

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

על הסטטוס קוו כקושי אנטי-רובני

אורי אהרונסון*

המאמר בוחן כיצד בחלוף כשני עשורים מאז המהפכה החוקתית, המשטר החוקתי הישראלי התקבע 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, על אף שמבחינה פורמאלית הכנסת מסוגלת לסטות ממשטר המהפכה החוקתית בהליך חקיקה פשוט, ולמרות שלפחות בחלקים מן התקופה הזו נראה היה שהתגבש 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, כך 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.

- I. מבוא 2
- II. הקושי האנטי-רובני נוסח ישראל 3
- א. המובן הרחב של הקושי האנטי-רובני 3
- ב. המובן המדויק של הקושי האנטי-רובני 5
- ג. הקושי האנטי-רובני נוסח ישראל 6
- III. מדוע הכנסת לא ביטלה את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? 10
- א. המהפכה היציבה 10
- ב. ארבע הערות אזהרה 13
- IV. מהפכה עד לניצחון: חמישה הסברים אפשריים 16
- א. הסכמה 16
- ב. "עקרונות היסוד של השיטה" 19
- ג. שיווי משקל (מאזן אימה) 20

* 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, בסימפוזיון לרגל הכרך הנוכחי באוניברסיטת תל אביב ובסדנת משפט המדינה ובסמינר המחלקתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. תודתי למשתתפי כל הפורומים על הערותיהם המועילות. כן תודה ליהונתן דראל, לדנה כהן, לגל משולם ולדוד לסרי על עזרה במחקר.

24	ד. בושה
25	ה. סטטוס קוו, תלות במסלול, עלויות מוסדיות
25	(1) רקע
27	(2) המהפכה החוקתית כמסלול מתלה
31	V. לקחים מן הניתוח המוסדי
34	VI. סיכום: אנטי-רובניות התנהגותית

I. מבוא

אחד המאפיינים החריגים המייחדים את השיטה החוקתית הישראלית הוא הזמינות הפורמאלית של התיקון החוקתי. כידוע, רוב חוקי-היסוד אינם משוריינים מפני שינוי או ביטול, והכנסת רשאית לשנותם בכל רוב רגיל. הנתון הזה 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 המזרחי¹ מקיימת אפקט אנטי-רובני (counter-majoritarian) של ממש. לכאורה, כל פעם שבית המשפט מבטל חקיקה של הכנסת, זו אמורה להיות מסוגלת להגיב – בהליך זהה וברוב זהה לאלו שנדרשו לחקיקה המקורית – כדי לעגן את החקיקה שבוטלה ברמה נורמטיבית גבוהה יותר, וכך לבטל את המעשה השיפוטי. ובאופן רחב יותר, הכנסת מסוגלת כמובן גם לבטל את חוקי היסוד שמכוחם בוצעה הביקורת השיפוטית או לסייג את הסמכות השיפוטית במגוון אמצעים.

נוכח זמינותו הפורמאלית של התיקון החוקתי מתבלטת העובדה, שמאז ניתן פסק הדין בפרשת בנק המזרחי שהכיר בסמכות הביקורת השיפוטית ו"שידרג" את כל חוקי-היסוד לרמה חוקתית על-חוקית, הכנסת מעולם לא הגיבה במישור החוקתי נגד פעולה של ביקורת שיפוטית. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (שמכוח הזכויות הקבועות בו בוצעו רוב פעולות הביקורת השיפוטית, אף שבניגוד לחוק-יסוד: חופש העיסוק הוא אינו משוריין כלל) וחוק-יסוד: השפיטה (שקובע את סמכות בתי המשפט, אף זאת בלי שריון) מעולם לא שונו, וגם לא נוצרו חוקי-יסוד חדשים ל"החייאת" חוקים רגילים שנפסלו. למרות שמחוקקים רבים חלקו על הפעילות החוקתית של בית המשפט העליון, ולמרות שהוצעו הצעות רבות לאורך שני העשורים האחרונים לשינוי ההסדר החוקתי שעוצב במסורת בנק המזרחי, בפועל אף מהלך כזה לא הבשיל לשינוי חוקי-היסוד. בית המשפט העליון יצר את הביקורת השיפוטית החוקתית, והרושם הוא שהכנסת שיתפה פעולה.

המאמר מבקש לשאול "למה לא?" – מה מנע מהכנסת להגיב לביקורת השיפוטית מאז החלה, או מה גרם לה לשתף פעולה עם מהלכיו של בית המשפט. לפחות בחלק מהתקופות מאז 1995 כיהנו בישראל קואליציות שהיו ביקורתיות מאוד כלפי העמדות שהובעו בפסיקת בית המשפט העליון, ואילו בית המשפט נתן כמה פסקי דין חוקתיים שעוררו מחלוקת רבה. למרות זאת, הכנסת מעולם לא הגיבה. מבלי להתעלם מהקושי שבניתוח היסטוריה קרובה כל כך, המאמר בוחן ארבעה הסברים להימנעותה של הכנסת מלהגיב: הסכמה עם המהלך השיפוטי; חשש מפני עלית מדרגה תגובתית בדמות ביקורת שיפוטית של חקיקת-יסוד; הגעה לשיווי משקל יציב בו שני המוסדות מתחזקים איום אמין זה כלפי זה וכך מבטיחים שלא יינקטו פעולות חוקתיות קיצוניות; חשש מפני פגיעה בדימוי הציבורי של מחוקקים שיתנו ידם למה שייתפס כפגיעה בזכויות. אני מבקש להראות שאף שלחלק מן המהלכים הללו יש כוח הסברי מסוים, הרי שהם אינם מספקים 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 לפעולה השיפוטית, והקלו מנגד על בית המשפט העליון להמשיך ולבסס את המשטר החוקתי עליו הצהיר החל מ-1995. אני מאפיין את המצב אליו נקלעה

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

הכנסת כ"תלות במסלול" – התניה מוסדית אשר מאשררת ומנציחה את תנאי הפתיחה של הסדר מוסדי מסוים, ומייקרת את עלות הסטייה מאותם תנאים ככל שחולף הזמן. בשני העשורים שחלפו מאז 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 הסטוס-קוו המוסדי מובילה למסקנות שונות: ראשית היא מראה שאפקט 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 מאז המהפכה החוקתית היא חיונית לעוסקים בעיצוב המשטר החוקתי הישראלי לעתיד לבוא. בין אם אנו מאמינים בעקרון חזק של הכרעת רוב, בין אם אנו מדמיינים מודל חוקתי דיאלוגי, ובין אם אנו שואפים לאכיפה שיפוטית תקיפה של הנורמות החוקתיות – עלינו לעסוק גם באופן שבו ההסדר שנעצב יתווך על-ידי המוסדות האמונים על הפעלתו. לבסוף, הבנת המנגנונים המקבעים את הסטוס קוו חיונית למי שחפץ בשינוי מוסדי: גם לתהליכים של תלות במסלול יש נקודות תחילה, המהוות כשלעצמן סטיות מסטוס קוו קודם. חשיפת מהלך ההתקבעות של המשטר החוקתי הנוכחי היא אפוא שלב הכרחי בדרך לערעורו.

חלק II של המאמר דן במושג "הקושי האנטי-רובני" ומברר באופן מדויק באיזו מידה הקושי הזה קיים בשיטה החוקתית הישראלית. חלק III מעיין בהיסטוריה הקצרה של המהפכה החוקתית בישראל כדי להוביל לשאלה שבכותרת המאמר: מדוע, על אף המתח הניכר ששרר בין הרשויות בשני העשורים האחרונים, הכנסת לא הגיבה באופן אפקטיבי למהלך החוקתי החריג של בית המשפט העליון. חלק IV בוחן חמש תשובות אפשריות לשאלה שבכותרת, ודן בהן באופן עוקב עד להסבר שנראה בעיני המועיל ביותר: כוחו המנציח של הסטוס קוו בתנאים מוסדיים של תלות במסלול. חלק V מציג כמה תובנות כלליות לחקר המצב החוקתי בישראל שנגזרות מן ההסברים שהוצעו. חלק VI מסכם תוך חזרה לשאלת האנטי-רובניות של המהפכה החוקתית הישראלית, בהתחשב בניתוח המוסדי שבוצע במאמר.

II. הקושי האנטי-רובני נוסח ישראל

האם השיטה החוקתית הישראלית לוקה בקושי אנטי-רובני? התשובה לשאלה זו היא מורכבת. המורכבות נובעת לפחות משלוש סיבות: (1) למושג "הקושי האנטי-רובני" 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-עיונית, והיא האם השיטה החוקתית בישראל, בחלוף כעשרים שנה מכינון חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם (בנוסח המקורי) ומאימוץ הביקורת השיפוטית החוקתית על-ידי בית המשפט העליון, מגבילה למעשה את יכולתו של הרוב הפרלמנטרי לחוקק כרצונו.

א. המובן הרחב של הקושי האנטי-רובני

התובנה בדבר הקושי האנטי-רובני (the counter-majoritarian difficulty) פותחה כידוע בידי אלכסנדר ביקל בספרו The Least Dangerous Branch.² ביקל איפיין את הביקורת השיפוטית החוקתית כמוסד "סוטה" (deviant) בדמוקרטיה המודרנית, בכך שהוא מונע מן הנציגים הנבחרים להפעיל את מנגנון ההכרעה ההוגן ביותר שחברה שוויונית הצליחה לפתח – הכרעה על-פי הרוב – כדי לממש את רצון העם. השופטים האמריקאים (הפדראליים ובחלק מן המדינות), כמוהם שופטי ישראל, אינם נבחרים, אינם אחראים (accountable) ישירות

² ALEXANDER BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH (1962)

בפעולותיהם כלפי הציבור, והרכבם אינו מייצג את הנטיות האידיאולוגיות של העם-הריבון, לפחות לא באופן הישיר שפרלמנטים נבחרים אמורים לעשות זאת. כל החלטה שלהם שתוצאתה בטלות חקיקה שנתקבלה ברוב בבית המחוקקים – כל מקרה של ביקורת שיפוטית חוקתית – מעוררת אפוא את הקושי האנטי-רובני. זהו המובן הרחב ביותר של רעיון הקושי האנטי-רובני: פעולה שיפוטית שנוגדת לפעולה חקיקתית מעוררת מניה וביה אתגר להנחת 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 הפדראלי עצמו אינו מציית לעקרון הרובני – הסנאט 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 אמנם 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 גם כוללת "שיריון" של חוקים מסוימים ששינויים מחייב רוב מיוחד, ובכך מקנה למיעוט הנמנע או המתנגד כוח וטו.⁵ דמוקרטיה מודרנית רבות כוללות רשויות מקצועיות שהחוק או הנוהג מונע התערבות חקיקתית בהחלטותיהן – למשל עצמאותן של הרשויות הרגולטוריות בארצות הברית, או קביעת המדיניות המוניטארית בידי בנק ישראל. אף שאלה גופים שנוצרו בידי המחוקק הנבחר וכפופים בעקרון לרצונו הנמשך, הרי הפרקטיקות המוסדיות שהתפתחו ביחס אליהם משקפות עצמאות ניכרת מהרשויות הפוליטיות, עד רמה שיכולה לעתים להידמות לעצמאות השיפוטית בעניינים חוקתיים. ככל שהליכי הבחירה, החקיקה והמנהל עצמם אינם מצייתים באופן מלא לעקרון 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 בהם בית המחוקקים הוא שפועל באופן שסותר את הרצון (הרובני) של העם שבחר בו. במצבים כאלה, בהם 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-רובנית שלהם – בראש ובראשונה איום ההדחה בבחירות – אך בכך אין כדי להשפיע על אפיון הביקורת השיפוטית החוקתית, באותם מקרים המגנים על הרוב (בציבור) מפני המיעוט (בפרלמנט), כמעשה שהוא רובני ביסודו.⁷

³ בסנאט האמריקאי, שהוא בעל כוח וטו אפקטיבי על חקיקה פדראלית, מיוצגת כל מדינה באמצעות שני סנאטורים, ולכל סנאטור קול אחד (U.S. Const. Art. I § 3(1)). המשמעות היא שלאזרחי המדינות הקטנות בארה"ב יש ייצוג-יתר קיצוני ביחס לאזרחי המדינות המאוכלסות. ראו SANFORD LEVINSON, OUR UNDEMOCRATIC CONSTITUTION 50-62 (2006). הנשיא נבחר על-ידי מועצת אלקטורים, והם אלה שנבחרים, בחלוקה מדינית, בבחירות הכלליות ((3)-(2) § 1 U.S. Const. Art. II). במקרים קרובים ובהתחשב בחלוקת הקולות במדינות המפתח, הדבר יכול להוביל לכך שהנשיא הנבחר על-ידי האלקטורים קיבל פחות קולות מהמועמד המפסיד. ראו LEVINSON, שם, בעמ' 99-82.

⁴ כך למשל בתעמולת הבחירות בישראל זוכות מפלגות מכהנות ליותר "זמן מסך" מאשר מפלגות חדשות, וזה נמדד בין היתר ביחס לגודלן 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** 645-649, 732-738 (כרך ב', מהדורה שישית 2005).

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

⁶ ראו ברוך 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), פסקה 70 לפסק-הדין של הנשיאה ("במצביאות הקואליציונית בישראל, ההגנה על ההליך הדמוקרטי התקין – במסגרתה נבחר רצונו של הרוב לתת זכות יתר למיעוט – מקבלת משמעות ייחודית. במערך פוליטי המורכב ממספר רב של מפלגות, במסגרתן 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 (תשס"ח) (על תפקיד הפרשנות השיפוטית בהתמודדות עם הטיות של בחירה ציבורית). לביקורת הטיעון ראו Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?*, 101 YALE L.J. 31 (1991) (לפי תורת קבוצות האינטרס גם בתי משפט אינם חסינים מההטיות הפוגעות בחקיקה, ובנסיבות מסוימות איום בהתערבות שיפוטית למעשה יכול להקל על פעולתן של קבוצות אינטרס בהשפעה על חקיקה).

⁷ ראו למשל, בהקשר אמריקאי, BRUCE ACKERMAN, I WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS 10 (1991) (אפיון הביקורת השיפוטית כ-"indispensable part of the large 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 Countermajoritarian Difficulty?*, 11 I-CON 13, 16-17 (2013). הכותבים טוענים במאמר שקיימת גם הסכמה ציבורית-רובנית לעצם הפרקטיקה של ביקורת שיפוטית (גם אם לא לכל החלטה המתקבלת במסגרת זו), וגם במובן זה הקושי האנטי-רובני "נפתר".

לבסוף, התפיסה בדבר קיומו של קושי אנטי-רובני מחייבת הנחה בדבר מרכזיותה של הרובניות לשיטת המשטר הדמוקרטית. רק אם הכרעות רוב נראות לנו דבר חשוב, יש טעם בהערכת ההשפעה של הביקורת השיפוטית דווקא על הנתון הרובני (להבדיל מפועלה במישורים אחרים). לא כל תיאוריה דמוקרטית רואה בדעת הרוב עקרון הכרחי, וודאי שלא ראשון במעלה, בין העקרונות עליהם נדרש המשטר לגונן. ככל שהרובניות נתפסת אך כמנגנון אחד מני רבים למימוש התכליות המהותיות של הדמוקרטיה, הרי שאפיון הביקורת השיפוטית כתופעה אנטי-רובנית הנו תובנה לא 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 מועילה לשקף 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.

ב. 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 מרוב דמוקרטי רגיל – כלומר רוב פרלמנטרי המקיים תנאים של ייצוג שוויוני הן בהליכי ההיבחרות והן בהליכי החקיקה (קול אחד לכל אחד, הזדמנות ממשית להשתתף בהליך) – לממש את רצונו באמצעות חקיקה. כמובן, בית המשפט בעל הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית אינו יוצר את הקושי הזה מעצמו; הקושי נובע מן המדרג הנורמטיבי של השיטה החוקתית, שמכפיף את הנורמה החקיקתית לנורמה חוקתית עליונה לה, ומציב את בית המשפט כמנגנון לאכיפת ההיררכיה. מקורו של הקושי האנטי-רובני הנובע ממעשה הביקורת השיפוטית החוקתית מצוי על כן בהסדרי התיקון של החוקה או ההתגברות עליה. 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 בידי 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 הרגיל קל לשנותה או לחרוג ממנה – מעוררת קושי אנטי-רובני נומינאלי בלבד, המתבטא בצורך של הרוב הרגיל להגיב למעשה השיפוטי בהתגברות (override) או בתיקון חוקתי גובר.

אם הבנה זו נכונה, הרי שנקל להבין מדוע ביקל, ודורות השיח החוקתי שבאו בעקבותיו, הוטרדו כל-כך מן הקושי האנטי-רובני במשטר החוקתי האמריקאי: חוקתה של ארצות-הברית, במיוחד בגודלה הנוכחי של המדינה ובמיוחד בתנאי הפיצול האידיאולוגי המאפיינים את אוכלוסייתה בעשורים האחרונים, כמעט שאינה ניתנת לשינוי. בחוקה האמריקאית אין הסדר התגברות (זו המצאה שבאה לעולם כמאתיים שנה מאוחר יותר), והליך התיקון החוקתי בארצות הברית הוא סבוך ודורש התגברות על שריון נוקשה ביותר, אשר מחייב 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, כי אם בסעיף 5 לחוקה האמריקאית,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 אשר כוללות הסדר של ביקורת שיפוטית, כמו החוקות של גרמניה¹¹ ותורכיה.¹² בחוקות אלה מצויות

⁸ טיעון תקיף נגד קיומה של עלות מוסריות באנטי-רובניות נוסח על-ידי רונלד דוורקין: ראו RONALD DWORCKIN, FREEDOM'S LAW 15-35 (1996) (היות שהעקרון הרובני הוא רק אמצעי למימוש מטרות מהותיות – יחס שווה ומכבד לכל חברי הקהילה הפוליטית – אין כל עלות מוסרית בויתור עליו כשהתכליות 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, 1226-33 (1984).

⁹ להסבר הקלאסי 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, 223-24 (Harold Hongju Koh & Ronald C. Slye eds., 1999).

¹⁰ U.S. Const. art. V

¹¹ Grundgesetz [Basic Law] art. 79(3)

הוראות שלא ניתן 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), הרי שיטות שמרחיקות את החוקה מהישג ידו של רוב דמוקרטי רגיל, ולכן נותנות בידי בית המשפט המפעיל את הביקורת השיפוטית "מילה אחרונה" אפקטיבית בעניינים של פרשנות חוקתית, הן שיטות שמעצימות את הקושי הזה.

ג. הקושי האנטי-רובני נוסח ישראל

על הרקע הזה ניכר שישראל היא מקרה מיוחד. אף שיש לה חוקה – ולו חוקה חלקית – ואף שיש לה ביקורת שיפוטית – ולו כזו שהוסקה בדרך המשפט המקובל – הרי שחוקתה ניתנת לשינוי בהליך זמין ופשוט, בחקיקה רגילה של הכנסת. הרוב המכריע של הוראות החוקה הישראלית – 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 המלים "חוק-יסוד" ותחסיר ממנה את שנת קבלתו.¹⁴ אשר לאותן הוראות בודדות בחוקי-היסוד שזכו לשריון – מדובר בדרך-כלל בשריון מינימאלי, המחייב רוב של חברי הכנסת כדי להתגבר עליו.¹⁵ בהינתן המבנה הקואליציוני של המשטר הישראלי, בו אמון הממשלה 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 הפורמאליות של ההליך הרובני; אך זו אנטי-רובניות חלשה במיוחד, שכן לכנסת פתוחה הדרך – לפחות מבחינה פורמאלית – להגיב למעשה השיפוט 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 הינו 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 ב-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 שגרתי, כשרמת המודעות של המחוקקים שהשתתפו בו (ושל אלה שנעדרו ממנו) להשלכותיו מוטלת בספק,¹⁸ וכשהוא בעיקרו הפיך בחקיקת-יסוד חוזרת המסתפקת ברוב רגיל. שנים מאוחר יותר, הצביע על כך בית המשפט העליון בפסק דין שנתקבל בהרכב רחב: "הקלות בה ניתן לשנות את חוקי-היסוד בישראל פוגעת במעמדם".¹⁹ בתנאים אלה, אומרים המבקרים, המהפכה החוקתית היא בעיקרה יצירה שיפוטית, שנעשתה בלא שהעם הריבון בחר לסטות מעקרון הכרעת הרוב ועליונות המחוקק בדמוקרטיה הישראלית; וכזו הליגיטימיות שלה מוטלת בספק. המתבוננים מן החוץ על המשפט הישראלי מרבים להניח, גם כיום, ש"לישראל

¹² Turk. Const. art 4

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

¹⁴ הנשיא ברק הכיר ב"אמת מידה צורנית" זו כבר בפסק דינו בפרשת בנק המזרחי, ראו ע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש Error! Bookmark not defined., בעמ' 403-406 ("הכנסת משתמשת בסמכותה המכוננת ... כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו 'חוק-יסוד' (ללא ציון שנת החקיקה)").

¹⁵ סעיף 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; סעיף 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל; סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת; סעיף 44(א) לחוק-יסוד: הממשלה; סעיף 3(ב) לחוק-יסוד: משק המדינה. החריגים הם סעיפים 45 ו-45 לחוק-יסוד: הכנסת (דרישת רוב של שמונים חברי כנסת בהקשר להארכת כהונת הכנסת, ולפגיעה בחוק-היסוד באמצעות תקנות שעת חירום).

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

¹⁷ ע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש Error! Bookmark not defined., בעמ' 474 (פסקה 9 לפסק הדין של השופט חשין).

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

¹⁹ בג"ץ 4908/11 בר-און נ' כנסת ישראל, פסקה 21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 7.4.2011).

אין חוקה"²⁰ – היות שחוקי-היסוד והחוקים הרגילים נוצרים, מתוקנים ומבוטלים על-ידי אותו מוסד ובהליך זהה, קיים קושי בהבנת המהות "החוקתית" 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 פורמאליות מינימאליות, לפעולות של ביקורת שיפוטית – שימשה גם את מצדיקי המהפכה החוקתית כדי להזוף את טענת האנטי-רובניות בהקשר הישראלי ולהעצים את הלגיטימיות של התפקיד השיפוטי במישור החוקתי. כבר בפסק דין בנק המזרחי התייחס הנשיא ברק לנגישות התיקון החוקתי (וכן למנגנון ההתגברות בהקשר לחופש 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. טיעון 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 אשר מאפשר לרשויות השופטת והמחוקקת לגלגל את הכדור זו לפתחה של האחרת במהלך כמה סיבובים, כאשר המילה האחרונה היא בפועל **לכנסת**, ולא לבית המשפט: ברצותה רשאית הכנסת לחבוש את כובע הרשות המכוננת, ולבטל במישור חקיקת-היסוד את תוצאותיה של הביקורת השיפוטית החוקתית.²² ככל שחקיקת-יסוד חסינה מפני ביקורת שיפוטית – זו היתה כמדומה ההנחה המובלעת הן בהליכי חקיקת-היסוד של 1992 ו-1994 והן בפסק הדין בעניין בנק המזרחי (עוד על כך בהמשך) – הרי שישראל על-פי הבנה זו משתייכת לקבוצת הדמוקרטיה החוקתיות בהן נהוג מודל ה-weak form judicial review, בו 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 בהן המחוקק מקבל את המילה האחרונה (כמו בבריטניה למשל²⁵), גם אם בתנאים מכבידים מעט יותר מאשר אלה של חקיקה רגילה לגמרי. היות שהמחוקק הישראלי הוא גם המכונן, בהליך זהה, יש לכאורה היגיון בהכללת השיטה החוקתית הישראלית בגדרי מודל זה.

המשמעות היא שלפחות מבחינת המבנה הפורמאלי של השיטה החוקתית הישראלית, ההיבט האנטי-רובני שבה הוא מוגבל ביותר, אם ניתן בכלל לומר שהוא קיים. להוציא את אותן הוראות בודדות בחוק-יסוד: הכנסת שמחייבות רוב של שמונים חברי כנסת כדי לתקן (ובכך הן מאפשרות לפרשנות שיפוטית של אותן הוראות לגבור אף על רצונו של רוב קואליציוני רגיל), את מרבית פרקי החוקה של ישראל ניתן לשנות – ואף לבטל! – בהליך חקיקה רגיל, שיחייב בדרך-כלל רוב מינימאלי בכנסת (0-1 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

²⁰ טקסט בולט ששיקף את ההבנה הזו הוא מאמר הביקורת שפירסם ריצ'רד פוזנר ב-The New Republic על פועלו השיפוטי של אהרן ברק. כחלק ממלחמת התרבות המקומית, המאמר תורגם לעברית ופורסם גם בישראל, על השגיאות המגוונות הכלולות בו: ריצ'רד א' פוזנר "רודן נאור" **ידיעות אחרונות – המוסף לשבת** 27.4.2007, עמ' 10-11 ("ישראל היא דמוקרטיה צעירה ולא בשלה, בעלת שלטון רעוע של פוליטיקאים בינוניים ומושחתים. היא צפה בחוסר יציבות בים 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 1 (תשס"ח).

²¹ ע"א **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש. Error! Bookmark not defined., בעמ' 424 (פסקה 80 לפסק הדין של הנשיא ברק).

²² ראו יואב דותן "חוקה למדינת ישראל! – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח 149, 149 (תשנ"ז) ("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.).

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

שפעולה של ביקורת שיפוטית חוקתית שאינה רצויה על רוב בכנסת אמורה להיות זמינה לתיקון פשוט יחסית, באמצעות פעולה במישור חקיקת-היסוד.

למעשה ייתכנו כמה סוגים של מהלכי-נגד חקיקתיים כאלה, וניתן לסווגם לפי אופי ותזמון ההשפעה שלהם 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 חוק-היסוד המגן או הוראה מתוכו, תיקונו, או החרגה מתחולתו**. למשל, נניח שהכנסת מעוניינת לחוקק חוק שיסמיך את הממשלה לבצע האזנות סתר בהיקף חריג או בלי היתר שיפוטי, והיא צופה שבראיית בית המשפט החוק יפגע בפרטיות באופן לא מידתי. במצב כזה, טרם חקיקת החוק, הכנסת יכולה לבטל (ברוב רגיל) את סעיף-קטן 7(ד) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, האוסר על פגיעה בסוד שיחו של אדם. אם היא חוששת שבית המשפט עדיין יפסול את החוק מכוח הזכות הכללית לפרטיות הקבועה בסעיף-קטן 7(א), היא יכולה גם לבטל (ברוב רגיל) את סעיף 7 כולו. ואם הכנסת 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 הבשר ²⁸ מפני ביקורת שיפוטית (ושם אף נדרש לכך רוב מוחלט, שהושג בנקל, נוכח הצורך הקואליציוני).

○ **חקיקה ברמה חוקתית**. דרך אחרת לחסן חוק שצפוי להתבטל מפני ביקורת שיפוטית היא לחוקק אותו כחוק-יסוד. כך, הכנסת רשאית פורמאלית לחוקק ברוב רגיל את "חוק-יסוד: האזנות סתר חריגות", ולפי תורת המדרג הנורמטיבי שאומצה בהלכת בנק המזרחי הביקורת השיפוטית החוקתית לא תוכל לחקיקה ברמה זו. אמנם, באותו פסק דין הותיר הנשיא ברק בצריך 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 פרקטיקה כזו. ³⁰

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

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

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

²⁸ ראו סי' 8(א) לחוק-יסוד: חופש העיסוק; סי' 5 לחוק בשר ומוצריו, תשנ"ד-1994, ס"ח 1456 עמ' 104.

²⁹ ע"א בנק המזרחי, לעיל ה"ש. Error! Bookmark not defined., בעמ' 406 (פסקה 58 לפסק הדין של הנשיא ברק). כן ראו בגי"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 שלושה בראשות ברק) טענה כי חוק-יסוד: חופש העיסוק החדש מ-1994 אינו מקיים את תנאי פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: חופש העיסוק מ-1992 ולכן בטל. בית המשפט קבע כי חוקתיות שינויו של חוק-היסוד נבחנת רק לאור פסקת הניקשות הקבועה בו, ומרגע שההליך הנדרש לפיה התקיים, אין מקום לביקורת תכנית של חוק-היסוד המתוקן. ראו בגי"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 30.5.1994).

³⁰ אחד ההיבטים של השאלה הזו נדון בבגי"ץ כ-15 שנים מאוחר יותר, בפרשת בר-און. שם נטען, בין היתר, שהכנסת אינה רשאית לחוקק הוראת שעה בחוק-יסוד. בית המשפט העליון הסכים שמדובר בתופעה נורמטיבית מוזרה, אך דחה את הטענה. ראו בגי"ץ בר-און, לעיל ה"ש 19, פסקאות 18-29 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

לאלה הזמינים מראש :

○ שינוי הגדרת הזכות בחוק-היסוד. ניח הפעם שהכנסת מחוקקת חוק שלפי פרשנותה את חוק-היסוד הרלוונטי הוא חוקתי, והיא צופה או מקווה שבית המשפט יסכים עמה. בדיעבד מתברר שלפי פירושו של בית המשפט את תוכן הזכות החוקתית, החוק לא יכול לעמוד. כעת יכולה הכנסת לחזור אל חוק-היסוד, ולתקן (ברוב רגיל) את הגדרת הזכות כך שתשקף את תפישתה הפרשנית, ותבטל את עמדתו הפרשנית של בית המשפט. זו דינאמיקה נפוצה במישור הפרשנות החקיקתית, ומשום שבישראל כינון חוק-היסוד וחקיקת חוק רגיל מתבצעים בהליך זהה, היא אפשרית אצלנו גם במישור החוקתי. הסיכון באמצעי התגברות זה הנו שגם הניסוח החדש של הגדרת הזכות זמין לפרשנות שיפוטית, אשר גם אם אינה בלתי-מוגבלת, עשויה לאפשר לא אחת לבית המשפט לאתר בנוסח החוקתי החדש עוגן חדש לביצוע הביקורת השיפוטית על החוק אותו פסל בסיבוב הקודם.

○ שדרוג לרמה חוקתית. גם אם הכנסת חוקקה את החוק מתחילה כחוק רגיל, אין מנגנון פורמאלי שימנע ממנה מלחוקקו מחדש, באותו נוסח בדיוק ובאותו רוב בדיוק, אך בהבדל קטן אחד: להוסיף בכותרתו את המילה "יסוד" (ולחסר את שנת החקיקה), ובדרך זו להפכו לפרק בחוקה. כך למשל יכולנו לתאר את המערכת הפוליטית נחלצת ממשבר הגיוס של תלמידי הישיבות על ידי כינון "חוק-יסוד טל", שישחזר 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, ומשמע לא מצא דרך לפרשה באופן שיתיישב עם חוק-היסוד. כעת אותה לשון ממש מופיעה בחוק-יסוד, אז 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 טענה מראש לחשוב שהחוק ישרוד, היא יכולה כעת לחסנו, ואז לחוקקו מחדש באופן שימנע ביקורת שיפוטית חוזרת.

בהינתן מגוון הכלים הללו, וביוענו את עוצמת הרגשות והמחלוקות שליוו את היחסים בין הרשויות השופטת והמחוקקת בשני העשורים האחרונים, מתבלטת שאלת ה-"למה לא": מדוע הכנסת לא פעלה, כמעט אף פעם, 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. 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

³¹ בג"ץ רסלר, הערה 6 לעיל.

³² מהלך כזה של הכנסת יוביל בפועל לכך שתהייה שתי הוראות סותרות ברמה נורמטיבית זהה – הזכות החוקתית מצד אחד, והפגיעה בזכות בחוק-יסוד מצד שני. הגישה המקובלת בדיני הפרשנות של המשפט המקובל היא שבתחרות בין הוראות סותרות באותה רמה נורמטיבית, המאוחרת והספציפית גוברת על המוקדמת והכללית. בענייננו, המשמעות 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 בהם ביצע בית המשפט העליון ביקורת שיפוטית חוקתית מכוח חוק-היסוד על 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 השיריון לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא תוצאה של אירוניה – ואולי אף אי-חוקיות – פרלמנטרית. בהצעת חוק-היסוד של ח"כ אמנון רובינשטיין, שנתמכה על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט, נכללה הוראה של שיריון פורמאלי, בדומה לזו שמופיעה בחוק-יסוד: חופש העיסוק; ראו סעיף 10 להצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ה"ח 2086 עמ' 60 (13.11.1991). ("אין לשנות חוק-יסוד זה אלא ברוב של חברי הכנסת") וסעיף 13 להצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כפי שהוגשה לכנסת לקריאה שנייה, ד"כ 125, נספחות עמ' 3922 (1992) ("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 התנוצאה היתה שוויון 27-27 – תוצאה שברגיל משמעה דחיית ההסתייגות, בלי אפשרות להצבעה חוזרת (ראו פריט (2) בה"ש 2 לסעיף 63 לתקנון הכנסת כפי שעמד בתקפו ב-1992 (כיום סעיף 37(ד) לתקנון הכנסת)). עם זאת מייד עם ההכרזה על תוצאת ההצבעה אמר חבר הכנסת צירלי ביטון שהוא טעה בהצבעתו, והוכרז על הצבעה חוזרת שתוצאתה היתה 26-27 בעד ההסתייגות (ההשערה המסתברת היא שביטון נמנע מלהצביע בפעם השנייה). כך נפל השיריון של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו ד"כ 125 עמ' 3792-3793 (17.3.1992).

משורין מפני שינוי. למרות זאת, מאז תיקון 1994³⁵ – אחזור אליו בהמשך אך אדגיש כבר כעת שהוא קדם לפסק הדין בעניין בנק המזרחי – חוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו לא תוקן. תוכן הזכויות שמכוחן בוטלו חוקים של הכנסת לא שונה, ואף לא נוספה בחוק-יסוד זה או בחוק-יסוד אחר הוראה המגבילה את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית. אמנם היו וישנן הצעות למכביר לעדכון חקיקת-היסוד בנושאים אלה,³⁶ אך אלה לא הבשילו לחקיקה של ממש. מה מנע מהכנסת להגיב באופן מעשי לבית המשפט ולשנות את חקיקת-היסוד שממנה הוא הסיק את המהפכה החוקתית? לבחינת שאלה זו אני פונה כעת.

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

א. המהפכה היציבה

לכאורה, הביקורת השיפוטית הישראלית התנהלה עד כה ככלב שלא מרבה לנשוך. בחלוף כמעט שני עשורים מאז המהפכה החוקתית, בית המשפט העליון ביטל בין אחד-עשר לשלושה-עשר³⁷ דברי חקיקה ראשית, בעודו דוחה עתירות רבות שביקשו ממנו לבטל דברי חקיקה אחרים, ובהיותו 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 זמן את סף העניין הפוליטי של המחוקקים : למשל, הביקורת השיפוטית בעניין הסדרי המעבר בתהליך האסדרה של תחום ניהול ההשקעות,³⁸ משך המעצר הצבאי של חייל טרם הבאתו בפני שופט,³⁹ זכות הנוכחות של עציר בטחוני בהליכי ההארכה של מעצרו,⁴⁰ ואף הסדרי הפיצוי הפרטניים למפוני חבל עזה (להבדיל מן הפינוי עצמו, ששרד את מבחן החוקתיות).⁴¹

עם זאת, בשני העשורים שחלפו מאז המהפכה החוקתית הזדמן לבית המשפט העליון לעשות שימוש בסמכות הביקורת השיפוטית גם בהקשרים רגישים ביותר מבחינה פוליטית, ביחס למהלכי חקיקה שנוצרו בהליך דליברטיבי משמעותי ותוך התגייסות פוליטית-קואליציונית. במקרים אלה עוררה פעולת בית המשפט לכאורה מתח אנטי-רובני ממשי. ההחלטה בנושא הכשרתו הסטוטורית של ערוץ 7,⁴² ההחלטה בנושא אחריות המדינה בנוזיקין בגין פעולות לא-מלחמתיות שבוצעו ביהודה ושומרון,⁴³ ההחלטה בנושא בית הסוהר הפרטי,⁴⁴ ההחלטה בנושא גיוס תלמידי

³⁵ ראו חוק-יסוד : חופש העיסוק, ס"ח 1454 עמ' 90 (10.3.1994). 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 יסודיים" זהה. זהו התיקון היחיד שנעשה עד כה (בעקיפין) לחוק-יסוד : כבוד האדם וחירותו (ראו ס' 11 לחוק-יסוד : חופש העיסוק).

³⁶ ראו להלן הי"ש 55-61.

³⁷ מאז שניתנה הלכת בנק המזרחי, בית המשפט העליון עשה שימוש ישיר ומובהק בכלי הביקורת השיפוטית אחת-עשרה פעמים : ראו 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 ועסקים נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.02.2010); בג"ץ רסלר, לעיל הי"ש 6; בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.02.2012); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.05.2012); בג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 16.9.2013). בשני מקרים נוספים פסק בית המשפט באופן שניתן לפרשו כהפעלתה של ביקורת שיפוטית חוקתית, אף שלא נעשה בהם המהלך החוקתי הרגיל : ראו בג"ץ 212/03 חרות נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה פ"ד נו(1) 250 (2003); בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' שר לענייני דתות (פורסם בנבו, 14.06.2010).

³⁸ בג"ץ מנהלי ההשקעות, לעיל הי"ש 37.

³⁹ בג"ץ צמח, לעיל הי"ש 37.

⁴⁰ בש"פ פלוני, לעיל הי"ש 37.

⁴¹ בג"ץ חוף עזה, לעיל הי"ש 37.

⁴² בג"ץ אורון, לעיל הי"ש 37.

⁴³ בג"ץ עדאלה, לעיל הי"ש 37.

ישיבות,⁴⁵ וההחלטה בנושא מעצר ממושך של מסתננים⁴⁶ – הביאו כולן לביטול מהלכי חקיקה שנעשו בכנסת בהתגייסות פוליטית-קואליציונית משמעותית, ואשר אפשר היה לשער שיהיה בהן כדי לעורר מחאה פרלמנטרית, שיכולה היתה לבוא לידי ביטוי בתגובה במישור החוקתי.

בולטת במיוחד בקבוצה זו פסיקת בית המשפט העליון שביטלה את חסינות המדינה מפני תביעות בנזיקין בגין מעשי כוחות הבטחון באזור עימות.⁴⁷ הפסיקה – כמו החקיקה שהובילה אליה – נגעה בעניינים שמצויים בלב המחלוקת הפוליטית-מפלגתית, והיא אמנם חשפה את בית המשפט העליון לביקורת תקיפה כמתערב בבטחון המדינה ובחופש הפעולה של צה"ל ב"שטחים" בתקופה הרגישה של האינתיפאדה השנייה. התגובות הציבוריות לפסיקה, שבאו בין היתר מפייהם של נציגים בכירים בקואליציה באותה עת, היו חריפות, וכללו האשמות מוכרות ביחס להטיות האידאולוגיות של בג"ץ וקריאות לכנסת להגיב למהלך בתגובה חקיקתית הולמת.⁴⁸ ואילו ההחלטה בעניין "חוק טל" קצבה לוח זמנים לחקיקה שהוביל למשבר פוליטי משמעותי,⁴⁹ שנקל היה למנעו באמצעות תיקון חוק-היסוד. גם יתר המקרים של הביקורת השיפוטית החוקתית שיקפו כמובן את המתח הבסיסי שבין הרשויות בעידן המהפכה החוקתית, שכן גם הם ביטלו חקיקות רובניות של הכנסת ובכך פגעו במה שנהוג לכנות "ריבונות" הכנסת.

לצד המקרים הספורים יחסית בהם בוטלו בפועל חוקים, בית המשפט העליון פעל בעתירות חוקתיות נוספות באופן שמשך עניין, רתיעה ואף כעס מצדם של המחוקקים, וזאת אף מבלי שביטל חוק בפועל. האופן מעורר המחלוקת שבו בית המשפט טיפל 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" נוכח "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 חברי כנסת רבים להביע דאגה מפני ההתערבות השיפוטית הפוטנציאלית, ולנסות לקדם חקיקת-יסוד שתבלום את היתכנותה. פעולות נדירות של ביקורת שיפוטית מצד ערכאות נמוכות – ידועים מקרים בודדים (לצד פרשת בנק המזרחי שהחלה דרכה במחוז) בהם בתי משפט נמוכים ביטלו הוראות בחקיקה ראשית⁵² – הביאו לתרעומת פוליטית עזה כאילו הכנסת כפופה עתה לגחמותיו של כל שופט במערכת.⁵³ לבסוף, בשני העשורים

⁴⁴ בג"ץ **חטיבת זכויות האדם**, לעיל ה"ש 37.

⁴⁵ בג"ץ **רסלר**, לעיל ה"ש 6.

⁴⁶ בג"ץ **אדם**, לעיל ה"ש 37.

⁴⁷ בג"ץ **עדאלה**, לעיל ה"ש 37.

⁴⁸ ראו למשל אטילה שומפליבי "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"ץ פוגע בליבת הדמוקרטיה" **אתר ערוץ 7** 12.12.2006 (www.inn.co.il/News/News.aspx/157246) (כולל ציטוט מדברי יו"ר סיעת הליכוד אז, ח"כ גדעון סער, כי "פסיקת בג"ץ הופכת את אוצר המדינה לכספומט הטרור הפלסטיני"); אריק בנדר "יוזמת חקיקה: הכנסת תבטל את הכרעת בג"ץ", **מעריב** 13.12.2006 (עותק ברשות הכותב) (כולל דיווח על תגובת יו"ר הקואליציה מסיעת קדימה, ח"כ אביגדור יצחקי, שהביע "זעם על החלטת בג"ץ, ואמר כי הוא שוקל לזיזום הצעת חוק שתמנע תשלום פיצויים לפלשתינים"); יובל יעוז וגדעון אלון "פינס מציע: רק הרכב מיוחד של בג"ץ יוכל לבטל חוק" **הארץ** 13.12.2006 (עותק ברשות הכותב) (כולל ציטוט מדברי ח"כ 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 בעתידות לפסילת חוקים – בעקבות בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון" **הארץ דין ד** 91, 118-119 (תשס"ז).

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 פרישת סיעת קדימה מהקואליציה עקב כשלון המאמצים להסדרת נושא הגיוס של תלמידי ישיבות – 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 החלטת הכנסת מיום 13.1.2004, ד"כ 208, 8861 (2004).

⁵² על המודלים הביזורי והריכוזי בשפיטה החוקתית בישראל ראו אורי אהרונוסון "הטיעון הדמוקרטי בזכות ביקורת שיפוטית ביזורית" (צפוי להתפרסם 2014); אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק: צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת)" **משפט וממשל** ח 13 (תשס"ה); רוני פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" **עינוי משפט** לז(1) (צפוי להתפרסם 2013).

⁵³ ראו ת.פ. (שלום, ת"א) 4696/01 **מדינת ישראל נ' הנדלמן** (14.4.2003), והתגובות לו: צבי לביא "יש אולי דין אבל אין דין לאזרחי ישראל" **גלובס** 24.4.2003 (www.globes.co.il/news/article.aspx?did=683107) (ראיון עם ח"כ מיכאל איתן); הדס מגן ואיתמר לוי "ריבלין: 'המהפכה החוקתית' של אהרון ברק היתה להפיכה שלטונית" **גלובס** 22.5.2003

של עידן המהפכה החוקתית כיהנו לפחות שלושה שרי משפטים שייצגו עמדה לעומתית – תקיפה יותר או פחות – כלפי הגישה החוקתית של בית המשפט העליון (ציפי לבני, דניאל פרידמן, יעקב נאמן), וביקשו להביא לשינויים מוסדיים ביחסים החוקתיים שבין רשויות השלטון.⁵⁴

על אף כל זאת, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: השפיטה, ועמם מודל הביקורת השיפוטית שפותח בפסק הדין בעניין בנק המזרחי, לא הופרו. ארכיון הכנסת אמנם עמוס הצעות חקיקה – חלקן בתמיכת עשרות (!) חברי כנסת ממגוון סיעות הבית – שביקשו להכניס רפורמות משמעותיות במשטר החוקתי החדש: לבטל את סמכות הביקורת השיפוטית,⁵⁵ להעבירה לבית משפט לחוקה,⁵⁶ לצמצם את העילות על פיהן היא תותר⁵⁷ או את הנסיבות בהן היא תתאפשר,⁵⁸ להוסיף הסדר התגברות לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁵⁹ לשנות את הגדרת הזכויות,⁶⁰ או להחריג מהן חוקים מסוימים.⁶¹ ועדיין, חוק-היסוד וסמכות הביקורת השיפוטית עומדים על תלם, ואין נוגע.

לא רק זו אף זו: בכמה מן המקרים של ביקורת שיפוטית חוקתית, משרד המשפטים והכנסת בעקבותיו פעלו בדיעבד לתיקון החקיקה הבלתי-חוקתית באופן שיהלום את פסיקת בית המשפט העליון. הדבר נעשה לרוב על-ידי יצירת הסדר חדש שיעמוד באמות המידה שקבע בית המשפט לחוקתיות הנורמה,⁶² ובאחת הפעמים – דווקא בפרשת אחריות המדינה על נזקים ב"שטחים" – בביטול חקיקתי מוחלט של ההוראה שנפסלה על-ידי בית המשפט.⁶³ באותם

(הבאה מדברי יו"ר הכנסת ראובן ריבלין). (www.globes.co.il/news/article.aspx?did=690837)

⁵⁴ ראו גם ספיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 127-131 (תיעוד המתח בין הכנסת ובית המשפט העליון בעידן המהפכה החוקתית).

⁵⁵ ראו למשל הצעת-חוק-יסוד: השפיטה (תיקון - ביקורת שיפוטית על חקיקה), פ/17/1975, הצעת-חוק פרטית של ח"כ אסתרנה טרמון ו-48 חברי כנסת נוספים, 15.1.2007 (הצעה להוספת סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה לפיו "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, פ/17/2662, הצעת-חוק פרטית של ח"כ דוד רותם ו-21 חברי כנסת נוספים, 11.6.2007 (הצעה להקים ערכאה חוקתית נפרדת שתאויש על-ידי משפטים אזרחיים ודתיים, אקדמאים, נציגי ציבור ונציגי עולים).

⁵⁷ ראו למשל הצעת-חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - ביקורת שיפוטית על הגבלת הכניסה לישראל), פ/17/815, הצעת-חוק פרטית של ח"כ מיכאל איתן, 3.7.2006 (הצעה לשלילת סמכות הביקורת השיפוטית בעניינים שנוגעים לכניסה לישראל).

⁵⁸ ראו למשל הצעת-חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - ביקורת שיפוטית), פ/1630, הצעת-חוק פרטית של ח"כ יצחק כהן, 1.12.2003 (הצעה להוספת סעיף 10(ב)ה) שיתיר ביקורת שיפוטית חוקתית רק אם ניתנה לכנסת הודעה על עמדת בית המשפט בדבר הפגם החוקתי, והיא נמנעה מפועלה בעניין זה, בין באשרור של החוק ובין בשינויו).

⁵⁹ ראו למשל הצעת-חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - תוקפו של חוק חורג), פ/19/1944, הצעת-חוק פרטית של ח"כ איילת שקד, שמעון אוהיון, משה גפני, רוברט אילטוב, זבולון קלפה, שולי מועלם-רפאלי, אורית סטרוק ומירי רגב, 9.12.2013 (הצעה לכלול בחוק-היסוד פסקת התגברות זהה לזו של חוק-יסוד: חופש העיסוק).

⁶⁰ ראו למשל הצעת-חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - הזכות לכבוד), פ/17/816, הצעת-חוק פרטית של ח"כ מיכאל איתן, 3.7.2006 (הצעה להסרת הכבוד כזכות מוגנת מסעיפים 2 ו-4 לחוק-היסוד, תוך הותרתו רק בכותרת חוק-היסוד ובפסקת המטרה שלו).

⁶¹ ראו למשל הצעת-חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון - חוק האזרחות והכניסה לישראל), פ/18/1078, הצעת-חוק פרטית של ח"כ דוד רותם, עתניאל שנלר, נסים זאב, יריב לוין, אורי אריאל ו-39 חברי כנסת נוספים, 11.5.2009 (הצעה להוספת סעיף 10(ב) שיקבע ש"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, 771-770 (1995) (הסכם קואליציוני בין מפלגת העבודה ומפלגת ש"ס במסגרתו 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).

⁶² ראו חוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון מס' 4), התשנ"ח-1998, ס"ח 1671 עמ' 250, ודברי ההסבר להצעת-חוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון מס' 2), התשנ"ח-1997, ס"ח הממשלה 2652 עמ' 82 (תיקון בעקבות בג"ץ מנהלי ההשקעות); חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 36), התש"ס-2000, ס"ח 1734 עמ' 152 (סעיף 7), ודברי ההסבר להצעת-חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 36) (קיצור תקופת המעצר), התש"ס-2000, ס"ח הממשלה 2850 עמ' 247 (תיקון בעקבות בג"ץ צמח); חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשע"א-2010, ס"ח 2269, ודברי ההסבר להצעת-חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשע"ע-2010, ס"ח הממשלה 539 עמ' 1406 (תיקון בעקבות בשי"פ פלוני); חוק הבטחת הכנסה (תיקון מס' 40), התשע"ב-2012, ס"ח 2375 עמ' 610, ודברי ההסבר להצעת-חוק הבטחת הכנסה (תיקון מס' 40), התשע"ב-2012, ס"ח הממשלה 710 עמ' 1224 (תיקון בעקבות בג"ץ חסן); חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013, ס"ח 2419 עמ' 74, ודברי ההסבר להצעת חוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד-2013, ס"ח הממשלה 817 עמ' 122 (תיקון בעקבות בג"ץ אדם). לניתוח פרקטיקה דומה בארצות הברית – תיקון חוק שנקבע 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 151-172 (Neal Devins & Keith E. Whittington eds., 2005).

⁶³ ראו חוק הניזקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשע"ב-2012, ס"ח 2370 עמ' 522, ודברי ההסבר לסעיף 5 בהצעת-חוק הניזקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 8), התשס"ח-2008, ס"ח הממשלה 387 עמ' 600 (תיקון בעקבות בג"ץ עדאלה). ראו

מקרים – ניתן לכנותם "חוקים אופייניים" – הרשויות הפוליטיות לא רק שלא הגיבו בפעולת-נגד לביקורת שיפוטית, אלא הן פעלו באופן פוזיטיבי להטמעת תוצאותיה של הפסיקה השיפוטית בחקיקה. זה אינו מהלך הכרחי – לכאורה די בהצהרת בית המשפט על בטלותה של חקיקה כדי לחייב את נמעניה שלא לציית לה. בעניין בית הסוהר הפרטי, למשל, הכנסת מעולם לא מחקה את תיקון 28 מספר החוקים,⁶⁴ אך כידוע מהלך ההפרטה הופסק.

כיצד ניתן להסביר את היציבות הזו, ולמעשה את שיתוף הפעולה הנמשך של הרשויות הפוליטיות עם המהלך השיפוטי, לאור המחלוקת הפוליטית הניכרת שמלווה את המהפכה החוקתית מראשיתה ועד עצם הימים האלה? בהתחשב בזמינות הפורמאלית של תיקון חקיקת-היסוד, מדוע הכנסת לא פעלה?

השאלה מזדקרת במיוחד נוכח העובדה שהכנסת לא חששה להכניס תיקונים מגוונים בשלל חוקי-היסוד המוסדיים לאורך התקופה הזו. כך, למשל, בעידן הקצר מאז המהפכה החוקתית נעשו שתי רפורמות מרחיקות לכת בחוק-יסוד: הממשלה (הבחירה הישירה וביטולה),⁶⁵ עודכנו מגבלות ההיבחרות ואופני הפעולה של הרשות המחוקקת בחוק-יסוד: הכנסת,⁶⁶ שונו הוראות הבחירה והכהונה בחוק-יסוד: נשיא המדינה⁶⁷ ובחוק-יסוד: מבקר המדינה,⁶⁸ ואף כונן חוק-יסוד חדש לעניין התקציב הדו-שנתי.⁶⁹ אולם דווקא חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם (מאז תיקון 1994) וחוק-יסוד: השפיטה (למעט תוספת שולית בנושא נציב תלונות הציבור על שופטים)⁷⁰ לא ניגעו. 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 על העידן החוקתי במשפט הישראלי, והן על מתח היחסים הפרדיגמטי בין הרשויות המחוקקת והשופטת בישראל ובדמוקרטיה חוקתיות ככלל. עם זאת טרם שאפנה לעיון בתשובות האפשריות לשאלה שבכותרת המאמר, אני מבקש להקדים כמה הערות אזהרה ביחס לדיון שיבוא.

ב. ארבע הערות אזהרה

ראשית, המאמר מבקש לאפיין טעמים להתנהגות של מוסדות, ובכך הוא בהכרח נדרש להכללה של המניעים האנושיים של בני האדם שמרכיבים את אותם מוסדות – במקרה זה חברי הכנסות 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 כמו הכנסת? זהו אתגר ידוע לעוסקים בפרשנות החקיקה מנקודת המבט של "כוונת המחוקק",⁷¹ והוא מחייב תשומת לב גם בפרשנותה של אי-חקיקה. יחד עם זאת, העובדה שאנו עוסקים

להבחין שחלפו יותר מארבע שנים בין פרסום הצעת-החוק הממשלתית לבין העברתה בקריאה שלישית בכנסת.

⁶⁴ ראו חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004, ס"ח 1935 עמ' 348.

⁶⁵ חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח 1396 עמ' 214, 14.4.1992; חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח 1780 עמ' 158, 18.3.2001.

⁶⁶ ראו למשל חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 24), ס"ח 1630 עמ' 186, 17.7.1997. (קביעת הוראות בנושא סגנות יושב-ראש הכנסת); חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 26), ס"ח 1750 עמ' 260, 8.8.2000. (הטלת הגבלות על יכולת ההיבחרות של מי שהורשע בעבירה שיש עמה קלון).

⁶⁷ ראו חוק-יסוד: נשיא המדינה (תיקון מס' 5), ס"ח 1696 עמ' 36, 30.12.1998. (קביעת כהונה אחת בת שבע שנים); חוק-יסוד: נשיא המדינה (תיקון מס' 7), ס"ח 1898 עמ' 524, 5.8.2003. (קביעת הוראות לבחירת נשיא כשיש מועמד אחד בלבד).

⁶⁸ ראו חוק-יסוד: מבקר המדינה (תיקון), ס"ח 1662 עמ' 196, 1.4.1998. (קביעת כהונה אחת בת שבע שנים); חוק-יסוד: מבקר המדינה (תיקון מס' 2), ס"ח 2017 עמ' 714, 1.8.2005. (קביעת העילות להעברת מבקר מכהונה).

⁶⁹ חוק-יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 עד 2012 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה), תשס"ט-2009.

⁷⁰ חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 2), ס"ח 1864 עמ' 598, 5.8.2002.

⁷¹ 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); אהרן ברק *פרשנות תכליתית במשפט* 180-177 (2003).

בבחירותיו של גוף קולגיאלי אינה אומרת שלא ניתן להגיד כל דבר בעל ערך על תחום זה. ענפים שלמים בסוציולוגיה,⁷² באנתרופולוגיה,⁷³ בפסיכולוגיה⁷⁴ ובכלכלה⁷⁵ עוסקים באיפיון נטיותיהם של קבוצות וארגונים. הם עושים זאת משום שלעתים קרובות ניתן לעשות זאת: לזהות מאפיינים קולקטיביים להתנהגות של אנשים במסגרת מוסדית נתונה.

בדיון מובלעת אפוא הנחה שלאורך זמן מתגבשת זהות מוסדית קוהרנטית לגוף כמו בית מחוקקים, כך שיש תועלת בזיהוי הכוחות והתמריצים הפועלים עליו כגוף, להבדיל מאלה שפועלים על חבר הכנסת הבודד, הסיעה או אגד הסיעות המרכיבות את הקואליציה. הנחה זו נוסחה כבר על-ידי מדיסון בפדרליסט, שם הוא ביסס את הנחיות בהפרדת רשויות השלטון בצפייה ש"שאפנות תבלום שאפנות", 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".⁷⁶ זו כמובן נקודת מוצא חיונית לכל מי שעוסק בניחות מוסדי, מפני שהתחום מניח שבאמצעות עיצוב התנאים המוסדיים – הליכי קבלת ההחלטות, מארג הסמכויות, כללי הציות והפיקוח, מידת הפומביות – ניתן להשפיע על המניעים וההזדהויות של המשתתפים לאותו מוסד,⁷⁷ ומכאן גם שבאמצעות הבנת התנאים המוסדיים ניתן להסביר ואולי אף לצפות את ההתנהגויות של אותם אנשים. הענף המוסדי של תורת הבחירה הציבורית מבוסס כולו על הנחה זו,⁷⁸ אך כאמור יש לה שותפים גם בתחומי ידע נוספים.

בניתוח ההתנהגות של רשויות השלטון מקובלת אפוא התייחסות לרצונותיו, שאיפותיו, או מניעיו של "המחוקק" או של "השופט" – בדגש על המתח שבין מניעים אלטרואיסטיים (מימוש מדיניות ראויה, מתן פרשנות נכונה) ומניעים אגואיסטיים (הגדלת הנאה, כוח, השפעה, יוקרה) – כקטגוריות פרדיגמטיות שמהן ניתן להכליל התנהגויות מוסדיות.⁷⁹ במחקר בישראל בתחום זה בולט מאמרו של עמרי ידלין שאפיון את המדיניות הפרשנית של בית המשפט העליון כמשחק אסטרטגי, על יסוד הנחה המגובה בתובנות אינטואיטיביות בעיקרן כי "שופט החציוני" ישנן העדפות טיפוסיות (השפעה על המציאות החברתית באמצעות הפסיקה), ושאלה הן גם העדפותיו של בית המשפט ככלל;⁸⁰ בה במידה שלמחוקק מקבוצת הרוב יש העדפה אופיינית (לממש מדיניותו בטווח הקצר ולגונן על המיעוט

⁷² ראו למשל MICHEL CROZIER, THE BUREAUCRATIC PHENOMENON (1964); Paul J. DiMaggio & 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).

⁷³ ראו למשל MARY DOUGLAS, HOW INSTITUTIONS THINK (1986).

⁷⁴ ראו למשל IRVING L. JANIS, VICTIMS OF GROUPTHINK: A PSYCHOLOGICAL STUDY OF FOREIGN-POLICY DECISIONS AND FIASCOS 184-206 (1972).

⁷⁵ ראו למשל DOUGLASS C. NORTH, INSTITUTIONS, INSTITUTIONAL CHANGE AND ECONOMIC PERFORMANCE (1990).

⁷⁶ הפדרליסט מס' 51 (גיימס מדיסון) (תרגום אהרן אמיר, 2001 [1788-1787]). כמובן שרבים חולקים על כך ששילוש הרשויות הצליח להביא לדינמיקה התחרותית שמדיסון חזה, ומתארים תחת זאת נסיבות שונות בהן 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); (בארה"ב בעשורים האחרונים האיוון החוקתי נשמר לא דרך הפרדת רשויות אלא באמצעות 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 בארה"ב מונע מהקונגרס להתנגד כרשות להתחזקותה של הרשות המבצעת. בהקשר של שיטות משטר פרלמנטריות-קואליציוניות, בהן הרשות המבצעת תלויה באמון הרשות המחוקקת והיא למעשה חלק ממנה, המודל המדיסוניאני ממותן גם כן. ראו למשל GIOVANNI SARTORI, COMPARATIVE CONSTITUTIONAL ENGINEERING 101-14 (2d ed., 1997). עם כל זאת, גם הביקורות על המודל הקלאסי של הפרדת רשויות אינן כופרות בהקשר המוסדי כמתנה את ההתנהגות הפרטית – יהיה זה ברשות שלטונית, במפלגה, או בקואליציה, לפי העניין).

⁷⁷ ראו Philip Pettit, *Institutional Design and Rational Choice*, in THE THEORY OF INSTITUTIONAL DESIGN 54, 55-59 (Robert E. Goodin ed., 1996).

⁷⁸ ראו עמיחי כהן "הבחירה הציבורית – עקרונות ומחקר בישראל" **קריית המשפט** ז' 115, 137-133 (תשס"ח).

⁷⁹ ראו למשל William N. Eskridge, Jr., *Reneging on History? Playing the Court/Congress/President Civil Rights Game*, 79 CAL. L. REV. 613, 641-64 (1991); Ittai Bar-Siman-Tov, *Lawmakers as Lawbreakers*, 52 WM. & MARY L. REV. 805, 827-28 (2010).

⁸⁰ עמרי ידלין "שיקול-דעת שיפוטי ויאקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי" **מחקרי משפט** יט 665, 668-670 וה"ש 11 (תשס"ג). ראו גם כהן, לעיל ה"ש 78, בעמ' 151-153. גם העבודה האמפירית החלוצית של שחר, גרוס וחריס בעניין הליכי קבלת ההחלטות בבית המשפט העליון משקפת ומבססת את התפיסה לפיה 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 (תשנ"ט); יורם שחר, מירון

בטווח הארוך), שממנה נגזרת מדיניות התגובות של הכנסת לבית המשפט.⁸¹ המאמר הנוכחי נסמך אפוא על מסורת אינטלקטואלית עשירה ביומרתו 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 פעלה במישור החוקתי כדי להגיב לביקורת השיפוטית היא כמובן אתגר מורכב במיוחד. זה מסוג האתגרים המבקשים, בלשון מדוברת, להוכיח ש"אין לך אחות". אנו עוסקים במחדל, בהעדר הפעולה, ולכן כל שניתן לשאוף הוא לשרטוט קווי המתאר של החלל שייותר 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. איני סבור שיש בכך כדי ליתר את הדיון, בין היתר כי הצגת ההשערות השונות מאפשרת פיתוח, ליבון, ולאורך זמן גם בחינתן בניסיון הפוליטי הנצבר, ואולי אף בבחירות שנקבל בעיצוב המוסדות החוקתיים שלנו לעתיד.

אמנם, 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 שלא ללכת בדרך זו, ולא רק בגלל סיכוני ההטיה של רציונליזציה-שבדיעבד הטבועים בסקרים מסוג זה. אני מניח את ההנחה ה"מחמיאה" ביותר עבור 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 שאפילו ניתן לייחס לגופים קולגיאליים מעשים או מחדלים, רצונות או טעמים, הרי שלכנסת 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, ככל שקשה לדעת מהן העדפותיו של רוב נתון מ-120 נבחרים ביחס לסוגיה ציבורית כלשהי, כך 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 המטאפורה – crystallize) את רצון הציבור בכל זמן נתון וביחס לכל סוגיה נתונה, ואם יש פיצול בין עמדת רוב הנבחרים לעמדת רוב הציבור, הרי שלפחות בטווח הקצר, ובעידן הבורות הרציונאלית⁸² 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 הזמן הקצר כל כך. אכן, המאבק בין הרשויות מתרחש גם בימים אלה, ועם הפצתו של תזכיר חוק-יסוד: החקיקה באפריל 2012,⁸³ נדמה היה לרגע שאנו נמצאים על ספו של מהלך חוקתי שיסתור את מאפייני ההתנהגות המוסדית של שני העשורים שחלפו; אף שגם תזכיר זה (שבניתיים ירד מסדר היום הציבורי וכמדומה גם החקיקתי) הציע לעגן את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית, ולא לבטלה. האם לפנינו סימנים של "מהפיכת נגד", או שמא פשוט מהלך נוסף של ייצוב המערכת, בעידן נמשך של מהפכה חוקתית שראשיתו ב-1992-1995 וסופו עוד לפנינו? האי-ודאות גדולה, אפוא. עם זאת יש לדעתי חשיבות בבחינת הסיבות לחוסר הפעולה של הכנסת, גם בפרק הזמן שחלף עד כה. ההבנה של המנגנונים הפועלים על הרשות המחוקקת ועל חבריה בעידן המהפכה החוקתית, עשויה להשפיע על האופן בו אנו מתייחסים לשאלת הקושי האנטי-רובני, ללגיטימציה של אסטרטגיות מוסדיות שונות במישור החוקתי, ובסופו של דבר לעמדה הראויה בשאלת היחס שבין רשויות השלטון.

גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ 749 (1997).

⁸¹ ידלין, לעיל ה"ש 80, בעמ' 714-716.

⁸² על המרכזיות של rational ignorance להסבר התנהגותו של ציבור הבוחרים בדמוקרטיה המודרנית ראו ANTHONY DOWNS, AN ECONOMIC THEORY OF DEMOCRACY 238-47 (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).

⁸³ תזכיר חוק-יסוד: החקיקה : (משרד המשפטים, 2012) http://www.tazkirim.gov.il/Tazkirim_Attachments/41283_x_AttachFile.doc

IV. מהפכה עד לניצחון: חמישה הסברים אפשריים

להלן אבחן חמישה הסברים אפשריים לכך שעל אף שהיו בידיה הכלים הפורמאליים, ועל אף שלכאורה היה לה גם הרצון הפוליטי, הכנסת נמנעה מלפעול במישור חקיקת-היסוד כדי לערער את המשטר החוקתי שהתגבש ב-1995 ככזה של עליונות פרשנית שיפוטית בעניינים חוקתיים. אתקדם לפי סדר שמשקף בעיניי את הסבירות העולה של ההסברים האפשריים. אתחיל משני הסברים שלדעתי הם בלתי מספקים, בעומדם לעצמם (הסכמה מודעת של חברי הכנסת לביקורת השיפוטית; וכוחה המרתיע של דוקטרינת עקרונות היסוד של השיטה). אבקש לטעון שנדרשת תמונה הסברית עשירה יותר כדי להכיל את מלוא מערך התמריצים שהשפיעו על האופן שבו (לא) פעלה הכנסת בעשורים האחרונים, וכנראה גם על האופן שבו (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 שההסבר האחרון בהם – עוצמתו של הסטטוס קוו הבין-מוסדי, על מובניו השונים – יכול לספק מסגרת אנאליטית מועילה במיוחד להבנת הכוחות הפועלים בפוליטיקה החוקתית בישראל של שני העשורים האחרונים. ארחיב אפוא בדיון בנוגע אליו.

א. הסכמה

המצדדים בביסוסה של המהפכה החוקתית ובהעצמת הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית החוקתית מדגישים לעתים את עצם העובדה, נושא מאמר זה, שחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם וחוק-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,⁸⁴ מתפרשת בקריאה זו כהסכמה שבמחדל למשטר החוקתי החדש שנוצר והתבסס בשנים 1992-1995. זהו טיעון בעל עוצמה מיוחדת עבור אלה המוטרדים מכך שחברי הכנסת לא היו מודעים באופן מלא למכלול המשמעויות של חוקי-היסוד שיצרו ב-1992 ותיקנו ב-1994, ובפרט לעובדה שבחקיקות אלה עלה בידיהם גם "לשדרג" את כל חוקי-היסוד שקדמו ל-1992 לרמה חוקתית על-חוקית. ככל שניתן היה להטיל ספק בלגיטימיות של המהפכה החוקתית בשנותיה הראשונות, הרי כיום היא כבר בגיל הבגירות המשפטית, ובתקופה זו היו בידי הכנסת הזמן והשהות לבחון את האופן בו פרש בית המשפט העליון את מעשה ידיהם, ולפעול לשינוי המציאות הנורמטיבית.⁸⁵ הייתכן שהכנסת לא ביטלה את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מפני שרוב קבוע של חבריה הסכימו, לאורך השנים והקדנציות, עם מהלכיו של בית המשפט העליון? במלים אחרות, אפשר שהביקורת השיפוטית מודל ישראל פשוט אינה אנטי-רובנית, כי הרוב מסכים אתה?⁸⁶

ייתכנו במסגרת הסבר זה שני סוגים של הסכמות – נקודתי ועקרוני. 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 אותן. על פניו, מובן שיש קושי מסוים בטענה. הרי באותם מקרים בהם הופעלה הביקורת השיפוטית, תוצאתה היתה ביטול חוק שהכנסת חוקקה בהליך רובני, כלומר חוק שרוב בכנסת לכאורה רצה בו, ואותו רוב בדיוק (לפחות במצבי ביקורת שיפוטית מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שאינו משוריין) יכול היה לכאורה להגיב לפעולה 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, במהלכו חברי כנסת יכולים לשנות את

⁸⁴ ראו לעיל ה"ש 55-61 והטקסט לידן.

⁸⁵ זו למשל עמדתו של ברק מדינה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 9 (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").

⁸⁶ נרטיב היסטורי קרוב הוצע בהקשר האמריקאי על-ידי בארי פרידמן, שבחן את פסיקות הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון האמריקאי לאורך המאה ה-20 לאור עמדות הציבור בארצות הברית בשאלות השנויות במחלוקת, כפי שנתגלמו בסקרי דעת קהל. פרידמן מצא, לשיטתו, שבסופו 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.

דעותיהם, את סדרי העדיפויות הפוליטיים שלהם, ואת מחויבויותיהם הקואליציוניות, ולעתים הכנסת עצמה עשויה להתחלף גם כן. אפשר אפוא שהכנסת ביום שאחרי הביקורת השיפוטית אינה מסכימה עם הכנסת שחוקקה את החוק שבוטל. גם זו שאלה עובדתית שיקשה לפצח. עדיין 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 מיידית לפסיקות חוקתיות של העליון, ונתמכו בידי עשרות חברי כנסת, רבים מהם מספסלי הקואליציות (כלומר מסיעות בעלות יכולת להשיג רוב בכנסת).⁸⁷

הסבר ההסכמה **העקרונית** מורכב יותר. לפיו, גם אם חברי הכנסת התנגדו לפעולה מסוימת כזו או אחרת של בית המשפט בתחום החוקתי, הרי שלאורך זמן התקיים רוב יציב בכנסת שתמך בסמכות הביקורת השיפוטית. לפי גרסה זו לכנסת נוח מטעמים רציונאליים שיעמוד לצדה מנגנון אשר עשוי לבטל מפעם לפעם את פעולותיה. גרסה זו יכולה להתבטא בכמה סוגי מהלכים. כך למשל נטען, שהביקורת השיפוטית העצמאית מבטיחה אכיפה הוגנת של נורמות חוקתיות שאינה מושפעת מרוחות השעה הפוליטיות, וכך מתאפשר למחוקקים בזמן נתון להבטיח – הן לעצמם, אם יהפכו בעתיד למיעוט,⁸⁸ והן לקבוצות העניין מולן הם פועלים – שפעולותיהם תישמרנה גם בעתיד.⁸⁹ יתרה מכך, במקרים הנפוצים בהם תוצאת הביקורת השיפוטית היא הכשרת החקיקה, הרי שיציבותה של אותה חקיקה עולה כפליים, שכן עתה היא זכתה לתמיכת כל רשויות השלטון;⁹⁰ 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 שהנו חיוני לחקיקה מועילה (ושלול להיות נתון למניפולציות על-ידי קבוצות אינטרס המעורבות בהליך החקיקה), ולכן המחוקקים עשויים להיות מעוניינים בשימורה.⁹¹

מהלך אפשרי אחר בקבוצה זו יסביר, שאף שרוב בכנסת תומך בחוקים בעת העברתם, לפחות חלק מן החברים באותו רוב מרגישים משוחררים שלא לעסוק בקשיים החוקתיים שהחוק מעורר, בידועם שהוא יעבור סינון נוסף בבית המשפט, כך שהרשות השופטת "תוציא את הערמונים מהאש" עבור המחוקקים. גישה כזו עשויה לשחרר את המחוקק לבטא נאמנות בהצבעותיו לבחוריו הסקטוריאליים מבלי להטריד את עצמו (ואת קהלו) בשאלות החוקתיות, מתוך ידיעה שככל שהקשיים החוקתיים ממשיים, הרי "המבוגר האחראי" – בית המשפט – יטפל בהם בעתו. 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 מפלגות.⁹² אכן, דינאמיקה מן הסוג הזה היא בסיס מוכר לביקורת של רעיון העליונות השיפוטית (ואף של אקטיביזם שיפוטי) בעניינים חוקתיים: ככל שאנו מעוניינים שמחוקקינו יעסיקו עצמם גם בשאלות של תקפות חוקתית, ולא רק של רציון פוליטי, הרי

⁸⁷ ראו למשל ההצעות המצוינות לעיל בה"ש 55, 56 ו-61. בולטת במיוחד הצעת החוק הפרטית של ח"כ טרטמן (לעיל ה"ש 55) מינואר 2007, אליה הצטרפו לא פחות מ-48 חברי כנסת נוספים, אשר נוסחה בתגובה ישירה לפסיקה מעוררת המחלוקת של בית המשפט העליון בעניין **עדאלה** (לעיל ה"ש 37).

⁸⁸ ראו ספיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 80-84 (הסבר ההצלחה של חקיקת-היסוד ב-1992 בשילוב כוחות של "האליטות הישנות" שצפו את דעתן במעגלים הפוליטיים וביקש להעביר כוח למעוז האחרון המזוהה עמן – בית המשפט העליון). לנרטיב השוואתי של עליית השפיטה החוקתית במדינות שונות בעולם כמהלך מקביל של "hegemonic preservation" ראו RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY (2004).

⁸⁹ 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, 877-79 (1975). רמזייר מדגים שעוצמת הטיעון תלויה בין היתר במידת החשש של מחוקקי הרוב מפני הפיכה 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 – לעצמאות שיפוטית).

⁹⁰ ראו Elhauge; CHARLES L. BLACK, THE PEOPLE AND THE COURT 37-42, 47-53 (1960), לעיל ה"ש 6, בעמ' 89-93.

⁹¹ 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 בנבשתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה: על פערי המידע והדרכים השיפוטיות לצמצום" **עיוני משפט** לב 277 (2010) (הביקורת השיפוטית היא אמצעי לסייע לרוב להתמודד עם יתרון המידע של קבוצות מיעוט מאורגנות). גם הטיעון הדאונטלוגי של אלון הראל על הזכות לביקורת שיפוטית יכול להיות מוסבר במונחים תוצאתיים כאלה: לשיטתו הביקורת השיפוטית מוצדקת בכך שהיא מאפשרת לנפגעים מחקיקה לטעון בדיעבד בפני אורגן מדינתי את מה שלא הזדמן להם לטעון בהליך החקיקה. ראו אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" **משפטים** מ 239 (תשע"א).

⁹² ראו Stephenson, לעיל ה"ש 89, בעמ' 62-63.

שקיומה של הביקורת השיפוטית ברקע מפחית לכאורה את התמריץ לכך.⁹³

יהיה אשר יהיה כוחם הפנימי של הסברים אלה, המבוססים על העדפה רציונאלית של המחוקקים לשמר את הביקורת השיפוטית, חשוב לזכור שמשמע 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); וקשה גם להסביר לאורם את קיומן העקבי של קואליציות פרלמנטריות שנתנו אמון בממשלות אשר הפגינו קו לעומתי מובהק לבית 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; אך אין בכונתי להכריע כאן בדבר נכונותה.

להבדיל, גרסה תמימה יותר של טיעון ההסכמה הרציונאלית תגיד שרוב המחוקקים סוברים שלבית המשפט העליון 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 שהחוק בטל.⁹⁴ אף שקיימים קולות כאלה בשיח הפרלמנטרי,⁹⁵ הכללתם להעדפה עקבית של חברי הכנסת דורשת בירור 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 לזהות המוסד שהוא בעל המומחיות העודפת בשאלות חוקתיות. בהינתן התפיסה המנומקת בספרות המחקר שרואה דווקא בבית המחוקקים המוסד המוצלח יותר לבירור שאלות חוקתיות,⁹⁶ יהיה מוזר להניח שהמחוקקים עצמם אימצו דימוי עצמי מופחת. לכך 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 הנדונות במשכן.⁹⁷ לבסוף, גישה כזו גם מניחה שבשיח החוקתי ניתן בכלל לדבר במושגים של דיוק או מומחיות, כאילו למחלוקות של פרשנות חוקתית יש תשובות "נכונות" שניתן לחשפן. המפקקים בגישה זו⁹⁸ יתהו מדוע על חברי הכנסת להכפיף את עמדותיהם בסוגיות ערכיות של פרשנות חוקתית לאלה של השופטים.

קשה אם כן להפריך את טיעון ההסכמה, לפיו 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 לפעילות בית המשפט מאז 1995. הסכנה אין פירושה בהכרח הסכמה. דומני שדי בספק שנותר ביחס להסבר

⁹³ 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 57-65 (1999) (על ההשפעות ההרסניות של "judicial overhang" על איכות הליך החקיקה ותוצריו); רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" בתוך **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 69, 115-106 (תש"ס); ספיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 252-253.

⁹⁴ ריצ'רד פאלון הציג הצדקה תיאורטית ברוח זו לביקורת שיפוטית חוקתית – כמעין "שסתום בטחון" שנועד לסנן חוקים שצלחו בטעות את מנגנוני הביקורת החוקתית שמפעיל המחוקק עצמו. ראו Richard H. Fallon, Jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, 121 HARV. L. REV. 1693 (2008).

⁹⁵ ראו למשל דברי 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 שהמכונת הזאת תיסע היטב ולא תחליק בטעות, פשוט טועה"); או דברי 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").

⁹⁶ דובר מובהק של הגישה הזו הוא אדריאן ורמיויל; ראו ADRIAN VERMEULE, LAW AND THE LIMITS OF REASON (2009) (במונחים של תיאוריית המושבעים של קונדורסה, ובהנחה שיש תשובות נכונות לשאלות חוקתיות, לבתי מחוקקים 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. 1346, 1376-1395 (2006) (המחוקק לא נופל מבית המשפט – ולא אחת עולה עליו – בהכרת המציאות, בניהול התדיינות מבוססת טיעונים, ובהתמודדות עם שגיאות העבר).

⁹⁷ ראו אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה' 339, 351-357 (תש"ס); יניב רוזנאי "חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה בכנסת – נאה דורש ונאה מקיים?" **משפט ועסקים** יד 199, 214-218 (תשע"ב).

⁹⁸ ראו Ori Aronson, *Getting It Right: Institutional Design and Epistemic Competence in Law and the Limits of Reason*, 2 JRSMLM. REV. LEGAL STUD. 32, 33-34 (2010).

ההסכמה כדי 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 שבוצעה בתקופה זו. ארבעת ההסברים הבאים עוסקים בהצלחתה של המהפכה להתבסס למרות קיומו של רצון רובני נוגד.

ב. "עקרונות היסוד של השיטה"

אחד מטיעוני הביקורת שמושמעים לעתים נגד ההיררכיה הנורמטיבית שהוכרה בפסק הדין בעניין בנק המזרחי ונאכפה החל מפרשת מנהלי ההשקעות, הוא שהסיפור שסיפרו שופטי העליון לאזרחי ישראל ולמחוקקה בפסקי הדין הללו היה חלקי בלבד: גם אם מקובל לומר שהכנסת חופשית ורשאית לתקן ואף לבטל את חוקי-היסוד כרצונה (במגבלות השריונים הפורמאליים), הרי שבית המשפט כבר כרה לעצמו, בשורה של אמירות אגב כבדות-משקל, מוצא של התגברות אף ממהלך שכזה. מדובר בדוקטרינה שעניינה "עקרונות היסוד של השיטה", ואשר עשויה להביא בית משפט לקבוע את בטלותה של פעולת הכנסת אף כרשות מכוונת, כלומר במישור חקיקת-היסוד.

ההיסטוריה של דוקטרינה זו בישראל ידועה: ראשיתה בפסק הדין בעניין ירדור, ובעיקר בדעה המצטרפת של השופט זוסמן באותה פרשה, שהיתה הראשונה לדבר על "הכללים היסודיים", **העל חוקתיים**⁹⁹ החלים במשפט הישראלי, תוך הפניה אנלוגית להסדר הנצחיות בחוקה הגרמנית (והדגשת נחיצותו של מנגנון של דמוקרטיה מתגוננת "בארץ שאין לה חוקה כתובה" אף יותר מאשר בכזו שיש בה חוקה כתובה¹⁰⁰). ההמשך היה כבר בעיקר בידי השופט ברק, החל מהערת-האגב המפורסמת בפסק הדין בעניין עמותת לאו"ר, אף ששם דובר על האפשרות (שלא מומשה) להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה מכוח ערכי היסוד של השיטה (ונקודתית ערך השוויון)¹⁰¹; וכן בכתיבתו האקדמית בה גובש הרעיון לכלל דוקטרינה בדבר סמכותו של בית המשפט להגן על עקרון המדינה היהודית ועל עיקרי השיטה הדמוקרטית – בחירות עתיות, הפרדת רשויות, עצמאות הרשות השופטת, זכויות יסוד – מפני פגיעה בנורמה מכל רמה שהיא.¹⁰² לבית המשפט העליון הזדמן לדון באפשרות הביקורת השיפוטית על חוקתיות של חוק-יסוד כבר אחרי פרישתו של הנשיא ברק, בפרשת בר-און, שם נטען שחקיקת-היסוד הזמנית בעניין התקציב הדו-שנתי אינה הולמת את המשטר החוקתי הישראלי. בית המשפט (מפי הנשיאה ביניש, ובהסכמה רחבה) הכיר באפשרות הרעיונית של הכרזה שיפוטית על "תיקון חוקתי לא חוקתי", אף שהוא לא נצרך לקבוע את היקף חלותה של הדוקטרינה.¹⁰³

ככל שהמשפט הישראלי כולל אפשרות של ביקורת שיפוטית של חוקי-היסוד, ניתן לעורר את הטענה שהכנסת אינה חופשית באמת להגיב לפעולות של ביקורת שיפוטית חוקתית רגילה, שכן המילה האחרונה מצויה למרות הכל בידיו של 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 הזה באמצעות הדוקטרינה בדבר "עקרונות היסוד של השיטה"? אפשר אולי שהכנסת לא הגיבה עד כה, פשוט כי ידעה שמאחורי הפינה מסתתר שוב בית המשפט העליון, ולכן ויתרה מראש על הניסיון?

אפילו נניח שחברי הכנסת היו מודעים לקיומה של הדוקטרינה הסבוכה הזו ולמופיעה הנדירים בהיסטוריה

⁹⁹ ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד (3) 365, 390 (1964) (ההדגשה הוספה).

¹⁰⁰ שם.

¹⁰¹ 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 מישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 26, 15 (1996).

¹⁰² ראו למשל לאחרונה ברק, לעיל ה"ש 12, 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").

¹⁰³ בג"ץ בר-און, לעיל ה"ש 19, פסקה 34 לפסק-הדין של הנשיאה ביניש. רעיון התיקון החוקתי הלא-חוקתי מוכר בנוף ההשוואתי, והוא ידע גילומים שונים ורמות שונות של פיתוח ואימוץ בדמוקרטיות חוקתיות שונות. לסקירות ראו ברק, לעיל ה"ש 12, בעמ' 363-373; Yaniv, Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Migration and Success of a Constitutional Idea*, 61 AM. J. COMP. L. 657 (2013).

הפסיקתית (כפי שצינתי לעיל, זו הנחת), דומני שזהו הסבר בלתי מספק. אף שהרעיון של "עקרונות היסוד של השיטה" נוכח בשיטת המשפט הישראלית, ואפילו שבמקרה בודד קבע שופט יחיד – השופט חשין, בדעת מיעוט בעניין חוק דחיית השירות לתלמידי ישיבות¹⁰⁴ – שיש לעשות בו שימוש כדי להפעיל ביקורת שיפוטית (על חקיקה רגילה), הרי שבפועל 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 גיוס תלמידי הישיבות¹⁰⁵; והנשיאה ביניש שיקפה את הרתיעה הזו בהביעה תקווה ש"מוטב אם לא יתרחש לעולם"¹⁰⁶ הרגע בו בית המשפט יעמוד בפני הצורך לבטל חוק-יסוד מפאת תכניו. דומה שהיא הדהדה בכך את דבריו המפורסמים של השופט האמריקאי לרנד הנד, בדבר חוסר התוחלת של התייצבות שיפוטית נגד חקיקה אנטי-דמוקרטית מובהקת (בכל רמה נורמטיבית): ביום שבו הכנסת תחליט לוותר על עקרון יסוד של השיטה הדמוקרטית, גם התנגדותו של בית המשפט העליון לא תועיל לנו.¹⁰⁷ ברוב הנסיבות שניתן לשער, לכן, הסיכוי המעשי שבית המשפט העליון יפנה למסלול "עקרונות היסוד" – בוודאי ביחס לחקיקת-יסוד – הוא נמוך מאוד.

יתרה מכך, נראה שהדבר נכון במיוחד בכל מה שנוגע לתיקונים חוקתיים שהיו מסתפקים בביטול הוראה כלשהי מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואפילו ביטול חוק-היסוד בכללותו. קשה לומר שעצם העדרו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או של הוראה מהוראותיו, מביאה את ישראל למצב שסותר את עקרונות היסוד של שיטתה. הרי כבוד האדם, חירותו, 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, כמו שוויון, חופש ביטוי, וחופש מצפון (אף שחלקן הוכללו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו במהלכים פרשניים). קביעה שיפוטית שדי בביטול של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כדי לסתור את עקרונות היסוד של השיטה שקולה להטלת חובה על הכנסת – כרשות מכוננת! – לחוקק חוק-יסוד מסוימים. אמנם בארצות הברית, שאין בה הוראת נצחיות מן הסוג הגרמני, נשמעות לעתים אמירות לפיהן אין להכיר למשל בביטולו של התיקון הראשון לחוקה או בעיגון חוקתי של הפליה גזעית או של שלטון מלוכני, אפילו יעמדו בתנאים הפורמאליים הנוקשים הקבועים בחוקה¹⁰⁸; אך ספק אם ניתן להשליך מהעוצמה הפוליטית של נורמות חוקתיות בנות מאה ומאתיים שנים אל המצב הישראלי.

ג. שיווי משקל (מאזן אימה)

הסבר שלישי למחדלה של הכנסת קרוב לטיעון ההסכמה שנדון לפני כן, אך מובחן ממנו. מדובר בטיעון לפיו המחוקקים אמנם אינם מרוצים מן העובדה שבית המשפט נכון לבטל את פעולותיהם הרובניות, אך הם ידעו 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 עבורם, 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 שהיתה מעדיפה ביטול מוחלט של הסמכות), למשל כדי ליצור מראית עין של שלטון חוק אפקטיבי, כדי שלא להיחשף לביקורת ציבורית, או כדי להגן על עצמה מפני כוחן הנוגד של כנסות עתידיות; ואילו בית המשפט בוחר בקפידה את המקרים בהם יפעיל את הביקורת השיפוטית, כדי שלא לערער את הסדר הקיים יתר על המידה מצד אחד, אך לשמר את חירותו לגעת מעת לעת ב"עצב חשוף" מצד שני. בד בבד, שתי הרשויות מאפסנות את "נשק יום הדין" – הכנסת לא שוללת בחוק-יסוד את סמכות הביקורת השיפוטית (או את

¹⁰⁴ בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד (א) 619, 725 (2006). כעשור קודם לכן התייחס כבר השופט חשין לרעיון זה, ביחס לזכות הגישה לערכאות: ע"א 733/95 ארפל אלומיניום נ' קליל תעשיות, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997).

¹⁰⁵ בג"ץ התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 104, בעמ' 714 (פסקה 72 לפסק הדין של הנשיא ברק).

¹⁰⁶ בג"ץ בר-און, לעיל ה"ש 19, פסקה 34 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.

¹⁰⁷ ראו LEARNED HAND, *The Contribution of an Independent Judiciary to Civilization*, in THE SPIRIT OF LIBERTY 155, 164- (Irving Dilliard Ed., 1953 [1942]) 65 ("a society so riven that the spirit of moderation is gone, no court can save").

¹⁰⁸ ראו למשל Walter F. Murphy, *An Ordering of Constitutional Values*, ; JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 238-39 (2005) ; LAURENCE H. TRIBE, THE INVISIBLE CONSTITUTION 33-34 (2008) ; 53 S. CAL. L. REV. 703, 754-57 (1980).

תוכנן של הוראות הזכויות), ואילו בית המשפט נמנע מהפעלת הביקורת השיפוטית בהקשרים רגישים במיוחד או במצבים בהם התמיכה הפוליטית בחקיקה היתה מובהקת.

זו אחת הדרכים להסביר שורה של פסיקות משמעותיות של בית המשפט העליון בעידן המהפכה החוקתית בהן נדחתה טענה לביקורת שיפוטית – למשל, בעתירה נגד תכנית ההתנתקות מרצועת עזה¹⁰⁹ ובזו שעסקה בפטור מאחריות פלילית לנאבקים נגד ההתנתקות,¹¹⁰ בשתי העתירות בעניין איחוד משפחות של ישראלים עם בני זוג פלסטיניים,¹¹¹ בעתירה נגד האיסור על עבודת יהודים בשבת,¹¹² בעתירות בעניין הקיצוץ המשמעותי בקצבאות הבטחת הכנסה (עתירת ה"קיום בכבוד"),¹¹³ בעתירה נגד החוק המתיר שלילת מימון ממוסדות המאזכרים את ה"נכבה",¹¹⁴ ובעתירה נגד התמשכותו של מצב החירום בישראל;¹¹⁵ כמו גם את דחייתן של עשרות רבות של עתירות חוקתיות נוספות שלא עסקו ב"נושאים חמים" אך עוררו טענות חוקתיות רציניות. כמובן, כל פסקי הדין הללו נומקו באמצעי ההצדקה השיפוטיים הרגילים, חלקם הוכרעו תוך מחלוקת בין חברי ההרכב, ומן הסתם לפחות חלק מן השופטים שתמכו בהם גם סברו שהם נכונים מבחינה משפטית. אך בראיה 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 (יותר או פחות מפורשים) באשר לתוצאות של התערבות-יתר של אחד המוסדות בתחומי העיסוק המרכזיים של האחר. כך, הוזכרה כבר הודעת הכנסת שאיממה ב"משבר חוקתי" נוכח פעלתנותו של בית המשפט העליון בעניין הקיצוץ בקצבאות הבטחת הכנסה – איום שלפחות בבחינה תוצאתית נראה כי פעל את פעולתו, שכן בית המשפט (תחת הרכב אחר) נסוג מקביעתו המקורית והחזיר את העתירה לפסיה המקוריים, בדרך לדחייתה הסופית.¹¹⁶ גם תקופות בהן גובר זרם ההצעות לחקיקה ולחקיקת-היסוד בדבר סמכויות בג"ץ, הרכבו הפרסונאלי של בית המשפט העליון, או ההליך לבחירת שופטיו – הצעות שרובן המכריע לא הבשיל לחקיקה – 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.¹¹⁷

השופטים, מצדם, מעבירים גם הם את מסריהם – בפסיקה, בהתבטאויות פומביות,¹¹⁸ בכתיבה אקדמית, במאמרי דעה אוהדים שכותבים שותפיהם לאלטיה המשפטית, בהדגשת חשיבותה של העצמאות השיפוטית למעמדה הבינלאומי של ישראל – וממחישים בדרך זו את העלות הציבורית של התערבות יתר של הכנסת בפעילות השיפוטית.

¹⁰⁹ בג"ץ מועצה אזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 37.

¹¹⁰ בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 23.2.2012).

¹¹¹ בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012).

¹¹² רע"פ 10687/02 הנדימן עשה זאת בעצמך בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 3 (2003); בג"ץ 5026/04 דיזיין 22 – שארק דלוסק רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה בשבת, אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38 (2005).

¹¹³ בג"ץ עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי, לעיל ה"ש 50.

¹¹⁴ בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי אורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 5.1.2012).

¹¹⁵ בג"ץ 3091/99 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 8.5.2012).

¹¹⁶ לתיאור (לאקוני) של תהפוכות ההליך ראו בג"ץ עמותת מחויבות, לעיל ה"ש 50, בעמ' 475-476.

¹¹⁷ כך מבין גם ידלון את התנהגותה של הכנסת בתגובה לאקטיביזם שיפוטי, והוא מציע טיפולוגיה ראשונית של "אמצעי תגובה שייכאבו 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" כמו הקמתה של נציבות התלונות על שופטים או התערבות בתקציב הרשות השופטת. ידלון, לעיל ה"ש 80, 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 התערבות הכנסת בהיבטים המוסדיים של בית המשפט העליון בעידן המהפכה החוקתית מועטה ביותר: היא כללה קביעת רוב מיוחד בוועדה לבחירת שופטים לצורך מינוי שופטי עליון (ס' 7(ג)2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984; קציבת תקופת הכהונה של נשיא העליון ומשנהו (ס' 8(ב) לחוק); הוספה של דרישת מינוי 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 2329 עמ' 98; הטעם האישי של מציע החוק, ח"כ יעקב כ"ץ, הוזכר בדבריו במליאת הכנסת, פרוטוקול הישיבה ה-267 של הכנסת השמונה-עשרה, 27.7.2011, עמ' 174 http://online.knesset.gov.il/PDF/15326/PDF_15326.PDF).

¹¹⁸ 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 606 עמ' 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 מחודש בחוק בוררות החובה" הארץ 4.9.2012 (www.haaretz.co.il/news/law/1.1816003).

בפועל, כפי שכבר צוין, הביקורת השיפוטית החוקתית נוסח ישראל נעשית לפי שעה במשורה – במקרים ספורים שרק חלקם עוררו פולמוס פוליטי של ממש. אפשר, אפוא, שהכנסת לא הגיבה לפעילות החוקתית של בית המשפט כי היא לא מצאה בכך צורך. הייתכן שחברי הכנסת חשים שיש בידיהם כלים אפקטיביים יותר להגבלת האקטיביזם השיפוטי במישור החוקתי, והם אינם נזקקים לשינוי חוקי-היסוד עצמם?¹¹⁹

זה ניתוח אפשרי, אך נראה שהוא מתאר אסטרטגיה מסוכנת מנקודת ראותה של הכנסת, כי קשה להבטיח את יציבות שיווי המשקל האמור לאורך זמן. בית המשפט אינו פועל רק מול הכנסת – יש לו נמענים נוספים, ובכללם הציבור הרחב, הקהילתה המשפטית והאליטה התרבותית, וכן עמיתים מארצות אחרות. לכנסת אין שליטה מלאה על תמריציהם של השופטים – בייחוד כאלה שכבר זכו בקידום האחרון האפשרי, לבית המשפט העליון – ולאורך זמן חוסר פעולה מצדה, שילווה בהתגברות זהירה והדרגתית של עוצמת הביקורת השיפוטית, עשוי 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 מאז 1995 כמכוון למגמה זו: החל באוביטר המפואר בפסק הדין בעניין בנק המזרחי; עבור בפסקי דין בעלי תחולה מוגבלת ורגישות פוליטית נמוכה בפרשות יועצי ההשקעות וצמח; המשך בשלוש החלטות בעלות היבט פוליטי גובר בפרשות אורון, ההתנתקות, ולבסוף עדאלה; וכלה בשורה של פסקי דין שניתנו דווקא אחרי פרישתו של אהרן ברק מבית המשפט אך שאפשר להבינם כאקטיביסטיים ביותר בעידן הביקורת השיפוטית: ביטול הפרטת בתי הסוהר (פסילת חקיקה מבנית מקיפה על-יסוד פגיעה מושגית בזכות ערטילאית), גיוס תלמידי ישיבות (אחד מתפוחי האדמה הלוהטים ביותר בפוליטיקה הישראלית של ארבעת העשורים האחרונים), חובת המדינה להגן על הקיום בכבוד בהבטחת הכנסה (הרחבת הפרשנות החוקתית של מושג הכבוד בהקשר השנוי במחלוקת של זכויות כלכליות), ועל השוויון בהקצאת הטבות מס לישובים יהודיים וערביים (מערכת היחסים הטעונה ביותר בציבור הישראלי), והאיסור על משמורת ממושכת של מסתננים (האתגר החברתי המורכב ביותר של השנים האחרונות).

פסק הדין בעניין נסר, שעסק בהפליה בהטבות מס לישובים יהודיים וערביים, ראוי לאזכור מיוחד, שכן זו היתה הפעם הראשונה בה בית המשפט העליון ביטל חקיקה ראשית של הכנסת בהרכב נומינאלי של שלושה שופטים בלבד (אמנם במותב בכיר: הנשיאה היוצאת ביניש, הנשיאה הנכנס גרוניס, והמשנה לנשיא ריבלין), ובנוסף עשה שימוש בסעד החוקתי הייחודי של "הרחבת ההסדר" (reading in).¹²⁰ כל הביטולים הקודמים של חקיקה ראשית – וגם רבות מהחלטות שלא לבטל חקיקה ראשית – נעשו בהרכבים מורחבים של בין 7 ל-11 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,¹²¹ כך שהרחבת ההרכב באותו שלב לא היתה מעשית. אך ניתן גם לקרוא את הבחירה המוסדית הזו כהפגנה של נורמליזציה של מוסד הביקורת השיפוטית בעיני בית המשפט: אם ב-1997 נדרשו אחד עשר שופטים כדי לבטל הוראת מעבר שפגעה פגיעה זמנית וחלקית בחופש העיסוק (זכות מפורשת ומשוריינת) של קבוצת-אינטרס כלכלי, הרי שב-2012 די בשלושה שופטים כדי לבטל הסדר חלוקתי מקיף עקב פגיעה בזכות לשוויון (זכות משתמעת שנגזרת מהזכות לכבוד, שאינה משוריינת).

על פי ניתוח זה היינו עדים בשני העשורים האחרונים למגמה עקבית של החרפה (אסקלציה) בפעלתנות החוקתית של בית המשפט העליון,¹²² אל מול סבילות יחסית של הרשויות הפוליטיות: "הכלבים נובחים והשיירה עוברת". אף שבית המשפט העליון עדיין אינו עושה שימוש סיטוני בכלי הביקורת השיפוטית, הוא נכון לנקוט בו בתיקים יותר ויותר מעוררי מחלוקת, ולעשות זאת תוך שימוש באמצעים דוקטרינריים ודיוניים יומרניים יותר.

¹¹⁹ הניסיון לאתר שיווי משקל אסטרטגי בין הרשות השופטת והרשות המחוקקת באמצעות כלי הניתוח של תורת המשחקים הנו מהלך נפוץ בכתיבה בתחום, והוא נעשה גם ביחס לשיטות חוקתיות בהן למחוקק אין יכולת להשפיע באופן ישיר ומיידי על תכני החוק. ראו למשל Georg Vanberg, *Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review*, 45 AM. J. POL. SCI. (2001) 346; Rogers, לעיל ה"ש 91. כאמור, גם בישראל נעשו כמה עבודות במסורת מחקרית זו שביקשו לאתר את רמת הפעילות הנסבלת מצד שני המוסדות שתשמר שיווי משקל חוקתי לאורך זמן. ראו ידלון, לעיל ה"ש 80; עמיחי כהן, לעיל ה"ש 78; בנבנשתי, לעיל ה"ש 91; ברק מדינה "משפט ציבורי" בתוך *הגישה הכלכלית למשפט* 565, 630-633 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012).

¹²⁰ בג"ץ נסר, לעיל ה"ש 37, פסקאות 57-61.

¹²¹ ראו סעיף 15(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984. הנשיאה ביניש פרשה מכס השיפוט ב-28.2.2012. פסק הדין בעניין נסר ניתן ב-22.5.2012.

¹²² ראו גם אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות: משפט וממשל ו 305 (תשס"ג) (אפיון החלטות חוקתיות של בית המשפט העליון משנת 2003 בבג"ץ חרות, לעיל ה"ש 37, ובבג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לזכויות בניגוד" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102 (2003), כ"עולות בתעוזתן התיאורטית ובהשלכותיהן המשפטיות והפוליטיות הפוטנציאליות על אלה של המהפכה החוקתית המקורית").

למעשה, בשורה של מהלכים בשני העשורים האחרונים הרשויות הפוליטיות עצמן נקטו גם מעשים אקטיביים שביטאו הכרה בסמכות הביקורת השיפוטית החוקתית (ולא רק "הסכמה בשתיקה"). בכך הן עצמן דיללו את אפקטיביות האיום הדרוש לכאורה לשימורו של שיווי המשקל האסטרטגי. במסגרת זו ניתן למנות, ראשית, את תיקון 1994 לחוק-יסוד: חופש העיסוק והוספת פסקת ההתגברות בו. ניתן היה להבין מהלך זה כהכרה של הכנסת – אמנם עוד ב"ימי התום" שלפני פסק דין בנק המזרחי – בכך שחקיקתה בתחום ייבוא הבשר עלולה שלא לעמוד בביקורת בג"ץ. בחקיקה נוספת – תיקון לחוק הכנסת משנת 2008 – נקבעה זכותה של הכנסת להתייצב בהליכים שיפוטיים שמתעוררת בהם "שאלת תקפו של חוק"; וממילא הוכרה במסגרת זו האפשרות שבתי משפט יכריעו באותה שאלה.¹²³ הצעת-החוקה של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת מ-2006 כוללת הסמכה מפורשת של בית המשפט העליון לבצע ביקורת שיפוטית חוקתית (גם אם בתנאים מוגדרים)¹²⁴. ולאחרונה, תזכיר חוק-יסוד: החקיקה¹²⁵ שפרסם ב-2012 משרד המשפטים (תחת השר הלעומתי יעקב נאמן) כולל אף הוא הסמכה נרחבת לביקורת שיפוטית חוקתית (תוך יצירת הסדר ההתגברות מקיף).

איני מציע לראות במהלכים אלה ראייה לכך שמתחילה הסכימו הרשויות הפוליטיות עם משטר המהפכה החוקתית: תיקון 1994 התרחש עוד לפני שהתברר מלוא היקפה של המהפכה בפסק-הדין בפרשת בנק המזרחי (בדגש על הקביעה שכל חוקי-היסוד שודרגו), ואת המהלכים האחרים נכון לראות כניסיונות למזעור נזקים, להבדיל מאימוץ נלהב. חשיבותם בהקשר הנוכחי היא בהדגים 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: 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. באותם אחד-עשר פסקי דין נכתבו שש (6) דעות מיעוט בסך הכל, כאשר שבעה מפסקי הדין ניתנים פה אחד.¹²⁶ גם הרוב המוחלט של פסקי הדין הרבים שדחו עתירות לביקורת שיפוטית חוקתית ניתנו פה אחד, או קרוב לכך.¹²⁷ בית המשפט הציג אפוא חזית אחידה ועקבית כמעט לגמרי בדוקטרינה החוקתית שלו.¹²⁸ הרשויות הפוליטיות, עם התנאים המוסדיים התזזיזיים המאפיינים אותן, לא יכלו לו במישור זה. ארחיב עוד על נושא זה כשאדון, במסגרת ההסבר החמישי, בהשפעת

¹²³ ראו ס' 17(ג) לחוק הכנסת, תשנ"ד-1994, שנוסף בחוק הכנסת (תיקון מס' 23), התשס"ח-2008, ס"ח 2134 עמ' 205. בדיון של ועדת הכנסת שהכינה את הצעת החוק לקריאה שניה ושלישית נסב חלק ניכר מהדיון על השאלה האם החקיקה מהווה הכרה בפועל בסמכות הביקורת השיפוטית החוקתית. יוזם החוק, ח"כ 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 שמדובר ב"ירע במיעוט" נוכח הפרקטיקה השיפוטית שכבר הותרשה ושלא ניתן להתעלם ממנה של ביטול חקיקה ראשית. ראו הכנסת השבע-עשרה, מושב שלישי, פרוטוקול מס' 204 מישיבת ועדת הכנסת מיום 4.2.2008.

¹²⁴ ראו סעיף 13 ל"חוקה בהסכמה רחבה" – דו"ח ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בעניין הצעות לחוקת מדינת ישראל (2006) huka.gov.il/wiki/index.php/%D7%97%D7%95%D7%A7%D7%94:%D7%94%D7%A9%D7%A4%D7%99%D7%98%D7%94.

¹²⁵ לעיל הי"ש 83.

¹²⁶ אם נוסף למניין את ההחלטה בעניין **בנק המזרחי** שקבעה את סמכות הביקורת השיפוטית החוקתית (גם אם לא הפעילה אותה), ואת פסקי הדין בעניין **חרות** ובעניין **יקותיאלי**, שביצעו ביקורת שיפוטית במסלולים חריגים (ראו לעיל הי"ש 37) המאזן מקצין עוד יותר: 8 דעות מיעוט מתוך 116 שופטים..

¹²⁷ החריג הבולט המעיד במובהק על הכלל הוא שני פסקי הדין בעניין "איחוד משפחות" (בג"ץ **עדאלה** ובג"ץ **גלאון**, לעיל הי"ש 111) – המקרים היחידים עד כה בהם הוכרעו עתירות חוקתיות בהרכב מורחב על חודו של קול (5-6, בשתי הפעמים).

¹²⁸ ניתן לעורר את השאלה האם מסלול ההחרפה שאפיין את תקופות ברק וביניש, והאידיאולוגיה השיפוטית ההומוגנית שאפיינה את בית המשפט בתקופות אלה, עשויים להשתנות בעידן נשיאותו של השופט גרוניס. אמנם יש כמה ראיות לכך שבית המשפט העליון החל להקשות על עותרים חוקתיים באמצעות חסמים שלא היו נפוצים בתקופת קודמיו, למשל בפסיקת הוצאות על עותרים ציבוריים (ראו לדוגמה בג"ץ 2114/12 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל**, פסקה 16 (פורסם בנבו, 15.8.2012); בג"ץ 4567/12 **תנועת אומ"ץ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פסקה 7 (פורסם בנבו, 15.7.2012); בג"ץ 1802/12 **יונה נ' משרד התחבורה, התשתיות הלאומיות והבטיחות בדרכים**, פסקה 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 (תשע"ג) או בהחייאת עילות סף כמו בשלות (ראו לדוגמה בג"ץ **בוגרי התיכון הערבי אורתודוקסי בחיפה**, לעיל הי"ש 114, פסקה 36; בג"ץ 3803/11 **איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל**, פסקה 12 (פורסם בנבו, 5.2.2012)); אך מנגד ה"רקורד" הפסיקתי של הנשיא גרוניס כולל הצטרפות לרבות מן הפסיקות החוקתיות המשמעותיות ביותר של בית המשפט, בין היתר בעניין בית הסוהר הפרטי, השוויון בהטבות מס לישובים יהודיים וערביים, ומעצר המסתננים. גרוניס התבלט כמתנגד לביקורת שיפוטית חוקתית בנושא גיוס תלמידי ישיבות, והציג באותן פרשות תיאוריה מתחרה של לגיטימציה חוקתית לזו של הנשיא ברק, אך קשה לומר שזו גישתו העקבית. בית המשפט, בהרכבים בראשות הנשיא, מעיין כיום בכמה עתירות חוקתיות בולטות. לכשיוכרע גורלן ניתן יהיה 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 9149/10 **ותד נ' כנסת ישראל** (עתירה נגד "חוק משאל עם").

הסטטוס קוו על המשטר החוקתי המתגבש. לענייננו די באמור כאן כדי לחוש בפער שבין איומי הרשות השופטת לאיומי 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 או פוליטיזציה מוחצנת של הליכי איושו; ובה במידה מדוע בית המשפט לא הפך למבטל סיטוני של חקיקה ראשית. אך זהו הסבר שמתייחס לתרחישים הקיצוניים ביותר, שייתכנו ככלל בנסיבות חריגות. ההסבר של שיווי משקל אינו נותן מענה לשאלה המעשית יותר, אשר עולה 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 בה מוסד אחד הוא פעיל (במידה כזו או אחרת) ומוסד שני הוא סביל (לגמרי). הסבר שיווי המשקל מועיל, אך אינו מספק.

ד. בושה

גם הכנסת אינה פועלת רק מול בית המשפט. גם לה יש נמענים נוספים, לא אחת חשובים יותר עבורה מאשר שופטי בית המשפט העליון. חברי הכנסת פועלים לא רק כדי להגן על ריבונות המוסד לו הם שייכים, אלא גם כדי להגן על כסאותיהם מפני הדחה בבחירות ועל מעמדם מפני עלויות פוליטיות אחרות של התנהגות שתייפס 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 תמריציו של חבר הכנסת, אף אם הוא סובר שראוי מבחינה עניינית להגיב לפסיקה של ביקורת שיפוטית באמצעות שינוי של חוק-היסוד.¹²⁹ בהקשרנו, דומה שקל לשער את כותרות העיתונים – ואת העלות הפוליטית שתהיה כרוכה בהן – עקב חקיקה שתוכנה יהיה ביטול חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או ביטול הזכות לכבוד לבדה. מרגע שכבוד האדם הפך לזכות חקוקה, ולו ברוב הגבולי שבו אושר חוק-היסוד, וודאי מעת שהפך לרכיב-חובה בשיעורי האזרחות ובשיח המשפטי, סביר שהעלות הפוליטית של ביטולו תהיה משמעותית הרבה יותר מאשר העלות הפוליטית שהיתה כרוכה באי-חקיקתו מלכתחילה. ייתכן שלחברי כנסת עור עבה, אך אין ספק שיש היבט מבייש – shaming – בהיותך חתום על חוק שמבטל או שמסייג 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 העלויות הפוליטיות הניכרות שלו; 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 בבחירות (choices) רובניות רצוניות שלא להגיב למהלכי של בית המשפט העליון, מהסכמה או מטעם אחר. תחת זאת, אנו עוסקים במצבים בהם רוב חברי הכנסת עשויים לרצות לפעול במישור החוקתי נגד הביקורת השיפוטית, אך נתון **חיצוני** לעניין מעכב או בולם את המהלך, על אף הרצון הרובני. בהקשר הבושה, הנתון המעכב הנו עצם ההצלחה המקורית להעביר בכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולהציף אותו לתודעת הציבור והאליטות בתוכו כנורמה בעלת משקל מוסרי ניכר. מרגע שקיים כזה חוק-יסוד, 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 רובני) היה תומך 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 בתכנן. המחוקק שיבקש לגרוע מהן, או ליצור מנגנוני החרגה או התגברות עליהן, עלול להיתפס – בתנאי התרבות הפוליטית המוכרים לנו, לכל הפחות – כמי שפוגע בערך שבנוסחו הכללי קשה לחלוק עליו (מי מתנגד ל"כבוד", או ל"חירות"?).

¹²⁹ על ריבוי הכוחות הסותרים המשפיעים על תמריציו של מחוקק ראו Bar-Siman-Tov, לעיל ה"ש 79, בעמ' 827-828, 866; Elizabeth ; 866, 1277, 1287-89 (2001).
Garrett & Adrian Vermeule, *Institutional Design of a Thayerian Congress*, 50 DUKE L.J. 1277, 1287-89 (2001).

אם כן, האמירה השגורה (והנכונה פורמאלית) כי "הכנסת חופשית לבטל את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", מבליעה את ההמשך המתבקש של המשפט, אשר ראוי שישקף את העלות הפוליטית שמן הסתם תהיה כרוכה בכך – 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, וודאי כזה שנתפס כבעל ייצוג-יתר בפרופסיה המשפטית, בתקשורת, בכלכלה ובאקדמיה, כך המאבק על עיצוב המשטר החוקתי לעתיד לבוא מקבל גוונים של מלחמת תרבות כוללת, כשעל הפרק גורלה של הדמוקרטיה הישראלית ושל המחויבות הליבראלית של המשטר הישראלי ושל החזון הציוני בכללותו.¹³⁰ וככל שהמאבק נוגע יותר בערכי הליבה של ישראל, כך מתעצם גם הכוח המרתיע את המבקשים לשנות את ההסדר החוקתי שאומץ על-ידי קהילות אלה כגורלי לשרידותה של ישראל כדמוקרטיה ליבראלית. אמנם מן הצד השני בוחריהן של מפלגות סקטוריאליזם או אידיאולוגיות עשויים דווקא לתגמל פעולה נגד המהפכה החוקתית. אך, ראשית, נראה שכיום עדיין אין מדובר בזרם מרכזי בפוליטיקה המפלגתית בישראל, ושנית, הטיעון המבוסס על עוצמתה של האליטה התרבותית מניח שבכוחה לגרום לנבחרים לתת משקל יתר להעדפותיה על פני אלו של הציבור הרחב.

יתרה מכך, פעולת-נגד חקיקתית לפסיקה של ביקורת שיפוטית מעמתת את השיח החקיקתי, העשוי בדרך כלל שיקולי מדיניות פרגמטיים, אל מול 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 החובות החוקתיות החלות עליהם, עדיין יהיה עליהם להתמודד עם התפיסה המייחסת לשיפוט מומחיות מקצועית בפירוש הדין.

המעניין הוא שמדובר כאן במגבלה שהכנסת למעשה הטילה על עצמה. עלות הביוש נוצרה ב-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 גם כן (אך גם לזו של משרד החינוך, למשל). אך ככל שהמהפכה החוקתית באה לידי ביטוי גם בקושי המעשי של הכנסת "להחזיר את הגלגל אחורה", הרי שחשוב להכיר בכך שהכנסת עצמה היתה שותפה ראשונה ליצירת המציאות הזו בכך שחוקקה את חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם מלכתחילה, וזאת גם ללא קשר למוסד הביקורת השיפוטית שצמח מהם בהמשך הדרך. אכן, אפשר שהידיעה שמרגע שחוק-יסוד בדבר זכויות אדם נוצר, יקשה לבטלו או לשנותו באופן שיגרע מן העוצמה המוסרית של תכניו, מסבירה (ולו חלקית) את העובדה שמאז 1994 הכנסת נמנעה מהעברת חקיקת-יסוד חדשה שתעגן זכויות נוספות, וזאת אף שגם בתחום זה קיימות הצעות חקיקה למכביר;¹³¹ בבחינת, "למה שניצור נורמות חוקתיות נוספות, אם בפועל נהיה מובכים מכדי לשנותן היה ונחלוק על הפרשנות השיפוטית שתינתן להן בעתיד?". חבר הכנסת אריה דרעי – נציג מפלגה חרדית – אמר בעבר על במת הכנסת שאפילו יתבקש לעגן את עשרת הדברות בחוק-יסוד, יתנגד למהלך, מחשש לפרשנות השיפוטית שתינתן לנורמה החדשה.¹³² בדברים כאלה מובלע כמדומה חשש נוסף, והוא שהכוח הפוליטי שהיה מאפשר לו להעביר חוק-יסוד כזה מראש, לא היה עומד לו לביטול המהלך בדיעבד.

ה. סטטוס קוו, תלות במסלול, עלויות מוסדיות

(1) רקע

¹³⁰ ראו למשל מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 209-226 (2008).

¹³¹ מדובר במאות הצעות פרטיות לאורך השנים. ראו למשל הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – שוויין), 998/19/פ, הצעת חוק פרטית של ח"כ ג'מאל זחאלקה, חנין זועבי ובאסל ג'טאס, 22.4.2013; הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – שוויין וחופש ביטוי ומחשבה), 112/19/פ, הצעת חוק פרטית של ח"כ אילן גילאון, 13.3.2013; הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, 3783/18/פ, הצעת חוק פרטית של ח"כ שלי יחימוביץ ו-10 חברי כנסת נוספים, 12.12.2011.

¹³² דברי הכנסת 159 עמ' 4479 (ישיבה מיום 19.2.1996).

לבסוף, אני מבקש לבחון את מחדל התגובה של הכנסת לפעילות בית המשפט לאור התובנה מן המחקר המוסדי בדבר קיומה של התניה מובנית בהתנהלות מוסדות לטובת שימור הסטטוס קוו הנורמטיבי ולטובת התקדמות במסלול נתון על פני סטייה או חידוש. מושג היסוד שפותח בתחום זה הנו "תלות במסלול" – path dependence. מקורו בספרות הכלכלית, שם ביקשו חוקרים של שווקים טכנולוגיים להבין כיצד טכנולוגיה אחת זוכה לעליונות על טכנולוגיה אחרת, למרות שבניתוח אובייקטיבי לא ברור שדווקא הטכנולוגיה השורדת היא המיטבית מבין השתיים.¹³³ ההיסטוריון הכלכלי דגלאס נורת' התבסס על דיון זה לניסוח הסבר כללי לנטייתם של מוסדות להתפתח באופן שמותנה בנקודות המוצא שלהם ושמקשה עליהם לסטות מן המסלול שהותווה בבחירות 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. במלים אחרות, מדוע לא התקיים לאורך ההיסטוריה האנושית תהליך אבולוציוני-השוואתי של ניסוי וטעייה שאמור היה להביא את השיטות הכושלות לזנוח את מוסדותיהן ולהתכנס לאימוץ המוסדות המשקיים שהוכחו כמייצרים רווחה מרבית.¹³⁴ תשובתו של נורת' היתה שהעלויות של מעבר ממסגרת מוסדית אחת לאחרת – אפילו המידע הדרוש להשוואה זול וזמין – הן גבוהות, והן ממשיכות לעלות ככל שהמסגרת המוסדית הקיימת היא ותיקה ומושרשת יותר, ומערבת יותר 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, והתשואה מהם עולה. זהו עיקרון ה-increasing returns, שגורם לכך שלעיצוב המוסדי הראשוני יש תכונה של אשורר-מחדש (self-reinforcing).¹³⁵ כשמתעצבים תנאים מוסדיים ראשוניים, אלה גם 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 אתם על בסיס תנאים אלה. ההשקעה בלימוד ובהתמחות מפתחת גם ציפייה שהתנאים המוסדיים לא ישתנו – וציפייה זו משפיעה כשלעצמה על רתיעתם של הסוכנים מן השינוי. החשיבות המרכזית של ההסבר בדבר תלות במסלול היא ש"history matters":¹³⁶ החלטות שמתקבלות ברגעי מפתח – לעתים באופן אקראי או בהעדר הליך מושכל של הערכת חלופות – יכולות לחולל תהליכים מוסדיים עמוקים שיקשו מאוד על תיקון הנתב במורד הדרך.¹³⁷

מן הספרות הכלכלית חדרו התובנות בדבר הנטייה המוסדית לתלות במסלול גם לתחום מדע המדינה ולניתוח התנהגויותיהם של גופים שלטוניים. במאמר יסודי בתחום, הראה חוקר מדינת הרווחה פול פירסון כיצד הניתוח של נורת' יכול להסביר תופעות מגוונות בתחום ההתנהגות הפוליטית והיחסים בין רשויות השלטון.¹³⁸ מוסדות פוליטיים, ודאי במדינות דמוקרטיות, נתונים במיוחד להטיות מסוג תלות במסלול, מפני שהם נתונים ממילא לקשיי הפעולה המשותפת, והם מתאפיינים בנטייה לעודד יציבות וודאות, כמו גם התמחות וזהות מוסדית.¹³⁹ תנאים אלה מובילים להעדפת הסטטוס-קוו על-פני 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: תנאי פתיחה של פערים קטנים יחסית בכוח פוליטי בין מפלגות, מוסדות, או רשויות יכולים להוביל, בעלות ראשונית נמוכה יחסית,

¹³³ W. BRIAN ARTHUR, ; Paul A. David, *Clio and the Economics of QWERTY*, 75 AM. ECON. REV. 332 (1985) ראו
INCREASING RETURNS AND PATH DEPENDENCE IN THE ECONOMY 13-28, 111-32 (1994).

¹³⁴ ראו NORTH, לעיל ה"ש 75, בעמ' 93-92.

¹³⁵ שם בעמ' 96-93.

¹³⁶ שם בעמ' 100.

¹³⁷ המקבילה האינדיבידואלית לתופעה המוסדית של תלות במסלול תועדה במחקר הפסיכולוגי ההתנהגותי כהטיית הסטטוס קוו: במגוון של הקשרי-החלטה נוטים אנשים רציונאליים, כולל כאלה אשר פועלים בקבוצות, לתת משקל עודף – מעבר להעדפתם העניינית – להנצחת מצב קיים על-פני בחירה בשינוי. זאת גם כאשר עלויות המעבר הן שוליות. ראו William Samuelson & Richard Zeckhauser, *Status*, 7 (1988) J. RISK & UNCERTAINTY 1. *Quo Bias in Decision Making*, 1 J. RISK & UNCERTAINTY 7 (1988) Amos Tversky & Eldar Shafir, *Choice Under Conflict: The Dynamics of Deferred Decision*, 3 PSYCHOL. SCI. 358 (1992) (במקרים של התלבטות מורכבת בין חלופות אנשים נוטים לדחות את ההחלטה – כלומר לשמר את המצב הקיים – גם כאשר זו אינה הבחירה הרציונאלית מבחינתם).

¹³⁸ ראו Paul Pierson, *Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics*, 94 AM. POL. SCI. REV. 251 (2000)

¹³⁹ שם בעמ' 258.

לפערים רחבים מאוד בהמשך הדרך, אם הסוכנים הרלוונטיים יודעים "לנצל את הרגע" ולקבע נתון מוסדי שיקשה לשנותו בעתיד.¹⁴⁰

פירסון מראה שהרשות המחוקקת חשופה להטיה לטובת הסטטוס קוו אולי אף יותר מגופים רבים אחרים, משני טעמים מצטברים:¹⁴¹ ראשית, חבריה מאופיינים ככלל בייחוס חשיבות רבה לטווח הזמן הקצר, והם מתקשים לקחת בחשבון במעשי החקיקה את סיכוני ההיקבעות של מסלולים לאורך זמן.¹⁴² שנית, דמוקרטיה חוקתית נוטת לעצב את המוסדות הפוליטיים ונקודתית את הליך החקיקה באופן שמעדיף את הסטטוס קוו על פני שינוי. דרישות פרוצדוראליות כמו שלוש קריאות ועיון בוועדה בישראל, מבנים פרלמנטאריים דו-בתיים (bicameral), או סמכות וטו נשיאותית כמו בשיטות אחרות מבטאות ככלל חשש ממעשה החקיקה – נטייה שנובעת מן המקורות ההיסטוריים של הליברליזם הפוליטי המאופיינים בחשש מפני עריצות השלטון, בחשד כלפי פוליטיקה תזזיתית, ובהעדפת משטר של זכויות שליליות על פני התערבות שלטונית חיובית בחלוקת המשאבים בחברה.¹⁴³

כמובן, גם מוסדות משפטיים אינם חסינים מפני הטיות התלות במסלול. מסורת התקדים המחייב של ה-common law מבטאת בבסיסה העדפה לסטטוס קוו, ומכירה רק בשינוי הדרגתי (incremental) המבוסס על כיבוד תנאי המוצא שנקבעו בדורות קודמים, בין אם היו נכונים ובין אם לאו.¹⁴⁴ כידוע, אפילו בית המשפט העליון חש מחויב למסורת זו, אף שהוא פטור פורמאלית מציות לתקדימו.¹⁴⁵ האתגר עבור המבקשים להוביל לשינוי משפטי משמעותי הנו אפוא לזהות את הרגעים החריגים בהם המערכת חשופה לערעור הנחות היסוד שלה, ולנצלם.¹⁴⁶

עם זאת, השאלה החשובה לענייננו היא איזה מוסד כפוף באופן חמור יותר להטיות של תלות במסלול – המחוקק או השופט. תשובה נפוצה מתייחסת למחויבות לעקרון התקדים כאבן רחיים התלויה על צווארה של הרשות השופטת, והופכת אותה לגוף שמרני במיוחד המועד להנצחת טעויות. זאת, בעוד הרשות המחוקקת היא גוף שבעורקיו זורם כל הזמן דם חדש ובכוחו לבדוק באופן יזום את איכות החלטותיו ולהתחשב במידע חדש ובשיקולי מדיניות עדכניים.¹⁴⁷ אך דומה שההיסטוריה החוקתית הקצרה של ישראל מדגימה תוצאה אחרת.

(2) המהפכה החוקתית כמסלול מתלה

אני סבור שניתן לבאר את הדינאמיקה 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 ששדרגה את מעמדם של כל חוקי-היסוד ושהקנתה לבתי המשפט את סמכות הביקורת השיפוטית לאורם, כרגע שבו החל להתייצב מצב נורמטיבי חדש כסטטוס קוו שמולו

¹⁴⁰ שם בעמ' 259 ("Relatively small disparities in political resources among contending groups may widen dramatically over time as positive feedback sets in").

¹⁴¹ שם בעמ' 261-262.

¹⁴² זהו נתון מרכזי גם עבור ביקל, המשמש אותו להצדקת הביקורת השיפוטית החוקתית, בבחינת "המבוגר האחראי" החושב במונחים חוקתיים לטווחי זמן שאינם מעסיקים את המחוקק; זה טרוד בעיקר במערכת הבחירות הבאה. ראו BICKEL, לעיל ה"ש 2, בעמ' 24-26.

¹⁴³ ראו הפדרליסט מסי' 73 (אלכסנדר המילטון), לעיל ה"ש 76 (הצדקת מיסודם של שסתומים מעכבים בהליך החקיקה בכך ש"כל תקנה שתכליתה לרסן את ההגזמות בחקיקה, ולהשאיר את הדברים 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. & ORGANIZATION (2012) <http://jleo.oxfordjournals.org/content/early/2012/04/19/jleo.ews009.full#ref-43>.

¹⁴⁴ ראו NORTH, לעיל ה"ש 75, 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. 101, 106-22 (2001); מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" **דין ודברים** א 211 (תשס"ה).

¹⁴⁵ סעיף 20(ב) סיפא לחוק-יסוד: השפיטה.

¹⁴⁶ בלשונה של התיאורי, ששאלה מתפיסות של התפתחות אבולוציונית: יש לנצל את ה-punctuations (נקבים) ברקמה הנוקשה של השיטה המשפטית. ראו Hathaway, לעיל ה"ש 144, בעמ' 641-645.

¹⁴⁷ ראו למשל VERMEULE, לעיל ה"ש 96, בעמ' 82-90; Waldron, לעיל ה"ש 96, בעמ' 1380-1386.

בוחנת מאז הכנסת את חלופותיה. ככל שחלף הזמן מהחלטה בעניין בנק המזרחי, כך התקבע עוד יותר המצב הקיים, וזמינותן של חלופות מעשיות הלכה והתרחקה. בשונה מהיבט הביוש, שם ראינו כי פעולתה של הכנסת עצמה היא שהיתה מרכזית בביסוס החסם מפני שינוי חוקי-היסוד, כאן פעולתו של **בית המשפט** היתה זו שהביאה לביסוס הסטטוס קוו המוסדי החדש במסגרתו בית המשפט הוא בעל סמכות הפרשנות הסופית בעניינים חוקתיים.

במובן זה, המהלך של בית המשפט העליון ב-1995 ראוי בהחלט להיחשב מהפכני. בית המשפט העליון איתר הזדמנות להכניס שינוי במערך הכוחות בין הרשויות, נקט עמדה חדשנית וחריגה ביחס לסטטוס קוו החוקתי ששרר לפניו, והציג לרשות המחוקקת מצב חדש, אתו היא נדרשה מאותו רגע להתמודד. אכן, פסק הדין בעניין בנק המזרחי מתבלט כקו פרשת המים האמיתי של המהפכה החוקתית בישראל בין היתר לנוכח פעולת הכנסת בתיקון חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם ב-1994, שנתיים לאחר קבלתם. בפרק הזמן הקצר הזה ניכר שהכנסת חשה עדיין שתפקידה בעיצוב ההגנה החוקתית על זכויות האדם הנו פתוח ונמשך. אמנם, ב-1994 פעל על הכנסת גם תמריץ פוליטי (שבית המשפט היה שותף ליצירתו, בפסיקותיו בפרשת מיטראל) למצוא פתרון נקודתי לסוגיית ייבוא הבשר לישראל.¹⁴⁸ אך תיקון 1994 לחוקי-היסוד היה רחב ועמוק יותר מאשר הסדר נקודתי של נושא הבשר. חוק-יסוד: חופש העיסוק נוסח לגמרי מחדש, כך שהושגה האחדה בין רכיביו העיקריים ובין 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 בעיית ייבוא הבשר.¹⁴⁹ מן הדיונים במליאת הכנסת שליוו את הליך התיקון ניתן להתרשם שחברי הכנסת עסקו (בעיני עצמם) בפיתוח המשפט החוקתי ובשיפור ההסדר שהחלו ביצירתו שנתיים קודם לכן.¹⁵⁰ כלומר, בשלב זה טרם התקבע סטטוס קוו לעניין האחריות המוסדית על ההגנה החוקתית על זכויות האדם, והכנסת היתה עדיין שחקן משמעותי בזירה. אכן, היו גם שסברו באותה עת שחקיקת-היסוד של 1992 ו-1994, בשל חלקיותן וחולשתן הנורמטיבית, עשו מעט מאוד, אם בכלל, לקידום ההגנה החוקתית על זכויות אדם.¹⁵¹

כאמור, מסקנה סבירה היא שפעולתו של בית המשפט העליון ב-1995 היא זו ששינתה את מצב הדברים. אף שבהליכי החקיקה ב-1992 ויותר מכך בהליכי התיקון ב-1994 ניכר היה שלפחות חלק מחברי הכנסת מבינים שלבית המשפט יהיה תפקיד באכיפת ההסדר החוקתי החדש,¹⁵² 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 כה משמעותי ורב-משקל (בין היתר בהתחשב בהרכב הייחודי שנתנו, אשר מנה תשעה שופטים וכלל שני נשיאים, שמגר וברק), עד שהיה בכוחו להגדיר את המסלול החוקתי – את הסטטוס קוו החדש – ולהטיל על הכנסת את הנטל לנסות ולסוות ממנו, אם תרצה ותצלח. אמת, רבים מתומכי "המהפכה החוקתית" – בראש ובראשונה בית המשפט העליון עצמו, אך גם כותבים נוספים – מרבים להדגיש שהלכת בנק המזרחי היא תולדה לא של רצון שיפוטי, אלא של מעשה חקיקתי, כך שבלעדי

¹⁴⁸ ראו ספיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 119-122.

¹⁴⁹ 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, תשנ"ד-1994. גם "ההתגברות על פסקת ההתגברות" – הקביעה שפגיעת חוק בשר ומוצריו בחופש העיסוק תהיה פטורה ממגבלת ארבע השנים של סעיף 8(א) לחוק-יסוד: חופש העיסוק – נעשתה בלשון הכללית של סעיף 8(ב), אף שבפועל זהו הסדר שחל על חוק אחד בלבד.

¹⁵⁰ ראו הדיונים בכנסת לקריאה ראשונה בימים 8.2.1994 ו-15.2.1994 ולקריאה שניה ושלישית ביום 9.3.1994. אמנם, רבות מן הביקורות שהושמעו מספסלי האופוזיציה על התיקון המוצע התמקדו באופורטוניזם הפוליטי שהניע אותו – הצורך ליישב את המחלוקת הקואליציונית בנושא ייבוא בשר. אולם גם הטיעונים שהושמעו במישור זה נגעו למהותה של חוקה ולאופי ההסדרים שראוי שייכללו בה. גם מעורבותו המתועדת של אהרן ברק בתהליך הניסוח של תיקוני 1994 הקנה לו אופי חוקתי-מקצועי שחורג מן הפוליטי-מידי. ראו אהרן ברק "על התיקונים בחוק-יסוד: חופש העיסוק" **משפט וממשל** ב 545 (תשנ"ה).

¹⁵¹ ראו למשל דותן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 182 ("החוקה" – אם ניתן להסכיין 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 שהטיחו תומכי חקיקת-היסוד בהסדר ההתגברות מ-1994 ובציון לו על ידי בית המשפט העליון בפרשת **מיטראל** ב-1996 משקפת את מידת האי-ודאות ששררה באשר לעתיד ההסדר החוקתי המתגבש בימי הראשית הללו. לדוגמה קיצונית ראו משה נגבי "יתבוסתה של המהפכה החוקתית" **מעריב**, 26.11.1996, עמ' 13.

¹⁵² על המחלוקת הוותיקה באשר למה ידעו המחוקקים ב-1992, ראו למשל ספיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 70-80; יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א 323, 365-367 (תשנ"ג); אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" **משפט ועסקים** יד 79, 105-97 (תשע"ב).

חוקי היסוד מ-1992 היא לא היתה באה אל העולם, לפחות לא במועד זה ולא במתכונת זו.¹⁵³ אף שמוכן שלבית המשפט יש טעם לבסס טענה זו ולו מטעמי לגיטימציה, איני מבקש לחלוק עליה כעניין שבסיבתיות עובדתית. אין ספק שמבחינה סיבתית לחוקי-היסוד מ-1992 היה תפקיד בהנעת הכוחות שהובילו לפסיקה בעניין בנק המזרחי, ובמובן זה הם היו חלק מן המהלך ששבר סטטוס קוו קודם (בו לא נוצרו חוקי-יסוד בדבר זכויות אדם, אף שלאורך השנים הוגשו הצעות רבות בנושא),¹⁵⁴ והשפיע על עיצוב הסטטוס קוו החדש. טענתי היא שהכרעתו של בית המשפט העליון היא זו שקבעה (כמסתבר בדיעבד) את המסלול בו יתקבע הסטטוס קוו הזה, אף שבאמצע שנות ה-90 היתה קיימת האפשרות להתפתחותם של מסלולים נוספים כתוצאה מחקיקות 1992.

התובנה בדבר תלות במסלול מלמדת שההזדמנות הממשית העיקרית לכנסת להגיב למהפכה של 1995 היתה סמוך לאחריה, טרם שתתקבענה המוסכמות הנורמטיביות שנוצקו בפסק דין בנק המזרחי וקיבלו פירוש ויישום בפסקי הדין החוקתיים שבאו בעקבותיו. ואכן במישור התת-חוקתי מוכרת יכולתה של הכנסת – בדרך כלל כשהיא מונעת בידי רשות מבצעת נמרצת – לבטל באופן מיידי, כשהברזל עודו חם (כלומר כשתשומת הלב הפוליטית עדיין מרוכזת), פסיקה שיפוטית שנתפסת כבעייתית בעיני הרשויות הפוליטיות. התיקון לחוק השבות שעקב לפסק הדין בעניין ילדיו של בנימין שליט הוא דוגמה היסטורית מוכרת,¹⁵⁵ אך התופעה נפוצה גם במישורים רגשיים פחות אך שהנם חשובים דיים לרשות המבצעת כמו בפרשנות חוקי מס. פרשת ניכוי הוצאות גידול ילדים במס הכנסה היא דוגמה עתית מוכרת במישור זה.¹⁵⁶ 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, עת המדינה שרויה בהלם עמוק ובטלטלה פוליטית.¹⁵⁷ החודשים שבאו אחרי תקופה סוערת זו כללו סדרת 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, ובית המשפט העליון ממשיך בפיתוח ובביסוס הפרקטיקה והדוקטרינה של ביקורת שיפוטית חוקתית, עלויות הסטייה מהסטטוס קוו החדש גוברות. הקהילה המשפטית מתרגלת למצב העניינים החדש. היא מעדכנת את החינוך המשפטי, בהוראת המשפט החוקתי ובשחיקה ההדרגתית בלימוד המשפט המנהלי; את האסטרטגיות הליטיגיוניות הזמינות לה באמצעות שימוש בטענות חוקתיות, בעיקר ככלי פרשני; ואת אופי הייעוץ המשפטי שהיא מספקת לקובעי מדיניות, למשל בהנחלת שיח המידתיות במנהל הציבורי ובחקיקה. חברי הכנסת נתונים לאותם כוחות. גם הם מפנימים את המצב החוקתי החדש, ומפתחים שיח פוליטי שהוא פנימי לסטטוס קוו, ולא כזה שחותר תחתיו. כך, בולט 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 אחת אינה מציעה לזנוח כליל את ההסדר הזה.¹⁵⁸ בד בבד, כפי שכבר הוזכר, הכנסת פיתחה

¹⁵³ ראו למשל אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א 3, 10 (תשס"ד) (קביעה שהמהפכה החוקתית, בה "הוטלו הגבלות על כוח החקיקה [של הכנסת], והוכר במשתמע כוחו של בית-המשפט להצהיר על בטלותו של חוק הפוגע לא כדין בזכות אדם הקבועה בחוק-היסוד", התרחשה ב-1992, והפניה לאמירה דומה בפסק דין **בנק המזרחי**); רובינשטיין, לעיל ה"ש 97, בעמ' 349-351; מדינה, לעיל ה"ש 20, בעמ' 8-9.

¹⁵⁴ לסקירה של הפעילות החוקתית בתחום זכויות האדם לפני 1992 – שלא נשאה פרי – ראו רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 79-93 (תשנ"ז).

¹⁵⁵ ראו חוק השבות (תיקון מס' 2), תש"ל-1970, ס"ח 34, בו נקבעה הגדרת "יהודי" כתגובה ישירה לפסק 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 866, עמ' 36, שבועיים אחרי שניתן פסק הדין ב-23.1.1970. התיקון עצמו התקבל בכנסת בקריאה שלישית בחלוף כחודש נוסף, ב-10.3.1970.

¹⁵⁶ 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' ורד פרי** (פורסם בנבו, 30.4.2009). הצעת החוק הממשלתית פורסמה ברשומות ב-22.6.2009. ה"ח 437, עמ' 728, כחודש וחצי אחרי מתן פסק הדין. החקיקה ארכה כשלושה שבועות נוספים והתיקון התקבל ב-13.7.2009.

¹⁵⁷ אין מקום לטענה שמדובר במהלך מכוון 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 והגיוינו שהרכב השופטים לא רצה לפרסם את פסק הדין בלי התשומה 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; שמואל מיטלמן "בג"ץ: כל בית משפט יוכל לבטל חוקי הכנסת" **מעריב** 10.11.1995. זאת בניגוד לדיווח היחיד על העברת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהופיע בפינה התחתונה של עמוד פנימי ב"הארץ", לצד ביקורת קונצרט, המשך כתבה מעמוד הראשי על בחירות במדינת מישגן בארה"ב, ומודעת פרטים לפרסום מודעות אבל. ראו גדעון אלון "הכנסת אישרה את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הארץ** 18.3.1992.

¹⁵⁸ ראו תזכיר חוק-יסוד: החקיקה, לעיל ה"ש 83; "חוקה בהסכמה" – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר,

מנגנון ייעוץ משפטי, שמגבה את הליכי החקיקה בין היתר בהערכות של חוקתיות ההסדרים המוצעים ובסיכוי שישרדו את "מבחן בג'ץ", ומשפיע לא אחת על התוצרים הסופיים של החקיקה.¹⁵⁹ חברי הכנסת עצמם מתרגלים להעסיק עצמם בשאלות חוקתיות על-פי המסגרות שיצק עבורם בית המשפט העליון בפסיקותיו החל מ-1995. מנחם מאוטנר אפיין תהליך זה כהתבססותה של "תרבות" שמספקת מובן ומשמעות לעשייה המשפטית, ויש לה כוח מנצח משל עצמה.¹⁶⁰

גם התנאים המוסדיים בהם פועלת הכנסת מעצימים את כוחו של המסלול שהותווה על-ידי בית המשפט העליון. יש לכך כמה היבטים:

מורכבות החקיקה. עבור חברי הכנסת התנגדות לסטטוס קוו החדש מחייבת ניסוח אגידה מנומקת חלופית, וגיבוש 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 ההחלטה, כזה אשר בורר את המקרה בו יכריע הלכה ואשר מורגל בהסכמות על נוסח אחיד או לפחות על תוצאה אחידה.¹⁶¹ הכנסת לעומת זאת היא גוף גדול, הטרוגני ובלתי-מתואם. חבריה יוזמים בעצמם את פעילויות החקיקה שלהם, מה שמגדיל את היצע החלופות לחקיקה, ומקשה על 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 עוד את הבעיה. בתנאים של משאבים פוליטיים מוגבלים, מרכיב משמעותי בעיצוב העדפותיה הנו משא ומתן להשגת פשרות אד הוק שמונעות מימוש מלא של תפיסה אידיאולוגית מסוימת כלשהי, גם בהינתן קואליציה רובנית.¹⁶²

בנוסף, מומחיותם של השופטים היא בניסוח הסברים רציונאליים ומבוססים בערכים שיצדיקו את הכרעותיהם. תרבות ההנמקה (reasoning) היא מרכזית להווייה המקצועית שלהם, במיוחד כך בבית המשפט העליון.¹⁶³ השיח הפוליטי-פרלמנטרי שונה כמובן מתרבות ההנמקה השיפוטית. הוא מערב כוחנות, פרגמטיות ופשרנות, לצד עיסוק בערכים ובמדיניות, והוא חסר את הפנאי הנפשי והאינטלקטואלי המיוחד לעשייה השיפוטית. תנאים אלה מקשים אף הם על ניסוח אגידה חלופית למהלך השיפוטי, כזו שתתחרה בו לא רק מבחינת תכנה, אלא גם מבחינת תחכום השיח שלה ואיכותה המשכנעת.

גם הליך החקיקה עצמו מובנה כך שיקשה אפילו 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 ואנרגיה חוקתית שנצברה ברגע מוקדם בהליך החקיקה עשויה להתפזר עד הגיע רגע ההשלמה של ההליך.¹⁶⁴ גם אם אין להפריז בעוצמת החסמים הללו – תקנון הכנסת כולל יחסית מעט מגבלות על קצב

סעיפים 164-163 (2005) www.idi.org.il/media/271114/Constitution%20by%20Consensus.pdf; "חוקה בהסכמה רחבה" – דו"ח ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בעניין הצעות לחוקת מדינת ישראל, סעיף 13 (2006) huka.gov.il/wiki/index.php/%D7%97%D7%95%D7%A7%D7%94:%D7%94%D7%A9%D7%A4%D7%99%D7%98%D7%94; "חוקת מדינת ישראל" – הצעת המכון לאסטרטגיה ציונית, סעיף 90 (2006) izs.org.il/userfiles/izs/%D7%94%D7%A6%D7%A2%D7%AA%20%D7%94%D7%97%D7%95%D7%A7%D7%94%20%D7%A9%D7%9C%20%D7%94%D7%9E%D7%9B%D7%95%D7%9F%20%D7%9C%D7%90%D7%A1%D7%98%D7%A8%D7%98%D7%92%D7%99%D7%94%20%D7%A6%D7%99%D7%95%D7%A0%D7%99%D7%AA.pdf.

¹⁵⁹ ראו רוזנאי, לעיל ה"ש 97, בעמ' 214-225 (תיאור מנגנוני הייעוץ הקיימים וטענה כי הם אינם מספקים).

¹⁶⁰ ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 130, בעמ' 44-41, 55-50. כן ראו Bar-Siman-Tov, לעיל ה"ש 79, בעמ' 857-862 (הצגה וביקורת של התפיסה לפיה מחוקקים מציינים לכללים החלים עליהם בעקבות תהליך לא-אינסטרומנטאלי של הפנמה והזדהות עם הנורמות).

¹⁶¹ ראו שחר, גרוס וחריס, לעיל ה"ש 80, בעמ' 756-767 (הרוב המוחלט של פסקי הדין של בית המשפט העליון ניתנים פה אחד; המבנה הסדרתי של כתיבת פסקי דין מקנה כוח "סחיפה" משמעותי לכותב הראשון ומייקר מאוד את אפשרות המחלוקת). כן ראו הערות 126-127 לעיל והטקסט שלידן. 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).

¹⁶² ראו הנס קלון **על מהותה וערכה של המוקרטיה** 69-70 (תרגום יצחק אנגלרד, 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 143.

¹⁶³ ראו למשל אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 295-298 (2004); Frederick Schauer, *Giving Reasons*, 47 STAN. L. REV. 633 (1995).

¹⁶⁴ ראו Ittai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*, 91 B.U. L. REV. 1915 (1995).

החקיקה וגם מהן ניתן לסטות בהליך פשוט יחסית¹⁶⁵ – הרי שמשקלם, בתוספת רכיב הביוש, מצריך רצון פרלמנטרי תקיף ועקבי כדי להתנגד למהלך החוקתי, המתבסס והולך בפסיקות השיפוטיות.¹⁶⁶

מרכזיות הרשות המבצעת. נוספת לכך תלותה המשמעותית של הכנסת בתשומות המקצועיות של משפטי השירות הציבורי בניסוח חקיקה. לתלות זו יש היבט פרגמטי והיבט פרוצדוראלי. במישור הפרגמטי, המומחיות המוסדית בניסוח חקיקה מרוכזת עדיין במשרד המשפטים, כך שניתן לצפות שאיכות הצעות-החוק שמנפקת הממשלה עבור חברי הכנסת תעלה בממוצע על הצעותיהם הפרטיות. במישור הפרוצדוראלי, הצעות-חוק ממשלתיות זוכות לקדימות בהליך החקיקה (בעיקר, בדילוג על קריאה טרומית ועל הכנה בוועדה לקריאה ראשונה).¹⁶⁷ למשרד המשפטים – שהוא הצומת דרכו מנותבת מלאכת החקיקה של הרשות המבצעת – תפקיד מרכזי בעיצוב האג'נדה החקיקתית של הכנסת. זהו נתון חשוב, שכן רבים מן המשפטים במחלקות הייעוץ והחקיקה של משרד המשפטים שותפים למעגל המקצועי והתרבותי של שופטי בית המשפט העליון¹⁶⁸ – והם אלה שבפועל מנהלים את מדיניות התגובה החקיקתית לפסיקותיו של בג"ץ. זהו הסבר מתקבל על הדעת לכך שכל תיקוני החקיקה שנועדו לציית לביקורת השיפוטית החוקתית¹⁶⁹ נוסחו על-ידי (הדרגים המקצועיים של) משרד המשפטים, ואילו הניסיונות המגוונים (מאז 1995) להתגברות על הביקורת השיפוטית החוקתית או לביטולה¹⁷⁰ עלו בהצעות-חוק פרטיות, ועלו בתוהו.

שאלה פתוחה היא מה תהיה ההשפעה לאורך זמן של מחלקת הייעוץ המשפטי בכנסת על אופי החקיקה החוקתית – האם יתגבש שם אתוס חוקתי נפרד ועצמאי מזה המאפיין את משרד המשפטים (אולי לעומתי יותר כלפי בית המשפט העליון?), או שהמשותף – בתרבות מקצועית ואף ביחסים בינאישיים – יגבר על הפערים המוסדיים. כבר כיום הכנסת מייצגת את עצמה, בנפרד ממוסדות הממשלה, בעתירות חוקתיות.¹⁷¹ הדבר מצריך עיון מדוקדק שחורג מתחומי מאמר זה, אך לפי שעה לא נראה שתגובותיה של הכנסת בעתירות אלה מבטאות תיאוריה חוקתית מתחרה לזו שפיתח בית המשפט העליון ושאוּמץ בפרקליטות המדינה. ככל שהתמיכה המקצועית למעשה החקיקה היא קריטית להבנת תוכנו ומגמותיו, הרי אפשר שמסתמנת כאן רשת (network) של ייעוץ משפטי בעל מחויבות מקצועית-מוסדית והרגלי שיח משותפים, אשר מהווה בלם נוסף על אפשרות היומרה של הכנסת לפתח ולחוקק אידיאל חוקתי אחר מזה שעוצב בפסיקת בית המשפט העליון.

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

V. לקחים מן הניתוח המוסדי

(2011) 1933.

¹⁶⁵ 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).

¹⁶⁶ ניתן לטעון שהעדרם של תיקונים חוקתיים גוברים מעיד על כן שבכנסת טרם התגבש רצון חזק מספיק להתגבר – כלומר שמעולם לא התעוררה בקרבה התנגדות חריפה דיה לפסיקה חוקתית של בית המשפט העליון. אך לא ברור מדוע – מנקודת מבט רובנית – רק רצון "חזק" זכאי להתגבר על פסיקה שיפוטית. למודל המדגיש 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).

¹⁶⁷ ראו סעיפים 74-79 לתקנון הכנסת, שחלים גם על חקיקת-יסוד.

¹⁶⁸ ראו יואב דותן "קדם-בג"ץ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ "משפט וממשל ז' 159, 172-172 (תשס"ד) ("אנשי הפרקליטות מרגישים מחויבים, מבחינת האתוס המקצועי שלהם, המסורת והאווירה המוסדית שבתוכה הם פועלים – כלפי מערכת המשפט, לא פחות מאשר כלפי הרשות המינהלית המיוצגת עלידם בבג"ץ").

¹⁶⁹ ראו הערות 62-63 לעיל.

¹⁷⁰ ראו הערות 55-61 לעיל.

¹⁷¹ ראו סעיף 17(ג) לחוק הכנסת, תשנ"ד-1994. כן ראו איתן, לעיל ה"ש 48.

אני סבור שפענוח הכוחות המוסדיים שפעלו, או שעשויים היו לפעול, על הרשות המחוקקת-המכוננת ביחסה לפעולתו החוקתית של בית המשפט העליון מאפשר לנו חשיבה מחודשת הן על אופן ההיווצרות וההתבססות של המהפכה החוקתית בעבר, והן על הפוטנציאל לשימור או לשינוי המצב החוקתי שנוצר לעתיד לבוא. 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, הרי שהוא אינו מתיימר לקבוע באופן חיובי את המערכת הסיבתית שהביאה 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 או אחר; דומני שלגישה דווקנית כזו אין הצדקה אנאליטית, אף לא אמפירית. יחד עם זאת, הדגש שניתן בדיון להסבר הסטטוס קוו נובע מן החשיבות של פענוח תנאי הרקע המוסדיים כשלב הכרחי בהערכה של כל הסדר משפטי, וודאי של הסדרים חוקתיים שכל מהותם הוא עיצוב מוסדות המדינה וסמכויותיהם.

שנית, הסיפור הישראלי מציג תמונה לא-אינטואיטיבית של הפערים המוסדיים בין בית המשפט ובית המחוקקים. לפי ההסבר המבוסס על דינאמיקה של תלות במסלול, דווקא בית המשפט – שנחשב בגלל מאפייניו המוסדיים לגוף פסיבי ושמרני – הוא שמסוגל לקבוע ולקבע אג'נדה חוקתית; ודווקא בית המחוקקים, שנתפס בדרך כלל כגוף בעל היוזמה הפוליטית (בוודאי בשיטות פרלמנטריות בהן יש הלימה מפלגתית בין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת), הוא שמוגבל בקביעת ההסדרים החוקתיים והוא נגרר למעשה בעקבות יוזמתו של בית המשפט העליון. כמובן, כפי שצוין, פסק הדין בעניין בנק המזרחי לא יכול היה 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 צריך להיות דווקא זה שמתניע אותה; עליך להימצא "במקום הנכון בזמן הנכון" ולהחזיק בכלים הנכונים כדי לנצל את זמינותו של תהליך בשלבי ההתעצבות ולהטות אותו למסלול הנכון בעיניך. פסיקתו של השופט ברק מאמצע שנות ה-80 הראתה בבירור שהוא מוביל את בית המשפט בחיפוש אחר שעת כושר לעיגון המהלך החוקתי. צירוף הנסיבות שהביא את הכנסת לכוון ב-1992 את חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, ושהניא אותה מלהגיב באופן מיידי לפרשנותם היומרתית ב-1995, היה ה"פתח" שדרכו הותווה המסלול בו 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. חשיבות הניתוח המוסדי היא בהבנה שהמסלול שהותווה לא היה המסלול היחיד האפשרי, וכן שאין ודאות שהוא היה המסלול המיטבי. כך למשל, יש טעם בסברה שאחת התוצאות של "המהפכה החוקתית" היתה נסיגה של הכנסת מפעילות חוקתית בתחום זכויות האדם. כזכור, החקיקות של 1992 ושל 1994 באו לאחר עשורים של ניסיונות לחקיקת-יסוד בתחום הזכויות. נדרשה שורה של מהלכים מתוחכמים, הן במישור הניסוח החוקתי והן במישור הפוליטיקה הקואליציונית, כדי להביא לרגע המיוחד הזה, 42 שנים אחרי "החלטת הררי"¹⁷² ו-34 שנים אחרי כינון חוק-היסוד הראשון,¹⁷³ בו פעלה הכנסת כרשות מכוננת בתחום זכויות האדם. כידוע, חלפו כבר למעלה מעשרים שנה והכנסת מעולם לא חזרה לעסוק בחקיקת-יסוד בתחום זה. הנה למשל מסלול שיכול היה להתפתח אילו הזדמן לכנסת להאריך בתהליך של "ניסוי וטעייה" בתחום זכויות האדם, טרם שהתקבעו המשמעויות המשפטיות של מעשיה בפסיקתו של בית המשפט העליון על ביקורת שיפוטית ועל עליונות נורמטיבית של חוקי-היסוד. המבקשים לראות את הכנסת מקדמת את תהליך היצירה של מגילת זכויות חוקתית עשויים לבכות את המסלול שנחסם. כמובן אפשרי היה גם מסלול אחר, בו הכנסת מכוננת זכויות חוקתיות אך באין אכיפה שיפוטית אפקטיבית אלה נשארות בגדר רטוריקה ריקה, ומעמדן של זכויות האדם במשפט הישראלי רק נפגע. זה מן הסתם היה חששו של בית המשפט העליון, שהחליט "להסתפק" במעשה החוקתי של הכנסת מ-1992 כדי לשוב ולקחת את הבכורה בתחום פיתוח המשפט החוקתי של זכויות האדם.

שלישית, ככל שלאורך זמן לבית המשפט באמת יש יתרון על פני הכנסת בקביעת אג'נדות חוקתיות, הרי שניתן לטעון שזהו נתון שאמור להשפיע על עיצוב מערכת היחסים החוקתית בין המוסדות לעתיד לבוא. כידוע, שם המשחק כיום הנו 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.

¹⁷² החלטת הכנסת מיום 13.6.1950, ד"כ 5 עמ' 1743 (התשי"ו).

¹⁷³ חוק-יסוד: הכנסת, ס"ח 244 עמ' 69 (התשי"ח-1958).

ההצעות הקיימות בנושא זה – בולט תזכיר חוק-יסוד: החקיקה של משרד המשפטים מ-2012¹⁷⁴ – קובעות שיידרש רוב מיוחד הן לחקיקת-יסוד והן להתגברות חקיקתית על ביקורת שיפוטית; כלומר הן מציעות צמצום נוסף ביכולת התגובה של הכנסת לביקורת שיפוטית. אם הניתוח שהוצג כאן נכון, הרי שאפשר שמודל דיאלוגי "אמיתי" מצדיק דווקא ריכוך של הליך התגובה הפרלמנטארי, ולא הקשחתו – כלומר קביעת חסמים נמוכים יחסית לחקיקה נוגדת, ולא גבוהים כפי שמוצע כיום.¹⁷⁵ שוב מדובר במסקנה אשר סותרת את האינטואיציה המקובלת לפיה יש להחמיר בגישת המחוקקים לחוקה באמצעות דרישות רוב מיוחדות והליכי הצבעה מורכבים יותר מבחיקה רגילה. אך לפחות אלה המאמינים שרצוי 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, שגם אם יעלה בידינו לנסח הסדר דיאלוגי "ממשי", הרי העברתו בפועל, במקום ההסדר החוקתי הקיים, צפויה להיות קשה נוכח התלות המתחזקת במסלול הקיים. גם תזכיר חוק-יסוד: החקיקה – הניסיון האחרון לפרוץ את הסטטוס קוו – ירד כמדומה לתהום 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 – מהפכות לעתים קורות, אחרי הכל. כך למשל מהלך קיצוני של בית המשפט העליון בתחום הביקורת השיפוטית יכול להוביל את הכנסת לתגובת נגד חריפה, ומנגד ניתן לדמיין קואליציה שתביא להשלמת תהליך כינון החוקה 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 בנמצא אף חזון חוקתי רציני שמציע להחזיר את המשטר החוקתי הישראלי לעידן שטרם 1992-1995 מלמדת על עוצמת ההכרה שהתבססה בסמכות הביקורת השיפוטית בישראל, במודל העליונות שעוצב על ידי בית המשפט העליון בעשורים האחרונים.

רביעית, ניתן לשאול האם הדינמיקה שתוארה כאן אמנם מייחדת את התחום החוקתי, או שמא לבית המשפט העליון יש יכולת לכבול את הכנסת גם בתחומי משפט אחרים. הסבר הסטטוס קוו כשלעצמו אינו מוגבל באופן הכרחי לנורמות חוקתיות. עם זאת ניתן לשער שככל שמדובר בנורמות מדרגה גבוהה יותר שלהן תחולה רחבה על אנשים ועניינים, כך ההשקעה הראשונית בלימודן, פירושן, ושילובן במערך הנורמטיבי הכולל תהיה משמעותית יותר, ולכן עלויות הסטייה תהיינה מרתיעות יותר. מעבר לכך, נראה שהסבר הביוש פועל באופן ייחודי בתחום החוקתי אשר נוגע בחקיקה רוויית-ערכים ולכן מקשה במיוחד על התחרטות מאוחרת. מכל מקום, ראוי לבצע 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,¹⁷⁶ באקט נדיר בשדה החקיקה האזרחית שבא שנים רבות אחרי התבססות הלכת אפרופים,¹⁷⁷ מעורר שאלות מובהקות של כוחות מוסדיים יחסיים. מתבקש בעניין זה פענוח שעת הכושר שאפשרה לכנסת לחזור לתחום שנשלט לכאורה באופן מוחלט בידי הפרשנות השיפוטית עד לאותו שלב. 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" ו"המשפט בפעולה".¹⁷⁸ כפי שראינו בתחילה, המעין בטקסטים החוקתיים הישראליים – סדרת חוקי-היסוד – עשוי להניח שברוב התחומים, כולל ההגנה על מרבית 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, מה שבעיני רבים שולל ממנה את אופיה ה"חוקתי". בפועל עם זאת, כפי שראינו, בעשורים האחרונים החל מתייצב בישראל משטר חוקתי קשיח למדי, שלכנסת קשה (ואולי גם לא כדאי) לקרוא עליו תיגר, למרות כוחה הפורמאלי לעשות כן. זו תובנה בעלת חשיבות מחקרית כללית, אך היא חיונית לעוסקים במחקר השוואתי. הניסיון הישראלי הוא סימן

¹⁷⁴ לעיל ה"ש 83.

¹⁷⁵ לטיעון קרוב ראו ספיר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 261.

¹⁷⁶ חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011, ס"ח 2273.

¹⁷⁷ ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ. אפרופים שיכון וייזום (1991), פ"ד מט(2) 265 (1995).

¹⁷⁸ ראו Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910).

אזהרה מפני הסתמכות על תוכן המילולי של חוקות בלבד לצורך הבנת המבנה המוסדי האפקטיבי של שיטת משטר כלשהי.

VI. סיכום: אנטי-רובניות התנהגותית

במסגרת עיון השוואתי שערך בשיטות חוקתיות דיאלוגיות, כלומר כאלה שמתירות תגובה מסוג כלשהו של הרשויות הפוליטיות לביקורת שיפוטית (כמו קנדה ואנגליה), ניסח מארק טושנט את מה שניתן לכנות "כלל ההידרדרות" ו"כלל ההסלמה". טושנט הראה כיצד הסדרים דיאלוגיים אינם יציבים לאורך זמן – הם נוטים "להסלים" להסדר של ביקורת שיפוטית במובן החזק, עם עליונות פרשנית שיפוטית בסגנון ארה"ב, או "להידרדר" לעליונות פרלמנטרית שהופכת את הביקורת השיפוטית ללא יותר מאשר מנגנון ייעוץ למחוקק.¹⁷⁹ טושנט תיאר דינמיקות מגוונות שיכולות להוביל לתוצאות כאלו. המשותף להן הוא שהמוסדות המעורבים במשחק הסמכויות נוטים להתייצב באחד הקצוות, אחרי שהתכנסו אליו. זהו המצב בשיטות שבחרו לעצמן במודע ובמפורש משטר חוקתי דיאלוגי.

בשיטה החוקתית של ישראל, למעט בהקשר לפסקת ההתגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק (שהשימוש הבודד 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, לרוב בהליך זהה. ישראל שייכת אפוא באופן פרמאלי לקבוצת המדינות שמפעילות ביקורת שיפוטית "חלשה", גם אם היא מעולם לא התכוונה לכך,¹⁸⁰ אך למעשה, במונחי 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 הבלתי-רגיל שיפעל לעשות זאת.

כמובן, בית המשפט אינו "אשם" מבחינה פוליטית או מוסרית במצב זה; 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,¹⁸¹ אני ביקשתי להניח כנסת שמודעת לכוחותיה וקואליציה שמסוגלת 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 למסלול אליו אנו מותלים כיום. התבוננות ריאליסטית במצב החוקתי שנוצר בעקבות פסק הדין בעניין בנק המזרחי עשויה אפוא ללמד שגם הביקורת השיפוטית נוסח ישראל כורכת עמה, בדומה לשיטות אחרות שבהן תיקון החוקה הוא דווקא מורכב ואטי, נתון אנטי-רובני בעל משקל. וזאת 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 בעלי אמצעי התמודדות מובנים עם קיבעון: גופי ביקורת, הליכים של עיון חוזר, ואולי אף, כפי שסבר תומאס ג'פרסון,¹⁸² לעגן "שסתומי בטחון" שיכריחו אותנו לשוב מעת לעת אל שולחן השרטוטים ולבדוק מחדש את אמונותינו

¹⁷⁹ Mark Tushnet, *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights-and Democracy-Based Worries*, 38 WAKE FOREST L. REV. 813, 824-37 (2003).

¹⁸⁰ 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).

¹⁸¹ ראו למשל גד ברזילי "פרלמנטריזם ויריבו: הפוליטיקה של המשפט הליברלי" בתוך **חברה במראה** 359, 366-376 (חנה הרצוג עורכת, 2000).

¹⁸² Thomas Jefferson, *Reform of the Virginia Constitution: Letter to Samuel Kercheval* (July 12, 1816) etext.virginia.edu/etcbin/toccer-

החוקתיות. אנו עשויים כמובן לגלות שהביקורת השיפוטית החוקתית היא מוסד רצוי לדמוקרטיה מוסרית, ושעקרון הכרעת הרוב לא צריך למשול בכיפה. אך זו תהיה כבר בחירה ריבונית, ולא התניה מוסדית.

[new2?id=JefLett.sgm&images=images/modeng&data=/texts/english/modeng/parsed&tag=public&part=244&division=div1](#)