

על פופוליזם, המשבר הדמוקרטי בישראל, וחשיבות ההבחנה בין פוליטיקה חוקתית לפוליטיקה רגילה

מאמר תגובה למאמרם של עמיחי כהן ויניב רוזנאי: "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל"

מאת

תמר הוסטובסקי ברנדס*

כהן ורוזנאי מציגים במאמר חשוב ומעמיק את המשבר החוקתי בישראל, וממקמים אותו בהקשר רחב של עליית הפופוליזם בישראל ובעולם.¹ הם מנתחים בצורה מרשימה את מאפייני המשבר, מצביעים על הדומה בין המתרחש בישראל למתרחש במדינות אחרות בעולם, ומנתחים את המאפיינים הייחודיים של המשבר הישראלי ואת נתוני הרקע המאפשרים ומזינים אותו. אלו כוללים, לעמדתם, בין היתר, את השסעים החברתיים בישראל, ובפרט את השסע היהודי-ערבי, המזין רטוריקה של אויב/חבר שהפופוליזם בנוי עליה, ואת חולשתו של המשפט החוקתי המוסדי הישראלי.

מאמרם של כהן ורוזנאי תורם תרומה חשובה וייחודית להבנת המשבר הדמוקרטי בישראל, וככלל, אני מסכימה עם הניתוח שהוא מציע. עם זאת, בהערות שלהלן אבקש להתייחס לשתי נקודות קצרות אשר כדאי, לדעתי, להעמיק בהן, הן כדי להבין את מאפייניו של המשבר הדמוקרטי בישראל והן כדי לחשוב על דרכים להתמודד עימו.

ההערה הראשונה מתייחסת להעדר הקוהרנטיות הפנימי של השיח הפופוליסטי. חלק מהצלחתה של התנועה הפופוליסטית מיוחס לכך שהיא מזהה נכון את הכשלים ואת נקודות החולשה של הדמוקרטיה ומציעה, לכאורה, פתרון לכשלים אלו. יאן-ורנר מולר מתאר את הפופוליזם כ"צל הקבוע של הפוליטיקה הייצוגית",² ומסביר כי גם אם הפופוליזם מזהה נכונה חלק מבעיות הדמוקרטיה, ובפרט את הקושי לקיים את ההבטחה של "שלטון העם", אין הוא מציע באמת פתרונות לבעיות אלו.

אחת הדרכים לחשיפת השיח הפופוליסטי כמות שהוא – הבטחה ריקה – היא הצבעה על העדר הקוהרנטיות הפנימי של שיח זה ועל האופורטוניזם שלו. הגם

* ד"ר תמר הוסטובסקי ברנדס היא מרצה בכירה בפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו.

¹ עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" עיוני משפט מד, 1 (2021) (להלן: כהן ורוזנאי "פופוליזם").

² JAN WERNER MÜLLER, WHAT IS POPULISM? 101 (University of Pennsylvania Press, 2016).

שמנהיגים פופוליסטים משתמשים ברטוריקה של טיעונים עקרוניים, הלכה למעשה עקרונות אלו נזילים, והם עשויים להשתנות בהתאם למידה שבה הם משרתים את המטרה – שימור כוחו של המנהיג הפופוליסטי. כך, למשל, הביקורת הפופוליסטית על בתי המשפט והדרישה לצמצם את כוחם מבוססת, לכאורה, על תפיסת עולם עקרונית הרואה ברובניות ערך עליון והסבורה כי "המילה האחרונה" צריכה להיות למחוקק. עם זאת, במקביל, מאמצים רבים מושקעים בערוץ של מינוי השופטים ובהשתלטות על בתי המשפט. לכאורה, ניתן לטעון כי המטרה היא אך ורק לבחור בשופטים המקבלים את העמדה העקרונית בנוגע לכוחו המוגבל של בית המשפט, אך נדמה כי המטרה של השליטה במינוי השופטים אינה מתמצה בכך. כך, למשל, טענה חברת הכנסת אסנת מארק, החברה בוועדה למינוי שופטים, כי היא "מחפשת שופטים עם השקפה שמתאימה לליכוד".³ לא בטוח כי הטיעון העקרוני בנוגע להגבלת כוחם של בתי המשפט יעמוד גם במצב שבו מרבית השופטים אוחזים בתפיסת עולם פוליטית העולה בקנה אחד עם זו של השלטון.

דוגמה נוספת לתועלתנות ולאופורטוניזם הגלומים בפופוליזם היא מקומם של השסעים החברתיים בו, ובהקשר הישראלי, בפרט של השסע היהודי-ערבי. אכן, השיח הפופוליסטי בנוי על קיטוב, ומבוסס לכן על הבחנה בין "חבר" ל"אויב". מאחר שהוא ניוון מהבחנה זו, הפופוליזם זקוק באופן מתמיד לקיומו של אויב, אמיתי או מדומיין. כהן ורוזנאי צודקים כי שסעים קיימים מהווים מצע קל לעיגון שיח כזה. עם זאת, החודשים האחרונים מדגימים כי יש להיזהר מלייחס חשיבות רבה מדי לשסעים חברתיים קיימים כמאפיין קבוע של הפופוליזם בישראל. בעוד שבמערכות בחירות קודמות היה ציור הציבור הערבי כאויב מרכזי לשיח, כזכור מנאום "הערבים נעים בכמויות אל הקלפיים"⁴ של ראש הממשלה נתניהו, מאזן המנדטים הנוכחי הביא את נתניהו, ובעקבותיו חברים נוספים ממפלגתו, למתן מאוד את השיח לגבי הציבור הערבי. במבצע החיסונים נגד הקורונה דאג נתניהו להצטלם ביישובים ערביים,⁵ מירי רגב הצהירה בריאיון בפברואר 2021 כי "הפעם החלטנו אחרת... הציבור הערבי יודע היום, ויש התפכחות שהליכוד הוא הבית שלהם".⁶ וכמובן, לאחר פרסום תוצאות הבחירות, ועם רע"ם כלשון מאזניים פוטנציאלית, השיח הפוליטי זהיר יותר, ודה-

³ עמית סגל "נציגת הליכוד המיועדת בוועדה לבחירת שופטים: 'מחפשת שופטים עם השקפה שקרובה לליכוד'" N12 (18.6.2020)

www.mako.co.il/news-politics/2020_q2/Article-bb92f09c536c271027.htm

⁴ בנימין נתניהו (@Netanyahu) פייסבוק (17.3.2015)

www.facebook.com/268108602075/posts/10152778935532076

⁵ צבי זכריה "מה עמד מאחורי הצילום של נתניהו עם 'המתחם המליון' " כלכליסט (3.1.2021)

www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3885392,00.html

⁶ מורן אזולאי "רגב: 'הליכוד זה הבית של הציבור הערבי'" ynet (23.2.2021)

www.ynet.co.il/news/article/B1PrNQGM0

לגיטימציה גורפת לציבור הערבי כמעט שאינה קיימת.⁷ ודוק: אין באמור כדי להפחית מחשיבותו של השסע הערבי-יהודי. שסע זה הוא עמוק ומשמעותי, ומרכזי לאופייה ולזהותה של מדינת ישראל. אין באמור גם כדי לטעון שחל שינוי ממשי ביחס למיעוט הערבי; ימים יגידו אם השינוי הרטורי הינו בעל משמעות מעשית. הערתי לעניין השסע הערבי-יהודי מתייחסת אך ורק ליחס בין שסע זה לבין הפופוליזם בישראל. השינוי הרטורי ביחס לציבור הערבי, שמנסה להבחין בין "הציבור הערבי" למפלגות הערביות, שפוסל או מכשיר שיתוף פעולה פוליטי לפי צורך, מדגים את השימוש האסטרטגי ב"אויב" בשיח הפופוליסטי, ואת הקלות שבה ניתן, במסגרת שיח זה, לשנות ולעצב את תודעת הציבור ביחס לזהותו ומהותו של אויב זה מטעמים תועלתניים. ההבחנה בין אויב לחבר בשיח הפופוליסטי אינה מטרה בפני עצמה, אלא נועדה לשרת את המטרה של שימור כוחו של השלטון.

ההערה השנייה נוגעת לחולשת המשפט החוקתי המוסדי בישראל. כהן ורוזנאי מציגים נכונה את חולשת המשפט המוסדי בישראל כתנאי רקע מרכזי שמאפשר את עליית הפופוליזם בישראל ותורם למשבר הדמוקרטי בה. הם טוענים, בצדק, כי "בית המשפט העליון נמנע מלעשות חוקתיזציה של היחסים בין הרשויות, למסד אותה בתקדימים, ולהגביה אותה לרמת העקרונות והאיוונים באותה המידה שבה הוא פיתח את הירווספודנציה בתחום ההגנה (החשובה והחיונית) על זכויות האדם שפותחו במהלך התקופה של המהפכה החוקתית".⁸ כהן ורוזנאי טוענים כי בעקבות הזנחה זו של הפן המוסדי של המשפט החוקתי, ולאור המשבר הדמוקרטי, "בית המשפט חייב לפתח ולהגן את החוקה המוסדית הישראלית".⁹

איני חולקת על הטענה כי כאמצעי חירום על בית המשפט להגן גם על היבטיה המוסדיים של הדמוקרטיה ולא רק על זכויות האדם. עם זאת, אני סבורה כי לאור טיבו של המשבר החוקתי בישראל, ולאור העובדה שמערכת היחסים בין הממשלה (והכנסת) לבין בית המשפט נמצאת בליבת משבר זה, ספק אם הפתרון הרצוי הוא להפקיד את המשימה של הגנה על המשפט החוקתי המוסדי בידי בית המשפט. עומקו של המשבר הפוליטי בישראל וטיבו של הדיאלוג בין הממשלה והכנסת לבית המשפט גרמו לכך שבית המשפט מימש חלק משמעותי מאשראי הלגיטימיות שלו. אין באמור כדי לטעון שבית המשפט אינו צריך לפעול כדי להגן על הדמוקרטיה בישראל, גם במחיר של פגיעה בלגיטימיות הציבורית שלו. ככלל, אני סבורה כי בתי משפט אינם צריכים להיות מובלים על ידי שיקולים אסטרטגיים, גם אם יש לאלו מקום. עם זאת, נראה לי כי בשלב זה של האבולוציה החוקתית בישראל תשומת הלב הציבורית, ובוודאי האקדמית,

⁷ אנה ברסקי "קול הרעם מהמגזר: נתניהו ודרעי מנסים להכשיר את רעם כאחות המוסלמית של ש"ס" **מעריב** (27.3.2021) www.maariv.co.il/journalists/elections-2015/Article-830115

⁸ כהן ורוזנאי "פופוליזם", לעיל ה"ש 1, בעמ' 44.

⁹ שם, בעמ' 46.

צריכה להיות מופנית לשינוי המוסדי הנדרש בישראל, ובפרט לצורך בקבלת חוקה של ממש, במקום חוקי היסוד.

הדיון המשפטי במעמדם של חוקי היסוד הוא ברובו ויכוח דוקטרינלי: מה מעמדה ומה משמעותה של החלטת הררי? מה מעמדם של חוקי היסוד? האם לכנסת יש סמכות מכוונת, ואם כן, מניין ומהי? מה משמעות המהפכה החוקתית? איזו סמכות מקנים חוקי היסוד לבית המשפט? למעלה משבעים שנה לאחר החלטת הררי,¹⁰ שבה החליטה הכנסת כי "החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו", וכי "הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה", ולמעלה מעשרים וחמש שנה לאחר פסק הדין בעניין בנק המזרחי,¹¹ שאלות אלו עדיין נמצאות במרכז הדיון בין המשפטנים הציבוריים בישראל.

כידוע, בפרשת בנק המזרחי הוצעו פתרונות דוקטרינליים שניסו לתת מענה לשאלת מעמדם של חוקי היסוד, כגון "תורת שני הכובעים" שהציע הנשיא אהרן ברק או תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת שהציע הנשיא שמגר, דוקטרינות שעליהן נמתחה, ועדיין נמתחת, ביקורת רבה.¹² אך גם אם נשים ביקורת זו בצד, אפילו אם תורות אלו מציעות פתרון דוקטרינלי, אין הן נותנות מענה לבעיה החברתית-תרבותית שבשל העובדה שהליך הקבלה והשינוי של חוקי היסוד לא רק זהה פורמלית להליך החקיקה הרגילה אלא גם נעשה על ידי אותם בני אדם, קשה מאוד לחוקי היסוד לקנות את המעמד החינוכי והקנוני של חוקה.

הצעות להקשחת הליך הקבלה או השינוי של חוקי היסוד מנסות לבדל את חוקי היסוד מחקיקה רגילה, אך לאחר שבעים שנה של עירוב פוליטיקה חוקתית בפוליטיקה רגילה, כוחן להקנות לגיטימציה לחוקי יסוד קיימים ולהפוך אותם לחוקה של ממש מוגבל. במובן זה, הנוק שיצרה החלטת הררי מתבטא לא רק בכך שמעמדם של חוקי היסוד שהתקבלו בעקבותיה שנוי במחלוקת, אלא גם בכך שהיא מנעה את האפשרות של התפתחות פוליטיקה חוקתית בישראל וקיבעה בתודעה הציבורית את הפוליטיקה החוקתית כפוליטיקה רגילה. לדעתי, בלא שינוי משמעותי בשיח החוקתי הישראלי שמטרתו חקיקת חוקה של ממש, על ידי אספה מכוונת שאינה הכנסת, יהיה קשה מאוד לשנות מצב דברים זה.

האם ישראל נמצאת, כביטוי הידוע של אקרמן, ב"רגע חוקתי"? עם ארבע מערכות בחירות בטווח של שנתיים, ומתח הולך וגובר בין הרשויות, ייתכן מאוד כי ההסדר שעייגנה החלטת הררי הגיע לכלל מיצוי, וכי בשלה העת להניע פרויקט חוקתי שלם.

¹⁰ החלטת הכנסת מיום 13 ביוני 1950 ("החלטת הררי"): ד"כ 5, 1743 (התשי"ז).

¹¹ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (פורסם בנוב, 1995).

¹² ראו למשל עידו פורת "מודל הסמכות המכוונת – קביים שניתן להשליך" **ICON-S-IL Blog** (17.9.2019)

www.israeliconstitutionalism.wordpress.com/2019/09/17/

השאלה כיצד להניע פרויקט כזה מחייבת עיסוק בשאלות כגון היכולת להגדיר ולגבש טוב משותף אל מול אינטרסים קבוצתיים, היכולת לנטרל אינטרסים אישיים, האיזון בין שיקולים קצרי טווח לחשיבה ארוכת טווח, היחס בין הגוף המוסמך לכונן חוקה לבין הגוף שהקים אותו, ועוד. שאלות אלו הן שאלות מוסדיות שתעמודנה בבסיס הלגיטימיות של כל חוקה שתתקבל בישראל, אם אי פעם תתקבל כזו.

העיסוק בשאלות כאלו בדיון הציבורי בישראל דל באופן מפתיע. ניתן אולי לייחס זאת לחוסר אמון בכך שאי פעם יהיה ניתן לשבור את מעגל הקסמים שיצרה החלטת הררי, ולכונן כאן חוקה של ממש. אם רוב המשפטנים החוקתיים סבורים שתרחיש של קבלת חוקה אינו בעל היתכנות פוליטית, ניתן להבין את חוסר העניין בעיסוק בו. עם זאת היו בישראל, לפחות בעבר, פרויקטים חוקתיים שאפתניים, כמו למשל פרויקט "חוקה בהסכמה" של המכון הישראלי לדמוקרטיה, או פרויקט חוקה בהסכמה רחבה בהובלת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת,¹³ אך אלו התמקדו בתוכן של הנורמות החוקתיות ופחות במנגנון קבלתן. מכל מקום, פרויקט חוקתי הוא פרויקט ארוך טווח, וההיתכנות שלו לטווח הארוך תלויה גם ביכולת לדמיינו. נדמה לי כי במישור המשפטי האקדמי, לפחות, זו טעות לותר עליו לטובת חשיבה שמתמקדת בבעיות פוליטיות נקודתיות.

היכולת להניע פרויקט חוקתי בישראל תלויה בצעד ראשון של הכרה בחשיבות ההפרדה בין הפוליטיקה הרגילה לפוליטיקה החוקתית. במציאות הנוכחית, החשיבה על הפרדה כזו וביסוסה הן אתגר בפני עצמן. אתגר זה אינו ייחודי לישראל; יון אלסטר, למשל, מייחס חשיבות רבה להפרדה זו, ורואה בה אמצעי הגנה חשוב מפני הכשלים העשויים להתגלע בתהליך קבלת חוקת. אלסטר טוען:

To reduce the scope for institutional interest, constitutions ought to be written by specially convened assemblies and not by bodies that also serve as ordinary legislatures. Nor should the legislatures be given a central place in the process of ratification.¹⁴

יש המפקפקים בחשיבות ההבחנה בין הפוליטיקה הרגילה לפוליטיקה החוקתית. דיוויד לנדאו, למשל, טוען כי במקרים רבים החשש העיקרי בתהליך יצירת חוקה הוא מהשתלטות של מנהיגים סמכותניים על הליך יצירת החוקה או שינויה. במצבים כאלה, לנדאו טוען, הבידול של הפוליטיקה החוקתית מהפוליטיקה הרגילה אינו השיקול היחיד או המוביל בעיצוב הליך כתיבת החוקה, והחשש מ"התרחיש הגרוע ביותר"

¹³ ועדת החוקה, חוק ומשפט "חוקה בהסכמה רחבה" הכנסת,

[.main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Pages/ConstOpening4.aspx](http://main.knesset.gov.il/Activity/Constitution/Pages/ConstOpening4.aspx)

¹⁴ JON ELSTER, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 Duke L.J 364, 395 (1995).

עשוי להוביל להמלצות הפוכות מאלו של אלסטר. כך, למשל, בעוד שאלסטר טוען כי רצוי שהחוקה תיכתב על ידי גוף נפרד מהמחוקק, לנדאו טוען שלבתי משפט עשוי להיות קשה יותר לפקח על גופים מיוחדים מאשר על המחוקק ולמנוע השתלטות לרעה על הליך כתיבת החוקה. לדידו, השיקול של שימור ביקורת שיפוטית על הליך קבלת החוקה מצדיק דווקא שמירה על מעורבות של המחוקק בתהליך זה.¹⁵

הכרעה במחלוקת זו, כמו גם במחלוקות אחרות הנוגעות למנגנונים האופטימליים לכינון חוקה, חורגת מגדרי תגובה קצרה זו, והיא מובאת כדי להדגים את סוג השאלות אשר יש לדון בהן במסגרת דיון כולל בעיצוב מנגון קבלת החוקה. עם זאת, לדעתי, בחשיבה צופה פני עתיד ובהקשר הישראלי, בהתחשב בהיסטוריה החוקתית הישראלית ובמאפייני המשבר הדמוקרטי בישראל, בית המשפט ממילא לא יוכל עוד לאורך זמן להוות את עמוד השדרה המרכזי במענה למשבר החוקתי והדמוקרטי הנוכחי, ולאילו שעוד יבואו. לאור זאת, הגיע הזמן שחשיבות ההבחנה בין הפוליטיקה הרגילה לפוליטיקה החוקתית, והמחשבה כיצד ניתן לייצר הפרדה כזו, תקבלנה מקום מרכזי יותר בשיח הציבורי והמשפטי בישראל.

¹⁵ .DAVID LANDAU, *Constitution-Making Gone Wrong*, 64 Ala. L.Rev. 923 (2013)