

העצמת שיח הזכויות החוקתיות בעקבות המהפכה החוקתית: האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?

יהושע (שוקי) שגב*

"כי למילים יכול שיהיה כוח מעין-מאגי, וראוי לנו כי נרחק מן המאגיה ככל-שנוכל. מטעם זה, בין שאר טעמים, התנגדתי בכל-תוקף לשימוש בביטוי 'המהפיכה החוקתית' לתיאור מישקלם המצטבר של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ושל חוק-יסוד: חופש העיסוק."

השופט מישאל חשין בבג"ץ 164/97 קונטרס נ' **משד**
האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 358 (1998)

למן המהפכה החוקתית אנו עדים להעצמה של שיח הזכויות החוקתיות, הבאה לידי ביטוי בשדרוג מעמדן הנורמטיבי של זכויות האדם ובהמרה של שיח של ערכים קולקטיביים בשיח של זכויות וזכויות-יסוד. יש אף הרואים בהעצמה זו בעקבות המהפכה החוקתית מהפכה של ממש: "מהפכת הזכויות".

ברשימה זו ברצוני להטיל ספק בטענה כי המהפכה החוקתית (ומהפכת הזכויות שבאה בעקבותיה) הניבה שיפור בהגנה על זכויות האדם. אראה כי על-מנת להוכיח היגד מכליל וגורף מעין זה, אנו נדרשים לאמץ טיעונים וטיעוני-משנה נוספים – נורמטיביים ואמפיריים – שאינם בנמצא בנסיבות החוקתיות של מדינת-ישראל. במילים אחרות, אין (ואי-אפשר להוכיח

* מרצה בכיר, בית-הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. אני מודה לעורכת הראשית של כתב-העת **משפט ועסקים** ד"ר רותי זפרן על עזרתה בהבאת מאמר זה לפרסום, וכן לעורך תומר מגל ולחברי המערכת תום כוכבי ומעיין קריטנשטיין על הערותיהם החשובות והמועילות. תודתי נתונה גם לחבריי פרופ' גידי ספיר, פרופ' אריאל בנדור, ד"ר משה גלברד וד"ר שרון וינטל על הערות לטיטות קודמות של מאמר זה, שסייעו לי בשיפורו. האחריות לתוכן הדברים רובצת כולה עליי.

באופן סביר ובר-ביצוע) כל קשר הכרחי בין המהפכה החוקתית לבין שיפור אמיתי מהותי במצבן של זכויות האדם בישראל. מכאן מסקנתי שעדיף להימנע מן ההיגד המכליל הקובע כי המהפכה החוקתית הובילה למהפכת זכויות או שהיא תרמה להגנה על זכויות האדם, שכן היגד זה משמש בעיקר כלי רטורי וסמנטי להצדקת השינוי המבני המרכזי של המהפכה החוקתית: הגדלת משקלו היחסי של בית-המשפט העליון *vis-à-vis* מוסדות נבחרים, כגון הכנסת והממשלה, בקביעת נורמות ההתנהגות הראויות בחברה הישראלית.

הקדמה

- פרק א : הערות מינוחיות, מוטיווציה והנחות מקדמיות
 פרק ב : תמורה מבנית בשם מהפכה רעיונית
 פרק ג : המהפכה החוקתית ומהפכת הזכויות – בעיות וקשיים
 פרק ד : סיפורים על המהפכה החוקתית ונטל השיפוט
 שתי מסקנות

הקדמה

למן המהפכה החוקתית¹ אנו עדים להעצמה של שיח הזכויות החוקתיות, הבאה לידי ביטוי בתמורה ובשדרוג במעמדן הנורמטיבי של זכויות האדם (היותן "זכויות חוקתיות על-חוקיות")² וכן בהמרה של שיח דוקטרינרי של כללים או ערכים קולקטיביים בשיח של זכויות וזכויות-יסוד.³ המרה זו – של שיח של כללים בשיח של זכויות – לא החלה במהפכה החוקתית.⁴ עם זאת, היא הועצמה בעקבות המהפכה החוקתית, כך שלמן

- 1 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 264–265 (1995) (להלן: עניין **בנק המזרחי**); אשר מעוז "משפט חוקתי: המהפכה החוקתית" **ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו** 215 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1996); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א 3 (2004).
- 2 למאמר מוקדם הקובע תמורה במעמדן החוקתי של זכויות האדם והכרה בהן כזכויות חוקתיות על-חוקיות ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א 9, 12 (1992).
- 3 ראו להלן ליד ה"ש 46–48.
- 4 ראו מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** יז 503, 571 (1993); פנינה להב "יד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על-פי השופט אגרנט" **עיוני משפט** טז 475, 481 (1991). ראו גם: DAPHNA SHARFMAN, *LIVING WITHOUT A CONSTITUTION: CIVIL RIGHTS IN ISRAEL* 3 (1993).

משפט ועסקים טז, תשע"ד האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?

המהפכה החוקתית ניתן לזהות מגמה של אינפלציה של זכויות-יסוד חוקתיות,⁵ הנתפסות הן כמטרת המשפט החוקתי והן כאמצעי להגשמתו.⁶ יש הרואים בהעצמת שיח הזכויות בעקבות המהפכה החוקתית מהפכה של ממש: "מהפכת הזכויות".⁷ לתפיסתם, המהפכה החוקתית מייצגת לא רק תמורה מבנית חוקתית במעמד של חוקי-היסוד ואימוץ ביקורת שיפוטית מכוחם, ובוודאי לא רק מהפכה רטורית, סמנטית או צורנית בדבר מאפייני השיח החוקתי (השימוש הגובר בדיבור "זכות"), אלא גם ובעיקר מהפכה רעיונית: לבני-אדם יש זכויות, ואחרים (ובמיוחד השלטון) צריכים לכבד זכויות אלה ולהימנע מלפגוע בהן גם מקום שהן עומדות בסתירה לרצון הרוב ולטובת הכלל.⁸

5 כמעט כל אינטרס משפטי מתורגם לזכות-יסוד, גם אם לא תמיד לזכות-יסוד חוקתית על-חוקית. ראו, למשל, בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 14.5.2006); בג"ץ 2245/06 **דוברין נ' שרות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 13.6.2006). לביקורת ראו בהקשר זה את פסק-דינו של המשנה לנשיא חשין בבג"ץ **עדאלה** לעיל, וכן את פסק-דינו של השופט גרוניס בבג"ץ 6728/06 **עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 30.11.2006).

6 זכויות-יסוד נתפסות הן כאמצעי פרשני ראשון במעלה (ראו דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589 (1995) (להלן: **דנ"פ גנימאת**)) והן כאמצעי לביטול חוקים באופן ישיר בנסיבות מיוחדות (ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1; בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: **בג"ץ חוק טל**); בג"ץ 4676/94 **מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15 (1996); בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מד(3) 529–541, 551–557 (1990)).

7 להגדרה המדויקת של המונח "מהפכת זכויות", אשר אעשה בו שימוש בהמשך, ראו פרק א להלן. המונח "מהפכת זכויות" שגור כיום בפי מלומדים רבים בבואם לתאר את השינוי שחל במקומן של זכויות במשפט החוקתי והבין-לאומי החל באמצע המאה העשרים, ואינו מצטמצם למשפט הישראלי. ראו, למשל: Louis B. Sohn, *The New International Law: Protection of the Rights of Individuals Rather than States*, 32 AM. U. L. REV. 1 (1982); Thomas Buergethal, *The Human Rights Revolution*, 23 ST. MARY'S L.J. 3 (1991); MARY ANN GLENDON, *RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE* 4–5 (1991); MARK TUSHNET, *THE RIGHTS REVOLUTION IN THE TWENTIETH CENTURY* (2009); CHARLES R. EPP, *THE RIGHTS REVOLUTION: LAWYERS, ACTIVISTS AND SUPREME COURTS IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* (1998); Rivka Weill, *Is it the Right Revolution? On Tushnet's The Rights Revolution in the Twentieth Century*, 42 ISR. L. REV. 483 (2009).

8 ראו, למשל, אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ומעמד הכנסת" **הפרקליט** מז 5, 5 (2003): "דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב כפי שהוא מתבטא ברשות מחוקקת; דמוקרטיה היא שלטונם של ערכים, עקרונות וזכויות אדם שהרוב אינו רשאי ליטול מהמיעוט... קיומן של נורמות מעל החקיקה הרגילה והמעוגנות בחוקי-היסוד אינה נוגדת את הדמוקרטיה, אלא היא הגשמתה החשובה ביותר... זו מהפכת הזכויות לה אנו עדים מאז מלחמת העולם השנייה בכל המדינות הדמוקרטיות, וזהו הלקח שלמד העולם מהשוואה שלנו." ראו גם: RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 367 (1977).

מהפכת הזכויות (והעצמת השיח) לא התרחשה בחלל ריק ואינה נטולת הקשר. כאמור, יהיו שיטענו כי מהפכת הזכויות לא החלה בשנת 1992, אלא קשורה לתהליכים חברתיים ומשפטיים שמקורם עוד בשנות השמונים,⁹ ויהיו גם שיאמרו כי מהפכה זו אינה ייחודית לישראל, אלא חלק ממגמה גלובלית של מעבר לשיח של זכויות.¹⁰ על כל פנים, טענה אחת חוזרת על עצמה בכתיבה המשפטית, והיא שהמהפכה החוקתית ומהפכת הזכויות שבאה בעקבותיה טומנות בחובן השפעה חיובית על מקומן של זכויות האדם בחברה הישראלית.¹¹ כלומר, הטענה היא כי השינוי אינו שינוי רטורי או סמנטי בתיבת הכלים שהשופט משתמש בה, אלא שינוי מהותי וערכי באשר למעמדו של הפרט בחברה וליחסה של החברה לפרט זה. למעשה, כפי שאראה בהמשך, טענה זו הייתה אבן-יסוד בהצדקת המהפכה החוקתית עצמה: שדרוג מעמדם של חוקי-היסוד ואימוץ הביקורת השיפוטית על חוקתיותם של חוקים יוביל, על-פי הטענה, לשינוי לטובה בהגנה על זכויות האדם.¹²

ברשימה זו ברצוני להטיל ספק בטענה כי המהפכה החוקתית (ומהפכת הזכויות שבאה בעקבותיה) הניבה שיפור בהגנה על זכויות האדם. אראה כי על-מנת להוכיח היגד מכליל וגורף מעין זה, אנו נדרשים לאמץ טיעונים וטיעוני-משנה נוספים – נורמטיביים ואמפיריים – שאינם בנמצא בנסיבות החוקתיות של מדינת-ישראל. טענתי תהיה כי היגד זה רעוע במקרה הטוב ומניפולטיבי במקרה הרע, שכן מטרתו היא לשמש כלי לביסוס הלגיטימיות של המהפכה החוקתית ולניגוח מתנגדיה. במילים אחרות, אין (ואי-אפשר להוכיח באופן סביר ובר-ביצוע) כל קשר הכרחי בין המהפכה החוקתית לבין שיפור אמיתי מהותי במצבן של זכויות האדם בישראל. מכאן מסקנתי שעדיף להימנע מן ההיגד המכליל הקובע כי המהפכה החוקתית הובילה למהפכת זכויות או שהיא תרמה להגנה על זכויות האדם, שכן היגד זה משמש בעיקר כלי רטורי וסמנטי להצדקת השינוי המבני המרכזי של המהפכה החוקתית: הגדלת משקלו היחסי של בית-המשפט העליון *vis-à-vis* מוסדות נבחרים, כגון הכנסת והממשלה, בקביעת נורמות ההתנהגות הראויות בחברה הישראלית.

9 מאוטנר, לעיל ה"ש 4; יואב פלד "האם תהיה ישראל מדינת כל אזרחיה בשנת המאה שלה?" **מחקרי משפט** יז 73, 75 (2001). השוו יונתן שפירא **עילית ללא ממשיכים** 26, 73–83 (1984).

10 כאמור, מגמה זו של העצמת שיח הזכויות בישראל היא חלק ממגמה גלובלית כוללת של מעבר לשיח של זכויות-יסוד – ראו לעיל ה"ש 7. עוד על העצמת שיח הזכויות ראו: NORMAN DORSEN, MICHEL ROSENFELD, ANDRÁS SAJÓ & SUSANNE BAER, *COMPARATIVE CONSTITUTIONALISM: CASES AND MATERIALS* 489–497 (2003); רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** 25 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

11 אהרן ברק "המהפכה החוקתית" **מבחר כתבים** כרך א 349 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000); ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה", לעיל ה"ש 1, בעמ' 23; אור בסוק "עשור למהפכה החוקתית": בחינת התהליך החוקתי בישראל דרך פריזמה היסטורית-השוואתית" **משפט וממשל** ו 451, 495 (2002).

12 עוד על תפקידן של זכויות האדם בהצדקת המהפכה החוקתית ראו להלן פרק א.

משפט ועסקים טז, תשע"ד האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?

מבנה הרשימה כדלקמן: תחילה אדרש לכמה הערות מינוחיות ואסביר את המוטיווציה לכתיבת המאמר ואת הנחות היסוד שהטיעון נשען עליהן (פרק א). בהמשך אדון ביחסיה הגומלין בין המהפכה החוקתית למהפכת הזכויות (העצמת שיח הזכויות) בפסיקה ובכתיבה האקדמית הקנונית שכוונה את המהפכה החוקתית. במסגרת זו אזהה קשר גורדי בין המהפכה החוקתית לבין מהפכת הזכויות: המהפכה החוקתית מצדיקה את מהפכת הזכויות ומהפכת הזכויות מצדיקה את המהפכה החוקתית. קשר זה של הצדקה בין המהפכה החוקתית לבין מהפכת הזכויות אינו מקרי, כמוכן, אלא נועד להשמיע את ההיגד כי המהפכה החוקתית טומנת בחובה הבטחה לשינוי אמיתי (לטובה) במצבן של זכויות האדם בחברה הישראלית (פרק ב). לאחר-מכן אדרש לבעיות שעומן צריך להתמודד כל ניסיון להתיר את הקשר בין המהפכה החוקתית לבין שיפור ההגנה על זכויות אדם (פרק ג). מודעות לבעיות אלה מעודדת חשיבה זהירה בנקיטת הכללות גורפות באשר לטיבה של המהפכה החוקתית ביחס לזכויות האדם, ומבהירה את הצורך בשיפוטים קונקרטיים ממקרה למקרה ובביסוס קשרים מערכתיים מוגבלים בין המהפכה החוקתית לבין זכויות האדם. מכל מקום, דבר אחד ברור עולה מרשימה זו, והוא כי עדיף לנו להימנע מן ההיגד המכליל הקובע כי המהפכה החוקתית תרמה להגנה על זכויות האדם.

פרק א: הערות מינוחיות, מוטיווציה והנחות מקדמיות

ברצוני להעיר כמה הערות מינוחיות, להסביר את המוטיווציה שהנחתה אותי בכתיבת המאמר ולציין הנחות הדרושות להבנת מהלך הדיון. ראשית, ברצוני לומר למה אני מתכוון במונחים "מהפכה חוקתית", "מהפכת זכויות" ו"העצמת שיח הזכויות", שכן לעיתים משפטים שונים משתמשים בביטויים אלה בדרכים שונות, כך שהגדרה ברורה תהיה לנו לעזר רב בסילוק אי-בהירויות בהמשך.

את המהפכה החוקתית אני מגדיר פשינוי המוסדי שעבר על המשפט החוקתי הישראלי, אשר בא לידי ביטוי בשדרוג מעמדם הנורמטיבי של חוקי היסוד (תפיסתם כעליונים נורמטיבית על חקיקה רגילה) ובאימוץ מוסד הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית (הכרה בסמכותו של בית-המשפט העליון לבטל חקיקה ראשית שאינה עומדת בדרישותיהם של חוקי היסוד).¹³ המונח "מהפכת הזכויות" נועד לתאר את השינוי הרעיוני שחל בתיאוריה הפוליטית והחוקתית, והוא שלבני-אדם יש זכויות, ושאחרים (ובמיוחד השלטון) צריכים לכבד זכויות אלה ולהימנע מלפגוע בהן גם מקום שהן עומדות בסתירה לרצון הרוב ולטובת הכלל.¹⁴ ניתן לומר כי בתווך שבין שתי "מהפכות" אלה ניצבת התופעה של "העצמת שיח הזכויות החוקתיות", שהיא בעיקרה סמנטית,

13 ראו את האסמכתות לעיל בה"ש 1.

14 על השימוש השגור במונח "מהפכת זכויות" בשיח החוקתי האקדמי ראו לעיל ה"ש 7-8.

לשונית וצורנית. הכוונה לשימוש הגובר בדיבור "זכויות חוקתיות", הנובע מהמרת שיח דוקטרינרי של כללים וערכים בשיח של זכויות חוקתיות¹⁵ ומשדרוג מעמדן הנורמטיבי של זכויות אלה כך שהן נהנות מעדיפות על חוקים.¹⁶

חשוב להדגיש כבר עתה כי איני כופר כאן בקיומן של מהפכות אלה (לפחות לא במשמעות שבה השתמשתי לעיל), ואני אף מוכן להניח כי ניתן לבסס מבחינה אמפירית וסטטיסטית שימוש גובר ב"דיבורי זכויות" (right talks) בעקבות המהפכה החוקתית.¹⁷ הטענה במרכז רשימתי נוגעת בנסיונם של חסידי "המהפכה החוקתית" להראות קיומו של קשר הכרחי בין "המהפכה החוקתית" לבין "מהפכת הזכויות", עד כדי יצירת זהות מילולית בין השתיים¹⁸ והטמעת התובנה כי במהפכה החוקתית יש משום שינוי (מהפכה?) לטובה במצבן של זכויות בחברה הישראלית.¹⁹

- 15 ראו את האסמכתות לעיל בה"ש 4.
- 16 כלומר, חוקים הפוגעים בזכויות חוקתיות נדרשים לעמוד במבחנים חוקתיים, המצויים בעיקר בפסקות ההגבלה של חוקי-היסוד.
- 17 אם כי נדרש כאן מחקר אמפירי סטטיסטי שיאמת את התחושה הרווחת בקרב ציבור המשפטנים כי למן המהפכה החוקתית התרחשה העצמה של שיח הזכויות, וזאת בהסתמך על קריטריונים אובייקטיביים, כגון מספר פסקי-הדין שבהם נעשה שימוש בדיבור "זכות" לעומת מספר פסקי-הדין שבהם נעשה שימוש בשיח של כללים. על "דיבורי זכויות" ראו GLENDON, לעיל ה"ש 7.
- 18 ביטוי מובהק לזהות מילולית זו ניתן למצוא בשמו של הכנס שנערך במשותף על-ידי הפקולטות למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, אוניברסיטת תל-אביב והמרכז הבינתחומי הרצליה, ואשר רשימה זו נכתבה במסגרתו: "עשרים שנה למהפכת הזכויות" (דצמבר 2012). נראה כי אליבא דמארגני הכנס, מועד חקיקתם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק הוא מועד התרחשותה של "מהפכת הזכויות".
- 19 לניתוח מפורט של יחסי-גומלין אלה שבין המהפכה החוקתית לבין מהפכת הזכויות והעצמת השיח ראו להלן פרק ב. לגישה שלפיה המהפכה החוקתית טומנת בחובה שינוי חברתי לטובה במצבן של זכויות האדם ניתן למצוא סימוכין רבים בפסיקה. ראו, למשל, את דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 7357/95 **ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 769, 786 (1996) ("עם הפיכתן של זכויות האדם ההילכתיות לזכויות אדם חוקתיות, נוצר שיח ציבורי חדש. נוצרות ציפיות חברתיות חדשות. כבוד האדם וחירותו הופכים לערכים מרכזיים שהתודעה המשפטית נזקקת להם. חשיבותם היחסית מקבלת עומק נוסף ומשקל גובר. התודעה המשפטית מקבלת ממד חדש ויצירתיות חדשה"); את דבריו של השופט אדמונד לוי בבג"ץ 366/03 **עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר**, פ"ד ס(3) 464, 514–515 (2005) ("לפני למעלה מעשור טבע חברי הנשיא בפסק דינו בפרשת בנק המזרחי את המונח 'מהפכה חוקתית', מונח שנועד לסמל את השינוי הנורמטיבי היסודי שהתחולל במשפט הישראלי עם קבלת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם... מכוחה של 'המהפכה החוקתית', נקבע, הותוו יחסי גומלין חדשים בין הפרט לבין הפרטים האחרים ובין הפרט לבין הכלל. נוצר איזון חדש בין הפרט לבין השלטון... מעתה, 'כוח החקיקה הנתון למחוקק כפוף לחובתו לכבד את זכויות האדם'... מים רבים זרמו בנהר המשפט החוקתי מאז ניתן פסק הדין העקרוני בפרשת בנק המזרחי, והשינוי הנורמטיבי במעמדן של זכויות האדם, זאת ידענו, נשא עמו בשורה לרבים. הוא נשא עמו בשורה לנושים ולמנהלי תיקי השקעות. הוא נשא עמו בשורה לשוחרת קורס הטיס ולמבקשת להימנות על דירקטוריונים ממשלתיים. סבורני כי ברוח זו נכון להוסיף ולקבוע כי אותו שינוי נושא עמו גם בשורה לעותרים"); ואת דבריו של הנשיא ברק בע"פ 4424/98 **סילגרו נ' מדינת**

בכך אני כופר. במילים אחרות, מטרתו של מאמר זה היא בעיקרה הטלת ספק בטענה כי קיים קשר הכרחי בין המהפכה החוקתית לבין מהפכת הזכויות וכי המהפכה החוקתית הובילה לשינוי לטובה במצבן של זכויות האדם בישראל. להלן אראה כי על-מנת לבסס היגד בדבר שינוי לטובה במצבן של זכויות האדם בעקבות המהפכה החוקתית, אנו נדרשים להגדיר את מהותן וטיבן של זכויות האדם, ולקבוע מה ייתפס כשינוי לטובה במצבן של אותן זכויות. דבר זה מצריך מאיתנו אימוץ של טיעונים וטיעוני-משנה נורמטיביים ואמפיריים שאינם בנמצא בנסיבות החוקתיות של מדינת-ישראל. מכיוון שכל ניסיון להוכיח היגד מכליל בדבר שיפור במצבן של זכויות האדם הוא בגדר כישלון ידוע מראש, טענה כללית בדבר שיפור לטובה במצבן של זכויות האדם בישראל בעקבות המהפכה החוקתית היא רעועה במקרה הטוב או מניפולטיבית במקרה הרע, ונועדה לבסס את הלגיטימיות של השינויים המוסדיים הגלומים במהפכה החוקתית על-ידי ניגוח מתנגדי המהפכה החוקתית ותיוגם כספקני זכויות.

כלומר, שוב אנו חוזרים למחלוקת המפלגת את עולם המשפט החוקתי למן שנות התשעים בין חסידי המהפכה החוקתית לבין מתנגדיה.²⁰ גם אני כתבתי וביקרתי את המהפכה החוקתית באופן נרחב.²¹ מדוע אם כן לכתוב עוד מאמר התוקף את המהפכה החוקתית עשרים שנה אחרי התרחשותה? לא זאת אף זאת, מדוע לכתוב מאמר כזה המתנקז לאמירה שלילית באופייה, שלפיה אף-על-פי שהדעה המקובלת באקדמיה ובעולם המשפט היא שהמהפכה החוקתית השפיעה לחיוב על מצבן של זכויות האדם בישראל, מדובר בדעה שאי-אפשר להוכיחה? איזה "רווח" יוכל קורא להפיק ממאמר "שלילי" כזה?

שאלות אלה מצריכות דיון במניע שלי לכתיבת מאמר זה ובהנחות המצויות בבסיסו. אמת, למן המהפכה החוקתית נכתבו מאות מאמרים אשר דנו – אם במישרין ואם בעקיפין – בקשרים שבין המהפכה החוקתית לבין ההגנה על זכויות בישראל. איני כופר בחשיבותם של מחקרים אלה להבנת טיבה של המהפכה החוקתית. אולם חשוב להבחין

ישראל, פ"ד נו(5) 529, 539–541 (2002) ("עם כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הפכו זכויות האדם המעוגנות בו לבעלות מעמד חוקתי-על-חוקי. זהו גרעינה של 'מהפכה החוקתית'... בעקבותיה התרחשה 'קונסטטוציונליזציה של כל מערכות המשפט'... בייחוד מורגשת קונסטטוציונליזציה זו בתחום המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)... אכן, המשפט הפלילי, יותר מכל ענף משפטי אחר, קשור קשר אמיץ לחירותו האישית של הפרט. טבעי הוא שהאיזון החוקתי החדש בין פרט לכלל, המשתקף במתן מעמד חוקתי לזכויות האדם, ישפיע במישרין על המשפט הפלילי. זהו גם ניסיון של מדינות אחרות אשר עברו תהליך דומה לתהליך שעבר עלינו").

20 ראו לאחורונה, למשל, דניאל פרידמן "היש לישראל חוקה ומי כותב אותה?" **משפט ועסקים** יד 117 (2012).

21 יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט' " **מאזני משפט** ה 125 (2005); Joshua Segev, *Justifying Judicial Review: The Changing Methodology of the Israeli Supreme Court*, in ISRAELI CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 105 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013).

כי דיונים אלה היו לרוב חלקיים ומקוטעים בכל הנוגע בסוגיית תרומתה של המהפכה החוקתית לזכויות האדם. חדשנותו של מאמר זה היא בטענה כי קיים פער ניכר (ולדעתי, בלתי-ניתן לגישור) בין טענה ספציפית לשיפור בהיבט זה או אחר של זכויות האדם בעקבות המהפכה החוקתית לבין ביסוס היגד מכליל כי המהפכה החוקתית תרמה להגנה על זכויות האדם.²² תרומתו של מאמר זה גלומה בניסיון להאיר צד שכיח אך חשוך זה של המהפכה החוקתית, אשר נידון על-פירוב בהיקף מצומצם ביותר בספרות.²³ אכן, במרכז המאמר מצויה טענה שלילית באופייה, וכפרפרזה על דברי סוקרטס ניתן לומר כי מטרתה היא לדעת מה איננו יודעים על המהפכה החוקתית.²⁴ הטעם לכך אינו נעוץ באותה הערה מפורסמת על המהפכה הצרפתית המיוחסת לראש ממשלת סין, אשר בתגובה על שאלתו של הנרי קיסינג'ר לגבי דעתו על המהפכה הצרפתית, השיב כי "מוקדם מדי לדעת".²⁵ מאמר זה אינו מסתפק באמירה קלישאית זו, אלא הולך צעד נוסף

22 ניתן למצוא בגישה זו ביטוי לעמדה רווחת כיום בתיאוריה החוקתית, המטילה ספק בנכונותן או ביתרונותיהן של תיאוריות רחבות וכלליות במשפט החוקתי. לכתיבה מייצגת ראו: CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT (1999); RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY 130–157 (2003); Richard A. Posner, *Against Constitutional Theory*, in THE UNPREDICTABLE CONSTITUTION 217 (Norman Dorsen ed., 2002); Joseph Raz, *The Relevance of Coherence*, 72 B.U. L. REV. 273, 301 (1992).

23 כמעט כל המחקרים מקבלים על עצמם מסגרת של דיון מקוטע וחלקי, אשר מתבקש למעשה, כפי שנראה בהמשך, כחלק ממסקנות מאמר זה. אולם הם מניחים, כעניין מובן מאליו, שניתן לעבור מטיעון ספציפי לגבי המהפכה החוקתית לטיעון כללי. לכן, אף שגם אני תומך במסגרת מחקר ספציפית, קבלת המסגרת הספציפית על-ידי המאמרים הרווחים אינה נובעת מהכרה בקשיים הבלתי-פתורים שבמעבר מטיעון ספציפי לטיעון כללי, אלא מקשיים פרקטיים ופרגמטיים. על-ידי כך מאמרים אלה מסיחים את תשומת-הלב מן הקשיים שבמעבר מטיעון ספציפי לגבי המהפכה החוקתית לטיעון כללי לגביה.

24 לכן אפשר להבין גם את המאמר כקריאה ל"התפכחות" לפחות בנוגע למרכיבים מסוימים של המהפכה החוקתית, קרי, הכרה כי ברשותנו ידיעות בלתי-מוצדקות או לא-נכונות על המהפכה החוקתית. הכרה בערך הידיעה בדבר אי-הידיעה מצויה עוד אצל סוקרטס של אפלטון – ראו אפלטון **חייו ומותו של סוקרטס: שלושה דיאלוגים** 67 (שמעון בוזגלו מתרגם, 2001). בנאום ההגנה של סוקרטס "אפולוגיה" כותב אפלטון: "אומנם בעיני רבים האיש הזה נחשב כחכם, במיוחד בעיני עצמו, אבל הוא לא חכם. ניסיתי אפוא להראות לו כי אף על פי שלדעתו הוא חכם, הוא לא. כתוצאה מכך השנאתי את עצמי על אותו אדם ועל רבים מן הנוכחים. על כל פנים כשיצאתי משם אמרתי בלבי שאני יותר חכם מן האיש הזה. כי כנראה אף אחד משנינו אינו ידען גדול, אלא שלו נדמה שהוא יודע בעוד שאינו יודע, ואילו אני, כשם שאינני יודע, כך אינני חושב שאני יודע. בכל אופן, אני כנראה חכם ממנו לפחות בנקודה הקטנה הזאת: אם אינני יודע, אינני חושב שאני יודע." על חשיבותה של ה"התפכחות" בלימודי המשפטים ראו: THOMAS D. EISELE, BITTER KNOWLEDGE: LEARNING FROM SOCRATIC LESSONS OF DISILLUSION AND RENEWAL 249 (2009); Douglas Lind, *Book Review*, 60 J. LEGAL EDUC. 705 (2011).

25 לפני שנתיים ניפץ העיתונאי ג'וזף קמפבל את המיתוס כי התשובה הנ"ל נאמרה בהתייחס למהפכה הצרפתית המרוחקת של 1789. קמפבל מסביר כי על-פי תחקירו – המתבסס על עדותו של הדיפלומט

משפט ועסקים טז, תשע"ד האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?

וטוען כי ברמה העקרונית אין כל דרך לדעת אם המהפכה החוקתית שיפרה או היטיבה את מצבן של זכויות האדם בישראל. הסיבה לכך היא שבנסיבות החוקתיות של ישראל ההיגד המכליל אינו יכול להיות נושא לידיעה חוקתית ולשיח רציונלי הבוחן מוסדות ואירועים על-פי יתרונותיהם, חסרונותיהם וסגולותיהם. מובן שאפשר להאמין כי המהפכה החוקתית תרמה להגנה על זכויות האדם, בדיוק כפי שאפשר להאמין באלוהים, בביאת המשיח או בגמול של שכר ועונש בעולם הבא, אבל דברים אלה אינם יכולים להיות נושא לידיעה משפטית.²⁶ על רקע הטענה השלילית שבמאמר יהיה אפשר להבין באופן מעמיק את אזהרתו של השופט מישאל חשין המובאת בפתח בקשר להתנגדותו למונח "מהפכה חוקתית" – כי "ראוי לנו כי נרחק מן המאגיה ככל-שנוכל" – ומדוע הואשמו לעיתים חסידי המהפכה החוקתית כי הם מקדמים תפיסת-עולם דתית.²⁷

אולם המניע שלי לכתיבת מאמר זה אינו רק הבקשה להתפכחות מהמהפכה החוקתית – קרי, ביסוס ההבנה כי אין בידינו הידיעות שאנו חושבים שיש לנו – אלא גם הרצון להתמקד בשאלות השנויות במחלוקת בין חסידי המהפכה החוקתית ומתנגדיה, ולבחון אם בניגוד למה שנדמה ניתן לחשוף הסכמה חוקתית או לפחות לצמצם את חילוקי-הדעות כך שהשיח החוקתי בין החסידים לבין המתנגדים יושבת על כבוד הדדי וערכים משותפים.²⁸ בהקשר זה חשוב לציין שתי נקודות מוצא לדיון להלן. הטלת ספק בטענה כי המהפכה החוקתית שיפרה את מצבן של זכויות בחברה הישראלית אינה

האמריקאי לשעבר צ'רלס ו' פרימן, שהיה המתורגמן של ניקסון ונכח בפגישה שבה נאמרו לכאורה הדברים – היה ברור כי הערתו של ראש ממשלת סין התייחסה למהומות בצרפת של מאי 1968, ולא למהפכה הצרפתית ההיסטורית של 1789. ראו: W. Joseph Campbell, 'Too Early to Say': Zhou was Speaking about 1986, not 1789, MEDIA MYTH ALERT (14.6.2011) mediamythalert.wordpress.com/2011/06/14/too-early-to-say-zhou-was-speaking-about-1968-not-1789/.

26 הטענה כי יש להבין את המשפט החוקתי המודרני במונחים דתיים, ולא במונחים פוליטיים-נורמטיביים, אינה חדשה – לא בארצות-הברית ולא בישראל. ראו: Sanford Levinson, "The Constitution" in *American Civil Religion*, 1979 SUP. CT. REV. 123; SANFORD LEVINSON, CONSTITUTIONAL FAITH (1988); Thomas C. Grey, *The Constitution as Scripture*, 37 STAN. L. REV. 1 (1984); דפנה ברק-ארו "משפט ואחדות חברתית בישראל" ספר גבריאל בך 668, 667 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011); ליאור ברשק "בית המשפט והדת האורחית" המשפט ה 35 (2000); יואש מייזלר ויהי בימי שלוט השופטים – לביקורת התיאולוגיה החוקתית של הבונאפארטיזם השיפוטי (2007). נקודות הדמיון בין הפרקטיקה החוקתית לפרקטיקה הדתית הן בולטות, ושימוש כאמור נושא למחקרים שונים. תרומתו של מאמר זה היא בקישור הטענה השלילית שבו אל ההבנה מדוע הואשמו לעיתים חסידי המהפכה החוקתית כי הם מקדמים תפיסת-עולם דתית. אמנון מרנדה "פרידמן: לא להתייחס לבית המשפט העליון כאל דת" *ynet* 17.12.2007

27 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3483718,00.html; "דניאל פרידמן: 'העליון פועל כמו מפלגה דתית'; הוא מנהל תעמולה ועושה לובי אצל עיתונאים וח'כים" *TheMarker* 22.2.2008 www.themarker.com/law/1.491032.

28 על תפקידה של הפילוסופיה הפוליטית, אשר הפילוסופיה החוקתית היא חלק ממנה, ראו ג'ון רולס *צדק כהוגנות: הצגה מחודשת* 70 (דפי אגם-סגל מתרגמת, 2010).

הטלת ספק בחשיבותן של הזכויות והחירויות של האדם והאזרח. איני ספקן זכויות; נהפוך הוא – הדיון שאקיים והעמדות שאביע משקפים וננקטים מתוך מחויבות עמוקה לזכויות אדם ואזרח: לאנשים ולמיעוטים יש זכויות, ואחרים – ובמיוחד השלטון – צריכים לכבד זכויות אלה גם מקום שהן עומדות בניגוד לטובת הכלל או לרצונותיהם של רוב האזרחים.²⁹ יתרה מזו, אניח לשם הדיון כי חקיקתם של שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם משקפת מחויבות של רבים בחברה הישראלית לזכויות אדם, בדומה למגילות זכויות שאומצו במדינות מערביות אחרות, דוגמת ארצות-הברית, קנדה וצרפת.³⁰

אולם נוסף על המחויבות לזכויות אדם ברצוני להניח הנחה נוספת, הנעדרת מרוב המאמרים הבוחנים את המהפכה החוקתית, והיא הנחה לגבי חילוקי-דעות חוקתיים סבירים באשר לטיבן, למהותן, להיקפן ולמשקלן של זכויות.³¹ כלומר, בעקבות המלומד Jeremy Waldron, אשר הפנה את תשומת-ליבה של האקדמיה העולמית למחלוקות חוקתיות לגבי זכויות, אני כופר בנקודת המוצא של רוב המאמרים הישראליים בנושא, המאמצים תפיסה מסוימת (קונספציה) של זכויות ובוחרים את המהפכה החוקתית לאור התפיסה המסוימת שאימצו.³² ברצוני לבחון במאמר זה את השאלה אם המהפכה החוקתית תרמה להגנה על זכויות האדם בישראל תוך שאני מביא בחשבון חילוקי-דעות סבירים בישראל באשר לתפיסה הראויה שראוי לאמץ בנוגע לזכויות אדם.³³ במילים

29 מכאן שהנחת-היסוד שלי היא כי עליי להתייחס לזכויות ברצינות, כפי שדרש רונלד דוורקין: DWORKIN, לעיל ה"ש 8. ראו גם: *Jeremy Waldron, The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346, 1364–1366 (2006). לדעתי, כך צריך להבין גם את נקודת המוצא של רבים ממבקרי המהפכה החוקתית באקדמיה המשפטית – נקודת מוצא של דאגה לזכויותיו ולחירויותיו של הפרט בישראל.

30 מה שאיני מוכן להניח הוא כי מעצם חקיקתם של חוקי-היסוד הנ"ל, ההכרה בהם כבעלי עליונות נורמטיבית ואימוץ הביקורת השיפוטית על חקיקה נובע שיפור במצבן של זכויות האדם. הטעם הפשוט לכך הוא כפי שכתב השופט אגרנט בבג"ץ 95/49 אל כורי נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד ד 34, 37 (1950): "הצהרות בדבר קיום חירות הפרט לחוד, וביצוע זכות זו לחוד."

31 Waldron, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1366–1369.

32 אומנם, לעיתים קרובות זיהו כותבים שונים כי אי-אפשר לערוך רדוקציה של הפסיקה לתפיסה מסוימת קוהרנטית של זכויות. עם זאת, גם אז השתיתו אותם כותבים את הערכתם וביקורתם בנוגע למהפכה החוקתית על תפיסה מסוימת של זכויות. ראו, למשל, אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **עיוני משפט** כא 405, ה"ש 126 (1998); גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" **שנתון משפט העבודה** ז 65 (1999); מיכל טמיר ואסף הראל "על כבוד האדם והפרטה – בעקבות בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (2009)" **משפטים** מא 663 (2011).

33 אני מכוון כאן להבחנה הידועה של דוורקין בין המושג (concept) "זכות" לבין תפיסה (conception) של זכות. בעוד אני מניח מחויבות למושג "זכות", אני מניח גם כי קיימים חילוקי-דעות באשר לתפיסה הראויה שיש לאמץ לזכויות. ראו: RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 134–136 (1986).

משפט ועסקים טז, תשע"ד האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?

אחרות, ההנחה שאני מניח היא שבתנאי-הרקע של מדינת-ישראל שוכנים גם חילוקי-דעות לגבי זכויות. חילוקי-דעות אלה הם שמנעו, בין היתר, קבלת חוקה ומגילת זכויות עם קום המדינה;³⁴ הם שערכו במשך יותר מארבעה עשורים קבלת חוקי-יסוד שיסדיר את זכויותיו וחירויותיו של האזרח ויגן עליהן חוקתית;³⁵ והם שהובילו לאוטומיזציה של מגילת זכויות האדם, כך שרק זכויות שזכו בהסכמה רחבה עוגנו בחוקי-היסוד, בעוד שזכויות חשובות אחרות אך שנויות במחלוקת נותרו ללא עיגון חוקתי מפורש.³⁶ חשוב להדגיש כי חילוקי-הדעות באשר לזכויות לא הסתיימו עם חקיקתם של חוקי-היסוד, והם אינם מוגבלים לשאלת הזכויות הבלתי-מנויות³⁷ או לשאלת הפרשנות המילולית של המושגים "כבוד האדם"³⁸ ו"חופש העיסוק"³⁹ או של כל מונח, סעיף או דוקטרינה משפטית ספציפיים המצויים בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם.⁴⁰ חילוקי-דעות אלה

34 כך, למשל, פלגים סוציאליסטיים סברו כי על החוקה לעגן זכויות חברתיות וכלכליות, ואף לפרט את הדרכים להגשמתן תוך הענקת עדיפות למפעלים וליוזמות קואופרטיביים בחקלאות ובתעשייה. לעומתם, מפלגות לאומיות וסיעות מרכז, כגון הציונים הכלליים, דרשו לבסס זכויות חוקתיות בנוגע לבעלות פרטית על הקניין ובנוגע לתחרות החופשית. על המאבק סביב עיגון זכויות חברתיות במשפט החוקתי הישראלי עם קום המדינה ראו מונדלק, לעיל ה"ש 32; ענת מאור "חור פפור בספר החוקים: הצעת חוקי-יסוד: זכויות חברתיות-כלכליות – כרוניקה של כשלון החקיקה" **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות** 195 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

35 יצחק הנס קלינגהופר "מגילת זכויות-האדם – הקפאון בחקיקה" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 137 (יצחק זמיר עורך, 1993).

36 יהודית קרפ "חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א 323, 338 (1992); אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** כרך ב 919 (מהדורה חמישית, 1996); David Kretzmer, *The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?*, 26 *ISR. L. REV.* 238, 238–239 (1992); Giora Goldberg, *Religious Zionism and the Framing of a Constitution for Israel*, 3(1) *ISR. STUD.* 211, 224 (1998).

37 עם זאת, ברור שסוגיית הזכויות הבלתי-מנויות – כלומר, הזכויות ה"נעדרות" מחוקי-היסוד – העיבה על האפשרות ליצור אפילו קונסנווס למראית-עין עוד בשלב חקיקת החוק, כפי שמעידים בעניין זה רובינשטיין ומדינה, שם, בעמ' 918: "מאמצי הפשרה הרבים, שכללו ויתורים משמעותיים, גררו ביקורת חריפה על הנוסח שהתקבל. הם אמנם אפשרו את קבלת חוקי היסוד, אולם קשה לומר, כי היה זה בהסכמה רחבה, כפי שניתן היה לצפות בעת קבלת מסמך מרכזי כמו מגילת זכויות אדם...". על הכתיבה הראשונית שהבליטה את סוגיית הזכויות הבלתי-מנויות ראו אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" **משפט וממשל** א 253 (1992); הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (1997).

38 דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" **עיוני משפט** כד 541 (2001).

39 אייל גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" **עיוני משפט** כג 229 (2000).

40 קצרה היריעה מלציין את נקודות המחלוקת הממשיות והפוטנציאליות בחוקי-היסוד. כדי לסבר את האוזן אציין, לדוגמה, שדה נוסף של מחלוקת חוקתיות באשר לזכויות בישראל, הלא הוא הנוסחה של "מדינה יהודית ודמוקרטית", שכן לפי פסקת העקרונות ופסקת המטרה בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכויות-היסוד של האדם "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל"

באשר לזכויות וליישומן משקפים חילוקי-דעות באשר לדרך החיים הראויה לאימוץ על-ידי הקהילה הישראלית מנקודת-מבט פוליטית, כלכלית וחברתית. כך, למשל, סוגיות כגון הפרטת בתי-כלא, איחוד משפחות, סל התרופות, מיסוי קידוחי גז ונפט, זכויות של חשודים ונאשמים, פינוי שטחים, רגולציה והתערבות בשוק החופשי וכן זכויות לתרבות של קבוצות ומיעוטים מעוררות חילוקי-דעות באשר לעצם קיומן של זכויות, ובאשר להיקפן וליישומן, וחילוקי-דעות אלה משקפים חוסר הסכמה מוסרי ופוליטי באשר לעברה, להווייתה ולעתידה של החברה הישראלית.

עתה, לאחר שהסברתי את המניעים לכתיבת המאמר ואת ההנחות המשמשות נקודות מוצא לדיון להלן, אבחן את הקשר הנטען שבין המהפכה החוקתית לבין מהפכת הזכויות ואת ההיגד כי המהפכה החוקתית הניבה שינוי לטובה במצבן של זכויות האדם בישראל.

פרק ב: תמורה מבנית בשם מהפכה רעיונית

מטרתי בפרק זה היא להראות את יחסי-הגומלין בין המהפכה החוקתית ומהפכת הזכויות – כיצד המהפכה החוקתית מצדיקה את העצמת שיח הזכויות ואילו שיח הזכויות מצדיק את השינויים המבניים הגלומים בשדרוג מעמדן של חוקי-היסוד ובאימוץ הביקורת השיפוטית. ברקעם של יחסי-הגומלין אלה שב ועולה ההיגד כי המהפכה החוקתית ומהפכת הזכויות טומנות בחובן ומסמנות הבטחה לשינוי אמיתי (לטובה) במצבן של זכויות האדם בחברה הישראלית.

לכאורה, ביסוד המהפכה החוקתית מונחת תמורה מבנית: ההכרה כי חוקי-היסוד כולם נהנים מעליונות נורמטיבית על חקיקה רגילה,⁴¹ וכי ישראל אימצה למן 1992

ובהתאם ל"ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". ראו אביגדור לבונטין "יהודית ודמוקרטית" – הרהורים אישיים" **עיוני משפט** יט 521 (1995); פלד, לעיל ה"ש 9; אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית": אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה: האפשר לרבע את המעגל?" **עיוני משפט** יט 479 (1995); אשר מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" **עיוני משפט** יט 547 (1995); אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 87–93 (2004); מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **עיוני משפט** יז 659 (1993); אסא כשר "מדינה יהודית ודמוקרטית – סקיצה פילוסופית" **מדינה יהודית ודמוקרטית – קובץ מאמרים** 275 (דפנה ברק-ארז עורכת, 1996); רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" **מדינה יהודית ודמוקרטית – קובץ מאמרים** 169 (דפנה ברק-ארז עורכת, 1996).

41 בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57 (1996); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003). ראו גם אהרן ברק "החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד" **מבחר כתבים** כרך א 355, 367 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000): "עם פסק דינו בפרשת בנק המזרחי המאוחד בע"מ הועמקה מהפכה זו. לא רק זכויות האדם מוגנות ברמה חוקתית-על-חוקית. כל הסדר המעוגן בחוק יסוד מקבל מעמד חוקתי-

ביקורת שיפוטית מלאה בהתאם לחוקי-היסוד.⁴² עם זאת, הבנה זו של משמעותה של המהפכה החוקתית חסרה מאוד. לעיתים קרובות ניתן למצוא בכתיבה המשפטית היגד המתלווה לתמורה המבנית הפורמלית, והוא כי חל שינוי מהותי במעמדן של זכויות האדם וכי הן קיבלו מעמד חוקתי על-חוקי המאפשר את ביטולם של חוקים הפוגעים בזכויות אדם.⁴³ שינוי זה במעמדן של זכויות האדם הוביל לשינויים נוספים מעבר להפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. כך, למשל, בעקבות המהפכה החוקתית יתפרש דין ישן בהשראת חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם.⁴⁴ שינוי אחר נוגע בעקרון חוקיות המנהל, שבעקבות המהפכה החוקתית הוטמעה אכיפתו במתכונת המחייבת הסמכה מפורשת של הרשות המנהלית לפגיעה בזכויות, בעוד שהפסיקה אשר קדמה לחקיקת-היסוד הסתפקה לעיתים בדרישה של הסמכה ברורה וחד-משמעית.⁴⁵

- על-חוקי." לפיכך הנשיא ברק מסיק שינוי מבני גם באופן פעילותן של הכנסת והממשלה: "עם המהפכה החוקתית שלנו חל שינוי במעמדה ובכוחה של הכנסת. עליה לפעול במסגרות החוקתיות שהיא עצמה (כרשות מכוננת) קבעה... המהפכה החוקתית שלנו הביאה גם לשינוי במעמדה של הרשות המבצעת. הרשות המבצעת חייבת לפעול במסגרות חוקתיות." שם, בעמ' 368–369.
- 42 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, פס' 78–81 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
- 43 שם; בג"ץ 3914/92 **לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו**, פ"ד מח(2) 491, 503 (1994); בג"ץ 453/94 **שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מח(5) 501, 526 (1994); בג"ץ 5394/92 **הופרט נ' ייד ושם**, **רשות הזיכרון לשואה ולגבורה**, פ"ד מח(3) 353, 362–363 (1994); בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הבטחון**, פ"ד מט(4) 94, 110, 131 (1995).
- 44 ראו בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355 (1995) (להלן: **בש"פ גנימאת**); דנ"פ **גנימאת**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 653. לגישה דומה ראו גם יצחק אנגלרד **חוק הכשרות המשפטית והאפורטופסות, תשכ"ב-1962, ס' 1-13** (מהדורה שנייה, 1995).
- 45 ראו דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך א 99 (2010). על מהותה של הדרישה להסמכה מפורשת ראו גם דנג"ץ 9411/00 **ארקו העשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון**, פ"ד נז(5) 673 (2003). המקור לשינוי זה הוא דרישתן של פסקות ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק כי הפגיעה בזכויות לפי חוקי-היסוד תיעשה בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו. עם זאת, דרישה זו הורחבה בפסיקה אל מעבר לזכויות המוגנות בחוקי-היסוד. ראו בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המיסים** (פורסם בנבו, 20.12.2010). שינוי נוסף שהולידה המהפכה החוקתית הוא במעמדו של כלל ההסדרים הראשוניים. ראו בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הבטחון**, פ"ד נב(5) 481, 521–522 (1998): "עם חקיקתם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק חל שינוי מהותי במעמד של זכויות האדם שעוגנו בחוקים אלה. הן קיבלו מעמד חוקתי-על-חוקי... אכן, בעקבות שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם והפירוש שניתן להם בפרשת **בנק המזרחי** המאוחד התרחשה קונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי... זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן (במישרין או בעקיפין) לכל ענפי המשפט. שינויים אלה משפיעים על 'מעמדו' המשפטי של הכלל הבסיסי, שלפיו ההסדרים הראשוניים צריכים להיקבע בחקיקה ראשית." עוד על כלל ההסדרים הראשוניים בעידן החוקתי שלאחר המהפכה החוקתית ראו גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" **עיוני משפט** לב 5 (2010); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" **משפטים** מב 379 (2012); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" **משפטים** מב 449 (2012). שינוי נוסף שהולידה המהפכה החוקתית הוא בהפעלתו של כלל הסמכות השירותית. ראו בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי**

אולם מעבר לשינויים אלה ואחרים, השינוי העיקרי שהולידה המהפכה החוקתית – כך נטען על ידי חסידיה – הוא שינוי רעיוני: אם בעבר נגזרו זכויות האדם מן ההסדרים בענפי המשפט השונים, למן המהפכה החוקתית התהפך הכיוון, וענפי המשפט השונים נגזרים מזכויות האדם החוקתיות.⁴⁶ משמעותו של שינוי רעיוני זה, נטען, היא שכל ענף משפטי וכל נורמה משפטית מושפעים מן ההסדרים החוקתיים בדבר זכויות האדם, כלומר, זכויות האדם החוקתיות מקרינות את עצמן על כל ענפי המשפט ומשפיעות על מהותם.⁴⁷ מכאן קצרה דרכם של חסידי המהפכה החוקתית לאמץ טענה נורמטיבית מכלילה, והיא כי המהפכה החוקתית טומנת בחובה השפעה חיובית על מקומן של זכויות האדם בחברה הישראלית:

“החידוש שהתחדש עם חקיקתם של חוקי היסוד אינו אפוא בעצם ההכרה בזכויות האדם ובצורך לקיים איזון בין לבין צורכי הכלל. החידוש שהתחדש עם חוקי היסוד הוא בהעלאת רמתן הנורמטיבית של זכויות האדם לרמה חוקתית על-חוקתית ובקביעת המרכיבים של האיזון הראוי... נמצא, כי החידוש בחוקי היסוד אינו בעצם קיומו של האיזון. החידוש הוא במיקומה של נקודת האיזון. העלאת מעמדם של זכויות האדם מחד גיסא, וצמצום היקף השיקולים העשוי לפגוע בהן מאידך גיסא, יוצרים מעצם טבעם יחסי גומלין חדשים ונקודות איזון חדשות בין זכויות האדם לבין הפגיעה בהן.”⁴⁸

כאמור, אין מדובר בשינוי מבני, פורמלי, ואף לא רטורי או סמנטי, אלא בשינוי רעיוני מהותי, ואולי אף יותר מזה – שינוי אפיסטמולוגי:

נגד עניינים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג' 817 (4) (1999); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בבנו, 27.2.2006).
 46 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 447; בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 44.
 47 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 45, בעמ' 522; בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 44, בעמ' 421. על החוקתיות של ענפי המשפט ראו אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996); עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג 155 (1996); יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64 (1995); רות בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד 27 (1994); פרנסס רדאי "חוקתיות של דיני העבודה" שנתון משפט העבודה ד 151 (1994); אהרן יורן "המהפכה החוקתית במיסוי בישראל" משפטים כג 55 (1994).
 48 דבריו של השופט ברק בבש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 44, בעמ' 414. השוו לדעתו של השופט שמגר בדנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 622 ("שני חוקי היסוד שהוחקו בשנת 1992 לא חידשו זכויות יסוד אלא העניקו להן מעמד סטטוטורי מיוחד, מוגן ומיוחס"). עם זאת, הנשיא שמגר הזהיר כי שינוי הגישה הפרשנית בנושאים הקשורים להגנה על בטחון הציבור (כגון סוגיית המעצרים, שעמדה במוקד פסק-הדין בדנ"פ גנימאת) עלול "להפוך את הברכה – שבחיקת חוק היסוד – לפגיעה בחברה בכלל, ובפרטים שבה בפרט" (שם).

"למדינת ישראל יש חוקה. אין זו חוקה שלמה. אך הבסיס החוקתי הונח... בצד השינויים הטקסטואליים יש מקום לשינויים הכרתיים. נדרשת מודעות גדולה יותר של הציבור למבנה החוקתי שלנו. המהפכה החוקתית נוצרה וקיימת למען כל פרט ופרט. נוצר איזון חדש בין הכלל והפרט בישראל... מעמד הרשות השופטת במערך רשויות זה אינו פרי אימפריאליזם שיפוטי. הוא פרי ההכרה כי אם מבקשים ליתן עליונות לחוקה ולזכויות האדם שבה, יש להפקיד את פרשנות החוקה וההכרזה על בטלות חוק נוגד לה בידי רשות שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה... אך מעל לכל נדרשת הפנמה גדולה יותר של תוכן החוקה, ובעיקר של זכויות האדם המוכרות על ידה, על ידי הציבור בישראל. האם אך חלום הוא לצפות לכך, שהמהפכה החוקתית תגרור אחריה מהפכה חברתית, אשר תעשה אותנו לחברה טובה יותר?"⁴⁹

הדברים בציטוטים אלה מקובלים כיום על רבים ממלומדי המשפט החוקתי, ומסמנים את הנתיבים והאפיקים שבהם העצימה המהפכה החוקתית את שיח הזכויות: שדרוג מעמדן של זכויות האדם והמרת כללים וערכים קולקטיביים בזכויות הפרט. חשוב להבין כי ברקעה של העצמה זו של שיח הזכויות החוקתיות מצוי ההיגד כי מדובר בשינוי אמיתי, מהותי ומשמעותי במעמדן של זכויות האדם, שכן במהפכה החוקתית יש משום יצירת נקודות איזון חדשות "בין הכלל והפרט בישראל";⁵⁰ היא "נוצרה וקיימת למען כל פרט ופרט",⁵¹ וניתן לצפות שהיא תגרור אחריה "מהפכה חברתית, אשר תעשה אותנו לחברה טובה יותר".⁵²

עם זאת, חשוב להבחין כי הקשר שבין "המהפכה החוקתית" לבין "מהפכת הזכויות" אינו חד-סטרי, וגם מהפכת הזכויות (העצמת השיח והרעיון כי לפרט יש זכויות) מצדיקה ומעצימה את המהפכה החוקתית המבנית. עובדה זו מתחווה כאשר בוחנים מקרוב את שני ציוני-הדרך בפסיקה שכוננו את המהפכה החוקתית המבנית: ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**⁵³ ודנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**.⁵⁴ כאשר בוחנים את פסק-הדין של הנשיא ברק בעניין **בנק המזרחי**, מגלים כי בשני הצמתים החשובים המכוננים את המהפכה החוקתית המבנית – עליונותם של חוקי-היסוד ואימוצה של הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית – נחשף הקשר הגורדי שבין המהפכה המבנית (המהפכה החוקתית) לבין המהפכה הרעיונית (מהפכת הזכויות), שבמסגרתו מהפכת הזכויות היא המצדיקה את השינויים המבניים שבמהפכה החוקתית. כידוע, על-פי הנשיא ברק בעניין **בנק המזרחי**, עליונותם הנורמטיבית של חוקי-

49 ברק "החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד", לעיל ה"ש 41, בעמ' 373–374.

50 שם. ראו גם בש"פ **גנימאת**, לעיל ה"ש 44, בעמ' 414.

51 ברק "החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד", לעיל ה"ש 41, בעמ' 373.

52 שם, בעמ' 374.

53 לעיל ה"ש 1.

54 לעיל ה"ש 6.

היסוד תלויה בשאלה אם לכנסת יש סמכות מכוננת. על-מנת להכריע בסוגיה זו, הציב הנשיא ברק במרכז חוות-דעתו שלושה מודלים תיאורטיים, שבעזרתם הוא מגיע לכלל מסקנה כי לכנסת יש סמכות מכוננת וכי היא עשתה שימוש בסמכותה זו כאשר חוקקה את חוקי-היסוד.⁵⁵ קולמוסים רבים נשברו ודיו רב נשפך בנושא סמכותה המכוננת של הכנסת,⁵⁶ ואין זו המסגרת להעלות שוב את התהיות והספקות שתיאוריית הסמכות המכוננת מעוררת. ברצוני רק להפנות את תשומת-הלב לכך שבסופו של יום, כאשר השופט ברק מתעמת עם הרהורי הכפירה של השופט חשין לגבי קיומה של סמכות מכוננת בידי הכנסת, הוא קורא לו לחזור מגישתו האפיקורסית בשל תוצאותיה והשלכותיה על זכויות אדם:

“אכן, ניתן לומר מטעם זה על תורת הסמכות המכוננת, שאם היא לא הייתה קיימת כעובדה חוקתית צריך היה להמציא אותה, כקונסטרוקציה חוקתית... אך התורה קיימת אצלנו, ומשתקפת בהיסטוריה החוקתית שלנו. אין צורך

55 המודל הראשון נסמך על תורתו של הנס קלזן בדבר הנורמה הבסיסית: HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 102 (1945). על-פי מודל זה, הנורמה הבסיסית של ישראל היא כי מועצת המדינה הזמנית היא הרשות העליונה של מדינת-ישראל, והיא שהורתה בהכרזת-העצמאות כי תיקבע חוקה על-ידי האספה המכוננת. עם כינונה של האספה המכוננת התפזרה מועצת המדינה הזמנית והעבירה לאספה המכוננת את הסמכויות שהיו בידיה. כך הופקדו בידי גוף אחד הן הסמכות המכוננת והן הסמכות המחוקקת. מאז הסמכות המכוננת עוברת מכנסת לכנסת, ואף נעשה בה שימוש שהביא לידי יצירתה של חוקה (עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 356–357). המודל השני נסמך על תורתו של הרט בדבר כלל ההכרה של השיטה: H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 94–95 (2nd ed. 1994). לגישתו של ברק, כלל ההכרה של מדינת-ישראל הוא כי לכנסת יש הן סמכות מכוננת והן סמכות מחוקקת. קביעה זו, אליבא דברק, אינה קביעה סובייקטיבית, אלא קביעה אובייקטיבית. היא מתבססת על מערכת החיים הלאומיים שלנו. על-פי תפיסת-העומק של החברה הישראלית, הכנסת היא הגוף המוסמך לתת חוקה לישראל (עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 357–358). המודל השלישי נסמך על תורתו של דוורקין בדבר הפרשנות הטובה ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית-המשפטית שלנו בזמן נתון. ראו DWORCKIN, לעיל ה"ש 33. לפי מודל זה, לגוף פלוני (דוגמת הפרלמנט) תהיה סמכות להעניק חוקה אם מסקנה זו היא הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של אותה חברה. לפי ברק, הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה החברתית והמשפטית שלנו הוא שלכנסת יש סמכות לקבוע חוקה, שכן כל פרשנות אחרת תובילנו למסקנה כי הכנסת בזוזה את זמנה כאשר עסקה בחקיקת חוקי-יסוד. הפרשנות הטובה ביותר להיסטוריה שלנו היא שהכנסת עסקה בקבלה של חוקה בהדרגה, והפרשנות הטובה ביותר לפסקי-הדין שדנו בחוקי-היסוד היא שהם עסקו במתן תוקף לקבלת החוקה בהדרגה (עניין **בנק המזרחי**, שם, בעמ' 358).

56 רות גביון “המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה שמגישימה את עצמה?” **משפטים** כח 21 (1997); קלוד קליין “בעקבות פסק הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון” **משפטים** כח 341 (1997); יהושע (שוקי) שגב “ההיית או חלמתי חלום” – השופט חשין על סמכותה המכוננת של הכנסת” **מאזני משפט** ו 461 (2007); מישאל חשין “תגובות” **מאזני משפט** ו 503 (2007).

להמציאה... בלעדיה... זכויות האדם בישראל לא יעמדו על רמה חוקתית על-חוקית. ציפייה של דורות לחוקה ולזכויות אדם על-חוקיות תרד לטמיון. נעמוד לפני שוקת חוקתית שבורה...⁵⁷ אכן, חברי מעמיד אותנו באותו מקום שבו מצויה כיום אנגליה – בלא שנהיה חלק מהקהילייה האירופית ובלא שתחול עלינו האמנה האירופית לזכויות האדם...⁵⁸

כלומר, אפילו בסוגיה המבנית של שדרוג מעמדם של חוקי-היסוד ואימוץ תיאוריית הסמכות המכוננת השיקול המכריע, מבחינתו של השופט ברק, הוא ההגנה על זכויות האדם. דחיית תיאוריית הסמכות המכוננת ואי-שדרוג מעמדם של חוקי-היסוד יציבו את ישראל בפני שוקת שבורה: ציפייה של דורות לחוקה ולזכויות אדם תרד לטמיון, וישראל תיוותר בלא הגנה על זכויות אדם (מכוח חוקה או אמנה בין-לאומית). במילים אחרות, הכרה בסמכות המכוננת ושדרוג מעמדם של חוקי-היסוד נדרשים לשם הגנה על זכויות האדם.

הצומת השני שבו נחשף הקשר הגורדי שבין מהפכת הזכויות לבין המהפכה החוקתית המבנית שנעשתה בעניין **בנק המזרחי** הוא שאלת אימוצו של מוסד הביקורת השיפוטית. כידוע, במרכז עמדתו של הנשיא ברק ניצבים ארבעה טיעונים התומכים באימוצו של מוסד הביקורת השיפוטית.⁵⁹ בחינת הטענות מקרוב מגלה כי **כל הטענות נשענים באופן ישיר או עקיף על הצורך בהגנה על זכויות אדם**. הטענות הראשון גורס כי במדינות בעלות חוקה פורמלית שלטון החוק מורה על הגנת החוקה, ומכאן שהלגיטימיות של חוקי-היסוד מובילה ללגיטימיות של הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית.⁶⁰ אולם מכיוון שעליונותם של חוקי-היסוד נסמכת על סמכותה המכוננת של הכנסת, וזו נסמכת בעקיפין – כפי שראינו לעיל – על ההגנה על זכויות האדם, הסמכות לבקר חקיקה ראשית נגזרת אף היא בתורה מן ההגנה על זכויות האדם. הטענות השני גורס כי סמכות הביקורת השיפוטית נגזרת מעקרון הפרדת הרשויות:⁶¹ תפקידו של המחוקק הוא לחוקק, ואילו תפקידו של בית-המשפט הוא לפרש את החוקה כאשר צצים סכסוכים באשר למשמעותה. אולם מה עומד בבסיסו של עקרון הפרדת הרשויות? כאן השופט ברק מבהיר כי עקרון הפרדת הרשויות נועד להגשים את חירות האדם, ולכן אין לקבל הפרדת רשויות המאפשרת חופש פעולה מוחלט של כל רשות בתחומה.⁶² הטענות השלישי נסמך במישרין על ההגנה על זכויות האדם, והוא שסמכות הביקורת השיפוטית מהווה "חלק אינטגרלי של מהות הדמוקרטיה".⁶³ דמוקרטיה, מסביר הנשיא ברק, היא

57 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 401.

58 שם, בעמ' 392.

59 לביקורת עמדתו המהותית של הנשיא ברק ראו: Ruth Gavison, *The Role of Courts in Rifted*

Democracies, 33 ISR. L. REV. 216, 221 (1999).

60 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 419–420.

61 שם, בעמ' 421.

62 שם.

63 שם, בעמ' 425–422.

איזון עדין בין שלטון הרוב לבין ערכי-יסוד, דוגמת זכויות האדם, וביקורת שיפוטית נועדה להגן על זכויות הפרט והמיעוט מפני עריצות הרוב. הטיעון הרביעי הוא כי סמכות הביקורת השיפוטית נותנת ביטוי לערכי החוקה.⁶⁴ בהתאם לטיעון זה, ביקורת שיפוטית אינה ביטוי לערכיו הסובייקטיביים של השופט, אלא השתקפות של תפיסות-יסוד – כפי שהן באות לידי ביטוי במכניזם של אובייקטיביות שיפוטית – שלפיהן תפקידו של בית-המשפט הוא, בין היתר, לשמור על זכויות האדם:

“אין [השופט] תאב שלטון. אין הוא מבקש להטיל השקפתו האישית על החברה. הוא מבקש אך לעשות צדק במסגרת המשפט, ולעשות משפט שיהיה צודק. מאז הקמתה של מדינת ישראל, עמד בית המשפט העליון... כמבצר הדמוקרטיה הישראלית... תפקיד זה מקבל משנה תוקף עם חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. סביב זכויות האדם נבנו חומות מגן נוספות. על שמירתן מופקד בית המשפט. עליו הוטל התפקיד החוקתי לשמור על תפיסות היסוד וערכי היסוד של החברה הישראלית...”⁶⁵

ניתוח קצר זה מדגים לנו כיצד מהפכת הזכויות (העצמת השיח והרעיון שכולם נדרשים לכבד את זכויות הפרט) היא שמצדיקה את המהפכה החוקתית (אימוץ מוסד הביקורת השיפוטית). גם ברקעו של קשר זה של הצדקה מצוי ההיגד כי השינוי המבני של המהפכה החוקתית (אימוץ מוסד הביקורת השיפוטית) נדרש מכוח הצורך בהגנה על זכויות האדם או מפני שיהיה בו משום תרומה להגנה על זכויות האדם. בדרך זו המהפכה החוקתית משוטחת למהפכת הזכויות ומתמזגת עימה.

שוב, אין מדובר בשינויים רטוריים, צורניים או תיאורטיים בלבד, אלא בשינויים אמיתיים מהותיים שמולידים תוצאות קונקרטיות ופרקטיות בחיי הפרט והחברה בישראל. דברים אלה עולים במפורש מפסק-דינו של הנשיא ברק בדנ"פ גנימאת.⁶⁶ בעניין זה נבחנה השאלה כיצד המהפכה החוקתית משפיעה על פרשנותו של דין ישן. עמדתו של השופט חשין הייתה כי מאז ומעולם נקט בית-המשפט בפרשנות המיטיבה עם זכויות האדם, לאור חזקה פרשנית כי המחוקק התכוון להימנע עד כמה שאפשר מפגיעה בזכויות אדם.⁶⁷ מסקנתו של השופט חשין היא על-כן כי אין להעניק בפרשנות

64 שם, בעמ' 425–427.

65 שם, בעמ' 427.

66 דנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 6.

67 בהתאם לחזקה הפרשנית לטובת זכויות האדם שהונהגה בפסיקה, היה אם חוק ניתן לפירוש בכמה דרכים, יבחר בית-המשפט בפרשנות התואמת ביותר את זכויות האדם או שפוגעת בהן הכי פחות בהשוואה לפרשנויות האחרות. חזקה זו הושתתה על הנחת-היסוד כי המחוקק לא התכוון או אינו מעוניין לשלול או לצמצם זכויות אדם, ובית-המשפט צריך לתת תוקף לכוונה או לרצון זה של המחוקק. לפסקי-דין מנחים בעניין זה ראו בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב יפו, פ"ד מב(2) 309 (1988). על החזקה הפרשנית לטובת זכויות האדם ראו עמוס שפירא "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט

משפט ועסקים טז, תשע"ד האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?

חקיקתית משקל נוסף לזכויות האדם על זה שכבר ניתן בפסיקה לזכויות ולחירויות בסיסיות.⁶⁸ השופטים דורנר וברק יוצאים חוצץ נגד עמדה זו. לגישתם, יש לפרש דין ישן ברוח הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו למרות קיומה של הוראה בדבר שימור דינים. מטעים הנשיא ברק:

"לפני שלושה ימים החלטנו כי חוק היסוד הוא חוק חוקתי על-חוקי; כי הוא מהווה נורמה עליונה במידרג הנורמאטיבי של מדינת ישראל וכי הוא חלק מחוקתה של מדינת ישראל... מעמדו החוקתי של חוק היסוד מקרין עצמו לכל חלקיו של המשפט הישראלי. הקרנה זו אינה פוסחת על הדין הישן... הדין הישן אינו מוגן מפני תפיסה פרשנית חדשה באשר למובנו. אכן, עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם חל שינוי מהותי בשדה המשפט בישראל. כל צמח משפטי שבו מושפע משינוי זה. רק כך יושגו הרמוניה ואחדות במשפט הישראלי. המשפט הוא מערכת של כלים שלובים. שינוי באחד הכלים הללו משפיע על כלל הכלים... [לאחר חקיקת חוקי-היסוד] מתבקש השופט-הפרשן לעיין מחדש בפרשנות שניתנה בעבר ולבחון עצמו מחדש. ביסוד בחינה מחדשת זו עומד הנתון החוקתי החדש, שעניינו חוקי היסוד החדשים. בחינה מחדשת זו צריכה להיעשות מזווית הראייה החדשה, פרי ההפנמה של חוקי היסוד, וההכרה בשינוי העמוק שהם הביאו למשפט ולחברה בישראל. אכן חוקה אינה רק משפט. היא חברה, היא היסטוריה, והיא מבט מחדש על החיים ועל המשפט."⁶⁹

הצגה זו של פעילות השופט לאחר המהפכה החוקתית היא מאירת-עיניים. זאת, לא רק מכיוון שהיא חושפת את הדרך שבה הפרשנות השיפוטית מושפעת מחוקי-היסוד, אלא גם מכיוון שאנו נחשפים לתמונה השלמה של הקשרים בין המהפכה החוקתית,

בישראל – מבצר משוריין או נמר של נייר? "עיוני משפט ג 625 (1973); Aharon Barak, *Constitutional Law Without a Constitution: The Role of the Judiciary*, in THE ROLE OF COURTS IN SOCIETY 448, 451, 463 (Shimon Shetreet ed., 1988); Itzhak Zamir, *Administrative Law*, in THE LAW OF ISRAEL: GENERAL SURVEYS 51, 53 (Itzhak Zamir & Sylviane Colombo eds., 1995).

68 בש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 44. עם זאת, בדיון הנוסף היה השופט חשין מוכן להכיר בהשפעתו העקיפה של חוק-יסוד: כבוד האדם על פעילותו הפרשנית של השופט. ראו דנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 643: "ובצד כל אלה נוסף את המובן מאליו, שראוי הוא חוק היסוד כי זכה אותנו בהשראת פרשנות. ערוגת-ורדים שתל המחוקק בגן המשפט, וניחוחם יעלה באפנו. נפרש חוקים שלעבר ובושמו של חוק היסוד ישרה עלינו."

69 שם, בעמ' 653, 655. לעמדה דומה ראו גם את דבריה של השופטת דורנר בבש"פ גנימאת, לעיל ה"ש 44, בעמ' 375: "משנתקבל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עלינו לשוב ולבחון את פסיקתנו בתחום הדין הפלילי... ואף בתחום דיני העונשין המהותיים, כדי לברר אם הולמת היא את הוראות חוק-היסוד ומגמותיו."

מהפכת הזכויות ושינוי חברתי. המשוואה שיצר הנשיא ברק היא כדלקמן: חוקי-היסוד עצמם מהווים שינוי חברתי המשפיע על הפרשנות החוקתית (העצמת השיח), והפרשנות החוקתית בתורה מעצימה שינויים אלה ממש. הפרשנות החוקתית מושפעת מחוקי-היסוד ומן התנאים החברתיים השוררים בחברה, אך הפרשנות החוקתית משפיעה – או מנסה להשפיע – על אותם תנאים ממש. במילים אחרות, אליבא דשופט ברק, חוקי-היסוד והעצמת שיח הזכויות אינם מהווים רק שינוי משפטי; הם מהווים שינוי חברתי, הטומן בחובו מבט מחודש על החברה הישראלית שמוביל לשינויים חוקתיים. מכאן שמהפכת הזכויות (הרעיונית) היוותה קרקע פורייה לנביטתה, לצמיחתה ולפריחתה של המהפכה החוקתית (המבנית). אולם, כפי שראינו בתחילתו של פרק זה, המהפכה החוקתית (המבנית) מהווה במידה רבה זרז להעצמת מהפכת הזכויות (הרעיונית). הווה אומר, המהפכה החוקתית מתדלקת את מהפכת הזכויות, אשר מהווה קרקע פורייה לצמיחתה של המהפכה החוקתית.⁷⁰ ברקעם של יחסי-גומלין אלה שבין המהפכה החוקתית לבין מהפכת הזכויות עומד שוב ההיגד המפורש או המשתמע שבמהפכות אלה יש משום שינוי חברתי אמיתי לטובה במקומן ובמעמדם של זכויות האדם בחברה הישראלית.

אם הניתוח לעיל נכון, אזי "המהפכה החוקתית" ו"מהפכת הזכויות" הן אותה גברת בשינוי אדרת. כפועל יוצא מכך, לפחות אליבא דחסידי המהפכה החוקתית, כל מתקפה על החתירה למשטר חוקתי – קרי, נגד שדרוג מעמדם של חוקי-היסוד לכלל חוקה פורמלית ואימוץ הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית – היא בבחינת מתקפה על מהפכת הזכויות. באופן זה, כל מתקפה על מהפכת הזכויות היא מתקפה על הסדר החוקתי החדש, דהיינו, כפירה במעמדם הנורמטיבי העליון של חוקי-היסוד ובסמכותו החוקתית של בית-המשפט העליון. והכל על רקע ההנחה, הטענה או ההיגד כי במהפכה החוקתית יש משום שינוי אמיתי לטובה בהגנה על זכויות האדם.

פרק ג: המהפכה החוקתית ומהפכת הזכויות – בעיות וקשיים

בפרק זה ברצוני לבחון שוב את יחסי-הגומלין בין המהפכה החוקתית המבנית לבין מהפכת הזכויות הרעיונית באופן ביקורתי, ובמיוחד לעמוד על הקשיים הנורמטיביים

70 מעניינים בהקשר זה דבריו של רונן שמיר, במאמרו "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" **חיאוריה וביקורת** 5, 7, 13 (1994), שלפיהם בית-המשפט העליון מיישם את ערכיו של "הציבור הנאור", שהוא ציבור משכיל, מודרני, חילוני ובן התרבות האירופית. אם המהפכה החוקתית היא מהלך נוסף של תפיסת צד לטובת הקבוצה היהודית-החילונית-הליברלית, אזי אנחנו נחשפים לקשר שבין בית-המשפט לבין הפוליטיקה. בית-המשפט מעמיק, באמצעות המהפכה החוקתית, את השפעתה של הקבוצה היהודית-החילונית-הליברלית בחברה הישראלית, וזו בתורה מעצימה את בית-המשפט ומגינה עליו במהפכה החוקתית שהוא מבצע.

משפט ועסקים טז, תשע"ד האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?

והאמפיריים העומדים בדרכם של אלה המנסים לבסס את ההיגד כי במהפכה החוקתית יש משום שינוי לטובה בהגנה על זכויות האדם בחברה הישראלית. ראשית, אראה כי הקישור בין המהפכה החוקתית לבין מהפכת הזכויות אינו מובן מאליו. שנית, אראה את הקשיים הכרוכים בניסיון לבסס, באופן ישיר או מערכתי, את ההיגד בדבר תרומתה של המהפכה להגנה על זכויות האדם.

ניסיון להתיר את הקשר הגורדי הקיים בישראל בין המהפכה החוקתית – החתירה לחוקה פורמלית ולא־מוץ מוסד הביקורת השיפוטית – לבין מהפכת הזכויות (המהפכה הרעיונית) מחייב אותנו להידרש לשאלה הבסיסית שהתיאוריה החוקתית מתחבטת עימה: שאלת תכליתה של החוקה המודרנית, כלומר, תכלית העשייה החוקתית. כל מי שגורס ברצינות כי אין קשר הכרחי בין המהפכה החוקתית לבין הטבה במצבן ובמעמדן של זכויות האדם בישראל רצוי שידון תחילה בכובד־ראש בשאלה מהו ההיגיון שמנחה אומות בכלל בעשייה חוקתית פורמלית, קרי, מדוע אומות מאמצות חוקה כתובה, ומה נדרש ממנה. לאחר חקירה ודרישה מעין זו יהיה אפשר לשוב ולבחון את טיב הקשר הנטען שבין המהפכה החוקתית לבין מהפכת הזכויות בישראל (או את העדרו של קשר כזה).

במבט ראשון מהלך זה עשוי לעורר פליאה אצל חלק מהקוראים: הכיצד ניתן להפריד בין המהפכה החוקתית (המבנית) לבין מהפכת הזכויות (הרעיונית)? הרי מן המפורסמות הוא כי הורתה של המהפכה החוקתית בחקיקתם של חוקי־היסוד בדבר זכויות האדם – חוק־יסוד: חופש העיסוק וחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו⁷¹ – וכבר ראינו כי מנקודת־מבטם של חסידי המהפכה החוקתית, המהפכה החוקתית ומהפכת הזכויות הן אותה גברת בשינוי אדרת: המהפכה החוקתית מעצימה את שיח הזכויות, ושיח הזכויות מצדיק בתורו את המהפכה החוקתית. איני יכול לקבל גישה זו משני טעמים. ראשית, ראוי לזכור כי המהפכה החוקתית המבנית חרגה בהיקפה, כבר בתחילת דרכה, מחוקי־היסוד בדבר זכויות האדם, והתאפיינה בקביעה הכוללנית כי כל חוקי־היסוד זכו במעמד חוקתי על־חוקי.⁷² גם הביקורת השיפוטית מכוח חוקי־היסוד לא הוגבלה לפגיעה בזכויות הפרט והמיעוט, והיא משתרעת גם על הגנה על הסדרים משטריים גרידא.⁷³ אבל חשוב מזאת, העובדה שחסידי המהפכה החוקתית טוענים לקיומו של קשר הכרחי בין המהפכה החוקתית לבין מהפכת הזכויות אינה מהווה כשלעצמה ראיה לקיומו של קשר הכרחי מעין זה. רק חקירה רציונלית שתראה סיבות,

71 עם זאת, ראו את האסמכתות לעיל בה"ש 1 באשר לדעות שונות לגבי מועד התרחשותה של המהפכה החוקתית ולגבי הגוף שחולל אותה.

72 ראו לעיל ליד ה"ש 41–45.

73 ראו, למשל, את עמדתו של הנשיא ברק בבג"ץ חוק טל, לעיל ה"ש 6, פס' 76 לפסק־דינו, כי אין לצמצם את הביקורת השיפוטית להגנה על זכויות המיעוט: "איני שולל את זכותו של מיעוט להגנה חוקתית. הנני סבור, עם זאת, כי אין לבסס את תורת החוקתיות כולה, את תורת הפרשנות החוקתית כולה ואת תורת הביקורת השיפוטית כולה, על הבחנה בין הגנת המיעוט (הדורשת הגנה חוקתית וביקורת שיפוטית) לבין הגנת הרוב (שאינה דורשת הגנה חוקתית וביקורת שיפוטית)".

טעמים ונימוקים לקיומו של קשר זה עשויה לבסס את המסקנה כי המהפכה החוקתית הניבה שיפור במצבן של זכויות האדם בישראל.

ובכן, אחזור לשאלה הטומנת בחובה את המפתח להבנת המהפכה החוקתית והשלכותיה: מהי תכליתן של החוקה והעשייה החוקתית המודרנית? אליה וקוץ בה: המעוניין להסביר מה עומד בבסיסה של העשייה החוקתית הפורמלית ומהו טבען של חוקות בעולם המודרני נדרש להכיר בקיומם של הבדלים ניכרים בנסיבות ההיסטוריות שהובילו לעשייה חוקתית,⁷⁴ בשוני בין ההליכים השונים שנבחרו לאימוצן של חוקות על-ידי מדינות מודרניות,⁷⁵ בהבדלים בתוכן המהותי המאוגד בחוקות השונות,⁷⁶

74 בהקשר זה עולה השאלה אם קיים בכלל מכנה משותף ממשי בנסיבות ההיסטוריות שהביאו לאימוצן של חוקות על-ידי אומות לאורך מאתיים השנים האחרונות. DORSEN, ROSENFELD, SAJÓ & BAER, לעיל ה"ש 10, בעמ' 72–73, מזהים ארבעה מודלים של נסיבות היסטוריות שבהן אומות פונות לעשייה חוקתית. המודל הראשון, המאפיין את העשייה החוקתית האמריקאית והצרפתית, מזהה קשר קרוב בין מהפכה אלימה לבין עשייה חוקתית. הן המהפכה האמריקאית והן המהפכה הצרפתית שמו קץ אלים לשלטונות שנתפסו כמדכאים, ופינו את הדרך לכינון הסדרים חוקתיים חדשים. המודל השני, המאפיין את העשייה החוקתית בגרמניה וביפן לאחר מלחמת-העולם השנייה, קשור גם הוא לאלימות, ומתייחס לעשייה חוקתית המונעת או מכוונת, בחלקה לפחות, על-ידי מעצמות זרות כובשות לאחר מפלה צבאית של אותן מדינות. המודל השלישי, המאפיין את העשייה החוקתית בספרד, במדינות מזרח אירופה ובדרום-אפריקה, קשור למעבר בדרכי שלום ממשטר רודני לדמוקרטיה חוקתית. המודל הרביעי, המאפיין מדינות באפריקה ובאסיה, קשור ליציאה ממשטר קולוניאלי ובנייתה של מדינת לאום.

75 בין המנגנונים השונים שאומצו על-ידי אומות לשם עשייה חוקתית (אם כי לא היחידים) ניתן למנות כינון אספות מכוננות שחבריהן נבחרים ישירות על-ידי העם, אישור על-ידי המחוקק הרגיל ומשאל-עם. להשוואה ולבחנת ההיבטים ההיסטוריים, הסוציולוגיים והתפיסתיים של העשייה החוקתית בועידת פילדלפיה (מאי 1787) ובאספה המכוננת של פריז (1789–1791) ראו: Jon Elster, *Arguing*, *and Bargaining in Two Constituent Assemblies*, 2 U. PA. J. CONST. L. 345 (2000) לקתיבה אקדמית הבוחנת את תהליך אימוצן של חוקות והסדרים חוקתיים, ועל הכוחות והמנגנונים הפועלים בחיבורן של חוקות כתובות, ראו: Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process*, 45 DUKE L.J. 364 (1995); Ulrich K. Preuss, *Constitutional Power Making for the New Polity: Some Deliberation on the Relation between Constituent Power and the Constitution*, in CONSTITUTIONALISM, IDENTITY, DIFFERENCE, AND LEGITIMACY: THEORETICAL PERSPECTIVE 143 (Michel Rosenfeld ed., 1994); HANNAH ARENDT, ON REVOLUTION (1965); רות גביון "לקחי הפרוליסט" וההליך החוקתי בישראל" *תכלת* 11, 21 (2001).

76 ההבדלים בתוכן המהותי של החוקות עשויים להיות מסוגים שונים. כך, לדוגמה, מישל רוזנפלד – Michel Rosenfeld, *Constitution-Making, Identity Building, and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections Inspired by the Spanish Example*, 19 CARDOZO L. REV. 1891, 1897–1899 (1998) – טוען כי ניתן לזהות ארבעה מודלים של חוקה – המודל הצרפתי, המודל הגרמני, המודל האמריקאי והמודל הספרדי – אשר שונים זה מזה מבחינת היחס שבין האומה לבין המדינה ומבחינת היחס שבין הזהות החוקתית לבין זהויות אחרות, כגון זהויות אתניות, תרבותיות או לאומיות. ראו, לעומת זאת, גרעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" *משפטים* לו 349

משפט ועסקים טז, תשע"ד האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?

בהבדלים במנגנונים השונים שאומצו לאכיפת חוקות,⁷⁷ בהבדלים במנגנונים המגוונים שנבחרו על-מנת לאפשר שינוי ותיקון של חוקות,⁷⁸ ובשוני בנסיבות הפוליטיות, החברתיות והכלכליות המאפיינות את העשייה החוקתית בכל מדינה ומדינה.⁷⁹ במילים אחרות, גם אם יש מן המשותף בעשייה החוקתית של ארצות-הברית, צרפת, גרמניה,

(2007), המזהה שלושה מודלים חוקתיים המעוצבים בהתאם ליעדים שאנו מעוניינים להשיג: המודל הראשון הוא הגנה חוקתית על ערכי-יסוד; המודל השני הוא חוקה כדיאלוג, ולפיו החוקה נועדה לאפשר ולהגביר את הדיאלוג בין פרטים וגופים בחברה; והמודל השלישי הוא חוקה ככלל השתק, ולפיו החוקה נועדה להשתיק מחלוקות מסוימות ולמנוע דיון ציבורי בסוגיות שונות. ראו גם: Samuel Freeman, *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*, 9 LAW & PHIL. 327 (1990); LOUIS FISHER, *CONSTITUTIONAL DIALOGUES: INTERPRETATION AS POLITICAL PROCESS* (1988); STEPHEN HOLMES, *PASSION AND CONSTRAINT: ON THE THEORY OF LIBERAL DEMOCRACY* 202 (Gag Rules or the Politics of Omission) (1995) נוסף על כך, מלומדים שונים מציינים הבדלים ניכרים בין החוקות השונות בעולם גם באשר לזכויות המהותיות הזוכות בהגנה חוקתית בחוקות. להדגמת היחס השונה שניתן בחוקות השונות לזכויות החברתיות והכלכליות ראו: CASS R. SUNSTEIN, *THE SECOND BILL OF RIGHTS: FDR'S UNFINISHED REVOLUTION AND WHY WE NEED IT MORE THAN EVER* 100–105 (2004); David P. Currie, *Positive and Negative Constitutional Rights*, 53 U. CHI. L. REV. 864, 867–880 (1986).

77 על המגוון הרחב של מנגנוני האכיפה והביקורת החוקתית הנוהגים בדמוקרטיה חוקתיות ראו MICHAEL LOUIS DORSEN, ROSENFELD, SAJÓ & BAER, לעיל ה"ש 10, בעמ' 99–211; CORRADO, *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL REVIEW: CASES AND MATERIALS* (2005) שמעון שטרית "בית המשפט העליון על פרשת דרכים: המודל הראוי לביקורת שיפוטית על חוקים בישראל" מאוני משפט ה 23, 53–71 (2006).

78 המנגנונים לשינוי חוקה שונים ממדינה למדינה: בקצה אחד של הקשת מצויים מנגנונים מקילים המאפשרים שינוי חוקה בפעולה חקיקתית רגילה של המחוקק; ואילו בקצה האחר מצויים מנגנונים אשר מקשים מאוד את שינוי החוקה, ומחייבים קונסנזוס לאומי רחב ושימוש באספות ובגופים מיוחדים. לסקירת המנגנונים השונים והשלכותיהם החוקתיות ראו DORSEN, ROSENFELD, SAJÓ & BAER, לעיל ה"ש 10, בעמ' 9–89. גם כאשר קיימות הוראות מיוחדות ומפורשות בנוגע לתיקון החוקה, עשויה עדיין לעלות שאלה באשר למה עשוי להיחשב תיקון אמיתי של החוקה. זאת, מן הטעם שהוראות החוקה באשר לתיקונה אינן מוציאות בהכרח מכלל אפשרות שימוש במנגנונים לא-פורמליים לתיקונה. באופן דומה טען פרופ' אקרמן כי כמה החלטות טרנספורמטיביות של בית-המשפט העליון האמריקאי הובילו לשינויים מבניים ומהותיים של החוקה בלא שימוש בהוראה המיוחדת לתיקון המצויה בחוקה האמריקאית (Art. V). ראו: BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* (1991). מכאן שבמדינות מודרניות קיימים מנגנונים מגוונים, פורמליים ולא-פורמליים, לשינוי הוראות החוקה.

79 על הרקע הפוליטי, החברתי והכלכלי לאימוץ החוקה האמריקאית ראו רות גביוון ואלן שפירא "מבוא" אלכסנדר המילטון, גיימס מדיסון וג'ון ג'יי הפרדליסט יא, יג-כג (יעל חזוני עורכת, אהרן עמיר מתרגם, 2001). על הנסיבות הפוליטיות, החברתיות והכלכליות המאפיינות את העשייה החוקתית במדינות אפריקה ראו: JOHN HATCHARD, MUNA NDULO & PETER SLINN, *COMPARATIVE CONSTITUTIONALISM AND GOOD GOVERNANCE IN THE COMMONWEALTH: AN EASTERN AND SOUTHERN AFRICAN PERSPECTIVE* 5–27 (2004).

ספרד, מדינות מרכז אירופה ומזרחה, מדינות אפריקה וישראל, יש גם הרבה מן השונה – לא רק בטעמים, בנסיבות ובמאורעות שהביאו לידי אימוץ חוקות על-ידי אותן אומות, אלא גם בטיב העשייה החוקתית ובתוצר הסופי של עשייה חוקתית זו, קרי, בחוקות עצמן. עובדה זו מקשה כל ניסיון לתהות אחר תכליתה של העשייה החוקתית המודרנית. על-מנת שחקירה מעין זו תהיה הגיונית ותבונית, ולא תפנה לרשימה אינסופית של נקודות דומות ונקודות שונות לגבי הסדרים חוקתיים במדינות מודרניות, על החוקר לאמץ אמת-מידה שעל-ידיה ובעזרתה יהיה אפשר להסביר ולהשוות את העשייה החוקתית הפורמלית במדינות מודרניות שונות. כלומר, כל מחקר המנסה לברר – כל-שכן להעריך באופן ביקורתי – את ההיגיון המנחה אומות מודרניות בעשייה החוקתית חייב לנתב את הדיון אל תוך קטגוריות וסיווגים שעל-ידיהם ובעזרתם יהיה אפשר להעריך ולבחון עשייה חוקתית וחוקה במדינה נתונה ובמדינות מודרניות ככלל.⁸⁰ כך, לדוגמה, ניתן לבחון כיצד המנגנונים השונים של עשייה חוקתית אפשרו גיבושו של קונסנזוס חברתי ופוליטי באשר למסגרת החוקתית העתידית; כיצד הם הביאו בחשבון את האינטרסים של קבוצות מיעוט בתהליך גיבושה של החוקה; כיצד החוקות במדינות השונות מגינות על מיעוטים, על חופש הביטוי, על זכות הקניין, על זכויות חברתיות וכלכליות, ועל כבוד האדם. לחלופין, ניתן לבחון את תרומתן של חוקות ביצירת מסגרת לפתרון סכסוכים פוליטיים עתידיים. בעזרת אימוצה של אמת-מידה מעין זו יהיה אפשר גם, למשל, להשוות בין העשייה החוקתית של ארצות-הברית והסדריה החוקתיים לבין המהפכה החוקתית בישראל, ולשפוט את המהפכה החוקתית ואת השלכותיה על זכויות האדם בישראל.⁸¹

אולם אימוץ של קטגוריה או אמת-מידה מעין אלה מובילה את חוקר המשפט החוקתי להיבט השני של הבעיה בהערכת המהפכה החוקתית בישראל. היבט זה קשור למהות, ולא לצורה. חלוקת הדיון לקטגוריות (כגון הגנה על זכויות המיעוט, הגנה על חופש הביטוי, הגנה על זכות הקניין, הנחת מסגרת לפתרון סכסוכים פוליטיים וכולי) מסווה ומחביאה את התהליך הנורמטיבי המתרחש מאחורי מיון זה. אנו חוקרים את ההגנה על זכויות המיעוט שניתנת בחוקות מודרניות או בוחנים את המנגנונים החוקתיים המאפשרים חופש ביטוי מכיוון שאנו מאמינים כי הגנה על זכויות המיעוט או על חופש הביטוי היא דבר טוב על-פירוב. לכן מרבית הכתיבה האקדמית שדנה במהפכה החוקתית אין כוונתה רק לתאר שינויים דוקטרינריים שהתרחשו במשפט החוקתי הישראלי למן 1992, אלא גם לתמוך בהתפתחות או להוקיע התפתחות דוקטרינרית על בסיס סטנדרטים נורמטיביים מסוימים, או לפחות לטעון לפרשנות הנכונה של התפתחות דוקטרינרית זו.⁸² כמובן מסוים היבט זה של בעיית ההערכה של העשייה החוקתית הוא

80 ראו, לדוגמה: A.E. DICK HOWARD, THE ROAD TO CONSTITUTIONALISM: DEMOCRACY AND CONSTITUTION-MAKING IN CENTRAL EUROPE 6 (1990).

81 גביון, לעיל ה"ש 75.

82 אכן, חלק ניכר מהביקורת על המהפכה החוקתית מופנה לאורך קווי רוחב ואורך נורמטיביים קלסיים של ליברלים מול ליברטריאנים. הראשונה להטיל ספק בלגיטימיות של המהפכה החוקתית הייתה

חמור או בעייתי יותר מאשר ההיבט הצורני, מכיוון שהוא כרוך בתהליך של אימוץ והמצאה של סטנדרטים שלאורם תוערך העשייה החוקתית. היבט זה של הבעיה (החיפוש אחר סטנדרטים ראויים) קשור לבעיית אימוצם של קריטריונים שעל-פיהם ניתן לשפוט מוסדות חברתיים: מה עושה מוסד ל"טוב", ל"צודק" או ל"לגיטימי"? היבט זה של הבעיה מבקש מאיתנו למצוא סטנדרטים, קריטריונים ועקרונות על-מנת לשפוט את המהפכה החוקתית. כל מי שמצוי בעולם הפילוסופיה הפוליטית יודע כי קיימות אמות-מידה מוסריות ופוליטיות שונות ומגוונות להערכת מוסדות חברתיים: מה הופך מוסד חברתי לטוב, לצודק או לדמוקרטי? הפילוסופיה הפוליטית מתחבטת כבר אלפי שנים לא רק בשאלה מהם אמת-המידה הנכונה והקריטריון הנכון לשיפוט מוסדות חברתיים,⁸³

פרופ' רות בן-ישראל, לעיל ה"ש 47, בעמ' 32–33, שטענה כי חברי-הכנסת ששימשו חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט בעת ניסוח חוקי-היסוד החדשים לא נתנו משקל לאינטרסים הלגיטימיים של מעמד העובדים. ראו גם אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" **משפט וממשל** ד 133, 139–140 (1997): "חוק-יסוד אחד, כשמו כן הוא, מעלה לדרגה חוקתית את הזכות לחופש העיסוק. לא קשה להיווכח שאין זו זכות 'פרולטרית' במיוחד; את העובדים, המובטלים, העניים והנחשלים בחברה הישראלית לא מעניינת הזכות לבחירה בעיסוק, מקצוע או משלה יד', אלא הזכות לעבודה ולשכר הוגן... המצב אינו שונה בהרבה לגבי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. רשימת הערכים המוגנים בחוק-יסוד זה קצרה למדי: היא כוללת את הזכות לחיים, (שלמות?!?) הגוף, הכבוד, הקניין, החירות, והפרטיות (וכן הזכות לצאת מישראל ולהיכנס אליה). לא רק שאין זו מגילת זכויות להתפאר בה, אלא שמעט הזכויות המעוגנות בחוק-היסוד הן הזכויות הליברטריאניות הקלאסיות. כולן כאחת אינן אלא פועל יוצא של רעיון ה-self-ownership... בין רולס לנוזיק, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בחר באחרון." אך השוו עליו זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" **משפט וממשל** ד 489, 502 (1998): "באשר לחוקי-היסוד החדשים, חוקים אלו מנוסחים – לדעתנו – באופן די רחב, המאפשר פרשנויות לגיטימיות שונות. לכן לא ניתן א-פריורית, לפסוק כי חוקי-יסוד אלו מייצגים אידיאולוגיה ליברטריאנית באופן חד-משמעי (או כי פרשנותם ה'נכונה' מייצגת אידיאולוגיה כזו). ניתן לפרשם בכיוון ליברלי-רולסיאני ועל-כן לא ניתן לפסוק כי אינם רצויים."

83 במשך אלפי שנים הייתה הפילוסופיה הפוליטית, שעסקה באדם כנתין של מוסדות פוליטיים, קשורה בטבורה לפילוסופיה המוסרית, שעסקה באדם כנתין של המוסר. הפילוסופיה הפוליטית נגזרה הלכה למעשה מהפילוסופיה המוסרית. בהתאם, מוסדות המדינה וחוקת המדינה נגזרים מתפיסת הטוב המוסרית הספציפית שבה מדובר, ואמורים להגשימה. ראו, לדוגמה, אפלטון **כתבי אפלטון** כרך שני (יוסף ג' ליבס מתרגם, 1999); תומס הובס **לוחות** (מנחם לוורבוים עורך, אהרן אמיר מתרגם, 2009); ג'ון לוק **המסכת השנייה על הממשל המדיני** (מהדורה שנייה, יוסף אור מתרגם, התש"ט); עמנואל קאנט **הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות** (מהדורה שנייה, ש' שטיין עורך, מ' שפי מתרגם, התש"י); JEREMY BENTHAM, AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLE OF MORALS AND LEGISLATION 11–16, 38–41 (1948); ג'ון סטיוארט מיל **התועלתיות** 13–29, 43–62, 83–85 (ח"ו) רות עורכת, יוסף אור מתרגם, התרצ"ג). אחת מתרומותיו הנודעות של הפילוסוף הנודע ג'ון רולס הוא נסיונו לנתק את הפילוסופיה הפוליטית מהפילוסופיה המוסרית, כך שהעקרונות ("עקרונות הצדק") שעל-פיהם החברה הסדורה היטב אמורה להתנהל נהגים באופן אוטונומי מעקרונות מוסריים. להרחבה בסוגיות אלה ראו: JEAN HAMPTON, POLITICAL PHILOSOPHY (1997); WILL

אלא גם בשאלה כיצד אנו מגינים על קריטריונים אלה ומצדיקים אותם.⁸⁴ דרך אחת שהוצעה לפתרון בעיית הקריטריונים לאורך השנים היא ליצור את הסטנדרטים והקריטריונים מאותם "דברים" שאנו מעוניינים לשפוט, ובענייננו – מעשייה חוקתית וממהפכות חוקתיות בעולם ובארץ. עלינו לשאול את עצמנו מהם המאפיינים העיקריים של העשייה החוקתית במדינה המודרנית, ובעזרת מאפיינים אלה ליצור את הסטנדרטים שעל-פיהם נשפוט את המהפכה החוקתית בישראל ונעריך את הקשר הנטען בינה לבין שיפור במצבן של זכויות האדם בחברה הישראלית. הפילוסופית חנה ארנדט, למשל, טענה כי המאפיין המהפכני של החוקות המודרניות הוא שהן אומצו לא על-ידי הממשלה, אלא על-ידי העם שכוונן את עצמו.⁸⁵ החוקות של ארצות-הברית וצרפת התאפיינו, מסבירה ארנדט, לא רק בממשל מוגבל (מגילה של זכויות שליליות), אלא גם בפעילותן של אספות מכוונות וועידות מיוחדות שתפקידן היחיד היה לנסח חוקה שתאושר על-ידי העם. אספות וועידות אלה הן ביטוי לזכותן ולחירותן של עם לקבוע את הכללים והחוקים היסודיים שעל-פיהם יתנהלו חייו הציבוריים. במילים אחרות, מטרתה של חוקה מודרנית אינה רק להגביל את הממשל, אלא גם לשמש כלי למימוש זכותו הפוזיטיבית של עם להביע את ערכיו, שאיפותיו ומטרותיו.⁸⁶ עם זאת, כאשר משתמשים בדרך שמעצבת את הסטנדרטים מתוך תצפית על מושאי המחקר (אשר מזהה, לדוגמה, שחוקות מתקבלות באספות מכוונות), קיימת נטייה להציב עובדות מקריות במרכז הסטנדרטים שאנו בונים. בכואנו ליצור את הסטנדרטים שעל-פיהם נשפוט את המהפכה החוקתית, נצטרך להכריע, לדוגמה, אם קיומה של אספה מכוונת היא עובדה רלוונטית אם לאו. למעשה, גם אם נחליט כי עובדה זו רלוונטית, עולה עדיין השאלה: האם זה דבר טוב שחוקה מתקבלת באספה מכוונת

KYMLICKA, CONTEMPORARY POLITICAL PHILOSOPHY: AN INTRODUCTION (2002);

JONATHAN WOLFF, AN INTRODUCTION TO POLITICAL PHILOSOPHY (1996)

84 ראו יוסף אגסי **מכתבים לאחותי** 151 (2000): "השאלה הקבועה [שחוזרת לאורך כל הדורות בפילוסופיה] היא שאלת הסטנדרטים או הקריטריונים, והקושי שלה הוא שקריטריון דורש קריטריון שלו." ראו גם: JOHN FINNIS, FUNDAMENTALS OF ETHICS 9 (1983). לנסינות קלסיים אחרונים להגנה על קריטריונים לשפיטת מוסדות חברתיים ראו: JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (rev. ed. 1999). השו: BRIAN BARRY, JUSTICE AS IMPARTIALITY 160–188 (1995). על הבעיות המלוות כל ניסיון פילוסופי להגות סטנדרטים להערכת מוסדות חברתיים ראו: MICHAEL J. SANDEL, LIBERALISM AND THE LIMITS OF JUSTICE 15–65 (2nd ed. 1998); CHARLES TAYLOR, PHILOSOPHY AND THE HUMAN SCIENCES: PHILOSOPHICAL PAPERS 2, 15–91 (1985); JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 54–58 (expanded ed. 2005); JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 151–157, 294–295 (1999). ראו גם אגסי, לעיל, בעמ' 151–168; ג'פרי ג' וורנוק **הפילוסופיה המוסרית בת זמננו** 105–118 (דוד הד עורך, שאול חנני מתרגם, התשנ"ט).

85 ARENDT, לעיל ה"ש 75, בעמ' 143. ראו גם: Thomas Paine, *The Rights of Man, in THE LIFE AND MAJOR WRITINGS OF THOMAS PAINE* 251 (Philip S. Foner ed., 1961).

86 לגרסה מודרנית של רעיון זה ראו ACKERMAN, לעיל ה"ש 78, בעמ' 16. לביקורת ראו: Jeremy Waldron, *Book Review: We the People*, 3 J. PHIL. 149, 151 (1993).

משפט ועסקים טו, תשע"ד האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?

ומהווה ביטוי לערכי העם ושאיפותיו? האם התוכן המהותי של השאיפות הקונקרטיים של אומה זו או אחרת אינו רלוונטי לשיפוט בדבר העשייה החוקתית באותה מדינה? השאלות הללו מצריכות עיון: מדוע טוב שחוקה תתקבל באספה מכוננת, ומדוע טוב שחוקה היא ביטוי לרצון העם. ייתכנו הסברים טובים לכך, וכרגע לא אדון בהם, אבל מה שחשוב להבחין הוא שהעובדה עצמה או העובדות עצמן שמהן עיצבנו את הסטנדרטים (הקשר הקרוב בין עשייה חוקתית וחוקה לבין אספה מכוננת ופעילות עממית) אינן יכולות לתת תשובה מספקת לשאלות אלה.⁸⁷

דרך שנייה שהוצעה לפתרון בעיית הקריטריונים היא להמציא את הקריטריונים והסטנדרטים בהליך שיהיה עצמאי ביחס למושאים שאנו מעוניינים לשפוט. עם זאת, גם דרך זו עלולה להוביל לשרירותיות, מן הטעם הפשוט שהסטנדרטים הומצאו במנותק לגמרי מן המושא שאנו מעוניינים לשפוט ולכן הם חסרי בסיס במציאות. כל זאת בדיוק מכיוון שהם אינם מבוססים על עובדות, אלא על ידע אפריורי כלשהו.⁸⁸ ברוס אקרמן, בעמודים הראשונים של ספרו המפורסם *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS*, מבקר אסכולה המונעת על-ידי מחויבות עמוקה לזכויות-יסוד, המכונה על-ידי "פונדמנטליסטים של זכויות".⁸⁹ בין חברי האסכולה הוא מונה הן מלומדים המזוהים עם השמאל האקדמי והן כאלה המזוהים עם הימין האקדמי, וביניהם רונלד דוורקין, ריצ'רד אפשטיין ואוון פיס, אשר שונים מאוד זה מזה בכל הקשור לזהותן של הזכויות שהם תופסים כיסודיות. עם זאת, מלומדים אלה חולקים מכנה משותף ברור אחד, והוא שלגישתם זכויות-יסוד מוגנות על-ידי החוקה האמריקאית, וכל הרעיון של זכויות אלה הוא להתגבר (trump) על החלטות של מוסדות דמוקרטיים שהתקבלו בשם טובת הכלל – בתנאי, כמובן, שמדובר בזכויות-היסוד ה"נכונות", ולא של זרם זכויות מתחרה.⁹⁰ ההאשמה המרכזית שאקרמן מפנה נגד אסכולה זו היא שזכויות-היסוד הנ"ל רומסות את הדמוקרטיה. אבל לאקרמן יש ביקורת בסיסית יותר על "פונדמנטליסטים של זכויות", והיא שמפאת חרדתם מפני

87 הספקות שלנו לגבי הסטנדרט שאיתרה חנה ארנדט, שלפיו עשייה חוקתית מתאפיינת בפעילות עממית, יתחזקו כאשר נמצא כי במדינות נוספות, מלבד ישראל, הוכרה חוקה הלכה למעשה בהעדרן של אספות מכוננות במשמעות הפשוטה שארנדט מדברת עליה. במקרה כזה, שבו קיימת פרקטיקה עובדתית שנוגדת את הפרקטיקות העובדתיות שמהן עיצבנו את הסטנדרט לשיפוט העשייה החוקתית, השאלה אם אכן טוב שחוקה מתקבלת בפעילות עממית פשוט מתבקשת מאליה, מתוך הצורך לברור את העובדות הרלוונטיות לאפיון הסטנדרט. עם זאת, שאלה זו קיימת גם כאשר הפרקטיקה העובדתית היא חד-משמעית. עוד כאשר לדרכים הלגיטימיות לאימוץ חוקה ראו רבקה ווייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" **משפט וממשל** י' 449 (2007).

88 לכן נסיונות לבסס דוקטרינות מוסריות ופוליטיות על הטבע האנושי האוניורסלי נכשלות תמיד. הסיבה לכך היא שהן עניות מכדי לספק תוכן אמיתי ממשי לתכליות אוניורסליות או שהן קונקרטיים מכדי להיות אוניורסליות באמת. החוקר או הפילוסוף נדחפים תמיד לבחור בין טריוויאליות לבן אי-היתכנות. ראו: (1975) *KNOWLEDGE & POLITICS* 241 ROBERTO MANGABEIRA UNGER.

89 ACKERMAN, לעיל ה"ש 78, בעמ' 10–16.

90 שם, בעמ' 11.

שרירותיות בהגדרתן ובזיהוין של זכויות-היסוד הם פונים לגדולי הפילוסופים של המערב – מקנט ועד רולס, מלוק ועד נוזיק – במאמצם להבין את החוקה והעשייה החוקתית בארצות-הברית. אי-אפשר לא לחוש בבוז ובלעג של אקמן כלפי אותם "פונדמנטליסטים של זכויות", אשר את שיחם הוא מגדיר כשיח אזוטרי ואליטיסטי, המתבסס על הוגים ודוקטרינות פילוסופיות שרוב בוגרי הקולג' הצליחו להימנע מלמוד אותם ברוב שנותיהם באקדמיה.⁹¹ ביקורת זו של אקמן נגד ה"פונדמנטליסטים של זכויות" היא הד לבעייתיות הטמונה בדרך השנייה לאימוץ קריטריונים לשפיטת העשייה החוקתית והחוקה: אימוץ קריטריון כגון הגנה על זכויות-יסוד בלי בסיס במציאות החוקתית היומיומית נידון לשרירותיות, שכן הוא אינו מבוסס על עובדות, אלא הוא המצאה פרי מוחו הקודח של החוקר והמלומד.⁹²

פועל יוצא מניתוח זה הוא שכל תהליך השיפוט וההערכה של המהפכה החוקתית נידון למה שמכונה "המעגל ההרמנויטי" ("Hermeneutical circle").⁹³ האמונות שלנו כי יש היגיון בהסבר מסוים לעשייה החוקתית תלויות בהערכתנו ובהבנתנו בנוגע למאורעות, למצבים ולפעולות שהתרחשו בעבר. אך ניתן להסביר או להצדיק הערכות והבנות אלה רק על-ידי פנייה להבנתנו שלנו בנוגע לערכים, למטרות או להשקפות המעורבים בעניין או על-ידי פנייה להבנתנו בנוגע למאורעות, למצבים ולפעולות אחרים, אשר בסופו של דבר גם הם פונקציה של הבנתנו-אנו בנוגע לערכים, למטרות או להשקפות המעורבים בעניין.⁹⁴

איני מתיימר – וגם אין זו המסגרת – להציג פתרון לבעיית הקריטריונים והמעגל ההרמנויטי. מטרתי בפרק זה היא להציג את היקף הקשיים שכל ניסיון להעריך את השפעתה של המהפכה החוקתית בישראל על זכויות האדם נידון להיתקל בהם. ניתוח זה מבהיר לנו כי ההיגד "המהפכה החוקתית תרמה להגנה על זכויות האדם בישראל" טומן בחובו מהלך דו-שלבי. ראשית, הוא כבר מאגד בתוכו את הקריטריון של הגנה על זכויות אדם כאמת-מידה לשפיטת העשייה החוקתית. לכן ההיגד נדרש להצדיק את אמת-המידה של "הגנה על זכויות אדם" מול התנגדויות של ספקנים פוטנציאליים, אשר עשויים לטעון כי הקריטריונים שאומצו אינם נכונים או אינם תקפים. כך, למשל, ההיגד נדרש להפריך את טענותיהם הפוטנציאליות של ספקני הזכויות, הכופרים בקיומן האובייקטיבי של זכויות ובערכן המוסרי. נוסף על כך, בהנחה שאמת-המידה של "הגנה על זכויות אדם" כוללת בתוכה תפיסה מסוימת או תיאוריה מסוימת של זכויות אדם, על ההיגד להפריך טענות פוטנציאליות של תיאוריות מתחרות המטילות ספק בנכונותה של

91 שם, בעמ' 12.

92 לביקורת חריפה מוקדמת של שיח הזכויות הטבעיות כחסר בסיס נורמטיבי, ולהגדרתו כ"שטויות במיץ" ("nonsense upon stilts"), ראו: Jeremy Bentham, *Anarchical Fallacies* 5, available at english.duke.edu/uploads/media_items/bentham-anarchical-fallacies.original.pdf.

93 ראו TAYLOR, לעיל ה"ש 84, בעמ' 15–91. זו גם תחושתו של פרופ' מרמור בבואו להעריך ולשפוט את המהפכה החוקתית (מרמור, לעיל ה"ש 82, בעמ' 134).

94 ראו TAYLOR, לעיל ה"ש 84, בעמ' 24.

משפט ועסקים טו, תשע"ד האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?

התיאוריה הספציפית שההיגד מאמץ. על-מנת להפריך טענות אלה, ההיגד עשוי להידרש ברמה זו או אחרת גם להנחה בדבר מחלוקות באשר למהותן, לטיבן ולהיקפן של הזכויות בחברה המודרנית בכלל ובחברה הישראלית בפרט – מדוע למרות קיומן של מחלוקות באשר לזכויות (בעולם ובישראל) ראוי לאמץ את התיאוריה הספציפית שאכן אומצה.⁹⁵

שנית, ההיגד מצדיק את המהפכה החוקתית המבנית בכך שהיא עדיפה על המצב הטרומ-מהפכני מנקודת-המבט של הגנה על זכויות האדם, ולכן זכויות האדם תומכות בהתרחשותה של המהפכה החוקתית בישראל. הוכחתה של קביעה זו חייבת להיעשות על רקע הטענה הנוגדת כי על-פי הקריטריון של "הגנה על זכויות האדם" יש מוסדות או הסדרים אחרים העדיפים על המהפכה החוקתית, ובפרט שהמצב המוסדי הטרומ-מהפכני עדיף (מנקודת-המבט של זכויות האדם) על המצב המוסדי אחרי המהפכה. במילים אחרות, ההיגד כי "המהפכה החוקתית תרמה להגנה על זכויות אדם" נדרש להפריך התנגדות השוואתית (comparative objection)⁹⁶ הגורסת כי המצב הטרומ-מהפכני עדיף על המצב (או זהה למצב) אחרי המהפכה. את זאת יהיה אפשר לעשות באחת משתי הדרכים הבאות: (א) **טיעון מושגי או דאונטולוגי** שלפיו במהפכה החוקתית מתקיים היגיון פנימי מנקודת-המבט של זכויות האדם אשר אינו מתקיים במצב הטרומ-מהפכני; (ב) **טיעון תוצאתי** שלפיו המהפכה החוקתית הניבה תוצאות טובות יותר מנקודת-המבט של זכויות האדם מאלה שהיו מתקבלות במצב הטרומ-מהפכני.

המשותף לשתי דרכים אלה, אשר אוקיינוס תיאורטי מפריד ביניהן, הוא ששתיהן טומנות בחובן קשיים נורמטיביים ועובדתיים בכל הנוגע במתן ציון טוב יותר בסולם ההגנה על זכויות האדם למהפכה החוקתית מאשר למצב החוקתי ששרר לפני המהפכה. סביר לצפות כי הדרך הראשונה תעורר קושי נורמטיבי בניסיון להראות כי ההיגיון הפנימי שבמהפכה החוקתית הוא אכן קריטריון ראוי מנקודת-המבט של זכויות האדם, וגם אם יהיה אפשר לצלוח קושי זה, תעלה השאלה העובדתית אם ההיגיון הפנימי אכן מתקיים במהפכה החוקתית (ובאיזו מידה) ואינו מתקיים במצב הטרומ-מהפכני. גם אם נגיע למסקנה בדבר קיומו של היגיון פנימי במהפכה החוקתית, נכונותו של ההיגד תהיה תלויה עדיין בכך שלא נמצא היגיון פנימי לרעה במהפכה החוקתית (כגון פגיעה בזכות ההשתתפות הפוליטית), שאז נצטרך לאזן או לסכם בדרך כלשהי (שתהיה כמובן שנויה במחלוקת אף היא) את הסגולות הטובות והרעות שבמהפכה החוקתית ולהשוות סכום זה לסכום הסגולות הטובות הרעות שבמצב הטרומ-מהפכני. לגבי הדרך השנייה, סביר לצפות כי יתעוררו קשיים נורמטיביים סביב השאלה מה הופך תוצאה לטובה או לרעה מנקודת-מבטן של זכויות האדם, וסביב השאלה כיצד ניתן לספור תוצאות (בהנחה שלמהפכה החוקתית יש יותר מתוצאה אחת, טובה או רעה). גם אם יהיה אפשר לצלוח קשיים נורמטיביים אלה, תעלה עדיין השאלה העובדתית אם סך התוצאות של המהפכה

95 על מחלוקות לגבי זכויות ראו WALDRON, לעיל ה"ש 84.

96 על "התנגדויות השוואתיות" ראו: A. JOHN SIMMONS, JUSTIFICATION AND LEGITIMACY: ESSAYS ON RIGHTS AND OBLIGATIONS 122 (Justification and Legitimacy) (2001).

החוקתית אכן עולה על סך התוצאות של ההסדרים הטרומים-מהפכניים, והכל מנקודת-מבטן של זכויות האדם.

איני טוען שחסידי המהפכה החוקתית המאמצים את ההיגד המכליל כי המהפכה החוקתית תרמה להגנה על זכויות האדם חייבים לנו "עוד קצת עבודה" על-מנת לבסס את ההיגד. אני מטיל ספק שבתנאים החוקתיים של מדינת-ישראל – תנאים של מחלוקת עמוקה באשר לפרוצדורות ולמוסדות, מחד גיסא, ושל מחלוקת לגבי ערכים וזכויות, מאידך גיסא – עבודה מעין זו אפשרית מבחינה מעשית ומהותית. סבורני כי היא אינה בת-ביצוע, לפחות לא באופן שיישב את חילוקי-הדעות אשר הניעו מלכתחילה וממשיכים להניע את חסידי המהפכה החוקתית לאמץ את ההיגד, קרי, לא באופן שיהיה בו כדי לשכנע את ספקני המהפכה החוקתית שבעבורם אומץ ההיגד מלכתחילה.

אסביר. נניח שאנו מנסים לבסס את ההיגד באמצעות טיעון תוצאתני או מבחן תוצאה (result-driven test).⁹⁷ דרך זו מבקשת מאיתנו לחקור, לבחון ולשפוט את המהפכה החוקתית לאור תוצאותיה בפועל והשפעותיה על זכויות האדם, קרי, לקבוע אם תוצאות המהפכה החוקתית אכן עדיפות בהיבט זה על התוצאות שהיו מתקבלות אילו לא התרחשה המהפכה החוקתית. כך, למשל, ניתן לבחון את פסקי-הדין שבהם ביטל בית-המשפט העליון חוקים, לשפוט אם פסקי-דין אלה הגנו על זכויות אדם, ולנסות לשער מה היה מצב ההגנה על זכויות אלה אילו לא ניתן מעמד חוקתי לחוקי-היסוד ואילו פעל בית-המשפט רק על-פי הדוקטרינות החוקתיות המסורתיות של חזקה פרשנית רגילה לטובת זכויות האדם, של דרישה להסמכה בחוק לפני פגיעה בזכויות וכדומה. מובן שהתמקדות רק בפסקי-דין שביטלו חוקים היא בעייתית, שכן רבים יסכימו כי השפעתה של המהפכה החוקתית חורגת בהרבה מביטולם הספורדי של עשרה חוקים, וכי עלינו להביא בחשבון, למשל, גם מקרים שבהם נמנע המחוקק מלחוקק חוקים שיפגעו בזכויות

97 המונח "מבחן תוצאה" כחלק מניתוח הלגיטימיות של מוסדות בחברה דמוקרטית נטבע על-ידי רונלד דוורקין: RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 34 (1996): "I see no alternative but to use a result-driven rather than a procedure-driven standard... The best institutional structure is the one best calculated to produce the best answer to the essentially moral question of what the democratic conditions actually are, and to secure stable compliance with those conditions" ראו בעניין זה גם RAWLS, A THEORY OF JUSTICE, לעיל ה"ש 84, בעמ' 173. לפי רולס, על חברי הקהילה לבחור את החוקה הצודקת והאפקטיבית ביותר אשר תוביל, על-פי חישובם, לחקיקה האפקטיבית והצודקת ביותר: "[T]he first problem is to design a just procedure. To do this the liberties of equal citizenship must be incorporated into and protected by the constitution... Clearly any feasible political procedure may yield an unjust outcome... Nevertheless, some schemes have a greater tendency than others to result in unjust laws. The second problem, then, is to select from among the procedural arrangements that are both just and feasible those which are most likely to lead to a just and effective legal order". לטיעון אשר מצדיק את מוסד הביקורת השיפוטית ומבסס את הלגיטימיות שלו על המטרות שהוא מקדם ועל התנאים האמפיריים בחברה נתונה ראו Freeman, לעיל ה"ש 76, בעמ' 361. ראו גם: Thomas Christiano, *Waldron on Law and Disagreement*, 19 LAW & PHIL. 513, 542 (2000).

משפט ועסקים טז, תשע"ד האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?

או יגנו עליהן) בשל החשש מפני עתירה לבג"ץ. דבר זה יוצר קשיים עובדתיים לא-פשוטים בנוגע להשפעתה של המהפכה החוקתית, שכן נדרש לשם כך ידע נרחב (ולעיתים סמוי מן העין) לא רק על חוקים שנחקקו, אלא גם על חוקים שלא נחקקו אבל יכלו להיחקק.⁹⁸

אבל מעבר לכך, אני כופר בטענה כי ניתן לגבש מדד מובהק כלשהו לבחינה ולשיפוט של החלטות בג"ץ ושל השלכותיהן מנקודת-המבט של זכויות אדם. כך, לדוגמה, האם פסק-הדין בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל⁹⁹ – אשר ביטל כמה סעיפים בחוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005, ביניהם סעיף שמנע קבלת פיצויים ממפונים מתחת לגיל עשרים ושתיים,¹⁰⁰ אבל נתן הכשר משפטי לתוכנית שכללה גירוש המוני של גברים, נשים וטף¹⁰¹ – הוא פסק-דין שהגן על זכויות או שמא פסק-דין שנתן הכשר לפגיעה בזכויות?¹⁰² האם פסק-הדין שביטל סעיפי חוק

98 על דרכי הפעולה של בג"ץ הסמויות מעינו של הציבור, אשר שוכללו במיוחד למן שנות השמונים והמהפכה החוקתית, ועל הקשרים ההדוקים שבין בג"ץ לבין פרקליטות המדינה, המסייעת לו בפעילותו, ראו יואב דותן "קדם-בג"ץ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ" **משפט וממשל** ז 159 (2004).

99 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005) (להלן: עניין המועצה האזורית חוף עזה).

100 לניתוח הסעדים החוקתיים בעניין המועצה האזורית חוף עזה ראו גיא זיידמן והלל סומר "בית-המשפט העליון וההתנתקות – בעקבות בג"ץ המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל" **משפט וממשל** ט 579 (2006).

101 לניתוח תפקידו של בית-המשפט העליון ביישום תוכנית ההתנתקות ראו: Suzie Navot, *The Israeli Withdrawal from Gaza – A Constitutional Perspective*, 12 EUR. PUB. L. 17 (2006). נבות קובעת כי בית-המשפט העליון היה "שותף פעיל" בכל אחד משלביה של תוכנית ההתנתקות, ואף גורסת כי זו לא יכלה לצאת אל הפועל ללא גיבוי של בית-המשפט העליון (שם, בעמ' 18, 32). לעומתה, זיידמן וסומר מציינים אומנם כי בדחותו את עיקר העתירה בעניין המועצה האזורית חוף עזה שם בית-המשפט העליון את "חותרם כשרותו המשפטית על החלטה המדינית של הממשלה והכנסת", אך מטילים ספק אם "החלטת בית-המשפט העליון שינתה דבר וחצי דבר". זיידמן וסומר, שם, בעמ' 595–596.

102 ראו, למשל, חיים שיין "מסע ההתנתקות של בית המשפט העליון" **מאזני משפט** ה 105, 122 (2006): "ההחלטה בעניין המועצה האזורית חוף עזה, שניתנה באחרונה בסוגיית פינוי היהודים מגוש קטיף ברוב של עשרה שופטים לעומת אחד, הבליטה את התגייסות בית המשפט לטובת אמונתו הפוליטית, גם במקום שבו עיצמו מזהה בו פגיעה קשה בזכויות הפרט. אם התחלנו את מסענו בהנפת דגל זכויות הפרט כדגלו של בית המשפט העליון, ייתכן שבסוף מסענו עברנו מההגנה על זכויות הפרט להגנה על ערכי השופטים ותפיסת עולמם. ייתכן מאוד שפסק דין זה האיר את דרכם של קציני המשטרה שאסרו על אלפים בכל רחבי הארץ את מימוש זכות המחאה, כשביקשו למחות על פינוי גוש קטיף. פסיקה זו מצטרפת לפסקי דין אחרים שהזכרנו, פסקי דין המנתקים את בית המשפט העליון מההוויה הישראלית ומגביהים אותו לעבר האולימפוס הממוקם בירושלים". השווו זיידמן וסומר, לעיל ה"ש 100, בעמ' 596, המציינים כי ההתייחסות לפסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין המועצה האזורית חוף עזה אינה ניטרלית, אלא נעשית בעיקרה מנקודת-מבט

על יסוד הטענה כי הזכות לכבוד ולחירות של האסיר טומנת בחובה גם זכות חוקתית שבית-הכלא ינוהל על-ידי המדינה, ולא רק יהיה תחת פיקוחה של המדינה,¹⁰³ ובכך השאיר על כנו את המצב הקיים – העלוב – השורר בבתי-הסוהר המנוהלים על-ידי המדינה, הוא פסק-דין המגן על זכויות אדם או שמא פסק-דין הפוגע בזכויות אדם?¹⁰⁴ האם פסקי-הדין בעניין **גנימאת**,¹⁰⁵ אשר צמצמו את עילות המעצר של חשודים בעקבות חקיקתם של חוקי-היסוד החדשים והשפעתם על פרשנותו של דין ישן הם פסקי-דין המגינים על זכויות אדם או שמא פסקי-דין הפוגעים בזכויותיהם של הקורבנות הממשיים או הפוטנציאליים? האם פסק-הדין¹⁰⁶ שביטל הוראת חוק¹⁰⁷ אשר אפשרה לקיים דיון בהארכת מעצר של חשוד בעברות ביטחון ללא נוכחותו,¹⁰⁸ אף שחלק מהשופטים סברו כי בנסיבות מיוחדות של "פצצה מתקתקת" מניעת נוכחותו של החשוד עשויה להיות מוצדקת על-מנת להגן על חייהם ושלומו של אזרחים,¹⁰⁹ הוא פסק-דין המגן על זכויות אדם או פסק-דין הפוגע בזכויות אדם? חשוב להבין שגם יציאה אל השטח ובדיקה שתיסמך על מחקרים כמותיים רחבי-היקף שישו בו בין המצב לפני המהפכה לבין המצב לאחריה – מבחינת שיעורי הענישה והמעצר, מבחינת כמות הקרקעות שהופקעו, מבחינת מספרי רשיונות העסק שניתנו וכיוצא בהם – לא תועיל. גם אם יימצאו תשובות ברורות למדדים אלה, קרוב לוודאי שהמדד עצמו יעמוד במרכזה של מחלוקת נורמטיבית, וגם אם לא, סביר להניח שמחלוקת נורמטיבית תתעורר גם תתעורר כאשר נידרש לחבר בין המדדים השונים (יותר הפקעות אך פחות מעצרים) ולהמיר קידום זכויות מסוימות בפגיעה באחרות.

איני טוען כי אי-אפשר להגיע לשיפוטים בהתאם למבחן תוצאה בסוגיות קונקרטריות או בתחומים מצומצמים. אני טוען כי מבחן תוצאה כבסיס להיגד מכליל בדבר תרומתה של המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם הוא מפותק. ראשית, מספר המשתנים (התוצאות) שמבחן כזה צריך להביא בחשבון הוא אדיר, אם לא אינסופי. שנית, גם אילו

של הדובר. גישתם מעוררת עדיין את הקושי כיצד יש לשפוט ולהעריך את פסק-הדין, בהנחה שכל שיפוט שלו אינו ניטרלי.

103 בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 19.11.2009) (להלן: עניין **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים**).

104 יתרה מזו, בעקבות פסק-הדין בעניין **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים** טענו מיכל טמיר ואסף הראל, לעיל ה"ש 32, כי בית-המשפט אימץ את תיאוריית האינטרס לזכויות אדם, ולא את תיאוריית הרצון, וכי לא ניתן משקל מספיק לתיאוריה זו. אם טענתם זו נכונה, אזי ניתן לטעון כי פסק-הדין הנ"ל פגע בזכויות, וזאת בלי קשר להשלכות התוצאתיות של פסק-הדין בהותרת המצב הקיים.

105 בש"פ **גנימאת**, לעיל ה"ש 44; דנ"פ **גנימאת**, לעיל ה"ש 6.

106 בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.2.2010) (להלן: עניין **פלוני**).

107 ס' 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006.

108 הטעם לביטול החוק היה שזכותו של חשוד להיות נוכח במשפטו היא זכות חוקתית על-חוקית, בהיותה "...מרכיב גרעיני של הזכות להליך הוגן, ועל כן גם היא זכות חוקתית מוגנת לפי חוק היסוד". עניין **פלוני**, לעיל ה"ש 106, פס' 17 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

109 ראו גם סוזי נבות "Habeas Corpus" (בעקבות בש"פ 8823/07) "**בלתיים פתוחות**" 34, 48 (2010).

משפט ועסקים טז, תשע"ד האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?

היה אפשר לערוך מחקר שיעמוד על התוצאות השונות – מה שהיה מצריך בוודאי גרוד שלם של חוקרים – היינו נתקלים עדיין בבעיה שאזרחים בישראל, כמו בדמוקרטיה אחרות בעולם, אינם מסכימים על זכויות-היסוד וערכי-היסוד הראויים להגנה ועל הדרך שבה יש לחבר ולסכם את התוצאות השונות ולהשוותן לנתונים במבנה החוקתי שלפני המהפכה החוקתית. כאמור, מחלוקת אלה באשר לזכויות ולערכים הן שמנעו קבלת חוקה בתקופת קום המדינה.¹¹⁰ מחלוקת אלה קיימות גם כיום, ובכלל זה בקרב משפטנים, שופטים ומלומדים אחרים,¹¹¹ ומונעות מאיתנו את השימוש במבחן התוצאה: איננו מסכימים אילו תוצאות הן תוצאות רצויות, איננו מסכימים כיצד ראוי לספור תוצאות, ומכאן שאיננו יכולים להסכים כי המהפכה החוקתית השיגה תוצאות רצויות באשר לזכויות אדם.

גם ניסיון לבסס את ההיגד המכליל על-ידי טיעון מושגי או דאונטולוגי צפוי להיתקל בקשיים ניכרים. דרך זו מבקשת מאיתנו לחקור, לבחון ולשפוט אם המהפכה החוקתית, לנוכח טיבה ומהותה, עדיפה על המצב ששרר לפני המהפכה החוקתית מנקודת-המבט של זכויות האדם. ראוי לציין כי השימוש בטיעונים מושגיים נעשה לרוב על-ידי מתנגדי המהפכה החוקתית, אשר ראו בה לעיתים "הפיכה" אליטיסטית, ולא מהפכה עממית הנונת ביטוי לרצון העם,¹¹² וכן על-ידי מתנגדי הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית, אשר גרסו כי הליך החקיקה הוא מעצם טיבו לזכות האזרח להשתתף בהכרעות פוליטיות, ולכן מתן סמכות לבית-המשפט לבקר חקיקה ראשית יש בו משום פגיעה בזכות זו. עם זאת, בסדרת מאמרים שראתה אור לאחרונה ניסה פרופ' אלון הראל לבסס טיעון מושגי דווקא בעד הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית, בהשעינו את הלגיטימיות שלה על טבעו הפנימי של הדיון בבית-משפט: היותו מכשיר בלעדי לקיום

110 על מחלוקת בנוגע לערכים ולזכויות ראו גם שגב, לעיל ה"ש 21.

111 ראו WALDRON, לעיל ה"ש 84, בעמ' 295: "On the one hand, we cannot use a result-driven test, because we disagree about which results should count in favor of and which against a given decision-procedure. On the other hand, it seems we cannot appeal to any procedural criterion either, since procedural questions are at the very nub of the disagreement we are talking about".

112 לביקורת המהפכה החוקתית בישראל לאורך קווים אלה ראו את דבריו הבאים של השופט חשין: "אדרבא: ייעשה מעשה ותתקבל חוקה. ואולם מעשה שיעשה יהיה כמעשה כל העמים: תנוסח חוקה ותובא למשאל עם; תתקבל חוקה בשש קריאות שתתפרסנה על פני שתי כנסות; ייעשה כל מעשה, ובלבד שתהא בו חריגה מהותית מדרכי החקיקה הרגילות והעם יהיה מעורב בחקיקתה של החוקה. כל אלה מעשים לגיטימיים הם, וכולנו נסכים להם ונאהב אותם. ואולם אתנגד בכל כוחי כי נכיר סמכות לכנסת לחקוק חוקה על דרך פסיקה של בית המשפט..." (עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 518–519). ראו גם משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" **משפט וממשל** ג 697 (2006); 139 *ISR. L. REV.* 34 *After the Revolution*, Garry Jeffrey Jacobsohn, (2000). על אופיין העממי של "מהפכות" חוקתיות מודרניות ראו ARENDT, לעיל ה"ש 75, בעמ' 143.

זכות השימוע בגין פגיעה בזכויות.¹¹³ מובן שקיומה של זכות מעין זו אינו דבר מובן מאליו, וכבר קמו להראל מתנגדים הכופרים בעצם קיומה של זכות טיעון לביקורת שיפוטית.¹¹⁴ איני רוצה להיכנס למחלוקת זו ברשימה הנוכחית, אבל חשוב להדגיש כי גם אם הראל צודק בדבר קיומה של זכות טיעון לביקורת שיפוטית, קיים ספק (עובדתי) גדול אם ניתן לומר על בית-המשפט העליון כי הוא אכן פורום לזכות טיעון המקיים ניטרליות ובחינה פרטיקולרית וקונקרטיית. זאת, לנוכח טענות שעלו וחזרו, אפילו במאמרו של הראל, לגבי הטיה פוליטית של בית-המשפט העליון;¹¹⁵ לגבי זניחה של זכות העמידה, המבקשת כי הטוען לפני בג"ץ יראה פגיעה באינטרס אישי ומיוחד בעתירה;¹¹⁶ ולגבי נכונותו של בג"ץ לשמוע עתירות תיאורטיות ופוטנציאליות, לפחות בחלק מהמקרים.¹¹⁷ כלומר, על-מנת לבסס את ההיגד המכליל בעזרת טיעונו המושגי של הראל, יש להוסיף טיעוני-משנה אמפיריים שיראו כי בית-המשפט העליון אכן עונה על טבעה הפנימי של הזכות לשימוע, בעוד בית-המחוקקים אינו מהווה פורום לזכות שימוע. אבל כפי שהראל עצמו מודה, עצם קיומה של זכות (טיעון) לביקורת שיפוטית אינו סוף הסיפור, ושוב נצטרך לאזן או לסכם (לחבר או לחסר) זכות זו אל מול זכויות אחרות (זכות ההשתתפות, למשל), וכל זה יהיה רק אמצע הדרך, שכן יהא עלינו להשוות עתה בין המצב לאחר המהפכה לבין המצב לפני המהפכה, שכן על ההיגד להתגבר כאמור על טענות נגד השוואתיות.

מובן שמודעות לקשיים אלה צריכה לעודד זהירות וצניעות בנקיטת הכללות גורפות בלתי-מבוססות מצד חוקר המשפט החוקתי.¹¹⁸ למען הסר ספק אציין כי איני טוען שמודעות לכל אותם קשיים – לבעיית הקריטריונים; לחילוקי-הדעות המוסריים, הפוליטיים והמשפטיים בחברה הישראלית באשר לערכים ולזכויות-היסוד; ולקושי

113 לגישתו של הראל, בית-המשפט מהווה פורום ניטרלי וייחודי ליישוב סכסוכים בדמוקרטיה חוקתית, והוא היחיד שביכולתו לקיים את זכות השימוע בגין פגיעה בזכויות. אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" **משפטים** מ 239 (2010).

114 ראו אביחי דורפמן "זכות השימוע: אתיקה בין-אישית, מוסר פוליטי ומה שביניהם" **משפטים** מ 279 (2010).

115 הראל, לעיל ה"ש 113, בעמ' 240–242; שיין, לעיל ה"ש 102, בעמ' 122.

116 יהושע (שוקי) שגב "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" **הפרקליט** מח 499 (2006). אף שהיו שטענו כי ניתן לזהות שינוי בגישתו של בג"ץ לזכות העמידה בשנה האחרונה, בעקבות פסיקת הוצאות בעתירות ציבוריות, חיובו של עותר ציבורי בהוצאות אינו זהה לדחיית עתירתו על הסף מטעמי העדר זכות עמידה.

117 יואב דותן "עתירה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית-המשפט הגבוה לצדק" **עיוני משפט** כ 93 (1996). עם זאת, ראו לאחרונה את סירובו של בג"ץ לדון לגופו של עניין בחוק בשל העדר בשלות חוקתית בבג"ץ 3429/11 **בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 5.1.2012). פסק-דין זה הוא חריג וזהר לגישתו הכללית של בית-המשפט העליון.

118 ראו, למשל, את גישתו של ACKERMAN, לעיל ה"ש 78. ראו גם את גישתם של הרברט וקסלר וג'ון הרט איליי לאחר בחינת בעיית הקריטריונים: Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1 (1959); JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980).

משפט ועסקים טז, תשע"ד האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?

לבסס היגד מכליל בדבר תרומתה של המהפכה החוקתית לזכויות האדם – מחייבת אותנו לנקוט עמדה כוללנית של ריסון שיפוטי, קרי, "[להותיר] מרחב פעולה ניכר לרשויות הפוליטיות, ולהימנע במידה רבה מהכרזה על בטלות חוקים או החלטות שלטוניות אחרות ומפרשנות מרחיבה של חקיקה".¹¹⁹ אני טוען כי השימוש בהיגד המכליל על-מנת לבסס מסקנות אקטיביסטיות בדבר הלגיטימיות של חוקי-היסוד ושל הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית בישראל הוא אחיזת-עיניים חסרת בסיס רציני. כל שניתן לעשות הוא לנסח שיפויים קונקרטיים בדבר השפעתה של המהפכה החוקתית על זכויות האדם, ולהשתמש בהיגדים מותנים ובהיגדים חלקיים בלבד המבנים את הקשר המערכתי בין המהפכה החוקתית לבין מהפכת הזכויות, אשר הערת-אזהרה מתנוססת מעליהם בדבר נכונותם או בדבר תלותם במגוון של משתנים נורמטיביים ועובדתיים.¹²⁰

פרק ד: סיפורים על המהפכה החוקתית ונטל השיפוט

ההיגד המכליל בדבר שיפור במצבן של זכויות האדם בעקבות המהפכה החוקתית הוא לעיתים קרובות חלק מסיפור גדול ורחב יותר לגבי בית-המשפט העליון, הכנסת, החברה הישראלית והמשפט החוקתי. סיפור זה מטיל ספק במחויבותה של הכנסת הישראלית לערכי הצדק הליברליים המשתקפים במחויבות לזכויות.¹²¹ למעשה, העובדה שהכנסת לא אימצה מגילת זכויות עד לשנות התשעים נתפסת כראיה מכרעת להוכחת הסיפור. השינויים המבניים שבמהפכה החוקתית נתפסים כמהלך של מחטף או הטעיה שבו חברו יחדיו גורמים פוליטיים ליברליים לבית-משפט שרוב שופטיו ליברליים, ואלה הרחיבו את השינויים המבניים הללו לכלל מהפכה רעיונית, קרי, מהפכת הזכויות.¹²²

יש כמובן גם סיפורים אחרים על המהפכה החוקתית:¹²³ סיפורים על אוזורפציה

119 ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פונזר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" *דין ודברים* ג 399, 421 (2007).

120 על הצורך בביסוס הקשרים המערכתיים בין זכויות לבין יסודות אחרים במערכות הנורמטיביות שבהן הן קיימות ומתפקדות ראו גם: Jeremy Waldron, *Introduction, in THEORIES OF RIGHTS 1* (Jeremy Waldron ed., 1984).

121 ראו שפירא, לעיל ה"ש 9, בעמ' 26, 73–83.

122 ראו גדעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" *משפט וממשל* יא 571 (2008).

123 לסיפורים נוספים על המהפכה החוקתית ראו אסף ברם "ביקורת שיפוטית על חוקים – נחוץ סיפור משכנע" *המשפט* ה 149 (2000).

שלטונית של בית-המשפט;¹²⁴ על מתן חוקה בפסיקת בית-המשפט;¹²⁵ על רגעים היסטוריים ופשרות היסטוריות; על טעות והטעה;¹²⁶ על דמוקרטיה צעירה ופוליטיקאים מושחתים;¹²⁷ ועל ירידת הדמוקרטיה הרפובליקאית ועליית הדמוקרטיה הליברלית.¹²⁸ חלקים או מרכיבים מסוימים בסיפורים על המהפכה החוקתית חופפים. חלקים או מרכיבים אחרים סותרים זה את זה. על-פי-רוב ניתן לסווג את הסיפורים השונים לשתי קבוצות: אלה המאמצים את ההיגד המכליל (כי המהפכה החוקתית הניבה שיפור במצבן של זכויות האדם), במפורש או במשתמע, ואלה השוללים אותו.

אין הכרח לספר את סיפור המהפכה החוקתית או לבחון את המחלוקת בין חסידי המהפכה החוקתית לבין מתנגדיה מהזווית של זכויות האדם. אבל אם אנחנו מקבלים זווית זו כנקודת מוצא מחייבת (מחויבות לזכויות), עלינו לקבל כנקודת מוצא מחייבת גם את עובדת קיומן של מחלוקות באשר לזכויות, וכך את העובדה שמחלוקות אלה הן חלק מאותן מחלוקות המתמשכות למן קום המדינה לגבי ערכים, זכויות והסדרים חוקתיים. אל מול נקודות המוצא הללו הראיתי את הקושי להוכיח את ההיגד כי המהפכה החוקתית שיפרה את מצבן של זכויות האדם בישראל: בחברה שסועה, שבה מתקיימת מחלוקת באשר לזכויות, לטיבן ולאופן הגשמתן, אין זה סביר לצפות שנגיע להסכמה כי המהפכה החוקתית שיפרה את מצבן של זכויות האדם.

מדוע אי-אפשר לגבש הסכמה על תרומתה של המהפכה החוקתית לשיפור במצבן של זכויות האדם בישראל? מדוע ניסיון כן באמת ובתמים של חסידי המהפכה ומתנגדיה אינו מוביל לכלל הסכמה באשר ל"סיפור הרשמי"? מובן שניתן להניח כי השופטים או המחוקקים מחפשים שררה או קידום של האינטרסים האישיים שלהם, או כי אנשים אלה או אחרים אינם רציונליים או אינם חכמים במיוחד. לדעתי, את ההסבר לכך ניתן למצוא בכתיבתו של ג'ון רולס על נטלי השיפוט (the burdens of judgment). נטלי השיפוט הם המכשולים הרבים הפוגעים בהפעלתם הנכונה והנאמנה של כושרי התבונה והשיפוט שלנו, והם שמתעוררים ביתר שאת בנסינונו להבין ולשפוט את המהפכה החוקתית. הם העומדים מאחורי מחלוקות לגבי זכויות;¹²⁹ הם העומדים מאחורי מגוון הסיפורים של המהפכה החוקתית; הם שמונעים את אימוצו של ההיגד המכליל; והם שמונעים אותנו מלאמץ דוקטרינה או תיאוריה מקיפה של המהפכה החוקתית. נטלי השיפוט – אותם

124 רוברט בורק "השופט, החרב והארנק" תכלת 27, 146, 151 (2007) ("בית המשפט של ברק יכול להפוך חקיקה רגילה לחוקה, לכפות אותה על המדינה ואז להכריז על סמכותו למנוע כל תיקון דמוקרטי שלה. בכך קבע ברק בלי ספק שיא עולמי חדש בהיבטים שיפוטיים").

125 לנדוי, לעיל ה"ש 112; משה לנדוי "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים" המשפט ה 256–252, 249 (2000).

126 ספיר, לעיל ה"ש 122.

127 הלל סומר "ריצ'רד פוזנר על אהרן ברק: 'דברים שרואים משם – לא רואים מכאן'?" הפרקליט מט 523 (2007).

128 ראו פלד, לעיל ה"ש 9. השומו מנחם מאוטנר "משבר הרפובליקניות בישראל" משפט ועסקים יד 559 (2012).

129 Waldron, לעיל ה"ש 29, בעמ' 1364–1366.

משפט ועסקים טז, תשע"ד האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?

מכשולים הכרוכים בהפעלת כושר השיפוט שלנו – מונעים הגעה להסכמה על ההיגד המכליל בדבר שיפור במצבן של זכויות האדם בעקבות המהפכה, שכן:

א. העדויות והעובדות הנוגעות במהפכה החוקתית הן מנוגדות ומורכבות ועל-כן קשות לאומדן ולהערכה.¹³⁰

ב. אפילו מקום שאנו מסכימים לחלוטין על סוגי השיקולים הרלוונטיים (זכות ההשתתפות מול הזכות לטיעון, כמו במאמרו של הראל, למשל) אנו עשויים להיות חלוקים בנוגע למשקלם, ועל-כן להגיע לשיפוט שונה לגבי המהפכה החוקתית.

ג. כל המושגים והדוקטרינות החוקתיים שלנו, ובכלל זה זכויות האדם, הם עמומים ולפיכך נופלים לטווח של אי-היקבעות. לכן, כאשר המחוקק או בית-המשפט נדרשים לגבש דרך פעולה קולקטיבית, הם נאלצים להסתמך על שיפוטם קודמים ופרשנויות חוקתיות (ועל שיפוטם לגבי פרשנויות חוקתיות), ובטווח הזה אנשים סבירים עשויים להיות חלוקים ביניהם.

ד. הדרך שבה אומדים עדויות וקובעים את משקלן של זכויות חוקתיות מתעצבת על-ידי ניסיון כולל, ועל-כן אין זה מקרה שלשופטים, למחוקקים, לאזרחים ולארגוני זכויות יש השקפה שונה לגבי המהפכה החוקתית.

לסיכום, מגוון הדעות בחברה הישראלית לגבי המהפכה החוקתית הוא עובדה קיימת, והמחלוקת על ההיגד המכליל אינה עתידה לחלוף במהרה מן העולם. זהו פועל יוצא מהמאפיין הקבוע של החברה הישראלית: חוסר הסכמה לגבי ערכים, זכויות ומוסדות. לכן אי-אפשר להציג טיעון משכנע שיבסס את הלגיטימיות של המהפכה החוקתית דרך שיפור ההגנה על זכויות האדם, מכיוון שטיעון מעין זה הוא ניסיון לאמץ דוקטרינה חוקתית מקיפה אחת ויחידה. כל שניתן לצפות לו בהקשר זה הוא טיעונים חלקיים ומותנים.

שתי מסקנות

שתי מסקנות נובעות מהניתוח לעיל. הראשונה היא שההבחנה בין חסידי המהפכה החוקתית לבין מתנגדיה איבדה במידה רבה את חשיבותה. עשרים השנים האחרונות של המשפט החוקתי הישראלי עוצבו, בין היתר, על-ידי הבחנה זו בין חסידי המהפכה החוקתית לבין מתנגדיה. כפי שהבחין פרופ' יואב דותן עוד בסוף שנות התשעים,

130 ראו את תיאור העדויות והראיות ההיסטוריות בפסק-דינו של הנשיא ברק בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1, והשוו לפסק-דינו של השופט חשין באותו עניין. עוד ראו שגב, לעיל ה"ש 56; ספיר, לעיל ה"ש 122. ראו גם לעיל ליד ה"ש 113–117 לגבי הטענה של אלון הראל בדבר זכות לביקורת שיפוטית ולגבי הקושי העובדתי לגבש קיומה של זכות מעין זו בהקשר של בית-המשפט הישראלי כבסיס לביטול חוקים. כן ראו לעיל ליד ה"ש 98 לגבי הדרכים הסמויות שבהן הביקורת השיפוטית פועלת.

המתנגדים למהפכה החוקתית בקרב הקהילייה האקדמית המשפטית, שאותם כינה "ספקני החוקה"¹³¹ אינם מסתפקים בכפירה אמפירית בעצם קיומה של חוקה בישראל, אלא גולשים לכפירה בטענה הנורמטיבית של חסידי המהפכה החוקתית כי "המהפכה" של 1992 אכן תורמת לקידום הערכים הליברליים של חירויות הפרט בישראל.¹³² כפירה זו של מתנגדי המהפכה החוקתית בטענה הנורמטיבית האמורה לא הייתה מקרית, אלא נבעה מרצונם של המתנגדים לבדל את עצמם מעמדתם של "ספקני הזכויות", דהיינו, מעמדתם של חסידי הקולקטיב וטובת הכלל, הכופרים בערכן המוסרי האובייקטיבי של זכויות. אולם הניתוח לעיל מבהיר כי אין כל הכרח לנקוט עמדה חד-משמעית וכוללנית באשר לתרומתה של המהפכה החוקתית לזכויות אדם. אם ההיגד המכליל בדבר תרומתה של המהפכה החוקתית לזכויות האדם הוא רעוע ומפוקפק, אבל ניתן עדיין לנסח שיפטים קונקרטיים וספציפיים באשר לתרומתה (או אי-תרומתה) של המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם בפסקי-דין או בתחומים מוגבלים, אזי נותר מקום למימד נוסף להערכה ולשיפוט של המהפכה החוקתית. ניתן לכנות מימד זה "אנרכיזם מהפכני". בהתאם לגישה זו, אין קשר הכרחי בין המהפכה החוקתית של 1992 לבין שיפור בהגנה על זכויות האדם בישראל, ותרומתה של המהפכה החוקתית למהפכת הזכויות צריכה להיבדק ולהימדד ממקרה למקרה, מפסקי-דין לפסקי-דין ומסוגייה לסוגיה. עמדה זו היא עמדת-ביניים הניצבת בין שני הקטבים – של החסידים ושל המתנגדים – ומייצגת לא רק מתינות חוקתית באשר למהפכה החוקתית שהתרגשה עלינו בשנות התשעים, אלא גם את מורכבותה של המציאות החוקתית של מדינת-ישראל.

המסקנה השנייה הנובעת מהניתוח לעיל קשורה להיגד המכליל עצמו. הפילוסוף לודוויג ויטגנשטיין כתב בספרו **חקירות פילוסופיות**:

"מניין נוטל העיון את חשיבותו, שהרי דומה שאין הוא אלא הורס את כל מה שמעניין, כלומר, את כל מה שהוא גדול וחשוב? (כביכול את כל הבניינים; בהשאירו אחריו רק פסולת בניין ועיי חורבות.) אך מה שאנו הורסים אינו אלא מגדלים פורחים באוויר, והרינו מפנים את קרקע הלשון שהם ניצבו עליה."¹³³

קישור המהפכה החוקתית המבנית למהפכת הזכויות הרעיונית, כשברקע ניצב ההיגד כי במהפכה החוקתית יש משום שינוי אמיתי ומהותי לטובה במצבן של זכויות האדם בישראל, הוא שכיח ושגור בפי משפטנים רבים: שופטים, מרצים וסטודנטים למשפטים. אנו שומעים אותו באולם בית-המשפט ובאולמות האקדמיה למכביר. גם בחינה של פסקי-הדין לאחר המהפכה החוקתית מלמדת כי בחלק ניכר מפסקי-הדין השופטים

131 יואב דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** לא 771, 772 (2001).

132 ש.ם.

133 לודוויג ויטגנשטיין **חקירות פילוסופיות** 83 (פס' 118) (מהדורה ראשונה, עדנה אולמן-מרגלית מתרגמת, 1994).

משפט ועסקים טו, תשע"ד האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם?

מעלים על נס את תפקידם כמגיני הפרט וזכויות האדם *vis-à-vis* בית-המחוקקים וטובת הכלל, והכל בהקשר של חקיקת-היסוד של 1992.¹³⁴ עם זאת, דווקא שכיחות זו מביאה לידי כך שאיננו מודעים או איננו מקדישים תשומת-לב מספקת לבעיות ולקשיים בביסוסם של קשר זה ושל ההיגד העומד ברקעו. רשימה זו מנסה להראות לקוראיה דבר-מה שרוב המחקרים על המהפכה החוקתית מנסים להסתיר או לפחות אינם מבליטים, והוא שיש פער ניכר ועצום בין ביסוס טענה לשיפור ספציפי בהגנה על זכויות האדם בעקבות המהפכה החוקתית לבין ביסוס היגד מכליל בדבר תרומתה של המהפכה להגנה על זכויות האדם. פער זה אינו ניתן לגישור, מכיוון שגישור כזה מצריך אימוץ מגוון של טיעונים וטיעוני-משנה נורמטיביים ועובדתיים שאינם תקפים בנסיבות החוקתיות של מדינת-ישראל – נסיבות של מחלוקת עמוקה לגבי ערכים, זכויות ועובדות. הניסיון לגשר על פער זה ולטעון כי המהפכה החוקתית והעצמת שיח הזכויות שבעקבותיה הניבו שינוי אמיתי לטובה במצבן של זכויות האדם בישראל הוא קומה אחת יותר מדי במקדש

134 תפיסה זו לגבי תפקידו של בית-המשפט היא תפיסה דומיננטית הרווחת בקרב שופטים רבים, והוצה גבולות מקובלים בין ליברלים, שמרנים לאומיים ואחרים בעידן החוקתי. כך, למשל, ברע"א 3145/99 **בנק לאומי לישראל בע"מ נ' חזן**, פ"ד נז(5) 385, 407 (2003), כתבה השופטת אילה פרוקצ'יה: "תפקידו המוגדר של בית המשפט הוא בביקורת שיפוטית על חוקיותן של הפעולות השלטוניות... תפקידו הוא לבחון את חוקיותה של המדיניות דרך האספקלריה של ההגנה על זכויות האדם... עליו לבדוק אם חוק פוגע בזכות יסוד, ואם כן – אם הוא מאזן כהלכה בין צורכי הפרט לצורכי הכלל באופן העונה לפיסקת ההגבלה בחוק היסוד." בבג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנוב, 11.1.2012), כתב השופט ריבלין בפס' 2 לפסק-דינו: "התפקיד הגרעיני של בית משפט חוקתי הוא להגן על זכויות אדם, במיוחד זכויות המיעוט או קבוצות מוחלשות אחרות. אין זה תפקיד קל. במובנה הפורמאלי דמוקרטיה היא שלטון הרוב. במובנה המהותי זהו משטר בו מוגנות גם זכויות המיעוט." בעניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 99, אשר עסק כזכור בעתירה לביטול חוק יישום תכנית ההתנתקות, כתב השופט אדמונד לוי (שם, בעמ' 755–756, 765): "הלכה עמנו זה מכבר כי רשויות השלטון כולן כפופות לביקורת שיפוטית... הוראת סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק מורות כי אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד... מכך נובע שחוק הפוגע בזכות יסוד חוקתית הוא חוק לא חוקתי, ועל-כן ניתן להצהיר על בטלותו... פגיעתם של החלטת הממשלה ושל חוק ההתנתקות אינה מצטמצמת לפגיעה בזכויות יסוד של הפרט, באשר היא נוגעת בעצב רגיש פי כמה – זכותו של העם היהודי להתיישב בארץ-ישראל... לנוכח כל אלה סבורני כי חקיקה זו, עקב מגוון הפגיעות הכרוכות בה בזכויות יסוד של הפרט והכלל, חייבת לעמוד לביקורת שיפוטית חרף האיפוק שבו נהג בית-משפט זה, בדרך הכלל, בבחינתה של חקיקה ראשית." בבג"ץ 7111/95 **מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת**, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996), כתב השופט זמיר: "אכן, כיום הלכה היא שחוקי היסוד הקנו לבית המשפט סמכות לבטל חוקים. סמכות זאת היא, לדעתי, חיונית בחברה נאורה, ובמיוחד כך בישראל, שבה תרבות השלטון טרם הכתה שורשים עמוקים. יש לשמור עליה היטב, כדי שניתן יהיה לעשות בה שימוש במקרה הראוי... צריך להיות ברור לכל בר-דעת שבית המשפט אינו אמור לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוק, אלא במקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים."

יהושע (שוקי) שגב

משפט ועסקים טז, תשע"ד

המהפכה החוקתית, ולמקדשים יש נטייה לקרוס כאשר מוסיפים להם קומות רבות
מדי. 135

135 הדברים נלקחו בהשאלה מדבריו של השופט ג'קסון בעניין Douglas v. City of Jeannette, 319 U.S. 157, 181 (1943).