עשור ל"מהפכה החוקתית" – בחינת התהליך החוקתי בישראל דרך פריזמה היסטורית-השוואתית*

אור בסוק**

מבוא: השימוש במיעונים היסטוריים בשיח החוקתי. מבנה החיבור. א. על כוחן של חוקות. ב. דרכים שבהן חוקה רוכשת לגיטימציה ציבורית. ג. הניסיון הקנדי והמהפכה האמריקנית השנייה. ד. השינויים החוקתיים בהונגריה, בגרמניה ובפולין. ה. השלכה מן הדיון ההיסטורי-השוואתי לדיון בתהליך החוקתי הישראלי. סיכום.

מבוא: השימוש במיעונים היסטוריים בשיח החוקתי

השיח החוקתי רווי הקשרים היסטוריים. בין השאר הוצעו רציונלים היסטוריים להגבלות על חופש ההתאגדות,[1] לזכות להיבחר,[2] לחופש הביטוי בהקשר של ביטוי

---

* מאמר זה מבוסס על חיבור שנכתב במסגרת הסמינריון "משפט ופוליטיקה", שניתן על-ידי פרופ' רות גביזון בשנת תשנ"ח. פרופ' מייקל מנדל מאוניברסיטת טורונטו בקנדה פתח עבורי צוהר למשפט חוקתי-השוואתי בקורס "משפט חוקתי השוואתי", שניתן בשנת תשנ"ח. עו"ד יובל גנור עבר על טיוטת החיבור והעיר את הערותיו המועילות. חברי מערכת משפט וממשל העירו את הערותיהם המלומדות לגרסאות שונות של החיבור. תודתי שלוחה לכל האמורים. מובן שעלי בלבד מוטלת האחריות לכתוב.

** עו"ד, בוגר הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית ירושלים.

1. בג"ץ 253/64 ג'רייס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח (4) 673, עמ' 679 (פסק-הדין של כב' השופט ויתקון).

2. ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות לכנסת הששית, פ"ד יט (3) 365, עמ' 389-390 (פסק-הדין של כב' השופט ווסמן); רות גביזון, "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה", גבורות לשמעון אגרנט (מרדכי קרמניצר ורות גביזון – עורכים, גרף-פרס, תשמ"ז) 145, עמ' 146, 161, 181, 182, 200-212; טליה איינהורן, הגבלת סיעה

גוענין[3] ובהקשר של פגיעה בשם הטוב,[4] לחופש ההפגנה[5] ולזכות להפסיק הריון.[6] ניסיון היסטורי הובא גם כנימוק למדיניות של התערבות שלטונית נגד גופים חתרניים,[7] כהסבר למדיניות "ניהול הסיכונים" שנוקטת חברת בהסדרת הופש הביטוי בתחומה,[8] כרציונל לביטוס היכולת לפסול חוק בשל סתירתו לעקרונות־יסוד,[9] כנימוק לפגיעה בשוויון בזכות להיבחר,[10] כנימוק למתן הגנה מיוחדת לשמירה על זכויות מיעוטים,[11] כסיבה לפסילת מדיניות ההפרדה

בעלת מצע גזעני על־פי סע' 7א לחוק־יסוד הכנסת (האגודה הישראלית לבעיות הפרלמנטריזם, תשנ"ד), 67-71.

3. בג"ץ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא (3) 255, עמ' 282 (פסק־הדין של כב' הנשיא ברק), עמ' 311 (פסק־הדין של כב' השופט בך); David Kretzmer, "Freedom of Speech and Racism", 8 *Cardozo L. Rev.* (1987) 445, pp. 447, 455, 456, 457-459, 463-464.

4. ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל ואח' נ' הוצאת עיתון הארץ בע"מ ואח', פ"ד לב (3) 337, עמ' 346-347 (פסק־הדין של כב' השופט לנדוי).

5. בג"ץ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח (2) 393, עמ' 405 (פסק־הדין של כב' הנשיא ברק).

6. פסילת חוק הפלות ליברלי במערב־גרמניה ב-1975 בשל נסיון "הפתרון הסופי" בתקופת המשטר הנאצי – Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (2nd ed., Duke University Press, Durham and London, 1997), 337; George P. Fletcher, "Constitutional Identity", *14 Cardozo L. Rev.* (1993) 737, p. 738.

7. ע"ב 2/84 ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט (2) 225, עמ' 325-328 (פסק־הדין של כב' השופט בייסקי); בג"ץ 6897/95 כהנא נ' ת"ת־ניצב דוד קרויזר – קצין אג"מ, משטרת ישראל, פ"ד מט (4) 853, עמ' 860-861 (פסק־הדין של כב' השופט זמיר).

8. איל בנבנשתי, "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת", משפטים ל (תשנ"ט) 29, עמ' 35-37.

9. בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פ"ד מד (3) 529 (להלן: בג"ץ לאו"ר), עמ' 552.

10. בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (4) 1, עמ' 20-21 (כב' השופט שמגר מצטט פסק־דין של בית־המשפט החוקתי הגרמני, המפנה לניסיון הווימארי להצדקת פגיעה בשוויון בזכות להיבחר); Peter H. Merkl, *The Origin of the West German Republic* (Oxford University Press, New York, 1963), 88.

11. רות גביזון, "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", משפטים כח (תשנ"ז) 21, עמ' 51 (הערה 68) – הניסיון ההיסטורי כנימוק לשריון זכויות אדם, וביחוד זכויות מיעוטים; משה נגבי, מעל לחוק – משבר שלטון החוק בישראל (עם עובד, תשמ"ז), 93 – הניסיון ההיסטורי כנימוק לאי־הפקדת השמירה על זכויות המיעוט בידי בית־המחוקקים.

(Segregation) בין שחורים ללבנים בארצות־הברית[12] וכן כנימוק להימנעות מביקורת חוקתית של בית־המשפט על מדיניות כלכלית ומשקית.[13] בוויכוחים על הליך קבלתה של חוקה, ניסוחה ועתידה ישנה פנייה רבה במיוחד לניסיון היסטורי של חוקות אחרות כמודלים לחיקוי, כאסונות שיש להימנע מהם או כעדות לעמדות שונות בנוגע לטבע האנושי.[14]

הפנייה להיסטוריה בכל המקרים הללו לא נעשתה בשל הסמכות המחייבת של מקור היסטורי זה או אחר, אלא בשל הערך המשכנע של הניתוק ההיסטורי.[15] אין מדובר בפנייה למקור היסטורי כמקור פרשני מחייב, דוגמת הפנייה להיסטוריה בבירור כוונת האבות המייסדים בעת פירושה של החוקה האמריקנית. למקורות היסטוריים המעידים על כוונת האבות המייסדים בעת ניסוח החוקה ואף בעת אישורה יש ערך מחייב בפרשנות החוקה האמריקנית, לפחות לפי חלק מהגישות הפרשניות.[16]

12. נטען, כי ארצות־הברית אימצה את עקרון השוויון האתני והגזעי בעצם מלחמתה נגד המשטרים הפשיסטיים במלחמת־העולם השניה ועל־כן אינה יכולה להתנגד ליישום אותו עיקרון על תלמידי בית־ספר שחורים. שופט בית־המשפט העליון האמריקני ג'קסון (Jackson) ניסח דעה ברוח זו בפרשת בראון (*Brown v. Board of Education of Topeca*, 347 u.s. 783 (1954)), אך לא פרסם אותה. William E. Nelson, "History and Neutrality in Constitutional Adudication", 72 *Va. L. Rev.* (1986) 1237, pp. 1271-1273.

13. אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ז), 976-978. ראו גביזון (לעיל, הערה 11), 105 (הערה 211).

14. Jon Elster, "Constitutionalism in Eastern Europe: An introduction", 58 *U. Chi. L. Rev.* (1991) 447, p. 476; Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Prespective* (Clarendon Press, Oxford, 1989), 132 על למידה מלקחי חוקות קודמות בעת ניסוחה של חוקה חדשה בגרמניה (וויימאר) ובצרפת ראו: Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law* (Duke University Press, Durham and London, 1997), 1; Vernon Bogdanor, "Introduction", *Constitutions in Democratic Politics* (Bogdanor – ed., Cambridge, 1988), 1, pp. 8-9; Mark Brzezinski, *The Struggle for Constitutionalism In Poland* (St. Martin's Press, New-York, 1998), 28-31; מרקל (לעיל, הערה 10), 23, 81, 171-172, 176; רות גביזון, "לקחי 'הפדרליסט' וההליך החוקתי בישראל", תכלת 11 (תשס"א) 21.

15. John G. Wofford, "The Blinding Light: The Uses of History in Constitutional Interpretation", 31 *U. Chi. L. Rev.* (1964) 502, p. 529; Michael Les Benedict, "Constitutional History and Constitutional Theory: Reflections on Ackerman, Reconstruction, and the Transformation of the American Constitution", 108 *Yale L.J.* (1999) 2011, pp. 2017-2018

16. William A. Kaplin, "The Process of Constitutional Interpretation: A Synthesis of the Present and a Guide to the Future", 42 *Ruthers L. Rev.* (1990) 983, pp. 989,

טענות רבות הן בשיח החוקתי והן בשיח הפוליטי מתבססות על ההיסטוריה כמקור משכנע. רבות מהנמקותינו לגבי ההווה טבען היסטורי. מעבר לכך יש שהגיסיון ההיסטורי משמש לא רק מקור להצדקת החלטות ומדיניות, אלא גם גורם המשפיע על עיצוב אידיאולוגיה ונקודות־מבט שמהן נובעות החלטות.[17]

הפנייה להיסטוריה החוקתית-השוואתית אינה לשם תיאור התפתחותה של דוקטרינה משפטית. היסטוריה חוקתית-השוואתית אינה עוסקת בתיאור התפתחותו של המשפט החוקתי. העיסוק בהיסטוריה של המשפט החוקתי ובדרך התפתחותן של מוסדות ודוקטרינות משפטיות במשפטן של מדינות שונות שייך לדיסיפלינת המשפט המשווה. המשפט המשווה מתמקד בבחינת דוקטרינה משפטית מסוימת במשפטן הפוזיטיבי של מדינות שונות באותה תקופה או במשך תקופות שונות. הדגש במשפט השוואתי אינו על התפתחות היסטורית חיצונית לתחום המשפט כטעם וכהסבר להתעצבותה השונה של הדוקטרינה בכל מדינה ומדינה, אלא על מאפייניה המשפטיים ודרך התפתחות הדוקטרינה במשך השנים. אם במסגרת משפט השוואתי פונים לבחינת התפתחות היסטורית חיצונית לתחום המשפט כטעם לקיומה ולאופיה של הדוקטרינה וכלקח שממנו צמחה הדוקטרינה, מיטשטש הגבול בין המשפט החוקתי ההשוואתי ובין הפנייה להיסטוריה חוקתית השוואתית.[18] ההיסטוריה החוקתית השוואתית היא חלק מן המגמה הקיימת בהיסטוריה המשפטית לפנות להקשרים רחבים ולא להתרכז רק בחומרים המשפטיים.[19]

ישנן זיקות בשיח החוקתי שדיון בהן בלא פנייה לנתונים היסטוריים הוא דיון עקר וחסר. דיון בזיקה בין דרך הקבלה של חוקה ללגיטימציה החברתית שהיא ווכה לה, או דיון ביכולתה של חוקה למנוע עליית כוחות טוטליטריים דורש דרך הנמקה היסטורית השוואתית. דיון בנושאים מעין אלו תוך הסתמכות על נימוקים המבוססים על היגיון (Reason) בלבד הוא דיון חסר. יכולתו של ההיגיון להקיף את כל הגורמים המשפיעים על

994, 998, 1006–1007, 1011, 1018; Alfred H. Kelly, "Clio and the Court: An Illicit Love Affair", *Sup. Ct. Rev.* (1965) 119. ראו בנדיקט (לעיל, הערה 15), 2021.

17. Robert W. Gordon, "Foreword: The Arrival of Critical Historicism", 49 *Stan. L. Rev.* (1997) 1023, p. 1026; Jack N. Rakove, "The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts", 49 *Stan. L. Rev.* (1997) 1031, p. 1032. פרופ' גביזון גורסת, כי "דומני שלא תהיה מחלוקת בכך שמבחינה פסיכולוגית היתה זו הטראומה של ויימאר שהשפיעה על כמה החלטות שיפוטיות בישראל" (גביזון (לעיל, הערה 2), 200); וכן עלי ולצברגר ופניה עוז־זלצברגר, "המסורת הגרמנית של בית־המשפט העליון בישראל", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 259, עמ' 267-270, 281-283, הגורסים כי "אין ספק שהכשלון הוויימארי עיצב את השקפתם של שופטי בית־המשפט העליון, ולא רק היקים שבינהם, על תפקיד הרשות השופטת במדינה דמוקרטית" (שם, 281).

18. ראו קומרס (לעיל, הערה 6), 148; בנדיקט (לעיל, הערה 15), 2014-2015, 2018-2019, 2021.

19. לורנס מ' פרידמן, "ההיסטוריה המשפטית האמריקנית: עבר והווה", **משפט והיסטוריה** (גוטווירן ומאוטנר – עורכים, מרכז זלמן שזר לתולדות ישראל, תשנ"ט) 13.

תהליכים חברתיים מורכבים מעין אלו היא מוגבלת. ההיסטוריה מזמנת לעתים תוצאות שההיגיון לא היה יכול להוביל אליהן. לעתים תוצאות והתפתחויות, שבניתוח הגיוני מנותק מהקשרים היסטוריים נראות בלא־קוהרנטיות וכבושלות, מתברדות כמוצלחות עם ההתפתחויות ההיסטוריות.[20] הפילוסוף יום (Hume) עמד על כך כי איזונה של חברה או מדינה על חוקים כלליים היא מלאכה שבן־אנוש, גאון ככל שיהיה, לא יוכל לבצע על סמך תבונה בלבד. הניסיון צריך להדריך את עבודת איזון החברה או המדינה.[21] ברוח זו גרס אחד ממשתתפי האסיפה החוקתית האמריקנית, ג'ון דקינסון, בדברי הפתיחה שלו, כי "רק על הניסיון להדריכנו. ההיגיון עלול להוליכנו שולל".[22] המשפט התוקתי מתמודד פעמים רבות עם "מלוא המורכבות של הקיום האנושי" ובמקרים אלו נדמה, כי מתחייבת פנייה ל"ניסיון האנושי" בדמות ההיסטוריה.[23]

בנושאים הנוגעים לתהליכים חברתיים מורכבים, דוגמת תהליך קבלתה של חוקה, פנייה למודלים קיצוניים (אידיאלים או המקרה הגרוע ביותר),[24] המבוססים על ההיגיון ושיתרונם בהיותם אנליטיים, עלול להתברר כחסר־תועלת. מודלים אלו רחוקים מדי מן המציאות מכדי שיהיה בהם שימוש.[25] לעומתם, ההיסטוריה מתארת לנו כיצד פועלים

---

20. כוהו מוסד היועץ המשפטי לממשלה – "התפתחותו ההיסטורית בישראל לא היתה מתוכננת... התשיבה המקורית לא היתה ברורה, ומוסכם על הכל כי ההתפתחות בפועל גברה עליה" (רות גביזון, "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות", פלילים ה (תשנ"ו) 27, עמ' 28, 33). ועדת שמגר, שבחנה את מוסד היועץ המשפטי, החליטה שלא להמליץ על כל שינוי במבנה מערכת־היחסים בין היועץ המשפטי לממשלה ובין הממשלה ובינו ובין היועץ המשפטי לכנסת – ההלטה המלמדת כי ההתפתחות ההיסטורית הביאה למצב לפחות נסבל. בנוגע ל"דרכי המינוי והפסקת הכהונה" ביקשה הוועדה לעגן את המלצותיה בחקיקה ראשית "כדי שהניסיון אותו ניתן להפיק מאירועי העבר יבוא לידי ביטוי" (הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו, מאיר שמגר – יו"ר, תשנ"ח), 76-77 (פסקאות 67, 68)).

21. David Hume, *Essays: Moral, Political and Literary* (Grant Richards, London, 1963), 125; Ruth Gavison, "The Role of Courts in Rifted Democracies", 33 *Israel L.R.* (1999) 216, p. 219 (ראו רקוב (לעיל, הערה 17), 1033-1034; קפלטי (לעיל, הערה 14), 206.

22. "Experience must be our only guide. Reason may mislead us" (Morton White, *Philosophy, The Federalist and the Constitution* (Oxford University Press, New York, 1987), 13, 45; סמואל אליוט מוריסון, הנרי סטיל קומאגר ווילאם א' לכטנברג, ההיסטוריה של ארה"ב (כרך א, זמורה־ביתן, תשמ"ד), 122.

23. אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 67.

24. כך, לדוגמא, מודל אידיאלי ליצירת חוקה יכול לדרוש ועדה מכוננת, רוב מיוחס בפרלמנט, משאל־עם וכדומה כתנאים אידיאליים ליצירתה של חוקה.

25. ראו: Isaiah Berlin, *Vico and Herder* (Hogarth Press, London, 1976), 39; גביזון (לעיל, הערה 21), 225, 227.

השחקנים הרלבנטיים בזירת ההתרחשויות הממשית שאנו עוסקים בה. במידה רבה ההיסטוריה התוקתית ההשוואתית משמשת לנו מעבדה. כך, אפשר לבחון את השפעתם של גורמים מסוימים על תהליך הקניית לגיטימציה ציבורית לחוקה, בעזרת השוואה בין מדינות שבהן התקיימו גורמים אלו למדינות אחרות שבהן נעדרו גורמים אלו מהזירה.[26]

אף אם נבקש להסתמך על נימוקים שבהיגיון בלבד כדי לבסס טיעונים בנוגע למסקנות עובדתיות, לא נוכל להימנע מפנייה לניסיון. יום בוהן טענות המנסות לבסס את המסקנה כי אי־אפשר להפקיד בבטחה בידו של אף אדם כוח בלתי־מוגבל וגורס, כי ביסוד כל הטיעונים עומדת לבסוף הנחה המבוססת על הסתכלות וניסיון. כך, טיעונים המבוססים על "טבע האדם המושחת מיסודו" מתבססים בסופו של דבר על ניסיון לגבי התנהגותם של בני־אנוש. ג"ס מיל (John Stuart Mill) חידד רעיון זה וגרס, כי בתחום הפוליטי לא קיימים טיעונים שאינם מושתתים על ניסיון כלשהו. מובן כי טיעונים מן ההיגיון המבוססים על ניסיון שונים מטיעונים "נסיוניים טהורים" (pure experience) המסיקים מסקנות ישירות מראייה היסטורית,[27] אך בשני המקרים "בסופו של דבר זהו ניסיון המצוי בבסיס מסקנתנו".[28]

---

26. George S. Swan, "Article III, Section 2, Exceptions Clause Canadian Constitutional Parallels: Canada Teaches The United States An American History Lesson", 13 *Cal. W. Int'l L. J.* (1983) 37, p. 55; Larry Kramer, "Fidelity To History - And Through It", 65 *Fordham L. Rev.* (1997) 1627, p. 1638.

27. טיעונים "נסיוניים טהורים" הם אינדוקציות מן ההיסטוריה. טיעונים "הגיוניים" הם שילוב של אינדוקציה והיגיון. בעיניים פוליטיים־חוקתיים הפנייה לטיעון "נסיוני טהור" היא פנייה לבחינת מאורעות היסטוריים.

28. ראו וייט (לעיל, הערה 22), 15-19. דבריו של יום מצביעים על נקודת־תורפה בטיעון נפוץ, המועלה כנגד שיפוטים הנגזרים מטיעונים היסטוריים. על־פי טיעון מקובל זה, הסקת מסקנות משיפוטים היסטוריים אינה אפשרית הואיל ו"מספר ההיסטוריות כמספר ההיסטוריונים". לכן אי־אפשר לבסס שיפוטים המבוססים על טענות היסטוריות מאחר שמול כל טענה היסטורית אפשר להציב טענה היסטורית מפריכה. גם אם טענה זו על "יחסיות" ההיסטוריה גבונה, הרי – כפי שציין יום – שיפוטים רבים בשיח הפוליטי־משפטי־חוקתי מבוססים על ניסיון היסטורי. אילו נקבל טענה בדבר היסטוריה יחסית, לא נוכל לקיים כל שיח בנושאים הללו. כך, לדוגמא, הרציונל הניתן לחופש הביטוי כדרך לשחרור "לחץ חברתי במשא, ולא במעש... במסלול השקט של הביטוי, ולא במסלול האלים של המעשים" (בג"ץ 399/85 כהנא ואח' נ' הועד המנהל של רשות השידור ואח', פ"ד מא (3) 255, עמ' 276), כנגד רציונל זה אפשר להביא דוגמאות היסטוריות לא־מעטות (ובשנים האחרונות, בעקבות רצח ראש־הממשלה רבין, הוויכוח בנושא זה ער), שדווקא מתן חופש ביטוי מביא בסופו של תהליך לשחרור קיטור הברתי ב"מסלול האלים של המעשים". נראה, שיש צורך לשכלל את השיפוט ההיסטורי־נסיוני ולהוסיף לו סייגים, כך שיישומו במציאות יהיה יותר זהיר, אך אין לבטלו כליל בשל קיום טענות היסטוריות נוגדות.

מבנה החיבור

בשיח החוקתי הישראלי רווחש ויכוח מתמיד בדבר שאלת קיומה של חוקה פורמלית במדינת ישראל.[29] מבחינה תוכנית אפשר לגרוס כי למדינת ישראל יש חוקה – אחד־עשר חוקי־היסוד כוללים את רוב המרכיבים התוכניים ההכרחיים לקיום חוקה.[30] מלומדים הסוענים כי למדינת ישראל אין חוקה מבססים את טיעונם בעיקר על התהליך החוקתי הלקוי שבאמצעותו נחקקו חוקי־היסוד.[31] בחיבורי אבקש לבחון שלוש שאלות מרכזיות: ראשית, מדוע נדרש תהליך חוקתי מיוחד קודם ליצירת מסמך חוקתי? שנית, מה מאפייניו של התהליך החוקתי המיוחד? במקביל לבחינת מאפייני התהליך החוקתי המיוחד תיבחן השאלה, האם אכן התהליך החוקתי בישראל כה לקוי עד כי אין לראות את חוקי־היסוד כחוקה? שלוש שאלות אלו תיבחנה דרך פריזמה היסטורית השוואתית. על רקע המסקנות שיופקו דרך ווויח ההסתכלות התיסטורית השוואתית אבקש לבחון את התבונה בקידום ההשקפה הרואה בחוקי־היסוד את חוקת מדינת ישראל.

הקשר בין יכולתה של החוקה להגן על המשטר הדמוקרטי ובין מאפייני התהליך שהביא לחקיקת החוקה הוא טעם מרכזי לדרישת התהליך המיוחד ליצירתה של חוקה. בפרק הראשון אבקש לבחון את הקשר בין דרישת תהליך מיוחד בעת יצירת החוקה ובין יכולתה של החוקה לרסן את השלטון ולהגן על המשטר הדמוקרטי מפני כוחות לא־דמוקרטיים.

תחילה אבקש לבחון את בסיס כוחן של חוקות במשטרים דמוקרטיים ככלי לבלימת כוחות אנטי־דמוקרטיים. כוחה של חוקה בריסון ובבלימה של כוחות אנטי־דמוקרטיים – כך ייטען על סמך נסיונן ההיסטורי של מדינות אחרות – נובע מהלגיטימציה הציבורית[32]

---

29. ראו גביזון (לעיל, הערה 11), 31, 73. על ההבחנה בין חוקה פורמלית לחוקה מטריאלית ראו שם, 34-35.

30. חוקי־היסוד כוללים פרק מוסדי ומגילת־זכויות חלקית (שלדעת מלומדים רבים, כלל אינה הכרחית בחוקה). ראו גביזון (לעיל, הערה 11), 34 (הערה 15 והטקסט שלידה); משה לנדוי, "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל", הפרקליט כו (תשל"א) 30, עמ' 32. חבר־הכנסת לשעבר אוריאל לין גורס, כי "אם נבחן את החוקה על־פי אמת המידה של התוכן, אין ספק כי לישראל יש חוקה" (אוריאל לין, "חוקי־היסוד: חוקה בשלבים", רפורמה קונסטיטוציונית בישראל והשלכותיה (המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה, 1995) 17, עמ' 18). על החסרים התוכניים בחוקי־היסוד ראו להלן, הערה 205.

31. משה לנדוי, "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית־המשפט", משפט וממשל ג (תשנ"ו) 697, עמ' 700, 702. הסתייגותה של פרופ' גביזון מן המהלך החוקתי מבוססת על שילוב בין הלקוי בתהליך חקיקת חוקי־היסוד ובין הפגמים בתוכן חוקי־היסוד (גביזון (לעיל, הערה 11), 28-33, 111-112, 117-122). כן ראו להלן, הצגת גישתו של השופט חשין בע"א בנק המזרחי.

32. לצורך הניתוח להלן די אם נאפיין לגיטימציה ציבורית כדרגה גבוהה של הכרת החוקה וקבלתה בקרב האזרחים, בכלל, ובקרב האליטות החברתיות, בפרט. המונחים "לגיטימציה

שיש לחוקה ולא מעצם הגדרתה כחוקה. מסמך המוכתר כ"חוקה" אך אינו זוכת ללגיטימציה ציבורית אינו יכול לסייע בריסון ובבלימה של כוחות אנטי־דמוקרטיים. קיומן של סנקציות מוסדיות, דוגמת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, אף הוא אינו בגדר ערובה להגבלת כוחות אנטי־דמוקרטיים מפני שימוש בלתי־מרוסן בכוח השלטוני.

לגיטימציה ציבורית היא אפוא מרכיב חשוב ביכולתה של חוקה להשיג את יעדיה. חוקה, הזוכה בציבור ללגיטימציה כסמלה של הדמוקרטיה, תהיה מכשול רציני בפני כוחות אנטי־דמוקרטיים המעוניינים בסמכויות בלתי־מוגבלות. חוקה המסמלת בשיח הציבורי את מגבלותיו של השלטון תציב קשיים בפני כוחות המעוניינים לעוקפה. מנגד, בתי־המשפט יתקשו להיעזר בחוקה לעצירת כוחות אנטי־דמוקרטיים ולהגבלת הכוח השלטוני אם החוקה אינה נתמכת בלגיטימציה ציבורית.

בפרק השני אבקש לבחון את הקשר בין הלגיטימציה הציבורית של חוקה ובין דרכי יצירתה. בתיאור גס ישנם שני סוגים של תהליכי קבלת חוקה, שהתרחשותם יכולה להקנות לחוקה לגיטימציה ציבורית: האחד, הליך כינון חוקה ייחודי הנבדל מהליכי החקיקה הרגילים; והשני, קבלת חוקה לאחר מאורע היסטורי רב־משמעות. בפרק השני אבקש אף לבחון, האם אפשר לשייך את תהליך קבלתם של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק־יסוד: חופש העיסוק, שבעקבות קבלתם נטען כי יש למדינת ישראל חוקה,[33] לאחד משני התהליכים? במסגרת בחינת התהליכים אבקש לבחון, בקצירת האומר, את דרך השפעתה של מהפכה הקודמת לקבלת החוקה על הלגיטימציה הציבורית שיש לחוקה. העניין המיוחד בבחינת מהפכה כמאורע היסטורי הקודם לקבלת חוקה נובע מאפיון הקיקת חוקי־היסוד על־ידי פרופ' ברק כ"מהפכה חוקתית".[34]

ציבורית", "זיקה חברתית" ו"לגיטימציה חברתית" ישמשו מונחים חליפים בחיבור זה. לניתוח המונח "לגיטימציה" ראו: Gerd Meyer, "Democratic Legitimacy In Post-Communist Societies: Concepts And Problems", *Democratic Legitimacy in Post-Communist Societies* (Andreas Bozki – ed., T-Twins, Budapest, 1994) 13

33. אהרן ברק, "החוקה הכלכלית של ישראל", משפט וממשל ד (תשנ"ח) 357, עמ' 358-360; יואב דותן, "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית־המשפט העליון", משפטים לא (תשס"א) 771, עמ' 772; לין (לעיל, הערה 30), 17; פרופ' רובינשטיין כותב בהקדמה למהדורה העדכנית של ספרו המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, כי "למעשה אפשר לומר כי בעקבות כינון חוקי־יסוד אלה, כמו גם בעקבות חוק־יסוד: הממשלה החדש... יש לישראל חוקה כתובה" (רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 13), 15, אך השוו שם, 925). ראו גם דעותיהם של פרופ' בנדור ושל פרקליטת־המדינה, עדנה ארבל, בדיוני המועצה הציבורית של המכון הישראלי לדמוקרטיה – המועצה הציבורית: הכינוס השלישי, חוקה, חוקי־יסוד, מגילת־זכויות (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"א), 47, 54 (להלן: דיוני המועצה הציבורית).

34. אהרון ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 9; גביזון (לעיל, הערה 11), 95-96.

ניסיון לגזור מסקנות מתהליך קניית לגיטימציה חברתית של חוקה שהתרחש במדינה אחרת בתקופה אחרת לגבי המציאות החוקתית הישראלית מחייב השוואת הרקע לביצוע השינויים החוקתיים בשתי המדינות. רקע היסטורי שונה מקשה על גזירת מסקנות מתהליך חוקתי במדינה אחרת והחלתן על התהליך בישראל. אחד המאפיינים של התהליך החוקתי בישראל הוא העובדה כי הוא מתרחש כאשר קיימת מערכת ממשל מבוססת. בפרק השלישי אפנה לבחון שינויים חוקתיים, שאינם אך בגדר תיקון "עונתי" של חוקה, המתרחשים במדינות שבהן קיימת כבר באותה עת מערכת שלטונית מבוססת (כמו ישראל).

לתהליך החוקתי בישראל מאפיינים מיוחדים נוספים. התרחשות השינוי החוקתי בישראל טבלי שקדם לו אירוע תגיגי או אירוע בעל משמעות מיוחדת ומבלי שאושר בהליך מיוחד היא מאפיין חשוב נוסף של התהליך. ישנם מלומדים הגורסים, כי חוסר זה פוגע ביכולתה של החוקה הישראלית לרכוש לגיטימציה ציבורית. בפרק הרביעי אבקש לבחון את התהליך החוקתי בשלוש מדינות אירופאיות – הונגריה, גרמניה ופולין – לאחר התמוטטות הגוש הקומוניסטי. הניסיון ההיסטורי של מדינות אלו הוא דוגמא לתהליכים חוקתיים שחסרו גם הם, בדרגות שונות, מאפיינים "תגיגיים". ממרחק של זמן קצר מעת התרחשותם של תהליכים חוקתיים אלו אבקש לבחון את השפעת החוסרים הללו על הלגיטימציה הציבורית שחוקותיהן של שלוש מדינות אלו זוכות להן.

לאורך כל החיבור יעמוד במרכז הדיון התהליך החוקתי בישראל. אתת הטענות המרכזיות הנשמעות כנגד החוקה הישראלית היא, כי תהליך השלמת החוקה, עם חקיקת חוקי־היסוד בדבר זכויות האדם, חסר מאפיינים מסוימים של תהליכי קבלת חוקות במשך ההיסטוריה בכל העולם. נטען, כי החוסר בתהליך מיוחד בעת השלמת החוקה פוגע בלגיטימציה הציבורית הניתנת לחוקי־היסוד כחוקה ולכן ביכולתם של חוקי־היסוד להשיג חלק ממטרותיו של מסמך חוקתי. טענות מעין אלו בנוגע לליקויים בתהליך קבלת החוקה הישראלית בולטות בפסק־דינו של השופט חשין בע"א בנק המזרחי[35] – פרשה שבה התמודד בית־המשפט העליון עם שאלת קיומה של חוקה במדינת ישראל. במהלך כל החיבור, ובייחוד בפרק התמישי, אבקש להתמודד עם טענות אלו של השופט חשין, כמו גם עם טענות שעלו באקדמיה באשר לחוסרים בתהליך קבלת החוקה הישראלית. בפרק התותם את החיבור, פרק הסיכום, אדון בתבונה שבתמיכה במהלך החוקתי ובהקניית לגיטימציה לחוקי־היסוד כחוקה בהשוואה לתמיכה בהשקפות השוללות מחוקי־היסוד את מעמדם כחוקה ותומכות בהמתנה למהלך חוקתי בעל לגיטימציה ציבורית בלתי־מעורערת.

35. ע"א 6821/93, רע"א 1908/94 ואח' בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221 (להלן: ע"א בנק המזרחי).

א. על כוחן של חוקות

בע"א בנק המזרחי הוצגו בין השאר שתי דעות בשאלת קיומה של חוקה פורמלית במדינת ישראל: דעתו של הנשיא ברק, קובעת כי הכנסת תוקקה חוקה, או למצער בידי הכנסת סמכות לחוקק חוקה. דעה הפוכה מציג השופט חשין בדעת המיעוט: לדעתו, לכנסת אין סמכות מכוננת ולכן מובן כי לא התקבלה חוקה פורמלית למדינת ישראל.[36] שתי הדעות טומנות בתובן נימוקים הנשענים על ניסיון או על לקח היסטורי. הנשיא ברק מסתמך בדעתו על "לקחי מלחמת־העולם השנייה",[37] ואילו השופט חשין מסתמך על "דרכן של חוקות בכל ההיסטוריה האנושית".[38]

השופט חשין גורס, כי כינון חוקה דורש תהליך חברתי מיוחד המאפיין את דרכן של חוקות בכל ההיסטוריה האנושית.[39] לדעת חשין, אין די ב"קונסטרוקציה המשפטית" שבשמה דעת הרוב בבית־המשפט מקנה חוקה למדינה.[40] טעם מרכזי המצוי ביסוד הדרישה לתהליך מיוחד בעת כינון החוקה מוסבר בבהירות על־ידי פרופ' בנימין אקצין.[41] הלה גורס, כי כדי שחוקה תשיג את יעדה המרכזי – ריסוגו של הכוח השלטוני[42] – עליה

36. גביזון (לעיל, הערה 11), 106-107. שמונה מתוך תשעת השופטים בפסק־הדין תומכים בטענה כי לחוקי־היסוד מעמד עליון ביחס לחוקים רגילים. השופט חשין שולל את גרסת הרוב. לפרשנות עמדות השופטים ראו יואב דותן, "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'", משפטים כח (תשנ"ז) 149, עמ' 173-174; רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 13), 369-374, 391-393. העמימות בעמדת פרופ' ברק, המתבטאת בפסק־הדין בע"א בנק המזרחי נעלמה בהרצאה שנשא על "החוקה הכלכלית של ישראל". "היש לנו חוקה?" – שואל פרופ' ברק במאמרו ועונה "לישראל יש לא רק חוקה מטריאלית, אלא גם חוקה פורמלית... אלה הם אחד עשר חוקי־היסוד של ישראל... עם זאת, חוקתנו אינה שלמה ולא כל פרקי החוקה הושלמו... עם זאת, חוסר שלמות זה של החוקה שלנו אינו פוגע בתוקפה הנורמטיבי ובעליונותה" (ברק (לעיל, הערה 33), שם); ראו גם הנשיא ברק ווצרת החוקה – רב שיח, "אנחנו משתדלים לא לתת ביטוי לפופליזם חברתי", הלשכה 29 (1996) 14, עמ' 15, 22. לתיאור העמימות בעמדת ברק ראו גביזון (לעיל, הערה 11), 97, 104, 106.

37. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 352.

38. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 474-475. אף פרופ' גביזון, בהעריכה את יכולתה של הכנסת לחוקק חוקה, נסמכת על "לקחי העבר... אצלנו ועל בסיס השוואתי" (גביזון (לעיל, הערה 11), 140).

39. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 473-475.

40. שם, 518-520.

41. שם, 519-520, בפסק־דינו השופט חשין מסתמך בין השאר, על חלק מהנימוקים שמביא פרופ' אקצין בספרו. ראו להלן, הערה 42.

42. בנימין אקצין, תורת המשטרים (כרך ב, אקדמון, תשכ"ו), 50; גביזון (לעיל, הערה 11), 62-68 – הגבלת הכוח השלטוני היא שם כולל לפונקציות שפרופ' גביזון עומדת עליהן. ראו קפלטי (לעיל, הערה 14), 184-185, 207.

להגנות מזיקת האוכלוסייה בכללותה, ובעיקר העלית התברתית, כלפיה. פרופ' אקצין יוצא מן ההנחה, כי שלטון שאינו מעוניין לציית לחוקים רגילים ולשאר נורמות מחייבות לא יהסס לפגוע בנורמה מיוחדת רק בגלל שמה "תוקה".[43] רק זיקתן ונאמנותן של שכבות נרחבות באוכלוסייה, ובייחוד העלית התברתית, כלפי החוקה תרתיע את השליטים מלהפר את הוראותיה.[44] כוחה של חוקה ויציבותה תלויים בקונסנזוס החברתי העומד מאחוריה. יכולתו של בית־משפט להשתמש בחוקה ככלי מרכזי לבלימת כוחות אנטי־דמוקרטיים נגזר במידה מכרעת מן הזיקה החברתית המצויה בבסיס התוקה.[45]

אליבא דפרופ' אקצין, להבדיל מן הזיקה התברתית, סנקציות מוסדיות אינן יעילות במניעת הפרת החוקה על־ידי השלטון. בלא הזיקה הציבורית סנקציות אלו תהיינה חסרות־אונים אל מול מנגנוני הביצוע, שבהם שולט השלטון המפר את הוראות החוקה. כך, אם המעצורים הנובעים מן המסורת החברתית ומהלכי־הרוח בקרב האליטות אינם מספיקים כדי להניע את הממשל לשמור על עקרון התוקיות, לא תועיל סנקציה דוגמת הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית. צמרת שלטונית שאינה נבהלת מפגיעה בוטה בהוראות התוקה לא תירתע גם מהפרת פסיקות של בתי־המשפט, אלא תדע להתגבר על מכשולים אלו.[46]

קורותיה של רפובליקת ויימאר משמשות כר הדגמה לטיעוניו של אקצין.[47] ברפובליקת ויימאר היתה קיימת הסנקציה המוסדית מרחיקת־הלכת ביותר על הפרת התוקה – ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. פסיקה המכירה בקיומת של סמכות זו ניתנה על־ידי בית־המשפט העליון הוויימארי בשנת 1925. נראה כי בסמכות זו פסל בית־המשפט העליון בוויימאר כמה חוקים.[48] ואף־על־פי־כן קיומן של סנקציות מוסדיות לא מנע מן הנאצים

43. לרעיון זה ראו גם: Semuel Edward Finer, Vernon Bogdanor and Bernard Rudden, *Comparing Constitutions* (Clarendon Press, Oxford, 1995), 2.

44. ראו אקצין (לעיל, הערה 42), 50-53, 58-59; גביזון (לעיל, הערה 11), 115.

45. Bruce Ackerman, "The Lost Opportunity?", 10 *Tel Aviv University Studies In Law* (1990) 53, p. 66; Rett R. Ludwikowski and William F. Fox, *The Beginning Of The Constitutional Era* (Catholic University Of America Press, Washington, 1993), 175-176, 201; A.E. Dick Howard, "Introduction", *Constitution Making in Eastern Europe* (A.E Dick Howard – ed., Woodrow Wilson Center Press, Washington ,1993) 1, p. 19.

46. ראו אקצין (לעיל, הערה 42), 27, 51-53.

47. ראו אקצין (לעיל, הערה 42), המבטס את טיעוניו על "גסיון... בני דורנו" (שם, 27) ועל "תולדות התוקות" (שם, 51).

48. Henry W. Ehrmann, "Judicial Activism in a Divided Society: The Rule of Law in The Weimar Republic", *Comparative Judicial Systems: Challenging Frontiers in Conceptual and Empirical Analysis* (John R. Schmidhauser – ed., Butterworths, London, 1987) 75, pp. 80-83. בנוגע לשאלה, האם נעשה שימוש בסמכות לפסילת חוקים

להפר את התוקה הוויימארית בעת ביסוס שלטונם.[49] התוקה הוויימארית לא היתה זו שהביאה להתמוטטות הרפובליקה, אך היא לא הצליחה לחזק ולבסס את הדמוקרטיה.[50] חולשתה הכרונית של התוקה הוויימארית נבעה מתוסר הזיקה החברתית כלפיה. הויקה החברתית הנדרשת להקניית הכוח לחוקה להגביל את השלטון ולבסס את הדמוקרטיה חסרה בוויימאר מראשית ימיה של הרפובליקה. רפובליקת ויימאר מתוארת תדיר כ"דמוקרטיה בלא דמוקרטים".[51] יחסן של הקבוצות השמרניות ששלטו בתעשייה, במסחר ובצבא ושל הדרגים הגבוהים בשירות הציבורי ובשפיטה כלפי הרפובליקה היה עוין.[52] כך גם היה יחסן של האוניברסיטאות. ארגוני־העובדים העדיפו לבנות מפלגה קומוניסטית גדולה באופוזיציה על־פני הרעיון של מדינת דמוקרטית. לרפובליקה הצעירה לא נמצאו כמעט גורמים שתמכו בה בלא טייג. רוב תומכיה היו אמביבלנטיים כלפי הסדר הפוליטי הדמוקרטי החדש.[53]

בוויימאר ישנה מחלוקת בין מלומדים. הרמן גורס, כי בית־המשפט העליון בוויימאר לא השתמש בסמכות זו (כך גם גורס אקצין (לעיל, הערה 42), 24). על־פי דבריו, היקף השימוש על־ידי בתי־משפט זוטרים בסמכות זו, שהוענקה על־ידי בית־המשפט העליון לכל בתי־המשפט אינו ברור (שם, 81-82). לעומתו, ניומן גורס, כי מספר גדול של חוקים שפגעו ברכוש ובחופש התנזים הוחזקו בוויימאר כלא־חוקתיים. ראו: Franz L. Neumann, "The Decay of German Democracy", *The Rule of Law Under Siege* (William E. Schheimer – ed., University of California Press, Berkeley, 1996) 29 (להלן: נוימן, "דקבון הדמוקרטיה הגרמנית") p. 37; Franz L. Neumann, "The Change in the Function of Law in Modern Society", *The Rule of Law Under Siege* (William E. Scheuerman – ed., University of California Press, Berkeley, 1996) 101, pp. 127-128.

49. Michael Mandel, "A Brief History Of The New Constitutionalism, Or 'How We Changed Everything So That Everything Would Remain The Same'", 32 *Isr. L. Rev.* (1998) 250, pp. 262-264; M. Rainer Lepsius, "From Fragmented Party Democracy to Government by Emergency Decree and National Socialist Takeover: Germany", *The Breakdown of Democratic Regimes* (Part II, Juan Jose Linz and Alfred Stepan – eds., John Hopkins University Press, Baltimore, 1978) 34, pp. 41, 50 אקצין (לעיל, הערה 42), 55 (והערה 5).

50. ראו לפסיוס (לעיל, הערה 49), 50.

51. David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (University of Chicago Press, Chicago ,1994), 7. ראו ניומן, "דקבון הדמוקרטיה הגרמנית" (לעיל, הערה 48), 41; לפסיוס (לעיל, הערה 49), 35, 41.

52. ראו: Hans Mommsen, *The Rise And Fall Of Weimar Democracy* (The Univeristy of North Carolina Press, Chapel Hill, 1996), 70-71, 87-88, 308-309, 313-314; הרמן (לעיל, הערה 48), 75-77, 86-89; מנדל (לעיל, הערה 49), 259-260; לפסיוס (לעיל, הערה 49), 50.

53. Edward Mcwhinney, *Constitution-making* (University of Toronto Press, Toronto, 1981), 20; מומסן (לעיל, הערה 52), 71, 313.

המצב החוקתי במדינה אירופאית אחרת, איטליה, הוא ראיה נוספת לאוזלת־יד של פתרונות מוסדיים, ובראשם הביקורת החוקתית על חקיקה. הדעה המקובלת במשך מרבית חייה של החוקה האיטלקית (the Statuto) היתה, כי בתי־המשפט מחויבים שלא להפעיל חוקים המפירים את סעיפי החוקה. למרות העובדה שבתקופה שקדמה לעליית הפשיסטים לשלטון, הפעילו בתי־המשפט האיטלקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה ועל פעולות הממשל, לא נמנעה עלייתו של מוסוליני לשלטון.[54] אוסטריה היא מדינה נוספת שבה כלי הביקורת השיפוטית על הקיקה לא מנעו את עליית הפשיסטים,[55]

עיון במצב החוקתי ברפובליקת ויימאר, באיטליה ובאוסטריה שלפני מלחמת־העולם השנייה מבהיר, כי קביעתו של הנשיא ברק ש"אחד מלקחי מלחמת העולם השניה היה כי עליונות החוקה וביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, הם אמצעי להגנת הדמוקרטיה בפני הקמים עליה" אינה יכולה לעמוד.[56] חסרון כלי הביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים לא היה הגורם שסייע לעליית שלטונות דיקטטוריים ולהתמוטטות מוסדות דמוקרטיים בגרמניה, באיטליה ובאוסטריה ערב מלחמת־העולם השנייה. הביקורת השיפוטית על חוקתיות של חוקים אכן התקיימה בשלוש מדינות אלו, אלא שלא צלחה כאמצעי להגנת הדמוקרטיה ולא הצליחה למנוע את עליית המשטר הנאצי והמשטר הפשיסטי.[57]

ההתפתחות החוקתית בצ'ילה במשטרו של איינדה (Allende) היא דוגמא מודרנית יותר לאוזלת־היד של הסנקציות המוסדיות ולכוחה המוגבל של חוקה.[58] החשש מן התוכניות

54. Michael Mandel, "The Statuto Albertino was neither flexible nor rigid — and anyway it didn't matter" (Draft, 1998) (עותק של המאמר מצוי בידי).

55. Charles A. Gulick, *Austria from Habsburg to Hitler* (vol. II, University of California Press, Berkeley, 1980), 1074-1078, 1088-1090. ראו מנדל (לעיל, הערה 49), 265-267.

56. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 415. הנשיא ברק דן גם במבוא בפסק־דינו ב"לקחי מלחמת־העולם השנייה" וקושר אליהם את ריעיון הביקורת השיפוטית על חקיקה. ראו גם עמ' 398-399 לפסק־הדין, שם דן הנשיא ברק ב"ניסיון המר בגרמניה הנאצית". הנשיא ברק חזר על ריעיון זה בהרצאה שנשא בכנסת ב-24.5.01 בנושא "בית־משפט מיוחד לחוקה". ההרצאה פורסמה באתר האינטרנט של בית־המשפט העליון, http://www.court.gov.il. לסקירה ביקורתית של נימוקיו ההיסטוריים של הנשיא ברק בפסק־דינו בע"א בנק המזרחי ראו מנדל (לעיל, הערה 49), 250-269. ברק מסתמך בין השאר על קפלטי (לעיל, הערה 14), 118, 131, 148, 161, 186, 196 ואף מצטט את דבריו של השופט הולמס: "דף של היסטוריה שקול כנגד כרך של הגיון" (ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 433).

57. ראו מנדל (לעיל, הערה 49), 258-259, 268-269.

58. כמה הערות מקדימות על ההיסטוריה של צ'ילה: עד שנת 1973 נחשבה צ'ילה כמדינה בעלת ההיסטוריה הדמוקרטית הארוכה והמבוססת ביותר בכל אמריקה הלטינית. מאז 1932 התקיימה בצ'ילה דמוקרטיה יציבה. אך המסורת הדמוקרטית של צ'ילה נמתחת על־פני 160

המרקסיסטיות של איינדה הביא לתוספת תיקון ייחודי לחוקה – "התיקון להבטחת הדמוקרטיה" (Democratic Guarantee Amendment). התיקון נעשה לאחר שאיינדה כבר זכה ברוב יחסי בבחירות לנשיאות, אך בטרם נבחר על־ידי הפרלמנט כנשיא. התיקון, שהתקבל ברוב גדול (בין השאר בשיתוף מפלגתו של איינדה), נועד להבטיח את הישרדותו של המשטר הדמוקרטי בצ'ילה.[59]

לאחר מינויו לנשיא החל איינדה בפעולות של הפקעת רכוש בקנה־מידה נרחב במטרה להגשים את מצעו המרקסיסטי. אנשים שנפגעו מהפקעות הרכוש פנו לבתי־המשפט. במקרים רבים הוציאו בתי־המשפט צווים שתכליתם היתה החזרת הרכוש המופקע. על־פי

שנה כמעט בלא הפרעה: ב-1811 כינסה הממשלה הצ'ילאנית הראשונה קונגרס לאומי. חוקה היתה בצ'ילה כבר ב-1833, אלא שהחיים הפוליטיים היו שמורים לאריסטוקרטיה ולמעמד הבינוני־גבוה. מראשית המאה העשרים הוענקה זכות הבחירה בצ'ילה לכלל האזרחים הבוגרים. למעט תקופות קצרות, היה השלטון הנבחר בצ'ילה יציב עד לשנת 1973. בשנת 1924 השתלטה עליה חונטה צבאית שהספיקה למשול בה בטשך פחות משנה. ב-1925 כוננה חוקה במשאל־עם (חוקה זו היתה תקפה בעת עלייתו של איינדה לשלטון). ב-1931 עלתה לשלטון למשך 90 יום חונטה צבאית נוספת. בבחירות של שנת 1970 נבחר איינדה כנשיא צ'ילה. בשנת 1973 הודח הנשיא איינדה מכסאו בהפיכה צבאית אלימה. ראו **אנציקלופדיה ברטא לאומות העולם** (כרך ג, משרד הבטחון, ההוצאה לאור וכרטא, 1985), 662; Neal P. Panish, "Chile Under Allende: The Decline Of the Judiciary And The Rise of A State of Necessity", 9 *Loy. L.A Int'l & Comp. L.J.* (1987) 693, pp. 694–697, 709; Eugenio Velasco, "The Allende Regime in Chile: An Historical and Legal Analysis: Part I", 9 *Loy. L.A. L. Rev.* (1976) 480, pp. 481, 484–486, 490–491; Paul E. Sigmund, *The Overthrow of Allende and the Politics of Chile 1964-1976* (University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, Pa., 1977) 14. בבחינה השוואתית של הדמוקרטיות ברחבי העולם שנעשתה בשנת 1965 דורגה צ'ילה ב-15% העליונים, מעל ארצות־הברית וצרפת. ראו: Arturo Valenzuela, "Chile: Origins and Consolidation of a Latin American Democracy", *Democracy in Developing Countries - Latin America* (Diamond and Hartlyn and Linz and Seymour, Lipset – eds., 2nd ed., Lynne Rienner, Boulder, 1999) 180, pp. 191-192.

59. הנשיא בצ'ילה נבחר בבחירות ישירות. אם איש מהמועמדים לא זוכה ברוב של יותר מ-50%, כפי שקרה בבחירות דנן, נדרש הקונגרס לבחור את הנשיא מבין שני המועמדים המובילים. המסורת בצ'ילה היתה, כי הקונגרס בוחר את המועמד שזכה באחוז הגבוה ביותר בבחירות. ראו ולסקו (לעיל, הערה 58), 485, 491; ויגמונד (לעיל, הערה 58), 112; Eugenio Velasco, "The Allende Regime in Chile: An Historical and Legal Analysis: Part II", 9 *Loy. L.A. L. Rev.* (1976) 711 (להלן: ולסקו II), pp. 712-713; Eugenio Velasco, "The Allende Regime in Chile: An Historical and Legal Analysis: Part III", 9 *Loy. L.A. Rev.* (1976) 961 (להלן: ולסקו III), p. 966.

החוקה הצ'ילאנית, חויבה הרשות המבצעת לאכוף את ההחלטות הרשות השופטת מבלי לרדת לנימוקיהן או לצדקתן של ההחלטות. אך ההלטות בתי־המשפט לא בוצעו. הרשות המבצעת חרגה מסמכויותיה המעוגנות בחוקה כאשר לקחה על עצמה את ההכרעה אילו החלטות של בתי־המשפט לאכוף ואילו לא לאכוף. עובדת אי־הביצוע הובאה בפני בית־המשפט העליון בצ'ילה וזה פנה כמה פעמים לנשיא והצביע על אי־החוקתיות שבאי־ביצוען של החלטות הרשות השופטת. בית־המשפט העליון הצביע על "שבירת הסדר המשפטי של המדינה", אך בלא הועיל. הרשות השופטת בצ'ילה איבדה את כוחה והפכה לכות חסר־משמעות. ממשלתו של אייגדה פגעה גם בזכות לחופש המידע שוכתה להגנה בחוקה הצ'ילאנית, כמו גם בזכות לגישה חופשית של מפלגות פוליטיות לאמצעי־התקשורת – וכות שעוגנה בתיקון החוקתי "להבטחת הדמוקרטיה". גם במקרים אלו פניות לבתי־המשפט לא הועילו, הואיל והרשות המבצעת סירבה לאכוף את ביצוע החלטתו של בית־המשפט.[60]

בניגוד לרוב השופטים ברפובליקת ויימאר, שיתמם לדמוקרטיה ולחוקה היה עוין, בצ'ילה שמרה המערכת השיפוטית באותו שלב על נאמנותה לחוקה. אך לא היה די בכך כדי להגן על הדמוקרטיה הצ'ילאנית שהתמוטטה בסופו של דבר, עם עלייתה לשלטון של הונטה צבאית בראשות הגנרל פינושה.[61] התמוטטותה של הדמוקרטיה הצ'ילאנית, כמו גם התמוטטות הדמוקרטיות בוויימאר, באוסטריה ובאיטליה, מלמדות כי סנקציית הביקורת החוקתית על חקיקה ראשית אינה ערובה לשמירה על המשטר הדמוקרטי. בכל המדינות הללו היתה לטריבונלים שיפוטיים הסמכות לפסול חקיקה ראשית.[62]

התמוטטות הדמוקרטיות בוויימאר, באיטליה ובאוסטריה מאוששת את המסקנה, כי כוחה של החוקה להגן על זכויות האזרח ועל הרשויות הדמוקרטיות אינו נובע מעצם קיומה של החוקה, אלא מהכרה של העם וזרועות הממשלה כי יש לציית למגבלות ולהוראות החוקתיות. עם זאת, הניסיון הצ'ילאני מלמד כי לעתים אין די בלגיטימציה ציבורית רחבה שהציבור מעניק לחוקה. סקרים שנעשו בצ'ילה חודשים לפני ההפיכה הצביעו על תמיכה גדולה בדמוקרטיה ובפתרון בדרכי שלום של המשבר הפוליטי. למרות זאת, בשעת מבחן התמוטטה הדמוקרטיה הצ'ילאנית.[63]

---

60. ראו ולסקו II (לעיל, הערה 59), 725-726; פניש (לעיל, הערה 58), 697-698, 700-703; ויגמונד (לעיל, הערה 58), 210, 279.

61. ראו ולנזואלה (לעיל, הערה 58), 219.

62. ראו זיגמונד (לעיל, הערה 58), 17. מעניין לציין, כי בצ'ילה הוקם ב-1970 טריבונל חוקתי עם סמכויות ביקורת חוקתית רחבות מאלו שהופקדו בעבר בידי בית־המשפט העליון בצ'ילה.

63. ראו פניש (לעיל, הערה 58), 708; ולסקו III (לעיל, הערה 59), 966, 972; ולנזואלה (לעיל, הערה 58) 220; Arturo Valenzuela, "Chile", *The Breakdown of Democratic Regimes* Part IV, (Juan Jose Linz and Alfred Stepan – eds., John Hopkins University Press, Baltimore, 1978) 81-82, 91.

הניסיון הצ'ילאני מצביע על כוחה המוגבל של כל חוקה, אף זו הנשענת על לגיטימציה ציבורית רחבה. כפי שגורס פרופ' אקצין בדמותו הוקה למנעול:[64] כשם שמנעול, משוכלל ככל שיהיה, אינו יכול לעצור שודד שגמר בדעתו לפרוץ את המנעול, כך לא עמד כוחה של החוקה הצ'ילאנית, למרות התמיכה הציבורית שזכתה לה, בפני התונמה הצבאית בראשות הגנרל פינושה.[65] עם זאת, יכולתה של חוקה לסייע בשמירה על הדמוקרטיה מפני הסכנות ה"בינוניות" (כלשונו של פרופ' אקצין), הנשקפות מצד כוחות אנטי־דמוקרטיים, תלויה במידה רבה בלגיטימציה הציבורית שהחוקה נשענת עליה.[66] דרך רכישתה של לגיטימציה ציבורית תיבחן בפרק הבא.

ב. דרכים שבהן חוקה רוכשת לגיטימציה ציבורית

אפשר להקנות לחוקה את הזיקה החברתית מצדן של האליטות ומצד הציבור כולו בעזרת משאל־עם או בהליכים שונים מהליכי החקיקה הרגילים – הליכים חגיגיים בשעת כינון התוקה.[67] הליכים אלו לא התקיימו בשנת 1992, בעת חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק־יסוד: חופש העיסוק,[68] בנוגע לחגיגיות ההליכים בעת כינון חוקי־היסוד הנשיא ברק גורס, כי "הדיונים בכנסת בחוקי־היסוד היו בעלי אופי מיוחד. הכנסת היתה מודעת כי היא רושמת פרק נוסף בחוקת המדינה ...הדיון היה חגיגי. בעת חקיקתם של חוקי־היסוד היו הכל מודעים לחשיבות הרגע ולגודל השעה."[69] לדעת הנשיא ברק, אותה אווירה שררה גם בעת כינון חוקי־היסוד החדשים (חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק־יסוד: חופש העיסוק).[70] ברב־שיח שהתקיים לציון שלוש שנים לפסק־הדין בע"א בנק המזרחי טען הנשיא ברק, כי חוקי־היסוד החדשים לא רק שלא נתקבלו בהיחבא אלא אף שיקפו קונסנזוס.[71] אמנון רובינשטיין, מהיוזמים הבולטים של חקיקת חוקי־היסוד ב־1992;

64. ראו אקצין (לעיל, הערה 42), 57-58.
65. ראו ולגוואלה (לעיל, הערה 58), 245-246.
66. ראו: Daniel P. Franklin and Michael J. Baun, "Political Culture and Constitutionalism: A Comprarative Approach", *Comparative Constitutional Law* (Vicki C. Jackson and Mark Tushnet - eds., Foundation Press, New York, 1999), 213, p. 219.
67. ראו אקצין (לעיל, הערה 42), 28, 34, 36, 37; גביזון (לעיל, הערה 11), 30, 32. לדעת השופט חשין, ודאי שאי־אפשר להקנות זיקה חברתית זו בדרך של הצהרה על־ידי בית־המשפט (ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 518-519).
68. מקשה השופט חשין: "הערכנו מישאל עם? השאלנו את האיש ברחוב? הנפסוק כי מישאל עם לא נערוך וכי אנו עצמנו נקבע כי סמכותה של הכנסת היא לחוקק חוקה?" (שם, 525).
69. שם, 406.
70. שם, 378-379.
71. משה לנדוי, קלוד קליין, זאב טגל ואהרון ברק, "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי לאחר שלוש שנים", המשפט 9 (תשנ"ט) 4, עמ' 12. יש לציין, כי בדברים מוקדמים יותר שכתב גרס

דן מרידור, שר־המשפטים בעת חקיקת חוקי־היסוד ב־1992; ואוריאל לין, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה־12 שותפים לגישתו של הנשיא ברק. לטענתם, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו זכה לליבון ולדיון מעמיק בכנסת ושיקף קונסנזוס רחב. רובינשטיין מדגיש: "שום דבר לא היה, וגם לא יכול היה, להישמר בסוד".[72]

אך המציאות בשנת 1992, בעת חקיקת שני חוקי־היסוד החדשים, קרובה יותר לתיאורו של השופט חשין, קבלתם של חוקי־היסוד ב־1992 התרחשה בלא כל דיון ציבורי של ממש ועם התייחסות תקשורתית זעומה.[73] חוקי־היסוד התקבלו בנוכחות מצומצמת של חברי־כנסת. חברי־הכנסת שחשו בחשיבות הרגע "היו מעטים, נער יספרם. רוב חברי־הכנסת לא חשו אלא שהם עושים בשגרת היומיום. יום קבלת חוקי־היסוד לא היה עבורם אלא עוד יום של חול".[74]

עם זאת ראוי לציין, כי חקיקתו מחדש של חוק־יסוד: חופש העיסוק, בשנת 1994 (שכלל תיקון לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו) נעשתה ברוב של 80 חברי־כנסת ועם

הנשיא ברק, ש"המהפכה החוקתית התרחשה בהשקט, כמעט בהחבא". ראו להלן, הערה 91 והטקסט שלידה.

72. ראו אמנון רובינשטיין, "הכנסת וחוקי־היסוד על זכויות האדם", משפט וממשל ה (תש"ס) 339, עמ' 345-351; אוריאל לין, "מעמד החוקה בישראל", הלשכה 46 (תשנ"ט) 18, עמ' 19; דן מרידור, "הכרעות לאור חוקי־היסוד", רפורמה קונסטיטוציונית בישראל והשלכותיה (המרכז הירושלמי לעניני ציבור ומדינה, 1995) 69, עמ' 71; דברי חבר־הכנסת מרידור בדיוני המועצה הציבורית (לעיל, הערה 33), 55-56.

73. ראו דותן (לעיל, הערה 36), 184; לנדוי (לעיל, הערה 31), 700. להתייחסות הזעומה של כלי־התקשורת ראו רובינשטיין (לעיל, הערה 72), 349.

74. ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 521; גביזון (לעיל, הערה 11), 94, 132; רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 13), 918. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אושר בקריאה שלישית ברוב של 32 חברי־כנסת מול 21 מתנגדים ונמנע אחד. חוק־יסוד: חופש העיסוק, אושר בקריאה שלישית ברוב של 23 חברי־כנסת ובלא מתנגדים. במאמרו גורס פרופ' רובינשטיין, כי מאחורי חוק־היסוד עמדה קואליציה רחבה שלא השתקפה בהצבעה מסיבות שונות, והעיקרית שבהן ההצבעה על חוק הערבות שקדמה להצבעה על חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעומת זאת, האופוזיציה לחוק־היסוד התגייסה במלוא כוחה. נראה, כי תיאורו של רובינשטיין הוא המלמד יותר מכול באיזו מידה היה יחסם של חברי־הכנסת לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, יחס של "תול". חברי־כנסת נטשו את ההצבעה על פרק מזוקתה של מדינת ישראל בשל חוק הערבות ובשל קיזוזים הדדיים שנבעו מהבחירות הפנימיות אשר התקיימו באותה עת בשורות המפלגות הגדולות. סעיף השריון בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, נפל בשל התנגדותו של חבר־הכנסת ביטון שהונעה ט"שנאה בלתי־מוסברת לחוק וליוזמיו" (רובינשטיין (לעיל, הערה 72), 346-349).

מודעות ציבורית נרחבת לאירועים.[75] באשר לתיקון זה הנשיא ברק כותב, כי "היה ברור לחברי הכנסת כי הכנסת מפעילה סמכות מכוננת..."[76]

הגם שתיקוני חוקי־היסוד משנת 1994 היו ידועים לשופט חשין בעת הדיון בע"א בנק המזרחי, השופט חשין ממשיך ומקשה בנוגע להליך קבלת החוקה והכרזתה על־ידי בית־המשפט: "הכך דאוי לנו שנבנה חוקה?"[77]

אך גם לדעת השופט חשין, ישנה דרך נוספת שבה נוצרת חוקה כהלכה – דרך שבה תזכה חוקה לזיקה החברתית הנדרשת להשגת מטרותיה, וזוהי דרך של מאורע היסטורי רב־משמעות, דוגמת מהפכה, הקודם לתהליך יצירת החוקה. על־פי השופט חשין, דרך זו היתה "דרכן של חוקות בכל ההיסטוריה האנושית".[78]

השופט חשין מצביע על מאפייניו של המאורע ההיסטורי הייחודי הקודם ליצירת החוקה. לדבריו, "בעבר היתה זו אצבע האלוהים שחרתה חוקה על אבן. בימינו יד אדם היא הכותבת והכתב הוא בדם-ואש ותימרות עשן. ואם לא כך כי אז באש-ותמרות-עשן. ואם גם לא כך כי אז בתמרות-עשן".[79] ומוסיף השופט חשין: "נזכור כי חוקה נכתבת, ואמורה היא להיכתב, בשעת רצון, בהיבקע השמים ואדם יביע משאלתו, בעת מפנה חשוב בחייו של עם ...אכן חוקה תינתן על צומת דרכים במהלכה של אומה".[80] דוגמא אחת להתרחשות היסטורית מעין זו, הבולטת בפסק־דינו של השופט חשין היא דרך המהפכה. השופט חשין שואב השראה מהמהפכה הצרפתית ומהמהפכה הבולשביקית, אך "המהפכה החוקתית" מבית־מדרשו של הנשיא ברק אינה דומה כלל ועיקר – לדעת השופט חשין – למהפכות אלו.[81]

ההיסטוריה מלמדת, כי פעולות של יצירת חוקה מתרחשות פעמים רבות לאחר תקופה של התרגשות ציבורית גדולה, היוצרת אקלים של קונסנזוס חברתי־פוליטי המאפשר יצירת חוקה. תקופות כאלו יכולות להתרחש לאחר משבר פוליטי, כגון מלחמה, כשהקונסנזוס שהביא ליציאה למלחמה נמחק גם לפרוייקט יצירת החוקה שלאחריה. תבוסה במלחמה יכולה אף היא ליצור קונסנזוס חברתי בשיקום ההריסות ולהביא ליצירת חוקה. משברים כלכליים וחברתיים הם גורמים נוספים המביאים לכינונה של חוקה. כך גם תהליך של הגדרה עצמית וכייה בעצמאות על־ידי מדינה יכולים לגרור אתריהם

75. ראו רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 13), 915; דברי ח"כ מרידור בדיון בקריאה שנייה ושלישית של הצעת חוק־יסוד: חופש העיסוק, מיום 9.3.94, ד"כ 136 (תשנ"ד) 5413-5414.

76. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 378-379. לעמדה דומה ראו גם מרידור (לעיל, הערה 72), 71; וכן דברי ח"כ מרידור בדיוני המועצה הציבורית (לעיל, הערה 33), 55-56.

77. ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 567. הדיון בע"א בנק המזרחי התקיים ב-27.11.94. חוק־יסוד: חופש העיסוק, כונן מחדש ב-9.3.94.

78. שם, 473-475.

79. שם, שם.

80. שם, 478-479.

81. שם, 565-567.

כינונה של חוקה.[82] ובלא ספק, גם מהפכה חברתית או פוליטית היא כר נוח ליצירת מסמך חוקתי.[83]

מהפכה היא מאמץ קולקטיבי להתנכר להיבטים בסיסים של העבר ולשנותם. החוקה היא הודמנות לנסח את העקרונות שיסמלו את "העידן החדש", להבדיל מ"ההסדר הישן". כאשר האליטות המובילות את המהפכות עוברות מביקורת נגטיבית לניסוח פוזיטיבי בדרך של כתיבת חוקה, הטקסט החוקתי שצומח ועולה יכול לשמש כוח מעצב בהתפתחות החיים הפוליטיים במשך דורות רבים. חוקה, שהיא תוצר המהפכה וטומנת בחובה את הישגיה, יכולה להפוך לסמל המהפכה – סמל הזוכה לכוח פוליטי רב־עוצמה של זהות לאומית. הודות לתמיכה הציבורית הרחבה והעמוקה, העומדת מאחורי הערכים שמסמלת המהפכה, המהפכה מקנה לחוקה ערך מוסף ההופך חוקה מפיסת־נייר שיכולה להיות אך בגדר הצהרת כוונות למכשיר שלו כוח אפקטיבי לריסון השלטון. העקרונות הדמוקרטיים שבבסיס חוקה, שהיא תוצר של מהפכה, יכולים להוכיח עמידות גבוהה כלפי שינוי גם כאשר הלך־הרוח הפוליטי כבר אינו מהפכני ואינו נשען על עקרונות המהפכה.[84]

החוקה האמריקנית היא דוגמא בולטת לחוקה שנוצרה עקב מאורע יוצא־דופן – מלחמת העצמאות האמריקנית, המכונה "המהפכה האמריקנית הראשונה". החוקה האמריקנית מגלמת בתוכה רבים מעקרונות המהפכה האמריקנית ומהישגיה, כגון עיגון החופש שהושג הודות לניצחון במאבק לעצמאות.[85] מנהיגי המהפכה בארצות־הברית אף ראו בהצלחת מפעל החוקה הוכחה ללגיטימיות המהפכה.[86] בניגוד לחוקה האמריקנית,

82. ראו מקוויבי (לעיל, הערה 53), 15-16; האוורד (לעיל, הערה 45), 1; לודביקובסקי ופוקס (לעיל, הערה 45), 175, 194. וראו: Jon Elster, "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process", 45 *Duke L.J.* (1995) 364, pp. 370-371.

83. ראו מקוויבי (לעיל, הערה 53), 15; גביזון (לעיל, הערה 11), 70-71; András Sajó, "Preferred Generations: A Paradox of Restoration Constitutions", 14 *Cardozo L. Rev.* (1993) 847, p. 853; Ulrich K. Preuss, "The Politics of Constitution Making: Transforming Politics into Constitutions", 13 *Law & Pol'y* (1991) 107, pp. 107-108; Ruth Gavison, "The Controversy Over Israel's Bill of Rights", 15 *Isr. Y.B. on Hum. Rts.* (1985) 113, p. 152; Bruce Ackerman, *The Future of Liberal Revolution* (Yale University Press, New York, 1992), 3.

84. ראו אקרמן (לעיל, הערה 83), 3, 47, 49-50, 69. וראו: Ulrich K. Preuss, "Constitutional Powermaking For The New Polity: Some Deliberations on The Relations Between Constituent Power and The Constitution", 14 *Cardozo L. Rev.* (1993) 639, pp. 640-641; Bruce Ackerman, "The Rise of World Constitutionalism", 83 *Va. L.R.* (1997) 771, p. 778.

85. ראו אקרמן (לעיל, הערה 83), 51-53. Hannah Arendt, *On Revolution* (The Viking Press, New York, 1965), 139-141.

86. David A.J. Richards, "Revolution and Constitutionalism in America", 14 *Cardozo L. Rev.* (1993) 577.

שסיטלה את הצלחת המהפכה ועיגנה את הישגיה,[87] היוותה החוקה הווימארית בעיני העם הגרמני סמל לכשלון המהפכה של 1918 בגרמניה. החוקה הווימארית לא היתה תוצר המהפכה, אלא נכפתה על האוכלוסייה לאחר כשלון המהפכה. מטרתה היתה לסכל ולעצור את המהפכה. החוקה הווימארית, שנולדה בעקבות מהפכה היתה למעשה כניעתה של אותה מהפכה. ולכן, למרות "תמרות העשן" שליוו את יצירת החוקה הווימארית בדמות נפילתה של הקיסרות הגרמנית ויצירת רפובליקה תחתיה, לא זכתה החוקה הווימארית בלגיטימציה הציבורית המיוחלת.[88]

ברוח זו גורסת ארנדט (Arendt), כי ההבדל בין דרכי היצירה של החוקות במדינות אירופה שלאחר מלחמת־העולם הראשונה ובין דרך יצירתה של החוקה האמריקנית הוא הסיבה לגורלן השונה בתכלית של חוקות אלו. בעוד שהחוקות באירופה, כמו זו בווימאר, נכפו על עמי אירופה על־ידי ממשלותיהם, כונן העם האמריקני את ממשלתו בעזרת החוקה. בדיון החוקתי שקדם ליצירת החוקה האמריקנית השתתף ציבור גדול, ואילו בחוקות שלאחר מלחמת־העולם הראשונה הממשלות הצליחו למנוע השתתפות ציבורית

87. עם זאת, ישנם היסטוריונים מהאסכולה הפרוגרסיבית (הכולל שביניהם הוא צ'רלס בירד – Beard) הגורסים, שהחוקה האמריקנית מנוגדת למהפכה (Counterrevolutionary) וכי היא הונהגה בידי מיעוט ש"חנק" את המהפכה הפופולרית. למצער טוענים אחרים, שהפרש הזמנים בין המהפכה האמריקנית (1776) ליצירת החוקה (1787) מעיד כי אין לתאר את החוקה כמגלמת את המהפכה אלא כהסדר של התקופה שלאחר המהפכה. ראוי גם לציין, כי קדמו לחוקה סעיפי הקונפדרציה (1781) שהיו ניסיון הוקתי אמריקני ראשון – ניסיון שלא צלח ובמקומו כוננה כעבור שש שנים החוקה (על כך ראו בהרחבה בפרק החמישי). המלומדים פוקס ולודביקובסקי גורסים, כי אמנם החוקה האמריקנית עקבה אחר מלחמת־העצמאות, אך לטענתם לא ברור שחוקה זו נבעה ישירות ממנה. ראו לודביקובסקי ופוקס (לעיל, הערה 45), 194; אקרמן (לעיל, הערה 83), 56; Charles A. Beard, *An Economic Interpretation Of The Constitution Of The United States* (1935 Edition, The Free Press, New-York, 1965); Stanley N. Katz, "Constitutionalism and Revolution", 14 *Cardozo L. Rev.* (1993) 635, p. 636; Bruce A. Ackerman, "The Stors Lectures: Discovering the Constituion", 93 *Yale L.J.* (1984) 1013, pp. 1015, 1018.
לטענה נגדית הגורסת כי החוקה האמריקנית היא ביטוי מובהק למהפכה האמריקנית הראשונה, הגם שהחוקה נוסחה לאחר אי־הצלחתם של סעיפי הקונפדרציה ראו: Gary Jeffrey Jackobsohn, *Apple of Gold* (Princeton University Press, Princeton, 1993), 103.

88. ראו ארנדט (לעיל, הערה 85), 142-143, 302; ניומן, "רקבון הדמוקרטיה הגרמנית" (לעיל, הערה 48), 30; Edgar J. Feuchtwanger, *From Weimar to Hitler* (Macmillan Press, Houndmills, Busingstoke, Hampshire and London, 1993), 39.

בדיון החוקתי וניסחו חוקות בעזרת מומחים. לפיכך, הגם שחוקות באירופה לאחר מלחמת־העולם הראשונה התבססו במידה רבה על המודל החוקתי האמריקני, הן כשלו ולא הצליחו למנוע את עלייתם של כוחות טוטליטריים לשלטון.[89]

ג. הניסיון הקנדי והמהפכה האמריקנית השנייה

מהדיון שהיה עד כה עולה, כי התהליך החוקתי בישראל חסר מאפיינים היכולים להקנות לחוקי־היסוד לגיטימציה חברתית בקרב הציבור הישראלי. כפי שניסחה זאת יהודית קרפ, "ימי קבלת חוקי־היסוד בכנסת לא ימי מהפכה היו, אף לא ימי התרוממות רוח והתעלות; ימי קטנות היו, ימים של מאבקים ופשרות".[90] ואף הנשיא ברק גרס, כי "המהפכה התרחשה בהשקט, כטעט בהחבא".[91]

אלא שההשוואה בין התהליך החוקתי בישראל לתהליך החוקתי האמריקני לקויה ביסודה. השוני בין התהליכים בשתי המדינות נובע מן הרקע השונה לשני התהליכים – רקע המבוטא בשוני בתוכני הטסמכים החוקתיים. תוכני חוקי־היסוד התדשים שהביאו ל"מהפכה החוקתית" הישראלית שונים מתוכן החוקה האמריקנית. הסיבה לכך ברורה: החוקה האמריקנית נוצרה תקופה קצרה לאחר שארצות־הברית וכתה בעצמאותה, ומטרתה העיקרית היתה יצירת מערכת ממשל שתמלא את החלל לאחר הסתלקות הכתר הבריטי. אכן, מגילת־הזכויות (The Bill of Rights) שולבה בתוקה האמריקנית כתיקונים (Amendments) ארבע שנים לאחר קבלת החוקה, אך ייעודה העיקרי של החוקה היה יצירת כוח שלטוני מרכזי ולא יצירת מגילת־זכויות שתגביל אותו.[92] אכן, אחד מתפקידיה המרכזיים של חוקה הוא הגבלת כוח הממשל, אך אין אפשרות לייסד ממשל על בסיס הגבלות מבלי לייסד תחילה את הממשל ולתת לגיטימציה לעצם כוחו.[93]

יתירה מזו: התוקה האמריקנית מתוארת תדיר כמסמך המייסד ומגדיר אומה חדשה.[94] לא כך המצב בישראל: למרות השסעים בתברה הישראלית נדמה, כי אין חולק שבחברה

89. ראו מוריסון, קומאנ'ד ולכטנברג (לעיל, הערה 22), 126-130; ארנדט (לעיל, הערה 85), 144-145; Andrew Arato, "Forms of Constitution Making and Theories of Democracy", 17 *Cardozo L. Rev.* (1995) 191, pp. 205-206.

90. ראו יהודית קרפ, "חוק־יסוד כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח", משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, עמ' 326.

91. ראו אהרן ברק, "הכנסת מעולם לא היתה ריבונית, הריבון הוא העם", הלשכה 24 (תשנ"ה) 8, עמ' 14. והשוו לדבריו של הנשיא ברק שהובאו בפרק הקודם, ליד הערה 71.

92. ראו גביזון (לעיל, הערה 14), 24-27, 35; ארנדט (לעיל, הערה 85), 146, 148, 151-152; Ulrich K. Preuss, *Constitutional Revolution* (Humanities Press, New Jersey, 1995), 112-113.

93. פראוס (לעיל, הערה 92), 5.

94. ג'קובטון (לעיל, הערה 87), 109-110.

הישראלית כיום ישנם גורמים מאחדים העולים באורח ניכר על הגורמים המאחדים בחברה האמריקנית של המאה הי"ח.

רמיון תוכני רב יותר קיים בין מגילת־הזכויות הקנדית (The Charter of Rights) לחוקי־היסוד החדשים בישראל. הן מגילת־הזכויות הקנדית הן חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק־יסוד: חופש העיסוק, נחקקו כאשר לשתי המדינות היתה כבר מערכת ממשל מבוססת. בחקיקה זו ניסו שתי המדינות להגביל את הכוח השלטוני ולא ליצור אותו. כך, בקנדה אימוץ המגילה לא היה אימוצה של חוקה חדשה לגמרי. מלבד מגילת־הזכויות שחוקקה ב־1982, נותרו רוב סעיפי החוקה מ־1867 על כנם, אם כי נערכו מחדש במסגרת ה־Constitution Act, 1867.[95] בישראל נחקקו חוקי־היסוד בדבר זכויות האדם בעת שכבר מוסדר הפרק המשטרי בחוקי־היסוד. בשל הדמיון בתכנים ובשלב המשטרי שבו נחקקו שני חוקי־היסוד החדשים במדינת ישראל ומגילת־הזכויות בקנדה, השוואה בין התהליך החוקתי בקנדה לתהליך החוקתי בישראל מקנה נקודת־מבט נכונה יותר.

מגילת־הזכויות הקנדית לא נוצרה לאחר מהפכה ואף לא על רקע נסיבות היסטוריות יוצאות־דופן אחרות. התהליך הקנדי היה אבולוציוני,[96] כבר לאחר מלחמת־העולם השנייה הרעיון בדבר כינון מגילת־זכויות בקנדה החל לתפוס תאוצה, והצעה לכתיבת מגילת־זכויות הועלתה בפרלמנט כבר ב־1945. המצדדים במגילת־זכויות חוקתית ראו בה במהלך השנים אמצעי להשגת יעדים שונים – החל באמצעי הגנה מפני מהגרים, עבור להיות המגילה סמל להשתייכות הקנדית למחנה האמריקני במלחמה הקרה וכלה בהיותה אמצעי במאבק בתנועת העצמאות הקוויבקית. לגבי ראש ממשלת קנדה טרודו (Trudeau), שהוביל את המהלך החוקתי הקנדי, מגילת־הזכויות היתה כלי להחדרת דו־לשוניות (Bilingualism) כחלק מן המאבק בתנועת הלאומיות הקוויבקית. היות שהחוקה שימשה כלי במאבק של ממשלת קנדה, עוצבו אמצעים שנועדו להקנות לגיטימציה ציבורית רחבה למפעל החוקתי. כך הוקמה ב־1980 ועדה פרלמנטרית מיוחדת שדנה במגילה, ודיוניה שודרו בטלביזיה (267 שעות במשך 56 יום). הוועדה קיבלה פניות רבות, בייחוד מקבוצות אינטרסים. הוועדה שימשה אמצעי יעיל להגברת הלגיטימיות והתמיכה במגילה בקרב הציבור הקנדי.[97]

אך הליך חקיקת המגילה לקה בלגיטימציה הדמוקרטית שלו, והליקוי הבולט ביותר התבטא בכך שהמגילה לא אושרה על־ידי בתי־הפרלמנט בעשרת המחוזות (הפרובינציות) הקנדיים. עד לחקיקת המגילה, תיקונים חוקתיים של החוקה הקנדית דרשו את אישורו

95. Peter H. Russell, *Constitutional Odyssey* (University of Toronto Press, Toronto, 1992), 124; Roland Penner, "The Canadian Experience with the Charter of Rights: Are There Lessons for the United Kingdom?", *Pub. L.* (1996) 104, p. 114.

96. הנשיא ברק עומד על כך בפסק־דינו: "כמו במדינות רבות אחרות – כגון קנדה... החוקה שלנו היא פרי התפתחות חברתית טבעית. היא תוצאה של 'אבולוציה' מתמשכת ולא 'רבולוציה' חד פעמית" (ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 402).

97. ראו ראסל (לעיל, הערה 95), 78-79; פנר (לעיל, הערה 95), 107; Michael Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada* (Wall & Thompson, Toronto, 1994) 12-15, 21, 25-26, 36.

הפורמלי של הפרלמנט הבריטי.[98] בעבר, כאשר הפרלמנט הקנדי ביקש את אישור הפרלמנט הבריטי לתיקונים החוקתיים, היה נוהג שלפיו כמה בתי פרלמנט במתוזות נהגו להעביר החלטה התומכת בבקשה. אמנם, לא התקיימה כל דרישה חוקית להעברת החלטה כזו ואף לא נוצר כל נוהג שיטתי ברוח זו, אך התחושה היתה כי החלטה מעין זו, שהיא למעשה אישור של המגילה בפרלמנטים הנבחרים במתוזות, תעניק לחוקה לגיטימציה ציבורית גבוהה יותר.[99]

הסיבה להתעלמות מבתי הפרלמנט במחוזות בתהליך אישור המגילה היתה החשש מחילוקי־הדעות שיתגלעו בקרבם. פרלמנט אחד שכן קיים הצבעה על בקשת האישור של הפרלמנט הקנדי מהפרלמנט הבריטי היה הפרלמנט הקוויבקי, שהוציא צו ברוב גדול שדחה את בקשת הפרלמנט הקנדי. על צו זה אמר שר־המשפטים הקנדי, שכוחו ככוח צו "המכריז שלא יהיה שלג בקוויבק בחורף זה". בהמשך בית־המשפט לערעורים הקוויבקי ובית־המשפט העליון הקנדי דחו את הטענה, כי בידי קוויבק זכות וטו בתהליך התיקון החוקתי. אך פסיקה זו של בתי־המשפט לא יכלה להאפיל על שלילת הלגיטימציה החברתית לשינויים התוקתיים במתוז קוויבק – מתוז שמתגוררת בו רבע מאוכלוסיית קנדה, מתוז שחי בו רובו של המיעוט דובר הצרפתית הקנדי.[100]

אמנם, הליך כינון החוקה הקנדית לא נוהל ב"דמוקרטיה של חול" כהליך הישראלי,[101] שאלת הקיקתה של מגילת־זכויות עמדה בקנדה במרכז הדיון הציבורי, ובסקרים זכה רעיון המגילה לפופולריות גבוהה. אך גם תהליך יצירת החוקה הקנדית, כמו תהליך כינונם של חוקי־היסוד בישראל, לא התרחש על רקע נסיבות היסטוריות יוצאות־דופן.[102]

נראה כי כשמדובר בהגבלת כוח שלטוני, כפי שהיה בקנדה, הצורך ביצירת לגיטימציה וזיקה לחוקה בקרב האוכלוסייה הוא פחות בהשוואה לצורך בזיקה החברתית כלפי החוקה, כשזו מעגנת ומבססת את הכוח השלטוני. כאשר השלטון הוא המוביל את המהלך החוקתי להגבלת כוחו, כפי שאירע בקנדה, יש בכך כדי להראות כי השלטון מכיר בחשיבות ריסון כוחו ולכן פוחת הצורך בזיקה חברתית, שתעמוד מאחורי המסמך התוקתי כתמרור אזהרה לפני השלטון מפני הפרת החוקה. נראה, כי לאורך זמן מגילת־זכויות מעין זו תרכוש את תמיכת הציבור הודות לתדמיתה כמעלה את דרגת ההגנה על זכויותיו של האזרח. לכן גם אם המגמה לרסן את הכוח השלטוני, שהביאה את האליטות השלטוניות ליצור את מגילת־הזכויות, תשתנה, תזכה המגילה לתמיכה חברתית מספקת כדי להשיג את יעדה. עם זאת, טרם עבר זמן רב מאז כוננה המגילה הקנדית והיא טרם עמדה במבחנים קשים

98. דרישה זו בוטלה על־ידי המגילה.

99. כיום על־פי המגילה, תיקונים במגילה יזדקקו לאישור של הפרלמנטים המחוויים.

100. ראו ראסל (לעיל, הערה 95), 123-124, 128.

101. ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 540.

102. ראו ראסל (לעיל, הערה 95), 116; פנר (לעיל, הערה 95), 106; מנדל (לעיל, הערה 97), 13, 26-27; אלסטר (לעיל, הערה 82), 370.

שיעידו על יכולתה לרסן את הכוח השלטוני. קיים אפוא קושי להסיק לגבי הצלחת החוקה הקנדית בזכייה בלגיטימציה שתעמוד לה בדרגעי משבר.[103]

בחינת התהליך התוקתי בקנדה מעמידה בספק את נחיצותו של תהליך הכולל "דם ואש ותמרות־עשן" קודם לכינונה של חוקה. נימוק נוסף העומר בבסיס התנגדותו של השופט חשין להכרזה על קיומה של חוקה כיום במדינת ישראל מוטל בספק לנוכח הניסיון הקנדי. השופט חשין קובע, כי "על־פי עצם טיבה אמורה חוקה להכתב תוך זמן קצר יחסית... נזכור כי חוקה נכתבת, ואמורה היא להיכתב, בשעת רצון, בהיבקע שמיים ואדם יביע מישאלתו, בעת מיפנה חשוב בחייו של עם".[104]

אמנם, ניסוחה של מגילת־הזכויות הקנדית ארך רק שנתיים (החל בהכרזתו של טרודו בפרלמנט ב-1980), אך ישנם המסמנים את ראשיתו של המהלך החוקתי ב-1964, כאשר נרקמה נוסחה לתיקון חוקתי. אחרים מסמנים את ראשית התהליך במהלך החוקתי שטרודו החל בו כשר־משפטים כבר ב-1967 – מהלך שהחל לקרום עור וגידים עם מכתבו של טרודו לראשי המחוזות המרכיבים את קנדה, מכתב שצורפה אליו טיוטת חוקה. נראה אפוא, כי גם החוקה הקנדית לא נכתבה ב"שעת מפנה", אלא היתה תוצר של תהליך ארוך. מלומד אחד אף מציין, כי מבט השוואתי מראה כי אין עוד מדינה שהיתה עסוקה בפוליטיקה חוקתית באופן כה אינטנסיבי ובמשך זמן כה ארוך.[105]

בהיסטוריה התוקתית האמריקנית התהליך החוקתי המתאים יותר להשוואה ליצירת מגילת־הזכויות הקנדית ולחקיקת חוקי־היסוד החדשים הוא תהליך קבלת ה-Reconstruction Amendments, שנחקקו בשנים 1865-1870, כאשר בארצות־הברית היתה קיימת כבר מערכת שלטונית. אחת מן המטרות המרכזיות ביסוד תיקונים אלו היתה הגבלת הכוח השלטוני.[106] תיקונים אלו, ובתוכם ביטול העבדות, לא היו חלק מהתפתחות תוקתית מתמשכת של ימי הול. התיקונים התרחשו לאחר מלחמת־האזרחים האמריקנית – מלחמה המכונה כיום על־ידי רבים מן ההיסטוריונים האמריקנים "המהפכה האמריקנית השנייה".[107] תיקונים תוקתיים אלו נחקקו אפוא בתהליך התואם להלך־מחשבתו של

---

103. ראו: Ulrich K. Preuss, "Patterns of Constitutional Evolution and Change in Eastern Europe", *Constitutional Policy and Change in Europe* (Joachim Jens Hesse and Nevil Johnson – eds., Oxford University Press, Oxford, 1995) 94, p. 98; פנר (לעיל, הערה 95) 125.

104. ראו ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 478.

105. ראו ראסל (לעיל, הערה 95), 72, 76; מנדל (לעיל, הערה 97), 20. וראו: Bruce P. Elman, "Book Reviews: Canada....Notwithstanding", XXIV *Alta. L. Rev.* (1985) 378, p. 379. אך על הניסיון השבדי ראו אלטטר (לעיל, הערה 82), 370, וההפניה המצויה שם. למעשה קנדה עדיין עסוקה בדיון חוקתי, או מה שמכונה על־ידי ראסל "סיבובים מגה־חוקתיים". ראסל ואחרים קוראים לסגירת הדיון המגה-חוקתי. ראו ראסל (לעיל, הערה 95), 188-193.

106. מטרה מרכזית נוספת שהביאה לחקיקת התיקונים היתה החזרת הברית בין המדינות על כנה. ראו בנדיקט (לעיל, הערה 15), 2024, 2029.

107. ראו שם, 2033-2035, וראו ריצ'רדס (לעיל, הערה 86), 577.

השופט חשין.[108] בהסתמך עליהם גורסת פרופ' גביזון, כי רגעים "מהפכניים" דרושים גם לתיקונים של ממש ושנויים במחלוקת בחוקה, וראיה לכך הם אותם Reconstruction Amendments – התיקונים ה-13, ה-14 וה-15 לחוקה האמריקנית, שכדי לאפשר את חקיקתם "נדרשה" מלחמת־אזרחים.[109]

אכן, הלגיטימציה הציבורית שהתיקונים התוקתיים נשענים עליה כיום ניזונה במידה רבה ממלחמת־האזרחים – מלחמה שרק במהלכה הפכה למאבק לביטול העבדות, מלחמה שעם סיומה הפכה לסמל למאבק על זכויות האדם וביטול העבדות. כיום התיקונים עבור הציבור האמריקני מבטאים את משמעויותיה של מלחמת־האזרחים.[110]

בחינה היסטורית מגלה, כי אף תהליך תיקונה של החוקה האמריקנית לאחר מלחמת־האזרחים היה רצוף ליקויים מבחינת הלגיטימציה הציבורית שהתיקונים קיבלו. שורש בעיית הלגיטימציה היה נעוץ בפער בין תיקון החוקה, כפי שהתנהל בפועל ובין הפרוצדורה הנדרשת לתיקון החוקה כמפורט בסימן 5 לחוקה האמריקנית. הוראות סימן 5 קובעות, כי תיקון חוקתי מחייב אישור של שלושה רבעים ממדינות ארצות־הברית. במהלך שנות השישים של המאה הי"ט לא היו יותר מ-37 מדינות חברות בברית. נדרשו אפוא עשר מדינות לסיכול תיקוני התוקה שנועדו לעגן את הישגי הצפון (Union) במלחמת־האזרחים. למרות נצחונו של הצפון, גוש הוסם של עשר מדינות התעצב בקלות, שכן 11 מדינות חורו לברית מהדרום (Confederacy). נוסף על כך, מדינות מספר מהצפון נדדו בין מתנה למתנה.[111]

המשבר החוקתי שנוצר בין השאר בגלל האפשרות ליצירתו של גוש חוסם זה השפיע בעיקר על תהליך כינון התיקון ה-14 לחוקה. התיקון ה-14 נעשה הלכה למעשה לא על־פי הפרוצדורה המעוגנת לשינוי חוקתי בסימן 5 לחוקה האמריקנית. כך, לשם חקיקת התיקון ה-14 וכדי להתגבר על הגוש החוסם, חוקק הקונגרס חוק שחילק את עשר מדינות הדרום (מלבד טנסי)[112] לחמישה מחוזות צבאיים. אסיפות חוקתיות נבחרות הוקמו בכל מחוז.

---

108. על הוויכוח בעניין חשיבותה של מלחמת־האזרחים בהקנייית לגיטימיות ל-Reconstruction Amendments ראו: Walter Dean Burnham, "Constitutional Momemnts and Punctuated Equilibria: A Political Scientist Confronts Bruce Ackerman's We The People", 108 *Yale L.J.* (1999) 2237, pp. 2262-2267.

109. ראו בנדיקט (לעיל, הערה 15), 2027; גביזון (לעיל, הערה 83), 152; לודביקובסקי ופוקס (לעיל, הערה 45), 173.

110. ראו: David A.J. Richards, *Conscience And The Constitution* (Princeton University Press, Princeton, 1993), 6, 15, 21, 109, 115-118, 132 144; Bruce Ackerman, *We The People – Transformations* (The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1998), 21-22, 115-116, 130-132, 159, 161, 235; Stephen M. Griffin, "Constitutional Theory Transformed", 108 *Yale LJ* (1999) 2115, p. 2146; וראו ריצ'רדס (לעיל, הערה 86), 577, 588-591, 595-596, 602.

111. ראו אקרמן (לעיל, הערה 110), 16.

112. שם, 110. טנסי אישרה את התיקון קודם־לכן ולכן נציגיה הוחזרו מיד לקונגרס.

אמנם, לרשימות הבוחרים לאסיפות החוקתיות נוספו הבוחרים השחורים, אך בוחרים לבנים "לא נאמנים" לשלטון הוצאו מן הרשימות. מדינות הדרום, שלאחר מלחמת־האזרחים לא זכו לייצוג בקונגרס, נדרשו לאשר את התיקון ה-14 באמצעות אותן אסיפות חוקתיות כתנאי לחידוש השתתפות נציגיהן בקונגרס. הקונגרס קבע, כי רק לאחר שתתוקן החוקה יותר למדינות הדרום לשוב ולשלוח את נציגיהן לקונגרס. מעשית נכפה התיקון ה-14 בדרך זו על מדינות הדרום.[113]

הוויכוח סביב התיקון ה-14 פילג את הציבור האמריקני והיה גורם מרכזי ביצירת משבר חוקתי תריף בין שלוש זרועות השלטון. בין שאר האירועים החריגים שאירעו במהלך המשבר היה ניסיון כושל להדחת (Impeachment) הנשיא באותה עת, אנדרו ג'ונסון. אירוע חריג נוסף היה הסרתו של תיק חוקתי עקרוני מסדר־יומו של בית־המשפט העליון באמצעות חוק מיוחד ששלל את סמכות השיפוט של בית־המשפט, לאחר שכבר נשמעו הטיעונים בתיק בפני בית־המשפט.[114]

ניכר כי הליך הקיקתם של ה-Reconstruction Amendments, ובייחוד בכל הנוגע לתיקון ה-14, היה נגוע בליקויים שפגעו בלגיטימציה הציבורית של התיקונים. רק עם תום המשבר והחל בשנות השבעים של המאה הי"ט החלה תקופת ביסוסם של התיקונים החדשים.[115] עם זאת, התיקונים, שמהותם הגנה שווה של החוק לכל אדם, לא יושמו עד לאמצע המאה העשרים ומהפכת זכויות האזרח. קשה אפוא לייחס ל-Reconstruction Amendments לגיטימציה ציבורית ממשית עד לאמצע המאה העשרים.[116]

מרחק הזמן הקנה לגיטימציה בלתי־מעורערת ל-Reconstruction Amendments. לטענת פרופ' אקרמן, הקונסנזוס העכשווי סביב הלגיטימיות של התיקונים מפתה מלומדים זרים ואמריקנים להשוב כי כך היה המצב בעת יצירתם. אך למעשה תהליך כינונם של ה-Reconstruction Amendments היה, כאמור, רחוק מלהיות תהליך קונסנזואלי; הוא היה רצוף ליקויים מבחינת הלגיטימציה הציבורית שניתנה לתיקונים.[117]

הגם שהקיקתה של מגילת־הזכויות בקנדה לא התרחשה לאחר מאורע מהפכני, הרי מטלול התהוותה של המגילה היה שונה ונבדל איכותית מהפוליטיקה היומיומית. מטלול חוקתי נבדל זה וההתייחסות הציבורית שגלוותה ליצירת המגילה הקנו לחוקה הקנדית

113. ראו אקרמן (לעיל, הערה 110), 102-104, 110-113, 117-118, 147-148, 188-191, 207, 237-238, 388; Bruce Ackerman, "Revolution on a Human Scale", 108 *Yale L.J.* (1999) 2279, p. 2303.

114. ראו אקרמן (לעיל, הערה 110), 160-164, 180, 188-191, 201-202, 207-211, 219, 222, 230, 388; מוריסון, קומאג'ר ולכטנברג (לעיל, הערה 22), 348-360.

115. ראו אקרמן (לעיל, הערה 110), 20, 234-247, בנדיקט (לעיל, הערה 15), 2025.

116. ראו: Eric Foner, "The Strange Career of Reconstruction Amendments", 108 *Yale L.J.* (1999) 2003, pp. 2007-2009 רק ב-1954 ביטל בית־המשפט העליון האמריקני את ההפרדה הגזעית. ראו מוריסון, קומאג'ר ולכטנברג (לעיל, הערה 22), 732-734.

117. ראו אקרמן (לעיל, הערה 110), 99-100, 108-109, 163, 383.

לגיטימציה ציבורית. בארצות־הברית עקבו התיקונים ה־13, ה־14 וה־15 לחוקה אחרי מלחמת־אזרחים. תהליך תיקון החוקה לווה מחלוקות חריפות. כיום נסמכים התיקונים על מלחמת־האזרחים כמקור הצדקה ולגיטימציה. בפרק הבא ייבחנו שינויים חוקתיים בשלוש מדינות – הונגריה, פולין וגרמניה. אמנם, השינויים החוקתיים במדינות אלו אירעו לאחר מאורעות היסטוריים בעלי עוצמה מהפכנית ברורה, אך בהונגריה, בפולין, ובמידה מסוימת גם בגרמניה, גוצלה במידה מועטה בלבד הלגיטימציה המהפכנית לקידום הלגיטימציה של השינוי החוקתי.

ד. השינויים החוקתיים בהונגריה, בגרמניה ובפולין

סימני ההיכר המאפיינים תהליך ראוי של קבלת חוקה אליבא דהשופט חשין נדמים כמאפיינים של תהליך אלים. כך תופס הנשיא ברק את דבריו של השופט חשין בדבר הצורך ב"אש, דם ותימרות עשן".[118] אם לכך כיוון השופט חשין, הרי בשינויים החוקתיים במזרח־אירופה בסוף שנות השמונים נעדרו כמעט כליל סימני היכר אלו. מאורעות כגון מלחמת־אזרחים ושפיכות־דמים נעדרו כמעט לחלוטין מהזירה המזרח־אירופאית במהלך הקיץ והסתיו של 1989 (עם החריג החלקי של רומניה, ולאחר־מכן יוגוסלביה).[119]

118. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 391. כך גם מפרשת פרופ' גביזון את התייחסותו של הנשיא ברק לדבריו של השופט חשין (גביזון (לעיל, הערה 11), 125 (הערה 253)). אך פרופ' גביזון גורסת, כי חשין דורש "דם אש ותימרות עשן' כמאפיין ראוי של הליך קבלת חוקה..." (שם, ההדגשה הוספה – א"ב). עם כל הכבוד נראה, כי השופט חשין בוחן את המצוי, "דרכן של חוקות בכל ההיסטוריה האנושית" (ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 475), מעל דבריו לגבי דם ואש) וממנו מעלה מסקנות לגבי ההליך הנדרש לקבלת חוקה.

119. ראו פראוס (לעיל, הערה 92), 81. פרופ' פראוס אף מציין, כי גם במהפכה המהוללת האנגלית (Glorious Revolution, 1688) ובמהפכה האמריקנית הראשונה מספר העימותים היה מועט־יחסית. ראו: Andrew Arato, "Dilemmas Arising from the Power to Create Constitution in Eastern Europe", 14 *Cardozo L. Rev.* (1993) 661, pp. 674-675 (note 40); אקרמן (לעיל, הערה 83), 17. לגבי הונגריה ראו גם: Istvan Pogany, "Constitutional Reform in Central and Eastern Europe: Hungary`s Transition to Democracy", 42 *Int'l & Comp. L.Q.* (1993) 332, pp. 337-338; לגבי פולין ראו גם: Irena Grudzinska Gross, "Introduction: When Polish Constitutionalism Began", *EECR* (Spring/Summer 1997) 64, p. 65; Luis Lopez Guerra, "Symposium: Peaceful Transitions to Democracy: The Application of the Spanish Model in the Constitutional Transitions in Central and Eastern Europe", 19 *Cardozo L. Rev.* 1937, p. 1942 (1998).

כך בהונגריה הונהג המעבר החוקתי בדרכי שלום ואף התוקה ההונגרית המתוקנת מכריזה על כך בהקדמתה,[120] הסדר החוקתי התדש ההונגרי שהותל ב-1989 הונהג באמצעות תיקון מסיבי לחוקת הונגריה מ-1949. תשעה תיקונים נוספים לחוקה התקבלו שנה לאתר־מכן על־ידי פרלמנט שנבחר לראשונה בבחירות חופשיות. בסיכומו של דבר תוקנה התוקה ההונגרית בשנים 1989־1990 עד שכ-95% ממנה נכתבו מחדש. המשפט היחיד בתוקה מ-1949 שנותר על כנו בלא שינוי הוא "בירת הונגריה היא בודפשט". מלומדים הונגרים מכנים שינויים חוקתיים אלו "מהפכה חוקתית", לאמור: השינויים לא רק נעשו בצורה חוקית, אלא גם התבססו על החוקה הקיימת עם דגש על המשכיותה של המערכת החוקית הקיימת. נוצרה אפוא חוקה חדשה, המבוססת על תיקון מסיבי של התוקה מ-1949, כאשר כמה מאפיינים חשובים מן ההסדר התוקתי מ-1949 נותרו בלא שינוי, כגון המשטר הפרלמנטרי ששרד את הנסיונות לעבור למשטר נשיאותי.[121]

בהונגריה לא התרחש כל "דגע חוקתי". התיקונים החוקתיים נעשו בתופזה ובלי שיטתיות, כך שלא היתה כל "רוח חוקתית" בתהליך. התיקונים נעשו בלא דיון ציבורי או השתתפות ציבורית רחבה, ו"שחקנים" בתהליך השינוי התוקתי ניהלו פעמים רבות את הוויכוח החוקתי כדי להשיג מטרות פוליטיות מוגדרות – תלקן אף מטרות קצרות־טווח.[122]

לא רק "יום חג ומועד"[123] שבו נוצרת חוקה חסר בתהליך תיקונה של התוקה ההונגרית, גם הפורומים שהתיקונים נוסחו ובתקקו בהם חסרו לגיטימציה חברתית. התיקונים לחוקה

---

120. לשון ההקדמה לחוקה ההונגרית המתוקנת היא זו: "With a view to promoting a peaceful political transition to a constitutional state implementing a multi-party system, parliamentary democracy..." (G.H. Attila Ágh, "The Permanent 'Constitutional Crisis' in the Democratic Transition: The Case of Hungary", *Constitutional Policy and Change in Europe* (Joachim Jens Hesse and Nevil Johnson – eds., Oxford University Press, Oxford, 1995) 296, p. 304.

121. Peter Paczolay, "The New Hungarian Constitutional State: Challenges and Perspectives", *Constitution Making in Eastern Europe* (A.E Dick Howard – ed., Woodrow Wilson Center Press, Washington ,1993) 21, pp. 24-27, 48; פוגני (לעיל, הערה 119), 334, 337-338; אגה (לעיל, הערה 120), 299-300; אראטו (לעיל, הערה 119), 677; Rett Ludwikowski, *Constitution Making in the Region of the Former Soviet Dominance* (Duke University Press, Durham, N.C. ,1996), 180.

122. György Szoboszlai, "The Politics of Constitutional Amendment: Hungary's Lasting Transitory Constitution", *The Creation and Amendment of Constitutional Norms* (Mads Andenas – ed., The British Institute of International and Comparative Law, London, 2000) 174 ,pp. 177, 179-180; Andrew Arato, "Parliamentary Constitution Making in Hungary", *EECR* (Fall 95) 45; אראטו (לעיל, הערה 119), 675, 680-681; אלסטר (לעיל, הערה 14), 962; אגה (לעיל, הערה 120), 297, 299-300.

123. כלשונו של השופט חשין בע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 475.

ההונגרית ב-1989 נחקקו בפרלמנט שנבחר ב-1986 בבחירות לא־חופשיות. אמנם, הכנת התיקונים וניסוחם הופקדו בידי פורומים חיצוניים לפרלמנט (Roundtable talks), אך גם אלו לא היו נבחרים. הרכב הפורומים שהכינו את תיקוני 1989 כלל את המפלגה הקומוניסטית, שעדיין היתה בשלטון, ומולה נציגים של חלק מקבוצות האופוזיציה. כוחן של קבוצות אחרונות אלו בקרב האוכלוסייה לא היה ברור וחלקן אף לא נבחרו לפרלמנט בבחירות שהתקיימו אחרי השינוי החוקתי. המלומד פקוולאי (Paczolay), בנסיונו לבסס את הלגיטימיות של השינוי החוקתי ב-1989, גורס כי העובדה שהפרלמנט החדש אשר נבחר באופן חופשי על־ידי הציבור המשיך ותיקן את החוקה מצביעה על ההכרה ועל הלגיטימציה שניתנו לשינויים החוקתיים של 1989. עם זאת חשוב להדגיש, כי באותן בחירות הבוחרים לא נתבקשו להצביע בעד החוקה החדשה או נגדה, אלא על ההסדרים שזו קבעה. השתתפות האזרחים בבחירות אינה מעידה דווקא על הסכמה פופולרית לשינויים החוקתיים, אלא יכול שמעידה על הסתגלותם למצב דברים קיים בלבד, מה גם שאחוז ההצבעה בבחירות הראשונות החופשיות בהונגריה היה נמוך. ואם נוסיף על כל אלו את העובדה כי סבב זה של התיקונים החוקתיים (ב-1990) נעשה על־ידי קואליציה, אשר הגם שמנתה שני שלישים מהמושבים בפרלמנט (כנדרש לשם תיקון חוקתי), זכתה בבחירות רק ל-46% מהקולות, הרי ספק אם הבחירות החופשיות והתיקונים החוקתיים שבאו אחריהן העניקו לחוקה החדשה את הלגיטימציה הדרושה.[124]

למרות העובדה שהחוקה ההונגרית לא כוננה במקשה אחת ב"רגע חוקתי" קונסטואלי, הרי אין ספק שהיא ניתנה ב"צומת דרכים במהלכה של אומה" (כלשונו של השופט השין).[125] ישנם המאפיינים את השינויים החוקתיים בהונגריה כמהפכה במובן זה, שהתיקונים החוקתיים הביאו ליותר משינוי רדיקלי במערכת שנותרה במהותה כבעבר. התיקונים החוקתיים נטלו את הכוח הריבוני מהכוחות שהחזיקו בהם וביססו סדר חברתי המושתת על חירות שווה לכל האזרחים. המהירות והחדות בשינויים במבנה הכלכלה והחברה שהתרחשו בהונגריה תואמים מבנה של מהפכה. עם זאת, הדוגמאות הקלסיות של מהפכות מאופיינות בשבירה של הסדר החוקי – המשכיות החקיקה מעוכבת. בהונגריה ובשאר מדינות מזרח־אירופה, למרות הרדיקליות של השינויים, לא היו כמעט סימני שבר מעין אלו. בהונגריה נעשו תיקונים חוזרים ונשנים לחוקה ההונגרית במסגרת המשכיות

124. פקוולאי (לעיל, הערה 121), 30-31, 35-36, 48-49; אקרמן (לעיל, הערה 83), 144 (הערה 124); פוגני (לעיל, הערה 119), 339; אראטו (לעיל, הערה 119), 601, 602; Andrew Arato, "Elections, Coalitions and Constitutionalism in Hungary", *EECR* (Summer/Fall 1994) 26, p. 28; Andrew Arato, "The Constitution-Making Endgame in Hungary", *EECR* (Fall 1996) 31, pp. 35-36; Janos Kis, "Between Reform and Revolution: Three Hypotheses about the Nature of the Regime Change", 1 *Constellations* (Jan 1995) 399, p. 410. יש לציין, כי בהונגריה התקיים משאל־עם בנוגע לאישור הסעיף החוקתי העוסק בדרכי בחירת הנשיא, אך זה לא הביא לדיון לגבי המערכת החוקתית בכללותה. פאקוולאי, שם, 39; אראטו, שם, שם; אקרמן, שם, 144 (הערה 124).

125. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35), 477-479.

הסדר החוקי. ההמשכיות החוקית לא הושעתה אף לרגע, ובכך דמו השינויים לרפורמות המנוהלות על־ידי השלטון יותר מאשר למהפכה, בהיותם נעשים במסגרת הסדר החוקי. ישנם אף המסיקים מן הקושי ומהשיהוי בבינון מסמך חוקתי, כי לא אירעה מהפכה אמיתית בהונגריה. בין אם אפשר לכנות את השינויים שהתרחשו במונח "מהפכה" בין אם לאו, התכחשותם של מתקני החוקה ההונגרית לאופי המהפכני של התהליך החוקתי שחקה כל לגיטימציה דמוקרטית־מהפכנית שמאורעות 1989 סיפקו. ניתן אפוא להסתפק בהנחה כי גם אם מאורעות 1989 היו מהפכה במובן שהצבעתי עליו, הרי גם האופי המהפכני של ההליך לא סייע בחיווקה של הויקה החברתית הדרושה לחוקה חדשה.[126]

פרופ' אקרמן הצביע על הסכנות הגלומות ביצירת חוקה בדרך של תיקון המסמך החוקתי, שריד המשטר הקומוניסטי. פרופ' אקרמן גורס כי מעמדה של החוקה המתוקנת, דוגמת זו ההונגרית, יהיה מעורער. החוקה הקומוניסטית שלפני התיקונים שימשה לא יותר מאשר מסמך תעמולתי, וככזו יחס הציבור אליה היה מזלזל. בדי לשנות יחס זה מיסודו יש צורך בשינוי חד ויסודי. בלא יצירת מסמך חוקתי חדש בתהליך של שינוי חד מן העבר לא יביאו הפרות החוקה לתגובה מיוחדת מצד הציבור והאליטות. תיקונים חוזרים ונשנים של החוקה אינם יכולים ליצור את המחויבות הסמלית של האוכלוסייה כלפי החוקה, מה גם שתיקוני החוקה בהונגריה לא היו מפעל חברתי משותף ונוהלו בעיקר על־ידי האליטות החברתיות. התהליך החוקתי ההונגרי לא העניק לחוקה ההונגרית את הלגיטימציה הדמוקרטית ששיוועה לה. יכולתה של החוקה ההונגרית לשמש גורם מאחד בקרב הציבור ההונגרי מוטלת אף היא בספק. ישנם הגורסים כי בשל היעדרה של מסורת דמוקרטית בהונגריה, הרי בלא שינוי יסודי שיבהיר את הקשר בין השינוי המהפכני שאירע ב-1989 לחוקה ויהפוך את החוקה לסמלו של אותו שינוי מהפכני, יהיה קושי ממשי לשמור על המערכת הדמוקרטית ההונגרית בעת משבר.[127]

126. ראו קיס (לעיל, הערה 124), 399-400; סאג'ו (לעיל, הערה 83), 854; S. Holmes and C.R. Sunstein, "The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe", *Responding to Imperpection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Sanford Levinson - ed., Princeton University Press, Princeton, 1995) 275, p. 285; אראטו (לעיל, הערה 119), 675-676, 682; אראטו (לעיל, הערה 122), 45; ברזינסקי (לעיל, הערה 14), 8-9; לודביקובסקי (לעיל, הערה 121), 180; פראוס (לעיל, הערה 92), 81-82, Andrew Arato, *Civil Society, Constitution, and Legitimacy* (Rowman & Littlefield, Lanham, 2000), 3, 5, 12, 16-17, 36-39, 81-127, 269 (note 100); הסלידה והרתיעה של יוצרי החוקה ההונגרית מהשימוש במונח "מהפכה" ומקניית הלגיטימציה ה"מהפכנית" נבעו בראש־ובראשונה מהשימוש הנרחב של המשטר הקומוניסטי ברעיון המהפכה המתמדת – שימוש שהקנה למושג "מהפכה" וללגיטימציה הנובעת ממנו פופולריות מעטה במזרח־אירופה.

127. ראו קיס (לעיל, הערה 124), 418-419; אקרמן (לעיל, הערה 83), 61-62; אראטו (לעיל, הערה 89), 216-217.

בניגוד לדעה זו, מלומדים אחרים גורסים כי תהליך אבולוציוני של יצירת חוקה, דוגמת התהליך ההונגרי, הוא התהליך המתאים ביותר לרכישת לגיטימציה חברתית לחוקה במציאות שהותוותה במדינות מזרח־אירופה לאחר הסתלקות המשטר הקומוניסטי. התהליך האטי, הכולל תיקונים חוקתיים חוזרים ונשנים, מאפשר להקנות לגיטימציה לטקסט החוקתי באמצעות דיון ציבורי לאורך זמן בתוכני החוקה. תהליך אבולוציוני מבטיח גם את חינוך פקידי הממשל, האליטות האופוזיציוניות והציבור הרחב לערכים חוקתיים בלא להסתכן בפגיעה בלגיטימיות השבירית ממילא של המוסדות הנבחרים. סכנה זו עלולה להתעורר בתנאים של דמוקרטיה צעירה כהונגריה, אם תועמד החוקה למשאל־עם שישתתף בו אחוז נמוך מהציבור או אם תידחה בו החוקה.[128]

בעת האחרונה נשמעים יותר ויותר קולות בהונגריה הגורסים, כי החוקה הקיימת התבססה וקנתה לגיטימיות מספקת בקרב הציבור ועל־כן אין עוד צורך בכינון חוקה חדשה.[129] בסיונות מאוחרים יותר לכונן חוקה כשלו.[130] בית־המשפט החוקתי ההונגרי גרס לאורך כל הדרך, כי אין צורך בכינונה של חוקה חדשה ואף הביע את חששו כי הישגים חוקתיים של ממש עלולים לרדת לטמיון אם תכונן חוקה חדשה. נשיא בית־המשפט החוקתי ההונגרי העלה בראיון עמו טיעונים דומים לאלו של השופט חשין, אך גור מהם מסקנות שונות. לדעתו, מאחר שחוקה חדשה לא נוצרה ב"דגע החוקתי הנכון" קשה עתה ליצור רגע שכזה, מה גם שהדיונים החוקתיים מתנהלים לפני פרלמנט ריק ובתוסר

---

128. ראו הולמס וסונסטיין (לעיל, הערה 126), 287-288; Stanley N. Katz, "Constitutionalism in East Central Europe: Some Negative Lessons from the American Experience", *Comparative Constitutional Law* (Vicki C. Jackson and Mark Tushnet - eds., Foundation Press, New York, 1999) 283, p. 284. אראטו (לעיל, הערה 126), xii-x. על בעיה דומה בנוגע לחוקה הפולנית בטרם כינון החוקה החדשה ב-1997 ראו ברוזינסקי (לעיל, הערה 14), 89.

129. "Hungary Update", EECR (Winter 1996) 10; "Hungary Update" *EECR* (Summer/Fall 1994) 10; ראו סוכובולאי (לעיל, הערה 122), 184, 187, 189, 194.

130. בהונגריה נעשו מאמצים לכונן חוקה חדשה להלוטין ולאחר הבחירות ב-1994 הוקמה ועדה פרלמנטרית למטרה זו. תהליך ניסוח טיוטת החוקה בוועדה כלל השתתפות של כמעט כל גופי הקשת הציבורית בהונגריה ואף ניתנה למפלגות האופוזיציה יתר־ייצוג בוועדה החוקתית (מעל לכוחם הריאלי בפרלמנט), והכול אף־על־פי שכוחן של מפלגות הקואליציה היה די לכונן חוקה חדשה בלא תמיכת האופוזיציה (הקואליציה החזיקה יותר משני שלישים של המושבים בפרלמנט). הוועדה הביאה ביוני 1996 לאישור הפרלמנט את טיוטת החוקה, אך החוקה המוצעת לא זכתה לרוב של שני שלישים הנדרש. טיוטה שנייה של החוקה אף היא לא זכתה לרוב בדצמבר 1997. בעת שהוקמה הוועדה הוסכם, כי אם לא יושג קונסנזוס לגבי חוקה עד לסוף הקדנציה של הפרלמנט, תיוותר החוקה הנוכחית על כנה ("Hungary Update" *EECR* (Summer 1995) 12-13, (Fall 1995) 14, (Winter 1996) 10, (Spring/Summer 1996) 10-11, (Winter 1997) 15; ראו אראטו (לעיל, הערה 122), 46-50; ראו אראטו (לעיל, הערה 126), 77-79.

התלהבות ציבורית. גישה זו של בית־המשפט החוקתי ההונגרי ונשיאו ננקטת אף־על־פי שתקדמת ההוקה ההונגרית בנוסחה כיום מצביעה על אופיה הזמני של החוקה ומבטיחה כי תכונן חוקה חדשה.[131]

תהליך תוקתי נוסף המסייע לאושש את הרעיון כי חוקה יכולה לזכות לאורך זמן בלגיטימציה החברתית הנדרשת, גם בלא "רגע חוקתי" מובהק ואף כאשר בהליכי קבלת החוקה ההשתתפות הציבורית נמוכה, הוא התהליך התוקתי הגרמני.[132]

חוק־היסוד הגרמני (Basic Law), שנחקק ברפובליקה הפדרלית (מערב־גרמניה) ב־1949 יועד להיות חוקה לתקופת־הביניים שבה תולקה גרמניה. הסעיף הנועל את חוק־היסוד (סעיף 146) אף קבע מפורשות כי חוק־היסוד יפקע מיד, כאשר העם הגרמני במדינה הגרמנית המאוחדת יחליט באופן חופשי על חוקתו החדשה.[133]

ראשיתו של חוק־היסוד רצופה חסרים בלגיטימציה הדמוקרטית: הטראומה מהמשטר הנאצי הביאה לאי־אמון בהמוני העם הגרמני מצד מכוונני חוק־היסוד. תוסר־האמון התבטא בדרך האישור של חוק־היסוד בלא פנייה אל העם הגרמני במשאל־עם, הגם שמשאל כזה התחייב מהנחיותיהן של המעצמות המערביות. מכוונני חוק־היסוד הגרמני ביקשו לכוננו בלא השתתפות הציבור הגרמני. ההמונים נראו למכוננים כבלתי־מסוגלים לשלוט בעתידם בשל תמיכתם בהיטלר ובמשטר הנאצי. להערכת המכוננים לא היה אפשר לחנך בין לילה את אזרחי גרמניה שחיו בעת שלטון המשטר הנאצי ולהופכם לאזרחים דמוקרטיים. לכן היו אלו האליטות שכוננו את חוק־היסוד מתוך תקווה לחינוך ארוך־טווח של הציבור הגרמני ולצמיחת דור חדש של אזרחים גרמנים שיתחנך לאורו של חוק־היסוד, עם זאת, חוק־היסוד אושר על־ידי כמעט כל מחוקקי המדינות הגרמניות (מלבר בווריה, הפרוצדורה דרשה אישור של שני שלישים ממחוקקי המדינות).[134] על הליקוי בהשגת הלגיטימציה הדמוקרטית לחוקה בדמות פנייה לעם הגרמני לאשרה, יש להוסיף את חוסר ההשתתפות וההתעניינות הציבורית במהלך יצירתו של חוק־היסוד. בסקר שנעשה בקרב מדגם מייצג של הציבור המערב־גרמני בעת כינון חוק־היסוד גרסו 33% מהנשאלים כי הם מתעניינים רק מעט בחוק־היסוד ו־40% טענו כי אין הם מתעניינים בו כלל. אף מחוקקי המדינות שאישרו את חוק־היסוד נבחרו כמעט כולם שנתיים־שלוש לפני האישור ועל־כן אי־אפשר לגרוס, שהצבעת הציבור בבחירות היתה בגדר אישור החוקה על־ידי הציבור הגרמני. נוסף על כך, בהליך כינון החוקה היתה

131. Andras Mink, "Feature: Questioning Constitutional Justice - Hungary - Interview with László Sólyom, President of the Hungarian Constitutional Court", *EECR* (Winter (1997) 71, p. 73; ראו אראטו (לעיל, הערה 126), 77-79.

132. ראו אראטו (לעיל, הערה 122), 45.

133. Paul M. Schwartz, "Constitutional Change and Constitutional Legitimation: The Example of German Unification", 31 *Hous. L. Rev.* (1994) 1027, p. 1080.

134. אמנם, בפרלמנט הבווארי לא אושר חוק־היסוד, אך בהצבעה נוספת קבע הרוב בפרלמנט כי חוק־היסוד יחייב את בווריה אם יאשרו אותו שני שלישים ממחוקקי המדינות. ראו מרקל (לעיל, הערה 10), 159.

מעורבות מסוימת של המעצמות המערביות, הגם שבסיכומו של עניין השפעת המעצמות על חוק־היסוד לא היתה ממשית, הרי ההשפעה הפסיכולוגית של התערבותן בתהליך יצירת חוק־היסוד ודאי לא הוסיפה ללגיטימציה הדמוקרטית של המסמך החוקתי הגרמני בשנותיו הראשונות, ובכל־זאת, למרות כל הסרים אלו, עוד לפני איחוד גרמניה זכתה החוקה לתמיכה גבוהה ביותר בקרב הציבור הגרמני.[135]

האיחוד־מחדש (Reunification) בין גרמניה המזרחית (הרפובליקה הדמוקרטית הגרמנית, GDR) לגרמניה המערבית (הרפובליקה הפדרלית של גרמניה, FRG) לא לווה אף הוא בקבלתה של חוקה חדשה.[136]

בעת האיחוד בין שתי הגרמניות ולאחריו עלתה השאלה, האם יש להחליף את חוק־היסוד בחוקה חדשה בכפיפות לאישורה במשאל־עם, או שמא יש לתקן רק את חוק־היסוד ולהתאימו למצב החדש שנוצר עם האיחוד. הצורך בהחלפת חוק־היסוד בחוקה חדשה נבע מהרצון לאפשר לתושבי מזרח־גרמניה לבטא את רצונותיהם וציפיותיהם במסגרת החוקתית כך שייווצר מסמך משותף מקובל על כל הצדדים. אימוצה של חוקה חדשה היה מבטיח גם לגיטימציה דמוקרטית ישירה, הואיל והחוקה החדשה היתה מאומצת בהליך של משאל־עם או אסיפה נבחרת או שני ההליכים במשולב.

אך הצעה לכונן חוקה חדשה ולאשרה במשאל־עם נדחתה מעשית על־ידי הפרלמנט המזרח־גרמני. תחילה לא קיבל הפרלמנט המזרח־גרמני את הצעת החוקה שנתגבשה בדיוני השולחן העגול. ההצעה הועברה לוועדה החוקתית של הפרלמנט ונזנחה. במקביל החליט הפרלמנט לאמץ תיקונים חוקתיים בחוק־היסוד לקראת האיחוד עם מערב־גרמניה.

---

135. Dieter Grimm, "Constitutional Reform in Germany after the Revolution of 1989", *Constitutional Policy and Change in Europe* (Joachim Jens Hesse and Nevil Johnson - eds., Oxford University Press, Oxford, 1995) 129, p. 132; Gilbert H. Gornig and Sven Reckewerth, "The Revision of the German Basic Law: Current Perspectives and Problems in German Constitutional Law", *Pub. L.* (1997) 137; Peter H. Merkl, *German Unification in the European Context* (Pennsylvania State University Press, University Park Pennsylvania, 1993), 169; כורי (לעיל, הערה 51), 84; קומרס (לעיל, הערה 6), 30; אלסטר (לעיל, הערה 82), 373-375; אקרמן (לעיל, הערה 83), 102-104; אקרמן (לעיל, הערה 84), 779; מרקל (לעיל, הערה 10), 54, 81-84, 114-127, 128-129, 144-145, 176-177; Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, "Historical Note on Adoption of post-World War II Constitutions in Germany and Japan", *Comparative Constitutional Law* (Vicki C. Jackson and Mark Tushnet - eds., Foundation Press, New York, 1999), 258, pp. 258-259.

136. הליך האיחוד בין שתי הגרמניות נעשה, במונחי המשפט הבינלאומי הפומבי, בדרך של בליעת מזרח־גרמניה על־ידי מערב־גרמניה. מבחינת חוק־היסוד המערב־גרמני נעשה הליך ה"איחוד" בדרך שהותוותה בסעיף 23(2) לחוק־היסוד. המינוח שנקט סעיף 23(2) לתהליך הוא Accession. ראו גורינג ורקוורת' (לעיל, הערה 135), 138-139.

לאחר־מכן ההליט הפרלמנט המזרח־גרמני, כי ההצטרפות למערב תיעשה לפי סעיף 23(2) (סעיף הסיפוח) ולא לפי סעיף 146 לחוקה הגרמנית. האיחוד בין שתי הגרמניות נעשה לפי הסכם בינלאומי שטמן בחובו תיקונים לתוק־היסוד ואושר בפרלמנט הרפובליקה הפדרלית ברוב הנדרש לתיקון חוק־היסוד. הסכמי האיחוד אושרו כמקשה אחת ברוב של שני שלישים בפרלמנטים של שתי הגרמניות. למחוקקים לא היתה כל אפשרות לבצע תיקונים בנוסח המוצע שגובש על־ידי נציגים משתי הגרמניות מחוץ לפרלמנט. הליך האיחוד כולו נוהל בצורה טכנית וביורוקרטית ונעשה בלא דיון ציבורי או השתתפות ציבורית ראויים לציון. לאחר האיחוד נדחתה בפרלמנט ההצעה להקים אסיפה חוקתית, כמו גם ההצעה לקיים משאל־עם בנוגע לחוק־היסוד. במקום זאת הוקמה לאחר האיחוד ועדה חוקתית לתיקונים בחוק־היסוד. גם תיקונים אלו בתוק־היסוד לא הובאו לאישור הציבור הגרמני במשאל־עם, אלא אושרו בפרלמנט הגרמני.[137]

הניסיון הגרמני לפני האיחוד מצביע, כי לגיטימיות של חוקה אינה תלויה דווקא בפנייה ישירה לציבור לאישור החוקה במשאל־עם. חוק־היסוד מ-1949 יצר במשך השנים קונסנזוס בקרב האוכלוסייה. אחת־עשרה מערכות־בתידות לאומיות שהתקיימו ברפובליקה הפדרלית במהלך 40 שנה יצרו זיקה חברתית רחבה כלפי חוק־היסוד והקנו לו לגיטימיות חוקה.[138] בעת האיחוד ולאחריו טענו פרשנים, שלגיטימציה זו לא נדרשה בקרב תושבי מזרח־גרמניה וכי ראוי היה כי אוכלוסייה זו, שתישא ברוב נטל השינוי, תקבע את מחויבותה לחוקה בהליך של משאל־עם. יתירה מזו: אין להתעלם מכך כי רבים בציבור המזרח־גרמני היו שותפים בדינמיקה המהפכנית לפני האיחוד ונדמה היה, כי ראוי לתת לנסיונם ולתבונתם המהפכנית-דמוקרטית ביטוי רחב יותר בשינוי החוקתי; מה גם שהרפורמה החוקתית שהתקבלה בעקבות המלצות הוועדה החוקתית אינה אך בגדר שינוי עונתי, אלא בוצעה אתרי מאורע רב־חשיבות. לכן ראוי היה – לדעת אותם פרשנים – כי השחקנים הפוליטיים לא יבצעו שינוי חוקתי מעין זה בעצמם, אלא יאפשרו לשולחיהם, העם הגרמני, להשתתף בהליך. באישור השינויים החוקתיים על־ידי העם הגרמני בכללותו

137. ראו גרים (לעיל, הערה 135), 132-133; גורינג וקוורת' (לעיל, הערה 135), 137-141; כורי (לעיל, הערה 51), 88; מרקל (לעיל, הערה 135), 227; קומרס (לעיל, הערה 6), 30; שוורץ (לעיל, הערה 133), 1064, 1071-1072, 1086; פראוס (לעיל, הערה 92), 94; Peter E. Quint, "Constitution-Making By Treaty in German Unification: A Comment on Arato, Elster, Preuss, and Richards", 14 *Cardozo L. Rev.* (1993) 691, pp. 694-695, (note 18).

138. ראו גרים (לעיל, הערה 135), 148-149; קומרס (לעיל, הערה 6), 30; Rupert Scholz, "The Constitution Between Continuity and Reform", 38 *St. Louis U.L.J.* (1993) 323, pp. 323-324; Hasso Hofmann, "Development and Crisis of Constitutionalism", 64 *Studies in German Constitionalism* (Christian Starck – ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995) 17, p. 22.

היה כדי להביע ולחזק – לדעת אותם מלומדים – את מחויבותו של העם הגרמני כולו לדמוקרטיה ולעקרונות חוק־היסוד.[139]

מנגד, מלומדים גרמנים רבים יצאו כנגד האפשרות שהעם הגרמני כולו יאשר את החוקה באקט פורמלי דוגמת משאל־עם. עמדתם נבעה מחששם מאתוזי הצבעה נמוכים, כמו גם מהצבעת־מחאה של ציבורים שונים, שיביאו לאי־יציבות חוקתית ולאובדן הלגיטימיות של חוק־היסוד. נוסף על כך מציינים מלומדים, כי הגם שהציבור המזרח־גרמני ראה את עצמו כמעצב שינויים של ממש במסגרת מהפכה, רצונו העיקרי היה איחוד עם מערב־גרמניה ולא יצירת חוקה חדשה למזרח־גרמניה. הסיפוח תוך קבלת חוק־היסוד נראה כדרך הבטוחה, המהירה והיעילה ביותר להגשמת רצונו של הציבור המזרח־גרמני.[140]

הן התהליך החוקתי בגרמניה לאחר האיחוד והן התהליך החוקתי בהונגריה חסרו אותו מאורע סימבולי רב־משמעות, אותו "יום תג ומועד", השינוי החוקתי היה תהליך מתמשך שהתרחש בשתי הארצות במסגרת החוקה הישנה. בהונגריה תוקנה החוקה הישנה מ־1949 עד לבלי היכר; במזרח־גרמניה הפכה החוקה הישנה לחסרת־משמעות מבלי שבוטלה פורמלית, והאיחוד בין שתי הגרמניות בוצע לפי החוקה המערב־גרמנית מ־1949. פרשנים בשתי המדינות הצרו על החסר בלגיטימציה הדמוקרטית וגרסו, כי ניסוחה של חוקה חדשה בהליך ראוי יהיה מרפא להסרים בלגיטימציה הציבורית המוקנית לחוקה.

בניגוד להונגריה ולגרמניה, בפולין שלאחר נפילת הגוש הקומוניסטי נוצרה בסופו של דבר חוקה חדשה בשנת 1997.

המעבר מקומוניזם לדמוקרטיה בפולין התרחש קודם לנפילתם של משטרים אחרים במזרח־אירופה. הסדר שהושג בשיחות "השולחן העגול" (1989) בין מנהיגי השלטון הקומוניסטי ובין האופוזיציה בהנהגת תנועת "סולידריות" עוגן במהירות בתיקון שעשה הפרלמנט לחוקה הקומוניסטית מ־1952. ההסדר אפשר לקיים בחירות חופשיות באותה שנה לבית העליון הפולני (Senate) ובחירות חופשיות באופן חלקי לבית התחתון (Sejm).

---

139. ישנם הטוענים, כי הצטרפותה מתוך בחירה של מזרח־גרמניה למערב־גרמניה על־פי הליך שנקבע בחוק־היסוד – ההלטה שאושרה בבחירות החופשיות הראשונות במזרח־גרמניה (80% מהמצביעים בבחירות במזרח־גרמניה הצביעו בעד מפלגות שתמכו באיחוד) – היא עדות לקבלה הרחבה של חוק־היסוד בקרב תושבי המזרח. אפשר לראות גם בבחירות המשותפות הראשונות לבונדסטאג (Bundestag) עדות נוספת. ראו קומרס (לעיל, הערה 6), 30, 31; Jochen Abr. Frowein, "The Reunification of Germany", 86 *Am. J. Int'l. L.* 152, p. 153 (1992); הופמן (לעיל, הערה 138), 22; שוורץ (לעיל, הערה 133), 1075, 1083; גרים (לעיל, הערה 135), 148-149; קווינת (לעיל, הערה 137), 698, 702.

140. ראו הופמן (לעיל, הערה 138), 23; שוורץ (לעיל, הערה 133), 1032, 1075, 1078, 1098, 1103.

לאחר הבחירות התקבלו כמה תיקונים חוקתיים נוספים שסיפקו בסיס משפטי לפעולת המוסדות הדמוקרטיים.[141]

כמו המצב ששרר בהונגריה עם נפילת הגוש הקומוניסטי, גם בפולין ביקשה האופוזיציה הדמוקרטית לבצע מהפכה "חוקית" או "חוקתית" ולהימנע ממצב שבו המדינה לא תישלט על־ידי שלטון החוק. לכן בחרה האופוזיציה לשמור על רציפות חוקתית במחיר של השארת הכוח המבצע והמחוקק בידי אלו שהחזיקו בהם לפני "המהפכה המתונה".[142]

מלכתחילה יועדו התיקונים החוקתיים למצב־הביניים עד לכינונה של חוקה חדשה. לא נעשה כל מאמץ אמיתי לשנות את החוקה מ־1952 כך שתתאם למצב החדש של פולין חופשית ודמוקרטית. הכול חשבו שחוקה חדשה תכונן תוך זמן קצר. בהתאם לציפיות אלו מינו ב־1990 שני בתי־הפרלמנט הפולני שתי ועדות חוקתיות נפרדות שהציבו לעצמן מטרה לנסח חוקה חדשה לפולין. הוועדות הציעו טיוטות לחוקות, אך אלו לא צלחו. לעומתן, הצעה לחוקת־ביניים (Small\Little Constitution), שהועלתה ב־1992 על־ידי המפלגה הגדולה בפרלמנט (The Democratic Union), הצליחה לעבור את כל שלבי החקיקה בשני בתי־הפרלמנט הפולניים. "החוקה הקטנה" נועדה לפתור משבר בין הנשיא, הממשלה והפרלמנט סביב היקף סמכויותיו של הנשיא. משום־כך התרכזה "החוקה הקטנה" בהסדרת היחסים בין הפרלמנט, הנשיא והממשלה והותירה את שאר הנושאים להסדרה בתוקה עתידית. ניסיון להשלים את "החוקה הקטנה" על־ידי תוספת מגילת־זכויות כשל, והפרק הנוגע לזכויות ולחירויות מחוקת 1952 נותר על כנו.[143]

הקושי בכינונה של חוקה חדשה בפולין נבע בעיקר משתי סיבות: ראשית, מנסחי הצעות החוקה זכו ללגיטימציה חברתית נמוכה. שנית, היה קושי ליצור את הקונסנזוס הדרוש לאישור החוקה הן בפרלמנט (רוב של שני שלישים) הן במשאל־עם ולזכות

141. Andrzej Rapaczynski, "Constitutional Politics in Poland: A Report on the Constitutional Committee of the Polish Parliament", *Constitution Making in Eastern Europe* (A.E Dick Howard - ed., Woodrow Wilson Center Press, Washington, 1993) 93, pp. 95-99; לודביקובסקי (לעיל, הערה 121) 150, 152; Daniel H. Cole, "Symposium On The Constitution Of The Republic of Poland - Part II - Poland's 1997 Constitution In Its Historical Context", *St. Louis-Warsaw Trans'l* (1998) 1, pp. 29-30; ברוינסקי (לעיל, הערה 14), 82-89.

142. ראו אראטו (לעיל, הערה 119), 674-675.

143. ראו ראפאצ'ינסקי (לעיל, הערה 141), 98-99; לודביקובסקי (לעיל, הערה 121), 155-159; ברזינסקי (לעיל, הערה 14), 89-91, 93-98, 103-108, 128, 208-209; Wiktor Osiatynski, "Poland's Constitutional Ordeal", *EECR* (Spring 1994) 29, p. 30; (להלן: אוסיאטינסקי, "המכחן החוקתי הפולני") Wiktor Osiatynski, "The Constitution-Making Process in Poland", *Comparative Constitutional Law* (Vicki C. Jackson and Mark Tushnet - eds., Foundation Press, New York, 1999) 288, p. 289; קול (לעיל, הערה 141), 30-32; Daniel Cole, "International Law: From Renaissance Poland To Poland's Renaissance", *97 Mich. L. Rev.* (1999) 2062, pp. 2095-2097.

באישורו של הנשיא. פרוצדורות אלו נדרשו על־פי חוק הקובע את ההליכים לאימוצה של חוקה חדשה,[144] מלומדים בפולין החלו לַבכות את ה"רגע החוקתי" שהוחמץ בשנים 1989-1991, כאשר האופורית שהתקיימה בציבור אפשרה קבלתה של חוקה. היו אף שהשליכו עם המצב הקיים וגרסו, כי התיקונים שנעשו לחוקה בתוספת "תוקת־הביניים" הם בסיס חוקתי די למבנה שלטוני יציב בפולין הדמוקרטית.[145] אלא שבשנת 1997 התקבלה בפולין הוקה חדשה.

לאחר הבחירות לפרלמנט בשנת 1993 הוקמה בפולין ועדה חוקתית משותפת לשני בתי הפרלמנט, ועדה במתכונת זו כבר הוקמה בקדנציה שקדמה לבחירות של שנת 1993, אך אז לא הצליחה להגשים את ייעודה ולהכין הצעה לחוקה לפולין. ביוני 1996 הצליחה הוועדה להשלים טיוטה לחוקה חדשה לפולין. לאחר אישורה של זו בוועדה היא הועברה לאסיפה הלאומית (National Assembly) המורכבת משני בתי־הפרלמנט ושם אושרה ברוב מכריע. אחרי אישור זה הועברה הטיוטה לנשיא, שהציע כמה תיקונים. חלק מתיקונים אלו אושרו וחלק מהם נדחו על־ידי האסיפה הלאומית שאישרה, שוב באפריל 1997, את הטיוטה ברוב מוחץ. במאי הועמדה החוקה, כנדרש על־פי הפרוצדורה הקבועה בחוק, לאישור במשאל־עם. ב-25 במאי אושרה החוקה הפולנית ברוב דחוק של 53% מול 46%. רק 43% מן המצביעים הכשירים להצביע השתתפו במשאל־העם. אישור החוקה נעשה אפוא בידי פחות מרבע מן המצביעים. היו שטענו, כי אחוז ההצבעה הנמוך במשאל־העם הוא עדות לתוסר התמיכה הציבורית בחוקה. מפלגה אחת אף פנתה לבית־המשפט העליון הפולני בבקשה לבטל את תוצאות משאל־העם בשל אחוזי ההצבעה הנמוכים, אך בית־המשפט אישר את התוצאות.[146]

תהליך קבלת החוקה בפולין לא נשלט על־ידי ויכוחים בנוגע לתיאוריות שונות בדבר חוקתיות וזכויות חוקתיות; התהליך אף כמעט שלא שיקף מאבקים של ממש בין אינטרסים חברתיים וכלכליים אמיתיים; הדיון החוקתי התנהל במסגרת הדיון הפוליטי הרגיל. אמנם, לפני משאל־העם התנהל מסע הסברה רחב־היקף. המסע, שנוהל על־ידי ועדת־הבחירות המרכזית,

144. ראו אוסיאטינסקי, "המבחן החוקתי הפולני" (לעיל, הערה 143), 29-30; Miroslaw Wyrzykowski, "Symposium on the Constitution of the Republic of Poland - Part I: Introductory Note to the 1997 Constitution of the Republic of Poland", *St. Louis-Warsaw Trans'l* 1 (1997); ראו ברזינסקי (לעיל, הערה 14), 112-113.

145. ראו קול (לעיל, הערה 143), 2097; אוסיאטינסקי, "המבחן החוקתי הפולני" (לעיל, הערה 143), 30; לודביקובסקי (לעיל, הערה 121), 277 (הערה 280); ברזינסקי (לעיל, הערה 14), 127-128.

146. "Poland Update", *EECR* (Spring/Summer 1996) 16, pp. 16-17; (Winter 1997) 20; (Spring/Summer 1997) 25-26; Wiktor Osiatynski, "A Brief History of the Constitution", *EECR* (Spring/Summer 1997) 66, pp. 66-68; אוסיאטינסקי, "המבחן החוקתי הפולני" (לעיל, הערה 143), 29-32; לשם השוואה אחוז ההצבעה בבחירות לפרלמנט ב-1997 היה 59%. ראו ברזינסקי (לעיל, הערה 14), 123; קול (לעיל, הערה 141), 1, 3; Ewa Letowska, "A "Poland Update" *EECR*, (Fall 1997) 31 Constitution of Possibilities", *EECR* (Spring/Summer 1997) 76, pp. 79-80.

כלל הסכרים על תוכן החוקה וגימוקים בעדה ונגדה. אך דיונים בעלי אופי רציני שקיימו מלומדים בנושאי חוקה ומשפט לרוב לא זכו להתעניינות תקשורתית. הדיון הציבורי שנוהל בכלי־התקשורת כמעט שלא עסק בנושאים החוקתיים העיקריים ונוהל יותר כמסע של תעמולת בחירות. הואיל ורק במקביל לנסיונות ליצירת חוקה החל בפולין להתעצב המבנה המפלגתי, מצאו המפלגות החדשות את הוויכוח החוקתי ככר נוח ומתוקשר לגיוס תומכים על־ידי הדגשת ההבדלים ביניהן, הבטחות וביקורת כלפי שאר המפלגות. ואכן, תוצאות משאל־העם חפפו מבחינת חלוקת אזורי ההצבעה את תוצאות הבחירות הנשיאותיות האחרונות, כאשר באזורים שתמכו בנשיא לשעבר ולנסה, שהתנגד בעצמו לחוקה, נדחתה החוקה.[147]

כמו בתהליך החוקתי בהונגריה, גם בתהליך בפולין גברו שיקולים פוליטיים קצרי־טווח על שיקולים חוקתיים ארוכי־טווח. העלאתו של אחוז החסימה בבחירות לפרלמנט כדי שמפלגות קטנות לא ייוצגו בפרלמנט ותפקוד הממשלה יהיה קל יותר הוא רעיון בעל־משקל במצב של פוליטיקה ופרלמנט "רגילים". אך אסיפה חוקתית, הדורשת ייצוג רחב ככל האפשר כך שהחוקה שתצא תחת ידיה תייצג מגוון רחב של קולות מהציבור ותוכה לתמיכה רחבה, אינה תואמת אחוז חסימה גבוה. בבחירות לפרלמנט ב-1993 כשלו כמעט כל מפלגות הימין בשל אחוז החסימה הגבוה, אף־על־פי שקיבלו כמעט שליש מסך הקולות. מסיבה זו טענו מנהיגי הימין, כי לפרלמנט אין לגיטימציה לנסח חוקה כאשר שליש מהבוחרים אינו מיוצג. הקואליציה הפרלמנטרית נקטה כמה צעדים לשיתוף קבוצות חוץ־פרלמנטריות בתהליך החוקתי. למרות זאת ישנם פרשנים הגורסים, כי הקואליציה לא אפשרה לנציגי האופוזיציה להשפיע השפעה של ממש על המסמך החוקתי. יתירה מזו: ישנם הטוענים כי כאשר לקראת הבחירות לפרלמנט ב-1997 צברו נציגי האופוזיציה שמחוץ לפרלמנט תמיכה ציבורית ששיפרה את סיכוייהם בבחירות הקרבות, החלו בקואליציה לחשוש מאובדן מעמדם הפרלמנטרי העדיף. לכן האיצה הקואליציה את הליך כינון החוקה כדי שהחוקה שתכונן תהיה "שלהם".[148]

גם תוכנה של החוקה הושפע מן העובדה כי הדיון לגביה התנהל בפוליטיקה של היומיום. לרוב הסתיימו המחלוקות בפשרה בין המחנות הפוליטיים בכך שנוספו לטיוטת החוקה עוד ועוד הבטחות. הבטחות אלה סויגו בחלקן בסעיפים כללים.[149]

מלומדים רבים סוענים, כי פולין החמיצה את "הרגע החוקתי" שבו היה קונסנזוס ציבורי לגבי אימוץ חוקה. התהליך החוקתי הפולני היה תהליך מתמשך שנחתם באימוץ

147. "Poland Update" *EECR* (Spring/Summer 1997) 26; אוסיאטינסקי, "המבחן החוקתי הפולני" (לעיל, הערה 143), 37; אוסיאטינסקי (לעיל, הערה 146), 66, 67, 69-70; לטובסקה (לעיל, הערה 146), 80.

148. Pawel Spiewak, "The Battle for a Constitution", *EECR* (Spring/Summer 1997) 89, p. 90; "Poland Update" *EECR* (Summer 1995) 17; ראו אוסיאטינסקי, "המבחן החוקתי הפולני" (לעיל, הערה 143), 31-32, 37; אוסיאטינסקי (לעיל, הערה 146), 70; וירזיקובסקי (לעיל, הערה 144), 2; קול (לעיל, הערה 143), 2098; ברזינסקי (לעיל, הערה 14), 116-118, 128.

149. ראו אוסיאטינסקי (לעיל, הערה 146), 66; וירזיקובסקי (לעיל, הערה 144), 3.

חוקה. החוקה הפולנית אף לא נהנתה מפירות הלגיטימציה של המהפכה שהביאה לנפילת הכוחות הקומוניסטיים. הקואליציה ששלטה בעת כינון החוקה והיתה אחראית ליצירתה הורכבה מאותם כוחות שהפסידו את השלטון עקב "המהפכה השקטה" – כוחות שאיש לא צפה בעת המהפכה כי יחזרו במהירות כה רבה לשלטון. החוקה התחדשה לא שינתה רבות במבנה הרשויות הפולני. התיקונים החוקתיים שבוצעו החל בשנת 1989 קובצו במסמך חוקתי אחד, קיבוץ ההסדרים והקיימים במסמך חוקתי ואשרורם נועד בעיקר להעניק לגיטימציה למבנה החוקתי הקיים. ואף־על־פי שקשה לדרוש פרוצדורה יותר דמוקרטית, לא העניק התהליך לחוקה את הלגיטימציה המצופה. נתוני ההשתתפות הנמוכה במשאל־העם, כמו גם הרוב הלא גדול שהחוקה זכתה בו, הראו כי רוב האזרחים הפולנים אינם מזדהים עם החוקה הפולנית ורואים אותה כבלתי־רלבנטית לחייהם. עקב כך ישנם המעריכים, כי חיי החוקה במתכונתה הנוכחית לא יהיו ארוכים וכי סמכותה תוכר רק על־ידי חלק מהאוכלוסייה.[150] אף מלומדים הגורסים כי החוקה הפולנית רכשה לגיטימציה ציבורית אינם מבססים את עמדתם על תהליך אימוץ החוקה ב־1997 לבדו. לטענתם, רכישת הלגיטימציה הציבורית אינה נובעת מתהליך אימוץ החוקה לבדו, אלא גם הודות לעמידת המסגרת החוקתית באתגרים השלטוניים החל בשנת 1989.[151]

ה. השלכה מן הדיון ההיסטורי־השוואתי לדיון בתהליך החוקתי הישראלי

קשה לאתר תהליך חוקתי שהקנה לגיטימציה ציבורית מלאה לחוקה שנוצרה בעקבותיו. שינויים חוקתיים מעוררים מחלוקות תריפות הן לגבי תוכנם הן לגבי החוקיות והלגיטימיות של תהליך עיגונם.[152] הלגיטימציה הציבורית המוקנית לשינוי החוקתי נפגעת, לפחות בראשית דרכו של השינוי, מן המחלוקות האופפות את דרך קבלת השינוי החוקתי ותוכנו.

כך אף לקה בחסר תהליך קבלת החוקה האמריקנית – תהליך הנחשב כאידיאל להקניית לגיטימציה ציבורית לחוקה. החוקה האמריקנית (1787) נוצרה רק לאחר כמה שנים מ"הרגע החוקתי" (מלחמת־העצמאות האמריקנית בשנים 1775-1783) ויותר מעשור לאחר הכרזת העצמאות האמריקנית (1776). החוקה נוצרה תוך חריגה בוטה מן המנדט שניתן לוועידה התוקתית על־ידי הקונגרס הקונטיננטלי. לוועידה התוקתית ניתן מנדט לתקן את עיקרי הקונפדרציה (חוקת הקונפדרציה) בלבד ("for the sole and express purpose of revising the Articles"). תחת זאת בחרה הוועידה להציע טקסט חדש ושונה בתכלית שיחליף את עיקרי הקונפדרציה. נוסף על כך, נציגי המדינות שהשתתפו בוועידה לא קיבלו היתר ממוסדות המדינה שייצגו לחבר מסמך חוקתי חדש תוך התעלמות מעיקרי

150. ראו וירזיקובסקי (לעיל, הערה 144), 3-4; ספיבק (לעיל, הערה 148), 89, 96; אוסיאטינסקי (לעיל, הערה 146), 67; קול (לעיל, הערה 141), 3-4, 42-43.

151. ראו ברזינסקי (לעיל, הערה 14), 218-219.

152. ירון אזרחי ומרדכי קרמניצר, **ישראל לקראת דמוקרטיה חוקתית** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"א), 14-15; Rogers M. Smith, "Legitimating Reconstruction: The Limits of Legalism", 108 *Yale L.J.* (1999) 2039, pp. 2046-2047, 2052.

הקונפדרציה. אף אופן אשרורה של הצעת הוועידה נגד את הדרך המפורשת שהותוותה בעיקרי הקונפדרציה לשינוי המסמך החוקתי – דרך שהסכימו עליה 13 מדינות הקונפדרציה. עם זאת, המשבר שבו היתה שרויה הקונפדרציה באותה עת הפך שאלות של תוקיות השינוי לבעלות חשיבות פחותה.[153]

החסרים בתהליך קבלת החוקה האמריקנית נבעו לא רק בשל סטייה מן ההליך החוקי שהיה קבוע בעיקרי הקונפדרציה. תהליכי גיבוש החוקה האמריקנית וניסוחה (בוועידת פילדלפיה) חשפו מחלוקות רבות שהוכרעו לעתים ברוב זעום. מדינה אחת (רוד־איילנד) כלל לא שלחה נציגים לוועידה. אשרור החוקה האמריקנית נתקל גם הוא בקשיים, ובחלק מהמדינות אושרה החוקה ברוב קטן בוועידות התוקתיות המדינתיות. בחינת המעורבות הציבורית מגלה, כי אחוזי ההשתתפות בקרב המצביעים (גברים לבנים בוגרים) הן בבחירת הנציגים לוועידות המדינתיות לאישור החוקה הן במערכות הבחירות הראשונות לקונגרס תחת השיטה החדשה, היו נמוכים. עולה, כי אף במונחי המאה הי"ח, קשה להציג את החוקה האמריקנית כמגשימת האידיאל החוקתי של חוקה כהתגלמות רצון העם.[154]

חוקות אינן מתקבלות בתהליכים הנקיים מפגמים הפוגעים בלגיטימציה הציבורית המוקנה להן, לפחות בראשית הדרך. אכן, התהליך החוקתי בישראל לוקה בפגמים רבים וקשים המחלישים עד מאוד את הלגיטימציה הציבורית הנתונה לחוקה הישראלית. עם זאת, ההשוואה לתהליכי קבלת החוקות שדנתי בהם מעלת כי אין מדובר בשוני איכותי. הפגמים בתהליך החוקתי בישראל – פגמים המשפיעים על הלגיטימציה של החוקה הישראלית, התקיימו בדרגות שונות גם בתהליכים חוקתיים האתרים שנידונו.

אמנם, מעורבותו של בית־המשפט העליון בישראל בניסיון לבסס את חוקי־היסוד כחוקה היתה כה ניכרת עד כי ישנם המתארים את בית־המשפט כמחוללה של המהפכה החוקתית, ולא רק כמיישמה;[155] ואף כיום ממשיך בית־המשפט העליון להבליט בפסיקותיו את

153. ראו ברנהם (לעיל, הערה 108), 2242-2243; Merrill Jensen, *The Making of the Amercian Conatitution* (Van Nostrand Reinhold Company, New York, 1964), 35, 51, 55, 69, 103-104, 121; Robert M. Clinton, "A Brief History of the Adoption of the United States Constitution", 75 *Iowa L. Rev.* (1990) 891, pp. 896-897, 900 ; גריפן (לעיל, הערה 110), 2145; אקרמן (לעיל, הערה 110), 9, 34-39, 49-55, 57-64; ג'קובסון (לעיל, הערה 87), 107; צ'רלס הרמן פריצ'ט, *החוקה האמריקאית* (מורה־ביתן־מודן, תשמ"ב), 7, 12-13; גביזון (לעיל, הערה 14), 25-26, 28-29, 42, 56-57.

154. מובן, כי אלו אך חלק מן החסרים בתהליך קבלת החוקה האמריקנית. ראו מוריסון, קומאגר ולכטנברג (לעיל, הערה 22), 121-130; גביזון (לעיל, הערה 14), 29-30; Leonard W. Levy, "Introduction: The Making of The Constitution 1776-1789, *Essays On The Making Of The Constitution* (Leonard W. Levy – ed., Oxford University Press, New York, 1987), ix, pp. xxviii, xxxi, xxxii, xxxiii; ג'נסין (לעיל, הערה 153), 138-146; האוורד (לעיל, הערה 45), 6; ברנהם (לעיל, הערה 108), 2259-2260; אקרמן (לעיל, הערה 110), 34-39, 47-49, 64-65, 87-91.

155. כביטויו של השופט חשין: "החוקה על דרך פסיקה" (ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 35),

חשיבותם ומרכזיותם של חוקי־היסוד ובכך מסייע בהקניית לגיטימציה ציבורית למהלך החוקתי.[156] אך תהליך הקניית לגיטימציה לחוקה באמצעות החלטות בית־משפט התקיים גם בהונגריה.

לבית־המשפט החוקתי ההונגרי הצעיר היה תפקיד חשוב בהקניית לגיטימציה ציבורית לשינויים החוקתיים ובדחיפת המהלך החוקתי ההונגרי. פני הדמוקרטיה ההונגרית עוצבו במידה רבה על־ידי בית־המשפט החוקתי ההונגרי. היה זה בית־המשפט החוקתי ההונגרי שהכריז, כי התיקונים החוקתיים שנעשו ב-1989 הכניסו למעשה לתוקף חוקה חדשה. השופטים הכריזו על עצמם כ"שומרי המהפכה", הפוסקים בשמה של "חוקה בלתי־נראית המצויה מעל החוקה הקיימת", ובפסיקותיהם אף נטו לעתים להתעלם מלשון החוקה הכתובה. בשלב מסוים אף פנו חברי בית־המשפט החוקתי לפרלמנט וביקשו שיוצרו סמכויותיהם וכי תיעשה הבחנה ברורה בין תהליך יצירת החוקה לתהליך הסברת החוקה המוטל עליהם.[157]

בית־המשפט החוקתי ההונגרי הצעיר לא רק הכריז אלא גם פעל. בשנת 1991 פסל בית־המשפט החוקתי ההונגרי 19% מן הסעיפים של חוקי הפרלמנט שהובאו לפניו, כאשר חלק בלתי־זניח (כ-40%) מן הסעיפים שהוכרזו כלא־חוקתיים חוקקו לאחר נפילת המשטר הקומוניסטי והתיקונים המקיפים בחוקה.[158] ביקורת חריפה הופנתה על נסיונו של

519); גביזון (לעיל, הערה 11), 147; ארי שביט, "דבר ראש האופוזיציה", **הארץ** – **מוסף לשבת** (12.11.99) 20; לנדוי (לעיל, הערה 31), 697-698; Alon Harel, "The Rule of Law and Judicial Review: Reflections on the Israeli Constitutional Revolution", *Recrafting the Rule of Law* (David Dyzenhaus - ed., Hart Pub., Oxford, 1999) 143, p. 147.

156. פסקי־דין רבים של בית־המשפט העליון נסמכים על חוקי־היסוד. בחרתי להפנות לשני פסקי־דין שבהם מקשר בית־המשפט העליון בין חוקי־היסוד לחוקה (בג"ץ 9070/00 **חברת־הכנסת לבנת נ' חבר־הכנסת רובינשטיין ואח'** (טרם פורסם), פסקה 7 לפסק־דינו של הנשיא ברק: "מדינת ישראל היא דמוקרטיה חוקתית"); בג"ץ 1113/99 **עדאלה נ' השר לענייני דתות ואח'** (טרם פורסם), פסקה 8 לפסק־דינו של השופט זמיר: "בית־המשפט אינו מוכן לבטל הוראה בחוק אלא אם היא סותרת הוראה במעמד של חוקה. כאלה הן ההוראות של חוקי־היסוד").

157. Imre Voros, "Contextuality and Universality: Constitutional Borrowings on the Global Stage – The Hungarian View", 1 *U. Pa. J. Const. L.* (1999) 651, p. 652; **פוגני (לעיל, הערה 119), 339-340; סוזבוזלאי (לעיל, הערה 122), 194; אגה (לעיל, הערה 120), 316, 318; אראטו (לעיל, הערה 89), 201; אקרמן (לעיל, הערה 84), 785; אראטו (לעיל, הערה 126), xii, 101-104.**

158. András Sajó, "Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary", 15 *Oxford J. Legal Stud.* (1995) 253, pp. 256-258, 266; **אראטו (לעיל, הערה 122), 45.** בגרמניה שיעור הפסילה של חקיקה פדרלית וחקיקה מדינתית הוא כ-10% (בהונגריה הנתון נוגע לחקיקה ראשית בלבד), באיטליה שיעור החקיקה המוכרזת כלא־חוקתית הוא 11%.

בית־המשפט החוקתי ההונגרי להעניק לחוקה, באמצעות פסיקותיו ועמדתו כ"מגן החוקה", לגיטימציה בקרב הציבור – לגיטימציה שלא הוקנתה לחוקה על־ידי המנהיגים הפוליטיים ההונגרים. חברי האסיפה הלאומית ההונגרית אף גרסו כי בית־המשפט פועל בשחקן בזירה הפוליטית וכאשר פסל בית־המשפט חוק, קבע אחד מחברי האסיפה שהחוקה ובית־המשפט החוקתי חסרי לגיטימציה דמוקרטית וכי הם מובתמים בכתם "הסדר הישן" (המשטר הקומוניסטי). עם זאת, נבואות לגבי התנגשויות הרסניות בין בית־המשפט לשחקנים בזירה הפוליטית טרם התגשמו.[159]

מגגון כינון החוקה במסגרת "פוליטיקה רגילה" גם הוא אינו ייחודי דווקא לתהליך החוקתי בישראל,[160] שכן תהליך כינון החוקה בהונגריה ובפולין הושפע פעמים רבות משיקולים קצרי־טווח של "פוליטיקה רגילה". פעמים רבות הוכפפו השינויים החוקתיים לשיקולים פוליטיים של "ימי חול".[161]

הליכי תקיקה החסרים פנייה אל העם לאישור החוקה אף הם אינם מחזה ייחודי לישראל. בהונגריה לא היתה פנייה לציבור לאישור החוקה שנוצרה בדרך של תיקונים חוזרים ונשנים של המסמך החוקתי מן התקופה הקומוניסטית. השינוי החוקתי בהונגריה נעשה על־ידי האליטות כמעט באופן בלעדי, בשעה שהציבור ההונגרי כמעט שלא שותף למהלך התוקתי.[162] מגילת־הזכויות הקנדית שחוקקה ב־1982 לא זכתה אף היא באישור הציבור בהליך חקיקתי מיוחד – לא ישירות ואף לא בעקיפין באמצעות המתוקקים המקומיים.[163] הדוגמא הבולטת ביותר לאי־פנייה אל העם היא תוק־היסוד הגרמני, שנחקק ב־1949 כשהוא מלווה מעורבות ציבורית נמוכה ובלא מנדט מהעם המערב־גרמני.[164] אף לאחר איחוד גרמניה, באשר נדמה היה כי הגיעה העת להעמיד את תוק־היסוד בפני העם הגרמני, לא התקיים כל משאל־עם, ומלומדים גרמנים רבים הצרו על התסר הדמוקרטי בתהליך האיחוד.[165] למרות התסר

159. ראו אקרמן (לעיל, הערה 83), 109-110, 144 (הערה 29); פאקוולאי (לעיל, הערה 121), 30-31, 35-36, 48-49; פוגני (לעיל, הערה 119), 339-340, 355; סאג'ו (לעיל, הערה 158), 257, 265-266; אראטו (לעיל, הערה 124), 36.

160. על יצירת החוקה הישראלית במסגרת של פוליטיקה רגילה ראו גביזון (לעיל, הערה 11), 112, 120; רב־שיח "המהפכה החוקתית השקטה – האביב החוקתי של הכנסת ה־12", הלשכה 16 (תשנ"ב) 14 (גביזון); דותן (לעיל, הערה 36), 184; יוסף מ' אדרעי, "מהפכה חוקתית: האומנם?", משפט וממשל ג (תשנ"ו) 453, עמ' 471-472.

161. הולמס וסונסטין (לעיל, הערה 126), 281. הללו מדברים על מאפיין זה בכלל התהליכים התוקתיים שהתרחשו במזרח־אירופה עם נפילת בית־המועצות.

162. ראו קיס (לעיל, הערה 124), 416-417.

163. ראו ראסל (לעיל, הערה 95), 192.

164. ראו אלסטר (לעיל, הערה 82), 373-375; אקרמן (לעיל, הערה 83), 102-104; מרקל (לעיל, הערה 10), 81-84, 128-129.

165. Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (M.I.T Press, Cambridge, Mass., 1998), 492; שוורץ (לעיל, הערה 133), 1080, 1097-1098.

בלגיטימציה ובהזדהות חברתית שהיו מנת־חלקו של חוק־היסוד הגרמני בראשית דרכו והחסר בלגיטימציה הדמוקרטית לחוק־היסוד המתוקן עם איחודה של גרמניה, שרד חוק־היסוד וכיום נראה שהוא זוכה ללגיטימציה גבוהה בקרב הציבור הגרמני.[166] בית־המשפט החוקתי הגרמני, שהפעיל את סמכות הביקורת החוקתית כבר מראשית דרכו של חוק־היסוד, נהנה מלגיטימיות גבוהה הן בקרב האליטות התברתיות הן בקרב האוכלוסייה הכללית.[167] לעתים, כפי שמלמד התהליך החוקתי בפולין, קיום משאל־עם עלול דווקא לפגוע בלגיטימציה של חוקה. התהליך החוקתי בפולין מלמד, כי ייתכן מצב שבו גם אם יימצא רוב לאישור החוקה במשאל־העם הוא לא יהיה רוב בקרב כלל המצביעים, עקב שיעור הצבעה נמוך. במצב כזה עלולה חוקה להיוותר במצב של חוסר־לגיטימיות גלוי שיפגע מאוד בכוחה בשיח הציבורי.[168]

לקח מרכזי העולה מן המבט ההיסטורי־השוואתי הוא, כי בסופו של דבר חוקות רוכשות לגיטימציה ציבורית ויכולת השפעה לא ברטוריקה חד־פעמית, אלא בתהליך אבולוציוני שבו לאינרציה תפקיד של ממש. פרשנות, שינוי ובעיקר מפגש עם הציבור לאורך זמן הם המקנים לחוקה את יכולתה לעמוד בטלטלות העתים.[169]

פרופ' אקרמן, הדן בתהליך החוקתי האמריקני, אף מציע לנטוש את התבחנה הדיכוטומית בין מהפכה לתהליך חוקתי של ימי חול. ניתוחו ההיסטורי מלמד, כי שינויים חוקתיים מרחיקי־לכת התרחשו בארצות־הברית אחרי תהליך חוקתי שהיה שונה מתהליך חוקתי של ימי חול, אך למרות זאת לא היה בגדר שבירת הסדר החוקי הקודם כפי שמתרחש במהפכה. אקרמן מאפיין את הרגעים החוקתיים הללו כקפיצות־מדרגה מהפכניות בתהליך אבולוציוני.[170]

במבט השוואתי, בהתחשב בשלב בחיי הדמוקרטיה בישראל שבו הושלמה החוקה, תהליך אבולוציוני שבו מוקנית הזיקה החברתית לחוקה אינו כה חריג ובעייתי. חוקות כגון זו האמריקנית, הפולנית וההונגרית, שעיקר ייעודן בעת כינונן היה יצירת סמכויות שלטוניות דמוקרטיות בעלות לגיטימציה ציבורית,[171] דורשות זיקה חברתית חוקה יותר מאשר מגילת־הזכויות הקנדית וחוקי־היסוד החדשים בישראל הניתנים על רקע של כוח שלטוני קיים, מעוגן ובעל לגיטימציה חברתית.

חוקי־היסוד החדשים מתוספים לשורת חוקי־יסוד שלהם לגיטימציה חברתית רחבה ומבוססת־יחסית,[172] העוסקים בפרק המשטר של מדינת ישראל.

166. ראו אראטו (לעיל, הערה 89), 219 (הערה 56).

167. ראו אקרמן (לעיל, הערה 83), 102.

168. ראו הולמס וסונסטיין (לעיל, הערה 126), 298.

169. ראו אראטו (לעיל, הערה 89), 215, 219; אראטו (לעיל, הערה 122), 45; בוגדנור (לעיל, הערה 14), 10.

170. ראו אקרמן (לעיל, הערה 113), 2292-2297.

171. ראו פראוס (לעיל, הערה 103), 122; הולמס וסונסטיין (לעיל, הערה 126), 295-296, 303.

172. ראו דברי פרופ' בנדור ופרופ' קרמניצר בדיוני המועצה הציבורית (לעיל, הערה 33), 62, 65-66.

ניכר, כי קל יותר להקנות ויקה חברתית לחוקי־היסוד החדשים ולמגילת־הזכויות הקנדית, הבאים אך להגביל את השלטון ולהקנות לאזרח יותר זכויות, לעומת החוקה האמריקנית, ההונגרית והפולנית, שעיקר יעדן יצירת סמכות לשלטון כלפי האזרח.

תרקע הדמוקרטי שהתקיים בישראל ובקנדה בעת קבלת חוקי־היסוד החדשים ומגילת־הזכויות מקל גם הוא על השגת ויקה חברתית. בהשוואה לרקע הדמוקרטי בישראל ובקנדה יש קושי בהשגת ויקה חברתית לחוקות בפולין ובהונגריה הצומחות על רקע דמוקרטיה המצויה בתיתוליה ועל רקע עבר שבו האליטות השלטוניות במדינה הורגלו שלא לקיים את הוראות החוקה.[173]

בישראל מתרחש עתה לנגד עינינו תהליך אבולוציוני, שבו רעיון החוקה קונה מקום מרכזי בשיח הציבורי.[174] הרתבת וכות העמידה בבג"ץ, בייחוד בכל הנוגע לנושאים חוקתיים,[175] הביאה ליצירת קשר סימבולי בין בית־המשפט, לחוקי־היסוד ולאזרח היחיד.[176] כניסת החוקה לזירה והעלאת טענות באמצעות השיח התוקתי (טענות שחלקן הועלו בעבר באמצעות השיח הרגיל), כאשר אין כמעט מחסום בין האזרח לבג"ץ, מאפשרת יצירת זיקה ישירה בין האזרח לחוקה ולבית־המשפט. נוסף על כך, עתירות ציבוריות, המבוססות על טענות חוקתיות, מציבות את התוקה במרכז השיח הציבורי ומקנות לה לגיטימציה בקרב הציבור.[177]

במערכת־החינוך הולך ונקלט רעיון קיומה של חוקה במדינת ישראל, כמו גם תוכנם של חוקי־היסוד, ובייחוד המונח "כבוד האדם וחירותו".[178] אפשר בהחלט לראות ניצן של

---

173. Dieter Grimm, "Constitutional Adjudication and Democracy", 33 *Isr. L. Rev.* 193, p. 213; ראו ברזינסקי (לעיל, הערה 14), 203-204.

174. וראו דבריו של הנשיא ברק בהרצאה שנשא: "הכול השתנה מאז הוקקו חוקי־היסוד, ומאז פסק־דין גל. שיטת הלימוד השתנתה, הפוליטיקה השתנתה, התרבות הישראלית, השיח הציבורי – כולם קיבלו את התפיסה של בית־המשפט העליון. זה נחשב היום לזרם המרכזי במדינה" (מתוך: נעמי לויצקי, כבודו (כתר, 2001), 350; גביזון (לעיל, הערה 14), 45).

175. בג"ץ 1759/94 סרוזברג ואח' נ' שר הבטחון (לא פורסם).

176. ראו אקרמן (לעיל, הערה 83), 107.

177. אריאל בנדור, "המעמד המשפטי של חוקי־יסוד" ספר ברנזון (כרך שני, אהרון ברק וחיים ברנזון – עורכים, נבו, תש"ס) 119, עמ' 121, 123-124.

178. פרופ' דובינשטיין, שר־החינוך לשעבר, כתב בשנת 1998: "החוקה קיימת לא רק במובן השיפוטי. המושג כבוד האדם וחירותו הפך להיות חלק פופולרי בתוכנית הלימודים בחינוך הממלכתי, וצירוף המילים הוא חלק בלתי־נפרד מהשיח הישראלי" (אמנון רובינשטיין, "המגילה – גליון מזכרת ליובל מדינת ישראל", מעריב (29.4.98) 40). ברב־שיח שהתקיים לציון שלוש שנים לפסק־הדין בע"א בנק המזרחי אמר הנשיא ברק: "המושג של כבוד האדם וחירותו, חדר לתודעה הישראלית. מהילדים בבתי הספר, ועד לבוגרים הנבחנים בבחינות הבגרות באזרחות, להיילים, למורים, לתלמידים, לסטודנטים, לעם ישראל" (לנדוי, קליין, סגל וברק (לעיל, הערה 71), 4, 10). שנת תשנ"ט הוכרזה כשנת "כבוד האדם" במערכת־החינוך. מנגד, יו"ר המפד"ל, ח"כ יצחק לוי, גרס בדיוני המועצה הציבורית כי לחוקי־היסוד החדשים לא היתה כל השפעה חינוכית (לעיל, הערה 33), 11-12.

תרבות חוקתית המושרשת על־ידי מערכת־החינוך.[179] ספרי האזרחות, החל בכיתות בית־הספר היסודי וכלה בבתי־הספר התיכוניים, עוסקים בחוקי־היסוד ובמשמעותם.[180] אף בספרי ההדרכה לקציני צה"ל צוין הצורך בשמירה על אמות־המידה המצויות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, בעת הפעלת סמכויות משמעתיות.[181]

התהליך האבולוציוני שבו חוקי־היסוד רוכשים מעמד ולגיטימציה מתבטא גם בכוחם המונע. בשיח הציבורי, כמו גם מתחת לפני השטח, חוקי־היסוד משמשים בלם מפני חקיקה הפוגעת בזכויות למעלה מן הנדרש. יועצים משפטיים של הרשות, ארגוני זכויות אדם, כמו גם התקשורת, משתמשים בחוקי־היסוד ובאיום בביקורת השיפוטית על חקיקה ככלי לגדיעת יוזמות חקיקתיות ואחרות העלולות לפגוע בזכויות האדם.[182]

בדיוני הכנסת נבחנת התאמתן של הצעות חוק להוראות חוקי־היסוד.[183] הכנסת אף

---

179. על תפקידה התיגוכי של חוקה ראו דותן (לעיל, הערה 36), 162־163; ובהקשר הישראלי, שם, 184־185; אקצין (לעיל, הערה 42), 69־70; גביזון (לעיל, הערה 11), 61; מנחם אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659, עמ' 682.

180. ראו עודד ליפשיץ, המשטר הדמוקרטי והמשטר במדינת־ישראל (דפוס מל"ן - יואל גבע, תשנ"ד), 79-98; חנה אדן, להיות אזרחים בישראל במדינה יהודית ודמוקרטית (מעלות – הוצאה לאור, תש"ס), 252-264; רחל גורמן ומשה פלג, דמוקרטיה ישראלית (מהדורה רביעית מורחבת, כרמל, תשנ"ה), 125-140.

181. ראו עודד פסגזון, "הקדמה", הדין המשמעתי – הלכה למעשה (רמונה חון־כהן, שלי נחום ואייל טולדנו – מחברים, מהדורה רביעית, הפרקליטות הצבאית, ענף פיקוח משפטי, 1999) ג. מעבר השתלמות בדין משמעתי על בסיס ספר זה הוא תנאי הכרחי לקבלת דרגות קצונה. נשיא בית־הדין הצבאי לערעורים לשעבר, אילן שיף, כמו גם הפצ"ר הנוכחי, ד"ר מנחם פינקלשטיין, גרסו בדיוני המועצה הציבורית כי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוטמע היטב במסגרת הצבאית (לעיל, הערה 33), 49, 189.

182. יהודית קרפ, "החקיקה הפלילית לאור חוקי־היסוד", מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 275, עמ' 276; הלל נייער, "תורת המהפכה של אהרון ברק", תכלת 3 (תשנ"ח) 11, עמ' 32; מרדכי קרמניצר, דליה דורנר ואילן שיף, "סימפוזיון – מושב שלישי: המשפט הצבאי בראי חוקי־היסוד", משפט וצבא 14 (תש"ס) 77, עמ' 85; איל בנבנשתי, "בלמים ואיזונים בחסות בית־המשפט", משפטים לא (תשס"א) 797, עמ' 812-813; בנדור (לעיל, הערה 177), 168-169. אף השופטת ביניש מדגישה כי ה"מהפכה החוקתית" תשיבותה אינה בפסילה ה"שולית" של חקיקה, אלא בשינוי "דפוסי החשיבה" לגבי הפגיעה בזכויות אדם. השופטת ביניש גורסת, כי הממשלה והכנסת שוקלות כיום בעצמן אם חוק עומד בתנאי חוקי־היסוד. ראו הרצאתה של השופטת דורית ביניש מ־20.5.01 במכון ללימודים אסטרטגיים. ההרצאה פורסמה באתר האינטרנט של בית־המשפט העליון – www.court.gov.il.

183. ח"כ דוד ליבאי, ד"כ 146 (תשנ"ו), 476־477; ח"כ אופיר פינס־פז, ישיבה מיום 20.10.99, ד"כ (תש"ס), 585: "חברי־הכנסת, כשאנחנו מתוקקים חקיקה, לבחון היטב... האם החקיקה

הקימה מנגנון מיוחד לבדיקת החוקתיות של הצעות חוק.[184] נוסף על כך, בדיונים בשאלות העולות על סדר־יומה של הכנסת משמשים חוקי־היסוד מדד לשמירה נאותה על זכויות אדם.[185] בשני מקרים שבהם קבע בית־המשפט העליון כי סעיפי חקיקה פסולים בשל אי־התאמתם להוראות חוקי־היסוד, תיקנה הכנסת את דברי החקיקה בהתאם להנחיית בית־המשפט העליון.[186] יתירה מזאת: בהשפעת חוקי־היסוד, הכנסת אף חוקקה שורה של חוקים חדשים, שמטרתם כיבוד זכויות האדם בהתאם לחוקי־היסוד החדשים.[187]

בדיוני הכנסת מתבטאים חלק מחברי־הכנסת באורח שממנו עולה, כי למדינת ישראל יש חוקה בדמות חוקי־היסוד.[188] הכנסת אף הכירה בהחלטה "בצורך הדמוקרטי לביקורת שיפוטית על חוקיה במסגרת הסמכות שהוקנתה לבית־המשפט העליון בתוקף חוקי־היסוד",[189]

המוצעת עומדת במבחן חוקי־היסוד של מדינת ישראל או נמצאת בסתירה לחוקי־היסוד של מדינת ישראל"; ח"כ גדעון עזרא, ישיבה מיום 28.3.00, ד"כ (תש"ס), 7039-7040; וכן דברי ח"כ מרידור בדיון בתיקון חוק השיפוט הצבאי (בעקבות בג"ץ 6055/95 צמח ואח' נ' שר הבטחון ואח', פ"ד נג (5) 241), ישיבה מיום 28.3.00, ד"כ (תש"ס), 7125.

184. רובינשטיין (לעיל, הערה 72), 351-357.

185. ה"כ ריבלין בדיון בהצעה לסדר היום בנושא "פסיקת בג"ץ בדבר הכאת ילדים", ישיבה מיום 2.2.00, ד"כ (תש"ס), 5159-5160: "...האם פסיקת בג"ץ לא מכללא אומרת לנו: ראו, מחוקקים, אתם לא יכולים לתוקק חוק שלא יהיה תואם את חוק כבוד האדם וחירותו, שהרי אם אדם מרים יד--- קרוב לוודאי שהדבר נוגד את חוק כבוד האדם וחירותו--".

186. אריאל בנדור, "שריון החוקה – פסק־דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל", משפטים לא (תשס"א) 821, עמ' 824 (הערה 11).

187. ראו סעיף 1(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, ס"ח 338; סעיף 2(ד) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), תשנ"ו-1996, ס"ת 136; סעיף 1(1) לחוק העובדים הסוציאליים, תשנ"ו-1996, ס"ח 152; סעיף 6(א)(1) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998, ס"ח 252; סעיף 3(ה) לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994, ס"ח 156; סעיפים 1, 10 לחוק זכויות התלמיד, תש"ס-2000, ס"ח 1761; סעיף 1 לחוק שיקום נכי נפש בקהילה, תש"ס-2000, ס"ת 1746; סעיף 1 לחוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001, ס"ת 1782. בנדור (לעיל, הערה 177), 169.

188. ראו, לדוגמא, ישיבה מיום 8.12.98, ד"כ 201 (תשנ"ט), 1715 (שר־המשפטים דאז, צחי הנגבי, בדיון לציון מלאת יובל לניסוחה ולאישורה של הכרזת זכויות האדם על־ידי העצרת הכללית של האומות המאוחדות); ח"כ מאור, ד"כ 163(ב) (תשנ"ז), 8243-8244; עמדת ח"כ מירום בדיוני המועצה הציבורית (לעיל, הערה 33), 216-217. אך השוו להפניה לדבריו (להלן, הערה 194).

189. דיון בכנסת בנושא "יחסי הרשות המחוקקת והרשות השופטת" מיום 14.12.99, ד"כ (תש"ס), 2331, 2360; אוריאל לין "מי יפקח על הכנסת", הארץ (20.12.99) בב.

אף בשיח הפוליטי נקלט יותר ויותר הרעיון, כי למדינת ישראל חוקה בדמות חוקי־היסוד. השיח הפוליטי אינו דן עוד ביצירתה של חוקה אלא ב"השלמת" החוקה.[190] כך, בקווי־היסוד של הממשלה בראשות אהוד ברק (1999-2001) נאמר, כי כינונה של חוקה ייעשה בדרך של "השלמת" חוקי־היסוד "תוך מאמץ לגבש הסכמה לאומית רחבה".[191] בתוכנית שגובשה בממשלת ברק וכונתה ה"מהפכה האזרחית" דובר על "השלמת גיבוש חוקה לישראל".[192] שוב אין מדובר בציפייה ל"מעמד גדול" (כדברי דוד בן־גוריון),[193] אלא בהמשכו ובסיומו של תהליך אבולוציוני. עם זאת, לתפיסה המקובלת, הגורסת כי למדינת ישראל אין עדיין חוקה, משקל רב בשיח הציבורי־פוליטי ובדיוני הכנסת.[194]

המאבק בין שתי התפיסות מלמד, כי המהלך החוקתי בישראל מצוי זה שנים אחדות בצומת־דרכים. ישנם נסיונות פרלמנטריים וחוץ־פרלמנטריים ליצירת מסמך חוקתי חדש,[195]

---

190. שחר אילן, "או חוקה או ש"ס", **הארץ** (20.5.99) 3א; דורית גבאי, "במרכז דורשים: 'השלמת החוקה – תוך שנה אחת'", **מעריב** (6.6.99) 4; עופר שלח, "ראש־הממשלה הנבחר, אהוד ברק: 'מהיום שהגעתי לפוליטיקה אני מרגיש כאיש מרכז'", **מעריב** – מוסף שבועות (20.5.99) 2, עמ' 3.

191. "לא יוקמו התנחלויות חדשות ולא ייפגעו התנחלויות קיימות", **הארץ** (6.6.99) 4א. ראו גם קווי־היסוד של ממשלת רבין (1992-1996) כפי שהוצגו על־ידי שר־המשפטים ליבאי בדיון בהצעת חוק־יסוד: החקיקה; הצעת חוק הליכי החקיקה, תשנ"ג-1993, ד"כ 132 (תשנ"ד), 937.

192. תנה קים, "אם לא מהפכה אזרחית – לפחות מצע בחירות", **הארץ** (1.9.00) 2ב. אף בתקופת ממשלת האחדות בראשות ראש־הממשלה אריאל שרון דנו שר־המשפטים, מאיר שטרית, יו"ר ועדת החוקה בכנסת, ח"כ אופיר פז־פינס ומכיר־הממשלה, גדעון סער, ב"השלמת חקיקתם של חוקי־היסוד בנושא זכויות היסוד של האדם" (גדעון אלון, "שטרית ופינס פועלים לחקיקת חוקי־יסוד", **הארץ** (31.7.01) 5א).

193. ד"כ 4 (תש"י), 820.

194. ראו, לדוגמא, הדיון בכנסת בנושא "יחסי הרשות המחוקקת והרשות השופטת" מיום 14.12.99; ח"כ ברכה (ד"כ (תש"ס), 2340); ח"כ מתאמיד (שם, 2341); ח"כ זנדברג (שם, 2341-2342); ח"כ וילן (שם, 2343); וח"כ איתן (שם, 2356); ישיבה מיום 22.12.99; ח"כ אליעזר כהן (שם, 2623) ושר־המשפטים (דאז) יוסי ביילין (שם, 2624); ישיבה מיום 8.12.98; ח"כ צוקר (ד"כ 201 (תשנ"ט), 1717); ח"כ מירום (שם, 1727); ח"כ דראושה (שם, 1735); ח"כ דיין (שם, 1741).

195. בכנסת ה-15 העלה ח"כ אליעזר (צ'יטה) כהן (סיעת האיחוד הלאומי – ישראל ביתנו) הצעת חוק־יסוד: כינון חוקה בישראל, ה"ח 1720 (תש"ס), אחר־עשר סעיפי הצעת חוק־היסוד מתווים את הדרך שבה יחוקק "מסמך חוקתי יחיד, שלם ומקיף" (סעיף 4 להצעה). סעיף 8 להצעה קובע, כי שאלות חוקתיות יוכרעו על־ידי "בית־משפט לענייני חוקה שיוקם בחוק־יסוד". להצעת חוק־יסוד זה נלווית הצעת חוק־יסוד: בית־המשפט לחוקה, שהועלתה אף היא בידי ח"כ כהן. ח"כ יגאל ביבי (מפד"ל) העלה אף הוא הצעת חוק־יסוד להקמת בית־משפט לחוקה. שלוש הצעות חוק־היסוד זכו לדיון בקריאה טרומית במליאת

ובמקביל מתקיים ניסיון מתמיד להביא להשלמתה של החוקה הקיימת.[196] עד כה לא צלחו הנסיונות הללו.[197]

הכנסת, אך הוסרו בקריאה ראשונה מסדר־יומה. לדיונים בקריאה הטרומית ראו הצעת חוק־יסוד: כינון חוקה בישראל, ישיבה מיום 7.6.00, ד"כ (תש"ס), 8429-8430; הצעת חוק־יסוד: בית־המשפט לחוקה, ישיבה מיום 22.11.00, ד"כ (תשס"א), 871-874 (קבוצת חברי־כנסת, ובראשם ח"כ כהן); הצעת חוק־יסוד: בתי־המשפט לחוקה, ישיבה מיום 15.11.00, ד"כ (תשס"א), 631-634 (ח"כ ביבי). בשנת 1998 העלתה קבוצת חברי־כנסת בראשות ח"כ יוסי כץ (עבודה) וח"כ ראובן ריבלין (ליכוד) הצעת חוק־יסוד: חוקה לישראל (כינון ועדת ניסוח). הצעת חוק־היסוד, שביקשה להטיל את עבודת ניסוח החוקה על ועדת ניסוח, כשלה בקריאה הטרומית, ראו ישיבה מיום 15.7.98, ד"כ 197 (תשנ"ח), 9246; ראו גם דליה שחורי, "הדרך להשאיר לבג"ץ את הכוח, בלי שבאמת ישתמש בו", הארץ (13.11.01) 42. מבין הנסיונות החוץ־פרלמנטריים ליצירת חוקה חדשה בולט נסיונו של המכון הישראלי לדמוקרטיה. המכון מבקש "ליזום מסע ציבורי רחב היקף שיביא בתוך מספר שנים לכינונה של חוקה". לשם גיבוש המסמך החוקתי הוקמה מועצה ציבורית, שבראשה עומד נשיא בית־המשפט העליון בדימוס, מאיר שמגר. וראו "חוקה בהסכמה", פרלמנט 34 (תשס"ב) 20; משה גורלי, "בעל הנס", גלובס (6.11.01) 81; לילי גלילי, "שאגת החוקה", הארץ (22.9.00) 5ב. ניסיון נוסף ראוי לציון הוא ניסוחה של "אמנת כנרת" בידי קבוצת אנשי־ציבור. מחברי האמנה ביקשו לנסח עקרונות להסכמה לאומית על זהות מדינת ישראל. ראו ורד לוי־ברזילי, "בטבריה הגדרנו את מדינת היהודים", הארץ – מוסף לשבת (4.1.02) 18. עוד מעניין לציין את הדרך לכינון חוקה לישראל המותווה על־ידי פרופ' גביזון על סמך הניסיון האמריקני (לעיל, הערה 14), 50-54.

196. כחלק מהמהלך להשלמת החוקה נעשו כמה נסיונות בשנים האחרונות להביא לחקיקת חוק־יסוד: החקיקה – עד כה בלא הצלחה. ראו שחר אילן, "מי מפחד מחוק־יסוד: החקיקה?", הארץ (30.5.01) 8א; גביזון (לעיל, הערה 11), 100-102, 107-108, 110. ראו גם הדיון בהצעת חוק־יסוד: החקיקה, מיום 28.3.00, ד"כ (תש"ס), 7036-7043. בנקודה זו מעניין להביא את דבריה של פרופ' גביזון בראיון עמה: "אבל אני שומעת ששר־המשפטים רוצה להעביר עוד תוקים כאלה – חוק־יסוד: החקיקה – ואולי הוא יצליח. או אולי באמת נוכל להגיד שתהיה חוקה... אם הכנסת תעביר את חוק־יסוד: החקיקה, ויהיה שריון גורף לכל חוקי־היסוד ואפשרות גורפת של ביקורת שיפוטית על כל החוקה הזאת – רק או אפשר יהיה להגיד שהחוקה עדיין צולעת, אבל קיימת" (זרי חזן, "זו לא חוקה, זה מחטף בחשכת הלילה", ירושלים (מקומון) (30.10.98) 34, עמ' 35). ראו גם גביזון (לעיל, הערה 11), 117. ח"כ דן מרידור גרס, כי השלמת החוקה מחייבת השלמת מגילת־זכויות האדם וחיקוק חוק־יסוד החקיקה (ישיבה מיום 14.12.99, ד"כ (תש"ס), 2349). מובן כי אלה הטוענים שקיימת חוקה בישראל רואים בנסיונות לחוקק חוקי־יסוד נוספים משום רצון לשפר חוקה קיימת. ראו גדעון אלון, "אהרן ברק: החוקה נכה ומקוטעת; יש להשלים חקיקת חוקי־היסוד", הארץ (12.12.99) 12א.

197. בעת כתיבת החיבור הוסרו הצעות החוק של ח"כ אליעזר כהן וח"כ יגאל ביבי, על־פי

המאמצים שנעשו עד כה להשלמת חוקה או לכינון מסמך חוקתי חדש נכשלו אפוא. מנגד, הניתוח ההשוואתי מלמד, כי במרוצת השנים ימשיכו חוקי־היסוד ברכישת לגיטימציה כחוקה. על רקע שתי מסקנות אלה אבקש להעריך בפרק הסיכום את התמונה בהקניית לגיטימציה לחוקי־היסוד כחוקת מדינת ישראל.

סיכום

הערכתי, הנשענת על הדיון ההיסטורי־השוואתי, היא, כי החוקה הישראלית קונה ותמשיך ותקנה בתהליך אבולוציוני אטי את הלגיטימציה הציבורית שתחוקה זקוקה לה.

ההיסטוריה אינה מספקת שיפוט או הכרעה בדיון בעתיד התהליך החוקתי בישראל. השיפוטים וההכרעות נעשים על־ידנו, אלא שמדיונים חוקתיים מעין אלו מספקת לנו ההיסטוריה מידע הכרחי להגעה לשיפוטים ולהערכות.[198] הערכתי מבוססת על כך, כי הגורמים שהשפיעו על הקניית לגיטימציה לחוקות בארצות שבהן דנתי יפעלו פחות או יותר באותו אופן בישראל. מובן, כי ישנם הבדלים בין החברה הישראלית לחברות שאני משווה וגם הבדלים בין הסיטואציה ההיסטורית שבה התקבלה החוקה בכל אחת מחברות אלו ובין הסיטואציה ההיסטורית בישראל בעת קבלת חוקי־היסוד החדשים. מובן גם, כי אין אפשרות לקבל מסקנות כמותיות חד־משמעיות לפי מספר המקרים הנמוך שנותחו בחיבור זה, לעומת המספר הגבוה של הגורמים המשפיעים על תהליך יצידת חוקה. יש גם קושי לזהות את כל המאפיינים המשפיעים על תהליך הקניית לגיטימציה תברתית לחוקה

המלצת ועדת חוקה, חוק ומשפט, מסדר־יומה של הכנסת. ראו טובה צימוקי, "נדחתה ההצעה להקים בית־משפט לחוקה", **ידיעות אחרונות** (6.11.01) 14; גדעון אלון, "נדחו שתי הצעות חוק להקמת בית־משפט לחוקה", **הארץ** (6.11.01) א6; גדעון אלון, "הכנסת פסלה הצעות להקמת בימ"ש לחוקה", **הארץ** (3.1.02) א6. הממשלה התליטה אף היא על התנגדותה להצעה להקמת בית־משפט לחוקה, "בין אם יובאו שכוותרתן היא 'חוק־יסוד' ובין אם יובאו בכותרת של חוק רגיל". ראו גדעון אלון, "ש"ס הפתיעה: תתנגד להקמת בימ"ש לחוקה", **הארץ** (10.12.01) א7 (להלן: אלון, "ש"ס הפתיעה"); דליה שחורי, "הממשלה מתנגדת להצעות החוק להקמת בית־משפט לחוקה", **הארץ** (31.12.01) א7.

על רקע התנגדותן העיקשת של המפלגות הדתיות לחיקוקם של חוקי־יסוד נוספים ספק רב אם אפשר לחוקק חוקי־יסוד נוספים ולהביא בכך להשלמת המסמך החוקתי. ראו גביזון (לעיל, הערה 11), 101-102, 107-108, 116, 140; אילן (לעיל, הערה 190); אילן (לעיל, הערה 196). ההסכם הקואליציוני של הקואליציה שתמכה בממשלת שרון הראשונה (2001-2002) קבע, שכל יוזמה לחקיקת חוק־יסוד מחייבת הסכמה בין כל מרכיבי הקואליציה. ראו אלון, "ש"ס הפתיעה" (לעיל, הערה 197). נראה, כי הקשיים העומדים בפני מהלך חוקתי חדש וכולל יהיו רבים וגדולים מן הקשיים שבפניהם עומד מהלך השלמתם של חוקי־היסוד (ראו הערכותיהם של מלומדים בדיוני המועצה הציבורית (לעיל, הערה 33), 86, 89, 97. לעומת זאת, ראו גביזון (לעיל, הערה 14), 56-61).

198. ראו וופורד (לעיל, הערה 15), 532; **אראטו** (לעיל, הערה 126), 16-17.

בכל חברה וחברה. ונראי שיש קושי להתחשב בכל המאפיינים הללו כאשר אנו מנסים להשליך מן הניסיון ההיסטורי לתהליך החוקתי הישראלי.[199] אך ניתוח התהליך שאירע בכל אחת מן המדינות סייע ביכולת לאיתור הגורמים המשפיעים על תהליך הקניית לגיטימציה חברתית לחוקה וביכולתנו להעריך את כיוון השפעתם של הגורמים הרלבנטיים על התהליך החוקתי בישראל. הדיון ההיסטורי־השוואתי מספק לנו יכולת התמצאות במאטריה, במציאות החוקתית הישראלית. ככל שיותר ממאפייני התהליכים החוקתיים במדינות אלו מתקיימים במציאות הישראלית, אפשר יהיה להשליך יותר מתוצאות התהליכים התוקתיים במדינות אלו למציאות התוקתית הישראלית.[200]

ברוח זו קבע שופט בית־המשפט העליון האמריקני, השופט ברייאר (Breyer), כי בעת פירוש החוקה עשוי ניסיון חוקתי במדינות אחרות להיות לעזר לשופטים. הניסיון ההשוואתי – קובע ברייאר – זורה אור אמפירי על השפעתם של פתרונות שונים לבעיה תוקית דומה.[201] הדיון ההיסטורי־השוואתי משמש אפוא כ"פילוסופיה המלמדת באמצעות דוגמאות".[202]

ראוי אף לציין, כי אם המודל ההיסטורי ניצב מול בעיה של הבדלים בין חברות שונות בזמנים שונים ובסיטואציות היסטוריות נבדלות, הרי שימוש בדיון שקיימתי במודלים "אידיאליים" המבוססים על דדוקציה מעקרונות כלליים המנותקים מזמן ומהקשר יביא להתמודדות עם אותה בעיה ביתר־שאת. שיטת הניתוח ההיסטורית, המתחשבת בהבדלים בין חברות, נראית מתאימה יותר להתמודד עם שאלת הקניית הלגיטימציה של חוקה.[203]

---

199. Mark Thushnet, "The Possibilities of Comparative Constitutional Law", 108 *Yale L.J.* (1999) 1225, pp. 1265-1266; M. D. Adler, "Can Constitutional Borrowing Be Justified? A Comment on Tushnet", 1 *U. Pa. J. Const. L.* (1998) 350, pp. 354-356; Vicky C. Jackson and Mark Tushnet, "Note on the Unit of Comparison: The Irish Experience With Reproductive Freedom and Popular Initiative", *Comparative Constitutional Law* (Vicki C. Jackson and Mark Tushnet – eds., Foundation Press, New York, 1999) 174, pp. 181-182. ראו גם אקרמן (לעיל, הערה 84), 775.

200. Clayton Roberts, *The Logic of Historical Explanation* (The Pennsylvania State University Press, University Park Pa., 1996), 281.

201. *Printz v. United States* 117 S. Ct. 2365, p. 2405 (1997) (בפסק־דין זה היה השופט ברייאר בדעת מיעוט). השופט סקאליה (Scalia) בדעת הרוב כתב, כי ניסיון השוואתי יכול לסייע בעיצובה של חוקה, אך לא בפירושה של חוקה קיימת (שם, 2377 (הערה 11)). ראו גם: Mark Tushnet, "Returning with Interest: Observations on Some Putative Benefits of Studying Comparative Constitutional Law", 1 *U. Pa. J. Const. L.* (1998) 1.

202. Dionysius of Halicarnassus as quoted in Paul Hamilton, *Historicism* (Routledge, London and New York, 1996), 18-19. ראו גם רוברטס (לעיל, הערה 200), 285-286.

203. ראו אראטו (לעיל, הערה 126), 21-22; רוברטס (לעיל, הערה 200), 278-280, 285-286; המילטון (לעיל, הערה 202), 2-3.

בבחינת התהליך החוקתי בישראל סיפקה הפריזמה ההיסטורית־השוואתית תובנות שונות מאלה שהושגו בבחינה הגיונית. למִצער אִפשר המודל ההיסטורי לחשוף את הליקויים בביסוס ההיסטורי, העומד ברקע טיעוניו ההגיוניים של השופט חשין לגבי דרך קבלת החוקה הישראלית.[204]

גם אם לפי הדיון ההיסטורי יכולה החוקה הישראלית להסיר את החטוטרת של בעיית הלגיטימציה מעל עורפה, עומדת וניצבת השאלה, האם תהליך זה כדאי? במצב הנתון האם כדאי להסתפק בחוקה נכה ובעלת תוכן חסר ובלתי־מאוזן?[205] חוקה כזו, גם אם בסופו של דבר תזכה ללגיטימציה ציבורית למרות תהליך קבלתה הפגום, עדיין תשא בחובה ליקויים מבחינת תוכנה ומוסריות דרך קבלתה. הבחירה כאן היא בין חלופות. בחירתי מבוססת על הערכת היכולת לשמור על הדמוקרטיה הישראלית במצבה הנוכחי בעזרת הכלים המצויים בכל אחת מן החלופות. הבחירה היא בין הסתמכות על מנעול חוקתי קיים, חסר ומוגבל בכוחו, וניסיון לחזקו בהקניית לגיטימציה ציבורית, ובין ציפיה למנעול חוקתי טוב יותר, שלם יותר, הזוכה לתמיכה ציבורית רחבה.[206]

לפי החלופה האחרונה, בתקופת־הביניים עד לקבלת חוקה שלמה, בית־המשפט יכול להשתמש בכלים אחרים, לא־חוקתיים, היכולים לשמש מנעול בפני כוחות אנטי־דמוקרטיים. לכאורה, כלים לא־חוקתיים אלה יכולים למלא את כל תפקידי החוקה בריסונם ובבלימתם של כוחות אנטי־דמוקרטיים. כך אף בתחום הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית עלתה במשפט הישראלי האפשרות להשתמש במנגנונים שאינם חוקתיים. השופט ברק (כתוארו אז) העלה בבג"ץ לאו"ר את האפשרות, כי בית־המשפט יפסול חקיקה הנוגדת עקרונות־יסוד של השיטה. עם זאת, גם הוא נמנע מהחלת גישה זו בפועל בשל היותה "חורגת מגבולות הקונסנזוס התברתי בישראל".[207] אמנם, נוכח בג"ץ לאו"ר אפשר לטעון, כי בית־המשפט יכול להתערב בהכרעות חקיקתיות בלא כל תלות בטקסט

204. חשיפה ובחינה של נימוקים היסטוריים מצביעה על הקושי המרכזי בנימוקים "הגיוניים", המבוססים על שיפוט היסטורי – היותו של השיפוט ההיסטורי סמוי. בכך נפגעת לעתים מודעותו של המנמק להסתמכותו על ביסוס היסטורי והערכתו לנכונות הביסוס ההיסטורי. טענות מסוג זה עלו אצל גביזון (לעיל, הערה 2), 200-202. בחיבורי לא דנתי ביכולתם של שופטים לבחון חומר היסטורי. הכתיבה בארצות־הברית בנוגע ליכולתם של שופטים לבחון חומרים היסטוריים הנוגעים לכוונת האבות המייסדים רלבנטית לעניין זה. ראו גם ההתפתחות בראייתו של פרופ' ברק, אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך ראשון: **תורת הפרשנות הכללית**, נבו, תשנ"ב), 356; ברק (לעיל, הערה 23), 153, 156-157; גביזון (לעיל, הערה 2), 203 (הערה 137).

205. לנדוי, קליין, סגל וברק (לעיל, הערה 71), 11; דותן (לעיל, הערה 36), 179-180; אלון (לעיל, הערה 196).

206. לדימוי "המנעול החוקתי" ראו אקצין (לעיל, הערה 42), 57-58. לציפייה לתהליך חוקתי המבוסס על משא-ומתן ודיון ציבורי רחב ראו גביזון (לעיל, הערה 14), 55-62.

207. בג"ץ לאו"ר (לעיל, הערה 9), עמ' 554; רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 13), 410-418.

חוקתי שיסמיך אותו לעשות כן. אך דווקא מבחינת הלגיטימציה החברתית, "הקונסנזוס החברתי", יתקשה בית־המשפט הרבה יותר לפסול חקיקה ולבלום כוחות אנטי־דמוקרטיים על סמך טושג עמום ובלתי־מוכר בקרב הציבור כ"עקרונות־יסוד". החשש מביקורת ציבורית ומפגיעה במעמדו של בית־המשפט גדולים יותר כאשר בית־המשפט מסתמך על הגנה על עקרונות מטה־טקסטואליים שאינם מפורטים מראש.[208] מבחינת הלגיטימציה הציבורית הנתונה לו, לבית־המשפט קל יותר להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית כאשר שיש טקסט חוקתי ובשעה שהוענקה לו סמכות עקב מהלך שהחל בכנסת.[209] ואכן, בדות זו הנשיא ברק זונח את האפשרות לפסילת חקיקה בשם עקרונות־יסוד בשל כינונם של חוקי־היסוד. כך, בע"א בנק המזרחי קובע הנשיא ברק, בהזכירו את נסיון גרמניה הנאצית, כי "ישנם מספר ערכי יסוד אשר גם ללא חוקה כתובה אין המחוקק יכול לבטלם... אנו, אין לנו צורך להרחיק לכת. יש לנו טקסט חוקתי".[210]

אך לא רק בתחום הביקורת על חקיקה ראשית ישנה עדיפות לטקסט חוקתי. אכן, מלומדים המטילים ספק בכוחן של חוקות למנוע עלייתם של כוחות אנטי־דמוקרטיים, מצביעים על העובדה כי די היה בחוק העונשין ובחוקים אחרים, אם היו מופעלים כיאות, כדי לבלום את עלייתם של הכוחות הנאציים והפשיסטיים באירופה.[211] עם כל הכבוד, לחוקה כטקסט משפטי שרמת הבולטות שלו גבוהה יותר, כסמל, סיכוי רב יותר לבלום כוחות אנטי־דמוקרטיים מאשר להקיקה רגילה. בהנחה שבקרב השפיטה מצויים כוחות הנאמנים לדמוקרטיה,[212] חוקה יכולה לשמש כלי בעל כוח רב כסמל למחויבות לדמוקרטיה

208. יצחק זמיר, "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים", משפט וממשל א (תשנ"ג) 395, עמ' 405-407; דותן (לעיל, הערה 36), 156; דותן (לעיל, הערה 33), 794.

209. דותן (לעיל, הערה 36), 177-179; דותן (לעיל, הערה 33), 794; בנדור (לעיל, הערה 177), 145.

210. ע"א בנק מזרחי (לעיל, הערה 35), 397-399. זוהי גם דעתו של פרופ' זמיר. ראו זמיר (לעיל, הערה 208), 408. השינוי בעמדת הנשיא ברק ניכר ביחוד לאור האמור בספרו. ראו ברק (לעיל, הערה 204), 630-634. אך ראו בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט (1) 758, עמ' 802, שם השאיר המשנה־לנשיא ברק (כתוארו אז) בצריך עיון את השאלה אם אפשר לקיים "ביקורת שיפוטית על רקע עקרונות־יסוד שאינם חקוקים על חוק־יסוד". כאשר הוא מעיר "מי ייתן ולא נצטרך לעולם להכריע בזה". ראו גם רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 13), 410-418. השופט חשין מציב בע"א בנק המזרחי מגבלה מצומצמת לחקיקת הכנסת, שבגדריה יוכל בית־המשפט לפסול את החקיקה שלא כהתבסס על הטקסט החוקתי. קטיגוריה זו כוללת מקרים שבהם הכנסת מחוקקת עבור עצמה. ראו ע"א בנק מזרחי (לעיל, הערה 35), 544-546. ראו בהרחבה מאמרו של דותן (לעיל, הערה 33); דותן (לעיל, הערה 36), 174-176 (בייחוד הערה 47).

211. ראו מנדל (לעיל, הערה 49), 259-264; מנדל (לעיל, הערה 54), 54, 61.

212. בניגוד למציאות ברפובליקת ויימאר ובאיטליה בעת עליית מוסוליני. ראו מנדל (לעיל, הערה 49), 259-262; מנדל (לעיל, הערה 54), 54-55.

כמעט במנותק מתוכנה.[213] כך בגרמניה הפך חוק־היסוד, בתבדה הגרמנית ככלל, לסמל מרכזי של ניתוק גרמניה מעברה הנאצי.[214] בארצות־הברית הפכה החוקה לבסיס המאגד את האוכלוסייה האמריקנית כקהילה אחת ולסמל הממשל הדמוקרטי האמריקני.[215] אף ההתנגדות בקוויבק למגילת־הזכויות הקנדית לא היתה בשל תוכנה כמגינה על זכויות האדם, אלא למגילה כסמל.[216] נראה, כי אף לטקסט החוקתי הישראלי הולכת ומתעצבת משמעות מעבר לתוכנו הנכה, כסמל לשמירה על הדמוקרטיה הישראלית. הטקסט החוקתי יובל לשמש נקודת־משען מאחדת לכל תומכי הדמוקרטיה בישראל.[217]

המתנגדים להתבססות על חוקי־היסוד הנכים כחוקה מצביעים על הדוגמא הבריטית כתוכחה לכך, שחוקה כתובה איננה תנאי הכרחי לשמירה על הדמוקרטיה ולבלימת כוחות טוטליטריים. בריטניה התקיימה במשך מאות בשנים בלא חוקה פורמלית, לאמור: השלטון בה רוסן, והדמוקרטיה נשמרה בלא מסמך חוקתי פורמלי.[218] החוקה הבריטית הלא־כתובה הגנה במהלך מאתיים השנים האחרונות על חירויות־היסוד בבריטניה באופן לא פחות מוצלח מהאופן שבו החוקה האמריקנית הגנה על חירויות־היסוד בתקופה המקבילה; וודאי באופן יותר טוב מן ההגנה שניתנה באותה תקופה במדינות אירופה בעלות המסורת של חוקות כתובות. כוחה זה של החוקה הלא־כתובה בבריטניה מוסבר בזיקה הציבורית בבריטניה כלפי הנורמות החוקתיות הבלתי־כתובות במסורת הדמוקרטית הבריטית. אווירת היציבות והריסון השלטוני העצמי בבריטניה נוצרה לא בגלל היעדרה של חוקה פורמלית, אלא למרות היעדרה. כיום הדוגמא הבריטית תקפה פחות בשל שני שינויים של ממש שנעשו במשפט החוקתי הבריטי בדור האחרון: ראשית, התפתחותו של האיחוד האירופאי מעניקה משמעות נרתבת לעדיפות המשפט הנהוג בו על־פני המשפט הפנימי הבריטי, ובכלל זה לאכיפת עדיפותו על־ידי בית־הדין של הקהילה האירופאית (European Court of Justice). שנית, האמנה האירופאית

213. Walter F. Murphy, "Constitutions, Constitutionalism, and Democracy", *Comparative Constitutional Law* (Vicki C. Jackson and Mark Tushnet – eds., Foundation Press, New York, 1999) 195, pp. 198-199.

214. ראו אקרמן (לעיל, הערה 84), 778-779.

215. ראו פריצ'ט (לעיל, הערה 153), 3,2; ג'קובסון (לעיל, הערה 87), 9.

216. ראו ראסל (לעיל, הערה 95), 146-147. ראוי לזכור, כי המגילה מגינה על זכויות מיעוטים שעמם נמנים רוב תושבי קוויבק.

217. חוקה כנקודת־משען לתומכי הדמוקרטיה ראו אקרמן (לעיל, הערה 83), 62; פראוס (לעיל, הערה 103), 99. וראו גם דבריו של ח"כ מרידור בדיוני המועצה הציבורית (לעיל, הערה 33), 22.

218. כך, לדוגמא, ראו דברי ראש־הממשלה בן־גוריון וההפניות המובאות ברובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 13), 19 (הערה 2). נדמה, כי גם הנשיא (בדימוס) לנדוי מיצר על זניחת המודל הבריטי. ראו משה לנדוי, "אין סימן לכך שהכנסת מבינה את האחריות מוטלת עליה" (ביקורת על ספרה של פרופ' גביזון – "המהפכה החוקתית"), הארץ – מוסף ספרים (16.12.98) 1; אקצין (לעיל, הערה 42), 81-82; אקרמן (לעיל, הערה 84), 771-772.

לזכויות אדם (European Convention on Human Rights), כמו גם חוק זכויות האדם (Human Rights Act, 1998), יצרו ביקורת שיפוטית מוגבלת על חקיקת הפרלמנט הבריטי.[219]

אכן, מצבה החוקתי של בריטניה, עד לשינויים בדור האחרון, לימד כי אין ניגוד עקרוני בין אי־קיומה של חוקה ובין שמירה על המשטר הדמוקרטי. אכן, הדיון ההשוואתי שהתקיים עד כה מגלה, כי הקשר בין חוקה ושמירה על הדמוקרטיה תלוי בנתוני־הרקע של החברה והשעה.[220] אין עוררין על כך, כי המסורת הדמוקרטית שנוצרה במדינת ישראל אינה דומה לזו הבריטית: מדינת ישראל חסרה במידה רבה תשתית חברתית ותרבותית שורשית לאורת־חיים ולפוליטיקה דמוקרטית.[221] הטציאות בה בשנים האחרונות מתאפיינת באי־אכיפה הפגנתית של פסיקות בג"ץ,[222] שמתנהלת בה מתקפה

219. לאחר מלחמת־העולם השנייה חתמה בריסניה על האמנה האירופאית לזכויות האדם. החל בשנת 1966 הותרה לאזרחים בריטיים הגישה לבית־המשפט האירופאי לזכויות אדם (European Court of Human Rights), בכך התחייבה בריטניה לתקן את החוק הבריטי בהתאם לפסיקות בית־המשפט האירופאי. בשנת 1998, לאחר עליית מטשלת הלייבור בראשות טוני בלייר, הוקק חוק זכויות האדם המעגן את האמנה האירופאית לזכויות האדם (בשינויים קלים) בחקיקה הבריטית הפנימית. החוק נכנס לתוקפו בכל חלקי הממלכה המאוחדת בשנת 2000. חוק זכויות האדם הקנה לחלק מבתי־המשפט בבריטניה את הסמכות להכריז כי חקיקה סותרת את האמנה. סמכות זו אינה כוללת את הסמכות לבטל חקיקה. הפרלמנט הבריטי אף אינו מחויב על־פי החוק לתקן חקיקה שנקבעה כפוגעת בזכויות המוגנות בחוק זכויות האדם. ראו: Anthony King, *Does the United Kingdom still have a constitution?* (Sweet and Maxwellfm, London, 2001), 54-55, 59-61, 71-73, 95-96. פרופ' קינג אף מתאר את השינויים שעבר המשפט החוקתי הבריטי כ"מהפכה חוקתית" (עמ' 53). ראו גביזון (לעיל, הערה 11), 47 (הערה 54). בנדור (לעיל, הערה 177), 127; דוד קרצמר, "מבוגמן וקול העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם", משפטים כח (תשנ"ז) 359, עמ' 378 (הערה 28). לנדוי, קליין, סגל וברק (לעיל, הערה 71), 8-9, 10; Vicki C. Jackson and Mark Tushnet, "Introduction to the History of the Bill of Rights Debate in Great Britain", *Comparative Constitutional Law* (Vicki C. Jackson and Mark Tushnet – eds., Foundation Press, New York, 1999) 370, pp. 370-375; Clive Walker and Russell L. Weaver, "The United Kingdom Bill of Rights 1998: The Modernisation of Rights in the Old World", 33 *U. Mich. J.L. Ref.* (2000) 497, pp. 535, 547-551, 556-557.

220. ראו גרים (לעיל, הערה 135), 196, 199-200.

221. אזרחי וקרמניצר (לעיל, הערה 152), 10; אקרמן (לעיל, הערה 45), 68-69; מרים בן־פורת, משה לנדוי, משה נסים, שמואל תמיר ועמוס שפירא, "רב־שיח – חוקה לישראל – האם ומתי?", עיוני משפט יא (תשמ"ו) 17, עמ' 21.

222. ראו דיון בסוגיית מינוי נציגים רפורמים וקונסרבטיבים למועצות הדתיות אצל מנחם הופנונג, "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה

חסרת־תקדים על שלטון החוק ועל בית־המשפט העליון ושופטיו.[223] מציאות בה ממונה יועץ משפטי לממשלה ה"כבול בקוריהם של אישים שלא אינטרס הציבור ושלטון החוק לנגד עיניהם"[224] ובה רוב מצביעי המפלגה הרביעית בגודלה בכנסת מעוניינים במדינת הלכה על־פני מדינה דמוקרטית[225] – הוכיחה את שבריריותה של הדמוקרטיה הישראלית. בתמונת מציאות כזו נדמה לי, כי יש צורך במכשיר פורמלי שיסייע בתיזוק המסורת

השוואתית", משפטים כה (תשנ"ז) 211, עמ' 233; וכן לאחרונה סוגיית הגיור הרפורמי והרישום בתעודות הזהות אצל רמי חזות, "משרד הפנים מציג: מסע ייסורים לגרים הרפורמים", ידיעות אחרונות (19.3.02) 20; משה רייזנפלד ואנשיל פפר, "הרפורמים לבג"ץ: להאשים את השר ישי בביזון בית־המשפט", הארץ (20.3.02) א7.

223. ראו הרצאתה של השופטת דורית ביניש ביום 20.5.01 (לעיל, הערה 182). השופט יצחק אנגלרד התריע לאחרונה על ערעור יסודות המשטר הדמוקרטי בישראל. אנגלרד ציין את הצעת החוק להקמת בית־משפט לחוקה יחד עם ההתקפה רחבת־החזית על מערכת־המשפט כסימנים ראשונים לערעור שלטון החוק בישראל. ראו משה גורלי, "אנגלרד על בית־המשפט לחוקה: רעיון פסול", הארץ (25.11.01) א18; טובה צימוקי וחיים שיבי, "בית־המשפט העליון נגד הכנסת", ידיעות אחרונות (25.11.01) 16.

224. פרשת מינוי עו"ד בר־און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. בסופו של דבר סוכל המינוי ונפתחה חקירה משטרתית לחקירת חשדות למעשים פליליים הכרוכים במינוי. בהחלטתו לסגור את תיקי החקירה נגד ראש־הממשלה ושר־המשפטים כתב היועץ המשפטי לממשלה, אליקים רובינשטיין, כי "היה כאן איום על שלטון החוק, בנוסח המוכר ממדינות מסוימות – קרי מינוי יועץ משפטי לממשלה, ראש התביעה הכללית, העלול להיות כבול בקוריהם של אישים שלא אינטרס הציבור ושלטון החוק לנגד עיניהם" (החלטה מס' 3164/97 מיום 20.4.97). על השתלשלות הפרשה ראו ואב סגל, "צללים מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בר און ובעקבותיה", משפט וממשל ד (תשנ"ח) 587.

225. בבחירות לכנסת ה־15 זכתה ש"ס ב־17 מנדטים, בשעה שתליכוד, המפלגה השנייה בגודלה, זכתה ב־19 מנדטים. על־פי סקר שבעשה לאחר הבחירות 55% מתומכי ש"ס מעדיפים מדינת הלכה על־פני מדינה דמוקרטית. ראו סבר פלוצקר, "רוצים מדינת הלכה", ידיעות אחרונות – המוסף לשבת (28.5.99) 12. ש"ס תרטה על דגלה בבחירות לכנסת ה־15 את אי־האמון במערכת בתי־המשפט ואת הערעור על שלטון החוק. לאחר הבחירות הובעה דאגה במערכת־המשפט מהתחזקות ש"ס. בכנסת ה־15 נוצר גוש של 25 חברי־כנסת (ש"ס, יהדות התורה ומפלגתו של ליברמן – ישראל ביתנו), שלדעת "בכירים במערכת המשפט", "מבקשים לקעקע את שלטון החוק". ראו טובה צימוקי, "דאגה עמוקה במערכת המשפטית מהתחזקות ש"ס", ידיעות אחרונות (19.5.99) 5. עשרה ימים לאחר הבחירות רדין פירטי המזוהה עם ש"ס קרא למאזיניו לצאת לרחובות והוסיף ואמר: "הקדוש־ברוך־הוא ימית היום את כל השופטים של בית־המשפט העליון, אמן, כן יהיה רצון". ראו יעל גבירץ, "רדין פיראטי המזוהה עם ש"ס קרא למאזיניו: לצאת לרחובות ולשחוט חילונים", ידיעות אחרונות (27.5.99), 5; ראו גם גביזון (לעיל, הערה 11), 114.

הדמוקרטית הלא־פורמלית הישראלית ויהיה גורם נוסף בריסון הכוח השלטוני.[226] בלא המכשיר הפורמלי מדינת ישראל היא כ"גוף שמערכת החיסון שלו פגומה ולכן אין הוא מסוגל להגיב כראוי בשעת סכנה". אכן, בלא חוקה האפשרות והפיתוי השלטוניים לפגוע בחירויות־יסוד או בערכי־יסוד כגון עצמאות הרשות השופטת ממשיים יותר.[227]

חוקה נטולת־לגיטימציה ציבורית לא תהיה גורם של ממש בריסונם ובבלימתם של כוחות אנטי־דמוקרטיים. אמנם, גם חוקה הזוכה ללגיטימציה ציבורית אינה תרופה מושלמת ויחידה, אלא היא בגדר אמצעי ריסון ואזהרה נוסף בפני הכוח השלטוני. אכן, "מנעול" חוקתי ספק אם ביכולתו לעמוד אל מול שלטון הטעוניין בקריסת המערכת הדמוקרטית, אך "גם אפור הוא צבע".[228] כאשר עסקינן בחברה שבה לרוב החברה ולרוב האליטות בעלות העוצמה מחויבות כלפי הדמוקרטיה, בידי החוקה לסייע בבלימת איומים המצויים במתחם ה"אפור". נראה, כי מול איומים "אפורים", למנעול החוקתי בדמות חוקי־היסוד יש כדי לתרום במאבק על שמירת הדמוקרטיה הישראלית. גם בתוכנו הלקוי המסמך החוקתי הישראלי הוא מנעול נוסף בפני כוחות אנטי־דמוקרטיים עולים ומתחזקים בקרב הציבור הישראלי.[229] ויתור על שימוש במנעול זה, בלי שישנה חלופה ממשית

226. ראו אקצין (לעיל, הערה 42), 82; גביזון (לעיל, הערה 11), 67; בן־פורת, לנדוי, נסים, תמיר ושפירא (לעיל, הערה 221), 20-21, 26; ברזינסקי (לעיל, הערה 14), 20-21; גרים (לעיל, הערה 173), 200.

227. יצחק זמיר, "חוקי־היסוד – בדרך לחוקה" (מבוא), חוקי־יסוד: הכנסת, פירוש לחוקי־היסוד (אמנון רובינשטיין ודענן הר זהב – עורכים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר, תשנ"ג) 11. וראו גם דברי השופט זמיר בבג"ץ מרכז השלטון המקומי: "סמכות לבטל חוקים... היא, לדעתי, חיונית בחברה נאורה, ובמיוחד כך בישראל, שבה תרבות השלטון טרם הכתה שורשים עמוקים". ראו בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי ואח' נ' הכנסת, פ"ד נ (3) 485, עמ' 496; אמנון רובינשטיין, "חולשה שזקוקה לחוקה", הארץ (31.5.99) ב1; בנדור (לעיל, הערה 177), 129-130.

228. עדי צמח, "האם הובה עלי לציית לחוק?", גבול הציות (ישי ודינה מנוחין – עורכים, יש גבול, 1985) 17, עמ' 23.

229. ראו קפלטי (לעיל, הערה 14), 210; אקצין (לעיל, הערה 42), 57-59, 73-74; "ידוע שבעניינים של תפיסות יסוד, כל אדם רואה את התפתחויות כחיזוק לעמדותיו הראשוניות" – ראו גביזון (לעיל, הערה 20), 113. קולם של כותות אנטי־דמוקרטיים אלו נשמע בייתוד בהתבטאויותיו של אביגדור ליברמן ושל רבנים מרכזיים בציבור הדתי. בין שאר הדברים אמר לימרמן: "רק משטר נשיאותי חזק, יציב, שאינו תלוי ברוב קואליציוני כזה או אחר יכול להתמודד עם הבעיות שניצבות כיום בפני המדינה... הממשלה הנבחרת הפכה להיות גורם שולי בניהול המדינה. המדינה מתנהלת על־ידי ארבעה ממסדים חוקים הרבה יותר מהממשלה, אשר פועלים בלא תיאום עמה ואף כופים את דעתם עליה: בית־המשפט העליון, פרקליטות המדינה, אגף התקציבים ואגף החקירות במשטרה. בשם העצמאות המקצועית, התפתחה שם רודנות מינהלית" (אלכס סומך, "לימרמן אנתנו הרוב ואנחנו נשנה את החלוקה בין הטובים לרעים", הארץ (4.1.99) א6; מאמר מערכת, "סכנה

אחרת, יהיה בגדר צעד פזיז על רקע האיומים שכנגדם מתייצבת הדמוקרטיה הישראלית.[230]

ההיסטוריה אינה מספקת בסופו של יום את ההכרעה לגבי הדרך שיש להעדיפה. ההכרעה להתייצב מאחורי המהלך החוקתי ולהעניק לו את הלגיטימציה שהוא משווע לה אינה ניתנת על־ידי ההיסטוריה.[231] זו סיפקה לנו קווי־מתאר המלמדים, כי אפשר להתבסס על החוקה הקיימת כמנעול נוסף בפני כוחות אנטי־דמוקרטיים. לכן התייצבות לצד בית־המשפט העליון ב"מסעו" החוקתי אינה נובעת מהחשש שהעברת גיקודת על מהלכיו עלולה לפגוע במעמדו או מהחשש להצטייר כ"אויבו של שלטון החוק".[232] ההתייצבות מאחורי המהלך החוקתי שבית־המשפט מנהיג, נובעת בעיקר מתוך הכרה, כי יכולתו של המהלך החוקתי בישראל לסייע בשמירת הדמוקרטיה תלויה בהתייצבות הציבור הישראלי מאחורי המהלך החוקתי.[233]

לדמוקרטיה", **הארץ** (5.1.99) ב1; עוזי בנזימן, "ליברמן לא הפנים", **הארץ** (5.1.99) ב1. מפלגת "האיחוד הלאומי", בראשות ליברמן, זכתה בבחירות לכנסת ה־16 בשמונה מנדטים. "הרב פרוש, נשיא תנועת 'אגודת ישראל' אמר: פסקי הדין נגד החרדים יוליכו למרד". עוד אמר פרוש: "לא ניתן שדיקטטורה של בתי־משפט חילונים תכפה עלינו את אורח החיים". מנהיג תרדי אף כינה את הנשיא ברק "צורר היהודים". הרב עובדיה יוסף הגדיר את שופטי בית־המשפט העליון כ"רשעים" וקבע ש"בגללם באים כל הייסורים לעולם" (שחר אילן, גדעון אלון ויוסי ורטר, "התקפה חריפה על בג"ץ: 'ברק צורר היהודים'", **הארץ** (10.2.99) א1; שלמה צוזה ומגחם רהט, "החרדים מאיימים במרד אזרחים; הוגברה השמירה על השופט ברק", **מעריב** (10.2.99) 1, עמ' 2־3; שחר אילן, גדעון אלון, מזל מועלם וניקול קראו, "הרב יוסף: שופטי בג"ץ רשעים ובגללם באים כל הייסורים לעולם", **הארץ** (11.2.99) א1; יוסי לוי, "החרדים תובעים הקמת 'בית דין מיוחד' – תנאי לביטול הפגנת־ההמונים", **מעריב** (12.2.99) 1, עמ' 2־3).

230. יש שחושבים, "בתוכמה לאחר מעשה", כי בית־המשפט העליון בשנות החמישים של המאה הקודמת יכול, וצריך היה, לאמץ את מגילת־העצמאות כחוקה של מדינת ישראל. כך בן־פורת, לנדוי, נסים, תמיר ושפירא (לעיל, הערה 221), 19 (בן־פורת); נגבי (לעיל, הערה 11), 27. ראו דברי פרופ' שפירא בדיוני המועצה הציבורית (לעיל, הערה 33), 34. יכול כי תחושת התמצה דומה היתה קיימת אילו לחקיקת חוקי־היסוד ב־1992 לא נלוותה "המהפכה החוקתית".

231. פרידריך ניטשה, דמדומי שחר – כיצד מועילה ומזיקה ההיסטוריה לחיים (שוקן, תשל"ח), 49.

232. ראו גביזון (לעיל, הערה 11), 23; שביט (לעיל, הערה 155), 18, 20־21.

233. ראו אלסטר (לעיל, הערה 82), 382־383; סמית (לעיל, הערה 152), 2039־2041; פרנסיס רדאי, "תגובה – לזכויות אדם לא צריך רוב", **עורך הדין** 12 (תש"ס) 48, עמ' 48־49.