפולו של השופט זמיר בהיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל מדגים זאת היטב.

כזכור, השופט זמיר מתחיל את דבריו בפרשת ברגמן, וזאת מסיבה ברורה: לשיטתו, יש לראות אותה כמחוללת המהפכה החוקתית.²⁸⁵ מבחינת השופט זמיר, הפוך בפרשת ברגמן והפוך בה, דכולא בה – מתוקפו של שריון חוקתי פורמלי (שעמד לדיון באותה פרשה) עד לשריון המהותי שבחוקי-היסוד האחרונים (שבהם דן בית-המשפט בפסק-הדין). לשיטתו, קו ישר נמשך מפרשת ברגמן היישר לפרשת בנק המזרחי – קו ישר העובר דרך כל שאירע ביניהן. זוהי, בתמצית, התזה:

המהפכה החוקתית של פרשת ברגמן... סללה את הדרך לשלב השני של המהפכה שנפתח, לפני שלוש שנים לערך, על-ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. שלב זה, אף שמבחינה מעשית חשיבותו עולה לאין שיעור על חשיבותו של השלב הראשון, מבחינה עיונית אין בו פריצת דרך... בשלב זה, המעבר... מן הכבילה הצורנית אל הכבילה המהותית, הינו קל וחלק.²⁸⁶

(ג) פסק-דין אחד פורם את רעהו

הנה שוב חוות-דעת של שופט אחד פורמת את חוות-הדעת של חברו. בעוד השופט זמיר מצהיר, מבלי לבסס את הדברים, כי "העיקרון שנקבע בפרשת ברגמן... בינתיים זכה להסכמה כללית", חוות-דעתו של השופט חשין חותרת ביסודיות תחת אמירה זו. השופט חשין מביא אסמכתאות אין-ספור המלמדות, למצער לשיטתו, כי "העיקרון שהכנסת רשאית לכבול עצמה

284 ראו לנדוי "מתן חוקה לישראל", לעיל ה"ש 11, בעמ' 699–700. ראו גם "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי", לעיל ה"ש 59, בעמ' 251, שם מצוטט הנשיא בדימוס לנדוי אומר את הדברים החריפים הבאים: "אני רוצה למחות מחאה חריפה על שאומרים כי פסק דין זה בפרשת בנק המזרחי הוא צאצא של פסק דין ברגמן. אני עומד כאן צורח ככרוכיה, לא נכון".

285 לפי השופט זמיר, פסק-הדין בפרשת ברגמן "נחת על הקהילה המשפטית בהפתעה מוחלטת ושינה סדרי בראשית". השופט זמיר, פס' 1 (עמ' 468). אכן, כשנה לפני שהתקבל אותו פסק-דין, ובהתייחסו לסיטואציה המשפטית שעלתה לאחר-מכן בפרשת ברגמן, קבע לחובסקי כך: "It is submitted that it is unlikely that an attack on the passage of a bill purporting to violate the provisions of secs. 4, and 44–46 of the Basic Law [The Knesset] would be sustained by the courts." ראו Likhovski, *Legislative Supremacy of the Knesset*, לעיל ה"ש 56, בעמ' 364. עמדה דומה הובעה אצל אקצין, לעיל ה"ש 82, בעמ' 238. כן ראו Nimmer, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1218.

286 השופט זמיר, פס' 2 (עמ' 468–469).

בחוק יסודי מעולם לא זכה ב"הסכמה כללית", כגרסת השופט זמיר, אלא רחוק מכך.²⁸⁷ ובניגוד לדבריו של הנשיא ברק, לפי תיאורו של השופט זמיר, לא הכנסת היא שחוללה את המהפכה החוקתית הישראלית,²⁸⁸ אלא בית-המשפט הוא שעשה כן.

ניתן לטעון כי הדברים שכתב השופט זמיר מטילים ספק בקו הטיעון של הנשיא ברק מסיבה נוספת, בסיסית עוד יותר. לפי זמיר, אף שפסק-הדין בפרשת ברגמן "נחת על הקהילה המשפטית בהפתעה מוחלטת ושינה סדרי בראשית", המהפכה שעליה בישר הצליחה. הכיצד? השופט מסביר זאת כך: המהפכה "הצליחה, כדרך של מהפכות, משום שהתחוללה בעיתוי מתאים, בלחץ הזמן של ערב בחירות; משום שבוצעה בטאקטיקה נבונה, שהותירה לשלטון דרך להשיג את מבוקשו על-אף פסילת החוק, אם על-ידי תיקון החוק ואם על-ידי חקיקתו מחדש ברוב מיוחד; ואולי גם משום שנמנעה מפולמוס בשאלות החוקתיות הנכבדות... אכן, פרשת ברגמן היא הוכחה נוספת לאמירה המפורסמת של השופט הולמס כי דף של היסטוריה שקול כנגד ספר של היגיון".²⁸⁹ השופט זמיר רומז בדבריו אלה לשורה אינסופית של הקשרים נרחבים ששאר השופטים אינם עוסקים בהם כמעט, הגם שהייתה עשויה להיות להם השפעה של ממש על אופן התפתחותו של המשפט החוקתי בישראל.²⁹⁰ הקשר ברור אחד שדומה כי השופט זמיר מצביע עליו הוא ההקשר הפוליטי במובנו הפשוט והמידי של המושג "פוליטי", קרי, השדה שבו מתנהלות המפלגות בישראל, ואשר במסגרתו, בין היתר, נערכות בחירות לכנסת. ניתן להרחיב את המבט עוד יותר, והערתו של זמיר ממש דורשת זאת. אכן, עצם העלאתה של שאלת ה"עיתוי" של מתן פסק-הדין בפרשת ברגמן – ומכאן גם של מתן פסק-הדין בפרשת בנק המזרחי – מרמזת כי עברה ועתידה של המהפכה החוקתית בישראל קשורים בקשר הדוק לנסיבות הרחבות שבהן היא התרחשה – נסיבות פוליטיות אך גם חברתיות, כלכליות, אידיאולוגיות וכדומה.²⁹¹ לאורך פסק-הדין של הנשיא ברק (ושל שופטים נוספים), לעומת זאת, הפוליטיקה הישראלית מופיעה מעט מאוד, משל הייתה הפוליטיקה סרח עודף לסיפור המעשה של בניית החוקה הישראלית.

ברמה גבוהה עוד יותר של הפשטה, דבריו של השופט זמיר ואזכור אמירתו הידועה של השופט הולמס ("a page of history is worth a volume of logic"²⁹²) מנגידים, כמדומה, בין ההיגיון הקר שמפעילים לכאורה חבריו לבין החוכמה המעשית, שאינה בהכרח "הגיונית", שנקט השופט לנדוי בפרשת ברגמן. תיאורו של זמיר מעלה על נס את התנהלותו החכמה של לנדוי מול הכנסת באותה פרשה. וכך, בעוד תיאורו של הנשיא ברק מציג את מעשה המרכבה

287 ראו, למשל, השופט חשין, פס' 34–37 (עמ' 491–499).

288 השוו לדברי הנשיא ברק לעיל ליד ה"ש 154–155.

289 השופט זמיר, פס' 1 (עמ' 468).

290 לניתוח היסטורי הקשרי ראו William W. Fisher III, *Texts and Contexts: The Application to American Legal History of the Methodologies of Intellectual History*, 49 STAN. L. REV.

1065 (1997); PAUL HAMILTON, *HISTORICISM* ch. 1 (2nd ed. 2003).

291 ראו, למשל, דני גוטוויין "מ'מהפכה חוקתית' ל'הפיכת נגד': ההיגיון המשפטי של משטר

ההפרטה הישראלי" *מעשי משפט* א 47 (2008); RAN HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY: THE*

ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM 51–54 (2004); מאוטנר

משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 226.

292 *New York Trust Co. v. Eisner*, 256 U.S. 345, 349 (1921).

של החוקה הישראלית כמפעל משותף והרמוני של הכנסת ובית-המשפט העליון,²⁹³ השופט זמיר מזכיר את המתח האינהרנטי שבין הרשויות, ומשבח את השופט לנדוי על נסיונו המוצלח להקל מתח זה באותה פרשה. בהקשר זה, הערתו של השופט זמיר על-אודות תבונתו של השופט לנדוי בהימנעו מעיסוק "בשאלות החוקתיות הנכבדות" שעמדו על הפרק בפרשת ברגמן נדמית כמזמינה את חבריו לומר פחות ולהימנע, עד כמה שניתן, מלעורר פולמוסים ומחלוקות בהקשר כה רגיש, הנוגע בשאלות של חברה, פוליטיקה ויחסים שבין רשויות השלטון.²⁹⁴

(ד) מוסדיות חדשה בפסק-דינו של השופט זמיר – הערכה וביקורת

לטענתי, כאמור, פסק-דינו של השופט זמיר נושא את סימניה של אסכולת ה- Historical Institutionalism, שהיא בת משפחה של ה- New Institutionalism.²⁹⁵ עניינו של פסק-הדין דן הוא המוסד של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת. לשיטת השופט זמיר, יש לראות את החלטת בית-המשפט בפרשת ברגמן כאותו מפץ גדול שסלל את הדרך לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת. הוא גם עומד על יסודות מבניים שהבטיחו את הצלחת המוסד – למשל, העובדה שבית-המשפט שנתן את פסק-הדין נמנע מפולמוס בשאלות החוקתיות הנכבדות שעמדו על הפרק.²⁹⁶ קריאה זו של דברי השופט זמיר נותנת מענה לקושיה מרכזית שנכרכה בפסק-דינו. כידוע, הנשיא לנדוי, מחברו של פסק-הדין בפרשת ברגמן, טען בתוקף (לאחר שפורסם פסק-הדין בפרשת בנק המזרחי) כי השופט זמיר שוגה שגיא מרה בפרשנותו לדברים שכתב הוא, השופט לנדוי, באותה פרשת ברגמן, וכי כאשר הוא עצמו חתם על פסק-הדין בפרשת ברגמן, הרעיון של מהפכה חוקתית היה רחוק ממנו עד-מאוד, קרי, לא עלה על דעתו לבשר על מהפכה חוקתית בימים ההם, והוא בוודאי לא כיוון למהפכה החוקתית שהתרגשה עליו בזמן הזה.²⁹⁷ במענה לכך ניתן לגייס את עמדת המוסדיות החדשה, שלפיה לא אחת מתגלה בדיעבד כי מוסדות חברתיים נוטים לחרוג מכוונת יוצריהם; בדיעבד עשוי להתברר כי יסודות מבניים מסוימים שנוצקו בבסיס המוסד ברגעי הבראשית שלו הם שישיעו בצורה מכרעת על מסלולו, וזאת בין אם התכוונו לכך מייסדיו ובין אם לאו. המוסד, אפשר לומר בשפה פשטנית, עשוי להתברר כבעל עוצמה רבה מזו של יוצריו.

293 ראו הנשיא ברק, פס' 1–2 (עמ' 353) וכן לעיל ה"ש 88 והטקסט שלידה.
 294 גם כותבים שביקרו את הלכת בנק המזרחי חלקו שבחים לאופן ההכרעה של השופט לנדוי בפרשת ברגמן. ראו, למשל, יהושע (שוקי) שגב "בג"ץ בשירות הצדק: המסורת ואובדנה" המשפט יב 439, בעיקר 459–464 (2007). ראו גם לנדוי "מתן חוקה לישראל", לעיל ה"ש 11, בעמ' 698 (ביקורת על "סגנון כתיבתו" של פסק-הדין).
 295 ראו לעיל ליד ה"ש 280–281.
 296 לפי השופט זמיר, פס' 1 (עמ' 468), "המהפכה הצליחה... משום שהתחוללה בעיתוי מתאים, בלחץ הזמן של ערב בחירות; משום שבוצעה בטאקטיקה נבונה, שהותירה לשלטון דרך להשיג את מבוקשו על-אף פסילת החוק, אם על-ידי תיקון החוק ואם על-ידי חקיקתו מחדש ברוב מיוחד; ואולי גם משום שנמנעה מפולמוס בשאלות החוקתיות הנכבדות".
 297 ראו לעיל ה"ש 284.

אפיון זה של ההיסטוריוגרפיה של השופט זמיר חושף יסוד מרכזי בהנמקתו. תיאורו הינו תלוי-מסלול, וכך יש ביכולתו להשיב על טרונייתו הנזכרת של הנשיא לנדוי אך גם "לַפְתּוֹ" את הנשיא לנדוי מאחריות למהפכה שבפרשת בנק המזרחי. אך בה-בעת הנמקתו של השופט זמיר מסירה את האחריות למהפכה החוקתית הגלומה בפרשת בנק המזרחי גם מכתפי השופטים החתומים על פסק-הדין. לא הנשיא לנדוי אחראי לה, הגם שהוא חתום על פסק-הדין בפרשת ברגמן, ואף לא תשעת שופטי ההרכב בפרשת בנק המזרחי. למוסד דנן – ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת – יש חיים משלו, החורגים מכוונת יוצרו ה"נומינלי" (הנשיא לנדוי), וכוחם חזק מכוחם של שופטי בית-המשפט שנתנו את פסק-הדין בפרשת בנק המזרחי. כך או כך, בדומה לנשיא ברק,²⁹⁸ חוות-הדעת של השופט זמיר מצמצמת את חלקם של שופטי בית-המשפט העליון בכינונה של מהפכה חוקתית בישראל. השופט חשין מבקר נחרצות עמדה זו, הגם שהוא מכוון את דבריו במפורש במיוחד לנשיא ברק, בהדגישו את התפקיד המכריע שחבריו ממלאים בכינונו של עידן חוקתי חדש בישראל.²⁹⁹ עם זאת, מעניין שגם השופט חשין מבקש להחיל ביקורת שיפוטית מרחיקת-לכת על הכנסת, ושגם הוא מבסס את דרכו על הנמקה (מהותנית) שבה חלקו של בית-המשפט בכינונה של אותה ביקורת שיפוטית מודחק, שהרי במסגרת החשיבה של השופט חשין, הביקורת השיפוטית מבית-מדרשו אינה אלא נגזרת טבעית של מושגי-היסוד והמסגרת המוסדית שלאורם הוקמה הכנסת ופועלת.

עמדתו של השופט זמיר חשופה לביקורת מכיוון נוסף. האסכולה ההיסטוריוגרפית-המוסדית שבה אנו מדברים כעת, ואשר עימה אני מזהה את השופט זמיר, נוטה אומנם להידרש לתיאור תלוי-מסלול. עם זאת, תהא זו טעות לסבור כי מדובר בגישה דטרמיניסטית, הטוענת כי ברגע המפץ הגדול נקבע בצורה החלטית כיצד ייראה עתידו של המוסד החברתי המדובר. אין זאת אלא שלפי גישה זו, רק בראייה לאחור ניתן להבחין היאך מסלול התקדמותו של המוסד במהלך ההיסטוריה שלו מגלה את יסודותיו של אותו רגע מכריע בעברו שניתן לכנותו "המפץ הגדול".³⁰⁰ השופט זמיר טוען כי בפרשת ברגמן השופט לנדוי "חולל מהפכה", וכי "המהפכה הצליחה" כאשר ניתן פסק-הדין בפרשת ברגמן. מכיוון שכך – וכך, כאמור, פותח השופט זמיר את דבריו – "המהפכה החוקתית לא התחוללה עכשיו".³⁰¹ כנגד זה ניתן לטעון כי רק בדיעבד, ולאורו של פסק-הדין בפרשת בנק המזרחי, מתברר כי הזרע שזרע השופט לנדוי בפרשת ברגמן נשא פרי. ניסוח זה מדגיש את ההכרעה שהכריעו השופט זמיר ורעיו בפרשת בנק המזרחי; יש

298 ראו לעיל ליד ה"ש 154–155.

299 ראו להלן ליד ה"ש 236 וראו גם לעיל ה"ש 225. מעניין שאפילו אמנון רובינשטיין וברק מדינה, התומכים באופן כללי בתוצאות פסק-הדין, מציעים "לראות בפסק הדין... ניסיון של בית המשפט ליזום מהלך חברתי של הענקת לגיטימציה לכנסת לקבוע הוראות 'חוקתיות'". כלומר, הם מדגישים במפורש את תפקידו ה"פעיל" של בית-המשפט העליון בקידומה של המהפכה החוקתית. רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 92.

300 Stephen D. Krasner, *Sovereignty: An Institutional Perspective*, 21 COMP. POL. STUD. 66 (1988); Rogers M. Smith, *Political Jurisprudence, The "New Institutionalism", and the Future of Public Law*, 82 AM. POL. SCI. REV. 89 (1988).

301 השופט זמיר, פס' 1 (עמ' 468) (ההדגשה הוספה).

בו כדי לקבוע, בניגוד לדבריו המפורשים של השופט זמיר, כי המהפכה החוקתית בהחלט "התחוללה עכשיו".

כאמור, פסק-דין אחד חותר תחת פסק-דין אחר. כך גם כאן. פסק-דינו של הנשיא שמגר מגלם בתוכו את הביקורות שהשמענו זה עתה על פסק-דינו של השופט זמיר. הנשיא שמגר מציג לראות בפרשת ברגמן תקדים אשר רק עם חלוף הזמן ועם השתרשותו הובהרה חשיבותו העקרונית. הנשיא שמגר מצביע על שלושה יסודות לפחות שניתן באופן עקרוני לזקק מפסק-הדין בפרשת ברגמן – ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, סמכות הכבילה של הכנסת, הקפדה שווה של בית-המשפט עם "שינוי" של עקרון-יסוד המשוויין בחוק-יסוד ועם "פגיעה" בו³⁰² – תוך עמידה על כך שרק שני הראשונים הכו שורש במהלך השנים. נראה שהנשיא שמגר מסכים כי הבטחות רבות היו צפונות בהלכת ברגמן, אך האופן שבו הוא מתאר את מהלך הדברים מרמז שלא היה זה הכרחי כלל שהבטחות אלה ימומשו בהמשך. כך, למשל, לעניין סמכותה של הכנסת לכבול את עצמה קובע הנשיא שמגר כי –

המסורת החוקתית שלנו קלטה, הלכה למעשה, את סמכותה של הכנסת לכבול את עצמה. כבילת הכנסת זכתה לגושפנקא ממלכתית. בשלב הראשון – הכבילה הצורנית, ובשלב השני – הכבילה המהותית. באשר לכבילה הצורנית – ההלכה המנחה הראשונה היא הילכת ברגמן. חוק אשר לא נתקבל על-ידי הרוב הדרוש המוסמך לפגוע בעקרון שוויון הבחירות – פגום וכפוף לתרופה חוקתית. הרשות המחוקקת – הכנסת – קיבלה את פסיקתו של בית-משפט זה בפרשת ברגמן... במרוצת השנים, הלכו והתגבשו ההבנה והנוהג החוקתי כי הכנסת אכן רשאית לכבול את כוחה בכל הנוגע להיבטים הצורניים. נוהג חוקתי זה זכה לגושפנקא של רשויות השלטון בישראל – הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת... ההכרה ביכולת הכנסת לכבול עצמה במישור הצורני הולידה את המסקנה בדבר כוחה של הכנסת לכבול עצמה במישור המהותי. אכן, מבחינה הגיונית, אין מקום להבחין בין כבילה צורנית לכבילה מהותית.³⁰³

ואם נשיב לנשיא שמגר כי כבר לימדנו השופט זמיר כי "דף של היסטוריה שקול כנגד ספר של היגיון", ועל-כן העובדה שדבר-מה הינו הגיוני אינה הופכת אותו למחויב-המציאות, ישיב לנו הנשיא שמגר כי הוא נשען (כפי שראינו), בין היתר, על "השינוי במדיניותה החוקתית של

302 הנשיא שמגר, פס' 27 (ג) (עמ' 275–276). אימוץ גישה זו היה יכול להיות בעל משמעות רבה גם לחקיקת 1992. היה אפשר להציע, לאור פרשנותו של הנשיא שמגר בנוגע להלכת ברגמן, כי לפחות ככל שמדובר בחוק-יסוד: חופש העיסוק, יש להחיל דרישות שוות על "שינוי" של חוק-היסוד ועל "פגיעה" בו (ראו ס' 4 ו-7 לחוק-היסוד).

303 הנשיא שמגר, פס' 35 (עמ' 293). קביעה דומה קובע הנשיא שמגר ביחס לעקרון הביקורת השיפוטית: "בחינת החוקיות או החוקתיות של חוק נעשית מאז פרשת ברגמן, בדרך הביקורת השיפוטית. אימוץ שיטה זו במשך שנים רבות, בהזדמנויות חוזרות ונשנות, ללא התנגדות, יוצר דפוס פעולה חוקתי מקובל". הנשיא שמגר, פס' 66 (ה) (עמ' 325).

הכנסת, כביטוייה בשני חוקי היסוד [משנת 1992],³⁰⁴ כדי לטעון כי "ניתן לנקוט מעתה ואילך אמת מידה חקיקתית אחידה",³⁰⁵ היא אמת-המידה המגולמת במהפכה החוקתית שבפסק-הדין. לאמור, הנשיא שמגר מגלה את אוזונו כי הבחירה נתונה בידיו, ומכיוון שהוא סבור כי השעה יפה לכך, הוא קובע הלכה חוקתית חשובה. הדבר אינו הכרחי, וההיגיון אינו מחייב זאת, אלא שהוא סבור כי הדבר ראוי וכי יש בסיס – הגיוני, פסיקתי וחקיקתי – לקביעת סדר דברים חדשני במשפט החוקתי הישראלי.

5. סיכום: על השונה והדומה בפסקי-הדין

בפרק זה הראיתי כי פסק-דינו של כל אחד מהשופטים ברק, חשין וזמיר מגלה את סימניה של מתודולוגיה היסטוריוגרפית שונה: הנשיא ברק דבק בהיסטוריוגרפיה פרוגרסיבית; השופט זמיר התגלה כבן ההיסטוריוגרפיה "תלוית-המסלול"; ואצל השופט חשין מתרוצצים בערבוביה סימניה של היסטוריוגרפיה פוסט-סטרוקטורליסטית וגישה היסטורית מהותנית. בהתאם לאפיון – ורק אם נבחר להתמקד בחלקים המהותניים בפסק-דינו של השופט חשין – חוות-הדעת של שלושת השופטים מצויות על רצף היסטוריוגרפי מרחק: בעוד הנשיא ברק קרוב ל"קוטב האג'נטי", השופט חשין סמוך לקוטב הנגדי, הסטרוקטורלי, והשופט זמיר מצוי בתווך.

השתקפות נוספת של הבדלי ההיסטוריוגרפיות שבין השופטים מצויה ביחסם השונה לפרשת ברגמן. כפי שראינו, הדברים הקצרים שכתב השופט זמיר בפסק-הדין מעוררים באופן ממוקד את שאלת מקומה של פרשת ברגמן ברצף הכרונולוגי של ההיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל. בראייתו של הנשיא ברק, פרשת ברגמן משתייכת לתקופה שלפני המהפכה החוקתית, אך היא מהווה בהחלט תחנה באותו מסלול פרוגרסיבי המוליך למהפכה החוקתית. השופט זמיר, לעומת זאת, סבור כי בה – ולא בחקיקת חוקי-היסוד בשנת 1992 – התחוללה המהפכה החוקתית, שכן הוא רואה בה את המפץ הגדול שהעלה את המהפכה החוקתית על מסלולה. השופט חשין, מצידו, מכפיף אף פרשנותה של פרשת ברגמן למסגרת הפרשנית המהותנית הנכללת בפסק-דינו. הוא מסכים כי פרשת ברגמן היוותה "חידוש גדול בפסיקת בית המשפט העליון", אך קובע כי "מבחינת התורה הקונסטיטוציונית הכוללת" לא הייתה בה בשורה חדשה, ובוודאי לא מהפכה, אלא אך ביטוי – חשוב ככל שהיה – ל"סמכותה של הכנסת לכבול את סמכותה ולשריין חוק מפני רוב הפחות מ-61 חברי-כנסת".³⁰⁶

304 הנשיא שמגר, פס' 26 (א) (עמ' 272). ראו באופן דומה שם, פס' 39 (ב) (עמ' 299).

305 הנשיא שמגר, פס' 26 (א) (עמ' 272) (ההדגשה הוספה).

306 השופט חשין, פס' 95 (עמ' 542). כך מסביר השופט חשין את עמדתו (שם): "אוסף בדרך אגב, כי מטעמים שהעליתי אתקשה להסכים לדבריו של חברי, השופט זמיר, כי הילכת ברגמן חוללה 'מהפכה' במשפט בישראל. אסכים, כמובן, כי היה בו במשפט ברגמן חידוש גדול בפסיקתו של בית המשפט העליון: הייתה זו פעם ראשונה שבית-משפט פסל חוק של הכנסת, ובמעשה הפסילה הכיר בית המשפט, למעשה, גם בהיותו של ההליך בן-שיפוט גם בסמכותו של בית המשפט לפסול חוק של הכנסת. ואולם, מבחינת התורה הקונסטיטוציונית הכוללת, דומני שההכרעה ניתן לראותה כנדרשת מתוך סמכותה הפנימית של הכנסת, לאמור, כנגזרת מסמכותה של הכנסת לכבול את סמכותה ולשריין חוק מפני רוב הפחות מ-61 חברי-כנסת".

לאחר שעמדנו על המפריד בין השופטים, יש להדגיש נקודת מפגש משמעותית ששלושתם מתכנסים אליה: שאלת חלקו של בית-המשפט שנתן את פסק-הדין בכינונה של המהפכה החוקתית. התגלה לנו כי שלושת השופטים שותפים לעמדה המכחישה במידה רבה את תפקידו של בית-המשפט – את תפקידם שלהם – בכינון המהפכה החוקתית. השופט זמיר מצביע על השופט לנדוי ופרשת ברגמן כמי שבישרו על המהפכה. באופן דומה, כפי שראינו זה עתה, השופט חשין נתלה במהותם של המושגים שעל הפרק – מהות אשר מוגדרת על-ידי אך מוצגת כטבועה במושגים אלה כאילו במנותק מכל הכרעה מצידו – בפותחו פתח נרחב לביקורת שיפוטית-חוקתית. הצטרפותו של הנשיא ברק לשני חבריו בנקודה זו היא מעניינת מנקודת-מבט היסטוריוגרפית. לשיטתו של הנשיא ברק, המהפכה הינה מעשה ידי הציבור ונציגי, כך שחלקו של בית-המשפט שהוציא מתחת ידיו את פסק-הדין בפרשת בנק המזרחי היה בעיקרו רק לשקף את השינוי שהם התחייבו לו בשנת 1992. מכאן שבבסיסם של דברים, לפי הנרטיב הברקי, האג'נטיות מצויה בידי העם, ובית-המשפט הינו סוכן סביל של המהפכה – האג'נטיות נעצרת במידה רבה על סיפו.

ד. היסטוריה – ההיית או חלמתי חלום? 307

יהיו שיטענו כי עד כה הצגתי את דברי השופטים בפסק-הדין באופן מאולץ כ"היסטוריה"; כי השופטים כולם אינם "עושים היסטוריה" כלל בפסק-הדין; כי תהום פעורה בין הדברים האמורים בפסק-הדין לבין כתיבת היסטוריה של ממש; ולפיכך כי זו טעות לבחון את האמור בפסק-הדין – ואולי את האמור בכל פסק-דין³⁰⁸ – במשקפי המתודולוגיה ההיסטורית. יובהר מייד כי לצורכי הדיון המצומצם שאני עורך כאן אני מבקש להתייחס להיסטוריה הכללית ולזו המשפטית כמשתייכות לאותה משפחה, ולפיכך האמירה כי השופטים עושים "היסטוריה משפטית" (ולא "היסטוריה רגילה") אינה מהווה מענה מספק לטענה דנן.³⁰⁹ אפשר להציג את הטענה שעל הפרק באופן מחמיר יותר (ולטעמי, משכנע פחות) או באופן חמור פחות (ובר-הגנה יותר). לפי הגרסה המחמירה, מדובר בשתי "חיות" נפרדות, כלומר,

ראו גם את דברי הנשיא שמגר, פס' 27 (ב) (עמ' 274): "על רקע חקיקת שני חוקי היסוד החדשים הדנים במישרין בהגנה על זכויות יסוד נפתח עתה לפני הרכב מורחב זה פתח להתוויית שיטה שלמה, המותאמת למטרייה החוקתית שלפנינו, בדומה למה שנעשה בשעתו בבית-משפט זה, במישור אחר ובצורה אחרת [בפרשת ברגמן]".

307 השוו לכותרת בפסק-דינו של השופט חשין בעמ' 473 ("הסמכות המכוננת – ההיית או חלמתי חלום?").

308 ראו את הדיון שנערך לאחרונה אצל רוזין, לעיל ה"ש 222.

309 מבין הכתיבה העצומה על הדיסציפלינה של היסטוריה של המשפט ועל המתודולוגיות הנהוגות בה (בעיקר בארצות-הברית) ראו, בין היתר, *Sagy, The Missing Link*, לעיל ה"ש 281, בעיקר בעמ' 704–705 (וההפניות שם); Fisher, לעיל ה"ש 290; לורנס פרידמן "ההיסטוריה המשפטית האמריקנית: עבר והווה" משפט והיסטוריה 13 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999). להיסטוריה של המשפט הישראלי ראו, למשל, רון חריס, אסף לחובסקי ואלכסנדר (סנדי) קדר "בין משפט להיסטוריה: על ההיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי" עיוני משפט כו 351 (2002).

פסק-דין (כמו-גם מסמכים שכמותו) ומחקר היסטורי משתייכים לשתי קטגוריות קונספטואליות נפרדות. הגם שגרסה זו מוכרת בספרות (ונתקלנו בה לעיל כאשר העלינו את השאלה עד כמה שיטת הפרשנות של דוורקין מתאימה לעיון היסטורי),³¹⁰ קיימת כתיבה רבה הבוחנת פסקי-דין כ"עושי היסטוריה" בצורה מאירת-עיניים.³¹¹ אכן, הטענה שפסק-דין מסוים

310 ראו לעיל ה"ש 183–186 והטקסט שלידן. גרסה זו קנתה שביתה בארצות-הברית, בין היתר בהקשר של הדיון הסוער שהתעורר בה עם עליית האוריג'ינליזם. בקיצור מרבי אציין כי אם בתחילה התיימרו האוריג'ינליסטים לתור אחר כוונתם המקורית של נסחי החוקה – דבר שחייב מחקר היסטורי מקיף שיבחן, בין היתר, את הנסיבות שבהן נקבעו הוראות החוקה הרלוונטיות – בהמשך הם צמצמו את עצמם לחיפוש אחר המשמעות הציבורית המקובלת בשעתה של ההוראה החוקתית. מתוך ים הכתיבה בנושא ראו, למשל, Martin S. Flaherty, *Practice of Faith*, 65 *FORDHAM L. REV.* 1565 (1997) (להלן: Flaherty, *Practice of Faith*); Balkin, לעיל ה"ש 279; Lawrence B. Solum, *Originalism and History* (2014), available at <https://www.dl.icdst.org/pdfs/files/4f6af95d70d4596c6f7c125e300c8d89.pdf>; Jonathan Gienapp, *Constitutional Originalism and History*, PROCESS: A BLOG FOR AMERICAN HISTORY (Mar. 20, 2017), <http://www.processhistory.org/originalism-history/>, בין היתר, מכיוון שמסקנותיהם של האוריג'ינליסטים בני הדור הראשון עמדו תחת מתקפה קשה, והוצגו בביקורתיות חריפה – ואף בזלזול-מה – כ-"law office history", כהיסטוריוגרפיה צרה, בלתי-מספקת ובקירינית. ראו, למשל, Martin S. Flaherty, *History "Lite" in Modern American Constitutionalism*, 95 *COLUM. L. REV.* 523 (1995); Saul Cornell, *Heller, New Originalism, and Law Office History: "Meet the New Boss, Same as the Old Boss"*, 56 *UCLA L. REV.* 1095 (2009). רבים טוענים כי במענה לכך בחרו האוריג'ינליסטים בני הדור השני – בני הדור הנוכחי – לבדל את עצמם מהעיסוק ההיסטורי המסורתי, ולטעון כי הם "עושים היסטוריה" לא כהיסטוריונים, אלא כמשפטנים. לטענתם, בעוד הראשונים מבקשים לתאר את המשמעות ההיסטורית של מאורעות העבר, הם, המשפטנים האוריג'ינליסטים, מבקשים להאיר את משמעותם הנורמטיבית; בעוד הראשונים עוסקים בהיסטוריה פרופר, הם עוסקים במחקר נורמטיבי. בתגובה על כך נטען נגד האוריג'ינליסטים דהיום כי הם "בורחים" מההיסטוריה. אולם האוריג'ינליסטים, מצידם, טוענים כאמור כי הם אינם בורחים מהעיסוק ההיסטורי-המסורתי, אלא מפתחים תחום עיסוק אחר ונבדל. לכן, לטענתם, אין לבחון אותם לפי הסטנדרטים היקרים לליבם של היסטוריונים מן השורה. ראו Solum, *Originalism and History*, לעיל בהערה זו, בעמ' 1; Gienapp, לעיל בהערה זו.

מאלפת בהחלט העובדה שהטענה האחרונה נשמעה, כפי שראינו, לא רק על-ידי אוריג'ינליסטים, שנטייתם האידיאולוגית הינה שמרנית ברגיל, אלא גם על-ידי משפטנים בעלי זיהוי אידיאולוגי שונה לחלוטין, ובהקשר זה ההפניה לסנסטין (ראו לעיל ה"ש 186 והטקסט שלידה) הינה קולעת במיוחד (סנסטין הוא פרופסור למשפטים אשר מילא תפקיד בכיר בממשלו של הנשיא אובמה). כן ראו באופן דומה את הדברים הבאים שכתב משפטן נוסף שאינו נמנה עם שורות השמרנים באקדמיה המשפטית בארצות-הברית – Tushnet, לעיל ה"ש 279, בעמ' 934–935: "Asking legal scholars to satisfy even the most basic criteria drawn from the practice of history misunderstands the practice of history-in-law... Law-office history has a bad name, at least among historians. It shouldn't. Law-office history is a legal practice, not a historical one. The criteria for evaluating it, for determining what is a successful performance, must be drawn from legal practice rather than from historical practice"

311 ראו, למשל, את הביקורות האקדמיות הרבות שנכתבו בעת האחרונה בעקבות פסק-הדין District of Columbia v. Heller, 128 S. Ct. 2783 (2008), כגון Paul Finkelman, *The Living Constitution and the Second Amendment: Poor History, False Originalism, and a Very Confused Court*, 37 *CARDOZO L. REV.* 623 (2015); Cornell, לעיל ה"ש 310.

מציג תיאור היסטורי קלוקל או שדיון משפטי בסוגיה היסטורית הינו חלקי ובעייתי אינה נשמעת כלל כמערכת מין בשאינו מינו, וקשה לחשוב כיום על טעמים טובים למנוע את החלתם של כלי ניתוח מהתחום האחד על התחום האחר. פריחתו של תחום ההיסטוריה של המשפט מעידה מעל הכל על תוקפה של הטענה האחרונה (הגם שאין מדובר בתחום הומוגני, כמוכן).³¹²

טענה שנשמעת סבירה יותר היא זו הגורסת כי טיעון משפטי שכלול בפסק-דין או בכתב טענות משפטי, ואשר נדרש לטיעון היסטורי על-מנת לקדם פרופוזיציה משפטית קונקרטית מסוימת, ימצא לקוי פעמים רבות בעיני ההיסטוריון ה"כללי". זה האחרון ייטה לראות בטיעון משפטי-היסטורי המוצג לצורך מחלוקת משפטית מסוימת משום טיעון מגויס, חלקי וחשוד.³¹³ חמור מכך, בהתבסס על הניסיון הקיים ניתן אף לומר כי פעמים רבות נמצא החשד כמבוסס, לפחות מנקודת-המבט של ההיסטוריונים. כך, במקרים רבים מוצא היסטוריונים "כלליים" כי טיעונים היסטוריים שנכללו בפסק-דין ובכתבים משפטיים אחרים שביקשו לקדם פרופוזיציות משפטיות מסוימות – בדרך-כלל פרופוזיציות אקטואליות שנגעו במחלוקת משפטית שעל הפרק – הם בלתי-מספקים ואף חמור מכך.³¹⁴ שופטים ומשפטנים הואשמו בבכירנות בבחירת החומרים ההיסטוריים,³¹⁵ בחוסר זהירות ואף בחובבנות בטיפול בתעודות היסטוריות ובמקורות אחרים,³¹⁶ ובפרובינציאליות פרופסיונלית, כלומר, בכך שהם לא טרחו

312 ראו את דיונה של רוזין, לעיל ה"ש 222, שבמסגרתו היא מציגה הבחנות חשובות בין היסטוריונים לבין משפטנים (במיוחד "משפטנים המחזיקים בגישה הפורמליסטית"), אך מציגה בכל-זאת – ומנמקת את הצעתה – כי "מוטב יהיה להציג את הפער שבין היסטוריונים של המשפט ומשפטנים המתבוננים בהיסטוריה על רצף ולא כניגוד בינארי".

313 כפי שמסביר בלקין (Balkin, לעיל ה"ש 279, בעמ' 663–664): "Constitutional argument, like legal argument generally, does not study history for its own sake. Rather, law uses history for a purpose – to establish interpretive authority according to some account of what makes a constitutional argument valid and persuasive... History that does not elucidate this question is ignored or treated as irrelevant, even though it may be quite relevant for other purposes".

314 ראו, למשל, את הדברים החריפים הנכללים במאמר הקלסי הבא: Alfred H. Kelly, *Clio and the Court: An Illicit Love Affair*, 1965 SUP. CT. REV. 119, 155 ("The [U.S. Supreme] Court, in performing its self-assumed role as a constitutional historian, has been, if not a naked king, no better than a very ragged one. From a professional point of view, most, if not all, of its recent historical essays are very poor indeed... Too often they reach conclusions that are plainly erroneous... The Court, I submit, has attempted to sit on two stools at once and has fallen between them. It has confused the writing of briefs with the writing of history") ברוח דומה, את מאמרו מן העת האחרונה של Finkelman, לעיל ה"ש 311.

315 כפי שמציין Sunstein, לעיל ה"ש 164, בעמ' 601–602: "Often historians have been sharply critical of constitutional history as done by constitutional lawyers; when they are, they tend to see the constitutional lawyer as an advocate, or as a debased historian, mining the past for insights congenial to the lawyer's political convictions".

316 ראו, למשל, Flaherty, *Practice of Faith*, לעיל ה"ש 310, בעמ' 1570–1571 ("most legal academics lack the perspective, time, and knowledge of sources to pursue historical study (particularly well)").

לבחון את העובדות ההיסטוריות הקשורות לסוגיות ההיסטוריות שעל הפרק.³¹⁷ מעבר לכך, וברמת הפשטה גבוהה יותר, נטען כי כתיבה משפטית מן הסוג האמור, ובוודאי כתיבת פסק-דין, לוקה באנכרוניזם מכיוון שהיא צופה פני הווה (presentist)³¹⁸ יתר על המידה, ובכך נוטה להחמיץ את נקודת-המבט של העבר; היא נוטה להדגיש את הקשר בין ההווה לבין העבר במקום לעמוד על המייחד את העבר והמפריד אותו מהווה; היא נוטה לבחון את העבר במושגי ההווה במקום לבחון את העבר במושגי העבר. וכך, גם אם אין מנוס מכך שההיסטוריון יושפע מנקודת-המבט שלו ושל זמנו, הטיה זו עלולה להוביל לעיוות לא-מידתי של התמונה המתקבלת, כך שלא תיווצר הבחנה מספקת בין תפיסות ההווה לבין תפיסות העבר הרלוונטי.³¹⁹ כל זאת, על-פי הטענה, בעוד תחום המחקר ההיסטורי המודרני מחויב "to make a conscious and concerted effort to revive a dead past with some appreciation of temporal perspective and willingness to examine antiquity in its own terms"³²⁰. השופטים בפסק-הדין בפרשת בנק המזרחי בוודאי "חטאו" לפחות בחלק מהחטאים הללו. כך, למשל, קשה להבין (ער כמה שדעתי מגעת) היאך מחקרי היסטוריה מן השורה אינם כלולים בפסק-הדין, אשר חלקים עיקריים בו בוחנים את ההיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל. זאת ועוד, כפי שראינו, השופטים נוקטים לרוב מבט צופה פני הווה בצורה

317 ראו, למשל, שם, בעמ' 1566, 1575 (lawyers who make historical assertions should rely on) historians... Much like historians themselves, constitutional professionals can at least look to prevailing historical accounts or debates when trying to resolve specific issues")

318 על presentism ראו לעיל ה"ש 9 והטקסט שלידה.

319 מרק טשנט לכד את ההבדל יפה בדבריו הבאים (Tushnet, לעיל ה"ש 279, בעמ' 916–917): "Mostly... historians try to emphasize the pastness of the past. They take up particular events, ideas, and institutions as they were in the past, and situate them in as full a context as they can. By doing so, they hope to dissolve any illusions that we can easily learn lessons from the past, or identify straight-line connections between single ideas or institutions in the past and today's ideas and institutions, or even between small-scale complexes of ideas and institutions then and now. Precisely because the whole world was different then, particular ideas and institutions were different"

320 DONALD R. KELLEY, FOUNDATIONS OF MODERN HISTORICAL SCHOLARSHIP: LANGUAGE, LAW, AND HISTORY IN THE FRENCH RENAISSANCE 7 (1970), למשל, BAILYN, לעיל ה"ש 117, בעמ' 14–15; רוזין, לעיל ה"ש 222. גישה עקרונית זו זכתה בעת המודרנית בניסוחים שונים, בעלי דרגות חומרה ודגשים שונים. בפרסום יוצא-דופן זכתה אמרתו של ההיסטוריון הגרמני בן המאה השמונה-עשרה ליאופולד פון-רנקה (Leopold von Ranke) שלפיה על ההיסטוריון לעשות מאמץ לתאר את העבר, ככל האפשר, *wie es eigentlich gewesen*, כלומר (בתרגום לאנגלית), "as it essentially was". ראו Woolf, לעיל ה"ש 4, בעמ' lx–lix, שם מתוארת, בין היתר, גם המחלוקת בדבר תרגומה המדויק של אמרה זו ומשמעותיה. ניתן להעיר כאן כי כל הדיבור העצום – אשר רק קמצוץ ממנו נזכר במאמר זה – על-אודות תיאוריה היסטוריוגרפית כאותו גוף תיאורטי שמנחה (כביכול?) היסטוריונים בעבודתם עשוי להיות חשוף לטענה הפרובוקטיבית הבאה: "While it is certainly the case that the successful performance of a skill will sometimes require the invocation of theory – even of a theory of that particular skill – it is never the case that the theory thus invoked is acting as a blueprint or set of directions according to which the performance is unfolding". Stanley Fish, *Denis Martinez and the Uses of Theory*, 96 YALE L.J. 1773, 1779 (1987)

מובהקת.³²¹ בניסוח אחר, השופטים חפים על-פירוב מהכרה בפער בינם – קרי, זמנם, אישיותם, המידע הזמין להם ונקודת-המבט הנורמטיבית שלהם – לבין העבר שעליו הם מדברים. כך, למשל, דבריו של הנשיא ברק לוקים, כפי שראינו, בחוסר מודעות לנקודת-המבט המובילה אותם; כמי שמציג לפנינו היסטוריוגרפיה פרוגרסיבית, נראה שהנשיא ברק מקנה משקל-יתר לראיית ההווה והעתיד המנחה אותו – לדילמות המטרידות אותו, למושגים השגורים בתקופתנו ולתפיסת העתיד שלו.³²²

זה המקום להדגיש שוב, עם זאת, כי הדיון במאמר זה התבסס על הגישה שלפיה אף אם נקבל כי "חטאים" אלה ודומים להם מאפיינים פסקי-דין וכתבי טענות משפטיים דומים להם, אין בכך כדי למנוע אותנו בהכרח מלראותם כעוסקים ב"מחקר היסטורי" או בוודאי כמציגים טיעונים "היסטוריים". לפיכך, במקרים המתאימים (למשל, להוציא מקרים שבהם ברור כי פסק-הדין אינו מבקש לבסס נרטיב היסטורי), אין מניעה, לטעמי, מלהכפיף פסקי-דין הבוחנים מאורעות עבר לאמות-המידה הביקורתיות המקובלות במחקר ההיסטורי.³²³ לכך בדיוק הוקדש המאמר. חלק עיקרי במאמר עסק בביקורות היסטוריוגרפיות על פסקי-הדין.

לבסוף, ברצוני לומר אף זאת: מבין שורות מאמר זה עלתה כמדומה גם חוות-הדעת שהיטיבה יותר מהאחרות לגלות רגישות היסטוריוגרפית. מדובר בחוות-דעתו של הנשיא שמגר. פסק-דינו של הנשיא שמגר בוודאי מעורר קשיים (היסטוריוגרפיים ואחרים),³²⁴ אך ראוי להזכיר לחיוב שהוא הצביע במפורש על הפער בין נקודת-המבט של העבר לבין נקודת-המבט של ההווה, שהוא נמנע מדטרמיניזם (בהקשרה של פרשת ברגמן), ושהתפקיד שבית-המשפט העליון מילא בכינון המהפכה החוקתית "הוסגר" בו באופן גלוי למדי.³²⁵

ה. סיכום

אם ברגיל אנו קוראים את פסק-הדין בפרשת בנק המזרחי כספר הלכות משפט-חוקתי, מאמר זה הציע לקוראו כספר היסטוריה על-אודות המשפט החוקתי בישראל; ובעוד משמעויותיו הנורמטיביות המהפכניות של פסק-הדין הן שעומדות ברגיל במרכז הדיון בו, עניינו המרכזי של המאמר לא היה בתוכנן של ההלכות שיצאו מתחת ידי בית-המשפט, אלא בתפקיד המרכזי

321 ראו לעיל ה"ש 9, 135, 255 והטקסט שלידן. אך ראו גם להלן ליד ה"ש 325 (גישתו של הנשיא שמגר).

322 ראו לעיל ליד ה"ש 135.

323 לגישה דומה ראו Balkin, לעיל ה"ש 279, בעמ' 665: "It is hardly a surprise that constitutional lawyers employ history for presentist purposes and to gain authority for their claims. But this does not make professional standards of history irrelevant to legal argument, or excuse lawyers from anachronisms and simplifications because they are engaged in a different kind of activity than professional historians"

324 כך, למשל, גם הנשיא שמגר אינו נדרש למקורות היסטוריים חוץ-משפטיים בדיונו ההיסטורי, וגם תיאוריית הריבונות הבלתי-מוגבלת של הכנסת, אשר הנשיא שמגר דוגל בה, מעוררת קשיים. ראו, למשל, פרידמן "היש לישראל חוקה?", לעיל ה"ש 93.

325 ראו לעיל ה"ש 107, 302 ו-305 והטקסט שלידן.

המוקנה להיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל בהבניית אותן הלכות. בהתאם, המאמר סקר וביקר את הסיפורים ההיסטוריים הנפרשים בדברי השופטים השונים שבפסק-הדין, ומיקם אותם בשרשרת הנמשכת של ההיסטוריוגרפיה המשפטית-החוקתית של מדינת-ישראל. המאמר הציג אפוא, במידה רבה, הסתכלות רב-דורית בהיסטוריוגרפיה החוקתית בישראל, שבה פסק-הדין מהווה את נקודת המגוז.

עיקרו של המאמר יוחד לחשיפת ההיסטוריוגרפיות השונות המתרוצצות בין דפי פסק-הדין ולבחינה מעמיקה שלהן. בחינה זו גילתה קשת רחבה ומרתקת של עמדות בקרב השופטים. אסתפק כאן באזכור המגוון שהתגלה בפסק-הדין בסוגיית יחסם של השופטים למורשת הדוקטרינרית שהם ירשו. כפי שהודגם במאמר, הבנת אופן התייחסותם של השופטים למורשת זו היא קריטית להבנת ההיסטוריוגרפיה של כל שופט. כך, ראינו שהנשיא שמגר משיך את הדוקטרינה לעידן אחר, ומסביר מדוע לגישתו יש לכונן עידן חדש במשפט החוקתי הישראלי, לנוכח חקיקתם של חוקי-היסוד בשנת 1992. משמע, הנשיא שמגר מבחין בין ראייתו שלו לבין ראייתם של שופטי העבר. השופט חשין מגלה מידה פחותה של רגישות היסטורית. יש שני פנים לפסק-דינו: מחד גיסא, הוא מקפיד לנתן את המבנים התיאורטיים של חבריו השופטים, וזאת ברוח פוסט-מודרניסטית/פוסט-סטרוקטורליסטית; מאידך גיסא, בנוקטו עמדה מהותנית על-היסטורית, הוא מתרפק על הדוקטרינה הקלסית אך מפרש אותה באופן שמאיין במידה רבה את הפער בין הימים ההם לזמן הזה. עמדתו של הנשיא ברק מעניינת במיוחד, מכיוון שהוא דבק בנרטיב פרוגרסיבי החובק את כלל ההיסטוריה של המשפט החוקתי בישראל. גישה היסטוריוגרפית זו מחייבת אותו להסביר כיצד ניתן לטעון, מחד גיסא, שפסק-דינו נשען על פסיקה מושרשת של בית-המשפט העליון – פסיקה שבמרכזה עומדת דוקטרינת וסטמינסטר – אך מאידך גיסא, שנדרשת מהפכה חוקתית אשר תשרש את אותה דוקטרינת וסטמינסטר. כפי שראינו, הישענותו של הנשיא ברק על שיטת הפרשנות של דוורקין מאפשרת לו לאחוז את המקל בשני קצותיו. עם זאת, ואף זאת ראינו, הישענות זו חושפת אותו לביקורות היסטוריוגרפיות לא-פשוטות. השופט זמיר, בתורו, דולה מההיסטוריה החוקתית את פרשת ברנמן, ורואה בה את אותו כדור בדולח שצפה את המהפכה החוקתית של שנת 1995. לשיטתו, פרשה זו חוללה מהפכה בשעתה, והציבה את המסגרת החוקתית בישראל על מסלולה הברור – היישר אלי פרשת בנק המזרחי. דיונו של השופט זמיר אומנם נגוע בדטרמיניזם בעייתי, אך ההיסטוריוגרפיה המונחת בבסיס פסק-דינו נראית מבטיחה. כך, בהקשר של דילמה היסטוריוגרפית נוספת שבה עסק המאמר, ההיסטוריוגרפיה שבפסק-דינו של השופט זמיר מציעה חלופה מוצלחת לתיאור הילוכו של המפעל החוקתי בישראל, בהציגה אותו כנע בתווך שבין אג'נטיות של השחקנים ההיסטוריים לבין הסטרוקטורות שהבנו את מהלכיהם. באופן אישי, אני עצמי מוצא ערך רב בהיסטוריוגרפיה מסוג זה, ואני סבור כי שימוש זהיר (יותר) בה עשוי להניב תובנות מעניינות על אירועי העבר שבהם דן פסק-הדין, כמו-גם על אירועים אחרים בהיסטוריה המשפטית של המדינה.³²⁶

326 ראו Sagy, *The Missing Link*, לעיל ה"ש 281.

הדיון במאמר חשף לא רק פערים משמעותיים בין השופטים, אלא גם יסוד חשוב המשותף להם: הדחקת תפקידו של בית המשפט בכינונה של המהפכה החוקתית. הראיתי כי אפילו השופט חשין מפגין גישה זו, אף שהוא נוזף בחבריו על כך שהם עצמם, בעוצם ידם, מביאים את המהפכה לעולם.³²⁷ עוד הצביע המאמר על המתח המובנה השורר בין העיסוק ההיסטורי ה"רגיל" לבין העיסוק ההיסטורי בגדרו של דיון משפטי. מקורו של המתח בכך שהמסורות, גופי הידע והמתודות של כל תחום הם שונים. חרף זאת, כנלמד מהעיון הביקורתי במאמר זה, אין ספק שהניסיון לגשר בין התחומים עשוי בהחלט לשפר את מידת ההבנה של אירועי עבר, אשר שניהם מגלים בהם עניין, ושל מציאות חיינו בהווה. לפיכך נראה כי טוב יעשו משפטנים הנדרשים לחקר היסטורי אם יבחנו (בצורה ביקורתית, כמובן) מה יש להיסטוריונים לומר על שאלה שעל הפרק וכיצד הגיעו אלה האחרונים למסקנותיהם.

327 ראו לעיל ליד ה"ש 298–299.