

## עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנטי של חוקת הכלאיים הישראלית – תגובה לפתח דבר מאת יוסף ויילר ודורין לוסטיג\*: "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל"

רבקה וייל\*

### תקציר

עשרים שנה חלפו מאז ניתן פסק הדין בעניין בנק המזרחי ודומה כי טרם נדם הוויכוח סביב השאלה אם יש לישראל חוקה פורמלית. באתרה הרשמי של הכנסת מוצהר כי אין לישראל חוקה; בקרב המשיבים בחיוב רווחת ההנחה שתאוריית האספה המכוננת מסבירה בצורה הטובה ביותר את התפתחות החוקה. שעה שוויילר ולוסטיג מציעים כי המהפכה החוקתית הישראלית אינה ייחודית, הוויכוח על עצם קיום החוקה מלמד כי התפתחותה החוקתית של ישראל רחוקה מלהיות בנאלית במונחים השוואתיים. מאמר זה מציע כי הוויכוח החוקתי בישראל נסב סביב השאלה הלא נכונה בשל השפעת החשיבה האמריקנית: במקום לשאול אם יש לנו חוקה פורמלית, צריך היה הוויכוח לסוב סביב השאלה איזה סוג של חוקה פורמלית יש לנו. מאמר זה מציע כי ארבע תאוריות מתחרות על ההסבר להיווצרות החוקה הישראלית; המלה האחרונה בנושא טרם נאמרה. כך אפשר להסביר פסקי דין דוגמת התנועה לאיכות השלטון, בר-און, יקותיאלי וגוטמן טוב יותר או פחות תחת תאוריה זו או אחרת, וכל אחד מהם תחת תאוריה שונה מזו של רעהו, ללא מודעות של השופטים להשלכות של פסקי הדין הללו. הבנת התאוריות שיוצגו במאמר תאפשר לשחקנים הפוליטיים – הכנסת, הממשלה, בית המשפט והעם – לקבל החלטות מתוך מודעות להשלכות החלטותיהם על עתידה של החוקה הישראלית ועל אופייה. תרומתו של המשפט הישראלי לדיון ההשוואתי היא ההבנה שאותו טקסט חוקתי – בין שמדובר בפסקאות של הגבלה, התגברות, שריון או נצחיות – יכול לקבל משמעות אופרטיבית שונה בהתאם לתאוריה ולנרטיב שאנו בוחרים לגבי אופן אימוץ החוקה. ויילר ולוסטיג משתמשים במשפט ההשוואתי כדי לרדד את ההבדלים בהתפתחות החוקתית בין המדינות, אך מאמר זה טוען כי המשפט ההשוואתי מציע "מתכונים" שעל בסיסם כל מדינה רוקחת את התבשיל הייחודי לה.

הקדמה

א. היעדר הכרעה בדבר סוג החוקתיות הישראלית  
ב. תאוריית הכבילה העצמית של המחוקק

\* מרצה בכירה (עם בכירות), בית ספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. מאמר זה מתבסס על הרצאה שניתנה באוניברסיטת תל-אביב ביום 18.1.2015 ונכתב בתגובה למאמר של יוסף ויילר ודורין לוסטיג "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל", היוצא לאור בחוברת זו של עיוני משפט.

1. תורת הריבונות המוגבלת של המחוקק
2. ההקשר ההשוואתי
3. התאמת התאוריה לישראל
4. הקשיים בתאוריה מנקודת המבט של החוקתיות הישראלית
5. השלכות התאוריה על תוקף שריון בחוק רגיל
- ג. תאוריית "אופן וצורה"
  1. ביקורת שיפוטית ללא חוקה
  2. ההקשר ההשוואתי
  3. יתרונות התאוריה
  4. בעייתיות התאוריה
  5. השלכות התאוריה על סוגיית ההתגברות
- ד. תאוריית הרשות המכוננת
  1. התאוריה
  2. ההקשר ההשוואתי
  3. יתרונות הדואליזם
  4. היעדר "התאמה" בין התאוריה לבין הפרקטיקה
  5. השלכות התאוריה על הכלי של משאל עם
- ה. התאוריה היסודנית
  1. התאוריה המאחדת
  2. ההקשר ההשוואתי
  3. התפתחות השיטה הישראלית בצל היסודנות
  4. הקשיים בתאוריה
  5. השלכות התאוריה על הקשר בין פסילת מפלגות ל"תיקון חוקתי שאינו חוקתי"
- ו. המודל ההיברידי הישראלי המתגבש
- ז. מבט לעתיד

## הקדמה

במלאות עשרים שנה לפסק דין בנק המזרחי – פסק הדין החשוב ביותר שניתן עד כה במדינת ישראל – דומה כי הגיעה העת לעיון מחדש בו.<sup>1</sup> בפסק דין זה קבע בית המשפט העליון כי לישראל חוקה פורמלית עליונה בדמות חוקי היסוד וכי הוא מוסמך להגן עליה באמצעות ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית.<sup>2</sup> ויילר ולוסטיג מציעים במאמרם "מהפכה חוקתית בשלושה גלים: ישראל כחלק מתהליך כלל-עולמי", וכמתבקש משם המאמר, כי התפתחות החוקתיות הישראלית היא כמעט בנאלית במונחים השוואתיים. חשוב להבין כי

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

2 להגדרת חוקה פורמלית ראו להלן, פרק א'.

בשונה מטענתם, ועל אף פסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, מתקיימת בארץ אנומליה ייחודית בנוף ההשוואתי. מאז פסק דין זה בית המשפט העליון פועל על סמך ההנחה שיש בישראל חוקה פורמלית שעה שהציבור הרחב אינו ער לכך; הפונה לאתר הכנסת אף מוצא כי הכנסת מצהירה שאין לישראל חוקה.<sup>3</sup>

מאמר זה טוען כי סיפור התפתחותה החוקתית של ישראל הושפע עמוקות משאילת השאלה הלא נכונה. מאז פרשת **בנק המזרחי** שחקנים פוליטיים, כמו גם מלומדים בתחומי המשפט ומדעי המדינה, התרכזו בשאלה האפריורית "האם יש לישראל חוקה פורמלית" (הכוללת את השאלה אם חוקה כזו רצויה בתנאי הארץ).<sup>4</sup> מאמרם של ויילר ולוסטיג תואם את הדיון המסורתי הזה: לטענתם יש לישראל חוקה פורמלית. לגישתם, כל שמעניין בהתפתחות החוקתית של מדינות במישור הפנים-מדינתי הוא אם המדינה הולכת ב"רוח הזמן" של המשפט ההשוואתי ויש לה חוקה פורמלית וביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. לטענתי, הדיאלוג הציבורי והאקדמי צריך היה להתמקד בשאלה "איזה סוג של חוקה פורמלית נוצרת בישראל". הגישה הבינארית – חוקה עליונה עם ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית או היעדר מוחלט של חוקה – רידדה את הדיון בארץ וממילא אין היא מתאימה לישראל. נראה שהשיח החוקתי של ישראל הושפע יתר על המידה מהניסיון האמריקני בכלל ומהלכת *Marbury* – שדגלה בגישה בינארית זו – בפרט.<sup>5</sup> גם אצל ויילר ולוסטיג המודל האמריקני הוא היחיד הרלוונטי מבחינה רעיונית (גם אם אין הוא המודל היחיד מבחינת זהות בית המשפט המפעיל ביקורת שיפוטית).

מאמר זה ממקם את המקרה הישראלי במודלים השוואתיים, בוחן מה אפשר ללמוד מהדין ההשוואתי על החוקה הישראלית ולהפך – ובכל מקרה נמנע מההנחה של ויילר ולוסטיג שכל המודלים זהים או נושאים אופי אוניברסלי. נהפוך הוא: המאמר מראה את ההשלכות הפרקטיות הנובעות מכל מודל חוקתי שייבחר. המאמר אף מראה כי המודלים השונים אינם בעיקר תוצרי המאה העשרים ואין הם בהכרח אמריקניים, וכי לנתונים המקומיים של מעורבות השחקנים הפוליטיים יש השלכות קריטיות על אופייה של החוקה במדינה מסוימת. שעה

3 ראו "הכנסת כרשות מכוננת: חוקה וחוקי-יסוד – היסודות החוקתיים של מדינת ישראל"

main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Pages/BasicLawsAndConstitution.aspx  
 4 RICHARD A. POSNER, HOW JUDGES THINK 362-368 (2008); RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (2004); Menachem Hofnung, *The Unintended Consequences of the Unplanned Legislative Reform – Constitutional Politics in Israel*, 44 AM. J. COMP. L. 585 (1996); Joshua Segev, *Who Needs a Constitution? In Defense of the Non-Decision Constitution-Making Tactic in Israel*, 70 ALB. L. REV. 409 (2007); או נבואה המגשימה את עצמה? "משפטים כח 21 (1997); עלי ולצברגר "הסמכות המכוננת בישראל: שתי הערות אגב לאימרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש" **משפט וממשל ג** 679 (1996); משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט" **משפט וממשל ג** 697 (1996).

5 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). על הגישה הבינארית האמריקנית ראו להלן, פרק ד'.

שוויילר ולוסטיג דנים רבות בעצם קיומם של יחסי גומלין והשפעות אופקיות בין מדינת ברמה החוקתית, השאלה המעניינת היא אופי ההשפעה ולא עצם קיומה. דומה כי בקרב מלומדים המכירים בקיומה של חוקה פורמלית בישראל רווחת הדעה שבית המשפט העליון אימץ את תורת הסמכות המכוננת של הנשיא ברק בעניין **בנק המזרחי**, הנשענת במידה רבה על המודל האמריקני המרכוזי. מלומדים אלה סבורים כי זו התאוריה המסבירה כיום בצורה הטובה ביותר את קיומה של חוקה פורמלית בישראל.<sup>6</sup> בשונה מגישה זו, מאמר זה מבקש לפתוח מחדש את המחלוקת שעלתה בפרשת **בנק המזרחי** ולהרחיב אותה: המאמר מציע כי טרם אומצה הכרעה ברורה בבית המשפט העליון – וודאי לא בכנסת, בממשלה ובעם – באשר לאופי החוקה הנוכחית של ישראל. לטענתי, המחלוקת בדבר סוג החוקה הישראלית לא הוכרעה בפרשת **בנק המזרחי**; ולא זו בלבד אלא שמאז פרשה זו לא ערך בית המשפט העליון דיון מיוחד בנושא. יתר על כן: טרם התעוררו די מחלוקות משפטיות שההבדלים בין הגישות שהוצגו בפרשת **בנק המזרחי** יכולים להשפיע עליהן בפועל, ולכן גם טרם התעורר צורך להכריע במחלוקות שבין גישות אלה. מחלוקות אלה תתעוררנה בעתיד וההכרעה בהן תקבע את אופייה של החוקתיות הישראלית – ולכן חשוב להבין את התשתית התאורטית למחלוקות צפויות אלה ולהבטיח שההכרעה שיקבלו בהן השחקנים הפוליטיים השונים תהא מודעת ומושכלת. המחלוקת בפרשת **בנק המזרחי** בדבר אופייה של החוקה הישראלית והתאוריות שעשויות לבסס את התפתחות החוקה הישראלית בעתיד נשענות כולן על מודלים השוואתיים. שעה שוויילר ולוסטיג מנתחים את ההתפתחות החוקתית ההשוואתית כעשויה מקשה אחת, מאמר זה מציע כי המשפט ההשוואתי מציע מתכונים שונים של חוקות – ולבחירה בין מתכונים אלה יש השלכות דרמטיות על אופייה החוקתי של המדינה.

הדיון במאמר מבוסס על הטענה שאופן אימוץ החוקה ושינויה, ובמיוחד הסיפור שאנו מספרים לעצמנו לגביהם, משליכים על סוג החוקתיות (חזקה או חלשה) שתתפתח במדינה במשך הזמן. לפי הגישה הרווחת בספרות ההשוואתית (ומתבטאת בכתיבתם של גרדבאום, היברט וטשנט), סוג הביקורת השיפוטית הוא בעיקר פונקציה של טקסט החוקה.<sup>7</sup> לגישתי,

6 אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** א 60 (מהדורה שישית, 2005) מתייחסים לתאוריית שני הכובעים כ"ההלכה הנוהגת כיום"; כן ראו גרעון ספיר **המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד** 97-107 (2010) (טוען כי השופט חשין הצטרף דה פקטו לעמדת הרוב לאחר עניין **בנק המזרחי**); יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'", **משפטים** כח 149, 173 (1997) (סבור כי היה רוב לעמדת הנשיא ברק בפרשת **בנק המזרחי**); Ruth Gavison, *A Constitutional Revolution?* in *TOWARDS A NEW EUROPEAN IUS COMMUNE* 517 (A. Gambaro & A.M. Rabello, 1999) ("Naturally, his [Barak's] analysis and interpretation are likely to become the law and the accepted approach to these matters.")

7 למשל, אם החוקה כוללת פסקת התגברות או אם יש לבתי המשפט סמכות ליתן סעד הצהרתי של "אי-התאמה" (incompatibility) בלבד, אזי החוקתיות במדינה מסווגת כמודל בניינים. STEPHEN GARDBAUM, *THE NEW COMMONWEALTH MODEL OF CONSTITUTIONALISM* (2013); MARK TUSHNET, *WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW* (2008); Stephan Gardbaum, *The New*

כפי שתובא במאמר, סוג הביקורת השיפוטית נקבע בעיקר על פי תהליכי עומק בחברה. תרומתו של המשפט הישראלי לדיון ההשוואתי מתבטאת ביכולתו להראות כיצד אותו טקסט חוקתי – בין שמדובר בפסקאות הגבלה ובין שמדובר בפסקאות התגברות, שריון או נצחיות – יכול לקבל משמעות אופרטיבית שונה בהתאם לתאוריה ולנרטיב שאנו בוחרים לגבי אופן אימוץ החוקה ושינויה. במקום להיות חלק "מהתור" של קבלת חוקות, ישראל מביאה ניסיון חוקתי ייחודי. איננו רק מובילים אלא גם מובילים במשפט החוקתי ההשוואתי. לא רק התוצאה (יש או אין חוקה) חשובה, אלא גם התהליך שהוביל אליה (אופן הכינון של החוקה). אפיון התאוריות המוצגות במאמר נובע אפוא מסוג ההליכים לאימוץ חוקה ולשינויה העומדים במרכזן. בכך גישתי שונה אף מגישתו של ספיר, הסבור כי מטרת החוקה – להגן על ערכי יסוד, ליצור דיאלוג או השתק – גוזרת את אופייה. יתר על כן: לגישתי, כל אחת מהתאוריות יוצרת כלים היכולים לבסס דיון בין הרשויות על תוכנם של ההסדרים החוקתיים, אך אופי הדיאלוג המתאפשר תחת כל אחת מהתאוריות הוא שונה, כמפורט במאמר. לפי העמדה המוצעת במאמר, תורת הסמכות המכוננת היא רק אחת מארבע תאוריות המתחרות על ההסבר להתפתחות החוקה הישראלית. כולן נשענות על מודלים השוואתיים, ולכולן יתרונות וחסרונות הן כהסבר לעברה של ישראל והן כבסיס להמשך ההתפתחות החוקתית שלה. אלה התאוריות:

**1. התאוריה המוניסטית של מחוקק ריבון הכובל את עצמו (self-embracing sovereignty):** לפי הגישה המוניסטית הבריטית, הן החוקים החוקתיים והן החוקים הרגילים נחקקים על ידי המחוקק באמצעות אותו הליך.<sup>8</sup> התאוריה הדייסיאנית הקלאסית של המאה התשע-עשרה ותחילת המאה העשרים דגלה בעמדה שמחוקק ריבון לא יכול לכבול את יורשיו, ולא תיתכן ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית,<sup>9</sup> אך גלגולו המודרני של המוניזם מאפשר לאמץ חוקה באמצעות כבילה עצמית של המחוקק וביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית.<sup>10</sup> חשוב לציין כי בישראל נדונה בעבר סוגיית הכבילה בספרות ללא הבחנה בין הגישה האמריקנית הדואליסטית, שתוגדר להלן, לבין הגישה הבריטית המוניסטית, תוך שימוש באסמכתאות משתי השיטות כאחת.<sup>11</sup> לעומת זאת, מאמר זה מציע כי כבילה שמקורה במוניזם שונה לחלוטין מכבילה שמקורה בדואליזם.

**2. תאוריית האופן והצורה (manner and form):** תאוריה זו מאפשרת להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית אף בהיעדר חוקה פורמלית. תאוריה זו יונקת את שורשיה מתאוריית ריבונות המחוקק הבריטית ומקורה אף הוא מוניסטי. אולם, בשונה מתאוריית הכבילה העצמית של המחוקק היא אינה מאפשרת כבילה אמתית של המחוקק. כל מחוקק צריך להיות ריבון "לחוקק לאחרים", דהיינו: לחוקק חוקים שיחולו על הציבור. עם

*Commonwealth Model of Constitutionalism*, 49 AM. J. COMP. L. 707 (1996); Janet L.

Hiebert, *Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?*, 69 MODERN L. REV. 7

(2006)

BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS*, 3-34 (1991) 8

ALBERT V. DICEY, *INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION* 39 (8<sup>th</sup> 9

ed. 1915)

H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 74, 149 (2<sup>nd</sup> ed., 1994) 10

ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל 509 (2003). 11

זאת, לפי תאוריה זו, חלק מהגדרת הזהות של המחוקק כוללת את הגדרת הפרוצדורות שבאמצעותן הוא מחוקק חוקים.<sup>12</sup> תאוריית האופן והצורה מאפשרת אפוא למחוקק להגדיר מחדש בחקיקה את הליך חקיקת החוקים.<sup>13</sup> המחוקק יכול להכתיב ליורשיו איך הם יחוקקו חוקים (מגבלות פרוצדורליות) אך לא מה הם יחוקקו (מגבלות מהותיות). בספרות נטען כי תאוריה זו ננטשה בישראל,<sup>14</sup> אך להלן אסביר מדוע תאוריה זו אפשרית כהסבר להתפתחות החוקה הישראלית, אף שעיקר הביקורת השיפוטית כיום נובע מיישומה של פסקת הגבלה. כן אסביר מדוע יכול היה השופט חשין להצטרף לעמדת השופטים האחרים בפסקי הדין שלאחר פרשת בנק המזרחי, שבהם הוחלה ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, בלי לחזור בו מעמדתו בעניין בנק המזרחי.

**3. התאוריה הדואליסטית של מודל ריבונות העם (popular sovereignty):** תאוריה זו מזוהה עם המודל האמריקני, וגורסת כי אימוץ חוקה ושינויה הם תוצאת הפעילות של אספה מכווננת או של מנגנונים דומים אחרים המבטאים את ריבונות העם. השיטה הדואליסטית מבחינה בין חקיקה של חוק רגיל על ידי המחוקק לחקיקת חוק חוקתי על ידי העם.<sup>15</sup> אם לפי השיטה המוניסטית מקור כוחה המחייב של חוקה הוא כבילה עצמית של המחוקק, לפי השיטה הדואליסטית מקור כוחה המחייב הוא כינונה על ידי גוף עליון למחוקק – העם. להלן אסביר, בין היתר, מיהו העם, כיצד הוא פועל וכיצד הוא מובחן מהמחוקק מחד גיסא ומדמוקרטיה ישירה מאידך גיסא.

**4. התאוריה היסודנית (foundationalism):** תאוריה זו מבססת ביקורת שיפוטית על ערכים וזכויות חוקתיים הנחשבים יסודיים עד כדי כך שהם מעבר לסמכות של המחוקק או של מתקן החוקה לשלול אותם. מעמדם היסודני של ערכים וזכויות אלה מקורו בלשון החוקה (inviolable rights and values or eternity clauses) או בהיסטוריה של החוקה

SIR W. IVOR JENNINGS, THE LAW OF THE CONSTITUTION 152-153 (5th ed. 1959); G. MARSHALL, CONSTITUTIONAL THEORY 41-53 (1971); Hamish R. Gray, *The Sovereignty of Parliament Today*, 10 U. TORONTO L.J. 54 (1953-1954); R. Elliot, *Rethinking Manner and Form: From Parliamentary Sovereignty to Constitutional Values*, 29 OSGOODE HALL L. J. 215 (1991)

13 אם המגבלות הן בתקנון הכנסת הן אינן עניין של אופן וצורה אלא חלק מסוגיית הביקורת השיפוטית על הליכים פנים-פרלמנטריים.

14 ספיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 107-97 (מציע כי בפסקי דין מאוחרים הצטרף השופט חשין לעמדת הרוב בפרשת בנק המזרחי).

15 לכתיבה אמריקנית ראו BERNARD BAILYN, THE IDEOLOGICAL ORIGINS OF THE AMERICAN REVOLUTION 160-229 (1992); ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS (1998); לגישה דומה במשפט החוקתי הצרפתי ראו Jeremy Waldron, *Judicial Power and Popular Sovereignty, in MARBURY VERSUS MADISON: DOCUMENTS AND COMMENTARY* 181-202 (Mark Graber & Michael Perhac eds., 2002) (נסמך בעיקר על התאוריה של Sièyes). לגישה דומה בכריטיניה ראו Rivka Weill, *Evolution vs. Revolution: Dueling Models of Dualism*, 54 AM. J. COMP. L. 429 (2006) ראו REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE OF DIRECT DEMOCRACY (David Butler & Austin Ranney eds., 1994)

הפורמלית; בתי המשפט הם המגנים שלהם. ערכים וזכויות יסודיים אלה מגדירים מערכת משפט נתונה, ובכך התאוריה היסודנית נבדלת מתאוריות של משפט טבעי טהור, הנסמכות על ערכים כלליים ואוניברסליים.<sup>16</sup>

וריאציה אחרת של תאוריה זו היא החוקתיות פרי המשפט המקובל (common law constitutionalism), שלפיה ערכים וזכויות מסוימים הם יסודיים עד כדי כך שהמחוקק – ותחת תאוריה זו, אפילו העם או מכונן החוקה מלכתחילה – אינם רשאים לשנותם מהותית. מקורם של ערכים וזכויות אלה הם במשפט המקובל של שיטה נתונה ולא בחוקתה הפורמלית.<sup>17</sup> ודוק: לגישתי, יסודנות אינה מבססת תאוריית רשות מכוננת כפי שהוצע בספרות,<sup>18</sup> אלא היא מהווה תאוריה עצמאית שאינה מתיישבת בנקל עם הנחות היסוד של תורת הסמכות המכוננת. בין היתר, אסביר כי מחויבות מלאה לדואליזם אינה מאפשרת כבילה של רצון העם אלא רק כבילה של המחוקק, וזאת בניגוד להנחות היסוד של הגישה היסודנית, המאפשרת את כבילת העם. יתר על כן, במאמר זה אקדם הבחנה בין סוגים של תאוריות יסודנות כפי שבאו לידי ביטוי בפסיקה הישראלית; כמו כן אציע ליסודנות עיגון טקסטואלי שטרם הוצע לה בפסיקה – סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, העוסק בפסילת מפלגות.

אם כן, מוצגות ארבע תאוריות אפשריות להסביר את אופן אימוץ החוקה של ישראל: שני חזונות של מוניזם, חזון אחד של דואליזם וחזון אחד של יסודנות. לטענתי, טרם התקבלה בישראל הכרעה בין המסגרות התאורטיות. המאמר מציג כל תאוריה חוקתית, מביא את ההקשר ההשוואתי שלה, דן ביתרונותיה ובחולשותיה ומנתח את השלכותיה על התפתחויות חוקתיות עתידיות. חשוב להבין את טיבן של מסגרות אלה הואיל והן מביאות לתוצאות שונות בשאלות יסוד כגון מה דינה של הדוקטרינה בדבר "התיקון החוקתי שאינו חוקתי", מה מעמדם של חוקים שנחקקו בניגוד להוראות כבילה עצמית של המחוקק, מה

16 *Kesavananda v. State of Kerala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461 (הודו); ס' 1, 20 ו-79 (3) לחוק היסוד הגרמני (B.G.B.); DONALD P. KOMMERS, *THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF* (B.G.B.) Gary Jeffrey Jacobsohn, *THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY*, 48, 542 (2<sup>nd</sup> ed. 1997) *An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective*, 4 INT'L J. CONST. L. [I-CON] 460 (2006). ראו גם אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" ספר בכ 361 (דוד האן ואח' עורכים, 2011).

17 T.R.S. ALLAN, *CONSTITUTIONAL JUSTICE: A LIBERAL THEORY OF THE RULE OF LAW* (2001); Paul Craig, *Constitutional Foundations: the Rule of Law and Supremacy*, PUB. L. 92 (2003); David Jenkins, *Common Law Declarations of Unconstitutionality*, 7 I-CON 183 (2009). בישראל ראו דותן "הדיאלוג הקונסטיטוציוני", לעיל ה"ש 6 (דן באלטרנטביכות העומדות לפני ישראל להשתית ביקורת שיפוטית על חוקה פורמלית או על טיעונים מטא-טקסטואליים); Yoseph M. Edrey, *The Israeli Constitutional Revolution/ Evolution, Models of Constitutions, and a Lesson from Mistakes and Achievements*, 53 AM. J. COMP. L. 77 (2005) (טוען כי אין להתייחס לחוקי היסוד הישראליים בתור חוקה, אולם לבית המשפט יש סמכות לבצע ביקורת שיפוטית כדי להגן על ערכי היסוד הדמוקרטיים).  
18 השוו: רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 86-92, הכותבים כי בית המשפט ביסס את סמכותה המכוננת של הכנסת גם על הנחיצות להכיר בסמכות זו.



הלגיטימיות של כלי משאל העם להכרעה בסוגיות טריטוריאליות ומה הפוטנציאל וההשלכות של שימוש בטכניקת ההתגברות.

גם אם טרם התעוררו מקרים שיעמידו במבחן במפורש את גבולות התאוריות החוקתיות, מקרים כאלה הם בלתי נמנעים. דומה שבית המשפט העליון עצמו טרם יישב את האופן שבו הוא מבין את טבעה של החוקה שהוטל עליו לקיים. כל מסגרת תאורטית עשויה להוביל למסקנה אחרת, ומסקנות אלה ישפיעו על ההווה ועל העתיד החוקתי של ישראל – לקראת חוקתיות חלשה או חזקה. על פי תפיסתי, חוקתה של ישראל היא חוקת כלאיים המשלבת יסודות מהמודלים הנדונים במאמר. מצב זה מאפשר לה להתפתח באופן אבולוציוני לכיוון של חוקתיות חלשה או חזקה ללא צורך במהפכות או ברגעים חוקתיים.

אף שישאל מעולם לא הייתה חלק ממדינות חבר העמים הבריטי (Commonwealth), היא אחד "המקרים החסרים" בדיון של הספרות ההשוואתית על מודל זה.<sup>19</sup> שטנט, היברט וגרדבאום הציעו כי מודל ביניים זה – בין השיטה הבריטית הקלאסית לבין השיטה האמריקנית – אינו נעדר יציבות באופן אינהרנטי, אלא אופן התפתחותו הוא פונקציה של האופי התרבותי של מדינה נתונה. לעומת זאת, לשיטתי יש חוסר יציבות אינהרנטי במודל הביניים וסופו להתכנס לכלל חוקתיות חלשה או חזקה. לטענתי כך אכן קרה במדינות שנחשבות חלק ממודל חבר העמים הבריטי. יתר על כן: לשיטתי, מה שיקבע יותר מכל את מקום התכנסות המודל הוא התהליכים המקומיים שהביאו לאימוץ ולשינוי של החוקה.<sup>20</sup>

שעה שחוקתה הפורמלית של ישראל היא חוקת כלאיים המשלבת יסודות מהמודלים שיידונו במאמר, מסקנתי היא שבשלב זה אופייה הדומיננטי של החוקה נותר מוניסטי; לא אימצנו את המודל האמריקני כהנחתם של ויילר ולוסטיג. אופי מוניסטי זה עלול להותיר אותנו עם חוקתיות חלשה. ככל שאנו חפצים בחוקתיות חזקה, מאמר זה מציע כי לא מאוחר מדי לשאול את פי העם באופן שיבסס חוקתיות רואליסטית חזקה; המאמר גם מציע דרכים אפשריות לעשות כן. אם כן, אין קיצורי דרך. אי-אפשר לעמוד בתור במזנון ולקבל חוקה בצלחת; יש תהליכי עומק משמעותיים שעל כל חברה לבור בהם את דרכה, לפי דרכה.

פרק א' מבסס את הטענה שאופייה של החוקתיות הישראלית טרם הוכרע. פרקים ב' עד ה' דנים בהתאמה בכל אחת מארבע התאוריות המתחרות על ההסבר הטוב ביותר להתפתחות החוקה הישראלית: תאוריית הכבילה העצמית של המחוקק, תאוריית האופן והצורה, תאוריית הרשות המכוננת והתאוריה היסודנית. פרק ו' מציע כי בשלב זה חוקתה של ישראל נושאת אופי כלאיים המשלב בין התאוריות. פרק ז' נושא מבט אל העתיד.

## א. היעדר הכרעה בדבר סוג החוקתיות הישראלית

ויילר ולוסטיג מתארים את התפתחות החוקתיות בעולם כתופעה בת שלושה גלים: הגל הראשון הוא פנים-מדינתי ועניינו אימוץ חוקה עליונה המוגנת באמצעות ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית; הגל השני עניינו הקניית מעמד עליון למשפט הבינלאומי ככזה הן

Rivka Weill, *Hybrid Constitutionalism: The Israeli Case for Judicial Review and Why We Should Care*, 30 BERKELEY J. INT'L L. 349 (2012)

Rivka Weill, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution-Making*, 62 AM. J. COMP. L. 127 (2014)



במישור הבינלאומי והן בדין הפנים־מדינתי; הגל השלישי עניינו ריאקציה לגל השני וחזרה לשמירה על הערכים המסורתיים של שלטון החוק כגון כללי צדק טבעי, שהמוסדות והמשפט הפנים־מדינתיים יכולים להבטיחם בצורה טובה יותר מהמשפט הבינלאומי.

ספק אם ויילר ולוסטיג ביססו במאמרם את הטענה שהמשפט הבינלאומי "ככזה" הוא משפט־על במדינות, הגובר על המשפט החוקתי הפנימי, בהיעדר החלטה מודעת ופרטנית של מדינות מסוימות להקנות לו מעמד כזה; ספק אם הוכיחו שהענקת מעמד כזה למשפט הבינלאומי היא בכלל עניין רווח במדינות. אם הגל השני מעולם לא השתרש במדינות כפי שתואר במאמרם, ממילא אין להתפלא שהמדינות מגיבות בראקציה לניסיון של המשפט הבינלאומי להציב את עצמו כמשפט־על. ייתכן שהגל השלישי הוא בכלל חלק מהגל ראשון שעניינו, כאמור, שמירת על ריבונות המדינה ועל עליונות חוקתה הפנימית.

מכל מקום, תיאור המשפט הבינלאומי כמשפט־על ודאי אינו נכון לישראל. בג"ץ העינויים, שצוין על ידי ויילר ולוסטיג כהוכחה לקיומו של גל שני בישראל, לא ביטל חקיקה של הכנסת;<sup>21</sup> הוא ביטל חלק מדוח לנדוי שהתיר שימוש בהגנת ה"צורך" כדי לנקוט אמצעים פיזיים נגד נחקרים. הוא הדין בכל הדוגמאות האחרות שהביאו ויילר ולוסטיג: עניין משפט מנהלי ולא משפט חוקתי. ישראל מעולם לא הייתה חלק מהגל השני ועל כן אין להתפלא שהיא מתנגדת לניסיון של המשפט הבינלאומי להציב את עצמו כמשפט־על, התנגדות שבה לדידי ביטוי, לטענת ויילר ולוסטיג, בפרשת חוקתיות הגדר בין ישראל לשטחים.<sup>22</sup> מאמר זה מתרכז אפוא בחוקתיות כפי שהיא באה לידי ביטוי בישראל, דהיינו: בסוגיית הגל הראשון. עבור ויילר ולוסטיג, חוקתיות פירושה קיום של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. הם לא מתרגשים מהמהפכה החוקתית הישראלית כי ישראל "בסך הכול" נהגה כשאר מדינות העולם; אין דבר "מהפכני" באימוץ חוקה עליונה ובביקורת שיפוטית. לדידם יש מודל רעיוני אחד לחוקה ולביקורת שיפוטית – המודל האמריקני. עמדה זו לא מפריעה להם להתעמק בשאלה מדוע יבחר מחוקק להגביל את עצמו באמצעות אימוץ חוקה. בלי משים הם אומרים דבר והיפוכו, שהרי עניינו של המודל האמריקני בעם המגביל את המחוקק ולא במחוקק המגביל את עצמו. לטענתי, כאמור, השאלה המעניינת היא לא עצם קיומה של חוקתיות אלא סוג החוקתיות במדינה.

לכל מדינה יש חוקה "בלתי־כתובה" מהותית, במובן זה שיש לה חוקים, החלטות שיפוטיות ומנהגים הקובעים את כללי השלטון.<sup>23</sup> ישראל נהנתה מחוקה מהותית מאז היווסדה, לרבות הגנה על זכויות אדם באמצעות שיטות מן המשפט המקובל. כמונחים של גרדבאום הייתה לה "מגילת זכויות אדם פרשנית" (*interpretive bill of rights*),<sup>24</sup> שבמסגרתה פירשו בתי המשפט את החוקים באופן המכבד זכויות אדם ככל האפשר.<sup>25</sup> יתרה מזו: לעתים זנחו בתי המשפט שיטות מסורתיות של פרשנות – שיטות מקובלות תחת תפיסה של ריבונות המחוקק – כדי

21 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).

22 בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2006).

23 גביוון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 34.

24 Gardbaum, לעיל ה"ש 7, בעמ' 731.

25 ראו, למשל, בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953); בג"ץ

262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101 (1962); בג"ץ 18/733 מיטרני נ' שר התחבורה,

פ"ד לז(3) 337 (1983).

להגן על זכויות אדם. כך, למשל, פירשו בתי המשפט חוקים בניגוד לתכלית הסובייקטיבית של המחוקק אך באופן המתיישב עם התכלית האובייקטיבית, שהיא קידום ערכי היסוד של השיטה.<sup>26</sup> אם כן, בתקופה שלאחר הקמתה שימשה ישראל דוגמה לחוקתיות "חלשה", שכן ספק אם שיטת הפרשנות התכליתית מתיישבת עם העיקרון בדבר ריבונות המחוקק;<sup>27</sup> עם זאת, הייתה זו חוקתיות חלשה מאחר שהיה בכוחו של חוק מפורש לגבור על זכויות אדם וערכים חוקתיים בהתאם לעקרון של ריבונות המחוקק.<sup>28</sup>

קודם לפרשת בנק המזרחי נהגה ישראל כאילו אין לה חוקה פורמלית. ב"חוקה פורמלית" כוונתי לחוקה המתאפיינת בשלושת אלה: זיהוי, עליונות וכבילה או נוקשות. "זיהוי" משמעו שקל יחסית לזהות את חלקי החוקה: יש מסמך או כמה מסמכים מקובלים על הכלל, שהן האזרחים והן האליטות מתייחסים אליהם כאל חוקת המדינה. "עליונות" משמעה שהמערכת הנורמטיבית כוללת הייררכיה שמגדירה את החוקה כעליונה על חוק רגיל: חוק לא יכול לסתור הוראה חוקתית, ואם הוא בכל זאת עושה כן – בתי המשפט מוסמכים להפעיל ביקורת שיפוטית ולהגן על עליונות החוקה. "כבילה" משמעה שהליך השינוי החוקתי מורכב יותר מהליך השינוי של חוק רגיל. הטווח שבו מתקיימים מאפיינים אלה משתנה ממדינה למדינה ופעמים רבות מילוי הדרישות הוא עניין של מידה.<sup>29</sup> מה שברור הוא שסוגיית החוקתיות אין עניינה ביקורת שיפוטית בלבד, כגישתם של ויילר ולוסטיג.

לפי הכרזת העצמאות תכננה ישראל לאמץ חוקה פורמלית על ידי בחירת אספה מכוננת – נפרדת מבית המחוקקים הרגיל – שתנסח אותה בהתאמה למודל האמריקני.<sup>30</sup> מועצת המדינה הזמנית, שהכריזה על הקמת המדינה, הייתה אמורה לשמש מחוקק זמני עד הבחירות לבית המחוקקים, שתנוהלנה לפי החוקה שתאמץ האספה המכוננת. תכנית זו מעולם לא יצאה לפועל בשל פרוץ מלחמת העצמאות וחוסר הרצון של מועצת המדינה הזמנית להאריך את תפקידה בלא שנערכו בחירות.<sup>31</sup> במקום זאת איחדה מועצת המדינה הזמנית את סמכויות האספה המכוננת והמחוקקת בידי של גוף אחד שזכה לכינוי "הכנסת הראשונה".<sup>32</sup> הנושא החוקתי היה הנושא המרכזי של הבחירות לכנסת הראשונה;<sup>33</sup> עם זאת, בהחלטת הררי מיום

26 אהרן ברק, *פרשנות תכליתית במשפט* (2003).

27 J.W.F. ALLISON, *THE ENGLISH HISTORICAL CONSTITUTION 186-236* (2007)

28 ראו, למשל, ע"א 450/70 רוגווינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129 (1971) (חוק שיפוט בתי הדין הרבניים גובר על הפגיעה הקשה בחופש מדת).

29 השוו גביוון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 34-37.

30 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר תש"ח 1 עמ' 1. על המודל האמריקני לאמוץ חוקות ראו Andrew Arato, *Forms of Constitution Making and Theories of Democracy*, 17 *CARDOZO L. REV.* 191 (1995)

31 יחיעם ויץ "הבחירות לכנסת ומשברים ממשלתיים" *ישראל בעשור הראשון* יחידה 9, 10-12 (2001).

32 פקודת המעבר לאסיפה המכוננת, התש"ט-1949, ע"ר 42 תש"ט 105.

33 ראו, למשל, Melville B. Nimmer, *The Uses of Judicial Review in Israel's Quest for a Constitution*, 70 *COLUM. L. REV.* 1217, 1239, n. 92 (1970) ("The fact that the Constituent Assembly was elected for the purpose of enacting a constitution would seem to vest that body with such authority by direct mandate from the people.")

13.6.1950 החליטה הכנסת הראשונה שלא לאמץ חוקה שלמה, אלא להטיל על ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת לנסח פרקי חוקה שייקראו "חוקים יסודיים".<sup>34</sup>

בכל הבחירות שהתקיימו מאז הבחירות לכנסת הראשונה היה הנושא החוקתי רק אחד מהנושאים שעל הפרק ואף לא המרכזי שבהם, בשל בעיות הביטחון והכלכלה של ישראל.<sup>35</sup> אפילו בבחירות שקדמו לחקיקת חוקי היסוד מ-1992 לא היה הנושא החוקתי נושא מרכזי בבחירות, בשל פרוץ האינתיפאדה.<sup>36</sup> שעה שוויילר ולוסטיג מציעים כי תנועת חוקה לישראל הובילה את חקיקת חוקי היסוד מ-1992, פעילותה של התנועה התמקדה בסוגיות שונות מאלה שחוקקה הכנסת בסופו של דבר בחוקי היסוד.<sup>37</sup> ספק אם אפשר לקבל טענתם בדבר קיומו של רגע "אקרמני" בישראל, כפי שיתבהר להלן בפרק ד'; כמו כן אי-אפשר לראות את המהלך החוקתי הישראלי כחלק מהמהלך של מדינות מרכז אירופה ומזרחה באותן שנים, כהצעתם של ויילר ולוסטיג: דווקא משום שישראל לא חוותה את הנפילה של מסך הברזל, ייחוס חוקה פורמלית למדינת ישראל בשנות התשעים הוא מהלך מרתק.

הכנסת חוקקה את חוק היסוד הראשון – חוק יסוד: הכנסת – רק בשנת 1958 (בקדנציה של הכנסת השלישית), ומאז חוקקה עוד 12 חוקי יסוד. מתוך 13 החוקים, 11 עוסקים במבנה השלטון ושניים, שנחקקו ב-1992, עוסקים בזכויות אדם.<sup>38</sup> מרבית חוקי היסוד נחקקו תוך הפרה של החלטת הררי, דהיינו: היוזמה לחקיקתם לא הייתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.<sup>39</sup> חוקי יסוד אלה אמנם עסקו בנושאים חוקתיים אך לרוב נחקקו ברוב מקרי קטן ובהליך חקיקה של חוק רגיל.

לפני פרשת בנק המזרחי לא ראתה הכנסת כל קושי בשינוי של חוק יסוד באמצעות חוק רגיל;<sup>40</sup> ברומה לתפיסת הכנסת נהג גם בית המשפט לדבר במונחים של כנסת ריבונית. ההנחה הייתה שיש לבית המשפט סמכות לביקורת שיפוטית אך רק כדי להגן על חוקי יסוד

34 ד"ר תש"י 1743. על הסיבות לאי-אימוץ חוקה: Daphne Barak-Erez, *From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective*, 26 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 309, 314-315 (1994-1995); Barak Cohen, *Empowering Constitutionalism with Text from an Israeli Perspective*, 18 AM. U. INT'L L. REV. 585, 632-627 (2002-2003)

35 ראו, למשל, ABRAHAM DISKIN, ELECTIONS AND VOTERS IN ISRAEL (1988); GIORA GOLDBERG, THE ISRAELI VOTER 1992 (1994)

36 ASHER ARIEN & MICHAL SHAMIR, THE ELECTIONS IN ISRAEL-1988 (1990)

37 גיא בכור חוקה לישראל (1996).

38 חוק יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69; חוק יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158; חוק יסוד: מקרקעי ישראל, ס"ח התש"ך 56; חוק יסוד: נשיא המדינה, ס"ח התשכ"ד 118; חוק יסוד: משק המדינה, ס"ח התשל"ה 206; חוק יסוד: הצבא, ס"ח התשל"ו 154; חוק יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78; חוק יסוד: מבקר המדינה, ס"ח התשמ"ח 30; חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח התש"ם 186; חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; חוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90; חוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 עד 2016 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה), התשס"ט-2009; חוק יסוד: משאל עם, ס"ח התשע"ד 400. חלק מחוקי יסוד אלה עברו כמה גלגולים ונוסחם השתנה.

39 רובינשטיין ומדינה, מהדורה חמישית, כרך ב, לעיל ה"ש 6, בעמ' 731.

40 ראו להלן, פרק ד'.

משוריינים, הדורשים רוב מיוחד של חברי הכנסת כדי לשנותם;<sup>41</sup> בחוקי יסוד לא משוריינים נהג בית המשפט בככל חוק רגיל אחר.<sup>42</sup> תפיסה זו של השופטים עולה אפילו מפסק הדין בעניין **תנועת לאו"ר**, שניתן בזמן הכהונה של אותה כנסת שחוקקה את חוקי היסוד משנת 1992.<sup>43</sup> סמוך לאחר חקיקת חוקי היסוד מ-1992 עדיין חשב בית המשפט – לרבות השופט ברק – במונחים של כנסת ריבונית, ואף אפשר תיקון רטרואקטיבי של חוקי יסוד.<sup>44</sup> לאחר חקיקת חוקי היסוד ממרץ 1992 ועד לפסיקה בעניין **בנק המזרחי** בנובמבר 1995 אפשר לזהות בלבול בפסיקה לגבי מהות החוקתיות הישראלית.<sup>45</sup> בלבול זה אופייני לתקופות מעבר בהתפתחות של שיטה משפטית, שבהן כמה נרטיבים מתחרים בו-זמנית על ההסבר להתפתחות השיטה. מהפכנותו של פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** בולטת על רקע זה: הוא לא מבטא התפתחות בנאלית, כדעתם של ויילר ולוסטיג.

בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי** התמונה מתבהרת בחלקה. השופטים התייחסו לחקיקה של שני חוקי היסוד משנת 1992, העוסקים בזכויות אדם, כעולה כדי "מהפיכה חוקתית",<sup>46</sup> משום שחוקי יסוד אלה כללו הוראות לכבילה מהותית ולא רק לכבילה פרוצדורלית.<sup>47</sup> הייתה זו גם הפעם הראשונה שזכויות אדם מגוונות עוגנו בחוקי היסוד, לאחר שנים רבות של מאמצי נפל לעגנן בחוקי יסוד.<sup>48</sup> את ההצלחה לחוקק מגילה חלקית של זכויות אדם יש לזקוף, בין היתר, לנקיטת אסטרטגיה שונה מצד תומכי המגילה. עד מרץ 1992 ביקשו תומכי מגילת הזכויות לחוקק מגילת זכויות שלמה הראויה לחברה מתקנת – או להימנע כליל מחקיקה, אך ב-1992 נקטו תומכי מגילת הזכויות גישה "אטומיסטית". הם חילקו את מגילת הזכויות לחמישה חלקים והתמודדו בכנסת עם כל חלק באופן עצמאי, מתוך הנחה

- 41 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ומבקר המדינה, פ"ד כג(1) 693 (1969). ראו גם בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981); בג"ץ 141/82 ח"כ אמנון רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת ו-16 אח', פ"ד מד(3) 529 (1990) (להלן: עניין תנועת לאו"ר).
- 42 ע"פ 107/73 "נגב" – תחנת שירות לאוטומוביל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 640, 642 (1974); בג"ץ 60/77 רסלר נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא (2) 556, 560 (1977).
- 43 עניין תנועת לאו"ר, לעיל ה"ש 41.
- 44 בג"ץ 410/91 ליסה בלום נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מו(2) 201 (1992).
- 45 ראו להלן, פרק ד'.
- 46 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 353 (פס' 2-3 לפסק דינו של הנשיא ברק).
- 47 "כבילה פרוצדורלית" משמעה שכדי לשנות את החוק על המחוקק לפנות להליך חקיקה מיוחד, נוקשה יותר, מהליך השינוי של חוק רגיל. דוגמה לאמצעי מיוחד היא דרישה לרוב מיוחס (supermajority) של חברי כנסת. "כבילה מהותית" משמעה הצבת קריטריונים מהותיים שעל החוקים לעמוד בהם כדי לא להיחשב לבלתי-חוקתיים. כך, למשל, חוקי היסוד מ-1992 דורשים שכל חוק הפוגע בזכויות מוגנות יעבור את מבחן "פסקת ההגבלה" (ראו ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וס' 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק). לתיאור של פרשת **בנק המזרחי** כמהפכת ההכרה בכבילה מהותית ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) נ' שר האוצר, פסק דינו של השופט לוי (2009).
- 48 לתיאור המאמצים הרבים לחוקק מגילת זכויות ראו Ruth Gavison, *The Controversy over Israel's Bill of Rights*, 15 ISR. YEARBOOK OF HUMAN RIGHTS 113 (1985)

שעדיפה מגילת זכויות חלקית על חסרונה המוחלט. שניים מחמשת החלקים עברו ושימשו בסיס לפסק הדין שניתן בסופו של דבר בפרשת בנק המזרחי.<sup>49</sup>

שמונה מתוך תשעה שופטים הכריזו בעניין בנק המזרחי כי לישראל חוקה פורמלית בדמות חוקי היסוד, ורק שופט המיעוט חשין סבר כי אין לישראל חוקה פורמלית. עם זאת, כל תשעת השופטים היו מאוחדים בדעה שיש להם כוח לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, אם כי רק חשין סבר כי כוח זה ניתן להפעלה תדיר גם ללא חוקה פורמלית. אם כן, השופטים היו חלוקים בדבר התאוריה המסבירה בצורה הטובה ביותר את התפתחות החוקה הישראלית: בנושא זה אפילו לא הייתה דעת רוב אלא רק דעת רבים.<sup>50</sup> יתר על כן, כל אחד מהשופטים שכתבו את שלוש הדעות העיקריות בפסק הדין סבר כי התאוריה של האחר שגויה לחלוטין מבחינה כוחה להסביר את התפתחות החוקתיות הישראלית.<sup>51</sup> זו הסיבה למחלוקת בפסק דין זה, על אף החשיבות הרבה שהייתה להגיע לאחידות דעים כדי לחזק את הלגיטימיות הן של החוקה הישראלית והן של כוח בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית. לגישתי, השונה מהדעה הרווחת בספרות,<sup>52</sup> טרם הוכרעה המחלוקת שהוצגה בעניין בנק המזרחי בדבר התאוריה המסבירה את עצם קיומה של חוקה פורמלית, להבדיל מההכרעה שהתקבלה לעניין כוח הביקורת השיפוטית.<sup>53</sup> שעה שבפרשת בנק המזרחי הייתה רק דעת רבים בעד גישתו של ברק, מאז אותה פרשה לא נדונה מחדש גישתו של שמגר וגם לא נדחתה מפורשות. למעשה, השופטים עצמם חתמו את פסק הדין במילים "הוחלט כאמור

49 'יהודית קרפ "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו: ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323, 338-340 (התשנ"ג).

50 מתוך תשעה חברי ההרכב הסכימו שלושה שופטים (דב לוין, אליהו מצא ויצחק זמיר) עם תאוריית הרשות המכוננת של הנשיא ברק; שלושה שופטים (צבי טל, אליעזר גולדברג וגבריאל ברק) לא הכריעו איזו משתי התאוריות היא הנכונה – זו של הנשיא שמגר או זו של הנשיא ברק. לפיכך לא הייתה דעת רוב בעד אף אחת מהתאוריות, רק דעת רבים בעד התאוריה הדואליסטית. השוו דותן "הדיאלוג הקונסטיטוציוני", לעיל ה"ש 6, בעמ' 173 (המסווג את עמדת השופט גולדברג כתומכת בעמדת ברק, אף על פי שהשופט גולדברג קבע כי "השאלה בדבר מקור הנורמה ומעמדה היא בענייננו שאלה עיונית, שאינה מחייבת הכרעה"; עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 572).

51 התאוריה של השופט חשין אינה מכירה כלל בקיומה של חוקה פורמלית ישראלית, אך גם בקרב שתי הדעות העיקריות המסבירות את קיומה של חוקה כזו ניטשה מחלוקת עזה. לביקורת הנשיא ברק על התאוריה של הנשיא שמגר ראו להלן, ה"ש 94 והטקסט שליטה; לביקורת הנשיא שמגר על התאוריה של הנשיא ברק ראו עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 287 ("מבין שתי התורות העיקריות הנ"ל – התורה בדבר סמכותה הבלתי מוגבלת של הכנסת ותורת הרשות המכוננת – הנני מעדיף באופן חד וחלק את הראשונה, היינו את התורה בדבר סמכותה הבלתי מוגבלת של הכנסת. יש בה, לטעמי, משום מתן ביטוי מדויק יותר להיסטוריה החקיקתית, לתפיסות המשפטיות המקובלות והמוכרות ולפסיקתו של בית משפט זה בעבר").

52 ראו לעיל, ה"ש 6 והטקסט שליטה.

53 השוו לזלצברגר, המציע כי המחלוקת בעניין בנק המזרחי לגבי מקור סמכותה של הכנסת לכונן חוקה, וכתוצאה מכך: מקור סמכותו של בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, היא בגדר אוביטר: השופטים ממילא מצאו כי חוק גל שנדון בפסק הדין הוא חוקתי. לזלצברגר "הסמכות המכוננת", לעיל ה"ש 4, בעמ' 680-686.

בפסק דינו של הנשיא שמגר<sup>54</sup>. יתר על כן: מאז פסק הדין ניתנו כמה פסקי דין שאפשר להסביר רק באמצעות גישתו של שמגר.<sup>55</sup>

מאז פרשת בנק המזרחי ועד הלכת התנועה לאיכות השלטון<sup>56</sup> הסתמכו השופטים על הלכת בנק המזרחי כקובעת סמכות ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, בלי לפתוח מחדש את המחלוקת בין השופטים ובלי להכריע בה; התאוריה שמסבירה את התפתחות החוקה הישראלית כלל לא נדונה במפורט. הדבר נעשה, בין השאר, כדי לאפשר לשופט חשין להצטרף לפסקי הדין בלי להביע עמדת מיעוט.<sup>57</sup> למעשה, השופט חשין עצמו הצהיר לא אחת כי לא חזר בו מעמדתו בעניין בנק המזרחי. ערב פרישתו, בפסק הדין בעניין עדאלה, שדן בחוקתיות החוק האוסר על כניסת פלסטינים לישראל, חזר השופט חשין על עמדתו שאין בישראל חוקה פורמלית והכנסת אינה רשות מכוננת.<sup>58</sup> גישתי מתיישבת גם עם הרצאותיו של חשין בנושא לאחר פרישתו.<sup>59</sup>

בפסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון, ערב פרישתם של הנשיא ברק והמשנה לנשיא חשין, נפתח מחדש הדיון באשר לתאוריה המסבירה את סמכות הביקורת השיפוטית – אך כלל בלי לדון בגישתו של הנשיא שמגר או במחלוקת המקורית בין השופטים, שאפיינה את פסק הדין בעניין בנק המזרחי. כעת התמקדה המחלוקת בין השופט ברק לשופט חשין בניסיון של האחרון להרחיב את היקף הביקורת השיפוטית.<sup>60</sup>

גם בפסקי הדין שבהם נאמרו אמרות אגב בפסיקה בדבר אימוץ תורת הרשות המכוננת אפשר למצוא גם דברים הפוכים. כך, למשל, בהלכת בר-און כתבה הנשיאה בייניש מחד גיסא כי בפרשת בנק המזרחי אומצה תורת הרשות המכוננת;<sup>61</sup> מאידך גיסא היא ציינה כי הליך החקיקה של חוקי יסוד והליך החקיקה של חוקים רגילים – הם היינו הך.<sup>62</sup> דברים אחרונים אלה מתיישבים עם גישת הנשיא שמגר וסותרים את גישת הנשיא ברק בעניין בנק

54 בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 588.

55 ראו להלן, פרק ב'.

56 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006).

57 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997);

בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).

58 ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006), פס' 39–40 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין. פסק דין זה, למשל, נחתם במילים כי הוחלט בדעת רוב של המשנה לנשיא חשין.

59 "דעתי לא נשתנתה מאז ולו כהוא זה". מישאל חשין "תגובות" מאזני משפט ו 503 (2007). השוו לסיפיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 97–107, התוהה על דבריו אלה של חשין ומתאר אותו כמי שלמעשה הפך את עמדתו בנושא.

60 ראו להלן, פרק ה'.

61 ראו בג"ץ 4908/10 ח"כ רוני בר און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד(3) 275 (2011), בפס' 10 לפסק דינה של הנשיאה בייניש.

62 שם, בפס' 20–21.

המזרחי.<sup>63</sup> יתר על כן, פסקי דין רבים ממשיכים גם היום להיכתב במונחים של "ריבונות המחוקק", כגישתו של הנשיא שמגר בעניין **בנק המזרחי**.<sup>64</sup> פסקי דין דוגמת התנועה לאיכות השלטון, בר-און, יקותיאל<sup>65</sup> וגוטמן<sup>66</sup> מוסברים טוב יותר תחת תאוריה אחת מתאוריה אחרת, וכל אחד מהם תחת תאוריה שונה מזו של רעהו, בלא שהשופטים מודעים להשלכות של פסקי דין אלה על התאוריות ולהשלכות של התאוריות על פסקי הדין. ככלל, טרם התעוררו באופן מספק מקרים שבהם יש משמעות מעשית להבדלים בין גישות השופטים. בינתיים אפשר להסביר את רוב פסקי הדין תחת כל הגישות כאחת, שהרי גם לגישת השופט חשין ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מכוח חוקי יסוד היא מוצדקת, ומכאן שהפסיקה לא נדרשה להכריע בין הגישות. מאמר זה מציע אפוא כי טרם אבד הכלח על המחלוקת בפרשת **בנק המזרחי**, וכי תורת הסמכות המכוננת היא רק אחת מארבע תאוריות היכולות להסביר את התפתחות החוקה הישראלית. לא רק שהפסיקה טרם הכריעה בסוגיה – התנהגות הגופים הנבחרים מלמדת כי סוגיה זו עודנה פתוחה.

## ב. תאוריית הכבילה העצמית של המחוקק

בפרק זה אטען כי תאוריית הכבילה העצמית של המחוקק מתיישבת עם האופן שבו נחקקו חוקי יסוד הן לפני פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** והן אחריו. היא מתיישבת עם הפסיקה שקדמה לפרשת **בנק המזרחי**. חלק מהפסיקה שניתנה לאחר פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** דווקא מתיישב עם תאוריה זו. בהקשר ההשוואתי, תאוריה זו עולה בקנה אחד הן עם ההתפתחויות במשפט הבריטי והן עם ההתפתחויות במשפטן של מדינות במרכז אירופה ובמזרח בשלהי המאה העשרים. הקושי הוא שתאוריה זו יוצרת לכל היותר חוקתיות חלשה ולא יציבה, העלולה להידרדר למודל ריבונות המחוקק.

### 1. תורת הריבונות המוגבלת של המחוקק

לפי תאוריה זו, הכנסת כריבון יכולה לכבול את עצמה בחקיקה ובמעשה הכבילה היא יוצרת חוקה. גישה זו נשענת על כתיבתו של הארט, שטען כי מבחינה תאורטית אפשריות שתי תפיסות של ריבונות: הראשונה היא של ריבון שאינו יכול להגביל את עצמו, והשנייה היא של ריבון שיכול להגביל את עצמו אך משעשה כן כבר אין הוא ריבון ביחס לנושא שנכבל.<sup>67</sup> תאוריית הכבילה העצמית של המחוקק הייתה גישתו של הנשיא בדימוס שמגר בפרשת **בנק המזרחי**.<sup>68</sup> שמגר כינה את גישתו "תורת הסמכות הבלתי מוגבלת של הכנסת", אם כי כל כוונתו הייתה לדון בתורת הסמכות המוגבלת של הכנסת באמצעות כבילה עצמית.<sup>69</sup>

63 ראו להלן, פרקים ב' וד'.

64 ראו, למשל, בג"ץ 4124/00 יקותיאל ז"ל נ' השר לענייני דתות (פורסם בנבו, 14.6.2010), פס' 25 לפסק דינה של הנשיאה בייניש, שידון בפרק ב' למאמר.

65 ראו דיון להלן בפרק ב' למאמר.

66 בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 12.3.2015).

67 HART, לעיל ה"ש 10, בעמ' 149.

68 **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 288–294, בפס' 33–36 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

69 שם, בעמ' 283.



תאוריה זו אינה מספקת לחוקה לגיטימציה מיוחדת מעבר ללגיטימציה הכרוכה בעצם ההחלטה של גוף לכבול את עצמו; תחת גישה זו, הכובל הוא גם הנכבול. יתר על כן: החלטת המחוקק לכבול את עצמו מתקבלת באופן שבו הוא מקבל כל החלטה אחרת. אין תנאי קודם שהמחוקק נדרש למלא לשם מימוש של סמכות הכבילה העצמית, וסוג הכבילה יכול להיות פרוצדורלי (שריון) או תוכני (הגבלה). תאוריה זו אינה כוללת מגבלות אינהרנטיות לכוח הכבילה; המגבלות שהציע שמגר לכוח הכבילה אינן נובעות מתאוריה מוניסטית אלא מיסודנות, כפי שיבואר להלן בפרק ה'.

כבילה עצמית של המחוקק עשויה להציע יתרונות רבים: היא עשויה לתרום ליציבות בנושא מסוים; היא מאפשרת למחוקק לבטא באופן אמין את מחויבותו למדיניות מסוימת ובכך להפחית את "עלויות" החקיקה במועד אימוץ הכבילה; היא עשויה להסיר נושאים מסוימים – שנויים במחלוקת – מסדר היום הציבורי, ובכך לאפשר למחוקק להתמקד בנושאים חיוניים אחרים; היא מבטיחה דיון ציבורי טרם תיקון ההוראה המשוריינת; היא מאפשרת למחוקק להתחייב מראש למדיניות מסוימת כשחבריו חוששים שהם עלולים, לאחר מעשה, שלא לפעול בהתאם להעדפותיהם האמתיות בשל שיקולים פוליטיים; היא גם מספקת כלל טוב יותר לקבלת החלטות מאשר רוב רגיל, לצורך הגנה על זכויות המיעוט מפני שימוש לרעה בכוחו של הרוב.<sup>70</sup>

תאוריה זו של כבילה עצמית גם מעניקה לגיטימציה להפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. בית המשפט יכול לנמק את כוח הביקורת השיפוטית ברצונו לציית לרצונה של הכנסת לכבול חלק מחוקיה, בבחינת היותו רק "עבדה הנאמן" של הכנסת ועושה דברה שעה שהוא מבטל חוקיה בשל חוסר התאמתם לכבילתה המוקדמת.

ראוי להדגיש את חדשנותה של תאוריה מוניסטית זו של כבילה עצמית. תחת התפיסה המוניסטית הקלאסית, כביטויה אצל בלקסטון (Blackstone) ואצל דייסי (Dicey), מחוקק ריבון מוסמך לעשות הכול למעט כבילת יורשיו, שהייתה מונעת מהם להיות ריבוניים. לפיכך, לא תיתכן הבחנה בעלת נפקות מעשית בין חוקים בעלי תוכן חוקתי לחוקים אחרים; דינם אחד והם נחקקים בהליך חקיקה זהה. כמו כן, לא תיתכן ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, משום שאין גוף המוסמך להיות עליון על המחוקק הריבון ולומר לו כי מעשה החקיקה שלו אינו תקף.<sup>71</sup> הגישה המוניסטית הקלאסית יצרה קשיים רבים, שבהם נתקלה בריטניה בבואה לשקול אימוץ של חוקה פורמלית.<sup>72</sup> למעשה, המעיין באתר הפרלמנט הבריטי ימצא כי לשיטתו ריבונות הפרלמנט היא עדיין העיקרון החוקתי החשוב ביותר. באתר מצוין כי כל החוקים מהשנים האחרונות שיש בהם כדי לסטות מעיקרון זה מוצדקים משום שהפרלמנט רשאי בכל עת לשנותם ולבטלם, ולכן אין בהם קריאת תיגר של ממש על עקרון ריבונות המחוקק.<sup>73</sup>

Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Legislative Entrenchment: A Reappraisal*, 11 YALE L.J. 1665 (2002) (מתארים יתרונות אלו בכבילה עצמית של רשות מחוקקת במערכת שיש בה חוקה פורמלית עליונה).

71 ראו לעיל, ה"ש 9 והטקסט שלידה.

72 לדיון בקושי זה ראו RONALD DWORKIN, A BILL OF RIGHTS FOR BRITAIN (1990)

73 ראו <http://www.parliament.uk/about/how/sovereignty/> Parliamentary Sovereignty

## 2. ההקשר ההשוואתי

התפתחויות בתחום המשפט ההשוואתי מציעות כי מחוקק רגיל אכן יכול ליצור חוקה גם מתוך המסורת המוניסטית באמצעות כבילה עצמית. נראה שהדבר תואם את ההתפתחות החוקתית הבריטית בעשורים האחרונים. מאז ההצטרפות של בריטניה לאיחוד האירופי שופטים בריטים אינם מחילים חוקים בריטיים העומדים בסתירה לעליונות הדין האירופי. מקור הכפיפות לאירופה הוא בהחלטת הפרלמנט הבריטי באמצעות חוק הקהילות האירופיות מ־1972 (The European Communities Act) לכבול את עצמו, ולא בעליונות החוק האירופי ככזה.<sup>74</sup> החלטת העם הבריטי במשאל העם מיוני 2016 לעזוב את האיחוד האירופי עולה בקנה אחד עם תפיסה זו. מכאן, שגם זו אינה דוגמה לעליונות המשפט הבינלאומי ככזה, כטענת ויילר ולוסטיג.

הניסיון של מדינות מרכז אירופה ומזרחה אף הוא תומך בתזה של כבילה עצמית כיוצרת חוקה. אחרי נפילת בריטניה המועצות אימצו בתי המחוקקים במדינות אלה חוקות פורמליות, הניתנות לשינוי ברוב מיוחס של בית המחוקקים. המלומדים נוהגים לסווג חוקות אלה כ"קרובות" למודל של ריבונות המחוקק.<sup>75</sup> חוקות אלה נותרו מוניסטיות, כי אפילו דרישת רוב מיוחס בבית המחוקקים כתנאי לאימוץ או לתיקון חוקה אינה נחשבת כשלעצמה ערובה מספקת לכך שהחוקה תשקף את רצון העם. כדי שכינון חוקה ותיקונה על ידי המחוקק ייחשבו למהלך דואליסטי המייצג את דעת העם, יש צורך כי יתממשו תנאי המודל הדואליסטי, שיוצגו להלן בפרק ד'.

## 3. התאמת התאוריה לישראל

דומה כי תימוכין חזקים לתאוריית הכבילה העצמית מופיעים בהיסטוריה החוקתית של ישראל הן לפני פרשת בנק המזרחי והן אחריה.

(א) השפעת המנדט הבריטי: מדינת ישראל נוסדה בתום המנדט הבריטי. כדי להימנע מכאוס משפטי אימצה המדינה החדשה בחקיקה את הדין שהתקיים בעת ייסוד המדינה, בשינויים המשתמעים המחויבים שנבעו מהקמתה וכן בשינויים מפורשים מסוימים.<sup>76</sup> למעשה, בשנים הראשונות להתהוות של מדינת ישראל, מערכת המשפט הבריטית היא שהשפיעה – יותר מכל שיטת משפט אחרת – על פסיקתם של בתי המשפט.<sup>77</sup> יתר על כן: מפא"י, המפלגה שהובילה את הממשלה מ־1948 עד 1977 באופן כמעט בלעדי, ומנהיגה

*R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame (No. 2)* [1991] 1 AC 603; 74  
Anthony Bradley, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, in *THE CHANGING CONSTITUTION* 26 (Jeffrey Jowell & Dawn Oliver eds., 6<sup>th</sup> ed. 2007)

Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe*, in *RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT* 275 (Sanford Levinson ed. 1995); Jon Elster, *Constitution-Making in Eastern Europe: Rebuilding the Boat in the Open Sea*, 71 *PUB. ADMIN.* 169 (1993)

פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ס"ח 7, בס' 11. 76

יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כז 119, 152, 159-157 (1996). 77

דוד בן גוריון, היו תומכים נלהבים של המסורת המשפטית הבריטית.<sup>78</sup> ראוי לזכור כי בשיטה פרלמנטרית שבה הממשלה נשענת על רוב בכנסת כדי להתקיים, גם בכנסת הייתה תמיכה בתפיסה המשפטית הבריטית.<sup>79</sup> אם כן, לכל שלוש רשויות השלטון (המחוקקת, המבצעת והשופטת) היה יחס של כבוד והערכה כלפי המסורת המשפטית הבריטית, והן פנו אליה לקבלת השראה והדרכה בתקופה שבה נוסדה וקמה המדינה. לכן, אין להתפלא על כך שבתקופה זו התייחסו בתי המשפט אל הכנסת כריבונית.<sup>80</sup> למעשה, יש לצפות לכך שחוקות מוניסטיות תהיינה אופייניות יותר למדינות אחדותיות (שאינן פדרטיביות) שהושפעו באופן היסטורי מהמשפט הבריטי, כמו ישראל וניו זילנד.<sup>81</sup>

**(ב) הליך החקיקה:** מוניזם מתאים גם להליך החקיקה של חוקי היסוד בישראל, הן לפני עניין בנק המזרחי והן אחריו. חוקי היסוד נחקקו ושונו בהליך חקיקה הזהה לאלה של חוקים רגילים וברוב מקרי, כפי שיפורט להלן בפרק ד'. שימוש בהליך חקיקה זהה לחקיקה של חוק רגיל ולחקיקה של חוק חוקתי הוא סימן היכר לשיטת הריבוניות הפרלמנטרית במסורת הדייסאנית.

**(ג) תקדימים משפטיים:** מוניזם מסביר גם תקדימי עבר שבהם החיל בית המשפט ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. לפני עניין בנק המזרחי קרה הדבר ארבע פעמים, בכולן בהקשר של סעיף 4 לחוק: יסוד הכנסת, הכולל הוראה הדורשת רוב חברי כנסת כדי לשנותה.<sup>82</sup> פסק דין ברגמן הוא התקדימי בנושא. בכל אחד מארבעת פסקי הדין דרש בית המשפט שהכנסת תמלא אחר הדרישות המופיעות בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, בין באופן מהותי – באמצעות עמידה בעקרון השוויון בבחירות, ובין באופן פרוצדורלי – באמצעות תיקון סעיף 4 ברוב מוחלט של חברי כנסת (61 חברי כנסת).<sup>83</sup> עד למילוי דרישות אלה נמנע בית המשפט מלאכוף חוקים הסותרים הוראת שריון זו. כך, דומה שהפרקטיקה והדיאלוג החוקתי בין רשויות השלטון לפני עניין בנק המזרחי תומכים בתאוריה בדבר סמכות הכבילה העצמית של הכנסת. יתר על כן, באותה תקופה המשיך בית המשפט להתייחס לכנסת כאל ריבונית.<sup>84</sup> כך, למשל, הסביר השופט ברק בפרשת תנועת לאו"ר ב-1992 את כוח הביקורת השיפוטית במונחים של כיבוד שריון: "אכן, עצם קביעתה של הוראת שריון מניחה ביקורת

78 Michael Mandel, *Democracy and the New Constitutionalism in Israel*, 33 *ISR. L. REV.* 259, 266-267 (1999)

79 בנימין נויברגר "סוגית החוקה בישראל" *ממשל ופוליטיקה במדינת ישראל* (יחידה 3, 1990).

80 ראו לעיל, פרק א'.

81 קנדה, אוסטרליה והודו אכן הושפעו מהמשפט הבריטי אך אימצו חוקות פורמליות בשל המבנה הפדרטיבי שלהן, המחייב להסדיר את יחסי השלטון המרכזי עם המדינות המרכיבות את הפדרציה. על ההכרח בחוקה בפדרציות ראו גביוון "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 4, בעמ' 68-69.

82 ס' 4 לחוק יסוד: הכנסת קובע: "הכנסת תיבחר תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת".

83 פסקי הדין ברגמן, אגודת דרך ארץ, רובינשטיין ותנועת לאו"ר, לעיל ה"ש 41.

84 ראו, למשל, בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794 (1973).

על ידי בית המשפט, שהוא גוף עצמאי ובלתי תלוי, כאשר לתוקף המשפטי של חקיקה המבקשת לשנות את הוראת השריון בלא לקיים את הרוב המיוחד שהוראת השריון דורשת".<sup>85</sup> (ד) המשבר סביב נפילתו של השריון בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: מאחר שההכנה הרווחת בתקופת הייסוד של החוקה הישראלית (1948-1992) הייתה שאפשר להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית רק אם מדובר בחוק הסותר חוק יסוד משוריין, מציעי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כללו בו הוראה משריינת הדורשת רוב של חברי כנסת כדי לשנותו.<sup>86</sup> בהצבעה בקריאה שנייה על חוק יסוד זה שינה ח"כ צ'רלי ביטון את דעתו וביקש הצבעה חוזרת על שריון חוק היסוד. על חודו של קול נפל השריון בהצבעה חוזרת זו.<sup>87</sup> אבל כבר ירד על אלו שביקשו לחזק את מעמדן של זכויות האדם בישראל. החשש הגדול היה שבהיעדר שריון אי אפשר יהיה להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>88</sup>

#### 4. הקשיים בתאוריה מנקודת המבט של החוקתיות הישראלית

תאוריית הכבילה העצמית מניחה שמחוקק ריבון יכול ליצור חוקה פורמלית בכבילה של חלק מחוקיו ובכך להעניק להם מעמד של חוק עליון. כפי שיפורט להלן, הנחה זו כרוכה בכמה קשיים תאורטיים.

(א) כבילה אינה יוצרת עליונות: כבילה ועליונות נורמטיבית הם שני מנגנונים שונים, בניגוד להנחות היסוד של תאוריית הכבילה העצמית.<sup>89</sup> עליונות עוסקת ביחסים שבין מכוני החוקה לבין המחוקק הרגיל ומכפיפה את האחרון לסמכותו של הראשון; היא עוסקת ביחסים שבין החוקה לבין חוק רגיל ובעיקר אוסרת על המחוקק הרגיל לפגוע בהסדר הקבוע בחוקה אלא אם כן הפגיעה עומדת בדרישות החוקה. לעומתה, כבילה עוסקת ביחסים שבין מכוני החוקה לבין מתקן החוקה וביחסים שבין החוקה לבין תיקונה;<sup>90</sup> עניינה בשאלה כיצד מתקן החוקה מוסמך לשנותה. הבלבול בישראל בין שני סוגי המנגנונים נובע מכך שהמחוקק הוא גם הגוף המוסמך לשנות את החוקה וגם הגוף שאימץ אותה מלכתחילה. שלושת הגופים הם היינו הך.

85 עניין תנועת לאו"ר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 540.

86 ראו סעיף 10 להצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"א-1991, ה"ח 60: "אין לשנות חוק יסוד זה אלא ברוב של חברי הכנסת".

87 חברי הכנסת החרדים אברהם רביץ ושמואל הלפרט הסתייגו משריון חוק היסוד. בתחילה ההצבעה הייתה שקולה (27 ח"כ בעד ההסתייגות ו-27 נגדה) ולכן ההסתייגות אמורה הייתה ליפול, אך בהצבעה חוזרת שינה ח"כ צ'רלי ביטון את דעתו והביא להעברת ההסתייגות. קרפ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 344, הערה 78.

88 ראו דיון להלן בפרק ג'.

89 Donald S. Lutz, *Toward a Theory of Constitutional Amendment*, in *RESPONDING TO IMPERFECTION: THE THEORY AND PRACTICE OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT* 237 (Sanford Levinson ed. 1995)

90 בית המשפט העליון עמד על הבחנה זו בבג"ץ 94/1368 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(5) 913 (1994).

למעשה, גם בישראל אין זהות בין כבילה לבין עליונות. יש חוקים רגילים עם כבילה ובית המשפט לא רואה בהם חלק מהחוקה. הכנסת השתמשה בכבילה פרוצדורלית בחוקים רגילים העוסקים בעניינים כלכליים, כשרצתה להוכיח לציבור את מחויבותה למדיניות כלכלית מסוימת;<sup>91</sup> היא גם ניסתה לכבול חלק מהחוקים הדנים בשטחה של מדינת ישראל ובגבולותיה<sup>92</sup> וגם כבלה מהותית חוקים רגילים.<sup>93</sup> סביר להניח שהעובדה שכבילה אינה יוצרת עליונות היא אחת הסיבות העיקריות לכך שהנשיא ברק דחה את התאוריה המוניסטית ככזו היכולה לבסס את ההתפתחות החוקתית של ישראל.<sup>94</sup>

**(ב) קיומה של עליונות ללא כבילה:** לכאורה, התאוריה של כבילה עצמית אינה יכולה להסביר בצורה משכנעת את ההתפתחות השיפוטית שלאחר פסק הדין בעניין **בנק המזרחי**. אם בפסק הדין עדיין לא היה ברור מה היקפה של המהפכה החוקתית – האם היא חלה רק לגבי שני חוקי היסוד שנחקקו ב־1992 (או חוקי יסוד אחרים הכוללים הוראות כבילה) או שמא על כלל חוקי היסוד<sup>95</sup> – מאז פסק הדין הבהיר בית המשפט שכל חוקי היסוד עליונים נורמטיבית.<sup>96</sup> מובן שהייתה זו הרחבה דרמטית של היקף המהפכה, שכן עד פסק הדין היה דינם של חוקי יסוד לא משוריינים כדין כל חוק רגיל. מאחר שמרבית חוקי היסוד אינם

91 ס' 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, התשמ"ד-1984 דורש רוב מוחלט לצורך ביצוע תיקונים בו, כדי לאותת לציבור כי חוק זה לא ישונה חד-צדדית על ידי הכנסת. החוק מגן על השקעות הציבור בניירות ערך דוגמת אג"ח מדינה. כמו כן, עד שנת 1995 היה קבוע שריון בס' 45 לחוק בנק ישראל, התשי"ד-1954, ס"ח 192, כפי שתוקן בתיקון מס' 15 משנת 1985. סעיף זה דרש רוב מוחלט של חברי כנסת לצורך תיקון סעיף 45 בחוק. הסעיף הכובל נועד לנסות ולצמצם את סמכות הממשלה ללוות כספים מהבנק המרכזי ועל ידי כך להציף את המשק בשקלים.

92 חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת משפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט-1999, ס"ח 86; חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) (תיקון), התשע"א-2010. עם זאת, דרישות אלה לרוב מיוחד מופיעות בסעיפים שאינם משוריינים ולכן ניתנים לשינוי ברוב רגיל. בג"ץ 1169/07 ד"ר יהודה רבס נ' כנסת ישראל (טרם פורסם, 6.2.2007). כיום הדרישה למשאל עם בנוגע לשטחי המדינה חלה בסייגים הקבועים בחוק יסוד: משאל עם; ראו להלן, פרק ד.5.

93 ראו להלן, פרק ג'.

94 **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 403 (גישת ברק) ("כבילה אינה יוצרת עליונות נורמטיבית. גם אם החוק יכול לכבול עצמו, אין הוא יכול להרים את עצמו"). אהרן ברק **פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית** 45 (1994) (להלן: **פרשנות חוקתית**) (פרשנות מוניסטית אינה יכולה להציע עתיד חוקתי לישראל).

95 הנשיא שמגר לא היה עקבי לגבי התאוריה שלו עצמו. בחלק מהמקומות הוא קבע שבאין הוראת כבילה, חוקי היסוד עליונים רק בפוטנציה; עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 271. במקומות אחרים נראה שהוא הציע כי בעקבות עניין **בנק המזרחי** יש להתייחס לכל חוקי היסוד כעליונים, בלי להתחשב בשאלת היותם משוריינים. שם, בעמ' 299.

96 בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד (3) 57 (1996); בג"ץ 212/03 **חרות התנועה** הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד (נז) 750 (2003); ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד (נז) 793 (2003).

משוריינים ואפשר לשנותם ברוב רגיל ומקרי של חברי כנסת, דומה כי בית המשפט הכיר בעליונות גם בהיעדר כבילה.

עם זאת, אפשר לטעון כי אף התפתחות זו מתיישבת עם גישת הכבילה העצמית. לפי גישה זו, עצם הצורך להשתמש בכותרת "חוק יסוד" הוא סוג של כבילה. נוסף על כך, דרכו של בית המשפט להגיע לתוצאה בדבר העליונות של כלל חוקי היסוד הייתה קריאה של פסקאות הגבלה שיפוטיות לתוך חוקי יסוד "שותקים", דהיינו: חוקי יסוד שאינם מסדירים את האופן שבו אפשר לפגוע בהם. בדרך זו יצר בית המשפט, במקום המחוקק, כבילה מהותית על דרך ההיקש.<sup>97</sup>

**(ג) גירעון דמוקרטי:** כבילה עצמית סובלת מהקושי הלוגי הידוע של הפניה עצמית (self-reference).<sup>98</sup> הרי אם אני אכתוב נוסח של חוקת מדינת ישראל, לא יהא בכך כדי להופכו לחוקתה של ישראל. נדרשות עובדות חיצוניות שיתמכו בהעדת המסמך על עצמו שהוא חוקה. הוא הדין בחוקה שהיא פרי כבילה עצמית של בית הנבחרים: נדרש מנגנון חיצוני שיוכל לתת לגיטימציה לאותה כבילה עצמית. אולם, השיטה המוניסטית אינה דורשת תנאים מקדימים לשימוש בסמכות הכבילה באופן שמצדיק לייחס לחוק הכובל עליונות או לגיטימציה מיוחדת: מעמדו המיוחד נובע מעצם היותו כובל.

כבילה עצמית של המחוקק היא בעייתית גם מבחינה דמוקרטית. היא מאפשרת לבית מחוקקים אחד לכבול את יורשיו בלי לספק לגיטימיות דמוקרטית: מדוע ייהנה בית המחוקקים הכובל מסמכות "עודפת" על יורשיו, עד כדי שיוסמך לכובלם בחוקיו? לכאורה, תחת תפיסה אמיתית של ריבונות, הרצון האחרון של המחוקק הריבון הוא שאמור לקבוע. מכאן גם נגזר כלל ברירת הדין שלפיו חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם.

יתרה מזו: ההשפעה בפועל של כבילה כזו, כשהיא כוללת דרישות לרוב מיוחס (supermajority) כדי לשנותה, היא העברת הסמכות מהרוב של בית המחוקקים אל המיעוט, המקבל סמכות להטיל וטו על שינוי העניין המשוריין – אך אנו בוחרים את המחוקק כדי שיוקק, לא כדי שיאצול את סמכותו לרוב של אתמול או למיעוט של מחר.<sup>99</sup> בארצות-הברית אף נטען כי יש להתייחס לכבילה עצמית של המחוקק באמצעות דרישות רוב מיוחס כלא חוקתית, משום שהיא עולה כדי האצלה (delegation) של סמכות החקיקה וחורגת מסמכותו של הקונגרס.<sup>100</sup>

97 ראו להלן, ה"ש 125 והטקסט שליידה. ראו גם אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 173–186 (2010).

98 Alf Ross, *On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law*, 78 MIND 1 (1969); PETER SUBER, *THE PARADOX OF SELF-AMENDMENT: A STUDY OF LOGIC, LAW, OMNIPOTENCE, AND CHANGE* (1990)

99 JOHN LOCKE, *TWO TREATISES OF GOVERNMENT* the Second Treatise §141 (Peter Laslett ed., 1988). ראו גם Julian N. Eule, *Temporal Limits on the Legislative Mandate: Entrenchment and Retroactivity*, 1987 AM. B. FOUND. RES. J. 379

100 Bruce Ackerman et al., *An Open Letter to Congressman Gingrich*, 104 YALE L. J. 1539 (1995); Jed Rubenfeld, *Rights of Passage: Majority Rule in Congress*, 46 DUKE L. J. 73 (1996). לביקורת על גישה זו ראו John O. McGinnis & Michael B. Rappaport,

כבילה היא בעייתית במיוחד כשהחלטה עליה מתקבלת ברוב רגיל ומקרי במחוקק – אך היא דורשת רוב מיוחס כדי לבטל אותה, כפי שאירע בישראל פעם אחר פעם בחקיקת חוקי היסוד.<sup>101</sup> כבילה עצמית כזו סובלת מגירעון דמוקרטי חמור.<sup>102</sup> מי שמבקש כבילה עצמית בשל חשש מתוצאותיו של תהליך החקיקה הרובני צריך לחשוב אף מהתהליך הרובני שבאמצעותו הוראות המשוריינות מאומצות.

הקשיים הדמוקרטיים הרבים המתעוררים בהקשר של כבילה עצמית אינם מתקיימים כשמקור הכבילה הוא סמכות עליונה על המחוקק – קרי: העם, כפי שיבואר תחת המודל הדואליסטי.<sup>103</sup> יובהר, כי אם המחוקק מחוקק הוראות כבילה עצמית בתמיכת רוב מיוחס של בית המחוקקים, וזו משקפת תמיכה רחבה, עמוקה והחלטית (broad, deep and decisive) של העם – אזי מקור הכבילה עשוי להיות דואליסטי. הקושי בתאוריית הכבילה העצמית אינו במעורבות המחוקק ביצירת חוקה; הקושי נוצר כשהכבילה אינה משקפת את דעת העם. **(ד) חוקתיות חלשה:** ברמה הפרקטית, כבילה עצמית של המחוקק אינה שווה ערך ליצירת חוקה עליונה חזקה, משום שאין כל ערובה לכך שבתי המשפט יפעלו באופן אנטי רובני (counter-majoritarian)<sup>104</sup> ויעדיפו את רצון העבר של המחוקק (המגולם בהוראות השריון) על פני הרצון העכשווי שלו (כפי שמתבטא בהפרת הכבילה). בתי המשפט עלולים שלא לכפות על המחוקק לעמוד בתנאי הכבילה העצמית בהגיע יום פקודה. מדוע?

ראשית, טענה זו נסמכת על הניסיון ההיסטורי ההשוואתי. יש מסורת ארוכת שנים במשפט המקובל שלפיה הפרלמנט הוא הריבון והוא רשאי לחוקק כרצונו – למעט כבילת יורשיו. אפילו הארט, שהכיר בתוקף התאורטי של ריבונות מוגבלת, הודה בגלוי כי המושג

*Constitutionality of Legislative Supermajority Requirements: A Defense*, 105 YALE L.J. 483 (1995)

101 כך, למשל, ס' 56 לחוק יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 214, דרש רוב מוחלט לתיקונו. חוק יסוד זה נחקק ברוב של 55 חברי כנסת נגד 32 בקריאה השלישית (ד"כ התשנ"ב 3862-3863). בדומה, חוק יסוד: חופש העיסוק עבר ב-1992 ברוב של 23 בעד 0 מתנגדים (ד"כ התשנ"ב 3392-3393). חוק זה כלל הוראת שריון הדורשת רוב מוחלט לתיקונו (סעיף 5). ראו גם את סיפור חקיקתו של חוק יסוד: חופש העיסוק מ-1994 בפרק ד' להלן.

102 על הבעייתיות התאורטית הכרוכה בהיעדר סימטריה בין הרוב שבו נחקק החוק המשוריינ במקור לרוב הדרוש לשינויו ראו John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *Symmetric Entrenchment: A Constitutional and Normative Theory*, 89 VA. L. REV. 385 (2003). ראו גם את דבריו של מי שכיהן כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה שלמה גוברמן רפורמה קונסטיטוציונית בישראל והשלכותיה: ספר הכנס, יוני 1994 78-79 (המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה, 1995).

103 למאמר התומך בחוקתיות הכבילה רק ביחסים הררכיים ראו Paul W. Kahn, *Gramm-Rudman and the Capacity of Congress to Control the Future*, 13 HASTINGS CONST. L.Q. 185 (1985)

104 הקושי האנטי-רובני מתייחס לקושי הדמוקרטי שבהחלת ביקורת שיפוטית של בית המשפט על תוקף חוקיו של המחוקק. בין היתר, הקושי הוא שאמירה של גוף שאינו נבחר – בית המשפט – גוברת על אמירה של גוף נבחר – בית המחוקקים. ראו ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH* (2nd ed., 1986)



של ריבונות הכובלת את עצמה נדחה בעולם המעשה.<sup>105</sup> אין זה אומר שהפרלמנט הבריטי לא ניסה לפעמים לכבול את יורשיו,<sup>106</sup> אולם בתי המשפט לא אכפו את הוראות הכבילה על פרלמנטים שלא צייתו להן.<sup>107</sup> בהתאם למדיניות זו, הדין האירופי הוא עליון בהשוואה לדין בריטי סותר, כל עוד הפרלמנט בוחר להישאר חלק מהאיחוד. מובן שפרישה מהאיחוד תגבה מחירים פוליטיים וכלכליים כבדים, אבל עמדת בתי המשפט הבריטיים היא שמדובר בכחירה פרלמנטרית.<sup>108</sup> עמדה זו קיבלה חיזוק לאור תוצאותיו של משאל העם הבריטי ביוני 2016, שבו בחר העם הבריטי לפרוש מהאיחוד האירופי.

שנית, הטעם לכך שבית המשפט עלול שלא לאכוף את הכבילה העצמית הוא שתאוריית הכבילה העצמית אינה נותנת מענה מספק לטיעונים הדמוקרטיים המועלים נגדה, כפי שפורטו לעיל; ההפך הוא הנכון: המסורת בדבר ריבונות המחוקק מעניקה לשופט לגיטימציה לפסוק כי רצונו האחרון של בית המחוקקים גובר אפילו בניגוד לכבילת העבר. כדאי לזכור, כי המודל המוניסטי מותיר את בית המשפט לכד בקרב סמכויות אל מול המחוקק, במקום לערב גופים שלטוניים נוספים בתהליך האימוץ והשינוי של החוקה, כפי שעושה המודל הדואליסטי. על כן יתקשה בית המשפט לעמוד אל מול רצון ברור וחד-משמעי של מחוקק נבחר, המבקש להשליך מעליו את עול הכבילה העצמית, בבחינת "הפה שאסר הוא הפה שהתיר".<sup>109</sup>

שלישית, אפילו בארץ שמתקיימת בה מסורת פסקי הדין ברגמן,<sup>110</sup> בנק המזרחי וצאצאיהם, טרם התעוררו מקרים שבהם הצהיר המחוקק בחקיקה מפורשת כי החליט שלא לעמוד בכבילה העצמית שלקח על עצמו. ככל שהתעורר מקרה מעין זה, בהקשר של חוק בשר ומוצרי, התשנ"ד-1994,<sup>111</sup> תואמה הצהרת המחוקק עם פסקת ההתגברות שבחוק יסוד:

105 HART, לעיל ה"ש 10, בעמ' 149.

106 ראו, למשל, Posner & Vermeule, לעיל ה"ש 70, בעמ' 1667-1668; DICEY, לעיל ה"ש 9, בעמ' 21-25 "That Parliaments have more than once intended and endeavoured to pass) Acts which should tie the hands of their successors is certain, but the endeavour has always ended in failure"; שם, בעמ' 21).

107 Mark Elliott, *Embracing 'Constitutional' Legislation: Towards Fundamental Law?*, 107 54 N. IR. LEGAL Q. 25 (2003); Anupam Chander, *Sovereignty, Referenda, and the Entrenchment of a United Kingdom Bill of Rights*, 101 YALE. L. J. 457 (1991); Posner John C. Roberts & Erwin Chemerinsky, & Vermeule, לעיל ה"ש 70, בעמ' 1666-1668; *Entrenchment of Ordinary Legislation: A Reply to Professors Posner and Vermeule*, 91 CAL. L. REV. 1773, 1795-1789 (2003) (טוענים כי בתי המשפט האמריקניים ייטו להתייחס לסוגיית הכבילה העצמית של הרשות המחוקקת כבלתי-שפיטה).

108 John Laws, *Law and Democracy*, 1995 PUBLIC LAW 72, לעיל ה"ש 74. "אדם שאמר דבר, ואין אנו יודעים אותו אלא מפיו, נאמן לחזור ולומר דבר המבטל תוצאות אמירתו הראשונה"; "הפה שאסר הוא שהתיר" אנציקלופדיה תלמודית לענייני הלכה ט (1959).

110 הלכת ברגמן, לעיל ה"ש 41.

111 חוק בשר ומוצרי, התשנ"ד-1994, ס"ח 104. סעיף 5 בו קובע: "תוקפו של חוק זה הוא על אף האמור בחוק יסוד: חופש העיסוק".

חופש העיסוק.<sup>112</sup> במקרים האחרים שהתעוררו ספקות לגבי חוקתיות חוקים, סבר המחוקק כי הוא עומד בתנאים שבחוקי היסוד או לא שם לב שהוא פועל בניגוד להם, ובית המשפט דרש ממנו לעמוד בהם. למעשה, מאז נחקקו חוקי היסוד ברבר זכויות אדם הכנסת בוחנת את התאמן של הצעות חוק לדרישות שבחוקי היסוד.<sup>113</sup> לפי הספרות, בחינה כזו מאפיינת דווקא חוקות חלשות, מוניסטיות.<sup>114</sup>

בסופו של דבר, כבילה עצמית של המחוקק עלולה להביא לנסיגה חזרה לריבונות מוחלטת של בית המחוקקים. היא עלולה לבסס חוקתיות חלשה שלא תעמוד במבחן הזמן. כך קרה בקנדה בהקשר של מגילת הזכויות מ-1960: זו התבססה על כבילה עצמית תוכנית של המחוקק אך בסופו של דבר לא הצליחה ליצור הגנה חזקה לזכויות. מגילת הזכויות נכשלה במילוי תפקידה אף שבית המשפט העליון הקנדי הכיר בסמכותו להחיל מכוחה ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. רק הצ'רטר הקנדי, שמקורו בהליך דואליסטי, הצליח להביא ליצירת חוקתיות חזקה בקנדה,<sup>115</sup> כלומר: סוג החוקתיות – ולא רק עצם קיומה – הוא עניין מהותי. (ה) **ביטול הריבונות**: בחנו לעיל את האפשרות שהכבילה העצמית לא תעמוד ביום פקודה; עתה נבחן את החלופה שבה היא תעמוד ביום פקודה. כאשר כתב הארט שמבחינה תאורטית אפשריים שני מושגים של ריבונות – ריבונות שאין בכוחה לכבול את עצמה וריבונות שמוסמכת לכבול עצמה – הוא הכיר בכך שמרגע שהריבון כבל את עצמו הוא כבר אינו ריבון לגבי הנושא הנכבול.<sup>116</sup> הטעם לכך הוא שריבונות פירושה עליונות: היעדר גוף מעל הריבון (דוגמת בית משפט) שיכול לומר לו כי מעשהו אינו מעשה. לפיכך, אם מנגנון הכבילה העצמית הוא אפקטיבי, הוא מביא להרס הריבונות בלי להגדיר איזה ריבון חדש יחליף את המחוקק. על מי מוטלת האחריות כשאי-אפשר לשנות את החוקה בהתאם לכללים הקיימים, אך יש הסכמה רחבה של בית המחוקקים או של העם כי שינויה דרוש? התאוריה המוניסטית של כבילה עצמית אינה מספקת תשובה לשאלה זו.

## 5. השלכות התאוריה על תוקף שריון בחוק רגיל

המפתיע הוא שכוחה של תאוריה זו אינו רק בהסבר של פסיקת עבר או של פעולות המחוקק, אלא יש בה כדי להסביר אפילו החלטות נוכחיות של בית המשפט העליון. ברצוני להתמקד בהלכת **יקותיאלי** מ-2010.<sup>117</sup> להלכה זו חשיבות רבה הן מבחינה ציבורית (שכן היא החזירה לסדר היום את סוגיית הגיוס של תלמידי הישיבות) והן מבחינה תקדימית, משום שבית המשפט היה נכון לבטל סעיף בחוק תקציב.<sup>118</sup>

112 ס' 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

113 אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה' 339 (תש"ס).

114 ראו אצל TUSHNET, GARDBAUM, Hiebert, לעיל ה"ש 7.

115 ראו Weill, The New Commonwealth, לעיל ה"ש 20.

116 HART, לעיל ה"ש 10, בעמ' 149.

117 עניין יקותיאלי, לעיל ה"ש 64.

118 בית המשפט מצא כי הסעיף בחוק התקציב השנתי, המחלק תמיכות לאברכים, אינו "יכול לעמוד"; שם, בפס' 51 לפסק דינה של הנשיאה. עם זאת, מכוח עקרון הבטלות היחסית ביטל בית המשפט את הסעיף לעתיד, החל בשנת הכספים הבאה, כדי ליתן לאברכים ולרשויות שהות להיערך בהתאם.

על סמך מה השתית בית המשפט בעניין יקותיאלי את פסילת הסעיף בחוק תקציבי? הסעיף שנפסל העניק תמיכה כלכלית למשפחות נזקקות של אברכים הלומדים בישיבות גבוהות. דובר בתמיכה של כ-1,000 ש"ח למשפחה בת חמש נפשות (לפחות).<sup>119</sup> תמיכה זו נפסלה משום שלא ניתנה תמיכה דומה לסטודנטים הלומדים במוסדות להשכלה גבוהה. מנין לנו שיש להתייחס לסטודנטים ולאברכים באופן שווה? את חובת השוויון גזר בית המשפט מהחוק להבטחת הכנסה, התשמ"א-1980 ומהתקנות שהותקנו לפיו, שהתייחסו לשתי הקבוצות יחדיו והחילו עליהן דין שווה של היעדר תמיכה.<sup>120</sup> כיצד אפשר לפסול חוק תקציב בשל חוק הבטחת הכנסה? הרי מדובר בשני חוקים רגילים ואז חל הכלל שהחוק המאוחר והספציפי – במקרה זה: חוק התקציב – גובר. בשל קושי זה מצא בית המשפט כי החובה לנהוג בשוויון קבועה אף בחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985: סעיף 3א לחוק זה קובע כי יש לחלק כספים למוסדות מאתו סוג באופן שווה.<sup>121</sup> חוק יסודות התקציב אמנם אינו חל על יחידי הציבור ולכן החילו בית המשפט בדרך של היקש.<sup>122</sup> עדיין מתעוררת השאלה מדוע לא יגבר חוק התקציב, הספציפי והמאוחר, על חוק יסודות התקציב? על כך ענה בית המשפט שסעיף 3א לחוק יסודות התקציב קובע שריון מהותי של שוויון. אף חוק יסודות התקציב כולו הוא סוג של חוק מסגרת ביחס לחוקי תקציב שנתיים.<sup>123</sup> מכוח שריון מהותי זה – בין של שוויון ובין של חוק מסגרת – אפשר לפסול הוראה מאוחרת סותרת בחוק תקציב. אם כן, עדיין יש בתאוריה של כבילה עצמית כדי להביא לפסילת חוקים רגילים סותרים ולבסס ביקורת שיפוטית בישראל. ודוק: חוק התקציב נפסל לא משום שחוק יסודות התקציב הוא חלק מהחוקה הישראלית (הוא איננו), אלא משום שהוא חוק רגיל כובל.

יקשה השואל – והרי בסוף פסק דינו החיל בית המשפט את פסקת ההגבלה?<sup>124</sup> מקורה של פסקה ההגבלה בחוקי היסוד ולא בחוק יסודות התקציב, ואין מקום להחיל פסקאות הגבלה שיפוטיות אלא בהקשר של חוקי יסוד.<sup>125</sup> אם כן, אולי המקור לפסילת חוק התקציב בעניין

119 מדובר בכ-121 מליון ש"ח המחולקים לכ-10,000 משפחות אברכים שיש בהן לפחות שלושה ילדים. יקותיאלי, לעיל ה"ש 64, בפס' 1 ו-4 לפסק דינה של הנשיאה בייניש.

120 חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980, ס"ח 991, כנוסחו בשעת הדיון בעניין יקותיאלי, קבע בסעיף 3(4) כי לא יהיה זכאי לגמלה "תלמיד הלומד במוסד שקבע השר בתקנות ובתנאים שקבע". תקנה 6(א) לתקנות הבטחת הכנסה, התשמ"ב-1982, ק"ת 4316, קבעה כי מוסדות אלה כוללים מוסדות להשכלה גבוהה וכן ישיבות ומוסדות תורניים.

121 סעיף 3א לחוק יסודות התקציב קובע בס"ק ד: "הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות ציבור הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים".

122 עניין יקותיאלי, לעיל ה"ש 64, בפס' 30-34 לפסק הדין של הנשיאה בייניש.

123 שם, בפס' 19-21 לפסק הדין של הנשיאה בייניש.

124 שם, בפס' 42-51 לפסק הדין של הנשיאה בייניש.

125 תוכנו של פסקאות ההגבלה השיפוטיות דומה לתוכן פסקאות ההגבלה המפורשות שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק יסוד: חופש העיסוק, ועניינם דרישה למידתיות. השוני הוא שבמקום שהן תופענה מפורשות בחוקי היסוד, השופטים קוראים אותן לתוך חוקי היסוד; ראו הלכות הופנונג, חירות ומופז הנזכרות לעיל בה"ש 96. בספרו על המידתיות הסביר ברק כי הסיבה להחלה של פסקאות הגבלה שיפוטיות היא מניעת מצב שבו חוקי יסוד "שותקים"

יקותיאלי הוא חוקי היסוד? תשובתי היא כי ייתכן שבית המשפט החיל בפסק דין זה את המידתיות כחלק מדרישת המידתיות המנהלית בחלוקת תקציבים על ידי הרשות המבצעת. בהקשר זה, המידתיות משמשת תחליף לדרישת הסבירות – והנשיאה בייניש הדגישה ברונה במידתיות בפסק דין זה כי זו נדרשת ב"דבר חקיקה או פעולה של רשות מנהלית"<sup>126</sup>. לחלופין ייתכן כי החלת המידתיות נבעה מכך שבית המשפט לא היה החלטי באשר למקור החובה לנהוג בשוויון כלפי סטודנטים ואברכים. עיקרו של פסק הדין גוזר זאת מחוק יסודות התקציב ולא מהזכות החוקתית לכבוד האדם, המעגנת את הזכות לשוויון ככל שמדובר באפליה הפוגעת באוטונומיה של הרצון הפרטי וקשורה קשר הדוק לאנושיותו של האדם (ברוח פסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון).<sup>127</sup> ייתכן כי פסק הדין בעניין יקותיאלי לא נסמך בעיקר על הזכות החוקתית לכבוד בשל העובדה שנסיבותיו שונות מאלו של פסק הדין בעניין התנועה לאיכות השלטון. בזה האחרון פגע חוסר השוויון בנטל הגיוס באוטונומיה של הרצון הפרטי, שהרי עסקינן בהסדר גיוס כופה; ואילו בעניין יקותיאלי עסקינן ברכישת מקצוע, שהיא עניין של בחירה. קשה יותר לטעון לפגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי בבחירת מקצוע.

אילו ביסס בית המשפט את ביטול הסעיף בחוק תקציב שנתי על הזכות החוקתית לכבוד האדם (ושוויון) בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא לא היה צריך לבסס את עיקר פסק דינו על היחס בין חוק יסודות התקציב לבין חוק תקציב שנתי. עם זאת, ככל שהביטול נגזר מהיחס בין חוק יסודות התקציב לבין חוק תקציב שנתי, לא היה מקום שבית המשפט יחיל את פסקת ההגבלה. במקום זאת היה על בית המשפט לנהוג באחד משני אופנים: לפי גישת השופט זמיר בפרשת התנועה המסורתית, חוק תקציב שאינו מקיים את הוראות הכבילה המהותית שבחוק יסודות התקציב אינו תקף אלא אם יעמוד בתנאי השריון או אם תתוקן הוראת השריון.<sup>128</sup> לפי גישת השופט חשין באותו פסק דין, חוק התקציב יכול שלא לקיים את תנאי השריון מהותי שבחוק יסודות התקציב ובלבד שיעשה זאת מפורשות (expressly), דהיינו: חוק התקציב צריך להצהיר כי כוונתו לגבור על חוק יסודות התקציב הכובל.<sup>129</sup> יטען הטוען כי יש להבין את הלכת יקותיאלי כנשענת לא על ייחודה של הכבילה המהותית בחוק יסודות התקציב אלא על ייחודו של חוק התקציב כחוק נחות ביחס לחקיקה רגילה. זו הייתה עמדת השופט זמיר בעניין התנועה המסורתית.<sup>130</sup> ההנמקה שניתנה לעמדה זו הייתה שחוק תקציב הוא בבחינת הוראות של המחוקק לרשות המבצעת כיצד להוציא

יהיו עליונים, ללא כל אפשרות לפגוע בהם. בעיה זו נובעת מעליונותם של חוקי יסוד ואינה מתעוררת בחקיקה רגילה. ברק, מידתיות, לעיל ה"ש 97, בעמ' 173-186.

126 יקותיאלי, לעיל ה"ש 64, פס' 44.

127 התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 56.

128 בג"ץ 98/1438 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, פס' 13-14 לפסק דינו של השופט זמיר (1999).

129 שם, בפס' 7-11 לפסק דינו של השופט חשין.

130 שם, בפס' 13-14 לפסק דינו של השופט זמיר. השופט חשין לא סבר שחוק התקציב נחות מחוק רגיל אלא שחוק יסודות התקציב הוא "מוגבה" בהשוואה לחוק התקציב השנתי; ראו פס' 7-11 לפסק דינו של השופט חשין. בעניין יקותיאלי התייחסה הנשיאה בנייש לחוק התקציב כאל נחות, ברומה לגישת זמיר; ראו עניין יקותיאלי, לעיל ה"ש 64, בפס' 22-23.

כסף; הוא דומה יותר להוראה מנהלית מאשר ליצירת נורמה; חוק תקציב הוא בעל תחולה ספציפית ולא כללית כחוקים אחרים והוא זמני לשנה מסוימת ולא רב-שנתית. לפיכך, קל יותר לבית המשפט להתערב בחוק תקציב מאשר בחקיקה רגילה.

הקושי בגישה זו הוא שחוק התקציב עובר אותו הליך חקיקה של שלוש קריאות, ככל חוק רגיל. אין תאוריה חוקתית המכירה בהיררכיה בין חוקים רגילים (להבדיל מכבילה) אלא אם היררכיה זו קשורה ליחסי חוק וחוקה.<sup>131</sup> יתר על כן, גישה זו לחוק תקציב אינה עולה בקנה אחד עם מושכלות יסוד של דמוקרטיה ייצוגית. התקציב – "כוח הארנק" בלשון האבות המייסדים של החוקה האמריקנית<sup>132</sup> – נתפס כעניין שבפרורגטיבה של הגוף המחוקק בשיטות משפט נשיאותיות ופרלמנטריות כאחת. סמכות הפרלמנט לאשרו כרוכה באופן הדוק לצמיחתה של הדמוקרטיה המודרנית. תפקיד הפרלמנט בבריטניה, אף טרם גובש כגוף מחוקק, היה לאשר את תקציב המלך: זה היה האמצעי שבאמצעותו פיקח הפרלמנט על כוח המיסוי ועל "כוח החרב" (יציאה למלחמות) של המלך (לימים "האקזקוטיבה"). התאוריה החוקתית מכירה בכך שהמחוקק מחזיק במנדט, במומחיות ובידע הרוחבי על אודות הצרכים השונים של המדינה כדי לנהל בעילות תקציב בעולם של משאבים מוגבלים.<sup>133</sup>

התערבות בית המשפט בחוק תקציב חמורה מהתערבותו בחוק רגיל, במיוחד בשיטות משטר פרלמנטריות. רק בשיטה פרלמנטרית אי-מעבר של חוק תקציב נחשב לאי-אמון של המחוקק בגוף המבצע, והדבר עלול לגרור לבחירות.<sup>134</sup> מכאן, שהתערבות של גוף שאיננו נבחר – קרי: בית המשפט – בחוק תקציב, כמוה כהתערבות בלב יחסי האמון והמנדט בין הגוף המחוקק לגוף המבצע. הניסיון ההיסטורי ההשוואתי מלמד אף הוא על כך שגופים שאינם נבחרים שילמו מחירים מוסדיים כבדים על התערבותם בחוקי תקציב.<sup>135</sup>

הלכת יקותיאלי, כמו גם הלכת התנועה המסורתית שקדמה לה, עשויות להוכיח כי יש בתאוריית הכבילה העצמית כדי לבסס ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בישראל; יתר על כן: הלכת יקותיאלי אינה מתיישבת בקלות עם התאוריה הדואליסטית. הלכה זו מתירה יחסי כבילה בין שני חוקים רגילים, שאינם חלק מהחוקה הישראלית, שעה שהתאוריה הדואליסטית שוללת סמכות כבילה זו כלא דמוקרטית.<sup>136</sup> אם כן, אותו טקסט חוקתי – במקרה זה: פסקת שריון – מקבל משמעות שונה בהתאם לתאוריה שאנו בוחרים כדי להסביר את אופן אימוץ החוקה הישראלית.

131 סוזי נבות "הערה על מעמד הנורמטיבי של חוקי התקציב – בעקבות בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות" המשפט ו 123 (2001).

132 THE FEDERALIST PAPERS, PAPER NO. 58 (Jacob E. Cooke ed., 1961)

133 רבקה ווייל "בריאות התקציב או תקציב הבריאות – מה עדיף בראי חוקתית?" משפט ועסקים 157, 178-196 (2007).

134 בשיטה נשיאותית, מאחר שהנשיא נהנה ממנדט עצמאי בלתי-תלוי בגוף המחוקק, הוא רשאי להמשיך בשלטון גם אם חוק התקציב נכשל בגוף המחוקק. Michael Laver, *Legislatures and Parliaments in Comparative Context*, in OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL ECONOMY (Barry R. Weingast and Donald Wittman eds., 2006)

135 ווייל "בריאות התקציב", לעיל ה"ש 133.

136 ראו להלן, פרק ד'.

## ג. תאוריית "אופן וצורה"

תאוריית "האופן והצורה" מתירה ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית אף ללא חוקה פורמלית עליונה. תאוריה זו נחשבת זניחה ולא רלוונטית בבטאה דעת מיעוט של השופט חשין בעניין **בנק המזרחי**,<sup>137</sup> אך למעשה היה בספרות המשפטית ובעמדת הגורמים המקצועיים ברשויות הנבחרות בסיס משמעותי לגישתו בתקופה שבין חקיקת חוקי היסוד משנת 1992 לבין מתן פסק הדין בעניין **בנק המזרחי**. פרק זה מסביר מדוע תאוריה זו עדיין רלוונטית בישראל; יתרה מזו: דווקא בתאוריה זו יש כדי להסביר את תופעת ההתגברות בשיטה הישראלית.

### 1. ביקורת שיפוטית ללא חוקה

גישת האופן והצורה שונה מתורת הכבילה העצמית בכך שבמסגרתה בית המחוקקים נותר ריבון ואינו מוסמך לכבול את עצמו או לאמץ חוקה. עם זאת, היא מאפשרת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. תאוריה זו עדיין מוכרת "חדשה" בספרות הבריטית, כדי לברל אותה מן הגישה הדייסיאנית הקלאסית של ריבונות פרלמנטרית, שלא אפשרה ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. למעשה מדובר בתאוריה ישנה למדי, משנות השלושים של המאה שעברה – המועד שבו ניסח אותה ג'נינגס לראשונה.<sup>138</sup> התאוריה התפתחה כמובן מאז ימיו, ובגלגולה הנוכחי היא כוללת רק חלק ממגבלות האופן והצורה (קרי: מגבלות פרוצדורליות) שג'נינגס חשב עליהן.<sup>139</sup> כמו כן, היא מאפשרת גם מגבלות מהותיות באמצעות תרגומן למגבלות פרוצדורליות, כמבואר להלן.

גישת האופן והצורה מנסה לברל את עצמה מתאוריית הכבילה העצמית של המחוקק בכך שהיא מאפשרת רק מגבלות פרוצדורליות (ולא מהותיות) על חקיקה עתידית. יתרה מזו: כל מגבלה פרוצדורלית צריכה להיות כפופה לשלטון הרוב ולכן היא לא עולה כדי כבילה אמיתית.<sup>140</sup> תאוריה זו מסבירה שמגבלות פרוצדורליות מתיישבות עם ריבונות פרלמנטרית משום שהפרלמנט הוא גוף רב-חברים וככזה עליו לקבוע עבור עצמו את הכללים שיגדירו מתי פעולותיו עולות כדי "חוק". הפרלמנט גם רשאי לשנות כללים אלה, ובלבד שפעל על פי המסלול שהותווה לכך מראש.<sup>141</sup> כללים אלה נחשבים לכללי "אופן וצורה" כשהם קבועים בחקיקה ראשית. אם הפרלמנט סוטה מהם, בית המשפט מוסמך להכריז כי התוצאה אינה "חוק".<sup>142</sup> לגיטימיות הביקורת השיפוטית נובעת מכך שבית המשפט מבטיח כי יקוים רצון הפרלמנט.

137 **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 530-564, בפס' 82-132 לפסק דינו של השופט חשין.

138 לכתובה התאורטית על גישת האופן והצורה ראו לעיל, ה"ש 12.

139 ג'נינגס סבר שבאמצעות הגבלות אופן וצורה אפשר לאמץ אפילו דרישה לקיים משאל עם בנושא מסוים. JENNINGS, לעיל ה"ש 12, בעמ' 144-145. ספק אם כיום תיחשב דרישה זו לגיטימית תחת תאוריית האופן והצורה, כי היא מגבילה את ריבונות הפרלמנט.

140 **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 537-543, בפס' 90-97 לפסק דינו של השופט חשין.

141 שם, בעמ' 530-535.

142 שם, בעמ' 534.

המגבלות הפרוצדורליות הנדונות תחת תאוריה זו כוללות, למשל, את סמכות המחוקק לדרוש רוב מוחלט כדי לבטל או לשנות חוק, דרישה לנוכחות מינימלית (קוורום) טרם חקיקת חוק ודרישה לביטול או להתגברות בלשון מפורשת. חוקים שביטולם או שינוים מחייבים רוב גדול יותר מרוב מוחלט (supermajority) יפורשו, בהתאם, ככאלה שנדרש להם רוב מוחלט. בדרך זו תכובד כוונת הכנסת להדק את הדרישות לביטול או לשינוי החוק בלי לקרוא תיגר על שלטון הרוב.<sup>143</sup>

יקשה השואל: הרי תאוריה זו כלל אינה יכולה להסביר את התפתחות החוקתיות הישראלית, שהרי מאז עניין בנק המזרחי ביטל בית המשפט חוקים בעיקר על סמך מגבלה מהותית – קרי: פסקת ההגבלה המופיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>144</sup> – שאינה פרוצדורלית? תשובתי היא שמגבלות מהותיות דוגמת פסקת ההגבלה הן אפשריות תחת גישת האופן והצורה, אולם משמעותן שונה. הנה אנו שוב רואים כי אותו טקסט חוקתי – במקרה זה, פסקת הגבלה – מקבל משמעות שונה בהתאם לתאוריה שאנו בוחרים לספר לעצמנו לגבי אופן אימוץ החוקה הישראלית. תחת תאוריית האופן והצורה, פסקת הגבלה מציבה לפני הפרלמנט בררה: לקיים תוכנית את מגבלות המהות או לסטות מהן מפורשות. כך, כל מגבלה מהותית תתורגם למגבלה פרוצדורלית – חיוב המחוקק "להתגבר" במפורש. בכל פסקת הגבלה מובנית במשתמע גם פסקת התגברות. תאוריית האופן והצורה מבססת את קיומן של פסקאות התגברות שיפוטיות בכל חוקי היסוד הכוללים פסקאות הגבלה (בין שהן מפורשות ובין שהן שיפוטיות).<sup>145</sup>

למעשה, השופט חשין קיים דיון נפרד בחוק יסוד: חופש העיסוק ובחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק יסוד: חופש העיסוק כולל שלוש הוראות הרלוונטיות לדיון: פסקת הגבלה המהווה כבילה מהותית (סעיף 4), פסקת נוקשות המהווה כבילה פרוצדורלית (סעיף 7) ופסקת התגברות המהווה כבילה פרוצדורלית (סעיף 8).<sup>146</sup> לשופט חשין לא היה כל קושי עם פסקת הנוקשות, כי היא דורשת מהכנסת לעמוד רק בתנאים צורניים (שימוש בכותרת "חוק יסוד" והעברת התיקון ברוב של 61 חברי כנסת).<sup>147</sup> לא היה לו קושי עם פסקת התגברות כי אף היא כוללת תנאי פרוצדורה גרדא (דרישה שהחוק המתגבר ישתמש במילים "על אף האמור"

143 שם, בעמ' 542-543.

144 נוסף על פסקי הדין שפורטו לעיל בה"ש 57 ראו בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון, פ"ד סב(1) 1 (2006); הלכת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר), לעיל ה"ש 47; בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סג(3) 500 (2010). כן ראו הלכת יקותיאלי, לעיל ה"ש 64; בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012); בג"ץ 7146/12 נג'ט סרג' אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013); בג"ץ 7385/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.2015).

145 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 547-564.

146 שם, בעמ' 548-551.

147 שם, בעמ' 550.



ויחוקק ברוב של 61 חברי כנסת).<sup>148</sup> היה לו קושי עם פסקת ההגבלה משום שהיא כוללת תנאים של מהות, אך לרידו בעיה זו אינה משמעותית בחוק יסוד: חופש העיסוק. זאת, משום שניתנה למחוקק בררה – לעמוד בדרישות של פסקת ההגבלה בחוק יסוד: חופש העיסוק מבחינה תוכנית או להתגבר עליה צורנית באמצעות פסקת ההתגברות המפורשת. בלשונו של השופט חשין: "גם כאן נחבאת הכבילה המהותית אל בין קפלי השריון הפורמאלי [...] נושא הכבילה ממילא ייסוב את נושא הפרוצדורה ואת הוראת השריון הפורמאלי דווקא".<sup>149</sup> שונה הדיון באשר לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק יסוד זה כולל רק כבילה מהותית בדמות פסקת ההגבלה (סעיף 8). כדי שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יתיישב עם תפיסת האופן והצורה, פירש אותו השופט חשין כדלקמן: הכנסת חייבת לקיים את הדרישות המהותיות שבפסקת ההגבלה או להצהיר מפורשות שאינה מוכנה לעמוד בהן. כך, גם פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נהפכת לכבילה פרוצדורלית משום שאפשר להתגבר עליה באמירה מפורשת.<sup>150</sup> בלשונו של חשין: "דעתנו היא אפוא זו, שלעניין 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".<sup>151</sup> וכך: "קביעת הצורך לומר דברים במפורש הינה דרישה של דרכי הליכים כמוה כצורך בשלוש קריאות".<sup>152</sup> השופט חשין סיכם הדיון באומרו: "הוראת הכבילה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – כמוה כשריונו של חוק יסוד: חופש העיסוק – נגזרת היא מפרוצדורה [...] ענייננו כאן הוא – כבחוק יסוד: חופש העיסוק – בכללים של 'התארגנות' הכנסת לקראת 'ארגון' העולם לבר הכנסת, בהליכי 'קשוט עצמך תחילה'".<sup>153</sup>

מדוע תיתכנה רק מגבלות פרוצדורליות ולא מהותיות? משום שבמסגרת המחויבות של תורת האופן והצורה לתאוריית הריבונות הפרלמנטרית, שום פרלמנט אינו מוסמך לכבול את הבאים אחריו לתוכן חקיקה מסוים. הפרלמנט חייב להיות ריבון לחוקק לזולתו. הדגיש השופט חשין: "אם ילך המחוקק בדרך שסלל לעצמו מראש, לא תיפגע כהוא זה סמכותו לחוקק, ובכל נושא שיאבה לחוקק".<sup>154</sup> תרגום דרישות מהותיות לפרוצדורה של אמירה מפורשת יש בה כדי לממש את כוונת המחוקק להגביל את עצמו בלי לסטות מעקרון ריבונות המחוקק. ייתכן כי יש בדרישה לאמירה מפורשת כדי להרתיע את המחוקק מלסטות מהמגבלות המהותיות שנטל על עצמו. מנגד, אם המחוקק מוכן לשלם את המחיר הציבורי, על פי גישה זו יש לאפשר לו לעשות זאת: הוא הריבון הדמוקרטי.<sup>155</sup>

עד כה דיברנו על גישתו של השופט חשין לביקורת שיפוטית שמקורה במגבלות שהכנסת נטלה על עצמה בדרך של אופן וצורה; אך השופט חשין הכיר גם במגבלות המוטלות על הכנסת מבחוקן, בדרך של עקרונות-על. אלה יידונו להלן בפרק ה', במסגרת תאוריית היסודנות.

148	ש.ם.
149	ש.ם.
150	ש.ם, בעמ' 551-559.
151	ש.ם, בעמ' 558-559.
152	ש.ם, בעמ' 562.
153	ש.ם, בעמ' 561-562.
154	ש.ם, בעמ' 532.
155	ש.ם, בעמ' 551, 558, 563.

## 2. ההקשר ההשוואתי

גישת האופן וצורה עשויה להסביר את ההתפתחות החוקתית במדינות מסוימות. ג'נינגס פיתח את התאוריה כדי להסביר, בין היתר, את תקפותו של חוק הפרלמנט (Parliament Act) מ-1911, שהגדיר מחדש את תהליך החקיקה בבריטניה. תימוכין לגישת האופן והצורה אפשר למצוא בהחלטת בית הלורדים הבריטי בעניין *Jackson* בשנת 2005, שבה נדון חוק הפרלמנט משנת 1949.<sup>156</sup>

את ההחלטות של בתי משפט בבריטניה תחת חוק זכויות האדם (Human Rights Act) מ-1998, שהחיל את האמנה האירופית לזכויות האדם על הדין הפנימי, אפשר לפרש תחת תאוריית האופן והצורה. לעתים בתי המשפט מפרשים חוקים בדרכים יצירתיות ובניגוד לכוונת המחוקק, כדי שיתיישבו עם חוק זכויות האדם.<sup>157</sup> בתי משפט אלה רואים את חוק זכויות האדם כקובע מגבלות של מהות שאפשר להתגבר עליהן באמצעות אמירה מפורשת. במקום שהחוק אומר מפורשות כי הוא רוצה לסטות מחוק זכויות האדם, לא תיתכן פרשנות אחרת ואמירתו זו של המחוקק היא הקובעת. יתר על כן, בתי המשפט העליונים יתנו לכל היותר הצהרה בדבר אי-התאמה בין החוק הפוגע לבין מגילת זכויות האדם. אשר להשלכות – ככל שהן עלולות להיות חמורות מבחינה פוליטית – הרי הן עניין שהפרלמנט צריך להחליט עליו, והפרלמנט עשוי להחליט להשאיר את החוק הפוגע על כנו.<sup>158</sup> הצהרת בית המשפט על אי-התאמה היא סוג של "אמירה מפורשת", אלא שהיא נעשית על ידי הרשות השופטת במקום המחוקקת.

גם החלטת השופט לוֹז (Laws) בעניין *Thoburn* ניתנת לפרשנות תחת מודל האופן והצורה. השופט לוֹז הציע כי חוקים מסוימים בבריטניה יוכרו כחוקתיים ויהנו ממעמד מיוחד, כך שהמחוקק יוכל לסטות מהם במפורש בלבד.<sup>159</sup> אם כן, השופט לוֹז ראה חוקים אלה כקובעים מגבלות מהותיות שאפשר להתגבר עליהן באמירה מפורשת. גישה זו קבלה תימוכין מבית המשפט העליון הבריטי בפסק הדין בעניין *HS2* בשנת 2014.<sup>160</sup> תאוריית האופן והצורה יכולה להסביר גם את ההתפתחות בניו-זילנד, שיש הטוענים כי אינה דמוקרטית חוקתית. מגילת זכויות האדם של ניו-זילנד משנת 1990 נחקקה כחוק רגיל ואין בה שריון פרוצדורלי, אך היא מעניקה סמכות לבתי המשפט לפרש חוקים באופן התואם ככל האפשר את מגילת הזכויות. בתי המשפט נעדרי כוח לבטל חוקים והמחוקק יכול להתגבר על כל פרשנות של בית המשפט באמצעות אמירה מפורשת כי כוונתו לפגוע בזכויות. נוסף על כך, בשנת 2015 קבע בית המשפט העליון של ניו-זילנד כי בסמכותו

Rivka ראו R. (on the application of Jackson) v. Attorney General [2005] UKHL 56 156  
Weill, *Centennial to the Parliament Act 1911: The Manner and Form Fallacy*, Pub. L.  
105 (2012)

ראו Allison, לעיל ה"ש 27, בעמ' 221-236. 157

במקרה כזה תהיה בריטניה חשופה לתביעה לפני בית הדין הארופי לזכויות אדם; Gardbaum, לעיל ה"ש 7, בעמ' 732-739. 158

*Thoburn v. Sunderland City Council*, [2003] Q.B. 151, 185-189 159

R. (on the application of Buckinghamshire CC) v Secretary of State of Transport [2014] 160  
UKSC 3, [2014] 1 W.L.R. 324 (known also as: HS2 Action Alliance Ltd.)

להצהיר על אי-התאמה בין חוק לבין מגילת הזכויות אף שסמכות זו אינה מוקנית לו מפורשות במגילת הזכויות.<sup>161</sup>

תאוריה זו יכולה להסביר גם את הניסיון הקנדי עם מגילת זכויות האדם הקנדית מ-1960. מגילה זו נחקקה כחוק פדרלי רגיל הניתן לשינוי ברוב רגיל. למרות זאת הכיר בית המשפט העליון הקנדי בכוח הביקורת השיפוטית לבטל חקיקה ראשית מכוח המגילה ודרש אמירה מפורשת של המחוקק כדי לגבור על הזכויות הקבועות בה.<sup>162</sup>

לעתים קשה לקבוע איזו תאוריה של מוניזם – תאוריית הכבילה העצמית או תאוריית האופן והצורה – מתארת טוב יותר את תהליכי ההתפתחות החוקתית של שיטת משפט נתונה. הקושי נובע מכך ששתי השיטות מתייחסות לשריון פרוצדורלי, שאינו עולה על רוב מוחלט, באופן זהה. לפיכך, תחת שתי השיטות כאחת אפשר לסווג הן את תקופת הייסוד של החוקה הישראלית (טרם עניין בנק המזרחי) והן את הניסיון הקנדי משנות השישים תחת מגילת זכויות האדם. ההבדל בין שתי השיטות יתגלה במקרים שבהם השריון עולה על רוב מוחלט או שמדובר במגבלה של מהות ולא במגבלה פרוצדורלית. האופן שבו יגיב בית המשפט למחוקק המפר את המגבלות הללו יסייע לקבוע באיזו משתי שיטות מוניסטיות מדובר. בתי המשפט לא יקבעו את תגובתם באופן שרירותי: פרשנותם לאופן האימוץ של החוקה ולאופן שינויה תסייע להם לקבוע באיזו משתי שיטות מוניסטיות מדובר.<sup>163</sup>

### 3. יתרונות התאוריה

על פניה, תאוריית האופן והצורה – המגבילה את סמכות הכבילה העצמית של הכנסת למגבלות שלטון הרוב, ומפרשת כבילה מהותית כמחייבת רק ביטול או התגברות מפורשים על חקיקה קודמת – היא אטרקטיבית מאוד. אפשר להלן את יתרונותיה המרכזיים.

(א) **אחריותיות:** דרישה לביטול או להתגברות מפורשים מבטיחה שהפרת הכבילה תיעשה מתוך מודעות וכוונה ואגב חשיפה לעין הציבור. דרישה כזו מאפשרת דיון ציבורי וגובה מחיר פוליטי מפרלמנט שיפר אותה. היא דרך להשגת אחריות ומנגנון לביוש (shaming) של הנציגים. מחיר הפומביות חשוב משום שאחת הביקורות העיקריות נגד חוקת ויימאר הייתה שאפשר היה לשנותה בחקיקת פרלמנט ובמשתמע, הרחק מעין הציבור.<sup>164</sup> עם זאת, תאוריית האופן והצורה מכבדת את הסמכות הדמוקרטית האולטימטיבית של בית המחוקקים לבטל או להתגבר על החקיקה של קודמיו באמצעות הצבעת הרוב. תאוריה זו אפוא לא מעוררת קושי אנטי-רובני משמעותי אף שהיא כוללת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית ואינה מאפשרת שינוי במשתמע של הוראת הכבילה.

Taylor v. Attorney General, [2015] NZHC 1706 161

Regina v. Drybones, [1970] 3 S.C.R. 282 (Can.) 162

163 ראו HART, לעיל ה"ש 10, בעמ' 100-123; HANS KELSEN, PURE THEORY OF LAW 201-205; (Max Knight trans. 1989); SALMOND ON JURISPRUDENCE 84-85 (P.J. Fitzgerald ed., 12<sup>th</sup> ed. 1966)

164 Ulrich K. Preuss, *The Implications of "Eternity Clauses": The German Experience*, 44 Isr. L. Rev. 429, 437 (2011)

**(ב) סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת:** תאוריית האופן והצורה מתיישבת יפה גם עם תקופת הייסוד של החוקה הישראלית. המחוקק התגבר בעקביות על פסיקה של בית המשפט העליון שביטלה חוקים על סמך סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת בתקופה שבין פרשת ברנמן לפרשת בנק המזרחי. במקום לתקן את חוק יסוד: הכנסת או לציית להוראותיו – האופציות שהעמיד בית המשפט לפני המחוקק פעם אחר פעם – בחר המחוקק בדרך כלל לחוקק מחדש, רטרואקטיבית, את ההוראה הסותרת את סעיף 4 ברוב הנדרש.<sup>165</sup> חוק יסוד: הכנסת אינו כולל פסקת התגברות מפורשת אלא רק כבילה מהותית לשוויון ובצדה מנגנון שינוי נוקשה, ובכל זאת קיבל בית המשפט העליון את הפרקטיקה של המחוקק כלגיטימית. למעשה פעלו השחקנים הפוליטיים תחת מודל האופן והצורה, שאפשר לפרש את הכבילה המהותית לשוויון בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת כדורשת סטייה מהכבילה באמירה מפורשת. עד היום בית המשפט מתחבט – כולל בהלכת גוטמן – אם יש מקום להתיר פגיעה בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת באמצעות התגברות:<sup>166</sup> אם יותר הדבר, יהא בכך חיזוק לגישתו של חשין בדבר תאוריית האופן והצורה.

**(ג) כבילה מהותית בחוקים רגילים:** דומה כי גישתו של חשין עולה בקנה אחד גם עם פסקי דין אחרים שבהם נדונה משמעותה של כבילה מהותית בחוקים רגילים. כך, למשל, סעיף 1א(א) לחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951 קובע: "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית – אין נוהגים לפיה".<sup>167</sup> בית המשפט דרש אמירה מפורשת כדי לגבור על כבילה מהותית זו.<sup>168</sup> בדומה, סעיף 46(ב) לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957 קובע: "כל מקום שהוראה בחוק זה סותרת הוראת כל חוק אחר, ההוראה שבחוק זה – עדיפה".<sup>169</sup> גם לעניין זה פירש בית המשפט את הכבילה המהותית כדרישה לאמירה מפורשת.<sup>170</sup> אמנם, חוקים אלה לא הביאו לביטול חוק סותר, והכבילה המהותית שימשה להתגברות של החוק המוקדם על החוק המאוחר ולהחלתו על המקרה שבדיון, אך בעניין יקותיאל כבר ראינו שבהיעדר אמירה מפורשת, אותה תאוריה של כבילה מהותית בחוק רגיל מביאה לביטול חוק סותר.<sup>171</sup>

Rivka Weill, *Reconciling Parliamentary Sovereignty and Judicial Review: On the Theoretical and Historical Origins of the Legislative Override Power*, 39 HASTINGS CONST. L. Q. 457 (2012)

166 גוטמן, לעיל ה"ש 66. ראו גם רבקה ווייל "האם המחוקק ירה בתותח כדי לפגוע בזכויות על מידתיות במשפט" *משפט ועסקים* טו 337, 338-390 (2012).

167 ס"ח 248.

168 בג"ץ 104/87 ר"ר נעמי נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 764 (1990).

169 ס"ח 24.

170 בג"ץ 256/88 מדאנווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מד(1) 44 (1989).

171 עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 64 והטקסט שלידה. ראו גם עניין התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 128, שם כתב השופט חשין כי די באמירה מפורשת כדי לגבור על הכבילה שבחוק יסודות התקציב.

(ד) דעה רווחת בספרות בין 1992 לבין 1995: כאמור לעיל, חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אמור היה לכלול שריון.<sup>172</sup> עם נפילת השריון על חודו של קול התעורר דיון בספרות על המשמעות של פסקת ההגבלה בחוק יסוד זה. השופט ברק הציע ששני מסלולים הם אפשריים: האחד – שאפשר להתגבר על פסקת ההגבלה באמירה מפורשת, ובהיעדרה יהיה בית המשפט מוסמך להכריז על בטלות החוק הסותר. לפי המסלול האחר, בהיעדר עמידה בתנאי פסקת ההגבלה נותר פתוח רק מסלול התיקון של חוק היסוד.<sup>173</sup> בסופו של דבר, בעניין בנק המזרחי בחר הנשיא ברק במסלול השני, אף שבין 1992 לבין 1995 הוא עצמו שקל בכובד ראש ללכת בדרכו של השופט חשין – תאוריית האופן והצורה. למעשה, הדעה הרווחת בספרות באותה תקופה – הן של פרופסורים, הן של שופטים והן של הדרג הבכיר ברשות המבצעת – תמכה בעמדתו של השופט חשין, שלפיה אפשר להתגבר על פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו באמירה מפורשת.<sup>174</sup>

(ה) גישת ברק לחוק יסוד שותק בפרשת בנק המזרחי: כאשר דחה הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי את גישת האמירה המפורשת ביחס לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא הציע אותה כאפשרות להתמודד עם חוקי יסוד שותקים, שאינם כוללים פסקת הגבלה או פסקת שריון מפורשת.<sup>175</sup> הוא הסביר כי אם נפרש את שתיקתם של חוקי יסוד אלה כמאפשרת פגיעה באמצעות חוק רגיל, אזי אין כל הבדל בינם לבין חקיקה רגילה; לעומת זאת, אם נדרוש תיקון של חוקי היסוד כתנאי לפגיעה בהם, אזי חוקי יסוד אלה יהיו מוגנים יותר מחוקי יסוד הכוללים שריון או הגבלה מפורשים. הנשיא ברק אמנם הותיר סוגיה זו בצריך עיון בעניין בנק המזרחי, אך מאחר שאף חוקי יסוד אלה כוללים מעצם הגדרתם כבילה תוכנית, אפילו בפסק הדין בעניין בנק המזרחי ניכרת השפעה של תורת האופן והצורה על החשיבה שלו. מאוחר יותר זנח הנשיא ברק גישה זו כליל ואימץ במקומה את הדרישה לציות לפסקאות הגבלה שיפוטיות,<sup>176</sup> אך די בהיסטוריה זו כדי ללמד שיש לגישת השופט חשין תימוכין רבים בהיסטוריה של המשפט הישראלי.

#### 4. בעייתיות התאוריה

למרות היתרונות הרבים של תאוריית האופן והצורה, אף היא כרוכה בקשיים תאורטיים רבים.

(א) הורתה בטעות: עצם המונח "אופן וצורה" לקוח מ־"The Colonial Laws Validity Act 1865". חוק זה שיקף מגבלות "אופן וצורה" שקיבלו תוקף על ידי הסמכות החיצונית

172 ראו לעיל, פרק ב'.

173 אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9, 20-22 (התשנ"ב); אהרן ברק פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית 561-563 (1992).

174 קרפ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 380, ה"ש 42; מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז(3) 659, 662 (1993);

David Kretzmer, *The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?*, 26 *Isr. L. Rev.* 238, 242 (1992)

175 בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 409.

176 ראו דיון לעיל בה"ש 125 ובטקסט שליטה.

העליונה של האימפריה הבריטית ביחסה לבתי מחוקקים קולוניאליים שהיו כפופים לה.<sup>177</sup> מבחינה זו, מקורה של התאוריה נעוץ בתפיסות דואליסטיות של גוף עליון הכובל גוף תחתון, אף אם הגוף העליון אינו העם אלא גוף אימפריאליסטי. מקור התאוריה אינו מעוגן אפוא בתאוריות מוניסטיות של הגבלה עצמית של המחוקק לפרוצדורה.

(ב) **סתירות פנימיות באופן יישומה:** תאוריית האופן והצורה מבוססת על התפיסה שבית המחוקקים רשאי להגביל את יורשיו רק לגבי אופן החקיקה של החוק אך לא לגבי תוכנו. למרות זאת, בפועל משתמשים בתאוריה למצבים שבהם הוגדרה פרוצדורה מיוחדת לחקיקת חוקים מסוימים בלבד. כך, למשל, סעיף הנוקשות בחוק יסוד: חופש העיסוק מגדיר את אופן החקיקה של חוקים המבקשים לשנות את חוק יסוד: חופש העיסוק בלבד. מתן אפשרות למחוקק לקבוע מגבלות אופן וצורה לגבי חוקים ספציפיים עשויה להגביל פרלמנטים עתידיים לאג'נדות ולתכנים מסוימים שקבעו קודמיהם. המצב היה שונה אילו דובר בהגדרה מחדש של אופן החקיקה של כלל החוקים במדינה, כפי שקרה לגבי חוקי הפרלמנט בבריטניה. במצב כזה אפשר היה לומר כי ההיגיון של תורת האופן והצורה חל ומדובר במגבלות פרוצדורליות שאינן עולות כדי כבילה תוכנית.

(ג) **גירעון דמוקרטי:** תאוריה זו גם איננה חופשייה לחלוטין מהבעיה הדמוקרטית (הרובנית). היא מעלה את אותם חששות – שלגביהם מתנהל היום ויכוח ער בבריטניה ובניו-זילנד – האם דרישות לכיטול או להתגברות מפורשים מתיישבות עם ריבונות פרלמנטרית.<sup>178</sup> קושי זה עולה משום שבתי משפט יפרשו חוק מאוחר ככזה שמבטל במשתמע חוק מוקדם יותר רק כשאי-אפשר יהיה ליישב ביניהם באמצעות פרשנות. במשפט המקובל הדבר נחשב לכלי של מוצא אחרון, שכן אילו רצה המחוקק לבטל את החוק המוקדם היה עושה זאת.<sup>179</sup> בנסיבות כאלה, שבהן אי-אפשר ליישב בין שני החוקים בדרך של פרשנות, האם לא ראוי שיחול רצונו האחרון של המחוקק הריבון? תאוריית האופן והצורה מביאה לכך שהנורמה המוקדמת בזמן תגבר בהיעדר ביטול מפורש ואילו רצונו האחרון של המחוקק – יסוכל.

(ד) **חוקתיות חלשה:** בהתחשב בקשיים שפורטו דומה כי ראוי להכיר בגלוי בכך שתפיסת האופן והצורה מוצדקת רק בהקשרים מוגבלים, בעיקר לשם הגנה על ערכים וזכויות חוקתיים. למעשה, מגבלות של אופן וצורה זכו לאחרונה לתמיכה במדינות שמקורן בחבר העמים הבריטי כמודל ביניים בין ריבונות פרלמנטרית לבין חוקות עליונות.<sup>180</sup> תאוריית האופן והצורה מספקת אפוא גרסה חלשה של חוקתיות בתוך שיטה חוקתית שהיא מוניסטית בעיקרה.

177 M.H. Tse, *The Canadian Bill of Rights as an Effective Manner and Form Device: An Analysis of the Supreme Court of Canada Decision in Authorson v. Canada*, 18 NAT'L J. CONST. L. 71 (2005)

178 Rebecca Prebble, *Constitutional Statutes and Implied Repeal: The Thoburn Decision and the Consequences for New Zealand*, 36 VICT. U. WELLINGTON L. REV. 291 (2009); Elliott; Farrah Ahmed & Adam Perry, *The Quasi-Entrenchment of*; 107 *לעיל ה"ש* 107; 73 CAMBRIDGE L.J. 514 (2014)

179 אהרן ברק *פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית* א 566-568 (1992).

180 Prebble, *לעיל ה"ש* 178 (דן במקורות בריטיים); Tse, *לעיל ה"ש* 177, בעמ' 83 (דן במקורות קנדיים).

אם המניע להכרה בלגיטימיות של מגבלות אופן וצורה הוא הגנה על זכויות וערכי יסוד, אזי יש לתאורה זו אג'נדה חוקתית לא פחות מלתאוריות האחרות שנדונו עד כה. זאת, בניגוד לעמדתו של השופט חשין בפרשת **בנק המזרחי**, שלא הגביל את תקפותן של מגבלות אופן וצורה רק לנושאים חוקתיים. פסק דינו של השופט חשין הועלה על נס בספרות בבטא דעת מיעוט שהעזה לקבוע כי אין חוקה לישראל,<sup>181</sup> אך הפרשנות שלי לתאוריית האופן והצורה מסבירה כי פסק דינו דווקא מבטא שאיפה לחוקתיות – אך בצורתה החלשה. משמעויותיה האמתיות של גישת השופט חשין אינן חשופות לציבור. השופט חשין יכול היה לקצור את הפירות של היותו "דמוקרטי" ותומך בכוחו הבלעדי של העם להכריע בנושאים חוקתיים – בלי לשלם את המחיר הכרוך בכך שהכיר דה פקטו בחוקה פורמלית ללא מעורבותו של העם.

## 5. השלכות התאוריה על סוגיית ההתגברות

עד כה לא ניסתה הכנסת להתגבר על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בדרך של אמירה מפורשת ולכן לא הייתה נפקות מעשית להבדל בין גישת השופט חשין לגישת השופטים האחרים בעניין **בנק המזרחי**. אין לנו עדיין את מקרה המבחן שיסייע לקבוע איזו משתי התאוריות המוניסטיות מסבירה טוב יותר את התפתחות החוקה הישראלית. אם תנסה הכנסת להתגבר על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו באמירה מפורשת ובית משפט יבטל חקיקה זו, הכנסת תעיד בכך על עמדתה שחוקת מדינת ישראל היא מסוג אופן וצורה ובית המשפט יעיד על כך שלגישתו החוקה היא מסוג של כבילה עצמית או מסוג דואליסטי. אם כן, שוב אפשר לראות שאותו טקסט חוקתי (פסקת הגבלה) מקבל משמעות שונה תחת כל אחת מהתאוריות המסבירות את התפתחות החוקה הישראלית.

יתרה מזו: בשנים האחרונות, כנסת ישראל "משתעשעת" מדי פעם ברעיון לאמץ פסקת התגברות מפורשת, שתאפשר התגברות על כל חוקי היסוד או ספציפית על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בגרסה הכללית הרעיון עלה כחלק מפשרה כוללת שתשים קץ למחלוקות על המהפכה החוקתית באמצעות אימוץ חוק יסוד: החקיקה.<sup>182</sup> בגרסה הספציפית לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עלה רעיון זה בעיקר בהקשר של פסיקת בית המשפט לגבי המסתננים. זה שלוש פעמים ביטל בית המשפט את חקיקת הכנסת בנושא המסתננים – עובדה חסרת תקדים בשיטתנו המשפטית.<sup>183</sup> אם מקור ההתגברות הוא בתורת האופן והצורה, ראוי שלא תהיה דרישה העולה על רוב אבסולוטי של חברי כנסת (קרי: 61 חברי כנסת) כדי להתגבר על חוק היסוד. זה הדין בקנדה, שבה די ברוב פשוט כדי להתגבר על חלקים מהצ'רטר –

181 יהושע (שוקי) שגב "ההיית או חלמתי חלום – השופט חשין על סמכותה המכוננת של הכנסת" **מאזני משפט** 1 ו 461 (2007).

182 תזכיר חוק יסוד: החקיקה, התשע"ג-2012.

183 מדובר בפסקי הדין **אדם, איתן ורסטה**, לעיל ה"ש 144. ראו הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – תוקפו של חוק חורג), התשע"ד-2013, פ/19/1944 (הצעת חוק פרטית של חברת הכנסת אילת שקד מ'2013, המבקשת לכלול פסקת התגברות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).



מקור ההתגברות שם נעוץ באופן היסטורי בתורת האופן והצורה.<sup>184</sup> ההצעה של ועדת נאמן לא עולה בקנה אחד עם גישת האופן והצורה כי לפיה יידרש רוב של 65 חברי כנסת כדי להתגבר על חוקי היסוד. הוועדה ביקשה לחייב ברוב שהוא יותר מרוב קואליציוני רגיל.<sup>185</sup> להבדלים בין התאוריות יש השלכות עמוקות מאלה. ויכוח ער ניטש באשר להשלכות של אימוץ פסקת התגברות כללית בחוקה הישראלית: האם ייעשה בה שימוש או שהיא תיהפך לאות מתה, כמו בקנדה?<sup>186</sup> תשובתי היא שטכניקת ההתגברות אמנם מתיישבת עם תורת האופן והצורה אך היא סותרת את הרעיון הדואליסטי של ריבונות העם. לכן, אם התאוריה הדואליסטית היא ההסבר הטוב ביותר להתפתחות חוקה, סביר שאפילו אם תיכלל בחוקה פסקת התגברות מפורשת לא יהא בה שימוש. אין זה "מתאים" (בלשונו של דבורקין) לאפשר לרוב רגיל או מוחלט של מחוקק להתגבר על רצון העם בחוקה.<sup>187</sup> כך, בקנדה, למרות קיומה של פסקת התגברות מפורשת, לא נעשה בה שימוש משום שהצ'רטר קיבל הסכמה רחבה של כלל העם הקנדי, למעט קוויבק. העם לא עמל לשווא באמצע חוקה. לעומת זאת, אם מקור החוקה בתאוריה מוניסטית, יש להניח שטכניקת ההתגברות תהא בשימוש תדיר – ודאי אם תעוגן פורמלית בחוקה.<sup>188</sup> שוב אנו רואים כי אותו טקסט חוקתי – במקרה זה, פסקת התגברות – מקבל משמעות שונה כפונקציה של התאוריה שאנו בוחרים כדי להסביר את אופן אימוצה של החוקה.

## ד. תאוריית הרשות המכוננת

תאוריה נוספת שיש בה כדי להסביר את התפתחות החוקה הישראלית היא תאוריה דואליסטית – תורת "שני הכובעים" או תורת הרשות המכוננת. תורה זו נחשבת כיום באקדמיה הישראלית ככזו שאומצה על ידי בית המשפט העליון הישראלי ולכן נותנת את ההסבר הטוב ביותר להתפתחות החוקתיות הישראלית לאחר פרשת בנק המזרחי.<sup>189</sup>

Section 33 of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, 184 Ch. 11 (U.K.)

185 תזכיר חוק יסוד: החקיקה, התשע"ג-2012, לעיל ה"ש 182.

186 ברק מדינה "הצעת חוק יסוד: החקיקה" בלוג הטרקלין [www.hujilawblog.com/#!%D7%94%D7%A6%D7%A2%D7%AA-%D7%97%D7%95%D7%A7%D7%99%D7%A1%D7%95%D7%93-%D7%94%D7%97%D7%A7%D7%99%D7%A7%D7%94/cgpt/56084dfe0cf2f0ed7a24009a](http://www.hujilawblog.com/#!%D7%94%D7%A6%D7%A2%D7%AA-%D7%97%D7%95%D7%A7%D7%99%D7%A1%D7%95%D7%93-%D7%94%D7%97%D7%A7%D7%99%D7%A7%D7%94/cgpt/56084dfe0cf2f0ed7a24009a). מדינה תומך באימוץ של פסקת התגברות כללית מתוך הנחה שלא ייעשה בה שימוש. השוו למרדכי קרמניצר ועמיר פוקס "המהפכה האנטי-חוקתית" עורך הדין 24 (2012), המתנגדים למהלך כזה מתוך חשש שיעשה שימוש בפסקת התגברות.

187 על הפירושה "מתאים" לשיטת משפט נתונה בתורתו של דבורקין ראו להלן, ה"ש 227 והטקסט שליידה.

188 להרחבה בנושא זה ראו Rivka Weill, *Juxtaposing Constitution-Making and Constitutional Infringement Mechanisms in Israel and Canada: On the Interplay between Commonlaw Override and Sunset Override*, 49 *ISR. L. REV.* 103 (2016)

189 ראו לעיל, ה"ש 6 והטקסט שליידה.

בפרק זה אטען כי תאוריה זו היא אכן הרצויה ביותר להשתתת חוקה ישראלית ואמנה את יתרונותיה על פני הגישה המוניסטית. עם זאת, גישתי שונה מגישת ויילר ולוסטיג בנרון: אטען כי האתגר הגדול הכרוך בתאוריה זו בהקשר הישראלי נובע מכך שהיא אינה נתמכת בעובדות היסטוריות. הקושי אינו בחקיקה של חוקי היסוד על ידי הכנסת אלא בכך שתהליך החקיקה בכנסת לא שיקף הסכמה רחבה, עמוקה והחלטית של העם בעד השינוי החוקתי, כנדרש תחת תפיסה דואליסטית.<sup>190</sup>

## 1. התאוריה

לפי התאוריה של הרשות המכוננת, הכנסת ממלאת שני תפקידים חלופיים: זה של רשות מחוקקת וזה של רשות מכוננת. רק בתפקידה כרשות מכוננת הכנסת רשאית לאמץ חוקה ולכבול את עצמה בתפקידה כרשות מחוקקת. כל ניסיון מצד הכנסת לכבול חוקים רגילים בפועלה כרשות מחוקקת הוא בעייתי מבחינה דמוקרטית, ועלול שלא לעמוד במבחן שיפוטי.<sup>191</sup> תאוריה זו היא גרסה של תורות ריבונות העם: היא מניחה שכרשות מכוננת יש לכנסת לגיטימציה עודפת, שאין לה כבית מחוקקים רגיל. תאוריה זו מזוהה בארץ עם כתיבתו האקדמית של קליין<sup>192</sup> והיא אומצה על ידי הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי.<sup>193</sup> אף שהכנסת אינה משתמשת במסלול חקיקתי נפרד ושונה לחקיקה של חוק חוקתי, תאוריה זו מציעה שבחוקים חוקי יסוד חברי הכנסת מודעים לכך שהם פועלים כאספה מכוננת. לכן, די שהכנסת תשתמש בכותרת "חוק יסוד", ללא סימון השנה – מבחן טכני של כותרת – כדי להבחין בין פרקי החוקה לבין חקיקה רגילה.<sup>194</sup> די בהבחנה זו כדי ליתן תוקף לכבילה בחוקי יסוד (כבילה על ידי סמכות עליונה), ובה בעת כדי לפסול כבילה בחוקים רגילים (כבילה עצמית).

תאוריה זו מבססת את סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת על רציפות חוקתית. סמכות מכוננת זו מוקנית לכנסת ברציפות מאז 1949, עת התקיימו הבחירות לכנסת הראשונה.<sup>195</sup> אין חולק כי אילו בחרה הכנסת הראשונה לאמץ חוקה הייתה לה סמכות לעשות כן. כנסת ראשונה זו נבחרה בעיקר כרשות מכוננת ולא כגוף מחוקק.<sup>196</sup> אף שהיא לא אימצה חוקה העבירה הכנסת הראשונה את החלטת הררי, המטילה על כנסות עתידיות את ניסוח החוקה בצורת חוקי יסוד.<sup>197</sup> הכנסת הראשונה גם חוקקה ב-1951 את חוק המעבר לכנסת השנייה, שקבע כי כל סמכות הנתונה לכנסת הראשונה מוקנית גם לכנסות הבאות אחריה.<sup>198</sup> הרציפות החוקתית מאז הכנסת הראשונה מאפשרת אפוא לטעון כי בעת שכנסות מאוחרות חוקקו

190 השו"ד Edrey, לעיל ה"ש 17, בעמ' 104-105 (סבור כי מחוקק אינו יכול להיות אספה מכוננת כי אין הוא יכול להתנתק משיקולים אינטרסנטיים).

191 בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 411-420, פס' 66-67 לפסק דינו של הנשיא ברק.

192 קלוד קליין "הרשות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב 51 (1970).

193 בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 352-427.

194 שם, בעמ' 403-406.

195 שם, בעמ' 359-369.

196 שם, בעמ' 393. ראו גם Nimmer, לעיל ה"ש 33 והטקסט שלידה.

197 ראו לעיל, ה"ש 34 והטקסט שלידה.

198 ס' 5 רס' 10 לחוק המעבר לכנסת השנייה, התשי"א-1951, ס"ח 104.

חוקי יסוד, הן הניחו שהן נהנות מאותה סמכות של אספה מכווננת כמו זו שהייתה לכנסת הראשונה.<sup>199</sup> לגישת ברק, עובדה זו גם יצרה ציפיות בקרב הציבור כי מהכנסת תבוא חוקה. על פני עשרות עמודים בפסק הדין שטח הנשיא ברק את עמדתו, שלפיה כל השחקנים הפוליטיים הרלוונטיים – הכנסת, הממשלה, בית המשפט, העם והאקדמיה (מעולם לא זכתה האקדמיה למעמד כה מכובד) – היו שותפים למיזם החוקתי הדואליסטי הזה. הם היו מודעים כולם לכך שהכנסת נהנית מסמכות מכווננת, שאותה היא הפעילה שעה שחוקקה את חוקי היסוד; הם הסכימו כולם לתהליך הדואליסטי הזה. מאחר שכל השחקנים הפוליטיים מכירים בחוקי היסוד כחוקתה של ישראל, הכרה זו היא חלק מכלל ההכרה ההארטיאני – או מנורמת הבסיס הקלזניאני, או מכלל הפרשנות ה"מתאים" ביותר במובן הדבורקיניאני – של שיטת המשפט הישראלית.<sup>200</sup> תאוריה זו מוכנה להכיר בכך שההבדל העיקרי בין הכנסת הראשונה לכל כנסת שבאה בעקבותיה הוא העובדה שרק הבחירות לכנסת הראשונה התמקדו בנושאים חוקתיים. עם זאת, תאוריה זו מוכנה להניח שדי במנדט כללי זה כדי לבסס את סמכותה המכווננת הנמשכת של הכנסת ליתן חוקה.<sup>201</sup>

## 2. ההקשר ההשוואתי

תורת הרשות המכווננת הישראלית הושפעה עמוקות מהחוקתיות האמריקנית. הנשיא ברק נשען מפורשות על ההיגיון של החוקה האמריקנית כביטוי בפרשת *Marbury*.<sup>202</sup> תחילה אימצו המושבות האמריקניות חוקות באמצעות בתי המחוקקים שלהן; מאוחר יותר, משנהפכו למדינות, הכירו בנחיתותן של חוקות אלה והחליפו אותן בחוקות שאושרו על ידי העם.<sup>203</sup> ברנרד ביילין, אחד הכותבים החשובים על השורשים האידאולוגיים של המהפכה האמריקנית, מסביר זאת כך:

In order to confine the ordinary actions of government, the constitution must be grounded in some fundamental source of authority, some "higher authority than the giving out [of] temporary laws." This special authority could be gained if the constitution were created by "an act of all," and it would acquire permanence if it were embodied "in some written charter."<sup>204</sup>

בשורתה של המהפכה האמריקנית היא אפוא ההבנה שאם רוצים לכבול את המחוקק בחוקה, יש להשתית את החוקה על הסמכות העליונה של העם. ההבנה שביקורת שיפוטית

199 בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 365-369.

200 שם, בעמ' 356-358. ראו גם HART, לעיל ה"ש 10, בעמ' 79-99; Kelsen, לעיל ה"ש 163,

בעמ' 193-195. לגישת Dworkin ראו להלן, ה"ש 227.

201 בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 400, פס' 50-51 לפסק דינו של הנשיא ברק.

202 שם, בעמ' 416-471.

203 Lutz, לעיל ה"ש 89, בעמ' 237.

204 BailyN, לעיל ה"ש 15, בעמ' 182-183.

היא מוצדקת כי היא משמרת את רצון העם – כביטוי בחוקה – מפני כרסום על ידי המחוקק הרגיל בחוקיו, היא תמצית ההיגיון של פרשת *Marbury*.<sup>205</sup> באופן אירוני, בריטניה – המזוהה עם השיטה המוניסטית – פעלה בפועל תחת תאוריה ופרקטיקה של דואליזם בין 1832 ל-1911. בתקופה זו דרשה השיטה הבריטית את הסכמת העם ולא רק את הסכמת הנציגים כדי לאמץ שינויים חוקתיים. מודל זה של ריבונות העם בא לידי ביטוי בחמשת הרגעים החוקתיים הגדולים של אותה תקופה. באמצעות מודל זה הרחיבו הבריטים את היקף הזכאים לזכות בחירה בכל אחד משלושת חוקי הרפורמה (Reform Acts) של המאה התשע-עשרה, ביטלו את מעמדה של הכנסייה האירית וחוקקו את חוק הפרלמנט מ-1911. בכל אחד מחמשת הרגעים החוקתיים האלה עבר התיקון החוקתי תהליך כדלקמן: הבית התחתון הציע שינוי חוקתי; הבית העליון הטיל עליו וטו בטענה שאין מנדט מהעם לשינוי; הדבר גרר בחירות או platform politics שבמסגרתם נדון התיקון החוקתי. אם החזיר העם את תומכי התיקון החוקתי לשלטון – היה הבית העליון מסיר את התנגדותו בנימוק שהעם אמר את דברו.<sup>206</sup> תפקידם של הגופים הלא נבחרים – בית הלורדים והמלוכה – היה להשתמש בווטו שלהם (בדומה לביקורת שיפוטית) כדי להבטיח שלא יעבור תיקון חוקתי ללא הסכמת העם. שעה שוויילר ולוסטיג מייחסים את רעיון בית המשפט החוקתי הריכוזי לקלזן, בריטניה הקדימה את קלזן בפיתוח הרעיון שביקורת שיפוטית מופעלת על ידי גוף המהווה מעין בית מחוקקים נוסף הפועל במתכונת וטו. בתקופה זו פעל בית הלורדים הן כבית מחוקקים נוסף והן כבית משפט; בכובעו כבית מחוקקים שני הטיל בית הלורדים וטו בנושאים חוקתיים כדי לאפשר לעם לומר את דברו.<sup>207</sup>

### 3. יתרונות הדואליזם

לחוקה ישראלית דואליסטית יש יתרונות ברורים על פני יריבתה המוניסטית, כמפורט להלן.

(א) **מדרג ברור של סמכויות ונורמות:** ההבחנה בין ריבונות העם (מודל דואליסטי) לבין ריבונות המחוקק (מודל מוניסטי) היא עתיקת יומין; ימיה כמעט כימי הבלבול השורר באשר לטיבה. רבים מזהים בטעות את ריבונות העם עם ריבונות המחוקק, וכך גם אצל ויילר ולוסטיג.<sup>208</sup> הדבר נכון במיוחד בשיח החוקתי הישראלי. כך, למשל, בעניין בנק המזרחי הרבו השופטים לדבר על ריבונות העם המתבטאת בריבונות המחוקק.<sup>209</sup>

- 205 על לגיטימיות מרבוריאנית לביקורת שיפוטית (Marbury) ראו להלן, פרק ד.3.
- 206 ראו Weill, *Evolution*, לעיל ה"ש 15; Rivka Weill, *We the British People*, PUBLIC LAW; 380 (2004).
- 207 גם לאחר 1911 פיתחה בריטניה מנגנונים שיאפשרו לעם להביע את דעתו בנושאים חוקתיים. ראו Weill, *Centennial*, לעיל ה"ש 156.
- 208 טעות זו רווחה גם במשפט החוקתי הבריטי. ראו Rivka Weill, *Dicey was not Diceyan*, 62 CAMBRIDGE L.J. 474 (2003).
- 209 "על פי תפיסותינו, הריבון הוא העם. הכנסת היא 'ריבונית', קרי עצמאית ועליונה, לפי תפיסתי, במובן זה שאין רשות, מחוקקת או אחרת, הגוברת עליה בכוחה ובסמכויותיה. הטעם לכך נעוץ במקור סמכותה. היא נבחרת על ידי העם, שהוא, כאמור, הריבון." פסק הדין בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 270, פס' 23 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

התפיסה הדואליסטית מניחה כי בחירות משמשות כדי ליתן למחוקק מנדט לחוקק חקיקה רגילה. העם אינו רוצה שיטרידו אותו בנושאים השוטפים מעבר להשתתפותו בבחירות, משום שהעם רוצה לקדם את ענייניו הפרטיים. עם זאת, העם אינו נותן למחוקק מנדט להכריע בענייני חוקה. הסמכות לעצב את ההסדרים המהותיים היסודיים בחיי האומה, באמצעות אימוץ החוקה ותיקונה, נותרת בידי העם.<sup>210</sup>

מדוע אין לומר שאימוץ החוקה על ידי המחוקק משקף את דעת העם? ברור שכאשר העם בוחר את נציגיו בבחירות לבית המחוקקים, שלל נושאים מתחרים על תשומת לבו כגון זהות הנציג, המפלגה והנושאים העומדים על סדר היום. הכרעת הבוחר בבחירות אינה מלמדת בהכרח על עמדתו בעניין פלוני. העם אף אינו דן בהכרח באופן מעמיק בסוגיות החוקתיות שעל הפרק עובר להצבעתו בבחירות.<sup>211</sup> אף הנציג רשאי, בדרך כלל, לסטות מהצהרותיו במסע הבחירות ולשנות את דעתו באשר לנושאים העומדים על הפרק.<sup>212</sup> ממילא הצבעתו של הנציג בעניין מסוים אינה מלמדת בהכרח על עמדתו של הבוחר באותו עניין. זה טיבה של דמוקרטיה ייצוגית. גם הניסיון האמפירי תומך בטענה זו: פעמים רבות דחה העם במשאלים עם חקיקה שזכתה בתמיכה רחבה של בית המחוקקים (גם בניסיון נפל לאמץ חוקה אירופית).<sup>213</sup> למעשה, כבר במאה השמונה-עשרה הבהיר הפילוסוף הצרפתי הנודע Emmanuel Joseph Sièyes, שנחשב לארכיטקט החוקה של צרפת המהפכנית, כי העיקרון של ריבונות העם מחייב ששום רשות שלטונית (constituted power), בפועלה לבד, לא תוכל לטעון לזוהות בין רצונה לבין רצון העם בעניינים חוקתיים, שאם לא כן תקרוס ההבחנה בין העם לבין נציגיו.<sup>214</sup>

דואליזם – כפי שתואר בעבודות של אקרמן, וולדרון ואחרים – מחייב כי ההחלטות החוקתיות החשובות ביותר בחיי מדינה תקבלנה באמצעות מנגנון שיבטא את ההסכמה הרחבה, העמוקה וההחלטית של העם – ולא רק את זו של נציגיו.<sup>215</sup> מודל זה דורש כי בסוגיות חוקתיות ייעשה שימוש במנגנונים ובפרוצדורות שיבטאו את רצון העם בקירוב טוב יותר מכפי שזה מתקבל באמצעות נציגיו. המודל הדואליסטי מחייב התייחסות גומלין ודיאלוג בין המוסדות הנבחרים לבין העם. בהקשר זה, "The People] is not the name of some superhuman being [...] but the name of an extended process of interaction between political elites [especially the various branches of government] and ordinary

210 ACKERMAN, FOUNDATIONS, לעיל ה"ש 8; ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, לעיל ה"ש 15.

211 Laurence H. Tribe, *Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, 108 HARV. L. REV. 1223, 1284 (1995)

212 EDMUND BURKE, SELECTED WRITINGS AND SPEECHES 187 (Peter J. Stanlis ed., 1963). זו אף הייתה גישתו של בית המשפט בעניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 57 (השופט ארמונד לוי חולק).

213 Vernon Bogdanor, *Western Europe, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE OF DIRECT DEMOCRACY* 24, 61-69 (David Butler & Austin Ranney eds., 1994) (בהקשר האטלקי); שם, בעמ' 96 (בהקשר של קהילה האירופית); Kris W. Kobach, *Switzerland, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD* 98, 132 (בהקשר השווייצרי).

214 Waldron, לעיל ה"ש 15.

215 לספרות הענפה בסוגיה ראו לעיל, ה"ש 15.

"citizens"<sup>216</sup> המודל הדואליסטי מחייב לפזר את הסמכויות לאימוץ חוקה ולתיקונה בין מוסדות שלטון שונים – הנבחרים באופן נפרד ובלתי-תלוי זה בזה – באופן שיבטיח כי הסכמתם המצרפית לשינוי החוקתי תלמד על הסכמת העם.

אין מדובר במודל של דמוקרטיה ישירה גרדא. מודל זה מחייב דיון ציבורי מעמיק בטרם תאומץ החוקה כדי להשתית אותה על לגיטימציה רחבה ככל האפשר. לפי מודל זה, משאל עם יבטא את רצונו של העם רק אם ייערך לאחר דיון ציבורי מעמיק ובאופן שיבטיח כי תוצאותיו אכן משקפות את רצונו הקבוע – ולא החולף – של העם. יש הדורשים יותר ממשאל עם אחד כדי להשתכנע כי תוצאות המשאל אכן מבטאות את דעת העם.<sup>217</sup>

המודל של ריבונות העם אינו מחייב שימוש במשאל עם דווקא. הוא מזוהה עם כלים רבים נוספים ובראשם האספה המכוננת, אך גם העברת תיקוני חוקה בשני בתי מחוקקים עוקבים, ובין לבין מתקיימות בחירות ממוקדות בנושא החוקתי המשמשות מעין משאל עם.<sup>218</sup> הדרכים לביטוי רצונו של העם אינן נקיות מקשיים, אך הן מאפשרות קירוב טוב יותר לרצונו של העם מאשר הסתפקות בהכרעתו של בית המחוקקים. אופן השימוש בפרוצדורות השונות חייב כמובן לעמוד באמות מידה שיבטיחו כי תוצאותיהן אכן מבטאות הסכמה רחבה, יציבה ומודעת של העם לנוסח החוקה או לתיקונה.

שיטה כזו מבחינה בין הסכמתו של העם לבין הסכמת נציגיו, שהרי סמכותו של העם הריבון עליונה על סמכותם של נציגיו בבית המחוקקים. מכאן שהנורמות פרי חקיקתו של העם (החוקה ותיקוניה) עליונות על נורמות שהן פרי חקיקתו של המחוקק (חוקים).

**(ב) הבחנה בין עליונות לבין כבילה:** התאוריה הדואליסטית אינה מייחסת עליונות לחוקי היסוד בשל הוראות הכבילה שבהם, כפי שעושה המוניזם; במקום זאת היא מבססת את עליונותם על ההיררכיה שבין יוצרי הנורמות. לפי תאוריה זו אפשר להתייחס לכל חוקי היסוד כאל חוקים עליונים, ללא תלות בשאלה אם יש בהם הוראות כבילה. לנתון זה חשיבות רבה בהקשר הישראלי, משום שמרבית חוקי היסוד נעדרים שריון כלשהו. יתרה מזו: בשונה מהתאוריה המוניסטית, התאוריה הדואליסטית קובעת גבולות לסמכות הכבילה. לפיה אין זה דמוקרטי לאפשר לבית המחוקקים לכבול את יורשיו בחוקים רגילים (להבדיל מחוקים חוקתיים): דבר זה יהווה ביטוי לכבילה עצמית במקום לכבילה מגבוה במסגרת חוקה.

**(ג) התמודדות עם הגירעון הדמוקרטי של כבילה:** אם במסגרת המוניזם עולים ספקות דמוקרטיים חמורים לגבי סמכותו של בית מחוקקים אחד לכבול את יורשיו,<sup>219</sup> הרי שלפי הדואליזם העם הוא שכובל את נציגיו בחוקה. יתר על כן: תפיסה דואליסטית טהורה מניחה כי הכובל איננו הנכבול. העם כובל את נציגיו לתוכנה של החוקה, אך הוא רשאי לשנות את החוקה כרצונו ובלבד שהשינוי נעשה בפרוצדורות המבטיחות כי רצונו העמוק, הרחב והיציב בא לידי ביטוי.<sup>220</sup> כיצד אפוא נמנע את עריצות הרוב תחת התפיסה הדואליסטית? הגישה

216 ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, לעיל ה"ש 15, בעמ' 187. ראו גם שם, בעמ' 162.

217 Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, 113 HARV. L. REV. 634 (2000).

218 לפירוט המנגנונים האפשריים ולדיון בהם ראו רבקה ווייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" משפט וממשל י 449 (2007).

219 ראו דיון לעיל, בפרק ב'.

220 ראו להלן, פרק ד.4, והשוו לגישתו היסודנית של ברק, להלן פרק ה'.

הדואליסטית מניחה כי כדי שרצונו הרחב, העמוק והיציב של העם יבוא לידי ביטוי דרוש תהליך ממושך, המערב הסכמה של האליטות ושל העם באופן שייקשה לאמץ שינויים הנובעים מרוחות שעה חולפות. הדואליזם מבטיח את קודיפיקציית ההיסטוריה, לא ההיסטוריה.<sup>221</sup> (ד) לגיטימיות מרבוריאנית (Marbury) לביקורת שיפוטית: הגישה הדואליסטית מצמצמת את הקושי האנטי-רובני, כפי שנימק הנשיא ברק בהתבסס על הפסיקה האמריקנית.<sup>222</sup> חוקת ארצות-הברית אושררה על ידי העם באספות מכוננות שנבחרו למטרה זו של אישור החוקה;<sup>223</sup> החוקה אף כוללת סעיף עליונות מפורש<sup>224</sup> – אולם אין היא כוללת סעיף מפורש המקנה לבית המשפט סמכות של ביקורת שיפוטית. סמכות זו הוכרה בפרשת *Marbury* על סמך ההנמקה הבאה:

That the people have an original right to establish, for their future government, such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness, is the basis, on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it, nor ought it to be frequently repeated. The principles, therefore, so established, are deemed fundamental. And as the authority, from which they proceed, is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent [...] Between these two alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative is true, then a legislative act contrary to the constitution is not law; if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power, in its own nature illimitable.<sup>225</sup>

אם כן, מקור הסמכות של החוקה הוא עליון – העם – ולפיכך אין המחוקק רשאי לשנותה. כאשר המחוקק סותר בחוקיו את החוקה, בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית כדי להבטיח

221 השווו ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 336 ("הפרשן אינו צריך לתת ביטוי לרוחות שעה חולפות של הרוב, אלא לתפיסות העומק של החברה. עליו לשקף היסטוריה ולא היסטוריה").

222 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 416-417, פס' 75 לפסק דינו של הנשיא ברק.

223 Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 DUKE L.J. 364, 375 (1995). תהליך שיתופו של העם היה המתקדם מסוגו בעולם בתקופה שבה אומצה החוקה האמריקנית, דהיינו: בסוף המאה השמונה-עשרה. התהליך כלל פרסומים של שלושה מדינאים מרכזיים – אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיוסון וג'ון ג'יי – שהיו שותפים לניסוח החוקה: במשך שנה פרסמו הכותבים את עמדותיהם בעיתונות במטרה לשכנע את העם לתמוך בחוקה. הפרסומים קובצו לספר שנחשב עד היום לקלסיקה בתחום תורת המדינה: *THE FEDERALIST PAPERS*, לעיל ה"ש 132. תהליך האימוץ של החוקה האמריקנית, אילו התקיים כיום, היה נחשב בלתי-ראוי משום שבקרב בעלי זכות הבחירה לא נמנו בין היתר, נשים ועבדים.

U.S. CONST. art. VI 224

*Marbury*, לעיל ה"ש 5, בעמ' 176-177. 225



שרצון העם יגבר על רצון המחוקק. היה וטעה בית המשפט בפרשנות החוקה או היה והעם מבקש לשנות את החוקה בעקבות פסיקת בית המשפט, עומדת לעם דרך להבהיר את רצונו בדרך של תיקון החוקה, כפי שקרה ארבע פעמים בהיסטוריה האמריקנית.<sup>226</sup>

(ה) גרסה חזקה של חוקה: התאוריה הדואליסטית מציעה גרסה חזקה של חוקה ושל הגנה על זכויות וערכים חוקתיים, משום שחוקה זו מבוססת על מנגנון כבילה עליון חיצוני ולא על סמכות כבילה עצמית של המחוקק. היא גם מקלה על עבודתו של בית המשפט בסכלו את רצון המחוקק בשם החוקה. לא מדובר במאבק כוח מצומצם בין בית המשפט לבין המחוקק; שחקנים פוליטיים נוספים מעורבים בדיאלוג החוקתי ובעיקר העם, לרבות הגופים שהוא הסמיך לפעול מטעמו כמתקני החוקה. בבואו של בית המשפט לכטל בשם החוקה חוקים שקיבל המחוקק, יש לו על מי להישען.

לאור כל היתרונות הללו, אין להתפלא על כך שתאוריית האספה המכוננת קנתה אחיזה איתנה באקדמיה המשפטית הישראלית בקרב אלו הסבורים כי אכן יש חוקה פורמלית ישראלית בעקבות פרשת בנק המזרחי.

#### 4. היעדר "התאמה" בין התאוריה לבין הפרקטיקה

שעה שהשתתת חוקה על מודל של ריבונות העם היא רצויה, מודל זה אינו תואם את ההיסטוריה החוקתית של ישראל:<sup>227</sup> במובן הדואליסטי מעולם לא ניתנה הסכמת העם לחוק היסוד. להלן הנימוקים.

(א) הליך החקיקה של חוקי היסוד: הליך החקיקה של חוקי היסוד היה אופייני למודל המוניסטי. אפילו הנשיא ברק הכיר בכך שלמעט הבחירות לכנסת הראשונה, מעולם לא התמקדו הבחירות בנושא החוקתי.<sup>228</sup> לפי הדואליזם, בחירות רגילות כאלה מעניקות מנדט לחקיקת חוקים רגילים ולא לחקיקת חוקים חוקתיים. שעה שתאוריית הרציפות מניחה כי די בכך שכנסות מאוחרות חוקקו חוקים חוקתיים על בסיס המנדט המיוחד שהעניק העם לכנסת הראשונה, תורת ריבונות העם מחייבת כי האספה שמאמצת בפועל את השינוי החוקתי תשיג בעצמה מנדט מיוחד וישיר מהעם לתכנית חוקתית מוגדרת. הכנסת אף לא יכולה ליהנות מסמכות מכוננת רק משום שהדבר נחקק בחוק המעבר. הכנסת לא יכולה להעניק לעצמה סמכות מכוננת; זו שייכת לעם. יתרה מזו: כלל לא ברור שחוק המעבר נועד להעביר סמכות חוקתית לכנסות עתידיות. לפי חלק מהפרשנים, חוק המעבר מצהיר כי כל כנסת נהנית מאותו היקף של סמכות חוקתית – לא חוקתית.<sup>229</sup> אם חקיקה לא יכולה להעניק סמכות חוקתית, קל וחומר שאותה מגבלה חלה לגבי החלטת הררי של הכנסת. הכנסת אף

Laurence H. Tribe, *A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role*, 97 HARV. L. REV. 433 (1983)

227 על הצורך בהתאמה ראו RONALD DWORIN, LAW'S EMPIRE 227-228 (1986); DWORIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY (1978)

228 ראו לעיל, פרק ד.1.

229 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 484, בפס' 24 לפסק דינו של השופט חשין.

לא קיימה בפועל את החלטת הררי, משום שרוב חוקי היסוד לא היו פרי יוזמה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.<sup>230</sup>

מאז הבחירות לכנסת השנייה, הבחירות בארץ נשלטו על ידי נושאי ביטחון ועניינים סוציו-אקונומיים. ולא זו בלבד, אלא שגם בחקיקה של חוקי היסוד לא נכחו יותר חברי כנסת מאשר נוכחים בחקיקה רגילה. למעשה, במהלך החקיקה של רוב חוקי היסוד הייתה נוכחות דלה של חברי כנסת, לרבות חוקי היסוד משנת 1992.<sup>231</sup> לגבי רוב חוקי היסוד, אין תיעוד רשמי של מספר חברי הכנסת שתמכו בחקיקתם: מתוך שלושה עשר חוקי היסוד שנחקקו עד היום, יש מידע חלקי בדבר הצבעתם של חברי הכנסת רק בשבעה מהם.<sup>232</sup> אף שחלק מהאקדמיה הישראלית הציע כי מרבית חוקי היסוד זכו לתמיכה רחבה,<sup>233</sup> בפועל דומה כי איש לא חשב בעת החקיקה של חוקי היסוד כי רוחב ועומק התמיכה של חברי כנסת בהם באמת חשובים. ייתכן שכמה חברי כנסת הבינו שהם ממלאים תפקיד חוקתי, אך רבים אחרים היו לחלוטין לא מודעים למשימתם כאספה מכוונת.<sup>234</sup> הנשיא ברק עצמו כתב ששני

230 ראו לעיל, פרק א'.

231 חוק יסוד: חופש העיסוק עבר בקריאה ראשונה בהצבעה של 21 מול 16, ובקריאה האחרונה בתמיכת 23 חברי כנסת, ללא מתנגדים. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עבר בקריאה ראשונה בהצבעה של 40 מול 12, ובקריאה אחרונה בתמיכת 32 חברי כנסת ו-21 מתנגדים. רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 6, מהדורה חמישית, בעמ' 918.

232 אין מידע לגבי הצבעתם של חברי הכנסת בחקיקה של חוק יסוד: מקרקעי ישראל, ס"ח התש"ך 56 – ראו ד"כ 28, 710 (תש"ך), ד"כ 29, 1925 (תש"ך); חוק יסוד נשיא המדינה, ס"ח התשכ"ד 118 – ראו ד"כ 36, 1051 (תשכ"ג), ד"כ 40, 2092 (תשכ"ד); חוק יסוד: הממשלה, ס"ח התשכ"א 214, חוץ מההצבעה בקריאה הראשונה, שבה התקבל החוק ברוב של 51 נגד 23 (ד"כ 46, 2533 (תשכ"ו)); בקריאות שנייה ושלישית נכתב: "בעד – רוב, נגד – מיעוט: נמנעים – 1, ד"כ 52, 3313 (תשכ"ח); חוק יסוד: משק המדינה, ס"ח התשל"ה 206 – ראו ד"כ 66, 2176 (תשל"ג), ד"כ 74, 3733 (תשל"ה); חוק יסוד: הצבא, ס"ח התשל"ו 154 – ראו ד"כ 74, 4028 (תשל"ה), ד"כ 76, 2403 (תשל"ו); חוק יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78 – ראו ד"כ 87, 1310 (תשמ"ה); "בעד – רוב: נגד – מיעוט: נמנעים – 1, ד"כ 99, 1738 (תשמ"ד); "בעד – רוב: נגד – אין: נמנעים – 1; חוק יסוד: מבקר המדינה, ס"ח התשמ"ח 30 – ראו ד"כ 101, 1903 (תשמ"ה), ד"כ 110, 1859 (תשמ"ח).

233 השו"ב Barak Medina, *Four Myths of Judicial Review: A Response to Richard Posner's Criticism of Aharon Barak's Judicial Activism*, 49 HARV. J. INT'L L. 1, 2 (2007) ("the bulk of the Basic Laws were passed by a decisive majority"); רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד", לעיל ה"ש 113, בעמ' 348 (כותב כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו "שיקף קונסנסוס רחב בכנסת").

234 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 492-501, בפס' 35-37 לפסק דינו של השופט חשין (מצטט מנאומי חברי הכנסת). ראו גם קרפ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 326 ("הקולות, שעלו מן הכנסת בעת הדיונים בחוק, ספק אם יש בהם כדי להעיד על מודעותם של חברי הכנסת לחלקם ולשותפותם בתהליך של מהפכה חוקתית". קרפ ליוותה את חקיקת חוקי היסוד כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה). השו"ב גרעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" משפט וממשל יא 571 (תשס"ח) (טוען כי אין לשלול את הטענה שחברי הכנסת הוטעו על ידי יוזמי חוקי היסוד, ולא הבינו כי משמעות חקיקתם היא מהפכה חוקתית); אור בסוק "עשור ל"מהפכה החוקתית"

חוקי היסוד המהפכניים מ-1992 עברו בלי שהציבור או התקשורת שמו לב לחקיקתם או לחשיבותם. בריאיון הוא דיבר על חשש מ"משבר לגיטימיות, אשר מקורו בצורת החקיקה של חוקי היסוד. לא קדמה להם הכנה מספקת של הציבור. המהפיכה החוקתית התרחשה בהשקט, כמעט בהחבא".<sup>235</sup>

יתר על כן, מאחר שקו פרשת המים בחקיקת חוקי יסוד עובר ב-1992, לפי השופטים בעניין בנק המזרחי, כדאי להתעכב על אופן חקיקת חוקי היסוד מ-1992. הכנסת השתים-עשרה, שהעבירה חוקי יסוד אלה, היא אותה כנסת שבשל פגיעתה הקשה בעקרון השוויון בבחירות שקל השופט ברק, בפרשת תנועת לאו"ר, אם יש מקום להשתמש בעקרונות-העל כדי לבטל חקיקה.<sup>236</sup> זו אינה כנסת המעמידה את ההגנה על זכויות אדם במרכז עשייתה; יתר על כן: היוזמה לחקיקת חוקי היסוד מ-1992 הייתה של חברי כנסת פרטיים ובראשם ח"כ אמנון רובינשטיין, ולא של הממסד הרשמי.<sup>237</sup> חוקי היסוד מ-1992 נחקקו בזמן של כנסת וממשלה שתפקדו בתקופת דמדומים ובחירות, כלומר: גופים הסובלים מגידעון דמוקרטי קשה ומבעיית נציג. ספק אם ראוי שגופים כאלה יעסקו בנושאים החורגים מהתפקוד השוטף;<sup>238</sup> ודאי שאין מקום שיכוננו חוקה. בשל עיתוי זה היו חברי הכנסת עסוקים בפריימריז ונעדרו מהכנסת בעת החקיקה של חוקי היסוד. תוכן חוקי היסוד מ-1992 שונה לחלוטין מתוכן החוקה שקודם על ידי תנועת חוקה לישראל.<sup>239</sup> יתרה מזו: התוכן הסופי של חוקי היסוד היה גם עניין של מזל (או חוסר מזל) בלבד. טיוטת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כללה במקור כבילה פרוצדורלית שדרשה תמיכה של רוב מוחלט של חברי הכנסת לשינויו. כאמור לעיל, ברגע האחרון שינה חבר כנסת אחד את דעתו והכבילה לא נכללה בחוק.<sup>240</sup>

אם לא די בכל אלה, הרי אף לו אפשר היה לייחס החקיקה של חוקי היסוד האלה לקואליציה (ולתפקיד החשוב שמילא שר המשפטים דן מרידור בהעברת חוקי היסוד), העם לא החזיר את תומכי השינוי החוקתי לשלטון. הבחירות של יוני 1992 הביאו לעליית המעורך לשלטון לראשונה מאז 1977.<sup>241</sup> במצב זה קשה אף יותר שלא להתרשם שמדובר בחוקי יסוד שעברו ללא תמיכה רחבה ויציבה של העם. אין בידי אפוא להסכים לטענת ברק-ארז, ויילר ולוסטיג כי החקיקה של חוקי היסוד מ-1992 מבטאים רגע חוקתי אקרמני.<sup>242</sup> הכנסת גם לא התייחסה לחוקי היסוד ביראת הכבוד שבדרך כלל רוחשים לחוקה פורמלית. היא שינתה את חוקי היסוד בתכיפות ובחיפזון כך שיתאימו לכל צורך פוליטי

---

– בחינת התהליך החוקתי בישראל דרך פריזמה היסטורית-השוואתית "משפט וממשל ו 451 (2003) (טוען כי תהליך האימוץ של החוקה הישראלית אינו שונה ביסודו מהמקובל במשפט החוקתי ההשוואתי).

235 הנשיא ברק בכנס השנתי לחשבונאות שנערך בתאריך 20.11.1994 (עותק שמור בידי המחברת).

236 פרשת תנועת לאו"ר, לעיל ה"ש 41.

237 הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"א-1991, ה"ח 60.

238 רבקה ווייל "תקופת בין השמשות: על סמכויותיה של ממשלת מעבר" משפט וממשל יג 167 (תשע"א); רבקה ווייל "חוק הרציפות במבחן הביקורת" עיוני משפט לז 563 (2016).

239 על האג'נדה של תנועת חוקה לישראל ראו דיון אצל בכור, לעיל ה"ש 37.

240 ראו לעיל, פרק ב'.

241 ראו "חברים בממשלה ה-25" 25 memshala=25?membynumber.asp gov/heb/www.knesset.gov.il

242 Barak-Erez, לעיל ה"ש 34, בעמ' 351-352.

שעלה.<sup>243</sup> חוק יסוד: חופש העיסוק מ-1992 הוחלף בחוק יסוד חדש ב-1994 כדי לאסור ייבוא בשר שאינו כשר לארץ ולהביא להחזרת ש"ס לקואליציה. ש"ס פרשה בספטמבר 1993 על רקע חתימת הסכמי אוסלו ונמנעה בהצבעה על הסכמים אלה.<sup>244</sup> רבין עמד בראש ממשלת מיעוט שנסענה על תמיכת המפלגות הערביות מבחוץ. באוקטובר 1993 ניתן פסק הדין בעניין מיטראל, ובו דרש בית המשפט לתקן את חוק יסוד: חופש העיסוק ולהכניס מנגנון התגברות כתנאי לתוקף האיסור על ייבוא בשר שאינו כשר לארץ.<sup>245</sup> רבין רצה להחזיר את ש"ס לקואליציה: המתווה היה תמיכת ש"ס במהלכי השלום בתמורה לשמירת הסטטוס קוו בענייני דת. מנגנון ההמרה היה פסקת ההתגברות שהוכנס לחוק יסוד: חופש העיסוק ב-1994.<sup>246</sup> בסוף התהליך לא חזרה ש"ס לקואליציה כי הן ראש הממשלה יצחק רבין והן ש"ס טענו כי ההפניה להכרזת העצמאות הוכנסה במחטף לחוקי היסוד, בלי שידעו על כך בשעת ההצבעה על החוק.<sup>247</sup> נוסף על כך, ההפניה להכרזת העצמאות לא הופיעה בקריאה הראשונה ולכן לא נהנתה מרוב של 61 חברי כנסת בכל אחת משלוש הקריאות, כנדרש לתיקון חוק היסוד.<sup>248</sup> בשל טענות אלה באשר לאופן החקיקה של חוק יסוד: חופש העיסוק ב-1994 קשה להסכים לטענת רובינשטיין ומדינה כי ההסכמה הרחבה לחוק יסוד זה מרפאת את היעדרו של רוב הולם לחקיקת חוקי היסוד מ-1992.<sup>249</sup>

סיפור נוסף המאפיין את האופן שבו הכנסת מתייחסת לחוקי היסוד בישראל הוא החקיקה של חוק יסוד זמני, שיאפשר תקציב דו-שנתי ויעקוף את סמכות הפיקוח של הכנסת על הממשלה.<sup>250</sup> חוק יסוד זה, שעצם זמניותו סותרת את מהות החוקה כהסדר לטווח ארוך, נחקק מיד לאחר הבחירות לכנסת השמונה-עשרה, בטרם היו ועדות קבועות לכנסת שיוכלו לדון בהצעת החוק. חוק יסוד זה עבר ביום אחד (6 באפריל 2009), יומיים לפני חג הפסח, כשכל העם עסוק בהכנות לחג ואינו שם לב למתרחש בכנסת. הוא נחקק בתמיכתם של

243 אריאל כנדרור "פגמים בחקיקת חוקי היסוד" משפט וממשל ב 443, 445-446 (1994).

244 Weill, Juxtaposing, לעיל ה"ש 188.

245 בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה והשר לענייני דתות, פ"ד מז(5) 485 (1993).

246 משוואה זו של תמיכה במהלכי שלום בתמורה לסטטוס קוו בענייני דת, כשמנגנון ההמרה הוא התגברות, בא לידי ביטוי גם בהסכם הקואליציוני בין הצדדים מאמצע 1994. ראו בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758 (1995). לפירוט ראו Weill, Juxtaposing, לעיל ה"ש 188.

247 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 6, מהדורה חמישית, בעמ' 924.

248 הצעת חוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון) (נוסח חלופי), ה"ח התשנ"ד 280-290. ראו גם ד"כ התשנ"ד 4521, שם נדונה הקריאה הראשונה.

249 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 6, מהדורה חמישית, בעמ' 915 (כותבים כי חוק היסוד מ-1994 התקבל "ברוב מרשים של כשמונים חברי כנסת" ונחקק תוך "מודעות גמורה" למעמדו החוקתי). ראו גם דן מרידור "הכרעות לאור חוקי היסוד" רפורמה קונסטיטוציונית, לעיל ה"ש 102, בעמ' 69-71.

250 חוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 עד 2016 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה).

חברי קואליציה בלבד.<sup>251</sup> מאז חקיקתו הוארך תוקפו של חוק יסוד זה ארבע פעמים. במקור הוא נועד לחול שנתיים; הוא חוגג עתה את יום הולדתו השמיני.

הכנסת גם שינתה חוקי יסוד באמצעות חוקים רגילים והדבר קיבל את אישור בית המשפט לפני עניין בנק המזרחי. היעדר הבחנה בין חוקים רגילים לחוקים חוקתיים מאפיינת שיטות מוניסטיות. למעשה, בעניין בנק המזרחי הכירו השופטים במציאות חוקתית זו. הנשיא ברק קבע כי אין לשנות את העבר, אך בתנועה קדימה – אחרי פסק הדין בעניין בנק המזרחי – על הכנסת לשנות את חוקי היסוד רק בחוקי יסוד אחרים.<sup>252</sup>

**(ב) קונפליקט פנימי במבחן הזיהוי של נורמות חוקתיות:** רק בפרשת בנק המזרחי קבעו השופטים מבחן לזיהוי חוקים שהם חלק מן החוקה הפורמלית: הם קבעו שאם כותרתו של החוק היא "חוק יסוד" ללא ציון השנה, הוא ייחשב לחלק מן החוקה הרשמית בהתאם להחלטת הררי.<sup>253</sup> עצם הצורך להגדיר מה כוללת החוקה מוכיח אף הוא כי עד עניין בנק המזרחי היה אופייה של החוקה מוניסטי; יתר על כן: עד היום טרם הוכרע בפסיקה אם יש להוסיף על המבחן הטכני מבחן מהותי לזיהוי חוקי היסוד.<sup>254</sup> "מבחן הכותרת הטכני" עשוי היה לעבוד, אך השופטים לא הסתפקו בו. בהערות אגב הם סייגו אותו, בשני מובנים. ראשית, הם הציעו שאולי חלק מהחוקים שחוקקה הכנסת הראשונה הם חלק מהחוקה הפורמלית אף שאין להם כותרת "חוק יסוד". הם התייחסו בכך בעיקר לשני חוקים: חוק השבות, התש"י-1950 וחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951.<sup>255</sup> הקושי בהצעה זו נעוץ בכך ששני החוקים נחקקו אחרי שנתקבלה החלטת הררי ב-13.6.1950 אך הכנסת הראשונה לא העניקה להם את הכותרת "חוק יסוד". אף שהדואליזם של הנשיא ברק נשען

251 סמוך לאחר חקיקתו פרסמתי מאמר דעה; רבקה ווייל "חוקי-יסוד כמחטף חוקתי" הארץ דעות 21.6.2009. זמין באתר הארץ [www.haaretz.co.il/opinions/1.1266983](http://www.haaretz.co.il/opinions/1.1266983). לדיוני הכנסת ראו [www.google.co.il/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiHr57z09nNAhVKlxQKHeo7AfsQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fmain.knesset.gov.il%2FActivity%2Fcommittees%2Fknesset%2FDocuments%2FProtocolArrangements18\\_5.doc&usg=AFQjCNG-bJgbFFpmB8bH9C0\\_f7s2f\\_aHSw](http://www.google.co.il/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiHr57z09nNAhVKlxQKHeo7AfsQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fmain.knesset.gov.il%2FActivity%2Fcommittees%2Fknesset%2FDocuments%2FProtocolArrangements18_5.doc&usg=AFQjCNG-bJgbFFpmB8bH9C0_f7s2f_aHSw) לביקורת על חוק יסוד זה ראו פרשת בר-און, לעיל ה"ש 61 (בפרשה זו נדונה שאלת תוקפו של חוק יסוד זה והוחלט שלא להתערב בו).

252 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 406, פס' 59 לפסק דינו של הנשיא ברק.

253 שם, בעמ' 294 (גישת הנשיא שמגר), 406 (גישת הנשיא ברק).

254 עניין בר-און, לעיל ה"ש 61, פסקה 35 לחוות דעת הנשיאה ביניש.

255 בעניין בנק המזרחי השאיר הנשיא שמגר מפורשות את מעמדם של שני חוקים אלה בצריך עיון. הוא נימק את עמדתו בכך שהכנסת הראשונה הייתה בראש ובראשונה רשות מכוננת ולכן אפשר לסווג את החוקים שקיבלה כחוקתיים על סמך תוכנם ולא על סמך כותרתם. עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 294. הנשיא ברק העלה סוגיה עקרונית זו בפסק הדין בלי לנקוב בשם של חוקים אלה; שם, בעמ' 406. לעומת זאת, בספרו – שהניח את התשתית התאורטית לפסק הדין בעניין בנק המזרחי – הוא התייחס לשני חוקים אלה כמועמדים העיקריים להיכלל בחוקה של מדינת ישראל, למרות היעדר הכותרת "חוק יסוד". ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 94, בעמ' 46.

על הרעיון שכנסות מאוחרות נהנות מאותה סמכות שהייתה לכנסת הראשונה, הוא עצמו התייחס אחרת לכנסת הראשונה.

שנית, הנשיא ברק סייג את מבחן הכותרת הטכני בכך שהציע כי ייתכן שבית המשפט ימצא בעתיד כי נעשה "שימוש לרעה" בסמכות המכוננת או שנחקק "שינוי חוקתי בלתי חוקתי".<sup>256</sup> הצעה זו מבקשת להבחין בין סמכות מכוננת מקורית (סמכות לכונן חוקה מלכתחילה) לסמכות מכוננת נגזרת (סמכות לתקן חוקה), ולכפוף את הסמכות הנגזרת לסמכות המקורית. בכך נשען ברק על כתיבתו של קליין בנושא.<sup>257</sup> אם קודם ברק הציע להרחיב את מה שאפשר לכלול בחוקה בהשוואה למבחן הפורמלי, עתה הציע לצמצם אף את מה שכלול בחוקה זו.

גישתו זו של הנשיא ברק אינה מתיישבת עם תפיסה דואליסטית בשניים: ראשית, היא משאירה לבית המשפט – ולא לעם – את ההחלטה הסופית לגבי תוכן החוקה; שנית, תחת מחויבות מלאה לגישה הדואליסטית, הסמכות המכוננת שעמדה לעם כדי ליצור את החוקה מלכתחילה עומדת לרשותו גם לצורך תיקון החוקה. לכן, גם הגירעון הדמוקרטי שנובע מבעיית הפער הבין-דורי (שבמסגרתו דור העבר כובל את הדור הנוכחי לחוקתו) מצומצם יותר תחת תפיסה דואליסטית.<sup>258</sup>

לפי גישה דואליסטית טהורה, הסעיפים המסדירים את אופן התיקון של החוקה (כמו Article V האמריקני) כובלים רק את נציגי העם (constituted power) אך לא את העם עצמו. העם נשאר בעל הסמכות לשנות את החוקה גם שלא לפי המנגנון הקבוע בחוקה לשינויה, ובלבד שהליך השינוי מלמד כי העם נתן לו את הסכמתו הרחבה, העמוקה והיציבה.<sup>259</sup>

כך הסביר אקרמן את העובדה שפעמים רבות, ברגעי טרנספורמציה חוקתית, הכללים הרגילים לתיקון חוקה מופרים: חלק מייחודו של הרגע החוקתי הוא שהמהפכנים מחדשים לא רק את תוכן החוקה אלא גם את אופן שינוייה. אקרמן הראה כי השינויים החוקתיים החשובים ביותר בארצות-הברית – כולל ביטול העבדות, הבטחת שוויון גזעי והגנה על זכות האזרחות (תיקונים 13, 14 ו-15 לחוקה) – נעשו בהליכים שיש בהם כדי להפר את

256 בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 406, 408.

257 קלוד קליין "הרשות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב 51 (1970) (התבסס על המשפט הצרפתי). ראו גם קלוד קליין "בעקבות פסק דין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון" משפטים כח 341 (1997); ברק "תיקון של חוקה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 378. לגישה שלפיה הכנסת פועלת רק כרשות מכוננת נגזרת, הכפופה לעקרונות הכרות העצמאות, ראו אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי היסוד" ספר ברנזון 119 (כרך שני, אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, תש"ס).

258 לדיון בפער הבין-דורי ראו, למשל, דותן "הדיאלוג הקונסטיטוציוני", לעיל ה"ש 6.

259 Sanford Levinson, *How Many Times Has the United States Constitution Been Amended?* לעיל ה"ש 75, בעמ' 13; David A. Strauss, *The Irrelevance of Constitutional Amendments*, 114 HARV. L. REV. 1457 (2001), לעיל ה"ש 15.

כללי החוקה הקובעים את הליך תיקונה, אך הם נתפסים כתקפים משום שהעם הביע את הסכמתו להם.<sup>260</sup> דיונים דומים מופיעים בספרות הקנדית.<sup>261</sup> גישה דואליסטית זו אינה מותרת מקום לדוקטרינת התיקון החוקתי שאינו חוקתי, ככל שדוקטרינה זו מכוונת להגבלת רצונו של העם.<sup>262</sup> גישה דואליסטית זו גם אינה מאפשרת להבחין בין סמכות מכוונת מקורית לסמכות מכוונת נגזרת, ככל שנעשה ניסיון להשתמש בהבחנה זו כדי להגביל את רצון העם. הגישה של הנשיא ברק לשינוי חוקתי עשויה להציע כי בסופו של דבר, עמדתו של ברק היא יסודנית יותר משהיא דואליסטית, כפי שיתואר בפרק ה' להלן.

**(ג) היעדר הבחנה בין שינוי לבין פגיעה:** סיפורו של סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת ממחיש את חוסר ההבחנה בין שינוי לבין פגיעה בתקופה שקדמה למהפכה החוקתית. סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת דורש רוב של חברי כנסת כדי לשנותו. הוא אינו מסדיר מפורשות את אופן הפגיעה בו. בית המשפט לא הכיר את ההבחנה בין שינוי לבין פגיעה לפני המהפכה החוקתית, שכן הבחנה זו מתקיימת רק בעולם של חוקות עליונות. מאחר שהבחנה זו לא הייתה מוכרת לבית המשפט, הוא דרש מהכנסת לעמוד בדרישות הרוב גם כשהיא רק פגעה בחוק היסוד ולא רק כששינתה אותו. בתגובה בחרה הכנסת בדרך כלל להימנע משינוי של סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת ובמקום זאת להתגבר עליו ברוב של 61 חברי כנסת. בלבול זה בין שינוי לבין פגיעה, בין תיקון חוקתי (מסלול של שינוי) לבין התגברות (מסלול של פגיעה), נבע מכך שהשיטה הישראלית לפני המהפכה החוקתית הייתה מוניסטית. עד היום, אפילו לאחר הלכת גוטמן,<sup>263</sup> טרם החליט בית המשפט אם הגיע הזמן לנטוש את הלכת ברגמן ובנותיה ולאמץ את ההבחנה בין שינוי (בחוק יסוד וברוב של חברי כנסת) לבין פגיעה (באמצעות פסקת הגבלה שיפוטית) בהקשר של סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. מובן, שאם יתיר בית המשפט התגברות כמסלול לפגיעה בחוק יסוד: הכנסת יהא בכך כדי לחזק את גישת ה"אופן וצורה" של חשין.

יתר על כן, שיטת המשפט הישראלית לא הכירה את ההבחנה בין שינוי לבין פגיעה לא רק לפני 1992: בין 1992 לבין 1995 שרר בלבול רב הן בפסיקה והן בחקיקה לגבי ההבדל בין השניים. בלבול זה ליווה גם את ההיסטוריה של חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק מ-1994. פסקת ההתגברות בחוק יסוד: חופש העיסוק באה לעולם כתוצאה מדרישת בית המשפט

260 ACKERMAN, FOUNDATIONS, לעיל ה"ש 8; ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, לעיל ה"ש 15. אחרים התנגדו בתוקף לעמדה זו. ראו, למשל, Tribe, *Taking Text*, לעיל ה"ש 211, בעמ' 1284.

261 Peter H. Russell, *Can the Canadians Be a Sovereign People? The Question Revisited*, in CONSTITUTIONAL POLITICS IN CANADA AND THE UNITED STATES 9, 9-34 (Stephen L. Newman Ian Greene, *Constitutional Amendment in Canada and the United States*, ed., 2004) *in* CONSTITUTIONAL POLITICS, שם, בעמ' 249-271.

262 אקרון הביא דוגמה: נניח שהחוקה האמריקנית תתוקן כך: "Christianity is established as the state religion of the American people, and the public worship of other gods is hereby forbidden". אף שתיתקן זה יעמוד בנגוד לעקרונות בסיסיים של החוקה האמריקנית, הוא יהא תקף בשל מחויבות החוקה האמריקנית לדואליזם. ACKERMAN, FOUNDATIONS, לעיל ה"ש 8, בעמ' 10-16.

263 גוטמן, לעיל ה"ש 66.



העליון בעניין מישראל.<sup>264</sup> כתנאי לתוקף האיסור על ייבוא בשר לא כשר לארץ דרש בית המשפט לא רק את תיקונו של חוק יסוד: חופש העיסוק, אלא גם שהתיקון ילווה באמירה מפורשת. בית המשפט עצמו התבלבל בפסק דין זה בין שינוי לבין פגיעה ודרש כי המחוקק גם ישנה וגם יתגבר כתנאי לאיסור על ייבוא בשר לא כשר לארץ. בכך הביא בית המשפט כמו ידיו ללירתה של פסקת ההתגברות המפורשת בישראל – אותו מנגנון שהשופטים כה מתנגדים להרחבת תחולתו כיום, פן יצומצם כוחם ותיחלש ההגנה על זכויות האדם.<sup>265</sup> בתגובה להלכת מישראל ניסחה הכנסת את הצעת חוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון) שבו דרשה כי חוק לא יסתור את חוק היסוד אלא אם כן הוא עושה זאת מפורשות.<sup>266</sup> על כך הגיב המשנה לנשיא ברק במכתב פומבי ליו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט ובו טען כי יש להבחין בין שינוי לבין פגיעה:<sup>267</sup> הכנסת אינה מוסמכת לסתור חוק יסוד באמירה מפורשת באמצעות חוק רגיל אלא רק בדרך של שינוי באמצעות חוק יסוד; לעומת זאת, פגיעה אפשרית בחוק רגיל ותדרוש התגברות. ברק לימד אפוא את הכנסת על ההבחנה בין שינוי לבין פגיעה והביא לתיקון נוסח חוק יסוד: חופש העיסוק משנת 1994.<sup>268</sup> הבלבול נמשך. לאחר חקיקת חוק יסוד: חופש העיסוק ב-1994 הוגשה לבית המשפט עתירה לבטל חוק יסוד זה משום שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה של חוק יסוד: חופש העיסוק משנת 1992. על כך ענה המשנה לנשיא ברק כי המתדיינים לא הבינו שפסקת ההגבלה היא מסלול של פגיעה והיא מגבילה את המחוקק בחוקקו חוקים רגילים. מאחר שהכנסת שינתה את חוק היסוד מ-1992 היא הייתה צריכה לעמוד רק במסלול השינוי – ואת זאת היא עשתה בחקיקת חוק היסוד ב-1994 ברוב של חברי כנסת.<sup>269</sup> היסטוריה זו של היעדר הבחנה בין שינוי לבין פגיעה עשויה ללמד עד כמה הייתה שיטת המשפט מוניסטית לפני פרשת בנק המזרחי.

(ד) דינמיקה של ניצול "חלון הזדמנויות צר": ייתכן שפסק הדין בעניין בנק המזרחי ניתן בהשראת האמונה שחקיקת חוקי היסוד מ-1992 היא הזדמנות חוקתית היסטורית: המדינה פשוט לא יכלה להרשות לעצמה להחמיץ את הזדמנות הזו, כשרבות אחרות כבר חלפו.<sup>270</sup> הכרות העצמאות, על מניין הזכויות שלה, יכולה הייתה לשמש חוקה. חתמו עליה נציגים יהודים מכל פלגי היישוב היהודי ונציגי התנועה הציונית העולמית וראש הממשלה דוד בן-

264 עניין מישראל, לעיל ה"ש 245, בעמ' 497, 505, 514.

265 יעל פרידסון "פסקת ההתגברות – גולת רעל לחוקי היסוד" Nrg, 29.04.2005, זמין באתר [www.nrg.co.il/online/1/ART2/691/940.html](http://www.nrg.co.il/online/1/ART2/691/940.html) (דנה כביקורת הנשיא בדימוס אהרן ברק על מנגנון ההתגברות); איתמר לוי "גרוניס נגד חוק ההתגברות: לא יהיה מחסום לעריצות" News1, 10.11.2014, זמין באתר [www.news1.co.il/Archive/001-D-355938-00.html](http://www.news1.co.il/Archive/001-D-355938-00.html)

266 2' להצעת חוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון), התשנ"ד-1993, ס"ח 1292.

267 אהרן ברק "על התיקונים בחוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 545 (1994).

268 ד"כ 1994 4522 (דברי שר המשפטים ליכאי בקריאות השנייה והשלישית).

269 פורת, לעיל ה"ש 90. למעשה, הכנסת לא עמדה בדרישת הרוב אך נושא זה לא הועלה על ידי העותרים. ראו לעיל דיון בפרק ד.4.א.

270 Bruce Ackerman, *The Lost Opportunity?*, 10 TEL AVIV U. STUD. IN LAW 53 (1990) (המחבר טוען כי לישראל היו כל התכונות הדרושות ל"התחלה חדשה" מבחינה חוקתית, אך דור המייסדים כמעט החמיץ את הזדמנות לחלוטין).

גוריון סבר שאי־אפשר להגיע להסכמה רחבה יותר מזו שבוטאה בה;<sup>271</sup> במקום זאת התייחס אליה בית המשפט העליון בשנים הראשונות כבלתי־מחייבת מבחינה משפטית.<sup>272</sup> הכנסת הראשונה יכולה הייתה לחוקק חוקה, אך בהחלטת הררי היא החליטה שלא להחליט. פסק הדין בעניין ברגמן משנת 1969, שבו בפעם הראשונה החיל בית המשפט ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, יכול היה להניח יסודות מוצקים לחוקתיות ולביקורת שיפוטית; במקום זאת הוא היה לקוני.<sup>273</sup> אם גם ההזדמנות שנקרתה בעניין בנק המזרחי הייתה מוחמצת – הנשיא ברק צייר אופק חוקתי עגום מאוד למדינת ישראל. הוא ביטא ספקות כבדים לגבי יכולתה של ישראל לאמץ חוקה אי פעם בעתיד:

גישתו של חברי השופט חשין, אינה מקובלת עליי [...] אכן, חשוב נא רק על תוצאותיה: אין לנו חוקה וחוקי היסוד אינם אלא חוקים רגילים [...] ואם נרצה לקבל חוקה וחוקי יסוד, יהא עלינו להתחיל הכול מחדש. ואף התחלה זו כנראה אינה פשוטה כלל ועיקר. וודאי שלא נשאף לדם ואש ותמרות עשן. אם נרצה לקבל חוקה בהליך שאינו אליים, נעמוד בפני קשיים נכרים. הכנסת לא תוכל לחוקק חוק שיקים אסיפה מכוננת שתכונן חוקה. גם העמדת הצעת חוקה שתכין הכנסת (או שיכין גוף מטעמה) להצבעת העם תעורר בעיות שלא קל יהא להתגבר עליהן.<sup>274</sup>

פסימיזם זה מצריך בחינה מדוקדקת. אמנם הניסיון החוקתי ההשוואתי מצביע על כך שקשה יותר לאמץ חוקה אחרי תקופת ההיווסדות; הוא גם מלמד שאימוץ חוקה דואליסטית מלווה פעמים רבות באלימות, במהפכה ובנטישה של הכללים המשפטיים הרגילים של השיטה.<sup>275</sup> עם זאת, לא עולה ממנו שחוקות דואליסטיות לא יכולות להיות מאומצות בשלבים, באופן אבולוציוני; לא משתמע ממנו ששיטה חוקתית מוניסטית לא יכולה להיפך לדואליסטית באמצעות משאל עם או באופן הדרגתי אחר.<sup>276</sup> אין שום דבר בלתי־הפיך באי־שימוש במשאל עם בישראל בעבר. בסופו של דבר, החשש הגדול של ברק לגבי עתידה החוקתי של ישראל שיקף את משאלת לבו שתהיה לישראל חוקה דואליסטית פורמלית. לסיכום: אף שהוא רצוי, לא היה תהליך דואליסטי של אימוץ חוקה בישראל. לכל היותר השיג בית המשפט בעניין בנק המזרחי תוצאה דואליסטית־פורמלית, בכך שהציב את הדרישה שלפיה אחרי פסק הדין מותר יהיה לשנות חוק יסוד רק באמצעות חוק יסוד

271 ד"כ התש"י 820 (1950).

272 ראו, למשל, בג"ץ 7/48 אלכרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב 5 (1948). בג"ץ 48/5 ליון נ' גוברניק, פ"ד א 58 (1948).

273 עניין ברגמן, לעיל ה"ש 41. ראו גם דוד קרצ'מר "מברגמן וקול העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח 359 (1997). על הפרשנויות האפשריות לפסק דין ברגמן ראו Weill, Reconciling, לעיל ה"ש 165.

274 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 392 (פסקה 41 לפסק דינו של הנשיא ברק).

275 BRUCE ACKERMAN, THE FUTURE OF LIBERAL REVOLUTION 47 (1992); Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, 83 VA. L. REV. 771 (1997); K.C. WHEARE MODERN CONSTITUTIONS 8-9 (1951)

276 Evolution, Weill, לעיל ה"ש 15. מאמר זה מתאר כיצד עברה בריטניה בדרך אבולוציונית ממודל ריבונות המחוקק למודל ריבונות העם ללא מהפכה או "דם, ואש ותמרון עשן".

אחר. משמעות הדבר היא לתת לחוק את הכותרת הנכונה. בהיעדר הליך אמתי של דואליזם, כבילתה של הכנסת נותרה כבילה עצמית מהסוג המוניסטי.

## 5. השלכות התאוריה על הכלי של משאל עם

התאוריה הדואליסטית מביאה אותנו להתמודדות מעניינת עם אימוצו של כלי משאל העם להכרעה בסוגיות טריטוריאליות. חוק יסוד: משאל עם מחייב לערוך משאל עם בטרם יחליטו הגופים הנבחרים לוותר או להחזיר (תלוי בהשקפתו של אדם) שטחים שחלים עליהם המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה. חוק יסוד זה רלוונטי בהקשר של שינויים טריטוריאליים הנוגעים לירושלים או לרמת הגולן. אין הוא חל על שטחי יהודה ושומרון, שמעולם לא סופחו רשמית לשטחי מדינת ישראל.<sup>277</sup> החוק מחייב את תמיכת רוב המשתתפים במשאל, אלא אם כן החליטה כנסת ישראל ברוב של שמונים חברי כנסת לבצע שינוי טריטוריאלי. ההנחה של הכנסת היא שרוב של שמונים חברי כנסת הוא רחב דיו כדי ללמד על תמיכה דומה בעם, במיוחד בשיטת משפט המבוססת על בחירות יחסיות.

חוק יסוד זה מצביע "מלכוד 22"<sup>278</sup> לאלה התומכים בתורת הרשות המכוננת מחד גיסא ובחתימה על הסכם שלום בר השגה מאידך גיסא. במסגרת מחויבות אמיתית לתורת "שני הכובעים" וההנחה המקופלת בה, שיש לעם מעמד מיוחד בקבלת החלטות חוקתיות, יש לחגוג על הכנסתו של כלי משאל העם לשיטת המשפט. מה שחשוב בתאוריות של ריבונות העם הוא קיום של ערוץ שבאמצעותו יוכל העם להביע את דעתו. יתרה מזו: יש לשקול אם ראוי ששמונים חברי כנסת ישמשו תחליף להבעה של דעת העם.<sup>279</sup> מנגד, ייתכן שמדינת ישראל תקשה יותר להשיג הסכם שלום תחת חוק יסוד: משאל עם, שכן חוק יסוד זה יוצר כלי וטו נוסף על מנגנון קבלת החלטות על ידי הנציגים בנושאים טריטוריאליים – העם. דווקא חוק יסוד: משאל עם יכול להניח לפתחנו כלי שבאמצעותו אפשר לפנות לעם אם יורחב השימוש בו מעבר לנושאים הטריטוריאליים. הכלי של משאל עם מתיישב היטב עם תאוריה מכוננת אך מחליש דווקא תאוריות מוניסטיות, ככל שיורחב השימוש בו. אם ברצוננו ליהנות מהיתרונות הרבים שהתאוריה הדואליסטית מציעה, עדיין לא מאוחר מדי לפנות לעם לאישור חוקי היסוד. אם לא נצליח במהלך זה בשל השסעים הרבים המאפיינים את החברה הישראלית, עדיין נוכל ליהנות מחוקה מוניסטית דוגמת זו שכבר יש לנו היום.

## ה. התאוריה היסודנית

תאוריה אפשרית רביעית היא יסודנות, שעניינה בהשתתות ביקורת שיפוטית על עקרונות העל של השיטה המשפטית. לפי תאוריה זו, זכויות וערכים מסוימים הם חשובים ויסודיים להגדרה של שיטה משפטית מסוימת עד כדי כך שהם מעבר לסמכות השליה של המחוקק או מתקן החוקה. בתי המשפט הם השומרים על כיבודם של זכויות וערכים אלה. העובדה

277 עניין המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 57.

278 JOSEPH HELLER, CATCH 22 (1961).

279 ראו לעיל, ה"ש 213 והטקסט שלידה.

שהיסודנות מתבססת על הערכים של שיטת משפט מסוימת ולא על ערכים אוניברסליים כלליים מברלת אותה משיטות של משפט טבעי.

## 1. התאוריה המאחדת

בפרק זה אטען כי תאוריה זו מאחדת את דעות השופטים בפסק דין **בנק המזרחי** בהקשר ההצדקה של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, אף שהיא לא נדונה במפורש ככזו בפסק הדין; זו גם התאוריה שבבסיס המחלוקת בהלכת **התנועה לאיכות השלטון**. שתי גישות של יסודנות מבצבצות בפסיקה הישראלית ולכל אחת מהן בסיס תאורטי והשוואתי שונה. לפי האחת, מקורם של ערכים וזכויות חוקתיים יסודיים אלה בחוקה פורמלית – בין בלשונה ובין בהיסטוריה שלה. זו גישתם של המשפט הגרמני (הנסמך גם על לשון החוקה) ושל המשפט ההודי (הנסמך רק על היסטוריית החוקה). לפי הגישה האחרת, מקורם של ערכים וזכויות אלה בהיסטוריה של המדינה, אף אם היא נעדרת חוקה פורמלית או במנותק מקיומה של חוקה פורמלית. זו תפיסת החוקתיות נוסח המשפט המקובל (common law constitutionalism), שלפיה בתי המשפט הם המופקדים על זיהוי ערכי היסוד העליונים של החברה. תחת תפיסה זו, הערכים והזכויות האלה אף יכולים להגביל מלכתחילה את העם או את מכוני החוקה משום שמקורם אינו בחוקה הפורמלית עצמה. לפיכך, כוחם אינו מצומצם לגבולות החוקה עצמה. כאמור, בישראל אפשר למצוא ביטויים לשתי הגישות. להלן אעמוד על ביטויים של יסודנות בעמדות של כמה משופטי בית המשפט העליון.

**א. יסודנות אצל הנשיא ברק:** לפני פרשת **בנק המזרחי** ניסה השופט ברק לפתח את החוקתיות נוסח המשפט המקובל בפרשת **תנועת לאו"ר**. בדעת המיעוט שלו, באמרת אגב, הוא העלה את האפשרות שבית המשפט עשוי לבטל חוק הסותר סתירה מהותית את עקרונות העל הלא כתובים של השיטה המשפטית הישראלית.<sup>280</sup> כדי להצדיק את עמדתו הוא הפנה לתורת המשפט הגרמנית, במיוחד לזו שאחרי מלחמת העולם השנייה,<sup>281</sup> אך גם למקורות אנגליים.<sup>282</sup> בעת מתן פסק הדין טרם הכיר בית המשפט בחוקתה הפורמלית של ישראל, ולכן נדמה כי נכון יותר לייחס את גישתו של השופט ברק לתפיסת החוקתיות של המשפט המקובל. אף שקבע כי סמכות כזו עשויה תאורטית להיות מיוחסת לבית המשפט, סייג אותה השופט ברק בכך שלדעתו טרם הגיעה העת להשתמש בה בארץ.<sup>283</sup>

בפרשת **בנק המזרחי** שוב פנה הנשיא ברק לתאוריית היסודנות, הפעם בגרסתה הגרמנית או ההודית. הוא הציע באמרת אגב שבית המשפט עשוי לקבוע כי שינויים חוקתיים מסוימים

280 **תנועת לאו"ר**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 551-554.

281 ברק הזכיר את H. REICHEL, GESETZ UND RICHTERSPRUCH (1915); K. ENGISCH, EINFÜHRUNG IN DAS JURISTISCHE DENKEN STUTTGART-BERLIN-KÖLN, 173 (7th ed., 1977); G. RADBRUCH, RECHTSPHILOSOPHIE 4 (Stuttgart, 1954); *Article 117 Case* (3 BVerfGE 225

282 **תנועת לאו"ר**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 552.

283 ההלכה הראשונה שהעלתה את סוגיית היסודנות נוסח המשפט המקובל נקבעה בעניין ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1964). ראו להלן, פרק ה.4.

הם בלתי-חוקתיים.<sup>284</sup> במקרים אלה, לא רק שבית המשפט רשאי להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, בהתבסס על עליונות חוקי היסוד שנקבעה באותו פסק דין עצמו – אלא הוא גם מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על תוכנם של חוקי היסוד ולהחליט בדבר תקפותם. בדומה הציע הנשיא ברק באמרת אגב כי אף שהמבחן לזיהוי חוקה הוא טכני (יש או אין כותרת של "חוק יסוד"), בעתיד עשוי להתעורר הצורך להשתמש בקריטריונים מהותיים הנוגעים לתוכן של חוק היסוד. השופט ברק לא שלל את האפשרות של שימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" על ידי הכנסת. כך, בית המשפט עשוי למצוא כי חוקי יסוד מסוימים או הוראות בתוכם אינם ראויים למעמד חוקתי.<sup>285</sup> כדי לבסס את עמדתו נשען הנשיא ברק הן על פסק הדין ההודי בעניין *Kesavananda* והן על תורת המשפט הגרמנית.<sup>286</sup> בשני הטיעונים – השינוי החוקתי הבלתי-חוקתי והשימוש לרעה בכותרת "חוק יסוד" – הוא רמז כי הבסיס לחוקה הישראלית עשוי, ככלות הכול, להיות יסודני ולא דואליסטי.<sup>287</sup>

יסודנות מסבירה גם את הקביעות של הנשיא ברק בפרשת **בנק המזרחי**, שלפיהן שלטון החוק מצדיק מטבעו ביקורת שיפוטית ושמקורטיה מהותית מחייבת ביקורת שיפוטית כדי להגן על זכויות בסיסיות. שתי הקביעות חושפות פילוסופיה שמצדיקה ביקורת שיפוטית אף במנותק מהשאלה אם יש חוקה פורמלית ספציפית שיש להגן עליה. זו גם הסיבה לקביעתו של הנשיא ברק שכל מי שמערער על סמכות הביקורת השיפוטית כמוהו כטוען שההגנה על זכויות אדם היא לא דמוקרטית.<sup>288</sup> אם כן, בעניין **בנק המזרחי** פסח הנשיא ברק על שתי הסעיפים: לא רק בין דואליזם ליסודנות אלא גם בין שתי גישות של יסודנות. הוא פנה הן ליסודנות נוסח המשפט המקובל (שלטון חוק מהותי) והן ליסודנות שמקורה בחוקי היסוד הקיימים ("תיקון חוקתי שאינו חוקתי").

גישה יסודנית באה לידי ביטוי גם בעניין **מיטראל**. שם הציע הנשיא ברק באמרת אגב כי אם חוק יפגע באופן חמור בערכים הבסיסיים ביותר של מדינה יהודית ודמוקרטית, ואפילו אם יכלול הוראת התגברות, בית המשפט עשוי לקבוע כי הוא בלתי-חוקתי. במקרה כזה בית המשפט עשוי לפרש בצמצום את פסקת ההתגברות בחוק יסוד: חופש העיסוק כדי למנוע מחוק להתגבר על הערכים הבסיסיים ביותר של החברה הישראלית, כפי שהם מוגנים על ידי סעיפי המטרה ועקרונות היסוד.<sup>289</sup> זוהי גישה יסודנית שכן פסקת ההתגברות נועדה, על פי לשונה ותכליתה, להתגבר על חוק יסוד: חופש העיסוק כולו ולא רק על סעיפים מסוימים בו. הנכונות להעניק לסעיפי המטרה ולעקרונות היסוד מעמד עצמאי נובעת מיסודנות. אנו אף רואים כי לאחר פסק הדין בעניין **בנק המזרחי** ביקש הנשיא ברק לבסס את היסודנות על חוקי היסוד עצמם. הוא ביקש עיגון טקסטואלי לתורת היסודנות כדי לצמצם ביקורת

284 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 394, 408 (פס' 43-44 ו-64 לפסק דינו של הנשיא ברק).

285 שם, בעמ' 406.

286 שם, בעמ' 394 (הנשיא ברק מאזכר את עניין *Kesvananda*, לעיל ה"ש 16 (הודו) ואת 6 BverfGE 32 (1957) (גרמניה)).

287 על המחלוקת בין הגישה היסודנית לגישה הדואליסטית ראו לעיל, פרק ד. 4 וגם להלן, פרק ה.4.

288 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 424.

289 בג"ץ 4676/94 **מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 28, 15 (1996).

אפשרית נגדה, כביכול מקורה בשופטים גרדא. ברק נע אפוא בפסיקה מיסודנות נוסח המשפט המקובל בעניין תנועת לאו"ר, דרך יסודנות שמקורה הן בחוקי היסוד והן במשפט המקובל בעניין בנק המזרחי ועד לאימוץ יסודנות שמקורה בחוקי היסוד כחוקתה הפורמלית של המדינה בעניין מיטראל.

(ב) יסודנות אצל הנשיא שמגר: יסודנות מסבירה גם את קביעותיו של הנשיא שמגר בעניין בנק המזרחי, שלפיהן יש גבולות לסמכות הכבילה העצמית של הכנסת. לא כל נושא ניתן לשריון ולא כל צורה של כבילה היא חוקתית. הנשיא שמגר לא שאב את מקור המגבלות היסודניות מהתאוריה המוניסטית אלא ממקור חיצוני לה. מוניזם לא מציע הנחיות יסודניות מעבר לעיקרון בדבר שלטון הרוב, כפי שנאמר בדעת המיעוט של השופט חשין; אך הנשיא שמגר חש בנוח אפילו עם דרישה לרוב של שני שלישים כתנאי לשינוי הוראות מסוימות בחוק יסוד: הכנסת.<sup>290</sup> שמגר ציין כי הוא נוטה לשאוב את עקרונות היסודנות מ"עקרונות יסוד של שיטתנו כמדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>291</sup>

(ג) יסודנות אצל השופט חשין: באופן מפתיע, היסודנות משותפת לא רק לברק ולשמגר אלא גם לחשין. בדעת המיעוט שלו בעניין התנועה לאיכות השלטון מצא השופט חשין שחוק טל פטר דה פקטו תלמידי ישיבות חרדים משירות צבאי ובכך סתר את הערכים החוקתיים הבלתי-כתובים היסודיים ביותר של שיטת המשפט הישראלית – והכריז כי חוק טל אינו תקף בשל סתירתו את עקרונות-העל.<sup>292</sup> השופט חשין מצא שהחוק סתר את הערך היסודני של שוויון, אך לא במובן שהחוק משפיל וככזה פוגע בכבוד האדם; הוא ביטל את החוק ככזה שסותר את אופייה היסודני של המדינה כיהודית (מחייב צבא שיגן על המדינה) וכדמוקרטית (מחייב שלא להפלות מי שאינם חרדים).

אילו הסתמך השופט חשין על הפגיעה בכבוד האדם הוא יכול היה לבטל את החוק מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך הוא לא היה נכון לעשות כן בשל עמדתו הערכית ששירות צבא הוא זכות ואינו יכול לעלות כדי השפלה או פגיעה בכבוד האדם. פגיעה בשוויון, שלא במסגרת פגיעה בכבוד האדם, אינה מוגנת מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חשוב גם להדגיש כי באי-הסתמכותו על חוקי היסוד גילה השופט חשין כי מקור היסודנות שלו נעוץ בתפיסות של יסודנות נוסח המשפט המקובל. בדומה לשמגר ולברק, מבחינת השופט חשין הערכים היסודניים של שיטת המשפט הישראלית הם אופייה כמדינה יהודית ודמוקרטית. פרשת התנועה לאיכות השלטון הייתה המקרה הראשון שבו היה שופט בית משפט עליון מוכן להשתמש במפורש ביסודנות כדי לבטל חוק כחלק מהרציו של פסק דינו, ולא באוביטר כפי שהוצע בעבר בפרשת תנועת לאו"ר. לכאורה מפתיע שהשופט חשין – שהיה בדעת מיעוט בעניין בנק המזרחי משום שלא היה מוכן להכיר בחוקי היסוד כחוקתה הפורמלית של המדינה, ללא הסכמת העם – יהיה זה שיכניס את היסודנות לשיטת המשפט הישראלית בדלת הראשית, ולא בדלת האחורית, כפי שעשה הנשיא ברק כה בזהירות. לכאורה, בפרשת

290 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 292 (פס' 34 לפסק דינו של הנשיא שמגר).

291 שם, בעמ' 293 (פס' 35 לפסק דינו של הנשיא שמגר).

292 פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 56. הכוונה ב"חוק טל" לחוק דחיית שירות תלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002, ס"ח 1862 521.

**התנועה לאיכות השלטון ביטא השופט חשין עמדה אקטיביסטית – ואילו בעניין בנק המזרחי הייתה עמדתו הפוכה.**

האם הסתמכותו על יסודנות בעניין התנועה לאיכות השלטון מתיישבת עם דעת המיעוט שלו בעניין בנק המזרחי? תשובתי לכך חיובית.<sup>293</sup> בעניין בנק המזרחי אימץ השופט חשין את תאוריית האופן והצורה, שלפיה המחוקק הוא ריבון בעת שהוא "מחוקק לאחרים", אך בהסדרת התנהלותו שלו סמכותו מוגבלת יותר. כך, הכנסת יכולה אפילו להכריז בחוק שגבר הוא אשה ולהפך,<sup>294</sup> אך לגבי סמכותה שלה הוגבלה הכנסת על ידי הערך ה"בלתי-כתוב" היסודי ביותר של הרמוקרטיה, קרי: שלטון רוב. כך, הכנסת לא יכולה לכבול את חוקיה מעבר לדרישה של רוב מוחלט או להאריך את הקדנציה שלה.<sup>295</sup> בעניין התנועה לאיכות השלטון הרחיב השופט חשין את היסודנות – או אם תרצו: פרע את השטר שעליו חתם בפסקי הדין בנק המזרחי ורובינשטיין.<sup>296</sup> כעת היסודנות חלה לא רק על הליכי החקיקה של הכנסת, אלא גם כשהכנסת מחוקקת עבור אחרים.

בניגוד לחשין, בפרשת התנועה לאיכות השלטון פסק הנשיא ברק כי אין זה המקרה המתאים ליסודנות: היסודנות היא בבחינת הנשק הלא קונבנציונלי של השופטים, השמור לעת שבה אין אופציה זמינה אחרת שמכוחה אפשר לבטל חקיקה הפוגעת באמות הספים של השיטה.<sup>297</sup> המחלוקת ביניהם לא הייתה לגבי המחויבות ליסודנות אלא לגבי הצורך להזדקק לה במקרה הקונקרטי. במקום לפנות ליסודנות חש הנשיא ברק בנוח לעבוד עם חוקי היסוד הקיימים, ולהציע פרשנות מרחיבה לזכות לכבוד האדם ככוללת את הזכות לשוויון ככל שמדובר בהיבטי השוויון הקשורים הדוקות באנושיות האדם ובמימוש האוטונומיה של הרצון הפרטי שלו. גישתו של הנשיא ברק הייתה בעלת השלכות פרקטיות מרחיקות לכת בהרבה מגישתו של השופט חשין: הנשיא ברק הניח את התשתית לשימוש בזכות לכבוד האדם כבסיס לתורת הזכויות כולה על רגל אחת, בדומה ל"ואהבת לרעך כמוך" של הלל הזקן.<sup>298</sup> מהפכנות גישתו בולטת אף על רקע העובדה שהכנסת שקלה מפורשות את הזכות

293 לתמוכין ראו גם דותן "הדיאלוג הקונסטיטוציוני", לעיל ה"ש 6, בעמ' 174-176 (מפרש את גישתו של השופט חשין בעניין בנק המזרחי כגישה המבססת ביקורת שיפוטית על גישה מטא-טקסטואלית).

294 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 527. השוו DICEY, לעיל ה"ש 9, בעמ' 5 "It is a fundamental principle with English lawyers, that Parliament can do everything but (make a woman a man, and a man a woman.)"

295 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 544-546.

296 שם, בעמ' 545 (פס' 99 ו-100 לפסק דינו של השופט חשין), וראו גם בעמ' 546. כן ראו עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 56, בפסקה 3, שם הבהיר השופט חשין כי הוא פורע את השטר שהניח בפרשת רובינשטיין בנושא גיוס תלמידי הישיבות. בפרשת רובינשטיין הוא כבר רמז כי גם חוק של הכנסת – ואולי אפילו חוק יסוד – אין בו כדי לאפשר פטור כאמור. בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 541 (1998). בהציעו כי "גם חוק יסוד לא יסכון" רמז חשין לגישתו היסודנית.

297 פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 56, בפסקאות 72-74 לפסק דינו של הנשיא ברק.

298 על סיפורו של הלל ראו תלמוד בבלי, מסכת שבת לא ע"א.



לשוויון ובחירה שלא לכלול אותה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משום שהיוותה "אבן נגף" לקבלת מגילת זכויות.<sup>299</sup>

(ד) יסודנות אצל השופט גרוניס: אם השופט חשין ניסה להרחיב את הבסיס לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בפרשת התנועה לאיכות השלטון, באותו פסק דין ניסה השופט גרוניס להגביל אותה למצבים מסוימים.<sup>300</sup> הכוונה למצבים שבהם הביקורת השיפוטית מחזקת את התהליך הדמוקרטי ובכך מצמצמת את הקושי האנטי־רובני. בלשונו של גרוניס: "הצידוק המרכזי לקיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקה הינו הצורך להגן על מיעוט ועל יחידים מפני עריצות של הרוב. בית המשפט הינו המחסום האחרון שיכול למנוע מן הרוב לפגוע ביחידים ובקבוצות מיעוט".<sup>301</sup> כך מצא השופט גרוניס שחוק טל הינו תקף משום שהוא נתן זכות יתור לקבוצת מיעוט – גברים חרדים, ואילו הרוב – אנשים חילונים – לא צריכים את הגנת בית המשפט משום שאין חשש לעריצות הרוב נגד עצמו.<sup>302</sup>

מדוע להגביל ביקורת שיפוטית למצבים אלה? גישתו של השופט גרוניס אמנם מבטאת יסודנות, אך תפקידה שונה מזה של היסודנות אצל השופטים שמגר, ברק וחשין. אצל האחרונים היסודנות משלימה את התאוריות העיקריות שלהם ואילו אצל גרוניס היא היחידה. אמנם, בספרות הוצעה פרשנות שונה לגישתו של השופט גרוניס, שממנה עולה כי יש "להלביש" את התאוריה שלו על פסקת ההגבלה כדי שתסייע בזיהוי מצבים של "פגיעה" בזכויות חוקתיות. לפי פרשנות זו, אם אין מדובר במקרים של פגיעת הרוב במיעוט או ביחידים – אין פגיעה. לפי תפיסה זו, גישת השופט גרוניס היא גישה של פרשנות להיקף הזכויות החוקתיות ואינה עולה כדי תאוריה יסודנית; ודאי שאין היא משמשת תחליף לתאוריות שהוצעו בפרשת בנק המזרחי.<sup>303</sup>

פרשנותי לגישת השופט גרוניס שונה. לגישתי הוא פירש את הלכת בנק המזרחי כקובעת שיש לבית המשפט סמכות לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, אך הוא לא ראה הלכה זו כמכריעה בדבר התאוריה הטובה ביותר לחוקתיות הישראלית.<sup>304</sup> מדוע יש לבית המשפט סמכות לביקורת שיפוטית? לשיטת השופט גרוניס הדבר נובע מהצורך להגן על ההליך הדמוקרטי, על מיעוטים ועל יחידים הרוב, ובית המשפט שואב את סמכותו להגן כאמור מכוח תפיסה יסודנית בדבר תפקידו של בית המשפט בדמוקרטיה. זו גם הסיבה להסתמכותו של השופט גרוניס על איליי; גם הדוגמאות שהביא להצדקת התערבות של בית המשפט – זכות

299 קרפ, לעיל ה"ש 49, בעמ' 337.

300 פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 56, בפס' 7 לפסק דינו של השופט גרוניס. השופט גרוניס ביסס את הנמקתו על J.H. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980). איליי עצמו בנה את תורתו סביב פרשנות הרציונל של פסק הדין בעניין

*United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938)

301 פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 56, בפס' 15 לפסק דינו של השופט גרוניס.

302 שם, בפס' 1-16 לפסק דינו של השופט גרוניס.

303 דומה כי כך יש להבין, למשל, את המאמר של משה כהן־אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" משפט וממשל י' 521 (2007).

304 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 56, בפס' 14 ("איני חולק על ההלכה שבפרשה זו [בנק המזרחי], וברי מחוות דעתי כי מסכים אני שבשיטתנו המשפטית קיימת ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה").

בחירה כפולה לכנסת לחלק מהמצביעים, חוק המאריך את תקופת הכהונה של הפרלמנט, העלאת אחוז החסימה באופן השולל ייצוג מיעוטים, הצבעה כפולה של חלק מחברי הכנסת המכתיבה תוצאה לא רובנית – אינן נשענות או אפילו מתייחסות בכלל ללשון חוקי היסוד.<sup>305</sup> יתר על כן: השופט גרוניס הדגיש כי גישתו אינה משפיעה רק על השאלה אם התקיימה פגיעה בזכויות או אם הפגיעה היא מידתית, אלא היא אפריורית ועוסקת בשאלה מתי בכלל ביקורת שיפוטית מוצדקת. אביא דבריו כלשונם מפאת חשיבותם:

שאלה נכבדה היא מהו המיקום הגיאומטרי של סוגיית הביקורת השיפוטית בבחינה החוקתית. בפסיקתנו נקבע כי לרשות המחוקקת עומד מרחב תמרון חקיקתי (margin of appreciation) שבגדרו "יכול לנוע המחוקק בלא שיקבע כי פגע בהוראותיהם של החוקה או של חוק יסוד" [...] המרחב האמור שניתן למחוקק מגדיר למעשה את גבולותיה של הביקורת השיפוטית. אותו מרחב נכלל בגדר מבחני המידתיות, המהווים חלק מפסקת ההגבלה. הגישה המוצגת על ידי בחוות דעתי בכל הנוגע לביקורת שיפוטית אינה מצומצמת לסוגיית המידתיות אלא רחבה היא בהרבה. ייתכן שיש לראות בה מעין המעטפת או מטריה של הבחינה החוקתית כולה.<sup>306</sup>

למעשה, דומה כי הנשיא ברק הבין את גישתו של גרוניס כגישה יסודנית שמקורה במשפט המקובל, ולכן כתב הנשיא ברק:

חבריי המשנה לנשיא מ' חשין והשופט א' גרוניס נוקטים עמדות השונות אלו מאלו. עם זאת, לשניהם משותפת התפיסה כי את חוקתיותו של חוק דחיית שירות יש לבחון על פי אמות מידה שמחוץ לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שניהם סבורים גם שאת ההכרעה בעתירות יש לקבל כבר עתה, בלא שיש רלבנטיות לעניין זה לפסקת ההגבלה. לדעתי, אין לנקוט בגישות אלה. את חוקתיותו של חוק דחיית שירות יש לבחון לאור הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולא מכוחן של דוקטרינות, שהן חיצוניות לו.<sup>307</sup>

עד כה, השופט גרוניס מייצג קול בודד בהציעו את התפקיד המצומצם ביותר לביקורת שיפוטית. ראוי לציין כי גישתו כוללת דבר והיפוכו: מחד גיסא הוא ביקש לצמצם את הביקורת השיפוטית רק למצבים של פגיעת המחוקק בהליכים דמוקרטיים או בקבוצות מיעוט; מאידך גיסא הוא ציין כי ביקורת שיפוטית מוצדקת בכל מקרה של פגיעה בזכויות האדם היחיד – ובכך הרחיב חזרה את היקף הביקורת השיפוטית, שכן על כל חוק הפוגע בזכויות אפשר לכאורה לומר שהוא אף פוגע באדם היחיד.<sup>308</sup> למעשה, אפשר היה לטעון זאת גם על חוק טל עצמו, כפי שקבע הנשיא ברק.

תשובתו של השופט גרוניס הייתה שבמקרה דוגמת חוק טל אי-אפשר להראות כי אי-גיוס של תלמידי ישיבות הביא לפגיעה ביחידים אלא לכל היותר לפגיעה קבוצתית בבני קבוצת הרוב: "לא הוכח שגיוסם של בני הישיבות לצבא יקטין במקביל, באופן יחסי ובצורה

305 שם, בפס' 7.

306 שם, בפס' 12 (ההדגשות הוספו); ראו גם פס' 13.

307 שם, בפס' 81 (ההדגשות הוספו).

308 לביקורת ברוח זו ראו כהן-אליה, לעיל ה"ש 303, בעמ' 530-531, ה"ש 27.

נקודתית את הנטל על מי מביין קבוצת הרוב".<sup>309</sup> תשובה זו תביא לכך שדווקא בסוגיות של שוויון בהקצאת משאבי המדינה – שהן לכאורה סוגיות מובהקות שייתכנו בהן כשלים דמוקרטיים (אפילו לשיטתו של איליי) – בית המשפט עלול שלא לעמוד לרשות יחידי החברה. השופט גרוניס לא חמק אפוא מסתירה פנימית בעמדתו הוא.

נסכם, אם כן, כי הגישות השיפוטיות לביקורת שיפוטית בישראל מאז המהפכה החוקתית מאוחדות בכך שלכולן יש רכיב יסודני, בין כרכיב בלעדי (גרוניס) ובין כרכיב נלווה (שאר השופטים).

(ה) כתיבתו האקדמית של ברק לאחר פרישתו מבית המשפט: מעניין כי בכתיבה זו מבצבצת תורת היסודנות נוסח המשפט המקובל בלי שברק מכיר בכך במפורש. ספרו על המידתיות מבטא תפיסה יסודנית נוסח המשפט המקובל.<sup>310</sup> במאמרו על "תיקון של חוקה שאינו חוקתי"<sup>311</sup> ברק מקדם את התאמת הדוקטרינה של "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" לתנאי הארץ. אמנם, דוקטרינה זו פותחה בגרמניה, בתורכיה ובברזיל כדי להגן על פסקאות נצחיות מפני תיקונים המשנים אותן,<sup>312</sup> שעה שבישראל, לשיטתו, אין פסקאות נצחיות בלשון החוקה. אף על פי כן, ברק סבור שאפשר לאמץ את הדוקטרינה בארץ בהתבסס על הניסיון ההודי של קריאת הדוקטרינה לתוך החוקה במשתמע וכנובעת מהמבנה הבסיסי של החוקה.<sup>313</sup> לכן, פגיעה קשה בתנאי המינימום של אופי המדינה כיהודית וכדמוקרטית עשויה להיחשב כארץ ל"תיקון חוקתי שאינו חוקתי".<sup>314</sup> גישה זו של ברק מתיישבת עם יסודנות שמקורה בחוקה עצמה.

ברק אינו מסתפק בכך: הוא מציע כי גם כינון החוקה מלכתחילה – עניין הרלוונטי לישראל הואיל וטרם הושלם מפעל החוקה – מוגבל מכוח דוקטרינה זו של "תיקון חוקה שאינו חוקתי".<sup>315</sup> בכך הוא מגלה את מהות גישתו: לא החוקה עצמה קובעת את מגבלות תיקונה – אלא מדובר ביסודנות נוסח המשפט המקובל. גישתו זו של ברק רחבה בהרבה מהדוקטרינה של "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" בשיטות משפט אחרות. באותן שיטות היא חלה על תיקון חוקה ולא על עצם כינונה מלכתחילה.

## 2. ההקשר ההשוואתי

ישראל אינה לבד בהישענותה על יסודנות. מדינות שונות קבעו בחוקותיהן כי סעיפים מסוימים בהן אינם ניתנים לשינוי ונחשבים לנצחיים (eternity clauses). כבילה מוחלטת כזו נועדה בדרך כלל להגן על טבעה הדמוקרטי או הרפובליקני של המדינה ועל זכויות

309 עניין התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 56, בפס' 15.

310 ראו ווייל "האם המחוקק ירה בתותח", לעיל ה"ש 166, בעמ' 377-384.

311 ברק "תיקון של חוקה", לעיל ה"ש 16.

312 שם, בעמ' 363-365, 370-370.

313 שם, בעמ' 365-367, 376. על הניסיון ההודי ראו להלן, פרק ה.2.

314 ברק "תיקון של חוקה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 379-380.

315 שם, בעמ' 379.

אדם יסודיות מסוימות.<sup>316</sup> להגנה על פסקאות נצחיות אלו פותחה הדוקטרינה של "תיקון חוקתי שאינו חוקתי".

שופטי ישראל ובמיוחד הנשיא ברק הושפעו בעיקר מהשיטה הגרמנית ומהשיטה ההודית בפיתוח הדוקטרינה של "תיקון חוקתי שאינו חוקתי". אימת הנאציזם גרמה למנסחי חוק היסוד הגרמני ב-1949 לכלול בו הוראות נצחיות בדבר הערך הבסיסי של כבוד האדם ובדבר האופי הדמוקרטי של המדינה.<sup>317</sup> היסטוריה זו אף מסבירה מדוע אימץ בית המשפט החוקתי הפדרלי הגרמני, בהחלטה החוקתית החשובה הראשונה שלו, את דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" אל תוך שיטת המשפט.<sup>318</sup> אף על פי כן לא יושמה דוקטרינה זו בגרמניה ברעת רוב, ובניתיים היא אמרת אגב שיפוטית חשובה בעלת ערך חינוכי.<sup>319</sup>

אך מה הדין אם החוקה אינה כוללת במפורש הוראת נצחיות? היעדר תימוכין בלשון החוקה לא מנע מבית המשפט העליון ההודי בעניין *Kesavananda* לאמץ את הדוקטרינה של "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" ולהחיל אותה כדי לבטל חלקים מתיקונים חוקתיים שנתקבלו.<sup>320</sup> ברוב של שבעה מול שישה החליט בית המשפט העליון ההודי שלחוקה ההודית יש "מאפיינים מהותיים" ו"מבנה בסיסי" שאין להפר, לרבות באמצעות שינוי חוקתי. פסק הדין ניתן על רקע מאבקי כוח קשים בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת, ששיאם בשנים 1975-1976, עת הוטל משטר חירום בהודו והושהו חלק מהוראות החוקה. כלל השחקנים הפוליטיים הכירו בדיעבד בכך שהפרלמנט השתמש בכוחו לרעה והדבר הקנה לגיטימיות בדיעבד לדוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" בהודו.<sup>321</sup>

אם "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" הושפע בארץ מהשיטות הגרמנית וההודית, יסודנות נוסח המשפט המקובל מושפעת מהשיטה הבריטית. הרצון לחקות את ארצות-הברית, עם החוקה הפורמלית העליונה שלה, הוא כה עז במדינות שהושפעו מהמשפט הבריטי, שמלומדים ואפילו שופטים שהתייחסו מהסיכוי לאימוץ חוקה פורמלית שלמה במדינתם מתייחסים ל"חוקתיות נוסח המשפט המקובל" או ל"ערכי יסוד לא כתובים" כדרך להחלת דין עליון על בתי מחוקקים.<sup>322</sup> מרכזיות הרעיון נחשבת לתופעה חדשה במדינות אלה, אף שאפשר

316 Sam Brooke, *Constitution-Making and Immutable Principles* 52-78 (M.A. in Law and Diplomacy Thesis, The Fletcher School, Tufts University, 2005) available at <http://fletcher.tufts.edu/research/2005/Brooke3.pdf>

317 ס' 20 ו-79(3) לחוק הבסיסי הגרמני (B.G.B.). ראו KOMMERS, לעיל ה"ש 16, בנספח A.  
318 *Southwest State Case*, 1 BVerfGE 14, 32 (1951). ראו KOMMERS לעיל ה"ש 16, בעמ' 542, ה"ש 90. אישור לדוקטרינה זו אפשר למצוא ב-"Article 117 case", 3 BVerfGE 225, 234 (1953). ראו KOMMERS, שם, בעמ' 48.

319 ראו Jacobssohn, לעיל ה"ש 16, בעמ' 477. רק מיעוט מקרב שופטי ההרכב היו מוכנים להשתמש בהלכה זו בעניין *Klass case*, 30 BVerfGE 1, 33-47 (1970). ראו KOMMERS, לעיל ה"ש 16, בעמ' 48.

320 עניין *Kesavananda*, לעיל ה"ש 16.

321 David Gwynn Morgan, *The Indian 'Essential Features' Case*, 30 INT'L COMP.L. Q. 307 (1981); Brooke; לעיל ה"ש 316, בעמ' 63-65; Jacobssohn, לעיל ה"ש 16, בעמ' 470-476.

322 לאסמכתאות בנושא ראו לעיל, ה"ש 17.

למצוא את שורשיה במשפט המקובל המוקדם שלהן.<sup>323</sup> ברוח זו קבע בית הלורדים הבריטי בעניין *Jackson* ב-2005, כי אילו ביטל הפרלמנט את הביקורת השיפוטית על פעולות הממשלה באופן שהיה פוגע קשות בזכויות אדם, או אילו ביטל הפרלמנט את בית הלורדים ללא הסכמת הבית העליון – ייתכן שבית המשפט היה מוצא שחיקה כזו אינה תקפה.<sup>324</sup>

### 3. התפתחות השיטה הישראלית בצל היסודנות

תאוריית היסודנות עשויה להסביר את מניעי השופטים להכיר בחוקי היסוד כחוקתה הפורמלית של המדינה; ולא זו בלבד אלא שיש בה גם כדי לעורר תהיות על מידת התמיכה הנוכחית של בית המחוקקים במהפכה החוקתית. תכופות נשמעת הטענה שהעובדה שהכנסת אינה משנה את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – שאיננו משוריין והוא עיקר הבסיס לכוח הביקורת השיפוטית – יש בה כדי ללמד על הסכמת הכנסת לפסיקתו של בית המשפט בעניין *בנק המזרחי ובפסקי הדין שבאו בעקבותיו*. עם זאת, לאור גישת היסודנות, ייתכן שהמחוקק אינו משנה חוק יסוד זה מחשש ששינוי זה יהא לא תקף בעיני בית המשפט או שיפורש על ידי בית המשפט באופן שאינו עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק. קשה להסיק הסכמה מאי-פעולת המחוקק שעה שהוא פועל (או לא פועל) בצל היסודנות.<sup>325</sup> צל זה של יסודנות בא לידי ביטוי בפרשות דוגמת *המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר)*<sup>326</sup> ו-*בר-און*,<sup>327</sup> שבהן חזר בית המשפט על מחויבותו העקרונית ליסודנות. פסק הדין הראשון מבטא יסודנות נוסח המשפט המקובל<sup>328</sup> והאחרון מבטא יסודנות המבוססת על "תיקון חוקתי

323 Edward S. *Dr. Bonham's Case*, 8 Co. REP. 114a, 77 ENG. REP. 646 (C.P. 1610) כן ראו Edward S. Corwin, *The 'Higher Law' Background of American Constitutional Law*, 42 HARV. L. REV. 149 (1928-1929)

324 Jackson, לעיל ה"ש 156.

325 כך, למשל, נכתב: "מאז [1992] דוממה הכנסת את מפעל חקיקת חוקי היסוד ומסרכת להמשיך בו. הסיבה העיקרית לכך היא לחץ המפלגות הדתיות. מנהיג ש"ס לשעבר, אריה דרעי, אמר כי אפילו אם עשרת הדיברות יעוגנו בחוקי היסוד, הוא יתנגד לכך. זאת בשל הפרשנות של בית המשפט העליון, ובעיקר זו של ברק". משה גורלי "בסך הכל נפסלו שלושה חוקים" הארץ חלק כללי, 27.03.2002, [www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=146225](http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=146225)

326 עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר), לעיל ה"ש 47.

327 עניין בר-און, לעיל ה"ש 61.

328 עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר), לעיל ה"ש 47. הנשיאה ביניש, שכתבה את פסק הדין העיקרי בנושא הפרטת בתי הסוהר, נעזרה בנייתוח האמנה החברתית שביסוד המדינה כדי להסיק כי ההפרטה שבדיון פוגעת בזכויות לחירות אישית ולכבוד האדם (פס' 23-39). לעומתה, המשנה לנשיא ריבלין ציין באוביטר כי ייתכן שאפשר היה לבטל את חוק הפרטת בתי הסוהר מכוח עקרונות-העל, שכן הוא פוגע בעקרונות היסוד שבבסיס האמנה החברתית שעליה קמה המדינה. זו גישה יסודנית שמקורה במשפט המקובל: היא אינה נדרשת להסתמכות על חוקי היסוד הקיימים. השופטים חיות, נאור ולוי חלקו על השופט ריבלין בציינם כי אף אם יש בהפרטה משום פגיעה בעקרונות-העל, אין מדובר בפגיעה קשה עד כדי כך שהיא מצדיקה שימוש בנשק לא קונבנציונלי זה (פס' 3-4 לפסק דינה של השופטת חיות, פס' 29 לפסק דינה של השופטת נאור, פס' 18-19 לפסק דינו של השופט לוי).

שאינו חוקתי",<sup>329</sup> אף שהשופטים לא הבחינו או לא היו מודעים להבדל בין שני סוגים אלה של יסודנות. בפרשת בר-און גם ציין בית המשפט כי אופי המדינה כיהודית וכדמוקרטית הוא הערך היסודני שיש להגן עליו מפני פגיעה קשה.<sup>330</sup> למעשה, ספק אם אפילו כתיבתו של ברק מאז פרש מכס השיפוט מרגיעה חששות אלה. כך, ברק מרחיב את תפיסת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" גם למצבים שבהם טרם הושלמה החוקה, וממילא קשה לצקת תוכן מהותי להבחנה בין כינון לבין תיקון. הוא גם מציין כי תיקון החוקה – כך שיקבע כי אין לבית המשפט סמכות לביקורת שיפוטית על תיקוני חוקה – עשוי להיפסל כ"תיקון חוקתי שאינו חוקתי".<sup>331</sup> אפשר ללמוד מכך, בבחינת קל וחומר, כי ביטול הביקורת השיפוטית מכוח חוקי היסוד תיתקל בגישה דומה מצד בית המשפט. ברק אמנם מציין שאפשר לשנות את אופי הביקורת השיפוטית ל"רכה" יותר כל עוד לא הסתיים מפעל החוקה,<sup>332</sup> אך מכלל הן שומעים לאו: כבר כיום אין לבטלה כליל ולחזור מהמהלך שננקט בעניין בנק המזרחי. יתר על כן: ברק גם מתחיל לקדם את התפיסה שאולי הגיעה השעה להכיר בחוקי היסוד הקיימים כחוקה השלמה של ישראל, גם ללא החלטת הכנסת.<sup>333</sup> בכך, יושלם המהלך שהחל בעניין בנק המזרחי, וכנסת שתבקש לסטות ממנו תיאלץ לעשות כן בדרך של כינון חוקה חדשה – במקום בדרך של תיקון חוקה קיימת, על כל המשתמע מכך.

#### 4. הקשיים בתאוריה

התאוריה היסודנית כבסיס לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מעוררת קשיים תאורטיים רבים.

(א) **סוגיית השפיטות:** לכאורה, הדוקטרינה של "תיקון חוקתי בלתי-חוקתי" נראית לוקה בסתירה פנימית. ברור שהתיקון סותר את הטקסט של החוקה הקיימת, שאם לא כן לא היה נדרש שינוי. אם התיקון נחקק בהתאם לכללים הפרוצדורליים הקבועים בחוקה לצורך תיקונה – מדוע לא יהיה השינוי החוקתי תקף?<sup>334</sup> יתר על כן: שיטות חוקתיות רבות שוללות כליל את הרעיון של ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של שינויים חוקתיים. כך,

329 עניין בר-און, לעיל ה"ש 61, פס' 35 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש. בהלכה זו השאיר בית המשפט בצריך עיון את השאלה בדבר תחולת הדוקטרינה של "תיקון חוקתי שאינו חוקתי", תוך שהביע נטייה לאמצה. עם זאת, הוא לא ראה מקום להחילה במקרה שלפניו כדי לבטל את חוק יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009 עד 2012 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה), התשס"ט-2009. אף על פי שחוק יסוד זה פוגע בעקרון הפרדת הרשויות בחלוקת התפקידים בין הכנסת לממשלה, הוא לא מגיע כדי פגיעה כה קשה בעקרונות הדמוקרטיה עד שיש לבטלו.

330 עניין בר-און, לעיל ה"ש 61, פס' 33-34 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

331 ברק "תיקון של חוקה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 373.

332 שם, בעמ' 380.

333 שם, בעמ' 381 (ברק השאיר עניין זה בצריך עיון, אך זו שיטתו לבחון רעיונות טרם קידומם המלא בפועל).

334 יש שיטות משפט, כמו השיטה האוסטרית והשיטה האירית, שבהן בית המשפט בוחן אם התיקון נעשה לפי הפרוצדורות הקבועות בחוקה לתיקונה, אך הוא אינו מתערב בתוכן התיקון. ברק "תיקון של חוקה", לעיל ה"ש 16, בעמ' 368, 372.

למשל, בית המשפט העליון האמריקני רואה זאת כנושא בלתי־שפיט.<sup>335</sup> בעניין *Coleman* התייחס בית המשפט להיסטוריית התיקונים שלאחר מלחמת האזרחים האמריקנית כדוגמה לכך שהחוקה מתקנת גם מחוץ לכללים הרגילים של השיטה.<sup>336</sup>

**(ב) העצמת הקושי האנטי־רובני:** יסודנות מעצימה את הקושי האנטי־רובני. אם ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית סובלת מקשיים אנטי־רובניים, אף שזו מוחלת על בסיס חוקה עליונה, אזי ביקורת שיפוטית על עצם תוכנה של החוקה היא בעייתית יותר מבחינה דמוקרטית. התערבות בתיקון חוקתי הופכת את בית המשפט לבעל המלה האחרונה בנושא שעה שהחלטותיו בביקורת שיפוטית רגילה מותרות אפשרות להבעת אי־הסכמה עמו בדרך של תיקון חוקתי. ביקורת שיפוטית על תיקון חוקתי עלולה להגיע כדי עליונות השופטים על רשויות השלטון האחרות.<sup>337</sup>

**(ג) יסודנות אינה מתיישבת עם דואליזם או עם מוניזם:** שעה שבעניין *בנק המזרחי* הציעו השופטים יסודנות כתאוריה משלימה לגישותיהם העיקריות, היסודנות אינה מתיישבת בנקל עם דואליזם או עם מוניזם. מלומדים רבים סבורים שהסמכות לתקן חוקה היא במעמד שווה לסמכות המכוננת המקורית, ושאפשר לאמץ שינויים חוקתיים אף בלי לקיים את המגבלות הפורמליות שנקבעו בחוקה לשם שינויה.<sup>338</sup> עמדה זו נשענת על מחויבות עמוקה לריבונות העם ועל הרצון לכבד את סמכותו לקבוע את גורלו. לפי גישה זו, כל עוד השינוי החוקתי ממלא אחר הדרישות הדואליסטיות המהותיות – דהיינו: הוא מבטא את הסכמתו העמוקה, הרחבה וההחלטית של העם – יש להתייחס אליו כאל החוק העליון החדש החל על האומה. מחויבות עמוקה זו לריבונות העם מסוכלת אם הרעיון של "שינוי חוקתי בלתי־חוקתי" יקנה שורשים בשיטת המשפט. בדומה, יסודנות אינה מתיישבת עם שיטה מוניסטית, שכן בשיטה מוניסטית רצון המחוקק צריך בסופו של דבר לגבור כביטוי לריבונותו. שעה שהשופטים ניסו לאחוז בשתי התורות – יסודנות בשילוב עם דואליזם או עם מוניזם – דומה כי מחויבותם האולטימטיבית היא לגישה יסודנית.

**(ד) תאוריית המוצא האחרון:** היסודנות חייבת להיוותר תאוריית מוצא אחרון ולא אמצעי לבניית חוקה ישראלית. במיוחד נכון הדבר שעה שהחוקה הישראלית היא חלקית ואנו נמצאים עדיין בעיצומו של תהליך אימוץ של חוקה. קשה לדבר על "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" שעה שטרם הושלם מפעל אימוץ החוקה ואי־אפשר למדוד את התיקון כנגד השלם.<sup>339</sup> אם קשה להגיע לקונסנזוס לגבי עצם היצירה או השינוי של חוקה פורמלית, קשה יותר לאחד אנשים סביב השימוש ביסודנות על ידי הרשות השופטת, כפי שכתב השופט ברק עצמו בעניין *תנועת לאו"ר*. גם אם נייחס לחברה הישראלית עמדה שלפיה ערכים מסוימים הם יסודיים עד כדי כך שהכנסת לא מוסמכת להפר אותם אפילו בדרך של תיקון חוקתי,

335 *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939). עם זאת, בית המשפט העליון האמריקני נקט גישה שונה בעבר. ראו Edward S. Corwin & Mary Louise Ramsey, *The Constitutional Law of the*

*Constitutional Amendment*, 26 NOTRE DAME L. REV. 185 (1951)

336 Coleman, שם. ראו גם ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, לעיל ה"ש 15, בעמ' 261-266.

337 Thomas Poole, Questioning Common Law Constitutionalism, 25 LEGAL STUDIES 142, 162 (2006)

338 ראו לעיל, פרק ד.3.

339 אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 58-57 (2004).



הנסיבות שיש בהן כדי לתמוך בהפעלת סמכות שיפוטית יסודנית צריכות להיות קיצוניות למדי. בשני המקרים הספציפיים שבהם נבחנה היסודנות בריצונות בישראל – בפסקי הדין **תנועת לאו"ר והתנועה לאיכות השלטון** – לא היו הנסיבות או החוקים שבמחלוקת קיצוניים דיים כדי להצדיק יסודנות.

יש שיטענו כי בהיעדר הסכמה חברתית מפורשת, יסודנות היא אפילו סוג של דת. כך, לדוגמה, בעניין **התנועה לאיכות השלטון**, שני הצדדים היו יכולים להעלות את היסודנות בתמיכה לעניינם. האוכלוסייה החרדית יכולה הייתה לטעון שהיסודנות שלה מחייבת כבוד למסורת היהודית וללמידת התורה, וכך גם פטור משירות צבאי לתלמידי ישיבה; אלה המשרתים בצבא יכולים היו להעלות את השוויון וההגנה על החיים כגוברים על כל פטור אפשרי לקהילה החרדית. למעשה, ההיסטוריה מלאה דוגמאות לשימוש ביסודנות כדי לקדם מטרות לא כל כך ליברליות כמו עבדות, הפרדה גזעית והשפלת נשים.<sup>340</sup>

היסודנות חייבת להיוותר כלי מוצא אחרון לא רק משום שטרם הושלם מהלך אימוץ החוקה, ולא רק משום שאין הסכמה ברורה על הנסיבות שיצדיקו שימוש בה, אלא גם משום שאפילו כבילה מוחלטת אינה יכולה למנוע התרחשות של שינוי חוקתי. היא רק מכריחה את תומכי השינוי לבצע מהפכה ולהביא להתחלה חדשה באמצעות אימוץ חוקה חדשה או אפילו שימוש בכוח כדי לגרום לתיקון החוקה. כך, למשל, החוקה האמריקנית קבעה כי לא יחול שינוי במעמדו של מוסד העבדות למשך עשרים שנה (עד 1808). כבילה זו אולי הייתה אפקטיבית בכך שהשתתה את ביטול העבדות, אך בסופו של דבר בוטלה העבדות על ידי מלחמת אזרחים.<sup>341</sup>

סביר שהקשיים הרבים הכרוכים באימוץ היסודנות מנעו מהשופטים שימוש מפורש בה כבסיס בלעדי לחוקה המתגבשת של ישראל. אמנם ייתכן שתפיסות של יסודנות – לרבות טבען הבלתי ניתן להפרה של זכויות אדם, וסמכותו המוגבלת אינהרנטית של המחוקק – הניעו את השופטים להכיר בחוקי היסוד כחוקה בעניין **בנק המזרחי**; אך הם הקפידו להציע מוניום (שמגר וחשין) או דואליזם (ברק) כהנמקה העיקרית, ולהתייחס ליסודנות רק כאל תאוריה משלימה לתאוריות העיקריות. בשולי הדעות עומדת מחויבות משותפת ליסודנות; כלל השופטים מוכנים לפנות אליה במצבים קיצוניים אך הם חלוקים בשאלה מה ייחשב "קיצוני".

340 כך, לדוגמה, לפני מלחמת האזרחים האמריקנית נטען כי חוקי הטבע חייבו או לחלופין אסרו על עבדות, בהתאם לעמדת הצד לוויכוח. ראו ELY, לעיל ה"ש 300, בעמ' 50-51. במאה התשע-עשרה נטען כי נשים לא יכולות להיות עורכות-דין משום שהן נועדו למלא את תפקיד האמהות והרעיות; ראו (1872) 130, 141 Wall. 130, 141 (1872) *Bradwell v. Illinois*. בפסק הדין בעניין *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 544 (1896) נכתב כי "טבעם של הרברים" הצריך הפרדה חברתית בין שחורים ללבנים ברכבות.

341 Brooke, לעיל ה"ש 316, שם.

## 5. השלכות התאוריה על הקשר בין פסילת מפלגות ל"תיקון חוקתי שאינו חוקתי"

שעה שמקובל להחזיק בדעה שאין עיגון טקסטואלי ליסודנות בחוקי היסוד בהיעדר פסקת נציחות,<sup>342</sup> אני מבקשת להציע ליסודנות עיגון טקסטואלי – סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת. לא בכדי, פסק הדין הראשון שעוסק בעקרונות-העל של שיטת המשפט הישראלית הוא פסק הדין בעניין ירדור, שעניינו פסילת מפלגות.<sup>343</sup> הרקע לפסק הדין היה החלטה של ועדת הבחירות המרכזית לפסול מפלגה סוציאליסטית ערבית מהשתתפות בבחירות. מבחינת הנמקתו, פסק הדין לא ביטל מפורשות חוק או חוק יסוד אלא רק פירש חקיקה קיימת ברוח עקרונות-העל, אך חוק יסוד: הכנסת וחוק הבחירות, כנוסחם באותה תקופה, לא התירו לפסול מפלגה על סמך מצעה. להפך: הם הגבילו מפורשות את הטעמים שבגינם מותר לפסול מפלגות. לכן אפשר לטעון שמבחינת תוצאתו, בפועל ביטל פסק הדין סעיפים בחוק או בחוק יסוד. למעשה דעת הרוב אפשרה פסילת מפלגות בניגוד לחוק יסוד: הכנסת, שקבע את הזכויות לבחור ולהיבחר לכנסת.<sup>344</sup> כבר בהלכה זו אנו רואים נכונות להכיר בעקרונות-על של השיטה ובכוחם לגבור על חוקים ואפילו על חוקי יסוד – ובתחום חשוב כמו זכות לבחור ולהיבחר. בפסק דין זה, עקרון-העל המוגן הוא עצם קיומה של המדינה או אולי אופייה היהודי.<sup>345</sup>

לא בכדי, פסק הדין הראשון העוסק בפסילת מפלגות הוא גם פסק הדין הראשון שעוסק בעקרונות-העל של השיטה. לטענתי, אלה שני הצדדים של אותו מטבע: הערכים המוגנים המצדיקים פסילת מפלגות הם הערכים שראוי להגן עליהם באמצעות דוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי". יתרה מזו: מדובר במנגנונים המשלימים זה את זה. פסילת מפלגות נועדה למנוע מראש התממשות סכנה ממשית לערכים היסודניים של השיטה. אם מנענו כניסת מפלגה לבית הנבחרים, ממילא היא לא תוכל לתקן את החוקה באופן לא חוקתי משום שלא תהיה לה גישה למנגנונים הפוליטיים המאפשרים את תיקון החוקה. פסילת מפלגות היא "המגן הקדמי" על ערכי-העל של שיטת המשפט. אולם, אם חלילה לא הצלחנו למנוע את הסכנה והמפלגה נבחרה לבית הנבחרים והצליחה להביא ל"תיקון חוקתי שאינו חוקתי" – נוכל להתמודד עם הסכנה בדיעבד, באמצעות הדוקטרינה של "תיקון חוקתי שאינו חוקתי", שהיא "המגן האחורי" על ערכי-העל של שיטת המשפט.

342 השוו לעמדת הקודמת Weill, Hybrid Constitutionalism, לעיל ה"ש 19. אפילו ברק במאמרו על "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" מתייחס ליסודנות לכל היותר כמשתמעת מחוקי היסוד. ראו ברק "תיקון חוקה", לעיל ה"ש 16; הוא אינו מתבסס על פסילת מפלגות.

343 עניין ירדור, לעיל ה"ש 283. על הקשר בין פסילת מפלגות ל"תיקון חוקתי שאינו חוקתי" הרציני לראשונה בכנס לזכרו של רבי-אלוף לפקין שחק ז"ל ב-18 במרץ 2013.

344 ס' 4-6 לחוק יסוד: הכנסת.

345 רות גביון "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" גבורות לשמעון אגרנט 145 (אהרן ברק ואח' עורכים, תשמ"ז); ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327 (תשס"ה-תשס"ו).

לטענתי, לדוקטרינת "התיקון החוקתי שאינו חוקתי" יש עיגון חוקתי טקסטואלי ברמות סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת, אף שהפסיקה הישראלית לא נשענה על בסיס זה. ודוק: אינני טוענת שאי־אפשר לתקן את סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת, כפי שאף קרה בפועל; טענתי היא ששינוי הסעיף באופן השולל את ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית לא יהא תקף. ערכי־העל המוגנים תחת שני המנגנונים הם מהותה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. קשר זה בין פסילת מפלגות לבין "תיקון חוקתי שאינו חוקתי" אינו מובן מאליו. יש מדינות שמתקיים בהן רק אחד מהמנגנונים,<sup>346</sup> אך לטענתי מדינה כזו צריכה לקרוא לתוכה בדרך של פרשנות את קיומו של המנגנון האחר: השניים הם תמונת ראי זה של זה.

שני כלים אלה – פסילת מפלגות ו"תיקון חוקתי שאינו חוקתי" – הם כלים מובהקים של דמוקרטיה מתגוננת. פסילת מפלגות קוראת תיגר על עצם הגדרתה של המדינה כדמוקרטית: כמה דמוקרטית היא המדינה אם היא מונעת ריצה בדרכי שלום לבחירות לבית המחוקקים כדי לשנות מבפנים את ערכיה הכי יסודניים? כמה דמוקרטית המדינה אם בתי המשפט לא רק מחילים ביקורת שיפוטית כדי לפסול חוקים הנוגדים את החוקה אלא אף מונעים את שינוי החוקה בדרכי שלום ועל פי הפרוצדורות הקבועות בחוקה לתיקון? בית המשפט העליון אכן מודע לאופיים המתגונן של כלים אלה והוא נוקט סטנדרט דומה בהפעילו שתי דוקטרינות אלה. הוא יעשה כל שלאל ידו תוך שימוש בלוליינות פרשנית של ממש כדי לנקוט אמצעים חלופיים, שאינם מגיעים כדי פסילת מפלגות או "תיקון חוקתי שאינו חוקתי". הוא רואה בהן כלי של מוצא אחרון.

## ו. המודל היברידי הישראלי המתגבש

סיפורה של ישראל, בדומה לסיפורן של מדינות שמקורן בחבר העמים הבריטי, מוכיח שאין צורך במהומות, במהפכות, בהתחלות חדשות או אפילו "ברגעים מכוננים" כדי לכונן חוקה פורמלית או לשנות אותה מהותית. אף שעדיף כי הגופים הנבחרים, הנהנים מלגיטימיות דמוקרטית, הם שיובילו שינוי חוקתי, בית המשפט העליון הישראלי מילא תפקיד מנהיגותי במהפכה החוקתית הישראלית. כדי ליצור חוקה פורמלית אין אפוא הכרח בהסכמת העם, אך היעדר הסכמה כזו ישפיע על אופייה של החוקה המתגבשת ועל סוג הביקורת השיפוטית שינבע ממנה.

ישראל פיתחה חוקה היברידית. החוקה הישראלית היא בעיקרה מוניסטית, שכן חוקי היסוד נחקקו בכנסת ללא הליך מיוחד שיבדיל אותם מחוקים רגילים; כמו כן, הציבור לא היה מעורב בהליך החקיקה של חוקי היסוד כך שלא התגבש שום בסיס אמתי של ריבונות העם לחוקה הישראלית. נוסף על כך, רוב חוקי היסוד, לרבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אינם משוריינים פרוצדורלית ואפשר לשנותם ברוב רגיל של חברי כנסת נוכחים. לחוקה הישראלית יש גם מאפיינים דואליסטיים – חלשים. בית המשפט החליט שאפשר לשנות חוקי יסוד רק באמצעות חוקי יסוד, אך בינתיים הדבר מצריך רק כותרת שונה. בהיעדר הליך אמתי של דואליזם, כבילתה של הכנסת נותרה כבילה עצמית מהסוג המוניסטי על שלל

Rivka Weill, Holey Union: The Constitutional Paradox of Secession, available at ראו 346 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2708859](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2708859)

בעיות הלגיטימציה והתוקף (validity) שהיא מעוררת. קשה לקבוע איזה משני סוגי המוניזם מתאר נכונה את חוקת המדינה, משום שהנוקשות שכובדה עד כה על ידי בית המשפט לא עלתה על רוב של 61 חברי כנסת. ככזו, היא מתיישבת אף עם תאוריית האופן והצורה של השופט חשין. כמו כן, טרם התרחש מקרה שבו הכריזה הכנסת מפורשות כי היא מתגברת על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך שכיום אפשר לכאורה לפרש את קיומה של החוקה תחת כל אחת משתי התפיסות המוניסטיות שפורטו בעניין **בנק המזרחי**.<sup>347</sup>

בינתיים אפשר לסכם שחוקתה של ישראל היא מוניסטית בהליך היווצרותה, מעין־דואליסטית מבחינת תוצאתה ומניעים יסודניים הביאו לעצם ההכרה השיפוטית שחוקה כזו בכלל קיימת. ישראל נהנית מחוקה פורמלית המזוהה באמצעות הכותרת "חוקי יסוד", עליונותה מוגנת על ידי ביקורת שיפוטית והיא משורינת במקצת הוראותיה.

חשוב להבין את אופייה ההיברידי של החוקה הפורמלית הישראלית משום שבסיסה התאורטיים השונים עשויים לפתור אחרת דילמות חוקתיות עכשוויות ועתידיות. כך, היברידיות יוצרת איזון לא יציב – כזה שמאפשר תזוזות לעבר צורות חזקות או חלשות של חוקתיות – בלי לחייב התחלות חדשות אלא דרך אבולוציה בלבד. הבנת ההיברידיות תאפשר פעולה מכוונת מצד כלל רשויות השלטון, והעם, לחיזוק אחד מבסיסי החוקה כך שבמשך הזמן תתכנס החוקה הישראלית לכלל חוקתיות חלשה או חזקה.

## ז. מבט לעתיד

ההבדלים בין התאוריות להסבר ההתפתחות של החוקה הישראלית אינם רק תאורטיים; יש לתרגמם למונחים מעשיים. ראשית, מה השלכותיהם על טכניקת ההתגברות? לפי תאוריית האופן והצורה, די בביטול או בהתגברות מפורשים כדי להתגבר על כבילה מהותית בחוקי יסוד. בכך תאוריה זו מניחה תשתית תאורטית להרחבת השימוש בטכניקת ההתגברות אף מעבר לחוק יסוד: חופש העיסוק. לפי תאוריה זו יש פסקת התגברות משתמעת בכלל חוקי היסוד. מנגד, לפי הגישות האחרות, הצהרה מפורשת מצד הכנסת על אי־עמידה בהוראות של כבילה מהותית (בדרך של התגברות) רק תסייע לבית המשפט להחליט על אי־החוקתיות של החוק המתגבר כשאין פסקת התגברות מפורשת דוגמת זו הקיימת בחוק יסוד: חופש העיסוק; אם הכנסת עצמה מצהירה כי לא מילאה אחר דרישות הכבילה המהותית – מדוע בית המשפט יפסוק אחרת?<sup>348</sup>

להבדל זה יש השלכות גם על פרשנות סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, שנדון לאחרונה בהלכת גוטמן. אם ימשיך בית המשפט בקו של הלכת ברגמן ובנותיה, ויאפשר לפגוע בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת באמצעות חוק רגיל ברוב של 61 חברי כנסת, הוא יאפשר בכך התגברות על סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. יהא בכך משום חיזוק לתאוריית האופן והצורה. לעומת זאת, אם ידרוש בית המשפט ציות לפסקת הגבלה שיפוטית כתנאי לפגיעה בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת, יהא בכך חיזוק לתאוריות האחרות שנדונו בעניין **בנק המזרחי**. מעבר לכך, אפילו אם תאמץ הכנסת פסקת התגברות מפורשת בחוקי היסוד, יש לצפות כי לא

347 השוו לעמדת הקודמת: Weill, HyBrid Constitutionalism, לעיל ה"ש 19.

348 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 409 (פס' 65 לפסק דינו של הנשיא ברק).

ייעשה בה שימוש אילו התקבלה החוקה הישראלית בהסכמת העם; זה המצב בקנדה. ההפך הוא הנכון אם מקורה של חוקת המדינה באמירת המחוקק בלבד. שנית, מה ההשלכות של הבדלי התאוריות על תוקפה של כבילה פרוצדורלית בחוק רגיל? הגישה המוניסטית של הנשיא שמגר אינה קובעת מגבלות על כוח השריון; מגבלות אלה הן יסודניות בלבד. על כן, לא ברור באלו מצבים כבילה אינה תקפה; אך נראה שכך יהיה אם השריון יהיה נוקשה מדי או אם תוכנו לא יהלום את ערכי המדינה היהודית והדמוקרטית. במסגרת תורת האופן והצורה, כבילה פרוצדורלית (בין בחוק יסוד ובין בחוק רגיל) העולה על דרישות של רוב מוחלט תפורש רק כדרישה לרוב מוחלט. לעומת זאת, בשיטה הדואליסטית, אם הכבילה מופיעה בחוק יסוד היא בהחלט עשויה להיות תקפה. חוקה נועדה להיות אנטי־רובנית ולהגביל את שלטון הרוב. לעומת זאת, אם הכבילה מופיעה בחוק רגיל, והיא עולה על דרישה לרוב מוחלט של חברי כנסת כדי לשנותה – ייחשב הדבר ככל הנראה כמעשה לא דמוקרטי ולכן לא תקף. הכנסת, בתפקידה כאספה מחוקקת, לא נהנית מסמכות עליונה ביחס ליורשיה ואין בסמכותה לכבול את שיקול דעתם. אפילו דרישה לרוב מוחלט כתנאי לשינוי של חוק רגיל עלולה שלא להיות תקפה. בפסק הדין **בנק המזרחי לא הכריע הנשיא ברק בשאלה אם יש לחברי הכנסת זכות להימנע מהצבעה; אם יש להם זכות כזו, הדרישה לרוב מוחלט עלולה להפר את זכותם שלא להכריע מאחר שהימנעות תיספר כהצבעה "נגד"**.<sup>349</sup>

שלישית, מה השלכות ההבדלים בין התאוריות על הכלי של משאל עם? תחת גישת האופן והצורה יש בעייתיות רבה באימוץ של כלי זה, שאומץ במדינת ישראל ככלי המגביל את שיקול דעתה של הכנסת ומחייב אותה לפעול בהתאם לו – ולא ככלי מייעץ גרדא כפי שנעשה בבריטניה.<sup>350</sup> הדבר עומד בניגוד למחויבות העמוקה של תורת האופן והצורה לעקרון ריבונות המחוקק. בינתיים, חוק יסוד: משאל העם ניתן לשינוי ברוב של חברי כנסת, ולכן כנסת ישראל תוכל להשתחרר מהמחויבות לערוך משאל עם באמצעות שינוי חוק יסוד זה. אם לא תעשה כן, ויקום משאל שישתור את עמדת הכנסת באותו עניין, או אז תתעורר במלוא חריפותה השאלה אם שיטתנו דואליסטית או מוניסטית בבסיסה.

רביעית, מה השלכות ההבדלים בין התאוריות על סוגיות נצחיות החוקה? התשתית היסודנית לחוקה הישראלית מלמדת כי בשעת מבחן תצטרך ישראל להכריע בדבר אופייה האולטימטיבי של החוקה. בסופו של דבר, היסודנות אינה מתיישבת היטב לא עם תפיסות של ריבונות העם ולא עם תפיסות של ריבונות המחוקק. מבחן זה יתעורר עת תצטרך ישראל לפסול מפלגות (ולא רק לאיים בפסילתן) או עת ישתמש בית המשפט בכלי של "תיקון חוקתי שאינו חוקתי".

יש בדוגמאות אלה כדי להמחיש כי סוגיות מפתח בחברה הישראלית יקבלו פתרונות שונים בהתאם לתאוריה שנבחר בדבר אופן אימוץ החוקה (ושינויה). ראוי שהשחקנים

349 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 411, בפס' 67 לפסק דינו של הנשיא ברק.

350 ראו, למשל, Chander, לעיל ה"ש 107, בעמ' 476-479; Referendums in the United Kingdom,

Report, HL Paper

99 (2009-2010), available at: <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/>

ldselect/ldconst/99/99.pdf

הפוליטיים יעזבו את מפתן הדלת העוסק בשאלת קיומן או היעדרן של חוקה וביקורת שיפוטית, וירדו לזירת המעשה העוסקת באופן שבו יש לפתח את החוקתיות הישראלית. כבואם לעשות כן, ימצאו כי המשפט ההשוואתי מניח כלים תאורטיים ומעשיים העשויים לסייע בהבנת הפוטנציאל הטמון בהיסטוריה החוקתית הישראלית. בעוד מאמרים של ויילר ולוסטיג מציג דומיננטיות ואפילו בלעדיות ל"רעיון" החוקתי האמריקני, יש במאמרי כדי להצביע על העושר הטמון במשפט החוקתי ההשוואתי.