

עשרים שנה למהפיכה החוקתית

אהרן ברק

מי עשה את המהפיכה ומהו תוכנה

עשרים שנה חלפו מאז כינונם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. שש עשרה שנים חלפו מאז פרשת בנק המזרחי. המהפיכה החוקתית התרחשה בכנסת, בית המשפט הכיר בכך ובכך יצר שיתוף פעולה, שאיפשר את המהפיכה החוקתית או השינוי החוקתי – וכל אחד משני ביטויים אלה יפה הוא בעיני. בכנסת פעלו בענין זה לפי סדר אלפביתי, ח"כ יצחק לוי, ח"כ דוד ליבאי, ח"כ אוריאל לין (יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט), ח"כ דן מרידור שאת ההצעה שלו כשר משפטים, אימץ והוביל ח"כ אמנון רובינשטיין – שהיה הרוח החיה. בבית המשפט העליון ברצוני להזכיר את הנשיא מאיר שמגר שעמד בראש ההרכב בפרשת בנק המזרחי ואף הניח את היסוד לה בכתבתו (השיפוטית והלבר שיפוטית). יעמדו כולם על הברכה. מחוץ לכנסת, תרמו תרומה חשובה התנועה של "חוקה לישראל", בראשותו של פרופ' רייכמן.

המהפיכה החוקתית בה מדובר אינה ביצירת זכויות שלא היו מוכרות קודם. יסודה בקביעה כי הזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק הן ברמה חוקתית-על-חוקית. אם חוק רגיל – יהא הרוב שבו התקבל אשר יהא – פוגע באחת הזכויות הללו פגיעה שאינה מידתית, החוק אינו חוקתי, ומוכרת ביקורת שיפוטית על חוקתיותו. כן נקבע כי אין לשנות חוק-יסוד אלא בחוק יסוד. מכוחו של שינוי זה הפכה ישראל לדמוקרטיה חוקתית. הריבונות היא של העם והעליונות היא של הכנסת כרשות מכוננת. המהפיכה נעשתה על-ידי הכנסת. רק שנה לפני התרחשותה, סירב בית

המשפט העליון לעשות כן תוך שימוש בכוחותיו הוא בלבד. רק עם כינונם של חוקי היסוד על זכויות האדם על ידי הכנסת ב- 1992 והשינויים בהם ב- 1994 התרחש השינוי החוקתי העמוק.

הערכת השינוי החוקתי היא קשה. עשרים שנה היא תקופה קצרה בחייה של מדינה, מה גם שאנו מצויים בקרבה יתירה לסיום תקופה זו. חלק מנתוני ההערכה הם נתונים אמפיריים שאינם מצויים בידי. חלקם מחייבים התייחסות למה היה קורה אילו – שאלה שהתשובה עליה קשה. מכביד על ההערכה הקושי הנפשי שיש לכל אלה שהיו מעורבים בשינוי. מכאן הקושי שלי בהערכת השינוי החוקתי שהתרחש.

את דברי אחלק לשלשה: מבט לאתמול, מבט להיום ומבט למחר.

מבט לאתמול

מה היו תוצאותיו של השינוי החוקתי? במתן תשובה לשאלה זו אתמקד בחמישה גורמים: הכנסת, הממשלה, בית המשפט, עורכי הדין והאקדמיה והציבור הרחב.

הכנסת הפנימה את השינוי החוקתי. הובן כי הריבונות אינה של הכנסת אלא של העם, וכי העליונות היא בפעילותה של הכנסת כרשות מכוננת ולא בפעילותה כרשות מחוקקת. חקיקה חדשה נבחנת לאור חוקי היסוד. מיעוט המקרים שהוראת חוק בוטלה בשל אי חוקתיותה ומיעוט העתירות כנגד חוקתיות החקיקה החדשה נובעות, בין השאר, מהזהירות הרבה של הכנסת כרשות מחוקקת בשמירתה על כבוד האדם ועל כבודה שלה כרשות מכוננת. ועדות הכנסת מקבלות ייעוץ משפטי באשר להתאמתה של חקיקה מוצעת לחוקי היסוד. לעיתים נקבע במפורש כי מטרתו של החוק היא להגשים מטרות הנגזרות

בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הכנסת גילתה ריסון ראוי לשבח, בכך שלא הפעילה את כוחה לקבוע חוקים חורגים, כלומר חוקים שיש בהם כדי לפגוע באופן חוקתי אך לא מידתי בחופש העיסוק; בכך שההוראה בחוק-יסוד: חופש העיסוק בדבר הדין הישן לא חודשה ב-2002 ומאז גם הדין הישן הפוגע בחופש העיסוק כפוף למשטר החוקתי החדש. הריסון של הכנסת התבטא גם בכך שהיא דחתה הצעות להקמת בית משפט לחוקה; בכך שלא נעשה כל ניסיון לשנות בתוצאותיו של פסק הדין בפרשת בנק המזרחי; ובכך שלא נעשה כל ניסיון לבטל או לשנות באופן מהותי את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שהתפרש על-יד בתי המשפט.

הכנסת נכשלה בכך שמפעל חוקי היסוד טרם הושלם, וחוקה חדשה לישראל טרם כוננה. הצעות שונות מונחות על שולחנה של ועדת החוקה חוק ומשפט לא הבשילו לידי חקיקה. מאמצים ראויים לשבח של ח"כ בנימין הלוי, ח"כ שולמית אלוני וח"כ יורם ארידור – יושבי ראש וועדות משנה של ועדת חוקה חוק ומשפט, וכן מאמצים מקיפים של ח"כ איתן וח"כ בן-שושן – יושבי ראש הוועדה בעבר – לא צלחו. לא פעם מתחו חברי כנסת ביקורת על בית המשפט העליון. ביקורת זו ראויה היא ובלבד שהיא נעשית בלא לשבור את הכלים. לא פעם נחצה הגבול, ולא פעם נשברו הכלים.

הממשלה הפנימה את השינוי החוקתי. כך לענין הצעות לחקיקה ראשית, כך לענין חקיקת משנה, וכך לענין ההתנהלות היומיומית של הרשות המבצעת. הממשלה מודעת היטב לסמכויותיה ולחובותיה על-פי חוקי היסוד. תפקיד חשוב ממלאים בענין זה היועצים המשפטיים לממשלה אשר שומרים על שלטון החוק בשלטון. לידם פועלים היועצים המשפטיים של המשרדים. פרקליטות המדינה ממלאות תפקידה בממלכתיות. כך לענין המינהל הציבורי בכלל, וכך לענין זרועות הביטחון בפרט. הצבא פועל על פי חוות דעת

הפרקליט הצבאי הראשי וזה פורס לפניו את האפשרויות הפתוחות במסגרת חוקי היסוד כפי שהתפרשו על ידי בית המשפט. הוא הדין בשירות הביטחון הכללי. אכן, הביקורת על המהפיכה החוקתית באה לרוב מהכנסת – לא מהמשלה. ראשי המשלה לדורותיהם שמרו בקפידה על המבנה החוקתי, על הזכויות החוקתיות כפי שנקבעו בחוקי היסוד ופורשו על ידי בית המשפט. הם שמרו על מעמד בית המשפט העליון ועל עצמאותו; הם התנגדו לכל שינוי בהיקף סמכותו של בית המשפט העליון.

בית המשפט העליון הפנים את השינוי החוקתי. הוא הוחל במשך הזמן על כל חוקי היסוד. חקיקה ישנה – שחוסנה מפני ביקורת שיפוטית – פורשה לאחר השינוי החוקתי לאורו. בית המשפט העליון ממשיך בביקורת שיפוטית על חוקיותה של החקיקה החדשה. הוא עושה כן בזהירות רבה. זהירות זו אינה פרי חשש מתגובת הכנסת. זהירות זו היא פרי עקרון הפרדת הרשויות. עקרון זה משמעותו, בין השאר, כי הרשויות השונות צריכות לכבד האחת את השנייה, לעיין האחת בעמדות רעותה בכובד ראש, מתוך זהירות, איפוק וריסון. כך נהג בית המשפט העליון בכל שנות קיומו. כך הוא נהג מאז המהפיכה החוקתית. בית המשפט שומר על כבוד האדם ועל כבוד הכנסת גם יחד. הזכויות החוקתיות – ובעיקר כבוד האדם – זכו לפירוש "מתוך מבט רחב". היקפן נקבע על-פי הטעמים המונחים ביסודן. כך למשל, ביסוד כבוד האדם מונחת האנושיות שבאדם וערכו כאדם. על רקע זה נפסק כי ערכו של אדם נפגע אם הוא מופלה או אם קיומו החברתי והכלכלי כבן-אנוש הפך להיות בלתי אפשרי. עם זאת, בית המשפט סרב להרחיב את כבוד האדם לכל הטוב והיפה שבזכויות האדם. גישתו היתה מאוזנת תוך שימוש קפדני בכללי הפרשנות החוקתית.

עורכי הדין הפנימו את המהפיכה החוקתית. תחילה הם העלו טענות חוקתיות, לעיתים קרובות שלא לענין. עם ריבוי הפסיקה התייצבו הטיעונים ותדירותם דומה לאלה המקובלים בשאר הדמוקרטיה החוקתית. האקדמיה הישראלית הפנימה גם היא את השינוי החוקתי. מאות רבות של ספרים ומאמרים על חוקי היסוד פורסמו בישראל ומחוצה לה. הוראת המשפטים בכל ענפי המשפט הפנימה את מהפיכה החוקתית. דור המשפטנים הצעיר התחנך על ברכיה. היא נראית לו טבעית ומובנת מאליה.

ומה על הציבור הרחב? דומה שהמהפיכה החוקתית חדרה לשיח הציבורי. אם בעבר שלטה בשיח זה הסמכות השלטונית, הרי עתה שולטים בשיח זה זכויות האדם וההבנה כי כל פגיעה בהן מצריכה צידוק מיוחד. המידתיות המשקפת צידוק זה חדרה לשיח הציבורי. כמובן, דמוקרטיה חוקתית אינה רק דמוקרטיה של זכויות. היא דמוקרטיה של זכויות וחובות גם יחד. השאלה אינה רק "מה מגיע לי", אלא גם "מה מוטל עליי".

המהפיכה החוקתית הביאה להבנה עמוקה יותר של הדמוקרטיה המבוססת על שני אדנים: ריבונות העם ושלטון הרוב מזה; מרכזיות הפרט ושלטון הערכים המגנים עליו מזה. ערכים אלה עניינם שלטון החוק – ולא רק השלטת החוק; הפרדת רשויות – ולא היתר לכל רשות לפעול כרצונה; עצמאות הרשות השופטת – ולא מינויים של שופטים מטעמים פוליטיים; ומעל לכל הגנה ושמירה על זכויות האדם, תוך תפיסת בית המשפט כמבצרו של היחיד.

החברה הישראלית בעיקרה הפנימה את צמד הביטויים, "כבוד האדם וחירותו". הם הוזכרו בהכרזת העצמאות שדיברה על "חיי כבוד, חירות ועמל-ישרים", אך עד לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נעשה בהם שימוש מועט. מאז הם שגורים בפי כל. ילדים בבתי ספר לומדים על כך. בני הציבור הפנימו כי בצד חובותיהם לכלל ולפרט, עומדות

זכויותיהם כפרטים. הופנמה ההכרה כי כבוד האדם של כל אדם באשר הוא אדם מוגן ומכובד; כי ביסוד החברה הישראלית מונחת אנושיותו של האדם; כי האדם אינו אך אמצעי להשגת מטרות הכלל, אלא הוא עצמו מטרה של המדינה והחברה; וכי כל פגיעה בו מחייבת הצדקה.

המהפיכה החוקתית הביאה עמה את צמד הביטויים "יהודית ודמוקרטית". נקבע כי ערכיה של ישראל ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. ביטויים אלה הפכו לחלק בלתי נפרד של השיח הציבורי והחוקתי בישראל. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית התפרשו כערכיה הציוניים והמורשתיים. ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית הם ערכיה של הדמוקרטיה החוקתית. בין שני אלה קיים מתח, אך קיים גם תחום נרחב של חפיפה והסכמה. תחום זה פותח על ידי הפסיקה אשר חיפשה סינתזה והרמוניה ולא ניגוד וסתירה. ישראל נתפסת בעיני עצמה ובעיני ידידותיה בעולם כמדינת הלאום של העם היהודי בה יש שוויון בין כל אזרחיה. הנה כי כן תוצאותיה של המהפיכה החוקתית הופנמו להלכה ולמעשה: נוצר שיח דמוקרטי של זכויות והגבלותיהן. כבוד האדם הפך להיות זכות מרכזית בגדרו של שיח זה, והמידתיות הפכה למושג מפתח. השוויון וחופש הביטוי – אם להתייחס לשתי זכויות הנגזרות מכבוד האדם – הפכו למרכזיות בשיח הישראלי. ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית הפכו למרכזיות בהווייתה. בצד הפנמה זו של השיח החוקתי התרחשה הגנה על זכויות האדם, תוך שלפרט ניתנו כלים חזקים יותר להגן על עצמו, ולדמוקרטיה ניתנו כלים משוכללים יותר להגן על עצמה.

שמה הטוב של ישראל כדמוקרטיה חוקתית מקובל בעולם הרחב. פסקי הדין של בית המשפט העליון על המהפיכה החוקתית מופנמים לא רק בישראל אלא גם מחוצה לה.

מדינות בהן נוהגת דמוקרטיה חוקתית לומדות את הישגינו בתחום זה, ומבקשות ללכת בדרכינו.

הישגים אלה לא ניתן היה להשיג לולא המהפיכה החוקתית. רק העוצמה של הדיבור החוקתי אשר מאחוריו עומדת הביקורת השיפוטית, יכול להביא לתוצאות אלה. בלא המהפיכה החוקתית מצבו של הפרט היה גרוע יותר ממצבו כיום. המהפיכה החוקתית תרמה להבטחת אופייה הדמוקרטי של ישראל, ולהשרשת יסודותיה כמדינה בה שולטת – במינוחו של ראש הממשלה המנוח מנחם בגין – "עליונות המשפט".

האם התגשמו כל תקוותי? על כך אני משיב בשלילה: קיוויתי כי בחלוף עשרים שנה מהמהפיכה החוקתית כבר יושלם מפעל חוקי היסוד ותהא לנו חוקה ראויה שתכיר במגוון רחב של זכויות אזרחיות וחברתיות – תקווה זו לא התגשמה; קיוויתי כי לא יוטל עוד ספק בלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק – תקווה זו לא התגשמה במלואה; קיוויתי שהמחוקק יבטל, בפעולתו הוא, חוקים ישנים שאינם מתיישבים עם חוקי היסוד החדשים – הדבר לא נעשה; קיוויתי שכבוד האם ייהפך לערך יסוד שיאחד את בני החברה הישראלית – הדבר לא התרחש.

על רקע זה – ובמסגרת המבט לאחור – יש להתמודד עם השאלה האם הישגיה של המהפיכה החוקתית לא התקבלו במחיר יקר מדי? אין לכחד כי לאחר המהפיכה החוקתית גבר המתח בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת; כי גברה ההתקפה על הלגיטימיות של בית המשפט העליון; כי מפעל חוקי היסוד נעצר.

הגברת המתח בין בית המשפט והכנסת וההתקפה על הלגיטימיות של בית המשפט העליון אינם קשורים כלל למהפיכה החוקתית. הם פרי המציאות הביטחונית. כאשר התותחים רועמים רבים מבקשים להשקיט את המוזות בלא קשר למבנה החוקתי. הם פרי המציאות החברתית, של מיעוט ערבי המבקש לקיים שוויון אזרחי ושל רוב המבקש לשמור על חופש הדת שלו ועל השוויון בין המינים. הם פרי תת-תרבות של אנשי שלטון שהתפיסה "It is not done" לא מושרשת אצלם.

פסיקתו של בית המשפט העליון מיום הקמתו – וללא קשר למהפיכה החוקתית – היוותה חומה בפני כל אלה. היא ביקשה מקום המדינה להגן על זכויות האדם גם במצב של מתח בטחוני; היא ביקשה תמיד לקיים שוויון לכל; היא ביקשה שנים רבות לפני 1992 להגשים הגינות שלטונית ויושרה בשירות הציבורי. לשם כך פותחו דוקטרינות משפטיות שונות. בית המשפט הפך להיות מבצרו של האדם – מבצרו של כל אדם. כל אלה פותחו לפני 1992 ולפני המהפיכה החוקתית. אין להם קשר עימה.

עם זאת, אני מבין את הגישה כי תפיסת בית המשפט כמבצרו של הפרט הגבירו את החשש של חוגים מסוימים מחוקי היסוד, ותרמו לעצירת התהליך. האם מחיר זה הוא כדאי? האם לא היה רצוי יותר לצמצם את התפיסה בענין בית המשפט כמבצרו של האדם, להימנע ממעורבות שיפוטית כפי שהיתה בענין דת ומדינה, בזכויות נשים ומיעוטים, בפעולות הצבא ביהודה ושומרון, ובשמירה על טוהר השורות והשירות הציבורי, ובכך לרכוש אהדה של המתנגדים ובכך להביא לסיום מפעל חוקי היסוד?

תשובתי שלי ברורה: לא ולא. מצבה המיוחד של ישראל הצדיק בעבר ומצדיק גם כיום תפיסת בית המשפט כמבצרו של הפרט. חברה שבה ה- 11 לספטמבר קיים גם ב- 9 לספטמבר וב- 12 לספטמבר – כלומר, חברה המצויה מיום היווסדה במתח ביטחוני נמשך

חייבת לקיים גוף שיפוטי עצמאי המגן על זכויות האדם, חופש דת וחופש מדת, על שוויון הכל בפני החוק והשומר על טוהר מידות שלטוני. ואם המחיר של שמירת אופייה זה של המדינה הוא באי-קידומו של מפעל חוקי היסוד – זהו לדעתי מחיר כדאי. מה גם שאין לדעת כלל אם מפעל חוקי היסוד היה מתקדם אילו בית המשפט לא היה רואה עצמו כמבצרו של הפרט.

מוסיפים וטוענים כי עצירת מפעל חוקי היסוד נובעת מהאופן בו התקבלו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ומההכרה בהם כחוקת המדינה. הטענות הן כנגד "מחטף פרלמנטרי" מזה ו"מחטף שיפוטי" מזה. טיעון זה אינו נכון.

לא היה "מחטף פרלמנטרי". וועדת החוקה חוק ומשפט עסקה בנושא שנים רבות כפי שמתבקש מהחלטת הררי. הכנסת היתה מודעת ב- 1992 – כפי שהזכיר לה חבר הכנסת מיכאל איתן בדיוני המליאה – מה התוצאות של חוקי היסוד, וכי הם גוררים אחריהם ביקורת שיפוטית. היא בוודאי היתה מודעת לכך ב- 1994 כאשר בוטל חוק-יסוד: חופש העיסוק ונחקק מחדש, תוך תיקונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ובוודאי כך ב- 2002 כאשר שמירת הדין הישן בחוק יסוד חופש העיסוק פקעה ולא חודשה.

לא היה גם "מחטף שיפוטי". בית המשפט נתן ביטוי למה שהיה טמון בדברי-הכנסת ומה שרבים בכנסת הבינו ב- 1992 ומבינים גם כיום. זהו אחד ההסברים לכך כי לא נעשה כל ניסיון של ממש לבטל את המהפיכה החוקתית ולהחזיר הגלגל אחורה.

נותר הטיעון בדבר הרטוריקה. מדוע דווקא "מהפיכה חוקתית"? הטענה הינה כי הרטוריקה היא שהרחיקה את מתנגדי החוקה ממנה. איני יכול לקבל טיעון זה. אינני חושב שההתנגדות להמשך מפעל חוקי היסוד היא בשל הרטוריקה. הרטוריקה סייעה להבין

חוקה מהי; להבין חוקתיות מהי; להבין דמוקרטיה חוקתית מהי; להבין את תפקידו של בית המשפט בהגשמת החוקתיות. הרטוריקה גרמה להגברת השיח החוקתי ולהפנמתו בחברה הישראלית. ההתנגדות להמשך מפעל החוקה נובעת מטיעונים ענייניים הקשורים למעמד הדת במדינה; ולמעמד זכויות האדם בעת הלחימה בטרור. בשל אלה ולא בשל רטוריקה זו או אחרת לא קודם מפעל חוקי היסוד. על כל פנים אין כל הוכחה כי אילו הרטוריקה היתה אחרת, מפעל חוקי היסוד היה מתקדם.

מבט להיום

היום הוא המעבר מאתמול למחר. אתמקד איפוא בחודשים הסובבים מעבר זה. היינו עדים למחאה החברתית אשר דרשה צדק חברתי. נראה לי שהמהפיכה החוקתית תרמה לכך תרומת מה. עמידה על זכויות האדם עמדה ביסוד מחאה זו. הזכויות החברתיות – שהשינוי החוקתי העלה על סדר היום החברתי – מלאו בו תפקיד. חסרונן הורגש.

בחודשים האחרונים היינו עדים למה שיושב ראש הכנסת כינה "גל חקיקה עכור", והתקפה על בית המשפט "הגובלת לעיתים אף בהסתה". בכנסת נבחנו הצעות שעל-פניהן אינן חוקתיות. לא כך נהגה הכנסת בעבר. גברה התחושה, כי הרוב הפרלמנטרי מבקש למצות עד תום את כוחו כרוב, תוך השתחררות הלכה למעשה מההגבלות שהדמוקרטיה החוקתית מטילה על הרוב, וזאת תוך שינוי כללי המשחק בטרם הסתיים המשחק. שמח אני כי מגמות אלה נעצרו. בטוח אני כי בעצירתן תרמה המהפיכה החוקתית את תרומתה החשובה. היא קבעה את המסגרת החוקתית לפעולתה של הדמוקרטיה החוקתית, והביאה

לדחייתן של הצעות שאינן מתיישבות עמה. היא חיזקה את ידי המבקשים להגן על הדמוקרטיה הישראלית.

מחוץ לכנסת אנו עדים לתופעות שאינן עולות בקנה אחד עם המהפיכה החוקתית: כך לענין הפליה כנגד נשים. כך לענין הפליה כנגד בני המיעוט הערבי החי בקרבנו. וכך לענין התנהלותו של מיעוט מבוטל בשטחים מקווה אני כי הדמוקרטיה החוקתית שלנו תתגבר על תופעות שליליות אלה.

מקווה אני כי הבנת האחר תבוא במקום הבלטת האני; מקווה אני כי כל אחד מבני הרוב יונהג כלפי המיעוט והיחיד כפי שהוא היה מבקש שהרוב ינהג כלפיו כמיעוט וכיחיד. מקווה אני כי הסובלנות תבוא במקום הכוחניות.

ולבסוף מבט לעתיד

מפעל חוקי היסוד נעצר. על כך אני מצר. הייתה זו התחייבות שמדינת ישראל נטלה על עצמה כלפי האומות המאוחדות וכלפי עצמה. התחייבות זו מופרת עתה. על כך יש להצטער. דווקא אירועי החודשים האחרונים עליהם עמדתי מצביעים עד כמה אנו זקוקים לחוקה חדשה מלאה וטובה כדי לשמור ולבסס את המסגרת השלטונית, כדי להבטיח את זכויות האדם ברמה חוקתית, כדי לחנך את בני הציבור בכלל, ואת הנוער בפרט ברוח החוקה, וכדי ללכד את העם כולו סביבה.

הפנייה היא לכנסת, המפתח נמצא בידה. היא שיצרה את המהפיכה החוקתית. עליה להשלימה. יש לכוון חוקי יסוד חדשים בדבר זכויות אזרחיות וחברתיות. יש לחוקק את חוק-יסוד: החקיקה, אשר יקבע את אופן קבלתם של חוקי-יסוד חדשים ואת אופן

תיקונם של חוקי יסוד קיימים, וכן יקבע כי ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק תיעשה על-ידי בית המשפט העליון (תוך שלילת הרעיון של בית משפט לחוקה). יש לקבוע כי לשם קבלת חוקי יסוד חדשים או שינוי הקיימים נדרש רוב מסיבי ומוצק. דומה שהרוב של שני שלישי מחברי הגוף המחוקק הוא הנכון והוא המקובל במשפט החוקתי המשווה. אירועי החודשים האחרונים מצדיקים שלא להסכים לרוב קטן יותר.

יש להשלים את מגילת זכויות האדם שלנו. לא הרי זכויות אלה כיום, כשהן נגזרות מכבוד האדם, כהרי זכויות אלה כשהן עומדות על רגליהן הן. יש לקבוע במפורש זכויות שמטעמים שונים לא הוזכרו בשמן המפורש, ביניהן שוויון, חופש ביטוי, חופש אסיפה. יש להוסיף זכויות נוספות שאינן כלולות במפורש במסגרת חוקי היסוד, כגון זכויות האדם בהליך השיפוטי. ראוי לכונן פרק על זכויות חברתיות, דינן צריך להיות כדין הזכויות האזרחיות. עם סיומו של מפעל חוקי היסוד יש לאחד את כל חוקי היסוד למסמך אחד אשר יכונה "חוקה". אף שאין צורך פורמלי בכך, ראוי להציג את החוקה לאישור העם בדרך שתמצא ראויה. עם קבלת החוקה יבוטלו חוקי היסוד, ומפעל חוקי היסוד יגיע לסיומו. שינויים בחוקה יעשו מכוח הוראה מפורשת בה העוסקת בשינויים חוקתיים, ולא באמצעות חוקי יסוד חדשים.

מה הסיכוי להשלמתו של מפעל החוקה? אינני יודע. כל שאני יודע הוא כי שישים ושלוש שנים חלפו מאז קבעה הכרזת העצמאות כי תיכון חוקה בישראל. זהו זמן ארוך מדי. הננו חלק ממיעוט קטן ביותר בעולם של מדינות דמוקרטיות שאין להם חוקה כתובה ושאינן להן הוראה מפורשת בחוקה בדבר ביקורת חוקתית שיפוטית. הגיעה העת להשלים את המלאכה. בענין זה יש להימנע מתמימות ומציניות גם יחד. הימנעות מתמימות משמעותה שיש להכיר בכך שגם אם תתקבל חוקה ראויה, אין בה כדי להבטיח חיים

ציבוריים ראויים. לא פעם קיים פער בין הרצוי למצוי, בין הדין למציאות. הימנעות מציניות משמעותה שקיומה של חוקה משפיע על המציאות החברתית. דברים שבלא חוקה היו נעשים, נמנעת עשייתם בשל החוקה. כך היה בישראל אחרי 1992. כך יהיה אחרי שתיכון חוקה חדשה. הגישה הראויה היא ראיזם מתון. חוקה חדשה דרושה לישראל. עם זה, אין לקבלה בכל מחיר. עדיף המצב הקיים על חוקה חדשה גרועה. אך חוקה חדשה טובה עדיפה על המצב הקיים, שבו יש לנו חוקה נכה בשל הפגמים הרבים שבה. פגמים אלה מתבטאים, בין היתר, בכך שלא כל העניינים שיש להסדירם בחוקה מוצאים את מקומם בחוקי יסוד; בכך שניתן לקבל חוקי יסוד חדשים ולשנות חוקי יסוד קיימים בקלות יתירה (ברוב המקרים די ברוב רגיל של המשתתפים בהצבעה); ובכך שאין הוראה מפורשת בענין הביקורת השיפוטית, דבר המאפשר העלאת טיעונים שגויים באשר לגיטימיות של הביקורת השיפוטית. כל זה ימנע אם תכונן חוקה חדשה ראויה.

בצד פעולתה של הכנסת, וכל עוד היא לא הושלמה, ימשיכו בוודאי בתי המשפט במתן פרשנות ראויה להוראות של חוקי היסוד. בכך הם יגשימו את תפקידם – הגנה על חוקי היסוד ועל הערכים החוקתיים הקבועים בהם והגנה על ערכיה היהודיים והדמוקרטיים של המדינה; אכן, תפקידם של השופטים הוא להגן על החוקה, לפתחה ולפרשה באופן המגשים את תכליותיה. בית המשפט בכל המדינות בהן מקובלת דמוקרטיה חוקתית הוא מבצרו של הפרט כנגד השלטון. שופטי ישראל מלאו תפקיד זה במשך שנים ושלוש שנות המדינה. הם יעשו כן גם בעתיד, ובלבד שתובטח עצמאותם ותמנע פוליטיזציה במינויים. אירועי החודשים האחרונים מעלים דאגה בענין זה.

והמציאות החברתית עד אז – מה יהא עליה? תקוותי היא שאירועי החודשים האחרונים הם נקודתיים בלבד, וכי לאור ההתנגדות שהם עוררו לא נחזור לסטיות מקווי

המיתאר של המהפכה החוקתית. מקווה אני כי ההישגים שהושגו עד עתה יעמדו בעינם, וכי תתרחש הפנמה נוספת של המהפיכה החוקתית: שהחינוך לאזרחות יוגבר; שהנוער יפנים את המעמד החדש של זכויות הפרט ושל צורכי הכלל; שהפוליטיקה הישראלית תפנים את המעבר לדמוקרטיה חוקתית; שכבוד האדם ישמש גורם המאחד את כולנו; ושערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ימצאו את ביטויים המעשי בחיי היום-יום, תוך הבטחת ערכיה היהודיים של המדינה ושוויון הזכויות של כל אזרחיה.

לסיום,

למעלה מ-14 שנה – בשנים הראשונות לכהונתי בבית המשפט העליון – הקדשתי לביסוס המשפט החוקתי שקדם למהפיכה החוקתית. ב-14 השנים שלאחריהן – עד לסוף כהונתי בבית המשפט העליון – הקדשתי את כוחותיי לביסוס המשפט החוקתי המתבקש מהשינוי החוקתי שהכנסת חוללה.

האם כל זה היה כדאי? האם כל זה לא היה לשווא? לא פעם בחודשים האחרונים,

שאלתי את עצמי האם 14 השנים האחרונות היו כדאיים?

מבחינתי האישית התשובה היא אחת – לא יכולתי אחרת, ב-1995 כשבנק

המזרחי המאוחד התקבל הרגשתי את משב כנפי ההיסטוריה ולא יכולתי אחרת. מזווית

הראייה הסובייקטיבית שלי במבט לאחור, אינני מצטער - לא על הפרקטיקה ולא על

הרטוריקה. בוודאי שהיו בהם חסרונות הרבה, אך הם מתגמדים לעומת גודלה ועוצמתה

של המהפיכה החוקתית. זו שהחלה בכנסת, ושהכנסת נועדה להשלימה.