

הספריה לדמוקרטיה

המהפכה החוקתית

תיאור מציאות או נבואה
המגשימה את עצמה?

רות גביזון



המכון הישראלי לדמוקרטיה

”המהפכה החוקתית” - סיכום ביניים

מוקדם עדיין להעריך את תרומת ההתפתחות במהלך החוקתי שהתחילה ב-1992 מבחינת עיקרי המשטר בישראל, מבחינת ההגנה על זכויות האדם, ומבחינת מעמדו של בית המשפט העליון לעומת הרשויות האחרות. סביר גם להניח כי המהלך אינו ליניארי, וכי רק מפרספקטיבה של זמן ניתן יהיה להעריך את השפעותיו. בפרק זה אטען כי שיח המהפכה החוקתית (כמו גם שיח הסמכות המכוננת או המידרג הנורמטיבי) האיץ מאוד את המהלך החוקתי מבחינת שיח השופטים ומבחינת עידוד פניות לבית-המשפט. שאלה קשה יותר, וחשובה יותר, היא האם האצה זו היתה טובה. ברור שעמדות בנושא זה תהיינה קשורות גם לעמדה הנורמטיבית של אדם כלפי רעיון החוקה והדרך הראוייה לקידומו. אני אטען כי יכולה להיות מחלוקת בנושא זה גם בין אנשים המסכימים כי חוקה נוקשה ועליונה לישראל היא חשובה.

בחלק הראשון של פרק זה אטען כי יישום עקרונות החלק הראשון למצבה של ישראל מראה כי נחוצה בה מאוד חוקה עליונה ונוקשה, הן בתחום סדרי המשטר והן בתחום ההגנה על זכויות האדם. למרות זאת, ואולי חלקית בגלל זאת, אין בישראל תמיכה רחבה, במערכת הפוליטית ובציבור, לחוקה נוקשה העונה על בעיות האמת של ישראל. תומכי מהלך 1992 סברו כי לאור שתי קביעות אלה, ראוי לקדם את רעיון החוקה בכל דרך, כולל חלוקת מגילות זכויות האדם לפרקים, דילול של המהלך לשינוי שיטת הבחירות, והעברת החקיקה באופן מחטפי וללא רוב מסיבי. לדעתי,

הן המוסר הפוליטי והן התבונה הפוליטית מורים כי עקיפת הצורך בהסכמה רחבה, ובהליך מסודר, כולל ומקיף של אימוץ חוקה נוקשה אינה רצויה. החוקה שנקבל בדרך זו אינה טובה, ונזקיה עולים על יתרונותיה.

בחלק השני אבחן את מהלך 1992 ואת השיח שהתפתח סביבו. חקיקת זכויות האדם של 1992 כשלעצמה היא טובה: אמנם אין בה מגילת זכויות נוקשה וכוללת, אך היא מאפשרת שיפור בהיקף ההגנה על זכויות האדם בישראל. אולם, כמו כל שלב במהלך החוקתי הארוך בישראל, היתה ויש סביב חקיקה זו עמימות רבה לגבי כוונותיה, היקפה ומשמעותה. עמימות זו נבעה, בין השאר, מפני שהחקיקה היתה תוצאה של פשרה, שבה כל צד טען לפרשנות שונה של החוקים. אטען כי שיח הסמכות המכוננת, המידרג הנורמטיבי והמהפכה החוקתית גורמים לקריאה מרחיבה של משמעות חוקי 1992, שאינה משקפת את המצב החוקתי הקיים או את המצב החוקתי שהוא, לדעתי, רצוי.

בחלק השלישי אשרטט כיוון ראוי להתפתחותו של המהלך החוקתי בישראל, לאור הנתונים המיוחדים בה. לטעמי, ראוי לוותר על מאמצי ההשגה של נוקשות ועליונות בחקיקת הכנסת, ולרכז את המאמץ בשני מסלולים שונים: שיפור מירבי של החקיקה הרגילה, כולל אימוצה של מגילת זכויות כוללת וגמישה, בנושאי זכויות אדם ונושאים משטריים, בצד בנייה מקבילה של הליך של "אמנה חברתית" שתוכל, אולי, להניב חוקה אמיתית לישראל, על בסיס של השתתפות ציבורית והסכמה רחבה. גם מי שאינו מסכים עם כיוון זה יכול להסכים לפסקה השנייה, הנוגעת לתפקידו הראוי של בית המשפט בהליך התגבשות החוקה. אני מעדיפה את גישת זנדברג ומיטראל לגישת פסק הדין בעניין חוק גל והשיח החוקתי. דומני שגישת זו נובעת מטבעו של התפקיד השיפוטי בכלל, וכי היא מתחייבת במיוחד בנסיבות הרגישות של המהלך החוקתי בו אנו עוסקים. איני סבורה כי זהירות זו היתה פוגעת ביכולתו של בית המשפט להגן על זכויות האדם, או אף בסיכוי לקבל מגילת זכויות נוקשה ושלמה. ההיפך הוא הנכון.

האם אפשרית חוקה טובה בישראל?

כדי להעריך את המהלך החוקתי של 1992 ואת השיח החוקתי שהאיצו, יש לענות על שלוש שאלות שונות: ראשית, האם לישראל, בגלל תנאיה המיוחדים, נחוצה חוקה עליונה ונוקשה? שנית, האם קיימים בישראל התנאים שיניבו אימוצה של חוקה בתמיכה חברתית רחבה? שלישית, בהנחה שהחוקה המתגבשת תהיה תוצר של המשך החקיקה הרגילה, ושיריון גורף של חוקי היסוד הקיימים באמצעות חוק יסוד: חקיקה (או באופן הלכתי), האם תהיה זו חוקה טובה, הנותנת מענה ראוי לצרכי מדינת ישראל?

לדעתי, צודקים אלה הסבורים כי בתנאים המיוחדים של ישראל אכן נחוצה, עקרונית, חוקה נוקשה. מצד שני, דומני כי טעות היא לחשוב כי ניתן היה לאמץ חוקה טובה ב-1950 ומכל מקום, וודאי כי לא ניתן לעשות זאת עתה, כל עוד אין תחושה של משבר או כורח, המחייב להגיע לפשרות ולויתורים הדדיים, שיניבו הסדר יציב והוגן. מנגנון החקיקה במסגרת "פוליטיקה רגילה" של הכנסת, כאשר הסוגיות נבחנות פרקים-פרקים, ותוך כדי האילווצים וההטיות של ההליך הפוליטי בישראל, אינו יכול להניב חוקה טובה. אם ראוי לנסות לאמץ חוקה, הניסיון חייב להיעשות בדרך של תמונה כוללת, כך שניתן יהיה לאמץ עסקת חבילה שלמה, שאיזוניה הפנימיים ברורים. לטעמי, הערכה זו היתה נכונה ב-1992 והיא נכונה שבעתיים כיום.

האם נחוצה חוקה נוקשה בישראל?

ראינו בחלק הראשון כמה צידוקים אפשריים להגנה על הסדרים חוקתיים מפני המחוקק הראשי גם בדמוקרטיה. בכל מדינה ובכל חברה ישנו חשש כי מחוקקים, כמו מפעילי כוח אחרים, יעשו בו שימוש לרעה. בכל מדינה וחברה ניתן לחשוב על דרכים לצמצם חשש זה. ככל שהחשש לשימוש לרעה בכוח החקיקה, על ידי רוב או על ידי גורמים אינטרסנטיים, גדול יותר – כך גדול יותר הצורך בחוקה נוקשה, שתתן לעקרונות יסוד יציבות והגנה

מפני המחוקק. דומני שאין חולק כי בישראל קיימים נתונים מבניים המגדילים חששות כאלה במידה ניכרת.

ישראל היא חברה שסועה, ויש בה שני שסעים מרכזיים, ושתי קבוצות מיעוט מרכזיות: הלא-יהודים, בעיקר ערבים מצד אחד, המונים כ-18 אחוז מן האוכלוסייה, והאורתודוקסים, בעיקר החרדים, שקיימות הערכות שונות של מספרם, ויש להם כיום ייצוג של 20 אחוז בכנסת, מצד שני.⁷² בנוסף לכך יש בישראל ריבוד על בסיס עדתי, ועל בסיס סוציו-אקונומי, שיש ביניהם התאמה לא קטנה. בשנים האחרונות, אנו מתבשרים על עלייה חדה במידת הפער בין חלקי אוכלוסייה שונים, כאשר גם כאן ישנה התאמה מדאיגה בין השתייכות קבוצתית-לאומית-תרבותית ובין מאפיינים כלכליים-חברתיים. ישראל אמנם רחוקה עדיין מרמת העוני והניכור של חברות כגון ארה"ב, אך הפערים בה גדולים וגדלים, ויש החלשה בתחושת הסולידריות החברתית. האוכלוסיות החלשות והעניות ביותר בישראל הן אלה של הערבים ושל החרדים.

ישראל מוגדרת, עתה גם בחוקי היסוד החדשים, כמדינה יהודית. עצם ההגדרה הזאת יוצרת מוקד מתח עם אזרחיה הלא-יהודים. תחושת השייכות שלהם, והשוויון שיינתן להם, נמצאים בסימן שאלה. האם הם חלק בלתי נפרד מן המפעל של מדינת ישראל? איך מתיישבות זכויותיהם עם חוק השבות ועם הקדימות שניתנת במדינה להתיישבות יהודית ולקבוצת גלויות? סימן שאלה זה גובר כאשר זוכרים כי ישראל נמצאת מאז הקמתה בסכסוך קיומי עם שכניה, וכי אלה והמיעוט הערבי בישראל שייכים לאותו עם. הערבים בישראל אינם רק מיעוט לאומי, אלא נתפסים בעיני רבים גם כסיכון בטחוני ו"גייס המישי". סיכונים בטחוניים הם טעם קלאסי לפגיעה בזכויות, אולם ידועה גם העובדה כי במקרים רבים נושאים את שם הבטחון לשווא. בנוסף לכך, לא יהודים בישראל יוצרים גם חשש של נישואי תערובת והתבוללות. במכלול, יש לנו מצב שלתוכו בנוייה סכנה מוחשית של פגיעה בזכויות: הערבים עלולים להיתפס בעיני יהודים רבים כאויב, כאיום, כמתחרים על נכסים. מכיוון שהם מיעוט בישראל, חשוב להגן עליהם מפני חקיקה של הרוב.⁷³

באוכלוסייה היהודית עצמה, יש רוב גדול מאוד החפץ במדינה יהודית,

אולם ישנה מחלוקת עמוקה על משמעותה של יהודיות זו. יש השואפים להגיע למדינת הלכה, או לפחות למדינה שתהיה קרובה למדינת הלכה במידת האפשר. אחרים רואים בזהות היהודית עניין לאומי-חילוני, ורוצים במדינה שהעם היהודי – שרוב בניו כיום אינם שומרי מצוות – יוכל לממש בה את זכותו להגדרה עצמית. מתחים אלה יוצרים קשיים מגוונים: חשש של המיעוט הדתי לאפליה בהקצאת משאבים ובהכבדה על אורח החיים הדתי מצד אחד, לעומת חשש של הרוב החילוני מפני כפייה דתית מצד שני. במקביל מתנהל דיון מתמשך על אופי הפרהסיה בישראל, ובעיקר על מנגנוני ההשתייכות וההצטרפות ליהדות. בין הקבוצות אין מחלוקת לגבי מי שנולד יהודי או מוכר כיהודי לפי ההלכה. הבעיה היא ההתייחסות למי שרוצה להצטרף לעם היהודי ולמדינתו. האורתודוקסים עומדים על כך שקנה המידה יהיה דתי, וכי בקביעת הזהות הדתית יהיה מונופולין לרבניהם. חילוניים מוצהרים היו רוצים מנגנון אזרחי-חילוני, ובתווך מושמעת תביעתם של זרמים לא-אורתודוקסיים ל"פלורליזם דתי". אחת מן הפשרות המשמעותיות בין דתיים וחילוניים בישראל היא מסירת מונופולין בנושאי נישואין וגירושין לבתי הדין הרבניים, עם ההשלכות הקשות של מצב זה על שומרי מצוות ואחרים כאחד.⁷⁴

נראה כי לפחות בקבוצות הדתיות-חרדיות, המחוייבות לדמוקרטיה, אם היא קיימת כלל, היא אינסטרומנטלית בלבד. קבוצות אלה, עקרונית, אינן מקבלות את עקרון ההכרעה על ידי רוב או את הרעיון של קביעת החוקים על ידי נציגי האוכלוסיה, ואת המוסדות המוסכמים לקבל החלטות, כגון בתי משפט, שכן המקור הנורמטיבי האחרון של הנורמות שהם מקבלים כמחייבות הוא אלוהי. בציונות הדתית ניסו למצוא איזון בין הדת והדמוקרטיה, אולם איזון זה מתברר כשברירי בעידן של פסקי הלכה האוסרים ציות לפקודות לפנות יישובים, או של אנשים המוציאים לפועל "דין רודף" ו"דין מוסר", או רואים בהריגת ערבים מצווה דתית ועניין של קידוש השם.

במדינה בעלת רקע כזה, הכרעה חוקתית על דמות המדינה ועל חלוקת הכוח בה נראית מתבקשת. די ברור כי בחברה אין ההומוגניות המאפשרת תפקוד סביר של מנגנון קבלת החלטות רובני פשוט, שכן לקבוצות שונות

באוכלוסיה יש אינטרסים מבניים ומובנים שונים. יתירה מזו, לקבוצות המיעוטים הגדולות יש לא רק אינטרסים שונים, אלא צורך במידה מסויימת של אוטונומיה לניהול אורחות חיים ייחודיים. למעשה, חברה במצב כזה מתפקדת, במובן מסויים, כמו פדרציה: יש לה לכידות כללית, אולם לקבוצות שונות בתוכה יש אינטרסים ייחודיים, שהגנתם דורשת הסדרים משפטיים מיוחדים, שאי אפשר יהיה לשנות אותם בהחלטת רוב שאינה לוקחת בחשבון את האינטרסים הייחודיים האלה. עולה מכך כי נחיצותה של חוקה קיימת הן לגבי מבני ההשתתפות בהכרעות הפוליטיות, והן לגבי זכויות האדם של פרטים ושל מיעוטים. בגלל השסעים המורכבים בחברה הישראלית, אכן ראוי היה שתהיה בה חוקה נוקשה שהיא מעבר לפוליטיקה רגילה של רוב מזדמן או של רוב חלקי שאינו משקף את המבנה המורכב של החברה. חוקה כזאת היתה מאפשרת פיתוח של הזיקה האזרחית, המבוססת על שוויון בלי הבדל דת או לאום, שהיא הכרחית על מנת שישראל תוכל להיות דמוקרטיה אמיתית. במקביל היא היתה נותנת תחושה של שייכות ובטחון גם לקבוצות המיעוט הגדולות.

האם אימוץ חוקה שלמה, עליונה ונוקשה אפשרי?

כדי לאמץ חוקה לא די בכך שיש טעמים של מוסר פוליטי המצביעים כי יש בה צורך. כאמור, בישראל קיימים טעמים כאלה, הן בתחום זכויות האדם והן בתחום הסדרי חלוקת הכוח הפוליטי. כדי שחוקה תוכל למלא את תפקידיה, היא חייבת להישען על תמיכה רחבה, ועובדה זו צריכה להיות ברורה ומקובלת בה. תמיכה כזאת צריכה לבוא הן מטעם מרכזי הכוח הפוליטי עצמו, והן כדרישה של הציבור הרחב שהחוקה אמורה להגן על האינטרסים שלו. בישראל, כפי שראינו, אין הסכמה רחבה במערכת הפוליטית על הצורך בחוקה נוקשה ועליונה, ואין לחץ ציבורי של ממש בכיוון זה.

בפועל, נוכחותם של השסעים הדורשים חוקה היא שגרמה להעדפה של המערכת הפוליטית שלא לקבל חוקה. ההעדפה הפוליטית היתה לטפל בשסע הפנים-יהודי בדרך של מו"מ ושל פשרות, ואילו בשסע הערבי לטפל

בדרך של החלטות חד-צדדיות, יצירת עובדות בשטח, ומנגנון קבלת החלטות רובני.⁷⁵ גם המדיניות הכלכלית והמדיניות החברתית הושארו, בעיקרן, מחוץ לתחומם של בתי המשפט ובמסגרת המערכת הפוליטית, לטוב ולרע.⁷⁶ המו"מ בענייני דת ומדינה, כמו גם חלקים מכריעים של סדרי עדיפויות, נקבעו במסגרת המערכת הפוליטית. בתי המשפט פיתחו הגנה על זכויות האדם כעקרונות פרשנות. ברוב המקרים, המחוקק הראשי לא נזעק לתקן חוק על מנת לסכל את הקיום ארוך-הטווח של ההכרעה השיפוטית.⁷⁷ עד 1977 לא היה לנציגי הממשלה אינטרס לאמץ חוקה, ולנציגי האופוזיציה לא היתה דרך לאלץ אותם לעשות זאת בניגוד לרצונם: הממשלה נשענה על רוב יציב ודי קבוע, ובדרך הטבע לא ששה לוותר על כוחה לשלוט על החקיקה. המהפך של 1977 יצר לראשונה מצב שבו זהות הכוחות הנמצאים בשלטון אינה ידועה מראש. במובן מסויים, הוא יצר מעין "מסך של בערות", שמאחוריו פוליטיקאים דנים בשאלת החוקה בלי ידיעה אם הם עצמם נמצאים בשלטון או באופוזיציה, בלי ידיעה אם הם רוב היכול להגן על זכויותיו בדרך החקיקה עצמה, או מיעוט, הדורש הגנה חוקתית מפני המחוקק. כיום התחדדה גם התחושה כי, בגלל נתונים משטריים, הרוב החילוני אינו יכול לגייס את כוחו על מנת להגן על זכויותיו מפני חקיקת דתית. גם תחושה זו מניבה אינטרס של פוליטיקאים בחוקה נוקשה. אלא שטעם זה עצמו גם מחליש את הסיכויים לחוקה: המפלגות הדתיות, להן יש אינטרס ברור במניעת ההעברה של הכרעות מסוג זה אל מחוץ למערכת הפוליטית, מטרפדות את המהלך. נראה, לכן, כי הסיכויים להשגת חוקה שלמה, עליונה ונוקשה, המגנה על סדרי משטר ועל זכויות האדם, בדרך של חקיקה מפורשת ומסודרת, אינם גדולים.

חשוב לזכור כי קשיים כאלה אינם מיוחדים לישראל. יתירה מזו, לטעמים פוליטיים ואינטרסנטיים אלה מצטרפים קשיים מבניים כלליים בפני מפעל של חקיקת חוקה נוקשה וכוללת בתוך פעילות חקיקתית ופוליטית "רגילה": הפעילות הפוליטית והחקיקתית הרגילה היא תובענית למדי, בעיקר בישראל. הכנת טקסט חוקתי שלם וראוי היא מלאכה הדורשת זמן. זמן זה הוקדש בכנסת שלנו פעמים לא מעטות, לפחות לגבי ההגנה על זכויות האדם. כשלון המאמצים עשוי בהחלט להניב חוסר רצון להקדיש

שוב את הזמן הנדרש. מעבר לכך, פעילות פוליטית מונעת, במקרים רבים, על ידי אינטרסים קצרי-מועד של הפוליטיקאים. יש מי שמבכה מצב זה ויש מי שמקבל אותו כטבעי, אולם ברור שפעילות המונעת על ידי אינטרסים מידיים כאלה לא תניב, בדרך כלל, הסדרים חוקתיים מושכים, שיוכלו ללכד מסביבם תמיכה ציבורית רחבה.

הערכה זו לגבי סיכויי אימוצה של חוקה עליונה ונוקשה יכולה להניב שתי מסקנות פוליטיות מנוגדות: האחת היא כי אין טעם לעסוק בנסיונות לחקיקת חוקה, שכן דבר זה לא יתאפשר ממילא, ויש לנסות לשפר ככל הניתן את ההסדרים החקיקתיים החלים על הסוגיות החוקתיות, ולוותר מראש ובידיעה ברורה על דיונים על עליונות, נוקשות או ביקורת שיפוטית. במסגרת עמדה כזאת יכול בית המשפט להמשיך במפעל המרשים שלו, ולקדם זכויות אדם ודמוקרטיה בדרך של פרשנות החוק. השנייה היא כי, מכיוון שחוקה נוקשה הינה חשובה לישראל, מוצדק לעשות מאמצים מתמשכים להעביר חוקה כזאת, ולו גם בחלקים ובמחטפים, ומתוך שיתוף פעולה פורה ביצירת החוקה בין המחוקק ובין בית המשפט. השיח החוקתי קרוב ברוחו לעמדה השנייה, שכן הוא מנסה להרים תרומה להליך כזה של יצירת חוקה. על מנת להעריך את העמדה הזאת, יש לעבור לשאלה נוספת: האם חוקה, שתתגבש בצורה של מחטפי חקיקה, פשרות מקומיות ופיתוחים שיפוטיים תהיה חוקה טובה לישראל?

האם החוקה המתגבשת טובה?

התקווה של מחוללי מהלך 1992 ושל בעלי השיח החוקתי היא כי יושלם המפעל החוקתי, באמצעות חקיקה של הסדר חוקתי להגנה על זכויות אדם, ובעיקר חוק יסוד: חקיקה. התמונה המצטיירת היא של מצב בו חוק יסוד: חקיקה שכזה ישריין באופן גורף את כל חקיקת היסוד הקיימת ויקנה לה עליונות, וכי עליונות זו תגרום להתפתחותה של ביקורת שיפוטית. במצב זה, תהיה לישראל "חוקה", גם אם חוק יסוד: חקיקה עצמו יתקבל ברוב קטן למדי ובנסיבות של עמימות גדולה או מחטף. סביר להניח כי בתנאים הפוליטיים של ישראל, שריון כזה יבוא יחד עם שמירת דינים כללית של

כל החוקים הקיימים, לרבות דיני המעמד האישי וסמכויות החירום של הצבא. סביר גם להניח כי אם יעבור חוק כזה, הוא יגן על הסטטוס קוו הדתי, ובוודאי על המונופולין הדתי בעניינים של נישואין וגירושין. זהו התרחיש החוקתי שאני רואה אותו כבלתי רצוי וכמסוכן. לפיכך אני מתנגדת לכל שיח או תהליך העשוי להחיש אותו באמצעות טשטוש המשמעויות החמורות של המהלך.

משפטנים עסקו בסוגית החוקה בעיקר מתוך נקודת המבט המוסדית של מעמדו של בית המשפט. חוקי יסוד משוריינים, ובוודאי חוקה שלמה, עם ביקורת שיפוטית, יכניסו שינוי של ממש ביחס בין בית המשפט ובין המערכת הפוליטית בכלל, והכנסת בפרט. הלגיטימיות של מו"מ פוליטי ועקרונות מדיניות הממשלה בכל התחומים יוכלו להיות נדונים במסגרת דיונים משפטיים בבתי המשפט. במצב הקיים אצלנו, שבו קרסו כל מנגנוני ההגנה של זכות עמידה ושפיטות, מהלך חוקתי מלא עלול בהחלט להפוך את בית המשפט למעין מחוקק נוסף ומכריע בכל השאלות הטעונות ביותר על סדר היום הציבורי בישראל.

הטיעון המבני הזה הוא טיעון "פרודנטי", לפיו על השופטים לשמור על עצמם מפני מעורבות העלולה להחליש אותם. טיעון זה הינו חשוב, שכן יש לנו עניין ברור בבית משפט חזק, הנתפש כנייטרלי ומקצועי, וזוכה לאמון של כל חלקי האוכלוסייה. אולם, כאזרחים בחברה הישראלית, העניין שלנו בחוקה אינו מתמצה בשאלת מעמדו של בית המשפט העליון. לעתים נהיה מוכנים לתבוע מן השופטים לאבד יוקרה ואמון ציבורי, אם נראה לנו כי הערכים עליהם הם אמורים להגן חשובים מספיק. בית המשפט אמור להיות גוף שאינו אחראי ישירות לציבור באמצעות בחירות בין השאר על מנת שיוכל לקיים שיפוטים עצמאיים. שיפוטים כאלה חשובים במיוחד בהגנה על זכויות מיעוטים, דווקא משום שבהקשרים אלה הרוב עלול להפגין עוינות כלפי הגנה על המיעוט. כאזרחים, המלאכה העיקרית היא לראות אם תכני החוקה המתגבשים אכן עונים בצורה טובה לבעיות שחוקה אמורה לפתור. ההשפעה של החוקה על מעמד השופטים ובית המשפט היא רק שיקול אחד מרבים בעד (או נגד) מהלך חוקתי מסויים.

כללית, נראה כי יש כאן שילוב מעניין בין הליך ותכנים: האופן בו

מתקבלות ההוראות החוקתיות שלגביהן אין הסכמה יוצר חשש ניכר כי החוקה שתתגבש לא תהיה טובה או מוצדקת. הסדר בלתי רצוי הוא רע כשלעצמו, אבל אם הוא מקבל הילה ושריון של הסדר חוקתי בעל עליונות ונוקשות הדבר עלול לגרום להנצחתו ולמניעת אפשרות קלה יותר לשינויו ולהתאמתו לצרכים.

החוקה המתגבשת היא בעיקרה מפעל של גורמי אליטות ברוב היהודי החילוני, שיש להם עניין בחיזוק זהותה של ישראל כמדינת-לאום יהודית, שיש לה זיקה תרבותית ומדינית לתרבות המערבית ולאידיאלים שלה. תהליך קביעת ההסדרים החוקתיים אינו כולל התייחסות מבנית לצרכיהם, שאיפותיהם ומאוייהם של קבוצות המיעוט הגדולות. הוא מקבע את חלוקת הנכסים הקיימת באמצעות הגנה חוקתית על זכות הקניין ועל חופש העיסוק ומשאירה פתוחה וכואבת את הבעיה של זכויות ערבים בקרקע, כמו את שאלת סדרי העדיפויות החברתיים בישראל. בגלל שיטת הפשרה הפוליטית, פרקי החוקה המתקבלים אינם מבטלים את החקיקה הבטחונית, שמוסכם על הכל כי כלולים בה הסדרים שאינם במקומם במדינות דמוקרטיות. בגלל הפשרה הפוליטית, והצורך ליצור רושם של התנהגות סימטרית כלפי שמאל וימין, ההסדרים החוקתיים נוהגים מנהג שווה בגזענות יהודית ובשאיפות לאומיות ערביות. בדרך הטבע, בשל העדר הסכמה וקבלת הצורך בהסכמה רחבה, החוקה אינה יכולה לנקוט עמדה מוסכמת בשאלה הסבוכה של הדת והמדינה. הנטייה היא להשאיר את עיקרי ה"סטטוס קוו" על כנם, ובכך לא לתת מענה לבעיות המורכבות שמצב זה יוצר, בעיקר לגבי הזכות להינשא והשוויון בין המינים.

התוצאה, הבלתי נמנעת כמעט, היא כי בגלל ההליך המקוטע והאטומיסטי, הדוחה דיון בשאלות השנויות יותר במחלוקת, מתקבעים הסדרים חוקתיים מרכזיים על בסיס חלקי, בלי לראות את התמונה בכללותה ובלי לחשוב על האיזון הפנימי, מבחינת חלוקת הכוח, בתוכה. אמרנו כבר כי אחת מן הפונקציות של חוקה היא ההגנה על הפשרה הכוללת בענייני חלוקת הכוח והיחס בין הרשויות מפני שינויים מזדמנים ומחטפיים, או מפני נגיסה על ידי מוקד כוח אחד. כאשר מקבעים רק חלק מן ההסדר, כגון חלק מן ההגנה על זכויות האדם וחלק מן ההסדרים

המשטריים, חסרה לחוקה היציבות המוקנית מכוח הסכמה רחבה לעיסקת חבילה שלמה, ומתחזקת תחושת הניכור של אלה שענייניהם לא זכו להסדרה חוקתית.

החוקה המסתמנת רעה מכמה בחינות: היא אינה מאחדת אלא מפלגת. היא מנציחה ומקבעת ומשריינת דברים שלא ברור שראוי לשריינם. מיקבץ הזכויות והערכים המוגן בה אינו אחיד ויוצר עיוותים פנימיים. הליך קבלת חוקי היסוד אינו מבטיח עיון שיטתי ומקיף בגבולות הדמוקרטיה ועקרון הרוב בישראל. החשש הוא כי המחוקק הרגיל, במסגרת תן-וקח של חקיקה רגילה, ישריין ויקבע עקרונות מסגרת על בסיס אינטרסים צרים ומצבים קוניוקטורליים. גם הרעיון של מתן שריון גורף לכל חוקי היסוד כדרך לעקוף את השלב של האחדה ודיון ציבורי במכלול החוקתי אינו טוב; ראשית, חוקי היסוד כוללים פרטים רבים שאינם הולמים חוקה. מעבר לחוסר אלגנטיות, העלול להשפיע על היכולת להפנים את החוקה ולתת לה ערך חינוכי וסמלי, שריונם עלול להביא לנוקשות מיותרת של הסדרים קיימים.⁷⁸ כאן יש לשים לב לתוצאה שלילית של רעיון השריון החוקתי שרוב השופטים בפסק הדין של חוק גל מקבל: הדרישה כי לא יהיה שינוי של חוק יסוד אלא בחוק יסוד. דומה כי זו דרישה שתחייב את המחוקק להכניס סעיף התגברות כללי לכל חוקי היסוד, שכן הדרישה הזו היא בעייתית דווקא מבחינת המידרג הנורמטיבי: הבה נניח כי עמדה זו היתה מתקבלת בעניין ברגמן. נראה כי עולה ממנה שחוק התשריר לחוקי הבחירות ומימון, כולו, חייב היה להפוך לחוק יסוד? במקום להתקדם לקראת מצב של מיפוי וסינון כך שחוקי היסוד יכללו רק עקרונות, תביא דרישה זו להרחבת קבוצת חוקי היסוד לכל החוקים המאחרים שיש חשש כי הם עומדים בסתירה לחוק יסוד! דווקא בנושאי זכויות אדם, תוצאה זו היא בלתי נסבלת, כי כל חוק "סותר" (כמו חוק הפשר) יצטרך להיות – בהעדר סעיף התגברות המאפשר זאת – חוק יסוד. שנית, יש חוקי יסוד קיימים שמבחינה ציבורית ופוליטית אסור, לפחות לדעתי, לשריינם, כגון חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל.⁷⁹ שלישית, השריון הגורף לחוקי יסוד ולא לחמרים אחרים ייצור אנומליה בין חוקי היסוד וחוקים חוקתיים אחרים.⁸⁰ רביעית, הצורך להימנע מהסדרת ביקורת חוקתית מיוחדת, בשל המחלוקת העזה, תחייב שביקורת

שיפוטית תילמד ישירות מעליונות החוק, כמו בארה"ב. במצב כזה, לא ברור שניתן לייחד את הביקורת השיפוטית על חוקי כנסת לבית המשפט העליון דווקא. ולבסוף – שריון גורף לחוקי היסוד שיתקבל ברוב רגיל הוא בעייתי הן מבחינת ההצדקה והן מבחינת תחושת השייכות והנאמנות. וחמור יותר: ערביי ישראל כלל אינם שותפים במהלך יצירת החוקה, ואחד מפירות הפשרה בשטע הפנים-יהודי – הגדרה חוקתית של המדינה כיהודית – פוגע בהם באופן סמלי ומעשי כאחד.

ולסיכום: בטיעון מסדר ראשון, אכן נחוצה בישראל חוקה נוקשה, עליונה ושלמה. אולם, בגלל העדר ההסכמה, ראוי לגשת לחקיקתה של חוקה בזאת מתוך דיאלוג ומתוך הליך חקיקה שיבטיח מחויבות והסכמה רחבה. דיאלוג כזה הוא אפשרי רק אם לכל המשתתפים יש תמריץ אמיתי להגיע להסדר חוקתי. תמריץ כזה יכול לנבוע מכורח, או מתחושה של כל הקבוצות כי חוקה כזו עשויה לשפר את מצבן. אם נעשית חוקה נוקשה ועליונה בתנאים כאלה, או כאשר היא נכפית על החברה או המדינה מבחוץ, סביר להניח כי ביקורת שיפוטית של בית משפט חוקתי חזק היא יסוד חיוני בהסדר החדש. זה היה המצב הן בגרמניה לאחר מלחמת העולם השנייה והן בחוקה החדשה של דרום אפריקה: כל הצדדים ראו בקיומו ובעצמאותו ערובה לזכויותיהם. במצב כזה, חששו של השופט לנדוי אינו חייב להתממש, לפחות כל עוד בית המשפט פועל בזהירות. לעומת זאת, אם תנאי יסוד אלה חסרים, סביר מאוד כי בית המשפט המפרש הוראות של חוקה שנוייה במחלוקת יתפש כמי שנוקט צד במחלוקת עצמה.

המהלך החוקתי והשיח החוקתי

חוקי 1992 הם עובדה. השאלה היסודית היא מה היא משמעותם. כאמור, אי אפשר עדיין לתת תשובה לשאלה זו: משמעות החוקים תיקבע לא מעט בדרך פרשנותם ובעיקר בתוצאות המעשיות שיגרמו. במקרים רבים, משפטנים ופרשנים מציגים עיקרי חוק חדש לעיון הקהיליה המשפטית

והציבור הרחב. במקרה שלפנינו, החקיקה גורמת לא רק להצגות ראשוניות כאלה, אלא לשפע של פרשנות מקדימה, הניתנת בחלקה מפייהם של שופטי בית המשפט העליון עצמם.⁸¹ יתירה מזו, הניתוח אינו מסתפק בהצגת עיקרי החוקים, אלא מעמיד אותם בהקשר רחב יותר. החקיקה מתוארת כ"מהפכה", שיש בה שינוי אקטואלי ופוטנציאלי של המצב החוקתי ושל התפקיד השיפוטי בישראל. שינוי זה אינו נלמד רק מהוראות החוק עצמן, אלא הוא מושתת על קיומה של סמכות מכוננת (או סמכות ליצור מידרג נורמטיבי שונה) שבידי הכנסת. מסמכות זו נגזרות תוצאות לגבי עליונותה של חקיקת 1992, ועליונותם של חוקי היסוד כולם. אקרא לעמדות אלה בשם הכולל "שיח חוקתי".

שאלת היחס בין מציאות חברתית ובין שיח ציבורי זכתה לעיון מעמיק בעת האחרונה. תרמה לכך הטענה הפמיניסטית כי העליונות הגברית אינה רק תוצאה של מבני כוח חברתיים, אלא שהיא מחלחלת ומונצחת באמצעות השיח הציבורי, המסייע להפוך אותה למובנת מאליה ולתופעה שאינה דורשת הסבר או הצדקה. איני רוצה להיכנס כאן לדיון מרתק זה, ואסתפק באמירה כי אכן בין מציאות חברתית ובין שיח ציבורי יש יחסים מורכבים. עניין המהלך החוקתי מאז 1992 הוא הדגמה טובה לנקודה זו. התובנה הביקורתית והפמיניסטית היא נכונה וחשובה, אם כי אסור שהיא תביא אותנו למסקנה הקיצונית והמוטעית כי המציאות מתמצה, או אף מקבלת ביטוי טוב ביותר, בשיח. יתירה מזו, מסוכן להגיע אל המסקנה כי יש להעריך שיח רק בתוצאותיו הפוליטיות: מסגרת השפה, ההמשגה והניתוח שלנו הם כלי העבודה החיוניים שלנו להבנת המציאות ולהערכתה.

ההערכה של המהלך ושל אופן הצגתו תלוייה, אם כן, בשילוב של שתי הערכות: הערכה עניינית על הכיוון הרצוי של ההתפתחות החוקתית ומקומו של המהלך בהתפתחות זו, והערכה על האדקווטיות של השיח החוקתי ועל תוצאות השימוש בו. לנוכח מסקנתי לגבי הכיוון החוקתי הרצוי, אין לי קושי לטעון כי קריאה זהירה ומצמצמת של המהלך החוקתי, ללא מרכיבי השיח החוקתי, נכונה יותר הן מבחינת היחס בין תורת המשפט והמשפט הפוזיטיבי, הן מבחינת התיאור של המציאות החוקתית העכשווית, הן

מבחינת התפקיד השיפוטי והן מבחינת הכיוון הרצוי של המהלך החוקתי. לגבי אלה שחפצים בהשלמת החוקה במיתווה הקיים השאלה הטקטית נהיית מורכבת יותר, שכן לשיח החוקתי יש יתרונות רבים, אך גם מחירים לא קטנים. אטען כי, גם מבחינת נקודת מוצא זו, אני קוראת את ניסיון שש השנים הראשונות כאומר שנזקיו של השיח החוקתי עולים על תרומתו. מוטב היה לבית המשפט, מתחילת הדרך, לאמץ את הקריאה הטנטטיבית והזהירה יותר של חוקי 1992.

מסקנתי באשר למשמעות חוקי 1992 היא: אין לכנסת סמכות מכוננת והיא אינה פועלת מכוחה בחקיקת חוקי היסוד. הכנסת לא אימצה את תורת המידרג הנורמטיבי. להיפך: היא החליטה לגבי עליונות הוראות בחוקי יסוד באופן פרטני, והבהירה כי לדעתה אין להם עליונות הכרחית. בינתיים, לא היתה מהפכה חוקתית. עדיין אין לנו חוקה נוקשה, וגם בחוקה המטריאלית שלנו אין זה נכון שכל הרשויות הן שוות מעמד ועצמאיות, ובית המשפט בודק שהרשויות האחרות לא תסטינה מן החוקה. חוקי 1992 הם צעד חשוב ומעניין במהלך החוקתי, ומספקים לזכויות מסויימות הגנה חוקתית מסויימת. הפתרונות שנותן ההליך הלא פורמלי לשאלות הנורמטיביות המרכזיות הקשורות בחוקה אינם טובים. אין לנו אפשרות לקיצורי דרך שיניבו חוקה טובה. במצב הקיים, הימנעות ממהלך שייצור חוקה ללא הליך פורמלי היא הכיוון הנורמטיבי הנכון.

בעניין הסמכות המכוננת אני מסכימה עם השופטים לנדוי, שמגר וחשין, וחולקת על הנשיא ברק. הדיון בשאלה זו לא נראה לי כבעל עניין כללי, ואני מפנה את הקורא המעוניין בו למאמר המקורי.

מהפכה חוקתית?

יש להבחין בין השאלה האם השימוש בביטוי "המהפכה החוקתית" מוצדק לגבי המהלך, שהיא שאלה תיאורית, ובין ההערכה של תוצאות השימוש בשיח הזה למהלך החוקתי. טענתי היא כי, בינתיים, חוקי 1992 אינם מהפכה. יכול להיות כי בדיעבד, כאשר נסתכל עליהם ממרחק שנים, נראה כי אכן חקיקה זו היתה תחילתה של מהפכה. אולם המהפכה תהיה

בהתפתחות, לא בעצם חקיקת חוקי 1992. החוקים, כשלעצמם, הם שינוי חשוב, אולם הם כשלעצמם אינם עולים כדי מהפכה ממש, וודאי לא מייד עם חקיקתם. השיח המהפכני, כפי שנראה, הוא בעל תוצאות מורכבות. ברק עצמו מסביר כי לבחירת התיאור ”מהפכה חוקתית” היתה כוונה מפורשת, ומראה גם ערנות לכך שיש בתיאור הזה משהו מקומם. מטרתו המוצהרת של ברק היא למשוך תשומת לב לשינוי הגדול שהונהג בחוקי היסוד. כאשר אנו רואים את חקיקת 1992 בתוך ההקשר הרחב של המהלך החוקתי, האם יש הצדקה לקרוא לה ”מהפכה”?

”מהפכה” היא תיבה האמורה להדגיש שינוי מהותי ורדיקלי. לפרקים אנחנו מכנים ”מהפכה” תהליכים מדיניים שאינם במסגרת חוקה נתונה. לפרקים אנו מדברים על ”הפיכה”, בעיקר כאשר ההבדל הוא בזיהוי השליט ולא בהכרח בבסיס השלטון המדיני. יש מהפכות, ובעיקר הפיכות, שיש להן קיום חלל – זמני מוגדר למדי: ניתן למקם את המהפכה בפעולות מסויימות ובמקומות ובזמנים מסויימים. כזאת היא, במובנים מסויימים, המהפכה הצרפתית. מהפכות אחרות הן למעשה תהליכים מורכבים וממושכים, כגון המהפכה התעשייתית. במקרים רבים, ניתן לזהות תהליך כמהפכה רק בפרספקטיבה היסטורית, ולא בזמן אמת. תיאור פעולות או תהליכים כ”מהפכה”, כאשר הוא נעשה בריחוק של זמן, הוא כלי של חוקר או היסטוריון, המנסה לתת לנו תיאור טוב יותר של תקופה מסויימת. מהפכות הן ציוני דרך, משום שהן מדגישות את השבר, את ההבדלים, בין מה שהיה לפנין ומה שהיה אחריהן. מובן כי בכל מהפכה יש גם יסודות רבים של רצף ושל המשכיות. התועלת התיאורטית של ההחלטה לכנות תהליך מסויים או שינוי מסויים בשם ”מהפכה” נמדדת בחשיבות היחסית של היסודות החדשניים לעומת אלה המבטאים רציפות.⁸²

לעתים, התיאור של מהלך או פעולה מסויימת כ”מהפכה” נעשה לא במסגרת תיאור אקדמי בריחוק היסטורי או גיאוגרפי, אלא על ידי המשתתפים בתהליך עצמם. במקרה כזה, סביר להניח כי יש לתיאור זה לא רק מטרה תיאורית, אלא גם – ואולי בעיקר – מטרת מעשיות: הרעיון הוא להדגיש את השינוי ואת ההתחדשות, בדרך כלל על רקע מציאות שבה שינוי והתחדשות אלה נתפשים כרצויים וחיוביים. תיאור כזה של המציאות

יכול להיות בעל השפעה מורכבת: מצד אחד, הוא יכול לעודד את המשך המהלך וביצורו, והיערכות לקראת מיסודו והעמקתו. בין השאר, תמיכה זו נעשית על ידי כך שתיאור המהלך כמהפכה שכבר בוצעה מצניע את הערנות לכך שאולי התהליך עדיין לא הושלם או התבסס די הצורך. מצד שני, הוא יכול לעורר את מי שמתנגדים לשינוי בכך שהוא מחדד את חדשנותו ותוצאותיו האפשריות, ויכול לפגוע באלה הסבורים כי יסודות ההמשכיות במהלך רבים יותר על יסודות החידוש שבו.⁸³ כפי שראינו, כך קרה גם לגבי השימוש ב"מהפכה חוקתית" במקומותינו.

האם באמת חל כאן שינוי מהותי? חלק מן הקושי לענות על השאלה נובע מכך שלא לגמרי ברור מה היא המהפכה הנטענת ומה הוא היקפה. אצל ברק, לפחות על פני הדברים ובחלק מן ההתבטאויות, המהפכה היא בתחום ההגנה על זכויות האדם. האם חל שינוי ממשי במידת ההגנה על זכויות האדם בישראל בשל חקיקת החוקים החדשים? שיח המהפכה יוצר את הרושם כאילו זכויות האדם בישראל היו במצב נורא מכיוון שלא היו מוגנות מפני המחוקק, ועכשיו סוף-סוף סולק האיום הזה. דומה שמה שקרה מאז חקיקת החוקים האלה, מורה כי תיאור זה אינו מדויק. בכמה רמות: ראשית, מצב זכויות האדם בישראל אינו נורא, בין השאר בגלל חקיקת כנסת טובה ועובדי ציבור מצפוניים ובעיקר בשל פרשנות יצירתית ואמיצה של בית המשפט. שנית, האיום העיקרי על זכויות אדם בישראל אינו בא מדברי חקיקה ראשיים. שלילת חירות ללא הליך הוגן, מעצרים מוגזמים, אלימות משטרתית, עינויים בחקירות, הפליה על בסיס לאום או מין – כל אלה נעשים בדרך כלל ברמה של מעשי מינהל או חקיקת משנה. לבית המשפט היתה סמכות להעביר פעולות אלה תחת ביקורתו גם לפני 1992. במקרים רבים עשה זאת ושיפר את ההגנה על זכויות האדם, ובמקרים אחרים נמנע. מכל מקום, הבעיה לא היתה העדר הכוח לביקורת שיפוטית על חוקי כנסת. שלישית, חוקים היוצרים בעיות רציניות של זכויות אדם – אינם פתוחים לביקורת שיפוטית גם לפי חוקי היסוד. הדוגמה הבולטת היא החוקים המקנים מונופולין לבתי-הדין הרבניים בענינים של מעמד אישי וחקיקת החירום. שלא במפתיע, הרצון להגן על חוקים אלה מפני תקיפה חוקתית הוא אחת הסיבות המרכזיות לכך שעוד אין בישראל מגילת זכויות

שלמה.

סביר להניח כי חוקי היסוד ישפרו את מודעות הכנסת בחקיקה חדשה לצורך למזער פגיעות בזכויות אדם, ובכך ישפרו את מצב זכויות האדם. סביר להניח כי במשך הזמן יגיע גם מקרה בו יבוטל חוק שהמדינה היתה מוכנה להגן על חוקתיותו בבית המשפט ואשר יש בו פגיעה משמעותית בזכויות האדם. גם עובדה זו תשפר את מצב ההגנה על זכויות האדם, כי תבהיר שלעקרונות אלה יש, במקרים מתאימים, גם שיניים. אולם בינתיים נראה כי הרציפות עם תפקידו של בית המשפט כמפרש חוקים ומעמיד אותם בחזקת שמירה על זכויות האדם גדולה יותר מן היסוד המהפכני של השבר.

אפילו בתחום המשטרי הרחב יותר, החורג מן ההגנה החוקתית על זכויות האדם – עקרון הביקורת השיפוטית על חקיקת כנסת – לא ברור כי יסודות המהפכה גדולים מיסודות הרצף.⁸⁴ ברק הלא סבר כי הוא יכול ליטול לעצמו סמכות ביקורת כזאת, על כל סטייה מעקרונות היסוד, ולא רק בתחום זכויות האדם, עוד לפני חקיקת חוקי 1992. גם לאחר החוקים נראה שאין הוא מגביל את עצמו, בהכרח, לביקורת שניתנה בחוקים. הוא קורא את חוקי 1992 כנותנים לגיטימציה לביקורת שיפוטית, לאו דווקא בתחום חלותרם הספציפי. שוב, השינוי החוקתי הגדול הוא עקרון הביקורת השיפוטית. לזה יש חיים עצמאיים, ורחבים יותר, מאשר לחוקי היסוד. לפי ההתפתחות העתידית נוכל אולי לקבוע, בעתיד, את רגע המהפכה האמיתית.

אם אכן עברנו ב-1992 משיטה של עליונות המחוקק (בחריג של סעיף אחד) לשיטה שיש בה עליונות של כל החמרים החוקתיים ובהתאם גם ביקורת שיפוטית מלאה על חקיקה ראשית – הרי זו מהפכה. ודאי זה יהיה המצב אם ההסדר החוקתי החדש קובע כי שלוש הרשויות הן שוות מעמד. אבל זה אינו המצב המשפטי בישראל כיום,⁸⁵ וצריך מידה גדולה של חזון על מנת לראות איך מגיעים אליו על הבסיס החקיקתי הקיים. בתנאים כאלה, ההכרזה כי המהפכה כבר קרתה מעוררת קושי, שכן יש בה תיאור לא נכון של המציאות. אם כוונתה של ההכרזה לסייע בתנועה לעבר כיוון זה, מתעוררת השאלה מה מידת הלגיטימיות של המהפכה הזאת. שאלה זו

מוסתרת על ידי יצירת הרושם כאילו המהפכה הנגרמת נוצרה כבר על ידי חוקי 1992.

מטעמים אלה, אני מצטרפת לאלה הסבורים כי חוקי 1992 עצמם היו שינוי חשוב אך לא מהפכה. כפי שראינו, הפרשנות המרחיבה של ברק, החזון החוקתי שלו, והטענה כי חזון זה בעצם כבר ממומש – עשויים אכן ליצור מהפכה. מהפכה כזאת טמונה בפוטנציאל של חוקי היסוד, אולם היא איננה חלק מהם. להיפך: חוקי היסוד, עם הקפדתם על שמירת דינים ועל פשרה, מבטאים הליכה מאוד זהירה בתלם חדש, באוירה טנטטיבית. אין באויר תחושה כי חברי הכנסת צופים ביטול סיטונאי של חוקי כנסת. אין גם תחושה כאילו הם צופים הגבלה ממשית, מעבר לשיקולים שהיו שוקלים קודם לכן, על החקיקה. וודאי וודאי שבזמן הדיונים בכנסת אין תחושה של חגיגות או של מהפכה. נראה כי לא מוצדק להטיל על תוצר התהליך הזה את התיאור "מהפכה" זמן כה קצר אחרי החקיקה.

תוצאות השיח המהפכני: הישגים ומחירים

אין ספק כי פסק הדין בעניין חוק גל, כמו עצם התיאור של המהלך כ"מהפכה", נועדו לקבע במחשבה המשפטית את העקרון של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, לפחות בתחומים שנקבעו בחוקי היסוד החדשים. בצורה זו, השיח המהפכני מעצים את חשיבותו של המהלך החוקתי של 1992, ומסייע לתת לו, מייד לאחר החקיקה, משמעויות פוטנציאליות מרחיקות-לכת. מבחינה זו, השיח המהפכני מרים תרומה חיונית להעמקתו ולביסוסו של המהלך החוקתי, תוך חיזוק הפוטנציאל לפרשנות מרחיבה שלו. השיח הזה יוצר גם שותפות מעניינת וחזקה בין המחוקק – שסיפק את הלגיטימציה הפוליטית למהלך – ובין בית המשפט, האמור לספק למהלך לגיטימציה נורמטיבית ותיאורטית, ולתרגם אותה להחלטות שיפוטיות בשטח.

אין ספק גם ששיח "המהפכה החוקתית" הצליח לעזור להביא את השינוי בחוקי היסוד ואת חשיבותו הפוטנציאלית לתשומת ליבה של הקהילה המשפטית והציבור בישראל סמוך מאוד לסיומה של החקיקה ב-

1992. הוא הצליח לעורר פעילות רבתי בתגובה למודעות זו, בדרך של פניות לבית המשפט, שינוי השיח בכנסת ובקהילה המשפטית, העלאת המודעות לכוחו של כלי הביקורת השיפוטית, ולמידה מואצת מנסיון של מדינות אחרות בתחום זה. במובן מסויים, נעשה פה קיצור דרך: בשיטות משפט ובחברות אחרות, עקרונות הפרשנות והמשמעות של הוראות חוקתיות מתגבשים במשך שנים ארוכות, ונשענים גם על דיונים מפורטים וממושכים שקדמו לאימוץ החוקה. אצלנו סייע השיח המהפכני והפעילות האקדמית, החינוכית והמשפטית שבעקבותיה ליצירת תשתית משפטית רחבה, תיאורטית והשוואתית, המאפשרת הכרעות חוקתיות בדרך "דדוקטיבית" מעקרונות קיימים, ואינה מחייבת פיתוח תשתית כזאת בדרך ההכללה מהכרעות חוקתיות במקרים שמתעוררים.

השיח המהפכני הצליח בעוד דבר: יש בו משהו מלהיב ומעורר, משהו היוצר ציפיות לשיפור ולשינוי. בעקבות השיח המהפכני נתפס המהלך החקיקתי של 1992 כמשהו שיש בו תקווה לעתיד טוב יותר. הוא עורר ציפיות, בקרב משפטנים, קבוצות אינטרס ואנשי ציבור, כי בקרוב יופעל כוחו החדש של בית המשפט, וכי בהפעלה כזו תהיה בקרה של ממש על נטייתה של הכנסת לעשות שימוש, שנתפש כשרירותי, בכוחה. יתירה מזו, המהלך יצר ציפיה כי נפתח פתח של תקווה לשיפור של ממש בסוגיות שבהן היה קושי להניע חקיקה שתגן בצורה טובה יותר על זכויות האדם, כגון בנושאים הקשים של מעמד אישי. הערכה זו הביאה להתארגנות של יחידים וקבוצות במטרה לחפש מקרים מתאימים שיאפשרו שימוש בכלי החדש שנוצר.

קשה עדיין להתנבא אם השיח המהפכני הצליח ליצור את התחושה כי עברנו באחת ממצב שבו אין חוקה למצב שבו היא קיימת. צריך לזכור כי כאן המתח בין השיח לבין המציאות גדול, וכי אף הפרשנים המרחיבים ביותר של המהלך קובעים כי הליך יצירת החוקה עדיין לא הסתיים. אולם אחד מן ההישגים הגדולים של השיח המהפכני, ובעיקר של פסק-דין גל, הוא מתן לגיטימציה שיפוטית לכלי של ביקורת שיפוטית על בסיס חקיקת יסוד לא נוקשה. בית המשפט כולו, לרבות השופט חשין, פעל כאן בטכניקה מוכרת: את התשתית העקרונית מכינים במקרה בו היא אינה מופעלת. אלה

המתעניינים בעיקר בשורה האחרונה אינם מגיבים.⁸⁶ הכלי מוכן עתה לשעת כושר, וכאשר יופעל – יהיה לדבר בסיס תקדימי לפחות ברמת המודעות הציבורית. למעשה, בית המשפט בחר לבטל הוראת חוק שולית, תוך כדי שהוא מאשר חוקיותו של הסדר מקיף בנוגע לייעוץ בניירות ערך, כשכל הנושא לא נמצא במרכז ההתעניינות הציבורית. בצורה כזאת, בית המשפט מרים את תרומתו המשמעותית לקביעה, שהיתה רחוקה מאוד מלהיות טריוויאלית, כי ראוי שבית המשפט יעמיד לביקורת שיפוטית שאלות כגון הפגיעה היחסית של שני כיווני חקיקה אפשריים בזכויות יסוד.⁸⁷

אולם, להישגים אלה יש גם מחירים, חלקם ניכרים. בעיה ראשונה וחשובה היא חוסר הוודאות שהמהפכה החוקתית משדרת לציבור ולקהילית המשפטנים. ברגע שהוכרזה סמכות עקרונית של בתי המשפט לבדוק את חוקתיותם של חוקי הכנסת נפתחה חזית חדשה להתדיינות משפטית. אין זה משנה כלל אם בינתיים נפסל חוק כזה, ברגע שהאפשרות קיימת – חובתו המקצועית של עורך הדין היא לטעון כל טענה אפשרית העשויה לסייע למרשו. העמימות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אף מרחיבות את הבעיה. לא מדובר רק בזכויות לחיים, פרטיות, חופש ממצר וקניין, שכולן רחבות למדי, אלא גם בזכויות כגון שוויון, חופש דת, חופש ביטוי ושאר זכויות ראויות. יתירה מזו, אין מדובר רק בתקיפה של חוקי הכנסת עצמם, שחלה על חקיקה חדשה, אלא גם בהזמנת בית המשפט לתת לחוקים ישנים פרשנות חדשה. במלים אחרות, האפשרויות החדשות של התקיפה החוקתית חושפות את כל ההסדרים במדינה, על כל רמותיהם, למידה רבה של חוסר וודאות. בשנים האחרונות התווספו חוקים חדשים לא מעטים לספר החוקים, ביניהם החלק הכללי החדש של חוק העונשין. אין זה פלא שכמעט בכל עתירה ובכל תביעה ישנו איזכור של חוקי היסוד, והזמנת בית המשפט לבטל חוקים או לפרשם לאורם. בפועל, נראה כי טיעונים מסוג זה אכן מושמעים בהתדיינות רבות בבתי משפט מכל הדרגות. הם מחזקים את הנטייה שהיתה קיימת ממילא להעדיף ניתוח של "איזונים" ושל "מטרות" על ניתוח של לשון החוק והוראותיו.⁸⁸

אי הוודאות אינה חלה רק על הציבור הרחב וקהילת המשפטנים. כפי שראינו, היא קיימת גם לעניין מנגנוני השינוי של חוקי יסוד, חדשים גם

ישנים, משוריינים ושאנים משוריינים. בפסק הדין מתגבש רוב לקביעה, שגם היא רק אמרת אגב, כי לא ניתן לשנות חוקי יסוד אלא בחוק יסוד או על פיו. מעבר לבעייתיות שבשינוי רטרואקטיבי ושיפוטי של כללי השינוי של חוקי יסוד, קביעה זו היא בעייתית לגופה ונראה כי אינה רצויה.

קושי נוסף, המשותף לחוקי 1992 ולשיח המהפכני, הוא כי נוצרו, לפחות בטווח הקצר, הבדלים של ממש במעמד זכויות האדם השונות בשיטה. לפני חוקי היסוד היו זכויות האדם מעוגנות חלקן בחוקי הכנסת (כמו הזכות לפרטיות או הזכות לשם טוב, וזכויות רבות של חשודים ונאשמים בהליך הפלילי) וחלקן בפיתוח שיפוטי. לגבי כולן, חוק כנסת מפורש היה יכול לפגוע בהן, אולם בית המשפט עשה מלאכה פרשנית מרשימה למדי. חוקי היסוד מ-1992 שינו את האחידות הזאת. הם יצרו, לכאורה, שלוש קטיגוריות של זכויות יסוד: המוגנת ביותר היא הזכות לחופש העיסוק. חוק יסוד: חופש העיסוק משוריין פורמלית ומהותית כאחד, יש בו פסקת התגברות, והוא כולל הוראת שמירת דינים מוגבלת בזמן. אחריה באות הזכויות המוגנות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאינו משוריין פורמלית, שאין בו פסקת התגברות, ואשר יש בו סעיף שמירת דינים כללי ובלתי מוגבל בזמן. הפחות מוגנות, לכאורה, הן זכויות אדם "סתם", שאינן כלולות בחוקי היסוד. בקבוצה האחרונה כלולות זכויות כגון חופש הביטוי, חופש ההתאגדות, חופש המצפון והדת, והשוויון.

אכן, המצב בו ישנם הסדרים שונים לגבי שריון, בוודאי בחוקים מאותה מאטריה, הוא אנומלי ובלתי רצוי. בהחלט ראוי להגיע להאחדת הדינים. ההנחה המשתמעת אצל רוב השופטים היא כי כיוון ההאחדה ברור: חקיקת מגילת זכויות אדם שלמה, עם פסקת הגבלה מתאימה. שוב יש לנו טשטוש של שאלות חשובות. אם חלק מן הבעיה של המהלך היא כי אי אפשר להאחד בכיוון של מגילת זכויות נוקשה, אולי מוטב להאחד דווקא בכיוון של שמירת דינים כללית ושל סעיף התגברות כללי? אפשרות ליצור כלל התגברות שיפוטי וודאי קיימת. פרשנות הקובעת כי די למחוקק לומר כי כוונתו שהחוק יחול למרות האמור בחוק היסוד היא, למעשה, סעיף כזה. זוהי, בדיוק, עמדתו של השופט חשין. לפני פסק הדין הושמעה עמדה זו על ידי יהודית קרפ והשופט מנחם אלון. השופט ברק מקצר וקובע כי אין

“אפשרות או צורך” ליצור פסקת התגברות שיפוטית. והלוא זו אחת השאלות המרכזיות בדיון שבפנינו?

ראינו כבר כי חלק מאי-הבהירות ובעיית הלגיטימציה נובעת מנטיות בבית המשפט לתת פירוש רחב לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, פירוש שעלול להפוך את הקבוצה השלישית של זכויות לקבוצה ריקה. אולם, לדעת ברק (ואולי, בצורה פחות מפורשת, גם לפי שמגר) נראה כי החקיקה יצרה אנומליה מפתיעה עוד יותר, לפיה הזכויות לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוחלט לא לשריין אותו נחשבות למוגנות יותר מפני חקיקת הכנסת מאשר הזכות לחופש העיסוק, המוגנת בחוק משוריין. אנומליה זו נובעת מצירוף של שניים: ראשית, הפירוש לפיו פסקת ההגבלה קובעת מסלול בלעדי לפגיעה מותרת בזכות מוגנת. חוק של הכנסת, בכל רוב שהוא, ואף אם ידגיש במפורש כי כוונתו לגבור על חוק היסוד, אינו יכול לפגוע בזכות שלא במסגרת פסקת ההגבלה. שנית, העובדה כי לגבי חוק יסוד: חופש העיסוק הגיעו מהר מאוד להכרה כי קשה יהיה לחיות איתו, והוסיפו לו פסקת התגברות: המחוקק יכול לקבל, ברוב מוחלט, חוק שיגבר לתקופה מוגבלת על חוק היסוד, אם ייאמר בחוק במפורש כי תוקפו הוא למרות חוק היסוד. בקנדה, אומצה פסקת התגברות כללית לגבי חלק ניכר מן הזכויות היותר שנויות במחלוקת כתנאי להשגת ההסכמה שאפשרה חקיקת מגילת הזכויות. אצלנו, אומץ פתרון זה רק לגבי חוק היסוד המשוריין, מתוך הנחה שאין צורך במנגנון כזה לגבי חוק יסוד לא משוריין. אלא שלפחות לפי פירושו של ברק, הנחה זו אינה נכונה. לדעתו, בהעדר סעיף התגברות, המסלול היחיד בו יכולה חקיקה רגילה לפגוע בזכות המוגנת באותו חוק היא דרך פסקת ההגבלה. ציון מפורש כי החוק אמור לחול על אף האמור בחוק היסוד רק יחמיר את מצבו של החוק, שכן הוא יקל על הקביעה כי אכן יש כאן פגיעה.

כיוון כזה של פרשנות לא רק מגביר מאוד את חוסר הוודאות, אלא עלול להגביר את ההתנגדות למהלך החוקתי כפי שהוא מתפרש בבית המשפט. נוצרת הרגשה כי הפרשנות שמקבל מהלך החקיקה של 1992 בבית המשפט עומדת בסתירה ברורה להבנות של המחוקקים. מה יכול להיות ברור יותר מן העובדה שהמחוקקים סברו כי השריון שנתנו לחוק יסוד: חופש העיסוק

חזק יותר מזה שנתנו לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? ואין מדובר כאן רק בכוונה נסתרת, שלא מצאה ביטוי בחקיקה. כעסם של אותם מן המחוקקים המרגישים מרומים הוא זה התורם עתה לעיכוב של המשך המהלך החוקתי. הוא מגביר גם את החשדנות כלפי בית המשפט וכלפי סמכות הביטול של חוקי כנסת שהוא שש לקבל על עצמו.

עצם הקיום של סמכות לבדוק חוקתיות של חוק, ובחינה של כמה מן העתירות התלויות ועומדות בפני בית המשפט העליון היום, מחדדים קושי נוסף, מעין מילכוד, של המהלך החוקתי ה"מהפכני". כל עוד אין ציפיות גבוהות מן המהלך החוקתי, יכול היה בית המשפט לקיים חירות לעצמו בקצב הפיתוח של דוקטרינות חוקתיות, ובקביעת קני מידה להתערבות ה"לא-קונבנציונלית" בדרך של ביטול חוקים. מרגע שקיימות ברקע הדברים הצהרות על כך שייחודו של המהלך הוא כוח זה – מייד מרוכזת תשומת הלב בבית המשפט. קבוצות בעלות אינטרס עושות קיצורי דרך ופונות אליו, בבקשה שיפעיל את כוחו המיוחד. לבית המשפט אין שליטה על הפונים אליו, ובגלל החלשת מנגנוני הסינון של זכות עמידה – הוא מוגן עוד פחות מתמיד. בית המשפט, מצידו, ניצב בפני בחירות שכולן לא פשוטות ובעלות מחיר כבד. עד עתה, יכול היה בית המשפט לומר כי יש נקודה בה מסתיים כוחו, והיא חוק ברור של הכנסת. הוא יכול היה לבקר את ההסדר, להשתתף בהליך של עידוד המחוקק לשנותו, אך לא היתה עליו חובה לסכלו. מבחינת חלוקת העבודה, האחריות היתה של המחוקק. לפי השיח המהפכני, אופציה זו נהיית מסובכת יותר: אם בית המשפט דוחה את הפניות, הוא מרים תרומה ליציבות המערכת, מחזק את פרזומפצית החוקתיות של חקיקת הכנסת, ומונע התנגשות חזיתית בינו ובין המערכת הפוליטית. מצד שני, כל דחייה כזאת מאכזבת את אלה שסברו כי יש להם "כלי עבודה" חדש במאבק על הנורמות הציבוריות ועל ההגנה על זכויות האדם במדינה. יתירה מזו, כל דחייה כזאת מצמצמת את הגיזרה של יכולתו העתידית של בית המשפט לפעול בהגבלת המחוקק.

מילכוד זה קיים לא רק לגבי פיתוח עתידי של ביקורת שיפוטית, אלא גם לגבי הגיזרה הצרה בה היתה ביקורת כזאת קיימת בעבר. הדבר יכול להישמע פרדוקסלי: במקום לאפשר ביקורת שיפוטית מקום שלא היתה

קודם, הוא מביא - לפחות בטווח הקצר - לצמצום היכולת להגביל את שחיתות הכנסת לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. השיח המהפכני ממקד את תשומת הלב בפעילות הביקורת השיפוטית של בית המשפט על חקיקת הכנסת, ולכן מחליש את נטייתו של בית המשפט להתערב אף באותו סוג מקרים בהם נהג להתערב בעבר, כאשר חוקי כנסת פגעו בשוויון הנדרש לפי סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. מי שסבור, כמוני, כי השופט חשין צודק בעניין מרכז השלטון המקומי, יכול לטעון כי בעניין זה, לפחות, השיח של "מהפכה חוקתית" צמצם את כוחו ונטייתו של בית המשפט להגביל את המחוקק באחת מן הנקודות בהן ללא ספק רצוי כי יהיה לו כוח כזה - הקשרים בהם הכנסת נותנת לעצמה ולחבריה טובות הנאה ייחודיות.

אמרתי למעלה כי מבחינת ההגנה על זכויות האדם, התמונה בעקבות המהלך והשיח החוקתי עדיין אינה מגובשת. בינתיים, אי אפשר להצביע על מקרה בו הביאה המהפכה החוקתית לביטול של שימוש לרעה בכוחו של המחוקק לפגיעה בזכות יסוד. כאמור, ביקורת שיפוטית על פעילות ברמת ממשלה ומינהל, מנימוקים של זכויות האדם, היתה לנו גם קודם למהפכה החוקתית. נראה כי לפחות בתחום המעצרים אכן ישנו שינוי מגמה של ממש במדיניות בתי המשפט, המשפיעה על מדיניות המשטרה. לא ברור אם שינוי מגמה זו הוא תוצאה של פסיקת בית המשפט העליון בעקבות המהפכה החוקתית, אולם ברור הוא כי גם אם יש קשר בין השניים - לא היה צורך במהפכה החוקתית לצורך כך. השופט אלון, כמו גם השופטים חשין ודורנר, החזיקו בעמדה המצמצמת לעניין עילות מעצר גם לפני חקיקת חוקי היסוד מ-1992. מצד שני, רוב גדול של השופטים בבית המשפט ממשיך לדחות גם היום, לאחר חוקי היסוד, טענות מפליגות בדבר קדימות חירותם של חשודים העלולים לפגוע בבטחון הציבור על שיקולי הסדר הציבורי. כאן "תרומת" השיח המהפכני מתוחכמת יותר. ההדגשה על החשיבות הגדולה של הגנה על זכויות האדם מפני הרשות המחוקקת אינה רק ממריצה אנשים להבין כי גם בחוקי כנסת לא הכל הולך. היא גם מגמדת במידה מסויימת את המפעל השיפוטי העצום של הגנה על זכויות אדם בהעדר חוקה. יתירה מזו, היא יוצרת חוסר הלימה בין הטיפול השיפוטי בחלק מן העתירות שיש בהן פוטנציאל של ביטול חוק הכנסת,

ובין הטיפול בעניינים אחרים הנוגעים לפגיעה בזכויות אדם: כאשר בודקים את גודל ההרכבים ואת נפחי ההחלטות, מנקר לעתים החשש כי בשל הנוכחות הבולטת של השיח המהפכני, בית המשפט נאלץ לעסוק בקידום המהלך החוקתי ובניתוחו, אגב אורחא, יותר מאשר בעצם ההגנה על זכויות האדם.⁸⁹

בסיכום ביניים, השאלה היא האם המודעות הגבוהה ברמת השיח והפעילות, ויצירת התשתית החוקתית הרחבה בספרות ובפסיקה שנגרמו בשל השיח החוקתי והמהפכני הצדיקו את עצמם. להערכתנו, טוב היה אם היתה הפרדה בפיתוח המהלך החוקתי בין חוקרי משפט ופוליטיקאים מצד אחד, ובין שופטים ובית המשפט מצד שני. חוקרים ופוליטיקאים רשאים, כמובן, לתת למהלך החוקתי כל תיאור שהם רוצים בו ואשר הולם את פעילותם המקצועית. בדרך הטבע, היתה מצטברת ספרות תשתית בעניין זה, וסביר להניח כי חלקים גדולים ממנה היו מטעמם של תומכי המהלך החוקתי. טוב היה אם בית המשפט היה מניח מחלוקות תיאורטיות ופוליטיות לאלה שעניינם בכך, ומחכה בסבלנות למקרה מתאים, שבו יש באמת משהו מקומם מאוד ומנוגד בבירור לזכויות יסוד בחקיקת הכנסת, שבו ניתן היה וצריך היה לבטל חוק של הכנסת. בינתיים, הוא היה יכול להסתפק בלמידה פרשנית מחוקי היסוד, כפי שעשה בעבר מעקרונות זכויות האדם הבלתי כתובים. בצורה כזאת הוא היה מבסס בצורה טובה יותר הן את ההגנה על זכויות האדם והן את כוחו לבקר, במקרים מתאימים, חקיקת יסוד של הכנסת.

לעיתידו של המהלך החוקתי בישראל

חוקי 1992 היו פשרה חיובית באילוצי המערכת הפוליטית. הם הכניסו יסוד של הגבלת הכנסת מפני פגיעה בזכויות אדם בחקיקה ראשית, ופתחו פתח לביקורת שיפוטית. החוקים כשלעצמם היו פתוחים לשני כיווני התפתחות: אטי וזהיר או מהיר ונחרץ. השיח המהפכני קבע למעשה כי יילקח כיוון ההתפתחות השני מבחינת קצב ההתמודדות של המערכת עם השלכות

החקיקה החדשה.

אסיים בהתוויית קווים נורמטיביים להמשך ההליך החוקתי, לאור לקחי מהלך 1992 והתפתחותו. הנחת היסוד שלי היא כי החברה בישראל מפולגת עתה לא פחות משהיתה בזמן החלטת הררי, וכי לכן חוקה נוקשה ומלכדת אולי אינה אפשרית, ומכל מקום אינה מעשה קל. מבחינת המערכת הפוליטית-ציבורית, יש ללכת במקביל בשני מסלולים: ראשית, מסלול של ניסיון ארוך טווח לאמץ, במערכת הפוליטית על כל חלקיה, "אמנה חברתית" בישראל, שתוכל, אולי, להיתרגם לחוקה נוקשה. שנית, מסלול של חקיקה רגילה, לא עליזנה ולא נוקשה, בנושאים חוקתיים, לרבות הגנה על זכויות האדם. מבחינת בתי המשפט, המחלוקת העמוקה בחברה הישראלית רק מחזקת את הציווי המקצועי הכללי לפיו על בתי המשפט להתרכז בתפקידם החשוב, המרכזי והחיוני ביותר כמיישבי סכסוכים על פי נורמות מוסכמות, בין פרטים ובין פרטים ובין השלטון, ולא לפעול כחכמי תורת משפט, או כמתקני עולם וחוד החנית במאבקים על דמות החברה. ציווי זה מחייב זהירות רבתי בפיתוח העקרונות החוקתיים של מהלך 1992.

השלכות למערכת הפוליטית-ציבורית

כמו לכל מי שסבור כי חוקה טובה נחוצה לישראל, גם לי קשה לוותר על התקווה שתהיה לישראל חוקה כזאת. נראה לי שלקחי העבר מורים, אצלנו ועל בסיס השוואתי, כי הכנסת לבדה לא תוכל להרים את המשא, ולו מפני שיושבים בה אינטרסנטים שחוקה כזאת, אף אם תהיה טובה ומצויינת, תפגע בהם. יש המציעים כינון אסיפה מכוננת. אני סבורה כי עדיין לא בשלה העת גם לכך. הבעיה היא, לדעתי, כי אין מספיק תחושה רחבה, אצל כל מרכיבי החברה הזאת, כי חוקה מלכדת, המגבילה את השחקנים ה"רגילים" כולם, היא חיונית להמשך המפעל הישראלי. לעתים נראה כי בחברה הישראלית של היום, בייחוד לאחר רצח רבין, ישנה מספיק לכידות ותחושה של דחיפות וחיוניות המפעל, על מנת שגוף מיוחד, המורכב מנציגי כל הקבוצות הגדולות באוכלוסיה, יוכל להתעלות מעל צרכי השעה והאינטרסים הצרים של חברי כנסת וסיעות, ולחבר מסמך שיהיה באמת

"אני מאמין" משותף של כל חלקי החברה בישראל. בהכרח, זה יהיה מסמך של פשרה. ליברלים חילוניים מערביים כמו גם אנשי מורשת ישראל אורתודוקסיים לא ימצאו בו ביטוי מלא למשאלותיהם הפוליטיות. ערביי ישראל יצטרכו לחיות עם מאפיינים מסויימים של ישראל כמדינה יהודית, ויהודי ישראל יצטרכו להכיר חד-משמעית בעקרון שלאזרחי המדינה השותפים בבנין הארץ יש קול שווה בכל הכרעה מדינית כאן, גם כאשר היא נוגעת לגבולות המדינה ויחסיה עם שכניה, וכי יש לנהוג בכולם בשוויון מדיני וחברתי מלא, כמובטח בהכרזה על הקמת המדינה. אבל מסמך כזה, שיווצר בשותפות של נציגי כל הקבוצות, מתוך הכרה משותפת באינטרסים של כולם, ומתוך ריחוק נאות מן האינטרסים הפרטניים של שחקנים פוליטיים – יוכל להוות בסיס הולם ומוסכם לחוקה פורמלית, חגיגית, עליונה ונוקשה, שתאכף בזהירות וברגישות על ידי גוף שיפוטי מתאים. אין בטחון כי ישנה הלכידות והנאמנות ההדדית המאפשרת בישראל אימוץ חוקה בדרך זו, אולם דבר זה אינו מצדיק הימנעות מניסיון לקדם את המטרה. מכל מקום, מדובר בהליך ציבורי ארוך-טווח, שתהיינה בו פעילויות של מחקר ושל ניסוח, של ליבון ושל מו"מ, ושל פשרות סביב מסמך חוקתי כולל. לאחר שמסמך כזה יגובש, והדבר יכול לקחת שנים ארוכות ואין וודאות כי יושלם – ניתן יהיה לגשת למלאכת החקיקה והאשרור. צידוק נוסף למאלכה הקשה הזאת, שיכולה להיראות סיוזיפית וחסרת תוחלת, הוא כי לעולם אין לדעת מתי תבוא שעת הכושר לחקיקה כזאת. לעתים יכול שבר גדול או הפיכת מעט להכשיר את הלבבות למהלכים שלא היו נתפסים בתנאים אחרים. לצורך רגעים כאלה, חשוב שתהיה תשתית מספקת. בהכנתה ניתן, כמובן, לעשות שימוש בטיוטות שהוכנו במהלך השנים. החשוב הוא כי כל טיוטה כזאת תעבור את מבחן הדיון וההסכמה, ברמות שונות, ולא רק את מבחן הרצון הטוב של מציעיה. במקביל למאמץ זה, שמרכזו לא צריך להיות בכנסת, בממשלה, או במערכת הפוליטית במובן הצר, שכן הוא אינו מכוון לחקיקה מיידית ועניינו הוא במסגרת הכוללת שבתוכה נדון גם מקומן של הכנסת ושל הממשלה עצמן, כמו גם שיטות הבחירות אליהן, יש להמשיך במלאכה המבורכת של קידום מטרות ראויות בכל הדרכים: חקיקת כנסת, חקיקת משנה, הנחיות

מינהליות, והפעלה ראוייה של כל שיקול דעת. כאמור, לדעתי, אי אפשר ולא טוב יהיה לרבע את העיגול ולהעניק שריון גורף לכל חוקי היסוד הקיימים. לאלה מחברי הכנסת המעוניינים בקידום המהלך החוקתי אני ממליצה לפתוח בסדרת תיקונים לחוקי היסוד הקיימים, משטריים ואלה הנוגעים לזכויות היסוד כאחד, ולנסות ליצור הבחנה בין חקיקת העקרונות ובין החקיקה הפרטנית. בשלב זה, יש לשמור על מעמד שווה לשני סוגי החוקים: כולם יהיו חוקים "רגילים", שלא תהיה להם עליונות פורמלית או נוקשות. אך הפרדה כזאת כעת תוכל לאפשר, כאשר יבשיל הזמן, מהלך קל יותר וקצר יותר של אימוץ חוקה. בינתיים תהיה למערכות בישראל הזדמנות להתמודד עם העקרונות החוקתיים ולהעריך את תוכנם ואת התאמתם לצרכי החברה בישראל. העקרונות ישונו ויותאמו, כך שכאשר תעלה שאלת איגודם לחוקה ואימוצה בהליך מיוחד – תהיה ההסכמה הכללית לחוקים אלה מבוססת ומושכלת.⁹⁰

מהלך זה מעורר שאלה לגבי סעיפי השריון שכבר הוכנסו לחוקים. כאמור, במצב הקיים ישנה אנומליה הנובעת מהבדלים בין ההסדרים. הנטייה של תומכי החוקה היא לשאוף להאחדה כלפי מעלה: יינתן לכל ההסדרים החוקתיים שריון אחיד. טיעון זה משיג אמנם אחדות רצוייה, אולם הוא מתעלם מן הרקע להבדלים: שריון ניתן כאשר היתה הסכמה, והוא נעדר כאשר היא איננה. האחידות עצמה אינה יכולה ליצור הסכמה. בחלק מן המקרים, שריון ניתן כאשר סברו שיש הסכמה, וההתפתחות הראתה, מהר למדי, כי הנחת ההסכמה היתה מוטעית (כמו לגבי חוק יסוד: חופש העיסוק ועניין הבשר הכשר). בחלק אחר (כמו שריון סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת) עמדה ההסכמה, בינתיים, במבחן הזמן.

הבחירה כאן היא בין ויתור על האחידות לטובת התפתחות "אטומיסטית" במידת האפשר, ובין השגת אחידות במערכת. אחידות כיום יכולה להיות מושגת רק בכיוון של הסרת הנוקשות והשריון באופן גורף. אני מניחה כי לא תהיה למהלך זה תמיכה רבה אצל תומכי החוקה,⁹¹ אולם אני רואה בו יתרונות מסויימים, הן בתחום המשטרי והן בתחום ההגנה על זכויות האדם.

להסרת הנוקשות שתי תוצאות חשובות. ראשונה היא הגברה מסויימת

של יכולת השינוי של ההסדרים החוקתיים.⁹² שנייה היא צמצום הבסיס לביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים מאוחרים באותו תחום.⁹³ לענין הגמישות, יש הבדל בין התחום המשטרי ותחום זכויות האדם. לדעתי, כל עוד לא קיבלנו הסדר משטרי מלא וכולל, שיש בו איזונים ובלמים, חיוני לשמור על גמישות מירבית. רק כאשר ההליך לאימוץ ההסדרים המשטריים הוא חוקתי באופן מלא, קם הצידוק להגבלת המחוקק הראשי משינוי חד-צדדי של ההסדר בחקיקה רגילה. שונה המצב לגבי זכויות האדם, שם הרצון להגן עליהן מפני המחוקק הראשי הוא מרכיב מרכזי במהותן. לכן הייתי מנסה, עקרונית, במידת האפשר, להאחיד את ההגנה החוקתית על זכויות האדם "כלפי מעלה", כך שתכלול הוראות של הגבלת כוח המחוקק הראשי.

שונה המצב לגבי הביקורת השיפוטית. האבידה הגדולה של שריון סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת היא ההגנה על שוויון הבחירות. כאמור, המחוקק הסכים לשריין את הסעיף על מנת למנוע פגיעה ביחסיותן של הבחירות, לא בשוויון. חוסר היכולת לבטל הסדרים שמידת השוויון שלהם בעייתית אינו רצוי, וזו אחת הסיבות לכך שצר לי על שבית המשפט לא עשה שימוש בכוחותיו בעניינים של הופנונג ומרכז השלטון המקומי. מצד שני, נראה כי עובדה זו מרמזת כי אף בית המשפט עצמו אינו מעוניין לבחון את סמכות ביטול החוקים שלו דווקא בסוגיה זו. דומני כי בעניינים האחרים, ניתן לסמוך על האילווצים הפנימיים של המחוקק עצמו כי ימנעו שימוש לרעה בוטה בכוח, ואם תיכזב תקווה זו – בית המשפט הראה יכולת מרשימה לעמוד בפרץ במקרים חריגים מתאימים.⁹⁴ לענין זכויות האדם קיים כאן מתח בין הרצוי והאפשרי. הרצוי הוא מגילת זכויות שלמה, עליונה ונוקשה, שתאכף באופן זהיר על ידי גוף שיפוטי. יכול להיות כי האפשרי הוא בחירה בין מגילת זכויות שלמה, שמוסכם וברור – לפחות לשנות דור – כי היא אינה כוללת ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, לבין המצב הקיים. לדעתי, ניתן להעלות טיעונים כבדי משקל לטובת כל אחת מן האפשרויות.

תפקידו של בית המשפט

אמרתי כבר למעלה את עיקרי הדברים, והם נאמרו כבר על ידי אחרים, בבית המשפט ומחוצה לו, ואינם חדשים. יש פער ניכר בין פסק הדין בעניין גל (וגם בזה של גנימאת, ובפסק-דינו של דב לוין בעניין כלל) ובין פסקי הדין החוקתיים האחרים מבחינת הסגנון והגישה של בית המשפט. בראשון נפרשה יריעה רחבה, החורגת הרבה אל מעבר לנדרש, ומחלוקות רבות ומגוונות בין השופטים בכל הרמות. גם בו, כמו בהתבטאויות שיפוטיות וחץ-שיפוטיות אחרות, נראה כי יש חילוקי דעות בין השופטים הן לגבי הגישה להכרעות חוקתיות, הן לגבי פירוש המהלך החוקתי, והן לגבי המקור התיאורטי והנורמטיבי של המפעל החוקתי. באחרים, כגון זנדברג ומיטראל, ישנה הצטמצמות מדעת לשאלה העומדת להכרעה, נכונות רבה להשאיר שאלות בצריך-עיון, והליכה על הכרעה שיפוטית מוסכמת, שתזכה להסכמת כל השופטים היושבים בדין. אני מעדיפה את גישת פסקי הדין האחרונים הן משיקולים כלליים של טיב התפקיד השיפוטי והמגבלות הראויות על יצירת חוק אגב הכרעה שיפוטית, והן בשל העובדה כי מדובר כאן בהתגבשות של התייחסות שיפוטית לחוקי יסוד הפותחים פתח לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, אשר הועברו ללא בסיס הסכמה רחבה ובהעדר דיון ציבורי מקיף.

אינני רוצה לפתוח כאן במלחמת מאסף נגד המנהג שהשתרש בפסיקה הישראלית לזנוח לחלוטין את ההבחנה בין טעם פסק ובין אמרת אגב, הן בכתובת פסקי-דין והן בהתייחסות אל פסקי-דין שניתנו בעבר. מנהג זה קשור להתפתחות אחרת שחלה בתפיסת בית המשפט את עצמו: אצל חלק מן השופטים, למרות שהם משלמים מס שפתיים לעקרון כי תפקידו העיקרי של השופט הוא להכריע בעניינים הבאים לפניו ולעשות צדק בין הצדדים, קשה להשתחרר מן הרושם כי את מרכז הבמה מתחיל לתפוס תפקיד מעין-חקיקתי, או תפקיד של תיקון עולם והשלטת נורמות ראויות בחברה. השילוב בין השניים מתבטא בכך שחידושי הלכה מפליגים נקבעים בעניינים שבהם הם אינם נדרשים להכרעה, אולם אח"כ הם זמינים להחלטות עתידיות, ומשמשים בהן במעמד של עקרונות שכבר הוכרעו ומקובלים אצלנו מאז ומתמיד. עלי מקובלת הגישה ה"קלסית" לפיה ייחודו

של התפקיד השיפוטי הוא ביישום כללים כלליים, שנוצרו בעיקר במקומות ובהליכים אחרים, על מנת להכריע בעניינים ספציפיים. יצירת נורמות כלליות אגב שפיטה היא עניין נילווח להכרעה זו, שיש לעשותו בזהירות ובצמצום. הערובה ליצירת נורמות טובות בדרך של תקדים הוא בכך שהן נצרפות בכור ההיתוך של המקרה המיוחד. שפיטה צריכה, לכן, להיות גם עניין פסיבי: השופט אינו "מזמין" את העניינים הבאים להכרעתו, ואינו צריך להיות להוט להכריע בהם לפני שהגיעו להכרעתו. עניין זה אינו קשור כלל ועיקר לסוגיית האקטיביזם, כעמדה שיפוטית לגבי נכונות לנקוט עמדה בשאלות שנויות במחלוקת. הוא קשור לתפיסה יסודית של תפקיד בית המשפט ומקומו במערכות השלטון.⁹⁵

יש הטוענים כי הצגה זו של השפיטה נוטלת ממנה מרכיב חשוב מאוד של תפקידה, בעיקר ככל שמדובר בבית משפט עליון. בארץ ובעולם נוטלות ערכאות שיפוטיות עליונות חלק חשוב בגיבוש ערכים ציבוריים ובהנהרה של נורמות עקרוניות ושל אידיאלים משותפים. דורות שלמים גדלים על פסקי-דין חשובים ומרכזיים, ומפנימים באמצעותם ערכי יסוד והגנה על זכויות האדם. הצגת התפקיד השיפוטי כאילו הוא מתמצה ביישוב סכסוכים ספציפיים נוטלת מבית המשפט העליון את גולת הכותרת של תפקידו החברתי. אינני מקבלת תפיסה זאת. פסקי-דין חשובים הם אלה שבהם נבחן ערך כללי בהחלתו למקרה ספציפי. מובן כי ההנמקה של ההחלטה הספציפית יכולה להיות מלווה בפירוט של התשתית הערכית של הנורמה הכללית המיושמת באותו עניין. במקרים רבים, החלטות כאלה הן אכן דרמטיות יותר, וחשובות יותר מבחינה חינוכית, מאשר עצם קיומה של הנורמה הכללית. אגב יישומה של הנורמה הכללית למקרה הספציפי, היא מקבלת חיוניות ורלוונטיות שיכול להיות שנעדרו ממנה קודם לכן. אולם, עם כל חשיבותו ומרכזיותו של תפקיד חברתי-חינוכי זה, אין הוא יכול או צריך להיעשות שלא אגב פסיקה בעניינים ספציפיים. אני איני שותפה לתחושה המרומזת בעמדה זו, כי יצירת נורמות חברתיות או שינוי פני החברה הם פעילות חשובה יותר מזו של שפיטה. אבל, אף אם זה נכון, שפיטה אכן שונה מתיקון עולם. ייחודם של שופטים הוא בכך שהם שופטים, בעוד שהסמכות המחוקקת העיקרית מופקדת בידי גוף אחר, הבנוי

ופועל אחרת. מי שרוצה להיות מתקן עולם - יתכבד ויעבור אל המערכת המופקדת על כך. ראינו כי בהקשרים מסויימים ניתן ואולי רצוי להעביר חלק מסמכויות הפיקוח על יצירת חוקים מן המחוקק העליון לידי בית המשפט. אולם פיקוח שונה מחקיקה עצמה, וראינו גם כי בדמוקרטיה פיקוח כזה חייב להיות חריג, שמקבל את הצדקתו מן העובדה כי הוא חריג.

הדברים שלמעלה נכונים לגבי הפעילות השיפוטית בכל ענפי המשפט ובכל תחום. הם נכונים שבעתיים כאשר הסוגיה לדיון נוגעת להיקף הביקורת של בית המשפט עצמו על חקיקה ראשית של הכנסת. בית המשפט כאן אינו רק מרחיב את ההיקף הפונקציונלי של פעילותו, אלא שהוא תובע לעצמו סמכות לבקר ולהגביל פעולתה של הרשות המחוקקת העליונה. זוהי סוגיה שיש לה מרכיבים חשובים של טוב ציבורי, מן הסוג שבית המשפט אמון על שקילתו. סביר להניח כי הכנסת עצמה לא תשוש להגביל את כוחה. מצד שני, אסור להתעלם גם מכך שגם לבית המשפט יש אינטרס מוסדי ישיר בה. על רקע הנתונים החוקתיים של ישראל, כאשר נושא החקיקה של זכויות האדם הוא כה שנוי במחלוקת, וכאשר המסר של המחוקק עצמו הינו עמום ביותר - הן השיקול הפרודנטי והן השיקול הענייני היו צריכים להביא לעמדה של פסיביות זהירה מצד בית המשפט. בעיקר הדברים אמורים כאשר ברקע הפסיקה ישנה תשתית מתרחבת במהירות של ספרות מחקרית ואקדמית.

פסק-הדין בעניין חוק גל הוא לכן מעורר תמיהות. על רקע הבעיות הנוצרות, מבחינת אחידות הדין ובהירותו, לא ברור מה ההצדקה לחריגה הניכרת של השופטים ממה שהיה נדרש על פי המקרה שהיה בפניהם. המחלוקות בין השופטים גרמו לכך כי אף הבהרה של עמדות בית המשפט לא היתה שם. לא היה כל צורך לקבוע מסמרות חוקתיים בעניין שבו הוחלט לא לבטל את החוק נשוא התביעה. מבין פסקי הדין, הרי אלה של הנשיאים שמגר וברק והשופטים חשין ורב לוין אינם עוסקים רק בפיתוח רחב מכדי הצורך של המשפט הקיים. הם עוסקים, במודע ובאופן ברור, בקביעות חוקתיות הנובעות ומתארות את המצב הרצוי. בשלב כה ראשוני של תהליך חוקתי, שכיוונו אינו ברור, היו דווקא השופטים שרוצים בקידומו של התהליך חייבים להתגבר על הפיתוי. פסקי הדין שלהם, בצורתם

הנוכחית, יחד עם פסקי דין אחרים, ובעיקר כאשר הם מצטרפים לכתבים חוץ-שיפוטיים של שופטים, דוחפים את המהפכה החוקתית במקום ליישם את המהלך החוקתי של 1992, על כל הגבלותיו החשובות, בזהירות ובאיטיות, ורק לפי הצרכים של ההכרעות המגיעות לבית המשפט. בית המשפט אינו יכול להלין, על כן, על כי יש המתארים אותו כמחוללה של המהפכה החוקתית, ולא רק כמיישמה. הוא אינו יכול להתפלא על אלה הטוענים כי המחוקק לא הנהיג מהפכה חוקתית, כי בית המשפט הוא המייצר אותה, וכי בסופו של דבר תהיה המהפכה נבואה שהגשימה את עצמה, בשותפות פעילה של בית המשפט עצמו.

אין ספק כי במהלך חוקתי כזה ראוי שתהיה שותפות בין המחוקק ובין בית המשפט. כך היה אצלנו מאז ומתמיד. בבית המשפט עצמו נשמעים בבהירות, לאורך כל הדרך, קולות הממליצים על התקדמות אטית וזהירה.⁶ אני מקווה כי פסקי-הדין האחרונים מסמנים מדיניות מכוונת של בית המשפט, שתאפשר לו לחזור למקום הכבוד הראוי שלו בפיתוח ערכים חוקתיים וההגנה על זכויות האדם בישראל. שיח לפיו האחריות לדמות החברה והמדינה ולהגנה על ערכיה ומשטרה היא תפקידו של בית המשפט, גם כאשר מדובר בהכרעות מושכלות של הכנסת, שלא לדבר על הכרעות הכנסת שעברו בחינה עצמית במאזניים חוקתיים, אינו לטובת העניין.