

Israel's Paradox of Authority

Yoav Sivan

**The Socio-Legal Studies Association conference April
2023**

All rights reserved

www.YoavSivan.com

yoav@YoavSivan.com

Copyright Yoav Sivan

NOW

- Israel in turmoil over an ambitious institutional reform focusing on the judiciary, promoted by a new rightwing coalition headed by a veteran PM
- Both proponents and opponents claim to act in the name of democracy

We will explain

- NOW. Current turmoil
- BACK to ZERO: Israel's paradox of authority

Can both be RIGHT?

YES!

FOR

- Supreme Court's Constitutional Revolution (1990s) was an overreach
- More say to parliament in judiciary's makeup and review of decisions
- Reform is democratically legit and aims to democratize the judiciary

AGAINST

- The court is the most effective check on parliament and government
- More say to parliament is more say to government
- Reform will compromise judiciary's independence
- Proponents act in bad faith or out of personal interest (PM is facing criminal charges)

But both are also WRONG

Methodology: Start from zero

- Identify an authority with its official record (gazette)
- Start from zero, decision #1
- This is unusual: History, especially legal history, moves backwards, not forwards, e.g., when the court tackles a question, it looks back “enough” to find an answer
- New conceptualization of **Constitutional Order**: an abstraction of institutional decision-making

May 14, 1948: A brand new state, authority, and literally a new page (the Official Gazette)



Proclamation of Establishment of the State of Israel

Unknown/ignored by court & academia:

- An official decision, #1
- Promulgated in Arabic and Hebrew



Origin of Israel's Paradox is the Commitment to Constitution

- In the Proclamation, Israel commits to a constitution (below)
- Commitment & deadline included to echo UN Resolution 181

UN Resolution 181, November 29, 1947

to establish residence in the area of the proposed Jewish State, except by special leave of the Commission.

10. The Constituent Assembly of each State shall draft a democratic **constitution** for its State and choose a provisional government to succeed the Provisional Council of Government appointed by the Commission. The **constitutions** of the States shall embody chapters 1 and 2 of the Declaration provided for in section C below and include *inter alia* provisions for:

(a) Establishing in each State a legislative body elected by universal suffrage and by secret ballot on the basis of proportional representation, and an executive body responsible to the legislature;

(b) Settling all international disputes in which

résidence sur le territoire de l'Etat juif envisagé, sauf autorisation spéciale de la Commission.

10. L'Assemblée constituante de chaque Etat élaborera une **constitution** démocratique pour cet Etat et choisira un gouvernement provisoire qui succédera au Conseil provisoire de gouvernement désigné par la Commission. Les **constitutions** des Etats devront comprendre les clauses énoncées aux chapitres 1er et 2 de la Déclaration prévue à la section C ci-dessous et, entre autres, des dispositions:

a) Créant dans chaque Etat un corps législatif élu au suffrage universel et au scrutin secret sur la base de la représentation proportionnelle, ainsi qu'un organe exécutif responsable devant le corps législatif;

b) Permettant de régler, par des moyens pacifi-

WE DECLARE that, with effect from the moment of the termination of the Mandate being tonight, the eve of Sabbath, the 6th Iyar, 5708 (15th May, 1948), until the establishment of the elected, regular authorities of the State in accordance with the Constitution which shall be adopted by the Elected Constituent Assembly not later than the 1st October 1948, the People's Council shall act as a Provisional Council of State, and its executive organ, the People's Administration, shall be the Provisional Government of the Jewish State, to be called "Israel".



עתון רשמי מס' 2 מיום י"ב באייר תש"ח — 21 במאי 1948

חוקת א'

התוכן:

עמוד	התוכן
1	פקודת סדרי השלטון והמשפט, מס' 1 לשנת תש"ח — 1948
5	פקודת הבולים, מס' 2 לשנת תש"ח — 1948
6	פקודת אגרות (לאומיות ודגל), מס' 3 לשנת תש"ח — 1948

פקודת סדרי השלטון והמשפט

מס' 1 לשנת תש"ח — 1948

בתוקף הסמכות שנקבעה למועצת המדינה הזמנית בהכרזה על הקמת מדינת ישראל מיום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) ובמגשר מאותו יום, מחוקקת בזה מועצת המדינה הזמנית לאמור:

פרק ראשון: השלטון

1. (א) מועצת המדינה הזמנית מורכבת מהאנשים הנקובים בשמותיהם בתוספת לפקודה זו.
 נציגיהם של ערבים תושבי המדינה המכירים במדינת ישראל ישותפו במועצת המדינה הזמנית כפי שיוחלט על ידי המועצה; אי-השתתפותם במועצה לא תגרע מסמכותה.
 (ב) מועצת המדינה הזמנית קובעת בעצמה את סדרי ישיבותיה ועבודתה.
2. (א) הממשלה הזמנית מורכבת מהאנשים הנקובים בשמותיהם בתוספת לפקודה זו.
 נציגיהם של ערבים תושבי המדינה המכירים במדינת ישראל ישותפו בממשלה הזמנית. כפי שיוחלט על ידי מועצת המדינה הזמנית; אי-השתתפותם בממשלה הזמנית לא תגרע מסמכותה.
 (ב) הממשלה הזמנית תפעל על פי קוי המדיניות אשר יתוו על ידי מועצת המדינה הזמנית. תוציא לפועל את החלטותיה. המסור לה דין וחשבון על פעולותיה. ותהיה אחראית בפעולותיה בפני מועצת המדינה הזמנית.
 (ג) הממשלה הזמנית תבחר באחד מחבריה להיות ראש הממשלה, ותקבע את התפקידים של כל אחד מחבריה. חבר הממשלה הזמנית יקרא שר.
 (ד) הממשלה הזמנית רשאית להעניק סמכויותיה לראש הממשלה ולכל אחד מהשרים במידה שאין הדבר סותר אחת הפקודות של מועצת המדינה הזמנית.

Official Gazette No. 2 (May 21, 1948)

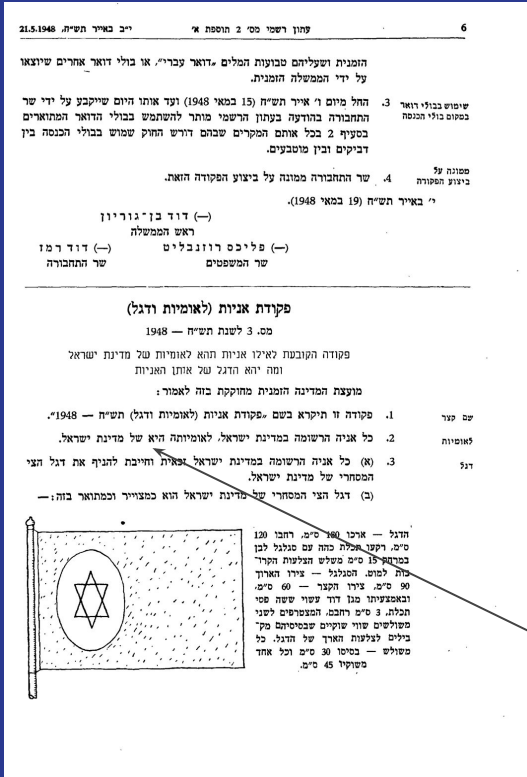
Law and Administration Ordinance

- Institutional design (executive, legislature)
- Established the law of the land
- Procedure of legislation: how a bill becomes law
- Continuation: British Palestine's law is restored
- Status of English is revoked: Arabic and Hebrew remain official languages
- Thoughtful and reasonable
- Format is clean, language straightforward, definitions make sense
- An elaborate enacting clause that specifies the decision-making body and its authority in making the decision

Official Gazette: No. 2 to 50 May 1948 to February 1949

- Format is clear (letterhead)
- Language is clear and straightforward
- Attention to detail
- Appears in both official languages Arabic & Hebrew
- Laws preceded by an enacting clause and are signed
- Decisions are numbered

Only place Israeli law recognizes Israeli nationality

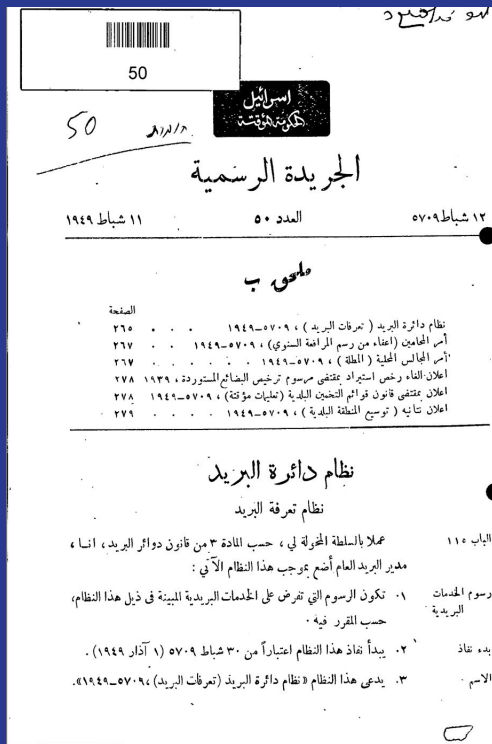


Enacting Clause: Marking the decision-maker

- Relate the authority of decisions to that of the decision-maker
- A common practice everywhere
- Part of the “full” decision, renders a decision meaningful
- **(United States)** Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled.
- **(United Kingdom)** Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—.
- **(Germany)** Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen, ...
- **(Chile)** Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente.
- **(Canada)** Sa Majesté, sur l’avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

Enacting clause is everywhere

- **Practice among companies, institutions, even individuals: everybody who makes official decisions**
- **Every email issued identifies its writer with something akin to an enacting clause**
 - Personal vs official email
 - Separation of personal & official: Immanuel Kant's *What is Enlightenment?*
- **In spoken decisions** (when identity of speaker is known, it is the source of authority of action that is specified)
 - U.S. marriage pronouncement: "by the power vested in me..."
 - Jewish formula: "Blessed are You, LORD our God, King of the universe, Who... commanded us..."



Official Gazette: No. 50

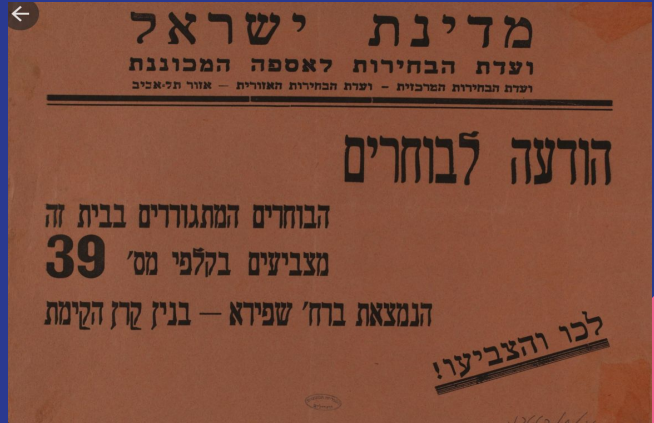
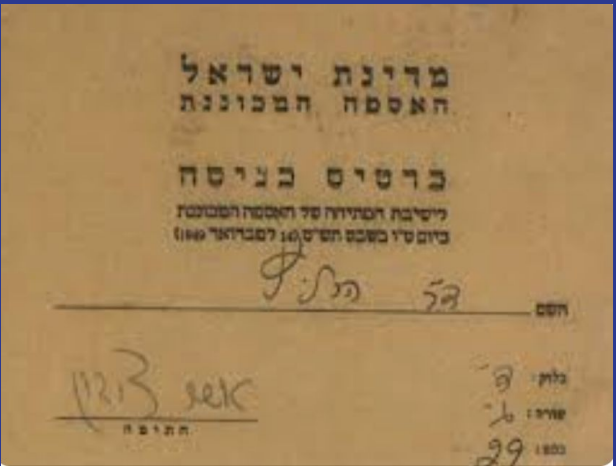
The most recent Israeli law to be promulgated in Arabic

Israel goes to the polls for the first time on January 25, 1949 and elects the **CONSTITUENT ASSEMBLY**



Delegates

- elected for specific role
- take an oath of office to fulfill duty



ישיבת הפתיחה של האסיפה המכוננת

ט"ז בשבט תש"ט (14 פברואר 1949)

ירושלים, בית המכוננת היהודית, שעה 16

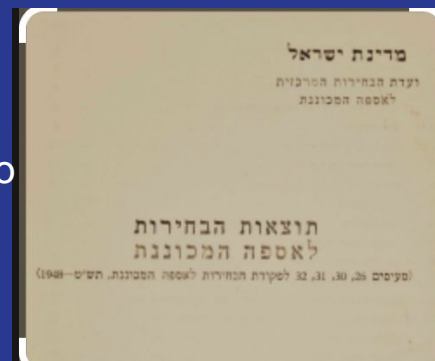
א. הטקסט

1. נשיא מועצה המעוין המנית ד"ר חיים ויצמן
בנס לאולם ותוסס את מקומו.
2. "התקוה".
3. נאום ד"ר חיים ויצמן.
4. הנהרת הצירים.
5. בחירת יושב ראש.
6. דיונים.
7. בעילה.
8. "התקוה".

On **February 14, 1949** the Constituent Assembly convenes in Jerusalem, delegates are sworn in, a speaker is elected. The next question proves insurmountable:

How many deputy speakers should be appointed to the assembly?

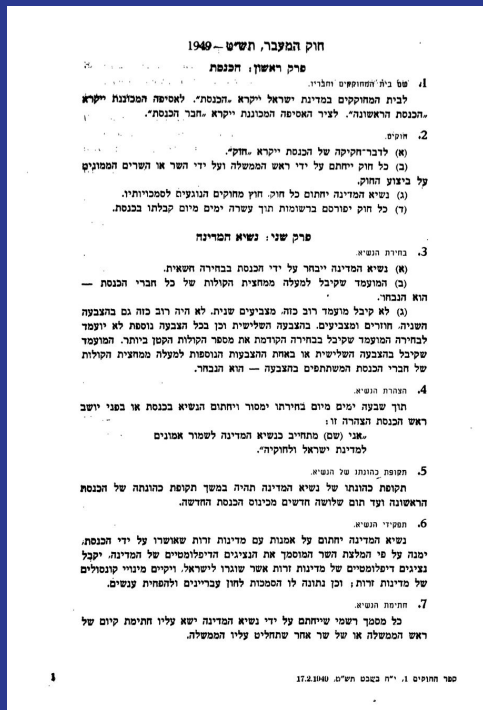
- Assembly is distracted immediately
- Debate is "Disgrace"
- Ben-Gurion speaks only once, explaining that the assembly is "sovereign" to choose any number of deputy speakers. Delegate Menahem Begin in response insists on hearing from the justice minister on whether the assembly has the authority to decide the question



An impasse! The way out?

The Combina (workaround) of February 16, 1949

- A Decision which is not an official constitution: The **Transition Law**
- Institutional design (executive, legislature)
- Problematic procedure of legislation
- Obfuscating language and definitions
- No enacting clause
- The constituent assembly renames itself “First Knesset” and “merges” with a new legislature (See next slide)
- Breach of trust of delegates who took an oath of office
- Impossible to promulgate in Official Record. Solution? Starting a new Record (**Reshumot**), only in Hebrew.



הישיבה הרביעית של האסיפה המכוננת

י"ז שבט תש"ט (16 פברואר 1949)
ירושלים, בית הסוכנות היהודית, שעה 16.38

חוק-המעבר, תש"ט - 1949

הו"ר י. שפרינצק:
(מינה אל הו"ר) האם אתם מציע לעבור ישר להצבעת כל סעיף וסעיף או לקרוא תחילה את כל החוקה?
הו"ר י. שפרינצק:
אני מציע להצביע אחרי כל פרק.

- 1. אידישטון (יו"ר ועדת-החוקה):
אני מציע להודיע כי חלק מהדברים הברורים ברוב דעות, וכן לא הצלחנו בעבודתנו עד כדי כך, שלא הובאנה להצבעת הבית דעות מסתייבות.
2. (א) דבר-החקיקה של הכנסת ייקרא "חוק".
(ב) כל חוק יחתם על ידי ראש-הממשלה ועל-ידי הנשיא או השרים הממונים על ביצוע החוק.
(ג) נשיא-המדינה יחתום כל חוק, חוץ מתוקים הנוגעים לסמכויותיו.
(ד) כל חוק יפורסם במגילת-המדינה הוד עשרה ימים מיום קבלתו בכנסת.

אנב, "מגילת-המדינה" - הוא השם החדש אשר ינתן מעכשיו למה שקראו עד כה, "תנ"ך ושמ"ך".
בסעיף 1 של פרק זה לא חזרתי, בנוגע לפסוק הראשון שבו היה מספר קולות שהיו בעד זה שישאיר את הפסוק כמו שהוא, בנוגע להצעת האומרת לקרוא רק בשמות המוסדות הקשורים בעבודת הבית הזה. זאת אומרת, בשם המוסד אשר בו אנחנו יושבים, אבל לא לקבוע עדיין היום, מה יהיה השם בו ייקרא להבא הכנס השני של הבית-הנבחרים שיבחר עם חום הקופטנות.

ישנה כאן גם תחלופות נולפת שקבענו "ציריכה" נסת"י, מן פנקס רוצה לתנן על ההצעה "תברר-הכנסת".
לסעיף 2 (א) יש הצעה נוסח אחר, מקביל, אשר עליו יגן מר בליז.

כן ישנן שתי הצעות יותר כלליות, מר וילנר מציע לקבוע את השם עזרות הכנסת הראשונה כבר כרגע, כאן לא נקבע מה הוא מרק-האופן הכנסת הראשונה רשאית תהיה לכהן. מר וילנר, בהצעת המיעוט שלי, גן על דעתו שמרק-האופן יקבע כבר עכשיו.

גן ורמפטיני היתה הצעת-מיעוט לחוסף לפעין 2 - סעיף-קט"ה, אשר בו דובר על זה שתבוקים מלי-יים לא תהיה אפשרות של חקיקה רטרואקטיבית. אני

הו"ר י. שפרינצק:
אני מוחה את הישיבה הרביעית, אנו נוון עכשיו כמעט אחר: חוק-המעבר, אבקש את יו"ר ועדת-החוקה להציע על מסקנות העודה.

י. אידישטון (יו"ר ועדת-החוקה):
למי שאקרא לעופים את הצעת חוק-המעבר, כמה מלים להבדיר. אני זאת עדיין החוקה, אשר למה צטרף לנוח לא חזינו הפארלאמנטאריים. זהו רק חוקי מעבר שיאפשר לנו באופן לגאלי לכחול במסורת השלטון המוציא לפועל ובנושא אשר ישמל את המדינה. אולי בחוקת-העבר זו החסרון משנה מחוסר המאורגן אסטרטגי זה. העבודה הקשה והברורה של חוקתנו החדשה שלנו ועדת-החוקה של המועצה אשר היתה לנו, שר השמשנו בחומר שהושג לנו, היתה שמונה-עשרה השעות של דעת הבית הזה - לא יכלו כמובן ללא חסר זה. נדמה לי, על כל מרים, שאח הבררים העיקריים, המאפשרים לנו לאתר קבלת החוק לנשת לעבודת מדינתנו, מסודרת ולנפלת של הבית הזה והשלטון בסוף נדק בעניני בחוקי-המעבר לכפ.

בר-העבר, חלופות השמות לכבס שהיו כמה וכמה, היתה היתה המונגנת בענינים אשר נגזר לנו כך גרים מנתו והנשיאים אשר בהם גרימים לנו היתה ארצה, הצעת ענינת המתקן לפנינו שני חוקים: אחד - חוקי שלטון המדינה, השני - חוק שתחלף כבר על ידי שלטוננו מדינת-ישראל, כשיר שלטמה בטיור. לא נכנסנו בדיון לגופם של הבררים אלא כפינו כי לא אנו נוגע לטוירה בה היוועדה שלנו ויכולה ייחב לזון, כל-כנסים אלה לא יבאו למליאת ואסוף לא דת חוב ולא דעות המיעוט לגופם של הבררים. לצטרף לנוח הודך כך עבודתו-השגורה, לנו גם כי הממשטים ומשרדו הכינו הצעת בענינים אלה והדברים יבאו לדיון בעבודת שתקבענה לשם כך על ידי הבית.

אעבור, אימא, לקריאת הצעת-החוקה.
פרק ישינון: ה'ג' נ'ת
1. לחוקת-המעבר "מדינת-ישראל ייקרא "כנסת".
2. לחוקת-המעבר ייקרא "הכנסת הראשונה".
לציר האסיפה המכוננת ייקרא "ציר הכנסת".

הישיבה החמישית של הכנסת הראשונה

י"ז שבט תש"ט (16 פברואר 1949)
ירושלים, בית הסוכנות היהודית, שעה 23.55

בחירת נשיא-המדינה

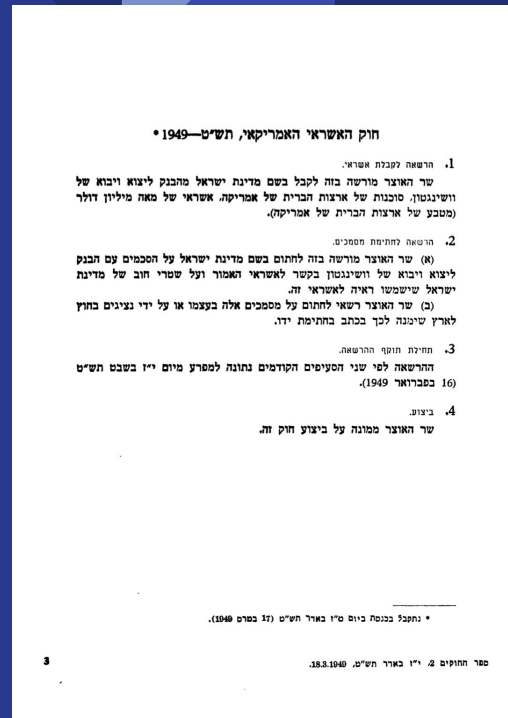
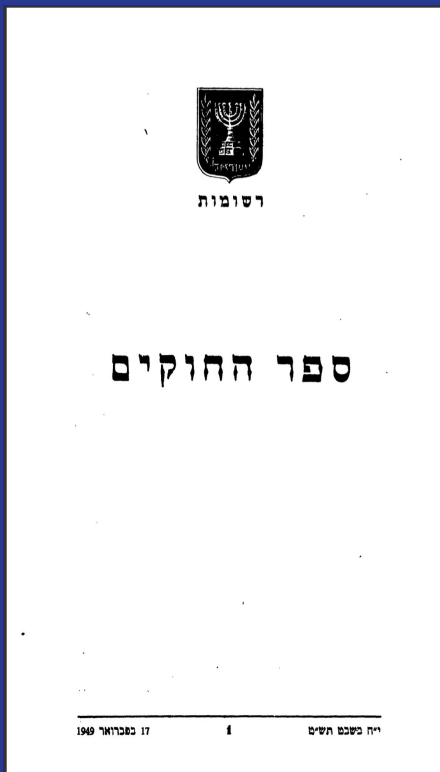
הו"ר י. שפרינצק:
אבקש את יו"ר הוועדה הממדת למסור את מס' קנות הוועדה בענין בחירת הנשיא.
ז. רובשוב (יו"ר הוועדה הממדת):
יש לי הכבוד להודיע לכנסת ישראל, כי בוועדה הממדת נודע לנו שבהצבעה שיתערך כאן בחירת נשיא למדינת-ישראל יהיו שני מועמדים ושמותיהם: מרס' חיים וייצמן ומרס' יוסף קלוזנר. ההצבעה תהיה השאלה.
הו"ר י. שפרינצק:
אני מבקש מכם לשמור על כבוד האסיפה, רשות הוועדה לחבר-הכנסת מר וייצמן.
מ. וילנר (מקי"י):
בשם סיעת המפלגה הקומוניסטית הישראלית בר-צוני למסור את התודעה הבאה:
לוענתו צורך נשיא-המדינה לסמל את המגן הראשון של המדינה, וצמצאותה של מדינת-ישראל, האנטיסטים של מעמד הפועלים והמוני העם הרחבים. לדעתנו צורך נשיא-המדינה לסמל את הקשר ואשיר רוחות הקשר של אותם הכוחות הקבילים אשר עוררו לנו במאבקנו על עצמאות ועל חוששי-סביבה זו לא תוכל המפלגה הקומוניסטית הישראלית לצמצב דעת מועמדי דתו של ד"ר חיים וייצמן, באשר לפי דעתנו הרכיב הו"ר וייצמן בכל הבעיות האלה עמד אחרת מזו שצריך לכבס נשיא-המדינה. אנחנו נצביע נגד מועמד זה.

אדוני הו"ר, אסיפה נעלה ו נשיא-המדינה הייב ליצב את המדינה העברית, את גודולתה והרחה. משום כך חייב נשיא של מדינת-ישראל לסמל באישיותו את שאפת הדרורה לחיי חירות ועצמאות, את המסורת המיוחדת של מלחמת השחרור, את יחס הכבוד לראשונים, אשר בכוח תבונתם ובמסירותם נשמשו ועלנו על דרכנו, ואת האמננות הבחלי מסוינת והבחלי מסופק חקת לעם ולמולדת.
לסמל הייתי מתכבד להצהיר בשם סיעת תנועת החרות, כי לא לכל לתת את קולותינו עבור מועמדותו של חיים וייצמן, אשר חיים וייצמן נשיא-המדינה, את קולנו ניתן לכבוד מועמדותו של מרס' ד"ר יוסף קלוזנר, אשר חיים וייצמן ככתבו את חוק מלחמת השחרור

Metamorphosis:
February 16, 1949, between 16:38 & 23:55

The New Gazette (Reshumot) February 1949 – TODAY

- Only in Hebrew
- Sloppy format
- No header, but small, partial footer
- No enacting clause (who is authorizing the minister?)
- Decisions are not numbered
- No signatures (on some decisions)
- Legislation suffers from poor copy, carelessness, deficient attention to detail



פקודת הטבק (תיקון)

מס' 6 לשת תש"ט—1948

מוצעת המדינה הזמנית מחוקקת בזה לאזור:

החלטת סעיף קטן (2) של סעיף 3 לפקודת הטבק יוחלף בסעיף הקטן הבא:

סעיף 3 (2) מס' בלו בשיעור 1800 מיל הקילוגרם ישולם באופן הקבוע להלן על כל טבק, מקומי או זר, המיוצר ומכר במדינת ישראל. פרט למיני הטבק המפורטים להלן שעליהם ישולם מס בלו בשיעורים הבאים:

חישה ללא תערובת בכל מין טבק אחר	200 מיל הקילוגרם
מוטבט ללא תערובת בכל מין טבק אחר	880 מיל הקילוגרם
סיגריות מטבק ורביגיה	2450 מיל הקילוגרם
סיגריות	2500 מיל הקילוגרם

תקפי הסדרה 2. תקפה של פקודה זו הוא מיום י"ד בחשוון תש"ט (16 בנובמבר 1948).

ס' 3. פקודה זו תיקרא בשם "פקודת הטבק (תיקון), תש"ט—1948".

י' בחשוון תש"ט (11 בנובמבר 1948).

דוד בן-גוריון
ראש הממשלה

פליכס רוזנבלום	אליעזר קפלן
שר המשפטים	שר האוצר

דברי הסבר:

בסעיף 3 (2) לפקודת הטבק משנת 1921 ניתנים מסי הבלו על טבק. תקודה הנובחרת מחליפה את שיעורי הבלו לעומת אלה שהיו קיימים בו באייר תש"ח (15 בסנין באי 1948). אולם אינה מגדילה את שיעורים לעומת אלה הקיימים מאז כ" בסיון תש"ח (27 ביוני 1948) בחוקי תקנות-שעת-חרום (מסי בלו (אקסיו) על טבק), תש"ח — 1948.

תיקון שעות:

בפקודת התקציב (יולי—דצמבר 1948), תש"ט—1948, בעמוד 28 לתוספת זו יש לכתוב את הספרות "4.040" המופיעות בסורה האחרונה ולהכניס במקומן את הספרות "2.040"; בעמוד 30 יש לכתוב את הספרות "9.900" המופיעות בסורה הראשונה ולהכניס במקומן את הספרות "9.960".

Compare the gazettes: Official Gazette (Iton Rishmi) vs the new gazette (Reshumot)

- Header vs footer
- Enacting clause in Official Gazette but not Reshumot
- Decisions are numbered only in Official Gazette
- Signatures/dates
- Attention to detail and quality of writing
- Hebrew/Arabic vs only Hebrew

חוק יום העצמאות, תש"ט—1949 *

1. ה' באייר — יום העצמאות.
(א) הכנסת מכריזה בזה על יום ה' באייר כעל "יום העצמאות" שיוגזר מר שנה בשנה כחג המדינה.
(ב) יום העצמאות יהיה יום שבתון.
2. הוראות ראש הממשלה.
וראות ממשלה מוסמך להורות הוראות בדבר הנפת גדלים וקיום הוגות-עם ביום העצמאות.

חוק עובדי ממשלת ארץ-ישראל, תש"ט—1949 **

1. פירושים.
בחוק זה —
"התקודה" פירושה סקודה עובדי ממשלת ארץ-ישראל, תש"ט — 1948, י' בסנין שתוקפה;
"עובד ממשלה" ו"שומר" פירושים כהגדרתם בפקודה בחיקון הנובע מחוק זה.
2. חיקון הפקודה.
התקודה תחוקן כך:
(א) בסעיף 1 (א) ובסעיף 2 (א), במקום המלים "אשר מקום שירותו הרגיל היה אותו יום בשבת המדינה" יבואו המלים "אשר מקום שירותו הרגיל היה בשבת שעליו היה חל אותו יום או לאחר מכן, משפט מדינת ישראל".
(ב) בסעיף 1 (1) ובסעיף 2 (ב), במקום המלים "תוך 10 חודשים ר"ם ימי" יבואו המלים "תוך 12 חודשים".

* נתמכל כנסת ביום י"ד בניסן תש"ט (19 באפריל 1949).
** נתמכל כנסת ביום י"ג בניסן תש"ט (19 באפריל 1949).
הצעת חוק ודברי הסבר בתפרסום בהצעת חוק מס' 4 מיום ר" בניסן תש"ט (18.4.49), עמ' 24.
1) ע"ר מס' 4 מיום ב' בסיון תש"ח (8.6.48), חוק"א עמ' 12.
2) ע"ר מס' 36 מיום ח' בכסלו תש"ט (10.12.48), חוק"א עמ' 72; ספר החוקים מס' 4 מיום ח' בניסן תש"ט (17.4.49), עמ' 8.

Even Basic Laws do NOT have an enacting clause

חוק-יסוד: הממשלה *

1.	הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה.	היוח
2.	מקום מושבה של הממשלה הוא ירושלים.	תיקום מוטב
3.	הממשלה מכהנת מכוח אמון הכנסת.	מקור מבח
4.	הממשלה אחראית כפני הכנסת אחריות משהפתח.	אחריות
5.	(א) הממשלה מורכבת מראש הממשלה ומשרים אחרים. (ב) ראש הממשלה יהיה מבין חברי הכנסת; שר אחר יכול שיהיה שלא מבין חברי הכנסת, ובלבד שיהיה אזרח ישראלי וחושב ישראלי; מי שנדרה לשר שעה שהוא מבחן באחד התפקידים שנושאייהם מנועים מזהות מועמדים לכנסת, נפסקת כוונתו באותו תפקיד עם היותו לשר. (ג) שר יהיה ממונה על משרד, אולם יכול שיהיה שר בלי תיק; אחד השרים יכול שיהיה מן ראש הממשלה.	הרכב ובשירות
6.	מישוי לכונן ממשלה חדשה יטיל נשיא המדינה, לאחר שהתייעץ עם נציגי סיעות בכנסת, את התפקיד להרכיב ממשלה על אחד מתחרי הכנסת שהודיע לנשיא. תוך שלושה ימים מהיום שנשאל, שהוא מוכן לקבל את התפקיד.	הטלת התפקיד להרכיב ממשלה
7.	לחברי הכנסת נשיא המדינה הטיל עליו את התפקיד להרכיב ממשלה בתונה למילוי תפקידו תקופה של 21 ימים; הנשיא רשאי להאריך תקופה זו בתקופות נוספות, ובלבד שלא יעלו יחד על 21 יום.	הקופות להרכבת ממשלה
8.	(א) עברו התקופות לפי סעיף 7 וחברי הכנסת לא הודיע לנשיא המדינה שהרכיב ממשלה, או שהודיע לו לפני כן שאין בידו להרכיב ממשלה, רשאי הנשיא להטיל את התפקיד להרכיב ממשלה על חבר אחר של הכנסת שהודיע לנשיא שהוא מוכן לקבל את התפקיד. (ב) נשיא המדינה רשאי לחזור ולעשות כאמור בסעיף קטן (א) כל אימת שנתקיים התנאי האמור שם. (ג) לפני שיטיל את התפקיד להרכיב ממשלה לפי סעיף זה רשאי הנשיא לחזור ולהתייעץ עם נציגי סיעות בכנסת. (ד) לחבר הכנסת שהתפקיד להרכיב ממשלה הוטל עליו לפי סעיף זה בתונה למילוי תפקידו התקופה האמורה בסעיף 7 והנשיא רשאי להאריך תקופה זו באמור באותו סעיף.	הטלת התפקיד מחדש
9.	(א) לא הטיל נשיא המדינה את התפקיד להרכיב ממשלה לפי סעיף 8 או שהטילו לפי אותו סעיף וחברי הכנסת לא הודיע לנשיא תוך 21 יום שהרכיב ממשלה או שהודיע לו לפני כן שאין בידו להרכיב ממשלה, רשאים נציגי סיעות בכנסת שתבדילן מהיום רוב חברי הכנסת לבקש בכתב מנשיא המדינה להטיל את התפקיד על חבר הכנסת מלוצי.	הטלת התפקיד לפי בקשת סיעות

* מתקבל בכנסת כיום ר"מ באב תשס"ח (18 באוגוסט 1968); תשעת החוק ודברי הסבר מירמסו בח"ח 702, תשכ"ז, עמ' 100.

Israel is NOT like UK, NZ

- **Only** country without an (official) constitution.
- UK, NZ – **official** but **unwritten** constitutions
- Official vs. formal
 - Hebrew has **one word** רשמי to denote **two concepts**: official and formal
 - A typical American suburb: no physical (formal) barriers yet ownership (official status) changes from one plot to another.
 - **Tradeoff between formal & official**: Strength of property rights in the US renders formal barriers superfluous
- Israel has a **written, unofficial constitution**: the Transition Law.



No fences because property rights are strong

Israel's Paradox of Officiality: 1948 Israel vs 1949 Israel

- From February 16, 1949, the Israeli system is based on a paradox/combina/workaround
- The gazettes (official gazette and Reshumot) create a highly inconsistent order of priority
- Declaration (Official Gazette #1) → acting legislature & executive (not judiciary) are officially **PROVISIONAL** → lacking authority on constitutional questions. Unless the Transition Law, which is not the constitution, is the constitution → the *Unofficial Constitution*.
- Reshumot encroaches on the Official Gazette. Post-1949 Israel undermines the Declaration of Independence
- A *Knesset-duality*. Two distinct **bodies** are called Knesset: the constituent assembly and the legislature (Contrast with court's interpretation: Knesset having two **functions**: constituent and legislative)

Israeli paradox is unique and real

- Acute problem of authority
 - Post-1949 Laws have **no enacting clause**
 - Israeli laws fail a strict H.L.A. Hart's Recognition Test that other institutions easily pass
 - Israeli law relies on (personal) Knesset's authority — law is relatively private.
 - **Post 1949- Israeli institutional decision-making is therefore unfair. Every state act is necessarily aggressive**
 - **Power, not authority.** Given deficiency of official authority, Knesset's de facto power depends on popular “personal” legitimacy

System is stuck

- constitutional questions are a matter of philosophy, education, entertainment, culture – not expected to be decided politically
- To blunt the constitutional dissonance the court developed a superstructure to hover over the abyss
- Recently, frequent Knesset elections indicate systematic problems
 - Elections, akin to unsuccessful system reboots, yield almost identical results
 - Different from other countries. In UK, recent instability at the helm indicates a leadership problem – not unusual in all types of organizations. In Italy, frequent elections yield a variance in political outcomes (ie, political instability)
 - Frequent Knesset “reboots” show relative stability of outcomes, Israel does not seem to suffer a “normal” leadership crisis
- Deficiency in intelligent institutional design
 - No requirement of quorum in Knesset to do business
 - No official prescription how a bill become law

You can tweak, not reform

- The system is supported by bandaids and workarounds
 - emergency laws that are continuously in effect and renewed periodically
 - Following the crisis of the 1973 war, a new Basic Law, “the army is under the authority of the government,” without establishing a commander-in-chief or an accountable hierarchy
 - Following economic and hyperinflation crisis in 1980s, much of public finance and budgeting put under technocratic management away from political interference (and policy)
- Attempts at reform were short lived
 - From left: Justice Minister Yossi Beilin failed to end emergency laws (2001)
 - From right: Justice Minister Neeman failed to introduce a procedure prescribing how a bill become law (2012)
 - Following political deadlock through 1980s-90s, popular election of PM was tried but rolled back after less than a decade, despite partial success
- Challenging fundamentals is too difficult. A labor market reform altering the State-Haredi (Ultra Orthodox) relationship was short lived and not attempted again even by recent centrist Bennet/Lapid coalition
- Rolled back initiatives are like overstretched springs – don’t return to previous equilibrium

Justice as a Workaround (combina)

- Unlike the executive and legislature, judiciary has never been officially provisional
- Cultural attachment to legalism. In Constituent Assembly's First Session, the star is the justice minister
- Liberal reforms via the court are **workarounds**, resulting in the Israeli-style ideal of equality: **everybody is a second class citizen**
- SC has served as valve, maintaining institutional stability by allowing liberalism through backdoor, thus maintaining societal stability. But increasingly these proved contradictory
- (e.g.) from the 1950s on, SC introduced out-of-state marriage as ersatz civil marriage, weakens official (religious)/enhancing common-law marriage, widens definition to same-sex
- Delegation of politically costly decision-making to court
- Liberal workarounds were at first fixes but increasingly are controversial policies (out-of-state/common law same-sex marriage is perceived not as a combina but as real marriage, i.e., not as a possible solution but as a problem)
- Constitutional Revolution in the 1990s
 - **Generational shift:** constitution-enviuous Aharon Barak is first chief justice to study law in Israel
 - **BEFORE** SC was underdog, hesitant to bark but sometimes ready to bite
 - **AFTER** eager to bark, less to bite (SC's national and international reputation is due to bark)

Israel's Good Chaps & No-Agency Theory of Government

- Truly important decisions would be made responsibly, conservatively, with little regard to politics – or not be made at all. Good behavior imposed by the responsible adults (mainly, the U.S.) who pay close attention to the distracted child
- Theory was always shaky but now is sobering up. Trump upset the responsible-adult belief; in power is an ambitious rightwing coalition with fewer good chaps
- Politics is like the weather: much to talk about, little to do about

Government

- little policy, mostly ad hoc responses
- Institutional procrastination, but delegation of decision to court which is under obligation to make decisions (Unlike its American counterpart, the Israeli SC cannot choose which cases to hear)
- **Functionality vs democracy.** Efficacy through circumscribing domains of political influence
- **Theory of Knesset's sovereignty.** Knesset is universally recognized as spring of authority, while in effect it undermines the authority of the Jewish state founded in a decision in 1948.

Evaluating today's turmoil

- Both PRO and AGAINST reform are **CORRECT** about the judiciary
 - (PRO) not enough democratically chosen & accountable
 - (AGAINST) guarantor of institutional functionality and restraint, as well as civil rights
- Both also **WRONG**
 - Democracy is not the issue but institutional efficacy and societal stability
 - System is an extreme workaround. Attempts at the roots are bound to compromise legitimacy
 - Problem of authority is so pervasive, debate regarding legitimacy is irrational
- What's next?
 - Society instinctively rises to maintain status quo (institution & no-constitution ideology)
 - Neither side has a clear goal or picture of success
 - Even PRO camp is relatively reactive, and increasingly defensive
 - Likely outcome: tweaks with limited effect, such as not to disturb (perception of) system's integrity
 - Heightened if short-lived awareness of constitutional deficiency, but debate dies out
 - Constitutional decisiveness remains too costly; procrastination continues

Beware of lazy comparisons

- Different from Turkey & Hungary
 - PM is not after personal power but motivated by fear (criminal charges)
 - Main impetus for reform comes from fringes of coalition, not ruling party
 - In Turkey/Hungary attempts to consolidate power, in Israel to exercise power
- More similar to situation in Poland (focus on judiciary; tension of functionality vs democracy)
- Israeli PM had a world-class liberal education. He grew up in an intellectual family; got A+ on a paper on Thomas Jefferson in high school in Philadelphia; studied architecture and business at MIT; claims to know the US Declaration of Independence by heart (reciting it to his wife on romantic evenings out)

Want to democratize the judiciary? Try TRIAL BY JURY

- A fundamental of Classical democracy (Trial of Socrates)
- Key in development of British, American democracies, and in the drafting and ratification debates of US Constitution, 1787-1789
- Part of reform of Tsar Alexander II in Russia (1864). Exemplified by Dostoevsky's Brothers Karamazov (1880)
- Jury trial has mostly NOT been introduced in post-imperial judiciaries
- Mixture of professional & democratic justice in UK, US, France, Germany, Nordic countries (lay judges)

In Israel

- Issue of jury trial has never been broached in earnest
- Israel adheres to an extreme ideal of *professional* justice
- Bound to raise uncomfortable questions: Who is entitled to be judged by peers? Who are one's peers?

To Be Continued....

Please do not use without author's permission

All rights reserved.

Yoav Sivan

www.YoavSivan.com

Contract: yoav@YoavSivan.com