

”ההיית או חלמתי חלום”¹
השופט חשין על סמכותה המכוונת של הכנסת

יהושע (שוקי) שגב *

”ההבנה האנושית איננה אור קר, אלא היא מקבלת עירוי מן הרצון ומן הרגשות. ומכאן נובעים מדעים שאפשר לכנותם ‘מדעי משאלת הלבב’. כי הדבר אשר ירצה האדם להאמין באמיתותו, בו יהיה נכון להאמין ביתר שאת. לכן הוא פוסל דברים קשים... [ו]שולל דברים מפוכחים המקטינים את התקווה.”

Francis Bacon *The New Organon: Or True Directions Concerning the Interpretation of Nature* (1620)

- א. פתח דבר
- ב. הסמכות המכוונת בפסקי הדין של הנשיא ברק והשופט חשין
- ג. כיצד יש להכריע במחלוקת על הסמכות המכוונת?
- ד. אחרית דבר

א. פתח דבר

מטרת הרצאתי היא לבחון את המחלוקת בין הנשיא אהרן ברק לבין השופט מישאל חשין בע”א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע”מ נ’ מגדל כפר שיתופי² בנוגע

* דוקטור, מרצה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. דואר אלקטרוני: segejosh@netanya.ac.il. נוסח הדברים מבוסס על הרצאה בכנס “תרומתו של השופט מישאל חשין למשפט ולשיפוט”, שהתקיים בבית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה, ב-14 בינואר 2007.

1 השופט מישאל חשין בע”א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע”מ נ’ מגדל כפר שיתופי, פ”ד מט(4) 221, 473 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי).

2 שם.

לסמכותה המכוננת של הכנסת, ולנסות להבליט, בד בבד, ממד מסוים בדעת השופט חשין. אני מאמין כי בהבלטת ממד זה אוכל לתרום תרומת מה להכנת תפקידה של תיאוריית הסמכות המכוננת בשיח המהפכה החוקתית, ולהכרת טיבה ומהותה של המהפכה החוקתית שהתרגשה עלינו.³

הגדרת המחלוקת בין הנשיא ברק לבין שופט חשין בעניין בנק המזרחי בנוגע לסמכות המכוננת ובנוגע לחוקה הישראלית אינה כה פשוטה ויש מקום לגישות מחקריות שונות, וניתן להדגיש סוגיות מסוימות ולהזניח אחרות. ברצוני להציג את המחלוקת הנ"ל בנוגע לסמכותה המכוננת של הכנסת כבנויה מתגובות שונות של שני השופטים על שתי שאלות נפרדות. הראשונה היא כיצד צריך להכריע במחלוקת בעניין סמכותה המכוננת של הכנסת. תשובתו של הנשיא ברק לשאלה זו היא הכרעה בעזרת תיאוריה חוקתית ואילו תשובתו של השופט חשין היא הכרעה בעזרת אינפורמציה ועובדות היסטוריות. השאלה השנייה היא מי צריך להכריע במחלוקת. גישת הנשיא ברק היא כי ההכרעה צריכה להיעשות על ידי בית המשפט ואילו גישתו של השופט חשין היא שהכרעה בסוגיה מעין זו צריכה להיעשות על ידי העם באמצעות תהליכים דמוקרטיים השתתפותיים הנותנים ביטוי וייצוג לכל שדרות הציבור.

בהקשר זה אטען כי דעת המיעוט של השופט חשין – ככל שאפשר לדבר על דעת מיעוט לעומת דעת רוב בעניין בנק המזרחי⁴ – דומה לדעת המיעוט של השופט

3 הכתיבה על המהפכה החוקתית היא עצומה. לכתובה מייצגת בנוגע לטיבה ולמהותה של המהפכה החוקתית ראו משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 697; יוסף אדרעי "מהפכה חוקתית: האמנם?" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 453; רות גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה שמגשימה את עצמה?" משפטים כח (תשנ"ז) 21; הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א (תשס"ד) 59; גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 461; אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" ספר ברנזון (כרך ב, תש"ס) 119; יואש מייזלר ויהי בימי שלוט השופטים: לביקורת התיאולוגיה החוקתית של הבונאפרטיזם השיפוטי (תשס"ז); יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט' מאזני משפט ה (תשס"ו) 125.

4 חלוקת פסק הדין בעניין בנק המזרחי לדעת מיעוט ולדעת רוב על פי מבחנים מסורתיים הנהוגים במסורת המשפט האנגלו-אמריקנית עשויה להיות בעייתית. על פי מבחני הרציו דסידנדי המקובלים הייתה בעניין בנק המזרחי תמימות דעים בין השופטים, לפיה חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), התשנ"ג-1993, אינו סותר את סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המחלוקת שהתגלתה בעניין הסמכות המכוננת היא מחלוקת בגדרי אמרות האגב של השופטים ולכן אין לחלקה לדעת רוב ולדעת מיעוט. ראו לעניין זה גם עלי זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל: שתי הערות אגב לאימרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדין מחדש" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 679, 680 ("הדין במגוון שאלות אלו [וביניהן שאלת סמכותה המכוננת של הכנסת] הינו אוביטר שבאוביטר ובית המשפט לא היה מחויב לדון בהן כלל"); חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט: בעקבות בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289 משפטים לא (תשס"א) 415, 416-417 בהערה 2 ("הדוגמא הבולטת ביותר לפסק דין שבו זיכונו השופטים באמרות אגב כיד הכתיבה הטובה עליהם) היא אולי פסק הדין בע"א 93/6821 בנק המזרחי... השאלה שעמדה שם להכרעה הייתה אם מעשה חקיקה פלוני עומד במבחן סעיף

חיים כהן בפסק הדין המפורסם ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית.⁵ בעניין ירדור קבע השופט חיים כהן בדעת מיעוט כי לוועדת הבחירות אין סמכות לפסול רשימה, השוללת את שלמותה ועצם קיומה של מדינת ישראל, מלהשתתף בבחירות.⁶ השופט אגרנט, שהיה משופטי הרוב בעניין ירדור, הגיב ואמר "קראתי בעיון את פסק דינו המאלף – ואם מותר לי להוסיף: האמיץ – של... השופט [חיים] כהן, אך אין בידי להסכים למסקנה הסופית, אליה הגיע...".⁷ לדעתי, גם פסק דינו של השופט חשין בעניין בנק המזרחי מקורו באותו בית היוצר של פסקי מיעוט גדולים שהם מאלפים ואמיצים.⁸

8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כל השופטים תמימי דעים היו שהוא עומד במבחן זה... וחרף זאת זכינו במאות עמודים של חוות דעת מעמיקות ביותר, שדנו בשאלות אחרות חשובות כשלעצמן – האם הכנסת מכהנת או מוסמכת לכהן גם כאסיפה מכוונת ולתת חוקה לישראל... וכיוצא באלה שאלות העומדות ברומו של עולם המשפט". עוד על ההבחנה בין פסק דין חולק (דעת מיעוט) לבין פסק דין נפרד (דעת יחיד) ראו חיים ה' כהן המשפט (מהדורה שנייה מתוקנת ומורחבת, תשנ"ז) 383.

יתרה מזו, מקרב תשעת השופטים שישבו לדין בעניין בנק המזרחי, בחרו רק ארבעה שופטים לאמץ את התיאוריה בדבר סמכותה המכוונת של הכנסת. השופט חשין הביע הסתייגות נחרצת מתיאוריה זו, אולם ארבעת השופטים הנותרים בחרו שלא לנקוט עמדה ברורה בנושא. לכן, ניתן לטעון כי בעניין בנק המזרחי דווקא חסידי הסמכות המכוונת היו בדעת מיעוט ולא הצליחו לגייס רוב לתמיכה בגישתם. עם זה, כפי שכתב פרופסור זלצברגר, נראה שפסק הדין בעניין בנק המזרחי מסמן נדבך חדש בסגנון הנמקה השיפוטית בישראל (זלצברגר, שם, 683), המייחס משקל משמעותי לאמרות האגב. לפי סגנון הנמקה חדשני זה, נראה לי כי יהיה מתאים לסוג מבחינה רעיונית את דעת השופט חשין בנוגע לסמכותה המכוונת של הכנסת כדעת המיעוט.

פ"ד יט (3) 365 (1965) (להלן: עניין ירדור).

שם, בע' 379 ("במדינה אשר בה שולט החוק, אין שוללים זכות מאדם, ויהא הוא הפושע המסוכן והבוגד הנבזה ביותר, אלא בהתאם לחוק בלבד. לא ועדת הבחירות המרכזית ולא בית-משפט זה מחוקקים במדינה הזאת: הכנסת היא הרשות המחוקקת, והיא אשר מסמיכה את מוסמכיה, אם רצונה בכך, לעשות לאיש כדרכיו וכפרי מעלליו. בהעדר הסמכה כזאת מאת המחוקק, לא ההיגיון ולא הכורח ולא אהבת המולדת ולא שום שיקול אחר, יהא אשר יהא – מצדיקים עשיית דין על דעת עצמו ושלילת זכות הזולת").

שם, בע' 384.

8 לפסקי מיעוט גדולים במשפט החוקתי האמריקני, ראו במיוחד פסקי המיעוט של שופטי בית המשפט העליון האמריקני, אוליבר וונדל הולמס (Oliver Wendell Holmes) ולואיס ד' ברנדייס (Louis D. Brandeis), שניתנו בתחילת המאה העשרים: *Lochner v. New York* (1905) 198 U.S. 45, 74 (Justice Holmes dissenting); *New State Ice Co. v. Liebmann* (1932) 285 U.S. 262, 280 (Justice Brandeis dissenting); *Abrams v. United States* (1919) 250 U.S. 616, 624 (Justice Holmes dissenting); *Gitlow v. New York* (1925) 268 U.S. 652, 672 (Justice Holmes dissenting); *Whitney v. California* (1927) 274 U.S. 357, 372 (Justice Brandeis concurring [joined by Holmes]); *Plessy v. Ferguson* (1896) 163 U.S. 537, 552–564 (Justice Harlan dissenting) (John Marshall Harlan) (ראו: *Plessy v. Ferguson* (1896) 163 U.S. 537, 552–564 (Justice Harlan dissenting) (להלן: עניין *Plessy*). השאלה אם יש קאנון חוקתי במשפט האמריקני, ואילו פסקי דין מכוונים אותו ומדוע, שנויה כמובן במחלוקת: "Do We Have a Legal Canon?" 43 *J. Legal Educ.* (1993) 1; Judith Resnik "Constructing the Canon" 2 *Yale J. L. & Human.* (1990) 221; Jack M. Balkin & Sanford Levinson "The Canons of

השאלה מה הופך פסקי מיעוט לציוני דרך בפסיקה העסיקה בשנים האחרונות מלומדים רבים.⁹ מלומדים אחדים מציינים את איכותם הפואטית של פסקי המיעוט הגדולים, העמוסים ברגשות ותשוקות, חדורים אמונה בצדקת הדרך, והמרעידים את אמות הספים של מערכת המשפט.¹⁰ יש מלומדים המדגישים את האומץ של שופטי המיעוט לשחות נגד הזרם ולעמוד על דעתם מתוך סיכון יוקרתם המקצועית.¹¹ אחרים מציינים דווקא את ההכרעות המהותיות לגופם של דברים,¹² המצויות בפסקי מיעוט גדולים: את יכולתם של שופטי מיעוט גדולים לצפות, להתנבא ואולי אפילו לזרוע את הזרעים להתפתחויות חברתיות, פוליטיות ומשפטיות עתידיות;¹³ ואת כישורונם של שופטי מיעוט לקבל עליהם את תפקיד הנביא המוכיח בשער המבקש להזכיר לאומה מושכלות ראשונים ולהסיר את ליקוי המאורות שאחז בעמיתיו בני תקופתו.¹⁴

דעת המיעוט של השופט חשיך בעניין בנק המזרחי באשר לסמכותה המכוננת של הכנסת אכן נושאת את המאפיינים של פסקי מיעוט גדולים. פסק המיעוט של חשיך כתוב בלשון עשירה וססגונית, עמוס בדימויים, משלים ומליצות, וחדור להט

- Constitutional Law” 111 *Harv. L. Rev.* (1998) 963
 בעניין *Lochner* ראו, למשל: Benjamin N. Cardozo *The Nature of the Judicial Process* (New Haven, 1921) 79–80; Richard A. Posner *Law and Literature: A Misunderstood Relation* (Cambridge Mass., 1988) 285–286; Felix Frankfurter “The Constitutional Opinions of Justice Holmes” 29 *Harv. L. Rev.* (1915) 683, 691
 של הארלן בעניין *Plessy* ראו, למשל: Bruce Ackerman *We the People: Foundations* (Cambridge Mass., 1991) 146; Alan Barth *Prophets with Honor: Great Dissents and Greatest Dissenters in the Supreme Court* (New York, 1974) 22–53
- 9 על התפתחותם של פסקי מיעוט קאנוניים בשיטה האמריקנית ראו: Anita S. Krishnakumber “On the Evolution of the Canonical Dissent” 52 *Rutgers L. Rev.* (2000) 781; Richard Primus “Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent” 48 *Duke L. J.* (1998) 243; G. Edward White “The Canonization of Holmes and Brandeis: Epistemology and Judicial Reputation” 70 *N.Y.U. L. Rev.* (1995) 576; William J. Brennan “In Defense of Dissents” 37 *Hastings L. J.* (1986) 427; Antonin Scalia “The Dissenting Opinion” 1994 *J. Sup. Ct. Hist.* (1994) 33
- 10 ראו, למשל: Brennan, *id.* at p. 431. להדגשת איכותה הספרותית של דעת המיעוט של הולמס Cardozo, *supra* note 8, at pp. 79–80; Robert A. Ferguson “Holmes: *Lochner* and the Judicial Figure” *The Legacy of Oliver Wendell Holmes* (Robert W. Gordon ed., 1992) 155
- 11 על האומץ והסכנה הכרוכים לעתים בפסקי מיעוט ראו יעקב אבי ברוך טירקל “ועל דעת היחיד” מחקרי משפט יט (תשס”ג) 413, 420–421.
- 12 ראו: Primus, *supra* note 9, at p. 281, הגורס כי כינונם של פסקי מיעוט גדולים תלוי בסופו של דבר באימוץ ההכרעה המהותית שבפסק המיעוט על ידי בתי משפט מאוחרים. Primus מבחין בין שני סוגים של הכרעות מהותיות לגופם של דברים. הסוג הראשון הוא הכרעה במבט לעתיד, כשפסק המיעוט מאגד בתוכו חזון לעתיד להתרחש. הסוג השני הוא הכרעה מתוך מבט לאחור, כשפסק המיעוט קורא לבית המשפט להיצמד למחויבויות חוקתיות ראשוניות. *Id.* at p. 278.
- 13 *Id.* וראו גם: Brennan, *supra* note 9, at p. 431.
- 14 *Id.*

ואמונה בצדקת הדרך, שוודאי מזכים אותו בזכות להיכנס להיכל התהילה של הכתיבה הספרותית-משפטית.

השופט חשין גם הפגין בפסק המיעוט אומץ ניכר עת יצא לבדו למערכה כנגד דעת הרוב בבית המשפט העליון ובאקדמיה וכפר בקיומה של סמכות מכוונת לכנסת. ואמנם ספגה עמדת השופט חשין ביקורת נוקבת הן מצד חלק מחבריו להרכב והן מצד המלומדים שתמכו באופן מסורתי בתיאוריית הסמכות המכוונת ובכינונה של חוקה פורמלית. הנשיא ברק, למשל, כתב כי הטיעונים שהעלה השופט חשין הועלו רובם ככולם בעבר, וגם אם היה בהם טעם בעבר, הרי היום הם חלשים במיוחד לאור התקדמות המפעל החוקתי.¹⁵ גם פרופסור קלוד קליין ביקר נחרצות את השופט חשין,¹⁶ וכתב כי בסיכומו של דבר עמדתו של חשין מיושנת, נוסטלגית וחסרת היגיון,¹⁷ והוסיף כי המסקנות שאליהן הגיע השופט חשין "הן, עם כל הכבוד, תמוהות, ואף ניתן לקבוע כי הן פגומות מן הבחינה הלוגית".¹⁸

לא זאת אף זאת. פסק המיעוט של חשין מצטיין ביכולתו לצפות את העתיד. כך, למשל, הזהיר מפני הסכנות הטמונות בהכרה בסמכותה המכוונת של הכנסת,¹⁹ המאפשרת שינוי משטר קיצוני ושריונו החוקתי מטעמים פוליטיים צרים. לאחר יותר מעשור מאז ניתנה ההחלטה בעניין בנק המזרחי אנו מתמודדים עם סכנות מעין אלו חדשות לבקרים, בשל ניסיונות חוזרים ונשנים לשנות את שיטת הממשל ולשריין שינויים אלה ממניעים שהם בעיקרם פוליטיים סקטוריאליים.²⁰ השופט חשין אף התריע כי חסידי הסמכות המכוונת והחוקה הפורמלית "יינגפו במכשולים סמויים ושאינם סמויים"²¹ ולכן שלל הכרה בסמכות זו בדרך פסיקה של בית המשפט.²² ניתן לשער כי בדברים אלה צפה את המאבק המתחולל היום באשר למעמדו ולתפקידו של בית המשפט העליון – מאבק שסופו מי יישרנו.

עם זה, מאז ניתן פסק הדין בעניין בנק המזרחי נותרה על כנה הלכת הרוב באשר לקיומה של סמכות מכוונת בידי הכנסת, ופסק המיעוט של חשין עדיין לא זכה לעדנה. אין בכוונתי לדון כאן בשאלת הסיכויים לגאולתו העתידית של פסק המיעוט של חשין, אלא לבחון היבט אחר שלו המזכה אותו בזכות להיקרא פסק

15 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 393–394.

16 ראו קלוד קליין "בעקבות פסק הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוונת בראי בית המשפט העליון" משפטים כח (תשנ"ז) 341.

17 שם, בע' 347.

18 שם, שם.

19 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 472. למעשה, החשש מפני סכנה זו היה מלכתחילה מניע מרכזי להתייחסותו של השופט חשין לשאלת הסמכות המכוונת (שם, בע' 472–473).

20 על הפגיעה בדפוסים דמוקרטיים שבהצעות השונות לשינויים קיצוניים של שיטת הממשל של ישראל ראו יהושע שגב "תרופות פלא" NRG (17.10.06) <http://www.nrg.co.il/online/1/AR> T1/492/290.html (נבדק ב-1.9.07).

21 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 518.

22 שם, בע' 519.

מיעוט מאלף ואמיץ. ברצוני לבחון את המתודולוגיה והאפיסטמולוגיה החוקתית של פסק המיעוט של השופט חשין, כלומר את תפיסותיו והכרותיו החוקתיות באשר לתפקיד השופט בדמוקרטיה מודרנית ובאשר לכלים החוקתיים הנתונים בידי השופט להגשמת תפקידו. מתודולוגיה ואפיסטמולוגיה זו שימשה את השופט חשין בהכרעתו בשאלת הסמכות המכוננת. לפיכך אציג את המחלוקת בין הנשיא ברק לבין השופט חשין בעניין סמכותה המכוננת של הכנסת כמחלוקת על טיבה ומהותה של המחויבות לערכים דמוקרטיים וכמחלוקת על תפקידו של השופט בדמוקרטיה.²³ בהקשר זה אטען כי מחויבותו של חשין לתפיסתו ולהכרתו הדמוקרטיות מביאה אותו לידי מסקנתו בדבר כפירה בתיאוריית הסמכות המכוננת ובקיומה של חוקה פורמלית. האומץ שבפסק המיעוט של חשין הוא בנכונותו לשאת את המחיר שבאימוץ המסקנות הלוגיות ההכרחיות הנובעות מתפיסתו האפיסטמולוגית באשר לתפקיד השופט וכליו בדמוקרטיה.

ברצוני להעיר הערת אזהרה מקדימה. אינני בטוח כי הקריאה שלי בפסק דינו של השופט חשין מתיישבת עם תפיסת עולמו השיפוטית הרחבה, הדוגלת בביטול חוקים של הכנסת בשל פגיעה אנושה בעקרונות יסוד או בעקרונות על, כפי שהביעה באחרונה בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת.²⁴ למעשה, אינני בטוח כי קריאתי את פסק המיעוט של חשין באשר לסמכותה המכוננת של הכנסת תואמת עמדות אחרות שהביע בחלקים אחרים של פסק דינו בעניין בנק המזרחי שבהם אימץ כמעט בלא הסתייגות את המסקנה כי בית המשפט העליון קנה סמכות לקבוע כי חוק פלוני נוגד את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולהכריז מאותו טעם כי אותו חוק בטל.²⁵ אולם בקריאה שאציע לפסק דינו יש בהחלט מחויבות לאידיאל הדמוקרטי של חירות חיובית: חירותו של עם להחליט עבור עצמו כיצד לנהל את חייו ולקבוע בעצמו את הכללים והחוקים שעל פיהם חייו יתנהלו.

23 לגישתו של ברק באשר לתפקיד השופט בחברה דמוקרטית והנחותיה המתודולוגיות ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004) 40–165. עם זה, אין בספרו של ברק התייחסות נוספת שלו לסוגיית הסמכות המכוננת של הכנסת.

24 טרם פורסם (2006).
25 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 571. יש לי ספקות גם באשר למידת ההתאמה של פרשנותי לכפירתו של חשין בסמכות המכוננת לעמדתו בעניין בנק המזרחי בעניין המגבלות החוקתיות החלות על הכנסת כשהיא מחוקקת לעצמה (שם, בע' 545). להרחבה בעניין איסור החקיקה העצמית ראו יואב דותן "איסור החקיקה העצמית" כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון "משפטים לא (תשס"א) 771.

ב. הסמכות המכוננת בפסקי הדין של הנשיא ברק והשופט חשין בעניין בנק המזרחי

הן הנשיא ברק והן השופט חשין משקיעים את מרבית מרצם וכוח הניתוח המשפטי שלהם בסוגיית סמכותה המכוננת של הכנסת: הראשון בביסוס סמכותה המכוננת של הכנסת והשני בשלילתה.

פסק דינו של הנשיא ברק משתרע על 96 עמודים ולפחות 54 עמודים מהם מוקדשים במישרין לשאלת הסמכות המכוננת של הכנסת. כידוע, הנשיא ברק מציב במרכז חוות הדעת שלו שלושה מודלים: המודל של קלזן, המודל של הארט והמודל של דבורקין.²⁶ בעזרתם הוא מגיע לכלל מסקנה כי לכנסת נתונה סמכות מכוננת וכי היא אף עשתה שימוש בסמכות זו ולפיכך ישראל היום היא בעלת חוקה פורמלית לכל דבר ועניין.²⁷

פסק דינו של השופט חשין בעניין בנק המזרחי משתרע על 101 עמודים ולפחות 56 עמודים מהם מוקדשים במישרין לשאלת השאלות – ה"נפיל שבנפילים"²⁸ – האם לכנסת נתונה סמכות מכוננת והאם היא עשתה שימוש בסמכות זו כך שיש לנו חוקה. פסק דינו של חשין עמוס באסמכתאות משפטיות ופוליטיות המראות כי מאז ומתמיד היו

26 המודל הראשון נסמך על תורתו של הנס קלזן (Hans Kelsen) בדבר הנורמה הבסיסית: Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge Mass., 1945) 102. על פי מודל זה, הנורמה הבסיסית של ישראל הינה כי מועצת המדינה הזמנית היא הרשות העליונה של מדינת ישראל, והיא שהורתה בהכרזת העצמאות כי חוקה תיקבע על ידי האספה המכוננת. עם כינונה של האספה המכוננת נתפורה מועצת המדינה הזמנית והעבירה לאספה המכוננת את הסמכויות שהיו בידיה. כך בידי גוף אחד היו הן הסמכות המכוננת והן הסמכות המחוקקת. מאז עוברת הסמכות המכוננת מכנסת לכנסת ואף נעשה בה שימוש שהביא לידי יצירתה של חוקה (עניין בנק המזרחי, שם, בע' 356–357). המודל השני נסמך על תורתו של ה.ל.א. הארט (H.L.A. Hart) בדבר כלל ההכרה של השיטה: 94–95 (H.L.A. Hart *The Concept of Law* (2nd ed., Oxford, 1994)). המודל השלישי לגישת ברק, כלל ההכרה של מדינת ישראל הוא כי לכנסת יש סמכות מכוננת ומחוקקת. קביעה זו, אליבא דברק, אינה קביעה סובייקטיבית אלא אובייקטיבית. היא מתבססת על מערכת החיים הלאומיים שלנו. תפיסות העומק של החברה הישראלית הן שהכנסת נתפסת בתודעה הלאומית שלנו כגוף המוסמך לתת חוקה לישראל (עניין בנק המזרחי, שם, בע' 357–358). המודל השלישי נסמך על תורתו של רונלד דבורקין (Ronald Dworkin) בדבר הפרשנות הטובה ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית-משפטית שלנו בזמן נתון: Ronald Dworkin *Law's Empire* (Cambridge Mass., 1986). לפי מודל זה לגוף פלוני (כגון 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 החוקתית שלנו הוא שלכנסת יש סמכות לקבוע חוקה, שכן כל פרשנות אחרת תביא אותנו לידי מסקנה כי הכנסת בזוזה את זמנה כאשר עסקה בחקיקת חוקי יסוד. הפרשנות הטובה ביותר להיסטוריה שלנו היא שהכנסת עסקה בקבלה של חוקה בהדרגה. הפרשנות הטובה ביותר לפסקי הדין שדנו בחוקי היסוד היא שהם עסקו במתן תוקף לקבלת החוקה בהדרגה (עניין בנק המזרחי, שם, בע' 358).

27 שם, בע' 401–402.

28 שם, בע' 472.

שכפרו בסמכותה המכוננת של הכנסת וטענו כי נקטעה הרציפות החוקתית.²⁹ השופט חשין אינו כופר בעובדה שהיו תמיד מי שחשבו שהסמכות המכוננת עברה מהכנסת הראשונה לכנסות שאחריה, אלא שסוגיה זו הייתה תמיד שנויה במחלוקת.³⁰ כאשר התומכים בממשלה מציגים דעה אחת, האופוזיציה מציגה דעה אחרת וחברי הכנסת שומרי המצוות אוחזים בדעה משלהם. לפיכך השופט חשין כותב, כי להחלטת הררי יש "שבעים פנים",³¹ כי "כל חבר כנסת נאחז בה להוכחת טיעון הרצוי והנוח לו מבחינה פוליטית",³² וכי היא "וכל שבא בעקבותיה אינם אלא משענת קנה רצון לייסודה של סמכות לכוונן חוקה".³³ לאור הניתוח המפורט שהציב, השופט חשין קובע כי לכנסת אין סמכות מכוננת, ולפיכך לישראל אין חוקה. על פי השופט חשין, חוקה ניתנת במעמד חגיגי ומיוחד ומתוך מודעות מלאה של העם כי ברצונו לקבל את עול החוקה.

ג. כיצד יש להכריע במחלוקת על הסמכות המכוננת?

לכאורה הוויכוח בין הנשיא ברק לבין השופט חשין על קיומה של סמכות מכוננת בידי הכנסת נראה במבט ראשון כוויכוח סמנטי. אם המשמעות הנכונה של המונח "סמכות מכוננת" היא הסמכות לקבל חוקי יסוד, הרי לכנסת יש סמכות מכוננת – והשופט ברק צודק, אולם אם המשמעות הנכונה של סמכות מכוננת היא סמכות הנוצרת על ידי העם בהליך אשרור רחב, מיוחד וחגיגי, הנפרד מההליך שבו נוצרת סמכות החקיקה הרגילה,³⁴ הרי לכנסת אין סמכות מכוננת – והשופט חשין צודק. עם זה חשוב להדגיש כי למרות הרושם הראשוני הזה מפסק הדין, המחלוקת בין הנשיא ברק לשופט חשין אינה סמנטית. המחלוקת אינה על המשמעות הנכונה של המונח "סמכות מכוננת", אלא אנו נמצאים במצב שבו מוסדות והסדרים חברתיים, פוליטיים ומשפטיים, שנויים במחלוקת קשה ועמוקה. זהו מצב שבו יש לנו כנסת וחוקי יסוד, אולם אין אנחנו מסכימים בדבר טיבם ומהותם. שאלת טיבם אינה שאלה

29 שם, בע' 482–501.

30 שם, בע' 495.

31 שם, בע' 501.

32 שם, שם.

33 שם, בע' 514.

34 ראו, למשל, גישתו של פרופסור מארק טושנט (Mark Tushnet), לפיה יש קושי אנליטי להתייחס לכנסת כבעלת סמכות מכוננת, מכיוון שהרשות המחוקקת חוקי יסוד היא למעשה אותה רשות שאמורה ליישם מדיניות פוליטית רגילה. ההצדקה הפוליטית לכוחן של אספות מכוננות לכבול את המחוקק הרגיל נשענת, לפי טושנט, על ההנחה כי אספות מכוננות נוצרות בזמנים שבהם העם קשוב ומעורה במיוחד בעניינים ובסוגיות פוליטיים יסודיים וחשובים. על כן גוף בעל סמכות מכוננת נהנה מתמיכה עממית רחבה, ומטרתו להסדיר ולקבוע את המסגרת וכללי המשחק של הפוליטיקה הרגילה. Mark Tushnet "Book Review: The Universal and the Particular in Constitutional Law: An Israeli Case Study" 100 *Colum. L. Rev.* (2000) 1327.

עובדתית גרידא, אלא כרוכה בה גם הכרעה ערכית בשאלה, כיצד רצוי או ראוי שהם יפעלו או יהיו; כיצד ראוי לקבל חוקה; כיצד ראוי שנתייחס לחוקי היסוד לאור ההליך והדרך שבה התקבלו, ולאור המטרה שאליה אנו רוצים להגיע.

עצם קיומה של מחלוקת בין הנשיא ברק לשופט חשין בעניין בנק המזרחי אין פירושו שקיומה או היעדרה של סמכות מכוונת הם עניין סובייקטיבי. סמכות מכוונת אינה תלויה סובייקט. קיומה או היעדרה של סמכות מכוונת בידי הכנסת אינם תלויים בהעדפות ובאמונות אישיות של שני השופטים. עמדה בדבר קיומה או היעדרה של סמכות מכוונת צריכה להתאים לטבע התופעה הפוליטית והמשפטית העומדת לנגד עינינו. למעשה, העדפות ושיפוטים אישיים אינם כלל ממין העניין. שאלת קיומה של סמכות מכוונת בידי הכנסת היא דבר אחד, ושאלת האמונות של אנשים בסוגיה זו היא דבר אחר. אם ברק וחשין מחזיקים בדעות סותרות בנוגע לעצם קיומה של סמכות מכוונת בידי הכנסת, הרי לפחות אחד מהם טועה. אולם כיצד נדע מיהו הצודק ומיהו הטועה בענייננו? האם ברק צודק? האם חשין צודק?

לפתרון שאלה זו ניתן לפנות לכלל ההכרעה לפי עמדת הרוב ולטעון כי דעת הנשיא ברק בעניין זה היא דעת הרוב ואילו דעת השופט חשין היא דעת מיעוט – והלכה נקבעת על פי דעת הרוב. עמדה מעין זו הביע באחרונה השופט ברק בספרו שופט בחברה דמוקרטית.³⁵ הבעיות הנובעות מעמדה מעין זו הן מרובות ואינני יכול לדון בכולן,³⁶ אך במיוחד יש לתהות מדוע יש להעדיף את דעת הרוב (הנשיא ברק) מדעת המיעוט (השופט חשין)? כידוע לכול, דעת הרוב אינה נושאת בחובה מטען מוסרי או משפטי מיוחד היכול להכריע מחלוקת מעין אלו. כולנו גם יודעים כי היו בעבר עמדות מיעוט שנהפכו לעמדות רוב, והטענה הרווחת אינה שהן נהפכו פתאום לעמדות נכונות אלא שההלכה הקודמת בטעות יסודה,³⁷ כלומר לא ברור מאליו שיש להעדיף את דעת הרוב באשר לעצם קיומה של סמכות מכוונת בידי הכנסת על פני דעת המיעוט. למעשה, קיימות במצב זה שתי אפשרויות שאינן מקדמות אותנו כהוא זה בפתרון המחלוקת: אפשרות אחת היא שהרוב צודק והמיעוט טועה – שאז יש לכנסת סמכות מכוונת. אפשרות שנייה היא שהרוב טועה והמיעוט צודק – שאז אין לכנסת סמכות מכוונת. אז כיצד ניתן בכל זאת להכריע במחלוקת?

לגרסת הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, בשלב זה אמורה להיכנס לתמונה התיאוריה החוקתית ולספק לנו את התשובה לשאלה מי טועה.³⁸ זה תפקידה של תיאוריית הסמכות

35 ברק, לעיל הערה 23, בע' 79 ("מודע אני לכך, כי יש המבקרים את פרשת בנק המזרחי המאוחד... כל עוד הלכת בנק המזרחי המאוחד עומדת על מכונה, היא משקפת את הדין במדינה. על פיה כוננה הכנסת, כרשות מכוונת, חוקה בישראל").

36 מספיק שנציין כי עניין בנק המזרחי הוא רובו ככולו אמרת אגב ובמיוחד החלק הדין בסמכות המכוונת, ולא ברור אם החלוקה המסורתית לדעת מיעוט ורוב תקפה. ראו עוד בעניין זה לעיל הערה 4.

37 ראו, למשל, פסקי המיעוט הקאנוניים במשפט האמריקני וההתייחסות אליהם, לעיל הערה 8.

38 במונח "תיאוריה חוקתית" אני מכוון למאמץ להצדיק מערכת כללית של הוראות, כללים

המכוננת הנסמכת על שלושה נדבכים: המודל של קלזן, המודל של הארט והמודל של דבורקין. היא אמורה לשמש לנו אבן בוחן כדי להכריע במחלוקות אם לכנסת יש סמכות מכוננת. בתפקידה הנ"ל של תיאוריית הסמכות המכוננת הכיר גם השופט חשין, אולם גישה זו עוררה את התנגדותו הנחרצת:

“אתקשה לייסד על עיקרים כלליים, מעורפלים וערטילאיים אלה סמכות אופרטיבית לכנסת לכונן חוקה לישראל... קשה בעיניי שהיפותיזה זו [תורת שני הכתרים], באשר היא, יהא בכוחה להוליד סמכות לחקיקתה של חוקה... לא כך בונים חוקה.”³⁹

בהמשך גורס השופט חשין כי תיאוריית הסמכות המכוננת היא בעיקרה משחק במילים ובקונסטרוקציות משפטיות ערטילאיות,⁴⁰ והוסיף כי:

“לכינונה של חוקה כיום, ארבעים ושבע שנים לאחר הקמת המדינה, נדרשים אנו – ומכל בחינה שהיא: משפטית, ציבורית, מוסרית – ליותר, להרבה יותר מאשר לקונסטרוקציה משפטית על דבר סמכותה של הכנסת דהאידיא לחוקק חוקה.”⁴¹

הטעמים להתנגדותו של השופט חשין לתיאוריית הסמכות המכוננת הם מגוונים. הסבר אחד הוא ספקנות כללית בנוגע לשימוש בתיאוריות במשפט החוקתי, שבשל היותן שנויות במחלוקת, אינן יכולות לשמש בסיס יציב להכרעות שיפוטיות.⁴² גם אם מורה

ועקרונות להנחיית שיקול הדעת השיפוטי ביישוב סכסוכים חוקתיים. לפיכך, תיאוריה חוקתית מצויה מצטיינת בהיבט כפול. ראשית, היא פרספקטיבית או נורמטיבית – מתימרת להורות לשופטים כיצד לגשת לסוגיות חוקתיות השנויות במחלוקת ולהכריע בהן. שנית, היא דסקרפטיבית – היא מתארת ו/או מסבירה פרקטיקות חוקתיות מקובלות או לפחות אינה סוטה מהן במידה ניכרת (שאו כמובן ניתן יהיה לכנותה תיאוריה מוסרית או פוליטית אבל לא תיאוריה חוקתית). להגדרה דומה לתיאוריה חוקתית ראו: David A. Strauss “What Is Constitutional Theory?” 87 *Calif. L. Rev.* (1999) 581, 582; Richard H. Fallon “How to Choose a Constitutional Theory” 87 *Calif. L. Rev.* (1999) 535, 540–541. תיאוריית הסמכות המכוננת היא כמובן תיאוריה חוקתית על פי הגדרה זו שכן היא בעלת היבט כפול. ראשית היא אמורה להנחות את השופט כיצד לפסוק באשר למעמד של חוקי יסוד *vis-à-vis* חוקים רגילים. שנית, היא מתימרת לתאר ו/או להסביר את התהליך החוקתי של קבלת חוקי יסוד בהדרגה.

39 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 509, 513.

40 שם, בע' 517.

41 שם, בע' 520.

42 לגישה ספקנית לתיאוריה חוקתית ראו, למשל: Richard A. Posner “Against Constitutional Theory” 73 *N.Y.U. L. Rev.* (1998) 1; Richard A. Posner “The Problematics of Moral and Legal Theory” 111 *Harv. L. Rev.* (1998) 1637; Ronald Dworkin “Darwin’s New Bulldog” 111 *Harv. L. Rev.* (1998) 1718; Deborah Jones Merritt “Constitutional Fact and Theory: A Response to Chief Judge Posner” 97 *Mich. L. Rev.* (1999) 1287; Fallon, *supra* note 38, at p. 575. הטענה שמשמיעים המבקרים היא כי עמדה ספקנית באשר לתיאוריה חוקתית נשענת, במפורש או במשתמע, על תיאוריה חוקתית

למשפטים רשאי "להעלות תיאוריות כאשר יאבה, ולהרביץ תורה בתלמידיו"⁴³, הרי לא ראוי כי שופט ינהג בדרך דומה בשעה שהוא מחליט בסכסוך. לפיכך, התנגדות השופט חשין לשימוש בתיאוריית הסמכות המכוננת נובעת מהיותה תפיסה השנויה במחלוקת בציבור⁴⁴ ובקרב מחברים, שופטים וסופרים חשובים,⁴⁵ וכי "לכל תיזה אפשרית ימצאו תומכים ומתנגדים".⁴⁶ אם זהו ההסבר להתנגדותו של השופט חשין לתיאוריית הסמכות המכוננת, ברי כי גם ניסיונו של השופט ברק להשעין את תיאוריית הסמכות המכוננת על התיאוריות של קלזן, הארט ודבורקין נידון לכישלון מטעמים דומים.⁴⁷ אף שהתיאוריות של קלזן, הארט ודבורקין זכו לחשיפה רחבה, אין הן נקיות מספקות. תומכי כל אחת מהתיאוריות הללו עדיין מתדיינים בינם לבין עצמם, ועם תומכי תיאוריות מתחרות, כאשר לנכונותן.⁴⁸

הסבר אחר להתנגדותו של השופט חשין לתיאוריית הסמכות המכוננת על שלושת נדבכיה אינו נובע מספקנות כללית בנוגע לשימוש בתיאוריות, אלא מכך שתיאוריית הסמכות המכוננת אינה תואמת את המציאות החוקתית (הדסקריפטיבית והנורמטיבית) של מדינת ישראל.⁴⁹ בעוד פסק הדין של השופט ברק פונה לתיאוריה חוקתית (היונקת מ"הנתונים החוקתיים")⁵⁰ כדי להוכיח את קיומה של הסמכות המכוננת, השופט חשין פונה בעיקר לעובדות, עמדות והתרחשויות היסטוריות כדי לשלול את המסקנה החד משמעית בדבר קיומה. המודלים שבהם משתמש הנשיא ברק הם בעלי פוטנציאל להכריע במחלוקת על סמכותה המכוננת של הכנסת בתנאי שמכניסים להם נתונים נכונים.⁵¹ הם

(שלגישת המבקרים היא לרוב תיאוריה מפקקת) כאשר למתודולוגיה החוקתית הראויה להכרעת סכסוכים חוקתיים.

43 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 513.

44 שם, בע' 519.

45 לרשימת הסופרים והמחברים המסתייגים מתיאוריית הסמכות המכוננת ראו שם, בע' 510–511.

46 שם, בע' 506.

47 ראו לעיל הערה 26.

48 יש לציין כי הנשיא ברק עצמו לא הסתפק באחת מהתיאוריות לשם הוכחת הסמכות המכוננת וקיומה של חוקה, ובהזדקקותו לשלושתן הכיר במשתמע בעובדה שהתיאוריות הללו שנויות במחלוקת עמוקה. אם התיאוריות הללו היו חפות ממחלוקת, הרי לא היה צורך להוכיח את קיומה של הסמכות המכוננת על פי מודלים שונים.

49 על חוסר ההתאמה של תיאוריות למציאות הנורמטיבית והדסקריפטיבית ראו: Joseph Raz "The Relevance of Coherence" 72 *B. U. L. Rev.* (1992) 273; Michael C. Dorf "Create Your Own Constitutional Theory" 87 *Calif. L. Rev.* (1999) 593. לכתובה מוקדמת בהקשר זה ראו אדמנד ברק מחשבות על המהפכה בצרפת (אהרן אמיר תרגם, ירושלים, תשנ"ט) 29–30, 50–51. על משנתו המדינית של ברק ראו גם שלמה אבינרי רשות הרבים: שיחות על מחשבה מדינית (ספרית הפועלים, 2002) 128–135; וגם ארווינג קריסטול "האוטופיוס העתיק והמודרני" מחשבות על השמרנות החדשה (אהרן אמיר תרגם, ירושלים, תשס"ה) 80, 88.

50 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 359.

51 כך, למשל, המודלים של קלזן והארט, המשתייכים למסורת הפוזיטיביסטית, הם בעלי פוטנציאל להכריע במחלוקת בשאלה מהו החוק כל עוד העובדות והפרקטיקות החברתיות המכוננות את החוק הן חד משמעיות. לעומת זאת, המודל של דבורקין, המשתייך למסורת הנון-פוזיטיביסטית,

דומים למשוואות מתמטיות שמובילות לתוצאות מסוימות, אבל התוצאה תלויה בנתונים החוקתיים שנכניס לתוך המשוואה. אל נקודת התורפה הזו של המודלים של ברק מכוון השופט חשין את חצי הביקורת. ככל שהנתונים ההיסטוריים, המשפטיים והמוסריים שנכניס לתוך המודלים יהיו חד משמעיים פחות כך קטנים הסיכויים שהנוסחאות והתיאוריות החוקתיות של הנשיא ברק יצליחו לבסס מסקנה חד משמעית בדבר קיומה של סמכות מכוננת. זו הסיבה לכך ששני השופטים משקיעים את מאמציהם בכיוונים מנוגדים – הנשיא ברק בחשיבה וניתוח תיאורטי תוך ברירת העובדות הרלוונטיות לביסוס המודלים, לעומת השופט חשין שבעיקר משקיע מאמציו בניסיון להביא נתונים ועובדות היסטוריות רבים ככל האפשר. ניסיונו של הנשיא ברק לבסס את קיומה של הסמכות המכוננת באמצעות תיאוריה נידון לכישלון. הטעם לכך הוא שהעשייה החוקתית בישראל מתאפיינת בריבוי פעילויות של גופים שונים ושחקנים שונים במשך עשרות שנים, כשכל ניסיון ליישב ביניהם באמצעות תיאוריה חוקתית אחת המביאה לידי פתרון קוהרנטי בדמותה של סמכות מכוננת אינו ניסיון מציאותי. זהו ניסיון ליצור אידיאליזציה של העשייה חוקתית שלנו תוך התעלמות מהקונקרטיים של הפוליטיקה שכוננה אותה. המציאות הפוליטית שלנו הותירה את תהליך העשייה החוקתית שלנו בלתי מסודר, בלתי עקיב, שסוע ואולי אפילו בעייתי.⁵² תיאוריית הסמכות המכוננת מנסה לייפות אותו והיא יכולה לעשות זאת רק באמצעות התעלמות והפחתת ההשלכות של המחלוקות והפשרות שהיו מנת חלקו. תיאוריית הסמכות המכוננת היא ניסיון לעשות סדר בתוך "הבלגן" החוקתי, אולם נראה כי מדובר במשימה בלתי אפשרית. עצם הצורך להסיק את קיומה של סמכות מכוננת בעזרת תיאוריה, מעלה ספקות בדבר קיומה. הסיבה שהיא אינה קיימת אינה נובעת מהחסרונות של התיאוריה הפוטנציאלית שאותה נאמץ, אלא מהמציאות החוקתית המורכבת, המשוסעת והמפולגת של ישראל המונעת מאיתנו את המסקנה בדבר קיומה:

"לו נתקיימה אמנם תורת שני הכתרים... כי אז מצפים היינו כי תציג עצמה לפנינו במלוא הדרה כאומרת: הנני כי קראת לי. וכל הרואה יידע ויתפעם. אריה שלפנינו, וכי שומה עלינו לקבוץ ראיות ולהקים תורות ודוקטרינות להוכיח

הוא בעל פוטנציאל להכריע במחלוקות בשאלה מהו החוק כל עוד התפיסה המוסרית המכוננת את החוק היא חד משמעית. לעניין יכולתם של המודלים של ברק להכריע בשאלות חוקתיות בהינתן "הנתונים הנכונים" ראו שגב, לעיל הערה 3, בע' 192–195.

⁵² לכן השופט חשין אינו מנסה להראות בפסק דינו כי דעת הכול הייתה שהסמכות המכוננת לא עברה מהאספה המכוננת לכנסות שלאחריה, אלא כי שאלה זו תמיד הייתה שנויה במחלוקת (עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 495: "לא אמרנו, אף לא נאמר, כי דעת הכול הייתה – ותמיד – כי הסמכות המכוננת לא עברה מהאסיפה המכוננת לכנסות שלאחריה. היו שסברו כך היו שסברו אחרת והיו ששתקו. התמונה הכוללת היא שחוקים אנו – רחוקים מאוד – ממסקנה כי לדעת חברי הכנסת לדורותיהם, סמכות מכוננת שהאסיפה המכוננת החזיקה בה עברה בירושת רצף אל הכנסות שלאחריה...").

ולהיווכח כי אריה הוא? ואם כך באריה, לא כך יהיה בעצם קיומה של סמכות לכוונן חוקה?"⁵³

הסבר נוסף להסתייגותו של השופט חשין מתיאוריית הסמכות המכוונת נובע ממחויבותו לדמוקרטיה ולערכים דמוקרטיים.⁵⁴ לאורך כל פסק הדין מהדהדת שאלתו של השופט חשין, "היעלה על הדעת כי יתעורר צורך משפטי להוכיח באותות ובמופתים היסטוריים ומשפטיים כי גוף פלוני קנה סמכות ליתן חוקה לעם?"⁵⁵ פסק דינו של השופט חשין חוזר ומדגיש שבקבלת חוקה יש לקרוא לעם ולשאול את פיו.⁵⁶ בבסיס דרישה זו עומדת המחויבות לאידיאל הדמוקרטי של חירות חיובית: חירותו של עם להחליט עבור עצמו כיצד ינהל את חייו ומהם כללי היסוד (החוקה) לניהולם.⁵⁷ החוקה נתפסת כביטוי לרצונו של העם בכללותו. הפילוסופית חנה ארנדט (Hannah Arendt) טענה, למשל, כי האלמנט המהפכני באמת בחוקות המודרניות היה שהן אומצו, לא בידי הממשלה, אלא בידי העם שמכוונן את עצמו.⁵⁸ החוקות של ארצות הברית וצרפת התאפיינו, מסבירה ארנדט, לא רק בממשל מוגבל, אלא גם בפעילותן של אספות מכוונות וועידות מיוחדות שתפקידן היחיד היה לנסח חוקה שתאושר בידי העם. מטרתה של חוקה מודרנית אינה רק להגביל את הממשל, אלא גם לשמש ביטוי פוזיטיבי ועליון לערכיו של העם, שאיפותיו ומטרותיו. שאלת קיומה של חוקה אינה סוגיה סבוכה שאותה יש לפתור בעזרת תיאוריות. הכרעה בסוגיה של קיומה של חוקה צריכה להיעשות במנגנונים השתתפותיים וייצוגיים רחבים. הניסיון להכריע את שאלת החוקה באמצעות תיאוריה

53 שם, בע' 521.

54 לסלידה משימוש בתיאוריה חוקתית בהכרעת סכסוכים חוקתיים מטעמים דמוקרטיים ראו: Cass R. Sunstein *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge Mass., 1999); Richard A. Posner *Law, Pragmatism, and Democracy* (Cambridge Mass., 2003) 130–157. בהקשר זה הסלידה משימוש בתיאוריה להכרעה בסכסוכים חוקתיים היא חלק מגישה מינימליסטית לתפקידו של בית המשפט בדמוקרטיה מודרנית. להרחבה ראו גם: Neal Devins "The Democracy-Forcing Constitution" 97 *Mich. L. Rev.* (1999) 1971; Christopher J. Peters "Assessing the New Judicial Minimalism" 100 *Colum. L. Rev.* (2000) 1454; Alexander M. Bickel *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962) 16. בהקשר הישראלי ראו יהושע (שוקי) שגב "בג"ץ בשירות הצדק: המסורת ואובדנה" המשפט יב (תשס"ז) 439.

55 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 521.

56 שם, בע' 519.

57 על האידיאל של חירות חיובית במובן של אדנות עצמית ראו עמנואל קאנט הנחת היסוד למטפיסיקה של המידות (מהדורה שנייה ומתוקנת, מ' שפי תרגם, תשס"ג) 104–120, 132–137. על הבעיות הנובעות מאידיאל החירות החיובית בהקשר הפוליטי ראו ז'אן ז'אק רוסו על האמנה החברתית (מהדורה שלישיית מתוקנת, יוסף אור תרגם, תשס"ג) 43–45; ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות" ארבע מסות על חרות (יעקב שרת תרגם, 1969) 170 Benjamin Constant; "The Liberty of the Ancients Compared with that of the Moderns" *Constant: Political Writings* (Biancamaria Fontana, Cambridge UK, 1988). Hannah Arendt *On Revolution* (New York, 1965) 143 58.

חוקתית בדבר קיומה של סמכות מכוונת הוא למעשה ניסיון להשתמש בבית המשפט כתחליף למנגנונים מכווננים מצויים של אספות מכוונות ומשאלים עם:

"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..."⁵⁹

ד. אחרית דבר

דברים אלה מביאים אותי לנקודה השנייה הראויה להדגשה במחלוקת בין הנשיא ברק לשופט חשין. בתגובה על דברי השופט חשין על הפגיעה שבאימוץ תיאוריית הסמכות המכוונת בדמוקרטיה הישראלית כתב הנשיא ברק:

"עמדתי הינה כי דמוקרטיה 'אמיתית' מכירה בכוחה של חוקה – פרי הסמכות המכוונת – לשריין את ערכי היסוד של השיטה ואת זכויות האדם הבסיסיות, לפני כוחו של הרוב. כי הגבלה כזו על עקרון שלטון הרוב אינה פוגעת בדמוקרטיה אלא היא מהווה את הגשמתה במלואה... בכך אני מצטרף לעמדתו של חברי, הנשיא שמגר, וחולק כמוהו על עמדתו של חברי, השופט חשין. אכן, עתה אנו דנים בענייני חוקה וזכויות אדם חוקתיות. בתחום זה, מתן כוח לרוב לפגוע בזכויות המיעוט הוא מעשה בלתי דמוקרטי. הגנה על זכויות הפרט והמיעוט, ועל ערכי היסוד של המבנה המשפטי מפני כוחו של הרוב, הוא המעשה הדמוקרטי."⁶⁰

הנשיא ברק פנה במישרין אל השופט חשין וקרא לו לחזור בו מגישתו בשל תוצאותיה והשלכותיה על הפרויקט החוקתי: כי לישראל אין חוקה וחוקי היסוד חוקים רגילים.⁶¹ השופט חשין השיב לו כי גם הוא סבור כי "ראויים אנו לחוקה וכי ראויה חוקה

59 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 518–519.

60 שם, בע' 397–398.

61 שם, בע' 392 ("ייאמר מיד: גישתו של חברי, השופט חשין, אינה מקובלת עליי... אכן, חשוב נא רק על תוצאותיה: אין לנו חוקה וחוקי היסוד אינם אלא חוקים רגילים; המפעל החוקתי בן ארבעים השנה ומעלה לא היה אלא ניסיון שבינתיים לא צלח... ואם נרצה לקבל חוקה וחוקי יסוד, יהא עלינו להתחיל הכול מחדש... וודאי שלא נשאף לדם ואש ותמרות עשן. אם נרצה לקבל חוקה בהליך שאינו אלים, נעמוד לפני קשיים ניכרים.")

לנו",⁶² אולם "ענייננו כאן בשאיפות (ראויות) הדוחקות להגשים את עצמן",⁶³ והסימנים והעובדות מורים אחרת.⁶⁴

בנקודה זו, לדעתי, נחשפת המחלוקת הדמוקרטית בין השופטים במלוא חריפותה: בין דמוקרטיה של מה שהעם רוצה (השופט חשין) לבין דמוקרטיה של מה שרצוי לעם (הנשיא ברק). מה שרצוי לעם זו חוקה, ועל כך כנראה קיימת תמימות דעים בין שני השופטים,⁶⁵ אבל אם העם (באמצעות נציגיו) אינו רוצה חוקה, הרי מחויבותו הדמוקרטית של השופט חשין דורשת ממנו שלא לסכל רצון זה.

השופט אוליבר וונדל הולמס היה נוהג לומר כי אם אזרחי ארצות הברית יבחרו ללכת לגיהנום, תפקידו כשופט הוא להביא אותם לשם הכי מהר שאפשר.⁶⁶ דברים אלה מתסיסים ויש שיאמרו: אף מקוממים, אולם בבסיסם עומדת מחויבותו של השופט הולמס להכרעה דמוקרטית והבנתו שמחויבות זו עשויה לעתים לסתור ולהתנגש חזיתית עם מה שהשופט (או אחרים) מאמינים שהוא טוב, ראוי, רצוי או רציונלי.⁶⁷ כפרפרזה על דברי השופט חיים כהן בעניין ירדור ניתן לומר בענייננו כי "לא ההיגיון ולא הכורח ולא אהבת המולדת ולא שום שיקול אחר, יהא אשר יהא – מצדיקים עשיית דין על דעת עצמו ושליטת זכות הזולת"⁶⁸ להשתתף בהכרעה הפוליטית בדבר כללי היסוד (החוקה) לניהול חייו.⁶⁹ יכול מאוד להיות שחיינו היו טובים יותר אילו אומצה חוקה נאורה בישראל כבמתקנות שבאומות ויכול מאוד להיות כי "טוב לחסות בבית המשפט מבטוח בשליטים".⁷⁰ אך מחויבות לאידיאל של שלטון עצמי דורשת מאיתנו להימנע משימוש בכלים ותיאוריות משפטיות, כגון תיאוריית הסמכות המכוננת, כדי לדלג מעל למחדל זה ולדרוש הכרה בקיומה של חוקה. הכרתו המפוכחת של השופט חשין במציאות החוקתית הבעייתית שבה נתונה ישראל והיצמדותו למחויבות דמוקרטית, למרות הסכנות הפוטנציאליות האורבות ממנה, הופכות את פסק דינו בעניין בנק המזרחי למאלף ואמיץ.

62 שם, בע' 518. ראו גם שם, בע' 511 ("גם אני אבקש חוקה לישראל – בנושא זכויות הפרט – והמקדים ישובח").

63 שם, בע' 525.

64 שם, בע' 505.

65 ראוי לציין כי אף שהשופט חשין הביע דעה כי חוקה היא רצויה, הוא הוסיף כי טעמי המתנגדים לחוקה כבדי משקל (שם, בע' 518).

66 מובא אצל: Posner, *supra* note 54, at p. 143.

67 על הפער בין רצוי למצוי ראו אצל השופט חשין בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 511 ("קשה לי להימנע מהתרשמות כי התומכים בתורת שני הכתרים נערכבו להם... משפט רצוי במשפט מצוי. ומתוך ששואפים הם לכינונה של חוקה בישראל – חוקה שתשמור על היחיד מפני כוחו של השלטון – מחפשים הם דרך לעיגונה של חוקה כזו במשפט הקיים").

68 חיים כהן בעניין ירדור, לעיל הערה 5, בע' 379.

69 על הזכות להשתתפות בהכרעות פוליטיות ראו: Jeremy Waldron *Law and Disagreement* (1999, Oxford) 232.

70 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 1, בע' 522.

