

ערעור אזרחי מס' 6821/93  
רשות ערעור אזרחי מס' 1908/94  
רשות ערעור אזרחי מס' 3363/94

א

בנק המזרחי המאוחד בע"מ  
נגד

ב

1. מגדל כפר שיתופי
2. בוסתן הגליל כפר שיתופי
3. הדר עם כפר שיתופי בע"מ
4. אל-על אגודה חקלאית בע"מ

ע"א 6821/93

ג

1. גבעת יואב - מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ

2. אהוד אהרונוב

3. אריה אוהד

4. אברהם גור

5. עמירם יפהר

6. צבי יצחקי

7. סימנה עמרם

8. אילן סלע

9. דון רוזן

10. דוד סיני

נגד

ד

1. שירותי אשראי מסחרי (ישראל) בע"מ
2. היועץ המשפטי לממשלה

רע"א 1908/94

ה

1. דליה נחמיאס

2. מנחם נחמיאס

נגד

ו

רע"א 3363/94

כפר ביאליק כפר שיתופי בע"מ

א בית המשפט כי חלק מן החוב הוא ערבות ל"חוב כולל", יפסיק את ההליך לגבי הערבות ויעבירו לדיון לפני המשקם. בית המשפט, אשר קיבל את טענות הנתבעים, קבע כי כל חוב של גורם חקלאי, שאינו חקלאי וחבר באגודה חקלאית, הוא חוב כולל, ללא הבדל מאיזה מקור הוא נובע וכיצד הוא נוצר, ובלבד שהיה קיים ביום 31.12.91. מכאן הערעור. לטענת המערער, סותר החוק המתקן את הוראות סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע לאמור, כי אין פוגעים בזכויות שלפי חוק היסוד, אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת שבו.

ב בהליך נושא רע"א 1908/94 קבע בית המשפט המחוזי כי הוראות החוק המתקן, ככל שהן מרחיבות את סמכותו של המשקם להיוקק לכירור חובות שהם "חוב בסיסי" ולהסדרתם ושוללות את סמכותו של בית המשפט להיוקק להם, אינן עומדות בדרישותיו של סעיף 8 לחוק היסוד ועל-כן הן בטלות. התביעה נסבה על דמי שכירות שהמבקשים (מושב ותשעה מתבריו) חייבים בתשלומם למשיבה 1 בגין ציוד שהושכר להם. לטענת המשיבה 1 (התובעת), הרחבת התקופה הלוכדת בתוכה חובו של גורם חקלאי פוגעת בזכות מוגנת לפי חוק היסוד, היא זכות הקניין של האדם. בית המשפט, אשר קיבל את טענות המשיבה 1, פסק, בין היתר, כי היחלצותו של החוק לעזרתו של המיגור החקלאי ולשיקומו היא תכלית ראויה העשויה להצדיק פגיעה בזכות יסוד. עם זאת, הטלת ביצועה של תכלית זו על חלק מהציבור בלבד, יש בה הגשמה בדרך שאינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל.

ג בהליך נושא רע"א 3364/94 נסב הדיון על החלטתו של בית המשפט המחוזי שלא להפסיק את ההליכים נגד המבקשים, שלא להעבירם למשקם ולבטל את החלטתו ההפוכה של ראש ההוצאה לפועל, שנדרש לעניין בתחילתו. בית המשפט קבע כמימצא כי החוב שעליו סבה ההתדיינות נוצר בשנת 1988. עצם הרחבת המועד גורמת להקפאת הליכים שלא היו מוקפאים על-פי החוק המקורי. גם הרחבת סמכותו של המשקם לעניין מחיקת חובות יש בה, לדעת בית המשפט, פגיעה בנושים מעבר לאמור בחוק המקורי. לסברתו של בית המשפט, תחילת החוק העיקרי קדמה לזו של חוק היסוד, אולם סעיף 10 לחוק היסוד אינו חובק תיקונים שנעשו לאחר תחילתו של חוק היסוד ואינו מוציא אותם מכלל ההוראות הטעונית בדיקה ובחינה לפי סעיף 8 לחוק היסוד.

#### בית המשפט העליון פסק:

א. (אליבא דנשיא לשעבר מ' שמגר): (1) תחילתו של חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון) היא במועד שהוא אחרי תחילתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מכאן, לפי פשוטם של דברים, שהוק היסוד חל על החוק (261 א).

(2) חוק היסוד אינו פוגע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו, אך יכול הוא לפגוע בכל חקיקה שהוחקה אחרי תחילתו. משמע, על-פי מילותיו של סעיף 10 לחוק היסוד, חוק היסוד חל על החוק (261 א-ב).

ב. (3) בסעיף 10 לחוק היסוד קבע המחוקק את אשר קבע, שכן היה מודע לקיומם של חוקים שחוקו לפני חוק היסוד, הסותרים אותו. הוא סבר, שהדין הקיים טעון בדיקה, בחינה וסינון שיטתיים והירים לפני שמהילים לגביו את הנורמות החדשות שבחוק היסוד. גישה זו אינה מתחייבת לגבי תיקון לחוק, כפי שאינה מתחייבת לגבי חוק חדש (262 א).

(4) הבחינה והבדיקה הנדרשות לגבי חוק חדש או לגבי תיקון לחוק, מבחינת התאמתו להגנות על זכויות האדם שבחוק היסוד, מן הראוי שיעשו בשלב החקיקה. הרשות המחוקקת דנה בכל תיקון לחוק מראשיתו בדרך שבה נדונה כל חקיקה, ולכל הוראה שבו יש קיום - כחקיקה ראשית - ללא קשר לזיקתה מבחינת תוכנה להוראת חוק קיימת (262 א-ג).

(5) לו התקבל הכלל שלפיו יש לבחון את החוק החדש מבחינת תחולתו של סעיף 10 לחוק היסוד, כאחד עם הדין הקיים מלפני חקיקת חוק היסוד, די היה בהלבשת כל חוק חדש בלבוש של תיקון לחוק קיים כדי לפוטרו מתחולת חוק היסוד. גישה כזו אינה מתיישבת עם כוונתו ועם מעשהו של המחוקק, שיצר חוק יסוד כדי לקיימו ולא כדי לרוקנו מתוכו. ההנחה היא, כי המחוקק אינו משחית מילותיו לריק ואינו מחוקק דבר חקיקה - ובמיוחד חוק יסוד - בגדר ברכה לבטלה (263 א-ג).

(6) מן הבחינה המעשית יש ליצור קווים מפרידים ברורים במקום להיגרר להבחנות מערפלות. ניסיון לקבוע מהי מידת החידוש הענייני שבתיקון לחוק ומה השלכותיו המחודשות על המערך החקוק בכללותו, היה יוצר מערכת איך-סופית של התדייבויות ופרשנויות. במקום זאת, יש לקבוע תיחום פשוט, ברור ותדומשמע, המושתת על מועד התיקון. קו פרשת המים הוא תאריך התחילה של חוק היסוד (263 ג-ד).

ב. (אליבא דנשיא לשעבר מ' שמגר): (1) שיטת המשפט מבוססת על מידרג נורמאטיבי. המידרג הנורמאטיבי הוא פועל יוצא והשתקפות של סוגי הסמכויות. המערכת המשפטית מעניקה לרשויות שונות סמכויות להוציא מתחת ידהן נורמות משפטיות, היינו, כללי התנהגות בעלי תוקף משפטי (267 ג, 268 ב-ג).

(2) המערכת הנורמאטיבית אינה מערכת חד-משורית. זוהי מערכת הירארכית, סולם בעל דרגות שבה מצויה החקיקה הראשית בדרגה נורמאטיבית גבוהה יותר מחקיקת המשנה; הנחת היסוד היא כי המחוקק הראשי הוא מקור הסמכות העליון בתחום החקיקה והוא מוסמך לחוקק חוקים שדרגותיהם בהירארכיה של הסמכויות נבדלות זו מזו. הוא מוסמך לחוקק חקיקה חוקתית והוא מוסמך לחוקק חקיקה רגילה. הוא במישרין מקורה של כל חקיקה ראשית ובמקרים מסוימים - גם של חקיקת משנה. בעקיפין, הוא מקורה של כל חקיקת משנה (270 ב-ג, 271 ד-ה).

(3) החשיבה של המשפט החוקתי מכירה בקיומה של מדרגה חוקית נורמאטיבית העומדת מעל החוק הרגיל. מדרגה זו היא המדרגה החוקתית. לעתים היא מכונה "חוקה", לעתים היא מכונה "חוקי יסוד". בפיסגתה של הפירמידה, בחוקי היסוד, ניתן ביטוי מוסדי וערכי בחוק החרות לתפיסות היסוד המדיניות והחברתיות. שם שוכנות לא רק ההגדרות וחלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון העיקריות, אלא גם מגילת הזכויות של האדם. שם עוצבו ההצהרה וההגנה על אותן זכויות ההופכות את החברה לחברה שבה שוררים החירות, כבוד האדם והשוויון ואשר בה באים לידי ביטוי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (271 ה-ו, 277 ב-ד).

ג. (אליבא דנשיא לשעבר מ' שמגר): (1) הסמכות החוקתית של הרשות המחוקקת הישראלית נובעת מן הכוח שהתגבש בידיה במהלך ההיסטוריה החוקתית, על יסוד הנורמה הבסיסית

שנולדה בראשיתה של המדינה ודברי החקיקה שהתוו את דרכה החוקתית של ישראל אל יצירת חוקה, תחילה כמעשה חד-פעמי ולאחר מכן כמטלה המבוצעת בשלבים (284 ג-ד).

א (2) שתי התורות העיקריות המכירות בכמותה של הכנסת לחוקק חקיקה חוקתית הן אלו: האחת, תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת; השנייה, תורת הרשות המכוננת. שתיים אלה אינן בלעדיות כי יש נוספות עליהן, בין כגיוון לאחת מן השתיים ובין כתורה נפרדת העומדת כולה על רגליה שלה (284 ה).

ב (3) תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת מעוגנת בתפיסה שלפיה הכנסת היא הרשות המחוקקת העליונה והיא בלתי מוגבלת בסמכותה, פרט לאותן הגבולות שקבעה לעצמה. אין גוף מחוקק מעליה, והיא מוסמכת לחוקק כל חוק חוקתי או רגיל. היא מוסמכת לחוקק לא רק חוקי יסוד אלא גם חוקה שלמה (284 ו-285 ב, ו-286 א).

ג (4) תורת הרשות המכוננת מלמדת כי עברו אל הכנסת סמכויותיה של האסיפה המכוננת והיא פועלת לכן הליפות ב"שני כתרים": יש שהיא פועלת כרשות מכוננת, העליונה מבחינת מעמדה הנורמטיבי על הכנסת כרשות מחוקקת רגילה. כרשות מכוננת מוקנית לכנסת סמכות החקיקה החוקתית. יש שהיא פועלת כרשות מחוקקת רגילה, ובתור שכזאת היא - בסולם של מידרג הסמכויות - במידרג נמוך יותר מן הכנסת בפעולתה כרשות מכוננת (286 ב-ג).

ד (5) מבין שתי התורות - התורה בדבר סמכותה הבלתי מוגבלת של הכנסת ותורת הרשות המכוננת - יש להעדיף את הראשונה, היינו את התורה בדבר סמכותה הבלתי מוגבלת של הכנסת. יש בה משום מתן ביטוי מדויק יותר להיסטוריה החוקתית, לתפיסות המשפטיות המקובלות והמוכרות ולפסיקתו של בית המשפט העליון בעבר (287 ו-ז).

ה ד. (אליבא דנשיא לשעבר מ' שמגר): (1) כוחה של הכנסת, כבית המחוקקים הריבוני, לחוקק הוראות חוק מכל סוג ומכל תוכן, ובכלל זה לשריין בחקיקה, בהיבט הצורני או התוכני, ערכי יסוד של מדינת ישראל ולכבול בכך את עצמה וכל כנסת שאחריה, וזאת בכפיפות לסמכות שינוי או ביטול הכבילה בדרך הנקבעת עליידי הכנסת (289 ג-ד).

ו (2) יש בתיוה האמורה כדי להפחית מכותה החוקתית העתידי הכל-יכול של הכנסת, שכן כנסת אחת כובלת במעשה החוקתי את כוח החקיקה של עצמה ושל כנסת אחרת; כבילת הכנסת מכרסמת בריבונות הכנסת, אך תוצאה זו היא פרי מעשיה של הכנסת עצמה. היא המחוקקת והיא הכובלת תוך כדי כך, והיא המוסמכת להסיר את הכבלים בדרכים שקבעה לעצמה (289 ד-ה).

ז (3) גבולות כוחה של הכנסת לכבול את עצמה הם בגדר שאלה של מדיניות חוקתית. הפתרון הוא כי הכנסת רשאית לכבול את כוחה לפי שיקול-דעתה. הכנסת רשאית להגביל את צורת החקיקה והיא רשאית להגביל את תוכן החקיקה. הרשות השופטת נותנת תוקף לרצונה של הכנסת להגביל את כוחה (291 א).

ח (4) מקור סמכותה של הכנסת לכבול את כוח החקיקה שלה בכבלים מהותיים יכול שיהיה מעוגן בתורת הסמכות המכוננת ויכול שיהיה מעוגן בתורת הסמכות הבלתי מוגבלת והטבועה של בית המחוקקים לחוקק כל חוק, היינו, גם חוק אשר מכוחו הוא כובל את עצמו. שתי התורות מגיעות למסקנה כי בית הנבחרים בישראל הוא בעל סמכות בתחום



החוקתי, היינו: במישור העקרוני בכוחה של הכנסת לחוקק חוקה ואף להגביל את תוכנה של חקיקה עתידה, והגבלה כזו עומדת בעקרון החוקיות (292 א).

ה. (אליבא דנשיא א' ברוך): (1) בשאלה, אם לכנסת נתונה הסמכות ליתן חוקה לישראל ומהו מקור סמכותה של הכנסת, הגישה הראויה היא שנתונה לכנסת הסמכות ליתן חוקה לישראל. מקור כוחה של הכנסת הוא בנתון החוקתי המרכזי, שלפיו נתונה לכנסת הסמכות המכוננת, כלומר הסמכות ליתן חוק לישראל. סמכות זו אין הכנסת יוצרת לעצמה; אין היא ניתנת לכנסת מכוח חוק יסוד או מכוח חוק שהכנסת חוקקה (355 ו-ז).

(2) ביסוד תורת הסמכות המכוננת של הכנסת עומדת התפיסה כי סמכותה המכוננת של הכנסת באה לה מהריבון, כלומר מהעם. מכוח סמכות מכוננת זו מעניקה הכנסת חוקה לישראל (בדמות חוקי היסוד). מכוחם של אלה ניתנת לכנסת הסמכות לחוקק חוקים "רגילים" וכן להפעיל סמכויות אחרות. לביסוסה של גישה זו ניתן לנקוט שלושה מודלים משפטיים, שדי בכל אחד מהם כדי לבסס את תורת הסמכות המכוננת, והעובדה ששלושתם מובילים כולם לאותה תוצאה מעניקה לה משנה תוקף (356 א-ג).

(3) המודל הראשון סומך עצמו על הרציפות החוקתית. על פיו, הנורמה הבסיסית של ישראל היא כי מועצת המדינה הזמנית היא הרשות העליונה של מדינת ישראל. מועצת המדינה הזמנית הורתה בהכרות העצמאות כי תיקבע חוקה "על ידי האספה המכוננת הנבחרת". כן קבעה מועצת המדינה הזמנית (בפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948) כי היא הרשות המחוקקת. האסיפה המכוננת נבחרה, ועם כינונה נתפזרה מועצת המדינה הזמנית, וסמכויותיה עברו לאסיפה המכוננת. לאסיפה המכוננת היו אפוא שתי סמכויות עיקריות: היא בעלת הסמכות המכוננת והיא בעלת הסמכות המחוקקת (356 ד-ו).

(4) המודל השני המבסס את סמכותה המכוננת של הכנסת בוחן את המבנה החוקתי הקיים בזמן נתון. הוא מבוסס על ההבחנה בין נורמות ראשוניות לנורמות משניות. הנורמות המשניות קובעות כיצד נוצרים הכללים הראשוניים, כיצד ניתן לשנות וכיצד מוכרעים סכסוכים לגביהם. בגדרן של הנורמות המשניות תופס מעמד בכורה "כלל ההכרה", הנקבע על-ידי בתי המשפט והמשקף את התפיסה של הקהילה על דרכי יצירתן של נורמות (לרבות נורמות חוקתיות) במסגרתה. על-פי כלל ההכרה, קבעו שופטי בית המשפט העליון כי לכנסת נתונה סמכות מכוננת ומחוקקת, כי הכנסת מוסמכת - בעשותה שימוש בסמכותה המכוננת - להגביל את כוח החקיקה הרגיל שלה וכי מעשה החוקה של הכנסת עומד מעל מעשה החקיקה שלה (357 ד-358 א).

(5) המודל השלישי, שאף הוא מודל אמפירי, שואל מה הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של שיטה נתונה בזמן נתון. על-פי מודל זה, לגוף פלוני הסמכות להעניק חוקה למדינה אם מסקנה זו היא הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של אותה מדינה; הפירוש הטוב ביותר של מכלול ההיסטוריה המשפטית-חברתית של מדינת ישראל הוא, כי בתודעה החברתית והמשפטית של הקהילה הישראלית טבועה עמוק התפיסה כי הכנסת היא המוסמכת

ליתן חוקה לישראל, זהו חלק מהתרבות הפוליטית של ישראל וזהו הפירוש הטוב ביותר של ההיסטוריה המשפטית והחברתית, מקום המדינה ועד היום (358 ב-ז).

- א (6) המשותף לשלושת המודלים הוא, כי הסמכות המכוננת של הכנסת היא תמיד בידי העם. חוקה אינה פעולת שלטון המענקה חוקה לעם. חוקה היא פעולה היוצרת שלטון: העם הוא הקובע - עלי פי תפיסתו החברתית במהלך ההיסטוריה שלו בידי מי הסמכות העליונה במדינה, ומהו כלל ההכרה שבה. המציאות המשפטית-חברתית של היום מאפשרת לבית המשפט העליון - אשר גיבושו של כלל ההכרה נתון בידי - לזהות ולהכריז כי הכנסת היא בעלת סמכות מכוננת מחוקקת גם יחד, וכי בכוננה חוקה היא יכולה להגביל את כוח החקיקה הרגיל שלה. כוחה של הכנסת להכין חוקה הוא זמני ויסתיים כאשר הכנסת, כרשות מכוננת, תקבע כי נסתיים מפעל החוקה (391 א-ג).

- ג ו. (אליבא דשופט מ' חשין): (1) בשאלה, אם מחזיקה הכנסת כיום בסמכות מכוננת - לאמור, בסמכות לחוקק חוקה פורמאלית לישראל - יש להבחין ולהבדיל בין שני אלה: בין שאלת סמכותה של הכנסת להפעיל סמכויות של אסיפה מכוננת - קרי: סמכויות לחקיקתה של חוקה - לבין שאלת סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים משוריינים. הסמכות לחוקק חוקים משוריינים אין היא משמיעה, כשהיא לעצמה, סמכות לכנסת כישות מכוננת. אפשר שהכנסת תקנה סמכות לחוקק חוקים משוריינים, וסמכות מכוננת לא תהיה לה (481 ה-ז).

- ד (2) בסעיף 3 לפקודת המעבר לאסיפה המכוננת, תשי"ט-1949, קנתה האסיפה המכוננת סמכויות רגילות של חקיקה, בירושה ממועצת המדינה הזמנית, ובצדן נשאר כשהיו סמכויותיה לכתובתה של חוקה לישראל; מעיקרה ומתחילתה החזיקה האסיפה המכוננת גם בסמכות של "כינון" גם בסמכות של חקיקה. סמכות כינון שקנתה האסיפה המכוננת לא נגרע ממנה דבר אף שמיד עם כינונה הפכה את שמה ל"הכנסת הראשונה" (482 ב-ד).

- ה (3) בהתפור האסיפה המכוננת - היא הכנסת הראשונה - וחוקה לישראל לא כתבה, פקעה זכותה של הכנסת לכתוב חוקה כדבר ההכרזה על הקמת המדינה. רצף שנשמר בידי הוראות מעבר, אין הוא אלא בנושאי חקיקה בלבד אך לא בנושאי חוקה (484 ז).

- ו (4) ייעודה של האסיפה המכוננת לכתובתה של חוקה היה ייעוד אישי וחד-פעמי. סמכותה של האסיפה המכוננת לכתוב חוק לא ניתנה לראותה כזכות קניין הניתנת להעברה לרצון בעליה. הייתה זו מעין נאמנות שמועצת העם אמרה להפקיד בידי הרשות המכוננת, ונאמנות אין מעבירים מיד אל יד לרצונו של הנאמן (485 ג-ד).

- ז (5) סמכותה של האסיפה המכוננת - הכנסת הראשונה - לכונן חוקה לישראל לא עברה אל הכנסת השנייה ואל הכנסות שלאחריה. האסיפה המכוננת לא קנתה סמכות להעביר את סמכותה לזולתה ואילו הכנסת, כרשות מחוקקת - לאמור כרשות נהוטה לרשות המכוננת - אף היא לא הוסמכה להעביר את סמכותה המכוננת, לאמור, סמכות של רשות הנעלה עליה כרשות מחוקקת; כנסת של חול אין בכוחה לכונן אסיפה מכוננת, והיינו, לחוקק חוק ובו ליצור סמכות על לכנסת עצמה (490 ג, 492 ב-ג).

ז. (אליבא דנשיא א' ברק): (1) רעיון ההעברה או השליחות, שלפיו אין שלוח עושה שלוח, אינו תופס בעניין דנן. לכנסת הוענקה – מכוחה של הנורמה הבסיסית ועל-פי תפיסות היסוד של החברה הישראלית – הסמכות לכונן חוקה. סמכות זו נתונה לכל כנסת. הכנסת הראשונה לא העבירה סמכויות לכנסת השנייה, שכן כנסת מאוחרת אינה שלוח משנה של כנסת קודמת. הכנסת היא אורגן מרכזי של המדינה, שעל-פי המבנה החוקתי של המדינה נתונות לה סמכות מכוננת וסמכות מחוקקת (393 ד-ה).

(2) הטענות מן העבר, שלפיהן העברת סמכות הכינון מהכנסת הראשונה אל הכנסת השנייה נעשתה בחוקים רגילים ולא בחוקי יסוד, אינה מתעוררת לגבי חוק המעבר, תש"ט-1949, שהוחק לפני ההחלטה שנתקבלה בכנסת לעניין חקיקת חוקי היסוד ("החלטת הרדי"). חוק המעבר הוא בעל הוראות חוקתיות וניתן לראות בו "חוקה קטנה". חוק המעבר לכנסת השנייה, תשי"א-1951, שהוחק לאחר החלטת הררי, צריך היה להיחקק כחוק יסוד, אולם אף שהדבר לא נעשה, אין בכך כדי להפיל את המבנה החוקתי כולו. נראה שחוק זה לא היה נחוץ כלל והוא בעל אופי הצהרתי, המדגיש את המעבר ממצב של ארעיות למצב של קבע (393 ו-ז).

(3) ללא כל קשר למצב המשפטי אשר שרר עם פיוורה של האסיפה המכוננת, ואפילו לא הייתה אסיפה מכוננת כלל, עדיין יש להשיב בחיוב לשאלה אם המשפט הישראלי כיום מכיר בסמכותה של הכנסת ליתן חוקה לישראל. כתמיכה בגישה זו ניתן להביא את הבנת הכנסת את עצמה, את המצעים של המפלגות לבחירות השונות המשקפים את הנושאים שעליהם נתן העם את דעתו בבחירות, את דברי החכמים והמלומדים המשקפים את הקונסנווס המקצועי, את פסיקת בית המשפט העליון ואת תגובת הכנסת עליהם. כל אלה ביחד – בלא שניתן לבודד גורם אחד ולראות בו חזות הכול – משמשים תשתית עובדתית למסקנה כי כיום, כמו בעבר, מוכר כוחה של הכנסת ליתן חוקה לישראל (395 א-ב).

ח. (אליבא דשופט ד' לוי): (1) חוקי היסוד, אשר נחקקו במרוצת השנים והניצבים על רמה חוקתית, המהווים פרקים ונדבכים בהיכל חוקת ישראל שבוא תבוא, יתד ופינה להם במגילת העצמאות; מגילת העצמאות, עם כל המטען הערכי הגלום בה, לא הוכרה משפטית כבעלת תוקף חוקתי, וממילא לא ראו בה, ככזו, דין מחייב. יחד עם זאת, היא נתפסה בתודעה תמיד ולאורך השנים כמשקפת נאמנה ומציבה לדורות את העקרונות והערכים השורשיים, שעל-פי תפיסתו של משפט הארץ ישמשו בבחינת אורים ותומים בעת קביעתה של חוקת המדינה (450 ז-451 ב).

(2) מעצבי מגילת העצמאות התכוונו לכך כי מלאכת החקיקה תיעשה בשתי רמות ובשני מסלולים מקבילים: החוקה על-ידי רשות מכוננת, ובחוקה זו ימצאו את ביטוין זכויות היסוד של האדם על יסוד חוונם של נביאי ישראל; ואילו החקיקה בענייני יום-יום תיעשה בבית המחוקקים כזוה, תחילה בסמכות מועצת המדינה הזמנית, ובהמשך – בסמכות בית המחוקקים שיסודותיו ייקבעו בחוקה (452 א).

(3) לעניין פירוש מקור סמכותה של הכנסת לחוקק חקיקה חוקתית, יש להסתייע באמור במגילת העצמאות וברוח הנושבת ממנה; לא יכול להיות ספק כי מגילת העצמאות ייחסה

משמעות ראשונה במעלה לצורך בקביעת חוקה, כי זו תיקבע על-ידי רשות מכוונת, שתתמסר ברצינות ובכובד ראש לגיבוש יצירה זו, ואשר לה ודווקא לה הסמכות להעשיר את משפט הארץ בדברי חקיקה חוקתיים (452 ו-1).

א

(4) מן הראוי שחקיקה ברמה חוקתית תהא נישאת מעל מלאכת החקיקה הרגילה והמופקדים עליה. קביעת חוקה - וחוקי יסוד הם פרקים בחוקה העתידית - והנחלתה לעם הן אירוע של חג לכל משטר דמוקרטי ונאור. מלאכת קביעת החוקה חוקה עליה שתיעשה על-ידי המחוקק העוסק בכך בדחילו ורחימו, בכובד ראש ובאתריות מרובה, כאשר הוא מחויב בידו במטה המגולף בערכים ובעקרונות, שנמסר לידו כרשות מכוונת (452 ו-453 א).

ב

(5) הבעייתיות שבהבחנה בין האפרוריות שבחוק הרגיל לבין העוצמה, היציבות והסמכות המוקרנות בדבר חקיקה חוקתית, היא תולדה של הזמן הרב אשר עבר מאז נבחרה האסיפה המכוונת במגמה שתקבע חוקה סדורה למדינה, ועד לעצם היום הזה. התמשכות יתר של התהליך יוצרת לכאורה אי-ודאות בשאלות חוקתיות מהמעלה הראשונה ופיתוח בערכים ובעקרונות המנחים מאז ימיה הראשונים של המדינה. אולם עצם העובדה שהשלמת פרקי החוקה משתהה, אינה משנה ואינה צריכה לשנות או להשפיע על מקור הסמכות של המחוקק בכואו לקדם חקיקה ברמה חוקתית, שהרי נתונה זו לרשות מכוונת, ומקור זה מתקיים ויתקיים עד אשר תושלם מלאכת החוקה כמצופה (453 ד-454 ב).

ג

ד

ט. (אליבא דנשיא לשעבר מ' שמוגר): (1) אין מקום להטלת ספק בסמכותה החוקתית-חוקתית של הכנסת, וזאת ארבעים והמש שנים אחרי החלטת הכנסת, אשר בה הטילה הכנסת על ועדת החוקה, חוק ומשפט שלה להכין הצעת חוקה למדינה, שתוכן פרקים פרקים ("החלטת הררי"), ואחרי שהכנסת חוקקה במהלך השנים הללו את חוקי יסוד. חוקי היסוד הם תשתיתה החוקתית של מדינת ישראל ברוח החלטת הררי וכהגשמתה (283 ה-1, 296 ד).

ה

(2) מבהינת התורה החוקתית הנכונה, שינוי של חוק יסוד ייעשה לעולם על-ידי חוק יסוד. התפיסה של המידרג החוקתי הנורמאטיבי מולידה את המסקנה כי מידרג חוקתי גבוה יותר אינו משנה צורה ותוכן על-ידי חקיקה במידרג חוקתי נמוך יותר. לא כן היפוכו של דבר, היינו, מידרג חוקתי גבוה יותר יכול לתקן הוראת חוק המצויה במידרג נמוך יותר (296 ד-ה).

ו

(3) בעת בהינת הסדרי המידרג הנורמאטיבי העליון יש להבחין בין "שינוי" של הזכות המוגנת בחוק יסוד לבין "פגיעה" בה. שינוי הזכות עצמה, כגון צמצומה או הרחבתה, הוספה עליה או ביטולה, מחייב הליך של חקיקה בתחום חוקי היסוד (274 ב-ג).

ז

(4) אין צורך ברוב מיוחד של קולות חברי הכנסת כדי לשנות חוק יסוד, אלא אם כן נקבע הדבר מפורשות, כתנאי, בחוק היסוד אשר אותו מתקנים או בחוק יסוד אחר המביא הוראות כלליות בעניין שינוים של חוקי יסוד. סייגים על דרכי שינויו של חוק יסוד יכולים לקום רק מכות חקיקה בחוק יסוד (321 א).

(5) ה"פגיעה" אינה מכוונת לשנות את תחומיה של הזכות עצמה. פגיעה היא מטבעה מותחמת ונקודתית; על-אף קיומן של זכויות יסוד, ובייחוד כאשר מדובר בזכויות

המוגדרות בהרחבה, מן ההכרח לשמר את האפשרות לחוקק, במקרים מוגדרים, תוך סטייה מן הכלל הגדול שביטוייו בהגדרתה של זכות היסוד בחוק יסוד (275 א, 321 ו-ז).

(6) מן הראוי להבטיח כי הפגיעה בחוק יסוד, שתיחשב לחוקית ומותרת, תהיה מבוקרת ותפגע אך במידה מותהמת בעיקרון הגדול של הגנת זכות היסוד שמצא ביטוי בחוק היסוד; הפגיעה בזכות יסוד יכולה לעלות רק מהוראה המסמיכה לחוקק כאמור, המובאת בחוק יסוד, ותוך קיום התנאים שנקבעו על-ידי הכנסת בחוק היסוד. משמע, הרחבת סוגי הפגיעה האפשריים בזכות יסוד שהוגדרה בחוק יסוד, מהייבת שינוי של חוק היסוד, ושינוי חוק יסוד ייעשה רק על-ידי חוק יסוד (321 ז, 324 א-ב).

א

י. (אליבא דנשיא א' ברק): (1) כינונו של חוק יסוד מצוי בדרגה הנורמטיבית הגבוהה ביותר. מתבקש מכך, כי אין לשנות חוק יסוד או הוראה מהוראותיו אלא בחוק יסוד. ניתן יהא לשנות חוק יסוד בחוק רגיל, רק אם חוק היסוד יקבע זאת במפורש. שינויו של חוק היסוד באמצעות חוק יסוד אחר יכול שיהא מפורש ויכול שיהא משתמע; שני חוקי יסוד מצויים באותה רמה נורמטיבית, ועל-כן יחולו עליהם הכללים בדבר יחסים בין שתי נורמות שוות מעמד (406 ו, 407 ב-ג).

ב

(2) הכנסת, שעה שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת, רשאית לכבול את כוחה המכונן לשנות את חוקי היסוד ובכך ליצור "נוקשות" להוראותיה החוקתיות. כוחה של הכנסת לכבול את עצמה ובכך ל"שריין" את הוראותיה נגזר מעצם ההסמכה לכינונה של חוקה פורמאלית (407 ז-408 ג).

ג

(3) במרבית חוקי היסוד אין כל הוראות כבילה, ו"נוקשות" חוקי היסוד מתבטאת במספר קטן של חוקי יסוד. המשמעות המתבקשת מכאן היא כי בהיעדר הוראות בדבר "נוקשות" ניתן לשנות את חוקי היסוד בחוק יסוד שנתקבל ברוב רגיל. היעדרה של הוראת כבילה שולל את "נוקשותו" של חוק היסוד לעומת חוקי היסוד האחרים ומאפשר לחוק יסוד מאוחר, שנתקבל ברוב רגיל, לשנותו או לפגוע בו. אין בהיעדר הכבילה הורדת מעמד חוק היסוד לדרגה של חוק רגיל. חוק יסוד שאינו נהנה מנוקשות הוא חוק יסוד. אין הוא חוק "רגיל" ואין לשנותו בחוק רגיל (408 ג-ה).

ד

(4) חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל הוראת שריון. אין מדובר בשריון פורמאלי הדורש רוב מסוים לקבלת החוק הפוגע. זהו שריון מהותי, הדורש כי ניתן לפגוע בהסדר הקבוע בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל, ובלבד שהחוק הרגיל מקיים דרישה של מהות. פיסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 4 לחוק-יסוד: תופש העיסוק ובסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת שריון מהותי. מכוחה, בזכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד אין לפגוע על-ידי חוק רגיל, אלא אם כן החוק הרגיל מקיים דרישות מהותיות באשר לתוכנו. הוראת שריון זו תופסת: היא חוקתית ושוללת מתקיקה רגילה, שאינה מקיימת את דרישות השריון, לפגוע בזכות אדם המוגנת בחוק היסוד (409 ג-ה).

ה

יא. (אליבא דשופט י' זמיר): (1) המקור לכוחה של הכנסת לכבול עצמה, מבחינה מהותית כמו מבחינה צורנית, נובע מן המעמד של הכנסת כאסיפה מכוננת. התיאוריה בדבר אסיפה מכוננת מקובלת במדינות רבות ואף רווחת במשפט בארץ. היא מציעה הסבר עיוני ומספקת מכשיר מעשי, הן לכנסת והן לבית המשפט, לצורך טיפול נאות בנושאים חוקתיים. על-כן, זוהי התיאוריה העדיפה (470 ב-ג).

ו

נשאל ואמר את דברו. על-כן, פנייה מיוחדת לעם לאשר חוקי יסוד אינה חיונית; היא עשויה להיות רצויה אך אין היא הכרחית (399 ו-400 ב.).

טו. (אליבא דשופט ג' בך): (1) עקרונית, אין הבדל בין סעיף כובל, הדורש רוב של 61 חברי-כנסת לתיקון חוק ולביטולו, לבין סעיף כובל חוקית מרחיק לכת יותר. חוק מתקבל בכנסת ברוב רגיל של המשתתפים בהצבעה. היעדרות מהצבעה או הימנעות הן זכותו של כל חבר הכנסת. על-כן, אם אכן אין הכנסת מוסמכת לחוקק חוק חוקתי ואם הכנסת הבאה יכולה לבטל כל חוק בדרך הרגילה, אזי קשה להבין מדוע חוק כובל הדורש הצבעת רוב של 61 חברי-כנסת יוצא מכלל זה (582 ד-ה).

ב (2) החשש מפני תופעות שליליות העלולות להתרחש בעתיד אם אכן תוכר סמכות הכנסת לכבול בחוק יסוד ללא הגבלה את סמכותן של כנסות באות לבטל חוק יסוד או לתקנו, הוא תיאורטי יותר ממעשי. יש להניח כי במשטר דמוקרטי תקין אירועים מסוימים לא יקרו (582 ו-1, 583 ב-ג).

ג (3) בחשש האמור ובבעיות האחרות הקשורות בקבלת חוקי יסוד להבא ובתיקונים, אשר בעתיד יימצאו להם פתרונים, אין כדי לגבור על השיקולים המובילים למסקנה כי הכנסת, כגוף המחוקק העליון, אכן מוסמכת היא הן לחוקק חוקים רגילים והן לקבל חוקי יסוד המעניקים חוקה לישראל (583 ג-ד).

טז. (אליבא דשופט צ' א' 20): ההכרעה בשאלות העקרוניות לעניין סמכויות הרשות המחוקקת ומעמדה, אינה דרושה בהליכים דנו, וניתן להניחה לעת תפץ. די, לצורך העניין, לקבוע את מעמדם העליון במידרג הנורמאטיבי של חוקי היסוד שלאורם נבחנת החקיקה הרגילה של הכנסת (588 ד-ה).

יז. (אליבא דנשיא לשעבר מ' שמגר): (1) חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק הם בגדר חקיקה חוקתית. מדובר בחוקים הנושאים שם של חוק יסוד והמתקשרים ישירות למטלה החוקתית של הכנסת לפי החלטת הררי. חוקי יסוד אלה מהווים חוליה בשרשרת של אקטים חוקתיים במהלך אל עבר גיבוש חוקה שלמה. מבחינת מעמדם הפורמאלי ניתוספו אפוא חוקי יסוד, שהם פרקים מבין הפרקים שישתלבו בעתיד לכדי חוקה שלמה (324 ה-ז).

יח. (2) חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו - להבדיל מחוקי-יסוד: חופש העיסוק - אינו משוריין, כמוהו כרוב מניינם של חוקי היסוד ורוב ההוראות שבתוכם. אין בכך כדי לגרוע ממעמדם הפורמאלי והנורמאטיבי של חוקי היסוד בתור שכאלה (324 ז-325 א).

יט. (3) טקסט חוקתי צריך להתפרש מתוך מבט רחב ומתוך מגמה לקיים את הצו החוקתי שנקבע בו. הפרשנות המופעלת כלפיו אינה צריכה להיות טכנית, צרה או פורמאלית, אלא בעלת מבט המקיף את מלוא האופק. המבט צריך לחבוק את המהות, וזו משתקפת בזכויות האדם, שהן לב לבם של העיקרים החוקתיים (306 ג-ד).

יא. (4) ההוראות הפותחות את חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו נושאות עמן בשורה חוקתית מובהקת. הפתיחה התגיגית משותפת היא לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוקי-יסוד: חופש העיסוק. בשתיהן מצויה פיסקת עקרונית היסוד ובשתיהן מצויה פיסקת המטרה. נוסח ההוראות זהה. יש בכך משום ראייה אובייקטיבית ברורה לקרבה הרעיונית בין שני

חוקי היסוד. מכאן שיש לשאוף להרמוניה ביניהם, בכפוף לשינויים העלולים באורח ברור מתכליתו, האובייקטיבית והסובייקטיבית, של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו (311 ו-ז).

א (5) קביעת מעמדו של חוק היסוד לעומת חקיקה אחרת, מן הראוי שתיעשה תוך מתן משקל כנדרש לתכלית החקיקתית. הפרשנות לפי תכלית החוק נעשית תוך נאמנות לכוונת המחוקק. אין בית המשפט רשאי להעניק לחוקה מעמד של עליונות נורמטיבית מושלמת, ללא עיגון הדבר ברצונה של הכנסת. הוא הדין לגבי היפוכו של דבר: אין בית המשפט רשאי לרוקן חוקה ממעמדה במידרג הנורמטיבי, שכן הדבר נוגד את רצונה של הכנסת, כהשתקפותו בחוק היסוד, בנוסחו ובתוכנו (319 ד-ה).

ב י"ט. (אליבא דנשיא לשעבר מ' שמגר): (1) סעיף 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו מגביל חקיקה הפוגעת בזכות המוגנת בחוק היסוד. זוהי הוראה מרכזית לעניין מעמדו הנורמטיבי של חוק היסוד, ועולה ממנה כי חוק שיש בו פגיעה בזכות יסוד מבין אלה המנויות בחוק היסוד, שלא יענה לתנאים הקבועים בסעיף 8, אינו תקף; תהא לשונו של חוק דגיל מאוחר אשר תהא, אם אין הוא מקיים את "תנאי התוקף" - "פיסקת ההגבלה" - של חוק היסוד, או אינו חקיקה ברמה הנורמטיבית הראויה, קרי, חוק יסוד, אין לו תוקף (306 ב-ג, 326 א).

ג (2) המסקנה האמורה מתחזקת לאור האמור בסעיף 10 של חוק היסוד, שלפיו אין בחוק היסוד כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד. משמע, חוק היסוד יכול שיפגע בתוקפו של דין שהוחק אחרי תחילתו של חוק היסוד. המוראה שבסעיף 10 שבה ומשמיעה כי חוק היסוד הוא בעל עדיפות נורמטיבית, מאחר שהוא יכול לפגוע בתוקפו של חוק. מתוך פיסקת "שמירת הדינים" עולה לקה נוסף: תחולתו של חוק היסוד היא מיידית, וחוק היסוד הוא בעל משמעות אופרטיבית לאלתר (307 ב-ה, 326 א-ב).

ד (3) על-פי הוראותיו של סעיף 11 לחוק היסוד, חייבות כל רשויות השלטון, לרבות הרשות המחוקקת, לכבד את הזכויות שלפי חוק זה. כיבוד הזכויות כולל גם את ההימנעות מן הפגיעה בהן, אלא במידה שהותרה לפי סעיף 8 לחוק היסוד (326 ב-ג).

ה (4) (אליבא דשופט מ' חשין): הוראת סעיף 11 לחוק היסוד לא נבראה מעיקרה אלא לכבודה של הכנסת. רשויות השלטון האחרות, גם לולא הוראת סעיף 11, חייבות הן בכבודו של חוק היסוד. זהו שלטון החוק בפשטותו. הוראת סעיף 11 נועדה להודיע באורח הגיגי ומחייב כי חוק היסוד פורס עצמו מפורשות על הרשות המחוקקת אף היא, והוא שלטון החוק ברשות המחוקקת. משקבע סעיף 8 לחוק היסוד, כי אין ניתן לפגוע בזכויות יסוד שלפי חוק היסוד אלא בחוק המקיים תנאים אלה ואלה, הוראת סעיף 11 לחוק היסוד נדרשת היא כמו מאליה להשלמת הקביעה המהותית שבסעיף 8 (551 ז-552 ב).

ו י"ט. (אליבא דנשיא א' ברק): (1) פיסקת הכיבוד - המכפיפה את המחוקק לחובה לכבד את זכויות האדם המובטחות בחוקי-יסוד: חופש העיסוק, ובחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו - משריינת מהותית את הוראות חוקי היסוד בפני פגיעה בחקיקה רגילה. בכך היא מכריזה בפה מלא כי חקיקה רגילה חייבת לכבד את זכויות האדם וממילא אינה יכולה לפגוע בהן, אלא על-פי האמור בחוקי היסוד עצמם. פיסקת הכיבוד אינה דקלרטיבית גרידא, זוהי פיסקה מהותית, המהווה ציר חשוב שעליו נע המבנה החוקתי (412 ג-ה).

- (2) זכות הקניין, כשאר הזכויות הקבועות בחוק היסוד, אינה מוחלטת. ניתן לפגוע בה, ובלבד שהחוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה (431 ג).
- א (3) למושג "קניין" משמעויות שונות, על-פי ההקשר שבו הוא מופיע. במישור החוקתי מונחת ביסוד הזכות ההגנה על הרכוש. קניין הוא כל אינטרס אשר יש לו ערך כלכלי. על-כן משתרע הקניין לא רק על זכויות בעלי ערך רכושי שנרכשו על-פי המשפט הציבורי (431 ד-ה).
- ב (4) קביעת היקפה של חירות הקניין היא תפקיד חשוב המוטל על הרשות השופטת. בהגשמתו של תפקיד זה יש מקום לפנות למשפט ההשוואתי, תוך התחשבות בשוני החברתי והתרבותי בין הקהילות השונות. ייחודה של זכות הקניין במירקם החוקתי הישראלי צריך אפוא להיקבע על-פי מקומה במערך זכויות האדם בישראל (432 א, ז-433 ב).
- ג (5) (אליבא דשופט י' זמיר): יש להיזהר שלא לקבוע מסמרות בשאלה מהו קניין ומהי פגיעה בקניין. אם כל פגיעה בשווי רכושו של אדם, לרבות פגיעה בחיובים כספיים למיניהם, היא פגיעה בקניין, נמצא כי החוקים הפוגעים בקניין רבים מני ספור. בית המשפט עלול לשקוע ראשו ורובו בבדיקת החוקיות של כל חוק כזה, והמתחיק יתקשה למלא את תפקידו כראוי. לפיכך, די, לצורך העניין דגן, להניח כי החוק נושא הדין פוגע בזכות הקניין (470 ז-471 א).
- ד כג. (אליבא דשופט ד' לוי): (1) הטוען לפגיעה בזכות יסוד, המבקש לערער על תקפותו של חוק רגיל בשל פגיעה כזו והעותר לביטולו של החוק הפוגע, עליו נטל השכנוע כי אכן זכות יסוד חוקתית מוגנת נפגעה (458 ו).
- ה (2) בחן בית המשפט את הטענה על-פי התשתית העובדתית שהונחה לפניו ועל-פי הערכים הגלומים בזכות היסוד המוגנת ומצא כי אכן חוק רגיל שנתקבל פוגע בזכות היסוד המוגנת, כי אז עובר נטל השכנוע כי מתקיימים הצידוקים לפגיעה האמורה, אל המגן על תקפות החוק - דרך כלל נציג המדינה. נטל השכנוע שמדובר בו הוא לעניין התשתית העובדתית הדרושה, ואותה יש להניח לפני בית המשפט (458 ז-459 ב).
- ו (3) משהונחה התשתית העובדתית, תיעשה מלאכת הבחינה והביקורת של חוקיות החוק הרגיל אל מול החוק החוקתי בתהליך מחשבתי עקבי: בשלב הראשון, לעניין עצם הפגיעה בזכות יסוד מוגנת, ובשלב השני, לעניין הצידוק לפגיעה על-פי סעיף ההגבלה למרכיביו (459 ב-ג).
- ז (4) אם לא תוכח בשלב הראשון פגיעה ממשית בזכות יסוד המעוגנת בחקיקה חוקתית על-חוקית, או אם יתברר כי הפגיעה היא שולית, זניחה וחסרת משמעות, כי אז תם ונשלם הבירור, והעתירה לפסול את החוק הפוגע, כביכול, תידחה. מאידך גיסא, אם הוכחה פגיעה ממשית בזכות יסוד המעוגנת בחוק האמור, תיעשה הבחינה אם מתקיימים מרכיבי הצידוק שבסעיף ההגבלה שבחוק היסוד (459 ג-ד).
- כד. (1) (אליבא דנשיא א' ברק): ההנחה היא, כי חוק הוא חוקתי, והמבקש לסתור, עליו הנטל. גדר הספקות הוא באשר לשלב שעניינו חוקתיות הפגיעה בזכות האדם החוקתית. בעניין זה מקובל לקבוע כי נטל השכנוע מוטל על הטוען לחוקתיות הפגיעה. גישה זו היא



לכאורה ראויה, באשר היא מטילה את הנטל על מי שראוי כי יישא בו ועל מי שמסוגל לשאת בו, כלומר השלטון. עם זאת, הבעיה אינה מתעוררת בנסיבות דנן, ויש להשאיר בצריך עיון (428 ו-429 א).

(2) (אליבא דשופט ג' בך): הסוגיה על שכמו של איזה צד רובץ נטל הראיה או נטל השכנוע ביחס לשאלה אם אכן עומד החוק נושא הדיון בדרישותיו של סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא דלוואנטית מאוד לעניין ומן הדין להתייחס אליה; משנקבע, כי החוק נושא הדיון אכן פוגע בזכות הקניין, נחוץ הוא לשאול מי חייב לשכנע את בית המשפט בשאלה אם החוק עומד בכל הדרישות שבחוק היסוד (584 א-ב).

(3) (אליבא דשופט ג' בך): חוק, הפוגע לכאורה בזכות יסוד, אינו חשוד בשל כך מלכתחילה, מיניה וביה, בפסלות מבחינה מוסרית או ממלכתית, וכל חוק כזה ייבדק מבחינה אובייקטיבית לאור הגורמים המצוינים בפסיקת ההגבלה. מכאן שאין קיימות הנחה או חוקה שכל חוק הפוגע בחירות האדם או בקניין, או בזכות יסוד אחרת המנויה בחוק היסוד, הוא פסול עד שלא יוכח ההפך. היפוכו של דבר: ההנחה חייבת להיות שחוק התקבל כדין, אלא אם כן ישוכנע בית-משפט שהחוק הוא בטל מפני שהוא גם פוגע בזכות יסוד וגם אינו עומד בדרישותיו של סעיף 8 לחוק היסוד (586 א-ב).

(4) (אליבא דשופט ג' בך): על הטוען לבטלות החוק לשכנע את בית המשפט הן לעניין עוברת הפגיעה שיש בחוק בזכות יסוד והן באשר לאי-עמידת החוק בדרישותיה של פסיקת ההגבלה (586 ה-ו).

(5) (אליבא דשופט א' גולדברג): בהליכים שבהם נבחנת חוקיותו של חוק, נקודת המוצא היא כי החוק מוחזק כחוקתי. הספק צריך לפעול לטובת הכשרתו של החוק, ולא לביטולו. מכאן, שעל מי שטוען נגד תוקפו של החוק נטל השכנוע כי החוק בלתי חוקתי, גם במובן זה כי הפגיעה חורגת באופן מפליג ממיתחם הפגיעה הסביר להגשמת התכלית הראויה. אל נטל השכנוע נסמך הנטל המשני של הבאת הראיות, לאמור, על מי שטוען נגד תוקפו של החוק להראות כי קיימת חלופה מסוימת וברורה המגשימה את התכלית הראויה אך פגיעתה בזכות המוגנת פחותה במידה ניכרת מן הפגיעה שבחוק (577 א-ג).

(6) (אליבא דשופט מ' חשין): משהוכחה פגיעה בזכות יסוד ובמעבר אל שלב ההליכים השני, בגדריה של פסיקת ההגבלה, נטל השכנוע הוא על הטוען כי החוק הוא חוקתי, לאמור, כי עומד הוא בתנאיה של פסיקת ההגבלה. בשלב ההליכים השני, יש לצייד את החוק בחוקת חוקתיות, בהנחה לכאורה כי חוק שהכנסת מתוקקת אכן חוק חוקי הוא. חוקה זו מקומה יהיה במסגרת הנטל להביא ראיות (הנטל המשני) להבדילו מנטל השכנוע המוטל על רשות השלטון (570 א-ב).

כה. (אליבא דנשיא לשעבר ח' שמוגר): (1) ארבעה מרכיבים מצטברים בהוראה החוקתית שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: הפגיעה נעשתה באמצעות חוק ולפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו; החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל; החוק נועד לתכלית ראויה; מידתה של הפגיעה אינה עולה על נדרש (335 א-ג).

(2) סעיף 8 לחוק היסוד משקף איוון בין האינטרסים החוקתיים לבין האינטרסים המשתקפים בחקיקה המועמדת במבחן החוקתיות. משמע, בכל דיון בזכות חוקתית נדרשת ראייה

- א (6) (אליבא דשופט י' זמיר): המבחן המשולש, זה של ההתאמה, הצורך והמידתיות, המקובל במדינות שונות, חדר למשפט הישראלי ואף נעשה הלכה במשפט המינהלי. אין זה סביר או רצוי לקבוע הלכה שונה במשפט החוקתי, שכן, מבחינה עניינית, אין גבול חד המפריד בין המשפט החוקתי לבין המשפט המינהלי. יתרה מזו: ההלכה המבססת את המידתיות על שלושת היסודות האמורים היא ההלכה הראויה. היא מציינת את בית המשפט במכשיר מתוחכם ויעיל לביקורת החוקיות של חוקים, של תקנות ושל ההלכות מינהליות לסוגיהן (470 ג-1).
- ב כת. (אליבא דנשיא א' ברק): (1) הדרישה, כי החוק העומד למבחן יפגע בזכות המוגנת במידה הקטנה האפשרית, היא לב לבו של מבחן המידה שאינו עולה על הנדרש. ברבים מן המקרים התכלית היא ראויה, וקיים קשר ראציונאלי בין התכלית לבין האמצעי שנבחר. נקודת ההכרעה מתמקדת בשאלה אם המחוקק בחר את האמצעי שפגיעתו קטנה ביותר (437 ג-ד).
- ג (2) לעתים קרובות ניתן לקיים את הדרישה של פיסקת ההגבלה בדרכים שונות. נוצר מעין מיתחם ההגבלה או מיתחם הפגיעה. בית המשפט צריך לשמור על גבולות המיתחם אך עליו למשוך ידו מכניסה לגופו של המיתחם. הבחירה בין האפשרויות השונות בגדרי המיתחם היא של המחוקק. למחוקק נתון מרחב תמרון חקיקתי. במקרי גבול, יש להעניק למחוקק מרחב סביר של בחירה חקיקתית. על בית המשפט להשתכנע כי המחוקק בחר באמצעים החקיקתיים שעמדו לרשותו ואשר פגיעתם בזכות החוקתית היא הקטנה ביותר. אין לדרוש בחירה אידיאלית (441 ג-ה, 438 א).
- ד (3) בנסיבות דנן, המקרים נושאי ההליכים הם גבוליים וגופלים לאותו מיתחם חקיקתי המאפשר למחוקק לעצב את ההסדר החקיקתי על-פי שיקול-דעתו. בהתחשב בתכלית הראויה - שעניינה פתרון המשבר העמוק שאליו נקלע המיגור החקלאי - נראה, כי האמצעי שנקט המחוקק בחוק נושא הדיון פוגע אמנם בנושים, אך פגיעתו אינה עולה על הנדרש, ועל כל פנים, היא על הגבול החוקי של הפגיעה (446 ד-ה).
- ה כת. (אליבא דשופט ד' לוי): (1) יש להקפיד על כך שכבוא המחוקק לחוקק חוק רגיל, יראה הוא לנגד עיניו תמיד את זכויות היסוד המוגנות; יימנע ככל האפשר וככל המתחייב מלפגוע בהן, ואם נדרש הדבר - יעשה את המאמץ הראוי שהפגיעה תעמוד בתנאי סעיף ההגבלה, בין היתר בכך שלא תעלה במידתה על הנדרש (461 ד-ה).
- ו (2) חקיקה כזו מחייבת בהינה קפדנית של ההלופות השונות האפשריות להשגת התכלית שצריכה להיות ראויה. לכן, עד שהמחוקק אומר את דברו, צריכה להיות מונחת לפניו תשתית עובדתית פרי מחקר ועיון של מומחים לדבר. על בסיס כזה יוכל לגבש לעצמו עמדה התואמת את ההוראה החוקתית ולנסח את החוק בהתאם. בית המשפט הוא שיצטרך לקבוע, על-פי התשתית העובדתית שעמדה לפני המחוקק, שאכן העדפתו של המחוקק - בעוצמתה, ביסודיותה ובסבירותה - עונה על תנאי סעיף ההגבלה (461 ה-2).
- ז (3) הביקורת על הפגיעה בזכות היסוד צריכה להיות קפדנית ונהרצת, ואילו בבחינת הצידוק לפגיעה, על-פי מרכיבי סעיף ההגבלה, יכול בית המשפט לגלות פתיחות וליברליות

לתהליך החקיקה, תוך ראיית האיוונים הנדרשים לגבי כל אחד ממרכיבי סעיף ההגבלה. על הפרשנות להיות גמישה לעניין ההתייחסות לתכלית, לסבירותה של החקיקה ולכנותה וכן למידת האמצעי שננקט ולגחיצותו (463 א-ב).

ל. (אליבא דשופט ד' לוי): (1) בנסיבות דגן, יש בחוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי פגיעה ממשית בזכויותיהם היסודית של הנושים בקניינם, משתי בחינות עיקריות: ראשית, במובן זה שנסגרו בפניהם שערי בית המשפט וההוצאה לפועל. שנית, נכפה עליהם הסדר העלול לקפח אותם במובן זה שחלק מהחוב עלול להימחק וחלק מהחוב אפשר שיפרס לתשלום לשנים רבות, כך שבטופו של דבר ככל שייפרע החוב, יהיה זה במידה חלקית ושלא לפי ציפיותיהם, צורכיהם וזכויותיהם (463 ו-ז).

(2) במשטרים דמוקרטיים נאורים, כמו גם במסורת ישראל, מקובל הערך של עזרה הדדית. כבר היו דברים מעולם במדינות דמוקרטיות, שהציבור, או חלק ממנו, נקרא ונדרש להיחלץ להצלת מיגורים במשק העומדים בפני קריסה. המדיניות הנכונה בטיפול בגופים עסקיים הנקלעים למשבר כלכלי חמור היא לאו דווקא בהיסולה של התכרה העוסקת או בהכרזתו של בעל העסק כפושט-רגל, אלא בשיקום העסק ובהבראתו, ככל שהדבר ניתן (465 ה-466 ג).

(3) בנסיבות דגן, התמוטטות המיגור החקלאי עלולה הייתה להסב נזק בלי-ישוער לכלכלת המדינה. מי שיכול, בראש ובראשונה, לתרום להבראת המצב ולמניעת קריסה, הם הנושים, שניהלו עסקים עם החקלאים ונהנו לא מעט מרווחים במרוצת השנים. אין להטיל את חובת ההיחלצות על כלל האזרחים, אלא על הנוגעים לדבר (466 ו-467 א).

(4) אין למעט מחשיבות התכלית האמורה בשל כך שאין היא נוהגת בשוויוניות כלפי המיגורים השונים במשק. אין שוויוניות זו נדרשת מבחינת ערכיה של מדינת ישראל, ובאישווינויות זו, ככל שהיא קיימת, בסיוע למיגורים שבמצוקה או בהטלת העול על חלק מן הציבור, אין כדי לפגום בתכלית (467 א-ב).

(5) חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי לא בא לעולם אלא לאחר שחלופות אחרות, שלא פגעו עד כדי כך בזכויות יסוד של האזרח, נוסו ונכשלו. עיון בהצעת החוק, עיון בהצעת החוק המתקן נושא הדיון ובהוראותיו ושקילת הטענות וההסברים שהשמיעו בעלי הדיון בעניין זה מלמדים, כי המחוקק בחן חלופות שונות בטרם אמר את דברו. הפגיעה בחוק המתקן אמנם משמעותית היא, אך מתחייבת מול המציאות העגומה, ועל-כן אינה עולה על הנדרש (467 ו-468 א).

לא. (אליבא דשופט א' גולדברג): (1) בנסיבות דגן הייתה פגיעה בזכות הקניין, ויש לפרש פגיעה כגריעה מן הזכות הרכושית, הכלכלית, שהייתה לבעל הקניין (573 ד).

(2) המבחן האחרון שבפסיקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - והוא כי הפגיעה של החוק הפוגע בזכות האדם תהא במידה שאינה עולה על הנדרש - הוא "מבחן המינזון", לאמור, מינזון הפגיעה צריך שיהא כך שלא יעלה על הנדרש (574 ה-ו).

(3) המבחן שבו מדובר הוא יחסי ולא מוחלט. לא גודלה האבסולוטי של הפגיעה הוא העומד

- [34] רע"א 3466/92 א' ארטרכט ואח', פושטיינגל נ' הנאמן בפשיטת-רגל ואח', פ"ד מזו (2) 573.
- א [35] בג"צ 86/852, 869, בשג"צ 86/483, 486, 487, 502, 507, 512, 515, 518, 521, בג"צ 87/1, 543, 33 אלוני ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מא (2) 1.
- [36] בג"צ 81/1 שירן ואח' נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (3) 365.
- [37] בג"צ 94/726, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד מח (5) 441.
- ב [38] בש"פ 95/537 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355.
- [39] בג"צ 67/243 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי ואח', פ"ד טו 2407.
- [40] בג"צ 57/163 לובין נ' עיריית ת"א יפו, פ"ד יב 1041.
- [41] בג"צ 73/120 טוביס ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד כז (1) 757.
- ג [42] בג"צ 48/7 אל-כרבוטלי נ' שריהבטחון ואח', פ"ד ב 5.
- [43] בג"צ 48/10 זיו נ' הממונה בפועל על האזור עירוני ת"א ואח', פ"ד א 85.
- [44] ע"א 92/239 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיז ואח', פ"ד מח (2) 66.
- ד [45] בג"צ 94/1225 "בק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט (3) 661.
- [46] בש"פ 93/6654 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח (1) 290.
- [47] בג"צ 92/5394 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח (3) 353.
- [48] ע"ב 65/1 ירדור נ' יושבידאש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365.
- ה [49] בג"צ 85/73 סיעת "כך" נ' יושבידאש הכנסת, פ"ד לט (3) 141.
- [50] בג"צ 94/5364, 5373, 5377, 5432, 5458, 5466 ולור ואח' נ' יושבידאש מפלגת העבודה הישראלית ואח', פ"ד מט (1) 758.
- [51] בג"צ 91/693 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מזו (1) 749.
- ו [52] בג"צ 92/6163, 6177 אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד מזו (2) 229.
- [53] בג"צ 84/732 צבן נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מ (4) 141.
- [54] בג"צ 69/287 מידון נ' שר העבודה ואח', פ"ד כד (1) 337.
- [55] בג"צ 93/2481 דייך נ' מפקד מחוז ירושלים ואח', פ"ד מח (2) 456.
- ז [56] בג"צ 92/5510 תורקמאן נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מח (1) 217.
- [57] בג"צ 94/987 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח (5) 412.
- [58] בג"צ 95/3477 בן-עשייה ואח' נ' שר חינוך, התרבות והספורט - טרם פורסם.

- [59] ע"ב 2/88 בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה ואח', פ"ד מג (4) 221.
- [60] ע"א 673/87 י' סאלח ואח' נ' מפרק פרץ את איטר חברה לבנין והשקעות בע"מ (בפירוק), פ"ד מג (3) 57.
- [61] ע"פ 74/58 היועץ המשפטי נ' הורנשטיין, פ"ד יד 365.
- [62] ע"א 549/75 פלוניס נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ל (1) 459.
- [63] בג"צ 761/86 מיעארי ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד מב (4) 868.
- [64] ע"א 450/70 רוגוזינסקי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כו (1) 129.
- [65] בג"צ 889/86 כהן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מא (2) 540.
- [66] בג"צ 7/55 ינוביץ ואח' נ' אור ואח', פ"ד ט 1252.
- [67] ע"א 219/80 בית חלקיה, מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' אפרתי ואח', פ"ד לו (2) 516.
- [68] ע"א 87/50 ליבמן נ' ליפשיץ, פ"ד ו 57.
- [69] בג"צ 65/51 זיבוטינסקי ואח' נ' נשיא מדינת ישראל, פ"ד ה 801.
- [70] בג"צ 180/52 יורשי אברהים דור ואח' נ' שרי-האוצר, פ"ד ו 908.
- [71] בג"צ 6290/93 זילכה נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד מח (4) 631.
- [72] בג"צ 491/86 עיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד מא (1) 757.
- [73] בג"צ 356/83 לידור האגודה להגנת בעלי בתים, דירות ורכוש פרטי בישראל ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח', פ"ד לה (1) 602.
- [74] בג"צ 108/70 מנור ואח' נ' שר האוצר, פ"ד כד (2) 442.
- [75] ע"א 511/88 מנדלבאום נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון-לציון ואח', פ"ד מד (3) 522.
- [76] בג"צ 311/60 מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה ואח', פ"ד טו 1989.
- [77] בג"צ 49/83 המחלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף החלב ואח', פ"ד לו (4) 516.

פסקי-דין של בתי המשפט המחוזיים שאוזכרו:

- [78] ה"פ (י-ם) 1635/92 - לא פורסם.
- [79] ה"פ (ת"א) 1229/93 - לא פורסם.
- [80] ת"א (ת"א) 49299/88 - לא פורסם.
- [81] ת"א (ת"א) 1657/89 - לא פורסם.

פסקי-דין אוסטרליים שאוזכרו:

- [82] *Clayton v. Heffron* (1960) 105 C. L. R. 214.
- [83] *Australian National Airways Pty Ltd. v. Commonwealth* (1945) 71 C. L. R. 29.
- [84] *Minister of State for the Army v. Dalziel* (1943-44) 68 C. L. R. 261.

## פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:

- [85] *Grosjean v. American Press Co.* 297 U. S. 233 (1936).
- א [86] *Louisville Bank v. Radford* 295 U. S. 555 (1935).
- [87] *Wright v. Vinton Branch* 300 U. S. 440 (1937).
- [88] *Ferguson v. Skrupa* 372 U. S. 726 (1963).
- [89] *Williamson v. Lee Optical Co.* 348 U. S. 483 (1955).
- ב [90] *Vance v. Bradley* 440 U. S. 93 (1979).
- [91] *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* 297 U. S. 288 (1936).
- [92] *Board of Education v. Barnette* 319 U. S. 624 (1943).
- [93] *United States v. Baellin* 12 S. Ct. 505 (1891).
- [94] *Marbury v. Madison* 5 U. S. 137 (1803).
- ג [95] *United States v. Nixon* 418 U. S. 683 (1974).
- [96] *McCulloch v. Maryland* 17 U. S. 316 (1819).
- [97] *Kovacs v. Cooper* 336 U. S. 77 (1949).
- [98] *New York Trust Co. v. Fisher* 256 U. S. 345 (1921).
- ד [99] *Lochner v. New York* 198 U. S. 45 (1905).
- [100] *Rio Rico Properties v. Santa Cruz County* 834 F. 2d 166 (1992).
- [101] *Illinois Elections Bd. v. Socialis Workers Party* 440 U. S. 173 (1979).

## פסקי-דין אנגליים שאוזכרו:

- ה [102] *Factortame Ltd v. Secretary of State for Transport* (No. 2) [1991] 1 All E. R. 70 (C.J.E.C. and H. L.).
- [103] *Macarthy Ltd. v. Smith* [1981] Q. B. 180 (C.J.E.C.).
- [104] *Bribery Comr. v. Ranasinghe* [1965] A. C. 172 (P. C.).
- ו [105] *Akar v. A.-G. of Sierra Leone* [1969] 3 All E. R. 384 (P. C.).
- [106] *Min. of Home Affairs v. Fisher* [1980] A. C. 319.

## פסקי-דין בינלאומיים שאוזכרו:

- [107] *Sunday Times v. United Kingdom* [1979] 2 E. H. R. R.
- ז [108] *Costa v. Enel* (1964) Case 6/64 E. C. R. 585.

## פסקי-דין גרמניים שאוזכרו:

- [109] 6 BverfGE 32 (1957).
- [110] 7 BverfGE 377 (1958).

פסקי-דין דרום-אפריקניים שאווכרו:

[111] *Harris v. Minister of Interior* (1952) 4 S. A. L. R. 428.

[112] *S. v. Mkwanyana* (1955) 6 B. C. L. R. 665.

פסקי-דין הודיים שאווכרו:

[113] *Kesavande v. State of Kerala* [1973] A. I. R. 146.

פסקי-דין קנדיים שאווכרו:

[114] *R. v. Oakes* [1986] 1 S. C. R. 103.

[115] *R. v. Big M Drug Mart. Ltd.* [1985] 1 S. C. R. 295.

[116] *Jones v. The Queen* [1986] 2 S. C. R. 284.

מקורות המשפט העברי שאווכרו:

[א] ויקרא, כו, י.

[ב] בראשית, א, כז; כד, נו.

[ג] דברים, טו, א-יא; כו, ט.

[ד] שמות, א, כב; יט, י-יא, יד-כ; לב, טו.

[ה] שמות, רבה, כט.

[ו] ישעיהו, י, טו; ל, טו.

[ז] בבא מציעא, קז, ב.

ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (הרשמת ה' שטיין) מיום 21.11.93 בהמ' 3459/92, 3655, 4071, 1630/93 (ת"א 1744/91)\* ובקשות רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (הרשמת ה' שטיין) מיום 16.3.94 בהמ' 5025/92 (ת"א 2252/91)\*\* ועל החלטתו של בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט ס' גיבראן) מיום 30.5.94 בבר"ע 18/94, שבו נדחה ערעור על החלטתו של ראש ההוצאה לפועל בחיפה בתיק הוצל"פ 8-97-14337-02. הבקשות נדונו כערעורים. הערעור בע"א 6821/93 נדחה. הערעורים ברע"א 1908/94, 3363/94 נתקבלו, והתיקים הוחזרו לבתי המשפט המחוזיים להמשך הדיון.

מ' אסיף - בשם המערער בע"א 6821/93;

א' וינדר, ז' סלילת - בשם המשיב 1 בע"א 6821/93;

צ' משה - בשם המשיב 2 בע"א 6821/93;

מ' כהן - בשם המשיב 3 בע"א 6821/93;

י' אמיתי - בשם המשיבה 4 בע"א 6821/93;

ד' דינאי, מ' דינאי - בשם המבקשים ברע"א 1968/94;

א' פוזנר, ע' גולן - בשם המשיב 1 ברע"א 1908/94;

\* פ"מ תשנ"ד (3) 113.

\*\* פ"מ תשנ"ד (3) 243.

מ' רובינשטיין, מנהלת המתלקה האורחית בפרקליטות המדינה - בשם המשיב 2 ברע"א  
1908/94;

מ' גבע - בשם המבקשים ברע"א 3363/94;

י' בן ח"פר - בשם המשיבה ברע"א 3363/94.

## פ ס ק ד י ן

הנשיא (לשעבר) מ' שמגר: הוראות החוק - החוק העיקרי

1. השאלה המרכזית העולה בכל אחד משלושת הערעורים שלפנינו היא זהה. עניינה בשאלה אם חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), תשנ"ג-1993 (להלן - החוק המתקן), פוגע בהוראותיו של חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו, ואם יש לראותו בשל כך כבטל. עליכן נדונו שלושת הערעורים שלפנינו במאוחד.

2. (א) החוק המתקן הוא, כפי ששמו מעיד עליו, תיקון לחוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, תשנ"ב-1992 (להלן - החוק העיקרי). תחילתו של התיקון ביום 13.8.93.

כאמור בדברי ההסבר שהובאו בהצעת חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, תשנ"ב-1991, מבקש החוק העיקרי שהוחק בתשנ"ב ליצור מסגרת חדשה לפתרון המשבר הקשה שפקד את המיגזר החקלאי כבר שנים מספר לפני כן. מגמתו הכללית היא לאפשר את שיקומו של המיגזר החקלאי. הוא בנוי על העדפת השיקום על פני הפירוק, מצד אחד, ועל הרצון להימנע מהזרמת כספים מהקופה הציבורית למען השיקום, מצד שני. התערבות המחוקק במציאת הסדרים למיגזר החקלאי נראתה מחויבת המציאות, לאחר שההסדרים השונים שקדמו לה לא הוכיחו את עצמם, לדעת המציעים, "והותירו את המגזר החקלאי במשבר עמוק ולעתים אף התריפוהו" (הצעת חוק הסדרים במגזר החקלאי משפחתי, בעמ' 92).

(ב) לפי הוראותיו של החוק העיקרי, יכול שיתמנה משקם ל"ארגון חקלאי", לתאגידים החקלאיים הקשורים בו ו"לאגודות החקלאיות" הנמנות עם הארגון ולחבריהן, או למה שכונה בחוק "איזור שיקום". "המשקם" כשמו כן הוא: הוא מופקד על ריכוז הנתונים על אודות החובות, בדיקת המשאבים והסדר החובות. "אגודה חקלאית" היא אגודה שיתופית המסווגת כמושב עובדים, מושב שיתופי או כפר שיתופי; כן מתייחס החוק העיקרי לקיבוצים בגולן, בבקעת הירדן ובמקומות נוספים, כמפורט בתוספת הראשונה שבו, ולתאגידים כמפורט בתוספת השניה שלו. "ארגון חקלאי" הוא אגודה שיתופית אזורית שעם חבריה נמנות אגודות חקלאיות, כמפורט בתוספת השלישית לחוק.

(ג) החוק העיקרי קבע, כי אין להמשיך ואין לפתוח בהליך לגבי חוב בסיסי או ערבות לחוב בסיסי, אלא בהתאם להוראותיו של החוק האמור (סעיף 7 לחוק הנ"ל).



המשקם יקבע לגבי כל גורם חקלאי את חובו הבסיסי ואת חובו הכולל לפי כל המידע שיימצא לפניו. "חוב" ו"חוב בסיסי" הוגדרו בסעיף 1 לחוק העיקרי, כדלהלן:

"חוב" קרן, הפרשי הצמדה, ריבית, ריבית דריבית, עמלה והוצאות;

'חוב בסיסי' - חוב שנוצר בתקופה שנתיימה ביום הקובע, או חוב שנוצר לשם פרעון חוב כאמור, או חוב כאמור שנקבע בפסק דין גם אם ניתן לאחר היום הקובע, והוא אחד מאלה:

(1) חוב של אגודה חקלאית;

(2) חוב של ארגון חקלאי;

(3) חוב של גורם חקלאי, למעט אגודה חקלאית וארגון חקלאי, הנובע מעיסוקו בחקלאי" (ההדגשה שלי - מ' ש').

"היום הקובע" הוא י' בטבת תשמ"ח - 31.12.87. משמע, החוק העיקרי דן, בעיקרו, בחובות שנוצרו עד למועד האמור.

(ד) הועבר למשקם הליך כאמור לעיל, יועברו אליו גם הליכים אחרים המתנהלים נגד אותו חייב, שעניינם חוב בסיסי.

(ה) גושה או חייב בהליך לגביית חוב בסיסי או ערבות לחוב בסיסי, רשאים להודיע למי שלפניו מתנהל ההליך כי חלות עליו הוראות החוק האמור. הודיעו כך, יורה מי שלפניו מתנהל ההליך על הפסקת ההליך ועל העברתו למשקם, אם נוכח כי נתקיימו התנאים להפסקת ההליכים. חייב שהוא חקלאי או חבר באגודה חקלאית רשאי להודיע למי שלפניו מתנהל ההליך כי ברצונו שהוראות החוק לא יחולו עליו.

3. סעיף 15 לחוק העיקרי מורה, כי אם קבע המשקם את גובה החוב הבסיסי של גורם חקלאי, יפחית ממנו סכום בגובה של עשרים אחוזים מהחוב. אם קבע המשקם, בהחלטה מנומקת, כי קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, רשאי הוא להפחית סכום נוסף שלא יעלה על עשרה אחוזים מהחוב.

סעיף 21 לחוק העיקרי מוסיף ומרחיב את הסמכות למחיקת חובות ואומר:

21. נוכח המשקם כי אין ביכולתו של החייב לפרוע את חובו גם לאחר מימוש נכסיו כאמור בסעיף 20, רשאי הוא למחוק חוב נוסף בשיעור שלא יעלה על 40% מהחוב להסדר, היה החייב אגודה חקלאית שהיא ישוב בקו עימות, חבר באגודה חקלאית כאמור או חקלאי בישוב קו העימות, ימחק המשקם את יתרת החוב שאין ביכולתו של החייב לפרעה".

"מחיקת  
חוב

א לעניין הטיפול בחובות, משלים ואומר סעיף 11 לחוק העיקרי, כי המשקם יקבע לפי הוראות החוק, לגבי כל גורם חקלאי, את כל אלה: (1) סכומי חובותיו לנושים השונים; (2) כושר החזר שלו; (3) סכום החוב שייפרע, בין במזומן ובין בדרך של פריסתו; (4) סכום החיוב בשל חלף ערבות כאמור בסעיף 16 לחוק העיקרי; (5) סכומי ההפחתות כאמור בסעיף 15 הנ"ל; (6) אם יש לממש נכסים לפירעון החוב; (7) אם יש למחוק חלק מהחוב, ואם כן - את שיעורו; (8) אופן חלוקת החוב בין הנושים ואופן חלוקת התמורה ממימוש הנכסים.

ב קבע המשקם את כל אלה, יראו בכך הסדרת חובו של גורם חקלאי. המשקם יודיע לנושים ולחייבים את יתרתם, כפי שהיא מופיעה במאזנים, ואלה רשאים להשיג עליה, לפניו, תוך שלושים ימים מהודעתו; המשקם רשאי - מטעמים מיוחדים - להאריך את המועד. הוגשה השגה, יפסוק המשקם בחובות ובזכויות לאחר הדיון בה ויודיע החלטתו לצדדים.

ג

הוראות החוק - החוק המתקן

ד 4. בדברי ההסבר להצעת החוק המתקן מתשנ"ג (הצעת חוק הסדרים במגזר החקלאי משפחתי (תיקון), תשנ"ג-1993), שהקדימה את החוק המתקן, נאמר בתכלית הקיצור, כי "בעקבות פסקי דין שניתנו בהליכים הנוגעים לחוב, התעורר הצורך בהבהרת מספר נושאים כמפורט בהצעה ... (שס, בעמ' 292).

ה החוק המתקן הביא בסעיף 1 שלו הגדרות חדשות של "חוב", "חוב מס" ו"חוב כולל" (הכלולות בעקבות התיקון בסעיף 1 לחוק העיקרי, ואלו הן:

ה "חוב" - חיוב כספי בין אם הגיע מועד פרעונו ובין אם לאו, לרבות קרן, הפרשי הצמדה, ריבית, ריבית דריבית, עמלה והוצאות ולמעט חוב מס;

ו "חוב מס" - כל סכום שאדם חייב בו על פי חיקוק הדין בהטלת מס או תשלום חובה ששר האוצר ממונה על ביצוע או על הגביה לפיו;

ז

ז "חוב כולל" - החוב של גורם חקלאי ליום כ"ד בטבת התשנ"ב (31 בדצמבר 1991) ולגבי חקלאי וחבר באגודה חקלאית - כל חוב כאמור ובלבד שהוא נובע מעיסוקו כחקלאי, ואולם לגבי חוב של חבר באגודה חקלאית לאגודה החקלאית שבה הוא חבר - כל חוב כאמור אלא אם כן תוכיח האגודה החקלאית כי חוב מסוים אינו נובע מעיסוקו כחקלאי."

ח

ח בהגדרת "חוב בסיסי" תוקנה הסיפה, ונאמר בה כי המונח האמור כולל "חוב שנוצר אחרי היום הקובע לשם פרעון חוב (כאמור ברישה של ההגדרה האמורה - מ' ש), לרבות עקב הסדר או מיחזור החוב".

בסעיף 7 לחוק העיקרי, הון, כמוזכר לעיל, בעניין הקפאת ההליכים, הובאה מכוח החוק המתקן התייחסות ל"חוב כולל", מונת שהוגדר מחדש כמובא לעיל, במקום ההתייחסות ל"חוב בסיסי", שהובאה בחוק העיקרי. מרכיבי החוב להסדר פורטו מחדש בסעיף 17, כפי שתוקן בחוק המתקן, כהאי לישנא:

17. (א) המשקם יקבע את החוב להסדר לפי החוב הכולל, בניכוי ההפחתות כאמור בסעיף 15 ובתוספת חלף הערבות כאמור בסעיף 16, כשהם משוערכים ליום כ"ד בטבת התשנ"ב (31 בדצמבר 1991) (להלן - החוב להסדר).

"החוב להסדר"

(ב) שערך ההפחתה ייעשה על-ידי הצמדתה למדד המחירים לצרכן והוספת 7% ריבית צמודה לשנה.

(ג) החוב להסדר ישוערך עד ליום ההסדר על-ידי הצמדתו למדד המחירים לצרכן, לפי שיעור עליית המדד הידוע ביום ההסדר לעומת המדד לחודש נובמבר 1991, והוספת ריבית צמודה כאמור בשיעור של 5% לשנה.

(ד) שוערך החוב להסדר כאמור בסעיף קטן (ג), יהא כל חיוב אחר בשל חוב כאמור, החל ביום כ"ד בטבת התשנ"ב (31 בדצמבר 1991), בשל ריבית, הפרשי הצמדה, הפרשי שער, עמלות וחיובים אשר נושה כלשהו נוהג לחייב בהם את כלל חייביו, למעט עמלת הקצאת אשראי אצל נושים הנוהגים לחייב בעמלה זו - בטל".

כן הכיל החוק התאמות רבות נוספות שאין מקום למנותן כאן.

עיקרו של החוק המתקן מתבטא אפוא בהרחבתה של התקופה אשר החובות שנוצרו בה יטופלו על-ידי המשקם: במקום 31.12.87 בא 31.12.91. כן נקבע, בין היתר, שיערוך החובות כמפורט בהגדרה של "החוב להסדר" שהובאה לעיל, והוכנסו שינויים נוספים שאינם טכניים בלבד.

מכאן לערעורים שלפנינו.

פסקי הדין של בית המשפט קמא

א 5. ברע"א 1908/94, אשר בו דנו כאילו ניתנה רשות ערעור, הוגשה בקשת רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (ת"א 252/92, 2 המ' 5025/92). המערערים משיגים על קביעותיו של בית המשפט קמא, שלפיהן הוראות החוק המתקן, ככל שהן מרחיבות את סמכותו של המשקם להיזקק לבירור חובות שהינם "חוב בסיסי" ולהסדרתם ושוללות את סמכותו של בית המשפט להיזקק להן, אינן עומדות בדרישותיה של הוראת ההגבלה אשר בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועליכן הן בטלות; וכן כי חובות המערערים בגין תשלומי דמי שכירות אשר מועדי פירעונם אחרי 31.12.87 אינם בגדר חוב בסיסי.

ב ראשיתו של ההליך הייתה בכך שהמשיבה 1 (להלן - שירותי אשראי) הגישה תביעה כספית נגד המערערים (המושב ותשעה מחבריו) בשל חוב בעבור השכרת ציוד. כן עתרה להחזרת הציוד. המערערים הגישו בקשה להורות על הפסקת ההליכים והעברתם למשקם, בהתאם להוראותיו של סעיף 7(ב)(1) לחוק העיקרי. לפי גוסחו דאו של החוק - חוב בסיסי הוא חוב של גורם חקלאי שנוצר בתקופה שנסתיימה ביום 31.12.87.

ג שירותי אשראי התנגדה לכך בטענה כי התביעה מתייחסת ליתרת חוב ליום 15.11.91, ועליכן אינה בגדר "חוב בסיסי". ביום 13.8.93 פורסם החוק המתקן. הורחבו בו הוראותיו של סעיף 7 באופן שניתן לבקש הפסקת הליכים לגבי חוב שכולו או מקצתו הוא חוב כולל או ערבות לחוב כולל. חוב כולל הוא, כמצוטט לעיל, חוב של גורם חקלאי ליום 31.12.91. הווי אומר, החובה להיענות לבקשה להעביר ההליכים למשקם משתרעת מעת התיקון על כארבע שנים נוספות. התביעה במקרה אשר לפנינו מתייחסת לחוב ליום 15.11.91, היינו, לחוב אשר נכלל בתקופה שהחוק המתקן ישים כלפיה. שירותי אשראי טענה כי הוראות החוק המתקן בטלות, וכי בית המשפט אינו חייב להפסיק את ההליכים בגין חוב כולל. זאת ועוד, ההבחנה בין חוב בסיסי לזה שאינו בסיסי עדיין שרירה, קיימת ורלוואנטית לצורך הכרעה בבקשה להפסקת הליכים.

ד טענת שירותי אשראי בערכאה הראשונה ולפנינו היא, כי החוק המתקן פוגע בזכות מוגנת לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואינו מקיים את התנאים אשר בסעיף 8 שבו, הקובע לאמור:

8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא  
"פגיעה בזכויות  
בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל,  
שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על  
הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת  
בו".

\* שירותי אשראי מסחרי (ישראל) בע"מ נ' גבעת יואב - מושב עובדים ואח', פ"מ תשנ"ד (3) 243.

הזכות שנפגעה, לפי הטענה, היא כאמור זו המובאת בסעיף 3 לחוק היסוד, אשר לפיו אין פוגעים בקניינו של אדם; במקרה דנן הכוונה לפגיעה בנושים אשר שירות האשראי הוא בכללם.

א

סעיף 10 לחוק היסוד קובע כי אין בו כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד, קרי ערב יום כ' באדר ב' תשנ"ב - 25.3.92. שאלה מקדמית שעלתה בבית המשפט קמא הייתה, על-יכן, אם סעיף 10 חל גם על תיקונים לחוק שהיה בתוקף לפני 25.3.92, אם תיקונים אלו נכנסו לתוקף אחרי מועד תחילתו של חוק היסוד. בית המשפט קמא סבר לעניין זה כי חקיקת הוראות חדשות בדינים קיימים, אחרי שחוק היסוד נכנס לתוקף, כפופה לבחינה על-פי הוראותיו של חוק היסוד, וזאת כפי שעולה מכוונת המחוקק כביטוייה בחוק היסוד. בית המשפט הבחין לצורך זה בין הוראות שבלעדיהן לא ניתן לפעול על-פי הדין הקיים (המוגן על-ידי הוראותיו של סעיף 10) לבין אלה שבהן מובא הסדר חדש ונוסף, שאינו חיוני להמשך הפעילות על-פי הדין הקיים.

ב

ג

בית המשפט ציין, כי אין זה מתקבל על הדעת כי זכויות על-פי חוקי היסוד תהיינה מוגנות מפני פגיעה בחוקים מאוחרים לחוקי היסוד, אך לא תהיינה מוגנות כך אם החקיקה המאוחרת, הפוגעת, אשר אינה חיונית להפעלת הדין הקיים, תיעשה במסגרת תיקונו של דין קיים. פרשנות אחרת הייתה מרוקנת מתוכן את כל ההוראות בחוקי יסוד - דוגמת סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - המגבילות את הפגיעה בחוק היסוד. לפי המבחן המתואר, החוק העיקרי מוגן על-ידי סעיף 10, אך לא כן התיקון הנ"ל מתשנ"ג, שיש בו משום הרחבה של הפגיעה בזכות הקניין.

ד

מוסיף ואומר בית המשפט המחוזי, כי ההוראה שבסעיף 8 הנ"ל אמנם אינה הוראת חוק יסוד משוריינת, אולם לחוק יסוד, בתור שכזה, מעמד בכורה נורמאטיבי, ועל חקיקה מאוחרת להתאים עצמה להוראותיו של חוק היסוד על-פי סעיף ההגבלה שבו. ממושכל זה עולה התוצאה כי בית-משפט מוסמך לבחון את התאמת החקיקה המאוחרת לחוק היסוד ולהסיק את המסקנות מאי-התאמתו לחוק היסוד. החוק המתקן חוקק לאחר חקיקת חוק היסוד. על-יכן, מוסמך בית המשפט לבדוק אם הוראות החוק המתקן פוגעות בזכות המוגנת על-פי חוק היסוד. אם התשובה חיובית, ייבדק האם הוראות החוק המתקן ממלאות את התנאים הנקובים בסעיף 8 לחוק היסוד, ועל-פי בדיקה זו, ייתן בית המשפט את דעתו לעניין חוקתיותו של החוק המתקן.

ה

ו

בית המשפט קמא דחה את טענת באי-כוחם המלומד של המערערים, שלפיה אין בחוק המתקן כדי לפגוע בזכות הקניין. הוא הצביע על כך שהחוק המתקן הרחיב את קשת הנושים הבאים בגדרו של החוק נושא בדיקתו, והרחיב אף את זכויות הקניין הנפגעות, בכך שהפקיע מבית המשפט את הסמכות לדון בהליכים בגין חובות שנוצרו במשך ארבע שנים נוספות על אלה המצוינות בחוק העיקרי, והורה על העברתם למשקם.

ז

לדברי הערכאה הראשונה, כשם שהחוק העיקרי כלל הוראות מרחיקות לכת, הפוגעות בזכות קניין של נושים בגין חוב בסיסי, בכך שמנע מהם את ההתדיינות לפני בית-משפט והכפיפם להסדרים של המשקם, כך כולל החוק המתקן הוראות מרחיקות לכת, הפוגעות בזכות הקניין של נושים הבאים בגדרו, בגין חובות שנוצרו במשך ארבע שנים נוספות לאלה שהוסדרו בחוק העיקרי. בכך, שלל החוק המתקן את זכותם של נושים אלה להתדיין בעניין זכותם הקניינית בחובות אלה בבית המשפט והכפיפם לסמכויות המשקם, דבר הפוגע בזכויות הקניין של נושים אלה (דע"א 1759/93 כהן ואח' נ' בנק הפועלים בע"מ [1]).

הפגיעה בזכויותיו הקנייניות של הנושה בחוב שאינו חוב בסיסי מתמצית, לדעת הערכאה הראשונה, בחובה להעביר את הטיפול בחוב למשקם ובשלילת האפשרות לדון בו בבית-משפט ולגבותו באמצעות לשכת ההוצאה לפועל. הפגיעה היא השלכה מהענקה הסמכות למשקם לפרוס תשלומי החובות ולהורות על מימוש נכסים של החייב, ובכך מוגבלת זכות הנושה לממש נכסי החייב, כפי שרשאי היה לעשות בלשכת ההוצאה לפועל. המשקם מוסמך לבטל חלק מחובו של החייב.

מכאן נפנה בית המשפט לסעיף 8 לחוק היסוד כדי לבחון אם הפגיעה בזכות הקניין, לפי החוק המתקן, עומדת בתנאי ההגבלה שבסעיף 8 הנ"ל. בדונו בכך שגה בתיאור נתוני הרקע. בית המשפט המחוזי סבר, משום מה, בטעות, שהחוק העיקרי בכלל אינו חל על כלל המיגור הקיבוצי. הוא אף סטה מן הבדיקה של החוק המתקן בלבד ועבר לבדיקת התאמתו של החוק העיקרי לתנאים אשר בסעיף 8 לחוק היסוד. מסקנתו הייתה, כי השוואת הוראות החוק לתכליתו המוצהרת בדברי ההסבר מגלה העדפה, בלתי מוסברת ובלתי מאוזנת, של אותו חלק במיגור התקלאי שעליו חלות הוראות החוק העיקרי והחוק המתקן, והפליית החלק האחר באותו מיגור שעליו אין הן חלות. קובע בית המשפט קמא, כי הפליה בלתי מוסברת זו, על רקע דברי ההסבר המתיריים להציג את החוק העיקרי והחוק המתקן כפתרון למיגור התקלאי כולו, אינה עולה בקנה אחד עם העקרונות הדמוקרטיים של מדינת ישראל.

במקום להטיל את המעמסה הכספית הנובעת מהוראותיו של החוק העיקרי והחוק המתקן על הציבור כולו, היא הוטלה רק על חלק ממנו והווי אומר, הנושים של החייבים במיגור התקלאי, אשר עליהם חל החוק. זאת ועוד, בהטלת המעמסה על חלק מן הציבור יש משום יצירת אי-שוויון. לטעמה של הערכאה הראשונה, גריעה מהתחייבויות חוזיות ומן החובה לכבד הבטחות סוטה מן ההסדר הערכי-חברתי הראוי. חקיקה כגון זו אינה עולה בקנה אחד עם ערכי מדינת ישראל.

אפילו היחלצותו של המחוקק לעזרתו של המיגור התקלאי ושיקומו היא תכלית ראויה, הרי שהטלת ביצועה של תכלית זו על חלק מהציבור בלבד יש בה הגשמה בדרך שאינה

הולמת את ערכי מדינת ישראל. לעניין השאלה אם החוק המתקן הוחק לתכלית ראויה, ציינה הערכאה הראשונה כי אין כל אינדיקאציה לכך כי הרחבת הפגיעה בזכויות הקניין על-ידי החוק המתקן נעשתה למטרה ראויה. קרי, מטרה אשר לא ניתן היה להשיגה ולממשה על-ידי החוק העיקרי.

אף אחד לא הצביע על כך שנשקלו אלטרנטיבות אחרות, פרט לפגיעה שרירותית בקניינו של הפרט, כדי להשיג אותה מטרה. התוצאה היא, כי לא הוסבר ולא הוכח כי הפגיעה על-ידי החוק המתקן היא במידה שאינה עולה על הנדרש. היעדר איוונים בחוק המתקן וסך הכול המצטבר של פגיעות במכלול הזכויות מביאים, לדעת בית המשפט קמא, לתוצאה, כי החוק המתקן אינו הולם את ערכיה של המדינה וכי פגיעתו היא למעלה מן הנדרש.

העולה מהמקובץ, כי הוראות החוק המתקן, ככל שהן מרחיבות את סמכותו הייחודית של המשקם להיזקק לבריורם ולהסדרם של חובות שאינם חוב בסיסי, אינן עומדות בהוראות ההגבלה של סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מטעם זה הוראות אלה בטלות. בית המשפט הורה אפוא למערערים להמציא ראיות כדי להצביע על כך שהחוב שמדובר בו הוא חוב בסיסי, כהגדרתו של מונח זה בחוק העיקרי (היינו לפני תחילתן של הוראות החוק המתקן).

6. בע"א 6821/93 דן בית המשפט קמא בתביעה נגד תשעה נתבעים על-פי ערבותם כלפי הבנק לחוב של קרן החקלאות השיתופית בע"מ (בפירוק). חמשת המשיבים הגישו הודעות בדבר הפסקת התביעה והעברתה למשקם, וזאת בהסתמך על סעיף 7 לחוק העיקרי. לאור תיקונו של סעיף 7 לחוק העיקרי שתחולתו מיום 13.8.93, לא היה, לדעתם, מקום להמשיך בהליך לגבי ערבות לחוב, אלא בהתאם לחוק המתקן, שהרי אם הוכח להנחת דעת בית המשפט כי חלק מן החוב הוא ערבות לחוב כולל, יפסיק את ההליך לגבי הערבות ויעבירו לדיון לפני המשקם.

בית המשפט ציין כי בעוד שחובות של חקלאי וחבר באגודה חקלאית, הנכללים בגדר חוב כולל, הם רק אלה הנובעים מעיסוקם של חייבים אלה כחקלאים, אין הגבלה כזו לגבי גורם חקלאי שאינו חקלאי וחבר באגודה חקלאית. כל חוב של גורם חקלאי, שאינו חקלאי וחבר באגודה חקלאית, הוא חוב כולל, ללא הבדל מאיזה מקור הוא גובע וכיצד נוצר, ובלבד שהיה קיים ביום 31.12.91.

אין מחלוקת, כי חובם של המשיבים, שעליו נסבה התביעה, הוא מכוח ערבותם לחברה פרטית, אשר אינה גורם חקלאי וחובה אינו חוב כולל. השאלה הצריכה דיון היא, האם חובו של גורם חקלאי ליום 31.12.91, הנובע מערבות לחוב שאינו חוב כולל, היא בגדר "חוב כולל" במונח החוק. על-פי הגדרת "חוב כולל" בחוק המתקן, התשובה לשאלה זו היא בחיוב. כמוסבר לעיל, כל חוב של גורם חקלאי, למעט חקלאי וחבר באגודה חקלאית, ליום 31.12.91, הוא חוב כולל, ללא כל קשר למקור החוב.

הנה כי כן, לדעת בית המשפט עולה מכתב התביעה, כי ההליך הוא לגבי חוב כולל של המשיבים. מן הדין להפסיק את ההליך ולהעבירו למשקם. על כך הערעור לפנינו.

א

בשלב הערעור, בלבד, העלה המערער את הטענה כי החוק המתקן סותר את הוראותיו של סעיף 8 לחוק היסוד, וכי מכאן בטלותו. על-כן צירפנו ערעור זה להתדיינות שלפנינו.

ב

7. ברע"א 3363/94 הוגשה בקשה לרשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בחיפה (בר"ע 18/94, ובה בקשת רשות ערעור שנדונה כערעור עצמו, על תיק הוצל"פ (חי' 8-97-14337-02). הבקשה נדונה על-ידינו כערעור עצמו.

ג

בהחלטה האמורה של בית המשפט קמא הוחלט שלא להפסיק את ההליכים נגד המערערים, שלא להעבירם למשקם, ולבטל את החלטתו ההפוכה של ראש ההוצאה לפועל. בית המשפט קבע כמימצא כי החוב שעליו סבה ההתדיינות נוצר בשנת 1988. הצורך בקביעת התאריך, כאמור, גבע מן העובדה, כי החוב הכולל בחוק העיקרי זכה, לדעת הערכאה הראשונה, להגדרה נעורפלת, שכן, כזכור, דובר שם ב"1) (החוב ליום מסויים, כפי שקבע אותו המשקם ..."; ובסעיף-קטן (2) "לגבי תאגיד חקלאי - החוב ליום מסויים כפי שקבע אותו המשקם ...". הגדרה זו הובילה, לדעת הערכאה הראשונה, לתוצאה שאינה משביעה רצון, בשל העובדה שבפועל הייתה נוצרת הפליה בין החייבים השונים (וכן בין הנושים השונים), משום שלא לכולם היה נקבע מועד קובע אחיד. על-כן נכלל בחוק המתקן יום אחיד לכל החייבים.

ד

ה

בית המשפט מציין, כי עצם קביעת התאריך של 31.12.91 בהגדרת החוב הכולל המתוקנת אינה מהווה פגיעה בקניינם של הנושים. בסיס הפגיעה נובע מהעובדה כי העמדת תאריך זה כופה על הנושים את הפסקת הדיון (או את אי-תחילתו) בהליך לגבי החוב, אם הוכח להנחת דעתם של בית המשפט, של ראש ההוצאה לפועל, של הרשם או של הבורר, כי החוב נושא ההליך שלפניהם, כולו או חלקו, הינו חוב כולל או ערבות לחוב כאמור. על-פי החוק המקורי, הדיון היה מוקפא אך ורק אם היה מוכח קיומו של חוב בסיסי שנוצר בתקופה שמסתיימת ב"31.12.87.

ו

בית המשפט הזכיר כי מרגע שמוקפא ההליך ומועבר לדיון בפני המשקם, מוסמך האחרון לעשות את אלה:

ז

1) לקבוע את פריסת החוב להסדר על פני תקופה שלא תעלה על שבע-עשרה שנים ושישה חודשים החל ביום ההסדר (סעיף 19(א) לחוק העיקרי לאחר תיקונו בחוק המתקן). בכך נפגעת, לדעת בית המשפט, זכותם של הנושים לממש את קניינם במשך תקופת הפריסה, שכן אלמלא הועבר הדיון אל המשקם (על-פי החוק העיקרי), לא היה נקבע משך תקופת פריסה כאמור.



2) על-פי סעיף 20 לחוק העיקרי לאחר תיקונו בחוק המתקן רשאי המשקם להורות על מימוש נכסים לא חקלאיים של החייב, למעט הדירה המשמשת למגורי החייב, כספים בקופת גמל, וחלק בנכסים יצרניים של אלה המפורטים בסעיף-קטן (ב)(3)(א). גם הוראתו של סעיף זה פוגעת בקניינם של הנושים, כאשר אינה חופפת את הדינים האחרים בעניין מימוש או כינוס נכסים או הוצאה לפועל.

כך הורחבה סמכות המחיקה לשיעור שלא יעלה על ארבעים אחוז מן החוב להסדר והורחב יחד עם זאת הבסיס של החובות להסדר, שהרי מדובר גם על החוב הכולל ולא רק על החוב הבסיסי. מכאן כי בחוק המתקן יש פגיעה בקניינם של הנושים, מעבר לאמור בחוק העיקרי.

תחילת החוק העיקרי קדמה לזו של חוק היסוד. אולם, סעיף 10 לחוק היסוד אינו חובק תיקונים לחוק שנעשו לאחר תחילתו של חוק היסוד, ואינו מוציא אותם מכלל הוראות הטעונות בדיקה ובחינה לפי סעיף 8 לחוק היסוד. השריון הנורמאטיבי מוצא את מקומו בחוק היסוד ב"פיסקת ההגבלה" הבאה להגביל את סמכותו של המחוקק בהתאם לתנאים המופיעים בה. מכוחה של פיסקת הגבלה זו סבר בית המשפט כי הוא מוסמך להצהיר על בטלותו של חוק מאוחר יותר מחוק היסוד, אשר לסברתו אינו עומד בתנאים המצוינים בפיסקת ההגבלה. לאור בטלותו של החוק המתקן, נקבע כי יש להתעלם מן המועד הסופי החדש, הוא 31.12.91, ולהחזיר למקומה את ההוראה שבחוק העיקרי המאפשרת למשקם לקבוע לכל חייב יום מסוים (סעיף 12 לחוק העיקרי). על-יכן תחליט בית המשפט קמא לבטל את החלטת ראש ההוצאה לפועל ולהחזיר את הדיון ללשכת ההוצאה לפועל במקום להעבירו למשקם. על כך הערעור שלפנינו.

8. סוף דבר, בכל שלושת התיקים, שתמצית ההכרעות בהן הובאה לעיל, עולה שאלה זהה ואחידה - והיא: מה דין תוקפו של החוק המתקן לאור הוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והאם הפגיעה בקניין העולה ממנו היא חוקתית?

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

9. (א) הבחינה של שלושה פסקי הדין שהם נושא דיוננו תיעשה על-פי הסדר הבא:

(1) סעיף 10 לחוק היסוד קובע כי אין בחוק היסוד כרי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד. על-יכן תיבחן תחילה שאלת תחולתו של חוק היסוד על תיקון לחוק קיים, כאשר חוק היסוד אינו חל על החוק הקיים. אם נגיע לכלל מסקנה כי סעיף 10 לחוק היסוד חל על החוק המתקן, מסתיימת בכך התייחסותנו לשאלה

החוקתית, שהרי משמעותה של המסקנה תהיה כי החוק המתקן מוגן על-פי סעיף 10, והוראותיו המהותיות של חוק היסוד אינן חלות עליו. היה ומסקנתנו תהא שהחוק המתקן אינו חוסה בצלו של סעיף 10, נעבור לשלבי הבדיקה הבאים.

א

(2) בשלב שני ייבחנו העקרונות המונחים ביסודה של החקיקה החוקתית.

(3) בשלב השלישי תידון תחולתו של סעיף 3 לחוק היסוד הנ"ל (שמירה על הקניין) על החוק המתקן.

ב

(4) רביעית, היה ונסיק כי סעיף 3 לחוק היסוד חל על ענייננו, במובן זה שיש בחוק המתקן משום פגיעה בזכות הקניין, נעבור לשלב הבדיקה האחרון: נחליט אם החוק המתקן מתיישב עם התנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק היסוד, הנושא את הכותרת "פגיעה בזכויות" והמפרט את התנאים לתוקפו של חוק, על-אף הפגיעה בזכות יסוד הנובעת מהוראותיו.

ג

(ב) לשם הבהרת הנתונים, נחזור ונזכיר כי אנו דנים בתיקון לחוק העיקרי. החוק העיקרי תחילתו ביום 12.3.92. חוק היסוד תחילתו מיום 25.3.92. החוק המתקן נכנס לתוקף ביום 13.8.93.

ד

הווי אומר, החוק העיקרי תחילתו לפני תחילת חוק היסוד; אולם, החוק המתקן הוחק אחרי תחילתו של חוק היסוד. נבחן עתה, כנושא ראשון, את שאלת תחולתו של חוק היסוד על החוק המתקן.

ה

תחולתו של חוק היסוד על התיקון לחוק קיים  
10. (א) סעיף 10 לחוק היסוד קובע לאמור:

ו

10. אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד".

"שמירת דינים

ז

ככל שהדברים נוגעים לדין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד, היינו ערב יום 25.3.92, אינה עולה בהקשר שלפנינו שאלה כלשהי. החוק העיקרי תחילתו ביום 12.3.92. אכן ימים ספורים בלבד לפני תחילתו של חוק היסוד; אולם מילותיו החד-משמעיות של סעיף 10 מוציאות את החוק העיקרי מתחום החוקים העשויים להיות מושפעים, לטוב ולרע, מהוראותיו של חוק היסוד.

השאלה החייבת להעסיקנו היא שאלת ההשלכה וההשפעה אשר יש לחוק היסוד על החוק המתקן שגדון לפנינו. מבחינת לוח הזמנים התמונה פשוטה. התיקון תחילתו ביום 13.8.93, קרי מועד שהוא אחרי תחילתו של חוק היסוד. מכאן - אף זאת לפי פשוטם של דברים - שחוק היסוד חל לגביו. חוק היסוד אינו פוגע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו. מן ההן משתמע הלאו; חוק היסוד חל על כל חקיקה שהוחקה אחרי תחילתו ויכול הוא לפגוע בה: החוק המתקן לא היה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד. משמע, לפי מילותיו של סעיף 10, חוק היסוד חל על החוק המתקן. כמובן, אין בכך עדיין כדי להשליך על תוקפו של החוק המתקן, שהרי גם אם חוק היסוד חל עליו, עדיין מתחייבת בדיקה לפי ההוראות העולות מסעיפים 3 או 8 לחוק היסוד, או משניהם.

(ב) אולם גפנה תחילה לטענות מרחיקות הלכת, שעניינן ניסיון לבסס את הטענה של המשיבים שחוק היסוד כלל איננו חל על החוק המתקן. נטען לפנינו, כי חוק היסוד אינו חל על החוק המתקן אף-על-פי שהחוק אחרי תחילתו של חוק היסוד. לפי הטענה, תיקון לחוק הולך אחר החוק העיקרי. הוא מתייחס להוראותיו ואינו סוטה מן העקרונות הקבועים בו, בין שיש בו התאמות ושינויים שהם בתחום המעשה ובין שיש בו שינויים בתחום ההלכה או העיקרון. הטפל הולך אחר העיקר ויש לראות את התיקון כאחד עם החוק העיקרי, וכפי שנה האחרון "נפטר מעונשו" של חוק היסוד, כך גם התיקון שאנו דנים בו כאן.

לחלופין נטען, כי ייתכנו כמובן מצבים שבהם יהיה התיקון בגדר שינוי מהותי וחדוש שבדין, ואז יעמוד על דגליו הוא. על-כן יש לבדוק כל תיקון על-פי תוכנו. נאמר כי במקרה דנן אין המדובר בתיקון מהותי, כי החוק המתקן מתייחס בתיקונים שבו לאותם נושאים שדונים בחוק העיקרי, אשר משתלבים בו.

11. הטענות בקשר לתחולת סעיף 10 על החוק המתקן שהובאו לעיל, שמטרתן לשכנענו כי חוק היסוד איננו חל על החוק המתקן, אינן מקובלות עליו מן הבחינה המשפטית. מעבר לכך, מעוררת התיזה המוצעת קשיים רבים גם מן הבחינה הפרגמטית.

חוק היסוד חידש בקביעת אמות המידה שלפיהן ייבחנו חוקתיותו ותקפותו של דין. הוא יצר אמות מידה מהותיות חדשות שלא היו כדוגמתן, פרט לאמור בסעיף 4, רישה, לחוק-יסוד: הכנסת. הוא קבע גורמות שלפיהן בוחנים את תוכנו של הדין, והטיל חובה של כיבוד הנורמות על כל רשות מרשויות השלטון. אין צריך לומר שבית המשפט הוא בכלל רשויות השלטון, שהרי הוא הרשות השופטת שהיא אחת משלוש רשויות השלטון על-פי תפיסותינו החוקתיות (בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת (להלן - פרשת פלאטו שרון (2)), בעמ' 141).

12. המחוקק קבע בסעיף 10 את אשר קבע, כי הוא היה מודע לכך שקיימים חוקים שחוקקו לפני חוק היסוד, הסותרים אותו בתוכנם. המחוקק לא חפץ בזעזוע פתע בדין הקיים, אלא העדיף את יציבות הדין. הוא סבר, שהדין הקיים טעון בדיקה, בחינה וסינון שיטתיים וזהירים לפני שמחילים לגביו את הנורמות החדשות שבחוק היסוד. גישה זו אינה מתחייבת לגבי תיקון לחוק - כפי שאיננה מתחייבת לגבי חוק חדש. הבחינה והבדיקה הנדרשות לגבי חוק חדש או לגבי תיקון לחוק, מבחינת התאמתו להגנות על זכויות האדם שבחוק היסוד, מן הראוי שיעשו בשלב החקיקה, כדרך המחוקק בהצעות חוק שלפניו.

החוק העיקרי לחוד והחוק המתקן לחוד. כל דבר חקיקה עומד על רגליו הוא. הרשות המחוקקת דנה בכל תיקון לחוק מראשיתו בדרך שבה נדונה כל חקיקה, ולכל הוראה שבו יש קיום - כחקיקה ראשית - ללא קשר לזיקתה מבחינת תוכנה להוראת חוק קיימת. נקיטת הדרך של תיקון לחוק, בדרך ההתייחסות לחוק קיים, במקום ליצור חקיקה נפרדת ועצמאית לחלוטין, אשר דנה בעניין שהוא נושא החקיקה, ללא התחברות עניינית לחוק קיים, היא תולדה של הרצון לארגן את הדין בצורה ברורה וראציונאלית, היינו תוך ריכוז כל ההוראות הדנות בנושא מוגדר במסגרות חקיקתיות סדורות ומניעת סתירות ביניהן. הקשר בין הישן לחדש הוא קשר של כותרת וקשר של תוכן, אולם מבחינת התוקף עומד החוק המביא את התיקון על רגליו הוא כיחידה נפרדת ועצמאית, השואבת כוחה במישרין ממעשהו של המחוקק ומדברו. הכריכה בין החוק המתוקן לבין החוק המתקן - כביטוייה בעיקר בשם החוק - אינה משקפת את מהותו של התיקון. יש תיקון טכני או פורמאלי שאין בו הידוש ענייני, ויש תיקון לחוק קיים שמשנה מן הקיים. הווי אומר, הכותרת של תיקון אינה מעידה על התוכן, אלא על הרצון ליצור מסגרות חקיקה מסודרות ומאורגנות, המכנסות תחום ענייני מוגדר תחת כותרת אחת.

קביעת הבחנות והבדלים לפי מבחן התוכן של החוק המתקן אינה יוצרת אלא דילמות ואי-בהירות לרוב. הרי אין צריך להוסיף ולומר שגם תיקון שהוא פורמאלי וטכני לכאורה יכול להיות בעל משמעות מרחיקת לכת מבחינת תוצאותיו המהותיות, ובין היתר, מבחינת השלכתו על חירויות היסוד. טול עניין של אמצעי חירום כלכלי שהוחק לתקופה של שלושה חודשים, המוארך בחוק מתקן לחמש שנים. אין ספק שיש שוני במשמעותו ובהשלכתו של התיקון בהשוואה להוראה שנתקיימה לפני חקיקתו, למרות שמדובר כביכול רק על הארכת מועדים של הוראה קיימת.

13. סיכומם של דברים: המסקנה העולה מן האמור לעיל היא כפולה, והיא נשענת על מילותיו של חוק היסוד ועל מהותו ותכליתו:

(א) מבחינת מילותיו, ראינו כי חוק היסוד קובע שאין בו כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו. משמע, דין שלא היה קיים ערב תחילתו אלא נולד אחרי תחילתו, אין חל לגביו הסייג בדבר אי-תחולת חוק היסוד, כפי שנקבע בסעיף 10. אם סעיף 10

אינו חל לגביו, פירוש הדבר שמבחנו של חוק היסוד, היינו ההגנות על זכויות האדם שבו, חייבים להיות מיושמים לגביו. זה דבר המחוקק כפשוטו.

א (ב) מבחינת התכלית, ביקש חוק היסוד לשמר בשלב הנוכחי את הקיים; אך הוא לא פרס כנפי הגנה על החדש, שהרי אחרת היה מרוקן את חוק היסוד מתוכנו ומתכליתו. לו התקבל הכלל שלפיו יש לבהון את החוק החדש, מבחינת תחולתו של סעיף 10, כאחד עם הדין הקיים מלפני חקיקת חוק היסוד, די היה בהלבשת כל חוק חדש בלבוש של תיקון לחוק קיים כדי לפוטרו מתחולת חוק היסוד. אין צריך להוסיף שאין כל קושי מעשי בכך. שלל הנושאים הנדונים בחקיקה הקיימת הוא כה רב, עד שניתן להצמיד כל חקיקה חדשה למסגרתו הפורמאלית של דין קיים. דא עקא, שגישה כזאת אינה מתיישבת עם כוונתו ועם מעשהו של המחוקק, שיצר חוק יסוד כדי לקיימו ולא כדי לרוקנו מתוכו. ההנחה היא כי המחוקק אינו משחית מילותיו לריק ואינו מחוקק דבר חקיקה – ובמיוחד חוק יסוד – בגדר ברכה לבטלה.

ג סוף דבר, תיקון חוק, ככל הוראת חוק, הוא דין נפרד וחדש, שהוראת אי התחולה אשר בסעיף 10 לחוק היסוד אינה ישימה לגביו.

ד 14. אף מן הבחינה המעשית יש ליצור קווים מפרידים ברורים במקום להיגרר להבחנות מערפלות. ניסיון לקבוע מהי מידת החידוש הענייני שבתיקון לחוק ומה השלכותיו המחודשות על המערך החקוק בכללותו, היה יוצר מערכת אינסופית של התדייגויות ופרשנויות. במקום זאת יש לקבוע תיחום פשוט, ברור וחד-משמעי, המושתת על מועד התיקון. קו פרשת המים הוא תאריך התחילה של חוק היסוד.

ה במילים אחרות, וכמוסבר לעיל, ההצעה לבדוק בכל מקרה של תיקון לחוק קיים את תוכנה של כל הוראה שבו ואף כל חלק מהוראה שבו (שהרי ייתכן שהחידוש יגבע מחלקה של הוראה), היא קשה מאוד לביצוע. ההצעה תעורר מבחינה מעשית מחלוקות משפטיות לרוב ותמנע בהירות וחדות בהבחנות. יש בה כדי לתרום לאי-ודאות הדין ולא להיפוכה הרצוי.

ו חקיקה חייבת להיות ברורה במשמעותה וקלה להבנה מבחינת תוכנה והשלכותיה, ואין לסבכה בפתיחת פתח לזיכוח – שהיה מתחייב בכל מקרה ומקרה – ואשר עניינו תחולת הסייגים הנורמאטיביים שבחוק היסוד.

ז 15. אשר-על-כן סבור אני כי החוק המתקן נתפס בהוראותיו של חוק היסוד.

ח 16. משקבענו כי חוק היסוד חל על התיקון, מתחייבת עתה, בראש ובראשונה, בחינתם של עקרונות הסיווג של החקיקה. בתוך כך תידון, בין היתר, השאלה מה מעמדו של חוק יסוד במערכת הדינים שלנו ומה מעמדה של חקיקה רגילה מול חקיקה חוקתית לצורותיה.

נעבור עתה לבחינת הקווים המנחים אשר לפיהם נקבעים הדפוסים של סוגי הדינים וההבחנות ביניהם.

א

זיקת חוק רגיל לחוק יסוד

17. הצורך בבדיקת עקרונות החקיקה עולה עקב מסקנתנו שהוסברה לעיל, שלפיה החוק המתקן - שהוא חוק רגיל ולא חוק יסוד - אינו פטור מתחולתו של חוק היסוד ומעולו. עלינו להשיב לשאלה מה דינו של חוק שהוחק אחרי תחילתו של חוק היסוד, אם עולה מתוכו ובו שהוא פוגע בזכות המוגנת לפי אותו חוק יסוד. אנו מדברים, כאמור, בחוק המתקן שהוא חוק רגיל. הוא אינו חוק יסוד. אין בו התייחסות מפורשת לכך שהוא פוגע בזכות מוגנת.

ב

בבדיקתנו נעבור מן הכלל אל הפרט, היינו, הצגת הנושא היא בשלב הראשון תיאורטית. בשלב הראשון נדון במבנה החקיקתי העקרוני. לא אביע, כאן ועכשיו, דעה בשאלה אם החוק המתקן המסוים שבו אנו דנים פוגע בחוק היסוד.

ג

לאחר מכן נעבור, בשלב שני, לבדיקת מעמדו ומשמעותו של חוק היסוד החל על ענייננו, הוא חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו.

ד

בשלב השלישי ניישם את מסקנותינו ונבדוק את החוק המתקן, מבחינת זיקתו להוראותיו של חוק היסוד.

ה

18. שני חוקי היסוד שהוחקו לפני כשלוש שנים, והם חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו וחוק יסודי: חופש העיסוק, אמורים להוות חלק אינטגרלי של מגילת זכויות היסוד הישראלית. זכויות יסוד אלו היו עד תחילתם של חוקי היסוד זכויות שיסודן בהלכה המשפטית המחייבת ואשר היו מעת קום המדינה חלק מן המשפט הפוזיטיבי הישראלי. כפי שהובהר בפסקתנו חזור והבהר, חירויות יסוד לסוגיהן שנכללו במשפט הפוזיטיבי שלנו נהנו גם בעבר, בהקשר לפרשנותו של הדין, ממעמד מיוחד, כאמות מידה שלפיהן מתגבשות תפיסותיו המדיניות והמשפטיות של הדין, כמורי דרך לעיצוב הדין וכהנחיות לפיקוח השיפוטי (Judicial Review) על פעולות בתי הדין, מתוקקי המשנה וגורמי הרשות המבצעת (ראה: בג"צ 1/49 בזירנו ואח' נ' שר המשטרה ואח' [3]; בג"צ 73/53, 87 חברת "קול העם" ואח' נ' שר הפנים [4]; בג"צ 75/76 "הילרון" בע"מ נ' מועצה ליצור פירות ושיווקם (מועצת הפירות) [5], בעמ' 653 מול אות השוליים ה; ע"א 723/74 הוצאת נתון "הארץ" בע"מ ואח' נ' חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' הארץ [6], בעמ' 295 מול אות השוליים ה; בג"צ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח' (להלן - פרשת מיטרני [7]); ע"ב 2/84, 3 נימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת האחת-עשרה; אבנרי נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה [8]). כיום, חלק מזכויות יסוד אלו, היינו אלו שהובאו בחוקי היסוד - זכויות שתקעו יתד בחוק החרות, וזאת בחלק החוקתי שבו. קדם להם, בקביעת אמות מידה מהותיות

ז

א לחקיקה הראשית, סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. שני חוקי היסוד החדשים הרחיבו את הידיעה בהגדרים זכויות יסוד מתוך מגמה להתחיל וליצור את מגילת זכויות היסוד החקוקה של האדם בישראל. כפי שסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת קבע תנאים מהותיים לחקיקה עתידית בעניינים שסעיף 4 האמור עוסק בהם, כך קובעים עתה שני חוקי היסוד אמות מידה, שפניהן לעתיד, בכל הנוגע לחקיקה רגילה הנוגעת לזכויות שחוקי היסוד הנ"ל דנים בהן. הפיקוח השיפוטי התרחב אפוא, כי ניתן לבחון חוקיותה של חקיקה ראשית, שהוחקה אחרי תחילת חוק היסוד, לפי אמות המידה שהותוו בחוקי היסוד הנ"ל.

ב משמע, לא רק שזכויות יסוד הוגדרו בתור שכאלה בחקיקה ראשית, היינו עברו מן המשפט המקובל למשפט החרות, אלא הוענק להן מעמד-על נורמאטיבי, החולש על החקיקה הראשית ועל חקיקת המשנה, באופן ובמידה העולים מהוראותיו של חוק היסוד. ההגשמה של החלטת הכנסת הראשונה - המכונה החלטת הררי, ואשר אליה עוד נשוב - עברה אפוא משלב הגדרתן של רשויות השלטון, סמכויותיהן ותיפקודיהן אל תחום מגילת הזכויות של האדם.

ג זכויות היסוד של האדם מצאו לראשונה ביטוי ברור וישיר בחקיקה החוקתית. אמנם אין עדיין מגילת זכויות מלאה החובקת את כל זכויות היסוד, אולם שני פרקים ראשונים וחשובים הפכו למילה חקוקה, וקטע חשוב מהגדרת החירויות הפך לנכס ששורשיו נטועים במשפט, ביציבות ובאיתנות, קרי במילה החוקתית הכתובה.

ד פועל יוצא בעל חשיבות ראשונה במעלה הוא כי מתאפשרת עתה ביקורת שיפוטית על חוקתיותה של חקיקה ראשית לאור הנורמות החוקתיות שנוצקו עתה בחוק החרות, היינו על-ידי בחינת חוקתיותה של החקיקה לפי אמות המידה שבחוקי היסוד.

ה המידרג הנורמאטיבי: חוק יסוד, חוק, חקיקת משנה

ו 19. הבנת חוקי היסוד החדשים מחייבת התייחסות לעקרונות שלפיהם מתפרשת חוקה בין חיקוקים שונים. נבחן את חוקה של חוק מול חוק, תקנה מול תקנה ותקנה מול חוק. המקרה הכללי הינו מקרה שבו חוק רגיל קובע הוראה, לרבות הוראה בדבר הענקת הגנה לזכות מסוימת. נניח שחוק מאוחר לאותו חוק קובע כי אין הגנה על אותה זכות, משמע, מבטל את ההגנה או גורע ממנה, מהיקפה או מעומקה. החוק המאוחר יכול לשלול לחלוטין את ההגנה על זכות או לרוקן אותה מתוכנה (קרי, "שינוי" הכולל "ביטול" הזכות); לחלופין יכול החוק המאוחר להגביל את ההגנה המוענקת לזכות המוגנת בלי לשנותה או לבטלה (קרי, "פגיעה" בזכות). אגב, בהמשך הדברים נוסף ונפרט בעניין המושגים "שינוי" ו"פגיעה" והבחנות ביניהם.

ז בשני המקרים (שינוי ופגיעה) יפה כוחו של החוק המאוחר לשנות או את הזכות המוגנת בחוק המוקדם או לפגוע בה. חוק מוקדם נסוג מפני חוק מאוחר. כדברי האימרה

הלאטינית: *Lex posterior derogat priori* ("וישן מפני חדש תוציאו"; ויקרא, כו, י[א]).  
בדרך כלל קובעת מילתו האחרונה של המחוקק.

א

נקודת המוצא העיונית היא, כי המחוקק, ברצותו לשנות או לפגוע בזכות מוגנת, עושה זאת בהוראה מפורשת או על-ידי קביעה סותרת ברורה בנוסח ההוראות החדשות, שאינה מתיישבת עם זו הקודמת לה. בכל מקרה יש לנסות ולקיים חוקים הדנים באותה סוגיה על-ידי ניסיון ליישב ביניהם. לפיכך, החוקה הפרשנית הינה כי אין שינוי או פגיעה בזכות מוגנת בחוק רגיל, באמצעות חקיקה רגילה מאוחרת, אלא אם נאמר או משתמע אחרת (ראה בג"צ 320/86 ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' [9], בעמ' 542). הווי אומר, החוקה הפרשנית הינה כי שני החוקים, הקודם והמאוחר יותר, דרים בכפיפה אחת. חוקה זו ניתנת לסתירה על-פי נוסחו של החוק המאוחר. אולם אם החוקה נסתרת, הרי שהדין הפוזיטיבי התקף הוא הדין הקבוע בחוק המאוחר. הטעם לכך הוא כי חוקה על הדין המאוחר שהוא אשר משקף את כוונתו העדכנית של המחוקק ואת תכליתו העכשווית של המערך החקיקתי. לשון אחר, הכלל הלכאורי הוא כי אין התנגשות חוקית בין חוקים (חוק מול חוק). אולם אם הכלל נסתר, במפורש או מכללא, הרי שהחוק המאוחר – ידו על העליונה.

ב

ג

ד

קיים סייג לכלל המובא לעיל: אם החוק המוקדם הינו חוק ספציפי לעומת החוק המאוחר, שהינו חוק כללי ביחס לסוגיה הרלוואנטית אשר עומדת על הפרק, אזי החוק המיוחד דוחה את החוק הכללי: *Lex specialis derogat generali*. כלל זה דן ביחס בין שני חוקים רגילים, הקובעים הוראות נורמטיביות סותרות, והשוני מתבטא במידת הייחודיות של ההתייחסות.

ה

הכללים שתוארו לעיל הם כללים מנחים המבארים זיקתו של חוק אחד למשנהו. אין הם ממצים; כך נטועה למשל לתוך שיטתנו גם ההנחה כי המחוקק מגן על זכויות היסוד ומקדם אותן. הנהה זו מדריכה אותנו בפרשנות החקיקה (ראה, למשל, בג"צ 75/76 [5] הנ"ל וע"א 723/74 [6] הנ"ל). לצדה של הנהה מהותית זו, אנו מסתייעים, כאמור, בכללים התורתיים בדבר היחס בין החוקים: חוק מוקדם מול חוק מאוחר, חוק מיוחד מול חוק כללי.

ו

ז

20. התנגשות דומה לזו המתוארת לעיל עשויה להתעורר בין שתי הוראות של חקיקת משנה, דוגמת שתי תקנות אשר התקינו רשויות מינהליות או רשויות אחרות, שהוסמכו להתקין תקנות. החוקה הינה כי התקנה כשרה מבחינה מינהלית. מה דין התנגשות בין תוכנן של שתי תקנות? המבנה התאורטי המתווה את אופן ההחלטה במקרה של ההתנגשות בין תקנות, זהה למבנה המתווה את אופן ההתייחסות להתנגשות בין חוקים. יש לנסות וליישב בין תקנות בינן לבין עצמן – או לקבוע מסקנה בדבר תוקפן או היעדר תוקפן, תוך זיקה לחוקים שמכוחם הותקנו התקנות. הכללים שהובאו לעיל ישימים גם לגבי חקיקת משנה: תקנה מאוחרת דוחה תקנה מוקדמת; תקנה מיוחדת דוחה תקנה כללית.



21. שאלה נוספת ונפרדת היא מה דין תקנה אשר עומדת בניגוד למה שנקבע בחוק. השאלה מתחדדת כאשר אנו דנים בשאלה מה דין תקנה מאוחרת ומיוחדת, העומדת בסתירה לחוק כללי ומוקדם לה. אילו היינו מפעילים את כללי הפרשנות המובאים לעיל באופן פשטני, היה עולה מהם, לכאורה, כי הוראה מיוחדת גוברת על הוראה כללית. יתרה מזאת, חיקוק מאוחר גובר על חיקוק מוקדם. על דרך קל וחומר, חיקוק מיוחד ומאוחר גובר כביכול על חיקוק מוקדם וכללי. יוצא, לכאורה, כי כל הוראה מאוחרת ומיוחדת גוברת, באופן חד-משמעי, על כל הוראה מוקדמת וכללית. אולם מסקנה זו אינה נוגעת לנסיבות שבהן ניצבת תקנה מול חוק. החוק לעולם עדיף. שאלה נגזרת היא מה דין תקנה מיוחדת או מאוחרת, העומדת בסתירה לחוק. התשובה היא כי ידה של התקנה על התחלופה הכללים בדבר עדיפותו של חיקוק מאוחר על מוקדם יותר או בדבר עדיפותה של הוראה מיוחדת על כללית, חלים רק במסגרת אותה רמת חקיקה, היינו כאשר לפנינו חוק מול חוק או תקנה מול תקנה.

א

ב

הטעם לכך הוא כי משפטנו, ככל שיטת משפט, מבוסס על מידרג נורמאטיבי. המידרג הנורמאטיבי הינו פועל יוצא והשתקפות של סוגי הסמכויות. במה דברים אמורים.

ג

המבנה המשפטי יוצא מתוך נקודת הנחה אקסיומטית כי ישנן דרגות שונות של נורמות. כל דרגה מבוססת על הסמכות המולידה את הנורמה. טול, למשל, את הדוגמה שלנו בדבר חוק וחקיקת משנה (כגון: תקנה). החוק מצוי במדרגה נורמאטיבית הגבוהה מן המדרגה הנורמאטיבית של התקנה. אין פלא אפוא, כי בהתנגשות בין חוק וחקיקת משנה, כעיקרון, יד החוק על העליונה. בהיעדר הסמכה מפורשת לכך, חקיקת משנה איננה יכולה לשנות הוראת חוק או לפגוע בה. אין נפקא מינה לעניין זה, אם התקנה הינה מוקדמת לחוק או מאוחרת ממנו. אין נפקא מינה לעניין זה, אם התקנה היא מיוחדת או כללית ביחס לעניין הגדון על-ידי החוק. בכל מקרה, תקנה כפופה, מבחינה נורמאטיבית, לחוק. לפיכך, תקנה אשר עומדת בניגוד לחוק כפופה לתרופות המשפט המינהלי, הקובעות תוצאה של בטלות מלאה או של בטלות יחסית. כפיפות התקנה לחוק נובעת, באורח הגיוני, מתוך התפיסה הצורנית והיסודית של המידרג הנורמאטיבי בכל שיטת משפט. ככל שהדבר נוגע לזיקה בין תקנה לחוק גם קיבל אצלנו המידרג הנורמאטיבי לבוש פורמאלי בסעיף 16(4) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], הקובע כי -

ד

ה

ו

16. מקום שהחוק מעניק לרשות את הסמכות להתקין תקנות, יהיו ההוראות הבאות חלות לגבי התקנתן וכוח פעולתן של תקנות אלו, אם אין כוונה אחרת משתמעת -

"התקנת תקנות

ז

...

(4) לא תהא תקנה סותרת הוראותיו של כל חוק".

המדובר על "כל חוק" (ההדגשה שלי - מ' ש') ולא רק על החוק שהסמיך להתקין את התקנות הסותרות המסוימות שתוקפן עומד למבחן: יש בכך ביטוי נוסף להבחנה כללית לפי מידרגי החקיקה.

א

ודוק: אפילו ללא ההוראה של סעיף 16(4) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], הרי שתקנה אשר מבקשת לשנות את החוק או לפגוע בו - כפופה לעקרונות המידרג כמבואר לעיל. עקרונות אלה מנחים בבחינת תוקפה של תקנה.

ב

מה מקורו של העיקרון בדבר המידרג הנורמטיבי של הנורמות המשפטיות? התשובה לכך טמונה, כאמור, בסוגי הסמכויות המעניקות את הכוח לחוקק או להתקין תקנות, לפי העניין. המערכת המשפטית מעניקה לרשויות שונות סמכויות להוציא מתחת ידיהן נורמות משפטיות, הווי אומר - כללי התנהגות בעלי תוקף משפטי. הסמכויות מאורגנות ומסודרות ושואבות ממהות ההסמכה. אין דומה הסמכות לחוקק חקיקה ראשית לסמכות לחוקק חקיקת משנה, הנולדת אך ורק עקב הוראת הסמכה מפורשת הכלולה בחקיקה הראשית. הרשות המחוקקת, הכנסת, היא בעלת סמכות לחוקק חוקים מכל סוג. הרשות המבצעת היא בדרך כלל בעלת סמכות לחוקק חקיקת משנה, כי הוסמכה לכך בחקיקה ראשית. אולם גם הכנסת מוסמכת לחוקק חקיקת משנה, למשל, תקנון הכנסת (ראה סעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת) או החלטות בעניין גימלאות של נושאי משרה שהן חקיקת משנה (ראה בג"צ 89/83 לוי נ' יושב ראש ועדת הכספים של הכנסת ואח' [10]). משמע, יש שאותה רשות היא בעלת סמכות להוציא תחת ידה נורמות חקיקתיות שונות השייכות למידרגים נורמטיביים מסוגים שונים. במילים אחרות, יש שאותו מקור - מבחינה מוסדית - נושא בתוכו סמכות לחקיקת חוקים בעלי כוח חיוב שונה, והוא גם קובע את הויקה ביניהם ואת כפיפותם זה לזה.

ג

ד

ה

לאור מערך הסמכויות כמתואר אין, עם כל הכבוד, יסוד לסברה שפותחה בשנות השישים בתורת הפירמידות המוסדיות של פרופ' אקצין (פרופ' ב' אקצין, תורת המשטרים (אקדמון, כרך ב, תשכ"ז) 40), ולפיה כל מידרג נורמטיבי של סמכות החקיקה מקביל באופן ייחודי ובלעדי אך ורק למוסד אחד, היינו כי כל שלב בסולם הנורמטיבי של החקיקה מקביל באופן בלעדי וייחודי לשלב בסולם המוסדי, וכי מידרגים שונים בסולם החקיקתי אינם נובעים לעולם מאותו שלב במידרג המוסדי. ראינו שיש שאותו מוסד מוסמך להוציא תחת ידיו נורמות ממדרגים שונים. הרי סמכות הכנסת לחוקק חקיקת משנה, כפי שהוזכר לעיל, מקובלת אליבא דכולי עלמא. התורה בדבר קיום הקבלה ייחודית בין כל שלב במידרג הנורמטיבי החקיקתי לבין סולם המוסדות המוסמכים לברוא את החיקוק - אינה חלק מן המבנה המשפטי שלנו ואינה תואמת את פריסת הסמכויות בין המוסדות המניבים חיקוקים. המידרג הנורמטיבי החקיקתי מתבטא בכפיפות של מידרג אחד כלפי זה שמעליו ולא בהפניה אל סולם של מקורות מוסדיים. אותו מוסד יכול לקבוע הן נורמה עליונה והן נורמה נמוכה יותר.

ו

ז

כל תורה עיונית המנתחת מערכת יחסים משפטית קיימת, חייבת לעגן עצמה במציאות המשפטית; היא אינה תלויה על בלימה אלא מפנה עיניה אל מבנה משפטי קיים שהוא נתון שאין אפשרות להתעלם ממנו. היא איננה מנותקת מן הנושא שאותו היא מבקשת לנתח, ותיזה שאינה נותנת לו את דעתה היא בלתי מציאותית. עליכן אין אלא להסיק כי התיזה הפירמידלית שתוארה על-ידי פרופסור אקצין, נסתרת אצלנו (ולא רק אצלנו) על-ידי המבנה של מערכות הסמכויות כהווייתן.

א

22. (א) ההסמכה לחוקק חקיקת משנה כלולה בחקיקה הראשית של הרשות המחוקקת. שר אינו רשאי להתקין תקנות בהיעדר הסמכה בחוק; רשות מקומית איננה רשאית לחוקק חוקי עזר בהיעדר הסמכה בחוק, והכנסת איננה מוסמכת לקבוע החלטות בענייני שכר או גימלאות ללא ההסמכה כדוגמת זו אשר בסעיף 10 לחוק-יסוד: השפיטה, סעיף 1 לחוק גמלאות לנושאי-משרה ברשויות השלטון, תשכ"ט-1969, או חוקים דומים.

ב

ג

חקיקת המשנה נולדה מכוח ההסמכה שבחקיקה הראשית. חוק היוצא מתחת ידה של הרשות המחוקקת עליון על תקנה של הכנסת עצמה או של רשות סטטוטורית או מבצעת כלשהי, כי התקנה נולדת רק מכוח סמכות המוענקת בחקיקה ראשית. לשון אחר, הענקת פונקציות חקיקתיות שונות לאותו מוסד, אינה יוצרת מישור שבו כל הסמכויות כאילו מונחות זו לצד זו והן כאילו באותה רמה. הענקת מספר פונקציות לאותו מוסד מותירה בעינה קביעתו של מידרג, לצורך הגדרת מעמדן החוקי או החוקתי של הסמכויות זו מעל זו. המידרג הנורמאטיבי החקיקתי הוא בגדר נשמת אפו של המבנה החוקתי הנכון.

ד

(ב) כפי שציינו, חקיקת משנה איננה יכולה לשנות הוראת חוק או לפגוע בה. לשם שלמות התמונה נוסיף, כי הטענה בדבר המידרג שבין תקנה לחוק, עומדת, לכאורה, בסתירה לקיומו של סוג אחד של תקנות, אשר יכולות לפגוע בחוק, הלוא הן התקנות לשעת חירום. כפי שנאמר בחוק המסמיך להתקין, "תקנה-לשעת-חירום, כוחה יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים...". (סעיף 9) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948; ("פקודה" היא חוק של "מועצת המדינה הזמנית": ראה סעיף 7 (א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט; וראה סעיף 2 (א) לחוק המעבר, תש"ט-1949, והשווה הסמכות הנ"ל, עתה, לסעיף 50 (ג) לחוק-יסוד: הממשלה החדש מתשנ"ב). משמע, סמכות השר להפקיע תוקפו של חוק על-ידי תקנות שעת חירום היא יוצאת דופן, אך אף היא הוענקה לו במפורש על-ידי חקיקה ראשית ובגבולות שהותוו בו. כוחה של חקיקת משנה כנ"ל לשנות חוק איננו נובע מחקיקת המשנה עצמה, מתוכה ובה, אלא מן החוק שהסמיך את הממשלה או שר מטעמה להתקינה. בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק להתקין חקיקת משנה הפוגעת בחוק, אין חקיקת משנה יכולה לשנות חוק או לפגוע בו (ראה בהקשר זה את חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים (תיקון מס' 18), תש"ן-1990, בעקבות פסק-דיןנו בבג"צ 256/88

ה

ו

ז

מדאינווסט מרכז רפואי הרצליה בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות ואח' [11]. אם היא משנה את החוק או פוגעת בו - היא תוכפף לתרופות המושטות על-ידי ערכאה שיפוטית, הנוגעות לחקיקת המשנה החורגת מן הגבולות שהותוו לה.

א

23. סיכומו של דבר, הכפיפות של חקיקת המשנה לחוק גובעת מן הכפיפות של מתקין התקנות להסמכה שהוענקה לו על-ידי הרשות המחוקקת, קרי המחוקק הריבוני, היא הכנסת. אגב, בנוקטי את שם התואר "ריבוני" אינני מכוון דבריי למשמעויות הלכותיות מן המשפט הבינלאומי הפומבי. על-פי תפיסותינו, הריבון הוא העם. הכנסת היא "ריבונית", קרי עצמאית ועליונה, לפי תפיסתי, במובן זה שאין רשות, מחוקקת או אחרת, הגוברת עליה בכוחה ובסמכויותיה. הטעם לכך נעוץ במקור סמכותה. היא נבחרת על-ידי העם, שהוא, כאמור, הריבון.

ב

מידרג הנורמות גובע אפוא מסוגי הסמכויות. המערכת הנורמטיבית איננה מערכת חד-מישורית. היא מערכת הירארכית. היא סולם בעל דרגות. החקיקה הראשית מצויה בדרגה נורמטיבית גבוהה יותר מחקיקת משנה (קרי, "תקנה", "חוק עזר", "צו", וכיוצא באלה).

ג

#### מיקומה של החקיקה החוקתית

ד

24. האקט החוקתי מצוי במדרגה נורמטיבית, הגבוהה מן המדרגה הנורמטיבית של החוק הרגיל. לפי עצם תכליתו ומהותו הוא נועד לשמש מדרגה נורמטיבית עליונה. מבחינת התאוריה החוקתית, בהתנגשות אפשרית בין חוקה לבין חוק יד החוקה על העליונה. מן הראוי שחוק רגיל לא יגבר על הוראה חוקתית. חוק רגיל אינו יכול לגבור על הוראה חוקתית, אלא על-פי ההוראה החוקתית המפורשת שנכללה בה או על-ידי הוראת חוק חוקתית (חוקה או חוק יסוד) המגדירה באופן כללי, שלא ביתס להוראה חוקתית מסוימת דווקא, את דרכי הפגיעה האפשריות. ראה למשל סעיף 12 להצעת חוק יסוד: חקיקה (הפרקליט כו (תשל"א) 140, 141), הודן ב"טענה נגד תוקפו של חוק"; וכן ראה, למשל, סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק מתשנ"ד, הקובע לאמור:

ה

ו

8. הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר" (ההדגשה שלי - מ' ש.).

"תוקפו של

חוק חורג

ז

משמע, ככל שהדבר נוגע לחוקי-יסוד: חופש העיסוק, ניתן לחוקק חקיקה רגילה באופן הסותר את העיקרון החוקתי הגדול שעוצב בחוקי-יסוד: חופש העיסוק, רק אם נוקטים את הדרך שהותוותה בסעיף 8 שנוסחו הובא לעיל. סעיף 8 הנ"ל מורה לא רק את ההן אלא גם את הלאו; היינו – אם חוק רגיל שפוגע בחופש העיסוק איננו ממלא תנאיו של סעיף 8 – הרי אינו תקף. כך לשונו של סעיף 8 הנ"ל וכך דינו של חוק שאינו מקיים תנאיו של סעיף זה. האמור כאן לגבי חוקי-יסוד: חופש העיסוק חל, בשינויים הנובעים מן המעבר מנושא ספציפי אחד למשנהו, על מערכת היחסים שבין כל הוראה חוקתית שכלולה כיום בחוקי-יסוד ומכילה הוראות מסייגות בעניין שינוי או פגיעה לבין חוק רגיל.

סיכומה של נקודה זו: יש חוקי יסוד שאינם מכילים כיום הוראה מסייגת בעניין חקיקה רגילה המשנה אותם או פוגעת בהם. לגבי אלו, אין עדיין מימוש של מעמדם העליון מול שינוי או פגיעה. המעמד המשוריין או המיוחס הוא לגביהם בגדר הרצוי והראוי. יש חוקי יסוד אחרים, כדוגמת שני חוקי היסוד שחוקקו בשנת 1992, אשר לגביהם ההגבלות המשריינות את המידרג הנורמאטיבי, הלכה למעשה, הן כבר בגדר המצוי.

#### הנורמה החוקתית - מבנה וצורה

25. (א) הנחת היסוד של השיטה המוצגת כאן היא, כי המחוקק הראשי הוא מקור הסמכות העליון בתחום החקיקה והוא מוסמך לחוקק חוקים שדרגתם בהירארכיה של הסמכויות נבדלת זו מזו: הוא מוסמך לחוקק חקיקה חוקתית והוא מוסמך לחוקק חקיקה רגילה. הוא במישורין מקורה של כל חקיקה ראשית ובמקרים מעטים מסוימים, כפי שהראינו, גם של חקיקת משנה; בעקיפין, הוא מקורה של כל חקיקת המשנה.

(ב) כמוזכר, החשיבה של המשפט החוקתי מכירה בקיומה של מדרגה חוקת נורמאטיבית העומדת מעל החוק הרגיל. מדרגה זו היא המדרגה החוקתית. לעתים היא מכונה "חוקה" (Constitution), לעתים היא מכונה "חוק יסוד" (Basic Law); החלטת הררי משנת 1950, אשר אליה עוד נתייחס, הבחינה בין חוק יסוד לבין חוקה. אנו נשתמש להלן במידת האפשר, ולשם פישוט, במונח "חוקה".

הסמכות ליצור חוקה היא בידי העם. קביעה זו נובעת מן האימוץ של התפיסה כי הריבונות שוכנת בעם. החקיקה החוקתית היא פרי החלטתו של העם באמצעות נציגותו הנבחרת, היינו הכנסת הריבונית.

אגב, לפי הפרשנות החוקתית הגרמנית, המתייחסת, כמובן, למבנה החוקתי דהתם, היעדר הכרעה ישירה ובלתי אמצעית של העם, במשאל עם, בדבר קבלת חוקה אינה גורעת מתוקפה של חקיקת החוקה, ודי לעניין זה בקבלת החוקה על-ידי גוף פרלמנטרי

ייצוגי. ראה: Von Muench / Kunig, Grundgesetz - Kommentar, Band 1., 4. Aufl., 11 V. Mangoldt / Klein / Starck, Das Verfassungsgesetz, 3. Aufl. Band 1 Anm. VI, 1. Bonner Grundgesetz, 3. Aufl. Band 1 Anm. VI, 1.

א

בארצות השונות ישנו כמובן מיגוון של שיטות חוקתיות, והגישה בסוגיה זו אינה אחידה.

ב

26. (א) כל המבואר לעיל בעניין מהותו של המידרג הנורמאטיבי חל בשינויים הנובעים מן העניין על מערכת היחסים שבין חוק רגיל לבין חוקה. כוחו של חוק רגיל לשנות או לפגוע בהוראה חוקתית יכול שיהא מוקנה לו מכוח ההוראה החוקתית היא עצמה. כך, למשל, סעיף 8 לחוק-יסוד: תפקידים של חוקה, הופש העיסוק שצוטט לעיל. יכול גם שהיעדר כל הוראה ילמד על כך שהמחוקק לא ליווה את יצירתה של המדרגה הנורמאטיבית העליונה בהוראה המסייגת תוקפה של חקיקה רגילה הסותרת אותה. כך היה מהלכם של דרכי החקיקה, למשל, לגבי חוק-יסוד: הכנסת, שייחד הוראות שהגבילו חקיקה נוגדת למספר קטן של סעיפים שבו בלבד, והותיר את רוב ההוראות שבו ללא אמירה כלשהי בעניין תוקפה של חקיקה רגילה סותרת. כך גם המסקנה העולה מנוסחם של רוב חוקי היסוד האחרים, הדנים במוסדות השלטון וזרועותיו ובמוסדות השפיטה.

ג

ד

כתוצאה מכך אירע שהכנסת תיקנה הוראות שבחוק יסוד על-ידי חוק רגיל (ראה למשל חוק הכנסת (מספר החברים בוועדות), תשנ"ד-1994, שביטל את סעיף 21ג) לחוק-יסוד: הכנסת; סעיף 86ה) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969, הנוגד את סעיף 17 לחוק-יסוד: השפיטה, והוא הדין לגבי סעיף 64 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984). בית-משפט זה אף החליט בעבר לא אחת, שאין מניעה לתיקונו של חוק יסוד על-ידי חוק רגיל (ראו, למשל: בג"צ 107/73 "נגב" - תחנת שידור לאוטומוביל בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל (להלן - פרשת נגב 12) (השופטים ברנזון, ויתקון, ח' כהן). בבג"צ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים ואח' (להלן - פרשת קניאל 13)), הנשיא אגרנט, השופטים לנדוי וקיסטר - נאמר לעניין זה: "לא מצאנו אחיזה בלשון חוק-היסוד לטענת ... ששינוי משתמע לפי סעיף 46, סיפא (לחוק-יסוד: הכנסת - מ' ש', חייב להיעשות בדרך חקיקת חוק-יסוד או חוק מיוחד דוקא" (שם, בעמ' 796). לטעמי, יש לראות פסיקה זו כקשורה לתקופתה וכפרשנות שאינה צופה עדיין את פני ההתפתחויות החקיקתיות החוקתיות ואת גיבושה של תורה חוקתית קומפרהנסיבית.

ה

ו

ז

אולם, כפי שעוד נראה, בשני חוקי היסוד החדשים משנת תשנ"ב ניתן ביטוי חלף יותר למידרג החוקתי הנורמאטיבי כפי שהוא עולה ממגמת פניה של הכנסת בחקיקה חוקי יסוד. בעקבות השינוי במדיניות החקיקתית של הכנסת, כביטוייה בשני חוקי היסוד הנ"ל, ותוך עיגון גישה חדשה ראויה בתפיסת המידרג הנורמאטיבי, ניתן לנקוט מעתה ואילך אמת מידה חקיקתית אחידה, אשר לפיה אין עוד שינוי של חוק יסוד כלשהו אלא בחוק יסוד.

יש יסוד להניח כי משיבוא חוקי-יסוד: חקיקה הוא יסדיר נושא זה באופן כולל לגבי כל חוקי היסוד. לאור המדיניות החקיקתית של הכנסת, כביטוייה בשני חוקי היסוד הנ"ל, אין גם מניעה לכך שנתווה כבר עתה בפסיקתנו את הדרך החקיקתית הראויה, כדי להפנות אל הכללים המתבקשים על-מנת לתת ביטוי נכון למידרג החקיקתי שהתגבש עם חקיקתן של הוראות חוק חוקתיות. בהמשך הדברים נפרט קמעא מה עולה, מבחינת המדיניות החקיקתית ותפיסת היסוד החוקתית של הכנסת, מחוקי היסוד החדשים.

א

(ב) ההגנה על חופש העיסוק במשפטנו זכתה להגנה בחוק החרות מאחר שהוענק לה מעמד חוקתי בחוקי-יסוד: חופש העיסוק. בהיעדר הוראה חוקתית כללית החובקת את כל חוקי היסוד נקבעו בחוק היסוד האמור הוראות לעניין שינויו או פגיעה בהוראותיו. על-פי המבנה של חוקי-יסוד: חופש העיסוק (שהוא המבנה החוקתי הראוי אשר מן הנכון שיחול על כל חוקי היסוד), אין חוק רגיל יכול לשנות זכות שנוצקה בחוקי-יסוד: חופש העיסוק, או לפגוע בה. הדפוסים החוקתיים נקבעו בסעיף 4 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק הקובע לאמור:

ב

ג

"אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

ד

נוסחו של סעיף 8 הדין בתוקפו של חוק חורג כבר הובא לעיל.

משמע, תוקפו של חוק רגיל הפוגע בחופש העיסוק מותנה בקיום התנאים שבסעיף 4 הנ"ל. אם אין התנאים הללו מתקיימים, הרי החוק הרגיל אינו בתוקף. רק אם חוק רגיל עומד בתנאים המפורטים בסעיף 8 הנ"ל (הרוב לקבלת החוק; ההסתייגות המפורשת), הוא רשאי להתלות - לתקופה קצובה - את תוקפה של ההוראה החוקתית לגבי תחום התפרסותו של אותו חוק. אין צריך לומר כי המסקנה העולה מן האמור לעיל היא שהכנסת הכירה בקיומו של מידרג נורמאטיבי על-ידי עצם חקיקתם של סעיפים 4 ו-8 הנ"ל לחוקי-יסוד: חופש העיסוק המגבילים את החקיקה הרגילה. סעיפים 4 ו-8 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק מאפשרים "פגיעה" בזכות המוגנת בכפיפות לתנאים המוכתבים בחוק היסוד, ושוללים תוקפה של פגיעה שאינה מקיימת את התנאים שנקבעו בחוק היסוד.

ה

ו

לעומת זאת, "שינוי" של חוק היסוד - להבדיל מ"פגיעה" בהוראה מהוראותיו - מחייב נקיטתו של הליך מכוח סעיף 7 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק, האומר:

ז

"נוקשות  
7. אין לשנות חוקי-יסוד זה אלא בחוקי-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת".

בעניין השינוי מתבטא המידרג הנורמאטיבי, במפורש, בשריון ההוראות הקיימות בחוק היסוד.

א

הבחנה חוקתית ועקרונית זו, בין "שינוי" ל"פגיעה", ראויה לעיון ולהרחבה. על כך בהמשך דברינו.

"שינוי" מול "פגיעה"

ב

27. (א) בעת בחינת הסדרי המידרג הנורמאטיבי העליון יש מקום להבחין בין "שינוי" של הזכות המוגנת לבין "פגיעה" בה. המדובר בזכות מוגנת בחוק יסוד. שינוי הזכות עצמה (כגון: צמצומה או הרחבתה, הוספה עליה או ביטולה) מחייב הליך של חקיקה בתחום חוקי היסוד. הדרישה כי השינוי ייעשה בחוק יסוד נובעת מן התשתית העיונית של חקיקת היסוד במשפטנו. לפי מידרג הנורמות החקיקתיות, שינוי אקט מדרגה מסוימת מן הראוי שיחייב אקט מאותה רמה נורמאטיבית או מרמה גבוהה יותר. חקיקת משנה איננה יכולה לשנות חוק. חקיקה רגילה אין בה כוח לשנות חקיקת יסוד, שהיא במידרג נורמאטיבי גבוה יותר.

ג

ד

חוקי היסוד הם יתד ופינה לחוקת מדינת ישראל. כך גם דברה המפורש של הכנסת בהחלטתה מיום 13.6.50 (החלטת הררי). לפיכך, מן הראוי להבחין - למען הבהירות החוקתית והחקיקתית - בין חקיקת יסוד, המהווה תשתית חוקתית, לבין חקיקה ראשית רגילה, עד כאן באשר ל"שינוי". אני ער לדברים שנאמרו בבית-משפט זה (השופטים ברנזון, ויתקון וחי' כהן) בפרשת נגב [12], בפרשת קניאל [13] (הנשיא אגרנט והשופטים לנדוי וקיסטר) ובבג"צ 60/77 רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ואח' (להלן - פרשת רסלר [14]), (השופטים עציוני, י' כהן ואשר), ואשר לפיהם אין אחיזה בחוק-יסוד: הכנסת לטענה ששינוי (משתמע) לחוק היסוד חייב להיעשות בדרך של חקיקת חוק יסוד והוא יכול להיעשות גם בדרך חקיקה רגילה של הכנסת. הם מבטאים את המצב הקיים שלפיו לחלק גדול מחוקי היסוד הקיימים אין מעמד משוריין באופן פורמאלי.

ה

ו

(ב) עם התקדמות גיבושה של חוקה וההכרח לאמץ תיוה היוצרת תשתית עיונית לחקיקתן של הוראות חוקתיות, מן הנכון, כאמור כבר לעיל, שנתווה דרך חדשה המבטאת את קיומו של המידרג הנורמאטיבי החקיקתי. במילים אחרות, על רקע חקיקת שני חוקי היסוד החדשים הדגים במישרין בהגנה על זכויות יסוד נפתח עתה לפני הרכב מורחב זה פתח להתוויית שיטה שלמה, המותאמת למטרייה החוקתית שלפנינו, בדומה למה שנעשה בשעתו בבית-משפט זה, במישור אחר ובצורה אחרת בבג"צ 98/69 ברנזון נ' שר האוצר ואח' (להלן - פרשת ברנזון [15]). מעתה ואילך, מן הנכון לאמץ כלפי כל חוקי היסוד את המדיניות החקיקתית שהיא ביטוי לתורת המידרג הנורמאטיבי, ולפיה אין משנים חוק יסוד אלא על-ידי חוק יסוד.

ז



(ג) מכאן למונח "פגיעה". זו האחרונה איננה מכוונת לשנות את תחומיה של הזכות עצמה. הכשרת הפגיעה באה "לאפשר קיום נורמטיבי לדבר חקיקה רגיל שפוגע בהסדריו של חוק-היסוד" (כדבריו של חברי הנכבד הנשיא: א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד) 48). פגיעה היא מטבעה מותחמת וספציאלית, קרי נקודתית.

א

לפי הבחנה עקרונית זו בין "שינוי" ל"פגיעה" - חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת), תשכ"ט-1969 הראשון, למשל, שהיה נושא פרשת ברגמן [15], כלל "פגיעה" בעקרון השוויון, המשוריין בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת הקובע לאמור:

ב

4. הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת" (ההדגשות שלי - מ' ש.).

"שיטת  
הבחירות

ג

חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת) לא בא לשנות את סעיף 4 הנ"ל. חוק המימון לא בא לקבוע כי לא ינהג עוד שוויון בשיטת הבחירות. הוא בא לגרוע בתחום ייחודי ומותחם מעקרון השוויון האמור. הווי אומר, תוצאתה של החקיקה של חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת) הייתה פגיעה בעקרון השוויון הקבוע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

ד

ה

בפרשת ברגמן [15] פירש בית המשפט העליון את הדרישה לרוב מיוחס בחוק-יסוד: הכנסת באופן מרחיב: ראשית, אליבא דכולי עלמא, הדרישה שבסיפה לסעיף 4 הנ"ל מציבה משוכה בפני עצם ה"שינוי" של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. משוכה זו היא הרוב המיוחס. לכן, אין לבטל את עקרון השוויון בבחירות אלא ברוב חברי הכנסת, קרי: אין לשנות את שיטת הבחירות אלא ברוב מיוחס. שנית, במשתמע הסיק בית המשפט כי הדרישה שבסעיף 4 הנ"ל מציבה גם משוכה בפני "פגיעה" בערך המוגן על-ידי חוק היסוד. במילים אחרות, סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת כולל בתוכו מעין "פיסקת התגברות" לגבי שינוי מהותה - פורמאלית. לבושה - רוב מיוחס כאמור בסיפה לסעיף 4 הנ"ל. היא בנויה לתוך ההוראה החוקתית ויוצרת מניה וביה גם את הכלי החוקתי שדן בפגיעה אפשרית בעיקרון מבין אלה שנמנו בסעיף 4 הנ"ל. פיסקת ההתגברות שבסיפה לסעיף 4 הנ"ל מאפשרת פגיעה בערך המוגן, בתנאי שהדבר ייעשה ברוב מיוחס. סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת - להבדיל מסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק מתשנ"ד ובדומה לסעיף 4 שבו - איננו מציב כאחד התנאים דרישה כי הפגיעה בערך המוגן, כדי להיות

ו

ז

תקפה, חייבת להיות מפורשת. היא יכולה להיעשות מבלי שהפגיעה החקיקתית תסתייג במפורש מחוק היסוד (קרי, היא יכולה להיעשות "במשתמע", אולם ברוב מיוחס).

א

סוף דבר, מן הבחינה התאורטית, שינוי - לחוד, ופגיעה - לחוד. אולם בפרשת ברגמן [16] החיל בית המשפט את הסייגים החלים על שינוי חוק היסוד גם על הוראת חוק שאך נוגדת את עקרון השוויון בחוק היסוד, היינו, אך פוגעת בו. נקודה זו מעניינת במיוחד כי על-פי הביקורת החוקתית הרטרואקטיבית נטען, לא אחת, כי בהילכת ברגמן [16] ביקש בית המשפט העליון להגביל את ההתערבות השיפוטית שהיא פועל יוצא מן הדירוג החוקתי הנורמאטיבי; אך עולה מהכרעתו כי לא רק שחידש והרחיב - ללא הוראת הסמכה מפורשת - בראותו את חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת) דאו כנטול תוקף בשל כך שלא נתקבל ברוב הנדרש, אלא אף הרחיב בכך את הוראות הסיפה לסעיף 4 הנ"ל וכלל את "הפגיעה" ב"שינוי" אשר בו מדבר חוק היסוד. אין צריך להוסיף כי לטעמי פעל בית המשפט בעניין זה כדין ובמסגרת סמכויותיו.

ב

ג

הכנסת מודעת להבחנה בין "שינוי" לבין "פגיעה". מכאן מדוע חוקי-יסוד: חופש העיסוק נוקט, בפיקטת ההגבלה, לשון "אין פוגעים". תכליתה של ההוראה שבסעיף 8 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק היא להתוות קווים בעניין ההתייחסות לחקיקה פוגעת בהוראות חוק היסוד, בבקשה לעקוף את העקרונות הקבועים בחוק היסוד. אין הוראה זו מתווה דרכים לשינויו או לביטולו של חוק היסוד. הרי בעניין שינוי חוקי-יסוד: חופש העיסוק דן סעיף 7 שבו מפורשות.

ד

האמור כאן לגבי חוקי-יסוד: חופש העיסוק הובא בגדר הדגמת התיזות הכלליות. ההתייחסות המפורטת לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו בכל הנוגע לשינויו או לפגיעה בו תבוא לאחר מכן, במקומה.

ה

28. (א) מן התיזה של המידרג הנורמאטיבי החקיקתי עולה כי לפי המצב המשפטי הראוי חוק רגיל לא ישנה מעתה ואילך ולא יפגע בהוראה חוקתית, בהיעדר הסמכה מפורשת לכך בהוראה חוקתית. אם הוראת חוק משנה הוראה חוקתית או פוגעת בה, הרי הוראת חוק סותרת כאמור כפופה לתרופות הנגדיות שנולדו במשפט החוקתי. תרופה כזו עשויה להיות תרופה של בטלות החוק הסותר. תרופה כזו עשויה להיות תרופה מוגבלת יותר מאשר התרופה התרופה של הבטלות הכוללת. היא עשויה להיות תרופה של ביטול חלקי (מעין יישום של כלל "העיפרון הכחול"), מקום בו תרופה זו אפשרית תוך התייחסות למכלול החקיקתי הרלוואנטי. התרופה עשויה לשאת אופי יחסי במישור הזמן (רטרואקטיבית או פרוספקטיבית), במישור התחולה וכיוצא באלה. מכל מקום, מקובל עלינו כי אם הוראה נורמאטיבית נמוכה חורגת מהוראה נורמאטיבית גבוהה יותר, מוסמך בית המשפט הנקרא לקיים הליך של פיקוח שיפוטי, להעניק תרופה חוקתית.

ו

ז

(ב) האחריות ליישום שלטון החוק מונחת על כתפי הרשות השופטת, אם הנושא מובא להכרעה לפניו בדרכים שנקבעו לכך בחוק. יישום שלטון החוק כולל את השמירה על מערכות הסמכות והמידרג של הנורמות. מכאן, כי אם חקיקת משנה סותרת חוק - בית המשפט מוסמך להעניק תרופה; כך, אם חוק רגיל סותר הוראה חוקתית - בית המשפט מוסמך להעניק תרופה. כפי שהוכרנו, הרי המצב הראוי לגבי חקיקה חוקתית בדרך כלל, הפך כבר במידה רבה למצב המצוי בכל הנוגע לשני חוקי היסוד שחוקקו על-ידי הכנסת בתשנ"ב, והם חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם והחירות.

29. התעכבנו על תיאור המבנה החוקתי הראוי. מן הנכון להוסיף, כי אין המדובר רק בקביעת מבנים משפטיים פורמאליים. המבנה נועד למען התוכן, החלוקה למידרגים נורמאטיביים אינה מבטאת רק חלוקה בין כלל משפטי מהותי (חוק) לבין דרכי ביצוע וסדרי דין (חקיקת משנה). בפיסגתה של הפירמידה הנורמאטיבית (חוק יסוד) ניתן ביטוי מוסדי וערכי בחוק החרות לתפיסות היסוד המדיניות והחברתיות שלנו. שם שוכנות לא רק ההגדרות וחלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון העיקריות, אלא גם מגילת הזכויות של האדם. שם עוצבו ההצהרה וההגנה על אותן זכויות ההופכות אותנו לחברה שבה שוררים החירות, כבוד האדם והשוויון, ואשר בה באים לידי ביטוי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. על-כן, חקיקת שני חוקי היסוד החדשים היא שלב חשוב בגיבושה של חוקה ובהפיכת החירויות מערכי יסוד שהם חלק מן המשפט המקובל שלנו כביטוי בפסיקת בית-משפט זה, לחוק חרות בעל מעמד מיוחד ומיוחד. עמדתנו בשעתו, לפני כעשרים שנה, בדעת יחיד בע"א 723/74 [6], על משמעותן ועל פרשנותן של זכויות היסוד שהן חלק מן המשפט המקובל. כאמור, שם, בעמ' 294-295:

"העדר קיומו במדינת ישראל של דבר חקיקה אחד ויחיד בעל מעמד משפטי בעלה ומוגן, המגבש בתוכו את עקרונותיה החוקתיים, אין פירושו כי חסרים אנו הוראות חוק בעלות תוכן חוקתי או כי נעדרים משיטת המשפט שלנו עקרונות משפטיים חוקתיים, המגדירים את זכויות היסוד של האדם והאזרח. המשפט החל בישראל חובק בתוכו, לפי תפיסתנו והשקפתנו, כללי-יסודי בדבר קיומן ושמירתן של חירויות הפרט, וזאת גם בטרם הפכה הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח לחוק חרות.

הצעת חוק-יסוד החדשה באה לגבש עיקרים ולהתוות תחומיהם ותפקידה המרכזי לעגנם בחוק החרות באופן שיהיו מוגנים בפני הסיכונים הטמונים במשברי הזמן; ייעודה לשמש כלי ביטוי לערכים לאורם יתחנך האזרח ולהסוּם מראש דרכם של אלה המבקשים להסיג גבול זכויותיו. אך כבר עתה מעוגנות חירויות היסוד ובתוכן בראש וראשונה עקרון חופש הביטוי בתפיסת היסוד המשפטית שלנו והן חלק מהותי של המשפט החל בישראל. שילובן של

זכויות אלה לתוך המשפט שלנו הוא כידוע תולדה של שיטת הממשל המדינית אותה איוונו לנו (בג"צ 73/53; 87/53, "קול העם" נ' שר הפנים, בע' 876) אך החובה לקיימן הלכה למעשה היא לא רק בעלת אופי מדיני או חברתי-מוסרי אלא גם בעלת מעמד משפטי.

....

כל הגבלה של תחומיה של זכות כאמור ושל היקפה, העולה מדבר חקיקה, תפורש באופן מצמצם ותוך מגמה לתת לזכות האמורה קיום מירבי ולא לסייגה כהוא זה מעל ומעבר למה שמתחייב ברורות ומפורשות מדבר המחוקק (בג"צ 75/76, "הילרון" נ' המועצה ליצור פירות ושיווקם, בע' 653). חופש הביטוי והוראת חוק הבאה להגבילו אינם בעלי מעמד שווה-ערך וזהה, אלא במידה והדבר מתיישב עם הכתוב יש להעדיף את קיומה של הזכות בכל עת על הוראת חוק בה טמונה מגמה להגבלתה. סיכומו של דבר, אמת-המידה עליה יש להציב את השמירה על חופש הביטוי כראש וראשון בשיקולים כאשר זכות זו מתנגשת עם רעותה, מן הראוי שתבוא לידי ביטוי מלא לא רק עת מתווה המחוקק הוראותיו של החוק, אלא גם בפרשנותו של החוק וביישום הוראותיו של הדין לנסיבות בהן נבחנת מהותו והפעלתו הלכה למעשה".

ראה גם: ד"ר 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ ואח' [16]. זאת בעקבות דעת יחיד קודמת בבג"צ 75/76 [5], בעמ' 653, ובד"ר 27/76 "הילרון" בע"מ נ' המועצה ליצור פירות ושיווקם [17], שבהם נדונה זכות יסוד הקרובה לעניינו, היינו חופש העיסוק.

#### מקור הסמכות החוקתית

30. (א) השאלה הנגזרת מן האמור לעיל אשר ניצבת לפנינו עתה היא, האם חוקי-יסוד: חופש העיסוק וכמוהו חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו הם בגדר הוראה חוקתית לפי המידרג הנורמאטיבי ששלביו הוצגו לעיל. לשון אחר: האם חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו מצוי במידרג הנורמאטיבי העליון ואוצר בתוכו כוח לתחום תחומי מותר ואסור לגבי חקיקה ראשית רגילה.

(ב) מבחינה מתודית נכון להציג כאן שאלה מקדמית בעלת אופי כללי המשתרעת אל מעבר לשני חוקי היסוד הספציפיים הנ"ל. זוהי שאלת יסוד בקשר לכל תורת המידרג הנורמאטיבי. מהותה של השאלה היא מנין לכנסת סמכות להביא לעולם אקטים בעלי מעמד על-חוקי, ולחוקק חוקים המגבילים מראש את היקף סמכותה של הכנסת לחוקק בעתיד חוקים רגילים או חוקי יסוד בעלי תוכן או משמעות מסוימים. עקרון החוקיות קובע כי בהיעדר סמכות ליצור אקט נורמאטיבי מסוג מוגדר, אין אותו גוף יכול להולידו. רשות מינהלית איננה יכולה לחוקק חוק, אם היא תנסח אקט נורמאטיבי אשר יכונה "חוק", הרי שאותו אקט יהא נעדר משמעות נורמאטיבית של חוק, הטעם לכך הינו כי הרשות המינהלית נעדרת סמכות לחוקק חוקים. רק הכנסת היא הרשות המחוקקת והיא

המחוקקת חוקים. על-כן, חוזרת השאלה למקומה: מה מקור סמכותה של הכנסת להביא לעולם דברי חקיקה בעלי רמות מידרג שונות זו מזו, היינו חקיקת משנה, חוקים רגילים וחקיקה חוקתית, אשר האחת מוגבהת מעל רעותה; ובפרט, מניין הסמכות של הכנסת לחוקק הוראות חוקתיות. האם יש יסוד לאותה תיזה עיונית שלפיה הכנסת בעדרת כוח משפטי לחוקק חוקה, או כל חקיקה על-חוקית שהיא עליונה בסולם הנורמאטיבי מחקיקה רגילה?

א

(ג) שאלה שנייה המוצגת במסגרת בדיקת כוחה החקיקתי של הכנסת היא, האם הכנסת יכולה גם לצמצם סמכות עצמה וסמכויות הכנסות שאחריה על-ידי חקיקת דבר חקיקה בעל מעמד-על, החולש על חקיקה חוקתית ועל חקיקה רגילה שאף הן של הכנסת, ולצמצם בכך את כוחה העתידי של הכנסת לחוקק.

ב

(ד) בחינתן של שאלות אלה מחייב התייחסות, ולו תמציתית, אל ההיסטוריה החוקתית שלנו, ואת זאת נעשה בהמשך הדברים.

ג

## 31. (א) מגילת העצמאות

ההכרזה על הקמת מדינת ישראל מיום ה' באייר תש"ח (14.5.48), היא מגילת העצמאות, הייתה אקט מדיני בעל משמעות משפטית, הן לפי עיקרי המשפט הבינלאומי הפומבי והן לפי המשפט המוניציפאלי. היא פורסמה על-ידי מועצת העם שפעלה ערב קום המדינה. מגילת העצמאות התייחסה לכינון של רשויות השלטון הראשונות. נאמר בה, בין היתר, כי:

ד

"אנו קובעים (ההדגשה במקור - מ' ש') שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 (ההדגשה שלי - מ' ש') - תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תקרא בשם ישראל".

ה

מועצת העם הפכה למועצת המדינה הזמנית; מינהלת העם הפכה לממשלה; וזאת עד לכינון מוסדות נבחרים בהתאם לחוקה שתקבע על-ידי האסיפה המכוננת הנבחרת.

ו

מועצת המדינה הזמנית הייתה הפרלמנט הראשון של המדינה העצמאית, והממשלה הייתה אחראית כלפיה (סעיף 2(ב) סיפה לפקודת סדרי השלטון והמשפט). מועצת המדינה הזמנית הייתה רשות עליונה בעלת סמכויות בלתי מוגבלות. כדברי פרופ' ה' קלינגהופר, "הקמת מדינת ישראל: סקירה הסטורית - חוקתית" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, י' זמיר עורך, תשנ"ג) (להלן - ספר קלינגהופר) 53, 74-75):

ז

"העדר כל הגדרה לסמכויותיה מעיד כי סמכויות אלה לא היו אמורות להיות מוגבלות. נמצא, כי באותו משפט - ההופך את מועצת העם למועצת המדינה הזמנית - יש לראות את נורמת היסוד של מדינת ישראל, במובן שמעניקה תורתו של Kelsen לנורמת היסוד".

א

פרופ' קלינגהופר העיר (שם, בעמ' 75), כי פירושו המילולי של האמור במגילת העצמאות היה מביא לקיום ברוזמני של מועצת המדינה הזמנית ושל האסיפה המכוננת. לדעת הכותב נוצר מבנה כמתואר מתוך היסח דעת של המנסחים. מכל מקום, פקודת המעבר לאסיפה המכוננת, תש"ט-1949, קבעה לאחר מכן ברורות כי מועצת המדינה הזמנית תחדל להתקיים עם התאסף האסיפה המכוננת. משמע, נותרה רק האסיפה המכוננת שהייתה צריכה להיות מופקדת בתור שכזאת גם על החקיקה הרגילה. לו נמשך המבנה החוקתי כפי שגובש בתש"ט עד עתה, היה אותו מוסד, היינו האסיפה המכוננת, מחוקק הן חקיקה חוקתית והן חקיקה רגילה.

ב

ג

מכל מקום, הכנסת הראשונה חוקקה כל חוק רגיל וכל חוק חוקתי בתוכנו ובמהותו (כגון חוק השבות, תש"י-1950, או חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951).

(ב) האסיפה המכוננת

ד

דבריה של מגילת העצמאות על כינונה של אסיפה מכוננת, כדרישת החלטת האו"ם מיום 29.11.47, הוליכו לחקיקת פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת, תש"ט-1948. מועצת המדינה הזמנית לא ראתה עצמה, בדין, משוללת סמכות להקרים ולדון בענייני חוקה, ואף מינתה ועדה לענייני חוקה.

ה

הבחירות לאסיפה המכוננת לא נתקיימו במועד שנקבע במגילת העצמאות. המועד נדחה על-ידי מועצת המדינה הזמנית (סעיף 1 לפקודת הבחירות לאסיפה המכוננת). הדחייה נעשתה מכוחה של מועצת המדינה הזמנית, הבחירות התקיימו בראשית 1949 ומועצת המדינה הזמנית פסקה כאמור מלהתקיים מכוח פקודת המעבר לאסיפה המכוננת.

ו

האסיפה המכוננת שינתה שמה על אתר, בחוק הראשון שקיבלה, הוא חוק המעבר, שקבע כי לבית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא "הכנסת" וכי לאסיפה המכוננת ייקרא "הכנסת הראשונה". ניתן היה ללמוד מן ההוראה החוקקה הנ"ל ומן ההתבטאויות של חברי הכנסת, כי נוצר מוסד מחוקק אחד, הכנסת, ואליו הועברו גם סמכויותיה של האסיפה המכוננת.

ז

משמע, היה זה בית מחוקקים אחד ואחיד שאימץ לעצמו את המשימה שהוטלה על האסיפה המכוננת במגילת העצמאות, ספג לתוכו את כוחותיה וסמכויותיה, אשר לא

הוגדרו מעולם מעבר לאמור במגילת העצמאות ובסעיף 3 לפקודת המעבר לאסיפה המכוננת ("לאסיפה המכוננת יהיו כל הסמכויות שהעניק החוק למועצת-המדינה הזמנית כל עוד לא החליטה האסיפה המכוננת החלטה אחרת בענין זה"), והמשיך בוזמנית בפעילותו החקיקתית הרגילה.

א

כתיאורו של פרופ' קלינגהופר, במאמרו הנ"ל, בעמ' 75-76:

"...סטייה זו מהכרזת-העצמאות בוצעה מכוח חוק מיוחד של מועצת המדינה הזמנית, כלומר: באמצעות שינוי חוקי של ההסדר שנקבע בהכרזת-העצמאות. ולבסוף, השאלה החשובה ביותר: האם קיימה האסיפה המכוננת את מצוות מתן החוקה, ואם לאו - האם זנחה בכך את רעיון רציפות המשפט, שמקורו בהכרזת-העצמאות? האסיפה המכוננת - שלאחר כינוסה שינתה את שמה ל'כנסת ראשונה' - נענתה לדרישה זו לכל היותר בכך שקיבלה חוקים בעלי תוכן חוקתי, שדירוגם במערכת המשפטית לא עלה על דירוגם של חוקים רגילים ... הכרזת-העצמאות לא קבעה כל מועד למתן החוקה, והעברת הסמכויות של האסיפה המכוננת לידי הכנסת השנייה וממנה לידי כל כנסת שנתכוננה אחריה נעשתה מכוח הסדר חוקי מיוחד. זוהי מעין העברה נמשכת, שכל עוד היא בתוקפה מצויה בידי בית המחוקקים הישראלי סמכות למתן חוקה, שהוקנתה לו בדרך של ירושה בלתי-פוסקת" (ההדגשה שלי - מ' ש').

ב

ג

ד

פרופ' קלינגהופר ביטא כאן אפוא בבירור את רעיון שרשרת הסמכויות הישירה הנמשכת, אשר העבירה לבית המחוקקים הישראלי, היינו לכנסת בתור שכזאת, את כל סמכויותיה של האסיפה המכוננת, והקנתה לה סמכות לחוקק חקיקה חוקתית, נוסף על סמכותה לחוקק חקיקה רגילה. הסמכות לתת חוקה הוענקה לכנסת בתור שכזאת.

ה

(ג) חוק המעבר והחלטת הררי

אין צריך לומר שחוק המעבר עצמו, פרי החקיקה היחיד של הרשות המכוננת תחת שמה, איננו חוק יסוד בתוארו, כי אין הוא נבדל כהוא זה מבחינת כינויו, דרכי קבלתו או כל סממן רלוואנטי אחר מחוק רגיל. עם זאת, תוכנו הוא בעל אופי חוקתי. המשמעות העולה מכך היא כי בעת ההיא לא היה ביטוי גלוי לכך שהרשות המחוקקת, שהשילה מעמה את תוארה בעל המשמעות ויוצר הרציפות החוקתית, קבעה סממנים לשם הבדלה בין חקיקה רגילה לחקיקה בעלת תוכן חוקתי.

ו

ז

(ד) הכנסת לא התנתקה מעולם מן המטלה של מתן חוקה למדינה. ביטוי עיקרי לכוחה של הכנסת ולמשימתה האמורה ניתן בהחלטת הררי מיום 13.6.50, שקבעה:

"הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו.

א

הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה" (ד"כ 5 (תש"י) 1743; ההרגשות שלי - מ' ש').

ב

אין להניח שחברי הכנסת סברו כי כל הפרקים יוכנו בכנסת הראשונה; חוקה עליהם שהבינו כי המדובר בפעולה מתמשכת. אם לשוב להיסטוריה החקיקתית כביטוייה בדברי הכנסת, יש יסוד להניח כי רובם גם רצו בהתמשכות זו. ביטוי לכך ניתן בהוראותיו של סעיף 5 לחוק המעבר לכנסת השנייה, תשי"א-1951, שקבע כי לכנסת השנייה ולחבריה יהיו כל הסמכויות, הזכויות והחובות שהיו לכנסת הראשונה ולחבריה. הוסיף על כך סעיף 10 לאותו חוק, אשר לפיו חוק המעבר הנ"ל יחול בשינויים המחויבים לפי העניין גם על המעבר לכנסת השלישית ולכל כנסת שלאחריה, כל עוד לא קיבלה הכנסת "חוק אחר" בדברים הנדונים בחוק המעבר האמור. השאלה אם חוקייסוד: הכנסת הוא בגדר "חוק אחר" לצורכי סעיף 10 הנ"ל, היא שאלה הנתונה במחלוקת.

ג

ד

מאז נתקבלו בכנסת אחד-עשר חוקי יסוד. הכנסת פעלה כמערכת חקיקה בעלת ייעוד, סמכות ופעולה משולבים, המפעילה כוח חקיקתי, חוקתי וכוח חקיקה רגיל. הרשות המחוקקת היא גם הרשות המכוננת, וזו האחרונה היא גם הרשות המחוקקת. התייחסות אל מערכת סמכויות חקיקתית משולבת כאמור, שלפיה מוסד אחד חובק גם את הסמכות החקיקתית הרגילה וגם את החקיקה החקיקתית, מזוכרת, למשל, גם בדברי פרופסור קלזן.

ה

פרופ' קלזן אומר (H. Kelsen, *Pure Theory of Law* (Berkely, 1967) 223):

ו

"It is possible that the organ specifically and formally authorized to create, abolish, or amend statutes having the character of a constitution is different from the organ authorized to create, abolish or amend ordinary statutes. For example, the former function may be rendered by an organ different from the latter organ in composition and electoral procedure, such as a constituent national assembly. *But usually both functions are performed by the same organ*" (ההרגשה שלי - מ' ש').

ז

קרי, כדברי קלזן, בדרך כלל שתי הפונקציות (של החקיקה הרגילה ושל החקיקה החוקתית) מתבצעות על-ידי אותו מוסד. כך גם דבריו של פרופ' אורי ידן, ראש מחלקת החקיקה הראשון במשרד המשפטים ולאחר מכן הממונה על תכנון החקיקה, בהצאה מיום



6.3.49 (ראה "על חוק המעבר" ספר אורי ידן, האיש ופועלו (בורסי, כרך א, בעריכת א' ברק ור"ש שפניץ, תש"ץ) (להלן - ספר אורי ידן) 93-94):

"ועכשיו לסעיפים של חוק המעבר הדנים בהלכות הכנסת.

הסעיף הראשון קובע שלבית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא 'הכנסת' וכי לאסיפה מכוונת ייקרא 'הכנסת הראשונה'. לכאורה מטפלים כאן בשאלות לשוניות בלבד. אולם לאמיתו של דבר הרי זה יותר ממתן כינויים. על ידי השם המשותף שניתן לאסיפה המכוונת שנבחרה כמוסד חד-פעמי, ולבית המחוקקים שהוא מוסד קבוע שייבחר בעתיד מפקידה לפקידה, ניטל במידה לא מועטה מהאסיפה המכוונת אפיינה הארעי, והיא שולבה כחוליה ראשונה בשרשרת הפרלמנטים שימשו למדינה רשות מחוקקת" (ההדגשה שלי - מ' ש').

לשון אחר, סמכויות האסיפה המכוונת נמזגו ושולבו לתוך סמכות הכנסת כרשות מחוקקת. רציפות הסמכות של הכנסת לחוקק חקיקה חוקתית מקובלת עליי אפוא ללא עוררין.

תורת הסמכות הבלתי מוגבלת של הכנסת ותורת הרשות המכוונת

32. (א) נשוב עתה לשאלה שהצגנו לעיל: מה מקור סמכותה של הכנסת לחוקק חקיקה חוקתית?

אקדים ואזכיר כי יש השקפה שלפיה אין לכנסת כיום כל סמכות לחוקק חקיקה חוקתית. הרבותא שבחוקה היא כי היא קובעת דפוסים וכללי מותר ואסור לגבי חקיקה עתידה. לפי השקפה זו אין לכנסת סמכות לקבוע סייגים שפניהם לעתיד או, למרב, סייגים הדורשים הצבעה של יותר מרוב חברי הכנסת. השקפה זו אינה מקובלת עליי.

קראתי בעניין את דברי חברי הנכבד, השופט חשין, המבקש להניח תשתית עיונית לתיזה שלפיה הכנסת נעדרת סמכות בתחום החוקתי וכי, כפועל יוצא מכך, גם אין בכוחה לחוקק הוראות חוק הכובלות את המוסד המחוקק בחקיקתו העתידית, כמפורט וכמבואר בפסק-דינו. אין גישתו מקובלת עליי: ארבעים וחמש שנים אחרי החלטת הררי הנ"ל, אשר בה הטילה הכנסת על ועדת החוקה, חוק ומשפט שלה להכין, כלשונה, הצעת חוקה למדינה, שתוכן פרקים פרקים, ואחרי שהכנסת חוקקה במהלך השנים הללו אחד-עשר חוקי יסוד בגדר הגשמת משימתה החוקתית הנ"ל, נראית לי הטלת הספק בסמכותה החקיקתית-החוקתית של הכנסת כתיזה המתנגשת עם הפרשנות המשפטית הראויה של התפתחות היי המדינה הפרלמנטרית ושל המשפט שנולד במהלכם. זאת ועוד, ההשקפה שלפיה תהליך יצירת חוקה לעולם לובש לבוש אחיד, המוכתב בלעדית לפי אופיו של הנושא האמור, אינה תואמת את דרכי התגבשות החוקות השונות, הנולדות בכל מדינה לפי בחירתה, שיקוליה ונסיבותיה הספציפיות. אין דפוסים אחידים בכגון דא.

א

הכנסת היא המעצבת כוחה וסמכויותיה מכוח המנדט מטעם העם ההולך ומתחדש בבחירות כלליות תקופתיות, שאף קיומן מותווה בחקיקה חוקתית. עיצוב כוחה וסמכויותיה של הכנסת מעוגן בחיי המדינה והמשפט. הכנסת אינה שואבת כוחה מחקיקת-על חיצונית כלשהי (השווה, למשל, לדומיניונים ששאבו בעניין תחום התפרסות כוחן החוקתי מן החקיקה של ארץ האם: A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London, 8th ed., 1924) 106). היא הבונה את הוראות החוק לסוגיהן ולתחומיהן מן המסד ועד לטפחות. השמעת דעות ביקורתיות של חברי הכנסת על מהלך והאופן של הכנת החוקה לישראל, כמצוטט על-ידי חברי הנכבד, יש לראותן כקשורות לזמנן ולמקומן: כך אין לשכוח שרוב חברי-כנסת שביקרו בשעתו את האיטיות בהכנת חוקה שלמה או אף את ההימנעות ממעשה חוקתי חד-פעמי ומיידי, הושיטו לאתר מכן את תמיכתם המלאה לחקיקת חוק-יסוד: הכנסת וחוקי היסוד האחרים, כפרקים בחוקה המתגבשת, בהאמינם בכוחה של הכנסת לחוקק חקיקה חוקתית, לפי בחירתה והתלטתה.

ב

ג

לטעמי, אין בשלב הנוכחי כל הצדקה משפטית להמעטה בתיאור סמכויותיה של הכנסת או למסקנה בדבר קיום הגבלה אינהרנטית בהיקפן.

ד

(ב) מאידך גיסא, קיימות ההשקפות הרואות את הכנסת כמסמכת לחוקק חקיקה חוקתית. הסמכות החוקתית של הרשות המחוקקת הישראלית נובעת מן הכוח שהתגבש בידיה במהלך ההיסטוריה החוקתית, על יסוד הנורמה הבסיסית שנולדה בראשיתה של המדינה ודברי החקיקה שהתוו את דרכה החוקתית של ישראל אל יצירת חוקה, תחילה כמעשה חד-פעמי ולאחר מכן כמטלה המבוצעת בשלבים.

ה

(ג) שתי התורות העיקריות המכירות בסמכותה של הכנסת לחוקק חקיקה חוקתית הן אלו: האחת, תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת; השנייה, תורת הרשות המכוננת. שתיים אלו אינן בלעדיות כי יש נוספות עליהן, בין כגיוון לאחת מן השתיים הנ"ל ובין כתורה נפרדת העומדת כולה על רגליה שלה. נקדיש מספר מילים לכל אחת משתי התיזות הנ"ל.

ו

(ד) תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת מעוגנת בתפיסה שלפיה הכנסת היא הרשות המחוקקת העליונה והיא בלתי מוגבלת בסמכותה, פרט לאותן הגבלות שקבעה לעצמה. אין גוף מחוקק מעליה, והיא מוסמכת לחוקק כל חוק, חוקתי או רגיל. לתוך סמכויותיה נספגו והשתלבו גם כל סמכויות החקיקה החוקתית שלא באו למיצוי מאז קום המדינה ואחרי הבחירות לאסיפה המכוננת.

ז

משמע, בכנסת, בתור שכזו, מתרכזות ומתמזגות כל סמכויותיהן של מועצת המדינה הזמנית, של האסיפה המכוננת, של בית המחוקקים שקם מכות חוק המעבר, של חוק המעבר לכנסת השניה, ושל חוק-יסוד: הכנסת; כל אלה עברו אל כל כנסת וקיימות ונשמרות בה.

בין היתר עברו אפוא לכנסת גם כל הסמכויות של המחוקק החוקתי. היא יוצרת בחקיקתה את המידרגים הנורמאטיביים השונים. הכנסת פועלת בתור שכזאת ללא חלוקה פנימית או פיצול למוסדות שונים שהאחד עליון על משנהו. פרי חקיקתה שייך, לפי בחירתה של הכנסת, למידרג החוקתי העליון או לחקיקה הרגילה, וכאשר היא מחוקקת חוקיקה חוקתית היא קובעת בכך, מכוח סמכויותיה הבלתי מוגבלות, את עליונותו של החוק החוקתי על חוק רגיל ומוסמכת לפרט ולקבוע תנאים וסייגים שיחולו על חקיקה רגילה כדי להתאימה לנורמות הנקבעות על-ידי החקיקה החוקתית.

א

כל אקט חוקתי נעשה על-ידי הכנסת בתור שכזאת. היא הרשות המחוקקת העליונה והכול יכולה של המדינה. זוהי אפוא תפיסה מוניסטית של סמכויותיה של הכנסת, כגוף מונוליתי, אשר בכוחו לבצע סוגי פונקציות שונים שאותן הוא מפעיל לפי שיקולו.

ב

הכנסת אינה קטועת סמכויות ואינה מנותקת מן ההתפתחויות החוקתיות, אלא מייצגת ומשקפת אותן נאמנה, לאורך כל הדרך. כוחה הרב והרבי-גוני בא לה כיוון שהיא מאחדת בתוכה את מכלול הכוחות שבאו לה במהלך ההיסטוריה החוקתית שלנו. היא אינה חייבת להתפצל ולשנות דמות, צורה ומעמד משפטי, כדי להפעיל את סמכויותיה הרחבות.

ג

ד

מתאים לכך תיאורו של השופט ברנזון, שלפיו:

"... נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה" (ע"א 228/63 עוזו נ' עזר [18], בעמ' 2547).

ה

אגב, הסתייגותו של השופט ברנזון באותו פסק-דין מן הסמכות של הכנסת לשלול חוקפו של חוק, לא נאמרה לגבי הוראת חוק משוריינת כדוגמת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, וראה פסק הדין בפרשת ברגמן [15], שניתן במותב שבו ישב גם השופט ברנזון.

ו

על-כן, הכנסת מוסמכת לחוקק בשני מידרגים חוקתיים, בין זה החוקתי (חוקה שלמה או חוקי יסוד) ובין זה של החקיקה הרגילה. כפי שראינו, היא גם הסמיכה עצמה להתקין חקיקת משנה מסוימת. במסגרת סמכותה הבלתי מוגבלת יכולה הכנסת לקבוע תנאים וסייגים שיחולו על חקיקה עתידית, בין חוקתית ובין רגילה. זהו ה"סדר החוקתי" שלנו המעוגן בהיסטוריה החוקתית של ישראל, בהתפתחות החקיקה הלכה למעשה ובפסיקתו של בית-משפט זה. הרציפות החוקתית לא נקטעה, והכנסת מוסמכת להמשיך ולהשלים את פועלה של האסיפה המכוננת שהופסק בעודנו באבו ואשר הפך מכוח החלטת הררי למשימה נמשכת ומתמשכת של הכנסת.

ז

סוף דבר, לטעמי, הכנסת מוסמכת לחוקק לא רק חוקי יסוד אלא גם חוקה שלמה. אני אף סבור שראוי שתעשה כן ואני תומך בכך בכל לב. במסגרת ויכוח סימפוזיוני בסוגיה זו עם לורד דיפלוק (M. Shamgar, "On the Written Constitution" 9 *Isr. L. Rev.* (1974): 467. כתבתי:

"...the consolidation of the position of the Knesset as a supreme law-giver and the merger of the Constituent Assembly and Knesset, decided on by the First Knesset, enhanced the supremacy of the Knesset".

(שם, בעמ' 471).

(ה) תורת הרשות המכוננת מלמדת כי עברו אל הכנסת סמכויותיה של האסיפה המכוננת והיא פועלת לכן חליפות ב"שני כובעים" או "שני כתררים". יש שהיא פועלת כרשות מכוננת, העליונה מבחינת מעמדה הנורמטיבי על הכנסת. כרשות מחוקקת רגילה. כרשות מכוננת מוקנית לכנסת סמכות החקיקה החוקתית. יש שהיא פועלת כרשות מחוקקת רגילה, ובתור שכזאת היא - בסולם של מידרג הסמכויות - במידרג נמוך יותר מן הכנסת בפעולתה כרשות מכוננת (ראה, למשל: ק' קליין, "הרשות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב (תשל"ל) 51; C. Klein, "A New Era in Israel's Constitutional Law" 6 *Isr. L. Rev.* (1971) 376; ק' קליין, "רוב מיוחד ושינוי במשתמע" הפרקליט כח (תשל"ב-ל"ג) 563; ק' קליין, "על סמנטיקה ושלטון החוק - הרהורים וערעורים על בג"צ 66/77 י' רסלר נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת" משפטים ט (תשל"ח-ל"ט) 79; ק' קליין, "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו - הערכה נורמטיבית ראשונה" המשפט א (התשנ"ג) 123).

תורת הרשות המכוננת עולה מלפנינו מתוך הספרות העיונית בשתי גירסאות, ואם תרצה בשני דגשים; הווי אומר, התורה היא אחת, אך ביטוייה מודגשים בגירסאות שונות. יש, מבין הדוגלים בה, הרואים את ההפרדה בין הרשות המכוננת לרשות המחוקקת הרגילה לא רק כהפרדה של פונקציות אלא כהפרדה מוסדית. יש, מאידך גיסא, המציבים תורה זו רק על יסוד השוני הפונקציונאלי, היוצר שתי דרגות נפרדות במידרג הנורמטיבי.

התפיסה בדבר חלוקה מוסדית באה לידי ביטוי לראשונה בדברי מ' שטרנברג, במסתו "חוק נוסף או נדבך משפטי עליון" מולד טז (1958) 284, 287, כאשר אמר:

"מכאן שאותו צירוף אנשים קרוי הכנסת הוא גם גוף אחד, הקרוי גוף מכונן והוא קיים כביכול קיום מתמיד במקביל לכנסת עצמה, גוף שתכלית קיומו "צירת חוקה" (ההדגשות שלי - מ' ש").

השקפה דומה עלתה לכאורה גם מדברי פרופסור אקצין בספרו הנ"ל, בעמ' 40, האומר בהקשר שלפנינו:

"...כשאותו חבר אנשים ממלא שני תפקידים אלה, יש לראותם כפועלים בתור שני מוסדות שונים ... אם אין אנו מוכנים לראות את התהליך ראה 'פורמאליסטית' כזו, עלולה יהודיותה של החוקה לעומת החוקים לאבד את משמעותה".

נקטתי לשון "לכאורה", כי בהדגמות לתיזה שלו, אשר אותן מביא המחבר המלומד בהמשך דבריו, יש כדי ליצור את הרושם כי הגדרתו שצוטטה לעיל יש בה משום סיכום מפליג יותר בהדותו מן התשתית העובדתית עליה הוא בנה אותה. מכל מקום, גישתו המתוארת של פרופסור אקצין נסמכת על תורתו בדבר הקבלת שלבי סולם הסמכויות החקיקתיות לשלבי הסולם המוסדי, קרי כי מול כל סמכות קיים מוסד מקביל בלעדית המוסמך להפעיל את הסמכות. כמוסבר כבר לעיל, אני שולל את גישתו האמורה.

לפי התיזה של שטרנברג ואקצין שהוצגה לעיל, שני מוסדות נפרדים קיימים ופועלים לסירוגין זה לצד זה, ואם תרצה זה בתוך זה - כרשויות מתחלקות. הפעולה החקיקתית נבחנת מבחינת מהותה ושייכותה הנורמטיבית על-פי הלבוש (או "הכובע") שלבש המוסד המחוקק אותה שעה. משמע, קורית טרנספורמציה מוסדית, מעת לעת, המוכתבת על-ידי סוג המטרייה החקיקתית הנפרסת לפני המחוקק.

לצד התפיסה המושתתת על הפיצול המוסדי, יש, כאמור, מאידך גיסא, הדוגלים בתורת הרשות המכוננת, אשר מבחינתם אין פיצול מוסדי אלא אך ורק פיצול חקיקתי פונקציונאלי המשליך על מקומה של החקיקה במידרג החקיקתי הנורמטיבי. לפי התשתית העיונית לתורת הרשות המכוננת בלבושה החלופי המתואר, הכנסת היא מוסד אחד המעגן בתוכו הן סמכות מכוננת והן סמכות מחוקקת רגילה. חוקי היסוד חוקקו מכוח מעמדה של הכנסת כרשות המכוננת, ואשר-על-כן הם בגדר נורמה עליונה אשר לאורה תיבתן חוקתיותו של חוק רגיל. המידרג הנורמטיבי נולד מאופייה של הפונקציה אשר הכנסת מבצעת בחוקה את הוראת התוק הרלוואנטית.

(ו) מבין שתי התורות העיקריות הנ"ל - התורה בדבר סמכותה הבלתי מוגבלת של הכנסת ותורת הרשות המכוננת - הנני מעדיף באופן חד וחלק את הראשונה, היינו את התורה בדבר סמכותה הבלתי מוגבלת של הכנסת. יש בה, לטעמי, משום מתן ביטוי מדויק יותר להיסטוריה החקיקתית, לתפיסות המשפטיות המקובלות והמוכרות ולפסיקתו של בית-משפט זה בעבר (ראה גם מ' שמגר, "על סמכויות הכנסת בתחום החוקתי" משפטים כו (תשנ"ה-נ"ו) 3).

התלבטתי בשאלה אם יש מקום להביא בפסק-דיננו זה את ההנמקה, וממילא גם את ההתדיינות בעד ונגד כל אחת משתי התורות. החלטתי לבסוף כי הדיון האמור אינו נחוץ במסגרת זו, מאחר שאינו דרוש לצורך בחינת התאמתו של החוק המתקן להוראותיו של חוק היסוד. עיקרו של דבר, אליבא דידו כל אחת משתי התורות עונה לשאלה אשר אותה הצגתי לעיל, והיא, מנין לכנסת הסמכות להביא לעולם אקטים חקוקים בעלי מעמד חוקתי. על-כן אני משאיר עניין זה לעת מצוא, למקומו ולשעתו.

#### הגבלה עצמית של הכנסת

33. מכאן לשאלה שנייה ונפרדת, והיא, אם הכנסת מוסמכת להוקק הוראות חוק המגבילות סמכות החקיקה שלה בעתיד. לטעמי, יש לכנסת כל סמכות, לרבות זו של כבילת עצמה בדרך החקיקה. סמכות זו היא כמוכן חיונית לצורך יצירת מבנה חוקתי תקין: לשם הקניית מעמד משוריין ומיוחד לזכויות יסוד יש להגביל את סמכות החקיקה הרגילה העתידית ולהכפיף את החקיקה לנורמות הערכיות המגבשות את זכויות היסוד לסוגיהן. היעדר סמכות הגבלה מותיר את חקיקת ההוראות החוקתיות המגדירות זכויות יסוד, בעתיד, ללא הגנה יציבה. מקובל עלינו, לפחות מאז פרשת ברגמן [16], כי בית המשפט מוסמך להחליט על היעדר תוקפה של חקיקה הסותרת הוראה של חוק יסוד או פוגעת בו.

הקושיה אם הפרלמנט יכול לכבול עצמו על-ידי שריון חוקים בדרך צורנית או תוכנית, נולדה בעיקרה כתולדה מן התפיסה החוקתית האנגלית הקלאסית, ששללה בשעתה את התיזה כי הפרלמנט יכול לכבול את עצמו או כל פרלמנט שאחריו. הביטוי הבהיר של התיזה בדבר היעדר האפשרות המשפטית לתחיימת סמכות החקיקה של הפרלמנט ולכבילתה, מודגם לא אחת על-ידי ציטוט מדבריו של Lord Bryce, משרי ממשלת גלדסטון באנגליה, שהסביר בנאום בשנת 1886:

"There is no principle more universally admitted by constitutional jurists than the absolute omnipotence of parliament. This omnipotence exists because there is nothing beyond parliament, or behind parliament ... There is one limitation and one only upon our omnipotence and that is that we cannot bind our successors. If we pass a statute purporting to extinguish our right to legislate on any given subject, or over any given district, it may be repudiated and repealed by any following parliament - aye even by this present parliament on any later day" ("מ' ש'")

דברים אלו מתוך (1886) 1218-1219 (4th ser.) 305 Parl. Deb. (4th ser.) 305, שהובאו, למשל, גם על-ידי פרופ' נימר (M. B. Nimmer) במחקרו "The Uses of Judicial Review in Israel's"

Quest for a Constitution" 70 *Colum. L. Rev.* (1970) 1217, 1227-1228  
ברזל של התפיסה האנגלית כמעט עד לשני העשורים האחרונים, והיו סימן ההיכר הבולט  
של תורת הריבונות הפרלמנטרית מבית מדרשו של Dicey (ראה, למשל, בהוצאה  
העשירית: Introduction to the Study of the Law of the Constitution (London, 10th ed.,  
E. C. S. Wade & G. G. Phillips, *Constitutional Law* (by E.C. Wade, 1959)  
כך גם (London, 7th. ed. 1963) 44 ורבים אחרים.

הדים לאימוץ הגישה הזו בכתיבה העיונית הישראלית ניתן למצוא במאמרו של ד"ר א'  
לחובסקי ("The Court and the Legislative Supremacy of the Knesset") (E. Likovski,  
E. Likovsky, "Can The Knesset Adopt a Constitution Which Will be the 'Supreme Law of the Land'?" 4 *Isr. L. Rev.* (1968) 345, 364  
Constitution Which Will be the 'Supreme Law of the Land'?" 4 *Isr. L. Rev.* (1969)  
61; פרופ' א' רובינשטיין (A. Rubinstein) במאמרו "Israel's Piecemeal Constitution"  
*Scripta Hierosolymitana*, vol. 16, *Studies in Israel Legislative Problems* (Jerusalem,  
1966) 201; Prof. B. Akzin, "Problems of Constitutional and Administrative Law"  
*International Lawyers Convention in Israel* (Jerusalem, 1959) 163

התשובה המקובלת עליי לקושיה זו מעוגנת בכוחה של הכנסת - כבית המחוקקים  
הריבוני לחוקק הוראות חוק מכל סוג ומכל תוכן, ובכלל זה לשריין בחקיקה (בהיבט  
הצורני או התוכני) ערכי יסוד של מדינת ישראל ולכבול בכך את עצמה וכל כנסת  
שאחריה, וזאת בכפיפות לסמכות שינוי או ביטול הכבילה בדרך הנקבעת על-ידי הכנסת.  
ערכים אלו הם ערכים אשר מתאפיינים בקונצנווס חברתי רחב. לכאורה, יש אכן בתיווה זו  
כדי להפחית מכוחה החוקתי העתידי הכל-יכול של הכנסת, כי כנסת אחת כובלת,  
כאמור, במעשה החוקתי את כוח החקיקה של עצמה ושל כנסת אחרת. אולם זהו מעין  
פרדוקס חוקתי קלאסי של ריבונות המחוקק: בהנחה שהכנסת היא ריבונית, הרי שהיא  
רשאית לעשות כל פעולה, לרבות כבילתה של הכנסת. במילים אחרות, כבילת הכנסת  
מכרסמת בריבונות הכנסת. אולם תוצאה זו היא פרי מעשיה של הכנסת עצמה. היא  
המחוקקת והיא הכובלת תוך כדי כך, והיא המוסמכת להסיר את הכבלים בדרכים שקבעה  
לעצמה.

מבחינה הגיונית כוחה של הכנסת לכבול את עצמה הוא פתרון אפשרי ולגיטימי  
(פרופ' י' אנגלרד, מבוא לתורת המשפט ויהלום, תשנ"א) 110. ואכן -

"אין כל מניעה כי גורמה משפטית תתייחס לא רק להתנהגות מסוימת של  
אנשים אלא לתקפותה של עצמה ולדרך שינויה. כפי שמחוקק יכול לקבוע  
את גבולות תחולתה של גורמה מבחינת הזמן והמקום, כך הוא יכול להורות  
כי הגורמה לא תשתנה אלא בהליך מיוחד, או על-ידי גוף מיוחד. כן הוא יכול  
לקבוע כי גורמה מסוימת לא תבוטל ולא תשונה כלל, לא על ידו ולא על-ידי  
גוף אחר" (שם, בעמ' 110-111).

לסוגיה זו התייחס גם פרופ' הארט (H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford, 2nd ed., 1994) 149 באומרו:

א

"Under the influence of the Austinian doctrine that law is essentially the product of a legally untrammelled will, older constitutional theorists wrote as if it was a logical necessity that there should be a legislature which was sovereign, in the sense that it is free, at every moment of its existence as a continuing body, not only from legal limitations imposed ab extra, but also from its own prior legislation. That parliament is sovereign in this sense may now be regarded as established, and the principle that no earlier parliament can preclude its 'successors' from repealing its legislation constitutes part of the ultimate rule of recognition used by the courts in identifying valid rules of law.

ב

ג

ד

ה

ו

It is, however, important to see that no necessity of logic, still less of nature, dictates that there should be such a parliament; it is only one arrangement among others, equally conceivable, which has come to be accepted with us as the criterion of legal validity. Among these others is another principle which might equally well, *perhaps better*, deserve the name of 'sovereignty' *This is the principle that parliament should not be incapable of limiting irrevocably the legislative competence of its successors but, on the contrary, should have this wider self-limiting Power. Parliament would then at least once in its history be capable of exercising an even larger sphere of legislative competence than the accepted established doctrine allows to it.* The requirement that at every moment of its existence parliament should be free from legal limitations including even those imposed by itself is, after all, only one interpretation of the ambiguous idea of legal omnipotence" ('מ' ש' (ההדגשות שלי - מ' ש').

ז

השיטה שלפיה פרלמנט מוסמך לכבול את עצמו משקפת, לדברי פרופ' הארט, אפילו בצורה טובה יותר את התואר "ריבוני", תואר המקובל עליו בהתייחסותו לפרלמנט. משמע, הפרלמנט המוסמך גם לכבול את עצמו מכוח חקיקתו, מבטא בכך את כוחו וסמכותו המקיפים, הקמים ועולים מתוכו ובו - ולא לפי מצוות מידרג עילאי אחר כלשהו. בכך מתבטאת הריבונות החקיקתית המושלמת. לפי דברי פרופ' הארט, סמכותו של פרלמנט לכבול את עצמו אינה צריכה לנבוע מגוף בעל מעמד מוסדי גבוה יותר, אלא יכולה לנבוע מאותו מקור מוסדי עצמו, קרי מן הפרלמנט בתור שכזה.



גבולות כוחה של הכנסת לכבול את עצמה הם בגדר שאלה של מדיניות חוקתית. הפתרון המוצג כאן הוא כי הכנסת רשאית לכבול את כוחה לפי שיקול-דעתה. הכנסת רשאית להגביל את צורת החקיקה והיא רשאית להגביל את תוכן החקיקה. הרשות השופטת נותנת תוקף לרצונה של הכנסת להגביל את כוחה.

יתרה מזאת, תורתו הקלאסית של Dicey כי הפרלמנט איננו יכול לכבול את עצמו כלל ועיקר ירדה מגדולתה בארץ שבה נולדה (ראה, למשל, P. P. Craig, "Dicey: Unitary, Self-Correcting Democracy and Public Law" 106 *L. Q. Rev.* (1990) 105 קרי, שיטת משפט חוקתית ששאבנו ממנה רבות - המשפט האנגלי - הטילה מגבלות על כוח החקיקה של הרשות המחוקקת. הגבלות אלו באו במסגרת הצטרפותה של הממלכה המאוחדת לקהילייה האירופית (European Communities Act, 1972, ובייחוד סעיפים 3(1) ו-2(4)). בפסיקה ראה, למשל: *Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport (No. 2)* [102], at 108; *Macarthy Ltd. v. Smith* (1981) [103], at 200 (1991) [2]. הכתיבה האקדמית במשפט האנגלי בנקודה זו היא עשירה (ראה, למשל: G. Winterton, "The British Grundnorm The parliamentary Supremacy Re-Examined" 92 *L. Q. Rev.* (1976) 591). פרופ' M. Akehurst סיכם את המצב המשפטי באנגליה (כ" Parliamentary Sovereignty and the Supremacy of Community Law" *The British Year Book of International Law* - 1989 (Oxford, 1990) 351, 357 - במילים אלו -

"English courts will apply an Act of parliament which expressly states that it is intended to violate or repudiate a rule of Community law, or to repeal, amend or limit the application of the European Communities Act; but in all other cases they will recognize the supremacy of Community law over the sovereignty of the British Parliament".

(ההדגשות שלי - מ' ש').

כאמור, הכפפת בית המחוקקים האנגלי להוראות נורמטיביות, אשר מגבילות את כוחו של בית המחוקקים, נעשתה מכוח חקיקה של הפרלמנט עצמו. המשפט האנגלי מכיר בהוראה בעלת מעמד נורמטיבי בעל עליונות. עליונות זו הוענקה לו, כאמור, על-ידי בית המחוקקים בעקבות הצטרפותה של אנגליה לקהילייה האירופית. יחד עם זאת, עליונות זו היא יחסית, במובן זה שבית המחוקקים יכול להתגבר עליה באמצעות חקיקה מפורשת. בדומה לכך גם הכנסת יכולה לבטל מעמדה ותוכנה של הוראה חוקתית בחקיקה חוקתית מאוחרת או בחקיקה שנעשתה מכותה ואשר עונה לתנאים ולסייגים שנקבעו בחקיקה החוקתית. כמובן, ההסדרים החוקתיים באנגליה אינם זהים לאלה שלנו; אולם בהקשר זה אני מפנה את תשומת הלב לסעיף 8 להוק"יסוד: חופש העיסוק, משמע, גם אצלנו ייתכן מצב שלפיו, אם לשונו של החוק המאוחר מפורשת, הכבילה העצמית של המחוקק אינה בגדר מחסום חוקתי.

א מקור סמכותה של הכנסת לכבול את כוח החקיקה שלה בכבלים מהותיים יכול שיהיה מעוגן בתורת הסמכות המכוננת ויכול שיהיה מעוגן בתורת הסמכות הבלתי מוגבלת והטבועה של בית המחוקקים לחוקק כל חוק, היינו גם חוק אשר מכוחו הוא כובל את עצמו. שתי התורות מגיעות למסקנה כי בית הנבחרים שלנו הוא בעל סמכות בתחום החוקתי, היינו: במישור העקרוני בכוחה של הכנסת לחוקק חוקה ואף להגביל את תוכנה של חקיקה עתידה, והגבלה זו עומדת בעקרון החוקיות.

ב הבאתי את הדברים הנ"ל, כי התורה שלפיה כנסת אינה יכולה לכבול עצמה, למשל על-ידי דרישה לרוב משוריין, היו לה גם תומכים בבית המחוקקים שלנו ובספרות העיונית. שורשיהם העיוניים של דברי המשיגים על כוח הכבילה העצמית היו במסורת המשפטית האנגלית, אשר כאמור נשתנתה בינתיים בדרך משלה.

הכבילה העצמית במבחן הפסיקה

ג 34. (א) המסורת החוקתית שלנו דגלה בטיעון כי הכנסת היא בעלת כוח לכבול את עצמה בסוגיות יסוד. כבילה זו עשויה להיות במישור הצורני של דרך קבלת חוק חדש (כגון דרישה לרוב מיוחד - סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, וגם סעיפים 9א(א) ו-34 לחוק-יסוד: הכנסת; סעיף 3 לחוק-יסוד: משק המדינה; סעיף 56(א) לחוק-יסוד: הממשלה מתשנ"ב; סעיפים 44 ו-45 לחוק-יסוד: הכנסת; סעיף 42 לחוק-יסוד: הממשלה מתשכ"ח, וסעיף 56 לחוק-יסוד: הממשלה מתשנ"ב; סעיף 25 לחוק-יסוד: נשיא המדינה; סעיף 22 לחוק-יסוד: השפיטה). כבילה זו עשויה להיות במישור המהותי (כדוגמת סעיף 4, רישה, לחוק-יסוד: הכנסת או סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק).

ד (ב) לא היו עוררין בפסיקה על הסמכות של הכנסת להוציא תחת ידה אקטים בעלי מעמד נורמטיבי על-חוקי. בית-משפט זה דן בנושא של הוראת החוק המשוריינת שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת בפרשת ברגמן [15]. העניין עלה פעם נוספת בג"צ 260, 246/81 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השידור ואח' (להלן - פרשת אגודת דרך ארץ [19]). סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת שב ועלה בג"צ 141/82 רובינשטיין ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח' (להלן - פרשת רובינשטיין [20]). בג"צ 172, 142/89 תנועה לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת ואח' (להלן - פרשת לאו"ר [21]), בעמ' 571, אומר המשנה לנשיא אלון כי הכנסת מוסמכת מכוח ריבונותה החוקתית לחוקק ככל הנראה בעיניה, ואין אנו רשאים להרהר אחר מעשה חקיקתה.

ה חברי הנכבד, הנשיא ברק, ציין בפרשת לאו"ר [21], כי השריון אשר הוענק להוראותיו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת "תופס בשיטתנו, שכן מכירים אנו בסמכותה של הכנסת לפעול כרשות מכוננת ולהכין חוקי-יסוד אשר יהוו את פרקיה השונים של חוקת המדינה" (שם, בעמ' 539). אין בפסיקה השגה על עצם כוחה של הכנסת לקבוע הוראות משוריינות בתחום החוקתי, ולסמכותו של בית המשפט לבטל חוק הסותר הוראות שריון (דבריי בג"צ 669/85, 24/86, 131 כהנא נ' יו"ד הכנסת ואח' [22]).

35. המסקנה העולה מן האמור לעיל היא, לטעמי, כי המסורת החוקתית שלנו קלטה, הלכה למעשה, את סמכותה של הכנסת לכבול את עצמה. כבילת הכנסת זכתה לגושפנקא ממלכתית. בשלב הראשון - הכבילה הצורנית, ובשלב השני - הכבילה המהותית. באשר לכבילה הצורנית - ההלכה המנחה הראשונה היא הילכת ברגמן [15]. חוק אשר לא נתקבל על-ידי הרוב הדרוש המוסמך לפגוע בעקרון שוויון הבחירות - פגום וכפוף לתרופה חוקתית. הרשות המחוקקת - הכנסת - קיבלה את פסיקתו של בית-משפט זה בפרשת ברגמן [15]. היא הסירה את אי השוויון כלפי רשימות חדשות המשתתפות בבחירות וחוקקה את חוק מימון מפלגות, תשל"ג-1973, ואף את חוק הבחירות לכנסת (אישור תקפם של חוקים), תשכ"ט-1969. במרוצת השנים, הלכו והתגבשו ההבנה והנהוג החוקתי כי הכנסת אכן רשאית לכבול את כוחה בכל הנוגע להיבטים הצורניים. נוהג חוקתי זה זכה לגושפנקא של רשויות השלטון בישראל - הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת (פרשת אגודת דרך ארץ [19]): פרשת רובינשטיין [20]; פרשת לאו"ר [21]). ההכרה ביכולת הכנסת לכבול עצמה במישור הצורני הולידה את המסקנה בדבר כוחה של הכנסת לכבול עצמה במישור המהותי. אכן, מבחינה הגיונית, אין מקום להבחין בין כבילה צורנית לכבילה מהותית. כפי שמציין נכונה פרופ' Nimmer, במאמרו הנ"ל, בעמ' 1231:

"Logically, there can be no ground for distinguishing between the powers to fetter future parliaments *substantively* and *procedurally*. either there is power to do both or there is power to do neither" (ההדגשה שלי - מ' ש')

עם זאת, הכבילה איננה בלתי מוגבלת. הדעת נותנת כי לכבילת בית המחוקקים יהיו גבולות. אין צורך להתוות כאן גבולות אלו, שהרי מוסכם כי בזכויות יסוד דוגמת אלו שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - אין קושי בהכרה העקרונית בכבילה מהותית-תוכנית. הווי אומר, התוויית גבולות אלו איננה דרושה לנו לצורך הדיון שלפנינו, וניתן להשאיר בצד עיון. מכל מקום, מחד גיסא, ניתן להביא בחשבון עקרונות יסוד של שיטתנו כמדינה יהודית ודמוקרטית. מאידך גיסא, קיים מתח בין עקרון ההגנה והיציבות של עקרונות היסוד לבין הדרישה לגמישות. טיעונים אלה ואחרים הם כבדי משקל ומשכנעים. כך, למשל, יש השקפה שלפיה כבילה מהותית רחבה של הכנסת עלולה לפגוע בעקרון שלטון הרוב במידה בלתי ראויה (לפירוט ראה R. Gavison, "The Controversy over Israel's Bill of Rights" 15 *Isr. Y. H. R.* (1985) 113, 127).

סיכומה של נקודה זו, אין מניעה הגיונית לכך שהכנסת תכבול עצמה במישור הצורני או התוכני; גם בכל הנוגע לזכויות יסוד ולעקרונות משטרנו החוקתי, אין כיום מניעה משפטית-מהותית או מניעה שבמדיניות משפטית או חוקתית, שהכנסת תכבול עצמה במישור הצורני או התוכני.

## סיכום דבר החקיקה החוקתית

א 36. סוף דבר, הראייה העיונית המדויקת של תופעת חוקי היסוד במשפטנו היא זו: הכנסת נושאת עמה תכנית חוקתית. תכנית זו יוצאת אל הפועל "פרקים-פרקים". חוקי היסוד הם התשתית החוקתית של מדינת ישראל. כיום, מכוח עצמם, אין לרוב הוראותיהם עליונות נורמטיבית, אם כי הם "חוקים חוקתיים" לפי אופיים ותוארם. הכנסת יכולה לקבוע, כבר עכשיו, כי לחלקם או לחלקים שבתוכם תהיה עליונות נורמטיבית. היא עשתה כן, למשל, בחוק-יסוד: חופש העיסוק. היא הייתה מוסמכת לעשות זאת גם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוא אהיו התאום של חוק-יסוד: חופש העיסוק ואשר מקצת מהוראותיו (סעיף 1 והתיקון לסעיף 8) התקבלו בכ' באדר תשנ"ד (9.3.94) כחלק מחוק-יסוד: חופש העיסוק מתשנ"ד.

## המתודיקה של החקיקה החוקתית

ג 37. (א) חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נולדו בצוואת, וניתן ללמוד מן האחד על האחר, הן מבחינת השווה והן מבחינת השונה.

ד (ב) חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מכיל הוראת שריון פשוטה וישירה כגון זו שבסעיף 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. לצורך קביעת סיווגו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יש לעמוד על המקורות הפרשניים הכלליים - לכל צורך ועניין - העומדים לרשותנו בדרך כלל. ראשית דבר, הוא נושא כותרת של חוק-יסוד ובכך מתקשר במישרין להחלטת הררי, ודי בכך לצורך סיווגו.

ה אצלנו התגבשה בעקבות החלטת הררי חקיקה הנושאת את השם "חוק יסוד". הסימון האמור מבהיר את מעמדו של החוק. האם בהיעדר סימן היכר כאמור אפשרית פנייה אל נוסחו של החוק הספציפי הנתון לבחינה כדי לנסות וללמוד מתוכו וכו', לרבות ממעמדו, מטרתו ותכליתו, על מהותו החוקתית? או שמא אין הוראה חוקתית פרט לזו הנושאת כותרת "חוק יסוד"? הרי לפי כל תיזה היסטורית-משפטית, חוק המעבר הוחק על-ידי האסיפה המכוננת. הוא איננו נושא את הכותרת חוק יסוד. האם הוא בגדר הוראה חוקתית?

ו מה דינם של חוק השבות וחוק שיווי זכויות האשה שהוחקו על-ידי הכנסת הראשונה, שנשאה בחובה, במישרין ובמפורש, את סמכויות האסיפה המכוננת? שניהם בעלי אופי חוקתי מובהק, אך האם הם חלק מן החקיקה החוקתית שלנו?

ז אלה שאלות נכבדות, אך אניח לעניין זה, שאין מקומו כאן. עם זאת, ראוי לקבוע מספר קווים מנחים לחקיקה חוקתית עתידה, שהרי גם אם מפקידים את חקיקת החוקה בידי רשות מכוננת, עדיין נותרת בעינה השאלה מהו הקו שתנקוט בזיהוי הנושאים הראויים להיכלל בחוקה, ומה שיטת החקיקה והמיון המהותי שתנקוט.

38. (א) ראשית דבר, חוקה נבדלת מחוק רגיל במספר מאפיינים עיקריים: חוקה דנה בעקרונות יסוד. היא מבקשת לתת לעקרונות מעמד מנחה, בכל הנוגע לחיקוקים אחרים ולאקטים של רשויות המדינה בדרך כלל. כלל זה מכונה בתורה החוקתית הגרמנית בשם Vorbehalt Des Gesetzes (ראה: סעיפים 31(3), 20(3) ו-79(3) לחוק היסוד הגרמני; New Challenges to the German Basic Law (Nomos, ed., by C. stark, 1991) 162; R. Herzog, *Staat und Recht im Wandel* (Keip, 1993) 150). חוקה היא פרי רצונו של העם, לכן היא מתקבלת, בדרך כלל, בשיטות משפט אחרות בהליך ייחודי, חד-פעמי. חוקה מתאפיינת לעתים בגוקשות יחסית - באשר לדרכי שינויה. חוקה מתאפיינת לא אחת בצמצום האפשרות לפגוע בזכויות המוגנות בה (ולעתים אף בהיעדרה של כל אפשרות של "פגיעה"). עם זאת קיימות שיטות, כגון זו של ניו-זילנד, שבהן אין למגילת הזכויות מעמד מיוחד לעומת חקיקה רגילה.

שנית, נוסחו של חוק היסוד עצמו צריך ללמד אותנו כי הוא בעל מעמד נורמטיבי מיוחס. למשל, אם חוק קובע באורח נחרץ כי הוא בעל מעמד חוקתי משוריין או מיוחס, הרי שלפנינו חוק בעל מעמד חוקתי פורמאלי (היינו: בעל עדיפות נורמטיבית על פני החקיקה הרגילה). הוא הדין אם חוק קובע תנאים מסוימים בלבד לתקפותו של חוק אשר יבקש לפגוע בזכות מוגנת. במילים אחרות, התייחסותו של חוק היסוד, מתוכו, אל מעמדו הוא הינה בעלת משקל דומיננטי בסיווגו הנורמטיבי של חוק היסוד.

לשון אחר: חוקה כוללת סממנים ענייניים מסוימים (המבנה השלטוני, עקרונות זכויות יסוד), וכוללת סממנים צורניים מסוימים (כגון - דרך קבלתה ושינויה של החוקה, כינוי החוק, לשונו, סגנונו, ניסוחו, מושגיו). חוקה מתאפיינת בניסוח תמציתי. חוקה מצטיינת במופשטות.

שלישית, ניתן לבחון את אופן ההשתלבות של חוק במבנה החוקתי של השיטה. המבנה החוקתי נבחן לאור ההיסטוריה החוקתית. הוא נבחן לאור אקטים חוקתיים אחרים שיצאו תחת ידיה של הכנסת. חוק חוקתי הוא בעל תכלית מסוימת - הוא בא לשנות מציאות נורמטיבית מסוימת. הבנת החוק מחייבת אותנו לבחון את המצב המשפטי שאותו בא החוק לשנות. עלינו לשאוף להגשים את תכליתו. אם בחוק יסוד המדובר, הרי הבנתו מחייבת את שיבוצו ההגיוני וההרמוני בשלושה מעגלים עיקריים. המעגל החיצוני, הרחב, הוא מעגל עקרונות היסוד של שיטתנו. המעגל השני הוא מעגל החקיקה הקונסטיטוציונית - "חוקי היסוד". המעגל המצומצם הספציפי שלנו הוא, במקרה דנן, השתלבות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עם אחיו תאמו - חוק-יסוד: חופש העיסוק - במערכת החוקתית שלנו.

שני חוקי יסוד אלו הם הראשונים במגילת הזכויות (להבדיל מחוקי היסוד המוסדיים). הם באו לעולם המשפט שלנו בסמיכות עניינים ומועדים, ואף תוקנו בצוותא. שניהם דרים אפוא, במידה רבה, בכפיפה אחת. חשיבות מיוחדת במינה קיימת לפרשנות הרמונית של שני חוקי יסוד אלו.

א רביעית, הבנת מהותו ותכליתו של הוקייסוד: כבוד האדם וחירותו מחייבת מתן משקל נאות לכוונת המחוקק ולהיסטוריה החקיקתית של חוק היסוד. ההיסטוריה החקיקתית וכוונת המחוקק נלמדות מתולדותיה ומגלגוליה של הצעת החוק, מן הדיון בכנסת, מן השינויים שעבר חוק היסוד בשעת הקריאה השנייה והקריאה השלישית בכנסת ומתולדותיו של החוק לאחר צאתו לאוויר העולם. השיבות מיוחדת עומדת לה, לכוונת המחוקק, בנסיבות שלפנינו. דברים אלה אינם מכוונים דווקא לפרשנות המילולית של מושג זה או אחר אלא לתפיסה הכוללת.

ב "רצון המחוקק, במידה שהוא ניתן לוודוא, ראוי לשמש עמדת מוצא. קשיי הוודוא אכן רבים הם, אך אין להיסחף להפלגה בהדגשתם. ברוב המקרים ברור, לפחות, במה לא רצה המחוקק" (פרופ' א' לבונטין, "פרשנות: אקלימים וסינתזה" 199 קלינגהופר, בעמ' 269, 277-278).

ג מקביעת הסימנים בחקיקה יש לעבור למבחנים שעניינם חוק היסוד שלפנינו: האם נקבעו בו הסדרים חקיקים הנותנים ביטוי למעמדו במדרג הנורמאטיבי, או שמא הוא פרוץ לכל רוח בכל הנוגע למעמד הוראותיו המגינות על זכויות היסוד, קרי בעניין שינויו ובעניין הפגיעה בהוראותיו? האם הוא דומה מבחינה זו להוראותיהם של רוב חוקי היסוד שקדמו לו, שאין להם הוראות שריון.

ד חוקי יסוד: שינוי ופגיעה

ה 39. (א) חוקי היסוד הם תשתיתה החוקתית של מדינת ישראל ברוח החלטת הררי וכהגשמתה. לו היה נושא "השינוי" מתעורר במקרה דנן, היינו לו היה החוק המתקן בגדר ניסיון לשנות את חוק היסוד, הייתי מציג על אחר את הכלל שלפיו, מבחינת התורה החוקתית הנכונה, שינויו של חוק יסוד ייעשה לעולם על-ידי חוק יסוד. התפיסה של המידרג החוקתי הנורמאטיבי שהוצגה לעיל מולידה את המסקנה כי מידרג חוקי גבוה יותר אינו משנה צורה ותוכן על-ידי חקיקה במידרג חוקתי גמוך יותר. לא כן היפוכו של דבר, היינו מידרג חוקתי גבוה יותר יכול שיתקן הוראת חוק המצויה במידרג גמוך יותר. יכולה להתעורר בהקשר זה סוגיית ה"תיקון מכללא", אך לא אפליג לתחום זה ואני משאיר אותו לעת מצוא. מסקנה זהה עולה מן הפראקטיקה של הכנסת, וראה לענייננו התיקון לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו שהוחק בתשנ"ד, באמצעות חוקי-יסוד: חופש העיסוק.

ז כאמור, אין לפנינו מקרה של "שינוי". מתעוררת שאלת ה"פגיעה". לגבי פגיעה אפשרית בזכות יסוד נקבעו בכל אחד משני חוקי היסוד הוראות מפורשות: סעיפים 4 ו-8 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק וסעיף 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש לבחון אם יש פגיעה בזכות יסוד; היה והתשובה חיובית - האם עמד החוק בתנאיו של סעיף ההגבלה אם לאו. מה הדין כאשר יש פגיעה שאיננה עונה לדרישות של פיסקת ההגבלה הרלוואנטית, אשר קובעת את הסייגים והתנאים לחקיקה תקפה על-אף פגיעתה בזכות היסוד.

(ב) שאלת ה"פגיעה" היא שאלה סבוכה. לגבי דרכיה הראויות, היינו ההבחנה בין פגיעה הנוגדת את הדין לבין פגיעה העונה לתנאיו של הדין, קיימות מספר תיזות עיוניות הלופיות. אציג אותן ואצביע על זו העדיפה בעיניי.

הראשונה גורסת כי כל חוק רגיל של הכנסת יכול לפגוע בזכות מוגנת עליידי חוק היסוד. לשיטה זו, היחס בין חוק היסוד לבין כל חוק רגיל איננו שונה, כהוא זה, מהיחס בין כל שני דברי חקיקה רגילים של הכנסת. אפשרות ראשונה זו מושתתת על פרשת נגב [12], בעמ' 642 מול השוליים אות ז. מעניין נגב [12] נובע כי חוק רגיל (חוק התקנים, תשי"ג-1953) יכול לפגוע בעיקרון הקבוע בחוק יסוד (חוק-יסוד: הממשלה), כאשר מערכת היחסים ביניהם היא מערכת יחסים פרשנית רגילה בין שני דברי חקיקה (כגון: חוק מיוחד מול חוק כללי). כנאמר שם עליידי השופט ברנזון: "דבר היותו של חוק התקנים חוק מיוחד לעומת חוק יסוד: הממשלה שהוא חוק כללי, מקנה עדיפות לחוק המיוחד על פני החוק הכללי" (וראה גם בפרשת קניאל [13] ופרשת רטלר [14]).

עניין נגב [12] הושאר בצריך עיון בפסיקה מאוחרת יותר: בבג"צ 119/80, המ' 224/80 הכהן נ' ממשלת ישראל [23], בעמ' 283, הושארה שאלת אפשרות הפגיעה של חקיקה רגילה מאוחרת בהוראת חוק יסוד, כשאלה פתוחה (שם, בעמ' 283). לטעמי, פסק-דין נגב [12] לא נתכוון ללמד על מידרג חוקתי נורמטיבי אלא על מעמדה של הוראת חוק ספציאלית מול הוראת חוק כללית, הא ותו לאו. זאת ועוד, פסק הדין התייחס לחוק יסוד שלא הוקנה לו מעמד משוריין כלשהו, בין במישורין ובין כמשתמע ממהות הוראותיו.

לסיכום, האפשרות הראשונה גורסת כי בהיעדר הוראה מסייגת אין הבדל נורמטיבי בין חוק רגיל המבקש לפגוע בחוק יסוד לבין חוק יסוד המבקש לעשות זאת.

התיזה השנייה גורסת כי חוק יסוד נהנה מעדיפות נורמטיבית מוגבלת. עליידי דעה זו, יכול שתהיה פגיעה בחוק יסוד עליידי חוק רגיל, אולם מן הנכון שזו תיעשה עליידי הכנסת רק באורח מפורש. פגיעה בחוק אשר איננה מפורשת - היא פגיעה ללא כוח משפטי. חוק הפוגע בזכות מוגנת עליידי חוק יסוד, ללא ציון מפורש - הוא חוק ללא כוח משפטי לעשות כן. חוק כזה כפוף לתרופות חוקתיות מחמת אי-חוקתיות. תיזה זו מקובלת על מספר מלומדים. היא מקובלת על דעת המשנה לנשיא לשעבר אלון. האומר כי "הדעת נותנת, שחוק הבא לשנות מהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך שייאמר בו: על אף האמור בחוק יסוד זה, או ביטוי אחר כיוצא בזה; אך הא ותו לא" (מ' אלון), "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ב-ג) 659, 662. דעה זו מוסכמת על גבי "קרפ (י' קרפ), "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, 332. היא כותבת כי עליונות חוק היסוד היא יחסית בלבד:

א

"אין משמעותה שלילה מוחלטת של כוחו של המחוקק לגבור על חוק-היסוד ולתור אותו. כשם ששריון פורמלי אינו מגביל את המחוקק בתוכן חקיקתו, אלא בהליכי השינוי בלבד (דרישת רוב מיוחד), כך גם השריון המשתמע, יש בו כדי להגביל את המחוקק בפרוצדורה של השינוי בלבד, דהיינו, בתנאי של אמירת מחוקק מפורשת לעניין רצונו לגבור על חוק-היסוד" (שס, בעמ' 324; ההדגשה שלי - מ' ש').

ב

לדעתה -

"מגלם חוק-היסוד פשרה: לבית-המשפט נתונה אמנם הסמכות לפסוק בדבר פסלותו של חוק, אולם סמכות זו מוגבלת ומסתיימת נוכח אמירה מפורשת של המחוקק בדבר רצונו לסטות מחוק-היסוד..." (שס).

ג

דברים אלה ישימים, על פניהם, גם למקרה של "פגיעה" בלבד. פרופ' ויסמן, אף הוא, מקבל את האפשרות השנייה כפרשנות הנכונה של תקפות הפגיעה החקוקה בחוק יסוד: "מכיוון שההוראה בסעיף 8 (לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - מ' ש') אינה משוריינת (כשם שלא שוריינו יתר סעיפי חוק היסוד הזה) מסתבר כי אין הכנסת מנועה מלחוקק בעתיד חוקים שתוכנם לא יתיישב עם המגבלות שנקבעו בסעיף 8 לחוק היסוד, ובלבד שהדבר ייעשה בצורה מפורשת, ותוך הבהרת הכוונה לכך" (י' ויסמן, דיני קניין (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ג) 38; ההדגשה שלי - מ' ש').

ד

האפשרות השלישית מכירה בעליונות של חוק יסוד בתור שכזה ומחזקת אותו. לפי אפשרות זו, ה"פגיעה" בדין במגילת הזכויות הישראלית אפשרית רק תוך עמידה בדרישות התואמות את התפיסה בדבר המידרג הנורמאטיבי. תיזה זו יוצאת מנקודת מוצא אחדותית של מגילת זכויות היסוד, היינו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוקי יסוד אחרים, אשר יחוקקו על-ידי הכנסת בעתיד וידונו בזכויות יסוד. חוקי יסוד אלו יהיו מקשה אחת. הכנסת הביעה את רצונה באשר לסיווג הנורמאטיבי של מגילת הזכויות הישראלית. היא הלבשה את הזכויות, בעקבות החלטת הררי, בלבוש של חוקי יסוד. בכך קבעה לתן מידרג נורמאטיבי חוקתי. שינוי או פגיעה שלא במסגרת פסקת ההגבלה שאף היא חלק מחוק היסוד, יכול שיעשו רק על-ידי חקיקה באותו מידרג, היינו באמצעות חוק יסוד או על יסוד הסמכה שבחוק יסוד (וראה סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק מתשנ"ד, אשר לא רק מדגים גישה פרשנית זו אלא גם מצביע על כך שהכנסת אימצה אותה, הלכה למעשה).

ה

ו

ז

אלו הן שלוש האפשרויות העיקריות לצורך סיווג הנורמאטיבי של חוק היסוד בכל הנוגע לאפשרות ה"פגיעה" בזכות מוגנת, אשר איננה עומדת בתנאי פסקת הגבלה.



בחירותי היא באפשרות השלישית. ציינתי כבר לעיל כי לאור מדיניותה החקיקתית של הכנסת, כביטוייה בשני חוקי היסוד החדשים, מן הראוי לקבוע מעתה כי שינוי של כל חוק יסוד לא ייעשה אלא על-ידי חוק יסוד, ומן הדין לקבוע כי "פגיעה" בחוק יסוד לא תיעשה אלא על-ידי חוק יסוד או מכוח הוראה מסמיכה שבו.

עתה עלינו לעבור מן ההצגה של התיזות הכלליות אל בחינת השאלה שלפנינו לגבי תחולת חוק היסוד הספציפי שבו אנו דנים כאן על החוק המתקן. למטרה זו נבחן מספר הוראות שבחוק היסוד.

חוק היסוד מול חוק המתקן

פיסקת העליונות

40. (א) חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו איננו מכיל הצהרת עליונות. אף חוק-יסוד: חופש העיסוק אין בו הוראה כאמור. בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין אפילו פיסקת שריון, כדוגמת סעיף 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, הקובע כי:

"אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת".

עצם היעדרה של פיסקת עליונות ברורה איננו מחייב את המסקנה כי מעמדו של חוק היסוד זהה לזה של חוק רגיל.

פיסקת עליונות, לו נתקיימה, ודאי שהיה בה כדי לשכנע כי מעמדו של החוק הינו עליון. החוקה הקנדית קבעה כי היא "החוק העליון של קנדה". סעיף 152(1) ל-"Constitution Act, 1982 קובע באורח חד-משמעי: "The Constitution of Canada is the Supreme Law of Canada". עליונות נורמאטיבית זו גוזרת את התרופה החוקתית, שעל פיה: "Any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is to the extent of the inconsistency, of no force or effect" (סעיף 152(1) סיפה לחוקה הקנדית). החוקה הקנדית עמדה לנגד עיני מנסחי חוקי היסוד (קרפ, במאמרה הנ"ל, בעמ' 331).

חוק היסוד הגרמני (ה-Grundgesetz) קובע בסעיף 20(3) -

"Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmässige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden".

ובתרגום לעברית:

א "החקיקה כפופה לסדר החוקתי. הרשות המבצעת והרשות השופטת כפופות לחוק ולמשפט".

ב אגב, הפרשנות המשפטית הגרמנית ערה לטאוטולוגיה שבאה לידי ביטוי במילים "חוק ומשפט".

ג סעיף 31(3) לחוק היסוד הגרמני הדומה לסעיף 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולסעיף 5 לחוק יסוד: חופש העיסוק, קובע:

ד "Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes recht".

ובתרגום לעברית:

ה "זכויות היסוד המנויות להלן מחייבות את הרשות המחוקקת, את הרשות המבצעת ואת הרשות השופטת, כדין בראיפה במישורין".

ו החוקה הגרמנית מכפיפה את פעולותיהן של הרשויות המחוקקת, המבצעת והשופטת במישורין להוראות החוקה. אין מחלוקת כי חוק היסוד הגרמני כולל בתוכו, באופן ברור, את רעיון העליונות.

ז ניתן להכביר בדוגמאות נוספות (למשל, סעיף 140 לחוקה האוסטרית מ-1920, ה' (B-VG) Bundes-Verfassungsgesetz

ח (ב) חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו איננו כולל, כאמור, פסקת עליונות. אין בחוק היסוד קביעה כי חוק היסוד הינו חוק עליון של מדינת ישראל. הצעת חוק יסוד: החקיקה, על גלגוליה השונים מאז שפורסמה לראשונה ב-1971 (ראה: הפרקליט כז (תשל"א) 140; הצעת חוק יסוד: החקיקה מתשל"ו; הצעת חוק יסוד: החקיקה מתשל"ח; הצעת חוק יסוד: החקיקה מתשנ"ב; הצעת חוק יסוד: החקיקה מתשנ"ג) נועדה לקבוע את כפיפות החקיקה הרגילה לחקיקת היסוד - אך ההצעה טרם בשלה לכדי חוק חרות.

(ג) חוק היסוד שאנו דנים בו גם איננו כולל הוראה, כפי שהוצע, שלפיה "חוק לא יסתור חוק-יסודי וזולת אם התקבל במליאת הכנסת בקולות של שני שלישים מחברי הכנסת ונאמר בו במפורש שתקפו הוא על אף האמור בחוק-היסוד" (סעיף 5(ד) להצעת חוק-יסוד: התקפה מתשנ"ב).

חוק-יסוד: חופש העיסוק קובע כי הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה בתנאים מסוימים תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4 (קרי, אף שאינה עונה לדרישותיה של פיסקת ההגבלה). ניתן ללמוד מן הנוסח, בגדר הלאו המשתמע מן ההן, כי מעיקרה הוראת חוק, אשר איננה בהתאם לסעיפים 4 או 8 לחוק היסוד, איננה תקפה. חוק-יסוד: חופש העיסוק דן אפוא בתוקפם של חוקים הפוגעים בהוראה שבחוק היסוד (כדומה לאמנת האיחוד האירופי - סעיף [108] (1964) *Costa v. Enel*, at 590; 177 (b)). כפי שצוה נראה בהמשך הדברים, עולה מסקנה דומה מהוראותיהם של סעיפים 8, 10 ו-11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

סיכומה של נקודה זו, חוק-יסוד: חופש העיסוק אינו מכיל הוראת עליונות, אך הוא מתייחס לדרכי שינויו ולתוקפה של חקיקה פוגעת. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מכיל הוראת עליונות, אך הוא מתייחס מפורשות לתוקפה של חקיקה פוגעת ומתווה בכך מסלול מחייב ואמות מידה מחייבות. חוק היסוד האמור תוחם בסעיף 8 שבו את תחומיה של פגיעה אפשרית וקובע בכך, מכללא, את עליונותו ביחס לחקיקה פוגעת.

#### הנוקשות

41. (א) חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו איננו נהנה מנוקשות. אין דרישה מפורשת לרוב מיוחד לצורך שינוי חוק היסוד. השינוי הוא אקט חקיקתי אשר מכוחו היקף ההגנה על זכויות מסוימות משתנה לטוב או לרע. אגב, כבר הבהרנו וחזרנו והבהרנו כי ה"שינוי" נבדל מן ה"פגיעה". השינוי חותר תחת הזכות עצמה. "הפגיעה" איננה משנה את הזכות המוגנת. היא רק מאפשרת לחוק הפוגע לאגוף את התרופה החוקתית בנסיבות נתונות.

כאמור לעיל, בעקבות ה"שינוי", ייתכן שההגנה על הזכות תהיה צרה יותר; למשל, על-ידי תיקון חוק היסוד תוך צמצומו, ביטול הוראה מסוימת שבו או ביטול חוק היסוד כולו. מאידך גיסא, ההגנה גם יכולה להפוך, בעקבות השינוי, לרחבה יותר - למשל, על-ידי הוספת זכויות מוגנות או על-ידי העלאת עליונותם הנורמטיבית של הערכים המוגנים.

(ב) ראינו כי אין דרישה לרוב מיוחד או להליך מיוחד לצורך שינויו של חוק היסוד שלפנינו.

א (ג) בכפיפות לחקיקה עתידה (כגון חוקי-יסוד: חקיקה), הרי שינוי של חוק היסוד נעשה מבחינת שלבי החקיקה וצורתם כדרך שינויו של חוק רגיל, היינו הצעת חוק יסוד מתפרסמת באותה צורה שבה מתפרסמת הצעת חוק רגילה. חוק היסוד מתקבל בשלוש קריאות. כל חבר-כנסת יכול להציע חוק יסוד כהצעת חוק פרטית, כפי שכל חבר-כנסת יכול להציע חוק רגיל. תקנון הכנסת חל על חקיקת חוק יסוד ואותו תקנון חל על חקיקת חוק רגיל. אכן, זו "הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי יסוד ותיקונם" (ד"ר א' בנדור, "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב (תשנ"ד-נ"ה) 443, 444). היעדר כל סממן של נוקשות הוא בעל משמעות פרשנית. חברי הנכבד הנשיא עמד על החשיבות האינהרנטית של הנוקשות כסימן היכר מובהק לחוקה. מנוקשותה של החוקה נלמדת עליונותה על פני חוק רגיל, "באופן שבסתירה בין הוראות החוקה לבין הוראות חוק רגיל, יד החוקה על העליונה" (א' ברק, שיקול-דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז) 319).

ג להדגמת נפוצותה של הוראת נוקשות בחוקות ניתן לפנות לדוגמה לחוקת ארצות-הברית (Article V), לחוקה הקנדית (סעיף 52(3)) לחוקה הקנדית והחלק החמישי של אותה חוקה), לחוקה האוסטרלית (סעיף 128), לחוקה הגרמנית (סעיף 79 ל-GG, חוק היסוד הגרמני, היוצר נוקשות החלטית לגבי ההוראות המנויות שם), לחוקה האירית (סעיף 48 לחוקה). אילולא קצר המצע מהשתרע, היה ניתן למנות מספר סעיפים מבין החוקות הקיימות - אחת לאחת - כדי להצביע על דרך נוקשותן, בין באמצעות שריון או בדרך אחרת.

ד) ההתייחסות לנוקשות כאפיון חוקתי מוכרת בפסיקה:

ה "עם עיגונה של הזכות לחופש העיסוק בחוקי-יסוד קם לה מעמד-על חוקתי. אחד מביטוייו המובהקים של מעמד מיוחד זה ... הוא בשריונה היחסי של הזכות אף מפני עוצם ידו של המחוקק" (בג"צ 4746/92, 3385/93, 4534 G. P. S. Agro Exports L.T.D. ואח' נ' שר החקלאות ואח' [24], בעמ' 259).

ו אכן - חוקי-יסוד: חופש העיסוק הוא יצירה חוקתית טיפוסית כאמור בסעיף 7 שבו - "אין לשנות חוקי-יסוד זה אלא בחוקי-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת". אין הוראה דומה בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ז 42. המשקל היחסי של היעדר הנוקשות, בין בצורת שריון פורמאלי או בדרך אחרת, מתחזק לאור שלוש טענות:

א) ראשית, היעדר השריון איננו שגגה שיצאה מלפני המחוקק. היעדר השריון היה מודע ומכוון. הצעת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו כללה הוראה בדבר שריון פורמאלי. הוראה זו לא נתקבלה. היא נפלה על חודו של קול בהליך ההצבעה על ההסתייגויות

לקראת קבלתו של חוק היסוד. לעומת זאת, בחוק יסוד: חופש העיסוק נכללה, כאמור, הוראת שריון פורמאלי. קיימת זיקה הדוקה בין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, זיקה זו היא עניינית וכתובולוגית. "עניינית" - שהרי שתי היצירות הנורמטיביות הללו עוסקות לראשונה בזכויות יסוד מוגנות. "כתובולוגית" - שהרי שתי יצירות אלו באו לעולם במסגרת הליך החקיקה הפרטנית הראשונה של מגילת זכויות האדם בשיטתנו ("האטומיזציה" של זכויות היסוד, כביטוייה של קרפ, במאמרה הנ"ל, בעמ' 338). חוקי יסוד אלו נדונו בכנסת בסמיכות זמנים ואף לאחר מכן, בתשנ"ד, במסגרת אותו מהלך חקיקתי עצמו. המציאות הנורמטיבית היא כי הכנסת בחרה לדחות את הצעת השריון של חוק היסוד. זו עובדה - ואין כאן מקרה של היסח הדעת של המחוקק. אולם, כאמור, יש בחוק האמור הוראות נוספות המשליכות על כוחו לגבי חקיקה אחרת הפוגעת בהוראותיו.

ב) שנית, הבהרנו כי "שינוי" הזכות המוגנת (לרבות ביטולה או ריקונה מתוכן) הוא אקט חריף וחמור יותר במשמעותו מ"פגיעה" באותה זכות. אין עוררין על כך. הדעת נותנת כי הפעולות אשר תידרשנה ל"שינוי" הזכות המוגנת יעלו במשמעותן על הפעולות אשר תידרשנה ל"פגיעה" הנקודתית באותה זכות. בהנחה שהמחוקק עקבי והגיוני, הרי שקשה להניח כי תתהפכנה היצירות, כך שהחמור (השינוי) ייהפך לקל (רוב רגיל) והקל (הפגיעה) ייהפך לחמור (רוב מיוחד ומפורש). הווי אומר, היעדר הנוקשות בעניין שינוי משליך על היעדר הנוקשות בעניין פגיעה.

נקודה זו ראויה להטעמה: עמדנו על הדרישה להבחנה ברורה בין "שינוי" הזכות לבין אפשרות ה"פגיעה" בה. המבנה החוקתי ההגיוני הינו כי הליך ה"שינוי" הינו מורכב ומסורבל יותר. זו הפגיעה העמוקה ביותר בעקרונות יסוד ובמבנה השיטה. לעומת זאת, מחייב המבנה החוקתי ההגיוני כי הליך ה"פגיעה" בזכות חוקתית מוגנת יהא פשוט יותר מאשר עצם ה"שינוי". קשה להניח כי הפתרון הפרשני הוא כי ה"פגיעה" דורשת תנאים חמורים יותר מה"שינוי". לעומת זאת, תפיסה שלפיה התנאים הדרושים ל"שינוי" ול"פגיעה" הם זהים - יכולה להתיישב עם תפיסה חוקתית קוהרנטית (ראה בפרשת ברגמן (15)). אולם ככל שהמכשול ל"פגיעה" הוא גבוה יותר מהמכשול הניצב לפני "שינוי", כך נחלש הגיונו של הפתרון הפרשני. במילים אחרות, ככל שהדרישות ל"פגיעה" במסגרת הדין חמורות יותר מהדרישות הניצבות לפני ה"שינוי" - הולך ומאבד הפתרון הפרשני את כוחו הפנימי.

שלישית, מסקנה אפשרית בדבר היעדר נוקשות נקשרת למסורת החוקתית שלנו עד צאת חוקי היסוד ב-1992. תפיסתנו החוקתית לא קיבלה עד כה, לצערי, את התיזה שעל פיה עצם כינויו של אקט כ"חוק יסוד" מקנה לו, מניה וביה, עליונות נורמטיבית. שיטתנו גרסה כי חוק יסוד אשר איננו משוריין מבחינה פורמאלית, כמעט איננו נבדל - מבחינת מעמדו הנורמטיבי הפורמאלי - מחוק רגיל. נקטתי לשון "כמעט" כי

א הכנסת מייעטה בשינוי חוק יסוד על-ידי חוק רגיל. אולם הבאנו לעיל דוגמאות לכך שהיא חוקקה הוראות סותרות חוק יסוד בחקיקה רגילה. מעבר לכך, מבחינת המבט העדכני ומבחינת הפרספקטיבה החוקתית המתפתחת, אין לומר כי חוק יסוד בלתי משוריין דינו, לכל דבר ועניין, כחוק רגיל. גהפוך הוא: חוקי היסוד שלנו הם התשתית לחוקתה של מדינת ישראל. חוקי היסוד עוסקים במבנה השלטון במדינה ובסמכויותיו. חוקי היסוד עוסקים, לאחר קבלת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק, גם בזכויות היסוד של האדם בישראל. על-כן מקובלת עליי הגישה כי "עלינו להתייחס, בגישתנו הפרשנית, אל חוקי היסוד כאל 'חוקים חוקתיים'" (ברק, בספרו הנ"ל, שיקול-דעת שיפוטי, בעמ' 520). ה"תכנית החוקתית" של מדינת ישראל, כפי שכיניתי את הגשמת רעיון החוקתיות, היא איגוד חוקי היסוד לכלל מסכת כללית ואחדותית - "כל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה" (החלטת הררי, בעמ' 1743). בדרכו אל איגוד זה יחוקק חוקי-יסוד: החקיקה, ומהלך זה יעניק ל"כל ההוראות החוקתיות שבחוק היסוד, על אתר, מעמד מועדף ביחס לכל חקיקה אחרת ומעמד מוגן או משוריין מבחינת האפשרות החקיקתית לשנותן או לקצץ, בדרך עקיפה, בחיקף תחולתן" (מ' שמגר, "חקיקה, שפיטה וזכויות האזרח" הפרקליט לז' (תשמ"ז) 5, 6).

ד אולם במצב הנתון אין לחוק היסוד, כשלעצמו, *facto ipso* וללא הוראה חקוקה, מעמד משוריין. אין לו נוקשות או עליונות פורמאליות ואינהרנטיות. הרי בהיעדר שריון חוק רוחה אצלנו התפיסה כי אין מעמד מיוחד ומיוחד להוראת חוק רק בשל עצם הכללתה בחוק יסוד. הוראות אשר נהנו מעליונות, התאפיינו בנוקשות. הדוגמה המובהקת אשר עיצבה את החשיבה החוקתית שלנו הייתה סעיף 4 לחוקי-יסוד: הכנסת.

ה 43. סיכמו של דבר, מחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו נעדר המאפיין הטיפוסי והוא קביעת הוראה חקוקה מפורשת המעניקה עליונות, בין הוראה בחוק היסוד עצמו ובין הוראה כללית בחוק יסוד החובק את חוקי היסוד, כגון חוקי-יסוד: החקיקה שבהכנה. חוקה משקפת עקרונות יסוד. עקרונות יסוד הם קווי מדיניות ערכית מנחה. לכן הם נושאים תכונות של יציבות ואינם חולפים ומשתנים. החוקה מתאפיינת בהיותה משוריינת מפני רוחות חולפות. התוצאה הפרשנית שלפיה לפנינו חוקה אשר ניתנת לשינוי בכל רוב היא מאכזבת, מאחר שאיננה מבטאת כראוי את ההיגיון והתכלית החקיקתיים שצריכים להיות טמונים בה. במילים אחרות, אין ספק שחוק היסוד הוא אקט חקיקתי, שהוא פרק בחוקה המתגבשת לפי החלטת הררי, אולם לא די בכך בלבד כדי לקבוע שניתן לבטל תוקפו של כל חוק הסותר הוראותיו.

ז אולם, כפי שהראינו ונראה, יש הוראות אחרות בחוק היסוד שלפנינו המציבות אותו במעמד מיוחד ומיוחד ומיוחס ומכפר על היעדר סממנים חוקתיים אחדים, כפי שתוארו לעיל. נדון בכך בהמשך דברנו.

## פיסקת ההגבלה

44. סעיף 8 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו ("פגיעה בזכויות") קובע כי - "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק היסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". סעיף 8 לחוק היסוד שלפנינו הוא בגדר הוראה מרכזית הנוגעת למעמדו הנורמטיבי של חוק היסוד.

אין מחלוקת כי הוראה זו הינה בעלת חשיבות מרובה בכל הנוגע למניעת ניסיון אפשרי לפגוע בזכות מוגנת, על-ידי חקיקת משנה. עד צאת חוק היסוד, בוצרו זכויות יסוד לפני פגיעה בהן בחקיקת משנה, מכוח הפסיקה בלבד. בפרשת מיטרני (7) ציינתי כי "מגמת היסוד הברורה, (ואהיא, כי ראוי ונכון, מבחינת קיום הזכות לחופש העיסוק, כי רק דברו של המחוקק הראשי יוכל להגבילו" (שם, בעמ' 352). ואם בחופש העיסוק כך, על אחת כמה וכמה בכבוד האדם. אין להטיל מגבלות על זכות יסוד הנובעת מהיותנו "חברה חופשית" "אלא לפי הוראתו המפורשת של החוק" (שם, בעמ' 353). הלכה זו נשתרשה בהילכותינו המשפטיות. בא חוק היסוד ועיגן זאת בחוק "חוקתי" - חוק יסוד; "אין פוגעים" אלא בחוק.

אולם המחלוקת איננה באשר למשמעות פסקת ההגבלה לגבי חקיקת משנה. מחלוקת אפשרית יכולה להתעורר סביב משמעות פסקת ההגבלה לגבי חקיקה ראשית. חקיקה ראשית אשר עומדת בתנאי פסקת ההגבלה איננה מעוררת, כמובן, קושי. הקושי - ומקור המחלוקת האפשריות שאני מבקש להקדים ולהשיב עליהן - סב סביב חוק אשר איננו עומד בפסקת ההגבלה. לשון אחר: חוק אשר איננו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ויהודית - מה דינו? טול חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, אך מטרתו קידום תכלית לא ראויה - מה דינו? טול חוק אשר הולם את ערכיה של מדינת ישראל ותכליתו ראויה, ויחד עם זאת, איננו "יהסי", אלא פוגע בזכות המוגנת "מעל הנדרש" - מה דינו?

המענה חד וחלק: פשוטו של מקרא הינו כי חוק אשר אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה איננו אוצר בתוכו כוח לפגוע בזכות מוגנת. לפיכך, אין לתת לו משמעות אופרטיבית ואין להכיר בתוקפו אם הוא מתיימר לפגוע בזכות מוגנת. פרשנות זו פוסעת בדרך ה"פשט". היא לומדת מכלל "הן" (אפשרות הפגיעה אם החוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה) את ה"לאו" (היעדר אפשרות הפגיעה ללא עמידה בפסקת ההגבלה). *Expressio unius est exclusio alterius* המכלול של ה"הן" מבטא את כל המקרים שבהם ניתן לפגוע בזכות המוגנת. ה"לאו" הינו כל אותם מקרים שבהם לא ניתן לפגוע בזכות המוגנת.

א עצם קביעת הוראתו של סעיף 8 מעלה את חוק היסוד למעמד גבוה יותר, שממנו משקיפים במעמד מבקר ומסנן על יתר החקיקה הדנה בנושאים שחוק היסוד האמור דן בהם, שאינה לובשת לבוש של חוק יסוד. כלל הפרשנות האמור מעניק לחוק היסוד את נשמת אפו. בייחוד אמורים הדברים מקום בו אנו מבקשים באמצעות כלל הפרשנות האמור להגיע לתוצאה מרחיקת לכת, שעל פיה חוק "רגיל" - שנחקק לאחר כניסתו לתוקף של חוק היסוד ואינו מקיים את תנאיה של "פיסקת ההגבלה" - הוא נטול תוקף. לאור נוסחו של סעיף 8, לענין זה אין נפקא מינה אם חוק "רגיל" זה התקבל ברוב "רגיל" או "מיוחס". כן אין נפקא מינה אם חוק רגיל זה קובע במפורש כי הוא נחקק "על אף האמור בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו" או אינו קובע זאת.

ב חד וחלק הוא: תהא לשונו של חוק רגיל מאוחר אשר תהא, אם הוא אינו מקיים את "תנאי התוקף" ("פיסקת ההגבלה") של חוק היסוד, או אם אינו חקיקה ברמה הנורמאטיבית הראויה, קרי חוק יסוד - אין לו תוקף. קביעת מעצור נורמאטיבי כאמור לשינוי החקיקתי משקפת אימוץ של פרשנות מהותית רחבה של חקיקה חוקתית. יודעים דבריו של הנשיא אגרוט המנוה כי "כאשר הענין נוגע במסמך הקובע את מסגרת השלטון במדינה, על בית המשפט להשקיף מתוך 'מבט רחב' (spacious view) על הסמכויות האמורות בו" (ד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה [25], בעמ' 442). טקסט חוקתי צריך להתפרש מתוך מבט רחב ומתוך מגמה לקיים את הצו החוקתי שנקבע בו. הפרשנות המופעלת כלפיו אינה צריכה להיות טכנית צרה או פורמאליסטית, אלא בעלת מבט המקיף את מלוא האופק. המבט צריך לתבוק את המהות וזו משתקפת בזכויות האדם, שהם לב לבם של העיקרים החוקתיים שלנו.

ג ד. לפי פשוטו של מקרא, סעיף 8 הנ"ל טומן בחובו משקל רב. נאמר בו כי "אין פוגעים". אנו מנסים לפרט את אופיו הנורמאטיבי של חוק היסוד. במשקולת שלנו, סעיף 8 הוא אבן משקל כבדה כנגד היעדר הנוקשות של חוק היסוד.

#### הוראת שמירת הדינים

ד 46. סעיף 10 לחוק היסוד הוא ההוראה היחידה בחוק היסוד אשר נוקטת לשון "תקפו של דין". היא קובעת כי - "אין בחוק היסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד" (ההדגשות שלי - מ' ש'. מן הלאו משתמע ההן. עולה מכאן, כי סעיף 10 קובע מכללא, שיש בחוק יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שיחוקק אחרי תחילתו של חוק היסוד. משמע, חוק היסוד הוא בעל כוח לפגוע בחוקף של "דין" אשר נחקק לאחר תחילתו של חוק היסוד. עצם קיומה של הוראה זו מלמד על כך כי כוחו של חוק היסוד להשפיע על "תקפו של דין", שהרי אלמלא עשוי או עלול היה חוק היסוד להשפיע על תוקפו של דין לא היה כלל צורך בהוראה, המשמרת תוקפם של דינים מסוימים. לשון אחר, רק כוחו של חוק היסוד - במהותו ובתוצאתו הנגזרת - הוא שחייב קביעת הוראה מסייגת לגבי חוקים קודמים, כגון זו הכלולה בסעיף 10 הנ"ל.



הוראתו של סעיף 10 משמיעה לנו כי "דין", אשר בא לעולם לאחר תחילתו של חוק היסוד - תוקפו נתון לביקורת על-פי אמות המידה שנקבעו בחוק היסוד. אם ירצה מישהו לטעון כי מגמת השימור המונחת ביסודו של סעיף 10 הינה מצומצמת יותר - והוראות הסעיף מופנות רק כלפי כלל הפרשנות שלפיו "חוק מוקדם נסוג לפני חוק מאוחר", הרי יושב לו כי לא ניתן להסיק שזו התכלית של המחוקק; ראשית, אין לכך ראיות בדברי המחוקק (למשל, דברי הכנסת). שנית, קשה להניח כי זו התכלית האובייקטיבית של חוק היסוד, שהרי אם כך הדבר לכאורה אין לחוק ערך. ממה נפשך: חוק שהוחק לפני חוק היסוד שומר, לפי סעיף 10, על תוקפו על-אף כל הוראה שבחוק היסוד; חוק מאוחר לחוק היסוד גובר, לפי שיטה זו, על חוק היסוד בשל היותו מאוחר יותר; מה הוסיף אם כן חוק היסוד בחקיקתו?

לטעמי, ההוראה שבסעיף 10 שבה ומשמיעה לנו כי חוק היסוד הינו בעל עדיפות נורמטיבית, מאחר שהוא יכול לפגוע בתוקפו של חוק. היא איננה מגדירה את היקף העדיפות ואת מידתה; בכך דנה הוראה אחרת של חוק היסוד. סעיף 10 אינו מתווה תחומיה של אפשרות הפגיעה מכוח עדיפות זו, אך קשה לפרשן הנאמן לחלוק על כך כי היא משמיעה עדיפות נורמטיבית.

החוק העיקרי מוגן מפני ביקורת מכוח חוק היסוד. החוק המתקן, קרי התיקון לחוק העיקרי, נושא הביקורת שלנו, חשוף לביקורת על-פי חוק היסוד; היינו, בחוק היסוד טמון הכוח לפגוע בחוק המתקן, שהוא חוק מאוחר מחוק היסוד.

מתוך פיסקת שמירת הדינים עולה לקח נוסף: תחולתו של חוק היסוד היא מיידית. אין לפנינו חוק אשר כל כולו צופה פני העתיד הרחוק - היינו מועד כינוסם של חוקי היסוד לחוקה שלמה אחת. אין לפנינו רק עמוד אש פרשני. חוק היסוד הינו בעל משמעות אופרטיבית לאלתר, זהו הכלל במשפטנו: עם הפירסום ברשומות נכנס החוק לתוקף, אלא אם כן נאמר אחרת בחוק עצמו. הוראת שמירת הדינים מחזקת מסקנה ברורה ומתבקשת זו. חוק היסוד הינו בעל השלכה מיידית. הוא איננו הצהרתי גרידא.

פיסקת הכיבוד

47. סעיף 11 לחוק היסוד קובע, כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוקי-יסוד זה" (השווה סעיף 31) לחוק היסוד הגרמני שנוסחו הובא לעיל). חוק היסוד עצמו מכנה הוראה זו בכותרת "תחולה"; היינו הגדרת היקף תחולתו של החוק. נוהגים לכנות את האמור בסעיף זה בתואר "הוראת הכיבוד".

שלוש הן "רשויות השלטון" - הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת. הוראתה של הרשות המחוקקת כובלת ממילא - על דרך העיקרון - גם את הרשות המבצעת והרשות השופטת. לשם השגת תוצאה זו לא היה אפוא מעיקרו צורך

א בהוראת התחולה. הוראת התחולה נדרשת - לצד האספקט הדידאקטי - לצורך הבהרה כי גם הרשות המחוקקת עצמה כפופה להוראותיו של חוק היסוד בדבר "הזכויות שלפי חוקי-יסוד זה". יש בה הכוונה של הרשות המחוקקת ואף מעין כבילה שלה. הרשות המחוקקת איננה יכולה להתעלם מחוק היסוד, שכן גם היא חייבת בכיבודו.

ב הוראה זו מחייבת אמנם את הכיבוד על-ידי כל "רשות מרשויות השלטון", אף אם איננה חדי-משמעות וברורה מבחינת נוסחה כאחיותיה בחוקה הגרמנית והקנדית. היא איננה מתייחסת במפורש ותוך פירוט לרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת. היא איננה מציינת כי בית המחוקקים כפוף לה (להבדיל מסעיף 132(1) לחוקה הקנדית).

ג הכיבוד מחייב, בראש ובראשונה, התייחסות לחוק היסוד ולזכויות המוגנות בו. חובת התייחסות זו טמונה בעצם חובת הכיבוד. אין בהוראה זו כדי לשלול כוחו של המחוקק הכל-יכול לחוקק חוקים, אולם הוראה זו היא הבסיס הרעיוני הפוזיטיבי לדרישה, שלפיה פגיעה בהוראותיו של חוק היסוד חייבת ללבוש צורה ייחודית. אין אפשרות לחוקק חוק, אשר לא יקיים את פיסקת הכיבוד. אכן ניתן היה לציין זאת במפורש, וראה בהקשר זה את סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

ד לשם הסרת ספק אוסיף כי הנחיתות הניסוחית, בהשוואה לחקיקה זרה, איננה מפחיתה מן המשקל שיש להעניק לדברי המחוקק בסעיף 11.

ה 48. סיכומה של נקודה זו, הוראות הכיבוד הקבועות בסעיף 1 ("והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל") ובסעיף 11 לחוק היסוד שבו דנו כאן, מנחות את הרשות המחוקקת לחוקק חוקים לאור הזכויות המוגנות בחוק היסוד. חקיקה זו מן הראוי שתהא מודעת ומכוונת, מפורשת ולא משתמעת.

יסוד החגיגות - עקרונות יסוד ומטרה

ו 49. החוקה היא אקט חגיגי. חוקתה של ארצות-הברית כוללת פתיחה (preamble) חגיגית. כך גם רוב החוקות המרכזיות היכולות לשמש בסיס להשוואה. מפורסם המבוא החגיגי של חוקת הרפובליקה החמישית של צרפת. הוא הדין בחוקה של הודו, גרמניה ועוד.

ז סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, בלשון חגיגית והיסטורית, כי -

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

סעיף 1א משלים וקובע את מטרתו של חוק היסוד באומרו:

"חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

זו פתיחה האופיינית לאקט חוקתי, אשר לו מנייה וביה השלכה לא רק על קביעת מקומו של החוק במדרג הנורמאטיבי, אלא גם על כוחו הפנימי ועל הרוח שבה ייבחנו לאורו חוקים אחרים. אקט חוקתי רגיל אינו פותח בהצהרה חגיגית וכללית. סעיף 1 מורה לנו לכבד את זכויות היסוד "ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". לפנינו אקט חוקתי, הן בשל נוסחו התגיגי וההיסטורי של סעיף 1 והן עקב ההפניה להכרזה על הקמת מדינת ישראל. הכרזה זו – היא "מגילת העצמאות" שלנו, שהיא הן תעודת הלידה והן תעודת הזהות של המדינה כיחידה מדינית, ריבונית ועצמאית.

בהקשר זה מן הנכון לשוב ולהזכיר כי ההכרזה על הקמת מדינת ישראל כללה גם התייחסות לכוונה לחוקק חוקה. הווי אומר, עקרון החוקתיות נולד עם קום המדינה, ואיזכור המכלול – קרי ההכרזה – בסיפה לסעיף 1 לחוק היסוד גם נושא עמו את הקשר ההיסטורי-חוקתי אל הפרטים שבהכרזה, ואל הכוונה לחוקק חוקה בכלל זה.

50. סיכומו של דבר: סעיף 1 לחוק היסוד מציג – באופן מהותי – את הפן החוקתי, העל-חוקי של חוק היסוד בשני היבטים. ראשית, סעיף 1 לחוק היסוד הוא, על-פי כותרתו ותוכנו, סעיף "עקרונות היסוד". הוא משמש מורה דרך לפרטי האקט החוקתי. אך מובן שחוק רגיל, בעל מעמד נורמאטיבי רגיל, אינו פותח בהכרזה חגיגית על עקרונות היסוד של מדינת ישראל. אין חוק או חוק יסוד אשר נקט לשון זו, להוציא חוק-יסוד: חופש העיסוק. אכן, גם חוק-יסוד: חופש העיסוק הינו בעל עליונות נורמאטיבית אליבא דכולי עלמא, וחוקיקתה של הכנסת בתשנ"ד הבלטיה זאת: חוקיקה הפרשנית בין שני חוקי היסוד הללו מתחזקת לאור הכללתם של תיקונים לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בתוך חקיקה של הנוסח המחודש של חוק-יסוד: חופש העיסוק. אגב, ייתכן שאף תעלה הטענה כי ההוראות שהוספו לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בסעיף 11 לחוק-יסוד: חופש העיסוק (סעיף 1 החדש והסיפה לסעיף 8) כפופות לסעיף 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, הקובע נוקשות בנושא שינויו של חוק היסוד. אולם ניתן להשאיר גם שאלה זו בצריך עיון.

מכל מקום, אקט בעל הוראה הדנה בעקרונות היסוד של השיטה המשפטית הוא בעל השלכה חוקתית חד-משמעית. שנית, יש בו סממן מובהק של כל חוקה כמקובל בעולם – היינו, השם, הפתיחה החגיגית תוך הצגת הערכים הבסיסיים של מדינת ישראל; שלישית, ההפניה אל מגילת העצמאות נושאת בחובה גם את ההצבעה על המשמיה

א החוקתית המוטלת על הכנסת. כפי שראינו, אין אנו זקוקים לזיהוי נוסף של חוק היסוד בתור שכזה, שהרי שמו מעיד עליו. אולם אנו תרים אחר הוראות שמהן עולה כוחו העדיף על חקיקה ראשית אחרת, ובהוראות ההצהרות שבראשיתן יש כדי לחזק את ה־ *ratio legis* של הוראות אלה, שאותן אנו מוצאים בסעיפים 8, 10 ו־11 לחוק היסוד האמור. כדי להסיר כל אי־הבנה: אין אנו מבקשים אישור לזהות החוקתית של חוק היסוד, אלא לכוחו העדיף.

ב 51. לצדה של ההוראה הדנה בעקרונות היסוד (סעיף 1 לחוק היסוד) מצויה, כמוזכר לעיל, ההוראה אשר בסעיף 1א הדנה במטרתו של החוק. יש בסעיף 1א משום מעבר מן הכלל אל הפרט. מטרתו של חוק היסוד היא עיגון "כבוד האדם וחירותו". "עיגון" פירושו ביסוס, חיוק וביצור. המושג "כבוד האדם וחירותו" מתפרש כאחד עם שמו של חוק היסוד ("חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו"). לשון אחר: ההגנה היא על עקרון היסוד של כבוד האדם וחירותו. עיקרון זה מתפצל למרכיביו, היינו לזכויות היסוד עצמן. אין לפרש את הוראת המטרה – שהיא הוראה כללית – כאילו היא חלה רק על חלק מהוראות חוק היסוד, היינו – סעיף 2 סיפה ("שמירה על החיים, הגוף, הכבוד") וסעיף 5 ("חירות אישית"). ההגנה על "כבוד האדם וחירותו" מתבארת לאור כותרתו ומהותו של החוק – כהגנה על מכלול הזכויות הקבועות בו. העיגון אינו בחוק רגיל. העיגון הוא באמצעות המכשיר של חוק היסוד ("כדי לעגן בחוק־יסוד"). הוראת המטרה – אף היא כאחותה הבכורה (הוראת עקרונות היסוד) – יורדת לשורשה של שיטתנו המשפטית: "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". עקרונות המשטר שלנו מבוססים על הסינתזה בין היותה של מדינת ישראל "מדינה יהודית" ובין היות מדינת ישראל "מדינה דמוקרטית" (ראה אלון, במאמרו הנ"ל). מדינת ישראל היא מדינה יהודית. מדינת ישראל היא מדינה דמוקרטית. אשוב ואזכיר כאן את אשר אמרתי בנושא דומה בע"ב 1/88 ניימן ואח' נ' ירד ועדת הבחירות לכנסת השתיים־עשרה [26], בעמ' 189, בקשר לשילוב של שני ערכים אלה זה בזה:

א "אין ממש בטענה בדבר סתירה, כביכול, בין פיסקאותיו השונות של סעיף 7א: קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי אינו שולל את אופייה הדמוקרטי, כפי שצרפתיותה של צרפת איננה שוללת את אופייה הדמוקרטי. העיקר הגדול המבוטא בפסקה (1) אינו שולל את זה שבפיסקה (2), ושנייהם יכולים להתקיים זה לצד זה בהרמוניה מלאה.

א העדרה של כל סתירה כנטען הודגש כבר בדבריו של הנשיא אגרנט בע"ב 1/65 ה"ל, בעמ' 385:

והנה, לא יכול להיות ספק בדבר – וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה – כי לא זו בלבד

שישראל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על-ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה 'כמדינה יהודית בארץ ישראל', כי האקט של הקמתה נעשה, בראש ובראשונה, בתוקף 'זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו, באקט זה, משום הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל'.

א

לכך גם התייחס חברי הנכבד, המשנה לנשיא, השופט אלון, בע"ב 2/84, 3 הנ"ל, בעמ' 297:

ב

'אופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל מצא את ביטויו בהכרות העצמאות, בה מדובר על קיום שיוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין, ועל הבטחת חופש הדת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות. עקרונות אלה משמשים נר לרגלינו. אופיה היהודי של מדינת ישראל מצא את ביטויו בהכרות העצמאות על-ידי עצם הגדרתה של המדינה כמדינה יהודית, ולא רק של יהודים, על ידי פתיחת שעריה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות (כפי שבא לידי ביטוי לאחר מכן בחוק השבות, תש"י-1950) וכיוצא באלה. ואף עקרונות אלה משמשים נר לרגלינו. מכלול כלל עקרונות אלה הוא מכבשון עולמה של דמותה המיוחדת של המדינה היהודית; טובי הוגיה של תורת הציונות, על כל אגפיה וזרמיה, יהודים בעלי השקפות עולם שונות, אזרחי מדינת ישראל בני לאומים ודתות שונים, כולם דנו ודנים במשמעותם וביישומם של מכלול עקרונות מגילת העצמאות בחיי המעשה של המדינה היהודית'.

ג

ד

ה

תפיסת היהדות בעניין כבוד האדם עולה מדברים שנאמרו בספר בראשית, א, כז[ב], ולפיהם נברא האדם בצלם האלוקים. כל אדם נברא בצלם, כולם שווים ולכולם יאה כבוד האדם.

ו

52. ההוראות הפותחות את חוק היסוד נושאות עמן, כאמור, בשורה חוקתית מובהקת. בהקשר זה מתבקשות שתי הדגשות: הפתיחה החגיגית משותפת לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוקי-יסוד: חופש העיסוק. בשתיהן מצויה פיסקת עקרונות היסוד ובשתיהן מצויה פיסקת המטרה. נוסח ההוראות זהה. יש בכך ראייה אובייקטיבית ברורה לקרבה הרעיונית בין שני חוקי היסוד. שני חוקים אלו עשויים מעור אחד. הם אברים שונים של אותו גוף. מכאן שעלינו לשאוף להרמוניה ביניהם, בכפוף לשינויים העולים באורח ברור מתכליתו - האובייקטיבית והסובייקטיבית - של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. נקודה שנייה נוגעת לטיבה של חוקה כמסמך חינוכי-דידאקטי. החוקה היא

ז

בעלת ערך מחנך. "עניין גדול" - כותב המשנה לנשיא אלון בהתייחסו להוראות חוק היסוד - "להוראה ולימוד, למחנכים ולמחונכים, צעירים כמבוגרים" (אלון, במאמרו הו"ל, בעמ' 682). אמנם כתבתי כי "ההגנה הנאותה על מעמדה של חירות פלונית אינה מושגת אך ורק בהצהרה על קיומה", אולם הוספתי כי "אין מקום להפחית מערכה הדידקאטי של הקביעה ההצהרתית..." (פרשת מיטדני [7], בעמ' 355). אחד מעקרונותיה של חוקה היא המגמה החינוכית הטמונה בה.

א

ההגנה לפני חקיקת חירות

ב

53. ההוראה בדבר יציבות החוק (סעיף 12 לחוק היסוד) קובעת כי -

ג

"אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש".

ד

הוראת השריון מפני תקנות לשעת חירום חיונית לאקט החוקתי. האקט החוקתי עוסק בעקרונות יסוד של כל שיטה. חקיקת החירום ("תקנות שעת-חירום") יכולה להתגבר על הזכויות המוגנות אם היא מוגבלת במישור הזמן, התכלית והמידתיות (היחסיות). ההגנה מפני חקיקת החירום שזורה בהוראות אחרות במשפטנו (דוגמת סעיף 42 לחוק-יסוד: הממשלה מתשכ"ח, סעיף 44 לחוק-יסוד: הכנסת, סעיף 25 לחוק-יסוד: נשיא המדינה). הוראה חוקתית מתאפיינת בכך שהיא נושאת בחובה הגנה מיוחדת גם מפני חקיקת חירום.

ה

ו

יש לקרוא את סעיף 12 הנ"ל יחד עם סעיף 50(ד) לחוק-יסוד: הממשלה מתשנ"ב, המסדיר את סוגיית חקיקת החירום תוך ביטול סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט (סעיף 59 לחוק-יסוד: הממשלה מתשנ"ב). סעיף 50(ד) קובע כי "אין בכוחן של תקנות שעת-חירום למנוע פניה לערכאות, לקבוע ענישה למפרע, או להותיר פגיעה בכבוד האדם" (ההדגשה שלי - מ' ש.). במילים אחרות, עם כניסתו לתוקף של חוק-יסוד: הממשלה החדש אין כל אפשרות לפגוע ב"כבוד האדם" בחקיקת חירום. סעיף 50(ד) הנ"ל משתלב מבחינה מהותית בסעיף 12 שלפנינו. מובן שסעיף 50(ד) הנ"ל בא להוסיף על סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולא לגרוע ממנו.

ז

## שליחותו של חוק היסוד

א. 54. חוקה מתאפיינת בהוראות מופשטות, קצרות ולאקונומיות. חוקה איננה דגה בפרטים טכניים. היא איננה חקיקת מס.

ב. המבנה המשפטי הנורמאלי של כל שיטה מתאפיין בכך שככל שעולים בסולם הנורמאטיבי, כך נושאות ההוראות אופי כללי ומופשט יותר. ככל שיוזרים בסולם הנורמאטיבי, כך נושאות ההוראות אופי פרטני וקונקרטי (אנגלרד, בספרו הנ"ל, בעמ' 13 ואילך). החוק הרגיל הוא בעל אופי פחות מופשט מאשר חוקה. חקיקת המשנה (תקנות) היא בעלת אופי פחות מופשט מאשר חוק.

ג. חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא דגם של אקט חוקתי טיפוסי: הלשון ההצהרתית של חוק היסוד; נוסחן התמציתי של הוראותיו; רמת ההפשטה בחוק היסוד. חוק היסוד אמנם חסר אחדים מן המאפיינים המזהים שנכללו בחוק היסוד התאום, הוא חוקי-יסוד: תופש העיסוק, אך בכך אין לגרוע מעובדת היות חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו בעל תוכן ומעמד חוקתיים מובהקים: הוא נוגע לזכויות יסוד מוגנות. הוא דן בהגנה על הערכים הבסיסיים ביותר של חברתנו. ערכים אלו הם ערכי כבוד האדם.

ד. הערכים שעליהם חוק היסוד מגן הם ערכים בסיסיים של מדינת ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית".

ה. 55. יש להבחין בין עליונות הירארכית לבין קביעת הכלים למימוש העליונות. העליונות של חוק היסוד על חקיקה רגילה נובעת ממעמדו של חוק זה במידרג הנורמאטיבי; אולם הכוח שלו לבטל חוקי-אחר מתממש בעקבות ההוראות שבו: הוראת ההגבלה (סעיף 8), הוראת שמירת הדינים (סעיף 10) והוראת הכיבוד (סעיף 11). שלוש אלו הן הנדבכים העיקריים שמכוחם עובר עקרון העליונות מן התאוריה להגשמה. כל אלו יש בכוחן להשמיע - במישור הפרשנות האובייקטיבית - כי למרות היעדר הנוקשות הפורמאלית, אין לפנינו הפעם מעשה יצירה חקיקתי הדומה לרוב הוראותיהם של חוקי היסוד האחרים. לפנינו תופעה משפטית חדשה: מסמך משפטי שהוא לא רק בעל עדיפות ועליונות הירארכית במידרג החקיקתי, אלא גם נושא בתוכו כלים אשר על יסודם עוצבו אמות המידה למימוש העליונות.

## כוונת המחוקק

ו. 56. כוונת המחוקק נלמדת מנוסחו של החוק, ובו הביטוי לתכלית שהציבו לעצמם המחוקקים. מרגע צאתו לעולם, בקבלו תוקף של דין, משמש החוק - בתוכנו, במבנהו, בויתו לשיטה, בהקשרו וביחסו לחקיקה אחרת - בבואה נאמנה לכוונת המחוקק. התכלית עולה מן החוק ולא ממקור חיצוני. "החשוב הוא" - כלשונו של השופט זילברג

המנוח - "לא מה המחוקק רצה לומר אלא מה שאמר" (ע"פ 282/61, 297 יחיא ואח' נ' היועץ המשפטי [27], בעמ' 636). עם זאת, יש וניתן להאיר מגמות והתלבטויות על-ידי פנייה לעבודות הכנה או לדיוני הכנסת. אמרתי בהקשר לסוגיה זו בבג"צ 4031/94 ארגון "בצדק" ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח' [28], בעמ' 11-12, כדברים האלה:

א

5. (א) תוכן דיוני הכנסת נותן תמונת רקע על המגמות וההתלבטויות של חברי הבית. כפי שעוד יוזכר, יש לפרש את החוק על-פי נוסחו שנתקבל בכנסת, אולם עבודות ההכנה (Travaux Préparatoires) או הדיונים במוסד המחוקק שקדמו למעשה החקיקה, משמשים לא אחת חומר עזר להבנת יתר של התהליכים והמגמות שהניעו את גלגלי החקיקה (ע"א 486/85 מנהל מס רכוש וקרן פיצויים חיפה נ' החברה החובשית למסחר בע"מ ואח', בעמ' 407; בג"צ 151/82 בר אילן ואח' נ' מנהל מס שבח מקרקעין, נתינה, בעמ' 659).

ב

ג

חקיקה אינה נעשית בחלל ריק (בג"צ 58/68 שליט בשמו ובשם ילדיו נ' שר הפנים ואח', בעמ' 513; א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (נבו, תשנ"ג) 351). היא צומחת ועולה מתוך המציאות המדינית, החברתית או המשפטית או באה לשרת את צורכיהם. הכרת המציאות אשר במסגרתה נעשית החקיקה, חשובה היא לפירושה של החקיקה (ברק, שם; ראה גם בג"צ 547/84 עוף הנמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית המת"שי ואח', בעמ' 143). ודוק, בפנותנו להיסטוריה החקיקתית, לרבות לדיונים בשלבי הכנת החוקים, איננו נזווגים מפרשנותו האישית של חבר-כנסת זה או אחר לביטוי פלוני המופיע בחוק; התבטאויותיו הפומביות של חבר הכנסת אינן באות במקום פעולת הפרשנות של בית המשפט, הנשענת על נוסח החוק ומטרתו. העיון בדבריו של חבר-כנסת יכול להאיר את התכלית הכללית של החקיקה, אך פחות מכך את המובן של החוק כפי שנתקבל עם תום הליכי החקיקה (ראה גם בג"צ 142/89, 172 תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', בעמ' 544).

ד

ה

ו

הפרשנות המוסמכת איננה טמונה בדבריהם של חברי הכנסת אלא בדברו של בית המשפט, ונשענת בראש ובראשונה על הנוסח של החוק כפי שנתקבל בכנסת עם תום הדיונים והליכי החקיקה (ד"ר 36/84 י" טייכנר ואח' נ' אייר-פרנס נתיבי אוויר צרפתיים, בעמ' 619).

על-כן אמרנו:

ז

"ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה, היא בידי בית המשפט ... (בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, בעמ' 141 מול אות השוליים ה)".



57. ההיסטוריה החקיקתית היא חשובה. דא עקא, ש"מהבררים שנאמרו (במקרה דנן - מ' ש') בכנסת קשה להסיק מסקנות לעניין הלך מחשבה, הסכמה או אחדות-דעים בסוגיית המעמד הנורמטיבי של חוק-היסוד... (קרפ, במאמרה הנ"ל, בעמ' 365). ברור לחלוטין כי ניסוחו של חוק היסוד הוא פרי של פשרה. אחד מאדריכלי חוק היסוד הוא יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט, ח"כ א' לין. הוא מציין כי "החוק הזה הוכן מתוך הבנה שעלינו ליצור הסכמה רחבה של כל סיעות הבית" (ד"כ 125 (תשנ"ב) 3782). מסר הפשרה עובר כחוט השני בכל הדיונים בכנסת - "היו פה ויתורים מפליגים לעומת כל חוקה המקובלת בעולם, (ו)כי רצינו להגיע לאותה הסכמה כללית שאכן הגענו אליה" (שם, בעמ' 3783). במהלך הקריאה הראשונה הצביעו חברי-כנסת על מעמדו של חוק היסוד כשל חוקה, ודוק: תפיסה זו נשענה על הוראת הנוקשות אשר הופיעה בהצעת החוק - ונשמטה בסופו של דבר מחוק היסוד כפי שנתקבל. אומר חבר הכנסת א' העצני - "אנחנו בעצם מתחילים מהלך של חוקה כתובה. זה לא דבר פשוט, וצריך לדעת מה אנחנו עושים פה" (ד"כ 124 (תשנ"ב) 1528). שר המשפטים, דן מרידור, עמד במהלך הקריאה הראשונה על כך שהצעת חוק היסוד "קובעת הגנה מפני שרירות של חוק, שהתקבל והוא סותר ופוגע בזכויות האדם... (שם, בעמ' 1531). עיקר הדיון היה בעת הקריאה השנייה. הזכרתי כבר כי יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט פותח את דבריו ומציין כי חוק היסוד הוכן במשך ישיבות רבות בוועדת החוקה - "ואני מרגיש הפעם: בוועדת החוקה, זאת אומרת ועדת החוקה, חוק ומשפט בתוקף היותה ועדת החוקה של כנסת ישראל" (ד"כ 125, בעמ' 3782). לכאורה, דברים חריגים מעיינים. דא עקא, שבהמשך מצהיר יושב-ראש הוועדה כי -

"אנחנו לא מעבירים את המשקל לבית-המשפט העליון. אנחנו לא עושים כפי שהוצע בחוק-יסוד: החקיקה או בחוק-יסוד: זכויות האדם, שהוגשו בזמנם. אין מוקם בית משפט לחוקה, ואין מוקם בית משפט שמקבל כוח לבטל חוקים" (שם, בעמ' 3783).

חברי הכנסת איתן והעצני מקשים על יושב-ראש ועדת החוקה באשר לאורגן הקובע את תאימות החקיקה הרגילה לחוק היסוד (סעיף 8 לחוק היסוד). יושב-ראש הוועדה משיב - "המחוקק קובע ובית-המשפט קובע" (שם). אך מיד הוא מוסיף - "זוהי המערכת הקיימת היום ואין לך אחרת" - "גם היום בית משפט יכול לפרש חוקים" (שם). לשאלת חבר הכנסת איתן באשר לפסילת חוקים משיב יושב-ראש ועדת החוקה:

"אין צורך לפסול חוקים. לא פוסלים חוק. החוק צריך להיעשות לתכלית ראויה, לא סתם חוק שרירותי" (שם).

השאלה חוזרת למקומה: מה דינו של "חוק שרירותי?". חבר הכנסת לין סיכם דעתו

כי -

א "הכוח לא הועבר למערכת בתי המשפט. הכוח נשאר בבית הזה. ואם הלילה יסתבר מהניסיון עם החוק הזה שאנחנו טעינו, והפרשנות הניתנת לחוק אינה על-פי כוונתו האמיתית של המחוקק, יש בידי הכנסת לשנות את החוק" (שס, בעמ' 3788).

ב שר המשפטים, הן מרידור, נקט עמדה שונה, וממנה עולה במפורש העליונות הנורמטיבית של חוק היסוד - "סמכותה של הכנסת לחוקק איננה בלתי מוגבלת משום שבכל משטר דמוקרטי יש גבול למה שמותר לרוב לעשות" (שס, בעמ' 3788). ההצעה - קובע שר המשפטים - "חשובה מאוד מפני שהיא קובעת איוון בין הרשויות בישראל, והיא קובעת בהחלט תחום או גבול שמעבר לו אין לפגוע בזכויות האדם" (שס).

ג עולה מן הדברים הנ"ל כי חוק היסוד כוון להיות פשרה. מה שיש בו אינו משקף את האופטימים שיכול היה להיות בו. הוא כוון להיות אקט מתוך יותר מהצעת חוקי-יסוד: החקיקה. מכאן מדוע לא נתקבלה הוראת הנוקשות בכנסת.

ד 58. בעקבות ההערות שהושמעו בעת הדיון בכנסת אוסיף, כי אך מובן הוא שיצירת חוקה איננה שוות משמעות תאורטית להעברת כוח הפיקוח השיפוטי לבית המשפט העליון דווקא. אולם ברור כי הוראה בדבר מידרג נורמטיבי המאפשר מתן החלטה בדבר היעדר תוקפו של חוק, יוצרת מיניה וביה סמכות לבית המשפט. הגורם השיפוטי הוא כלי חשוב לקיומה הלכה למעשה של החוקה כדי שלא תישאר בגדר מסמך מדיני הצהרתי גרידא, או כדי שהפיקוח על החוקתיות לא יהיה רק פיקוח עצמי של הכנסת (autocontrôle, כתיאורו של פרופ' גיקוליץ ב" L. Favoreu & J. A. Jolowicz, Le Controle (Jurisdictionnel des Lois (Paris & Aix-en-Provence, 1986); לאור הוראותיו של חוקי-יסוד: השפיטה ובהיעדר כל הוראה אחרת, אין גורם אחר - פרט לבית המשפט (הכללי או המיוחד) - היכול להכריע בחוקיות החוק, היינו, בהתאמתו לנורמות ולתנאים שנקבעו בחוק היסוד. בפרשת פלאטו שרון [2], בעמ' 141, אמרתי:

ה "כל אחת מרשויות השלטון נדרשת, לעתים מזומנות, לפרשנותו של דבר חוק, כי הפעלתו של חוק חרות כרוכה תדירות - ולהלכה תמיד - בקביעת עמדה כלפי מהותו ותוכנו. אולם ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת, נתונה היא בידי בית המשפט, ולגבי סוגיות, המובאות לבחינה בתוך מערכת המשפט, היא בידי הערכאה השיפוטית העליונה".

ז בית המשפט העליון הוא הפרשן המוסמך לנוסחו של חוק, כמצבו בכל עת נתונה.

ח חקיקת חוקה פירושה מסירת כוח לחברה, לערכיה ולעקרונותיה. בית המשפט העליון במשטר חוקתי הוא כלי לכפיית רצון המחוקק, שהוא הנציג הנבחר של העם, על כל אלה

המוסיפים לחוקק חיקוקים או לבצע אקטים שלטוניים, לרבות המחוקק הראשי עצמו.

השוני בין המחוקק הראשי לבין יתר הגורמים הוא אך בכך שהמחוקק הראשי גם מוסמך לקבוע דרכים להסרת הכבלים שבהם כבל את עצמו. בית המשפט אינו מציב לפני המחוקק אלא לוח שעליו חרוטים דברי המחוקק עצמו, בלוויית פרשנותם המוסמכת; מתפקידו ומסמכותו של בית המשפט לציין מה נמצא בתחום המותר ומה אסור מעיקרו. כרשות השופטת, בית המשפט הוא הפרשן הנאמן והמוסמך של דבר המחוקק.

בעשותו כן, בית המשפט אינו מכפיף את החקיקה לערכים ולעקרונות נפרדים משלו; שהרי אין ערכיו ועקרונותיו של בית המשפט אלא אלו המבטאים את תפיסתה של המדינה והחברה. אלו בעיקרם הערכים כפי שגובשו על-ידי המחוקק עצמו או כפי שגובשו בדין מאז קום המדינה במגילת העצמאות ומכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט. בית המשפט מכפיף את החקיקה לערכיה ולעקרונותיה של החוקה, זו שכבר נכתבה וזו שהיא חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו, מעיקרו של דבר. בית המשפט הוא הכלי העיקרי להבטחת קיומה וכיבודה של החוקה.

59. הצעת חוק ייסוד: כבוד האדם וחירותו פותחת בדברי ההסבר ומציינת, בעמ' 60, כי "הצעת חוק זו נועדה להגן באורח חוקתי על זכותו הבסיסית של האדם לחיים, לחירות, לשלמות בגופו ולשמירת כבודו" (ההדגשה שלי - מ' ש.). אני יוצא מתוך ההנחה כי חברי הכנסת עמדו על מלוא משמעותם של דברי ההסבר ושל חוק היסוד עצמו. אכן, כמקובל, מבחינה פרוצדורלית - קבלת חוק היסוד נעשתה בהתאם לתקנון הרגיל של הכנסת. חוק היסוד עבר ללא הצבעת רוב של חברי הכנסת, אלא רק ברוב של המשתתפים בהצבעה. לא קדם לכך דיון ציבורי. בכך גבול חוק היסוד מחוקקות אחרות. רוב החוקות באו לעולם עם כינונה של המדינה או בהליך ציבורי ופומבי לאחר דיון רעיוני מעמיק. חוקה מועברת ברגעים של "הארה חוקתית". חוקה מועברת, בדרך כלל, לאחר מאורע בעל חשיבות היסטורית (עצמאות וריבונות; מהפכה; שינוי מדיני).

מקצתם של חברי הכנסת ביקשו להעניק לחוק היסוד מעמד חוקתי פורמאלי (כמו יוזם חוק היסוד, חבר הכנסת אמנון רובינשטיין, ושר המשפטים דאז, דן מרידור); מקצתם ייתכן שלא עמדו - באותה עת - על מלוא ההשלכות המשפטיות של חוק היסוד, העולות מניה וביה מן האמור בו. לעולם לא ניתן לקבוע מיקבץ רצונותיהם האינדיווידואליים של חברי הכנסת כדי לעצב מהם את הרצון הקולקטיבי של המחוקק; בפועל יש בדמוקרטיה תמיד מיגוון של רצונות סובייקטיביים. רבות מחשבות בלב איש. תכלית סובייקטיבית כלשהי אינה מבטלת את המסקנה בדבר התכלית החוקתית האובייקטיבית העולה מזוון היסוד, מתוכו ובו, כמבואר לעיל.

שילוב חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו במעך החוקתי

א 60. זכויות היסוד של האדם בישראל עוגנו בפסיקתו של בית המשפט העליון משחר ימיה של מדינת ישראל, והדברים ידועים. המצב הרגיל הינו כי המחוקק מניע את גלגלי החקיקה תוך שהוא רואה לנגד עיניו מטרה חברתית מסוימת. חוקה זו מבססת את עליונותו של חוק היסוד, גם כאשר הוא מבקש רק להעניק גושפנקא חקיקתית למציאות נורמטיבית. השינוי המושג באמצעות חוק היסוד הוא הוספת נדבך להגנה על זכויות האדם במדינת ישראל. זו ההגנה מפני חקיקה. זכויות האדם מוכרות אצלנו מאז קום המדינה לפני חוק היסוד. הן זכו לפרשנות רחבה לפני חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו. הגנתן הביאה לפסילת חקיקת משנה ומעשי מינהל ללא חוק היסוד. לפני חוק היסוד – הגנתן לא הביאה, ככלל, לפסילת חקיקה ראשית. זו אפשרות חדשה שהיא תרומתו של חוק היסוד. אם הוצאת ממנו תרומה זו – רוקנת אותו מערכו המוסף ביחס למצב שקדם לחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו. הווי אומר, על אתר תעלה השאלה מה קבע חוק היסוד שלא היה קיים לפניו ובלעדיו.

ב 61. הכרה בעליונות הנורמטיבית של חוק היסוד מתיישבת עם השתייכותה של מדינת ישראל למדינות החופשיות בעולמנו. המדינות החופשיות בעולמנו – רובן המכריע ביותר – הן בעלות מערך חוקתי, היינו: בעלות מסכת נורמטיבית עליונה המסדירה את אושיות המשטר ואת זכויות היסוד של האזרח. אפילו בריטניה נתונה עתה למערכת פיקוח חוקתי במסגרת האירופית.

ג השתייכות מדינת ישראל למשפחה זו של אומות מצטרפת אל המסקנה כי המחוקק שלנו ביקש לממש הפעם מתן עדיפות לחוק היסוד.

ד 62. נקודה חשובה ביותר בפרשנותו ובהבנתו של חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו, היא ראייתו לאורו של חוקי־יסוד: חופש העיסוק. תפיסה זו מעוגנת בראיית שני חוקי היסוד כמקשה אחת. טכנית לפנינו שני דברי חקיקה. מבחינה מהותית לפנינו מעשה אחד. לכן יש להתייחס אל שני מעשי החקיקה הללו כאל תאומים חקוקים. סעיף הנוקשות (סעיף 7) בחוקי־יסוד: חופש העיסוק מעניק לזכויות המוגנות בחוק היסוד האמור מעמד יציב ומוגן היטב. חוקי־יסוד: חופש העיסוק הוא אקט חוקתי נקי. קשה להבין את ההיגיון בהיעדרה של הוראה כדוגמת סעיף 7 הנ"ל בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו. השאיפה להרמוניה חקיקתית וחוקתית מהווה יסוד מוסד בתפיסתנו המשפטית. רעיון זה שובה את הלב. ראוי שתהיה הרמוניה חוקתית ראויה בין שני חוקי היסוד הנ"ל. שני אקטים אלו אינם אלא שני ענפים היוצאים מאותו גזע ממש. עקרונות היסוד שלהם זהים; מטרתם זהה; ניסוחם כמעט זהה; תחולתם זהה; מהותם זהה. על רקע זה, הכללת סעיפים 4 ו-7 בחוקי־יסוד: חופש העיסוק היא הגיונית. היא מאפשרת פגיעה מרוסנת, זמנית ומוגבלת בזכות מוגנת ללא צורך בנקיטת הצעד של שינוי חוק היסוד עצמו.

שינוי תכופ ותדיר של חוקי יסוד הוא תופעה בלתי רצויה. מדינה מתוקנת איננה מתקנת את המסגרות הנורמאטיביות העקרוניות שלה חדשות לבקרים. אפשרות זו מעניקה את מרחב הנשימה הראוי לכנסת.

א

בחוק היסוד שלפנינו אין הוראה כדוגמת סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק הדין בחוק חורג. מכאן כי אין לחוקק חוק הפוגע בזכויות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שאינו עונה לתנאים ולסייגים אשר בסעיף 8 של חוק היסוד, אלא בדרך שינוי של חוק היסוד. חוק יסוד משנים על-ידי חוק יסוד.

ב

מעמדו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - טיכום

63. העיון המפורט כמובא לעיל מעלה, כי מבחינת מבנהו וסממניו מכיל חוק היסוד בשמו, בתוכנו ובצורתו קבוצת סימני היכר, המקנים לו מעמד חוקתי מיוחד בהשוואה לחוקי היסוד המוסדיים. אך מובן שאין כל בסיס לתיזה אשר גורסת כי אין לחוק היסוד כל שיוך לרובד הנורמאטיבי העליון, מאחר שנעדרים ממנו הסממנים הנוספים של הצהרה על עליונות או שריון. זה גם מה שעולה בעקבות מתן הדעת לתכלית החקיקתית במובנה המשפטי המקובל (היינו מה שעולה מנוסחו ותכליתו של החוק, להבדיל מן המניעים הסובייקטיביים של חבר זה או אחר של הרשות המחוקקת).

ג

ד

ציינתי כי קביעת מעמדו של חוק היסוד לעומת חקיקה אחרת מן הראוי שתיעשה תוך מתן משקל כנדרש לתכלית החקיקתית. הזכרתי את התכלית החקיקתית שגובשה על-ידי המחוקק: "הציבור ובתי-המשפט חייבים באמנות ל'כוונת המחוקק' כמו שהועלתה על ספר החוקים, וכוונה שאין אתה מוצאה מובעת בחיקוק גופו אינו חוק" (כג"צ 131/65 סביצקי ואח' נ' שר האוצר ואח' [29], בעמ' 378). הפרשנות לפי תכלית החוק נעשית תוך נאמנות לכוונת המחוקק. אכן, אין אנו רשאים להעניק לחוקה מעמד של עליונות נורמאטיבית מושלמת ללא עיגון הדבר ברצון הכנסת. אולם הוא הדין לגבי היפוכו של דבר: אין אנו רשאים לרוקן חוקה ממעמדה במידרג הנורמאטיבי כי הדבר נוגד את רצונה של הכנסת, כהשתקפותו בחוק היסוד, בנוסחו ובתוכנו. נאמנותנו לדברה של הכנסת מחייבת אותנו, בין שאנו סבורים כי החוק טוב ובין שאנו סבורים כי החוק רע. זהו ההיבט האמפתי של השפיטה (לבונטין, במאמרו הנ"ל, בעמ' 290).

ה

ו

לפנינו נדבך של המערכת החוקתית הישראלית, ששיוכו למידרג הנורמאטיבי החוקתי בא לביטוי מוחשי בהגבלה שהוא מטיל על חקיקה אחרת.

שינוי חוק יסוד: טיכום

ז

64. (א) הגיעה העת לסכם את דעתנו הן באשר לדרכי החקיקה החוקתית בדרך כלל והן בקשר לדרכי השינוי על-פי דין של שני חוקי היסוד הדנים בזכויות אדם או בקשר לפגיעה בהוראותיהם.

(ב) בנושא שינויה של זכות יסוד הכלולה בחוק יסוד יש שני היבטים: ההיבט המהותי-עיוני וההיבט החוקתי צורני. אין ספק שההיבט המהותי משליך גם על ההיבט החוקתי-צורני ושניהם שלובים זה בזה. בעניין ההיבט המהותי אמרתי בפרשת מיטרני [7], בעמ' 355 מזל אות השוליים ג:

א

"קביעת דרכים מוגדרות ומיוחדות לשינויה של זכות יסוד היא במידה רבה האמצעי העיקרי, המבטיח, שהנושא ייבחן כיאות מבחינה מהותית: הגבלה של הזכות אינה צריכה להיות מונהגת אלא אחרי עיון ודיון זהירים, כי קיצוץ בהיקפה של הזכות יכול להוליך, כפועל יוצא, לעיוות אופיו של המשטר החברתי או המדיני, במידה זו או אחרת. הרי אמרנו, כי מקומה של זכות יסוד במערכת משפטית נתונה היא בבואה למידת קיומו של שלטון החוק המהותי, והשינוי בהיקפה של הזכות משליך בהכרח גם על המשך קיומו של שלטון החוק. מכאן עולה החשיבות של קביעת דרכים חקיקתיות מוגדרות, אשר רק באמצעותן ניתן לשנות מתחולתה ומהיקפה של זכות היסוד."

ב

ג

מכאן לכללים החוקתיים: נקודת המוצא היא כי יש בחקיקה מידרג נורמטיבי. המידרג בנוי משלושה שלבים עיקריים, לפי סדרם על-פי חשיבותם בסולם הערכים החקיקתי: חקיקת משנה, חקיקה ראשית רגילה, חקיקה ראשית חוקתית (קרי, חוקה או חוקי יסוד). שינויים בחקיקה, מבחינת תוכנה וצורתה, ניתן לקיים רק על-ידי פעולה חקיקתית באותו מידרג נורמטיבי או בגבוה ממנו. משמע, אין משנים חוק יסוד על-ידי חקיקתו של חוק רגיל, אין משנים חקיקה ראשית רגילה אלא על-ידי חקיקה ראשית רגילה או על-ידי חוק יסוד (שהוא כאמור בשלב גבוה יותר במידרג החוקתי הנורמטיבי). "שינוי" לעניין זה כולל ביטול, תיקון, הוספה או גריעה.

ד

ה

(ג) שינוי מתייחס בדרך כלל במישרין להוראה אשר אותה משנים. אולם יכול שתחוקק בחוק יסוד הוראה, הסותרת חוק יסוד קיים או פוגעת בו ואינה לובשת לבוש של תיקון ישיר לחוק היסוד הקיים (כגון הוראה בחוק יסוד אחר הקובעת שינויים בשיטת הבחירות לכנסת, בלי ליצור התאמות ניסוחיות בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת). אמנם עדיפה אמירה מפורשת כי ההוראה החדשה הסותרת משנה את ההוראה הקיימת, אולם אין לראות בכך חובה שבדין, שהרי פתרונה של סתירה כאמור יכול לבוא, ממילא וכמקובל, בדרך הפרשנות המשפטית: יהיה זה, למשל, על-ידי אימוץ הכלל המנחה שלפיו חקיקה מאוחרת עדיפה על קודמת ומיוחדת עדיפה על כללית, יהיה זה לפי הכללים הדנים בביטול מכללא או יהיה זה בדרך פרשנית אחרת הבאה לדון בשאלה אם החדש מתיישב עם הישן, ואם לאו - מה המסקנה העולה מכך. האמור כאן בקשר לשינוי חל על פגיעה של הוראה אשר בחוק יסוד אחד, בהוראה הכלולה בחוק יסוד אחר. אין מניעה חוקית להיווצרותן של נסיבות של פגיעה, ופתרונה של שאלה כגון זו יבוא בדרכי הפרשנות המקובלות כמוזכר לעיל.

ו

ז

(ד) אין צורך ברוב מיוחד של קולות חברי הכנסת כדי לשנות חוק יסוד, אלא אם הדבר נקבע מפורשות, כתנאי, בחוק היסוד אשר אותו מתקנים או בחוק יסוד אחר המביא הוראות כלליות בעניין שינויים של חוקי יסוד (כדוגמת חוק יסוד: החקיקה שהצעה לחוקקו עומדת עתה על הפרק). סייגים על דרכי שינויו של חוק יסוד יכולים לקום רק מכוח חקיקה בחוק יסוד.

א

עד כאן באשר לזיקות בין חוק יסוד למשנהו. מכאן לשאלת היחס בין חוק רגיל לחוק יסוד.

ב

פגיעה של חוק רגיל בחוק יסוד - סיכום

65. (א) הבהרנו כי אימוץ תורת המידרג הנורמאטיבי גוררת אתריה את המסקנה כי לא ניתן לשנות חוק יסוד על-ידי חקיקה ראשית רגילה, היינו על-ידי חוק רגיל, אלא רק על-ידי חוק יסוד. האם ניתן לפגוע בהוראותיו של חוק יסוד על-ידי חקיקה ראשית רגילה?

ג

(ב) פגיעה בחוק יסוד יכול שתהיה תולדה עקיפה של נוסחו של חוק היסוד, ובעיקר של אופיו המופשט המתבטא באמירות כלליות וסוחפות, הטעונות לא אחת התאמה והתחשבות בחיי המעש היומיומיים ובצורכיהם המוחשיים של הכלל ושל הפרט. ניטול את דוגמת המעצר: כל מעצר נוגד את הוראתו החדה וההחלטית של סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפיו -

ד

"אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת".

ה

משמעות הדברים היא ברורה - אין מעצר. האם יכולה מסגרת מדינית מאורגנת להתקיים ללא מעצר בנסיבות מסוימות, ויהיו אלה המועטות והמצומצמות ביותר? התשובה לכך היא שלילית. דרושה הוראת חוק המאפשרת מעצר. אולם הוראה המאפשרת מעצר, שאינה מעוצבת בצורת חוק יסוד, פוגעת בהוראתו של חוק היסוד הנ"ל. היא פוגעת בזכות היסוד שהוגדרה בסעיף 5 לחוק היסוד. הדרך ליישב בין הוראתו הכללית והגורפת של חוק היסוד לבין צורכי המדינה והחברה, היא התרת פגיעה בעיקרון המובא בחוק היסוד, בנסיבות מוגדרות ומתונות.

ו

(ג) מן האמור לעיל עולה כי על-אף קיומן של זכויות יסוד, ובייחוד כאשר מדובר בזכויות המוגדרות ברחבות, מן ההכרח לשמר את האפשרות לחוקק, במקרים מוגדרים, תוך סטייה מן הכלל הגדול שביטוי בהגדרתה של זכות היסוד בחוק יסוד. סטייה כאמור היא בגדר פגיעה בזכות שהוגדרה בחוק היסוד. מן הראוי להבטיח כי הפגיעה בחוק יסוד, שתיחשב לחוקית ומותרת, תהיה מבוקרת ותפגע אך במידה מותחמת בעיקרון הגדול של הגנת זכות היסוד שמצא ביטוי בחוק היסוד.

ז

א (ד) פתיחת הפתח לסטייה מן ההגנה השלמה והבלתי מסויגת הנובעת מהכללתה של זכות יסוד בחוק יסוד, יכול שתלבש צורות מצורות שונות. פגיעה בזכות יסוד תיתכן רק מכוח חוק (ראה פרשת מיטרני [7], בעמ' 360 מול אות השוליים א). יש חוקות היוצרות מעיקרן זכות יסוד כאשר לצדה ובצמוד להגדרתה שבחוק היסוד גם ההוראה שלפיה יכול חוק לקבוע אחרת. כך צוין למשל בסעיף 49 להצעת חוק יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם כי "כל אדם זכאי להתקשר בחושים; אין מגבילים זכות זו אלא בחוק" (ההדגשה שלי - מ' ש"א, משמע, כל חוק יכול לשנות או להגביל היקפה של זכות היסוד).

ב יש המבקרים את השיטה המתוארת, הבלתי מסויגת כדבעי, דהיינו הצמדתה לזכות יסוד של הוראה, שלפיה יכול כל חוק לקבוע הוראה אחרת (ראו: ד"ר פ' להב וד"ר ד' קרצמר, "מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?" משפטים ז (תשל"ז-ל"ז), 154; תשובת ד"ר ש' שילה, "על הזכויות 'האבסולוטיות' בהצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח", שס, בעמ' 539 ותשובת הכותבים "מי מפקח מזכויות 'אבסולוטיות'? - תשובה לד"ר שילה", שס, בעמ' 541).

ג (ה) שיטה אחרת - ואינני בא כאן למצות את החלופות - קובעת קווים מנחים מפורטים בדבר מהותה של הוראת החוק אשר בה ומכוחה יכולה להיות פגיעה בזכות יסוד הכלולה בחוק יסוד, שתהיה חוקתית על-אף פגיעתה בזכות היסוד. דוגמה לכך הוא סעיף 8 לחוק היסוד הקובע כי:

ד "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

ה הוראה זהה מובאת בחוק יסוד: חופש העיסוק, בסעיף 4 שבו. הווי אומר, לא די בכך שהפגיעה בזכות יסוד תיעשה בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בו, אלא תנאי מהותי נוסף הוא כי החוק יענה מבחינת תוכנו לתנאים הנוספים שפורטו בסעיפים 8 או 4 הנ"ל, לפי העניין.

ו (ז) חוק יסוד: חופש העיסוק הוסיף מערכת נסיבות נוספות שבה יוכל חוק רגיל לפגוע בזכות יסוד ועדיין להיחשב לחוקתי. סעיף 8 לחוק יסוד: חופש העיסוק, שכותרתו "תוקפו של חוק חורג", קובע לאמור:

ז "הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו



במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר".

א

שתי ההוראות - אלו שבסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ובסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שתוכנן זהה, וזו שבסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק (שאינן כדוגמתו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), הן הוראות המתירות פגיעה בזכות יסוד. האחת (סעיפים 4 ו-8 הוהים הנ"ל, לפי העניין) קובעת תנאים מהותיים להתרת הפגיעה. השנייה (סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק) קובעת תנאים של צורה ושל משך תוקפו של חוק חורג.

ב

(ז) פגיעה בזכות יסוד שהוגדרה בחוק יסוד אפשרית אפוא בהתאם לתנאים שנכללו בחוק היסוד ובכפיפות להם.

ג

האם תיתכן פגיעה בדרך שלא הותוותה מראש בחוק יסוד? במילים אחרות, האם יכול חוק רגיל לפגוע בזכות יסוד שהוגדרה בחוק יסוד בלי לענות לתנאים שפורטו, למשל, בסעיפים 4 ו-8 לעיל, לפי העניין, או בסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, אשר כולם דנים בפגיעה בזכויות שבחוק יסוד? המענה לכך הוא שלילי, ונסביר דברינו.

ד

המענה לשאלה זו עולה מדברינו הנ"ל בדבר המידרג הנורמטיבי, והוא אף מתבקש מגיה וביה - במשתמע - מן החקיקה מתשנ"ד. כאשר הכנסת ביקשה להוסיף הוראת חוק המאפשרת סטייה מהוראותיו של חוק-יסוד: חופש העיסוק, וסטייה כאמור היא מעל ומעבר למה שמותר לפי ההוראות הקיימות של חוק היסוד האמור, היא סברה שעליה לתקן את חוק-יסוד: חופש העיסוק ולהוסיף בו, באמצעות חוק יסוד חדש, הוראה נוספת שתאפשר סטייה מן ההוראות שנכללו בחוק היסוד בנוסחו הראשון מתשנ"ב. קרי, תיקון לחוק היסוד אפשרי רק על-ידי חוק יסוד וסטייה מהוראה בחוק יסוד מחייבת קיומה של הוראה בחוק היסוד המאפשרת זאת. על-כן בתשנ"ד הוסיפה הכנסת את סעיף 8 הנ"ל לחוק-יסוד: חופש העיסוק. הכנסת התוותה את הדרך הנוספת הבלעדית שבה ניתן להתיר פגיעה בזכות יסוד הכלולה בחוק יסוד, מעבר לאמור בסעיפים הדנים בפגיעה כאמור והכלולים כבר בחוקי היסוד. אולם הא ותו לא. הכנסת אינה משוללת סמכות לשנות את חוקי היסוד, להוסיף עליהם או לגרוע מהם או, כפי שראינו, אף לקבוע הוראה (כדוגמת הפיסקה המכונה בעגה המשפטית "Notwithstanding Clause" שבחוקה הקנדית), שלפיה ניתן לפגוע בזכות יסוד אף ללא קיום של הדרישות שבסעיפים 4 ו-8, לפי העניין, שבשני חוקי היסוד. אולם חקיקה זו היא בגדר שינוי של חוק היסוד והיא מחייבת חקיקה של הוראת הסמכה בחוק היסוד. הוראת הסמכה כאמור יכול שתהיה ייחודית לחוק יסוד מסוים ויכול שתהיה כללית לכל חוקי היסוד, ויכול שתסמיך לחוקק

ה

ו

ז

א חוקים ללא הגבלת מספרם, ובלבד שהם מתקבלים בצורה שנקבעה בהוראת ההסמכה ולתקופה שנקבעה בה (אם נקבעו תנאים כאמור). יכול גם שהתיקון לחוק יסמך את הכנסת לחוקק בנושא נקודתי תוך פגיעה בחוק היסוד. אולם תיקונים לחוק יסוד ייעשו לעולם בחוק יסוד.

ב סיכומו של דבר, הפגיעה בזכות יסוד יכולה לעלות רק מהוראה המסמיכה לחוקק כאמור, המובאת בחוק יסוד, ותוך קיום התנאים שנקבעו על-ידי הכנסת בחוק היסוד. משמע, הרחבת סוגי הפגיעה האפשריים בזכות יסוד שהוגדרה בחוק יסוד, מחייבת שינוי של חוק היסוד, ושינוי חוק יסוד ייעשה רק על-ידי חוק יסוד. אין די בחוק רגיל הפוגע בזכות יסוד מוגנת, שלא בכפיפות לסעיפי ההגבלה, ויהיה זה אף תוך ציון מפורש שהוא עושה כן, אם אין הוראה מפורשת בחוק יסוד המתירה נקיטת דרך זו.

ג (ח) התנאים שנקבעו בסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק מצביעים עד כמה מחמירה הכנסת בקביעת תנאים נוספים לסטייה מזכות יסוד שהוגדרה בחוק יסוד. היא דורשת שם הן רוב מיוחס והן אמירה מפורשת, ואף מגבילה את תוקפו של חוק כאמור לארבע שנים מיום תחילתו.

ד עד כאן בקשר לקווים המנחים הכלליים בדבר שינוי חוק יסוד או פגיעה בו. מכאן לשני חוקי היסוד שאנו דנים בהם כאן.

יישום הכלליים לשני חוקי היסוד

ה 66. (א) חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק הם בגדר חקיקה חוקתית. מדובר בחוקים הנושאים שם של חוק יסוד. הווי אומר, חוקי היסוד הללו מתקשרים ישירות למטלה החוקתית של הכנסת לפי החלטת הררי ומצטרפים בתור שכאלה לכל מערכת חוקי היסוד שנתקבלו בכנסת מני אז. יש לראות בכך השתלבות במבנה החוקתי שלנו, קרי, חקיקה בדרך שהתגבשה במסורת החוקתית שלנו. ניתן ללמוד מכך כי חוקי היסוד הללו מהווים חוליה בשרשרת של אקטים חוקתיים במהלכנו אל עבר גיבוש החוקה השלמה. מבחינת מעמדם הפורמאלי ניתוספו כאן אפוא, אליבא דכולי עלמא, חוקי יסוד, שהם פרקים מבין הפרקים שישתלבו בעתיד, על-פי החלטת הררי, לכדי חוקה שלמה אחת.

ו (ב) חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - להבדיל מחוק-יסוד: חופש העיסוק - אינו משוריין, כמוהו כרוב מניינם של חוקי היסוד ורוב ההוראות שבתוכם. אין בכך כדי לגרוע ממעמדם הפורמאלי והגורמאטיבי של חוקי היסוד בתור שכאלה, שהרי לו היינו

עושים כן - היינו כאילו מתעלמים מפועלה הברור, הגלוי והמוצהר של הכנסת מאז החלטת הררי.

א

(ג) ציינו כבר כי יש לתת את הדעת, בין היתר, לזיווג החוקתי שבין חוק-יסוד: חופש העיסוק לבין חוק היסוד שלפנינו. שניהם הם הניצנים הראשונים של הפיכת זכויות היסוד לנורמות חוקתיות חקוקות. ראינו בכך, אם הדבר דרוש, חזוק למעמד הנורמטיבי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ב

מאידך גיסא, אין גם מקום להתעלם מן השוני המפורש בהוראותיהם של שני חוקי היסוד הנ"ל, בנקודה שהיא רלוואנטית ביותר לבדיקתנו. בעוד האחד, חוק-יסוד: חופש העיסוק, קובע הוראת שריון לעניין שינוי הוראותיו (סעיף 7), וכן בסעיף 8 שבו בנפרד, לעניין הוראות הפוגעות בהוראותיו מעבר לאמור בסעיף 4 שבו - הרי השני נמנע מלעשות כן; זאת בעקבות קבלת הסתייגות בעת ההצבעה בקריאה השנייה בכנסת, שהסירה הוראת שריון שהייתה כלולה בהצעה.

ג

הזיווג המתואר בעת החקיקה הראשונה ובעת התיקון מתשנ"ד שמר אפוא גם על שוני בנקודה מטריאלית לצורך ענייננו. אין בכך כדי לשנות מן הקביעה כי אין משנים חוק יסוד אלא על-ידי חוק יסוד וכי אין פוגעים בהוראותיו אלא מכוח הוראה שבחוק היסוד המתווה דרכים לכך.

ד

(ד) המהות החוקתית המודגשת - מבחינת התוכן של חוק היסוד שלפנינו - באה, בין היתר, לידי ביטוי שיטתי בשרשרת ההוראות, המייחדות את הזיקה בין חוק היסוד לבין אקטים חקיקתיים אחרים והמעניקות מעמד מיוחד לכל ההוראות שנכללו בו. המדובר בסעיפים 8 (פגיעה בזכויות), 10 (שמירת דינים) ו-11 (תחולה) לחוק היסוד. משורת ההוראות הנ"ל שבחוק היסוד (סעיפים 8, 10 ו-11) עולה כי החוק קבע הוראות המשליכות במישרין על דפוסי החקיקה המותרים בעתיד.

ה

(ה) בעצם חקיקתו של חוק היסוד התהווה שינוי של המציאות הנורמטיבית: כפי שצינו כבר, גם לפני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היו החירויות המנויות בו חלק מן המשפט הפוזיטיבי שלנו, אולם לא ניתן היה, לפי החלטותינו עד כה, לקיים פיקוח שיפוטי המעביר חוק (להבדיל מחקיקת משנה או אקטים מינהליים) בשבט הביקורת של הפיקוח השיפוטי, הבוחן את מידת החוקתיות שלו, אלא אם כן הייתה בו הוראת שריון שניתן היה לבדוק את מידת כיבודה הפורמאלי במקרה הקונקרטי שנדון בבית המשפט. בחינת החוקיות או החוקתיות של חוק נעשית מאז פרשת ברגמן [15], בדרך הביקורת השיפוטית. אימוץ שיטה זו במשך שנים רבות, בהודמנויות חוזרות ונשנות, ללא התנגדות, יוצר דפוס פעולה חוקתי מקובל.

ו

ז

(ו) מהי המסקנה העולה מתוכנם של סעיפים 8, 10 ו-11 הנ"ל אשר בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו?

א

סעיף 8 - שאליו התייחסנו לעיל בפרוטרוט - מגביל חקיקה הפוגעת בזכות המוגנת בחוק היסוד. זוהי הוראה מרכזית לעניין מעמדו הנורמאטיבי של חוק היסוד. עולה ממנה, כי חוק שיש בו פגיעה בזכות יסוד מבין אלה המנויות בחוק היסוד דגן, שלא יענה לתנאים הקבועים בסעיף 8, אינו תקף. מסקנה זו מתחזקת לאור האמור בסעיף 10, שלפיו אין בחוק היסוד כדי לפגוע "בתקפו של דין" שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד. משמע, חוק היסוד יכול שיפגע בתוקפו של דין שהוחק אחרי תחילתו של חוק היסוד. בעקבות מה יכול שייפגע תוקפו של חוק? עקב כך שלא יקיים הוראותיו של חוק היסוד. מסקנה זו גם מתחזקת לאור הוראותיו של סעיף 11, שלפיו כל רשויות השלטון, היינו לרבות המחוקקת, חייבות לכבד את הזכויות שלפי חוק זה. כיבוד הזכויות כולל גם את ההימנעות מן הפגיעה בהן, אלא במידה שהותרה לפי סעיף 8.

ב

ג

אם תרצה לומר שחוק כאמור, הפוגע בזכות יסוד, יכול להיות תקף ללא הישענות על הוראת הסמכה חקוקה או על דברו המיוחד של המחוקק, אף אם איננו עונה לדרישות סעיף 8 הנ"ל, הרי כאילו אמרנו שסעיף 8 הנ"ל הוא בגדר קביעה הצהרתית גרידא. במילים אחרות, כאילו קבענו כי סעיף 8 הוא אמירה חסרת כוח מימוש חוקי או שהוא למעשה, ברכה לבטלה. מסקנה זו נוגדת את כוונתה הברורה של הכנסת וסותרת את התכלית החקיקתית הגלויה לכל עין. פרשנות כזו גם נוגדת את הכללים החלים בכגון דא: לפי כללים אלה יש לקיים את תוקפם של דברי המחוקק ולתת להם חיות ואף לנסות וליישב בין הוראות הסותרות זו את זו לכאורה (*ut res magis valeat quam pereat*).

ד

ה

על-כן, יש לראות בסעיף 8 הנ"ל הגבלה אפקטיבית על חקיקה המבקשת לפגוע באותן זכויות היסוד שהובאו בחוק היסוד שלפנינו. הגבלה זו היא בעלת תוצאה חוקית, היינו, יש בה כוח להשליך על תוקפו של דין. סעיף 8 הנ"ל מביא הוראה בתוך חוק יסוד. משמע, סעיף 8 מביא הוראה השייכת לרובד הנורמאטיבי החוקתי. על-כן אין לבטלו או לשנותו אלא בדרך החוקתית הנכונה והמקובלת, היינו על-ידי חוק יסוד.

ו

(ז) לשינויו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא נדרש רוב מיוחס ולא חלה הוראה פרוצדורלית או מהותית אחרת המכתיבה את אופן החקיקה, פרט לכלל בדבר חקיקה במידרג חקיקתי שווה שצוין לעיל.

ז

(ח) האם יכולה הכנסת לחוקק תוך פגיעה בזכות יסוד שנכללה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? התשובה לכך היא חיובית אך מותנית בתנאים, כפי שיפורטו:

(1) הכנסת מוסמכת לחוקק חוק יסוד הפוגע בזכות יסוד: שאלת הפגיעה על-ידי חוק יסוד מאוחר תתברר או בדרכי הפרשנות המקובלות החלות על הפרשנות של שני דברי חקיקה במידרג חקיקתי שווה, או - לחלופין -

א

(2) הכנסת יכולה לחוקק חקיקה רגילה הפוגעת בזכות יסוד, בגבולות ההסמכה בחוק היסוד, המנוסחת בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק או בסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, לפי העניין. חוק היסוד קובע את התנאים לתקפותה של חקיקה רגילה כאמור.

ב

שאלה המושארת בצריך עיון היא מה המידה שבה רשאית הכנסת, בין כאסיפה מכוונת ובין כרשות מחוקקת מונוליטית, לפגוע בזכות יסוד, ויהיה זה אף על-ידי חקיקה בחוק יסוד, ומה היקפה של הביקורת השיפוטית על כך. נשאר זאת בצריך עיון.

ג

חוק היסוד והחוק המתקן

67. החוק המתקן שבו אנו דנים בפסק-דין זה איננו תיקון לחוק היסוד. בחוק היסוד שלפנינו אין גם הוראה כדוגמת סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

ד

משמע, החוק המתקן יהיה תקף רק אם אינו פוגע מעיקרו בזכות יסוד מבין אלו המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. למקרה שהוא פוגע בזכות כאמור הוא יהיה תקף רק אם הוא עונה לדרישות סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על-כן עלינו לבחון עתה, קודם כול, אם יש בחוק המתקן פגיעה בקניינו של אדם. היה ומסקנתנו תהיה שלילית - לא היה מקום למסקנותיהן של הערכאות הראשונות, בשניים מן התיקים, הנדונים כאן במאוחד, ובטענות הערעור בתיק השלישי, אשר את הדיון בו איחדנו עם שתי הבקשות לרשות ערעור, שבו נתבקש כי נצהיר על בטלותו של החוק המתקן. היה ומסקנתנו תהיה חיובית, היינו כי יש בחוק המתקן משום פגיעה בזכות יסוד מוגנת, יהיה עלינו לעבור לשלב הבדיקה הבא שבו ייבחן אם החוק המתקן עומד בתנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק היסוד, היינו אם יש לראותו כתקף ולקיימו, על אף הפגיעה בקניינו של אדם הנובעת ממנו.

ה

ו

שמירה על זכות הקניין - סעיף 3 לחוק היסוד

68. סעיף 3 לחוק היסוד קובע לאמור:

ז

"שמירה על 3. אין פוגעים בקניינו של אדם".  
הקניין

שתיים השאלות העולות בהקשר לסעיף זה: אחת כללית, ועניינה מהי פגיעה בקניין; השנייה ייחודית, והיא האם החוק הספציפי שלפנינו, היינו החוק המתקן, פוגע בזכות הקניין. השאלה מיהו "אדם" לצורכי סעיף 3 הנ"ל אינה מתעוררת במקרה שלפנינו.

א

69. על-כן נפנה לשאלה של הפגיעה בזכות הקניין.

(א) מהו קניין לעניין סעיף 3 הנ"ל? שאלה זו היא קשה לכאורה, כי חוק היסוד, כדרך ניסוחו התמציתית, אינו מביא הגדרה של התיבה "קניין". מושג זה פנים רבות לו, והיה אף מי שהמשיל את המושג "קניין" לקרחון אשר בו גלוי מועט מן הנסתר מן העין או פייה של ההגנה על הרכוש, כאקט המבטיח חירות האדם, הוא שמשלב זכות זו עם הזכות לכבוד האדם, כעיקרון מנחה בתפיסתנו בכלל ובחוק היסוד בפרט: חירות הפעולה בתחום הקניין מבטיחה זכות הכרעה עצמית ומונעת הפיכתו של הפרט לאובייקט גרידא (Muench/Kunig, Grundgesetz, *supra*, at 824). היא באה למנוע שלילת זכויותיו של הפרט לקניין וצמצומן. יש לתת לה משמעות של הגנה אפקטיבית. כהוראה חוקתית יש לפרשה באופן כללי ורחב.

ב

ג

לשם קביעת התחימה הנכונה יש לאזן בין תכליות היסוד:

מחד גיסא, אנו דנים בהוראה חוקתית. היא נועדה להגן על רכוש הפרט, ועל זכותו של הפרט לרכוש. היא בעלת משמעות מבחינת התפיסה החברתית הטמונה ביסודה. הזכות היא אחת מביטוייה של חירות האדם. היא מעין ערובה לקיומה של הזכות לקניין. אופייה של ההגנה על הרכוש, כאקט המבטיח חירות האדם, הוא שמשלב זכות זו עם הזכות לכבוד האדם, כעיקרון מנחה בתפיסתנו בכלל ובחוק היסוד בפרט: חירות הפעולה בתחום הקניין מבטיחה זכות הכרעה עצמית ומונעת הפיכתו של הפרט לאובייקט גרידא (Muench/Kunig, Grundgesetz, *supra*, at 824). היא באה למנוע שלילת זכויותיו של הפרט לקניין וצמצומן. יש לתת לה משמעות של הגנה אפקטיבית. כהוראה חוקתית יש לפרשה באופן כללי ורחב.

ד

ה

על-כן חלה התיבה "קניין", לצורך הנושא שלפנינו, לכאורה, הן על זכות *in rem* והן על זכות *in personam*. לעניין מניעת שלילתה של זכות קניינית של הפרט, אין נפקא מינה אם שוללים זכות בנדל"ן או בזכויות ראויות, אם שוללים זכות חפצית, או אם מפקיעים זכותו של אדם כלפי חייב מוגדר בלבד. כפי שציין חברי הנכבד, השופט חשין, ברע"א 7112/93 צודלר ואח' נ' ש' יוסף ואח' [30], ה"קניין" שבחוק היסוד מתפרש אף על זכויות שאינן זכויות קניין במובן הקלאסי (ראה מחקרו המקיף והמאלף של פרופ' י' ויסמן, "הגנה חוקתית לקניין" הפרקליט מב (תשנ"ה-נ"ו) 258, 267).

ו

ז

הדגש הוא כאמור על התכלית, והיא בעיקרה מניעת שלילתו של מה שיש לאדם; זאת הפגיעה שחוק היסוד מבקש למנוע. על-כן, המונח "קניין" חורג, לצורך ההגנה החוקתית, מן ההגדרה הנוהגת במישורים אחרים של דיני הקניין (ראה פרופ' י' ויסמן, "זכות קניין" בפסיקה: התיאוריה בשירותי הפרקטיקה" עיוני משפט טו (תש"ן) 53). הוא כולל לטעמי גם שלילת זכויות אובליגטוריות.

(ב) מאחר שמדובר בהליכים הראשונים בערכאה זו שעניינם סעיף 3 לחוק היסוד הנ"ל, אוסיף מספר הערות כלליות בעניין הגישה הנוהגת בתחום זה בארצות אחרות. כאשר נוקטים לשון "פגיעה", הכוונה בהקשר זה, בדרך כלל, לתוצאות של הפעולות הכלכליות והמשקיות של המדינה שהן חלק מהותי מקיום צרכיה של המדינה. בתחום זה, קרי פגיעה בקניין, מקובלת, למשל בארצות-הברית, המדיניות המנחה שאומצה בדורות האחרונים בפרשנותם של התיקונים החמישי והארבעה-עשר לחוקה, פרשנות שלפיה ניתן בשלב הביקורת השיפוטית משקל רב למגמה המונחת ביסוד דבריו של המחוקק, ובלבד שיקיים הליך הוגן (due process of law) ושקיים קשר ראציונאלי למטרה החקיקתית. כך מצמצמת הפסיקה האמריקנית, למשל, בדרך כלל, את ההתערבות בחקיקת מס: *The Constitution of the U. S. of America, Analysis and Interpretation*, Prepared by the Congressional Research Service (Washington, 1973) 1170, 1174; M. R. Cohen, "Property and Sovereignty" 13 *Cornell L. Q. Rev.* (1927-28) 8. 24; *Grosjean v. American Press Co.* (1936) [85] לפי הגישה הנוהגת בארצות-הברית אין להפוך את בית המשפט לגורם היושב כמפקח עליון על המדיניות הכלכלית והפיסקאלית אשר ניתן לה ביטוי בחוק חרות. הובעה אף הדעה הקיצונית כי כנושאים לבחינה יש לראות רק "deprivations of property that are arbitrary in the sense that they serve no legitimate governmental, objective or that they are viciously motivated": F. I. Michelman, "Property as a Constitutional Right" 38 *Wash. and Lee L. Rev.* (1981) 1097, 1098.

א

ב

ג

ד

אף הפרשנות החוקתית הגרמנית מסתייגת מהתערבות בדיני מסים, אלא אם כן מתגלית חריגה קיצונית (Uebermaessige (Konfiskatorische) Besteuerung, קרי מיסוי מופרז בעל אופי של הפקעה. ראה דברי Herzog, *supra*, at 839; Muench / Kunig, *supra*, at 282.

ה

אך מובן שההתייחסות לחוקות אחרות וליישומן היא השוואתית בלבד. כל חוקה מבטאת בהגנות על זכויות הנפרסות מכוחה את סולם הערכים החברתי הייחודי שלה ואת התפיסות שהתגבשו בחברתה. למותר להוסיף כי יש גם מכלול של שיקולי מדיניות המתלווה לגיבושה של חוקה. כך החליטו, למשל, בקנדה להימנע מהכללת איסור הפגיעה בקניין במגילת הזכויות.

ו

מנסחי החוקה הקנדית נמנעו, בסופם של דיונים, מהכללתה בחוקה של קביעה מפורשת בדבר הגנת זכות הקניין, כי היה חשש מן התוצאות של הנהגת ביקורת שיפוטית על מהותה של חקיקה כלכלית.

ז

מכלול השיקולים בכגון דא העולים בבתי המשפט, נדונו בספרות המקצועית הזרה. כך דבריו של Allen:

א

"Clearly, an extremely generous view of the constitutional provisions would severely hamper the ability of the legislature to govern. Property cannot extend to every right or interest, even of an economic nature; neither can every act which affects property be considered a deprivation of property. Nevertheless, the courts have generally advocated giving property a wide scope. Those limitations of the guarantees which have arisen are found in the interpretations of 'deprivation' or 'acquisition'" (T. Allen, "Commonwealth Constitutions and the Right Not to Be Deprived of Property" 42 *Int. & Comp. L. Q.* (1993) 523, 527)

ב

(ההדגשות שלי - מ' ש')

ג

N. K. Komesar, "A Job for the Judges: The Judiciary and the Constitution in a Massive and Complex Society" 86 *Mich. L. Rev.* (1987-88) 657, 662

פרופ' Hogg (קנדה) מנסח דעתו באותה רוח:

ד

"The reason that generosity should give way, rather than the stringent standard of justification, concerns the policy-making role of the courts. If the scope of the guaranteed right is wide, and the standard of justification is relaxed, then a large number of *Charter* Challenges will come before the Courts and will fall to be determined under section 1. Since section 1 requires that the policy of the legislation be balanced against the policy of the *Charter*, and since it is difficult to devise meaningful standards to constrain the balancing process, judicial review will become even more *pervasive*, even more *policy-laden*, and even more *unpredictable* than it is now. While some judges will welcome such extensive powers, most judges will be concerned to stem the wasteful floods of litigation, to limit the occasions when they have to review the policy choices of legislative bodies, and to introduce meaningful rules to the process of *Charter* review. These purposes can be accomplished only by restricting the scope of *Charter* rights" (P. W. Hogg, "Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification" 28 *Osgoode Hall L. J.* (1990) 817, 819-820; (ההדגשות שלי - מ' ש').

ה

ו

ז

הפרשנות החוקתית הגרמנית מעירה בקשר להחלטות המחוקק בנושאים כלכליים, סוציאליים וחברתיים:



"In Bezug auf Prognosenentscheidungen des Gesetzgebers belaeast das BVerfG dem Gesetzgeber im wirtschafts-, sozial-und gesellschaftspolit. Bereich einen weiten (Prognose-) Spielraum: 'Die Verfassung billigt dem Gesetzgeber bei der Einschaeztung der fuer die Allgemeinheit drohenden Gefahren einen Beurteilungsspielraum zu; er ueberschreitet ihn nur dann, wenn seine Erwaegungen so offensichtlich fehlsam sind, dass sie vernuenftigerweise keine Grundlage fuer gesetzgeberische Massnahmen abgeben koennen'" (BVerfGE 38, 61)" (Muench/Kunig, *supra*, at 60).

ובתרגום לעברית:

"בהתייחס להכרעות שכוללות הערכת מצב עתידי על-ידי המחוקק, מותר חוק היסוד בידי המחוקק, לגבי התחום הכלכלי, הסוציאלי והחברתי, מרווח (תחום משחק) רחב: 'החוקק מעניקה למחוקק, בכל הנוגע להערכה של סכנה הצפויה לציבור, מרווח-הערכה. הוא (המחוקק) חורג מגבולותיו רק אם השיקולים שלו כה שגויים באופן ברור וגלוי, עד כי אינם יכולים לשמש באופן סביר יסוד (או כתשתית) לנקיטת צעדים חקיקתיים' (פסק-דין בית המשפט החוקתי 38, 61)".

קרי, בית המשפט מתערב אם שיקולי המחוקק, באופן ברור וגלוי, כה שגויים עד שלא ניתן לראות בהם בסיס סביר להתערבות חקיקתית.

עד כאן הדעות במספר ארצות אחרות הקוראות בסוגיה דומה לשלנו לזהירות, לריסון ולשמירה על התחומים שיועדו לביקורת השיפוטית כפועל יוצא מחוקי היסוד.

(ג) בסוגיית המסים ראה אצלנו את הגישות החולקות כביטויין במאמריהם של פרופ' אי יורן, "המהפכה החוקתית במיסוי בישראל" משפטים כג (תשנ"ד) 55, 60, ושל פרופ' י' מ' אדרעי, "מכשולים קונסטיטוציוניים וערכיים בהטלת מס על רווחי הון בבורסה" מיטס (6) (1994) א"א 20.

(ד) שיטת הבחינה שתהיה מקובלת אצלנו היא זו הצועדת, עקב בצד אגודל, לאורך אבני הדרך שהוצבו בסעיפים 3 ו-8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם היישום של הכוחות שהוקנו לבית המשפט, מן הראוי שייעשה תוך הימנעות מהפיכת בית המשפט לגורם המעצב באופן פעיל את המדיניות הכלכלית, הנראית לו נכונה או עדיפה.

בית המשפט אינו מבטל חקיקה כלכלית או אחרת, בשל כך שאינה נכונה, לדעתו, או שקוויה נראים לבית המשפט כבעלי השלכות כלכליות בלתי ראויות. בית המשפט בודק את ההיבט החוקתי, קרי, היבט זכויות האדם כפי שתורגם לתנאיהם של סעיפים 3 ו-8 לחוק היסוד. מקובלת עליי גם התפיסה של פרשני החוקה הגרמנית, ולפיה אין מתערבים אלא אם הגישה שגויה באופן כה ברור וגלוי, עד שלא ניתן לראות בה בסיס סביר להתערבות חקיקתית.

א מרכז הכובד של הכלל הגדול שבסעיף 3 אינו דווקא בהגדרת התיבה "קניין", אלא בחיבור של אובייקט החקיקה עם הפעולה המתייחסת אליו. קרי, עניינה של ההוראה שבסעיף 3 ב"פגיעה בקניין". פגיעה בקניין לצורך העניין שלפנינו הודגמה על-ידי הפניה לאקטים חקיקתיים בעלי השלכות אישיות מהותיות, למשל אלו שמכוחם מופקע רכושו של אדם, ללא פיצויים נאותים, בשרירות או תוך הפרה מהותית אחרת של זכויותיו. אין כוונה לכך שבית המשפט יפעיל את סמכויותיו החוקתיות לגבי הטלת כל אגרה או חובת ביול שאין בהם הכבדה, רק בשל כך שיש בהם כמובן, לפי טבע העניין, חיוב בתשלום כלשהו. אם כל נושא שולי כאמור יועבר לבדיקה לפי סעיף 8, יעסקו בתי המשפט בכל מקרה של שינוי בלתי משמעותי של אחוזי המס בדיונים ארוכים ומייגעים, שבהם תצטרך המדינה להביא ראיות להצדקת המס, ובתי המשפט יהפכו למעשה לנותני חתימת האישור או הביטול של כל אקט פיסקאלי. התפתחות כזאת אינה רצויה.

ג יישום סמכויותיו של בית המשפט מן הראוי שיעשה תוך שמירת האיזון בין עקרון הפרדת הרשויות, מחד גיסא, לבין חובתו של בית המשפט לפקח על החוקתיות, מאידך גיסא. הקניית הסמכות לקיים פיקוח שיפוטי צריכה להיות מופעלת ללא נטייה להחליט בכול, מכל כול. מחד גיסא, דרושה זהירות כדי לא לשחק את גלגלי הכלכלה, ומאידך גיסא, דרושה פתיחות לשוועת הפרט הנפגע. הדבר מחייב מקצועיות ותבונה. הלזו של הביקורת השיפוטית בענייני קניין, טמון בזכויות האדם ולא בעיצוב מחדש של המדיניות הכלכלית.

ה סיכומו של דבר, לטעמי, אין מגמתה של החקיקה החוקתית בתחום הקניין לכך שבית המשפט יהפוך לרביזור העליון של סדרי הכלכלה והמשק ויבחן תבונתה של מדיניות כלכלית. אין כוונה לכך שבמסגרת הפיקוח החוקתי יארגן בית המשפט מחדש את ההסדרים הכלכליים, בצורה הנראית לו צודקת יותר או גבונה יותר.

ו70. מכאן לשאלות העולות בקשר לחוק המתקן שבו אנו דנים. כפי שנטען על-ידי באת הכוח המלומדת של המדינה, החוק המתקן נולד כדי לתקן פגמים וקשיי הפעלה בחוק העיקרי:

ז "פרשנותם של בתי המשפט ונוסחו הלקוי של החוק העיקרי יצרו תהליך מסורבל, לא יעיל, הגורם לכפל דיונים, הוצאות מיותרות, אי וודאות משפטית וכלכלית ודחיית הוצאת 'פסק משקם' סופי וחלוט, שהוא יעדו של החוק העיקרי - הסדרה כוללת ומהירה של חובות הגורם החקלאי".

ח החוק המתקן לא בא, לפי טענת המדינה, אלא להסיר אי-בהירות, כדי לסלק את הקשיים שנוצרו עקב פסיקות סותרות של בתי-משפט שונים וספקות בדבר פרשנות הנכונה של הגדרות שונות שבחוק העיקרי; כמתואר בראשית דברנו, הורחבה בו הגדרת "חוב בסיסי";

שונתה בין היתר הגדרת "חוב"; הובהר כי אין להבחין בין "חוב" ל"חייב"; שונתה הגדרת "חוב כולל" על-ידי הרחבתה והחלתה על חובות ליום כ"ד בטבת תשנ"ב - 31.12.91; הוחק נוסח חדש לסעיף 7 לחוק העיקרי שהבהיר את ההוראות בעניין הפסקת כל הליך לגבי חוב או ערבות.

א

כמובן, אין המדובר רק בהסרת אי-בהירות. עיקרו של דבר אינו בנוסח התיקונים אלא במהותם ובמשמעותם: יש בהם הרחבה - ויהיה זה גם לשם הבהרה אך בעיקר עקב למידת לקחים - של ההסדרים המפסיקים, במיגור החקלאי שהחוק חל עליו, כל הליך לגביית חוב בדרך הרגילה הנוהגת לפי משפטנו. המטרה היא המרת ההליך המשפטי הרגיל בהסדר סטטוטורי הכולל אפשרות של מחיקת חובות. לפי החוק המתקן, זו האחרונה נרחבת יותר מזו שנקבעה בחוק העיקרי. זכותו של נושה יכול שתימחק לחלוטין או בשיעור ניכר.

ב

לעניין זה אין חשיבות לכך שהסדרים דומים נהגו לפני החוק העיקרי או לפני החוק המתקן. הבהרנו שהחוק המתקן עומד על רגליו הוא, לצורך ענייננו, כי הוא הוחק אחרי תחילתו של חוק היסוד. משנקבעה חובה החלטית להעביר למשקם הליך לגבי חוב והתאפשרה מחיקת חובות נרחבת יותר מזו שנהגה עד אותה עת - יש בכך פגיעה בקניין. די לעניין זה שנפנה להוראותיהם של סעיפים 21 ו-22 לחוק העיקרי, כפי שתוקנו על-ידי החוק המתקן.

ג

ד

אמרתי בהקשר זה בתע"א 1759/93 [1], בעמ' 150-151:

"בהפחתת החוב ובפריסתו יש כמובן משום פגיעה בקניין של צד ג' אשר לו חב החקלאי את חובו, והדבר מהווה שינוי של ההסדר שקבעו הצדדים ביניהם מעיקרו. פגיעה זו היא פוסט-חוזית ולכן היא חמורה שבעתיים. לעניין זה חשוב לזכור, כי צד ג' אינו בהכרח בנק או גוף פיננסי אחר (כפי שהתכוונו לקבוע בתחילה כאמור בהצאת החוק 'חוב שמקורו באשראי שניתן לגורם חקלאי מבנק... - מ' ש"א, אלא יכול שיהיה גם אדם פרטי אשר הלווה כספים לאותו גורם חקלאי לצורכי עיסוקו כחקלאי או העניק לו שירות כלשהו, ועתה מפחיתים את סכום החוב אשר לו הוא זכאי: לדוגמה, אדם פרטי אשר ביצע עבודה כלשהי עבור אותו חקלאי או סיפק לו מצרכים, כגון הובלה או הספקת זרעים, שנעשתה לצורך פעילותו החקלאית של החייב - יקבל רק חלק מן התמורה".

ה

ו

פסק הדין שלי היה בגדר דעת מיעוט; אולם זאת לא ככל שהדבר נוגע לאיפיונו הנ"ל של החוק העיקרי, או של כל הוראה דומה המתקנת אותו ומרחיבה אותו. ראה בהקשר זה גם [86] (1935) *Louisville Bank v. Radford* (להלן - פרשת [86] *Radford*) והשווה [87] (1937) *Wright v. Vinton Branch*, שם נאמר בעמ' 456-457, מפיו של השופט Brandeis, שסיכם את פרשת [86] *Radford* (אשר גם בה הוא פסק):

ז

א

"The decision in the *Radford* case did not question the power of Congress to offer to distressed farmers the aid of a means of rehabilitation under the bankruptcy clause. The original Frazier-Lemke Act was there held invalid solely on the ground that the bankruptcy power of Congress, like its other great powers, is subject to the Fifth Amendment; and that, as applied to mortgages given before its enactment, the statute violated that Amendment, since it effected a substantial impairment of the mortgagee's security. The opinion enumerates five important substantive rights in specific property which had been taken. It was not held that the deprivation of any one of these rights would have rendered the Act invalid, but that the effect of the statute in its entirety was to *deprive the mortgagee of his property without due process of law*" ('מ' מ' ש') (ההדגשה שלי - 'מ' מ' ש').

ב

ג

אופיו של החוק המתקן כחוק דומה לדיני פשיטת-רגל אינו גורע מן המסקנה המובאת לעיל. דיני פשיטת הרגל הקיימים מוגנים על-ידי סעיף 10 לחוק היסוד. אופיים כהוראות המאפשרות מחיקת חובות, קדי פגיעה בזכות קניין, הוא שהיה נבחן לו הוחקו אחרי תחילתו של חוק היסוד. אין בכך כמובן כדי להשליך על הבחינה לפי סעיף 8 לחוק היסוד, בחינה שהיא פועל יוצא של מסקנתנו לפי סעיף 3 לחוק היסוד.

ד

ה

71. הסדר משפטי בדבר מחיקת חובות בהיקף משמעותי הוא בגדר מעשה של נטילת רכוש מבעל החוב ועל-כן נושא עמו אופי של פגיעה בקניין. לעניין זה אין נפקא מינה בכך שגם אלמלא נולד ההסדר המתואר היו פתוחות לפני הנושה דרכים משפטיות אחרות לנקיטת צעדי גבייה, שאף במסגרתם תיתכן מחיקה כלשהי של חובות - כגון הליכי פשיטת-רגל.

הקובע לעניין סעיף 3 הוא אופייה ותוצאותיה של החקיקה הנבחנת ולא שאלת קיומן של חלופות משפטיות דומות. לא כן לעניין סעיף 8 לחוק היסוד, ולכך עוד נשוב.

ו

72. נטל השכנוע בדבר קיומה של פגיעה בקניין רובץ על מי שטוען זאת, ועליו להוכיח את גירסתו מכוח עודף ההסתברויות (ד"נ 4/69 נוימן ואח' נ' כהן ואח' [31], בעמ' 290), ולא מעל לכל ספק סביר, כפי שמקובל בהליכים פליליים.

ז

73. המסקנה העולה מן האמור לעיל היא כי החוק המתקן פוגע בזכות הקניין. כפי שהוסבר, הקביעה כי בחקיקה פלזונית יש משום פגיעה בקניין איננה בגדר סוף פסוק מבחינת חוקתיות החקיקה. עדיין פתוחה הדרך להוכיח כי על-אף הפגיעה, החוק המתקן נכנס לגדר המקרים שלגביהם קובע סעיף 8 לחוק היסוד שהפגיעה אינה עולה כדי בטלות החקיקה. נעבור אפוא לסעיף 8 הנ"ל.

פגיעה בזכויות - סעיף 8 לחוק היסוד

74. סעיף 8 לחוק היסוד קובע לאמור:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

אלו המרכיבים המצטברים של ההוראה החוקתית האמורה:

(א) הפגיעה נעשתה באמצעות חוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו;

(ב) החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל;

(ג) החוק נועד לתכלית ראויה;

(ד) מידתה של הפגיעה אינה עולה על הנדרש.

75. סעיף 8 משקף איוון בין האינטרסים החוקתיים לבין האינטרסים המשתקפים בחקיקה המועמדת במבחן החוקתיות. הקביעה בדבר קיומה של הזכות שבחוק היסוד והחובה לשמרה ולכבדה אינן יוצרות הגנה החלטית דווקנית, שאין חורג ואין הריג ממנה. זכויות אינן מוחלטות. הן בנויות על מציאת איוון בין הזכויות לבין הצרכים של כל הפרטים המרכיבים את החברה ועל זכות קיומה של המדינה והחברה בכללותן.

משמע, בכל דיון בזכות חוקתית גדרת ראייה מאוזנת המביאה בחשבון לא רק את זכותו של מי שמלין על הפגיעה, אלא גם את זכויותיהם של אחרים, העלולים להיפגע מן ההענקה הייחודית והבלתי מאוזנת של הזכות. אין פירושו של דבר שיש לעולם שוויון בין הזכויות וכי אין אפשרות לקבוע עדיפויות וזכויות קדימה ביניהן. הזעקה להצלת חיי אדם קודמת לזכותו של פלוני למנוחת צהריים. ויש נסיבות שבהן גובר חופש הביטוי על הזכות של אדם לשמו הטוב. הפתרון מתקבל כאמור בדרך של איוונים, שהם חלק מהותי מכל תורה חוקתית. סעיף 8 מציג את האיוון המהותי והמרכזי לצורך ההכרה בזכויות לפי חוק היסוד שלפנינו.

על יחסיותה של זכות יסוד עמד המשנה לנשיא אלון בבג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח' [32], בעמ' 242, כאשר ציין:

"... כלל גדול בדינו, שכל זכות יסוד אינה אבסולוטית אלא יחסית, וקיומה ושמירתה הם על-ידי מציאת האיוון המתאים בין האינטרסים הלגיטימיים השונים של שני יחידים או של היחיד והציבור, אינטרסים שכולם מעוגנים ומוגנים בדין...".

וחברי הנכבד הנשיא ברק כותב:

א

"זכויות האדם אינן זכויות מוחלטות. אלו זכויות יחסיות המותנות בקיומה של מסגרת חברתית המקיימת אותן. פסקת ההגבלה נותנת ביטוי לאופי החברתי של זכויות האדם הקבועות בחוק היסוד. זכויות אלה אינן משקיפות על הפרט כאיבוד, הן אינן עוסקות בפרט ביחסיו עם עצמו. זכויות האדם הקבועות בחוק היסוד משקיפות על הפרט כחלק מהחברה. הן עוסקות בפרט וביחסיו עם זולתו. הן מניחות את קיומם של קשרים הדוקים בין הפרטים. על-פי תפיסתה של פסקת ההגבלה, הפרט הוא יצור חברתי. אמת, עצם קיומן של זכויות אדם מניח את קיומה של חברה אנושית, שבין הפרטים בה מתקיימים יחסי גומלין. אולם פסקת ההגבלה צועדת צעד נוסף. היא מניחה גם את קיומה של מדינה הצריכה להגשים יעדים לאומיים. היא מבוססת על קיומו של שלטון, אשר נועד לקדם מטרות לאומיות. היא יוצאת מההנחה שכוח השלטון הנתון למדינה הוא היוני לקיומה ולקיום זכויות האדם עצמן. פסקת ההגבלה משקפת פשרה לאומית בין כוח המדינה לבין זכות הפרט" (ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות בושפט, כרך ג, בעמ' 475).

ב

ג

ד

מכאן הטעם מדוע סעיף 8 הנ"ל, הקובע תנאים מגבילים לתקפותו של דבר חקיקה הפוגע בזכות מבין הזכויות המנויות בחוק היסוד הנ"ל, גם מגביל בכך את ההגנה המוענקת על-פי חוק היסוד, שהרי הוא מכשיר הוראה פוגעת כאמור ומותרת תקפה. לשון אחר, יכול שתהיה פגיעה בזכות יסוד אשר תיחשב לתקפה מאחר שהיא ממלאת אחר התנאים שבסעיף 8.

ה

סעיף 8 דן במקרים בהם יש פגיעה בזכות - כגון במקרה דנן שבו הסקנו ממהותו של החוק כי הוא עומד בניגוד להוראותיו של סעיף 3 לחוק היסוד. סעיף 8 מונע פסילתו של החוק, מטעמים חוקתיים, אם הוא עומד בדרישות המאזנות, שאותן הוא מונה אחת לאחת. סעיף 8 מכיל אפוא הוראה בעלת שני מטענים: האחד שלילי והאחר חיובי.

ו

ז

פיסקת ההגבלה, כדברי חברי הנכבד, הנשיא ברק, "מניחה פגיעה בזכות האדם אשר נועדה להגן על זכות האדם" (שם, בעמ' 476). ברוח זו יש לפרש את רכיביה של פיסקת ההגבלה: משמעותם ומטרתם של התנאים שבה ליצור איזון בין זכויות לגיטימיות סותרות וליצור סולם עדיפויות בין אינטרסים שונים, שמטרת כולם שמירת הערכים החיוניים לקיום כבוד האדם וחירותו. גם אינטרס חברתי לגיטימי יכול להיכלל בתחום זה, שהרי - כפי שהוזכר - ייתכנו נסיבות שבהן הפגיעה בזכותו של האדם היא בגדר מעשה חיוני להצלתם או לישועתם של רבים אחרים. אגב, מבחינה זו יש במבנה משפטי כמתואר דמיון מה לאמות המידה המשמשות את הגנת ה"צורך" *strictu sensu* בדיני העונשין.

## פגיעה בחוק או לפי חוק

76. הוראה המבקשת להגביל זכות יסוד צריכה להסתמך על אמירה מפורשת בחוק או לנבוע מאקט הנסמך על סעיף הסמכה מפורש שבחוק (ראה גם פרשת מיטרני [7]). הביסוס בהוראת חוק או בהוראה הנסמכת על אמירה מפורשת בחוק, בא ליצור עיגון פורמאלי במילה הכתובה של החוק החרות בישראל, זאת להבדיל מכלל משפטי ערטילאי הנלמד מן הדין. זהו סייג שבצורה העוטף מגמה שבתוכן. עניין הצורה נושא עמו, כפועל יוצא ממהותו, את הפורמאליות הנשענת על החוקיות ומחזק אותה.

לגבי החוק אשר אותו אנו כוחנים עתה, היינו החוק המתקן, המענה לדרישה הנ"ל הוא ברור וגלוי: החוק המתקן הוא חוק של הכנסת, ובתור שכזה הוא עונה, ללא שיעור של ספק, לתנאי הראשון שבסעיף 8.

## חוק ההולס את ערכיה של מדינת ישראל

77. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק היסוד שלפנינו אלא בחוק "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל". על ערכיה של מדינת ישראל אנו למדים לצורך ענייננו מסעיפים 1 ו-1א לחוק היסוד, אשר זו לשונם:

1. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.	"עקרונות יסוד"
---	----------------

א. חוק יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.	מטרה
--	------

ערכיה של מדינת ישראל הם ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית. איזכור העקרונות המונחים ביסודם של הערכים הללו מובא בסעיף 1א, שנוסחו צוטט לעיל. משמע, הדרישה לכך שפגיעה בזכות יסוד – כדי שיראו בה פגיעה כדין – תסתמך על חוק, אינה כללית וסתמית. לא כל חוק נושא עמו אותה הגבלה הפוטרת פגיעה בזכות יסוד ממשמעותה החוקתית. רק חוק העומד מבהיגת אופיו ומהותו בקריטריון שהובא בסעיף 8, עונה לדרישותיו של הרכיב האמור של הוראת החוק שבה אנו דנים.

78. החוק המתקן – כקודמו החוק העיקרי – הולם לטעמי את ערכיה של מדינת ישראל: משבר קשה ביותר פוקד, אליבא דכולי עלמא, את המיגור החקלאי, משבר

א

הנמשך כבר מספר לא מועט של שנים. מול התמוטטות אפשרית של אלפי יחידות משקיות בהקלאות, הסבל האנושי הכרוך בכך, אובדן רכושם ועתידם של חקלאים רבים – וכפועל יוצא גם פגיעה מהותית אפשרית בענף החקלאות כולו – בחר המחוקק ביישום החלופה של הסדר בלוויית שיקום, העדיפה בעיניו על פני פירוק כפשוטו. ביצירת הרעיון של הסדר עם נושים הכרוך בפגיעה בנושים ובקניינם, החוק אינו מחדש אפשרות זו כבר קיימת גם לפי דיני פשיטת הרגל ודיני פירוק תאגידים. אולם בקיומו של דגם קודם ודומה לא היה כשלעצמו כדי לשלול מן המהלך המשפטי החדש את אופיו כפגיעה בקניין. היסוד הנוסף והמחדש בחוק העיקרי ובחוק המתקן הוא היסודות של שלילת מעמדו של בית המשפט ואופי הסדרי השיקום. רעיון השיקום נכנס, אנב, בשלבים גם אל התחומים של דיני פשיטת-רגל ופירוק (בינתיים בדרך ההכוונה המעשית על-ידי בית-משפט ועדיין לא על-ידי חקיקה מקיפה).

ב

ג

פעולה חקיקתית להצלתו של ענף כלכלי נעשתה גם בארצות דמוקרטיות אחרות, וגם בכך אין החוק שלפנינו בגדר חידוש: ראה, למשל, בארצות-הברית את ה-Bankruptcy Judges, U.S. Trustees and Family Farmer Act, 1986. התערבות המחוקק, כדברי הצעת החוק שקדמה לחוק העיקרי (הצעת חוק הסדרים במגזר החקלאי משפחתית), כדי למצוא הסדרים למיגור החקלאי הפכה למחויבת המציאות אף ביתר שאת, לאחר שהסדרים קודמים לא הוכיחו את עצמם והותירו את המיגור החקלאי במשבר עמוק, ולפי הטענה אף החריפוהו.

ד

ה

יש בחקיקה שלפנינו השתקפות של ערכי חברה המאמינה באחריותה של המדינה לגורל אזרחיה, המטפחת את התחושה שאזרחי המדינה ערבים זה לזה. מתן תשומת הלב לגורלו של האדם העמל היא סימן היכר ראוי ואף חיוני למשטר בעל ערכים אנושיים, המכיר בשוויון בין בני-אדם והנכון להעמיד כלים חוקיים, אשר ישרתו פתרונות אפשריים לבעיותיהם. מובן שהסדר חובות מותנה, לא אחת, במחיקת מקצתם של חובות או במורטוריום בעל אופי דומה, ואלה פוגעים בזכויותיהם של הנושים.

ו

79. דומה כי ערכאות השיפוט אשר החלטותיהן נמצאות לפנינו בגדר רע"א 1908/94 ו-3363/94 הרחיבו מעל למידה הראויה את תפקידו של בית המשפט בבואו לדון בבדיקת השאלה, אם החקיקה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל. בית המשפט אינו יושב לדין כדי לנהל את כלכלת המדינה. הוא אינו משכתב את החוק. הוא אינו הופך את המשני לעיקרי כדי לקבוע שחקיקה הלוקה לטעמו בפגם או בחולשה כלשהם הופכת לבלתי הולמת את ערכיה של המדינה. בית המשפט אינו נקרא להצהיר מהי, לטעמו, החקיקה הצודקת ביותר או הנבונה ביותר לשם פתרונה של הבעיה שעמה הוא מתעמת. בית המשפט נקרא לבחון, במסגרת מרכיב זה של סעיף 8, אם החקיקה הנפרסת לפניו, על-פי תכליתה ומגמתה הכלליות, *grosso modo*, הולמת מדינה דמוקרטית ויהודית. על כגון דא אמר השופט Black מבית המשפט העליון של ארצות-הברית:

ז



"Under the system of government created by our Constitution, it is up to the legislatures, not courts, to decide on the wisdom and utility of legislation. There was a time when the Due Process Clause was used by this Court to strike down laws which were thought unreasonable, that is, unwise or incompatible with some particular economic or social philosophy ...

א

The doctrine that prevailed in *Lochner*, *Coppage*, *Adkins*, *Burns* and like cases - that due process authorizes courts to hold laws unconstitutional when they believe the legislature has acted unwisely - has long since been discarded. We have returned to the original constitutional proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies, who are elected to pass laws. As this Court stated in a unanimous opinion in 1941, 'We are not concerned ... with the wisdom, need, or appropriateness of the legislation'. Legislative bodies have broad scope to experiment with economic problems, and this Court does not sit to 'subject the State to an intolerable supervision hostile to the basic principles of our Government and wholly beyond the protection which the general clause of the Fourteenth Amendment was intended to secure" (*Ferguson v. Skrupa* (1963) [88], at 729-730 (*Black, J., for unanimous Court*))

ב

ג

ד

(אזכורי הפסיקה הושמטו - מ' ש').

ה

אני ער לכך שהגישה לטענה בדבר פגיעה בזכות קניין אינה אחידה בכל מדינה ומדינה, וכי במערכות החוקתיות השונות מתגלה מיגוון של גישות, החל בהימנעות המוחלטת של קנדה מעצם הדיון החוקתי בנושא זה, דרך קביעת העדיפות הנמוכה לנכונות להתערבות בענייני פגיעה בקניין בבית המשפט העליון בארצות-הברית, וכלה בבתי-משפט שהם פעילים ומתערבים יותר בביקורת על המהלכים הכלכליים הממלכתיים.

ו

הגישה שלפיה יש מקום להרחבה של גישת ההתערבות, בכך שמפקידים בידי בית המשפט בדיקה כלכלית ועניינית של כל פרט, תנאי וסייג שבחוק, להבדיל מבדיקתו המהותית של החוק, גישה זאת תעניק לבית המשפט, לטעמי, סמכויות הצריכות להיות שמורות לרשות אחרת; קרי, היא תציב את בית המשפט במעמד של מעין בית מחוקקים עליון המקיים ביקורת עליונה לשמה ומחזיק בידיו סמכות של וטו על המדיניות (להבדיל מן החוקתיות) שביטוייה בחוק הנדון לפנייה.

ז

דוגמה לגישה הבלתי מקובלת עליו היא קביעתו של אחד מבתי המשפט בנושא שלפנינו, כי החוק המתקן איננו הולם את ערכיה של מדינת ישראל, בשל כך שהוא חל רק על המושבים (ולא על הקיבוצים). קביעה זו – שהיא, אגב, גם בלתי מדויקת מן הבחינה העובדתית – היא דוגמה לגישה עקרונית מוטעית, שלפיה רק אם החוק יגיע מבחינת היקף תחולתו למרב הדרוש, לטעמו של בית המשפט, ניתן יהיה להסיק כי הוא הולם את ערכיה של המדינה. החקיקה הכלכלית, שהיא פרי מדיניות כלכלית, קובעת את היקף תחולתה לאור שיקולי המחוקק ולאור נתונים כלכליים שונים, שאינם בדיעתו או בתחום מומחיותו של בית המשפט. לא לשם כך הוענקה סמכות הביקורת החוקתית לבית המשפט, יהיה זה במקומותינו ויהיה זה בכל אתר שבו מקיימים ביקורת חוקתית מסוג זו שלפנינו. אני שב בהקשר זה ומוזכיר את החלטתו של המחוקק הקנדי שלא לכלול בחוקה את נושא הפגיעה בקניין.

80. בעבור מן הכלל אל הפרט.

הערכאות הראשונות מצאו שורה של פגמים בחוק, שהובילון למסקנה כי אינו הולם את ערכיה של מדינה דמוקרטית ויהודית:

(א) כאמור, החוק מסדיר רק בעייתו של חלק מן המיגור החקלאי, קרי המושבים, ולדעת בית המשפט – יש בכך משום פגיעה בשוויון;

(ב) המעמסה הוטלה רק על מה שבית המשפט מכנה חלק "אקראי" ו"בלתי מוזהה" מן הציבור, היינו על הנושים של החקלאים שבהסדר; להבדיל מהטלת המעמסה על הציבור בכללותו. לפי גירסת בית המשפט אף בכך יש משום פגיעה בשוויון.

אין ממש בגירסתו של בית המשפט קמא ברע"א 1908/94 הנ"ל, כאילו הפעלת התכנית שהחוק מבקש לשרת, על-ידי הטלת חיובים הנופלים על הנושים בלבד, יש בה משום נקיטת דרך שאינה הולמת את ערכי מדינת ישראל. הסברה כי ערכי מדינת ישראל מחייבים הטלת כיסויה של כל אינסולבנטיות של ציבורים מוגדרים על משלמי המסים בכללותם, תלויה על בלימה. אלמלא הוחקו החוק העיקרי והחוק המתקן, היו חלים על גביית החובות ועל ניסיונות ההסדר דיני ההוצאה לפועל או דיני פשיטת הרגל או שניהם. האם לפיהם היה מתחלק האובדן הכספי הנובע מגבייה חלקית או אפסית של החובות של מי שאינו מסוגל לפרוע חובותיו, על פני הציבור בכללותו? מובן שהתשובה לכך היא שלילית, ואיש מעולם לא הציע כי כך יהיה.

הוא הדין בעניין הטענה, המוטעית עובדתית, בעניין אי-כיסוי חובותיהם של הקיבוצים. כפי שצוין, קובע החוק תחולה על חובות של מספר מסוים של קיבוצים שנמנו בו. זאת ועוד, נבקטו דרכים אחרות כדי לטפל בחובות הקיבוצים, או ועתה. אולם

גם לו לא נכלל בהסדר שלפנינו עניין חובות הקיבוצים, לא היה בכך כדי לשלול מן החוק את אופיו כדבר חקיקה ההולם ערכיה של מדינת ישראל. השאלה שניצבה לפני בית המשפט הייתה אם חוק, הבא להסדיר חובות של אלפי משקים במיגור התקלאי, הולם בתכליתו ובמהותו מדינה דמוקרטית ויהודית. התשובה לכך היא חיובית, כי הסדרת חובות במיגור כלכלי נרחב היא פעולה ראויה, הן אצלנו והן במדינות דמוקרטיות אחרות שבהן נקלעו עובדי האדמה לקשיים דומים. המחוקק ראה לבחור, מבין הפתרונות החלופיים, את הפתרון שאינו מוחל על כל האזרחים שנקלעו לקשיים כלכליים. אין בכך כדי להביא למסקנה שהוא בלתי חוקתי.

לעניין כיסוי החובות על-ידי שמיטת חובות חלקית או כיסויים מקופת הציבור: יכול חוק לקבוע הסדר עם נושים, על יסוד מחיקת חובות ופגיעה בקניין, בלי שיראו בכך מסקנה שאינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל או של כל מדינה אחרת בעולם החופשי. למשל, הדין העברי בדבר שמיטת חובות (דברים, טו, א-יא ג) פוגע כמוזן רק בנושים ולא בכל הציבור. הוא הדין בדיני פשיטת-רגל המודרניים בכל אתר ואתר. אלו הם בגדר הכרח כלכלי. ההיחלצות לשיקום בדרך של הסדרת חובות, אף תוך מחיקת מקצתם, היא לעתים המוצא היחיד, אך אין נובע מכאן עדיין שכל משלמי המסים, להבדיל ממי שקיים לפרנסתו קשרים כלכליים עם החייב, נושאים בחובה לכסות חובות ולשאת בהסדרים.

סיכומו של דבר - סברת בית המשפט - כי רק חוק שיסדיר את החובות על-ידי הטלת הנטל על הציבור כולו ואשר יקיף בהוראותיו את כל סוגי החייבים בתקלאות (ולמה רק בתקלאות?), הוא חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, וכי כל חוק אחר משולל תכונה זו ופוגע כביכול בשוויון - היא סברה מוטעית. כמבואר, גישתם של בתי המשפט מגלה במידה רבה הערכה בלתי נכונה של תפקידו של בית המשפט ושיקוליו בסוגיה שבה אנו דנים. במקום הערכה עניינית ומציאותית של החוק שהוחק, הכריע בית המשפט כי החוקתיות מתלווה רק לדרכי החקיקה האופטימליות מבחינת תבונתן או צדקתן, לפי טעמו; בעשותו כן לא פעל בתחומי סעיף 8, אלא מעבר לכך ומחוץ לכך.

מקובלים עליי, בהקשר זה, דבריה של פרופ' פ' רדאי, ("הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח" משפטים כג (תשנ"ד) 21, 52) כפי שהובאו גם בתשובת היועץ המשפטי לממשלה, ולפיהם:

"...בבחירה בין מושגי הצדק השונים בהפרטת זכויות האדם קיימות תמונות שונות לנגד עיניהם של בית-המשפט ושל המחוקק. עובדה זו מובילה אותם לבחור בגרסאות צדק שונות: המחוקק - בגרסת הצדק המקרו-סוציו-כלכלית והצדק הקבוצתי; ובית-המשפט - בגרסת הצדק הפורמליסטי-משפטי והאינדיבידואליסטי. על-פי עקרונות הדמוקרטיה החוקתית בישראל, הרי שבהתנגשות בין גרסאות אלה על בית-המשפט לכבד את מדיניות הצדק שהמחוקק בחר, בהיותה גרסת צדק אשר אין לטעון כנגדה כי היא איננה מיועדת לתכלית ראויה או שאינה הולמת את ערכי מדינת ישראל."

ראה גם Williamson v. Lee Optical Co. (1955) [89], 489, שבו נאמר:

א

"The problem of legislative classification is a perennial one, admitting of no doctrinaire definition. Evils in the same field may be of different dimensions and proportions, requiring different remedies. Or so the legislature may think. Or the reform may take one step at a time, addressing itself to the phase of the problem which seems most acute to the legislative mind... The legislature may select one phase of one field and apply a remedy there, neglecting the others... The prohibition of the Equal Protection Clause goes no further than the invidious discrimination ...

ב

ובעמ' 487-488:

ג

"...the law needs not be in every respect logically consistent with its aims to be constitutional. It is enough that there is an evil at hand for correction, and that it might be thought that the particular legislative measure was a rational way to correct it".

ד

סיכומה של נקודה זו: פתרון סביר, בלתי שרירותי, שביטויו בחוק יכול להלום ערכיה של המדינה, אף אם בית המשפט היה בוחר בדרך צודקת יותר או נבונה יותר, לטעמו, לו הייתה הבחירה בידו. משגהו של בית המשפט במקרה כגון זה שלפנינו הוא בחיפוש אחר פתרון אחד ויחיד, אופטימלי לטעמו, אשר רק בו הוא מזהה את החוק התואם את ערכיה של מדינת ישראל. על בית המשפט להיות מודע לכך כי יכולה להיות מערכת רב-גונית, בגדר מיתחם או מירווח של פתרונות חלופיים אפשריים, אשר כל סוג הוראות הכלול בה יהלום את ערכיה של המדינה. רק חוק החורג לחלוטין ממערכת החלופות החוקיות, יידחה מפני שיחסר בו אופיו ההולם.

ה

נועד לתכלית ראויה

ו

81. המילים "תכלית ראויה" מתארות מטרה חיובית מבחינת זכויות האדם וערכי החברה, לרבות התכלית של קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של בני-אדם שונים, בעלי אינטרסים העומדים לעתים בניגוד זה לזה. תכלית ראויה היא זו היוצרת תשתית לחיים בצוותא, אף אם יש בה פשרה בתחום הענקת הזכויות האופטימאלית לכל פרט ופרט, או אם היא משרתת מטרות חיוניות לקיום המדינה והחברה. היה ויש לחוק מספר תכליות השלובות זו בזו, יינתן משקל רב, אם כי לא מכריע, לאופי הדומיננטי שלו. עם זאת אין להתעלם גם מן התכליות המשניות כדי לבחון את השלכותיהן על זכויות האדם.

ז

כדי לקיים את דרישת סעיף 8 יש אפוא לבחון אם לחקיקה הפוגעת בזכות יסוד, הנבחנת לפי סעיף 8, יש חשיבות ומשקל כדי להצדיק את הפגיעה בזכות. לא ניתן

להעניק חשיבות ומשקל לתכלית שולית, שערכה הבונה הוא זנית, אם התוצאה היא פגיעה מהותית בזכות יסוד. כדי להצדיק פגיעה בזכות, מן הנכון שיהיו כאמור חשיבות ומשקל ראויים לתכלית המבוקשת. לשון אחר, המטרה המבוקשת חייבת להיות חשובה וחיונית כדי להצדיק פגיעה בזכות (ראה גם פסק הדין הקנדי *R. v. Oakes* (1986) [114]).

א

התכלית העולה מן החוק ייתכן שתעלה מבין שורותיו רק אחרי עיון ובדיקה, אולם היא צריכה להתגלות, אף אם אינה מוצהרת, כדי שהיא תוכל להישקל מול הפגיעה ומשמעותה. כמוזכר לעיל, נטל השכנוע רובץ על מי שטוען לקיומה של התכלית הראויה.

ב

זאת ועוד, התכלית הראויה צריכה לעלות בעת בחינתה על-ידי בית המשפט. לעניין זה בית המשפט אינו כפוף רק על-ידי התכלית שעמדה לנגד עיני המחוקק. אכן חוקה על המחוקק שפעל בתום-לב, ומכל מקום אין מתחמים אחר מניעים סמויים של הפרטים המרכיבים את הרשות המחוקקת, להבדיל מן התכלית שעמדה נגד עיני המחוקק, כרשות שלטונית קולקטיבית (ראה בג"צ 620/85 מיעארי ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח' [33] בעמ' 187). בית המשפט בודק את התכלית שהנחתה את המחוקק, כביטוייה בהנמקתו של מי שהציע את החוק ובדעת הרוב כפי שהתגבשה. עם זאת, ייתכן גם שהיא מתגלית לנגד עיניו רק בעת בדיקתו של הנוסח הסופי של החוק ושל השלכותיו.

ג

ד

82. (א) ברע"א 1908/94 קבע בית המשפט כי התכלית של החוק המתקן אינה ראויה. לדבריו, לא הייתה כל אינדיקציה לכך כי הרחבת הפגיעה בזכויות הקניין של הנושים על-ידי החוק המתקן נעשתה לתכלית ראויה, אשר לא ניתן היה להשיגה ולממשה על-ידי החוק העיקרי. בית המשפט ציין כי בדברי הסבר להצעת החוק לא היה כל פירוט בדבר טעמי התיקון, וגם בעת הצגת הנושא בכנסת לא הובא פירוט ענייני לקשיים בהפעלת החוק העיקרי.

ה

כדברי בית המשפט:

ו

"... אין כל הסבר בחוק המתקן למה יש צורך, למטרת הצלת המגזר החקלאי, בהרחבת הפגיעה בעקרונות היסוד של חברתנו ובזכויות היסוד של אזרחיה".

כפועל יוצא מכך הסיק בית המשפט כי גם לא הוכח, נוסף לאמור לעיל, שהפגיעה היא "במידה הנדרשת", נושא אשר בו גודן בנפרד.

ז

\* פ"מ תשנ"ד (3) 243, בעמ' 263.

(ב) סבירה בעיני הטענה כי תכליתו של החוק המתקן היא כתכליתו של החוק העיקרי. שנייהם דנים באותו נושא. היינו, ניסיון לפתור את המשבר במיגור החקלאי המושבי. אין בתכלית זו "פגיעה בעקרונות היסוד של חברתנו". החוק המתקן לא הביא חידוש בתכלית הבסיסית, אלא ביקש ליישר הדורים, להסיר ספקות, לשכלל שיטות ולייעל דרכי הפעולה, לאור לקחי העבר. כפי שהסברנו, באי-תחולת חוק היסוד על החוק העיקרי, אין כדי לשלול מבית המשפט את האפשרות לבדוק התאמתו של החוק המתקן לעקרונותיו של חוק היסוד, כדי לבחון אם לחוק המתקן תכלית שונה מזו של החוק העיקרי שהסברים לגביה היו מפורטים ומלאים יותר.

אכן, הוראות שאינן נפסלות בחוק העיקרי, בשל מצוותו של סעיף 10 לחוק היסוד, יכול שייפסלו בחוק המתקן, שאינו נהנה מהוראה דומה בדבר אי-תחולה. אולם בדיקה עניינית של ההוראות בחוק המתקן אינה מעלה במקרה דנן מסקנה כי התכלית, הווי אומר פתרון המשבר במיגור החקלאי, היא בלתי ראויה או כי התכלית הראויה כשלעצמה נפגמת בשל כך שלא הובא פירוט של התקלות והקשיים שהתעוררו בהפעלת החוק העיקרי ושחייבו תיקונו כפי שצריך היה לעשות. יובהר – כהדרכה לעתיד – כי ראוי היה לפרט לפני בית המשפט באילו מקרים ניתנו בבתי המשפט השונים החלטות בלתי אחידות או מצמצמות שהקשו על יישום ההוראותיו של החוק. בדיון לפנינו הוזכרו, בין היתר, החלטות אלו: ה"פ (י"ם) 1635/92; ה"פ (ת"א) 1229/93; ע"א 3466/92 א' ארטרכט ואח', פושטינגל נ' הנאמן בפשיטת-רגל ואח' [34]; ת"א (ת"א) 49299/88; ת"א (ת"א) 1657/89 [81].

התיבה "חוב בסיסי" נתפרשה באופנים שונים, שאלת הריבית עוררה מחלוקת, היו החלטות בדבר פיצול הדיון בין בית המשפט והמשקם ועוד נושאים כיוצא באלה, שחייבו העמדה ברורה ובהירה יותר של פתרון הפלוגתאות שעלו לפני בית המשפט, כדי שניתן יהיה להשיג את התכלית שהמחוקק הציב בחוק העיקרי.

נכון היה, כאמור, מבחינת המדינה, לו הפסיקה הענפה, הסותרת ומעוררת הקושיות כפי שנטען לפנינו, אכן הייתה מוצגת בפירוט רב יותר לפני בתי המשפט דלמטה. אולם גם אם לצערי לא נעשה כן (ובעתיד מן הראוי שיעשה כן), לא היה בכך כשלעצמו כדי להותיר את התכלית, החד-משמעית והאחת, בגדר נושא הנסתר מן העין ומידיעתו השיפוטית של בית המשפט אשר בעצמו טיפל במקרה דנן, לפני כן, בחלק מן המחלוקות שהניעו את גלגלי החקיקה והוליכו לחקיקתו של החוק המתקן.

סיכומה של נקודה זו: התכלית ששימשה את המחוקק הייתה ראויה. לא היה מקום למסקנה כי העיצוב של האמצעים, שנבחרו כדי לטפל בתכלית שעמדה נגד עיני המחוקק, לא היה סביר או חרג "ממיתחם" התכליות והאמצעים הראויים. החלטה בדבר אי-התערבותו של בית המשפט איננה חייבת להיות מושתתת על אישורו של פתרון אופטימלי אחד ויחיד. יכול שיהיו מספר פתרונות, שכל אחד מהם משרת תכלית ראויה.

\* ש.ס.

פגיעה במידה שאינה עולה על הנדרש

83. רכיב זה של סעיף 8 דן במידתיות (proportionality). הוא בוחן אם מידת הפגיעה בזכות עומדת ביחס סביר לתכלית שעולה מדבר החקיקה (ראה גם פרופ' ז' סגל, "עילות העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט (תש"ן-נ"א) 507).

א

התכלית דנה ברעיון, במגמה הבסיסית, בפגיעה בתורת שכזאת; לעומת זאת, "המידה שאינה עולה על הנדרש" דנה בהיקפה של הפגיעה, באמצעים ובדרכים. יש לזכור כי בסעיף 8 המדובר בתנאים מצטברים: במסקנה כי התכלית ראויה לא סגי, כי נוסף לכך גם האמצעים שנקטו חייבים להיות בתחום המידתיות.

ב

מה שנבחן הוא אם האמצעי שנקט הוא נחוץ ודרוש לשם השגת התכלית ואם הוא עומד ביחס סביר לתכלית. לשם השגתה של תכלית פלונית ייתכנו מספר אמצעים חלופיים שכל אחד מהם עונה על התנאי של הנחיצות והנדרשות; בית המשפט יפסול אמצעי העולה על הנדרש או אינו מתאים להשגת המטרה המבוקשת.

ג

בסוגיה זו, הוצגה על-ידי השופט White מבית המשפט העליון של ארצות-הברית בפרשת *Vance v. Bradley* (1979) [90], at 97, נקודת המוצא הבאה, היינו -

"The Constitution presumes that, absent some reason to infer antipathy, even improvident decisions will eventually be rectified by the democratic process and that judicial intervention is generally unwarranted no matter how unwisely we may think a political branch has acted. Thus, we will not overturn such a statute unless the varying treatment of different groups or persons is so unrelated to the achievement of any combination of legitimate purposes that we can only conclude that the legislature's actions were irrational".

ד

ה

השיטה החוקתית הגרמנית מתארת את עיקרי המידתיות (Verhältnismäßigkeit) בחלוקה לארבעה, כדלהלן:

"1. Der Eingriff darf nur im Interesse des Gemeinwohls und nicht zu sachfremden Zwecken erfolgen (*Gemeinwohl*); 2. Die im Gesetz angeordnete Masznahme musz ein brauchbares Mittel zur Erreichung des vom Gesetz angestrebten Zweckes sein (*Eignung*); 3. die im Gesetz angeordnete Masznahme darf sich durch keinen milderen Eingriff erreichen lassen, d.h. die Masznahme musz das schonendste Mittel zur Erreichung des Gesetzeszweckes sein (*Erforderlichkeit*); 4. Mittel und Zweck muesen in einem angemessenen Verhaeltnis zueinander stehen (*Zumutbarkeit*; Verhaeltnismaeszigkeit im engeren Sinne)" (Muench/Kunig, *supra*, at 54).

ו

ז

## ובתרגום לעברית:

- א. ההתערבות יכולה להיעשות רק למען טובת הכלל ולא למטרות זרות (טובת הכלל).
- ב. נקיטת הצעד אשר עליה מורה החוק, חייבת להיות אמצעי יעיל (שימושי, בריביוע) לשם השגת התכלית שהחוק שואף אליה (התאמה).
- ג. הצעד אשר עליו מורה החוק אינו בריהשגה על-ידי נקיטת אמצעי פחות בחומרתו. זאת אומרת, הצעד צריך להיות האמצעי הפחות פוגעני למען השגת תכליתו של החוק (נדרשות).
- ד. אמצעי ותכלית צריכים להיות בעלי זיקה מתאימה, זה לזה (התאמה, מידתיות במובן הצר יותר).
- קרי, נדרשים תנאים אלה:
- ט. (1) האמצעי החוקי שננקט צריך להיות לטובת הכלל;
- (2) עליו להיות אמצעי ברישימוש ומתאים להשגת התכלית שהוצבה לחוק;
- (3) עליו להיות האמצעי הפוגעני במידה הפחותה ביותר, להשגת המטרה החקיקתית;
- ה. (4) האמצעי והמטרה צריכים להיות בעלי זיקה סבירה זה לזה.
84. חברי הנכבד, הנשיא ברק, הציע בספרו הנ"ל על הפרשנות שלושה מבחני משנה לצורך בחינת המידתיות (פרשנות במשפט, כרך ג, בעמ' 536). תמציתם תובא להלן:
- ו. (א) האם האמצעי מתאים או אינו מתאים להשגת המטרה? נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי.
- (ב) האם ניתן להשיג אותה מטרה באמצעים אחרים אשר פגיעתם בזכות האדם המוגנת קטנה יותר?
- ז. (ג) האם הפגיעה בזכויות היא כה חריפה עד שיש לוותר על השגת מלוא התכלית הראויה ולנקוט אמצעים שפגיעתם בזכות האדם המוגנת פחותה באופן משמעותי (אם כי מלוא התכלית לא תושג)?



מבחן (ג) הנ"ל הוא לטעמי יותר בגדר מסקנה מאשר אמת מידה. בכל מקרה, הוא מעורר, לטעמי, שאלות קשות בתחום הביקורת השיפוטית על חקיקה כלכלית: האם בית המשפט יחליט, למשל, כי המיסוי המוצע גבוה מדיי על-מנת לשמש להשגת תכלית פלוגית שגמזאה ראויה, ויבטל אותו לחלוטין? או שמא יקבע תקרת מס נמוכה יותר? האם יחליט, למשל, כי יחול מורטוריום רק על 25% מן החובות ולא על 40% מהם?

א

בית המשפט ניצב מול תכלית ראויה. האמצעי מתאים להשגתה. אין אמצעי סביר קל הימנו לשם השגת התכלית הראויה. האם ייתכן שבית המשפט יורה בנסיבות כאלה לסגת מן התכלית הראויה שאומצה כמדיניותו הכלכלית של המחוקק, היינו יורה על ויתור של השגת התכלית הכלכלית הראויה, כולה או מקצתה?

ב

לטעמי, צריך בית המשפט לבחון אם האמצעי קשור באופן מהותי (*substantially related*) לתכלית הראויה, ואם יש זיקה הגיונית (*rationaly related*) בין התכלית הראויה לאמצעי שנוקט. המבחן המהותי חופף את סעיף-קטן (ב) לעיל. המבחן ההגיוני חופף את מבחן (א) לעיל. בית המשפט בודק אם האמצעי שנבחר קשור לפי מהותו והגיונו לתכלית הראויה.

ג

הווי אומר, יש לקבוע לדעתי כמבחן מצטבר, כי אמצעי ייחשב לבעל מידתיות ראויה, אם הוא:

ד

(א) קשור באופן מהותי לתכלית, קרי מבחן ההתאמה; וכן כי הוא,

(ב) בעל זיקה הגיונית לתכלית; וכן

ה

(ג) במערך האמצעים, לקיום המטרה אין אמצעי דומה או קרוב, הנכלל בתוך מיתחם האפשרויות הסבירות, היכול להביא להשגת אותה מטרה.

85. לעניין מבחן (ג) הנ"ל שהוא תוצר של תורת השלבים (*Stufentheorie*) יש להוסיף ולהבהיר כי הכוונה לחיפוש אמצעי פחות פוגעני מתוך מירווח או מיתחם של אפשרויות דומות או קרובות, ולא ניתן להיצמד בהכרח לתחתית הסולם, היינו לאופטימום לקולה. זאת ועוד, כדי לחפש את האמצעי הפוגע במידה הפחותה ביותר, בית המשפט איננו עורך מחדש את התכלית ואינו עורך מחדש את התכנית. מולו ניצבים תכלית ואמצעים כפי שגובשו על-ידי המחוקק, והוא בוחן אותם לפי מהותם, תוצאותיהם והשלכותיהם. אם התכלית ראויה ואם האמצעי מתאים להשגת המטרה וקשור אליה מהותית, ואם האמצעי בעל זיקה הגיונית לתכלית, ואם אין אמצעי פחות בחומרתו שחורג מן המיתחם של החלופות הקבילות, מוסמך בית המשפט לראות בו אמצעי שמידתו אינה עולה על הנדרש.

ו

ז

א כאן יש מקום להשלים ולהוסיף הבהרה בעניין נטל השכנוע בכל הנוגע ל"מידה הראויה". החובה הכוללת לביסוס התחולה של סעיף 8 רובצת על הטוען לקיומה. אולם במסגרת הבחינה הפרטנית של המרכיב של ה"מידה הראויה" עובר נטל הבאת הראיות לטוען לקיומה של פגיעה. במה דברים אמורים, המדינה הביאה ראיות בעניין קיומם של המרכיבים האחרים והם כי הפגיעה נעשתה באמצעות חוק או לפי חוק; החוק הולם את ערכיה של המדינה והחוק נועד לתכלית ראויה. הטוען כי קיימות חלופות מקלות יותר מעבר למיתחם האפשרויות שאומץ בחקיקה, עליו נטל הבאת הראיות. לשון אחר, המדינה מציגה את הדרך שנבחרה על-ידיה, וכמובן את מערכת השיקולים המונחת ביסודה. אולם היא אינה צריכה ואינה יכולה להביא מיוזמתה את כל שלל ומכלול האפשרויות האינסופיות האחרות שניתן היה לנקוט לאותה מטרה. הדבר כלל אינו בר-ביצוע. מי שגורס דבר קיומו של אורח פעולה אחר, חמור פחות, הוגן יותר, סביר יותר, היכול להצדיק התערבותו של בית המשפט לשלילת התנאים המכשירים את החקיקה, כפי שהם עולים מסעיף 8, עליו הנטל להבאת הראיות, ואם אינו מצביע על קיומן של חלופות כאמור, עולה ממילא המסקנה כי הדרך שננקטה על-ידי המחוקק אינה חורגת מן המידה הראויה.

ט לסיכום הדיון במרכיב זה של סעיף 8, אני שב ומדגיש כי אל לבית המשפט ליטול לעצמו תפקיד כללי של מעצב מחדש של התכליות ושל המדיניות הכלכלית או הפיסקאלית, לפי העניין. דבר זה אינו מוצדק במערכת יחסים חוקתית בריאה בין הרשויות. המחוקק קובע את המדיניות ומתווה על פיה את התכלית והאמצעים. כדברי חברי הנכבד הנשיא, שס, בעמ' 553, השאלה אשר השופט צריך לשאול את עצמו אינה מהו החוק אשר מאזן כראוי בין צרכי הפרט לצרכי הכלל שאותו "הייתי אני מחוקק לו הייתה בידי הסמכות". השאלה אשר השופט צריך לשאול את עצמו הינה "האם החוק אשר הוחק הלכה למעשה מאזן בין צרכי הפרט לצרכי הכלל באופן המקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה". אם התשובה על שאלה זו היא חיובית, על השופט להכיר בתוקפו של החוק ובכוחו לפגוע כדין בזכות אדם מוגנת, גם אם הבחירה במטרה או באמצעים אינה נראית לשופט רצויה והוא היה בוחר באופן פעולה שונה. כפי שכבר צוין, השופט אינו מופקד על בחינת תבונתה של חקיקה פלונית אלא על בדיקת חוקתיותה.

ט 86. לפי מבחנים אלה גם נדון באמצעים שלפנינו. לא שוכנעתי מן הטענה כי האמצעים חורגים מן המידה הנחוצה והנדרשת ועולים על הנדרש וכי ניתן להשיג את הפתרון הנדרש באמצעי אחר. כל הסדר חובות ממלכתי כרוך בחיפוש אחר מיצוי האפשרויות לפרוע חובות, תוך ניסיון לשמור במידת האפשר על המשך קיומו של הגוף הכלכלי שלגביו מוחל ההסדר. הסדר חובות כרוך לא אחת בויתור על חלק מן החובות או בהשתיית גבייתם. זוהי המסגרת הכללית שאומצה כאן. היא משרתת את המטרה. היא תואמת את התכלית שנמצאה ראויה, ואין עילה לפוסלה.

87. סיכומם של דברים, החוק המתקן מקיים את דרישותיו של סעיף 8 לחוק היסוד, ועל-כן יש לראות את הפגיעה בקניין העולה מן החוק המתקן כפגיעה חוקתית. משום כך לא היה, לטעמי, מקום להצהרה על בטלות החוק המתקן.

א

88. הארכנו בדברינו. הטעם לכך, בעיקרו, בצורך לנסות ולהתוות קווים אשר ישמשו אותנו בעתיד בעת בדיקת חוקתיותם של חוקים לפי חוק-ייסוד: כבוד האדם וחירותו.

בהקשר זה מן הנכון לשוב ולהזכיר כי בארצות בעלות מסורת חוקתית ארוכה משלנו מקובל ונהוג כי הטענה בדבר אי-חוקתיות נבחנת בוהירות ותוך ריסון. עוצבו כללים ייחודיים המשמשים את בית המשפט המתבקש להחליט על בטלותה של חקיקה, מטעמים חוקתיים. השופט ברנדייס נפנה לסוגיה זו בהרחבה בפסק-דינו בפרשת *Ashwander v. Valley Authority* (1936) [91].

ב

בפרשת אשוונדר [91] נדונה רכישתם של מיתקנים, מקרקעין וזרם בצובר על-ידי רשות עמק טנסי מן ה-*Alabama Power Company*. אחדים מבעלי המניות בחברה האלבמית תבעו את ביטול העיסקה החוזית, וזאת, בין היתר, בשל הטעם שהייתה בה חריגה מן הסמכויות החוקתיות של הממשל הפדראלי.

ג

השופט ברנדייס שב והפנה אל הכללים התובעים ריסון בעת קיום בחינה של החוקתיות, באומרו:

ד

"Considerations of propriety, as well as long-established practice, demand that we refrain from passing upon the constitutionality of an act of Congress unless obliged to do so in the proper performance of our judicial function, when the question is raised by a party whose interests entitle him to raise it". *Blair v. United States*, 250 U. S. 273, 279.

ה

The Court has frequently called attention to the 'great gravity and delicacy' of its function in passing upon the validity of an act of Congress" (*ibid.*, at 341, 345).

ו

הוא הוסיף וקבע שורה של קווים מנחים (שם, בעמ' 345-346), שהיו מבוססים על פסיקה קודמת ענפה, הראויים לשמש גם אותנו כחומר למחשבה, תוך סינון והתאמה עצמאיים.

ז

89. ואלו הקווים שהתווה השופט ברנדייס:

- א (א) בית המשפט לא יביע דעתו על חוקתיותה של חקיקה בהליכים בלתי אדוורטריים, כי הכרעה בנושא כאמור היא חוקית רק כחלופה אחרונה וכאשר יש הכרח להכריע במחלוקת אמיתית, רצינית וחיונית (*real, earnest and vital*) בין בעלי הדיון. בין היתר הזכיר, כי מי שנחל כישלון בהצבעה בעת הדיון במוסד המחוקק, אינו יכול לאחר מכן להעביר לבית המשפט את הדיון בשאלת החוקתיות של אקט חקיקתי.
- ב (ב) בית המשפט אינו נוהג לדון בשאלות בעלות אופי חוקתי, אלא אם כן הדבר דרוש באופן החלטי (*absolutely necessary*) לצורך הכרעה בעניין.
- ג (ג) בית המשפט לא יגבש כלל של משפט חוקתי, שהוא רחב יותר מן הנדרש לצורך הכרעה בעובדות הקונקרטיות שלפניו, אשר עליהן יש ליישמו.
- ד (ד) בית המשפט לא יחליט בבעיה חוקתית, אף אם היא מועלת כיאות, אם יש גם טעם אחר אשר על יסודו ניתן להכריע בעניין נושא הדיון. אם ניתן להכריע במחלוקת על-פי שני טעמים חלופיים, האחר חוקתי ואחר המעוגן בפרשנות החוק או בעקרונות כלליים של המשפט, בית המשפט יחליט רק על יסוד נימוק מן הסוג השני.
- ה (ה) בית המשפט לא יחליט על תוקפו של חוק תרות על יסוד תביעתו של צד שאינו יכול להצביע על כך שהוא נפגע על-ידי הפעלתו.
- ו (ו) בית המשפט לא יחליט על חוקתיותו של חוק על יסוד תביעתו של בעל דין שהפיק תועלת מן החוק.
- ז (ז) כאשר תוקפו של חוק של הקונגרס מועלה לדיון, ואפילו אם מועלה ספק רציני בדבר חוקתיותו, הרי כלל מנחה מרכזי הוא שבית המשפט יבדוק תחילה אם אפשרית פרשנות סבירה, אשר לאורה ניתן להימנע מן ההכרעה בשאלה.
- ח בעניין הכלל החמישי הנ"ל, הרי הן אצלנו והן באנגליה ובארצות-הברית הורחבה בתקופתנו זכות העמידה והיא הוענקה בנסיבות מוגדרות גם למי שאינו נפגע במישרין מפועלה של הרשות (ראה אצלנו: בג"צ 852/86, 869, בשג"צ 483/86, 486, 487, 502, 507, 512-515, 518, 521, 523, 543, 1/87, 33 אלוני ואח' נ' שר המשפטים ואח' [35]; בג"צ 1/81 שירן ואח' נ' רשות השידור ואח' [36]; בג"צ 428/86, 429, 431, 446, 448, 463, בשג"צ 320/86 [9]; וראה גם: H. W. R. Wade, *Administrative Law* (Oxford, 5th ed., 1982) 583; ד"ר ז' סגל, זכות העמידה בבית-המשפט הגבוה לצדק (פפירוס, מהדורה 2, תשנ"ד).
- ט 90. הגישה העקרונית שבאה לידי ביטוי בכללים והרוח הנושבת מהם ראויים, כאמור, לתשומת לב ולמחשבה, כי הניסיון שנצבר במקומות אחרים, בתחום אשר עליו מדובר כאן, יכול להיות לבו לעזר. הרי איננו מושכים ידינו מן העיון והמתקן ההשוואתיים בתחום משפטי כלשהו, והדבר הוא, בדרך כלל, לברכה.

91. בע"א 6821/93 העלה המערער טענה חלופית, ולפיה "גם אם יחליט בית המשפט כי התיקון תקף וחל על הליך זה, אזי גם בהתאם לחוק במתכונתו המתוקנת, אין להחיל את הוראת חוק גל על המשיבות". לטענתו של המערער, "השאלה המכרעת בענין זה היא זהותו של החייב העיקרי, וכי העובדה לפיה הערב חייב לשלם את החוב על-פי כתב ערבותו אינה הופכת את החוב לחובו של הערב המאבד את שיוכו לחייב העיקרי". מוסיף המערער וטוען כי הפרשנות שלפיה חובו של ערב שהינו גורם חקלאי ייחשב כ"חוב כולל", נוגדת את המגמה המצמצמת שאותה העניק בית המשפט העליון להוראות החוק.

דינן של טענות המערער להידחות. תכליתו של החוק, היינו, ניסיון לפתור את המשבר הקשה שפקד את המיגור החקלאי בדרך של יצירת מסגרת חדשה אשר תאפשר שיקומו של המיגור החקלאי, ולשונו הברורה של החוק (ראה הגדרת חוב וחוב כולל בטעיף 1 לחוק העיקרי), הם הנותנים כי בעוד שחובות של חקלאי וחבר באגודה חקלאית, הנכללים בגדר חוב כולל, הם רק אלה הנובעים מעיסוקם של חייבים אלה כחקלאים, אין הגבלה כזו לגבי גורם חקלאי, שאינו חקלאי וחבר באגודה חקלאית. כל חוב של גורם חקלאי, שאינו חקלאי וחבר באגודה חקלאית, הוא חוב כולל, ללא הבדל מאיזה מקור הוא נובע וכיצד הוא נוצר, ובלבד שהיה קיים ביום 31.12.91.

סוף דבר

92. עיקרי הדברים שנקבעו בפסק-דיני הם אלה:

(1) החקיקה בישראל בנויה על-פי מידרג נורמאטיבי.

(2) בראש הסולם של המידרג הנורמאטיבי עומדת החקיקה התוקפת.

(3) החקיקה התוקפת שלנו ביטוייה כיום בחוקי יסוד. אלו יתאחדו בבוא היום לחוקה שלמה ומשולבת אחת.

(4) חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הם חקיקה חוקתית.

(5) המחוקק הריבון העליון הוא הכנסת: היא המוסמכת לחוקק חקיקה חוקתית והיא המוסמכת לחוקק חקיקה רגילה. היא גם מוסמכת להתקין תקנות אם היא קובעת כך בחוק.

(6) אין משנים או מבטלים הוראה הכלולה באחד משני חוקי היסוד הנ"ל, אלא בחוק יסוד או מכוחו. מן הנכון לאמץ עיקרון זה לגבי כל חוקי היסוד.

(7) אין פוגעים בהוראה הכלולה באחד משני חוקי היסוד הנ"ל, אלא בחוק יסוד או מכוחו. מן הנכון לאמץ עיקרון זה לגבי כל חוקי היסוד.

(8) הכנסת מוסמכת לכבול בחקיקתה את חקיקת העתיד, הן זו החוקתית והן זו הרגילה. הכבילה יכול שתהיה צורנית או מהותית.

א (9) תיקון לחוק קיים שהוחק אחרי תחילתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כפוף להוראותיו של חוק היסוד האמור.

(10) סמכות הביקורת המשפטית על חוקתיות החקיקה היא בידי בית המשפט.

ב (11) החוק המתקן שנדון בערעורים אלה פוגע בקניין, אולם הוא מקיים את דרישותיו של סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל-כן הוא תקף.

93. חוקי היסוד הם חומת המגן של חירויות האזרח. פרשנותם במסגרת פסק-דין זה תבהיר אותם ותחזק את קיומם, שמירתם ועיגונם. כך היה דבר המחוקק בחוקקו את חוק היסוד, וכך תכלית פרשנותו של בית המשפט.

ג 94. אשר-על-כן הייתי מקבל את הערעורים ברע"א 1908/94 ו-3363/94 ומבטל את פסקי הדין של בית-משפט קמא ודוחה את הערעור בע"א 6821/93.

אין צו להוצאות.

ד הנשיא א' ברק: במרץ 1992 נחקקו חוקי-יסוד: חופש העיסוק וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם חקיקתם חל שינוי מהותי במעמדן של זכויות האדם בישראל. הן הפכו לזכויות חוקתיות. ניתן להן מעמד חוקתי על-חוקי. חוק "רגילה" של הכנסת אינו יכול לשנותן. חקיקה רגילה אינה יכולה לפגוע בזכות אדם מוגנת אלא אם כן מתקיימות הדרישות הקבועות בחוקי היסוד. אי-קיום הדרישות החוקתיות הופך את החוק הרגיל לחוק לא חוקתי. זהו חוק שנפל בו פגם חוקתי. בית המשפט עשוי להכריז על בטלותו.

ה ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. עתה הצטרפנו לקהילת המדינות הדמוקרטיות (ובהן ארצות-הברית, קנדה, גרמניה, איטליה, דרום-אפריקה) אשר להן מגילת זכויות אדם (Bill of Rights) חוקתית. הפכנו להיות חלק ממהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים. אכן, לקחי מלחמת העולם השנייה, ובמרכזם השואה של העם היהודי, וכן דיכוי זכויות האדם במדינות טוטליטריות, העלו את זכויות האדם על ראש סדר היום העולמי. מסמכים בינלאומיים בדבר זכויות האדם נכרתו. ישראל הצטרפה אליהם. בתי-דין בינלאומיים בדבר זכויות אדם הוקמו. החוקות החדשות כוללות פרקים נרחבים - לרוב בראש החוקה, ותוך שריון מיוחד במינו של חלק מהזכויות - בדבר זכויות אדם. הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים הפוגעים בזכויות האדם הפכה לנחלת רוב רובן של המדינות. מהפכה זו לא פסחה גם עלינו. הצטרפנו אליה במרץ 1992.

## א. המהפכה החוקתית בזכויות האדם

1. המהפכה החוקתית התחוללה בכנסת במרץ 1992. הכנסת העניקה למדינת ישראל מגילת זכויות אדם חוקתית. מהפכה חוקתית זו היא פרי התפתחות רבת שנים ותהליך חוקתי רב ממדים. ביסודו מונחת ההכרה כי על-פי המבנה החוקתי שלנו נתונה בידי הכנסת הסמכות החוקתית להעניק חוקה לישראל. סמכות זו נתונה לכנסת, משום שהיא אינה אך בעלת סמכות לחקיקה "רגילה". הכנסת היא גם בעלת סמכות לכינון חוקה. בסמכות זו היא עשתה שימוש בחוקקה את שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. בכך היא יצרה נורמה חוקתית עליונה. בכך היא יצרה נורמה חוקתית על-חוקתית. במידרג הנורמטיבי שנוצר עומדים שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם מעל לחקיקה הרגילה. סתירה בין האמור באחד משני חוקי היסוד לבין האמור בחוק רגיל גוררת אחריה בטלותו של החוק הסותר.

2. בחוקקה את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הביעה הכנסת את עמדתה באשר למעמדם המשפטי-חוקתי העליון של שני חוקי יסוד בדבר זכויות האדם. היום מביע בית המשפט העליון את עמדתו המשפטית המאשרת מעמד חוקתי עליון זה. בכך משתלבת הזרוע החקיקתית עם הזרוע השיפוטית. החוליה המכוננת משתלבת בחוליה השופטת. קמה השרשרת החוקתית בדבר חוקתיות החוקה בכלל וחוקתיות זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד בפרט. אין זו יצירת יש מאין. הכנסת לא יצרה יש מאין. היא חוקקה את שני חוקי היסוד בהפעלה את סמכותה המכוננת, סמכות הנתונה לה, וזאת על רקע הכרות העצמאות, כינונה של האסיפה המכוננת, החלטת הררי, ועשרה חוקי יסוד אשר הכנסת חוקקה מאז 1958 ועד לחקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם (חוקי-יסוד: הכנסת; חוקי-יסוד: מקרקעי ישראל; חוקי-יסוד: נשיא המדינה; חוקי-יסוד: הממשלה הישן והחדש; חוקי-יסוד: משק המדינה; חוקי-יסוד: הצבא; חוקי-יסוד: ירושלים בירת ישראל; חוקי-יסוד: השפיטה; חוקי-יסוד: מבקר המדינה). בית המשפט העליון לא יצר יש מאין. פסיקתנו היום משתלבת בפסיקתנו מאז פרשת ברגמן [15]. רק לפני כשנה נתנו ביטוי לכוחה זה של הכנסת (ראה בג"צ 726/94, 878 כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח' (להלן – פרשת כלל [37])). היום אנתנו ממשיכים באותה דרך.

3. המהפכה החוקתית בתחום זכויות האדם בנויה על אדני ההלכה הפסוקה. הכנסת, בהפעלה את סמכותה המכוננת, אימצה מספר זכויות אדם הילכתיות והעניקה להן מעמד חוקתי על-חוקי. בלא התשתית ההילכתית, לא ניתן היה לקיים את השינוי החוקתי. "לא היינו מגיעים כיום לעוצמת מעמדם של זכויות האדם בישראל, לולא הבסיס האיתן שהניחו להם השופטים אשר קדמו לנו" (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל (להלן – פרשת גנימאת [38]), בעמ' 414). בלא תרומתה של ההלכה הפסוקה, לא ניתן היה לעצב את המבנה החוקתי בתחום זכויות האדם. בלא זכויות אדם הילכתיות, לא היו מוכרות אצלנו זכויות אדם חוקתיות. בלא דמוקרטיה ישראלית בעבר, אין קיום לדמוקרטיה ישראלית חוקתית בהווה או בעתיד. הנה כי כן, המהפכה החוקתית בתחום

זכויות האדם היא פרי ההתפתחות ההילכתית בהגנה על זכויות האדם. על המסד ההילכתי הוקם המבנה החוקתי. בכך ניתן ביטוי מובהק לאותו "שיתוף פעולה הנמשך והולך" (מ' אגרנט, "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י (תשמ"ד-מ"ה) 233) בין בית המשפט לכנסת. זאת ועוד: את הדין החוקתי החדש יש לפרש על רקע כלל הניסיון הלאומי. את זכויות האדם החוקתיות יש לפרש על רקע הדין ההילכתי הישן. דין זה אינו מאבד אפוא את כוחו. הוא ממשיך להיות מקור להשראה פרשנית לפירוש זכויות האדם החוקתיות.

א

ב

4. המהפכה החוקתית אינה מתבטאת אפוא בעצם ההכרה בקיומן של זכויות האדם. הכרה זו קיימת בישראל על בסיס הפסיקה, מימים ימימה. המהפכה החוקתית מתבטאת בשינוי מעמדן החוקתי של זכויות האדם; המהפכה החוקתית מתבטאת במתן מעמד חוקתי ל"עקרונות יסודיים", שלפיהם "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין..."; המהפכה החוקתית מתבטאת בקביעה כי זכויות האדם "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" (סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו); סעיף 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; המהפכה החוקתית מתבטאת בכך שניתן מעמד חוקתי לקביעה כי יש להגן על כבוד האדם וחירותו, "כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראה גם סעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). אכן, שוב אין לאדם בישראל אך זכויות הילכתיות "שאינן כתובות על ספר" (כלשונו של השופט לנדוי בבג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי ואח' [39], בעמ' 2415). הן הפכו לזכויות חוקתיות החרות על דפי החוקה, והנהנות מעליונות נורמטיבית. חוק רגיל הפוגע בזכות חוקתית בלא שיהא לתכלית ראויה, ובלא שיהא במידה הדרושה, הוא חוק לא חוקתי, ועל-כן ניתן להצהיר על בטלותו. חוק רגיל הפוגע בזכות חוקתית המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בלא לקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה והקובע - אם במפורש ואם במשתמע - כי הוא מכונן לפגוע בזכות האדם, אינו חוקתי, ובית המשפט יצהיר על בטלותו. זהו שורש השינוי החוקתי. כדבר הזה לא היה בעבר. עד כה שררה בישראל ההשקפה כי "רשאי המחוקק הכללייכול להתיר את הפגיעה באזרח ללא דין וללא דין..." (השופט זוטמן בבג"צ 163/57 לובין נ' עיריית ת"א-יפו [40], בעמ' 1079); "גזירת המחוקק היא, ואם היא גורמת להפלות, הרי הפליות חקוקות ועל-כן כשרות ולא פסולות הן" (השופט ח' כהן בבג"צ 120/73 טוביט ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' [41], בעמ' 759). סיכום זאת השופט ברנזון, בקובעו:

ג

ד

ה

ו

ז

"...נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה בחוק הכנסת שנעשה כדין על יסוד נימוק זה או אחר..." (ע"א 228/63 [18], בעמ' 2547).



בהשקפה חוקתית זו חל שינוי. הכנסת, בהפעילה את סמכויות החקיקה שלה, שוב אינה כלייכולה. על כוח החקיקה שלה בתחום זכויות האדם הוטלו מגבלות על-ידי הכנסת, תוך שזו עשתה לשם כך שימוש בסמכויותיה המכוננות. זהו השינוי החוקתי הבסיסי. לראשונה קבעה הכנסת, במרץ 1992, מיגוון של זכויות אדם חוקתיות, המגבילות את כוח החקיקה של הכנסת, והמתנות פגיעה בהן בהגשמת ערכיה של מדינת ישראל. כמדינה יהודית ודמוקרטית. לראשונה מצהיר בית המשפט העליון על התוקף החוקתי העל-חוקי של קביעת הכנסת. לאור ראשוניות זו ובשל הדעות השונות בעניין זה, ועל רקע פסק דינו המקיף של חברי, הנשיא שמגר, מן הראוי הוא כי אעמוד על מספר שאלות שהתעוררו לפנינו, תוך ניסיון להשיב עליהן. דרך הילוכי תהא זו: בחלק הראשון של פסק-דיני אדון במבנה החוקתי. במסגרת חלק זה אדון בשאלה אם מוסמכת הכנסת להעניק חוקה לישראל. אשיב על שאלה זו בחיוב, שכן הכנסת אינה רק בעלת סמכות מחוקקת, אלא היא גם בעלת סמכות להעניק חוקה לישראל, כלומר, בעלת סמכות מכוננת. אעבור במסגרת חלק זה לבחינת השאלה כיצד הכנסת עושה שימוש בסמכותה המכוננת והאם בפועל נעשה שימוש בסמכות זו שעה שהכנסת חוקקה את שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. אשיב על כך בחיוב. אבחן את מעמדם הנורמאטיבי של שני חוקי היסוד הללו ואת יחסם לחקיקה הרגילה. אסיים את הדיון במסגרת החוקתית בשאלה אם קיימת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החקיקה הרגילה לאור שני חוקי היסוד. אשיב בחיוב על שאלה זו. בחלק השני של פסק-דיני אתמקד בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אפתח בבחינה החוקתית הנגזרת ממנו. אעמוד בקצרה על היקפן של הזכויות המוגנות ואתמקד בעיקר בהיקפה של זכות הקניין, אשר לפגיעה בה טוענים התובעים. אבחן את כוחה של הכנסת לפגוע בזכויות המוגנות, תוך ניתוחה של פיסקת ההגבלה. בחלק השלישי והאחרון של פסק-דיני אבחן אם החוק המתקן פוגע בזכות אדם חוקתית מוגנת. אשיב על שאלה זו בחיוב. על רקע זה אבחן אם נתקיימו בחוק הפוגע הדרישות של פיסקת ההגבלה. גם על שאלה זו אשיב בחיוב.

ב. המבנה החוקתי

1. מקור סמכותה של הכנסת להעניק חוקה לישראל

א. תורת הסמכות המכוננת

5. שאלת המפתח הינה, כמובן, אם לכנסת נתונה הסמכות ליתן חוקה לישראל (סמכות מכוננת), ואם כן מהו מקור כוחה זה של הכנסת. בעניין זה הצביע הנשיא שמגר על מספר השקפות. הבחירה ביניהן אינה נחוצה לצורך הכרעת הדין בערעור שלפנינו. על-כן אביע את עמדתי בעניין זה. על-פי הגישה הנראית לי כראויה, נתונה לכנסת הסמכות ליתן חוקה לישראל. מקור כוחה של הכנסת הוא בנתון החוקתי המרכזי, שלפיו נתונה לכנסת הסמכות המכוננת, כלומר הסמכות ליתן חוקה לישראל. סמכות זו אין הכנסת יוצרת לעצמה. אין היא ניתנת לכנסת מכוח חוק יסוד או חוק שהכנסת חוקקה.

א כדי לקבוע חוקה, המצויה ברמה נורמטיבית עליונה על חוק, נדרשת לכנסת נקודת אחיזה ארכימדית, המצויה מחוץ לחוקה או לחוק, אשר מעניקה לה את הסמכות לכונן חוקה. החוקה אינה יכולה ליצור את הסמכות שתיצור אותה. חוק אינו יכול ליצור חוקה אשר החוק כפוף לה. החוק אינו יכול ליצור את הסמכות שתיצור אותו. מעשה חוקה מהייב תמיד נקודת אחיזה שמחוץ לגוף המחוקק. נקודת אחיזה זו צריכה לינוק עצמה מהעם, אשר הריבונות שייכת לו. אכן, ביסוד תורת הסמכות המכוננת של הכנסת עומדת התפיסה כי סמכותה המכוננת של הכנסת באה לה מהריבון, כלומר מהעם. מכוח סמכות מכוננת זו מעניקה הכנסת חוקה לישראל (בדמות חוקי היסוד). מכוחם של אלה ניתנה לכנסת הסמכות לחוקק חוקים "רגילים" וכן להפעיל סמכויות אחרות (כגון, פיקוח על הממשלה). אכן, יש לה לכנסת מספר "כובעים" או "כתרים", ובהם כתר הסמכות המכוננת - מכוחו מכוננת החוקה (חוקי היסוד) - וכתר הסמכות המחוקקת - מכוחו נחקקים החוקים. לביסוסה של גישה זו ניתן לנקוט שלושה מודלים משפטיים. די בכל אחד מהם כדי לבסס את תורת הסמכות המכוננת. העובדה ששלוש הקונסטרוקציות מובילות כולן לאותה תוצאה מעניקה לה משנה תוקף. אפתח בהצגה קצרה של כל אחד משלושת המודלים הללו. לאחר מכן אביא את הנתונים החוקתיים שמהם יונקים מודלים אלה.

## ב. הצגת שלושת המודלים

## 1. הסמכות המכוננת נגזרת מהנורמה הבסיסית

א 6. המודל הראשון סומך עצמו על הרציפות החוקתית. על פיו, הנורמה הבסיסית (ה-Grundnorm לפי שיטת קלזן; Kelsen, *supra*, at 193) של ישראל הינה כי מועצת המדינה הזמנית היא הרשות העליונה של מדינת ישראל (ראה קלינגהופר, במאמרו הנ"ל, ספר קלינגהופר, בעמ' 74). מועצת המדינה הזמנית הורתה בהכרזת העצמאות כי תיקבע חוקה "על-ידי האספה המכוננת הנבחרת". כן קבעה מועצת המדינה הזמנית (בפקודת סדרי השלטון והמשפט) כי היא הרשות המחוקקת. האספה המכוננת נבחרה (ביום 25.1.49). עם כינונה נתפזרה מועצת המדינה הזמנית. סמכויותיה עברו לאסיפה המכוננת (פקודת המעבר לאסיפה המכוננת). לאסיפה המכוננת היו אפוא שתי סמכויות עיקריות: היא בעלת הסמכות המכוננת והיא בעלת הסמכות המחוקקת. לאותו גוף ניתנו שתי פונקציות - שני "כתרים" או "כובעים" - זו המכוננת (להעניק חוקה לישראל) וזו המחוקקת (לחוקק חוקים "רגילים"). תופעה זו - לפיה הסמכות המכוננת והסמכות המחוקקת נתונות לאותו גוף - מקובלת היא ביותר (ראה: אקצין, בספרו הנ"ל, בעמ' 35; קליין, במאמרו הנ"ל, משפטים ב, בעמ' 52). האסיפה המכוננת קבעה (בחוק המעבר) כי -

"... לבית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא 'הכנסת'. לאסיפה המכוננת ייקרא 'הכנסת הראשונה'. לציר האסיפה המכוננת ייקרא 'חבר הכנסת' (סעיף 1).

הכנסת הראשונה (היא האסיפה המכוננת) הקדישה זמן ניכר לדיון על החוקה. הדיונים הסתיימו בהחלטת פשרה ("החלטת הררי"), שלפיה:

"הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו.

הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה" (ד"כ 5, בעמ' 1743).

לקראת פיזור של הכנסת הראשונה קבעה הכנסת כי כל סמכויותיה יועברו לכל הכנסות שלאחריה (חוק המעבר לכנסת השנייה). למניעת כל ספק הודגש כי העברה זו כוללת גם את הסמכות של האסיפה המכוננת (ראה סעיף 9). הכנסת השנייה עסקה בהכנתו של חוק יסוד (הכנסת). היא לא הספיקה לכוון אותו. רק בכנסת השלישית כונן חוק היסוד הראשון, הוא חוק יסוד: הכנסת. מאז כוננו חוקי היסוד על-ידי הכנסות השונות. מסקירה תמציתית זו מסיק המודל הראשון את המסקנה, כי סמכותה המכוננת של האסיפה המכוננת (הכנסת הראשונה) מצויה ברציפות בידה של כל כנסת.

2. הסמכות המכוננת נגזרת מכלל ההכרה של השיטה

7. המודל השני המבסס את סמכותה המכוננת של הכנסת אינו סומך עצמו על הרציפות החוקתית. הוא בוחן את המבנה החוקתי הקיים בזמן נתון. הוא מבוסס על תורתו של פרופ' הארט (Hart). פרופ' הארט מבחין בין נורמות ראשוניות לנורמות משניות. הנורמות המשניות קובעות כיצד נוצרים הכללים הראשוניים, כיצד ניתן לשנות וכיצד מוכרעים סכסוכים לגביהם. בגדרן של הנורמות המשניות תופס מעמד בכורה "כלל ההכרה" (ה"rule of recognition"; ראה Hart, *supra*, at 100). כלל זה קובע כיצד נוצרות הנורמות הראשוניות, מהו מעמדן הנורמטיבי, מיהי הנורמה העליונה ומיהי הנורמה התחתונה. כלל ההכרה נקבע על-ידי בית המשפט. בית המשפט אינו יוצר יש מאין. הוא משקף את התפיסה של הקהילה על דבר דרכי יצירתן של נורמות (לרבות נורמות חוקתיות) במסגרתה. על-פי גישה זו, יש לקבוע כי כלל ההכרה של מדינת ישראל הינו כי לכנסת נתונה סמכות מכוננת ומחוקקת גם יחד. קביעה זו אינה משקפת עמדה שיפוטית סובייקטיבית. היא משקפת עמדה אובייקטיבית בדבר "מערכת החיים הלאומיים" של מדינת ישראל (השופט אגרוט בבג"צ 73/53, 87 [4], בעמ' 884). תפיסות היסוד של החברה בישראל היום – המהוות ביטוי של הניסיון הלאומי כולו – הינן כי הכנסת נתפסת בתודעה הלאומית שלנו כגוף המוסמך ליתן חוקה לישראל. תודעה זו ראשיתה בטרם הקמת המדינה, ובהכנות למתן חוקה. תודעה זו גובשה בהכרות העצמאות. היא קרמה עור וגידים בבחירות לאסיפה המכוננת. היא התגבשה בתפיסה החברתית-משפטית כי הכנסת היא בעלת הסמכות המכוננת. היא הפכה לחלק מהתרבות הפוליטית שלנו. על יסוד כל אלה באים היום שופטי בית המשפט העליון וקובעים כי

על-פי כלל ההכרה של מדינת ישראל נתונה לכנסת סמכות מכוננת ומחוקקת; וכי הכנסת מוסמכת, בעשותה שימוש בסמכותה המכוננת, להגביל את כוח החקיקה הרגיל שלה; כי מעשה החוקה של הכנסת עומד מעל מעשה החקיקה שלה. המסע ההיסטורי – שעליו עומד המודל הראשון – הוא מרכיב חשוב גם במודל השני. חוקתיות וחוקה אינן רק מסמכים פורמאליים. הן אינן רק משפט. הן פרי חוויה לאומית. הן חברה ותרבות. הן משקפות ניסיון לאומי. הניסיון הלאומי שלנו, בהסתכלותו הכוללת היום, הינו כי לכנסת הסמכות לכונן חוקה.

א

ב

3. הסמכות המכוננת היא הפירוש הטוב ביותר להיסטוריה החברתית והמשפטית

ג

ד

ה

ו

ז

8. המודל השלישי לביסוס סמכותה המכוננת של הכנסת אף הוא מודל אמפירי. הוא שואל, מהו הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של שיטה נתונה בזמן נתון. זהו המודל של פרופ' דבורקין (ראה: R. M. Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, 1986); R. M. Dworkin, *A Bill of Rights for Britain* (London, 1990)). על-פי מודל זה, לגוף פלוני (כגון הפרלמנט) הסמכות להעניק חוקה למדינה, אם מסקנה זו היא הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של אותה מדינה. בהפעילנו מודל זה בישראל, דומה כי הפירוש המתאים (fit) ביותר של מכלול ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל מאז הקמתה הינו כי לכנסת הסמכות לכונן חוקה לישראל. הנתונים המבססים זאת הם אותם נתונים שעליהם מתבסס המודל הראשון והשני. אכן, הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה החוקתית שלנו איננו שהכנסת השחיתה זמנה לריק שעה שעסקה זה למעלה מארבעים שנה בכינון החוקה; הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה החוקתית שלנו איננו שחלק מסעיפי השריון השונים בחוקי היסוד אינם תופסים; הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה החוקתית שלנו איננו שפסקי הדין השונים שעסקו במעמד החוקתי של חוקי היסוד החטיאו את מטרתם. בהפוך הוא: המפרש את ההיסטוריה החברתית המשפטית שלנו, דרכיה ומסורתה, כפי שהיא משתקפת לפנינו היום – על רקע מגילת העצמאות, כינונה של האסיפה המכוננת, החלטת הררי, בחירות אשר במהלכן חזרו המפלגות וציינו כי הן מבקשות לכונן חוקה לישראל, חקיקתם של שנים-עשר חוקי יסוד הכוללים הוראות שריון וכבילה, פסיקתם של בתי המשפט ותגובת הכנסת אליה, ועמדת הקהילייה המשפטית – יגיע למסקנה כי הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה שלנו הינו כי לכנסת נתונה סמכות מכוננת. הפירוש הטוב ביותר לכוחה של הכנסת לקבוע כי אין לשנות חוק יסוד אלא בחוק יסוד, וכי אין לפגוע בהסדרים המעוגנים בחוקי היסוד אלא בחוק שנתקבל ברוב פלוני (רוב של חברי הכנסת או רוב גדול מזה) או בחוק שמקיים דרישות של מהות שנתונה לכנסת סמכות מכוננת, שמכוחה היא מוסמכת ליצור נורמה חוקתית עליונה, הכובלת את דרכי שינויה והמשריינת עצמה מפני חקיקה רגילה. אכן, הפירוש הטוב ביותר של מכלול ההיסטוריה המשפטית-חברתית של מדינת ישראל הינו, כי בתודעה החברתית והמשפטית של הקהילייה הישראלית טבועה עמוק התפיסה כי הכנסת היא המוסמכת ליתן חוקה לישראל. זהו חלק מהתרבות הפוליטית שלנו. זהו הפירוש הטוב ביותר של ההיסטוריה המשפטית החברתית שלנו מקום המדינה ועד היום.

## ג. הנתונים החוקתיים שמהם יונקים שלושת המודלים

## 1. סקירת הנתונים החוקתיים

9. שלושת המודלים אינם פרי תפיסה סובייקטיבית של השופט. הם אינם נובעים מרצונו הפרטי להכיר או לא להכיר בקיומה של חוקה לישראל. הם פרי הפרשנות האובייקטיבית של ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל. הם תוצאה של תנועת ההכרה החוקתית של הקהילייה הישראלית על פני ההיסטוריה המשפטית הקצרה שלנו. הם פרי הבנתן של העובדות החברתיות שעליהן בנוי משטרה של מדינת ישראל. כל אלה הם הנתונים החוקתיים (ה־ Constitutional facts) שמהם יונקים שלושת המודלים – כל אחד לפי תפיסתו הוא – את חיותם. אעמוד עתה על נתונים אלה. אפתח בנתונים המצביעים על הרציפות החוקתית (פיסקאות 10 עד 18). נתונים אלה חשובים במיוחד בגדרו של המודל המכיר בסמכותה המכוננת של הכנסת כנגזרת מהנורמה הבסיסית. הם משמשים, כמובן, גם את שני המודלים האחרים. אעבור לאחר מכן לתפיסתה של הכנסת את עצמה (פיסקאות 19 עד 31). אף זה הוא נתון אמפירי, המשמש לבית המשפט לביסוס מסקנתו המשפטית עליפי כל אחד משלושת המודלים. מכאן אתמקד בתפיסתם של סופרים ומחברים (פיסקאות 32 עד 34). נתון זה חשוב הוא, שכן הוא משקף יפה את תפיסותיה של הקהילייה (המשפטית) הישראלית את דבר כוחה של הכנסת ליתן חוקה לישראל. נתון זה חשוב הוא לשלושת המודלים, בעיקר למודל השני והשלישי. הנתון החוקתי האחרון הוא פסיקתו של בית המשפט העליון (פיסקאות 35 עד 37). בשניים מפסקי הדין של בית המשפט העליון אומצה תורת הסמכות המכוננת במלואה. עם זאת, במסגרת הנתונים החוקתיים אני מבקש להצביע על רצף הפסיקה כולה אשר הכיר במשתמע בעליונותם הנורמטיבית של חוקי היסוד. אסיים ניתוח זה בהסקת מסקנות מספר – המשותפות לשלושת המודלים – מנתונים עובדתיים-אובייקטיביים אלה.

## 2. הרציפות החוקתית

10. נקודת המוצא לתפיסת הכנסת כבעלת סמכות מוכנת היא ה' באייר תש"ח (15.5.48). ביום זה קמה מדינת ישראל. הנורמה הבסיסית של המדינה – כלומר, הנורמה העליונה, שכשלעצמה אינה חלק מהמשפט הפוזיטיבי אך הנותנת ביסוס משפטי לכל שאר הנורמות המשפטיות במדינה – הינה, כי מועצת המדינה הזמנית היא המוסד החקיקתי העליון של המדינה (ראה מ' שטרנברג, "הנורמה הבסיסית של המשפט בישראל" הפרקליט ט (תשי"ג) 129). עמד על כך פרופ' קלינגהופר, במאמרו הנ"ל, 199 קלינגהופר, בעמ' 74-75, בציינו:

"כדי להיווכח שקיימת רציפות חוקתית במערכת המשפטית של ישראל דהיום, ניתן לעקוב אחר העברת הסמכויות בעבר. עד לאותו משפט בהכרות-העצמאות – שבו מכריזה על עצמה מועצת-העם כמועצת המדינה הזמנית –

- א אין התייחסות בהכרזה לסמכויותיה של זו. ברם, אין ספק, כי ראו אותה כרשות העליונה של המדינה החדשה. העדר כל הגדרה לסמכויותיה מעיד כי סמכויות אלה לא היו אמורות להיות מוגבלות. נמצא, כי באותו משפט – ההופך את מועצת העם למועצת המדינה הזמנית – יש לראות את נורמת היסוד של מדינת ישראל.”
- ב וברוח דומה ציין פרופ' רובינשטיין:
- ב לסמכותה של המועצה להעניק לעצמה סמכות זו בהכרזה אין כל אסמכתה קודמת. זהו ראשית תהליך היצירה, בחינת יש הנוצר מאין, המאפיין תחילתו של משטר מדיני חדש, שאינו יונק את קיומו ממשטר מדיני קודם או אחר” (א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (שוקן, מהדורה 4, תשנ"א) 42).
- ג מועצת המדינה הזמנית הורתה בהכרזת העצמאות כי תיקבע חוקה על-ידי אסיפה מכוננת אשר תיבחר לא יאוחר מ־1 באוקטובר 1948. בכך ניתן ביטוי להחלטת עצרת האומות המאוחדות מ־כ"ט בנובמבר 1947, לפיה “האסיפה המכוננת של כל מדינה תעבר קונסטיטוציה דמוקרטית למדינתה”. וזו לשון הכרזת העצמאות:
- ד “אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ־1 באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית אשר תיקרא בשם ישראל.”
- ה מועצת המדינה הזמנית פירסמה את המנשר וחוקקה את פקודת סדרי השלטון והמשפט. נקבע בפקודה זו, בין השאר, כי “מועצת המדינה הזמנית היא הרשות המחוקקת” (סעיף 7א). כן חוקקה מועצת המדינה הזמנית את פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת. בגדרי פעולתה, מינתה מועצת המדינה הזמנית ועדה מיוחדת לענייני חוקה. בראשה עמד מר' ו' ורהפטיג. “תפקידה של ועדה זו היה ריכוז, בירור וסידור ההצעות והחומר והכנת הצעת חוקה שתוגש עם דעות והסתייגויות המיעוט שבועדה, כחומר לאסיפה המכוננת” (רובינשטיין, בספרו הנ"ל, בעמ' 44). אכן, ההשקפה המקובלת הייתה אז, כי האסיפה המכוננת תיכון, והיא תחבר חוקה לישראל. נתן לכך ביטוי בית המשפט העליון בבג"צ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר-הבטחון ואח' (להלן – פרשת אל-כרבוטלי [42]) בקובעו – תוך התייחסות לפסיקה קודמת שלו שעניינה מעמדה של הכרזת העצמאות (בג"צ 10/48 ז' נ' הממונה בפועל על האזור העירוני ת"א ואח' [43]) – כי “בית המשפט לא קיבל את הטענה, כי תעודה זו מהווה את החוקה, שלאורה יש לבחון כשרותם של חוקים בטרם נקבעה על-ידי האסיפה המכוננת, החוקה היסודית, אשר עצם ההכרזה מדברת עליה” (פרשת אל-כרבוטלי [42], בעמ' 13).

11. הבחירות לאסיפה המכוננת נערכו (ביום 25.1.49), ונבחרה האסיפה המכוננת. תפקידה היה, כאמור בהכרזת העצמאות, לחבר את חוקתה של המדינה. על-פי התכנית המקורית, עם בחירתה של האסיפה המכוננת - וכפי שנחזה בהכרזת העצמאות - היו צריכים להתקיים זו לצד זו מועצת המדינה הזמנית והאסיפה המכוננת. שני אלה היו צריכים להיות גופים נפרדים, בעלי הרכב שונה ותפקידים שונים. מועצת המדינה הזמנית צריכה הייתה להמשיך בתפקידה כרשות המחוקקת. תפקידה היה לחוקק את חוקיה של המדינה החדשה, על-פי צורכי הזמן. היה זה, כפי ששמו מעיד עליו, גוף זמני אשר אמור היה להיות מוחלף על-ידי "השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה..." (הכרזת העצמאות). לצדה צריכה הייתה להתקיים האסיפה המכוננת, אשר היוותה רשות מכוננת. תפקידה האחד והיחיד היה הקניית חוקה למדינה. מועצת המדינה הזמנית לא נבחרה על-ידי כלל התושבים, והרכבה נקבע בפקודת סדרי השלטון והמשפט. האסיפה המכוננת נבחרה בבחירות כלליות, שבהן השתתפו כל בני החברה הישראלית. קיום מקביל זה של שני המוסדות (האסיפה המכוננת ומועצת המדינה הזמנית) לא הסתייע, שכן עם כינונה של האסיפה המכוננת התפזרה מועצת המדינה הזמנית. פיזור זה לא היה צעד מפתיע. הוא תוכנן מראש. היה ברור לכול כי האסיפה המכוננת תעסוק הן בענייני חקיקה רגילים והן בענייני חוקה. הדבר השתקף בתעמולת הבחירות ובמצעי המפלגות, בבחירות לאסיפה המכוננת, אשר עסקו בכל הנושאים שעל סדר היום הלאומי ולא בעניין החוקה בלבד.

12. אכן, הצעד החוקתי הבא בשרשרת הרציפות החוקתית הוא החלטתה של מועצת המדינה הזמנית להתפזר. על הטעם שעמד ביסוד החלטה זו כתב פרופ' ידין:

"לפי ההכרזה צריכה היתה תקופת כהונתה של מועצת המדינה להסתיים ב־1 באוקטובר, 1948, ומאותו יום, לכל המאוחר, היו צריכים להתחיל בפעולתם השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שצריכה היתה להיקבע בינתיים על ידי האספה המכוננת.

והנה עבר התאריך של 1.10.48, וחוקת המדינה טרם נקבעה ושלטונות נבחרים וסדירים - לא הוקמו עדיין.

לפי הכרזת העצמאות היו מועצת המדינה הזמנית והממשלה הזמנית ממשיכים לכהן ולפעול לא רק עד לבחירת האספה המכוננת אלא עד להקמת השלטונות החדשים על פי החוקה החדשה. תפקידה של האספה המכוננת היה מצטמצם לעיבוד החוקה ואישורה, ותפקידי החקיקה השוטפת היו נשארים בידי מועצת המדינה הזמנית עד לאחר גמר כהונתה של האספה המכוננת. עד אותו מועד היו קיימים שני המוסדות זה על יד זה, והממשלה הזמנית היתה מכהנת בהרכבה הנוכחי עד אחרי הבחירות לפרלמנט הקבוע על פי החוקה החדשה.

כל עוד היתה תכנית זאת קשורה בתאריך 1.10.48, זאת אומרת שהיתה כוונה ותקווה לבצעה על כל שלביה במשך ארבעה וחצי חדשים בלבד (מ־1.10.48 - 15.5.48), אפשר היה בהחלט להסכים לה. ולכן אין גם לבוא בטרוניה אל מחברי הכרזת העצמאות על שקבעו מה שקבעו. הם חתמו על

ההכרזה לפני שאווירוני האויב הופיעו בשמי תל-אביב (אם כי רק יום אחד לפני כן), לפני פלישתם של שבע מדינות לתוך גבולות המדינה, ולא היה בידם לחזות מראש את הצפון בחדשים הקרובים.

אולם עכשיו, אחרי כל המאורעות שהתחוללו מאז הקמת המדינה, התברר שאין לבצע את התכנית הראשונה. אין עוד להשלים עם קיום מועצת המדינה הזמנית בעת ובעונה אחת עם האספה המכוננת, וכתוצאה מכך הכרחי הוא להטיל על האספה המכוננת את כל תפקידיה של מועצת המדינה" (ספר אודי ידן, בעמ' 80).

במקביל להחלטת הפיזור החליטה מועצת המדינה הזמנית כי כל סמכויותיה יועברו לאסיפה המכוננת. מעבר זה נעשה בפעולת חקיקה של מועצת המדינה הזמנית, הלא היא פקודת המעבר לאסיפה המכוננת. נקבע בפקודה זו כי "מועצת המדינה הזמנית תוסיף לכהן עד התאסף האסיפה המכוננת של מדינת ישראל; בהתאסף האסיפה המכוננת תתפזר מועצת המדינה הזמנית ותחדל מלהתקיים" (סעיף 1). נקבע עוד כי "לאסיפה המכוננת יהיו כל הסמכויות שהעניק החוק למועצת המדינה הזמנית, כל עוד לא החליטה האסיפה המכוננת החלטה אחרת בעניין זה" (סעיף 3). כן נקבע, כי האסיפה המכוננת תנהג "על פי תקנון הישיבות של מועצת המדינה הזמנית בשינויים המחוייבים על פי העניין, כל עוד לא החליטה לנהוג בדרך אחרת" (סעיף 2(ד)). נתקיים דיון במועצת המדינה הזמנית אם לקבוע מראש כי האסיפה המכוננת חייבת להכין את החוקה, ואם להגביל את המועד לחקיקתה. הוצע לקבוע בחוק המעבר לאסיפה המכוננת כי "האסיפה המכוננת תקבל חוקת-יסוד למדינת ישראל ובתקופת כהונתה תהיה הרשות המחוקקת של המדינה". הוחלט, ברוב דעות, להימנע מכל הוראה בעניין זה. "נשמר, איפוא, לאספה המכוננת חופש מוחלט הן לגבי תפקידיה והן לגבי תקופתה" (ספר אודי ידן, בעמ' 81). ודוק: ההחלטה על פיזור של מועצת המדינה הזמנית ועל העברת סמכויות לאסיפה המכוננת התגבשה עוד בימיה של מועצת המדינה הזמנית. חברי מועצת המדינה הזמנית - ובעקבותם כל תושבי ישראל שהצביעו בבחירות לאסיפה המכוננת - היו מודעים לכך כי הם בוחרים גוף שיהיה הן בעל סמכות מכוננת והן בעל סמכות מחוקקת, ושהיו לו גם סמכויות פיקוח על הממשלה.

13. עם פיזור של מועצת המדינה הזמנית והעברת כל סמכויותיה לאסיפה המכוננת, הפכה האסיפה המכוננת לבעלת תפקיד כפול: היא בעלת הסמכות המחוקקת; היא בעלת הסמכות המכוננת. שוב אין קיום לרעיון המקורי של שני גופים בעלי סמכויות שונות. מאז ואילך הבסיס החוקתי הוא קיומו של גוף אחד ואחיד, הכנסת, אשר לה סמכויות שונות (מכוננת ומחוקקת, וכן סמכויות נוספות). אכן, לאותו הגוף עצמו ("הכנסת") ישנם אפוא שני תפקידים או שתי פונקציות ("שני כובעים") עיקריים. היא הגוף המוסמך לכוון חוקה ובידה נתונות הסמכויות של מועצת המדינה הזמנית. "כך קיבלה האסיפה המכוננת, שנועד לה על-ידי ההכרזה תפקיד אחד ויחיד - חיבור החוקה - תפקיד נוסף של רשות מחוקקת" (רובינשטיין, בטפרו הנ"ל, בעמ' 43). "היתה זו



מועצת המדינה הזמנית, שבהתפרקותה העמידה את האסיפה המכוננת בפני עובדה מוגמרת: איחוד שתי הפונקציות תחת מסגרת אחת" (שס, בעמ' 448). דומה כי לא יכול להיות כל ספק, כי האסיפה המכוננת (שהיא גם בעלת הסמכות המכוננת וגם בעלת כוח החקיקה הרגיל) מוסמכת הייתה לקבל חוקה, העובדה שהוספו לה - עם התפורותה של מועצת המדינה הזמנית - גם סמכויות של מחוקק רגיל לא שללו ממנה את סמכויותיה לכונן חוקה. יצוין כבר כאן, כי תופעה מקובלת היא בכל העולם, כי האסיפה המכוננת מכהנת גם כאסיפה מחוקקת (ראה שס, בעמ' 448). עמד על כך פרופ' קלון בציינו:

"It is possible that the organ specifically and formally authorized to create, abolish, or amend statutes having the character of a constitution is different from the organ authorized to create, abolish, or amend ordinary statutes. For example, the former function may be rendered by an organ different from the latter organ in composition and electoral procedure, such as a constituent national assembly. but usually both functions are performed by the same organ" (Kelsen, *supra*, at 223).

עמד על כך פרופ' אקצין:

"במתכונת דמוקרטית מוכנה הצעת החוקה, גם כשהיא עתידה להיות מובאת לאישור משאל-עם, ע"י אספה חכוננת שנבחרה לפי אותה שיטת הבחירות בערך בה נהוג במדינה הנדונה לבחור נציגים למוסד המחוקק, או - במקרה של מהפיכה המרחיקה-לכת - לפי השיטה הנראית למחזיקי השלטון הזמניים. האסיפה המכוננת משמשת בנסיבות אלו הן כמוסד להכנת החוקה והן, אם מתנהלת המדינה לפי המתכונת הפרלמנטרית, כמוסד מחוקק ומפקח על הממשלה" (אקצין, בספרו הנ"ל, בעמ' 35).

וברוח דומה ציין פרופ' קליין, במאמרו הנ"ל, משפטים ב, בעמ' 52:

"תקופת פעולתה של הרשות המכוננת יכול ותהיה ארוכה; במשך תקופה זו משמשת הרשות המכוננת גם כרשות מחוקקת, וניתן להגדיר תקופה זו כתקופת מעבר. הרשות המכוננת אינה הייבת לקבל את החוקה במסמך אחד, ויכול ותקבל מספר חוקים קונסטיטוציוניים הנפרדים זה מזה."

ולאחרונה חזר על כך פרופ' אקרמן:

"There is nothing sacrosanct about a special constitutional convention. Although such a convention is likely to take the task of constitutional formulation seriously, many plausible texts have also been produced by constituent assemblies that have exercised plenary power on normal legislative matters as well" (B. A. Ackerman, *The Future of Liberal Revolution* (New Haven, 1992) 59).

אכן, המבנה החוקתי הפדרלי בארצות-הברית, המקיים שני מוסדות נפרדים - האסיפה המכוננת שכוננה את החוקה והמחוקק הרגיל (הקונגרס ובתי המחוקקים של המדינות) המחוקק את החוקים - אינו מהווה דרך בלעדית לכינון של חוקות על-ידי אספות מכוננות. יצוין כי בארצות-הברית עצמה, החוקות של המדינות (להבדיל מהחוקה הפדרלית) נקבעו על-ידי רשות מכוננת אשר שימשה גם רשות מחוקקת (ראה *Encyclopaedia of the Social Sciences* (1953) 245. מעניין לציין, כי בשינויים החוקתיים שהתרחשו לאחרונה במזרח אירופה נקבע לא פעם כי סמכות האסיפה המכוננת (המכינה חוקה) וסמכות המחוקק (הממשיך בעבודת החקיקה הרגילה) יבוצעו על-ידי אותו גוף עצמו. היה זה לרוב הפרלמנט (הרגיל) שהפעיל גם סמכות חוקתית. בישראל קיבלה האסיפה המכוננת את הסמכות הנוספת של החקיקה הרגילה (ושאר הסמכויות של מועצת המדינה הזמנית).

14. השלב הבא ברציפות החוקתית הוא בחקיקתו של חוק המעבר. זהו דבר החקיקה החשוב ביותר אשר חוקקה הכנסת (שהיא עתה הן רשות מכוננת והן רשות מחוקקת). בחוק זה נקבע:

"לבית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא 'הכנסת'. לאסיפה המכוננת ייקרא 'הכנסת הראשונה'. לציר האסיפה המכוננת ייקרא 'חבר הכנסת'" (סעיף 1).

כן נקבע כי לדבר חקיקה של הכנסת ייקרא "חוק" (סעיף 2(א)). חוק המעבר לא השפיע על סמכותה הכפולה של האסיפה המכוננת (כעת "הכנסת הראשונה"). אכן, הכנסת הראשונה קיימה דיונים נרחבים באשר לחוקה (ראה ד"כ 4, בעמ' 714). איש לא טען כי היא אינה מוסמכת לכך. הכול הסכימו כי הכנסת, כאסיפה מכוננת, רשאית לקבוע חוקה למדינה. תויות שהתנהל היה בשאלה אם הכנסת חייבת לחוקק חוקה, ומה היא תוכנה של אותה החוקה. ויכות זה התנהל מספר חודשים, חלקו בוועדת החוקה, חלק ומשפט וחלקו במליאת הכנסת הראשונה (על הדיונים הללו, ראה חוקת המדינה - הדו"ח של ועדת החוקה חוק ומשפט בדבר חוקת המדינה והדיונים במליאת הכנסת הראשונה (הכנסת, תשי"ב). מן המפורסמות הוא כי ראש הממשלה, דוד בן-גוריון, התנגד לחוקה. עם זאת, הוא כלל לא חלק על סמכותה של הכנסת לכונן חוקה. ואלה דבריו:

"איש לא יכול היה, וגם עכשיו אין איש יכול לומר שלא תהיה חוקה. הדבר תלוי בהכרעת הכנסת. אם הכנסת תחליט שתהיה חוקה - תהיה חוקה. אם הכנסת תחליט שלעת-עתה לא תהיה חוקה - לא תהיה" (ד"כ 4, בעמ' 813).

הדיון הסתיים בהחלטת פשרה של הכנסת הראשונה (האסיפה המכוננת) שנתקבלה ביום 13.6.50. יוזם ההחלטה היה חבר הכנסת הררי ("החלטת הררי"). וזו לשון ההחלטה:

"הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו.

א

הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה" (ד"כ 5, בעמ' 1743).

הייתה זו החלטת פשרה. היא השאירה מספר אופציות פתוחות. מחד גיסא נתקבל העיקרון כי תהיה חוקה נוקשה, ולא ייסתם הגולל על רעיון החוקה. מאידך גיסא נתקבל העיקרון כי החוקה לא תחוקק מיד וכמגילה אחת, אלא פרקים פרקים, המשתרעים על רצף של זמן אשר בוודאי יגלוש מעבר לימיה של הכנסת הראשונה. עם זאת איש לא חלק, למחרת ההחלטה, כי הכנסת מוסמכת לכונן חוקה לישראל. "החלטת הררי" לא נועדה לשלול סמכות זו של הכנסת, וכ"החלטה" של הכנסת גם לא יכלה לשלול סמכות זו. אכן, משמעותה של החלטת הררי הייתה - כאמור בה - כי ועדת החוקה תכין הצעת חוקה "בהמשכים" למדינה. היה ברור לכול כי תהליך זה אינו מהיר. היה ברור לכול כי הוא לא יסתיים בכנסת הראשונה. בצדק ציין פרופ' רובינשטיין, כי:

ב

ג

"לא יכול אפוא להיות ספק בדבר סמכותה של הכנסת הראשונה לחוקק חוקה או חוקים בעלי אופי חוקתי, העומדים מעל למעשי החקיקה הרגילים. שינוי שמה של האסיפה המכוננת כשלעצמו, בוודאי שאין בו שינוי סמכות. אף איחוד הפונקציות - של חקיקה ומתן חוקה - לא שינה דבר" (רובינשטיין, בספרו הנ"ל, בעמ' 448).

ד

הכנסת הראשונה התפורה בלי שוועדת החוקה חוק ומשפט הכינה הצעות בענייני החוקה, וממילא בלי שפרק בחוקתה של המדינה הובא לאישור מליאת הכנסת.

ה

15. משך כהונתה של הכנסת הראשונה - היא האסיפה המכוננת - לא נקבע בדבר חקיקה. היה על הכנסת לחוקק חוק מיוחד המתליט על פיזור. בעשותה כן הייתה הכנסת מודעת לכך שאין היא אך בעלת סמכות החקיקה הרגילה, וכי היא גם בעלת הסמכות המכוננת. היא ביקשה להבטיח כי כל הכוחות שיש לה עצמה נתונים יהיו גם לכנסות הבאות אחריה. כשלעצמי נראה לי דבר זה כמיותר. סמכות הנתונה לכנסת, נתונה לכל כנסת. הכנסת כאורגן מרכזי של המדינה לעולם קיימת, לעולם עומדת, ואין צורך בהוראות רציפות מיוחדות אלא בעניינים בעלי אופי משני (כגון רציפות הצעות חוק). הדיבור על הכנסת "הראשונה", "השנייה" וכיוצא בהן כנסות הוא תיאורי בלבד, והוא שיקף את הצעדים הראשונים של הפרלמנטריוזם הישראלי. עקרונית, שינוי בהרכב האישי של חברי הכנסת אינו שקול כנגד שינוי בכנסת. הכנסת היא אחת, ועם הבחירות וחילופי חברי-כנסת לא מתרחשת העברה של סמכות מגוף אחד למשנהו. דומה שעניין זה טרם התבהר עם קום המדינה, ועל-כן, ולשם הזהירות בלבד, נחקק חוק המעבר לכנסת השנייה. נקבעה בו רציפות בין תום כהונתה של הכנסת הראשונה לבין תחילת כהונתה של הכנסת השנייה (סעיף 1). נקבע כי "לכנסת השנייה ולחבריה יהיו כל הסמכויות,

ו

ז

הזכויות והחובות שהיו לכנסת הראשונה ולתבריה" (סעיף 5). הוסף כי הכנסת השנייה תנהג על-פי התקנון, ההחלטות, התקדימים והנוהג של הכנסת הראשונה (סעיף 6). כן נקבע במפורש (בסעיף 9) כי:

א

"כל מקום בחוק שמדובר באסיפה המכוננת או בכנסת הראשונה ייקרא, מיום כינוס הכנסת השניה, כאילו המדובר בכנסת השנייה, אם אין כוונה אחרת משמעת מגופו של ענין".

ב

כן נקבע כי "חוק זה יחול, בשינויים המחוייבים לפי הענין, גם על המעבר לכנסת השלישית ולכל כנסת שלאחריה, כל עוד לא קיבלה הכנסת חוק אחר בדברים הנידונים בחוק זה" (סעיף 10). מעניין לציין, כי מספר חברי-כנסת הציעו לקבוע במפורש בחוק המעבר לכנסת השניה, כי "תפקידה העיקרי של הכנסת השניה הוא, לתת למדינת-ישראל חוקת-יסוד" (ראה ד"כ 8 (תשי"א) 1577). חבר הכנסת בר-רב-האי, בשם הרוב בוועדת החוקה, חוק ומשפט, התנגד לכך. הוא ציין -

ג

"שהתיקון המוצע על-ידם הוא הפגנה ריקה, ללא כל תועלת מעשית. הירושה התחוקתית של הכנסת הראשונה היא ירושה הנמצאת בתיקי הכנסת ועוברת באופן אוטומטי. הכנסת השניה היא ריבונית, במה שתרצה - תטפל, ובמה שלא תרצה - לא תטפל..."

ד

כיון שאין כל ערך מעשי לתיקון הזה, וכיון שהכנסת השניה בעצמה תפסוק אם להמשיך במתן חוקי-היסוד באותה נקודה שהפסיקה הכנסת הראשונה, או להתחיל את הפרשה מחדש - אין מקום ואין צורך לקבוע דבר זה בחוק-המעבר" (שם, בעמ' 1579).

ה

16. הכנסת הראשונה - היא גם האסיפה המכוננת שנבחרה במיוחד לחבר חוקה - התפזרה. נבחרה כנסת שנייה. האם גם לכנסת השנייה סמכויות של רשות מכוננת המוסמכת ליתן חוקה למדינה? שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. אכן, אילו התעוררה השאלה לפני בית המשפט העליון עם תחילת כהונתה של הכנסת השנייה, ניתן היה להחליט בה לכאן ולכאן. מחד גיסא היה נשמע הטיעון כי הסמכות המכוננת ניתנה לכנסת, לכל כנסת, היא הרכבה האישי אשר יהא. כן ניתן היה לטעון כי האסיפה המכוננת עצמה קבעה בחוק המעבר לכנסת השנייה כי לכל הכנסות תהיה סמכות מכוננת. לצו חוקתי זה של האסיפה המכוננת יש להישמע. אין זה ראוי שבית המשפט יכריז כי האסיפה המכוננת בכבודה ובעצמה הרגה מסמכותה בעניין כה מרכזי. כן היה נשמע הטיעון כי "החלטת הררי" - אשר נתקבלה על-ידי האסיפה המכוננת - קובעת שיש לקבל את החוקה פרקים פרקים, וכי ברור שתהליך זה אינו מסתיים בכנסת הראשונה. כדי לתת תוקף להחלטת הכנסת מן הראוי להכיר ברציפות החוקתית. מאידך גיסא היה נשמע הטיעון, כי האסיפה המכוננת יונקת את כוחה מהעם, ועם התפורותה יש לחזור אל העם ולבקש את בחירתו המחודשת. אין האסיפה המכוננת "מוסמכת" להעביר מסמכותה. כן ניתן היה לטעון שהעברת הסמכויות מהכנסת הראשונה לכנסת

השנייה צריכה להיעשות, בעקבות "החלטת הררי", בחוק יסוד ולא בחוק רגיל. כשלעצמי, אילו נתבקשתי להכריע בשאלה החוקתית האמורה בתחילת כהונתה של הכנסת השנייה, הייתי שואל את השאלה הבאה: מהן תפיסות היסוד של החברה הישראלית אותה עת באשר לכינונה של חוקה ובאשר לסמכות הכנסת ליתן חוקה לישראל. הייתי שואל מהו הפירוש הטוב ביותר של ההיסטוריה המשפטית והחברתית עם כינוסה של הכנסת השנייה באשר למפעל החוקה. בהקשר זה הייתי מנתח את הרצף החוקתי מאז הכרזת העצמאות. כמו כן הייתי מבקש לדעת אם במצעי המפלגות בבחירות לכנסת השנייה דובר על המשך מפעל החוקה, ועל המשך פעולתה של הכנסת במתן חוקה לישראל. תשובה חיובית לשאלות אלה הייתה מאפשרת לי לקבוע כבר או כי חרף הטיעונים החוקיים מנגד, לכנסת השנייה נתונה הסמכות המכוננת, אם משום קיומו של רצף חוקתי (לשיטת קלזן) ואם משום התגבשותו של כלל הכרה המכיר בסמכותה החוקתית של הכנסת לכוונן חוקה (לשיטת הארט), ואם משום שזהו הפירוש הטוב ביותר לפראקטיקה המשפטית של הקהילייה הישראלית אותה עת (לשיטת דבורקין). ערכתי עתה בדיקה זו. כך, למשל, עיינתי במצעים של כל המפלגות אשר השתתפו בבחירות לכנסת השנייה. עניין החוקה והגשמתה מופיע במרבית המצעים. לעתים קרובות זה נושא מרכזי. במצע של מפלגת פועלי ארץ-ישראל (מפא"י) נקבע כי "על הכנסת השנייה לראות כאחת המשימות הראשונות את סיום מתן חוקי היסוד". לאחר מכן ניתנת רשימה ארוכה של הסדרים חוקתיים מוצעים, כגון חלוקת הסמכויות בין האורגנים של המדינה וזכויות האדם השונות. במצע הסתדרות הציונים הכלליים, מפלגת המרכז (צ), נאמר כי "לשם שמירה על הזכויות הראשוניות של כל אזרח יש הכרח מוחלט במתן חוקת יסוד למדינה". במצעה של מפלגת הפועלים המאוחדת (מפ"ם) (מ) נקבע כי "הכנסת השניה חייבת לתקן את אשר עיוותה הכנסת הראשונה, ולחוקק חוקת-יסוד למדינה, חוקת ישראל, בכדי שתבטיח בין השאר" - וכאן באה רשימה מקיפה של עניינים הצריכים להיקבע בחוקה. במצעה של תנועת החרות (ח) נקבע:

"מפא"י ותומכיה מנעו בכוונה תחילה מן האסיפה המכוננת את מלוי תפקידה הראשוני: מתן חוקת-יסוד למדינה. על הכנסת השנייה לתקן את המעוות".

בהמשך נקבע תוכנה של "חוקת היסוד". במצעה של המפלגה הפרוגרסיבית (פ) נאמר

כי -

"... כדי לשמור על דמותה הדמוקרטית והעממית של מדינתנו, הכרח הוא לתת חוקה למדינה. המפלגה הפרוגרסיבית מציינת בצער, שהכנסת הראשונה לא מילאה תפקיד זה. ההחלטה שנתקבלה בכנסת הראשונה לפי הצעת נציג המפלגה הפרוגרסיבית, על חוקת-יסוד, שתהיה בנויה פרקים - פרקים, לא נתגשמה אף היא. המפלגה הפרוגרסיבית תילחם בכנסת השניה למען חוקה בעלת תוכן סוציאלי עמוק, שתחוק את שלטון החוק במדינה".

א במצעה של אגודת ישראל נקבע כי "כל עוד הרוב בין נציגי המוסדות המחוקקים איננו מכיר בסמכות התורה כחוק עליון שאין לעבור עליו, תתנגד היהדות החרדית למתן חוקה יסודית נוקשה למדינה". במצעה של המזרחי ורתיים בלתי מפלגתיים (ב) לא נאמר דבר בעניין החוקה. במצעה של רשימת המפלגה הקומוניסטית הישראלית (ק) נאמר כי "מאז קום המדינה אנו לחמים למען חוקה ריפובליקאית דמוקראטית וחילונית". ברשימת הפועל המזרחי (תורה ועבודה) (ו) נקבע כי -

ב "הפועל המזרחי רואה כתפקידה של הכנסת השניה השלמת חוקי היסוד לסדרי הממשל וסמכויותיו, זכויות הפרט וחובותיו, סדרי המשפט והיסודות החברתיים של המדינה. הפועל המזרחי ילחום על כך, שתוקים אלה יהיו ביטוי לאורה חיים דמוקרטי אמיתי ברוח תורת ישראל".

ג ברשימת ספרדים ועדות המזרח (ס"ד) נאמר כי הם יתמכו בקו המדיני החדש של הסתדרות הציונים הכלליים. במצעה של התאחדות התימנים לישראל (ל) לא נאמר דבר על החוקה.

ד 17. דומה שלא יכול להיות ספק כי שאלת החוקה וחוקי היסוד עמדה על סדר היום הלאומי, נדונה בבחירות, והמפלגות השונות נקטו עמדה ברורה בעניין זה. אמת, עניין החוקה וחוקי היסוד לא היה העניין היחיד על סדר היום הלאומי. אך אין בכך ולא כלום. די בכך שהעניין הובא לתודעת הבוחר, אשר נתן דעתו לשאלת החוקה. אם בבחירות קרובות לכנסת תוצג חוקת המדינה, והעם יתבקש בהצבעתו למפלגות השונות - על רקע מכלול מצעיהן - ליתן ביטוי להסכמתו או לאי-הסכמתו לחוקה, כלום יעלה על הדעת לטעון, כי לא יהא בכך אישור אותנטי של העם לחוקה? אכן, הקובע הוא הבנתה של הקהילה - ובעקבותיה הבנתו של בית המשפט - והבנה זו הייתה קיימת בבחירות לכנסת השנייה ולאחריהן. אין אפוא כל סיבה לשלול את הרצף החוקתי ולמנוע מהכנסת השנייה - על בסיס הטיעונים שכבר הבאנו - מלהיות בעלת סמכות מכוונת המוסמכת ליתן חוקה לישראל. אכן, עם כינוסה של הכנסת השנייה הציגה (ביום 22.12.52) הממשלה החדשה את קווי היסוד לתכנית הממשלה. הפיסקה הראשונה בקווי היסוד - לפני כל פיסקה אחרת, לרבות הפיסקה בדבר "הדאגה לבטחון המדינה ולקיבוץ גלויות" - קובעת כי "בשורה של חוקי יסוד שיצטרפו לחוקת יסוד של ישראל - יבוצר ויבטח המשטר הדמוקרטי במדינה". בהמשך באה שורה ארוכה של פיסקאות משנה - התופסות כמהצית מקווי היסוד כולם - באשר לתוכן החוקה העתידה.

ז 18. שאלת הרציפות הקונסטיטוציונית בכוחה של הכנסת ליתן חוקה לא התעוררה לפני בית המשפט העליון בשנת 1951 (עם כינוסה של הכנסת השנייה). אין בידניו הכרעה שיפוטית בעניין זה. השאלה החוקתית מתעוררת לפנינו כיום, בשנת 1995, בעת כהונתה של הכנסת השלוש-עשרה. אין כל ספק בלבי כי הכרעתנו היום צריכה להיות אחת ויחידה: הרציפות החוקתית לא נקטעה. לכנסת השנייה נתונות סמכויות של אסיפה

מכוננת. אכן, כל מסקנה אחרת אינה מתיישבת עם הניסיון הלאומי שלנו. צא וראה: מאז כינוסה של הכנסת השנייה עברו ארבעים וארבע שנים. מספר פעמים נערכו בחירות. בכל אחת מהן עמד עניין החוקה על סדר היום ונכלל במצעי המפלגות. במשך כל השנים הללו המשיכה הכנסת במפעל החוקה והוקה אחד-עשר חוקי יסוד; היא המשיכה לראות עצמה מוסמכת ליתן חוקה לישראל; היא המשיכה לשריין את ההוראות בחוקי היסוד לפני פגיעה בהם בחקיקה רגילה. במשך כל השנים הללו המשיכו מורי המשפט וחכמי לראות בכנסת רשות המוסמכת ליתן חוקה לישראל. הם הקימו דורות של תלמידי משפט ומורי משפט אשר רואים בכנסת כמי שיש לה הן סמכות מכוננת והן סמכות מחוקקת. במהלך שנים אלה פסק בית המשפט העליון כי להוראות השריון שבחוקי היסוד יש כוח חוקתי וכי ניתן מכותן לבטל חקיקה רגילה נוגדת. כל אלה גם יחד מובילים, לדעתי, למסקנה כי הרציפות החוקתית נמשכת; כי על-פי כלל ההכרה שלנו הכנסת - הכנסת השנייה וכל כנסת שלאחריה - מוסמכת ליתן חוקה לישראל; כי לכנסת של היום נתונה הסמכות המכוננת; כי לכנסת "שני כובעים": כובע הסמכות המכוננת וכובע הסמכות המחוקקת.

עמדתי זו סומכת עצמה אפוא על מכלול הנתונים המצביעים על המשך ההיסטוריה החוקתית, מאז כינוסה של הכנסת השנייה. אמשיך בתיאור הרצף החוקתי, ההבנה החוקתית של הקהילייה המשפטית, ועמדתו של בית המשפט העליון עד עתה. עושה אני כן משני טעמים: ראשית, משום שהמשך הרצף החוקתי מחבר את סמכותה המכוננת של הכנסת דהיום עם הסמכות המכוננת של הכנסת הראשונה (האסיפה המכוננת); שנית, משום שנתונים נורמטיביים אובייקטיביים אלה מבססים את מסקנתי, כי על-פי כלל ההכרה של שיטת המשפט הישראלית, לכנסת שלנו - לכל כנסת - נתונה הסמכות המכוננת. כי זהו הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית שלנו.

### 3. תפיסות הכנסת את עצמה כבעלת סמכות מכוננת

19. סמכותה המכוננת של הכנסת מבוססת, כאמור, על הנתון האובייקטיבי של הרציפות החוקתית. תפיסה זו אינה אך פרי הגות עיונית של מסתכל מהצד. היא פרי תפיסתה של הכנסת את עצמה. ודוק: אינני טוען כי מכיוון שהכנסת ראתה עצמה כבעלת סמכות מכוננת, על-כן, ומטעם זה בלבד, היא בעלת סמכות מכוננת. אין הכנסת, מכוח החלטתה שלה, יכולה להעניק לעצמה סמכות מכוננת. הנני טוען כי ראייתה של הכנסת - כל כנסת - את עצמה היא נתון אובייקטיבי, אשר במסגרת מכלול הנתונים, יוצק את התשתית שעליה בונה בית המשפט את המבנה המשפטי. בנייתו של מבנה אחרון זה היא תפקיד שיפוטי, והיא רובצת על שכמו של השופט, והשופט בלבד. מכאן החשיבות הרבה שבהבנת הבנתה של הכנסת את עצמה. זאת ועוד: אינני טוען כי מוטלת חובה משפטית לחוקק חוקה בוקשה. כל טענתי הינה כי הכנסת ראתה עצמה מוסמכת לחוקק חוקה בוקשה. כמובן, הרשות בידה שלא להפעיל סמכותה

א זו, ולחוקק חוקה שאינה נוקשה או לא לחוקק חוקה כלל. אכן, הכנסת השנייה וכל כנסת שלאחריה ראו עצמן כמוסמכות לחוקק חוקה. הן ביססו את סמכותן זו, בעיקרו של דבר, על רעיון האסיפה המכוננת, על "החלטת הררי" ועל מעמדה של כל כנסת כמי שמפעילה סמכות מכוננת. אפתח בכנסת השנייה, שהיא כאמור הפרובלמטית ביותר.

ב 20. הכנסת השנייה עסקה בהכנתו של הפרק הראשון בחוקת המדינה, הוא חוקי-יסוד: הכנסת. הצעת חוקי יסוד (הכנסת) פורסמה (ביום 23.10.53) מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השנייה. ההצעה נדונה במליאת הכנסת השנייה. בהציגו את הצעת החוק לקריאה ראשונה, הזכיר יושב-ראש ועדת המשנה לחוקי היסוד, חבר הכנסת ברייהודה, את החלטת הררי ואת פיזורת של הכנסת הראשונה, והוסיף:

ג "אבל זמן קצר באופן יחסי לאחר זאת, באפריל 1951, באה ההחלטה על בחירות לכנסת השנייה. הכנסת השנייה התחילה את עבודתה בסוף אוגוסט 1951. למעלה משנתיים עברו מאז, עד שטחנות ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הצליחו לטחון את ההצעות עד כדי אפשרות להגיש את הפרק הראשון בסדרת חוקי-היסוד, שהוועדה סיימה את עיבודו, פרק חוקי-היסוד על הכנסת.

ד בעצם נתקבלו גם בתקופה זו כמה חוקים בעלי אופי ברור של חוקי-יסוד אם גם לא בצורתם; די אם אזכיר את חוק השבות וחוק השופטים. אולם את החוקים האלה הציעה הממשלה, ועבודה זו נעשתה תוך התחיקה השגרתית הרגילה של הכנסת ובצורה הרגילה. מבחינת מילוי החובה, שהוטלה בשעתה על הכנסת הראשונה בתורת האסיפה המכוננת של מדינת ישראל, ושעברה בירושה לכנסת השנייה יחד עם עבודת התחיקה הרגילה - מבחינה זו, הרי זהו החוק הראשון מפרקי חוקת המדינה, המוגש לפני הכנסת. עתה הוא מוגש לקריאה ראשונה, ואיני יכול לדעת, לצערי, כמה זמן יעבור עד שנזכה להגיע גם לקריאה שנייה - כלומר לדיון בהצעה המתוקנת, שאחריו יש גם החלטה מחייבת (ד"כ 15 (תשי"ד) 57).

ה מעיון בדברי שאר הנואמים ברור שהם ראו עצמם מוסמכים - כחברים בגוף שיש לו סמכות מכוננת - לקבל חוקה. חוקי-יסוד: הכנסת לא נתקבל בכנסת השנייה, משום שחסר היה הרצון הפוליטי לכך. איש לא העלה על דעתו כי חסרה הסמכות המשפטית לכך. כל המשתתפים ב"משחק הפוליטי" של אז היו הדורים הכרה כי הם מוסמכים לחוקק חוקה.

ו 21. הכנסת השנייה סיימה את הדיון בקריאה הראשונה של הצעת חוקי יסוד (הכנסת). היא העבירה את ההצעה לוועדה. בכך נסתיים טיפולה של הכנסת השנייה בחוק יסוד זה. הכנסת השנייה סיימה כהונתה בלי שקיבלה כל חוק יסוד. הדיון בהצעת חוקי יסוד (הכנסת) התחדש בכנסת השלישית. הצעת חוקי יסוד (הכנסת) פורסמה מחדש.



התנהל סביבה דיון מקיף בכנסת. איש לא העלה על דעתו כי הכנסת השלישית אינה מוסמכת לקבל חוקה, הכול ראו בדיוני הכנסת (השלישית) משום ביצוע תפקידה על-פי "החלטת הררי", שהייתה החלטה של האסיפה המכוננת (הכנסת הראשונה) בדבר קבלת חוקה לישראל. עמד על כך (ביום 8.10.56) חבר הכנסת הררי בעצמו, בציינו:

"...אנו, לפי החלטת הכנסת הראשונה, איננו עוסקים עכשיו בחוקים בודדים, אלא אנו עוסקים בפרקים של חוקת מדינת ישראל" (ד"כ 21 (תשי"ז) 4).

חבר הכנסת הררי קרא לפני מליאת הכנסת את "החלטת הררי" והוסיף:

"אנו דנים איפוא כיום בהצעה לחוקת המדינה, באחד מפרקיה - בפרק הדין בכנסת" (שם).

ובסיימו את דבריו אמר חבר הכנסת הררי:

"אני מקווה כי למרות האיטיות בעבודת הכנסת, נצליח לגמור לפחות שני פרקים של חוקת המדינה בכנסת הזאת, בכנסת השלישית. אל לנו לשכוח, כי בשעה שהכנסת קיבלה את ההצעה להכין את החוקה למדינה, היתה לנגד עיניה העובדה שמדינות אחרות עברו שנים תמימות להכנת חוקתן. החוקה של ארצות-הברית שהיא ותיקת החוקות וקיימת כליכך הרבה שנים, עברו אחת-עשרה שנה עד שגמרו להתקינה; בהכנת החוקה הקיימת ברוסיה הסובייטית עסקו שלוש-עשרה שנה. אין איפוא הצדקה שתשתרר עלינו רוח של אולת-יד ונחשוב שאם הענין גמשך זמן כה ממושך - משמע שאפסו התקוות שתהיה לנו חוקה מסודרת, מאורגנת, לתפארת מדינת ישראל" (שם, בעמ' 6).

הנה כי כן, הכנסת ראתה עצמה מוסמכת לחוקק חוקה, והיא ראתה בחוקי היסוד חלק מהחוקה. עם סיום הקריאה הראשונה הועבר הדיון בהצעה לוועדת החוקה, חוק ומשפט. לאחר זמן (ביום 11.2.58) הובאה ההצעה לקריאה שנייה. הציג את ההצעה, בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר הכנסת גיר-דפאלקס, אשר ציין כי:

"יש לה, לוועדת החוקה חוק ומשפט, סיפוק מיוחד בהביאה לפני הכנסת לקריאה שניה את חוק יסוד (הכנסת), אשר צריך להיות פרק בחוקת היסוד שלנו, לפי החלטת הכנסת הראשונה מחודש יוני 1950".

במהלך הקריאה השנייה התקבלו הסתייגויות של מספר חברי-כנסת ונקבעו בחוק היסוד מספר הוראות בדבר שריון פורמאלי. נקבע כי את סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, הדין בשיטת הבחירות, "אין לשנות ... אלא ברוב חברי הכנסת". סעיף 44 לחוק היסוד

א שריין את חוק היסוד מפני כוחן של תקנות לשעת חירום. סעיף 45 לחוק היסוד קבע כי "אין לשנות סעיף 44 או סעיף זה, אלא ברוב של שמונים חברי כנסת". בדיון בהוראות שריון אלה הובעו דעות שונות בדבר תבונתן. איש לא טען כי הכנסת אינה יכולה לשריין את הוראות חוק היסוד. יש לציין, כי למעלה משנה לאחר חקיקתו של חוק-יסוד: הכנסת - אשר נתקבל בכנסת ב-12.2.58 - נדון חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 3). מטרת התיקון הייתה לקבוע כי "הרוב הדרוש לפי חוק זה לשינוי הסעיפים 4, 44 או 45 יהא דרוש להתלטות מליאת הכנסת בכל שלב משלבי החקיקה...". התיקון התקבל. במסגרת הדיון התנגד חבר הכנסת צדוק לתיקון המוצע. לדעתו, אין מקום לתיקון שכן הכנסת אינה יכולה כלל לכבול את עצמה (ד"כ 27 (תשי"ט) 2961). כאמור, הצעת התיקון נתקבלה.

ב 22. הכנסת הרביעית לא חוקקה כל חוק יסוד. הדבר הדאיג מספר חברי-כנסת. חבר הכנסת ניר-רפאלקס העלה הצעה לסדר היום בעניין זה. הוא ביקש לזרז את הליך מתן החוקה. הוא הזכיר את "החלטת הררי" שנתקבלה באסיפה המכוננת. הוא ציין כי -

ג "בינתיים כבר עברו עשר שנים, ובפרק זמן זה הספיקה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הראשונה, השניה והשלישית להכין רק חוק-יסוד אחד - חוק-יסוד: הכנסת, שנתקבל בשנת 1958. כלומר, המציאות מוכיחה שאופן חקיקת החוקה בצורה כזו מביאה לידי מצב בלתי-נורמאלי, שכעבור שתיים-עשרה שנים אחרי קום המדינה לא רק שאין חוקה, אלא אין אף שום סיכויים כי במשך חמישים השנים הקרובות תהיה לנו חוקה" (ד"כ 28 (תש"ך) 585).

ד חבר הכנסת ניר-רפאלקס ציין כי בקווי היסוד של הממשלה נקבע כי "בכנסת הרביעית יש להשלים חקיקת חוקי היסוד שיצטרפו לחוקת-יסוד של המדינה..." (שס). הוא הוסיף כי כל חלקי הבית מאוחדים בהשקפה זו. הוא ביקש לזרז את עבודת הכנסת החוקה. התשובה ניתנה מפי שר המשפטים, מר פ' רוזן. השר הזכיר גם הוא את "החלטת הררי" ואת קווי היסוד של הממשלה. הוא הביע תקווה כי הכנסת הרביעית אכן תוכל לסיים את מפעל החוקה. הדיון הועבר לוועדת החוקה, זנוק ומשפט. תקוותו של שר המשפטים לא נתגשמה. הכנסת הרביעית חוקקה אך את חוק-יסוד: מקרקעי ישראל. בכנסת החמישית חוקק חוק-יסוד: נשיא המדינה. בכנסת השישית הוגבר הטיפול בחוקי היסוד. ועדת החוקה, חוק ומשפט הקימה (ביום 23.11.65) ועדת משנה מיוחדת לחוקה. בראש הוועדה עמד חבר הכנסת צדוק. הוועדה הספיקה להכין חוק יסוד אחד, הוא חוק-יסוד: הממשלה, אשר נתקבל בכנסת השביעית.

ה 23. מאז חקיקתו של חוק-יסוד: הכנסת (ב-1958) ועד לחקיקתם של שני חוקי היסוד בעניין זכויות האדם, חוקקה הכנסת עוד תשעה חוקי יסוד. בחלקם היו הוראות (מועטות) המעניקות לסעיפים מסוימים של חוקי היסוד שריון פורמאלי. חקיקתן של

הוראות אלה לא גרמה כל קושי חוקתי לכנסת. כאשר הוגשה לכנסת השמינית לקריאה ראשונה הצעת חוק-יסוד: החקיקה מתשל"ו - הצעה אשר שריינה את כל חוקי היסוד וקבעה ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים - לא התעורר בכנסת כל קושי מעשי באשר לשריון זה. פרט לחברי-כנסת בודדים, כל חלקי הבית היו שותפים להכרה כי הכנסת מוסמכת ליתן חוקה לישראל וכי היא מוסמכת לשריין את הוראות החוקה. רבים מהנואמים ציינו במפורש כי הכנסת פועלת על-פי "החלטת הררי" (ראה: ד"כ 76 (תשל"ו) 1704; ד"כ 78 (תשל"ז) 2, 954). הוא הדין כאשר הוגשה לכנסת התשיעית לקריאה ראשונה הצעת חוק-יסוד: החקיקה מתשל"ח (ראה ד"כ 83 (תשל"ח) 3975). הצעה שלישית לחוק-יסוד: החקיקה מתשנ"ב נדונה בקריאה ראשונה בכנסת השלוש-עשרה (ד"כ 129 (תשנ"ב) 4302; ד"כ 132 (תשנ"ב) 936). פרט לחברי-כנסת בודדים, לא התעורר כל קושי אף כאן בהוראות בדבר שרייון חוקי היסוד. היה דיון, כמובן, בשיעורו של השריון, אך הגישה המשותפת למרבית חברי הכנסת הייתה כי זו שאלה פוליטית ולא משפטית, וכי הכנסת מוסמכת, אם תרצה בכך, לשריין את חוק היסוד.

24. אעבור עתה לבעיית הרציפות ולסמכותה המכוננת של הכנסת בכל הנוגע לחוקי יסוד הדנים בזכויות האדם. הצעות בדבר פרק על זכויות אדם היו כלולות כבר בהצעות שהונחו לפני ועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית. עם זאת, חקיקה בעניין זה לא קודמה. עם השלמתו של חוק-יסוד: הכנסת הודיעה ועדת החוקה, חוק ומשפט כי חוק היסוד הבא יהיה בדבר זכויות האדם. הדבר לא מומש. על רקע זה הגיש חבר הכנסת קלינגהופר (ביום 15.1.64) לכנסת החמישית הצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, תשכ"ד-1963. הייתה זו הצעה מקיפה ומרשימה של הסדר חוקתי מלא לזכויות האדם בישראל. הייתה זו הצעה שקבעה שריון מהותי ופורמאלי. נקבע בה כי "אין לשנות חוק זה אלא ברוב של שני שלישים מכל חברי הכנסת" (סעיף 73). נקבעה אפשרות לפגוע בזכויות בחקיקה רגילה, ובלבד שאותה חקיקה תקיים אמות מידה מהותיות. בדברי ההסבר להצעתו, שהונחו על שולחן הכנסת, התייחס חבר הכנסת קלינגהופר מפורשות לסמכותה המכוננת של הכנסת ליתן חוקה לישראל:

"בנוגע לסמכות לקבל חוק קונסטיטוציוני נוקשה, יש לציין כי היא עברה מהכנסת הראשונה (שנבחרה כאסיפה מכוננת) לכנסת השניה, ומאז עוברת היא מכנסת לכנסת (חוק המעבר לכנסת השניה, תשי"א-1951, סעיפים 5 ו-10)" (ד"כ 38 (תשכ"ד) 801).

הממשלה התנגדה ליוזמה זו. שר המשפטים, מר דב יוסף, הביא נימוקים ענייניים השוללים את יוזמתו של חבר הכנסת קלינגהופר. הוא ציין, בין השאר, כך:

"גם אינני סבור שיש חוק אשר עומד מעל למחוקק הרגיל. אין לנו שני מחוקקים. יש לנו רק הכנסת, ולדעתי אי-אפשר על-ידי חוק של הכנסת להגביל את זכותה לחוקק, ואם יש סעיף כזה בחוק כלשהו רשאית הכנסת, לדעתי, להחליט על-ידי רוב רגיל לבטל את הסעיף המגביל כביכול את זכותה" (שס, בעמ' 789).

שר המשפטים הוסיף, כי אחרת הוא הדבר מקום שקיימת אסיפה מכוננת. על כך העיר לו חבר הכנסת בגין:

א

"יש גם לנו אסיפה מכוננת" (שם).

וגם חבר הכנסת קלינגהופר השיב לשר המשפטים, באומרו:

ב

"...הכנסת היא היורשת של האסיפה המכוננת. הכנסת החמישית - יש בידה הסמכות של האסיפה המכוננת לקבוע חוקה, וזאת על-פי פקודת המעבר לאסיפה המכוננת וחוק המעבר לכנסת השנייה" (שם, בעמ' 793).

הצעתו של חבר הכנסת קלינגהופר נפלה (ביום 15.1.64).

ג

25. עברו מספר שנים. האווירה הציבורית השתנתה (ראה להב וקרצמר, במאמרם הנ"ל). ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השביעית המשיכה בעבודה של ועדת משנה לחוקי היסוד. בראשות הוועדה עמד חבר הכנסת ב' הלוי. הוועדה קיימה דיונים מקיפים. הצעת חוקי-יסוד: זכויות האדם והאזרח פורסמה מטעם ועדת החוקה, חוק ומשפט. נקבעו בה זכויות אדם וכן כוחו של חוק לפגוע בהן רק בהתקיים תנאים מסוימים. נקבעה הוראה כללית שלפיה "הוראת חוק שנתקבלה אחרי תחילתו של חוקי-יסוד זה והיא סותרת הוראות שבו - בטלה" (סעיף 20(ב)). עם זאת, לא נקבע כי לשם שינוי חוק היסוד גדרש רוב מיוחד. ההצעה לא נדונה לגופה בכנסת השביעית. עם כינונה של הכנסת השמינית נמשך הדיון בהצעה, וזאת בוועדת המשנה לחוקי יסוד בראשותו של חבר הכנסת הלוי. היא הוגשה (ביום 4.6.74) לקריאה ראשונה. בהציגו את הצעת חוק היסוד לקריאה ראשונה ציין חבר הכנסת הלוי, לאחר שהפנה ל"החלטת הררי", כי בחקיקת חוק יסוד פועלת הכנסת מכוח סמכותה המכוננת:

ד

"הסמכות המכוננת, היא הסמכות לחוקק חוקה למדינה, הועברה מידי האסיפה המכוננת, היא הכנסת הראשונה, לכנסת השנייה ולכל כנסת שלאחריה, לרבות הכנסת השמינית. שכן חוק המעבר לכנסת השנייה, תשי"א-1951 קובע...

ה

אנו פועלים, איפוא, בהוקקנו את חוקי-יסוד: זכויות האדם והאזרח, מכוח הסמכות המכוננת של הכנסת" (ד"כ 70 (תשל"ד) 1566).

ו

הכנסת קיימה דיון נרחב בהצעה. שר המשפטים, חבר הכנסת צדוק, נטל חלק בדיון. הוא הביע את דעתו כי ראוי לשריין את חוק היסוד, באופן שחקיקה רגילה של הכנסת לא תוכל לפגוע בזכויות היסוד. שר המשפטים צדוק ציין כי:

"... מסכים אני שיש להשאיר לכנסת מרחב פעולה ותימרון רחב בעבודת החקיקה שלה. אך ריבונות זו אין פירושה שרירות לב לגבי עקרונות יסוד. אני סבור שהמושג של שלטון החוק, שכולנו דוגלים בו, פירושו שהכל כפופים לחוק - הממשלה, המינהל, הנשיא, מבקר המדינה כולם - וגם הכנסת. כשם שלרשויות האחרות ניתנה מסגרת מבוקרת של סמכויות, כך יש לתת מסגרת זו, אם כי רחבה ביותר, גם לחקיקת הכנסת. הצורה העיקרית למסגרת זו היא חוק זכויות האזרח באשר בו מעוגנים ומפורטים אותם עקרונות יסוד המהווים את הבסיס של הממשל כולו..." (ר"כ 71 (תשל"ד) 2485-2486).

בהמשך דבריו עמד השר צדוק על כך כי ההצעה באה "להעלות את חוק היסוד על זכויות האזרח לדרגת נורמה עדיפה אשר לאורה תיבחן כשרותם של חוקים רגילים" ועל כן יש לנהוג בה זהירות רבה (שם, בעמ' 2485). אשר לשריון של חוק היסוד לפני חקיקה רגילה שאינה מקיימת את דרישותיו, ציין השר צדוק:

"החוקים שנחקקו עד שחוק זה ייכנס לתוקפו, על-ידי הכנסת הריבונית שסמכות החקיקה שלה בלתי-מוגבלת, הם המשטר החוקי שבו אנחנו חיים, ואין להציב על החוקים האלה סימני שאלה. לעומת זאת חוקים שיתקבלו על-ידי הכנסת בעתיד, אחרי שייקבעו הנורמות שבחוק היסוד על זכויות האזרח, כשנורמות אלה עומדות לנגד עיניה של הכנסת ומסייגות את סמכות החקיקה שלה - חוקים עתידיים אלה מן הראוי שכשרותם תעמוד למבחן לאור חוק-היסוד" (שם).

הדיון בכנסת היה מקיף. נדונה השאלה אם יש לשריין את חוק היסוד - בדומה לשריון של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת - באופן שלא ניתן יהא לשנותו אלא ברוב מיוחד. כן נדונו הזכויות השונות. הצעת החוק עברה בקריאה ראשונה והועברה לוועדת החוקה, חוק ומשפט. עיקר הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט סבב סביב השאלה אם רצוי לשריין את חוק היסוד. ההחלטה שנתקבלה הייתה לעכב את הדיון בשאלה זו עד שיוחלט על גורלו של חוק-יסוד: החקיקה - שנדון אף הוא אותה שעה בוועדת החוקה, חוק ומשפט - ואשר קבע הוראות כלליות בדבר השריון. הנה כי כן, לא היה לחברי הכנסת - במליאה ובוועדה - כל ספק באשר לכוחה של הכנסת לשריין את הוראותיו של חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח. רבים מחברי הכנסת חזרו להכרות העצמאות, להחלטת הררי ולמפעל החוקה, והצביעו על ההמשכיות החוקתית. לא עלה על דעת איש כי הרצף החוקתי ניתק. איש לא טען כי הכנסת אינה מוסמכת לשריין את הוראותיה. המחלוקת העיקרית סבה על בעיית השריון כבעיה פוליטית-מדינית (האם הדבר רצוי) ולא כבעיה משפטית (האם הדבר אפשרי). ראה להב וקרצמר, במאמר הנ"ל; ראה גם: B. Bracha, "The Protection of Human Rights in Israel" 12 *Isr. Y. H. R.* (1982) 110; Gavison, *supra*

א 26. הכנסת השמינית המשיכה לדון בהצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח. בראש ועדת המשנה עמד חבר הכנסת ארידור. בהצעה שוועדה זו הכינה נקבע כי חוקים שנתקבלו בעבר והנוגדים את חוק היסוד יבוטלו. ההצעה לא קודמה בהליכי החקיקה.

27. בכנסת העשירית חידש חבר הכנסת פרופ' רובינשטיין את הצעתו של פרופ' קלינגהופר. הוא הגישה (ביום 2.6.82) כהצעת חוק פרטית (הצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, תשמ"ב-1982). בדברי ההסבר כותב פרופ' רובינשטיין כי:

ב "מאז (הסרת הצעתו של פרופ' קלינגהופר - א' ב') נתברר לחוגים רחבים בציבור, כי יש צורך בחקיקת חוק-יסוד בנושא זכויות האדם, שכן ראוי לשריין עניינים מהותיים אלה בחוק-יסוד, העומד מעל לחקיקה הרגילה והשוטפת".

בדבריו במליאת הכנסת הוסיף חבר הכנסת רובינשטיין:

ג "הצעת חוק זו באה גם כדי לבלום את בית-המחוקקים. היא באה גם כדי להגן על האזרח מפני חקיקה הפוגעת בזכויות היסוד של האזרח, והרי זה הרעיון הטמון בעצם המלה חוקה. עצם המלה חוקה. פירושה ומשמעותה הגבלה וריסון של ריבונותה וכול-יכולתה של הכנסת כמוסד מחוקק" (ד"כ 94 (תשמ"ב) 2682).

ד שר המשפטים, חבר הכנסת נסים - שלא כקודמו שמוגה-עשרה שנים קודם לכן, השר דב יוסף - הסכים להעברת ההצעה לוועדת החוקה, חוק ומשפט. בדברי תשובתו ציין השר נסים כי:

ה "היום הזה גם אני אומר, שחוקה יפה אם היא חוקה נוקשה, משוריינת. אין ערך כלשהו לחוקים, גם אם בשם חוק-יסוד יכוננו, אם אין נוקשות הן בקבלתם הן בשינויים..."

...

ו חוקי-היסוד שהתאגדו לחוקה, הואיל ובחוקה מדובר, צריך שיהיו נוקשים, משוריינים" (שס, בעמ' 2682).

ז ההצעה הועברה לוועדת החוקה, חוק ומשפט. בראש ועדת משנה לחוקי היסוד שבחנה את ההצעה, עמדה חברת הכנסת ש' אלוני. ועדת המשנה קיימה דיונים מקיפים. היא בחנה את ההצעות הקודמות שנדונו בכנסות הקודמות. היא עיינה באמנה האירופית לזכויות האדם. היא בחנה את חוק היסוד הגרמני ואת הצ'רטר הקנדי לזכויות וחירויות. היא שמעה את הפרופסורים קלינגהופר, קליין, אקצין. דיוני הוועדה פורסמו ברבים (דיוני הועדה לחוק-יסוד בכנסת העשירית (תשמ"ד)). עיון בדיוני הוועדה מעלה כי כל המשתתפים היו שותפים להשקפה כי הכנסת מוסמכת ורשאית לשריין את זכויות האדם כזכויות חוקתיות על-חוקיות. בגמר הדיונים הוחלט על הגשת ההצעה לקריאה ראשונה.

הצעת חוקי־יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם הונחה (ביום 1.3.83) על שולחן הכנסת לקריאה ראשונה. בדברי ההסבר צוין כי "יש צורך בחקיקת חוקי־יסוד בנושא זכויות האדם שכן ראוי לשריין עניינים מהותיים אלה בחוקי־יסוד העומד מעל לחקיקה הרגילה והשוטפת" (ה"ח תשמ"ג, בעמ' 111). בדברי המבוא שלו - בהציגו את ההצעה בקריאה ראשונה (ביום 1.1.83) - הדגיש חבר הכנסת רובינשטיין כי:

"הצעת חוק זאת... מבוססת על עקרון השריון של זכויות היסוד של האדם ושל האזרח. היא קובעת גם מערכת שתאפשר בדיקה שיפוטית, משולבת בהצעת חוקי־יסוד: החקיקה, של הפרת השריון הזה, של פגיעה ברעיון שזכות היסוד של האדם ושל האזרח עומדת מעל רצון הרוב ומעל חקיקה שוטפת ושרירותית" (ד"כ 96 (תשמ"ג) 1514).

בסיום דבריו ציין חבר הכנסת רובינשטיין, כי בדיון בהצעת חוק יסוד זו יש משום המשך מפעל החוקה:

"...הצעת חוק זו, אם תתקבל, תשלים כמעט את מלאכת החקיקה, את חיבור החוקה, שהוטלה בהכרות העצמאות על האספה המכוננת, שהפכה להיות הכנסת הראשונה. כזכור לנו, חברי הכנסת, האספה המכוננת לא מילאה את התפקיד החשוב שהטילה עליה הכרות העצמאות. במקום מילוי התפקיד הנה היא קבעה כי החוקה תינתן פרקים־פרקים באמצעות חוקי יסוד שיתחברו יחדיו ויתחברו לחוקה אחת.

נדמה לי שכאשר הכנסת תקבל... את הצעת החוק הזאת ואת הצעת חוקי־יסוד: החקיקה, היא תוכל גם להשלים את מלאכת חיבור החוקה. ואז, אם יקרה כדבר הזה, תיזכר הכנסת שלנו, הכנסת העשירית, כמי שמילאה במאוחר אחר ההוראה החשובה של מתן חוקה למדינת ישראל, ויהיה זה לכבודה, ויהיה זה ציון לשבח, שהיא תעשה כן ותמלא במקום שהכנסות האחרות החסירו" (שם).

חברת הכנסת אלוני - יושבת־ראש ועדת המשנה - תמכה בהצעת החוק. היא הוזכרה בדבריה את האסיפה המכוננת (שם, בעמ' 1515). חבר הכנסת שחל תמך אף הוא בהצעת החוק וזכויותיו. הוא הדגיש כי "הדבר החשוב ביותר הוא השלמתם של עקרונות יסוד אלה על החקיקה השוטפת של הכנסת... עיגון זכויות האדם בחוקי־יסוד מניח מכללא מתן עדיפות נורמטיבית לזכויות אלה על פני הסדרים הקבועים בחוק רגיל של הכנסת" (שם, בעמ' 1518). עם סיום הדיון הועברה ההצעה לוועדת החוקה של חוק ומשפט, לשם הכנתה לקריאה שנייה ושלישית. הדיון המחודש לפני הוועדה היה מקיף ויסודי (ראה דיוני הוועדה לחוקי־יסוד בכנסת העשירית הנ"ל). הדיון כולו התנהל, כמוכן, על יסוד ההנחה - שעליה חזרו במפורש לא פעם - כי בגדריה של החוקה בכלל, ושל הפרק על זכויות האדם בפרט, הכנסת מוסמכת לשריין את הוראות החוקה, הן בשריון פורמאלי והן בשריון מהותי. ההצעה לא הובאה לקריאה שנייה ושלישית בשל הקרמת הבחירות.

28. בכנסת האחת-עשרה נמשך הדיון בהצעתו של רובינשטיין, לאור דין הרציפות שהותל עליה. עם זאת, הדיון בהצעה לא הסתיים בחקיקתה (לניתוח הסיבות, ראה רובינשטיין, בספרו ה"ל, בעמ' 706). שינוי של ממש חל בכנסת השתיים-עשרה. שר המשפטים החדש, חבר הכנסת ד' מרידור, הגיש לממשלה הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם. ההצעה לא קודמה. על רקע זה הניחו חברי הכנסת אלוני ורובינשטיין הצעות משלהם על שולחן הכנסת. חברת הכנסת אלוני הציגה את הצעת ועדת המשנה שעמדה בראשה ושלא הגיעה לידי קריאה שנייה ושלישית בכנסת העשירית. בהציגה את הצעתה ציינה חברת הכנסת אלוני:

"במגילת העצמאות קבענו שתהיה חוקה. הכנסת הראשונה החליטה לדהות עניין זה - פרקים פרקים - ובינתיים, על-מנת שלא יהיה חלל ריק, אימצנו את החוקים שהיו קיימים בתוקף קודם לכן... ושלבים שלבים התחלנו להכין את החוקה של מדינת ישראל. ואולם, חוק-יסוד: זכויות האדם נדחה, אלא שעם השנים גבר הצורך לקבל חוק זה" (ד"כ 115 (תש"ן) 401).

חבר הכנסת רובינשטיין אימץ את הצעת שר המשפטים. הצעה זו כללה בחובה שריון פורמאלי ומהותי גם יחד. בהצעה נכללה הוראה בדבר ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים הפוגעים שלא כדין בזכויות אדם מוגנות. שר המשפטים ביקש להסיר את הצעתה של חברת הכנסת אלוני. הוא הודיע כי הממשלה משאירה חופש הצבעה לעניין הצעתו של חבר הכנסת רובינשטיין. הוא עצמו - שבפעולתו קידם רבות את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם - הסביר את עיקרי הצעתו, וביקש לאחד את חברי הבית כולם לתמוך בה. הצעתה של חברת הכנסת אלוני הוסרה. הצעתו של חבר הכנסת רובינשטיין - היא הצעת שר המשפטים - עברה לוועדה. הצעת החוק לא הובאה על-ידי הוועדה לקריאה שנייה ושלישית.

29. בשלהי הכנסת השתיים-עשרה נקט חבר הכנסת רובינשטיין - אשר לזכותו יש לזקוף את קידום מפעל זכויות האדם החוקתיות - צעד חדש. הוא "שלף" מתוך הצעת השר מרידור - אשר נדונה בוועדת החוקה, חוק ומשפט - מספר זכויות, והגישן לקריאה טרומית כחוק יסוד נפרד. הוא הניח על שולחן הכנסת, בין השאר, את הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק ואת הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. שתי ההצעות עברו, בשלהי הכנסת השתיים-עשרה, את תהליך החקיקה. כך התקבלו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראה הדיונים בקריאה הראשונה, ד"כ 123 (תשנ"ב) 1235, 1527; בקריאות השנייה והשלישית, ד"כ 125 (תשנ"ב) 3781) וחוק-יסוד: חופש העיסוק (ראה הדיונים בקריאה הראשונה, ד"כ 124 (תשנ"ב) 2595; בקריאות השנייה והשלישית, ד"כ 125, בעמ' 3390. לניתוח הדיונים בכנסת, ראה קרפ, במאמרה הנ"ל). בהציגו את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לקריאה השנייה והשלישית, הדגיש יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, ח"כ א' לין - שתהיה רבות לחקיקת חוקי היסוד בכנסת השתיים-עשרה - כי חוק היסוד מהווה חלק מחוקת המדינה. ואלה דבריו:



"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוכן במשך ישיבות רבות בוועדת החוקה, ואני מדגיש הפעם: בוועדת החוקה, ואת אומרת, ועדת החוקה, חוק ומשפט בתוקף היותה ועדת החוקה של כנסת ישראל" (ד"כ 125, בעמ' 3782).

30. במרץ 1994 ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: חופש העיסוק המקורי, וחוקקה תחתיו חוק-יסוד: חופש עיסוק חדש. בחוק-יסוד זה תוקנו גם מספר הוראות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהציגו את הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק החדש לקריאה שנייה ושלישית ציין יושב-ראש הוועדה, ח"כ צוקר, כי הדיון בחוק היסוד נעשה במסגרת סמכות הכנסת כאסיפה מכוננת. ואלה דבריו:

"... אני מבקש להזכיר שהדיון היום נערך כאשר אנחנו יושבים כאספה מכוננת. בזה אנו ממשיכים דיונים רבים שהיו בעבר בבית הזה, שהתקיימו כאשר הבית הזה חובש את כיפת האספה המכוננת, את כובע האספה המכוננת. בהיותנו ממשיכים אותה החלטת הררי האומרת: אנו נשלים את חוקתה של מדינת ישראל פרקים פרקים, על-ידי חוקי יסוד.

מאז 1948 הכנסת בעצם מועלת בחלק מתפקידה כאשר היא איננה משלימה את כינונה של חוקה למדינת ישראל ואינה משלימה את המשימה שהיא נטלה על עצמה, הן בהיותה אספה מכוננת והן בהיותה ממשיכה של החלטת הררי.

נכון, הכנסת הזאת השלימה כמעט את החלק המוסדי של זכויות החוקה הישראלית, אותם חוקי יסוד העוסקים בממשלה ובכנסת, בצבא, במינהל מקרקעי ישראל, במבקר המדינה, בנשיא המדינה וכו'. גם אם החוקים הללו עדיין אינם משוריינים ואין להם מעמד עדיף על פני חוק רגיל, הרי שבתחום הזה עשתה הכנסת, כאספה מכוננת, צעדים של ממש קדימה.

המעילה הגדולה של הכנסת בתפקידה היא בתחום זכויות האדם. רק לפני שנתיים החלה הכנסת הזאת לבצע את מה שהיתה אמורה לבצע כבר ב-1949, היינו התקנת מגילת זכויות האדם בעבור אזרחי ישראל.

לפני שנתיים התקינה הכנסת הזאת, בצעד מהפכני של ממש, שני חוקי יסוד, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, ולא לחינם כונה הצעד הזה מהפכה חוקתית, שאנו עומדים רק בתחילתה" (ד"כ 136 (תשב"ד) 5362).

חבר הכנסת י' כץ התרעם על דרכי העבודה של הכנסת שעה שהיא משמשת כאסיפה מכוננת. הוא עמד על כך כי:

"לכל תלמיד שנה א' בפקולטה למשפטים אומרים שאנחנו אספה מכוננת. מהכנסת הראשונה דרך כל הכנסות עד היום. אנו אספה מכוננת, משום שיש לנו סמכות לחוקק חוקה, וחוקי היסוד הם חלק מאותה חוקה עתידית" (שם, בעמ' 5368).

במהלך הדיון כולו היה ברור לחברי הכנסת כי הכנסת מפעילה סמכות מכוונת; כי הם מתכרים פרק בחוקה; כי הם מוסמכים לשריין אותה (בשריון מהותי או פורמאלי). התנהל דיון בשאלה אם ראוי שרוב של חברי הכנסת יוכל לשנות את חוק היסוד. חבר הכנסת מרידור הציע כי הרוב הדרוש יהיה של שמונים חברי-כנסת (שם, בעמ' 5426). הצעתו נפלה. איש לא טען כי הכנסת אינה מוסמכת לקבוע שריון זה.

א

31. בטרם אסיים בחינת תפיסתה של הכנסת עצמה בדבר סמכותה המכוונת, מבקש אני להצביע על חמישה היבטים בהקשר זה. ראשית, בבחירות לכל כנסת חדשה עמד עניין החוקה כחלק ממצע המפלגות. בדקתי זאת לעניין המעבר מהכנסת הראשונה לשנייה. ברשימתם הנ"ל מציינים להב וקרצ'מר כי בבחירות לכנסת השמינית הבטיחו רוב המפלגות לפעול למען חוקה או חוקי יסוד בדבר זכויות האדם (ראה להב וקרצ'מר, שם, בעמ' 153). לא בדקתי את המצעים של המפלגות לקראת הבחירות לכנסות האחרות. דומה שזו הנחה מבוססת ביותר, כי אכן עניין החוקה בכלל, ועניין זכויות האדם בפרט, מצא מקום (מרכזי) במצעי המפלגות. לדבר זה משמעות רבה. הוא מצביע על כך כי הכרה בכוחה המכוון של הכנסת עמד על סדר היום הלאומי, נדון בשיג ושיה הפוליטי והוכרע על-פי תוצאות הבחירות. כאשר הכנסת דנה בעניין חוקה וחוקקה את חוקי היסוד השונים, היא ינקה את כוחה מהעם. חוקי היסוד לא כוננו מאחורי גבה של האומה. שנית, בארבעה מקרים הכריזו בית המשפט העליון על בטלותה של חקיקה רגילה שנגדה את ההוראה המשוריינת שבחוקי-יסוד: הכנסת (ראה פסקה 35 להלן). הכנסת פעלה בעקבות פסיקה זו ותיקנה את חקיקתה הרגילה באופן שתתאים להוראות המשוריינות שבחוק היסוד. לפנינו נדברך נוסף בתפיסתה של הכנסת את עצמה. הכנסת (בהפעילה סמכות מחוקקת) הבינה יפה כי היא כבולה במגבלות שהכנסת (בהפעילה סמכות מכוונת) הטילה עליה. שלישיית, כל השריונים נעשו בגדרם של חוקי היסוד, כחלק ממפעל החוקה. רק במקרה אחד קבעה הכנסת שריון פורמאלי של חוק רגיל. היה זה בסעיף 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, תשמ"ד-1984. הוראה זו קובעת כי "אין לשנות חוק זה ואין לגרוע מהתוספת אלא ברוב של חברי הכנסת". יצוין, כי בעת הדיון בקריאה הראשונה של הצעת חוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, תשמ"ד-1984 הביעו מספר חברי-כנסת את ההשקפה כי כבילה עצמית זו אינה תופסת, שכן אין היא חלק מחוק יסוד. עמד על כך חבר הכנסת רובינשטיין בצינו:

ב

ג

ד

ה

ו

ז

"...היה ויכוח בכנסות קודמות, האם הכנסת יכולה כלל לשריין חוקים - כנגד שינויים ברוב רגיל, ונתקבלה, פחות או יותר, הדעה - וגם היא עדיין שנויה במחלוקת - שכאשר מדובר בתפקידה של הכנסת כרשות מכוונת - דהיינו כאשר היא פועלת כנותנת חוקה, כאשר היא מחוקקת פרק מהחוקה - היא יכולה לקבוע מעמד עליון לחוק מסוים. אם יתקבל, למשל, חוק זכויות האדם ... אזי בחוק כזה, שהוא חוק יסודי בחוקה, יש

מקום לומר: החוקה עומדת מעל לחוקים. זה מוכר על-ידי משפטנים. זה הוכר באורח עקיף על-ידי בית-המשפט העליון, אבל, הייתכן שחוק פיננסי רגיל של הכנסת יקבל מעמד כזה? הכיצד אפשר לקבוע שחוק פיננסי של הכנסת יעמוד מעל לחקיקה הרגילה של כנסות לעתיד לבוא?

א

אם כן, מחר, או בשבוע הבא - במועד יותר קרוב לבחירות - תקבל הכנסת חוק שיקבע, שאי-אפשר לשנות את תקציב המדינה או את השכר או את החסכונות או את ההקצבות לשיבות או את ההקצבות להתנהלויות אלא ברוב של 80 חברי הכנסת, של 90 חברי הכנסת, של 120 חברי הכנסת. למה לא? הרי ערב הבחירות הכל 'הולך', וזה פופולרי ואסור להתנגד לזה. האם מישו מאמין שהדבר הזה יחזיק מעמד בבית-משפט? האם מישו מאמין שהחוק הזה יחשב כחוק-יסוד קונסטיטוציוני? האם מישו מאמין שהדבר הזה רציני? הרי הסעיף הזה איננו שווה את הנייר שעליו הוא כתוב" (ד"כ 99 (תשמ"ד) 2790).

ב

ג

הקריאות השנייה והשלישית התקיימו בו ביום. לשאלותיו של ח"כ רובינשטיין לא ניתנה כל תשובה. יש בהן כדי להצביע על תפיסה שהייתה מקובלת היטב בכנסת, שהבחינה בין חוקי יסוד (שהם פרי הסמכות המכוננת של הכנסת) לבין חקיקה רגילה (שהיא פרי סמכותה המחוקקת). אציין גם - אגב אורחא - כי בדברי המבוא של חברי הכנסת ש' אלוני (יושבת-ראש ועדת המשנה לחוקי יסוד) ו-א' קולס (יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט) לחוברת על דיוני הוועדה לחוקי-יסוד בכנסת העשירית הנ"ל ציינו השניים:

ד

"האסיפה המכוננת שנבחרה ב-1949, בהתאם לאמור ב'הכרזת העצמאות' החליטה שלא לחוקק חוקה ולא להתפזר. היא הכריזה על עצמה ככנסת הראשונה, והתפקיד להכין חוקה הועבר לכנסת זו ולבאות אחריה במסגרת 'חוקי-יסוד' אשר יכנו פרקים פרקים ויכנסו בעתיד, עם תום מלאכת הכנת חוקי-היסוד, לחוקת המדינה. ההחלטה האמורה העניקה לכנסת מעמד של אסיפה מכוננת, ובאופן זה מעשה חקיקת 'חוקי-יסוד' וכינוסם לחוקה נותר ליוזמת חברי הכנסת וליוזמת הממשלה, או לפחות לנכונותה לשתף פעולה עם הוועדה המתאימה בכנסת, היא 'ועדת חוקה חוק ומשפט' והוועדה ל'חוקי-יסוד'".

ה

ו

כל אלה מצביעים יפה על ההבנה הרחבה בכנסת, כי היא מפעילה הן סמכות מכוננת והן סמכות מחוקקת, וכי מתן חוקה הוא הגשמת סמכותה המכוננת של הכנסת. במסגרתה של סמכות זו ניתן ליצור נורמה חוקתית על-חוקית. דביעית, בשנים הראשונות לאחר קום המדינה דובר רבות באסיפה המכוננת, בהכרזת העצמאות וב'החלטת הררי". במשך השנים - ועם החילופיים האישיים בכנסת - השתנתה הרטוריקה. תופעה זו טבעית היא. דור הולך ודור בא. עם זאת, הויתרון הלאומי לא

ז

השתנה. הקשרים עם העבר לא נותקו. הכנסת המשיכה לראות עצמה כיורשתה של האסיפה המכוננת, וכמי שבידה הסמכות המכוננת. חמישית, ברור מתוך מגילת העצמאות כי תפקידה (סמכותה) של אסיפה המכוננת הוא לקבוע חוקה ("בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האסיפה המכוננת הנבחרת"). התכלית שעמדה ביסוד הוראה זו הייתה כי תיקבע "חוקה פורמאלית", כלומר -

א

"...צורת הנורמות, השונה מצורתן של נורמות אחרות וכיחוד של חוקים 'דגילים', שוני של צורה בא לידי ביטוי ע"י שוני בזהות המוסד יוצר הנורמה ('מוסד מכונן' לעומת 'מחוקק') או לפחות בתהליכי היווצרותה, ומטרתו היא להדגיש את עדיפותה הנורמטיבית של החוקה לעומת כל שאר הנורמות של מערכת המשפט הפוזיטיבי במדינה" (ב' אקצין, "חוקי-יסוד וחוקים משוריינים בישראל" הפרקליט יז (תשכ"א) בעמ' 230).

ב

ג

על מובנו של הדיבור "חוקה" בהכרזת העצמאות כותב פרופ' אקצין:

"כידוע, היו מייסדי המדינה משוכנעים ברובם הגדול שבראש המערכת המשפטית של ישראל תעמוד חוקה פורמאלית שתשמש מסגרת מחייבת לחוקים ולשאר הנורמות המשפטיות במדינה. תפיסה זו באה לביטוי בצורה חריפה ביותר בהכרזת העצמאות, וצעד ראשון לקראת ביצוע נעשה ע"י מועצת המדינה הזמנית כאשר, ביום א' בתמוז תש"ח - 8.7.48, הקימה ועדת חוקה" (שם, בעמ' 231).

ד

וברוח דומה מציין פרופ' רובינשטיין כי -

ה

"מחברי ההכרזה התכוונו לחוקה פורמלית. נזכור גם את שאיפתם הברורה להתאים את ההכרזה להחלטת עצרת האומות המאוחדות..." (בספרו הנ"ל, בעמ' 44).

ו

יפה תיאר זאת פרופ' אורי ידן, ברשימה מפרי עטו, שנתפרמה יום לפני עריכת הבחירות לאסיפה המכוננת:

ז

"מחר תתקיימנה הבחירות לאסיפה המכוננת של מדינת ישראל, הבחירות הראשונות מאז הקמת המדינה, והחשובות ביותר למשך תקופה ארוכה. כי לא פרלמנט רגיל הולכים אנו לבחור, אחד מרבים שיבואו אחרי-כך בזה אחר זה כדי לחוקק חוקים בענינים שונים של חיינו השוטפים, אלא פרלמנט מיוחד במינו, יחיד בחשיבותו, כאשר עליו להעניק למדינה חוק דגול אחד שיעמוד ימים רבים כמסד לכל חייה הדמוקרטיים, הלוא הוא חוקת היסוד, הקונסטיטוציה" (ספר אורי ידן, בעמ' 82).

הנה כי כן, סמכויותיה של האסיפה המכוננת לא הוגדרו, אך תפקידה ברור: מתן חוקה (פורמאלית) למדינה, כלומר, יצירת מסגרת חוקתית על-חוקית. עם זאת מקובל עליי, כי הכנסת רשאית הייתה שלא לכונן חוקה כלל, או לחוקק חוקה "מהותית" בלבד. ההכרעה בעניין זה היא פוליטית, בלא מגבלות משפטיות.

א

## 4. תפיסתם של סופרים ומחברים

32. אפנה עתה לדעתם של סופרים ומחברים. עושה אני כן בראש ובראשונה מתוך החשיבות הרבה שכל שיטת משפט מייחסת למרעניה. כמובן, ההכרעה הפרשנית הסופית היא של בית המשפט. אך טבעי הוא לשופט לקבל השראה מדבריהם של חכמי המשפט. אך לטעם זה נוסף טעם שני והוא העיקרי. מתפיסתם של סופרים ומחברים ניתן ללמוד על תפיסות יסוד של הקהילייה (המשפטית) בישראל בשאלת הסמכות המכוננת. אין זו כמובן "ראיה" מכרעת. אך זו ראייה חשובה, שבהצטרפה לשאר הראיות - הנתון האובייקטיבי באשר לרציפות החוקתית, השיג והשיח הפוליטי לקראת בחירות, תפיסת הכנסת את עצמה, עמדתה של הפסיקה בעבר ותגובות הכנסת עליה - מבססת את התשתית אשר על בסיסה רשאי וחייב בית המשפט לקבוע כי לכנסת - לכל כנסת - נתונה סמכות מכוננת; כי על-פי כלל ההכרה של המשפט הישראלי הכנסת - כל כנסת - מוסמכת ליתן חוקה לישראל; כי זהו הפירוש המתאים ביותר להבנת מכלול ההיסטוריה החברתית והפוליטית של ישראל.

ב

ג

ד

33. רוב רובה של האקדמיה הישראלית לדורותיה ראתה ורואה בכנסת כמי שמחוקקה בסמכות מכוננת ומטעם זה מוסמכת לכונן חוקה לישראל. אמת, בעבר נמצאו החולקים על עמדה זו (ראה *Nimmer, supra*). מן הראוי להזכיר במיוחד את ד"ר לחובסקי, אשר גרס כי הכנסת - כמוה כפרלמנט הבריטי - אינה יכולה לכבול עצמה (ראה *Likhovski, 4 Isr. L. Rev., supra*; ראה גם נ' א' הורנשטיין, "שריון הוראות בחוקי יסוד" הפרקליט כה (תשכ"ט) 648; מ' שפילר, "הרהורים בשאלות קונסטיטוציוניות" הפרקליט כו (תשל"ל) 6). השקפות אלה גדונו, נבחנו ולא נתקבלו. הן נשארו בעמדת מיעוט. מאז סוף שנות החמישים (עם חקיקתו של חוקי יסוד: הכנסת) ומאז סוף שנות השישים (עם מתן פסק הדין בפרשת ברגמן [15]) עוברת כחוט השני בספרות הקונסטיטוציונית הישראלית הגישה כי לכנסת סמכות מכוננת, וכי מטעם זה היא מוסמכת ליתן חוקה לישראל אשר תגביל את הכנסת כמחוקק רגיל. על ברכיה של תפיסה זו התחנכו מאז שנות השישים דורות על דורות של משפטנים. זכות ראשונים בעניין זה מגיעה למר שטרנברג (ראה מאמרו הנ"ל, מולד טו). חיבורו של שטרנברג נכתב סמוך לאחר חקיקתו של חוקי יסוד: הכנסת. כותב המחבר:

ה

ו

ז

"באישור חוק היסוד פעלה הכנסת לא כרשות מחוקקת גרידא, אלא כאסיפה מכוננת אשר ב'הכרזה על הקמת מדינת ישראל' הוטל עליה לקבוע את החוקה למדינה. הכנסת ראתה עצמה תמיד גם כמוסד העליון הרשאי למלא

א את התפקיד של כינון חוקה ואף הצהירה על כך פעמים אחדות. בחוק המעבר, תש"ט-1949, סעיף 1, קבעה הכנסת כי לאסיפה המכוננת ייקרא 'הכנסת הראשונה', לציר האסיפה המכוננת ייקרא 'חבר הכנסת'. מכאן שהכנסת ראתה את עיקר תפקידה בקביעת חוקה, ותפקיד משני כביכול בחקיקת חוקים. חוק המעבר לכנסת השניה, תשי"א-1951, סעיף 9, קבע כי 'כל מקום בחוק שמדובר באסיפה מכוננת או בכנסת הראשונה כאילו המדובר בכנסת השנייה'. וסעיף 10 מאותו חוק קובע כי 'חוק זה יחול בשינויים המחוייבים לפי הענין גם על המעבר לכנסת השלישית, ולכל כנסת שלאחריה'. מכאן שאותו צירוף אנשים הקרוי הכנסת הוא גם גוף אחר, הקרוי גוף מכונן, והוא קיים כביכול קיום מתמיד במקביל לכנסת עצמה, גוף שתכלית קיומו יצירת חוקה" (שס, בעמ' 286).

ג מספר שנים לאחר מכן - עם חקיקתם של שני חוקי היסוד הראשונים - הביע פרופ' אקצין את דעתו בסוגיה שלפנינו (במאמרו הנ"ל). פרופ' אקצין מציין כי, לדעתו, הכנסת מפעילה סמכות מכוננת וסמכות מחוקקת גם יחד. על-פי השקפתו, לחוקי היסוד יש אופי של חוקה, בהתאם ל"החלטת הר"י". כותב פרופ' אקצין:

ד "אין אנו גורסים, כפי שנשמעה טענה זו לפרקים בכנסת ובעתונות, שאפילו היה חוק-היסוד קובע עדיפות לעצמו, לא היה בכך כדי לכבול את ידי הכנסת לעתיד: טענה זו הרי היא סופיזם טהור ויש בה משום ניהיליזם רעיוני. אמנם נכונה הטענה לגבי אנגליה, אבל שם היא משתלבת עם עצם שלילת הרעיון של חוקה פורמאלית שתעמוד מעל למחוקק הרגיל. וכבר נפסק שאין לטענה זו רגליים במדינה שרעיון החוקה הפורמאלית מצא לו מהלכים בתוכה: כוונתנו לאפריקה הדרומית שהמשפט הציבורי בה מבוסס על המשפט האנגלי. המשפט הממלכתי של מדינת ישראל מבוסס מאז הכרזת העצמאות על ההנחה כי ליד חוקים רגילים ייתכן ותיכון חוקה; הנחה זו לא בוטלה מעולם אלא נתחזקה שוב ע"י החלטת הכנסת משנת תשי"י. ואם יש משמעות כלשהי למונח 'חוקה', הרי היא המשמעות שהחוקה היא וזיא הקובעת באופן אוטוריטיבי מה יהיו היחסים בינה לבין שאר הנוהמות במדינה" (שס, בעמ' 236-237).

ז ב"צאה המהדורה הראשונה של ספרו החשוב הנ"ל של רובינשטיין (תשכ"ט). בספר זה עומד ד"ר רובינשטיין בהרחבה על סמכותה המכוננת ומחוקקת של הכנסת, ועל כוחה, בהפעילה סמכות מכוננת, ליתן חוקה למדינה, שתכבול את החוקה הרגילה של הכנסת. כותב המחבר:

"האסיפה המכוננת, לאחר ששינתה את שמה ל'הכנסת הראשונה', דנה רבות בשאלת החוקה. איש לא הטיל ספק בכך, כי אכן מוסמכת היא לחוקק חוקה כתובה, פורמלית. הויכוח הגדול ניטש סביב השאלה, האם זייבת היא לעשות זאת.

...  
לא יכול, איפוא, להיות ספק בדבר סמכותה של הכנסת הראשונה לחוקק חוקה או חוקים בעלי אופי חוקתי, העומדים מעל למעשי החקיקה הרגילים.

...  
הכנסת הראשונה התפזרה טרם זמנה בלי שקיבלה פרק אחד מחוקת המדינה עפ"י החלטת הררי. סמכויותיה של הכנסת הראשונה עברו לכנסת השנייה.

...  
מכאן ברור שסמכויות האסיפה המכוננת עברו מן הכנסת הראשונה לכנסת הנוכחית, ולכל כנסת שתבוא אחריה... לא ניתן להוכיח כל פגימה ברציפות זו, וכי סמכויות מתן החוקה לא נעלמו, אלא הוצמדו לכל כנסת" (שס, בעמ' 167-168).

על עמדתו זו חזר המחבר בכל ארבע המהדורות של ספרו. על ברכיה של תפיסה זו חונכו המשפטנים הצעירים של מדינת ישראל.

34. תרומה חשובה לבעיית החוקה בישראל ולשאלת סמכותה המכוננת של הכנסת ומעמדה הפרלמנטרי תרם פרופ' קליין (ראה, בין השאר, קליין, במאמרו הנ"ל, משפטים ב; ק' קליין, "על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריות הישראלית" משפטים ה (תשל"ו) 308; Klein, 6 Is. L. Rev., supra). כותב המחבר ב-1970:

"מושג הסמכות המכוננת קיים ללא ספק במשפט הקונסטיטוציוני הישראלי. הסמכות המכוננת ניתנה לאסיפה המכוננת דהיינו לכנסת הראשונה. הכנסת הראשונה לא וויתרה על סמכותה המכוננת, אלא העבירה את הסמכות המכוננת לכנסת השנייה ולכל כנסת שלאחריה" (מאמרו הנ"ל, משפטים ב, בעמ' 53).

גישה דומה נקט פרופ' קלינגהופר. ראינו את עמדתו, כפי שהביע אותה בכנסת. על עמדה דומה חזר בכתיבתו המדעית. כותב פרופ' קלינגהופר, במאמרו הנ"ל, ספר קלינגהופר, בעמ' 76:

"הכרזת העצמאות לא קבעה כל מועד למתן החוקה, והעברת הסמכויות של האסיפה המכוננת לידי הכנסת השנייה וממנה לידי כל כנסת שנתכוננה אחריה נעשתה מכוח הסדר חוקי מיוחד. זוהי מעין העברה נמשכת, שכל עוד היא בתוקפה מצויה בידי בית המחוקקים הישראלי סמכות למתן חוקה, שהוקנתה לו בדרך של ירושה בלתי-פוסקת".

זו גם עמדתה של פרופ' גביוון. ברשימה המוקדשת למחלוקת על חוקי-סוד: זכויות האדם, כותבת פרופ' גביוון:

"I accept the analysis suggested by both Klein and Rubinstein that even if the Knesset is not under such a *duty*, it maintains parallel powers - legislative and constituent - and that it may limit its own legislative powers while exercising its constituent powers. This analysis seems to be the most appropriate one, despite the undesirability of the length of the period for which these two kinds of distinct powers exist, and the fact that the *Knesset* itself is not keen on distinguishing between the kinds of power which it exercises" (Gavison, *supra*, at 118-119).

ברוח דומה ציין ד"ר מעוז כי חוקי היסוד בדבר זכויות האדם נחקקו על-ידי הכנסת בהפעילה את סמכותה המכוננת, ומכאן מעמדם הנורמטיבי העליון (ראה א' מעוז, "משפט חוקתי" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג (הפקולטה למשפטים אוניברסיטת תל-אביב ולשכת עורכי-הדין - ועד מחוז תל-אביב, בעריכת א' רוזן-צבי, תשנ"ד) 143). גישה דומה מופיעה בספרים ובמאמרים רבים בתחום זה (ראה למשל, להב וקרצ'מר, במאמרם הנ"ל, בעמ' 158); היא משקפת, ללא ספק, את עמדתה של הקהילייה המשפטית בישראל. די אם אזכיר את חברי הסגל האקדמי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, אשר הכינו הצעת "חוקה לישראל" וביקשו לקדמה בהליכי החקיקה של הכנסת. רבה הייתה השפעתה של הצעה זו על קידום מפעל החוקה בשנים האחרונות. הצעת "חוקה לישראל" מבוססת על סמכותה של הכנסת לחוקק חוקה, לשריינה ובכך להגביל את כוחו של המחוקק הרגיל. ודוק: היו שסברו כי אין מקום לחוקה נוקשה. היו שסברו כי אין זה רצוי שהחוקה תכלול פרק על זכויות האדם. ידועה בעניין זה עמדתו של הנשיא לנדוי (מ' לנדוי, "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" הפרקליט כו (תשל"א) 30). אך גם קולות אלה לא התבססו על היעדר סמכותה של הכנסת ליתן חוקה לישראל. הם סמכו עצמם על חוסר התבונה שבהפעלת סמכות הכנסת. ושוב: אין בסקירה קצרה זו של עמדת הקהילייה המשפטית כדי להצביע על השיקול האחד והיחיד והמכריע. מודע אני לתפקיד השיפוטי כתפקיד עצמאי היוגק חכמה מאחרים, אך המכיר באהריותו האישית של השופט להכריע בבעיות המשפטיות. מטרתה של הסקירה הינה להראות כי הכרעה שיפוטית, המכירה בכלל הכרעה שלפיו לכנסת יש סמכות מכוננת, אינה מעשה שרירותי, פרי השקפתו הסובייקטיבית של השופט, אלא מהווה מעשה סביר, פרי השקפה אובייקטיבית, המשקפת את תפיסות היסוד של הקהילייה (המשפטית) בישראל. בכך נוסף נדבך נוסף למסקנה הסופית כי הכרה בסמכות המכוננת של הכנסת נותנת את הפירוש הטוב (מתאים) ביותר למכלול ההיסטוריה המשפטית של ישראל.

5. פטיקת בית המשפט העליון

35. בארבעה פסקי-דין הכיר בית המשפט העליון, עוד לפני חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם במרץ 1992, בכוחה של הכנסת לשריין את הוראות חוקי היסוד לפני



חקיקה רגילה (ראה: פרשת ברנמן [15]; פרשת אגודת דרך ארץ [19]; פרשת רובינשטיין [20]; פרשת לאור' [21]). תחילה הושארו הדברים בצריך עיון, אך לאחר זמן הם נאמרו באופן מפורש וברור. בפרשת לאור' [21] ציינתי:

א

"חוק של הכנסת - בין חוק 'רגיל' ובין חוקי-יסוד - המבקש לשנות הוראה 'משוריינת' בלא שהוא נתקבל ברוב חברי הכנסת, עומד בסתירה להוראות השריון שבחוק היסוד. לאור תוקפה המשפטי של הוראת 'השריון', ידה על העליונה. בהתנגשות שבין הוראת השריון לבין ההוראה המבקשת לשנותה בלא לקיים את הרוב הדרוש לא חלים הכללים הרגילים, לפיהם חוק מאוחר מבטל חוק מוקדם. בהתנגשות זו חל העיקרון הנותן עליונות נורמאטיבית לחוקי-יסוד משורייני" (שם, בעמ' 539).

ב

בכך הכיר בית-משפט זה בכוחה של הכנסת "לשריין" את חוקי היסוד לפני שינוי או פגיעה בהם. שאם לא כן, כיצד זה בוטלו ארבעה חוקים "רגילים" של הכנסת בשל פגיעה בעקרון השוויון בבחירות הקבוע בחוקי-יסוד: הכנסת, כשנטלות זו היא משום אי-קיום דרישות הצורה (רוב מיוחד) הקבועות בחוקי-יסוד: הכנסת (סעיף 4) אמת הדבר, בפסקי הדין הללו (פרט לפרשת לאור' [21]) לא השתמש בית המשפט בטרוריקה של סמכות מכוננת. אין ללמוד מפסקי-דין אלה שדווקא תורה זו עמדה לנגד עיניו. אך ברור שבית המשפט הכיר בעליונות הנורמאטיבית של חוקי יסוד משוריינים. עליונות זו בוודאי מתיישבת - וכפי שאצביע בהמשך מתיישבת אך ורק - עם סמכותה המכוננת של הכנסת, המוסמכת ליתן חוקה למדינה. בפסק הדין הרביעי בשרשרת זו, בפרשת לאור' [21], עמדתי במפורש על מעמדה של הכנסת כרשות מכוננת, בציני:

ג

ד

"שריון' זה תופס בשיטתנו, שכן מכירים אנו בסמכותה של הכנסת לפעול כרשות מכוננת ולהכין חוקי-יסוד אשר יהוו את פרקיה השונים של חוקת המדינה. במסגרת זו אנו מכירים בכוחה של הכנסת - שעה שהיא פועלת כרשות מכוננת - לשריין הוראות של חוקי-יסוד מפני שינויים - בין שינויים בחוק 'רגיל' ובין שינויים בחוקי-יסוד - המתקבלים ברוב 'רגיל'..." (שם, בעמ' 539).

ה

ו

36. מאז חוקקה הכנסת את חוקי-יסוד: חופש העיסוק ואת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עלתה אגב אורח שאלת מעמדם הנורמאטיבי של חוקי יסוד אלה בדיוניו של בית המשפט העליון. העמדה שנקט בית המשפט העליון הייתה, כי שני חוקי יסוד אלה הם בעלי מעמד חוקתי על-חוקי. עמד על כך השופט ד' לוי, בפסק הדין הראשון שבו נדונה חוקתיותו של חוקי-יסוד: חופש העיסוק, כותב השופט ד' לוי:

ז

"בחודש מרץ 1992 נפל דבר ביסודות המשפט בישראל. נתקבלו ונכנסו לתוקף שני חוקי היסוד המגדירים ומבססים במימד וברמה חוקתיים וזכויות יסוד של האזרח ...

א שני חוקי יסוד אלה עמדו לדיון בכנסת ישראל, כרשות מכוונת, ובעקבותיו נחקקו ונכנסו לתוקף ביום 9.3.94 נוסח מתוקן של חוקי-יסוד: חופש העיסוק ותיקון מסוים בחוקי-יסוד: כבוד האדם והירותו...

...

ב באו שני חוקי היסוד הנ"ל לעולמנו והציבו, מכוח עצמם ובשילוב רכיבי זכויות היסוד שהיו פוזרים פה ושם בפסיקתנו, את היסודות ואת הנדבכים להיכל חוקת ישראל.

ג אכן, הבניין אינו שלם ולא שלמה המלאכה, ויש עדיין מה לכונן ומה לחוקק כדי שחוקה תעמוד במלוא תפארתה ותקרין מאורה על מוסדות השלטון והמשפט בישראל.

ד אולם, העובדה הקיימת, הניצבת ועומדת נגד עינינו, היא של מבנה חוקתי יציב, החוסה מתחת לאיצטלה ולכיפה של עקרון וערכים המעוגנים במגילת העצמאות" (פרשת כולל [37], בעמ' 463-464).

הנה כי כן - בפסק הדין הראשון שבו נדון מעמדם של חוקי היסוד פסק בית המשפט העליון - ובעניין זה הפסק ניתן פה אחד (השופטים ד' לוי, שטרסברג-כהן וטל) - כי שני חוקי היסוד בעניין זכויות האדם נתקבלו בכנסת שעה שזו הפעילה את סמכותה המכוונת, ומטעם זה הם נהנים ממעמד חוקתי על-חוקי. ברוח דומה הביעו שופטי בית-משפט זה, באימרות אגב, את עמדתם בדבר מעמדם החוקתי העל-חוקי של שני חוקי היסוד החדשים. עמד על כך חברי, השופט ד' לוי, לעניין חוקי-יסוד: חופש העיסוק והזכות לחופש העיסוק, בציינו בפרשה אחרת:

ו "חוקי-יסוד: חופש העיסוק... העניק לזכות זו הכרה חוקתית פורמלית ומעמד על-חוקי. היא הפכה לזכות יסוד מוגנת העומדת על רמה נורמטיבית גבוהה יותר מדבר חקיקה 'רגיל' או מהמשפט המקובל נוסח ישראל..." (ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל כע"מ נ' משיח ואח' [44], בעמ' 71).

ז וברוח דומה ציין חברי, השופט מצא, בפרשה אחרת, שאף עניינה הוא בחוקי-יסוד: חופש העיסוק:

ח "עם עיגונה של הזכות לחופש העיסוק בחוקי-יסוד קם לה מעמד-על חוקתי. אחד מביטוייו המובהקים של מעמד מיוחד זה... הוא בשיריונה היחסי של הזכות אף מפני עוצם ידו של המתוקק, שוב אין די לו לחוק המגביל את הזכות, שיהיה מפורש וחד-משמעי; וכדי שיעמוד לו כוחו, להגביל את חופש העיסוק, עליו לעמוד גם במבחנו של סעיף 1 סיפה, לאמור, כי ההגבלה דרושה 'לתכלית ראויה ומטעמים של טובת הכלל...' (בג"צ 4746/92, 3385/93, 4534 [24], בעמ' 259).

## ובפרשה נוספת פסקה השופטת שטרסברג-כהן:

א "חוקים אלה שינו את מעמדו הנורמטיבי של חופש העיסוק בישראל... השינוי מתבטא בעיקר בשניים: האחד, האפשרות לבטל חוק שאינו עומד בקריטריונים של חוק היסוד, אפשרות שלא הייתה קיימת קודם לכן; השני, שינוי הסדר ההיררכי במעמדו של חוק מחד גיסא ובמעמדה של זכות יסוד מאידך גיסא. אם קודם לחוק היסוד ניתן היה להגביל זכות יסוד על-ידי חוק שעשה זאת בצורה ברורה ומפורשת, ואם קודם לחוק היסוד נבדקו זכות יסוד והגבלתה לאורו של החוק המגביל, מעתה קיבלה הזכות (לענייננו, חופש העיסוק) מעמד מועדף, ובהירארכיה בינה לבין חוק הפוגע בה עומדת היא מעל לחוק הפוגע, באופן המחייב בדיקה אם הפגיעה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל ונעשתה לתכלית ראויה ולא למעלה מן הנדרש" (בג"צ 1225/94 "בזק", החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת [45], בעמ' 679).

ב 37. גישה דומה נקטו שופטי בית המשפט העליון, באימרות אגב, לעניין מעמדו ההוקתי והעל-חוקי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. באחת הפרשות, שבה נדונה הזכות לחופש התנועה (המעוגנת בסעיף 6 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), ציינת:

ד "לזכות זו מעמד חוקתי על חוקי. חוק רגיל הנחקק לאחר מועד כניסתו של חוק היסוד לתוקף, הפוגע בזכות היסוד ואשר אינו מקיים את דרישותיה של 'פיסקת ההגבלה' (סעיף 8 לחוק היסוד), הוא חוק לא חוקתי. בית המשפט רשאי ליתן תרופות בגינו. אחת מאותן תרופות הוא הכרזת בטלות, תוך קביעת מועד הבטלות (רטרואקטיבי, אקטיבי, פרוספקטיבי)" (בש"פ 6654/93 בינק'ן נ' מדינת ישראל [46], בעמ' 293).

ובפרשה אחרת הוספתי:

ו "עם חקיקתו של חוק היסוד נפל דבר בישראל. מעמדן הנורמטיבי של מספר זכויות אדם שונה. הן הפכו לחלק מחוקתה של המדינה. ניתן להן מעמד חוקתי על-חוקי" (בש"פ 537/95 [38], בעמ' 410).

ז באחת הפרשות בחן השופט אור את עקרון השוויון. הוא קבע כי ניתן לעגן עיקרון זה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מכאן מתבקשת לדעתו המסקנה הבאה:

ח "עיון כזה משמעותו העלאת עקרון השוויון למדרגה נורמטיבית חוקתית, על-חוקית" (בג"צ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם", רשות הזיכרון לשואה ולגבורה [47], בעמ' 362).

יודגש: במרבית ההחלטות דובר על המעמד החוקתי העל-חוקי של חוקי היסוד. לא נעשתה הפניה מפורשת לסמכותה המכוננת של הכנסת. לא היה צורך בכך, שכן הבעיה כלל לא הייתה שנויה במחלוקת. אינני טוען אפוא, כי ניתן להסיק מפסיקה זו אימוץ מפורש של תורת הסמכות המכוננת (פרט לפסק-דיני בפרשת לאורר [21], ופסק הדין של ההרכב כולו בפרשת כלל [37]). טענתי היא שבית המשפט הכיר בעליונותם הנורמטיבית של חוקי היסוד, ובהיותם מצויים במידרג חוקתי על-חוקי. בכך לא אימץ את כל אותן הקונסטרוקציות הרואות בחוקי היסוד חקיקה שוות מעמד נורמטיבי לחוקים רגילים.

6. הכנסת כמפעילה סמכות מכוננת: מסקנות

38. תם המסע החברתי-היסטורי. מסע זה הוא חיוני. חוקתיות וחוקה אינן רק מסמכים פורמאליים. הן אינן רק משפט. הן פרי חוויה לאומית. הן חברה ותרבות. אכן, חוקה היא השתקפות של ניסיון לאומי. עוד מהדהדים באוזנינו דבריו של השופט אגרנט, שלפיהם:

"הלוא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו" (בג"צ 73/53, 87 [4] הנ"ל, בעמ' 884).

מערכת החיים הלאומיים שלנו, הניסיון הלאומי שלנו, מיום הקמתה של המדינה ועד עצם היום הזה, הינם כי הכנסת נתפסת בתודעה הלאומית שלנו כגוף המוסמך ליתן חוקה לישראל. תודעה זו ראשיתה בטרם הקמת המדינה ובהכנות למתן חוקה. תודעה זו גובשה בהכרזת העצמאות. היא קרמה עור וגידים בבחירות לאסיפה המכוננת. היא התגבשה בתפיסה החברתית-משפטית כי הכנסת היא בעלת סמכות מכוננת, המוסמכת ליתן חוקה לישראל. הרטוריקה של רשות מכוננת וסמכות מכוננת הייתה חוקה במיוחד בשנים הראשונות לקום המדינה. רטוריקה זו נחלשה במשך השנים. דבר זה טבעי הוא. עם זאת, תפיסת היסוד, כי הכנסת היא לא רק בעלת סמכות לחקיקה רגילה, אלא היא גם בעלת סמכות לחקיקה חוקתית, מלווה את הכנסת כל ימיה. האיזכורים החוזרים ונשנים של "החלטת הרז" מעידים על כך. הפנייה הרטורית המחודשת עם חקיקתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק ב-1994 לכנסת כבעלת סמכות מכוננת מעידה על כך. אכן, בתודעה החברתית והמשפטית של הקהילה הישראלית טבועה עמוק התפיסה כי הכנסת היא המוסמכת ליתן חוקה לישראל. זהו חלק מהתרבות הפוליטית שלנו. על יסוד תפיסה זו רשאים אנו, שופטי ישראל, להכריז היום, כי על-פי כלל ההכרה (ה"rule of recognition) של מדינת ישראל נתונה לכנסת סמכות מכוננת ומחוקקת, וכי הכנסת מוסמכת, בעשותה שימוש בסמכותה המכוננת, להגביל את כוחה של הכנסת, שעה שזו עושה שימוש בסמכותה המחוקקת. אמת, ייתכן שכלל ההכרה בתחילת כהונתה של הכנסת השנייה היה יכול להיות שונה, אם בית המשפט העליון היה קובע כי הרציפות החוקתית נקטעה. אך הדבר לא התרחש; ולדעתי, גם לא היה מתרחש אילו הבעיה הייתה

עולה לדיון משפטי אז. על כל פנים, המציאות המשפטית-החברתית של היום מאפשרת לבית המשפט העליון - אשר גיבושו של כלל ההכרה נתון בידי: (ראה: Hart, *supra*, at 147-154) - לזהות ולהכריז כי הכנסת שלנו היא בעלת סמכות מכוונת ומחוקקת גם יחד; כי יש לה "שני כובעים"; כי בכוננה חוקה היא יכולה להגביל את כוח החקיקה הרגיל שלה; כי מעשה החוקה שלה עומד מעל מעשה החקיקה שלה. כמוכן, בעוד שכות החקיקה של הכנסת ("כובע המחוקק") הוא נמשך ומתמיד לעולמי עד, כוחה של הכנסת להכין חוקה ("כובע המכוון") הוא זמני ויסתיים כאשר הכנסת, כרשות מכוונת, תקבע כי נסתיים מפעל החוקה. החוקה עצמה תקבע דרכים לשינויה של החוקה ולתיקונה. מסקנה זו - פרי כלל ההכרה - היא גם הפירוש הטוב ביותר של ההיסטוריה החברתית-משפטית שלנו מקום המדינה ועד היום.

39. המשותף לשלושת המודלים הינו, כי הסמכות המכוונת של הכנסת היא תמיד בידי העם. אכן, חוקה אינה פעולת שלטון המעניקה חוקה לעם. חוקה היא פעולת עם היוצרת שלטון. העם הוא הקובע - על-פי תפיסתו החברתית במהלך ההיסטוריה שלו - בידי מי הסמכות העליונה במדינה, ומהו כלל ההכרה שבה. בית המשפט נותן ביטוי לקביעה חברתית זו. בית המשפט הוא הפרשן הנאמן של רצון העם בחוקה. בית המשפט משתדל לתת את הפירוש הטוב ביותר למכלול ההוויה הלאומית. קיומה של החוקה אינו עניין לוגי אלא תופעה חברתית. בית המשפט מפרש את "העובדות החברתיות", ומסיק מהן את דבר כוחה המכוון של הכנסת. פרשנות זו אינה פרי הקונסטרוקציה האינטלקטואלית. היא ביטוי למציאות החברתית. היא משקפת את הפראקטיקה. היא ביטוי לבסיס המוסרי והפוליטי שעליו מושתתת השיטה. היא פרי ההיסטוריה הפוליטית, החברתית והמשפטית של השיטה. היא תוצאה של ההסכמה החברתית המושתתת על הקונצנזוס החברתי בישראל (פרשת לאו"ר [21], בעמ' 654). בית המשפט משתדל לתת את הפירוש הטוב ביותר למכלול ההוויה הלאומית. לעתים הסמכות המכוונת נשארת בידי העם עצמו, הפועל במישרין והמכוון חוקה במשאל עם. לרוב, הסמכות המכוונת מוענקת על-ידי העם לגוף שלטוני. לעתים זהו גוף שלטוני מיוחד. לרוב זהו גוף שלטוני קיים, שהינו גם הגוף המוסמך לחוקק חוקים. זהו המצב בישראל.

ד. עמדתו של השופט חשין והביקורת עליה

40. חברי, השופט חשין, שולל את סמכותה המכוונת של הכנסת. חוקי היסוד הם חוקים "רגילים" שנוספה להם התיבה "חוק יסוד". הכנסת אינה יכולה לכבול את עצמה. הכנסת אינה "כל-יכולה" שכן היא כפופה, בין השאר, לעקרון הרוב. הוראה בחוק (לרבות "חוק יסוד") הקובעת "כבילה" פורמאלית לעניין הרוב הדרוש אינה תופסת, אלא אם כן הרוב הדרוש הוא 61 חברי-כנסת (שאינה כבילה אמיתית). הוראת חוק הקובעת כבילה מהותית באשר לתוכן ההוראה (כגון זו המופיעה בפסקת ההגבלה) ניתנת לשינוי על-ידי חקיקה מאוחרת שאינה מקיימת דרישה זו, ובלבד שהיא מבטאת את השינוי באופן מפורש. בעיקרו של דבר, זוהי הגישה האנגלית הקלאסית, המייצגת

את התפיסה המקובלת של המודל הווסטמיניסטריאני, כפי שהוא מובן כיום באנגליה. הקונסטרוקציה המשפטית שמעלה חברי, בעניין הדרישה של שינוי מפורש, הועלתה כבר לפני שנים על-ידי פרופ' קליין, ואף אני חורתי עליה לפני שנים. עמדתו של חברי, השופט חשין, שלפיה ככלל כבילה אינה אפשרית, הינה האנטי-תיזה לעמדתו של חברי, הנשיא שמגר, שלפיה ככלל הכבילה אפשרית. עמדתי שלי - המבוססת על סמכותה המכוננת של הכנסת - מצויה ב"אמצע". היא נוגדת את גישתו של חברי, השופט חשין, בכל הנוגע לשריון ולכבילה עצמית בחוקי היסוד. יש בינינו יסודות משותפים - אותם אני מבקש להשאיר בצריך עיון - בכל הנוגע לכבילה של חקיקה רגילה, שהרי אין לפנינו כבילה שכוו.

41. ייאמר מיד: גישתו של חברי, השופט חשין, אינה מקובלת עליי. הדברים של חברי, הנשיא שמגר, בעניין זה מקובלים 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; הוראת סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיה הכנסת לא תאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת - בטלה; הוראת סעיף 45 לחוק-יסוד: הכנסת (שלפיה אין לשנות את סעיף 9א, את סעיף 44 לחוק היסוד ואת סעיף 45 עצמו, אלא ברוב של שמונים חברי-כנסת) - בטלה; הוראות הכבילה, המצויות בכל הצעות חוק-יסוד: החקיקה והמבוססות על הרעיון כי חוק יסוד אין לקבל ואין לשנות אלא ברוב של שני-שלישים מחברי הכנסת, לא יהיו חוקתיות אם יתקבלו; ההוראות הקבועות בחוקי יסוד והדורשות רוב חברי הכנסת - ואשר לפי עמדת חברי, השופט חשין, הן כדין - עומדות בסכנה, שכן, לדעתי, על-פי הנחותיו של חברי קיימת סכנה רבה כי דינן להיפסל. ואם נרצה לקבל חוקה וחוקי יסוד, יהא עלינו להתחיל הכול מחדש. ואף התחלה זו כנראה אינה פשוטה כלל ועיקר. וודאי שלא נשאף לדם ואש ותמרות עשן. אם נרצה לקבל חוקה בהליך שאינו אלים, נעמוד בפני קשיים ניכרים. הכנסת לא תוכל לחוקק חוק שיקים אסיפה מכוננת שתכונן חוקה. גם העמדת הצעת חוקה שתכין הכנסת (או שיכין גוף מטעמה) להצבעת העם תעורר בעיות שלא קל יהא להתגבר עליהן. אכן, חברי מעמיד אותנו באותו מקום שבו מצויה כיום אנגליה - בלא שנהיה חלק מהקהילייה האירופית ובלא שתחול עלינו האמנה האירופית לזכויות האדם - והוא מעמיד את שיטתנו המשפטית בפני כל אותם קשיים שאנגליה ניצבת בפניהם כיום. וכל זאת, לדעתי, ללא צורך, שהרי ההיסטוריה שלנו שונה מהאנגלית. לכנסת שלנו סמכות מכוננת, ובאמצעותה ניתן להגיע להסדרים חוקתיים שהאנגלים מתקשים להגיע אליהם. קובע אני זאת לא משום ששש אני אלי חוקה, כשם שתכרי קובע את קביעותיו שלו בלא שהוא שש שלא תהא לנו חוקה. קובע אני זאת כי אלה הם - לפי מיטב הכרתי המקצועית ועל בסיס מיטב ניסיוני להיות אובייקטיבי - המבנה החוקתי וההבנה החוקתית שלנו כיום. אכן, אם הכנסת תחליט שלא להמשיך במפעל החוקה, אראה בכך החלטה לגיטימית שיש לתת לה אותו תוקף כמו להחלטה להמשיך במפעל החוקה. אך כל עוד הכנסת לא החליטה להפסיק את מפעל החוקה, על בית המשפט ליתן תוקף חוקתי למפעל זה, תהיינה דעותיו של השופט אשר תהיינה.

42. אכן, הנקודה החשובה ביותר הייתה ונשארה, אם לכנסת נתונה הסמכות המכוונת. ביסוד טיעוניו של חברי מונחת התפיסה שסמכותה המכוונת של האסיפה המכוונת שבקה היים לכל חי עם פיזור של הכנסת הראשונה. הטיעונים שהיא מעלה הועלו רובם ככולם בעבר. פרופ' נימר, ד"ר לחובסקי, מר שפטלר ומר הורנשטיין העלו טענות אלה בשנות החמישים והשישים. חברי חוזר עליהן. חלק מן הטענות חזקות יותר. חלקן חזקות פחות. כפי שציינתי בפסק-דיני, אילו התעוררו שאלות אלה לפנינו עם כינוסה של הכנסת השנייה (ב'1951), הן היו מעלות בעיה אשר "אינה פשוטה כלל ועיקר". הוספתי וציינתי שכבר אז ניתן היה להתגבר עליהן. בוודאי, טיעונים אלה הלכו וגחלשו במשך השנים. עם התגברות מפעל החוקה כיום אין בהם עוצמה של ממש.

43. על מרבית טענותיו של חברי השבתי תוך כדי מהלך פסק-דיני. לא אחזור אפוא על תשובתי. אתייחס רק למספר טענות נוספות, שמן הראוי הוא להדגיש את תשובתי להן.

(א) חברי מדגיש כי הכנסת הראשונה - זו שעל דעת הכול הייתה מוסמכת ליתן חוקה לישראל - לא הייתה מוסמכת להעביר את סמכותה לכנסת השנייה, ואף אם הייתה מוסמכת לכך, לא נתכוונה לכך. תשובתי הפשוטה לכך הינה כי רעיון ההעברה או השליחות, שלפיו אין שלוח עושה שלוח, אינו תופס בענייננו. לכנסת הוענקה - מכווחה של הנורמה הבסיסית ועל-פי תפיסות היסוד של החברה הישראלית - הסמכות לכונן חוקה. סמכות זו נתונה לכל כנסת. הכנסת הראשונה לא העבירה סמכויות לכנסת השנייה, כשם שהכנסת השתיים-עשרה לא העבירה את סמכות החקיקה לכנסת השלוש-עשרה. כנסת מאוחרת אינה שלוח משנה של כנסת קודמת. הכנסת היא אורגן מרכזי של המדינה, שעל-פי המבנה החוקתי שלנו נתונות לה סמכות מכוונת וסמכות מהוקקת. על כל פנים, גם על-פי קו מחשבתו של חברי, ביקשתי להראות שהכנסת הראשונה נתכוונה (סובייקטיבית) לראות בכנסת השנייה את יורשתה, וכי כוונה זו צלחה.

(ב) חברי חוזר שוב על הטענות הישנות שלפיהן העברת סמכות הכינון מהכנסת הראשונה לשנייה נעשתה בחוקים רגילים ולא בחוקי יסוד. שאלה זו אינה מתעוררת לגבי חוק המעבר, שהרי הוא הוחק לפני "החלטת הררי". כשלעצמי, רואה אני בו הוראה חוקתית, כפי שאכן כונה ("חוקה קטנה"). פרופ' ידן ציין כי חוק המעבר הוא "מעשה חקיקה יסודי בשטח הקונסטיטוציה המדינית..." (ספר אורי ידן, בעמ' 90). אשר לחוק המעבר לכנסת השניה, הוא הוחק לאחר החלטת הררי, ואותו צריך היה לחוקק כחוק יסודי. יש להצטער שהדבר לא נעשה. האם בשל כך גופל כל המבנה החוקתי? כבר ציינתי, שלגבי דידי חוק זה לא היה נחוץ כלל, והוא בעל אופי הצהרתי, המדגיש את המעבר ממצב של ארעיות למצב קבע.

(ג) חברי, השופט חשין, מצביע על חולשתה של תורת הסמכות המכוננת, בכך שהיא חייבת לקבוע עמדה מהו מעשה חוקה ומהו מעשה חקיקה, וכי היא עשויה להוביל לצורך לקבוע אם הוראות מסוימות המופיעות בחוק יסוד אין בהן משום חריגה מהסמכות המכוננת. תשובתי היא משולשת: ראשית, תשובתה של תורת הסמכות המכוננת להבחנה בין מעשה חוקה למעשה חקיקה היא פשוטה וברורה, שהרי היא נזקקת למבחן צורני פשוט. בכך דומה גישתי לגישתו של חברי, השופט חשין, שגם הוא נזקק למבחן פשוט שעניינו רוב של 61 חברי-כנסת ולא מעבר לזה; שנית, אכן עשוי להתעורר הצורך לבחון את חוקתיותו של השימוש בדיבור "חוק יסוד". ביקשתי להשאיר עניין זה בצריך עיון ואני ממשיך לדבוק ברצוני זה. עם זאת, אציין כי דבר מקובל וידוע הוא שבת המשפט בודקים את חוקתיותם של תיקוני חוקה. לא פעם נפסל תיקון חוקתי בהיותו לא חוקתי, וזאת לא רק בשל עניינים של "צורה" (כגון דרישת הרוב) אלא גם בעניינים של מהות (ראה פסק-דינו של בית המשפט העליון של הודו בפרשת *Kesavande v. State of Kerala* [113] (1973)). מעניין לצטט, בהקשר זה, את הדברים הבאים של בית המשפט החוקתי בגרמניה, שאמר:

"Laws are not constitutional merely because they have been passed in conformity with procedural provisions... They must be substantively compatible with the highest values of a free and democratic order, i.e., the constitutional order of values, and must also conform to unwritten fundamental constitutional principles as well as the fundamental decisions of the Basic Law" (6 BverfGE 32 (1957) [109]).

הספרות בעניין זה רבה (ראה ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך ג, וכן פסקה 62 להלן). שליטתי, הצורך בביקורת שיפוטית במצב דברים זה אינו יוצא דופן. דומה שגם חברי, השופט חשין, מפעיל ביקורת שיפוטית במצבים דומים. כך למשל, לשיטתו, הניסיון של האסיפה המכוננת (הכנסת הראשונה) להעביר מכוונתיה לכנסת השנייה לא צלח. האין כאן מצב שבו בית המשפט קובע את גדר החוקה? חברי, השופט חשין, ממשיך וקובע שאם הכנסת תחוקק חוק (ואף חוק יסוד) המאריך את כהונתה מעבר לארבע שנים, היא בכך מעשה לא חוקתי. האין בכך מצב בו בית המשפט קובע את גבולותיה של הרשות המכוננת? ראויים לציון גם דבריו של חברי, הנשיא שמגר, אשר קובע כי "מתאפשרת עתה ביקורת שיפוטית על חוקתיותה של חקיקה ראשית" (פסקה 18 לפסק-דינו).

44. מסקנתי הינה אפוא, כי חברי, השופט חשין, מעלה מחדש את הטענות הישנים (חלקם טובים יותר וחלקם טובים פחות) שהועלו בשנות החמישים והשישים. לכל הטענות ניתנו תשובות. הן היו מספקות בשעתן. הן בוודאי מספקות כיום. כפי שביקשתי להראות, סמכותה המכוננת של הכנסת לא באה לה רק בירושה מהאסיפה המכוננת המקורית (לפי שיטת קלון). חזרתי וציינתי כי הכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת



משקפת את כלל ההכרה של המשפט הישראלי היום (לפי שיטת הארט) והיא הפירוש הטוב ביותר של מכלול ההיסטוריה המשפטית והמדינית של ישראל, כפי שהוא נתפס כיום (לפי שיטת דבורקין). אכן, ללא כל קשר למצב המשפטי אשר שרר עם פיזורתה של האסיפה המכוננת, ואפילו לא הייתה אסיפה מכוננת כלל, עדיין קמה ועומדת השאלה, מהו כלל ההכרה של המשפט הישראלי היום? האם המשפט הישראלי היום מכיר בסמכותה של הכנסת ליתן חוקה לישראל? על שאלה זו השבתי בחיוב. כתמיכה בגישתי הבאתי את הבנת הכנסת את עצמה, את המצעים של המפלגות לבחירות השונות המשקפים את הנושאים שעליהם נתן העם את דעתו בבחירות, את דברי החכמים והמלומדים המשקפים את הקונסנזוס המקצועי, את פסיקת בית המשפט העליון ואת תגובת הכנסת עליהם. כל אלה ביחד – בלא שניתן לבודד גורם אחד ולראות בו הזות הכול – משמשים תשתית "עובדתית" למסקנתי המשפטית כי כיום, כמו בעבר, מוכר כוחה של הכנסת ליתן חוקה לישראל. מסקנתי בדבר כוחה של הכנסת לכונן חוקה מבססת עצמה על "תשתית עובדתית" רחבה. היא פרי ההיסטוריה החוקתית, הבנת הכנסת את עצמה, תפיסות היסוד של מלומדים וסופרים, הבנתם של בוחרים שהלכו לבחירות השונות, הלכות ואמרות של שופטים ותגובת הכנסת עליהם. כאן טמונה הביקורת שלי על עמדתו של חברי, השופט זשין. אין היא תואמת את הבנתה של הקהילה הישראלית היום. אין היא הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של מדינת ישראל. אין היא מתמודדת עם הבעיה החוקתית.

45. יפה לענייננו עמדתו של פרופ' דבורקין. הוא עוסק בשאלה אם הפרלמנט הבריטי מוסמך לאמץ מגילת זכויות אדם אשר תגביל את כוח החקיקה של הפרלמנט ואשר הפרלמנט עצמו לא יוכל לשנותה אלא ברוב מיוחס. פרופ' דבורקין בוחן את השאלה אם די בהחלטה של הפרלמנט עצמו בדבר השריון וכבילה עצמית, ומשיב על כך בשלילה. הוא מציין כי עקרון ריבונות הפרלמנט:

"does not owe its authority to any parliamentary decision, because it would beg the question for parliament to decide that its own powers are unlimited" (Dworkin, *A Bill of Rights for Britain, supra*, at 26).

והוא ממשיך:

"British lawyers say that Parliament is an absolute sovereign because that seems (for most of them intuitively and unreflectively) the best interpretation of British legal history, practice and tradition. But legal history and practice can change with great speed" (*ibid.*, at 27).

ואני שואל: שופט בית המשפט העליון, המסתכל על ההיסטוריה המשפטית שלנו, דרכיה ומסורתה, כפי שהיא משתקפת לפנינו היום - על רקע מגילת העצמאות, כינונה של אסיפה מכוננת, החלטת הררי, בחירות אשר במהלכן חזרו המפלגות וציינו כי הן מבקשות לכוון חוקה לישראל, חקיקתם של שנים עשר חוקי יסוד הכוללים הוראות שריון וכבילה; פסיקתם של בתי המשפט ותגובת הכנסת אליה ועמדת הקהילה המשפטית - האין זה מתבקש כי ייקבע שכיום נתונה לכנסת הסמכות המכוננת; כי כיום מוסמכת הכנסת - בצד כוח החקיקה הרגיל שלה - לכוון חוקה? האין זה הפירוש הטוב ביותר של ההיסטוריה הלאומית שלנו? האין זה ההסבר הטוב ביותר של "מערכת החיים הלאומיים" שלנו (בלשונו של השופט אגרוט בבג"צ 73/53, 87 [4] הנ"ל, בעמ' 884)?

46. נתמקד נא בשאלת כוחה של הכנסת לכבול את כוחה לשנות הוראות חוקי היסוד: האם ההסבר הטוב ביותר להסדר זה, על רקע מכלול ההיסטוריה החוקתית שלנו, הוא הסברו של חברי בעניין מהותו של רוב ובעניין דרכי הספירה של נמנעים, או ההסבר שלי שלפיו כוח זה הוא ביטוי לסמכותה המכוננת של הכנסת? חברי מבקש לפתור את השאלה מתוך חקיקתה של הכנסת ותקנונה פנימה, ואילו גישתי שלי הינה כי לפנינו בעיה שאין לפתור אותה בלא להידרש לנקודת משען חיצונית לכנסת. על-פי עמדתי, לפנינו בעיה הנפתרת על-פי הבנתנו היום את מכלול ההיסטוריה המשפטית של ישראל. הפירוש הטוב ביותר להבנה זו הינו כי הכנסת ביקשה להגביל את כוח החקיקה שלה בעניינים חוקתיים; כי היא ראתה עצמה פועלת בגדר המפעל החוקתי; כי היא ראתה עצמה ככותבת חוקה לישראל. נתמקד נא עוד בהוראות השריון שבחוקי-יסוד: הכנסת. האם ההסבר הטוב ביותר לפראקטיקה זו, על רקע מכלול ההיסטוריה המשפטית והחברתית שלנו, הוא שנעשה כאן ניסיון של הכנסת לראות בנמנעים ובלא-משתתפים מי שמצביעים נגד, תוך רצון לקבוע רוב "רגיל"? או שמא ההסבר הטוב ביותר הוא שנעשה כאן ניסיון ליצור גורמה חוקתית על-חוקית, אשר תבטיח את יציבות המשטר? או טול את חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האם ההסבר הטוב ביותר לחוק יסוד זה הינו, כי הכנסת ביקשה למנוע מצב דברים שבו כנסת מאוחרת עשויה לפגוע בזכויות יסוד בלא לתת את הדעת על כך במודע ובמפורש (כעמדת חברי, השופט חשין)? או שמא ההסבר הטוב ביותר להוראת חוק זה הוא כי הכנסת ביקשה למנוע מהכנסת את האפשרות לפגוע בזכויות יסוד בלא לקיים את דרישתה של פיסקת ההגבלה, ובכך למנוע מכנסת מאוחרת - הקובעת במפורש כי היא סוטה מההסדר של חוק היסוד - מלהשיג את מטרתה? האם פירוש זה - הוא הפירוש שלי - אינו הפירוש היחיד היוצר הרמוניה בין הסדריו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו להסדריו של חוקי-יסוד: חופש העיסוק, שבו מצויה הוראה מפורשת בעניין פיסקת ההתגברות, שנועדה להשיג את הפירוש של חברי בגדריו של חוק יסוד זה, אך שחסרה בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו? האם ההסבר הטוב ביותר להיסטוריה המשפטית שלנו באשר לשימוש בביטוי "חוק יסוד" הוא שזה עניין צורני גרידא, שאין מאחוריו ולא כלום? או שמא ההסבר הטוב ביותר לשימוש בדיבור "חוק יסוד" הוא שהדבר הוא מהותי באופיו ומשקף את מעמדו הנורמטיבי העליון של חוק היסוד? טול את סעיף 1א לחוקי-יסוד: כבוד האדם

א  
ב  
ג

וחירותו, הקובע כי "חוקי-יסוד זה" - הוא ולא דבר חקיקה רגיל - "מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוקי-יסוד" - בו ולא בחקיקה רגילה - "את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". האם אין זה מלאכותי להתייחס אל הדיבור "חוקי-יסוד" בסעיף זה כאל עניין טכני גרידא? האין לראות בו ביטוי לתפיסה משפטית וחברתית עמוקה הרבה יותר, שלפיה הכנסת עוסקת בכינונה של חוקה, ובגדריה מבקשים להגן על כבוד האדם כדי לעגן בה את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית? ודוק: אינני טוען שהתמונה היא "שתור-לבן"; מכיר אני בעמדות של חברי-כנסת שונים שהובעו בכנסת כנגד מפעל החוקה; מכיר אני מחברים שכתבו נגדה. אך כאשר השופט צריך לשאול עצמו - תוך לקיחה בחשבון של המכלול כולו - מהי תפיסתה של החברה הישראלית כיום, על רקע המפעל החוקתי רב הממדים שנעשה מאז קום המדינה ועל רקע שני חוקי היסוד האחרונים והתגובות עליהם, תשובתי שלי הינה: יש לה לכנסת ישראל סמכות מכוונת. אכן, תפקידו של השופט הוא לתת להיסטוריה המשפטית והחברתית שלנו את הפירוש התואם ביותר את מכלול הנתונים המשפטיים והחברתיים.

ד  
ה  
ו  
ז

47. כחוט השני עוברת בפסקי-דינו של חברי, השופט חשין, הקביעה כי ההכרה בסמכותה המכוונת של הכנסת מהווה פגיעה בדמוקרטיה הישראלית. על-פי השקפתו "לא יעלה על הדעת כי נציגיו של רוב העם יסברו כפי שיסברו, אך בבואם לשנות את חוק היסוד גמנע אותם מהשגת מבוקשם בהעמידנו על דרכם קונסטרוקציה משפטית של שני כתרים" (פיסקה 69). "דומני כי מניעת הרוב שקולה כנגד הליך אנטי-דמוקרטי בעליל" (שם). דמוקרטיה "אמיתית", על-פי עמדת חברי, השופט חשין, היא דמוקרטיה שבה כל ההחלטות מתקבלות על-ידי רוב (מוחלט) של חברי הכנסת. "קביעה כי לא ניתן יהיה לבטל חוק, לשנותו או לפגוע בו אלא ברוב של למעלה מ-61 קולות... הינה קביעה אנטי-דמוקרטית בעליל" (פיסקה 97). "עקרת את שלטון הרוב מגופו של משטר וידעת כי נטלת את נשמתה של הדמוקרטיה" (פיסקה 101). "חוק כי תחקוק הכנסת - חוק הוא לישראל, ובלבד שלא יפגע בלכתה של הדמוקרטיה, בעקרון הרוב" (שם). לדעתי, זוהי גישה חד-צדדית ומקוטעת לדמוקרטיה. אני עומד על כך בהרחבה בפסקי-דיני שעה שאני מנתח את הבסיס לביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. אכן, עמדתי הינה כי, מחד גיסא, אין לכאורה להטיל מגבלות ("כבילה") על כוחה של הכנסת כבעלת סמכות מחוקקת לשנות את חוקיה היא. הגבלה כזו פוגעת בעקרון שלטון הרוב, שבלעדיו אין דמוקרטיה. הגבלה כזו מאפשרת לעבר לשלוט על ההווה בעניינים של יום-יום. כבילה כזו גורמת לכך כי הרוב שבהווה, אשר בחר את הכנסת של היום, יכול לכבול את הרוב של העתיד, שייבחר בכנסת העתידה. דור אחד יכול להכתיב את דרכי ההתנהגות היום-יומית של הדור האחר. בהיעדר הסכמה חברתית המתבטאת בכללי ההכרה של השיטה, אין לאפשר תופעה זו. עד כאן דעתי כדעת חברי, השופט חשין. אך מאידך גיסא, עמדתי הינה כי דמוקרטיה "אמיתית" מכירה בכוחה של חוקה - פרי הסמכות המכוונת - לשריין את ערכי היסוד של השיטה ואת זכויות האדם הבסיסיות, בפני 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, היא המעשה הדמוקרטי. עמד על כך השופט ג'קסון (Jackson) בציינו:

"The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections" (*Board of Education v. Barnette* (1943) [92], at 638).

אכן, בתחום יסודות האדם אין לקיים דמוקרטיה "אמיתית" בלא הגבלה על כוחו של הרוב, למען שמירה על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, למען שמירה על ערכי יסוד, שהעיקריים שבהם הם זכויות האדם. דמוקרטיה של רוב בלבד, שאינה מלווה בדמוקרטיה של ערכים, היא דמוקרטיה פורמאלית ו"סטטיסטית". דמוקרטיה אמיתית היא זו המגבילה את כוחו של הרוב כדי להגן על ערכיה של החברה, כדי להגן על "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" וכדי להגן "על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין" (סעיף 1 לחוק היסוד). כמוכן, אפשר לחשוב אחרת. אפשר להסתפק בדמוקרטיה "פורמאלית". אך מדינת ישראל בחרה אחרת. בחרנו לעצמנו - מהכרות העצמאות ועד היום - לילך בנתיב החוקתי. ביקשנו לתת לעצמנו חוקה, אשר תגביל את כוח הרוב כדי לקיים ערכי יסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בחירה זו לא נעשתה על-ידי השופטים. היא נעשתה על-ידי העם. אך משנעשתה הבחירה, נדרשים השופטים - תהא עמדתם האישית אשר תהא - לתת לה תוקף (ראה: B. A. Ackerman, *We The People: Foundations* (Cambridge, 1991) 272; J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, 1971) 228 עד כדי כך עמוקים וחשובים הם ערכי היסוד וזכויות האדם, עד ששופטים במדינות שונות מוכנים - ללא כל טקסט חוקתי - לשלול כוחו של פרלמנט לפגוע בערכי יסוד. אכן, במספר מדינות שבהן גוהגת שיטת המשפט המקובל מתפתחת אט אט ההכרה, כי ישנם מספר ערכי יסוד אשר גם ללא חוקה כתובה אין המחוקק יכול לבטלם. תרם לכך, בין השאר, הניסיון המר בגרמניה הנאצית (ראה: פסקידיני בפרשת לאויר [21]; י' טל, "מחוקק כלי-יכול: האמנם? - ביקורת ההלכה לפיה אין הגבלות לכוח החקיקה של הכנסת" עיוני משפט י (תשמ"ד-מ"ה) 361, וכן: [1995] Lord Woolf, "Droit Public - English Style" *Pub. L.* 57; P. A. Joseph, *Constitutional and Administrative Law in New Zealand* (North Ryde, 1993) 444, 454). עד כדי כך הגיעו הדברים, כי בתי המשפט מוכנים,

לעתים, לשלול את תוקפה של חוקה הבנויה על אדני שווא (ראה: ח' כהן, "פרשנות נאמנה - תלתא משמע" משפטים ז (תשל"ו-ל"ז) 5; ע"ב 1/65 ידדור נ' יושבידאש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית [48], בעמ' 389). אנו, אין לנו צורך להרחיק לכת. יש לנו טקסט חוקתי. יש לנו היסטוריה לאומית של הכרה בערכי יסוד העומדים מעל לחקיקה הרגילה. כל שנדרש הוא הכרה שיפוטית בחוקתיות החוק, הכרה זו אנו נותנים לו כיום.

א

48. חברי, השופט חשין, מדגיש וחוזר ומדגיש כי העם לא נשאל לדעתו, "ואת פי העם לא שאלנו" (פיסקה 67). חברי חוזר ושואל:

ב

"והעם היכן הוא? וכי לא ראוי שנשאל את דעתו? אדרבא: נקרא לעם ונשאלה את פיו" (פיסקה 63).

אכן, הריבונות במדינה דמוקרטית היא של העם. הריבונות אינה של הכנסת, אינה של הממשלה ואינה של בתי המשפט. הריבונות היא של העם. עליו מונח המבנה החברתי והמשפטי כולו. החוקה וחוקי היסוד, ראשית צמיחתם מהעם והם נשענים על העם, והעם רשאי לשנותם. הסמכות המכוננת של הכנסת צמחה מהעם, הוכרה על-ידי העם, ולא הופעלה מאחורי גבו. כל פסק-דין אינו אלא ניסיון להצביע על כך כי רעיון החוקה והוצאתו מהכות אל הפועל לא היה עניין של יחידים "אנשי משפט ועוד כמה וכמה אנשי רות - שניים שלושה בסעיפיה פורייה" (פיסקה 71), אלא הוא משקף את התודעה הלאומית; כי רעיון החוקה וכינונה החל בהכרות העצמאית, אשר נישאה על שכם העם; כי הוא קדם עור וגידים בהצבעה לאסיפה המכוננת; כי רעיון החוקה וכינונה לא שבק חיים לכל חי עם פיזור האסיפה המכוננת המקורית, אלא דבק בכנסת השנייה. מצעי המפלגות, אשר על בסיסם הלך העם לכל הבחירות, יעידו כי רעיון החוקה וכינונה התקיים כרעיון חי ומתפתח בכל הכנסות, ועל פיו הוחקו שנים-עשר חוקי יסוד; כי בבחירות השונות נאמר לעם כי המפלגות מבקשות חוקה לישראל; ועל יסוד כך הלך העם לבחירות; כי התקיימו ויכוחים ודיונים בכנסת ובציבור באשר לתוכנה של החוקה, ובאשר לצורך להמשיך בכינונה. כל אלה גם יחד מאפשרים לבית המשפט לומר היום, כי תפיסת היסוד של העם בישראל הינה כי לכנסת נתונה הסמכות ליתן חוקה לישראל. אכן, רבים אינם יודעים "אסיפה מכוננת" מהי, ו"סמכות מכוננת" מה משמעותה. אך רוב רובם של בני הציבור יודעים כי הכנסת שלנו היא המוסד שממנו תצמח החוקה, ואשר ממנו היא צמחה.

ג

ד

ה

ו

49. אמת, לא הייתה פנייה מיוחדת לעם לאשר את הטקסט של חוקי היסוד, כפי שהתגבש בדיוני הכנסת במשך השנים. אך פנייה כזו אינה חיונית. היא עשויה להיות רצויה. אך אין היא הכרחית. הפנייה הישירה לעם לאישור החוקה היא אחת הדרכים לכך, ואולי גם הרצויה ביותר לכך. אך אין היא הדרך היחידה לכך והיא נושאת עמה מספר לא קטן של בעיות. ההיסטוריה החוקתית של מדינות רבות מכירה בחוקות ששאבו כוחן מהעם, אך שלא הובאו להצבעתו בהליך מיוחד. כל עם וההיסטוריה שלו, כל עם

ז

וההתפתחות החוקתית שלו. התרבות הפוליטית והמשפטית שלנו אינה מבוססת על פנייה מיוחדת לעם בדרך של משאל עם. לא התקיים בעבר בישראל משאל עם. התרבות הפוליטית והמשפטית שלנו אינה בנויה על דמוקרטיה "ישירה", אלא על דמוקרטיה "ייצוגית". התרבות הפוליטית והמשפטית שלנו גורסת כי את העם שואלים בבחירות הנערכות לכנסת. בחירות נערכו בישראל, ועניין החוקה וחוקי היסוד היה על סדר היום. העם נשאל, ודבר לא נעשה מאחורי גבו. אכן, הוא עשה כן בבחירות לכנסת הראשונה - היא האסיפה המכוננת. בחירות אלה עסקו בנושאים שונים ורבים. עניין כינון החוקה היה רק אחד מהם. אין בכך כדי לשלול את כוחה המכונן של הכנסת הראשונה. העם הלך מספר פעמים לבחירות. בכל פעם הועמד עניין החוקה וחוקי היסוד על סדר היום הלאומי. העם אמר את דברו. בכל הבחירות, בעוצמות שונות של עניין, על-פי הנושאים שהיו באותה עת על סדר היום הלאומי. בכל הבחירות הגתלת החוקתית לא כבתה. אינני רואה הבדל מהותי - מנקודת המבט של כלל ההכרה של שיטת המשפט הישראלי היום - בין הבחירות לאסיפה המכוננת לבין כל הבחירות האחרות. בבחירות לאסיפה המכוננת היה ברור שבחרים גוף בעל סמכות כפולה, מכוננת ומחוקקת. הוא הדין בבחירות האחרות. אני מסכים כמובן, כי הדגש בבחירות הראשונות היה על הסמכות החוקתית. ראוי וטוב הוא הדבר, ומבחינה זו יש בוודאי הבדל בין הבחירות הראשונות לבין כל שאר הבחירות. אך אינני חושב שההבדל הוא כה עמוק ותהומי, עד כי ניתן לומר כי בבחירות הראשונות הוענקה סמכות מכוננת לגוף הנבחר, ואילו בבחירות האחרות לא. טול את עניין חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. כלום ניתן לטעון ברצינות שהם התקבלו בלא שהעם שותף בקבלתם? שלושים שנה ומעלה עוסקת הכנסת בזכויות אדם. ההל מהצעתו של פרופ' קלינגהופר ב-1963 עוסקת הכנסת ועוסק הציבור בישראל בשאלת זכויות האדם. בעיות של דת ומדינה נדונו בהרחבה. מעמדה של ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית נדון ונבחן. בכנסת השתיים-עשרה התקבלו חוקי-יסוד: חופש העיסוק וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זמן מה לאחר מכן היו בחירות לכנסת השלוש-עשרה. עניין חוקי היסוד עלה במצע המפלגות. הכנסת השלוש-עשרה חזרה וחוקקה חוקי-יסוד: חופש עיסוק חדש. אכן, הדיונים הציבוריים לא התמקדו רק בכנסת. חלקים נרחבים של הציבור נתנו דעתם ל"מהפכה החוקתית". היא חדרה לבתי הספר העממיים והתיכוניים. היא חדרה לתודעת הציבור. כל אלה הם נתונים בעלי חשיבות חוקתית. חוקה אינה מסמך משפטי גרידא. חוקה היא ביטוי לניסיון לאומי, המתבסס על מערכת חיים לאומיים. פנייה מיוחדת לעם היא רק אפשרות אחת מני רבות לגיבושה של מערכת חיים לאומיים זו. העם נשאל והעם השיב כי הוא רוצה בחוקה, וכי זכויות אדם חוקתיות רצויות לו. אכן, המחלוקת העיקרית בעם - ומחלוקת כזו קיימת - אינה באשר לסמכותה המכוננת של הכנסת, אלא באשר לתוכן החוקה. בעניין זה נדרשת כמובן הסכמה לאומית. הסכמה זו מצאה ביטוי בחקיקתם של חוקי היסוד. על בית המשפט לתת תוקף להסכמה זו. ושוב: אינני טוען כי ההתפתחות החוקתית בישראל היא אידיאלית. ניתן היה להסדיר את מפעל החוקה בדרך אחרת. היה מקום לקיום "סמינריון לאומי" על תוכן החוקה ופרטיה; היה מקום להגביר את התודעה הציבורית והדיון הציבורי. אך זו אינה השאלה הניצבת לפנינו. עתה איננו עוסקים בתכנון מפעל החוקה

מראש. הנגו עוסקים בבחינת חוקתיות המפעל בדיעבד. בראייה זו, אין לומר כלל כי העם לא שותף במפעל החוקה, וכי חברי הכנסת עשו מה שעשו מאחורי גבו של העם. הדברים כולם נעשו בגלוי, לעין הציבור. הציבור הביע דעתו בבחירות, ובחר במפלגות הרצויות לו, בין השאר, על-פי עמדתן לעניין החוקה. עתה נדרש בית המשפט ליתן תוקף חוקתי למפעל החוקתי. זאת אנו עושים כיום.

א

ה. סמכות הכנסת לכונן חוקה - סיכום

ב

50. הגעתי למסקנה כי הכנסת מוסמכת ליתן חוקה לישראל; כי בכוחה לקבוע כי הוראות החוקה הן "משוריינות" (בשריון מהותי או פורמאלי). סמכות זו נתונה לכנסת משום שבידה נתונה, בנוסף לסמכות החקיקה הרגילה, גם סמכות מכווננת. הצבעתי על הקשיים הרבים המונחים בדרכה של כל קונסטרוקציה אחרת. שפר חלקנו שאין לנו צורך להתמודד עם קונסטרוקציות אחרות אלה, ועומד לרשותנו ההסבר בדבר הכנסת כבעלת סמכות מכווננת ומחוקקת. אכן, ניתן לומר מטעם זה על תורת הסמכות המכווננת, שאם היא לא הייתה קיימת כעובדה חוקתית צריך היה להמציא אותה, כקונסטרוקציה חוקתית, שהרי היא הנותנת את ההסבר הטוב ביותר להיסטוריה המשפטית של ישראל. אך התורה קיימת אצלנו, ומשתקפת בהיסטוריה החוקתית שלנו. אין צורך להמציאה. היא מבטאת את ההסכמה החברתית שלנו מיום הקמת המדינה ועד עצם היום הזה. בלעדיה יינתק הרצף החוקתי, ותוקפם של כל חוקי היסוד המשוריינים כיוצרי נורמות על יועמד בספק. מעמדם המשפטי יתגמד ומפעל החוקה יאבד את משמעותו האופרטיבית. זכויות האדם בישראל לא יעמדו על רמה חוקתית על-חוקית. ציפייה של דורות לחוקה ולזכויות אדם על-חוקיות תרד לטמיון. נעמוד בפני שוקת חוקתית שבורה. מודע אני לקשיים המונחים ביסוד תורת הסמכות המכווננת. עם זאת, קשיים אלה אינם ניכרים עד כדי כך שיהיה בכוחם להפוך את הקערה על פיה.

ג

ד

ה

51. תורת הסמכות המכווננת היא בעלת יתרונות ניכרים. בראש ובראשונה, היא משקפת את ההיסטוריה הממלכתית, את ההסכמה החברתית ואת תפיסות היסוד של הקהילה הישראלית. שנית, היא מעניקה מכשיר המתאים למשימתו. אין תורה זו עוסקת בכוחה הכללי של הכנסת לכבול את עצמה. אין היא נוקטת עמדה ביכולתה של הכנסת לכבול עצמה בעניינים שאינם חוקתיים. היא מוגבלת להליך יצירת החוקה ולהליך זה בלבד, והיא נותנת תשובה מניחה את הדעת לפעילות זו. היא מגבשת את נקודת האחיזה הארכימדית, המצויה מחוץ לחוקה והמאפשרת את כינונה; היא מאפשרת - אם רוצים בכך - לפנות אל העם, כדי לחזק את הקשרים הדרושים בין העם לבין חוקתו - קשרים שהתרופפו במקצת עם השנים. שלישית, היא תואמת את הניסיון החוקתי של מרבית מדינות העולם, שנקטו דרך דומה להכנת חוקה. היא אינה הופכת חוק "רגיל" לחוק "מיוחד", או "נישא", או "חשוב" או "יוצא דופן" או "נעלה". היא אינה מסתבכת בהבחנות דקות באשר לגבולות הכבילה, למהותו של רוב "רגיל" ורוב "מיוחד"

ו

ז

א ולמעמדם של נמנעים. היא נוקטת את דרך המלך בקובעה שחוק יסוד אינו "חוק" כלל, אלא הוא מהווה חוקה. כתוצאה מכך נפתח הפתח לפיתוח שיטתי ומסודר של מכלול כללים חוקתיים הקשורים לחוקה. היא מקלה על הצטרפותה של ישראל לקהילת הדמוקרטיה החוקתיות. לבסוף, היא מהווה ביטוי למרכזיותה של הכנסת במרקם הדמוקרטי הישראלי. הכנסת היא בעלת סמכות מכוונת. הכנסת היא בעלת סמכות מחוקקת. אמת, בהפעילה סמכויות הקיקה מוטלות על הכנסת מגבלות פרי תפיסות היסוד של החברה המעוגנות בחוקה ובחוקי היסוד, והמשקפות את הרצון הלאומי שלנו. עם זאת, שעה שהכנסת מפעילה את סמכותה החוקתית היא חופשית לכונן חוקה בישראל. בידי הכנסת, כבעלת סמכות מכוונת, הפקידה החברה הישראלית את גורל החוקה.

## 2. חוק היסוד וחוקה רגילה

## א. התמשכות מפעל החוקה ובעיותיו

ב 52. הכנסת מוסמכת לכונן חוקה. סמכות זו באה לה עם הקמת המדינה. אותה עת היא הייתה מלווה בתהליך מהפכני של שחרור לאומי. הסמכות המקורית לא הוצאה מיד מהכוח אל הפועל. כבר במועצת המדינה הזמנית היה ברור שחיבור החוקה עשוי להתארך ולא להסתיים תוך תקופה קצרה. "החלטת הרגי" קבעה כי החוקה תכונן פרקים פרקים. המציאות הפוליטית הביאה לכך שהחוקה לעתים כוננה לא רק "פרקים פרקים" אלא אף "אטומים אטומים" (ראה קרפ, במאמרה הנ"ל). כתוצאה מכך, כוננה החוקה בלא שהדבר הוצמד לאירוע חברתי יוצא דופן. כמו במדינות רבות אחרות - כגון קנדה, שוודיה, ספרד - החוקה שלנו הינה פרי התפתחות חברתית טבעית. היא תוצאה של "אבולוציה" מתמשכת ולא "רבולוציה" חד-פעמית (ראה: Ackerman, *The Future of Liberal Revolution*, supra, at 47; E. McWhinney, *Constitution-Making - Principles, Process, Practice* (Toronto, 1981) 13; R. R. Ludwikowski and W. F. Fox, *The Beginning of the Constitutional Era: A Bicentennial Comparative Analysis of the First Modern Constitutions* (Washington D.C., 1993) 194). זאת ועוד: משך כינון החוקה בישראל משתרע על תקופה ארוכה, שאין לה אח ורע בהיסטוריה החוקתית של מדינות אחרות. מקובל הוא במדינות שונות שכינון החוקה משתרע על מספר שנים. יוצא דופן הוא שהמפעל מתמשך מעבר לארבעים שנה. בישראל יש לכך הסברים פוליטיים וחברתיים. לעתים חסר הרצון הפוליטי להוציא את הסמכות החוקתית מהכוח אל הפועל. לעתים נמנע הדבר בשל אירועי השעה. אכן, שונים אנו מעמים אחרים, וגם בעניין כינון החוקה יש לנו ייחוד משלנו.

ב 53. התמשכות זו של מפעל החוקה גוררת עמה בעיות קשות. ניסוחם של חוקי היסוד שונה הוא ברמת הכלליות שבהם. חלקם הקטן כולל הוראות "כבילה", כלומר הוראות באשר לדרכי שינויים של חוקי היסוד; חלקם הגדול שותק בעניין דרכי השינוי; חלקם הקטן של חוקי היסוד כולל הוראות "שריון", כלומר הוראות באשר לכוחם של חוקי



היסוד לפגוע בהסדרים המעוגנים בחוקי היסוד. חלקם הגדול שותק בעניין זה. מציאות נורמטיבית זו יוצרת קשיי פרשנות וחוסר בהירות באשר למערך החוקתי. אין מנוס אפוא מהבהרת התמונה החוקתית. בלעדיה אין להכין את מעמדם והיקף פריסתם של חוקי היסוד בכלל, וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו בפרט.

ב. המידג הנורמטיבי

54. הכנסת היא בעלת סמכות מכוונת. מכותה היא העניקה חוקה לישראל. היא עשתה כן פרקים פרקים, על-פי "החלטת הררי". כל אחד מחוקי היסוד הוא פרק בחוקתה של מדינת ישראל. כל פרק עומד בראש הפירמידה הנורמטיבית (השווה אקצין, בספרו הנ"ל, כרך א (תשכ"ג) 120). אכן, יש למדינת ישראל חוקה. אלה הם חוקי היסוד. מתחת לחוקה שלבו עומדים החוקים, פרי הפעלת סמכותה המחוקקת של הכנסת. מתחת לחוקים עומדת חקיקת המשנה, פרי הפעלתה של סמכות שהוענקה בחקיקה. מעמדה של הנורמה בפירמידת הנורמות נקבע על-פי מהותה של הסמכות היוצרת אותה, המעוגנת בפירמידת המוסדות. כבילה אינה יוצרת עליונות נורמטיבית. גם אם החוק יכול לכבול עצמו, אין הוא יכול להרים את עצמו (ראה J. Salmond, *Jurisprudence* (London, 12th ed., by P. J. Fitzgerald, 1966) 85, 87 עליונות נורמטיבית המשקפת את אופייה החוקתי של נורמה, נובעת רק מקיומה של סמכות חוקתית. דמוקרטיה חוקתית היא מעצם טבעה בעלת "אופי דואלי": החוקה היא פרי יצירתו של העם, אם במישרין (כגון משאל עם) ואם בעקיפין באמצעות הענקת הסמכות המכוונת לגוף שלטוני (כגון, אסיפה מכוונת מיוחדת או גוף מחוקק קיים). החוק הוא פרי יצירתו של העם הפועל באמצעות הסמכות המחוקקת. הסמכות המכוונת היא עליונה והיא מצויה מעל לסמכות המחוקקת. אין מהווה אך כבילה עצמית של הסמכות המחוקקת (ראה: J. Rawls, *Political Liberalism* (New York, 1993) 223). בישראל, נתונה הסמכות המכוונת לכנסת. היא מופעלת על-ידיה לצד סמכותה המחוקקת של הכנסת. כפילות סמכויות זו, המצויות בידי אותו גוף, מעוררת מספר שאלות, המצריכות תשובה.

ג. השימוש בסמכות המכוונת נעשית באמצעות חוקי היסוד

55. הכנסת מוסמכת להעניק חוקה למדינה. כיצד היא עושה זאת? מתי נורמה הנוצרת על-ידיה היא בעלת מעמד חוקתי, ומתי נאמר כי הנורמה היא חוק "רגיל"? לדעתי, התשובה הינה, כי הכנסת משתמשת בסמכותה המכוונת ("מעשה חוקה" בלשונו של רובינשטיין, בספרו הנ"ל, עמ' 451) כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו "חוק יסוד" (ללא ציון שנת החקיקה). אמת מידה צורנית זו תואמת את הניסיון הפרלמנטרי. הכנסת לא כינתה "חוק יסוד" דברי חקיקה שעל-פי מהותם אינם בעלי אופי חוקתי. הכנסת השכילה בעבר לייחד את הדיבור "חוק יסוד" אך לפרקיה של החוקה, על-פי "החלטת הררי". הכנסת מייחסת חשיבות רבה לשימוש בדיבור "חוק יסוד". כך, למשל, חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו מציין במיוחד כי "חוקי-יסוד זה

מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוקי יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א). ההדגשה הכפולה הזו על חוק היסוד אינה מקרית, והיא משקפת את ייחודו של חוק היסוד. גם המציאות הפרלמנטרית הדגושה ייחוד זה. הוקמה ועדה - היא ועדת החוקה, חוק ומשפט - המטפלת בחקיקת חוקי יסוד. לעתים הוקמה גם ועדת משנה לחוקה.

א

56. אך מעבר לכך: כל פעם שחוק יסוד הוצג לקריאה טרומית או ראשונה לפני מליאת הכנסת, הודגש כי מונח לפני מליאת הכנסת פרק נוסף בחוקת המדינה.

ב

הנה מספר דוגמאות:

(א) בהציגו את הצעת חוקי יסוד (הכנסת) (ד"כ 15 (תשי"ד) 57) ציין חבר הכנסת ברייהודה:

ג

"בנסיבות אחרות אולי יכול הייתי לראות רגע זה כאחד מן הרגעים הראויים לציון מיוחד בדבר ימי התחיקה הישראלית. אתם, חברי הכנסת, גם אלה מביניכם שלא היו חברי הכנסת הראשונה, זוכרים בוודאי את הוויכוח הארוך מאד, שהתנהל בין מצדדי חוקת יסוד וחוקי יסוד על ערכם היחסי של שני אלה, על דרכי השמירה המיוחדת עליהם והצורך בהבחנה בין חוקת יסוד או חוקי יסוד לבין חוקים רגילים".

ד

ח"כ ברייהודה מנתח את ההיסטוריה של "החלטת הררי", ומציג את חוק היסוד הראשון.

ה

(ב) חוק היסוד השני התקבל בכנסת השלישית. היה זה חוקי יסוד: מקרקעי ישראל. בהציגו את הצעת החוק לקריאה ראשונה אמר שר האוצר, מר לוי אשכול:

ו

"לא בלי הרגשה עמוקה של דרך-ארץ, אני משתמש בזכות ובחובה שהוטלה עלי להביא לפניכם ולהסביר את החוקים האלה הקשורים בחוק יסוד: מקרקעי העם. אני חש שבדברי אלה ובטיפולי בענין, כאילו עומד אני ליד באר מים ששאבנו ממנה במשך שני דורות, באר שכרוה גדיבי עם. ואנו עכשיו, עם תום העשור הראשון וראשית העשור השני של המדינה ניגשים להעמיקה, להרחיבה ולהתאימה לתנאים החדשים שנתהוו עם תקומתה וקיומה של מדינת ישראל" (ד"כ 27 (תשי"ט) 2839).

ז

(ג) בהציגו את הצעת חוקי יסוד: נשיא המדינה - הוא חוק היסוד השלישי - לקריאה ראשונה, ציין שר המשפטים, דב יוסף:

"היום אני מתכבד להביא לפני הכנסת הצעה של חוק אשר יהווה נדבך נוסף בבנין חוקת היסוד של המדינה" (ד"כ 36 (תשכ"ג) 963).

א

(ד) חוק היסוד הרביעי הוא חוק-יסוד: הממשלה. הוא נתקבל בכנסת השישית. אותה עת עברה הכנסת למשכנה החדש. ישיבתה החגיגית הראשונה במשכן החדש הוקדשה לקריאה ראשונה של הצעת חוק-יסוד: הממשלה. בהציגו את החוק אמר ראש הממשלה, מר לוי אשכול:

ב

"...יום חג זה, בו חונכת הכנסת את משכנה החדש, מן הראוי שיצויין במעשה חקיקה נכבד, שיש עמו דאגה לסדרי השלטון והמשפט במדינה.

ג

חוק יסוד: הממשלה הוא פרק נכבד בחוקה הישראלית העתידה, חוקה אשר הכנסת נתחייבה על הקיקתה בהחלטה העקרונית מתורש יוני 1950 ... דעת הממשלה היא שהגיעה השעה, כי הכנסת תקדיש חלק חשוב מעבודת החקיקה שלה להשלמת הפרקים החסרים עדיין לחוקה" (ד"כ 46 (תשכ"ו) 2504).

ד

(ה) חוק היסוד השישי הוא חוק-יסוד: הצבא. הוא נתקבל בכנסת השמינית. בהציגו את הצעת חוק-יסוד: הצבא לקריאה ראשונה הדגיש שר המשפטים, מר צדוק, כי:

ה

"...הממשלה שוקדת זה שנים מספר על השלמת החסר להכנת מערכת של חוק-יסוד אשר יקובצו יחד לחוקה אחת שלמה, ועל כן טבעי הוא שנושא הצבא, המוצא את ביטויו בכל חוקה כתובה, יוסדר בישראל בחוק-יסוד אשר כאמור יהווה אחד מפרקי החוקה" (ד"כ 74 (תשל"ה) 4002).

ו

(ו) חוק היסוד התשיעי הוא חוק-יסוד: השפיטה. הוא נתקבל בכנסת התשיעית. בהציגו את הצעת חוק-יסוד: בתי-המשפט לקריאה ראשונה ציין שר המשפטים, מר תמיר, כי:

ז

"...לזכות הוא לי להביא לפני הבית את הצעת חוק-יסוד: בתי-המשפט, חוק שנועד להגדיר את העקרונות החוקתיים שעל-פיהם תפעל הרשות השופטת בישראל.

... בימים אלה השלמנו בוועדת השרים לענייני חקיקה את חוק-יסוד: החקיקה - לרבות המכלול של בית-המשפט לחוקה. כמו-כן נחדש בשבוע הקרוב את הדיונים בחוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח. בכך התקרמנו בצעדים חשובים ומהירים לקראת היעד הגדול של מתן חוקה למדינת ישראל" (ד"כ 83 (תשל"ח) 3216).

57. זאת ועוד, הדיונים בכנסת בחוקי היסוד היו בעלי אופי מיוחד. הכנסת הייתה מודעת לכך שהיא רושמת פרק נוסף בחוקת המדינה. חברי הכנסת היו מודעים לכך שאין הם מחוקקים חוק רגיל, אלא חוק חוקתי בעל השלכות מרחיקות לכת וארוכות טווח על משפטה ועל אופייה של המדינה. הדיון היה חגיגי. בעת חקיקתם של חוקי היסוד היו הכול מודעים לחשיבות הרגע ולגודל השעה. הביטוי הפורמאלי לייחוד החקיקה הוא בכך שההצעה ודבר החקיקה כונו "חוק יסוד". כותרת זו היוותה אות מוסכם לכול, כי בחוקה המדובר; כי הרצף החוקתי נמשך מאז ימי האסיפה המכוננת והחלטת הררי; כי לא ככל החוקים החוק הזה, וכי הרגע הוא רגע מיוחד במינו. כינויו של החוק "חוק יסוד" לא היה עניין צורני טכני. היה זה ביטוי מהותי להליך כינונה של החוקה.

58. כמובן, לכל אלה אין ביטוי פורמאלי, מעבר לדרישה כי דבר החקיקה יכונה "חוק יסוד" ללא ציון שנת החקיקה. אין בכך ולא כלום. התשובה החוקתית יונקת חיותה לעתים קרובות מהמערכת החוקתית ומהתקדימים החוקתיים גם אם אין להם עיגון פורמאלי. אך מעבר לכך: לחקיקה החוקתית שלנו יש עיגון צורני. מבחן צורני זה – השימוש בדיבור "חוק יסוד" – הוא פשוט להפעלה. הוא מעניק ביטחון וודאות. מבחן זה מעורר שתי שאלות, אותן אני מבקש להשאיר בצריך עיון. השאלה האחת הינה, מהו מעמדה החוקתי של החקיקה שקדמה להחלטת הררי ואשר מטבע הדברים אינה מכונה "חוק יסוד"? ובעיקר, האין לומר כי חוק המעבר הוא חלק מחוקתה של המדינה. אני נוטה לדעה כי קיימת חקיקה חוקתית – פרי הסמכות המכוננת גם לפני החלטת הררי. עם זאת, ניתן להשאיר שאלה זו בצריך עיון. השאלה השנייה הינה, מה דין חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה "שימוש לרעה" בדיבור "חוק יסוד" תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום? שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר, והתשובה לה יורדת לשורשי היחסים בין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט). אף אותה אני מבקש להשאיר בצריך עיון.

ד. שינוי חוק יסוד בחוק יסוד

59. חוק יסוד הוא פרק מחוקתה של המדינה. הוא פרי סמכותה המכוננת של הכנסת. בכינונו של חוק יסוד אנו מצויים בדרגה הנורמטיבית הגבוהה ביותר. מתבקש מכך, כי אין לשנות חוק יסוד או הוראה מהוראותיו אלא בחוק יסוד. ניתן יהא לשנות חוק יסוד בחוק רגיל, רק אם חוק היסוד יקבע זאת במפורש. דא עקא, שבית המשפט העליון פסק בעבר, כי ניתן לשנות חוק יסוד בחוק רגיל (פרשת רסלר [14]). פסיקה זו עוררה ביקורת (ראה קליין, במאמרו הנ"ל, משפטים ט). פסיקה מאותרת העמידה את השאלה כולה בצריך עיון (ראה בג"צ 119/80, המ' 224/80 [23]).

60. לרעתי, אין לשנות חוק יסוד אלא בחוק יסוד. זו גם דעתו של חברי, הנשיא שמגר, ואני מצטרף אליה. בצדק ציין פרופ' אקצין כי:

"...חוק שנקבע באורה פורמאלי כחוק יסוד לא ניתן לשינוי אלא ע"י חוק שאף הוא יוכרז באורה פורמאלי כחוק יסוד..." (אקצין, במאמרו הנ"ל, בעמ' 237).

א

עמד על כך פרופ' קליין, בהדגישו:

"...מקור העליונות אינו בדרישה לרוב, אלא ברשות היוצרת את הנורמה, לפיכך אף חוקי יסוד שאינם משוריינים נמצאים בדרגה גבוהה יותר מחקיקה רגילה, ועל הכנסת, ברצותה לשנותם, לנקוט בדרך של תיקונם במישרין ולא בדרך של קביעת השינוי בחוק אחר, מאוחר יותר..." (קליין, במאמרו הנ"ל, משפטים ב, בעמ' 56).

ב

אכן, אם הכנסת מבקשת לשנות הוראה בחוק יסוד - כגון לשנות את שיטת הבחירות לכנסת או את שיטת הבחירה של ראש הממשלה - עליה לעשות כן בחוק יסוד. הדרך היחידה להימנע מכך היא אם בחוק היסוד עצמו קבועה דרך שונה לשינוי חוק היסוד. שינוי של חוק היסוד באמצעות חוק יסוד אחר יכול שיהא מפורש ויכול שיהא משתמע. אכן, שני חוקי יסוד מצויים על אותה רמה נורמטיבית, ועל-כן יהולו עליהם הכללים בדבר יחסים בין שתי נורמות שוות מעמד.

ג

61. כפי שציינתי, בעבר שררה ההשקפה כי ניתן לשנות חוק יסוד בחקיקה רגילה. בפסק-דין שנתתי לפני למעלה מחמש-עשרה שנים העליתי ספקות בנכונות הגישה ששררה בעבר (ראה בג"צ 119/80, הח' 224/80 [23] ה"ל). כפי שעולה מפסק-דין זה אין לשנות חוק יסוד אלא בחוק יסוד. על-כן, אין לשנות את הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובעת את שיטת הבחירות, אלא בחוק יסוד. אמת, הוראה זו קובעת כי "אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת". הנני מציע כי נקבע כי הוראה זו מתייחסת לפגיעה בשיטת הבחירות - כגון פגיעה בעקרון השוויון אשר נדונה בפרשת ברגמן [15] ובנותיה - ולא בשינוי שיטת הבחירות עצמה. פשיטא, שאם בשינוי שיטת הבחירות מדובר - כגון מעבר מבחירות יחסיות לאזוריות - יש צורך לא רק בחוק יסוד, אלא גם "ברוב של חברי הכנסת" הנוכח בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. מודע אני לכך כי בעבר שונו חוקי יסוד בחקיקה רגילה. אינני מבקש לפגוע בתוקפו של שינוי זה, שנתמך בפסיקתו של בית-משפט זה. על-כן, מה שנעשה בעבר יעמוד בעינו, אך מעתה ואילך אין לשנות חוק יסוד אלא בחוק יסוד. אם מבקשים לאפשר שינוי חוק יסוד בחוק רגיל, יש לקבוע בעניין זה הוראה מפורשת בחוק היסוד, תוך שזו תקבע במפורש כי עניינה אינו רק פגיעה בהסדריו של חוק היסוד - דבר שעליו אעמוד בהמשך - אלא שינויו של חוק היסוד.

ד

ה

ו

ז

ה. כבילת כוחה של הכנסת לשנות חוק יסוד בחוק יסוד ("בעיית ה"הנקהשות")

62. הרשאת הכנסת, שעה שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת, לכבול את כוחה המכונן לשנות את חוקי היסוד ובכך ליצור "נוקשות" להוראותיה החוקתיות? כך,

א למשל, האם ההוראה בחוקי-יסוד: הופש העיסוק, שלפיה "אין לשנות חוקי-יסוד זה אלא בחוקי-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת" (סעיף 7) היא חוקתית ותופסת? האם ההוראה של סעיף 45 לחוקי-יסוד: הכנסת, שלפיה אין לשנות את סעיפים 9א, 44 ו-45 לחוק היסוד אלא ברוב של שמונים חברי-כנסת, תופסת? האם תהא הכנסת מוסמכת לקבוע בחוקי-יסוד: החקיקה כי אין לקבל ואין לשנות חוק יסוד אלא ברוב של שני שלישים מחברי הכנסת? לדעתי, התשובה היא בחיוב. בהפעילה את סמכותה המכוננת, רשאית הכנסת לכבול את השימוש העתידי בכוחה המכונן. דבר זה נובע מעצם התפקיד המכונן עצמו. תפקיד זה בא ליצור מסמך המעגן נורמות שאין לשנותן אלא בדרך מיוחדת. התפקיד המכונן נועד מעצם טבעו ליצור חוקה פורמאלית, שמשמעותה האינהרנטית היא קביעת הוראות בדבר דרכי שינוי החוקה, שאותן ניתן לשנות בדרך של מילוי ההוראות האלה, שאם לא כן השינוי החוקתי אינו חוקתי (the unconstitutional constitutional amendment). אכן, כוחה של הכנסת – שעה שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת – לכבול את עצמה, ובכך "לשריין" את ההוראותיה, נגזר מעצם ההסמכה לכינונה של חוקה פורמאלית.

ב במרבית חוקי היסוד אין כל הוראות כבילה. "נוקשות" חוקי היסוד מתבטאת במספר קטן של חוקי יסוד. המשמעות המתבקשת מכאן היא כי בהיעדר הוראות בדבר "נוקשות", ניתן לשנות את חוק היסוד בחוק יסוד שנתקבל ברוב רגיל. כך, למשל, ניתן לשנות את חוקי-יסוד: השפיטה או את חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בחוק יסוד שנתקבל ברוב רגיל. ודוק: היעדרה של הוראה בדבר כבילה אינו מפחית ממעמדו הנורמאטיבי של חוק היסוד, כנורמה עליונה בשיטת המשפט הישראלית. היעדרה של הוראת כבילה שולל את נוקשותו של חוק היסוד לעומת חוקי היסוד האחרים ומאפשר לחוק יסוד מאוחר, שנתקבל ברוב רגיל, לשנותו או לפגוע בו. אין בהיעדר הכבילה הורדת מעמד חוק היסוד לדרגה של חוק רגיל. חוק יסוד שאינו נהנה מנוקשות הוא חוק יסוד. אין הוא חוק "רגיל", ואין לשנותו בחוק רגיל.

ג. חוק יסוד וחוק רגיל

ד 64. חוק יסוד הוא פרק בחוקה. הוא עומד "מעל" לחוק רגיל. כפי שראינו, חוק רגיל אינו יכול לשנות חוק יסוד. היכול חוק רגיל לפגוע בהסדריו של חוק יסוד? לכאורה התשובה הינה זו: חוק רגיל אינו יכול לפגוע בהסדריו של חוק יסוד, אלא אם חוק היסוד מאפשר זאת. פתרון זה נגזר מעליונותו של חוק היסוד. עליונות זו מונעת פגיעה בהסדריו על-ידי חוק רגיל. עם זאת, מעליונות זו עצמה מתבקש כי חוק היסוד רשאי לקבוע תנאים ונסיבות שבהם תתאפשר פגיעה בהסדריו בחקיקה רגילה. הפה שאסר הוא גם הפה שהתיר. נמצא, כי חוקה על חוק רגיל שאין הוא יכול לפגוע בהסדריו של חוק יסוד, אלא אם נקבע בחוק היסוד במפורש אחרת. והנה, פסיקתו של בית המשפט העליון הפכה את החוקה. נקבע כי בהיעדר הוראת "שריון" – כלומר, הוראה המשריינת את חוק היסוד לפני פגיעתו של חוק רגיל – בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהסדריו של

חוק יסוד (ראה: פרשת קניאל [13]; פרשת רטלר [14]; פרשת נגב [12]). פסיקה זו התפתחה מהוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. הוראה זו קובעת כי אין לשנות את שיטת הבחירות, הקבועה באותו סעיף, "אלא ברוב של חברי הכנסת". זהו "שריון פורמאלי", כלומר שריון חוק היסוד מפני פגיעה בהסדריו בחקיקה רגילה, תוך פתיחת אפשרות הפגיעה אם החוק נתקבל ברוב מיוחד אשר נקבע בחוק היסוד. מקיומו של שריון לעניין הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת הסיק בית המשפט כי עומד כוחו של חוק רגיל לפגוע בהסדריו כאחרים של חוק יסוד מקום שחוק היסוד אינו כולל שריון. שאם לא כן, הסדר המעוגן בחוק יסוד השותק בעניין שריונו, יהא מוגן באופן חזק יותר מפני פגיעה על-ידי חוק רגיל מהסדר המעוגן בחוק יסוד הקובע בעניין זה הסדר מיוחד, ואשר נועד ללא ספק לחזק את ההגנה הניתנת לאותו הסדר ולא להתלישה. מסקנה זו היא אפשרית. אין היא הכרחית. ניתן היה לפסוק כי בהיעדר הוראת שריון ניתן לפגוע בהסדריו של חוק יסוד באמצעות חוק רגיל, ובלבד שהפגיעה תהא מפורשת. בכך ניתן היה, מחד גיסא, להמשיך ולהבליט את מעמדו הנורמאטיבי העליון של חוק היסוד, ומאידך גיסא, ניתן היה לשמור על ההבחנה הראויה בין חוק יסוד הקובע הוראת שריון לבין חוק יסוד השותק בעניין זה. מבקש אני להשאיר עניין זה בצריך עיון, שכן חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל הוראת שריון. אין זה שריון פורמאלי הדורש רוב מסוים לקבלת החוק הפוגע. זהו שריון מהותי, הדורש כי ניתן לפגוע בהסדר הקבוע בחוק יסוד באמצעות חוק רגיל, ובלבד שהחוק הרגיל מקים דרישה של מהות. פיסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ובסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת שריון מהותי. מכוחה, בזכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד אין לפגוע על-ידי חוק רגיל אלא אם כן החוק הרגיל מקיים דרישות מהותיות באשר לתוכנו. הוראת שריון זו תופסת. היא חוקתית. היא שוללת מחקיקה רגילה, שאינה מקיימת את דרישות השריון, את כוחה לפגוע בזכות אדם המוגנת בחוק היסוד.

ז. הוראת שריון מהותי בחוק יסוד ופגיעה מפורשת בחוק רגיל

65. חוק יסוד קובע כי חוק אינו רשאי לפגוע בהוראותיו אלא בהתקיים תנאי מהות מסוימים (שריון מהותי). חוק רגיל קובע במפורש כי הוא בא לפגוע בהוראות חוק היסוד בלא לקיים את תנאי המהות הנדרשים. מה דינו של חוק רגיל זה? לדעת, חוק רגיל זה הוא חוק לא חוקתי. ניתן להכריז על בטלותו. אכן, כשם שחוק רגיל אינו יכול - בהיותו נורמה נמוכה בהשוואה לחוק יסוד משוריין - לפגוע במשתמע בהוראותיו של חוק יסוד משוריין, כן אין הוא יכול לפגוע בהוראותיו במפורש. הקביעה המפורשת אך מחמירה את מצבו החוקתי של אותו חוק, שכן היא מקלה על הקביעה השיפוטית שהחוק אכן פוגע בהסדר הקבוע בחוק היסוד. כמוכן, מסקנה זו לא תחול מקום שחוק היסוד קובע במפורש, כי חרף אי-קיומו של תנאי השריון המהותי, ניתן לפגוע בהסדריו בחוק רגיל המקיים תנאים פורמאליים מסוימים. הוראה כזו ניתן למצוא בפיסקת ההתגברות (סעיף 8) שבחוק-יסוד: חופש העיסוק. נמצא, כי כדי להעניק תוקף חוקתי לפגיעה באמצעות חוק רגיל בהסדר הקבוע בחוק יסוד משוריין נדרשת הוראה מפורשת בחוק

היסוד. שתיקת חוק היסוד מונעת פגיעה זו. בכך מתבלט ההבדל החוקתי בין חוק יסוד משוריין לבין חוק יסוד שאינו משוריין, שנייהם חוקי יסוד. שנייהם מצויים ברמה נורמטיבית עליונה. עם זאת, קיים ביניהם שוני. הסדריו של חוק יסוד משוריין אינם ניתנים לפגיעה בחוק רגיל, אלא אם כן החוק הרגיל מקיים את דרישות השריון. לעומת זאת, הסדריו של חוק יסוד לא משוריין (שותק) ניתנים לפגיעה בחוק רגיל. הבחנה זו בין חוקי היסוד השונים תיעלם, כמובן, שעה שכל חוקי היסוד ישוריינו, כפי המוצע בהצעת חוקי יסוד: החקיקה.

## ז. כבילה בחוק רגיל

66. מה דינה של הוראת כבילה בחוק "רגיל", שלפיה אין לשנותו או לפגוע בהוראותיו אלא בחוק רגיל שמקיים דרישות מסוימות (של צורה או תוכן). כך, למשל, מה דינה של הוראת סעיף 3 בחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, הקובעת כי "אין לשנות חוק זה ואין לגרוע מהתוספת אלא ברוב של חברי הכנסת". היש, לעניין זה, הבדל בין כבילה הדורשת "רוב של חברי הכנסת" לבין כבילה הדורשת "רוב של שני שלישי מחברי הכנסת" או של שמונים חברי-כנסת? בתשובה על שאלה זו מתבלט הבדל מהותי בין תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת לבין תורת הסמכות המכוננת. על-פי תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת, רשאית הכנסת, מכוח ריבונותה הבלתי מוגבלת, לכבול או להגביל את כוח החקיקה של עצמה. לעומת זאת, תורת הסמכות המכוננת מכירה בכוחה של הכנסת, שעה שהיא עושה שימוש בסמכותה המכוננת, לכבול או להגביל את כוחה של הכנסת. אין תורת הסמכות המכוננת כשלעצמה נותנת תשובה לשאלה אם בכוחה של הכנסת, העושה שימוש בסמכותה המחוקקת, לכבול או להגביל את השימוש העתידי בסמכות זו. מכיוון ששאלה זו אינה מתעוררת בערעור שלפנינו, מבקש אני להשאירה בצדק עיון. אציין רק זאת, שהכרה בכבילה עצמית לעניין השימוש בסמכות המכוננת אינה מובילה, כשלעצמה, למסקנה כי אפשרית גם כבילה לעניין השימוש בסמכות המחוקקת. כפי שראינו, הכבילה בעניין חוקה מונעת מהרוב היום לשנות מהסדרים שנקבעו בעבר. הצידוק לה נגזר ממהותה של חוקה ומההיגיון המונח בבסיסה. חוקה עוסקת בענייני יסוד של מבנה המשטר וזכויות האדם. היא מבקשת למנוע מהחוק הרגיל לפגוע בהם. היא נעשית בתחום המבנים החוקתיים - כנסת, ממשלה, בתי-משפט - אשר רוצים להבטיח את יציבותם. היא נעשית בתחום ערכי היסוד שאותם מבקשת החברה לשמר. חברה המבקשת לעצמה חוקה, מבקשת בכך להוציא ערכים מסוימים מהישג ידו של הרוב "הרגיל" (ראה: Rawls, *A Theory of Justice*, supra, at 228; Ackerman, *We The People: Foundations*, supra, at 272). לעומת זאת, הכרה בכבילה עצמית של סמכות החקיקה הרגילה מונעת מהרוב של היום מלשנות מהסדרים של יום-יום שנקבעו בעבר. הכרה בה מחייבת מתן תשובה לשאלה, מהו הצידוק להעניק לדור אחד את הכוח להכתיב את דרכי ההתנהגות היומיומית של הדור האחר? אכן, הכרה בכוחה של הכנסת כרשות מחוקקת לכבול את



כוח החקיקה שלה מחייבת תורה חוקתית אשר תצדיק אותה. מכיוון שהבעיה לא התעוררה לפנינו, מבקש אני להשאיר בצריך עיון.

א

67. לעניין זה, מבקש אני להשאיר בצריך עיון גם את השאלה אם קיים הבדל מהותי בין כבילה הדורשת "רוב של חברי הכנסת" ("רוב מוחלט") לבין כבילה הדורשת רוב גדול יותר. הבחנה זו עומדת ביסוד גישתו של חברי, השופט חשין. כשלעצמי, ספק גדול בעיניי אם דרישת "רוב מוחלט" היא תוצאה פשוטה של הסדר דמוקרטי. על פיה, חברי-כנסת הנמנע רואים אותו כמצביע נגד. שוללים אפוא מחברי-כנסת, שבאמת ובתמים אינו מוכן להצביע הן ואינו מוכן להצביע לאו, את הזכות להימנע. זו שלילה קשה ביותר. ספק בעיניי אם היא נופלת לגדרה של תפיסה דמוקרטית. כמו כן שוללים מחברי-כנסת את "הזכות" לא להשתתף בהצבעה, שכן כל אי-השתתפות נתפסת כהצבעה שלילית. שוללים גם את האפשרות "לקזז" בין מצביע בעד לבין מצביע נגד, שכן כל "קיוזו" משמעותו כי השניים מצביעים נגד. כל אלה מעוררים בעיות קשות ביותר. לכאורה, "רוב דמוקרטי" הוא רוב מבין חברי הכנסת המצביעים בפועל. כך הוא המצב בפרלמנטים השונים ברחבי התבל (ראה Inter-Parliamentary Union, "Methods of Voting" 32 Constitutional and Parliamentary Information (1982) 179, 203). שינוי שיטת הצבעה, באופן שנדרש רוב של כלל חברי הכנסת (שישים ואחד חברים), מחייב לכאורה תורה חוקתית אשר תצדיק אותו. אין הוא נגזר מ"דיגי ההצבעה" כשלעצמם (ראה *United States v. Ballin* (1891) [93], at 509) אין לנו צורך להכריע בשאלות אלה בערעור זה. עניין לנו כאן בהוראת שריון בחוק יסוד, ולא בהוראות כבילה בחוק רגיל. עליכן, אבקש להשאיר בצריך עיון.

ב

ג

ד

ה

ט. חוק היסוד בדבר זכויות האדם וחקיקה רגילה

68. עד כה בחנתי את מעמדם של חוקי היסוד בתור שכאלה. אפנה עתה לשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. חוקי-יסוד: חופש העיסוק וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו – כפי ששמן מעיד עליהם – כוננו על-ידי הכנסת אשר עשתה שימוש בסמכותה המכוננת. הם מצויים אפוא ברמה הגורמאטיבית הגבוהה ביותר. חקיקה רגילה אינה יכולה לשנותם (לא במפורש ולא במשתמע). האם יכולה חקיקה רגילה לפגוע בהסדרים הקבועים בהם? התשובה הינה, כי שני חוקי יסוד אלה אינם חוקי יסוד שותקים. יש בהם הוראות שריון. הם קובעים הסדר מפורש ומפורט באשר לכוחו של חוק רגיל לפגוע בהסדר המעוגן בחוקי היסוד. הסדר זה הוא בעל תוקף חוקתי. יש לנהוג על פיו. אין הוא ניתן לשינוי או לפגיעה אלא בחוק יסוד. הסדר מיוחד זה מוצא את ביטויו בשתי הוראות מרכזיות המשותפות לשני חוקי היסוד, פיסקת הכיבוד ופיסקת ההגבלה. כמו כן מוצא הסדר מיוחד זה ביטויו בהוראה שלישית, המיוחדת לחוקי-יסוד: חופש העיסוק. זוהי פיסקת ההתגברות.

ו

ז

69. "פיסקת הכיבוד" הקבועה בחוק-יסוד: חופש העיסוק קובעת:

א "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב" (סעיף 5).

הפיסקה המקבילה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת:

ב "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" (סעיף 11).

הוראה דומה מופיעה בחוקות אחרות (ראה סעיף 31) לחוק היסוד הגרמני וסעיף 132(1) לצירטר הקנדי על זכויות וחירויות). היא חלה על כל רשויות השלטון. היא חלה על הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת. היא חלה על הרשות המרכזית והמקומית. היא חלה על כל רשות שנתונה לה סמכות על-פי דין, זוהי הוראה מרכזית. היא קובעת את תחולתן המשפטית הישירה של זכויות היסוד על רשויות השלטון. היא מקרינה את זכויות היסוד לתוך מירקם ההחלטות של כל רשויות השלטון. אך מעל לכול, היא מטילה על המחוקק - שהינו אחד מרשויות השלטון - את החובה לכבד את זכויות האדם. החוקים "הרגילים" כפופים אפוא לזכויות האדם. המחוקק הרגיל אינו "כול יכול".

כוח החקיקה הנתון למחוקק כפוף לחובתו לכבד את זכויות האדם. פיסקת הכיבוד מפרה את שתיקתם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. היא משריינת מהותית את הוראות חוק היסוד לפני פגיעה בחקיקה רגילה. בכך היא מכריזה בפה מלא כי חקיקה רגילה חייבת לכבד את זכויות האדם, וממילא אינה יכולה לפגוע בהן, אלא על-פי האמור בחוקי היסוד עצמם. אכן, פיסקת הכיבוד אינה דקלרטיבית גרידא. זוהי פיסקה מהותית, המהווה ציר חשוב שעליו נע המבנה החוקתי. היא נתפסת באופן דומה בשיטות משפט אחרות (כגון קנדה וגרמניה), שבהן מצויות פיסקאות מקבילות.

70. "פיסקת ההגבלה" הקבועה בחוק-יסוד: חופש העיסוק קובעת:

א "אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (סעיף 4).

הוראה מקבילה מופיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזו לשונה:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (סעיף 8).

א זוהי הוראת מפתח בשני חוקי היסוד. פיסקת ההגבלה - כפי ששמה מעיד עליה - מגבילה את המחוקק ואת זכויות האדם גם יחד. זוהי הוראת שריון מהותית. תפקידה של פיסקת ההגבלה הוא, על-כן, כפול: הגנה חוקתית על זכויות האדם תוך קביעת אמות המידה החוקתיות המאפשרות פגיעה בזכויות האדם. אמות מידה אלה - הקבועות במסמך החוקתי העליון - קובעות את הדרכים שבהן רשאי המחוקק לפגוע כדין בזכויות האדם. בכך ניתן ביטוי ליחס הנורמאטיבי בין חוק היסוד לבין החוק הרגיל. חוק רגיל אינו יכול לפגוע - לא במפורש ולא במשתמע - בזכות אדם המעוגנת בחוקי היסוד, אלא אם כן הוא מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. בנתחו את פיסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מציין ד"ר מעוז כי להוראה זו עדיפות על פני כל דבר חקיקה, והוא מוסיף:

ב עדיפות זו נובעת לא מכוונתו של המחוקק שלא לפגוע בפיסקת ההגבלה, אלא מן השריון - או הכבילה - שבה עטה המכונן את פסקת ההגבלה. באוסרו על המחוקק לחוקק הוראה הפוגעת בזכויות המוגנות בחוק-היסוד, אלא בתנאים הקבועים בפיסקת ההגבלה, ממילא שלל המכונן את כוחו של המחוקק לעשות כן, תהא כוונתו של המחוקק אשר תהא" (מעוז, במאמרו הנ"ל, בעמ' 149).

ד 71. פיסקה שלישית הקובעת הסדרים חוקתיים באשר ליחס בין שני חוקי היסוד לבין חקיקה רגילה, היא פיסקת ההתגברות. היא מצויה רק בחוק-יסוד: חופש העיסוק. זו לשונה:

ה "הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפגע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר" (סעיף 8).

ו זוהי הוראה מיוחדת במינה. היא מבטאת שריון פורמאלי. היא הושפעה מההוראה המקבילה בצ'רטר הקנדי (סעיף 33) תוך שינויים חשובים. היא מאפשרת - בתנאים מסוימים - למחוקק הרגיל לחוקק חוק (רגיל) הפוגע בחופש העיסוק אף שאינו מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. התנאים הנדרשים על-ידיה הם שניים: ראשית, החוק הרגיל צריך לקבוע במפורש שהוא תקף על-אף האמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק; שנית, החוק הרגיל צריך להתקבל ברוב של חברי הכנסת. בהתקיים תנאים אלה יינתן תוקף חוקתי לחוק הפוגע למשך ארבע שנים. בתום תקופה זו החוק פוקע. בכך נפתח מסלול נוסף - בצד המסלול של פיסקת ההגבלה - המאפשר פגיעה כדין בזכות יסוד (לחופש עיסוק). בכך ביטאה הכנסת - תוך שימוש בסמכות המכוננת - את תפיסתה כי חקיקה

א רגילה, שאינה מקיימת את דרישותיהן של פיסקת ההגבלה או של פיסקת ההתגברות, אינה יכולה לפגוע בחופש העיסוק. הוראה מקבילה אינה מצויה בחוקייסוד: כבוד האדם וחירותו. מבחינה זו, זכויות האדם הקבועות בחוקייסוד: כבוד האדם וחירותו מוגנות באופן חזק יותר כלפי החקיקה הרגילה מחופש העיסוק.

י. חקיקה הפוגעת כדין בזכות אדם מוגנת

ב 72. חוקייסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקייסוד: חופש העיסוק קובעים אפוא את מעמדו המשפטי של חוק רגיל הפוגע בזכויות אדם המעוגנות בהם. אם החוק הרגיל מקיים את דרישות השריון (הפורמאלי והמהותי) הקבועות בחוקי היסוד, החוק הרגיל הוא חוקתי. בכך ניתן ביטוי לרעיון המרכזי שזכויות האדם – המנוסחות בחוקי היסוד במונחים מוחלטים – הן זכויות יחסיות. כבוד האדם, החירות, הקניין, התנועה, הפרטיות וחופש העיסוק אינם זכויות מוחלטות. הם ניתנים לפגיעה לשם שמירה על המסגרת החברתית. ודוק: חוקתיות הפגיעה אינה עושה את החוק הפוגע לחלק מהחוקה. חוקתיות הפגיעה אינה מנמיכה את מעמדן החוקתי של זכויות האדם. חוקתיות הפגיעה משמעותה כי זכות האדם החוקתית ניתנת לפגיעה על-ידי חקיקה רגילה, אם חקיקה זו מקיימת אמות מידה הקבועות בחוקה. בכך מתגבש השוני המהותי בין שינוי זכות אדם חוקתית לבין פגיעה בה. שינוי בזכות האדם הוא שינוי בחוקה, והוא מחייב חקיקה ברמה נורמטיבית זהה, כלומר, בחוק יסוד. פגיעה בזכות אדם חוקתית יכולה להיעשות בחקיקה רגילה התואמת את דרישות החוקה. אין צורך בהוראה חוקתית, שכן הזכות החוקתית עצמה אינה משתנה. די בהוראת חוק רגילה, ובלבד שהוראה זו מקיימת את הפארמטרים הקבועים בחוק היסוד עצמו.

ה 73. מעמדה של חקיקה רגילה הפוגעת בזכות אדם מוגנת שונה, על-כן, על-פי כל אחד משני חוקי היסוד. הזכות המוגנת בחוקייסוד: חופש העיסוק ניתנת לפגיעה בשתי דרכים חלופיות: האחת, אם היא תואמת את פיסקת ההגבלה; השנייה, אם היא נעשית בדרך הקבועה בפיסקת ההתגברות. חוק רגיל שאינו מקיים אחת מחלופות אלה, אינו חוקתי ודינו בטלות. על-כן, חוק רגיל, שנתקבל ברוב רגיל הפוגע בחופש העיסוק ואינו מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה, הוא חוק לא חוקתי, גם אם נאמר בו במפורש כי הוא פוגע בחופש העיסוק. הזכויות המוגנות בחוקייסוד: כבוד האדם וחירותו ניתנות לפגיעה על-ידי חוק רגיל רק במסלול אחד, הוא מסלולה של פיסקת ההגבלה. חוקייסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל מסלול שני, בדמות פיסקת ההתגברות. אין גם כל אפשרות וצורך ליצור פיסקת התגברות שיפוטית. על-כן, חוק רגיל – יהא הרוב בו נתקבל אשר יהא – הפוגע בזכות אדם המוגנת בחוק יסוד זה והקובע במפורש שהוא "על אף האמור בחוק היסוד" או שהוא מבקש במפורש לפגוע בהסדריו, לא יהא חוקתי אם הוא לא מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. בהיעדר מסלול של פיסקת התגברות אין בהוראות מפורשות אלה כדי להציל את החוק הרגיל

מאיי-חוקתיות. נהפוך הוא: הוראות כאלה אך מחמירות את מצבו החוקתי של החוק, שכן הן מקלות על הקביעה השיפוטית שהחוק אכן פוגע בזכות אדם מוגנת.

יוצא אפוא, כי הזכויות המעוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נהנות מהגנה מקיפה יותר מחופש העיסוק, ככל שהדבר נוגע לפגיעה בהן בחקיקה רגילה. התמונה משתנה כאשר הפגיעה (או השינוי) מתבססת על חוק יסודי. נדרש רוב מיוחד ("רוב של חברי הכנסת") כדי לשנות את חוק-יסודי: חופש העיסוק (סעיף 7). די ברוב רגיל כדי לשנות את הזכויות המעוגנות בחוק-יסודי: כבוד האדם וחירותו. זוהי, ללא ספק, אנומליה. היא עשויה לבוא על תיקונה בחוק-יסודי: החקיקה, אשר יעמיד את כל חוקי היסוד וההסדרים המעוגנים בהם בדרישות זהות באשר לשינוי או לפגיעה.

3. הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק

א. עליונות החוקה וביקורת שיפוטית

74. חוקה היא הנורמה העליונה בשיטת המשפט. חוק רגיל יכול לפגוע בהוראות החוקה רק אם הוא מקיים את אמות המידה הקבועות בחוקה עצמה. מה דינו של חוק שאינו מקיים אמות מידה אלה? מהי התרופה כנגד חוק לא חוקתי (לשאלות אלה, ראה ע' שפירא ו-ב' ברכה, "המעמד החוקתי של זכויות הפרט" עיוני משפט ב (תשל"ב-ל"ג) 20, 42? התשובה הינה, כי הדבר מותנה בראש ובראשונה בהוראות החוקה עצמה. לעתים קרובות קובעת החוקה עצמה - ובכוחה לקבוע זאת - מהי הסנקציה המשפטית המוטלת על חקיקה לא חוקתית. כך, למשל, קובעת "פיסקת העליונות" (ה"supremacy clause") של הצ'רטר הקנדי על זכויות וחירויות (סעיף 52(1)) את בטלותה של חקיקה שאינה מקיימת את דרישות החוקה. וזו לשון ההוראה:

"The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect".

הוראות דומות מצויות בחוקות המודרניות של מדינות רבות, בעיקר באירופה שלאחר מלחמת העולם הראשונה. הוראות אלה התרבו במדינות אירופה לאחר מלחמת העולם השנייה והניצחון על הנאציזם. אחד מלקחי מלחמת העולם השנייה היה כי עליונות החוקה וביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק הם אמצעי להגנת הדמוקרטיה מפני הקמים עליה (ראה: M. Cappelletti, *Judicial Review* (1960); E. McWhinney, *Judicial Review in the Contemporary World* (Indianapolis, 1971); M. Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective* (Oxford, 1989); A. R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law* (Cambridge, 1989). אך מה הדין אם

א החוקה שותקת בעניין זה? התשובה הינה, כי פתרון הבעיה תלוי בתרבות המשפטית ובמסורת המשפטית של שיטת המשפט. הוא נקבע על-פי "כלל ההכרעה בסכסוך" (rule of adjudication) של אותה שיטת משפט (ראה הארט, בספרו הנ"ל, בעמ' 96). כך, למשל, ניתן להכיר בכך - וזו המסורת של אירופה במאה התשע-עשרה - כי החוקה מטילה חובת ציות על רשויות השלטון, בלי שניגוד לחוקה מביא לבטלות החוק, וממילא בלי שבית המשפט מוסמך לקבוע סנקציה של בטלות. על-פי גישה זו, חובת השמידה על קיום הוראות החוקה הופקדה בידי הרשויות השלטוניות עצמן, ואם הן הפרו את חובתן, הסנקציה היא בידי הציבור ביום בחירה (ראה אקצין, בספרו הנ"ל, כרך ב, בעמ' 9). אך אין זו הגישה היחידה, ואף אין זו הגישה המקובלת ביותר. כיום זו גישת מיעוט. אכן, המסורת המשפטית של עם והתרבות של שיטת משפט עשויות להביא לידי מסקנה, כי שתיקת החוקה גוררת אחריה את המסקנה כי חוק הנוגד את החוקה הוא בטל, וכי ההכרעה בקיומו של הניגוד אינה נתונה בידי המחוקק אלא בידי בית המשפט. על-פי גישה זו, שתיקת החוקה גוררת אחריה קיומה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, וקיומה של סמכות שיפוטית להכריז על חוק לא חוקתי כעל חוק בטל. לבחינתה של מסורת זו נעבור עתה.

ב. פרשת מרבורי נ' מדיטון [94]

ד 75. המסורת המשפטית האמריקנית - מאז ניתן ב-1803 פסק הדין בפרשת *Marbury v. Madison* (1803) [94] - הינה, כי חוק הפוגע בהוראות החוקה הוא בטל, וכל בית-משפט מוסמך להכריז על כך. למסקנה זו הגיע בית המשפט העליון של ארצות-הברית ב-1803 חרף העובדה שאין בעניין זה הוראה מפורשת בחוקתה של ארצות-הברית. כותב השופט מרשל (*Marshall, J.*), בעמ' 176:

ה "The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act.

ז Between these alternatives, there is no middle ground. The constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it".

הנה כי כן, החוקה נועדה להגביל את המחוקק. מתן משמעות להגבלה זו אפשרי רק אם חוק רגיל לא יוכל להתגבר על הוראות החוק, אין דרך ביניים - או שהחוקה עליונה ולא ניתן לשנותה או לפגוע בה באמצעים רגילים, או שהינה כחוק רגיל, אשר המחוקק יכול לשנותה כאוות נפשו. והשופט מרשל מוסיף, שם:

"If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? ...

It is, emphatically, the province and duty of the judicial department, to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case, conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case: this is of the very essence of judicial duty. If then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply".

מאז אותה פרשה אין איש מפקפק עוד בארצות־הברית כי חוק הנוגד את החוקה בטל, וכי זהו תפקידו של בית המשפט - תוך פרשנות החוקה והחוק - לקבוע קיומה של הסתירה ותוצאותיה. כך נוצרה תורת הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק (Judicial review of constitutionality). תורה זו היא אבן מרכזית במסד החוקתי האמריקני. נטלת אותה - מוטטת את המבנה כולו.

ג. ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק - הניסיון המודרני

76. הניסיון האמריקני בעניין הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק פרץ את גבולותיה של אמריקה. הוא השפיע על החשיבה החוקתית בעולם כולו. הוא שולט בהסדרים החוקתיים שנתקבלו לאחר מלחמת העולם השנייה. הוא התקבל כקו המנחה בכל המדינות של הגוש המזרחי לאחר השחרור מהשליטה הרוסית (ראה, H. Schwartz, "The New East European Constitutional Courts" 13 Mich. J. Int. L. 741 (1992)). דומה, כי זו תרומתה המרכזית של החשיבה החוקתית האמריקנית למהשבה החוקתית האוניברסלית. כפי שראינו, במדינות רבות, לאחר מלחמת העולם השנייה, נקבעו

א

בעניין זה הוראות מפורשות בחוקה (ראה, למשל, בגרמניה, יפן, איטליה, אירלנד, אוסטריה, קפריסין, הודו, טורקיה). אך גם במדינות שבחוקותיהן אין הוראה מפורשת – והן חלק מהתרבות המשפטית של המשפט המקובל – נתקבלה ההשקפה כי חוק לא חוקתי הוא בטל, וכי בית המשפט מוסמך להכריז על כך (ראה, למשל, D. V. Cowen, "Legislature and Judiciary" 15 *Mod. L. Rev.* (1952) 282; 16 *Mod. L. Rev.* (1953) 273). אכן, במספר הולך וגדל של מדינות הוכרה הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. בצדק ציין השופט פרנקפורטר, כי המסקנה שאליה הגיע בית המשפט העליון האמריקני בפרשת מרבורי [94] –

ב

"... has been deemed by great English speaking Courts an indispensable, implied characteristic of a written constitution" (F. Frankfurter, "John Marshall and the Judicial Function" 69 *Harv. L. Rev.* (1955-56) 217, 219).

ג

אכן, רשימה ארוכה של פסקי-דין, בכל עולם המשפט המקובל, הכירה – ללא הוראה מפורשת בחוקה – בקיומה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק (ראה, למשל: *Harris v. Minister of Interior* (1952) [111]; *Clayton v. Heffron* (1960) [82]; *Bribery Comr. v. Ranasinghe* (1965) [104]; *Akar v. A.-G. of Sierra Leone* (1969) [105]; ראה רובינגשטיין, בספרו הנ"ל (מהדורה 2, 1974) 281).

ד

ד. ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק בישראל

ה

77. חוקי-יסוד: חופש העיסוק וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינם כוללים הוראה מפורשת בדבר התרופה הניתנת כאשר חוק פוגע בזכות חוקתית בלא לקיים את דרישות חוקי היסוד. הוראות כלליות בעניין זה הוצעו בהצעת חוקי-יסוד: החקיקה, אך הצעה זו טרם עברה את תהליך החקיקה של הכנסת. בשני חוקי היסוד אין "פיסקת עליונות". מהו הדין במצב דברים זה? נראה לי כי המסורת המשפטית שלנו מחייבת את המסקנה, כי התרופה על אי-חוקתיות החוק היא בטלותו, וכי הסמכות לקבוע את דבר אי החוקתיות נתונה לבתי המשפט. אכן, כשם שחקיקת משנה הסותרת חוק היא בטלה ובית המשפט מוסמך להצהיר על כך, כך גם חקיקה ראשית הסותרת חוק יסוד בטלה ובית המשפט מוסמך להצהיר על כך. הכרה במסקנה זו נתקבלה בישראל לאחר התפתחות פסיקתית חשובה. תחילה התעוררה השאלה בפרשת ברנמן [15]. בית המשפט ציין כי הוא מבקש להשאיר בצריך עיון את השאלה אם היחס בין חוק יסוד משוריין לבין חוק רגיל שאינו מקיים את הוראות השריון היא שאלה שפיטה. במשך השנים ניתנו מספר פסקי-דין שרובם הכריזו למעשה על בטלותם של חוקים רגילים שלא קיימו את הוראת השריון שבחוק היסוד. עם עבוד השנים התמסדה מסורת זו (ראה: פרשת אגוזת דרך ארץ [19]; פרשת רובינגשטיין [20]); בפרשת רובינגשטיין [20] ציין השופט ש' לדין:

ז

פסקי-דין, כרך מט, חלק רביעי, תשנ"ה/תשנ"ו 1995

418



"... ככל שהולך ורב מספר המקרים, שבהם דן בית-משפט זה בעתירות בעלות משמעות קונסטיטוציונית מהסוג האמור לגופו, כן פוחת והולך הסיכוי, שבית-משפט זה ימשוך את ידו מהדיון בהן, גם כשהיועץ המשפטי לממשלה יראה בעתיד לעורר שאלות כאלה ושאלות דומות להן" (שם, בעמ' 148).

באחת הפרשות נקבע הדבר על-ידי במפורש, בוז הלשון:

"חוק של הכנסת - בין חוק 'רגיל' ובין חוק-יסוד - המבקש לשנות הוראה 'משוריינת' בלא שהוא נתקבל ברוב חברי הכנסת, עומד בסתירה להוראות השריון שבחוק היסוד. לאור תוקפה המשפטי של הוראת 'השריון', ידה על העליונה. בהתנגשות שבין הוראת השריון לבין ההוראה המבקשת לשנותה בלא לקיים את הרוב הדרוש לא חלים הכללים הרגילים, לפיהם חוק מאוחר מבטל חוק מוקדם. בהתנגשות זו חל העיקרון הנותן עליונות גורמאטיבית לחוק-יסוד משוריין. נמצא, כי חקיקה המבקשת לשנות חוק-יסוד משוריין בלא לקיים את הרוב הדרוש בטלה היא ומבוטלת... על בטלות זו מוסמך להצהיר בית המשפט. אכן, עצם קביעתה של הוראת שריון מניחה ביקורת על-ידי בית המשפט, שהוא גוף עצמאי ובלתי תלוי, באשר לתוקף המשפטי של חקיקה המבקשת לשנות את הוראת השריון בלא לקיים את הרוב המיוחד שהוראת השריון דורשת... קיומה של הוראת שריון מניחה ביקורת שיפוטית, וביקורת שיפוטית זו בכוחה לקבוע, כי הוראת חוק - בין חוק 'רגיל' ובין חוק-יסוד - שנתקבל על-ידי רוב 'רגיל', ולא על-ידי הרוב המיוחד הנדרש בהוראת השריון, בטלה היא ומבוטלת. על-פי השקפה זו נהג בית-משפט זה בעבר..." (פרשת לאור' [21] הנ"ל, בעמ' 539-540).

גישה זו תואמת את המסורת שלנו. היא משתלבת בתרבות המשפטית הכללית הנוהגת אצלנו. היא מקובלת בקהילייה הישראלית (ראה רובינשטיין, בספרו הנ"ל, (מהדורה 4), בעמ' 461; ראה גם R. A. Burt, "Inventing Judicial Review: Israel and America" 10 *Cardozo L. Rev.* (1989) 2013). היא מתבקשת מפיסקת הכיבוד הקבועה בשני חוקי היסוד. אכן, אם הכנסת "חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" (סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), כי או יש בכך תמיכה להשקפה כי חובתה זו של הכנסת אינה "פוליטית" גרידא אלא גם "משפטית". אם כך, מתבקש כי גוף שמחוץ לכנסת - כלומר בית-משפט - הוא שיכריע בשאלה אם אמנם כובדו הזכויות כקבוע בחוק היסוד.

ה. טעמיה של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק

(1) ביקורת שיפוטית ושלטון החוק

78. ביסוד הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק עומד עקרון "שלטון החוק" או, נכון יותר, שלטון החוקה או המשפט (ראה ל' שלף, "מ'שלטון החוק' ל'מרות המשפט':

הרהורים וערעורים על מושג-יסוד" עיוני משפט טז (תשנ"א-נ"ב) 559. תפקידו המרכזי של בית-משפט בחברה דמוקרטית הוא -

א

"התפקיד לשמור על שלטון החוק. משמעות הדבר הינה, בין השאר, שעליו להשליט את החוק ברשויות השלטון ועליו להבטיח כי השלטון פועל כחוק..." (פרשת רטלר [14], בעמ' 462).

ב

כאשר בשיטת משפט נתונה מצויה חוקה, מחייב "שלטון החוק" שמירה על שלטונה של החוקה. אכן, הכנסת, תוך שימוש בסמכותה המכוננת, העניקה למדינה חוקי יסוד. אלו הן גורמות עליונות במידרג הנורמאטיבי. כדי לקיים את דברה זה של הכנסת יש לבטל דבר חקיקה רגיל הסותר חוק יסוד, בדומה לבטלותה של תקנה הסותרת חוק. עמד על כך שר המשפטים, מר צדוק, בהציגו את הצעת חוק-יסוד: החקיקה לקריאה ראשונה, באומרו:

ג

"מסכים אני שיש להשאיר לכנסת מרחב פעולה רחב בעבודת החקיקה שלה, אך ריבונות זו אין פירושה שרירות-לב לגבי עקרונות יסוד. אני סבור שהמושג של שלטון החוק, שכולנו דוגלים בו, פירושו שהכל כפופים לחוק - הממשלה, המינהל, הנשיא, מבקר המדינה, וגם הכנסת. כשם שלרשויות האחרות ניתנה מסגרת מבוקרת של כמכויות, כך יש לתת מסגרת כזאת, אם כי רחבה יותר, גם לחקיקת הכנסת" (ד"כ 76 (תשל"ו) 1705).

ד

אכן, בהכרזה על בטלותו של חוק שאינו מקיים את דרישותיו של חוק היסוד, מגשים בית המשפט את חוק היסוד. הלגיטימיות של החוקה ושל חוק היסוד מעניקים את הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. כפי שתיאר זאת חבר הכנסת מנחם בגין, בעת הדיון על החוקה בכנסת הראשונה:

ה

"אחת מן השתיים: או שזו תהיה חוקה הקודמת לכל חוק אחר, או שזו תהיה פיסת-גנייר שאין לה כל ערך" (ד"כ 4 (תש"י) 737).

ו

הנה כי כן, ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק היא גשמתה של החוקה עצמה. טול מהחוקה את הביקורת השיפוטית ונטלת ממנה את חיותה. עליונות חוקתית ראוי לה אפוא שתגרוור ביקורת שיפוטית. עמד על כך פרופ' קלון, בציינו:

ז

"...The application of the constitutional rules concerning legislation can be effectively guaranteed only if an organ other than the legislative body is entrusted with the task of testing whether a law is constitutional ..." (H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge, Trans. by A. Wedberg, 1961) 157).

(2) ביקורת שיפוטית והפרדת רשויות

79. הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק נגזרת מעקרון הפרדת הרשויות. סמכותה של הרשות המחוקקת היא לחוקק חוקים. לשם כך מוסמכת היא לפרש את החוקה לעצמה. כאשר מתעורר סכסוך בין בעלי דין, ולשם הכרעתו יש לפרש את החוקה, מוטל תפקיד הפירוש על בית המשפט. פירושו של בית המשפט הוא המחייב. פרשנות החוקה היא תפקידו של בית המשפט בהפרדת הרשויות (ראה פרשת פלאטו שרון [2], בעמ' 141). עמדתי על כך באחת הפרשות, בצייני:

א

"במשטר דמוקרטי, המבוסס על הפרדת רשויות, הסמכות לפרש את כל דברי החקיקה - החל בחוקי-יסוד וכלה בתקנות ובצווים - היא סמכותו של בית המשפט ...

ב

כל גישה אחרת תפגע בעצם מהותה של השפיטה ותשבש לחלוטין את עקרון הפרדת הרשויות ואת האיזון והבקרה (checks and balances) ביניהן" (בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת [49], בעמ' 152).

ג

הנה כי כן, ביקורת שיפוטית על חוקתיות צומחת מעקרון הפרדת הרשויות ומגשימה אותו. עמד על כך השופט ברגר (*Burger C. J.*) בציינו:

ד

"In the performance of assigned constitutional duties each branch of the Government must initially interpret the Constitution.... Many decisions of this Court, however, have unequivocally reaffirmed the holding of *Marbury v. Madison*... that '[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is'...

ה

Any other conclusion would be contrary to the basic concept of separation of powers and the checks and balances that flow from the scheme of a tripartite government" (*United States v. Nixon* (1974) [95], at 703-704).

ו

עם מתן הפירוש החוקתי - שהוא תפקידו החוקתי של בית המשפט - נוצר הצורך להכריע בסכסוך על-פי החוקה. הכרעה בסכסוך לפי החוקה ולא על-פי החוק גוררת אחריה, כתוצאה לוואי, את בטלות החוק. הכרזת בטלות זו אינה מהווה פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, אלא הגשמתו. אכן -

ז

"הפרדת רשויות אינה אבסולוטיות של כל רשות בתחומה היא. אבסולוטיות כזו פוגע בחירות, אשר הגשמתה הוא הבסיס להפרדת הרשויות" (בג"צ 5364/94, 5373, 5377, 5432, 5458, 5466 ולנר ואח' נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית ואח' [50], בעמ' 790).

א יצירת חוקה על-ידי שימוש בסמכות המכוננת כרוכה בהענקת הסמכות לפרשנות חוקתית לרשות השופטת. לשפוט משמע לפרש. הפרשנות החוקתית גורדת אחריה - כתוצר לוואי טבעי - הכרזת אי-חוקתיות של דבר הקיקה הנוגד את החוקה. זהו תפקידה של הרשות השופטת בשילוש הרשויות.

(3) ביקורת שיפוטית ודמוקרטיה

ב 80. אך האם הביקורת השיפוטית היא דמוקרטית? האם דמוקרטי הוא שבית המשפט - אשר שופטיו אינם עומדים לבחירת העם ואינם מציגים מצע חברתי ופוליטי - יבטל חוק שהנבחרים חוקקו? (לדיון בשאלה זו בספרות האמריקנית, ראה: פ' להב, "גוני הגישות לביקורת השיפוטית בארה"ב" עיוני משפט י (תשמ"ד-מ"ה) 491; מ' הורביץ, "החשיבה המשפטית האמריקאית לאחר מלחמת העולם השנייה: 1945-1960" עיוני משפט טז (תשנ"א-נ"ב) 445, 452). התשובה הפורמאלית היא פשוטה. בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק מגשים בית המשפט את החוקה וחוקי היסוד. עמד על כך המילטון לפני למעלה ממאתיים שנה, בציינו (בפדרליסט מס' 78), כי המסקנה שלפיה מוכרת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק בהשוואה לחוקה -

ד "Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both, and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws rather than by those which are not fundamental" (Hamilton and Madison et al., *The Federalist Papers* (1788) (Mentor ed., 1961) 467-468).

ה וברוח דומה ציין רולס (Rawls) לאמור:

ז "A supreme court fits into this idea of dualist constitutional democracy as one of the institutional devices to protect the higher law. By applying public reason the court is to prevent that law from being eroded by the legislation of transient majorities, or more likely, by organized and well-situated narrow interests skilled at getting their way. If the court assumes this role and effectively carries it out, it is incorrect to say that it is straight-forwardly antidemocratic. It is indeed antimajoritarian with respect to ordinary law, for a court with judicial review can hold such

law unconstitutional. Nevertheless, the higher authority of the people supports that. The court is not antimajoritarian with respect to higher law when its decisions reasonably accord with the constitution itself and with its amendments and politically mandated interpretations" (Rawls, *Political Liberalism, supra*, at 233).

א

אך אין להסתפק בתשובה פורמאלית. קיימת גם תשובה מהותית. התשובה המהותית קובעת כי ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק היא חלק אינטגרלי של מהות הדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא גם שלטונם של ערכי היסוד וזכויות האדם כפי שנתגבשו בחוקה. דמוקרטיה היא איוון עדין בין שלטון הרוב לבין ערכי היסוד של החברה השולטים על הרוב. אכן, הדמוקרטיה אינה רק דמוקרטיה "פורמאלית" (שעניינה תהליך הבחירה בו שולט הרוב). דמוקרטיה היא גם דמוקרטיה "מהותית" (שעניינה הגנה על זכות האדם כפרט) (ראה י' שפירא, הדמוקרטיה בישראל (מסדה, 1977) 35). צמד על כך פרופ' רובינשטיין בצינו:

ב

ג

"דמוקרטיה, במשמעותה האמיתית והמהותית, טומנת בחובה לא רק את עקרון רצונו של הרוב אלא גם את הגבלת רצונו של הרוב. המתח המתמיד שבין שני גורמים אלה - כוח הרוב ומגבלותיו - הוא צירו של התהליך הדמוקרטי: הוא מקנה זכויות מסוימות לפני הרוב למיעוט כלשהו, לאדם באשר הוא." (א' רובינשטיין, "המשפט בישראל בשנות ה-70" עיוני משפט ב (תשל"ב-ל"ג) 271, 274).

ד

ה

וברוח דומה ציין פרופ' דבורקין:

"True democracy is not just *statistical* democracy, in which anything a majority or plurality wants is legitimate for that reason, but *communal* democracy, in which majority decision is legitimate only if it is a majority within a community of equals. That means not only that everyone must be allowed to participate in politics as an equal, through the vote and through freedom of speech and protest, but that political decisions must treat everyone with equal concern and respect, that each individual person must be guaranteed fundamental civil and political rights no combination of other citizens can take away, no matter how numerous they are or how much they despise his or her race or morals or way of life" (Dworkin, *A Bill of Rights for Britain, supra*, at 35).

ו

ז

אכן, כאשר הרוב שולל זכויות אדם מהמיעוט, הוא פוגע בדמוקרטיה (ראה I. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, 1980). על-כן, ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק מתגברת על מה שמכונה ה- "counter-majoritarian dilemma". הדרך להתגבר על כך היא, בין השאר, בהדגשת העובדה כי כאשר השופטים מפרשים את הוראות החוקה ומבטלים לאורן חוקים פוגעים, הם נותנים ביטוי לערכי היסוד של החברה, כפי שאלה התגבשו במהלך ההיסטוריה של אותה חברה. בכך הם שומרים על הדמוקרטיה החוקתית ומקיימים את האיזון העדין שעליה היא מושתתת. טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטון הרוב, ופגעת בעצם מהותה. טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטונם של ערכי היסוד, ופגעת בעצם קיומה. הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק מאפשרת לחברה להיות כנה עם עצמה ולכבד את תפיסותיה הבסיסיות. זהו הבסיס ללגיטימיות המהותית של הביקורת השיפוטית. זהו גם הבסיס האמיתי לעקרון החוקתיות עצמו. אנו כפופים לחוקה שכוננה בעבר, משום שהיא משקפת תפיסות עומק של החברה המודרנית. במובן זה ניתן לומר כי כל דור ודור מכונן מחדש את החוקה. אכן, באמצעות הביקורת השיפוטית אנו נאמנים לערכי היסוד שהטלנו על עצמנו בעבר, המשקפים את מהותנו בהווה, ואשר ידריכו אותנו בהתפתחותנו הלאומית כחברה בעתיד. אין פלא אפוא, כי הביקורת השיפוטית התפתחה לאחרונה. מרבית המדינות הדמוקרטיות הנאורות מקיימות ביקורת שיפוטית. קשה לתאר כיום את ארצות-הברית, קנדה, גרמניה, יפן, ספרד, איטליה ומדינות רבות אחרות, בלא ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. המאה העשרים היא המאה של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. בכך ניתנת משמעות של ממש לעקרון החוקתיות, לדמוקרטיה החוקתית, ולאיוון הראוי בין שלטון הרוב לבין זכויות האדם, בין כלל לבין פרט. ניתן לומר, כי הטוען לחוסר הדמוקרטיה של הביקורת השיפוטית, טוען לחוסר הדמוקרטיה של החוקה עצמה. הגורס חוסר דמוקרטיה לביקורת שיפוטית, גורס גם חוסר דמוקרטיה בהגנה על זכויות האדם. הטוען לחוסר דמוקרטיה של הביקורת השיפוטית טוען אפוא, כי הגנה על זכויות הפרט כנגד הכלל אינה דמוקרטית. אכן, אופייה הדמוקרטי של מדינה לא נקבע על-פי האופי הייצוגי של כל אחת מזרועותיה, אלא על-פי האופי הדמוקרטי של המשטר כולו. לסיום ההיבט הדמוקרטי של הביקורת השיפוטית, יש לציין כי כל חוקה קובעת דרכים לשנותה. ככל שדרכים אלו אינן נוקשות, הן מאפשרות לרוב של היום להגשים את שאיפותיו. דרכי השינוי של החוקה משקפות אפוא את האיזון שהחברה מבקשת לקיים בין עבר להווה, בין ערכים ארוכי טווח לבין שאיפות קצרות טווח, בין ערכים למדיניות. דרכי השינוי נקבעות בחוקה עצמה, והן מעוצבות על-ידי הכוחות הפוליטיים. עד כמה שדרכי שינוי אלה אינן קשות במיוחד, הן מאפשרות לרוב של היום לתת ביטוי לתפיסותיו, ובכך מקהות את הריפותו של הטיעון הסומך עצמו על תפיסה פורמאלית של דמוקרטיה. טיעון זה מוחלש נוספות - ובעצם לא נשאר ממנו דבר - באותן שיטות משפט (כמו קנדה, ובמידה מוגבלת ישראל) שבהן קיימת פיסקת התגברות. אכן, באמצעות פיסקת ההתגברות (סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק) נפתח פתח חוקתי לרוב הפוליטי של היום לפגוע בהוראות החוקה. אין בכך משום שינוי החוקה, שכן חקיקה פוגעת אינה משנה את הוראות החוקה. עם זאת, יש בכך משום

יצירת מסלול חוקתי, המאפשר לרוב של היום להגשים באופן חוקתי את שאיפותיו הוא, גם אם בכך הוא פוגע בערכים ובזכויות שהחוקה מבקשת להגן עליהם (ראה L. E. Weinrib, "Learning to Live With the Override" 35 McGill L. J. (1990-91) 541). באמצעות פיסקת ההתגברות מתגברת שיטת משפט על הטיעון הדמוקרטי, שכן היא מאפשרת לדמוקרטיה הפורמאלית להתגבר, בתנאים מסוימים, על הדמוקרטיה המהותית. שימוש מוגבר באמצעי זה עשוי, כמובן, להביא לסיכול מפעל החוקה עצמו.

א

(4) ביקורת שיפוטית ואובייקטיביות שיפוטית

ב

81. ביקורת שיפוטית מבטאת את ערכיה של החוקה. באמצעותה השופט מגשים את ערכיה של החברה שבה הוא חי. הוא משקף את תפיסות היסוד של החברה, בתנועתה על פני ההיסטוריה. דווקא השופט – שאינו חייב לעמוד לבחירה חדשות לבקרים – הנהנה מעצמאות שיפוטית, ראוי לתפקיד זה. דווקא משום שהשופט אינו נבחר על-ידי העם במישרין ואינו מציג לפניו מצע פוליטי או חברתי, הוא מסוגל לתת ביטוי לתפיסות העומק של החברה, בלי שיושפע מרוחות השעה החולפות. לשם כך עליו לפעול באובייקטיביות שיפוטית. עליו לשקף את השקפותיה של החברה, גם אם אלה אינן השקפותיו שלו. עמדתו על כך באחת הפרשות, בצייני:

ג

"על השופט לשקף את האמונות ארוכות הטווח של החברה. עליו להימנע מלהטיל על החברה את אמונותיו הפרטיות ...

ד

...

דרישה זו לאובייקטיביות מטילה נטל כבד על השופט. עליו להיות מסוגל להבחין בין הרצוי האישי, לבין המצוי החברתי. עליו ליצור מחיצה ברורה בין השקפותיו כפרט לבין תפיסותיו כשופט. עליו להיות מסוגל להכיר בכך, שיתכן כי דעותיו האישיות אינן נחלתו של הציבור הרחב. עליו להבדיל הבדל היטב בין האיני מאמין האישי שלו לבין האיני מאמין של האומה. עליו להיות ביקורתי כלפי עצמו, ומרוסן כלפי עמדותיו. עליו לכבד את הכבלים הקושרים אותו כשופט" (בג"צ 693/91 אפרת נ' המחזנה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח' [51], בעמ' 781-782).

ה

ו

אכן, הצהרה על בטלותו של חוק הנוגד חוקה היא עניין רציני. יש בה משום סיכול רצונו של הרוב דהיום. הצידוק לכך הוא בעליונות החוקה וערכיה. צידוק זה פועל מקום שהשופט נותן ביטוי לערכיה של החוקה כפי שהם מובנים על-ידי התרבות והמסורת של העם בתנועתו על פני ההיסטוריה. צידוק זה אינו פועל כאשר שופט נותן ביטוי להשקפותיו הסובייקטיביות. אכן, האובייקטיביות השיפוטית מונחת ביסוד הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. במתן משקל לשיקולים השונים, השופט שואף, כמיטב

ז

א יכולתו, לאובייקטיביות שיפוטית. לא את ערכיו הסובייקטיביים ולא את שיקוליו האישיים הוא משקף. השופט משקף "את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (בג"צ 6163/92, 6177 אייזנברג ואח' נ' שר הבינוני והשיכון ואח' (52)), אכן, רק שופט מקצועי, הסופג במשך שנים רבות את הצורך להבטיח אובייקטיביות שיפוטית והנהגה מאיתנות גמורה, יכול להגשים משימה כבדה זו. עמדתי על כך באחת הפרשות, בצייני:

ב "שופט מקצועי מסוגל לעמוד בנטל זה. הינוכו, ניסיונו והתרבות השיפוטית בה הוא חי הפנימו בו את ערכי העצמאות, אי התלות והיכולת להבחין בין ההשקפה האישית לבין דרישות התפקיד. אין כשופט המקצועי, המודע למגבלות המוטלות עליו בחברה דמוקרטית. 'כמדמין אתם ששררה אני נותן לכם? עבדות אני נותן לכם' (הוריות, י, א-ב)" (בג"צ 693/91 [51] הנ"ל, בעמ' 782).

ג

רק שופט, אשר על-פי תפיסתו

ד "השפיטה אינה תפקיד. זו צורת היים" (בג"צ 732/84 צב נ' השר לענייני דתות ואח' [53], בעמ' 148)

ה יוכל למלא תפקיד זה. רק שופט שכל חיגוכו מביא אותו לחשיבה מופשטת, שביסודה עומד ההיגיון ולא הכוח, משקל הטיעון ולא זהות הטוען, יוכל להגשים תפקיד זה; רק שופט החי יום-יום את המתח שבין העיקרון המופשט לבין הפעלתו בחיי המעשה כלפי בשר ודם העומד לפניו, יוכל לעמוד במשימה קשה זו. לשם כל אלה נדרשת רשות שיפוטית, עצמאית ובלתי תלויה, הצומחת מהעם, המשקפת את הקונסנווס החברתי הבסיסי, אך שאינה נבחרת כל מספר שנים כפי שחברי הכנסת עומדים לבחירה (ראה ביקל (Bickel): 147 (M. J. Perry, *Morality, Politics and Law* (New York, 1988)). ברוח דומה ציין פרופ'

ו

ז "...when the pressure for immediate results is strong enough and emotions ride high enough (legislators - א' ב' - will ordinarily prefer to act on expediency rather than take the long view ... Not merely respect for the rule of established principles but the creative establishment and renewal of a coherent body of principled rules - that is what our legislatures have proven themselves ill equipped to give us... Judges have, or should have, the leisure, the training, and the insulation to follow the ways of the scholar in pursuing the ends of government. This is crucial in sorting out the enduring values of a society...



... (the court can - 'א' ב' - appeal to men's better natures, to call forth their aspirations, which may have been forgotten in the moment's hue and cry" (A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at The Bar of Politics* (Indianapolis, 1962) 24-26).

אכן, אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק. כל שיש לו הם עצמאותו ואי-תלותו. להם חוקו הוא ערכי היסוד, ביניהם הוא מאזן באופן אובייקטיבי. אין הוא מחפש כוח. אין הוא תאב שלטון. אין הוא מבקש להטיל את השקפתו האישית על החברה. הוא מבקש אך לעשות צדק במסגרת המשפט, ולעשות משפט שיהיה צודק. מאז הקמתה של מדינת ישראל עמד בית המשפט העליון - ועמו החברה הישראלית כולה - כמבצר הדמוקרטיה הישראלית. ידועים דבריו של השופט ברנזון, לפיהם "בית-משפט זה הוא המעוז הבטוח והאובייקטיבי ביותר שיכול להיות לאזרח בריבו עם השלטון" (בג"צ 287/69 מירון נ' שר העבודה [54], בעמ' 362). תפקיד זה מקבל משנה תוקף עם הקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. סביב זכויות האדם נבנו חומות מגן נוספות. על שמירתן מופקד בית המשפט. עליו הוטל התפקיד החוקתי לשמור על תפיסות היסוד ועל ערכי היסוד של החברה הישראלית, כפי שהם מצאו ביטוי בחוקי היסוד (ראה: H. H. Wellington, "Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjucation" 83 *Yale L. J.* (1973-74) 221). עליו לאזן בין עקרונות היסוד של החברה הישראלית (כפי שהם מבוטאים בחוקי היסוד) לבין צורכי הטווח הקצר של היום-יום (כפי שהם מבוטאים בחקיקה הרגילה). עליו הוטלה המשימה "לחשוף את הערכי והבסיסי, תוך דחיית הארעי והחולף" (בג"צ 693/91 [51], בעמ' 780).

ט. ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק - סיכום

82. חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינם כוללים כל הוראה מפורשת - בדמות פיסקת עליונות - באשר לגורלו של חוק, הפוגע בזכות אדם המוגנת על-ידיהם ואשר אינו מקיים את דרישות חוקי היסוד. שתיקה זו - על רקע פיסקת הכיבוד, פיסקת ההגבלה ופיסקת ההתגברות - מפעילה את תפיסות היסוד של המשפט הישראלי באשר ליחס בין נורמה עליונה לבין נורמה הכפופה לה. תפיסות יסוד אלה הינן, כי יד הנורמה העליונה גוברת (*lex superior derogat inferior*). בית המשפט מוסמך להכריז על בטלותה של הנורמה הסותרת. בכך מגשים בית המשפט את הדמוקרטיה ואת הפרדת הרשויות. אכן, אם החוקה עצמה היא דמוקרטית, גם הביקורת השיפוטית היא דמוקרטית.

על רקע זה אוכל עתה לעבור לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המשמש נורמה עליונה אשר לאורה נבחן החוק המתקן.

ג. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

1. חוק היסוד והבחיינה החוקתית הנגזרת ממנו

(א) שלבי הבחינה החוקתית

א

ב

ג

ד

ה

ו

ז

83. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מגדיר זכויות אדם וקובע את ההגבלות המוטלות עליהן. הזכויות מוגדרות באופן מוחלט ("אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם כאשר הוא אדם"; "אין פוגעים בקנינו של אדם"; "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם..."). ההגבלות על הזכויות אינן צמודות לזכויות עצמן, אלא נגזרות מפיסקת ההגבלה. כאשר שופט נתקל בטענה כי חוק נוגד את הוראות חוק היסוד, עליו לבחון טענה זו בשלושה שלבים: בשלב הראשון, עליו לבחון אם החוק אכן פוגע בזכות אדם מוגנת. לשם כך עליו לפרש את זכות היסוד ("פרשנות חוקתית") מחד גיסא, ואת דבר החקיקה הפוגע ("פרשנות סטטוטורית") מאידך גיסא. רמת ההוכחה הנדרשת היא זו של המשפט האורחי, כלומר עודף הראיות או נטייה של מאזן ההסתברות. אם המסקנה של השופט הינה כי החוק הרגיל אכן פוגע בזכות היסוד, עליו לעבור לשלב השני. בשלב זה עליו לבחון אם הפגיעה בזכות היסוד היא כדין, כלומר, אם החוק מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. אף כאן, רמת ההוכחה הנדרשת היא רמת הוכחה אורחית, שעניינה עודף הראיות או נטייה של מאזן ההסתברות (ראה *Oakes* [114], at 137). כדי להרים נטל זה יש לעתים להניח תשתית עובדתית המצביעה על חוקתיות החוק. לעתים די בשכל הישר ובניסיון החיים המצטבר כדי לשכנע את בית המשפט כי החוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. אם מסקנתו של השופט הינה כי החוק הפוגע אינו מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה, עליו לעבור לשלב השלישי. בשלב זה נבחן הסעד החוקתי. למותר לציין, כי זכויות האדם שאינן מעוגנות בחוק היסוד ממשיכות להתקיים, על-פי מעמדן עד כה, אין בעיגונן של מספר זכויות אדם בחוקי היסוד כדי לגרוע מכוחן של זכויות האדם האחרות.

(ב) נטל ההוכחה

84. על מי מוטל הנטל בשלושת השלבים של הדיון החוקתי? דומה שאין מחלוקת כי בשלב הראשון – ביסוס הפגיעה בזכות האדם החוקתית – נטל השכנוע מוטל על הטוען לפגיעה בזכות חוקתית. ההנחה (הפרוזומציה) הינה כי חוק הוא חוקתי (ראה פרשת ברנמן [15], הנ"ל, בעמ' 699), והמבקש לסתור זאת, עליו הנטל. גדר הספקות הוא כאשר לשלב השני, שעניינו חוקתיות הפגיעה בזכות האדם החוקתית. בעניין זה מקובל הוא לקבוע כי בשלב השני נטל השכנוע מוטל על הטוען לחוקתיות הפגיעה. כך הוא הדין בקנדה (ראה *Hogg, supra*); בניו-זילנד (ראה *Joseph, supra*, at 861). בפסק-דינו הראשון של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה אומצה השקפה זו לעניין הפגיעה בזכות אדם חוקתית המעוגנת בחוקתה החדשה של דרום-אפריקה (ראה *S. v. Mkwanyana* (1995)).

[112]. גישה זו אומצה בפסק־דינו של השופט ד' לוי ב"בג"צ 726/94, 878 [37] הנ"ל). גישה זו נראית לי לכאורה ראויה. היא מטילה את הנטל על מי שראוי כי יישא בו ועל מי שמסוגל לשאת בו, כלומר השלטון. עם זאת, הבעיה אינה מתעוררת לפנינו בערעור זה, ועליכן מוכן אני להשאיר בצריך עיון.

א

(ג) הבחינה החוקתית ודין ישרן

85. שלושת שלבי הבחינה החוקתית חלים רק על דבר חקיקה שנחקק לאחר כניסתו לתוקף של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. הדין הישן חוסה בצל ההוראה בדבר שמירת דינים, ולפיה:

ב

"אין בחוק־יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק־היסוד" (סעיף 10).

ג

אף שתוקפו של הדין הישן נשמר, פרשנותו צריכה להיעשות ברוח הוראות חוק היסוד (השווה סעיף 10 לחוק־יסוד: חופש העיסוק; ראה גם פרשת גנימאת [38]). הוראת שמירת הדינים אינה שוללת את הפגיעה בזכות החוקתית. אף אין היא קובעת שהפגיעה בחוק היסוד מקיימת את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. פועלה של ההוראה בהענקת מטרייה חוקתית לדבר חקיקה הפוגע בזכות יסוד בלא לקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. הוראה זו מעוררת שאלות קשות. אחת מהן הינה, אם ההוראה חלה על חוק חדש (כלומר, שחוקק לאחר שחוק היסוד נכנס לתוקפו) המתקן חוק ישן (כלומר, חוק שעמד בתוקפו ערב תחילתו של חוק היסוד). עניין זה נותח בהרחבה על־ידי חברי, הנשיא שמגר, ואני מסכים עם ניתוחו.

ד

ה

2. השלב הראשון: היקף הזכות והפגיעה בה

(א) היקף הזכות

ו

86. היקפה של הזכות נקבעת בפרשנותה. זוהי פרשנות חוקתית. היא רגישה לאופיו המיוחד של המסמך המתפרש: אכן "it is a constitution we are expounding" (ראה פירושה של הוראת יסוד חוקתית" (ע"ב 2/84, 3 [8] בעמ' 306). הפרשנות החוקתית נעשית על־פי המידה של התכלית החוקתית. הפרשנות החוקתית צריכה להיעשות "מתוך 'מבט רחב'" (הנשיא אגרנט בד"נ 13/60 [25] בעמ' 442). התכלית החוקתית גלמדת מהלשון, מההיסטוריה, מהתרבות ומעקרונות היסוד. הוראה חוקתית לא הותקה בחלל חוקתי, והיא איננה מתפתחת באינקובטור חוקתי. היא מהווה חלק מהחיים עצמם. עמד על כך השופט דיקסון (*Dickson*) בציינו:

ז

"...the purpose of the right of freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be ... a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for the individuals the full benefit of the *Charter's* protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore ... be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1985) [115], at 344).

פרשנות מתוך מבט רחב היא פרשנות שאינה טכנית אלא גמישה; היא פרשנות שאינה לגאליסטית או פדאנטית, אלא מהותית ועניינית (ראה *Australian National Airways Pty. Ltd. v. The Commonwealth* (1945) [83], at 81; *Min. of Home Affairs v. Fisher* (1980) [106], at 329). באחת הפרשות עמדתי על הפרשנות שיש להעניק לזכות אדם שעה שהיא מקבלת מעמד חוקתי בהוק יסוד:

"ענה, משניתן לה בסיס חוקתי חקיק, יש לפרשה מתוך 'מבט רחב'... 'ומתוך הבנה כי עניין לנו בהוראה הקובעת אורחות חיים ... עניין לנו בניסיון אנושי, החייב להתאים את עצמו למציאות חיים משתנה' ... על-כן יש לפרש הוראה חוקתית 'מתוך תפיסה רחבה, ולא באופן טכני' ... מכאן הגישה - המקובלת במדינות דמוקרטיות נאורות - כי הוראות חוקתיות יש לפרש מתוך 'נדיבות' ... מתוך גישה מהותית ולא גישה 'לגאליסטית' ... מתוך גישה עניינית ולא מתוך גישה 'טכנית' או 'פדאנטית' ..." (בג"צ 2481/93 ד"ר נ' מפקד מחוז ירושלים ואח' [55], בעמ' 470).

וברוח דומה ציינה השופטת שטרסברג-כהן:

"פרשנות של טקסט חוקתי... צריכה להתבצע מתוך

'מבט רחב' ומתוך 'נדיבות' (generous). הגישה אליו אינה צריכה להיות טכנית, 'ליגליסטית' או 'פדנטית'" (בג"צ 1255/94 [46] הנ"ל, בעמ' 680).

אכן, פרשנות חוקתית חייבת להתבסס על אחדות חוקתית ולא על דיסהרמוניה חוקתית. היא משקיפה על התפקיד של הטקסט החוקתי במבנה המשטר והחברה. היא מעניקה לו מובן המאפשר לו לקיים את תפקידו בהווה ובעתיד בצורה הראויה ביותר (ראה בג"צ 428/86, 429, 431, 446, 448, 463, בשג"צ 320/36 [9], בעמ' 595).

## (ב) זכות הקניין

87. על רקע תפיסה פרשנית זו, עלינו לגשת לניתוחה של הזכות החוקתית לקניין. זכות זו קבועה בסעיף 3 לחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע:

"אין פוגעים בקניינו של אדם."

בכך ניתן לקניין מעמד חוקתי. זכות זו חשובה היא:

"הזכות לקניין היא אבן-הפינה של המשטר הליברלי. באידיאולוגיה הליברלית תפשה מקום מרכזי, כערובה לקיומן של זכויות אחרות" (פ' להב, "העוז והמשרה: בית-המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 479, 498).

עם זאת, זכות הקניין - כשאר הזכויות הקבועות בחוק היסוד - אינה מוחלטת. ניתן לפגוע בה, ובלבד שהחוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. אכן, לקניין "תפקיד" במישור הפרטי ובמישור הציבורי. חוק היסוד אינו מגדיר "קניין" מהו. יהא על בית המשפט לפרש זכות זו על-פי תכליתה (ראה ויסמן, במאמרו הנ"ל, הפרקליט מב). למושג "קניין" משמעויות שונות, על-פי ההקשר שבו הוא מופיע. דומה כי במישור החוקתי מונחת ביסוד הזכות ההגנה על הרכוש. קניין הוא כל אינטרס, אשר יש לו ערך כלכלי על-כן משתרע הקניין לא רק על "זכויות קנייניות" (במובן שניתן להן במשפט הפרטי - כגון, בעלות, שכירות וזיקת הנאה), אלא גם על חיובים וזכויות בעלי ערך רכושי שנרכשו על-פי המשפט הציבורי. "... הקניין שבחוק היסוד מתפרס אף על זכויות שאינן זכויות קניין במובן הקלאסי..." (השופט חשין ברע"א 7112/93 [30], בעמ' 562). אכן, הקניין מבטיח לפרט חירות כלכלית. הוא מאפשר שיתוף בין בני אדם. הוא מאפשר להם להפעיל את האוטונומיה של הרצון הפרטי שלהם. מכאן הקשר בין ההגנה על הקניין לבין ההגנה על כבוד האדם (ראה Rawls, *Political Liberalism*, supra, at 298). על-כן, בדרך כלל הפקעה פוגעת בקניין. פיצוי גאות אינו מסיר את הפגיעה, אך הוא עשוי להיות חוקתי אם הוא מקיים את תנאיה של פיסקת ההגבלה. ודוק: האיסור החוקתי הוא על פגיעה בקניין, כל פגיעה מפרה את איסור הפגיעה ומעבירה את מרכז הכובד של הבחינה החוקתית לפיסקת ההגבלה. עם זאת, כאשר ההגבלה על הקניין היא שולית או קלת ערך - אם היא נכנסת למסגרת עניין של "מה בכך" (*de minimis*) - אין לראותה כפגיעה, ואין צורך להיכנס לבחינה החוקתית של השלב השני (השווה *Jones v. The Queen* [116] (1986)). עקרונית ניתן לומר, כי פגיעה בקניין מתרחשת כאשר הערך הרכושי של אינטרס קטן לעומת ערכו עובר לפעולת החקיקה. עם זאת, פעולות השלטון הרגילות והיום-יומיות עלולות להשפיע על ערך רכושו של הפרט. האם לראות בהן פגיעה בקניין המחייבת בחינה חוקתית בגדריה של פיסקת ההגבלה או לשלול מהן את סיווגן כפגיעה? שאלות אלה יעסיקו אותנו בעתיד, ומן הראוי להשאירן בצריך עיון.

על-כן מבקש אני להשאיר בצריך עיון את "מיקומו" של הדיון שחברי הנשיא עורך בחקיקת המס, האם מקומו הראוי הוא בהגדרת המושג "פגיעה".

א

88. קביעת היקפה של חירות הקניין הוא תפקיד חשוב המוטל על הרשות השופטת. בהגשמתו של תפקיד זה יש מקום, כמובן, לפנות למשפט ההשוואתי. בעניין זה נדרשת "הערת אזהרה" משולשת: ראשית, מבנה ההסדר החוקתי במדינות השונות שונה זה מזה. מבנה ההסדר משפיע על פרשנותו. כך, למשל, חוקת ארצות-הברית אינה מגינה על הקניין באותו אופן שחוק היסוד שלנו עושה זאת. המבנה החוקתי של זכות הקניין בחוקה האמריקנית יוצא מאיסור הנטילה (taking) ללא פיצוי נאות, ומסיק ממנו הסדרים שאינם קשורים לנטילה. כמו כן חסר ההסדר האמריקני פיסקת הגבלה מפורשת. כל אלה מקשים על פיתוח הגנה מלאה על הקניין בארצות-הברית, ומסבכים ללא הכר את ההלכה החוקתית (ראה: B. A. Ackerman, *Private Property and the Constitution* (New Haven, 1977) 3, 113, 189; J. L. Sax, "Takings and the Police Power" 74 *Yale L. J.* (1964-65) 36. שנית, היקפה של הזכות החוקתית נגזר מתפיסת החברה באשר לחשיבותה. כך, למשל, בארצות-הברית - בשל טעמים היסטוריים שונים - ניתן להגנה החוקתית על הקניין מעמד יחסי נמוך. עמד על כך השופט פרנקפורטר בציניו:

ב

ג

ד

"...those Liberties of the individual which history has attested as the indispensable conditions of an open as against a closed society come to this Court with a momentum for respect lacking when appeal is made to liberties which derive merely from shifting economic arrangements" (*Kovacs v. Cooper* (1949) [97], at 95).

ה

לעומת זאת, בגרמניה מוענק לזכות זו מעמד בכורה. היא נתפסת כזכות מרכזית (ראה (D. P. Currie, *The Constitution of the Republic of Germany* (Chicago, 1994) 290. בצרפת מעוגנת הזכות החוקתית לקניין בהצהרה על זכויות האדם והאזרח מ-1789 (סעיף 17). הרטוריקה המשפטית בצרפת מעניקה לזכות זו ערך חברתי רב. הפראקטיקה מאפשרת פגיעות ניכרות בה (ראה (J. Bell, *French Constitutional Law* (Oxford, 1992) 176). שלישית, מעמדה של זכות והאיזון בינה לבין אינטרס הכלל נקבע, בין השאר, על-פי גישתה של החברה אל האינטרס הלאומי ואל מעמדה של המדינה ומעמדו של השלטון. לא הרי גישתה של אמריקה לעניין זה כהרי גישתה של צרפת. ולא הרי גישתן של שתי אלה כהרי גישתה של החברה הישראלית. אנו רואים במדינה התגשמות של חלום דורות. גישתנו אליה אינה שלילית. איננו חוששים מהמדינה. עם זאת, יש לשמור עליה מפני פגיעה בפרט. האיזון בין פרט לכלל שהחברה הישראלית תמצא ישקף אפוא את תפיסתה של החברה הישראלית, העשויה להיות שונה מתפיסתן של חברות אחרות. נדרשת אפוא זהירות רבה בשימוש במשפט השוואתי בתחום מיוחד זה. אכן, המשפט החוקתי ההשוואתי הוא בעל חשיבות רבה. הוא מצביע על האפשרויות הטמונות בטקסט.

ו

ז

הוא משליך אור על ההסדרים המקובלים במדינות דמוקרטיות-חוקתיות. הוא נותן ביטחון לשופט, כי הפירוש שהוא נותן מקובל ופועל יפה במקומות אחרים. עם זאת, יש להיזהר מהפיכת שפחה לאדון. אין להשתעבד למשפט ההשוואתי. כוחו בהשראתו, וכוחה של השראה מוגבל הוא. אכן, יש להתחשב בשוני החברתי והתרבותי בין הקהילות השונות. יש להתחשב בהיסטוריה המיוחדת של שיטת המשפט, ובדגשים המיוחדים שהיא נותנת לסוגיות מסוימות. בתחום זה יפים דבריו של השופט הולמס, שלפיהם "...a page of history is worth a volume of logic" (*New York Trust Co. v. Fisher* (1921) [98], at 349). דברים אלה מתחדדים במיוחד באשר להגנה על רכוש, הטבול במרבית שיטות המשפט בהיסטוריה ובשינויים החברתיים. הגה כי כן, ייחודה של זכות הקניין במירקם החוקתי הישראלי צריך להיקבע על-פי מקומה במערך זכויות האדם בישראל.

ד. השלב השני: פיסקת ההגבלה

(א) חשיבותה של הפיסקה ויחסיות זכות האדם

89. פיסקת ההגבלה (סעיף 8) שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא מרכיב מרכזי של ההגנה על זכויות האדם. היא קובעת את גבולות הזכות ואת מגבלות המחוקק. תפקידה של ההגבלה הוא כפול. היא מגינה על זכויות האדם ומאפשרת פגיעה בהן, בעת ובעונה אחת. היא מבטאת את רעיון היחסיות של זכויות האדם. היא משקפת את תפיסת היסוד כי זכויות האדם מתקיימות במסגרת חברתית המקיימת את זכויות האדם. היא ראי לתפיסת היסוד, כי זכויות האדם אינן משקיפות על הפרט כאי בודד, אלא כחלק מחברה אשר לה יעדים לאומיים. היא פרי ההכרה כי יש לקיים זכויות אדם בסיסיות ולשמור על המסגרת המדינית גם יחד. היא נועדה לאפשר פגיעה בזכויות האדם כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם. אכן, הזכות החוקתית והפגיעה כדין בה יונקים ממקור משותף (*Oakes* [114], at 135). הן הזכות החוקתית והן ההגבלה שעליה כפופות לעקרונ היסוד שעליו בנוי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 1) ולמטרותיו (סעיפים 1א, 2). פיסקת ההגבלה היא נקודת האחיזה שעליה מונח האיזון החוקתי בין הפרט לכלל, בין היחיד לחברה. היא משקפת את התפיסה כי בצד זכויות אדם קיימות גם חובות אדם; כי העולם הנורמטיבי אינו רק של זכויות אלא גם של חובות; כי בצד זכותו של האדם עומדת חובתו כלפי רעהו וחובתו כלפי הכלל.

(ב) יסודותיה של פיסקת ההגבלה

90. פיסקת ההגבלה קובעת ארבעה מבחנים מצטברים לחוקתיותו של חוק הפוגע בזכות אדם חוקתית. ארבעת המבחנים הם:

א. הפגיעה חייבת להיעשות בחוק או לפי חוק ומכות הסמכה מפורשת בו;

ב. החוק הפוגע חייב להלום את ערכיה של מדינת ישראל;

ג. החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה;

ד. החוק פוגע בזכות האדם במידה שאינה עולה על הנדרש.

א

בעתיד יהיה על בית המשפט ליתן מובן לכל אחד מהמרכיבים הללו. כך, למשל, הדרישה כי הפגיעה תהא בחוק או לפי חוק משקפת את עקרון החוקיות (ראה O. M. Garibaldi, "General Limitations on Human Rights: The Principle of Legality" 17 *Sunday Harv. Int'l L. J.* (1976) 503. עיקרון זה אינו בעל אופי פורמאלי גרידא (ראה *Times v. United Kingdom* (1979) [107], at 270). המרכיב השני – ערכיה של מדינת ישראל – מפנה לערכיה של ישראל כמדינה יהודית (במובן המורשת היהודית ובמובן הציוני) וכמדינה דמוקרטית. אכן, שונים אנו מאומות העולם. אנו לא רק מדינה דמוקרטית אלא גם מדינה יהודית. חוק היסוד בא "לעגן בחוקייסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א; ראה אלון, במאמרו הנ"ל). אחד החידושים החשובים של חוק היסוד הוא בקביעתו כי "מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוקייסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1). בכך ניתן לערכים אלה מעמד חוקתי על-חוקי. משמעותם של ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית ופתרון ההתנגשות ביניהם יעסיקו אותנו בוודאי רבות בעתיד.

ב

ג

ד

"תכלית ראויה"

ה

ו

ז

91. המרכיב השלישי של פיסקת ההגבלה הוא זה הדורש תכלית ראויה. אף מרכיב זה מעורר קשיים ניכרים, שנוכל להשאירם בצריך עיון. בעיקרו של דבר, תכלית היא ראויה אם היא משרתת מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות האדם. על-כן, חקיקה שנועדה להגן על זכויות האדם היא בוודאי לתכלית ראויה. גם חקיקה שנועדה להשיג תכליות חברתיות כלליות, כגון מדיניות רווחה או שמירה על אינטרס הציבור, היא לתכלית ראויה. במשפט החוקתי האמריקני מבחינים בין זכויות האדם השונות לעניין קביעתה של התכלית הראויה. בתי המשפט יצרו אפוא דרגות שונות של בחינה חוקתית (levels of scrutiny). כך, למשל, כאשר הזכות הנפגעת היא חופש התנועה, חופש הביטוי או השוויון בין הגזעים, רמת הבדיקה היא הגבוהה ביותר. על-כן תכלית היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרה חיונית (compelling state interest) או צורך חברתי לוחץ (pressing public necessity) או עניין חברתי מהותי (substantial state interest). כאשר הזכות הנפגעת היא הפליה על בסיס של מין או גיל, רמת הבדיקה היא בינונית. תכלית ראויה היא תכלית המגשימה מטרה חברתית חשובה (important governmental objective). ברמת הבדיקה השלישית, והנמוכה ביותר, מונחות הפגיעות בזכויות כלכליות. כאן אמת המידה הינה אם המטרה היא סבירה. לעומת שלוש דרגות אלה של המשפט האמריקני פותחה בקנדה רמת בדיקה אחרת. התכלית היא ראויה אם היא מכוונת לצרכים חברתיים בעלי חשיבות



בסיסית (fundamental importance). דומה כי מוקדם מדי להכריע בשאלה מהו הדין בישראל על-פי פיסקת ההגבלה, והאם עניין לנו ברמה אחידה של בחינה (כמו במשפט הקנדי) או ברמות שונות (כמו במשפט האמריקני). נראה לי כי לצורכי העניין שלפנינו די אם נקבע כי תכלית היא ראויה, אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות חשובות לקיומה של מסגרת חברתית שמכירה בחשיבותן ההוקתית של זכויות האדם ובצורך להגן עליהן. המטען הנורמאטיבי של מהות החשיבות ייקבע במשך הזמן, בפסיקתו של בית המשפט העליון.

92. בנתחו את מהותה של "התכלית הראויה" מציין חברי, הנשיא שמגר, כי תכלית זו כוללת את התכלית שעמדה לנגד עיני המחוקק ("בית המשפט בודק את התכלית שהנחתה את המחוקק"), וכן את התכלית כפי שבית המשפט קובע אותה בעת מתן פסק הדין (ה"מתגלית לנגד עיניו רק בעת בדיקתו של הנוסח הסופי של החוק ושל השלכותיו"). כן מוסיף חברי ומציין – לעניין בדיקת התכלית שעמדה לנגד עיני המחוקק – כי "חוקה על המחוקק שפעל בתום-לב, ומכל מקום אין מתחקים אחר מניעים סמויים של הפרטים המרכיבים את הרשות המחוקקת, להבדיל מן התכלית שעמדה נגד עיני המחוקק כרשות שלטונית קולקטיבית". לבסוף, חברי מציין כי תכלית החוק נשקלת "מול הפגיעה ומשמעותה". עמדתו זו של חברי מעוררת מספר ניכר של בעיות, שלדעתי ניתן וצריך להשאיר בצריך עיון. חברי מצייע לבחון שתי "תכליות" – זו שעמדה לנגד עיני המחוקק וזו שמתגלית לעיני בית המשפט. גישה זו שנויה היא במחלוקת בספרות ההשוואתית. יש הסבורים, כי לעניין קביעת חוקתיותו של חוק – בדומה לקביעת חוקתיותה של תקנה (בטענה שהיא הותקנה מתוך מניע פסול) – יש להתחשב בתכלית ההיסטורית שעמדה לנגד עיני המחוקק, ובה בלבד. אחרים סבורים, כי יש להתחשב הן בתכלית ההיסטורית והן בתכלית המודרנית. זאת ועוד: אם מתחשבים בתכלית הסובייקטיבית, מתעוררת הבעיה של בחינת המניע של המחוקק. חברי הנשיא קובע כי "אין מתחקים אחר מניעים סמויים של הפרטים המרכיבים את הרשות המחוקקת". לכך יש כמובן להסכים. אך היש להתחשב במניעים גלויים של חברי הכנסת? עניין זה שנוי הוא במחלוקת בספרות החוקתית ההשוואתית. כיצד ניתן להוכיח כי חקיקה נעשתה מתוך מניע פסול (כגון מניע מפלה) אם אין מאפשרים הוכחתו של המניע? כמובן, מתעוררות שאלות קשות ביותר באשר לדרכי ההוכחה. לבסוף, חברי מדגיש את התכלית ומוסיף, אגב אורחא, כי שוקלים את התכלית "מול הפגיעה ומשמעותה". אף כאן מתעוררות בעיות קשות ביותר. יש הסבורים שרק התכלית קובעת ואין להתחשב בפגיעה. מניע פסול שולל את תוקף חקיקה גם אם תוצאתה טובה. אחרים סבורים כי המכריע הוא האפקט של החקיקה ולא תכליתה (לכל הסוגיות הללו, ראה: J. L. Ely, "Legislative and Administrative Motivation in Constitutional Law" 79 *Yale L. J.* (1969-70) 1205; P. Brest, "*Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive*" [1971] *Sup. Ct. Rev.* 95; L. A. Alexander, "Introduction: Motivation and Constitutionality" 15 *San Diego L. Rev.* (1977-78) 925). כאמור, שאלות אלה הן קשות – מחקשות שבמשפט החוקתי. אין לנו ניסיון בטיפול בהן. אני מצייע שגששיר אותן בצריך עיון.

## "שאינה עולה על הנדרש"

- א 93. המרכיב האחרון של פסקת ההגבלה הינו כי הפגיעה בזכות אדם הוקתית אינה עולה על הנדרש. אם מרכיב "התכלית הראויה" בוחן את מטרתה של החקיקה הפוגעת, הרי מרכיב "במידה שאינה עולה על הנדרש" בוחן את האמצעים שנבחרו על-ידי המחוקק. זהו מבחן של מידתיות (proportionality). על פיו נבחן אם האמצעי אשר המחוקק בחר בו ראוי הוא להגשמת מטרתו (התכלית הראויה). בעבר נוקקנו לעקרון המידתיות במשפט המינהלי (ראה: בג"צ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון ואח' [56]; בג"צ 987/94 יזרונט קוזי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח' [57]; בג"צ 3477/95 בן-עטייה ואח' נ' שר החינוך התרבות והספורט [58]; בג"צ 1255/94 הנ"ל; ראה גם סגל, במאמרו הנ"ל, הפרקליט לט). עתה ניתן לו מעמד חוקתי. לאורו נבחנת עתה חוקתיותו של החוק. גם במשפט המשווה החל מבחן זה להתפתח כמבחן של משפט מינהלי. הוא מקובל מאוד בכל המשפט המינהלי האירופי (ראה J. Schwarze, *European Administrative Law* (Luxembourg, 1992) 677 הגרמני (ראה י' זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב (תשנ"ג-ג"ד) 109, 130, וכן ראה: H. P. Singh, *German Administrative Law* (Berlin, 1985) 88; G. Nolte, "General Principles of German and European Administrative Law - A Comparison in Historical Perspective" 57 *Mod. L. Rev.* (1994) 191 משם הוא עבר למשפט החוקתי של מרבית מדינות אירופה, ומחוצה לו. הוא מהווה מבחן מרכזי בקנדה (ראה Hogg, *supra*) ובדרום-אפריקה, על-פי חוקתה החדשה: ראה [112] *Makwanyana*).
- ב
- ג
- ד

- ה 94. חוק פוגע בזכות אדם מוגנת. החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל. הוא לתכלית ראויה. כיצד יש להכריע בשאלה אם פגיעות בזכות האדם "אינה עולה על הנדרש"? מתי חוק הפוגע בזכות אדם הוקתית מקיים את דרישת המידתיות? כמשפט המשווה נעשה ניסיון לתת קונקרטיזציה לעקרון המידתיות. נראה לי כי ראוי הוא שנלמד מניסיון זה, המשותף לקנדה, גרמניה, הקהילות האירופיות ובית המשפט האירופי לזכויות האדם בשטרסבורג, שהרי עקרון המידתיות אינו משקף היסטוריה חברתית מיוחדת במינה, או עמדה פרטיקולרית בעניין חוקתי, אלא עמדה אנליטית כללית באשר למידתו של החוק הפוגע בזכות אדם הוקתית.
- ו
- ז

- ח 95. המשפט המשווה מצביע על כך כי מבחן המידה הדרושה מתחלק לשלושה מבחני משנה: מבחן המשנה הראשון קובע כי אמצעי חקיקתי, הפוגע בזכות אדם הוקתית, הוא ראוי אם הוא מתאים להשגת המטרה. זהו מבחן "ההתאמה" (fit, geeningat) או מבחן "הקשר הרציונאלי". נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי צריך להיות גזור להשגת המטרה. האמצעי צריך להוביל, באופן רציונאלי, להגשמתה של המטרה. מבחן המשנה השני קובע כי אמצעי חקיקתי, הפוגע בזכות אדם הוקתית, הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה על-ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות האדם

תהא קטנה יותר. זהו מבחן האמצעי "שפגיעתו פחותה". הוא מכונה לעתים כיסוד הצורך. מבחן המשנה השלישי מחייב שקילת התועלת שתצמח לציבור לעומת הנזק לפרט בהפעלת האמצעי. נדרש אפוא יחס ראוי בין האמצעי למטרה ("מידתיות במונח הצר"). שלושת מבחני המשנה סוכמו יפה בפסק הדין המנחה בקנדה, לאמור:

"There are, in my view, three important components of a proportionality test; First the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair 'as little as possible' the right or freedom in question... Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of 'sufficient importance'" (Oakes [114], at 139).

יצוין, כי מבין מבחני המשנה לעקרון המידתיות החשוב ביותר הוא מבחן המשנה השני. הדרישה, כי החוק יפגע בזכות המוגנת במידה הקטנה ביותר האפשרית, היא לבו של מבחן המידה שאינה עולה על הנדרש. הוא גם קשור עמו, טקסטואלית, בקשר הקרוב ביותר. אכן, ברבים מהמקרים התכלית היא ראויה, וקיים קשר ראציונאלי בין התכלית לאמצעי שנבחר. נקודת ההכרעה מתמקדת בשאלה אם המחוקק בחר באמצעי שפגיעתו קטנה ביותר. בהקשר זה מקובל הוא להשתמש בדימוי של שלבים בסולם. בית המשפט בוחן אם המחוקק בחר בדרגה הנמוכה יותר בסולם. זו "תורת המדרגות" (stufentheorie); ראה D. P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham and London, 1989) 290. בפרשת בית המרקחת (110) [1958] 377 BverfGE (7) - העוסקת בהגבלת חופש העיסוק - קבע בית המשפט החוקתי הגרמני את תורת השלבים או המדרגות. נקבע על-ידי כי פגיעה בחופש העיסוק יכולה לבוא:

"...only to the extent that the protection cannot be accomplished by a lesser restriction of freedom of choice. In the event that an encroachment on freedom of occupational choice is unavoidable, lawmakers must always employ the regulative means least restrictive of the basic right".  
(תרגום של קומרס, בספרו הנ"ל, בעמ' 288).

מרחב התמרון החוקתי

96. פיסקת ההגבלה מטילה תפקיד קשה על בית המשפט. היא דורשת רגישות לצורך לאזן בין זכויות הפרט ואינטרס הכללי. היא מחייבת הבנה של השופט באשר לתפקיד

א החוקתי שהוא ממלא. לעתים קרובות ניתן לקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה בדרכים שונות. נוצר מעין "מיתחם הגבלה" (בדומה למיתחם הסבירות), או "מיתחם הפגיעה". בית המשפט צריך לשמור על גבולות המיתחם. עליו למשוך ידו מכניסה לגופו של המיתחם. הבחירה בין האפשרויות השונות בגדרי המיתחם היא של המחוקק. עקרון הפרדת הרשויות העניק את תפקיד הבחירה - הוא תפקיד החקיקה - בגדרי המיתחם לרשות המחוקקת. הבחירה בין קווי מדיניות שונים, המקיימים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה, היא בידי המחוקק. השאלה אשר השופט צריך לשאול את עצמו אינה מהו החוק אשר מאזן כראוי בין צרכי הכלל והפרט שאותו היה השופט מחוקק אילו היה חבר בבית הנבחרים. השאלה אשר השופט צריך לשאול את עצמו היא, אם האיוון שנבחר נופל לגדרו של מיתחם ההגבלה. בית המשפט צריך לבחון את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק הוא טוב, יעיל, מוצדק, השאלה היא אם החוק הוא חוקתי. מחוקק "סוציאליסטי" ומחוקק "קפיטליסטי" עשויים לחוקק חוקים שונים ומנוגדים, אשר כולם ימלאו את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. יש לאפשר למחוקק "מיתחם של התחשבות" (margin of appreciation) או "מרחב של שיקול-דעת" על גבול מיתחם ההגבלה. יש להכיר בקיומו של מרחב תמרון (reasonable room to manoeuvre) המאפשר למחוקק להפעיל את שיקול-דעתו בבחירה בין תכלית (ראויה) לבין אמצעים (הפוגעים במידה שאינה עולה על הנדרש). לכל מחוקק יש מרחב סביר של תמרון (ראה הוג, בספרו הנ"ל, בעמ' 882, וכן P. Van Dijk and G. J. H. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Deventer, 1984) 585). עמדתני על כך לעניין הרשות המינהלית, בצייני:

ה "בהפעלת עקרון המידתיות - ובעיקר בבחינת האמצעי שפגיעתו פחותה - יש להכיר במרחב התמרון של הרשות השלטונית. לעתים קרובות מצויות מספר דרכים שבהן ניתן לצאת ידי חובת המידתיות. לא פעם המקרה הוא גבולי. במצבים אלה ואחרים יש להכיר בקיום מיתחם ההתחשבות של הרשות השלטונית. מיתחם זה דומה למיתחם הסבירות של הרשות המבצעת ... הכרה זו במרחב של שיקול-דעת שלטוני מבוסס על יתרונה המוסדי של הרשות השלטונית בבחינת החלופות האפשריות, ועל האחריות הלאומית - אחריות המוטלת עליה במסגרת עקרון הפרדת הרשויות - לביצוע התכלית הראויה... (בג"צ 3477/95 [58] הנ"ל).

דברים אלה תופסים ביתר שאת, כאשר הרשות השלטונית היא המחוקק. אכן, קביעת המדיניות החברתית - בין בסוגיות כלכליות ובין בסוגיות אחרות - נתונה למחוקק, ויש להעניק לו מרחב של תמרון חקיקתי. בית המשפט אינו קובע את המדיניות החברתית. עניין זה הוא למחוקק, אך אם המדיניות אינה חוקתית, זהו עניין לשופט. אכן, אם המחוקק חורג ממיתחם הפגיעה, אין מנוס מנקיטת עמדה שיפוטית ברורה בעניין זה. במותחו ביקורת על הגישה האמריקנית השלילית לזכויות הכלכליות - גישה המשאירה את קביעת תוכן החקיקה למחוקק המתמחה בכך, ללא מעורבות חוקתית שיפוטית - כותב טרייב:

"But such a belief would hardly justify wholesale abdication to the political process since there exists no type of legislation that can be guaranteed in advance to leave important constitutional principles unimpaired, and there is simply no way for courts to review legislation in terms of the Constitution without repeatedly making difficult substantive choices among competing values, and indeed among inevitably controverted political, social, and moral conceptions. Nor can it suffice to dismiss constitutional review of socioeconomic regulation as uniquely 'political': all significant constitutional judgments ... are inescapably political" (L. H. Tribe, *American Constitutional Law* (Mineola, 2d ed., 1988) 583-584).

א

ב

97. חברי, הנשיא, מביא את עמדתו של פרופ' הוג (Hogg), שלפיה יש ליתן פירוש מצמצם לזכויות השונות, כדי לאפשר בדיקה קפדנית של החקיקה במסגרתה של פיסקת ההגבלה. למסקנה זו הגיע המחבר לאחר ניסיון של כעשר שנים בפרשנותו של הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות. על פניה, נראית לי גישה זו בלתי ראויה. סופה להביא לצמצום הזכות ולצמצום ההקפדה על הפגיעה בה גם יחד. עם זאת, נראה לי מוקדם מדי להגיע למסקנות כלשהן בשלב זה, בגדרו של חוק היסוד שלנו. יש לתת לפסיקה להתפתח בלי הכרזות אפריוריות כי יש לתת להוראה פלונית פרשנות מרחיבה ולהוראה אלמונית פרשנות מצמצמת. לכל ההוראות יש לתת פרשנות שתגשים את התכלית המונחת ביסודן.

ג

ד

98. לשם בחינת השאלה אם דבר החקיקה פוגע בזכות האדם המוגנת במידה שאינה עולה על הנדרש, יש לבחון לעתים חלופות אפשריות. אכן, כשם שמבחן המידתיות מחייב את בית המשפט לבחון את החלופות השונות שעמדו לרשות המינהלית, כן מחייב אותו מבחן עצמו את בית המשפט לבחון את החלופות השונות שעמדו לרשות המחוקקת. אין זו משימה שבית המשפט אינו יכול לה. בדיקה חוקתית שכזו נעשית במדינות רבות בעולם. לפני בית המשפט המוסמך מובאות "העובדות החברתיות" (או "העובדות החקיקתיות: legislative facts") המצביעות על החלופות השונות. בהסבירו עובדות אלה, מציין הוג, בספרו הנ"ל, בעמ' 1292:

ה

ו

"Legislative facts are the facts of the social sciences, concerned with the causes and effects of social and economic phenomena. Legislative facts are rarely in issue in most kinds of litigation, but they are often in issue in constitutional litigation, where the constitutionality of a law may depend upon such diverse facts as the existence of an emergency, the effect of segregated schooling on minority children, the relationship between alcohol consumption and road accidents, the susceptibility to advertising of young children, or the effect of pornography on behaviour".

ז

תשתית זו מוצגת יום-יום בבתי משפט בעולם, העוסקים בבעיות חוקתיות. על תשתית זו מכריע בית המשפט, כאשר לנגד עיניו עומדת תמיד ההנחיה כי הוא אינו המחוקק, כי המדיניות נקבעת על-ידי המחוקק, וכי למחוקק יש מרחב ניכר של תמרון. כל המעיין בפסקי-דין של בתי-משפט העוסקים בהכרעות חוקתיות, למד על עושר החומר הראייתי המובא לפניהם ועל יכולתם היפה להתמודד עם בעיות אלה. בארצות-הברית מוכרת פראקטיקה זו מאז תחילת המאה. היא מכונה ה-"Brandeis brief", על שם מחברו של המסמך השיטתי והמדעי הראשון אשר הוצג לפני בית המשפט, בהסתמך על כלים מחקרניים מתחום מדעי החברה. בית המשפט מצפה מהצדדים - ובעיקר מהצד שעליו מוטל הנטל - להציג לפני בית המשפט את התשתית העובדתית אשר תאפשר לבית המשפט להכריע בשאלה אם מבחן "המידה שאינה עולה על הנדרש" התקיים. קיימת בעניין זה ספרות ענפה בכל חלקי העולם (ראה: K. L. Karst, "Legislative Facts in Constitutional Legislation" [1960] *Sup. Ct. Rev.* 75; Baade, "Social Science Evidence and the Federal Constitutional Court of West Germany" 23 *J. Politics* (1961) 421 בצינו: *La Forest*) עמד על כך השופט להיפורה (La Forest) בצינו:

"I must underline as strongly as I can the importance of producing evidence... One of the major challenges in a section 1 analysis is to identify and weigh the rights or interests served by a provision impugned as violating a guaranteed right. Particularly in areas outside the ordinary ken of lawyers, evidence will be required to enable courts to deal with the issue at all" (La Forest, "The Balancing of Interests Under the Charter" 2 *N.J.C.L.* 133, 143).

לשם הגשמת משימה זו על בית המשפט ועל עורכי הדין הטוענים לפניו לפתח כישורים נוספים, המאפשרים להם להתמודד עם "העובדות החברתיות". עמד על כך השופט לחר (Lamer), נשיא בית המשפט העליון של קנדה, בצינו כי המהפכה החוקתית בקנדה בתחום זכויות האדם חייבה התמודדות השופט ועורך הדין עם תשתית עובדתית מסוג חדש:

"These developments require lawyers and judges to have a whole new range of skills. We need to be able to look intelligently at questions of social policy, to identify the sorts of expertise that the particular problem requires, to deal with material from a wide range of disciplines and to interact effectively with persons who possess many sorts of expertise. In addition to the traditional technical skills of the lawyer, we need a deep understanding of the most fundamental principles of the law; an understanding which is broad enough to relate to a wide variety of other disciplines" (A. Lamer, "Canada's Legal Revolution: Judging in the Age of the Charter of Rights" 28 *Isr. L. Rev.* (1994) 579, 581).

בהמשך דבריו מציין השופט למר, כי בתי המשפט בקנדה פיתחו טכניקות שיפוטיות לטיפול בעובדות החברתיות:

"...courts now are routinely receiving a good deal of what can be referred to as social fact evidence. This sort of evidence is often directed to the questions of what is the impact of legislation on society and what would be the impact of alternative ways of confronting the social problem. This kind of evidence is like that which is relevant in proceedings before a Parliamentary Committee when proposed legislation is being considered. Particularly where the question is whether certain laws are justified in a free and democratic society, debate in the courts sometimes resembles proceedings before a House Committee in that the benefits and burdens of the legislation and its alternatives have to be weighed in light of the best available information about the needs of society and the nature of the problem addressed" (שם, בעמ' 582).

כשם שבתי המשפט ועורכי הדין בקנדה יכולים למשימה זו, נוכל לה בוודאי גם אנו. כמוכן, תמיד יש לזכור כי למחוקק נתון מרחב תמרון חקיקתי; כי השאלה אינה מהו ההסדר החקיקתי האידיאלי, אלא מהו ההסדר החקיקתי שניתן לצפות לו במסגרת המשטר החוקתי הכולל בישראל; כי בית המשפט אינו בוחן את התבנית החקיקתית הנראית לו ראויה, אלא בודק את החוקתיות של התבנית החקיקתית שהמחוקק קבע; כי במקרי גבול יש להעניק למחוקק מרחב סביר של בחירה חקיקתית. על בית המשפט להשתכנע כי המחוקק בחר מבין האמצעים החקיקתיים שעמדו לרשותו ואשר פגיעתם בזכות החוקתית היא הקטנה ביותר. אין לדרוש בחירה אידיאלית.

ד. חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון) (החוק המתקן)

1. תחולת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו

99. החוק המתקן חוקק לאחר שחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו נכנס לתוקפו. על-כן אין תחולה לפיסקת שמירת הדינים. בעניין זה מקובלת עליי דעתו של הנשיא שמגר. כמוכן, החוק המקורי - אשר נחקק לפני חקיקתו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו - אינו נתון לביקורת חוקתית. הוא נהגה מהמטרייה הנורמאטיבית אשר סעיף 10 לחוק היסוד מעניק לדין הקיים.

2. שלב ראשון: האם החוק המתקן פוגע בזכות חוקתית

100. השאלה החוקתית הראשונה המתעוררת הינה אם החוק המתקן פוגע בקניין. לדעתי, לא יכול להיות ספק שהתשובה על כך היא בחיוב. החוק המתקן פוגע בקניין של

הנושים. הוא מאפשר מחיקת חוב שלא בדרך פירעונו. בכך הוא פוגע ברכושם של הנושים. הפגיעה אינה של "מה בכך" בין שהפגיעה היא קלה ובין שהיא כבדה - זכותו של הנושה נפגעת. יש לבחון, עתה, אם הפגיעה בזכות הקניין היא כדין, כלומר, אם מתקיימים יסודותיה של פיסקת ההגבלה.

א

3. שלב שני: האם החוק המתקן מקיים את מרכיביה של פיסקת ההגבלה

1. "החוק"; "ערכיה של מדינת ישראל"

ב

101. האם החוק המתקן מקיים את תנאיה של פיסקת ההגבלה? לא שמענו כל טענה כנגד קיומו של התנאי, כי הפגיעה בקניין צריכה להיות "בחוק". תנאי זה התקיים אפוא. האם חוק המתקן הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית? השאלה הינה אם חוק (חדש) הקובע הסדר של מחיקת חובות - שבמהותו אינו אלא הסדר של פשיטת-רגל מורחבת - לשם שחרור מיגזר (חקלאי) מסכנת כיליון, תוך הטלת הנטל על כלל הנושים, תואם את ערכיה של מדינת ישראל. חברי משיב על כך בחיוב. דעתי כדעתו, ומטעמיו.

ג

102. חברי, הנשיא, מתח, בהקשר זה, ביקורת על הערכאה הראשונה (בר"ע 1908/94 ו-3363/94) על שלא העריכה נכונה את תפקידו של בית המשפט, בהעריכה אם דבר חקיקה הולם את ערכיה של מדינת ישראל. כותב חברי:

ד

"בית המשפט אינו יושב לדין כדי לנהל את כלכלת המדינה. הוא אינו משכתב את החוק. הוא אינו הופך את המשני לעיקרי כדי לקבוע שחקיקה הלוקה לטעמו בפגם או בחולשה כלשהם, הופכת לבלתי הולמת ערכיה של המדינה. בית המשפט אינו נקרא להצהיר מה, לטעמו, החקיקה הצודקת יותר או הנכונה יותר לשם פתרון של הבעיה שעמה הוא מתעמת. בית המשפט נקרא לבחון במסגרת מרכיב זה של סעיף 8, אם החקיקה הנפרסת לפניו, על-פי תכליתה ומגמתה הכללית, grosso modo, הולמת מדינה דמוקרטית ויהודית".

ה

ו

אכן, בית המשפט אינו מנהל את כלכלת המדינה. אך בית המשפט נדרש להחליט אם חקיקה המנהלת את כלכלת המדינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. טול חקיקה המסדירה את ניהול אמצעי התקשורת במדינה ובכך פוגעת, לפי הטענה, בחופש הביטוי. בית המשפט אינו מנהל את התקשורת, אך חובתו תהא לקבוע אם חקיקה, הפוגעת בחופש הביטוי, הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. או טול חקיקה המסדירה את דרכי ההוצאה לפועל, ויש בה, לפי הטענה, פגיעה בחירותו של החייב או בקניינו של הנושה. על בית המשפט לבחון

ז



טענות אלה. בכל אלה אין, כמובן, לשכתב את החוק, ואין להפוך עיקר לטפל וטפל לעיקר. בית המשפט גם לא מתבקש לחוות דעתו על צדקתו של פתרון או על תבונתו. אך עדיין עומדת חובתו של בית המשפט - חובה שממנה הוא אינו יכול להשתחרר - לקבוע אם החקיקה תואמת את ערכיה של מדינת ישראל. חברי, הנשיא שמגר, מצטט מפסקי-דינו של השופט בלק (*Black J.*) בפרשת *Ferguson* [88]. פסקי-דין זה יש להבינו על רקע ההתפתחות ההיסטורית בפסיקתו של בית המשפט העליון בכל הנוגע ל-"substantive due process" ולהילכת [99] *Lochner v. New York* (1905) (ראה J. E. Nowak and R. D. Rotunda, *Constitutional Law* (St. Paul, 4th. ed., 1991) 362). היסטוריה זו זרה לנו. ההבחנות האמריקניות בין זכויות אדם בסיסיות מזה (בהן הבחינה החוקתית היא ברמה הגבוהה ביותר) לבין חופש הפעילות הכלכלית של המדינה מזה (בהן הבחינה החוקתית היא בדרגה הנמוכה ביותר) אינן תואמות את המבנה החוקתי שלנו, שבו חופש העיסוק נהנה ממעמד חוקתי כמו זכויות האדם האחרות, והריהו אחד מזכויות האדם הבסיסיות. הטראומה האמריקנית מהילכת *Lochner* [99] אסור לה שתכניס את המשפט הישראלי לקיפאון. היא עלינו לגבש, במשך השנים, תפיסה חוקתית כוללת, המבוססת על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. היא עלינו לבחון אם במסגרת פסקת ההגבלה נפתח רמות בדיקה שונות (לעניין מהות התכלית הראויה והאמצעים הראויים) על-פי סוגי הזכויות, או שנגבש רמת בדיקה אחידה.

103. חברי, הנשיא שמגר, מותח ביקורת על קביעתו של אחד מבתי המשפט המחוזיים, שלפיה החוק המתקן אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל בשל כך שהוא חל רק על מושבים (ולא על קיבוצים). לדעת הנשיא קביעה זו כי "דוגמה לגישה עקרונית מוטעית, שלפיה רק אם החוק יגיע מבחינת היקף תחולתו למרב הדרוש לטעמו של בית המשפט, ניתן יהיה להסיק כי הוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל". חברי ממשיך ומציין, כי -

"החקיקה הכלכלית שהיא פרי מדיניות כלכלית קובעת את היקף תחולתה לאור שיקול המחוקק ולאור נתונים כלכליים שונים שאינם בידיעתו או במומחיותו של בית המשפט. לא לשם כך הוענקה סמכות הביקורת החוקתית לבית המשפט".

חברי שב ומוכיר בהקשר זה "את החלטתו של המחוקק הקנדי שלא לכלול בחוקה את נושא הפגיעה בקניין". לדעתי, ביקורת זו היא כללית מדי וגורפת מדי. נקודת המוצא הינה כי בישראל, שלא כמו בקנדה, הקניין הוא זכות חוקתית. בית המשפט מופקד להגן על זכות הקניין, כשם שהוא מופקד על הגנתן של זכויות האדם האחרות. טרם התעוררה לפנינו השאלה, אם ההגנה החוקתית על כל הזכויות היא שוות עוצמה, או שהיא משתנה על-פי מהותה של הזכות. מוקדם עדיין לנקוט עמדה בשאלה חשובה זו. עקרונית, יפה עשו בתי המשפט המחוזיים שלקחו בחשבון את עקרון השוויון כאחד

מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ובדקו לאורו את החקיקה שלפנינו. עם זאת, מסכים אני עם חברי, הנשיא, כי במקרה שלפנינו – לאחר בחינה ובדיקה – אין לומר כי ההסדרים במיגור האחד יש בהם משום הפליה כלפי מיגורים אחרים.

## 2. תכלית ראויה

104. חוק הפוגע בזכות אדם חוקתית, המעוגנת בחוקייסוד; כבוד האדם וחירותו, הוא חוקתי רק אם הוא נועד לתכלית ראויה. חברי הנשיא קבעו, כי התכלית המונחת ביסוד החוק המתקן היא ראויה. לכך אני מסכים. בין שנגקוט גישה סובייקטיבית לתכלית הראויה (כוונת המחוקקים) ובין שנגקוט גישה אובייקטיבית (תכלית החוק), על-פי שתי אמות המידה התכלית היא ראויה. התכלית הינה הבטחת שיקום לחייבים מסוימים ומניעת התמוטטות מפעל חייהם. זו מעין חקיקת חירום אשר נועדה להגן על קיומם של חברי מושבים. תכלית זו נועדה להגשים מטרה חברתית חשובה. היא דומה לחקיקה העוסקת בביטול חובות בפשיטת-רגל. היא מהווה ביטוי למדיניות של מדינת סעד. היא מכירה בחשיבות החוקתית של הגנה על זכויות אדם (חייבים כנושים) ובצורך להגן עליהם. נראה לי, כי לצורכי הערעורים שלפנינו די בפרופוזיציה זו.

## 3. במידה שאינה עולה על הנדרש

105. כפי שראינו, מבחן "המידה שאינה עולה על הנדרש" כולל בחובו שלושה מבחני משנה. מבחן המשנה הראשון הוא מבחן "ההתאמה" או "הקשר הראציונאלי". הוא מתקיים בעניינינו. מבחן המשנה השני הוא מבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה", או מבחן "הצורך". חוק פוגע בזכות יסוד במידה שאינה עולה על הנדרש, רק אם המחוקק בחר – מתוך מיגוון האמצעים שעמדו לרשותו – באמצעי הפוגע פחות בזכות האדם המוגנת. על המחוקק להתחיל ב"מדרגה" הפוגעת פחות, ולעלות אט אט בגרם המדרגות, עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם. בקביעתה של הדרגה הראויה יש להכיר בקיומו של מרחב סביר של תמרון חקיקתי. על בית המשפט לגלות גמישות, ועליו להכיר בקשיי הבחירה של המחוקק, בהשפעת בחירתו על הסקטורים השונים של החברה וביתרון המוסדי של המחוקק בהערכתם של נתונים אלה.

106. האם החוק המתקן פוגע בזכות הנושים מעבר למידה הדרושה? או שמא נופל עניינינו של חוק זה בגדרי מרחב התמרון החקיקתי הנתון למחוקק? היועץ המשפטי לממשלה הציג לפנינו את הדילמה אשר עמדה לפני המחוקק. דילמה זו עולה מדברי ההסבר להצעת חוק הסדרים במגור החקלאי והמשפחתי, בעמ' 92, הקובעים:

"הצעת החוק נועדה ליצור מסגרת חדשה לפתרון המשבר הקשה ביותר אשר פוקד את כל המגזר החקלאי כבר שנים מספר. מגמתה הכללית היא לאפשר את שיקומו של המגזר החקלאי, תוך העדפת השיקום על פני הפירוק מצד אחד, והרצון להימנע מהזרמת כספים מהקופה הציבורית מצד שני. התערבות המחוקק במציאת הסדרים למגזר החקלאי נראית עתה מחויבת המציאות לאחר שהסדרים השונים לא הוכיחו עצמם, והותירו את המגזר החקלאי במשבר עמוק ולעתים אף החריפוהו".

בבקשה זו הופנינו להסדר מ-1987 ("הסדר רביד"), שעל פיו הוקמה מינהלת אשר אמורה הייתה לקבוע, לגבי כל מושב, את אופן הסדרת חובותיו לבנקים. הצטרפותם של החייבים ושל נושים אחרים שאינם הבנקים, החתומים על ההסכם, הייתה וולונטארית וכללה "זכות וטו" לכל צד, באשר לקביעת המינהלת. נמסר לנו, כי בשל ההצטרפות הוולונטארית וזכות הוטו לא צלחה דרכו של הסדר רביד, ובמסגרתו הוסדרו אך כ-30% מחובות המיגזר החקלאי (כמיליארד וחצי שקלים). על רקע זה לא היה מנוס מהסדר חקיקתי. הסדר זה מבוסס על "טיפול שורש במשבר בו מצויה המערכת החקלאית בישראל" (תשובת היועץ המשפטי לממשלה, עמ' 13). על-פי "טיפול שורש" זה מונה "המשקם", אשר מנתח את מצב החובות של האגודה וחבריה וקובע את אופן השיקום של החייבים, לאור כושר ההחזר שלהם וגובה החובות שגותר להם. על רקע זה - ולאור הניסיון מהפעלת החוק המקורי - התעוררו מספר שאלות משפטיות, אשר החוק המתקן ביקש לפתור ואשר עליהן עמד חברי, הנשיא שמגר, בפתח פסקדינו. לטענת היועץ המשפטי לממשלה, תיקונים אלה אינם מעבר למידה הדרושה, והרי הם בגדר מרחב התמרון החקיקתי הנתון למחוקק. בעניין זה מציין היועץ המשפטי לממשלה, כי "ברור שהמשבר עדיין נמשך" ודורש פתרון מהיר. כן מפנה היועץ המשפטי לממשלה לכך כי הפגיעה אינה למעלה מהנדרש "כאשר מדובר למעשה בהסדר נושים שבא להחליף הסדרים מקובלים אחרים כמו פשיטת רגל, כינוס ופירוק שאף במסגרתם יכולה להיפגע זכות הנושים" (שם, בעמ' 61). על רקע זה טוען היועץ המשפטי כי "מידת הפגיעה אינה עולה על הנדרש כשהפגיעה כשלעצמה אינה ברורה כלל ועיקר, דהיינו עד כמה יוכל הנושה לגבות את חובו, אם לא יכלל במסגרת החוק ולעומת זאת הפגיעה בתכלית החקיקה ובמטרתו ללא הוראות החוק המתקן היא ודאית" (שם, בעמ' 62). היועץ המשפטי לממשלה הדגיש לפנינו כי:

"החלצותו של המחוקק לפעול להצלת הסקטור החקלאי-מושבי, בדרך של פגיעה מסוימת בנושים, באה לאחר נסיון לפתור את המשבר בדרכים שונות. הן על ידי עזרה של מקורות מימון של המדינה והסוכנות והן באמצעות הסדר וולונטרי. לאחר שכל הנסיונות לא צלחו, נחקק החוק העיקרי שמטרתו הייתה להסדיר סופית את כלל חובו של הגורם החקלאי. לא החוק העיקרי עומד היום לביקורת בית המשפט הנכבד, לא עומדת למבחן הוראת סעיף 15 להפחתה אוטומטית שהיא הפגיעה העיקרית שבחוק העיקרי.

עומדות לביקורת ההוראות הרלוונטיות של החוק המתקן שלא הפקיעו את זכות התביעה, או הגביה של הנושים, אלא רק הציעו הסדר שונה, שאולי יפגע באפשרויות הגביה של חלק מהחוב. בנסיבות אלה כאשר כוונתו ותכליתו של המחוקק היא להציל ולעזור לשיקומו של הגורם החקלאי, הבחירה של המחוקק נעשתה בתוך 'מרחב התמרון החקיקתי'."

לחלופין, ביקש היועץ המשפטי לממשלה - אם נגיע למסקנה כי לא שוכנענו כי ננקט האמצעי שמידת פגיעתו אינה מעבר לנדרש -

"כי תינתן האפשרות להנחת התשתית העובדתית והמשפטית הנדרשת להוכחת העמידה בתנאי פיסקת ההגבלה, וזאת בהתחשב בעובדה, כי בביטול דבר המחוקק עסקינן ואין להשאיר את החלטת כב' השופטת קמא על כנה, רק משום שלא הובאו בפניה ראיות מספיקות" (שס, בעמ' 66).

107. על רקע מצב דברים זה, השאלה הניצבת לפנינו הינה: האם שוכנענו כי המחוקק לא נקט אמצעים שאינם עולים על הנדרש, ועל כל פנים, האם המקרה נופל לגדר מרחב התמרון החקיקתי הנתון למחוקק? בשאלה זו התלבטתי לא מעט, תוך שהעליתי את האפשרות להיענות להצעה החלופית של היועץ המשפטי לממשלה, להחזיר את העניין לבחינה מחודשת לפני בית המשפט המחוזי. בסופו של דבר שוכנעתי כי המקרה הוא גבולי וכי הוא נופל לאותו מיתחם חקיקתי המאפשר למחוקק לעצב את ההסדר החקיקתי על-פי שיקול-דעתו, וכי אין צידוק לבחינה נוספת של "העובדות החברתיות". בהתחשב בתכלית הראויה - שעניינה פתרון המשבר העמוק שאליו נקלע המיגזר החקלאי - נראה לנו כי האמצעי שנקט המחוקק בחוק המתקן פוגע אמנם בנושים, אך פגיעתו אינה עולה על הנדרש, ועל כל פנים, היא על הגבול החוקי של הפגיעה. בהגיעי למסקנה זו שקלתי את החלופה של ההסדר הוולונטארי והגעתי למסקנה כי הוא איננו מתאים (לאור הניסיון שנכשל). כמו כן שקלתי הסדרים חקיקתיים אחרים שהוצגו לנו על-ידי הצדדים, אך שיש לדחותם לאור היעדר כל ניתוח ענייני המבסס אותם. בסופו של דבר נשאר הסדר החקיקתי אשר הכנסת בחרה בו לאחר שקילה ובחינה, ולא מצאתי - לאחר שלקחתי בחשבון את מכלול השיקולים - כי הוא מעבר לאותו מיתחם שיש להשאירו לשיקול-דעתו של מחוקק בתורה דמוקרטית. בעניין זה נתתי גם משקל לעובדה שעניין לנו במקרים הראשונים המגיעים לבתי המשפט, ובשל היעדר ניסיון חוקתי לא נוצל הפוטנציאל הראייתי הקיים ולא הוצגו כל הנתונים החברתיים המצויים בידי המדינה להוכחת טענותיה.

מטעמים אלה הנני מצטרף למסקנתו של חברי הנשיא, כי יש לקבל את הערעורים ברע"א 1908/94 וברע"א 3363/94 וכי יש להחזיר את התיקים להמשך הדיון לגוף העניין. כמו כן הנני מסכים, מטעמים אלה, לדחות את הערעור בע"א 6821/93. בהתחשב בעמדתו זו הנני מציע כי לא יהא צו להוצאות.

## טיכוחם של דברים

108. הגעתי אפוא למסקנות הבאות: ראשית, כי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא בעל מעמד חוקתי על-חוקי; כי ניתן להגיע לתוצאה זו בדרכים שונות, שההכרעה בהן אינה דרושה בערעור זה, אם כי הדרך הנראית לי כראויה ביותר היא זו המכירה בסמכותה של הכנסת להעניק חוקה לישראל, המצויה ברמה הנורמאטיבית העליונה ביותר (סמכות מכוונת); כי חוק יסוד זה מהווה נורמה עליונה, אשר לאורה תיבחן חוקתיותו של חוק "רגיל" הפוגע בזכות אדם חוקתית המעוגנת בו וכי אין לשנות חוק יסוד זה אלא בחוק יסוד. שנית, כי חוק "רגיל" שהכנסת מקבלת (יהא הרוב לכך אשר יהא) אינו יכול לפגוע בזכות אדם המוגנת בחוק היסוד, אלא אם כן הוא מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. אם החוק "הרגיל" אינו מקיים דרישות אלה, הוא לא חוקתי, בין שנאמר בו במפורש כי הוא מבקש לפגוע בזכות אדם מוגנת בחוק היסוד, ובין שהפגיעה משתמעת. שלישית, כי בית המשפט בישראל הוא בעל סמכות לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. עליו לבחון (בשלב הראשון) אם חוק "רגיל" (שנתקבל לאחר חקיקתו של חוק היסוד) פוגע בזכות אדם מוגנת. ועליו לקבוע (בשלב השני) אם הפגיעה מקיימת את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. אם בית המשפט יגיע למסקנה כי זכות היסוד נפגעה בלא שנתקיימו דרישותיה של פיסקת ההגבלה, בכוחו ליתן סעדים חוקתיים, ובהם הכרזה על בטלותו של החוק (או חלק ממנו). רביעית, כי הוראת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיה "אין פוגעים בקנינו של אדם", מתפרשת באופן שבגדרי הקניין נופלים גם חיובים (אובליגטוריים), ועל-כן דבר חקיקה המפחית את זכותו של הנושה פוגע בקניינו. חמישית, כי פיסקת ההגבלה – בדרישתה כי החוק פוגע בזכות האדם במידה שאינה עולה על הנדרש – מעגנת מבחן של מידתיות, הבנוי על שלושה מבחני משנה: קשר ראציונאלי, צורך ומידתיות (במובן הצר), תוך הכרה במרחב תמרון חקיקתי של המחוקק. לבסוף, כי בערעורים שלפנינו נחה דעתנו כי הפגיעה בקניינם של הנושים קיימה את דרישותיה של פיסקת ההגבלה.

## סוף דבר

109. עם חקיקתו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו התרחשה מהפכה חוקתית במעמדן של זכויות האדם בישראל. מספר זכויות הפכו לזכויות חוקתיות על-חוקיות. הפוליטיקה הישראלית הפכה, בכל הנוגע לזכויות האדם, לפוליטיקה חוקתית. התרחשה קונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי. זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן לכל ענפי המשפט (הציבורי והפרטי) ומשפיעות על מהותם. אם בעבר נגזרו זכויות האדם מההסדרים בענפי המשפט השונים, הרי מעתה ייגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות. אך מעבר לכך: חל שינוי ברטוריקה החוקתית. אם, בעבר, הרטוריקה המשפטית התמקדה בסמכות, בכוח ובשיקול הדעת (החקיקתי, המינהלי והשיפוטי), הרי מעתה נעבור לרטוריקה של זכויות וחירות. לא הכוח השלטוני באיונו הראוי הוא שיקבע את זכות האדם, אלא זכויות האדם, באיונו הראוי, הן שתקבענה את הכוח

א השלטוני. שינוי חוקתי זה נעשה על-ידי הכנסת, אשר הטילה מגבלות על עצמה ועל הרשויות השלטוניות האחרות. כל אלה מטילים אחריות כבדה על כל רשויות השלטון, החייבות לכבד את זכויות האדם. מצויים אנו בתקופת מעבר לא קלה של הסתגלות למבנה החוקתי החדש. קיימת אי-ודאות וקיימים חששות. ניצבים סיכונים, אשר על חלקם עמד חברי, הנשיא שמגר. אכן, נדרשת התאפקות מרבית של הרשות השופטת. עליה להבין כראוי את תפקידה במדינה דמוקרטית. תפקיד זה אינו כרוך בקביעת המדיניות החברתית של המדינה. הרשות השופטת אינה קובעת את סדרי העדיפויות הלאומיים. התפקיד השיפוטי הוא בפיקוח על חוקיותה של המדיניות שהגורמים הפוליטיים קובעים. תפקיד השופט הוא בשמירה קפדנית על האיוון העדין בין שלטון הרוב לבין ערכי היסוד וזכויות האדם. תפקיד השופט הוא בשמירה על החוקה ובהגנה על זכויות האדם. אמת, להכרעה החוקתית השלכות פוליטיות. עם זאת, היא אינה נעשית מתוך שיקולים פוליטיים. שיקוליו של השופט הם משפטיים-חוקתיים. אני משוכנע כי במשך הזמן נגבש לעצמנו, כרשות שופטת, אמות מידה להפעלת שיקול-דעתנו החוקתי. חוסר הוודאות יקטן. החששות יפחתו. בגיבוש הניסיון השיפוטי שלנו נפעל באובייקטיביות, בענווה ובמלוא האומץ השיפוטי הנדרש. איננו הראשונים שעמדו במבחנים דומים. כשם שמדינות אחרות עמדו בכך, יש להניח כי גם אנו נוכל לקשיים, וכי בסופו של דבר הדמוקרטיה הישראלית תצא מחוזקת. אכן, נוצר סיכוי כי השינוי החוקתי יופנם. כי זכויות האדם יהפכו ללחם חוקם של כל נערה ונער וכי המודעות לזכויות - לזכויות הילד, הנכה, הקשיש, החולה, העובד, המיעוט והאישה - תגבר, וכן כי נהיה רגישים יותר לזכויות האדם באשר הוא אדם. הסיכוי הוא בהשתתות השלטון על החוק, ולא בהשתתות החוק על השלטון. הסיכוי הוא בהגברת מודעותה של הכנסת לתפקידה החוקתי ובחיווק חוקרת העם למעמדה המרכזי כמעניקה חוקה לישראל. הסיכוי הוא בהכרה בתפקידו החוקתי של בית המשפט כשומר החוקה, כמאזן בין ערכים חוקתיים הקבועים בחוקה וכמפקח על חוקיות פעולותיהן של הרשויות השלטוניות. הסיכוי הוא בהעלאת קרן זכויות האדם ובקירוב הלבבות בין בני אדם, שכולם נבראו בצלם הבורא.

השופט ד' לוינ': 1. עיינתי בכובד ראש ובעניין רב בתוות הדעת המלומדות, המעמיקות, הנרחבות והמאלפות של הנשיא שמגר ושל הנשיא ברק, המתייחסות ביסודיות לכל הסוגיות החשובות והעקרוניות אשר עלו לדיון בהליך שלפנינו. דומה שאם אבקש להוסיף ולסקור בהרחבה את הרקע העובדתי ואת התשתית המשפטית בשאלות שבמחלוקת, אמצא "מכניס תבן לעופריים", והרי אין בכך טעם.

2. את משנתי הסדורה בעניין חוק-יסוד תופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואת עמדתי באשר למעמד החוקתי "העל-חוקי" של חוקים אלה ולמקומם המרכזי בחוקת ישראל המתגבשת פרקים פרקים, הבהרתי בהרחבה ובפירוט בפסק-דיני בפרשת כלל [37]. בכל הסוגיות העקרוניות והערכיות, התתייחסות לחוקי היסוד והפן החוקתי שבהם, הצטרפו חבריי להרכב, השופטות שטרסברג-כהן והשופט טל, לדעתי. הם חלקו עליי רק במסקנה לעניין המידתיות של החקיקה בנושיות אותו מקרה.

אפנה ואתייחס לאמור בפסק־דיני הנ"ל, בתמצית ככל האפשר, עד כמה שיהיה צורך בכך, לשם הצגת עמדותיי בסוגיות העומדות לדיון לפנינו.

א 3. רואה אני מקום וצורך להתייחס בהרחבת מה למספר סוגיות שהן במוקד הדיון לפנינו ולהביע דעתי לגביהן. ובאלה אומר את דברי:

(א) מקור סמכותה של הכנסת לחוקק חוקי יסוד ברמה חוקתית על-חוקית.

ב (ב) מעמד החוקתי של חוקי היסוד הנ"ל, הקשר הפנימי שביניהם ומקורות היניקה לערכים ולעקרונות הבאים לכלל יישום בחוקים אלה במפורש או במשתמע.

ג (ג) כיצד יש להתייחס לזכויות היסוד המוגנות של האדם על-פי חוקים אלה, ומה ההגנה הניתנת לאזרח מפני פגיעה בהם.

ד (ד) מהי הפגיעה המותרת בזכויות יסוד אלה וכיצד תיבחן חוקיותה של הפגיעה על-פי העקרונות שבסעיפי ההגבלה המפורשים בכל אחד משני החוקים הללו.

ט (ה) כיצד על בית המשפט למלא את תפקידו ולהפעיל את סמכותו בהגנה על זכויות היסוד והערכים שבחוקים הנ"ל, הפרשנות הראויה שלהם ועד כמה וכיצד יפרוס בית המשפט הגנתו על הזכאים להגנה מכוח החוק לכל ייפגעו זכויותיהם מעבר למותר ולגדרש.

ה (ו) מהי התכלית של החוק העיקרי, ומה בא ללמדנו החוק המאוחר יותר שהוא החוק המתקן. בהקשר זה נדרשת התייחסות לשאלה עד כמה פוגעים חוקים אלה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע לאמור בסעיף 3:

"אין פוגעים בקנינו של אדם".

ו ואם קיימת פגיעה כזו, עד כמה היא נסבלת מבחינת הכללים ואמות המידה שבסעיף ההגבלה (סעיף 8 שבחוק הנ"ל).

ז (ז) מהי ההכרעה המתחיבת לאור כל שייאמר בעניינינו.

ז 4. שני חבריי, הנשיא שקדם שחגג והנשיא דהיום, בחוות הדעת שלהם, קובעים כאחד שהכנסת, בחוקקה את שני חוקי היסוד הנ"ל, הציבה אותם ברמה נורמטיבית חוקתית על-חוקית וקבעה ברמה חוקתית זכויות יסוד מהמעלה הראשונה, שלא על נקלה תורשה פגיעה בהן. אומר פשוט וברור כי דעתי כדעתם. לצד ההסכמה העקרונית

א מתקיים בגישותיהם שוני בשאלה החשובה - מהו מקור סמכותה של הכנסת להוציא מתחת ידה ולהנחיל לעם חקיקה העומדת ברמה האמורה. הנשיא שמגר מעדיף לקבוע כי סמכותה של הכנסת בנדון במה שמוגדר על-ידי כ"תורת ריבונות הכנסת", כפי שהבהיר בחוות-דעתו ובמסקנתו, היא כי הכנסת, כבית מחוקקים לכל דבר, מוסמכת לקבוע רמות בחקיקתה. הנשיא ברק מעדיף לקבוע כי הסמכות במה שהוגדר על-ידי הנשיא שמגר כ"תורת הסמכות המכוננת". על-פי תורה זו, כנסת ישראל כבית המחוקקים עושה מלאכתה בכיסוי של שני כובעים - האחד, ככל שמדובר בחקיקה רגילה, מסמל ומציין את מקור סמכותה בתפקיד שיוחד לה לשמש כבית המחוקקים המופקר על החקיקה השיגרתית; האחר, ככל שמדובר בתחום החקיקה החוקתית העל-חוקית, מסמל את כוחה ומעמדה כרשות המכוננת, שבאה בנעליה של האסיפה המכוננת, שנבחרה על-מנת שתקבע חוקה למדינה אך עברה מן העולם בלא שתגשים את ייעודה.

ג חולק על שניהם מכול וכול השופט חשין, מטעמיו שלו, שזכו להנמקה נרחבת. דעתו אינה מקובלת עליי, כשם שאינה מקובלת על חבריי שחלקו על דעתו, מנימוקיהם המבטאים גם את דעתי שלי.

ד לכאורה, מה לי התורה האחת ומה לי התורה האחרת אם בסופו של דבר שתיהן מובילות לאותה מסקנה, שכנסת ישראל מוסמכת לחוקק חוקים ברמה חוקתית. אך לא היא. אין זו מחלוקת לשם שמים. אין זה ויכוח אקדמי גרידא. לא בשאלה סמאנטית נחלקו חבריי, אלא בעיקרון מהותי, משמעותי וערכי, שהשלכות לו מכאן ולעתיד באשר לגיבוש החוקה.

ה 5. בפסק-דיני בעניין כלל [37] הצבתי עצמי בבית מדרשם של אלה הגורסים כי חוקי היסוד הנ"ל וכל חקיקה ברמה חוקתית אשר יוצאת מעם הכנסת, מקורם במעמדה של הכנסת כרשות מכוננת. אמור מעתה שבסוגיה זו דעתי כדעתו של הנשיא ברק. בחוות-דעתו מנמק הנשיא ברק מדוע מחזיק הוא בדעה כי לעניין חקיקה חוקתית פועלת הכנסת כרשות מכוננת. חוות-דעתו נשענת על תשתית עובדתית היסטורית רחבה ועל ההיגיון המשפטי העולה ומשתמע מתשתית זו. מסקנה משפטית זו מתחוקת בראיית הדברים בפריזמה השוואתית, תוך התייחסות לחוקות של מדינות דמוקרטיות נאורות אחרות.

ו מאמץ אני את נימוקיו ומסכים להם, אך לא אסתפק בכך. אבקש להבהיר את עמדותי הנ"ל גם מזווית ראייה נוספת שנראית בעיניי חשובה, עקרונית וראויה להדגשה.

ז 6. חוקי היסוד אשר נחקקו במרוצת השנים והניצבים על רמה חוקתית, המהווים פרקים ונדבכים בהיכל חוקת ישראל שבוא תבוא, יתד ופינה להם במגילת העצמאות. כל פסיקה ופסיקה עקרונית וערכית אשר יצאו מאת בית המשפט הזה במרוצת השנים ואשר הציבו הלכה מחייבת באשר לזכויות יסוד מוגנות וגם פרסו עליהם את הגנתן הנחרצת, לידתן והשראתן במגילת העצמאות.



מקובל עלינו מימים ימימה, מראשית צמיחת עצמאותנו, כי מגילת העצמאות מקרינה את הביטוי המובהק והברור ביותר ל"אני מאמין" הלאומי של העם. ניתן לראות בה את תעודת הזהות של העם בישראל כעם בן-חורין שמשטר דמוקרטי ונאור הוא, הניצב על אדני הערכים המאפיינים ישות דמוקרטית והמיוסד על המהות היהודית ומסורתה הערכית.

א

7. אכן, מגילת העצמאות, עם כל המטען הערכי הגלום בה, לא הוכרה משפטית כבעלת תוקף חוקתי, וממילא לא ראו בה, ככזו, דין מחייב. יחד עם זאת היא נתפסה בתודעתנו תמיד ולאורך השנים כמשקפת נאמנה ומציבה לדורות את העקרונות והערכים השורשיים, שעל-פי תפיסתנו ישמשו נר לרגלינו, בבחינת אורים ותומים, לכשנבוא לקבוע את חוקת המדינה.

ב

לפיכך כבר מימים ראשונים ראה בית-משפט זה לקבוע כי מגילת העצמאות ראוי לה שתשמש לנו מקור ראשון במעלה בפרשנות הדין, ומעל ומעבר לכך תוצב כזרקה המאיר את דרכנו בעיצוב זכויות היסוד של האזרח וביישומן בחיי קהילתנו הלכה למעשה (ראה לעניין זה: פסק-דין של השופט אגרנט בבג"צ 73/53, 87 [4]; דברי השופט לנדוי בבג"צ 243/62 [39]; וכן ע"ב 2/84, 3 [8] וע"ב 2/88 בן שלום ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה ואח' [59]).

ג

8. מה הם הערכים, העקרונות, היסודות וקווי המחשבה שבאו לכלל גילום במגילת העצמאות, אם במפורש ואם במשתמע מרוחם של דבריהם? אציין רק את שנראה לי חשוב לענייננו, ולאז דווקא על-פי סדר החשיבות המהותית.

ד

(א) תיקבע חוקה אשר על פיה יקומו ויתפקדו המוסדות הנבחרים והסדירים של המדינה;

ה

(ב) המדינה תהא מושתתת, אל נכון, על-פי חוקתה ועל בסיס ה"אני מאמין" הלאומי שלה, על יסודות ה"חירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל";

ו

(ג) מדינת ישראל תיכון על בסיס העקרונות הדמוקרטיים שימצאו אל נכון את ביטוים בחוקה, תציב ערכית את זכויות היסוד של האזרח ותקיים הלכה למעשה "שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, לשון, חינוך ותרבות ... ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות";

ז

(ד) החוקה תיקבע על-ידי אסיפה מכוונת נבחרת עד יום 1.10.48, ובינתיים החקיקה הרגילה הנדרשת תיעשה על-ידי מועצת העם כמועצה זמנית עד שיקומו השלטונות הנבחרים והסדירים, על-פי החוקה, ובכללם, אל נכון, בית המחוקקים שיהיה מופקד על מלאכת החקיקה הרגילה.

ניתן להסיק מהאמור לעיל כי מעצבי מגילת העצמאות התכוונו לכך כי מלאכת החקיקה תיעשה בשתי רמות ובשני מסלולים מקבילים - החוקה על-ידי רשות מכוננת (האסיפה המכוננת הנבחרת), ובחוקה זו ימצאו את ביטוין זכויות היסוד של האדם על יסודות חזונם של נביאי ישראל, ואילו החקיקה בענייני יום-יום תיעשה בבית המחוקקים ככזה (תחילה בסמכות מועצת המדינה הזמנית, ובהמשך בסמכות בית המחוקקים שיסודותיו ייקבעו בחוקה). זו המשמעות העולה לדעתי בסוגיה נושא דיוננו מתוך המגילה.

9. כפי שסקרו חבריי בחוות הדעת שלהם, לא התממשה הכוונה הראשונית: שהאסיפה המכוננת, שנבחרה על-ידי העם, תצליח לכונן חוקה עד ליום 1.10.1948. כדי לקיים את הרציפות ואת התיפקוד הסדיר של מוסדות המדינה, ברוח מגילת העצמאות, הפכה האסיפה המכוננת, על דעת חבריה, להיות הכנסת הראשונה, ומכוח חוק המעבר הוענקו לה אז ולכנסות שבאו אחריה, מכוח הוראות חוק דומות, הסמכויות הנתונות לבית המחוקקים, כשהיעד הוא כי לצד החקיקה הרגילה הנדרשת לחיי יום-יום, תעסוק הכנסת גם בגיבוש החוקה פרקים פרקים בחוקי יסוד (ראה החלטת הררי, שאליה מפנים חבריי). ניתן לקבוע שהלכה למעשה צוידה הכנסת בשני מטות. האחד מטה הרשות המכוננת, שבאה בנעליה של האסיפה המכוננת, לגיבוש החוקה, ומטה המחוקק הרגיל, לחקיקת החוקים הרגילים, כשמבחינה זו באה הכנסת בנעליה ובמקומה של מועצת המדינה הזמנית.

לדידי, פעולת הכנסת כבית מחוקקים, בשני המסלולים הנפרדים הנ"ל וברמות שונות, התקיימה, מתקיימת וראוי לה שתתקיים לא רק מכוח הסמכות שהוענקה לה על-פי חוקי המעבר. גם לאחר שנחקק חוק יסוד: הכנסת, אשר אינו אומר דברים מפורשים לעניין זה, סמכות הכנסת בחקיקה חוקתית היא מכוח מעמדה כרשות מכוננת. ראינו כי המגמה הנ"ל יסודותיה בעקרונות ובקווי המחשבה שנקבעו במגילת העצמאות, ומגילה זו, כאמור, מהווה מקור ראשון במעלה לפרשנות החוק לרבות חוקי היסוד.

גם לעניין פירוש מקור סמכותה של הכנסת לחוקק חקיקה חוקתית רשאים אנו ואף נדרשים להסתייע באמור במגילת העצמאות וברוח הנושבת ממנה. דומה שלא יכול להיות ספק כי מגילת העצמאות ייחסה משמעות ראשונה במעלה לצורך בקביעת חוקה, כי זו תיקבע על-ידי רשות מכוננת, שתתמסר ברצינות ובכובד ראש לגיבוש יצירה זו, ואשר לה ודווקא לה הסמכות להעשיר אותנו בדברי חקיקה חוקתיים.

יאה וגם נאה לחקיקה ברמה כזו שתהא נישאת מעל מלאכת החקיקה הרגילה והמופקדים עליה.

10. לא הרי קביעת נורמות חוקתיות על-החוקיות, גיבוש זכויות היסוד של האדם ועיצוב חוקה המבססת את מוסדות השלטון והקובעת את תפקודם על בסיס דמוקרטי ערכי, כהרי חקיקת חולין בעניינים שבשיגרה. קביעת חוקה (והרי חוקי היסוד הם פרקים בחוקה העתידית) והנחלתה לעם הן אירוע של חג לכל משטר דמוקרטי ונאור. מלאכת קביעת החוקה חוקה עליה שתיעשה עליידי המחוקק העוסק בכך בדחילו ורחימו, בכובד ראש ובאחריות מרובה, כאשר הוא מחויב בידו במטה המגולף בערכים ובעקרונות, שנמסר לידו כרשות מכוונת. זאת בשונה ממלאכת החקיקה הרגילה והשיגרית, שראוי גם לה שתיעשה אמנם בקפידה ובוהירות הראויה, אך כשהמחוקק מונחה במטה חקיקת החולין החלק והנקי דרך כלל מעקרונות חוקתיים ערכיים.

נהוג, כאמור, לדמות את הכנסת כרשות מחוקקת המצוידת בשני "כובעים", האחד לדבר חוקה והאחר לדבר חקיקה רגילה, ואני אומר כי ראוי יותר לסמל את הדואליות שבתפקיד של בית המחוקקים ושל חבריו בכך שבהיותם עוסקים במלאכת החוקה יעטו על עצמם את גלימת המחוקק החוקתי אל מול חליפת הקונפקציה של המחוקק הרגיל. בהצגה ציורית זו מודגשת ההירארכיה החוקתית שנצפתה במגילת העצמאות, המעניקה לרמת החוקה לבוש, עוצמה ויוקרה שונים, קורגים יותר משל החקיקה ברמה הנורמאטיבית הרגילה. כאמור לא בסמאנטיקה מדובר, אלא בהבחנה חשובה וברורה בין האפרוריות שבחוק הרגיל לבין העוצמה, היציבות והסמכות המוקרנות בדבר חקיקה חוקתית - הבחנה בין מעמדו של המחוקק המייצר את החוק האפרורי הרגיל, לבין מעמדו של המחוקק המציב חוקת עולם ערכית לאומה.

11. נראה לי כי בעייתיות זו, שזכתה לדיון נרחב וגוקב בסקירותיהם הנרחבות של חבריי, היא תולדה של הזמן הרב אשר עבר מאז נבחרה האסיפה המכוונת במגמה שתקבע חוקה סדורה למדינה, ועד לעצם היום הזה. האמירה במגילת העצמאות, כי החוקה תיקבע לא יאוחר מהאחד באוקטובר 1948 (לאמור בתוך מספר חודשים), הייתה משאלת לב רצויה אך לא ריאלית, שכן קביעת חוקה מחייבת התייעצות מעמיקה, דיון זהיר וכובד ראש בכל נושא ועניין שראוי שימצאו את מקומם בחוקה, התאמת העקרונות והערכים לישות המדינית והלאומית שזה עתה נתחדשה ובאה לעולם, ומעל ומעבר לכול - גיבוש הסכמה לאומית רחבה והתייצבות כוללת מאחורי החוקה. מלאכת חקיקה נכבדה ורצינית כזו אינה צריכה ואינה יכולה להיעשות ברצינות בחטף וכהרף עין.

למסקנה זו הגיעה האסיפה המכוונת, וכפועל יוצא מכך הוחלט להגיע לקביעת חוקה מגובשת בהדרגה, פרקים פרקים המתחברים בסופו של דבר לחוקה כוללת. היה מקום להניח שכתום מספר שנים יעמוד היכל החוקה כמלוא תפארתו, אך למרבה הצער לא כך היה. התמשכות יתר של התהליך יוצרת לכאורה אי-ודאות בשאלות חוקתיות מהמעלה הראשונה ופיחות בערכים ובעקרונות אשר הנחו אותנו מימיה הראשונים של המדינה על-פי האמור במגילת העצמאות. לכן ראוי לברך, הגם באיחור, על המפנה

הדרמטי והחשוב שבא עם חקיקת חוקי היסוד האחרונים הנ"ל. יש לקוות גם כי תושלם מלאכת החוקה בעתיד הנראה לעין.

א

אולם עצם העובדה שהשלמת פרקי החוקה משתהה, אינה משנה ולא צריכה לשנות או להשפיע על מקור הסמכות של המחוקק בבואו לקדם חקיקה ברמה חוקתית. שהרי, כאמור, לדעתי נתונה זו לרשות מכוננת, ומקור זה מתקיים ויתקיים עד שתושלם מלאכת החוקה כמצופה.

ב

חברי הכנסת, בחוקקם את החוקים הנ"ל וחוקי יסוד קודמים, ראו עצמם פועלים כרשות מכוננת והיה להם יסוד לגרוס כך, באשר הפירוש הראוי למקור סמכותם יונק ומקבל השראה ממגילת העצמאות, וכפי שתוארתי, צפתה זו שהחוקה תיקבע על-ידי רשות מכוננת ספציפית. ברוח זו יש לפרש את מקור הסמכות, כך נעשה וכך ראוי שיעשה על-ידינו.

ג

12. חוקי היסוד הנ"ל תחילתם בחודש מרץ 1992, כשקיבלו תוקף לראשונה. משנחקקו, חל שינוי מהותי במעמדן של זכויות האדם בישראל והן הפכו להיות לזכויות יסוד חוקתיות על-חוקיות, כפי שציין, בצדק, הנשיא ברק, בפתח חוות-דעתו. אכן, נפל אז דבר בישראל.

ד

אולם למפנה זה, שהיה רב עוצמה והשיבות ערכית מראשיתו, בא המשך רבי-משמעות עם תיקון שני חוקי היסוד (בעיקר חוק-יסוד: חופש העיסוק). חוקים אלה, בניסוחם המעודכן והמתוקן, קיבלו תוקף ביום 9.3.94, והם כוללים עקרונות יסוד שלא היו בחוקים אלה קודם לכן.

ה

בסעיף 1 בכל אחד משני החוקים באה התוספת האומרת:

ו

"זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין והן יכובדו ברוח העקרונות של ההכרה על הקמת מדינת ישראל".

ז

הצהרת מבוא זו, שהיא אופיינית ונדרשת בחוקה המגדירה את זכויות האדם של האזרח, נותנת אכן ביטוי נאמן לערכים היסודיים ביותר, המיושמים בחוקים אלה והמגשימים את שהוצהר במגילת העצמאות. עקרונות יסוד אלה הם המוטו המקריין על חוקים אלה, הקובעים את זכויות היסוד הבסיסיות ופורסים עליהם חסותם. בכך הציב המחוקק את החוקים הללו במקום של כבוד, עוצמה ויוקרה בחוקה שבדרך.

הצהרה זו לא לתפארת המליצה נחקקה עלי ספר, אלא מבטאת היא, והפעם לא כמשאלת לב גרידא ולא כ"אני מאמין" מופשט, עקרונות וערכים חוקתיים יסודיים ומחייבים. אם בעבר ובימים ראשונים ראו, כאמור, בתי המשפט להנחות עצמם בעקרונות ובערכים של מגילת העצמאות כמקור ראשון במעלה לפרשנות החוק, כיתד שניתן להצמיד אליו זכויות יסוד מוגנות על דרך ההלכה, באו חוקי יסוד אלה והביאו לשינוי דרמטי במעמדה של מגילת העצמאות ובעוצמת הקרינה הפורצת ממנה, בכך שאין לראות בה עוד רק מקור נאמן וראוי לפרשנות המשפט, אלא עוצמתה גברה, ואפשר לראות בה מעתה, במידה הראויה, מקור עצמאי לזכויות האדם. הרי עלינו להעמיד את המחוקק הישראלי, בהוסיפו לחוקי היסוד את סעיף העקרונות הנ"ל, בחוקת מי שאינו משחית מילותיו לריק ואינו מאחז עיניים, אלא כמי שמבקש להבהיר לאורת בישראל מהן הזכויות שהוא זכאי להן, תוך הדגשה שמקורן של אלה במגילת העצמאות המהווה מקור נורמטיבי לחקיקה ברמה החוקתית הגבוהה.

הממסד השלטוני כמו הקהילה המשפטית, וכמוהם כלל הציבור, צריכים להתרגל למהפך זה, שחל לא רק בדפוסי המחשבה, אלא במבנה המשפט בישראל, שהרי:

"כיבודן של זכויות היסוד של האדם ברוח העקרונות שבהכרוז על הקמת מדינת ישראל הפכה לצו חוקתי. נמצא, כי לא רק שיש לעקרונותיה של הכרזת העצמאות תוקף משפטי, אלא שהחובה לכבד את זכויות היסוד ברוח עקרונותיה של הכרזת העצמאות הפכה לחובה חוקתית, שחוק 'דגיל' אינו יכול לעמוד לעומתה. לפנינו אפוא שינוי מהותי במעמדה המשפטי של הכרזת העצמאות" (מתוך ספרו הנ"ל של פרופ' ברק, פרשנות במשפט, כרך ג, בעמ' 305).

13. מותר לנו להניח ולקבוע שהכנסת כרשות מכוננת הגתה תוספת זו בחוקי היסוד משום שסברה כי הגיעה השעה ליתן משמעות ותוקף לעיקרים ולערכים שבמגילת העצמאות בדבר חקיקה. כך רואה אני להבין את חוקי היסוד במתכונתם היום. יתרה התוהה וישאל הספקן - האומנם? הלכך התכוונו חברי הכנסת בחקיקה דרמטית ומרחיקת לכת זו? אפשר אולי שגם יישמעו מפיהם של כאלה השגות והרהורים, עד כמה ידעו והבינו חברי הכנסת, שמכוח הצבעתם נתקבלו החוקים, את המשמעות מרחיקת הלכת העולה מעל פני חוקי היסוד הנ"ל. לאלה ניתן להשיב בשתיים:

(א) מותר לנו להניח כי המחוקק, בעשייתו כרשות מכוננת, נוהג במידה הראויה של רצינות ואחריות בעת שהוא דן בסוגיות חוקתיות, שתמיד השפעתן על מוסדות המדינה ואזרחיה היא מרחיקת לכת. ואם לדבר בסמלים, ייאמר שהוא עושה כן כשטטה הערכים והעקרונות של מגילת העצמאות מנחה את דרכו. על-כן לא ראוי להתייחס למלאכת החקיקה כאילו נעשתה בגישה מולזלת ולא ראויה.

אכן, המחוקק אינו כול יכול ואינו כליל השלמות, והוא עלול, גם כרשות מכוונת, להוציא מתחת ידו דבר חקיקה לא שלם ושנוי במחלוקת. אולם אין בכך כדי להפחית מכוחה של החקיקה ומתוקפה. ניתן תמיד, לאחר בחינה ראויה ויסודית ועל-פי ניסיון מצטבר בתהליך יישום החוק לאורך זמן, לזיזם שינוי ולתקן חוק. עקרונית, אפשר וגם ניתן לשנות חוקה והוראות שנקבעו בדבר חקיקה חוקתית על-חוקית, ובלבד שהדבר ייעשה בדרך הנאותה וברוב הדרוש. אולם תיקון בחוקה אל לו שיעשה כדבר שבשיגרה, חלילה לה לחוקה ולערכים החוקתיים הגלומים בה שיכופו ראש וישתנו עם כל רוח מצויה. יציבות החוק, ועל אחת כמה וכמה יציבות החוקה, הן ערך לכשעצמו. לכך ניתן המחוקק את הדעת בטרם יקבל חוק, שהרי החוק, ועל אחת כמה וכמה החוקה, באים לקבוע כללים ועקרונות אשר צריכים לכוון את דרכו של האזרח לאורך ימים ושנים שיבואו.

ב) משמלאכת החקיקה של בית המחוקקים הושלמה והחוק קרם עור וגידים וקיבל תוקף ברוב הדרוש, מתנתק החוק מטבורו של המחוקק והופך להיות ליצירה עצמאית, חיה ורעננה העומדת ומתפתחת בפני עצמה - לקניינו של העם ושל החברה. החוק בא לשרת את אלה והוא יתפרש עם הזמן לאו דווקא על-פי המובן המילולי של המילים, ולא בהכרח על-פי מה שניתן ללמוד באשר למה שבוטאו של חבר-כנסת זה או אחר בעת שעסק במלאכת החקיקה, אלא על-פי התכלית החברתית שהחוק בא ליישם בהתאמה לזמן ולמקום ולצורכי הקהילה.

בית המשפט, בבואו לפרש דבר חקיקה כזה, אינו מתעלם ממילות החוק. הוא ימצא בתהליך החקיקה עזרים להבנת משמעות החוק. אך בראש ובראשונה יבחן השופט את החוק בראייה אובייקטיבית ומציאותית, מתוך שאיפה לממש את התכלית הערכית והנורמטיבית של החוק במציאות קיימת; הדבר ייעשה לא על-פי השקפת עולם אישית, אלא על-פי בחינה זהירה וקפדנית של הערכים המוגנים העולים מעל פני דברי החקיקה - ערכים הבאים לקדם וליישם את חזון מגילת העצמאות, על-פי רותה, מתוך ראיית יעדיה המוצהרים.

14. חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק נמנים עם משפחת זכויות היסוד של האזרח שלא כולם יושמו עדיין בדבר חקיקה, אף שיש להניח ולקוות שיתרחבו עם הזמן. אולם, בהיותם יונקים מאותם עקרונות וערכים, משלימים הם זה את זה וכרוכים זה בזה, ועל-כן ניתן ללמוד מהאחד על רעהו ולהשלים עקרונית וערכית האחד את האחר, ואת שניהם גם יחד יש לקרוא ביחד עם הערכים וזכויות האדם אשר נקבעו במגילת העצמאות.

בפסק-דיני בעניין כזל (37) עמדתי על כך ביתר הרחבה וגם הפניתי לדברי פרופ' י' קלינגהופר במאמרו "חופש העיסוק ורישוי עסקים" עיוני משפט ג (תשל"ג-ל"ד) 605, 582, שבו הביע השקפתו לאמור:

"... כל זכויות היסוד של האדם מתחברות יחדיו למכלול של נורמות המבטיחות את חופשו. קיימת השפעה הדדית ביניהן ואם מזלזלים באחת מהן, עשוי הדבר לשמש צעד ראשון לחיסול זכויות יסוד אחרות ואולי לערער את המבנה העדין המורכב של החופש כולו."

א

אמור מעתה, שבבואנו לסקור את חוקי היסוד ולדלות מתוכם את המשמעות הערכית והעקרונית שבזכות המוגנת, ראוי כי ננחה עצמנו על-פי המשתמע משני החוקים גם יחד ועל-פי הפרשנות שכבר ניתנה, ככל שניתנה, לאמור בחוקים אלה.

ב

15. בפסק-דיני בעניין כלל [37] ראיתי להדגיש את המשותף לשני החוקים לעניין סעיף 15. ההגבלה המצוי בשנייהם והנלמד מתוכם. ורואה אני להבהרת גישתי לצטט את הדברים כלשונם:

ג

"צד שווה לשני חוקי היסוד, המלמד אף הוא כי עניין לנו במסכת אחת, במשפחת זכויות יסוד אחת, הוא בסעיף המוגדר כ'סעיף ההגבלה' המצוי בכל אחד משני החוקים, וזו לשונו:

ד

'אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק התולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו' (סעיף 8 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 בחוק-יסוד: חופש העיסוק...).

ה

צא ולמד מסעיף הגבלה זה כי חוקי היסוד המעצבים המשריינים והמגינים על זכויות יסוד של האזרח אינם מוחלטים, שהרי אפשר גם אפשר שזכות יסוד אחת תתנגש בזכות יסוד אחרת, חשובה לא פחות. לכן הזכות היא, למעשה, יחסית ואפשר שיהא עליה לסגת מפני חירויות אחרות של האזרח. יכול שזכות יסוד כגון חופש העיסוק תתנגש בחירות אחרת של האזרח, כשם שיכול שהיא תתנגש באינטרס ציבורי מובהק ברישיונות לכלל האזרחים. על-כן, למקרים אלה יש למצוא את שביל הזהב המאזן בין הזכויות המתנגשות, כאשר במקרה האחד תיטה הכף ויינתן היתרון למען זכות יסוד פלונית ובמקרה האחר חוכמת האיזון תטה את הכף לטובת זכות יסוד פלמונית.

ו

ז

איזון זה ייעשה בכובד ראש ובשיקול-דעת רב, על-פי הכללים ואמות המידה שהותנו על-ידי המחוקק עצמו בסעיפי ההגבלה שבחוקי היסוד" (שם, בעמ' 466-467).

16. תפיסת העולם החדשה שבמשפט הישראלי, שלידתה בחוקי היסוד הנ"ל, מציבה במפורש או במשתמע את עיקרי זכויות היסוד של האדם במעמד חוקתי על-חוקי כדין מחייב, שכן כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוקי יסוד אלה (סעיף 5 בחוק-יסוד: חופש העיסוק וסעיף 11 של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו = פסקת הכיבוד). מקובלים עליי לחלוטין דבריו של חברנו, פרופ' ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך ג, בעמ' 447, לעניין משמעותה של פסקת הכיבוד, לאמור:

"...פסקת הכיבוד מטילה על המחוקק את החובה לכבד את זכויות האדם. החוקים 'הרגילים' כפופים לזכויות האדם. המחוקק 'הרגיל' שוב אינו 'כל-יכול'. כוח החקיקה הנתון למחוקק כפוף לחובתו לכבד את זכויות האדם. מכאן המסקנה בדבר עליונותם של חוקי-היסוד. עליונות זו - אשר לה סימוכין גם בהוראות אחרות שבחוקי-היסוד - נלמדת גם מפסקת הכיבוד."

אולם, כאמור, הגם שזכות היסוד מנוסחת באופן הצהרתי ובלשון הדי-משמעית, תורשה פגיעה מסוימת בה לכשיתקיים הצורך לאזן בין חוקי יסוד מתנגשים ובין זכויות האדם המוצהרות אל מול צורכי הכלל. גם אז, כשתיעשה מלאכת האיזון, עליה לקיים את המתחייב מעצם זכות היסוד ו"מההיתר" שבחוק היסוד "לפגוע" בזכות זו בתנאים ובמגבלות שבסעיפי ההגבלה. אם האיזון איננו מתקיים, כי אז דבר החקיקה אינו חוקי והוא עשוי להתבטל, אלא אם כן תימצא לו דרך מילוט אחרת, אם בתיקון חוק היסוד עצמו, ברוב המתחייב, ואם, לעניין חוקי-יסוד: חופש העיסוק, על-פי האמור בסעיף 8 שבו (סעיף ההתגברות), המאפשר פגיעה חריגה בחוק היסוד על-ידי חוק רגיל.

כשנדרש אפוא בית המשפט לבחון אם ועד כמה חוק רגיל שנתקבל נוגד חוק חוקתי, ואם אמנם ראוי להכריז על בטלותו של חוק שנתקבל בכנסת ישראל בדרך הנאותה בשל פגיעה כזו, עליו לבחון, בראש ובראשונה, מה מהותו של אותו חוק חוקתי - על איזו זכות יסוד הוא בא להגן, מה היקפה של אותה זכות, במה ביטויה המעשי.

17. הטוען לפגיעה בזכות יסוד, המבקש לערער על תקפותו של חוק רגיל בשל פגיעה כזו, והעותר לביטולו של החוק הפוגע, עליו נטל השכנוע כי אכן זכות יסוד חוקתית מוגנת נפגעה. בחן בית המשפט את הטענה על-פי התשתית העובדתית שהונחה לפניו ועל-פי הערכים הגלומים בזכות היסוד המוגנת ומצא כי אכן חוק רגיל שנתקבל פוגע בזכות היסוד המוגנת, כי אז עובר נטל השכנוע כי מתקיימים במקרה הנדון הצידוקים לפגיעה האמורה שבסעיף ההגבלה, אל המגן על תקפות החוק - דרך כלל נציג המדינה. באומרי כי נטל השכנוע עובר מהקובל על פגיעה בזכות היסוד לטוען כי הפגיעה מוצדקת על-פי הכללים שבסעיף ההגבלה, אין כוונתי לשכנוע שהמסקנה



המשפטית המתחייבת מהעילות הרעיוני שבין החוק הרגיל לחוק החוקתי היא כזו או אחרת. משימה זו מוטלת על השופט. אולם עד שנדרש השופט לגבש את עמדתו, יש להניח לפניו תשתית עובדתית ראויה שעל בסיסה ועל-פי נסיבותיה תתקבל ההחלטה השיפוטית, המיישמת את הדין על המקרה הנדון.

א

אמור מעתה שנטל השכנוע שמדובר בו הוא לעניין התשתית העובדתית הדרושה, ואותה יש להניח לפני בית המשפט.

ב

משהוגחה התשתית העובדתית, תיעשה מלאכת הבחינה והביקורת של חוקיות החוק הרגיל אל מול החוק החוקתי בתהליך מחשבתי עקבי, צעד אחר צעד - בשלב הראשון, לעניין עצם הפגיעה בזכות יסוד מוגנת, ובשלב השני, לעניין הצידוק לפגיעה על-פי סעיף ההגבלה למרכיביו.

ג

18. אם לא תוכח בשלב הראשוני פגיעה ממשית בזכות יסוד המעוגנת בחקיקה חוקתית על-חוקית, או אם יתברר כי הפגיעה היא שולית, זניחה וחסרת משמעות, כי אז תם ונשלם הבירור, והעתירה לפסול את החוק הפוגע, כביכול, תידחה. מאידך גיסא, אם הוכחה פגיעה ממשית בזכות יסוד המעוגנת בחוק האמור, תיעשה הבחינה אם מתקיימים מרכיבי הצידוק שבסעיף ההגבלה בארבע רמות. על הטוען כי הפגיעה נסבלת להניח לפני בית המשפט תשתית עובדתית שיש בה כדי לשכנע כי מתקיימים כל אלה:

ד

(א) הפגיעה בזכות היסוד מעוגנת בחוק או נקבעה "על פי חוק כאמור מכח הסמכה מפורשת בו";

ה

(ב) החקיקה הפוגעת הולמת את "ערכיה של מדינת ישראל";

(ג) החקיקה הפוגעת נועדה "לתכלית ראויה";

(ד) החקיקה פוגעת בזכות היסוד "במידה שאינה עולה על הנדרש".

ו

הבירור והעיון נעשים צעד צעד, שלב אחר שלב.

ראשית, עלינו להיווכח כי הפגיעה נעשתה בחוק או לפי חוק, אם מסתבר כי הפגיעה אינה מעוגנת בחקיקה כאמור, אלא, למשל, רק בהוראות מינהליות או בחקיקת משנה שאינה נשענת על הסמכה מפורשת בחוק, כי אז אין עוד צורך להמשיך בתהליך הבדיקה, שהרי הפגיעה אינה כדין מכול וכול, יהיו המניעים שמאחוריה אשר יהיו.

ז

א נמצא כי הפגיעה מעוגנת בחוק, תיבחן השאלה אם ההוראה הפוגעת הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, שאם ההוראה הפוגעת אינה הולמת את העקרונות והערכים של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית, כי אז לא ראוי לה שתתקיים. פגיעה כזו, שבאה, למשל, לשרת מטרת שרירותיות מצד השלטון כנגד אזרחיה (להפלות, לקפח, לנשל וכדומה), אפילו קיבלה לבוש של חוק רגיל, מקומה לא יכירנה במישור החוקתי, שהרי הערכים שבחוק היסוד הם אשר יקרינו את נורמות ההתנהגות הנאותות של השלטון ושל האזרח ואין לעמעם ערכים אלה ולכרסם בהם על דרך חקיקה רגילה. ייקבע כי ההוראה הפוגעת אינה מתנגשת עם ערכיה של מדינת ישראל, ויש שהחקיקה הפוגעת יכולה אף לשרת ערכים אלה, כי אז יש לעבור לשלב הבדיקה הבא, דהיינו, האם החקיקה הפוגעת מיועדת לתכלית ראויה. התברר כי ההוראה הפוגעת אינה משרתת תכלית ראויה משום שאין בה כדי לקדם מטרת חברתית ממלכתית המיטיבות עם הציבור או שאינה מאזנת כראוי בין זכויות יסוד שוות ערך, כי אז הפגיעה אינה נסבלת ואין להשלים עמה. נמצא כי החקיקה הפוגעת מתכוונת לטוב וכי יש בה כדי לקדם או לשמר ערכים חברתיים נאותים, שכן היא משקפת איזון ראוי בין זכויות כבוד היסוד מתנגשות, כי אז אפשר שייאמר על אותה הוראה פוגעת כי ביסודה משרתת היא תכלית ראויה. אם זאת תהיה המסקנה, אזי נעבור לשלב נוסף בתהליך הבחינה. אכן, תכלית ראויה היא מרכיב חשוב, שבהיעדרו אין להשלים עם חקיקה פוגעת, אולם גם קיומה של תכלית ראויה לא יכשיר את הפגיעה, אם לשם השגתה מתיר החוק הפוגע פגיעה חריפה ומעבר לנדרש בזכות היסוד, שכן לא כל האמצעים כשרים להשגת התכלית הראויה. רכיב זה שבסעיף ההגבלה הוא הסכר האחרון – וניתן אולי לומר גם היציב מכול – אל מול גליו של חוק המבקש לכרסם ואף לפגוע בזכות יסוד של האזרח. אפילו תעמוד הפגיעה בכל מרכיביו האחרים של סעיף ההגבלה, עדיין תתחייב מידה רבה של זהירות וריסון מצד המחוקק בקביעת מידתה, נחיצותה, היקפה ועומקה של ההוראה הפוגעת – באמצעי הנקט. אין להתיר פגיעה גסה בזכות יסוד מוגנת, ויש לחתור לכך שהפגיעה תהיה מצומצמת ומתונה ככל האפשר, ומכל מקום שלא תעלה על הנדרש להשגת התכלית הראויה. ימצא על-פי תשתית עובדתית, שתתברר תחילה לפני המחוקק בתהליך החקיקה או, בשלב מאוחר יותר, לפני בית המשפט, כי ניתן להגיע לאותה תכלית ראויה במספר חלופות, מהן כאלה שפוגעות יותר ומהן כאלה שפוגעות פחות בזכות היסוד של האזרח, שומה על המחוקק להעדיף את החלופה הנוחה מכול לאזרח והפוגעת במידה הפחותה ביותר בזכות היסוד המוגנת. אם לא ייעשה כן או אם יתברר לבית המשפט כי לא נבחנו כלל חלופות, או שמתברר כי המחוקק בחר בחלופה חמורה ופוגעת קשה בעוד שניתן היה לבחור בחלופה נוחה יותר לאזרח, כי אז יקבע בית המשפט כי הפגיעה היא מעבר לנדרש, ולא תיפרס על חוק זה ההגנה שלפי סעיף ההגבלה. אמור מעתה כי אין להסתפק בתיאור עיוני או בבחינה טכנית של תהליך החקיקה, אלא שיש להניח לפני בית המשפט את התשתית העובדתית שנבחנה או שראוי היה שתיבחן עד שבית המשפט יוכל לומר את דברו לכאן או לכאן.

יש הגורסים, ואני עמהם, כי רכיב זה שבסעיף ההגבלה הוא הלכה שבסעיף כולו. ניתן

לשער שברוב רובם של המקרים תוצדק או תידחה הפגיעה בזכות היסוד על-פי מידתה של הפגיעה ועל-פי היקפה.

א

רוצה אני להאמין כי בעתיד הנראה לעין לא יתקבל בבית המחוקקים הישראלי, המושתת על ערכים ועקרונות דמוקרטיים נאורים והפועל על פיהם, דבר חקיקה שאינו מעוגן בערכיה של מדינת ישראל או שבא לעולם כל כולו כדי להרע עם האזרח ולשלול ממנו, שלא לתכלית ראויה, זכויות יסוד מוגנות. אמנם, גם באלה עלול המחוקק לשגות בהיסס הדעת ולא במודע, והבחינה של כל מרכיבי סעיף ההגבלה ראוי לה שתיעשה בכל מקרה ובהקפדה המתחייבת.

ב

אולם לעניין מידתה של הפגיעה, היקפה ונחיצותה, אפשר גם אפשר שהמחוקק ישגה, אם בתהליך ואם במסקנה. בחקיקה לא זהירה ולא מתחשבת מעין זו יושמו לאל זכויות יסוד ערכיות שמצווים אנו להגן עליהן.

ג

19. הרחבתי בהסברת עמדתי בעניין נטל השכנוע באשר לתשתית העובדתית אשר צריכה להיות מוצגת לפני בית המשפט, אם לעצם הפגיעה בזכות יסוד מוגנת על-פי חוק יסוד ואם לכך שהפגיעה נסבלת בהיותה תואמת את עקרונות סעיף ההגבלה. עמדתי על כך בהרחבה משום שלדעתי אם לא ננהג כך ונחויק את המחוקק תמיד בחזקת מי שלכאורה מקפיד לקיים את הדין החוקתי, נחטא לעיקר ואולי למחוקק עצמו. המגמה שצריכה להנחות אותנו בשאיפה לקיים את זכויות היסוד המוגנות שבחוקה המתגבשת היא להקפיד על כך שבבוא המחוקק לחוקק חוק רגיל, יראה לנגד עיניו תמיד את זכויות היסוד המוגנות; יימנע ככל האפשר וככל המתחייב מלפגוע בהן, ואם נדרש הדבר - יעשה את המאמץ הראוי שהפגיעה תעמוד בתנאי סעיף ההגבלה, בין היתר בכך שלא תעלה במידתה על הנדרש. חקיקה כזו מחייבת בטבע הדברים בחינה קפדנית של החלופות השונות האפשריות להשגת התכלית שצריכה להיות ראויה. לכן, עד שהמחוקק אומר את דברו, צריכה להיות מונחת לפניו תשתית עובדתית פרי מחקר ועיון של מומחים לדבר. על בסיס כזה יוכל לגבש לעצמו עמדה התואמת את ההוראה החוקתית ולנסח את החוק בהתאם.

ד

ה

ו

אין לנו חזקה שכך ינהג, ואין זו חזקה שההעדפות של המחוקק הן תמיד הנכונות. בית המשפט הוא שיצטרך לקבוע, וזאת על-פי התשתית העובדתית שעמדה לפני המחוקק, שאכן זו - בעוצמתה, ביסודיותה, ובסבירותה - עונה על תנאי סעיף ההגבלה.

ז

אם תוצג כנגד תשתית עובדתית זו, על-ידי מי שזכותו היסודית המוגנת נפגעה, תשתית עובדתית נוגדת המצביעה על כך שניתן היה להשיג את התכלית הראויה, ככל שזו קיימת, בדרך הפוגעת פחות, כי אז נטל השכנוע הוא על המחוקק שפגע בזכות

א באמצעות נציגיו. ודאי שבית המשפט לא שם עצמו, ואינו מתכוון לשים עצמו, במקום המחוקק, אולם תפקידו הוא וגם חובתו לבחון ולבדוק בראיית הביקורת השיפוטית אם אכן הקפיד המחוקק בקיום תנאי ההגבלה, אם לא עשה מלאכתו קלה, אם לא הרחיק לכת, אם לא פגע בזכות היסוד המוגנת של האזרח מעבר למידה. בית המשפט, ללא ספק, מכבד את הרשות האחרת הפועלת בתחום סמכותה, וגם יתייחס בכובד ראש ובכובד הראוי לדבר חקיקה שיצא מאת המחוקק הראשי, אך באותה מידה שומה עליו להקפיד בקיום זכויות היסוד החוקתיות של האזרח. לכן על האזרח נטל השכנוע כי זכותו נפגעה, ועל המחוקק, באמצעות נציגי המדינה, הנטל לשכנע כי הפגיעה נסבלת, וכי היא מקיימת את תנאי סעיף ההגבלה על מרכיביה. אין להטיל גם נטל זה על האזרח הפגוע.

ג חוששני שאם בעניינים חוקתיים נאמץ לעצמנו את הכלל הקיים במשפט המינהלי כי חוקה על הרשות שהיא פועלת בתחום סמכותה כראוי עד שחוקה זו נסתרת, נביא לרפיון בהתייחסות לזכויות היסוד המוגנות ונביא חלילה לידי כך שהברכה אשר צמחה לנו מהוקי היסוד הנ"ל תתמסס ותלך. מהטעמים דלעיל, לא מקובלת עליי דעתו של חברי המלומד, השופט גולדברג, בחוות-דעתו, לעניין נטל השכנוע ולעניין עוצמת הפגיעה הנדרשת כדי שייאמר על חוק רגיל שאינו עומד בתנאי סעיף ההגבלה.

ה 20. על-פי אילו אמות מידה יבחן בית המשפט את דבר הפגיעה בזכות יסוד ויפרש את המרכיבים השונים של סעיף ההגבלה? ידועות ומוכרות עילות ההתערבות של בית המשפט בהחלטות מינהליות של רשות שלטונית, אך נשאלת השאלה: האם בחינת חוקיות של חוק תיעשה על-פי אותן אמות מידה, או שמא עלינו להדריך עצמנו בכללים מיוחדים? דומה שהכלל שצריך להדריכנו במקרה כזה הוא כי כשבוחנו את השאלה אם הייתה פגיעה בזכות יסוד של האזרח, יש ליתן לזכות המוגנת את מלוא המשמעות הערכית והעקרונית שיש לייחס לה, ברוח המוצהר במגילת העצמאות ועל-פי עיקרי שיטת הממשל הדמוקרטית, ולצמצם ככל האפשר את מרחב האפשרויות של פגיעה או כירסום בזכויות אלה. הוכחה הפגיעה, כי אז, כפי שכבר ציינתי לעיל, המצדיק את הפגיעה צריך להוכיח ולהראות כי הפגיעה גוותרת על-פי העקרונות שבסעיף ההגבלה. בחינה זו אפשר שתיעשה על-פי אמות מידה דומות לבחינת תקפותן של הוראות מינהליות, דהיינו: האם משתמע מדבר החקיקה הפליה ממשית, קיפוח, או חלילה שרירות לב; אך גם מעבר לכך - האם התוראה הפוגעת בזכות היסוד נקבעה שלא בכנות או שהיא לא עניינית ולא סבירה. מתוך מתן כבוד לרשות המחוקקת ראוי לנו להניח כי שיקוליה וטעמיה לדבר החקיקה הפוגע היו להבנתה של הרשות המחוקקת ענייניים וכנים, אולם גם את אלה שומה על בית המשפט לבקר ולבדוק, שמא נפלה שגגה מאת המחוקק שלא תסכון.

הייתי אומר כי הביקורת על הפגיעה בזכות היסוד צריכה להיות קפדנית ונחרצת, ואילו בבחינת הצידוק לפגיעה על-פי מרכיבי סעיף ההגבלה יכול בית המשפט לגלות פתיחות וליברליות לתהליך החקיקה, תוך ראיית האיזונים הנדרשים לגבי כל אחד ממרכיבי סעיף ההגבלה. תידחה חקיקה מפלה, מקפחת, שרירותית מיניה וביה, אולם מיתר הבהינות תהיה הפרשנות גמישה לעניין ההתייחסות לתכלית, לסבירותה של זו ולכנותה וכן למידת האמצעי שננקט ולנחיצותו. על-פי אמות מידה אלה אנתה את עצמי בהתייחסותי לחוק העיקרי ולחוק המתקן.

21. המיגור החקלאי המשפחתי נקלע במרוצת השנים למשבר כלכלי חמור ביותר, חובותיהם של חקלאים הרקיעו שחקים, ורבים הגיעו למצב של חדלות פירעון, ובאין מושיע היה חשש ממשי להתמוטטות הענף ולקריסה של מיגור החקלאות בישראל. ביקשה המדינה וראה המחוקק לקבוע הסדרים חוקיים אשר יקרעו את רוע הגזירה או לפחות ימתנו אותה, כך שניתן יהיה לקיים את המשקים החקלאיים תוך כדי הסדר החובות של החקלאים על-פי הסדרים כופים שנקבעו בחוק. החוק העיקרי שקיבל תוקף ביום 12.3.92 הגביל עצמו להסדרים שיהיה בכוחם לפתור בעיקרו של דבר את בעיית החובות שעמדו לפירעון ביום 31.12.87. מההוראות הרבות והמורכבות שבחוק חשובים לענייננו הם אלה:

(א) ימונו על-פי החוק משקמים אשר יינתנו להם הסמכות והכוח המשפטי לטפל בחובותיהם של החקלאים ולהסדיר על-פי שיקול-דעתם הם את תשלום החובות בכפוף לסמכויות, מבחינת מהותן ומבחינת היקפן, שניתנה להם בחוק.

(ב) לגבי החובות שהחוק חל עליהם נשללת למעשה הסמכות של בתי המשפט ומשרדי ההוצאה לפועל לדון בחוב או לפעול להוצאתו לפועל על-פי הקבוע בפסק-דין. הליכים שנפתחו - ייפסקו, והעניין כולו יועבר לדיון לפני משקם ולהחלטתו.

המשקם הוא שקובע את סכום החובות, כושר ההחזר, סכום החוב שייפרע ודרך פריסתו, מימוש נכסים לפירעון החוב, מחיקת חובות ועוד כיוצא באלה הוראות הנוגסות בזכויות הנושה להיפרע על מלוא החוב המגיע לו.

22. למקרא החוק גלוי וברור שיש בו פגיעה ממשית בזכויותיהם היסודיות של הנושים בקניינם, משתי בחינות עיקריות: ראשית, במובן זה שנסגרו בפניהם שערי בית המשפט וההוצאה לפועל ששם עומדת להם זכותם לתבוע את המגיע להם מחייבים אלה כמו מכל חייב אחר. שנית, נכפה עליהם הסדר שעלול לקפח אותם במובן זה שחלק מהחוב עלול להימתק וחלק מהחוב אפשר שייפרס לתשלום לשנים רבות, כך שבסופו של דבר ככל שייפרעו למצער על חובם, יהא זה במידה חלקית מאוד ושלא לפי ציפיותיהם, צורכיהם וזכויותיהם, בלא שיוכלו לנקוט אמצעי הוצאה לפועל שהיו שמורים להם בטרם החוק.

ניתן אפוא לומר כי בהוראות חוק זה יש משום פגיעה ממשית בקניינם של הנושים.

א 23. עד לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ביום 25.3.92 קניינו של האדם לא היה מוכר כזכות יסוד מוגנת, ועל-כן ההגנה על הקניין ברמה חוקתית, שהוכרה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בסעיף 3 הקובע לאמור: "אין פוגעים בקנינו של אדם", לא עומדת לאורח באשר לחוק האמור. זאת בשל סעיף שמירת הדינים שבחוק היסוד. סעיף זה (10) קובע:

ב "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד".

ג גם אז, וזאת ייאמר מתוך התייחסות לעקרונות הכלליים שבחוקי היסוד שאני רואה אותם כמכלול, ראוי לו לבית המשפט, בבואו לפרש חוק שקדם לחוק היסוד בעניינים שנוגעים בזכויות יסוד של האדם, שיעשה כן ברוח האמור בחוקי היסוד. כלל זה נקבע במפורש בסעיף 10 של חוק-יסוד: חופש העיסוק ואין כמותו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם לדעתי יפה גישה זו גם לענייננו. כאמור, יש להתייחס ערכית לשני חוקי היסוד כאחד – מה גם שמלכתחילה הצבנו כנר לרגלינו את הערכים והעקרונות שבמגילת העצמאות, שמקריינים גם על ענייננו – בבואנו לפרש את המשפט החל על אזרחי המדינה. עשינו זאת לא אחת בקביעת זכויות יסוד של האזרח וההגנה עליהן, וראוי לעשות כן גם בהקשר זה.

ה 24. שונה המצב לעניין החוק המתקן, אשר נתקבל בכנסת ביום 4.8.93. חוק זה הוא מאוחר לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומשום כך חלה עליו ההוראה שאין לפגוע בקניינו של אדם. החוק המתקן לא זו בלבד שיש בו פגיעה בקניינם של הנושים במידה המתקיימת בחוק המקורי, כמוסבר לעיל, אלא, שהפגיעה המצויה בו מרחיקה לכת אף יותר. ראשית לכול החוק המתקן מכפיף להסדר גם חובות שהתגבשו עד ליום 31.12.91. יתרה מזו, הוא מרחיב את כוחו וסמכותו של המשקם לעניין מחיקת חובות ופריסתם. זאת ועוד. לפי החוק המתקן, חוב מס המוגדר כ"כל סכום שאדם חייב בו על פי חיקוק הדין בהטלת מס או תשלום חובה ששר האוצר ממונה על ביצועו או על הגביה לפיו" אינו בגדר החובות המוסדרים על-פי החוק הנ"ל.

ז משמע שבעוד אורח סתם נתפס בהוראותיו של החוק ולפיכך יכולתו לגבות את חובו נפגעת, הרי המדינה כבעל חוב איננה נתפסת על-פי החוק, והיא חופשית להמשיך ולפעול לגביית חובותיה. על-כן דעתי כדעת חבריי, הנשיא שמגר והנשיא ברק. בחוות-דעתם שלהם, כי החוק המתקן פוגע בקניינם של הנושים בהליכים נושא דיון זה.

25. טענה המדינה כי התיקון לחוק אינו אלא הבהרה להוראות שבחוק העיקרי ועל-כן דינו של התיקון כדין החוק העיקרי שאין חוק היסוד חל עליו. טענה זו נדחתה על-ידי הנשיא, ואני מסכים לדעתו ומטעמיו. אוסיף עם זאת ואומר אך זאת כי כל חוק, אפילו חוק מתקן, נתפס בכללי חוקי היסוד הנ"ל על-פי היום שבו נחקק. ההוראות בדבר שמירת המצב הקיים גועדו למטרה אחת ויחידה: למנוע פגיעה קשה ביציבות החוק הקיים וערעור חמור בשיטה שעל פיה נהגו עד לתחילתם של חוקי היסוד. אין להסיק מכך שהחוק שהיה קיים, משנתברר שהוא פוגע בזכות יסוד של האדם, הוא טוב וראוי ורצוי שיוסיף להתקיים לאורך ימים. כאמור, גם כשהחוק הוא כזה יש מעטה לפרשו ככל שניתן ברוח הכללים שבחוק היסוד. נראה לי כרצוי וטוב יותר ההסדר הקיים בחוק-יסוד: חופש העיסוק, המגביל את תקופת חלותם של החוקים הפוגעים שקדמו לחוק היסוד; אך זו בעייתו של המחוקק, ואין בכוחנו לשנות מכוח סמכותנו את שנקבע במפורש בחוק. היסוד הרעיוני לשמירת המצב הקיים אינו מתקיים עוד ככל שמדובר בעשייה חקיקתית מאוחרת.

בבואו לקבוע חוק המתקן חוק ישן, המחוקק נדרש לתת דעתו לעיקרים ולערכים שבחוק היסוד ולהימנע מפגיעה לא מותרת בהם.

26. משקבענו כי החוק המתקן פוגע בהוראות סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, עלינו לבחון אם פגיעה זו נסבלת ומותרת בהיותה חוסה תחת ההגנה הניתנת לפגיעה כזו, בסעיף ההגבלה.

27. אשר לשלב הבדיקה הראשון, דהיינו האם הפגיעה נעשתה לפי חוק; לא מתעוררת בענייננו כל בעיה, שכן החוק המתקן נתקבל בכנסת, וההוראות הפוגעות הן חלק מאותו חוק. אשר לשלב הבדיקה השני: האם הולם החוק את ערכיה של מדינת ישראל – ייאמר כי במשטרים דמוקרטיים נאורים, כמו גם במסורת ישראל, מקובל הערך של עזרה הדדית, תמיכה על-ידי מי שיש לו בחלשים הנזקקים לסיוע ולתמיכה למען קיומם, נשיאה בעול צורכי המדינה באופן פרוגרסיבי לפי היכולת, והטלת מטלות על חלק מן הציבור כדי להושיע חלק אחר מן הציבור כדי שתתקיים חברה נאורה וצודקת הדואגת לצורכי הכלל ולאיכות חיי הקהילה (עמדתי על מהותו של שלטון דמוקרטי ערכי הן בדרך כלל והן במסורת ישראל בהקשר אחר, אך המתאים גם לענייננו, בפרשת כלל [37] בעמ' 474-477. אני רואה לראוי ולנכון להפנות לדברים ולציטוטים המפורטים בהרחבה בפסק-דיני הנ"ל).

כבר היו דברים מעולם במדינות דמוקרטיות שהציבור או חלק ממנו נקראו ונדרשו להיחלץ להצלת מיגורים במשק העומדים בפני קריסה. נמצא לא אחת במסורת ישראל ציוויים, כללים ומנהגים שהמאפיין אותם העזרה לגר, ליתום ולאלמנה, לתושב, לדלים, לחלכאים ולנדכאים. עמד על כך בהרחבה הנשיא בחוות-דעתו, ואין לי אלא להצטרף לכל שנאמר על-ידיו.

האם החוק הפוגע משרת תכלית ראויה? בהצעת החוק המסבירה את החוק העיקרי נאמר, בעמ' 92, כי הצעת החוק "נועדה ליצור מסגרת חדשה לפתרון המשבר הקשה ביותר אשר פוקד את כל המגזר החקלאי כבר שנים מספר". עוד נאמר שם כי:

א

"מגמתה הכללית היא (של הצעת החוק - ד' ל') לאפשר את שיקומו של המגזר החקלאי, תוך העדפת השיקום על פני הפירוק מצד אחד, והצורך להמנע מהורמת כספים מקופה ציבורית מצד שני. התערבות המחוקק במציאת הסדרים למגזר החקלאי נראית עתה מחוייבת המציאות לאחר שהסדרים השונים לא הוכיחו עצמם, והותירו את המגזר החקלאי במשבר עמוק ולעתים אף חריפו".

ב

אכן, המדיניות הנכונה בטיפול בגופים עסקיים או בבעלי עסקים הנקלעים למשבר כלכלי חמור היא לאו דווקא בחיסולה של החברה העוסקת או בהכרזתו של בעל העסק כפושט-רגל, אלא בשיקום העסק ובהבראתו ככל שהדבר רק ניתן. הזדמן לי לומר בהקשר זה בע"א 673/87 י' סלאח ואח' נ' מפרק פרץ את איסור חברה לבנין והשקעות בע"מ (בפירוק) [60], בעמ' 68, זאת:

ג

"לסברתי - אין להיחפו (הכוונה לחיסולו של עסק בפירוק ובפשיטת-רגל - ד' ל'), ככל שניתן להציל עסק מהתמוטטות יש לחתור לכך בזוירות ובאחריות אך תוך תעוזה ותושייה. ככל שמתאפשר חיסולו ההכרחי של עסק תוך כדי ניהולו כעסק פעיל חי ותוסס על-ידי המפרק, הנאמן וכונס הנכסים, וזאת בהשגחת בית המשפט ובהדרכתו, כן ייטב לנושים ולמשתתפים בחברה ולפושט הרגל כפרט.

ד

בעשייה כזו מממשים את תכלית החוק, בגישה האמורה, ככל שרק תהיה ישימה, בנסיבות המקרה, מקדמים תוצאה צודקת".

ה

הן פקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983, והן פקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תשמ"ם-1980, מעודדות ומקדמות פתרון עליפי הסדר שבו מוותרים הנושים על חלק מתביעתם כדי להציל את החברה או את בעל העסק מקריסה מוחלטת. זה נהנה מעט וזה יחסר מעט, אולם הישועה תבוא לשניהם.

ו

כך על דרך האנלוגיה לענייננו. התמוטטות המגזר החקלאי עלולה הייתה להסב נזק בל יסוער לכלכלת המדינה ולהביא אזרחים רבים וטובים - שהשקיעו את כל משאביהם, אונם ומרצם לבניית המשק החקלאי המפואר של מדינת ישראל - עד כדי פת לחם. אין לזנוח אותם בעת צרה. מי שיכול, בראש ובראשונה, לתרום להבראת המצב ולמניעת קריסה, הם הנושים, שנייהלו עסקים עם החקלאים ונהגו לא מעט מרווחים במרוצת השנים.

ז



אין להטיל את חובת ההיחלצות על כלל האזרחים אלא על הנוגעים לדבר. החוק בא לשרת תכלית ראויה - לקדם צרכים חברתיים של קהילה רבת זכויות, לעשות צדק סוציאלי ולאפשר למדינה להתגבר על מצוקה מסוכנת, שאם לא תיפתר, תפגע קשות בכלכלת המדינה.

במקרה זה, אין למעט מחשיבות התכלית האמורה בשל כך שאין היא נוהגת בשוויוניות כלפי המיגורים השונים במשק, אין שוויוניות זו נדרשת במקרה כגון דא מבהינת ערכיה של מדינת ישראל, ובאיישוויוניות זו, ככל שהיא קיימת, בסיוע למיגורים שבמצוקה או בהטלת העול על חלק מן הציבור, אין כדי לפגום בתכלית.

28. השאלה הנשאלת ותשובה תידרש לה בשלב הבדיקה האחרון היא, האומנם הפתרון המוצע פוגע בזכויות יסוד של אזרחים מעבר למידה הנדרשת והמתחייבת בכל נסיבות המקרה. לעניין מידתיות הפגיעה היו לי היסוסים והרהורים.

ראשית, משום שכחוק המתקן מוציאה המדינה את עצמה מכלל הנושים אשר יצטרכו לשאת בעול. שאלתי עצמי אם גישה זו ראויה היא כאשר המדינה ככזו, שגם היא נהנתה מהכנסות מהמיגור החקלאי, לא צריכה לתרום ממשאביה היא כדי לחלץ חקלאים ממצוקתם.

האין לראות בהטלת העול על הנושים האחרים בלבד חלופה מחמירה עם כלל הנושים, כשאפשר היה להציב מולה חלופה פוגעת פחות? נמנעתי מלהסיק מסקנות מפגיעה זו, משום שטענה זו לא הועמדה לדיון של ממש על-ידי בעלי הדין, ואין זה מן הראוי שביט המשפט מיומנתו יסיק מסקנות מרחיקות לכת עד כדי הרהור על חוקיותו של חוק, בלא שהדרגה הראשונה ובעלי הדין נזקקו לה עובדתית ומשפטית.

עוד שאלתי את עצמי, האם בחן המחוקק חלופות שונות לפתרון המצוקה של המיגור החקלאי והגיע לכלל מסקנה כי החלופה האמורה היא הפחות פוגעת והעושה יותר צדק. בחינה ובדיקה כאלה מתחייבות לדעתי, ואם הן אינן נעשות על-ידי המחוקק בתהליך החקיקה, ראוי שיעשו על-ידי בית המשפט כשזה יתבקש לפסול את תוקפו של החוק הפוגע. אולם גם בעניין זה, בסופו של דבר, נראה לי כי הפגיעה כנראה איננה מעבר לנדרש במקרה זה. עיון בהצעת החוק המקורי שהתייחסתי אליה לעיל, עיון בהצעת החוק המתקן ובהוראותיו ושקילת הטענות וההסברים שהושמעו על-ידי בעלי הדין בהקשר הזה, ובמיוחד על-ידי נציג היועץ המשפטי לממשלה, מניחים את דעתי כי בטרם אמר את דברו הפוגע, בחן המחוקק חלופות שונות.

החוק המקורי לא בא לעולם אלא לאחר שחלופות אחרות, שלא פגעו עד כדי כך בזכויות יסוד של האזרח, נוסו ונכשלו. החוק המקורי ניסה פתרון דומה לפתרונות קיימים בתחום המשפט הפרטי (כפירוק חברות, בפשיטת-רגל, כמוסבר לעיל). הניסיון

א שהצטבר עם הפעלת החוק המקורי מלמד על כך כי בהסדרים שנקבעו בחוק המקורי, בין היתר העמדת החוב שיטופל בדרך הקבועה בחוק על החוב הבסיסי שהיה קיים ביום 31.12.87, אינם מניבים את התוצאות הרצויות, והסמכויות שניתנו למשקם לא הספיקו. על-כן רק בשלב מאוחר יותר בא החוק המתקן, שפגיעתו קשה יותר אך כנראה הכרחית להשגת התכלית. על-כן ניתן לקבוע על-פי המכלול, כי הפגיעה אמנם משמעותית היא, אך מתחייבת מול המציאות העגומה, ועל-כן אינה עולה על הנדרש.

ב 29. אשרי-על-כן מסקנתי היא כמסקנת חבריי, כי יש לקבל את הערעורים ברע"א 1908/94 וברע"א 3363/94 ולדחות את הערעור בע"א 6821/93. מאחר שבכמה מהסוגיות החשובות נתגלעו חילוקי דעות בין החברים להרכב, רואה אני להציב את עצמי במקרה דנן, לאור הדעות והעמדות שהבעתי לעיל, מאחורי הסיכום של הנשיא ברק בפסקה 108 של חוות-דעתו.

ג השופט י' זמיר: 1. המהפכה החוקתית לא התחוללה עכשיו, כשנחקקו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. היא התחילה לפני שנות דור, בפרשת ברגמן [15]. כידוע, בפרשת ברגמן [15] נקבע לראשונה כי הכנסת יכולה לכבול את עצמה על-ידי הוראה משוריינת בחוק יסוד וכי בית המשפט מוסמך לפסול חוק רגיל הנוגד הוראה כזאת. פסק הדין של השופט לנדוי בפרשה זאת חולל מהפכה כיוון שנחת על הקהילה המשפטית בהפתעה מוחלטת ושינה סדרי בראשית: הוא הפך על פיה את התפיסה שהייתה עד אז בבחינת מושכות ראשונים בדבר מעמד הכנסת, מעמד בית המשפט והיחס ביניהם. בית המשפט לא נזקק לתיאוריה כדי לחולל את המהפכה. להפך, הוא נמנע בכוונה מן הדין ב"שאלות חוקתיות מוקדמות נכבדות מאד, בדבר מעמדם של חוקי היסוד ובדבר שפיטותה לפני בית-משפט זה של השאלה אם קיימה הכנסת הלכה למעשה הגבלה שהטילה על עצמה ... (שם, בעמ' 696). ובכל זאת המהפכה הצליחה. היא הצליחה, כדרך של מהפכות, משום שהתחוללה בעיתוי מתאים, בלחץ הזמן של ערב בחירות; משום שבוצעה בטאקטיקה גבוהה, שהותירה לשלטון דרך להשיג את מבוקשו על-אף פסילת החוק, אם על-ידי תיקון החוק ואם על-ידי הקיקתו מחדש ברוב מיוחד; ואולי גם משום שנמנעה מפולמוס בשאלות החוקתיות הנכבדות. מבחינות אלה היא מזכירה את המהפכה המוצלחת שאירעה בארצות-הברית לפני כמאתיים שנה, אף היא בתחום היחסים שבין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת, בפרשת מרבורי (194) *(Marbury)* אכן, פרשת ברגמן [15] היא הוכחה נוספת לאמידה המפורסמת של השופט הולמס כי דף של היסטוריה שקול כנגד ספר של היגיון.

ד 2. המהפכה החוקתית של פרשת ברגמן [15] הייתה, כדרך של מהפכות מוצלחות, רק שלב ראשון בתהליך מורכב וממושך. היא סללה את הדרך לשלב השני של המהפכה שנפתח, לפני שלוש שנים לערך, על-ידי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק. שלב זה, אף שמבחינה מעשית חשיבותו עולה לאין שיעור על חשיבותו של השלב הראשון, מבחינה עיונית אין בו פריצת דרך. חוקי היסוד החדשים אינם

א יוצרים את זכויות האדם, שהרי הפסיקה כבר נתנה להן תוקף מימים ימימה; הם אף אינם יוצרים כלל פרשנות חדש, שהרי הפסיקה קבעה זה כבר כי יש לפרש את כל החוקים לאור זכויות האדם. אלא מאי? הם מרחיבים את העיקרון שנקבע בפרשת ברגמן [15], שבינתיים זכה להסכמה כללית, הוא העיקרון שהכנסת רשאית לכבול עצמה בחוק יסודי. אכן, בפרשת ברגמן [15], קבע בית המשפט רק את העיקרון של כבילה צורנית, כלומר, כבילה הדורשת רוב מיוחד של חברי הכנסת. עכשיו עומדת על הפרק כבילה מהותית, כלומר, כבילה הדורשת התאמה של חוק רגיל לערכים ולעקרונות שנקבעו בחוקי היסוד החדשים.

ב בשלב זה, המעבר, במסגרת אותו עיקרון, מן הכבילה הצורנית אל הכבילה המהותית, הינו קל וחלק. זוהי התפתחות טבעית. אכן, התפיסה שלפיה הכנסת רשאית לכבול עצמה בחוק יסודי גם בכבילה מהותית כבר מקובלת כמעט על הכול. היא באה לידי ביטוי במחקרים מדעיים ובאימרות אגב של בית-משפט זה. עכשיו, בפסק-דין זה, היא זוכה למעמד של הלכה, כדברי הנשיא שמגר (לעיל, בפסקה 35), "מבחינה הגיונית, אין מקום להבחין בין כבילה צורנית לכבילה מהותית". זוהי, על רגל אחת, כל ההלכה כולה. ואיך זיל גמור, כאשר תבוא השעה ותעלה הדרישה, בפסק-דין שעוד יגיעו.

ג 3. עם זאת, הבסיס התיאורטי להלכה זאת שנוי במחלוקת. מה מקור כוחה של הכנסת לכבול את כוחה? המחלוקת, שנותרה ללא הכרעה בפרשת ברגמן [15], רחשה מתחת לפני השטח במשך שנים רבות. דומה כי ניתן ואף ראוי היה להניח לה שתמשיך להבשיל בדיון האקדמי, עד שבית המשפט יהיה חייב להכריע בה. שהרי אין היא נחוצה להכרעה במשפט זה. עובדה היא, שבסופו של דיון היא נותרה ללא הכרעה.

ד כך לגבי שאלה זאת, ובדומה לכך גם לגבי שאלות נוספות, חשובות וקשות, שנדונו בהרחבה בפסק-דין זה. בתחום המשפט החוקתי נדרש בית המשפט להלך בוהירות רבה במיוחד כדי שלא ימעד. בתחום זה, יותר מאשר בתחומי משפט אחרים, בית המשפט קובע אורחות חיים. לא פעם פסקי הדין שלו אינם רק ציוני דרך, אלא הם פורצים דרכים חדשות. הדבר מחייב בדיקה יסודית של פני השטח וראייה לטווח רחוק. ראוי להתקדם בדרך עקב בצד אגודל. קפיצת הדרך עלולה למוטט את היציבות שהיא חיונית להתקדמות.

ה המיוחדות של תחום המשפט החוקתי מחייבת מיוחדות גם בגישת בית המשפט לתחום זה. מכאן החשיבות הרבה הנודעת לכללים שמציע הנשיא שמגר, בעקבות השופט ברנדייס, לצורך הדיון בשאלות חוקתיות. בין היתר אומר הנשיא שמגר (בפסקה 89) כי "בית המשפט אינו נוהג לדון בשאלות בעלות אופי חוקתי אלא אם כן הדבר דרוש באופן החלטתי (absolutely necessary) לצורך הכרעה בעניין", וכן כי "בית המשפט לא יגבש כלל של משפט חוקתי, שהוא רחב יותר מן הגדרש לצורך הכרעה בנוכחות הקונקרטיות שבפניו,

אשר עליהן יש ליישמו". הדברים מקובלים עליי. ברוח דברים אלה אני מעדיף להשאיר שאלות שונות שנדונו בפסקדין זה, בהן שאלות הוות עולם בתחום המשפט החוקתי, בצריך עיון עד שתגיע שעתן.

א

4. אף על פי כן, לא אוכל להתעלם מכך שהמחלוקת פרצה אל פני השטח, ופסקדין זה מציג דעות שונות בשאלות יסוד של המשפט החוקתי. דעות אלה, אף אלה שהן רק אמירות אגב, עשויות להשפיע על התפתחות ההלכה. במצב זה נודעת חשיבות למשקל התמיכה בדעה זו או זו. לפיכך אני רואה מקום להביע גם את דעתי, בתכלית הקיצור, בשתי שאלות.

ב

ראשית, בשאלת המקור לכוחה של הכנסת לכבול עצמה, מבחינה מהותית כמו מבחינה צורנית, אני סבור שכוח זה נובע מן המעמד של הכנסת כאסיפה מכוונת. התיאוריה בדבר אסיפה מכוונת מקובלת במדינות רבות ואף רווחת בישראל. היא מציעה הסבר עיוני ומספקת מכשיר מעשי, הן לכנסת והן לבית המשפט, לצורך טיפול נאות בנושאים חוקתיים. היא, לדעתי, התיאוריה העדיפה.

ג

שנית, בשאלת המידתיות, שנקבעה כמבחן בפיסקת ההגבלה שבחוק היסוד, ראוי לאמץ, לדעתי, מבחן משולש: ההתאמה, הצורך והמידתיות. מבחן זה מקובל במדינות שונות וכן במשפט הבינלאומי. הוא חדר גם למשפט הישראלי, ואף נעשה הלכה במשפט המינהלי. ראו: בג"צ 987/94 [57]; בג"צ 3477/95 [58]. אין זה סביר או רצוי לקבוע הלכה שונה במשפט החוקתי. כך הדבר, קודם כול, משום שמבחינה עניינית אין גבול חד המפריד בין המשפט החוקתי לבין המשפט המינהלי. כך הדבר גם משום שבית המשפט זה חצה את קו הגבול ואמר כי דרישת המידתיות שנקבעה בחוק היסוד חלה גם על הרשויות המינהליות. ראו בג"צ 987/94 [57]. משמע, ההלכה בעניין זה היא אחת, במשפט החוקתי ובמשפט המינהלי גם יחד. יתרה מזאת, ההלכה המבססת את המידתיות על שלוש היסודות האמורים היא, לדעתי, ההלכה הראויה. היא מציינת את בית המשפט במכשיר מתוחכם ויעיל, המתבסס על הגיון במדינות אחרות ובבתי המשפט בינלאומיים, לביקורת החוקיות של חוקים, של תקנות החלטות מינהליות לסוגיהן.

ד

ה

ו

בשתי שאלות אלה, אם כך, אני מצרף את דעתי לדעתו של הנשיא ברק.

ז

לעומת זאת אני מבקש להיזהר מאוד שלא לקבוע מסמרות בשאלה מהו קניין ומהי פגיעה בקניין. האם חוק היסוד מעניק הגנה מפני כל חוק חדש שיש עמו פגיעה, לרבות פגיעה עקיפה, בערך הרכוש או בהכנסה כספית? לדוגמה, האם ההגנה על הקניין משתרעת גם על מגבלות שהוק מטיל על חוץ עבודה, כגון הוראה בדבר שכר מינימום או על דרישות ביחסי ממון בין בני זוג, כגון הוראה בדבר חיוב במוזנות? אם כל פגיעה

בשווי רכושו של אדם, לרבות פגיעה בחיובים כספיים למיניהם, היא פגיעה בקניין, נמצא כי החוקים הפוגעים בקניין רבים מני ספור; בית המשפט עלול לשקוע ראשו ורובו בבדיקת החוקיות של כל חוק כזה, שמא, בין היתר, הוא פוגע בקניין מעבר למידה הדרושה; והמחוקק יתקשה למלא את תפקידו כראוי. ככל שיורחב ההיקף של הקניין בזכות חוקתית, כך, יש לחשוש, תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זאת. ועל כך ניתן לומר: תפסת מרובה לא תפסת. לפיכך די לי, לצורך הכרעה בעניין שלפנינו, להניח כי החוק המתקן פוגע בזכות הקניין. גם על יסוד הנחה זאת איני רואה מקום לפסול את החוק המתקן, שכן העובדות והטענות שהוצגו לפני בית המשפט, אין בהן יסוד לומר כי החוק אינו מקיים את הדרישות של פיסקת ההגבלה.

5. הנשיא ברק מסכם את ההלכה, ככל שהיא דרושה להכרעה בעניין שלפנינו, בפיסקה 108 לפסק הדין שנתן. סיכום זה מקובל עליי. לפיכך מקובלת עליי גם התוצאה שאליה הגיעו הנשיא שמגר, הנשיא ברק ויתר חבריי להרכב זה.

השופט מ' חשין: דעתי היא כדעת חבריי, הנשיא שמגר והנשיא ברק. דעתי היא כדעתם, כי החוק המתקן, עלה בידו לעבור מחסומים שהציב לפניו חוקיסוד: כבוד האדם וחירותו, וכי אין עוד להידרש לנושא החוקיות-החוקתיות של אותו חוק.

2. חבריי, הנשיא שמגר והנשיא ברק, הניפו חרמש ומגל, ולא הניחום מידיהם עד רדת יום בקוצרם בשדה חוקי היסוד. אך מעט לקט, שכחה ופאה הותרו אחריהם. מתוכם אמרתי אסוף אל היקי שתיים-שלוש שיבולים, אותן אטחן ומהן אופה את פתי שלי. סוגיית יסוד אחת שחבריי נדרשים לה באריכות - תוך שנחלקים הם בדעותיהם - היא בנושא סמכותה של הכנסת לחוקק חוקה (נוקשה) למדינה; אם תרצה: בשאלת כוחה של הכנסת "לכבול" את סמכותה לחקיקה לעתיד לבוא על דרך "שריונם" של חוקים (שריון פורמאלי או כבילה מהותית). מסקנת חבריי - שנייהם כאחד - היא זו, שאכן עומד לה לכנסת כוחה לשריין חוקים שהיא מחוקקת - קרי: להגביל את סמכותה לעתיד במלאכת החקיקה - אלא שדרכם למסקנתם היא שונה. ומתוך שדרכם שונה, אין חבריי מסכימים אף בשאלת תחום התפרסות כוחה של הכנסת לשריין חוקים.

3. אפתח באומרי כי לדעתי אין קנויה לה לכנסת סמכות לכונן חוקה, כמשמעות מושג ה"כינון" ומושג ה"חוקה" בפסקי הדין של חבריי. יתר-על-כן: ספק גדול בעיניי אם תיאוריה המקנה לכנסת סמכות של כינון חוקה ראויה היא לבו, בזמננו ובמקומנו. אכן, סבור אני כי עומדת לה לכנסת סמכותה להטיל על עצמה מגבלות לחקיקה לעתיד לבוא - בגדרים ובסייגים שנפרט ונפרש להלן - ובמובן זה משיקה דעתי לדעת חבריי. אך מתוך שתחנת המוצא למסעי שונה מתחנות המוצא של חבריי, מגיע אני אל מחוות שונים מאלה שחבריי מגיעים אליהם.

4. חילוקי הדעות שנתגלעו בינינו בעניין הסמכות המכוננת של הכנסת ובשאלת

א "ריבונות" הכנסת, הינם כולם בבחינת אימרות אגב. לעניינה של הכרעת-דין במשפט שלפנינו לא נתגלעו בינינו כל חילוקי-דעות. מה עבר עליי אפוא שעומד אני להיות לטורח על הציבור ולצרף אימרת אגב (ארוכה) לאימרות אגב של חבריי? אקדים אפוא ואודיע את טעמי לדבר.

ב 5. ראשית לכול, דעתי היא כי שאלת סמכותה של הכנסת להגביל את עצמה (בחוקה או בחוק) הינה השאלה החשובה ביותר שעלתה לפנינו במשפט הנוכחי, ובחשיבותה עולה היא עשרת מונים על כל שאר שאלות שהציגו עצמן לפנינו. בהשוותי את זו עם אלו אומר, כי זו מן הנפילים, ואלו - בהשוואה - מקטני ארץ.

ג יתר-על-כן: דומני כי למיום היות בית המשפט העליון לישראל - למיום היווסדו ועד עתה - לא עלתה לפניו שאלה גדולה וחשובה כשאלת סמכותה המכוננת של הכנסת לחוקק חוקה לישראל, כשאלה אם ניתנה חוקה לישראל, ולו מגילות-מגילות. אכן, גם עתה לא עלתה השאלה לפנינו להכרעה בה לגופה, והרי כולנו נסכים כי חוקי-יסוד: כבוד האדם והירותו - וכמותו חוקי-יסוד: חופש העיסוק - נתקקו כדין ובסמכות. ואולם לגופה נישאת היא השאלה מכל שאר שאלות העולות לפנינו, ולו אגב אורחא, והרי היא נפיל שבנפילים. שאלת החוקה - ועמה שאלת בעל הסמכות לחוקק חוקה - שתי השאלות כאחת קרובות הן במאוד אל "הנורמה הבסיסית" של שיטת המשפט בישראל. עניין לנו בשאלה המצויה ביסודה של שיטת המשפט בישראל, לא פחות. ובעומדנו לפני שאלה כה נעלה, נתקשה שלא לומר בה דברים אחדים.

ה 6. שנית, והוא עיקר שבציקר: נחר-מחרתיים, כי תקבל הכנסת חוק - או חוק יסוד בנושא של חוקה - וייאמר בו בחוק או בחוק היסוד כי לא ניתן יהיה לשנותו אלא ברוב של שבעים או ברוב של שמונים מחברי הכנסת (או ברוב של תשעים או ברוב של מאה), דינו של שריון זה מה יהא: האם יתפוס ויחייב - ככתבו וכלשונו - והכנסת לא תוכל לשנות את החוק (או את חוק היסוד) אלא באותו רוב מיוחד שנקבע בחוק? או שמא אחרת נאמר: אותה הוראת חוק המגבילה את כוחה של הכנסת לחקיקה לעתיד לבוא, משולה היא כחרס הנשבר, ורוח חיים אין בה אך באשר אומרת היא להגביל את סמכות הכנסת לחקיקה בדרך שהיא מגבילה אותה? אליבא דחברי, הנשיא ברא, תתפוס המגבלה בשלמותה ובלא כל סייג אם אך תבוא בחוק יסוד, באשר מעשה החקיקה הוא בסמכותה המכוננת של הכנסת: החוק (החוקה) הוא "חוק יסוד", ותוכנו של החוק נסב על נושאי חוקה (עיקרי יסוד של המדינה, מיבנה הרשויות, יחסי הרשויות ביניהן לבין עצמן וזכויות הפרט). זו אף דעתו של חברי, הנשיא שמגר, הגם שיש בדבריו רמזים להגבלה כלשהי על סמכותה של הכנסת (ראו פסקה 35 לפסק-דינו).

ואילו אני אומר, כי הוראת הרוב המיוחס (מעין הוראות הרוב שהבאנו למעלה) -

א הוראה האומרת להגביל את כוחה של הכנסת לשנות את החוק - הוראה זו לא תתפוס מעיקרה, בהיות הכנסת נעדרת סמכות לחוקקה. הוראת חוק זו, לדעתי, הינה אנטי-דמוקרטית בעליל: הוראת חוק היא המשליטה את המיעוט על הרוב, הוראת חוק היא שהעם לא הסמיך את נציגיו לחוקק. יתרה מזאת: חוק מעין זה - בהיעדר חוקה של אמת - אני רואה בו סכנה אמיתית וקרובה לדמוקרטיה בישראל, גם להלכה גם למעשה, ואכלה בו את אשפתי.

ב 7. על כל אלה נוסיף ונדבר להלן, ובמקום זה לא ביקשנו אלא להסביר על שום מה ולמה רואים אנו את נושא סמכותה של הכנסת לחוקק חוקה (נוקשה) - אם תרצו: לחוקק חוקים משוריינים - כנושא הנעלה על כל הנושאים הנדונים שלפנינו. ואלו הן שיבולים מעט שאטחן.

ג 8. וזו תהא דרכנו שלהלן: בראשית נבדוק את שאלת סמכותה המכוננת של הכנסת, לאמור, את נושא סמכותה של הכנסת לחוקק חוקה. בפרק זה נסביר מדוע זה, לדעתנו, אין לה לכנסת סמכות מכוננת, ומדוע זה אין בכוחה של הכנסת לחוקק חוקה (נוקשה) לישראל. באותו הקשר נוסיף ונאמר דברים על הסכנות הטמונות בסמכות מכוננת או בריבונות בלתי מוגבלת כי נכיר לכנסת על דרך ההלכה, בלא שנושא זה עמד להכרעתו של העם ולבחינתן של דעות על הטובות ועל הרעות שסמכות לכונן חוקה מקפלת בתוכה. משנגיע למסקנה זו נוסיף ונשאל את עצמנו: בהיעדרה של סמכות מכוננת, האם קנתה הכנסת, מעיקרו של דין, סמכות לחוקק חוקים "משוריינים"? במקום זה נתווה את דרכנו, ונסביר מדוע זה, לדעתנו, אכן קנתה הכנסת סמכות לחוקק חוקים משוריינים, ומה הן מגבלות סמכותה זו.

ה נפתח אפוא בנושא סמכותה המכוננת של הכנסת.

הסמכות המכוננת - ההיית או חלמתי חלום?

ו 9. כיצד נוהה סמכות למתן חוקה? כיצד נדע אם ניתנה סמכות לכונן חוקה, ואם ניתנה סמכות - מי הוא בעל סמכות? כיצד נדע אם כוננה החוקה ואם נורמה פלונית נורמה של חוקה היא? שאלת זיהויו של בעל הסמכות לכונן חוקה והשאלה אם נורמה פלונית הינה נורמה של חוקה, שתי שאלות אלו כרוכות ואחוזות הן זו בזו עד לבלי הפרד, והשתיים היו לאחדים. בעל סמכות לכונן חוקה מכונן חוקה, ונורמה שיצאה מלפני אותו בעל סמכות בכוונה כי תהיה נורמה של חוקה הינה נורמה של חוקה. וביודענו כי חוקה מחזיקה את נורמות העל של המדינה - נורמות שאף הרשות המחוקקת תרכין ראשה לפנייהן ותשתחוה להן - מסקנה נגזרת מאליה היא, שלמצער לעניין קיומה של סמכות לכונן חוקה, ולעניין זיהויו של בעל הסמכות לכונן חוקה, לא יעלה ולו צל ספק: לא על קיום הסמכות ולא על זיהויו בעל הסמכות. הדבר למד מענייניו, והמאריך יחסיר.

הנה כך נתחייב עם ישראל בהוקתו הראשונה. בתחילה חויב העם להיטהר לקראת קבלת החוקה:

א "ויאמר ה' אל-משה לך אל-העם וקדשתם היום ומחר וכיבסו שמלותם: והיו נכונים ליום השלשי כי ביום השלשי ירד ה' לעיני כל-העם על-הר סיני: .....

ב וירד משה מן-ההר אל-העם ויקדש את-העם וכיבסו שמלתם: ויאמר אל-העם היו נכונים לשלשת ימים אל-תגשו אלי-אשה." (שמות, יט, י-יא; יד-טו [ד]).

ג שלושה ימים (לא פחות, אך גם לא יותר) ממתין העם לקבלת החוקה, וביום השלישי מתחיל הטקס נורא ההוד:

ד "ויהי ביום השלישי בהית הבקר ויהי קלת וברקים וענן כבד על-ההר וקול שפר חזק מאד ויחרד כל-העם אשר במחנה: ויוצא משה את-העם לקראת האלהים מן-המחנה ויתיצבו בתחתית ההר: והר סיני עשן כלו מפני אשר ירד עליו ה' באש ויעל עשנו כעשן הכבשן ויחרד כל-ההר מאד: ויהי קול השופר הולך וחזק מאד משה ידבר והאלהים יעננו בקול: וירד ה' על-הר סיני אל-ראש ההר ויקרא ה' למשה אל-ראש ההר ויעל משה" (שמות, יט, טו-כ [ד]).

ה קולות וברקים וענן כבד, וקול שופר חזק מאוד. הנה הוא ה' יורד על ההר באש והר סיני עשן כולו, עשנו כעשן הכבשן, וקול השופר הולך וחזק מאוד: "משה ידבר והאלהים יעננו בקול". ואחרי כל אלה בא דבר החוקה: אנוכי ה' אלוהיך. הנה הוא מעמד הר סיני, מעמד נורא הוד של קבלת התורה, טקס הענקתה של חוקה לישראל: אין ספק מי הוא גותן החוקה, אין ספק בסמכותו של גותן החוקה, אין ספק מה לשון החוקה, אין ספק כי חוקה היא הניתנת. אין חולקים על סמכות, אין חולקים על לשון, אין חולקים על מתן תורה.

ויש אומרים אחרת:

ז "אמר ר' אבהו בשם ר' יוחנן: כשנתן הקדוש-ברוך-הוא את-התורה צפור לא צייץ, עוף לא פרח, שור לא געה, אופנים לא עפו, שרפים לא אמרו קדוש, הים לא נודעזע, הבריות לא דברו, אלא העולם שותק ומחריש - ויצא הקול: 'אנוכי ה' אלוהיך.'" (שמות, רבה, כט [ה]).

זו תורה של קולות וברקים וענן כבד וקול שופר גדול וזו תורה של דממה דקה.



אכן, זו דרכה של חוקה, זו הייתה למיטב ידיעתי דרכן של חוקות בכל ההיסטוריה האנושית. וכדבר הכתוב על הלוחות הראשונים (שמות, לב, טז [ד]):

"והלחת מעשה אלהים המה והמכתב מכתב אלהים הוא חרות על־הלחת".

בעבר הייתה זו אצבע האלוהים שחרתה חוקה על אבן. בימינו יד אדם היא הכותבת והכתב הוא בדם־ואשיות־מרות־עשן. ואם לא כך כי אז באשיות־מרות־עשן, ואם גם לא כך כי אז בתמרות־עשן.

10. יום מתן חוקה הוא יום חג ומועד. הכול יודעים כי הנה עומד בעל הסמכות לחוקק חוקה, כי הנה עומדת חוקה להינתן, הנה ניתנה חוקה. ו"חוקה ניתנת במודעות מלאה", ברצון העם לקבל עליו עול חוקה ולו על דרך של "כפה עליהם הר כגיגית". בימינו אלה נידרש אולי למשאל עם, לאסיפה מכוננת שנתייחדה לייצודה ואשר עליה הוטלה המשימה לחבר חוקה, ואפשר לדרך אחרת. עיקר הוא שנדע בבירור את אשר עומד לפנינו. שאלת הסמכות ליתן חוקה אינה "עוד שאלה" משפטית הצורכת פתרון. שאלת השאלות היא. והרי על מתן חוקה ייאמר: "היום הזה נהיית לעם" (דברים, כו, ט [ג]). ובלשון חולין נאמר: היום זכיתם בנורמה הנעלה מכל שאר נורמות, נורמה שהיא כה נעלה עד שרק הנורמה הבסיסית תגדל ממנה. היעלה על הדעת כי יתעורר צורך משפטי להוכיח באותות ובמופתים היסטוריים ומשפטיים כי גוף פלוני קנה סמכות ליתן חוקה לעם או נתן חוקה לעם? שמענו על סוגיית פירושה של חוקה; שמענו על סוגיית סמכותו - או אי־סמכותו - של בית־משפט לפסול חוקים הסותרים דברה של חוקה. אפשר קוצר המשיג הוא, אך לא שמענו עד הנה על ויכוח אם גוף פלוני קנה סמכות (היסטורית ומשפטית) על־פי דין ליתן חוקה לעם. בוודאי לא שמענו על שאלה זו כשאלה משפטית הניתנת להכרעתו של בית־משפט. די לנו - די והותר - בשאלות הנדרשות בפירושו של חוק ובפירושה של חוקה. נצפה, למצער, כי עצם הסמכות ליתן חוקה לא ימצא חולק עליו. חילוקי הדעות בשאלה זו, הם עצמם, יש בהם כדי להעיד מה קשה היא המסקנה שהכנסת דהאידינא מחזיקה בסמכות מכוננת.

11. חברי, הנשיא שמגר, וחברי, הנשיא ברק, כל אחד מהם לעצמו ובדרכו, רואים סמכות לכנסת לחקיקתה של חוקה. הנשיא שמגר מייסד את סמכות הכנסת על עיקר שהוא מכנה ריבונותה הבלתי מוגבלת של הכנסת. הנשיא ברק מצדו בונה את סמכותה המכוננת של הכנסת על שלושה עמודים ("מודלים") אלה: אחד, עמוד הרציפות החוקתית למן האסיפה המכוננת הכנסת הראשונה; שניים, עמוד כלל ההכרה ותפיסות היסוד של הקהילה בישראל; ושלושה, עמוד "הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית" של שיטת המשפט בישראל. דרכו של הנשיא שמגר שונה אפוא מדרכו של הנשיא ברק, ודרכו של הנשיא ברק מתפצלת לשלוש דרכי משנה שאינן בנויות על אותו תוואי. ואולם עיון בכתובים מקרוב ילמדנו - בלא ערעור ופקפוק - כי בכל מסעם אל

א יעדם נושאים חבריי בצקלונם את דוקטרינת הרציפות החוקתית למן האסיפה המכוננת הכנסת הראשונה, והיא ביסוד מסקנתם. לשון אחר: כל העמודים שמציבים חבריי ואשר עליהם מתנוסס בניין סמכותה המכוננת של הכנסת דהאידינא, כולם תוקעים עצמם בסמכותה המכוננת של האסיפה המכוננת הכנסת הראשונה, וברציפות החוקתית מאז האסיפה המכוננת הכנסת הראשונה ועד לכנסת של היום. ואם זה עיקר שבועיקרים – ואכן עיקר שבועיקרים הוא – אך טבעי הוא שנבקש לפתוח בו את מסענו שלנו.

ב אלו הן אפוא השאלות שנציב לפנינו: האחת, האם קנתה האסיפה המכוננת הכנסת הראשונה סמכות לכונן חוקה לישראל? והשנית: בהנחה שאכן קנתה – האם הורשה סמכות זו לכנסות שבאו לאחריה?

על דבר כינונה של "האסיפה המכוננת"

ג 12. ההכרזה על הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל – היא מדינת ישראל – הייתה ביום ה' באייר תש"ח, 14.5.48. חלקה האופרטיבי של ההכרזה מצוי באמצעה, ובו שני חלקי משנה. חלק משנה אחד, הראשון שבשניים, אומר וזו לשונו:

ד "לפיכך נתכנסנו, אנו חברי מועצת העם, נציגי הישוב העברי והתנועה הציונית, ביום סיום המנדט הבריטי על ארץ-ישראל, ובתוקף זכותנו הטבעית וההיסטורית ועל יסוד החלטת עצרת האומות המאוחדות אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל, היא מדינת ישראל".

ה בחלק משנה זה טמונה "הנורמה הבסיסית" של המדינה: ההכרה בזכותם של "חברי מועצת העם, נציגי הישוב העברי והתנועה הציונית" להכריז על הקמת המדינה ולקבוע נורמות מהיכות לעם בישראל. חלק המשנה השני, והוא עיקר לענייננו עתה, קובע וזו לשונו:

ו "אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם ישראל".

ז חלקה זה של ההכרזה אומר כמה וכמה דברים באשר למוסדותיה המרכזיים של המדינה, וכולם מצויים ברום פיסגת הנורמות של המדינה. ענייננו עתה הוא באותה "האסיפה המכוננת הנבחרת" שההכרזה מדברת בה. נקרב מבטנו אל זו ונדע, כי המדובר

אינו אלא בגוף ביניים קצר ימים, ומשימתו בחייו אחת היא: לקבוע חוקה למדינה, חוקה שתכלול (בין השאר, כנראה) הוראות לבחירתם ולהקמתם של "השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה". מועצת המדינה הזמנית והממשלה הזמנית (בתוארן הקודם: מועצת העם ומינהלת העם) אמורות הן להמשיך בפעילותן כמוסדותיה המרכזיים של המדינה, והאסיפה המכוננת אמורה לפעול במקביל לשתי אלו ולמלא את משימתה האחת והיחידה: לקבוע חוקה לישראל ובזמן קצר הנמדד בחודשים ספורים. משתיכתב החוקה (והאסיפה המכוננת תחדל מהתקיים); משייערכו על פיה בחירות ל"שלטונות הנבחרים והסדירים"; ומשיוקמו אותם שלטונות נבחרים וסדירים; רק אז תחדלנה מועצת המדינה והממשלה הזמנית מפעול, והסמכויות כולן תהיינה בידי אותם שלטונות נבחרים וסדירים.

חשובים לענייננו, בעיקר, שניים אלה: אחד, ייחודה של האסיפה המכוננת למשימתה; ושניים, סיום פעילותה של האסיפה המכוננת תוך זמן קצר וקצוב שניתן לה. בשני נושאים אלה נאמר עתה מילים אחרות.

13. אשר לייחודה של האסיפה המכוננת למשימתה: כוונת ההכרזה על הקמת המדינה עולה מאליה: האסיפה המכוננת - בתורת שכוז - אינה אמורה להיות אבר קבוע בגופה של המדינה, רשות מרשויות המדינה הסדירות. נהפוך הוא: האסיפה המכוננת אמורה לפעול בנפרד ובנבדל מרשויות המדינה האחרות, במקביל לרשויות המדינה האחרות; רשויות ומועצות המדינה והממשלה הזמנית אמורות ללכת בדרכן ולמלא את תפקידיהן שלהן, ובה בעת - ובדרכה שלה - אמורה האסיפה המכוננת לפעול להשגת מטרתה שלה. ומשימתה של האסיפה המכוננת, משימתה האחת ואין בלתי: כתיבת חוקה למדינה.

ואכן, כך ראו את הדברים בזמנו. הבחירות לאסיפה המכוננת היו ביום 25.1.49. יום קודם לכן - ביום 24.1.49 - הרצה אורי ידן, ראש מחלקת החקיקה במשרד המשפטים, על הבחירות שלמחרת היום. וכה אמר ידן בהרצאתו (פס"א אורי ידן, בעמ' 82):

"מחר תתקיימנה הבחירות לאסיפה המכוננת של מדינת ישראל, הבחירות הראשונות מאז הקמת המדינה, והחשובות ביותר למשך תקופה ארוכה. כי לא פרלמנט רגיל הולכים אנו לבחור, אחד מרבים שיבואו אחרי-כך בזה אחר זה כדי לחוקק חוקים בעניינים שונים של חיינו השוטפים, אלא פרלמנט מיוחד במינו, יחיד בחשיבותו, באשר עליו להעניק למדינה חוק דגול אחד שיעמוד ימים רבים כמסד לכל הייה הדמוקרטיים, הלוא הוא חוקת היסוד, הקונסטיטוציה.

הפרלמנטים העתידיים לבוא במרוצת הזמן, בחירתם תהיה על פי חוקת יסוד זו שיוחלט עליה באסיפה המכוננת. החוקה תקבע אחת לתמיד את עיקרי הבחירות, כגון זכות הבחירה הפעילה (האקטיבית) והסבילה (הפסיבית),

שיטת הבחירות, חישוב תוצאותיהן ומספר הצירים, ותיצור על ידי זה מסגרת מוכנה מראש לבחירות שתיערכנה מפקידה לפקידה כל עוד החוקה תעמוד בתקפה".

א

מילים קצרות אלו הן תמצית דברים שאמרנו למעלה, ומה לנו שנוסיף.

ב

ומכאן תיגזרנה מסקנות נוספות. כך, למשל, הואיל והאסיפה המכוננת לא נועדה אלא לכתיבתה של חוקה - הא ותו לא: לכתוב חוקה ולהיעלם - ממילא אמורה הייתה היא להיות נעדרת אינטרסים משל עצמה בתוכנה של החוקה. השוו קרפ, במאמרה הנ"ל, בעמ' 328. יתר-על-כן: בייחודה לייעודה אמורה הייתה האסיפה המכוננת לקנות לעצמה פרספקטיבה ראויה על היסודות שיבנו את החוקה - משוחררת, כביכול, מטרדות היום-יום - להיות מצוידת במבט פנורמי רחב הרואה אל למרחוק והמביא במניין אינטרסים ארוכי טווח של המדינה ושל הפרט.

ג

ואשר לזמן הקצר שהוקצב לה לאסיפה המכוננת לכתיבתה של החוקה: על-פי עצם טיבה אמורה חוקה להיכתב תוך זמן קצר יחסית. אין הכרח שזמן זה יימדד בימים, בשבועות או בחודשים, אך בה בעת לא ידענו בימינו על חוקה הנכתבת חמישים שנה. דומני שלו נאמר להם לחברי מועצת העם כי לאחר ארבעים ושבע שנים טרם יסתיים מפעל החוקה, כי אז היו מניפים יד בתנועת ביטול כאומרים: "מה פתאום", בוודאי לא לכך נתכוונו. ואפשר היו מוסיפים ואומרים: הקצבנו לכתיבתה של חוקה ארבעה חודשים וחצי (למזן יום ה' 14.5.48 ועד ליום 1.10.48). בנסיבות שנוצרו ניתן להוסיף לתקופה זו חודשים נוספים, אפשר אף שנים אחדות. אך ארבעים ושבע שנים בוודאי חורגות הן מכל מידה שניתן להעלות על הדעת. כך היו אומרים כמשוער מייסדי המדינה, וזו אף דרכו של עולם בכתיבתה של חוקה. נזכור כי חוקה נכתבת, ואמורה היא להיכתב, בשעת רצון, בהיבקע השמים ואדם יביע משאלתו, בעת מפנה חשוב בחייו של עם. וכדבריו של דוד בן-גוריון בכנסת (בדיון על החוקה):

ה

ו

"מעמד הר-סיני לא מתרחש בכל יום. היה לנו מעמד גדול, היסטורי, לפני עשרים ושנים חודש. בהיסטוריה של ארבעת אלפים שנה לא היו לנו הרבה מעמדים כאלה.

ז

אינני חושב שזהו המעמד ההיסטורי האחרון שלנו. אני מאמין שעוד צפוי לנו מעמד גדול. איני אומר כמעמד הר-סיני, או כמעמד יסוד המדינה, זאת איני יודע. אפס ייתכן עוד מעמד גדול, ואולי עוד נשמע הקול המדבר מתוך האש - 'במסות, באותות, במופתים, ובמלחמה, וביד חזקה, ובורוע נטויה, ובמוראים גדולים', ויפתח שוב פרק חדש וגדול בתולדותינו.

עד אז - עשה נעשה מלאכתנו יום-יום באמונה, בענווה, ובהתמדה ובלי רתיעה. נעשה מלאכת הבטחון, העליה והתיישבות וכל החוקים הגדולים והקטנים הדרושים לכך" (ד"כ 4 (תש"י) 820)

א

אכן, חוקה תינתן על צומת דרכים במהלכה של אומה. צומת המשתרע על פני חמישים שנה אינו כלל צומת. חלל שנבעה בין כוונה מראש לבין ביצוע - שמא נאמר: אי-ביצוע - בדיעבד, כמוהו כחריגה מסמכות המפקיעה מעשה אל מחוץ לזירת הפעילות. ואולם כאן הקדמנו אחרית לראשית.

ב

14. נעצור קמעא בדרכנו ונתבונן סביבנו. במקביל לאסיפה המכוננת אמורה הייתה לפעול - במדינה שזה עתה קמה - מועצת מדינה זמנית, היא מועצת העם קודם ששינתה את שמה. ואם ההכרזה לא הגדירה את סמכויותיה של מועצת המדינה, עשה כן המנשר שהוצא בה בעת עם ההכרזה - ביום 14.5.48 - והוסיפה ועשתה זאת פקודת סדרי השלטון והמשפט, אשר נתפרסמה ביום 21.5.48, אך ניתן לה תוקף מלמפרע, למיום 15.5.48. סעיף 1 למנשר קבע כי "מועצת המדינה הזמנית היא הרשות המחוקקת", ועל אותן מילים עצמן חזרה הוראת סעיף 7(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט.

ג

כך נתייצבו (נורמטיבית) שני גופים: מועצת המדינה הזמנית כרשות מחוקקת, ובצדה האסיפה המכוננת - שטרם באה לעולם - כמי שאמורה הייתה לכתוב חוקה למדינה. וכלשונו של פרופסור אורי ידין (בספר אורי ידין, בעמ' 80-81):

ד

"לפי הכרזת העצמאות היו מועצת המדינה הזמנית והממשלה הזמנית ממשיכים לכהן ולפעול לא רק עד לבחירת האספה המכוננת אלא עד להקמת השלטונות החדשים על פי החוקה החדשה. תפקידה של האספה המכוננת היה מצטמצם לעיבוד החוקה ואישורה, ותפקידי החקיקה השוטפת היו נשארים בידי מועצת המדינה הזמנית עד לאחר גמר כהונתה של האספה המכוננת. עד אותו מועד היו קיימים שני המוסדות זה על יד זה, והממשלה הזמנית היתה מכהנת בהרכבה הנוכחי עד אחרי הבחירות לפרלמנט הקבוע על פי החוקה החדשה."

ה

15. נמשיך עתה ונתאר מעט אירועים שאירעו ומעשי חקיקה שנעשו, ולאחר מכן ננסה לפרשם ולבארם. כפי שראינו, אסיפה מכוננת כמשמעה בהכרזה אמורה הייתה להיות גוף קולגיאלי שמשימתו האחת והיחידה כתיבתה של חוקה. ואולם אסיפה מכוננת כהוראתה וכמשמעה בהכרזה על הקמת המדינה לא פעלה מעולם. היה זה ביום 14.1.49 - אחר-עשר ימים קודם הבחירות לאסיפה המכוננת - שמועצת המדינה הזמנית פירסמה את פקודת המעבר לאסיפה המכוננת, ובסעיף 3 לפקודה נקבע כך באשר לסמכויותיה של האסיפה המכוננת:

ז

א	3. לאסיפה המכוננת יהיו כל הסמכויות שהעניק החוק למועצת המדינה הזמנית, כל עוד לא החליטה האסיפה המכוננת החלטה אחרת בענין זה."	"סמכויות האסיפה המכוננת
---	--	-------------------------

ב	מלכתחילה - כפי שראינו - תכננו חברי מועצת העם שהאסיפה המכוננת תכתוב חוקה; כי על-פי אותה חוקה ייבחרו המוסדות הסדירים של המדינה; וכי עד להתכנס המוסדות הסדירים תמשיך מועצת המדינה בתפקידה, לאמור, בתפקיד החקיקה. והנה כאן, בפקודת המעבר לאסיפה המכוננת, נתחולל שינוי: האסיפה המכוננת אמורה מעתה לא אך לכתוב חוקה למדינה, אלא להוסיף ולהחזיק אף בסמכויותיה של מועצת המדינה הזמנית, קרי, בתפקיד החקיקה. שני תפקידים הוטלו עליה על האסיפה המכוננת: תפקיד כתיבתה של חוקה המדינה ותפקיד חקיקתם של חוקים. גוף אחד ולראשו שני כתרים.	
---	--	--

ג	16. נוסף ונזכיר באותו הקשר, שבהתאסף הרשות המכוננת אמורה הייתה מועצת המדינה הזמנית להתפור ולהיעלם. וכדבר סעיף 1 לפקודת המעבר לאסיפה המכוננת:	
---	---	--

ד

ה	1. מועצת המדינה הזמנית תוסיף לכהן עד התאסף האסיפה המכוננת של מדינת ישראל; בהתאסף האסיפה המכוננת תתפור מועצת המדינה הזמנית ותחדל מלהתקיים."	"המשך כהונתה של מועצת המדינה הזמנית
---	--	-------------------------------------

ו	ואמנם, משקנתה האסיפה המכוננת את סמכויות החקיקה של מועצת המדינה הזמנית - בנוסף לסמכויותיה כ"אסיפה מכוננת" - מה צורך היה עוד בגוף נוסף בעל סמכויות מקבילות לחקיקה? מכאן ההוראה על דבר חדילתה של מועצת המדינה הזמנית.	
---	--	--

ז	17. מועצת המדינה הזמנית חקקה את פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת, והבחירות נערכו בסדרן. אלא שהאסיפה המכוננת - למצער, בשמה - לא האריכה ימים. ביום ה' 14.2.49 נתכנסה האסיפה המכוננת לשיבתה הראשונה, וכעבור יומיים - ביום ה' 16.2.49 - חוקקה את חוק המעבר. סעיף 1 לאותו חוק גזר כליה על שמה של "האסיפה המכוננת". וכלשונו:	
---	--	--

שם	1. לבית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא
בית	'הכנסת'. לאסיפה המכוננת ייקרא 'הכנסת
המחוקקים	הראשונה'. לציר האסיפה המכוננת ייקרא
ותבריו	'חבר הכנסת'."

א

הנה כי כן, נעלמה ואיננה "האסיפה המכוננת" ותחתיה באה "הכנסת הראשונה".

18. הכנסת הראשונה - היא "האסיפה המכוננת" ככינויה בתחילת דרכה - לא כתבה חוקה לישראל, ויכוחים ערים ניטשו בה סביב השאלה אם תחקיק חוקה - ומה חוקה תחקיק, אם תחקיק - ולסוף נתקבלה החלטה שנודעה בכינויה כ"החלטת הררי" - על שם מציעה, חבר הכנסת יזהר הררי. על החלטה זו, ועל משמעותה, נוסף ונדבר להלן, ולענייננו עתה נאמר אך זאת, שהחלטת הררי דחתה למעשה - באין מועד קבוע - קבלתה של חוקה. באותה החלטה אין עוד מדברים על "חוקה" אלא על "חוקי יסוד", בשונה מחוקה. כך היה עד למועד סיום כהונתה של הכנסת הראשונה, ודבר לא נשתנה לאחר מכן: לא בכנסת השנייה, לא בכנסת השלישית ולא באף כנסת שלאחריהן. ועד עצם היום הזה.

ב

19. עד כאן - ציוני דרך אחדים במעשי החקיקה שהיו. נעבור מכאן לפירוש הדברים ולניתוחם.

ד

הכנסת כמחזיקה בסמכות מכוננת; שריונם של חוקים

20. ענייננו עתה הוא בשאלה אם מחזיקה הכנסת דהאידינא בסמכות מכוננת - לאמור: בסמכות לחוקק חוקה פורמאלית לישראל - ולעניין זה חשוב שנבחין ונבדיל בין שני אלה: בין שאלת סמכותה של הכנסת להפעיל סמכויות של אסיפה מכוננת - קרי: סמכויות לחקיקתה של חוקה - לבין שאלת סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים משוריינים. לא הרי סמכות זו כהרי סמכות זו, ולא בהכרח נוכל ללמוד מסמכות אחת לרעותה. אכן, סמכות מכוננת לחקיקת חוקה עשויה לכלול, על דרך העיקרון, כוח לחוקק חוקי חוקה משוריינים, ואפשר בכוח זה עיקר. ואולם היסק זה הוא חד-סיטרי. לשון אחר: סמכות לחוקק חוקים משוריינים אין היא משמיעה, כשהיא לעצמה, סמכות לכנסת כרשות מכוננת. אפשר שהכנסת תקנה סמכות לחוקק חוקים משוריינים, וסמכות מכוננת לא תהיה לה. כפי שנסביר בפרוטרוט להלן, זו אמנם דעתנו: הכנסת קנתה סמכות לחוקק חוקים משוריינים - במגבלות מסוימות - אך נעדרת היא סמכות של רשות מכוננת.

ה

ו

ז

נבחין אפוא בין הדברים, ונקפיד על ההבחנה. ענייננו עתה, כאמור, אין הוא בסמכותה של הכנסת לחוקק חוקים משוריינים. ענייננו עתה אחר הוא, לאמור, בשאלה אם קנתה הכנסת סמכות מכוננת לחקיקתה של חוקה.

הנשמר רצף של סמכות "האסיפה המכוננת" בין הכנסת  
הראשונה לבין הכנסות שלאחריה

- א 21. השאלה התיכונה שלענייננו היא, כאמור, אם מחזיקה הכנסת כיום בסמכות מכוננת - קרי: בסמכות שקנתה האסיפה המכוננת המקורית - בצד סמכותה כמחוקקת מן המניין. דעתי שלי היא, כי סמכותה של הכנסת כאסיפה מכוננת פקעה זה כבר, ולבירור זה ניפנה עתה.
- ב 22. הייתה זו הכרזת המדינה אשר קבעה כי תוקם "האסיפה המכוננת הנבחרת" לכתובתה של חוקה לישראל. כפי שראינו, בסמוך לפני בחירתה של האסיפה המכוננת הוסיפה מועצת המדינה הזמנית והחליטה כי כל הסמכויות שהעניק החוק לה עצמה (למועצת המדינה) יהיו לאסיפה המכוננת, כל עוד לא החליטה האסיפה המכוננת החלטה אחרת בעניין זה (סעיף 3 לפקודת המעבר לאסיפה המכוננת). בכך קנתה האסיפה המכוננת סמכויות רגילות של חקיקה - בירושה ממועצת המדינה הזמנית - ובצדן נשארו כשהיו סמכויותיה לכתובתה של חוקה לישראל. האסיפה המכוננת קמה ונהייתה, ולא יימצאו חולקים כי מעיקרה ומתחילתה החזיקה היא גם בסמכות של "כינון" - קרי: חקיקתה של חוקה פורמאלית - גם בסמכות של חקיקה: סמכות בצד סמכות. סמכות כינון שקנתה האסיפה המכוננת - גם על כך נסכים - לא נגרע ממנה כהוא זה אף שמיד עם כינוסה הפכה את שמה ל"הכנסת הראשונה".
- ד לו הייתה אותה אסיפה מכוננת - כנסת ראשונה כותבת חוקה פורמאלית לישראל, הסכמתי שמעשה היה מעשה והוקתה הייתה חוקה. ואולם לא כך היה. הכנסת הראשונה נתפזרה וחוקה פורמאלית לא כתבה. כנסת שנייה גם היא לא כתבה חוקה (פורמאלית), וכך כל כנסות שהיו מאז ועד עצם היום הזה. והשאלה מתבקשת מאליה: המחזיקה היא הכנסת כיום בסמכותה המקורית של "האסיפה המכוננת" לכתובתה של חוקה פורמאלית? בשאלה זו נחלקו הדעות, והיא השאלה שלפנינו.
- ה 23. התיאוריות המכירות לכנסת דהאידינא סמכות לכונן חוקה תולדות עצמן, כפי שראינו לעיל, בשני אלה: אחד, בסמכותה של האסיפה המכוננת לכונן חוקה, ושניים, בקיומו של רצף של סמכות לכונן חוקה בין האסיפה המכוננת - שהסבה את שמה ל"הכנסת הראשונה" - לבין הכנסות שבאו לאחריה. כולנו ידענו והסכמנו כי האסיפה המכוננת - הכנסת הראשונה קנתה סמכות של "אסיפה מכוננת" - קרי: סמכות לכונן חוקה - והשאלה אינה אלא אם הורשה סמכות זו לכנסת השנייה, ואמנם, התומכים בתיאוריית הסמכות הכפולה של הכנסת (כיום) מצביעים על דברי חוק שאמרו לשמר סמכויות ולהעבירן מדור אל דור, בשלמותן וכמות שהן, מאסיפה מכוננת - כנסת ראשונה אל כנסת שנייה, מכנסת שנייה אל כנסת שלישית וכן הלאה עד לימינו אלה. ראו: רובינשטיין, בספרו הנ"ל (מהדורה 4), בעמ' 447 ואילך; קליין, במאמרו הנ"ל, במשפטים ב; קליין, במאמרו הנ"ל, המשפט א; ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך ג, בעמ' 43.



ואלה הם דברי החוק, בתחילה הייתה זו פקודת המעבר לאסיפה המכוננת, אשר קבעה בסעיף 3 בה כך:

א

3. לאסיפה המכוננת יהיו כל הסמכויות שהעניק החוק למועצת-המדינה הזמנית, כל עוד לא החליטה האסיפה המכוננת החלטה אחרת בענין זה.	"סמכויות האסיפה המכוננת"
---	--------------------------

ב

כך קנתה האסיפה המכוננת את סמכויות החקיקה של מועצת המדינה הזמנית, בצד סמכויותיה לכתיבת חוקה לישראל.

ג

"האסיפה המכוננת" הסבה את שמה ל"הכנסת הראשונה" (כדבר סעיף 1 לחוק המעבר), ולקראת סיום כהונתה חקקה את חוק המעבר לכנסת השנייה. סעיף 5 לחוק זה האחרון קבע לאמור:

5. לכנסת השניה ולחבריה יהיו כל הסמכויות, הזכויות והחובות שהיו לכנסת הראשונה ולחבריה.	"סמכויות וכו' של הכנסת השניה וחבריה"
--	--------------------------------------

ד

הוסיף וקבע סעיף 9 לאותו חוק:

ה

9. כל מקום בחוק שמדובר באסיפה המכוננת או בכנסת הראשונה ייקרא, מיום כינוס הכנסת השניה, כאילו המדובר בכנסת השניה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מגופו של ענין.	"התאמת חוקים"
---	---------------

ו

ואם הוראות חוק אלו דיברו אך על נושא העברת סמכויות בין כנסת ראשונה לבין כנסת שנייה, בא סעיף 10 לאותו חוק וקבע נורמה כללית לעניינה של העברת סמכויות:

10. חוק זה יהול, בשינויים המחוייבים לפני הענין, גם על המעבר לכנסת השלישית ולכל כנסת שלאחריה, כל עוד לא קיבלה הכנסת חוק אחר בדברים הנדונים בחוק זה.	"תחולה"
--	---------

ז

הנה כי כן, כך אומרים לנו התומכים בתורת שני הכתרים: "האסיפה המכוננת" קנתה סמכות לחוקק הוקה פורמאלית לישראל, ועל כך אין חולקים. לאחר מכן נחקקו הוראות חוק אלו שלפנינו - כל אחת מהן בשעתה ובמקומה - ואלו הוסיפו והעבירו אותה סמכות מכנסת אל כנסת ועד לכנסת של היום. כתר החקיקה - ועמו כתר של כינון - השניים כמו עברו מאב אל בנו, והרי כנסת של היום קושרת לראשה כתר של מחוקק וכתר שרשות מכוננת החוקה בו לפני כתמישים שנים. האומנם כך?

א

ב

24. טיעון זה אחוז בספקות לא קלים. השאלה אם סמכות עברה מאדם לאדם או מגוף אל גוף - לרצונם של מעבירי הסמכות - נחלקת לשתי שאלות נפרדות. השאלה האחת היא, אם האדם או הגוף מעבירי הסמכות נתכוונו להעביר לזולתם את הסמכות שבה מדובר, והשאלה השנייה היא, אם אותה סמכות ניתנת הייתה, על-פי טיבה, להיות מועברת; אם תרצה: אם מעביר הסמכות רשאי ומוסמך היה להעבירה לזולתו. רק בהתקיים שני תנאים אלה - בה בעת - רק אז נהיה רשאים לומר כי סמכות עברה מיד אל יד. לענייננו שלנו נאמר, כי שומה עלינו להשיב על שתי שאלות נפרדות אלו: השאלה האחת היא, האם נתכוונה הכנסת הראשונה להוריש לכנסת שלאחריה את סמכותה לחוקק הוקה, והשאלה השנית היא, האם רשאית ומוסמכת הייתה הכנסת הראשונה להוריש לכנסת שלאחריה סמכותה זו, לאמור: אם החוקה הכנסת הראשונה בידה כוח להוריש את סמכותה, או: אם סמכותה לכוונן ניתנת הייתה, מעיקרה, להורשה. עיון בדברים מקרוב ילמדנו כי שני ראשים אלה בהעברתה של סמכות, ספק אם נתקיימו בעניינה של האסיפה המכוננת. ואולם לענייננו עתה נעמוד על הראש השני שעניינו כוחה של האסיפה המכוננת להוריש את סמכות הכינון לכנסות שתבואנה לאחריה.

ג

ד

ה

25. גם אם אמרנו כי הוראות החוק, על פניהן, ביקשו להעביר סמכויות - כמות שהן - מכנסת אל כנסת, עדיין שאלה היא אילו סמכויות יכולה הייתה האסיפה המכוננת ויכולות ומוסמכות היו כל כנסות שהיו - ושיהיו - להעביר אישה אל רעותה. שהרי כולנו נסכים כי אין אדם יכול להעביר לחברו אלא סמכות שהוא רשאי ומוסמך להעביר; ואילו אם אין ה"מעביר" רשאי ומוסמך להעביר, פשוט הוא שכוונתו להעביר אין בה כדי להועיל.

ו

ז

ואכן, דעתי שלי היא, שבהתפזר האסיפה המכוננת - היא הכנסת הראשונה - וחוקה לישראל לא כתבה, פקעה זכותה של הכנסת לכתוב חוקה כדבר ההכרזה על הקמת המדינה. רצף שנשמר בידי אותן הוראות מעבר שציטטנו אין הוא אלא בנושאי חקיקה בלבד אך לא בנושאי חוקה.

26. כיום מכהנת הכנסת השלוש-עשרה. כנסות ישראל רדפו - ותרדופנה - האחת את רעותה, וכל כנסת היא כקודמתה. אחת, יחידה ומיוחדת הייתה "האסיפה המכוננת", היא "הכנסת הראשונה". כנסת של היום - היא הכנסת השלוש-עשרה - מקור סמכותה הוא בכנסת של אתמול, בכנסת השתיים-עשרה, וכנסת של אתמול מקור סמכותה הוא בכנסת של שלשום. כך נמשיך במסענו לאחור עד הגיענו אל "הכנסת הראשונה". כאן נעצור קמעה, נסיר אדרת מעל "הכנסת הראשונה" והנה לפנינו "האסיפה המכוננת". הליכה נוספת לאחור לא תהיה עוד בשעטה - כהליכה שקדמה לה - שכן "האסיפה המכוננת", שלא כשאר כנסות, הייתה בבחינת "בת-אלים". מקורה לא היה בכנסת שקדמה לה אלא במחשבתם של מחוללי המדינה. מועצת העם היא שהכריזה על הקמת המדינה, היא שקבעה אלו מוסדות יוקמו, היא שהגתה את "האסיפה המכוננת", והיא שייעדה לה את תפקידה הראשון: לחוקק חוקה לישראל. ההכרה בסמכותה של מועצת העם לקבוע כל אלה מקומה הוא אל מעבר לשיטת המשפט בישראל והיא "הנורמה הבסיסית" לקיומנו (המשפטי) כמדינה.

27. נזכור ונזכיר, כי אותה "אסיפה מכוננת" - עליפי קביעתה של מועצת העם בהכרזה על הקמת המדינה - אמורה הייתה לסיים כתיבתה של חוקה תוך מספר חודשים ועוד; לכתוב - ולהיעלם. אכן, אחת, יחידה ומיוחדת. משידענו כל אלה, נוסיף ונדע כי ייעודה של "האסיפה המכוננת" לכתיבתה של חוקה היה ייעוד אישי וחד-פעמי. סמכותה של האסיפה המכוננת לכתוב חוקה לא ניתן היה לראותה כזכות קניין הניתנת להעברה לרצון בעליה. הייתה זו מעין נאמנות שמועצת העם אמרה להפקיד בידי הרשות המכוננת, ונאמנות - כידוע - אין מעבירים מיד אל יד לרצונו של הנאמן. אכן, בלכתו אל הקלפי לבחור את "האסיפה המכוננת" - כהוראת פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת - אמר העם לבחור "אסיפה מכוננת" שתפקידה הוא לכתוב חוקה לישראל. האסיפה המכוננת אמורה הייתה, אמנם, להחזיק גם בסמכויות רגילות של חקיקה; ואולם סמכויות אלו עמדו לעצמן, ועיקר תפקידה נשאר כשהיה, הכול עליפי דברו של מי שמקיים בגופו את "הנורמה הבסיסית". לכאורה אפוא לא קנתה האסיפה המכוננת סמכות להעביר את סמכותה המכוננת לאחר. ראו והשוו: *Nimmer, supra, at* 1239-1240. אני מסכים לדבריו של פרופסור נימר, ואוסיף עליהם כפי שאפרש גם להלן.

28. אכן, כלל יסוד הוא במשפט - מקורו בשכל הישר - ששליחות אינה ניתנת להעברה; אין השליח עושה שליח: *delegatus non potest delegare*. ראו, למשל: ע"פ 74/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' הורנשטיין [61]. אמון שנתתי באדם, אין אותו אמון ניתן, עליפי עצם טיבו, להעברה. שליח אינו רשאי לבקש מאחר - שלא על דעת השולח - כי יבצע את דבר השליחות (ראו סעיף 16 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965: "אין שלוח עושה שלוח לנושא שליחותו אלא אם הורשה לכך במפורש, או מכללא..."). יש דברים שהם אישיים לאדם, ואת אלה אין לו לאדם לא כוח ולא סמכות להעבירם לאחר. השוו ע"א 549/75 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה [62], בעמ' 465-466. "האסיפה המכוננת"

נתכוננה על-פי דברה של מועצת העם, ואמורה הייתה להיות - על-פי דין - שלוחתו של העם לכתיבתה של חוקה. לאחר מכן בחר אמנם העם באסיפה המכוננת - על-פי חוק שחקקה מועצת המדינה הזמנית - כשלוחתו המפורשת לכתיבתה של חוקה. כך חקקה מועצת העם וכך בחר העם. ואולם לא מועצת העם ולא העם - לא זו ולא זה - לא הסמיכו את האסיפה המכוננת להעביר סמכותה לאחר. תואר אצילות כי יעניק המלך לפלוני, יהפוך אותו פלוני אציל בין אצילים. ואולם תואר של אצילות לא יעבור לאחר בין החיים, ואף לא בירושה אלא אם נולד כתואר העובר בירושה. אציל אין בכוחו להעביר לאחר תואר אצילות שזכה בו, והרי התואר דבק בו, ורק בו. כך אציל וכך האסיפה המכוננת, שלא היה בכוחה להעביר לכנסת השנייה סמכות שמקורה באמון אישי שזכתה בו מבחריה. והדברים פשוטים.

29. בסמכותה כרשות מכוננת לא קנתה הכנסת הראשונה כוח - אליבא דכולי עולמא - אלא לחוקק חוקה בלבד. הא ותו לא. אכן, רשות נעלה הייתה האסיפה המכוננת - בדברי חוק נעלים אמורה הייתה להעסיק את עצמה - אך סמכות זו לא קנתה אלא לחוקק חוקה בלבד. האסיפה המכוננת אפשר הייתה "כול יכולה", אך "אסיפה מכוננת כול יכולה" הייתה, לאמור, "כול יכולה" - אך בתחום המוגדר של חקיקת חוקה בלבד, היא לא הייתה "כול יכולה" בתחומים אחרים, לרבות לא בתחום של העברת סמכויותיה לאחר. סמכות להעברת סמכות לא ניתנה לה, "סמכות טבעית" להעביר מסמכויותיה לאחר לא הוקנתה לה, ואף סמכות "להסדיר" את עצמה לעניין העברת סמכויותיה לא קנתה. מי שנולד "חד-פעמי" יישאר "חד-פעמי". משל למה דמתה היא האסיפה המכוננת, למלכת הדבורים (מלכה-אם) היושבת כבוד על מקומה וייעודה בחייה הוא להטיל ביצים ועל דרך זה לקיים את דור הדבורים הבא. הישרדות על דרך רבייה היא הייעוד הטבעי של החי, וזה תפקידה של המלכה. תפקידה הוא חשוב עד למאוד - חשוב לאין ערוך מתפקידה של דבורה עמלה - אך תפקיד זה תפקידה שלה הוא, ולאחר לא תוכל להעבירו.

הכנסת הראשונה כרשות מכוננת, ייעודה האחד והיחיד היה כתיבתה של חוקה. סמכותה זו לא כללה בגדריה סמכות כי תאריך את כהונתה, כי תוריש את כוחה. האסיפה המכוננת - הכנסת הראשונה הייתה כמלכה, אך תואר זה ניתן רק לה ובלא שהוסמכה להעבירו לאחר.

30. חשיבות רבה אני מייחס לבחירות שהיו לאסיפה המכוננת. בלכתם אל הקלפי לבחירת האסיפה המכוננת, אמרו הבוחרים לבחור - על-פי דין - בגוף שיעניק חוקה לישראל. גם אם אמרנו כי בבחירות אלו ואחרות שהיו לכנסת זו או אחרת, העלו מפלגות את נושא חקיקתה של חוקה לישראל, הנה בזאת נשתנו הבחירות לאסיפה המכוננת מכל שאר בחירות שהיו לכנסות שלאחריה, שרק בבחירות אלו עמדה שאלת החוקה לעיונו של הבוחר כשאלה על-פי דין. האסיפה המכוננת יועדה מעיקרה לכתיבתה של חוקה, וממילא "ידעו" הבוחרים לאסיפה המכוננת כי עומדים הם לבחור גוף שיעסיק

א

עצמו בכתיבת חוקה. קו אופי זה מייחד את האסיפה המכוננת לעניינה, ומבדיל הוא אותה מכל שאר כנסות שעקבותיה. אכן, הבחירות לאסיפה המכוננת, זרקו הן - להבדילן מבחירות לכנסות שלאחריה - היו לבחירתו של גוף שיועד לכתיבתה של חוקה. משלא קיימה האסיפה המכוננת את ייעודה, זעמה האופוזיציה והטיחה בממשלה דברי כיבושין קשים. בדבריהם של אנשי האופוזיציה הושם דגש על דברי ההכרזה על הקמת המדינה, על טיבה של "האסיפה המכוננת", ובעיקר על הבחירות שהיו לאסיפה המכוננת: בחירות שהיו למטרת כתיבתה של חוקה. וכך, למשל, אמר חבר הכנסת מנחם בגין (ההדגשות כולן שלנו):

ב

"אינני צריך להסתמך על הכרזת העצמאות, אני אסתמך על רצונו של העם, שבא לידי ביטוי בבחירות הכלליות. במה בהרנו? בבית-נבחרים? בפארלאמנט רגיל? בבית-מחוקקים רגיל? הלכנו כולנו לבחירות לאספה מכוננת, והמושג אספה מכוננת הוא מושג יורדי מובהק, מוגדר וידוע בכל העולם.

ג

...

ד

על זה עוד נתווכח. הלכנו לאספה המכוננת. זהו תרגום עברי, אולי לא טוב, של המלה הלועזית 'קונסטיטואנטה'. וקונסטיטואנטות היו בכל הארצות שבהן היו מלחמות שחרור. היה ידוע שהקונסטיטואנטות קיבלו חוקת-יסוד והתפזרו. על סמך חוקת-היסוד קמה הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת, הרשות השופטת, והתחילו חייה המדינה הסדירים. על כן, החובה שהוטלה עליכם היא אחת: לחוקק חוקה, ואחר-כך להתפזר ולערוך בחירות חדשות.

ה

השאלה אם תהליך החקיקה של החוקה יימשך שנה או שנתיים איננה מכרעת; זוהי שאלה של זמן המתקבל על הדעת. אבל אתם, מה עשיתם? אתם הבטחתם לעם לקיים את המאנדאט שקיבלתם ממנו, ובלי לשאול את העם ועל-ידי רוב מיכאני של אנשי האסיפה המכוננת החלטתם לא לחוקק את החוקה ולקיים מצב שבו נותנים לשרים להשתולל כאוות נפשם.

ו

...

ז

...אתם רוצים לשנות את הדבר - אתם רשאים לעשות זאת, בתנאי אחד - שתשאלו את העם. העם בחר באסיפה המכוננת, כלומר הטיל על כולנו לחוקק חוקה למדינת-ישראל. אתם אינכם רוצים לחוקק חוקה, אולי משום גישה אימפולסיבית ואולי בגלל נימוק מחושב. בואו והתייצבו לפני העם והגידו לו: לא דרושה לנו חוקה, אין לנו השראת-רוח, איננו רוצים לחייב את הדורות הבאים, ועוד ועוד; ויחליט העם... כולכם הילכתם לבחירות לאסיפה המכוננת, בלי יוצא מן הכלל, ואף אחד מכם לא גילה לעם שלא תהיה חוקה. לפיכך נדרוש מכם אחת משתי אלה: או שתמלאו את החובה שהעם הטיל עליכם לחוקק חוקה; או שתערכו משאל-עם שבו ישתתפו כל הבוחרים

בישראל, ורצונם הוא שיקבע מחדש את בעיית החוקה. כי חובתכם הראשונה היא לחזקת חוקה, והחובה הזאת מוטלת עליכם. אתם בעצמם אינכם רשאים לשנות את המאנדאט שלכם (ד"כ 4, בעמ' 739-740).

א

חבר-כנסת יוסף סרלין אמר דברים דומים:

"אנו נבחרנו כאספה מכוונת; ואותו בית ששינה את שמו מ'אספה מכוונת' ל'כנסת', הובטח לו שאין שינוי השם בא אלא לתפארת המליצה העברית. כאספה מכוונת הוטל עלינו תפקיד אחד ויסודי: לקבל ולתת חוקה לעם. ברגע שהאספה המכוונת הזאת המכנה את עצמה 'כנסת', הסתלקה והשתמשה, על-ידי רוב המפלגות היושבות בקואליציה, מלתת לעם חוקה, תם מועדה ופקעה סמכותה; ואי-אפשר לבוא לאחר שנתיים ולהציע לאותה אספה מכוונת שתכהן ככנסת עוד שנתיים. ברגע שהאספה המכוונת שהפכה לכנסת לא מילאה את תפקידה ואינה רוצה למלא את התפקיד של מתן חוקה לעם, היא מעלה באמון העם; ולא ייתכן שיביאו לה עכשיו שטר-ישיבה של עוד שנתיים בכנסת" (ד"כ 7 (תשי"א) 214).

ב

ג

וכן חבר-כנסת מאיר וילנר:

ד

"לא ייתכן להמרות את רצון העם. הבטחנו לו כולנו בזמן הבחירות של הכנסת הזאת - הכנת חוקה. הכנסת הזאת נבחרה על ידי העם כאספה מכוונת, כאספה המכוונת את המדינה, את יסודותיה, את חוקתה, ויחד עם זה היא מכוונת ומנהלת את המדינה בפעולות השוטפות. אין אנו פארלאמנט רגיל. אנו אספה מכוונת. כפי שזכור לכם בשעה שקבענו שם לאספה המכוונת שלנו ונקבע השם 'כנסת' - בא מיד התיקון שהכל קיבלו אותו, שוהי הכנסת הראשונה. זה בא להדגיש, כי לכנסת זו יש תפקיד מיוחד במינו, והוא - קביעת חוקה, והקאדנציה תימשך פחות זמן מאשר של פראלאמנט רגיל. זו ההתחייבות שלנו לפני הבחירות. זהו המושג של אסיפה מכוונת. זהו צורך של שינוי המצב הפוליטי, של שינוי הרכב האוכלוסיה - קבלת חוקה תוך שנה ועריכת בחירות חדשות הן צורך חיוני למדינה" (ד"כ 4, בעמ' 804).

ה

ו

וחבר-כנסת יעקב קליבנוב:

"בואו וראו, כמה פעמים במשך שנה שלמה הכריזו על האסיפה המכוונת וחוקת-היסוד - גם מנהלת העם, גם מועצת-המדינה הזמנית וגם הממשלה הזמנית, החל מההכרזה על העצמאות, הקמת הוועדה להכנת חוקת-היסוד במועצת-המדינה הזמנית, חוק הבחירות לאסיפה המכוונת, ההודעה הרשמית

ז

על תוצאות הבחירות, וכלה בפקודת המעבר לאסיפה המכוננת. האם אפשר להטיל ספק בדבר, כי בכל ההכרזות והפעולות האלה התכוונו לאסיפה מכוננת דוקא, ולא לבית-נבחרים רגיל, וראו את תפקידה העיקרי של האסיפה המכוננת בעיבוד חוקת-היסוד? נכון הדבר, שהבית הזה התכנס לפני שנה ושינה את שמו, כאילו מתוך רצון להגדיר אחרת את ייעודו ותפקידו וליהפך מאסיפה מכוננת לבית-מחוקקים רגיל. לצערנו, אין לנו אינסטאנציה יותר גבוהה, שבסמכותה לפסול את החלטות הבית הזה". (שם, בעמ' 826).

לא הבאנו דברים אלה כולם - ויש נוספים עליהם - אלא כדי להדגיש את ייחודה של האסיפה המכוננת לייעודה: שהיא, ורק היא, נתכוננה למתן חוקה לישראל, בין בהכרזה על הקמת המדינה בין בבחירות שהיו לאסיפה המכוננת. פיקדון זה שנתן העם בידי האסיפה המכוננת, לא ניתן היה להעברה לאחר, הואיל והעם לא הסמיך אותה להעביר את סמכותה לאחר.

31. פרופסור אמנון רובינשטיין היה מן הראשונים שכתבו על סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת; ראו Rubinstein, 16 Scripta Hierosolymitana supra, at 201. פרופסור רובינשטיין עמד על ייחודה של האסיפה המכוננת וכך אמר בספרו הנ"ל (מהדורה 4), בעמ' 449:

"טיעון אחר מסתמך על כך, כי סמכות מכוננת אינה זכות של בית-הנבחרים - אלא זכות של העם, המופקדת בידי האסיפה המכוננת. משזו מתפזרת מבלי לקבל חוקה, איבדה בכך את סמכותה; וכדי לחבר חוקה, יש לערוך בחירות לגוף מכונן חדש או להפנות את החוקה לאישורו של משאל עם. זהו נימוק כבד-משקל. גם לדעתנו, עניין כה חשוב כמו קבלת חוקה, ראוי שיקבל אישור על-ידי ציבור הבוחרים במשאל עם או על-ידי העמדת החוקה המוצעת כנושא בבחירות הכלליות לכנסת; אך מן הבחינה המשפטית המחייבת קשה לראות הבדל בין הכנסת הראשונה (האסיפה המכוננת) לבין הכנסות הבאות: בכלן היתה קיימת פונקציה כפולה זו. בחוקקה את חוקי היסוד נתנה הכנסת גושפנקה רשמית לירושת הסמכות המכוננת".

נקרא נא דברי תשובה אלה בקפדנות. כשאני לעצמי, לא מצאתי בהם תשובה לטיעון שהרשות המכוננת - הכנסת הראשונה לא קנתה סמכות להוריש לכנסות שלאחריה את סמכותה המכוננת, סמכות שדבקה אך בה.

32. יתר-על-כן: התיאוריה הקושרת שני כתרים לראש של הכנסת (כיום) תמצא

א

עצמה במילכוד, ומוצא מן המילכוד לא ידעתי. על-פי תורת שני הכתרים, מחזיקה הכנסת בשני סוגי סמכויות: סמכות של "כינון" - כתיבתה של חוקה, וסמכות של חקיקה - כתיבתם של חוקים. בהתאם לעניין, לצורך ולרצון, עושה הכנסת - כרשות מכוונת - דבר חוקה, או עושה היא דבר-חוק, כרשות מחוקקת. סמכות הכינון - על-פי אותה תורה - נעלה היא על סמכות החקיקה, והכנסת בשבתה כ"אסיפה מכוונת" נעלה היא על הכנסת בשבתה כרשות מחוקקת.

ב

בלא שנדבר עתה במלאכותיות של מבנה זה בכללו, נוסיף ונאמר זאת: היו אלה חוקים מן המניין - חוקי מעבר - שבהם אמרה הכנסת להעביר את סמכויותיה מכנסת אל כנסת. חוקים, באשר הם, הינם מוצר של הכנסת כרשות מחוקקת. לאמור, כרשות נחותה לרשות המכוונת. וכאן תצורב בנו קושייה: כיצד זה שרשות "נחותה" - והיא הכנסת המחוקקת - מעבירה סמכויותיה של רשות נעלה - היא הרשות המכוונת - מרשות נעלה אחת לרשות נעלה שנייה? כיצד זה שמהוקק של חול מעביר סמכויות של מועד, סמכויות של מכוונת? הנכיר סמכות לרשות מחוקקת מן המניין לעסוק בסמכויות של רשות מכוונת? היתגדל המשור על מניפו? אכן, כנסת של חול אין בכוחה לכונן אסיפה מכוונת, דהיינו: לחוקק חוק ובו ליצור סמכות-על לכנסת עצמה. המשור לא יתגדל על מניפו. ומה טובע לא יוכל להציל את נפשו על דרך משיית עצמו בציצית שערו, כן לא תוכל הכנסת להסמיך גוף כי יכונן חוקה שהיא עצמה (הכנסת) תהיה כפופה לה. ואם אין בכוחה של הכנסת לכונן אסיפה מכוונת, האם לא נגזור מכך כי אין בכוחה להעביר את סמכותה של האסיפה המכוונת, לא אל עצמה ולא אל כל גוף אחר? שהרי העברת סמכות כמות כיצירת סמכות בידי הגוף שהסמכות אמורה להיות מועברת אליו. נדע אפוא, שהכנסת כמחוקקת לא קנתה סמכות להעביר את סמכותה המכוונת מכנסת לכנסת.

ה

נזכור עוד זאת, שחוק המעבר לכנסת השניה נחקק לאחר "החלטת הררי", לאמור, לאחר שהכנסת החליטה כי תחת חוקה אחת תחוקק "חוקי יסוד": "החלטת הררי" היא מיום 13.6.50, ואילו חוק המעבר לכנסת השניה נתפרסם ביום 12.4.51. מדוע זה אפוא לא ראתה הכנסת להעביר סמכות מכנסת-אסיפה מכוונת אחת אל כנסת-אסיפה מכוונת שלאחריה על דרך של "חוק יסוד", ולו כסמל וסימן כי פועלת היא כרשות מכוונת? ואל ישיבו לי שהכנסת לא הייתה ערה כל צורכה להבדל בין זה לבין זה, וכי אין לתפוס אותה בדבר של לא כלום. אכן, הכנסת לא הייתה ערה לדבר, משום שלא נצרכה להיות ערה לדבר שלא היה קיים כלל. מעיקרה לא הוסמכה הכנסת להעביר סמכות מכוונת, ופשוט גם שלא נתכוונה להעביר סמכות שלא ניתנת הייתה להעברה. למותר לומר שכוונה להעברה, באשר היא - גם לו הייתה - לא היה די בה.

ז

נסכים אפוא לדבריו של שר המשפטים, ד"ר דב יוסף, באומרו דברים אלה מעל דוכן הכנסת:



"גם אינני סבור שיש חוק אשר עומד מעל לחוקק הרגיל. אין לנו שני מחוקקים. יש לנו רק הכנסת, ולדעתי אי-אפשר על-ידי חוק של הכנסת להגביל את זכותה לחוקק, ואם יש סעיף כזה בחוק כלשהו רשאית הכנסת, לדעתי, להחליט על-ידי רוב רגיל לבטל את הסעיף המגביל כביכול את זכותה.

...

ויש מעמד מיוחד ובלתי-רגיל לאסיפה מכוננת.

אולם, לאחר שבית-המחוקקים שלנו הוקם כפי שהוקם, ולא קבענו לנו בראשית דרכנו חוקה כזאת, אין לדעתי אפשרות לשלול מן הכנסת להחליט על כל חוק כפי שתמצא לנכון. כשאנו בחרנו בכנסת הראשונה, קראנו לה 'אסיפה מכוננת', כדי ללכת בדרך שנקבעה בהחלטות או"ם. אבל החלטות אלו לא הוצאו לפועל, ולמעשה לא נהגנו בכנסת הראשונה כאסיפה מכוננת כלל וכלל. נהפוך הוא, פעלנו ככנסת רגילה וטיפלנו בכל אותם העניינים שכנסת רגילה מטפלת בהם. לא פעלנו כאסיפה מכוננת שתפקידה לערוך חוקה" (ד"כ 38 (תשכ"ד) בעמ' 789).

33. דברים שאמרנו משתלבים היטב בתפיסה המאפיינת שיטת משפט - כל שיטת משפט - כקובץ נורמות המוצאות כולן את צידוקן ב"נורמה בסיסית" אחת, הכול כמשנתו של קלזן הגדול. רשות מכוננת אין בכוחה לכונן את עצמה. לקיומה נדרשת היא לנקודת משען שמקומה אל מעבר לשיטת המשפט הפוזיטיבית, והיא הנורמה הבסיסית. מתוך שהרשות המכוננת מתכוננת שלא מכוחה עצמה, ממילא אין בסמכותה להעביר את סמכותה לאחר. רק אותו כוח שהקים אותה - למשל: משאל עם - רק בכוחו הוא לאפשר העברת סמכותה של רשות מכוננת לגוף אחר. הנה ראייה, אם נדרשנו לראיה נוספת, מדוע זה לא הייתה האסיפה המכוננת רשאית ומוסמכת להעביר את סמכותה המכוננת. אכן, עם פיזורת של הכנסת הראשונה - שנבחרה כאסיפה המכוננת - נעלמה עמה הסמכות המכוננת.

34. כפי שאמרנו לעיל, האסיפה המכוננת-הכנסת הראשונה נתייחדה מכל שאר כנסות שלאחריה, שרק לעניינה נקבע מפורשות בדין (בהכרזה על הקמת המדינה) כי תכונן חוקה לישראל. *ex lege* אפוא בחר העם באסיפה מכוננת לחקיקתה של חוקה. האסיפה המכוננת שלחה שורשיה אל תוכו של העם, וממנו ינקה היא במישרין את סמכותה. נלמד ונדע כי האסיפה המכוננת האמיתית - והייתה אסיפה מכוננת אמיתית אחת, ואחת בלבד - מוסמכת הייתה ליתן חוקה לעם, שלכך בחר בה העם. לא כן היו כנסות שלאחר הכנסת הראשונה (אשר שמה בלידתה היה "האסיפה המכוננת").

אכן, גם אם בבחירות שלכנסת השנייה ולכנסות שלאחריה עלתה שאלת החוקה בדרך זו או אחרת, לא הייתה זו אלא שאלה בין שאלות, ומפלגות כתבו במצעיהן את שכתבו כדי לקנות לבם של בוחרים, כמקובל בבחירות מאז ומעולם, בארצנו ובכל העולם.

א וידענו כולנו כי בבחירות שלכנסת השנייה ולכל כנסות שלאחריה, דיברו הכול על שלום ועל ביטחון, על מדיניות תקיפה ועל מדיניות מתונה, על פער עדתי ועל מיוזג גלויות, על רווחת האדם ועל רמת החיים, נושא החוקה, מבהינת משקלו, הצטנע לו והצטנף בשוליהן של פרוגרמות - גם אם קישט מצעים בראשם - וספק אם הבוחרים נתנו דעתם עליו בכובד ראש וברצינות. אכן, אין ללמוד דבר וחצי דבר על מנדט שנתן העם, כביכול, לכנסת השנייה ולכנסות שלאחריה לחקוק חוקה. אם כך ככלל, לא כל שכן שחלק מן המפלגות לא דיברו כלל במציעיהן על חוקה וחלק מהן התנגדו למתן חוקה לישראל. התפלגות הדעות בין המפלגות הייתה כה רבה, עד שקשה - קשה מאוד - להסיק מסקנה כי בחירות לכנסות שלאחר הכנסת הראשונה היו לעניינה של חוקה. נהפוך הוא. לבנות חוקה על מצעים לבחירות - אם היו - דומני שיהא זה מרחיק לכת במאוד.

ג 35. מדברים שלעיל נדע כי סמכותה של האסיפה המכוננת-הכנסת הראשונה לכונן חוקה לישראל לא עברה אל הכנסת השנייה ואל הכנסות שלאחריה: האסיפה המכוננת לא קנתה סמכות להעביר את סמכותה לזולתה, ואילו הכנסת כרשות מחוקקת - לאמור, כרשות נחותה לרשות המכוננת - אף היא לא הוסמכה להעביר את סמכותה המכוננת, לאמור, סמכות של רשות הנעלה עליה כרשות מחוקקת. עם פיזור של האסיפה המכוננת-הכנסת הראשונה פסה אפוא ועברה מן העולם הסמכות המקורית לחוקק חוקה לישראל.

ד גירסה זו של חדילת הסמכות המכוננת קנתה לה אחיזה - ואחיזה לא מעטה - בדבריהם של חברי-כנסת. כך, למשל, חבר מועצת המדינה הזמנית ז' ורהפטיג (יושב-ראש ועדת החוקה) סבר שהאסיפה המכוננת (אשר טרם נבחרה אותה עת) אחת ויחידה היא, וכי את סמכותה תשאב במישרין מן העם. ניתן ללמוד מדבריו כי לא יהיה ביכולתה של האסיפה המכוננת להעביר סמכותה לגוף אחר. ואלה היו דבריו (ההדגשות שלהלן כולן הן שלגו):

ה "ריבונותה של האסיפה המכוננת מקורה בעם, ברצון העם, ולא מועצת-המדינה נותנת לה ריבונות. מועצת-המדינה יכולה להעביר לאסיפה המכוננת רק מה שיש לה, לא יותר. בחוק ומשפט מקובל שאין מוסד אחד יכול להעביר למוסד אחר זכויות יותר משיש לו, ולכן יכולים אנו להעביר רק את הזכויות שיש לנו, ולא לקבוע לאסיפה המכוננת הסמכויות שאין לנו, - ואת יתר הסמכויות תקח האסיפה המכוננת בבחירות מן העם, נ"י זה שהחלטנו והודענו על בחירות לאסיפה המכוננת, נתנו את הכל בידי הציבור, וממנו מקבלת האסיפה המכוננת את ריבונותה, זכרו-נא: כל יתר כנטול דמי" (דברי מועצת המדינה הזמנית מיום 13.1.49, בעמ' 10).

ו חברי-כנסת יוסף סרלין סבר שהכנסת השנייה ואלו שלאחריה אין ולא תהיה בידיהן סמכות מכוננת. ואלה היו דברים שאמר:

"...אנו נבחרנו כאספה מכוונת; ואותו בית ששינה את שמו מ'אספה מכוונת' ל'כנסת', הובטח לו שאין שינוי השם בא אלא לתפארת המליצה העברית. כאספה מכוונת הוטל עלינו תפקיד אחר ויסודי: לקבל ולתת חוקה לעם. ברגע שהאספה המכוונת הזאת המכנה את עצמה 'כנסת', הסתלקה והשתמטה, עליידי רוב המפלגות היושבות בקואליציה, מלתת לעם חוקה, תם מועדה ופקעה סמכותה; ואי-אפשר לבוא לאחר שנתיים ולהציע לאותה אספה מכוונת שתכהן ככנסת עוד שנתיים. ברגע שהאספה המכוונת שהפכה לכנסת לא מילאה את תפקידה ואינה רוצה למלא את התפקיד של מתן חוקה לעם, היא מעלה באמון העם; ולא ייתכן שיביאו לה עכשיו שטר-ישיבה של עוד שנתיים בכנסת" (ד"כ 7, בעמ' 214).

א

ב

על דעתו של חבר-כנסת מנחם בגין ניתן ללמוד מדברים אלה שאמר:

ג

"... אני משוכנע - ובסוף דברי אני רוצה להביע את הכרתי - שיבוא יום ותיבחר עליידי עמנו ממשלה אשר תקיים את ההבטחה הראשונה שניתנה לעם עם קום המדינה, לאמור: לבחור באסיפה מכוונת שתפקידה העיקרי בכל מדינה שקמה לתחיה הוא לתת חוקה לעם, ותתקבלה הערובות התחיקתיות לחירות האזרח ולחירות העם כולו..." (ד"כ 20 (תשט"ז) 2220).

ד

גם חבר-כנסת אוניא סבר כי הכנסת אינה מחזיקה בסמכות של אסיפה מכוונת. וכך אמר (בשם הרוב בוועדת החוקה, חוק ומשפט):

ה

"... נניח שיחליטו עכשיו בכנסת על סעיף כזה, שיקראו לו 43 או 44, ואחר כך יציע מישהו בכנסת הצעה לסדר-היום, לפי אותה הדרך הארוכה או הקצרה - אבל לא בדרך מקרה - יציע לבטל את הסעיף הזה המחייב רוב של שני שלישים, של 80 קול. הלא אנחנו איננו 'קונסטיטואנטה', ואילו היינו אסיפה מכוונת, צדיכים היינו לקבל החלטה כזאת בסעיף כזה ברוב של שני שלישים. וכי חושבים אתם שיש איזה 'ראציו לגיס' שב-54 נגד 52 או ב-54 נגד 40 יחליטו על משהו שעליו יצטרכו להחליט בעתיד ברוב של 80? 54 נגד 40 לא יחייבו שרק 80 יוכלו לשנות את הסעיף. יתכנסו אחר-כך חברי הכנסת וברוב רגיל יבטלו את הסעיף הזה. זה אינו חוק קונסטיטוציוני במובן זה שאין לבטל בעזרת חוק אחר, באורח חוקי, טעיפים מסעיפיו" (ד"כ 23 (תשי"ה) 926).

ו

ז

וכן שר המשפטים, דב יוסף:

א "גם אינני סבור שיש חוק אשר עומד 'מעל למחוקק הרגיל'. אין לנו שני מחוקקים. יש לנו רק הכנסת, ולדעתי אי אפשר עליידי חוק של הכנסת להגביל את זכותה לחוקק, ואם יש סעיף כזה בחוק כלשהו רשאית הכנסת, לדעתי, להחליט עליידי רוב רגיל לבטל את הסעיף המגביל כביכול את זכותה.

ב משפטנים הבקאים בחוק קונסטיטוציוני טוענים כי אפשר להגביל בית מחוקקים עליידי קונסטיטוציה שנתקבלה לפני הקמת בית המחוקקים עליידי אסיפה המכוננת (Constituent assembly בלעז), מפני שאסיפה מכוננת באה לקבוע כללים אשר לפיהם יקימו מדינה ויקבעו את דרכי ניהול ענייניה ואת עיקר תוכן חוקיה. אפשר לראות החלטת גוף כזה כמחייב בית מחוקקים, כי זאת כוונת העם בהקימו אסיפה מכוננת כזאת.

...

ג ויש מעמד מיוחד ובלתי-רגיל לאסיפה מכוננת.

ד אולם, לאחר שבית המחוקקים שלנו הוקם כפי שהוקם, ולא קבענו לנו בראשית דרכנו חוקה כזאת, אין לדעתי אפשרות לשלול מן הכנסת להחליט על כל חוק כפי שתמצא לנכון. כשאנו בחרנו בכנסת הראשונה, קראנו לה 'אסיפה מכוננת', כדי ללכת בדרך שנקבעה בהחלטות או"ם. אבל החלטות אלו לא הוצאו לפועל, ולמעשה לא נהגנו בכנסת הראשונה כאסיפה מכוננת כלל וכלל. נהפוך הוא, פעלנו ככנסת רגילה וטיפלנו בכל אותם העניינים שכנסת רגילה מטפלת בהם. לא פעלנו כאסיפה מכוננת שתפקידה לערוך חוקה" (ד"כ 38, בעמ' 789).

ה באותה דעה חברי כנסת בנימין הלוי:

ו "אנו עכשיו כאילו מוסיפים לכל חוקי היסוד - חוקי יסוד: הכנסת; חוקי יסוד: נשיא המדינה; חוקי יסוד: מקרקעי ישראל; חוקי יסוד: משק המדינה וכדומה - אנו מוסיפים להם סעיף האומר: חוקי יסוד זה שהתקבל בעבר לא יתוקן ולא יוכלו לסתור אותו ולא יוכנסו בו שינויים אלא ברוב של 61 חברי כנסת. איך אנו קובעים זאת? לא עליידי רוב של 61 חברי כנסת אלא עליידי רוב קטן מזה. יש כאן סתירה מניה וביה, אולי לא סתירה במובן משפטי-טכני אבל במובן מוסרי. מי נותן לגיטימציה לכך? איננו אסיפה מכוננת, איננו מחברים חוקה. בכנסת יושבים עכשיו פחות משני תריסרים של חברי כנסת. בנוכחות שני תריסרים של חברי כנסת או פחות מזה אנו מתיימרים לכבול את ידי הכנסת התשיעית, הכנסת העשירית וכל כנסת שתבוא כדי שלא תוכלנה לשנות אלא ברוב מיוחס. אני חושב שאין לכך לגיטימציה, זה לא מעשי, זה לא הזמן לעשות כן. יש ספקות משפטיים אם כנסת כלשהי יכולה לעשות זאת" (ד"כ 78 (תשל"ו) 955).

מעניינים במיוחד דברים שאמר חברי-כנסת אמנון רובינשטיין, והוא מחסידיה המובהקים של תורת שני הכתרים. וכך אמר חברי-כנסת רובינשטיין בדבריו בכנסת:

"...היה ויכוח בכנסות קודמות, האם הכנסת יכולה כלל לשריין חוקים - כנגד שינויים ברוב רגיל, ונתקבלה, פחות או יותר, הדעה - וגם היא עדיין שנויה במחלוקת - שכאשר מדובר בתפקידה של הכנסת כרשות מכוננת - דהיינו כאשר היא פועלת כנותנת חוקה, כאשר היא מחוקקת פרק מהחוקה - היא יכולה לקבוע מעמד עליון לחוק מטוים" (ד"כ 99 (תשמ"ד) 2790).

אומר חברי-כנסת רובינשטיין ביושר לבב: הכנסת מוסמכת, לדעתי - בשבתה כרשות מכוננת - לחוקק חוק בעל מעמד-על, ואולם דעה זו "עדיין שנויה במחלוקת". ואם כך דיבר חברי-כנסת רובינשטיין - הוא פרופסור רובינשטיין - האין די בכך כדי שנדע כולנו כי הכנסת אינה בדעה אחת לעניינה של תורת שני הכתרים, כי דעת הכנסת נעה-נדה ואין היא עומדת יציבה על מקומה?

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, שרחוקים אנו - רחוקים מאוד - ממסקנה כי לדעת חברי הכנסת לדורותיהם, סמכות מכוננת שהאסיפה המכוננת החזיקה בה עברה בירושת רצף אל הכנסות שלאחריה ועד לכנסת של היום.

36. שאלת הרצף החוקתי של הסמכות המכוננת אינה אלא שאלת משנה בשאלה רחבה ממנה, והיא: האם מחזיקה הכנסת דהאידינא - לאמיתם של דברים: כל כנסת שלאחרי הכנסת הראשונה - בסמכות לכונן חוקה? והגה, בפורסנו את השאלה הרחבה - והרי בה ענייננו - ובשוטטנו בדברי הכנסת, נלמד ונדע כי חברי הכנסת לדורותיהם היו רחוקים כל השנים מקביעת עמדה אחת וחד-משמעית: הן בשאלה אם קנויה לה לכנסת סמכות מכוננת - בין כיורשתה וכממשיכת דרכה של האסיפה המכוננת ובין אחרת; הן באשר למעמדה של הכנסת כרשות מכוננת; הן בנושא קבלתה של חוקה; הן בשאלת כוחה של הכנסת לכבול את עצמה על דרך שריונם של חוקים; והן - בשאלות נלוות לשאלות אלו ובשאלות הנגזרות מהן. לכל פרופוזיציה בנושאים אלה תימצאנה כמה וכמה דעות שונות - ימה וקדמה, צפונה ונגבה - ואל בקעה אחת לא ייאספו. זאת המסקנה המתבקשת מקריאת הדברים, שלכנסת לא הייתה מעולם דעה אחת ויחידה באשר לסמכותה כאסיפה מכוננת. והשואל לדעת ה"כנסת" יזכה בתשובות הרבה, כדרכם של גוברין יהודאין. כך היה בכנסת הראשונה וכך בכל כנסת וכנסת שלאחריה.

יתר-על-כן: בקוראנו את דבריהם של חברי הכנסת לא נדע אם מביעים הם דעות שעניינן פירוש "משפטי", או אם מביעים הם דעות של אנשי מדינה ופוליטיקאים (הגם

א שהדעת נותנת כי גורם הפוליטיקה היה הגורם המכריע. על רקע זה נוכל להבין כיצד זה שהתומכים בממשלה הביעו דעה אחת, אנשי אופוזיציה הביעו דעה אחרת, וחברי הכנסת שומרי מצוות הביעו דעה משלהם. אכן, יש שהברי-כנסת אנשי משפט יסדו דבריהם על טעמי חוק ומשפט, אך אלה היו מעטים. ונזכור שגם אלה האחרונים ישבו בכנסת כנציגי מפלגות ולא כאנשי משפט.

ב ולבסוף: קריאה בדבריהם של חברי הכנסת תלמדנו כי שאלת סמכותה המכוננת של הכנסת מעורבת היא עד לבלי הכר בשאלת סמכותה של הכנסת לכבול את עצמה על דרך שריונם של חוקים. לשון אחר: חברי הכנסת מדברים חליפות על סמכותה המכוננת של הכנסת ועל כוחה לשריין חוקים של זכויות, כמו שני אלה היו אחד. עירוב זה של מין בשאינו מינו, למותר לומר, יש בו כדי להתליש במאוד את הסברה כי חברי הכנסת עצמם תמכו בקיום כוחה המכונן של הכנסת שעה שדיברו בסמכותה של הכנסת לכבול את עצמה.

ג 37. נביא מקצת אמרות מדבריהם של חברי-כנסת לענייננו כאן (כל ההדגשות שלהלן הן שלנו).

ד הנה הם דבריו של חברי-כנסת חיים צדוק, משפטאי מובהק ולימים שר המשפטים:

ה "אשר לסיפה של סעיף 4, האומר כי 'אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת', דהיינו, לא ברוב רגיל של המצביעים, אלא ברוב מיוחד - אנו שללנו הוראה זו, לא רק משום שאנו שוללים את שיטת הבחירות הקיימת, אלא גם מטעם קונסטיטוציוני עקרוני, והוא: כי כל נסיון להגביל את סמכותה של הכנסת לשנות את זוקי המדינה בדרך הרגילה אינו מתיישב עם המבנה החוקתי של מדינת ישראל ועם ריבונות הכנסת.

ו אנו חיים במשטר של כנסת ריבונית, כלומר של בית מחוקקים אשר עם היותו מוגבל על ידי סייגים פסיים, מדיניים, ציבוריים ומוסריים, הוא כלי-כול ובלתי-מוגבל מבחינה חוקתית-משפטית. ניתן לומר שיש רק סייג חוקתי אחד לסמכותו הכלי-כולה של הפרלמנט הריבוני, סייג הנובע מעצם מהותו כפרלמנט ריבוני, והוא: שאין בכוחו לכבול את הפרלמנטים הדיבוניים שיבואו אחריו.

ז מטעם זה אנו שוללים מעיקרה את ההוראה על רוב מיוחד שבסעיף 4, ומאותו טעם עצמו אנו שוללים גם את ההוראה שבסעיף 45, האומרת כי אין לשנות אותו סעיף או סעיף 44 אלא ברוב של 80 חברי כנסת.

ח נוסף על הבחינה הקונסטיטוציונית אציין עוד כי הסייג לסעיף 4, הדורש רוב של 61, נתקבל בזמנו ברוב של 56 נגד 54 קולות, והסייג לסעיף 45, הדורש

רוב של 80 חברי כנסת, נתקבל בזמנו ברוב של 43 נגד 40. דעתנו היתה ונשארה, שאין לרוב רגיל בכנסת זכות ציבורית או מוסרית לבנות חומת מגן של רוב מיוחד או רוב מיוחד סביב הודאת חוק שנתקבלה ברוב רגיל.

א

...אנו שוללים את החוק כולו, ועמדנו העקרונית, שאין כנסת אחת יכולה לכבול ידיה של הכנסת הבאה אחריה, בעינה עומדת, והיא חלה מאליה גם על ההוראה התקנונית החדשה" (ד"כ 27 (תשי"ט) 2961).

וכה שח חברי כנסת עקיבא גוברין:

ב

"אדוני היושב ראש, כנסת נכבדה. סיעת מפלגת פועלי ארץ ישראל חלקה וחולקת מבחינה ציבורית ומוסרית על הסעיף שנקבע בשעתו בחוק הכנסת, בדבר הרוב הרוב המיוחד אשר נקבע לא על ידי רוב מיוחד...

ג

...

אנו מחזיקים בדעה כי הכנסת השלישית שקבעה את החוק הזה, את הסדר המקולקל הזה, קבעה אותו כאמור רק בזכות זו שהיא טענה - ומבחינה זאת טענה בצדק - כי היא ממשיכה את פעולתה של הכנסת הראשונה והשנייה.

ד

לכן תהיה לכנסת הרביעית הרשות החוקית, המוסרית והציבורית, לבטל ברוב רגיל, לפי רצון העם, סעיף שלדעתנו לא היה מוסרי ולא היה ציבורי - הסעיף של הרוב המיוחד ושיטת הבחירות הקיימת.

הסיעות השונות, אשר ברוב רגיל העבירו את הסעיף של הרוב המיוחד, מרגישות כנראה מה הם הלכידה בציבור, מה רבו החברים, גם בקרב סיעותיהם, הרואים מה חמור הנוק בשיטת הבחירות הקיימת, והם ניסו ומנסים באמצעות עוד חוק אחד למנוע אפילו בירור" (שם, בעמ' 2962).

ה

וכך אמר חברי כנסת ברירביהאי:

ו

"אם הכניסו את ההגבלה הזאת... הרי אין כוח במדינה שיכול לכבול את רצונו של הבית הזה; אין כוח בעולם שיכול להכתיב לבית הזה מה שיאמר הרוב בכנסת השישית והשביעית... את הסמכות הזאת אני שולל בהחלט. אנו חיים בתקופה שבה משתנים הדברים הרבה יותר מהר ממה שאנו משערים לעצמנו, ואי אפשר היום לקבוע מתכונת לחיי הדור הבא ולחייב אותו להיות לפי אותה מתכונת של חכמי הדור הזה, ואני בתוכם" (ד"כ 36 (תשכ"ג) 1044).

ז

חברי כנסת אזניה סבר, למשל, כי אין לה לכנסת סמכות לשריין חוקים ועל דרך זה לכבול את שיקול דעתה. ואלה דברים שאמר לעניינו של חוק יסוד: נשיא המדינה:

א "עכשיו אני רוצה לעמוד על אי-אלה שאלות המתעוררות בקשר לחוק המוצע. יורשה לי להגיד, בלי להיכנס לפרטי הדבר, שההצעה שהועלתה כאן, לתת חיסון של רוב מיוחד שיהא שדרוש לשינוי סעיפים מסוימים בחוק זה - אין לה משמעות בלי חוקה הקובעת, על יסוד זה שהיא עצמה נתקבלה ברוב מיוחד ואת העקרון של רוב מיוחד אשר אי-אפשר בלעדיו לשנותה; אין לה שום משמעות לגבי שום חוק, אני חושב שכאשר כתוב בחוק - גם אם הוא חוק יסוד - שדרוש רוב מיוחד, יכול לבוא חוק אחר של תיקון ולהציע לשנות זאת, ולגבי התיקון הזה אינני יודע מניין נלמד שדרוש לו רוב מיוחד. כלומר, בזה אני רוצה להגיד, שלפי דעתי אי-אפשר להשיג נוקשות של חוקי יסוד דרך החלון אם אין משיגים את הנוקשות של החוקה דרך הדלת. ואם אין נוקשות, לפי התפיסה הקונסטיטוציונית השוררת במדינת ישראל, הרי שום חיסון כאן לא יועיל" (שם, בעמ' 970).

ג וכן הם דבריו של חבר הכנסת ישראל ישעיהו-שרעבי:

ד "...אנחנו מדינת חוק, המשפט הישראלי פועל כתיקונו. בזה אין מי שיפקפק. אך ספק אם מישור העניק לנו סמכות לכבול ידיהם ורצונם של נבחרים העם שיבואו אחרינו, על ידי חוקה נוקשה, משוריינת ומיוחסת, ושדווקא הם לא יוכלו ליהנות מאותה זכות, שאנחנו עצמנו נהנים ממנה, להחליט ברוב רגיל מה שנראה להם כנכון וצודק ... כמה אנו מיוחסים מהם ובמה זכותם פחותה מזכותנו.

ה הווה אומר, שלא זו בלבד שאין לנו פנאי, שאין אנו יכולים לומר לכנסת 'שמש בגבעון דום', לשם מאמץ חד-פעמי, כפי שמציע חבר הכנסת קלינגהופר, עד שתעובד חוקה מגובשת ומיוחסת, אלא אף אין אנו יכולים ליטול לעצמנו סמכות מרחיקת לכת זו. ומי שרוצה סמכות כזו, יצטרך לבקש אותה ממקור הסמכות - העם עצמו" (שם, בעמ' 1037).

ו וחבר הכנסת דוד בר-רב-האי:

ז "מה שאני שולל ביסודו הוא שיש חוק מסויים אשר יכול לקשור מהיום דוד שני..." (שם, בעמ' 1043).

ח דעתו של שר המשפטים, ד"ר דב יוסף, הייתה נחרצת כי אין בכוחה של הכנסת לכבול את עצמה. ופעם אחת אמר דברים אלה:

"גם לא ברור לי על יסוד מה מגיח חבר הכנסת קלינגהופר שיכול הוא להציע שהצעת חוק זו תתקבל רק אם יצביעו בעדה שני שלישים של כל חברי הכנסת. תקנות הכנסת אינן יודעות, כיום בכל אופן, שום הגבלה על זכותה



של הכנסת להחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה. ודבר זה אין בכוחו של חברי הכנסת קלינגהופר לשנותו על-ידי שהוא כולל סעיף למטרה זו בהצעת החוק שלו. על כל פנים, כל עוד הצעת החוק שלו לא נתקבלה, היא בוודאי איננה חוק ומה שכתוב בתוכה איננו מחייב את הכנסת. הווה אומר, שגם רוב רגיל של המצביעים אשר יצביעו בעד הצעתו יתנו להצבעה תוקף של חוק. ומה הצדק שעשרים מתוך שלושים חברים אשר יצביעו בעד הצעת חוק, יוכלו, לפי הצעתו, לכבול את ידי הכנסת שתשב ותדון בענין החוק הזה כעבור חמש-עשרה שנה, ושפילו רוב של כל חברי הכנסת אז, שהם יהיו פי שלושה מעשרים, לא יוכלו לשנות ממה שנקבע בהצעת החוק שלו? ודבר שיכול להיקבע, כפי שאמרת, וכפי שהרבה חוקים אצלנו נקבעים, בהצבעה של 15, 18, 20 ו-22 חברי כנסת. באיזה הגיון ובאיזה יסוד מוטרי אפשר לבוא ולהגיד לכנסת: הגבילו את עצמכם? מה ש-15 חברי כנסת יעשו כשיעבירו חוק כזה, יהיה קיים לעולם ועד, ואפילו 61 חברי כנסת לא יוכלו לבטלו. לפי איזה צדק, לפי איזו מוסריות?" (ד"כ 38, בעמ' 789).

דעה מקורית, באותה דרך, השמיע יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, חברי-כנסת משה אונא:

"אדוני היושב-ראש, כנסת נכבדה. שאלת הנוקשות של סעיפי החוקה שהעלו כאן חברי-הכנסת קלינגהופר וקושניר, ייתכן שיש לה חשיבות לגבי חוקים מסויימים, ואינני רוצה לכחד שאני חסיד של נוקשות בחוקים מסויימים, אבל במה דברים אמורים? - אם יש ענין מיוחד, ענין ממשי בעצם ההוראה. כמו למשל בחוק יסוד: הכנסת, כאשר אנחנו קובעים את שיטת הבחירות ורוצים להבטיח שלא בנקל נשנה זאת. אמנם צריך להיות ברור שגם שם יעילותה של הוראה כזו תמיד מאד מוגבלת, שהרי גם את הסעיף הזה אפשר לשנות על-ידי הצבעה רגילה בכנסת. אבל יש כזה משום ביטוי לכך שהכנסת רואה חשיבות מיוחדת בסעיף זה" (ד"כ 40 (תשכ"ד) 2025).

והגיב על כך שר המשפטים, דב יוסף:

"הכלל בכנסת עד היום, פרט למקרה אחד, היה שהכנסת מחליטה בכל ברוב קולות - ולפי עניות דעתי, זהו כלל חשוב ויש לשמור עליו. גם לגבי המקרה ההוא שהכנסת החליטה אחרת, כפי שכבר העיר יושב-ראש הוועדה, יש ספק, וספק לא קטן, בערכה של אותה הוראה בחוק" (שם, בעמ' 2025).

במקום אחר אמר חברי-כנסת ארי אנקוריון:

"אדוני היושב-ראש, אני אומר שנודיפה בעיני השיטה הבריטית, שלפיה החוקים כולם שווים, ואפשר ברוב רגיל לשנות כל חוק, אפילו חוק הקרוי קונסטיטוציוני..."

א

...לכל היותר - בוויכוח שיש כאן אצלנו לגבי העדיפות, כזאת או כזאת, שתינתן להוקייסוד זה או לכל חוקייסוד - הייתי תובע מהכנסת, כשתבוא לשנות חוקייסוד, שתהיה חייבת לתת דעתה על כך. זאת אומרת, כאשר היא תחוקק חוק והחוק עלול לפגוע באיזו הוראה שהיא של חוקייסוד זה, תציין בכך שתאמר 'על אף האמור בחוקייסוד זה, יהיה כך וכך'. זאת אומרת, שהכנסת תעשה מה שתעשה ביודעין שהיא משנה משהו בחוק היסוד הקיים. אבל לא הייתי מגביל בכל מובן אחר שהוא את זכותה של הכנסת, של כל כנסת, לחוקק. במלים אחרות, אני גורס גמישות לעומת נוקשות.

ב

ג

...

אמרתי, אני מקבל את זאת, וטוב שתהיה לנו מגילת זכויות, אבל שתהיה בדיוק כמו אצל האנגלים; את מה שכלול בתוך המאגנה-כרתא, בתוך הצ'ארטר של הזכויות, יוכל פארלאמנט כלשהו לבוא ולשנות. שאלה אחרת היא אם הוא משנה או לא. אבל הוא יכול לשנות, ואיש אינו מעלה על הדעת אפשרות אחרת. אני חושב שאנו צריכים ללכת לפי הדוגמה הזאת ולא צריך להעמיד בספק את עבודתו של פארלאמנט, של כל פארלאמנט, של כל כנסת "ד"כ 71 (תשל"ד) 2494-2495).

ד

וזה הייתה דעתו של חבר הכנסת בנימין הלוי:

ה

"במשפט העברי מצאתי שתי מימרות יפות לעניין זה. הראשונה: 'אין תבוש מתיר עצמו מבית-האסורים'. אם אנו כובלים את עצמנו נהיה בגדר תבושים בבית-האסורים ולא נוכל בעצמנו להתיר עצמנו אלא אם יבוא בית-המשפט ויאמר: כבלים אלה אינם תקפים. עקרון אחר של המשפט העברי: 'הפה שאסר הוא הפה שהתיר'. אם הכנסת אסרה על עצמה ברוב רגיל לתקן חוקייסוד, אותה הכנסת בחוק רגיל יכולה להתיר מעצמה את הכבלים האלה. הצעת החוק הזאת עומדת בסתירה לעקרונות אלה. אין זה מן התבונה להיכנס לכבלים אלה" (ד"כ 78 (תשל"ז) 956).

ו

ז

וכן הם דברי חבר הכנסת דוד צבי-פנקס:

"כן יש חושבים, שהחוקה צריכה להיות בבחינת חוק מיוחד, שאי-אפשר או קשה יהיה לשנותו. הסבירו לנו את הדברים המקובלים בעמים אחרים בעניין חוקה נוקשה וחוקה גמישה. אינני מתאר לעצמי שנוכל לקבל משהו מכל

המושגים האלה, אשר לחוקה נוקשה וחוקה מיוחסת, הריני נזכר בדבר הידוע לכולנו, שהיה בקונסטיטוציה של מלך טיפש - המלך אחשוורוש, שמלך על שבע ועשרים ומאה מדינה, מהודו ועד כוש. שם היתה קונסטיטוציה שאמרה: 'כתב אשר נכתב בשם המלך ונחתם בטבעת המלך אין להשיב'. האם אנחנו נקבל קונסטיטוציה 'מוצלחת' כזו שהייתה שם?

א

האם יעלה על הדעת שהבית הזה ימנע מעצמו, או מהבתיים שיבואו אחריו, להחליט ולעשות את הדרוש ברגע הנכון? (ד"כ 5, בעמ' 1263).

ב

הרבינו להביא מדבריהם של חברי הכנסת, ולו כדי להוכיח ולהיווכח כי דעת הכנסת לדורותיה לא הייתה אחת ויחידה. היו רבים, רבים וטובים, שסברו כי אין לה לכנסת סמכות מכוונת, וסברה זו אסור לנו שנעלים עינינו ממנה בבואנו להכריע בשאלה אם קנויה לה לכנסת דהאידינא סמכות מכוונת.

ג

לעניינה של "החלטת הררי"

38. חבריי רואים ב"החלטת הררי" אחת החוליות החשובות בשרשרת הבלתי פוסקת, לדעתם, שתחילתה בסמכותה של האסיפה המכוונת לחוקק חוקה וסופה (לעת הזו) בסמכותה של הכנסת דהאידינא לחוקק חוקה. אינני מסכים לדעתם. ראשית לכול, נזכור ש"החלטת הררי" אינה אלא החלטה, וקשה בעינינו כי נתלה סמכות לכינונה של חוקה על החלטה גרידא של הכנסת. שנית, קריאה בדברי הכנסת תלמדנו כי שבעים פנים לה ל"החלטת הררי", וכי כל חברי הכנסת נאחו בה להוכיח טיעון הרצוי והגוה לו מבחינה פוליטית. היטיב לתאר את המצב חברי הכנסת ניר-רפאלקס באומרו דברים אלה:

ד

ה

"כבוד היושב-ראש, כנסת נכבדה. חברי הכנסת ישעיהו מצא לנתון לחזור לזיכרון שהתקיים בכנסת הראשונה במשך ארבעה חודשים, מתחילת פברואר 1950 עד 13 ביוני אותה שנה. הושבני שאם רוצים לחדש את הזיכרון אם יש צורך או אין צורך בחוקה במדינת ישראל, הרי לפחות צריך להביא לאחד זמן כה רב נימוקים חדשים שלא שמענו אותם לפני שלוש-עשרה שנה. הנימוק היחיד ששמענו עכשיו מפי חברי הכנסת ישעיהו היה אותו נימוק ששמענו עשר או עשרים פעם בשעתו מפי ראש הממשלה, שאין לקשור את הדורות הבאים בחקיקת חוקה. בינתיים חלף דור אחד ויחלוף גם הדור השני, ואף פעם אי-אפשר יהיה לקשור את הדורות הבאים, ואף פעם לא תהיה לנו חוקה.

ו

ענינו בשעתו ואנו חוזרים על אותה התשובה עכשיו, שקודם כל אין הכרח לקבל חוקה נוקשה. יש אפשרויות שונות במדינות שונות, דוגמת האפשרות של רביזיה בכל דור, או כל עשרים שנה. בדרך זו איננו קושרים את הדור הבא.

אותו ויכוחו ישן נסתיים אז באותה החלטה אומללה של 13 ביוני (החלטת הררי - מ' ח', שהיתה החלטת פשרה.

א מספרים על אשה שבאה אל בעלה להתייעץ אתו - אילו נעליים לקנות: נעליים בעלות עקב גבוה, או נעליים בעלות עקב נמוך? אמר לה הבעל לקנות נעליים בעלות עקב גבוה. אמרה לו: בנעליים בעלות עקב גבוה אני עלולה חס ושלום לשבור את הרגל. אמר לה: קני נעליים בעלות עקב נמוך. על כך השיבה לו שאין זה מודרני. אמר לה: קני זוג נעליים, נעל אחת שיש לה עקב גבוה, נעל שנייה שיש לה עקב נמוך. אמרה לו: אהיה צולעת. הסביר לה: מה אפשר לעשות, זוהי פשרה, וכל פשרה - צולעת.

...

ג זאת היא פשרה של חברי-הכנסת הררי, שהיה בעד חוקה, כמו חברו, חברי-הכנסת רוזן - שר המשפטים דאן - שהחליטו כי זו היא הצורה הטובה ביותר: עקב אחד נמוך, עקב שני גבוה" (ד"כ 36, בעמ' 1039).

כך, למשל, אמר חברי-כנסת ישעיהו פורדר:

ד "הוויכוח נסתיים בפשרה: הוטל על ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת להכין הצעות של החוקים היסודיים ולהביא אותם לפני הכנסת פרקים-פרקים. הכוונה הברורה היתה, למלא את המטגרת הריקה ובמקום חוקה נוקשה לתת בכל זאת חוקי-יסוד במהירות האפשרית" (ד"כ 15 (תשי"ד) 73).

ה לאמור: "החלטת הררי" סתמה את הגולל על חוקה ותחתיה באו "חוקי יסוד", קרי: חוקים שאינם חוקה.

וכן הם דבריו של חברי-כנסת חנן רובין:

ו "כנסת נכבדה. כשאנו עוסקים בראשון מבין חוקי היסוד, אינני יכול להתחיל את דברי בדיון בלי לציין את העובדה שאין לנו חוקה, ואני חושש שאין לנו גם סיכויים שבקרוב תתקבל חוקה. מובן מאליו, שכל הבנין המלאכותי של חוקים שצריכים 'להשתלב' ל'התאגד' באחרית הימים לחוקה - כל אותה תיאוריה מלאכותית לא באה אלא להסתיר ולהסוות את העובדה החמורה שאין חוקה ואין רוצים בחוקה. אין רוצים בחוקה משלוש סיבות:

ז הסיבה הראשונה היא, שנות לרוב החולף - פעם רוב זה ופעם רוב אחר בממשלה ובכנסת - שלא יהיה חוק בעל תואר של חוקה, המסדיר באופן יסודי את אופן עבודתם של מוסדות המדינה, המגדיר את משטרה החברתי; נות לו לשנות את הדברים - ועל-ידי רוב פשוט - מדי פעם בפעם, בהתאם לצרכיו הרגועים" (שם, בעמ' 119).

חבר-כנסת הררי עצמו סבר כי "החלטת הררי" אין בה הכרע אם חוקה של ישראל תהיה חוקה מטריאלית או אם תהיה זו חוקה פורמאלית (משוריינת). וכלשונו:

א

"בדיון הגדול שהיה בכנסת הראשונה, אם נחוץ או לא נחוץ לחוקק חוקה, נפלה ההכרעה שתהא חוקה למדינת ישראל, אך כלל לא נפלה ההכרעה כיצד תהיה החוקה, ובמה תהיה עדיפותה על כל חוק אחר. לכן נדמה לי, שמוקדם במקצת לדבר כאן כאילו כבר הוחלט שלא יהיה רוב יחסי.

ב

...

אמנם אני מתנגד לרוב מיוחס, ומבחינה זאת אני מקבל את כל הנמקותיו של ראש הממשלה נגד רוב מיוחס, אבל אין זה אומר, שאם אין אנחנו מחליטים על רוב מיוחס, אנחנו מפקירים עליידי כך את עליונותה של החוקה. יכול להיות רוב רגיל ויחד עם זה יכולה להיות דרישה, שהחוק יעבור פעמיים-שלוש במשך תקופה מסויימת. יכול להיות רוב רגיל בהגבלות מסויימות, הגבלות של זמן וכדומה, או למשל, מה שקבענו בבחירת נשיא המדינה, שבאותה ישיבה אינו יכול להתקיים דיון אחר, או שצריך לקבל הודעה מתי מתחיל הדיון וכו" (שס, בעמ' 130).

ג

ד

חבר הכנסת ברוך אזניה אמר דברים אלה:

"אני מסכם דברי ואומר: אנו צריכים להחיש את חקיקת חוקי-היסוד. וחקיקה זו צריכה להיות על יסוד שלושה עקרונות: א) החוקה צריכה להיות גמישה ללא רוב מיוחס לשם שינויה, ערה להתפתחות האורגאנית של הדמוקרטיה, אשר תאפשר הכללת התפתחויות חדשות במציאות החוקתית, ללא מעצורים הנובעים מרוב מיוחס; ב) החוקה צריכה לכלול את העקרונות המוסכמים בנוגע לסדרי השלטון בישראל, מתוך העברת ההכרעה בעניינים השנויים במחלוקת לדיון בכל חוק הדין בסוגיות השנויות במחלוקת; ג) חוקי-היסוד צריכים להיות מנוסחים כך שיהיו בסופו של דבר יחידה תחיקתית אחת" (ד"כ 21 (תשי"ז) 9).

ה

ו

ואמר חבר-כנסת בנימין הלוי:

"בסיכומי של דבר אני הייתי מייעץ לומר שעדיין לא הוכשר הדוד שלנו לתת לחוק היסוד את המעמד העליון. הייתי מייעץ לחכות עד שיתחברו כל חוקי-היסוד בשלמותם לחוקת המדינה, ואז חוקת המדינה תתקבל ברוב גדול מאוד - רוב מיוחס, אני מניח - של יותר מ-61 קולות. אבל ללכת בדרך ההדרגתית, כפי

ז

א

שאני מבין היטב את דרכו של שר המשפטים, ולהגיע לחקיקה שלמה - אני חושב שזה עתה קשה ועשוי לגרום כשלון בדרך, ומוטב להמשיך לחיות, כפי שחיינו מוועדת-הררי ועד היום, עד שתושלם המלאכה; עיון כולל בחוקר היסוד, ניפוי, התאמה, תיקון וחזקת חוקה שלמה - ורק אז לתת להם את המעמד "ד"כ 78, בעמ' 958).

ב

וכן חברי-כנסת ניר רפאלקס (יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט):

"ההחלטה הזאת היתה כעין פשרה בין המצדדים בחוקה ובין שולליה, וככל פשרה לא יכלה להשביע את רצון אף צד, ותוצאות ההחלטה הזו היו כאלה, שכל צד מסביר את ההחלטה כאילו נתקבלה לשביעות רצונו הוא" (ד"כ 20 (תשט"ו) 2216).

ג

ובמקום אחר:

ד

"... כל זה נובע מן החטא הקדמון, מן ההחלטה שנתקבלה לפי הצעת חברי-הכנסת הררי, הצעה שדוגלים בה גם המצדדים בחוקה וגם המצדדים בלא-חוקה. אלא סומכים על החלק הראשון האומר שצריך לתת חוקה למדינת ישראל, ואלה סומכים על החלק האומר שצריך לתת אותה מגילות מגילות או פרקים פרקים, ופרקים פרקים הרי זה ענין לדורות" (ד"כ 21 (תשי"ז) 29).

ה

וכן היו דבריו הבאים של חברי-כנסת ניר-רפאלקס בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט:

ו

"כבוד היושב-ראש, כנסת נכבדה, בדרך כלל בעולם כולו קיימות הן חוקות נוקשות והן חוקות גמישות. אין זאת הלכה שכל חוקה מוכרחה להיות נוקשה. יש טעם לכאן ויש טעם לכאן.

ז

קודם כל איננו מקבלים פה חוקה; אנו מקבלים רק חוקי-יסוד אחד, אשר יהווה פרק אחד בחוקה... אי אפשר איפוא לשריין את כל הסעיפים האלה של החוק ברוב של שני שלישים. יש טענות נגד חוקה נוקשה בכלל, וטוענים כי בעצם עלידי חוקה נוקשה נותנים פריבילגיה למיעוט. אם אומרים שאפשר לשנות זאת רק ב-80 קולות, נניח ש-78 חברי הכנסת רוצים לשנות ו-42 אינם רוצים לשנות - אזי נותנים פריבילגיה מסויימת למיעוט. מפני זה יש מתנגדים לחוקה נוקשה..." (ד"כ 23, בעמ' 927).

והיייתה אף דעתו של שר המשפטים, פנחס רוזן:

"אין אני מתייחס מכך שאנחנו יכולים בתקופת כהונתה של כנסת זו להגיע לידי אותם חוקי היסוד, אשר יצטרפו אחר כך, כפי שהוחלט ב-1950, לחוקה, לקונסטיטוציה.

א

כמוכן, גם כשנעשה מלאכה זו, אף כשנגיע לצירוף המגילות לחוקה אחת, עוד לא פסקנו בשאלה הגדולה, שבה אולי הבית מחולק: אם החוקה תהיה נוקשה או חוקה גמישה; וכשאני מדבר כאן בשם הממשלה, לא אביע דעה אישית, אם כי דעתי האישית ידועה פזוזה או יותר" (ד"כ 28 (תש"ך) 586).

ב

ונסיים בדבריו של ראש הממשלה דוד בן-גוריון שאמר כך (בדיון על נושא החוקה שנסתיים ב"החלטת הררי"):

ג

"הוויכוח העומד לפנינו הוא חוקה או חוקים, חוקת יסוד כוללת ועליונה, או חוקי יסוד הקובעים כשאר החוקים משטר המדינה והליכותיה ומגדירים זכויותיהם וחובותיהם של האזרחים" (ד"כ 4, בעמ' 812).

ד

קיצורם של דברים: לא נוכל לומר - בשום פנים ואופן - כי החלטת הררי אינה אלא חוליה בשרשרת רציפה של סמכות מכוננת שעברה ונתגלגלה מן האסיפה המכוננת ועד לכנסת דהאידינא. נהפוך הוא. החלטת הררי הייתה מעין פשרה, וכדרכן של פשרות ראה בה כל אחד את שביקש לראות בה. המרב שניתן למצות מהחלטת הררי הוא זה, שתחת חוקה מעשה מיקשה תחוקה הכנסת "חוקי יסוד", וכי בכוא העת ייעשה לאיגודם של אותם חוקי יסוד ולהכנסתם תחת חופה אחת. אימתי ייעשה הדבר? כיצד ייעשה הדבר? מה יהיה מעמדם הפורמאלי של חוקי היסוד? שאלות אלו ושאלות נלוות אליהן נותרו תלויות בהלל באין מענה. ואין פלא בדבר. החלטת הררי עיקרה היה להקפיא את המירוץ לחוקה פורמאלית ונוקשה. כוונתה לא הייתה לייסד הליכים לחקיקתה של חוקה. לא ייפלא הדבר בעינינו אפוא, ששאלת מעמדם הפורמאלי של חוקי היסוד לא הוכרע בה. שאלה זו לא הוכרע בה בכוונת מכוון. ראו עוד קרפ, במאמרה הנ"ל, בעמ' 337.

ה

ו

לפירושה של ההכרזה על הקמת המדינה: אסיפה מכוננת ו"חוקה" - מה הן?

חוקה פורמאלית וחוקה מטריאלית; האם ניתנה חוקה לישראל?

ז

39. לצד טיעונים וראיות שהבאנו לעיל, יימצאו לנו סימנים נוספים לסברה כי כנסת של היום אינה מחזיקה בסמכות מכוננת. נעמוד בקצרה על כמה טיעונים בהקשר זה.

40. נזכיר בתחילה את שאלת פירושה של ההכרזה על הקמת המדינה. ההכרזה על הקמת המדינה הורתה אותנו על "האספה המכוננת הנבחרת" שתקבע "חוקה" למדינה.

בדברינו עד כה הנחנו כי פירוש המושג "האספה המכוננת הנבחרת" בצירופו למושג "חוקה", פירוש השניים הוא: גוף נבחר שמתפקידו לכונן את גופי המדינה ב"חוקה" מעשה מקשה ובעלת נוקשות פורמאלית. חוקה מעין זו לא נתקבלה כידוע עד היום, והשאלה אינה אלא אם בסמכותה של הכנסת דהאינדא לקבל חוקה במתכונת זו שנחותה.

א

41. יש יסוד לטענה כי כוונת ההכרזה במקורה הייתה לכינונה של חוקה פורמאלית ונוקשה. בהכרזה על הקמת המדינה אומרת מועצת העם לתקוע יתר לא אך ב"זכותנו הטבעית וההיסטורית" אלא גם ב"החלטת עצרת האומות המאוחדות", ועיון באותה החלטה עשוי ללמדנו (לדעת מקצת מלומדים) כי כוונת האו"ם הייתה לחוקה נוקשה ופורמאלית. ראו, למשל, רובינשטיין, בספרו הנ"ל (מהדורה 4), בעמ' 44. ואולם גם אם זו הייתה כוונת בראשית, לא חלף זמן רב עד שדרך המלך נתפצלה וממנה יצאו דרכי משנה רבות ושונות. ודומה כי לכל תיוה אפשרית יימצאו תומכים ומתנגדים. גיוון הדעות הוא רב כדי מבוכה, עד שאמרנו לעצור בדרכנו ולתמוה בקול רם: בתתנו דעתנו לכל אלה, האומנם נוכל לפסוק כיום, ביד שלא תרעד, כי מוסמכת היא הכנסת – מכותם של מסמכים שנעשו לפני כחמישים שנה – לחוקק חוקה נוקשה, חוקה שעל פיה ייפסלו חוקי כנסת משל היו תקנות החורגות מסמכות? אכן, דומני שחייבים אנו להסכים כי רק הוראת דין ברורה יהיה בכוחה להקנות לכנסת סמכות לחוקק חוקה שחוקים מן המניין ישתחוו לה, שהרי חוק כנסת אינו כצו שהוציאה רשות מקומית בנושא של ניקיון חצרות (מדברים אנו עתה בחריגת הכנסת מסמכות ולא בסמכותו של בית-משפט לפסול חוק שנחקק בחריגה מסמכות; סמכות זו האחרונה נדרשת היא מאליה כנגזרת מהגדרת ייעודה של הרשות השופטת ומעקרון הפרדת הרשויות). בתתנו דעתנו למיגוון הדעות, האומנם נוכל כך לפסוק? ספק רב בעינינו. בהקשר זה נוסיף ונעיין במובאות שהבאנו מדבריהם של חברי הכנסת, והמעין יידע ויבין.

ב

ג

ד

ה

42. אשר לגופה של ה"חוקה": מלכתחילה, כפי שאמרנו, קרוב להניח שכוונת ההכרזה על הקמת המדינה הייתה כי תיחקק חוקה פורמאלית ונוקשה. ואולם לא יצאה עת מרובה עד שנשמעו דעות אחרות אף הן. חוקת המדינה, כך אמרו האומרים, פירושה הוא, בעיקר, קובץ חוקים שעניינם מוסדותיה המרכזיים של המדינה והיחסים בין אותם מוסדות, ביניהם לבין עצמם. "חוקה" אין לפרשה במשמעות הניתנת לה כיום – קרי: חוקה פורמאלית ונוקשה – אלא כקובץ חוקים בנושא פלוני. "חוקת השיפוט הצבאי" לא הייתה, כזכור, אלא תקנות שעת חירום שתוקפן הוארך, ובכל זאת קרויה הייתה "חוקה" (ראו: תקנות-שעת-חירום (חוקת השיפוט תש"ח), תש"ח-1948. תקנות אלו הוארכו מעת לעת בפקודות של מועצת המדינה הזמנית ובחוקי הכנסת). אף חוק המעבר – החוק הראשון שחוקקה האסיפה המכוננת – הכנסת הראשונה – כונה "חוקת המעבר". כך, למשל, לאחר שהצעת חוק המעבר עברה קריאה ראשונה, מוצאים אנו את יושב-ראש הכנסת, חבר הכנסת שפרינצק, אומר לכנסת:

ו

ז



"...אני קובע, שקיימנו את חובת הקריאה הראשונה של חוקת המעבר" (ד"כ  
1 (תש"ט) 16).

אף ראש הממשלה, דוד בן-גוריון, כינה את חוק המעבר כ"חוקת המעבר" (ראו, להלן). גם פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת כונתה "חוקת הבחירות לאסיפה המכוננת" - כך בפי יושבי ראש ועדת הבחירות, חבר הכנסת בר-רב-האי, וכך בפי שר הפנים, חבר הכנסת גרינבוים (ראו דברי מועצת המדינה הזמנית מיום 28.10.48, בעמ' 22). והוסיף שר הפנים ואמר כי -

"אני רואה את עצמי רשאי לקבוע, שחוקה זו אינה נופלת מחוקת-בחירות במדינות אחרות. חוקה זו מבטיחה סדר בבחירות..."

מראי המקומות הינם רבים מספור, ונספק עצמנו בדוגמאות אלו שהבאנו. אכן, חוקה באותם ימים הייתה שם לא אך לחוקה פורמאלית אלא כינוי לקובץ חוקים בנושא פלוני, ובעיקר - לחוקים בעלי אופי קונסטיטוציוני (נוסיף ונעיר - והוא לימינו דווקא - כי בדברה על "אסיפה מכוננת" לא נתכוונה ההכרזה, כנראה, אלא לכינוגם של המוסדות המרכזיים ולקביעת יחסיהם ההדדיים. ואמנם, על גושאים אלה נסבו עיקרי הדיונים שהיו בכנסת. ראוי לציין דברים אלה, הואיל וכיום נדד מרכז הכובד מנושא אחד למשנהו, ובדברנו כיום ב"חוקה" כוונתנו היא, בראש ובראשונה, לשריין זכויותיו וחירויותיו של הפרט).

43. מובן שעיקר אין הוא לא בנומנקלטורה ולא בטרימינולוגיה. עיקר הוא בכך שטטטוש הגבולות בין חוקה פורמאלית ונוקשה לבין חוקה מטריאלית וגמישה הביא להכרזות מפייהם של חברי-כנסת כי "חוקה" כהוראתה בהכרזה על הקמת המדינה - אף חוקה שאינה נהנית משריון במשמע. ואמנם, הקורא בדברי הכנסת יתרשם בנקל שחברי-כנסת רבים סברו כי התיבה "חוקה" משמיעה גם חוקה מטריאלית, חוקה שאינה משוריינת. המובאות הן רבות מספור ולא נטרה להביאן.

באותו הקשר השמיעונו חברי-כנסת - בהם ראש הממשלה, דוד בן-גוריון - לא אך כי "חוקה" בהכרזה על הקמת המדינה פירושה הוא חוקה מטריאלית, אלא כי הכנסת מילאה חובה שהוטלה עליה חיכתה את העם בחוקה. ומתוך שהאסיפה המכוננת-הכנסת הראשונה מילאה חובתה להוקק חוקה, ממילא לא נותר בידה דבר להוריש לכנסות שלאחריה. ואלה דברים אמר ראש הממשלה, דוד בן-גוריון:

"ואשר להכרזת העצמאות. בהכרזה זו נקבע שמועצת העם תפעל כמועצת-מדינה זמנית, ומינהלת העם - כממשלה זמנית, עד שיוקמו שלטונות נבחרים וסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האסיפה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מאחד באוקטובר 1948. והנה נתקיימו

בחירות לאסיפה מכוונת ב-25 ליאנואר 1949. ב-16 לפברואר נתקבלה חוקת המעבר, ובהתאם לחוקה זו, שנקבעה אמנם זמן לא מעט לאחר 1 באוקטובר, הוקמו שלטונות נבחרים וסדירים של המדינה, וב-10 למאוס 1949 נתאשרה הממשלה הסדירה הראשונה עלידי הכנסת בהתאם לחוקה" (ד"כ 4, בעמ' 813).

ראו עוד: ח' צדוק, "סדרי השלטון בישראל לאור המשפט החוקתי" סדרי שלטון ומשפט בישראל (המדפיס הממשלתי, בעריכת צ' זילביגר, תשי"ד) 39, 49; 4, *Likhovski, supra*.  
*Js. L. Rev., at 64-65*.

באותה רוח דיבר חבריכנסת ורהפטיג:

"תסלחו לי אם אשיב את התשובה של שלום עליכם: ראשית, מעולם לא התחייבנו (לחוקק חוקה - מ' ח') ושנית, אם התחייבנו כבר מילאנו את התחייבותנו; ונוסף לכך, אם התחייבנו בהכרזה זו (על הקמת המדינה - מ' ח') למתן חוקה - כבר ביטלנו התחייבותנו בתוקף החלטות מאוחרות יותר...

...

ולשאלה השנייה - האם יש לנו כבר חוקה? אני חושב שיש לנו חוקה לפי אותה התחייבות המצויה בהכרזת העצמאות. התחייבות הזאת היא לא כלפי אום, אלא שאנו נטלנו על עצמנו התחייבות כזאת, שאינה קשורה להחלטת עצרת האום, ואין אנו צריכים להבטיח תנאים שאינם ניתנים לשינוי עלידי רוב רגיל; או שאינם ניתנים לשינוי בכלל. וחוקה כזאת כבר יש לנו, עלידי זה שקיבלנו את פקודת סדרי השלטון והמשפט, את חוק המעבר ואת פקודת הבחירות לכנסת, אשר עליה נקיימו הבחירות. חוקה פירושה מערכת החוקים המסדירים את עניי השלטון והמשפט במדינה. אצלנו קיימת מערכת חוקים כזאת, ואם כך - יש לנו חוקה.

במידה שיודעים את ההבדל בין חוקה כתובה וחוקה בלתיכתובה, אפשר לומר שאין לנו חוקה כתובה. אבל כאשר מדברים על 'חוקה' באופן כללי, הרי זה כולל גם חוקה כתובה וגם חוקה בלתיכתובה. המדע הקונסטיטוציוני מבדיל בין כמה סוגי חוקות, ובתוכם - בין 'חוקה כתובה' לבין 'חוקה בלתיכתובה', אלא ששתיהן נקראות בשם 'חוקה'. אם נאמר בהכרות העצמאות שעלינו לקבל חוקה, זאת אומרת שעלינו לעשות את הסידורים שיאפשרו שלטון סדיר במדינה. זאת עשינו. אמנם לא עשינו זאת ב-1 באוקטובר, מפני שהבחירות לכנסת התקיימו רק בינואר, אבל יש לנו שלטון סדיר במדינה, אם כי אפשר וצריך לשכללו. אבל איאפשר להגיד שאין לנו חוקה" (שם, בעמ' 729-730).

44. הארכנו להביא מדבריהם של חברי-כנסת. לא אמרנו - ולא נאמר - שאנו מסכימים עם דבריהם, כשם שלא אמרנו ולא נאמר כי איננו מסכימים עם דבריהם. כל שבכוונתנו לומר אינו אלא זה, כי רבות הן הדעות הרווחות בכנסת. על דברים שנאמרו בכנסת נאמר אנו: הפוך בה והפוך בה דכולא בה. לכנסת אין דעה אחת, ולא ממנה ניושע לפירושו של הדין. בהתבוננה בראי ניבטות ממנו אל הכנסת פנים רבות. כיצד נדע באילו מן הפנים הרבות נבחר?

סיכום ביניים

45. נסכם את דברינו עד כה וכך נאמר: האסיפה המכוננת מראשית ימיה של המדינה קנתה סמכות "אישית" לכונן חוקה למדינה, ולו קיימה את שצוותה לעשות כי אז זכינו בחוקה. ואולם האסיפה המכוננת לא כוננה חוקה, ולאחר שחדלה - עם פיזור של הכנסת הראשונה - נעלמה ואיננה אף הסמכות לכונן חוקה. כנסות שבאו לאחר הכנסת הראשונה לא ירשו את סמכותה של האסיפה המכוננת. אף החלטת הררי לא היה בה ואין בה כדי לתמוך בסמכותה של הכנסת לכונן חוקה. הוספנו וראינו כי חברי-כנסת רבים הביעו דעתם, במהלך השנים, כי אין לה לכנסת סמכות לכונן חוקה.

הקנתה הכנסת סמכות לכונן חוקה

שלא בירדשה מן האסיפה המכוננת?

46. כפי שאמרנו בראשית דברינו, מייסדים חבריי את סמכותה של הכנסת לכונן חוקה למדינה על כמה וכמה עמודים. הוספנו ואמרנו עוד זאת, שבדיקה מדוקדקת תגלה לנו כי כל אחד מן העמודים סומך עצמו, במידה רבה או במידה רבה מאוד, על סמכותה המכוננת של האסיפה המכוננת ועל רצף הסמכות מאז האסיפה המכוננת ועד לכנסת של היום. עתה, שהגענו למסקנה כי סמכות שהייתה לה לאסיפה המכוננת לא עברה בירושה לכנסות שלאחר הכנסת הראשונה, דומה שמסקנה נדרשת מאליה היא כי אין לה לכנסת סמכות לכונן חוקה.

47. ואולם כך גם אחרת. חבריי מדברים על הסמכות הבלתי מוגבלת של הכנסת; על כלל ההכרה של השיטה; ועל הפירוש הראוי למכלול ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל. כשאני לעצמי, אתקשה לייסד על עיקרים כלליים, מעורפלים וערטילאיים אלה סמכות אוסטרטיבית לכנסת לכונן חוקה לישראל. הסימנים שחבריי מונים אין די בהם ואין הם אוצרים כוח, לדעתי, כדי לארוז בצקלונה של הכנסת סמכות כה מרחיקת לכת כסמכות לכונן חוקה. לא אדע מניין קנתה הכנסת ריבונות בלתי מוגבלת. לא מצאתי ראיה מכרעת - או אף ראיה מספקת - לכך שתפיסתנו החברתית וההסכמה החברתית מעניקות לכנסת סמכות לכונן חוקה; נהפוך הוא: חיפשתי אך לא נמצאה לי אמנה שנכרתה בין העם לבין הכנסת ואשר בה אמר העם להקנות לכנסת סמכות לכונן חוקה נוקשה. כן אינני סבור - כפי שאפרש עוד להלן - כי פירוש מעשי הכנסת עד כה מוליך אותנו בהכרח לעבר הכרה כי הכנסת מחזיקה בסמכות לכונן חוקה.

א דרך אגב: עובדה מוכחת היא, שהכנסת שינתה בעבר חוקי יסוד בחוקים מן המניין, לאמור, הכנסת לא ראתה חוקי יסוד כחוקים בעלי מעמד מיוחד לעצמם, כחוקים הנמנים עם חוקי חוקה שרק חוקי חוקה אף הם כוחם עמם לשנותם. הוא הדין בפסיקת בית המשפט העליון, שלא ראתה להבחין לענייננו כאן בין חוקי יסוד לבין חוקים רגילים (ראו האסמכתאות בפסקה 131 להלן). האין בעובדה זו, באשר היא, כדי ללמד כי על-פי כלל ההכרה במשפט המדינה אין הבחנה משפטית מכרעת בין חוקי יסוד לבין חוקים מן המניין? כי הפירוש הטוב ביותר להיסטוריה של שיטת המשפט בישראל הוא זה, שחוקי יסוד וחוקים מן המניין כולם כאחד מצויים על מישור נורמטיבי אחד?

ב ועל כל אלה, ככל שחבריי אומרים לייסד את סמכותה של הכנסת לכונן חוקה שלא על רצף חוקתי למן האסיפה המכוננת, מנתקים הם עצמם מכל המחברים והמלומדים, מתפיסות היסוד של חברי הכנסת, ומכל המקורות האחרים שעליהם ניתן להשתית את תורת הסמכות המכוננת. שכל המחברים והמלומדים וכל חברי הכנסת שדיברו על הכנסת כמחזיקה בסמכות מכוננת, השתיתו דבריהם על רצף חוקתי למן האסיפה המכוננת – האחת והיחידה – ועד לכנסת דהאידיגא. ואילו חבריי בדבריהם עתה מנתקים עצמם מאותו רצף חוקתי. אם אלה הם פני הדברים, שוב אין חבריי יכולים עוד לסמוך, לא על מחברים ומלומדים, לא על דבריהם של חבריי-כנסת ולא על כל מקור חוק או מקור הלכה אחר.

ד 48. חברי, הנשיא ברק, אומר לחוק את הגירסה המקנה סמכות מכוננת לכנסת בהסתמכו על כתביהם של סופרים ומלומדים, ובקובעו כי רוב רובה של הקהילה המשפטית בישראל כך סובר. אינני סבור שיש בטיעון זה כדי לחזק את גירסת הסמכות המכוננת.

ה 49. ראשית לכול, לא כל הסופרים והמחברים הינם בדעה אחת. לא כולם מסכימים לתורת שני הכתרים. בנוסף לפרופסור נימר ולד"ר לחובסקי, ראוי שנוסיף ונזכיר שמות של עוד מחברים, שופטים וסופרים חשובים הכופרים בתורת שני הכתרים. נזכיר, למשל, את השקפתו של פרופסור יצחק אנגלרד. וכך אומר הוא, בספרו הנ"ל, בעמ' 109-110:

ל "בית המשפט העליון הכיר ... בכוחה של הכנסת לכבול את עצמה. מהו הבסיס העיוני לכבילה עצמית זו? לפי גרסה אחת, הבסיס לכבילה העצמית של הכנסת מצוי בסמכותה לכהן לא רק בתור מחוקק, אלא גם בתור אסיפה מכוננת.

ז לדעתנו, הסבר זה, עליו סמך לאחרונה את ידו גם השופט ברק, הוא מלאכותי ואינו עומד לפני הביקורת (ההדגשה שלי – מ' ח'). יצירתו של מישור נורמטיבי גבוה יותר – על ידי אימוץ ההנחה כי חוקי היסוד הם בבחינת חוקה – אינה פותרת, לאמיתו של דבר – את הבעיה של שריון חוקי היסוד. אם הכנסת ממלאת גם את התפקיד של אסיפה מכוננת, מדוע לא תוכל לשנות בכל עת ברוב רגיל את חוק היסוד המשוריין, בהכרזה על עצמה כפועלת בתור אסיפה

מכוננת? כי סוף סוף בתור אסיפה מכוננת מעשי החקיקה של הכנסת הם שוב במישור של חוקה. לטענה זו ניתנה תשובה האומרת כי עם חקיקת חוק היסוד הראשון בדבר הכנסת, זה אשר קבע את הוראות השריון, הכנסת מיצתה את סמכותה בתור אסיפה מכוננת; מכאן, כי כיום אינה מוסמכת עוד לפעול כאסיפה מכוננת, אלא תפקידה הוא כשל מחוקק רגיל במישור נורמטיבי נמוך יותר. תשובה זו אינה תשובה, משום שהיא עדיין מניחה כי גוף עליון יכול לכבול את עצמו. כלומר, הרעיון כי הגוף המכונן ממצה את כוחו עם מעשה חקיקה מסוים, אינו דבר אחר מאשר קבלת העקרון של כבילה עצמית, הפעם מוחלטת."

כמסתבר, זו גם דעתם של המלומדים שפירא וברכה, במאמרם הנ"ל. באותה דעה: שפטלר, במאמרו הנ"ל; הורנשטיין, במאמרו הנ"ל. דומה שזו אף דעתו של הנשיא לנדוי, במאמרו הנ"ל.

שנית, עיון בדברי אותם מלומדים ילמדנו בעליל כי רובם מספקים עצמם בחזורם על דברי מי שקדמו להם, בלא הסבר ובלא הנמקה, כמו המדובר בתורה האחת והיחידה שנכתבה, שנתקבלה ושנמסרה לנו למשמרת. האם אי פעם כך נפסקה הלכה בבית המשפט העליון, בנושא קונסטיטוציוני או בכל נושא אחר?

אשר-על-כן, הבו נדבר בטעמיהם של אותם מחברים ומלומדים ולא בשמותיהם, בגופם של דברים ולא בגופם של אנשי שם, במשקלם של טעמים ולא במספרם של מלומדים. אמרתי ועשיתי: עיינתי בדבריהם של המלומדים עיין היטב, הפכתי והפכתי בהם, ואומר בפנים גלויות ובפה מלא: לא נמצאו לי בכל אלה תשובות לקושיות שאני מעלה בדבריי: יש מן המלומדים - והם הרוב - שאינם גדרשים כלל לאותן קושיות, ויש מהם שתשובותיהם לקושיות אין הן תשובות ראיות. מכל מקום: כל המלומדים משתיתים את דבריהם על הרצף הקונסטיטוציוני שהיה, לדעתם, למן האסיפה המכוננת ועד לכנסת דהאידנא; ומשנמצא לנו שרצף זה אינו נמצא, שוב אין בדברי אותם מלומדים כדי להיות לנו לעזר.

50. זאת ועוד: קשה לי להימנע מהתרשמות כי התומכים בתורת שני הכתרים נתערבבו להם, למצער לחלק מן המלומדים, נושאי פרוגרמה בנושאי משפט, 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. רוחי עמהם: גם אני אבקש חוקה לישראל - בנושא זכויות הפרט - והמקדים ישובח. אך דומני כי בראש ובראשונה חייב שיימצא לאותה חוקה עיגון של אמת - ועיגון בטוח - במשפט הקיים. נזכור כי חוקה פירושה פסילת חוקי כנסת החורגים מן החוקה; ועד שאסכים כי ניתן, אמנם, לפסול חוקי כנסת בהיותם חורגים מעקרונות יסוד הקבועים אף הם בחוקי הכנסת, אבקש למצוא משען בטוח לאותה סמכות מרחיקת לכת.

א בסוף כל הסופות, אין זה דבר קל שכתמישים שנה לאחר קום המדינה נפסוק - כך, בעט קל - כי סמכות נתונה לה לכנסת לחוקק חוקה, וכנגזרת מכך: כי סמכות קנויה לו לבית-משפט לפסול חוקי כנסת אך באשר פוגעים הם בזכויות יסוד ששוריינו בחוקה. אכן, סמכות של בית-משפט לפסול חוקי כנסת, רואה אני אותה כסמכות מובנית ונלמדת מאליה בסמכות לחוקק חוקי-על. השאלה אינה אלא אם קנתה הכנסת, אמנם, סמכות לחוקק חוקה.

ב 51. בין שאר אסמכתאות מובאת דעתו של פרופסור בנימין אקצין, ומבקשים למצוא בה אסמכתא לתורת שני הכתרים. קראתי את מאמרו הנ"ל של פרופסור אקצין, ומצאתי בו סימוכין גם לתורת שני הכתרים גם לתורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת. פרופסור אקצין אינו מוצא סתירה בין שתי התורות, שהרי מדבר הוא נכבדות גם בזו גם בזו. האם ניתן להסתמך על פרופסור אקצין גם לכאן וגם לכאן? ואולם לא בכך עיקר.

ד 52. כולנו נסכים כי שאלת סמכותה של הכנסת לחוקק חוקה לישראל, לאמור: סמכותה של הכנסת לכבול את ידיה בחוקים משוריינים - בין כאסיפה מכוננת בין אחרת - הינה שאלה נכבדה מכל נכבדה. לדעתי - ועמדתי על כך - זו השאלה הנכבדה ביותר שעלתה לפני בית-משפט בישראל מאז קם ונהיה. וכדי כך נכבדה היא השאלה, שמורה למשפט קונסטיטוציוני - וכמוהו מורה לתורת המשטרים - ראוי לו שידבר בה באחד השיעורים הראשונים שהוא מלמד. הייתי תלמידו של פרופסור אקצין שתי שנים: בשנת הלימודים 1954 למדתי מפיו שיעור ב"תורת המשטרים", ובשנת הלימודים 1955 למדתי מפיו שיעור ב"משפט קונסטיטוציוני". והגה, בשיעורים אלה לא לימדנו פרופסור אקצין דבר וחצי-דבר על סמכותה של הכנסת לחוקק חוקה, כאסיפה מכוננת או אחרת. האם לא נלמד מכאן כי פרופסור אקצין סבר - אותה עת - כי אין הכנסת מחזיקה בסמכות של רשות מכוננת לחקיקתה של חוקה?

ה 53. וכך גם באשר לדברים שאמר חבר-כנסת פרופסור הנס קלינגהופר. גם פרופסור קלינגהופר היה מורי, ובשנים 1958 ו-1959 שימשתי עוזר הוראה לו ב"משפט קונסטיטוציוני". וגם פרופסור קלינגהופר לא לימד דבר וחצי-דבר על סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת לחוקק חוקה פורמאלית (כך היה אף בשיעורים ב"משפט מינהלי", שסמכותה של הכנסת כרשות מכוננת לא הוזכרה כלל מפני פרופסור קלינגהופר). שנים אלו כולן - שנות החמישים - היו קרובות מימינו אלה לאסיפה המכוננת ולכנסת הראשונה, והזיכרון ההיסטורי היה טרי יותר וטוב יותר. על-אף זאת, לא עלה על דעתם של המורים לתורת המשטרים ולמשפט קונסטיטוציוני - המורים בה"א הידיעה - דבר סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת. גם על תיאוריית שני הכתרים לא שמעו, כנראה, ואף אנו לא שמענו מפיהם.

54. לא ביקשתי לומר שאדם אינו רשאי לשנות את דעתו. לא אמרתי ולא אומר כן. אף לא אומר שאדם אינו לומד כל העת, לומד ומרחיב דעתו. ואם שינו פרופסור אקצין ופרופסור קלינגהופר את דעתם - שינו דעתם או הרחיבו דעתם - יבורך משנה דעתו ומרחיב דעתו. ואולם, העובדה שנקפו שנים כה רבות מאז היות הכנסת הראשונה ועד שחורת שני הכתרים באה לאוויר העולם, היא עצמה מעידה על התורה, שאין היא אלא היפותיזה. הראינו כי היפותיזה זו לוקה בסתירות פנימיות, ואמרנו כי לדעתנו אין זה ראוי כי נאמצנה, קשה בעיניי שהיפותיזה זו, באשר היא, יהא בכוחה להוליד סמכות לחקיקתה של חוקה ולביטול חוקי כנסת שיעמדו בניגוד לחוקה. לא כך בונים חוקה. לא בדרך זו קונה בית-משפט סמכות לביטולם של חוקים. חוץ מאשר אמירה כללית במאמרו הנ"ל של מר שטרנברג משנת 1958 (במולד), לא נולדה תיאוריית שני הכתרים אלא בשנות השישים (במאמרו הנ"ל של ד"ר רובינשטיין) ובשנות השבעים במאמרו הנ"ל של ד"ר קליין ובמקומות אחרים. ותורה זו לא קנתה שביתה לעצמה - בין מלומדים - אלא בשנים האחרונות ממש. נוסף ונזכיר כי גם בכנסת הושמעו דעות שונות על סמכותה זו של הכנסת כאסיפה מכוננת.

55. נמצא לנו אפוא זאת, שכעשרים שנה לאחר קום המדינה "נתגלתה" לפתע הסמכות לחוקק חוקה. ומשנתגלתה, נפלו מי שנפלו על התגלית כמוצאי שלל רב. הוּו דרך לחוקק חוקה? והאם אין די בעצם הספק כדי שלא לאמץ את תורת שני הכתרים? אכן, היעלה על הדעת כי לאחר שיגמנם כעשרים שנה, יקום אדם ממשכבו ויגלה בבוקר לא עבות כי כנסת ישראל מחזיקה בידה סמכות לחוקק חוקה? לא חוק עותמאני נידח גילינו ב-Young - חוקה לישראל גילינו הייתכן?

56. יתר-על-כן: רשאי הוא מורה למשפטים להעלות תיאוריות כאשר יאבה, ולהרביץ תורה בתלמידיו בדרכו. החופש האקדמי כאוויר לנשימה הוא למורה באקדמיה, ומי יאמר לו מה תעשה. ואולם זו דרכו של מורה באקדמיה בדברו לתלמידיו: הנה אציג לפניכם תיאוריה-היפותיזה הנראית ראויה בעיניי. זה לדעתי פירושו של חוק, וכך ראוי הוא החוק שיפורש. בית המשפט העליון לא דן בה בסוגיה עדיין, וממילא לא נתן דעתו עליה. אני מקווה כי יום יבוא ובית המשפט העליון יאמץ לו היפותיזה זו כמשפט המדינה, כי כך ראוי לה וכך ראוי לנו. ואולם עד יבוא יום, הנה היא דעתי. כך יציג מורה באקדמיה היפותיזה משפטית לפני תלמידיו, ואם כך יעשה ידעו תלמידיו את דרכם. ואת מכבדיי אכבד.

57. גם פסיקת בית המשפט העליון לא מצאתי בה יסוד לסמכותה המכוננת של הכנסת. בית המשפט העליון הכיר, למעשה, בסמכותה של הכנסת לשריין חוקים מפני שינוי בהם, ובסמכותו של בית המשפט העליון להכריז על בטלות חוק העומד בניגוד להוראותיו של חוק שכך שוריין. כך היה בפרשות ברגמן [15], אגודת דרך ארץ [19], רובינשטיין [20], לאור [21]. בתחילה - בפרשת ברגמן [15] - באה ההכרה על דרך של

א "נעשה ונשמע", אך עם הזמן חדרה ההכרה כי אכן זה דין, וכיום לא עוד יימצאו חולקים: לא על סמכותה של הכנסת לשריין חוק בהעמדת דרישה של רוב מיוחד בן 61 חברי-כנסת לשינוי בו, ולא על סמכות בית-משפט להכריז על בטלות חוק שבתוכנו עומד הוא בניגוד להוראותיו של חוק משריין ואשר לא הצביעו בעבורו 61 חברי-כנסת (השוו עוד פרשת הובינשטיין [20], בעמ' 147-148 מפי השופט ש' לוי). גם אני לא אפרוש מן הציבור. אני מסכים בלב שלם לפסיקת בית המשפט, ובחלקו השני של פסקי-דיני אני מנסה להניח תשתית משפטית עליה תנוח הפסיקה. ואולם, למותר לומר כי אין בפסיקה זו כדי לחייב הכרה בקיומה של סמכות מכוננת בידי הכנסת. נהפוך הוא: חוץ מאשר אימרת אגב של חברי, השופט ברק (פרשת לאו"ד [21]; השוו עוד בג"צ 761/86 מינעארי ואח' נ' יושבי-ראש הכנסת ואח' [63], בעמ' 873 מול אות השוליים ז), לא הזכיר בית המשפט באותן פרשות, ולו ברמו, את נושא הסמכות המכוננת כיסוד להכרעות הדין שעשה.

ג אשר לפסק הדין בפרשת כלל [37]. אכן, חברנו, השופט ד' לוי, מדבר בו על הכנסת "כרשות מכוננת". אלא שאמירה זו באה בלא כל הנמקה שהיא ובלא שהייתה כלל שנויה במחלוקת; ואילו שני השופטים האחרים שישבו עמו לדין לא הביעו דעה באשר לתורת שני הכתרים. קל וחומר אמורים הדברים בפסקי הדין האחרים שמוכר חברי, הנשיא ברק.

ד נתקשה אפוא לומר כי בית המשפט העליון הכיר בקיומה של סמכות מכוננת. השאלה באה עדינו פתוחה. היא תישאר פתוחה גם לאחר פסקי-דיננו זה.

ה נזכיר ונזכור עוד זאת, שיש להבחין הבחן היטב בין שאלת סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת נותנת חוקה לישראל, לבין סמכותה של הכנסת לשריין חוקים. לא הרי סמכות זו כהרי סמכות זו. גם אנו סבורים שיש לה לכנסת סמכות לשריין חוקים (במגבלות מסוימות), אך בה בעת סבורים אנו גם זאת, שאין לה לכנסת סמכות של רשות מכוננת. ראוי אפוא שלא נערב מין בשאינו מינו, ושלא נלמד משריין לחוקה.

ו 58. ולבסוף: חוקי היסוד שחקקה הכנסת, גם בהם לא מצאתי חיזוק לתיאוריית הסמכות המכוננת או לתיאוריית הריבונות הבלתי מוגבלת. חוקי היסוד, כידוע, אינם אלא פרי לפשרת הררי, וכוונתה העיקרית של פשרה זו לא הייתה אלא לברוח מחקיקתה של חוקה. יתר-על-כן: חברי הכנסת עצמם נחלקו ביניהם לבין עצמם באשר לפועלה של החלטת הררי - רבים וטובים סברו, כפי שראינו, כי אין בה בהחלטה כדי לבקש חקיקתה של חוקה פורמאלית - ועל-כן לא אבין כיצד ניתן לראות בהחלטה זו תשתית לכינונה של חוקה נוקשה דווקא. החלטת הררי וכל שבא בעקבותיה אינם אלא משענת קנה רצון לייסודה של סמכות לכונן חוקה. בוודאי כך לאחר פיזור של האסיפה המכוננת.



ואשר למעט מקצת הוראות שריון שבאו בחוקי היסוד (כגון בחוקי-יסוד: הכנסת), אין להסיק מאלו על קיומה של סמכות מכוונת דווקא. אדרבא: עובדה מוכחת היא כי רוב רובן של הוראות חוקי היסוד לא שורייין כלל, ועובדה זו באשר היא יש בה כדי להצביע דווקא לכיוון מסקנה כי הכנסת לדורותיה לא ראתה בהחלטת הררי יסוד לכינונה של חוקה נוקשה לאלתר (להבדילה מחוקה נוקשה שאפשר תבוא, ואפשר לא תבוא, לאחר סיום מפעל חוקי היסוד). ואשר לאותן הוראות שריון מעטות שנחקקו, לא מצאתי כי מקורן הוא דווקא בסמכות לכונן חוקה. יתר-על-כן: בית המשפט העליון הכיר, הלכה למעשה, בכוחה של הכנסת לשרייין את סעיף 4 לחוקי-יסוד: הכנסת (כך בפרשות ברגמן [15], אגודת דרך ארץ [19], רובינשטיין [20] ולאור [21]), אך לא מצאתי כי ייסד את הכרעותיו על סמכותה המכוונת של הכנסת דווקא. הכנסת - וכמוה בית המשפט העליון - סברו, ככל הנראה, כי בהיותה מה שהיא כוחה של הכנסת עמה לשרייין חוקים, אך לא הסמכות המכוונת היא שנתנה חיות לסברה זו.

בין כך ובין אחרת, נתקשיתי להבין דרך הוכחה שלפיה קיומם של חוקי יסוד - או הוראות שריון בחוקי יסוד - מוכיחים, באשר הם, כי קנויה לה לכנסת סמכות לחקוק חוקי יסוד (קרי: לכונן חוקה שהיא שוות ערך, כנטען, לחוקי יסוד) או לקבוע הוראות שריון בחוקי יסוד. דרך הוכחה זו מעלה אותנו על מסלול של מעגל קסם שהרי יש בהוכחה כדי הנחת המבוקש. לדעתנו, כפי שנראה להלן, יש יסוד משפטי איתן לסברה כי רשאית היא הכנסת לכבול את סמכותה בגדרים מסוימים, אך כך בלא שתירש כלל לסמכות המכוונת. בחוקי היסוד נוסף וגדון עוד להלן.

קושיות נוספות על תורת שני הכתרים

(ובחלקן גם על תורת הריבונות הבלתי מוגבלת)

59. תורת שני הכתרים מעוררת מתוכה ובה קושיות (נוספות) שאינן ניתנות לפתרון על נקלה. קושיות אלו לא היו מתעוררות כלל לו חוקקה האסיפה המכוונת חוקה לישראל - כפי שצפתה ההכרזה על הקמת המדינה - ואולם משנתמשכו הדברים והלכו עד שהגענו לימינו אלה, הקושיות לוחצות ופתרון חד ונחרץ לא מצאנו להן.

60. למשל: אליבא דחברי, הנשיא ברק, מוסמכת היא הכנסת לחוקק חוקה פורמאלית ומשוריינת, ועד לחקיקתה של חוקה מעשה מיקשה מוסמכת היא הכנסת לחוקק חוקי חוקה משוריינים (בחוקי יסוד). בה בעת, מביע חברי קושי באשר לסמכות הכנסת לחוקק חוקים משוריינים שאינם חוקי יסוד, ובאשר לסמכות לחוקק חוקי יסוד בנושאים שאינם "נושאי חוקה". כך, למשל, בנושא החוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, ולעניין הקביעה בו כי רק רוב חברי הכנסת יהיה בסמכותם לשנותו. על נושא זה בכללו עומדים אנו במקום אחר, ועתה לא ביקשנו לעמוד אלא על ההבחנה בין "נושאי חוקה" לבין נושאים שאינם נושאי חוקה, שבראשונים ניתן, על-פי הדוקטרינה, לחוקק חוקי יסוד, ובאחרונים, כנטען, אין סמכות לחוקק חוקי יסוד.

א

לו נתנה האסיפה המכוננת חוקה לישראל, כי או ידענו חוקת ישראל מהי על דרך עיון במסמך החוקה. ואולם עתה, שחוקה לא ניתנה לנו, כיצד נדע מה נושאים "ראוי" להם להיות בחוקה ומה נושאים אין זה ראוי לחוקה כי תכלול אותם (והכללתם בחוקה או בחוק יסוד יהווה "שימוש לרעה" בסמכות)? הכרעה בשאלה זו חשובה עד למאוד, שכן אם תאמר הכנסת לשריין חוק שאינו חוק חוקה - או שתקרא שם של "חוק יסוד" על חוק שאינו "ראוי" לכך - אפשר, על-פי הנטען, כי תחרוג במעשה זה מסמכותה, ובית המשפט יוכל להכריז על אותו מעשה כבטל מעיקרו. ואולם: היעלה על הדעת כי בית המשפט הוא שיתווה מסגרות ל"חוקה ראויה", וכי על-פי אותן מסגרות יחליט איזה שריון חוקי הוא ואיזה שריון אינו חוקי?

ב

הנה הוא, בתורת משל, אותו חוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים. אכן, חוק זה - על-פי מהותו - אין כוללים אותו בדרך כלל בחוקה. ואולם, האומנם נאמר כי בית-משפט הוא שיקבע מה ראוי לה לחוקה שתכלול - ומה אין ראוי לה לחוקה שתכלול - ומתוך שחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים אין הוא "ראוי" שייכלל בחוקה, יוסיף בית המשפט ויקבע כי שריונו נעשה שלא כדין ובחריגה מסמכות אך מטעם זה בלבד? איסור שתיית משקאות אלכוהוליים (Prohibition) נכלל בתיקון לחוקת ארצות-הברית. כך ביקש "מחוקק החוקה" לעשות - וכרצונו עשה. חוק זה, אליבא דכולי עלמא, אין הוא ממשפחת חוקי חוקה. האם נאמר כי מתקן החוקה חרג מסמכותו? הגנה על נכסי הציבור, בימינו ובמקומנו, כיצד ניתן לומר עליה כי מקומה הוא אל מחוץ לחוקה? ומכל מקום: האומנם בית המשפט הוא שיקבע את גרדי החוקה? אכן, האמירה כי לעניינה של תקינת חוקה מוגבלת הכנסת בסמכותה ל"נושאי חוקה"; וכנגורת מכך: כי בית המשפט הוא שיקבע איזה חוק יבוא בגן החוקה ואיזה חוק יתדפק על שער ואין פותח - ואם נכנס כי אז נגרשנו מן הגן; אמירה זו, כשהיא לעצמה, יש בה כדי להצביע לא על סמכותה המוגבלת של הכנסת אלא על חולשתה של תורת שני הכתרים.

ג

ד

ה

61. דוגמה נוספת: תורת שני הכתרים מלמדת אותנו כי הכנסת מחזיקה בשתי סמכויות, וכי סמכות של כנסת כמחוקקת אל לה לחרוג מגורמות שקבעה כנסת כרשות מכוננת. נורמה של חוקה ונורמה של חוק, השתיים מצויות על רמות שונות, ונורמה "נחותה" אסור לה שתחרוג מנורמה געלה. ומכאן שאלה: נביח שהכנסת - בסמכותה המכוננת - מחוקקת חוק יסוד בנושא של חוקה, ומוסיפה היא ומשריינת אותו חוק בשריון פורמאלי, לאמור, קובעת היא כי אין לשנות את החוק אלא ברוב של 61 מחברי הכנסת. גוסיף עתה ונבית, כי חוק מאוחר (אף הוא חוק יסוד) אומר לשנות את החוק שכך שורייין, אך בלא שהצביעו בעבורו 61 חברי כנסת. האם החוק המאוחר תקף, אם לאו? יאמרו לנו חסידי תורת שני הכתרים: החוק המאוחר בטל, ומטעם פשוט: משחרג החוק המאוחר מגדר ההרשאה של החוק המוקדם, מסקנה נדרשת היא שהחוק המאוחר בטל (השוו: ברק, פרשנות במשפט, כרך א, תורה הפרשנות הכללית (נבו, 1991) 568; כרך ג הנ"ל, בעמ' 282). ועל כך נקשה: כיצד כך? והרי הכנסת כוננה את החוק השני בסמכותה כרשות מכוננת; בסמכותה זו אין הכנסת כפופה לכנסת שכוננה - כרשות

מכוננת - את החוק הראשון; והרי כלל יסוד הוא שהפה שאסר הוא הפה שיתיר. שריונו של החוק נועד, מתחילתו ומעיקרו, לחסנו מפני פעולת הכנסת כרשות מחוקקת; עתה, שידענו כי בכוננה את החוק השני פעלה הכנסת כרשות מכוננת, נוסף ונדע כי פעלה בסמכות. אם כך, האין אנו משחקים במילים ובקונסטרוקציות משפטיות ערטילאיות? ראו עוד והשוו: נימר, במאמרו הנ"ל; אנגלרד, בספרו הנ"ל (פיסקה 49 לעיל); Likhovski, *supra*, 3 Is. L. Rev., at 358

על כך משיב לנו פרופסור קליין, וכמוהו פרופסור רובינשטיין, כי בחוקה את החוק הראשון "מיצתה" הרשות המכוננת את סמכותה באותו נושא, וכי מאותה עת ואילך כפופה גם היא להוראת השריון (ראו, למשל: קליין, במאמרו הנ"ל, משפטים ב; רובינשטיין, בספרו הנ"ל (מהדורה 4), בעמ' 450 ה"ש 13). מניין לקחו פרופסור קליין ופרופסור רובינשטיין דוקטרינה זו (דוקטרינת "הסמכות הנגזרת"? האין בדוקטרינה זו משום הנחת המבוקש? והרי הדוקטרינה כל כולה מיוסדת היא אך ורק על סברת החכמים. שאלה היא, והשאלה תידפק על דלתנו ולא תיתן לנו מנוח: הוזה תורה שעל פיה קנתה הכנסת סמכות לחוקק חוקה? תשובתי היא בשלילה רבתי.

גם חברי, הנשיא ברק, נדרש לשאלה זו, וכך אומר הוא (בפיסקה 62 לפסק-דינו):

"בהפעילה את סמכותה המכוננת, רשאית הכנסת לכבול את השימוש העתידי בכוחה המכונן. דבר זה נובע מעצם התפקיד המכונן עצמו. תפקיד זה בא ליצור מסמך המעגן נורמות שאין לשנותן אלא בדרך מיוחדת. התפקיד המכונן נועד מעצם טבעו ליצור חוקה פורמאלית, שמשמעותה האינהרנטית היא קביעת הוראות בדבר דרכי שינוי החוקה, שאותן ניתן לשנות בדרך של מילוי ההוראות האלה, שאם לא כן השינוי החוקתי אינו חוקתי (the unconstitutional constitutional amendment) אכן, כוחה של הכנסת - שעה שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת - לכבול את עצמה, ובכך 'לשריין' את הוראותיה, נגזר מעצם ההסמכה לכינונה של חוקה פורמאלית."

אמירות אלו כולן הינן אמירות *ex cathedra*, והצגתן היא כאקסיומה שלא נוכל להרהר אחריה. יתר-על-כן: בדיקתן מקרוב של אמירות אלו תלמדנו כי נעות הן על פסי "מעגל קסם" של הנחת המבוקש, וכניסוחן יש בהן מעין הגדרת *idem per idem* ואמנם: סמכות של רשות מכוננת לכבול רשות מחוקקת - ידענו והסכמנו; סמכות של רשות מכוננת לכבול רשות מכוננת - מניין באה זו? אכן, קושיה היא ותהי לקושיה.

ואמנם: צורך מובנה הוא בתורת שני הכתרים, כי הכנסת בסמכותה המכוננת רשאית ומוסמכת היא לכבול את סמכותה המכוננת. צורך מובנה זה מקורו באנומליה שתורת שני הכתרים מיוסדת עליה, אנומליה שלפיה רשות מכוננת חיה וקיימת כחמישים שנה

א ואת מועד הסתלקותה מן העולם לא יידע איש. רשות מכוננת מן המניין, ימי שני חייה הינם קצובים, באותן שנים כותבת היא הצעת חוקה, ולסיום מובאת החוקה לאישור בדרך שנקבעה. כך בחוקה הנכתבת במגילה אחת וכך בחוקה הנכתבת מגילות-מגילות. שאלת הכבילה העצמית, או שאין היא מתעוררת כלל - על-פי עצם המבנה החוקתי לכתובתה של חוקה - או שעלולה היא להתעורר אך לתקופה קצרה ומוגבלת, משך אותה תקופה שבה אמורה האסיפה המכוננת להתקיים ולתפקד (בהנחה שהאסיפה המכוננת והרשות המחוקקת חד הן). האנומליה בתורת שני הכתרים מקורה הוא בקיומו של אותו מלך שקשרו לראשו שני כתרים, אך בעיקר בהיוסף לכך כי ימי שני מלכותו של אותו מלך אין להן לא קיצבה ולא גבול.

ב אנומליה זו לא נפלה עלינו משמים. תורת שני הכתרים ועמה תורת הריבונות הבלתי מוגבלת יצרה וקיימה. לו נתקיימה כוונתם המקורית של המכריזים על הקמת המדינה, לא הייתה מתעוררת בעיה של כבילה עצמית, על כל פנים לא לאורך שנים. בראשית הייתה האסיפה המכוננת לעצמה - כל ייעודה לא היה אלא לכתוב חוקה - ושאלת הכבילה העצמית לא הייתה עולה כלל על סדר היום הלאומי. כך היה גם לעת הכנסת הראשונה-האסיפה המכוננת, ששנותיה אמורות היו - על-פי טיבם של דברים - להיות קצובות ומדודות. האנומליה נולדה עם "הארכת" חייה של הסמכות המכוננת ללא גבול. אנומליה זו הולידה מצדה צורך לקבוע כלל באשר לכבילה העצמית, ומכאן הדוקטרינה שעניינה הסמכות הנגזרת והדוקטרינה המכירה לסמכות המכוננת כוח לכבול סמכות מכוננת שלעתידי. ואולם דוקטרינות אלו שמורים אותנו הן דוקטרינות *ex cathedra*, לאמור, כזה ראה וקדש. תחת אשר נראה באנומליה - דווקא בה - טעם להפרכתה של תורת שני הכתרים ותורת הריבונות הבלתי מוגבלת, רואים אנו צורך להמציא כלל נוסף ולראותו כבן לנורמה הבסיסית.

ה 62. ובאותו הקשר. מה היה לה לכנסת הראשונה שלא חקקה חוקה, וכי מאז ועד היום אין חוקה לישראל? עיון בדברי הכנסת ילמדנו כי הטעם האמיתי לאי-קבלתה של חוקה היה בסירובן של המפלגות חברות הקואליציה לקבל חוקה, כל אחת מהן מטעמיה שלה. כך היה באסיפה המכוננת, כך היה בכנסת השנייה וכך היה בכנסות שלאחריה. ובשאלת מאליה שאלה: הימנעות זו מחקיקת חוקה - שמא נאמר: סירוב עיקש לחוקק חוקה - האין בו כדי ללמד דבר לענייננו?

ו 63. גם אני סבור, כמוני כחבריי, כי ראויים אנו לחוקה וכי ראויה חוקה לנו. יש רבים וטובים החושבים אחרת, וטעמיהם לדעתי כבדי משקל המה. בייחוד כך, שחקיקתה של חוקה היא מבחינות מסוימות דרך שאין חוזרים בה. ואולם, גם התומכים בקבלתה של חוקה ראוי להם שייזהרו בדרכם שמא יינגפו במכשולים, סמויים ושאינם סמויים. אדרבא: ייעשה מעשה ותתקבל חוקה. ואולם מעשה שיעשה יהיה כמעשה כל העמים: תנוסח חוקה ותובא למשאל עם; תתקבל חוקה בשש קריאות שתתפרסגה 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, על דרך ניתוח משפטי של מסמך שומנו לפני כארבעים ושבע שנים, על-פי תפיסות שנויות במחלוקת, תפיסות שלא קנו להן אחיזת סלע בחברה בישראל. והעם היכן הוא? וכי לא ראוי שנשאל את דעתו? אדרבא: נקרא לעם ונשאלה את פיו. רבקה אמנו לא גיתנה ליצחק אלא לאחר שנשאלה לדעתה ולרצונה: "נקרא לנערה) ונשאלה את-פיה" (בראשית, כד, נו [ב]). אם כך ברבקה - לא כך יהא בעם ישראל כולו? אם ירצו העם ומנהיגיו בחוקה - תימצא הדרך אליה; אם לא ירצו - לא תכונן חוקה. כל שאינני מסכים לו הוא, כי תחוקק חוקה ואת פי העם לא שאלנו. אכן, מה יסוד יימצא לנו לומר כי תפיסות היסוד של החברה בישראל מכירות לכנסת סמכות לחקוק חוקה? כיצד ידענו כי הקונסנסוס בישראל הוא שהכנסת מחזיקה בסמכות מכווננת? האם העם של היום העניק לשלוחיו בכנסת סמכות לכבול את העם של מחר ולו בענייני חוקה? ואם יאמרו לי: אכן כן, כך היה לפני ארבעים ושבע שנים, אף אני אשיב אמריי: מדברים אנו על העם של היום: האם נתן הוא לשלוחיו בכנסת סמכות לחוקק חוקה היום? אימתי נתן הוא מנדט לשלוחיו בכנסת לחוקק חוקה נוקשה לישראל?

64. בספרו הנ"ל, כרך ב, עומד פרופסור אקצין על נושא "כינון החוקה ושינוייה" (בעמ' 28 ואילך) ועל נושא "משמעותן החברתית של חוקות" (בעמ' 50 ואילך). המעיין בדברים ילמד ויידע, כי חוקה כהילכתה אמורה להיחקק ביד מי שייעודם הוא כתיבת חוקה והם "בעלי אוטוריטה העולה על אוטוריטת המוסדות המוסמכים לקבוע הוראות משפטיות אחרות" (שם, בעמ' 28), או "אוטוריטה שמייחסים לה מעמד מעל לתחום של ענייני שלטון ומשפט, וכל זאת תוך תגיות מסוימת המדגישה את העמדה המיוחדת של החוקה" (שם). הנה היא האסיפה המכווננת האמיתית שנכונה בשנת 1949. אפשרות אחרת לכינונה של חוקה, כך מלמדנו פרופסור אקצין, תבוא על דרך שיתופו של העם, במשאל עם או אחרת. ובלשונו, שם, בעמ' 34:

"... קיימות מדינות רבות, בהן השתמר או הוכנס מחדש הליך של משאל-עם כהליך-של-חובה או כהליך מותר בנסיבות מיוחדות בקשר לקביעתן של אי-אלו נורמות; והנטייה היא להזדקק למשאל-עם בקשר לכינון חוקה ולשינוייה יותר מאשר בכל הקשר אחר. נטייה זו נובעת מן הרעיון שהחוקה - מכלול הנורמות בעלות האוטוריטה הגבוהה ביותר במדינה - ראוייה יותר מכל סוגי-נורמות אחרים להקבע במישרים ע"י אותו הגוף שבמדינה המתיימרת להיות דמוקרטית רואים בו את הריבון, ז.א. ע"י כלל האוכלוסיה המבוגרת. בשמשו גוף מכוון, מסייע העם הריבון לחוקה לקבל אופי של נורמה שתהא עדיפה על כל נורמות אחרות שלא נוצרו אלא ע"י שליחי הריבון. וכן כרוך השימוש, הנפוץ למדי, במשאל-עם בקשר לכינון החוקה, בתקופה שהשתתפות העם בקביעתה תהווה סימן-היכר בולט לשוני היסודי בינה לבין כל הנורמות האחרות ותגרום לכך שהשליטים ונושאי התפקידים

- א הציבוריים למיניהם יתייחסו אליה ביהס-כבוד מיוחד, בעוד שבתודעת המוני העם תגורר השתתפות זו הזדהות עם החוקה, שהם עצמם יצרוה, זיקה מיוחדת אליה, ונכונות להתגייס להגנתה בשעת הצורך. על רקע השיקולים הללו, מוצאים אנו מספר חוקות שקביעתן המקורית, לאחר הכנה ע"י גוף מתאים, נעשתה באישורו של משאל-עם."
- ובהמשך, שם, בעמ' 35:
- ב "במתכונת דמוקרטית מוכנה הצעת החוקה, גם כשהיא עתידה להיות מובאת לאישור משאל-עם, ע"י אספה מכוונת שנבחרה לפי אותה שיטת הבחירות בערך בה נהוג במדינה הנדונה לבחור נציגים למוסד המחוקק, או - במקרה של מהפכה המרחיקה-לכת - לפי השיטה הנראית למהזיקי השלטון הזמניים. האספה המכוונת משמשת בנסיבות אלו הן כמוסד להכנת החוקה והן, אם מתנהלת המדינה לפי המתכונת הפרלמנטרית, כמוסד מחוקק ומפקח על הממשלה. סמכויות השלטון העליונות מרוכזות כולן במקרה האחרון בידי אספה מכוונת זו, פרט לכך שאין היא מוצאת לנכון לקבוע סופית את החוקה ומשאירה תפקיד זה בידי העם."
- ג
- ד אכן, יש דרכים נוספות לחקיקת חוקה - כגון שאותה רשות עצמה היא גם הרשות המחוקקת וגם הרשות המכוונת - אלא שדרכים אלו הן הנחותות בדרגה. ובלשונו של פרופסור אקצין, שם, בעמ' 37:
- ה "הנסיון מלמד כי יש להתייחס בספקנות מסויימת לייעילותם של התחליפים האלה."
- ו ובהמשך, שם:
- ז "ודוקא כאן התעוררה השאלה, מדוע מגיעה לנורמה אחת שנקבעה ע"י הגוף המחוקק עדיפות על נורמות אחרות של אותו הגוף, או, כפי שהבעיה הוגדרה בשעתו - כיצד יכול מחוקק לחייב את עצמו או את המוסדות המחוקקים שיבואו אחריו. עצם הצגת השאלה בצורה זו מעמידה, כמובן, בספק את קיומה של חוקה פורמאלית כרבד-נורמות לפני עצמו ורומזת על כך שאין החוקה נבדלת הבדל-של-ממש מן החקיקה הרגילה. במידה שמדינת ישראל צועדת לקראת כינון חוקה כחלק מתפקידיה הרגילים של הכנסת - המוסד המחוקק במדינה - עומדת הבעיה הזאת גם בפניה."
- ח הוא שאמרנו אנו: לכינונה של חוקה כיום, ארבעים ושבע שנים לאחר הקמת המדינה, נדרשים אנו - ומכל בהינה שהיא: משפטית, ציבורית, מוסרית - ליותר, להרבה יותר, מאשר לקונסטרוקציה משפטית על דבר סמכותה של הכנסת דהאידינא לחוקק חוקה.

65. חברי, הנשיא ברק, מצייר באורה דרמטי משהו את דיוני הכנסת בחוקי היסוד החדשים, ואומר הוא (בפיסקה 57 לפסק-דינו) כי דיוני הכנסת בחוקי היסוד נשאו אופי מיוחד במינו. ובלשונו:

"... הדיונים בכנסת בחוקי היסוד היו בעלי אופי מיוחד. הכנסת היתה מודעת כי היא רושמת פרק נוסף בחוקת המדינה. חברי הכנסת היו מודעים לכך שאין הם מחוקקים חוק רגיל, אלא חוק חוקתי בעל השלכות מרחיקות לכת וארוכות טווח על משפטה ועל אופייה של המדינה. הדיון היה חגיגי. בעת חקיקתם של חוקי היסוד היו הכול מודעים לחשיבות הרגע ולגודל השעה".

לא נכחד: היו אמנם חברי-כנסת אשר חשו תחושה של שליחות. היו אלה, בעיקרם של דברים, חברי-כנסת שעסקו בניסוחם של חוקי היסוד ומתוך כך חשו התרוממות רוח. ואולם אלה היו מעטים, נער יספרם. רוב חברי הכנסת לא חשו אלא שעושים הם בשיגרת היום-יום. יום קבלת חוקי היסוד לא היה עבורם אלא עוד יום של חול. הנה כי כן, חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו - והוא חוק העולה בחשיבותו לאין שיעור על כל שאר חוקים בנושא זכויות האדם, לרבות על חוקי-יסוד: חופש העיסוק - נתקבל בכנסת ברוב של 32 נגד 21 ונמנע אחד. פירושו: רק 54 חברי-כנסת הטריחו עצמם להיות נוכחים בכנסת בעת ההצבעה על החוק בעוד אשר 66 חברי-כנסת לא באו כלל להצבעה. דומני שיהיה זה מוגזם לומר כי הדיונים בכנסת "היו בעלי אופי מיוחד"; כי "הכל היו מודעים לחשיבות הרגע ולגודל השעה"; כי "הדיון היה חגיגי". תמהני אם 66 חברי-כנסת אשר נעדרו מן הדיון סברו כל אלה. ונזכור כי 66 חברי-כנסת מהווים למעלה מרוב מוחלט של חברי הכנסת. ראו עוד קרפ, במאמרה הנ"ל, בעמ' 326-328.

ואמר חבר הכנסת שבת וייס בקריאה הראשונה של הצעת חוקי-יסוד: חופש העיסוק:

"...אם חבר הכנסת אמנון רובינשטיין יצלית, חלקיקים-חלקיקים, פרודות-פרודות, לעבור לאטומים, ומן האטומים למערכת כוללת יותר, ואם זה לא ייצור בוקה ומבוקה ומבולקה, ויש שם איזה סדר, בדרך החצי-מחתרתית, חצי-לגיטימית, של הגנבת החוקה לסדר יומה של מדינת ישראל - אנחנו נברך אותו על כך" (ד"כ 124 (תשנ"ב) 2596; (ההדגשה שלי - מ' ח').

חבר הכנסת שבת וייס סבר כי ראויים אנו לחוקה וכי חוקה ראויה לנו. אך נתקשה להאמין כי ראה את הדיון בכנסת כדיון חגיגי, כדיון היסטורי מרשים, כמעין יום מתן תורה.

66. לו נתקיימה אמנם תורת שני הכתרים או תורת הריבונות הבלתי מוגבלת, כי או מצפים היינו כי תציג עצמה לפנינו במלוא הדרה כאומרת: הנני כי קראת לי. וכל הרואה יידע ויתפעם. אריה שלפנינו, וכי שומה עלינו לקבוצ ראיות ולהקים תורות ודוקטרינות להוכיח ולהיווכח כי אריה הוא? ואם כך באריה, לא כך יהיה בעצם קיומה של סמכות לכונן חוקה? אכן, דבר למד מעניינו הוא, צורך חוקתי מובנה הוא, כי סמכות שקנה גוף

פלוני לחוקק חוקה לא יימצאו חולקים עליה. כי אותה סמכות תציב עצמה לפנינו במלוא שיעור קומתה, וכל הרואה יידע לפני מי הוא עומד. והכול, בלא שנדרש להסברים ולפרשנויות ולדוקטרינות: מניין וכיצד ומדוע. כל אלה לא נתקיימו בסברה שלפיה קנתה הכנסת סמכות לכונן חוקה.

## סמכות מכוננת ודרכנו במסע הדמוקרטיה

67. דומה כי תורת שני הכתרים - וכמוה תורת הריבונות הבלתי מוגבלת - יוצרות במשפט החוקתי של ישראל מערכת שטרם נודעה במדינות אחרות: אותו גוף עצמו, במשך קרוב להמישים שנה לעבר - ועוד משך זמן אשר לא נדע לעתיד - אמור לשמש, כביכול, גם מחוקק רגיל גם מחוקק חוקה, ובלא שהוא נדרש לכל הליך הוצה לו או לכל גוף אחר. ואת פי העט לא שאלנו. הכך נבקש לבנות חוקה? הכך נאמר להקנות לבית-משפט סמכות לפסול חוקי כנסת? קשה בעיניי כי נרכיב תורות אלו עטרה לראשנו, כי על פיהן תקנה הכנסת סמכות לכבול את סמכותה, כי בית-משפט על מושבו יקנה סמכות לפסול חוקי כנסת. אכן, עד שהכנסת תחזיק בסמכות לחוקק חוקה, נצפה כי תקנה סמכות כך לחוקק באורח מפורש, ברור ותד-משמעי. בנייתה של חוקה כיום על סמכות שקנתה האסיפה המכוננת לפני ארבעים ושבע שנים - בוודאי בהיעדר רצף חוקתי בין ראשית לבין אחרית - אין לקבלה, לא כל שכן שמדובר באותו גוף עצמו - באותה כנסת - האמור גם לחוקק חוקים גם לחוקק חוקה.

68. דומני שלא אטעה אם אומר, כי המבקשים להכיר בסמכותה של הכנסת דהאידינא לחוקק חוקה שאינה ניתנת לשינוי אלא ברוב מיוחד ומיוחד שלמעלה מ-61 חברי-כנסת (הוא הדין באלה המכירים בסמכותה של הכנסת לכבול עצמה במעשה החקיקה לעתיד לבוא על דרך של רוב מיוחד ומיוחד מעין זה), משווים נגד עיניהם חקיקה המשריינת זכויות וחירויות לפרט: חופש התנועה, חופש הביטוי, חירות ממעצר. ובראותנו כל אלה פחד ורחב לבבנו. הנה מה טוב ומה נעים. שמחתי באומרים לי תחזקנה זכויות האדם. נרחיב את חירויות הפרט, נצר את כוחות השלטון, ניטיב ליחיד ולכלל וירווח לנו. אשרי הגבר אשר יבטח בבית המשפט והיה בית המשפט מבטחו. חוקה עליו על בית המשפט כי ימצא את ה"איוונים" הראויים בין יחידים, ביניהם לבין עצמם, בין פרט לבין כלל, בין היחיד לבין החברה. טוב להסות בבית המשפט מבטוח בשליטים.

גם אם נכונים הם כל דברים אלה כולם - ונסכים כי נכונים הם - נזכור נא ונשמור כי חוקה אין עניינה אך בחירויות הפרט ובכבוד האדם; חלק נכבד מן החוקה - אפשר חלקה העיקרי - עניינו במוסדי השלטון, ברשויות השלטון, בכוחות ובסמכויות המוקצים לכל אחת מן הרשויות, אפשר ביהסי דת ומדינה אפשר בגבולות המדינה. כך, למשל, נניח שחוק יסוד יקבע כי תיערכנה בנפרד בחירות לרשות מחוקקת ולרשות מבצעת; כי בחירות תהיינה בדרך פלונית; כי הקצאת סמכויות בין אבריה של הרשות המבצעת העליונה - ראש ממשלה וממשלה - תהיה כך וכך; כי גבולות המדינה יהיו



אלה ואלה; וכי חוק יסוד זה לא ניתן יהיה לשנותו אלא ברוב של שמונים חברי-כנסת. במערך הכוחות הפנימי בישראל אפשר לא ניתן יהיה לשנות חוק זה שנים רבות מאוד, למרות שרוב העם ורוב מבין חברי הכנסת - ואפילו רוב כבד - יאמר לשנותו. הנקבל זאת עלינו?

א

69. מאז קוממיות אין לנו מנוח, לא לעם ולא למדינה. הכרעות קשות ומכאיבות תוכפות עלינו. רישומיהן של אותן החלטות ניכרים בחיי היום-יום, ולעתיד פתרונים מה יבוא עלינו. שאלות הרוח גורל לפרט ולקהילה רודפות אותנו כל העת, ובקרב העם דעות והשקפות שונות, מי בכה ומי בכה. נשווה נא עתה נגד עינינו שאלה פלונית שהעם מתייסר בה ומפולג בה, ונניח כי עולה הדבר בידי הממשלה, או בידי האופוזיציה, והכנסת מחוקקת חוק יסוד באותו נושא, בניגוד למחאות קשות של המתנגדים, מחאות של כנסת ומחאות של רחוב. הנושא הוא נושא חוקתי, והכנסת מוסיפה ומחליטה כי לא ניתן יהיה לשנות אותו חוק יסוד אלא ברוב של 80 חברי-כנסת. מובן שהחוק מתקבל ברוב רגיל, כמקובל בכנסת. למשל, ברוב שבו נתקבל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: ברוב של 32 נגד 21 ונמנע אחד, או ברוב שבו נתקבל חוק-יסוד: הממשלה (55 קולות בעד ו-22 קולות נגד).

ב

ג

והנה בא יום, והוא למחרת יום קבלתו של החוק, אפשר שבועיים לאחריו, אולי חודשיים, אולי שנה או שנתיים. הממשלה או האופוזיציה (לפי העניין), מבקשת לשנות את החוק. אך זאת אין בכוחה לעשות. בחוק החדש תומכים רק 70 חברי-כנסת, אולי 75 חברי-כנסת, אולי 61 חברי כנסת. אליבא דחבריי החוק הוא חוק, שהרי חוק חוקה הוא, חוקה לישראל.

ד

ואני אומר: לא ולא! לא יעלה על הדעת כי נציגיו של רוב העם יסברו כפי שיסברו, אך בבואם לשנות את חוק היסוד נמנע אותם מהשגת מבוקשם בהעמידנו על דרכם קונסטרוקציה משפטית של שני כתרים או של ריבונות בלתי מוגבלת. הכך נמנע מרוב - אף מרוב מאסיבי - לשנות את גורל העם? דומני כי מניעת הרוב שקולה כנגד הליך אנטי-דמוקרטי בעליל. אמרתי כמה וכמה פעמים, ולא אלאה מחזור על כך: לא זה הדרך לחוקק חוקה. אם ברצוננו להעמיד את העם לפני עובדה מוגמרת ואת פיו לא נשאל - זה אמנם הדרך. ואולם אם על דעת העם נאמר לפעול, נפנה נא אליו ונשאל את פיו כמעשה האסיפה המכוננת האמיתית שלפני ארבעים ושש שנים. אפשר יעשה מעשה אחר, מעשה החורג באורח חוקתי בולט משיגרת החקיקה הרגילה, וגם אותו נאהב. אך אנא, אל נא נקבע עתה - לראשונה - הלכה משפטית המיוסדת על חוק שמשנת תשי"א (1951) ונכונן במו ידיו את הכנסת כרשות מכוננת לחקיקתה של חוקה נוקשה למדינה.

ה

ו

ז

70. ואולם חמור מכך: בדוגמה שהבאנו לעיל אומרת כנסת של היום לקשור לא אך את שיקול-דעתן של הכנסות - זו של היום ואלו שתבואנה לאחריה - אלא את שיקול-דעתו של העם אף הוא. הנה כי כן, מלכתחילה לא נשאל העם של היום לדעתו,

א לאמור: אם מסמיך הוא את הכנסת לשריין אותו חוק יסוד כדי אייכולת לשנותו אלא ברוב של שמונים. עתה, משהועמד לפני מעשה עשוי, אומרים אנו לעם: אם ברצונך לשנות את החוק - אותו חוק שמעולם לא הסמכת את הכנסת לחוקק (לעניין הרוב המיוחד) - דע כי עליך הנטל לעשות מעשה. בבחירות שתבואנה כוון בחירתך כראוי, ולאחר שתתכנס כנסת חדשה קבץ שמונים חברייכנסת וצא לקרב. ואולם עצה טובה זו לבוחר היא פשטנית שכן גם בבחירות שתבואנה יהיה העם מוגבל ביכולתו לשנות את החוק.

ב הגה הוא בוחר פלוני המתנגד לחוק בכל תוקף, אך בסיכום הכולל של השיקולים לכאן ולכאן מגיע הוא לכלל מסקנה כי ראוי להצביע בעבור מפלגה פלונית התומכת דווקא בחוק. מערכת שיקולים מעין זו של בוחר אינה יוצאת דופן, שכן קשה להניח כי בוחרים יכוונו הצבעתם אך לפי מצעים שיאמרו לשנות אותו חוק יסוד. העם הועמד אפוא לפני מעשה עשוי, והנטל שהוטל עליו לעשות לשינוי הינו כבד מנשוא: גם לעניין קיבוץ שמונים חברייכנסת אל בקעה אחת גם לעניין בחירות לכנסת. ואם מערכת כוללת זו אין בה פגיעה בדמוקרטיה, פגיעה בדמוקרטיה מה היא - לא ידעתי.

ט 71. יהיה אשר יהיה בארצות שמעבר לים (ובארצות שאינן מעבר לים), חוות מעין זו קשה היא במאור, ואני רואה בה תופעה אנטי-דמוקרטית בעליל. אומר ואכריז בקול גדול: בהולכנו אל הקלפי לבחור בכנסת, מבקשים אנו כי הכנסת הנבחרת היא שתקבע את מערך חיינו, היא שתחוקק גורמות שיסדירו את מהלכי האומה והפרט מעת לעת. בהולכנו לבחירות לא הסמכנו את הכנסת כי תפרוק מעל שכמה סמכויות שהוענקו לה, כי תתנצל מכוחות חקיקה ותכבול את ידיה במעשה חקיקה לעתיד לבוא. שאל בוחר ויגידך אם ידע - אם שמע - על סמכותה של הכנסת לחוקק חוקה נוקשה למדינה, לאמור, חוקה הדורשת מעל 61 חברייכנסת כדי שניתן יהיה לשנותה; דרוש אם לבד מאנשי משפט ועוד כמה וכמה אנשי רוח - שניים שלושה בסעיפיה פורייה - שמע "האיש מרחוב דיזנגוף" כי לפני כהמישים שנה קנתה הכנסת סמכות לחוקק חוקה כאמור; כי סמכות זו נמשכה והלכה בידה עד היום; וכי עתה מבקשת היא לממש את סמכותה לחוקק חוקה. וכי אני ידעתי זאת? וכי אתה ידעת זאת? וכי אתם ידעתם? וכך, כמו יש מאין בונים סמכות לכונן חוקה?

ט עקרון היסוד הדמוקרטי של שלטון הרוב - לענייננו: 61 חברייכנסת - נעלה הוא בעיניי מכדי שאתעלם ממנו כאילו אין הוא עמנו. אכן כן: ניתן לסטות מעיקרון זה, אך זאת ביודעין, בכוונת מכוון, בנטילת אחריות, בחישוב מחושב, בהליך ראוי לחקיקת חוקה. וגם אם שישים ריבוא ביקשו חוקה לעצמם - אלו היינו אנו בשנת 1948 - הניתן לממש כוונה ורצון אלה כיום, ואנו חמש מאות ריבוא? "היתפאר הגרון על החצב בו אם יתגדל המשור על-מניפו"? (ישעיהו, י טו [ו]). הגרון לא יתפאר והמשור לא

יתגדל. כך הכנסת, שבהיותה אך שלוחת בוחריה אסורה היא בחריגה מסמכות שהקנו לה הבוחרים, ואין היתר בידה להגביל את סמכותה במלאכת החקיקה בלא שקיבלה היתר מיוחד ומפורש לדבר. היתר מיוחד ומפורש לא נתנו בידה.

נוסיף ונאמר את המובן מאליו, שענייננו עתה אין הוא אלא בנושא הרוב הנדרש במשטר דמוקרטי. כולנו ידענו כי קיומו של רוב אין בו, כשהוא לעצמו, ערובה למשטר דמוקרטי תקין. תוכנו ומהותו של המשטר, בחירות אמת הנערכות מעת לעת, הפרדת כוחות בין הרשויות והגנה על זכויות הפרט, אף אלה, ועוד שכמותם, אברים חיוניים הם בגופו של משטר דמוקרטי ראוי. כל שאומרים אנו עתה אינו אלא זה, שכלל הרוב הינו תנאי-בלעדי-אין (*conditio sine-qua-non*) לעצם קיומו של משטר דמוקרטי (בהיעדרה של חוקה).

72. מדברים אנו על "הסכמה לאומית", על "תפיסות עומק" של החברה בישראל, על "אמנה חברתית". ואני אומר, כי אין הסכמה לאומית בישראל להכרה בסמכות הכנסת לכבול את שיקול-דעתה בשריון של למעלה מ-61 חברי-כנסת. אותם מקרים בודדים שנעשה בהם שריון מעין זה, היו בנושאים שאין עליהם מחלוקת והם מיסודי היסודות של הדמוקרטיה כפי שהיא נתפסת בישראל. לא ניתן להקיש מהם לא לעצם סמכותה של הכנסת כרשות מכווננת ולא למקרים אחרים העשויים להיות שנויים במחלוקת עזה וקשה. לא כל שכן שאותם עניינים לא עמדו מעולם לבחינה, לא לבחינה משפטית ולא לכל בחינה אחרת.

ואני אוסיף ואשאל: כיצד נדע מה היא תפיסתה של החברה בישראל כיום? הערכנו משאל עם? השאלנו את האיש ברחוב? הנפסוק כי משאל עם לא נערוך, וכי אנו עצמנו נקבע כי סמכותה של הכנסת היא לחוקק חוקה? הייתכן? האם אין ענייננו כאן בשאיפות (ראויות) הדוחקות להגשים את עצמן?

ואם יאמרו לנו, כפי שאכן אומרים לנו: מה לכם שטוענים אתם להיתר מן העם לחקיקתה של חוקה? וכי "העם" מעסיק עצמו בשאלות חוק ומשפט, בשאלה אם קנתה הכנסת סמכות מכווננת אם לא? והרי המחלוקת האמיתית בינות פלגי העם אין היא נסבה על שאלה משפטית זו או אחרת אלא על תוכנה של החוקה. רק על תוכנה של החוקה נדרשת הסכמה לאומית, על תוכנה ולא על עצם הסמכות לכוננה. אל תטענו אפוא על נושא סמכותה של הכנסת; דברו על עיקריה של החוקה לגופה. התרסה זו כנגדנו לא נוכל להסכים לה, ומטעם פשוט: אם נקבל את תורת הסמכות המכווננת - או את תורת הריבונות הבלתי מוגבלת - יימצא לנו כי מיעוט שבעם יכול שיקבל חוק ב"שריון 80" ובלא שתהא "הסכמה לאומית" לתוכנו של אותו חוק. מה לי אפוא סמכות מכווננת מה לי תוכנה של חוקה, והרי השניים אינם אלא אחד. וחוקי יסוד המתקבלים בידי מיעוט שבעם - וכן דין רוב רובם של חוקי היסוד - בוודאי לא נוכל לומר עליהם כי זכו להסכמה לאומית (בוודאי לא מראש).



לשתיים אחיזה במשפט הארץ. הכנסת היא כנסת - פשוטה כמשמעה - וסמכותה היא לחקוק חוקים כדרכה מימים ימימה. ומכאן שאלה: עובדה מוכחת היא כי במהלך השנים חקקה הכנסת כמה חוקי יסוד (ולא רק חוקי יסוד) שאותם "שריינה" ו"היסנה" מפני רוב רגיל. והשאלה תתייבץ מאליה: האם בעשותה כן לא חרגה הכנסת מסמכותה (תוך שאנו מבחינים הבחן היטב בין סמכות לכונן חוקה לבין שריונם של חוקים)? ואמנם: סמכות "מכוננת" לא קנתה הכנסת; הקנתה סמכות לחוקק חוקים משוריינים? חוק הקובע בגופו כי לא ניתן יהיה לשנותו, או לפגוע בו, אלא אם נתקבל ברוב חברי הכנסת - התופס הוא אותו שריון? האומנם לא תוכל הכנסת לשנות את החוק או לפגוע בו אלא אם יצביעו רוב חברי הכנסת בעד השינוי או הפגיעה? ואם קובע חוק בגופו כי לא ניתן יהיה לשנותו אלא ברוב של 70 או 80 חברי-כנסת? מה דינו של שריון זה? זו השאלה שנעסוק בה להלן.

76. לנוחות הדיון נפתח בהנחה המקובלת (מקובלת, אך בלתי נכונה, לדעתי, כפי שאוסיף ואסביר להלן), כי כנסת ישראל - כמוה כפרלמנט של בריטניה - היא כול יכולה וכול מוסמכת לחקוק חוקים, היא תוכנו של החוק אשר יהא. ראו: ע"א 450/70 רוגוזינסקי ואח' נ' מדינת ישראל [64], בעמ' 136; בג"צ 120/73 [41], בעמ' 759; פרשת קניאל [13], בעמ' 798; בג"צ 889/86 כהן נ' שר העבודה והרווחה [65], בעמ' 546; פרשת לאו"ר [21]; רובינשטיין, בספרו הנ"ל (מהדורה 4), בעמ' 135 ואילך, 461 ואילך. סמכות כול כוללת זו מכנים אותה לעתים "ריבונות" הכנסת (או "ריבונות" הפרלמנט). בהקשר זה נאמר על הפרלמנט בווסטמינסטר - על דרך ההיתול - כי מוסמך הוא לחקוק כל חוק חוץ מאשר להפוך אישה לגבר וגבר לאישה:

"It is fundamental principle with English lawyers, 'that Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman'" (Dicey, *supra*, at 41).

אמירה זו אינה מדויקת, כמובן. אם כוונת האומר היא, שאין בכוחו של הפרלמנט להפוך גבר לאישה ואישה לגבר - משמעם של דברים כפשוטם - וודאי שהדברים נכונים. ואולם כך בעדרים הם כל משמעות שהיא. שכן בה במידה אין בכוחו של הפרלמנט להזיז עיפרון מצדו האחד של השולחן אל צדו האחר. פרלמנט - בתורת כזה - אינו מעסיק עצמו כלל בעשייה פיזית, ואין בכוחו לעשות במישרין שינויים פיזיים בעולם הסובב אותנו. הפרלמנט אינו מעסיק עצמו אלא בנורמות ובעשייה נורמטיבית, ובתחום זה כוחו וסמכותו. אם כוונת האומר היא אפוא שהפרלמנט אינו "יכול" - מבחינה נורמטיבית - להפוך אישה לגבר וגבר לאישה, פשוט הוא שהאמירה אינה נכונה. בעולמן המופלא של הנורמות - אותו עולם שאינו נתפס בחמשת החושים אך שולט הוא בחיינו - "יכולה" ומוסמכת היא הכנסת "להפוך" גבר לאישה ואישה לגבר. שאלה לעצמה היא אם אלה שהנורמות אמורות לחול עליהם יישמעו להן. שאלה זו למותר לומר היא מחוץ לתחומנו.

77. הכנסת הינה אפוא כול יכולה וכול מוסמכת לחקוק חוקים: יהא אשר יהא תוכנו של החוק, יהא אשר יהא תחום התפרסותו. חזרנו אפוא אל שאלה ראשונה: אם הכנסת היא, אמנם, כול מוסמכת (כול יכולה), האם כוח וסמכות אלה נותנים בידה אף כוח וסמכות לחוקק חוקים משוריינים, קרי, להגביל את כוחה שלה ואת סמכותה שלה במעשה חקיקה? ושאלה זו ששואלים גדולים שאלנו אף אנו בהיותנו ילדים: האל כידוע הוא כול יכול. האם יוכל האל אפוא לברוא אבן שלא יוכל להרימה? אם יוכל לברוא אבן שכוו - ממילא אין הוא כול יכול, שהרי לאחר בריאתה של האבן לא יוכל להרימה, ואילו אם לא יוכל לברואה, שוב אין הוא כול יכול מעיקרם של דברים. יימצא לנו אם כן שבין כך ובין כך, אותו אל כול יכול אין הוא לאמיתם של דברים כול יכול. ליישוב הפאראדוקס שומה עלינו לוותר באחד משני הקצוות: בבריאת האבן או בהרמת האבן, וכך נאמר: או שהאל הוא כול יכול תמיד ולעולם ("continuing omnipotence", בלשונו של הארט) - למעט לעניין כוחו שלו, שבו לא יוכל לקצץ; או שהאל הוא כול יכול ובכוחו לקצץ גם בכוחו שלו ("self-embracing omnipotence", בלשונו של הארט), אלא שאם קיצץ שוב אין הוא עוד כול יכול. ראו והשוו: Hart, *supra*, at 147-154 ("Uncertainty in the Rule of Recognition"); אנגלרד, בספרו הנ"ל, בעמ' 107-111.

78. וממשל אל נמשל: אם הכנסת היא כול מוסמכת - כהנחת המוצא לדיוננו עתה - המוסמכת היא להגביל (או לשלול) את סמכותה לשנות חוק שחוקקה? אם מוסמכת היא להגביל (או לשלול) את סמכותה, נמצא כי לאחר שעשתה שימוש בסמכותה להגבילה עצמית שוב אין היא עוד כול מוסמכת; ואילו אם אין היא מוסמכת להגביל (או לשלול) את סמכותה, נדע מלכתחילה כי אין היא כול מוסמכת. בין כך ובין כך, פתחנו בהנחת מוצא - על דבר היותה של הכנסת כול מוסמכת - ולסוף נמצאנו למדים כי הנחת המוצא הינה בלתי תקפה. פאראדוקס. ומה המוצא מן הסבך?

79. ראשית לכול נבקש שלא לדבר באל הכול יכול (או ב"כול יכול" אחר). האל עושה כאשר הוא עושה, ואנו נעשה בשלנו. מעשיו אינם מעשינו, כוחו אינו כוחנו, זמנו אינו זמננו, עניינו אינו ענייננו. והדברים פשוטים: מתוך שהאל הוא כול יכול - כהנחת המוצא - ממילא אין חלים עליו חוקי היגיון התופסים בנו. המושג "כול יכול", באשר הוא, הינו מושג מטאפיזי, שהרי אם אמנם "כול יכול" הוא האל - משמעו כפשוטו - כי אז יכול הוא גם להיות וגם לא להיות, גם להיות היום ובה בעת להיות גם אתמול וגם מחר - וגם לא להיות באותם ימים - להיות גם לבן וגם לא לבן, גם בעל גוף ובעל דמות הגוף וגם מי שאין לו גוף ואין לו דמות הגוף. בנוסף לכל אלה יכול הוא ה"כול יכול" לגרום גם לאחר להיות ולא להיות, בה בעת, כל אחד מאלה. ואם יכול הוא האל כל אלה, מדוע לא יוכל - בה בעת - גם להגביל עצמו וגם שלא להגביל עצמו? אכן, לא נוכל לומר על האל כי "כול יכול" הוא, ובאותה נשימה להפטיר כי כפוף הוא לחוקי אנוש, לחוקי טבע המוכרים לנו, לחוקי היגיון ולחוקי דמוקרטיה. וכדבר "אדון עולם":

"והוא היה והוא הוות והוא יהיה"

"בלי ראשית בלי תכלית"

וכן כ"יגדל":

"נמצא ואין עת אל מציאותו"

"נעלם וגם אין סוף לאחדותו"

"קדמון לכל דבר אשר נברא"

"ראשון ואין ראשית לראשיתו".

הנה זה במקום רחוק-רחוק שמעבר לאופק שוכן לו סלע: אלף מילין אורכו, אלף מילין רוחבו, אלף מילין גובהו. בכל אלף שנים באה לה ציפור-אגדה קטנה ומחדדת את מקורה הזעיר בסלע. מחדדת את מקורה ועפה לה לדרכה. ביום בו יישחק כל הסלע כולו נדע כי עברה-חלפה שנייה מן הנצח (על-פי H. W. Van Loon, *The Story of Mankind*: סיפור האנושות (כתבים, תרגום מאנגלית ש' שניצר, 1952)). ועל שנייה זו נבקש להחיל חוקי אנוש והיגיון של אנוש?

השמים שמים לה' וכנסת נתן לבני-אדם.

80. והקושיה על מקומה. המוסמכת היא הכנסת לכבול (או לשלול) את סמכותה שלעתיד לחקיקה, לאמור: שלאחר אותו חוק כובל סמכות (או שולל סמכות) לא תהיה עוד הכנסת כול מוסמכת כפי שהייתה עובר לחקיקתו? כדי להקל על הדיון לא נמשיל את פאראדוקס האבן על הכנסת, לאמור, לא נדבר בחוק האומר לשלול כל אפשרות לשנותו, והרי תחזית זו אינה רלוואנטית (והשלילה, לדעתנו, לא תתפוס). נדבר אך בחוק האומר להגביל ולכבול את סמכותה של הכנסת לעתיד לבוא (self-embracing כלשונו של הארט), ובשתי הדרכים המוכרות לנו: כבילה פרוצדורלית של רוב מיוחד (כגון שניתן לשנות חוק רק ברוב של חברי הכנסת - כדוגמת חוק-יסוד: חופש העיסוק - או ברוב נעלה אחר) וכבילה מהותית, כזו שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מורה אותנו עליה, דהיינו: חיוב הכנסת בתוכן החקיקה אך בלא שריון פורמאלי. בדברינו להלן נבחין בין שתי הגבלות אלו, ובכל אחת מהן נדון לעצמה. נפתח בשאלת סמכותה של הכנסת לכבול את ידיה במלאכת החקיקה על דרך קביעה שחוק פלוני לא ניתן יהיה לשנותו אלא ברוב מיוחד (רוב חברי הכנסת או רוב מיוחד אחר).

לעניינה של כבילה פורמאלית

81. הבו נבחן את הסוגיה מבראשית. מעיקרה ובעיקרה נועדה הכנסת (כמוה ככל בית מחוקקים אחר), לקבוע נורמות התנהגות לאנשים ולגופים החיים והפועלים בחברה

בישראל (וואת בצר תפקידים אחרים שיועדו לה, כגון פיקוח על פעילות הממשלה). ובאמור האומרים כי הכנסת היא כול מוסמכת ("כול יכולה") כוונתם היא, בעיקר, לסמכותה הבלתי מוגבלת (לכאורה) של הכנסת - מבחינה משפטית - להנהיג בישראל משטר נורמטיבי כנראה בעיניה (במיתחמים "מקובלים"). זו, כפי שאמרנו, תחנת המוצא לדיוגנו וממנה נמשיך בדרכנו.

"התארגנות" הכנסת לפעילות

82. בקובעה נורמות לחברה בישראל, "שפת הדיבור" של הכנסת היא בחקיקתם של חוקים, והחוקים הם הנורמות המחייבות. ואולם כיצד תפעיל הכנסת סמכותה במלאכתה זו של "חקיקת חוקים"? בהיותה גוף קולגיאלי בן מאה ועשרים חברים - כיצד "תחוקק"? כיצד ייאספו המחוקקים בעם לישיבה של חקיקה? באילו ימים ובאילו שעות? מה יהיה סדר ההליכים עד שהצעת חוק תהפוך "חוק"? ולאחר שנחקק - כיצד יובא חוק לידיעת הרבים? "כנסת" אינה אך מאה ועשרים חברים שנבחרו להיותם חברי-כנסת. כנסת היא מאה ועשרים נבחרים - הם, כמוכן, עיקר - אך כל אלה ייעטפו בנורמות ובכללים רבים ושונים שייצודם ארגון עבודתה של הכנסת, כללים שייצרו וייצבו מנגנוני עבודה, למן דרכי העלאתה של הצעת חוק לפני מאה ועשרים החברים ועד להבאתו של "חוק" לידיעת עם ועדה. נדע מכאן, כי עד שהיא בכוחה לחוקק לאנשים ולגופים חוצה לכנסת, שומה על הכנסת להסדיר את דרכי פעילותה בביתה שלה. התארגנות פנימית זו הינה כורח המציאות ותנאי מוקדם לפעילותה של הכנסת. קשוט עצמך ואחר כך קשוט אחרים (בבא מציעא, קו, ב [ז]). הד לכלל זה ימצא לנו בהוראת סעיף 17(א) לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, שעניינו "סמכויות עור": "הסמכה לעשות דבר או לדון בעניין פלוני או להכריע בו - משמעה גם הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק".

דברים שאמרנו נכונים הם לגבי כל גוף קולגיאלי (הוא הדין בבעל סמכות יחיד, בחברה ששלטון החוק, ולו במובנו הפורמאלי, שורר בה). כך הוא, למשל, דינם של בתי-משפט, וזה אף הטעם להחלתו של ה-*lex fori* על דרכי ההליכים בבתי-משפט גם במקום שלגופם של דברים יחולו כללי מהות השאובים משיטת משפט זרה. ראו, למשל A. V. Dicey and J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws* (London, 12th ed., by L. Collins, 1993), ch. 8, pp. 169. ראו עוד ד"ר א' לבונטין, על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה (מפעל השכפול, תשי"ז) 68-69. ובלשונו של פרופסור אביגדור לבונטין: "כל אורגניזם חייב להיות מאורגן בעצמו לפני שיוכל לארגן את סביבתו" ("הצעת חוק ברירת הדין: סוגיות פרוצדוראליות" 199 אורי ידן, בעמ' 100). וכך אומר פרופסור לבונטין (על פעילותם של בתי המשפט) שם:

"...ללא כללי הדיון והנוהל החלים בו, ועליו, שום בית משפט אינו בית משפט, ואינו מסוגל לפעול ככזה ... משפונים לבית משפט לטפל בענין



כלשהו, יש לקבל את בית המשפט כישות חיה ומתפקדת. כל אורגניזם חייב להיות מאורגן בעצמו לפני שיוכל לארגן את סביבתו. אף המנגנון השיפוטי כך. מבלי סדר העבודה הנוהג בו אין אפילו לזהות את בית המשפט. כללי הרכב ומינוי הם שמורים מי השופטים של ערכאה, ומי מהווים הרכב מסויים. כללים אחרים, אף הם לא 'מהותיים', מורים היכן פועל בית המשפט, ומתי. כללים אחרים מורים כיצד נעשית הפנייה אל בית המשפט, כגון שהיא חייבת להיעשות בכתב דווקא, ובמספר עותקים שנקבע, ולהיות מוגשת ללשכה מסויימת בדרך מסויימת, בשעות עבודה מסויימות, וששיחה עם אחד השופטים ברחובה של עיר אינה בגדר הגשת תובענה.

דרכי הפעולה ודרכי ההפעלה, ובוודאי כללי ההרכב, של בית משפט אינם, איפוא, משהו נפרד מבית המשפט 'עצמו'; ואם אין מיישמים אותם - אין לומר שפונים אליו.

דברים הנאמרים על בית-משפט - בית-משפט כמוהו ככל גוף אחר האמור להכתיב נורמות במשפט לזולתו - יהולו על הכנסת ועל חקיקת הכנסת, בשינויים המחויבים מן העניין. הכנסת אמורה "לארגן" את החברה בישראל, וכמי שמקיימת מצווה של "קשוט עצמך תחילה" "תארגן" הכנסת בראשית את עצמה. רק ארגון זה יוכל להפוך גוף סטאטי לגוף דינאמי: אוסף של נבחרים עם יהפוך חבר אנשים הפועל עליפי כללים ותוכנה שנקבעו מראש, וקבוצת אנשים אמורפית תהפוך בתיכולת למלא תפקידים ומשימות שהוטלו עליה. "ארגונו" של הגוף - הפרוצדורה שיאחז בה, דרכי ההליכים שיילך בהם וכל הסובב את אלה - הינו משני וטפל לתפקידו העיקרי של הגוף; ואולם קריאה בשמו של הגוף - "הכנסת" - תכלול מאליה גם את חבר הנבחרים גם את דרכי ההליכים והאירגון שנקבעו לו. אין קיום ל"כנסת מחוקקת" בנפרד מהליכי החקיקה, למן תחילה ועד סוף. בלא דרכי הליכים ברורים וקבועים מראש לא תוכל הכנסת למלא את תפקידה.

83. "התארגנותה" של הכנסת לקראת מעשה החקיקה יכולה היא שתיקבע - ואכן נקבעת היא - בדברי חוק שונים. כך, למשל, קובע סעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת, כי "הכנסת תקבע את סדרי עבודתה" (ההדגשה שלי - מ' ח'); ובהמשך: "במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבעם הכנסת בתקנון ...". (מעניין להשוות הוראת חוק זו להוראת סעיף 108 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], בה קנה שר המשפטים סמכויות "להסדיר בתקנות סדרי דין את סדרי הדין והנוהג לפני בתי משפט, רשמים ולשכות הוצאה לפועל, במידה שלא נקבעו בחוק ..."; ההדגשה שלי - מ' ח'). "סדרי עבודה" (כמוהם כ"סדרי הדין והנוהג"), יבואו בחלקם בחוק ובחלקם בחקיקת משנה (בתקנון הכנסת או בתקנות סדר הדין) לפי רום מעלתם ובהתאם למשקלם הסגולי: בעוד ש"סדרי עבודה" געלים בחשיבות יבואו בחוק הנה "סדרי עבודה" נחותים (יחסית) בחשיבות ייכללו בתקנון.

א "התארגנות" הכנסת לקראת מילוי משימותיה, אין היא כוללת אך "סדרי עבודה" טכניים משל היו תקנות סדר דין הגוהגות בבתי המשפט. בתחום ה"התארגנות" יבואו אף הסדרים המוצאים עצמם בחיקוק של המשפט המהותי ממש, ובכל זאת מסווגים הם עצמם לאותו תחום של היערכות הכנסת לקראת מילוי תפקידיה. כך, למשל, נושא חסינותם של חברי הכנסת וחסינות בנייני הכנסת. כך, כמשל נוסף, נושא פירסומם של חוקים והקביעה כי תחילתו של חוק תהיה ביום פירסומו אלא אם נקבע בו מועד אחר לתחילת תוקף (כהוראת סעיף 10א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט). וכך, כאשר מחלצותיה עליה ותנועתה קלה, תצא הכנסת למשימת "ארגון" העולם שסביבה, לקבוע נורמות במשפט לאנשים ולגופים האמורים להישמע לדבר הכנסת.

ב נוסף ונאמר את המובן מאליו, כי מגבלות פרוצדורה בגדרי "התארגנותה" של הכנסת למילוי משימותיה העיקריות, אין בהן כל "כבילה" עצמית. ראשית לכול, אם ילך המחוקק בדרך שסלל לעצמו מראש, לא תיפגע כהוא זה סמכותו לחוקק, ובכל נושא שיאבה לחוקק. שנית, בכל מקרה יוכל המחוקק לשנות בכל עת מדרכי ההליכים שקבע לעצמו, וממילא ישתחרר מכבילה עצמית שלא הייתה כלל מעיקרה כבילה עצמית. ראו עוד והשוו הארט, בספרו הנ"ל, בעמ' 68-70.

ד ולבסוף: לא אמרנו - אף לא נאמר - כי לעולם נוכל להבדיל בנקל בין "פרוצדורה" - היא "התארגנות" הכנסת למילוי משימותיה - לבין "מהות". הבחנה זו שבין פרוצדורה לבין מהות עומדת היא לעצמה, וקשיים שהיא מציבה על דרך - ככל קלסיפיקציה במשפט - לא גרוע בהם לעת הזו. השוו, למשל: הארט, בספרו הנ"ל, בעמ' 71-72; R. Elliot, "Rethinking Manner and Form: from Parliamentary Sovereignty to Constitutional Values" 29 *Osgoode Hall L. J.* (1991) 215; Hogg, *supra*, ch. 12

ה 84. דרך אגב: במשפט האנגלי ובשיטות משפט של מדינות שגורו עצמן מן האימפריה הבריטית, מכונים דרכי הליכים אלה במעשה החקיקה - "סדרי העבודה" של הרשות המחוקקת - בכינוי "manner and form". ביטוי זה נלקח מחוק בריטי הקרוי Colonial Laws Validity Act, 1865, חוק שעניינו הוא, כשמו, במושבות האימפריה. על-פי סעיף 5 לאותו חוק, קנו הרשויות המחוקקות של המושבות סמכות לתקן את הקונסטיטוציות שלהן, אך תנאי פלוני (בין השאר) הושם לסמכות התיקון, והוא, שהתיקון ייעשה:

"In such *manner and form* as may from time to time be required by any Act of Parliament, letters patent, order in council or colonial law for the time being in force in the said colony".

פיסקה זו שבחוק הבריטי, בייחוד הביטוי "manner and form", שימשה (ומשמשת) נושא מרכזי הן בפסיקה של אותן מדינות הן בכתביהם של מלומדים, ואף מלומדים בארץ עושים בה שימוש. כשאני לעצמי, אינני סבור שיהיה זה נכון כי אעשה שימוש - בוודאי לא שימוש מעשה מוכני - בביטוי שנשתרש בחקיקה ובהלכה של מדינות אחרות. תכליתה ותחום פריסתה של ההוראה בחוק הבריטי אינם בהכרח אותה תכלית ואותו תחום התפרסות של "התארגנות" הכנסת שלנו. ומחשש שמא נבוא לכלל שגגה נעשה כמיטבנו לעסוק בשלנו, בלא שנידרש לביטוי זה של "manner and form" אשר אפשר נושא הוא בגופו סיגים שאינם לענייננו. ענייננו שלנו הוא ב"התארגנות" הכנסת, ואותו צורך של "התארגנות" - ובצדו עיקרי יסוד של שיטת המשפט - הם גם שיכתיבו לנו את הגבולות, כפי שנראה עוד ונרחיב להלן (כך, למשל - ונדבר אך ברמז - יכול מי שיטען כי החסינות שחברי הכנסת הקנו לעצמם חורגת אל מעבר לצורכי "התארגנותה" של הכנסת ופוגעת היא בעיקרי יסוד של שיטת המשפט. על מסקנות לא נדבר כמובן עתה). יחד עם זאת, נוכל להיעזר, כמובן, ברעיונות שאחרים העלו לענייננו. ראו והשוו, למשל: R.F.V. Heuston, *Essays in Constitutional Law* (London, 1961) 1 ff. ("Sovereignty"); Hart, *supra*, at 67-69, 149-151; A.W. Bradley, "The Sovereignty of Parliament - in Perpetuity?" *The Changing Constitution* (Oxford, ed. by J. Jowell and D. Oliver, 3rd ed., 1994) 79; G. Marshall, *Constitutional Theory* (Oxford, 1971) 35 ff. ("Legislative Power and Sovereignty"); R. Elliot, *supra*; Hogg, *supra*, ch. 12 ("Parliamentary Sovereignty"), at 301 ff., esp. para. 12.3 (b) ("Manner and form of future laws"); Nimmer, *supra*, at 1217

85. משקבעה הכנסת את הליכי החקיקה, לרבות את דרכי פירסומם של חוקים, שוב חייבת היא ללכת בדרך שכבשה לעצמה, עד אם תבטל במפורש את דרכי ההליכים ותוסיף ותקבע דרכי הליכים חדשים. כל זאת - לאמור: גם ביטולם של דרכי הליכים קודמים גם קביעתם של דרכי הליכים חדשים - תעשה הכנסת בהתאם לדרכי ההליכים הקבועים, דהיינו, דרכי ההליכים העומדים להתבטל. לשון אחר: הכנסת "כבולה" היא בפרוצדורה שנקבעה באשר להליכי החקיקה שנקבעו מראש. יכולה היא וזכאית היא הכנסת לשנות אותה פרוצדורה, ובלבד שהשינוי ייעשה בדרך שנקבעה מראש. דברים אלה ידענו משכבר הימים. כך, למשל, הוראת סעיף 15 לחוק הפרשנות, ולפיה:

"הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל - משמעה גם הסמכה לתקן, לשנותן, להתלותן או לבטלן בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה" (ההדגשה שלי - מ' ח').

כך, כמשל נוסף, בנושא פירסומם של חוקים. דבר המחוקק כיום הוא, כי חוק חייב פירסום ברשומות וכי בלא פירסום לא יקום ולא יהיה חוק (סעיף 10א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט; סעיף 2(ד) לחוק המעבר. נניח עתה כי ברצון הכנסת לחוקק חוק שייכנס לתוקף גם בלא פירסומו ברשומות. הכנסת לא יהיה בכוחה לחוקק "חוק" מעין

א זה אלא אם נתפרסם קודם לכן חוק שנתן בידה סמכות "לחוקק" בלא פירסום. בלא חקיקתו ופירסומו של חוק (המתיר חקיקה באין פירסום) - ובהליך שיקדם להליך חקיקתו של החוק שלא יפורסם - אין כוח בידי הכנסת לחוקק באין פירסום. נורמה כי תתקבל בכנסת - בדרכי ההליכים הרגילים (שלוש קריאות וכולי) - וייאמר בה כי תזכה לתוקף על-אף אי-פירסומה ברשומות, לא תזכה אותה נורמה בכול תוקף משפטי ושם של "חוק" לא יקורא עליה. הטעם לדבר פשוט: הכנסת היא (על-פי הנחה) כול מוסמכת באשר לתוכנו של "חוק", ובאשר לדרכי הליכים לחקיקתו של "חוק", אך אותה נורמה היפותטית אינה כלל חוק על-פי קביעתה של הכנסת היא עצמה. השכל הישר, הסדר הטוב והגיונם הפנימי של הדברים מחייבים מסקנה זו. "אפשר" גם אחרת, אך מסקנה שהסקנו נדרשת היא כמו מאליה. ראו והשוו פרופסור רובינשטיין, בספרו הנ"ל (מהדורה 4), בעמ' 472.

ג הנה זו נסיכות פלונית ובה שולט שלטון החוק (ולו באורח פורמאלי). כרוז הנסיך רכוב על סוס מתייצב בכיכר המרכזית בכל יום שני ובכל יום חמישי, בשעה המש אחרי-הצהריים, פורס הוא מגילת קלף, וקורא הוא לבני הנסיכות הנאספים במקום את החוקים החדשים. אם יאבה הנסיך לשנות את ימי הפירסום, את שעות הפירסום או את מקום הפירסום, יהיה עליו להודיע על כך מראש, וכך יעשה במקום הפירסום השיגרתי, בימי הפירסום המקובלים ובשעות שנקבעו מראש. וכרוז כי יתייצב בכיכר המרכזית, בלא אזהרה מוקדמת, ביום ראשון בשעה אחת-עשרה בבוקר, קריאתו לא תהיה קריאה ואפשר אף למניין לא יזכה. החוק לא יהיה "חוק". "שפת הדיבור" של הכנסת היא ב"חוק", ו"חוק" ייקרא אך לדבר חוק שנתפרסם. אותה נורמה המתיימרת להיות תקפה כחוק על-אף אי-פירסומה, לא תהא כלל חוק על-פי הגדרתה של הכנסת היא עצמה. לו אחרת אמרנו כי אז נגדו דברינו יסודות ראשוניים באירגונה של חברה; בוקה ומבוקה ומבולקה, וכדי ביזיון וקצף.

ד דוגמה נוספת. על-פי תקנון הכנסת חוק אינו חוק אלא אם קיבלה אותו הכנסת בשלוש (או בארבע) קריאות. והצעת חוק שזכתה אך לשתי קריאות בלבד, לא תצא מכלל הצעה ולא תהפוך חוק גם אם ייאמר בה עצמה כי הנה עומדת ההצעה להפוך "חוק" לאחר שתזכה בשתי קריאות בלבד. רק תיקון קודם מפורש (בתקנון או בחוק, לפי הצורך) אשר יתיר קבלת חוק בשתי קריאות בלבד, רק תיקון מעין זה יהיה בכוחו להפוך הצעת חוק ל"חוק" לאחר שתי קריאות בלבד. טעמים שהעלינו בעניינו של פירסום יחולו אף כאן, ומה לנו שנחזור עליהם.

ט 86. אם נדמה את הכנסת ואת הליכי הכנסת למכונה ובה מנגנון הפעלה, נאמר כך: מכונה הפולטת בקבוקי משקה קל, לא תסכון לפליטתם של כרטיסי חניה אלא אם ישונה המנגנון שבתוכה; החילוף חייב שיעשה, כמובן, באורח מיוחד לפני שהמכונה תהיה כשרה למשימתה החדשה. קוסם שבקוסמים לא יוכל לפתוח מגרה נעולה במפתח הנמצא בתוכה של המגרה, ווריו שבוריזים לא יוכל לנעול מגרה ובה בעת להניח את המפתח

בתוכה של המגרה. מגרה לא תיפתח במפתח שאינו בן-זוג למנעול הקבוע בה; אך כל קטן יידע לפתוח אותה מגרה אם ימצא המפתח שיועד למנעול, או אם יחלף המנעול להיותו בן-זוג למפתח. אלה חילופים חייבים שיעשו לעצמם, ורק עם סיומם יבוא מעשה פתיחתה של המגרה כסדר. אלו מכונות ומגירות ואלה הכנסת והליכי הכנסת, וכאלו כן אלה. ראו עוד והשוו, למשל: הוג, בספרו הנ"ל, בעמ' 309 ואילך; P. A. Joseph, "Constitutional Entrenchment and the MMP Referendum" 16 N. Z. U. L. Rev. (1994).<sup>67</sup>

א

ב

הצבעה בכנסת; רוב מיוחד

87. נקרב עתה מבטנו אל נושא ההצבעה בכנסת, והרי בו עיקר ענייננו. נפתח בנושא הקוורום ונמשיך בדרכנו אל נושא ההצבעה. נסיף ונזכיר בראשית, כי גם נושא הקוורום גם נושא ההצבעה שני הנושאים כאחד עניינם בהליכי "התארגנותה" של הכנסת, בקביעת המנגנונים שיאפשרו לכנסת לפעול, בתהליך שבו קושטת הכנסת עצמה קודם שהיא עומדת לקשוט אחרים לבר הכנסת.

ג

ד

88. אשר לכלל הקוורום. כלל הקוורום הוא כלל אופציונאלי: לעתים נקבע כלל של קוורום - בוואריאציות מוואריאציות שונות - ולעתים אין קובעים כל צורך בקוורום. בהתאם לסעיף 20 לחוק הפרשנות (קדם לו סעיף 37 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש]), "פעולה שהוטלה על מספר בני אדם כשרה אם נעשתה בידי רובם", וזו הנחת המוצא לדיון בפעילותו של כל גוף קולגיאלי (שאינו גוף שיפוטי או מעין-שיפוטי). ראו, למשל, והשוו בג"צ 7/55 ינוביץ ואח' נ' אור ואח' [66], בעמ' 1255 ואילך. אכן, יש יסוד לטענה כי חוק הפרשנות אינו חל - מכוחו הוא - על חוקי-יסוד: הכנסת, אך ניתן לשער כי בהיעדר הוראה אחרת היה חל על הכנסת אותו כלל עצמו הקבוע בחוק הפרשנות, מכוח ההיגיון הפנימי שבו ובהיותו משקף עיקרון דמוקרטי ראשוני של רוב. בין כך ובין אחרת, פטורים אנו מדיון בשאלה זו הואיל ומקרא מפורש הוא, בסעיף 24 לחוקי-יסוד: הכנסת ("מגין"), כי "הכנסת תדון ותחליט בכל מספר חברים אם אין בחוק הוראה אחרת לענין זה". כלל זה של היעדר צורך בקוורום יתפוס כל עוד לא שונה, ואם יסרב יושב-ראש בישיבת הכנסת להעמיד להצבעה הצעת חוק אך בשל "היעדר קוורום", יחרוג ממילא מסמכותו והחלטתו הייתה כלא הייתה. זו נקבע כלל של קוורום, לא הייתה הכנסת מוסמכת לחוקק "חוק" אלא בהתקיים תנאי הקוורום (כל עוד לא שונה הכלל בהליך נפרד וקודם); והצעת חוק לא הייתה הופכת "חוק" גם לו נאמר בה שלעניינו של אותו "חוק" אין צורך בקוורום. אותו "חוק" לא היה כלל "חוק" אך באשר לא נתקבל בקוורום הנדרש. הברון מינכהאוזן לא יוכל להעלות את עצמו בשרוכי נעליו או להציל נפשו מטביעה תוך משיכה בציצית שערו, והכנסת אינה מוסמכת (על-פי כלל הקוורום ההיפותטי) לחוקק "חוק" באין קוורום.

ה

ו

ז

89. ומן הקוורום אל ההצבעה בכנסת. כלל היסוד נקבע בסעיף 25 לחוק-יסוד: הכנסת,

ולפיו:

א

25. הכנסת תחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה, כשהנמנעים אינם באים במנין המשתתפים בהצבעה; סדרי ההצבעה ייקבעו בתקנון; והכל כשאין בחוק הוראה אחרת לענין זה."

"רוב

ב

אלה הם אפוא כללי ההצבעה הנוהגים בכנסת על-פי חוק-יסוד: הכנסת. הכנסת מחליטה על-פי כלל היסוד הדמוקרטי של רוב נגד מינוט, ובמנין הקולות לא יבואו חברי-כנסת שלא התייצבו להצבעה והברי-כנסת שנמנעו מהצבעה. רק מי שטרחו להתייצב להצבעה והצביעו בעד הצעה או נגדה, רק הם יובאו במנין, ועל מנין קולות המצביעים יחול כלל הרוב המקובל. נציין כי כללים אלה נהגו בכנסת משכבר הימים. נוסף עוד זאת, כי הוראה מעין זו – באשר לחיסור מי שלא השתתפו בהצבעה ובאשר למי שנמנעו מהצבעה – מקובלת בחקיקה בארץ ובשיטות משפט אחרות אף הן.

ג

ד

ואולם אין כל כוונה אפריורי בקביעתה של הוראה זו דווקא. כך, למשל, לעניינם של הנמנעים. לו נקבע, למשל, כי נמנעים יבואו במנין המשתתפים, כי אז היה באותה קביעה – מיניה וביה – כדי לצרף נמנעים למחנה המתנגדים, ולמותר לומר שקביעת החוק כך או אחרת נודעת לה השפעה רבה על דרכי ההצבעה. כך באשר לנמנעים וכך באשר למי שלא נכחו כלל לעת הצבעה. ניתן לגוון את דרכי קביעתו של ה"רוב" על-פי שלושה משתנים אלה: דרישת קיומו של קוורום, והיחס אל נעדרים ואל נמנעים (על נושא רוב מיוחד, ובו עיקר ענייננו, נדבר בסמוך). הנה כי כן, חיסורם של נעדרים ושל נמנעים ממנין הקולות בהצבעה – כדבר החוק כיום – יש בו כדי לחזק את הממשלה (בהנחתנו כי הממשלה היא היוזמת, כעיקרון, החלטות בכנסת); ולהפך: סיפוחם של נמנעים ושל נעדרים אל מחנה מי שמונים את קולותיהם, יש בו כדי לחזק את האופוזיציה (כיוון שלא הצביעו "בעד", ייספחו ממילא אל המתנגדים). ראו עוד והשוו: *Encyclopaedia of the Social Sciences* (New York, 1953), Vol. 9, at 55, 58, sub. tit. "Majority Rule"; 59 *Am Jur.* 2d (Rochester and San Francisco) paras. 8, 9, למשל, ע"א 219/80 בית חלקיה, מושב טובים להתישבות שיתופית בע"מ נ' אפרתי ואח' [67], בעמ' 521-522.

ה

ו

ז

בהיעדרה של חוקה הקובעת אחרת, רשאית ויכולה הכנסת לקבוע לעצמה כל צירוף שהוא בין המשתתפים השונים – קוורום, נעדרים, נמנעים – וכל צירוף יתקבל כלגיטימי (מבחינה משפטית). אך סייג גדול אחד תלוי על סמכותה זו של הכנסת והוא העיקרון

הדמוקרטי. תהא אשר תהא הדרך בה נלך - לעניינו של קוורום ולעניינם של נעדרים ונמנעים - לעולם יהא עלינו לשמור על כלל היסוד הדמוקרטי של "רוב", וממנו לא נסטה לא הימין ולא השמאל. לשון אחר: ה"רוב" הוא בריח התיכון, הוא עקרון התשתית, וכל שאר כללים והוראות נעים סביבו ומשתחווים לו; ה"רוב" הוא - על דרך ההפלגה - בבחינת כל התורה כולה, ויתרת כללים אינם אלא בבחינת "פירושה" (איננו מדברים עתה בנושאי זכויות הפרט).

א

90. ביודענו כי כלל התשתית של "רוב" הוא המשמש לנו ציר מרכזי - תחילה, אמצע וסוף - ייקל עלינו לבנות מודלים שונים לדרכי קביעתו של רוב במרחב התמרון המותר לנו. רשאים אנו לנוע בגדירת מיגוון של מודלים, עד אשר ניתקל בחומת הדמוקרטיה, ואותה לא נעבור. כך, למשל, אם ייקבע כי נמנעים יובאו במניין המשתתפים בהצבעה וימנו ממילא כמי שהצביעו "נגד", יהיה בקביעה זו, כעיקרון, כדי להכביד על הממשלה וכדי לחייבה למספר תומכים גדול יותר בהצעתה. כך ניתן לעשות אף בנעדרים. ככל שנעלה בסולם - על דרך שיתופם של נמנעים ושל נעדרים במניין - כן יקשה על הממשלה וכן ייקל על האופוזיציה. כך נעלה בשלבי הסולם עד שנגיע אל ראשו. ובראש הסולם כך ייאמר: הכנסת תחליט ברוב דעות, כשהנעדרים והנמנעים יובאו במניין המשתתפים בהצבעה. הוראה זו שקולה כנגד אמירה כי נעדרים ונמנעים ייחשבו כמי שהצביעו נגד ההצעה (מתוך שלא הצביעו בעדה). ובהסרת המסכה מעל פנים נדע כי אותה הוראה שקולה כנגד קביעה כי ההחלטה בה מדובר לא תתקבל אלא אם תזכה ב-61 קולות של חברי הכנסת, לאמור, ברוב מוחלט של חברי הכנסת. נוסף ונדגיש, כי הוראת חוק מעין זו כמו נדרשת היא מעצמה, כהוראה שאינה חורגת מגדירת הפעילות הרגילה של הכנסת. כך יהיה, אם 61 הקולות יידרשו אך בעקיפין - לפי הדוגמה שהבאנו - ואם יידרשו במישרין, כהוראת סעיף 4 לחוק ייסוד: הכנסת.

ב

ג

ד

ה

בהשוואה להוראת הרוב הקבועה כיום בסעיף 25 לחוק ייסוד: הכנסת, קביעת רוב של 61 לקבלתה של החלטה ניתן לסווגה כדרישת רוב "מיוחד" או "מיוחד". אין בלבנו דבר נגד התואר "מיוחד" או "מיוחד" - בשיגרת חיינו הולם התואר "מיוחד" רוב נדרש של 61 - ואולם בה בעת נוסף ונדע כי גם אם ענייננו ברוב מיוחד (או מיוחד) מדברים אנו בחוק שהכנסת מוסמכת ורשאית לחקוק במהלך פעילותה השיגרתית. ואמנם, הוראת חוק זו עומדת במגבלה הדמוקרטית המקובלת והלגיטימית של "רוב", ואין היא פולשת אל מעבר לתחום הלגיטימי והשיגרתית של פעילות הכנסת. אין זאת אלא שמדמים את ישיבת הכנסת לישיבה שבה נטלו חלק כל חבריה, והכול הצביעו בעד ההצעה או נגדה. ומה במקום זה יידרשו 61 קולות לקבלתה של ההצעה, כן יהיה במקרים אחרים אף הם. למותר לומר כי הוראת חוק מתמירה מעין זה שתיארנו, יכולה שתבוא כהוראת חוק כללית - תחת הוראת סעיף 25 לחוק ייסוד: הכנסת - או לעניין מסוים בלבד, כהוראת הסיפה לסעיף 25 ("והכל כשאין בחוק הוראה אחרת לענין זה").

ו

ז

91. נרחיק לכת וכך נאמר: לא זו בלבד שדרישת רוב של 61 אין היא - על דרך העיקרון - יחידה ומיוחדת, אלא שדווקא בה תחנות המוצא לכל מסע של דמוקרטיה. דרישת רוב של 61 (קרי: רוב מוחלט), לא זו בלבד שעולה היא בקנה אחד עם עקרון היסוד הדמוקרטי של רוב, אלא שהיא במרכז, בה עיקר, היא היא העיקרון הדמוקרטי. רוב אבסולוטי אין הוא - על דרכה של הדמוקרטיה - רוב "מיוחד" או רוב "מיוחדס". הוא הוא הרוב ה"אמיתי", הרוב הנגזר מתוך העיקרון הדמוקרטי של הרוב. חוק כי תקבל הכנסת, יהיה בו בחוק כדי להייב את כל העם; ומתוך שאין אנו חיים במדינת אוטופיה, שבה מסכים כל העם - כאיש אחד - לחוקים העומדים להיחקק, ראוי הוא למצער כי רוב העם - קרי: רוב אבסולוטי של העם - יסכים עמהם. העם מביע דעתו באמצעות נציגיו, ועל-כן נבקש כי רוב אבסולוטי של נציגיו יסכים להטלת החיובים על העם. מי שמסכים חוקה עליו שיטרה ויצביע בעד. ואילו אם לא טרח ולא הצביע - בין משום שנמנע בין משום שלא התייצב להצבעה - אין זה רחוק להסיק כי מתנגד הוא להסדר המוצע. וכך שנינו: "רובו - ככולו": "רוב" שקול כנגד "כול"; "רוב" - כ"כול" דמי; במה דברים אמורים: ברוב מתוך כול, ורוב מתוך כול פירושו הוא - בראש ובראשונה - רוב אבסולוטי. ראו עוד והשוו *Encyclopaedia of the Social Sciences, supra*, at 55.

92. דברים ברוח זו השמיעו בכנסת חברי הכנסת רפאל ורוזנברג (כדיון על חוק-יסוד: הכנסת), וסברתי כי ראוי שאביאם. וכך אמר חבר הכנסת רפאל לענייניו של רוב:

"... כשם שלא הייתי רוצה שרוב מקרי יוכל לשנות את ההחלטה שלנו שהיא החלטת הרוב, כך אינני רוצה שיהא צורך ברוב מיוחד לשינוי ההחלטה. גם בכך תהא משום שרירות מסויימת ומשום סילוף דעת הרוב, כי אנו רואים בכל זאת כי יש חלק ניכר החותר לקראת השינוי.

אינני מסכים לכן עם המציעים לקבוע שני שלישים או רוב מיוחד אחר, אלא אני מציע 'רוב מתוך כול', שהוא, לפי הגדרת הרשב"א ופוסקים אחרים ההגדרה האמיתית לרוב. פירוש הדבר: רוב של כל חברי הכנסת, ולפי זה רק שישישים ואחד קולות יוכלו לשנותו.

(קריאה: גם זה רוב מיוחד)

לא, זה איננו רוב מיוחד. זהו רוב אמיתי, ולא רוב מקרי.

אני מציע לכנסת להוסיף כאן את התוספת האומרת, כי אין לשנות סעיף זה אלא ברוב של כל חברי הכנסת" (ד"כ 23, בעמ' 898).

וחבר הכנסת רוזנברג כך אמר:



"גברתי היושבת-ראש, חברי הכנסת. אני בא להוסיף ולהסביר מהו התבדל בין ההצעה שאני מציע, שלפיה אין לשנות סעיף זה אלא ברוב של חברי הכנסת, לבין ההצעה האומרת, שאין לשנותו אלא ברוב של שני שלישים. אין הבעיה שלשני-שלישים דרוש רוב גדול ואילו לרוב חברי הכנסת דרוש רוב קטן יותר. הבעיה היא עקרונית. הכנסת קיבלה את החוק הזה ברוב, ברוב של חברי הכנסת, ומתקבל על הדעת וצודק שמה שנתקבל ברוב - יוכל להשתנות רק ברוב. הכנסת לא קיבלה את הסעיף הזה בשני שלישים, ואינני רואה הצדקה מדוע יהיו דרושים שני-שלישים כדי לשנותו.

אינני מקבל את הגישה שלחוק קונסטיטוציוני דרוש רוב של שני-שלישים. יש מדינות בעלות קונסטיטוציה, ובהן יש סעיפים מיוחדים הקובעים כיצד לשנות אותה, ולא דווקא בשני-שלישים, אלא בכל מיני דרכים. באנגליה אין חוקה, בדיוק כמו אצלנו, אלא יש שם חוקים קונסטיטוציוניים ואין שום צורך ברוב מיוחד במקרה שרוצים להכניס בהם שינויים.

...

אבל אני מסכים למה שנאמר כאן, וזוהי גישתנו, שאסור כי דבר עקרוני ישתנה על-ידי רוב מקרי. ומשום כך אנו אומרים: אין אנו בעד רוב מיוחד מבחינה עקרונית, בדרך כלל - חוץ מבנקודה אחת, שעוד נגיע אליה בסוף החוק, לגבי תקנות-שעת-חירום. אבל כאן ברור שמה שצריך להבטיח הוא רוב של הכנסת, פירושו: רוב המדינה. ואני הולך עכשיו לפי השיטה שנתקבלה, לפיה - אם נוקטים בשיטה של בחירות יחסיות - הרי רוב הכנסת פירושו רוב העם. לפי זה, אם שישם-ואחד חברי הכנסת, דהיינו רוב הכנסת המייצג את רוב העם, ירצו לשנות, ישנו. אם פחות מרוב העם, דהיינו פחות משישים-ואחד חברי הכנסת, ירצו לשנות, - כיון שאינם מייצגים את רוב העם, לא יוכלו לשנות. משום כך אנו מציעים לקבל את הסתייגותנו" (שם, בעמ' 898).

באותה רוח דובר אלינו חבר הכנסת רובינשטיין באומרו בכנסת בקריאה הראשונה של הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"... 61 חברי הכנסת אינם שריון, אלא מכשיר שקיים בהרבה פרלמנטים, שנועד למנוע הצבעות מקריות. אבל בלי סעיף 10 החוק הזה יהיה הסר משמעות. לכן הסעיף הזה הוא גם כן סעיף מינימלי; הוא לא דורש, כמו בהצעת החוק שהגיש שר המשפטים, רוב של שני-שלישים, אלא רוב של 61. זה המינימום שמעבר לו אי-אפשר להתפשר, מפני שהרוב הזה של 61 נועד בעצם לקבוע, שלא יהיו חטיפת חוק ושינויו ברוב מקרי" (ד"כ 123 (תשנ"ב) 1236).

וכן אמר חבר הכנסת רובינשטיין בישיבת הכנסת בקריאה הראשונה של הצעת חוקי-סוד: חופש העיסוק:

א

"אנחנו מציעים כאן, שאת החוק הזה אין לשנות אלא ברוב של חברי הכנסת. זה לא רוב משוריין. אין כאן שריון ... הדרישה לרוב מוחלט, שהוא לא רוב משוריין, בעצם אומרת לכנסת דבר אחר: את לא יכולה לקבל חוק כזה ברוב מקרי, את צריכה לקבל זאת ברוב מוחלט של כלל החברים. אני רוצה להדגיש, שבהרבה סוכנויות ובהרבה הוראות שהלות על גופים אחרים, זהו בכלל הקוורום. הקוורום הוא רוב מוחלט. בכנסת אין הוראה כזאת, בצדק, משום שאחרת אפשר היה להיתקל יום-יום במכשולים, אבל הקביעה שלנו היא קביעה מינימליסטית, צנועה לגמרי, לא דורשת שריון אלא רוב מוחלט" (ד"כ 124 (תשנ"ב) 2596).

ב

ג

וכן הם דבריו של חבר הכנסת רובינשטיין בישיבתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט:

"בכל הפרלמנטים בעולם יש הבדל בין רוב מיוחס, שהוא רוב של שני שלישים, כפי שהציע שר המשפטים, ובין רוב מוחלט. ההוראה הזאת נחשבת הוראת קוורום, היא לא נחשבת להוראת רוב מיוחס" (ישיבה מיום 9.3.92, בעמ' 53).

ד

ה

זו היא דמוקרטיה "אמיתית", דמוקרטיה בהדרה ובגאונה, דמוקרטיה של חג ומועד. וזו עמדת הפתיחה: "רוב" הוא רוב מוחלט של חברי הבית. ומתוך שכולנו ידענו כי אילוצים שעל דרך, אילוצים ונזחות, מביאים אותנו להסר - ולא מעט - מאותם הדר וגאון, ממילא מוצאים אנו עצמנו בדמוקרטיה של יום-יום, בדמוקרטיה של חולין, למבקש דוגמה, הנה היא לפנינו: חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו נתקבל ברוב של 32 בעד, 21 נגד ונמנע אחד. אחיו התאום, הלוא הוא חוקי-סוד: חופש העיסוק (הראשון), נתקבל ברוב של 23 חברי-כנסת, באין מתנגדים ובאין נמנעים. זו היא דמוקרטיה של חול, דמוקרטיה של שיגרה, ותמהני אם חברי הכנסת - הם עצמם - ראו בחוקי היסוד "מהפכה חוקתית" או כל מהפכה שהיא. ראו והשוו בנדור, במאמרו הנ"ל.

ו

ז

93. אילוצים של יום-יום, נזחות של חברי רשות מחוקקת, אלה וגורמים אחרים זולתם, מביאים למציאות של פשרה: לחיסור מן הרוב האבסולוטי - מאותו רוב הנגזר מן העיקרון הדמוקרטי - וכך נקבע כלל הנעדרים והנמנעים בסעיף 25 לחוקי-סוד: הכנסת. ואולם, העובדה שכך ראינו להמעיט מן העיקרון הדמוקרטי ה"טהור", אסור לה שתטוח את עינינו מראות כי הכלל, העיקרון, עניינו ברוב מוחלט, וכי רוב מוחלט הוא בתחילת כל התחילות. נדע מכל אלה, כי רוב של 61 חברי הכנסת הוא כלל הנלמד כמו מעצמו מעקרון הדמוקרטיה הבסיסי של רוב, וממילא כי אין בו "כבידה" עצמית שהכנסת מטילה על עצמה. בקובעה דרישה כי חוק פלוני לא ניתן יהיה לבטלו, לשנותו או לפגוע בו אלא ברוב של 61 חברי הכנסת, אין הכנסת מטילה כל "מגבלה" על סמכותה

לחקיקה, אין היא "כובלת" את כוחה לחקיקה. כל שעושה היא אינו אלא ליתן ביטוי ישיר ליסוד הרוב הנדרש מתוך עקרון הדמוקרטיה. עקרון הרוב - כפשוטו - פירושו הוא  $N/2+1$  (50%+1). בגוף בן 120 חברים "רוב" הוא 61 חברים. השוו עוד הארט, בספרו הנ"ל, בעמ' 68.

א

קביעת רוב מיוחד של 61 חברי-כנסת יש בה, כמוכן, כדי למעט מיכולתו של חברי-כנסת להימנע מהצבעה או "להתקוו" בהצבעה, שהימנעות ו"קיוו" ייחשבו כהצבעת נגד. ואולם מתוך שלא נמצא לי כי יכולת ההימנעות או ה"התקוות" בהצבעה מונה עצמה עם זכויות היסוד של נבחר הציבור - או עם זכויות הנבחר אף אם אין הן זכויות יסוד - אינני סבור שיש ב"כלל ה-61" כדי לפגוע או לפגום בכל עיקרון דמוקרטי. בן חשיבות.

ב

נוסיף אגב אורחא, כי קביעתו של רוב מיוחד חייבת שתמצא את מקומה בחוק דווקא, בעיקר משום שהמחוקק קבע מפורשות דרך לקביעתו של רוב, כאמור בסעיף 25 לחוק-יסוד: הכנסת. מטעם זה לא אסכים לדעתו של חברי, הנשיא ברק, בקובעו כי "נראה לי, כי הכנסת רשאית - בדרך של שינוי התקנון - לקבוע כי קבלת חוק תעשה בדרך של רוב מיוחס" (ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך א, בעמ' 569).

ג

ד

94. למדנו לדעת עד כה, כי דרישת רוב של חברי-כנסת לביטולו של חוק פלוני, לשינויו או לפגיעה בו, עשויה שתבוא במהלך שיגרת העבודה של הכנסת, וכי אין בה כל ייחוד משפטי. אכן, רוב של 61 אינו רוב "מיוחד" בהשוואה לאותו רוב של 23 חברי-כנסת שהצביעו בעד קבלתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק (הראשון). ואולם "ייחוד" זה אין בו כל רבותא מבחינת מעמדו החוקתי של החוק. לא ידענו על כל מניעה משפטית שהכנסת תקבל חוק ב"שריון 61", ולא מצאנו כל ייחוד משפטי בחוק מעין זה.

ה

כך היא, למשל, קביעת השריון שבהוראת סעיף 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים: "אין לשנות חוק זה ואין לגרוע מהתוספת אלא ברוב של חברי הכנסת". הוראת חוק זו לגיטימית היא בעיניי, ולדעתי רשאית הייתה הכנסת "לכבול" את סמכותה בקובעה שריון זה לחוק, ראו והשוו, למשל, קרפ, במאמרה הנ"ל. לא הכול סוברים כך. כך, למשל, חברי, הנשיא ברק, מטיל ספק בכבילה העצמית שבחוק הנ"ל. להשקפתו, ככל הנראה, אין כבילה עצמית תופסת אלא בחוק יסוד, בעוד שהחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים אין הוא חוק יסוד. ראו, למשל: ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך א, בעמ' 568-569; כרך ג, בעמ' 274-276. דעתו של חברי בספרו מוקשה בעיניי, ומשני טעמים תורתיים. ראשית לכול, לא ידעתי מה הוא, לדעת חברי, "חוק יסוד" שיוכל להכשיר כבילה עצמית כזו שבחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים. לו באו בכותרתו של חוק להגנה על

ו

ז

א השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים שתי התיבות "חוק יסוד", האם היה בדבר כדי להכשיר את הכבילה העצמית? בין שנשיב על שאלה זו בחיוב בין שנשיב עליה בשלילה, גם תשובה זו גם תשובה זו לא יהיה בכל אחת מן השתיים כדי לספק (אם נאמר כי יש בה בכותרת "חוק יסוד" כדי להכשיר, כי אז דומה עלינו שמשמעשים אנו במילים; ואילו אם נאמר שאין די בה בכותרת "חוק יסוד" האדם וחירותו, וכי דינו של השריון בטלות כמעשה שנעשה בחקיקה בסמכות, כי אז דומני שהרחקנו לכת מאוד בהקניית סמכות לבית-משפט, באין אסמכתא לדבר בדבר חוק חרות ומפורש).

ב ואשר לתוכנו של החוק; אם איסור על שתיית משקאות חריפים (Prohibition) יכול שימצא מקומו בחוקה, דומני שהשקעות הציבור אף הן משקפות אינטרס לגיטימי לחוקה (ולו הייתה הגנה זו נכללת ב"חוקה" מלכתחילה, האם היינו פוסלים אותה?). מכל מקום, מניין לו לבית המשפט סמכותו שלו להחליט מה ראוי שייכלל בחוקה, והכול כדי פסילת הוראת חוק של הכנסת? שנית, רשאית ומוסמכת היא הכנסת, לדעתי - בשיגרת העבודה הרגילה - לקבוע שריונו של חוק ברוב מוחלט של 61 חברי-כנסת, וממילא לא נמצא לי כל פגם בשריון שבחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים.

ג 95. אוסיף בדרך אגב, כי מטעמים שהעליתי אתקשה להסכים לדבריו של חברי, השופט זמיר, כי הילכת ברגמן [15] חוללה "מהפכה" במשפט בישראל. אסכים, כמוכן, כי היה בו במשפט ברגמן [15] חידוש גדול בפסיקתו של בית המשפט העליון: הייתה זו פעם ראשונה שבית-משפט פסל חוק של הכנסת, ובמעשה הפסילה הכיר בית המשפט, למעשה, גם בהיותו של ההליך בן-שיפוט גם בסמכותו של בית המשפט לפסול חוק של הכנסת. ואולם, מבחינת התורה הקונסטיטוציונית הכוללת, דומני שההכרעה ניתן לדאותה כנדרשת מתוך סמכותה ה"פנימית" של הכנסת, לאמור, כנגזרת מסמכותה של הכנסת לכבול את סמכותה ולשריין חוק מפני רוב הפחות מ-61 חברי-כנסת.

ד 96. האם רוב של 61 חברי-כנסת מציב גבול עליון לשריונו של חוק בגדרי ההליך הדמוקרטי? למשל: המוסמכת היא הכנסת לקבוע כי חוק יסוד פלוני לא ניתן יהיה לבטלו, לשנותו או לפגוע בהיקף תחולתו אלא ברוב של 70 או 80 מחברי הכנסת? (ואם 70 או 80 חברי-כנסת - מדוע לא 90 או 100?). הרשאית היא הכנסת לכבול את סמכותה שלה ולשריין כך חוק יסוד? לדעת עמיתי, הנשיא שמגר והנשיא ברק, רשאית היא הכנסת כך לחוקק, לפי השקפתי שלי, הכנסת לא קנתה סמכות כך לשריין חוק, ואם תעבור ותחקוק תחרוג מסמכותה. בפריסת טעמינו אין צורך שנאריך: נדרשים הם מתוך אותן הנמקות שהביאונו למסקנה כי רשאית היא הכנסת לקבוע רוב של חברי הכנסת לשינויו של חוק פלוני. קביעת מניין של 61 חברי-כנסת כתנאי לשינויו של חוק מותרת היא מעשה שיגרה, אך כאן מוצב הגבול העליון. ההליך הדמוקרטי הוא המכתיב ללא פשרות כלל זה, והוא כלל-בל-יעבור. דרישה כי תעמיד הכנסת לרוב בן 62 חברי-כנסת לשינויו של חוק, תחצה הדרישה את גבול המותר. מעבר לגבול ה-61 אין בכוחה של הכנסת לילך.

הערת אגב: ומה דין חוק שהכנסת קבעה כי אין לשנותו אלא ברוב של 80 קולות? כך, למשל, לפי הוראת סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת (הוראה שהוספה בחוק-יסוד: הממשלה שלשנת תשנ"ב) אין בסמכות הכנסת להאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי-כנסת. הוא הדין בהוראות הסעיפים 45 ו-45א לחוק-יסוד: הכנסת, לעניין כוחן של תקנות שעת חירום לשנות או להפקיע זמנית את חוק-יסוד: הכנסת ולעניין שינוי הוראת סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת. ניתן לטעון כי "הילכת ה-61" גזרת כליה על הוראות שריון אלו, שהרי נדרש בהן רוב שריון שלמעלה מ-61 חברי-כנסת. ולא היא. לא גזרנו כליה על אותן הוראות חוק, ואין לראותן כבטלות ומבוטלות. דעתי היא (לכאורה), כי נראה את החוק כמשוריין ב"שריון 61" ולו לפי הכלל של *ut res magis valeat quam pereat* לשון אחר: לא הבאנו לביטולן של אותן הוראות אלא להנמכת קומתן בלבד. אוסיף עוד ואומר, כי הוראות של "שריון 80" נקבעו עד הנה לעניינם של נושאים שאינם שנויים כלל במחלוקת, וממילא קרוב להניח כי לא תעמודנה אי פעם במבחן משפטי. נקווה שלא יגיע היום לכך. מכל מקום, אין באותן הוראות כדי להוות ראייה לסמכותה המכוננת של הכנסת, ולו משום שאין אדם יכול לסייע את עצמו.

97. במערך החוקתי של ישראל כהיום הזה - ובאין סמכות חיה ונושמת לחוקק "חוקה" - קביעה כי לא ניתן יהיה לבטל חוק, לשנותו או לפגוע בו אלא ברוב של למעלה מ-61 קולות (61 >) - הינה קביעה אנטי-דמוקרטית בעליל. אורגן שלטון החי והמתפקד במשטר דמוקרטי - וכזו היא הכנסת - לא נכיר בסמכותו החשפטיית לקבוע כלל אנטי-דמוקרטי מעין זה לגבי פעילותו שלו. כל עוד משטרנו הוא משטר דמוקרטי, עקרון הרוב הוא שישלוט בנו (בצדן של זכויות האזרח). אם כך דין, כי או העמדת דרישה להסכמתם של 62 חברי-כנסת (ומעלה) לשינויו של חוק, פירושה הוא - לאמיתם של דברים - שלטון המיעוט וביטול עקרון שלטון הרוב. סמכות זו לא קנתה הכנסת, ואסור עלינו באיסור חמור כי נכיר לה סמכות מעין זו. אם נאמר כי מוסמכת היא הכנסת כך להגביל את סמכותה לשנות חוק - תכנה את מושבה כאשר תכנה: "אסיפה מכוננת" או אחרת; תכנה את סמכותה כאשר תכנה: "סמכות מכוננת" או אחרת; תקרא על החוק שם של "חוק יסוד" או כל שם אחר - נוסיף ונדע כי הכרנו לכנסת סמכות לחקוק חוק שממנו לא תוכל להזדרז בה (הלכה למעשה). התבונן בהיסטוריה הפרלמנטרית של ישראל ותדע כי מעטים הם חוקים שנתקבלו ברוב של 70 או של 80 חברי-כנסת. ואם כך תשריין הכנסת חוק פלוני, מה סיכוי יהיה כי ניתן יהיה לשנותו? רוב של אומה יעמוד פעור פה - ולשנות חוק לא יוכל. והמסבירים יסבירו לבני העם: אין אונים אתם, לעשות דבר לא תוכלו.

וניתן דעתנו לדבר: אליבא דאלה הסוברים אחרת מאתנו, מוסמכת היא הכנסת לקצץ בסמכותה לחקיקה ולקבוע כי לא ניתן יהיה לשנות חוק פלוני אלא ברוב של (למשל) 80 חברי-כנסת; וכך - גם אם החוק הקובע כך לא נתקבל אלא ברוב זעום של חברי הכנסת; עיין ערך חוק-יסוד: חופש העיסוק (הראשון); עיין ערך חוק-יסוד: כבוד האדם

א וחירותו. הייתכן? הנה כי כן, סעיף 9 לחוק-יסוד: הכנסת - אותה הוראת חוק הנהגית מ"שריון 80" - הוסף לחוק-יסוד: הכנסת בחוק-יסוד: הממשלה שלשנת תשנ"ב (חוק יסוד האמור להחליף את חוק-יסוד: הממשלה דהיום). והנה, אותו חוק יסוד עצמו נתקבל בכנסת ברוב של 55 קולות בעד ו-32 נגד (ד"כ 125 (תשנ"ב) 3863). הדבר מעלה מעצמו שאלה - משפטית ומוסרית-ציבורית - אם רוב של 55 חברי-כנסת ראוי שנכיר לו סמכות כי יקבע "שריון 80"; ובייחוד כך, ביודענו - בשים לב להרכבה של הכנסת מאז קום המדינה ועד לימינו אלה - כי מעטים הם חוקים שניתן לקבלם ברוב של 80. בנושא זה הארכנו - וביתר - ומה לנו שנוסיף.

ב אליבא דידן, אמנם, אין רבותא במספר חברי הכנסת שיבקשו להגביל את סמכותה של הכנסת לחקיקה בעתיד. רוב רגיל כוחו עמו לשריין חוק לבלתי שנותו אלא ברוב של 61 חברי-כנסת ("רובו - ככולו"), ואולם גם רוב כביר אין בכוחו לשריין חוק לבלתי שנותו אלא ברוב של 62 (ומעלה) חברי-כנסת. במקרה זה האחרון, אפילו הצביעו בעד החוק המגביל כל חברי הכנסת כולם, גם אז אומר שהכנסת חרגה מסמכותה. אכן, הכרה בכוחה של הכנסת לשלול מעצמה סמכות לשנות ברוב דמוקרטי - ברוב של 61 חברי-כנסת - חוק פלוני, מעלה חוות קשה.

ט 98. עקרון המסד של הכרעת הרוב עשוי ללמדנו שני אלה: אחר, סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים, מובנה בה - כסמכות "טבעית" - כוחה לקבוע בחקיקה כי חוק פלוני לא ניתן יהיה לבטלו, לשנותו או לפגוע בהיקף תחולתו אלא אם תזכה ההצעה בתמיכתם של רוב חברי הכנסת, דהיינו, ב-61 מחברי הכנסת. אין צורך במקור דין לבר הכנסת כדי להקנות סמכות זו לכנסת: הסמכות טבועה בעצם קיומה כרשות מחוקקת עליונה וכנגזרת מן המשטר הדמוקרטי השורר בישראל. והמסקנה השנית: אותו עיקרון של הכרעת הרוב - הוא ולא אחר - יוסיף וילמדנו כי סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים, מובנית בה - מאליה - שלילת כוחה לקבוע בחקיקה כי חוק פלוני לא ניתן יהיה לבטלו, לשנותו או לפגוע בהיקף תחולתו אלא אם תזכה ההצעה בתמיכתם של יותר מ-61 מחברי הכנסת. רוב של 61 הוא הגבול העליון, ומעבר לו תחרוג הכנסת מסמכותה.

י 99. אין זו אלא דוגמה לסמכותה המוגבלת של הכנסת לחוקק לעצמה, להגדיר את כוחה שלה, לקבוע את סמכויותיה היא. דוגמאות נוספות לא תחסרנה. הנה דוגמה אחת: כנסת פלונית מחוקקת חוק יסוד וקובעת בו כי תקופת כהונתה שלה עצמה תורחב בארבע שנים נוספות אל מעבר לארבע השנים שנקבעו בסעיף 8 לחוק-יסוד: הכנסת ("תקופת כהונתה של הכנסת תהיה ארבע שנים מיום היבחרה"). לשון אחר: כנסת פלונית נבחרה לארבע שנים והנה אומרת היא לכהן שמונה שנים תמימות. חוק זה, לדעתי, יהיה בלתי חוקי בעליל - מבחינה משפטית - ואפילו יצביעו עבורו כל מאה ועשרים חברי הכנסת (אשר יאמרו להאריך את כהונתם שלהם). העם בחר בכנסת לארבע שנים בלבד. העם לא נתן ייפוי-כוח בידי הכנסת להאריך את תקופת כהונתה שלה עצמה

לארבע שנים נוספות ולא נדבר, כמובן, בשעת חירום ובהארכתה של תקופת כהונה לאותה שעת חירום. ראו והשוו סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת, כפי שהוסף בחוק-יסוד: הממשלה שלשנת תשנ"ב. הוראת חוק זו תחילתה ביום שייכנס לכהונתו ראש הממשלה שייבחר על-פי אותו חוק יסודי. וכדברו של דוד בן-גוריון בכנסת, לקראת הבחירות לכנסת השנייה:

א

"הכנסת צריכה להגיד לאיזו תקופה תיבחר הכנסת השניה, ואם נחליט שהתקופה היא לארבע שנים - לא תוכל הכנסת הבאה לשבת יותר מארבע שנים, כי מלכתחילה יבחר העם לארבע שנים" (ד"כ 8 (תשי"א) 1581).

ב

ועוד: כנסת פלונית מבקשת לחקוק חוק שלפיו יצומצם מספר חברי הבית ויעמוד על תשעים חברים. תחולת החוק אמורה להיות לאלתר, ולפיו יסולקו מן הכנסת שלושים חברים בהתאם להשתייכותם לסייעות *pro rata* (דהיינו, אין "הפליה" בין הסייעות ואין השתלטות של רוב על מיעוט). נמצא לנו אפוא, כי העם בחר במאה ועשרים חברים - אלה ואלה - והנה באה הכנסת ומורדת במנדט שקיבלה מן העם. חוק מעין זה כי יתקק, יהיה החוק מעבר לסמכותה של הכנסת וערכו כחרס הנשבר. החוק לא יתפוס מבחינה משפטית.

ג

מדוגמאות אלו שהבאנו - מהן ומאחרות זולתן - נדע כי יש בנמצא כוחות "נסתרים", כוחות הטבועים בעצם קיומה של הכנסת ואשר יש בהם כדי להגביל את סמכותה - סמכותה הבלתי מוגבלת, לכאורה - לחקוק חוקים. ניתן דעתנו כי מדברים אנו עתה בסמכויות הכנסת כמחוקקת לעצמה ולא כמחוקקת לזולתה, כתפקידה העיקרי. לא נדבר בהגבלות "בנות משפט הטבע" החלות על סמכותה של הכנסת לחקק לזולתה (כגון: "כל-הבן הילוד היארה תשליכהו וכל-הבת תחיון" שמות, א, כב [ד] שלא בסמכות זו ענייננו כאן).

ד

100. דברים שאמרנו אינם מקובלים על הכול. כך, למשל, בספרו הנ"ל, בעמ' 110-111, אומר פרופסור אנגלרד כך:

ה

"...האם יכול מחוקק ראשי לכבול את עצמו? לדעתנו, התשובה היא חיובית ואין בה כל סתירה הגיונית. אין כל מניעה כי נורמה משפטית תתיחס לא רק להתנהגות מסוימת של אנשים, אלא לתקפותה של עצמה ולדרך שינויה. כפי שמחוקק יכול לקבוע את גבולות תחולתה של נורמה מבחינת הזמן והמקום, כך הוא יכול להורות כי הנורמה לא תשתנה אלא בהליך מיוחד, או על ידי גוף מיוחד. כן יכול הוא לקבוע כי נורמה מסוימת לא תבוטל ולא תשונה כלל, לא על ידו ולא אל [כך:] ידי גוף אחר. הוראה כזאת היא תקפה..."

ו

א לדעתו של פרופסור אנגלרד אפוא אין כל הבדל בין סמכותה של הכנסת לקבוע נורמות לעולם לבר הכנסת, לבין סמכותה לקבוע נורמות לעצמה. מכאן מסקנה, כי מחוקק ראשי - בהיותו מה שהוא - רשאי הוא לכבול את עצמו. דעתי שונה. לגירסתי, ייעודו של המחוקק הראשי הוא "לארגן" את העולם סביבו; כוחו "לארגן" את עצמו אינו אלא טפל ומשני, וממילא מוגבל הוא במטרותיו לאותה סמכות של "ארגון עצמי". וגם אם אמרנו כי בתחום "ארגון" העולם אין סמכותו של המחוקק הראשי מוגבלת, לא נאמר כן באשר לסמכותו "לארגן" את עצמו, שלא לכך נוצר. סמכותו של מחוקק ראשי "לארגן" את עצמו משתרעת רק על אותו תחום האמור לאפשר לו לקבוע נורמות לזולתו; כך ולא עוד. והכול, כמובן, בכפיפות לקיומה של חוקה הפורסת תופתה על כול.

ב 101. כללם של דברים: בחוקה לעצמה - ועל עצמה - אין הכנסת בלתי מוגבלת, עליפי טבעם של דברים, בסמכותה ובכוחה. יש עקרונות-על - אם תרצה: עקרונות-מסד - הטבועים בעצם קיומה של הכנסת; יש תכונות אופי השוכנות בגנים של הכנסת - בהיותה מה שהיא - ומאותם עקרונות, מאותן תכונות, לא תוכל הכנסת להשתחרר. אותן תכונות הן-הן הכנסת. אחד מאותם עקרונות הוא עקרון הרוב, ועיקרון זה ילמדנו כי מוסמכת היא הכנסת לכבול את סמכותה לשנות חוקים עד לכדי 61 חברי-כנסת. עד כאן - ולא עוד. אכן, עקרון הרוב - למעלה ולמטה - הינו מרכיב יסוד בשלטון החוק ובקיומו של משטר דמוקרטי. בלעדיו ייפרע עם ובהיעדרו לא תיכון ממלכה. איש לאוהליך ישראל. עקרת את שלטון הרוב מגופו של משטר וידעת כי נטלת את נשמתה של הדמוקרטיה. עקרון הרוב שולט בכנסת אף היא והוא בבחינת "גבוה מעל גבוה שומר". שלטון החוק ישלוט גם במחוקק. חוק כי תחוקק הכנסת - חוק הוא לישראל, ובלבד שלא יפגע בלבתה של הדמוקרטיה, בעקרון הרוב; והכול, כמובן, בכפוף להוראות חוקה שנתקבלה כדין.

ג 102. דרך אגב: דיברנו על אותה הגבלה הטבועה בסמכותה של הכנסת לחוקק חוק שלא ניתן יהיה לשנותו אלא ברוב של למעלה מ-61 מחברי הכנסת. לא דיברנו באפשרויות הגבלה אחרות, כגון חוק החובע לשינוי משאל עם, או בהגבלות נוספות הנגזרות מאופי המשטר הדמוקרטי ומערכי יסוד בחברה בישראל. "הגבלות" אלו מעלות סוגיות העומדות לעצמן - בנושא משאל העם, למשל, פונה הכנסת אל העם, מקור סמכותה שלה - ולא נדון בהן.

ד 103. ולסיום: בית המשפט העליון פסל עד כה כמה וכמה חוקי כנסת שחרגו מהוראת חוק משוריינת קודמת, אך בכל המקרים - בכלם עד לאחד - מדובר היה בהוראת חוק שמנעה שינוי בחוק אלא אם יצביעו בעבור השינוי רוב (61) חברי-כנסת. המדובר היה ב"שריון 61". הכרעות דין אלו מקובלות עליי במלואן, שכן עומדות הן במגבלות המשטר הדמוקרטי. הוא הדין במגבלות הקבועות כיום בחוקי היסוד החדשים. אבוא בריב אך ורק



עם הוראות חוק המתיימרות לאסור שינוי בחוק - או פגיעה בו - אלא אם יצביעו בעבור השינוי או הפגיעה 62 חברי-כנסת ומעלה. הוראות חוק כאלו - יהא נושאן אשר יהא - חותרות הן, לדעתי, תחת המשטר הדמוקרטי בישראל, ולא נוכל לקבלן כערכן על פניהן.

א

חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק

104. דיברנו עד כה על עקרונות יסוד בגישה סמכותה של הכנסת לכונן חוקה ולכבול את עצמה כבילה פורמאלית במלאכת החקיקה. הבה נקרב עתה מבטנו אל שני חוקי היסוד שלענייננו - חוקי-יסוד: חופש העיסוק וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו - ונגסה ללמוד ולהבין דבר.

ב

105. ראשית לכול, נדרשת הבחנה בין "שינוי" של חוק יסוד לבין "פגיעה" בחוק יסוד, ולו מן הטעם שחוקי-יסוד: חופש העיסוק הוא עצמו מבחין בין "שינוי" לבין "פגיעה" (וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו נאצל ממנו). "שינוי" של חוק פירושו הוא שינוי היקף פריסתו של החוק מעיקרו. הטיפול בחוק הוא על דרך של "הנדסה גנטית", ובשינוים של גנים חוק שהיה שוב אין הוא חוק שיהיה. מן הצד האחר, "פגיעה" בחוק או בזכות יסוד, אין בה כדי לשנות את החוק ואת הזכות מעיקרם. אנו "פוגעים" בחוק, כופפים את העץ, ובתחומי פריסה מסוימים ומוגדרים אין כוחו לאחד ה"פגיעה" ככוחו לפני ה"פגיעה". ואולם עד כאן ולא עוד. דומה עם זאת, שבהבחנה בין "שינוי" לבין "פגיעה" יש ליתן את הדעת לעוצמת ה"פגיעה": וככל שתעצם הפגיעה ותלך כן תקרב עצמה ל"שינוי". ויש ש"שינוי" יתחזה כ"פגיעה": בשמו ייקרא "פגיעה" אך במהותו יהיה הוא "שינוי". כאמור, מתוך חוקי היסוד עצמם נדרשת הבחנה זו שבין "שינוי" לבין "פגיעה", הבחנה שסעיף 4 של חוקי-יסוד: הכנסת לא נדרש לה (ומכאן ש"שינוי" באותו סעיף 4 כולל אף "פגיעה"). ממילא נלך אף אנו בדרך שטלל המחוקק לפנינו.

ג

ד

ה

106. בצדה של ההבחנה בין "שינוי" לבין "פגיעה" נדרשים אנו להבחנה נוספת והיא: בין הוראת חוק שלפיה אומרת הכנסת לכבול את ידיה במלאכת החקיקה על דרך שריונו הפורמאלי של חוק, לאמור, קביעה כי חוק לא ניתן יהיה לשנותו, או לפגוע בו, אלא בהתקיים תנאים פורמאליים מסוימים (כגון, רוב מיוחד, משאל עם וכיוצא באלה), לבין הוראת חוק שלפיה אומרת הכנסת לכבול את ידיה במעשה החקיקה על דרך קביעות מהות מסוימות אך בלא שריונו הפורמאלי של אותן הוראות. כבילה פורמאלית תובעת טיפול בנפרד מכבילה מהותית, ואכן נדון בכל אחת מאלו לעצמה.

ו

ז

שתי קלסיפיקציות אלו - "שינוי" ו"פגיעה" מזה; כבילה פורמאלית וכבילה מהותית מזה - יוצרות ביניהן ארבע אפשרויות שונות, ובדברינו להלן נדון בעיקרי הדברים תוך הבחנה בין שני חוקי היסוד. נפתח את דברינו בחוקי-יסוד: חופש העיסוק ובעבור לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

## חוקי-יסוד: חופש העיסוק

א 107. חוקי-יסוד: חופש העיסוק מדבר הן בהליכים ל"שינוי" החוק הן בהליכים ל"פגיעה" בו; ובין הוראותיו תימצאנה הן כבילה מהותית הן כבילה פורמאלית. נפתח בנושא השינוי ולאחריו נעבור לנושא הפגיעה.

שינוי חוק היסוד: שריון פורמאלי וכבילה מהותית

ב 108. חוקי-יסוד: חופש העיסוק קובע הוראת שריון פורמאלי של הוראותיו, וכלשון סעיף 7 לחוק:

"אין לשנות חוקי-יסוד זה אלא בחוקי-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת".

ג הוראת חוק זו, שכותרתה היא "נוקשות", קובעת שני תנאים מצטברים לשינוי של חוקי-יסוד: חופש העיסוק: האחד, השינוי לא יבוא אלא בחוק יסוד, והאחר, בעד השינוי אמורים להצביע רוב חברי הכנסת. חוק כי תחקוק הכנסת וייעדר אחד מאותם שני תנאים, לא יהא בכוחו של אותו חוק לשנות את חוק היסוד. חוק יסוד שנתקבל ברוב של פחות מ-61 מחברי הכנסת - וכמותו חוק שנתקבל ברוב של 61 מחברי הכנסת אך שלא כ"חוק יסוד" - גם זה וגם זה אין בכוח כל אחד מן השניים כדי לשנות מחוק היסוד. שאלה לעצמה היא, אם יוכר החוק כחוק תקף לכל עניין אחר שאין בו כדי לשנות את חוק היסוד, אך שאלה זו אינה לענייננו כאן.

ד העלה בידי הכנסת לכבול את סמכותה לעתיד לעניין שינוי חוקי-יסוד: חופש העיסוק? לדעתי, אכן עלה הדבר בידיה, וכבילתה היא כבילה. אשר לרוב הנדרש של 61 חברי-כנסת, על נושא זה הארכנו לדבר - אפשר הארכנו ביתר - ומה לנו שנוסיף והיינו לטורח. אשר לקביעתו המפורשת של החוק כי שינויו של חוקי-יסוד: חופש העיסוק לא יבוא אלא בחוק יסוד אף הוא, גם זו היא דרישה של דרכי הליכים, כמוה כדרישת הרוב. וכשם שהכנסת מוסמכת לקבוע רוב של 61 לשינויו של חוק היסוד - דרישה זו משייכת עצמה לדרכי הליכים ראויים לקבלתו של חוק, לפרוצדורה שאין בה משום הגבלה בלתי לגיטימית על סמכותה של הכנסת - כן דין הקביעה המפורשת כי שינויו של חוק היסוד לא יבוא אלא בחוק יסוד. תנאי מוקדם זה לחקיקתו של חוק יסוד מתקן, כמוהו כקביעתן של שלוש קריאות לקבלתו של חוק; ומה "חוק" שעבר אך שתי קריאות בלבד אינו כלל חוק - ואין בכוחו לשנות דין קיים, להעניק זכויות או לשלול זכויות ולהטיל חובות - כן דינו של חוק המתיימר לשנות מחוק היסוד אך הוא עצמו אינו "חוק יסוד" (או שלא זכה לרוב של 61 מחברי הכנסת). עד אשר תשונה הוראת סעיף 7 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק - ובדרך שנקבעה לשינויה - רק נורמה שתמלא במצטבר אחרי שתי הדרישות שבסעיף 7, יהיה בכוחה להביא לשינוי בחוק יסוד על-פי הפרוצדורה שנקבעה הכנסת לעצמה. מובן ששינויו של סעיף 7 לחוק היסוד - בדרך שנקבעה לשינוי, לאמור, ברוב חברי הכנסת ובחוקי-יסוד - עשוי לחולל שינוי בדרך שינוי זכות היסוד של חופש העיסוק.

109. עד כאן - שריונו הפורמאלי של חוק-יסוד: חופש העיסוק מפני שינוי. ומה על כבילה מהותית לעניינו של שינוי? סעיף 5 לחוק היסוד קובע, כמסתבר, כבילה מהותית. דבר המחוקק הוא - בסעיף 5 לחוק היסוד - כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב"; ומתוך שהכנסת היא "רשות מרשויות השלטון", פירוש החוק הוא, שהכנסת אף היא - כמוה כשאר רשויות השלטון - חייבת היא בכבודו של חופש העיסוק. חובה זו היא-היא הכבילה המהותית. ואולם הוראת סעיף 5 עניינה בדין המחייב כל עוד לא נתחולל שינוי בחוק היסוד (תוך מילוי שני התנאים הנדרשים לשינוי), ומכאן שדבר המחוקק אינו נוגע לעניינו של שינוי אלא בעקיפין. הכבילה המהותית מסתרת אפוא בתוככי השריון הפורמאלי. מעטה השריון הפורמאלי מכסה על הכבילה המהותית: הכבילה המהותית אינה אלא נגזרת מן השריון הפורמאלי ונחבאת היא בין קפלינו.

א

ב

פגיעה בחוק-יסוד: חופש העיסוק; שריון פורמאלי וכבילה מהותית

ג

110. אשר לפגיעה בזכות היסוד של חופש העיסוק. ענייננו כאן הוא בהוראות הסעיפים 4 ו-8 לחוק היסוד, הקובעים וזו לשונם:

ד

4. אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

"פגיעה  
בחופש  
העיסוק

ה

8. הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר.

"תוקפו  
של חוק  
חורג

ו

סעיף 4 לחוק היסוד קובע תנאי מהות אלה ואחרים לאפשרות "פגיעה" בחופש העיסוק (כבילת מהות). מוסיף סעיף 8 מצדו וקובע דרכי הליכים לחקיקתו של חוק הפוגע בחופש העיסוק, ולתקפותו - לתקופה מרבית של ארבע שנים - על-אף חריגתו מהוראות סעיף 4. שניים הם תנאים לסמכות הכנסת "לפגוע" בחוק-יסוד: חופש העיסוק

ז

א בלא שיתקימו התנאים המנויים בסעיף 4 לחוק; האחד, חקיקת חוק (רגיל) שנתקבל ברוב של חברי הכנסת, והשני, "נאמר בו בחוק במפורש שהוא תקף על אף האמור" בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ייעדר אחד משני תנאים אלה, לא יהא בכוחו של החוק לחסר מחופש העיסוק, אלו דרכי הליכים שנקבעו לחקיקתו של חוק האומר לפגוע בחופש העיסוק (חוק שאינו מקיים תנאים מוקדמים שנקבעו בסעיף 4 לחוק היסוד), ועד אם תשנה הכנסת מן הפרוצדורה שקבעה, רק הליכה בדרך זו שנקבעה תניב חוק שבכוחו לפגוע בחופש העיסוק (אם אין הוא ממלא אחרי התנאים הקבועים בסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). לטוען כי חוק מאוחר יהיה תקף בכל זאת, וכי בכוחו של חוק מאוחר לפגוע בחופש העיסוק אף אם לא ימלא אחרי אחד משני התנאים (למשל: חוק שנתקבל ברוב חברי הכנסת אך לא נאמר בו במפורש שהוא תקף על-אף האמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק) – כך על-פי הכלל של *lex posterior derogat legi priori* נשיב: אותו חוק מאוחר אינו כלל "חוק", אין הוא "*lex*" מעיקרו, הואיל ולא נתקבל על-פי דרכי ההליכים שקבעה הכנסת מראש לקבלתו (וכמוהו כ"חוק" ש"נתקבל" בשתי קריאות בלבד).

א 111. בנושא זה של פגיעה בחופש העיסוק חוזר חוק-יסוד: חופש העיסוק על מתכונת דומה לזו שראינו בנושא השינוי. לעניינה של פגיעה קובע חוק היסוד מפורשות כבילה מהותית – כך בסעיף 4 לחוק היסוד, האוסר פגיעה בחופש העיסוק אלא בהתקיים תנאים מסוימים – אך גם כאן נחבאת הכבילה המהותית אל בין קפלי השריון הפורמאלי שבסעיף 8 לחוק. חוק הפוגע בחופש העיסוק והמקיים את תנאי סעיף 4, יהיה תקף – כאמור בסעיף 4 – ואילו חוק הפוגע בחופש העיסוק ואשר אינו מקיים את תנאי סעיף 4 יהיה תקף רק בהתקיים תנאי השריון המנויים בסעיף 8 לחוק היסוד. המחוקק טרח לקבוע הוראות מפורשות – בגופו של חוק – למקרה אחד ולמקרה אחר, ונושא הכבילה ממילא ייסוב את נושא הפרוצדורה ואת הוראת השריון הפורמאלי דווקא. ככל שיש בו בחוק-יסוד: חופש העיסוק מרחב מחיה לנושא הכבילה המהותית אף היא, נדבר ונדון בו להלן שעה שנעסוק בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חוק-יסוד: חופש העיסוק – לעניינם של תנאי שריון

א 112. ניתן דעתנו לדבר, והוא לענייננו עתה: התנאים שנקבעו בסעיפים 7 ו-8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק – לעניין שינוי החוק ולעניין פגיעה בו – הינם כולם תנאי פרוצדורה. אין בהם עצמם כל מהות, כל תוכן, ועניינם אך בדרכי ההליכים בלבד: רוב מיוחד; שם של חוק (לענייננו של שינוי); הקביעה המפורשת "על אף" (לעניינה של פגיעה). דיברנו באריכות על נושא הרוב המיוחד, ולא נוסף, אשר לשני התנאים האחרים, ניתן לראות בהם מעין "נוסחות קסם" פרוצדורליות לחקיקה, משל היו מילות קסם שבהגיתן נפתחת מערת גנוזים. במילים אין כל מהות משל עצמן, אך על-פי קביעת המחוקק מוליכות הן אלי חוק. ואם ל"נוסחות הקסם" אין מהות משל עצמן, הנה עצם הצורך בכתיבתן – "חוק יסוד" (בראשו של שינוי) ונוסחת ה"על אף" (באמצעו של

חוק פוגע) - אמור הוא להביא למודעות המחוקק את חשיבות מעשהו, את רצינות מעשה החקיקה, את האחריות שהוא נוטל על עצמו בשינוי חופש העיסוק או בפגיעה בו. אל יקום חברי-כנסת מחר-מחרתיים ויועק: לא ידעתי, לא הבנתי, לא עלה על דעתי לשנות מחופש העיסוק או לפגוע בו. קבלתו של חוק יסוד (הפוגע בחופש העיסוק) אינה מעשה שיגרה, והאמירה המפורשת "חוק יסוד" או "על אף" מוקירה עצמה לעיני כל הטורח להתבונן. סוג זה של חוק אין לקבל אלא בדרכי הליכים שנקבעו. לשון אחר: רק דרכי הליכים שנקבעו - מילויים של תנאים אלה ואחרים, אחד לאחד - בכוחם להניב סוג זה של "חוק", חוק שבכוחו לשנות מחופש העיסוק או לפגוע בו.

חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו - פגיעה בזכויות אדם

ושינוי זכויות אדם

113. דיברנו עד כה בחוקי-יסוד: חופש העיסוק על-פי הנוסחאות הקבועות בו. שלא כמותו, חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו מציג לפנינו טיפוס אחר של חיוב הכנסת בדרכי החקיקה: זו הפעם חיוב מהותי בלא שמתלווה אליו שריון פורמאלי אף הוא. גדון להלן במאוחד בנושא שינוי חוק היסוד ובנושא פגיעה בחוק היסוד.

114. בתחילתו - לאחר קביעת עקרונות היסוד ומטרת החוק - מונה חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו זכויות יסוד אלו ואחרות (זכויות יסוד המוגדרות בחלקן, משום מה, לא על דרך של זכויות מהות). לאחר תום מנייגן, בסעיף 8 בו, מוסיף החוק וקובע איסור על פגיעה בזכויות המנויות בו. וכלשונו:

8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוקי-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.	"פגיעה זכויות
---	------------------

מוסיף עליו וקובע סעיף 11 לחוק היסוד:

11. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוקי-יסוד זה.	"תחולה
---	--------

כולנו נסכים כי "רשויות השלטון" הנזכרות בסעיף 11 לחוק, הכנסת נמנית עמהן; לא עוד, אלא שהוראת סעיף 11 לא נבראה מעיקרה אלא לכבודה של הכנסת. ואמנם:

"רשויות השלטון" האחרות - בתי המשפט, הממשלה וכל רשויות שלטון שתהיינה - פשוט הוא שבאות הן ב"רשויות השלטון", וגם לולא הוראת סעיף 11 לחוק היו הן חייבות בכבודו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זה שלטון החוק בפשטותו, והוא עמנו באשר אנו. הוראת סעיף 11 נועדה אפוא להודיענו באורח חגיגי ומחייב, כי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו פורס עצמו מפורשות על הרשות המחוקקת אף היא, והוא שלטון החוק ברשות המחוקקת. אכן, משקבע סעיף 8 לחוק היסוד כי אין ניתן לפגוע בזכויות יסוד שלפי החוק אלא בחוק המקיים תנאים אלה ואלה, הוראת סעיף 11 לחוק נדרשה היא כמו מאליה להשלחת הקביעה המהותית שבסעיף 8.

115. הכנסת אף היא חייבת אפוא בכבודן של זכויות היסוד המנויות בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכל פעילויותיה, לרבות - נוסף ונאמר: בעיקר - בפעולות החקיקה. ובהולכנו כך בדרך תציג עצמה לפנינו שאלה. וכך נישאל: היוב עצמי זה שהטילה הכנסת על עצמה, היוב שלא לפגוע בזכויות יסוד אלא בהתמלא התנאים המנויים בסעיף 8 לחוק - "הוראת הגבלה" ככינויה - מה כוחה ועד היכן תהום שליטתה? במקום שאותה "הוראת הגבלה" חוסה בצלה של הוראת שריון פורמאלי - כדרכו של חוקי-יסוד: חופש העיסוק - ידענו את התשובה: הוראת השריון תקבע, בדרכה נלך, ועל פיה נכריע. ואולם באין חופת שריון עליה - כדרכו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו - "הוראת הגבלה", מי יגן עליה מפני שינויה או פגיעה בה?

גביה כי לאחר היות חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו מקבלת הכנסת חוק רגיל, ברוב רגיל; יש בו בחוק - הלכה למעשה - כדי "לפגוע" בזכויות יסוד הקבועות בחוק היסוד גופו; ובה בעת אין מתקיימים בו באותו חוק מאוחר התנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק היסוד להכרה בו כחוק "חוקי". למשל: יש בו בחוק כדי לפגוע בזכות יסוד שלפי חוק היסוד במידה העולה על הנדרש. האם נכיר בחוק כבן-תוקף משפטי? האם נראה את החוק כ"חוקי" לכל דבר ועניין - כחוק שנעשה בסמכות, כחוק שעלה בידו לחסר מזכות היסוד שאמר לחסר ממנה? או שמא נאמר: החוק אינו "חוקי" ואין הוא תופס מעיקרו אך באשר אין הוא מקיים את הוראת הכנסת שבסעיף 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו? לשון אחר: הגבלה מהותית שהטילה הכנסת על עצמה במלאכת החקיקה שלעתיד לבוא, מה היא משמעותה של הגבלה זו באין הומת שריון פורמאלי סביב לה (כדרכו של חוקי-יסוד: חופש העיסוק)? כיצד נפרש את דבר חוק היסוד, ומה פועל משפטי יש לה להגבלה עצמית זו שאמרה הכנסת להגביל את עצמה?

ארבעה המה פתרונות המעמידים עצמם לפנינו, ואלה הם: הוראת סעיף 8 היא מוחלטת ואין אפשרות לסטות ממנה; הוראת סעיף 8 אין בה אלא הנחיה בלבד לחקיקה, וסטייה ממנה אין בה כדי להעלות או להוריד; הוראת סעיף 8 ניתן לסטות ממנה בחוק מאוחר, בין מפורש בין מכללא; הוראת סעיף 8 ניתן לסטות ממנה אך ורק במפורש (ואפשר רק בחוק יסוד). תבו נעבור על פתרונות אלה ונבחנם, אחד לאחד, כסדרם, הן

לעניין תכלית החוק (מישור הכוונה) הן לעניין כוחה של הכנסת להשיג אותה תכלית (מישור הסמכות). באותו נושא ראו עוד והשוו: קרפ, במאמרה הנ"ל; ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך ג, בעמ' 266 ואילך.

א

116. דרך פרשנות אחת להוראת סעיף 8 היא, שדבר המחוקק הוא נחרץ ומוחלט וכי אין אחריו ולא כלום. מאז היות החוק, אין רשות מרשויות השלטון רשאית לפגוע בזכות מזכויות האדם המנויות בחוק היסוד אלא אם תקיים מספר תנאים במצטבר, הכול כאמור בסעיף 8: תעשה זאת בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל; החוק נועד לתכלית ראויה; והחוק פוגע בזכות מזכויות האדם במידה שאינה עולה על הנדרש. והוראה זו שבסעיף 8 לחוק אינה ניתנת כלל לשינוי. פירוש זה – האומר, לכאורה, לברוא אבן שאינה ניתנת להזזה – אינו נטול טעם, ומצד תוכנו עולה הוא בקנה אחד עם אופיו של משטר דמוקרטי-ליברלי, משטר הראוי לנו ואשר אנו ראוים לו. למשל: זכות יסוד היא לאדם בישראל, שאין פוגעים בחייו או בכבודו, כדבר סעיף 2 לחוק היסוד. ומוסיף החוק וקובע, לפי אותו פירוש, שלאחר היות החוק אסור לפגוע בחייו או בכבודו של אדם אלא בחוק שנועד לתכלית ראויה וכולי. איסור זה הוא האבן, ואסרנא אסרי, ככתבו וכלשונו. כך נאה וכך יאה.

ב

ג

אם כך דין מצד תוכנו ותכליתו של החוק – מצד "כוונתו" המשוערת של המחוקק – נבקש אך לשווא מקור לסמכותה של הכנסת כך לכבול את כוחה בחקיקה לעתיד לבוא. ראינו כי אין בכוחה של הכנסת לשים אויקים על ידיה למעשה החקיקה אלא כדי הצבת רוב של 61 חברי-כנסת, ודרישה זו ראינו בה פרוצדורה ודרכי הליכים הנדרשים ממילא בכל מעשה של חקיקה (להבדילם מכבילת סמכות – האסורה, לדעתנו). ואם אין הכנסת מוסמכת לכבול עצמה במלאכת החקיקה על דרך הצבת דרישה לרוב של 62 חברי-כנסת ומעלה, לא כל שכן שאין היא רשאית לכבול את ידיה לצמיתות כדבר פירוש (אפשרי) זה לחוק. העם לא הסמיך את הכנסת להתנצל מסמכותה ולפרוק מעליה עול של חקיקה, וממילא נדחה מעל פנינו פירוש זה לסעיף 8 לחוק. הכנסת אין בסמכותה לברוא אבן שלא תוכל להרימה.

ד

ה

117. דרך פרשנות שנייה תגרום – ובתוכנה דרך זו היא הקוטב המנוגד לדרך הפרשנות הראשונה – כי הוראת סעיף 8 (ועמה הוראת סעיף 11) לחוק היסוד לא נתכוונה אלא להדריך ולהנחות – להדריך ולהנחות ולא לחייב – את הכנסת בעשותה במלאכת החקיקה. הוראת סעיף 8 לחוק היא הוראה מנתה ומדריכה (instructive, directive), להבדילה מהוראה מחייבת ומצווה, הוראה שהיא imperitive, mandatory (להבחנה בין סוגי הוראות אלו ראו, למשל, ע"א 87/50 ליבמן נ' ליפשיץ [68]). על-פי פירוש זה לחוק, הוראת סעיף 8 אינה אלא עצה טובה שהמחוקק משמיע באוזני עצמו, בבחינת: זו הדרך ראוי שתלך בה, נא ראו וראוי שכן תעשו (עצה טובה קא משמע לן). אם תלך בו הדרך – מה טוב, ואולם גם אם לא תלך בה מעשך יהיה מעשה חוק שתחוקק יהיה חוק.

ו

ז

א דרך פרשנות זו, הגם שהיא אפשרית - בבחינת כוונתו של המחוקק - אין בה סבירות. אכן, יש שהוראה שבחוק תפורש כהוראת הנתיח, אך לא שמענו עד הנה שמחוקק יקבע לעצמו בחוק הנחיות לחקיקה. לא שמענו, ואף לא מצאנו סבירות בדרך זו של פרשנות. כך ככלל, ולא כל שכן שהוראת סעיף 8 מנוסחת באורח נחרץ, שאין פוגעים בזכויות שלפי חוק היסוד אלא בחוק (או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו). לשונו של סעיף 8 לחוק אינה לשון הנתיח והדרכה אלא לשון חיוב ומצווה, ולא נמצא לי טעם טוב שלא לפרש את דבר המחוקק כלשונו.

ב 118. משדחינו מעלינו שתי אפשרויות קוטב אלו לפירושו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נותרו שתי דרכי פרשנות נוספות והן בתווך בין קוטב לקוטב: פירוש הסב את נושא הביטול מכללא ופירוש הסב את נושא הביטול המפורש. הבו נעמוד על שתי הדרכים אלו בפרשנות, ונפתח בנושא הביטול מכללא.

ג 119. כלל יסוד הוא שחוק חדש מסיג מפניו חוק שקדם לו: "וישן מפני חדש תוציאו" (ויקרא, כו, י [א]). בסתירה או באי־התאמה בין חוק מאוחר לבין חוק מוקדם, ידו של חוק מאוחר על העליונה, וחוק מוקדם ייבטל כדי הסתירה או אי ההתאמה *lex posterior derogat priori (pro tanto)*. יסודו המהותי של הכלל הוא בעקרון יסוד, שהרשות בת הסמך - במקומנו: נציגי העם בבית הנבחרים - היא הקובעת מעת לעת את נורמות ההתנהגות הראויות לכלל ולפרט. קבע המחוקק היום נורמת התנהגות פלונית, פשוט הוא שביקש כי נורמה זו תשלוט, היא ולא אחרת. ואם עומדת נורמה של היום בסתירה לנורמה של אתמול, גם זה פשוט שנורמה של היום תגבר על נורמה של אתמול, כדי תחום התפרסותה של הנורמה החדשה. במשטר דמוקרטי כשלנו משולב כלל זה בכלל הנדרש מאופיו של המשטר, והוא, שדעת הרוב מכריעה.

ד והנה, במקום שנורמה של היום מבטלת מפורשות נורמה של אתמול, אין ניצבת לפנינו כל קושיה (ובלבד ששתי הנורמות מצויות על אותו מישור נורמטיבי: חוק כנגד חוק, תקנה כנגד תקנה וכולי). ואולם מה דין במקום שנורמה מאוחרת אינה מבטלת מפורשות נורמה שקדמה לה? על כך נאמר שני אלה: ראשית לכול, נעשה כמיטבנו ליישב את הנורמות זו עם זו, ננסה ולו במאמץ לשלב את ידי השתיים זו בזו ולהכניסן תחת חופה אחת. ואף נצא מגדרנו להשלים בין הצרות לכאורה. וכך נאמר אל עצמנו: לו ביקש המחוקק בנורמה של היום לבטל נורמה של אתמול, יכול היה להודיענו כוונתו זו במשיכת קולמוס קלה: לבטל במפורש את הנורמה הקודמת. משלא עשה כן, חזקה עליו שביקש כי גם נורמה של אתמול גם נורמה של היום ישלטו בנו, זו בצד זו. ואם זו הייתה כוונתו לכאורה - נעשה אנו כמיטבנו להוציאה מן הכוח אל הפועל על דרך הפרשנות, ולו באורח דחוק, ואולם, אם כלו כל הקצים, וכל דרכי מחשבה - אף פיתולי מחשבה - לא יעמדו לנו, או אנו נאמר אל לבנו: ככל הנראה נשמטה מן המחוקק אותה סתירה שבין הנורמות; ומתוך שחזקה עלינו מצוותו היום - והיא נורמה של היום -



א נסיק מכללא את כוונתו כי נורמה של אתמול תיבטל (כדי הסתירה). ניסחנו דברינו בלשון סובייקטיבית, ונוכל לנסחה בדרך אובייקטיבית, ליחסים שבין חוק לחוק ודרכי השתלבותם של חוקים במארג החקיקתי הכולל. הנה הוא ביטול מפורש, הנה הוא ביטול מכללא, והנה הוא היחס בינותם. ראו עוד והשוו ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כך א, בעמ' 566 ואילך, והאסמכתאות שם.

ב 120. נחזור על מקצת הדברים בלשון אחר, ונמשיך במסענו. הכלל הקובע כי חוק מאוחר גובר על חוק קודם לו, תופס, בראש ובראשונה, בהוראת ביטול מפורשת הנכללת בחוק המאוחר. המחוקק פירש את דעתו, ואנו נישמע לו שהרי לו נתכנו עלילות התחיקה. אותו היגיון עצמו החל על הוראת ביטול מפורשת שבחוק מאוחר, אותו היגיון עצמו יהול, לכאורה, גם באין הוראת ביטול מפורשת. המחוקק קבע בחוק המאוחר הסדר מסוים, ובמקום שאותו הסדר אינו מתיישב עם הסדר קודם, נלמד על כוונת מחוקק (הסדר החוק) מכללא כי הסדר מאוחר יבוא תחת הסדר קודם לו. ואולם, בעוד שביטולו המפורש של חוק קודם מחייב כמו מעצמו - בהיותו נגזר במישרין ממהותו של שלטון; ובמסטר דמוקרטי: בהיותו נגזר במישרין ממהותה של הדמוקרטיה - הנה בביטול מכללא נתלים אנו בכוונתו המשווערת של המחוקק (אם תרצה: בכוונה המיוחסת למחוקק), שהרי במפורש לא גילה את דעתו. מכאן: בעוד שחובתנו לכבד הוראת ביטול מפורשת נגזרת (במקומנו) במישרין מן האמנה החברתית הדמוקרטית, הפירוש לביטול מכללא נדרש לקונסטרוקציה של פרשנות המנסה להגיע עדי כוונתו של המחוקק (תכליתו של החוק). גרע מכאן, שלא הרי ביטול מכללא כהרי ביטול מפורש. ומכאן נדרש, לדעתי, אף שוני בטיפול, בביטול מפורש מכאן ובביטול מכללא מכאן.

ה 121. הנה כי כן, חוק שיקבע בגופו - כך על דרך הסתם - כי הוראת ביטול מפורשת שתבוא בחוק מאוחר (ובמקום ששני החוקים מצויים על רמה נורמטיבית אחת), לא תהא בת-פועל ולא יהא בכוחה כדי לבטלו, קביעתו של החוק הקודם לא תתפוס מעיקרה, הואיל וסותרת היא את כלל החוק המאוחר, אם תרצה: את עיקרו של המשטר הדמוקרטי. מסקנה זו אחת היא ואין בלתה. לא נוכל לומר כן - באותה מידה של בטחה - באשר לביטול מכללא. כך, למשל, חוק שיקבע בגופו כי רק הוראת חוק מפורשת שבחוק מאוחר יהיה בה כדי להביא לביטולו (או לצימצום תחום פריסתו). לאמור: הוראה בחוק פלוני הקובעת כי חוק מאוחר לא יראו אותו כמבטל אותו חוק פלוני, כולו או מקצתו, אלא אם תבוא על כך הוראה מפורשת בחוק המאוחר. אין זה ברור כלל ועיקר כי הוראת חוק זו המוקדמת בטלה היא מעיקרה או כי אין היא בת-פועל משפטי. נהפוך הוא: מתוך שבנושא של ביטול מכללא נתלים אנו בכוונה משוערת של המחוקק (או בכוונה המיוחסת למחוקק) - אם תרצה: במבנה של החוק ושל שיטת המשפט בכללה - תעמודנה שתי הוראות חוק אלו זו לעומת זו, והן כמתגרות זו בזו: מעבר מזה הוראה המשריינת עצמה מפני ביטול מכללא, ומעבר מזה הסדר האומר (במשממע) לבטל מכללא. במקום זה כבר לא נוכל לומר, כך על דרך

א

הסתם, כי חוק מאוחר מבטל חוק מוקדם. שהרי מחוקק החוק המאוחר "ידע" על החוק המוקדם, ובשוללו את החוק החדש בגן המשפט - בו שתול החוק המשוריין, הקודם בזמן - מסתמא ביקש בחוק המאוחר, כמוהו כבחוק המוקדם, כי החוק הקודם יגבר; הא ראייה: הוא לא ביטל מפורשות את ההסדר הקודם, אף שזו הפרוצדורה שקבע לעצמו לביטולו של החוק הקודם. מכל מקום, "כוונתו" של המחוקק כי הסדר של היום יבוא תחת הסדר של אתמול, עליאף אותו שריון שבהסדר של אתמול - אין היא נלמדת מאליה כבשאר ביטולים מכללא; והרי יש בו באותו שריון כדי לזעזע את מוסדי עקרון הביטול מכללא.

ב

משל למה הדבר דומה, לאדם המבטיח כי לא יעשה כך וכך. לימים שוכח אותו אדם הבטחה שהבטיח, ועל-אף הבטחתו שלא יעשה כך וכך עושה הוא כך וכך. משמוכירים לו לאותו אדם כי הבטיח את שהבטיח, טופח הוא בכפו על מצחו ומפטיר: ברוך שומר הבטחתו. טעיתי, בוודאי שאומר אני לקיים הבטחתי שהבטחתי. מעשה שעשיתי אבקשכם שייראה כמו לא עשיתי. הריני חוזר בי ממעשי והריני מחזיר דברים לקדמתם ולכמות שהיו. כך אותו אדם שהפר הבטחתו וכך הוא מחוקק, זה משל וזה נמשל. אכן, כלל הביטול מכללא - שלא ככלל הביטול המפורש - ניתן להסכים עליו וניתן לשנותו. השאלה אינה אלא מה היא השקפתנו באשר לנושא הביטול מכללא.

ג

ד

דרך אגב: רמז לכך שכלל הביטול מכללא אינו כלל הלמד מעניינו ימצא לנו - גם זאת מכללא - בהוראת חוק מפורשת הבאה בסעיף 2(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט (הוראות נוספות), תש"ח-1948, ולפיה:

ה

2. כדי להרחיק ספק נאמר בזה:

"פירוש  
הוקים

(א) כשהחוק אשר ניתן על ידי מועצת המדינה או על פיה סותר חוק שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר התש"ח (14 במאי 1948), רואים את החוק הקודם כמבוטל או מתוקן, גם כשאין בחוק החדש בטול או תקון מפורש של החוק הקודם."

ו

ז

הוראת חוק זו נועדה להבהיר ולחזק את הוראת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, באשר ליחס בין חקיקה שלאחר המדינה ובין חקיקה שלפני המדינה (משפט שלפני המדינה "יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו ..."). כולנו נסכים כי הוראת חוק זו קובעת את המובן מאליו. ואולם כך נאמר בימינו אלה. ואילו באותם ימים סברו אחרת. העובדה שמחוקקים ראשונים מצאו לנכון

לחוקק הוראת חוק זו - ובלשונה - היא עצמה מעידה כמאה עדים שלא הרי ביטול מכללא כהרי ביטול מפורש. משידענו כך, נוסף ונדע גם זאת, שאין הכרח אפריורי, כביכול, כי כללים התופסים בביטול מפורש יתפסו בביטול מכללא אף הוא.

א

122. ומכאן לענייננו שלנו. נניח כי לאחר היות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מקבלת הכנסת חוק רגיל שיש בו כדי לשנות מכללא זכות או זכויות שלפי חוק היסוד - או חוק הפוגע מכללא בזכות או בזכויות אלו - בלא שאותו חוק מקיים אחר התנאים המוצבים בסעיף 8 לחוק היסוד (חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל וכולי). האם יחול "כלל החוק המאוחר", לאמור, האם נראה את החוק החדש כעומד על תלו ואילו את חוק היסוד כבטל כדי הסתירה או אי ההתאמה? או שמא נאמר: חוק יסוד נועד לו מעמד מיוחד, וחוק מאוחר לא יעמוד לו כוחו להאביד מכללא חלקים מחוק היסוד? לכאורה, יחול כלל "החוק המאוחר" - לענייננו של ביטול מכללא - אף על ענייננו כאן; ואולם רק לכאורה כך, והנה הם דברינו לעניין זה.

ב

ג

123. הוראת סעיף 11 לחוק היסוד היא, כפי שראינו, שכל רשויות השלטון - ובהן הכנסת - כולן כאחת חייבות הן בכבודו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חובת כיבוד זו חלה גם על הוראת סעיף 8 לחוק היסוד, הוראה הקובעת כי אין פוגעים בזכויות שלפי חוק היסוד - לא כל שכן שאין חשניט מזכויות אלו - אלא בחוק המקיים תנאים אלה ואחרים. ולא זו בלבד, אלא שהוראת סעיף 11 לחוק מכוונת היא פניה בראש ובראשונה אל הכנסת, וכמו נאמר בה כי "הכנסת חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". אם נוסף עתה ונאמר כי חוק מאוחר יש בכוחו לבטל מכללא הוראה זו על חובתה של הכנסת, מה בא להשמיענו סעיף 11 לחוק היסוד (בצירוף לסעיף 8 לחוק)? שאר רשויות שלטון הרי חייבות הן ממילא בכיבוד הזכויות שלפי חוק היסוד - חיוב הנגזר מעקרון שלטון החוק. ואם רשאית היא הכנסת ומוסמכת היא לבטל אף מכללא אותו חיוב שהטילה על עצמה, מה בא אותו חיוב מראש להשמיענו? מה טעם ראה החוק להטיל חיוב מפורש על הכנסת לכבד את הוראות חוק היסוד, אם בה בעת רשאית היא הכנסת (על-פי דרך הפרשנות המוצעת) לבטל אותו חיוב אף מכללא? והרי יכולה הייתה הכנסת לנהוג באותה דרך גם לולא הטיל עליה החוק חיוב מפורש?

ד

ה

ו

לשון אחר: פירוש המתיר ביטול מכללא של אותו חיוב מפורש שנטלה הכנסת על עצמה, פירוש זה יש בו כדי לייחד אותו חיוב מפורש. המחוקק כמו דיבר לריק ודבריו היו כרוח השורקת. האם נאמר כי הוראת סעיף 11 לחוק היסוד לא באה להשמיענו אלא עצה טובה? פירוש זה כבר דחינו מעלינו, ונוסיף ונדחה אותו מעלינו גם כאן. אותו טעם עצמו נוכל להעלות אף לעניין פירושה של הוראת סעיף 8 לחוק, שאף בה יש כדי להטיל נטל על הכנסת.

ז

אכן, אם נאמר להוריק הוכמה והיגיון בהוראת סעיף 11 (וכמוה בהוראת סעיף 8 לחוק היסוד), תידרש מאליה מסקנה כי חוק מאוחר לחוק היסוד לא יהיה בכוחו לבטל מכללא הוראות שבתוק היסוד. זו הייתה, כמסתבר, תכלית ההסדר מראש, ולא נמצאה לי מניעה כי כוונה זו תזכה לפועל משפטי, לא מבחינת עקרונות היסוד של הדמוקרטיה ולא מכל בחינה אחרת. אכן, "עקרון החוק המאוחר" לעניין ביטול מכללא, אין סבירות בהחלתו על ענייננו. החלת העיקרון "אפשרית" היא, כמובן, אך אין בה לא סבירות ולא היגיון. חובה שתוק ראה להטיל במפורש ובמפורט על הכנסת - לא עוד אלא חובה יוצאת דופן במיוחד - אין זה סביר ואין זה ראוי, לא בבחינתו של שלטון החוק ולא מכל בחינה אחרת, כי נוכל לטאטאה מעל פנינו מכללא, כמו אגב אורחא. ראוי ונכון הוא - על דרך פירוש החוק - כי חיוב מפורש שכך הוטל, רק ביטול מפורש יוכל לו: אם לצמצם את תחום פריסתו אם להאבידו כליל.

124. זה הפירוש החלופי האפשרי להוראות חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו: יכולה ורשאית היא הכנסת - על-פי דברה שלה - לפגוע בהוראה מהוראות חוק היסוד, או לשנותה, רק אם תאמר כן מפורשות. כך ולא אחרת. החוק המאוחר יכול שיעשה שימוש בנוסחה של "על אף האמור" - או בכל נוסחה אחרת - ובלבד שתהיה נוסחה שוות ערך, דהיינו, נוסחה שתלמדנו כי הכנסת יודעת ומודעת היא - באורח חד-משמעי וללא שמץ פקפוק - כי אומרת היא לשנות מזכויות היסוד או לפגוע בהן, אף שאותו חוק (מאוחר) אינו מקיים אחרי התנאים שהכנסת עצמה העמידה בהוראת סעיף 8 לחוק היסוד. מתוך שתוק היסוד: כבוד האדם וחירותו מחייב את הכנסת לכבד זכויות יסוד המנויות בו - בהיקף פריסה כאמור בו, לרבות בסעיף 8 בו - נצפה כי חוק מאוחר יכריז על עצמו מפורשות כך: מלכתחילה חויבה הכנסת בכיבוד זכויות אלו ואחרות, ובהיקף פריסה זה ואחר; ניתן לה לכנסת היתר לפגוע באותן זכויות רק בהתקיים תנאים מסוימים, אלה הקבועים בסעיף 8 לחוק היסוד; על-אף כל אלה אני מבקש לפגוע בזכויות יסוד (או לשנות אותן) הגם שלא נתקיימו תנאי היסוד שנקבעו מראש. אדרבא: יעמוד נציג ממשלה על דוכן הכנסת וכך יאמר: חויבתי לכבד, ועל-אף זאת אין זה ראוי, לדעתי, כי אכבד. זו היא ידיעה, זו היא מודעות, כך היא נטילת אחריות, זה הביטול המפורש. ואני מאמין, כולנו נאמין, כי בפירושו כך של חוק היסוד תפחתנה פגיעות בלתי מבוקרות בזכויות היסוד, ואפשר לא תיוולדנה כלל.

בסעיף 8 לחוק היסוד: חופש העיסוק נאמר מפורשות, כפי שראינו, כי אין פוגעים בחופש העיסוק אלא אם באה הפגיעה בחוק הקובע "במפורש שהוא תקף על אף האמור בתוק היסוד זה". בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו אין, אמנם, הוראה מקבילה, אך לדעתנו נגזרת הרישה זו מאליה, כדבר הלמד מעניינו, מתוך החוק עצמו, אף באין הוראה מפורשת בו. ראו עוד והשוו: אלון, במאמרו הנ"ל, בעמ' 662; ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך א, בעמ' 562-563.

125. דעתנו היא אפוא זו, שלעניין שינויו של חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו - הוא

הדין בפגיעה בו – נידרש אך להוראה מפורשת בחוק מאוחר לחוק היסוד. שינוי מכללא או פגיעה מכללא לא יהיה די בהם. במקום שכללי פרשנות "קלאסיים" לא יאצרו כוח ליישב הוראה הבאה בחוק היסוד עם הוראה מאוחרת לה – לאמור, יימצא לנו כי אכן יש סתירה בין שתי ההוראות – וההוראה המאוחרת אינה מבטלת מפורשות הוראה מהוראות חוק היסוד, נסיק כי הוראת חוק היסוד, אף שהיא ההוראה המוקדמת, ידה תהא על העליונה.

פירוש זה לחוק – פירוש הנדרש לדעתנו כדבר הלמד מעניינו, מתוכו של החוק ובו – ניתן להשיג עליו, אך לדעתנו יימצאו לו חיווקים מכל עבריו. הבו נעמוד על כמה נושאים בהקשר זה.

126. היקש לענייננו נוכל ללמוד מן הכלל שהוק מאוחר וכללי לא יפגע בחוק מוקדם וספציפי: *lex posterior generalis non derogat lex specialis priori* ידענו כי חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם, ובכל זאת לימדנו, כי חוק מאוחר שתחומי פריסתו רחבים, גם אם סותר הוא חוק מוקדם שתחומי התפרסותו מצומצמים, לא נפרשו כחוק המבטל מכללא את החוק המוקדם. תוך מאמץ ליישב את הוראות שני החוקים אלו עם אלו; ותוך ניסיון לרדת לחקר תכלית החוק וכוונתו המשוערת של המחוקק; נאמר, כי מסתמא לא נתכוון החוק המאוחר לבטל את החוק (הספציפי) המוקדם. לו ביקש חוק מאוחר לבטל חוק מוקדם, כך נאמר, מצפים היינו כי יאמר כן מפורשות. משלא אמר, נאמר אנו: החוק הספציפי הקודם בזמן ימשיך ויחיה במקומו (המצומצם), ואילו החוק הרחב המאוחר בזמן, ימשיך ויחיה בשאר תחומי פריסתו, למעט בתחומי (המצומצם) של החוק המוקדם בזמן. מעלים על המחוקק כי לא נתכוון לפגוע בחוק הקודם בזמן, שהרי לו נתכוון (כמשוער) כי אז היה מבטלו מפורשות. כך בסתירה בין חוק מאוחר כללי לבין חוק מוקדם מיוחד. להילכת הפרשנות בסתירה בין חוק מאוחר לבין חוק כללי ראו עוד והשוו ברק, בספרו הנ"ל, פרשוות בחשפט, כרך א, בעמ' 551 ואילך, 569 ואילך.

אותה מידה נמדוד ליחס בין חוק מוקדם המשריין עצמו מהותית מפני ביטול מכללא, ובין חוק מאוחר שנטען עליו כי ביטל מכללא את החוק הקודם לו בזמן. הנה זה חוק פלוני ובו הוראה שלפיה תמשכנה הוראותיו ותתקיימנה, אלא אם יבוא חוק מאוחר ויבטלן, כולן או מקצתן, במפורש. ורק כך. והנה בא חוק מאוחר, פירושו יעלה כי סותר הוא את הוראותיו של חוק פלוני, וביטול מפורש בו אין. על מערכת זו נאמר אנו: מעלים על המחוקק (בחוק המאוחר) כי לא "נתכוון" לפגוע בחוק הקודם בזמן, שהרי לו נתכוון (כנטען) כי אז היה מבטלו מפורשות. וההיקש: החוק הקודם הוא כאותו חוק מיוחד, ודין שיחול על חוק מיוחד יחול על חוק המשריין עצמו מפני ביטול מכללא. במובן מסוים רבה עוצמתו של החוק המשריין מעוצמתו של החוק המיוחד: שבנושא החוק המיוחד אין אנו מנסים לרדת אלא לחקר כוונתו של החוק המאוחר, ובבדיקתה של כוונה זו מגיעים אנו למסקנה שאנו מגיעים; ואילו בנושא החוק המוקדם המשריין עצמו, לומדים אנו על כוונת המחוקק גם מחוק מוקדם (במפורש) גם מחוק מאוחר (מכללא).

א "כוונת המחוקק" נמשכת לה בקו ישר מחוק מוקדם ועד חוק מאוחר בלא שדרכה תיחסם באמצעה. גודה עם זאת שהאנלוגיה אינה מושלמת: שלעניינו של חוק מיוחד נותר לו - לחוק המאוחר - מרחב מחיה לבר תחום התפרסותו של החוק המוקדם, ואילו בענייננו, החוק המאוחר יהיה - כולו - כלא היה. אכן, לא נוכל להימלט ממסקנה כי בענייננו, מבקשים אנו לצמצם את תחום תחולתו של כלל הביטול מכללא, וההיקש ממילא אינו מושלם.

ב 127. בקובענו דין שונה לביטול מפורש, מזה, ולביטול מכללא, מזה, אין אנו מורדים בכל עקרון יסוד של משטרנו הדמוקרטי או בעקרון תשתית של שיטת המשפט. ואין בדברינו אף כל סתירה למושכלות יסוד של חשיבתנו המשפטית. הנה, למשל, חוק פלוני והוראת חוק מסוימת שבו קובעת מפורשות כי בסתירה בינה לבין הוראות אחרות באותו חוק עצמו, ידה תהא על העליונה. אין ספק כי נכבד את דבר החוק, ככתבו וכלשונו. הוא הדין בשני חוקים שנתקבלו כאחד, נתפרסמו כאחד, ובאחד מהם הוראת חוק כזו שהוכרנו למעלה. ענייננו שונה, לכאורה, שהרי הנחנו כי חוק היסוד נתקבל תחילה ואילו החוק המאוחר - עליו נטען כי מבטל הוא מכללא חלקים בחוק היסוד - נתקבל לאחריו. ואולם רק לכאורה כך.

ד טעם הדבר הוא, שהוקייסוד: כבוד האדם וחירותו - לענייננו כאן - הינו חוק יהיר ומיוחד: בעוד אשר בחוקים "מן המניין" אומרת הכנסת "לארגן" את סביבתה - לקבוע נורמות התנהגות לאנשים ולגופים לבר הכנסת - הנה בחוקייסוד: כבוד האדם וחירותו אומרת הכנסת (בין השאר) "לארגן" את עצמה. ובהיותו מה שהוא, חוק היסוד כמוהו כחוק המלווה את הכנסת ואת חקיקת הכנסת: תמיד, בכל יום, ובכל עת ובכל שעה. חוק היסוד - על-פי עצם טיבו וטבעו - רואים אותו כמו נכלל הוא בכל חוק וחוק, אם תרצה: נספח הוא לכל חוק וחוק (או מהווה הוא הקדמה לכל חוק). נדייק עוד ונאמר, שכל חוק וחוק רואים אותו כמו שתול הוא ונטוע הוא בחוק היסוד, אל חוק היסוד שולח הוא שורשיו וממנו יונק הוא וניזון. והוא, בהיקש, כדינן של זכויות האדם מן ההלכה, שרואים אותן כחלק בלתי נפרד מכל חוק וחוק.

ז חוקי היסוד נדמים הם לכללי פרשנות התולכים יד ביד עם כל חוק וחוק, והרי הם בכל מקום ובכל שעה. חוקייסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיותו "מלווה חוק" - כל חוק - כתשתית וכמסד, רואים אותו כמו נחקק הוא בכל יום מחדש - עם כל חוק וחוק - בבחינת "המחדש בטובו בכל יום תמיד מעשה בראשית". אדם קם משנתו לחיים יום-יום (ומודה הוא לאלוה "שהחזרת בי נשמתיי"), וכן הוא חוק היסוד, שדינו כמו נחקק הוא כל יום מחדש. סימן לדבר הוא, שאין לו לחוק יסוד שנת חקיקתו. כל חוק, תימצא בצדו שנת חקיקתו - למנייננו ולמניינם - ואילו חוק יסוד שנת חקיקתו אינה בצדו, כמו מעבר לזמן הוא. ללמדך שאין לו לחוק יסוד לא יום ולא שעה. עמנו הוא תמיד, כמו כוחו ותוקפו על-זמניים הם. ואם אלה הם מאפייניו של חוק היסוד, ממילא ניתן להעלות

עליו כי יש לראותו כמו נחקק הוא באחת עם כל חוק וחוק, לרבות עם אותו חוק ממרה האומר לסתור אותו מכללא.

א

היקש לענייננו - ואפשר למעלה מהיקש הוא - יימצא בהלכה, ששינוי העתים יכול שיביא לשינוי בתחומי התפרסותו של חוק על-פי תנאי המקום והזמן (לא כל שכן בעניינם של "מושגי-מסגרת"). וכלשונו של הנשיא זמורה בג"צ 65/51 ז'בוטינסקי ואח' נ' נשיא מדינת ישראל [69], בעמ' 811:

ב

"זהו כוחו של חוק חרות - המדבר לא בלשון קוואיסטית כי אם בלשון נורמטיבית - שהוא יוצר בזה כלים אשר יכולים להכיל גם תוכן שעדיין לא היה בנמצא בשעת מתן החוק."

ג

וכן בלשונו של השופט ש' ז' חשין בג"צ 180/52 יורשי אברהמים דוד ואח' נ' שר האוצר [70], בעמ' 911:

ד

"... זה כוחו של חוק, שאינו מיועד לזמנו בלבד, ורק למטרה המצומצמת והקרובה אשר היתה לנגד עיניו של המחוקק שעה שחקקו. וכל עוד יש בידו של המוסד האכזוקטיבי להשיג את המטרה אשר הוא משווה לנגד עיניו במסגרת החוק הקיים - ויהא זה חוק ישן שנועד לצרכים אחרים - אין לבוא בטענה עמו, שהוא משתמש בחוק לתנאי מציאות חדשים."

ה

ראו עוד: ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך ב, בעמ' 220-221, 267-270; כרך ג, בעמ' 528-530.

ו

מכאן ההיקש המתבקש לאותה הוראת חוק מיוחדת המעידה על עצמה כי נעלה היא על כל שאר הוראות שבאותו חוק, וכמותו היקש לשני חוקים הנחקקים והמתפרסמים באותו יום ובאחד מהם הוראה המרוממת עצמה על כל שאר הוראות. ומתוך שאין מוקדם ומאוחר בתורה - כך גלמד ממהותו של חוק היסוד - כלל הביטול מכללא ייתש כוחו. בהיעדר אינדיקאציה אחרת - ואינדיקאציה אחרת לא נמצאה לי - אינני רואה טעם טוב על שום מה ולמה לא נכבד הוראת כבילה מפורשת התובעת ביטול מפורש. כך הוראת כבילה מפורשת - כזו שבחוק-יסוד: חופש העיסוק - וכך הוראת שריון הנדרשת מתוכו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ז

128. משהגענו עד הלום נוסף ונדע, כי הוראת הכבילה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - כמוה כשריונו של חוק-יסוד: חופש העיסוק - גגורת היא מפרוצדורה: כבילה היא באשר לדרכי הליכים, ושינויו של החוק או פגיעה בו יכולים שיעשו בלא קשר לתוך ולמהות. ענייננו כאן הוא - כבחוק-יסוד: חופש העיסוק - בכללים של "התארגנות" הכנסת לקראת "ארגון" העולם לבר הכנסת, בהליכי "קשוט עצמך

תחילה". לשינויו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או לפגיעה בו, נדרש הליך מיוחד – "נוסחת קסם" מעין אמירת "על אף האמור" – שילמדנו כי הכנסת ביקשה (בחוץ המאוחד) במפורש ובמפגני לשנות מהוראות חוק היסוד או לפגוע בהן.

א

בחוק-יסוד: חופש העיסוק נקבעה נוסחה נוקשה לאפשרות פגיעה בחופש העיסוק, מעין סדרת ויבראציות קוליות שרק בהגיתן תגול האבן מעל פתחה של מערת הגנוים ("ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה..."). שלא כמותו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלעניינו מדברים אנו ברעיון של ביטול מפורש, בלא שניצמד לנוסחה מסוימת. ואולם המסגרת הרעיונית היא אותה מסגרת, והיסודות המזינים אותה הם אותם יסודות. ההיקש מחוק-יסוד: חופש העיסוק אל עניינינו עתה, יגרור אחריו מאליו כל אותן הנמקות שהבאנו ללגיטימיות של מעשה הכנסת בכבילת ידיה בחקיקה, אכן, כשם שרק שלוש קריאות עושות "חוק", כן יהא דין התנאי לביטול מפורש. הכנסת כמו מכריזה היא מראש כי חוק פלוני – לעניינינו: שני חוקי היסוד, כל אחד מהם בדרכו שלו – לא יחול בו שינוי ולא יפגע בידי חוק מאוחר אלא אם ייעשה הדבר מפורשות. קביעת הצורך לומר דברים במפורש הינה דרישה של דרכי הליכים כמוה כצורך בשלוש קריאות. דומני שזו אף דעתה של קרפ, במאמדה הנ"ל, בעמ' 324, 379-380.

ב

ג

ד

129. מעניין להשוות הלכה שנתגבשה במשפט העברי בנושא דומה, אולי אף זהה. כלל הוא במשפט העברי ש"הילכתא כבתראי", לאמור, הלכה כאחרונים. אין צריך לומר שזו הילכתא ה"lex posterior" המשפט העברי העדיף דברי אחרונים על דברי ראשונים, אף שמשקלם וסמכותם של ראשונים נחשבת היא לגדולה ולמכרעת ממשקלם ומסמכותם של אחרונים. טעמו של הכלל מסתבר מאליו, שעל דרך זה התאימה עצמה ההלכה לתנאי החיים המשתנים. ואולם לכלל זה נקבע יוצא, והוא (כלשונו של מ' אלון, המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (י"ל מאגנס, מהדורה 3, תשמ"ח) 238א:

ה

"...אין הכלל 'הילכתא כבתראי' חל, אם האחרון פוסק את הדין בלא שראה את דברי הראשונים. ומשום כך קבעו הפוסקים, כי ההלכה כאחרון, רק אם הוא פוסק בדברי הראשון, דן בהם, ומוכיח בראיות המקובלות על בני דורו את נכונות דעתו המנוגדת לדברי הראשון".

ו

ובהמשך, בעמ' 238ב:

"כך נתבסס ונתקבל עקרון הפסיקה הגדול שבמשפט העברי – 'הלכה כבתראי'. אין להבין עיקרון זה, כאילו נתמעט על ידו אף משהו מן ההערצה שייחסו הדורות המאוחרים לדורות הראשונים; אך הערצה זו היה בה כדי להניע את הפוסק המאוחר לעיין בכובד ראש, ביראה ובענוה בהחלטתו, שכן ידע שהוא דן בבעיה שכבר זנו בה ראשונים; אך משהגיע למסקנתו – נפסקה ההלכה כדבריו, ולא כדברי הראשונים".

ז



חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו - כ"ראשונים" דמי, וחוק מאוחר לחוק היסוד - כ"אחרונים". דברי ראשונים לא ייסוגו מפני דברי אחרונים אלא אם אחרונים עיינו בדברי ראשונים, ומטעמים מפורשים ומבוררים. ודברו של חוק היסוד לא ייסוג מפני חוק מאוחר לו אלא בביטול מפורש וברור. אכן, סדנא דארעא חד הוא.

א

"שינוי" או "פגיעה" - רק בחוק יסוד?

130. אמרנו כי חוק מאוחר לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אין בכוחו לשנות זכויות שלפי חוק היסוד - או לפגוע באותן זכויות - אלא אם נאמר בו מפורשות, בלשון זו או אחרת, כי הוראותיו תחייבנה למרות האמור בחוק היסוד, כי כוונתו המפורשת היא לשנות מאותן זכויות או לפגוע בהן. בחוקי-יסוד: חופש העיסוק נקבע תנאי זה מפורשות - בסעיף 8 בו - ואילו לעניינו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו למדנו על הצורך בקביעה מפורשת מעין זו מתוכו של החוק ומתוכנו. בהגתה שחוק מאוחר לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע אמנם מפורשות כי הוראותיו נועדו לשנות מהוראות חוק היסוד או לפגוע בהן, האם אותו חוק מאוחר חייב שיהיה חוק יסוד, או שמא נאמר כל חוק כוחו עמו לסטות מהוראת חוק היסוד?

ב

ג

131. בגופו של חוק היסוד אין כל הוראה כיצד ניתן לשנותו או לפגוע בו - אם בחוק רגיל ואם בחוק יסוד. חוקי-יסוד: חופש העיסוק - תאומו לחיים של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו - קובע, בסעיף 7 בו, כי שינוי בו לא ייעשה אלא בחוק יסוד. האם נלמד מן הישר אל ההפוך, כי לעניינו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו די בחוק רגיל? והאם תתחזק מסקנה זו מתוך ההלכה שנתקבלה ואשר לפיה כל חוק בכוחו לפגוע בחוק אחר (ולו חוק יסוד הוא)? ראו: פרשת קניאל (13), בעמ' 796; פרשת רסלר (14), בעמ' 560; פרשת "נגב" (12), בעמ' 642; פרופסור רובינשטיין, בספרו הנ"ל (מהדורה 4), בעמ' 456-459; פרופסור אנגלרד, בספרו הנ"ל, בעמ' 111.

ד

ה

חבריי, הנשיא שמגר והנשיא ברק, סוברים - כל אחד מהם בדרך ומטעמי - כי אין לשנות חוק יסוד, או לפגוע בחוק יסוד, אלא בחוק יסוד או מכוחו של חוק יסוד, וכי כלל זה תופס בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו הגם שלא נאמר בו כך. מן הצד האחר ניתן לטעון, כי אין הכרח מובנה ששינויו של חוק יסוד או פגיעה בו ייעשו בחוק יסוד דווקא; והוא, אם לא הורה אותנו המחוקק אחרת, כפי שהורנו אמנם בסעיף 7 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק, ומשלא הורה אותנו המחוקק דבר על דרך שינויו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו או על דרך פגיעה בו - ששינוי בו או פגיעה בו ייעשו אך רק דווקא בחוק יסוד - ממילא ניתן לומר כי אין אנו מצווים על כך. לדעה זו האחרת, עיקר הוא במודעות הכנסת לשינוי שהיא עומדת לחולל בזכויות הקבועות בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו - או לפגיעה בהן - ומכאן הצורך בהכרעה מפורשת על השינוי או על הפגיעה - בנוסחה זו או אחרת - על דרך של "למרות האמור". ובמקום שברור לקורא כי הכנסת הייתה מודעת במפורש למעשה, שוב אין הכרח הנובע מן השיטה להיותם של השינוי או הפגיעה נכללים בחוק יסוד דווקא.

ו

ז

א דרך אגב: הקביעה הנדרשת מדברי חבריי, כי פגיעה בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא תוכל לבוא אלא בחוק יסוד; כי חוק רגיל הפוגע בהוראה מהוראות אותו חוק יסוד לא יתפוס מעיקרו גם אם נאמר בו מפורשות שחיקתו באה "על אף" האמור בחוק היסוד, וגם אם נתקבל ברוב מיוחס שבמיוחד; קביעה זו מביאה למסקנה מזוהה ביותר. משביקש המחוקק לשריין באורח פורמאלי את חוקי-יסוד: חופש העיסוק מפני פגיעה בו, טרח וכלל בו הוראה הקובעת מפורשות כי אין לפגוע בהוראות אותו חוק יסוד אלא בהתקיים תנאים אלה ואחרים, הכול כאמור בסעיף 8 לחוק היסוד. בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין בנמצא הוראה מעין זו. המתבונן בשני חוקי היסוד זה בצד זה - יכול היה להסיק אפוא, כי חסינותו של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו מפני פגיעה בו פחותה מחסינותו של חוקי-יסוד: חופש העיסוק. עתה, משאומרים לנו כי אין לפגוע בחוק יסוד אלא בחוק יסוד (ובכפוף להוראות מיוחדות שבחוק יסוד), ימצא לנו, להפתעתנו, כי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו כוחו דווקא רב מכוחו של חוקי-יסוד: חופש העיסוק. נמצא לנו אפוא, כי חוקי-יסוד: חופש העיסוק, שהמחוקק ביקש לשריינו מפני פגיעה בו, גם חוק רגיל יוכל לו כאמור בסעיף 8 לחוק היסוד; ואולם חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלא זכה לכל שרייון מפני פגיעה, רק חוק יסוד יוכל לפגוע בו. ומסקנה זו נדרשת בלא שתהא לה אחיזה בלשון החוק אלא על דרך הפרשנות המשפטית בלבד. הדוקטרינה מעשה ידי ההלכה תגבר על הוראות חוק מפורשות. מזוה.

ד 132. לשיטתי שלי, אין כל כורה דוקטרינרי להיותם של שינוי ופגיעה נכללים בחוק יסוד דווקא; נהפוך הוא. הגע בנפשך: הכנסת מקבלת חוק - על-פי כל כללי הנוהל והדיון - וטורחת היא לציין בו מפורשות כי בכוננתה לשנות מהוראות חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו או "לפגוע" בו (בין על דרך הנוסחה של "על אף האמור" ובין בכל דרך אחרת). הכול כסדרו ועל-פי נוהל מקובל. אלא שהחוק אין הוא חוק יסוד אלא חוק רגיל. בידענו שהכנסת אחת היא, וכי היושבים בה הם אותם אנשים כל העת, הנוספה ונאמר שהחוק היה כלא היה וכי הכנסת לא הועילה לשנות מהוראות חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו? לו דובר בחוקי-יסוד: חופש העיסוק, ידענו את התשובה: כל העם יודע ואף הכנסת מוזהרת מראש כי אין לשנות אותו חוק יסוד "אלא בחוקי-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת" (סעיף 7 לחוק היסוד); ומשלא נשמעה להוראת החקיקה - להכתיר את החוק המאוחר בכתר של "חוק יסוד" - פשוט הוא שהשינוי אינו כלל שינוי, ממש כשם ש"חוק" שנתקבל בשתי קריאות אינו "חוק". ואולם מה על חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלא נאמר בו כי רק חוק יסוד יש בכוחו לחולל בו שינויים או לפגוע בו? הרשאים אנו - הרשות השופטת - לשאת תנאים ממרחק ולשותלם בחוק היסוד? אכן, הקביעה כי אין משנים חוק יסוד אלא בחוק יסוד וכי אין פוגעים בחוק יסוד אלא בחוק יסוד, קביעה זו מושכת את הלב. אשאל את עצמי עם זאת, אם רשאים אנו להוסיף להוראות החוק דרישה שהחוק לא קבע מפורשות. אלא שאינני רואה שאלה זו כשאלה קרדינאלית.

על "המהפכה החוקתית"

133. בפסק-דינו מדבר חברי, הנשיא ברק, על "המהפכה החוקתית" שנתחוללה בכנסת בחודש מארס 1992, שעה שהכנסת העניקה למדינת ישראל "מגילת זכויות אדם חוקתית": זכויות האדם בישראל "הפכו לזכויות חוקתיות"; ישראל הצטרפה "לקהילת המדינות הדמוקרטיות ... אשר להן מגילת זכויות אדם (Bill of Rights) חוקתית"; "הפכנו להיות חלק ממהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים". דברים אלה, הם ואחרים, יש בהם התרוממות הרוח ונשמה יתרה. ומתוך שאין שני נביאים מתנבאים בסגנון אחד, וכשאני לעצמי, לא כך הייתי מציג את חוקי היסוד שלשנת 1992.

134. אשר לחוקי היסוד שלשנת 1992, ספק גדול בלבי אם חברי הכנסת עצמם היו ערים ל"מהפכה" שהם מחוללים. הנה זה חוק-יסוד: חופש העיסוק נתקבל ברוב של 23 חברי-כנסת (באין מתנגדים ובאין נמנעים), ואילו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נתקבל ברוב של 32 בעד, 21 נגד ונמנע אחד. וראו עוד פסקה 65 לעיל.

יתר-על-כן: מושג ה"מהפכה" משמיע שינוי טראומטי בחייו של אדם, בחייה של אומה. שינוי מקצה אל קצה. כך הייתה מהפכת ירבעם בן-נבט, כך הייתה המהפכה הצרפתית, כך הייתה המהפכה הבולשוויקית. ואם אומרים לנו כי בחודש מארס 1992 חלה "מהפכה חוקתית" בנושא זכויות האדם, כמו מוסיף הדובר ומשמיע לנו כי באותו חודש חל שינוי עמוק - שינוי מקצה אל קצה - בזכויות האדם בישראל. כמו זכויות האדם בישראל ראו באותו יום אוויר עולם, כמו יצרה הכנסת יש מאין: "מהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים" הגיעה סוף-סוף גם אלינו. נלמד מכל אלה: אשרינו שגם אנו בישראל זכינו בזכויות אדם חוקתיות.

דעתי שונה, שכן כידוע לכול זכויות אדם היו בישראל גם קודם שנת 1992. ועל כל אלה אמרתי במקום אחר (פרשת גניזאת [38], בעמ' 399-401):

"הדוקטרינה שפיתח חברי, המשנה לנשיא, הולכת-סובבת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, באשר הוא חוק יסוד שהוראותיו נותרו בספר החוקים. עד היות חוק היסוד, כך אומר חברי, לא היו זכויות היסוד אלא פרי של הלכה, ואילו עתה, לא זו בלבד שאותן זכויות מצאו להן משכן בגופו של חוק חרות, אלא שהמחוקק אף הוסיף ורומם אותן, הושיבן על כס של מלכות והן במעלת זכויות על ... בהקשר זה של דין קיים, חוק יסוד וזכויות יסוד, ביקשתי להוסיף ולומר - והוא עיקר בעיניי. כשאני לעצמי, רואה אני את עיקר כוחן ועוצמתן של זכויות היסוד במהותן הפנימית, בהיותן 'בנות הטבע' - זכויות 'טבעיות' - זכויות המעידות על עצמן, זכויות שדבר קיומן אינו צורך לא

א

ביאור ולא פירוש: ראית אותן, שמעת עליהן, קראת אודותן, וידעת שהן עמנו. יכול שיתגלעו חילוקי דעות על שוליהן של אותן זכויות, על אותם מעגלים חיצוניים המרוחקים ממרכזן, ואולם כאשר לליבתן לא יתעוררו חילוקי דעות בינותינו. בהכרה שבה חיים אנו - במקומנו ובזמננו - כל העובר על פני הזכויות יידע ויבין ויסכים ...

.....

ב

...זכויות היסוד מפנימיותן מקרינות הן חום ועוצמה, והאור גנוז בחובן. מכאן אף נדע על שום מה ולמה נלך שבי - ומרצון - אחרי אמירות אלו ואחרות המבקשות לרומם אותן זכויות מעלה מעלה.

ג

בדברנו עתה - ובעתיד - בחוקי היסוד ובזכויות היסוד, חשוב שנוכור ונדע כל אלה. ענווה וצניעות הינן מידות יפות לאדם, ושופט הוא אדם. נישמר שמא יגבה ליבנו ושלא נאמר איש אל רעהו: בעוצם ידינו, בחוכמתנו ובתבונתנו עשינו כל זאת. ההיסטוריה של זכויות האדם לא החלה בחוקי היסוד. שופטי ישראל לדורותיהם הילכו יד ביד עם אותן זכויות והרי אותן זכויות הן עימנו מאז קוממיות. כך נולדו הילכות בג"צ 1/49...; בג"צ 144/50 שייב...; בג"צ 79/53, 87 חברת 'קול העם'...; בג"צ 7/48 אל'כרבוטלי...; בג"צ 337/81 מיטוני...; ע"ב 2/84, 3 ניימן... ועוד הלכות רבות ושובות המלוות אותנו בדרכנו... ואותן הלכות, מעמד של חוק ניתן להן: כך ראו אותן הכל וכך פירשו אותן. ומתוך שלא חוקי היסוד ברא את זכויות היסוד, דומני שראוי לנו כי נהג בענווה ובצניעות בטפלנו בדין קודם שטבל כל כולו באותן זכויות.

ד

ה

.....

ו

אכן, לעתיד לבוא נזכיר את חוקי היסוד - נזכיר אותן ונסתמך עליו - כמסתמך בו מאוגדות זכויות יסוד. ואולם נדע ונשמור שני אלה: אחד, כי אותן זכויות לא נולדו עם חוק היסוד, וכי חוק היסוד - בעיקרם של דברים - אמר אך לתת ביטוי חרות לזכויות 'טבעיות' שהיו קיימות לפניו. ושניים, כי את עוצמתן המוסרית והחברתית שואבות זכויות היסוד לא מחוק היסוד באשר הוא אלא מתוך עצמן - מן האור, מן העוצמה ומן החום הגנוזים בהן - והרי הן כאותו סנה הבווער באש ואיננו אוכל. והסנה עמנו מאז ומקדם. אחרים יאמרו, כי זכויות היסוד בנות הן להשקפתנו המוסרית והחברתית, ומכאן כותן. בין כך ובין כך, עוצמה וכוח היו בהן בזכויות היסוד כבר לפני היות חוק היסוד, וגם באותה עת לא היה דבר ש'כפה' את בתי המשפט להתליט כפי שהתליטו - או שמנע אותם מהתליט אחרת. בבחינת מהותם של דברים, לא מצאתי מה נשתנה מאז ועד עתה, לאחר היות חוק היסוד".

ז

זו הייתה דעתי באותו עניין, זו דעתי - ובמשנה עוצמה - כהיום הזה.

135. התווית "מהפכה" קשה בעיניי. וכי אמירה כי נתחולל "שינוי" במהלכה של שיטת המשפט - אין די בה? ואומר אני דברים אלה, משום שתוויות - כשהן לעצמן - יש בהן, לעתים, כדי להכות בסנוורים ולגרום למשאלות לב להגשים את עצמן. יתר על-כן: גם אם אמרנו כי יש בהם בחוקי היסוד כדי לחולל שינויים חשובים מאוד בשיטת המשפט בישראל - ואכן כך נאמר - הנה המושג "מהפכה חוקתית" יש בו הרבה אל מעבר למושג השינוי. יש בו לא אך כדי להלהיב יתר על הראוי, אלא שבהוסיפו כוח ואנרגיה לעברה האחד של המשוואה, גורע הוא בה בעת כוח ואנרגיה מעברה האחר, וד"ל. הכך ראוי לנו שנבנה חוקה?

החוק דובר אלינו בלשונו, ומשמיע הוא באוזנינו את שהוא משמיע. אני מסכים, כמוכן, שלאחר חוקי היסוד קנה בית המשפט סמכות לבקר חוקי כנסת ולהכריז על בטלותם - בשלמות או במקצת - במקום שפוגעים הם שלא כדין בזכויות יסוד או משנים הם מזכויות יסוד הקבועות בחוקי היסוד. ואולם עד כמה שנתחוללה "מהפכה" נדע בבוא הזמן. מושג "המהפכה התעשייתית" הוטבע שנים רבות לאחור אותה "מהפכה", והספירה למניינם גם היא לא החלה ביום מותו של ישו אלא לאחר כמה מאות שנים, על דרך הספירה לאחור ליום לידתו המשוער (שנקבע בטעות).

136. ולבסוף: דרכו של המשפט אינה דרך המהפכה אלא דרכו של סיפור בהמשכים (כדימויו של פרופסור דבורקין), דרך הרץ למרחקים ארוכים. החיים משתנים והולכים כל העת, ועמהם המשפט. משפט שלא יתאים עצמו לחיים כמוהו כמשפט נסוג אחור. שיטת המשפט ביחסה לחיים נדמית היא לשחקן העומד על בימה נעה ומסתובבת. אם לא ינוע השחקן כי אז ייעלם מעיני הקהל אל מאחורי הבימה. חייב הוא לנוע למצער בקצב תנועתה של הבימה ולו כדי שישאר על מקומו, לא כל שכן אם ברצונו להתקדם. במקום שהבימה המסתובבת תגביר מהירותה לפתע והשחקן לא יגביר מהירותו אף הוא, ינוע ינוד השחקן ואפשר אף יאבד שיווי משקל. ואם יגביר השחקן מהירותו אל מעבר למהירותה של הבימה, גם אז עלול הוא להיעלם אל מאחורי הבימה. חוכמתנו שלנו - חוכמת המשפט - היא, שנדע להתאים מהירותנו לעולם סביבנו. אכן, כפי שאמרת בפרשת גניחאת [38], בעמ' 401: "אט אט נלך, עקב בצד אגודל, בשופי תהא דרכנו, בשובה ונחת נפסע". וכדבר הנביא:

"בשובה ונחת תושעון  
בהשקט ובבטחה תהיה גבורתכם"  
(ישעיהו ל, טו [ו]).

שתי שאלות נוספות שנדון בהן בקצרה

א 137. אמרנו בתחילת דברינו כי לא נדון אלא במקצת שאלות שעשויות היו להתעורר בעניין שלפנינו. נעמוד עתה על שתי שאלות נוספות, ונדון בהן אך בקצרה.

לנושא סמכות בתי המשפט לפסילת חוקי כנסת

ב 138. חבריי הניחו תשתית עיונית לסמכותו של בית-משפט לפסילת חוקי כנסת, ואנוכי הוספתי עליהם במקצת. ועדיין תטרוד אותנו שאלה באשר למחזיקים בסמכות זו: האם יהיו אלה כל בתי המשפט בארץ לערכאותיהם, או שמא תיוחד הסמכות לבית המשפט העליון בלבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק? חבריי לא נדרשו כלל לשאלה, ונוכל להסיק מדבריהם, ולו במשתמע, כי כל בתי המשפט בארץ - למקטון ועד גדול - כולם מוסמכים הם לפסול חוקים של כנסת. והוא כמעשה בית המשפט המחוזי בענייננו. מתוך שהשאלה לא הועלתה לפנינו להכרעה, לא אביע דעתי בה. אומר אך זאת, שיש יסוד איתן להשקפה כי סמכות פסילתם של חוקי כנסת ראויה היא שתהיה שמורה אך לבית המשפט הגבוה לצדק, לו בלבד, להוציא כל בתי המשפט האחרים כולם. אכן, המסורת המשפטית המקובלת עלינו - מסורת המשפט המקובל - מכירה סמכות לכל בתי המשפט להצהיר על דברי חוק כבטלים מעיקרם. ואולם במה היו דברים אמורים עד כה, בחקיקת משנה שנעשתה (לכאורה) על-פי חוק הכנסת.

ג משהכרנו עתה לראשונה - כדבר הלכה - בסמכות של בתי-משפט לפסול חוק של כנסת, דומה כי זכאים אנו להוסיף ולקבוע איזו ערכאה תחזיק בסמכות של בדיקה ופסילה. אכן, הקנקן שמסורת המשפט המקובל נתנה בידינו - הקניית סמכות פסילה לכל בית-משפט, בכל ערכאה - הינו צר מהכיל סמכות פסילתם של חוקי כנסת אף הם. מכל מקום, הדוקטרינה החלה על פסילתם של מעשי חקיקת משנה, בוודאי אין זה ראוי לה כי תחול מעשה מוכני על ענייננו שלנו אף הוא. כשאני לעצמי, דומה עלי כי טעמים כבדי משקל יתמכו בייחודה של הסמכות לבית המשפט הגבוה לצדק (תוך קביעת סדרי דין מתאימים להעברתן של שאלות חוקה מבתי משפט אחרים לבית המשפט הגבוה לצדק). בדרך זו אף יוכל בית המשפט הגבוה לצדק לבורר לעצמו שאלות הראויות, לדעתו, לדיון מידי תוך החיית נושאים אחרים לימים יבואו. ועוד נכונו לנו עלילות.

לנושא נטל השכנוע בפסילתו של חוק

ד 139. מי הוא שיישא בנטל השכנוע כי חוק פלוני פסול אך באשר פוגע הוא (כנטען) בזכות יסוד שהוכרה בחוק יסוד? דעתם של חבריי, הנשיא שמגר והנשיא ברק, אחת היא: וכמותם דעתו של חברנו, השופט ד' לוי. חבריי מבחינים בין שני שלבים, ואלה הם: השלב הראשון עניינו בשאלה אם נפגעה זכות יסוד כהגדרתה בחוק היסודי; למשל: אם

נפגעה זכות הקניין כהגדרתה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנטל בשלב זה של ההליכים מוטל על הטוען לפגיעה. הנשיא ברק מוסיף ואומר כי בשלב זה של ההליכים תתפוס חוקת החוקתיות כפי שנפסקה בפרשת ברגמן [15], בעמ' 699. משהוכחה פגיעה בזכות יסוד, עוברים אנו לשלב ההליכים השני. בשלב הליכים זה תיבחן הטענה, כי על־אף הפגיעה בזכות היסוד תקף הוא החוק הואיל ועומד הוא בדרישותיה של פיסקת ההגבלה. בשלב זה מוטל נטל השכנוע על הצד האחר. עתה מוטל הנטל על הצד הטוען להיותו של החוק תקף. בדבריהם אלה הולכים חבריי, כמסתבר, בעקבות ההלכה שנפסקה בקנדה, ראו: הוג, בספרו הנ"ל, פרק 35, בעמ' 851 ואילך ("Limitation of Rights"); Oakes [114].

140. נושא זה של נטל השכנוע אינו טעון הכרעה בענייננו, שכן אליבא דכולי עלמא מדלג החוק המתקן על המשוכות המוצבות לפניו בסעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהגיע יום תעמוד להכרעתנו גם שאלת הנטל, ונכריע בה כפי שנכריע. ולא אומר דברים שאומר אלא להעלאת שיקולים שיש וראוי לדעתי להעלותם באותה הכרעה.

141. חוות־דעתם של חבריי באשר לנטל השכנוע בשלב ההליכים הראשון ובשלב ההליכים השני – וכמוה ההלכה במשפט הקנדי – מציבה עצמה, כנראה, על שני עמודים אלה: העמוד האחד: ניתוח מבנהו הצורני של החוק; מעבר מזה, דרך הגדרתן של זכויות היסוד כפי שהוגדרו, ומעבר מזה – ההיתר שניתן למחוקק, בתנאים שנקבעו, לפגוע באותן זכויות. והעמוד האחר: מהותה של זכות היסוד – באשר זכות יסוד היא – ומהותה של הפגיעה בזכות היסוד. לאמור: עמוד של צורה ומבנה ובצדו עמוד של מהות.

ניתן דעתנו כי מדברים אנו עתה אך בנטל השכנוע בלבד, וכי אין אנו מדברים בפירושו של חוק היסוד: לא בתחום פריסתן של זכויות היסוד ולא בפירושה של פיסקת ההגבלה ובפירושה של התנאים המוצבים בה להכשרתו של חוק הפוגע בזכות יסוד. הדברים מובנים מאליהם, אך מצאנו צורך לאומרם משום שנושאים אלה כולם נדונים בהלכה ובספרות בכריכה אחת; ומתוך שכל אחד מהם כופף עצמו למסגרת כללים שונה, ראוי הוא לדעתנו כי נבחין בין הדבקים שאינם דבקים.

142. אשר לכללים שקבעו חבריי בנושא נטל השכנוע. אודה ואתוודה: התלבטתי בהם לא מעט. ולאחר ששקלתי ביני לביני, כך וכך, הגעתי לכלל מסקנה – לעת הזו – כי ראויים הם אותם כללים, לכאורה, הן מצד עצמם הן בהשתלבם במערכת משפט הראיות וחוקי היסוד בכללם (ראו והשוו, R. Cross, On Evidence (London, Dublin, Edinburgh, 7th ed., by C. Tapper, 1990) 120ff. ("Allocation of the Burden") ואלם ביקשתי כי נשקול הצבתו של סייג בצדו של נטל השכנוע בשלב ההליכים השני, והוא בנושא חוקת החוקתיות (presumption of regularity, presumption of constitutionality).

א

לענייננו עתה נקבל כי משהוכחה פגיעה בזכות יסוד ובעוברנו לשלב ההליכים השני - בגדריה של פסקת ההגבלה -- נטל השכנוע הוא על הטוען כי החוק הוא חוקתי, לאמור, כי עומד הוא בתנאיה של פסקת ההגבלה. הסייג שאנו מבקשים לשקול אמור להוסיף ולקבוע - בשלב השני של ההליכים - כי בצאתו אל הדרך להיכנסו אל שדה פסקת ההגבלה, נצייד את החוק בחוקת חוקתיות, לאמור, בהנחה לכאורה כי חוק שהכנסת מחוקקת אכן חוק חוקתי הוא. חזקה זו מקומה יהיה, כמוכח, במסגרת הנטל להביא ראיות (הנטל מס' 2) להבדילו מנטל השכנוע (המוטל על רשות השלטון). דומני שדבריי דומים לדברים שאומר חברי, הנשיא שמגר, אם כי אין זהות בין השניים (ראו דברי הנשיא שמגר בפסקה 85 לפסק-דינו). חברי, הנשיא ברק, קובע חזקה חוקתיות רק לשלב ההליכים הראשון, ועל כך אומר שני אלה: ראשית לכול, בשלב ההליכים הראשון חזקת החוקתיות חשיבותה אינה אלא חשיבות משנית, שהרי כללי הראיות הרגילים - שהמוציא מתברו עליו הראיה - יטילו ממילא את הנטל על הטוען כי בפגעה זכותו (השוו הוג, בספרו ה"ל, בעמ' 857). שנית, לא ידעתי מה טעם לא תחול חזקת החוקתיות בשלב ההליכים השני. אכן, במשפט הקנדי נשמעה דעה כי חזקת החוקתיות לא תתפוס בשלב ההליכים השני במקום שהנושא הוא זכויות היסוד (ראו והשוו, למשל, שט, בעמ' 859, 860, ואולם, עד שנאמץ דעה זו ראוי שנדון בה לגופה ונשקול אותה לגופה. אפשר כי ההלכה בארץ שונה, וכי חזקת החוקתיות אמורה לחול, לכאורה, גם בשלב ההליכים השני. וכדבריו של השופט לנדוי בפרשת ברגמן [15], בעמ' 699:

ב

"בבואנו עתה לבחון את חוק המימון... ברצוננו להקדים... ראשית, יש להעמיד את חוק הכנסת בחזקת כשרות, כפי שנתקבל. נטייתו הראשונית של בית-המשפט חייבת אפוא להיות לצד קיום החוק ולא לפסילתו גם כאשר טוענים נגדו שהוא נוגד הוראת חוק 'משורינת'."

ג

אכן, השאלה אם הלכה זו חלה על ענייננו במישרין וכמות שהיא, אינה פשוטה כל עיקר. יש בה פנים לכאן ולכאן, ולא נאריך. כל שברצוננו לומר אינו אלא זאת, שעד אשר נעלים את חזקת החוקתיות משלב ההליכים השני, ראוי שנדון ונעמיק בשאלה לגופה. דומני שזו אף דעתו של חברנו, השופט גולדברג.

ד

143. יתר-על-כן: חקיקת משנה עומדת לה חזקת כשרות, לא כל שכן חקיקת משנה שעשתה ועדת כנסת או שאישרה אותה ועדת כנסת. ראו, למשל: בג"צ 6290/93 זילכה נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות [71], בעמ' 637-639 ומראי המקומות שם; בג"צ 889/86 [65], בעמ' 543-544; בג"צ 491/86 עיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' שר הפנים ואח' [72], בעמ' 770-771, 774; בג"צ 73/85 [49], בעמ' 159; בג"צ 89/83 [10], בעמ' 495-496; בג"צ 356/83 לידור האגודה להגנת בעלי בתים, דירות ורכוש פרטי בישראל ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח' [73], בעמ' 607; בג"צ 108/70 מנור ואח' נ' שר האוצר [74], בעמ' 445.

ה



## מגדל כפר שיתופי ואח'

השופט מ' חשין, השופט א' גולדברג

ואם על חקיקת משנה כך ייאמר – על חקיקת כנסת לא כך ייאמר? והרי מעיקרם של דברים בחרנו את נציגינו לכנסת כדי שיאמרו לנו – ויקבעו בעבורנו – מה נורמות ראויות הן שתנהגנה את חיינו; קול המון כקול שדי (*vox populi vox dei*), ונציגיו של עם – כעם דמי. ראו עוד: א' לבונטין, "יהדות ודמוקרטיה – הירהורים אישיים" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 521. אכן, לא נדחק את הדברים אל קצה. לא אמרנו – ולא נאמר – כי הואיל וקול הכנסת הוא כקול העם, ממילא לא קנה בית המשפט סמכות לפסול חוק כנסת בהיותו חורג מחוקי היסוד. לו אמרנו כן, נרמים היינו בעינינו כמי ששפכו תוכו של קנקן ונמצאנו מחזיקים בידינו קנקן ריק. ואולם במלאכת האיוון העדינה – והיא אַמנותנו וְאַמנותנו – דומה שעשוי להימצא מקום לחוקת החוקתיות גם בשלב ההליכים השני. וכחוכמתנו נעשה.

יתר-על-כן: מתוך שזכויות היסוד מנוסחות בחוקי היסוד באורח מוחלט ובלא סייגים, ייקל עליו על הטוען לפגיעה בזכות יסוד לעבור את המשוכה בשלב ההליכים הראשון. תופעה זו תחזור ותישנה כמעט לעניינו של כל חוק מחוקי הכנסת, שהרי בימינו ובמקומנו כמעט כל חוק – ומכל מקום: חוקים רבים – אמור לפגוע כך או כך בזכות יסוד זו או אחרת. יימצא לנו כי כמעט בכל הליך והליך נעבור היישר לשלב ההליכים השני, לאמור, להטלת הנטל על הטוען כי החוק נושא הדיון עומד במגבלות פיסקת ההגבלה. לרקע כל אלה, אפשר ראוי שנקבע כי כל חוק יצא לדרך ובצקלוננו חוקת חוקתיות גם בשלב ההליכים השני. ואם לא תחול חוקת החוקתיות תמיד, ובאותה עוצמה, אפשר תחול החוקה לשיעורין ושלא באותה עוצמה? שאלות אלו כולן ראויות הן לעיון, והכרעתן לימים יבואו.

סוף דבר

144. סוף דבר יישמע והוא כתחילה: אצטרף להכרעתם של חבריי הנשיאים: הנשיא שמגר והנשיא ברק, ועמהם השופטים ד' לוי, אליעזר גולדברג וזמיר. וכך אומר: חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו הינו חוק נעלה על חוקים אחרים, וחוק כי יפגע בו בלא שיקיים תנאים מוקדמים שנקבעו, יהיה החוק כמו לא היה; בית המשפט העליון קנה סמכות לקבוע כי חוק פלוני נוגד את חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולהכריז כי אותו חוק – ומאותו טעם – בטל הוא. ולבסוף: כי החוק המתקן נכנס אל שדה פיסקת ההגבלה של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו ויצא ממנה בשלום.

השופט א' גולדברג: 1. חוק יסוד המעגן זכויות אדם, מטיבו וממהותו אינו חוק של חולין. חוק יסוד המצהיר על זכויות האדם נוגע לנשמת אפה של ההווה החברתית במדינה דמוקרטית. חוק יסוד המצהיר כי "מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוקי-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו), אינו מעניק כבוד רק לאדם אלא גם למדינה. על-כן, אך מובן כי חוק כזה נתפס בעיני "אזרח מן השורה" שזכויות האדם יקרות לו כחוק קונסטיטוציוני, במובנו הבסיסי.

א גם מן הפן המשפטי שינו שני חוקי היסוד, חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי־יסוד: חופש העיסוק, את הנורמה אשר נתנה את ההכרה לזכויות האדם שנקבעו בהם. זכויות אלה אינן עוד רק זכויות "טבעיות"; אין הן עוד תולדה רק של הכרה שיפוטית; ואין על האזרח להילחם עוד על עצם ההכרה המשפטית באחת מן הזכויות. המקור המשפטי אשר מעגן עתה את הזכויות; מעמדן כזכויות חוקתיות על־היקיות; שריונן (בדרך זו או אחרת) של הזכויות; וכפועל יוצא - סמכות הביקורת הנתונה לבית המשפט על החקיקה והסעדים החוקתיים שבידו ליתן, ששיאם בהכרזה על בטלות חוק - כל אלה בוודאי נותנים יסוד לומר כי נפל דבר בישראל במרס 1992.

ב השאלה בדבר מקור הנורמה ומעמדה היא בענייננו שאלה עיונית, שאינה מחייבת הכרעה. לפיכך אומר רק זאת: מוכן אני לצאת מן ההנחה כי כל אחת מן הדעות שהובעו בנושא זה אינה לוקה בתשתיתה הרעיונית, ההיסטורית או הפרשנית. אולם היא הנותנת: דווקא משום שניתן לראות בכל דעה אופציה משפטית "לגיטימית", ראוי הוא להעדיף את זו המאדירה את מעמדן של זכויות האדם, כשהעדפה כזאת מתחייבת מערכיותו של הנושא. תיוה, אף שהיא אפשרית, שיש בה להחליש את מעמדה של הנורמה, בהכרה ממעיטה ממעמדן של הזכויות עצמן, שעה שמגמה אשר צריכה להנחות אותנו היא הפוכה בתכלית.

ג המתחייב מכך, כי יש להעמיד את הזכויות שהעניקה הכנסת בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו, במעלת זכויות חוקתיות - היא המעלה שאין למעלה הימנה במעלות הנורמאטיביות.

ד 2. בדברנו על ההגנה שמעניק סעיף 3 לחוק היסוד על קניינו של האדם, יש לברר תחילה אם הזכות שמבקשים להגן עליה אכן היא "קניין", כמובנו בסעיף 3. היה וכן, כי או עולה השאלה השנייה, אם הייתה "פגיעה", כמובנה בסעיף 3, בזכות הקניין. תשובה חיובית גם לשאלה השנייה היא שמעלה את השאלה השלישית, אם הפגיעה עונה לדרישותיה של פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד (ראה פרופ' ויסמן, במאמרו הנ"ל, הפרקליט מב, בעמ' 261).

ה 3. אשר למקרה שלפנינו המתבטא בחוק אשר פוגע בזכויות החוזיות של נושים, הרי שגם לדידי מתפרסת זכות הקניין מבהינת היקפה הפנימי גם על זכויות חוזיות. בכך אין משום טשטוש ההבנה המקובלת בין זכויות חוזיות (*in personam*) לבין זכויות קנייניות (*in rem*). שכן, אף זכויות אובליגטוריות משמשות מושא לבעלות, בהיותן בעלות ערך כלכלי:

ו "הנכסים שהם נשוא הזכויות הקנייניות עשויים להיות מסוגים שונים... כך, למשל, אפשר ליצור זכות קניינית... בנכס שהוא עצמו זכות אישית *in personam*... עלינו להבהין איפוא הבהן היטב בין טיב הנכס נשוא הזכות (ואין מניעה לכך שזכות אישית תהא הנכס שלגביו יש זכות קניינית...) לבין טיב הזכות שבנכס..." (ויסמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 50).

בע"א 511/88 מנדלבאום נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון-לציון ואח' [75], בעמ'  
527, אמר הנשיא שמגר כ"י:

א "... האינטרס של הדייר המוגן בנכס ראוי להגנה כמו האינטרס של השוכר או החוכר, שכן בהקשר זה לאו דווקא טוהר קנייניות הזכות הוא הקובע, אלא ערכה הכלכלי אשר נפגע עקב התכנית" (לפי חוק התכנון והבניה, תשכ"ה - 1965 - א' ג').

ב וראה גם פרופ' ויסמן, במאמרו הנ"ל, הפרקליט מב, בעמ' 267.

ג זאת ועוד, משהוכר במשפט האזרחי הצורך להגן על בעלותו של פלוני בזכויותיו החוזיות מפני פגיעה מודעת בהם על-ידי צד שלישי, כאמור בעולת גרם הפרת חוזה, אין סיבה לצמצם את ההגנה הנפרסת על נכסים אלה במסגרת סעיף 3 לחוק היסוד (לתוצאה דומה ראה: *Minister of State for the Army v. Dalziel* (1943) [84], at 295; *Rio Rico Properties v. Santa Cruz County* (1992) [100], at 174; L. Kreynin, "Breach of Contract as a Due Process Violation: Can The Constitution be a Font of Contract Law?" 90 *Colum. L. Rev.* (1990) 1098, 1105. כן ברור, כי בענייננו הייתה פגיעה בזכות הקניין, ויש לפרש "פגיעה" כגריעה מן הזכות הרכושית, הכלכלית, שהייתה לבעל הקניין.

ד 4. בנוסף, מבקש אני להתייחס לנושאים הנוגעים להיבט היישומי של סעיף 8 שבחוק היסוד. בבג"צ 428/86, 429, 431, 446, 448, 463, בשג"צ 320/86 [9], בעמ' 595, אמר השופט (כתוארו אז) ברק כ"י:

ה "... חקיקה קונסטיטוציונית חייבת להתפרש על רקע מבנה השיטה כולה... כל חוק קונסטיטוציוני אינו אלא לבנה אחת ממבנה כולל, המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט. על-כן, תפקידו של השופט-הפרשן, שעה שהוא מפרש חוק קונסטיטוציוני, הוא להביאו לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים במדינה" (מ' לנדוי, 'הלכה ושקול דעת בעשיית משפט' משפטים א (תשכ"ח-כ"ט) 292, 306).

ו כך עלינו להיות מודרכים גם בבואנו לפרש את סעיף 8 לחוק היסוד, על שלושת מבחני המשנה שבו. בעת שהוא מפרש סעיף זה, על בית המשפט להעמיד לנגד עיניו את המבנה הקונסטיטוציוני של שיטתנו המבוסס על הפרדת הרשויות, שמשמעה איוון ופיקוח הדדיים בין הרשויות. כפי שאמר הנשיא שמגר בפרשת רסלר [14], בעמ' 518:

א

"... רק בדרך זו, היינו עליידי מניעת ריכוז היתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת, מובטחת הדמוקרטיה ונשמרת חירותם של הפרט ושל הכלל. לשון אחר, הביזור השיטתי והקונספטואלי של הסמכויות בין הרשויות, תוך השלטת עקרונות חוקתיים בדבר פיקוח ובקרה הדדיים, וקביעתם למטרה זו של קשרים וגשרים בין הרשויות השונות, הם שיצרו את הבסיס בעל המרכיבים המשולבים החובקים את כל זרועות השלטון. כך נוצרת מקבילית הכוחות, המקימה ומייצבת את האיזון, שהיא תנאי לקיום החירות ולקיום תקינות הממשל על כל זרועותיו".

ב

ג

ד

ה

5. ההרמוניה בין הרשויות מחייבת, על-כך, הצבת "קו אדום" בין הפעלת סמכות הביקורת המטורה לבית המשפט על מעשה חקיקה לבין מעורבות בחקיקה. על בית המשפט להיזהר מטשטוש הגבולות ומגלישה לעבר סמכות לא לו. עליו לזכור כי בידו מסודר הפיקוח המשפטי בלבד, אם החוק הוא חוקתי, ובהפעילו סמכות זו אין הוא משמש תחליף לרשות המחוקקת. אין בית המשפט ממיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול-דעתו שלו. חופש הבחירה בין אמצעים חלופיים, שכולם באים לאזן בין התכלית הראויה והפגיעה בזכות, מסודר למחוקק ולא לבית המשפט. המחוקק הוא שמוסמך לבחור, מבין האמצעים האפשריים, את האמצעי הנראה לו מתאים להגשמת תכליתו הראויה של החוק, וחזקה עליו כי אכן שקל את כל האפשרויות הרלוואנטיות. פועל יוצא מכך, כי יש להעמיד את החוק העומד לביקורת בחזקת כשרותו החוקתית. תפיסה זו, בהתאמה, מקובלת עלינו לביקורת המינהל, קל וחומר שהיא צריכה להדריך אותנו בביקורת החוקתית. רק המסקנה כי המחוקק לא עמד במגבלות לפגיעה בזכות כפי שנקבעו בסעיף 8 לחוק היסוד, היא שמחייבת את הכרות בית המשפט על החוק כבלתי חוקתי, כאילו מדובר היה בחריגת המחוקק מסמכותו. כל התערבות אחרת של בית המשפט תשבש את הגבולות המתחייבים מהפרדת הרשויות.

ו

6. כך עלינו להתייחס גם למבחן האחרון שבפסקת ההגבלה שבחוק היסוד, והוא כי הפגיעה של החוק הפוגע בזכות האדם תהא "במידה שאינה עולה על הנדרש". מבחן זה הוא "מבחן המינון". מינון הפגיעה צריך שיהא כך שלא יעלה על הנדרש.

ז

כדי להגיע למינון הנכון צריך שיתקיים תהליך של ברירה בין הלופות אפשריות ובחירת אחת מביניהן. תהליך זה מעצם טיבו משקף הפעלת שיקול-דעת בדבר התאמת המינון להגשמת התכלית (הראויה), כשנקודת המוצא היא כי לכל אחת מן החלופות יש "מחיר" המתבטא בדרך זו או אחרת. עוד יצוין, כי כשמדבר סעיף 8 על "מידה שאינה עולה על הנדרש", הרי ששני מובנים לה לתיבה "הנדרש": בהתנגשות בין שני ערכים, "הנדרש" הוא אמת המידה המהותית; בהתנגשות בין מושגים מדידים במערכת נתונים קונקרטיים, "הנדרש" הוא אמת המידה הכמותית. המבחן שבו מדובר הוא יהסי ולא מוחלט. לא גודלה האבסולוטי של הפגיעה הוא שעומד לבחינה, אלא גודל הפגיעה

לעומת המתחייב מהשגת התכלית הראויה. ואם כי מלשונו של סעיף 8 לחוק היסוד עולה כי אסורה כל פגיעה עודפת שאינה מתחייבת מהגשמת התכלית הראויה, הרי שמטעמים שעליהם עמדנו, מתחייב, לדעתי, כי בית המשפט יכריז כי החוק אינו עומד במבחן "המינון", רק אם הגיע לכלל דעה כי בתהליך הברירה נבחר אמצעי שמינון הפגיעה בו חורג באופן מפליג ממיתחם פגיעה סביר (בהשוואה לאי-סבירות קיצונית). שאם לא כן ימיר בית המשפט את שיקולי המחוקק בשיקול-דעתו שלו.

החשש כי בביקורת החוקתית יתחלפו התפקידים בין בית המשפט לבין בית המחוקקים, והצורך להעמיד את גבול ההתערבות כמוצע לעיל, באים לידי ביטוי מיוחד בחוקי מיסוי ובחוקים המתווים מדיניות כלכלית (בהם חל המובן השני של "הנדרש", שעליו עמדנו). אם בחינת חוקתיות המינון תיעשה באלה בדרך של בדיקה קפדנית של החלופות האפשריות, יקשה למצוא חקיקה כלכלית שתעמוד במבחן המידתיות. כדברי השופט *Blackmun*:

"A Judge would be unimaginative indeed if he could not come up with something a little less 'drastic' or a little less 'restrictive' in almost any situation, and thereby enable himself to vote to strike legislation down" (*Illinois Elections Bd. v. Socialist Workers Party* (1979) [101], at 188-189).

בחוקי מיסוי ובחוקים כלכליים גם מצטרפת העובדה כי אין בידי בית המשפט הכלים והמכשירים לעמוד על הדקויות וההבדלים במידתיות שבין האפשרויות השונות (ראה בג"צ 311/60 מילר, (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר-התחבורה ואח' [76], בעמ' 1996). אין גם לשכוח כי התערבות מוטעית בחוקים העוסקים בנושאים שהוזכרו עלולה לגרום זעזועים במשק המדינה. כל אלה בהצטברם יחד אך מחזקים את הדעה כי על בית המשפט להכריז על אי-חוקתיותו של חוק בשל חריגתו ממבחן המינון, רק אם האמצעי שבחר המחוקק חורג באופן מפליג ממיתחם הפגיעה הסביר להגשמת התכלית הראויה.

7. המסקנה המתבקשת מן האמור לגבי חוקי מיסוי וחוקים כלכליים אינה כי יש לקבוע לגביהם נוסחת ביקורת חוקתית שונה מהמוצע לעיל, אלא ש"רף" המינון האפשרי הוא שיהיה בהם גבוה יותר. בדומה לתפיסת המשפט החוקתי האמריקני כי חקיקה כלכלית זוכה לרמת הבדיקה הנמוכה ביותר (Minimal Scrutiny), ונדרש אך בסיס הגיוני לאמצעי הפוגע בו נקט החוק.

תיחום רחב יותר של המינון האפשרי מתחייב מגופם של דברים, שכן הפגיעה בזכות הקניין של הפרט, בדרך של חקיקה כלכלית, מורכבת, למעשה, משלושה נדבכים: בשלב הראשון נקבעת המידה הכוללת של האמצעים הנדרשים להגשמת התכלית הראויה. קביעת המידה הכוללת של האמצעים אינה אלא ביטוי לסדר העדיפויות בין תכליות לאומיות ראויות שקבע המחוקק. ככלל, יימנע בית המשפט מהתערבות בחקיקה הקובעת מידה

כוללת זו או המושתתת עליה, שאינה אלא איוון בין קניין הפרט לצורכי הכלל, אלא אם כן ברי כי מידה זו חורגת במופלא מן המידה הראויה, וכי סופה שתותיר את זכות הקניין של הפרטים ללא מרחב מחיה ראוי. בשלב השני נקבעת זהותם של אלה שמהם יגויסו האמצעים הנדרשים להגשמת התכלית הראויה. גם קביעה זו תעמוד לביקורתו של בית המשפט (כגון בהפליה פסולה), בכפוף לחופש הבחירה בין אמצעים חלופיים שכולם באים לאזן בין התכלית הראויה והפגיעה בזכות. איוון זה מסור, כפי שכבר הובהר, אף הוא למחוקק ולא לבית המשפט. השלב השלישי מהווה פעולה אריתמטית של קביעת מינון הפגיעה.

הנה כי כן, מדובר בתהליך מורכב המושתתת הן על מדיניות והן על רזי חישובים אקטואריים סבוכים, אשר לא אחת שגויים במחלוקת בין כלכלנים. מכאן גם מובנת נטייתו של בית המשפט הגבוה לצדק שלא להתערב בקביעת מדיניות כלכלית (ראה, לדוגמה, בג"צ 49/83 המחלבות המאוחדות נ' המועצה לענף החלב ואח' [77], בעמ' 523). ויובהר, כי לא אמרנו כל אלה כדי להסיק כי לא תיתכן ביקורת חוקתית על חוקים כלכליים, אלא כדי להדגיש את המתחייב מן המאטריה המבוקרת, כי על בית המשפט להרחיב בה את מעגל המינונים האפשריים לפגיעה, כדי שלא ייראה מתערב בתבונת המדיניות שנקט המחוקק.

8. מכאן לשאלת נטל השכנוע, שעה שנטען כי קיימת בחוק פגיעה בזכות מהזכויות המנויות בחוק היסוד שאינה לתכלית ראויה, או שאינה עומדת בדרישת המידתיות. לנטל השכנוע נודעת חשיבות כאשר נדרש בית המשפט לקבוע מימצאים עובדתיים. או מכריע נטל השכנוע בין שתי גירסאות סותרות השקולות זו לזו. כאשר נדרש בית המשפט להכריע הכרעה ערכית (כגון: איוון בין ערכים מתנגשים), אין משמעות מעשית לנטל השכנוע. הניתוח ההגיוני הוא הכלי שבית המשפט נזקק לו, וכלי זה מצוי באמתחתו. מכאן, כי לצורך הקביעה אם תכלית הפגיעה בזכות המוגנת היא תכלית ראויה אין לרוב משמעות לנטל השכנוע, והקביעה היא ערכית ביסודה. לנטל השכנוע תהא משמעות בקביעת מידתיותה של הפגיעה, ובלבד שהמידתיות אף היא אינה תולדה של איוון ערכים בלבד. תכונת הרכושיות של הקניין (קרי: היכולת לכמת את שווייה של הזכות הקניינית) היא שמחייבת את בית המשפט להיזקק לעובדות על-ימנת לקבוע אם החקיקה הפוגעת בקניין עומדת בדרישת המידתיות. אם כן, לנטל השכנוע תהא משמעות מעשית בנסיבות אשר כאלה, שבהן יהיה על בית המשפט להכריע בין שתי מסכתות עובדתיות.

תפקידו של נטל השכנוע הוא להכריע בתנאי אי-ודאות, כשכפות המאזניים מעוינות. על חלוקת הנטלים בין הצדדים המתדיינים חולשים מספר שיקולים. שיקול אחד הוא זה כי קיומם של עובדה או מצב עניינים מסתבר יותר. או אז, הנטייה היא להטיל על הטוען להיפוכו של אותו מצב את ההובאה להראות כי במקרה הנדון מצב הדברים שונה. שיקול אחר צומח מן ההכרה כי בתנאי אי-ודאות יוטל נטל השכנוע באופן אשר יצמצם את

הסיכון שבהחלטה בלתי נכונה. כך, לדוגמה, בהליכים פליימ, שבהם מונחת על כף המאזניים חירותו של אדם, מוטל הנטל על המדינה באמצעות חוקת החפות הקבועה בחוק העונשין. בהליכים אזרחיים מוטל הנטל על "המוציא מחברו", באשר הוא זה שטוען לשינוי המצב הקיים (ובעניין זה ראה ד' ביין, "נטל השכנוע וחובת הראיה בדיני המסים" חשופט ומחשל ג (תשנ"ה) 277, 285).

א

בהליכים שבהם נבחנת חוקיותו של חוק, נקודת המוצא היא כי החוק מותק כחוקתי. אם כן, הספק צריך לפעול לטובת הכשרתו של החוק, ולא לביטולו. מכאן, שעל מי שטוען נגד תוקפו של החוק נטל השכנוע כי החוק בלתי חוקתי, גם במובן זה כי הפגיעה חודגת באופן מפליג ממיתחם הפגיעה הסביר להגשמת התכלית הראויה. אל נטל השכנוע נסמך הנטל המשני של הבאת הראיות. לא על מי שמגן על החוק להראות כי ישנן חלופות אחרות שפוגעות יותר וכי נבחרה החלופה הפוגעת פחות, אלא על מי שטוען נגד תוקפו של החוק להראות כי קיימת חלופה מסוימת וברורה המגשימה את התכלית הראויה אך פגיעתה בזכות המוגנת פחותה במידה ניכרת מן הפגיעה שבחוק.

ב

ג

9. בענייננו, התוקפים את תוקפו החוקתי של החוק לא הביאו כל אלטרנטיבת מינון אחרת מוז שבהר בה המחוקק להגשמת התכלית הראויה (ומסכים אני כי התכלית אכן ראויה).

ד

מכאן שאף אני מצרף דעתי לדעת חבריי בדבר תוצאותיו של הדיון.

השופט א' מצא: אני מסכים לפסקי-דינו של חברי, הנשיא ברק, נימוקיו, ככלל, מקובלים עליי, והנני מאמץ גם את סיכום מסקנותיו, המובא על-ידי בפסקה 108 של חוות-דעתו. בנתון לכך גמרתי ברעתי להסתפק בהתייחסות קצרה לשלוש מן הסוגיות החשובות, שכמה מחבריי הנכבדים הציגו בהן עמדות וגישות שונות. אקדים ואדגיש, כי הערעורים שלפנינו אינם מצריכים הכרעה אף באחת משלוש הסוגיות הללו. הערותיי הקצרות גועדו אך להדגשת תמיכתי באחת מן הגישות האפשריות לגבי כל סוגיה.

ה

העניין הראשון הוא שאלת מקור כוחה של הכנסת לכבול את עצמה - אם בהוראת שריון פורמאלי-צורני ואם בקביעת מגבלה מהותית - כדרוש להעמדתה של נורמה חוקתית שתהא מוגנת גם מפני עוצם ידה היא. כחברי, הנשיא ברק, אני סבור, שכוה זה נתון לכנסת מכוח סמכותה המכוננת. להיותה של הכנסת בעלת סמכות מכוננת, בנוסף להיותה בעלת סמכות מחוקקת, מצוי עיגון ברור בהיסטוריה החוקתית שלנו. אך גם לגופה, התפיסה המייחסת את פועלה החוקתי של הכנסת לסמכותה המכוננת, נראית בעיניי עדיפה על פני תפיסות אפשריות אחרות. יתרונה העיקרי הוא בכך שאת כוחה של הכנסת לכונן חוקה תולה תפיסה זו במקור שהוא, רעיונית, "חיצוני" ונפרד ממקור ריבונותה כסמכות מחוקקת. בכך מקימה היא בסיס עיוני לקיומו של מידרג נורמאטיבי ומאפשרת הבחנה מעשית, בין עשייתה המיוחדת של הכנסת בתחום כינון החוקה לבין עשייתה השוטפת בתחום החקיקה.

ו

ז

א

העניין השני שאבקש להתייחס אליו הוא שאלת הגדרתם של "קניין" ושל "פגיעה בקניין". מקובל עליי, שלעניין תחולת סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עשוי "קניין" להכיל גם זכויות אובליגטוריות. אך, בצדק מעיר חברי, השופט זמיר, ש"ככל שיורחב ההיקף של הקניין כזכות חוקתית, כך, יש לחשוש, תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זו". כמותו אני סבור, שלצורך ההכרעה בערעורים שלפנינו די לנו בהנחה שהחוק המתקן אכן פוגע בקניין, ושכל עוד איננו ניצבים בפני הכרח לעשות כן, עלינו להיזהר מפני קביעת מסמרות בדבר היקפה של הזכות הקניינית המוגנת. אפשר שהמבחן המעשי, להכרעה בשאלת קיומה של עילה לבחינת חוקתיותה של פגיעה בקניין, ראוי שיתבסס, ברוח גישתו של הנשיא שחגר (בפיסקה 69 לחוות-דעתו), לא על תוכנה הפנימי של הזכות, אלא על חומרת הפגיעה בה וזיהויה, על-פי אמת מידה אובייקטיבית, כפגיעה שיש לה השלכה מהותית על מצבו של בעל הזכות. נראה שגם הנשיא ברק, שעקרונות נוסה להגדרה רחבה של קניין ושל פגיעה בו, נכון להסכים כי פגיעה שולית בקניין אפשר שלא תקים עילה לבחינת חוקתיות הפגיעה. שאלות אלו, על כל פנים, הושארו על-ידי בצריך עיון, ודי בכך כדי להניח את הדעת.

ב

ג

ד

ה

ו

ז

הערתי השלישית מתייחסת לעניין נטל השכנוע בשלבו השני של הדיון החוקתי. הכול תמימי דעים, כי בשלב הראשון של הדיון, על הטוען לפגיעה בזכות יסוד רובין הנטל להוכיח את הפגיעה. השאלה היא, על מי הנטל בשלב השני, כשעל הפרק ניצבת השאלה אם הפגיעה בזכות היא חוקתית, משמע שהיא מקיימת את תנאי פיסקת ההגבלה. בשאלה זו הביעו חבריי הנכבדים דעות שונות. חברי, הנשיא ברק, מזכיר את הדעה המקובלת במשפט החוקתי המשווה, שלפיו הנטל להוכיח את חוקתיות הפגיעה רובין על השלטון. הנשיא מצייין כי גישה זו נראית לו ראויה, אך הואיל ובעניינינו הבעיה אינה מתעוררת, הריהו מציע להניח את סוגיית נטל הראייה בצריך עיון. חברי, השופט ד' לוי, סבור, כי הדין אכן מחייב העברת הנטל לחוקיות הפגיעה לשכמו של השלטון, ונותן לגישה זו ביטוי מפורש והחלטי. שונה מן הקצה אל הקצה היא גישת חבריי, השופטים בן וגולדברג. לדעתם, כל חוק עומד בחוקתו כי הוא חוקתי, וגם משהוכח כי החוק פוגע בזכות יסוד, מחייבת חוקת החוקתיות להניח, שהפגיעה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה, והנטל לסתור הוא על הטוען. חברי, השופט חשיג, המעיד על לבטיו בסוגיה זו, נוטה לעמדת ביניים: נטל השכנוע, כי חוק הפוגע בזכות יסוד עומד בתנאיה של פיסקת ההגבלה, רובין אמנם על המדינה. אך גם חוק שהוכח לגביו כי הוא פוגע עומד בחוקה לכאורית שפגיעתו אינה סותרת את חוק היסוד; ועל הטוען להיפוכו של דבר להביא ראיה לסתור. חוקה זו, הניצבת לימין המדינה בבואה לשאת בנטל השכנוע, מעבירה לכתפיו של הטוען את נטל הבאת הראיות. אם לא יביא ראיה לסתירת החוקה תימצא המדינה כמי שנשאה את נטל השכנוע. ואילו אם יעלה בידו להביא ראיה לסתור, תידרש המדינה להעמיד ראיות מצדה עד כדי שכנועו של בית המשפט שהחוק הפוגע אמנם עומד בתנאיה של פיסקת ההגבלה. משאמר לאן נוטה דעתו, ומשום קשיות השאלות הכרוכות בסוגיית נטל השכנוע, מציע השופט חשין להניח את ההכרעה בה לימים יבואו. אף לי אין דעה מגובשת בסוגיה קשה זו. נטייתי, לכאורה, היא, כי יש



טעם בחלוקת הנטל בין הצדדים, באופן שעל המדינה יוטל לשכנע כי הפגיעה היא לתכלית ראויה, וכן שהאמצעי אשר נבחר מתאים להשגת התכלית, ואילו הנטל להוכיח שעל השלטון היה לבחור באמצעי חלופי, שפגיעתו קטנה יותר, ירביץ על שכמו של הטוען לאי-חוקתיות הפגיעה. חברי, הנשיא שמגר, הסביר את טעמה של הבחנה זו (בפסקה 85 להוות-דעתו), וגישתו לכאורה מקובלת גם עליי. עם זאת אינני סמוך ובטוח כי כך ראוי לנהוג בכל מקרה. שמא אפשר שגישה זו הולמת רק פגיעות בעלות אופי כלכלי, בעוד שהפגיעה בזכויות יסוד אחרות מצדיקה להטיל על המדינה את נטל השכנוע לגבי כל תנאייה של פיסקת ההגבלה. כנתון להערות אלו, שאך נועדו להצביע על כיוון אפשרי בלי לקבוע בו מסמרות, וברוח הצעתם של חבריי, הנשיא ברק והשופט חשין, הייתי מניח בצריך עיון את ההכרעה בסוגיית נטל השכנוע על פניה ורבידה השונים.

השופט ג' בך: 1. שותף אני לדעה, כי יש לקבל את הערעורים ברע"א 1908/94 וברע"א 3363/94, וכי יש להחזיר את התיקים הנוגעים בדבר אל הערכאה הראשונה להמשך הדיון בהם לגופם של הדברים. כמו כן מסכים אני לדחיית הערעור בע"א 6821/93. גם דעתי היא, כי אין מקום לעשיית צו להוצאות לעניין ערעורים אלה.

2. כנראה בשל תחושתם את חשיבותו הרבה של אירוע זה, מבחינת ההיסטוריה המשפטית, החוקתית והשיפוטית של מדינת ישראל, כאשר נדרש בית-משפט זה לראשונה להכריע בשאלת בטלותו של חוק שנתקבל בכנסת, מהטעם שחוק זה פוגע בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וכי לכן המדובר בחוק לא חוקתי, דנו חלק מחבריי בפירוט רב אף בנושאים אשר ההכרעה בהם איננה נחוצה לצורך מתן פסקי-דין בערעורים אלה. אמנם ציינו אחדים מחבריי בפסקי-דינם, כי הפסיקה המחייבת בנקודות האמורות אינה דרושה, וכי לכן מוכנים הם להשאיר את ההכרעה בנושאים אלה ב"צריך עיון", אך משבכל זאת הבהירו את עמדתם בסוגיות האמורות, הביעו חברים אחרים להרכב את דעתם החולקת בנדון. דבר זה עורר את הרצון הטבעי של השופטים שהשאירו נושאים אלה ב"צריך עיון" להבהיר את עמדתם הלכאורית נוספות.

האמת ניתנת להיאמר, כי המדובר בנושאים מרתקים, המושכים את הלב ואת הדעת, הן במישור המשפטי בכלל ובמישור המשפטי-חוקתי בפרט, והן במישור הממלכתי, הציבורי כללי והפילוסופי. הפיתוי לנתח סוגיות אלה בפרוטרוט הוא אפוא גדול. עם זאת החלטתי, כשלעצמי, לעמוד בפני פיתוי זה ולהגביל את הערותי לאותם נושאים הנראים בעיניי חיוניים למתן החלטתנו הספציפית לעניין ערעורים אלה.

3. מקובלת עליי הפרופוזיציה המשותפת לחבריי הנכבדים, הנשיאים שמגר וברק, שאתה מזדהים גם רוב יתר שופטי ההרכב, ולפיה מוסמכת הכנסת הן לקבל חוקים רגילים והן לחוקק חוקי יסוד מיוחדים המהווים חוקה לישראל, כאשר באותם חוקים אחרונים רשאית הכנסת אף לכבול את סמכותה שלה ושל הכנסות הבאות, לתקן את

אותם חוקי היסוד החוקתיים או לפגוע בהם. כבילה זו עשויה להיות פרוצדורלית, קרי בדרך של דרישה לרוב מיוחד ומיוחס לביטול אותם חוקים או לתיקונם, וגם עניינית, על-ידי התנאת תנאים מהותיים לקבלת תיקונים לאותם חוקי יסוד.

א

אינני רואה צורך, לעניין ערעורים אלה, לנקוט עמדה בשאלה המעניינת והחשובה כשלעצמה מבחינת ההיסטוריה החוקתית, אם בחוקקה את אותם חוקי יסוד בעלי אופי חוקתי משתמשת הכנסת בסמכות אינהרנטית, הנתונה בידיה מכוח היותה הגוף המחוקק העליון של המדינה, כפי שסבור הנשיא שמגר, או שמא התקבלו אותם חוקי יסוד כאשר הכנסת משתמשת בסמכות מיוחדת, נפרדת, תחת ה"כובע" של סמכות מכוונת, כפי שסבור הנשיא ברק.

ב

4. עמדתי בנדרון הייתה שונה, לו הועלתה לפנינו הטענה כי חוקי היסוד הנדונים אכן יכלו להתקבל אך ורק בתוקף תפיפודה של הכנסת כאסיפה מכוונת, אך שדרושה הייתה לשם כך פרוצדורה מיוחדת, כגון מתן הכרזה בכנסת ובוועדותיה שטיפלו בחוקים אלה, כי הדיון וההצבעה מתייחסים לקבלת חוקים חוקתיים, כאשר הכנסת פועלת בתוקף סמכותה המכוונת, וכי צריכה הייתה עובדה זאת למצוא גם ביטוי ברור וחד-משמעי בנוסח חוקי היסוד עצמם. היה גובע מטיעון כזה, כי בהיעדר נקיטת פרוצדורה מיוחדת כאמור, ובהיעדר קביעה בחוקי היסוד עצמם כי הם נתקבלו על-ידי הכנסת בתוקף סמכותה המכוונת, אין למעשה תוקף חוקתי לשני חוקי היסוד שבהם עסקינן בערעורים אלה, היינו חוקי-יסוד: חופש העיסוק וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ג

ד

אך משאיש אינו תומך בקו מרחיק לכת כזה, ומשעולה ברורות מפסקי-דינו של חברי הנכבד, הנשיא ברק, כי השימוש בסמכות המכוונת של הכנסת לא חייב פרוצדורה שונה מזו הנוהגת בקבלת חוקים אחרים, ועובדת ה"כובע" המיוחדת של האסיפה המכוונת לא צריכה הייתה להיות מוזכרת בנוסח החוקים האמורים, הרי אינני מוצא במקרה דגן הבדל מעשי בין שתי הגישות. מצב זה עשוי להשתנות אם באחד הימים יתקבל בכנסת חוק יסוד, המשוריין פרוצדורלית או עניינית-מהותית, אשר לגביו ייטען כי נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוונת של הכנסת, וכי אין המדובר בחוק אשר בשל תוכנו ומשקלו הציבורי-ממלכתי מצדיק את השימוש בסמכות המיוחדת האמורה של הכנסת.

ה

ו

אך איש לא יוכל לומר זאת, ואיש אינו טוען זאת, לעניין שני החוקים שבהם עסקינן. שני חוקי יסוד אלה דנים בזכויות האדם הבסיסיות ביותר. הן תוכן החוקים האלה והן נוסחם מצביעים בעליל על כוונת המחוקק לקבוע כאן נורמות-על חוקתיות להבטחת זכויות האדם. לא יכול להיות ספק בדבר כי ההוראות הנכללות בחוקי יסוד אלה מן הראוי שתהויינה עמוד תווך בכל חוקה הראויה לשמה במשטר דמוקרטי נאור.

ז

5. חברי הנכבד, השופט חשין, מעורר בפסקי-דינו המעניין והמקיף את השאלה אם אכן נוכל להשתכנע, כי המחוקק התכוון ליצור חלק מחוקה בתוקפו חוקי יסוד אלה. הוא מזכיר בהקשר זה את מעמד הר סיני, בציינו, בין היתר, לאמור:

הנה כך נתחייב עם ישראל בחוקתו הראשונה. בתחילה חוייב העם להיטהר לקראת קבלת החוקה ... שלושה ימים ... ממתין העם לקבלת החוקה, וביום השלישי מתחיל הטקס נורא ההוד: ... קולות וברקים וענן כבד וקול שופר חזק מאד ...".

א

והרמז הוא ברור: לא כך ולא בתופעות לוואי חגיגיות דומות לאלה קוימו טקסי החקיקה של חוק"יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק"יסוד: חופש העיסוק.

אכן נכון הדבר, שחוקי יסוד אלה לא נתקבלו ברעמים וברקים ותוך השמעת תקיעת שופר. תופעות כאלה אינן כנראה קורות עוד בעידן זה.

ב

אך לדעתי עולים החגיגות והאופי החוקתי של אותם חוקי יסוד, והרצון לקבוע כאן נורמות-על חוקיות, מהכתוב עצמו. להמחשת נקודה זו די אם ניקח את החוק המרכזי שבו עסקינו, הוא חוק"יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאשר נאמר בסעיפים 1 ו-1א לחוק היסוד:

ג

"1. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו, ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

1א. חוק"יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק"יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

ד

וכאשר בסעיפים הבאים לאחר מכן נקבעות ההוראות בדבר השמירה וההגנה על החיים, הגוף והכבוד של האדם; וכאשר בסעיף 8 בחוק, סעיף ההגבלות, נקבע כי -

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק"יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש ...",

ה

האם אין מילים אלה משמיעות בצורה חד-משמעית את כוונת המחוקק לקבוע לעם בישראל נורמות חוקתיות, ומשמיעות זאת בקול אשר למעשה אינו נופל מקול הרעמים, הברקים והשופר?

6. עד כאן לכוונת הכנסת לחוקק חוקה. אשר לשאלת הסמכות לחוקק חוקה, הרי כבר ציינתי לעיל, כי מצטרף אני לתשובתם החיובית בנדון של הנשיא שמגר והנשיא ברק (והבהרתי כי רואה אני לעניין זה את עמדתם כעמדה משותפת). הגעתי למסקנה זו לאחר עיון בחומר הרב שצוטט על-ידי חבריי ועל-ידי באי הכות המלומדים של הצדדים, לרבות ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל מיום הקמת המדינה, לרבות "החלטת הררי", הדעות שהובעו על-ידי חברי הכנסת בעת הדיון בחוקי יסוד למיניהם ושצוטטו מ"דברי הכנסת", והדעות שהובעו על-ידי מלומדים המומחים למשפט חוקתי, תוכנם של חוקי יסוד אשר נתקבלו בכנסת לפני 1992, כאשר נתקבלו חוק"יסוד: חופש העיסוק וחוק"יסוד: כבוד האדם וחירותו, ודרך קבלתם של חוקים אלה, ופסקי-דין רלוואנטיים לנושא שניתנו בבית-משפט זה ובמדינות אחרות בעלות משטר חוקתי.

ו

ז

עיינתי בהקפדה בספקות, בחששות ובתמיהות שהובעו בעניין סוגיה זו על-ידי חברי הנכבד, השופט חשין. לא ניתן, לדעתי, לשלול את משקלן של לפחות חלק מאותן נקודות, הנתמכות גם בדעות שהובעו על-ידי מלומדים שונים ועל-ידי אחרים מחברי הכנסת אשר לקחו חלק בדיונים ביחס לחוקי היסוד הנדונים וחוקי יסוד קודמים, אך בסופו של דבר מקובלת על ידי הדעה כי אכן הוענקה לכנסת סמכות חקיקה מרכזית ועליונה הכוללת את הסמכות לחוקק חוקה לישראל. נראה לי, כי דעה זו מקובלת היום והייתה מקובלת בעבר על הציבור בישראל. לו היו שואלים הן את התומכים בחקיקת חוקה כתובה והן את המתנגדים לחקיקה כזו מתוך שיקולים פרגמטיים או אידיאולוגיים, הרי יש להניח, כי אצל הרוב המכריע של הציבור לא היו מתעוררים ספקות באשר לעצם הסמכות של הכנסת לקבל חוקי יסוד המתווים חוקה. וקבלת חוקי היסוד שהוקמו עד כה מאז קום המדינה תוכיח.

7. אעיר בהקשר זה עוד זאת: גם חברי, השופט חשין, אינו חולק על כך כי הכנסת רשאית לקבל חוק הכולל סעיף הכובל את הכנסות הבאות, במובן זה שדורש הוא רוב של כל חברי הכנסת, היינו רוב של 61 חברי-כנסת לפחות, לשם ביטול החוק או תיקונו. הוראה כזו אינה נוגדת, לדעת חברי, את התפיסה הבסיסית של הדמוקרטיה.

נראה לי, כי עקרונית אין הבדל בין סעיף כובל, הדורש רוב של 61 חברי-כנסת לתיקון החוק או לביטולו, לבין סעיף כובל חוקתי מרחיק לכת יותר. חוק מתקבל בכנסת ברוב רגיל של המשתתפים בהצבעה. היעדרות מהצבעה או הימנעות הן זכותו של כל חבר-כנסת. לכן, אם צודק חברי בעמדתו, שלפיה אין הכנסת מוסמכת לחוקק חוק חוקתי וכי הכנסת הבאה יכולה לבטל כל חוק בדרך הרגילה, אזי קשה להבין מדוע חוק כובל הדורש הצבעת רוב של 61 חברי-כנסת יוצא מכלל זה.

נראה כי עלי-מנת להיות עקבי צריך היה חברי להצביע על בטלותו של כל חוק המונע קבלת חוק בדרך הרגילה בעתיד. ההדגשה, שהדרישה להצבעת 61 חברי-כנסת בעד החוק היא "כשרה" מפני שהיא תואמת את התחושה הדמוקרטית, היא מסברת את האוון, אך כשלעצמי לא שוכנעתי כי קיים הבדל עקרוני, לעניין הסוגיה שלפנינו, בין הכבילה לרוב של 61 ובין הכבילה לרוב של 62 חברי-כנסת, או לרוב גדול מזה.

8. השופט חשין מעלה בפסק-דינו, בין היתר, חששות מפני תופעות שליליות העלולות להתרחש בעתיד אם אכן נכיר בסמכות הכנסת לכבול בחוק יסוד ללא הגבלה את סמכותן של כנסות באות לבטל חוק כזה או לתקנו. כך שואל חברי, מה יקרה אם בעתיד יתקבל חוק יסוד כובל אשר ידרוש הצבעה של 90 או 100 או עוד יותר חברי-כנסת לקבלת תיקון עתידי.

אכן, מחשבה כזו מעוררת חשש לעניין חיינו הדמוקרטיים בעתיד, אך נראה כי חשש כזה הוא תיאורטי יותר ממעשי. אין אנו המדינה היחידה שבה התקבלו חוקים בעלי אופי

חוקתי, הכוללים סעיפי שריון והגבלה באשר לחקיקה עתידה. בחוקים כאלה מדובר בצורך ברוב חברי הפרלמנט לשינוי חוק חוקתי, או אף בצורך ברוב של שני שלישים של הפרלמנט או של המשתתפים בהצבעה. לא שמענו על דרישת רוב מוחלט של 100%, היינו הצבעה פה אחד, או אף של דרישת רוב של 90% או 80% של חברי הפרלמנט.

החשש המובע מזכיר לי את השאלות הבאות ששאלתי את עצמי לא פעם: מה יקרה, אם בטקס של ערב יום העצמאות, כאשר המפקד הממונה על האירוע מצדיע ליושבי־ראש הכנסת ומבקש את רשותו להתחיל בטקס, תיתקל בקשתו זו בסירוב מטעם יושבי־ראש הכנסת? ומה יקרה, אם נשיא המדינה או ראש הממשלה או השר הנוגע בדבר יסרבו להתום על חוק שנתקבל בכנסת? ומה אם נשיא המדינה יסרב להתום על כתב מינוי לשופט אשר נבחר לכהונתו על־ידי ועדת המינוי לשופטים, ולא נמצא כל פגם במינויו? התשובה הפשוטה לשאלות כאלה היא, כי ישנם דברים מסוימים, אשר יש להניח כי במשטר דמוקרטי תקין פשוט לא יקרו. ואם חס וחלילה, בצורה בלתי סבירה, בכל זאת יתרחשו, גם אז יימצאו לכך במשטר דמוקרטי פתרונות במישור השיפוטי או במישור ממלכתי אחר. בחשש זה ובבעיות אחרות הקשורות בקבלת חוקי יסוד להבא ובתיקונם, אשר בעתיד יימצאו להם פתרונים, אין כדי לגבור על השיקולים המובילים למסקנה כי הכנסת, כגוף המחוקק העליון, אכן מוסמכת הן לחוקק חוקים רגילים והן לקבל חוקי יסוד המעניקים חוקה לישראל.

9. בהתאם לכך שותף אני גם לדעת חבריי, כי חוקי היסוד האמורים מעניקים למעשה את הסמכות לבית־משפט לבטל חוקים אשר נוגדים את אותם חוקי היסוד ואינם עומדים במבחני ההכשרה הנקבעים בהם.

10. מסכים אני לדעה, כי החוק המתקן, נושא ערעורים אלה, יש לראות בו משום חוק "הפוגע בזכות הקניין", במובן סעיף 3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. מסקנתו של חברי הנכבד, הנשיא שמגר, בנקודה זו וכן הנמקתו מקובלות עליי, ואינני רואה צורך להוסיף על כך דבר.

נותר לנו אפוא להתייחס לנקודה המרכזית בערעורים אלה, והיא האם עומד החוק המתקן בדרישות "פיסקת ההגבלה", היינו האם נכנס החוק המתקן לגדר המקרים שלגביהם נקבע בסעיף 8 לחוק היסוד, כי החוק החדש אינו בטל, חרף הפגיעה שיש בו בזכות יסוד, מהטעם שעונה הוא על הדרישות המנויות באותו סעיף.

11. אחדים מחברי התייחסו לסוגיה, על שכמו של איוה צד רובין נטל הראיה או נטל השכנוע בשאלה אם אכן עומד החוק נושא הדיון בדרישות ההגבלה שבסעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו (ובאותה מידה כמובן בסעיף המקביל לסעיף 8 האמור בחוק־יסוד: חופש העיסוק, הרי הוא סעיף 4 לחוק האחרון).

א היו בין חבריי אשר ציינו, כי אין צורך להכריע בשאלה זו בערעורים דגן, ושניתן אפוא להשאירה בצריך עיון. להבדיל מעמדתי בשאלות אחדות אחרות שנדונו עליידי חבריי, הרי סבורני כי דווקא סוגיה זו הינה רלוואנטית מאוד לעניינינו, ומן הדין להתייחס אליה. ברגע שקבענו, כי החוק המתקן אכן פוגע בזכות הקניין, קרי בזכות יסוד המוגנת בחוק היסוד, ועלינו להשיב על השאלה אם החוק המתקן עומד בכל הדרשות שבסעיף 8 לחוק היסוד, הרי רק טבעי הוא, ונחוץ הוא, שנשאל את עצמנו מי הייב לשכנע אותנו בנקודות אלה? מה אם יתעוררו ספקות באשר לכל אותן נקודות או אחת מהן? מה אם כפות המאזניים אשר באותן נקודות או באחת מהן תישארנה מעוינות?

ב בשאלה האמורה הובעו דעות שונות. על-פי אחת הדעות, שחברי הנכבד, השופט ד' לוי, נתן לה ביטוי מפורש והחלטי ביותר, יש לחלק את שאלת נטל ההוכחה לעניין הסוגיות לפנינו לשניים: לנטל ההוכחה בדבר עצם הקיום של פגיעה בזכות יסוד בחוק החדש העומד לבדיקה, ואם אכן מוכח שיש בחוק משום פגיעה בזכות יסוד, אזי מתעוררת שאלת נטל ההוכחה בדבר קיום הדרשות שבפסיקת ההגבלה, קרי סעיף 8 לחוק, אשר לגביה חלים, על-פי אותה דעה, כללים שונים.

ד וכך אומר השופט ד' לוי, בין היתר:

ה "הטוען לפגיעה בזכות יסוד, המבקש לערער על תקפותו של חוק רגיל בשל פגיעה כזו, והעותר לביטולו של החוק הפוגע, עליו נטל השכנוע כי אכן זכות יסוד חוקתית מוגנת נפגעה. בחן בית המשפט את הטענה על-פי התשתית העובדתית שהונחה לפניו ועל-פי הערכים הגלומים בזכות היסוד המוגנת ומצא כי אכן חוק רגיל שנתקבל פוגע בזכות היסוד המוגנת, כי אז עובר נטל השכנוע כי מתקיימים במקרה הנדון הצידוקים לפגיעה האמורה שבסעיף ההגבלה, אל המגן על תקפות החוק - דרך כלל נציג המדינה".

ו פרופוזיציה זו מקובלת על מלומדים ושופטים אחדים בישראל ובארצות אחרות, ואף באת-כוח המדינה לא חלקה עליה בעת הדיון לפנינו.

ז 12. כשלעצמי לא אוכל להצטרף לדעה זו, בכל הנוגע לחלק השני של הפרופוזיציה, ולהלן נימוקיי. אכן ישנם מישורים בחוק, שבהם מוטל הנטל להוכיח הגנה בפני אישום או תובענה מסוימים על מי שמעלה את טענת ההגנה. הננו נתקלים בתופעה זו בעיקר בדיני העונשין. כאשר מוכח שנאשם, המואשם ברצח או בתקיפה, אכן הרג או תקף אדם אחר וברצונו להתגונן בטענה שפעל מתוך הגנה עצמית, וכי על-כן אין מקום להרשיעו בדין, הרי רובצת עליו חובת ההוכחה בדבר קיום אותו מצב של הגנה עצמית. הוא הדין

א בקשר להגנה של שיכרות או אי-שפיות הדעת. גם בדיני נזיקין עובר לעתים נטל הראיה אל שכמו של הנתבע. בנסיבות מסוימות, המצוינות בסעיף 41 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] והמעוררות לכאורה חשד נגד הנתבע בביצוע מעשה רשלנות כלפי התובע, נקבע בסיפה של אותו סעיף:

ב "... ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה - על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה".

ג במילים אחרות: במקרים מסוימים, שבהם מצביעות הראיות לכאורה על ביצוע עבירה פלילית או עוולה בנזיקין, והנאשם או הנתבע רוצים להעלות הגנות מסוימות שהעובדות ביחס אליהן הן בידיעתם המיוחדת, הרי עובר אליהם נטל הראיה בנקודות אלה.

האם קיים מצב דומה לכך בנושא שלפנינו? לדעתי, מתבקש להשיב על שאלה זו בשלילה.

ד כאשר מונה חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו את זכויות האדם היסודיות, הרי המדובר בהצהרה נורמטיבית כללית, והמחוקק היה מודע היטב לכך כי בהכרח יהיו מצבים רבים מאוד שבהם יתיר החוק פגיעה ב"זכויות" אלה, היינו שבהם בהכרח יתקבלו חוקים העונים על הדרישות של פיסקת ההגבלה, קרי סעיף 8 לחוק היסוד. כאשר בסעיף 5 לחוק היסוד נאמר, כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת", האם יעלה על הדעת שהמחוקק לא היה ער לכך, שבדרך הטבע חייבים להתקבל חוקים הנוגדים "זכות" זו? האם לא ברור, שבכל מדינה צריכים להתקבל דיני עונשין, המאפשרים מעצרים ומאסרים של חשודים ושל עבריינים שהורשעו? והאם לא מובן מאליו, שיוגשו ויתקבלו חוקים המאפשרים הסגרתם של פושעים למדינות אחרות? כמו כן ידוע לכולנו, כי ניתן להגביל את חירותו של אדם "בכל דרך אחרת", כמו למשל בדרך של גיוס חובה לצבא. האם יש לייחס למחוקק גישה שלילית כלפי אפשרויות כאלה להגבלת החירות?

ז במקביל נראה לי, כי גם חוקי מיסוי למיניהם הינם חוקים "הפוגעים בקנינו של אדם", וסעיף 3 לחוק היסוד לכאורה חל עליהם. יש על כך חילוקי דעות בין המלומדים, אך סבורני כי במקביל לאיסור על מעצרים ומאסרים, כאשר ברור שהמדינה זקוקה להפעלת הדין הפלילי, הרי יש לפרש גם את המונח "פגיעה בקנין" בצורה רחבה, תוך הבנת כל הנוגעים בדבר שחוקים רבים גם במישור זה יעמדו בנקל בדרישותיו של סעיף 8 לחוק היסוד.

א

במילים אחרות: חוק, הפוגע לכאורה בזכות יסוד, אינו חשוד בשל כך מלכתחילה, מניה וביה, בפסלות מבחינה מוסרית או ממלכתית, וכל חוק כזה ייבדק מבחינה אובייקטיבית לאור הגורמים המצוינים בפיסקת ההגבלה. ניתוח זה מוביל לדעתי למסקנה, כי אין קיימות הנחה או חוקה, שכל חוק הפוגע בחירות האדם, או בקניין, או בזכות יסוד אחרת המנויה בחוק היסוד, הינו פסול עד שלא יוכח ההפך. היפוכו של דבר: לדעתי, ההנחה חייבת להיות שחוק התקבל כדין, אלא אם כן ישוכנע בית המשפט שהחוק הינו בטל מפני שהוא גם פוגע בזכות יסוד וגם אינו עומד בדרישותיו של סעיף 8 לחוק היסוד.

ב

ג

כל עובד מדינה העושה פעולה במסגרת תפקידו, קיימות לגביו ההנחה והחוקה שפעל בתום-לב ושפעל במילוי תפקידו כדין, עד שלא הוכח היפוכו של דבר זה. כלל ידוע זה, "*Omnia praesumuntur rite esse acta*", חל על כל פעולה רשמית. גם שוטר היוצר אדם, ההנחה היא שפעל כדין, עד שלא יוכח אחרת. והנה, דווקא כאשר בגוף המחוקק, בחברי הכנסת, היינו בנבחרים העם המדובר, ננהג על-פי הנחה הפוכה? כאשר נבחרים העם, אחרי דיון בוועדות ובמליאת הכנסת, מקבלים חוק, האם אינה קיימת הנחה שחוק זה נועד לתכלית ראויה ושהחוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל? והאם קיימת הצדקה כלשהי להנחה הפוכה? הלוא זוהי למעשה המשמעות של הטלת נטל ההוכחה על הטוען לקיום הדרישות שבסעיף 8. אם נקבע כך, משמע כאילו אנו אומרים למחוקקים: "מאתר שיש בחוק שלכם משום פגיעה בחירות האדם או בקניין, הרי ההנחה היא שפעלתם בדרך אשר אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, או עשיתם מעשה שלא נועד לתכלית ראויה, אלא אם כן תוכיחו לנו היפוכו של דבר".

ד

ה

לדעתי אין להשלים עם מסקנה כזו, ויש להטיל את נטל ההוכחה לגבי כל השלבים על מי שטוען כי חוק הינו בטל בשל היותו נוגד את חוק היסוד. לשון אחר: על הטוען לבטלות החוק לשכנע את בית המשפט הן לעניין עובדת הפגיעה שיש בחוק בזכות יסוד, והן באשר לאי-עמידת החוק בדרישותיה של פיסקת ההגבלה, סעיף 8 לחוק היסוד (וראה, באותו כיוון, גם דבריו של חברי הנכבד, השופט גולדברג, בפיסקה 8 של חוות-דעתו).

ו

ז

אוסף עוד, כי אין גם לשכוח כי המחוקק - היינו חברי הכנסת, נבחרים העם - אינו מיוצג ככלל בפני בית המשפט כצד. נאמר, כי נציג המדינה, היינו באיכות היועץ המשפטי לממשלה, בדרך כלל ייצג את עמדת המחוקק, אך זה לא בהכרח כך. ייתכנו מקרים שבהם מתקבל חוק שהממשלה או היועץ המשפטי לממשלה אינם תומכים בו. גם מהיבט זה יש להסיק, כי אין על בית המשפט לבטל חוק בשל העילה הנדונה, אלא אם כן ישוכנע באמצעות הראיות והטיעונים המובאים לפניו, כי החוק הפוגע בזכות היסוד אכן אינו עומד בדרישותיו של סעיף 8 לחוק היסוד.



13. בהנמקה לעיל הזכרתי את שתי הדרישות הראשונות שבסעיף 8 לחוק היסוד, היינו הדרישה שהחוק חייב להיות "הולם את ערכיה של מדינת ישראל", ושהחוק "נועד לתכלית ראויה". אך גישתי זהה גם לעניין הדרישה השלישית שבסעיף 8, היינו שהפגיעה בזכות היסוד צריכה להיות "במידה שאינה עולה על הנדרש". גם בנקודה זו החוקה צריכה, לדעתי, להיות בכיוון הלגיטימיות של החוק, אלא אם כן יוכח בבירור היפוכו של דבר. אם נטיל על המחוקק, או על מי שמנסה להכשיר את החוק, את הנטל להראות שאינה קיימת כל אלטרנטיבה לחוק שנתקבל בכנסת, אשר יש בה משום פגיעה פחותה בזכות היסוד, הרי עלולים אנו להגיע למצבים שהדעת אינה סובלתם.

נחזור פעם נוספת לדיני העונשין. יש הסוברים, שעונשי מאסר אינם מרתיעים ואינם מועילים, וכי יש לבחור בסנקציות אחרות, אשר אינן פוגעות באותה מידה בחירות האדם. ויש הסוברים, כי עונשי מאסר לתקופות קצרות יותר משיגים אותה מטרה עונשית, ואולי אף בצורה טובה יותר. ויש הסוברים, כי באשר לעבירות ספציפיות, כגון עבירות סמים או עבירות מין, הדגש צריך להיות על טיפול רפואי, ולא על הענשה. ייתכן שאף השופט, אשר לפניו מתנהל הדיון, דוגל בדעות כאלה. כמו כן קיימת בנושאים אלה ספרות מקצועית ענפה. הוא הדין בחוקים פיסקאליים או בחוקים במישור המסחרי, כגון החוק המתקן שבו עסקינו. אין ספק כי ניתן להציע חוקים אלטרנטיביים, הנראים בעיני המציע עדיפים, יעילים וצודקים יותר, והפוגעים במידה קטנה יותר בזכות הקניין של המבקש את ביטול החוק.

נתאר לעצמנו לאן נגיע אם אכן יצטרך בית המשפט להיכנס לפני ולפנים בטיעונים כאלה, ואם החובה תהיה על הטוען לכשרות החוק להוכיח כי אינה קיימת חלופה הפוגעת פחות בזכות הנדונה.

סיכומו של דבר: אף לעניין דרישה זו נטל הראיה חייב להיות על הטוען לפסלות החוק. אין גם לקבל פרשנות מרחיבה מדיי לדרישה עצמה. רק אם על סמך הראיות והטיעונים המוגשים לפניו נראה לבית המשפט בעליל, כי החוק פוגע בזכות היסוד של המבקש את ביטולו בצורה דיספרופורציונאלית להשגת המטרה הרצויה, וכי מתבקש ממש פתרון חלופי, אשר פגיעתו בזכות היסוד הינה פחותה במידה משמעותית, רשאי בית המשפט להכריע בכיוון ביטול החוק מהטעם האמור.

14. עולה מכל האמור לעיל, כי רק במקרים נדירים ויוצאי דופן ימצא בית המשפט הצדקה לפסול ולבטל חוק מהטעם שהוא נוגד את חוקי היסוד זכויות האדם האמורים משנת 1992.

15. אם ניישם עתה כללים אלה למקרים דנן, הרי מתבקשת המסקנה, כי אין מקום לביטולו של החוק המתקן נושא ערעורים אלה. כפי שקבע חברי הנכבד, הנשיא שמוגר, הרי תכליתו של החוק המתקן, כמו תכליתו של החוק העיקרי, הינה ניסיון לפתור את המשבר במיגור החקלאי המושבי. תכלית זו היא ראויה, והחוק הולם את ערכיה של

א מדינת ישראל. כמו כן אין קביעות החוק המתקן לוקות בדיספרופורציה בין המטרה שבדעת המחוקק להשיגה ובין הפגיעה האפשרית בזכויות הקנייניות של נושי המושבים. זאת בעיקר בהתחשב באלטרנטיבות שהיו קיימות בפני אותם נושים על-פי דיני ההוצאה לפועל ופשיטת הרגל הקיימים.

ב הייתי כנראה מגיע למסקנה זו אף לו סברתי כי נטל ההוכחה בדבר התאמת החוק לדרישות פיסקת ההגבלה רובץ על הטוען לכשרות החוק. קל וחומר שזוהי דעתי כאשר סבור אני, כמוסבר לעיל, כי נטל ההוכחה בנדון מוטל על שכמו של המבקש להביא לביטול החוק.

ג 16. ברצוני עוד לציין, כי דברי הסיכום המצויים בפיסקה 108 להוות דעתו של חברי הנכבד, הנשיא ברק, מקובלים עליי. זאת תוך הפניה לאמור בפיסקאות 3 ו-4 לעיל, שבהן הבהרתי מדוע איני נוקט עמדה בשאלה אם בחוקקה חוק חוקתי משתמשת הכנסת בסמכות אינהרנטית או בסמכות מכוננת. דבריו של חברי בדברי הסיכום הנ"ל תואמים למעשה את האמור בחוות דעתי ואף אינם עומדים בסתירה לעמדתי לעניין נטל ההוכחה בסוגיה הנדונה, שאותה פירטתי בפיסקאות 11-14 לעיל.

ד 17. על סמך כל האמור לעיל הגעתי אל התוצאה שצוינה על-ידי בתחילת חוות דעתי.

ה השופט צ' א' טל: מחלוקת נטושה בין הנשיא שמגר לבין הנשיא ברק ובין שניהם לשופט חשין, בשאלות עקרוניות של סמכויות הרשות המחוקקת ומעמדה. למחלוקת זו חשיבות רבה מבחינת המשפט הקונסטיטוציוני.

ו עם זאת, אינני סבור שההכרעה בכל השאלות הללו דרושה לצורך העניין שלפנינו. לפיכך אמנע עצמי מלהכניס ראשי בין הרים גבוהים ואניח שאלות אלה לעת חפץ. בשעתו הצטרפתי לחוות דעתו של חברי, השופט ד' לוין (אם כי לא לתוצאות), בבג"צ 726/94, 878 [37], לעניין מעמדם העליון במידרג הנורמאטיבי של חוקי היסוד, שלאורם נבחנת החקיקה הרגילה של הכנסת - ודייני בכך.

ז חבריי נחלקו בשאלה על מי הראיה שהפגיעה בזכות מוגנת בחוק יסוד לא עלתה על הנדרש. בעניין זה נראית לי גישתו של חברי, השופט מצא.

ח אני מצטרף לתוצאה שיש לרחות את הערעור בע"א 6821/93 ולקבל את הערעורים ברע"א 1908/94 וברע"א 3363/94 ולהחזיר את ענייניהם לבית המשפט קמא להמשך הדיון בהם.

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא שמגר.

ניתן היום, ט"ז בחשוון תשנ"ו (9.11.95).