

חוקה שמרנית בישראל

מאת

שאול שארף*

מבוא

כבר שנים רבות שוררת בזירה המשפטית הישראלית מחלוקת בשאלת מעמדם של חוקי היסוד, ובתוך כך שאלת קיומה של חוקה רשמית. באופן גס ניתן לומר כי הפרוגרסיביים הגדירו את חוקי היסוד כבעלי מעמד חוקתי והכירו בהם בתור חוקה רשמית, והשמרנים זעקו על מחטף וטענו כי תוצאות "המהפכה החוקתית" אינן משקפות את המצב החוקתי הראוי, ולכן אין חוקה בישראל. בשנים האחרונות אנו עדים לתופעה מעניינת, לפיה גם הראשונים מתחילים לערער אחר מעמד חוקי היסוד, ותריום אחר מקור חוקתי עליון יותר שישירת את פעלתנותו של בית המשפט בקידום הערכים.¹

בחלק הראשון של המאמר אבקש להציג כיצד אופן הליך יצירת החוקה הישראלית ואופן יישומה השתלבו בתפיסת עולמם של הפרוגרסיביים – ומכאן תמיכה של אלו והתנגדות של אלו במחלוקת על קיומה של חוקה רשמית. בחלק השני אציג תזה לפיה רוב הליך כינון החוקה הישראלית, למעט "המהפכה החוקתית", נעשה באופן שמרני. בחלק האחרון אציע כי הדרך לתיקונים חוקתיים, הנדרשים להיעשות בעקבות "המהפכה החוקתית", היא באמצעות רפורמות זהירות, ולא בכלים

* ד"ר שאול שארף הוא מרצה למשפט חוקתי בפקולטה למשפטים של המרכז האקדמי פרס ועמית בכיר במכון בגין למשפט וציונות. תודה לג'וני גרין על הערות מעולות.

¹ הדוקטרינות המפורסמות בעניין זה הן: תיקון חוקתי שאינו חוקתי (המתערבבת עם שימוש לרעה בסמכות מכוננת), הכתרת מגילת העצמאות בתור מסגרת חוקתית עליונה או שימוש במושגי סתום כמו 'עקרונות יסוד של השיטה'. בדיון בנוגע לעתירות נגד חוקי היסוד, שנערך ביום 22.12.20, נשמעו גם טענות באפשרות של הגדרת חוקי היסוד של שנת 1992 כפרקי נצח או למצער כאחים בכורים במשפחה החוקתית, הקובעים את ערכי היסוד הבכירים בישראל. בדומה, ברק מדינה פרסם מאמר בכתב העת עיוני משפט "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ועל דמוקרטיה ליברלית" בה הוא מנסה לספק תשתית נורמטיבית לטענה שהנורמה הבסיסית של מדינת ישראל היא דמוקרטיה ליברלית, כלומר שסמכויותיהן של רשויות השלטון תחומות מכוח עקרונות יסוד של הליברליזם. לשיטתו, חוק היסוד כבוד האדם וחירותו מספק את ההכשר הציבורי בעיקר לאור תוכנו ולא משום שהוא חלק מן החוקה הכתובה של ישראל.

מהפכניים, כמתבקש באתוס השמרני. כבר בשלב זה ניתן לאמוד מתיאור הדברים כי עמדתו היא של ישראל ישנה חוקה רשמית – גם אם לא שלימה. ארחיב גם על כך בהמשך.

הפולמוס הגדול

הפרוגרסיביים, המבקשים לקדם ערכים "נכונים" בשם 'תיקון עולם', אינם חשים להליכים טבעיים והדרגתיים להשגת המטרה. 'הפרוגרס' מקדם את האמת על בסיס רציונאליות – מערך מחשבתי הנתפס כנכון לשעתו – ומרבית האמצעים לכך כשרים. בהתאם לכך, למשל, ההדברות והדיון הציבוריים הם אמצעים לשינוי חברתי, אך אם אלו מעכבים את המציאות השלימה, ניתן לעקוף אותם. העוולות הן בלתי נסבלות ונדרשות לתיקון מידי – אך משום שהציבור מטבעו איטי והשינויים הנדרשים אינם תמיד משאת נפשו, המהפכנות משמשת ככלי מרכזי לשירוש הרע והטמעת הטוב על ידי הציבור או בלעדיו. "ביכולתנו לברוא מחדש את העולם".² לשם כך יש להחריב את העוולה, ועל חורבותיה להקים מיסוד, על אדני הצדק והנאורות, את המציאות הראויה. "עולם ישן עדי היסוד נחרימה מגב כפוף נפרק העל את עולמנו אז נקימה לא כלום אתמול, מחר – הכל".³ לפרוגרסיביים, באופן גס, שלושה מאפיינים בתיקון המציאות: על בסיס רציונליזם, מיד והכול.⁴

השמרנים, אף הם מבקשים לתקן את העולם, אך חוששים מהתקדמות יתר שתחריב את הקיים ולא תציע חלופה ראויה. הנאמנות כלפי העבר והחשדנות כלפי העתיד אינן רק בבחינת ברירת מחדל של "עדיף רע מוכר מאשר טוב לא מוכר", אלא בעיקר מתוך כבוד למוסדות האנושיים והפוליטיים שנבנו לאורך שנות דור. בחינת המציאות עד לנקודת זמן מסוימת מלמדת כי ההישגים שהושגו טובים מעצם קיומם – שכן שרדו את מאורעות הזמן, וגם אם המצב אינו אידיאלי, הוויתור עליו לא כדאי שיעשה באבחה אחת. בהתאם, הכלי השמרני לתיקון המציאות הוא הרפורמה – שינוי קטן במסגרת אבולוציה בקצב של עקב בצד אגודל. תהליך טבעי של התפתחות הדרגתית תוך שמירה מרבית על הקיים שמה נשאר בסוף ללא כלום.⁵ לשמרנים, כתמונת ראי לפרוגרסיביים, גם שלושה מאפיינים מרכזיים בתיקון העולם: על בסיס אמפיריציזם, לאט ובאופן חלקי.⁶

² תומס פיין **שכל ישר** 71 (הוצאת שלם, ליה נירגד תרגמה, 2007).

³ קטע מתוך הנוסח הישראלי ל'אינטרנציונל'. תורגם על ידי חיים חפר ופורסם עיתון הנוער העובד והלומד **במעלה** גיליון 39 (אפריל 1994).

⁴ להרחבה ראו בספרו של יובל לוי **הפולמוס הגדול – כיצד החלה מלחמת הרעיונות בין הימין לשמאל** (2018), המתאר את שורשי המחלוקת בין ימין (או שמרנות) לשמאל (או פרוגרסיביות) דרך הגותם של אדמונד ברק ותומס פיין. על פי הגדרתו של פיין, הממשל הקיים הוא תוצר שגוי של החברה האנושית – אשר זנחה את הזכויות הטבעיות של כל אדם ביצירת הממשל. "מטרתה של מהפכה פוליטית, בראייה הנכונה, היא שיבה אל החברה הטבעית לשם תכלית זו" (שם, בעמ' 68), וכן "הפיכתם של עמים לרציונליים הייתה תכלית כל עשייתו הפוליטית" (שם, בעמ' 169). אחד המופעים הפופולריים של הפרוגרסיביות המשפטית בשיח האקדמי הישראלי מגיע מבית המדרש של המשפט הביקורתי (CLS). להצגת המחלוקת הזו מנקודת מבט של מדע החברה, ראו: תומס סואל **עימות בין השקפות – המקורות האידיאולוגיים למאבקים פוליטיים** (הוצאת שלם, אהרן אמיר תרגם, יהושוע ויינשטיין עורך).

⁵ ראו שם, בעמ' 71: "ברק רואה אפוא את רעיון המהפכה של פיין כמתכון להתאבדותה של החברה, משום שהוא נסמך על ההנחה – הכוזבת בעיניו – שהחברה תמשיך להתקיים כשהמטרה שלה יפורק".

המחלוקת האידיאולוגית, המתחילה מהגדרת טבעו של האדם, דרך תפקיד המסגרת הפוליטית ואופן ההתפתחות האנושית, מוצאת ביטוי גם במסגרת השיפוטית, כגורם מרכזי בחיי הקהילה הפוליטית. ניתן להצביע בהגות האמריקאית על שני קצוות במסגרת מחלוקת זו וביחס להגדרת תפקידו של השופט במדינה הדמוקרטית. בקצה אחד הפילוסוף רונלד דבורקין המציב את אחד מתפקידיו המרכזיים של השופט, בין השאר, בקידום "הקדמה"⁷. בקצה האחר נמצא השופט אנטונין סקאליה המגדיר את תפקיד בית המשפט במסגרת אבולוציה פוליטית הנצמדת להסכמות חברתיות ומכבדת את המסורת המשפטית.⁸ גם בישראל ניתן להצביע על שני אנשי משפט ותיקים האוחזים בתפיסות מנוגדות אלו, בהתאמה: אהרן ברק, המציין כי השופט 'יוצר' משפט ולא רק 'מצהיר' עליו, ודניאל פרידמן, הטוען מנגד כי תפקידו של השופט היא "ליישם את החוק ולא ליצור אותו בעצמו".⁹

חוקה פרוגרסיבית – האומנם?

'המהפכה החוקתית' היא מהלך פרוגרסיבי להשגת תוצרים פרוגרסיביים: בפסיקה אחת שונו סדרי עולם חוקתיים בישראל. ממצב של העדר חוקה רשמית – מכוננת חוקה, על בסיסה הועברה נקודת הכובד הפוליטית מן הרשויות הנבחרות לפקידות השיפוטית. בהמשך לכך, חוקה זו משרתת את קידום הערכים הנחזים כנכונים בעיני הפרוגרסיביים לתיקון המציאות, גם ללא צורך באישור נציגי הציבור והתדיינות פוליטית ארוכה, סייפית ולעתים חסרת תוצרים פרודוקטיביים.¹⁰ השמרנים טוענים

⁶ אדמונד ברק טוען כי שינוי לא רק מותר אלא הכרחי למלאכת שימור הסדר הקיים. "מדינה החסרה את האמצעים לשנות משהו, אין לה אמצעים לשמר את עצמה. באין אמצעים כאלה אפשר שתסתכן אפילו באיבוד אותו חלק של התחוקה שביקשה לשמרו בכל מאוד ובכל נפשה". ראו אדמונד ברק **מחשבות על המהפכה הצרפתית** 41 (הוצאת שלם, 1999). לויין מציין בספרו כי ברק מדגים באמצעות מקצוע עריכת הדין את השינוי ההדרגתי הזהיר. לטענתו, עורכי הדין מחפשים תקדימים, שעל בסיסם הם מציגים את חידושיהם "כהרחבות צנועות של תקדימים". למרות שניסיונות אלו עשויים למתוח את הגבולות כדי לטשטש את החדשנות – הוא משבח התנהלות כזו המעידה על רצונם של עורכי הדין למזער את הזעזוע החברתי. לויין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 163 – 164. מורשת ההגות המשפטית השמרנית כמעט ואינה מוכרת בשיח האקדמי הישראלי, כגון סר ג'ון פורטסקו (1394-1479) אדוארד קוק (1552-1634) וכמובן ג'ון סלדן (1654-1584).

⁷ Ronald Dworkin, *The Judge's New Role: Should Personal Convictions* 7 *Court*, 1 J. INT'L CRIM. JUST. 4 - 12 (2003).

⁸ ANTONIN SCALIA, *A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW*. (Edited by Amy Gutmann. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1997). בספר זה מופיעה גם רשימה של רונלד דבורקין החולק עליו, ותגובתו של סקאליה לרשימתו.

⁹ אהרן ברק "על תפקידי כשופט" **משפט וממשל** ז 33, 35 (2004): "התפיסה שלפיה השופט אך מצהיר על גישתו של המשפט ולא יוצר אותו שוב אינה מקובלת, שכן גישה זו פיקטיבית וילדותית"; דניאל פרידמן **קץ החמימות – משפט ושלטון בישראל** 579 (2019).

¹⁰ מנחם מאוטנר מציין בכמה רשימות את התבצרות הקבוצה ששלטה במדינה מתקוממת ועד לסוף שנות השבעים, בין היתר בתוך בית המשפט העליון, לקידום ערכים שלא באמצעות המנגנונים הבחיריים לאחר המהפך בשנת 1977. ראו מנחם מאוטנר **משפט ותרבות** 16–29 (התשס"ט); מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 218–225

באופן ביקורתי כי כאשר המצב לקוי או אפילו רק מעט אינו מושלם, יכולים השופטים, סוכני "ההנדסה החברתית", להתגייס מיד לתיקונו, בין השאר, באמצעות ביטול תוצרים פוליטיים, מבלי להזדקק להליך הדמוקרטי הארוך והמתיש.¹¹

עם זאת, נראה לומר כי רוב הליך כינון החוקה הישראלית נעשה בהתאם לאתוס השמרני, ועם מעט סבלנות, החוקה המכוננת עשויה אף לשרת ערכים שמרניים – כמתבקש ממוסד פוליטי שמרני כמו חוקה.

הצעת הררי היא יריית הפתיחה לכינונה של החוקה הישראלית. כפי הנראה, הגדרת מנגנון כינון החוקה היתה ההסכמה החוקתית הקונצנזואלית היחידה בשנותיה הראשונות של המדינה – לפיה חוקי היסוד ישמשו בתור פרקי החוקה העתידית. רבים טוענים כי הצעת הררי היא בכיה לדורות, משום שהחמיצה את השעה לכינון חוקה. במקום להכות בברזל החם, התגלגל ניסוח אבני היסוד בעצלתיים בדמות 'טלאים טלאים', ועוד לא נסתיים הפרויקט.¹² מול זאת ניתן להציע כי הסנטימנט הישראלי ביקש לכוון באופן זהיר ומדויק את המסגרת החוקתית, גם במחיר של דחיית ניסוח חוקה שלימה. בפריזמה שמרנית ניתן לומר כי חוקי היסוד נוסחו 'בזהירות המרבית', פרק ועוד פרק בחוקה הישראלית – או במילים אחרות, "שכבה על גבי שכבה" בהתפתחות הדרגתית. המחלוקות שניטשו במהלך השנים היו על מעמדם של חוקי היסוד ותוכנם, ובמסגרת זו, על מועד הפיכתם, אם בכלל, לחוקה רשמית.¹³ אולם אין חולק על כך כי ניסוח חוקי היסוד, לאורך שנותיה של המדינה היה איטי מאד, אבל בטוח.

התפתחות טבעית זו של החוקה הישראלית נגדעה במהפכה החוקתית. מצד מתנגדי המהפכה החוקתית עולה הטענה הידועה כי חוקי היסוד בשנת 1992, המשמשים בסיס לפס"ד בנק מזרחי, נחקקו במחטף תוך טעות או הטעיה של מחוקקיהם. באותה נשימה, עולה גם הטענה כי פס"ד בנק מזרחי התקבל מתחת לרדאר הציבורי והפוליטי. פסיקה אוביטרית בתקופת משבר לאומי (רצח רבין), המנצלת את חוסר המודעות הציבורית והפוליטית של השלכותיה לשדרוג מערך חוקתי שאינו שלם – סותרת לחלוטין את תזת ההתפתחות הטבעית והזהירה, המתבקשת מהלך רוח שמרני שבכינון חוקה וכן מרוח החלטת הררי.¹⁴

(2008); מנחם מאוטנר "המשפט הישראלי: העשור הרביעי" **בית המשפט – חמישים שנות שפיטה בישראל** 132–139 (1999); מנחם מאוטנר "המשפט הישראלי בחברה רב-תרבותית" **שלטון החוק בחברה מקוטבת – היבטים משפטיים, חברתיים ותרבותיים** 27, 43 (איל ינון עורך, 1999): "הן באמצעות האקטיביזם הגורף שלו והן באמצעות ניסיונו להשתתף בקביעת דמותה הערכית של המדינה נטל בית המשפט העליון חלק פעיל במאבק הפוסט-הגמוני על עיצוב דמותה של ישראל, שהחל מתחילת כסוף שנות ה-80. בית המשפט 'תפס צד'. הוא פעל באופן המזוהה בכירור עם הקבוצה החילונית המבקשת לשמר ולחזק את זיקתה של ישראל לליברליזם המערבי".

¹¹ ראוי לציין כי רבות מן הפסיקות שניתנו בעשורים האחרונים ניתנו לאחר דיאלוגים פוליטיים מתמשכים בין הרשות השופטת לרשויות הנבחרות, במסגרתם, האחרונות גררו רגליים ולכן נדרשה הרשות השופטת להכריע – בהיתן שבית המשפט נטל על עצמו להתערב בסוגיות פוליטיות מובהקות. בשל קוצר היריעה לא ארחיב בסוגיה זו.

¹² על משקל "פרקים פרקים" בלשון הצעתו של הררי, אלא שהביטוי "טלאים טלאים" מעלה קונוטציה שלילית של פעולה רשלנית ולא מתוכננת (פרטין' בידיש).

¹³ ראו למשל מאמר משנת 1971 על מחלוקות אלו: משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" **הפרקליט** יז 30 (התשכ"א).

¹⁴ דניאל פרידמן **הארנק והחרב – המהפכה השיפוטית** 574–581 (2013); דניאל פרידמן **קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל** 587–605 (2019).

על כך ניתן להשיב כי טענת המחטף, אף שיש לה ראיות בשטח, אינה מבוססת דיה בתור נימוק יחידני לחקיקת חוקי היסוד בשנת 1992. ככל הנראה היו חברי כנסת שטעו ואולי אף שהוטעו, אולם אין בה כשלעצמה בלבד כדי להסביר את חקיקת חוקי היסוד כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק.¹⁵ כמו כן, חוק יסוד חופש העיסוק נחקק שוב בשנת 1994 בתמיכה של 67 ח"כים. קשה לטעון כי חקיקה כזו נעשתה באופן מחטפי. בנוסף, יש להזכיר כי פס"ד בנק מזרחי לא הגיח לעולם ללא הקדמה והכנה פסיקתית. השופט ברק מציין כבר בפס"ד לאור"ר, בשנת 1989, את האפשרות החוקתית העומדת לבית המשפט בכיטול חקיקה – גם בהעדר חוקה רשמית.¹⁶ יוצא אפוא כי מהלכי "המהפכה החוקתית", קרי חוקי היסוד בשנת 1992 ופס"ד בנק מזרחי בשנת 1995, לכאורה, לא ניתכו על המשטר החוקתי בישראל כרעם ביום בהיר.

ניתן לטעון כי מדובר בחכמה בדיעבד וכל ניתוח למפרע יכול להציג כיצד "הכתובת היתה על הקיר", גם שספק אם כך היה הדבר. אך גם בלי להיזקק לטענה זו, נראה שתשובות אלו כשלעצמן, אף שמקהות קמעא את טענת ההפתעה, אין בהן כדי לשכנע כי המטען הגנטי של המהפכה החוקתית הוא שמרני.

ראשית, הטענות המשפטיות בפס"ד בנק מזרחי מתבססות על *רציונאליזם*. התיאוריות החוקתיות לכינון החוקה הישראלית הן בסופו של יום פרי יצירות אינטלקטואליות – ועד כמה שהן סוחפות, כינון חוקה מחייב התדיינות ציבורית מקדימה המובילה להסכמה קונצנזואלית לגביה, ולא יצירה, מרשימה שככל תהיה, ממוח קודח. בפרט שהמשמעות החוקתית היא נטילת סמכות שיפוטית לכיטול חקיקה ראשית והמלכת הפקידות השיפוטית על המנגנון הפוליטי בישראל.¹⁷

שנית, התהליך נעשה באופן *מידי*. פס"ד בנק מזרחי (וניתן לטעון זאת באופן חלקי גם ביחס לחוקי היסוד בשנת 1992) ניתן מתחת לפני השטח, בניגוד למצופה מתהליך בסדר גודל כזה. אין כאן הכרעה נקודתית במחלוקת פוליטית בין ימין לשמאל. מדובר כאן בשינוי סדרי המשטר החוקתי הישראלי. מבחינה ציבורית המהלך נעשה בן לילה, וגם אם קיימות ראיות להתפתחות הדרגתית, הרי שהן היו ידועות בעיקר ליודעי ח"ן.

שלישית, ההישג המרכזי של המהפכה החוקתית הוא הכוללנות. לא רק חוק יסוד כבוד האדם וחירותו שודרג למעמד של חוקה, אלא כל חוקי היסוד שודרגו למעמד זה. לא רק הזכויות המנויות בחוקי היסוד זוכות להגנה חוקתית, אלא כל זכות

¹⁵ ראו גרעון ספיר *המהפכה החוקתית* 62 – 85 המתאר ארבעה נימוקים שונים לחקיקת חוקי היסוד בשנת 1992, ומודה בסוף כי "יש היגיון רב בטענה שכל ארבעת הגורמים שהוזכרו תרמו להצלחת החקיקה" (שם, בעמ' 85).

¹⁶ בג"ץ 142/89 *תנועת לאור"ר נ' יו"ר הכנסת*: "באופן עקרוני-תורתי, קימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק יסוד משוריין, אין כל דבר אקסיומטי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו [...]". אגב, טענה זו היא מופע מובהק של רציונליזם המאפיין את האתוס הפרוגרסיבי. יש שמרחיקים אחרה לבג"ץ 98/69 *ברגמן נ' שר האוצר* כדי להציג את שורשיה של המהפכה החוקתית (השופט זמיר פותח את פסק דינו בע"א מזרחי במילים: "המהפכה החוקתית לא התחוללה עכשיו, כשנחקקו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. היא התחילה לפני שנות דור, בפרשת ברגמן"). אך ספיר בספרו, שם, בעמ' 43 – 47, מציג כיצד המשמעות החוקתית של פס"ד ברגמן רחוקה מהתוצרים החוקתיים שהניב פס"ד מזרחי.

¹⁷ משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" *משפט וממשל* ג 697 (התשנ"ו); רבקה וייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" *משפט וממשל* י 449 (התשס"ז).

שמצאה חן בעיני בית המשפט זוכה להגנה חוקתית. לא רק חוקים זוכים לביקורת שיפוטית אלא כל דברי החקיקה בישראל, כולל חוקי יסוד.¹⁸

הפרוגרסיביות באה לביטוי גם ביישומה של החוקה. המהפכה החוקתית יצרה כלי משחק פרוגרסיביים מובהקים: כיום, כל עותר, שאינו קשור ישירות לסוגיה הנדונה, יכול לדרוש מבית המשפט את קידום הערכים הנחזים לו ראויים, ולכפות על החברה נורמות חיצוניות לה, ולעקוף את הצורך בקיום דיון ציבורי הנסמך על הסכמות ומסורות משותפות קודמות – הפוך מן המתבקש באתוס השמרני.

לבסוף, באופן רטורי, המהלך זכה על ידי אדריכליו בכינוי "המהפכה החוקתית", תוך הבנה שהאיצו בתהליך כינון החוקה שלא בדרך הטבע. אין רטוריקה מובהקת יותר לפרוגרסיביות.¹⁹

לסיכום חלק זה, קשה לטעון כי החוקה נולדה יש מאין, ללא שום הכנה או התפתחות הדרגתית של עשרות שנים. עם זאת, הצעד האחרון לכינונה – "המהפכה החוקתית" – ראוי לשמו הפרוגרסיבי.

אם זה נראה כמו חוקה ועושים בו שימוש כמו חוקה – זו חוקה

הרשות המכוננת הגיבה כמתבקש למהפכה החוקתית וקטעה את רצף חקיקת חוקי היסוד. לפני כן, קצב החקיקה היה איטי אבל רציף. כמעט כל שנתיים עד ארבע שנים נחקק חוק יסוד.²⁰ לאחר 1992, או ליתר דיוק, לאחר 1995, נוצרה "הפסקה חוקתית", במהלכה מעל 20 שנה לא נחקקו חוקי יסוד. בינתיים ארגוני חברה אזרחית התמקמו בשטח, המערכת הפוליטית הפנימה את המשמעות החוקתית, הציבור נחשף יותר למאבק הכוחות (הבריא) במדינה הדמוקרטית, ורק בשנת 2014 המשיכה הרשות המכוננת בפרויקט החוקתי וניסחה שני חוקי יסוד שניתן להפריז בחשיבותם – שכן הם מעגנים את עקרונות היסוד הבסיסיים והמרכזיים ביותר של מדינת ישראל: יהודית (חוק יסוד הלאום) ודמוקרטית (חוק משאל עם). חקיקת חוקי היסוד הללו נעשו מתוך תפיסה חוקתית כי לישראל ישנה חוקה רשמית, גם אם אינה שלמה או אחידה. בסופו של דבר, חסר בחוקה פרק אחד בלבד, המנגנון הפרוצדורלי להפעלתה, הידוע בשמו חוק יסוד החקיקה – ועד כמה שהוא חשוב לתפקודה של החוקה, אין בהעדרו לשלול את קיומה.

אילו דיון זה היה נערך בשנות התשעים של המאה הקודמת או אפילו בתחילת המאה העשרים ואחת, הדרישה לביטול הישגי המהפכה החוקתית היתה מתקבלת

¹⁸ הישגים אלו לא נוצרו בפסיקה אחת, אלא בהתפתחות פסיקתית רבת שנים, אך הללו נבעו מפסיקה אחת מכוננת במסגרת "המהפכה החוקתית".

¹⁹ ראו את הפולמוס בין מרדכי (מוטה) קרמניצר ויניב רוזנאי על השימוש במושג 'מהפכה' ביחס למהפכה החוקתית. לעמדתו של ראו: מרדכי (מוטה) קרמניצר "רבולוציה או אבולוציה" פורסם ב-ICON-S-IL Blog; לתגובתו של יניב רוזנאי ראו שם: "אתם לוקחים אותי לפרוצדורה?" על הליך ומהות במהפכה חוקתית". אגב, מסקנתו של קרמניצר לגבי חוק יסוד הלאום סותרת את הטענה שהוא מציג במאמרו – אך בשל קוצר היריעה, אקדיש לכך דיון נפרד במקום אחר.

²⁰ הכנסת (1958) מקרקעי ישראל (1960); נשיא המדינה (1964); הממשלה (1968); משק המדינה (1975); חו"י: הצבא (1976); ירושלים בירת ישראל (1980); השפיטה (1984); מבקר המדינה (1988); כבוד האדם וחירותו (1992); חופש העיסוק (1994); משאל עם (2014); ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (2018).

בקלות. למהירות התגובה ישנה חשיבות. אולם, אנו נמצאים היום לאחר חצי יובל מאז פס"ד בנק מזרחי – זמן השווה ליותר משליש קיומה של מדינת ישראל. עשרים וחמש שנים בהן המשטר החוקתי הישראלי אימץ לתוכו את תוצרי המהפכה החוקתית, וגם אם הורתו בחטא והיו לו מתנגדים לאורך השנים, מדובר בתהליך שהכה שורשים והפך להיות חלק בלתי נפרד מהמשטר הישראלי. הילד נולד והפך לנער בוגר. אומנם אין בכך כדי להודות כי תוצרי המהפכה ראויים ועל המחנה השמרני לאמצם כפי שהם, אולם הדרך השמרנית הראויה לתיקון המצב לא עוברת דרך רדיקליות, באמצעות עקירה מן השורש את המסגרת החוקתית הקיימת ושפיכת התינוק עם המים. השמרנות תתקן את הנדרש בדרך של 'אבולוציה ולא רבולוציה'.

יתרה מזאת, אלה מן השמרנים המערערים על הישגי המהפכה החוקתית ומבקשים לבטלם, משחקים לידי הפרוגרסיביים – אשר זיהו כי השמרנים, באיטיותם המתבקשת, הפנימו בסוף את כללי המשחק החוקתיים וגייסו את המהפכה החוקתית לטובתם. אם חוקי היסוד אינם חוקה, כפי שטוענים המתנגדים הקלאסיים מן המחנה השמרני – אז גם חוקי היסוד האחרונים, שהושגו באמצעות הסכמה רחבה ולאחר התדיינות ודיון סבירים – אינם בעלי מעמד חוקתי, והדרך לפגיעה בהם קצרה. כאמור, חוקי היסוד של 1992 כבר היכו שורש. חוק היסוד הלאום, האח האחרון, עדיין צעיר ונתון לביקורת שיפוטית.²¹

רפורמות כן – מהפכות לא

רבים טוענים, ובצדק, כי המצב החוקתי הישראלי אינו משביע רצון – חלקם טוענים, בעיקר מן המחנה השמרני, כי הבסיס לפגמים החוקתיים היא המהפכה החוקתית. בעקבות כך, עולים קולות, הנחשבים לדומיננטיים בשיח השמרני, לביטול הישגי המהפכה החוקתית.²² קולות אלו מוצאים כאמור בסיס רעיוני לאופן המהפכני שבו כוננה החוקה ולשימוש הפרוגרסיבי שנעשה בה, אלא שהתנהלות שמרנית ראויה תהיה כזו המבקשת לתקן את הפגמים ולא לבטל את כל תוצרי המהפכה. האצת התהליכים לביטול ההישגים, הנמצאים עמנו יותר משני עשורים ומחצה, משל לעולם לא באו לעולם, היא פעולה רדיקלית, אנטי-שמרנית. אין מתקנים מעוות בעיוות אחר.

מדוע לא לנקוט בכל זאת באסטרטגית "התעלמות מן החוקה"?²³ מציאות המשאירה את המערך החוקתי לכל דאלים גבר, מובילה למלחמת הכול בכל, בה

²¹ כאן המקום אולי לציין כי לא מעט מן הטענות שעלו בעתירה כנגד חוק יסוד הלאום – הנוגעות לדוקטרינות המאפשרות את ביטולו – עשויות לשמש כנגד חוקי היסוד בכללותם, ובתוך כך גם כנגד חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. לא ניתן להחזיק את החבל בשני קצותיו. אם חוק יסוד אינו חוקה ונתון בשל כך לחרב הביטול – הדבר נכון לכל אחד מבני משפחת פרקי החוקה הישראלית. באתו עניין, ניסיון לעקוף את הצורך בחוקה, באמצעות ניסוח 'עקרונות יסוד של השיטה' או 'נורמה בסיסית' שהופקו מתמרון אינטלקטואלי מאפיין את הטקטיקה השגויה אותה השמרנות מבקשת לקעקע.

²² ראו למשל שוקי שגב "הבית (משפט) תמיד מנצח: על מהפכת-הנגד השמרנית בישראל" בלוג איזונים ובלמים של הפורום הישראלי למשפט וחירות. ראו גם על המתח המובנה בין שמרנות משפטית לבין הצורך לבטל או לשנות פסיקה פרוגרסיבית שגויה, שוקי שגב "תקדימים, טעויות וחמקנות חוקתיים: העליונים האמריקנים בתנועה" בלוג איזונים ובלמים של הפורום הישראלי למשפט וחירות.

²³ בשאלה זו טמונה גם הטענה כי "עם נבר תתבר ועם עקש תתפל" ולכן יש לזנוח לעת עתה את ההתנהלות השמרנית.

המחנה השמרני משחק בניגוד לערכים שהוא מטיף להם – ולכן מפסיד "הפסד עקרוני" לאורך כל המאבק. אך יותר מכך: ישראל זקוקה לחוקה פורמלית. העדר חוקה אינו מצב אידיאלי למי ששואף ליציבות חוקתית והתקדמות פוליטית זהירה.²⁴ חוקה פורמלית מגדירה את גבולות הגזרה של הביקורת השיפוטית, ומצמצמת פעלתנות יתר של בית המשפט אקטיביסטי.²⁵ היום האקטיביזם מקדם בכוח ערכים פרוגרסיביים, מחר יקדם בכוח ערכים שמרניים, מחרתיים יקדם בכוח ערכים אחרים המתחרים עם ערכי הפרוגרסיביים וערכי השמרנים יחד. אוליגרכיה שיפוטית היא אוליגרכיה ולכן אקטיביזם שיפוטי אינה הדרך – וחוקה רשמית, בין השאר, תסייע להחזיר את המסלול החוקתי לצניעות השיפוטית.

במקום סיכום: שינוי תודעתי כתנאי לתיקון מוסדי

יש שיטענו כי הצעתי היא היתממות, שכן בהותרת מלאכת הפרשנות ל"סוכני השינוי" לא הועילו חכמים בתקנתם.²⁶ בעקבות כך אדגיש כי הכרת המציאות החוקתית כי לישראל ישנה חוקה רשמית אין בה כדי לזנוח את ההצעות לתיקונים הרבים: החל משינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים או אופן פעולתה וסמכותה, דרך מינוי שופטים בעלי מזג שיפוטי שמרני וכלה בחקיקת חוק יסוד החקיקה שיכלול בין השאר מנגנוני ריסון – כמו ביטול חקיקה ראשית בהרכב של שישה שופטים מתוך תשעה או אפילו פה אחד בלבד (הכרה בביטול חקיקה בתור פעולה קיצונית מאד), החלת חוק ההתגברות באופן רוחבי על כל חוקי היסוד (מתן למחוקק את זכות המילה האחרונה) ואיסור על ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד – החוקה הישראלית (אין זה מתפקידה של הרשות השופטת להגדיר את דמותה ואופייה הערכי של המדינה).²⁷

עם זאת, ובהמשך לטענת ההיתממות, נראה כי אף אם תיקונים מוסדיים אלו יעלו יפה – הם קוסמטיים בלבד לעומת "הפיל שבחדר": העדר אובייקטיביות ברשות

²⁴ אילו האתוס השמרני היה דומיננטי בישראל, היה מקום להסתפק בחוקה מטריאלית, כפי זו הקיימת באנגליה. עקרונות חוקתיים, שאינם מנוסחים באופן רשמי, אך מכובדים על ידי כל רשויות השלטון במדינה.

²⁵ **תזכיר חוק יסוד החקיקה** לא מבקש לבטל את הביקורת השיפוטית, אלא לתחום אותה (ראו שם בסעיף 24 ביחס להרכב הדין בביטול חקיקה ראשית ולאומון המודל הריכוזי). בנוסף, ההצעה מאמצת את המודל הדיאלוגי, בהרחבת "תוקפו של חוק חורג" (הידוע בכינוי 'פסקת ההתגברות') על כל חוקי היסוד (ראו שם בסעיף 11).

²⁶ על גישת החשדנות וחוסר האמון ברשות השופטת, ראו דבריו המפורסמים של אריה דרעי, בישיבה הארבע מאות ועשרים ושלוש של הכנסת השלוש-עשרה (19 בפברואר 1996), בדיון על הצעת חוק יסוד: זכויות במשפט; הצעת חוק יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות; הצעת חוק יסוד: זכויות חברתיות (קריאה ראשונה): "אני אומר, לכן, כדי שנדע מה עומד על סדר היום היום, חוקים שגם אם כוונת מחוקקיהם – ואני לא קונה את הדבר הזה שהכוונות הן תמימות, אני כבר הפסקתי להאמין בנושא חוקי-יסוד, במחוקקים שלא הולכים לפי חוקי התורה. אני אומר את זה באופן גלוי. אני לא מאמין בזה. לכן אני אמרתי, גם אם היית מביא את עשרת הדיברות כחוק יסוד של ועדת החוקה, הייתי מצביע נגד. אני לא מאמין בזה. אני לא יודע מה הכוונות שלכם בפנים. אני לא יודע מה אתם זוממים ביחד עם שופטי בית המשפט העליון לעשות לנו". התנועה למשילות ודמוקרטיה, ומייסדה עו"ד שמחה רוטמן, מאמצים גישה זו, כפי המתואר בספרו של רוטמן **מפלגת בג"ץ – כיצד כבשו המשפטנים את השלטון בישראל** (2019).

²⁷ בנוסף לסעיפים המוזכרים לעיל, בה"ש 25, ראו גם בסעיף 24 הצעה לתיקון בחוק יסוד השפיטה בתוספת סעיף 15 ב (א) "על אף הוראות סעיף 15 א לא יקבע בית המשפט העליון: [...] (2) כי חוק יסוד אינו תקף זולת אם הליך חקיקתו סטה מההוראות הקבועות בחוק יסוד".

השופטת. אחד ההישגים שהמהפכה החוקתית הובילה אליהם היא הסרת מסיכת האובייקטיביות מעל הרשות השופטת. בהתאם לכך, שינוי מערך הוועדה לבחירת שופטים או קידום מינוי שופטים בעלי תפיסת עולם שמרנית – לא ישנו את המצב מן השורש. גם תיקונים במסגרת חוק יסוד החקיקה, אף אם יוסכם כי חוקי היסוד הם חוקה לכל דבר ועניין, לא יובילו לשינוי העקרוני המיוחל. מדוע? ראשית, הרוב השיפוטי מזדמן והלך הרוח החוקתית משתנה, והראשונים יעשו תיקונים מוסדיים להשבת כוחם, וחוזר חלילה. שנית, טענתי היא יסודית יותר: השופטים הם שחקנים פוליטיים, וככאלו – אם הם מגדירים את תפקידם השיפוטי לקידום 'ערכי שיטתם' על חשבון 'ערכי המחוקק' – הם יעשו שימוש בכלי המשחק שבידם כדי לקדם את מרכולתם הפוליטית.

לפיכך, בד בבד לתיקונים מוסדיים, ואולי אף לפני כן, אציע לרכז מאמצים לשינוי תודעתי ציבורי ביחס לרשות השופטת בתור שחקן פוליטי. נדרש תהליך ארוך של חינוך משפטי מחודש ביחס לאופיים של השופטים כבעלי נטיות פוליטיות והטיות אישיות כמו כל אדם אחר. הציבור צריך להכיר כי לשופטים יתרונות מקצועיים ועצמאות שיפוטית המשחררת אותם מלחצים מיידים ומשיקול אינטרסים קצרי טווח, אך בה בעת כאשר שופט מקדם עמדה ערכית – זו עמדתו האישית ולא עמדת הריבון (או 'ערכי היסוד של השיטה').

ההצעה אינה מבקשת לפגוע ברשות השופטת, אלא אדרבא, לחזק את מעמדה ואת אמון הציבור בה, מתוך שיקוף עמדתם הפוליטי של השופטים.²⁸ רק כך עשוי להתפתח דיאלוג הגון בין הציבור לבין בית המשפט – בין הוא פעלתן ובין הוא מרוסן.

ציטוט מוצע: שאול שארף "חוקה שמרנית בישראל" בלוג רשות הרבים (2.3.2021).

²⁸ להרחבה ראו שאול שארף "שופט פוליטי בחברה דמוקרטית" מאזני משפט יד 21, 24 (2021). בתמצית, הצעתי היא ככל שהשופט בעל תודעה פרוגרסיבית (או אקטיביסט), כלומר, מבקש לקדם את ערכיו האישיים ב"מקרים קשים" – עליו לחשוף את תפיסת עולמו הערכית-פוליטית בבהירות כדי שהריבון ונציגיו יוכלו להגיב בהתאם. ככל שהשופט בעל תודעה שמרנית, כלומר, נמנע מלדון בסוגיות חברתיות רגישות הנדרשות להכרעת הריבון – עמדתו הפוליטית אינה מן העניין, כי הוא מסיג עצמו מלדון בשאלה הפוליטית "הקשה".