

אלפיים ועוד

מחשבות על תרבות בישראל



אלפיים ועוד

מחשבות על תרבות בישראל

עורכת: ניצה דרורי-פרמן

מערכת: רחל אלבק-גדרון דוד הראל ניסים מזרחי סלמאן מצאלחה

כ

כרמל • ירושלים
מקבוצת ידיעות ספרים

קיץ תשפ"ד, 2024

גיליון 4

Alpayim Ve'Od

Rethinking Culture in Israel

A Biannual Journal

עריכת לשון
תלמה פרויד

סדר:
טל בראון

מסת"ב 978-965-7815-99-1

© כל הזכויות שמורות

ת"ד 39272, ירושלים 9546100

טל' 02-6540578; פקס 02-6511650

דוא"ל: carmel@carmelph.co.il; אינטרנט: www.carmelph.co.il

Printed in Israel

תשפ"ד/2024

התוכן

על המחברים 6

פתח דבר 12

דוד הראל, "וכל רוח אין בקרבו" 18

מנחם מאוטנר, מחאה, אי־ציות אזרחי וסרבנות מצפון 23

יניב רוזנאי, ההפיכה המשטרית בישראל כפרויקט חוקתי פופוליסטי 40

יששכר רוזן־צבי, דמוקרטיה מקומית בעידן של נסיגה דמוקרטית 54

עירד מלכין, דמוקרטיה אתונאית ודמוקרטיה מודרנית: מה איבדנו בדרך? 62

מירב רוט, תגליות ותפניות בפסיכואנליזה – במלאות לה מאה ועשרים שנה 70

דוד אוחנה, זיכרון רסטורטיבי נוכח הפשיון 89

יצחק בנבג'י, על דלדולה של הפוליטיקה המלוכנית: עיון בספרו של מנחם פיש –

המהפכה הציונית והקמים עליה מבית 140

שגיא אלבז, להיות חילוני אידאולוגי בישראל – משמעויות ואתגרים 153

הונידה ע'אנם, הליכה על חבל דק: המפלגה הקומוניסטית בישראל –

בין שאלת הלאומיות הפלסטינית והקמת המדינה היהודית 172

יחיעם ויץ, בין נתן אלתרמן ליונתן רטוש: אחדות וניגוד בין שני משוררי תל אביב 206

דני גוטווין ועודד היילברונר, המעמד הנעלם: פועלי בניין בין זהות פועלית לאתוס חלוצי 245

הדס שדר, הערביות בין משיכה למלחמה: התמודדות האדריכלים הישראליים הממלכתיים עם

הערביות בשלושת העשורים הראשונים למדינה 262

אביהו זכאי, דיוקנו של ההיסטוריון כאיש צעיר:

יעקב טלמון וספרו ראשיתה של הדמוקרטיה הטוטליטרית 296

ההפיכה המשטרית בישראל כפרויקט חוקתי פופוליסטי

יניב רוזנאי

חוקתיות פופוליסטית

המהפכה המשטרית בישראל החלה במה שכונה "בליץ הונגרי", בהתבסס על המהלך המהיר של השתלטות חוקתית שביצעה מפלגת הפידש מיד לאחר עלייתה לשלטון בהונגריה באמצעות מאות חוקים, תיקונים לחוקה ואף חוקה חדשה שנכנסה לתוקף בשנת 2012.¹ בישראל, צבר ההצעות של שר המשפטים יריב לוין ויו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט ח"כ שמחה רוטמן לצמצום משמעותי של סמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט, לחקיקת פסקת התגברות, ולשינוי אופן בחירת השופטים והיועצים המשפטים היה מהלך קיצוני, מקיף ומהיר שאילו היה נכנס לספר החוקים של מדינת ישראל היה מהווה שינוי משטרי של ממש שבו לרשות אחת – הממשלה, היה כוח בלתי מוגבל. בהינתן מנגנוני האיזון והבלמה שממילא חסרים בישראל,² הדבר היה מהווה סכנה חמורה לאופייה הדמוקרטי של המדינה. לכן, לא מדובר ב"רפורמה" אלא בחתירה תחת ערכי היסוד של המדינה כיהודית ודמוקרטית. מדובר בשינוי חוקתי שמהווה שינוי פרדיגמטי בתפיסות היסוד החוקתיות של המדינה – מהפכה חוקתית.³

את ההפיכה המשטרית יש להבין כפרויקט חוקתי פופוליסטי. ייחודם של הפופוליסטים החדשים אל מול השליטים הסמכותניים של אמצע המאה הקודמת היא הפעולה במסגרת הפורמלית החוקתית והחוקתית לשם קידום מטרותיהם. בניגוד לעבר, בו היו ננקטים אמצעים לא חוקיים ואף אלימים כדי להפוך את הסדר החוקתי, התמוטטות דמוקרטית מתרחשת כיום על ידי ממשלות נבחרות המנצלות לרעה את המוסדות הדמוקרטיים כדי להחליש, בדרכים חוקתיות וחוקיות, את המוסדות והערכים הדמוקרטיים עצמם.⁴ כלומר: הפופוליזם מלווה בפרויקט חוקתי לשם הגשמת מטרותיו

1 Yaniv Roznai, "Constitutional Transformations: The Case of Hungary", in David Law (ed.), *Constitutionalism in Context* 136 (Cambridge University Press, 2022).

2 עמיחי כהן ויניב רוזנאי "פופוליזם והדמוקרטיה החוקתית בישראל" *עיוני משפט* מד 87 (2021).

3 Gary J. Jacobsohn & Yaniv Roznai, *Constitutional Revolution* (Yale University Press, 2020).

4 David Landau, "Abusive Constitutionalism", 47 *U.C. Davis Law Review* 189 (2013); Kim Lane Scheppele, "Autocratic Legalism", 85(2) *The University of Chicago Law Review* 545 (2018).

– “חוקתיות פופוליסטית”. חוקר הפופוליזם פרופ' פול בלוקר מציין שלמערכות פופוליזם חוקתי ארבעה מאפיינים עיקריים:

ראשית, ריבונות העם כטענה מרכזית בהצדקת פעולות השלטון. מכאן נובע טיעון אחר של הפופוליסטים, לפיו מערכת משפט חזקה הופכת את ריבונות העם לפיקציה בלתי ממומשת. שנית, כלל הכרעת הרוב ככלי המשילות. כוח פוליטי עבור הפופוליסטים הוא ביטוי של רצון הרוב. בעוד שפוליטיקה פרלמנטרית וייצוגית מביאה לפרגמנטציה של החברה ולהחלשת האחדות החברתית, ה"רוב", לעומת זאת, הוא ישות אחידה אותה הפופוליזם השמרני משווה לאומה כולה, השוואה המאפשרת לו לשנות באופן רדיקלי את כללי המשחק. שלישית, אינסטרומנטליות כאסטרטגיה פוליטית. פופוליזם מתייחס למשפט ואל החוק כאל אמצעי אותו ניתן להפעיל לטובת ובשם הפרויקט הקולקטיבי. חוקתיות פופוליסטית נוטה למוטט את ההבחנה בין פוליטיקה רגילה ופוליטיקה חוקתית, שבאה לידי ביטוי בשינוי קבוע ותכוף של נורמות וכללים חוקתיים במסגרת הפוליטיקה היום-יומית.

רביעית, טינה כלפי המשפט ומערכת המשפט. הפופוליזם נוקט בגישה ביקורתית שמגיעה גם כדי טינה של ממש כלפי חוקתיות ליברלית ומשפטית והמשפטיזציה של החברה והפוליטיקה. כך, למשל, הפופוליזם מבקר את הרעיון לפיו המשפט הוא ניטרלי וא-פוליטי. כמו-כן, הפופוליזם מתנגד לרעיון שריבונות מצויה במערכת המשפט ובחוקה כמסמך המשפטי העליון, וכי זו מצויה אצל האומה או העם שנותר תמיד בלתי מוגבל על-ידי המשפט והחוק. לבסוף, שלטון החוק, שנתפס ברעיון הליברלי כגורם מרסן שמגביל את הממשלה, מוחלף בתפיסה קולקטיבית בה המשפט אמור לשרת את הקהילה והעם. נקודה אחרונה זו חשובה במיוחד בניתוח השפעתו של הפופוליזם. כך, למשל, פרויקטים פופוליסטים לשינוי חוקתי מתמקדים בשינוי סמכויות וכללי בחירת שופטים של בתי משפט חוקתיים במטרה להחליש את עצמאותם, להעמיס אותם ב"שופטים מטעם" ואפילו להשתלט עליהם.

התוצאה של מהלכים אלו כפולה: משבר של שלטון החוקה, שמדגיש את אופיו השרירותי של המשטר הפוליטי, ונטילת הסמכות המכוננת על-ידי הרוב הפוליטי כדי לשחרר את העם ממגבלות משטריות. כאשר הממשלה לוקחת על עצמה את תפקיד הסמכות המכוננת, מהלך זה נוטה להיות חד-קולי, פרטיזני-מפלגתי, ומוניסטי במקום הליך מכונן שבנוי על הכללה והסכמה רחבה.⁵ תפיסה פופוליסטית זו באה לידי ביטוי מובהק במהלך החד-צדדי של הממשלה בקידום ההפיכה המשטרית.

Paul Blokker, "Populism as a Constitutional Project", 17(2) *International Journal of Constitutional Law* 536 (2019).

המהלך המהיר של הממשלה גם הוא תואם את תפיסת הזמן של המשטרים הפופוליסטים. כפי שפרופ' סמואל אייזקרוף מתאר בספרו *Democracy Unmoored*, הסוד ליציבות דמוקרטית הוא משחק חוזר, הדורש אורכי זמן מתמשכים. זמן מאפשר למפסידים של היום את האפשרות להתארגן ולנסות להיות המנצחים של מחר. יתכן שהבחירות תבאנה לתוצאות רעות, ושתוצרי התקופה יביאו לחקיקה גרועה, אך הדבר הקריטי הוא האפשרות להתאושש – לעשות טעויות שניתן לתקן. הדחף הפופוליסטי, לעומת זאת, מקצר את טווח הזמן של השלכות פוליטיות רלוונטיות והופך הכול לבחירה ביימודלית, חיים פוליטיים המוגדרים על-ידי סוגיות קיומיות; אנחנו או הם, הצלחה או בגידה, העם או האליטות, האומה או זרים. אין דבר כזה ניצחון חלקי, חוסר הסכמה לגיטימי, או אפילו רווח הדדי באמצעות שיתוף פעולה. את ההשפעות של אופקי זמן דחוסים ניתן לראות בנכונות הפופוליסטים לבטל כללים ומנהגים מוסדיים ותיקים ומבוססים.⁶ הפופוליסטים רוצים הכול ועכשיו. גם הממשלה הישראלית רצתה הכול ומהר, אך נתקלה בהתנגדות ציבורית ואזרחית כמוה לא נראתה.

מ"הבליץ ההונגרי" ל"סלמי הפולני"

מאות אלפי אזרחים ואזרחיות, יצאו לרחובות מדי שבוע, במשך תקופה ארוכה, בקריאה נגד שינוי משטרי ובהגנה על הדמוקרטיה. זהו "רגע חוקתי", מונח שטבע פרופ' ברוס אקרמן מאוניברסיטת ייל. ברגע חוקתי יש מוביליזציה של הציבור הרחב, שמתעניין בשאלות של פוליטיקה חוקתית שהן קריטיות לזהותה וחזוניה של המדינה, כגון דמוקרטיה, זכויות, שלטון החוק, עצמאות שיפוטית, בניגוד לפוליטיקה יומיומית.⁷ רגעים חוקתיים יכולים להוביל לשינוי חוקתי משמעותי. אמנם, תוצרי הרגע החוקתי עשויים להתגבש רק כעבור תקופה, אולם הרגע החוקתי עשוי לשמש כזרז המניע שינוי חוקתי פרדיגמטי. אם יש דבר כזה רגע חוקתי – מדינת ישראל חווה אותו בתקופה האחרונה. ההתנגדות הביאה להשעיית הליך החקיקה של סט הרפורמות הקיצוני. ה"בליץ ההונגרי" נבלם. ולאחר ש"מתווה העם" שפרסם נשיא המדינה נדחה על-ידי הקואליציה

6 Samuel Issacharoff, *Democracy Unmoored: Populism and the Corruption of Popular Sovereignty* 7–8 (Oxford University Press, 2023)

7 Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (Harvard University Press, 1991)

מיד אחרי פרסומו, והניסיונות להגיע להסכמות בין מפלגות הקואליציה והאופוזיציה בבית הנשיא לא צלחו לעת הזו, החליטה הממשלה להמשיך בשינוי המהפכני רק שהפעם הפיקה לקחים: במקום מהלך אחד כוללני, מקיף ומהיר – מעבר למהלך הדרגתי שיהיה מורכב מכמה מהלכים קטנים יותר. מהבליץ ההונגרי לסלמי הפולני, מונח המבוסס על הניסיון של נסיגת הדמוקרטיה בפולין. פרופ' ווצ'ייק סאדורסקי, שתיאר בספרו *Poland's Constitutional Breakdown* באריכות כיצד הדמוקרטיה קרסה בפולין, כותב שקשה לשים את האצבע על אירוע שהיווה את נקודת המפנה: אף חוק חדש, החלטה או שינוי נראה מספיק לזעקות "זאב, זאב". רק בבחינה בדיעבד אנו מבינים שהקו המפריד בין דמוקרטיה ליברלית לדמוקרטיה "מזויפת" נחצה. רגעי שמהווים קו הגבול לא נחזים כאלו כשאנו חיים אותם.⁸

כפי שהפרופסורים תום גינסבורג ועזיז חוק מראים בספרם *How to Save a Constitutional Democracy*, הבעיה המרכזית בשחיקה דמוקרטית היא שהאלמנט המרכזי שלה הוא ההדרגתיות המורכבת מהרכב צעדים קטנים שלעיתים רחוקות מהווים התקפה חזיתית על עקרונות היסוד של הסדר הליברלי-דמוקרטי. כאשר כל אחד מהאמצעים – שחלקם אף לגיטימיים במידה כזו או אחרת – נבחן בפני עצמו, קשה לומר שמדובר ב"הרס הדמוקרטיה". אך כאשר האמצעים נבחנים יחד באופן מצטבר השלם גדול מסך חלקיו. שחיקה דמוקרטית היא לרוב הליך הדרגתי ועדין אך כזה שמביא עדיין לריקבון משמעותי בשלושה מרכיבי יסוד של הדמוקרטיה: בחירות תחרותיות, זכויות ליברליות לחופש ביטוי והתאגדות, ושלטון החוק. בשיאה, שחיקה זו עשויה להביא לשינוי יסודי וכולל בשיטת המשטר של המדינה, כולל החדרת אלמנטים סמכותניים ואנטי-דמוקרטיים.⁹

מתמקדים בעצים – מפספסים את היער

"מינוי שני שופטים שמרנים זה דיקטטורה?", שאל המגיש שרון גל בראיון בערוץ 14. "נו", תהה בטוויטר ד"ר רפי ביטון, מהמשפטנים שקידמו את המהפכה המשטרית, "העמדה של סולברג [בעניין צמצום עילת הסבירות] היא קץ הדמוקרטיה?" לכאורה, קשה לתפוס כיצד

8 Wojciech Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown* (Oxford University Press, 2019).

9 Tom Ginsburg & Aziz Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy* 90–1 (University of Chicago Press, 2018).

שינוי יחיד – וכזה הנתפס לעתים כמינורי – מהווה פגיעה קשה באופייה הדמוקרטי של המדינה. אולם לאור המאפיין ההדרגתי של שחיקה דמוקרטית, אסור ליפול לרטריקה המתמקדת בכל שינוי – קטן ככל שיהיה – בפני עצמו.

טלו למשל את עילת הסבירות, המאפשרת לבית המשפט לבחון האם בעת קבלת החלטה מנהלית נשקלו כל השיקולים הרלוונטיים והאם ניתן להם משקל ראוי. השאלה האם צמצום של עילת הסבירות, כך שלא תחול על החלטות של הממשלה של השרים היא קץ הדמוקרטיה פשוט אינה השאלה הנכונה. השאלה הנכונה היא, האם צמצום של עילת הסבירות באופן שהממשלה הציעה היה מחליש את מוסדות האזיון והבלימה ושומרי הסף באופן שיביא לסכנה לדמוקרטיה ולזכויות? והתשובה על-כך חיובית. בראש ובראשונה, צמצום עילת הסבירות יקל לקדם את מה שמכונה בספרות 'פוליטיקה קיסרית'. בנייתם את השחיקה הדמוקרטית בפולין ובהונגריה, סאטא וקרולסקי תיארו פוליטיקה קיסרית כמבוססת על שלושה אלמנטים: ראשית, פטרוניות – מערכת בה סמכות פוליטית מבוססת על פטרון יחיד השולט על מערכת מורכבת של 'פרסים ועונשים'. מכיוון שגישה פרסונאלית לפטרון הכרחית לשם הישרדות פוליטית והעשרה כלכלית, פטרוניות נוטה למערכת פוליטית סגורה הפועלת באמצעות החלשת התחרויות הפוליטיות וצבירת כח; שנית, השתלטות על מוסדות המדינה, למשל באמצעות שליטה במפלגה השולטת במוסדות מדינתיים מרכזיים, לרבות בתי משפט וחברות ממשלתיות; ושלישית, פוליטיקה מבוססת זהות מדירה – שמטרתה להכשיר את השינוי המשטרי. שיח הזהות משומש אז כדי למצב את השליט או הפטרון כראש הקהילה ההומוגנית, המוקפת באחרים מסוכנים (כמיעוטים וזרים) המוצגים כאויבים. זהות-מבוססת פוליטיקה משמשת כדי לתת לגיטימציה להעצמת כוחו של השליט או המפלגה באמצעות רפורמות של מוסדות המדינה וחקיקה שמטרתה להגביל או לשלול זכויות וחירויות.¹⁰ צמצום עילת הסבירות יהיה שלב משמעותי בהחלשת הביקורת השיפוטית והתחזקות הרשות המבצעת באופן שיקל עליה לבצע השתלטות חוקתית ולקדם פוליטיקה קיסרית באמצעות פיטורים (למשל של שומרי סף), מינויי בעלי תפקידים מטעם הממשלה (או אי-מינוי בעלי תפקידים קבועים ומינוי ממלאי מקום שעצמאותם מוגבלת), וחלוקת תקציבים לסקטורים המקורבים לממשלה. כאמור, טוענים מקדמי המהלך, צמצום עילת הסבירות לא ישפיע על זכויות כי כל

Robert Sata & Ireneusz Pawel Karolewski, "Caesarean politics in Hungary 10 and Poland", 36(2) *East European Politics* 206 (2020).

פגיעה ממשלתית בזכויות תהא חייבת עדיין לעמוד בתנאי המידתיות הקבועה בחוקי היסוד וכי עדיין קיימות עילות ההתערבות האחרות כגון ניגוד עניינים או שיקולים זרים. אולם בהקשר של שחיקת הדמוקרטיה, טיעון זה מיתמם. אחרי שהממשלה תבטל את האפשרות של בית המשפט לבחון את סבירות החלטותיה – הסרת מגבלה משמעותית על הכוח השלטוני – מה ימנע ממנה לצמצם או לבטל עילות אחרות של המשפט המינהלי? כמוֹכֵן, מה תסייענה זכויות אדם או העילות האחרות של המשפט המינהלי כגון איסור הפליה והאיסור על שיקולים זרים אם משרות היועץ המשפטי לממשלה והיועצים המשפטיים למשרדי הממשלה כבר לא תהיינה עצמאיות? מי יאכוף אותן? ברור הרי שאיש שומרי הסף במשרדי הממשלה והחלפת בכירים ביועץ המשפטי ישפיעו רבות על שאלת אכיפת הזכויות החוקתיות והעילות האחרות של המשפט המינהלי. וכך גם לגבי השתלטות על בית המשפט.

משטרים פופוליסטים אינם חוששים מחוקים או חוקות, כי הם יכולים לשנותם. הם חוששים ממוסדות עצמאיים שיכולים לבלום את כוחם, ובראשם – בתי המשפט. לכן, הדבר הראשון שממשלות פופוליסטיות עושות עם עלייתן לשלטון זה להחליש את בית המשפט ואם אפשר – להשתלט עליו. אכן, ההשתלטות הפוליטית על המערכת השיפוטית במספר מדינות אירופיות הראתה שהאמונה שמועצות שיפוטיות מגינות מפני פוליטיזציה לא ראויה הייתה נאיבית מדי. התפתחויות בהונגריה, פולין, רומניה וסלובקיה חשפו שניתן להשתלט על בתי משפט ולהשתיקם יחסית בקלות.¹¹

לכן, מסוכנת ההצעה לשנות את הליך בחירת השופטים בהליך בו הקואליציה לבדה תמנה את השופטים, שכן היא עשויה לפגוע קשות בעצמאות השיפוטית. וכך גם לגבי האפשרות למנות נשיא בית משפט עליון בהתעלם מעקרון הסיניוריתי – אותו כלל בלתי כתוב המלווה אותנו מאז קום המדינה ולפיו ותיק שופטי העליון מתמנה לנשיא בית המשפט. מינוי נשיא בית משפט לא יהפוך את ישראל למדינה שאינה דמוקרטית, בין רגע. אולם "סיכול" של הדרג השיפוט העליון הוא לעיתים השלב הראשון בהשתלטות פוליטית ומהלכי פוליטיזציה נגד בתי משפט עצמאיים. כשאורבן, בהונגריה, וקצ'נסקי, בפולין, פתחו במסע לשלוט בבתי המשפט שלהם ולהשתמש בהם, הם דאגו ראשית להיפטר

David Kosař & Katarína Šípulová, "How to Fight Court-Packing?", 6(1) 11 *Constitutional Studies* 133 (2020); David Kosař & Katarína Šípulová, "Comparative court-packing", 21(1) *International Journal of Constitutional Law* 80 (2023)

מהנשיאים המכהנים אנדרס באקה ומאלגורזטה גרסדורף, שהעזו לצאת נגד הרפורמות במערכת המשפט. פולין והונגריה רחוקות מלהיות מקרים מבודדים בהם מנהיגים פוליטיים ניסו לבצע "הפיכה משטרית" באמצעות "השתלטות סלקטיבית" של נשיאי בית משפט. מאורעות דומים התרחשו למשל בקרואטיה, סלובקיה, צ'כיה, ובולגריה. למגמה זו יש רקע היסטורי בתקופה הקומוניסטית בה הרשות המבצעת שלטה בין היתר באמצעות נשיאי בית משפט נאמנים שסייעו לה. אבל, נשיאי בתי משפט באירופה נאבקו חזרה נגד המהלכים להיפטר מהם. הנשיאה הצ'כית איבה ברוזובה, הצליחה לבטל את העברתה מתפקיד באמצעות בית המשפט החוקתי. נשיא בית המשפט העליון ההונגרי, אנדראס באקה, הפסיד מול בית המשפט החוקתי ההונגרי (שנשלט אז בידי הממשלה), אך פתח אפשרויות לשופטים אחרים באירופה, כשעתר נגד העברתו מתפקיד לבית המשפט האירופי לזכויות אדם, שם זכה (באיחור) לצדק. כשהנשיאה הפולנית של בית המשפט התמודדה עם העברתה מהתפקיד היא הפעילה, בהצלחה, את בית המשפט האירופי לצדק שבלם את פיטוריה. כלומר, יש באירופה כיום שכבת הגנה לנשיאי בתי משפט נגד השתלטות על התפקיד.¹² בישראל, אין בנמצא שכבת הגנה זו. יש לנו רק המנהג של הסניוריטה והוועדה לבחירת שופטים. ואת שני אלו הממשלה רוצה לשנות, כדי לקבל שליטה בבית המשפט. והיות שבית המשפט הוא הבלם האחרון בפני נסיגה חוקתית, מרגע שבית המשפט נשבה בידי הממשלה, הרבה יותר קל להחליש את יתר המוסדות הדמוקרטיים.

כדוגמה אחרונה, טלו את פסקת ההתגברות, שאמורה לאפשר לרוב בכנסת ל"התגבר" על פסיקת בית המשפט ועל ההגבלות החוקתיות ולחוקק חוק שאינו חוקתי. שמה של רפורמה זו תמים לכאורה. הרי זו רק "פסקה", שם המרמז על שינוי מינורי ולא על מהפכה חוקתית. ו"התגברות" זה בכלל מונח בעל קונטציה חיובית – הוא משקף ניצחון. ובשיח הציבורי, מונח זה נתפס כמשהו מוסדי ומרוחק – זוהי פסקה שתאפשר לכנסת, נציגת העם, "להתגבר" על בית המשפט. אך למרות שמה התמים, חקיקת פסקה כזו עשויה לשנות משמעותית את מעמד זכויות האדם בישראל. הכוונה ב"פסקה" זו היא לשנות את חוקי היסוד כך שהכנסת תוכל לחוקק חוקים הפוגעים בזכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכוללות, בין היתר, את הזכות לחיים, לפרטיות, לשוויון, לחירות, ולקניין. חשוב לציין כי גם כיום, הזכויות המעוגנות בחוק היסוד אינן זכויות מוחלטות. חוק היסוד

David Kosař & Katarína Šipulová, "Chief Justices in Central Europe — 12
Supranational Swords and Shields as a Gamechanger?", forthcoming

קובע כי הכנסת יכולה לחוקק חוק הפוגע בזכויות המוגנות בחוק אם הוא עומד בתנאים מסוימים: אם הוא תואם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם הוא נועד לתכלית ראויה, ואם הוא מידתי. אם תחוקק פסקת ההתגברות, הכנסת תוכל לפגוע בזכויות בלא להידרש לעמוד בתנאים אלו – או בתנאים בכלל. ואם הרוב הדרוש לחקיקת פסקת התגברות יהיה 61 חברי הכנסת, אין בכך כל הגבלה על כוחו של הרוב, שכן לכל קואליציה יש 61 אצבעות אותן יכולה להפעיל באמצעות משמעת קואליציונית. מבחינה ריאלית, חקיקת פסקת התגברות היא מהלך בלתי הפיך. פורמלית, כנסת אחרת תוכל לבטלה, אולם הסיכוי שכנסת עתידית תבחר להתפרק מכח שנמצא בידיה הוא נמוך ביותר, מהסיבה הפשוטה שאף ממשלה לא תוותר על מנגנון שמקנה לה כוח מוחלט. התמונה המצטיירת ממגוון ההצעות של הממשלה היא של מערכת פוליטית הנחושה להסיר מעצמה כל מנגנון בקרה, איזון או בלימה, והחותרת בהחלטיות להשגת מטרה זו. לפוליטיקאים המבקשים להסיר מגבלות מהכוח השלטוני, כדי שיוכלו לקדם מדיניות או חקיקה, יש בעיקר שתי אפשרויות: האחת היא להחליש את הגופים העצמאיים והמשפטיים – ובראשם יועצים משפטיים ובתי משפט – שיש להם סמכות להצביע על פעולות לא חוקיות של השלטון. השנייה: להשתלט על אותם גופים, וכך השלטון יודא שאותם גופים פועלים באופן שתואם את רצונו. שתי האפשרויות משלימות זו את זו. דרך פעולה משולבת זו, של החלשת בתי המשפט מחד גיסא והשתלטות עליהם מאידך גיסא, נפוצה במדינות הנתונות בשחיקה דמוקרטית. לכן, יש להבין, כל אחת מההצעות בתוך ה"רפורמה" בעייתית בפני עצמה, אך האפקט המצטבר שלהן הוא מהפכני. התייחסות נפרדת לכל הסדר, מחמיצה את העיקר; רואים את העצים – מחמיצים את היער.

הכמות הופכת לאיכות

בחלק הקודם טענתי שגם אם מהלך מסוים בפני עצמו לא מהווה מהפכה משטרית, יש אפקט מצטבר בעל השפעה כאמור. הדבר דרוש הסבר. לאורך ההיסטוריה, פילוסופים ומדענים הציעו את התזה ששינויים קטנים בודדים, שאין בכוחם לחולל שינוי איכותי, בשלב מסוים עושים בדיוק את זה: הכמות משתנה לאיכות. הפילוסוף יובלידס, שאל את הפרדוקס הבא: האם גרגר חול אחד הוא ערמת חול? התשובה היא – לא. ואז שני גרגרי חול הם ערמה? שוב, התשובה היא לא. אם נמשיך להוסיף גרגרי חול בודדים – באיזו נקודה הם יהפכו לערמה? ברור כי הצטברות מספרית של שינויים קלים עשויה להביא

לשינוי פרדיגמטי גדול. הרעיון שבתנאים מסוימים אפילו דברים קטנים יכולים לגרום לשינויים גדולים מוצא את ביטוייו בכל מיני אמירות ופתגמים מודרניים: "הקש ששבר את גב הגמל", "טפטוף מתמיד שוחק בסופו של דבר את האבן", "מוות באלף חתכים", וכן הלאה.

הפילוסוף הגרמני, גאורג וילהלם פרידריך הגל, היה אולי הראשון שהצביע על משמעות המעבר מכמות לאיכות באבולוציה החברתית. הגל תיאר דיאלקטיקה של קיום המכילה שלוש רמות של איכות, כמות ומידה: איכות הוא מאפיין הזהה לקיום; דבר חדל להיות מה שהוא אם הוא מאבד את איכותו. כמות, לעומת זאת, היא מאפיין חיצוני לקיום שאינו משפיע עליו. לדוגמה, בית נותר בית בין אם הוא גדול או קטן. אדם נשאר אדם בין אם הוא בהיר או כהה. מידה, הדרגה השלישית של קיום היא איחוד של שני המאפיינים הראשונים. זוהי "כמות איכותית" (qualitative quantity). לכל הדברים יש מידה. המאפיינים הכמותיים של קיום יכולים להשתנות בלי להשפיע על איכותו. אך יש גבול להעלאה או להפחתה זו, שבחצייתו האיכות משתנה. כך, למשל, בשלב מסוים הפחתה הדרגתית של טמפרטורה של מים מגיעה לנקודה בה האחדות עוברת שינוי איכותי והמים הופכים לקרח. במילים אחרות, גם לשינוי הדרגתי ומינורי יש גבול ובנקודה מסוימת שינוי קל עשוי להביא לשינוי איכותי. אנגלס, מקריאתו את הגל, הבהיר בעבודתו אודות הדיאלקטיקה הנוגע להפיכת שינויים כמותיים לשינויים איכותיים: כל ההבחנות האיכותניות בטבע נשענות על שינויים בהרכבים כימיקליים או שינויים כמותיים או צורות אנרגיה. לא ניתן לשנות איכות של גוף בלי תוספת או הפחתה של חומר או תנועה, כלומר בלי שינוי כמותי של הגוף. ניתן למצוא את העיקרון הדיאלקטי של מעברים בין כמות לאיכות בתחומים מדעיים שונים, כמו פיזיקה וכימיה. ברור לנו, למשל, ששינוי ממצב גז לנוזל או למוצק, קשור בדרך כלל לשינויים בטמפרטורה ולחץ. בדיוק את הרעיון הזה של שינויים מצטברים שמתורגמים לשינויים רדיקליים – או במילים אחרות הפיכת הכמות לאיכות – יש להחיל גם לגבי שינויים חוקתיים; ההצטברות של שינויים קלים עשויה להביא לשינוי פרדיגמטי גדול.

הניחו את התרחיש הבא: מדינה העוברת תהליך של שחיקה דמוקרטית. בניסיון לתפוס את בית המשפט, מבצע השלטון שינויים חוקתיים במערכת המשפט תוך ערעור עקרונות ההפרדת הרשויות והעצמאות השיפוטית. כל שינוי כשלעצמו אינו מהווה החלפה חוקתית אסורה או שינוי חוקתי מהפכני. אף אחד מהשינויים אינו נוטש מיסודו את עקרונות היסוד של הסדר החוקתי ומחליף אותם חדשים. אילו השינויים היו כאלו מהפכניים, ניתן

היה להתמודד עימם באמצעות דוקטרינת ה"תיקון החוקתי שאינו חוקתי" האוסרת על שינויים חוקתיים הפוגעים בליבת מאפייני היסוד של הסדר החוקתי, ולמעשה מחליפים את זהותו בחדשה.¹³ אולם, גם כאשר שינויים הדרגתיים ומינווריים נבחנים באופן מצטבר, גם הם עשויים להביא להחלפה חוקתית.

מה על בית המשפט לעשות?

"שיטת הסלמי" מציבה אתגר בפני בתי משפט הנדרשים להכריע בשאלת החוקתיות של שינוי חוקתי כזה או אחר. בתי משפט רגילים, בדרך כלל, לבחון את האפקט של השינוי המסוים שהובא בפניהם, ואותו בלבד. אולם בתהליך הדרגתי של שחיקה דמוקרטית כל שינוי כשלעצמו עשוי להראות ככזה שהשפעתו על הסדר הדמוקרטי אינה מגיעה לרף המצדיק פסילה – שלילת הליבה של מאפייני היסוד של המדינה. מה יעשה בית המשפט כאשר התמקדות בשינוי אחד במנותק מההקשר הכללי אינה מאפשרת להעריך נכון את השפעתו?

ד"ר תמר הוסטובסקי ברנדס ואני טענו כי כאשר בית משפט בוחן חוקתיות של שינוי אשר עשוי להשפיע על הסדר הדמוקרטי, עליו לבחון את השינוי בהקשר הרחב שבו הוא נעשה, כחלק מסדרת שינויים, ולקחת בחשבון את השפעתם המצטברת.¹⁴ הרי ייתכן שהשינוי עצמו העומד לבחינה חוקתית כשלעצמו פוגעני במידה מועטה, אך – כמו גרגר החול שהופך גרגרים לערמה – תורם תרומה איכותית לשינוי הערך החוקתי המושפע מהשינוי, ולכן כאשר נבחן יחד עם תיקונים קודמים, ניתן לראות בו "הקש ששבר את גב החוקה".¹⁵

13 Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments* (Oxford University Press, 2017).

14 Yaniv Roznai & Tamar Hotovsky Brandes, "Democratic Erosion, Populist Constitutionalism, and the Unconstitutional Constitutional Amendments Doctrine", 14(1) *Law & Ethics of Human Rights* 19 (2020).

15 Yaniv Roznai, "The Straw that Broke the Constitution's Back? Qualitative Quantity in Judicial Review of Constitutional Amendments", in Alejandro Linares-Cantillo, Camilo Valdiviesos-Leon and Santiago Garcia-Jaramillo (eds.), *Constitutionalism: Old Dilemmas, New Insights* 147 (Oxford University Press, 2021).

בנוסף, טענו כי ההצדקה להתערבות שיפוטית חזקה במיוחד לגבי שינויים הפוגעים בעצמאות בתי המשפט, כדי להתמודד עם טקטיקה פופוליסטית של השתלטות פוליטית על בית המשפט ונטרול שומרי הסף כשלב ראשון, ואז מעבר לחקיקת השינויים הנוספים אחרי שהמוסדות העצמאיים שיכלו לבלום את הממשלה הוחלשו או נשלטו.

בדיקת האפקט של ההשפעה המצטברת קלה יותר כשמדובר במהלך אחרי סדרת מהלכים המבקשים להחליש את המוסדות הדמוקרטיים. אולם, שינוי שנראה לכאורה מינורי יכול להיות גם שינוי שיפתח את הדלת ליתר מהלכי ההפיכה המשטרית. במילים אחרות, תמונת המבצר הנופל בהירה יותר אחרי נפילת הלבנה השלישית או הרביעית בחומה, אולם מה לגבי הלבנה הראשונה? אם הממשלה תעביר בכנסת את אחד מחוקי ההפיכה המשטרית, למשל, שלילת יכולתו להפעיל את עילת הסבירות על החלטות ממשלה ושרים, ובהנחה שתוגש נגד שינוי זה עתירה, כיצד על בית המשפט לבחון את ההשפעה של אותו חוק ספציפי?

ראשית, ככל שהפגיעה בבית המשפט, ובשומרי סף אחרים, גדולה יותר, ההצדקה להתערבות חזקה יותר. הניסיון ההשוואתי מלמד שברגע שבית המשפט מנוטרל, קשה עד בלתי אפשרי לעצור את הפגיעה בדמוקרטיה. בישראל, שבה מנגנוני הבקרה על הרשות המבצעת חלשים במיוחד, שינויים המצמצמים את יכולתו של בית המשפט לבקר פגיעה בשלטון החוק, או שינויים הפוגעים בעצמאותו הם בבחינת דגל אדום. בבדיקת חומרת הפגיעה בבית המשפט יש לקחת בחשבון את האופן שבו צמצום סמכותו יאפשרו לרשויות האחרות לפגוע בשלטון החוק. כך, למשל, ההצעה שלא לאפשר ביקורת שיפוטית בעילת הסבירות על אי הפעלת סמכות על ידי הממשלה או השרים נראית אולי זניחה, אבל היא דרמטית. משמעה שלא רק שהשרים יוכלו להחליט להחליף שומרי סף בנאמני הממשל אלא אפילו שלא למנות יועצים משפטיים או שומרי סף אחרים, ובכך להחליש את הביקורת.

שנית, יש להביא בחשבון, בבחינת המשמעות של השינוי החוקתי, גם את ההקשר הכללי בו הוא נעשה. יש לשקול, בין היתר, את העובדה ששינויים נוספים כבר עברו קריאה ראשונה, כמו למשל הגבלת סמכותו של בית המשפט העליון לפסול חוקי היסוד, ושינוי שיטת בחירת השופטים, והם מונחים על שולחן הכנסת לחקיקה מיידית. יש להביא בחשבון את הצהרות השרים וחברי הכנסת של הקואליציה על כך שהם מתעתדים להמשיך בהליך החקיקה של השינויים החוקתיים הנוספים, ויש להביא בחשבון הצעות חוק נוספות המונחות על שולחן הכנסת אשר יש להם פוטנציאל לפגוע בליבה

הדמוקרטיה של המדינה. לא צריך להרחיק את הדמיון לתחזיות דמיוניות ואף לא את מבטנו למדינות אחרות. כל שנדרש הוא להקשיב לבכירים בקואליציה המדברים על כך שביטול עילת הסבירות הוא רק "הסלטים, לפתיחת התאבון", כפי שהכריז בראיון טלוויזיוני השר איתמר בן-גביר.

בית המשפט העליון כבר קבע כי הכנסת אינה מוסמכת לשלול את מאפייני הליבה של המדינה כיהודית ודמוקרטית, אף כאשר היא מכוננת או מתקנת חוקי יסוד. אולם כיום, דמוקרטיות אינן מתות בחוק אחד מהפכני אלא בסדרת מהלכים חוקיים, עדינים והדרגתיים. במלים אחרות, מאפייני הליבה של הדמוקרטיה לא יקרוסו בחוק אחד אלא יכורסמו בהדרגתיות. כשם ש"דמוקרטיה מתגוננת" המאפשרת פסילת מפלגות המבקשות לחתור תחת הדמוקרטיה מניחה את הבלם בתחילת ההליך הפוליטי, כך גם דוקטרינת התיקון החוקתי שאיננו חוקתי נדרשת להתאים עצמה לעידן של שחיקה דמוקרטית, ולהגן על אותם גופים שהפלתם תסלול את הדרך לנסיגה הדמוקרטית.¹⁶

הפרנקנסטייט

הבחינה של כל הסדר בפני עצמו בעייתית לא רק מבחינת האלמנט המצטבר שנזנח אלא גם שמבחינה רטורית יותר קל לנסות ולהצדיק אותו ברמה ההשוואתית. הפרופסורים דיוויד לנדאו ורוסלינד דיקסון מכנים זאת Abusive Borrowing – שימוש לרעה בהשאלה ממדינות אחרות.¹⁷ לכן אסור ליפול ברטוריקה המבקשת להצדיק כל אחד משינויים המוצעים בכך שהסדר קיים, באופן כזה או אחר, במדינות אחרות. אכן, במדינות כמו קנדה או פינלנד יש פסקת התגברות. יש מדינות, כמו ארצות הברית או גרמניה, שהשופטים לערכאה העליונה או החוקתית נבחרים פורמאלית בידי גופים פוליטיים. אבל לא ניתן לעשות השאלה רק של מנגנונים מסוימים ממדינות אחרות בלי לבחון כיצד הם פועלים במסגרת חוקתית שלמה ובמנותק מההקשר החוקתי, התרבותי וההיסטורי בו הם פועלים.

16 תמר הוסטובסקי ברנדס ויניב רוזנאי "בית המשפט חייב להסתכל על כל ההפיכה" הארץ (21.7.2023).

17 Rosalind Dixon & David Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy* (Oxford University Press, 2021).

כך, למשל, אפשר לאמץ את מודל מינוי השופטים האמריקאים אם מאמצים גם חוקה נוקשה, מגילת זכויות מלאה, הפרדת דת ומדינה ומשטר פדראלי. אך יותר מכך. כפי שמציינים ש"י אגמון ונעם גדרון: "נציגי מפלגות הימין מדברים על סדרה של רפורמות, שעל כל אחת מהן אפשר לנהל דיון מושכל, עם דוגמאות ממדינות אחרות בהן נהוגה מדיניות דומה, אבל הוא מתעלם מהשאלה כיצד צירופן יחד ישפיע על הדמוקרטיה הישראלית." כפי שמציינת פרופ' קים ליין-שאפלי מפרנסטון, השילוב של מנגנונים "סבירים" בפני עצמם ושקיימים במבט השוואתי יוצר דמוקרטיה מפלצתית – 'פרנקנסטיין' – מדינת פרנקנשטיין.¹⁸ לכן, אגמון וגדרון צודקים: "הסכנה האמיתית: הצטברות רפורמות סבירות לכדי שלם שגדול מסך חלקיו, היא שלם שייצור פה דמוקרטיה שונה מאוד מזו שאנו מכירים: מדינת פרנקנשטיין. שם הסכנה, מולה צריך להיערך, ולכן חשוב להכין את הציבור הליברלי בישראל".¹⁹

סיכום

כפי שסטיבן לביצקי ודניאל זיבלט מתארים בספרם *How Democracies Die* מחסלי הדמוקרטיה משתמשים כיום בכלים משפטיים, עדינים והדרגתיים כדי לחסלה. דמוקרטיות כיום מתות בשקט ובאופן הדרגתי וכמעט סמוי מן העין.²⁰ למתבונן מבחוץ שלא שם לב לפרטים, מדינה המצויה בעיצומה של "השתלטות חוקתית" נראית נורמלית לחלוטין – שכן אין טנקים ברחובות. וזו הסכנה האמיתית.

'פרדוקס האיש הקירח' מציג אדם עם ראש שיער מלא שברור שאינו קירח. הסרת שיערה יחידה מראשו לא תהפוך אדם לקירח. אך ברור כי המשך תהליך זה עלול בסופו של דבר להביא להתקרחות. באופן דומה, שחיקה דמוקרטית מאופיינת בכך שהיא נעשית בחלקים, בין היתר באמצעות שינויים חוקתיים אשר עשויים להיראות, על פניהם, כמינוריים, אולם שהאפקט המצטבר שלהם בפועל הוא פגיעה משמעותית במוסדות

Kim Lane Scheppele, "The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work" 26(4) *Governance* 552 (2013)

אגמון, ש"י ונעם גדרון "מדינת פרנקנשטיין" נבנית משילוב של רפורמות לגיטימיות" הארץ (8.11.2022).

Steven Levitsky & Daniel Ziblatt, *How Democracies Die* (Penguin Random House, 2019)

ההפיכה המשטרית בישראל כפרויקט חוקתי פופוליסטי

ובמרכיבים הדמוקרטיים במדינה עד לשינוי משטרי של ממש. עלינו להישמר פן נמצא עצמנו, בסיום התהליך, קירחים מכל המנגנונים שאמורים לבלום ולרסן את הכוח השלטוני. היציאה בחודש יולי של עשרות אלפי ישראלים לרחובות נגד מרכיב אחד בהפיכה המשטרית – ביטול עילת הסבירות – שינוי אחד שעשוי להיתפס כקטן יחסית, מראה שהישראלים מבינים היטב את הסכנה הזו.²¹

Nadiv Mordechay, "Massive Protests Show Israelis Understand Democracies 21
Die Gradually", *Haaretz* (July 11, 2023).