

שלושה מודלים של חוקה

מאת

גדעון ספיר*

במרץ 1992 התרחשה במדינת ישראל מהפכה חוקתית. כך, לפחות, קבע בית המשפט העליון. המהפכה הולידה שורה שלמה של התפתחויות חוקתיות פרי ידיו של בית המשפט. המערכת הפוליטית הסתפקה בתפקיד פסיכי יחסית של תגובה – מילולית על פי רוב – למהלכיו של בית המשפט. לאחרונה ניכרת מגמת שינוי בגישת המחוקק. ועדת החוקה, חוק ומשפט, נטלה יזמה והחלה להוביל מהלך שתכליתו להשלים את החוקה הישראלית ולעצב את צורתה הסופית. מאמר זה נכתב בניסיון להציג למקבלי ההחלטות את האפשרויות הפתוחות בפניהם בתחום החוקתי. מוצגים בו שלושה רציונלים שונים לאימוץ אסטרטגיה חוקתית ושלושה מודלים חוקתיים שונים, כל אחד מהם מעוצב בהתאם ליעד שמבקשים להשיג. עוד נבחנים במאמר: יתרונותיו וחסרונותיו של כל מודל; האפשרות לשלב בין המודלים השונים; והשאלה איזה מודל, או שילוב של מודלים, מתאים ביותר למדינת ישראל.

א. מבוא. ב. הגנה על ערכי יסוד באמצעות חוקה ובית משפט. 1. המודל והרציונל שבבסיסו; 2. חולשות; 3. פתרונות; ג. חוקה כדיאלוג. 1. המודל והרציונל שבבסיסו; 2. היכן אומץ המודל? 3. בחינה לאור חולשות המודל הראשון; 4. בחינה לאור יתרונות המודל הראשון; 5. סיכויי הצלחה; 6. על תפיסות שונות של דיאלוג; ד. חוקה ככלל השחק. 1. המודל והרציונל שבבסיסו; 2. היכן אומץ המודל? 3. חולשות; ה. האם ניתן לשלב בין המודלים? ואיזה מהם, אם בכלל, מתאים למציאות הישראלית? 1. מבוא; 2. האם המודלים מוציאים זה את זה או שניתן לשלב ביניהם? 3. איזה מודל הכי מתאים למציאות הישראלית? ו. סיום.

א. מבוא

במרץ 1992 התרחשה במדינת ישראל מהפכה חוקתית. כך, לפחות, קבע בית המשפט העליון בפרשת בנק המזרחי.¹ המהפכה שחררה פקק גדול שחסם במשך שנים רבות את

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודתי לרות גביוון, לעמרי ידלין ולברק מדינה על הערותיהם המועילות, ולשגיא שיף ולרומן זינגרד על עזרה במחקר.

1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), ("המהפכה החוקתית התחוללה בכנסת במרץ 1992. הכנסת העניקה למדינת ישראל מגילת זכויות

דרכה של הרכבת החוקתית בישראל והולידה שורה של התפתחויות חוקתיות פרי ידיו של בית המשפט. המערכת הפוליטית הסתפקה בתפקיד פסיבי יחסית של תגובה – מילולית על פי רוב – למהלכיו של בית המשפט.² בתקופה האחרונה ניכרת מגמת שינוי בגישת המחוקק. מיכאל איתן, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, נטל יזמה והחל להוביל מהלך שתכליתו להשלים את החוקה הישראלית ולעצב את צורתה הסופית.³ מאמר זה נכתב במבט צופה פני עתיד, בניסיון להציג למקבלי ההחלטות את האפשרויות הפתוחות בפניהם בתחום החוקתי. להלן יוצגו שלושה רציונלים שונים לאימוץ אסטרטגיה חוקתית ושלושה מודלים חוקתיים שונים, כל אחד מהם מעוצב בהתאם ליעד שמבקשים להשיג.

אדם חוקתיות" חוות דעתו של הנשיא ברק, שם בעמ' 353). לראשונה השתמש הנשיא ברק במושג בכובעו כמלומד במאמר אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992).

2 ראו, למשל, גדעון אלון וצבי זרחיה "בניזרי בוועדת חוקה: לא ניתן לבג"ץ להשתולל" הארץ 13.12.1994 ("הח"כים מיכאל איתן, שלמה בניזרי, יצחק לוי ויגאל ביבי לא הסתירו את הביקורת שלהם על בג"ץ והביעו את חששותיהם מהסמכויות הרחבות שהעניקה הכנסת לשופטי ביהמ"ש העליון... ח"כ איתן... לא זו הדרך להעביר חוקה בישראל"); גדעון אלון "יו"ר סיעת המפד"ל: השופטים מנציחים את מעמדם מעל לכנסת" הארץ 10.11.1995 ("ח"כ סילבן שלום מתח ביקורת על קביעת ביהמ"ש העליון כי יש לו סמכות לבטל חוקים של הכנסת. לדבריו, מהפכה מסוג זה חייבת להיעשות בחקיקה ראשית ולאחר דיון ציבורי רחב... יו"ר סיעת המפד"ל ביקר אף הוא... וטען, כי ביהמ"ש העליון ניצל הזדמנות כדי לחטוף לעצמו סמכויות"). הפעם היחידה שהמערכת הפוליטית הגיבה תוך שימוש בסמכותה כמחוקק – או שמא נאמר: תוך שימוש בסמכותה כמכונן – הייתה כשתיקנה את חוק יסוד: חופש העיסוק והוסיפה לו את מנגנון ההתגברות, כדי להתגבר על המשבר שנוצר על רקע פסיקת בג"ץ ביחס לייבוא בשר קפוא (מאוחר יותר אף החריגה הכנסת את חוק ייבוא בשר קפוא שנחקק בהתאם למנגנון ההתגברות ממגבלת הזמן שקבע המנגנון), ראו להלן ה"ש 63. אולם, כידוע גם בעניין זה היא בסך הכל אימצה רעיון שהציע לה נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק. ראו אהרן ברק "על התיקונים בחוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 545 (1994) (מכתבו של ברק אל יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, הכולל הערות להצעת חוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון). כפי שמציינת מערכת כתב העת, "הערותיו של השופט ברק מצאו הרבה בורסה החדשה של חוק היסוד", שם).

3 ראו גדעון אלון "דו"ח על פרקי החוקה העתידית של ישראל יוצג לכנסת בט"ו בשבט" הארץ 17.11.2005 ("דו"ח מיוחד ומקיף המכיל את כל פרקי החוקה העתידית של ישראל, יוצג לראשונה בפני הכנסת, בשיבה חגיגית בט"ו בשבט (13 בפברואר), יום הולדתה של הכנסת. הדו"ח, הכולל ארבעה פרקים: מבוא לחוקה, עקרונות היסוד, מגילת זכויות האדם והפרק הממשלי, הונח בוועדת החוקה בשנתיים וחצי האחרונות. יוזם הדו"ח המקיף הוא יו"ר ועדת החוקה, ח"כ מיכאל איתן, ששם לו למטרה במאי 2003 לגבש ולהניח על שולחן הכנסת הצעת חוקה שלמה שתכלול את כל חוקי היסוד שתוקקו וכן מגילת זכויות. ועדת החוקה הכינה את הדו"ח בניצוחה של פרופ' רות גביון (המועמדת לכהן כשופטת בביהמ"ש העליון) ששימשה כיועצת האקדמית של הוועדה ובסיוע המכון הישראלי לדמוקרטיה, אנשי אקדמיה מאוניברסיטאות שונות וכן היועצת המשפטית של ועדת החוקה, עו"ד סיגל קגוט").

רציונל אחד לשימוש באסטרטגיה חוקתית הוא הצורך להגן על ערכי יסוד מסוימים מפני פגיעה מצד המערכת הפוליטית. רציונל זה, והמודל שהוא מכתוב, הוא הידוע ביותר מבין השלושה שיידונו במאמר, והוא גם היחיד שנדון עד כה ברצינות בשיח הישראלי. אולם, כפי שנתאר בפרק ב', בשיח האמריקני על אודות התאוריה החוקתית נמתחת עליו ביקורת קשה הנשענת על כמה נימוקים. בצד ביקורת זו הועלו בשיח החוקתי האמריקני גם כמה הצעות בדבר האופן הראוי להתגבר על חולשותיו של המודל, וגם אותן נסקור ונעריך בפרק ב'. בפרק ג' נתאר רציונל אחר, שלפיו תפקידה של החוקה אינו להגן על ערכים מסוימים אלא להבטיח שעניינים מהותיים יקבלו את תשומת-הלב הראויה ויוכרעו על ידי המערכת הפוליטית לאחר שיקול דעת מעמיק. רציונל זה מכתוב מודל שבמסגרתו המחוקק ובית המשפט מנהלים דיאלוג בסוגיות המהותיות, ובית המשפט משמש זרז לקיומו של הדיון – אך למחוקק נשמרת זכות המילה האחרונה. רציונל זה והמודל הנגזר ממנו אינם מוכרים כמו הרציונל והמודל הקודמים, ובכל זאת אימצו אותם בעשורים האחרונים מדינות מערביות חשובות כמו קנדה, בריטניה וניו-זילנד. עוד נבחן בפרק ג' מה הם סיכוייו של מודל זה להגשים את מטרותיו, והאם הוא פותר את הבעיות המרכזיות שמעורר המודל הראשון. פרק ד' יוקדש לרציונל השלישי, שלפיו תפקידה של החוקה להסיר מסדר היום הפוליטי מחלוקות מסוימות שהמשך הדיון בהן תובע משאבים פוליטיים מופרזים ומאיים על היציבות החברתית. רציונל זה שונה באופן מהותי משני האחרים, וגם המודל שהוא מכתוב שונה מקודמיו בכמה עניינים. בין השאר החוקה שתעוצב על פיו תהיה מפורטת הרבה יותר מהחוקות שיעוצבו לפי שני הרציונלים הראשונים, ותכניה לא יכללו ערכים ועקרונות נעלים אלא פשרות שאינן משאת נפשו של איש.

בפרק ה' נבחן שתי שאלות. השאלה הראשונה היא אם המודלים השונים מוציאים זה את זה או שניתן לשלב ביניהם. אנו נטען כי למרות שקיים מתח ברור בין המודלים ניתן לחשוב על שילוב מסוים ביניהם. בהמשך לתשובה זו נשאל – וזו השאלה השנייה – מהו המודל או השילוב המתאים לישראל, ועל כך נשיב כי המודל הראשון איננו מתאים למציאות הישראלית, אך יש היגיון בשילוב בין המודל השני לשלישי. החברה הישראלית מתאפיינת בהטרוגניות ובשסעים עמוקים בין קבוצות שונות, ובנסיבות אלה קשה להניח שניתן יהיה לגבש מערכת ערכים מוסכמת – ומכאן הרלבנטיות הפחותה של המודל הראשון. אולם, מציאות זו בדיוק היא שמגבירה את הצורך במנגנון השתקה חזק – כמו זה שמאפשר המודל החוקתי השלישי – שיוציא עניינים מסוימים מהשיח הפוליטי השוטף וינטרל את האיום הטמון בהם ליציבות החברתית. החברה הישראלית מתאפיינת גם בכך שהיא נעדרת תרבות פוליטית של דיון מסודר ומעמיק בנושאים מהותיים. במצב עניינים זה, המדינה יכולה להרוויח מיצירתו של מנגנון מהסוג שמציע המודל החוקתי השני – מנגנון שיחייב את המערכת הפוליטית לשרג את השיח בעניינים מהותיים אך לא ייטול ממנה את החובה ואת הסמכות להכריע בהם.

ב. הגנה על ערכי יסוד באמצעות חוקה ובית משפט

1. המודל והרציונל שבבסיסו

הרציונל הראשון והמקובל ביותר לאימוץ אסטרטגיה חוקתית הוא הרצון להגן על ערכי יסוד מפני פגיעה. רציונל זה מבוסס על שתי הנחות יסוד: הראשונה היא שערכים מסוימים הם בעלי חשיבות עליונה ושבדרך כלל אין הצדקה לפגיעה בהם, והשנייה היא שמעל אותם ערכים מרחפת תדיר סכנת פגיעה. בין שתי ההנחות קיים מתח מסוים. בהנחה שהכול – או לפחות הרוב הגדול בחברה – מסכימים על חשיבותם של הערכים (שאינם לא כן לא ניתן היה לעגנם בחוקה), מניין נשקפת להם סכנה? התשובה הסטנדרטית מבחינה בין מצבי פיקחון למצבי שכרות: מטרתו של העיגון החוקתי היא להגן על עצמנו מפני עצמנו. בשעת פיקחון אנו יודעים מה מותר ומה אסור, אולם אנו גם יודעים שייתכנו מצבים – שנקרא להם "מצבי שכרות" – שבהם אנו עלולים לאבד שליטה על שיקול הדעת הראוי. לכן אנחנו מבקשים, בשעת פיקחון, לכבול את עצמנו כך שבמצב של אבדן שליטה יקשה עלינו – ואולי אפילו יימנע מאתנו – לעשות מעשים שבדיעבד נצטער עליהם.⁴

מערכת חוקתית המבקשת ליישם את הגישה דלעיל מבוססת על שלושה עקרונות יסוד: הענקת מעמד עליון למסמך המעגן את רשימת הערכים, שריונו של המסמך מפני תיקון חקיקתי רגיל, ומנגנון אכיפה המקנה לבתי המשפט סמכות לפסול חקיקה ראשית העומדת בסתירה לעקרונות החוקה.⁵

עד מלחמת העולם השנייה התקיים מודל חוקתי זה במספר מצומצם מאוד של מדינות ובראשן ארצות-הברית;⁶ שאר המדינות דבקו בעקרון החוקתי של עליונות

4 המונח הטכני שבו משתמשים בהקשר זה הוא Precommitment, ומטפורה שכיחה שבה משתמשים בהקשר זה היא זו של יוליסס והסירנות. ראו לעניין זה Samuel Freeman, *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*, 9 LAW & PHILOSOPHY 327 (1990); Michael Klarman, *Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem*, 85 GEO. L. J. 491, 496 (1997).

5 ראו רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 34-37 (1997).

6 החוקה האמריקנית מכריזה על עצמה כמסמך העליון והיא אף משוריינת, אך מוסד הביקורת השיפוטית אינו מעוגן בה במפורש. מקובל ליחס את היקבעותו כתקדים בפסק דינו המפורסם של השופט מרשל בפרשת מרבורי נ' מדיסון ((Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)), אך יש חולקים וטוענים שהעיקרון התקבע עוד טרם פסק דין זה. לדיון בהתפתחותו של מוסד הביקורת השיפוטית בארצות-הברית ראו – Maeva Marcus, *The Founding Fathers, Marbury v. Madison – And So What?*, in CONSTITUTIONAL JUSTICE UNDER OLD CONSTITUTIONS, 23 (Eivind Smith ed., 1995).

המחוקק. עם תום מלחמת העולם השנייה, ובמידה רבה כלקח ממנה, אימצו כמעט כל מדינות העולם המערבי את המודל האמריקני.⁷ גל נוסף של "חוקתיזציה", בהתאם למודל זה, עבר על יבשת אירופה עם נפילת הגוש הקומוניסטי והצטרפותן של המדינות שהיו חברות בו למשפחת הדמוקרטיות.⁸

קיימים הבדלים רבים בין המדינות האוחזות ברציונל זה ובמודל הנגזר ממנו. הבדל אחד, היוצר חלוקת-משנה שנהוג לייחס לה חשיבות רבה, הוא בזהות הגוף השיפוטי המופקד על אכיפת החוקה. במדינות הקונטיננטליות מקובל המודל הריכוזי, המייחד את סמכות האכיפה לגוף שיפוטי אחד, שבדרך כלל גם מוקם במיוחד לשם כך. לעומת זאת, בארצות-הברית נהוג המודל הביזורי המעניק לכל בית משפט סמכות לבצע ביקורת שיפוטית.⁹ הבדל נוסף נוגע לנסיבות המאפשרות ביקורת שיפוטית ולגוף המוסמך ליזום אותה. ההבחנה המקובלת היא בין ביקורת שיפוטית קונקרטית שאותה יכול ליזום צד

7 לסקירת ההתפתחות לאחר מלחמת העולם השנייה ראו MAURO CAPPELLETTI & WILLIAM COHEN, *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW: CASES AND MATERIALS* (1979) Chapter 1: "The History and Contemporary Expansion of Judicial Review"; Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 VA. L. REV. 771 (1997).

8 לסקירה והערכה של גל החוקתיזציה שעבר על מדינות הגוש הקומוניסטי לשעבר ראו MARRY ANN GLENDON, MICHAEL W. GORDON & CRISTOPHER OSAKWE, *COMPARATIVE LEGAL TRADITIONS* 392, 406, 410-422, 428-435 (1994); E. Tankev, *Historical and Psychological Sources Shaping Constitutionalism and Constitutional Performance in the Post Communist Societies*, in *LEGAL REFORM IN POST-COMMUNIST EUROPE: THE VIEW FROM WITHIN*, 141 (Stanislaw Frankowsky & Paul B. Stephan III eds., 1995); Herman Schwartz, *The New East European Constitutional Courts*, in *CONSTITUTIONAL MAKING IN EASTERN EUROPE*, 163 (A. E. Dick Howard ed., 1993); Jean-Marie Henckaerts & Stefaan Van der Jeught, *Human Rights Protection Under the New Constitutions of Central Europe*, 20 LOY. L.A. INT'L & COMP. L.J. 475 (1998); Rett R. Ludwikowski, *Fundamental Constitutional Rights in the New Constitutions of Eastern and Central Europe*, 3 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 73 (1995); HERMAN SCHWARTZ, *THE STRUGGLE FOR CONSTITUTIONAL JUSTICE IN POST-COMMUNIST EUROPE* (2000); Rett R. Ludwikowski, *Constitutionalization of Human Rights in Post-Soviet States and Latin America: A Comparative Analysis*, 33 GA. J. INT'L & COMP. L. 1 (2004).

9 לחיזור של שני המודלים ושל ההבדלים ביניהם ראו MAURO CAPPELLETTI, *THE JUDICIAL PROCESS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* 132-148 (1989); ALLAN R. BREWER-CARIAS, *JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW*, 125-135, 185-194 (1989); Victor F. Comella, *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism*, 82 TEX. L. REV. 1705 (2004); אהרן ברק שופט בכורה דמוקרטית 333-332 (2004); יואב דותן "האם ישראל צריכה בית משפט לחוקה?" משפט וממשל ה 117, 124 (2000).

הנפגע מהחקיקה, לבין ביקורת שיפוטית אבסטרקטית שאותה רשאים בדרך כלל לזוזם גורמים פוליטיים בלבד. בארצות-הברית, למשל, אפשרית רק ביקורת קונקרטית,¹⁰ בצרפת – רק ביקורת אבסטרקטית,¹¹ ובגרמניה שתי האפשרויות קיימות.¹² לבסוף, קיימת השאלה של עיתוי הביקורת. יש מדינות שבהן הביקורת היא א-פוסטריוורת, יש מדינות שבהן היא א-פריורית, ויש מדינות שבהן שני הסוגים אפשריים.¹³ מכל מקום, לצרכינו אתייחס לכל המערכות הללו כאחת הואיל וכולן מקבלות את ההנחות הבסיסיות שלפיהן המטרה היא להגן על ערכי יסוד, והדרך לעשות זאת היא יצירת מסמך עליון ומשוריין שייאכף על ידי בית המשפט.

2. חולשות

לרציונל הראשון ולמודל הגנור ממנו כמה נקודות חולשה שעליהן נכתבה ספרות ענפה. בפסקאות הבאות ננסה לתאר בקיצור נמרץ את נקודות החולשה העיקריות שהוצגו בספרות.

אִי-הסכמה בשאלת הערכים

גם אם נסכים שיש ערכים בעלי חשיבות עליונה, ספק אם ניתן להגיע להסכמה מלאה על זהותם של אותם ערכים בחברה הפלורליסטית המאפינת את כל מדינות המערב. בהנחה שחוקה היא מסמך המתקבל בהסכמה ולא מסמך הנכפה על חלק מהציבור, לא ברור כיצד ניתן להתגבר על מחסום אִי-ההסכמה ולאמץ חוקה.

10 ראו CIO v. Windsor, 353 U.S. 364 (1957) "Federal courts will not pass upon constitutional contentions presented in an abstract rather than in a concrete form", בעמ' 366. אך ראו, Alec Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review, And Why It May Not*, 101 MICH. L. REV. 2744, 2772-2778 (2003), הטוען כי למעשה גם בארצות-הברית קיימת ביקורת שיפוטית אבסטרקטית.

11 ראו BREWER-CARIAS, לעיל ה"ש 9, בעמ' 260-251; John Henry Merryman, *The French Deviation*, 44 AM. J. COMP. L. 109, 117 (1996).

12 ראו DONALD P. KOMMERS, *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 13-14 (2d ed. 1997); DAVID P. CURRIE, *THE CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY* 162-172 (1994).

13 למשל, בארצות-הברית הביקורת היא א-פוסטריוורת ובצרפת – א-פריורית. ראו CATHERINE ELLIOT & CATHERINE VERNON, *FRENCH LEGAL SYSTEM* 94-98 (2000); Cynthia Vroom, *Constitutional Protection of Individual Liberties in France: The Conseil Constitutionnel* (1988) 63 TUL. L. REV. 265, 270-274; *Since 1971*, בצ'ילה, בפורטוגל, בשווייץ ובונצואלה שתי האפשרויות קיימות. בצ'ילה ראו: Edith Z. Friedler, *Judicial Review in Chile*, 7 SW. J. L. & TRADE AM. 321 (2000); בפורטוגל: BREWER-CARIAS, לעיל ה"ש 9, בעמ' 268-265; בשווייץ: שם, בעמ' 274-271; בונצואלה: שם, בעמ' 282-275.

מתח עם העיקרון הדמוקרטי, וכפועל יוצא מכך פגיעה בתדמיתו ובמעמדו של בית המשפט

גם אם נניח שדילגנו מעל המחסום הראשון והצלחנו לגבש רשימה מוסכמת של ערכי-על, עדיין סביר שתתקיים מחלוקת משמעותית באשר להיקף התפרסותם הראוי של הערכים המוסכמים, באשר לאופן יישומם בנסיבות קונקרטיות ובאשר לפתרון הראוי במקרים של התנגשות בין ערכים שונים. אל נוכח המחלוקת בכל הנוגע לפרשנות החוקה, ליישומה ולאיוון בין ערכיה, בית המשפט – המופקד לכאורה "רק" על אכיפת החוקה – למעשה מקבל לידי סמכות רחבה בהרבה, היא הסמכות לעיצוב החוקה ולמילוייה בתוכן. אולם, הפקדת הכוח להכריע במחלוקות חוקתיות בידי בית המשפט פירושה המעשי אימוץ של כלל סמכות (Theory of Authority) שונה ומתחרה עם העיקרון הדמוקרטי (שאינו אלא כלל סמכות המציע פתרון לחוסר-ההסכמה בין ציבור האזרחים).¹⁴ זאת ועוד: כתוצאה מהמתח בין הפקדת סמכות הפרשנות והיצירה של הנורמות החוקתיות בידי בית המשפט לבין העיקרון הדמוקרטי, מתעורר חשש שבית המשפט יתפס בעיני הציבור (או חלקו) כשחקן פוליטי שפעולותיו נעדרות לגיטימציה, דבר שעלול לגרום לכרסום במעמדו.¹⁵

14 לביטוי קלאסי של הטענה ראו ALEXANDER BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH, THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (1962) ("The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system", שם, בעמ' 16). לביטוי ערכני יותר שלה ראו JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 255-262 (1999). יש המבקשים להשיב על הביקורת בטענה שהמתח בין ביקורת שיפוטית לדמוקרטיה לא היה ולא נברא, משום שלא בית המשפט הוא שמונע מן הרוב לחוקק כאוות נפשו אלא החוקה שהתקבלה באורח דמוקרטי. ראו, למשל, ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 322; אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" משפט וממשל ג 403 (1996); ובכובעו כשופט, בבג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 386-387 (1997) ("לא הרי הכרזה על בטלותה של חקיקת משנה בהיותה סותרת הוראותיו של חוק, כהרי הכרזה על בטלותה של חקיקה ראשית בהיותה סותרת חוק-יסוד. בבטול חקיקת משנה, נותן השופט ביטוי לרצון המחוקק. בבטול חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק לתוראות חוקתיות-על חוקיות, שהוא עצמו קבע"). אולם, על רקע הדברים שאמרנו בגוף המאמר הטענה איננה משכנעת. אם לשאלות חוקתיות רבות אין תשובה נכונה אחת גם לאחר עיון מדויק בהוראות החוקה, ואם הפרשן המוסמך של הוראות החוקה הוא בית המשפט, הרי שבסוף היום לא החוקה היא שמגבילה את כוחותיו של המחוקק הדמוקרטי אלא בית המשפט.

15 להצגת חשש כזה ראו משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" הפרקליט כו 30 (1971). כפי שציין הרפנונג, חשש זה מתממש לנגד עינינו במדינת ישראל. ראו מנחם הרפנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות" משפטים כח 211, 232-233 (1997) ("מעמדה של הרשות השופטת בתוך המסגרת החוקתית אינו מצוי מחוץ לגדרות המחלוקת הפוליטית. היפוכו של דבר: אחת ההשלכות הכוללות של "המהפכה החוקתית"... היא גרירת ביהמ"ש ללב המחלוקת הפוליטית... במציאות חדשה זו, שוב אין שופטי ביהמ"ש העליון נחשבים ע"י כל הציבור כפוסק אובייקטיבי במחלוקות משפטיות. חלקים

קיבעון מוסרי או כבילת הדור הנוכחי לערכיהם של קודמיו

חברה אכן צריכה להתנהל באופן העולה בקנה אחד עם מערכת הערכים שבה היא מאמינה. אולם, בה בעת לגיטימי ואף חיוני שאותה חברה לא תניח כי מערכת ערכיה היא מובנת מאליה, אלא תבחן אותה במבט ביקורתי ותערוך בה שינויים אם תגיע למסקנה שרכיבים מסוימים בה אינם מוצדקים. זאת ועוד: קיימת סבירות גבוהה שעם הזמן אכן יחולו שינויים ברשימת הערכים המקובלים בחברה, בפרשנותם של ערכים מוסכמים או בדרך הנתפסת ראויה ליישומם בנסיבות קונקרטיות. החוקה משמשת חסם בפני התפתחות מוסרית בריאה כזו, משום שהעיגון החוקתי של ערכים מעניק להם תוקף חזק במיוחד המגן עליהם מפני ערעור. כמו כן, גם אם חרף העיגון החוקתי מתקיים דיון ומתרחש שינוי בתפיסת העולם הערכית בחברה, החוקה מקשה על הרצאתו של השינוי מן הכוח אל הפועל. במקרה כזה החוקה איננה מגינה על הערכים שהחברה מאמינה בהם אלא כובלת את הדור הנוכחי לערכיו של דור קודם.¹⁶

דלדול השיח הדמוקרטי

דמוקרטיה בריאה מתאפיינת בהשתתפות אזרחית ערה בדיון בשאלות מהותיות. אולם, במערכת חוקתית מהסוג הראשון, ההכרעה בשאלות אלה כפופה להוראותיה של החוקה. כפי שהוסבר זה עתה, עליונותה של החוקה והיותה משוריינת מקשים מאוד על האפשרות לשנותה, והפקדת הסמכות לפרש את החוקה ולאוכפה בידיו של בית המשפט הופכת אותו לפוסק אחרון באותן שאלות מהותיות. משמעות הדבר היא שיכולתם של האזרחים להשפיע על התוצאה בשאלות אלה היא מוגבלת מאוד. בהיעדר סיכוי טוב להשפיע על התוצאה, סביר שהמוטיבציה האזרחית להשתתף בתהליכי ההכרעה תפחת; אדישות ובריחה מאחריות יתפסו את מקומו של השיח המוסרי הער.¹⁷

ניכרים בציבור, בפרט הציבור החרדי, רואים את המערכת המשפטית האזרחית כמשתתף אקטיבי בורכוח הפוליטי.

16 בעיה זו מכונה בספרות האמריקנית באופן מטפורי "בעיית היד המתה". להצגתה ראו JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* 11 (1980); לדיון בחשובות שונות שניתנו לה בניסיון להצדיק את הפרקטיקה החוקתית של כפיפות להוראות הדור הקודם ראו Michael W. McConnell, *Textualism and the Dead Hand of the Past*, 66 GEO. WASH. L. REV. 1127 (1998).

17 הטוען הקלאסי של טענה זו הוא ג'יימס ברדלי טייר (Thayer). ראו JAMES BRADLEY THAYER, OLIVER WANDELL HOLMES AND FELIX FRANKFURTER ON JOHN MARSHALL (1967) ("[T]he exercise of judicial review, even when unavoidable, is always attended with a serious evil, namely, that the correction of legislative mistakes comes from the outside, and the people thus lose the political experience, and the moral education and stimulates that comes from fighting the question out in the ordinary way, and correcting their own errors" שם, בעמ' 106-107). לביטוי עדכני של הטענה ראו Mark Tushnet, *Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty*,

ספק לגבי האפקטיביות

כאמור, תכליתו של המודל החוקתי הראשון היא להבטיח הגנה על ערכי יסוד החשופים לפגיעה על ידי הרוב או השלטון ברגעים שבהם יאבדו אלה את שיקול הדעת ויתפתו לנהוג שלא כהלכה. אולם, לא מעט מלומדים אמריקנים טוענים שההיסטוריה החוקתית האמריקנית מציבה סימני שאלה באשר למידת ההצלחה של האסטרטגיה החוקתית בכלל ושל בית המשפט כשחקן המרכזי במסגרתה בהגנה על ערכי יסוד חשובים.¹⁸ אם האשם הוא בבית המשפט, ייתכן שניתן לחשוב על מנגנוני אכיפה חליפיים או משלימים ששיגו תוצאה טובה יותר. אולם, אם הכשל הוא באזלת ידה של החוקה – נשמט הבסיס להשתמש באסטרטגיה החוקתית.

3. פתרונות

בפסקאות הקודמות סקרנו בקצרה שורה של טענות מרכזיות נגד אימוצו של המודל החוקתי הראשון. אולם, בצד השיח הביקורתי התפתח שיח שביקש להציע פתרונות לכשלים שבמודל חוקתי זה או לפחות לחלקם. להלן נתאר בקווים כלליים את ההצעות העיקריות שפורטו בספרות לפתרון הבעיות ונסה להעריך; המסקנה שתעלה מן הדיון היא שחלק מההצעות אינן מספקות כל פתרון וחלקן מציעות אך פתרון חלקי ובלתי-מספק.

94 MICH. L. REV. 245 (1995) ("Judicial review might debilitate decisionmaking by leading legislatures to enact laws without regard to constitutional considerations, counting on the courts to strike from the statute books those laws that violate the Constitution, leading to the problem of debilitation", שם, בעמ' 247).

18 לטענה בדבר קוצר ידה של החוקה הנאכפת באמצעות בית המשפט להשיג יעדים חברתיים חשובים ראו, למשל, ספרו הפולמוסי של ג'רלד רוזנברג, GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (1991) ("American courts are not all-powerful institutions. They were designed with severe limitations and placed in a political system of divided powers. To ask them to produce significant social reform is to forget their history and ignore their constraints. It is to cloud our vision with a naive and romantic belief in the triumph of rights over politics. And while romance and even naivete have their charms, they are not best exhibited in courtrooms", שם, בעמ' 343). לטענה התולה את הבעיה בתפקודו הלקוי של בית המשפט ראו MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS (1999) ("looking at judicial review over the course of U.S. history, we see the courts regularly being more or less in line with what the dominant national coalition wants.", שם, בעמ' 153); MARK TUSHNET, RED, WHITE AND BLUE: A CRITICAL ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL LAW (1988).

(א) הגבלת היקף הביקורת

מינימליזם

כאמור, חוקה אינה יכולה לתת מענה לכל דילמה חוקתית, ולפיכך מעורבות ממשית של בית המשפט באכיפתה של החוקה כוללת בהכרח גם את שיקול דעתם הערכי של השופטים, תוך שלילה או הגבלה של אפשרות האזרחים להשפיע בהכרעות ערכיות חשובות – דבר המנוגד כשלעצמו לעיקרון הדמוקרטי. עם זאת, מכאן לא נובעת עדיין המסקנה שבשבתו על כס המשפט השופט החוקתי חייב להפעיל שיקול דעת ערכי עצמאי. שופט המבקש להימנע מהתבססות על ערכיו שלו יכול לנקוט מדיניות מינימליסטית, שלפיה יתערב רק במקרה שבו המערכת הפוליטית פועלת בדרך המנוגדת בבירור להוראותיה המפורשות של החוקה. בכל מקרה שבו קיימות כמה גישות אפשריות, ופועלה של המדינה איננו נוגד באופן ברור את הוראות החוקה – יימנע בית המשפט מהתערבות. לגישה זו, המכונה "מינימליזם", שורשים עמוקים בקרב שופטים ואנשי אקדמיה בארצות-הברית.¹⁹ יש מדינות שאף כללו את העיקרון הזה במפורש בטקסט החוקתי שלהן.²⁰

פתרון זה כרוך בכמה קשיים. ראשית, הוא מצוי במתח עם הרציונל העומד מאחורי המודל הראשון. כזכור, הטעם לאימוץ מודל חוקתי זה הוא הרצון להעניק הגנה נאותה

19 אביה של גישה זו במשפט האמריקני הוא Thayer, במאמר משנת 1893 ששמו *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129 (1893). המאמר פורסם שוב בספר: JUDICIAL REVIEW AND THE SUPREME COURT: SELECTED ESSAYS (Leonard Levy ed., 1967) 43. תומך בולט נוסף בגישה זו היה השופט פליקס פרנקפורטר; ראו, למשל, דעתו החולקת בפרשת *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 636 (1943). גם לגישה ההפוכה יש כמובן חסידים בקרב אנשי המשפט בארצות-הברית. הללו סבורים כי לבית המשפט נועד תפקיד מרכזי יותר ביישומה ובאכיפתה של החוקה, המחייב אותו להכריע גם במקרים "פתוחים". אחד הבולטים בקרב המצדדים בנוונימימליזם היה שופט בית המשפט העליון הפדרלי, ברנז. ראו מאמרו הידוע William J. Brennan Jr., *Why Have a Bill of Rights?*, 9 OXFORD J. LEGAL STUD. 425 (1989).

20 למשל, החוקה השבדית מתירה פסילת חוק רק במקרה של קונפליקט ברור וגלוי לעין בין החוק לחוקה. סעיף 14 בפרק 11 לחוקה השבדית קובע: "If a court or other public body finds that a provision conflicts with a rule of fundamental law or other superior statute, or finds that a procedure laid down in law has been disregarded in any important respect when the provision was made, the provision may not be applied. If the provision has been approved by the Riksdag or by the Government, however, it shall be waived only if the error is manifest". לדיון בסעיף ראו Aakko Husa, *Guarding the Constitutionality of Laws in the Nordic Countries: a Comparative Perspective*, 48 AM. J. COMP. L. 345, 361 (2000). כלל דימה כלול גם בחוקה הפינית. סעיף 106 לחוקה הפינית קובע: "If, in a matter being tried by a court of law, the application of an Act would be in evident conflict with the Constitution, the court of law shall give primacy to the provision in the Constitution". (ההדגשות הוספו).

לערכי יסוד; אולם כפי שהסברנו לעיל, חלק גדול ממלאכתו של בית המשפט בבואו למלא את תפקידו ולהגן על הערכים המעוגנים בחוקה כרוך בפרשנות שלהם ובאיזון בינם לבין עצמם או בינם לבין אינטרסים שונים שקידומם עשוי להצדיק פגיעה בערכים. במילים אחרות, במקרים רבים – ואולי אפילו ברוב המקרים – המסקנה השיפוטית בעניינים חוקתיים היא פועל יוצא של איזון מורכב ולא של הכרעה פשוטה וברורה. אימוץ תפיסה מינימליסטית, הדורשת ששופטים יפעלו רק במקרים שבהם הסתירה בין החוקה לחוק או בין החוקה לבין פועלה של הרשות המבצעת היא ברורה לחלוטין, יצמצם בצורה דרסטית את יכולתו של המנגנון החוקתי לספק הגנה על ערכי היסוד.

הגישה המינימליסטית גם קשה ליישום. איך בדיוק ניתן לאכוף אותה? אפילו אם התביעה למינימליזם שיפוטי תעוגן מפורשות בחוקה, דבקות בה מותנית ברצונו הטוב של השופט, שהרי עצם השאלה אם חוק עומד בניגוד ברור להוראות החוקה או שמסקנה זו נובעת מפעילות יצירתית של בית המשפט היא עצמה פתוחה לפרשנות. לבסוף, מינימליזם איננו מספק פתרון לכל הבעיות. מינימליזם פותר אולי את בעיית המעורבות השיפוטית, אך הוא אינו פותר את בעיית הקיבעון של ערכי היסוד המעוגנים בחוקה, ששינויים עורנו מותנה בתנאים הקשים להשגה. לטענה זו אמנם ניתן להשיב ולומר שבהתחשב במיעוט המקרים שבהם ניתן יהיה להשתמש בחוקה כדי להגביל החלטות פוליטיות, החוקה מאבדת מן האפקטיביות שלה ולכן היא גם חדלה במידה רבה מלשתק את החשיבה והשיח הערכי.

ביקורת רק לצורך הבטחת שמירה על האופי הדמוקרטי של ההליך הפוליטי בדומה למינימליזם, גישה זאת מבקשת להגביל את סמכותו של בית המשפט לבצע ביקורת שיפוטית למקרים מסוימים בלבד. ג'ון הארט אילי, ההוגה הבולט שבחר בדרך זאת,²¹ סבור שהתערבות מצד בית המשפט במעשי המחוקק מוצדקת רק כשהיא נחוצה להבטחת האופי הדמוקרטי של ההליך הפוליטי. תפקידו של בית המשפט להגן על ההליך הדמוקרטי, ובמסגרת תפקיד זה עליו להתערב כדי להגן על זכויות כמו הזכות להצביע, חופש הביטוי ועקרון השוויון – עקרונות ששמירה עליהם חיונית להבטחת האופי הדמוקרטי. אולם, כל עוד האופי הדמוקרטי של ההליך הפוליטי נשמר, על בית

21 ראו ELY, לעיל ה"ש 16. בארצות-הברית נהוג לפרש ברוח גישה זאת הערה מפורסמת של השופט סטון בפסק הדין של בית המשפט העליון משנת 1938; ראו *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938) ("the normal presumption of constitutionality attaching to state social and economic regulation may be inappropriate in cases where 'legislation... restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation'"). לדין ביקורתי בתיה של אילי ראו Laurence H. Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, 89 YALE L. J. 1063 (1980).

המשפט להימנע מהתערבות בהכרעות הפוליטיות גם אם לדעתו הן עומדות בניגוד להוראות החוקה.

בדומה לפתרון הקודם, ההצעה להגביל את תפקידו של בית המשפט להגנה על האופי הדמוקרטי של המשחק הפוליטי פותרת את הבעיה במחיר של ויתור משמעותי על האפשרות להגשים את התכלית המוצהרת של האסטרטגיה החוקתית לפי מודל זה, שהיא הגנה על מערכת ערכים מהותית. המצדדים בפתרון זה יכולים כמובן להשיב אחת משתי תשובות: או לטעון ששמירה הדוקה על תקינותו של ההליך הדמוקרטי תבטיח גם הגנה על זכויות ועל ערכים – או להודות בקיומו של האיום אך להעדיף את הסיכון על המחיר הכרוך בביטולו. חיסרון נוסף של פתרון זה נעוץ בחוסר-ההתאמה שלו למבנה המקובל של חוקות. ניסוחה של חוקת ארצות-הברית אולי מאפשר קריאה מצמצמת שלפיה תכליתה של החוקה להגן על הדמוקרטיה כמובן הצר; אולם חוקות מודרניות נוהגות לשריין לא רק את הערכים הנדרשים לקיומו של הליך דמוקרטי ראוי אלא גם שורה שלמה של זכויות נוספות. אימון הצעתו של אילי יהפוך חלקים אלה בחוקות לאות מתה. טענה זו איננה מופנית, כמובן, נגד אילי עצמו אלא נגד האפשרות של מימוש הצעתו ביחס לחוקות קיימות שאינן מנוסחות ברוח ההצעה. מכל מקום, העובדה שאין כיום חוקות המסתפקות ברשימה הצנועה שציין אילי פוגעת ברלבנטיות של הצעתו.

(ב) מנגנוני שליטה על התוצר השיפוטי

יש המציעים להתגבר על חולשותיו של המודל החוקתי הראשון באמצעות אימוצו של מנגנון דמוקרטי לבחירת שופטים, שיעניק לציבור הרחב, באמצעות נציגיו, שליטה על הרכבו של בית המשפט. מנגנון כזה יכול להיות אמצעי בידי הציבור – אמנם עקיף ואיטי אך לא בלתי-יעיל – להשתתף בתהליך עיצובה הפרשני של החוקה על ידי בחירתם של שופטים שעמדותיהם בשאלות חוקתיות שנויות במחלוקת תואמות את עמדותיו.²² כך יפתרו הן המתח עם העיקרון הדמוקרטי והן בעיית הקיבעון והכבילה. במדינות העולם המערבי מקובלים שלושה סוגים של מנגנוני בחירה, כולם תואמים את התנאי לדמוקרטיה: בחירה על ידי המחוקק (למשל בגרמניה), על ידי הרשות המבצעת (למשל בקנדה) ועל ידי שתי הרשויות גם יחד (למשל בארצות-הברית). ניתן להציע להוסיף

22 לטעון כזה בהקשר הגרמני ראו Donald P. Kommers, *Comparative Constitutionalism: German Constitutionalism: A Prolegomenon*, 40 EMORY L.J. 837 (1991) ("What makes the Constitutional Court's 'activism' less objectionable in terms of democratic theory, however, is that Parliament – not the executive – elects each justice by a two-thirds vote for a single nonrenewable term of twelve years, thereby averting the rise of an aging judicial oligarchy out of tune with major currents of modern life" 844). לטעון כזה, בהקשר האמריקאי, ראו TERRI JENNINGS PERETTI, IN DEFENSE OF A POLITICAL COURT 84-85, 131 (1999).

למנגנון הבחירה הדמוקרטי גם מגבלה על משך כהונתם של השופטים. הטענה היא שקציבתה של תקופת כהונה תהפוך את מנגנון הבחירה הדמוקרטי לאפקטיבי יותר בכך יינתנו לציבור הזדמנויות תכופות יחסית להשפיע על עמדותיו של בית המשפט בשאלות שנויות במחלוקת. ברוב מדינות המערב מקובל לקצוב את תקופת הכהונה של השופטים ולהעמידה על כעשר שנים.²³ ארצות-הברית חריגה בעניין זה: תקופת הכהונה אינה נקצבת בה בשנים – וגם אין בה גיל פרישה מנדטורי.²⁴ אולם מלומדים ואנשי ממשל בארצות-הברית אכן מתחו ביקורת על המנגנון הקיים וקראו להתאימו למקובל בדמוקרטיות אחרות.²⁵

- 23 בגרמניה נקבע תחילה כי שופטים שבאו מרקע של שיפוט בערכאות הפדרליות הגבוהות יכהנו לכל החיים, ואילו שאר חברי בית המשפט לחוקה יכהנו לתקופה של שמונה שנים עם אפשרות למינוי נוסף של שמונה שנים. בשנת 1970 שונה החוק, וכיום כל שופטי בית המשפט הפדרלי לחוקה מתמנים לתקופה של 12 שנה ואינם יכולים להתמנות מחדש בתום התקופה (ראו Kammers, לעיל ה"ש 22, בעמ' 20-21); באיטליה, בצרפת ובספרד שופטי בית המשפט לחוקה מתמנים לתשע שנים ואינם יכולים להתמנות לכהונה שנייה רצופה. לגבי איטליה ראו THOMAS GLYN WATKIN, *THE ITALIAN LEGAL TRADITION* 90 (1997); לגבי צרפת ראו ELLIOT & VERNON, לעיל ה"ש 13, בעמ' 92; לגבי ספרד ראו ELENA MERINO-BLANCO, *THE SPANISH LEGAL SYSTEM* 97 (1996).
- 24 מציאות זו גוררת לא מעט סימני שאלה הנוגעים לכשירותם של השופטים בגילאים מתקדמים. ראו, למשל, Gregg Easterbrook, *Geritol Justice: Is the Supreme Court Senile?*, *THE NEW REPUBLIC* Aug 19, 1991 at 17; David J. Garrow, *Mental Decrepitude on the U.S. Supreme Court: The Historical Case for a 28th Amendment*, 67 *CHI. L. REV.* 995 (2000) ("Mental decrepitude and incapacity have troubled the United States Supreme Court from the 1790s to the 1990s. The history of the Court is replete with repeated instances of justices casting decisive votes or otherwise participating actively in the Court's work when their colleagues and/or families had serious doubts about their mental capacities" יצוין, עם זאת, שכפועל גיל הפרישה הממוצע של שופטי בית המשפט העליון האמריקני הוא 70, לאחר תקופת כהונה ממוצעת של 15 שנים. ראו הסטטיסטיקה המופיעה בספרו של HENRY JULIAN ABRAHAM, *JUSTICES, PRESIDENTS AND SENATORS: A HISTORY OF THE U.S. SUPREME COURT APPOINTMENTS FROM WASHINGTON TO CLINTON* 379-381 (new and revised ed. 1999).
- 25 לדעה התומכת בקציבה של תקופת כהונתם של שופטי בית המשפט בארצות-הברית, כאמצעי להשפעה על עמדות בית המשפט, ראו MICHAEL J. PERRY, *THE CONSTITUTION IN THE COURTS: LAW OR POLITICS?* 197 (1994) (Such limits "empower the present to exert more political influence over the Court than does life tenure for Supreme Court justices"); Saikrishna B. Prakash, *America's Aristocracy* (reviewing MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (1999)), 109 *YALE L.J.* 541 (1999). בארצות-הברית, שבה אין הגבלה כזו על משך כהונת השופטים, הפעיל הנשיא רוזוולט – שהתעמת עם בית משפט עקשן שסירב להיכנע לפרשנותו של הנשיא להוראות החוקה – אמצעי אחר להשפיע על עמדותיו של בית המשפט. רוזוולט איים להגדיל את מספר השופטים בבית המשפט העליון ולמנות למקומות החדשים שופטים שעמדותיו כשלו. מעניין לציין שהנימוק הרשמי שבו השתמש רוזוולט

ניתן לכאורה לטעון כי אסטרטגיה כזו יכולה להשיג יותר מן הרצוי: מתן שליטה לציבור על הרכבו של בית המשפט עלול להפוך את בית המשפט למוציא לפועל של עמדות הרוב השליט, דבר העומד בניגוד לתכלית לשמה נחקקה החוקה וניתנה לבית המשפט סמכות לפרשה ולאוכפה. חשש זה איננו נטול בסיס אולם נדמה שאין להפריז בחומרתו. אם תמיכתו של הציבור בהכרעות חוקתיות מסוימות משקפת את תפיסת העולם המוסרית שבה הוא אוחז, אין רע בנכונותו של בית המשפט לשקף את תפיסת העולם הערכית הזו גם אם היא אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה שרווחה בעבר. החשש האמיתי הוא כוכור מפני בגידה של הציבור, בשעת משבר, במערכת הערכים שבה הוא דווקא מאמין, ובהיסחפותו להכרעות שהוא עצמו היה דוחה בשתי ידיים בשעת פיקחון. אולם, לא ברור מדוע דרך בחירה דמוקרטית פוגעת באפשרות להגן על הציבור מפני עצמו. במערכת המקפידה על עצמאותה של הרשות השופטת, השפעת הציבור נפסקת עם תחילת כהונתו של השופט; מרגע זה ואילך השופט נהנה מחסינות מוחלטת: לא ניתן לפטרו, משכורתו מובטחת ותקופת כהונתו קצובה ולא ניתנת להארכה. זאת ועוד: בכל המדינות שבהן שופטים נבחרים במנגנון בחירה דמוקרטי קיימים תנאי סף ברורים למועמדות לכהונה, שתכליתם להבטיח שהשופטים שייבחרו יהיו בעלי כישורים ותכונות הנחוצים לדיון מעמיק ולעמדה עצמאית. החסינות המוסדית שממנה נהנים השופטים והכישורים האישיים שבהם ניחנו מגבירים את הסבירות שגם אם ייבחרו בהליך דמוקרטי יוכלו להדוף לחצים פופוליסטיים, יישארו נאמנים לערכים הראויים ויגיעו למסקנות טובות יותר משל מקביליהם בזרועות השלטון האחרות, המונעים על ידי דחפי שעה ופועלים תחת צלן של בחירות מתקרבות.

אם יש חיסרון כלשהו בהצעה לאמץ מנגנונים דמוקרטיים בחירת שופטים ולקצוב את תקופת כהונתם הוא בכך שהצעה זו איננה פותרת באופן מספק את בעיית הדלדול של השיח הדמוקרטי. כאמור, שורש הבעיה נעוץ בהעברת הסמכות להכריע בשאלות ערכיות מן המחוקק לבית המשפט והפיכתו של בית המשפט לפוסק האחרון בעניין. נתון זה איננו משתנה גם אם מנגנון הבחירה של השופטים הוא דמוקרטי. אימוצו של מנגנון בחירה דמוקרטי אמנם מעניק לציבור ולמערכת הפוליטית כלי לגסות להשפיע על התוצר השיפוטי, באמצעות בחירת שופטים שהשקפותיהם עולות בקנה אחד עם השקפה כזו או אחרת – ובמובן זה הציבור איננו חסר-אונים אל נוכח הכרעות שיפוטיות שאינן לרוחו; אולם גם מנגנון הבחירה הדמוקרטי איננו מחזיר את השיח הערכי לזירה הציבורית. הציבור יכול אולי לגסות להשפיע על התוצר, אך אין הוא יכול להשתתף באורח אקטיבי

היה גילם המבוגר של השופטים המכהנים, שמנע מהם, לטענתו, את האפשרות לתפקד ביעילות מרבית. נאמן לנימוק זה הציע רחזולט למנות שופטים במספר זהה לזה של השופטים המכהנים עשר שנים לפחות, שטרם פרשו, ששה חודשים לאחר הגיעם לגיל 70. ראו Richard A. Baker, *The United States Congress Responds to Judicial Review, in* CONSTITUTIONAL JUSTICE UNDER OLD CONSTITUTIONS 51, 62-71 (Eivind Smith ed., 1995).

בקבלת ההחלטות. בשלב הדיון וההכרעה הוא יכול רק להתבונן ולעודד מהצר. יש שיאמרו כי תפיסה ראויה של דמוקרטיה איננה יכולה להסתפק בזאת.²⁶

(ג) הורדת רף השריון

כאמור, אחד ממאפייניה של החוקה לפי המודל הראשון הוא נוקשות, אולם חוקות שונות נבדלות במידת נוקשותן. יש חוקות שחלק מהוראותיהן משוריינות בשריון מוחלט, כזה החוסם לחלוטין את הדרך לשינוי.²⁷ אולם ברוב המקרים השריון איננו מוחלט אלא יחסי, כלומר: השינוי אפשרי אך קשה יותר להשגה בהשוואה לאפשרות השינוי של חקיקה רגילה, אם בשל הדרישה לפרוצדורה מיוחדת ואם בשל הדרישה לרוב גדול מהרגיל.²⁸ גם בשריון היחסי יש דרגות נוקשות שונות. כפתרון לבעיית הקיבעון ולכשל הנעוץ כמונופולין של בית המשפט בענייני פרשנות ויישום החוקה גם במצבי

26 טענה סטנדרטית אחרת נגד דמוקרטיזציה של מנגנוני הבחירה, שאלה ביקשו אותי עורכי כתב העת להתייחס, היא שהרבר יחשוף את הליך המינוי לסחר-מכר פוליטי. טענה זו יש לזכות על הסף משתי סיבות: ראשית, אם מקבלים את טענתנו שההכרעה בשאלות חוקתיות איננה מכנית אלא מחייבת הפעלת שיקול דעת סובייקטיבי באופיו, ואם מניחים (את המובן מאליו) שזהותו והשקפותיו של השופט משפיעים על שיקול דעתו – הרי שסחר-מכר פוליטי בשלב הבחירה, שבמסגרתו מנסה כל צד להביא לבחירתו של שופט שהשקפת עולמו נראית בעיני אותו צד ראויה, היא בדיוק המטרה שברצוננו להשיג ולא מגרעת שברצוננו למנוע. שנית, סחר-מכר פוליטי סביב מינויים למשרה המרכזת כוח פוליטי כה רב הוא בלתי-ימנע. השאלה היא רק אם הוא יתבצע בתנאים הוגנים ולאור השמש או שיוכרע בתנאים בלתי-שוויוניים ובמסתרים. בין שתי האפשרויות הללו, השנייה נראית בעינינו אטרקטיבית יותר. ראו John C. Yoo, *Choosing Justices: A Political Appointments Process and the Wages of Judicial Supremacy*, 98 MICH. L. REV. 1436 (2000) ("If... judicial power has expanded such that in one direction or another, the Court will be a pervasive influence on a wide range of issues that can only in a partial and peripheral way be considered legal rather than political, it is only inevitable that players in the political process will seek to advance their preferences via Supreme Court nominations" שם, בעמ' 1437).

27 כך, למשל, קובע סעיף 79(3) לחוק היסוד הגרמני: "Amendments of this basic law affecting... the basic principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible". הסעיפים ששינויים אינו אפשרי עוסקים בכבוד האדם (סעיף 1) ובאופי הפדרלי הסוציאלי-דמוקרטי של המשטר (סעיף 20). יצוין שסעיף 146 לחוק היסוד קובע תנאים לאימוץ חוקה חדשה, דבר שמאפשר לכאורה עקיפה של הסעיפים ששריונם מוחלט. אולם, ראו BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* 326 n.20 (1991) (suggesting that using article 146 to amend the unalterable principles would be "great abuse" of article 146).

28 למשל, סעיף 96 לחוקה היפנית משריין את החוקה הן בדרישות רוב מהמירה והן בפרוצדורה מיוחדת ("amendments to this Constitution shall be initiated by the Diet, through a concurring vote of two thirds or more of all the members of each House").

מחלוקת ניתן להציע לבחור רף שריון נמוך. רף כזה יאפשר תיקון של החוקה בקלות יחסית במקרה של שינוי בתפיסת העולם או במקרה של מחלוקת עם בית המשפט בשאלת פרשנותה ויישומה הראויים של החוקה. טענה ברוח זאת השמיע למשל השופט ברק, בספרו שופט בחברה דמוקרטית. ברק הצביע על רף השינוי הנמוך שאומץ בישראל כאחד הנימוקים לכך שהביקורת "האמריקנית" על הביקורת השיפוטית אינה רלבנטית בישראל.²⁹ אולם, ייתכן שברק עצמו השתמש בטיעון לא מתוך תמיכה בו אלא רק כדי להדוף את טענות המבקרים על חוסר-הדמוקרטיה שבמודל החוקתי הראשון, שכן בצד אזכור רף השריון הנמוך שאומץ בישראל כנימוק לחוסר-הרלבנטיות של הביקורת המקובלת תמך ברק דווקא בהגבהת הרף.³⁰

נגד ההצעה להנמיך את רף השריון ניתן לטעון שגם הצעה זו – כמו חלק מהצעות הפתרון שתיארנו עד כה – מרפאה את המחלה אך הורגת את החולה. היא אמנם פותרת את בעיית הקיבעון ומתגברת על הממד האנטי-רובני הכרוך בבלעדיות הניתנת לבית המשפט, אך בה בעת היא מחלישה את מידת ההגנה שהחוקה מספקת לערכי היסוד. בהיעדר שריון חזק, יוכל מחוקק שיכור לפגוע בקלות יחסית בערכי היסוד בדרך של תיקון החוקה.³¹ מאידך גיסא, יהיו שיטענו כי הנמכת רף השריון אינה משיגה יותר מדי

29 ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 326 ("כדי לשנות את החוקה... נדרש רוב רגיל של חברי הכנסת. רק במקרים מיוחדים, כאשר יש בעניין זה הוראה מפורשת בחוקי היסוד... נדרש רוב מיוחד... התוצאה הנה אפוא כי הרוב של היום אינו מנוע, בשל קיומה של הביקורת השיפוטית, מלהגשים את רצונו. מה משמעות יש אפוא לטיעון הרובני בישראל?"). ראו גם יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 206-207 (1997) ("הפיכת קביעה שיפוטית של בית-המשפט בעניין חוקתי אינה עניין של מה בכך, ומחייבת מאמץ מסוים מצד הרשויות הפוליטיות... אך אין מדובר במחסום לא עביר... בניגוד לשיטות בהן יש חוקה נוקשה, אצלנו אין סכנה כי קביעות מסוימות של בית המשפט יהיו סוף פסוק מבחינת האפשרות ליוזם רפורמות פוליטיות או לבטא שינויים בהלכי דעת-הקהל למרות תמיכה מצד הציבור בצעדים כאלו").

30 "יש לקוות כי המצב המשפטי בישראל ישונה, ושינויים בחוק היסוד לא יהיו פשוטים כפי שהם היום", ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 326.

31 יש כותבים ישראלים המציעים, כפתרון לחשש מפני שימוש לרעה במנגנוני תיקון החוקה, את הרחבת גבולות הביקורת השיפוטית, תוך הענקת הסמכות לבית המשפט לפסול לא רק חקיקה אלא גם מסמכים חוקתיים שמנוגדים לעקרונות היסוד החוקתיים. לדיון באפשרות זו ראו פסקאות 43(ג) 58 לפסק דינו של הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1. לדיון דומה, בעניין אפשרות פטילתו של חוק למרות שעמד בדרישות פסקת ההתגברות, ראו בג"צ 4676/94 מישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, פסקה 16 לפסק דינו של הנשיא ברק (1996). ראו גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח 291, 305-309, 352-354 (2003). לדיון השוואתי ראו Gary Jeffrey Jacobs, *An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective*, 4 INT'L J. CONST. L. 460 (2006). הבעיה העיקרית עם פתרון זה היא שהוא משיב על כנו את הממד האנטי-רובני הכרוך בבלעדיות הניתנת לבית המשפט ואף מחמיר אותו, בהופכו את בית המשפט לא רק למחוקק-על אלא אף למכותן-על.

אלא דווקא פחות מדי. עצם העיגון בחוקה – תוך הצהרה על עליונותה ומתן סמכות לבית המשפט לפרשה ולאוכפה – פוגע באפשרות של מי שחולק על בית המשפט או מחזיק במערכת ערכית שונה להוכיל לשינוי, אפילו אם רף השינוי מוצב נמוך. בכואו של אדם כזה לקדם שינוי יהא עליו להתמודד עם בית המשפט מנקודת מוצא נחותה של מי שנתפס כפוגע בערכים החוקתיים.³²

(ד) תורות פרשנות

כיוון מחשבה נוסף שמוצע לפתרון הבעיות הכרוכות במודל החוקתי הראשון מתמקד בקביעת העקרונות הפרשניים שצריכים להנחות את השופט בכואו לפרש ולאכוף את החוקה. להלן נתאר בקיצור שלושה סוגים של תורות פרשנות; כל אחד תוקף את הבעיה בצורה שונה ולכל אחד יתרונות וחסרונות משלו. בטרם נפנה לתאר את שלוש תורות הפרשנות ולעמוד על חסרונותיהן ועל יתרונותיהן כדאי שנדגיש חיסרון אחד המשותף לשלושתן: לא ניתן להבטיח שבית המשפט יפעל לפיהן. כל עוד שמורה לבית המשפט זכות המילה האחרונה, הדבקות בתורת פרשנות מסוימת תלויה ברצונו הטוב.

אוריג'ינליזם

האוריג'ינליסטים טוענים שפרשנות של חוקה צריכה להלוו את כוונתם המקורית של מנסחיה או את המשמעות המקורית של הטקסט.³³ נראה כי בעיני המצדדים בגישה זו, עיקרה המשיכה טמון בצמצום המתחייב ממנה לכאורה באופציות הפרשנות של השופטים, תוך הכפפתם לפרשנות אובייקטיבית.³⁴ אם בית המשפט אינו חופשי לעצב את החוקה כרצונו נפתר לכאורה פן אחד של המתח בין חוקה לדמוקרטיה. החוקה אמנם עשויה לעמוד בניגוד לתפיסת העולם של הרוב, אך לכל הפחות המתח הוא בין הרוב

32 ראו, להלן ה"ש 64, דיון בחשש גם בהקשר של שימוש בפסקת ההתגברות.

33 לניסיונות הגדרה של התפיסה האוריג'ינליסטית ראו, למשל, Jed Rubenfeld, *Reading the Constitution as Spoken*, 104 YALE L. J. 1119, 1127 (1995) ([T]he originalist always asks what the Framers *meant to say* when enacting the text, or what they *did say* while debating it, or what they *would have said* about today's constitutional question had they been asked...). בין האוריג'ינליסטים הבולטים נמנים רוברט בורק וראול ברגר. ראו, ROBERT H. BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW* (1990); ROBERT H. BORK, *SLOUCHING TOWARDS GOMORRAH* (1996); RAOUL BERGER, *GOVERNMENT BY JUDICIARY: THE TRANSFORMATION OF THE FOURTEENTH AMENDMENT* (1977); Raoul Berger, *Original Intent: The Rage of Hans Baade*, 71 N.C.L. REV. 1151 (1993).

34 לטעון הקושר בין אימוץ של גישה אוריג'ינליסטית לצמצום המעורבות השיפוטית היצריתית ראו, למשל, Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. CIN. L. REV. 849, 864 (1989) ([O]riginalism "establishes a historical criterion that is conceptually quite separate from the preferences of the judge himself").

לחוקה ולא בין הרוב לבין בית המשפט. במחשבה שנייה מתעורר ספק לגבי התועלת שבהצעה זו: יהיו שיטענו כי היא איננה מגבילה בצורה מספקת את שיקול הדעת של בית המשפט, ושהיא אף מחמירה את הקיבעון ואת חוסר-היכולת של הרוב הנוכחי לעצב את תפיסת עולמו. להלן נבהיר את שתי הטענות.

הגישה האוריג'ינליסטית איננה יכולה לחסום את האפשרות (ושמא אפילו את ההכרח) להיזקק לפרשנות חוקתית יצירתית.³⁵ הטעם לכך נעוץ בכמה גורמים: ראשית, לא אחת קיים קושי לעמוד על הכוונה או המשמעות המקורית;³⁶ שנית, לעתים כלל לא ברור אם הייתה כוונה ברורה אחת שניתן להצביע עליה;³⁷ לבסוף, גם אם הייתה לדירקטיבה חוקתית מסוימת כוונה מקורית ברורה שניתן לעמוד עליה, סביר להניח שהיא אינה יכולה לספק תשובה אחת חד-משמעית לשאלות חוקתיות המוצגות כעת בפני בית המשפט. כמה גורמים חוברים לעמימות הטבועה בכל חוקה, גם אם הצלחנו לעמוד על כוונתה המקורית: חוקות משרטטות עקרונות יסוד ודרך כלל אינן יורדות לפרטים; חוקות גם שורדות בדרך כלל זמן ארוך בהשוואה לחקיקה רגילה ולכן מן הנמנע שיכסו בבירור מצבים חדשים שלא נחזו; על אלה יש להוסיף את העובדה שהמשימה המוטלת על בית המשפט איננה מסתכמת בדרך כלל בפרשנות דירקטיבות חוקתיות כל אחת לעצמה אלא גם בצורך לאזן בין דירקטיבות כשהן במסלול התנגשות. מגוון מצבי ההתנגשות הוא בלתי-מוגבל וקשה לראות כיצד ניתן ליצור מדרך מפורט שיוביל את השופט להכרעה ברורה בכל מקרה ומקרה.³⁸ סיכומו של דבר: מתודת

35 להצגה מקיפה של הטענה ראו PERRY, לעיל ה"ש 25. פרי ייחד את הפרקים הרביעי והחמישי של ספרו כדי להסביר מדוע "Originalism Does Not Entail Minimalism". פרי עצמו הוא אחד היחידים שהחליף מחנות עם השנים, מנוג'אוריג'ינליזם לאוריג'ינליזם. בספר זה הוא נקט עמדה אוריג'ינליסטית, לאחר שבמשך כ-15 שנים הוא נחשב אחד הנוג'אוריג'ינליסטים הבולטים. לעמדתו הנוג'אוריג'ינליסטית ראו MICHAEL J. PERRY, THE CONSTITUTION, THE COURTS, AND HUMAN RIGHTS (1982). לדיון בנימוקים אפשריים לשינוי בעמדתו ראו Richard B. Saphire, *Originalism and the Importance of Constitutional Aspirations*, 24 HASTINGS CONST. L. Q. 599 (1997).

36 קושי המתגבר ככל שגדל מרווח הזמן בין מועד אימוץ החוקה למועד פרשנותה. אינני נכנס כאן לדיון בשאלה אם פרשנות במובן של חשיפת משמעותו המקורית של הטקסט היא בכלל בגדר האפשר. כידוע, האסכולה ההרמנויטית מבית מדרשו של גדמאר היא שהקורא (הפרשן) אינו יכול שלא לקרוא את הטקסט מתוך מטען ערכי מסוים שהוא ייחודי לו עצמו. לתאוריה ההרמנויטית של גדמאר ראו H. JANS-GEORGE. GADAMER, TRUTH AND METHOD (Joel Weinsheimer and Donald G. Mars trans., 2d ed., 1994); מנחם מאוטנר "גרמר והמשפט" עיוני משפט כג 367 (2000).

37 דבר הנובע מן העובדה שלמסמך החוקתי אבות רבים, וביניהם לא רק מנסחיו הישירים אלא גם כל אלה שהצביעו בעד קבלתו. בקרב חברי קבוצה זו תיתכן מחלוקת בשאלת פרשנותו של המסמך.

38 ברק עצמו הביא מקרה כזה כדוגמה למצב שבו הכרעת השופט היא סובייקטיבית במהותה. ראו אהרן ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" אהרן ברק מבחר כתבים 695, 703-702 (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000). (בהכרעו בשאלת המבחן הראוי לאיזון בין חופש

הפרשנות האורייג'ינליסטית אינה יכולה לספק לשופט החפץ להכריע "בהתאם להוראות החוקה" תשובות ברורות לחלק גדול מהדילמות הפרשניות שעליהן יצטרך להשיב. בהיעדר הנחיה ברורה, הגישה האורייג'ינליסטית אולי משאירה לשופט מתחם שיקול דעת מצומצם יותר מזה שהיה עומד לרשותו אם היה חופשי לפרש את החוקה כרצונו – אך עדיין ניתן לו שיקול דעת חזק למדי.

אולם, גם אם הפרשנות האורייג'ינליסטית פותרת את בעיית ריכוז הסמכות שבידי בית המשפט, היא אינה פותרת – ולמעשה אף מחמירה – היבט אחר של המתח בין חוקה לדמוקרטיה. כזכור, אחת החולשות שעליהן אנו מנסים להתגבר היא כבילת הרוב הנוכחי לערכיו של הדור הקודם. מתודת הפרשנות האורייג'ינליסטית אינה פותרת את הבעיה והיא אף מחמירה אותה.³⁹ בעיית "הכבילה" נוצרת בשל שריון החוקה, שאינו מאפשר לרוב (שאינו גדול דיו) לשנותה ולהתאים את תכניה לעמדותיו המוסריות. אחת הדרכים האפשריות להתמודד עם הבעיה היא שימוש בכלים פרשניים שמאפשרים ליצוק תוכן חדש לטקסטים ישנים תוך התאמתם לתפיסות הערכיות הנוכחיות. כפי שהראו רבים, שימוש באמצעים פרשניים לעדכון והתאמה של טקסטים קאנוניים לערכים המקובלים על החברה הנוכחית קיים גם במערכות דתיות, שאינן מאפשרות (או רואות בעין לא יפה) שינוי הכרוך בנטישה מפורשת של טקסט מקודש.⁴⁰ הגבלת הפעילות הפרשנית להתחקות אחר הכוונה המקורית או אחר הפרשנות המקורית בלבד חוסמת את האפשרות להשתמש בפרשנות ככלי להתאמת החוק או החוקה למערכת הערכים החדשה.

נוני-אוריג'ינליזם א': התאמה למערכת ערכים אובייקטיבית ראויה
בצד השני של המתרס בוויכוח שניטש בעיקר בארצות-הברית על תורת הפרשנות החוקתית הראויה ניצבות תאוריות המכוננות נוני-אוריג'ינליסטיות, על דרך השלילה. על

הביטוי לשלום הציבור "אין בשיטת המשפט כל הכוונה... של הפרשן באשר לאופן הבחירה. האם המבחן הוא זה של 'אפשרות טכירה', 'אפשרות ממשית' או 'ודאות קרובה'? בקביעת המבחן הראוי... באה לידי ביטוי היצירתיות השיפוטית." (ברק אמנם תלה את היעדר התשובה בעמימות של החוק הן בעניין, אולם דומני שגם ניסוח ברור היה משאיר לשופט מרווח ניכר של שיקול דעת סובייקטיבי. ראו McConnell, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1127 "Most often, the dead hand argument is aimed at originalism – the view that the Constitution should be interpreted as the people who (enacted it would have understood it").

40 לסקירת ניסיונות פרשניים בכיוון זה בהקשר היהודי ראו משה הלברטל מהפכות פרשניות בהתהוותן: ערכים כשיקולים פרשניים במדרשי הלכה (1997); לדמיון בבעיה ובדרכים להתמודדות איתה בין מערכות דתיות לבין מערכות דמוקרטיות מודרניות ראו Noam J. Zohar, *Midrash: Amendment Through the Molding of Meaning*, in RESPONDING TO IMPERFECTION: NEW APPROACHES TO THE PROBLEM OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 307 (Sanford Levinson ed., 1995). כפי שמדגימים היטב זוהר והלברטל, כשמדובר בעדכון טקסטים מקודשים, האינטרס הברור של המעדכן הוא להתכחש לעצם העדכון.

פי קבוצה אחת של תאוריות נוגד-אוריג'ינליסטיות, בית המשפט כלל אינו אמור להיזקק לכוונה או למשמעות המקורית של החוקה, אלא עליו לפרש אותה באופן שיעלה בקנה אחד עם תפיסה ערכית מסוימת.⁴¹ כך, למשל, טען רונלד דבורקין כי הפרשנות ששופט צריך לתת לחוקה היא זו שעולה בקנה אחד עם הערך של כבוד האדם.⁴² לדעתנו, גם "הפרשנות התכליתית" מבית מדרשו של הנשיא ברק היא וריאציה של גישה נוגד-אוריג'ינליסטית זו, הגם שברק מנסה, מטעמים מובנים, להסוות את האופי הנוגד-אוריג'ינליסטי של עמדתו.⁴³

הגישה הנוגד-אוריג'ינליסטית איננה מציעה פתרון ממשי לבעיות הכרוכות באימון המודל החוקתי הראשון. היא איננה מספקת פתרון לאי-ההסכמה בשאלת הערכים המהותיים שעליהם יש להגן. בחברה פלורליסטית יש מקום לספקטרום רחב של דעות, ולא הכול יסכימו בהכרח עם תפיסת העולם המוסרית של דבורקין. למעשה, נראה שהגישה כלל איננה מנסה לפתור את הקושי הטמון בהיעדר-ההסכמה אלא רק להסביר מדוע כדאי לשלם את המחיר הכרוך בקושי זה. אם מערכת ערכים מסוימת היא בעלת חשיבות ראשונה במעלה, הגנה עליה מצדיקה פגיעה בערכים חשובים פחות כמו כללי המשחק הדמוקרטיים.⁴⁴

41 יש האוחזים בגישה "ערכית" אך מנסים בכל זאת ליישבה עם הגישה האוריג'ינליסטית בטענה שמקריאת החוקה כמכלול ניתן לחלץ ברמה גבוהה של הפשטה בדיוק את התפיסה הערכית המסוימת, ואם כך – החוקה עצמה היא שמחייבת את השופט להכריע בשאלות קונקרטיות בהתאם לאותה תפיסה, גם אם במקרים מסוימים ההכרעה אינה עולה בקנה אחד עם כוונתם המקורית של מנסחיה באותו עניין. במילים אחרות, לדעתם יש להעדיף את הכוונה המקורית הכוללת והמופשטת על הכוונה המקורית הקונקרטית.

42 ראו RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW (1996). דבורקין טען בספר שרוב החוקות בנוות זמנו מגדירות את זכויות האדם המנויות בהן בלשון רחבה ומופשטת, דבר המחייב את השופט המופקד על איכפת החוקה למלא אותה בתוכן קונקרטי תוך הפעלת שיקול דעת מוסרי משלו. לדעת דבורקין לא רק שאין בכך פסול אלא שכך ראוי שיהיה. יצוין שדבורקין עצמו סבור ששיקול הדעת המוסרי שמפעיל השופט אמור לשקף לא את עמדותיו שלו אלא את התפיסה המוסרית המקובלת בחברה. אולם, כפי שמיד נסביר, גם אם נניח שניתן למצוא עקרונות מוסריים משותפים, עקרונות אלה הם כה מופשטים עד שלשופט אין ברירה אלא להפעיל שיקול דעת חזק בשלב יישומם. ראו JENNINGS PERETTI, לעיל ה"ש 22 בעמ' 42-43.

43 לטענה ברוח זו ראו ניר קדר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו 737, 741-745 (2003).

44 להצגת טענה אפשרית כזו ראו דותן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 159-160. יש כמובן שכופרים בסתירה בין דמוקרטיה לשמירה על מערכת הערכים המופשטת הזו בטענה שדמוקרטיה אמיתית כוללת בתוכה ממילא הגנה על אותם ערכים. ראו, למשל, ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 90-93; אולם דעתנו בעניין כדעתה של דות גביון, שתרגיל סמנטי זה איננו פותר את הבעיה ואיננו מקדם הרבה את הדיון. ראו דות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטיה: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט 631, 635-640 (1995).

אולם, גם אם נסכים עם דבורקין ודומיו שהגנה על מערכת ערכים מסוימת – ואפילו איננה מוסכמת – מצדיקה הגבלה של מנגנון הכרעת הרוב, ההצעה איננה מספקת פתרון טוב לריכוז הכוח הפרשני בידי בית המשפט. גם בין המצדדים בעליונותו של כבוד האדם תיתכן מחלוקת בשאלה מה מתחייב ממנו בסוגיות קונקרטיות. המודל החוקתי הראשון מפקיד את סמכות ההכרעה בידי בית המשפט, גם אם רוב הציבור חולק על האופן שבו בית המשפט מיישם בנסיבות המקרה את הערך המוסכם. חשוב להדגיש כי הבעיה איננה זניחה: הקושי לחלץ מתוך עקרונות מופשטים הנחיות ברורות לפעולה במקרים קונקרטיים ידוע לכל תלמיד ביקורתי של תאוריות בפילוסופיה פוליטית ובפילוסופיה של המוסר.⁴⁵ אולם, אם בשדה הפילוסופי הביקורת נוגעת להיעדר יכולת לכתוב ספר חוקים בהתבסס על הנחות המוצא המופשטות, בשדה החוקתי הבעיה המרכזית היא במישור הסמכות.

נוני אוריג'ינליזם ב': התאמה לתפיסות הערכיות הרווחות
גישה נוני-אוריג'ינליסטית שונה לחלוטין מהגישה שהוצגה זה עתה היא זו המזוהה יותר מכל עם המלומד האמריקני אלכסנדר ביקל. ביקל, שניסח בצורה בהירה את המתח בין ביקורת שיפוטית לעיקרון הדמוקרטי שבמודל החוקתי הראשון, ביקש להתגבר על מתח זה באמצעות הטיעון הבא, שהוא ספק אמפירי ספק נורמטיבי. לפי ביקל, במקרים שבהם אין בחוקה תשובה ברורה אחת בית המשפט פוסק (במשמעות האמפירית) או צריך לפסוק (במשמעות הנורמטיבית) בהתאם לקונצנזוס בקרב הציבור הרחב בעניין זה.⁴⁶ הצעתו של ביקל פותרת לכאורה את שני ההיבטים של המתח בין החוקה לדמוקרטיה: אם ההכרעה החוקתית מעוצבת בהתאם לתפיסותיו הערכיות של הרוב הנוכחי נעלם המתח בין הרוב הנוכחי לבין הרוב בעבר ונפתרת בעיית הקיבעון, שכן הפער בין הערכים המעוגנים בחוקה לבין ערכי הדור הנוכחי – נסגר; בה בעת נעלמת גם הסכנה למתח בין הרוב הנוכחי לבין בית המשפט.

45 ראו, למשל, 113 PHIL. & PUB. AFF. 113, Derek Parfit, *Future Generations: Further Problems*, (1982) (פארפיט מראה עד כמה מסובכת מדידת התועלת בחברה נתונה, אם מתחשבים בתועלת של מי שלא בא לעולם); 16 LARRY S. TEMKIN, *Intransitivity and the Mere Addition Paradox*, (1987) PHIL. & PUB. AFF. 138 (מראה דברים דומים לגבי עקרון השוויון).

46 לטענה הנורמטיבית ראו BICKEL, לעיל ה"ש 14, בעמ' 25-26 (while interpreting and enforcing) "the Constitution, the court must represent the 'enduring values of a society'". לטענה האמפירית ראו Michael J. Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, 82 VA. L. REV. 1 (1996) ("arguing that the American Supreme Court's landmark decisions in the areas of race discrimination, freedom of speech, the Establishment Clause, and criminal procedure were congruent with and dependent upon the broad sweep of historical forces... [and were] not, in any strong sense... counter-majoritarian", שם, בעמ' 7).

גם הצעתו של ביקל נגועה בחולשות. כדי שההצעה תצליח, עלינו להניח שקיימת הסכמה ברורה – ולכל הפחות דעת רוב מוצקה – בעניינים הטעונים הכרעה שיפוטית חוקתית; אולם הטעון הקונצנזואלי הוא קונטינגנטי במהותו וספק אם הוא עומד במבחן המציאות. כדבריו של אנדרי מרמור:

מאחר שהכרעות שיפוטיות בעניינים חוקתיים אינן טריואליות בדרך כלל, והן מחייבות דיון מעמיק ויסודי בטעמים שבגינם היה ראוי להכיר בזכות מסוימת, אינני רואה כיצד ניתן לעגן את הלגיטימיות של הכרעות כאלה ברעיון הקונצנזוס. ההכרעות השיפוטיות מתחילות, בדרך כלל, היכן שהקונצנזוס הסתיים.⁴⁷

זאת ועוד: גם אם נניח שבמקרים רבים ניתן להצביע על קונצנזוס בשאלות חוקתיות, ולפיכך הפרשנות הקונצנזואלית ככלי לערכון החוקה היא אפשרית, עלינו להיות מודעים לכך שהשימוש בה מעורר בעיית לגיטימציה. כפי שצינו לעיל, חוקות – להבדיל אולי מטקסטים מקודשים מסוימים – בדרך כלל אינן מתנגדות לשינוי, ואף קובעות ממנגנונים ברורים לשם כך. מכאן, ששימוש באמצעים פרשניים לשם שינוי חוקה הוא בעצם התחמקות ממנגנון השינוי החוקתי ולכן עומד בסתירה להוראות החוקה.⁴⁸ ייתכן שניתן לפתור בעיה "פורמלית" זו באמצעות עיגון בחוקה של הכלל בדבר שינוי בדרך פרשנות; אולם שינוי חוקתי תוך שימוש באמצעים פרשניים מעורר גם בעיה מהותית. שינוי חוקתי תוך שימוש בפרוצדורת שינוי הוא גלוי ופתוח לדין וביקורת, ואילו הליכי שינוי באמצעות פרשנות הם סמויים ולכן קשה הרבה יותר לחושפם ולחוקרם. זאת ועוד: פרוצדורת השינוי באמצעות תיקון מעניקה את סמכות השינוי למערכת הפוליטית – ואילו שינוי בכלים פרשניים מופקד בידי בית המשפט. שוב חזרנו לנקודת מוצא שממנה אנו מנסים לברוח: שוב הכול תלוי ברצונו הטוב של בית המשפט.

47 אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133, 157 (1998). ראו גם PAUL W. KAHN, LEGITIMACY AND HISTORY: SELF-GOVERNMENT IN AMERICAN CONSTITUTIONAL THEORY (1992) ("Bickel's resolution of the countermajoritarian difficulty hinges on the capacity of the Court to generate popular support for its substantive positions". However, controversial decisions frequently remain controversial, even after a generation" שם, בעמ' 146). ג'ון הארט אילי טוען שאפילו ביקל עצמו השתכנע לבסוף שטיעון הקונצנזוס אינו מחזיק מים; ראו ELY, לעיל ה"ש 16, בעמ' 71 ("But slowly he [Bickel g.s.] came to realize... that there) (probably wasn't any consensus respecting the sorts of issues that came before the Court").

48 זו, לדעתי, טענה חזקה כנגד התיזה של אקרמן (Ackerman), המבקשת לזהות רגעים היסטוריים של מודעות ציבורית שבהם הציבור בעצם מבין שהוא מכריע בשאלות חוקתיות, ולהצדיק באמצעותה שינויים שבית המשפט מבצע בפרשנות החוקה. להצגת התיזה של אקרמן ולדין ביקורתי בה ראו Michael J. Klarman, *Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments*, 44 STAN. L. REV. 759 (1992).

ג. חוקה כדיאלוג

1. המודל והרציונל שבבסיסו

הרציונל השני לאימוץ אסטרטגיה חוקתית מבוסס על כמה הנחות הניתנות לפירוק. ההנחה הראשונה היא הנחת המחלוקת. בכל יחידה פוליטית, הומוגנית ככל שתהיה, קיימות דעות שונות בדבר ההסדר הראוי בעניינים רבים, מבלי שניתן להצביע באמצעות כללי צדק, שיהיו מקובלים על הכול, על צדקתה של דעה אחת ועל כישלונן של אחרות. ההנחה השנייה היא שבנסיבות אלה, עקרון הצדק שצריך לשלוט הוא עקרון ההכרעה הדמוקרטית. ההנחה השלישית היא שתפיסה ראויה של דמוקרטיה מחייבת שהכרעות – ובפרט הכרעות בעניינים מהותיים – יתקבלו על ידי הציבור.⁴⁹ תפיסה כזו של דמוקרטיה, הרואה ערך בדיון והכרעה ציבוריים בשאלות עקרוניות, מעניקה זכות לציבור לדרון ולהכריע בשאלות כאלה – ואף מטילה עליו חובה מוסרית לממש את זכותו הלכה למעשה. תפיסה כזו של דמוקרטיה עולה בוודאי בקנה אחד עם השקפת העולם הרפובליקנית, שכידוע רואה ערך אינטרינזי בהשתתפותו של כל אזרח בתהליך קבלת ההחלטות הקולקטיבי;⁵⁰ אך היא מתאימה גם להשקפה הליברלית, המעמידה במרכז את ערך האוטונומיה ובכך מבטאת העדפה של הכרעה אישית (וקולקטיבית) על ניסיון לחמוק ממנה.⁵¹ ההנחה הרביעית היא ששאלות בעלות אופי יסודי ומהותי חייבות לקבל טיפול רציני יותר משאלות רגילות. ההנחה החמישית והאחרונה היא שהמנגנון הפוליטי הרגיל נעדר אמצעים לתמרץ את הציבור (באמצעות המערכת הפוליטית) להתייחס לשאלות מהותיות בכובד הראש הראוי; להפך: מבנה המערכת הפוליטית מעורר חשש שההיבטים העקרוניים ייזנחו לחלוטין או שידחתו ללא דיון מספק, כך שהחלטות בעניינים מהותיים יתקבלו באופן אגבי. תפקידה של החוקה הוא לתת מענה לחשש זה ולהבטיח שעניינים מהותיים יקבלו את תשומת הלב הראויה.

49 להצגת טענה כזאת כבסיס להתנגדות להאצלת סמכויות להכרעה בשאלות ראשוניות מהחוקק לרשות המבצעת ראו, למשל, THEODORE J. LOWI, THE END OF LIBERALISM: IDEOLOGY, POLICY AND THE CRISIS OF PUBLIC AUTHORITY 125-126 (1969); DAVID SCHOENBROD, POWER WITHOUT RESPONSIBILITY: HOW CONGRESS ABUSES THE PEOPLE THROUGH DELEGATION 10 (1993); Marci A. Hamilton, *Representation and Nondelegation: Back to Basics*, 20 CARDOZO L. REV. 807, 821 (1999); David Schoenbrod, *Delegation and Democracy: A Reply to My Critics*, 20 CARDOZO L. REV. 731, 756-57 (1999), לעיל ה"ש 16, בעמ' 133-134.

50 ראו, למשל, MICHAEL J. SANDEL, DEMOCRACY DISCONTENT 5-6 (1996).

51 תיאור כזה של המתבקש מערך החירות ניתן לדעתנו לבסס על הבחנתו של ישעיהו ברלין בין חירות שלילית לחירות חיובית. מרכיב ההשתתפות עולה בקנה אחד עם רעיון החירות החיובית; ראו ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות" ארבע מסות על חירות 170 (1987).

במערכת חוקתית המבוססת על הנחות היסוד שתוארו לעיל ומבקשת להגשים את היעוד של קיום דיון רציני עובר להכרעות בעניינים מהותיים, החוקה קובעת שורה של עקרונות מופשטים, מתוך ידיעה – ולמעשה אף מתוך כוונה – שתוכנם ואופן יישומם המדויקים יישארו פתוחים לדיון. כדי להבטיח שהמחוקק ייתן את דעתו לשאלות המהותיות ויכריע בהן בכובד ראש, ניתנת לבית המשפט סמכות מסוימת בנוגע לפרשנות החוקה ולבחינת התאמתה של החקיקה הרגילה להוראותיה. אולם, בית המשפט הוא אך שחקן אחד במשחק החוקתי, כזה שפעילותו מדרבנת את המערכת הפוליטית להתייחס לשאלות החוקתיות ברצינות – אך הוא אינו נהנה מבלעדיות ואפילו לא מזכות המילה האחרונה. זהו מודל ביניים בין המודל של עליונות המחוקק לבין המודל של עליונות הזרוע השיפוטית. מודל זה מעניק לבית המשפט סמכויות בעניינים "חוקתיים", מקיים דיאלוג בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת, אך מותיר את זכות המילה האחרונה למחוקק.

על פי המודל המוצע, תפקידו של בית המשפט לשמש קטליזטור לקיומו של דיון מעמיק בשאלות מהותיות. הבחירה להשתמש דווקא בו כזרז איננה מקרית; היא מבוססת על הכרה ביתרונותיו, הקשורים בסגולותיהם האישיות של החברים בו ובמבנהו המוסדי. מבחינה אישית, הכשרתם המקצועית של השופטים מאפשרת להם מידה מסוימת של בהירות מחשבה הנדרשת להכרעה בשאלות מסובכות וטעונות;⁵² מבחינה מוסדית, בית המשפט חשוף פחות מהמחוקק להשפעות מבחוץ, ובניגוד למחוקק אין הוא תלוי – לפחות לא באופן מיידי – בתמיכת הציבור שעשוי להיות מושפע מהלכי רוח פופוליסטיים קצרי מועד.⁵³ שני אלה מגבירים את הסיכוי שהדיון שבית המשפט יקיים

52 הטיעון כאן מתמקד בעיקר בכישוריו של השופט, המאפשרים לו לחרגם את המקרה הקונקרטי שלפניו לשפה משפטית באופן שיאפשר להחיל את ההנחות המשפטיות העקרוניות על נסיבותיו של המקרה. במסגרת תהליך זה המופשט נהפך לקונקרטי וחזר חלילה, והפתרון המשפטי לבעיה הקונקרטית עובר תהליך הפשטה ונהפך לחלק מהכלל המשפטי.

53 ראו, למשל, ERWIN CHEMERINSKY, INTERPRETING THE CONSTITUTION 86 (1987); Walter F. Murphy, *Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Constitutional Interpreter*, 48 REV. POL. 401, 406-409 (1986). הדגש בדרך כלל הוא על חוסר-ההתאמה של המחוקק יותר מאשר על הסגולות המיוחדות של בית המשפט. ראו Abner J. Mikva, *How Well does Congress Support and Defend the Constitution?*, 61 N. C. L. REV. 587 (1983) ("While it is clear that there is a role for Congress to play in making constitutional judgments, the ability of Congress to do so is less certain. Both institutionally and politically, Congress is designed to pass over the constitutional questions, leaving the hard decisions to the courts... The paucity of constitutional dialogue in Congress is due to many factors"). לדעה שונה, המתנגדת לחיזור הציני של ההליך הפוליטי כמונע כולו על ידי אינטרסים עצמיים צרים, ראו Jeremy Waldron, *Rights and Majorities: Rousseau Revisited*, in NOMOS XXXII: MAJORITIES AND MINORITIES 44 (John W. Chapman ed., 1990).

בשאלות עקרוניות יהיה מעמיק וענייני. חשוב לציין כי לא הכול תמימי דעים לגבי יתרונותיו של בית המשפט. אנדרי מרמור, למשל, סבור כי אין לשופטים יתרון מקצועי על אחרים בבירור שאלות חוקתיות – "ובמובן מסוים ההיפך הוא הנכון", משום ש"השאלות שבית-משפט נדרש להכריע בהן בעניינים חוקתיים קלסיים... הן פשוט לא שאלות משפטיות. אלה הן שאלות מוסריות ופוליטיות *par excellence*".⁵⁴ כמו כן, יש (בעיקר בארצות-הברית) המבקשים להוכיח באופן אמפירי שגם היתרון המוסדי מוטל בספק. הם מצביעים על מה שמסמן, בעיניהם, מגמה של בית המשפט לאשר בפסיקותיו את השקפת עולמן של האליטות השליטות,⁵⁵ או חמור מכך – על נטייתו של בית המשפט לעצב את הכרעותיו באופן שיהלום את חיזוק מעמדו שלו.⁵⁶ מכל מקום, גם אם

54 מרמור, לעיל ה"ש 47, בעמ' 154.

55 ראו, למשל, TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURT, לעיל ה"ש 18 ("Looking at judicial review over the course of U.S. history, we see the courts regularly being more or less in line with what the dominant national coalition wants"; Robert A. Dahl, *Decision-Making in a*; TUSHNET, RED, WHITE AND BLUE, לעיל ה"ש 18, *Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 J. PUB. LAW 279, 293-294 (1957).

56 סוציולוגים החוקרים את דרכי ההתנהגות של ארגונים מצביעים על תופעה המכונה "הסטת מטרות", שלפיה עם התרחבותו והתבססותו של ארגון נהפך עצם קיומו למטרה עיקרית של חבריו, לעתים אפילו במחיר זניחתן של המטרות המקוריות שלשמן הוקם. ראו האוניברסיטה הפתוחה מבוא לסוציולוגיה יח' 7, 8-19 (1985). את אחד המאמרים הראשונים והקלאסיים בתחום מחקר זה כתב רוברט מיכלס "הבסיס השמרני של הארגון" היחיד והסדר החברתי 211 (בעריכת דניאלה רוט-הלר וניסן נוה, 1990). במאמרו ניתח מיכלס את השינויים שהתרחשו במפלגה הסוציאלי-דמוקרטית הגרמנית, והצביע על כך שעם השנים השתנו יעדיה של המפלגה: מנהיגי המפלגה המשיכו אמנם לשלם מס שפתיים ליעדיה המהפכניים, אך למעשה גיבשו מדיניות שמרנית שתכליתה שימור המערכת והימנעות מסיכון ההישגים שאליהם הגיעה. כך, על פי מיכלס, "נהפך הארגון מאמצעי לתכלית" (שם בעמ' 214). כותבים אחרים הציעו גרסה מרוככת יותר של הטיעון וטענו שהשימור והחיזוק העצמי אינם המטרה היחידה המניעה ארגון לאחר שנרצו והתבסס, אך אין ספק כי יעדים אלו נכללים בין מטרות הארגון ומשפיעים על התנהלותו; ראו, למשל, B. GUY PETERS, THE POLITICS OF BUREAUCRACY 31 (2d ed. 1984) ("We will not adopt the totally cynical view that agencies are concerned only with the growth of the agency budget, but neither can we adopt the more naive view that agencies are concerned entirely with the performance of their constitutionally and legally designated tasks. The truth probably lies somewhere in between"). בסופו של יום, בית המשפט – עם כל יוקרתו וזהירו – הוא ארגון, וככזה קשה להניח שיחמוק מן ה"גורל" הנכון לארגונים באשר הם. לאחרונה החלו אנשי מדע המדינה בארצות-הברית לעסוק בתיאור ובמיפוי אמפירי של ההתנהלות המוסדית של בית המשפט העליון בארצות-הברית שתכליתה חיזוק מעמדו ביחס לזרועות האחרות. ראו, למשל, SUPREME COURT DECISION- MAKING (Cornel W. Clayton and Howard Gillman eds., 1999). לניתוח מעניין של התנהלות בית המשפט בישראל, מתוך מטרה לבחון אם זו תואמת את הנחת היסוד שהוא מונע מחשיבה

טענות אלו נכונות, משקלן משמעותי פחות במקרה של אימוץ המודל החוקתי הדיאלוגי בהשוואה למקרה של אימוץ המודל החוקתי הראשון. על פי המודל הראשון, בית המשפט מופקד באופן בלעדי על הגנת הערכים החוקתיים, ואם הוא איננו כשיר לכך המשימה נדונה לכישלון. על פי המודל השני, בית המשפט אמור להבטיח שהשאלות החוקתיות ייבחנו בכובד ראש. גם אם הכרעותיו אינן עדיפות על אלה של הזרועות הפוליטיות, העובדה שהוא מחויב להתמודד ברצינות עם דילמות חוקתיות ולהכריע בהן, והעובדה שהמערכת הפוליטית נדרשת (כפי שנראה בהמשך, במידה כזו או אחרת) להתייחס להכרעותיו, משפרות את הסיכוי שההכרעה הציבורית בשאלות מהותיות תיעשה באופן שקול ורציוני.

2. היכן אומץ המודל?

הרציונל של חוקה כדיאלוג הוא חדש יחסית בשיח החוקתי, הגם שבשנים האחרונות הוא צובר תאוצה.⁵⁷ אולם, כפי שהסברנו בקצרה בפסקאות הקודמות, כדי שיווצר דיאלוג אמיתי בין בית המשפט למערכת הפוליטית לא די בהצגת הרציונל. יש צורך לעצב מודלים חוקתיים שיאפשרו את קיומו של דיאלוג וימריצו את הצדדים לו למלא את חלקם בתהליך. בפסקאות הבאות נציג שלושה מודלים חוקתיים שונים זה מזה שאומצו בעשורים האחרונים בקנדה, באנגליה ובניו-זילנד, המתאימים לדעתנו למודל של חוקה כדיאלוג.⁵⁸ שלוש המדינות משתייכות למשפחת חבר העמים הבריטי, ובכולן נהג עד לאחרונה המודל הווסטמינסטריאני שהעלה על נס את העיקרון בדבר עליונות המחוקק. בעשורים האחרונים עברו שלושתן תהליך שינוי חוקתי המתאפיין בניסיון לחזק את ההגנה על זכויות יסוד ועל ערכי יסוד מבלי לפגוע בעיקרון הדמוקרטי המחייב הענקת מעמד מרכזי למחוקק גם – ואולי דווקא – בהכרעות ערכיות עקרוניות. להלן נתאר בקצרה את ההסדרים שאימצו שלוש מדינות אלה, נצביע על המאפיינים המשייכים אותם למודל הדיאלוגי ונעמוד על ההבדלים המרכזיים ביניהם.

אסטרטגית שתכליתה להרחיב את מתחם שיקול הדעת שלו, ראו עמרי ידלין "שיקול דעת שיפוטי ואקטיביזם שיפוטי כמשחק אסטרטגי" מחקר משפט יט 665 (2002).

57 אחד הראשונים שניסח את הרציונל הדיאלוגי היה לואיס פישר; ראו LOUIS FISHER, CONSTITUTIONAL DIALOGUES: INTERPRETATION AS A POLITICAL PROCESS (1988). ראו גם Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577, 653-680 (1993).

58 איננו טוענים שהמודל אומץ במקור מתוך כוונה שיגשים את הרציונל הדיאלוגי, אך כפי שנדגים בהמשך, בכל אחת מהמדינות יש מלומדים המתארים ומצדיקים את המודל ככזה. גם במדינות נוספות יש התומכים במודל הדיאלוגי; ראו, למשל, באוסטרליה Rob G. Atkinson, *The Constitutional Conversation between the Courts and Parliament*, 21 UQLJ 1 (2000).

• קנדה: מנגנון ההתגברות

הצ'רטר הקנדי לזכויות וחירויות (The Canadian Charter of Rights and Freedoms) נחקק בשנת 1982 כחלק מהמהלך המתמשך של ההיפרדות החוקתית בין קנדה לבריטניה, שאותו הוביל ראש ממשלת קנדה דאז פייר אליוט טרודו. טרודו ביקש לאמץ מגילת זכויות חוקתית ברוח המודל האמריקני אך נתקל בהתנגדות מצד חלק מהפרובינציות. ההתנגדות התבססה הן על הפגיעה בעיקרון בדבר עליונות המחוקק והן על הפגיעה שתתרחש בריבונות עם קבלתה של חוקה פדרלית מחייבת.⁵⁹ לאחר משא ומתן הושגה פשרה, ולפיה נוספה לצ'רטר פסקת התגברות המאפשרת למחוקק הפדרלי והמדינתי להתגבר על הוראות החוקה לתקופה של חמש שנים לכל היותר באמצעות חקיקה רגילה, ללא צורך לתקן את החוקה. פסקת ההתגברות מוגבלת כאמור לחמש שנים, אך היא ניתנת לחידוש.⁶⁰

מחד גיסא, הצ'רטר הקנדי עונה על שלושת המאפיינים של המודל האמריקני: הוא קובע במפורש את עליונותו על חקיקה ראשית,⁶¹ הוא משוריין,⁶² ולמרות שאיננו מסמך במפורש את בית המשפט לפסול חקיקה ראשית הסותרת אותו, כוונה כזו עולה בבירור מצירוף סעיפיו השונים, ובית המשפט העליון הקנדי אכן מניח סמכות כזאת ופועל בהתאם. מאידך גיסא, פסקת ההתגברות מציבה סימן שאלה בדבר התאמתו של הצ'רטר למודל זה. אכן, יש הטוענים כי הכללתה של פסקת התגברות במסגרת החוקה פוגעת באופן מהותי במעמדה של החוקה וברעיון העומד מאחוריה, ותוהים אם חוקה הכפופה למנגנון כזה ראוייה בכלל להיקרא חוקה.⁶³ יש המרחיקים אף יותר ורואים במנגנון

59 לתיאור ההיסטוריה של הצ'רטר ראו Paul C. Weiler, *Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version*, 18 U. MICH. J. L. REF. 51, 64-65 (1984).

60 סעיף 33(4) לצ'רטר קובע:

(4) Parliament or a legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

61 סעיף 58 ל-Constitution Act קובע:

The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

62 סעיף 38(1) לצ'רטר קובע:

An amendment to the Constitution of Canada may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada where so authorized by (a) resolutions of the Senate and House of Commons; and (b) resolutions of the legislative assemblies of at least two-thirds of the provinces that have, in the aggregate, according to the then latest general consensus, at least fifty per cent of the population of all the provinces.

63 לדעה כזו בהקשר הישראלי ראו, למשל, אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג 640 (1994) (הוספה)

ההתגברות אמצעי המאפשר למחוקק לרמוס ברגל גאווה את הוראות החוקה ואת ערכיה לצרכים פוליטיים צרים.⁶⁴ טענות אלה רלבנטיות רק אם פירושה של חוקה הוא "מסמך התואם את ההיגיון והמבנה של המודל האמריקני". זו, כמובן, אינה נקודת המבט האפשרית היחידה. את מנגנון ההתגברות ניתן לתאר לא כאמצעי להתעלמות והתגברות על הוראות החוקה אלא כאמצעי המאפשר לציבור, באמצעות המחוקק, לחלוק על הפרשנות שנתן בית המשפט להוראות החוקה⁶⁵ ולהציע פתרון אחר, לגיטימי לא פחות

פסקת ההתגברות לחוק יסוד: חופש העיסוק מעמידה את החוק במצב "שמגרר הגנה הלכתית גרידא על חופש העיסוק יצא ולגדר הגנה חוקתית מלאה לא הגיע". לדעה דומה בהקשר הקנדי ראו, למשל, Anne F. Bayefsky, *The Judicial Function Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 32 MCGILL L. J. 791, 818 (1987) ("The Canadian Charter of Rights and Freedoms is therefore not an entrenched bill of rights. Entrenchment is a term which in the long Canadian debate was consistently used to mean placing individual rights and freedoms beyond the reach of ordinary legislatures").

64 לדעה כזו מפי מלומדים קנדיים ראו, למשל, Brian Slattery, *Override Clauses Under S. 33*, 61 CAN. BAR REVIEW. 391, 397 (1983). בהקשר הישראלי גישה זו מקבלת סיוע מן הנסיבות שהובילו לאימוצו של המנגנון. כידוע, מטרת התיקון שהוסיף את מנגנון ההתגברות לחוק היסוד הייתה למצוא פתרון למשבר הקואליציוני שנוצר בעקבות פסיקתו של בית המשפט העליון בפרשת מיטראל בעניין ייבוא של בשר קפוא, באופן שיניח את דעתה של ש"ס, שותפתה הקואליציונית של מפלגת העבודה, מבלי לפגוע באופן חמור מדי בחוק היסוד. אלמלא התעורר צורך כזה לא היה מנגנון ההתגברות הישראלי בא לעולם – דבר הגורם תורם לתדמיתו המפוקפקת. לטיעון ברוח זאת ראו, למשל, דבריה של ח"כ נעמי חזן ממר"צ, ד"כ 135, 4538 (התשנ"ד) ("אם אנחנו נשנה היום את חוק יסוד חופש העיסוק... אנו חותרים תחת חוקי היסוד של מדינת ישראל... לא מטעמים ענייניים, אלא מטעמים מיידיים, מניפולטיביים, פוליטיים, כדי לפתור בעיה קואליציונית"). ראו גם דבריו של ח"כ דדי צוקר, יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט, בגנות פסקת ההתגברות; ד"כ 136, 5365 (התשנ"ד).

65 המחלוקת בשאלת פרשנותה של החוקה, בהקשר של זכויות האדם שעליהן היא מגינה, עשויה להתקיים באחת משתי שאלות: גודל הזכות המוגנת והנסיבות שבהן מתירה החוקה לפגוע בזכות. עד כה עשה המחוקק הישראלי שימוש במנגנון פעם אחת בלבד ביחס לחוק ייבוא בשר קפוא, שנתקבל בכנסת מיד לאחר הוספת מנגנון ההתגברות לחוק היסוד והחזיר את הסטטוס-קוו בעניין על כנו. המחלוקת במקרה זה שייכת לדעתי לסוג השני: קשה יהיה לחלוק על כך שהחוק פוגע בחופש העיסוק, אולם החשבה לשאלה אם יעמוד בדרישות פסקת ההגבלה אינה כה ברורה. יש משופטי בית המשפט העליון שצינו באמרת אגב שלדעתם החוק לא יעמוד בדרישה; ראו דברי השופט אור בבג"צ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 505 (1993) ("נראה, שחקיקה שעל-פיה יותנה יבוא בשר בתנאי שיהיה כשר, היא חקיקה המגבילה את חופש העיסוק, שלא בהתאם לפיסקת ההגבלה"). לעומתם, בין חברי הכנסת היו כאלו בדעה שונה; ראו, למשל, דבריו של חבר הכנסת יצחק לוי מן המפד"ל, פרוטוקול ישיבה מס' 163, של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13, 28 (1.3.04). מדבריו של לוי עולה תפיסה של פסקת ההגבלה כאמצעי שנועד להתגבר לא על הוראותיה של החוקה אלא על פרשנותו (במקרה זה

מזה שהציע בית המשפט, לשאלות חוקתיות מסוימות.⁶⁶ במילים אחרות, חוקה עם מנגנון התגברות איננה בהכרח חוקה מוחלטת אלא חוקה המציגה מודל חוקתי שונה מהמודל החוקתי האמריקני ומיועדת להגשים מטרות שונות מאלו שעומדות בבסיס המודל החוקתי האמריקני.

כאמור, הנחת המוצא של המודל הדיאלוגי היא שהחלטות בעניינים מהותיים חייבות להתקבל על ידי הציבור, לאחר שיקול דעת מעמיק – אלא שבשל אופייה של המערכת הפוליטית קיים חשש שהן לא יזכו לתשומת הלב הראויה. חוקה הכוללת מנגנון התגברות עשויה לספק את התמריץ החסר. מנגנון הביקורת השיפוטית, המתבסס על חוקה עליונה ומשוריינת, מאפשר לבית המשפט לומר את דברו בשאלות מרכזיות – דבר המחייב את המחוקק לתת את דעתו אליהן. המחוקק יכול לקבל את עמדתו של בית המשפט או לדחותה, אולם דחייה תחייב את המחוקק לנמק את הכרעתו בצורה מפורטת. ודוק: סביר להניח שהמטרה של דיון מעמיק בשאלות מהותיות תושג לא רק לאחר פסילת חוק בידי בית המשפט. עצם הידיעה שבית המשפט עשוי לפסול חקיקה בשל סתירה להוראות החוקה תמריץ את המחוקק לדון בעניין בכובד ראש כבר בשלבי החקיקה. אם כן, חוקה עם מנגנון התגברות מאפשרת להשיג את המטרה של דיון מעמיק בשאלות מהותיות מבלי לפגוע בעיקרון הבסיסי של הכרעה דמוקרטית.⁶⁷

• ניו־זילנד

בדומה לקנדה, גם חוק זכויות האדם הניו־זילנדי, שהתקבל בשנת 1990,⁶⁸ הוא תוצאה

האפשרית בלבד, שהרי הדברים נאמרו כאמור כאמרת אגב) של בית המשפט את הוראות החוקה.

66 לשונו של מנגנון ההתגברות הישראלי מלמדת שהמחוקק הישראלי מבין את תפקידו של המנגנון באופן אחר מזה המוצע על ידי. כותרת הסעיף היא "תוקפו של חוק חורג", והסעיף עצמו מסביר שמדובר בחוק הפוגע בחופש העיסוק ואינו ניתן להצדקה במסגרת מנגנון האיוון המפורט בסעיף 4 לחוק היסוד. מלשון הסעיף עולה אם כן שמטרתו לאפשר סטייה זמנית מהוראות החוקה, ולא פרשנות אחרת משל בית המשפט להוראותיה, כפי שהצעתי אני. גם דברי ההסבר להצעת החוק מנוגדים לתפיסת תפקיד מנגנון ההתגברות המוצעת על ידי. לגישה המתארת את מנגנון ההתגברות כאמצעי המאפשר סטייה מקומית מהוראות החוקה, אך מנסה בכל זאת להצדיק את הכללתו בחוקה, ראו Lorraine E. Weinrib, *Learning to Live With the Override*, 35 MCGILL L. J. 541 (1990).

67 לקריאה כזו של מנגנון ההתגברות ראו Tzvi Kahana, *Understanding the Notwithstanding*, 52 U. TORONTO L.J. 221 (2002) ("The purpose of judicial review is to deliberate about the meaning of the constitution through sophisticated and carefully reasoned opinions in concrete cases. Once the legislature is exposed to the product of judicial review, it can decide whether it agrees with the court's interpretation" (248).

New Zealand Bill of Rights, No 109 §6 (1990), reprinted in INTERNATIONAL 68

של פשרה בין יזמה ממשלתית לאימוץ של מגילת זכויות חוקתית התואמת את המודל האמריקני לבין התנגדות מצד גורמים במערכת הפוליטית שביקשו לשמור על המאפיינים המסורתיים של הדמוקרטיה בניו-זילנד, לאמור: העיקרון בדבר עליונות המחוקק.⁶⁹ חוק זכויות האדם הוא חוק רגיל, בלתי-משוריין, שניתן לשינוי ולביטול בפרוצדורה רגילה ואינו מאפשר ביקורת שיפוטית. סעיף 4 לחוק קובע כמפורש כי בית המשפט אינו רשאי לפסול חקיקה הפוגעת בזכויות המפורטות בסעיף 70.1 אולם, סעיף 6 לחוק מקנה לו מעמד מיוחד בכך שהוא מטיל על בית המשפט חובה לפרש חקיקה קיימת או עתידית, ככל שהדבר אפשרי, כך שתעלה בקנה אחד עם הוראות החוק ולא תסתור אותן.⁷¹ סעיף שלישי המחזק את חשיבותו של חוק זכויות האדם הוא סעיף 7, המטיל על היועץ המשפטי לעבור על כל הצעות החוק המוגשות למחוקק ולהצביע על כל מרכיב שעומד לכאורה בסתירה להוראות החוק.⁷²

בדומה לצירטר הקנדי, גם את החוק הניו-זילנדי אפשר לתאר כתוצר של פשרה, שנבעה מחוסר-נכונות ללכת עד הסוף בהגנה על זכויות אדם; בה בעת אפשר להבינו

ENCYCLOPEDIA OF LAWS, 2 TEXTS OF CONSTITUTIONS (Supp 17) (Anthony H. Angelo & Rosemary Gordon eds., 1996).

69 Paul Rishworth, *The Birth and Rebirth of the Bill of Rights*, in GRANT & HUSCROFT & PAUL RISHWORTH, *RIGHTS AND FREEDOMS IN THE NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS ACT 1990 AND THE HUMAN RIGHT* (1995); GEOFFREY PALMER, *NEW ZEALAND'S CONSTITUTION IN CRISIS: REFORMING OUR POLITICAL SYSTEM* (1993); Philip A. Joseph, *The New Zealand Bill of Rights*, 7 PUB. L. REV. 162 (1996).

70 לשון הסעיף כדלקמן:

No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this bill of rights),—

Hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or

Decline to apply any provision of the enactment – by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this bill of rights.

71 לשון הסעיף כדלקמן:

Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning...

72 לשון הסעיף כדלקמן:

Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall, (a) in the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or (b) in any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill, bring to the attention of the House of Representatives any provision in the Bill that appears to be inconsistent with any of the rights and freedoms in this Bill of Rights.

כנובע מתפיסה חוקתית שונה, העולה בקנה אחד עם הרציונל הדיאלוגי.⁷³ זכות המילה האחרונה שמורה למחוקק, אולם המנגנונים שבסעיפים 6 ו-7 אמורים להבטיח שהחלטתו של המחוקק תתקבל תוך התייחסות מושכלת ורצינית לערכי היסוד ככל שאלו מעורבים בעניין. התועלת בחוות הדעת המקדימה של היועץ המשפטי ברורה: אם יחוזה את דעתו שהצעת החוק מנוגדת לחוק זכויות האדם יש להניח שהמחוקק יתייחס ברצינות לחוות הדעת, וגם אם יחליט בסופו של דבר לקבל את החוק כמות שהוא, לא יעשה זאת מתוך בורות או מתוך חוסר-אכפתיות לגבי זכויות האדם אלא לאחר דיון רציני שבסיכומו יגיע למסקנה הפוכה מזו של היועץ המשפטי.⁷⁴ גם המחויבות הפרשנית המוטלת על בית המשפט עשויה להשפיע על המחוקק: עצם קיומו של שיח שיפוטי חוקתי עשוי לפעול כמכשיר חינוכי מעצב, שיגביר את המודעות של הציבור ונציגיו במערכת הפוליטית לחשיבותם של הערכים החוקתיים. קביעה של בית המשפט כי חיקוק מסוים אינו יכול להתפרש באופן שיאפשר לו לעלות בקנה אחד עם הוראות חוק זכויות האדם עשויה להוביל לדיון ציבורי-פוליטי, שגם אם לא יוביל לשינוי החוק או לכיטולו – ייצור לחץ על המצדדים בחיקוק להצדיק את עמדתם בזיקה לעקרונות היסוד החוקתיים.

• אנגליה: חוק זכויות האדם

כאמור, העיקרון ההיסטורי שהיה מקובל באנגליה הוא העיקרון בדבר עליונות המחוקק. עיקרון זה לא התעלם מהצורך להגן על זכויות האזרח; להפך: הנחת המוצא הייתה שזכויות אלו יישמרו במסגרת ההליך הדמוקרטי הרגיל משום שהמחוקק יעשה שימוש בסמכויותיו באופן ראוי. הנחה כזו התאימה למציאות שבה האחיזה ברסן השלטון הייתה בידי השמרנים, שהחזיקו באתוס של העדפת הטוב הקהילתי ושל חברה מרובדת עם אליטה התופסת את תפקידה כהגנה על הזכויות של המעמדות הנמוכים. אולם, בעשורים האחרונים המציאות באנגליה הולכת ומשתנה. השיטה התאצ'ריסטית, שלפיה השוק הוא המדד לערך, החליפה במידה רבה את האתוס השמרני; לשוק ולמערכת הפוליטית נכנסו יותר ויותר גורמים פרטיים שלא גדלו על ברכי האתוס האליטיסטי של זכויות-יתר

73 לקריאה כזאת של המודל הניו-זילנדי ראו, למשל, Grant Huscroft, *Protecting Rights and Parliamentary Sovereignty: New Zealand's Experience with a Charter-Inspired, Statutory Bill of Rights*, 21 WINDSOR Y.B. ACCESS JUST. 111 (2002) ("The decision in New Zealand to preclude the courts from striking down legislation was not a decision to allow Parliament to violate rights; it was a decision to allow Parliament, rather than the courts, to have final decision-making authority when it comes to questions of consistency with the *Bill of Rights*" שם, בעמ' 125).

74 עד יוני 2002 הצהיר היועץ המשפטי הניו-זילנדי שמונה פעמים על הצעות חוק ממשלתיות ו-16 פעמים על הצעות פרטיות כבלתי-מתיישבות באופן חלקי או מלא עם חוק זכויות האדם. ראו Huscroft, שם, בעמ' 122. כפי שציין המחבר, לא תמיד קיבל המחוקק את עמדותיו של היועץ, ולדעתו בחלק מהמקרים המחוקק גם צדק בעליל.

הכרוכות בחובות, ונדמה שכפועל יוצא מכך חל שינוי במידת האחריות והמחויבות של פקידי השלטון. שינויים אלו חיזקו את התחושה שיש צורך לבחון מחדש את עקרונות היסוד המשטריים.⁷⁵ אלמנט נוסף שתרם למגמת השינוי הוא כניסתה של בריטניה למחויבויות בינלאומיות בכלל ולמחויבויות במסגרת הקהילייה האירופית בפרט. להבדיל מהשיטה הבריטית, המערכת האירופית מאמצת מודל המייחד למערכת השיפוטית תפקיד מרכזי בהגנה על זכויות.⁷⁶

חוק זכויות האדם הבריטי משנת 1998, שנכנס לתוקף באוקטובר 2000,⁷⁷ מבטא פשרה בין התביעה לחוקתיות של המערכת לבין ההתנגדות המבוססת על הרצון לשמור על העיקרון בדבר עליונות המחוקק. אולם, כמו מקביליו בקנדה ובנידלנד, גם את החוק הזה ניתן לתאר כמבטא רציונל חדש (ולאו דווקא פשרה בין שני עקרונות מנוגדים); רציונל זה מבקש לקחת את הטוב משתי האלטרנטיבות הקוטביות: להשאיר את זכות ההכרעה בעניינים מהותיים בידי המחוקק ובה בעת להבטיח שההכרעה הדמוקרטית תתקבל לאחר שיקול דעת מעמיק שיתחשב ויתן משקל מכריע לערכי היסוד החוקתיים.

להלן סקירה תמציתית של הסעיפים העיקריים בחוק: סעיף 1 לחוק מאמץ את רוב הזכויות המנויות באמנה האירופית לזכויות אדם. סעיף 3 מחייב את בתי המשפט לפרש חקיקה קיימת ככל שניתן באופן שעולה בקנה אחד עם רשימת הזכויות. הסעיף מחיל את חובת הפרשנות גם על חקיקה מוקדמת.⁷⁸ סעיף 6 לחוק אוסר על רשויות שלטוניות לפגוע בזכויות אדם אלא אם פעילותן מוכתבת על ידי חוק שלא ניתן לפרש באופן שיאיץ את הפגיעה. כחלק מהניסיון לשמור על עליונות המחוקק, אין שריון ואין אפשרות לבטל חקיקה ראשית או לא להפעילה אם נמצא שהיא סותרת זכות אדם; עם זאת, סעיף 4 לחוק מאפשר לבית המשפט להכריז על "אי-התיישבות" במקרה שבו הגיע למסקנה כי לא ניתן ליישב בדרך פרשנית בין דבר חקיקה לבין הערכים המוגנים בחוק זכויות האדם.⁷⁹ החוק איננו מחייב את המערכת הפוליטית להגיב להצהרת אי-

75 ראו David Feldman, *The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles*, 19 LEGAL STUD. 165, 166-167 (1999).

76 לתיאור המכשירים האירופיים להגנה על זכויות ראו John P. Flaherty & Maureen E. Lally, *Green, Fundamental Rights in the European Union*, 36 DUQ. L. REV. 249 (1998).

77 Human Rights Act, 1998, c 42, § 3(1) (Eng).

78 יצוין שכבר בעבר חל כלל פרשנות שחייב פרשנות שתעלה בקנה אחד עם האמנה, אולם תחולתו הייתה פרוספקטיבית בלבד; ראו Douglas W. Vick, *The Human Rights Act and the British Constitution*, 37 TEX. INT'L. L. J. 329, 344-346 (2002).

79 לשון הסעיף:

4(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.

...

התיישבות, אך הוא יוצר מנגנון (בסעיף 10 לחוק) המאפשר לשר הממונה על התחום הרלבנטי להוציא צו ממשלתי שיתקן את החקיקה כך שתעלה בקנה אחד עם הוראות החוק. צו כזה צריך לקבל את אישורם של שני בתי המחוקקים.⁸⁰ נוסף על כך שמורה כמובן האפשרות לתקן את החוק באמצעות מנגנון חקיקה רגיל, וכפי שהתבטאו גורמים פוליטיים עובר לחקיקת החוק, יש להניח שתיקון כזה יתבצע – ולכל הפחות סירוב לתקן ינומק כדבעי.⁸¹ מנגנון ההצהרה ומנגנון התיקון פוגעים במידה לא מבוטלת במעמדו של המחוקק כמגן זכויות האדם. פתרון חלקי לבעיה מצוי בסעיף 19 לחוק, המטיל על השר המציג הצעת חוק לקריאה שנייה חובה להצהיר כי למיטב שיפוטו ההצעה עולה בקנה אחד עם זכויות האדם. בפני השר עומדת גם האפשרות לקבוע כי הוא אינו יכול להצהיר על התיישבות אולם חרף זאת הממשלה מבקשת מהפרלמנט להעביר את החוק.⁸² מנגנון

4(6) A declaration under this section ("a declaration of incompatibility")

does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and is not binding on the parties to the proceedings in which it is made.

עד תחילת 2004 השתמש בית המשפט שמונה פעמים בסמכותו לפי סעיף 4. לסקירה תמציתית של המקרים ראו Richard Clayton, *Judicial Deference and Democratic Dialogue: The Legitimacy of Judicial Intervention Under the Human Rights Act, 1998*, 2004 PUB. L. 33 ב-16 בדצמבר 2004 השתמש בית המשפט בסמכותו פעם נוספת, כשהכריז על אי-התאמתו של חוק שאפשר לעצור לתקופה בלתי-מוגבלת אדם שאינו אזרח בריטי שהיה חשוד במעורבות בפעילות טרור; ראו *A v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All ER 169. בית המשפט קבע שהחוק עומד בניגוד לסעיפים 5 ו-14 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם, שעוגנו בחוק זכויות האדם הבריטי. בעקבות ההכרזה נחקק החוק מחדש במרץ 2005 באופן שהסיר את הפגמים שעליהם הצביע בית הלורדים. לדיון בפסק הדין וכמשמעויותיו ראו המאמרים שפורסמו ב: 68 THE MODERN L. REV. 654-676 (2005).

80 לשון הסעיף:

10(2) If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility.

81 ראו, למשל, Lord Hoffmann, *Human Rights and the House of Lords*, 62 MOD. L. REV. 159, 160 (1999) ("If the courts make a declaration of incompatibility, the political pressure upon the government and Parliament to bring the law into line will be hard to resist"). לפי דיווחו של Clayton, לעיל ה"ש 79, מבין שמונת המקרים שבהם הצהיר בית המשפט על אי-התיישבות, תיקנה המערכת הפוליטית את החוקים הבעייתיים פעמיים: פעם אחת בצו ממשלתי בהתאם לסעיף 10 ופעם אחת בחקיקה רגילה. ראו שם, בעמ' 46.

82 לשון הסעיף:

19. – (1) A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill

זה מחזיר מעט מן האחריות לידי המערכת הפוליטית, ובה בעת משמש מכשיר נוסף לחיזוק מחויבותה להתייחסות רצינית לזכויות אדם.

• השוואה בין המנגנונים השונים

המודל הדיאלוגי שאימצו מדינות חבר העמים מציע עמדת ביניים בין המודל הבריטי המסורתי של עליונות המחוקק לבין המודל החוקתי האמריקני. עם זאת, כפי שראינו, המודלים הספציפיים שאימצו שלוש המדינות שונים זה מזה. ההבדלים בין ההסדרים שאימצו המדינות הללו מסדרים אותן בנקודות שונות על הסקאלה שבין הקטבים: המודל הקנדי הוא הקרוב ביותר לקוטב האמריקני, המודל הניו־זילנדי הוא הקרוב ביותר לקוטב הבריטי המסורתי, ואילו המודל הבריטי מצוי אי-שם ביניהם. למסקנה זו נוכל להגיע אם נבחן כל אחד משלושת המודלים לאור שלושת העקרונות המבדילים בין הקטבים: עליונות, נוקשות וביקורת שיפוטית.

אשר לביקורת שיפוטית, בית המשפט בקנדה מוסמך לפסול חקיקה ראשית אולם המחוקק יכול להשתמש בפסקת ההתגברות כדי לשריין חקיקה מראש מפני פסילה או להחיות חקיקה שנפסלה. בניו־זילנד בתי המשפט אינם רשאים לפסול חקיקה ראשית אך הם נדרשים לפרש אותה ככל שניתן כדי שתעלה בקנה אחד עם הוראות החוקה. בבריטניה, כמו בניו־זילנד, עומד לרשות בתי המשפט נשק הפרשנות, אך נוסף על כך הם מוסמכים להצהיר על אי־התייחסות בין הוראות החקיקה הראשית לחוק זכויות האדם, תוך תקווה שהדבר ידרכן את המחוקק לשנות את החקיקה הבעייתית.⁸³

- (a) make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights ("a statement of compatibility"); or
- (b) make a statement to the effect that although he is unable to make a statement of compatibility the government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill.

83 כאמור, החוק הניו־זילנדי אינו מעניק לבית המשפט סמכות כאמור, אולם בפסק דין שניתן בשנת 2000 יצר בית המשפט מנגנון כזה, בהשפעת המודל האנגלי. ראו *Mooney v. Film and Literature Board of Review* [2000] 2 NZLR 9 (C.A.) ("That purpose necessarily involves the court having the power, and on occasions the duty, to indicate that although a statutory provision must be enforced according to its proper meaning, it is inconsistent with the Bill of Rights, in that it constitutes an unreasonable limitation on the relevant right or freedom which cannot be demonstrably justified in a free and democratic society... New Zealand society as a whole can rightly expect that on appropriate occasions the courts will indicate whether a particular legislative provision is or is not justified thereunder" בעמ' 17. החלטת בית המשפט זכתה לתמיכה מחוגי האקדמיה בניו־זילנד; ראו James Allan, *The Effect of a Statutory Bill of Rights Where Parliament is Sovereign: The Lesson from New Zealand*, in *SCEPTICAL ESSAYS ON HUMAN RIGHTS* 375, 384-385 (Tom Campbell, Keith D. Ewing &

אשר לנוקשות, ההסדר בקנדה תואם בעניין זה את המודל האמריקני: החוקה משוריינת מפני שינוי. ההסדר הניו-זילנדי תואם את המודל האנגלי המסורתי: ניתן לשנות את החוקה באמירה מפורשת בחקיקה רגילה – אך גם בהיעדר אמירה מפורשת, בכפוף לכך שהחקיקה לא ניתנת לפרשנות באופן שעולה בקנה אחד עם הוראות החוקה. בריטניה היא היחידה שמציעה גם בעניין זה מעין גישת ביניים: ניתן לשנות את חוק זכויות האדם בחקיקה רגילה, אך רק בדרך מפורשת.⁸⁴

אשר לעליונות, המודל הקנדי דומה למודל האמריקני אולם הפער בין החוקה לחקיקה ראשית רגילה בקנדה מצומצם מזה שקיים בארצות-הברית. ראשית, כאמור, חקיקה ראשית הנתמכת בפסקת התגברות גוברת על הוראות החוקה. שנית, בדומה למדינות מערביות רבות המאמצות באופן עקרוני את המודל האמריקני (אך להבדיל מארצות-הברית), החוקה הקנדית כוללת נוסחת איזון המתירה במפורש פגיעה בזכויות המנויות בה בהתקיים תנאים מהותיים מסוימים.⁸⁵ החובה המוטלת בניו-זילנד לפרש חקיקה רגילה בהתאם להוראות החוקה מבטאת הכרה במעמדה העליון של החוקה, אך

Adam Tomkins eds., 2001). יש שהשוו את פסק הדין לפסק דינו של השופט מרשל בפרשת מרבורי ג' מדיסון המפורסמת; ראו Paul Rishworth, *The Rule of International Law in* LITIGATING RIGHTS, PERSPECTIVES FROM DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW 267, 271-272 (Grant Huscroft & Paul Rishworth eds., 2002).

84 כלל זה לא נקבע מפורשות אך הוא מתבקש מן העובדה שהסמכות שניתנה לבית המשפט להצהיר על אי-התיישבות לא הוגבלה לחקיקה הקודמת לחוק זכויות האדם. העובדה שגם לגבי חקיקה מאוחרת ניתן להצהיר על אי-התיישבות מלמדת שאופציית התיקון המשתמע איננה קבילה ביחס לחוק זכויות האדם. זאת, בניגוד לגישה המקובלת באנגליה לגבי כל דבר חקיקה אחר, המניחה תיקון משתמע ואוסרת על הגבלתו. ראו *Ellen Street Estates Ltd. v. Minister of Health* [1934] 1 KB 590 ("The legislature cannot, according to our constitution, bind itself as to the form of subsequent legislation, and it is impossible for parliament to enact that in a subsequent statute dealing with the same subject matter there can be no implied repeal"). מעניין לציין שעמדה דומה, השוללת שינוי משתמע אך מחירה שינוי מפורש, ביטא בהקשר הישראלי השופט חשין בפסק דינו בפרשת בנק המזרחי. חשין התנגד אמנם לייחוס מעמד חוקתי לחוקי היסוד, אך הציע כי "לעניין שינוי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – הוא הדין בפגיעה בו – נידרש אך להוראה מפורשת בחוק מאוחר לחוק-היסוד. שינוי מכללא או פגיעה מכללא לא יהיה די בהם. במקום שכללי פרשנות 'קלאסיים' לא יאצרו כוח ליישב הוראה הבאה בחוק-היסוד עם הוראה מאוחרת לה – לאמור, יימצא לנו כי אכן יש סתירה בין שתי ההוראות – וההוראה המאוחרת אינה מבטלת מפורשות הוראה מהוראות חוק-היסוד, וסיק כי הוראת חוק-היסוד, אף שהיא ההוראה המוקדמת, ידה תהא על העליונה" (בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 558-559).

85 סעיף 1 לצירטר קובע:

The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

הפער בינה לבין חקיקה רגילה מצומצם בהשוואה למודל הקנדי בהתחשב באפשרות לגבור על החוקה אפילו במשתמע.⁸⁶ גם בעניין זה ממוקם המודל הבריטי בין שני קודמיו: על החובה הפרשנית המוטלת על בית המשפט נוספת החובה המוטלת על השר המציג הצעת חוק לקריאה שנייה להצהיר שלמיטב שיפוטו ההצעה עולה בקנה אחד עם הזכויות. כאמור לעיל, לשר עומדת גם האפשרות לקבוע כי הוא אינו יכול להצהיר על התיישבות וחרף זאת לבקש מהפרלמנט בשם הממשלה להעביר את החוק. אפשרות זאת דומה במהותה למנגנון ההתגברות הקנדי, אך היא קלה יותר לביצוע משום שאיננה דורשת רוב מיוחד.

3. בחינה לאור חולשות המודל הראשון

המודל החוקתי הראשון נגזע בכמה חולשות משמעותיות. השאלה שברצוננו לברר כעת היא עד כמה המודל השני – הדיאלוגי – מצליח לחמוק מאותן חולשות. אי-הסכמה בשאלת הערכים: חולשתו הראשונה של המודל הראשון היא בכך שהוא מניח את קיומה של מערכת ערכים מוסכמת, בעוד שהמציאות מצביעה על מחלוקות משמעותיות בשאלות ערכיות. לעומתו, המודל הדיאלוגי מניח כנקודת מוצא את קיומה של מחלוקת, ובהתאם לכך משתמש בחוקה ובמערכת החוקתית כפלטפורמה וכזרז לדיון מהותי ולא כמכשיר לעיגון פרטני של ערכים קונקרטיים, שכאמור אין לגביהם הסכמה. חרף זאת נראה שגם המודל השני אינו נחלץ בקלות מבעיית המחלוקת. לפחות בשלוש המדינות שתיארנו, הפלטפורמה שאימץ המודל הדיאלוגי איננה ריקה לחלוטין. היא כוללת רשימת ערכים בסיסיים, הגם שהיא מותירה את זכות המילה האחרונה לגבי תוכנם המדויק בידי המערכת הפוליטית. בחברה שסועה לחלוטין מבחינה ערכית, שבה אין הסכמה בסיסית לגבי רשימת ערכים (אפילו ברמת עמימות גבוהה), אי-אפשר לצאת לדרך אפילו לפי המודל השני. עם זאת, נדמה שכרוב המערכות הפוליטיות ניתן להשיג הסכמה של רוב מכריע של הציבור בדבר ערכי יסוד מופשטים. המחלוקות מתחילות בדרך כלל בשלב הפרשנות והיישום, ומכיוון שההכרעה הסופית בשלב זה נותרת בידי המחוקק סביר שלא תהיה התנגדות עקרונית לעיגון הערכים המוסכמים בחוקה. מחלוקת בשאלת היישום, המפקידה את סמכות ההכרעה הערכית בידי בית המשפט: חוקה כדיאלוג פותרת או לפחות מצמצמת בעיה זאת. לבית המשפט יש תפקיד במסגרת הדיאלוג אך הוא אינו מחזיק בזכות המילה האחרונה; ההכרעה הסופית נתונה

86 במובן מסוים החוקה הניו-זילנדית אפילו נחותה מחקיקה ראשית רגילה. זאת משום שבמקרה של סתירה שאיננה ניתנת ליישוב בין החוק לחוקה אנו מעדיפים את החוק אפילו הוא קודם כרונולוגית לחוקה, ואיננו פועלים לאור הנחה של תיקון משתמע, כמקובל במקרה של סתירה בין חקיקים מאותה דרגה.

בידי המערכת הפוליטית, גם במקרה של אי-הסכמה עם בית המשפט.⁸⁷ עם זאת, חשוב לציין שלא כל הווריאציות של המודל הדיאלוגי שוות בעניין זה: ככל שהתנאים הנדרשים להכשרה של הכרעה פוליטית המנוגדת לתפיסת בית המשפט מחמירים יותר, מתחזק החשש מפני כבילה למעשה של הציבור לעמדות בית המשפט.

קבעון: כאמור, השריון החוקתי של מערכת ערכים מקשה מאוד על עדכונם בהתאם לתפיסות המשתנות, ובכך מכפיף את הדור של היום לערכיו של הדור הקודם. השריון גם מחליש את הסיכוי לכך שיתקיים בכלל תהליך חשיבתי שעשוי להוביל לשינוי מודע בתפיסות. הידיעה שמערכת הערכים הישנה קשה מאוד לשינוי מחלישה את המוטיבציה לבחון אותה באופן יסודי. כמו כן, המעמד העליון שניתן למערכת הערכים הישנה פועל כגורם רב-משקל נגד כל ניסיון לערער עליה. לכאורה, המודל הדיאלוגי מציע פתרון גם לבעיה זאת. מערכת הערכים המעוגנת במסמך "החוקתי" היא מלכתחילה מופשטת למדי באופן שמשאיר אותה פתוחה לפרשנויות רבות; זאת ועוד: המילה האחרונה בשאלת פרשנותם של הערכים ויישומם במקרים קונקרטיים שמורה למחוקק. לבסוף, לפחות במודל האנגלי והניו-זילנדי ניתן גם לשנות את המסמך עצמו ללא צורך בפרוצדורות שינוי מיוחדות. כל אלו מאפשרים לדור הנוכחי לבחון מחדש את הנחות היסוד הערכיות שלו, ואם הוא מחליט לעדכן – ביכולתו להביא את השינוי לידי ביטוי בקלות יחסית.

לדול השיח הדמוקרטי: כאמור, מטרתו המוצהרת של המודל הדיאלוגי היא דווקא להעשיר ולהעצים את השיח הדמוקרטי בסוגיות חוקתיות. המודל, המסמך את בית המשפט לתווך דעה ובה בעת מותיר את זכות המילה האחרונה בידי המחוקק, אינו משתק את המחוקק אלא מדרבן אותו להפוך את השיח בעניינים חוקתיים למודע ועשיר יותר.⁸⁸

87 להצעה של מלומד אמריקני לאמץ מנגנון דיאלוגי כאמצעי לפתרון המתח בין עליונות בית המשפט לעקרון ההכרעה הדמוקרטית ראו JOHN AGRESTO, *THE SUPREME COURT AND CONSTITUTIONAL DEMOCRACY* (1984) ("In many ways the perfect constitutional solution to the problem of interpretive finality and judicial imperialism would have been for the judiciary to possess the same legislative relationship to Congress as that which governs the executive. Just as Congress, by special majority, can override a presidential veto, a similar process could from the outset have been established to review judicial objections"). (134)

88 להצגה כזאת של יתרונות המודל הקנדי ראו Donna Greschner and Ken Norman, *The Courts and Section 33*, 12 *QUEEN'S L.J.* 155, 192 (1987) ("The public will be aware, because of this judicial decision, precisely of what will be lost or gained by invocation of the override... The debate ensuing after a court has found a law in violation of a right or freedom will be couched in terms of rights and freedoms and the strength of the government's arguments for its override"); Michael J. Perry, *The Constitution, the Courts,*

4. בחינה לאור יתרונות המודל הראשון

בסעיף הקודם בחנו עד כמה נחלץ המודל השני מן החולשות שבהן לוקה המודל הראשון. אולם, בצד החולשות יש למודל הראשון לפחות תועלת אחת גדולה, שגם חסידי הרציונל שמאחורי המודל השני יתקשו לדחות. בסעיף זה ננסה לבחון האם, ובאיזו מידה, גם המודל השני יכול להשיג את אותה תועלת.

כזכור, המודל הראשון מתבסס על שתי הנחות יסוד: הראשונה היא שערכים מסוימים הם בעלי חשיבות עליונה ושברוך כלל אין הצדקה לפגיעה בהם, והשנייה היא שמעל ראשם של אותם ערכים מרחפת סכנת פגיעה. ההנחה הראשונה איננה מקובלת על חסידי המודל השני, שנקודת המוצא שלהם הפוכה לחלוטין ולפיה קיימת מחלוקת לגיטימית בשאלה מה הם הערכים בעלי החשיבות העליונה או, למצער, מהי הפרשנות הנכונה שיש לתת להם או מהו האיזון הראוי ביניהם במקרי התנגשות. אולם, ההנחה השנייה של המודל הראשון יכולה – ולטעמנו אף צריכה – להתקבל גם על חסידי המודל השני. הסכנה שעליה דיברו חסידי המודל הראשון נעוצה בפזיזות שעלולה לאפיין את התנהגותה של המערכת הפוליטית בעתות חירום ומצוקה כתוצאה מאבדן זמני של שיקול הדעת. פזיזות כזו מסכנת לא רק מערכת ערכים מוסכמת או ראויה (לדעת האוחזים במודל הראשון) אלא גם את אפשרות הפעולה על בסיס דיון מושכל שסופו בהכרעה או בפשרה – היעד המוצהר של המודל השני. המודל הראשון מקדם את פני הסכנה במתן עליונות לרשות השופטת, שעל פי הנטען פחות חשופה מהמערכת הפוליטית להלכי רוח פזיזים. המודל השני אמנם מעניק לבית המשפט תפקיד חשוב בשיח בעניינים מהותיים, אך בהותירו את זכות המילה האחרונה בידי המערכת הפוליטית הוא אינו מתמודד לכאורה עם הסכנה שבמצבי משבר ההחלטות שתתקבלנה תהיינה בלתי-שקולות ולא מתאימות לעמדה כלשהי מבין העמדות החלוקות (אם נציגיהן היו שוקלים אותן באופן רגוע ויסודי). בזמן משבר גם חברה המחויבת לערכים מוסכמים עלולה להיסחף ולבגוד באותם ערכים באמצעות החלטה פזיזה, ולשם כך המודל הראשון מעביר את ההכרעה לידי בית המשפט. אלא, שבזמן משבר גם חברה המאופיינת במחלוקת ערכית ומחויבת ליישובה בדרך מעמיקה עלולה לבגוד במחויבותה לדיון שקול ולהכרעה על בסיס ערכי. איך יתמודד עם החשש הזה מי שדוחה את המודל של עליונות בית המשפט ומשאיר את זכות המילה האחרונה בידי המחוקק?

חסידי המודל השני עשויים להשיב תשובה כפולה לטענה: להטיל ספק במידת התועלת שבהפקדת משימת הבלימה בידי בית המשפט – ובמקביל לטעון שהמודל השני מספק אמצעי בלימה יעיל לא פחות, ואולי אף יותר, מזה שמציע המודל הראשון. כפי

and the Question of Minimalism, 88 NW U. L. REV. 84 (1993) ("Adopting the Canadian innovation would significantly enhance, not diminish, the constitutional and moral responsibility of the people" בעמ' 159).

שצינו לעיל, יש הטוענים שסקירת התנהלותו של בית המשפט במערכת מן המודל הראשון, עם היסטוריה חוקתית ארוכה כמו בארצות-הברית, מעלה סימני שאלה ביחס למידת הצלחתו של בית המשפט לשמור על עצמאות וקור רוח בעתות משבר שבהן הוא היה אמור לשמש בלם מפני החלטות פזיזות ורעות מבחינה ערכית. במילים אחרות, הניסיון מטיל ספק בדבר יכולתו של המודל הראשון להגשים את המטרה המוצהרת שלשמה הוא נוצר.⁸⁹ אולם, גם אם המודל הראשון מציע פתרון אפקטיבי לבעיה, הפתרון שלו אינו היחיד שניתן להציע. כפי שציין יון אלסטר, לא רק שהפתרון של המודל החוקתי הראשון אינו היחיד, אלא שאפילו אינו הראשון שהוצע בספרות ובפרקטיקה לבעיית ה"פזיזות במצבי משבר". אלסטר הוכיח יפה שצרפת שלאחר המהפכה וארצות-הברית בשנותיה הראשונות היו מודעות לבעיית הפזיזות הזו עת גיבשו את יסודות המשטר שלהן, אך שתיהן לא אימצו את המודל החוקתי הראשון כפתרון לבעיה – לפחות לא בשלב ראשון – ובחרו דווקא מנגנון אחר: ביקמוליוזם, כלומר: שני בתי מחוקקים, המאזנים ומרסנים זה את זה ומאטים את תהליך קבלת ההחלטות.⁹⁰ במסגרת מאמר זה לא נוכל לבחון לעומק את מידת התאמתו של המודל הביקמוליסטי לפתרון בעיית הפזיזות, אך נצביע על האפשרות המעניינת לראות במודל החוקתי השני – הדיאלוגי – סוג מסוים של ביקמוליוזם. ההבדל היחיד בין המודל החוקתי הדיאלוגי לבין ביקמוליוזם קלאסי הוא שבביקמוליוזם קלאסי שני הגורמים המאזנים ומאטים זה את זה שייכים לרשות המחוקקת, ואילו לפי המודל הדיאלוגי האיזון הוא בין המחוקק לבית המשפט.⁹¹ אם ביקמוליוזם מספק פתרון לבעיית הפזיזות, גם המודל הדיאלוגי עשוי להצליח במשימה.

5. סיכויי הצלחה

סימן השאלה הגדול המרחף מעל המודל הדיאלוגי הוא אם מודל זה, על הווריאציות השונות שלו, יצליח להשיג את המטרה הכפולה שהציב לעצמו: חיזוק המודעות לחשיבותם של ערכי יסוד בסיסיים וכפועל יוצא גם חיזוק ההגנה עליהם – בלי לקחת מן הציבור את הזכות והחובה להכריע בעניינים אלו בעצמו. יש המטילים ספק ביכולתו של המודל להגשים מטרה כפולה זו, וטוענים שהוא נדון לקריסה אל אחד משני הקצוות שהוא מבקש למצב ביניהם. החוקה לא תשיג את יעד הדיאלוג אם משום שהמחוקק

89 ראו טקסט ליד ה"ש 18.

90 ראו Jon Elster, *Limiting Majority Rule: Alternatives to Judicial Review in the Revolutionary Epoch*, in CONSTITUTIONAL JUSTICE UNDER OLD CONSTITUTIONS 3-21 (Eivind Smith ed., 1995).

91 בצרפת, המועצה החוקתית נחשבת לזרוע של המחוקק, דבר הנובע גם מן הרצון למזער את המתח בין העיקרון הדמוקרטי למנגנון החוקתי. ראו ALEC STONE, *THE BIRTH OF JUDICIAL POLITICS* IN FRANCE: THE CONSTITUTIONAL COUNCIL IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 47 (1992).

יתעלם מעמדת בית המשפט ויסרב להתייחס ברצינות להיבטים החוקתיים המתעוררים, ואם משום שיקבל את עמדת בית המשפט ללא ערעור מבלי שהשתתף באופן פעיל בתהליך ההכרעה.⁹² החשש מפני קריסת המודל הדיאלוגי למודל עליונות בית המשפט מתחזק ככל שפרטי ההסדר החוקתי דומים למודל האמריקני – כמו בקנדה, ואילו החשש מפני קריסה למודל עליונות המחוקק מתחזק ככל שפרטי ההסדר החוקתי דומים למודל הבריטי המסורתי – כמו בניו-זילנד או בבריטניה.

אחת האינדקציות האפשריות לקריסת המודל הקנדי לתוך המודל האמריקני יכולה להיות מיעוט המקרים שבהם השתמש המחוקק הקנדי, הפדרלי או המדינתי, במנגנון ההתגברות.⁹³ כך בדיוק טוען המלומד האמריקני מרק טושנט.⁹⁴ אולם, כישלון המודל כמודל ביניים איננו ההסבר היחיד למיעוט השימוש במנגנון ההתגברות. כפי שטושנט עצמו רומז, ניתן להציע לפחות שני הסברים הגיוניים לכישלון שהם קונטינגנטיים באופיים. ראשית, מנגנון ההתגברות הקנדי מנוסח לא ככלי להתגברות על פרשנות בית המשפט את הוראות החוקה, ולהצעת פרשנות חליפית לגיטימית לא פחות, אלא להתגברות על הוראות החוקה.⁹⁵ בנסיבות אלה מובנת הרתיעה של המחוקק מפני שימוש במנגנון ההתגברות כמכשיר להתערבות בהחלטותיו של בית המשפט, שכן הוא תופס בטעות – או לפחות מניח שהציבור יתפוס – את השימוש הזה כניסיון בלתי-לגיטימי לפגוע בעקרונות היסוד החוקתיים. שינוי בניסוח הסעיף שיוצר את מנגנון ההתגברות, מלווה בקמפיין שיסביר את ההיגיון הדיאלוגי שעומד מאחוריו, עשוי להוביל לשינוי תפיסתי העשוי להוביל כשלעצמו לשינוי במידת השימוש שיעשה

92 ראו Mark Tushnet, *Comparative Constitutionalism: State Action, Social Welfare Rights, and the Judicial Role: Some Comparative Observations*, 3 CHI. J. INT'L L. 435, 450 (2002)

("There is some reason to believe that weak-form judicial review is unstable institutionally")

93 שם ("The clause has rarely been invoked, for reasons that are complex"). לסקירה של היקף השימוש במנגנון נכון לשנת 2002 ראו Barbara Billingsley, *Section 33: The Charter's Sleeping Giant*, 21 WINDSOR Y.B. ACCESS JUST. 331, 339-343 (2002)

94 שם ("Canada's experience with the notwithstanding clause suggests, although not conclusively, that the clause has failed to create a distinctive form of judicial review, and that Canada has a rather robust form of judicial review, the notwithstanding clause (notwithstanding")

95 סעיף 33 לצ'רטר הקנדי קובע:

33.(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(ההרגשה הוספה).

המחוקק בכלי הדיאלוגי שהופקד בידיו. אולם, לא רק ניסוחו הבעייתי של מנגנון ההתגברות יכול לשמש הסבר למיעוט השימוש בו אלא גם האופן שבו נצרכו המנגנון והשימוש בו בתודעה הציבורית הקנדית. הראשונה שהשתמשה במנגנון, שימוש נרחב ביותר, הייתה קוויבק. ביוני 1982, מעט אחרי חקיקת הצ'רטר, חוקקה האסיפה הלאומית הקוויבקית חוק שהתיימר לצרף אוטומטית לכל החקיקה הקוויבקית הקיימת פסקת התגברות על כל זכויות האדם שבצ'רטר, שתחול רטרואקטיבית עד ליום חקיקת הצ'רטר. חוק זה לא התיימר להגן על דבר חקיקה זה או אחר מפני ביטול, אלא לקרוא תיגר על עצם הלגיטימיות של הצ'רטר ולהבהיר כי אין בכוונתה של קוויבק לכבדו.⁹⁶ החוק נדון בכמה ערכאות ולבסוף אושר עקרונית בידי בית המשפט העליון הקנדי.⁹⁷ ייתכן שהשימוש שעשתה קוויבק במנגנון ההתגברות, והאישור שנתן בית המשפט העליון לשימוש זה, הכתימו את המנגנון שלא בצדק ויצרו לו תדמית של כלי המערער על עצם המחויבות הציבורית לשמירה על ערכי יסוד בסיסיים. לסיכום: מיעוט השימוש במנגנון ההתגברות הקנדי אינו מעיד בהכרח על כך שהמנגנון אינו יכול לשמש מכשיר ליצירת דיאלוג. ניסוח נכון והקפדה שיפוטית על שימוש ראוי במנגנון ישפרו את סיכוייו להצליח בהשגת המטרה שלשמה נוצר.

כאמור, במקביל לחשש מפני קריסתו של המודל הדיאלוגי לתוך המודל האמריקני של עליונות בית המשפט קיים גם חשש הפוך מפני קריסת המודל בדיוק לצד השני – של עליונות המחוקק – מבלי שיצליח לעורר דיאלוג משמעותי בעניינים מהותיים. לכאורה, חשש כזה ממשי בעיקר בבריטניה ובניו-זילנד. בניגוד לקנדה, שבה המחוקק נדרש לפעול באופן אקטיבי כדי להפוך את החלטת בית המשפט, במדינות אלה המחוקק יכול "לנצח" גם אם יסתפק בשב ואל תעשה. אכן, כמה מלומדים בריטים הביעו בדיוק את החשש הזה, שלפיו הצהרת אי-ההתייבשות של בית המשפט תיענה בהתעלמות מצידה של המערכת הפוליטית בכלל ומצדו של השר הממונה בפרט, ושום דיאלוג אמיתי לא יתפתח.⁹⁸ כיום, לאחר שהצטבר ניסיון של שנים מספר, ניתן לבחון את עצמת החשש בבחינה אמפירית. במסגרת זו נצטרך לבחון לא רק באיזו מידה מגיב המחוקק לעמדות של בית המשפט ביחס לדברי חקיקה שכבר התקבלו, אלא גם האם ובאיזו מידה שינה השיח הפוליטי את אופיו, במובן זה שהמחוקק והרשות המבצעת מודעים יותר לשאלת ערכי היסוד ולצורך לשקול אותם ברצינות עובר לחקיקה. במסגרת מאמר זה לא נוכל

96 ראו CRISTOPHER P. MANFREDY, JUDICIAL POWER AND THE CHARTER: CANADA AND THE PARADOX OF LIBERAL CONSTITUTIONALISM 200-201 (1993).

97 Ford v. Quebec (A.G.), [1988] 2 S.C.R. 712.

98 Jeffrey Goldsworthy, *Legislative Sovereignty and the Rule of Law*, in SCEPTICAL ESSAYS ON HUMAN RIGHTS 61 (Tom Campbell, Keith Ewing, & Adam Tomkins eds., 2001). ראה

גם Tom Campbell, *Incorporation through Interpretation*, in SCEPTICAL ESSAYS ON HUMAN RIGHTS 79 (Tom Campbell, Keith D. Ewing & Adam Tomkins eds., 2001).

לבחון את הדברים לעומק, ונסתפק בהפניה לכמה מקורות המביאים ראיות לכך שהחשש איננו מתגשם.⁹⁹

לפני שנסיים נציין שההנחה שהנחנו בפסקאות הקודמות כי החשש מפני קריסת המודל הדיאלוגי לתוך אחד משני הקצוות הוא סימטרי, איננה ברורה מאליה. לפי הנחה זו, הסכנה לקריסה לצד כלשהו גוברת ככל שהמודל הדיאלוגי הספציפי שנבחר קרוב אליו יותר מבחינה עובדתית, כך שבמקרה הקנדי הסכנה היא לקריסה לעליונות בית המשפט, ובמודל הבריטי והניו-זילנדי החשש הוא מפני קריסה לעליונות המחוקק. אולם, יש הטוענים שאפילו במקרה של בריטניה וניו-זילנד סכנת הקריסה למודל לעליונות בית המשפט היא ממשית יותר, בעיקר בשל המחיר הפוליטי שיידרש מן המחוקק אם ירצה לחלוק על בית המשפט – מחיר הכרוך בהליכה נגד המוסכמה המקובלת כי בית המשפט חכם יותר ואמין יותר בכל האמור בשמירה עד זכויות אדם. זאת ועוד: עצם חקיקתה של מגילת זכויות רק מחזקת את המוסכמה, שהרי אם המחוקק ראוי שנסמך עליו, לשם מה יש צורך בחוק שיפרט את הזכויות שאין לפגוע בהן? הטענה כאן היא שקבלת המודל הדיאלוגי מחייבת שינוי תפיסה יסודי ביותר, לפיו סירובו של המחוקק לקבל את עמדת בית המשפט בענייני זכויות וערכים הוא לא רק אפשרי אלא גם לגיטימי. ספק אם מי שהתחנכו על ברכי החלוקה המסורתית, של מחוקק המהווה איום ובית משפט המציע הגנה, יוכלו לבצע שינוי כזה.¹⁰⁰

99 לגישה אופטימית בהקשר הניו-זילנדי ראו, למשל, Janet McLean, *Legislative Invalidation*, *Human Rights Protection and s 4 of the New Zealand Bill of Rights Act*, 4 NZ L. REV. 421 (2001) ("The focus should not be on what powers the courts have but what effect their decisions have in terms of administrative and legislative action and response... Relying too much on courts may ultimately undermine rather than affirm human rights. It is important to measure the relative quality of such deliberation in the judicial and legislative spheres, and the dynamic between the two spheres... I would not wish for a system in which matters are removed from the legislative agenda and that only courts can talk about. On these criteria the New Zealand Bill of Rights does not perform so badly in terms of rights protection", בעמ' 448; Huscroft, לעיל ה"ש 73. עוד נציין כי בשנת 2003 נחקק בניו-זילנד The Supreme Court Act. סעיף 3(2) לחוק קובע כי: "Nothing in this Act affects New Zealand's continuing commitment to the rule of law and the sovereignty of parliament" חקיקת הסעיף מלמדת שהמחוקק חש עצמו מאים אל נוכח חוק זכויות האדם גם בהיעדר סמכות ביטול חקיקה ראשית, ומוכיחה שחוק זה רחוק מלהיות אות מתה. ראו לעניין זה, Petra Butler, *Human Rights and Parliamentary Sovereignty in New Zealand*, 35 VUWLR 341 (2004) הטוענת שהחשש של המחוקק איננו מוצדק משום שבית המשפט הניו-זילנדי דווקא מקפיד לא לחצות את הקו בין פרשנות לחקיקה שיפוטית אקטיביסטית.

100 ראו Grant Huscroft, *Rights, Bills of Rights, and the Role of Courts and Legislatures*, in *LITIGATING RIGHTS*, לעיל ה"ש 83, בעמ' 3 "[D]ialogue is meaningful only if disagreement)

6. על תפיסות שונות של דיאלוג

טענתנו האחרונה בדבר הצורך בשינוי תפיסה כתנאי להצלחת המודל הדיאלוגי יכולה לדעתנו לסייע להבהיר את ההבדל בין המודל הדיאלוגי שאנו מציעים במאמר לעמדות דומות לכאורה שכבר הוצגו בהקשר הישראלי. יהיו שיטענו שהן הרעיון של חוקה כדיאלוג והן אפשרות יישומו בפועל קיימים כבר היום במערכת החוקתית הישראלית. יואב דותן טוען, למשל, כדלקמן:

החוקה שלנו היא חוקה גמישה... פסיקתו של בית-המשפט, בעת שהוא מפרש את "החוקה" הזו, אינה סוף פסוק בתהליך גיבוש הפעולה הפוליטית של הקהילה הרלבנטית, אלא רק שלב אחד בתהליך דינמי ששותפים לו שני הצדדים המעורבים: הכנסת מחד גיסא, ובית המשפט, מאידך גיסא.¹⁰¹

במצב דברים זה, טוען דותן, "אין כל סיבה שבית-המשפט ינהג באיפוק קיצוני בבואו לבחון את תוקף חוקי הכנסת, אלא ההיפך הוא הנכון" – ומאידך גיסא:

לפי תפיסה זו גם הכנסת גם בית המשפט צריכים להתרגל ולראות במצב שבו הכנסת הופכת קביעה של בית המשפט ומתקנת את החוקה לא מצב של "משבר חוקתי" חריף, המסמן עימות-רבתי בין שתי הרשויות הללו, אלא בתור סיטואציה אפשרית ונורמלית, שבה כל צד ממלא את תפקידו בדיאלוג הקונסטיטוציוני.

דותן מציין, ובצדק, שגם הנשיא ברק חזר והדגיש נקודה זו. האם צודקים ברק ודותן והמהפכה הדיאלוגית כבר התרחשה בישראל רעיונית ומעשית? כפי שעולה מן הדברים שאמרנו עד כה, איננו מסכימים שהמציאות החוקתית הקיימת בישראל אכן מאפשרת דיאלוג אמיתי במובן שעליו דיברנו, אפילו מבחינה טכנית. מחלוקת עם בית המשפט מחייבת את המחוקק לתקן את החוקה, כשעצם התיקון מבטא "הודאה" בסטייה מן החוקה במתכונתה הקיימת; באופן דומה, פסקת ההתגברות שבחוק יסוד: חופש העיסוק מנוסחת לא ככלי להתגברות על פרשנות בית המשפט את הוראות החוקה, ולהצעת פרשנות חליפית לגיטימית לא פחות, אלא להתגברות על הוראות החוקה – וגם אז הדבר אפשרי לפרק זמן קצר בלבד. נתונים אובייקטיביים אלה אינם מומינים דיאלוג אמיתי. אולם, כפי שכבר רמזנו לעיל, לדעתנו המבנה החוקתי הקיים

with the decisions of the courts is not only possible but *legitimate*, and there is little reason to suppose that it will be perceived as such" (שם, בעמ' 14-15).

101 ראו דותן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 206. גם הציטוטים הבאים לקוחים כולם ממאמר זה, בעמ' 206-208.

איננו המכשול היחיד למימוש המודל הדיאלוגי במדינת ישראל (כמו במקומות אחרים). מכשול נוסף ועיקרי נעוץ בהלך הרוח המתלווה למצב הקיים. טענה זו ניתן להדגים במובאות מדבריו של דותן. לאחר שהציג את הגישה שאותה כינה "מודל דינמי", הציג דותן כמה טענות ביקורת אפשויות, מתוכן נמנה שתיים: הראשונה היא שמודל כזה "חסר את המאפיינים החשובים ביותר של חוקה: היציבות והקניית הסופיות לקביעות בית המשפט... חוקת מדינה אינה מסמך שראוי שיתוקן חדשים לבקרים בהתאם לכל סיטואציה פוליטית מזדמנת"; הטענה השנייה היא שמודל כזה "אינו מעניק לבית המשפט אפשרות לבסס אפילו הגנה מינימלית גם על חירויות הפרט היסודיות ביותר". לדותן שתי תשובות לטענות אלה. התשובה הראשונה היא "זוהי 'החוקה' שיש לנו היום, ותו לא". במילים אחרות, דותן מסכים שהמציאות הדיאלוגית איננה ראויה – אך יש לקבלה, ובמסגרתה על בית המשפט לעשות כל שכיכולתו למקסם את ההגנה שהוא יכול להעניק לערכי היסוד. התשובה השנייה, שכיוונה דומה, היא שחרף הגמישות שהמודל הקיים מכתיב, גם כיום בית המשפט יכול לשבור את הכלים במקרה הנחוץ "ולהתערב ולהגביל גם את סמכותה המכוננת של הכנסת". יוצא, שמבחינתו של דותן הדיאלוג החוקתי (בהנחה שהמציאות הנוכחית מאפשרת קיומו) אינו ערך שיש לטפחו ולקדמו אלא מגרעת שיש להסתגל אליה. הדיאלוג החוקתי שברק ודותן מציעים אינו דיאלוג שבו המחוקק ובית המשפט מתדיינים ביניהם באופן לגיטימי בשאלה מה הם הערכים הראויים וכיצד יש ליישםם בנסיבותיו של מקרה נתון; לשיטתם, הדיאלוג הוא מצב שבו בית המשפט מגן על ערכי יסוד ונאלץ לאפשר למחוקק לפגוע בהם, תוך שהוא מחייב את המחוקק לשלם לפחות מחיר פוליטי כבד על חטאיו.¹⁰² אנו סבורים שמצג נורמטיבי כזה שונה מהרעיון שניסונו לקדם בפרק זה. המילה "דיאלוג" איננה זרה לשפה העברית ואפילו לא לשפה המשפטית הישראלית, אך המשמעות שאנו מבקשים לתת לה בהקשר החוקתי היא ככל הנראה חדשה ושונה מהמשמעות שניתנה לה עד כה.¹⁰³

102 ברק עוד הרחיק-לכת מדותן בהרחבת מושג הדיאלוג. על פי ברק, דיאלוג קיים גם במקרה בו אין שימוש בפסקת התגברות וגם לא שינוי חוקתי, אלא המחוקק פשוט מתקן חוק שפסל בית המשפט בהתאם להנחיותיו של בית המשפט. ראו ברק, לעיל ה"ש 9, בעמ' 326. לשיטת ברק יוצא שכל תגובה של כפוף להוראה של בעל סמכות היא בעצם דיאלוג.

103 לטעון בהקשר הקנדי, הדומה לטעון שהעלינו כאן כנגד השימוש המוטעה (בעינינו) במושג "דיאלוג", ראו Christopher P. Manfredi & James B. Kelly, *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*, 37 OSGOODE HALL L.J. 513, 524 (1999) ("Genuine Dialogue only exists when legislatures are recognized as legitimate interpreters of the (constitutions and have an effective means to assert that interpretation").

ד. חוקה ככלל השתק

1. המודל והרציונל שבבסיסו

דמוקרטיה מציעה, בין היתר, מנגנון הוגן ויעיל להכרעה במחלוקות. ההכרעה מתקבלת לאחר דיון ציבורי פתוח שבו כל צד מנסה לעשות נפשות לעמדותיו, לאחר משא ומתן שבו הצדדים השונים מנסים לעשות שימוש בכוח הפוליטי שצברו כדי למשוך את ההחלטה לכיוון הרצוי להם. שם המשחק הוא דיון ציבורי ופתיחות. אולם, גם במערכת דמוקרטית יכולים להיות טעמים לרצות להשתק מחלוקות ולא לעסוק בהן באופן פומבי ופתוח. יש עניינים שהמחלוקת בהם חריפה במיוחד וקיומו של דיון ציבורי בעניינים עלול שלא להוביל להכרעה מוסכמת אלא לעורר רגשות שליליים ולהעמיק שסעים. זאת ועוד: לעתים, ניהולה של המחלוקת גובה מחיר כבד במונחים של זמן ותשומות פוליטיות; הוא "תוקע" את המערכת הפוליטית בכך שהוא מרתק אותה לנושא אחד ואינו מאפשר לה להשתמש במשאביה לדיון והכרעה בעניינים אחרים. כפי שטען סטיבן הולמס, במקרים כאלו – ובניגוד לאינטואיציות פסיכולוגיות מקובלות – השתקה יכולה למלא תפקיד חיובי.¹⁰⁴

חוקה יכולה לסייע ביצירתו ובשימורו של כלל השתק חזק במיוחד. כפי שצינו לעיל, כשתארגנו את הביקורת על המודל הראשון, עליונותה של החוקה ועובדת היותה משוריינת מקשים מאוד על האפשרות לשנותה. בהיעדר סיכוי טוב להשפיע על התוצאה סביר שתפתח המוטיבציה האזרחית להשתתף בתהליכי הכרעה, דבר שיצמצם את היקפו של השיח הציבורי בעניינים המוסדרים ויגמך את עצמתו. אולם, בעוד שבמסגרת המודל הראשון תוצאות מסתברות אלה נתפסו כחסרונות שיש לנסות להתגבר עליהם או להתחשב בהם בחשבון הכולל, במסגרת הרציונל של חוקה ככלל השתק הקיבעון ודלדול השיח הציבורי הם בעצם המטרה שלשמה נבחרת האסטרטגיה החוקתית. ודוק: חוקה

104 להצגה בהירה ומקיפה של התועלת בהשתקה ושל אפשרות השימוש בחוקה ככלל השתק ראו Stephen Holmes, *Gag Rules or the Politics of Omission*, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY 19-58 (Jon Elster & Rune Slagstad eds., 1988). כפי שהסביר הולמס, כללי השתק נהוגים לא רק בחיים הפוליטיים אלא גם במערכות יחסים פרטיות וציבוריות (לא פוליטיות), למשל: בני זוג, חברי משפחה מורחבת וחברים במחלקה באוניברסיטה – בכל המקרים האלה עשויים הפרטים להחליט להימנע מלדון במחלוקות פוליטיות בוערות, מטעמים של רצון לשמור על אווירה טובה ולאפשר שיתוף פעולה, או מתוך רצון להימנע מריכוז אנרגיה בנושא אחד תוך שיתוקם של נושאים חשובים אחרים. לדיון בתועלת של שימוש בחוקה ככלל השתק ראו גם Rumyana Kolarova, *Tacit Agreements in the Bulgarian Transition to Democracy: Minority Rights and Constitutionism*, [1993] U. CHI. L. SCH. ROUNDTABLE 23 (הכתוב דן ברעיון ההשתק אך בסיום המאמר מביע ספקטיות לגבי התועלת בשל החשש שמה שיושתק היום יתפוצץ בעוד עשר שנים).

ככלל השתק איננה טוענת שהקיבעון והדלדול הם יתרונות מעצם מהותם, אלא שבעניינים מסוימים ובנסיבות מסוימות הם משרתים מטרה חיובית.

בין שני הרציונלים הראשונים והמודלים שנגזרים מהם לבין הרציונל והמודל השלישי – חוקה ככלל השתק – קיים הבדל משמעותי. שני המודלים הראשונים מייחסים ערך חיובי אינטרינזי לתכניה של החוקה. לפי המודל הראשון החוקה כוללת ומגדירה במדויק את ההכרעות הערכיות "הנכונות" הטעונות הגנה; המודל השני אמנם פתוח יותר ומסתפק בהצבעה על נושאים שההכרעה לגביהם חייבת להתקבל באורח מושכל לאחר דיון ציבורי רציני ומעמיק – אולם גם המדרד שלו להכללתו של עניין בחוקה הוא חשיבותו מבחינה ערכית. המודל השלישי אינו מניח את צדקתן של ההכרעות המעוגנות בחוקה (כפי שמניח המודל הראשון) ואף לא את חשיבותן הערכית של השאלות שהחוקה מכסה (כפי שמניח המודל השני). הקריטריון שבוור את העניינים שייכללו בחוקה לפי מודל זה אינו של צדק או חשיבות אלא של כדאיות. קיימת סבירות גבוהה שכל הקבוצות היריבות ימצאו בהכרעה המעוגנת בחוקה המשתיקה פגמים ואפילו יבקרו אותה קשות, וחרף זאת יסכימו שיש היגיון בהכללתה של ההכרעה בחוקה מחשש שהשאתה מחוץ לחוקה תעלה למערכת הפוליטית מחיר כבד מדי. המסמך החוקתי שיתקבל במודל של חוקה ככלל השתק לא יהיה כזה שנרצה לתלותו על קירות בתי הספר ולחייב את ילדינו לשננו; הוא איננו קובע עקרונות נשגבים, להפך: הוא מעגן פשרות שאיש לא ממש אוהב, וחרף זאת נוכל להסכים על נחיצותו בנסיבות הקיימות.

2. היכן אומץ המודל?

השימוש בחוקה למטרת השתקת מחלוקות איננו רק רעיון תאורטי וניתן למצוא דוגמאות לשימוש כזה בחוקה. לעתים הרצון להשתק ניכר וגלוי. אם ניקח, לדוגמה, את החוקה האמריקנית, הרי ששאיפת השתקה גלויה עמדה למשל מאחורי הסדר הפשרה שהושג בין מדינות הצפון והדרום בארצות-הברית בשאלת העבדות. כירוע, המחלוקת בעניין זה עמדה למכשול בדרך להשגת איחוד בין המדינות, וברור היה לצדדים שהסכמה זמנית בעניין לא תוכל להבטיח את היציבות הנדרשת. עיגון הפשרה בחוקה נועד להבטיח שהסוגיה תוסר מסדר היום הציבורי וכך יימנע ליבויר האש בין שני המחנות.¹⁰⁵ לעתים יש

105 במסגרת הפשרה קבעה החוקה האמריקנית בסעיף א 9(א) כי זכותן של המדינות להחליט על הגירה או על ייבוא של עבדים לא תוגבל עד לשנת 1808. נקבעה בה גם החובה להשיב עבדים בורחים לאדוניהם (סעיף ד, 2(ג)). כמו כן נקבע כי לצורך חישוב מספר התושבים החינני לקביעת מספר הנציגים של כל מדינה בבית הנבחרים הפדרלי, יינתן לעבד ערך של שלוש-חמישיות של אדם חופשי (סעיף א, 2(ג)). ביטוי חזק לכך שהעיגון לא ביטא הסכמה לעבדות מצד המתנגדים למוסד זה ניתן למצוא בדבריו של גיימס מדיסון בפדרליסט 42, אלכסנדר המילטון, גיימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט 212 (תרגום אהרן אמיר, 2002). השימוש במנגנון השתק – לאו דווקא חוקתי – ליווה את סוגיית העבדות בהודמנרות רבות לאורך המחצית הראשונה של המאה ה-19. ראו Holmes, לעיל

צורך במחשבה שנייה ובפרשנות מחודשת כדי לחשוף את הכוונה. כך, למשל, סטיבן הולמס טוען כי את החירויות השליליות שבמגילת הזכויות האמריקנית – ובפרט את הסעיפים העוסקים ביחסי הדת והמדינה – ניתן לפרש לא רק כאמצעי שנועד להגן על הפרט מפני כוחה המאיים של המדינה אלא כמכשיר שתכליתו הפרטה של עניינים מסוימים והוצאתם מן המתחם הציבורי מתוך מטרה לשפר את השיח הציבורי הפוליטי.¹⁰⁶

3. חולשות

(א) האם לא קיימות אלטרנטיבות?

כדי להשתיק נושא מסוים אין הכרח לנקוט דווקא אסטרטגיה חוקתית. כלל השתק יכול להיות מעוגן בחקיקה רגילה, בחקיקת-משנה או בהסכם פוליטי. הסדר הסטטוס-קוו בנושאי דת ומדינה, שפעל במערכת הפוליטית בישראל במשך תקופה ארוכה בהצלחה יחסית,¹⁰⁷ יכול לשמש דוגמה טובה לכלל השתק לא חוקתי. מאז קום המדינה, ובמשך שנות דור, תחום יחסי הדת והמדינה בישראל נהנה משקט ומיציבות יחסיים, למעט משברים קלים שהתעוררו מזמן לזמן. נתון זה מעורר פליאה מסוימת אל נוכח חילוקי הדעות התריפים הקיימים בין קבוצות שונות במדינה בענייני דת ומדינה ואל נוכח החשיבות שמייחסת כל אחת מן הקבוצות לסוגיה ולהכרעה שתושג בעניינה. את השקט היחסי המפתיע ששרר בתחום יחסי הדת והמדינה ניתן לייחס לעובדה שהמערכת הפוליטית בחרה לנקוט לגבי את גישת ההשתקה. באופן מסורתי נכללה בהסכמים הקואליציוניים לכינון של ממשלה פסקה שקבעה בנוסח כמעט זהה שהסטטוס-קוו בענייני דת ומדינה יישאר בעינו.¹⁰⁸ הסכמה זו לא מנעה לחלוטין שינויים בהסדרים

ה"ש 104, בעמ' 31-34. לדיון ברקע להסדר החוקתי בעניין העבדות ולטענה שמתנגדי העבדות לא עשו בעצם מאומה כדי לעגן משהו מעמדתם בחוקה ראו Paul Finkelman, *The Founders and Slavery: Little Ventured, Little Gained*, 13 YALE J.L. & HUMAN. 413 (2001).

106 הולמס, לעיל ה"ש 104.

107 על הסטטוס-קוו ראו, למשל, בנימין נויברגר דת, מדינה ופוליטיקה 42-55 (1994); רון חריס "הזרמנויות הסטוריות והחמצות בהיסח הדעת" שני עברי הגשר: דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל (מדרכי בר-און וצבי צמרת עורכים, 2002); מנחם פרידמן "ואלה תולדות הסטטוס קוו: דת ומדינה בישראל" המעבר מיישוב למדינה 1947-1949: רציפות ותמורות 47 (וורה פילובסקי עורכת, 1990); זרח ורהפטיג חוקה לישראל דת ומדינה 34-36 (התשמ"ח).

108 ראו, למשל, הסכם קואליציוני בין המפלגות המערך (מפלגת העבודה-מפ"ס-רשימות ערביות), המפלגה הדתית-לאומית, המפלגה הליברלית העצמאית. ד"כ 69, 706 (התשל"ג):

(ה) סטטוס קוו בעניינים דתיים

(1) בהמשך להסכמים הקואליציוניים הקודמים יישמר גם בתקופת הכנסת השמינית

הסטטוס קוו בתחבורה ציבורית בשבת ובימי חגים.

(2) כנ"ל יישמר הסטטוס קוו בעניין חוק הנישואין והגירושים וככל שאר ענייני דת.

המשפטיים והפוליטיים בענייני דת ומדינה, ומזמן לזמן גם התעוררו מאבקי כוח (אם כתגובה לשינוי ואם בניסיון להשיגו), אולם באופן כללי הושגה המטרה של השתקת הוויכוח הציבורי בענייני דת ומדינה. כפי שמציינים כותבים רבים, אותה הסכמה להשתיק את שאלת יחסי דת ומדינה, ששבה ועוגנה מכנסת לכנסת וממשלה לממשלה, נבעה בדיוק מן הטעמים שהוזכרו לעיל: ההבנה שהנושא שנוי במחלוקת עמוקה ושקיזמו של דיון ציבורי ופוליטי פתוח עלול ליצור או להחריף קרע בין הקבוצות השונות, לפגוע בלכידות הלאומית וליטול חלק נכבד מהאנרגיה הציבורית הנחוצה כל כך לפתרון משימות חיוניות אחרות.¹⁰⁹

הדרך המסורתית להתבונן על חוקה היא כעל מסמך המעגן עקרונות יסוד חשובים. חוקה ככלל השתק איננה מתאימה לדפוס זה; כאמור, מדובר במסמך פשרה שאיש אינו מתגאה בו. אם, כפי שהדגמנו זה עתה, המטרה של השתקת מחלוקות הרסניות ניתנת להגשמה גם ללא השימוש בנשק החוקתי, מתעוררת השאלה מדוע שלא נסתפק באמצעים הקונבנציונליים מבלי לערב את החוקה בעניין? לשאלה זו שתי תשובות אפשריות. הראשונה היא שכאופן עקרוני באמת אין הכרח להשתמש בחוקה למטרת השתק, והבחירה בה צריכה לבוא רק במקרים שבהם אנחנו מעוניינים בכלל השתק חזק במיוחד. התשובה השנייה מעניינת יותר: באופן פרדוקסלי, משעה שמערכת פוליטית בוחר לעבור ממודל של דמוקרטיה פרלמנטרית למודל של דמוקרטיה חוקתית – לפי אחד משני המודלים הקודמים ובעיקר לפי המודל הראשון – נחלשת יעילותן של טכניקות השתקה רגילות ומתעורר הצורך להשתמש בטכניקת השתקה חוקתית גם בעניינים שמלכתחילה אולי לא היינו בוחרים להשתקם באמצעות כלל השתק חוקתי.

הסכם קואליציוני בין המפלגות מפלגת העבודה הישראלית, גוש חירות – ליברלים, המפלגה הדתית-לאומית, המפלגה הליברלית העצמאית. ד"כ 56, 271 (התש"ל):

“(ה) סטטוס קוו בעניינים דתיים

(1) בהמשך להסכמים הקואליציוניים בכנסת השלישית, הרביעית, החמישית והששית יישמר גם בתקופת הכנסת השביעית הסטטוס קוו בתחבורה ציבורית בשבת ובמי חגים.

(2) כנ"ל יישמר הסטטוס קוו בעניין חוק הנישואין והגירושים ובכל שאר ענייני דת.

109 אליעזר דון-יחיא אפיין את הסדר הסטטוס-קוו כאמצעי קונסרציונלי; ראו אליעזר דון-יחיא מוסדות דתיים במערכת הפוליטית – המועצות הדתיות בישראל (1989). כפי שהסביר ליפהרט, ביסודה של הקונסרציונליות עומדת המודעות של ההנהגה הפוליטית לפרוטנציאל לקרע ולחוסר-יציבות הטמון במחלוקת המפלגת את החברה, מודעות הגורדת פיתוח של דפוסים שמטרתם לאפשר קיום משותף, ובראשם הימנעות מהפעלת העיקרון של הכרעת הרוב; ראו Arend Lijphart, *Consociational Democracy*, 21 WORLD POLITICS 207-225 (1969). טענתנו שהסדר הסטטוס-קוו הוא למעשה כלל השתק בלתי-פורמלי מתיישבת יפה עם תיאור זה: לפיה, לא רק תוכן ההסדר נועד להבטיח יציבות ושיתוף פעולה אלא גם הנכונות העקרונית לחסנו מפני דיון ושינוי.

הבה נניח כי צדדים לוויכוח מסכימים להשתיקו. השתיקה תישמר כל עוד כל הצדדים ממשיכים לחפור בה, או אם ההסכמה עליה כללה מנגנוני אכיפה או סנקציות משמעותיות נגד המפר. כך בדרך כלל; אולם, משעה שנכנסת לתמונה חוקה לפי אחד משני המודלים הראשונים, מופקע גורלו של כלל ההשתק מידי השותפים לו ואף מידי מנגנון האכיפה שקבעו, והוא נהפך חשוף להתערבות אפשרית מצד המופקדים על פרשנותה ואכיפתה של החוקה. הדרך היחידה להבטיח השתקה אפקטיבית בדמוקרטיה חוקתית היא לשדרג את כלל ההשתק ולשוות לו מעמד חוקתי.

ניתן להמחיש גם טענה זו באמצעות ההיסטוריה של כלל ההשתק הישראלי בתחום יחסי הדת והמדינה. לאחר תקופה ארוכה שבה נשמרה פחות או יותר השתיקה בענייני דת ומדינה, הולכת ההסכמה ועמה השתיקה וקורסת לנגד עינינו. הסדרים שבמשך שנים ארוכות נשמרו ללא שינוי משמעותי נפתחים ונזנחים תוך כדי מחלוקת חריפה.¹¹⁰ ניתן לתלות שינוי זה בגורמים רבים,¹¹¹ אולם נראה שכאן, כמו בעניינים אחרים, יש לבית המשפט העליון תפקיד מרכזי בשינוי. כידוע, ב-25 השנים האחרונות חל שינוי בתפיסה של בית המשפט את עצמו ואת תפקידו. התופעה זוכה להערכות שונות, אולם הנתון העובדתי שאינו שנוי במחלוקת הוא שבתקופה זו הגדיל בית המשפט בצורה דרמטית את מידת התערבותו בהכרעותיהן של שתי רשויות השלטון האחרות.¹¹² אם בעבר יכלו השחקנים במערכת הפוליטית להסתפק בהסכמים פוליטיים כמכשיר להוצאתם של עניינים מסוימים מסדר היום הציבורי, משעה שהחל עידן בית המשפט המתערב הם נהפכו תלויים ברצונו הטוב של בית המשפט. בנסיבות אלה התעורר הצורך לשנות את רפוס ההשתקה ולחזקו.

על רקע זה יש להבין, למשל, את השינוי שחל בנוסח ההסכם הקואליציוני עובר להרכבת הממשלה בכנסת ה-13 בסוגיית דת ומדינה. בהסכם זה התחייבו ש"ס ומפלגת העבודה הדדית לא רק לשמירה על הסדר הסטטוס-קוו, כפי שהיה נהוג בעבר, אלא גם להשבתו על כנו במעשה חקיקה כל אימת שבית המשפט יפגע בו בהחלטותיו. השינוי מנוסח ההסכם המסורתי נבע מן העובדה שמעורבותו הגוברת והולכת של בית המשפט העליון בענייני דת ומדינה הפכה את הסטטוס-קוו לחשוף לאיומים לא רק מצדם של

110 בין העניינים שעברו בשנים האחרונות שינויים משמעותיים או שנפתחו לדיון מחודש ניתן למנות, למשל, את נושא שירותי הדת היהודיים, את הפטור מגיוס לצבא הניתן לבחורי ישיבות, את החקיקה המוניציפלית בנושא מכירת חזיר, את הפעילות העסקית בשבת ואת תחום הנישואין והגירושין.

111 לדין ראו אשר כהן וכוהן זיסר "בין הסכמות שבירה לשבירת ההסכמות: תמורות ביחסי דת ומדינה – בין קונסוציונליזם להכרעה" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 675 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונן שמיר עורכים, 1998).

112 לסקירה והערכה ראו, למשל, יואב דותן, רות גביון ומרדכי קרמיצר אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד (2000); אשר מעוז "על גבולות השפיטות: כנסת, ממשלה, בית משפט" פלילים ח 389 (2000); דפנה ברק-ארד "בג"ץ כיועץ המשפטי לממשלה" פלילים ה 219 (1997); זאב סגל "בג"ץ במרקם החברה הישראלית" משפט וממשל ה 235 (1999).

השחקנים הפוליטיים אלא גם מצדו של בית המשפט. האיום החדש חייב ליצור מנגנון הגנה חדש וחזק יותר מבעבר. אולם, כבר בשעה שנחתם היה מנגנון הגנה זה – שכידוע ניצל בעור שינוי מהתערבות ופסילה שיפוטית¹¹³ – נשק מיושן שמתאים למלחמה של אתמול אך לא יצלח למלחמה הנוכחית. זאת, משום שבשלהי כהונתה של הכנסת ה-12 התקבלו חוקי היסוד החדשים, שאותם פירש בית המשפט כמחוללים מהפכה חוקתית המקנה לבית המשפט סמכות להתערב בהסכמות פוליטיות אפילו אם עוגנו בחקיקה ראשית של הכנסת.¹¹⁴ בנסיבות אלו, גם כלל השתק חקוק לא יצלח עוד למטרתו. משעה שנחקקו חוקי היסוד וניתן פסק הדין בעניין בנק המזרחי, הדרך היחידה להבטחת האפקטיביות של כלל השתק פוליטי בענייני דת ומדינה (כמו גם בעניינים אחרים) היא עיגונו בחוקה.

זו הייתה בדיוק הטקטיקה שנקטה המערכת הפוליטית בישראל כשביקשה לשמר את הסטטוס-קוו באחד העניינים הנוגעים ליחסי דת ומדינה, הלא הוא תחום הייבוא של הבשר הקפוא. כדי להגן על ההסדר שלפיו מיובא לארץ בשר קפוא כשר בלבד מפני התערבות שיפוטית בהתבסס על חוק יסוד: חופש העיסוק, תיקנה הכנסת את חוק היסוד כשהוסיפה לו את פסקת ההתגברות, ומיד לאחר מכן חוקקה חוק שעניגן את ההסדר ועמד בדרישות הפסקה. טקטיקה זו צלחה את מבחן בג"ץ, אם כי בית המשפט השאיר לעצמו דלת פתוחה להתערבות במקרים מתאימים.¹¹⁵ אולם, גם לאחר שהשימוש במנגנון ההתגברות השיג את מטרתו, הוא יכול להבטיח השתקה לפרק זמן מוגבל בלבד, שכן פסקת ההתגברות שבחוק היסוד מגבילה את תוקף המנגנון לארבע שנים בלבד. כדי להבטיח את שמירת הסטטוס-קוו בנושא לטווח ארוך נאלצה הכנסת להוסיף לפסקת ההתגברות, בשנת 1998, סעיף קטן שעקף את מנגנון פקיעת התוקף ביחס לסוגיית הייבוא של בשר קפוא, וכך חיסן את ההסדר מפני התערבות ללא מגבלת זמן.¹¹⁶ נסכם: כלל השתק פוליטי איננו חייב להיות מעוגן בחוקה. הסכמה הדדית על שתירה יכולה להיות מעוגנת בחקיקה ראשית, בהסכם כתוב, ואפילו בהסכמה בלתי-פורמלית. אולם, במקרים שבהם נדרש כלל השתק חזק במיוחד, או במקרים שבהם המערכת

113 בג"צ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995). לניתוח מעניין של פסק הדין ראו ידלין, לעיל ה"ש 56; דותן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 194-195.

114 פעולת השדרוג התבצעה כידוע בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1.

115 בג"צ מישראל, לעיל ה"ש 31.

116 חוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון מס' 2: תוקפו של חוק חורג), ס"ח התשנ"ח, 162, 178. בדברי ההסבר לתיקון (הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון מס' 3), התשנ"ח-1998, ה"ח 2692, 263) נאמר כך:

מאז חקיקת חוק-יסוד: חופש העיסוק, חוקקה הכנסת את חוק יבוא בשר ומוצריו, התשנ"ד-1994... חקיקה זו באה לאזן בין ערכי יסוד מתחרים של חופש העיסוק מזה, ושל היות המדינה מדינה יהודית מזה, תוך שמירה על הסטטוס-קוו ששרר בתחום ייבוא הבשר מאז הקמת המדינה... ולפיכך מוצע להסיר את כלל מגבלת הזמן של חקיקה חורגת לענין חקיקה כזו ...

הפוליטית נטשה את העיקרון בדבר עליונות המחוקק ואימצה במקומו את מודל עליונות בית המשפט, מתבקש כלל השתק חוקתי.

(ב) מחיר ההשתקה ודרכים לצמצומו

טקטיקה של השתקה כרוכה במחיר לא מבוטל. סטיבן הולמס, שכאמור לעיל מצודר בשימוש בטקטיקת ההשתקה ומתאר בצורה בהירה את יתרונותיה, מצביע גם על כמה חסרונות בולטים שלה מבחינה ערכית ומעשית. מבחינה ערכית, השתקה מובילה לדלדול השיח הציבורי וכרוכה בהכרעה סמויה ולא דמוקרטית לטובת צד אחד – נתון המעורר כשלעצמו בעיית לגיטימציה. מבחינה מעשית, השתקה עלולה להעצים את המתח והלחץ שסביב סוגיות רגישות – תהליך שעלול להסתיים בהתפוצצות לא מבוקרת, כלומר: להשיג מטרה הפוכה מזו שלשמה נבחר כלל ההשתק.¹¹⁷ איזו תשובה ניתן לתת לחששות אלה?

לדעתנו, כמו בעניינים רבים אחרים, גם כאן צורת ההתמודדות הנכונה עם הבעיה איננה בחירה אוטומטית באחד משני הקצוות – שימוש בכלל השתק חרף המחיר הכרוך בו או דחייתו חרף התועלת שבו. דרך חשיבה עם פוטנציאל להצלחה היא לבחון אם וכיצד ניתן להשתמש בכלל השתק אך למזער את המחיר הכרוך בשימוש בו. לדיון כזה נפנה כעת.

הולמס מגדיר כלל השתק כמתודה להתחמקות מדיון בעניינים מסוימים באמצעות החנקתו של הנושא לפרק זמן קצוב או קבורתו לתמיד (להלן: "כלל השתק מחניק או קובר").¹¹⁸ אולם, כדי למנוע קרע או בזבוז מופרז של משאבים אין הכרח להחניק דיון או לקבורו. ניתן להשיג תוצאה דומה גם באמצעות פתיחת נושא לדיון תוך הגבלה מראש של משך הדיון ו"סגירתו" בתום המועד המוקצב (להלן: "כלל השתק מגביל וסוגר").¹¹⁹ כלל השתק מגביל וסוגר כרוך לכאורה במחיר נמוך יותר מזה שכרוך בכלל השתק מחניק או קובר, ביחס לכל אחד מראשי הנזק שתיארנו לעיל. ראשית, כלל השתק מגביל וסוגר

117 ראו הולמס, לעיל ה"ש 104, בעמ' 25-26:

In a majoritarian democracy within a unified nation, bowdlerizing the legislative agenda will inevitably trivialize public life and drain it of human significance... Gag rules, moreover, are seldom neutral; they implicitly support one policy and undermine alternatives. Suppressing a theme may surreptitiously insure the victory of one party over its rivals. Finally, the strategy of avoidance can exacerbate pent-up social tensions, eventually engendering terrorism or a revolutionary explosion by denying legitimate expression to deeply felt beliefs.

118 שם: "Some gag rules are designed only to postpone a discussion or avoid a precipitate decision, others are meant to bury a topic definitely."

119 שם: "The opposite of postponing a discussion is closure: the decision to prohibit discussion after a certain point"

מעניק אפשרות לנהל דיון, ואפילו מוגבל בזמן, ואז הזירה הציבורית נותרת כבמה לגיהול דיון רציני בשאלות מהותיות. שנית, וכפועל יוצא מכך, ההסדר הסופי יכול להיות תוצר של הסכמה ולא של תכתיב חיצוני או הנצחת המצב הקיים כברירת מחדל. זאת ועוד: האפשרות לקיים דיון תוך תחימתו בזמן לא רק מאפשרת החלטה מוסכמת, אלא אף משפרת את הסיכוי להשיג הסכמה משום שהמתדיינים המודעים למגבלת הזמן יכבדו זמן מועט יותר על מאבקי סרק ויעברו מהר יותר לבחינת פתרונות מעשיים אפשריים. לבסוף, האפשרות של כל צד להביע את דעתו ולנסות להשפיע על ההחלטה עובר לקבלתה מצמצמת את הסכנה להתמרמרות ולפיצוץ בלתי־מבוקר בעתיד.

אם מטרתנו לעצב כלל השתק חוקתי במחיר מינימלי מבחינה ערכית ומעשית, ניתן להצביע על שתי הבחנות חשובות נוספות שהזכיר הולמס במאמרו, ולדעתנו עשויות להשפיע על המחיר הכרוך בשימוש בכלל השתק: ההבחנה בין כלל השתק אוטונומי לבין כלל השתק הטרונומי,¹²⁰ וההבחנה בין כלל השתק שמשתיק את כל השחקנים הפוטנציאליים (להלן: כלל השתק משתיק־כול) לבין כלל השתק המשתיק רק חלק מהשחקנים (להלן: כלל השתק סלקטיבי).¹²¹ בכלל השתק אוטונומי הצדדים היריבים מסכימים להשתיק את עצמם ואילו בכלל השתק הטרונומי השתיקה נכפית עליהם על ידי גורם חיצוני. זאת ועוד: בכלל השתק אוטונומי לא רק הוצאת הנושא מסדר היום הפוליטי מוסכמת אלא גם תוכנו של ההסדר בנושא המושק מתקבל בהסכמה. לעומת זאת, בכלל השתק הטרונומי הגורם החיצוני המשתיק למעשה גם קובע את תוכן ההסדר. האוטונומיות של עצם ההחלטה להשתיק נושא, כמו גם של תוכן ההסדר שהושק, פותרת את בעיית הלגיטימציה – אך כפי שצינו לעיל, היא גם מצמצמת את החשש המעשי מפני הגברת מתח שתסתיים בפיצוץ. כלל השתק אוטונומי יעורר פחות מתח ותרעומת מכלל השתק הטרונומי, שעצם קיומו כמו גם תכניו מוכתבים מבחוץ. את ההבחנה בין כלל השתק אוטונומי לכלל השתק הטרונומי, ואת הבעייתיות הכרוכה בראשון, ניתן להדגים יפה באמצעות הניסיון הישראלי. מאז קום המדינה ועד שנת 1992 לא השכיל המחוקק הישראלי לחוקק חוקה חרף ההחלטה העקרונית בזכות קיומו של משטר חוקתי, והנה לאחר שנות דור שבהן נתקעה ספינת החוקה על שרטון – נחלצה הספינה בשנת 1992 עם חקיקת שני חוקי היסוד החדשים. לשינוי הפתאומי ניתן להציע כמה הסברים. אחד מהם, המתקבל על דעתנו, הוא שחוקי היסוד התקבלו ברגע של היסח הדעת, כשחלק נכבד מהתומכים בהם כלל לא הבינו את משמעות המהלך.¹²² אם נרצה

120 שם, בעמ' 25.

121 שם, בעמ' 26.

122 היסח הדעת היה אולי רשלני אך ניתן למצוא לו נסיבות מקלות. תרמו לו התבטאויות מעורפלות של יוזמי החוק שהדגישו שהכנסת אינה כובלת את עצמה במהלך (ראו, למשל, דברי חבר הכנסת אוריאל לין: "...אבל אנחנו לא מעבירים את המשקל לבית המשפט העליון... לא פוסלים חוקים..."; ד"כ 125, 3782 (התשנ"ב)), התבטאויות שיכלו להתקבל גם על דעתו של חבר כנסת משכיל, לפחות בנוגע

לתרגם הסבר זה לשפת המושגים שפיתחנו עד כה, נוכל לומר שההסדר החוקתי שהתקבל במדינת ישראל בשלהי כהונתה של הכנסת ה-12 הוא הסדר המשתייך את המערכת הפוליטית, אלא שההשתקה לא הושגה בדרך אוטונומית אלא באופן הטרונומי: היא לא התקבלה בהסכמה אלא במידה רבה נחטפה והונחתה על המערכת הפוליטית על ידי בית המשפט, במהלך מתואם שלו ושל גורמים פוליטיים שהיטיבו להסתיר את כוונותיהם.

לעיל טענו שכלל השתק הטרונומי מעורר סכנה להגברת הלחץ ולהתפוצצות יותר משעושה זאת כלל השתק אוטונומי. אפשר לבסס טענה זו על המציאות הישראלית. כאמור, במשך שנים רבות השתיקה המערכת הפוליטית את עצמה מפני פתיחת דיון ומחלוקות בענייני דת ומדינה. גורמים שונים אמנם הביעו מפעם לפעם חוסר שביעות רצון מהשתיקה והקיבעון, אך באופן כללי השתיקה השיגה את המטרות של מניעת פילוג וחסכון באנרגיה. מציאות זו השתנתה בשנים האחרונות. כידוע, חלק גדול מהציבור האורתודוקסי במדינת ישראל מביע זעם רב על מעורבותו הגוברת והולכת של בית המשפט בענייני דת ומדינה, בשמם של חוקי היסוד וערכי היסוד.¹²³ הביקורת והזעם נסמכים, בין היתר, בדיוק על הטענה שהמציאות החדשה לא התקבלה בהסכמה אלא נכפתה על הציבור הדתי ללא הבנתו וללא ידיעתו.

גם ההבחנה בין כלל השתק משתיק-כול לבין כלל השתק סלקטיבי עשויה לשמש

לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שאינו משוריין בשריון שבית המשפט החל לכנות "פורמלי" רק לאחר חקיקתו. כידוע, במשך שנים ארוכות הדוקטרינה החוקתית הישראלית הייתה שתוק יסוד הנטול שריון אינו נהנה ממעמד חוקתי ולכל הפחות אינו מאפשר ביקורת שיפוטית; ראו, למשל, דוד קרצ'מר "מברגמן וקול העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח 359 (1997). היה זה הגיוני אפוא להניח שזה יהיה גם דינו של חוק היסוד הנ"ל. וכך אכן סברו גם מלומדים בהשיחם לפי תומם. ראו, למשל, Ehud Sprinzak & Larry Diamond, *Introduction, in ISRAELI DEMOCRACY UNDER STRESS* 20 n. 1 (Ehud Sprinzak & Larry Diamond eds., 1993) ("Although the law ... was adopted as a basic law, in contrast to the new Basic Law Freedom of Occupation, it was not 'entrenched'... Thus, although it is called a 'basic law', it does not include the element that grants this appellation practical meaning"). לא במפתיע, אמנון רובינשטיין, מיחזי המהלך, שולל את טענה המחטף בחסות הערפל. לדבריו "הטענה שהכנסת לא היתה מודעת לאפשרות שמרובר בחוק-על אשר יאפשר ביקורת שיפוטית אין לה על מה להתבסס"; אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה 350, 339 (2000).

123 ראו, למשל, שחר אילן "הולכים נגד החוק" הארץ 5.2.1999, 4 ("גפני טוען במכתב שהציבור החרדי מתחיל להרגיש שאין טעם ללכת ולהצביע בבחירות, מכיוון שהשלטון ממילא בידי שופטי בג"צ... גפני סבור שהפתרון הטוב ביותר לבעיה, היא הגבלת בג"צ, כך שלא יוכל להתערב בנושאי דת ומדינה... גפני אומר שאם ההתערבות של בג"צ בנושאי דת ומדינה לא תופסק, תהיה הסלמה במאבק החרדי").

אותנו בניסיון למצוא דרך להוזלת המחיר הכרוך באימוץ טקטיקת ההשתקה. אחת מחולשותיו של המודל החוקתי הראשון שתיארנו לעיל הייתה שהוא מעניק לבית המשפט את הסמכות לעצב את תכניה המדויקים של החוקה כחלק ממשימת הפרשנות והיישום של הערכים הכלולים בחוקה שהופקדה בידיו. אם נתרגם טענה זו למונחי הדיון הנוכחי, שעניינו כלל השתק, נוכל לומר שהבעיה בחוקה מן המודל הראשון היא שהיא יוצרת כלל השתק סלקטיבי: היא משתיקה את המערכת הפוליטית אך לא את בית המשפט המוסמך לפרשה ולאוכפה. בדיונונו במודל החוקתי הראשון טענו שהפקדת הסמכות להכריע בשאלות חוקתיות בידי בית המשפט איננה ראויה מבחינה נורמטיבית, אולם בהקשר הנוכחי של הדיון – שעניינו חוקה ככלל השתק – הטענה היא שההשתקה הסלקטיבית בעייתית גם מבחינה מעשית: איך ניתן לצפות מצד לוויכוח לשמור על שלווה נפש כשהוא מנוע מהבעת דעתו ומהניסיון לקדמה כשגורמים אחרים, שדעתם שונה משלו, אינם מחויבים באותה שתיקה?

עד כה טענו שההטרונומיות או הסלקטיביות של כלל ההשתק הם שעלולים לעורר את הכעס והתסכול, שעלולים מצדם להוליד תוצאה הפוכה מזו שלשמה מוצע בדרך כלל לאמץ כלל השתק. בעיה חריפה במיוחד נוצרת כששני המאפיינים הבעייתיים חוברים יחד, כלומר: במקרה שבו הסלקטיביות שבהשתקה היא הטרונומית. האין כעסו של פלוני מובן ואף מתבקש במקרה שבו הסכים להשתיק את עצמו כתמורה להשתקה מקבילה של היריב – ואז הוא מגלה להפתעתו שאמנם הוא ויריבו מושתקים אך צד שלישי נכנס לתמונה ומעצב מחדש את ההסדרים מבלי שהוא, המושתק, יכול להתערב?

לטעמנו, המציאות החוקתית הישראלית נגועה בדיוק בכשל כפול זה. אחד ההסברים המוצעים לפריצת הדרך החוקתית של 1992 (הסבר חליפי או מצטבר לתזית היסוד הדעת) הוא שזו הושגה בהתבסס על פשרה. המתנגדים המסורתיים למהלך החוקתי הסכימו לשתף פעולה לאחר שהוצאו מחוקי היסוד מרכיבים בעייתיים והוכללו בו רק רכיבים המקובלים עליהם.¹²⁴ אולם, בהנחה שהסבר זה נכון, נכונה למתנגדים המסורתיים הפתעה. מאז קבלת חוקי היסוד הוביל נשיא בית המשפט העליון מהלך שבו מוכנסים למסמכים החוקתיים דרך החלון ערכים שהוצאו ממנו בדלת הראשית, וכך נהפכים חוקי היסוד לפלטפורמה שעליה מעמים בית המשפט את כל הערכים שלדעתו ראוי להכליל בחוקה.¹²⁵ כתוצאה מכך, המתנגדים המסורתיים שהתרוצו להסכים לפשרה מושתקת

124 ראו יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א 323 (1993).

125 לדיון ביקורתי במגמה ראו משה לנדוי "מתן חוקה לישראל דרך פסיקת בית המשפט" משפט וממשל ג 697, 701 (1996) ("...הרשיתי לעצמי לומר, שאינך יכול להכניס את הזכויות הללו אל תוך חוקי היסוד דרך החלון, אחרי שבחוק היסוד עצמו הן הוצאו דרך הדלת"); הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפיכה החוקתית" משפטים כח 257, 340 (1997) ("את עמדתנו ניתן לסכם בפרפרזה על דבריו של הנשיא ברק, שלפיהם 'עלינו לפרש את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

מוצאים את עצמם מושחקים על ידי הסדר שתכנון מעוצבים בידי בית המשפט בניגוד להסכמות. במציאות כזו ניתן להבין את תרעומתם של אותם מתנגדים מסורתיים שחשים מרומים, וניתן גם להבין מדוע הם מתנגדים כעת ביתר-שאת לכל שיתוף פעולה נוסף. משעה שהבינו שעיון חוקתי של הסכמות משחק אותם אך אינו משחק את בית המשפט, שאיננו רואה את עצמו כבול להסכמות, יהיה זה בלתי-נכון מצדם להסכים להרחבת המסמכים החוקתיים.

חוקי היסוד שהתקבלו בשנת 1992 הם כללי השתק הטרונומיים וסלקטיביים, המעוררים בעייתיות ערכית – בשל המתח שלהם עם העקרון הדמוקרטי, ובעייתיות מעשית – שכן אינם משיגים את המטרה שלשמה נקטת בדרך כלל מתודת השתקה: הם מחריפים מחלוקות במקום להשקיטן. אולם, על שני האפיונים הבעייתיים של חוקי היסוד נוסף אפיון בעייתי שלישי. עובדת היותם הטרונומיים וסלקטיביים הפכה את חוקי היסוד מיניה וביה גם לכללי השתק מחניקים וקוברים. העובדה שהתקבלו מבלי שמשמעותם המשתיקה התחזרה היטב עובר לקבלתם, והעובדה שתוכניהם מעוצבים על ידי בית המשפט תוך התעלמות מן ההסכמות שהושגו במשא ומתן הפוליטי, משמעותה שתוכניהם אינם תוצאה של דיון אלא של הימנעות ממנו. התנהלותו של בית המשפט ב-15 השנים האחרונות אולי יצרה כלל השתק חוקתי, אך אפיוניו הבעייתיים מונעים אותו מהשגת היתרונות שכלל השתק אמור לספק: יציבות פוליטית ומניעת חיכוכים.

(ג) האם חוקה לא נדונה בהכרח להיות כלל השתק סלקטיבי?

הבעיה

בפסקאות הקודמות הצבענו על יתרונותיו של כלל השתק אוטונומי, מגביל-וסוגר ומשתיק-כול על כלל השתק הטרונומי, מחניק-וקובר וסלקטיבי, והשתמשנו במציאות הישראלית כדי להמחיש את המחיר הכבד הכרוך באימוץ כלל השתק מהסוג השני. אולם, דווקא התוכנות הללו מציבות סימן שאלה באשר למידת התאמתה של חוקה לשמש ככלל השתק מועיל. כלל השתק טוב צריך להיות כזה שהושג במתודה מגבילה וסוגרת, עליו להיות אוטונומי ומשתיק-כול. האם חוקה יכולה לעמוד בתנאים מצטברים אלה?

המתודה החוקתית יכולה ליצור כלל השתק אוטונומי: כל שנדרש הוא שמשמעותה המשתיקה של החוקה תהיה ברורה לכל טרם קבלתה. אין גם כל מניעה לגבש את החוקה במהלך מגביל וסוגר, אולם ספק אם ניתן ליצור חוקה שתשמש כלל השתק משתיק-כול. לכאורה קיימות רק שתי אפשרויות: או שהמתודה החוקתית תיצור כלל השתק סלקטיבי או שהיא לא תצליח ליצור כלל השתק, והתשובה לשאלה איזו אפשרות תתגשם תלויה

על פי תכליתו. תכלית זו הינה להגן על זכויות האדם הקבועות בו. אנו סבורים, כי גם ההיפך הוא הנכון: תכליתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא היתה להגן על זכויות האדם שאינן קבועות בו".

במודל החוקתי שייבחר. אם נבחר במודל החוקתי הראשון, הרי שאחת מהנחותיו היא שהחוקה מסורה לפרשנותו של בית המשפט – דבר שהופך את ההשתקה שהחוקה מייצרת לסלקטיבית. לעומת זאת, בחירה במודל החוקתי השני – הדיאלוגי – לא תוליד כלל שתיקה. כזכור, על פי המודל השני בית המשפט אמנם אינו נהנה מעדיפות על המערכת הפוליטית, אולם השוויון ביניהם אינו בכך ששניהם מושתקים אלא בכך ששניהם אינם מושתקים; יתר על כן: מטרת המודל השני אינה להשיג שתיקה בעניינים הכלולים בחוקה אלא להפך, להשתמש בה כדי לעודד דיון ולהבטיח שיהיה מעמיק ומושכל. האם חוקה יכולה לשמש ככלל השתק משתיק-כול או שהיא נדונה לאחד משני כישלונות: ליבוי הדיון ולא השתקתו – או השתקה חלקית המותירה את בית המשפט חופשי לעצב את ההסדרים כרצונו?

לדעתנו ניתן לחשוב על שתי דרכים הופכיות להבטיח (ולפחות להגביר את הסיכוי) שחוקה תצליח להשיג את המטרה של השתקה לא סלקטיבית, כלומר: להשתק גם את המערכת הפוליטית וגם את בית המשפט. דרך אחת היא לעגן בחוקה בצורה מפורטת את ההסדרים שהחוקה אמורה להשתק, והדרך האחרת היא להימנע מפירוט בחוקה של ההסדרים בנושאים שחפצים להסדיר ותחת זאת לקבוע בחוקה את רשימת הנושאים ולציין שההסדרים בנושאים אלה ייקבעו על ידי המערכת הפוליטית ויהיו חסינים מפני התערבות שיפוטית. לשתי האפשרויות יתרונות וחסרונות, אולם כפי שנסיביר להלן, לדעתנו האפשרות הראשונה עדיפה.

פתרון ראשון: חוקה מפורטת

האפשרות הראשונה להשגת האפקט של השתקת-כול באמצעות החוקה היא לכלול בחוקה הסדרים פרטניים בנושאים שמבקשים להשתק. הפירוט ישיג השתקה משום שבין אם זכות המילה האחרונה שמורה לבית המשפט ובין אם היא נתונה בידי המחוקק, בעל זכות המילה האחרונה אינו מוסמך להתעלם מהוראות ברורות המעוגנות בחוקה או לבטלן.¹²⁶

ההצעה לכלול בחוקה הסדרים מפורטים ולא להסתפק בעקרונות מופשטים עומדת בניגוד לעמדה הרווחת המניחה כמובן מאליו שחוקה אמורה להיות עמומה מעצם הגדרתה. אולם, ההכללה והעמימות אינם נגזרת לוגית של המושג "חוקה". השאלה אם לפרט ולהבהיר או להכליל ולעמם את המסמך בעל התוקף הנורמטיבי הגבוה ביותר תלויה במטרה שרוצים להשיג. לפי המודל השני, תפקידה של החוקה להבטיח שסוגיות מהותיות ייבחנו ברצינות ויוכרעו תוך התחשבות בשיקולי מפתח חשובים. עיגונו של

126 לדעה אחרת, שלפיה בית המשפט רשאי להתעלם במקרים מסוימים מהוראות החוקה, ראו בג"צ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990); בג"צ מיטראל, לעיל ה"ש 65 ובג"צ 715/98, 3267/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998), פסקה 15 לחוות דעתו של השופט חשין.

הסדר מפורט ימנע את הדיון הפוליטי שאת קיומו החוקה מבקשת לעודד. אם כן, בחוקה מן המודל השני יש הכרח להימנע מירידה לפרטים; לעומת זאת – כפי שהסברנו כעת – לשם הגשמת המטרה שכבסיס המודל החוקתי השלישי מתבקשת דווקא בהירות ופרטנות.

גם מבט השוואתי על חוקות בעולם מפריך את ההנחה שלפיה חוקה ועמימות כרוכות זו בזו. יש חוקות הנוטות לקיצור ולעמימות ויש הנוטות לפרטנות ולבהירות. החוקה האמריקנית, למשל, היא קצרה ומרוכזת, אולם חוקות מודרניות כמו החוקה הגרמנית או החוקה הקנדית הן מפורטות הרבה יותר. ודוק: הדבר איננו מעיד בהכרח שהחוקה האמריקנית מבוססת על המודל הראשון או השני ואילו החוקות החדשות על המודל השלישי. לדעתנו, גם במסגרת המודל הראשון יש טעם טוב לאמץ חוקה הרבה יותר מפורטת וברורה מן החוקה האמריקנית. ואכן, בין ההוגים האמריקנים יש המותחים ביקורת על עמימותה של החוקה ומצביעים על עמימות זו כמקור להחמרת הבעיה האנטי-רובנית בהקשר האמריקני, שכן הניסוח העמום כמעט אינו מגביל את שיקול דעתו של השופט החוקתי, ומאפשר לו להכריע במחלוקות חוקתיות בהתאם לתפיסת עולמו.¹²⁷ בעיה נוספת הכרוכה בעמימות היא שמגוון האפשרויות שהניסוח העמום של החוקה מאפשר מסיט את מרכז הכובד של השיח הפוליטי החוקתי מן המהות לטכניקה, כלומר: מדיון רציני בשאלות עקרוניות בניסיון לשכנע את האחר בצדקת עמדתך לנסיגות אוכססיביות של הצדדים היריבים לעגן את עמדתם בטקסט החוקתי תוך שימוש בכלים פרשניים.¹²⁸ אם כן, העובדה שהחוקות המודרניות מפורטות הרבה יותר מהחוקה

127 השופט הירוע הנר (Hand) טען, למשל:

It is as important to a judge called upon to pass judgment on a question of constitutional law, to have a bowing acquaintance with Acton and Maitland, with Thucydides, Gibbon and Carlyle, with Homer, Dante, Shakespeare, and Milton, with Machiavelli, Montaigne, and Rabelais, with Plato, Bacon, Hume and Kant as with books that have been specifically written on the subject. For in such matters everything turns upon the spirit in which he approaches the question before him. The words he must construe are empty vessels into which he can pour nearly everything he will.

Learned Hand, THE NEW YORK TIMES MAGAZINE, Nov. 28, 1954.

128 ראו, למשל, דבריו של ג'רמי וולדרון (Jeremy Waldron, *A Right-Based Critique of*), המציג טיעון זה כאחד הנימוקים כנגד האסטרטגיה החוקתית בכלל:

One lesson of American Constitutional experience is that the words of each provision in the Bill of Rights tend to take on a life of their own, becoming the obsessive catchphrase for expressing everything one might want to say about the right in question...

האמריקנית אינה יכולה לשמש ראייה חותכת לכך שהן תוכננו לפעול ככלל השתק, משום שייתכן שהפירוט נבע מהבנה של מנסחיהן שחוקה עמומה מאוד איננה רצויה גם אם ברצונך להשתמש בה ככלי להגנה על ערכי יסוד.

פתרון שני: השתקה מפורשת של בית המשפט על בעיית ההשתקה הסלקטיבית ניתן להתגבר בדרך נוספת: הוצאה מפורשת של השאלה שעל הפרק מגזרת הפעילות של בית המשפט, תוך השארתה להסדרה ברמה הפוליטית. זו הדרך שעליה ממליץ המכון הישראלי לדמוקרטיה בהצעת החוקה שגיבש בנוגע לשורת עניינים מתחום יחסי הדת והמדינה.¹²⁹

יהיו שיטענו כי לאפשרות השנייה יתרון על הראשונה בכך שהיא נמנעת מהכתמת החוקה בתכנים שאינם יאים למסמך עקרוני, אולם לדעתנו שיקול זה איננו מטה את הכף לטובת האפשרות השנייה, משתי סיבות עיקריות. הראשונה היא שספק אם נקיטה של אפשרות זאת תצליח להשיג את יעד ההשתקה של כל השחקנים, והשנייה היא שספק אם תצליח להשיג תוצר לוואי חיובי חשוב אחד שהאפשרות הראשונה עשויה להשיג. כזכור, המטרה שהמודל החוקתי השלישי מבקש להשיג היא השתקתן של מחלוקות ציבוריות מפלגות וצורכות אנרגיה. אולם, הצעתו של המכון הישראלי לדמוקרטיה איננה יוצרת כלל השתק משתיק-כול אלא משמשת מכשיר להשתקת בית המשפט בלבד. גם אם

129 חוקה בהסכמה – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה 229-230 (בעריכת אורי דרומי, 2005). להלן שני הסעיפים הרלבנטיים:

163. שפיטות חוקתית

(א) בית המשפט העליון ... רשאי לפסוק כי חוק אינו תקף בשל אי-חוקתיות

164. אי-שפיטות חוקתית

(א) סעיף 163 לא יחול ביחס לדבר חקיקה שעניינו אחד הנושאים המנויים בסעיף קטן

(ג)

(ב) ...

(ג) ואלה הנושאים

הצטרפות לדת, לרבות גזיר, השתייכות לדת או פרישה ממנה;

סמכותם של בתי הדין הדתיים ביום כינון חוקה זו, עריכת נישואין וגירושין בהתאם

לדין דתי, יצירת זוגיות והתרתה בהתאם לחוק ותחולת הדין הדתי בענייני המעמד

האישי אשר נכון ליום כינון חוקה זו נדונים על פי הדין האישי של הצדדים;

צביונם היהודי של השבת ומועדי ישראל ברשות הרבים;

שמירת הכשרות במוסדות ממלכתיים;

מתן אזרחות ישראלית לקרוביו של מי שזכאי לעלות לישראל.

בדברי ההסבר לסעיף 164 נאמר "אופיים המיוחד של נושאים אלו מחייב כי ההכרעה בהם תתקבל על

ידי הרשות המחוקקת כבעבר תוך עיקור ההשפעה של החוקה. לפיכך, ההסדר החוקתי שולל את

סמכותו של בית המשפט להכריז על בטלותו של דבר חקיקה בנושאים האמורים..." שם, בעמ' 231.

ההצעה תצליח להשיג יעד זה – דבר המוטל בספק כשלעצמו – היא מחלישה את הסיכוי להשגת היעד של השתקת המערכת הפוליטית. אמנם, כפי שצינו לעיל, חוקה היא רק סוג אחד (וחזק במיוחד) של כלל השתק, ולפיכך העובדה שאיננו משתמשים בה להשתקת מחלוקות בענייני דת ומדינה איננה אומרת שהמערכת הפוליטית לא תוכל לגזור על עצמה שתקת תוך שימוש במנגנונים פחות חזקים; עוד נכון, כפי שצינו לעיל, שהאיום המרכזי על כללי השתק לא חוקתיים בא דווקא מכיוונו של בית המשפט האוחז בנשק החוקתי, ולפיכך השתקתו של בית המשפט תפחית בצורה משמעותית את הסכנה ליציבותו של כלל השתק קונוונציונלי; עם זאת, נדמה שבמערכת פוליטית בלתי-יציבה, בעלת מידה מועטה של אחריות ומחויבות לכלל, יש סבירות גבוהה ששימוש בחוקה ככלי להשתקתו של בית המשפט בלבד עלול לא להשיג את המטרה של השתקת זרועות השלטון הפוליטיות.

זאת ועוד: כפי שהסברנו לעיל, לכלל השתק – וליתר דיוק: לסוג מסוים של כלל השתק – עשוי להיות יתרון נוסף מעבר לחיסכון באנרגיה ולמניעת חיכוך מסוכן. ההחלטה להוציא נושא מסוים מהדיון הציבורי עשויה לעודד את קיומו של דיון מעמיק בנושא עובר להוצאתו מן השיח הציבורי, ואם המנגנון קוצב פרק זמן ברור לקיומו של תהליך הבירור – היא גם מספקת תמריץ להשגת הסכמה בנושא. במילים אחרות, השימוש בכלל השתק עשוי לשמש קטליזטור לדיון ולפשרה.¹³⁰ כל זה נכון כאשר כלל ההשתק משתיק את כל השחקנים; לעומת זאת, במקרה שבו רק בית המשפט מושק, התמריץ לדיון שיוליד פשרה – נעלם. לפחות בהקשר הישראלי, הדבר אולי מעורר אפילו תמריץ הפוך – להנצחת ההסדרים הקודמים ולהימנעות מפתחתם לבחינה מחודשת. נדמה שאין צורך להסביר מדוע במציאות הישראלית, שבה מעולם לא נערך דיון יסודי ומקיף בעניינים מהותיים כמו יחסי דת ומדינה, ההזדמנות לקיומו של דיון כזה היא יתרון שלא כדאי להחמיצו.

(ד) חוקה ככלל השתק, בעיית הקיבעון ופתרונה באמצעות שריון זמני כזכור, אחת החולשות שתלינו במודל החוקתי הראשון הייתה שהחוקה משמשת חסם בפני התפתחות מוסרית בריאה, הן משום שהעיגון החוקתי של ערכים מעניק להם תוקף חזק במיוחד המגן עליהם מפני ערעור והן משום שגם כשכבר מתקיים דיון ומתרחש שינוי בתפיסת העולם הערכית בחברה – החוקה מקשה על הרצאתו של אותו שינוי מן

¹³⁰ חשוב להדגיש שמדובר בתמריץ בלבד להגיע להסכמה ולא בבטוחה שהסכמה אכן תושג. ייתכן בהחלט שחרף ההחלטה העקרונית על עיגון חוקתי עתידי ואפילו חרף קציבת הזמן לדיון שיתקיים עובר לעיגון לא תושג הסכמה. במקרה כזה לא יהיה מנוס מויתור לעת עתה על השימוש במכשיר החוקתי. אולם, גם במקרה כזה, הדיון הרציני שהתקיים (ובאמור, אין ודאות אלא רק סבירות שדיון כזה יתקיים) לא יהיה לריק, במובן זה שהוא סייע לכל אחד מן הצדדים לנסח לעצמו את עמדותיו ולהבין טוב יותר את עמדות היריב ואת ההיגיון (או חוסר-ההיגיון) שמאחוריהן.

הכוח אל הפועל.¹³¹ חלקה הראשון של הטענה איננו רלבנטי ביחס לחוקה ככלל השתק, משום שבניגוד למודל הראשון, המייחס לתכניה של החוקה משמעות ערכית נעלה, המודל השלישי מזהיר במפורש שמדובר במכשיר פוליטי ליישוב סכסוכים ולמזעור נזקים, שתכניו מבטאים לא יותר מאשר פשרה נסבלת. אין כל חשש מפני קיבעון מחשבתי בצלה האוטוריטטי של חוקה כזאת. לעומת זאת, חלקה השני של הטענה בדבר סכנת הקיבעון הכרוכה בשימוש בחוקה מן המודל הראשון רלבנטי לא פחות ביחס לחוקה ככלל השתק. נוקשותה של החוקה מכבידה על שינויה; למעשה, הבעיה כאן אפילו חריפה יותר. כפי שהסברנו לעיל, דרך אפשרית להתגברות על הקיבעון שמכתיבים מסמכים מקודשים, שקיימים מניעה או קושי לשנותם, היא הפרשנות שמעניקה להם משמעות חדשה בלי שהתבצע אקט פורמלי לתיקונם או לביטולם. אפשרות זאת איננה מעשית במודל של חוקה ככלל השתק, לפחות במתכונת שהצענו כתנאי להצלחתו. כפי שהסברנו לעיל, כדי שהחוקה תוכל להשתיק לא רק את המערכת הפוליטית אלא גם את בית המשפט – כדי שהחוקה תפעל ככלל השתק משתיק-כול ולא רק ככלל השתק סלקטיבי – עליה להיות מפורטת ביותר, באופן שלא יאפשר לבית המשפט לפרשה כרצונו וכהבנתו בניגוד להסכמות שהושגו במערכת הפוליטית. אולם, חסימת הדרך בפני מניפולציה פרשנית שיפוטית מונעת גם עדכון של החוקה באמצעות פרשנות.

לדעתנו, בעיית הקיבעון הכרוך בחוקה ככלל השתק ניתנת לפתרון באמצעות מנגנון שריון זמני. "שריון זמני פירושו קביעת תאריך יעד שבהגיעו יפקע תוקפה של ההוראה המשוריינת."¹³² בסוג כזה בדיוק של שריון השתמשו האבות המייסדים בארצות-הברית כשעיינו בחוקה, כפי שתיארנו לעיל, את הפרשה בעניין העבדות.¹³³ קביעת מסגרת זמן שבסיומה תיפתח השאלה לדיון מחדש אפשרה לצדדים (בעיקר למתנגדי העבדות) להסיר את העניין מסדר היום הציבורי לעת עתה מבלי שיכבלו את עצמם לעד להסדר שנראה בעיניהם מראש פסול מעיקרו. חשוב לציין ששריון זמני יכול לסייע בפתרון של בעיית הקיבעון לא רק במסגרת המודל של חוקה ככלל השתק אלא גם במסגרת המודל הראשון של חוקה כמגינה על ערכי יסוד.¹³⁴ אכן, היה זה כבר תומס ג'פרסון שהעלה

131 בהמשך טענו שהמודל הדיאלוגי מציע פתרון לבעיה זאת, בעיקר משום שמערכת הערכים המעוגנת במסמך "החוקתי" היא מלכתחילה מופשטת למדי באופן שמשאיר אותה פתוחה לפרשנויות רבות – דבר המאפשר לדור הנוכחי לבחון מחדש את הנחות היסוד הערכיות שלו, ואם הוא מחליט לעדכן – להביא את השינוי לידי ביטוי בקלות יחסית.

132 ראו Julian E. Eule, *Temporal Limits on the Legislative Mandate: Entrenchment and Retroactivity*, AM. B. FOUND. RES. J. 379, 384-385 (1987).

133 The Migration or Importation of such Persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the Year one thousand eight hundred and eight.

134 עם זאת, הפתרון שמציע השריון הזמני לבעיית הקיבעון במודל הראשון הוא חלקי בלבד. כאמור בגוף המאמר, המודל הראשון מייצר קיבעון משתי סיבות: אופייה האוטוריטטי של החוקה והקושי

במכתב לג'יימס מדיסון את ההצעה שתוקפה של החוקה כולה יוגבל לתקופה של דור אחד בלבד, כדי שבסיומה יהיה הדור הבא חופשי לעצב עבור עצמו את החוקה ההולמת את ערכיו.¹³⁵

(ה) תשובה לטענות

קוראי טיוטות מוקדמות של המאמר העלו כמה ספקות בנוגע למודל השלישי, הן ביחס לעצם קיומו כמודל עצמאי ונבדל והן בנוגע למידת ישימותו בפועל. להלן נציג את הספקות ונסה להשיב עליהם.

האם ניתן להבחין בין המודל השלישי לשני המודלים הקודמים?

היו שהטילו ספק בזהויה של תפיסת החוקה ככלל השתק כמודל שלישי ועצמאי העומד לצד המודלים האחרים. לטענתם, אפקט ההשתקה הוא תוצאת לוואי של אימוצו של המודל הראשון, ומקומו של הדיון באפקט ההשתקה הוא לפיכך במסגרת היתרונות או החסרונות של מודל זה.

דעתי בעניין שונה. המודל השלישי אכן מורכב על אחד משני המודלים האחרים (ודוק: על אחד משניהם ולא דווקא על הראשון. הטענה שהוא נבלע דווקא במודל הראשון נובעת מהנחה מוקדמת, ולטעמי בלתי-מבוססת, שבית המשפט יהיה נאמן יותר מהמחוקק להסדר המפורט שנכלל במסמך החוקתי שנמסר להשגחתו). זאת, משום שמבחינה מעשית מישור חייב להיות הפוסק האחרון במחלוקות בשאלת פרשנותה ואכיפתה של החוקה – בית המשפט או המחוקק; אין אפשרות שלישית. חרף זאת, לטעמי, המודל השלישי נבדל בכל זאת משני האחרים וקובע דין לעצמו בכמה מובנים חשובים שכבר הוצגו לעיל, ולכן יוזכרו כעת בקיצור נמרץ:

רצינות: המודל הראשון מבקש להגן על ערכי יסוד, המודל השני מבקש להבטיח ששאלות מהותיות יוכרעו לאחר דיון ושיקול דעת רציני, והמודל השלישי מבקש להבטיח שמחלוקות מפלגות יוסרו מעל סדר היום הפוליטי.

תכנים: המודלים הראשון והשני בוררים את הנושאים שייכללו בחוקה לפי מידת החשיבות שלהם. המודל השלישי בורר אותם לפי מידת הסיכון שהם נושאים לשלומה של המערכת הפוליטית, בין אם הם בעלי חשיבות ערכית ובין אם לאו.

לשנותה. זמניותו של השריון פותרת את הבעיה השנייה אך לא את הראשונה. המודל הראשון מייחס לתכניה של החוקה משמעות ערכית נעלה, וזו אינה נעלמת כאשר קוצבים את השריון בזמן. לעומת זאת, במודל השלישי לא קיימת ההשפעה האוטוריטטית, ולכן יש צורך להתמודד רק עם בעיית הקושי שבשינוי, וזו נפתרת באמצעות קציבת זמן השריון. יוצא, ששריון זמני מציע פתרון טוב לבעיית הקיבעון במודל השלישי ופתרון חלקי בלבד לבעיית הקיבעון במודל הראשון.

135 לתוכן המכתב ולדיון במשמעותו ראו, למשל, Jed Rubenfeld, *The Moment and the Millennium*, 66 GEO. WASH. L. REV. 1085 (1998).

ניסוח: המודל הראשון – והמודל השני ביתר-שאת – יאמצו לחוקה ניסוח זה ושלד. המודל השלישי דורש ניסוח מפורט ככל האפשר, וזאת משום שכעומק הפירוט כך עומק ההשתקה.

האם הסכמה היא אפשרות ריאלית?

כזכור, אחת החולשות שייחסנו למודל החוקתי הראשון היא בעיית היעדר ההסכמה בשאלת הערכים. טענו כי בחברה פלורליסטית המאפיינת את כל מדינות המערב, ספק אם ניתן להגיע להסכמה מלאה על זהותם של הערכים שיעוגנו בחוקה. בהנחה שחוקה היא מסמך שמתקבל בהסכמה ולא נכפה על חלק מן הציבור, לא ברור כיצד ניתן להתגבר על מחסום אי-ההסכמה ולאמץ חוקה. יש שיטענו שלא רק המודל הראשון נגוע בכשל זה אלא גם המודל השלישי. כפי שהבהרנו לעיל, מנגנון השתקה הטרונומי אינו לגיטימי וככל הנראה גם ייכשל בהשגת מטרותיו, ובמילים אחרות: הסכמה מהווה תנאי הכרחי גם לאימוצו של המודל השלישי. על כן ישאל השואל: אם גיבוש של רשימת ערכים מוסכמת במסגרת המודל הראשון נדון לכישלון – איזה יסוד יש להניח שניסיון לנסח פשרה במסגרת המודל השלישי יעלה יפה יותר?

לטעמי, קיים סיכוי גדול יותר להסכמה במודל השלישי מאשר בראשון, וזאת משתי סיבות עיקריות. ראשית, נראה לי כמעט טריביאלי שאנשים החלוקים ביניהם בסוגיות עקרוניות יצליחו ביתר קלות להתפשר ביניהם ולהיפגש באמצע מאשר שמי מביניהם יצליח לשכנע את חברו בצדקת טענותיו עד כדי כך שהשני יסכים לזנוח את עמדתו המקורית, בה דבק עד כה, ולקבל את עמדת הראשון, לה התנגד בעוז. האם אין זה מנהגו של עולם? שנית, הקושי בהשגת הסכמה במסגרת המודל הראשון איננו נעוץ רק במחלוקת המהותית בשאלות ערכיות אלא גם בערפל הקיים כבר ברגע ההסכמה לגבי תוכנה המדויק. הצדדים מקבלים "חתול בשק"; הם מעבירים את הסמכות לאכוף את ההסכמה ביניהם לידי בית המשפט, אך אינם יודעים כיצד יפרש בית המשפט את העקרונות המופשטים שעליהם הסכימו לכאורה. במודל השלישי הבעיה נפתרת, ההסדר מפורט וכל אחד יודע מה קיבל ועל מה ויתר. בנסיבות אלה קל יותר לצדדים ליטול על עצמם התחייבות.

יוצא שיש מקום ליתר אופטימיות בדבר הסיכוי להשגת התנאי המוקדם של הסכמה במסגרת המודל השלישי בהשוואה לסיכויי ההסכמה במסגרת המודל הראשון. אולם, גם אופטימיות זו יש לסייג. ראשית, לא על כל מחלוקת ניתן לגשר בדרך של פשרה מוסכמת. שנית, יהיו בוודאי עניינים שלא ניתן יהיה להסדיר ברמת פירוש גבוהה דיה, אם בשל מורכבותם ואם בשל קשיי צפיות, ונתון זה עלול להרתיע מתפשרים פוטנציאליים מעיגון הפשרה במסמך חוקתי. לבסוף, כפי שהבהרנו לעיל, אחד הגורמים המשפיעים על מידת הנכונות של צדדים לנקוט את מתודת ההשתקה החוקתית הוא הרצון המשותף להתגבר על מחלוקות מפלגות מתוך שאיפה בסיסית לשמור על אחדות. לא בכל חברה שסועה

קיים רצון כזה. יש חברות שבהן גורמים מסוימים עשויים דווקא לרצות להחריף את השטע ולהביא לקריסת המסגרת הפוליטית הקיימת ולהחלפתה באחרת. בחברות כאלה הסיכוי לאימוצו של כלל השתק חוקתי אינו גדול.

אולם, העובדה שהמודל השלישי של חוקה ככלל השתק איננו מתגבר תמיד, או באופן מוחלט, על חלק מחולשותיו של המודל הראשון, איננה מבטלת את יתרונותיו. מנגנון ההשתקה אמור לשמש ממילא נשק סלקטיבי לעניינים ספציפיים, לא כלי להסדר כולל של כל נקודות המחלוקת במדינה. בחברות שבהן קיים רצון וצורך להשתק מחלוקות מפלגות, ובעניינים שבהם ניתן להגיע להסכמה מפורטת – עיגון ההסכמה בחוקה יכול להיות פתרון נאות.

ה. האם ניתן לשלב בין המודלים? ואיזה מהם, אם בכלל, מתאים במציאות הישראלית?

1. הקדמה

בפרקים הקודמים תיארו בקווים כלליים שלושה מודלים חוקתיים אפשריים. המודל הראשון משקף את הפרדיגמה החוקתית המוכרת: בית המשפט מגן באמצעות החוקה על מערכת ערכים בעלת חשיבות מיוחדת מפני פוזיתו של הרוב. המודל החוקתי השני מכרסם בפרדיגמה הזו בכמה עניינים: הוא כופר בקיומה של מערכת ערכים אחת ברורה שהכול מסכימים עליה או שניתן לבססה באמצעות כללי צדק פשוטים וכרויים; הוא מעניק לחוקה תפקיד שונה – דרבון המערכת הפוליטית לדון ברצינות בסוגיות המערכות שאלות ערכיות מהותיות; והוא נוטל את הבכורה מבית המשפט ומחלק את האחריות להשגת יעדיה של החוקה בינו לבין זרועות השלטון האחרות. המודל השלישי מכרסם עוד יותר מהמודל השני בפרדיגמה החוקתית המוכרת: החידוש הגדול במודל השלישי הוא בכך שהחוקה חדלה להיות מסמך חגיגי שעליו נוקשותו נגזרת מערכם של התכנים הספציפיים שעוגנו בו ומהרצון להגן עליהם, וחלף זאת היא נהפכת למכשיר שעליו נוקשות מיעדת להשגת מטרה אסטרטגית של יציבות, מניעת חיכוך וחיסכון באנרגיה פוליטית.

למי שמורגל בפרדיגמה החוקתית המוכרת קשה אולי לעכל ולקבל את האפשרות להכין את החוקה ולהשתמש בה בדרכים שמציעים המודל השני והשלישי, אולם שני המודלים החליפיים אינם פרי הדמיון. כפי שתואר בפרקים הקודמים, הם מוצגים במידה משתנה של בהירות ומודעות עצמית בשיח החוקתי הבינלאומי, ואף נוהגים בפועל במדינות מערביות שונות שבחרו באסטרטגיה החוקתית.

בפרק זה נשתמש בידע שנצבר עד כה כדי לברר שתי שאלות. השאלה הראשונה היא אם המודלים השונים מוציאים זה את זה או שניתן לשלב ביניהם. אנו נטען כי למרות

שקיים מתח ברור בין המודלים, ניתן לחשוב על שילוב ביניהם. בהמשך לכך נשאל מהו המודל – או השילוב בין המודלים – המתאים בהקשר הישראלי, ונענה כי במציאות הישראלית המודל הראשון הוא בלתי-מתאים בעליל, אך יש מקום לחשוב על שילוב בין המודל השני למודל השלישי.

2. האם המודלים מוציאים זה את זה או שניתן לשלב ביניהם?

עד עתה הצגנו שלושה רציונלים ומודלים חוקתיים מתחרים. האם ניתן לחשוב על שילוב מסוים ביניהם או שהם מוציאים זה את זה כך שבחירה באחד מסכלת את אפשרות השימוש בשני? דיון מעמיק בשאלה יחרוג מגבולותיו של המאמר, ולכן המתווה שנציע יהיה ראשוני בלבד, בלי להתיימר לבחון את הסוגיה לעומקה. כפי שהוברר, כל אחד מהמודלים מתבסס על רציונל שונה ומציע הסדר מעשי שונה. כפועל יוצא, גם אפשרות השילוב ביניהם צריכה להיבחן משתי זוויות – רעיונית ומעשית.

(א) היחס בין המודל הראשון למודל השני

בין המודל הראשון למודל השני קיים מתח רעיוני ומעשי. מבחינה רעיונית, המודל הראשון מניח שקיימים ערכים ברורים ומטיל על החוקה ועל בית המשפט את התפקיד להגן עליהם. לעומת זאת, המודל השני מניח שקיימת מחלוקת לגיטימית בשאלות הערכיות ומטיל על החוקה ועל בית המשפט את התפקיד לזרז ולהבטיח את קיומו של דיון מעמיק במחלוקות עובר להכרעה בהן – אך משאיר את זכות ההכרעה בידי המחוקק. קשה לראות איך ניתן מבחינה מעשית לשלב בין שני המודלים במערכת חוקתית אחת ולהשיג מבחינה רעיונית את שני היעדים המנוגדים. לכאורה, מי שמבקש להשיג דיאלוג לא יוכל לעשות זאת כל עוד בית המשפט הוא הפרשן החוקתי המוסמך ולמחוקק לא ניתן תפקיד משמעותי בפרשנותה ואכיפתה של החוקה. מאידך גיסא, מי שמבקש להשיג הגנה על ערכי יסוד מפני התנהגות לא שקולה של המערכת הפוליטית לא יכול להסכים להסמכת המחוקק לאכוף את החוקה: מבחינתו יהיה בכך משום הפקדת החתול על שמירת החלב.

לכאורה ניתן אולי לחשוב בכל זאת על שילוב מסוים בין השניים. כזכור, אחת ההצעות שהעלינו לפתרון חלק מהבעיות הכרוכות באימוץ המודל הראשון הייתה להעניק לציבור שליטה מסוימת על הכרעותיו של בית המשפט באמצעות אימוץ מנגנונים דמוקרטיים לבחירת שופטים ולהגבלת משך הכהונה. פתרון זה תואם במידה מסוימת את המודל הדיאלוגי. כללי בחירה דמוקרטית ותחלופה שוטפת של שופטים יוצרים דיאלוג בין בית המשפט לציבור: בית המשפט מכריע בסוגיות החוקתיות ואילו הציבור מגיב על החלטותיו של בית המשפט ומנסה לשנותן באמצעות בחירת שופטים שהשקפותיהם מתאימות לעמדות הרוב. אולם, פתרון דיאלוגי זה אינו "מוותר" על עליונותו של בית המשפט, וכך הוא ממשיך לאפשר לו למלא – לפחות במידה מסוימת –

את התפקיד של הגנה על ערכים מפני רוח שטות שעלולה לפקוד את הציבור – תפקיד שאותו הוא אמור למלא לפי המודל הראשון. יתר על כן: מכיוון שהשפעתו של המחוקק על ההכרעה השיפוטית באמצעות מנגנוני בחירה דמוקרטיים היא עקיפה ואטית, יש מקום להניח שהתערבות מצדו תבטא לא הלך רוח פזיז אלא מחויבות אמיתית לתפיסה ערכית שונה מזו שהציג בית המשפט.¹³⁶

הוספת מנגנוני שליטה על הכרעות בית המשפט למודל החוקתי הראשון מציעה שילוב מעניין בין המודל הראשון, המבקש להפקיד את סמכות ההכרעה בידי בית המשפט, לבין המודל השני, המבקש ליצור דיאלוג. עם זאת, לדעתנו הצעה זו איננה יכולה לגשר על הפער הרעיוני בין שני המודלים. לא חסידי הדיאלוג ולא חסידי ההגנה על ערכי יסוד חשובים יוכלו לראות בשילוב המוצע משום הגנה מספקת על הערכים שעליהם החוקה באה להגן. מי שמחויב באמת למטרות שעומדות בבסיס המודל השני – יצירתו ושימורו של שיח ציבורי מעמיק, כחלק מתפיסה עשירה של דמוקרטיה, ומתוך הבנה שפלורליזם רעיוני הוא לגיטימי ובלתי־נמנע – יתקשה להסתפק בדיאלוג המתמחה בהשפעה על זהותם של השופטים. כל עוד בית המשפט הוא הפורום המופקד על הכרעה בעניינים ערכיים, קיים חשש אמיתי שהמערכות האחרות יחמקו ממחויבותן לשיח ולאחריות בעניינים ערכיים ויאבדו או לא יפתחו את הכישורים הנדרשים לקיומו של שיח כזה. מי שמאמין בצורך ובאפשרות לגבש חברה עם מחויבות ערכית, לא ינסה להגן על החברה מפני עצמה אלא ישאף ליצור מנגנונים שיסייעו לחברה לעמוד במשימה המוטלת עליה. מאידך גיסא, מי שמאמין באמת ובתמים שקיים קורפוס מוסכם או ראוי של ערכי יסוד, יתקשה להסכים עם אימוצו של מנגנון פוליטי לבחירת שופטים. סביר שהוא יראה במנגנון הבחירה הפוליטי אמצעי המכניס סחר־מכר בשאלות ערכיות אל קודש הקודשים של הערכים המוחלטים והמקודשים. לדידו עדיף אולי לחיות ללא חוקה מאשר עם חוקה שפרשנותה מופקדת בידי שופטים שאינם מחויבים לערכים "הנכונים". די לעיין באמירות של שופטי בית המשפט העליון בגנות התאמתו של מנגנון הבחירה בישראל למקובל במדינות המערב, כדי להבין שפשרה בעניין זה בין המודל הראשון והשני איננה מתקבלת על דעתם.¹³⁷

136 כך יש להבין את נסיונו של נשיא ארצות־הברית רייגן למנות לבית המשפט העליון שופטים שיהפכו את הלכת Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973), שהכירה בזכות של האישה להפיל את עוברת כנגזרת של הזכות לפרטיות. לעניין זה ראו, למשל, Christopher E. Smith & Thomas R. Hensley, *Unfulfilled Aspirations: The Court – Packing Efforts of Presidents Reagan and Bush*, 57 ALB. L. REV. 1111 (1994).

137 בדבריו בפני ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת הזהיר נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק את חברי הכנסת ואמר: "ישמור אתכם אלוהים מניסיון להכניס פוליטיזציה למבנה ולאיוש של הערכה השיפוטית העליונה. אלוהים שכשמיים, כך לא עושים משפט חוקתי"; גרעון אלון וצבי זרחיה "אהרן ברק: פוליטיזציה של ביהמ"ש העליון תהיה אסון" הארץ 23.10.1996. להתבטאות נוספת של ברק באותו כיוון ראו הדס מגן "המרחק בין הנשיא ברק לפרופ' גביון" גלובס 30.11.1999 29 ("איך

(ב) היחס בין המודל הראשון למודל השלישי

בין המודל הראשון למודל השלישי קיים פער רעיוני עמוק, לכאורה עמוק אף יותר מהפער בין המודל הראשון למודל השני. המודל הראשון מניח שקיימים ערכים מוסכמים (ובהיעדר הסכמה – ערכים ראויים) ומבקש להגן עליהם מפני פגיעה, ואילו המודל השלישי מניח את קיומה של מחלוקת. בכך המודל השלישי אינו שונה מהמודל השני, אולם להבדיל מהמודל השני הוא אף אינו מבקש לקדם הכרעה ערכית אלא פשרה יציבה. החוקה שהמודל השלישי ייצור היא מסמך פשרה שלא רק שאינו נאמן למערכת הערכים ה"ראויה", אלא אף אינו תואם מערכת ערכים אחת כלשהי.

לעומת זאת, מבחינה מעשית אין קושי גדול לשלב בין המודלים. אמנם קיים ביניהם הבדל מעשי: בעוד שהמודל השלישי מבקש להשתיק את כל זרועות השלטון מפתחת דיון בעניינים מסוימים, העליונות שהמודל הראשון מעניק לבית המשפט על המערכת הפוליטית יוצרת השתקה סלקטיבית שבמסגרתה בית המשפט ממשיך להתכבט ורק המערכת הפוליטית נאלצת לשתוק. אולם, כפי שכבר ציינו בפרק ד', על בעיה זו ניתן להתגבר באופן חלקי באמצעות עיגונו של הסדר מפורט בחוקה בעניינים שמבקשים להשתק – הסדר שיקשה על בית המשפט להתערב בהסכמה, בלי שתפגע הלגיטימיות של מעמדו כפרשן המוסמך של החוקה. כפי שטענו בקצרה לעיל,¹³⁸ למעשה אין כל מניעה – ואולי אף ראוי – לנסח בפירוט לא רק את החלק שמטרתו השתקה אלא גם את חלקי החוקה שמיועדים להגנה על ערכים חשובים. נדמה שהיחידים שירוויחו מניסוח מעורפל הם אלו שמבקשים להשתמש בחוקה כמכשיר לעיגון עמדותיהם בידיעה ברורה שאחרים חלוקים עליהם, תוך ניסיון להתחמק מהצורך להתמודד על עמדותיהם בדיון עובר לאימון החוקה – וגם אז הצלחתם מותנית כתנאי נוסף והוא יכולתם להבטיח לעצמם שליטה על הרכב בית המשפט שיופקד על משימת פרשנות החוקה, שאם לא כן בחירתם בערפול כרוכה בהימור מסוכן. מן הסתם, הללו יצדיקו בעיני עצמם את המניפולציה שביצעו בטענה (שייחסנו לעיל לדבורקין) כי לתפיסת העולם הערכית שלהם ערך עליון הגובר על ערכים מתנגשים כמו דמוקרטיה והגינות הליכית.¹³⁹ נסכם: מבחינה רעיונית קיים פער בין המודל הראשון למודל השלישי: הנחת המוצא של המודל הראשון היא הסכמה ואילו הנחת המוצא של המודל השלישי היא מחלוקת.

אומרים 'איף איט וורקס, דונט פיקס איט, איט וורקס'. בחוקה החדשה של דרום אפריקה... הקימו ועדה של 23 חברים דומה מאוד לוועדת המינויים שלנו לכן אני מציע שנרד מהרעיון לשנות את השיטה. אין בו צורך".

138 ראו להלן, טקסט בסמוך להערות 140-141.

139 ניתן לטעון שצירוף כזה של תנאים אובייקטיביים והלך רוח סובייקטיבי הוא המפתח להסבר של התהליך החוקתי שהתרחש בישראל בשלהי כהונתה של הכנסת ה-12, והוליד את שני חוקי היסוד האניגמטיים: חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. להסבר כזה ראו גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" מחקרי משפט יט 461, 487-489 (2003).

עם זאת, לא ניתן לשלול א־פריורית קיומה של חברה מורכבת שמתאפיינת בקיומם של מרכיבים משני הסוגים, זה בצד זה. אם קיימת חברה כזאת, בה קיימת הסכמה עקרונית בעניינים חשובים מסוימים ומחלוקת חריפה בעניינים אחרים, אך הצדדים מצליחים להגיע לפשרה ומעוניינים שפשרה זו תעוגן בצורה חזקה – אפשר בהחלט לשלב בין המודל הראשון (הסכמה עקרונית) לבין המודל השלישי (פשרה בעניינים נפוצים). יתר על כן: אם שילוב נתונים כזה קיים, החיבור בין שני המודלים יהיה "נקי" יחסית מכיוון שגם את מרכיבי ההסכמה שבמסגרת המודל הראשון ניתן ואף ראוי יהיה לעגן ברמה גבוהה יחסית של פירוט.

(ג) היחס בין המודל השני למודל השלישי

נדמה שהחיבור הטבעי ביותר מבחינה רעיונית הוא בין המודל השני למודל השלישי. אמנם המודל השני מבקש להשיג דיאלוג ואילו המודל השלישי מבקש להשתיקו, אולם שניהם יוצאים מאותה נקודת מוצא – קיומו של פלורליזם רעיוני שמחייב התייחסות וטיפול. גם דרכי הטיפול השונות שהם מציעים אינן מעידות על א־הסכמה ביניהם. גם מי שסבור שלדין ציבורי יש ערך יכול להסכים שבעניינים מסוימים התמשכותו של הדין לא תועיל אלא תזיק, והוא הדין בצד השני. המצדדים בהשתקת עניינים מסוימים אינם עושים זאת מתוך רתיעה עקרונית משיח ומבירור מחלוקות בעניינים מהותיים, אלא משום שהם סבורים שבאותם עניינים הסכנה רבה על הסיכוי.

כל זאת לגבי היחס הרעיוני. ומה לגבי אפשרות החיבור מבחינה פרקטית? מטרת העיגון החוקתי לפי המודל השלישי היא להוציא את העניינים הכלולים בחוקה מן השיח הציבורי. לעיל ציינו שאם בית המשפט הוא בעל זכות המילה האחרונה בפרשנות החוקה, כפי שמציע המודל הראשון, מתעורר החשש שההשתקה תהיה סלקטיבית. הפתרון שהצענו לחשש הוא ניסוח מפורט של ההסדרים המושתקים שלא ימנע אמנם מבית המשפט לבצע מניפולציות פרשניות כדי לעקוף את קביעותיה הברורות של החוקה בעניין, אך יגבה ממנו מחיר כבד במונחים של אכזר לגיטימציה אם יבקש לעשות זאת. האם ניתן להשיג את יעד ההשתקה במקרה שבו זכות המילה האחרונה שמורה לא לבית המשפט, כפי שמציע המודל הראשון, אלא למחוקק, כפי שמציע המודל הדיאלוגי? לדעתנו, מתן זכות המילה האחרונה למחוקק איננו פוגם עקרונית באפקטיביות של כלל ההשתק החוקתי, אולם גם כאן, כמו במקרה של מתן זכות המילה האחרונה לבית המשפט, ההצלחה תלויה בניסוח מפורט של ההסדר. מרכיבים עמומים בחוקה עלולים לשקף היעדר הסכמה, שמטבע הדברים ייחשף ברגע שהמחלוקת בעניין עליו ביקשו לחפות תהפוך לרלבנטית. לחלופין, גם אם בנקודת זמן מסוימת הושגה הסכמה מלאה, ההימנעות מעיגונה הפרטני בחוקה תאפשר לצד שיבקש לחמוק מההתייבבות לעשות זאת בעתיד מבלי שיצטרך להתגבר על המשוכה החוקתית.

ההשתקה אפקטיבית במסגרת החוקה תלויה בפירוט ההסדרים, גם אם למחוקק ניתנת

זכות המילה האחרונה. לעומת זאת, כפי שהסברנו לעיל, יצירת דיאלוג מחייבת עיגון חוקתי של עקרונות מופשטים בלבד. כפועל יוצא, התוצר הסופי בשילוב בין המודל השני למודל שלישי יהיה יצור-כלאיים שההבדל בין חלקיו השונים גלוי לעין: החלק שמטרתו השתקה יהיה מפורט ואילו החלק שמטרתו עידוד הדיאלוג הרציני יהיה תמציתי ומופשט. השילוב בין היעד של המודל השני לזה של המודל השלישי מתקבל אפוא על הרעת מבחינה רעיונית ואפשרי מבחינה מעשית, גם אם החיבור יהיה תפור בתפרים גסים.

3. איזה מודל הכי מתאים למציאות הישראלית?¹⁴⁰

(א) חוסר-ההתאמה של המודל הראשון
כאמור לעיל, המודל החוקתי הראשון הוא המוכר ביותר מבין השלושה. אולם, בדיונו בפרק ב' הצבענו על כמה חולשות שבהן הוא לוקה. ראשית, ציינו כי תנאי לאימוצו הוא השגת הסכמה ציבורית על מערכת הערכים הראויה, וטענו שקשה להשיג הסכמה כזו באווירה הפלורליסטית המאפיינת את מדינות המערב. שנית, המודל אינו מסוגל לספק תשובות ברורות לדילמות חוקתיות רבות, דבר המעניק לבית המשפט – המופקד לפי מודל זה על פרשנות החוקה ועל אכיפתה – את התפקיד לעצב את הנורמות החוקתיות, דבר העומד במתח עם עקרון ההכרעה הדמוקרטית. שלישית, הסברנו שעליונותה ונוקשותה של החוקה מונעים את האפשרות לשנות את תכניה בהתאם לשינוי התפיסות המוסריות בקרב הציבור, וכך עלול הציבור למצוא עצמו כפוף למערכת נורמות שהוא אינו מאמין בה יותר. גם מציאות כזאת מנוגדת לערכי הדמוקרטיה. העליונות והנוקשות של החוקה עלולים גם למנוע באופן מלאכותי שינוי אפשרי בערכי החברה, בשל החשיבות המופרזת שניתן הציבור לערכים המעוגנים בחוקה. כמו כן, הקושי הרב לשנות את החוקה והעברת מרכז הכובד של השיח הערכי אל בין כתליו של בית המשפט עשויים להחליש את המוטיבציה של הציבור לעסוק בכלל בסוגיות ערכיות, וכפועל יוצא – להביא לדלדולו של השיח הדמוקרטי. לבסוף ציינו שיש מלומדים המטילים ספק במידת ההצלחה של המודל הראשון בכלל ושל בית המשפט בפרט להשיג את היעד של הגנה על ערכים חשובים מפני פגיעה. לדעתנו, אופייה המיוחד של החברה והמערכת

140 השאלה שבכותרת מניחה לכאורה שאימץ מנגנון חוקתי כלשהו מבין השלושה שנסקרו הוא בגדר נתון והשאלה היחידה הפתוחה היא איזה מבין המודלים, או איזה שילוב ביניהם, מתאים לנו ביותר. הנחה זו כלל אינה מובנת מאליה והיא עצמה טעונה הנמקה, שהרי מדינת ישראל, כמו כל מדינה אחרת, איננה חייבת כלל לנקוט אסטרטגיה חוקתית והיא יכולה לבחור להישאר (או לחזור להיות, לשיטת הסוברים שעברה שינוי) דמוקרטית פרלמנטרית. לכן ראוי היה לבחון לא רק איזה מן המודלים מתאים למדינת ישראל אלא גם אם בכלל יש צורך באימץ מי מהם. דיון בשאלה זו חורג ממסגרת המאמר, אך היעדרו אינו מעיד על כך שהמחבר משיב על השאלה בחיוב.

הפוליטית בישראל מחדד בהקשר הישראלי חלק מחסרונותיו של המודל החוקתי הראשון. את הפסקאות הבאות נקדיש להבהרת טענה זו.

מדינת ישראל מתאפיינת בשסעים ובחילוקי דעות עמוקים בין הקבוצות המרכיבות אותה בסוגיות ערכיות מהותיות, וחילוקי דעות אלה אינם ניתנים להכרעה קלה באמצעות כללי צדק ברורים. בנסיבות אלה מתחזק הספק בדבר האפשרות להגיע לתמימות דעים כשאלות הערכיות הגדולות – תמימות דעים שהיא לדעתנו תנאי הכרחי ללגיטימיות של הסדרה חוקתית לפי המודל הראשון. כפי שכבר ציינו לעיל, בנסיבות אלה אין זה מקרי שהתמיכה באימוצה של חוקה מהסוג הראשון, המעניקה את זכות המילה האחרונה לבית המשפט, באה מכיוונו של מגזר מסוים מאוד בחברה הישראלית; שהתומכים באימוץ מודל כזה גם דוחים בתוקף את ההצעה לאמץ את הפתרון המוצע לכשלים שבמודל, של שינוי מנגנוני הבחירה והפיכתם לדמוקרטיים; ושהנוסחים שהם מציעים לחוקה הם נוסחים מעורפלים – סגנון שכאמור לעיל מאפיין אולי את החוקה האמריקנית אך בהחלט לא חוקות מודרניות, אפילו כאלו שבעיקרון אימצו את המודל הראשון. מי שמבקש להשלים את המהלך החוקתי בישראל בנוסח המודל הראשון, עם מסמכים עמומים בנוסח חוקי היסוד הקיימים וללא שינוי המנגנון לבחירת השופטים, עושה זאת מתוך כוונה ברורה לעקוף את המערכת הפוליטית ולהשליט את הערכים שבהם הוא מאמין באמצעות בית המשפט, מבלי שהתקיים בעניין דיון פתוח ומבלי שהושגה הכרעה פוליטית.

זאת ועוד: המציאות הישראלית היא מורכבת ומשתנה בקצב מהיר, והדילמות שבפניהן החברה הישראלית ניצבת הן כה חריפות, שספק אם ניתן להציע – גם על סמך כללי צדק בסיסיים מקובלים – פתרון אחד נכון לכל שאלה, שיאזן בין השיקולים הנוגדים בעניין, וקשה גם לנסח חוקה שתוכל לכסות אפילו לטווח קצר את מגוון התרחישים שעשויים לצמוח. בנסיבות אלה, הענקת הסמכות לאכיפת החוקה בידי בית המשפט תאפשר לו – יותר מאשר בכל מקום אחר – להפוך למעצב בפועל של מערכת הערכים הישראלית. אם נצרף לכך גם את התרבות השיפוטית שהתפתחה בעשורים האחרונים בישראל, המתאפיינת בתודעה עצמית של שליחות וחובה לשמש מתווה הדרך בעניינים ערכיים, הרי שהאפשרות שעם אימוץ המודל הראשון ייהפך בית המשפט למעצב פניה של החברה הישראלית מגיעה כדי "ודאות קרובה".

אולם, לא רק המציאות בישראל משתנה בקצב מהיר. גם החברה הישראלית מתאפיינת, לפחות בעשורים האחרונים, בדינמיות רבה מבחינת נורמות ההתנהגות שלה, דפוסי חשיבתה ואמונותיה. הציבור הישראלי בכללותו וציבורי-המשנה שבו מתנהגים וחושבים אחרת לחלוטין מכפי שהתנהגו וחשבו לפני דור או חצי דור. דינמיות זו הופכת את סכנת כבילתו של הדור הזה לערכיו של הדור הקודם לחזקה במיוחד בהקשר הישראלי.

כמו כן, תרבות השיח וההכרעה הפוליטית בישראל היא דלה ובלתי-מספקת, והאתוס

של ההגנות השלטונית איננו מפותח. נתון זה משמש בדרך כלל דווקא כטיעון בפיהם של התומכים בהגדלת חלקו של בית המשפט בפיקוח ובעיצוב של היעדים השלטוניים, בעזרת חוקה או בלעדית, בטענה שבית המשפט הוא התקווה האחרונה להבטחת הגינות ולפיתוח מנגנוני דיון והכרעה ראויים. אולם, לדעתנו, לאחר כשלושה עשורים של מעורבות שיפוטית אינטנסיבית, המציאות מלמדת שבצד התועלת המסוימת שצמחה ממעורבותו הגוברת והולכת של בית המשפט בביעור תופעות של שחיתות ומנהל לא תקין, המעורבות הרבה גם תרמה להיחלשותה של המערכת הפוליטית ולפגיעה ביכולתה לפתח עמוד שדרה ערכי עצמאי. העובדה שבית המשפט נטל לעצמו את תפקיד שומר הסף משחררת את המחוקק לעשות כרצונו מבלי להיטרד בשאלה אם התנהלותו ראויה מזווית הראייה של זכויות אדם.¹⁴¹ לפני יותר מ-100 שנה ביסס המלומד האמריקני גיימס ברדלי טייר (Thayer) את התנגדותו למעורבות משמעותית של בית המשפט בהכרעות הפוליטיות בטענה הבאה:

[T]he exercise of judicial review, even when unavoidable, is always attended with a serious evil, namely, that the correction of legislative mistakes comes from the outside, and the people thus lose the political experience, and the moral education and stimulates that comes from fighting the question out in the ordinary way, and correcting their own errors.¹⁴²

לדעתנו, כאמור, לאחר תקופת ניסיון לא קצרה של מעורבות שיפוטית אינטנסיבית, המציאות הישראלית מאששת את חששותיו של טייר.

לבסוף, אחת הטענות הרווחות גם בישראל במענה לטענות נגד המודל החוקתי הראשון היא שוויתור עליו, אפילו אם יפתור את הבעיות הרבות שנמנו, יגרור ויתור על תועלת גדולה שלו: הגנה על מיעוטים – ותועלת זו שווה את נזקיו.¹⁴³ אולם, מתברר שלא רק בארצות-הברית אלא גם בישראל רבים כופרים בקיומה של תועלת לכאורית זו.

141 לחשש כזה מפי מלומד ניו-יורקי ראו Huscroft, לעיל ה"ש 73, בעמ' 123 ("The power of the courts to strike down legislation can ... result in perverse incentives. Governments may exploit judicial willingness to make hard decisions by leaving rights to be vindicated in litigation rather than dealing with them in the legislative process. American experience suggests that the temptation is always there to leave the constitutional dirty work to the courts"). לטענה שכך קורה בפועל, בהקשר האמריקאי, ראו TUSHNET (1999), לעיל ה"ש 18, בעמ' 71-54.

142 Thayer, Holmes & Frankfurter, לעיל ה"ש 17, בעמ' 106-107.

143 בהציגו לאורך המאמר את הרציונל של המודל הראשון התמקדנו לא בהגנה על מיעוטים אלא בהגנה על ערכי יסוד שהציבור אוהז בהם, אבל הטענה המקובלת היא שערכי היסוד הללו כוללים גם הגנה על מיעוטים, ומכאן הקשר בין השניים.

הללו טוענים שהפעילות של בית המשפט העליון בישראל, בהכרעותיו החוקתיות, מצביעה על התיישרות עם עמדות הרוב השליט יותר מאשר על עמידה לצידם של מיעוטים שזקוקים להגנה. כך, למשל, בקרב הציבור היהודי נמתחת ביקורת חריפה נגד בית המשפט העליון דווקא מצד הסקטור הדתי, המצוי בעמדת מיעוט.¹⁴⁴ תחושה רווחת בקרב הציבור הדתי היא שכל עוד נשמר עקרון עליונות המחוקק זכה סקטור זה להגנה סבירה על האינטרסים שלו במסגרת ההליך הפוליטי הרגיל, ודווקא עם פרוץ "המהפכה החוקתית", כפי שנהוג לכנותה, נחלשה ההגנה והאינטרס הדתי נפגע באופן עקיב. בשנים האחרונות הולכת ונוצרת חפיפה מסוימת בין המיעוט הדתי לבין הצד הימני של המפה, וגם בעניינים אלו רווחת הטענה שאין משפט בירושלים.¹⁴⁵ טענה דומה נגד התנהלותו

144 תסכולו של הציבור החרדי ממה שנראה בעיניו כרדיפה מצד בית המשפט העליון קיבל ביטוי פומבי בולט בהפגנת הענק שהתקיימה מול בנין בית המשפט העליון בראשית שנת 1999. באותה תקופה עסקה העיתונות הדתית והחרדית בנושא באינטנסיביות רבה. ראו, למשל, אליעזר שוחט "מדוע השתתפתי בעצרת" הצופה 16.2.1999, 9 ("האם יוכל להזכיר לי משהו איזו פסיקה ניתנה בשנים האחרונות בעליון לטובת ציבור דתי או ימני? זו לא אוליגרכיה... הרבה אמת לא מצאתי בקואליציה זו של בית הנשיא, פוליטיקאים – ובית המשפט, על כן מצאתי עצמי באופן הטבעי והאמיתי ביותר – עם המיעוט"); ב. רבינוביץ' "הרב גפני במכתב לראה"מ נתניהו: הציבור הדתי והחרדי מרגיש אזורית מחנק וחוסר אונים מול מערכת דיקטטורית בלתי נבחרת שעמדותיה ידועות מראש" יחד נאמן 3.2.1999, 3 ("בשנים האחרונות, בית המשפט בכל ערכאותיו, אך בעיקר ביהמ"ש העליון, מתערב התערבות בלתי נסבלת בנושאים שאינם משפטיים... כשעמדותיו הן חד משמעיות וחד צדדיות בנושא גידור, שבת, תלמידי ישיבות, מועצות דתיות ונותן לגיטימציה לכל הסחי והמאיאוס הנוגדים תכלית הניגוד את עמדת התורה והיהדות"). תחושותיו של הציבור הדתי מקבלות חיזוק גם מאנשי אקדמיה שאינם חשודים בהטיה לכיוון הדתי. ראו, למשל, מנחם מאוטנר, המשפט הישראלי בחברה דת-תרבותית, שלטון החוק בחברה מקוטבת 27, 43 (איל ינון עורך, 1999) ("הן באמצעות האקטיביזם הגורף שלו והן באמצעות נסיונו להשתתף בקביעת דמותה הערכית של המדינה נטל בית המשפט העליון חלק פעיל במאבק הפוסט-הגמוני של עיצוב דמותה של ישראל, שהחל מתחולל בסוף שנות ה-80. בית המשפט "תפס צד". הוא פעל באופן המזוהה בכירור עם הקבוצה החילונית המבקשת לשמר ולחזק את זיקתה של ישראל לליברליזם המערבי."); Menahem Hofnung, *The Unintended Consequences of Unplanned Constitutional Reform: Constitutional Politics in Israel* 44 Am. J. Comp. L. 585, 602 (1996). ("the civil judicial system is now viewed by a considerable portion of the Israeli population as an active participant in a political debate, an actor identified with the secular liberal segment of Israeli society")

145 אותם המעלים טענה זו מצאו לעצמם סיוע לאחרונה בהתנהלותו של בית המשפט בסדרת העתירות שליוו את תהליך ההתנחלות. ראו למשל גדעון אלוך, יובל עוז ונדב שרגאי "בימין תוקפים את הפסיקה: "בג"צ נתן גושפנקא לגול ולשוד" הארץ 10.6.2005, 2א ("בימין תקפו בחריפות את בג"צ בעקבות ההחלטה. ח"כ אריה אלדד (האיחוד הלאומי) אמר ש"בג"צ מתרחק יותר ויותר מהצדק ומקריב את כבוד האדם על מזבח תפיסת עולמו השמאלנית"). ראו גם גדעון אלוך "ח"כ המר: ביהמ"ש העליון נוקט בעמדות השמאל ולא מייצג את החברה הישראלית" הארץ 9.4.1996, א ("במשך 50 שנים רצופות הזרם הדומיננטי בבית המשפט העליון נקט באופן שיטתי בעמדות

של בית המשפט נשמעת מפייהם של מלומדים ופעילים חברתיים המצביעים על מה שנראה בעיניהם כהתמקדות של בית המשפט בהגנה על זכויות העשירים והתעלמות מזכויותיהן של השכבות החלשות, שאף הן מהוות מיעוט – לפחות מבחינת העוצמה הפוליטית שעומדת לרשותן.¹⁴⁶

לסיכום: במדינה שסועה מבחינה ערכית הנדרשת לשאלות מורכבות, שבה הן המציאות והן ההתנהגות והלכי הרוח של הציבור משתנים בקצב מהיר, התרבות הפוליטית נחלשת והולכת, ומיעוטים טעוני הגנה בה אינם נותנים אומן ביכולתו של בית המשפט למלא כראוי את תפקידו בהגנה על זכויותיהם – במדינה כזו אין היגיון או הצדקה באימוץ המודל החוקתי הראשון.

(ב) התאמתם של המודלים השני והשלישי

לדעתנו, המודל החוקתי הראשון אמנם איננו מתאים למדינת ישראל, אולם יש בהחלט מקום לשקול שימוש במודלים השני והשלישי. נפתח בשלישי ונסיים בשני. תכליתו של המודל השלישי היא הוצאתם של עניינים מסוימים מסדר היום הציבורי תוך שימוש בכלל ההשתק החזק ביותר, כלומר: בכלל ההשתק החוקתי. כפי שהסברנו לעיל, ההחלטה להשתיק עניינים מסוימים נובעת מהבנה שהנושא שמבקשים להשתיק

השמאל הקיצוני בשאלות מדיניות, בטחוניות וחברתיות... (כותב המר"); משה ריינפלד, גדעון אלון ואורי אילון "בג"צ ביטל החוק המכשיר הרדיו הפיראטי" הארץ 27.3.2002 1א ("ח"כ צבי הנדל (האיחוד הלאומי)... הודיע כי הוא כבר פועל... להכין הצעת חוק חדשה, "שתבטא את עליונות הפרלמנט שנחבר על ידי העם על בג"צ שאיש לא בחר בו וזולת קומץ בעלי ענין ובעלי השקפה מוגבלת מאוד, מבית המדרש של השמאל הקיצוני").

¹⁴⁶ לסקירה ביקורתית אודות יחסו של בית המשפט לשכבות החלשות ראו יובל אלבשן זרם במשפט: נגישות לצדק בישראל 164-128 (2005) ("כך הפכה מגילת זכויות האדם שהתהוותה עד כה בישראל לכלי שרת בעיקר בידיהם של המעמד הבינוני והגבוה, וככזאת היא שימשה אמצעי לפגיעה בזכויותיהם של העניים והמוחלשים. אם נוסיף לכך את העובדה שבכלל הקשור לזכויות שאינן חברתיות גילה בית המשפט העליון הישראלי אקטיביזם שיפוטי ואומץ לב יצירתי, הרי ניתן לומר שבמובנים רבים הסיג בית המשפט העליון את זכויות העניים לאחר", שם, בעמ' 130). ראו, גם, אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133, 134-142 (1994); עלי ולצברגר ואלכסנדר קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" משפט וממשל ד 489, 502-513 (1998) (בניגוד למרמור, השם סימן קריאה בסוף הטיעון, ולצברגר וקדר מצביעים על מגמה אפשרית בלבד ומציינים כי לצורך קביעה נחרצת יש לקיים מחקר משווה מעמיק שאותו, בעת כתיבת מאמרם, טרם ערכו); אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא 405 (1998) (גרוס מדגים כיצד בתי המשפט מדגישים היבטים רכשיים של זכות הקניין ומתעלמים מהיבטים חלוקתיים של זכות זו, מגמה העולה בקנה אחד עם השקפה ליברטנית).

שנוי במחלוקת עמוקה ושדיון ציבורי ופוליטי פתוח עלול ליצור או להחריף קרע בין הקבוצות השונות, לפגוע בלכידות הלאומית וליטול חלק נכבד מן האנרגיה הציבורית הנחוזה לקידום משימות חיוניות אחרות. במדינת ישראל, השסועה מבחינה ערכית ועודנה מתמודדת על התנאים הבסיסיים של ביטחון ויציבות, יש כמה עניינים שנויים במחלוקת שהשתקתם במסגרת החוקה עשויה להביא ברכה. כפי שצינו לעיל, המועמדת הברורה ביותר לסוג כזה של טיפול היא המחלוקת בענייני דת ומדינה, אולם ייתכן שיש טעם לחשוב על עניינים נוספים שיש היגיון להשתיקם באמצעות החוקה.

בפרק ד', בו עסקנו במודל השלישי, הסברנו שגם מודל זה נגוע בכמה חולשות, וטענו שניתן למזערן בדרכים שתוארו שם. המלצתנו לאימוץ המודל השלישי בישראל מותנית לפיכך בכך שהוא יופעל בדרך הנכונה. נחזור בקצרה על עיקרי הדברים. בעקבות סטיבן הולמס ציינו שהשתקה בכלל והשתקה חוקתית בפרט עלולה להוביל לדלדול השיח הציבורי ולעגן הכרעה סמויה ולא דמוקרטית לטובת צד אחד. ההשתקה עלולה גם להשיג את המטרה ההפוכה מזו שלשמה נבחרה, כלומר: לא להרגיע אלא להעצים את המתח והלחץ סביב סוגיות רגישות באופן שעלול להסתיים בהתפוצצות לא מבוקרת. על כך השבנו שניתן לחשוב על מנגנון השתק חוקתי שימזער את הסיכונים וישפר את הסיכויים. טענו שמנגנון השתק כזה צריך להיות בראש וראשונה אוטונומי, כלומר: כזה שעצם יצירתו – כמו גם תכניו – התקבלו בהסכמת הגורמים המושתקים על ידיו. זאת ועוד: ההסכמה צריכה להתגבש כתוצאה מדיון רציני שבסימו הצדדים נראה לא יהיו שבעי רצון מהתוכן אך יידעו שהעניינים לובנו ברצינות ולכל אחד היה את יומו. הסברנו שהסיכוי להשיג הסכמה כזו גובר אם מסגרת הדיון תחומה מראש בזמן. את שתי הדרישות האחרונות כינינו כלל השתק מגביל וסוגר. לבסוף טענו שכלל ההשתק חייב להיות משתיק-כול, ולא להסתפק בהשתקה סלקטיבית של חלק מן המשתתפים בלבד. הסברנו שבין אם בית המשפט יופקד על אכיפתו של ההסדר ובין אם המילה האחרונה תישמר למערכת הפוליטית, הדרישה להשתקה כללית מחייבת שהעניין המושתק יוסדר ברמת הפירוט הגבוהה ביותר, משום שאם ההסדר יהיה עמום המחלוקת לא תדעך אלא רק תשנה מיקוד – מעיסוק בשאלה מהו ההסדר הראוי לעיסוק בשאלה מהי הפרשנות הראויה או הנכונה להסדר העמום שהתגבש. הדרישה לפירוט כתנאי לאפקטיביות של ההשתקה עוררה את החשש מפני קיבעון, ועל חשש זה ניסינו להתגבר באמצעות ההצעה לשריון זמני, כזה שיקצוב את הזמן שבמהלכו יושתק העניין בחוקה, ויפתח את העניין לדיון מחדש לאחר שפרק הזמן הנקוב יסתיים.

גם המודל השני רלבנטי במיוחד בישראל. אחת ההנחות שעמדו בבסיסו הייתה שהמנגנון הפוליטי הרגיל נעדר אמצעים לתמרץ את הציבור (באמצעות המערכת הפוליטית) להתייחס לשאלות מהותיות בכובד הראש הראוי; להפך: מבנה המערכת הפוליטית מעורר חשש שההיבטים העקרוניים ייזנחו לחלוטין או שיידחו ללא דיון מספק, כך שהחלטות בעניינים מהותיים יתקבלו באופן אגבי. הנחה זו קיבלה אישוש

ברור במדינת ישראל, שבה קיים שילוב מפתיע מעט בין עצמת המחלוקת בעניינים מהותיים לבין היעדרה של תרבות דיון ושקילה מעמיקה של השאלות המהותיות השנויות במחלוקת.¹⁴⁷ במדינה כמו ישראל, שהתרבות הפוליטית בה איננה מורגלת בשיח מעמיק ושקול, והמחטף הפוליטי הכוחני מחליף את שיקול הדעת והמשא ומתן המסודר, חשוב ליצור מנגנונים שיבטיחו מידה כזו של רצינות. אולם, אסור שמנגנונים אלה יעקפו את המערכת הפוליטית ויחליפו אותה, כפי שמציע המודל הראשון; תחת זאת ראוי שהם יכוונו את המערכת הפוליטית ויחייבו אותה לפתח תרבות דיון וקבלת החלטות נאותה, כפי שמציע המודל השני.

בפרק ב' תיארו כמה מנגנונים שונים שתואמים את המודל השני, הפוזרים על המשרעת שבין הקוטב של דמוקרטיה חוקתית מהמודל הראשון לקוטב של דמוקרטיה פרלמנטרית. המודל הקנדי הוא הקרוב ביותר לקוטב הראשון, המודל הנירזילנדי הוא הקרוב ביותר לקוטב השני ואילו המודל הבריטי מצוי אי שם ביניהם. איזה מבין דגמי משנה אלה מתאים יותר למציאות הישראלית?

במהלך דיונו הסברנו שסימן השאלה הגדול המרחף מעל המודל הדיאלוגי הוא האם מודל זה, על גרסותיו השונות, יצליח להשיג את המטרה הכפולה שהציב לעצמו – חיזוק המודעות לחשיבותם של ערכי יסוד בסיסיים (וכפועל יוצא גם חיזוק ההגנה עליהם), בלי לקחת מן הציבור את הזכות והחובה להכריע בעניינים אלו בעצמו. הצגנו את החשש כי המודל השני יקרוס אל אחד משני הקצוות שביניהם הוא מבקש למצו. החוקה לא תשיג את יעד הדיאלוג אם משום שהמחוקק יתעלם מעמדת בית המשפט, ויסרב להתייחס ברצינות להיבטים החוקתיים המתעוררים, ואם משום שהוא יקבל את עמדת בית המשפט ללא ערעור, מבלי שהשתתף באופן פעיל בתהליך ההכרעה. יש הטוענים שאל נוכח התרבות הפוליטית הקיימת היום בישראל, החשש הגדול יותר הוא מהתעלמות של המחוקק מבית המשפט. אם הנחה זו מוסכמת נראה שהמודל הדיאלוגי המתאים לישראל צריך להיות קרוב לצד של עליונות בית המשפט יותר מאשר לצד של עליונות המחוקק. במילים אחרות: בישראל, להבדיל מבריטניה, לא כדאי להסתפק במתן אפשרות לבית המשפט להכריז על אי-התאמה בין החוק לבין הוראות החוקה, ויש לתת להכרזה שיניים בדמות אפשרות ביטולו של החוק על ידי בית המשפט, בכפוף למתן אפשרות למחוקק להתגבר על פרשנותו של בית המשפט. העובדה שמנגנון דומה כבר אומץ באופן חלקי בישראל, בחוק יסוד: חופש העיסוק, רק מחזקת את זמינותו לישראל.

אולם, שלושת דגמי המשנה של המודל הדיאלוגי אינם מוציאים זה את זה, ולדעתנו יש מקום לחשוב על שילוב ביניהם. כדאי, למשל, לאמץ מבריטניה כחלק מתהליך החקיקה את חיובו של מציע החוק (במקרה של הצעת חוק פרטית) או על נציג הממשלה

147 קחו, למשל, את תחום שירותי הדת ואת המהפכים הקפריזיים שהוא עובר בשלוש השנים האחרונות, תוך התעלמות ממסקנות של ועדות מקצועיות, או את האופן שבו נחתכה ההחלטה בעניין "ההתנתקות".

(במקרה של הצעת חוק ממשלתית) להצדיק את ההצעה מבחינה חוקתית בפני מליאת הכנסת. מנגנון כזה ישמש קטליזטור נוסף לדיון ציבורי-פוליטי מעמיק בשאלות המהותיות. אפשר גם לאמץ מנייר-זילנר את החובה לקבל חוות דעת של יועץ משפטי – במקרה שלנו היועץ המשפטי של הכנסת – עובר לחקיקת החוק,¹⁴⁸ אם כי אפשרות זאת פחות מלהיבה, שהרי המודל הדיאלוגי מניח שהמחלוקת בשאלות שעל הפרק היא ערכית ולא משפטית טכנית, והמסמך החוקתי מנוסח בצורה כוללת ומאפשר לפרשנויות הערכיות השונות להתיישב עם הטקסט. בנסיבות אלה המשפטן הציבורי לא רק יכול אלא למעשה חייב להפעיל שיקול דעת ערכי חזק בתהליך הגיבוש של עמדתו "המקצועית", ואז נשאלת השאלה מה מותר היועץ המשפטי על חבר הכנסת. עם זאת, אפשר להגביל את תפקיד היועץ לניכוי העמדה שיציג בית המשפט בשאלה אם תועלה בפניו, ואז תפקידו אכן נושא אופי מקצועי.¹⁴⁹ המחוקק יפיק תועלת מחוות דעת כזאת, שכן השאלה אם ייאלץ להתעמת עם בית המשפט היא בהחלט שיקול שהמחוקק עשוי ורשאי לשקול בטרם יחליט אם לקדם יוזמת חקיקה.

כפי שצינו, במדינת ישראל נראה שיש לכלול בתמריצים לקיומו של דיון רציני גם

148 למעשה, בחינה כזו מובנית כבר בהליך החקיקה הקיים. על פי הנחיה שהוציא היועץ המשפטי לממשלה, יוסף תריש, ב-21.7.1993, "כאשר מובאת הצעת חקיקה מטעם הממשלה לדיון בפני הממשלה או בפני ועדת השרים, תצורף לאותה הצעה חוות-דעת... בשאלת תוקפה של החקיקה המוצעת לאורם של חוקי היסוד". כך אכן נעשה גם בפועל, לרבות בדברי ההסדר הנלווים להצעות חוק שמגישה הממשלה. במערכת הייעוץ המשפטי של הכנסת מתקיימת מערכת נפרדת של בדיקת חוקתיותן של הצעות חוק. ביזמחה של עו"ד א' שניידר, לימים היועצת המשפטית של הכנסת, כפי שבוטאה בפנייתה מיום 5.10.1994 אל היועץ המשפטי לממשלה, התאמת יוזמות החקיקה להוראות של חוקי היסוד נשקלת בכל שלבי החקיקה, לרבות בדיונים בוועדה לאחר אישור הצעת החוק בקריאה ראשונה. הכנסת אמנם נמנעה מעיגון מפורש של הסדר זה בחקנון, אך הוא נהפך לנוהל קבוע בדיונים בהצעות חוק בוועדות הכנסת. דיון בנוהג זה מובא גם אצל אריק כרמון (מנחה) תהליכי החקיקה בעידן חוקי היסוד – שולחן עגול (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1995). ב-1994 הציג ח"כ חגי מירום לעגן בחקנון הכנסת נוהל מיוחד לדיון בטענה כי הצעת חוק סותרת הנוראה הקבוצה בחוק יסוד. ההצעה לא אומצה (פרוטוקול ישיבה מיום 28.3.1995 של ועדת הכנסת וועדת החוקה, חוק ומשפט). ראו עוד אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה' 339, 351-357 (2000); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל סעיפים 2.45 ו-18.10 (מהדורה שישית, 1991). (רובינשטיין ומדינה מציינים כי בדו"ח ועדת שמגר בעניין מינוי היועץ המשפטי לממשלה נאמר כך: "הרשות המחוקקת אינה כבולה על-ידי חוות הדעת המשפטיות לגבי חוקתיות החוק, אלא עושה, בסופו של דבר, הערכה משל עצמה, היכולה להיבדק על-ידי בית המשפט").

149 לדעתנו, סביר להניח שהיועץ המשפטי יפעל כך גם אם לא יונחה לכך במפורש. בשנים האחרונות המערכת המשפטית בישראל נוטה לעצב את עמדתה בהתאם לרוח הנושבת מבית המשפט העליון. במציאות שבה תודעת הכפיפות לעמדותיו של בית המשפט השתרשה כל כך אצל המשפטנים בשירות הציבורי, קשה להאמין שהללו יצליחו לגבש עמדה עצמאית משלהם.

שיניים מהסוג שמספק המודל הקנדי, אולם גם הצלחתו של מנגנון כזה תלויה בעיצובו הנכון. כזכור, ציינו – בעקבות מרק טושנט – שבפועל המערכת הקנדית קרסה לקצה של עליונות בית המשפט במובן זה שהמחוקק הקנדי כמעט אינו מערער על קביעותיו החוקתיות של בית המשפט, אך טענו שהכישלון אינו אינהרנטי אלא נובע משתי סיבות: ניסוחו העכשווי של המנגנון ככלי להתגברות על הוראות החוקה ולא ככלי להתגברות על פרשנות בית המשפט את הוראות החוקה, והאופן שבו נצרב המנגנון בתורעה הציבורית הקנדית, על רקע השימוש הבלתי-סלקטיבי שבו השתמשה קוריבן. שתי החולשות הללו רלבנטיות גם בישראל. פסקת ההתגברות הישראלית מנוסחת במפורש, כאחותה הקנדית, כאמצעי להתגבר על הוראות חוק יסוד חופש העיסוק, ונסיבות לידתה כמכשיר שבדיעבד, שכל תכליתו להתגבר על משבר קואליציוני, רק מחזקות תחושה זאת.¹⁵⁰ כדי שמנגנון ההתגברות ישמש מנוף ליצירת דיאלוג חוקתי המחייב את המחוקק לתת את דעתו ברצינות על עניינים מהותיים, ובה בעת מותיר בידיו את זכות המילה האחרונה, יש לנסחו מחדש ולהתאים את פרטיו למטרה: במסגרת מאמר זה לא נוכל להציע דיון מפורט בפרטי המנגנון, ולכן נסתפק בהצגה ראשונית של עניינים שיש לתת עליהם את הדעת.

- ניסוח ומהלך הסכרתי: מנגנון ההתגברות צריך להיות מנוסח באופן שייתן ביטוי לתפיסתו כמכשיר לגיטימי לחלוק על בית המשפט בשאלות בעלות אופי חוקתי. אך בניסוח הלשוני לא די; אימוצו של המנגנון חייב להיות מלווה במהלך ציבורי שיסביר את משמעותו הדיאלוגית וידגיש את הלגיטימיות שבשימוש בו.
- השארת זכות המילה האחרונה למחוקק: כדי באמת להשאיר למחוקק את זכות המילה האחרונה, אין לתחום את משך הזמן שבו ניתן להשתמש בכוח ההתגברות במקרה נתון. הדבר יכול להתבצע או באמצעות מתן אפשרות למחוקק להתגבר פעם אחת ללא מגבלת זמן על ההתגברות, או על ידי קציבת זמן ההתגברות בתוספת האפשרות לשימוש חוזר במנגנון, ללא הגבלה.¹⁵¹

150 לאחרונה ניסחה ועדה בראשותו של יעקב נאמן הצעה לחוק יסוד: החקיקה, שלפיה יוחל מנגנון ההתגברות על כל חלקי החוקה. לפי ההצעה יועמד הרוב הדרוש לשימוש במנגנון על 70 חברי כנסת, לא ניתן יהיה לעשות בו שימוש יותר מפעם אחת, ומשך חייו של המנגנון ייקצב לעשר שנים שבסיומן הוא ייעלם. כל אלה מחזקים ומקבעים עוד יותר מגמה זו של תפיסת מנגנון ההתגברות כאמצעי אחד נוסף בשורת אמצעים שכל תכליתם להמתיק את הגלולה בעיני המתנגדים למהלך החוקתי (במחיר הנמוך ביותר האפשרי).

151 השאלה אם ניתן להאריך או לחדש את תקופת ההתגברות כמעט לא נדונה בישראל. לתשובה חיובית ראו מנחם גולדברג "חופש העיסוק: מזכות יסוד לחוק יסוד" הפרקליט מא 291, 340 (1993) ("חוק חריג הוא למעשה 'הוראת שעה', התקפה לכל היותר ארבע שנים, אך מוכן שהכנסת תהיה רשאית, לקראת תום תוקפו, לחוקק חוק אחר תוחתיו, שתוכנו זהה"); מנחם גולדברג חופש העיסוק והגבלתו (1998). כידוע, ההודמנות לבחון שאלה זו בפסיקה הוחמצה עם תיקונו של חוק יסוד: חופש העיסוק שהוסיף את סעיף 8(ב), אשר פטר לצמיתות את חוק ייבוא בשר קפוא מעולו של חוק היסוד.

- משך זמן ההתגברות בכל אירוע: אם כוח ההתגברות נקצב בזמן (בכפוף לאפשרות של התגברות חוזרת), הקציבה צריכה להלום את המטרה שהיא יצירת דיאלוג. היגיון כזה מצדיק קציבת זמן לאורך שנות חייו של המחוקק. העובדה שהמנגנון עומד לפקוע במהלך כהונתו של המחוקק שעומד להיבחר מחזקת את הסיכוי שהרילמה שלגביה הופעל המנגנון תזכה להתייחסות רצינית במערכת הבחירות, העמדה שיציגו הרשימות השונות בסוגיה תילקח בחשבון על ידי הבוחרים, והעניין כולו יידון פעם נוספת ברצינות על ידי ההרכב החדש של המחוקק, שהרכבו ישקף לפחות במידה מסוימת את עמדות הבוחרים בעניין. נכון להיום, המנגנון שבחוק יסוד חופש העיסוק, הקוצב את תקופת ההתגברות על ארבע שנים, מתאים למטרה. גם קציבת הזמן בקנדה על חמש שנים מתאימה למטרה בהתחשב בעובדה ששם מתקיימות הבחירות במועדן אחת לחמש שנים.¹⁵²
- שימוש מאוחר בלבד או גם שימוש מוקדם? האם השימוש בפסקת ההתגברות צריך להיות מותנה בהבעת דעה קודמת של בית המשפט נגד חוקתיותו של החיקוק או שניתן לעשות בה שימוש גם כבטוחה מפני פסילה עתידית אפשרית? נכון להיום שני השימושים אפשריים הן בקנדה והן בישראל, אך יש הטוענים שאפשרות השימוש בפסקת ההתגברות ככלי מניעה, בעת חקיקת חוק ובטרם נפסל בידי בית המשפט, תאפשר למחוקק להכריע בעניינים מהותיים ללא דיון והתייחסות מספקת לערכי היסוד המעורבים, כך שהמטרה של שדרוג השיטה בעניינים חוקתיים – תותמץ.¹⁵³ טיעון זה נראה בעינינו משכנע, ולפיכך הצעתנו היא לשלול את האפשרות לשימוש מוקדם בפסקת ההתגברות ולאפשר שימוש מאוחר בלבד.
- דרישת הרוב: האם להתנות את ההתגברות בדרישת רוב מיוחס? ואם כן – עד כמה להקשיחה? מבלי להכנס לדיון מעמיק נאמר רק זאת: דרישת רוב מיוחס תקשה על השימוש במנגנון ותחייב את התומכים בו לבסס היטב את עמדתם, דבר המשרת את מטרת המודל הדיאלוגי. אולם, העמדת הרף על רוב גבוה מרוב מוחלט עומדת במתח עם אחת מההנחות שבבסיס המודל הדיאלוגי, שלפיה בכפוף להכשחת רצינות התהליך, הכרעת הרוב הדמוקרטית היא זו שצריכה לגבור. אנו מציעים אפוא לאמץ את הרף הקיים היום, הדורש רוב מוחלט.

¹⁵² הרצון להבטיח דיון מחודש בשאלה שבמחלוקת עם שינוי הרכבה של הרשות המחוקקת הוביל מלומד קנדי אחד להציע חיקון למנגנון ההתגברות הקנדי, כך שחוק שנחקק תוך שימוש במנגנון יפקע בעת פיזור הפרלמנט שחוקק אותו או לאחר חמש שנים מיום שנחקק. MANFREDY, לעיל ה"ש 96, בעמ' 209. יצוין, שבגרסאות מוקדמות של הצעות החוק בעניין פסקת ההתגברות הישראלית הוצע – בשל אותו רציונל – לקבוע את מועד הפקיעה לשישה חודשים לאחר מועד הבחירות לכנסת חדשה. ראו הצעת חוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון) סעיף 2, התשנ"ד-1994, ה"ח 129; הצעת חוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון) (נוסח חלופי) סעיף 2, התשנ"ד-1994, ה"ח 289.

¹⁵³ ראו, למשל, Kahana, לעיל ה"ש 67.

1. סיום

במאמר זה הצענו שבצד המודל החוקתי הקלאסי של חוקה המעגנת ערכי יסוד ראויים או מוסכמים, ושל בית משפט המופקד על אכיפתה, ניתן לחשוב על שני מודלים חליפיים של חוקה: האחד רואה בחוקה זרז לקיומו של דיון רציני בשאלות מהותיות שהתשובה עליהן איננה מוסכמת, והאחר רואה בחוקה אמצעי להשתיק מחלוקות בשאלות מהותיות לאחר שהושגה בהן פשרה. טענו שהמודל הקלאסי נגוע במספר רב של פגמים, שנוסבותיה המיוחדות של מדינת ישראל הופכות לחמורים במיוחד, ושההצעות השונות שהועלו לרפאם אינן מספקות. לעומת זאת, טענו, המודלים החליפיים מצליחים להימנע מהקשיים הנורמטיביים הכרוכים במודל הקלאסי והם אף מתאימים במיוחד לנסיבותיה המיוחדות של מדינת ישראל. במדינה המתאפיינת בהיעדרה של תרבות פוליטית המעודדת שיח רציני בשאלות מהותיות עובר להכרעה בהן, יש חשיבות למנגנון שיעודד קיומו של שיח כזה, כפי שמציע המודל של חוקה כדיאלוג. במדינה השסועה מבחינה ערכית, המתמודדת עדיין על תנאים בסיסיים של ביטחון ויציבות, יש כמה עניינים שנויים במחלוקת שהשתקתם – לאחר שהושגה בהם פשרה – עשויה להביא ברכה, ולכן יש חשיבות ליצירת מנגנון משתיק כפי שמציע המודל של חוקה ככלל השתק.

אולם, כדי ששני המודלים החליפיים שהצענו יצליחו להגשים את מטרתם, יש צורך ביותר מעיגונם הפורמלי: נחוץ גם שינוי תודעתי. כדי שיווצר דיאלוג אמיתי בשאלות ערכיות על הציבור להפנים שתיתכן מחלוקת לגיטימית בשאלות ערכיות, מחלוקת שעשויה להישאר בעינה אפילו כשקיימת הסכמה ראשונית על הנחות מוצא ערכיות מסוימות. על הציבור להבין גם שהפקדת הסמכות להכריע בשאלות ערכיות בידי בית המשפט כרוכה במחיר מוסרי כבד, ושהמקום שבו ראוי לקבל הכרעות כאלה הוא המערכת הפוליטית. נדמה, שחלק נכבד מהציבור בישראל איננו בשל עדיין להפנמת אמיתות אלה.¹⁵⁴ בדומה, כדי שניתן יהיה ליצור כלל השתק אפקטיבי, לא די בעיגון ההסכמה בחוקה נוקשה (יותר או פחות). יש צורך בהפנמת התובנה שיש קולקטיב בעל ערך, ששירדותו תלויה בין היתר ביכולתו לגשר, בדרך של פשרה, בין קבוצות־המשנה שקיימות בתוכו. גם אמת זו רחוקה מלקנות שביתה בלבותיהם של רבים מאזרחי המדינה.

154 כפי שציינתי בגוף הטקסט, ראיה אחת להיעדר ההפנמה ניתן למצוא באופן שבו התקבלו חוקי היסוד החדשים. ראיה נוספת ניתן למצוא בתמיכה המשמעותית שבית המשפט מקבל בפעולת ההרחבה המסיבית של התכנים של חוקי היסוד שהוא מבצע באופן שיטתי מאז שאלו התקבלו, וזאת גם במקרים שבהם הדבר נוגד בבירור את כוונת המחוקק. כפי שציינתי לעיל, להערכתי הדבר נעוץ בתחושתם של יוזמי החוקים והתומכים בהתנהלותו של בית המשפט בעשור וחצי האחרונים, שלפיה קיימת אמת מוסרית לגיטימית אחת ושהמפתח למציאתה מצוי בידיהם.

מודל החוקה כמערכת המגנה על ערכי יסוד באמצעות בית המשפט נהפך במדינת ישראל לאמצעי הכרעה חוק־פוליטי. הוא לא נולד בתוך ריק, אלא שיקף ועודנו משקף הלכי רוח רווחים בקרב הציבור בישראל. כרי שההכרעה תחזור למערכת הפוליטית, כדי שהיא תיפול לאחר שיקול דעת ערכי רציני, וכדי שהפשרה המשתיקה תשוב להיות אופציה זמינה ולגיטימית, לא די בשינוי המודל החוקתי. כדי שהמהפך יושלם, ערך הדיאלוג הדמוקרטי וערך הפשרה צריכים להתנחל גם בלכבות.

