

## זהות חוקתית וגירעון דמוקרטי

תשובה למאמרו של ברק מדינה על הזהות החוקתית של מדינת-ישראל

### יואב דותן\*

הצגתה של תוכנית "הרפורמה המשפטית" בתחילת 2023 לא רק יצרה משבר פוליטי ומשפטי רחב-היקף, אלא גם חייבה את בית-המשפט העליון ושורה של אנשי אקדמיה לבחון מחדש את התאוריה החוקתית המבססת את סמכותה של הרשות השופטת בישראל להעביר תחת שבט ביקורת את חוקי הכנסת. התאוריה ששימשה את בית-המשפט לעניין זה קודם לכן – תאוריית "שני הכובעים", שהוצגה בפסק-הדין בעניין **בנק המזרחי** – ניצבה בפני שוקת שבורה, משום שהיא ביססה את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית על קיומם של חוקי-יסוד שנוצרו מכוח סמכותה המכוננת של הכנסת, אלא שבמסגרת הרפורמה התכוונה הכנסת לעשות שימוש באותה סמכות מכוננת כדי לצמצם, עד כדי איון, את מוסד הביקורת השיפוטית החוקתית.

מאמרו של ברק מדינה הוא אחד מהנסיונות הללו להציג תאוריה חוקתית חלופית לגישת שני הכובעים כבסיס לסמכות הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת. אלא שהטעון המוצג במאמרו שונה מרוב הטעונונים האחרים שהוצגו בעניין זה, לרבות אלה שאומצו על-ידי בית-המשפט בפרשת **חסון** ובבג"ץ **הסבירות**. הטעונונים האחרים הם בעיקרם טעונונים מִקְטָט־טקסטואליים שהתבססו על "ערכי-יסוד" של השיטה המשפטית – ערכים שגובשו במגילת העצמאות ובתקופת הקמת המדינה. מדינה, לעומת זאת, מציג במאמרו טעון היסטורי-התפתחותי המבסס את סמכות הביקורת השיפוטית על "הזהות החוקתית" של מדינת ישראל – זהות שמורכבת בחלקה מטקסטים חוקתיים מכוננים ובחלקה מפעולות ממשליות אחרות ואף מעמדות הציבור לאורך שנות קיום המדינה. במיוחד בולטת העובדה שבניגוד לטעונונים האחרים, מדינה ממשיך לשים את הדגש בתקופת "המהפכה החוקתית" בשנות התשעים של המאה העשרים – תקופה שבה התגבשה לטענתו הזהות החוקתית הליברלית של ישראל. הטענה הנורמטיבית העיקרית במאמרו היא כי הזהות החוקתית מתגבשת בהדרגה מאוסף של פעולות של כל שלוש הרשויות, וכי ניתן

---

\* פרופסור מן המניין וראש הקתדרה למשפט ציבורי ע"ש גודמן בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

לשנות את הזהות החוקתית באופן חד רק אם הדבר נעשה בהסכמה ציבורית רחבה. לצד העומק והחדשנות שבמאמרו, יש בטיעונים שמדינה מציג גם חולשות וסתירות פנימיות. בין היתר, אני מטיל ספק בטיעון ההיסטורי של מדינה שהמהפכה החוקתית נעשתה בהסכמה חברתית רחבה. אני גם סובר שקיימת סתירה פנימית מסוימת בטענתו של מדינה שהרפורמה הנוכחית חייבת להיעשות בהסכמה חברתית רחבה, לנוכח העובדה שהתיאור ההיסטורי המובא במאמר לגבי העשור שקדם לרפורמה מציין ומתאר בפרוטרוט תהליכים חוקתיים אנטי-ליברליים שקדמו לרפורמה, באופן ששולל לכאורה את הטענה שהרפורמה מהווה שינוי חוקתי חד, כזה המחייב, לשיטתו של מדינה, הסכמה חברתית רחבה. לבסוף, אני טוען כי אף-על-פי שהמאמר עוסק באופן אינטנסיבי בניסיון להצדיק את סמכות הביקורת השיפוטית לאור העיקרון הדמוקרטי של השתתפות שווה, הלכה למעשה אין במאמר תשובה משכנעת לטיעון המקובל שלפיו סמכות הביקורת השיפוטית – למצער זו המופעלת בישראל – אינה תואמת את דרישת ההשתתפות השווה.

**מבוא: חוקה, דמוקרטיה וזהות חוקתית. א. המצב במדינת-ישראל: המהפכה החוקתית והרפורמה המשפטית. ב. הטיעון של ברק מדינה – אפיון מתודולוגי כללי. ג. זהות חוקתית: התפתחות היסטורית וכבילה חוקתית: 1. זהות חוקתית: מהותה ומעמדה הנורמטיבי; 2. זהות חוקתית והתפתחות היסטורית. ד. טיעון הזהות החוקתית – הערכה ביקורתית. ה. סיכום.**

## מבוא: חוקה, דמוקרטיה וזהות חוקתית

אחת השאלות המכריעות הניצבות בפני כל שיטה חוקתית וכל מי שמבקשים לייסד שיטת משטר דמוקרטית היא שאלת היחס בין מוסד החוקה לבין עקרונות הדמוקרטיה. בניגוד להנחה הפופולרית כי החוקה היא מכשיר הכרחי המהווה מסגרת "טבעית" לפעולתה של שיטה דמוקרטית, תאורטיקאים חוקתיים מצביעים על מתח ניכר בין מוסד החוקה לבין הדמוקרטיה. הסיבה העיקרית לכך היא שקיומה של חוקה – כלומר, של אוסף של נורמות (בדרך-כלל במסמך אחד) שנהנות מעליונות על חקיקה רגילה ומפני אפשרות שינוי ברוב רגיל של נציגי הציבור בפרלמנט – מגביל למעשה את יכולתו של הציבור, באמצעות נציגיו, לקבוע באופן דמוקרטי-רובני, בנקודת זמן נתונה, הסדרים שהציבור הנתון למרות המדינה (או למצער רובו) תומך בהם. כך, לדוגמה, ההוראה בחוקה האמריקאית שלפיה נשיא ארצות-הברית חייב להיות יליד המדינה – הוראה שנקבעה לפני יותר ממאתיים שנה על רקע חששם של המתיישבים האמריקאים מפני השלטון הקולוניאלי האנגלי – מגבילה כיום את יכולתם של מאות מיליוני האמריקאים לבחור מועמדת פוטנציאלית לנשיאות, גם אם היא נהנית מתמיכה של הרוב המכריע של הציבור, רק משום שהיא נולדה על אדמה זרה.<sup>1</sup> במילים

1 ראו 2 U.S CONST. art. I, § 2.

אחרות, חוקה היא מכשיר שמאפשר לרוב בנקודת זמן נתונה ( $T_1$ ) להגביל את יכולתו של הרוב בנקודת זמן מאוחרת יותר ( $T_2$ ) לעצב את ההסדרים הנוגעים באורח חייו בהתאם להעדפותיו, כלומר, היא מאפשרת למיעוט ב- $T_2$  לאכוף על הרוב את העדפותיו שלו, ככל שהן מעוגנות בחוקה. בכך החוקה מאיימת על עקרון ההשתתפות השווה, שהוא עקרון-היסוד בדמוקרטיה.

הטיעון האמור לגבי המתח האינהרנטי שבין חוקה לדמוקרטיה, המכונה גם "הכשל הבין-זמני"<sup>2</sup>, מהווה כמובן רק את תחילתו של הדיון המורכב שבין שני המוסדות הללו, ובמהלך השנים הוצעו תשובות רבות ליישוב המתח הזה, שכל אחת מהן מהווה תאוריה חוקתית בפני עצמה.<sup>3</sup> קיומו של המתח האמור גם מצביע על הצורך הניצב בפני כל שיטה חוקתית להצדיק את עצם קיומה וכן את מקור קיומו של מוסד מרכזי אחר בכל שיטה חוקתית – הוא מוסד הביקורת השיפוטית על חוקי הפרלמנט.<sup>4</sup> בשיטות שיש בהן חוקה פורמלית הציודוק הפוזיטיבי לביקורת שיפוטית חוקתית, קרי לאכיפת הנורמות החוקתיות על הפרלמנט, נובע בדרך-כלל מהטקסט החוקתי, במישרין או בעקיפין.<sup>5</sup> לעומת זאת, בשיטות שאין בהן חוקה

2 ראו Bruce A. Ackerman, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 YALE L.J. 1013, 1045 (1984).

3 בין הטיעונים המוכרים להצדקת כבילה חוקתית למרות הכשל הבין-זמני ניתן למנות טיעונים המסתמכים על הצורך בחוקה כדי להסדיר את ההליכים הדמוקרטיים ולהגדיר את המוסדות שיפעילו את הדמוקרטיה (ראו JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* ch. 4 (1980); על הצורך להגן על חירויות הפרט במצבים של כשלים בהפעלת כוחו של הרוב (ראו, למשל, שם, בפרק 6); על ההצדקה לכבול מראש את ההליכים הדמוקרטיים כדי למנוע התנהגות לא-רציונלית במצבי חירום עתידיים (ראו JON ELSTER, *ULYSSES AND THE SIRENS*); על היתרונות האינהרנטיים של הליך השפיטה בהגנה על ערכים מסוימים (ראו Frank Michelman, *Law's Republic*, 97 YALE L.J. 1493 (1988)). לסקירה מקיפה ראו יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית' " **משפטים** כח 149, 159–166 (1997) (להלן: דותן "חוקה למדינת ישראל?").

4 כאן המקום לציין כי עצם קיומה של ביקורת שיפוטית על חוקי הפרלמנט אינו נגזר באופן הכרחי מקיומה של חוקה כתובה. קיימות שיטות משטר שבהן קיימת חוקה כתובה, הנחשבת נורמה עליונה על חוקי הפרלמנט, אך היא אינה אכיפה על-ידי הרשות השופטת. ההנחה היא שכל רשות, ובכלל זה המחוקק, אחראי לאכיפת החוקה כלפי עצמו. זה המצב בהולנד (ראו Jurgen C.A. de Poorter, *Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility*, 9(2) *UTRECHT L. REV.* 89 (2013) וכן בדנמרק (ראו Jens Elo Rytter & Marlene Wind, *In Need of ELO RYTTER & MARLENE WIND, *The Silence of Denmark in the Development of European Legal Norms*, 9 INT'L J. CONST. L. 470 (2011). למעשה, יסוד זה של אכיפה "עצמית" מצוין כאחד הטיעונים נגד ביקורת שיפוטית. ראו Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346 (2006).*

5 ראו, למשל, ס' 93(1)(2) לחוקה הגרמנית (GRUNDGESETZ [GG] art. 93(1)(2) (Ger.)), המסמך מפורשות את בית-המשפט החוקתי הגרמני לאכוף את הוראות החוקה על הפרלמנט. לעומת זאת, בארצות-הברית הסמכות השיפוטית לאכוף את החוקה על הקונגרס אינה מעוגנת מפורשות בטקסט של החוקה האמריקאית, אלא היא עוגנה בפסק-הדין הידוע בעניין *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). לא למותר לציין כי מתן פסק-הדין לא סתם את הגולל על המחלוקת בין הקונגרס לרשות השופטת בדבר סמכות הביקורת השיפוטית, ובמשך שנים רבות לאורך המאה התשע-עשרה סירב הקונגרס האמריקאי לקבל על עצמו את מרותה של הרשות השופטת לעניין זה. ראו G. Edward White, *The Constitutional Journey of Marbury*, 89 VA. L. REV. 1463, 1512–22 (2003).

פורמלית השאלה בדבר עצם קיומה של סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית ובדבר מקורה הנורמטיבי מעוררת בעייתיות חריפה עוד יותר. עם זאת, בספרות העוסקת בתאוריה חוקתית קיימים זרמים מרכזיים הטוענים לקיומה של סמכות ביקורת שיפוטית גם בהעדר חוקה כתובה (או במנותק מעצם קיומה). זרם אחד כזה מתמקד בצורך להתמודד עם "כשלים" בפעולתה של הדמוקרטיה הרובנית, במיוחד במצבים שבהם הרוב השולט מנסה להנציח את שלטונו על-ידי יצירת הסדרים שיחסמו או יגבילו את ההליכים הדמוקרטיים או יפגעו באופן אנוש בזכויות המיעוט.<sup>6</sup> זרם מרכזי אחר מתמקד בצורך להגן על זכויות-היסוד של הפרט, העומדות בבסיס התפיסה הדמוקרטית המודרנית ומנביעות את הצידוק הערכי והנורמטיבי כאחת להגבלת כוחו של כל שלטון, לרבות שלטון דמוקרטי, לפגוע בהן.<sup>7</sup>

הדיון האמור נועד להבליט את העובדה שביסודה של כל שיטת משטר דמוקרטית עומדת הכרעה בסיסית בין תפיסה חוקתית **דואליסטית** לתפיסה **מוניסטית**. שיטות דואליסטיות מבססות את ההגנה על ערכי-היסוד הדמוקרטיים וזכויות הפרט, כמו-גם את סמכות הביקורת השיפוטית, על טקסט חוקתי משוריין (דבר המחייב גם הכרה בלגיטימיות של ההגבלות בנוגע לדמוקרטיה הייצוגית המעוגנות בחוקה עצמה). לעומתן, תפיסה חוקתית מוניסטית דוחה את הלגיטימיות של הכבילה החוקתית, ומבססת את הצידוק להגנה על עקרונות הדמוקרטיה וחירויות-היסוד (ואיתן גם את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית) על עקרונות הדמוקרטיה עצמה או על תפיסת זכויות העומדת בבסיסם של עקרונות אלו.

#### א. המצב במדינת-ישראל: המהפכה החוקתית והרפורמה המשפטית

כרוב הדמוקרטיות בעולם קיימות חוקות משורינות, ולכן הדילמה המתוארת לעיל בין מוניזם לדואליזם היא תאורטית בהן במידה רבה. לא זה המצב בישראל. כידוע, בישראל אין חוקה כתובה, ולכן השאלה בדבר בסיס הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית רחוקה מלהיות מוכרעת. אומנם, בהכרזת העצמאות נקבע כי תוקם אספה מכוננת שתיצור חוקה למדינה, אך האספה שנבחרה הפכה את עצמה כידוע לכנסת הראשונה, כלומר לפרלמנט "רגיל", תוך שהיא קובעת, בהחלטת הררי הידועה, כי חוקת המדינה תחוקק בפרקים (חוקי-יסוד) שיחוקקו בעתיד.<sup>8</sup> לפחות בשנותיה הראשונות של המדינה ניתן לומר כי המשטר החוקתי בישראל היה משטר פרלמנטרי מוניסטי מובהק, שבו עקרון העליונות (שלא לומר הריבונות) של הפרלמנט משל בכיפה. ניצנים ראשונים של תפיסה דואליסטית – ועימם הכרה (גם אם מוגבלת ביותר) באפשרות של ביקורת שיפוטית חוקתית – הופיעו רק בשנות השבעים.<sup>9</sup> אולם

6 ראו Ely, לעיל ה"ש 3, בפרק 6.

7 ראו, למשל, Bruce A. Ackerman, *We the People: Foundations* 10–16 (1989).

8 ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** 35–37 (מהדורה שישית 2005).

9 הכוונה בראש וראשונה לבג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969), שם הכיר בית-המשפט בסמכותה של הכנסת לכבול את עצמה, באמצעות חוקי-יסוד, לדרישות של רוב מיוחס שיחולו על הכנסות הבאות אחריה. אלא שבית-המשפט בעניין **ברגמן** לא היה מוכן לגזור את המסקנה הזו מהכרה כלשהי במעמד חוקתי של חוקי-היסוד, ונזהר מכל קביעה עקרונית בעניין זה. זו הייתה גישתו גם בפסיקה נוספת שעסקה בתוקפם של סעיפים משוריינים בחוקי-

המעבר לתפיסה דואליסטית מלאה בפסיקת בית-המשפט התרחש רק בעקבות "המהפכה החוקתית" בשנת 1992 ופסק-הדין הידוע בעניין **בנק המזרחי**.<sup>10</sup> באותו עניין קבע בית-המשפט כי ישראל נהפכה ל"דמוקרטיה חוקתית",<sup>11</sup> כלומר, אומצה תפיסה דואליסטית מובהקת, שלפיה חוקי-היסוד מהווים את חוקת המדינה, וסמכות הביקורת השיפוטית של בית-המשפט נובעת מהם.<sup>12</sup>

החשיבות של אימוץ התפיסה הדואליסטית על-ידי דעת הרוב בעניין **בנק המזרחי** הייתה שתפיסה זו אפשרה לבית-המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית חוקתית על חקיקת הכנסת, וזאת על-סמך שאלת התאמתם לחוקי-היסוד, ובמיוחד לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכלל רשימה של זכויות-יסוד מוגנות,<sup>13</sup> וגם את המנגנון של פסקת ההגבלה, אשר העניקה לבית-המשפט את הסמכות לבחון את חוקתיותה של חקיקת הכנסת במסגרת המבחנים שנקבעו בפסקה זו. אולם, לפי התאוריה הדואליסטית (המכונה גם "תאוריית שני הכובעים") שאימץ בית-המשפט כבסיס לעיגון הביקורת החוקתית במשפטנו, בצד ההכרה בסמכות הביקורת החוקתית של בית-המשפט הוכרה גם הסמכות המכוננת של הכנסת. הואיל ובית-המשפט ביסס את סמכות הביקורת החוקתית שלו על סמכותה המכוננת של הכנסת, היה ברור, כבר בשלב שבו הוצגה גישה זו, שבית-המשפט כותב שטר ששובר בצידו, משום שבד בבד עם נטילת הסמכות לביקורת חוקתית לידי הכיר בית-המשפט גם בסמכות המכוננת של הכנסת לשנות ולעצב את תכניו של הטקסט החוקתי הזה, קרי, את תוכני החוקה.<sup>14</sup> הבעייתיות הזו חריפה במיוחד לנוכח העובדה שעל-פי הגישה הזו הכנסת רשאית לכוון, לשנות, לתקן או אף

יסוד לאורך שנות השבעים והשמונים. ראו דותן "חוקה למדינת ישראל?", לעיל ה"ש 3, בעמ' 167–168.

10 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: **עניין בנק המזרחי**).

11 דברי הנשיא ברק בעניין **בנק המזרחי**, שם, בפתיח לפסק-דינו: "ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. עתה הצטרפנו לקהילת המדינות הדמוקרטיות (ובהן ארצות-הברית, קנדה, גרמניה, איטליה, דרום-אפריקה) אשר להן מגילת זכויות אדם (Bill of Rights) חוקתית. הפכנו להיות חלק ממהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים".

12 תפיסה זו הורחבה לאחר-מכן בקביעתו של בית-המשפט כי לכל חוקי-היסוד – ולא רק לאלה הנהנים מ"שריון" מפורש – יש מעמד נורמטיבי עליון על חקיקה רגילה, ובכך הושלמה לכאורה ההכרה בחוקי-היסוד כרובד חוקתי עליון על חקיקת הכנסת. ראו ע"ב 92/03 **מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(3) 793 (2003); בג"ץ 212/03 **חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נז(1) 750 (2003). ראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 8, בעמ' 102, פס' 2.40.

13 רשימת הזכויות הנכללת בחוק-היסוד היא כידוע מוגבלת, ואינה כוללת זכויות מרכזיות כחופש הביטוי, חופש הדת ועקרון השוויון, אך במהלך השנים שלאחר המהפכה החוקתית הרחיב בית-המשפט, בדרך פרשנית, את היקף פרישתה של הביקורת החוקתית כך שתחול גם על היבטים חשובים של זכויות אלו כחלק מהזכות לכבוד האדם. ראו, למשל, בג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פ"ד סא(1) 619, פס' 25–43 לפסק-הדין של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פס' 23–29 לפסק-הדין של הנשיא ברק (2006); בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 1 (2012); בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד סה(3) 1 (2012).

14 ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 10, בפס' 55–58 לפסק-הדין של הנשיא ברק.

לבטל את חוקי-היסוד בדרך דומה מאוד לחקיקה של חוקים רגילים, ללא כל דרישות דיוניות מיוחדות וללא דרישה לרוב מיוחס.<sup>15</sup>

בשנים הראשונות שלאחר המהפכה החוקתית נראָה שה"הימור" שנטל בית-המשפט באמצע את גישת שני הכובעים הצליח, במובן זה שבית-המשפט פיתח, חיזק והרחיב את סמכות הביקורת החוקתית שלו ואילו הכנסת לא מיהרה לעשות שימוש בכוחה המכוון על-מנת להחזיר את הגלגל אחורה ולצמצם או לבטל את התהליך של הרחבת הביקורת החוקתית ועימו גם את חיזוק ההכרה בהגנה החוקתית על זכויות-היסוד.<sup>16</sup> אולם בעשור האחרון השתנה המצב והתרבו הנסיונות של הרשויות הפוליטיות להסיג לאחור את תוצאותיה של המהפכה החוקתית. ציון-הדרך הבולט לעניין זה היה חקיקתו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק-יסוד הלאום). החוק אומנם פורש על-ידי בית-המשפט בפרשת חסון כאורח מצמצם, כך שיתאם – או למצער לא יעמוד בניגוד בוטה – לדרישת השוויון על רקע אתני,<sup>17</sup> אבל קבלתו בכנסת היוותה אינדיקציה ברורה לכך שהכנסת לא תימנע מעשיית שימוש בכוחה המכוון לצורך צמצום ואולי אף איון של תוצרי המהפכה החוקתית.<sup>18</sup> לפיכך, אף שבית-המשפט לא נדרש לכך ישירות בפרשת חסון, הוא טרח לקבוע (בהערת-אגב) כי על כוחה המכוון של הכנסת חלות מגבלות, אם כי צרות בהיקפן – כאלה המתמצות ב"שלילת זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית".<sup>19</sup>

ההכרזה על הרפורמה המשפטית בינואר 2023 הנחיתה את המכה הסופית על תאוריית שני הכובעים ועל המבנה החוקתי שאומץ בעניין בנק המזרחי בכללותו. היה ברור שהממשלה, אשר נהנית מרוב קואליציוני מוצק בכנסת, מתכוונת לעשות שימוש נרחב בסמכותה המכוונת על-מנת להנהיג שינויים רחבי-היקף במערכת היחסים שבין הרשויות הפוליטיות לבית-המשפט, באופן שיצמצם ואולי אף יאיין כליל את הביקורת החוקתית, וגם יפגע קשות בעצמאותה של הרשות השופטת באמצעות שינוי של שיטת מינוי השופטים.<sup>20</sup> בד בבד היה ברור לכל שהגישה הדואליסטית שאומצה בעניין בנק המזרחי אינה מכילה שום מנגנון שיכול למנוע את הממשלה מלהגשים במהירות את מטרותיה. דהיינו, יוזמי הרפורמה

15 לתפיסה הדואליסטית שאומצה על-ידי בית-המשפט בעניין בנק המזרחי היה חריג בולט אחד בדעת המיעוט של השופט מישאל חשין. חשין הציג בחוות-דעתו עמדה מוניסטית מובהקת שלפיה, מחד גיסא, לחוקי-היסוד אין מעמד חוקתי עליון על חקיקה רגילה, אולם, מאידך גיסא, קיימות מגבלות בנוגע לסמכות החקיקה של הכנסת הנובעות מאופייה הדמוקרטי של המדינה. לניתוח מקיף של עמדתו של חשין ראו דותן "חוקה למדינת ישראל?", לעיל ה"ש 3, בעמ' 174–176.

16 ראו ברק מדינה "הזהות החוקתית של מדינת-ישראל, הזכות להשתתפות שווה בהכרעות חברתיות וה'רפורמה' המשפטית" בכרך זה, בתת-פרק ד3, אחרי ה"ש 146, הטוען כי בעקבות המהפכה החוקתית אימצו גם הממשלה והכנסת את המודל החוקתי הליברלי.

17 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 41, 59, 170 לפסק-הדין של הנשיאה חיות (נבו) (8.7.2021).

18 ראו את ניתוחו של מדינה, לעיל ה"ש 16, בתת-פרק ד4.

19 עניין חסון, לעיל ה"ש 17, בפס' 27 רישא לפסק-הדין של הנשיאה חיות.

20 בין היתר הוצע במסגרת הרפורמה שפסילת חוק על-ידי בית-המשפט תחייב רוב מוחלט של שופטי בית-המשפט העליון; שהכנסת תוסמך להתגבר על כל פסיקה של בית-המשפט ברוב רגיל; ואף שישונה הרכב הוועדה למינוי שופטים באופן שיעניק לממשלה רוב מוחלט בוועדה. ראו הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית בעניין תוקפו של חוק), ה"ח התשפ"ג 42. כן ראו את הסקירה אצל מדינה, לעיל ה"ש 16, בפרק א.

המשפטית לא היו צריכים להמציא שום טיעון חוקתי או תאוריה חוקתית חדשים כדי ליישם אותה ללא הפרעה; הם פשוט הסתמכו על הסמכות המכוננת של הכנסת – שהוכרה בריש גלי על-ידי בית-המשפט עצמו – כדי לחסל במהירות וביעילות את הרפורמה החוקתית (הליברלית) שהונהגה במסגרת המהפכה החוקתית. אם להשתמש בדימוי שהוזכר קודם לכן, שלפיו **בבנק המזרחי** כתב בית-המשפט שטר לטובת הכנסת, כעת הממשלה והכנסת מציגות לבית-המשפט את אותו שטר לפירעון – במלואו ובמזומן.

מובן שמבחינת התומכים בגישת שני הכובעים יצרה הרפורמה המשפטית בעיה קשה במישור העיוני (וזאת נוסף על הבעיות הקשות שהיא יצרה במישור הפוליטי והמעשי). למי שהסתמך במשך שלושה עשורים על גישה דואליסטית מובהקת, קרי על סמכותה המכוננת של הכנסת, קשה מאוד לטעון כעת נגד הלגיטימיות החוקתית של עצם השימוש בסמכות זו. אכן, בחודשים שלאחר הצגת הרפורמה ניכר ששורה ארוכה של משפטנים, לרבות תאורטיקאים חוקתיים ואף שופטי בית-המשפט העליון בהווה ובעבר שהתאוריה הדואליסטית הייתה לחם-חוקם עד אותו יום, נאלצו – באופן לא-אלגנטי בעליל – להחליף במהירות את טיעוניהם התאורטיים, להתנער (בגלוי או במוצנע) מהגישה הדואליסטית ולאמץ גישה מוניסטית מובהקת, כדי לנסות להצדיק במונחים חוקתיים את התנגדותם לרפורמה המשפטית.<sup>21</sup> הטיעון המרכזי שאימצו מתנגדי הרפורמה היה שהכנסת כפופה – גם כאשר היא מפעילה את סמכותה המכוננת – לעקרונות-היסוד הנוגעים בשימור זהותה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית, ברוח מגילת העצמאות.<sup>22</sup> גישה זו, שאומצה כבר

21 ראו בהקשר זה, למשל, את נאומה של הנשיאה חיות בכנס של העמותה למשפט ציבורי בישראל (12.1.2023) וכן את נאומו של השופט בדימוס מנחם מזוז בכנס "איך תשפיע ההפיכה המשפטית על זכויות האדם בישראל?" שאורגן על-ידי "הארץ" והאגודה לזכויות האזרח (29.1.2023). בשני הנאומים המונחים "חוקי-יסוד" או "סמכות מכוננת" אינם מוזכרים ולו פעם אחת, בעוד המונח "דמוקרטיה" מוזכר שוב ושוב. חלק מהכותבים האקדמיים אף מציינים במפורש את "מותה" של תאוריית שני הכובעים. ראו, למשל, רונית לוי-שנור "החלטת הררי הגיעה לקיצה" **ICON-S-IL Blog** (2023) <https://did.li/CR5Nf>; מרדכי קרמניצר "חוקי היסוד נהפכו לנשק נגד הדמוקרטיה. בדיון על חוק הנבצרות בג"ץ יכול וצריך לשים לזה סוף" **הארץ** (28.9.2023) <https://did.li/rpflw>.

22 לאחרונה התקבלה עמדה זו על-ידי דעת הרוב בבג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו 1.1.2024) (להלן: בג"ץ **הסבירות**), שבו פסל בג"ץ את חוקי-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) (מיום 24.7.2023), לאחר שקבע כי התיקון סותר את עקרונות-הליבה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית. בעניין **חסון**, לעיל ה"ש 17, לא קבעה הנשיאה חיות כי יש קשר ישיר בין עקרונותיה של הכרזת העצמאות לבין "זהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית", אך ציינה כי הגישה הרואה את ההכרזה כטקסט מכונן שממנו נגזרות המגבלות הללו היא אחת הגישות ה"מתלכדות" לגישה שבה בחר בית-המשפט. ראו שם, בפס' 26–27 לפסק-הדין של הנשיאה חיות. היה ברור מפסק-הדין כי להכרזה יש תפקיד חשוב בעיצוב אותה "זהות חוקתית" המהווה בסיס למגבלות העל-חוקתיות הללו. ראו שם, בפס' 20 לפסק-הדין של הנשיאה חיות. ראו גם שם, בפס' 3 לפסק-הדין של השופט מינץ ובפס' 1–3 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז. גישה דומה הביעו חלק מהשופטים בבג"ץ **הסבירות**, שם. ראו, למשל, שם, בפס' 3 ו-12 לפסק-הדין של השופטת ברון ובפס' 7–12 לפסק-הדין של השופטת ברק-ארז, והשוו שם, בפס' 117 לפסק-הדין של השופט שטיין (שהיה בין שופטי המיעוט).

בעניין **חסון** הוזכרו טיעונים על-חוקתיים נוספים כבסיסים אפשריים להגבלת סמכותה המכוננת של הכנסת. טיעון אחד נוגע בתאוריית "התיקון החוקתי הלא-חוקתי" (ראו Yaniv Roznai & UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS 143–44 (2016); Yaniv Roznai &

קודם לכן באמרת-האגב בעניין **חסון**, היא גישה מוניסטית מובהקת, משום שהיא סומכת את הלגיטימיות של התערבות פוטנציאלית של בית-המשפט בחקיקת-יסוד לא על טקסט חוקתי כלשהו, אלא על עקרונות-יסוד שנגזרים מתוך השיטה המשפטית עצמה.<sup>23</sup> כמעט למותר לציין כי גישה זו עומדת במתח ניכר – שלא לומר בסתירה ישירה – לגישה הדואליסטית של "שני הכובעים", משום שהיא מחלישה מאוד ומגמדת את המשמעות של סמכותה המכוננת של הכנסת, באופן שמעלה את התהייה לשם מה היה צורך בהכרה בסמכות זו מלכתחילה. במילים אחרות, אם הצידוק לביקורת שיפוטית חוקתית למען הגנה על כבוד האדם, לדוגמה, נמצא בעקרונות הדמוקרטיה ברוח מגילת העצמאות, אזי לשם מה נדרש בית-המשפט מלכתחילה לכלל הדיון בתוקפו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לעניין זה?

### ב. הטיעון של ברק מדינה – אפיון מתודולוגי כללי

את מאמרו הנדון כאן של ברק מדינה צריך אפוא למקם בין הנסיונות הללו להציג תאוריה חוקתית חלופית לזו של תאוריית שני הכובעים, על רקע התמוטטותה של זו אל מול פני הרפורמה המשפטית.<sup>24</sup> אולם, בעוד רוב הטיעונים המוצגים על רקע זה – ובראשם הטיעון לעיל בדבר קיומם של "עקרונות-יסוד" של השיטה המשפטית – מאמצים גישה מוניסטית מובהקת, טיעונו של מדינה מורכב יותר. בלב המאמר עומדת טענתו של מדינה כי לצד הרובד הנורמטיבי הסטטוטורי (וזה של חוקי-היסוד) יש רובד נוסף, בלתי-כתוב (למצער ברובו), שמהווה את "הזהות החוקתית" של מדינת-ישראל, ורובד זה מגביל את הכנסת – גם בכובעה המכונן – משינוי, למעט בתנאים מסוימים (ראו להלן). בניגוד לטיעון בדבר עקרונות-היסוד, שמבוסס בעיקרו על גיבוש זהותה היהודית הדמוקרטית של המדינה בשלב הקמתה, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בהכרזת העצמאות, טיעונו של מדינה הוא טיעון היסטורי התפתחותי.<sup>25</sup> "הזהות החוקתית" של המדינה נוצרה אומנם לראשונה בשלב הקמת המדינה

Serkan Yolcu, *An Unconstitutional Constitutional Amendment—The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court's Headscarf Decision*, 10 INT'L J. CONST. (L. 175 (2012)). טיעון זה נדחה משום שהוא אינו מתאים למציאות החוקתית של ישראל, שבה אין חוקה כתובה (ראו עניין **חסון**, לעיל ה"ש 17, בפס' 13–15 לפסק-הדין של הנשיאה חיות, והשוו לעמדתה של השופטת ברק-ארז שם, בפס' 11–15). טיעון נוסף מתייחס לאפשרות שהכנסת עושה שימוש לרעה בכובעה המכונן כאשר היא מתיימרת להסדיר בחוקי-יסוד עניינים שמלכתחילה אינם מתאימים להסדרה במסגרת החוקה (ראו בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275 (2011); בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (נבו 6.9.2017)). אלא שגם טיעון זה אינו רלוונטי לרפורמה המשפטית של 2023, אשר מכוונת באופן מובהק להסדיר את היחסים החוקתיים בין הרשויות השונות, כלומר, עניינים חוקתיים מובהקים.

23 יודגש כי הטיעון בדבר "עקרונות-היסוד" מתייחס לעקרונות אשר **באים לידי ביטוי** במגילת העצמאות, ואינו מתייחס למגילה עצמה כאל טקסט חוקתי נורמטיבי מחייב, ולפיכך מדובר בטיעון מְט־טקסטואלי ומוניסטי באופן מובהק.

24 אכן, מדינה מציג בגלוי את מאמרו כתשובה לאתגרים שהרפורמה מציבה. ראו מדינה, לעיל ה"ש 16, בפרק ההקדמה ובפרק א.

25 טיעונו של מדינה מזכיר במידת-מה את טיעון "הרגעים החוקתיים" (constitutional moments) של ברוס אקרמן (ראו Ackerman), לעיל ה"ש 2). אולם בעוד שהטיעון ההיסטורי-התפתחותי של אקרמן מתייחס לפרשנות של טקסט חוקתי פורמלי ומוכר (החוקה האמריקאית), מדינה



(ובאה לידי ביטוי בהכרזה), אך מדובר ברובד נורמטיבי **משתנה ומתפתח** עם השנים, המושפע מההתפתחויות החלות במישורי החקיקה (חוקי-היסוד) ופסיקת בתי-המשפט, אך גם מהפעולות הפוליטיות של רשויות השלטון האחרות ומההשקפות המשתנות של הציבור בישראל לאורך השנים. כלומר, בניגוד לטיעונים הרואים בהכרזת העצמאות את "המפץ הגדול" שיצר את הזהות החוקתית של ישראל, הזהות החוקתית על-פי מדינה היא רובד נורמטיבי חי, משתנה ומתעצב במהלך הזמן.

לפני שאכנס לסקירה וניתוח של טיעון הזהות החוקתית, אציין כי מאמרו של מדינה מכיל גם חלק נוסף שבו הוא מנסה להתמודד עם הטענה הידועה כי ביקורת שיפוטית על חוקי הפרלמנט היא מוסד שלוקה באופן אינהרנטי בגירעון דמוקרטי.<sup>26</sup> בדיון להלן לא אתייחס לחלק זה של המאמר – הן משום שהטיעונים שמדינה מעלה כתשובה לטענת הגירעון הדמוקרטי הם טיעונים ידועים ומוכרים בספרות, וכמוהם גם התשובות לטיעונים אלו, והן משום שאין קשר אנליטי הכרחי בין הדיון בטיעון הגירעון הדמוקרטי לבין תאוריית הזהות החוקתית, העומדת בלב המאמר.<sup>27</sup> דהיינו, הטיעונים נגד טענת הגירעון הדמוקרטי יכולים לשרת – ככל שהם תקפים – כל תאוריה חוקתית דואליסטית, ולא דווקא את זו שמדינה מציג במאמרו הנוכחי, ואין בהם כשלעצמם כדי לחזק דווקא את תאוריית הזהות החוקתית.<sup>28</sup>

## ג. זהות חוקתית: התפתחות היסטורית וכבילה חוקתית

### 1. זהות חוקתית: מהותה ומעמדה הנורמטיבי

בלב מאמרו של מדינה עומדת הטענה כי בכל קהילייה דמוקרטית שמאורגנת במסגרת של מדינה קיימת "זהות חוקתית", קרי, שורה של נורמות-יסוד אשר כל מוסדות-המדינה – לרבות המחוקק, ואף הרשות המכוננת של אותה מדינה – נדרשים לפעול במסגרתן. מבחינה תוכנית, הזהות החוקתית לפי מדינה היא רובד של נורמות המורכב בחלקן ממקורות משפטיים פורמליים אך בחלקן מנורמות לא-פורמליות, כגון מתפיסות חברתיות "שמבטאות את ההיסטוריה של החברה הרלוונטית, את תרבותה ואת הערכים המכוננים שלה".<sup>29</sup> זאת ועוד, "הזהות החוקתית" של המדינה מורכבת גם מ"המסננת שנובעת מהערכה ערכית ומנורמות

מנסה לטעון **לעצם קיומה** של חוקה (או רובד נורמטיבי חוקתי ואף על-חוקתי) על-סמך טיעון מסוג זה. זאת ועוד, בעוד הטיעון של אקרמן מבוסס על כמה נקודות-מפתח היסטוריות (constitutional moments), טיעונו של מדינה מדבר על התפתחות הדרגתית ומתמדת של הזהות החוקתית, אשר יש בה אומנם רגעים מסוימים שהם חשובים יותר מאחרים (למשל, הרגע של "המהפכה החוקתית" של 1992) אך הזהות החוקתית מתגבשת ומשתנה בהדרגה לאורך כל השנים.

26 ראו מדינה, לעיל ה"ש 16, בפרק ב.

27 לניסוח ממצה של הטיעון נגד הלגיטימיות הדמוקרטית של הביקורת השיפוטית ראו Waldron, לעיל ה"ש 4. ראו גם את ההפניות המובאות במאמרו של מדינה, לעיל ה"ש 16, בפרק ב.

28 מדינה מנסה לקשור – לטעמי, באופן לא-משכנע – בין הטיעונים נגד הגירעון הדמוקרטי של הביקורת השיפוטית לבין הדיון בזהות החוקתית, בשלב שבו הוא דן ברפורמה המשפטית של 2023. ראו מדינה, לעיל ה"ש 16, בפרק ה, וכן הדיון להלן בחלק ד.

29 מדינה, לעיל ה"ש 16, ליד ה"ש 72.

בין-לאומיות מקובלות"<sup>30</sup> כלומר, במסגרת הניתוח והקביעה של הזהות החוקתית, כבסיס להגבלתם וכבילתם של מוסדות המדינה לנורמות הכלולות בה, יש מרכיב ערכי-סובייקטיבי חשוב, שנקבע לפי הניתוח הערכי בעיני המתבונן, ואף מרכיב אובייקטיבי שנוגע בנורמות בין-לאומיות מקובלות, קרי, כאלה המעוצבות ונקבעות מחוץ לשליטתם של חברי הקהילה הדמוקרטית המדינתית, אשר מושפעים מאותן נורמות ואף כבולים בידיהן.

הערה ראשונית אשר מתבקשת לנוכח הצגת התכנים של הזהות החוקתית היא הערה מוסדית. אף שמדינה אינו טוען זאת מפורשות, ברור שההערכה הערכית (הסובייקטיבית בהכרח בעיקרה) שמדינה מכוון אליה היא זו הנעשית מנקודת-הראות של בית-המשפט. מסקנה זו נגזרת לכאורה גם מהצבת הניתוח הערכי הזה לצד המרכיב האובייקטיבי המשלים של "נורמות בין-לאומיות מקובלות", קרי המשפט הבין-לאומי, כפי שהוא נאכף – או צריך להיאכף – על-ידי המוסדות השיפוטיים של המדינה. אין ספק שמנקודת-ראות של מדינה מי שצריכה לאכוף את הזהות החוקתית היא הרשות השופטת, אשר נדרשת לאכוף אותה על הרשויות הפוליטיות בהתאם לערכיה שלה (או להערכה של השופטים לגבי התכנים הערכיים השייכים לרובד העל-חוקתי הזה) ובהתאם לנורמות של המשפט הבין-לאומי כפי שהן מפורשות על-ידי בית-המשפט. מסקנה כזו גם מתבקשת לנוכח העובדה שמדינה מקדיש כאמור את החלק הראשון של מאמרו לטיעון מקיף החותר ל"נטרול" טענת הגירעון הדמוקרטי של הביקורת השיפוטית ולהדגשת הלגיטימיות שלה ביחס לקבלת הכרעות על-ידי המוסדות הפוליטיים הייצוגיים, כלומר, להדגשת יתרונותיה של הרשות השופטת על הרשויות המחוקקת והמבצעת בכל הנוגע במלאכת אכיפתם של אותם עקרונות על-חוקתיים. מסקנה כזו מתבקשת גם לנוכח העובדה שהחלק העוסק בהצגת התפיסה של הזהות החוקתית רצוף בהתייחסויות לפסיקת בתי-המשפט ובמובאות מהפסיקה אך נעדרת ממנו כמעט לחלוטין התייחסות לנאומים של מנהיגים פוליטיים, למצעי מפלגות ולשאר תוצרים של פעולת הרשויות הפוליטיות.<sup>31</sup>

אלא שהמסקנה האמורה בדבר היתרון האינהרנטי של הרשות השופטת בזיהוי הזהות החוקתית ובקביעת תכניה רחוקה מלהיות הכרחית מבחינה אנליטית וערכית כאחד; דווקא האופי הלא-פורמלי והרכיבים הערכיים והתרבותיים המהווים חלק בלתי-נפרד מזהות החוקתית של המדינה עשויים להוביל למסקנה שלרשות השופטת אין שום יתרון אינהרנטי בזיהוי של אותה זהות חוקתית, בפרשנותה או בקביעת תכניה. מכל מקום, בטיעון של מדינה לא רק שאין דיון ישיר ביתרונותיו של בית-המשפט כ"שומר החותם" של הזהות החוקתית, אלא שאין בו דיון בשאלה המוסדית הזו כלל (מעבר לדיון בחלק הראשון, אשר מתייחס כאמור, באופן כללי, למתן תשובה לטיעון הגירעון הדמוקרטי של הרשות השופטת – דיון אשר גם לו, כאמור, אין קשר אנליטי הכרחי לדיון בתזת הזהות החוקתית (או העל-חוקתית)).<sup>32</sup>

30 שם.

31 ראו, למשל, את ההתייחסויות המפורטות של מדינה, לעיל ה"ש 16, בפרק ג, לפסקי-הדין ירדור (ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט 365 (1965)), קול העם (בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953)) וחסון (לעיל ה"ש 17).

32 ראו גם את הדיון להלן ליד ה"ש 61.

הערה נוספת, גם היא ראשונית באופייה, מתייחסת למעמד הנורמטיבי של "הזהות החוקתית" על-פי מדינה ולמסקנות המתבקשות מכך לגבי האפיון של התאוריה החוקתית המוצגת במאמרו. לכאורה, היה אפשר לצפות שמדינה ידון ברובד האמור של הזהות החוקתית כרובד על-חוקתי, כלומר, כרובד שמגביל את הסמכות המכוננת של הכנסת ומחייב את חוקי-היסוד – שהם הם "החוקה" של מדינת-ישראל – לתאום לו. אולם כבר מפתח הדיון במושג "הזהות החוקתית" ברור כי מדינה מתייחס לזהות החוקתית כאל הרובד החוקתי עצמו. כלומר, הזהות החוקתית היא החוקה של מדינת-ישראל (כמורגם של כל שיטה חוקתית אחרת). יוצא שהרובד הנורמטיבי הזה של מדינה אינו מתיימר להיות רובד על-חוקתי (כפי שמהווים לכאורה, למשל, אותם "עקרונות-על" שנדונים על-ידי בית-המשפט בפרשת חסון ובפסיקה נוספת שעסקה בסוגיה), אלא למעשה מחליף את חוקי-היסוד כרובד החוקתי של מדינת-ישראל.<sup>33</sup> כלומר, התזה של מדינה "משטיחה" את חוקי-היסוד והחקיקה הרגילה לרובד אחד, בלי הבחנה מיוחדת בין שני סוגי הנורמות הללו, ומכפיפה את שניהם ל"חוקה" של המדינה, היא הזהות החוקתית, באופן שמחזק ומדגיש ביתר תוקף את הנטישה רבתי של תאוריית שני הכובעים, שעליה הצבעתי לעיל.<sup>34</sup>

## 2. זהות חוקתית והתפתחות היסטורית

כאמור, הבריח התיכון של הטיעון המוצג במאמרו של מדינה הוא קיומו של רובד נורמטיבי עליון – חוקתי או על-חוקתי<sup>35</sup> – אשר מהווה את "הזהות החוקתית" של מדינת-ישראל ומגביל את פעולתן של כל רשויות השלטון, אך במיוחד של הרשויות הפוליטיות (לרבות הכנסת בפעולתה כרשות מכוננת), ואשר שינויו יכול להיעשות רק בהתקיים שני תנאים

33 ראו, למשל, מדינה, לעיל ה"ש 16, ליד ה"ש 60–61: "חוקה כוללת שני סוגים עיקריים של הוראות – האחד הליכי-מוסדי והאחר ערכי... העיקר בחוקה הוא אופן הפרשנות שלה, היישום שלה, והיסוד הקריטי בעניין זה הוא ההגדרה של מה שמקובל לכנות 'הזהות החוקתית' של המדינה... (ההדגשה הוספה). לנוכח העובדה שאין מדובר כאן בפרשנות של הטקסט החוקתי (כי אין שום ייחוד לטקסט החוקתי, קרי לחוקי-היסוד, או לשום טקסט נורמטיבי אחר בהקשר זה בהשוואה למקורות אחרים של הזהות החוקתית, כגון ערכים, השקפות חברתיות וכולי), מובן ש"הזהות החוקתית" מהווה, מבחינתו של מדינה, את החוקה עצמה. זאת ועוד, השטחת ההבדל בין חוקי-יסוד לחקיקה רגילה באה לידי ביטוי בכך שמבחינת ההשפעה על שינוי הזהות החוקתית אין הבדל קטגוריאלי בין שני סוגי החקיקה. גם קבלתם של חוקים רגילים (כגון חוק הנכבה וחוק ועדות הקבלה שמדינה מזכיר שם, ליד ה"ש 183) עשויה להיות נקודת-מפתח בשינוי הזהות החוקתית. לא למותר לציין כי לנוכח אופיו ה"נזיל" והרבגוני של מושג "הזהות החוקתית", עצם ההבחנה בין הרובד החוקתי לרובד העל-חוקתי ביחס אליו רחוקה מלהיות חדה וחלקה, ויש אמירות במאמרו של מדינה שאפשר להסיק מהן כי הזהות החוקתית פועלת גם כרובד על-חוקתי.

34 לא למותר לציין כי הטיעון של מדינה רחוק מלהיות בהיר או עקיב לחלוטין בעניין זה, שכן הוא מקדיש בכל-זאת דיון מפורט למדי לטענות הנוגעות בחקיקת-היסוד, ובמיוחד לטענה כי קיים בשיטתנו "נוהג חוקתי" שלפיו שינוי של חוקי-יסוד – במיוחד אלה העוסקים ב"חוקי המשחק" הדמוקרטיים – מחייב הסכמה ציבורית רחבה, כלומר, רוב מיוחס בכנסת (ראו שם, ליד ה"ש 54–55). העיסוק בחוקי-היסוד מראה שמדינה מכיר לכאורה במעמד המיוחד, אך הדבר אינו סותר בהכרח את טענתי בטקסט, משום שגם "הנוהג החוקתי" הזה הוא למעשה נורמה העומדת מעל חוקי-היסוד ומהווה – כך נראה – חלק מ"החוקה" של ישראל, אליבא דמדינה.

35 ראו לעיל ה"ש 34 והטקסט המפנה אליה.

**מצטברים: שיתוף-פעולה בין הרשויות והסכמה ציבורית רחבה** (מה שמדינה מכנה "שיקוף ניכר" של עמדות הציבור).<sup>36</sup> כתמיכה לטיעון המרכזי הזה מדינה מציג סקירה היסטורית של ההתפתחות החוקתית של מדינת-ישראל – סקירה שממנה הוא גוזר את המאפיינים התוכניים של הזהות החוקתית והן את המאפיינים הדינמיים, כלומר, את הפרוצדורה הנדרשת על-מנת לשנות את הזהות החוקתית.

לפי הטיעון, ניתן לחלק את ההיסטוריה של התפתחות הזהות החוקתית לארבע תקופות. **התקופה הראשונה היא תקופת הקמת המדינה**, שבה נוסדה מדינת-ישראל על בסיס מחויבות הצהרתית לדמוקרטיה ליברלית. מחויבות זו באה לידי ביטוי בהכרזת העצמאות, המחויבות ל"שויון זכויות חברתי ומדיני גמור" של כל האזרחים וכיבוד זכויות הפרט של הכל, ללא הבחנה על רקע מוצא אתני בין יהודים לערבים. מדינה מייחס את המחויבות ההצהרתית הזו לעובדה שהכרזת העצמאות התבססה על תוכנית החלוקה ועל ההכרה של המוסדות הבין-לאומיים במדינת-ישראל במסגרת תוכנית זו. אולם הוא מודה כי רשויות המדינה זנחו חיש מהר את המחויבות הזו לערכים ליברליים ושוויוניים – דבר שבא לידי ביטוי, בין היתר, בהחלטה להימנע מכינון חוקה, בניגוד למוצהר בהכרזה.<sup>37</sup>

מייד לאחר הקמת המדינה מתחילה **התקופה השנייה**, היא **התקופה הלא-ליברלית** (1949–1992), שבה ננטשה – גם אם לא באופן מוצהר – המחויבות לערכי השוויון ולחירויות הפרט, שהוצהרה בהכרזה, לטובת זהות חוקתית לא-ליברלית. בתקופה זו נזנחו כאמור הן המחויבות לתוכנית החלוקה והן המחויבות לכינון חוקה (ועימה מגילת זכויות ליברלית ושוויונית) לטובת מדיניות שהפלתה לרעה באופן קשה את המיעוט הערבי כמעט בכל התחומים (ההגירה, הסירוב להחזיר את הפליטים הפלסטינים, הקצאת הקרקעות, הקצאת התקציבים, מינוי למשרות ציבוריות). למעשה, כל רשויות השלטון, לרבות בית-המשפט, היו שותפות למדיניות זו במידה זו או אחרת, והיא גם נהנתה מתמיכה מוצקה בציבור.<sup>38</sup> המחויבות לזהות חוקתית ליברלית ננטשה גם בכל הנוגע בחירויות הפרט בתחום חופש הדת (אם כי מדינה מודה כי בתחום זה לא שיתף בית-המשפט פעולה עם נטישת הערכים הליברליים).<sup>39</sup>

**התקופה השלישית של הזהות החוקתית מתחילה**, אליבא דמדינה, עם "פרוץ" **המהפכה החוקתית** בשנת 1992. חקיקתם של חוקי-היסוד בדבר הזכויות נעשתה, על-פי הטענה, בשיתוף-פעולה בין כל הרשויות ובתמיכה ציבורית רחבה. עם קבלתם של חוקים אלו החל "תור הזהב" הליברלי, שבו נטשו הרשויות בישראל (ולא רק בית-המשפט) את הזהות החוקתית הלא-ליברלית באמצעות חקיקת חוקים נגד הפליה על רקע אתני ופרשנות ליברלית

36 מדינה, לעיל ה"ש 16, בתחילת פרק ד. בחלק מאוחר יותר של מאמרו מדינה מצביע על כך ששינוי הזהות החוקתית יכול להיעשות בשני אופנים: האחד, באופן "מהפכני", באמצעות שינוי חוקי-היסוד בהסכמה רחבה; והאחר, באופן הדרגתי, תוך שיתוף-פעולה בין רשויות השלטון השונות ובתמיכת הציבור. ראו את הדיון להלן בחלק ד.

37 שם, ליד ה"ש 80–81 ובתת-פרק ד2 רישא.

38 שם, בחלק ד2(א). באשר לתמיכת הציבור במדיניות המפלה כלפי ערבים, מדינה מסתמך על נתונים של סמי סמוחה (שם, בה"ש 102 ובתרשים המפנה אליה). מן הראוי להעיר כי על-פי הנתונים הללו הירידה החדה בתמיכה הציבורית במדיניות המפלה חלה במהלך שנות השמונים, ולא בתחילת שנות התשעים.

39 שם, בחלק ד2(ב).

של הוראות חוק לגבי "יהדותה" של המדינה (כגון פרשנות סעיף 7 לחוק-יסוד הכנסת).<sup>40</sup> וכך, גם הציבור (לפחות חלקים רחבים ממנו) נטש במידה רבה את התפיסה שלפיה יהדותה של המדינה מצדיקה העדפת יהודים על ערבים, לטובת תפיסה ליברלית שוויונית.<sup>41</sup> "תור הזהב" של הזהות החוקתית הליברלית הסתיים, לפי מדינה, בעשור השני של המאה העשרים ואחת (התקופה הרביעית). כאשר הן הרשויות הפוליטיות והן הציבור גילו נטייה בולטת לנסיגה מהמודל הליברלי לטובת מודל לא-ליברלי ולשחיקה של עקרונות השוויון ביחס לערביי המדינה. ציון-הדרך הבולט לעניין זה הוא ללא ספק קבלתו של חוק-יסוד הלאום בשנת 2018, אם כי באותו עשור נחקקו חוקים נוספים שמעידים על מגמה דומה, כגון חוק הנכבה, חוק החרם, וחוק ועדות הקבלה.<sup>42</sup> בד בבד ניכרת ירידה עקיבה ומשמעותית בתמיכה הציבורית בשוויון זכויות למיעוט הערבי וגם ירידה תלולה באמון הציבור בבית-המשפט העליון (אשר נתפס בעיני הציבור כמי שמגן עדיין על ערכים ליברליים).<sup>43</sup> בד בבד, גם במישור יחסי הדת והמדינה ניכרת נסיגה ברורה מהמודל הליברלי למודל הלא-ליברלי. נסיגה זו מתבטאת בפעולות הממשלה והכנסת, בעוד יחסו של בית-המשפט לתהליך הזה נותר, לפי הטיעון, קשה לאפיון.<sup>44</sup>

למרות האפיון ברור של העשור האחרון כמבטא זהות חוקתית לא-ליברלית, מדינה טוען כי הרפורמה המשפטית של 2023 היא בלתי-חוקתית משום שהיא מהווה ניסיון לשנות את הזהות החוקתית של המדינה מבלי שהתקיימו התנאים הנדרשים לשינוי הזהות הזו. טענתו בהקשר זה היא שהממשלה מבקשת ליזום – באמצעות הרפורמה – שינוי "מהפכני" בזהות החוקתית של ישראל, ושינוי כזה (להבדיל משינוי הדרגתי שנעשה בעמדות של הרשויות הפוליטיות, בית-המשפט והציבור) חייב להיעשות בתמיכה ציבורית רחבה.<sup>45</sup> הואיל ועל-פי סקרי דעת-הקהל אין לרפורמה המוצעת על-ידי הממשלה תמיכה ציבורית רחבה (ולמעשה, רוב הציבור מתנגד לה), יש כאן ניסיון פסול לשינוי הזהות החוקתית של המדינה – ניסיון שצריך להיחסם על-ידי בית-המשפט.

- 40 שם, בחלק ד3(א). מטבע הדברים, מדינה מקדיש בהקשר זה (שם) מקום נרחב לדיון בפסק-הדין בעניין קעדאן (בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000)).
- 41 השינוי בעמדות הציבור ניכר לקראת תחילת שנות האלפיים, כלומר, כאשר הזהות החוקתית הליברלית הספיקה להתגבש, אליבא דמדינה, בעקבות המהפכה החוקתית. מדינה, לעיל ה"ש 16, ליד ה"ש 157–161. מדינה טוען כי גם במישור של דת ומדינה חלו בתקופה זו שינויים לכיוון הליברלי, אם כי הוא מודה כי השינויים במישור זה היו מתונים יותר. ראו שם, בחלק ד3(ב).
- 42 ראו, בהתאמה, ס' 33 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה–1985 (המסמיך את שר האוצר להפחית מסכומי התמיכה המועברים לגופים כלשהם אם מימנו פעילות שיש בה, בין היתר, משום שלילת קיומה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית או ציון יום הקמת המדינה כיום אבל) (להלן: חוק הנכבה); החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א–2011 (להלן: חוק החרם); ותיקון מס' 8 לפקודת האגודות השיתופיות (להלן: חוק ועדות הקבלה). ראו את הדיון אצל מדינה, לעיל ה"ש 16, בחלק ד4(א) רישא.
- 43 שם, ליד ה"ש 210–214.
- 44 שם, בחלק ד4(ב).
- 45 שם, בתחילת תת-פרק ה1.

## ד. טיעון הזהות החוקתית – הערכה ביקורתית

טיעון הזהות החוקתית שמדינה מציג במאמרו הוא טיעון חדשני, מקורי, עשיר ומורכב, ובכך הוא תורם ללא ספק להעשרה ושכלול של הדיון החוקתי בישראל, במיוחד בתקופה הנוכחית. החידוש שבתזת הזהות החוקתית הוא גם מתודולוגי וגם מהותי. במישור המתודולוגי מדינה מציג טיעון מִטְ-טקסטואלי (בעיקרו) שאינו מוניסטי טהור (כלומר, כזה המבוסס על עקרונות הדמוקרטיה עצמם); הוא מצביע על קיומו של רובד חוקתי, בחלקו טקסטואלי, שיש בו כדי להגביל את פעולתה הפוליטית של הכנסת, בין בתחום החקיקה הרגילה ובין בתחום של חקיקת-יסוד. כלומר, מדינה אינו מוותר על הטיעון שבשיטת המשפט בישראל יש חוקה (או רובד נורמטיבי על-סטטוטורי), אך הוא מציע דרכים חדשות לזיהוי תכניו של הרובד הנורמטיבי הזה.

זאת ועוד, בניגוד לתאוריית העקרונות העל-חוקתיים שאומצה על-ידי בית-המשפט בפרשת **חסון**, טיעונו של מדינה הוא טיעון **היסטורי התפתחותי**. הרובד החוקתי המגביל את פעולתן של הרשויות הפוליטיות אינו מבוסס על הרגע הראשוני שבו גובשה שיטת המשפט בישראל, בעת הקמת המדינה והכרזת העצמאות, אלא מדובר ברובד שתכניו הם דינמיים ומשתנים בהתאם לפעולתן של הרשויות הפוליטיות, לפסיקותיו של בית-המשפט ולעמדותיו של הציבור. בכך, במישור המהותי, מדינה מציע דרך חדשה, מקורית ומעניינת להבין את ההיסטוריה, המהות והתכנים של החוקה של מדינת-ישראל.

עם זאת, העושר והמורכבות בטיעון הזהות החוקתית אינם יכולים לחפות על העובדה שהוא לא פעם מורכב **מדי**. הדבר בא לידי ביטוי בחוסר עקיבות, בסתירות פנימיות ובאי-בהירויות, אשר הופכים אותו לעיתים לבלתי-ניתן להיקבעות (indeterminate) ואף לאקלקטי במידה רבה. לפיכך טיעון זה – גם אם נקבל אותו כמות שהוא, על הנחותיו הבסיסיות וההיגיון הפנימי שלו – יכול בקלות להוביל את הקורא למסקנות הפוכות מאלה שמדינה מסיק מהתיאור ההיסטורי-התפתחותי של הזהות החוקתית. במסגרת המוגבלת של מאמר תגובה זה אין בכוונתי להצביע על כל הבעיות והסתירות בתזה של מדינה, אלא אסתפק בכמה נקודות בולטות.

**הנקודה הראשונה** נוגעת בנייתו שמדינה מציע במאמרו למעמדה של "המהפכה החוקתית" של 1992. מדינה טוען – בניגוד להשקפה המקובלת – כי החידוש הגדול שבמהפכה החוקתית לא היה החידוש המוסדי, קרי הענקת סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית לבית-המשפט, אלא שינוי הזהות החוקתית של ישראל מזהות לא-ליברלית לזהות ליברלית.<sup>46</sup> גם בטענה הספציפית הזו יש חידוש, וביותר מבחינה אחת, דהיינו, לא רק באופן

46 שם, בפסקה שאחרי ה"ש 5. במאמר מוסגר ניתן לתהות: אם ההיבט המוסדי לא היה העיקר ב"מהפכה החוקתית", אזי מדוע ההיבט המוסדי של הרפורמה של 2023 שנוגע בפגיעה בהיקף הביקורת השיפוטית צריך להיחשב, אליבא דמדינה, שינוי "מהפכני" בזהות החוקתית (שם, בתחילת תת-פרק ה1)? מדינה אומנם טורח וסוקר במפורט את כל הצעדים שהכנסת והממשלה עשו, לאחר הבחירות של נובמבר 2022, על-מנת לפגוע בזהות החוקתית הליברלית (ראו שם, בתחילת פרק ה), אבל אלה אינם בהכרח צעדים "מהפכניים" כמו הניסיון לשנות מן היסוד את ההסדרים המוסדיים הנוגעים בביקורת שיפוטית, אלא יכולים להיחשב חלק מהשינוי ההדרגתי של הזהות החוקתית שהתחיל ממילא בעשור האחרון (ראו הדיון להלן). לפיכך דומה כי גם מבחינה זו טיעונו של מדינה במאמרו לוקה בסתירה פנימית.

הצגתה של המהפכה החוקתית, אלא גם בכך שמדינה, בניגוד לגישתו של בית-המשפט בפרשת **חסון**, מזהה את נקודת-המפתח בהתפתחות ההיסטורית החוקתית של ישראל עם תקופת המהפכה החוקתית, ולא עם תקופת הקמת המדינה. כפי שהוסבר בחלק הראשון של מאמרי, הטענה של מדינה בהקשר זה היא מעניינת משום שהגישה הנוכחית של בית-המשפט, כמו גם של רוב הפרשנים החוקתיים, מנסה דווקא להסיט את המיקוד של הדיון החוקתי מ"המהפכה" של 1992 אל עבר התקופה החוקתית הפורמטיבית של הקמת המדינה, וזאת לנוכח ההתמוטטות של מודל "שני הכובעים" ושל ההסתמכות על חוקי-היסוד כרובד הנורמטיבי העליון. במובן זה ניתן לומר כי בניגוד לכל שאר הכתיבה החוקתית – שמנסה כעת "לשנמך" את המהפכה של 1992 לטובת הדיון בהכרזת העצמאות ובהקמת המדינה<sup>47</sup> – מדינה דווקא "מכפיל את ההימור" על 1992.

אלא שהסתמכותו של מדינה על חקיקת חוקי-היסוד בדבר הזכויות בשנת 1992 כעל הברית התיכון של הטענה שהמהפכה החוקתית הנהיגה בישראל זהות חוקתית ליברלית היא בעייתית דווקא אם היא נבחנת באספקלריה של התאוריה שמדינה עצמו מציג. כזכור, מדינה טוען כי הזהות החוקתית ניתנת לשינוי באופן "מהפכני" אם הדבר נעשה בשיתוף-פעולה של כל הרשויות ובתמיכה ציבורית רחבה, וכי שינוי כזה אכן נעשה במהפכה החוקתית. כל מי שמכיר את ההיסטוריה של 1992, כפי שתוארה על-ידי מי שהיו עדים לתהליך קבלתם של חוקי-היסוד, צריך להטיל ספקות כבדים בתוקף העובדתי של הטענות הללו. כידוע, חוקי-היסוד בדבר הזכויות (ובמיוחד חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו) התקבלו בכנסת ברוב לא-גדול ובהליך שרוב חברי הכנסת לא השתתפו בו כלל (לפחות ככל שהדברים אמורים בהצבעות הקריטיות על החוק). יהודית קרפ – אשר כיהנה אז כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה והייתה אחראית מטעם הממשלה על התהליך – תיארה את חוקי הזכויות כ"פרי פשרה פוליטית, שגובשה על רקע מאבקי כוח"<sup>48</sup>. על התקופה שקדמה לקבלת החוקים ועל התהליכים שהתרחשו בה היא אמרה את הדברים הבאים:

...דומה שימי קבלת חוקי-היסוד בכנסת לא ימי מהפכה היו, אף לא ימי התרוממות והתעלות; ימי קטנות היו, ימים של מאבקים ופשרות. הקולות, שעלו מן הכנסת בעת הדיונים בחוק, ספק אם יש בהם כדי להעיד על מודעותם של חברי הכנסת לחלקם ולשותפותם בתהליך של מהפכה חוקתית.<sup>49</sup>

47 ראו, למשל, אהרן ברק "הסמכות המכוננת הראשונית וההגבלות המוטלות עליה" משפט ועסקים כח 123 (2023).

48 יהודית קרפ "חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א 324, 323 (1993).

49 שם, בעמ' 326.

לא ברור מה בין התיאור הזה (שכמעט כל מי שדן בתולדות המהפכה החוקתית שותף לו)<sup>50</sup> לבין טענתו של מדינה שחוקי הזכויות התקבלו ב"הסכמה רחבה"<sup>51</sup>. במקרה הפחות גרוע ניתן לומר כי הכנסת (או לפחות חלקים משמעותיים ממנה) קיבלה את חוקי-היסוד בחוסר התלהבות, באי-מודעות (לפחות להשלכות המוסדיות שלהם) ובאדישות.<sup>52</sup> ואילו לגבי הציבור ניתן לומר שרובו ככולו לא היה מודע כלל למתחולל – לא לקיומם של הליכי החקיקה ולא למשמעויות של קבלת חוקי-היסוד. בוודאי אין כל אפשרות לטעון שבזמן-אמת הייתה תמיכה ציבורית רחבה במהלך (וזאת אף אם נקבל את טענתו של מדינה כי **בדיעבד** זכו החוקים – או חלק מהערכים הליברליים שהם ביטאו – בתמיכה ציבורית).<sup>53</sup> קשה עוד יותר להבין – ולא כל שכן לקבל – את טענתו של מדינה כי 64 האצבעות שעומדות כיום בכנסת לתמיכה במהלכי הרפורמה המשפטית מבטאות **פחות** הסכמה ציבורית מ-32 האצבעות שהורמו בזמנו בכנסת להצבעה בעד חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

במובן זה, הסתמכות על טיעונו של מדינה בהקשר זה יכולה להוביל למסקנה הפוכה ממסקנתו במאמר. הרי אם המהפכה החוקתית של שנת 1992 לא נעשתה בהסכמה רחבה, אזי היא אינה יכולה עוד להיות נקודת-המפתח בגיבוש זהותה החוקתית של המדינה, משום שהיא אינה עומדת בתנאי-הספף שהציב מדינה עצמו. אם כך, קשה להסיק גם למסקנה כי הרפורמה של שנת 2023 "משנה" את זהותה החוקתית של המדינה ממדינה ליברלית ללא-ליברלית, וכי היא עושה זאת בלי הסכמה ציבורית רחבה.

**הנקודה השנייה** שבה התזה של מדינה לוקה בסתירה פנימית נוגעת בתקופה הרביעית של התפתחות הזהות החוקתית, ובמיוחד במעמדה של הרפורמה של 2023 על רקע ההתפתחויות של העשור האחרון, שביטאו לכל האורך נסיגה ברורה של הכנסת, הממשלה (ובמידה מסוימת, אליבא דמדינה עצמו, גם של בית-המשפט<sup>54</sup>) מהזהות החוקתית הליברלית. מצד

50 ראו גרעון ספיר **המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד** 67–69 (2010); וכן רות גביון **המהפכה החוקתית: תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה** 75–76 (1998), המציינת כי אכן הייתה הסכמה חוצת-מפלגות על **התכנים** (המוגבלים) של זכויות-היסוד שייכללו בחוקי הזכויות אך לא הייתה הסכמה על **מעמדן** של הזכויות. ייתכן שמסיבה זו מדינה ממקד את טיעונו בדבר ההסכמה הרחבה – ובדבר השינוי שהנהיגה המהפכה החוקתית בזהות החוקתית של המדינה – בערכים הליברליים, ולא בהיבט המוסדי של המהפכה. ראו לעיל ה"ש 46 והטקסט המפנה אליה.

51 העובדה שבמסגרת מאמר של כשמונים עמודים מצא מדינה מקום לדרון בתיאור התהליך של קבלת הרפורמה של 1992 ו"ההסכמה הציבורית הרחבה" לה רק בחצי פסקה (מדינה, לעיל ה"ש 16, ליד ה"ש 57–58), אף שמדובר בנקודה קריטית מבחינת התזה שלו, גם היא אומרת דורשני.

52 במקרה הגרוע יותר, מבחינת הלגיטימציה הציבורית של המהפכה החוקתית, עסקינן במהלך שהיה מעין הונאה של הכנסת והציבור גם-יחד. ראו ספיר, לעיל ה"ש 50, בעמ' 70–80, המביא שורה של אינדיקציות לכך שלא רק שרוב חברי הכנסת לא היו מודעים לכך שהם מעניקים לבית-המשפט סמכות ביקורת חוקתית, אלא שיוזמי המהלך בכנסת גם טרחו להסוות עובדה זו היטב. ראו לעיל ה"ש 41.

53 ראו מדינה, לעיל ה"ש 16, ליד ה"ש 188–195, שם מובאת סקירה של כמה תיקי-מפתח, לרבות בג"ץ 3429/11 **בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר** (נבו 5.1.2012) (בעניין חוק הנכבה); בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת** (נבו 17.9.2014) (בעניין חוק ועדות הקבלה); ובג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת** (נבו 15.4.2015) (לעניין חוק החרם). אומנם, במקרה האחרון פסל בית-המשפט סעיף אחד בחוק החרם, אך בשאר המקרים הוא התחמק מדיון ישיר בתוקפם של החוקים תוך שימוש בדוקטרינה של העדר בשלות (ראו גם ילנה צ'צ'קו "על בשלות וחוקתיות" **משפטים** מג 419 (2012)). במקרה נוסף קבע בית-המשפט כי אין פסול בהעדרה של



אחד, מדינה טוען כי הרפורמה המשפטית מהווה ניסיון לעשות שינוי "מהפכני" (להבדיל משינוי "הדרגתי") בזהות החוקתית, ולכן נדרשת הסכמה ציבורית רחבה לשינוי חקיקת היסוד.<sup>55</sup> מצד אחר, טענה זו מובאת לאחר תיאור ארוך של הנסיגה מהמודל הליברלי, שהתבטאה באימוץ של חקיקה לא-ליברלית על-ידי הכנסת והממשלה לאורך כל העשור האחרון ובירידה ברורה גם בתמיכה הציבורית במודל הליברלי (כעולה מסקרי דעת-הקהל)<sup>56</sup> – תהליך שאפילו בית-המשפט, כאמור, לא התייצב כנגדו באופן ברור ונחרץ. על רקע זה מתבקשת מאליה השאלה מדוע אי-אפשר לראות ברפורמה של 2023 לא יותר מאשר התפתחות **משלימה** אשר תואמת את הזהות החוקתית הלא-ליברלית שישראל אימצה בהדרגה (אליבא דמדינה עצמו) כבר החל בשנת 2011. דהיינו, מדוע אין מדובר בשינוי הדרגתי הנעשה בשיתוף-פעולה מצד כל הרשויות (אף אם בחוסר התלהבות או בהסכנה מצד חלק מהן). אשר ממילא אינו זקוק לקונסנזוס ציבורי רחב כמו מהלך מהפכני?<sup>57</sup>

**הנקודה השלישית** שמעוררת קשיים ניכרים בטיעונו של מדינה נוגעת בעקרון ההשתתפות השווה. כבר ציינתי כי בחלק הראשון של מאמרו מדינה עמל קשות כדי לשכנע את הקורא שהביקורת השיפוטית בכללותה, למרות אופייה האנטי-רובני (מאפיין שהוא מובהק במיוחד אצלנו לנוכח שיטת מינוי השופטים, המעניקה למגזר הפוליטי משקל מוגבל מאוד בתהליך בראייה השוואתית), אינה פוגעת בזכות ההשתתפות השווה של האזרחים בהליך הפוליטי ובעיצוב המדיניות הציבורית. הוא מנסה ליישם את התובנה הכללית הזו על הדיון בלגיטימציה הדמוקרטית של הרפורמה המשפטית, אך זאת באופן מרחיק-לכת. הוא טוען כי זכות ההשתתפות השווה בהכרעות החברתיות באה לידי ביטוי ב"עיצוב תוכנה של הזהות

חיילי מילואים בהטבות הנוגעות בשיווק מקרקעי מדינה (בג"ץ 7872/10 **המועצה המוסלמית ביפו נ' ראש ממשלת ישראל** (נבו 7.6.2012)).

55 מדינה, לעיל ה"ש 16, בתת-פרק ה1.  
56 שם, בתת-פרק ד4. כאן המקום לציין כי הנסיגה מהמודל הליברלי במישור **הערכי** (קרי, החקיקה שפגעה בזכויות מיעוטים והגבילה את חירויות הפרט – ראו ה"ש 54 לעיל) הייתה כרוכה בטבורה בנסיונות להגביל את היקף הביקורת השיפוטית, כלומר, להחליש את המרכיב האנטי-רובני בשיטה החוקתית שלנו. נסיונות אלו לפגוע בהשלכות של המהפכה החוקתית במישור **המוסדי** (כגון ההצעות לחוקק פסקת התגברות – ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), פ/20/2115; הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), פ/20/4005; הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – פסקת התגברות), פ/20/5219; הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – פסקת התגברות), פ/25/459; וכן מורן אזולאי "הכנסת נגד העליון: שורת חוקים לצמצום כוחו" **ynet** (20.10.2013) <https://www.ynet.co.il/articles/0.7340.L-4442703.00.html>; טובה צימוקי ומורן אזולאי "שקד ובנט מקדמים חוק יסוד נגד פסילת החוקים בבג"ץ" **ynet** (15.9.2017) <https://www.ynet.co.il/articles/0.7340.L-5016821.00.html>) אומנם נכשלו ברובם, אולם גם מבחינה זו הרפורמה המשפטית הייתה המשך של מגמות קיימות בכנסת, ולא "מהפכה" רבתי.  
57 מדינה עצמו מדבר על השינוי העומד כעת על הפרק בזהות החוקתית כעל "החרפת המגמה" של עליית המודל הלא-ליברלי (ראו מדינה, לעיל ה"ש 16, בתחילת פרק ה), ובמקום אחר הוא מצייין כי הוא אינו שולל את האפשרות ש"התרחש בכל-זאת שינוי כלשהו, שאינו דרסטי" (ראו שם, אחרי ה"ש 199). אף-על-פי-כן הוא עומד על כך ש"מוקדם לקבוע שהתגבשה במדינת-ישראל תמיכה רחבה בזהות [ה]חוקתית... הלא-ליברלית" (שם, אחרי ה"ש 215). ניתן לתהות: אם **עד** הבחירות של 2022 הייתה הזהות החוקתית הלא-ליברלית "בשלבי גיבוש מתקדמים" (אחרי עשור שנים), מדוע אי-אפשר לראות לשיטתו בתוצאת הבחירות, במשולב עם מכול הצעות החוק הלא-ליברליות בכנסת הנוכחית, משום התגבשות תמיכה רחבה בזהות החוקתית הלא-ליברלית; וברפורמה המשפטית – משום השלמה של אותו תהליך.

החוקתית בדרך של שינויים הדרגתיים בה" או "כאשר מתגבשת הסכמה לאומית רחבה לגבי הזהות החוקתית, [אשר] מיתרגמת ל'מהפכה חוקתית'" (כמו זו שאירעה בשנת 1992). מן האמור הוא מנביע את הקביעה המסכמת כי "הביקורת השיפוטית, שנועדה לאפיין באופן נמשך את הזהות החוקתית ולאכוף ציות לה על-ידי רשויות השלטון, אינה סותרת את מימוש זכות ההשתתפות השווה, אלא דווקא **מסייעת במימושה**".<sup>58</sup> כלומר, הטיעון של מדינה בחלק זה הוא שלא רק שהביקורת השיפוטית אינה לוקה ב**גירעון** ביחס לזכות ההשתתפות השווה, אלא שלמעשה בלעדית תיפגע זכות ההשתתפות השווה של האזרחים בהכרעות החברתיות. כלומר, לביקורת השיפוטית יש **יתרון** במתן ביטוי לזכות ההשתתפות השווה, והיא אולי אף הכרחית למימושה.

לטעמי, האופי הפתלתל שבו מדינה מציג את הטיעון הזה ביחס לזכות ההשתתפות השווה אינו יכול להסתיר את הכשלים החמורים שבהם הוא לוקה. ראשית, גם בהנחה שיש הצדקה דמוקרטית לביקורת שיפוטית חוקתית, וגם בהנחה ש"הזהות החוקתית" היא הפלטפורמה המתאימה לשמש בסיס להפעלתה של הביקורת השיפוטית, לא ברור בדיוק כיצד זכות ההשתתפות השווה באה לידי ביטוי בעיצובה של זהות זו. מהם המנגנונים שמבטיחים זאת? מדינה מנסה "להרגיע" את הקורא בעניין זה בציינו כי –

ההכרעה השיפוטית נעשית במידה רבה בהתחשב בעמדות הציבור, שמשיפיעות על הפסיקה בסוגיות קונקרטיות, ובהסתמך על אפיון הזהות החוקתית של המדינה באופן כללי, וזאת הן מכוח הביטוי שניתן לעמדות המשתנות של הציבור בכנסת ובממשלה והן מכוח ההשפעה שיש לעמדות הציבור עצמו על הגישה הנוהגת בפסיקה.<sup>59</sup>

הבה נניח שיש בסיס לקביעה של מדינה כי לעמדות הציבור יש **השפעה** על "הגישה הנוהגת בפסיקה" (טענה שסותרת לכאורה את מושכלות-היסוד של מודל שלטון החוק ביחס לשפיטה, ואשר הבסיס האמפירי שלה הוא רעוע וחלקי במקרה הטוב).<sup>60</sup> כיצד בדיוק המנגנון העקיף, הפתלתל והאמורפי הזה אמור להבטיח כי לכל אזרח תהיה זכות השפעה **שווה** על פסיקת בית-המשפט? קשה לומר שניתן למצוא אצל מדינה תשובה מניחה את הדעת לעניין זה.

אלא שהכשלים בטיעון הזה חמורים ויסודיים אף יותר, משום שמדינה אינו מסביר מדוע דווקא בית-המשפט הוא המוסד שצריך לאכוף את הזהות החוקתית על המוסדות האחרים. כאשר עסקינן בחוקה או בטקסטים חוקי-היסוד, ניתן לגזור את הסמכות השיפוטית לאכיפת העקרונות החוקתיים מהטקסט החוקתי עצמו, במישרין או בעקיפין.<sup>61</sup> כלל לא ברור שזה

58 שם, בתת-פרק ה1 סיפא.

59 שם, בתת-פרק ה1 רישא.

60 לדיון מקיף ביחס שבין פסיקת בית-המשפט לדעת-הקהל ראו Or Bassok & Yoav Dotan, *Solving the Countermajoritarian Difficulty?*, 11 INT'L J. CONST. L. 13 (2013).

61 ראו לעיל ה"ש 5. בישראל גזר בית-המשפט את סמכות הביקורת החוקתית מעצם קיומה של פסקת ההגבלה בחוקי הזכויות. ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 10, בפס' 18 לפסק-הדין של הנשיא (בדימ') שמגר ("פועל יוצא בעל חשיבות ראשונה במעלה הוא כי מתאפשרת עתה ביקורת שיפוטית על חוקתיותה של חקיקה ראשית לאור הנורמות החוקתיות שנוצקו עתה בחוק החרות").

המצב בנוגע לרובד החוקתי הדינמי שבא לידי ביטוי בזהות החוקתית, שהרי זהות החוקתית עצמה מתגבשת – אליבא דמדינה – בפעולה משותפת של כל הרשויות ובהיזון ההדדי בינן לבין דעת-הקהל (אשר באה לידי ביטוי, כפי שהוא מסביר, בעיקר בסקרי דעת-הקהל). מדוע עלינו להניח כי יש לבית-המשפט יתרון כלשהו בזיהוי התכנים של הזהות החוקתית הזו? האם לבית-המשפט יש יתרון כלשהו על הרשויות הפוליטיות בקריאה וניתוח של סקרי דעת-קהל? צריך להיות מוכן ללכת כברת-דרך ארוכה מאוד עם הטענות של מדינה בדבר היתרון ה"פופולרי" של בית-המשפט בעניין מימוש הזכות להשתתפות שווה כדי לעבור את המכשלה הזו. כאמור, איני נמנה עם אלה שמוכנים לנטוש את מושכלות-היסוד של התאוריה החוקתית כדי לעשות את הצעד מרחיק-הלכת הזה, ומדינה גם אינו מספק שום תשתית אמפירית ממשית שיכולה לתמוך בכך.

דומה שמדינה עצמו חש בקרקע הטובענית שעליה מבוססים הטענות הפוזיטיביים לגבי התוקף החוקתי המחייב של זהות חוקתית ליברלית, משום שלקראת סיום המאמר הוא טורח ומוסיף על הטענות הפוזיטיביים גם "הערכה ערכית-מוסרית" המצביעה על יתרונותיהם של הערכים הליברליים על הערכים הלא-ליברליים.<sup>62</sup> הטענות העיקרי כאן הוא שרק אימוץ עמדה התואמת את ערכי-היסוד הליברליים, ובראשם עקרון השוויון וכיבוד זכויות-היסוד, יכול לשמור על אופייה הדמוקרטי של ישראל ברוח מגילת העצמאות. יש לדעתי שתי דרכים להבין את הטענה הזו. האחת היא להתייחס גם אליה כאל טענות משפטיות פוזיטיביות. אר-אז הטענות הן מתכנס למעשה לתוך העמדה הקיימת של בית-המשפט העליון בדבר "עקרונות-היסוד" של הדמוקרטיה בישראל, והופך את הדיון ב"זהות החוקתית" לאורך כל החלקים הקודמים במאמרו של מדינה למיותר במידה רבה, ואת טענותו של מדינה לטענות "מוניסטי" בעיקרן. דרך אחרת להבין את הטענות הן היא לראותו כטענות מוסריות גרידא (כפי שהדבר מוצג בכותרת-המשנה של הפרק הרלוונטי). אר-אז חוזרת ועומדת השאלה מניין נובע הבסיס החוקתי של קבוצה מסוימת באוכלוסייה (קרי, הליברלים) לאכוף את ערכיה על קבוצה אחרת (אשר לפי ההנחה כאן, גם ערכיה שלה הם לגיטימיים מבחינה דמוקרטית) דרך המושג של זהות חוקתית. כאמור לעיל, לא מצאתי בחלקים הקודמים של המאמר תשובה מניחה את הדעת לשאלה זו.

## ה. סיכום

ברק מדינה מציג לפנינו במאמרו הנוכחי תזה חוקתית חדשנית העוסקת הן במקור הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית החוקתית בישראל, הן בתכנים של הרובד הנורמטיבי החוקתי והן במתודולוגיה של הדיון בשאלות חוקתיות. מטבע הדברים, טענות חדשניות, עשיר ונועז כזה מעורר שורה של שאלות ובעיות חדשות שהדיון החוקתי צריך לעסוק בהן. הביקורת שהצגתי על חלקים מסוימים של הטענות אינה יכולה ואינה צריכה לטשטש את התרומה כבדת-המשקל שלו לפיתוח השיח החוקתי אצלנו. יש להניח כי השיח שיתפתח בעקבות הצגת התזה הזו יתרום להבהרת השאלות שמאמר חשוב זה מעורר.

62 מדינה, לעיל ה"ש 16, בתת-פרק 2.