המהפכה החוקתית – איך זה קרה?

גדעון ספיר*

למן הקמתה ועד לראשית שנות התשעים לא הייתה למדינת־ישראל מגילת זכויות אדם פורמלית. במרוצת השנים נעשו נסיונות לעגן מגילת זכויות אדם בחוק־יסוד, אך נסיונות אלה לא צלחו. בשנת 1992 נפל דבר בישראל – כך לפחות פירש בית־המשפט העליון את ההתרחשות לאחר מעשה. הכנסת קיבלה שני חוקי־יסוד העוסקים בזכויות אדם. מאז ועד היום בית־המשפט משתמש בחוקי־היסוד כפלטפורמה ליצירת חוקה שלמה – באופן כללי ובתחום זכויות האדם בפרט.

חרף הדיון האקדמי הנרחב במהלך שזכה בכינוי "מהפכה חוקתית" ובהשלכותיו, שאלה חשובה אחת לא זכתה בטיפול מספק בכתיבה המשפטית: איך זה קרה? איך זה שלאחר ארבעים וארבע שנים של כשלונות והימנעות מפעולה, קמה הכנסת יום בהיר אחד ועיגנה מגילת זכויות אדם בחוק־יסוד? מהם הגורמים שאפשרו את מה שלדעת רבים היה בגדר הבלתי־אפשרי?

במאמר זה אציג ואבחן במבט ביקורתי ארבע תשובות אפשריות לשאלה. אטען כי התשובות השונות אינן עומדות בסתירה גמורה זו לזו, וכי ייתכן בהחלט שכולן – או לפחות חלק מהן – מציגות כוחות אשר בהצטרפם זה לזה יצרו וקטור אחד רב־עוצמה שהניע את גלגלי "המהפכה החוקתית".

מבוא. א. רגע היסטורי. ב. פשרה. ג. הטעיה. ד. מהלך משותף של אליטות ישנות. ה. סיכום.

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודתי לדפנה ברק-ארז, מני מאוטנר, ברק מדינה, אילן סבן, ניר קדר ועמיחי רדזינר על הערותיהם המועילות, ולרומן זיניגרד על עזרתו במחקר.

מבוא

למן הקמתה ועד לראשית שנות התשעים לא הייתה למדינת-ישראל מגילת זכויות אדם פורמלית. הכרזת-העצמאות אומנם הבטיחה חוקה,[1] אך ויכוח ציבורי, שנמשך שנתיים כמעט, הבהיר לכל שכינונה של חוקה אינו אפשרי לעת הזאת. אבני-נגף רבות עמדו בפני יוזמת החוקה. המרכזיות מביניהן היו כשלון הניסיון לגשר על מחלוקות ערכיות עמוקות, בין היתר בענייני דת ומדינה, והסתייגותה של מפלגת השלטון מפא"י, בראשותו של דוד בן-גוריון, מאימוץ חוקה שתגביל את כוחו של השלטון. התוצאה הייתה קבלת המתווה שהציע חבר-הכנסת יזהר הררי, שלפיו תהליך כינונה של החוקה ייעשה בשלבים, במתכונת של חוקי-יסוד שיאוחדו עם השלמת התהליך.[2] אולם גם החלטת הררי לא יושמה באופן מלא. הכנסת חוקקה אומנם שורה של חוקי-יסוד, אך כולם התמקדו בצדדים מבניים, ולא נגעו בתחום חירויות-היסוד. גם מעמדם של חוקים אלה לא היה ברור. כפי שמציינת רות גביזון, "שאלת הנוקשות והעליונות של החוקה נשארה פתוחה, וההכרעה בה נדחתה ולא ברור אם לשלב כינוס חוקי-היסוד לחוקה או בהסדרים משתנים בחוקי-יסוד שונים במהלך הדרך".[3] במרוצת השנים נעשו נסיונות לעגן מגילת זכויות אדם בחוק-יסוד, אך נסיונות אלה לא צלחו.[4]

כשלונם של הנסיונות לעגן מגילת זכויות בחוקה אינו צריך להפתיע. חוקות מתקבלות לרוב בנסיבות משבריות, אשר מחייבות דיון בשאלות-יסוד ומגדילות את נכונותם של פלגים יריבים להתגמש ולהתפשר לצורך השגת הסכמה.[5] שעת-הכושר

---

1 ראו ההכרזה על הקמת מדינת-ישראל www.knesset.gov.il/docs/heb/megilat.htm ("אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה... 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, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם ישראל").

2 ראו ד"כ 5, 1743 (התש"י) ("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").

3 ראו רות גביזון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 78 (1997).

4 לתיאור ההיסטוריה החוקתית בעניין זה ראו שם, בעמ' 75-95.

5 ראו אלפרד ויתקון "המשפט בארץ מתפתחת" **ספר יובל לפנחס רוזן** 66, 75 (חיים כהן עורך, 1962); Ruth Gavison, *The Controversy over Israel's Bill of Rights*, 15 ISR. Y.B. HUM. RTS. 113, 152 (1985); Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process*, 45 DUKE L.J. 364, 370 (1995) ("The fact is that new constitutions almost always are written in the wake of a crisis or exceptional circumstance of some sort"); PETER H. RUSSELL, CONSTITUTIONAL

המשברית בעת הקמת המדינה חלפה מבלי להשיג הסכמה, ובשנים שחלפו לא הצטמצמו פערי ההשקפות בין מגזרים שונים בחברה הישראלית, אלא דווקא התרחבו. בנסיבות אלה, הסיכויים לכינונה של חוקה הלכו ופחתו.[6]

בשנת 1992 נפל דבר בישראל – כך לפחות פירש בית-המשפט העליון את ההתרחשות לאחר מעשה. הכנסת קיבלה שני חוקי-יסוד העוסקים בזכויות אדם – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק.[7] למן חקיקתם של חוקי-היסוד ועד למועד כתיבת שורות אלה אין במדינת-ישראל רגע דל. בית-המשפט משתמש בחוקי-היסוד כפלטפורמה ליצירתה של חוקה שלמה – באופן כללי ובתחום זכויות האדם בפרט. לאחר שנים מספר של תגובה מהוססת על מהלכי בית-המשפט, נכנסה לאחרונה גם הכנסת למגרש המשחקים. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת עוסקת זה כשלוש שנים בניסוח טיוטת חוקה ובניסיון להשלים את המהלך החוקתי. גם האקדמיה תורמת את חלקה לתהליך המזורז. תחילה התמקד הדיון האקדמי בשאלות-יסוד, כגון הלגיטימיות של המהלך[8] או משמעות הדיבור "ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית",[9] אולם מהר מאוד עברה האקדמיה לדיון פרטני בחידושים החוקתיים ובהשפעתם על המשפט הישראלי בתחומים השונים.[10]

חרף הדיון האקדמי הנרחב במהלך שזכה בכינוי "מהפכה חוקתית" ובהשלכותיו, שאלה חשובה אחת לא זכתה בטיפול מספק בכתיבה המשפטית: איך זה קרה? איך זה שלאחר ארבעים וארבע שנים של כשלונות והימנעות מפעולה, קמה הכנסת יום בהיר אחד ועיגנה מגילת זכויות אדם בחוק-יסוד? מהם הגורמים שאפשרו את מה שלדעת

ODYSSEY: CAN CANADIANS BECOME A SOVEREIGN PEOPLE? 106 (3rd ed., 2004) ("No liberal democratic state has accomplished comprehensive constitutional change outside the context of some cataclysmic situation such as revolution, world war, the withdrawal of empire, civil war, or the threat of imminent breakup").

6 לגילויי פסימיות ביחס לסיכויי ההצלחה ראו Gavison, שם, בעמ' 153-154: "Today, it would seem almost strange to conduct arguments about the basic premises of the State in the midst of 'normal' politics. It appears that the unique opportunity for a Bill of Rights has passed, at least for now... The power to make a Constitution has not elapsed, but the opportunity has gone. Israel needs another moment of national elation to allow agreement on the formulation of a Constitution".

7 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ב 114.

8 ראו, למשל, עלי זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל – שתי הערות אגב לאימרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש" **משפט וממשל** ג 679 (1996).

9 ראו, למשל, קובץ המאמרים **בעיוני משפט** יט (1995).

10 אין טעם למנות כרוכל את שפע המאמרים. לריכוז מאמרים שדנו בהשפעתם של חוקי-היסוד על תחומי המשפט השונים בישראל ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א 3, 35-36, ה"ש 151-157 (2004).

רבים היה בגדר הבלתי-אפשרי?[11] במאמר זה אבחן ארבע תשובות אפשריות לשאלה. אטען כי התשובות השונות אינן עומדות בסתירה גמורה זו לזו, וכי ייתכן בהחלט שכולן – או לפחות חלק מהן – מציגות כוחות אשר בהצטרפם זה לזה יצרו וקטור אחד רב-עוצמה שהניע את גלגלי "המהפכה החוקתית".

לפי **התשובה הראשונה**, ההצלחה נובעת מניצול רגע חוקתי שנולד כתוצאה ממשבר האמון החריף שנוצר בין הזרועות הפוליטיות לבין הציבור. ברגע חוקתי זה הבינו כל המעורבים כי יש לחולל שינוי ביחסי הכוחות ולחזק את סמכויות הפיקוח של בית-המשפט. **תזה שנייה** תולה את הצלחת המהלך בטקטיקה שנקטו יוזמי החוק. במקום להתעקש על העברת מגילת זכויות אדם מלאה, הם פיצלו את המגילה ליחידות-משנה והעבירו רק את מה שהיה אפשר להסכים עליו. נוסף על כך, הם נקטו ככלל גישה פשרנית שהצליחה לגשר על פערי ההשקפות. לפי **התזה השלישית**, מה שאִפשר את העברת החוקים הייתה העובדה שיוזמי החוק לא חשפו באופן ברור את משמעותו המלאה של המהלך שהובילו, ובכך הרדימו את המתנגדים המסורתיים למהלך. לפי הסבר זה, תרמו לטעות גם העדרו המוחלט כמעט של שיח חוקתי ציבורי, שהוביל לבורות כללית לגבי השלכות חקיקתם של חוקי-יסוד. לפי **ההסבר האחרון**, הצלחת המהלך נבעה משני שינויים במציאות הפוליטית בישראל: האחד – אובדן ההגמוניה של מפלגת העבודה וחוסר ודאות לגבי זהותה העתידית של הקואליציה; והאחר – התחזקות כוחם של גורמי-שוליים שאיימו על ההגמוניה החילונית-הממורכזת-הוותיקה. השינוי הראשון החליש את האינטרס של מפלגות הקואליציה נגד חוקתיזציה של המערכת הפוליטית, ואילו השינוי השני נטרל את האינטרס המוסדי של חברי-הכנסת שייצגו את האליטה הישנה נגד המהלך החוקתי.

א. רגע היסטורי

ברוס אקרמן מציע לחלק את ההיסטוריה של המשחק הדמוקרטי לשני סוגי תקופות.[12] רוב הזמן מתקיים המשחק הפוליטי הרגיל. אך יש פרקי-זמן קצרים שבהם מתחדדת המודעות הציבורית לחשיבותה המכרעת של השאלה החוקתית העומדת על הפרק. בפרקי-זמן אלה הצבעתו של הציבור אינה ביטוי של פוליטיקה יומיומית, אלא משקפת

---

[11] במאמר שפורסם סמוך לאחר קבלתם של חוקי-היסוד, מציין קלוד קליין כי "מוזרות הן דרכיה של הדמוקרטיה הישראלית ושל מחוקקיה. היש משקיף רציני שהיה מסתכן, לפני כשנה, והיה צופה קבלתם של אותם החוקים?" קלוד קליין "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו – הערכה נורמטיבית ראשונה" **המשפט א 123, 123 (1993)**.

[12] BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS (1991). ליישום התזה של Ackerman בהקשר הבריטי ראו: Rivka Weill, *We the British People*, 2004 PUB. L. 380; Rivka Weill, *Evolution vs. Revolution: Dueling Models of Dualism*, 54 AM. J. COMP. L. 429 (2006).

את עמדותיו המושכלות בסוגיה החוקתית. באמצעות הבחנה זאת מנסה אקרמן להסביר ולהצדיק, מנקודת-מבט דמוקרטית, שינויים חוקתיים אחדים שהתרחשו בארצות-הברית כתוצאה מהחלטותיו של בית-המשפט העליון האמריקאי מבלי שעוגנו בתיקון חוקתי פורמלי. הבולט מבין השינויים הללו הוא המהפך ביחסו של בית-המשפט ליוזמות שהוביל הנשיא רוזוולט בשנות השלושים של המאה העשרים בתגובה על המשבר הכלכלי הקשה שפקד את ארצות-הברית. במשך שנים אחדות בלם בית-המשפט העליון האמריקאי יוזמות אלה, ופסל שורה של חוקים שנועדו להגשימן, אולם בנקודת-זמן מסוימת שינה בית-המשפט לפתע את טעמו, והכשיר דברי חקיקה שהיו זהים לאלה שפסל זמן קצר לפני כן. אחד ההסברים שהוצעו לשינוי טעמו של בית-המשפט הוא חששו של בית-המשפט מפני פגיעה אפשרית בעצמאותו, על רקע נסיונו של הנשיא להרחיב את הרכבו של בית-המשפט ולמנות אליו שופטים שיכשירו את יוזמות החקיקה. אקרמן טוען כי ההסבר לשינוי הוא אחר. לדעתו, אין מדובר בהתקפלות שיפוטית, אלא בהכרה מצד בית-המשפט בשינוי החוקתי שהתרחש בארצות-הברית.[13] אקרמן סבור כי הבחירות לנשיאות בשנת 1936 התקיימו ברגע של "פוליטיקה חוקתית", שבה היה הציבור מודע לחשיבותה של המחלוקת בין הנשיא לבין בית-המשפט ולטעמים העומדים בבסיסה של כל אחת מהתפיסות. תמיכתו המסיבית של הציבור בנשיא בבחירות 1936 ביטאה הכרעה חוקתית. בית-המשפט כיבד הכרעה חוקתית זו ולכן שינה את טעמו.[14]

התיאוריה של אקרמן היא תיאורית, אך יש לה גם פן נורמטיבי. היא מסבירה את השינוי בגישתו של בית-המשפט אך גם מצדיקה אותו. עיצוב החוקה על-ידי בית-המשפט הוא בעייתי. הבעייתיות גוברת לנוכח העובדה שהחוקה עצמה קובעת מנגנון ברור לשינויה.[15] הטענה כי השינוי החוקתי אינו תוצר של הכרעה שיפוטית, אלא של הכרעה ציבורית, מיישב לפחות חלק מהבעיה.[16]

---

[13] לתיאור עובדתי דומה ראו: Richard A. Baker, *The United States Congress Responds to Judicial Review: The Twentieth Century Experience (from Pollock to Chadha 1895–1983)*, *in* CONSTITUTIONAL JUSTICE UNDER OLD CONSTITUTIONS 51, 62–71 (Eivind Smith ed., 1995).

[14] טענתו התיאורית של Ackerman ביחס למהפך של 1936 נתקלה בביקורת חריפה מצד אנשים בולטים מתחום המשפט החוקתי בארצות-הברית. ראו, למשל: Larry Kramer, *What's a Constitution for Anyway? Of History and Theory, Bruce Ackerman and the New Deal*, 46 CASE W. RES. L. REV. 885 (1996); Lawrence Lessig, *Understanding Changed Readings: Fidelity and Theory*, 47 STAN. L. REV. 395 (1995); Kent Greenawalt, *Dualism and Its Status*, 104 ETHICS 480 (1994); Jennifer Nedelsky, *The Puzzle and Demands of Modern Constitutionalism*, 104 ETHICS 500 (1994).

[15] התיאוריה של Ackerman מנסה ליישב קושי נוסף – הכשל האנטי-רובני. כפי שמסביר טשנט: "Ackerman's answer was that public deliberation during constitutional moments had special characteristics... that gave constitutional innovations made

התיאוריה של אקרמן אינה מתאימה בפרטיה למציאות הישראלית. בניגוד לדוגמה האמריקאית, השינוי החוקתי בישראל לא התרחש כפועל יוצא מקונפליקט בין בית-המשפט לבין המערכת הפוליטית. הוא גם לא נולד לאחר שהציבור הביע את דעתו בבחירות. עם זאת, העיקרון שעומד מאחורי התיאוריה של אקרמן עשוי לספק הסבר גם בהקשר הישראלי בשני המישורים: העובדתי והנורמטיבי. את השאלה העובדתית הצגנו לעיל – כיצד הצליחה הכנסת להתגבר על כל המכשולים, וכנגד כל הסיכויים חוקקה חוקה? השאלה הנורמטיבית נוגעת במידת הלגיטימיות של המהלך החוקתי. אחת השאלות שאיתן התמודדו שופטי בית-המשפט בפרשת **בנק המזרחי** הייתה מה מקור הסמכות של הכנסת לחוקק חוקה. השופטים הציעו כמה תשובות פורמליות לשאלה,[17] אולם אלה לא הצליחו להתמודד עם התהייה הערכית שהתלוותה לה. אף אם מטעם פורמלי כלשהו הייתה הכנסת מוסמכת לקבל חוקה, לא נראה כי זו הדרך הראויה לקבלת החלטה משמעותית כזאת.[18] גישתו של אקרמן עשויה ליטול את העוקץ מן הביקורת הערכית. אם יתברר שגם במדינת-ישראל התרחש השינוי החוקתי ברגעים של פוליטיקה חוקתית, ושיקף הכרעה ציבורית מודעת, יספק הדבר תשובה לא רק לשאלה העובדתית, אלא גם לשאלה הנורמטיבית.

הילוכו של ההסבר ברוח התיאוריה של אקרמן הוא כדלקמן: כמה מהלכים פוליטיים בעייתיים בסוף שנות השמונים ובראשית שנות התשעים הביאו את חוסר האמון של

---

during such moments normative priority over later decisions during periods of ordinary politics." ראו: Mark Tushnet, *Misleading Metaphors in Comparative Constitutionalism: Moments and Enthusiasm*, 3 INT'L. J. CONST. L. 262, 263 (2005).

16 יש החולקים על כוחה הנורמטיבי של התיאוריה של Ackerman. לדעתם, בהעדר תיקון חוקתי, פרשנות שאינה הולמת את הכוונה המקורית אינה לגיטימית. ראו, למשל: Steven G. Calabresi, *The President, the Supreme Court, and the Founding Fathers: A Reply to Professor Ackerman*, 73 U. CHI. L. REV. 469, 476 (2006).

17 ראו את חוות-דעתם של השופטים ברק ושמגר בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין **בנק המזרחי**). את תזת הסמכות המכוננת, שעליה התבסס ברק, הציג לראשונה קלוד קליין לאחר פסק-הדין בבג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969) (להלן: עניין **ברגמן**). ראו קלוד קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" **משפטים** ב 51 (1970); קלוד קליין "בשולי החקיקה – רוב מיוחד ושינוי במשתמע" **הפרקליט** כח 563 (1973). יש לציין כי הסתמכותו של ברק על תזה זאת מהווה כשלעצמה סטייה מעמדתו המסורתית של בית-המשפט. בעבר, כאשר הוצגה טענה כזו בהסתמך על התיאוריה של פרופ' קליין, דחה אותה בית-המשפט. ראו בג"ץ 60/77 **רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת**, פ"ד לא(2) 556, 560 (1977); בג"ץ 148/73 **קניאל נ' שר המשפטים**, פ"ד כז(1) 794, 796 (1973); ע"פ 107/73 "**נגב**" – **תחנת שירות לאוטומוביל בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד כח(1) 640, 642 (1974). למתקפה מרוכזת על תזה זאת ראו את חוות-דעתו של השופט חשין בעניין **בנק המזרחי**.

18 לטיעון מפורט ברוח זו ראו את חוות-דעתו של חשין בעניין **בנק המזרחי**, שם.

הציבור במערכת הפוליטית לשיאים חדשים. כתוצאה מכך נוצר קונסנזוס ציבורי רחב בדבר הצורך בשינוי מערכתי יסודי כתנאי ליציאה מן המשבר. כפועל יוצא מכך נעשו שני שינויים מרחיקי-לכת: שינוי אחד נעשה במערכת היחסים בין המחוקק לרשות המבצעת, עם המעבר ממודל של דמוקרטיה פרלמנטרית למודל היברידי – המאמץ מרכיבים מן הדגם הנשיאותי – שנועד לחזק את מעמדה של הממשלה ושל העומד בראשה;[19] שינוי נוסף נעשה במערכת היחסים בין המחוקק לבית-המשפט, עם אימוץ חוקי-היסוד המאפשרים לבית-המשפט לפקח על הכרעותיו הערכיות של המחוקק. לפי קו טיעון זה, חוקי-היסוד החדשים לא נולדו במקרה, אלא נבעו ישירות מן המשבר שאליו נקלעה המערכת הפוליטית בישראל ומן ההכרה הציבורית בצורך בשינוי.[20]

התיאוריה של אקרמן מורכבת. היא כוללת יותר מאשר רגע של פוליטיקה חוקתית. יש בה תיאור של מנגנון שינוי חוקתי ארבע-שלבי:[21] בשלב הראשון, זרוע שלטונית אחת מציעה שינוי חוקתי; בשלב השני, זרוע שלטונית אחרת בולמת את המהלך; בשלב השלישי מתקיים הליך הכרעה בהשתתפות הציבור; ובשלב האחרון, עמדתו של הציבור מכריעה אם נסיון השינוי החוקתי יוכתר בהצלחה או ייכשל – אם הציבור תומך בשינוי, תסיר זרוע השלטון המתנגדת את התנגדותה, ואם הוא אינו תומך בשינוי, תיפול היוזמה, וההסדר החוקתי הקיים יישאר על כנו. למנגנון מורכב זה יש חשיבות הן בפן העובדתי והן בפן הנורמטיבי. העימות החזיתי בין בית-המשפט לבין המערכת הפוליטית משמש גורם מכריע ביצירתה של מודעות ציבורית. קיומן של בחירות בצל העימות הממוקד מספק הצדקה נורמטיבית לשינוי החוקתי. אכן, אין הכרח שהמנגנון הארבע-שלבי יתקיים באופן מדויק כדי להעיד על המעורבות הציבורית ולהצדיק את השינוי שחל בעקבותיה, אולם בהעדרו של מנגנון כזה נדרשת אינדיקציה ברורה אחרת לקיומו של רגע חוקתי ולתמיכה הציבורית בתהליך השינוי.

לדעתי, קשה להציע אינדיקציה מספקת לקיומו בישראל של רגע חוקתי עובר לקבלת חוקי-היסוד, ולתמיכה ציבורית בחקיקתם, ברוח התיאוריה של אקרמן. הטענה לקיומו של משבר אמון בין הציבור לבין המערכת הפוליטית בתקופה הרלוונטית נראית

---

19 חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 1396. כידוע, מהלך זה התברר ככישלון מוחלט. להצגת המימד ההיברידי במודל ראו, למשל, ראובן חזן "לא פרלמנטרי ולא נשיאותי – שינוי שיטת הבחירות ודפוס המשטר בישראל" **פוליטיקה** 2, 97, 105-108 (1998). לביקורת על המודל ולהסברת כשלונו ראו יוסי ביילין "תאונה ושמה בחירה ישירה של ראש הממשלה" **המהפכה האלקטורלית** 199 (גדעון דורון עורך, 1996); גדעון דורון **משטר נשיאותי לישראל** 45-122 (2006); דוד נחמיאס ודורון נבות "הבחירה הישירה של ראש הממשלה וקואליציות רחבות: ממשלת שרון" **הבחירות בישראל – 2001** 127 (אשר אריאן ומיכל שמיר עורכים, **2002**).

20 להסבר ברוח זו ראו: Daphne Barak-Erez, *From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective*, 26 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 309, 351-352 (1995).

21 ACKERMAN, לעיל ה"ש 12, בעמ' 266-277.

מבוססת,[22] אבל אין סימוכין לטענה כי משמעותה של המהפכה החוקתית הוצגה, נידונה וזכתה בתמיכה ציבורית נרחבת עובר להצבעה בכנסת על קבלת חוקי־היסוד החדשים. הסוגיה זכתה בחשיפה מינימלית בעיתונות של אותה תקופה, הן לפני קבלת חוקי־היסוד והן סמוך לאחר קבלתם.[23] גם בקרב זרועות השלטון הפוליטיות לא ניכרה תכונה מיוחדת שיכולה להצביע על מודעות לחשיבות העניין. רוב חברי־הכנסת הדירו את רגליהם מן המליאה בעת ההצבעה על חוקי־היסוד.[24] כפי שמציינת רות גביזון, "הבולטות הגבוהה של חוקי־היסוד החדשים, בעיקר אלה העוסקים בזכויות האדם, החלה בסדרת מאמרים והרצאות של השופט ברק, ולו שמורה גם זכות היוצרים על הכינוי המקובל של חקיקת חוקי 1992 בשם 'המהפכה החוקתית'".[25] נתונים אלה אינם מציירים תמונה של רגע היסטורי, אלא תמונת תשליל של רגע פוליטי שגרתי לחלוטין. כפי שמציין אהרן ברק, "המהפיכה החוקתית התרחשה בהשקט, כמעט בהחבא".[26] הטיעון בדבר קבלת החוקה ברגע של "קטנוּת" הועלה בעבר במסגרת הדיון בהצדקה הנורמטיבית למהפכה החוקתית.[27] אך ככל שהוא נכון, הוא שולל את הרלוונטיות של תיאוריית אקרמן גם במישור העובדתי. אם חקיקת חוקי־היסוד לא באה כפועל יוצא

---

22 ראו, למשל, גיא בכור **חוקה לישראל: סיפורו של מאבק** 127-154 (1996).

23 כפי שמציין אמנון רובינשטיין, "רוב אמצעי־התקשורת לא דיווחו כלל על תהליך החקיקה, והטלביזיה התעלמה מהנושא כולו. כאשר עבר החוק בקריאה שנייה ושלישית, דיווחו על כך הכתבים, אך חלק מהעורכים סבר שאין עניין בידיעה. רוב אמצעי־התקשורת כלל לא סיפרו לקוראיהם על כך שהכנסת אישרה חוק־יסוד כה מהפכני בדבר כבוד האדם וחירותו." אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה 339, 349 (1999) (להלן: רובינשטיין "הכנסת"). בשבועות שלאחר קבלת החוקים התפרסמו כמה מאמרי פרשנות מפי מומחים למשפט ציבורי. ראו קלוד קליין "המהפיכה החוקתית השקטה" **מעריב** – **שבת** 27.3.1992, 12; ברוך ברכה "מלשון הרטוריקה לשפת הדין" **הארץ** 2.4.1992 ב1; אמנון רובינשטיין "חוקה גדולה באה" **הארץ** 3.4.1992 ב1. אולם נדמה שמאמרים אלה מלמדים דווקא על העדר המודעות הציבורית והתקשורתית למשמעות מרחיקת־הלכת של חוקי־היסוד.

24 חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – החשוב מבין השניים – אושר בכנסת בקריאה שלישית ב-17.3.1992. בהצבעה השתתפו רק 54 חברי־כנסת: 32 הצביעו בעדו, ו-21 הצביעו נגדו; חבר־כנסת אחד נמנע. ראו ד"כ 125, 3793 (התשנ"ב).

25 גביזון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 96. שם, בה"ש 177, גביזון מפנה לריאיון שנערך עם ברק במגזין **עורך הדין**, שם הוא אומר: "במרץ 1992 יוצאים שני חוקי יסוד בדממה מוחלטת. מרץ חולף, אפריל, מאי – וכלום, שום דבר, ואני קורא את שני חוקי־היסוד ואני אומר לעצמי: זו חוקתנו. ואז, בהרצאה קצרה שנתתי, דיברתי על מהפכה חוקתית." ברק עצמו מגלה נדיבות ומעניק את זכות היוצרים לביטוי "מהפכה חוקתית" לקלוד קליין. ראו ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 5 ("'זכות היוצרים' לשימוש פומבי בביטוי 'מהפכה חוקתית' נתונה כנראה לקלוד קליין, אשר ציין, ברשימה שפרסם בעיתון מעריב ב-27.3.1992, כי עם חקיקתם של שני חוקי־היסוד בדבר זכויות האדם התחוללה 'המהפכה החוקתית השקטה'").

26 אהרן ברק **מבחר כתבים** כרך א 401, 415-416 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000).

27 ראו בעיקר את חוות־דעתו של השופט חשין בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 17.

מתמיכה ציבורית רחבה, על רקע של משבר אמון במערכת הפוליטית, שבה ומתעוררת השאלה כיצד זה הצליחו יוזמי החקיקה להתגבר על המכשולים שמנעו את הגשמת המהלך במשך שנות דור.

ב. פשרה

אחד המכשולים המרכזיים בדרך לכינון חוקה עם הקמת המדינה היה חוסר הסכמה בין הפלגים השונים בציבור על תכניה של אותה חוקה. החלטת הררי ניסתה להתגבר על המכשול בדרך של חלוקת מפעל החוקה למקטעים – אם אי-אפשר להשיג הסכמה על המסמך הכולל, אפשר לנסות להתקדם צעד אחר צעד, ולעגן בכל פעם הסכמות חלקיות. אחד ההסברים להצלחה של 1992, המופיע בדבריהם של כמה מן המעורבים בקידום חקיקתם של חוקי-היסוד, הוא שיוזמיה אימצו אותה שיטת עבודה. במקום להתעקש על מגילת זכויות שלמה, הם החליטו להתקדם צעד אחר צעד: לעגן בשלב הראשון את הזכויות שלגביהן מושגת הסכמה, ולדחות את המשך העבודה לשלב מאוחר יותר.[28] זכויות בעייתיות פחות – כגון כבוד האדם, קניין, תנועה, עיסוק וחירות – נכללו בחוקי-היסוד, ואילו זכויות בעייתיות יותר בהקשר הישראלי, כגון חופש דת, חופש ביטוי ושוויון, לא נכללו בחוקי-היסוד או הוצאו מהם בשלבי המשא-ומתן. נוסף על ההסכמה על השמטת חלק מן הזכויות לעת עתה, מצביעים אותם כותבים על כמה מרכיבי פשרה אחרים שנועדו להפיס את דעת החזית הדתית, שהתנגדה באופן מסורתי לעיגון זכויות אדם בחוק-יסוד. בהקשר זה מוזכרת, למשל, ההשמטה מסעיף שמירת הדינים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו של הקביעה כי הוראותיו של דין שהיה קיים ערב חקיקת חוק-היסוד יפורשו "ברוח חוק-יסוד זה".[29]

יש המעלים ספקות לגבי כנות כוונתם של יוזמי החוקים ליישם פשרה זאת.[30] כך או כך, כיום כבר ברור לחלוטין שכוונת הפשרה, ככל שהייתה כנה, הושמה לאל בידי בית-המשפט העליון. בית-המשפט אימץ אסטרטגיה המאפשרת לו לקרוא לתוך חוקי-היסוד

---

28 יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א 323, 338-340 (1993); רובינשטיין "הכנסת", לעיל ה"ש 23, בעמ' 340 ("כיצד בכל-זאת בא לעולם חוק-יסוד כה חשוב כמו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? כיצד קיבלה הכנסת, בשעת-חסד מיוחדת במינה, חוקים אלה, בשעה שכל הנסיונות הקודמים התנפצו אל סלעי ההתנגדות הפוליטית והדתית? ייאמר הדבר מראש: אלמלא פיצול הצעת החוק לארבע הצעות חוק נפרדות, היה גורלן של זכויות-יסוד משוריינות בכנסת ה-12 דומה לגורלן בכנסות הקודמות").

29 רובינשטיין "הכנסת", שם, בעמ' 346.

30 ראו, למשל, קרפ, לעיל ה"ש 28, בעמ' 358 ("אפשר שהתומכים בחוק תמכו בו משום ההנחה שהחלל בעניין סעיף השוויון יתמלא בידי בית-המשפט מכוח פרשנות או יצירה שיפוטית, הסומכת עצמה על עקרונות היסוד של השיטה").

את הזכויות החסרות.[31] הצינור שנבחר להכלת כל הזכויות הללו היה "כבוד האדם", ומתודת הפרשנות שהוצגה בניסיון להצדיק הרחבה שיפוטית זאת הייתה הפרשנות התכליתית, מבית-מדרשו של הנשיא ברק.[32] בין שופטי בית-המשפט היו כמה שהביעו הסתייגות מהרחבה שיפוטית של הזכויות הכלולות בחוקי-היסוד. כך, למשל, השופטת דורנר, שכהונתה בבית-המשפט העליון התאפיינה דווקא באקטיביזם רב, הסתייגה מהכללתן של הזכות לשוויון ולחופש הביטוי במסגרת כבוד האדם.[33] את הסתייגותה היא ביססה על מתודת הפרשנות האוריג'ינליסטית,[34] תוך שהיא מציינת כי בנסיבות הישראליות חולשותיה של מתודה זאת נעלמות.[35] במהלך השנים הלכה וגברה ידם של

---

[31] ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (1997).

[32] לדיון בפרשנות התכליתית ראו ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" **עיוני משפט** כו 737 (2002).

[33] בעניין זכות השוויון ראו בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הבטחון**, פ"ד מט(4) 94, 131 (1995) ("ההיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד מלמדת, כי ההימנעות מלעגן בו את עקרון השוויון הכללי הייתה מכוונת... על רקע זה ספק בעיניי אם ניתן – ועל-כל-פנים, אם ראוי – לקבוע על דרך פרשנות כי תכליתו של חוק היסוד היא לספק הגנה חוקתית לעקרון השוויון הכללי"). בעניין חופש הביטוי ראו בג"ץ 4463/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136, 191 (1996) ("ההסכמה הלאומית הדרושה לעיגונו של חופש הביטוי בחוק יסוד לא התגבשה לפי שעה, והצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי לא התקבלה עד היום. במצב עניינים זה ספק בעיניי אם ניתן, ועל כל פנים אם ראוי, לתת מעמד על-חוקי לחופש הביטוי הכללי על-ידי עיגונו בזכות לכבוד"). לחיזוק הקביעה שהכוונה המקורית הייתה ברורה ראו קרפ, לעיל ה"ש 28, בעמ' 358. קרפ, שהייתה מעורבת לפנַי ולְפנים, כמשפטנית בשירות המדינה, בהליך החקיקה של חוק-היסוד, על גלגוליו הרבים, גורסת: "מה שנאמר ומה שנעשה מעיד יותר על הנחה משותפת [של התומכים בהכללת השוויון בחוק-היסוד ושל המתנגדים להכללתו – ג' ס'] לפיה אי-הכללת סעיף השוויון תתפרש כמוציאה אותו מגדר חוק-היסוד."

[34] לנסיונות הגדרה של התפיסה האוריג'ינליסטית ראו, למשל: Jed Rubenfeld, *Reading the Constitution as Spoken*, 104 YALE L.J. 1119, 1127 (1995) ("The originalist always asks what the Framers *meant to say* when enacting the text, or what they *did say* while debating it, or what they *would have said* about today's constitutional questions had they been asked..."). עם האוריג'ינליסטים הבולטים נמנים רוברט בורק (Bork) וראול ברגר (Berger). ראו: ROBERT H. BORK, THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW (1990); ROBERT H. BORK, SLOUCHING TOWARDS GOMORRAH: MODERN LIBERALISM AND AMERICAN DECLINE (1996); RAOUL BERGER, GOVERNMENT BY JUDICIARY: THE TRANSFORMATION OF THE FOURTEENTH AMENDMENT (1977); Raoul Berger, *Original Intent: The Rage of Hans Baade*, 71 N.C. L. REV. 1151 (1993).

[35] יצוין כי חרף דברים אלה, בכל האמור בשוויון השופטת דורנר מאמצת לבסוף פרשנות לחוק-היסוד אשר מתוארת אומנם בספרות כגישת-ביניים בין התומכים בקריאתה של הזכות לשוויון אל תוך הוראות חוק-היסוד לבין המבקשים להימנע מכך (לפחות לפי שעה,

השופטים התומכים בקריאה המרחיבה. אומנם, עד כה טרם פסל בית-המשפט דבר חקיקה בשל סתירה בינו לבין זכות שאינה מנויה, אך אזכורה באין-ספור אמרות-אגב בפסקי-דין הופך אותה לחלק מן המשפט החוקתי הישראלי.[36]

לפי ההסבר הנבחן כעת, הסכמתם של המתנגדים המסורתיים לחוקה לתמוך בחוקי-היסוד החדשים התבססה על הבנתם כי מדובר בפשרה, שבמסגרתה מוצאות לעת עתה מן החוקה זכויות בעייתיות ונכללות רק זכויות המקובלות על הכל. אולם גם הסבר זה אינו "חלק". גם אם הושמטו מחוקי-היסוד זכויות בעייתיות במיוחד, כגון חופש הדת ושוויון, הסכמה על עיגון חוקתי של הזכויות שאכן נכללו בחוקי-היסוד אינה דבר פשוט. איזו סיבה הייתה לחברי-הכנסת הדתיים להסיר את התנגדותם הגורפת לחקיקת מגילת זכויות? יש התולים את הסכמת הדתיים במרכיב פשרה נוסף שנכלל בחוקי-היסוד, והוא עיגון אופייה היהודי של המדינה במסגרת התיאור הכפול "יהודית ודמוקרטית".[37] כידוע, גם מרכיב זה של הפשרה הושם לאל על-ידי הנשיא ברק, כאשר נתן לביטוי "יהודית" פירוש המרוקן אותו מתוכן, לפחות מזווית-הראייה של המפלגות הדתיות.[38] אולם אף אם נסכים כי לעיגון הנ"ל היה משקל מסוים בריכוך החזית הדתית,

---

כל עוד אין הדבר נחוץ לצורכי הכרעה במקרה קונקרטי), אך בפועל קוראת את הזכות לשוויון במובנה המהותי אל תוך הוראות חוק-היסוד. דומני שיש רגליים לטענה כי מנסחי חוק-היסוד חשבו בדיוק על עילות השוויון הקלסיות, ובכלל זה על סוגיית מעמדן של נשים, בשעה שהחליטו להשמיט את עקרון השוויון מתוך רשימת הזכויות שבחוק-היסוד, ואם הדבר נכון, ניתן לטעון כי דורנר פועלת בהחלטתה בניגוד לכלל הפרשני שהיא עצמה ביקשה להציב.

36 לדיון בגישתו המרחיבה של בית-המשפט ראו סומר, לעיל ה"ש 31; הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" **משפט ועסקים** א 59, 66-70 (2004). לפסיקה עדכנית ראו, למשל, בג"ץ 2557/05 **מטה הרוב נ' משטרת ישראל**, פדאור 06(3) 305 (2006), פס' 12 לפסק-דינו של הנשיא ברק ("בשורה של פסקי דין קבע בית משפט זה שחוק היסוד כולל, במסגרת הזכויות והחירויות המוגנות על-ידו, גם את חופש הביטוי, ומקנה בכך לחופש הביטוי מעמד של זכות חוקתית"); רע"א 10520/03 **בן גביר נ' דנקנר**, פדאור 06(26) 91 (2006), פס' 10 לפסק-דינו של השופט ריבלין ("כיום אין עוד חופש הביטוי בבחינת זכות יסוד שאינה כתובה עלי ספר... מדובר בזכות חוקתית מוגנת").

37 חיזוק להסבר זה ניתן למצוא בדבריו של חבר-הכנסת יצחק לוי מן המפד"ל בדיון לפני הקריאה הראשונה בהצעת החוק הפרטית שהגישו דן מרידור ובנימין בגין במטרה להוסיף לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו את סעיף הנוקשות. לוי מסביר כי מפלגתו תתנגד להצעה, הגם שתמכה בחקיקה ב-1992, שכן בינתיים פורסם מאמרו של ברק הכולל פרשנות ל"מדינה יהודית ודמוקרטית" אשר מרוקנת מתוכן את המרכיב היהודי שאינו גם אוניוורסלי. ראו ד"כ 131, 7179-7180 (התשנ"ג).

38 העמדה שהציג ברק בכתיבתו האקדמית והשיפוטית מרוקנת את הביטוי "יהודית" ממשמעותו ההלכתית, וקובעת כי ערכיה היהודיים של המדינה הם רק אלה שנולדו בעולמה של היהדות והתקבלו על-ידי אומות העולם הנאורות. אהרן ברק "המהפכה החוקתית – זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א 9, 29-30 (1992) (להלן: ברק "זכויות יסוד מוגנות"). דבריו של ברק עוררו מורת-רוח בקרב הציבור הדתי-הלאומי, ואולי בשל כך

גם לאחר הבאתו בחשבון נותרת תהייה מסוימת ביחס לטעם שהוביל להסכמה הדתית. האם לא הבינו כי העצמת כוחו של בית-המשפט תפעל כחרב נגד האינטרסים שלהם, אפילו לאחר שהוסרו זכויות מסוימות וניתנה הגנה לחקיקה קיימת? אכן, בהתבטאויות שלאחר מעשה, מעלים חלק מהמתנגדים הסבר אחר למה שהתרחש. להסבר זה נעבור כעת.

ג. הטעיה

לפי תזה זאת, ההצלחה של יוזמת 1992 נבעה מטעות והטעיה. יוזמי החוקים ניצלו את בורותם של המתנגדים, אשר לא היו מודעים להשלכות מרחיקות-הלכת של הסכמתם, והציגו לפניהם מצג כוזב, שרק על בסיסו הסירו הללו את התנגדותם.[39] כך, למשל, אמר חבר-הכנסת אוריאל לין, יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, בשעה שהציג את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לפני הכנסת לקריאה שנייה:

> אנחנו לא מעבירים את המשקל לבית-המשפט העליון. אנחנו לא עושים כפי שהוצע בחוק יסוד: החקיקה או בחוק יסוד: זכויות האדם

ניסוחים מאוחרים יותר של ברק נוטים יותר חסד, לפחות רטורי, למרכיב היהודי שבהגדרה הכפולה. ראו אהרן ברק "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" **מנחה ליצחק – קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו** 31, 35-39 (אהרן ברק ומנשה שאוה עורכים, 1999); אהרן ברק "מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" **עיוני משפט** כד 9, 10 (2000). לתיאור מנעד של פרשנויות אפשריות של המושגים "יהודית" ו"דמוקרטית", ושל שניהם יחד, ראו רות גביזון "מדינה יהודית ודמוקרטית – זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" **עיוני משפט** יט 631 (1995). ראו גם מנחם אלון "דרך חוק בחוקה – ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **עיוני משפט** יז 659 (1993), שם אלון מתפלמס בחריפות עם ברק ועמדתו.

[39] ראו, למשל, את ההתבטאויות הבאות: "באיזה יום, נכון יותר לילה, באווירה נטולת חגיגיות לחלוטין, הביאו שני חוקים להצבעה, פחות מחצי מחברי הבית נכחו פה... איש לא דיבר על כך שיש פה אספה מכוננת, איש לא דיבר על כך שמדובר במהפכה, ואיש לא אמר שמבצעים שינוי קונסטיטוציוני כלשהו. הצביעו. לאחר חודשים מספר מודיעים לעם ישראל: התחוללה מהפכה. נו, המהפכה הראשונה שנעשתה בלי שהציבור ידע עליה. רק בדיעבד נודע לו שהיתה מהפכה... אלה מחברי הכנסת שאולי ידעו שבעצם יש כאן איזה מעשה מרחיק לכת, בכוונה הסתירו את המידע משאר חברי הכנסת... כך בונים חוקה? למה היה צריך להטעות את הכנסת?" (חבר-הכנסת מיכאל איתן, ד"כ 145, 5246 (התשנ"ה)); "בכנסת הקודמת, בשעת לילה מאוד מאוחרת, חוקי יסוד שצריכים להתקבל במליאת הבית, 120 חברי כנסת – זה יום חג לדמוקרטיה שמעבירים חוקה – בשעת לילה מאוחרת, תוך הטעיה מכוונת של הציבור הדתי והחרדי, שהיו צריכים את הסכמתם בקדנציה הקודמת..." (חבר-הכנסת אריה דרעי, ד"כ 161, 4478 (התשנ"ו)).

> שהוגשו בזמנם. אין מוקם בית-משפט לחוקה... שמקבל כוח מיוחד לבטל חוקים.[40]

ועוד אמר חבר-הכנסת לין:

> הכוח לא הועבר למערכת בתי-המשפט. הכוח נשאר בבית הזה. ואם חלילה יסתבר מהניסיון עם החוק הזה שאנחנו טעינו, והפרשנות הניתנת לחוק הזה אינה על פי כוונתו האמיתית של המחוקק, יש בידי הכנסת לשנות את החוק.[41]

וכן:

> אני מתנגד להקמת בית-משפט לחוקה, כי אני חושב שכאן אתה נותן את הכוח המפליג לקבוצה מצומצמת של שופטים, שפרשנותם תהיה זו שתקבע מחיקתם של חוקים בישראל.[42]

תזת הפשרה שנידונה לעיל דיברה על פשרה בעניין תוכן החוקה שלא כובדה על-ידי בית-המשפט. נכונותה עשויה לעורר ספקות ביחס למידת הלגיטימיות של המהלך החוקתי ושל תוצאותיו, אך לדעתי היא אינה מובילה לפסילתו באופן קטגורי. אין אולי דוגמות מקבילות בהיסטוריה החוקתית של דמוקרטיות אחרות להתעלמות שיפוטית בוטה מכוונת המכונן סמוך לאחר קבלת החוקה, אולם יש בהחלט מקרים שבהם במהלך השנים פירש בית-המשפט את החוקה באופן שונה מכוונתם המקורית של מנסחיה.[43]

---

40 ד"כ 125, 3783 (התשנ"ב).

41 שם, בעמ' 3788.

42 שם.

43 כך, למשל, בצרפת. חוקת הרפובליקה החמישית, משנת 1958, אינה כוללת מגילת זכויות אדם, אך מַפנה במבוא שלה להצהרת 1789 וכן לאישורה ולהשלמתה במבוא לחוקת 1946. בשנת 1970 אסרה ממשלת צרפת התאגדות של מפלגה פוליטית שמאלית, בהסתמך על חוק משנת 1936 שאסר קיומן של מיליציות פרטיות. בתגובה הקימה קבוצת אזרחים התאגדות שנשאה את שם עיתונה של המפלגה שקיומה נאסר. שר הפנים הורה לא להכיר בהתאגדות. החלטתו נהפכה על-ידי בית-משפט מנהלי, בהסתמך על תקדימים ברורים של בית-המשפט המנהלי הגבוה. בתגובה העבירה הממשלה חוק שהעניק לרשם סמכות לסרב לרשום התאגדות אשר "appeared to have an immoral or illicit purpose or to be trying to reconstitute an illegal association". נשיא הבית העליון הפנה שאילתה ל"מועצה החוקתית", בטענה שהחוק נוגד את הוראת ס' 4 לחוקה, הקובע כי מפלגות וקבוצות פוליטיות יתאגדו ויפעלו בחופשיות. המועצה החוקתית פסלה את החוק ברוב של שישה נגד שלושה, אך ביססה את הכרעתה לא על ס' 4 הנ"ל, אלא על ההקדמה לחוקה, אשר לדברי המועצה הפנימה לתוך החוקה את הצהרת זכויות האדם משנת 1789, את

אלה שמתנגדים באופן עקרוני למעורבות שיפוטית בעיצוב החוקה יבקרו את התנהלותו של בית־המשפט העליון הישראלי, ואפילו אלה שתומכים במעורבות כזאת עשויים להסתייג ממנה בהקשר הישראלי בשל הסתירה החזיתית בין כוונת המחוקק לבין הפרשנות שאימץ בית־המשפט, ובשל קרבת הזמנים בין השניים. אבל ההבדל בין החקיקה השיפוטית החוקתית בישראל לבין החקיקה השיפוטית החוקתית במדינות אחרות הוא הבדל של מידה בלבד. לעומת זאת, תזת ההטעיה, ככל שהיא מדויקת, מערערת על עצם תוקפם של חוקי־היסוד החדשים. הערעור על תוקפם אינו נובע מן האופי הלא־מוסרי של ההטעיה, אלא מתוצאתה: איזה תוקף יש למסמך המתכנה ״חוקה״ אם הוא התקבל כאשר חלק נכבד מן התומכים בו לא הבינו כי הם מצביעים למעשה על חוקה? למיטב ידיעתי, אין ולוּ דוגמה אחת במדינה דמוקרטית כלשהי למהלך דומה שבו בית־המשפט קובע בדיעבד שהתקבלה חוקה כאשר חלק נכבד מאלה שהצביעו בעדה אינם מבינים כי מדובר בחוקה.[44] אומנם, לפי הדוקטרינה שהציג ברק בפרשת **תנועת לאו״ר** המפורסמת, בית־המשפט אינו זקוק כלל לחוקה כתובה כתנאי להפעלת ביקורת שיפוטית מהותית,[45] אולם כל זאת רק להלכה. למעשה, גם ברק עצמו מצביע על חקיקת חוקי־היסוד כמועד התרחשותה של המהפכה החוקתית, וגם הוא

ההצהרה הפותחת את חוקת הרפובליקה הרביעית משנת 1946 ואת ה־fundamental" principles recognized by the law of the Republic". לתיאור מפורט ראו: ALEC STONE, THE BIRTH OF JUDICIAL POLITICS IN FRANCE: THE CONSTITUTIONAL COUNCIL IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 66–69 (1992). כידוע, גם בית־המשפט בארצות־הברית מגלה יצירתיות בפרשנות החוקה. לדיון ביקורתי ראו, למשל, את ספריו של BORK, לעיל ה״ש 34.

44 ראו משה לנדוי בתוך ״רב שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים״ **המשפט** ה 249, 254 (2000) (״החוקה, כפי שהיא תוארה על ידי הנשיא ברק, היא היחידה בעולם שנוצרה באמרי פיו של בית המשפט״).

45 בג״ץ 142/89 **תנועת לאו״ר נ׳ יו״ר הכנסת**, פ״ד מד(3) 529 (1990) (להלן: פרשת **לאו״ר**). למעשה, החידוש בפרשת **לאו״ר** מרחיק־לכת עוד יותר. ברק לא רק מעלה אפשרות לפסול חוק חרף העדרה של חוקה כתובה המאפשרת זאת, אלא מכשיר פעולה לפי תקן מחמיר מזה שהחוקה קובעת במקרים שבהם הוראת חוק פוגעת באופן חמור בערכי־היסוד של השיטה. בנסיבות המקרה היה קיים מסמך בעל תוקף חוקתי הקובע נורמה בעניין. החוק שעל הפרק עמד לדעת ברק בדרישות המסמך החוקתי, וחרף זאת שקל ברק את אפשרות פסילתו. אפשרות כזאת עלתה, הגם שלא נידונה בהרחבה, גם בפסק־דינו של השופט ברק בבג״ץ 4676/94 **מיטראל בע״מ נ׳ כנסת ישראל**, פ״ד נ(5) 15 (1996). בבג״ץ 3267/97 **רובינשטיין נ׳ שר הביטחון**, פ״ד נב(5) 481 (1998), בפס׳ 15 לפסק־דינו של השופט חשין, הוא מעלה אפשרות קיצונית עוד יותר, שלפיה בית־המשפט עשוי לא רק להציב תקן גבוה מזה שהחוקה קובעת, אלא אף לפסוק בניגוד מפורש להוראותיה (״חקיקת משנה אין בכוחה לפטור בני־ישיבה באורח נורמטיבי משירות בצבא. על כך הסכמנו כולנו. כשאני לעצמי, לא אכריע בשאלה – אשר לא נדרשנו להכריע בה – אם אף בכוחו של חוק הכנסת לפטור בני־ישיבה משירות בצבא. יימצאו מי שיאמרו – ולא נפרט – כי אף חוק הכנסת אין די בו. ויהיו מי שיוסיפו ויאמרו, כי גם חוק־יסוד לא יסכון״).

מתעקש על עיגון זכויות בטקסט של חוקי-היסוד כתנאי מקדמי להפעלת ביקורת שיפוטית על בסיסן. אמור מעתה, גם לדעת ברק, תוקפם החוקתי של חוקי-היסוד משמש בישראל תנאי להפעלת ביקורת שיפוטית.

כך או כך, מוקד דיוננו אינו בהשלכות הנורמטיביות של ההסברים השונים להצלחת המהלך החוקתי בשנת 1992, אלא בהסברים עצמם. במישור זה יש לתזת ההטעיה חולשה מסוימת. גם אם יוזמי החקיקה ניסו להסוות את משמעותו האמיתית של המהלך, כיצד ייתכן שהמתנגדים המסורתיים לא השכילו לראות מבעד למסך העשן? גם אם נסכים עם הטענה כי הפוליטיקאי הישראלי הממוצע עוסק יותר בנסיונות הישרדות, ופחות בעבודה פרלמנטרית ציבורית המחייבת ידע והבנה, עדיין הנחת-המוצא של דיוננו הייתה שנסיונות קודמים לעיגון מגילת זכויות אדם בחוק-יסוד כשלו בדיוק בשל העובדה שהמתנגדים הבינו את משמעויותיה מרחיקות-הלכת של חקיקה כזאת. קשה לקבל שמחזור 1992 של הכנסת היה נבער עד כדי כך שהיה אפשר "למכור" לו את מה שלא היה אפשר למכור לקודמיו.

בעבר הצעתי לחולשה זאת תשובה חלקית: ייתכן שהמתנגדים לעיגון זכויות אדם בחוקה עשו עבודה רשלנית, אולם גם אילו עשו בירור יסודי יותר, היה להם בכל-זאת יסוד סביר לקבל את טענתם של יוזמי החקיקה, לפחות לגבי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.[46] דעה שהלכה והתקבלה עם השנים הייתה שחוקי-יסוד אינם נהנים מעליונות נורמטיבית, אלא רק המרכיבים המשוריינים שלהם.[47] זאת ועוד, המושג "שריון" הובן כפשוטו – כדרישות צורה (ואולי גם הליך) כתנאי לשינוי החוק. חוק-יסוד: חופש

---

46 גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" **מחקרי משפט** יט 461, 488, ה"ש 98 (2003).

47 ראו, למשל, את דברי השופט אלון בפרשת **לאו"ר**, לעיל ה"ש 45, פס' 2 לפסק-דינו ("לית מאן דפליג... כי בדרך כלל, תוקף חקיקת הכנסת אינו נתון לביקורת שיפוטית, פרט ליוצא מן הכלל, כאשר חקיקת הכנסת נעשתה בניגוד 'לשריון' של חוק-יסוד. במקרה אחרון זה נתון תוקפה של החקיקה לביקורת שיפוטית, ומשיימצא, כי נעשתה שלא לפי הקבוע בשריון שבחוק יצהיר בית המשפט כי החקיקה נתקבלה שלא כדין"). לתיאור הדעה ראו: MARTIN EDELMAN, COURTS, POLITICS, AND CULTURE IN ISRAEL 13–25 (1994). דעה זו התבססה על פרשנות של הכרעת בית-המשפט בעניין **ברגמן**, לעיל ה"ש 17. משה לנדוי, שכתב את פסק-הדין בעניין **ברגמן**, התכחש בתוקף למשמעות מרחיקת-הלכת שניסו לייחס להחלטתו. ראו משה לנדוי "Eliahu S. Likhovski: Israel's Parliament – The Law of the Knesset" **משפטים** ד 213, 214 (1972). אולם דעתו לא התקבלה. ראו גביזון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 82 ("למרות נסיונו של בית-המשפט להמעיט במשקלה של ההחלטה, זו נתפשה על-ידי הקהילה המשפטית ועל-ידי בית-המשפט עצמו כקביעה ראשונה ועקרונית לגבי כוחו של בית-המשפט להעביר תחת ביקורתו חוקים שאינם מתיישבים עם סעיף חוק משוריין, כל עוד לא נתקבלו ברוב הנדרש, הגם שלא היתה בחוק הפניה מפורשת למנגנון של בדיקה של סטייה מהוראת השריון"); ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 12; אריאל בנדור "שריון וחוקה – פסק-דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" **משפטים** לא 821 (2001). אך השוו דוד קרצ'מר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי – הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" **משפטים** כח 359, 363-369 (1997).

העיסוק משוריין. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו משוריין. יוצא שלפי הדוקטרינה החוקתית שהייתה מקובלת בעת חקיקתם של חוקי-היסוד, רק חוק-יסוד: חופש העיסוק היה אמור ליהנות ממעמד חוקתי ולאפשר ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית.[48] כפי שמציינת יהודית קרפ, "על פני הדברים, חסר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כל סממן מקובל ומוכר, שיש בו כדי להעיד כי היה בכוונת המחוקק לעשותו חוק-על, הנהנה ממעמד חוקתי עדיף, ואשר יש בו כדי לקבוע את תוקפם של חוקים העומדים בסתירה לו".[49] אכן, מלומדים שהשיחו לפי תומם, סמוך לאחר קבלתם של חוקי-היסוד, קבעו כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מאפשר ביקורת שיפוטית.[50] אפילו הנשיא ברק, שהתייחס בכתיבתו האקדמית לשאלת מעמדו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, השאיר את השאלה בצריך עיון.[51] מי שמכיר את השימוש שברק נוהג לעשות בכתיבה אקדמית, ככלי-עזר מקדים לביסוס חידוש שיפוטי שנוי במחלוקת שהוא עומד לבצע בעתיד, היה יכול לצפות בבירור את הבאות.[52] אולם העובדה שברק

---

48 ראו קליין, לעיל ה"ש 11, בעמ' 125 ("אם, למשל, נאמץ את הגישה המקובלת בישראל זה שנים רבות, לפיה אין עליונות מסוג כלשהו הקשורה בחוקי יסוד לא משוריינים, נמצא בעליל, כי כל הוראה עתידה, הסותרת הוראה מהוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו תגבר עליה").

49 קרפ, לעיל ה"ש 28, בעמ' 361.

50 ראו, למשל: Ehud Sprinzak & Larry Diamond, *Introduction*, *in* ISRAELI DEMOCRACY UNDER STRESS 20, note 1 (Ehud Sprinzak & Larry Diamond eds., 1993) ("Although the law... was adopted as a basic law, in contrast to the new Basic Law: Freedom of Occupation, it was not 'entrenched'... Thus, although it is called a 'basic law', it does not include the element that grants this appellation practical meaning").

51 ראו ברק "זכויות יסוד מוגנות", לעיל ה"ש 38, בעמ' 22 (שם הוא מביע תקווה כי הדיון במעמד המיוחד של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שיש בו פסקת הגבלה ללא שריון, ייתייתר כאשר ישוריין גם חוק זה); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 163, 167 (יצחק זמיר עורך, 1993). יצוין כי פרשנותו המרחיבה של ברק זכתה בתמיכה גם מאנשי אקדמיה נוספים. ראו, למשל: David Kretzmer, *The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?* 26 ISR. L. REV. 238, 246 (1992); David Kretzmer, *The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?* 14 NETH. Q. HUM. RTS. 173, 177–178 (1996); Barak-Erez, לעיל ה"ש 20, בעמ' 334-335.

52 ראו רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון – הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" **עיוני משפט** כא 81, 118 (1997) ("הטקסט התיאורטי מאפשר נקיטות-עמדה ישירות כלפי הטקסט השיפוטי, תוך נקיטה/הצבה של עמדה ושרטוט מדיניות שטרם עלתה בבית-המשפט עצמו"). עמית מתאר במאמרו דרכים נוספות שבאמצעותן ברק מצליח לשוות לעמדות שהוא מציג נופך קנוני, גם כאשר הן מהוות חידוש וסטייה מהעמדה המקובלת. אחת השיטות היא השימוש במוסד של "אמרת-אגב" וציטוטה מאוחר יותר כחלק מהלכת הפסק. המודעות לשימושו של ברק בשיטה זו הגיעה אפילו לארצות-הברית. ראו: Richard

נזקק לשלב-הביניים הזה, בדרכו לביסוס מעמדו החוקתי של חוק-היסוד, מעידה על הבעייתיות שיש במהלך שהוא הוביל.

סוף הסיפור ידוע. בית-המשפט שינה את הדוקטרינה. תחילה הוסיף את רעיון השריון המהותי, שהעניק עליונות לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואחר כך ביטל לחלוטין את דרישת השריון כתנאי לעליונות, והפך את כל חוקי-היסוד לעליונים.[53] המהפכה החוקתית לא התרחשה אם כן עם חקיקת חוקי-היסוד. לפי הדוקטרינה המקובלת בעת חקיקתם, רק חוק-יסוד: חופש העיסוק, המעגן זכות אחת בלבד, נשא אופי חוקתי. הפיכתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לחוקתי התרחשה מאוחר יותר, בפסק-דין **בנק המזרחי**, שבו שינה בית-המשפט את הדוקטרינה החוקתית. אם המהפכה לא התרחשה עם חקיקת חוקי-היסוד, אין גם כל צורך להסביר כיצד התגברו יוזמיהם על ההתנגדות המסורתית.

טענת ההטעיה שובת-לב, אך אינה נקייה מחולשות. במאמר שכתב שנים אחדות לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הודף בנחרצות יוזם החוק, פרופ' אמנון רובינשטיין, לא רק את טענת ההטעיה, אלא אף את טענת הטעות. רובינשטיין עומד על כך שלחברי-הכנסת היה ברור, עובר להצבעה על חוקי-היסוד, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא בעל תוקף חוקתי, ושהצלחת המהלך נבעה לא מטעות או הטעיה, אלא מן הפשרה שהושגה.[54] דבריו עומדים אומנם בסתירה לדבריו של חבר-הכנסת לין שהובאו לעיל, אולם חלק מן הראיות שהוא מביא לביסוס טענתו אינן ניתנות לדחייה בנקל. למשל, רובינשטיין מצטט מדבריו של חבר-הכנסת יצחק לוי מן המפד"ל בריאיון עיתונאי, שבו הוא מסביר כי הוא עצמו יזם את הכללת העקרונות של מגילת-העצמאות בחוקי-היסוד כדי לחסום את אפשרות ביטולו של חוק השבות על-ידי בית-המשפט.[55] מציטוט זה עולה לכאורה שלוי, מנהיג המפד"ל באותה עת – אשר לפי עדותו של

A. Posner, *Enlightened Despot*, THE NEW REPUBLIC, Apr. 23, 2007, at 53, *available at* www.shalemcenter.org.il/media/?did=64&aid=2cebedd70332e20f1adc a1cd1c99e209.

53 לגבי חוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69, ראו ע"ב 92/03 **מופז נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(3) 793 (2003) (להלן: פרשת **מופז**). לגבי חוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78, ראו רע"א 3007/02 **יצחק נ' מוזס**, פ"ד נו(6) 592 (2002); בג"ץ 2208/02 **סלאמה נ' שר הפנים**, פ"ד נו(5) 950 (2002); בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(1) 750 (2003); בג"ץ 3511/02 **עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות**, פ"ד נז(2) 102 (2003). לגבי חוק-יסוד: הממשלה, ראו בג"ץ 1384/98 **אבני נ' ראש הממשלה**, פ"ד נב(5) 206 (1998). לתיאור והערכה ראו אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" **משפט וממשל** ו 305 (2003).

54 רובינשטיין "הכנסת", לעיל ה"ש 23, בעמ' 350 ("הטענה שהכנסת לא היתה מודעת לאפשרות שמדובר בחוק-על אשר יאפשר ביקורת שיפוטית אין לה על מה להתבסס").

55 שם, בעמ' 341.

רובינשטיין, "ידענותו המשפטית ורצונו הכן לחולל תפנית עזרו למחבר להגיע לשורה של פשרות פורצות-דרך"[56] – הבין את הפוטנציאל שבחוק.[57] רובינשטיין טוען גם שתזת ההטעיה אינה מתיישבת עם המאבק שניהלו נציגי המפלגות הדתיות על תוכן הזכויות שייכללו בחוק ועל נוסחו של סעיף שמירת הדינים. אם רובינשטיין צודק, לא רק שלא הייתה כאן הטעיה, אפילו טעות לא הייתה כאן.

גם הניסיון לתלות את הסכמת הדתיים בעובדה שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נטול שריון – דבר שהצדיק את ההנחה כי החוק נעדר תוקף חוקתי – הוא בעייתי. סעיף השריון נכלל בנוסח החוק המקורי והושמט ממנו רק בקריאה השנייה, לאחר שהסתייגותם של חברי-הכנסת רביץ והלפרט התקבלה על חודו של קול.[58] גם חבר-הכנסת לוי, שהיה מתומכי החוק, הודיע מראש כי יצביע בעד השמטת השריון. לכאורה, היה אפשר לטעון כי נתון זה מהווה דווקא ראיה לכך שחברי-הכנסת הדתיים הבינו את חשיבותו המכרעת של נושא השריון, ובכך מחזק את ההסבר שהצענו. אולם אפשר לחלץ מנתון זה גם מסקנה הפוכה. אם באמת הבינו חברי-הכנסת הדתיים כי שאלת מעמדו של חוק-היסוד תקום ותיפול על בסיס נושא השריון, ואם לא התכוונו כלל להעניק לבית-המשפט סמכות לקיים ביקורת שיפוטית, כיצד זה הסכים חבר-הכנסת לוי לתמוך בהצעת החוק בקריאה הראשונה, ולא התנגד לה בנחרצות כל עוד לא יוסר סעיף השריון? כיצד זה חברי-הכנסת החרדים, ששימשו שותפים בכירים בקואליציה, אפשרו להצעת החוק להגיע לשלב הקריאה השנייה, ולא השתמשו בכל האמצעים שברשותם כדי לטרפדה בשלב מוקדם יותר?

טענת הטעות/הטעיה בגרסתה החזקה נתקלת בקשיים עובדתיים מסוימים. אולם ייתכן שניסוח חריף פחות שלה יישמע משכנע יותר. חולשתה של טענת הטעות נובעת

---

[56] שם, בעמ' 350. גם אהרן ברק משבח את לוי על תפקידו המרכזי בהצלחה להעביר את חוק-היסוד. ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 11 ("תרומה רבה תרם בהקשר זה חבר-הכנסת יצחק לוי, אשר בזכות רגישותו המיוחדת לנושאים של דת ומדינה נכללו תיקונים מספר שנועדו לשמור על הסטטוס-קוו הקיים בעניין זה").

[57] ראו גם את דבריו של לוי בוועדת החוקה, חוק ומשפט: "אם חוק נישואין וגירושין יעמוד מול החוק הזה, אפשר יהיה לטעון שהוא לא הולם מדינה דמוקרטית. לאסור על אדם שהוא כהן נישואים עם גרושה, אילו הייתי שופט ואילו לא הייתי אדם מאמין, הייתי אומר שזה לא הולם מדינה דמוקרטית. העניין הזה יעלה להרכב של תשעה שופטים, זה יקעקע דברים שאנחנו רואים בהם יסודות של מדינה יהודית אף כי הינה מדינת חוק חילונית. אנחנו הולכים על חבל דק, יש לנו חוקים מסויימים שמתאימים למדינה יהודית וישראל היא מדינה דמוקרטית, אנחנו תמיד נעים בשני צירים – מדינה יהודית ומדינה דמוקרטית" (פרוטוקול ישיבה מס' 275 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 15 (1.7.1991)). בשיחה שקיימתי עם לוי ב-9.10.2007 הוא טען כי הבין מלכתחילה ששני חוקי-היסוד יאפשרו לבית-המשפט לקיים ביקורת על חקיקה ראשית, ואף נועץ בעניין עם פרופסור מנחם אלון. דברים אלה אינם עולים בקנה אחד עם הציטוט שיובא בשמו להלן בה"ש 60.

[58] לתיאור של השתלשלות העניינים ראו רובינשטיין "הכנסת", לעיל ה"ש 23, בעמ' 347.

במידה מסוימת מקריאת ההתרחשויות בשנת 1992 בראי המציאות כיום. אולם יש להיזהר מאנכרוניזם כזה. מה שידוע כיום בצורה מדויקת לכל תלמיד משפטים, ובגרסה מפורטת פחות גם לציבור הרחב, לא היה ידוע בשנת 1992. כפי שמציין יואב דותן, עד לשנת 1992 "העיקרון של עליונות הפרלמנט משל בכיפה בפסיקה שלנו, והקורס למשפט קונסטיטוציוני בפקולטות למשפטים היה לא יותר מאשר מבוא כללי לקורס לדיני מנהל ציבורי. מי שבוחן, למשל, את הטקסט האקדמי המוכר ביותר אצלנו הוא ספרו של פרופ' אמנון רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**, על-פי המהדורה השלישית מ-1980, יכול להתרשם נאמנה על מצב דברים זה. מתוך עשרות פרקי הספר מוקדש רק פרק אחד למעמדה המכונן של הכנסת וגם הוא כולל ברובו סקירה היסטורית. הביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים תופשת כחמישה עמודים, כאשר במרכזה עומדת ההתייחסות להלכת **ברגמן** הידועה. האפשרות כי בתי-המשפט יחרגו מהמסגרת הצרה שהותוותה בפסק-דין זה ויעבירו באופן שיטתי תחת ביקורתם את חוקי הכנסת – גם כאשר הם סותרים סעיפים משוריינים בחוקי-יסוד – מוזכרת שם בתור 'ספקולציה' הסותרת עיקרון המושל בכיפה: עקרון ריבונותו של הפרלמנט."[59] המודעות הקיימת כיום בישראל לאפשרות של ביקורת שיפוטית נובעת מן השימוש שבית-המשפט עושה בסמכות שהוא הקנה לעצמו ומן התגובות הציבוריות הרבות על מהלכיו של בית-המשפט. אילו היה אז ללוי הידע שיש לו כיום, סביר להניח שהיה מתנגד בנחרצות לחקיקת חוקי-היסוד. במובן זה ניתן להגדיר את תמיכתו של לוי בחוקי-היסוד כטעות.[60]

גם את טענת ההטעיה אפשר לנסח בגרסה חריפה פחות. עובר לחקיקת חוקי-היסוד היה למומחים לענייני חוקה יתרון גדול על חבריהם שאינם מבינים בחוק בכלל ובמשפט חוקתי בפרט. משפטנים כרובינשטיין, מרידור ולין ידעו והבינו הרבה יותר משהבינו חברי-כנסת נעדרי הכשרה משפטית, כלוי, רביץ והלפרט. בנסיבות כאלה, האמירות שהובאו לעיל מפיו של חבר-הכנסת לין – אשר שימש יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, וניווט את מהלכי החקיקה – היו יכולות להתקבל כפשוטן ולחלחל לתודעתם של המתנגדים המסורתיים לחוק. אמנון רובינשטיין מציע לפרש אמירות אלה

---

[59] יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח 149, 166-167 (1997).

[60] רק כך ניתן להבין אמירות של לוי דוגמת האמירה הבאה, שבה הוא מתייחס למשמעותה של פסקת ההגבלה המוצעת בחוק-יסוד: חופש העיסוק: "השאלה היא איך מבינים את הסעיף. פירוש אחד יכול להיות שחוק הוא חוק, וחוק היסוד הזה לא בא להגביל שום חוק אחר... אפשרות שניה היא להגיד... שכאן אנחנו עושים סייג לחוקים ואומרים שנבחן את החוקים, ואם יש בהם דברים שהם לא טובת הכלל, כי אז חוק היסוד הזה יגבר... גירסתי היא שחוק יסוד זה אינו בא לבטל שום חוק" (פרוטוקול ישיבה מס' 342 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 32 (5.2.1992)). איש מחברי הוועדה לא טרח להתייחס לאמירה זו.

כמתייחסות לשאלת המודל שייבחר לקיום ביקורת שיפוטית – אם יהיה זה בית-משפט לחוקה או שהסמכות תימסר למערכת בתי-המשפט הרגילים.[61] גם לין עצמו, כאשר נוכח שנים מספר לאחר קבלת חוקי-היסוד כי דבריו משמשים בסיס לטענת ההטעיה, הזדרז להפריך את הטענה ברוח הסברו של רובינשטיין.[62] אולם הסבר מאולץ זה, שאינו יכול להתקבל לדעתי אפילו בדוחק,[63] נראה סביר עוד פחות אם נביא בחשבון שההתבטאות הנ"ל הושמעה בשנת 1992, כאשר השיח החוקתי המתוחכם בישראל היה בחיתוליו, והשאלה אם ייבחר מנגנון ביקורת שיפוטי ביזורי או ריכוזי טרם נידונה ברצינות. הגיוני יותר להניח שהשומעים הבינו את דבריו של לין כפשוטם.

חיזוק לתזת ההטעיה המרוככת (שלפיה יוזמי המהלך לא ממש "שיקרו" לחבריהם, אלא רק הציגו לפניהם מצג עמום תוך ניצול של העדר המודעות וחוסר הידע והתחכום שאפיין את השיח הישראלי בשאלות חוקה באותה עת) ניתן למצוא גם בהתבטאויות של משפטנים לאחר חקיקת חוקי-היסוד. כידוע, בפרשת **בנק המזרחי**, שנפסקה זמן רב

---

61 רובינשטיין "הכנסת", לעיל ה"ש 23, בעמ' 350-351, ה"ש 7.

62 ראו אוריאל לין "חוקי-היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" **המשפט** ה 267, 275, 277 (2000) ("לא היה חבר בוועדת החוקה שהשתתף בדיונים ולא היה מודע לכך כי שני חוקי-היסוד מעניקים למערכת בתי המשפט את סמכות הביקורת השיפוטית על כל דבר חקיקה הפוגע בזכויות יסוד שעל פי חוקים אלה, כולל חוקים רגילים של הכנסת עצמה... הוויכוח לא היה אם בית המשפט יוכל לבטל את תוקפו של חוק רגיל, אלא האם להעניק את כוח הביקורת השיפוטית רק לבית המשפט העליון או למערכת בתי המשפט כולה. ההכרעה הייתה בעד מערכת המשפט כולה. כוונת המחוקק הייתה ליצור זכויות יסוד מוגנות. לסעיף ההגבלה אשר על פי מבחניו צריך לבחון תוקפו של חוק רגיל אין כל ממשות משפטית אם נעדר ממנו כוח הביקורת השיפוטית"). במאמר שפרסם לין סמוך לאחר חקיקת חוקי-היסוד אין כל התייחסות לטענת ההטעיה, ככל הנראה משום שהיא טרם הוצגה. ראו אוריאל לין "תשתית לחוקה כתובה בישראל" **המשפט** א 81 (1993). בשיחה שקיימתי עם דן מרידור ב-9.10.2007 טען מרידור כי לין התבטא כפי שהתבטא משום שלא הבין את מלוא המשמעות של חקיקת חוקי-היסוד. אם מרידור צודק, יוצא שלין לא הטעה במתכוון את חברי-הכנסת, אלא טעה בעצמו.

63 מסקנה זו מתבקשת לדעתי מבחינת הקשרם של הדברים. את עמדתו שצוטטה בגוף הטקסט השמיע לין לראשונה בדיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, בתגובה על הצעתו של חבר-הכנסת רביץ לקבוע בחוק-היסוד במפורש כי הוא אינו בא לפגוע בהסדרים בעניין נישואים וגירושים ובעניין שבת ומועדים. על כך השיב לין כי אפשר לדון בהצעה, אולם "יש לזכור כי ההבדל הגדול בין חוק יסוד זה לבין חוקים אחרים שעמדו לעיניכם... הוא בהקמת בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה. באותן הצעות חוק בית המשפט העליון קיבל כוח לבטל חוקים. פה אנחנו לא עוסקים בנושא הזה, פה אנחנו לא נותנים לבית המשפט העליון את הכוח הזה" (פרוטוקול ישיבה מס' 356 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 34 (9.3.1992)). ברור שלין מנסה בדבריו להפיס את דעתו של רביץ ולהסביר מדוע חקיקת שבת ומעמד אישי – קיימת או עתידית – לא תוכל להיפגע על-ידי בית-המשפט. אם כל מה שלין אומר הוא רק שבית-המשפט העליון אינו מקבל סמכות בלעדית, אזי אין בדבריו שום מענה לחששותיו של רביץ.

לאחר שהנשיא ברק ואחרים החלו לעשות נפשות לרעיון המהפכה החוקתית, הביע השופט חשין את דעתו הנחרצת כי חוקי-היסוד נעדרים תוקף חוקתי.[64] עמדה דומה ביטאו גם המשנה לנשיא בדימוס מנחם אלון,[65] הנשיא בדימוס משה לנדוי[66] ורות גביזון.[67] אפילו הנשיא ברק מסכים כי "עד לפסק-הדין בעניין בנק המזרחי היה אפשר לטעון... כי חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם לא חוללו כל מהפכה חוקתית, לא בגדרי המשפט המצוי ולא בגדרי המשפט הרצוי".[68] אין להניח כי עמדתם של מלומדים אלה הייתה ידועה לחברי-הכנסת הדתיים עובר לחקיקת חוקי-היסוד. אולם העובדה שמומחי משפט אלה ממשיכים לאחוז בדעה שעם חקיקת חוקי-היסוד לא התרחשה מהפכה חוקתית מחזקת את הטענה כי פרשנות שלפיה חוקי-היסוד אינם מסמיכים את בית-המשפט לפסול חקיקה ראשית יכלה בהחלט להתקבל על דעתם של מי שהיו מעורבים בדיונים שהובילו לקבלתם של החוקים, בפרט כאשר מביאים בחשבון את התבטאויותיהם הדו-משמעיות של יוזמי החוקים.

תזת ההטעיה בגרסתה החריפה פחות יכולה להיסמך גם על אופן קבלתם של חוקי-היסוד בכנסת עצמה ועל האופן שבו התקבלו החוקים בתקשורת ובציבור. רובינשטיין ולין טוענים שכל חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט הבינו היטב את משמעותם מרחיקת-הלכת של חוקי-היסוד החדשים. אבל נדמה שגם הם יתקשו להסביר את האדישות שבה נתקלו שני חוקים אלה במליאת הכנסת ובתקשורת. תהא דעתנו על אופן תפקודה של הכנסת אשר תהא, אין זה הגיוני שבהצבעה משמעותית כל-כך ישתתפו כה מעט חברי-כנסת.[69] תהא דעתנו על התקשורת בישראל אשר תהא, אין זה הגיוני שהיא תחמיץ סקופ משמעותי כל-כך כמו מהפכה חוקתית. גם אם נקבל את טענתם של רובינשטיין ולין כי איש מהם לא הטעה במתכוון את חברי-הכנסת, נתוני ההשתתפות בהצבעה ושתיקת התקשורת תומכים לפחות בטיעון כי איש מהם גם לא עשה מאמץ מיוחד להסביר לחברי-הכנסת ולציבור כולו את גודל המעמד. הם מבססים בהחלט את הגדרת המהלך על-ידי חבר-הכנסת שבח וייס כ"דרך חצי-מחתרתית, חצי-לגיטימית, של

---

64 ראו את חוות-דעתו של השופט חשין בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 17.

65 דבריו של אלון לקוניים-משהו, אך ניתן להבינם באופן האמור. ראו מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" **מחקרי משפט** יב 253, 256 (1995) ("לדעתי, אין כל יסוד וכל בסיס להנחה שחוקי היסוד נטלו מהרשות המחוקקת במשטרנו הפרלמנטרי את מעמדה כמי שעומדת בראש הפירמידה של שלוש הרשויות: המחוקקת, המבצעת והשופטת. מעמד זה שמור עמה גם עתה...").

66 משה לנדוי "מחשבות על המהפיכה החוקתית" **משפטים** כו 419 (1996); משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-משפט" **משפט וממשל** ג 697 (1996).

67 גביזון, לעיל ה"ש 3.

68 ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 14.

69 הראיה הטובה ביותר לקשר בין מודעותם של חברי-הכנסת לחשיבות הנושא לבין שיעור השתתפותם בהצבעה היא שיעור ההשתתפות הגבוה בהצבעות שהתקיימו מאוחר יותר בנוגע לתיקון חוקי-היסוד.

הגנבת חוקה לסדר-יומה של מדינת ישראל",[70] או את הסברו של קלוד קליין, התולה את הצלחת היוזמה "בניצול מתוחכם של אוירת 'סוף העונה' השוררת בכנסת בימיה האחרונים".[71]

ריכוכה של תזת הטעות/הטעיה נחוץ לא רק משום שהתנהגותם של חברי-הכנסת הדתיים אינה עולה בקנה אחד עם הגרסה החריפה, אלא גם בשל הצורך להתחשב בגורם נוסף שאת השפעתו על המהפכה החוקתית הזכרתי עד כה בצורה מינורית בלבד. כוונתי לבית-המשפט. בכתיבתו האקדמית ברק טוען כי "הגוף המהפכני, אשר ביצע את המהפיכה, היתה הכנסת עצמה. המהפיכה בוצעה על-פי הכללים והדינים הקובעים את כללי המהפיכה. היתה זו 'מהפיכה חוקתית' חוקתית".[72] אולם אפילו לדעת ברק, פעילות הכנסת שימשה תנאי הכרחי להתרחשותה של אותה מהפכה, אך לא תנאי מספיק. לדבריו, "המהפכה החוקתית התאפשרה בשנת 1992 בזכות שיתוף-הפעולה בין הרשות המכוננת והרשות השופטת. כל אחת משתי הרשויות הללו לא יכלה להוליד מהפכה זו בפעולתה שלה בלבד. רק איחוד הכוחות בין הכנסת לבין בית-המשפט הוביל למהפכה החוקתית".[73] לענייננו, גם אם הצלחתם של רובינשטיין, לין וחבריהם הסתייעה בעובדה שהם לא טרחו להבהיר בצורה מלאה את הפוטנציאל המהפכני שיש למהלך שהובילו, הם לא היו מצליחים אילולא זכו בשיתוף-פעולה הדוק מצד בית-המשפט. בהתחשב בהיכרותם המקצועית והאישית עם שופטי בית-המשפט, סביר להניח שיוזמי החוק צפו מראש את שיתוף-הפעולה. אולם נדמה שאפילו הם לא שיערו עד כמה הדוק יהיה שיתוף-הפעולה שבו יזכו. האם העלו בדעתם כי הזכויות שעליהן נאלצו לוותר ימצאו את דרכן לתוך חוקי-היסוד באמצעות פסיקת בג"ץ? האם העלו בדעתם כי חקיקת שני חוקי-היסוד תניע את בית-המשפט להכריז על שדרוגם של כל חוקי-היסוד הישנים? האם העלו בדעתם שבית-המשפט ינסח בכוחות עצמו חוק-יסוד: חקיקה שיפוטי?[74] בקיצור, האם העלו בדעתם שבית-המשפט ישתמש בחוקי-היסוד החדשים באופן שייתר למעשה כל פעולה חקיקתית נוספת? סביר להניח שהתשובה לשאלות אלה שלילית.[75] יוצא שגם אילו קיימו יוזמי החוק גילוי נאות כהלכתו, הם לא היו יכולים לכלול בו אלא שמץ ממה שידוע לכולם כיום.

---

70 ד"כ 124, 2596 (התשנ"ב).

71 קליין, לעיל ה"ש 11, בעמ' 123.

72 אהרן ברק "החוק של ישראל: עבר, הווה ועתיד" **הפרקליט** מג 5, 20 (1997).

73 ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 19.

74 בית-המשפט קבע, בפסקי-דין שונים, הֶסדרים ביחס לפרוצדורה הנדרשת לשינוי חוקי-יסוד ולפגיעה בהם במקרים שבהם חוקי-היסוד אינם מסדירים עניין זה בעצמם. ראו, למשל, פרשת **מופז**, לעיל ה"ש 53, בעמ' 806. סוגיות אלה אמורות להיות מטופלות בחוק-יסוד: החקיקה. הסדרתן על-ידי בית-המשפט ביטלה את הצורך הדחוף בחקיקת חוק-יסוד כזה.

75 ראו את דבריו של חיים רמון בדיון בכנסת בתאריך 3.3.1998: "אני רוצה להזכיר לחברי הבית כיצד חוקקנו בשלהי הכנסת השתים-עשרה את חוקי-היסוד. אני הייתי אז יושב-

ד. מהלך משותף של אליטות ישנות

עד כה התמקדנו בשאלה כיצד הצליחו התומכים בעיגון מגילת זכויות בחוקה להתגבר על ההתנגדות המסורתית של הגוש הדתי. אולם הצגת השאלה בדרך זאת לוקה בחוסר דיוק. ההתנגדות לחוקה עם הקמת המדינה לא הייתה נחלת הדתיים בלבד. גם מפלגת השלטון, מפא"י, התנגדה. הקווים נחצו פחות או יותר לפי קווי קואליציה-אופוזיציה.[76] הטעם לדבר מובן: בדמוקרטיה פרלמנטרית מפלגות הקואליציה שולטות במחוקק; חקיקת חוקה מגבילה את כוחו של המחוקק, ולכן יש למפלגות השולטות בו אינטרס ברור לא לאמץ חוקה. אך לא רק למפלגות הקואליציה יש אינטרס חזק נגד אימוץ חוקה, אלא למחוקק כולו. יון אלסטר, שחקר את תהליכי אימוץ החוקה במדינות שונות, הצביע על העובדה שבתהליך קבלתה של חוקה עשויים למלא תפקיד כמה סוגי אינטרסים, שאחד מהם הוא "אינטרס מוסדי". אחד המוסדות שהאינטרס שלו עשוי למלא תפקיד בתהליך הוא המחוקק. האינטרס המובנה של המחוקק אינו מתבטא בתוכן מסוים שירצה לעגן בחוקה, אלא בהתנגדות עקרונית לעיגון מגילת זכויות, שכן עיגון כזה יגביל באופן משמעותי את כוחותיו. כאמצעי לנטרול אינטרסים בעייתיים, אלסטר מציע שאת החוקה יקבל גוף אד־הוקי שיתפזר לאחר שיסיים את תפקידו. לגוף כזה, מעצם הגדרתו, לא יהיה אינטרס מוסדי (וגם סוגי אינטרסים בעייתיים אחרים לא יקנו בו שביתה).[77]

ראש סיעת העבודה... אפילו חבר הכנסת אמנון רובינשטיין, בוודאי לא אני – לא חשבנו שתהא פרשנות כפי שבית־המשפט פירש... אני קורא למהפכה החוקתית הזאת: מהפכה חוקתית באקראי, כי המחוקק לא התכוון לה" (ד"כ 191, 5799 (התשנ"ח)).

[76] ראו גביזון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 66-67. התנגדות של הדתיים בלבד לא הייתה מַספקת לטרפוד פרויקט החוקה, שכן המפלגות הדתיות החזיקו במיעוט קטן של המושבים בכנסת. ראו גם: Giora Goldberg, *Religious Zionism and the Framing of a Constitution for Israel*, 3 ISR. STUD. 211 (1998) (בראשית הדרך, סמוך לאחר קום המדינה, לא התנגדו המפלגות הדתיות לכינון חוקה. הן שינו את דעתן רק לאחר שבן-גוריון החל להתבטא בפומבי נגד חוקה. מנהיגי המפלגות הדתיות הבינו כי התנגדותו של בן-גוריון תעצור את התהליך, ולפיכך העדיפו להצטרף למתנגדים כדי להציג את הדבר לפני בוחריהם כהישג שלהם); DAFNAH SHARFMAN, LIVING WITHOUT A CONSTITUTION: CIVIL RIGHTS IN ISRAEL 38–45 (1993); Michael Mandel, *Democracy and the New Constitutionalism in Israel*, 33 ISR. L. REV. 259, 274 (1999) ("The hegemony of labor at the helm of a strong state... seem to me the most convicing explanation for the lack of a constitutional Bill of Rights in the first generation of the State's existence"); גיורא גולדברג "כשנוטעים עצים אין צורך בחוקה' – על בניין מדינה וכינון חוקה" **מדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים** לח 29 (1993); שוקי פרידמן ועמיחי רדזינר **חוקה שלא כתובה בתורה** (מחקר מדיניות 69, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2007).

[77] ראו Elster, לעיל ה"ש 5, בעמ' 395: "To reduce the scope for institutional interest, constitutions ought to be written by specially convened assemblies and not by bodies that also serve as ordinary legislatures".

התֵזה של אלסטר מספקת, לדעתי, הסבר אפשרי לכישלון בכינון חוקה עם קום המדינה. כפי שציינתי לעיל, בהכרזת העצמאות נכללה הבטחה לכינון חוקה. המתווה שהוצג בהכרזה היה כדלקמן: יתקיימו בחירות לאספה מכוננת; האספה תכונן חוקה ובכך תסיים את תפקידה; וייערכו בחירות למחוקק על בסיס ההסדר שייקבע בחוקה. תרחיש זה עולה בקנה אחד עם עצתו של אלסטר לכונן חוקה על־ידי גוף אשר יוקם במיוחד למשימה זו ואחר כך יתפזר. אולם המציאות הייתה שונה. מועצת המדינה הזמנית פיזרה עצמה לדעת, והעבירה את סמכויותיה לאספה המכוננת. כך נהפכה האספה המכוננת באחת גם למחוקק.[78] לפי התֵזה של אלסטר, ברגע זה גם נהפכה האספה המכוננת לבעלת אינטרס מובנה נגד אימוץ חוקה. נתון זה יכול לספק הסבר נוסף ומצטבר לכשלונה של הכנסת הראשונה – כמו־גם של הכנסות שבאו אחריה – בכינון חוקה.

בהנחה שהאינטרס המוסדי לא נעלם ושהחלוקה לפי קווי קואליציה־אופוזיציה לא השתנתה, יוצא שההצלחה של שנת 1992 חייבה לא רק התגברות על המתנגדים לחוקה מטעמי תוכן, אלא גם התגברות על האינטרס המובנה של הקואליציה – ובמידה מסוימת גם של הכנסת כולה – נגד עיגון מגילת זכויות בחוקה. מה אם כן השתנה?

את ההתגברות על האינטרס המובנה של מפלגות הקואליציה נגד חקיקת חוקה שתגביל את כוחן אפשר להסביר בשינוי שחל ביחסי הכוחות הפוליטיים בישראל החל בסוף שנות השבעים. עד לסוף שנות השבעים נהנתה המערכת הפוליטית בישראל מיציבות. זהותה של מפלגת השלטון בישראל הייתה ידועה מראש, ואפילו שותפותיה לשלטון היו קבועות פחות או יותר. אולם מן הבחירות לכנסת התשיעית ואילך, המערכת הפוליטית בישראל מתאפיינת בתנודתיות. השלטון מחליף ידיים, ושום מפלגה האוחזת ברסן השלטון אינה מובטחת כי שלטונה יאריך ימים.[79] מפלגת שלטון שאחיזתה ברסן איתנה לא תיתן ידה להחלשת הפרלמנט שבשליטתה. לעומת זאת, למפלגת שלטון שעשויה בסבירות גבוהה ליהפך בעתיד הקרוב למפלגת אופוזיציה אין אינטרס חזק נגד אימוץ חוקה.[80]

---

78 ראו גביזון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 75.

79 החל במחצית השנייה של שנות השבעים החלה ההגמוניה של תנועת העבודה, ששלטה עד אז ביישוב ובמדינה, להיסדק. המהפך של שנת 1977, שבו איבדה מפלגת העבודה לראשונה את רסן השלטון, היווה נקודת־מעבר ברורה לעידן הבתר־הגמוני, המתבטא בפיצול פוליטי בין מפלגות שונות שאף לא אחת מהן נהנית ממעמד הגמוני. לתיאור התמוטטותה של ההגמוניה של תנועת העבודה ראו, למשל, מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" **עיוני משפט** כו 645 (2002).

80 מקבילה טובה להתנהגות אסטרטגית על רקע חשש מפני אובדן שלטון מתקרב ניתן למצוא בהתנהגותו של פרנסואה מיטרן. Stone מציין כי בשנת 1986, עם התגברות הסימנים לכישלון צפוי של הסוציאליסטים בבחירות, הכין מיטרן את עצמו לישיבה באופוזיציה על־ידי מינוי שר המשפטים שלו לנשיא המועצה החוקתית. ראו STONE, לעיל ה"ש 43, בעמ' 86.

חוסר היציבות של המערכת השלטונית במדינה נטרל במידה רבה את האינטרס של מפלגות הקואליציה נגד חוקה. אך מה לגבי האינטרס של המחוקק כמוסד נגד חוקה שתגביל את כוחו? אינטרס זה אינו תלוי ביציבותה של חלוקת הכוחות בין הקואליציה לאופוזיציה, אלא משותף לכל המפלגות, בלי קשר למעמדן. כאן נכנס לתמונה ההסבר הרביעי. לפי הסבר זה, האינטרס המוסדי של הכנסת לא נעלם, אלא שנסיבות שונות, שעל טיבן נעמוד מייד, הובילו חלק נכבד מחברי־הכנסת להחלטה לפעול נגד האינטרס המוסדי שלהם ולחזק את כוחו של בית־המשפט.

המערכת הפוליטית בישראל מתאפיינת בעשורים האחרונים לא רק בתנודתיות בזהותן של מפלגות השלטון, אלא גם בהיחלשות "המרכז" ובהתגברות כוחם של גורמים שהיו ממוקמים בעבר בשוליים. הדבר מתבטא בהיחלשותן של המפלגות הותיקות ובלידתן ובהתחזקותן של מפלגות מגזריות.[81] ההגמוניה של המרכז החילוני־היהודי־הוותיק, הכולל שמאל וימין מתונים, עומדת בסכנה, והדבר מעורר חשש בקרב חברים בקבוצה זו מפני שינוי דרמתי באופייה של המדינה שיתרחש עם השתלטותם על מוקדי הכוח הפוליטיים של גורמים בעלי מערכת ערכים שונה מזו של המרכז החילוני. בנסיבות אלה, כאשר על הפרק עומד חשש רציני מפני השתלטות "זרה" על המחוקק, נוצר קונפליקט בין האינטרס המוסדי של המחוקקים לבין האינטרס המגזרי־הערכי שלהם. אם הכנסת שוב אינה נתונה בשליטתם הוודאית של האוחזים בערכים הישנים, מחוקק המעוניין להבטיח את המשך מרכזיותם של ערכים אלה צריך לחפש הגנה במקום אחר, גם אם הדבר כרוך במחיר של פגיעה באינטרס של הכנסת שבה הוא חבר.

במציאות הישראלית, הגנה כזאת יכולה להימצא בבית־המשפט העליון. המנגנון של בחירת השופטים בישראל הוא ייחודי, בכך שהוא מקנה לשופטים המכהנים בבית־המשפט העליון כוח רב בבחירת אלה שיצטרפו לשורותיהם.[82] הרכבו של בית־המשפט העליון שיקף בעבר את ערכיה של האליטה הישנה. כל עוד המנגנון של בחירת השופטים יישאר על כנו, מובטח לאליטה זו שערכיה ימשיכו לשלוט בבית־המשפט. בנסיבות אלה יש היגיון רב, מנקודת־מבטם של נציגי האליטה במחוקק החוששים מפני

---

81 דוגמת ש"ס, ישראל בעלייה, ישראל ביתנו ומפלגות שונות המייצגות את המיעוט הערבי.

82 ראו, למשל, EDELMAN, לעיל ה"ש 47, בעמ' 34: "By established practice, appointments to the Supreme Court require an affirmative vote of all three justices on the panel". משה בן־זאב, שהיה היועץ המשפטי לממשלה בשנים 1963-1968, כתב: "לא ייתכן מינוי של אדם לכהונת שופט, ובודאי שלא לכהונת שופט בביהמ"ש העליון, אם המינוי נוגד עמדה מאוחדת של שלושת שופטי ביהמ"ש העליון המשתתפים בועדה. קיוויתי שזהו הנוהג הבלתי־כתוב. אך אם אין הדבר כך, יש לדעתי לעגנו בחוק." משה בן־זאב "פוליטיקה במינוי שופטים" **עורך הדין** 13, 13 (1981). למקורות נוספים ראו מרדכי הלר "מינוי שופטים – הפתרון למשבר העליון" **תכלת** 8 54, 61-65 (1999). בשנים האחרונות מתגלים בקיעים במוסכמה הנ"ל, ושופטי בית־המשפט העליון נאלצים להתמודד עם שרי משפטים שאינם מוכנים לכוף את ראשם.

"השתלטות עוינת", להגביר את כוחו של בית-המשפט ולהפקיד בידיו את הסמכות לפקח על החלטות המחוקק, גם אם הדבר כרוך בפגיעה באינטרס המוסדי שלהם.[83]

הסבר זה למהפכה החוקתית בישראל הוצג, בין היתר, על-ידי רן הירשל, כחלק מתיאוריה כללית שפיתח במטרה להסביר את ההיגיון מאחורי פעולת ההחלשה העצמית של פרלמנטים במדינות שונות – מהלך שנראה כאמור בלתי-מובן במבט ראשון.[84] כאמור, הסבר זה נראה משכנע בהקשר הישראלי, לנוכח המנגנון הייחודי והחריג של בחירת שופטים הנוהג בה. לעומת זאת, הניסיון להפוך הסבר מקומי זה לתיאוריה כללית של תהליכים מקבילים במדינות אחרות משכנע פחות, בין היתר בשל התעלמותו ממנגנוני הבחירה המקובלים ברוב המדינות, המעניקים למערכת הפוליטית השפעה – אם לא שליטה – על התוצר השיפוטי. בנסיבות שבהן הרוב הפוליטי שולט במנגנון הבחירה, העברת הסמכות לבית-המשפט משרתת את האליטה המאוימת לטווח קצר בלבד, ואילו בטווח ארוך היא עשויה להתברר כמזיקה לה ביותר.[85]

ה. סיכום

במאמר הוצגו ארבע תזות אפשריות להסברת חקיקתם המפתיעה של חוקי-היסוד

---

[83] לטיעון דומה ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 79 (הטוען כי בעקבות אובדן ההגמוניה ופתיחת המאבק על עיצובה של ישראל, נקלעו חברי האליטות הישנות לחרדה, שהובילה לשימוש גובר של חברי הקבוצה בבית-המשפט העליון ולהעדר ביקורת של חברי הקבוצה על השינויים שחלו בפסיקתו של בית-המשפט בשנות השמונים).

[84] ראו, למשל: Ran Hirschl, *The Struggle for Hegemony: Understanding Judicial Empowerment Through Constitutionalization in Culturally Divided Polities*, 36 STAN. J. INT'L L. 73, 87 (2000) ("The 1992 constitutional entrenchment of rights and the establishment of judicial review in Israel were initiated and supported by politicians representing Israel's secular bourgeoisie, whose political hegemony in the majoritarian policymaking arena had become increasingly threatened"); Ran Hirschl, *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions,* 25 L. & SOC. INQUIRY 91 (2000); Ran Hirschl, *Lookingsideways, Lookigbackwards, Lookingforwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective*, 34 U. RICH. L. REV. 415 (2000); RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY 21–24, 50–74 (2004); Ran Hirschl, *Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales*, 82 TEX. L. REV. 1819, 1833–1847 (2004).

[85] ראו: Lisa Hilbink, *Beyond Manicheanism: Assessing the New Constitutionalism*, 65 MD. L. REV. 15, 17 (2006); Mark Tushnet, *Political Power and Judicial Power: Some Observations on Their Relation*, 75 FORDHAM L. REV. 755, 764 (2006) ("The best the displaced coalition's leaders can hope for is that their partisans in the courts will be able to delay and smooth out the transition between one constitutional order and the next").

בעניין זכויות אדם במרס 1992. לכל אחד מן ההסברים יש כוח מסוים בצד חולשות. טיעון הרגע ההיסטורי מקבל חיזוק מן המציאות ששררה בישראל עובר לקבלתם של חוקי־היסוד ומן הלחץ הציבורי החוץ־פרלמנטרי לחקיקת חוקה שהתגבש באותה עת, אך הוא אינו עולה בקנה אחד עם האדישות, בלשון המעטה, שליוותה את קבלת חוקי־היסוד בכנסת ובציבור הרחב. טיעון הפשרה עולה בקנה אחד עם נוסחם של חוקי־היסוד ועם הראיות לקיומו של משא־ומתן במהלך תהליך החקיקה, אך הוא מותיר עדיין סימני שאלה סביב התרכזותם המפתיעה של המתנגדים, והוא גם נשלל בדיעבד במפורש על־ידי חלק מהם. טיעון ההטעיה או הטעות מסביר טוב יותר מטיעון הפשרה את הסכמתם המפתיעה של המתנגדים המסורתיים ואת השקט המוחלט שבו התקבלו חוקי־היסוד. הוא גם נתמך בהתבטאויות של יוזמי חוקי־היסוד ושל פרשנים שונים עובר לחקיקתם וסמוך לאחר־מכן, אך הוא נשלל מאוחר יותר בתוקף על־ידי יוזמי חוקי־היסוד, ומצוי במתח מסוים עם התבטאויות של אחד מנציגי הדתיים, חבר־הכנסת יצחק לוי. טיעון המהלך המשותף של אליטות ישנות מסביר לאן נעלמו האינטרסים של הקואליציה ושל המחוקק כולו נגד העברת סמכות לבית־המשפט, אך הוא אינו מתיימר להסביר כיצד אִפשר הדבר התגברות על האינטרס הדתי הנוגד.

איזה מן ההסברים הוא ה״נכון״? לטעמי, חרף העובדה שחלפו מאז רק חמש־עשרה שנים, הראיות בעניין אינן מאפשרות להשיב על השאלה באופן החלטי. אך גם אילו היו בידיי כלים לחריצת דעה, איני בטוח שהיה אפשר לבודד הסבר אחד נכון. יש היגיון רב בטענה שכל ארבעת הגורמים שהוזכרו תרמו להצלחת החקיקה. משבר האמון הציבורי במערכת הפוליטית יצר לחץ ציבורי על הכנסת, והוביל את המחוקקים עצמם להבנה כי יש צורך בשינוי. טקטיקת ההפרדה לפרודות של מגילת זכויות האדם והנכונות למשא־ומתן ריככו את עמדתם של המתנגדים המסורתיים. העמימות המכוונת וההתבטאויות הדו־משמעיות מצד יוזמי חוקי־היסוד – שהסתייעו בעמימותן של הדוקטרינות החוקתיות ובחוסר המודעות לענייניים חוקתיים ששרר בציבור בכלל ובקרב חברי־הכנסת בפרט – טשטשו את הפוטנציאל המהפכני של חוקי־היסוד והרדימו את המתנגדים. לבסוף, חששן של האליטות הישנות מפני אובדן ההגמוניה, והתנודתיות שאפיינה את מערכת השלטון החל בסוף שנות השבעים, נטרלו את האינטרס המוסדי של המחוקק ואת האינטרס של האוחזים ברסן השלטון נגד העברת מוקד הכוח לבית־המשפט, וחיזקו את תחושת הדחיפות אצל יוזמי חוקי־היסוד. כל אלה חברו יחדיו והובילו לחקיקת חוקי־היסוד. אולם כל אלה לא יכלו להפוך את חוקי־היסוד למה שהם כיום – מגילת זכויות חוקתית מלאה. להשלמת המשימה חברו בית־משפט דומיננטי ונחוש ובית־מחוקקים חלש והססן. אך על כך יסופר במקום אחר.