

## מפעל חוקי-היסוד – לאן?

אהרן ברק\*

אמנון רובינשטיין הוא אינטלקטואל רב פנים. הוא דמות ליאונרדו דה-וינצ'י. כרך זה מתרכז בעיקר בתרומתו למשפט. תרומה זו מתרכזת בעיקר במשפט החוקתי. ספרו על המשפט החוקתי של מדינת-ישראל<sup>1</sup> הוא קלסיקה. תרומה מיוחדת תרם אמנון בכינונם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם.<sup>2</sup> בלא מעורבותו לא היו חוקי-יסוד אלה רואים אור. הוא – ולצידו אוריאל לין, דוד ליבאי, דן מרידור ויצחק לוי – הם עמודי-התווך של המהפכה החוקתית.<sup>3</sup> מאז כוננו חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו<sup>4</sup> וחוקי-יסוד: חופש העיסוק,<sup>5</sup> לא כוננו חוקי-יסוד חדשים.<sup>6</sup> מפעל חוקי-היסוד נעצר. אולם מפעל החוקה לא הושלם, והשאלה היא: לאן פניו של מפעל חוקי-היסוד מועדות?

יותר משישים שנה חלפו מאז נקבע בהכרזה על הקמת מדינת-ישראל<sup>7</sup> כי השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה יוקמו "בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948". האספה המכוננת נבחרה (ביום 25.1.1949), אך לא קבעה חוקה. אחת הסיבות לכך טמונה בכך שעם כינוסה של האספה המכוננת פוזרה מועצת המדינה הזמנית – שהייתה עד אותה עת הרשות המחוקקת – וכל סמכויותיה הוענקו לאספה המכוננת,<sup>8</sup> אשר כונתה מאוחר יותר "הכנסת

\* נשיא בית-המשפט העליון בדימוס, פרופסור בבית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

1 אמנון רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה חמישית, 1996); אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** (מהדורה שישית, 2005).

2 על תרומה זו ראו יהודית קרפ "חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" **משפט וממשל** א 323 (1993); אהרן ברק "החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד" **הפרקליט** מג 5 (1996); אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי-היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה 339 (1999). ראו גם את מאמרו של אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" בכרך זה.

3 על המהפכה החוקתית ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א 3 (2004). חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

4 חוקי-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ב 114; חוקי-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.  
5 נעשו רק כמה שינויים בחוקי-היסוד הקיימים. ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 122–124.

7 התש"ח-1948, ע"ר 1.

8 ראו פקודת המעבר לאסיפה המכוננת, התש"ט-1949, ע"ר תוס' א 105.

הראשונה<sup>9</sup>. משמעות הדבר הייתה שעם כינוסה הוטלו על האספה המכוננת שתי מטלות: האחת, לשמש רשות מכוננת, אשר תפקידה האחד והיחיד הוא לכונן חוקה; והאחרת, לשמש רשות מחוקקת.<sup>10</sup> אך טבעי הוא שעיקר זמנה של הכנסת הראשונה הוקדש לתפקידה כרשות מחוקקת. הוא הדין בכל הכנסות שלאחריה, שאליהן הועברה סמכותה של האספה המכוננת.<sup>11</sup>

פתרון לבעיית החוקה נמצא בהחלטת הררי (מיום 13.6.1950),<sup>12</sup> שבה הטילה הכנסת הראשונה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. "החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק-יסוד בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה."<sup>13</sup> בכך נמצאה פשרה בין אלה שביקשו כי האספה המכוננת תמלא את תפקידה ותכונן חוקה לבין אלה שסברו כי אין זה ראוי לכונן חוקה (אם באותה עת ואם בכלל).<sup>14</sup> החלטת הררי הצילה את מפעל החוקה מכיליון, במחיר תיעולו למסלול מקביל שהתנועה בו איטית.<sup>15</sup> במסגרת מסלול זה כוננו אחד-עשר חוקי-יסוד.<sup>16</sup> למן שנת 1994 לא כונן חוק-יסוד חדש, ודומה שהמפעל כולו נעצר.<sup>17</sup>

המעשה הטבעי שראוי לעשותו הוא להמשיך במפעל חוקי-היסוד ולהביאו לידי סיום. מן הבחינה המקצועית כל החומר הנחוץ מונח על שולחנה של ועדת החוקה, חוק

- 9 ס' 1 לחוק המעבר, התש"ט-1949, ס"ח 1: "לבית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא 'הכנסת'. לאסיפה המכוננת ייקרא 'הכנסת הראשונה'...". על הטעמים לכך ראו **ספר אורי ידין – האיש ופועלו** כרך א 93–94 (אהרון ברק וטנה שפניץ עורכים, 1990).
- 10 ראו ס' 1 לחוק המעבר. השוו לס' 1 לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69, שלפיו "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה".
- 11 ראו ס' 5 ו-10 לחוק המעבר לכנסת השניה, התשי"א-1951, ס"ח 104. ראו גם ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).
- 12 החלטת הכנסת מיום 13 ביוני 1950 ("החלטת הררי"): ד"כ 5, 1743 (התש"י).
- 13 שם.
- 14 על דיוניה של הכנסת הראשונה בדבר החוקה ראו **חוקת המדינה – הדין וחשבון של ועדת החוקה חוק ומשפט בדבר חוקת המדינה והדיונים במליאת הכנסת הראשונה** (התשי"ב).
- 15 יש הסבורים כי בכך הפרה מדינת-ישראל את התחייבותה הבין-לאומית. ראו: Robert A. Burt, *Inventing Judicial Review: Israel and America*, 10 CARDOZO L. REV. 2013 (1988–1989).
- 16 חוק-יסוד: הכנסת; חוק-יסוד: מקרקעי ישראל, ס"ח התש"ך 56; חוק-יסוד: נשיא המדינה, ס"ח התשכ"ד 118; חוק-יסוד: משק המדינה, ס"ח התשל"ה 206; חוק-יסוד: הצבא, ס"ח התשל"ו 154; חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח התש"ם 186; חוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78; חוק-יסוד: מבקר המדינה, ס"ח התשמ"ח 30; חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; חוק-יסוד: חופש העיסוק; חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158.
- 17 אם כי בכמה חוקי-יסוד הוכנסו תיקונים. ראו חוק-יסוד: הכנסת – 39 תיקונים; חוק-יסוד: נשיא המדינה – 7 תיקונים; חוק-יסוד: משק המדינה – 7 תיקונים; חוק-יסוד: השפיטה – 2 תיקונים; חוק-יסוד: מבקר המדינה – 2 תיקונים; חוק-יסוד: חופש העיסוק – 2 תיקונים; חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – תיקון אחד; חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל – תיקון אחד (בסך-הכל 61 תיקונים). על תיקונם של חוקי-היסוד ראו אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" **משפט וממשל** ב 443 (1994).

ומשפט – אותה ועדה שעליה הטילה החלטת הררי את התפקיד "להכין הצעת חוקה למדינה"<sup>18</sup> בכנסת החמש-עשרה הקדישה הוועדה ישיבות רבות לגיבוש הצעה לחוקה. יושב-ראש הוועדה, חבר-הכנסת מיכאל איתן, הקדיש להכנת ההצעה זמן רב ומחשבה רבה. הוכנה הצעה מקיפה, אשר הוצגה במליאת הכנסת.<sup>19</sup> כן הונחה על שולחנה של הוועדה הצעה לחוקה בהסכמה שהכין המכון הישראלי לדמוקרטיה, בהנהגתו של נשיא בית-המשפט העליון (בדימוס) מאיר שמגר.<sup>20</sup> בכנסת השש-עשרה המשיכה ועדת החוקה, חוק ומשפט במפעל זה. יושב-ראש הוועדה, חבר-הכנסת מנחם בן-ששון, הקדיש אף הוא מזמנו ומרצו למפעל החוקה. בכנסת השבע-עשרה שבתה המלאכה. אחד מחוקי-היסוד החסרים הוא חוקי-יסוד: החקיקה. מטרתו העיקרית של חוקי-יסוד זה היא להסדיר את הליך כינונם של חוקי-היסוד, את הליך החקיקה של החוקים ואת הביקורת השיפוטית על התאמתם של החוקים לחוקי-היסוד. כמה הצעות לחוקי-יסוד זה הוכנו במשך שנים,<sup>21</sup> אך ללא הצלחה. ועדה שמינה ראש הממשלה אריאל שרון בראשותו של יעקב נאמן הכינה הצעה לחוקי-יסוד: החקיקה.<sup>22</sup> ההצעה לא קודמה.<sup>23</sup> מבחינה עניינית היה ראוי לפתוח את חוקי-היסוד בחוקי-יסוד זה. מצב לא-בריא הוא שכינונם של חוקי-היסוד נעשה בלא הנחת תשתית נורמטיבית – ברמה של חוקי-יסוד – באשר לדרך כינונם של חוקי-יסוד, לאופן שינויים, למעמדם הנורמטיבי ולביקורת השיפוטית עליהם. אולם משלא נעשה הדבר, ניתן להבין גישה המתנגדת לכינונו של חוקי-יסוד זה כל עוד מפעל חוקי-היסוד לא הסתיים.<sup>24</sup> על-פי גישה זו, יש להמתין להכנתה של חוקה חדשה אשר תיתן פתרון לכל השאלות שחוקי-יסוד: החקיקה ביקש ליתן להן פתרון.

18 ראו אריאל בנדור "חוקי-היסוד כבסיס לחוקה – הצעה לחוקת ישראל" משפט וממשל ה' 15 (1999).

19 ראו ועדת החוקה, חוק ומשפט חוקה בהסכמה רחבה (2006) [www.huka.gov.il/wiki/materials/huka\\_for\\_print.pdf](http://www.huka.gov.il/wiki/materials/huka_for_print.pdf)

20 ראו המכון הישראלי לדמוקרטיה חוקה בהסכמה – הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר (אורי דרומי עורך, 2005) [www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Documents/BOOK\\_7060/Constitution%20by%20Consensus.pdf](http://www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Documents/BOOK_7060/Constitution%20by%20Consensus.pdf). ראו גם מרדכי קרמניצר, דוד קרצ'מר ואבישי בניש חוקי-היסוד כתשתית לחוקה – ארגון מחדש של חוקי-היסוד בדרך למסמך חוקתי כולל (2002).

21 הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ו 135; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ח 326; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ב 149; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ג 91; הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, ה"ח התשס"א 556.

22 להצעת חוקי-יסוד: החקיקה של ועדת נאמן ראו H25-03- [www.huka.gov.il/wiki/material/data/H25-03-2004\\_9-27-09\\_hakika.doc](http://www.huka.gov.il/wiki/material/data/H25-03-2004_9-27-09_hakika.doc).

23 הממשלה פרסמה את הצעת חוקי-היסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים), ה"ח הממשלה התשס"ט 26, המאמצת תוך שינויים מהותיים את סעיף 11 להצעת חוקי-יסוד: החקיקה של ועדת נאמן. ההצעה לא קודמה.

24 פרוטוקול ישיבה מס' 204 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 3-4 (14.4.2004); פרוטוקול ישיבה מס' 217 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 9 (16.5.2004).

בהעדר חוק-יסוד: החקיקה, ועל רקע אי-התקדמותו של מפעל חוקי-היסוד, קמה ועולה השאלה: חוקה חדשה לישראל – לאן? השאלה המקדמית היא, כמובן, אם מדינת-ישראל זקוקה לחוקה חדשה. לדעתי, התשובה לשאלה זו היא חיובית: אנו זקוקים לחוקה חדשה כדי לשמור ולבסס את המסגרת השלטונית, כדי להבטיח ברמה חוקתית זכויות אדם בסיסיות, כדי לחנך את בני הציבור ברוח החוקה וכדי ללכד סביבה את העם. רבים הם העניינים המפלגים אותנו. כולנו נוכל להתאחד סביב החוקה אשר תשקף את זהותנו כמדינה יהודית ודמוקרטית המעניקה שוויון זכויות מלא לכל מייעוט שבה. אני מניח שיש הסבורים אחרת. יש לקיים בעניין זה דיון ציבורי. אם המסקנה שתעלה מדיון זה היא שרוב העם אינו סבור שיש מקום לחוקה חדשה, יהיה מקום להכריז על סיומו של מפעל חוקי-היסוד. חוקי-היסוד הקיימים – כך אני מקווה – לא ישונו ולא יבוטלו, אולם חוקי-יסוד חדשים לא יכוננו. במצב זה עיקר התפקיד של גישור הפער בין המשפט לחיים יוטל על שכמו של בית-המשפט העליון.<sup>25</sup> אך ייתכן – וכך אני מקווה – שהמסקנה שתעלה מדיון זה תהיה שרוב העם סבור כי יש מקום לחוקה חדשה. מה ראוי לעשות במצב דברים זה?

הניסיון ההיסטורי שלנו מלמד כי אין זה ראוי להטיל על הכנסת את התפקיד לכונן חוקה לישראל. הכנסת לא הצליחה להגשים משימה זו עד כה, ואין כל סיבה להניח כי יעלה בידה לעשות כן בעתיד הנראה לעין. חוקות נכתבות על-ידי אספות מכוונות שתפקידן האחד והיחיד הוא בכך. אין הן נכתבות על-ידי בתי-מחוקקים העוסקים במגוון של פעילויות ואשר אחת מאותן פעילויות היא כינון החוקה.

המסקנה המתבקשת היא אפוא שיש מקום לשקול את האפשרות להקים אספה מכוונת חדשה, אשר כינון החוקה יהא תפקידה האחד והיחיד. הקמתה של האספה המכוונת החדשה מעוררת כמה שאלות חשובות, כגון: מי בוחר בה (העם, הכנסת)? כיצד תאושר החוקה באספה המכוונת? היש להעמיד את הצעת החוקה אשר תאושר באספה המכוונת לפני העם לאישורו הסופי? מכל מקום, עם בחירתה של האספה המכוונת יהא עליה להכריע בשאלות המהותיות הקשות אשר חוקה חדשה צריכה להתמודד עימן. לשם כך היא תוכל לקבל סיוע רב מההצעות השונות שכבר גובשו בעניין זה. הצעות חדשות יוגשו בוודאי על-ידי המעוניינים בכך.

כינונה של חוקה חדשה בדרך של הקמת אספה מכוונת חדשה אינו נקי מספקות. גם מי שסבור כי ראוי שתהא לנו חוקה חדשה עשוי לשאול אם אנו בשלים בעת הזו לכוננה. האם לא עדיף המצב הקיים על חוקה חדשה שאין בה איזון ראוי בין שלטון הרוב לבין זכות הפרט? האם ניתן להגיע בחברה הישראלית של היום להסכמה לאומית שתונח ביסוד החוקה? הנגזר עלינו להתמזין לאירועים חברתיים או פוליטיים בעלי אופי טראומטי כדי שאגב התרחשותם יונח הבסיס לחוקה חדשה?

השאלות קשות, ותשובות ברורות אין. אני משוכנע שהמצב הקיים אינו בריא – לא חברתית ולא חוקתית – אך איני משוכנע מהי הדרך הראויה בה עלינו לצעוד כדי לצאת

25 על תפקידו של בית-המשפט בגישור הפער בין המשפט לחיים ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004).

משפט ואדם – משפט ועסקים יד, תשע"ב

מפעל חוקי-היסוד – לאן?

מהמזב הקיים. אני מפנה שאלה זו לאמנון רובינשטיין: היית מהאבות המייסדים של המהפכה החוקתית של 1992; מהו הצעד הראוי הבא שישלים מהפכה זו ויביא את מדינת-ישראל אל חוף-מבטחים חוקתי?

