

מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו כקושי אנטי-רובני

מאת

אורי אהרונסון*

תקציר

המאמר בוחן כיצד, בחלוף כשני עשורים למן המהפכה החוקתית, התקבע המשטר החוקתי הישראלי במידה רבה בהתאם להסדר שעוצב בפסיקת בית-המשפט העליון, ללא כל תגובה או פעולה של הכנסת לשינוי ההסדר, לביטולו, לחריגה ממנו או אף להרחבתו. זאת, אף שמבחינה פורמלית הכנסת מסוגלת לסטות ממשטר המהפכה החוקתית בהליך חקיקה פשוט, ואף שלפחות בחלקים מן התקופה הזו נראָה כי התגבש רצון פוליטי רובני נגד סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית או נגד הפעלתה במקרים מסוימים. המאמר משתמש בכלים של ניתוח מוסדי וברעיון התלות במסלול (path dependence) כדי להציע הסבר למציאות זו. הוא מראה כיצד פעולתו של בית-המשפט העליון (בהסתמך על חקיקת-יסוד ראשונית של הכנסת) יצרה סטטוס-קוו נורמטיבי חדש, אשר ככל שהוא הולך ומתקבע בתרבות המוסדית של הפוליטיקה החוקתית הישראלית כן קטנה יכולתה של הכנסת לסטות מן המסלול הקיים ולהציג חזון חוקתי חלופי של ממש. חשיבות הניתוח היא בראש ובראשונה בהבנת התנאים והמאפיינים המוסדיים המאפשרים לקבע הסדר משפטי-פוליטי מסוים כסטטוס-קוו, וכנגזר מכך – גם בזיהוי ההזדמנויות לשינויו. בהקשר המקומי המאמר מעשיר את השיח על הלגיטימיות של מוסד הביקורת השיפוטית בישראל, ובעיקר משליך על הגיון ועל היתכנותן של הצעות לרפורמה במערכת החוקתית הישראלית.

מבוא

- א. הקושי האנטי-רובני וההקשר הישראלי
 1. המובן הרחב של הקושי האנטי-רובני
 2. המובן המדויק של הקושי האנטי-רובני
 3. הקושי האנטי-רובני נוסח ישראל
- ב. מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?
 1. המהפכה היציבה
 2. ארבע הערות-אזהרה

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, ori.aronson@biu.ac.il. אני מודה לחבריי איתי בר-סימן-טוב, צילי דגן, ברק מדינה, קובי נוסים, גידי ספיר, ניר קידר, הילה שמיר ואדם שנער על הערות מועילות מאוד. טיוטות מוקדמות של המאמר הוצגו בכנס לציון עשרים שנה למהפכת זכויות האדם באוניברסיטה העברית בירושלים, בסימפוזיון לרגל הכרך הנוכחי באוניברסיטת תל-אביב וכן בסדנת משפט המדינה ובסמינר המחלקתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. תודתי למשתתפי כל הפרומים על הערותיהם המועילות. כן תודה ליהונתן דראל, לדנה כהן, לגל משולם ולדוד לסרי על עזרה במחקר.

צפויים שינויים נוספים.

- ג. מהפכה עד לניצחון: חמישה הסברים אפשריים
 1. הסכמה
 2. "עקרונות-היסוד של השיטה"
 3. שיווי-משקל (מאזן אימה)
 4. בושה
 5. סטטוס-קוו, תלות במסלול, עלויות מוסדיות
 - (א) רקע
 - (ב) המהפכה החוקתית כמסלול מתלה
 - ד. לקחים מן הניתוח המוסדי
- סיכום: אנטי-רובניות התנהגותית

מבוא

אחד המאפיינים החריגים המייחדים את השיטה החוקתית הישראלית הוא זמינותו הפורמלית של התיקון החוקתי. כידוע, רוב חוקי-היסוד אינם משוריינים מפני שינוי או ביטול, והכנסת רשאית לשנותם בכל רוב רגיל. נתון זה אמור לעורר ספק ביחס לעוצמתה של המהפכה החוקתית שהתרחשה בישראל בשנים 1992–1995: אם הכנסת מסוגלת לשנות את החוקה ברוב מזדמן, קשה לומר שהביקורת השיפוטית החוקתית שנוצרה בפסק-דין **בנק המזרחי**¹ מקיימת אפקט אנטי-רובני (counter-majoritarian) של ממש. לכאורה, כל אימת שבית-המשפט מבטל חקיקה של הכנסת, זו אמורה להיות מסוגלת להגיב – בהליך זהה וברוב זהה לאלה שנדרשו לחקיקה המקורית – באופן שיעגן את החקיקה שבוטלה ברמה נורמטיבית גבוהה יותר, וכך לבטל את המעשה השיפוטי. ובאופן רחב יותר, הכנסת מסוגלת כמובן גם לבטל את חוקי-היסוד שמכוחם נעשתה הביקורת השיפוטית או לסייג את הסמכות השיפוטית במגוון אמצעים.

לנוכח זמינותו הפורמלית של התיקון החוקתי מתבלטת העובדה שמאז ניתן פסק-הדין בפרשת **בנק המזרחי**, שהכיר בסמכות הביקורת השיפוטית ו"שדרג" את כל חוקי-היסוד לרמה חוקתית על-חוקית, מעולם לא הגיבה הכנסת במישור החוקתי נגד פעולה של ביקורת שיפוטית. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (שמכוח הזכויות הקבועות בו נעשו רוב פעולות הביקורת השיפוטית, וזאת אף שבניגוד לחוק-יסוד: חופש העיסוק הוא אינו משוריין כלל) וכן חוק-יסוד: השפיטה (הקובע את סמכותם של בתי-המשפט, אף זאת בלי שריון) מעולם לא שוננו, וגם לא נוצרו חוקי-יסוד חדשים ל"החייאת" חוקים רגילים שנפסלו. אף שמחוקקים רבים חלקו על הפעילות החוקתית של בית-המשפט העליון, ואף שהוצעו הצעות רבות לאורך שני העשורים האחרונים לשינוי ההסדר החוקתי שעוצב במסורת **בנק המזרחי**, בפועל לא הבשיל שום מהלך כזה לכלל שינוי של חוקי-היסוד. בית-המשפט העליון יצר את הביקורת השיפוטית החוקתית, והרושם הוא שהכנסת שיתפה פעולה או לפחות לא עשתה דבר בעניין.

המאמר מבקש לשאול "למה לא?" – מה מנע את הכנסת מלהגיב על הביקורת השיפוטית מאז החלה, או מה הניע אותה לשתף פעולה עם מהלכיו של בית-המשפט. לפחות בחלק מהתקופות למן שנת 1995 כיהנו בישראל קואליציות שהיו ביקורתיות מאוד כלפי העמדות שהובעו בפסיקת בית-המשפט העליון, ובית-המשפט נתן כמה פסקי-דין חוקתיים שעוררו מחלוקת רבה. למרות זאת

1 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).

הכנסת מעולם לא הגיבה. מבלי להתעלם מהקושי שבניתוח היסטוריה קרובה כל-כך, המאמר בוחן תחילה ארבעה הסברים אפשריים להימנעותה של הכנסת מלהגיב: הסכמה עם המהלך השיפוטי; חשש מפני עליית-מדרגה תגובתית בדמות ביקורת שיפוטית של חקיקת-יסוד; הגעה לשיווי-משקל יציב שבו שני המוסדות מתחזקים איום אמין זה כלפי זה, וכך מבטיחים שלא יינקטו פעולות חוקתיות קיצוניות; וחשש מפני פגיעה בדימוי הציבורי של מחוקקים שייתנו את ידם למה שייתפס כפגיעה בזכויות. אני מבקש להראות כי אף שלחלק מן המהלכים הללו יש כוח הסברי מסוים, אין בהם כדי לבאר באופן מלא את מחדל הפעולה של הכנסת.

המאמר מציע אפוא הסבר נוסף, מתחום הניתוח המוסדי, להצלחתה המרשימה של המהפכה החוקתית למרות מה שנראה כהתנגדות פרלמנטרית ממשית: עוצמתו של הסטטוס-קוו הנורמטיבי שנוצר בעקבות פסק-דין **בנק המזרחי**, אשר נהנה משורה של חסמים מוסדיים שהקשו על הכנסת להגיב על הפעולה השיפוטית, מחד גיסא, והקלו על בית-המשפט העליון להמשיך לבסס את המשטר החוקתי שעליו הצהיר בשנת 1995, מאידך גיסא. אני מאפיין את המצב שאליו נקלעה הכנסת כ"תלות במסלול" – התניה מוסדית אשר מאשררת ומנציחה את תנאי הפתיחה של הסדר מוסדי מסוים, ומייקרת את עלות הסטייה מאותם תנאים ככל שהזמן חולף. בשני העשורים שחלפו למן המהפכה החוקתית "התיישרו" המערכות הפוליטיות והמשפטיות השונות לפי קנה-המידה שנקבע בפרשת **בנק המזרחי**, וכיום קשה לראות כיצד הכנסת מסוגלת להחזיר את הגלגל אחורה או לקרוא תיגר על הנחות-היסוד של המבנה הקיים.

התובנה בדבר כוחו הכופה של הסטטוס-קוו המוסדי מובילה למסקנות שונות: ראשית, היא מראה כי אפקט אנטי-רובני יכול להיווצר גם מכוחם של תנאי-רקע מוסדיים, אפילו המשפט הפוזיטיבי אינו משקף זאת. לצד זאת, הבנת הכוחות המוסדיים שפעלו על הכנסת ועל בית-המשפט העליון בשני העשורים שחלפו למן המהפכה החוקתית היא חיונית לעוסקים בעיצוב המשטר החוקתי הישראלי לעתיד לבוא. בין שאנו מאמינים בעיקרון חזק של הכרעת רוב, בין שאנו מדמיינים מודל חוקתי דיאלוגי, ובין שאנו שואפים לאכיפה שיפוטית תקיפה של הנורמות החוקתיות – עלינו לעסוק גם באופן שבו ההסדר שנעצב יתווך על-ידי המוסדות המופקדים על הפעלתו. לבסוף, הבנת המנגנונים המקבעים את הסטטוס-קוו חיונית למי שחפץ בשינוי מוסדי: גם לתהליכים של תלות במסלול יש נקודות תחילה, המהוות כשלעצמן סטיות מסטטוס-קוו קודם. חשיפת מהלך התקבעותו של המשטר החוקתי הנוכחי היא אפוא שלב הכרחי בדרך לערעורו.

חלק א של המאמר דן במושג "הקושי האנטי-רובני", ומברר באופן מדויק באיזו מידה קושי זה קיים בשיטה החוקתית הישראלית. חלק ב מעיין בהיסטוריה הקצרה של המהפכה החוקתית בישראל, במטרה להוביל לשאלה שבכותרת המאמר: מדוע, על-אף המתח הניכר ששרר בין הרשויות בשני העשורים האחרונים, לא הגיבה הכנסת באופן אפקטיבי על המהלך החוקתי החרג של בית-המשפט העליון? חלק ג בוחן חמש תשובות אפשריות לשאלה שבכותרת, ודן בהן בזו אחר זו עד להסבר שנראה בעיניי המועיל ביותר: כוחו המנציח של הסטטוס-קוו בתנאים מוסדיים של תלות במסלול. חלק ד מציג כמה תובנות כלליות לחקר המצב החוקתי בישראל שנגזרות מן ההסברים שהוצעו. החלק האחרון מסכם, תוך חזרה לשאלת האנטי-רובניות של המהפכה החוקתית הישראלית, אך הפעם בהתחשב בניתוח המוסדי שנעשה במאמר.

א. הקושי האנטי-רובני וההקשר הישראלי

האם השיטה החוקתית הישראלית לוקה בקושי האנטי-רובני? התשובה לשאלה זו היא מורכבת. המורכבות נובעת משלוש סיבות לפחות: (1) למושג "הקושי האנטי-רובני" יש יותר ממובן אפשרי אחד; (2) נקודות-מבט תיאורטיות שונות עשויות להצמיח לשאלה תשובות שונות, אף בהינתן הסכמה על תוכן המושג; (3) אנטי-רובניות אינה נושאת בהכרח עלות מוסרית, ומכאן שאף אם היא מתקיימת, ספק אם ראוי לראות בה "קושי" או כשל. במאמר הנוכחי אני מבקש להניח בצד את האתגר השלישי – לא אדון באופן ישיר בשאלות הנורמטיביות הנגזרות מקיומה של אנטי-רובניות, אף שהן יעמדו כמובן ברקע הדברים. אבקש להתמקד בשאלה התיאורית-העיונית, והיא אם השיטה החוקתית בישראל, בחלוף כעשרים שנה מכינונם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם (בנוסחם המקורי) ומאימוץ הביקורת השיפוטית החוקתית על-ידי בית-המשפט העליון, מגבילה למעשה את יכולתו של הרוב בישראל לחוקק כרצונו.

1. המובן הרחב של הקושי האנטי-רובני

התובנה בדבר הקושי האנטי-רובני (the counter-majoritarian difficulty) פותחה כידוע על-ידי אלכסנדר ביקל בספרו *THE LEAST DANGEROUS BRANCH*.² ביקל אפיין את הביקורת השיפוטית החוקתית כמוסד "סוטה" (deviant) בדמוקרטיה המודרנית, בכך שהוא מונע מן הנציגים הנבחרים את האפשרות להפעיל את מנגנון ההכרעה ההוגן ביותר שחברה שוויונית הצליחה לפתח – הכרעה על-פי הרוב – כדי לממש את רצון העם. השופטים האמריקנים (הפדרליים ובחלק מן המדינות), וכמותם גם שופטי ישראל, אינם נבחרים, אינם אחראים (accountable) ישירות בפעולותיהם כלפי הציבור, והרכבם אינו מייצג את הנטיות האידיאולוגיות של העם-הריבון, לפחות לא באופן הישיר שבו פרלמנטים נבחרים אמורים לעשות זאת. כל החלטה שלהם שתוצאתה היא בטלות חקיקה שהתקבלה ברוב בבית-המחוקקים – קרי, כל הפעלה של ביקורת שיפוטית חוקתית – מעוררת אפוא את הקושי האנטי-רובני. זהו המובן הרחב ביותר של רעיון הקושי האנטי-רובני: פעולה שיפוטית שנוגדת פעולה חקיקתית מאתגרת מניה וביה את הנחת הרובניות של המשטר הדמוקרטי.

המובן הרחב של רעיון הקושי האנטי-רובני מעורר קשיים אנליטיים. כך, למשל, בארצות-הברית (הורתו של המושג) גם ההרכב המוסדי של בית-המחוקקים הפדרלי עצמו אינו מציית לעיקרון הרובני, שכן הסנט הוא גוף בלתי-ייצוגי בעליל (במובן הדמוקרטי של רעיון הייצוג), ושיטת האלקטורים מאפשרת (וכבר אפשרה) לבחור נשיא אף אם מתחרהו זכה בנתח גדול יותר מקולות הבוחרים.³ ההרכב היחסי של בית-המחוקקים הישראלי ואמון הכנסת בממשלה יוצרים

2 ALEXANDER BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* (1962).

3 בסנט האמריקני, שהוא בעל כוח וטו אפקטיבי על חקיקה פדרלית, כל מדינה מיוצגת באמצעות שני סנטורים, ולכל סנטור יש קול אחד (U.S. CONST. art. I, § 3(1)). המשמעות היא שלאזרחי המדינות הקטנות בארצות-הברית יש ייצוג-יתר קיצוני בהשוואה לאזרחי המדינות המאוכלסות. ראו: SANFORD LEVINSON, *OUR UNDEMOCRATIC CONSTITUTION* 50–62 (2006). הנשיא נבחר על-ידי מועצה של אלקטורים, והם אלה

אומנם שלטון ייצוגי יותר ורובניות כנה יותר, אך גם אצלנו שיטת הבחירות כוללת הטיות לטובת מפלגות מכהנות וגדולות, והליך החקיקה מקנה יתרונות לממשלה ולסיעות הקואליציה התומכת בה.⁴ השיטה הישראלית כוללת גם "שריון" של חוקים מסוימים, אשר מחייב רוב מיוחד לצורך שינויים, ובכך מקנה כוח וטו למיעוט שנמנע או מתנגד.⁵ דמוקרטיות מודרניות רבות כוללות רשויות מקצועיות שהחוק או הנוהג מונעים התערבות חקיקתית בהחלטותיהן – למשל, הרשויות הרגולטוריות בארצות-הברית, הנהנות מעצמאות בפעולתן, או בנק ישראל בכל הנוגע בקביעת המדיניות המוניטרית. אף שגופים אלה נוצרו על-ידי המחוקק הנבחר וכפופים בעיקרון לרצונו הנמשך, הפרקטיקות המוסדיות שהתפתחו ביחס אליהם משקפות עצמאות ניכרת ביחס לרשויות הפוליטיות, עד רמה שיכולה לעיתים להידמות לעצמאות השיפוטית בעניינים חוקתיים. אם כן, ככל שהליכי הבחירה, החקיקה והמנהל עצמם אינם מצייתים באופן מלא לעיקרון הרובני, תהא זו שגיאה לייחד את האפיון האנטי-רובני דווקא לפעולה השיפוטית.

מעבר לכך, התייחסות לכל פעולה של ביקורת שיפוטית חוקתית כמעוררת קושי אנטי-רובני אינה מתחשבת באותם מקרים שבהם בית-המחוקקים הוא שפועל באופן שסותר את הרצון (הרובני) של העם שבחר בו. במצבים כאלה, שבהם מתממשת "בעיית הנציג" של הדמוקרטיה (למשל, עקב פועלן של קבוצות-אינטרס), נדמה שהרובניות החקיקתית אינה מצדיקה כל הגנה, והתערבות שיפוטית שתאכוף על המחוקק את הרצון האקטואלי של רוב העם דווקא מתקנת כשל אנטי-רובני שהתגלה אצל המחוקק.⁶ אמת, הדמוקרטיה כוללת מנגנוני פיקוח נוספים על מחוקקים שסוטים מן המשימה הייצוגית-הרובנית שלהם – ובראשם איום ההדחה בבחירות –

שנבחרים, בחלוקה מדינתית, בבחירות הכלליות (U.S. CONST. art. II, §§ 1(2)–(3)). במקרים שבהם שיעורי התמיכה במועמדים לנשיאות קרובים זה לזה, ובהתחשב בחלוקת הקולות במדינות-המפתח, הדבר יכול להוביל לכך שהנשיא שנבחר על-ידי האלקטורים קיבל פחות קולות בוחרים מהמועמד המפסיד. ראו LEVINSON, לעיל, בעמ' 82–99.

4 כך, למשל, בתעמולת הבחירות בישראל מפלגות מכהנות זוכות ב"זמן מסך" רב יותר מאשר מפלגות חדשות, וזמן זה מוקצב, בין היתר, בהתאם לגודלן של המפלגות בכנסת היוצאת. בהליך החקיקה מוטלות מגבלות על "חקיקה פרטית", וניתנת עדיפות מוסדית להצעות חקיקה ממשלתיות. ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך ב 645–649, 732–738 (2005).

5 ראו להלן ה"ש 15. כן ראו ס' 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, התשמ"ד-1984.

6 ראו ברוח זו את התייחסותה של הנשיאה ביניש לדעת המיעוט של השופט גרוניס בפסק-הדין שביטל את "חוק טל" – בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 21.2.2012), פס' 70 לפסק-דינה של הנשיאה ("במצאיות הקואליציונית בישראל, ההגנה על ההליך הדמוקרטי התקין – במסגרתה נבחן רצונו של הרוב לתת זכות יתר למיעוט – מקבלת משמעות ייחודית. במערך פוליטי המורכב ממספר רב של מפלגות, במסגרתו מפלגות קטנות המשמשות לשון מאזניים, האם ניתן לדבר בפשטות על יחסי רוב ומיעוט?"). כן ראו עמיחי כהן "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית" **משפט וממשל** יא 317, 326–330 (2007) (על תפקידה של הפרשנות השיפוטית בהתמודדות עם הטיות של בחירה ציבורית). לביקורת הטעון ראו: Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L.J. 31 (1991) קבוצות-האינטרס, גם בתי-משפט אינם חסינים מפני ההטיות הפוגעות בחקיקה, ובנסיבות מסוימות איום בהתערבות שיפוטית יכול להקל למעשה את פעולתן של קבוצות-אינטרס בהשפעה על חקיקה).

אך בכך אין כדי להשפיע על אפיון הביקורת השיפוטית החוקתית, באותם מקרים המגינים על הרוב (בציבור) מפני המיעוט (בפרלמנט), כמעשה שהוא רובני ביסודו.⁷ לבסוף, התפיסה בדבר קיומו של קושי אנטי-רובני מחייבת הנחה בדבר מרכזיותה של הרובניות לשיטת המשטר הדמוקרטי. רק אם הכרעות רוב נראות לנו דבר חשוב, יש טעם בהערכת השפעתה של הביקורת השיפוטית דווקא על הנתון הרובני (להבדיל מפועלה במישורים אחרים). לא כל תיאוריה דמוקרטית רואה בדעת הרוב עיקרון הכרחי, ובוודאי לא ראשון במעלה מבין העקרונות שהמשטר נדרש לגונן עליהם. ככל שהרובניות נתפסת אך כמנגנון אחד מני רבים למימוש התכליות המהותיות של הדמוקרטיה, אפיון הביקורת השיפוטית כתופעה אנטי-רובנית הינו תובנה שאינה מעניינת במיוחד.⁸ כאמור, את הנקודה האחרונה הזו איני מפתח במאמר הנוכחי, אף שהיא תימצא ברקע הדברים. אני מניח (ואני סבור שיש טעמים טובים להניח – בין תוצאתיים ובין דאונטולוגיים) שהרובניות החקיקתית, ככל שהיא תורמת לשיקוף רצון אמיתי של רוב בעם בתנאים של שוויון וכבוד גם למיעוט, היא רכיב בעל ערך רב במשטר הדמוקרטי,⁹ ולכן יש חשיבות בהערכת פעולתם של מנגנונים שלטוניים שסותרים אותה.

2. המובן המדויק של הקושי האנטי-רובני

ניתן לתאר אפוא מובן מדויק יותר של הקושי האנטי-רובני. על-פי מובן זה, לא כל פעולה של ביקורת שיפוטית חוקתית מעוררת בהכרח את הקושי האנטי-רובני, אלא רק אותן פעולות שיפוטיות אשר מונעות רוב דמוקרטי רגיל – כלומר, רוב פרלמנטרי המקיים תנאים של ייצוג שוויוני הן בהליכי ההיבחרות והן בהליכי החקיקה (קול אחד לכל אחד, הזדמנות ממשית להשתתף בהליך) – מלממש את רצונו באמצעות חקיקה. כמובן, בית-המשפט בעל הסמכות

7 ראו, למשל, בהקשר אמריקני: I BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS 10 (1991) (אפיון הביקורת השיפוטית כ- "indispensable part of the larger project of distinguishing the will of We the People from the acts of We the Politicians"). לסקירה של טיעונים מסוג ראו: Or Bassok & Yoav Dotan, *Solving the Counter-majoritarian Difficulty?*, 11 INT'L J. CONST. L. 13, 16–17 (2013). הכותבים טוענים כי קיימת גם הסכמה ציבורית-רובנית לעצם הפרקטיקה של ביקורת שיפוטית (גם אם לא לכל החלטה המתקבלת במסגרת זו), וגם במובן זה הקושי האנטי-רובני "נפתר".

8 טיעון תקיף נגד קיומה של עלות מוסרית באנטי-רובניות נוסח על-ידי רונלד דוורקין. ראו: RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW 15–35 (1996) (היות שהעיקרון הרובני הוא רק אמצעי למימוש מטרות מהותיות – ובראשן יחס שווה ומכבד לכל חברי הקהילה הפוליטית – אין כל עלות מוסרית בויתור עליו כאשר התכליות המהותיות מצדיקות זאת). כן ראו: Erwin Chemerinsky, *The Price of Asking the Wrong Question: An Essay on Constitutional Scholarship and Judicial Review*, 62 TEX. L. REV. 1207, 1226–1233 (1984).

9 להסבר הקלסי מדוע כלל הכרעה רובני מקיים תנאים ייחודיים של ניטרליות ושוויוניות ראו: Kenneth O. May, *A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision*, 20 *ECONOMETRICA* 680 (1952). במונחים של מוסר פוליטי ראו, למשל: Jeremy Waldron, *Deliberation, Disagreement, and Voting*, in *DELIBERATIVE DEMOCRACY & HUMAN RIGHTS* 210, 223–224 (Harold Hongju Koh & Ronald C. Slye eds., 1999).

לביקורת שיפוטית חוקתית אינו יוצר את הקושי הזה מעצמו; הקושי נובע מן המדרג הנורמטיבי של השיטה החוקתית, אשר מכפיף את הנורמה החקיקתית לנורמה חוקתית עליונה לה, ומציב את בית-המשפט כמנגנון לאכיפת המדרג. משתמע מכך שהקושי האנטי-רובני אינו מושג סטטי; עוצמתו משתנה לפי הקשר-הרקע החוקתי. לכאורה, עוצמתו של הקושי האנטי-רובני נגזרת ממידת זמינותה של החוקה לשינוי או להתגברות על-ידי הרוב הדמוקרטי הרגיל. כך, ביקורת שיפוטית שנסמכת על חוקה אשר קשה מאוד לשנותה מעוררת קושי אנטי-רובני חריף; ואילו ביקורת שיפוטית שבסיסה בחוקה אשר לרוב רגיל קל לשנותה או לחרוג ממנה מעוררת קושי אנטי-רובני נומינלי בלבד, המתבטא בצורך של הרוב הרגיל להגיב על המעשה השיפוטי בהתגברות (override) או בתיקון חוקתי גובר.

אם הבנה זו נכונה, אזי נקל להבין מדוע ביקל ודורות השיח החוקתי שבאו בעקבותיו הוטרדו כל-כך מן הקושי האנטי-רובני במשטר החוקתי האמריקני: חוקתה של ארצות-הברית – במיוחד בגודלה הנוכחי של המדינה ובמיוחד על רקע תנאי הפיצול האידיאולוגי המאפיינים את אוכלוסייתה בעשורים האחרונים – אינה ניתנת לשינוי כמעט. בחוקה האמריקנית אין הסדר התגברות (המצאה זו באה לעולם רק כמאתיים שנה מאוחר יותר), והליך התיקון החוקתי בארצות-הברית סבוך ודורש התגברות על שריון נוקשה ביותר, אשר מחייב את הסכמתם של מוסדות פוליטיים רבים ומגוונים, החוצים מפלגות ומדינות. עיקרו של הקושי האנטי-רובני נוסח ארצות-הברית מצוי, על-פי הבנה זו, לא בפעולת הביקורת השיפוטית עצמה, כי אם בסעיף 5 לחוקה האמריקנית,¹⁰ אשר קובע משוכה בלתי-עבירה באופן מעשי לתיקון החוקה, ולכן מחסן את הפעולה השיפוטית מתגובה של הרשויות הפוליטיות. בהתחשב בעוצמת השריון החוקתי בארצות-הברית, ניתן להתייחס להוראות החוקה שם כשקולות באופן מעשי להוראות "נצחיות" בחוקות אחרות הכוללות הסדר של ביקורת שיפוטית, דוגמת החוקות של גרמניה¹¹ וטורקיה.¹² בחוקות אלה מצויות הוראות שאי-אפשר לשנותן אף באמצעות תיקון חוקתי, ומכאן שביקורת שיפוטית שנסמכת עליהן חסינה מפני תגובה פוליטית – רובנית ואף על-רובנית (super-majoritarian).¹³ ככל שיש קושי באנטי-רובניות (כלומר, בפעולה שיפוטית שסותרת החלטה של רוב פוליטי לגיטימי), שיטות אשר מרחיקות את החוקה מהישג-ידו של רוב דמוקרטי רגיל – ולכן נותנות בידו של בית-המשפט המפעיל את הביקורת השיפוטית "מילה אחרונה" אפקטיבית בעניינים של פרשנות חוקתית – הן שיטות שמעצימות את הקושי הזה.

3. הקושי האנטי-רובני נוסח ישראל

על רקע הניתוח לעיל ניכר שישראל היא מקרה מיוחד. אף שיש לה חוקה, ולו חוקה חלקית, ואף שיש לה ביקורת שיפוטית, ולו כזו שהוסקה בדרך המשפט המקובל, חוקתה ניתנת לשינוי בהליך זמין ופשוט, בחקיקה רגילה של הכנסת. רובן המכריע של הוראות החוקה הישראלית –

.U.S. CONST. art. V 10

.GRUNDGESETZ [Basic Law] art. 79(3) 11

.TURK. CONST. art 4 12

ראו אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בך 361, 363–365, 370–368 (2011). 13

סעיפיהם של חוקי-היסוד השונים, ובכלל זה כל ההוראות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: השפיטה – ניתנות לשינוי בהליך חקיקה פשוט (שלוש קריאות, ועדה, רוב רגיל), ובלבד שתציין הכנסת בכותרת החיקוק החדש את המילים "חוק-יסוד" ותחסיר ממנה את שנת קבלתו.¹⁴ באשר לאותן הוראות ספורות בחוקי-היסוד שזכו בשריון, מדובר בדרך-כלל בשריון מינימלי, המחייב רוב של חברי-הכנסת כדי להתגבר עליו.¹⁵ בהינתן המבנה הקואליציוני של המשטר הישראלי, שבו האמון בממשלה נסמך ממילא על רוב יציב של חברי-הכנסת, אין בכך לכאורה מחסום של ממש. ניתן אפוא לומר שהביקורת השיפוטית החוקתית בישראל יוצרת אפקט אנטי-רובני ראשוני, בכך שהיא מבטלת חוק שעמד בדרישות הפורמליות של ההליך הרובני; אך זו אנטי-רובניות חלשה במיוחד, שכן לכנסת פתוחה הדרך – לפחות מבחינה פורמלית – להגיב על המעשה השיפוטי בחקיקה רובנית רגילה חדשה, שתבטל את ההחלטה השיפוטית באמצעות תיקון חוק-היסוד הנוגע בדבר.¹⁶

באופן אירוני, העובדה שהחוקה הישראלית קלה מאוד לשינוי, ושהליך השינוי הרגיל שלה הוא בחקיקה רובנית רגילה של הכנסת (בתוספת רכיב צורני), שימשה הן את מבקרי המצב החוקתי בישראל והן את מאמיריו. כך, כבר הדעה החולקת של השופט חשין בפסק-דין **בנק המזרחי** הצביעה על הליקוי שבחוקתיות זמינה כל-כך: השינוי החוקתי שהתרחש בשנת 1992 לא נשא את המאפיינים של הליך פוליטי מובהק מן הסוג שמקובל לתאר כהליך הראוי לכינון חוקה (לא חווינו "מעמד הר סיני", בדימויו של חשין¹⁷). מה שהתברר כ"מהפכה החוקתית" נעדר "רגע חוקתי" מובהק וניכר. תחת זאת הוא התרחש בהליך חקיקה שגרתית, כשרמת מודעותם של המחוקקים שהשתתפו בו (ושל אלה שנעדרו ממנו) להשלכותיו מוטלת בספק,¹⁸ וכשהוא הפיך בעיקרו באמצעות חקיקת-יסוד חוזרת המסתפקת ברוב רגיל. שנים מאוחר יותר הצביע על כך בית-המשפט העליון בפסק-דין שהתקבל בהרכב רחב: "הקלות בה ניתן לשנות את חוקי היסוד בישראל פוגעת במעמדם".¹⁹ בתנאים אלה, אומרים המבקרים, המהפכה החוקתית היא בעיקרה יצירה שיפוטית, שנעשתה מבלי שהעם-הריבון בחר לסטות מעקרון הכרעת הרוב ועליונות המחוקק בדמוקרטיה הישראלית; וככזו הלגיטימיות שלה מוטלת בספק. המתבוננים מן החוץ על המשפט הישראלי מרבים להניח, גם כיום, כי "לישראל אין חוקה".²⁰ אכן, היות שחוקי-היסוד

14 הנשיא ברק הכיר ב"אמת-מידה צורנית" זו כבר בפסק-דינו בע"א **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 403–406 ("הכנסת משתמשת בסמכותה המכוננת... כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו 'חוק-יסוד' (ללא ציון שנת החקיקה)").

15 ס' 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ס' 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל; ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 44(א) לחוק-יסוד: הממשלה; ס' 33(ג) לחוק-יסוד: משק המדינה; ס' 5 לחוק-יסוד: משאל עם. החריגים הם ס' 45 ו-45 לחוק-יסוד: הכנסת (דרישת רוב של שמונים חברי-כנסת בהקשר של הארכת כהונת הכנסת ובהקשר של פגיעה בחוק-היסוד באמצעות תקנות שעת חירום).

16 לדעה נוגדת ראו יוסף מ' אדרעי "מהפכה חוקתית: האומנם?" **משפט וממשל** ג 453, 459–460 (1996) (הכנסת אינה רשאית לקבוע כל תוכן שתוצאה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

17 ע"א **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, פס' 9 לפסק-דינו של השופט חשין.

18 ראו, למשל, גדעון ספיר **המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד** 70–80 (2010).

19 בג"ץ 4908/10 **בר-און נ' כנסת ישראל**, פס' 21 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 7.4.2011).

20 טקסט בולט ששיקף את ההבנה הזו הוא מאמר-הביקורת שפרסם ריצ'רד פוזנר ב-The New Republic על פועלו השיפוטי של אהרן ברק. כחלק ממלחמת-התרבות המקומית, תורגם המאמר לעברית ופורסם גם

והחוקים הרגילים נוצרים, מתוקנים ומבוטלים על-ידי אותו מוסד ובהליך זהה, קיים קושי בהבנת המהות ה"חוקתית" של סוג אחד של נורמות לעומת האחר. ייחודיותו של המבנה החוקתי הישראלי הובילה אפוא לכרסום גם בהיגיון הפנימי שלו, ולא רק בלגיטימיות הפוליטית שלו. בה-בעת, נגישותו של השינוי החוקתי הישראלי – יכולתה של הכנסת להגיב, בעלויות פורמליות מינימליות, על פעולות של ביקורת שיפוטית – שימשה גם את מצדיקי המהפכה החוקתית כנימוק לזדיפתה של טענת האנטי-רובניות בהקשר הישראלי ולהעצמת הלגיטימיות של התפקיד השיפוטי במישור החוקתי. כבר בפסק-דין **בנק המזרחי** התייחס הנשיא ברק לנגישות התיקון החוקתי (וכן למנגנון ההתגברות בהקשר של חופש העיסוק – אף הוא ברוב קואליציוני רגיל בתוספת תנאי צורני) כנתון אשר מקהה את עוקצה האנטי-רובני של הביקורת השיפוטית החוקתית נוסח ישראל:

"עד כמה שדרכי שינוי [החוקה]... אינן קשות במיוחד, הן מאפשרות לרוב של היום לתת ביטוי לתפיסותיו, ובכך מקהות את חריפותו של הטיעון הסומך עצמו על תפיסה פורמאלית של דמוקרטיה. טעון זה מוחלש נוספות – ובעצם לא נשאר ממנו דבר – באותן שיטות משפט (כמו קנדה, ובמידה מוגבלת ישראל) בהן קיימת פסקת התגברות."²¹

ניתן להבין את המאפיין הייחודי הזה של המשטר החוקתי הישראלי כמבטא היגיון "דיאלוגי", כלומר, כזה המאפשר לרשויות השופטת והמחוקקת לגלגל את הכדור זו לפתחה של האחרת במהלך כמה סיבובים, כאשר המילה האחרונה היא בפועל של הכנסת, ולא של בית-המשפט: ברצותה, תחבוש הכנסת את כובע הרשות המכוננת, ותבטל באמצעות חקיקת-יסוד את תוצאותיה של הביקורת השיפוטית החוקתית.²² על-פי הבנה זו, ככל שחקיקת-היסוד חסינה מפני ביקורת שיפוטית – וזו הייתה כמדומה ההנחה המובלעת הן בהליכי חקיקת-היסוד של 1992 ו-1994 והן בפסק-הדין בעניין **בנק המזרחי** (ועל כך ראו עוד בהמשך) – ישראל משתייכת לקבוצת הדמוקרטיות החוקתיות שבהן נהוג מודל ה-weak-form judicial review, שבו הביקורת השיפוטית אינה עליונה וסופית, ולמחוקק נתונה אפשרות להתגבר עליה.²³ פסקת ההתגברות הקנדית היא ההסדר המפורסם ביותר במודל זה,²⁴ אך קיימות בעולם וריאציות נוספות שבהן המחוקק מקבל את המילה האחרונה (כמו בבריטניה, למשל²⁵), גם אם בתנאים מכבידים מעט

בישראל, על השגיאות המגוונות הכלולות בו: ריצ'רד א' פוזנר "רודן נאור" ידיעות אחרונות – המוסף לשבת 27.4.2007, 10–11 ("ישראל היא דמוקרטיה צעירה ולא בשלה, בעלת שלטון רעוע של פוליטיקאים בינוניים ומושחתים. היא צפה בחוסר יציבות ביס מוסלמי עוין תוך סכנת חיים, ואין ספק שהיא היתה יכולה להיעזר בכינון חוקה"). לביקורת ראו ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית" **דין ודברים** ג 399 (2007).

21 ע"א **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, פס' 80 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

22 ראו יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח 149, 149 (1997) ("בפועל גם כיום המסגרת החוקתית שלנו היא מסגרת גמישה, שבה פסיקתו של בית המשפט אינה סוף פסוק, אלא כפופה לאפשרות תמידית של ביטול תוצאותיה על-ידי חקיקה של הכנסת, באמצעות הליך שאינו שונה באופן מהותי מחקיקה רגילה של הכנסת").

23 ראו: MARK TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS 23–33 (2008).

24 Canadian Charter of Rights and Freedoms, § 33.

25 Human Rights Act, 1998, c. 42, § 4 (U.K.).

מאלה של חקיקה רגילה לגמרי. היות שהמחוקק הישראלי הוא גם המכונן, ובהליך זהה, יש לכאורה היגיון בהכללת השיטה החוקתית הישראלית בגדרי מודל זה.

המשמעות היא שלפחות מבחינת המבנה הפורמלי של השיטה החוקתית הישראלית, ההיבט האנטי-רובני שבה הוא מוגבל ביותר, אם ניתן בכלל לומר שהוא קיים. להוציא אותן הוראות ספורות בחוק-יסוד: הכנסת שמחייבות רוב של שמונים חברי-כנסת כדי לשנותן (ובכך מאפשרות לפרשנות שיפוטית של אותן הוראות לגבור אף על רצונו של רוב קואליציוני רגיל), את רוב פרקי החוקה של ישראל ניתן לשנות – ואף לבטל! – בהליך חקיקה רגיל, שיחייב בדרך-כלל רוב מינימלי בכנסת (1: 0 ומעלה), ולכל-היותר רוב קואליציוני בסיסי של 61 חברים. במובן זה נבחר העם נותרו לכאורה חזקים (כמעט) כשהיו ערב המהפכה החוקתית.²⁶ בהקשר הדיאלוגי המשמעות היא שפעולה של ביקורת שיפוטית חוקתית שאינה רצויה על רוב בכנסת אמורה להיות זמינה לתיקון פשוט יחסית, באמצעות פעולה במישור של חקיקת-היסוד.

למעשה, ייתכנו כמה סוגים של מהלכי-נגד חקיקתיים כאלה, וניתן לסווגם לפי האופי והתזמון של השפעתם על פעולת בית-המשפט:

• **חיסון אקס-אנטה:** הכנסת יכולה למנוע מראש את פעולת הביקורת השיפוטית, כך שחקיקה עתידית תהיה חסינה מפני ביקורת. ניתן לעשות זאת בכמה דרכים:

○ **ביטול של חוק-היסוד המגן או של הוראה מתוכו, תיקונו או החרגה מתחולתו** – נניח,

למשל, שהכנסת מעוניינת לחוקק חוק שיסמיך את הממשלה לבצע האזנות-סתר בהיקף חריג או בלי היתר שיפוטי, והיא צופה שבראית בית-המשפט יפגע החוק בפרטיות באופן לא-מידתי. במצב כזה, לפני חקיקת החוק, הכנסת יכולה לבטל (ברוב רגיל) את סעיף-קטן 7(ד) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, האוסר פגיעה בסוד שיחו של אדם. אם היא חוששת שבית-המשפט יפסול עדיין את החוק מכוח הזכות הכללית לפרטיות הקבועה בסעיף-קטן 7(א), היא יכולה לבטל (ברוב רגיל) את סעיף 7 כולו. ואם היא חוששת שגם זה לא יספיק, כי בית-המשפט עשוי לפרש את הזכות לפרטיות מתוך הזכות הכללית לכבוד, בכוחה לבטל (ברוב רגיל) את סעיף 2 לחוק-היסוד (הגנה על הכבוד) או אף את חוק-היסוד כולו.

לחלופין הכנסת יכולה להשאיר את כל הוראות חוק-היסוד במקומן, אך להוסיף להן (ברוב רגיל) את סעיף 7(ה), שיקבע כי הוראות חוק-היסוד אינן חלות על חקיקה בנושא האזנות.²⁷ הכנסת יכולה גם להוסיף הוראת התגברות, שתאפשר לחוק ההאזנות המתוכנן לעמוד בתוקפו "על-אף האמור" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כידוע, זה מה שנעשה בחוק-יסוד: חופש העיסוק כדי לחסן את חקיקת הברש²⁸ מפני ביקורת שיפוטית (ושם אף נדרש לכך רוב מוחלט, שהושג בנקל, לנוכח הצורך הקואליציוני).

○ **חקיקה ברמה חוקתית** – דרך אחרת לחסן חוק מפני ביקורת שיפוטית היא לחוקק אותו כחוק-יסוד. כך, הכנסת רשאית מבחינה פורמלית לחוקק ברוב רגיל את "חוק-יסוד:

26 ראו דותן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 181–183.

27 במשפט החוקתי הישראלי קיים דיון ברמת פיתוח ראשונית בדבר האפשרות שגם חקיקת-יסוד פוגענית תהיה כפופה לביקורת שיפוטית. ככל שיש ממש באפשרות כזו, גם אסטרטגיה כזו אינה מבטיחה את "המילה האחרונה" למחוקק. אני מתייחס לנושא זה בהרחבה בהמשך המאמר, וטוען כי כיום לפחות אין בכך איום של ממש. ראו להלן תת-פרק 2.

28 ראו ס' 8(א) לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ס' 5 לחוק בשר ומוצריו, התשנ"ד-1994.

צפויים שינויים נוספים.

האזנות-סתר חריגות", ולפי תורת המדרג הנורמטיבי שאומצה בהלכת **בנק המזרחי**, הביקורת השיפוטית החוקתית לא תוכל לחקיקה ברמה זו. אומנם, באותו פסק-דין הותר הנשיא ברק ב"צריך עיון" את השאלה "מה דין חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה שימוש לרעה" בדיבור 'חוק-יסוד' תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום".²⁹ אך בפועל לא פותחה עד כה דוקטרינה לביקורת של פרקטיקה כזו.³⁰

○ **איסור הביקורת השיפוטית** – לבסוף, הכנסת יכולה (ברוב רגיל) גם לקבוע מראש שלא תותר ביקורת שיפוטית, בין ביחס לחוק המסוים או לנושא שבו הוא עוסק ובין בכלל. כפי שצוין, גם חוק-יסוד: השפיטה אינו משוריין, וניתן, למשל, להוסיף לו הוראה השוללת את סמכותם של בתי-המשפט לבקר את חקיקת הכנסת.

• **התגברות אקס-פוסט**: הכנסת יכולה גם להגיב בדיעבד על פעולות של ביקורת שיפוטית בטקטיקה שנודעה בכינוי "חקיקה עוקפת-בג"ץ". זהו ביטוי אומלל, משום שלמעשה הכנסת אינה עוקפת את בג"ץ במהלכים אלה, אלא דווקא נתקלת בו, מכירה בפעולתו, ומנסה להתמודד עימה בכליה-היא. גם כאן ברשותה כמה כלים, שחלקם דומים לאלה הזמינים מראש:

○ **שינוי הגדרת הזכות בחוק-היסוד** – נניח הפעם שהכנסת מחוקקת חוק שהיא תופסת כחוקתי על-פי האופן שבו היא מפרשת את חוק-היסוד הרלוונטי, והיא צופה או מקווה שבית-המשפט יסכים עימה. בדיעבד מתברר כי בית-המשפט מפרש את תוכנה של הזכות החוקתית באופן שונה, שלפיו החוק אינו יכול לעמוד. כעת הכנסת יכולה לחזור אל חוק-היסוד ולתקן (ברוב רגיל) את הגדרת הזכות כך שתשקף את תפיסתה הפרשנית ותבטל את עמדתו הפרשנית של בית-המשפט. דינמיקה זו נפוצה במישור הפרשנות החקיקתית, ומכיוון שבישראל כינון חוק-יסוד וחקיקת חוק רגיל נעשים בהליך זהה, היא אפשרית אצלנו גם במישור החוקתי. הסיכון באמצעי התגברות זה הוא שגם הניסוח החדש של הגדרת הזכות זמין לפרשנות שיפוטית, וגם אם זו אינה בלתי-מוגבלת, היא עשויה לאפשר לבית-המשפט לאתר בנוסח החוקתי החדש עוגן חדש לביצוע הביקורת השיפוטית על החוק שאותו פסל בסיבוב הקודם.

○ **שדרוג לרמה חוקתית** – גם אם הכנסת חוקקה את החוק מתחילה כחוק רגיל, אין מנגנון פורמלי שימנע אותה מלחוקקו מחדש באותו נוסח בדיוק ובאותו רוב בדיוק אך בהבדל קטן

29 ע"א **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, פס' 58 לפסק-דינו של הנשיא ברק. כן ראו בג"ץ 5160/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט**, פ"ד נג(4) 92, 95 (1999). בהחלטה קצרצרה שקדמה לפרשת **בנק המזרחי** דחה בית-המשפט העליון (בהרכב של שלושה בראשות ברק) טענה כי חוק-יסוד: חופש העיסוק החדש, משנת 1994, אינו מקיים את תנאי פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: חופש העיסוק משנת 1992 ולכן בטל. בית-המשפט קבע כי חוקתיות שינויו של חוק-היסוד נבחנת רק לאור פסקת הנוקשות הקבועה בו, ומרגע שההליך הנדרש לפיה התקיים, אין מקום לביקורת תוכנית של חוק-היסוד המתוקן. ראו בג"ץ 1368/94 **פורת נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 30.5.1994).

30 אחד ההיבטים של שאלה זו נידון בבג"ץ כחמש-עשרה שנים מאוחר יותר, בפרשת **בר-און**, שם נטען, בין היתר, כי הכנסת אינה רשאית לחוקק הוראת-שעה בחוק-יסוד. בית-המשפט העליון הסכים כי מדובר בתופעה נורמטיבית מוזרה, אך דחה את הטענה. ראו בג"ץ **בר-און**, לעיל ה"ש 19, פס' 18–29 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

אחד: להוסיף בכותרתו את המילה "יסוד" (ולהסיר את שנת החקיקה), ובדרך זו להופכו לפרק בחוקה. כך, למשל, יכולנו לתאר את המערכת הפוליטית נחלצת ממשבר הגיוס של תלמידי הישיבות על-ידי כינון "חוק-יסוד: טל" (בפועל, כמובן, "חוק-יסוד: דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם"), אשר ישחזר מילה במילה את ההסדר שבוטל בבג"ץ **רסלר**³¹ אך הפעם ברמה חוקתית על-חוקית. טקטיקה זו חסינה כמעט לגמרי מהתגברות חוזרת של בית-המשפט: בסיבוב הקודם הוא הרי פסל את הלשון החקיקתית, משמע, הוא לא מצא דרך לפרשה באופן שיתיישב עם חוק-היסוד. כעת אותה לשון ממש מופיעה בחוק-יסוד, ולפיכך אין לבית-המשפט אמצעים פרשניים נוספים כדי "להצילה", ובגלל רמתה הנורמטיבית גם אין לו כלים חוקתיים לבטלה.³²

○ **חיסון + חקיקה מחדש** – כמובן, כל מנגנוני החיסון אקס-אנטה עומדים לכנסת גם אחרי הביקורת השיפוטית: אם הסתבר לה שטעתה כאשר חשבה מראש שהחוק ישרוד, היא יכולה כעת לחסנו, ואז לחוקקו מחדש באופן שימנע ביקורת שיפוטית חוזרת.

בהינתן מגוון הכלים הללו, וביודענו את עוצמת הרגשות והמחלוקות שליוו את היחסים בין הרשויות השופטת והמחוקקת בשני העשורים האחרונים, מתבלטת שאלת ה"למה לא": מדוע לא פעלה הכנסת, אף-פעם כמעט, במישור זמין זה כדי למנוע ביקורת שיפוטית או להגיב על פסיקות של בית-המשפט העליון שלא היו לרוחה? הדבר בולט במיוחד ביחס לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שמכוחו הופעלה עד היום כמעט כל הביקורת השיפוטית החוקתית על חקיקת הכנסת.³³ חוק-היסוד הזה נוצר בהליך חקיקה רגיל, התקבל כזכור ברוב מוגבל (21: 32 בקריאה השלישית), ומעולם לא שוריינ מפני שינוי.³⁴ הכנסת רשאית ומסוגלת לתקן או לבטל אותו בכל רוב רגיל.

31 בג"ץ **רסלר**, לעיל ה"ש 6.

32 מהלך כזה של הכנסת יוביל בפועל לכך שיהיו שתי הוראות סותרות ברמה נורמטיבית זהה – הזכות החוקתית, מצד אחד, והפגיעה באותה זכות באמצעות חוק-יסוד, מן הצד האחר. הגישה המקובלת בדיני הפרשנות של המשפט המקובל היא שבתחרות בין הוראות סותרות באותה רמה נורמטיבית, המאוחרת והספציפית גוברת על המוקדמת והכללית. משמעות הדבר בענייננו היא שההוראה הפוגעת תגבר על הוראת הזכות. ראו אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 117 (2003); עמדת השופט דורנר בבג"ץ 1435/03 **פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה**, פ"ד נח(1) 529, 541 (2003).

33 מתוך אחד-עשר המקרים שבהם הפעיל בית-המשפט העליון ביקורת שיפוטית חוקתית מכוח חוק-היסוד בדבר זכויות האדם, תשעה התבססו על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ורק שניים על חוק-יסוד: חופש העיסוק. לפירוט ההחלטות ראו להלן ה"ש 37.

34 העדר השריון לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא תוצאה של אירוניה – ואולי אף אי-חוקיות – פרלמנטרית. בהצעת חוק-היסוד של חבר-הכנסת אמנון רובינשטיין, שנתמכה על-ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט, נכללה הוראה של שריון פורמלי בדומה לזו שמופיעה בחוק-יסוד: חופש העיסוק. ראו ס' 10 להצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ה"ח התשנ"ב 60 ("אין לשנות חוק-יסוד זה אלא ברוב של חברי הכנסת") וס' 13 להצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כפי שהוגשה לכנסת לקריאה שנייה – ד"כ 125, 3922, נספחות (התשנ"ב) ("אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת"). לסעיף הנוקשות הוצגה הסתייגות מטעם חברי-הכנסת אברהם רביץ ושמואל הלפרט (שם, בעמ' 3923: "הסעיף יימחק"). בהצבעה על ההסתייגות בקריאה השנייה התוצאה הייתה שוויון 27:27 – תוצאה שברגיל משמעה דחיית ההסתייגות, בלי אפשרות להצבעה חוזרת (ראו פריט (2) בה"ש 2 לס' 63 לתקנון הכנסת כפי שעמד בתוקפו בשנת 1992 (כיום ס' 37(ד) לתקנון הכנסת)). אלא שמייד עם ההכרזה על תוצאת ההצבעה אמר חבר-הכנסת צ'רלי ביטון כי הוא טעה בהצבעתו, והוכרז על הצבעה חוזרת, שתוצאתה הייתה 26:27 בעד ההסתייגות (ההשערה המסתברת היא

ביכולתה לצמצם את תחולתו, להחריג ממנו זכויות, ואף להוסיף לו (או לכלול בחוק-יסוד חדש) הוראה שתשלול מבתי-המשפט את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית לפיו. בה-במידה בכוחה לעשות זאת בחוק-יסוד: השפיטה, שאף הוא אינו משוריין מפני שינוי. למרות זאת, למן התיקון שנעשה בשנת 1994³⁵ – אשר אחזור אליו בהמשך אך אדגיש כבר כעת כי הוא קדם לפסק-הדין בעניין **בנק המזרחי** – לא תוקן חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. תוכן הזכויות שמכותן בוטלו חוקים של הכנסת לא שונה, ואף לא נוספה בחוק-יסוד זה או בחוק-יסוד אחר הוראה המגבילה את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית. אומנם היו ויש הצעות למכביר לעדכון חקיקת-היסוד בנושאים אלה,³⁶ אך אלה לא הבשילו לכלל חקיקה של ממש. מה מנע את הכנסת מלהגיב באופן מעשי כלפי בית-המשפט ולשנות את חקיקת-היסוד שממנה הסיק את המהפכה החוקתית? לבחינת שאלה זו אני פונה כעת.

ב. מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?

1. המהפכה היציבה

הביקורת השיפוטית הישראלית התנהלה עד כה, לכאורה, ככלב שאינו מרבה לנשוך. בשני העשורים שחלפו למן המהפכה החוקתית ביטל בית-המשפט העליון בין אחד-עשר לשלושה-עשר דברי חקיקה ראשית,³⁷ בעודו דוחה עתירות רבות שביקשו ממנו לבטל דברי חקיקה אחרים, ובעודו מנוע מלדון בחוקתיותם של דינים שנוצרו לפני 1992 ואשר פוגעים בזכויות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חלק מן הפסיקות הללו תיקנו עיוותים חוקתיים מינוריים יחסית שניתן להסבירם בחוסר תשומת-לב חקיקתית, או מכל מקום כאלה שמתקבל על הדעת שלא עברו לאורך

שביטון נמנע מלהצביע בפעם השנייה). כך נפל השריון של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו ד"כ 125, 3792–3793 (התשנ"ב).

35 ראו חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90. בתיקון זה נוסח מחדש חוק-יסוד: חופש העיסוק כך ששונתה הגדרת הזכות ונוספו פסקת מטרה ופסקת הגבלה זהות לאלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו-גם הסדר התגברות ייחודי. במסגרת אותו תיקון הוספה לשני חוקי-היסוד גם פסקת "עקרונות יסוד" זהה. זהו התיקון היחיד שנעשה עד כה (בעקיפין) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו ס' 11 לחוק-יסוד: חופש העיסוק).

36 ראו להלן ה"ש 55–61 והטקסט שלידן.

37 מאז ניתנה הלכת **בנק המזרחי** ועד לכתבת שורות אלה עשה בית-המשפט העליון שימוש ישיר ומובהק בכלי הביקורת השיפוטית אחת-עשרה פעמים: בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997); בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 **אורון נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 1661/05 **מועצה אזורית חוף עזה נ' הכנסת**, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הבטחון**, פ"ד סב(1) 1 (2006); בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 19.11.2009); בש"פ 8823/07 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.2.2010); בג"ץ **רסלר**, לעיל ה"ש 6; בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 28.2.2012); בג"ץ 8300/02 **נסר נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 22.5.2012); בג"ץ 7146/12 **אדם נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 16.9.2013). בשני מקרים נוספים פסק בית-המשפט באופן שניתן לפרשו כהפעלת ביקורת שיפוטית חוקתית, אף שלא נעשה בהם המהלך החוקתי הרגיל: בג"ץ 212/03 **חרות נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה**, פ"ד נו(1) 250 (2003); בג"ץ 4124/00 **יקותיאלי נ' שר לענייני דתות** (פורסם בנבו, 14.6.2010).

זמן את סף העניין הפוליטי של המחוקקים. כאלה היו, למשל, הפסיקות בעניין הסדרי המעבר בתהליך האסדרה של תחום ניהול ההשקעות,³⁸ בעניין משך המעצר הצבאי של חייל טרם הבאתו לפני שופט,³⁹ בעניין זכות הנוכחות של עציר בטחוני בהליכי ההארכה של מעצרו,⁴⁰ ואף בעניין הסדרי הפיצוי הפרטניים למפוני חבל עזה (להבדיל מן הפינוי עצמו, שעבר את מבחן החוקתיות).⁴¹ עם זאת, בשני העשורים שחלפו למן המהפכה החוקתית הזדמן לבית-המשפט העליון לעשות שימוש בסמכות הביקורת השיפוטית גם בהקשרים רגישים ביותר מבחינה פוליטית, ביחס למהלכי חקיקה שנוצרו בהליך דליברטיבי משמעותי ומתוך כוונה פוליטית מובהקת. במקרים אלה עוררה לכאורה פעולתו של בית-המשפט מתח אנטי-רובני ממש. ההחלטה בנושא הכשרתו הסטטוטורית של ערוץ 7,⁴² ההחלטה בנושא אחריות המדינה בנזיקין בגין פעולות לא-מלחמתיות שנעשו ביהודה ושומרון,⁴³ ההחלטה בנושא בית-הסוהר בניהול פרטי,⁴⁴ ההחלטה בנושא גיוסם של תלמידי הישיבות⁴⁵ וההחלטה בנושא מעצר ממושך של מסתננים⁴⁶ – הביאו כולן לידי ביטולם של מהלכי חקיקה שנעשו בכנסת בהתגייסות פוליטית-קואליציונית משמעותית, והיה אפשר לשער שיהיה בהן כדי לערר מחאה פרלמנטרית, שהייתה יכולה לבוא לידי ביטוי בתגובה במישור החוקתי.

בולטת במיוחד בקבוצה זו פסיקת בית-המשפט העליון שביטלה את חסינותה של המדינה מפני תביעות בנזיקין בגין פעולות של כוחות הביטחון באזורי עימות.⁴⁷ הפסיקה – כמו החקיקה שהובילה אליה – נגעה בעניינים שמצויים בלב המחלוקת הפוליטית-המפלגתית, והיא אכן חשפה את בית-המשפט העליון לביקורת תקיפה כמתערב בבטחון המדינה ובחופש הפעולה של צה"ל ב"שטחים" בתקופה הרגישה של האינתיפאדה השנייה. התגובות הציבוריות על הפסיקה – אשר באו, בין היתר, מפיהם של נציגים בכירים בקואליציה באותה עת – היו חריפות, וכללו האשמות מוכרות ביחס להטיותו האידיאולוגיות של בג"ץ וכן קריאות לכנסת להגיב על המהלך בפעולה חקיקתית הולמת.⁴⁸ פסיקה אחרת, בעניין "חוק טל", קצבה לוח-זמנים לחקיקה שהוביל למשבר

38 בג"ץ לשכת מנהלי ההשקעות, שם.

39 בג"ץ צמח, לעיל הי"ש 37.

40 בש"פ פלוני, לעיל הי"ש 37.

41 בג"ץ מועצה אזורית חוף עזה, לעיל הי"ש 37.

42 בג"ץ אורון, לעיל הי"ש 37.

43 בג"ץ עדאלה, לעיל הי"ש 37.

44 בג"ץ המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל הי"ש 37.

45 בג"ץ רסלר, לעיל הי"ש 6.

46 בג"ץ אדם, לעיל הי"ש 37.

47 בג"ץ עדאלה, לעיל הי"ש 37.

48 ראו, למשל, אטילה שומפלבי "ח"כ בני אלון: בג"ץ הפך לבעייה קיומית" *ynet* 12.12.2006 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3338956,00.html; רותי אברהם "שנלר: בג"צ פוגע בליבת הדמוקרטיה" *ערוץ 7* 12.12.2006 www.inn.co.il/News/News.aspx/157246 (כולל ציטוט מדבריו של יושב-ראש סיעת הליכוד דאז, חבר-הכנסת גדעון סער, כי "פסיקת בג"צ הופכת את אוצר המדינה לכספומט הטרור הפלסטיני"); אריק בנדר "יוזמת חקיקה: הכנסת תבטל את הכרעת בג"ץ" *מעריב* 13.12.2006, 4 (כולל דיווח על תגובתו של יושב-ראש הקואליציה מסיעת קדימה, חבר-הכנסת אביגדור יצחקי, שהביע "זעם על החלטת בג"ץ, ואמר כי הוא שוקל לזוּם הצעת חוק שתמנע תשלום פיצויים לפלשתיינים"); יובל יועז וגדעון אלון "פינס מציע:

פוליטי משמעותי,⁴⁹ שהיה אפשר למונעו בנקל באמצעות תיקון חוק-היסוד. גם יתר המקרים של ביקורת שיפוטית חוקתית שיקפו כמובן את המתח הבסיסי שבין הרשויות בעידן המהפכה החוקתית, שכן גם הם ביטלו חקיקות רובניות של הכנסת ובכך פגעו במה שנהוג לכנות "ריבונות" הפרלמנט.

לצד המקרים הספורים יחסית שבהם בוטלו בפועל חוקים, פעל בית-המשפט העליון בעתירות חוקתיות נוספות באופן שעורר עניין, רתיעה ואף כעס מצד המחוקקים, וזאת אף מבלי שביטל חוק בפועל. כך, לדוגמה, האופן מעורר המחלוקת שבו טיפל בית-המשפט בעתירות "הקיום בכבוד" נגד הקיצוץ בקצבאות הבטחת הכנסה – הוצאת צו על-תנאי שהורה למדינה לקבוע את קריטריון הקיום בכבוד המנחה אותה⁵⁰ – הוביל את הכנסת לפרסם, באורח חריג ביותר, החלטה המביעה "דאגה" לנוכח "גלישת בית המשפט העליון לנושאים שבמובהק הם בתחום הסמכות של הרשות המבצעת והמחוקקת", ו"מתריעה מפני המשך מגמה זו, העלולה להתפתח למשבר חוקתי בישראל".⁵¹ העתירות החוזרות בעניין התיקון לחוק האזרחות ולחוק הכניסה לישראל בנושא "איחוד משפחות" עם בני-זוג מאזורי אויב הובילו גם הן להבעת דאגה של חברי-כנסת רבים מפני ההתערבות השיפוטית הפוטנציאלית, ולניסיון לקדם חקיקת-יסוד שתבלום את היתכנותה. פעולות נדירות של ביקורת שיפוטית מצד ערכאות נמוכות – ידועים מקרים ספורים (לצד פרשת **בנק המזרחי**, שהחלה דרכה בבית-המשפט המחוזי) שבהם ביטלו בתי-משפט נמוכים הוראות בחקיקה ראשית⁵² – עוררו תרעומת פוליטית עזה, כאילו הכנסת כפופה עתה לגחמותיו של כל שופט במערכת.⁵³ לבסוף, בשני העשורים של עידן המהפכה החוקתית כיהנו לפחות שלושה שרי משפטים שייצגו עמדה לעומתית – תקיפה יותר או פחות – כלפי הגישה החוקתית של בית-

רק הרכב מיוחד של בג"ץ יוכל לבטל חוק" **הארץ** 13.12.2006, 2 (כולל ציטוט מדבריו של חבר-הכנסת מיכאל איתן (ליכוד) כי "אם פסילת חוקי הכנסת תימשך, בג"ץ יחסל את קיומה של הדמוקרטיה הישראלית ואת כושר ההגנה של הצבא"). כן ראו מיכאל איתן "מעמדה של הכנסת בעתירות לפסילת חוקים – בעקבות בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון" **הארץ דין** ד 91, 118–119 (2006).

49 ראו, למשל, פנחס וולף "מופז הודיע על פרישה: 'ההיסטוריה תשפוט את נתניהו'" **וואלה חדשות** 17.7.2012 news.walla.co.il/?w=9/2550681 (דיווח על פרישתה של סיעת קדימה מהקואליציה עקב כשלון המאמצים להסדרת נושא גיוסם של תלמידי הישיבות – מהלך שהוביל תוך חודשים ספורים להקדמת הבחירות).

50 בג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464 (2004).

51 ד"כ 208, 8861 (התשס"ד).

52 על המודלים הביזורי והריכוזי בשפיטה החוקתית בישראל ראו אורי אהרונוסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" (צפוי להתפרסם ב-2014); אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת)" **משפט וממשל** ח 13 (2005); רוני פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" **עיוני משפט** לו 45, 83–90 (2014).

53 ראו את פסק-הדין בת"פ (שלום ת"א) 4696/01 **מדינת ישראל נ' הנדלמן** (פורסם בנבו, 14.4.2003) ואת התגובות עליו: צבי לביא "יש אולי דין אבל אין דין לאזרחי ישראל" **גלובס** 24.4.2003 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=683107 (ריאיון עם חבר-הכנסת מיכאל איתן); הדס מגן ואיתמר לוי "ריבלין: 'המהפכה החוקתית' של אהרון ברק היתה להפיכה שלטונית" **גלובס** 22.5.2003 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=690837 (הבאה מדבריו של יושב-ראש הכנסת ראובן ריבלין).

צפויים שינויים נוספים.

המשפט העליון (ציפי לבני, דניאל פרידמן ויעקב נאמן), ואשר ביקשו לערוך שינויים מוסדיים ביחסים החוקתיים שבין רשויות השלטון.⁵⁴ חרף כל זאת לא הופרו בשום צורה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: השפיטה, ועימם מודל הביקורת השיפוטית שפותח בפסק-הדין בעניין **בנק המזרחי**. ארכיון הכנסת עמוס אומנם הצעות חקיקה – חלקן בתמיכתם של עשרות(!) חברי-כנסת ממגוון סיעות הבית – שביקשו לחולל רפורמות משמעותיות במשטר החוקתי החדש: לבטל את סמכות הביקורת השיפוטית כליל,⁵⁵ להעבירה לבית-משפט לחוקה,⁵⁶ לצמצם את העילות שעל-פיהן היא תותר⁵⁷ או את הנסיבות שבהן היא תתאפשר,⁵⁸ להוסיף הסדר התגברות לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁵⁹ לשנות את הגדרת הזכויות⁶⁰ או להחריג מהן חוקים מסוימים.⁶¹ אף-על-פי-כן, חוק-היסוד וסמכות הביקורת השיפוטית עומדים על תילם, ואין נוגע.

-
- 54 ראו גם ספיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 127–131 (תיעוד המתח בין הכנסת לבין בית-המשפט העליון בעידן המהפכה החוקתית).
- 55 ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על חקיקה), התשס"ז-2007, פ/17/1975 (הצעת חוק פרטית של חברת-הכנסת אסתר רינה טרומן ו-48 חברי-כנסת נוספים להוספת ס' 15 לחוק-יסוד: השפיטה, שלפיו "על אף האמור בכל חוק-יסוד, רק הכנסת רשאית לשנות חוק, לבטלו או להגביל את תוקפו", ובית-המשפט רשאי לכל-היותר להמליץ לכנסת לקיים דיון בנושא זה).
- 56 ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: בית משפט לחוקה, התשס"ז-2007, פ/17/2662 (הצעת חוק פרטית של חברת-הכנסת דוד רותם ו-21 חברי-כנסת נוספים להקים ערכאה חוקתית נפרדת שתאויש על-ידי משפטנים אזרחיים ודתיים, אקדמאים, נציגי ציבור ונציגי עולים).
- 57 ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – ביקורת שיפוטית על הגבלת הכניסה לישראל), התשס"ו-2006, פ/17/815 (הצעת חוק פרטית של חברת-הכנסת מיכאל איתן לשלילת סמכות הביקורת השיפוטית בעניינים שנוגעים בכניסה לישראל).
- 58 ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – ביקורת שיפוטית), התשס"ד-2003, פ/17/1630 (הצעת חוק פרטית של חברת-הכנסת יצחק כהן להוספת ס' 10ב(ה), שיתיר ביקורת שיפוטית חוקתית רק אם ניתנה לכנסת הודעה על עמדתו של בית-המשפט בדבר הפגם החוקתי, והיא נמנעה מכל פעולה בעניין זה, בין-על-דרך אשורר החוק ובין-על-דרך שינויו).
- 59 ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), התשע"ד-2013, פ/19/1944 (הצעת חוק פרטית של חברת-הכנסת איילת שקד, שמעון אוהיון, משה גפני, רוברט אילטוב, זבולון קלפה, שולי מועלם-רפאלי, אורית סטרוק ומירי רגב, שביקשה לכלול בחוק-היסוד פסקת התגברות זהה לזו של חוק-יסוד: חופש העיסוק).
- 60 ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – הזכות לכבוד), התשס"ו-2006, פ/17/816 (הצעת חוק פרטית של חברת-הכנסת מיכאל איתן להסרת הכבוד כזכות מוגנת מס' 2 ו-4 לחוק-היסוד, תוך הותרתו רק בכותרת של חוק-היסוד ובפסקת המטרה שלו).
- 61 ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – חוק האזרחות והכניסה לישראל), התשס"ט-2009, פ/18/1078 (הצעת חוק פרטית של חברת-הכנסת דוד רותם, עתניאל שנר, נסים זאב, יריב לוין, אורי אריאל ו-39 חברי-כנסת נוספים להוספת ס' 10(ב), שיקבע כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, או בתוקפו של חוק שיבוא במקומו"). ראו גם בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 770–771 (1995) (אשר דן בהסכם קואליציוני בין מפלגת העבודה לבין מפלגת ש"ס שבמסגרתו סוכם על קידום הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון) הדין בענייני דת), שעניינה חיסון הסטטוס-קוו בענייני דת מפני ביקורת מכוח הוראות חוק-היסוד ושריונו מפני שינוי ברוב רגיל).

לא זו אף זו: בכמה מן המקרים שבהם הופעלה ביקורת שיפוטית חוקתית, פעלו בתגובה משרד המשפטים והכנסת בעקבותיו לתיקון החקיקה הבלתי-חוקתית כך שתהלוך את פסיקת בית-המשפט העליון. הדבר נעשה לרוב על-ידי יצירת הסדר חדש שיעמוד באמות-המידה שקבע בית-המשפט לחוקתיותה של הנורמה,⁶² ובאחת הפעמים – דווקא בפרשת אחריותה של המדינה לנזקים ב"שטחים" – על-ידי ביטול חקיקתו מוחלט של ההוראה שנפסלה על-ידי בית-המשפט.⁶³ באותם מקרים – שניתן לכנותם "חוקים אוכפי בג"ץ" – לא רק שהרשויות הפוליטיות לא הגיבו על הביקורת השיפוטית החוקתית בפעולת-נגד, הן אף פעלו באופן פוזיטיבי להטמעת תוצאותיה של הפסיקה השיפוטית בחקיקה. יצוין כי מהלך פוזיטיבי כזה אינו הכרחי, שכן לכאורה די בהצהרת בית-המשפט על בטלותה של חקיקה לחייב את נמעניה לא לציית לה. בעניין בית-הסוהר הפרטי, למשל, מעולם לא מחקה הכנסת את תיקון מס' 28 מספר החוקים,⁶⁴ אך מהלך ההפרטה הופסק כידוע.

כיצד ניתן להסביר את היציבות הזו, ולמעשה את שיתוף-הפעולה הנמשך של הרשויות הפוליטיות עם המהלך השיפוטי, בהינתן המחלוקת הפוליטית הניכרת שמלווה את המהפכה החוקתית מראשיתה ועד עצם הימים האלה? לנוכח הזמינות הפורמלית של תיקון חקיקת-היסוד עולה השאלה מדוע הכנסת לא פעלה. שאלה זו מזדקרת במיוחד לנוכח העובדה שהכנסת לא חששה להכניס תיקונים מגוונים בשלל חוקי-היסוד המוסדיים לאורך התקופה הזו. כך, למשל, בעידן הקצר למן המהפכה החוקתית נעשו שתי רפורמות מרחיקות-לכת בחוק-יסוד: הממשלה (הבחירה הישירה וביטולה),⁶⁵ עודכנו מגבלות ההיבחרות ואופני הפעולה של הרשות המחוקקת

62 ראו חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון מס' 4), התשנ"ח-1998, ס"ח 250, ודברי ההסבר להצעת חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון מס' 2), התשנ"ח-1997, ה"ח הממשלה 82 (תיקון בעקבות בג"ץ לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 37); חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 36), התש"ס-2000, ס"ח 152 (ס' 7), ודברי ההסבר להצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 36) (קיצור תקופת המעצר), התש"ס-2000, ה"ח הממשלה 247 (תיקון בעקבות בג"ץ צמח, לעיל ה"ש 37); חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשע"א-2010, ס"ח 118, ודברי ההסבר להצעת חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשע"ב-2010, ה"ח הממשלה 1406 (תיקון בעקבות בשי"פ פלוני, לעיל ה"ש 37); חוק הבטחת הכנסה (תיקון מס' 40), התשע"ב-2012, ס"ח 610, ודברי ההסבר להצעת חוק הבטחת הכנסה (תיקון מס' 40), התשס"ב-2012, ה"ח הממשלה 1224 (תיקון בעקבות בג"ץ חסן, לעיל ה"ש 37); חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013, ס"ח 74, ודברי ההסבר להצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013, ה"ח הממשלה 122 (תיקון בעקבות בג"ץ אדם, לעיל ה"ש 37). לניתוח פרקטיקה דומה בארצות-הברית – תיקון חוק שקבע כבלתי-חוקתי באופן שיהלום את אמות-המידה החוקתיות של בית-המשפט העליון ועדיין יממש את תכליות המדיניות המקוריות של המחוקק – ראו: J. Mitchell Pickerill, *Congressional Responses to Judicial Review, in CONGRESS AND THE CONSTITUTION* 151, 151–172 (Neal Devins & Keith E. Whittington eds., 2005).

63 ראו חוק הניזקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשע"ב-2012, ס"ח 522, ודברי ההסבר לס' 5 בהצעת חוק הניזקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשס"ח-2008, ה"ח הממשלה 600 (תיקון בעקבות בג"ץ עדאלה, לעיל ה"ש 37). ראוי עם זאת להבחין כי חלפו יותר מארבע שנים בין פרסום הצעת החוק הממשלתית לבין העברתה בקריאה השלישית בכנסת.

64 ראו חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004, ס"ח 348.

65 חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 214; חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158.

בחוק-יסוד: הכנסת,⁶⁶ שונו הוראות הבחירה והכהונה בחוק-יסוד: נשיא המדינה⁶⁷ ובחוק-יסוד: מבקר המדינה,⁶⁸ ואף כוננו חוקי-יסוד חדשים לעניין תקציב דו-שנתי⁶⁹ ומשאל-עם.⁷⁰ אולם דווקא בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם (למן התיקון משנת 1994) ובחוק-יסוד: השפיטה (למעט תוספת שולית בנושא נציב תלונות הציבור על שופטים)⁷¹ לא נגע איש. אכן, גם החידושים המוסדיים השונים נעשו תוך ציות למתכונת שנקבעה בפסק-דין **בנק המזרחי**: באמצעות חוק-יסוד ולפי דרישות הרוב שקבעו חוקי-היסוד המתוקנים.

המשך המאמר מבקש אפוא לפענח את תעלומת שרידותה של המהפכה החוקתית: מהם הכוחות שקיבעו אותה במקומה, השיגו שיתוף-פעולה חקיקתי עם עקרונותיה, והניאו את הכנסת מלפעול לביטולה? מדיון זה אבקש גם לגזור לקחים רחבים יותר הן לגבי העידן החוקתי במשפט הישראלי והן לגבי המתח הפרדיגמטי ביחסים שבין הרשויות המחוקקת והשופטת בישראל ובדמוקרטיות חוקתיות ככלל. עם זאת, בטרם אפנה לעיין בתשובות האפשריות לשאלה שבכותרת המאמר, אני מבקש להקדים כמה הערות-אזהרה ביחס לדיון שיבוא.

2. ארבע הערות-אזהרה

ראשית, המאמר מבקש לאפיין טעמים להתנהגות של מוסדות, ועל-כן הוא נדרש בהכרח להכללה של המניעים האנושיים של בני-האדם המרכיבים את אותם מוסדות – במקרה זה חברי-הכנסת של העשורים האחרונים או לכל-הפחות חברי קבוצות הרוב באותן כנסות. מובן שאין מדובר בקבוצה הומוגנית של אנשים: חברי-כנסת הולכים ובאים, הקואליציות המחזיקות את הרוב משתנות באופן תדיר בהרכבן המפלגתי, וגם חברי קבוצת הרוב בכל זמן נתון אינם פועלים בהכרח מאותם מניעים או טעמים. כיצד ניתן אפוא לדבר באופן קוהרנטי על "העדפות", "אינטרסים" או "הטיות" של מוסד דוגמת הכנסת? זהו אתגר ידוע לעוסקים בפרשנות החקיקה מנקודת-המבט של "כוונת המחוקק",⁷² והוא מחייב תשומת-לב גם בעת פרשנותה של אי-חקיקה. עם זאת, העובדה שאנו עוסקים בבחירותיו של גוף קולגיאלי אינה אומרת שאי-אפשר להגיד שום

66 ראו, למשל, חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 24), ס"ח התשנ"ז 186 (קביעת הוראות בנושא סגנות יושב-ראש הכנסת); חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 26), ס"ח התש"ס 260 (הטלת הגבלות על יכולת ההיבחרות של מי שהורשע בעברה שיש עימה קלון).

67 ראו חוק-יסוד: נשיא המדינה (תיקון מס' 5), ס"ח התשנ"ט 36 (קביעת כהונה אחת בת שבע שנים); חוק-יסוד: נשיא המדינה (תיקון מס' 7), ס"ח התשס"ג 524 (קביעת הוראות לבחירת נשיא כאשר יש מועמד אחד בלבד).

68 ראו חוק-יסוד: מבקר המדינה (תיקון), ס"ח התשנ"ח 196 (קביעת כהונה אחת בת שבע שנים); חוק-יסוד: מבקר המדינה (תיקון מס' 2), ס"ח התשס"ה 714 (קביעת העילות להעברת מבקר מכהונה).

69 חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 עד 2014 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה), התשס"ט-2009.

70 חוק-יסוד: משאל עם, ס"ח התשע"ד 400.

71 חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 2), ס"ח התשס"ב 598.

72 ראו, למשל: Kenneth A. Shepsle, *Congress is a "They," Not an "It": Legislative Intent as Oxymoron*, 12 INT'L REV. L. & ECON. 239 (1992); ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION 31–35 (1997); ברק, לעיל ה"ש 32, בעמ' 177–180.

דבר בעל ערך על תחום זה. ענפים שלמים בסוציולוגיה,⁷³ באנתרופולוגיה,⁷⁴ בפסיכולוגיה⁷⁵ ובכלכלה⁷⁶ עוסקים באפיון נטיותיהם של קבוצות וארגונים. הם עושים זאת משום שלעיתים קרובות ניתן לעשות זאת: לזהות מאפיינים קולקטיביים של התנהגות של אנשים במסגרת מוסדית נתונה, ולספק תחזיות מהימנות באשר להתנהגותם העתידית.

בדיון מובלעת אפוא ההנחה כי לאורך זמן מתגבשת זהות מוסדית קוהרנטית לגוף דוגמת בית-מחוקקים, כך שיש תועלת בזיהוי הכוחות והתמריצים הפועלים עליו כגוף, להבדיל מאלה שפועלים על חבר-הכנסת היחיד, על הסיעה או על אגד הסיעות המרכיבות את הקואליציה. הנחה זו נוסחה כבר על-ידי מדיסון בפדרליסט, שם הוא ביסס את הנחיצות של הפרדת רשויות השלטון בצפייה ש"שאפנות תבלום שאפתנות", כך שנטייתם הטבעית של המחזיקים במשרות השלטון השונות להעצמת כוחם תגולם בעיצוב המוסדות עצמם: "הכרח הוא שיהיה האינטרס של האיש קשור בזכויות החוקתיות של המקום."⁷⁷ זו כמובן נקודת מוצא חיונית לכל מי שעוסק בניתוח מוסדי, מפני שהתחום מניח כי באמצעות עיצוב התנאים המוסדיים – הליכי קבלת ההחלטות, מארג הסמכויות, כללי הציות והפיקוח, מידת הפומביות – ניתן להשפיע על המניעים וההזדהויות של המשתייכים לאותו מוסד,⁷⁸ ומכאן גם שבאמצעות הבנת התנאים המוסדיים ניתן להסביר

73 ראו, למשל: Paul J. DiMaggio & MICHEL CROZIER, THE BUREAUCRATIC PHENOMENON (1964); Walter W. Powell, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, in THE NEW INSTITUTIONALISM IN ORGANIZATIONAL ANALYSIS 63–82 (Walter W. Powell & Paul J. DiMaggio eds., 1991).

74 ראו, למשל: MARY DOUGLAS, HOW INSTITUTIONS THINK (1986).

75 ראו, למשל: IRVING L. JANIS, VICTIMS OF GROUPTHINK: A PSYCHOLOGICAL STUDY OF FOREIGN-POLICY DECISIONS AND FIASCOES 184–206 (1972).

76 ראו, למשל: DOUGLASS C. NORTH, INSTITUTIONS, INSTITUTIONAL CHANGE AND ECONOMIC PERFORMANCE (1990).

77 הפדרליסט מס' 51 (גיימס מדיסון) (אהרן אמיר מתרגם, 2001) (1787–1788). מובן שרבים חולקים על כך ששילוש הרשויות אכן הצליח להוליד את הדינמיקה התחרותית שמדיסון חזה, ומתארים תחת זאת נסיבות שונות שבהן רשות אחת הצליחה לנגוס בכוחותיה או בלכידותה של רשות אחרת. ראו, למשל: Daryl J. Levinson & Richard H. Pildes, *Separation of Parties, Not Powers*, 119 HARV. L. REV. 2311 (2006) (בארצות-הברית האיזון החוקתי נשמר בעשורים האחרונים לא בזכות הפרדת הרשויות, אלא בזכות הייצוג המפוצל של המפלגות בתוך הרשויות); Neal Devins, *Presidential Unilateralism and Political Polarization: Why Today's Congress Lacks the Will and the Way to Stop Presidential Initiatives*, 45 WILLAMETTE L. REV. 395 (2009) (הקיטוב המפלגתי בארצות-הברית מונע מהקונגרס את האפשרות להתנגד כרשות להתחזקותה של הרשות המבצעת). בהקשר של שיטות משטר פרלמנטריות-קואליציוניות, שבהן הרשות המבצעת תלויה באמונה של הרשות המחוקקת ומהווה למעשה חלק ממנה, המודל המדיסוני ממותן גם-כן. ראו, למשל: GIOVANNI SARTORI, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL ENGINEERING 101–114 (2d ed., 1997). עם כל זאת, גם הביקורות על המודל הקלסי של הפרדת רשויות אינן כופרות בהקשר המוסדי כמתנה את ההתנהגות הפרטית – יהיה זה ברשות שלטונית, במפלגה או בקואליציה, לפי העניין.

78 ראו: Philip Pettit, *Institutional Design and Rational Choice*, in THE THEORY OF INSTITUTIONAL DESIGN 54, 55–59 (Robert E. Goodin ed., 1996).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים המצוינים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס.

צפויים שינויים נוספים.

ואולי אף לצפות את ההתנהגויות של אותם אנשים. הענף המוסדי של תורת הבחירה הציבורית מבוסס כולו על הנחה זו,⁷⁹ אך יש לה כאמור שותפים גם בתחומי ידע אחרים.

79 ראו עמיחי כהן "הבחירה הציבורית – עקרונות ומחקר בישראל" **קריית המשפט** ז' 115, 133–137 (2008).

בעת ניתוח התנהגותן של רשויות השלטון מקובל אפוא להתייחס לרצונותיו, לשאיפותיו או למניעיו של "המחוקק" או של "השופט" – תוך הדגשת המתח שבין מניעים אלטרואיסטיים (מימוש מדיניות ראויה, מתן פרשנות נכונה) לבין מניעים אגואיסטיים (הנאה, כוח, השפעה, יוקרה) – כקטגוריות פרדיגמטיות שניתן להכליל מהן התנהגויות מוסדיות.⁸⁰ במחקר בישראל בתחום זה בולט מאמרו של עמרי ידלין, שאפיין את המדיניות הפרשנית של בית-המשפט העליון כמשחק אסטרטגי, על יסוד ההנחה – המגובה בתובנות אינטואיטיביות בעיקרן – כי ל"שופט החציוני" יש העדפות טיפוסיות (השפעה על המציאות החברתית באמצעות הפסיקה), שניתן לראותן גם כהעדפותיו של בית-המשפט בכללותו,⁸¹ בה-במידה שלמחוקק מקבוצת הרוב יש העדפה אופיינית (לממש את מדיניותו בטווח הקצר ולגונן על המיעוט בטווח הארוך), שממנה נגזרת מדיניות התגובות של הכנסת על פסיקותיו של בית-המשפט.⁸² המאמר הנוכחי נסמך אפוא על מסורת אינטלקטואלית עשירה בהתיימרו לאפיין ולהסביר בחירות מוסדיות. מובן, עם זאת, שיומרה זו באה במחיר היכולת להציע הסבר אמפירי-סיבתי. המאמר מציע אפשרויות, לא מסקנות.

שנית, הבנת המנגנון הסיבתי שגרם לכך שהכנסת לא הגיבה במישור החוקתי על הביקורת השיפוטית היא כמובן אתגר מורכב במיוחד. זה מסוג האתגרים המבקשים, בלשון המדוברת, להוכיח ש"אין לך אחות". אנו עוסקים במחדל, בהעדר פעולה, ולכן כל שניתן לשאוף הוא לשרטוט קווי המתאר של החלל שיוותר בתוכם. בהעדר ראיות ישירות על טעמיה של פעולה, אנו נותרים עם השערות בדבר המנגנונים שמנעו את הפעולה. כפי שנראה, ניתן להציע יותר מהסבר אחד למחדלה של הכנסת במישור החוקתי, ולא תמיד יהיה פשוט לקבוע לאיזה מן הגורמים האפשריים היה משקל מכריע. אולם איני סבור שיש בכך כדי ליתר את הדיון, בין היתר כי הצגת ההשערות השונות מאפשרת את פיתוחן, את ליבונן, ולאורך זמן גם את בחינתן בניסיון הפוליטי הנצבר, ואולי אף בבחירות שנקבל בעיצוב המוסדות החוקתיים שלנו לעתיד.

אומנם, שאלה של סיבתיות ("למה?") היא בסופו של דבר שאלה עובדתית שניתן לכאורה לבררה באמצעות מתודולוגיות המחקר האמפירי – למשל, לראיין את המחוקקים לאורך השנים ולנסות להבין מה ידעו או לא ידעו, ומדוע פעלו או נמנעו מפעולה. המאמר הנוכחי בוחר לא ללכת בדרך זו, ולא רק בגלל סיכוני ההטיה של רציונליזציה-שבדיעבד הטבועים בסקרים מסוג זה. אני

80 ראו, למשל: Ittai Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, 52 WM. & MARY L. REV. 805, 827–828 (2010); William N. Eskridge, Jr., *Reneging on History? Playing the Court/Congress/President Civil Rights Game*, 79 CAL. L. REV. 613, 641–664 (1991).

81 עמרי ידלין "שיקול-דעת שיפוטי" ו"אקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי" **מחקרי משפט** יט 665, 668–670 וה"ש 11 (2003). ראו גם כהן, לעיל ה"ש 79, בעמ' 151–153. גם העבודה האמפירית החלוצית של שחר, גרוס וחריס בעניין הליכי קבלת ההחלטות בבית-המשפט העליון משקפת ומבססת את התפיסה שלפיה ניתן לאפיין "התנהגויות מוסדיות" שמתנות את האפשרויות הנתונות ליחידים בתוך המוסד. ראו מירון גרוס ויורם שחר "לשאלת דרכי השיבוץ של מותבי בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **משפטים** כט 567 (1996); יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **עיוני משפט** כ 749 (1997).

82 ידלין, שם, בעמ' 714–716.

מניח את ההנחה ה"מחמיאה" ביותר לגבי חברי-הכנסת – שהם היו מודעים למצב הנורמטיבי ולאפשרויות הפעולה שלהם – ובהינתן הנחה זו מנסה לתת מובן לבחירותיהם. שלישית, ניתן לעורר את השאלה מדוע הדיון מתמקד בבחירותיה של הכנסת, ולא של הנפגע "האמיתי" מהקושי האנטי-רובני (במובן המדויק) הטמון בביקורת השיפוטית החוקתית – העם-הריבון. הכנסת היא רק נציגת העם, ומכאן שאף אם ניתן לייחס לגופים קולגיאליים מעשים או מחדלים, רצונות או טעמים, לכנסת אין כל רצון משל עצמה, וכל רצונה הוא רצון העם שבחר בה. זו כמובן סוגיה רחבה ומורכבת ביותר, ואין בכוונתי לדון בה כאן לעומקה. בפועל, כל כמה שקשה לדעת מהן העדפותיו של רוב נתון מתוך 120 נבחרים ביחס לסוגיה ציבורית כלשהי, קשה הרבה יותר לאפיין העדפה של רוב בציבור ביחס לשאלה כזו או אחרת, בוודאי בבחירות לכנסת, שבהן עומדות על הפרק סוגיות רבות מאוד. בפועל הכנסת היא המגבשת (במובן הכימי של המטפורה – crystallize) את רצון הציבור בכל זמן נתון וביחס לכל סוגיה נתונה, ואם יש פער בין העמדה של רוב הנבחרים לבין עמדתו של רוב הציבור, אזי לפחות בטווח הקצר – ובעידן הבורות הרציונלית⁸³ לא אחת גם בטווח הארוך – ידה של הראשונה תהיה על העליונה. הבנת הכוחות המוסדיים המתנים את פעולת הכנסת היא חיונית לכן להבנת גבולות כוחו של העם-הריבון במשטר דמוקרטי רובני.

לבסוף, מדובר באתגר שיכול להיחשב היסטוריוגרפי, וספק אם ניתן לכתוב היסטוריה משכנעת ממרחק זמן קצר כל-כך. אכן, המאבק בין הרשויות מתרחש גם בימים אלה, ועם הפצתו של תזכיר חוק-יסוד: החקיקה, באפריל 2012⁸⁴ היה נדמה לרגע שאנו נמצאים על סיפו של מהלך חוקתי שישתור את מאפייני ההתנהגות המוסדית של שני העשורים שחלפו (אף שגם תזכיר זה – אשר בינתיים ירד מסדר-היום הציבורי וכמדומה גם החקיקתי – הציע לעגן את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית, ולא לבטלה).⁸⁵ האם לפנינו סימנים של "מהפכת-נגד" או שמא פשוט מהלך נוסף של ייצוב המערכת בעידן נמשך של מהפכה חוקתית שראשיתו ב-1992–1995 וסופו עוד לפנינו? אי-הוודאות גדולה אפוא. עם זאת, יש לדעתי חשיבות בבחינת הסיבות לחוסר הפעולה של הכנסת גם בפרק-הזמן שחלף עד כה. הבנת המנגנונים הפועלים על הרשות המחוקקת ועל חבריה בעידן המהפכה החוקתית עשויה להשפיע על תפיסותינו בנוגע לשאלת הקושי האנטי-רובני, בנוגע

83 על מרכזיותו של המונח rational ignorance בהסברת התנהגותו של ציבור הבוחרים בדמוקרטיה המודרנית ראו: ANTHONY DOWNS, AN ECONOMIC THEORY OF DEMOCRACY 238–247 (1957). לראיות ממישור השיח החוקתי ראו: Ilya Somin, *Political Ignorance and the Countermajoritarian Difficulty: A New Perspective on the Central Obsession of Constitutional Theory*, 89 IOWA L. REV. 1287 (2004).

84 תזכיר חוק-יסוד: החקיקה (משרד המשפטים, 2012) www.tazkirim.gov.il/Tazkirim_Attachments/41283_x_AttachFile.doc

85 גם המאמצים לניסוח חקיקת-יסוד חדשה בנושא זהותה של מדינת-ישראל וערכיה היו עשויים להתפרש כמשקפים מגמה של "אקטיביזם חוקתי" מצד הרשויות הפוליטיות; אך אף אלה טרם נשאו פרי. ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/3541/18 (הצעת חוק פרטית של חבר-הכנסת אברהם דיכטר ו-39 חברי-כנסת נוספים). באוגוסט 2013 מינתה שרת המשפטים את פרופ' רות גביון לנסח הצעה נוספת בתחום זה. ימים יגידו אם המיזם יבשיל לחקיקה. על ההליך המתקיים במשרד המשפטים לבדיקת עיגון חוקתי של זהות המדינה ראו index.justice.gov.il/StateIdentity/Pages/default.aspx.

ללגיטימציה של אסטרטגיות מוסדיות שונות במישור החוקתי, ובסופו של דבר בנוגע לעמדה הראויה בשאלת היחס שבין רשויות השלטון.

ג. מהפכה עד לניצחון: חמישה הסברים אפשריים

להלן אבחן חמישה הסברים אפשריים לכך שאף-על-פי שהיו בידיה הכלים הפורמליים, ואף שלכאורה היה לה גם הרצון הפוליטי, נמנעה הכנסת מלפעול במישור חקיקת-היסוד כדי לערער את המשטר החוקתי שהתגבש בשנת 1995 ככזה של עליונות פרשנית שיפוטית בעניינים חוקתיים. אתקדם לפי סדר שמשקף בעיניי את הסבירות העולה של ההסברים האפשריים. אתחיל משני הסברים שהם בלתי-מספקים, לדעתי, בעומדם לעצמם (הסכמה מודעת של חברי-הכנסת לביקורת השיפוטית; וכוחה המרתיע של דוקטרינת עקרונות-היסוד של השיטה). אבקש לטעון כי נדרשת תמונה הסברית עשירה יותר כדי להכיל את מלוא מערך התמריצים שהשפיעו על האופן שבו (לא) פעלה הכנסת בעשורים האחרונים, וכנראה גם על האופן שבו היא (לא) תפעל בשנים שיבואו. שלושת ההסברים האחרונים שואפים להשלים את התמונה הזו באמצעות פנייה לניתוח מוסדי של היחסים בין הרשויות השופטת והמחוקקת (שיווי-משקל כוחני; כוחו המרתיע של אפקט הביוש; וכוחו המשמר של הסטטוס-קוו). אני סבור כי ההסבר האחרון – עוצמתו של הסטטוס-קוו הבין-מוסדי, על מובניו השונים – יכול לספק מסגרת אנליטית מועילה במיוחד להבנת הכוחות הפועלים בפוליטיקה החוקתית בישראל של שני העשורים האחרונים. ארחיב אפוא את הדיון בו.

1. הסכמה

המצדדים בביסוסה של המהפכה החוקתית ובהעצמת הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית החוקתית מדגישים לעיתים את עצם העובדה – אשר נחקרת במאמר זה – שחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם וחוקי-יסוד: השפיטה לא שונו מאז התבררה נפקותם בפרשת **בנק המזרחי** ובפסקי-הדין שבאו אחריה. הימנעות הכנסת מתגובה ישירה במישור החוקתי, למרות מגוון ההצעות שהועלו בנושא זה לאורך השנים,⁸⁶ מתפרשת בקריאה זו כהסכמה שבמחדל למשטר החוקתי החדש שנוצר והתבסס בשנים 1992–1995. זהו טיעון בעל עוצמה מיוחדת בעבור אלה המוטרדים מכך שחברי-הכנסת לא היו מודעים באופן מלא למכלול המשמעויות של חוקי-היסוד שיצרו בשנת 1992 ותיקנו בשנת 1994, ובפרט לעובדה שבחקיקות אלה עלה בידם גם "לשדרג" את כל חוקי-היסוד שקדמו לשנת 1992 לרמה חוקתית על-חוקית. ככל שהיה אפשר להטיל ספק בלגיטימיות של המהפכה החוקתית בשנותיה הראשונות, כיום היא כבר בגיל הבגירות המשפטית, ובתקופה זו היו בידי חברי-הכנסת הזמן והשהות לבחון את האופן שבו פירש בית-המשפט העליון את מעשה ידיהם, ולפעול – אילו רצו – לשינוי המציאות הנורמטיבית.⁸⁷ הייתכן שהכנסת לא ביטלה את

86 ראו לעיל ה"ש 55–61 והטקסט שלידין.

87 זו, למשל, עמדתו של ברק מדינה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 407 (קביעה כי "קיימת הסכמה רחבה כי הכנסת היא הרשות המכוננת, המוסמכת לכוון את החוקה", בין היתר בהתבסס על העובדה ש"הכנסת לא תיקנה את חוקי היסוד בתגובה על הכרעתו של בית המשפט בדבר 'מהפכה חוקתית', ונמנעה מלהגביל את כוחו של בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על חוקים").

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מפני שרוב קבוע של חבריה הסכימו, לאורך השנים והקדנציות, עם מהלכיו של בית-המשפט העליון? במילים אחרות, האפשר שהביקורת השיפוטית מודל ישראל פשוט אינה אנטי-רובנית כי הרוב מסכים איתה?⁸⁸

במסגרת הסבר זה ייתכנו שני סוגים של הסכמות – הסכמה נקודתית והסכמה עקרונית. לפי הסבר ההסכמה הנקודתית, ייתכן שהכנסת הסכימה עד כה עם כל אחד-עשר פסקי-הדין של בית-המשפט העליון שהורו על ביטול חקיקה ראשית, ולכן היא לא מצאה לנכון לסתור אותם. על פניו מובן שיש קושי מסוים בטענה זו. הרי באותם מקרים שבהם הופעלה הביקורת השיפוטית, תוצאתה הייתה ביטול חוק שהכנסת חוקקה בהליך רובני, כלומר, חוק שרוב בכנסת לכאורה רצה בו. אותו רוב בדיוק (לפחות במצבי ביקורת שיפוטית מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר אינו משוריין) היה יכול לכאורה להגיב על הפעולה השיפוטית באמצעות תיקון של חוק-היסוד שיהיה בו כדי להחיות את החוק שבוטל ולחסנו מביקורת נוספת. אמת, בין חקיקת החוק למתן פסק-הדין חולף בדרך-כלל פרק-זמן ניכר, שבמהלכו חברי-כנסת יכולים לשנות את דעותיהם, את סדרי העדיפויות הפוליטיים שלהם ואת מחויבויותיהם הקואליציוניות, ולעיתים אף הכנסת עצמה עשויה להתחלף. אפשר אפוא שהכנסת ביום שאחרי הביקורת השיפוטית אינה מסכימה עם הכנסת שחוקקה את החוק שבוטל. גם זו שאלה עובדתית שיקשה לפצח. אולם אין בכך כדי להסביר את ריבוי הקולות המתרעמים על המהלכים החוקתיים של בית-המשפט העליון. חלק מן ההצעות הפרטיות לביטול המהפכה החוקתית או להגבלתה הופיעו בסמיכות לפסיקות חוקתיות של העליון, ונתמכו על-ידי עשרות חברי-כנסת, רבים מהם מספסלי הקואליציות (כלומר, מסיעות בעלות יכולת להשיג רוב בכנסת).⁸⁹

הסבר ההסכמה העקרונית מורכב יותר. לפיו, גם אם חברי-הכנסת התנגדו לפעולה מסוימת כזו או אחרת של בית-המשפט בתחום החוקתי, לאורך זמן התקיים רוב יציב בכנסת שתמך בסמכות הביקורת השיפוטית. לפי גרסה זו, לכנסת נוח מטעמים רציונליים שיעמוד לצידה מנגנון אשר עשוי לבטל מפעם לפעם את פעולותיה. גרסה זו יכולה להתבטא בכמה סוגי מהלכים. כך, למשל, נטען כי הביקורת השיפוטית העצמאית מבטיחה אכיפה הוגנת של נורמות חוקתיות שאינה מושפעת מרוחות השעה הפוליטיות, וכך מתאפשר למחוקקים בזמן נתון להבטיח – הן לעצמם, אם ייהפכו בעתיד למיעוט,⁹⁰ והן לקבוצות-האינטרס שמולן הם פועלים – כי פעולותיהם יישמרו

88 נרטיב היסטורי קרוב הוצע בהקשר האמריקני על-ידי ברי פרידמן, שבחן את פסיקות הביקורת השיפוטית של בית-המשפט העליון האמריקני לאורך המאה העשרים לאור עמדות הציבור בארצות-הברית בשאלות השנויות במחלוקת, כפי שהתגלמו בסקרי דעת-קהל. פרידמן מצא, לשיטתו, כי בסופו של יום בית-המשפט העליון אינו חורג בפסיקותיו החוקתיות מן המקובל על רוב הציבור בזמן נתון. ראו: BARRY FRIEDMAN, THE WILL OF THE PEOPLE (2009). כן ראו Bassok & Dotan, לעיל ה"ש 7.

89 ראו, למשל, את ההצעות המצוינות לעיל בה"ש 55, 56 ו-61. בולטת במיוחד הצעת החוק הפרטית של חברת-הכנסת טרטמן, לעיל ה"ש 55, מינואר 2007, שאליה הצטרפו לא פחות מ-48 חברי-כנסת נוספים, אשר נוסחה בתגובה ישירה על פסיקתו מעוררת המחלוקת של בית-המשפט העליון בעניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 37.

90 ראו ספיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 80-84 (המסביר את הצלחתה של חקיקת-היסוד בשנת 1992 בשילוב כוחות של "האליטות הישנות", אשר צפו את דעיכתן במעגלים הפוליטיים וביקשו להעביר כוח למעוז האחרון המזוהה עימן – בית-המשפט העליון). לנרטיב השוואתי של עליית השפיטה החוקתית במדינות שונות בעולם כמהלך מקביל של "hegemonic preservation" ראו: RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY (2004).

גם בעתיד.⁹¹ יתר על כן, במקרים הנפוצים שבהם תוצאת הביקורת השיפוטית היא הכשרת החקיקה, יציבותה של אותה חקיקה עולה כפליים, שכן עתה היא זכתה בתמיכתן של כל רשויות השלטון.⁹² זהו רווח תדיר שעשוי להשתלם למחוקק, בעיקר בהינתן הסיכון הנמוך לביטול חקיקה בתנאי הזהירות החוקתית המאפיינים את הביקורת השיפוטית בישראל. מהלך נוסף בתחום זה תופס את הביקורת השיפוטית כמנגנון לייצור מידע שהינו חיוני לחקיקה מועילה (ואשר עלול להיות נתון למניפולציות על-ידי קבוצות-אינטרס המעורבות בהליך החקיקה), ולכן המחוקקים עשויים להיות מעוניינים בשימורה.⁹³

מהלך אפשרי אחר בקבוצה זו יסביר כי אף שרוב בכנסת תומך בחוקים בעת העברתם, לפחות חלק מן החברים באותו רוב מרגישים משוחררים מלעסוק בקשיים החוקתיים שהחוק מעורר, בידועם כי הוא יעבור סינון נוסף בבית-המשפט, כך שהרשות השופטת "תוציא את הערמונים מהאש" בעבור המחוקקים. גישה כזו עשויה לשחרר את המחוקק לבטא בהצבעותיו נאמנות לבוחריו המגזריים מבלי להטריד את עצמו (ואת קהלו) בשאלות החוקתיות, מתוך ידיעה שככל שהקשיים החוקתיים ממשיים, "המבוגר האחראי" – בית-המשפט – יטפל בהם בעיתו. זהו שיקול ש"מוזיל" את עלות החקיקה, כי הוא פוטר את המחוקק מהכללת סוג מורכב של שיקולים בעיצוב המדיניות, ומהתמודדות עם העלויות הפוליטיות של נקיטת עמדה בשאלות מוסריות מְפִלגות.⁹⁴ אכן, דינמיקה מן הסוג הזה היא בסיס מוכר לביקורת של רעיון העליונות השיפוטית (ואף של אקטיביזם שיפוטי) בעניינים חוקתיים: ככל שאנו מעוניינים שמחוקקינו יעסיקו את עצמם גם

91 זהו הטיעון המפורסם של לנדס ופוזנר: William M. Landes & Richard A. Posner, *The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective*, 18 J. L. & ECON. 875, 877–879 (1975). רמזייר מדגים שעוצמת הטיעון תלויה, בין היתר, במידת חששם של מחוקקי הרוב מפני היהפכותם למיעוט במורד הדרך: J. Mark Ramseyer, *The Puzzling (In)Dependence of Courts – A Comparative Approach*, 23 J. LEGAL STUD. 721 (1994). כן ראו: Matthew C. Stephenson, "When the Devil Turns...": *The Political Foundations of Independent Judicial Review*, 32 J. LEGAL STUD. 59 (2003) (הדגמה אמפירית של חשיבותה של תחרותיות פוליטית עקבית – כזו שמשמרת את החשש מפני חילופי כוח אך מותירה אפשרות לחזרה לעמדת הרוב – כגורם המקדם עצמאות שיפוטית).

92 ראו Elhauge, לעיל ה"ש 6, בעמ' 89–93; CHARLES L. BLACK, *THE PEOPLE AND THE COURT* 37–42, 47–53 (1960).

93 ראו: James R. Rogers, *Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction*, 45 AM. J. POL. SCI. 84, 93–96 (2001) (ההליך השיפוטי חושף מידע – שאינו זמין בעת החקיקה – על אופן הפעולה של הנורמה הכללית בנסיבות קונקרטיות); איל בנבנשתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה: על פערי המידע והדרכים השיפוטיות לצמצוםם" **עיוני משפט** לב 277 (2010) (הביקורת השיפוטית היא אמצעי לסייע לרוב להתמודד עם יתרון המידע של קבוצות מיעוט מאורגנות). גם הטיעון הדאונטולוגי של אלון הראל בדבר הזכות לביקורת שיפוטית יכול להיות מוסבר במונחים תוצאתיים כאלה: לשיטתו, הביקורת השיפוטית מוצדקת שכן היא מאפשרת לנפגעים מחקיקה לטעון בדיעבד לפני אורגן מדינתי את מה שלא הזדמן להם לטעון בהליך החקיקה. ראו אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" **משפטים** מ 239 (2011).

94 ראו Stephenson, לעיל ה"ש 91, בעמ' 62–63.

בשאלות של תקפות חוקתית, ולא רק של רציות פוליטית, קיומה של הביקורת השיפוטית ברקע מפחית לכאורה את התמריץ לכך.⁹⁵

יהיה אשר יהיה כוחם הפנימי של הסברים אלה, המבוססים על העדפה רציונלית של המחוקקים לשמר את הביקורת השיפוטית, חשוב לזכור כי משתמע מהם שקיימים חברי-כנסת שעוסקים בהפגנת כעס מדומה כלפי בית-המשפט על פועלו החוקתי, שהוא למעשה רצוי בעיניהם (אלא אם כן מדובר תמיד במיעוט שאינו מייצג את רצון הבית). יתר על כן, קשה להסביר לאורם את קיומן העקבי של קואליציות פרלמנטריות שנתנו אמון בממשלות שהפגינו קו לעומתי מובהק כלפי בית-המשפט העליון (גם אם אותן קואליציות לא נדרשו לתמוך בפועל במהלכים משמעותיים נגד בית-המשפט). שוב אנו נתקלים בהנחה עובדתית שאינה מתבקשת על פני הדברים. מכל מקום, אין בכונתי להכריע כאן בדבר נכונותה.

גרסה תמימה יותר של טיעון ההסכמה הרציונלית תגיד שרוב המחוקקים סוברים כי לבית-המשפט העליון יש מומחיות מקצועית בהשוואה לכנסת במתן מענה לשאלות חוקתיות, ולכן ראוי להעדיף את הכרעותיו. לפי גישה זו, חברי-הכנסת מתאמצים לחוקק חוקים חוקתיים, אך הם מכירים במגבלות הדעת המוסדיות המאפיינות את הליך החקיקה, ולכן נכונים להכיר בטעותם החוקתית אם בית-המשפט העליון קובע כי החוק בטל.⁹⁶ אף שקיימים קולות כאלה בשיח הפרלמנטרי,⁹⁷ הכללתם להעדפה עקבית של חברי-הכנסת מחייבת ברור אמפירי שאינו בהישג-יד, והקשיים שהיא מעוררת ניכרים אף בהעדרו. ראשית, ניתן לתהות לגבי הסבירות של ייחוס צניעות מוסדית מן הסוג הזה לרוב מחוקקינו. אך חשוב מכך, קיימת ספרות מפותחת שעוסקת בהשוואות מוסדיות מן הסוג הזה, ובין הכותבים אין תמימות-דעים באשר לזהותו של המוסד בעל המומחיות העודפת בשאלות חוקתיות. בהינתן התפיסה המנומקת בספרות המחקר שרואה דווקא

95 ראו, למשל: JAMES BRADLEY THAYER, THE ORIGIN AND SCOPE OF THE AMERICAN DOCTRINE OF CONSTITUTIONAL LAW 29–30 (1893) (הדגשת התפקיד השיפוטי באכיפת החוקה מדללת את תחושת האחריות של המחוקקים); MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS (1999) 57–65 (על ההשפעות ההרסניות של "judicial overhang" על איכותו של הליך החקיקה ותוצריו); רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 69, 106–115 (2000); ספיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 252–253.

96 ריצ'רד פלון הציג הצדקה תיאורטית ברוח זו לביקורת שיפוטית חוקתית – כמעין "שסתום-בטיחות" שנועד לסנן חוקים שצלחו בטעות את מנגנוני הביקורת החוקתית שהמחוקק עצמו מפעיל. ראו: Richard H. Fallon, Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693 (2008).

97 ראו, למשל, את דבריו של חבר-הכנסת כרמל שאמה הכהן בישיבה מס' 77 של הכנסת ה-18, מיום 25.11.2009, בדיון על פסק-הדין בנושא הפרטת בית-הסוהר ("דמוקרטיה, ככל שתהיה טובה, משוכללת ויציבה, חייבת ביקורת שיפוטית. מי שלא מבין שהבלם הזה נדרש כדי שהמכונית הזאת תיסע היטב ולא תחליק בטעות, פשוט טועה"); או את דבריה של חברת-הכנסת זהבה גלאון בישיבה מס' 338 של הכנסת ה-18, מיום 18.4.2012, בדיון על תזכיר חוק-יסוד: החקיקה ("הרי למה הוקם מוסד כמו בג"ץ? הרי הרוב בכנסת הבין שהוא צריך מין חגורת בטיחות, מין חגורת הגנה, שכשיש... חברי כנסת שרוצים לחוקק חוקים לא הגיוניים, צריך לשים את חומת הבטיחות הזאת, את חגורת הבטיחות הזאת").

בבית-המחוקקים את המוסד המוצלח יותר לבירור שאלות חוקתיות,⁹⁸ יהיה מוזר להניח שהמחוקקים עצמם אימצו דימוי עצמי מופחת. על כך נוסף הנתון שבשנים האחרונות – דווקא עם התגברות השיח החוקתי בבית-המשפט העליון – "התחמשה" הכנסת במנגנון מסועף של ייעוץ משפטי, שכולל גם חיווי דעה מובנה על חוקתיותן של הצעות החוק הנידונות במשכן.⁹⁹ לבסוף, גישה כזו גם מניחה כי בשיח החוקתי ניתן בכלל לדבר במושגים של דיוק או מומחיות, כאילו למחלוקות של פרשנות חוקתית יש תשובות "נכונות" שניתן לחושפן. המפקפקים בגישה זו¹⁰⁰ יתהו מדוע על חברי-הכנסת להכפיף את עמדותיהם בסוגיות ערכיות של פרשנות חוקתית לאלה של השופטים.

קשה אם כן להפריך את טיעון ההסכמה, שלפיו מסיבה כזו או אחרת הכנסת אינה מתנגדת באמת לביקורת השיפוטית במודל הישראלי, אך קשה גם לקבל אותו כהסבר שלם לעובדת הימנעותה של הכנסת מכל תגובה במישור החוקתי על פעילותו של בית-המשפט למן שנת 1995. הסכמה אין פירושה בהכרח הסכמה. דומני שדי בספק שנותר ביחס להסבר ההסכמה להניעו להמשיך בבירור השאלה שבכותרת המאמר. הדיון מכאן ואילך יבוסס אפוא על ההנחה שלפחות בפרקי-זמן מסוימים בעשרים השנים האחרונות היה בכנסת רוב שרצה לשנות את המשטר המתעצב של המהפכה החוקתית או למצער להתגבר על ביקורת שיפוטית מסוימת שנעשתה בתקופה זו. ארבעת ההסברים הבאים עוסקים אם כן בהצלחת התבססותה של המהפכה למרות קיומו של רצון רובני נוגד.

2. "עקרונות-היסוד של השיטה"

אחד מטיעוני הביקורת שמושמעם לעיתים נגד המדרג הנורמטיבי שהוכר בפסק-הדין בעניין **בנק המזרחי**, ואשר נאכף החל בפרשת **לשכת מנהלי ההשקעות**, הוא שהסיפור שסיפרו שופטי העליון לאזרחי ישראל ולמחוקקיה בפסקי-הדין הללו היה חלקי בלבד: גם אם מקובל לומר שהכנסת חופשית ורשאית לתקן ואף לבטל את חוקי-היסוד כרצונה (במגבלות השריונים הפורמליים), בית-המשפט כבר כרה לעצמו, בשורה של אמירות-אגב כבדות-משקל, מוצא של התגברות אף ממהלך כזה. מדובר בדוקטרינה שעניינה "עקרונות-היסוד של השיטה", ואשר

98 דובר מובהק של הגישה הזו הוא אדריאן ורמיול. ראו: ADRIAN VERMEULE, LAW AND THE LIMITS OF REASON (2009) (במונחים של תיאורמת המושבעים של קונדורסה, ובהנחה שיש תשובות נכונות לשאלות חוקתיות, לבתי-מחוקקים יש עליונות אפיסטמית מובהקת על בתי-משפט במתן פירושים נכונים למושגים חוקתיים). כן ראו: Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. (2006) 1346, 1376–1395 (המחוקק אינו נופל מבית-המשפט – ולא אחת עולה עליו – בהכרת המציאות, בניהול התדיינות מבוססת-טיעונים ובהתמודדות עם שגיאות העבר).

99 ראו אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה' 339, 351–357 (1999); יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" **משפט ועסקים** יד 214–218 (2012).

100 ראו: Ori Aronson, *Getting It Right: Institutional Design and Epistemic Competence in Law and the Limits of Reason*, 2 JRSML. REV. LEGAL STUD. 32, 33–34 (2010).

עשויה להביא לידי כך שבית-משפט יקבע את בטלותה של פעולת הכנסת אף כרשות מכוונת, כלומר, במישור של חקיקת-היסוד.

ההיסטוריה של דוקטרינה זו בישראל ידועה: ראשיתה בפסק-הדין בעניין **ירדור**, ובעיקר בדעה המצטרפת של השופט זוסמן באותה פרשה, שהייתה הראשונה שדיברה על "הכללים היסודיים, העל חוקתיים"¹⁰¹ החלים במשפט הישראלי, תוך הפניה היקשית להסדר הנצחיות בחוקה הגרמנית (ותוך הדגשה כי מנגנון של דמוקרטיה מתגוננת נחוץ "בארץ שאין לה חוקה כתובה" אף יותר מאשר בכזו שיש בה חוקה כתובה¹⁰²). ההמשך היה כבר בעיקר בידי השופט ברק, החל בהערת-האגב המפורסמת בפסק-הדין בעניין **עמותת לאו"ר**, אף ששם דובר באפשרות (שלא מומשה) להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה מכוח ערכי-היסוד של השיטה (באותו עניין – ערך השוויון);¹⁰³ והמשך בכתבתו האקדמית, שבה גובש הרעיון לכלל דוקטרינה בדבר סמכותו של בית-המשפט להגן על עקרון המדינה היהודית ועל עיקרי השיטה הדמוקרטית – בחירות עיתיות, הפרדת רשויות, עצמאותה של הרשות השופטת, זכויות-יסוד – מפני פגיעה באמצעות נורמה מכל רמה שהיא.¹⁰⁴ לבית-המשפט העליון הזדמן לדון באפשרות הביקורת השיפוטית על חוקתיותו של חוק-יסוד אחרי פרישתו של הנשיא ברק, בפרשת **בר-און**, שם נטען כי חקיקת-היסוד הזמנית בעניין התקציב הדו-שנתי אינה הולמת את המשטר החוקתי הישראלי. בית-המשפט (מפי הנשיאה בניש ובהסכמה רחבה) הכיר באפשרות הרעיונית של הכרזה שיפוטית על "תיקון חוקתי לא חוקתי", אף שהוא לא נצרך לקבוע את היקף חלותה של הדוקטרינה.¹⁰⁵

ככל שהמשפט הישראלי כולל אפשרות של ביקורת שיפוטית של חוקי-היסוד, ניתן לעורר את הטענה כי הכנסת אינה חופשית באמת להגיב על פעולות של ביקורת שיפוטית חוקתית רגילה, שכן המילה האחרונה מצויה למרות הכל בידי בית-המשפט. הקושי האנטי-רובני מזדקר אפוא מחדש: מה תועיל פעולת תגובה של הכנסת במישור חקיקת-היסוד, אם בית-המשפט יכול ממילא להגיב גם במישור זה באמצעות הדוקטרינה בדבר "עקרונות-היסוד של השיטה"? הייתכן שהכנסת לא הגיבה עד כה פשוט כי ידעה שמאחורי הפינה מסתתר שוב בית-המשפט העליון, ולכן ויתרה מראש על הניסיון?

101 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 390 (1965) (ההדגשה הוספה).

102 שם.

103 בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מה(3) 529, 554 (1990) ("באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה"). ראו גם ע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 394; בג"ץ 4676/94 מיטראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 26 (1996).

104 ראו למשל, לאחרונה, ברק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 379 ("לדעתי, יש מקום לגישה כי סמכותה המכוונת של הכנסת אינה כל יכולה. כך לעניין כינונו של חוק-יסוד חדש, וכך לעניין תיקונו של חוק-יסוד קיים. ניתן לומר כי בשני המקרים חייבת הכנסת, כרשות מכוונת, לפעול במסגרת עקרונות יסוד וערכי היסוד של המבנה החוקתי שלנו").

105 בג"ץ בר-און, לעיל ה"ש 19, פס' 34 לפסק-דינה של הנשיאה בניש. רעיון התיקון החוקתי הלא-חוקתי מוכר בנוף ההשוואתי, וידע גילומים שונים ורמות שונות של פיתוח ואימוץ בדמוקרטיות חוקתיות שונות. לסקירות ראו ברק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 363–373; Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments* –

The Migration and Success of a Constitutional Idea, 61 AM. J. COMP. L. 657 (2013)

אפילו נניח שחברי-הכנסת היו מודעים (ובדיוננו כאן, כפי שצינתי לעיל, אני מניח מודעות כזו) לקיומה של הדוקטרינה הסבוכה הזו ולמופעיה הנדירים בהיסטוריה הפסיקתית, דומני שזהו הסבר בלתי-מספק. אף שהרעיון בדבר "עקרונות-היסוד של השיטה" נוכח בשיטת המשפט הישראלית, ואף שבמקרה אחד קבע שופט יחיד – השופט חשין בדעת מיעוט בעניין חוק דחיית השירות לתלמידי ישיבות¹⁰⁶ – כי יש לעשות בו שימוש כדי להפעיל ביקורת שיפוטית (על חקיקה רגילה), בפועל ניכר שבית-המשפט העליון נרתע מאוד מלגשת לתחום הרגיש הזה, ורואה בדוקטרינת "עקרונות-היסוד" אפשרות-קצה נדירה. הנשיא ברק טרח להתנגד באופן מפורש למהלך של השופט חשין בעניין גיוסם של תלמידי הישיבות;¹⁰⁷ והנשיאה בניש שיקפה את הרתיעה הזו בהביעה תקווה כי "מוטב אם לא יתרחש לעולם" הרגע שבו יעמוד בית-המשפט מול הצורך לבטל חוק-יסוד מפאת תכניו.¹⁰⁸ דומה שהיא הדהדה בכך את דבריו המפורסמים של השופט האמריקני לרנד הנד בדבר חוסר התוחלת של התייצבות שיפוטית נגד חקיקה אנטי-דמוקרטית מובהקת (בכל רמה נורמטיבית): ביום שבו תחליט הכנסת לוותר על עקרון-יסוד של השיטה הדמוקרטית, גם התנגדותו של בית-המשפט העליון לא תועיל לנו.¹⁰⁹ על-כן ברוב הנסיבות שניתן להעלות על הדעת הסיכוי המעשי שבית-המשפט העליון יפנה למסלול של "עקרונות-היסוד של השיטה" – בוודאי ביחס לחקיקת-יסוד – הוא נמוך מאוד.

יתר על כן, נראה שהדבר נכון במיוחד לגבי תיקונים חוקתיים שהיו מסתפקים בביטול הוראה כלשהי מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואפילו לגבי ביטול חוק-היסוד בכללותו. קשה לומר שעצם העדרו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא כל שכן העדרה של הוראה מהוראותיו, מעמידים את ישראל במצב שסותר את עקרונות-היסוד של שיטתה. הרי כבוד האדם וחירותו, והזכויות הנגזרות מהם, יכולים להישמר על-ידי הרשות המחוקקת בראייה תוצאתית גם בלי חוק-יסוד שמנחה אותה לכך. במובנים רבים זה היה המצב לפני 1992, וזהו המצב כיום ביחס לכל אותן זכויות שטרם זכו להתקבע בחקיקת-יסוד, כגון שוויון, חופש הביטוי וחופש המצפון (אף שחלקן הוכללו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו במהלכים פרשניים). קביעה שיפוטית שלפיה ביטול של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו סותר את עקרונות-היסוד של השיטה שקולה להטלת חובה על הכנסת – כרשות מכוננת! – לחוקק חוקי-יסוד מסוימים. אומנם בארצות-הברית, שאין בה הוראת נצחיות מן הסוג הגרמני, נשמעות לעיתים אמירות שלפיהן אין להכיר, למשל, בביטולו של התיקון הראשון לחוקה או בעיגון חוקתי של הפליה גזעית או של שלטון מלוכני, אפילו יעמדו

106 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, 725 (2006). כעשור קודם לכן כבר התייחס השופט חשין לרעיון זה בהקשר של זכות הגישה לערכאות: ע"א 733/95 ארפל אלומיניום נ' קליל תעשיות, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997).

107 בג"ץ התנועה לאיכות השלטון, שם, פס' 72 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

108 בג"ץ בר-און, לעיל ה"ש 19, פס' 34 לפסק-דינה של הנשיאה בניש.

109 ראו: Learned Hand, *The Contribution of an Independent Judiciary to Civilization, in THE SPIRIT OF LIBERTY* 155, 164–165 (Irving Dilliard ed., 1953 [1942]) ("a society so riven that the spirit of moderation is gone, no court can save")

בתנאים הפורמליים הנוקשים הקבועים בחוקה;¹¹⁰ אך ספק אם ניתן להשליך מהעוצמה הפוליטית של נורמות חוקתיות בנות מאה ומאתיים שנה על המצב הישראלי.

3. שיווי-משקל (מאזן אימה)

הסבר שלישי למחדלה של הכנסת קרוב לטיעון ההסכמה שנידון לפני כן, אך מובחן ממנו. מדובר בטיעון שלפיו המחוקקים אומנם לא היו מרוצים (ואינם מרוצים) מן העובדה שבית-המשפט נכון לבטל את פעולותיהם הרובניות, אך דעו להשתמש בכלים רכים יותר מאשר חקיקת-יסוד נוגדת כדי לבסס "מודוס ויוונדי" מול בית-המשפט. באמצעות כלים אלה הבהירו המחוקקים איזו מידה של ביקורת שיפוטית תהיה נסבלת מבחינתם, ומה ייחשב חציית גבול שתוביל לתגובה חוקתית תקיפה. על-פי הסבר זה נוצר כעין שיווי-משקל בין שתי הרשויות במישור החוקתי: הכנסת מאפשרת מידה מוגבלת של ביקורת שיפוטית ללא תגובה (אף שהייתה מעדיפה ביטול מוחלט של הסמכות) – למשל, כדי ליצור מראית-עין של שלטון חוק אפקטיבי, כדי לא להיחשף לביקורת ציבורית או כדי להגן על עצמה מפני כוחן הנוגד של כנסות עתידיות; ואילו בית-המשפט בוחר בקפידה את המקרים שבהם יפעיל את הביקורת השיפוטית, כדי לא לערער את הסדר הקיים יתר על המידה, מצד אחד, אך בו-בזמן לשמר את חירותו לגעת מדי פעם ב"עצב חשוף", מצד אחר. בד בבד שתי הרשויות מאפסנות את "נשק יום הדין" – הכנסת אינה שוללת בחוק-יסוד את סמכות הביקורת השיפוטית (או את תוכן של הוראות הזכויות), ואילו בית-המשפט נמנע מהפעלת הביקורת השיפוטית בהקשרים רגישים במיוחד או במצבים שבהם התמיכה הפוליטית בחקיקה שעל הפרק הייתה מובהקת.

זו אחת הדרכים להסביר שורה של פסיקות משמעותיות של בית-המשפט העליון בעידן המהפכה החוקתית שבהן נדחתה טענה בדבר אי-חוקתיות של חקיקה – למשל, בעתירה נגד תוכנית ההתנתקות מרצועת עזה¹¹¹ ובזו שעסקה בפטור מאחריות פלילית לנאבקים נגד ההתנתקות,¹¹² בשתי העתירות בעניין איחוד משפחות של ישראלים עם בני-זוג פלסטינים,¹¹³ בעתירה נגד איסור ההעבדה של יהודים בשבת,¹¹⁴ בעתירות בעניין הקיצוץ המשמעותי בקצבאות הבטחת הכנסה (עתירת ה"קיום בכבוד"),¹¹⁵ בעתירה נגד החוק המתיר שלילת מימון ממוסדות המאזכרים את ה"נכבה",¹¹⁶ בעתירה נגד התמשכותו של מצב החירום בישראל¹¹⁷ וכן בעשרות

110 ראו, למשל: John Rawls, *Political Liberalism* 238–239 (2005); Walter F. Murphy, *An Ordering of Constitutional Values*, 53 S. CAL. L. REV. 703, 754–757 (1980); Laurence H. Tribe, *The Invisible Constitution* 33–34 (2008).

111 בג"ץ מועצה אזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 37.

112 בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 23.2.2012).

113 בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: בג"ץ איחוד משפחות א); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012).

114 רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 1 (2003); בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת, אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38 (2005).

115 בג"ץ עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 50.

116 בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי אורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2012).

רבות של עתירות נוספות שלא עסקו ב"נושאים חמים" אך עוררו טענות חוקתיות רציניות. כל פסקי-הדין הללו נומקו כמובן באמצעי ההצדקה השיפוטיים הרגילים, חלקם הוכרעו תוך מחלוקת בין חברי ההרכב, ומן הסתם לפחות חלק מן השופטים שתמכו בהם סברו כי הם נכונים גם מבחינה משפטית. אך בראייה ריאליסטית-תוצאתית ניתן לתארם כרצף של "הימנעויות" שיפוטיות מפני עימות פוליטי עם רשויות השלטון האחרות ואולי אף עם הציבור הכללי. לפי ניתוח זה, ברגעי משבר שני הצדדים מסתפקים בהצהרות פומביות ובאיומים (מפורשים יותר או פחות) באשר לתוצאותיה של התערבות-יתר של אחד המוסדות בתחומי העיסוק המרכזיים של האחר. דוגמה לכך, שכבר הוזכרה לעיל, היא הודעת הכנסת שאימה ב"משבר חוקתי" לנוכח פעלתנותו של בית-המשפט העליון בעניין הקיצוץ בקצבאות הבטחת הכנסה – איום שלפחות בבחינה תוצאתית נראה כי פעל את פעולתו, שכן בית-המשפט (בהרכב אחר) נסוג מקביעתו המקורית והחזיר את העתירה לפסיה המקוריים, בדרך לדחייתה הסופית.¹¹⁸ גם תקופות שבהן גובר זרם ההצעות לחקיקה ולחקיקת-יסוד בדבר סמכויות בג"ץ, בדבר הרכבו הפרסונלי של בית-המשפט העליון או בדבר ההליך של בחירת שופטיו – הצעות שרובן המכריע לא הבשילו לכלל חקיקה – יכולות להיתפס כרגעים של העברת מסר מאיים מן המחוקק אל השופט, מסר שאינו מגיע לכדי ביטול מוחלט של הביקורת השיפוטית החוקתית או של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם אך מזכיר שהאפשרות לכך קיימת.¹¹⁹ השופטים, מצידם, מעבירים גם הם את מסריהם – בפסיקה, בהתבטאויות פומביות,¹²⁰ בכתובה אקדמית, במאמרי-דעה אוהדים שכותבים שותפיהם לאליטה המשפטית, בהדגשת חשיבותה של העצמאות השיפוטית למעמדה

117 בג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 8.5.2012).
118 לתיאור (לקוני) של תהפוכות ההליך ראו בג"ץ עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 50, בעמ' 475–476.

119 כך מבין גם ידלין את התנהגותה של הכנסת בתגובה על אקטיביזם שיפוטי, והוא מציע טיפולוגיה ראשונית של "אמצעי תגובה ש"כאיבו יותר לרשות השופטת": חקיקת התגברות; איום בהקמת בית-משפט לחוקה; איום בהגדלת בית-המשפט העליון ובשינוי הרכבו; שינוי חקיקתי של הליך קבלת ההחלטות בבית-המשפט העליון; ואף "אמצעים ישירים פחות", כגון הקמתה של נציבות תלונות הציבור על שופטים או התערבות בתקציבה של הרשות השופטת. ידלין, לעיל ה"ש 81, בעמ' 716–719. כן ראו ספיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 138–160 (תיעוד ההצעות לשינוי הרכיבים המוסדיים של הביקורת השיפוטית החוקתית כמענה למהפכה החוקתית). בפועל הייתה התערבותה של הכנסת בהיבטים המוסדיים של בית-המשפט העליון בעידן המהפכה החוקתית מועטה ביותר, וכללה קביעת רוב מיוחד בוועדה לבחירת שופטים לצורך מינוי שופטי עליון (ס' 7(ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי-המשפט)); קציבת תקופת הכהונה של נשיא בית-המשפט העליון ומשנהו (ס' 8(ב) לחוק); הוספה של דרישת מינום של שלוש שנים לכהונת הנשיא (ס' 8(ג) לחוק); וביטולה, כדי לאפשר את מינויו של השופט גרוניס לנשיא (חוק בתי המשפט (תיקון מס' 67), התשע"ב-2012, ס"ח 98; הטעם האישי של מציע החוק, חבר-הכנסת יעקב כץ, הוזכר בדבריו במליאת הכנסת – ראו פרוטוקול ישיבה מס' 267 של הכנסת ה-18, 175 (27.7.2011) online.knesset.gov.il/PDF/15326/PDF_15326.PDF.

120 ראו, למשל, את התבטאויותיהם של הנשיאה היוצאת והנשיא הנכנס של בית-המשפט העליון ביחס להצעת חוק בתי המשפט (בוררות חובה) (הוראת שעה), התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 1322: מארק שון "הנשיאה נגד השר והבוררים: 'חוק בוררות חובה יביא להפרטת שירותי המשפט'" **כלכליסט** 14.9.2011 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3531670,00.html; תומר זרחין "בעקבות התנגדות גרוניס: דיון מחדש בחוק בוררות החובה" **הארץ** 4.9.2012 www.haaretz.co.il/news/law/1.1816003.

הבין-לאומי של ישראל – וממחישים בדרך זו את העלות הציבורית שתהיה להתערבות-יתר של הכנסת בפעילות השיפוטית.

בפועל, כפי שכבר צוין, הביקורת השיפוטית החוקתית נוסח ישראל נעשית לפי שעה במשורה – במקרים ספורים שרק חלקם עוררו פולמוס פוליטי של ממש. האפשר אפוא שהכנסת לא הגיבה על הפעילות החוקתית של בית-המשפט פשוט משום שהיא לא מצאה בכך צורך? הייתכן שחברי-הכנסת חשים כי יש בידיהם כלים אפקטיביים יותר להגבלת האקטיביזם השיפוטי במישור החוקתי, והם אינם נזקקים לשינוי חוקי-היסוד עצמם?¹²¹

זהו ניתוח אפשרי, אך נראה שהוא מתאר אסטרטגיה מסוכנת מנקודת-ראותה של הכנסת, כי קשה להבטיח את יציבותו של שיווי-המשקל האמור לאורך זמן. בית-המשפט אינו פועל רק מול הכנסת – יש לו נמענים נוספים, ובכלל זה הציבור הרחב, הקהילה המשפטית והאליטה התרבותית בישראל, וכן עמיתים מארצות אחרות. לכנסת אין שליטה מלאה בתמריציהם של השופטים – במיוחד של אלה שכבר זכו בקידום האחרון האפשרי, לבית-המשפט העליון – וחוסר פעולה מצידה לאורך זמן, בלוויית התגברות זהירה והדרגתית של עוצמת הביקורת השיפוטית, עשויים לקבע בתודעה האזרחית מבנה של עליונות שיפוטית בעניינים חוקתיים. תהליך כזה יכול לכרסם לאורך זמן בלגיטימציה – ולכן באמינות – של האיום החקיקתי. אכן, ניתן להבין את האופן שבו פיתח בית-המשפט העליון את דוקטרינת הביקורת השיפוטית שלו למן שנת 1995 כמכוון למגמה זו: החל באוביטר המפואר בפסק-הדין בעניין **בנק המזרחי**; עבור בפסקי-דין בעלי תחולה מוגבלת ורגישות פוליטית נמוכה בפרשות **לשכת מנהלי ההשקעות וצמח**; המשך בשלוש החלטות בעלות היבט פוליטי גובר בפרשות **אורון**, **מועצה אזורית חוף עזה ועדאלה**; וכלה בשורה של פסקי-דין שניתנו דווקא אחרי פרישתו של אהרן ברק מבית-המשפט אך שאפשר להבינם כ־אקטיביסטיים ביותר בעידן הביקורת השיפוטית: ביטול הפרטת בתי-הסוהר (פסילת חקיקה מבנית מקיפה על-יסוד פגיעה מושגית בזכות ערטילאית), גיוסם של תלמידי הישיבות (אחד מתפוחי-האדמה הלוחטים ביותר בפוליטיקה הישראלית של ארבעת העשורים האחרונים), חובת המדינה להגן על הקיום בכבוד באמצעות קצבאות הבטחת הכנסה (הרחבת הפרשנות החוקתית של המושג "כבוד" בהקשר השנוי במחלוקת של זכויות כלכליות), חובת המדינה לנהוג שוויון בהקצאת הטבות מס ליישובים יהודיים וערביים (מערכת היחסים הטעונה ביותר בציבור הישראלי) ואיסור משמורת ממושכת של מסתננים (האתגר החברתי המורכב ביותר של השנים האחרונות).

פסק-הדין בעניין **נסר**, שעסק בהפליה במתן הטבות מס ליישובי פריפריה, ראוי לאזכור מיוחד, שכן הייתה זו הפעם הראשונה שבה ביטל בית-המשפט העליון חקיקה ראשית של הכנסת בהרכב נומינלי של שלושה שופטים בלבד (אם כי במותב בכיר – הנשיאה היוצאת ביניש, הנשיא הנכנס

121 הניסיון לאתר שיווי-משקל אסטרטגי בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת באמצעות כלי הניתוח של תורת המשחקים הינו מהלך נפוץ בכתיבה בתחום, והוא נעשה גם ביחס לשיטות חוקתיות שבהן אין למחוקק יכולת להשפיע על תוכני החוקה באופן ישיר ומיידי. ראו, למשל, Rogers, לעיל ה"ש 93; Georg Vanberg, *Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review*, 45 AM. J. POL. SCI. 346 (2001). כאמור, גם בישראל נעשו כמה עבודות מחקריות זו שביקשו לאתר את רמת הפעילות אשר תהא נסבלת מבחינת שני המוסדות ותשמר שיווי-משקל חוקתי לאורך זמן. ראו ידלין, לעיל ה"ש 81; כהן, לעיל ה"ש 79; בבנשתי, לעיל ה"ש 93; ברק מדינה "משפט ציבורי" הגישה הכלכלית למשפט 565, 633–630 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012).

גרוניס והמשנה לנשיא ריבלין), ותוך שהוא עושה שימוש בסעד החוקתי הייחודי של "הרחבת ההסדר" (reading in).¹²² כל הביטולים הקודמים של חקיקה ראשית – וגם רבות מהחלטות לא לבטל חקיקה ראשית – נעשו בהרכבים מורחבים של בין שבעה לאחד-עשר שופטים. את ההחלטה לפסוק בפרשה רגישה זו בהרכב רגיל ניתן להסביר בתנאי הזמן: פסק-הדין ניתן ימים ספורים לפני סיום שלושת "חודשי הכתיבה" של הנשיאה הפורשת ביניש,¹²³ כך שהרחבת ההרכב באותו שלב לא הייתה מעשית. אך ניתן לקרוא את הבחירה המוסדית הזו גם כהפגנה של נורמליזציה של מוסד הביקורת השיפוטית בעיני בית-המשפט: אם בשנת 1997 נדרשו אחד-עשר שופטים כדי לבטל הוראת-מעבר שפגעה באופן זמני וחלקי בחופש העיסוק (שהיא זכות מפורשת ומשוריינת), בשנת 2012 די בשלושה שופטים לבטל הסדר חלוקתי מקיף עקב פגיעה בזכות לשוויון (שהיא זכות משתמעת בלבד, הנגזרת מהזכות לכבוד, שאינה משוריינת).

על-פי ניתוח זה היינו עדים בשני העשורים האחרונים למגמה עקבית של החרפה (אסקלציה) בפעלתנות החוקתית של בית-המשפט העליון¹²⁴ אל מול סבילות יחסית של הרשויות הפוליטיות – "הכלבים נובחים והשיירה עוברת". אף שבית-המשפט העליון אינו עושה עדיין שימוש סיטוני בכלי הביקורת השיפוטית, הוא נכון להפעילו בתיקים מעוררי מחלוקת במידה הולכת וגוברת, ולעשות זאת תוך שימוש באמצעים דוקטרינריים ודינוניים יומרניים יותר.

למעשה, בשני העשורים האחרונים נקטו הרשויות הפוליטיות עצמן שורה של מעשים אקטיביים שביטאו הכרה בסמכות הביקורת השיפוטית החוקתית (ולא רק "הסכמה בשתיקה"). בכך דיללו הן עצמן את האפקטיביות של האיום הדרוש לכאורה לשימורו של שיווי-המשקל האסטטרגי. במסגרת זו ניתן למנות, ראשית, את התיקון משנת 1994 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, אשר הוסיף לחוק את פסקת ההתגברות. היה אפשר להבין מהלך זה כהכרה של הכנסת – אם כי עוד ב"ימי התום" שלפני פסק-דין **בנק המזרחי** – בכך שחקיקתה בתחום ייבוא הבשר עלולה לא לעמוד בביקורת בג"ץ. בחקיקה נוספת – תיקון לחוק הכנסת משנת 2008 – נקבעה זכותה של הכנסת להתייצב בהליכים שיפוטיים שמתעוררת בהם "שאלת תוקפו של חוק", וממילא הוכרה במסגרת זו האפשרות שבית-משפט הוא שיכריע באותה שאלה.¹²⁵ הצעת החוקה של ועדת החוקה,

122 בג"ץ נסר, לעיל ה"ש 37, פסי' 57–61.

123 ראו סי' 15 (א) לחוק בתי-המשפט. הנשיאה ביניש פרשה מכס השיפוט ב-28.2.2012. פסק-הדין בעניין נסר ניתן ב-22.5.2012.

124 ראו גם אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" **משפט וממשל** ו 305, 305 (2003) (אפיון החלטות חוקתיות של בית-המשפט העליון משנת 2003 – בבג"ץ **חרות**, לעיל ה"ש 37, ובבג"ץ 3511/02 **עמותת "הפורום לדז קיום בנגב" נ' משרד התשתיות**, פ"ד נז(2) 102 (2003) – כ"עולות בתעוזתן התיאורטית ובהשלכותיהן המשפטיות והפוליטיות הפוטנציאליות על אלה של המהפכה החוקתית המקורית").

125 ראו סי' 17(1) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, שנוסף בחוק הכנסת (תיקון מס' 23), התשס"ח-2008, ס"ח 205. בדיון של ועדת הכנסת שהכינה את הצעת החוק לקריאות השנייה והשלישית נסב חלק ניכר מהדיון על השאלה אם החקיקה מהווה הכרה בפועל בסמכות הביקורת השיפוטית החוקתית. יוזם החוק, חבר-הכנסת מיכאל איתן, הכיר בכך: "במידה מסוימת הכנסת עושה מעשה שלי קשה לחיות איתו כי פעם ראשונה הכנסת אומרת במפורש שלבית המשפט מותר לפסול חוקים. אני נגד זה... בעצם האמירה שלי שאני בא ומשתתף במשחק אפשר לומר שאני כבר במשחק." עם זאת, הוא ציין כי מדובר ב"רע במיעוטו" לנוכח הפרקטיקה השיפוטית – שכבר השתרשה ואשר אי-אפשר עוד להתעלם ממנה – של ביטול חקיקה ראשית. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 204 של ועדת הכנסת, הכנסת ה-17 (4.2.2008).

חוק ומשפט של הכנסת משנת 2006 כוללת הסמכה מפורשת של בית-המשפט העליון לקיים ביקורת שיפוטית חוקתית (גם אם בתנאים מוגדרים).¹²⁶ ולאחרונה, תזכיר חוק-יסוד: החקיקה¹²⁷ שפרסם משרד המשפטים בשנת 2012 (תחת השר הלעומתי יעקב נאמן) כולל אף הוא הסמכה נרחבת לביקורת שיפוטית חוקתית (תוך יצירת הסדר התגברות מקיף).

איני מציע לראות במהלכים אלה ראייה לכך שמתחילה הסכימו הרשויות הפוליטיות עם משטר המהפכה החוקתית: התיקון משנת 1994 התרחש עוד לפני שהתברר מלוא היקפה של המהפכה בפסק-הדין בפרשת **בנק המזרחי** (ובפרט הקביעה בדבר שדרוג מעמדם של כל חוקי-היסוד); ואת המהלכים האחרים נכון לראות כנסיונות למזעור נזקים, להבדיל מאימוץ נלהב. חשיבותם בהקשר הנוכחי היא בהדגימם כיצד התקשתה הכנסת לאורך השנים להציג איום אמין בעל עוצמה קבועה מול הרשות השופטת. בית-המשפט העליון דיבר ככלל בקול אחד לאורך השנים ברוב הסוגיות החוקתיות המרכזיות. כך, באחד-עשר ההרכבים שביטלו חקיקה ראשית של הכנסת בעידן המהפכה החוקתית (במסלול המבוסס על פסקת ההגבלה של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם) ישבו בסך-הכל 97 שופטים, ואף-על-פי-כן נכתבו באותם פסקי-דין רק 6 דעות מיעוט (שבעה מבין אחד-עשר פסקי-הדין ניתנו פה אחד).¹²⁸ גם הרוב המוחלט של פסקי-הדין הרבים שדחו עתירות בדבר אי-חוקתיותם של חוקים ניתנו פה אחד או קרוב לכך.¹²⁹ בית-המשפט הציג אפוא חזית אחידה ועקבית כמעט לגמרי בדוקטרינה החוקתית שלו.¹³⁰ הרשויות הפוליטיות, עם התנאים

126 ראו ועדת החוקה, חוק ומשפט "חוקה בהסכמה רחבה" (הצעת חוקה למדינת-ישראל) פרק שישי, ס' 13 (2006) חוקה:השפיטה/huka.gov.il/wiki/index.php.

127 לעיל ה"ש 84.

128 אם נוסיף למניין את ההחלטה בעניין **בנק המזרחי**, שקבעה את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית (גם אם לא הפעילה אותה), ואת פסקי-הדין בעניין **חרות** ובעניין **יקותיאל**, שקיימו ביקורת שיפוטית במסלולים חריגים (ראו לעיל ה"ש 37), המאזן נותר דומה: 8 דעות מיעוט מתוך 116 שופטים.

129 החריג הבולט, המעיד במובהק על הכלל, הוא שני פסקי-הדין בעניין "איחוד משפחות" (בג"ץ **איחוד משפחות א** ובג"ץ **גלאון**, לעיל ה"ש 113) – המקרים היחידים עד כה שבהם הוכרעו עתירות חוקתיות בהרכב מורחב על חודו של קול (6: 5 בשתי הפעמים).

130 ניתן לעורר את השאלה אם מסלול ההחרפה שאפיין את תקופת נשיאותם של ברק וביניש, והאידיאולוגיה השיפוטית ההומוגנית שאפיינה את בית-המשפט בתקופות אלה, עשויים להשתנות בעידן נשיאותו של השופט גרוניס. יש אומנם כמה ראיות לכך שבית-המשפט העליון החל להקשות על עותרים חוקתיים באמצעות חסמים שלא היו נפוצים בתקופת קודמיו, כגון פסיקת הוצאות על עותרים ציבוריים (ראו, לדוגמה, בג"ץ 2114/12 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל**, פס' 16 (פורסם בנבו, 15.8.2012); בג"ץ 4567/12 **תנועת אומ"ץ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 7 (פורסם בנבו, 15.7.2012); בג"ץ 1802/12 **יונה נ' משרד התחבורה, התשתיות הלאומיות והבטיחות בדרכים**, פס' 8 (פורסם בנבו, 14.3.2012); ענבר לוי ונדיב מרדכי "פסיקת הוצאות לעותרים ציבוריים בבג"ץ: האם כל השערים ננעלו?" **משפטים על אתר** ו 35, 44–54 (2013)) או החיאת עילות-סף דוגמת בשלות (ראו, לדוגמה, בג"ץ **בוגרי התיכון הערבי אורתודוכסי בחיפה**, לעיל ה"ש 116, פס' 36; בג"ץ 3803/11 **איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל**, פס' 12 (פורסם בנבו, 5.2.2012)). אולם ה"רפורד" הפסיקתי של הנשיא גרוניס כולל הצטרפות לרבות מן הפסיקות החוקתיות המשמעותיות ביותר של בית-המשפט, בין היתר בעניין בית-הסוהר הפרטי (בג"ץ **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים**, לעיל ה"ש 37), בעניין השוויון בהטבות מס ליישובים יהודיים וערביים (בג"ץ **נסר**, לעיל ה"ש 37) ובעניין מעצר המסתננים (בג"ץ **אדם**, לעיל ה"ש 37). גרוניס התבלט אומנם כמתנגד לביקורת שיפוטית חוקתית בנושא גיוסם של תלמידי הישיבות (בג"ץ **התנועה לאיכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 106, ובג"ץ **רסלר**, לעיל ה"ש 6), והציג באותן פרשות תיאוריה מתחרה לזו של הנשיא ברק בנוגע ללגיטימציה חוקתית, אך קשה לומר שזו גישתו העקבית.

המוסדיים התזזיתיים המאפיינים אותן, לא יכלו לו במישור זה. ארחיב עוד על נושא זה כאשר אדון, במסגרת ההסבר החמישי, בהשפעת הסטטוס-קוו על המשטר החוקתי המתגבש. לענייננו די באמור כאן לחוש בפער שבין איומי הרשות השופטת לבין איומי הרשות המחוקקת בנוגע להחרפת הפעילות החוקתית. ככל שהיה אפוא שיווי-משקל בין השחקנים השונים בעת כלשהי, התמונה המצטיירת כעת משקפת לכאורה את שחיקתו הנמשכת.

רעיון "מאזן האימה" (או שיווי-המשקל) יכול אולי להסביר מדוע הכנסת לא "שברה את הכלים" עד כה, במובן של שלילה גורפת של סמכות בג"ץ לקיים ביקורת שיפוטית חוקתית או פוליטיזציה מוחצנת של הליכי האיוש של בית-המשפט העליון; ובה-במידה מדוע בית-המשפט לא נהפך למבטל סיטוני של חקיקה ראשית. אך זהו הסבר שמתייחס לתרחישים הקיצוניים ביותר, אשר ייתכנו ככלל רק בנסיבות חריגות. ההסבר של שיווי-משקל אינו נותן מענה לשאלה המעשית יותר העולה מן השגרה החוקתית שהתפתחה בשני העשורים האחרונים: מדוע בית-המשפט מסוגל לבצע פעולות חוקתיות יצירתיות, מורכבות ומעוררות מחלוקת, גם אם באורח מדוד וזהיר, בעוד הכנסת משותקת לגמרי מעשייה חוקתית בתחומים שמעסיקים את בית-המשפט? ברמה הזו מה שמצטייר אינו שיווי-משקל, אלא מערכת יחסים שבה מוסד אחד פעיל (במידה כזו או אחרת) והמוסד האחר סביל (לגמרי). הסבר שיווי-המשקל מועיל, אך אינו מספק.

4. בושה

גם הכנסת אינה פועלת רק מול בית-המשפט. גם לה יש נמענים נוספים, אשר לא אחת חשובים לה יותר מאשר שופטי בית-המשפט העליון. חברי-הכנסת פועלים לא רק כדי להגן על ריבונותו של המוסד שאליו הם משתייכים, אלא גם כדי להגן על כסאותיהם מפני הדחה בבחירות ועל מעמדם מפני עלויות פוליטיות אחרות של התנהגות הנתפסת כלא-ראויה בעיני קהל הבוחרים או בעיני הסוכנים המעצבים את דעת הבוחרים. פעולה של חבר-כנסת במישור החוקתי נושאת על-כן משמעות גם בצירים פוליטיים נוספים (לבד מהמשחק האסטרטגי מול בית-המשפט), וצירים אלה עשויים להפעיל כוחות סותרים על תמריצו של חבר-הכנסת, אף אם הוא סובר כי ראוי מבחינה עניינית להגיב על פסיקה של ביקורת שיפוטית באמצעות שינוי של חוק-היסוד.¹³¹ בהקשרנו, דומה שקל לשער מה יהיו כותרות העיתונים – ואיזו עלות פוליטית תהיה כרוכה בהן – בעקבות חקיקה שתוכנה יהיה ביטול חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או ביטול הזכות לכבוד לבדה. מרגע שכבוד האדם נהפך לזכות חקוקה, ולו ברוב הגבולי שבו אושר חוק-היסוד, ובוודאי משעה שהוא נהפך לרכיב-חובה בשיעורי האזרחות ובשיח המשפטני, סביר שהעלות הפוליטית של ביטולו תהיה משמעותית הרבה יותר מן העלות הפוליטית שהייתה כרוכה באי-חקיקתו מלכתחילה. ייתכן

בית-המשפט, בהרכבים בראשות הנשיא, מעיין כיום בכמה עתירות חוקתיות בולטות. לכשיכרע גורלן יהיה אפשר אולי לאפיין באופן מדויק יותר את "רוח גרוניס" בתחום הביקורת השיפוטית. עתירות אלה כוללות את בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' כנסת ישראל** (עתירה נגד "חוק החרם"); בג"ץ 2311/11 **סבח נ' הכנסת** (עתירה נגד "חוק ועדות קבלה"); ובג"ץ 8425/13 **גבריסלאסי נ' הכנסת** (עתירה נגד התיקון האחרון ל"חוק המסתננים").

131 על ריבוי הכוחות הסותרים המשפיעים על תמריצו של מחוקק ראו Bar-Siman-Tov, לעיל ה"ש 80, בעמ' 827–828, 866; Elizabeth Garrett & Adrian Vermeule, *Institutional Design of a Thayerian Congress*, 50 DUKE L.J. 1277, 1287–1289 (2001).

שלחברי-כנסת יש עור עבה, אך אין ספק שיש היבט מבייש – shaming – בהיותך חתום על חוק שמבטל או מסייג את עיגונו של ערך מוסרי יסודי במשפטנו. ביטול כבוד האדם וביטול הבחירה הישירה לראשות הממשלה הם דברים שונים מאוד: הראשון נשמע כמו פעולה נגד המוסר, ולכן עלויותיו הפוליטיות ניכרות; ואילו השני נשמע כתיקון הנדסי של מעצב מוסדי, ומכאן זמינותו הפוליטית.

ניתן לחוש שאנו עוברים כעת לסוג אחר של הסברים לאי-פעולתה של הכנסת. אין מדובר עוד בבחירה רובנית רצונית לא להגיב על מהלכיו של בית-המשפט העליון, בין מהסכמה ובין מטעם אחר. תחת זאת אנו עוסקים במצבים שבהם רוב חברי-הכנסת עשויים לרצות לפעול במישור החוקתי נגד הביקורת השיפוטית, אך נתון מיצוני לעניין מעכב או בולם את המהלך על-אף הרצון הרובני. בהקשר של הבושה, הנתון המעכב הוא עצם ההצלחה המקורית להעביר בכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולהציף אותו לתודעת הציבור והאליטות בתוכו כנורמה בעלת משקל מוסרי ניכר. מרגע שחוק-יסוד כזה קיים, ומרגע שאנו יודעים ומתחנכים עליו, יידרש אומץ חקיקתי חריג להחליט על מחיקתו מספר החוקים, וכמדומה גם להחרגת עניינים מסוימים מתחום חלותו, וזאת אף אם הציבור (על-פי הקריטריון הרובני) יתמוך בתוכנו של ההסדר החורג עצמו. העובדה שהמשפט הוא מערכת של נורמות גלויות, ושהליך החקיקה חשוף גם-כן, יוצרת עלות של ביוש לחבר-הכנסת, לסיעה או לקואליציה המבקשים לסטות מהסדר זכויות קיים. זו עלות שמייחדת את ההקשר החוקתי, מפני שנורמות חוקתיות, ובראש ובראשונה הוראות הזכויות החוקתיות, הן באופן טיפוסי כלליות בנוסחן ורוויות-ערכים בתוכן. מחוקק שיבקש לגרוע מהן, או ליצור מנגנוני החרגה או התגברות עליהן, עלול להיתפס – לפחות בתנאי התרבות הפוליטית המוכרים לנו – כפוגע בערך אשר בנוסחו הכללי קשה לחלוק עליו (שהרי מי מתנגד ל"כבוד" או ל"חירות"?).

אם כן, האמירה השגורה (והנכונה מבחינה פורמלית) כי הכנסת חופשית לבטל את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מבליעה את ההמשך המתבקש של המשפט, אשר ראוי שישקף את העלות הפוליטית שתהיה כרוכה בכך מן הסתם – משהו בסגנון "ועכשיו בואו נראה אותה עושה זאת". סביר שלא תגורר זה המונח לפתחה של הכנסת יש גם היבטים תרבותיים: ככל שהמהפכה החוקתית ומעמדו הפוליטי של בית-המשפט העליון (במסורת ברק-ביניש) נתפסים כנכסים אידיאולוגיים של מגזר תרבותי-מעמדי מסוים – בוודאי כזה שנתפס כבעל ייצוג-יתר בפרופסיה המשפטית, בתקשורת, בכלכלה ובאקדמיה – כן המאבק על עיצוב המשטר החוקתי לעתיד לבוא מקבל גוונים של מלחמת-תרבות כוללת, כשעל הפרק גורלה של הדמוקרטיה הישראלית ושל המחויבות הליברלית של המשטר הישראלי ושל החזון הציוני בכללותו.¹³² וככל שהמאבק נוגע יותר בערכי-הליבה של ישראל כן מתעצם הכוח המרתיע את המבקשים לשנות את ההסדר החוקתי שאומץ, באשר הוא נתפס כגורלי לשרידותה של ישראל כדמוקרטיה ליברלית. אומנם, מן הצד האחר בוחרתן של מפלגות מגזריות או אידיאולוגיות עשויים דווקא לתגמל פעולה נגד המהפכה החוקתית, אך ראשית, נראה שכיום אין מדובר עדיין בזרם מרכזי בפוליטיקה המפלגתית בישראל, ושנית, הטיעון המבוסס על עוצמתה של האליטה התרבותית מניח כי בכוחה לגרום לנבחרים לתת משקל-יתר להעדפותיה אל מול אלה של הציבור הרחב.

132 ראו, למשל, מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 209–226 (2008).

יתר על כן, פעולת-נגד חקיקתית בתגובה על פסיקה של ביקורת שיפוטית מעמתת את השיח החקיקתי, הנשען בדרך-כלל על שיקולי מדיניות פרגמטיים, עם השיח השיפוטי, שעניינו זכויות וערכים. במקרים רבים סוג השיח הראשון יימצא בעמדת נחיתות רטורית לעומת הסוג השני. בה-בעת, גם אם יאמצו המחוקקים את שיח הזכויות והערכים, באמצעות הצגה של פרשנות נוגדת לתוכן של החובות החוקתיות החלות עליהם, עדיין יהיה עליהם להתמודד עם התפיסה המייחסת לשופטים מומחיות מקצועית בפירוש הדין.

המעניין הוא שמדובר כאן במגבלה שהכנסת למעשה הטילה על עצמה. עלות הביוש נוצרה בשנת 1992, כאשר מושגי הזכויות שולבו בחקיקת-היסוד. כמובן, היא ממשיכה ועולה מאז ככל שחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם צוברים מעמד ונראות בקרב הציבור הכללי, ובהיבט זה לפועלותו (agency) של בית-המשפט העליון יש תפקיד מרכזי (אך גם לזו של משרד החינוך, למשל). אך ככל שהמהפכה החוקתית באה לידי ביטוי גם בקושי המעשי של הכנסת "להחזיר את הגלגל אחורה", חשוב להכיר בכך שהכנסת עצמה הייתה שותפה ראשונה ליצירת המציאות הזו בכך שחוקקה את חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם מלכתחילה, וזאת גם ללא קשר למוסד הביקורת השיפוטי שצמח מהם בהמשך הדרך. אכן, אפשר שהידיעה כי מרגע שיוצרים חוק-יסוד בדבר זכויות אדם קשה לבטלו או לשנותו מבלי לגרוע למראית-עין מן העוצמה המוסרית של תכניו מסבירה (ולו באופן חלקי) את העובדה שלמן שנת 1994 נמנעה הכנסת מהעברת חקיקת-יסוד חדשה שתעגן זכויות נוספות, וזאת אף שגם בתחום זה קיימות הצעות חקיקה למכביר;¹³³ בבחינת "למה שניצור נורמות חוקתיות נוספות אם בפועל נהיה נבוכים מכדי לשנותן היה אם נחלוק על הפרשנות השיפוטית שתינתן להן בעתיד". חבר-הכנסת אריה דרעי – נציג מפלגה חרדית – אמר בעבר על במת הכנסת כי אפילו יתבקש לעגן את עשרת הדברות בחוק-יסוד, הוא יתנגד למהלך, מחשש לפרשנות השיפוטית שתינתן לנורמה החדשה.¹³⁴ בדברים אלה מובלע כמדומה חשש נוסף, והוא שהכוח הפוליטי שהיה מאפשר לו להעביר חוק-יסוד כזה לא היה עומד לו לביטול המהלך בדיעבד.

5. סטטוס-קוו, תלות במסלול, עלויות מוסדיות

(א) רקע

לבסוף, אני מבקש לבחון את העדר התגובה של הכנסת על פעילותו של בית-המשפט לאור התובנה מן המחקר המוסדי בדבר קיומה של התניה מובנית בהתנהלותם של מוסדות לטובת שימור הסטטוס-קוו הנורמטיבי והתקדמות במסלול נתון כנגד סטייה או חידוש. מושג-היסוד שפותח בתחום זה הוא "תלות במסלול" (path dependence). מקורו של מושג זה בספרות הכלכלית, שם ביקשו חוקרים של שווקים טכנולוגיים להבין כיצד טכנולוגיה אחת זוכה בעליונות

133 מדובר במאות הצעות חוק פרטיות שהוגשו לאורך השנים. ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – שוויון), התשע"ג-2013, פ/98/19/998 (הצעת חוק פרטית של חברות-הכנסת גימאל זחאלקה, חנין זועבי ובאסל גיטאס); הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – שוויון וחופש ביטוי ומחשבה), התשע"ג-2013, פ/112/19/112 (הצעת חוק פרטית של חבר-הכנסת אילן גילאון); הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, התשע"ב-2012, פ/3783/18/3783 (הצעת חוק פרטית של חברת-הכנסת שלי יחימוביץ' ועשרה חברי-כנסת נוספים).

134 ד"כ 159, 4479 (התשנ"ו).

על טכנולוגיה אחרת אף שבניתוח אובייקטיבי לא ברור שדווקא הטכנולוגיה השורדת היא הטובה מבין השתיים.¹³⁵ ההיסטוריון הכלכלי דגלס נורת התבסס על דיון זה בנסחו הסבר כללי לנטייתם של מוסדות להתפתח באופן שמותנה בנקודות המוצא שלהם ואשר מקשה עליהם לפיכך לסטות מן המסלול שהותווה בבחירות שנעשו בשלב מוקדם של העיצוב המוסדי. נורת ביקש להסביר את עובדת הפלורליזם במבנים משקיים בעולם. הוא ניסה להבין מדוע חברות (societies) שמנהלות מערכות כלכליות נפסדות אינן לומדות מחלופות מוצלחות יותר ומאמצות את דרכיהן, או במילים אחרות, מדוע לא התקיים לאורך ההיסטוריה האנושית תהליך אבולוציוני-השוואתי של ניסוי וטעייה, שהיה אמור להביא את השיטות הכושלות לידי זניחת מוסדותיהן והתכנסות לעבר המוסדות המשקיים שהוכחו כמייצרים רווחה מרבית.¹³⁶ תשובתו של נורת הייתה שהעלויות הכרוכות במעבר ממוסדת אחת לאחרת – אף כאשר המידע הדרוש להשוואה זול וזמין – הן גבוהות, והן ממשיכות לעלות ככל שהמסגרת המוסדית הקיימת היא ותיקה ומושרשת יותר, ומערבת מספר גדול יותר של שחקנים ושותפים.

הסיבה להתניה המוסדית בזכות הסטטוס-קוו היא שאחרי השקעה ראשונית משמעותית בעיצוב תנאי הפתיחה המוסדיים, העלות של פעולה במסגרת אותם תנאים פוחתת באופן עקבי, והתשוואה ממנה עולה. זהו עקרון ה-increasing returns, שגורם לכך שלעיצוב המוסדי הראשוני יש תכונה של אשרור-מחדש (self-reinforcing).¹³⁷ כאשר מתעצבים תנאים מוסדיים ראשוניים, הם מחוללים דינמיקות של לימוד והסתמכות: הסוכנים המוסדיים לומדים את השפה הרלוונטית, את התרבות המוסדית, את אופני השימוש בכלים המוסדיים; והם גם מרגילים סוכנים ומוסדות אחרים לתקשר ולתאם איתם על בסיס תנאים אלה. ההשקעה בלימוד ובהתמחות מפתחת גם ציפייה שהתנאים המוסדיים לא ישתנו, וציפייה זו כשלעצמה מגדילה את רתיעתם של הסוכנים מן השינוי. החשיבות המרכזית של ההסבר בדבר תלות במסלול היא שלהיסטוריה יש משמעות ("history matters"):¹³⁸ החלטות שמתקבלות ברגעי-מפתח – לעיתים באופן אקראי או בהעדר הליך מושכל של הערכת חלופות – יכולות לחולל תהליכים מוסדיים עמוקים שיקשו מאוד את תיקון הנתיב במורד הדרך.¹³⁹

135 ראו: Paul A. David, *Clio and the Economics of QWERTY*, 75 AM. ECON. REV. 332 (1985); W. BRIAN ARTHUR, INCREASING RETURNS AND PATH DEPENDENCE IN THE ECONOMY 13–28, 111–132 (1994).

136 ראו NORTH, לעיל ה"ש 76, בעמ' 92–93.

137 שם, בעמ' 93–96.

138 שם, בעמ' 100.

139 המקבילה האישיותית לתופעה המוסדית של תלות במסלול תועדה במחקר הפסיכולוגי ההתנהגותי כהטיית הסטטוס-קוו: במגוון של הקשרי-החלטה אנשים רציונליים, כולל כאלה שפועלים בקבוצות, נוטים לתת משקל עודף – מעבר להעדפתם העניינית – להנצחת המצב הקיים כנגד בחירה בשינוי. זאת, גם כאשר עלויות המעבר הן שוליות. ראו: William Samuelson & Richard Zeckhauser, *Status Quo Bias in Decision Making*, 1 J. RISK & UNCERTAINTY 7 (1988). ראו גם: Amos Tversky & Eldar Shafir, *Choice Under Conflict*; The Dynamics of Deferred Decision, 3 PSYCHOL. SCI. 358 (1992) (במקרים של התלבטות מורכבת בין

התבוננות בדבר הנטייה המוסדית לתלות במסלול חדרו מן הספרות הכלכלית גם לתחום מדע המדינה ולניתוח התנהגויותיהם של גופים שלטוניים. במאמר יסודי בתחום הראה חוקר מדינת הרווחה פול פירסון כיצד ניתוחו של נורת יכול להסביר תופעות מגוונות בתחום ההתנהגות הפוליטית והיחסים בין רשויות השלטון.¹⁴⁰ מוסדות פוליטיים, בוודאי במדינות דמוקרטיות, נוטים במיוחד להטיות מסוג תלות במסלול, מפני שהם חשופים ממילא לקשיי הפעולה המשותפת, ועל-כן מתאפיינים בנטייה לעודד יציבות וודאות, כמו-גם התמחות וזהות מוסדית.¹⁴¹ תנאים אלה מובילים להעדפת הסטטוס-קוו על שינוי, ובפועל להנצחה עיקשת של מוסדות והסדרים שתועלתם הציבורית עשויה להיות מוטלת בספק. כמו נורת, גם פירסון מדגיש את המשמעות הפוליטית של תופעת התלות במסלול: גם תנאי פתיחה של פערים קטנים יחסית בכוח פוליטי בין מפלגות, מוסדות או רשויות יכולים להוביל, בעלות ראשונית נמוכה יחסית, לפערים רחבים מאוד בהמשך הדרך, אם הסוכנים הרלוונטיים יודעים "לנצל את הרגע" ולקבע נתון מוסדי שיקשה לשנותו בעתיד.¹⁴²

פירסון מראה כי הרשות המחקקת חשופה להטיה לטובת הסטטוס-קוו אולי אף יותר מגופים רבים אחרים, וזאת משני טעמים מצטברים:¹⁴³ ראשית, חבריה נוטים ככלל לייחס חשיבות רבה לטווח הזמן הקצר, ומתקשים להביא בחשבון, בעת מעשי החקיקה, את סיכוני ההיקבעות של מסלולים לאורך זמן.¹⁴⁴ שנית, דמוקרטיות חוקתיות נוטות לעצב את המוסדות הפוליטיים, ובאופן נקודתי את הליך החקיקה, באופן שמעדיף את הסטטוס-קוו על שינויו. דרישות פרוצדורליות כגון שלוש קריאות ועיון בוועדה בישראל, מבנים פרלמנטריים דו-בתיים (bicameral) או סמכות וטו נשיאותית כמו בשיטות אחרות – כל אלה מבטאים ככלל חשש ממעשה החקיקה. נטייה זו נובעת מן המקורות ההיסטוריים של הליברליזם הפוליטי, המתאפיינים בחשש מפני עריצות השלטון, בחשד כלפי פוליטיקה תזזיתית ובהעדפת משטר של זכויות שליליות על התערבות שלטונית חיובית בחלוקת המשאבים בחברה.¹⁴⁵

חלופות אנשים נוטים לדחות את ההחלטה – כלומר, לשמר את המצב הקיים – גם כאשר אין זו הבחירה הרציונלית מבחינתם).

140 ראו: Paul Pierson, *Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics*, 94 AM. POL. SCI. REV. 251 (2000).

141 שם, בעמ' 258.

142 שם, בעמ' 259 ("Relatively small disparities in political resources among contending groups may widen dramatically over time as positive feedback sets in").

143 שם, בעמ' 261–262.

144 זהו נתון מרכזי גם בניתוחו של ביקל, המשמש אותו להצדקת הביקורת השיפוטית החוקתית, בבחינת "המבוגר האחראי" החושב במונחים חוקתיים לטווחי זמן שאינם מעסיקים את המחוקק, הטרוד בעיקר במערכת הבחירות הבאה. ראו BICKEL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 24–26.

145 ראו הפדרליסט מס' 73 (אלכסנדר המילטון), לעיל ה"ש 77 (הצדקת מיסודם של שסתומים מעכבים בהליך החקיקה בכך ש"כל תקנה שתכליתה לרסן את ההגזמות בחקיקה, ולהשאיר את הדברים במצב שבו נמצאו בכל פרק זמן נתון, צפויה להועיל יותר מאשר להזיק, משום שהיא יפה להגברת היציבות במערכת החקיקה"). כן ראו: William N. Eskridge Jr., *Vetogates and American Public Law*, J. L. ECON. & ORG. (2012), <http://jleo.oxfordjournals.org/content/early/2012/04/19/jleo.ews009.full#ref-43>

כמובן, גם מוסדות משפטיים אינם חסינים מפני הטיות התלות במסלול. מסורת התקדים המחייב של המשפט המקובל מבטאת בבסיסה העדפה לסטטוס-קוו, ומכירה רק בשינוי הדרגתי (incremental) המבוסס על כיבוד תנאי המוצא שנקבעו בדורות הקודמים, בין אם היו נכונים ובין אם לאו.¹⁴⁶ כידוע, אפילו בית-המשפט העליון חש מחויב למסורת זו, אף שהוא פטור באופן פורמלי מציות לתקדימיו.¹⁴⁷ האתגר בעבור המבקשים להוביל לשינוי משפטי משמעותי הוא אפוא לזהות את הרגעים החריגים שבהם המערכת חשופה לערעור הנחות-היסוד שלה, ולנצלם.¹⁴⁸ עם זאת, השאלה החשובה לענייננו היא איזה מוסד כפוף באופן חמור יותר להטיות התלות במסלול – המחוקק או השופט. תשובה נפוצה מתייחסת למחויבות לעקרון התקדים כאל אבן-רחיים אשר תלויה על צווארה של הרשות השופטת והופכת אותה לגוף שמרני במיוחד המועד להנצחת טעויות. זאת, בעוד הרשות המחוקקת היא גוף שבעורקו זורם כל הזמן דם חדש, ואשר בכוחו לבדוק באופן יזום את איכות החלטותיו ולהתחשב במידע חדש ובשיקולי מדיניות עדכניים.¹⁴⁹ אך דומה שההיסטוריה החוקתית הקצרה של ישראל מדגימה תוצאה אחרת.

(ב) המהפכה החוקתית כמסלול מתלה

אני סבור כי ניתן לבאר את הדינמיקה החוקתית שהתפתחה בישראל בעשרים השנים האחרונות דרך הפריזמה של ההתניה המוסדית לשימור הסטטוס-קוו. בסיפור זה ייתפס הרגע שבו הכריז בית-המשפט העליון על חקיקות-היסוד של 1992 ו-1994 כעל מהפכה חוקתית, אשר שדרגה את מעמדם של כל חוקי-היסוד והקנתה לבתי-המשפט את סמכות הביקורת השיפוטית לאורם, כרגע שבו החל להתייצב מצב נורמטיבי חדש כסטטוס-קוו שמולו הכנסת בוחנת מאז את חלופותיה. ככל שחלף הזמן מההחלטה בעניין **בנק המזרחי** כן התקבע עוד יותר המצב הקיים, וזמינותן של חלופות מעשיות הלכה והתרחקה. להבדיל מהיבט הביוש, שם ראינו כי פעולתה של הכנסת עצמה הייתה מרכזית בביסוס החסם מפני שינוי חוקי-היסוד, כאן פעולתו של **המשפט** היא שהובילה לביסוס הסטטוס-קוו המוסדי החדש, שבמסגרתו בית-המשפט הוא בעל סמכות הפרשנות הסופית בעניינים חוקתיים.

במובן זה, המהלך של בית-המשפט העליון בשנת 1995 ראוי בהחלט להיחשב מהפכני. בית-המשפט העליון איתר הזדמנות לחולל שינוי במערך הכוחות בין הרשויות, נקט עמדה חדשנית וחריגה ביחס לסטטוס-קוו החוקתי ששרר לפניו, והציג לרשות המחוקקת מצב חדש, שאיתו היא נדרשה מאותו רגע להתמודד. אכן, פסק-הדין בעניין **בנק המזרחי** מתבלט כקו פרשת-המים

146 ראו NORTH, לעיל ה"ש 76, בעמ' 96–97; Oona A. Hathaway, *Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System*, 86 IOWA L. REV. 601, 606–622

(2001); מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" **דין ודברים** א 211 (2004).

147 ס' 20(ב) סיפא לחוק-יסוד: השפיטה. ראו, למשל, ע"א 8573/02 **אורון נ' משרד הפנים**, פס' 24 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 2.10.2013) (הימנעות של בית-המשפט העליון מסטייה מתקדים שנקבע בבג"ץ בשנת 1972, תוך קביעה כי מדובר ב"משוכה גבוהה").

148 בלשונה של התוויי, השאלה מתפיסות של התפתחות אבולוציונית, יש לנצל את הקטיעות (punctuations) בשיווי-המשקל היציב של השיטה המשפטית. ראו Hathaway, לעיל ה"ש 146, בעמ' 641–645.

149 ראו, למשל, VERMEULE, לעיל ה"ש 98, בעמ' 82–90; Waldron, לעיל ה"ש 98, בעמ' 1380–1386.

האמיתי של המהפכה החוקתית בישראל, בין היתר לנוכח פעולתה של הכנסת בתיקון חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם בשנת 1994, שנתיים לאחר קבלתם. בפרק-זמן קצר זה ניכר כי הכנסת חשה עדיין שתפקידה בעיצוב ההגנה החוקתית על זכויות האדם הינו פתוח ונמשך. אומנם, בשנת 1994 פעל על הכנסת גם תמריץ פוליטי (שבית-המשפט היה שותף ליצירתו, בפסיקותיו בפרשת מיטראל)¹⁵⁰ למצוא פתרון נקודתי לסוגיית ייבוא הבשר לישראל.¹⁵¹ אך התיקון משנת 1994 לחוקי-היסוד היה רחב ועמוק יותר מאשר הסדרה נקודתית של נושא הבשר. חוק-יסוד: חופש העיסוק נוסח מחדש לגמרי, כך שהושגה האחדה בין רכיביו העיקריים לבין אלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (פסקת ההגבלה, אזכור ערכי ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית), ולשניהם נוספה ההפניה המפורסמת להכרזה על הקמת מדינת-ישראל. חוק-יסוד: חופש העיסוק גם זכה בהוראת התגברות ייחודית שאפשרה את פתרון הבעיה של ייבוא הבשר.¹⁵² מן הדיונים במליאת הכנסת שליוו את הליך התיקון ניתן להתרשם שחברי-הכנסת עסקו (בעיני עצמם) בפיתוח המשפט החוקתי ובשיפור ההסדר שהם החלו ביצירתו שנתיים קודם לכן.¹⁵³ כלומר, בשלב זה טרם התקבע סטטוס-קוו לעניין האחריות המוסדית על ההגנה החוקתית על זכויות האדם, והכנסת הייתה עדיין שחקן משמעותי בזירה. אכן, היו גם שסברו באותה עת שחקיקות-היסוד של 1992 ו-1994, בשל חלקיותן וחולשתן הנורמטיבית, עשו מעט מאוד, אם בכלל, לקידום ההגנה החוקתית על זכויות אדם.¹⁵⁴

כאמור, מסקנה סבירה היא שפעולתו של בית-המשפט העליון בשנת 1995 היא ששינתה את מצב הדברים. אף שבהליכי החקיקה בשנת 1992, ויותר מכך בהליכי התיקון בשנת 1994, ניכר כי

150 ראו בג"ץ 2015/91 מיטראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.5.1993); בג"ץ 3872/93 מיטראל נ' ראש הממשלה ושר הדתות, מר יצחק רבין, פ"ד מז(5) 485 (1993).

151 ראו ספיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 119–122.

152 ראוי לציון העובדה שכבר אז בחרה הכנסת לטפל בנושא באמצעות הסדר כללי, אף שהיה בכוחה באותה מידה לקבוע החרגה נקודתית של נושא ייבוא הבשר בתוך חוק-היסוד עצמו – כבר אז פעל, כמדומה, חסם הביוש על חברי-הכנסת. כידוע, פסקת ההתגברות הופעלה עד כה פעם אחת בלבד, במסגרת חוק בשר ומוצריו, התשנ"ד-1994. גם "ההתגברות על פסקת ההתגברות" – הקביעה שפגיעתו של חוק בשר ומוצריו בחופש העיסוק תהיה פטורה ממגבלת ארבע השנים של ס' 8(א) לחוק-יסוד: חופש העיסוק – נעשתה בלשון הכללית של ס' 8(ב), אף שבפועל זהו הסדר שחל על חוק אחד בלבד.

153 ראו את הדיונים בכנסת לקראת הקריאה הראשונה בימים 8.2.1994 ו-15.2.1994 ולקראת הקריאות השנייה והשלישית ביום 9.3.1994. אומנם, רבות מן הביקורות שהושמעו מספסלי האופוזיציה על התיקון המוצע התמקדו באופורטוניזם הפוליטי שהניע אותו – הצורך ליישב את המחלוקת הקואליציונית בנושא ייבוא הבשר. אולם גם הטיעונים שהושמעו במישור זה נגעו במהותה של חוקה ובאופי ההסדרים שראוי שייכללו בה. גם מעורבותו המתועדת של אהרן ברק בתהליך הניסוח של תיקוני 1994 הקנה לו אופי חוקתי-מקצועי שחורג מן הפוליטי-המיידי. ראו אהרן ברק "על התיקונים בחוק-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 545 (1994).

154 ראו, למשל, דותן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 182 ("החוקה" – אם ניתן להסכין למינוח בהקשר זה – שסיפקה לנו 'המהפכה החוקתית', היא חלקית, מעורערת ובעייתית. היא מספקת הגנה חלשה, בלתי-אחידה ובלתי-יציבה לחירויות-היסוד הכלולות בה"). גם עוצמת הביקורת שהטיוח תומכי חקיקת-היסוד בהסדר ההתגברות משנת 1994, כמו-גם בציות לו על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת מיטראל בשנת 1996 (לעיל ה"ש 103), משקפת את מידת אי-הוודאות ששררה בימי הראשית הללו באשר לעתידו של ההסדר החוקתי המתגבש. לדוגמה קיצונית ראו משה נגבי "תבוסתה של המהפכה החוקתית" מעריב 1996.11.26, 13.

לפחות חלק מחברי-הכנסת הבינו שלבית-המשפט יהיה תפקיד באכיפת ההסדר החוקתי החדש,¹⁵⁵ אין ספק שבפסק-הדין בעניין **בנק המזרחי**, על עושר הפיתוחים הדוקטרינריים והחידושים החוקתיים שנעשו בו, נחשפה המערכת הפוליטית לראשונה לעומק המהפכה שנעשתה. בית-המשפט "הימר" על פסיקה גורפת, וזכה: פסק-הדין שנתן היה משמעותי ורב-משקל (בין היתר בהתחשב בהרכב הייחודי שנתן אותו, אשר כלל תשעה שופטים, ביניהם שני נשיאים – שמגר וברק) עד כדי כך שהיה בכוחו להגדיר את המסלול החוקתי – את הסטטוס-קוו החדש – ולהטיל על הכנסת את הנטל לנסות לסטות ממנו, אם תרצה. אמת, רבים מתומכי "המהפכה החוקתית" – בראש ובראשונה בית-המשפט העליון עצמו, אך גם כותבים נוספים – מרבים להדגיש כי הלכת **בנק המזרחי** היא תולדה לא של רצון שיפוטי, אלא של מעשה חקיקתי, שכן בלעדי חוקי-היסוד משנת 1992 היא לא הייתה באה אל העולם, לפחות לא במועד זה ולא במתכונת זו.¹⁵⁶ אף שמוכן שלבית-המשפט יש אינטרס בביסוס טענה זו, ולו מטעמי לגיטימציה, איני מבקש לחלוק עליה כעניין שבסיבתיות עובדתית. אין ספק שמבחינה סיבתית היה לחוקי-היסוד משנת 1992 תפקיד בהנעת הכוחות שהובילו לפסיקה בעניין **בנק המזרחי**, ובמובן זה הם היו חלק מן המהלך ששבר סטטוס-קוו קודם (שבמסגרתו לא נוצרו חוקי-יסוד בדבר זכויות אדם, אף שלאורך השנים הוגשו הצעות רבות בנושא)¹⁵⁷ והשפיע על עיצוב הסטטוס-קוו החדש. טענתי היא שהכרעתו של בית-המשפט העליון היא שקבעה (כמסתבר בדיעבד) את המסלול שבו יתקבע הסטטוס-קוו הזה, אף שבאמצע שנות התשעים הייתה אפשרות להתפתחותם של מסלולים נוספים כתוצאה מהחקיקות של 1992.

התובנה בדבר תלות במסלול מלמדת כי ההזדמנות הממשית העיקרית של הכנסת להגיב על המהפכה של 1995 הייתה סמוך לאחריה, בטרם התקבעו המוסכמות הנורמטיביות שנוצקו בפסק-דין **בנק המזרחי** וקיבלו פירוש ויישום בפסקי-הדין החוקתיים שבאו בעקבותיו. אכן, במישור התת-חוקתי מוכרת יכולתה של הכנסת – בדרך-כלל כאשר היא מונעת על-ידי רשות מבצעת נמרצת – לבטל באופן מיידי, כאשר הברזל עודו חם (כלומר, כאשר תשומת-הלב הפוליטית עודה מרוכזת בעניין), פסיקה שיפוטית שנתפסת כבעייתית בעיני הרשויות הפוליטיות. התיקון לחוק השבות שנעשה בעקבות פסק-הדין בעניין ילדיו של בנימין שליט הוא דוגמה היסטורית מוכרת,¹⁵⁸ אך התופעה נפוצה גם במישורים רגשיים פחות אך חשובים דיים לרשות המבצעת, כגון בפרשנות

155 על המחלוקת הוותיקה סביב השאלה מה ידעו המחוקקים בשנת 1992 ראו, למשל, ספיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 80-70; יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א' 323, 365-367 (1992); אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" **משפט ועסקים** יד 79, 97-105 (2012).

156 ראו, למשל, אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א' 3, 10 (2004) (קביעה שהמהפכה החוקתית – שבה "הוטלו הגבלות על כוח החקיקה [של הכנסת], והוכר במשתמע כוחו של בית-משפט להצהיר על בטלותו של חוק הפוגע לא כדין בזכות אדם הקבועה בחוק-היסוד" – התרחשה בשנת 1992, והפניה לאמירה דומה בפסק-דין **בנק המזרחי**); רובינשטיין, לעיל ה"ש 99, בעמ' 349-351; מדינה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 406-407.

157 לסקירה של הפעילות החוקתית בתחום זכויות האדם לפני 1992 – אשר לא נשאה פרי – ראו רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 79-93 (1997).

158 ראו חוק השבות (תיקון מס' 2), התש"ל-1970, ס"ח 34, שבו נקבעה הגדרת "יהודי" כתגובה ישירה על פסק-הדין של בית-המשפט העליון בבג"ץ 58/68 **שליט נ' שר הפנים**, פ"ד כג(2) 477 (1970). הצעת החוק הממשלתית שהובילה לתיקון פורסמה ברשומות ב-3.2.1970 (ה"ח 36), פחות משבועיים אחרי שניתן פסק-הדין (ב-23.1.1970). התיקון עצמו התקבל בכנסת בקריאה השלישית בחלוף כחודש נוסף, ב-10.3.1970.

של חוקי מס. פרשת ניכויין של הוצאות הטיפול בילדים מהכנסותיו של הנישום החייבות במס הכנסה היא דוגמה מוכרת במישור זה מן העת האחרונה.¹⁵⁹ אלא שהתנאים ל"מהפכת-נגד" פרלמנטרית במקרה **בנק המזרחי** לא היו מיטביים. פסק-הדין ניתן ב-9.11.1995, שלושה ימים אחרי הלווייתו של ראש הממשלה הנרצח יצחק רבין, כאשר המדינה הייתה שרויה בהלם עמוק ובטלטלה פוליטית.¹⁶⁰ החודשים שבאו אחרי תקופה סוערת זו כללו סדרה של פיגועי-התאבדות בערי ישראל, סבב לחימה בצפון (מבצע "ענבי זעם") ובחירות לכנסת ולראשות הממשלה. הסיכוי לפעולה חוקתית משמעותית של הרשויות הפוליטיות בתחום זכויות האדם באותה עת היה נמוך. ככל שחולף הזמן מאותו רגע מכונן, ובית-המשפט העליון ממשיך בפיתוחן ובביסוסן של הפרקטיקה והדוקטרינה של ביקורת שיפוטית חוקתית, עלויות הסטייה מהסטטוס-קוו החדש גוברות. הקהילה המשפטית מתרגלת למצב העניינים החדש: היא מעדכנת את החינוך המשפטי (על-ידי הוראת המשפט החוקתי ושחיקה הדרגתית של לימוד המשפט המנהלי),¹⁶¹ את האסטרטגיות הליטיגיוניות הזמינות לה (באמצעות שימוש בטענות חוקתיות, בעיקר ככלי פרשני) ואת אופי הייעוץ המשפטי שהיא מספקת לקובעי מדיניות (למשל, על-ידי הנחלת שיח המידתיות במנהל הציבורי ובחקיקה). חברי-הכנסת חשופים אף הם לאותם כוחות. גם הם מפנימים את המצב החוקתי החדש, ומפתחים שיח פוליטי שהוא פנימי לסטטוס-קוו, ולא כזה שחותר תחתיו. כך, עובדה בולטת היא שההצעות השונות שגובשו בעשור האחרון לחוקה לישראל – כולל כאלה שהובלו על-ידי חברי-כנסת, שרים ואקדמאים שאינם ממצדדי האקטיביזם השיפוטי – כוללות כולן רכיב של ביקורת שיפוטית חוקתית; אף לא אחת מהן מציעה לזנוח את ההסדר הזה כליל.¹⁶² בד בבד, כפי שכבר הוזכר, פיתחה הכנסת מנגנון ייעוץ משפטי, אשר מגבה את הליכי החקיקה, בין היתר, בהערכות בדבר חוקתיותם של ההסדרים המוצעים ובדבר הסיכוי

159 ראו חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מס' 170), התשס"ט-2009, ס"ח 152, שביטל את החלטת בית-המשפט העליון בע"א 4243/08 **פקיד שומה גוש דן נ' פרי** (פורסם בבנו, 30.4.2009). הצעת החוק הממשלתית פורסמה ברשומות ב-22.6.2009 (ה"ח 728), כחודש וחצי אחרי מתן פסק-הדין. החקיקה ארכה כשלושה שבועות נוספים, והתיקון התקבל ב-13.7.2009.

160 אין מקום לטענה שמדובר במהלך מכוון שנועד לתת את פסק-הדין ההיסטורי מבלי שימשוך תשומת-לב. ההסבר המקובל לבחירה במועד זה הוא שהיו אלה הימים האחרונים של שלושת "חודשי הכתיבה" של הנשיא שמגר, אשר פרש לגמלאות באוגוסט 1995. שמגר כתב כמובן חוות-דעת נרחבת, והגיוני שהרכב השופטים לא רצה לפרסם את פסק-הדין בלי תשומתו של הנשיא היוצא. למעשה, העיתונים היומיים הנפוצים אף דיווחו באופן בולט על פסק-הדין. ראו, למשל, מיכל גולדברג "פסק-דין תקדימי בבית המשפט העליון: בתי המשפט מוסמכים לבטל חוק הפוגע בזכויות האדם המעוגנות בחוקי היסוד" **ידיעות אחרונות** 10.11.1995, 9; שמואל מיטלמן "בג"ץ: כל בית משפט יוכל לבטל חוקי הכנסת" **מעריב** 10.11.1995, 7. זאת, בניגוד לדיווח היחיד על העברת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהופיע בפינה התחתונה של עמוד פנימי בעיתון **הארץ**, לצד ביקורת קונצרט, המשך כתבה מהעמוד הראשי על בחירות במדינת מישגן בארצות-הברית, ומודעת פרטים לפרסום מודעות-אבל. ראו גדעון אלון "הכנסת אישרה את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הארץ** 18.3.1992, 8א.

161 ראו, למשל, גיא ישראל זיידמן "מי אתה, המשפט המנהלי הישראלי?" **הפרקליט** נא 693, 719–720 (2012).

162 ראו תזכיר חוק-יסוד: החקיקה, לעיל ה"ש 84; "חוקה בהסכמה – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר", ס' 163–164 (2005)

www.idi.org.il/media/271114/Constitution%20by%20Consensus.pdf; "חוקה בהסכמה רחבה", לעיל

ה"ש 126, פרק שישי, ס' 13; המכון לאסטרטגיה ציונית "חוקת מדינת ישראל", ס' 90 (2006)

izs.org.il/userfiles/izs/ציונית/izs.org.il

שהם יעמדו ב"מבחן בג"ץ", ומשפיע לא אחת על התוצרים הסופיים של החקיקה.¹⁶³ חברי-הכנסת עצמם מתרגלים להעסיק את עצמם בשאלות חוקתיות על-פי המסגרות שיצק בעבורם בית-המשפט העליון בפסיקותיו החל בשנת 1995. מנחם מאוטנר אפיין תהליך זה כהתבססותה של "תרבות" שמספקת מובן ומשמעות לעשייה המשפטית, ואשר יש לה כוח מנציח משל עצמה.¹⁶⁴ גם התנאים המוסדיים שבהם הכנסת פועלת מעצימים את כוחו של המסלול שהתווה על-ידי בית-המשפט העליון. יש לכך שני היבטים מרכזיים:

• *מורכבות החקיקה* – אם חבר-כנסת מעוניין להתנגד לסטטוס-קוו החדש, עליו לנסח אגידה מנומקת חלופית ולגבש תמיכה בקרב יחידים וסיעות שהמחויבויות האידיאולוגיות והאינטרסים הפוליטיים שלהם מגוונים ולא אחת סותרים. בית-המשפט העליון הוא גוף קטן, קולגיאלי ומלוכד יחסית מבחינת הליך קבלת ההחלטות, כזה שיודע לברור את המקרה שבו יכריע הלכה ואשר מורגל בהסכמות על נוסח אחיד או לפחות על תוצאה אחידה.¹⁶⁵ הכנסת, לעומת זאת, היא גוף גדול, הטרוגני ובלתי-מתואם. חבריה יוזמים בעצמם את פעילויות החקיקה שלהם, מה שמגדיל את היצע החלופות לחקיקה ומקשה את זיהוי ההצעה העדיפה מבין החלופות הרבות. סדר-היום של הכנסת (ושל הקואליציה בתוכה) מורכב בכל זמן נתון ממגוון של סוגיות ומהלכי חקיקה, וריבוי החקיקה הפרטית בכנסת מחמיר את הבעיה. בתנאים של משאבים פוליטיים מוגבלים, מרכיב משמעותי בעיצוב העדפותיה של הכנסת הוא משא-ומתן להשגת פשרות אד-הוק שמונעות מימוש מלא של תפיסה אידיאולוגית מסוימת כלשהי, גם בהינתן קואליציה רובנית.¹⁶⁶

נוסף על כך, מומחיותם של השופטים היא בניסוח הסברים רציונליים ומבוססי-ערכים שיצדיקו את הכרעותיהם. תרבות ההנמקה (reasoning) מרכזית להווייתם המקצועית, במיוחד בבית-המשפט העליון.¹⁶⁷ השיח הפוליטי-הפרלמנטרי שונה כמובן מתרבות ההנמקה השיפוטית. הוא מערב כוחנות, פרגמטיות ופשרנות, לצד עיסוק בערכים ובמדיניות, והוא חסר

163 ראו רוזנאי, לעיל ה"ש 99, בעמ' 214–225 (תיאור מנגנוני הייעוץ הקיימים וטענה כי הם אינם מספקים).

164 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 132, בעמ' 41–44, 50–55. כן ראו Bar-Siman-Tov, לעיל ה"ש 80, בעמ' 857–862 (הצגה וביקורת של התפיסה שלפיה מחוקקים מצייתים לכללים החלים עליהם בעקבות תהליך לא-אינסטרומנטלי של הפנמה והזדהות עם הנורמות).

165 ראו שחר, גרוס וחריס, לעיל ה"ש 81, בעמ' 756–767 (הרוב המוחלט של פסקי-הדין של בית-המשפט העליון ניתנים פה אחד; המבנה הסדרתי של כתיבת פסקי-הדין מקנה כוח "סחיפה" משמעותי לכותב הראשון ו"מייקר" מאוד את אפשרות המחלוקת). כן ראו ה"ש 129128 – לעיל והטקסט שלידין. ראו גם: Lee Epstein, William M. Landes & Richard A. Posner, *Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis*, 3 J. LEGAL ANALYSIS 101 (2011).

166 ראו הנס קלזן *על מהותה וערכה של הדמוקרטיה* 69–70 (יחזק אנגלרד מתרגם, 2005) ("הרצון הקהילתי הנוצר בהתאם לעקרונ הרוב אינו כלל וכלל עניין של הכתבת הרוב למיעוט, אלא הוא התוצאה של ההשפעה ההדדית של שתי הקבוצות, סיכום הכוחות של כיווני הרצונות הפוליטיים המתנגשים... כל ההליך הפרלמנטרי המבוסס על טכניקה דיאלקטית-לעומתית, על טכניקה של דיבור ודיבור-נגד, של נימוק ונימוק-נגד, מכוון להשגת פשרה"). כן ראו Eskridge, לעיל ה"ש 145.

167 ראו, למשל, אהרן ברק *שופט בחברה דמוקרטית* 295–298 (2004); Frederick Schauer, *Giving Reasons*, 47 STAN. L. REV. 633 (1995).

את הפנאי הנפשי והאינטלקטואלי המיוחד לעשייה השיפוטית. תנאים אלה מקשים אף הם ניסוח אג'נדה חלופית למהלך השיפוטי, כזו שתתחרה בו לא רק מבחינת תוכנה, אלא גם מבחינת תחכום השיח שלה ומידת השכנוע הגלומה בה.

לבסוף, הליך החקיקה עצמו מובנה כך שיקשה על רוב "מקרי" להעביר בחטף חקיקה כלשהי. הדרישה לשלוש קריאות וחובת ההתערבות של ועדה פורשות בהכרח את החקיקה על ציר של זמן, שבמהלכו סדרי עדיפויות פוליטיים עשויים להשתנות, ואנרגייה חוקתית שנצברה ברגע מוקדם בהליך החקיקה עשויה להתפזר עד הגיע רגע השלמתו של ההליך.¹⁶⁸ גם אם אין להפריז בעוצמתם של החסמים הללו – תקנון הכנסת כולל מגבלות מעטות יחסית לגבי קצב החקיקה, וגם מהן ניתן לסטות בהליך פשוט יחסית¹⁶⁹ – משקלם, בתוספת רכיב הביוש, מצריך רצון פרלמנטרי תקיף ועקבי כדי להתנגד למהלך החוקתי, ההולך ומתבסס בפסיקות השיפוטיות.¹⁷⁰

- **מרכזיותה של הרשות המבצעת** – על מורכבותה של החקיקה נוספת תלותה המשמעותית של הכנסת בתשומות המקצועיות של משפטי השירות הציבורי בניסוח החקיקה. לתלות זו יש היבט פרגמטי והיבט פרוצדורלי. במישור הפרגמטי, המומחיות המוסדית בניסוח חקיקה מרוכזת עדיין במשרד המשפטים, כך שניתן לצפות שאיכותן של הצעות החוק שהממשלה מנפקת בעבור חברי-הכנסת תעלה בממוצע על הצעותיהם הפרטיות. במישור הפרוצדורלי, הצעות חוק ממשלתיות זוכות בקדימות בהליך החקיקה (המתבטאת בעיקר בדילוג על קריאה טרומית ועל הכנה בוועדה לקריאה ראשונה).¹⁷¹ למשרד המשפטים – שהוא הצומת שדרכו מנותבת מלאכת החקיקה של הרשות המבצעת – יש תפקיד מרכזי בעיצוב סדר-היום החקיקתי של הכנסת. זהו נתון חשוב, שכן רבים מן המשפטנים במחלקות הייעוץ והחקיקה של משרד המשפטים שותפים למעגל המקצועי והתרבותי של שופטי בית-המשפט העליון,¹⁷² והם אלה שמנהלים בפועל את מדיניות התגובה החקיקתית על פסיקותיו של בג"ץ. זהו הסבר מתקבל על הדעת לכך שכל תיקוני החקיקה שנועדו לציית לביקורת השיפוטית החוקתית¹⁷³

168 ראו: Ittai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*, 91 B.U. L. REV. 1915, 1933 (2011).

169 ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 38–39 (2004); והשוו, למשל, להליך – המעוגן חוקתית – של החקיקה בארצות-הברית, הכולל אישור עצמאי של שני בתים ושל הנשיא (U.S. CONST. art. I, § 7).

170 ניתן לטעון כי העדרם של תיקונים חוקתיים שגוברים על פסיקות חוקתיות מעיד על-כן שבכנסת טרם התגבש רצון חזק מספיק לעשות זאת, כלומר, שמעולם לא התעוררה בקרבה התנגדות חריפה דייה לפסיקה חוקתית של בית-המשפט העליון. אך לא ברור מדוע – מנקודת-מבט רובנית – רק רצון "חזק" זכאי להתגבר על פסיקה חוקתית. למודל המדגיח את היחס בין עוצמת העמדה החקיקתית כלפי הסטטוס-קוו לבין סיכויי העברתה של חקיקה שתסטה ממנו ראו: William N. Eskridge, Jr. & Kohn Ferejohn, *The Article I, Section 7 Game*, 80 GEO. L.J. 523 (1992).

171 ראו ס' 74–79 לתקנון הכנסת, שחלים גם על חקיקת-יסוד.

172 ראו יואב דותן "קדם-בג"ץ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ "משפט וממשל" 159, 172 (2004) ("אנשי הפרקליטות מרגישים מחויבים, מבחינת האתוס המקצועי שלהם, המסורת והאווירה המוסדית שבתוכה הם פועלים – כלפי מערכת המשפט, לא פחות מאשר כלפי הרשות המינהלית המיוצגת על-ידם בבג"ץ").

173 ראו לעיל ה"ש 62–63 והטקסט שלידן.

נוסחו על-ידי (הדרגים המקצועיים של) משרד המשפטים, ואילו הנסיונות המגוונים (למן שנת 1995) להתגבר על הביקורת השיפוטית החוקתית או לבטלה¹⁷⁴ נעשו במסגרת הצעות חוק פרטיות ועלו בתוהו.

שאלה פתוחה היא מה תהיה ההשפעה לאורך זמן של מחלקת הייעוץ המשפטי של הכנסת על אופייה של החקיקה החוקתית: האם יתגבש שם אתוס חוקתי נפרד ועצמאי מזה המאפיין את משרד המשפטים (ואולי לעומתי יותר כלפי בית-המשפט העליון) או שמא המשותף – בתרבות המקצועית ואף ביחסים הבין-אישיים – יגבר על הפערים המוסדיים? כבר כיום הכנסת מייצגת את עצמה בנפרד ממוסדות הממשלה בעתירות חוקתיות.¹⁷⁵ הדבר מצריך עיון מדוקדק שחורג מתחומי מאמר זה, אך לפי שעה לא נראה שתגובותיה של הכנסת בעתירות אלה מבטאות תיאוריה חוקתית מתחרה לזו שפותחה על-ידי בית-המשפט העליון ואומצה על-ידי פרקליטות המדינה. ככל שהתמיכה המקצועית במעשה החקיקה היא קריטית להבנת תוכנו ומגמותיו, אפשר שמסתמנת כאן רשת (network) של ייעוץ משפטי בעל מחויבות מקצועית-מוסדית והרגלי שיח משותפים, המהווה בלם נוסף המקשה על הכנסת לפתח ולחוקק אידיאל חוקתי אחר מזה שעוצב בפסיקתו של בית-המשפט העליון.

מכלול התנאים הללו – אתגרי הפעולה המשותפת והנמשכת, חוסר הוודאות באשר לחלופה העדיפה, המשאבים המוסדיים הנדרשים לחקיקה מעוררת-מחלוקת והגירעון המוסדי המקשה חקיקה איכותית ולעומתית למודל החוקתי הקיים – מעצים עוד את כוחו של הסטטוס-קוו. במצב זה אין פלא שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומשטר הביקורת השיפוטית שנוצר בעקבותיו, נותרים על כנם.

ד. לקחים מן הניתוח המוסדי

אני סבור כי פענוח הכוחות המוסדיים שפעלו – או שהיו עשויים לפעול – על הרשות המחוקקת-המכוננת ביחסה לפועלו החוקתי של בית-המשפט העליון פותח פתח לחשיבה מחודשת הן על אופן היווצרותה והתבססותה של המהפכה החוקתית בעבר והן על הפוטנציאל לשימור המצב החוקתי או לשינויו בעתיד. בפרט אני מבקש לציין כמה לקחים שעולים מן הניתוח שהוצג לעיל.

ראשית, אף שהמאמר מבטא תפיסה מסוימת באשר לעוצמה היחסית של ההסברים השונים למחדל החוקתי של הכנסת, הוא אינו מתיימר לקבוע באופן חיובי את המערכת הסיבתית שהניעה את בית-המשפט ובעיקר את הכנסת לפעול כפי שפעלו (או לא פעלו). כל אחד מן המהלכים שהוצגו מחזיק כוח הסברי מסוים, ומן הסתם שילוב כלשהו של הרעיונות השונים יקלע למציאות ההיסטורית יותר מאשר גישה דווקנית בזכות הסבר אחד זה או אחר. דומני שלגישה דווקנית כזו אין הצדקה אנליטית, ואף לא אמפירית. עם זאת, הדגש שהושם במסגרת הדיון בהסבר הסטטוס-

174 ראו לעיל ה"ש 55–61 והטקסט שלידן.

175 ראו סי' 17(ג) לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994. כן ראו איתן, לעיל ה"ש 48.

קוו נובע מן החשיבות של פענוח תנאי-הרקע המוסדיים כשלב הכרחי בהערכה של כל הסדר משפטי, בוודאי של הסדרים חוקתיים שכל מהותם היא עיצוב מוסדות המדינה וסמכויותיהם. שנית, הסיפור הישראלי מציג תמונה לא-אינטואיטיבית של הפערים המוסדיים בין בית-המשפט לבין בית-המחוקקים. לפי ההסבר המבוסס על דינמיקה של תלות במסלול, דווקא בית-המשפט, שנחשב גוף סביל ושמרני בגלל מאפייניו המוסדיים, הוא שמסוגל לקבוע ולקבע סדר-יום חוקתי; ודווקא בית-המחוקקים, שנתפס בדרך-כלל כגוף בעל היוזמה הפוליטית (בוודאי בשיטות פרלמנטריות שבהן יש הלימה מפלגתית בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת), הוא שמוגבל בקביעת ההסדרים החוקתיים ונגרר למעשה אחר יוזמתו של בית-המשפט העליון. כמובן, כפי שצוין, פסק-הדין בעניין **בנק המזרחי** לא היה יכול לבוא לעולם ללא פעולת הכנסת בכינון חוקי-היסוד של 1992. אך כפי שראינו, זה בדיוק ההיבט המעניין בתהליכים תלויי-מסלול: כדי להשפיע באופן עמוק על ההתפתחות המוסדית, אינך חייב להיות דווקא זה שמתניע אותה; מה שעליך לעשות הוא להימצא "במקום הנכון בזמן הנכון" ולהחזיק בכלים הנכונים, כדי לנצל את זמינותו של תהליך בשלבי התעצבותו ולהטות אותו למסלול הנכון בעיניך. פסיקתו של השופט ברק מאמצע שנות השמונים הראתה בבירור כי הוא מוביל את בית-המשפט בחיפוש אחר שעת כושר לעיגון המהלך החוקתי. צירוף הנסיבות שהניע את הכנסת לכונן בשנת 1992 את חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, ואשר הניא אותה מלהגיב באופן מיידי על פרשנותם היומרתית בשנת 1995, היה ה"פתח" שדרכו הותווה המסלול שבו אנו צועדים כיום.

חשיפת רגעי ההיקבעות של המסלול החוקתי הקיים לא נועדה לתרום ל"משחק ההאשמות" באשר לאחראים לסטטוס-קוו הנוכחי – שיח שהעניין העיוני בו קטן בהרבה מזה הפוליטי. חשיבותו של הניתוח המוסדי נעוצה בהבנה שהמסלול שהותווה לא היה המסלול היחיד האפשרי, וכן שאין ודאות שהוא היה המסלול המיטבי. כך, למשל, יש טעם בסברה כי אחת התוצאות של "המהפכה החוקתית" הייתה נסיגה של הכנסת מפעילות חוקתית בתחום זכויות האדם. כזכור, החקיקות של 1992 ושל 1994 באו לאחר עשורים של נסיונות לחוקק חוקי-יסוד בתחום הזכויות. נדרשה שורה של מהלכים מתוחכמים, הן במישור של הניסוח החוקתי והן במישור של הפוליטיקה הקואליציונית, כדי להגיע לרגע המיוחד הזה – ארבעים ושתיים שנים אחרי "החלטת הררי"¹⁷⁶ ושלושים וארבע שנים לאחר כינונו של חוק-היסוד הראשון¹⁷⁷ – שבו פעלה הכנסת כרשות מכוננת בתחום זכויות האדם. כידוע, חלפו כבר יותר מעשרים שנה, והכנסת מעולם לא חזרה לעסוק בחקיקת-יסוד בתחום זה. זהו אחד המסלולים שהיו יכולים להתפתח אילו הזדמן לכנסת להאריך בתהליך של "ניסוי וטעייה" בתחום זכויות האדם בטרם התקבעו המשמעויות המשפטיות של מעשיה בפסיקתו של בית-המשפט העליון בדבר ביקורת שיפוטית חוקתית ובדבר עליונות נורמטיבית של חוקי-היסוד. המבקשים לראות את הכנסת מקדמת את תהליך היצירה של מגילת זכויות חוקתית עשויים לִבְכּוֹת את המסלול שנחסם. מסלול אחר שהיה יכול להתפתח כמובן הוא זה שבו הכנסת מכוננת זכויות חוקתיות אך באין אכיפה שיפוטית אפקטיבית הן נשארות בגדר רטוריקה ריקה, ומעמדן של זכויות האדם במשפט הישראלי רק נפגע. זה מן הסתם היה חששו של

176 ד"כ 5, 1743 (התשי"י).

177 חוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69.

בית-המשפט העליון, שבעטיו החליט "להסתפק" במעשה החוקתי של הכנסת משנת 1992 וליטול את הבכורה בתחום פיתוח המשפט החוקתי של זכויות האדם. שלישית, ככל שלבית-המשפט יש אכן יתרון לאורך זמן על הכנסת בקביעת אג'נדות חוקתיות, ניתן לטעון כי זהו נתון שאמור להשפיע על עיצוב מערכת היחסים החוקתית בין המוסדות לעתיד לבוא. כידוע, שם המשחק כיום הוא דיאלוג חוקתי, והמשא-ומתן הפוליטי בתחום החוקתי מרבה לעסוק בעיצוב הסדר התגברות (override) שיאפשר לכנסת להתגבר בתנאים מסוימים על פרשנות חוקתית של בית-המשפט העליון שאינה לרוחה. ההצעות הקיימות בנושא זה – שהבולטת מביניהן היא תזכיר חוק-יסוד: החקיקה של משרד המשפטים משנת 2012¹⁷⁸ – קובעות כי יידרש רוב מיוחד הן לחקיקת-יסוד והן להתגברות חקיקתית על ביקורת שיפוטית חוקתית; כלומר, הן מציעות צמצום נוסף ביכולת התגובה של הכנסת על ביקורת שיפוטית חוקתית. אם הניתוח שהוצג כאן נכון, אפשר שמודל דיאלוגי "אמיתי" מצדיק דווקא ריכוך של הליך התגובה הפרלמנטרית, ולא הקשחה שלו, כלומר, קביעת חסמים נמוכים יחסית לחקיקה נוגדת, ולא גבוהים יותר כמוצע כיום.¹⁷⁹ גם כאן מדובר במסקנה אשר סותרת את האינטואיציה המקובלת שלפיה יש להחמיר את תנאי הגישה של המחוקקים לחוקה באמצעות דרישות רוב מיוחדות והליכי הצבעה מורכבים יותר מאשר בחקיקה רגילה. אך לפחות אלה המאמינים כי רצוי שהכנסת תהיה מעורבת בתהליך הפרשני של מתן מובן ציבורי לנורמות חוקתיות עשויים להידרש ליצירתיות מוסדית מאתגרת: כיצד מנמיכים עוד את רף ההתגברות החקיקתית, שהוא ממילא נמוך מאוד, ועדיין שומרים על "חוקתיותה" של החוקה?

יש להזכיר, עם זאת, כי גם אם יעלה בידינו לנסח הסדר דיאלוגי "ממשי", העברתו בפועל, במקום ההסדר החוקתי הקיים, צפויה להיות קשה לנוכח התלות המתחזקת במסלול הקיים. גם תזכיר חוק-יסוד: החקיקה – הניסיון האחרון לפרוץ את הסטטוס-קוו – שקע כמדומה בתהום הנשייה בחלוף שנתיים מאז פורסם בקול גדול. האם קיימת אפוא אפשרות של ממש ל"חישוב מסלול מחדש", ואם כן, כיצד היא צפויה להתגשם? התשובה היא שסטטוס-קוו יכול כמובן להיפרם, ומסלול חוקתי חדש עשוי להתפתח בישראל, שהרי ככלות הכל מהפכות אכן קורות לעיתים. כך, למשל, מהלך קיצוני של בית-המשפט העליון בתחום הביקורת השיפוטית יכול להוביל את הכנסת לתגובת-נגד חריפה, ומאידך גיסא, ניתן לדמיין קואליציה שתביא לידי השלמת התהליך של כינון חוקה לישראל. אך החשוב הוא שגם אם תבוא מהפכה שתתווה הסדר חדש, נקודת המוצא שלה תהיה זו שהותוותה בסטטוס-קוו הנוכחי. במובן זה, אין דרך אחורה. כל חידוש, גם אם הוא מבטא שבירה מן התוואי הקודם, מתחיל מנקודת הסיום של אותו תוואי – מההנחות שהוא הצליח לבסס ומהמוסכמות שהוא קיבע בתרבות הפוליטית והמוסדית. אכן, העובדה שאין כיום שום חזון חוקתי רציני שמציע להחזיר את המשטר החוקתי הישראלי לעידן שלפני 1992–1995 מלמדת על עוצמת ההכרה שהתבססה בסמכות הביקורת השיפוטית החוקתית בישראל, על-פי מודל העליונות שעוצב על-ידי בית-המשפט העליון בעשורים האחרונים.

רביעית, ניתן לשאול אם הדינמיקה שתוארה כאן אכן מייחדת את התחום החוקתי או שמא לבית-המשפט העליון יש יכולת לכבול את הכנסת גם בתחומי משפט אחרים. הסבר הסטטוס-קוו

178 לעיל ה"ש 84.

179 לטיעון קרוב ראו ספיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 261.

כשלעצמו אינו מוגבל באופן הכרחי לנורמות חוקתיות. עם זאת, ניתן לשער שככל שמדובר בנורמות מדרגה גבוהה יותר, שיש להן תחולה רחבה על אנשים ועניינים רבים יותר, כן ההשקעה הראשונית בלימודן, בפירושן ובשילובן במערך הנורמטיבי הכולל תהיה משמעותית יותר, ולכן עלויות הסטייה יהיו מרתיעות יותר. מעבר לכך, נראה שהסבר הביוש פועל באופן ייחודי בתחום החוקתי, אשר נוגע בחקיקה רווית-ערכים ולכן מקשה במיוחד התחרטות מאוחרת. מכל מקום, ראוי לערוך ניתוח מוסדי של נורמות מושרשות אחרות במשפט התת-חוקתי, כדי לבחון עד כמה ההסברים שהוצעו במאמר זה יכולים לתת מובן להתרחשויות הפוליטיות בעניינן. כך, למשל, המקרה של תיקון סעיף 25 לחוק החוזים,¹⁸⁰ באקט נדיר בשדה החקיקה האזרחית שבא שנים רבות אחרי התבססותה של הלכת **אפרופים**,¹⁸¹ מעורר שאלות מובהקות של כוחות מוסדיים יחסיים. מתבקש בעניין זה לפענח את שעת הכושר שאפשרה לכנסת לחזור לתחום אשר עד לאותו שלב נשלט לכאורה באופן מוחלט על-ידי הפרשנות השיפוטית. ייתכן שמניתוח כזה נוכל גם ללמוד עוד על אפשרויותיה של הכנסת במישור החוקתי.

חמישית, מבחינה מתודולוגית, הדיון כאן מדגיש את חשיבות העמידה על הפער שבין "המשפט עלי ספר" לבין "המשפט בפעולה".¹⁸² כפי שראינו בתחילה, המעיין בטקסטים החוקתיים הישראליים – סדרת חוקי-היסוד – עשוי להניח כי ברוב התחומים, כולל ההגנה על רוב הזכויות, אין על המחוקק הרגיל כל מגבלה חוקתית אפקטיבית. החוקה הישראלית, על-פי לשונה, משתייכת לזן הנדיר של חוקות שאין בהן כמעט כל רכיב של יציבות או נוקשות, מה שבעיני רבים שולל ממנה את אופייה ה"חוקתי". אולם בפועל, כפי שראינו, החל להתייצב בישראל בעשורים האחרונים משטר חוקתי קשיח למדי, שלכנסת קשה (ואולי גם לא כדאי) לקרוא עליו תיגר, למרות כוחה הפורמלי לעשות כן. זו תובנה בעלת חשיבות מחקרית כללית, אך היא חיונית לעוסקים במחקר השוואתי. הניסיון הישראלי הוא סימן אזהרה מפני הסתמכות על תוכן המילולי בלבד של חוקות לצורך הבנת המבנה המוסדי האפקטיבי של שיטת משטר כלשהי.

סיכום: אנטי-רובניות התנהגותית

במסגרת עיון השוואתי שערך בשיטות חוקתיות דיאלוגיות, כלומר, כאלה שמתירות תגובה מסוג כלשהו של הרשויות הפוליטיות על ביקורת שיפוטית חוקתית (דוגמת השיטות של קנדה ואנגליה), ניסח מרק טושנט את מה שניתן לכנות "כלל ההסלמה" ו"כלל ההידרדרות". טושנט הראה כיצד הסדרים דיאלוגיים אינם יציבים לאורך זמן – כיצד הם נוטים "להסלים" להסדר של ביקורת שיפוטית חוקתית במובן החזק, עם עליונות פרשנית שיפוטית בסגנון ארצות-הברית, או "להידרדר" לעליונות פרלמנטרית שהופכת את הביקורת השיפוטית ללא יותר מאשר מנגנון ייעוץ למחוקק.¹⁸³ טושנט תיאר דינמיקות מגוונות שיכולות להוביל לתוצאות כאלה. המשותף להן הוא

180 חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011, ס"ח 202.

181 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991), פ"ד מט(2) 265 (1995).

182 ראו: Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910).

183 Mark Tushnet, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy-Based Worries*, 38 WAKE FOREST L. REV. 813, 824–837 (2003).

שהמוסדות המעורבים במשחק הסמכויות נוטים להתייצב באחד הקצוות, אחרי שהתכנסו אליו. זה המצב בשיטות שבחרו לעצמן במודע ובמפורש משטר חוקתי דיאלוגי. בשיטה החוקתית של ישראל, למעט בהקשר של פסקת ההתגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק (שהשימוש היחיד בה מהווה ראיה מובהקת להסלמת המערכת הישראלית למודל חזק של ביקורת שיפוטית), לא נעשתה מעולם בחירה מפורשת במודל דיאלוגי. זהו תוצר נסיבתי אשר נובע מן העובדה שהכנסת אמונה הן על חקיקת החוקים הרגילים והן על כינון חוקי-היסוד, על-פי-רוב בהליך זהה. ישראל משתייכת אפוא באופן פורמלי לקבוצת המדינות שמפעילות ביקורת שיפוטית חוקתית "חלשה", גם אם היא מעולם לא התכוונה לכך,¹⁸⁴ אך למעשה, במונחיו של טושנט, לפנינו דוגמה חיה להסלמה של המערכת החוקתית לקצה החזק. רוב רגיל בכנסת רשאי לשנות את חוקי-היסוד כך שיופקע כוח הביקורת השיפוטית החוקתית, אך טרם נמצא הרוב שיפעל לעשות זאת. כמוכן, בית-המשפט אינו "אשם" במצב זה מבחינה פוליטית או מוסרית; יתכבדו חברי-הכנסת ויתגברו על הקשיים הקוגניטיביים ועל החסמים המוסדיים שלהם. בעוד גישות היסטוריוגרפיות יכולות לאפיין את המאמר הנוכחי כפרק בסיפור דעיכתה הנמשכת של הכנסת כליבת הריבונות הישראלית,¹⁸⁵ אני ביקשתי להניח כנסת שמודעת לכוחותיה וקואליציה שמוסגלת לפעול. אך גם בתנאים אלה אין להתעלם מן התפקיד הסיבתי שהיה לבית-המשפט ביצירת הסטטוס-קוו החוקתי החדש ובביסוסו; וראוי להבחין שבית-המשפט כמוסד היה מצוי בעמדה נוחה יחסית לקביעת תנאי-המוצא של המסלול שאנו מותלים בו כיום. התבוננות ריאליסטית על המצב החוקתי שנוצר בעקבות פסק-הדין בעניין **בנק המזרחי** עשויה אפוא ללמד שגם הביקורת השיפוטית נוסח ישראל כורכת עימה, בדומה לשיטות אחרות שבהן תיקון החוקה הוא דווקא מורכב ואיטי, נתון אנטי-רובני בעל משקל. זאת, למרות זמינות התיקון של החוקה הישראלית. אין במסקנה זו כדי להכריע את הדיון בדבר הלגיטימיות הדמוקרטית של מוסד הביקורת השיפוטית החוקתית בישראל. אך מסקנה זו מחייבת את המצדדים במהפכה החוקתית בישראל להתמודד ישירות גם עם ההיבטים האנטי-רובניים שלה. בה-בעת יועיל למעצבי העתיד החוקתי של מדינת-ישראל אם יתחשבו בחסמים המוסדיים המאפיינים את רשויות השלטון. כך, אם אנו חוששים מן הכוח המנוון של הסטטוס-קוו, עלינו לפתח מוסדות עם אמצעים מוכנים להתמודדות עם קיבעון: גופי ביקורת, הליכים של עיון חוזר, ואולי אף – כפי שסבר תומס ג'פרסון¹⁸⁶ – עיגון של "שסתומי-בטיחות" שיכריחו אותנו לשוב מדי תקופה אל שולחן השרטוטים ולבדוק מחדש את אמונותינו החוקתיות. אנו עשויים כמובן לגלות שהביקורת השיפוטית החוקתית היא מוסד רצוי

184 ראו: Adam Shinar, *Accidental Constitutionalism: The Political Foundations and Implications of Constitution-Making in Israel*, in THE SOCIAL AND POLITICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONS

207 (Dennis Galligan & Mila Versteeg eds., 2013).

185 ראו, למשל, גד ברזילי "פרלמנטריות ויריבו: הפוליטיקה של המשפט הליברלי" **חברה במראה** 359, 366–376 (חנה הרצוג עורכת, 2000).

186 Thomas Jefferson, *Reform of the Virginia Constitution: Letter to Samuel Kercheval* (July 12, 1816),

<http://etext.virginia.edu/etcbin/toccer-new2?id=JefLett.sgm&images=images/modeng&data=/texts/english/modeng/parsed&tag=public.&part=244&division=div1>

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים המצוינים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס.

צפויים שינויים נוספים.

לדמוקרטיה מוסרית, ושעקרון הכרעת הרוב אינו צריך למשול בכיפה. אך זו תהיה כבר בחירה ריבונית, ולא התניה מוסדית.