

## כיצד הצליחה ועדת החוקה בכנסת השתיים-עשרה במקום שבו נכשלו אחרים: דגשים והרהורים לגבי העתיד

אוריאל לין, \* שלומי לויה\*\*

מאמרנו יתמקד בעבודתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השתיים-עשרה, שהייתה הראשונה שהצליחה להעביר חקיקת זכויות אדם במסגרת חוקי-יסוד, לאחר עשרות שנים של נסיונות כושלים לעשות זאת, והולידה את חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק, אשר חולשים כיום על כלל המערכת המשפטית. המאמר יראה כי לביקורת בדבר מחטף חקיקתי או עבודה לא-יסודית של הוועדה אין כל בסיס. החדשנות והמהפכנות האמיתית של חוקי-היסוד הללו טמונות בעובדה שהכנסת העניקה לבתי-המשפט, באופן מודע, סמכות ביקורת שיפוטית על חקיקה, ובכך הגבילה את עצמה. זו הייתה כוונתו הברורה של המחוקק, ובית-המשפט נתן ביטוי מדויק לאומדן-דעתו של בית-הנבחרים. כמורכב נביע את עמדתנו כי למדינת-ישראל יש חוקה כתובה, היא חוקי-היסוד של מדינת-ישראל, המהווים יישום של החלטת הררי משנת 1950.

מבוא

- פרק א: הדרך לחוקי-היסוד – על עבודתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השתיים-עשרה
- פרק ב: היש למדינת-ישראל חוקה?  
1. חוקה כתובה עלי ספר  
2. האם לכנסת נתונה סמכות לכונן חוקה?  
3. הזכויות הבלתי-מנויות
- פרק ג: שאלת הביקורת השיפוטית

---

\* עורך-דין, נשיא איגוד לשכות המסחר, כיהן כיושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השתיים-עשרה בעת חקיקתם של חוקי-יסוד: חופש העיסוק וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

\*\* עורך-דין, היועץ המשפטי של איגוד לשכות המסחר, בעל תואר שני במשפטים בהצטיינות מאוניברסיטת תל-אביב.

## מבוא

שתיים מהשאלות החשובות ביותר שניצבות בליבת המשפט החוקתי של מדינת-ישראל, ואשר עולות מדי פעם בפעם במלוא עוזן בנסיבות כאלה ואחרות, הן:

1. היש למדינת-ישראל חוקה?
  2. האם לבית-המשפט מסורה הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת?
- לטעמנו, לשתי השאלות יש תשובה ברורה – כן. במאמר זה נשתדל להציג את תשובתנו לשאלות אלה מנקודת-מבטם של המחוקקים, ובפרט של חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, אשר העלו עלי ספר את שני חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק.<sup>1</sup> נסקור את הלך-הרוח בעבודתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט ואת הנסיבות שהולידו בסופו של דבר את שני חוקי-היסוד החשובים, ונסה להשיב, על קצה המזלג, מדוע מאז נחתמה אותה עבודה של הוועדה לא התקדמה החוקה הישראלית.

לעו"ד לין הייתה הזכות לעמוד בראשותה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת אשר חוללה – אנו מרשים לעצמנו לומר – את אחד המהפכים הדרמטיים ביותר במשפט הישראלי, כאשר הצליחה להכניס לספר החוקים, לראשונה, את שני חוקי-היסוד, וזאת לאחר עשרות שנים של נסיונות כושלים לעשות זאת.

### פרק א: הדרך לחוקי-היסוד – על עבודתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השתיים-עשרה

למן כניסתם של חוקי-היסוד לספר החוקים ועד ימינו נשמעות טענות וביקורות על כך שחוקי-היסוד שהועברו בשנת 1992 נחקקו ב"מחטף". פרק זה, המפרט את עבודתה המאומצת של ועדת החוקה, חוק ומשפט לקראת כינונם של חוקי-היסוד, ינסה להוכיח כי אין ממש בטענות אלה.

להעברתם בשנת 1992 של חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו ושל חוקי-היסוד: חופש העיסוק קדמו נסיונות רבים לחוקק את מגילת זכויות האדם כמסמך חוקתי מחייב. עם השלמתו של חוקי-היסוד: הכנסת,<sup>2</sup> בשנת 1958, הודיעה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת כי חוקי-היסוד הבא יעסוק בזכויות אדם.<sup>3</sup> הצהרה זו נשארה תלויה באוויר,

1 חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; חוקי-היסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ב 114, אשר בוטל בעקבות חקיקתו של חוקי-היסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

2 חוקי-היסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69.

3 מתוך סקירתו המפורטת של הנשיא אהרן ברק בדבר תולדותיה של חקיקת זכויות האדם בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), פס' 24 לפסק-דינו (להלן: עניין בנק המזרחי).

ולפיכך הגיש חבר-הכנסת יצחק הנס קלינגהופר, לכנסת החמישית (בינואר שנת 1964), את הצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות-היסוד של האדם.<sup>4</sup> הצעתו זו נדחתה עקב התנגדות הממשלה, אשר נימקה התנגדות זו (באמצעות שר המשפטים דאז דב יוסף) באופן הבא:

"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."<sup>5</sup>

גם הצעות שהגישו חברי-כנסת אחרים במרוצת השנים, דוגמת זו שהגישה שולמית אלוני, עלו בתוהו.<sup>6</sup> יתרה מזו, גם הצעה משנת 1989 של שר המשפטים דאז דן מרידור, שביקש להעביר את חוק-יסוד: זכויות האדם,<sup>7</sup> לא הבשילה לכלל חקיקה מחייבת, אף-על-פי שדובר בהצעת חוק ממשלתית ונראָה שיש רוב ברור וכי הפעם הבית דין של העביר חקיקה זו. שר המשפטים הציג אז את הצעת החוק כגולת הכותרת בעבודתו של משרד המשפטים. לא הייתה זו יצירה של יש מאין, אלא מתן ביטוי חוקתי למספר רב של החלטות קודמות שכבר התקבלו בבית-המשפט העליון. על הצעת חוק-יסוד זו בלבד התקיימו שבעה-עשר דיונים בוועדת שרים לענייני חקיקה, אך היא לא הגיעה לדיון, כאמור, לפני מליאת הכנסת.

רפורמה כמו זו שנעשתה במסגרת חקיקתם של שני חוקי-היסוד בשנת 1992 אפשר להעביר רק אם קבוצה של יחידים, שמצויה במוקדי ההשפעה ואשר יש לה הסמכות והיכולת לעשות שימוש בסמכות המסורה לה, מחליטה להירתם לעניין ולעשות שימוש באותה סמכות. אכן, חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השתים-עשרה היו מסורים לרעיונות ולערכים העומדים בבסיסם של שני חוקי-היסוד. הם האמינו והצליחו להתעלות מעל כל אינטרס מפלגתי כזה או אחר. הם לא נענו להכתבות ולא שעו ללחצים, כולל ממפלגותיהם שלהם, כי הם הבינו שנפלה בחיקם הזדמנות, שאולי לא תחזור, לערוך שינוי חוקתי אמיתי במשפט הישראלי, והיה להם האומץ – אנו מרשים לעצמנו לומר – ללכת אחר האמת הפנימית שלהם.

הייתה זו יחידה נבחרת, שראתה לנגד עיניה את המטרה, צלחה מכשולים אינספור, ובנחישות ובעבודת-צוות מאומצת הצליחה להותיר את חותמה בהעברת שני חוקי-

4 הצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות-היסוד של האדם, ה"ח התשמ"ג 1612.

5 מתוך פרוטוקול דיון שנערך במליאת הכנסת בהצעות חוק של חברי-כנסת, ישיבה שכ, בעמ' 789 (15.1.1964).

6 הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם משנת 1989, הכנסת ה-12 (קבוצת חברי-כנסת בראשות שולמית אלוני). הצעה זו נידונה בכנסת ב-15.11.1989, והוסרה מסדר-היום על-פי הצעת שר המשפטים בשם הממשלה, מהנימוק שהיא משנה את הסטטוס-קוו.

7 הצעה זו, שנוסחה בעזרת משרד המשפטים (מס' 944, מחדש ניסן התשמ"ט), לא זכתה באישור הממשלה.

היסוד, שמהווים כיום חלק מהגאווה המשפטית של מדינת-ישראל, ואשר חולשים על כל תחומי המשפט הישראלי.

אחד ההסברים לכך שבשנת 1992 התקבלו שני חוקי-היסוד מתייחס לכך שדובר במהלך מובנה על רקע המשבר הגדול שאליו נקלעה המערכת הפוליטית בישראל, בצירוף ההכרה הציבורית בצורך בשינוי.<sup>8</sup> גם אם לא נכריע באשר להסבר מוצע זה, אין עוררין על כך שחוקים בסדר-הגודל של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק אי-אפשר להעביר ללא תכנון מדוקדק, חזון, הצבת יעדים ארוכי-טווח, ורתימת הקואליציה וחברי-כנסת רבים, ככל האפשר גם מהאופוזיציה, על-מנת להגיע למצב של חוק שחוצה מפלגות או אינטרסים צרים כאלה או אחרים, תוך הבטחת הסכמה רחבה של סיעות הכנסת ושיתוף של נציגי המפלגות הדתיות.

חקיקה מחייבת גיבוש של קונסנזוס פוליטי. כל מעשה חקיקה מחייב הסכמה של הסיעות המיוצגות בכנסת, שהיא נשמת-אפה של הדמוקרטיה. בכל הקשור לחוקי-יסוד דרושה הסכמה רחבה וכללית יותר, שכן משמעותם מעמיקה ומרחיקת-לכת יותר. בהמשך המאמר נראה כי הרוב הדחוק שבו התקבל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו סותר את ההסכמה הנרחבת לחוקי-היסוד ששררה בכנסת באותה תקופה.

הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מהווה באופייה התנגשות חזיתית בין תרבויות והשקפות-יסוד. כאשר זו נקודת המוצא, והיא אינה פשוטה כלל, כאמור, איזון ורגישות הן מילות-המפתח. לדיון בוועדה בכנסת יש אופי משלו, על הטוב ועל הרע שבכך. על רקע הבנה בסיסית זו היה ברור שלא כל הדיונים יכולים להתקיים במסגרת ועדת החוקה עצמה. היה צורך בשיתוף הסיעות, והיה צריך לערב גם את צמרת הקואליציה, הבודקת את משמעויות החקיקה.

דיון בעצבים רגישים – כגון המסגרת הלגיטימית וגבולותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הביקורת השיפוטית (judicial review) וסעיף העליונות (supremacy clause) – חייבו הבנה מעמיקה של הליכי החקיקה עצמם. השאלה מה נכלל ומה לא נכלל ("הזכויות הנסותרות" או "הזכויות הבלתי-מנויות") בחוק-היסוד יכולה לקבל מענה הולם רק לאחר שיובהר מה היה הקונסנזוס שהושג בוועדת החוקה, חוק ומשפט. נבהיר, היה אפשר אז להעביר רק אותם תכנים שהייתה לגביהם הסכמה – או נכון יותר מכנה משותף רחב – בין חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט, בהתחשב כמובן בנפתוליו של הליך החקיקה ובידיעה שהדברים הם דינמיים ושבריריים מאוד, ומתוך התבוננות על נסיונות העבר הכושלים להעביר חקיקת זכויות אדם במסגרת חוק-יסוד ולמידה מהם.

חשוב להבין כי לכל מילה שנבחרה הייתה משמעות גדולה ביותר, וכי תהליך יציקת המילים לחוקי-היסוד עבר חשיבה מאומצת ואותגר רבות. גם אלה שחשבו כי יש לעבות את דבר החקיקה ולהוסיף לו זכויות הבינו שיש מגבלה לשאיפות ושאי-אפשר – במציאות הפוליטית ששררה אז – להעביר תכנים או זכויות מפורשות מעבר לאלה שמצאו את מקומם בהצעת החוק, בבחינת "תפסת מרובה לא תפסת". גישה נוקשה של

Daphne Barak-Erez, *From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge* 8  
in *American Perspective*, 26 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 309, 351–352 (1995)

"הכל או לא-כלום" הייתה מפילה, חד-משמעית, את החקיקה שבדרך. היה צורך בניסיון פרלמנטרי רחב ובהבנה וידע נרחבים של הליכי החקיקה, כמו-גם ביכולת להכיל פשרות לא-פשוטות.

חלק מהמילים שנבחרו הן עמומות, רחבות ומותירות מקום לפרשנות. במידה מסוימת כך הובטח שהכל יוכלו לחיות עם הנוסח הסופי: אלה שהיו מוכנים לשבור את הכלים ובלבד שזכויות מסוימות לא יעשו את דרכן בצורה מפורשת לספר החוקים – באו על סיפוקם. דברים אלה אמורים בעיקר בנוגע למפלגות הדתיות, אשר חששו מפגיעה במעמד הדת ובתחולתן של נורמות דתיות בישראל. מן הצד האחר, אלה שרצו באותן זכויות מפורשות, שלגביהן לא היה קונסנזוס, מצאו את המילים שנבחרו רחבות דיין לכלול לפחות חלק מאותן זכויות בלתי-מנויות, גם אם הן אינן מוצאות ביטוי מפורש בדבר החקיקה.

כאמור, זו טיבה וטבעה של פשרה, שהושגה לאחר דיונים ארוכים, רציניים ויסודיים. התוצאה היא כוונה-היתוך של רעיונות מנוגדים וקוטביים, ודבר החקיקה הוא נקודת האיזון הארכימדית, המשקפת את אומד-דעתה של כנסת ישראל בנוגע לשריון זכויות האדם במסגרת פרקי החוקה. לא יהיה זה מופרך לטעון כי התעקשות בשלבי החקיקה על הוספת זכויות שלא מצאו בסופו של דבר ביטוי בדבר החקיקה הייתה מובילה לאותה תוצאה עגומה של הנסיונות הקודמים לחוקק את חוק-יסוד: זכויות האדם. קיבעון מחשבתי ואי-דחיית סיפוקים – ובנקל היה אפשר להגיע למקום הזה – היו מובילים לכך שלא היינו מדברים כיום על מהפכה חוקתית, אלא על עוד ניסיון כושל בדברי ימי הכנסת, על עוד הצעה שהוקדש לה זמן דיוני רב ואשר בשורה התחתונה עשתה גם היא את כל הדרך אל תהום הנשייה.

חשוב להבהיר את המציאות הפוליטית שבה נתקלה ועדת החוקה, כדי להבין את הקשיים שהיא ניצבה בפניהם. לאחר נפילתה של ממשלת האחדות, בחודש מרס 1990, עשו שתי המפלגות הגדולות, הליכוד והמערך, מאמצים כבירים על-מנת להיות אלה שירכיבו את הממשלה הבאה. כחלק ממאמצים אלה חתמה מפלגת העבודה, במרס 1990, על הסכם קואליציוני עם אגודת ישראל. אחד הסעיפים בהסכם זה קבע בצורה מפורשת כי העבודה מתחייבת לא לקדם את חוק-יסוד: זכויות האדם.<sup>9</sup> משמעות הדבר הייתה דרמטית – מפלגה שביקשה לשוב לשלטון כבלה את עצמה בהסכם קואליציוני שבמסגרתו התחייבה לא לקדם את חוק-יסוד: זכויות האדם. דברים אלה ואחרים ממחישים את מערכת הלחצים שקדמה להעברת החוקים: מפלגת העבודה הייתה מוכנה להיכנע למכבש הלחצים של אגודת ישראל, והיה נדמה שמדובר בסוף-פסוק מבחינת חוק-יסוד: זכויות האדם.

אולם על-אף האינטרסים המפלגתיים החזקים, עבדו חברי ועדת החוקה בתיאום

9 ס' 1 בהסכם הקואליציוני בין מפלגת העבודה לאגודת ישראל, אשר בסופו של דבר לא יצא לפועל.

מלא, מתוך ראייה מפוכחת ואידיאליסטית של האינטרס הלאומי.<sup>10</sup> כפועל יוצא מכך היו האינטרסים המפלגתיים משניים וזניחים ביחס למטרה שעמדה לנגד עיניה של הוועדה. כאמור, שר המשפטים סבר כי הגיעה העת ובשלה השעה לחקיקת חוק-יסוד: זכויות האדם, אולם הוא לא הצליח לעמוד בלחצים הפוליטיים, בעיקר של המפלגות הדתיות, ונסוג בו מקידום הצעת החוק שיזם בסיועו המקיף של משרד המשפטים. חמור מכך, נראָה שההליך החקיקתי ייעצר לחלוטין לתקופה ארוכה, שכן ניתנה הבטחה מפורשת, בכתב, להמיתו "מות נשיקה". מיתתו של החוק הייתה מתרחשת, כפי שצינינו, אילו הצליחה מפלגת העבודה להרכיב את הממשלה הבאה, שכן במסגרת מאמציה לעשות כן היא חתמה על הסכם קואליציוני עם אגודת ישראל, שבו התחייבה לא לקדם את חוק-יסוד: זכויות האדם.<sup>11</sup> אולם העבודה לא הצליחה להרכיב את הממשלה הבאה, ובסופו של דבר הצליח הליכוד, בראשות יצחק שמיר, לזכות בתמיכת הכנסת ולהרכיב את הממשלה הבאה.

פרופ' אמנון רובינשטיין המשיך את יוזמתו של שר המשפטים מרידור עוד לפני המשבר הקואליציוני של חודש מרס בשנת 1990, במסגרת ארבע הצעות חוק פרטיות. הוא הציע להגיש מתוך חוק-יסוד: זכויות האדם ארבעה פרקים נפרדים, כל אחד בפני עצמו: חופש הביטוי, חופש העיסוק, כבוד האדם וחופש ההתאגדות. פעולה זו של פרופ' רובינשטיין כונתה "אטומיזציה" או "פירוק לגורמים", כפי שמתארת יהודית קרפ:

"במצב דברים, שבו לא יכול היה שר המשפטים ד' מרידור לקדם בממשלה את טיוטת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם, שיזם וקידם את ניסוחה במשרד המשפטים, ואילו הצעתו של ח"כ א' רובינשטיין, שהיתה העתקה מילולית של הטיוטה האמורה ועברה בכנסת קריאה טרומית – לא הגיעה, מטעמים פוליטיים, לדיון בוועדה, – הגה ח"כ א' רובינשטיין את רעיון ה'אטומיזציה' של הצעתו. מטרת הפירוק לגורמים היתה לקדם למעמד של חוק-יסוד אותם פלחי זכויות שניתן היה לקבל עליהם הסכמה לאומית רחבה, ולדלג על המכשולים של אותם סעיפי ההצעה, שהיו בליבה של המחלוקת הפוליטית. לא עוד 'פרקים פרקים',

10 חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט בסיום הכנסת השתים-עשרה היו: אוריאל לין יו"ר (הליכוד), אהרן אבר-חצירא (הליכוד), שולמית אלוני (ר"צ), יוסי ביילין (העבודה), שהחליף את חיים רמון ב-15.10.1991, מיכאל בר-זהר (העבודה), אלי דיין (העבודה), צחי הנגבי (הליכוד), יצחק לוי (המפד"ל), דוד ליבאי (העבודה), עוזי לנדאו (הליכוד), מוחמד נפצא (חד"ש), שהחליף את טופיק טובי ב-17.1.1990, שהחליף את מאיר וילנר ב-11.1.1990, יוסף עזרן (ש"ס), משה זאב פלדמן (אגודת ישראל), שהחליף את אברהם ורדיגר ב-23.7.1990, יואש צידון (צומת), שהחליף את בני בגין ב-3.12.1990, חיים קורפו (הליכוד), צורף כדי למלא את מכסת הליכוד, אברהם רביץ (דגל התורה), אמנון רובינשטיין (ר"צ), ראובן ריבלין (הליכוד), משה שחל (העבודה), שהחליף את חגי מירום ב-15.10.1991 ושמעון שטרית (העבודה).

11 ראו לעיל ה"ש 9.

אלא 'פסוקים-פסוקים', או 'פרודות-פרודות', כשכל פרודה דנה בזכות יסוד אחרת.<sup>12</sup>

שר המשפטים ביקש לאחד את ארבע הצעות החוק להצעה אחת.<sup>13</sup> אולם המחבר, כיושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, סבר אז – ומחזיק בדעה זו גם כיום – כי מבחינה אסטרטגית היה הפיצול הדבר הנכון לעשותו, וכי אין לאחד את ההצעות. הנחת הצעות חוק על שולחן הכנסת תוך הצהרת הצהרות על עקרונות נעלים היא דבר אחד, והעברת אותם חוקים היא דבר אחר לחלוטין. רק מי שבקי באמת בעבודת הכנסת יכול להבין במה מדובר, בפרט כאשר עסקינן בפריצת-דרך של ממש במקום שטמונים בו מכשולים רבים, המחייבים זהירות בשילוב עם איזון ותבונה חקיקתית.

מליאת הכנסת קיימה דיונים במשך שעות ארוכות בשני חוקים אלה. ועדת החוקה ניצבה בפני המשימה להכין את החוקים לקריאה הראשונה, ולאחר-מכן לגבש את ההסכמה הנדרשת בדיוני הוועדה בהכנה לקריאות השנייה והשלישית. חשוב להדגיש – גם על-מנת להשיב למבקרים שונים – כי בדיוני הוועדה נטלו חלק חברים מכל רחבי הקשת הפוליטית.

אחד הנדבכים החשובים בהעברת חוקי-יסוד הנוגעים בזכויות אדם הוא שילובן של המפלגות הדתיות. אחת ההצלחות הגדולות של הוועדה הייתה ששלוש המפלגות הדתיות במשכן – ש"ס, המפד"ל ויהדות התורה – נטלו חלק פעיל בדיוני הוועדה. המפלגות הדתיות העלו אז כמה הסתייגויות. בעיקר הטרידה אותן מידת השריון שתוענק לחוק מפני שינויים בעתיד. בנקודה זו חשוב לציין את תרומתו הייחודית והמשמעותית של נציג המפד"ל וחבר ועדת החוקה, חוק ומשפט דאז יצחק לוי, אשר ויתר בעצמו על כמה הסתייגויות. ההרמוניה ששרתה בין חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט, והמשקל האישי שהיה לחבריה, תרמו אף הם רבות להשגת אותה הסכמה נדרשת. דוגמה זו ממחישה כיצד חלק מרכזי בעבודת הוועדה היה הצורך לפשר בין פלגים בעלי תפיסות-עולם שונות בתכלית זו מזו. כך, לדוגמה, הנוסח המקורי של הצעת החוק כלל את המילה "דמוקרטית" בלבד, ולא היה בו אזכור למילה "יהודית".<sup>14</sup> בהקשר זה מעניינים דבריו של חבר-הכנסת יצחק לוי:

"אם חוק נישואין וגירושין יעמוד מול החוק הזה, אפשר יהיה לטעון שהוא לא הולם מדינה דמוקרטית. לאסור על אדם שהוא כהן נישואין עם גרושה, אילו הייתי שופט ואילו לא הייתי אדם מאמין, הייתי אומר שזה לא הולם מדינה דמוקרטית. הענין הזה יעלה להרכב של תשעה שופטים. זה יקעקע דברים

12 יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א 323, 338-339 (1993).

13 מתוך דבריו של חבר-הכנסת אמנון רובינשטיין בפרוטוקול ישיבה מס' 275 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12 (1.7.1991).

14 הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ה"ח התשנ"ב 60.

שאנחנו רואים בהם יסודות של מדינה יהודית אף כי הינה מדינת חוק חילונית. אנחנו הולכים על חבל דק, יש לנו חוקים מסוימים שמתאימים למדינה יהודית וישראל היא מדינה דמוקרטית. אנחנו תמיד נעים בשני צירים – מדינה יהודית ומדינה דמוקרטית.<sup>15</sup>

להוספת המילה "יהודית" נודעה חשיבות עצומה. מאידך גיסא, זכויות הפרט לנוע בכל מקום או לגור בכל מקום נמחקו מהחוק. זכויות אלה מוכרות בישראל, והוועדה לא הצליחה למצוא דרך ניסוחית שתעגן זכויות אלה בחוק-יסוד באופן שיבטל את חששן של המפלגות החרדיות מפני יצירת מצב חוקי שיאפשר כניסת כל-ירכב לשכונות מגורים דתיות בימי שבת וחג ויפגע בייחודיותן של השכונות הדתיות.

פרופ' רובינשטיין סבר כי ניתן לשלב "יהודית" ו"דמוקרטית", וציין כי אין מדובר בתפיסות נוגדות, אלא בערכים דינמיים, שיש לשקוד כל העת על חיבורם יחדיו במדינה ועל הפיכתם למערכת משולבת העשויה מקשה אחת. פרופ' רובינשטיין ציין עוד כי זכות האדם לכבוד היא זכות שהעניקה היהדות לעולם כולו. זו אותה זכות הקובעת כי האדם נברא בצלם, וכי אין הוא רכוש, אין הוא קניין, אין משעבדים אותו ואין הוא עבד.<sup>16</sup> בשילובם של שני המונחים הייתה אמירה ברורה שחברי הוועדה אינם רואים סתירה בין "יהודית" לבין "דמוקרטית" – התכלית שלובת-ערכים.<sup>17</sup> בוועדה שררה הבנה כי עולם הערכים של ישראל, אשר צריך לינוק את חיוניותו והשראתו מערכי הדמוקרטיה והיהדות, אינו עולם סטטי, אלא עולם ערכים דינמי ההולך ונרקם; מזיגה של שתי מערכות עקרוניות אשר אינה מסתיימת במעשה חקיקה כזה או אחר, אלא עתידה להמשיך להתעצב גם בדורות הבאים. ההגדרה שלובת-הערכים היא ציון התוואי.

בסופו של דבר, התכלית הדו-ערכית בסעיף המטרה – קרי, ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – היא חלק ממגמה מכוונת של יצירת עמימות מסוימת, שתאפשר לכל צד להבין כי לא בגד בעקרונותיו ולא "נכנע". סעיף זה, כמו סעיפים רבים אחרים, נוסחו כאמור בדרך לא-מקריית, והיוו שיקוף של הבעיות המרכזיות שאיימו גם הפעם להכשיל נסיון חקיקה חשוב זה. סעיף המטרה מהווה ביטוי לרצון להשיג מכנה משותף רחב עם נציגי המפלגות הדתיות.

דוגמה נוספת לפשרה מוצאת את ביטויה בסעיף שמירת הדינים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". בנוסח המקורי נכללה גם האמירה: "...ואולם הוראותיו של דין זה יפורשו ברוח חוק-יסוד זה".<sup>18</sup> נציגי המפלגות הדתיות התנגדו נמרצות לסיפא זה של

15 מתוך פרוטוקול ישיבה מס' 275 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12 (1.7.1991).

16 ראו שם מאמרו של אוריאל לין "חוק יסוד: קונסנסוס" הארץ 27.11.1998.

17 קיימת ספרות משפטית ענפה המחזקת את הקביעה שלפיה "יהודית" ו"דמוקרטית" יכולות לדור יחדיו. ראו, למשל, אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?" עיוני משפט יט 479 (1995); מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז 659 (1993).

18 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וס' 8 להצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהתאמה.



הסעיף, שעבר בקריאה הראשונה, ובסופו של דבר, בשם הרצון להגיע לאחידות ולמנוע פיצוץ, הושמט הסיפא מהנוסח הסופי של החוק. הסעיף מבטא, אם כן, אותו עיקרון של השגת מכנה משותף רחב עם המפלגות הדתיות. הוא נועד להפיג את החשש שחוק-היסוד יקבע מציאות חדשה ויפר את הסטטוס-קוו שכבר נוצר בנושאי הדת. מאותה סיבה בדיוק לא מצאו את ביטוין בחוק-היסוד הזכות לחופש התנועה וזכויות-יסוד אחרות שהיו כלולות בנוסח המקורי של הצעת החוק,<sup>19</sup> וזאת מתוך הבנה ברורה שבמדינת-ישראל של שנת 1992 לא היה אפשר להגיע להסכמה רחבה בעניינים אלה. גם פשרות אלה לא היו מושגות ללא עבודה רבה ומאומצת, שהצריכה שכנוע מסיבי מחוץ לדיוני הוועדה מול סיעות הבית. עבודת הוועדה – ששאפה כל העת להשגת הסכמה רחבה, ועל-ידי כך הצליחה להוציא מתחת ידה את שני חוקי-היסוד האחרונים שנחקקו עד כה – אינה משקפת את מה שעלי זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר מכנים "כלל הקונסנזוס", בשעה שהם בוחנים את הדרך הראויה, לדעתם, לקבל חוקה, ומותחים ביקורת על אופן חקיקתם של כל חוקי-היסוד שנחקקו עד היום במדינת-ישראל:

"רק נציין, שבאשר לאופן אימוץ הנורמות החוקתיות או הזכויות המשוריינות, קבלת קו-הטיעון שלנו שוללת לחלוטין את דרכי חקיקת חוקי-היסוד בישראל. המסר המרכזי של קו-הטיעון הנ"ל הוא, שחוקה או זכויות משוריינות צריכות לייצג הליך הכרעה קונסנזואלית המנותק ממאבקי הכוחות הפוליטיים היומיומיים. בניגוד לקבלה שוטפת של החלטות חברתיות שהסתכלותה היא קצרת-טווח, נורמות חוקתיות מתוכננות לטווח ארוך. עיקר תכליתן היא הצבת גבולות למוסדות הפוליטיים הפועלים על בסיס כלל הרוב. על-כן מתבקשת הפרדת רשויות אמיתית בין הרשות המחוקקת לאסיפה המכוננת, והאחרונה צריכה לפעול בפרוצדורת הכרעה קונסנזואלית ולא רובנית."<sup>20</sup>

מכל מקום, אפשר לומר כי הוועדה ביכרה גישה פרגמטית על גישה דיכוטומית, והעדיפה שספר החוקים של מדינת-ישראל יכלול חוק-יסוד שאינו מכיל אומנם את כל הזכויות אבל משקף הסכמה רחבה ביותר. לשיטתה של הוועדה, הדרך הנכונה היא דרך השלבים, שבה מבטאים את ההסכמות הקיימות מתוך שאיפה שבעתיד יהיה אפשר לתקן את חוקי-היסוד ולשלב בהם זכויות נוספות.

לנוכח האמור לעיל ניתן לראות כי אין כל שחר לטענות על "מחטף" שנשמעו למן אותו הליך חקיקה. כפי שהראינו, היה כאן הליך מסודר, מעמיק ושקוף, שכל סיעות הבית היו שותפות לו. המפלגות הדתיות נטלו חלק פעיל בדיוני הוועדה בכל השלבים, תוך מאמץ כן ואמיתי להגיע לפשרה שתהא מקובלת על כל הפלגים.

19 לעיל ה"ש 14.

20 עלי זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" משפט וממשל ד 489, 499 (1998).

ביקורת נוספת הועלתה נגד מספרם הדל של חברי-הכנסת שנכחו במליאה בזמן שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עבר בקריאות השנייה והשלישית: 32 הצביעו בעד החוק, ו-21 הצביעו נגד. ברק מדינה מסביר במאמרו<sup>21</sup> כי הסיבה למספר המצביעים הנמוך אינה נעוצה באדישותו, בחוסר מודעותו או בחוסר הסכמתו של הבית להצעת חוק-היסוד, אלא בעובדה שההצבעה על חוק-היסוד התקיימה בתקופה של בחירות מוקדמות (פריימריז) למפלגת העבודה, ורוב חברי המפלגה העריכו כי קבלת החוק מובטחת ממילא, ולכן נעדרו מן ההצבעה.

אומנם, גם אם מקבלים הסבר זה, המתאר מציאות של החיים הפוליטיים במדינת-ישראל, אכן היה ראוי שמספר גדול יותר של חברי-כנסת ישתתפו בהליך ההצבעה. עם זאת, ההליך הפרוצדורלי של העברת החוק היה תקין לחלוטין: החוק לא הועלה ברגע האחרון לסדר-יומה של הכנסת, וניתנה הודעה מוקדמת לכל חברי הבית. מי שהתנגד לחוק חזקה שהיה מטריח את עצמו למליאה ומצביע נגד. על-כן ההצבעה בפועל משקפת את יחסיות התמיכה או ההתנגדות של הכנסת כולה.

תימוכין לדברים אלה, כמו-גם חיזוק לטענה בדבר עבודתה היסודית והרצינית של הוועדה, הזמן הרב שהוקדש לכל דיון והסוגיות כבודת-המשקל שלובנו בדיונים, ניתן למצוא גם בדבריו של פרופ' רובינשטיין:

"הטענה כי חוק-היסוד נתקבל ברוב מקרי היא חסרת-שחר. החוק הובא בהסכמת הסיעות העיקריות בכנסת ובתמיכת המפד"ל – אם כי גם רוב חבריה לא היו נוכחים בכניין וכנגד ח"כ י' לוי שתמך, הצביע ח"כ י' ביבי נגד. האופוזיציה הראשית, שתמכה בחוק, לא היתה מיוצגת באולם, ומתנגדי החוק – מיעוט קטן גם בעת הקריאה הראשונה – התגייסו במלוא כוחם. אם היה רוב מקרי בהצבעות אלה, היה זה דווקא אותו רוב מוזר שהתגבש למחיקת סעיף 13. למרות הלחץ החרדי שהופעל נגד הצבעה בעד החוק, התייצבו כמה מראשי הליכוד והצביעו עבורו: אהוד אולמרט, גדעון גדות, יגאל הורביץ, יהודה פרח, חיים קופמן, יעקב שמאי, אברהם שריר, דן תיכון – וכמובן אוריאל לין ודן מרידור...

...

בנסיבות אלה, הטענה כי החוק הועבר בחיפזון, בסתר וברוב מקרי היא טענה אווילית המבוססת על אנטי-עובדות. אמת הדבר: רוב אמצעי-התקשורת לא דיווחו כלל על תהליך החקיקה, והטלביזיה התעלמה מהנושא כולו. כאשר עבר החוק בקריאה שנייה ושלישית, דיווחו על כך הכתבים, אך חלק מהעורכים סבר שאין עניין בידיעה. רוב אמצעי-התקשורת כלל לא סיפרו לקוראיהם על כך שהכנסת אישרה חוק-יסוד כה מהפכני בדבר כבוד האדם וחירותו, שעתיד – כך סברו – להיות לא רק מטבע משפטית אלא גם מטבע לשונית מוכרת. הדיונים עצמם דווחו בהרחבה בהארץ, ובמהלך החקיקה פורסמו בעיתון זה 48 ידיעות

21 ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית" דין ודברים ג 399, 406, הערת-שוליים 24 (2007).

ומאמרים שכולם עסקו בהצעת החוק. כל איש-ציבור וכל משפטן רציני ידעו, או צריכים היו לדעת, מה מתרחש בכנסת, מה גם שהחוק נידון לאחר שנתקבל כבר חוק-יסוד: חופש העיסוק.<sup>22</sup>

יתר על כן, גם אלה שמנגחים את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על רקע התמיכה הבלתי-מספקת לכאורה שבה זכה בקריאות השנייה והשלישית חייבים לעצור ולהשלים עם התמיכה הבלתי-מסויגת של רובו המכריע של בית-המחוקקים שלנו (80 חברי-כנסת!) בחוק-יסוד: חופש העיסוק שהתקבל בשנת 1994, ואשר במסגרתו תוקן גם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מספרם המרשים של חברי-הכנסת שתמכו בחוק-היסוד – במיוחד לנוכח העובדה שכבר חלפו כמעט שנתיים ימים מחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ושמשמעותיותו מבחינת מעמד העליון של חוק-היסוד כבר חלחלו – אמור להסיר מעל סדר-היום אותה "ביקורת מספרית" בנוגע להשלמת החקיקה משנת 1992. זו גם דעתו של דן מרידור.<sup>23</sup> אם קודם לכן המילה "מחטף", בהקשר של חקיקת חוק-היסוד בשנת 1992, הייתה לא יותר מהמצאה שאין לה אחיזה במציאות, כעת, לנוכח נתוני התמיכה המרשימים שהוזכרו לעיל, נסתם מניה וביה הגולל לחלוטין על טענות אלה.

העובדות ברורות: כנסת ישראל קיבלה החלטה לחוקק מחדש את חוק-יסוד: חופש העיסוק. במסגרת תיקון חוק-היסוד, תיקנה הכנסת גם את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. העבודה על תיקון חוק-היסוד היוותה הזדמנות-פז לכל מי שמצא לנכון לבקר את חוק-היסוד משנת 1992, ובפרט את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, להשמיע את דברו, ולנסות להשפיע על-מנת לערוך תיקונים באותם חוק-היסוד, להבהיר כי אין מדובר כלל במהפכה חוקתית, ולציין בצורה מפורשת כי המוסד המחוקק העליון של מדינת-ישראל לא העביר את סמכות הביקורת השיפוטית לבית-המשפט. לא הייתה הזדמנות טובה מזו. למרות זאת לא נעשה דבר מכל זה. על-כן חוק-יסוד: חופש העיסוק שפורסם ברשומות ביום 10 במרס 1994 מהווה תיקוף מחדש של חוק-היסוד שעברו בשנת 1992. מדובר בהכרעה ברורה, נוספת, של המחוקק.

22 אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה' 339, 347, 349–350 (2000).

23 "לא ניתן עוד לטעון שהכנסת קיבלה באי ידיעה את החוקים. עתה, מתוך ידיעת המשמעות והפרשנות אישרה הכנסת מחדש וברוב עצום... את החוקים ואת עקרונותיהם." דן מרידור "הכרעות לאור חוקי היסוד" רפורמה קונסטיטוציונית בישראל והשלכותיה 69, 71 (חיה הרשקוביץ עורכת, 1994).

## פרק ב: היש למדינת-ישראל חוקה?

### 1. חוקה כתובה עלי ספר

כפי שצינו כבר בפתח דברינו, התשובה לשאלה זו, לעניות דעתנו, היא חיובית. בעניין זה אנו מרשים לעצמנו להצטרף לדעתו של פרופ' אהרן ברק:

"האם באמת יש לנו חוקה? האין לומר כי עדיין אין לנו חוקה וכי חוקתנו-שלנו היא חזון לעתיד, בחינת 'חוקה בדרך' – או שאיפה שטרם הוגשמה? ... ודאי שלישאל חוקה מטריאלית. זהו מכלול הנורמות המשפטיות הקובעות את האורגנים המרכזיים של המשטר... מאז הקמתה יש לישראל חוקה מטריאלית. לישראל יש לא רק חוקה מטריאלית, אלא גם חוקה פורמלית. זהו מסמך או מערכת-מסמכים המעגנים בחובם את החוקה המטריאלית. דומה שכיום הכול מודעים לקיומה של חוקה פורמלית בישראל."<sup>24</sup>

גם מסקנתם של אמנון רובינשטיין וברק מדינה בעניין זה זהה.<sup>25</sup> אולם גם דעה שונה, שלפיה למדינת-ישראל אין חוקה, מועלית בספרות המשפטית<sup>26</sup> ובפסיקת בית-המשפט העליון. היטיב לבטאה השופט חשין, בדעת המיעוט שלו בפסק-הדין בעניין **בנק המזרחי**, שם טען כי אין לכנסת ישראל סמכות ליתן חוקה, וכי חוקי-היסוד אינם חוקה (נפרט עמדה זו בהמשך). ד"ר יהושע (שוקי) שגב מגיע גם הוא למסקנה כי אין למדינת-ישראל חוקה:

"בסופו של דבר ניסיונו של הנשיא ברק להכריע במחלוקת בדבר הסמכות המכוננת ובדבר קיומה של חוקה בעזרת תיאוריה חוקתית מתמוטט לכדי רשימת תיאוריות ומודלים שנויים במחלוקת ושגם אם מניחים את נכונותם, הם אינם חד-משמעיים. למעשה, כל ניסיון לבסס את קיומה של חוקה בישראל באמצעות תיאוריה נדון לכישלון. הטעם לכך הוא שהעשייה החוקתית בישראל מתאפיינת בריבוי פעילויות של גופים שונים ושחקנים שונים במשך עשרות שנים. כל ניסיון ליישב בין העשייה החוקתית של הכנסת הראשונה לבין העשייה החוקתית של

24 אהרן ברק "החוקה הכלכלית של מדינת ישראל" **משפט וממשל** ד 357, 358 (1998) (ההדגשה הוספה).

25 "לסיכומה של הסוגיה הסבוכה שנדונה כאן ניתן לומר, כי לישראל יש חוקה." אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" **המשפט** ח 291, 355 (2003).

26 ראו, למשל, רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21 (1997); יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" **משפטים** כח 149, 209 (1997); יואש מייזלר "המהפכה החוקתית" – עשור וקצת אחרי: הדין וחשבון "תרכות דמוקרטית" 7, 131 (2003).

הכנסת השתיים עשרה, או בין פעילותו החוקתית של ראש הממשלה לשעבר, דוד בן-גוריון, לבין פעילותו החוקתית של שר המשפטים לשעבר, דן מרידור, באמצעות תיאוריה חוקתית אחת המביאה לידי פתרון קוהרנטי בדמותן של סמכות מכווננת וחוקה אינו ניסיון מציאותי. זהו ניסיון ליצור אידיאליזציה של העשייה [ה]חוקתית שלנו תוך התעלמות מהקונקרטיים של הפוליטיקה שכווננה אותה. המציאות הפוליטית שלנו הותירה את תהליך העשייה החוקתית שלנו בלתי מסודר, בלתי עקבי, שסוע ואולי אפילו בעייתי. תיאוריית הסמכות המכווננת מנסה לייפות אותו והיא יכולה לעשות זאת רק באמצעות התעלמות והפחתת ההשלכות של המחלוקות והפשרות שהיו מנת חלקו. **קיומה של חוקה אינה סוגיה סבוכה שאותה יש לפתור בעזרת תיאוריות. עצם הצורך להסיק את קיומה של חוקה בעזרת תיאוריה, מעלה ספקות בדבר קיומה. הסיבה שהיא אינה קיימת אינה נובעת מהחסרונות של התיאוריה הפוטנציאלית שאותה נאמץ, אלא מהמציאות החוקתית המורכבת, המשוסעת והמפולגת של ישראל. מציאות של החלטה שלא להחליט במרבית ממחלוקות היסוד שלנו.**<sup>27</sup>

בכל הכבוד לדברים אלה, אנו סבורים, כאמור, כי למדינת-ישראל יש גם יש חוקה. לטעמנו, כאשר שואלים אם למדינה יש חוקה, אין אומרים "לא" רק מאחר שחוקה זו אינה מוצאת את ביטויה במסמך חגיגי ומאוחד (one-document constitution). אומנם, חוקתה של מדינת-ישראל לא הועברה במועד רציף אחד, וגם לא במסגרת אקט חקיקתי אחד. כמו-כן איננו מתעלמים מן העובדה שחלק מחוקי-היסוד משוריינים בעוד חלקם אינם זוכים בשריון, ומן העובדה שבחלק מחוקי-היסוד יש הוראה ברורה בדבר הרוב הנדרש כדי לשנותם בעוד אחרים נעדרים הוראה כזו. אולם עובדות אלה אינן משנות, לעניות דעתנו, את העובדה שלמדינת-ישראל יש חוקה, היא חוקי-היסוד של מדינת-ישראל. איננו בוחנים את הטכניקה בלבד ורואים בה את חזות הכל. גם מעמד החגיגות כשלעצמו אינו מכריע, לעניות דעתנו, בשאלה אם למדינה יש חוקה.

יהודית קרפ טוענת כי חוקה היא לאו דווקא מסמך פורמלי, אלא בעיקרה תהליך המתמצת את יחסי הכוחות בחברה – את הפשרות והאיזונים וההקשרים התרבותיים והחברתיים שבהם היא נוצרה. בלשונה של קרפ, חוקה היא "אוטוביוגרפיה של יחסי כוח", והיא אוצרת בקרבה "מתח... בין השקפת עולם פוליטית להשקפת עולם משפטית".<sup>28</sup>

באשר לרכיבי החוקה או פרקי החוקה – חוקי-היסוד – מהו המבחן לזיהוי "חומר חוקתי"? כיצד נדע אם חוקי-היסוד לפנינו? מתי מדובר בחוק מן המעמד הנורמטיבי העל-חוקי ומתי מדובר בחוק "רגיל"? לכל אורך השנים נעשה הזיהוי על-פי המבחן הצורני. זו הייתה הבדיקה שערכו כנסות ישראל מאז ומתמיד, ואותה בחינה נעשתה גם על-ידי

27 יהושע שגב "מדוע למדינת ישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט' מאזני משפט ה' 125, 195 (2006) (ההדגשות הוספו).

28 ראו קרפ, לעיל ה"ש 12, בעמ' 330.

בית-המשפט העליון. כל החוקים שנשאו את הכותרת "חוק-יסוד", ואשר כותרתם לא ציינה את שנת חקיקתם, נחשבו חוקי-יסוד שהם חלק מחוקתה המתהווה של מדינת-ישראל. דעת הרוב בפסק-הדין בעניין **בנק המזרחי** קבעה את המבחן הצורני כמבחן לזיהוי חוקי-יסוד. הנשיא ברק, שהוביל את דעת הרוב בעניין זה, קבע:

"מתי נורמה הנוצרת על ידה [על-ידי הכנסת] היא בעלת מעמד חוקתי, ומתי נאמר כי הנורמה היא חוק 'רגיל'? לדעתי, התשובה הנה, כי הכנסת משתמשת בסמכותה המכוננת... כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו 'חוק-יסוד' (ללא ציון שנת החקיקה)." <sup>29</sup>

בבסיס ההחלטה לאמץ את המבחן הצורני היה הרצון בפישוט ובוודאות, על-מנת לצמצם את הקשיים והערפול בבחינת חוקים שמעמדם הנורמטיבי על-חוקי. המבחן הצורני מאפשר לקטלג בקלות את דברי החקיקה המהווים חלק מחוקת המדינה. סוד קסמו של המבחן הצורני טמון אם כן בפשטותו, אלא שפשטות זו עוררה גם ביקורת, שכן בעטייה משולבים בחוקה פרטים שמצויים בחוק-היסוד אך שמקומם למעשה בחוק רגיל, וכל זאת רק משום שהכותרת של החוק היא "חוק-יסוד". יתר על כן, חוקים שעוסקים בעקרונות-יסוד של השיטה אך שנחקקו כחוקים רגילים, אף שהיה ראוי לחוקקם כחוקי-יסוד, נותרים במעמד נורמטיבי נמוך יותר רק משום שהם אינם עומדים במבחן הצורני. <sup>30</sup>

שופטים ומלומדים נוספים ביקרו את המבחן השליט שנקבע בפסיקה, הוא המבחן הצורני. <sup>31</sup> לנוכח האמור לעיל עולה הטענה כי יש מקום לשלב, לצד המבחן הצורני, גם מבחן מהותי, כך שהבחינה הצורנית הבודקת אם בכותרת החוק מופיעות המילים "חוק-יסוד" תהווה תנאי מוקדם, אך לא בהכרח תנאי מספיק להכרה בחוק כחוק-יסוד. <sup>32</sup> התפתחות מסוימת בעניין זה ניתן למצוא אצל הנשיאה דורית ביניש, שהשאירה בצריך עיון את השאלה אם הגיעה העת לקיים מבחן חדש – הוא המבחן המהותי או המבחן המשולב – והסתפקה במניית יתרונותיו וחסרונותיו של מבחן זה. <sup>33</sup>

29 ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 403.

30 ראו, לדוגמה, חוק השבות, התש"ז-1950, ס"ח 159; הוראות מסוימת בחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985, ס"ח 60; חוק שיווי זכויות האישה, התשי"א-1951, ס"ח 248; וכן הוראות מסוימת בחלק המקדמי לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226 (ביניהן עקרון החוקיות, איסור ענישה למפרע, הגבלות לגבי ענישה לפי חקיקת-משנה ועוד).

31 אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א 9, 19 (1992); אוריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" **ספר ברנזון** כרך שני: בני סברה 119, 140-142 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 1997).

32 אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א: עקרונות יסוד 96 (מהדורה שישית, 2005).

33 בג"ץ 4908/10 **בריאון נ' כנסת ישראל**, פס' 13 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (טרם פורסם, 7.4.2011): "המבחן המהותי או המבחן המשולב מסייע להתגבר על הבעייתיות הטמונה במבחן

לדידנו, מה שחשוב וקובע אם קיימת חוקה זו המהות: התשובה לשאלה אם יש חוקה נקבעת על-פי תכניה של החוקה, העקרונות שמתווים בה ומידת העליונות שיש להוראות החוקתיות במערכת המשפטית. על-פי המבחן המהותי שהזכרנו לעיל, לישראל יש גם יש, לדעתנו, חוקה כתובה. מובן שאין מדובר בחוקה מושלמת. היא גם אינה אחידה בנוגע למעמד של כלל חוקי-היסוד, וחסרות בה כמה זכויות-יסוד. אף-על-פי-כן זוהי חוקה.

מרדכי קרמיניצר, דוד קרצ'מר ואבישי בניש<sup>34</sup> מקבלים את קביעתו העקרונית של בית-המשפט העליון בעניין **בנק המזרחי** שלפיה חוקי-היסוד מהווים כבר עתה חוקה, אולם מצביעים על בעיות אחדות בהכרה בחוקי-היסוד כחוקה פורמלית. ראשית, לדידם, על חוקה להיות כללית ולהימנע מקביעת הסדרים פרטיקולריים. שנית, על החוקה להיכתב בלשון חגיגית הצופה פני עתיד, ולהוות כלי חינוכי המשקף בנקל את מהותה של המדינה, על צורת המשטר ועקרונותיו. לבסוף, החוקה כולה צריכה להיות בעלת מעמד נורמטיבי עליון על החקיקה הרגילה, המתבטא בפסקות עליונות ונוקשות. לשיטתם של הכותבים, כל חוקי-היסוד לוקים בבעיות בהיבטים אלה במידות שונות.

למרות הביקורות, ואולי דווקא בגללן, נזכיר – בהשוואה שמדברת בעד עצמה – את החוקה האמריקאית, שמהווה מודל והשראה לחוקות רבות בעולם. מי שיפשפש בספרי ההיסטוריה יגלה כי החוקה המקורית של ארצות-הברית התקבלה בתוך חדר סגור, ללא כלי תקשורת. זאת, מאחר שהיה חשש שאם יוכנסו כלי התקשורת לחדר הדיונים, יאמצו קובעי המדיניות עמדות נוקשות על-מנת למצוא חן ולזכות בתמיכה ציבורית, ובצורה זו, בפרפרזה על המשפט הידוע, יתקבל מה שהעם רוצה, ולא מה שהעם צריך.

זאת ועוד, גם החוקה האמריקאית לא התקבלה בשלמותה במעמד אחד ויחיד. במקור, החוקה האמריקאית, שהתקבלה בשנת 1787, הכירה במוסד העבדות, לא כללה שום סעיף מפורש שהכיר בכוח הביקורת השיפוטית, ונעדר ממנה, באופן בולט, הפרק שמגדיר באופן מפורש את מגילת זכויות האדם. נושאים אלה הושלמו רק מאוחר יותר, אם בדרך של חקיקה ואם בדרך של החלטות שיפוטיות. לא שמענו אז – ואיננו שומעים גם כיום – טענה כי בשנת 1787 לא הייתה לארצות-הברית חוקה.

בהקשר זה מעניינים ביותר דבריו של ראש הממשלה דוד בן-גוריון בנוגע לשאלת הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית, שבהם הוא מתייחס באופן ישיר לעובדה שבארצות-הברית קיימת ביקורת כזו:

הצורני, שעיקרו פורמאלי, והוא מוודא שלא ייעשה שימוש לרעה בכותרת 'חוק יסוד' לשריון הסדרים שאינם מתאימים מבחינת תוכנם להיות חלק מחוקת המדינה. מאידך גיסא, השימוש במבחן מהותי או במבחן משולב כלשהו אינו חף מקשיים. טמונה בו, בראש ובראשונה, מידה לא מבוטלת של חוסר וודאות לגבי חקיקה קיימת ועתידית בשאלה אם מהווה היא חלק מן החוקה. טמון במבחן המהותי גם קושי ממשי אשר, כלשונו של הנשיא ברק, יורד 'לשורש היחסים בין הסמכות המכוננת (של הכנסת) לבין הסמכות השופטת (של בתי המשפט)'.<sup>34</sup>

34 מרדכי קרמיניצר, דוד קרצ'מר ואבישי בניש **חוקי-היסוד כתשתית לחוקה: ארגון מחדש של חוקי-היסוד בדרך למסמך חוקתי כולל** 7 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2002).

"בית המשפט העליון לקח לעצמו הזכות, אם כי הדבר לא פורש בחוקה, לקבוע אם חוק שנעשה על-ידי נציגי העם בקונגרס הולם או סותר את החוקה, ובידו לפסול חוק, אם גם רוב גדול של העם ונציגיו עומדים מאחוריו, בתואנה שהחוק מתנגד לחוקה. וכך נעשה בית-המשפט העליון כוח, מעכב, מחשיל, משמר, המבכר זכויות הרכוש על זכויות האדם. וכשהוחלט באמריקה להטיל מס-הכנסה באו העשירים וטענו בפני בית-המשפט שהחוק סותר החוקה, ובית המשפט פסל חוק מס-הירושה, עד שהיה הכרח לשנות החוקה... היה מקרה שני שעשו חוק להגנת עבודת ילדים – בא בית-המשפט ופסל החוק מטעם קונסטיטוציוני. ומשונה הדבר שאצלנו מפלגות הדוגלות ב'קידמה' וב'כוחות המחר' נלהבות למשטר זה."<sup>35</sup>

לא למותר לציין כי כיום קשה למצוא מלומד שמטיל ספק בסמכותו של בית-המשפט העליון לקיים ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת.<sup>36</sup>

פרופ' א"פ בלאושטיין (Blaustein), מן המומחים העולמיים למשפט חוקתי, חיוה את דעתו, בהרצאה שנשא בעיר ניו-יורק בשנת 1990, כי כל חוקה חייבת לצמוח מקרקע המציאות של המדינה שעליה היא חלה. בישראל החוקה צומחת בדרך היחידה שבה היא יכולה לצמוח בנסיבות הקיימות – צעד אחר צעד, עקב בצד אגודל, עם המון סבלנות, כאשר כל צעד קדימה מהווה ביצור וחיזוק של מה שכבר הושג.<sup>37</sup>

אפשר להזכיר גם מבחן נוסף, שאינו בתחום הפורמלי המשפטי, והוא יחס הכבוד שרשויות המדינה והמערכות המשפטית והפוליטית רוחשות להוראות החוקה. בהעדר יחס נאות של כבוד, לא תושיע ההגנה הפורמלית. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו זכה במעמד של עליונות לא רק מבחינה משפטית, אלא גם מבחינת הכבוד וההערכה שרוחשים לו רשויות המדינה, מערכת המשפט, המערכת הפוליטית והציבור הרחב. המושגים "כבוד האדם" ו"חירות האדם" מחלחלים ונספגים. דורות חדשים מתחנכים על-פיהם, ונוצרות מציאות חדשה ותרבות חדשה. המפלגות המיוצגות בכנסת לומדות להבין את מגבלות החקיקה. בהקשר זה נציין גם את העיגון החקיקתי והמפורש בחוק-היסוד לכבוד ולהערכה של רשויות המדינה כלפי חוקי-היסוד. סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מציין זאת בצורה ברורה: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה." סעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק חוזר על הדברים בשינויים הנדרשים: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב."

35 ד"כ 4 (התש"י) 816.

36 קלוד קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב 51 (1970); דוד קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית-המשפט העליון – זכויות אדם" משפט וממשל ה 297 (1999).

37 במאמר מוסגר ניתן לציין כי בעבר היה פרופ' בלאושטיין שותף לעמדה שלפיה למדינת-ישראל אין חוקה כתובה. עו"ד לין דאג לתרגם בעבורו את חוקי-היסוד, שלח אליו את החומר ושאל אותו אם הוא עדיין מתבצר בעמדתו. בפברואר 1994 השיב בלאושטיין ללין, בכתב, כי הוא שינה את עמדתו ומסכים עתה כי למדינת-ישראל יש חוקה כתובה.



לדידנו, כל מי שמנתח בצורה רצינית את הכוחות הפועלים בחברה הישראלית, כפי שהם באים לידי ביטוי בשדה הפוליטי, וכל מי שדרך עבודתה של המערכת הפוליטית נהירה לו חייבים להבין שהדרך היחידה לכינונה של חוקה שלמה בישראל עוברת באותו מסלול שבו היא עוצבה עד היום.

כפועל יוצא מכך, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד: חופש העיסוק מהווים ללא צל של ספק מהפכה חוקתית. הייתה זו הפעם הראשונה שכנסת ישראל העמידה את חוק־היסוד מעשה ידיה מעל לחוקים רגילים, וקבעה כי תקפותו של חוק רגיל תיבחן על־פי אמות־המידה המפורטות בחוק־היסוד. היא פרשה הגנה חוקתית על זכויות־היסוד של הפרט, וקבעה כי כל מעשה חקיקה שהוא, כולל חוקי הכנסת, אינו יכול לפגוע בזכויות־יסוד אלה אלא אם כן עמד במבחנים הנקובים בסעיף ההגבלה החוקתית.<sup>38</sup> כך הוצבו זכויות־היסוד של הפרט בראש הפירמידה של מערכת המשפט בישראל. מערכת המשפט כולה הוכפפה לערכי־היסוד של חוקים אלה. הכנסת, כמו ידיה, הטילה הגבלות על כוח החקיקה הבלתי־מוגבל שלה. מהפכה חוקתית זו היא מעשה מודע ומכוון של כנסת ישראל עצמה.

בית־המשפט העליון הבהיר כי הפיכת זכויות האדם המוגנות בישראל לזכויות חוקתיות משמעה מתן משקל מוגדל לאותן זכויות אדם מוגנות בשעה שהן ניצבות בעימות חזיתי מול אינטרסים חברתיים. על השינוי הגדול שחוללו חוקי־היסוד משנת 1992 כתב אהרן ברק:

“הפוליטיקה הישראלית הפכה לפוליטיקה חוקתית. אם בעבר זכויות האדם נגזרו מההלכות השיפוטיות אשר פירשו את היקף הסמכות המינהלית, הרי עתה ההלכות השיפוטיות המפרשות את הסמכות השלטונית נגזרות מזכויות האדם. הרטוריקה החברתית והמשפטית שוב אינה של כוחות שלטוניים המולידים זכויות, אלא של זכויות המרסנות כוחות שלטוניים. זוהי 'המהפכה החוקתית' שאני מדבר עליה. מהפכה זו אינה מתבטאת בעצם ההכרה בזכויות אדם. אלה הוכרו מיום הקמת המדינה. המהפכה מתבטאת בכך שזכויות האדם מגבילות את כוח החקיקה של המחוקק. חוק של הכנסת – יהיה הרוב בו התקבל אשר יהיה – אינו יכול לפגוע בזכויות אדם חוקתיות, אלא אם כן הוא מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. בעקבות המהפכה החוקתית התרחשה קונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי. כל תחום משפטי וכל נורמה משפטית צריכים להתאים

38 ס' 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכותרתו "פגיעה בזכויות", קובע: "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 מכוה הסמכה מפורשת בו." ס' 4 לחוק־יסוד: חופש העיסוק חוזר על נוסח זה (בשינוי מחויב אחד).

את עצמם להסדר החוקתי החדש בדבר זכויות האדם. אלה מקרינות את עצמן לכל ענפי המשפט.<sup>39</sup>

## 2. האם לכנסת נתונה סמכות לכונן חוקה?

נשיא בית-המשפט העליון לשעבר, השופט משה לנדוי, התבטא בעבר כי החוקה בישראל היא היחידה בעולם שנוצרה באמרי פיו של בית-המשפט העליון.<sup>40</sup> יתכן שהשופט לנדוי מתייחס לדברים שאמר נשיא בית-המשפט העליון לשעבר השופט אהרן ברק בעניין **בנק המזרחי**:

"הכנסת היא בעלת סמכות מכוונת. מכוחה 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 הנורמאטיבית... אכן, יש למדינת ישראל חוקה. אלה הם חוקי היסוד."<sup>41</sup>

על דברים אלה חזר הנשיא ברק בלשון אחרת גם בפרשת **סילגרו**.<sup>42</sup> דעה שונה מזו של הנשיא ברק שצוטטה לעיל השמיע השופט חשין בדעת המיעוט בפסק-דין **בנק המזרחי**. אליבא דשופט חשין, הסמכות המכוונת לא עברה מהכנסת הראשונה לכנסת השנייה, ועל-כן לא הייתה לכנסת סמכות לכונן חוקה. ובלשונו הייחודית של השופט חשין:

"ואכן, דעתי שלי היא, שבהתפזר האסיפה המכוונת – 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.

...

כך נמשיך במסענו לאחור עד הגיענו אל 'הכנסת הראשונה'. כאן נעצור קמעא, נסיר אדרת מעל 'הכנסת הראשונה' והנה לפנינו 'האסיפה המכוונת'. הליכה נוספת לאחור לא תהיה עוד בשעטה – כהליכה שקדמה לה – שכן 'האסיפה

39 ראו ברק "החוקה הכלכלית של מדינת ישראל", לעיל ה"ש 24, בעמ' 377 (ההדגשה הוספה).

40 זאב סגל "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים" **המשפט** 9, 249, 256 (1999); משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" **משפט וממשל** ג 697 (1996).

41 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 403 (ההדגשה הוספה).

42 ע"פ 4424/98 **סילגרו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 529, פס' 10 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2002): "עם כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הפכו זכויות האדם המעוגנות בו לבעלות מעמד חוקתי-על-חוקי. זהו גרעינה של 'המהפיכה החוקתית'... בעקבותיה התרחשה 'קונסטיטוציונליזציה של כל מערכות המשפט'... משמעותה של זו הינה, בין השאר, כי 'זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן (במישרין או בעקיפין) לכל ענפי המשפט'..."

המכוננת, שלא כשאר כנסות, הייתה בבחינת 'בת-אליים'. 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 שייצגה 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' לקיומו (המשפט) כמדינה.<sup>43</sup>

עם זאת, נוסף כי עיון בהחלטת הררי אינו מגלה תאריכי-יעד שבהם היו אמורים להתקבל חוקי-היסוד הפרטניים, וגם אין כל אזכור למועד איחודם לכלל חוקה שלמה. ההחלטה עמומה, וניתן לפרשה באופן רחב. יתר על כן, ככל שהפכנו בהחלטת הררי, לא מצאנו קביעה חד-משמעית כי ההליך שפונן ייחד רק את הכנסת הראשונה. לטעמנו, ניתן לקבל פרשנות שלפיה ההחלטה חלה גם על כנסות מאוחרות מהכנסת הראשונה. הנשיא ברק לא קיבל טענה זו של השופט חשין, וסבר כי לא היה צורך בהעברת סמכות מהכנסת הראשונה לכנסת השנייה על-מנת שהכנסות המאוחרות מהכנסת הראשונה יוכלו לעשות שימוש בסמכות כינון החוקה:

"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... כנסת מאוחרת אינה שלוח משנה של כנסת קודמת. הכנסת היא אורגן מרכזי של המדינה, שעל-פי המבנה החוקתי שלנו, נתונה לה סמכות מכוננת וסמכות מחוקקת."<sup>44</sup>

מכל מקום, דעתו של השופט חשין לא התקבלה, ודעת הרוב בפסק-הדין סברה כי הכנסת מוסמכת גם מוסמכת לכונן חוקה, וזאת בעיקר על בסיס שתי תיאוריות מרכזיות: תיאוריית שני הכובעים ותורת הריבונות הבלתי-מוגבלת.<sup>45</sup> אנו מצטרפים לדבריו של הנשיא ברק בעניין **בנק המזרחי** שלפיהם למדינת-ישראל יש אכן חוקה, היא חוקי-היסוד, וקשה לנו, בכל הכבוד, לקבל את אמרתו של הנשיא לנדוי כפי שהובאה בתחילתו של תת-פרק זה. אנו סבורים כי מדובר ביישום החלטת הררי של הכנסת הראשונה, שעל-פיה הסמיכה הכנסת הראשונה את ועדת החוקה להכין את חוקת המדינה פרק-פרק.<sup>46</sup>

43 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 484–485. לחיזוק עמדה זו ראו גם: Melville B. Nimmer, *The Use of Judicial Review in Israel's Quest for a Constitution*, 70 COLUM. L. REV. 1217, 1239 (1970).

44 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 393.

45 שם, בעמ' 284–292, 355–391. לביקורת על תיאוריית שני הכובעים ראו יוסף מ' אדרעי "מהפכה חוקתית: האומנם?" **משפט וממשל** ג 453, 454 (1996).

46 נוסח החלטת הררי מיום 13 ביוני 1950: "הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק

השאלה אם סמכות זו מקורה בתורת הריבונות הבלתי-מוגבלת של הכנסת או בסמכותה המכוננת הינה שאלה עיונית חשובה. אולם לעניות דעתנו, המסקנה הסופית שאליה הגיע בית-המשפט העליון בעניין **בנק המזרחי** הייתה בלתי-נמנעת. בית-המשפט העליון לא היה יכול לא לתת הכרה מלאה לשני חוקי-היסוד, על כל סעיפיהם. עקרון הפרדת הרשויות הוא חלק בלתי-נפרד של שיטתנו הדמוקרטית. תחום החקיקה מצוי ברשותה הבלעדית של הכנסת. שום חוק ושום מסמך בעל אופי חוקתי לא הגביל את כוחה של הכנסת בתחום החקיקה, שבו יש לה ריבונות מלאה. היא מוסמכת לחוקק חוקים רגילים, לחוקק הוראות חוק משוריינות, ולחוקק חוקים בעלי מעמד חוקתי. במסגרת זו היא רשאית גם להגביל את כוח החקיקה שלה עצמה, ואף לקבוע מנגנוני פיקוח. אין לנו מחוקק אחר.

### 3. הזכויות הבלתי-מנויות

הקונסנזוס שהושג בוועדת החוקה ערב חקיקתו של חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו חשוב לא רק מבחינת הלקח שניתן להסיק לגבי דרך החקיקה העתידית, אלא גם לצורך הענקת פרשנות נכונה לחוק. שאלת "הזכויות הנסתרות" או "הזכויות הבלתי-מנויות", שאינן כלולות באופן מפורש בחוק-היסוד, באה על פתרונה הנכון על-ידי הבנת הנסיבות שאפשרו את העברת החוק.

למושג "כבוד האדם" יש להעניק – לדעתנו ולדעת משפטנים רבים – את המובן הרחב יושרה (dignity), ולא את המובן הצר honor. עם זאת, מושג זה אינו יכול לחבוק כל זכות-יסוד שאינה מפורשת בחוק, רק מאחר שהיא מהווה, במובן הפילולוגי, חלק בלתי-נפרד של המושג "כבוד האדם".<sup>47</sup> "כבוד האדם" הוא מונח עמום, אשר אין קונסנזוס באשר לזכויות הנכללות בו. ההסכמה היחידה היא כי בשל עמימותו של המונח ניתן להעמיס עליו משמעויות ותכנים רבים, הנגזרים מהקשרים שונים.<sup>48</sup>

כך, בקצה האחד של הקשת ניתן למנות את גישתו של פרופ' אהרן ברק,<sup>49</sup> הסבור כי לפחות חלק מהזכויות שאינן מנויות בחוק-היסוד מוגנות על-ידי אף-על-פי שלא נזכרו בו בצורה מפורשת. בקצה האחר ניתן למצוא את גישתו של הלל סומר,<sup>50</sup> שלפיה אין לעגן בחוקי-היסוד את הזכויות הבלתי-מנויות, דוגמת עקרון השוויון. לדידו, עקרון השוויון הושאר מחוץ לחוק-היסוד במכוון, כחלק מתהליך האטומיזציה והפשרה, ומתוך

יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגרו לחוקת המדינה. "ד"כ 5, 1743 (התש"י).

47 "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים" המשפט ה 262, 249 (2000).

48 יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129, 132 (1995).

49 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ג 417–420 (1994); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א 253 (1991).

50 הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כה 257, 303–314 (1997).

הסכמה מודעת של הפלגים השונים כי זכויות נוספות יכול שייתוספו בעתיד. סומר טוען כי קריאת הזכות לשוויון אל תוך חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חוטאת לכוונת המחוקק ולהסכמה שהושגה, ומהווה "סטירת-לחי" לתהליך הפשרה, באופן שמעמיד בספק את היכולת להמשיך לקיימו בעתיד.

העובדה שאין הכרעה ברורה לגבי משמעותו של המושג "כבוד האדם", ולגבי השאלה אילו זכויות, אם בכלל, ניתן לגזור ממנו, באה לידי ביטוי בשלל דעות ומסקנות של שופטים ומלומדים רבים, אשר חלוקים זה על זה בסוגיה זו. השאלה המרכזית היא אם לתוך כבוד האדם ניתן לקרוא זכויות נוספות מעבר לאותן זכויות ייחודיות מסוימות המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האם לכבוד האדם, כערך חוקתי מוגן, יש משמעות נרחבת יותר מאשר כלל הזכויות המסוימות המנויות בחוק-היסוד? סוגיה זו נוגעת גם בליבת מערכת היחסים והממשק שבין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת.

שאלת הזכויות המסתירות ניצבת כאמור במרכזו של ויכוח גדול, אשר טרם הוכרע. הזכרנו קודם לכן כי פרופ' ברק עצמו סבור שכבוד האדם מכיל את השוויון.<sup>51</sup> השופטת דורנר, לעומתו, סבורה כי השוויון רלוונטי רק ביחס למי שמופלה לרעה על רקע קבוצתי – מין או גזע.<sup>52</sup> בדעה אחרת מחזיקים השופט זמיר והנשיאה ביניש, אשר סבורים כי הזכות לשוויון היא אומנם חלק מהזכות לכבוד, אולם אין משמעות הדבר בהכרח שכל פגיעה בשוויון תהווה גם פגיעה בכבוד. זמיר וביניש מייחדים פגיעה כזאת רק להפליה שיש בה גם מימד של השפלה, כגון הפליה על רקע מין או גזע.<sup>53</sup>

אמנון רייכמן,<sup>54</sup> לעומת זאת, מתנגד לכריכת כבוד האדם בצורה מפורשת עם השפלה, דהיינו, ליצירת משוואה שלפיה הפרת כבוד האדם היא השפלה, גישה אשר נתמכת על-ידי משפטים רבים.<sup>55</sup> רייכמן מפרש את הזכות לכבוד – ולפיכך את ההגנה עליה – באופן רחב יחסית, כך שהזכות משתרעת על כבודו של אדם באשר הוא אדם, ולא דווקא במובן של מניעת תחושת נחיתות.<sup>56</sup>

הנשיא ברק, שייחד דיון נרחב לסוגיה מהו קיום בכבוד,<sup>57</sup> סבור כי לזכות לכבוד יש גם משמעות גשמית שנוגעת בזכותו של אדם לקיום פיזי בכבוד, ולא רק משמעות מופשטת הנוגעת בהקשרים חברתיים. על-פי ברק, הזכות לכבוד בהקשר הפיזי נועדה להבטיח "רשת-מגן" למעוטי האמצעים בחברה (מודל המחסור הקיומי) – מזון ומשקה, מקום מגורים ראוי, תנאי תברואה נסבלים ושירותי בריאות.

51 בג"ץ 1113/99 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 187-186, 164 (2000).

52 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 131-133 (1995).

53 בג"ץ 4806/94 ד.ש.א. איכות הסביבה בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד נב(2) 193, 204 (1998).

54 אמנון רייכמן "כבוד האדם מלא עולם: הזכות לכבוד האדם כחברות בקהילייה המוסרית" משפט וממשל ז 486, 469 (2005).

55 ראו, לדוגמה, אורית קמיר פמיניזם, זכויות ומשפט 176 (2002).

56 רייכמן, לעיל ה"ש 54, בעמ' 529.

57 בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 484-483, 464 (2005).

המגוון הרחב של הדעות השונות, שניתנה כאן רק טעימה ממנו, ממחיש את חוסר הוודאות השורר בכל הקשור לכל רכיב ורכיב במונח "כבוד האדם" – אין תמימות־דעים בנוגע לשאלה מהו תוכנה של הזכות לכבוד האדם. קשה גם לקבוע מסמרות באשר להיקפה של הזכות.

כאמור, השאלות רבות מן התשובות. קיימות דעות רבות, שחלקן מנוגדות באופן קוטבי זו לזו, ובית־המשפט העליון טרם אמר את דברו בצורה מפורשת, כך שאי־אפשר לדבר כיום על ודאות מוחלטת בנוגע למגוון השאלות שהוזכרו כאן, ובעיקר בנוגע להיקף התחולה. אין מחלוקת על כך שכבוד האדם מהווה ערך חוקתי על־חוקי, אבל באשר לתכניו, להיקפיו ולגבולותיו יש הסכמה שאין הסכמה – ביחס לאי־הסכמה זו שוררת אחריות־דעים.

עם זאת, אם נחזור אל כוונת המחוקק בכנסת ואל ההבנות שהושגו בין חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השתיים־עשרה, ניווכח כי הזכות לחופש הדת, לדוגמה, אף שהיא לטעמנו חלק מכבודו ומחירותו של הפרט, אינה כלולה בחוק זה, שכן היא הושמטה ממנו מלכתחילה במכוון על־מנת להשיג את הקונסנזוס החקיקתי ולאפשר את הרוב הנדרש לחקיקת חוקי־היסוד. לפיכך אנו סבורים כי אם זכות שהייתה כלולה בהצעת חוקי־יסוד: זכויות האדם לא מצאה את ביטויה בצורה מפורשת בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אזי אין להכלילה במושג "כבוד האדם" שבחוק, שכן היא נעלמה ממנו לא על־דרך המקרה, אלא מתוך מטרה ברורה וכורח להגיע להסכמה כללית שתאפשר את העברתו של החוק. כוונת המחוקק מוצאת את ביטויה הברור בהגדרת תחומי ההסכמה.

לסיכומו של עניין, חשוב להבין את ההקשר ואת הזמן שבו הועברו החוקים. מדובר בתהליך מתמשך שהחל בהצעת חוק עוד בשנת 1989, כך שהדיונים בהצעות החוק הפרטיות שקידם חבר־הכנסת פרופ' אמנון רובינשטיין לא התקיימו בחלל ריק, במציאות תלושה, אלא כהמשך של דיון ונסיגות חקיקה קודמים. תהליך זה אכן יצר בסופו של דבר מהפכה חוקתית.

## פרק ג: שאלת הביקורת השיפוטית

הררי מילים נכתבו על סמכותם של בתי־המשפט לבטל הוראות חוק או חוקים של הכנסת. יש שטענו כי החלטות אלה הופכות את בתי־המשפט למחוקקי־העל, שעל־פיהם יישק דבר, וכי בכך יש משום פגיעה בוטה בעקרון הפרדת הרשויות. נטען כי הרשות השופטת פולשת לתחומים לא לה, תוך שהיא מנצלת מציאות פוליטית קיימת.

בארצות־הברית, רק לשם ההשוואה, קבע השופט מרשל<sup>58</sup> כי בית־המשפט העליון של ארצות־הברית מוסמך לבטל חוקים שאינם מתאימים לחוקה, וזאת מבלי שהחוקה

<sup>58</sup>Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

של ארצות-הברית העניקה לבית-המשפט סמכות זו. הלכה זו מחזיקה מעמד קרוב למאתיים ועשר שנה, והיא אחד מעמודי-התווך של המשפט החוקתי האמריקאי. חשוב להבין כי בישראל של 1992 לא היה חבר בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השתים-עשרה שהשתתף בדיונים ולא היה מודע לכך ששני חוקי-היסוד מעניקים למערכת בתי-המשפט את סמכות הביקורת השיפוטית על דבר חקיקה הפוגע בזכויות-יסוד שעל-פי חוקים אלה, כולל חוקים רגילים של הכנסת עצמה. כבר אז היה ברור לוועדה מעל לכל ספק שבית-המשפט רשאי להתערב ולהביע את דעתו.<sup>59</sup>

בהקשר זה נציין את חילופי הדברים בין חבר-הכנסת מיכאל איתן לבין חבר-הכנסת אמנון רובינשטיין בעת הקריאה הראשונה של החוק, אשר מדגישים את העובדה שאומד-דעתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט היה למסור את סמכות הביקורת השיפוטית לבתי-המשפט, גם מתוך הבנה שבכל משטר דמוקרטי יש גבול לכוחו של הרוב:

“ח”כ מיכאל איתן: איך יכול להיות שאנחנו נעביר חוק כזה כאן בכנסת בלי לשים לב לכך, שמאחורי העניין הזה עומדת אוזורפציה – לקיחת סמכויות של הכנסת והמחוקק והעברתן לבית-המשפט העליון? ... סעיף 7 [כיום סעיף 8] אומר, שמהיום והלאה כל חוק שהכנסת תחוקק, ניתן יהיה לפסול אותו בנימוק שהחוק הזה פוגע בחוק-יסוד. ומי שיטען את זה ילך לבית-המשפט הגבוה לצדק או לבית-משפט שתפקידו יהיה לפסול את החוקים שאנחנו מחוקקים, ומול כולנו, כמחוקקים, יעמדו שלושה או חמישה שופטים עליונים, והם יקבעו שהחוק שאנחנו חוקקנו אינו תקף. למה? – כי הוא עומד בסתירה לחוק-יסוד... אני מתקומם על מה שנעשה פה.

ח”כ אמנון רובינשטיין: כל מהותה של חוקה היא לתת פיקוח מעל חוקי הכנסת... כל חוקי היסוד שעברו בכנסת, בארבע כנסות... נתנו סמכות כזאת לבדוק חוקים של הכנסת. אחרת אין משמעות לחוק-היסוד.”<sup>60</sup>

פרוטוקול זה מבהיר כי כוונתם של חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט אכן הייתה למסור את סמכות הביקורת השיפוטית לבתי-המשפט. מובן שבסמכות זו יש לעשות שימוש מבוקר ומושכל, אבל הכנסת, בצורה מודעת, העבירה לבית-המשפט את סמכות הביקורת על החקיקה. השאלה אם הסמכות לביקורת שיפוטית מסורה לכל בית-משפט, דהיינו לכל ערכאה, לא הובהרה בדיוני הוועדה, אבל לא הייתה כל מחלוקת שלערכאה

59 יושב-ראש הוועדה, אוריאל לין, ציין בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביום 1.7.1991: “הפתרון הזה לא עומד בפנינו במסגרת הצעת החוק שאנו דנים בה. המצב עכשיו הוא שכל בית משפט יוכל לקבוע שהוראת חוק היא לא תקפה משום שהיא פוגעת בזכויות יסוד שנקבעו בחוק זה. זה המצב המשפטי לפי ההצעה שבפנינו.” גם פרופ' זמיר, שהשתתף באותה ישיבה, הדגיש בצורה מפורשת כי על-פי הנוסח של הצעת החוק אפשר לפסול כל הצעת חוק בבית-משפט השלום, ובלשונו: “הבעיה שעומדת עכשיו על הפרק היא שלפי ארבע הצעות החוק שלפני הוועדה אפשר לפסול כל חוק בבית משפט שלום.” כן ראו רובינשטיין, לעיל ה”ש 22, בעמ’ 350.

60 ד”כ 1247 (התשנ”ב).

הגבוהה ביותר, הווי אומר לבית-המשפט העליון, מסורה סמכות זו. אי-אפשר לטעות בכך. הוועדה לא ראתה לנכון ליצור בית-משפט לחוקה, גם מכיוון שהדבר לא נראה לה חיוני או רצוי וגם מפני שהוועדה סברה שבית-המשפט העליון, מעצם אופיו, מעמדו ונסיגו, הוא המוסד המתאים לכך.

יש להבהיר כי בלי הביקורת השיפוטית אין מדובר בזכויות-יסוד, אלא במכתב המלצות, אשר קשה להאמין שמישהו יואיל בטובו להיענות להן. מעיון בדיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 1 ביולי 1991 עולה כי נושא זה היה במרכז דיוניה של הוועדה כבר בעת הכנת ארבע הצעות החוק הפרטיות של חבר-הכנסת אמנון רובינשטיין לקריאה הראשונה.<sup>61</sup> סמכות הביקורת השיפוטית אינה כתובה מפורשות בחוק-היסוד, בנוסח כגון "בית-משפט רשאי לבטל חוק של הכנסת אם זה לא עמד במבחנים שנקבעו בחוק-היסוד", אולם היא עולה כמסקנה בלתי-נמנעת מנוסחם של כלל סעיפי החוק ומכוונת המחוקק. אחד ממחברי מאמר זה, עו"ד אוריאל לין, ציין בהקשר זה:

"העובדה כי הכנסת כמו ידיה העניקה לבית-המשפט העליון את כוח הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת מגלמת את המהפכה החוקתית. החוק אינו מנוסח בלשון הלא-מנומסת הקובעת כי בית-המשפט העליון יהיה מוסמך לבטל את חוקי הכנסת, אם הם יעמדו בסתירה לחוק-היסוד. ניסוח בוטה כזה ייתכן שהיה מכשיל את העברת החוק. החוק משתמש בלשון מאופקת וקובע, במה שקרוי סעיף ההגבלה, כי אפשר לפגוע או לצמצם זכות שלפי חוק-היסוד רק בחוק שיהלום את ערכיה של מדינת ישראל, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. חוק רגיל, אם הוא סותר זכות-יסוד, חייב לעמוד בשלושה מבחנים אלה; לחברי הוועדה לא היה כל ספק כי בהעדר מבחן הביקורת השיפוטית אין כל ערך לחוק-יסוד בתור שכזה ואין הוא מובדל מחוק רגיל אחר. ההגנה שהוענקה לפרט על זכויות היסוד שלו היא הגנה שניתנה לו גם מפני אפשרות של עריצות הרוב באמצעים של חקיקה רגילה."<sup>62</sup>

המסקנה ההגיונית העולה מפסקת ההגבלה היא שפגיעה הנעשית בחוק שאינו עובר את המסננת של פסקת ההגבלה היא פגיעה שאינה לגיטימית. מסקנה זו תוכל לקבל תוקף ממשי רק אם ניתן לפסול חוק או הוראת חוק שאינם מצליחים לעבור את המסננת של פסקת ההגבלה. יתר על כן, גם מבחינת פרשנות הטקסט יש ביסוס חזק לכוונתם של חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השתיים-עשרה לאפשר לבית-המשפט לפסול חוקים או הוראות חוק שלא צלחו את המסננת של פסקת ההגבלה, וזאת אם נתייחס

61 מדובר בהצעות החוק הבאות: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תתרי"ג), חוק-יסוד: חופש העיסוק (תתרי"ד), חוק-יסוד: חופש ההתאגדות (תתרי"א) וחוק-יסוד: חופש הביטוי (תתרי"ב), שכולן הונחו על שולחן הכנסת ביום 11.3.1991. הצעת חוק מס' תתרי"ג של חבר-הכנסת אמנון רובינשטיין הועברה לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביום 3 באפריל 1991; הצעת חוק מס' תתרי"ד של חבר-הכנסת אמנון רובינשטיין הועברה לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביום 8 במאי 1991.

62 לין, לעיל ה"ש 16.



לסעיף 10 בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא סעיף שמירת הדינים. הסעיף מחסן את החקיקה שקדמה לחקיקת חוק-היסוד מפני הביקורת השיפוטית, ובהיקש מכך משתמע שחוק-היסוד מאפשר לפגוע בתוקפו של דין שהתקבל לאחריו. דברים אלה עולים גם מדבריו של הנשיא ברק בעניין **בנק המזרחי**.<sup>63</sup>

נקודה חשובה היא העובדה שהמהלך של העברת סמכות הביקורת השיפוטית לבתי-המשפט לא היה יכול להצליח ללא שיתוף-הפעולה של בית-המשפט עצמו. בית-המשפט היה יכול להכשיל את המהלך. בראייה לאחור ברור כי בית-המשפט העליון פירש את כוונת המחוקק ככזו המעניקה לו את סמכות הביקורת השיפוטית, אבל הוא לא היה חייב לעשות כן. בית-המשפט היה יכול לאמץ גישה אחרת, הפוכה, ולטעון כי סמכות הביקורת השיפוטית לא ניתנה לו כלל.<sup>64</sup> אלא שבית-המשפט הבין נכונה את כוונת המחוקק, ופירש פרשנות תכליתית שנתנה משקל מכריע לאומד-דעתו של בית-הנבחרים של מדינת-ישראל. יתר על כן, רכישת סמכות לביקורת שיפוטית ושימור סמכות זו לאורך זמן יונקת את כוחה ותקפותה גם מהלגיטימציה הציבורית הניתנת למהלך כזה.

לטעמנו, גם אלה המבקרים את עומק התערבותו השיפוטית של בית-המשפט בהחלטות הכנסת, ויוצאים נגד הפיכת בית-המשפט לשחקן פוליטי, אינם יוצאים נגד עצם הרעיון של ביקורת שיפוטית.

אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן מציינים שלוש תיאוריות מרכזיות המצדיקות ביקורת שיפוטית חוקתית: הראשונה מבוססת על הטיה אינהרנטית של השלטון כלפי הפרט; השנייה מבוססת על כשלים בהליך הפוליטי, המתבטאים בהטיה נגד מיעוטים הפוגעת בחלוקה צודקת וראויה של משאבים; והשלישית נוגעת בהתנהגות במצבי חירום ואיום, אשר נוטה להכשיר פגיעות-יתר בזכויות הפרט ובזכויות מיעוטים. כל אחת מן התיאוריות מצדיקה פיקוח על רשויות המדינה – המחוקקת והמבצעת.<sup>65</sup> הצדקה נוספת לעצם הרעיון של ביקורת שיפוטית נעוצה ברעיון ההגנה על המיעוט מפני כוחו של הרוב.<sup>66</sup>

63 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 3, פס' 77 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

64 ISRAELI DEMOCRACY UNDER STRESS 20, n. 1 (Ehud Sprinzak & Larry Diamond eds., 1993).

65 אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" **משפטים** מא 97, 129 (2011).

66 JOHN STUART MILL, ON LIBERTY 4 (London, Longman, Roberts & Green Co. 1869): "The will of the people, moreover, practically means the will of the most numerous or the most active part of the people; the majority, or those who succeed in making themselves accepted as the majority; the people, consequently, may desire to oppress a part of their number; and precautions are as much needed against this as against any other abuse of power." לעניין זה ראו בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, פס' 5 ואילך לפסק-דינו של השופט גרוניס (2006), הסוקר את תיאוריית הביקורת השיפוטית של איליי (Ely).

יצוין כי זמן רב לפני שהועברו חוקי-יסוד אלה כבר ביטל בג"ץ בכמה מקרים הוראת חוק שהועברה ברוב רגיל משום שהיא סתרה את עקרון השוויון הכלול בזכות-יסוד משוריית בסעיף 4 של חוק-יסוד: הכנסת.<sup>67</sup> החלטותיו אלה של בית-המשפט העליון זכו בהכרת הכנסת, ולא נעשה כל ניסיון חקיקתי לבטלן. עובדות אלה גם עמדו לנגד עיניה של ועדת החוקה בזמן הכנתם של שני חוקי-היסוד של זכויות הפרט לקריאות השנייה והשלישית. חוקים אלה הועברו מן הוועדה אל המליאה כהצעות חוק משורייתות. כמו-כן, מן המועד שבו הכריז בית-המשפט העליון על סמכותו לבטל חוקים, בפסק-דין **בנק המזרחי**, הוא ביטל בפועל רק תשעה חוקים ובעיקר סעיפי חוק.<sup>68</sup> המספר הדל מלמד כי חששותיהם של מתנגדי הביקורת השיפוטית מפני מדרון חלקלק ויצירת "מחוקק-על" לא התממשו במציאות. בתי-המשפט שלנו מבינים היטב את המשמעות של ביטול חקיקה שהתקבלה בצורה דמוקרטית על-ידי בית-הנבחרים של מדינת-ישראל.<sup>69</sup>

הכנסת לא ערערה על הכרעותיו של בית-המשפט העליון בכל אותם מקרים שבהם הכריז כי הוראות מסוימות בחקיקה בטלות מאחר שהן פוגעות בחוקי-היסוד. לא נעשו תיקוני חקיקה, והכנסת קיבלה את הכרעתו של בית-המשפט העליון. נקל להבין זאת, שהרי הכנסת היא שהסמיכה את בית-המשפט העליון להחליט מתי חוקים רגילים שלה סותרים את חוקי-היסוד. לפיכך היא מקבלת את פרשנותו של בית-המשפט – השואבת את כוחה מן הסמכות שהעניקה לה כנסת ישראל – שלפיה הוראות חוק מסוימות אינן עולות בקנה אחד עם חוקי-היסוד של מדינת-ישראל.

יתר על כן, כאשר דעתה של הכנסת לא הייתה נוחה מהפרשנות שנתן בית-המשפט לחוק, היא מיהרה לעשות שימוש בסמכות הנתונה לה ולחוקק חוק שיש בו בלימה של החלטה מפורשת של בית-המשפט העליון. כך היה, למשל, כאשר חוקקה הכנסת את חוק בשר ומוצריו, התשנ"ד-1994.<sup>70</sup> דוגמה נוספת לפעולתה של הכנסת כאשר היא

67 בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד (כג) 693 (1969); בג"ץ 246/81 **אגודת דרך ישראל נ' רשות השידור**, פ"ד לה(4) 1 (1981); בג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לז(3) 141 (1983); בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מד(3) 529 (1990).

68 בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4), 364 (1998); בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 **אורון נ' יושב ראש הכנסת**, פ"ד נו(3) 640 (2002); בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005); בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998); בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ועסקים חטיבת זכויות אדם נ' שר האוצר** (טרם פורסם, 19.11.2009); בג"ץ 8276/05 **עראלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הביטחון** (טרם פורסם, 12.12.2006); בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל** (טרם פורסם, 21.2.2012); בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** (טרם פורסם, 28.2.2012).

69 בג"ץ 3434/96 **הופנונג נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד נ(3) 57, 67 (1996), דבריו של השופט זמיר: "עד שבית המשפט פוסל חוק הוא חייב לשבת שבעה נקיים: לבדוק היטב את לשון החוק ואת תכלית החוק ולהקפיד מאוד עם עצמו, עד שיהיה משוכנע לחלוטין כי תקלה היא שאין לה תקנה."

70 ס"ח התשנ"ד 1456 מיום 22.3.1994. לעניין זה ראו בג"ץ 4676/94 **מיטראל נ' כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15 (1996).

אינה שבעת-רצון מהחלטה של המערכת המשפטית היא חקיקת תיקון מס' 23 לחוק הכנסת,<sup>71</sup> הקובע בסעיף 17(ג): "ראה בית משפט בהליך שלפניו, כי נדרש לברר את שאלת תוקפו של חוק, יזמין את הכנסת להתייצב בהליך, והיא תהיה רשאית להשמיע את טענותיה להוכחת תוקפו". חקיקה זו של הכנסת באה בתגובה על הלכה שקבע בית-המשפט העליון בעניין אי-צירופה של הכנסת להליכים שבהם מתבררת שאלת חוקיותו של חוק.<sup>72</sup>

כלומר, כאשר הכנסת מעוניינת לומר את דברה, וכאשר הפרשנות או הקביעות של בתי-המשפט אינן מקובלות עליה, היא יודעת להשמיע את קולה ולעשות מעשה. הכנסת מכבדת את בתי-המשפט וההחלטות המתקבלות בו, וייתכן שמבחינה ציבורית היא לא תמהר לעשות פעולה שתבטל או תחליש החלטות של בית-המשפט, אבל כאשר הדבר בווער בעצמותיה, היא אינה מהססת לעשות כן.

כאמור, לא זה היה המצב בכל אותם מקרים שבהם קבע בית-המשפט כי חקיקת הכנסת סותרת את הוראות חוקי-היסוד משנת 1992. הכנסת כיבדה את הכרעתו של בית-המשפט העליון, וקיבלה את הפרשנות של בית-המשפט שלפיה בכל אותם מקרים כוח החקיקה הרגיל של הכנסת נסוג מפני כוחה המכונן. לדעתנו, אי-אפשר לראות בפסקת ההגבלה בגדר המלצה לכנסת ותו לא. היה לחברי הוועדה מספיק ניסיון חקיקתי ופוליטי להבין שאם לפסקת ההגבלה תהיה נפקות מייעצת בלבד, והיא תהיה רק בגדר המלצה לכנסת, היא תיוותר נטולת ערך, ולא יוצב כל בלם מפני פגיעה בזכויות-היסוד באמצעות פעולות חקיקתיות של הכנסת עצמה או חקיקת-משנה שתוקן מכוח חוקים כאלה. ללא פסקת ההגבלה, המדרג הנורמטיבי והנפקות המשפטית המהותית שבחוקי-היסוד היו מתרוקנים מתוכן. כוונת המחוקק הייתה ליצור זכויות מוגנות ובצידן סעד תקיף במקרה של פגיעה לא-מידתית בהן בסתירה לפסקת ההגבלה. לטעמנו, חוקה מטילה הגבלות על חקיקה ראשית ועל חקיקה משנית, ובעשותה כן מגדירה את מרחב הפעולה שלהן.

פרופ' רובינשטיין ומדינה מציינים כי הן הממשלה והן הכנסת אימצו לעצמן התנהלות של בדיקה וכפיפות לחוקי-היסוד.<sup>73</sup> לדוגמה, קיימת הנחיה של היועץ המשפטי לממשלה<sup>74</sup> יוסף חריש שכאשר מועלית הצעת חקיקה מטעם הממשלה, תצורף אליה חוות-דעת בדבר תוקף החקיקה לאורם של חוקי-היסוד. במערכת הייעוץ המשפטי של הכנסת מתקיימת מערכת נפרדת של בדיקת חוקיותן של הצעות חוק. התאמת יוזמות

71 ס"ח התשס"ח 2134 מיום 6.3.2008.

72 עניין לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, לעיל ה"ש 68, בעמ' 380.

73 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 32, בעמ' 108, הערת-שוליים 197.

74 הנחיות היועץ המשפטי לממשלה (21.7.1993): "כאשר מובאת הצעת חקיקה מטעם הממשלה לדיון בפני הממשלה או בפני ועדת השרים, תצורף לאותה הצעה חוות דעת של היועץ המשפטי של המשרד שמטעמו הוגשה הצעת החקיקה, בדבר הטעמים המצדיקים והמצריכים את החקיקה המוצעת ובשאלת תוקפה של החקיקה המוצעת לאורם של חוקי יסוד. חוות הדעת תתייחס בעיקר לשאלה האם הצעת החקיקה עולה בקנה אחד עם חוקי יסוד רלוונטיים ועם העקרונות הגלומים בהוראותיהם השונות. זאת, גם תוך ליבון פרטני של המצב המשפטי לגבי נקודות המגע האפשריות בין ההוראות שבחקיקה המוצעת לבין ההוראות שבחוקי היסוד."

החקיקה להוראותיהם של חוקי-היסוד נשקלת בכל שלבי החקיקה. אין למנגנון זה עיגון בתקנון הכנסת, אך זהו נוהג קבוע.

כך, כדוגמה שמדברת בעד עצמה, בחוות-דעת ראשונית מיום 10 באוגוסט 2010 ליושב-ראש ועדת הפנים והגנת הסביבה חבר-הכנסת דוד אזולאי, המליץ היועץ המשפטי לכנסת לא לדון בפרק כב להצעת חוק ההסדרים לשנים 2009 ו-2010, העוסק בסוג חדש של מיסים – מיסי פיתוח שיוטלו על בעלי נכסים ברשויות המקומיות – בין היתר משום ש –

“חוק-יסוד: משק המדינה קובע כי מיסים ותשלומי חובה אחרים לא יוטלו, ושיעוריהם לא ישונו, אלא בחוק או על פי. הרציונל העומד בבסיס דרישה זו הוא כי כל הטלת תשלום חובה מהווה פגיעה בזכויות יסוד ועל כן חייבת להיות מעוגנת בחקיקה ראשית.

גם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי אין פוגעים בקניינו של אדם אלא לפי תנאי פסקת ההגבלה, דהיינו בחוק או לפיו, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. ברור כי בהטלת מס יכול שתהיה פגיעה בקניין ועל כן גם מטעם זה יש צורך להסדיר הטלת מיסים בחקיקה ראשית.

...

אין זה מקובל בחקיקת מיסים להותיר את ליבת ההסדרים לקביעת מחוקק המשנה, קל וחומר בשעה שההצעה אינה קובעת כל מנגנון פיקוח פרלמנטרי על קביעת מחוקק המשנה, שכן לפי ההצעה אין צורך להביא את התקנות שיתקינו השרים לאישור ועדה של הכנסת.<sup>75</sup>

רובינשטיין ומדינה טוענים כי הנוהל דנן חשוב לא פחות מביקורת שיפוטית, וכי יש לו השפעות רחבות ומשמעותיות.<sup>76</sup>

מכל האמור לעיל ניתן לראות עד כמה חוקי-היסוד מושרשים ב-DNA של בית-המחוקקים שלנו. את תרומתו של רעיון הביקורת השיפוטית יש לבחון לא רק על בסיס השאלה כמה הוראות חוק שחוקקה הכנסת פסל בית-המשפט מן היום שבו הצהיר, בפסק-דין **בנק המזרחי**, כי הוענקה לו הסמכות לעשות כן, אלא גם על בסיס הבחינה כמה הצעות חוק או החלטות אחרות לא ראו אור ולא עברו בהצלחה את אמות הביקורת הפנימית של כנסת ישראל עצמה לנוכח העובדה שקיימת ביקורת שיפוטית. לביקורת השיפוטית יש, לטוב ולרע, אפקט מצנן על הליך החקיקה.<sup>77</sup> הדבר מתבטא בעיקרו לא

75 “פרק לב להצעת חוק ההסדרים לשנים 2009 ו-2010 בנושא מיסי פיתוח” (חוות-דעת של איל ינון, היועץ המשפטי לכנסת, 10.08.2010).

76 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה”ש 32, בעמ’ 109, הערת-שוליים 34.

77 טיעון נגדי לאפקט המצנן יכול לגרום כי ביקורת שיפוטית מובילה דווקא לחקיקת-יתר או לעודף חקיקה, מן הטעם של התפרקות מאחריות והעברת האחריות לכתפיו של בית-המשפט.

בדיוני בית-המשפט הפומביים, אלא בעבודה היומיומית בוועדות הכנסת. עמד על כך חבר-הכנסת מיכאל איתן:

“...יועצים משפטיים מקפידים שחברי הכנסת המחוקקים לא יוציאו מתחת ידם הוראות חוק שביט המשפט יפרשן כפוגעות שלא כדין בזכויות מוגנות. מאחר שאיש אינו יכול להעלות בדמיונו עד היכן ירחיק בית המשפט בכוח הפרשנות שלו, עורכי הדין של הכנסת מגבילים לא פעם את החקיקה בשלבי הכנתה הרבה מעבר לנדרש אך ורק מחשש שמא הוראות החוק תיפסלנה על ידי בית הדין הגבוה לצדק.”<sup>78</sup>

מן האמור לעיל עולה כי הוראותיהם של חוקי-היסוד מופנמות היטב, וכי סמכותו של בג"ץ לקיים ביקורת שיפוטית וכן ההכרה בעליונותם של חוקי-היסוד חלחלו וממשיכות לחלחל לא רק ברמה ההצהרתית, אלא גם ברמה המעשית. חשוב להדגיש כי אף-על-פי שהמחוקק הישראלי העביר את כוח הסמכות השיפוטית, במודע ובמתכוון, לבית-המשפט, יש צורך מוגבר בשמירת האיזונים בין הרשויות השונות. למרות המהפכה החוקתית והעובדה שהנורמות הופנמו במהלך השנים מאז חוקקו שני חוקי-היסוד, צריך להישאר תמיד עם היד על הדופק. שר המשפטים לשעבר פרופ' דניאל פרידמן מזהיר מפני פגיעה בדמוקרטיה:

“...איזו מדינה תהיה לנו? האם תישמר הדמוקרטיה? האם תישמר המדינה? את ההחלטה בשאלה זו לא הפקדנו בידי בית-המשפט העליון. אין מדובר לא בכבוד האדם ולא ב'דמוקרטיה'. אבל הנושא חוזר לעניין הקולב והחליפה. בית-המשפט העליון אומר 'זה כבוד האדם', 'זה שוויון', 'זה חלק ממה שהכנסת הפקידה בידי'. אלא שעל דעתה של הכנסת לא עלה כלל להפקיד נושא זה בידי בית-המשפט העליון. בית-המשפט הוא שהחליט כי הנושא בידינו.”<sup>79</sup>

פרופ' פרידמן סבור כי בית-המשפט העליון הוא שותף מלא – ואף יותר מכך – להליך כינונה של החוקה, וכי למעשה הוא שכותב אותה. פרופ' פרידמן מבסס את מסקנתו זו על העובדה שבית-המשפט העליון שואב תכנים מתוך “עקרונות-יסוד של השיטה” שהם חיצוניים לחוקה, וגם יוצק תכנים למושג “כבוד האדם”, כמו-גם למושג “דמוקרטיה”, שאינם ברורים מאליהם. תכנים אלה נהפכים לחלק מהחוקה, ומשכך בית-המשפט הוא שיוצר את סעיפי החוקה. פרופ' פרידמן מתנגד לכך נחרצות, ומבקר תופעה זו בנימוק שבית-המשפט נוטל לעצמו סמכויות לא לו באמצעות כוח הפרשנות.

78 מיכאל איתן “מעמדה של הכנסת בעתירות לפסילת חוקים בעקבות בג”ץ 8276/05 עדאלה נ’ שר הביטחון” הארת דין ד 91, 119 (2007) (ההדגשה הוספה).

79 ראו בפסקה האחרונה של פרק ז למאמרו של דניאל פרידמן “היש לישראל חוקה ומי כותב אותה?” בכרך זה (ההדגשה הוספה).

לסיכום פרק זה, חוקי-היסוד לא נועדו להיות מסמכים חגיגיים הצהרתיים שתפקידם אך להכריז על זכויות האדם, אלא חוקים שנועדו לעגן במערכת המשפט הישראלית חלק מזכויות-היסוד של הפרט. מול עיני הוועדה עמדו לא רק חוקי הכנסת, אלא גם המסגרת האדירה של דברי חקיקה המותקנים במסגרת חקיקת-המשנה: תקנות, צווים, החלטות שלטוניות כאלה ואחרות ברמה של הנחיה כללית וחוקי-עזר מוניציפליים. כל אלה נוטים לא לכבד בצורה מספקת את זכויות-היסוד של הפרט, ולהעמיד את האינטרס השלטוני מעל הפרט עצמו. כוחם של חוקים אלה יפה רק כל עוד קיימת מערכת מאוזנת של ביקורת שיפוטית אשר מגינה על זכויות אלה אל מול עבודתם של המחוקק ומחוקק-המשנה.<sup>80</sup>

אף שהמחוקק הישראלי מסר ביודעין ובצורה מכוונת את סמכות הביקורת השיפוטית לבתי-המשפט, סמכות זו מולידה גם אחריות, ועל-כן יש צורך מוגבר בשמירת האיזונים בין הרשויות השונות. על בסיס הבנה זו אנו סבורים שכאשר אין מדובר בפגיעה בזכויות-יסוד שזועקת לשמים, לא בטוח כלל שיש מקום להתערבותו של בית-המשפט, בפרט כאשר מדובר בהחלטות שיש להן משמעות תקציבית כבדה ביותר לגבי אוצר המדינה. אחריות, איפוק וריסון הן מילות-המפתח. את סמכות הביקורת השיפוטית יש להפעיל באופן מבוקר ומושכל.

לסיום, משפט מסכם בנוגע להמשך המפעל של חקיקת חוקי-היסוד: חשוב שנבין כי מדובר ברצף חקיקתי, שהרי אין עתיד בלי עבר. יש פה עניין ברור של רצף ושל המשכיות, ועל כל הנוגע בדבר מוטלת החובה לתרום את חלקו על הצד הטוב ביותר, כמיטב הבנתו, מרצו ויכולתו. זו הדרך היחידה שבה ניתן להמשיך. כדברי רבי טרפון: "לא עליך המלאכה לגמור, ולא אתה בן חורין ליבטל ממנה".<sup>81</sup>

80 לעניין זה ראו ברק מדינה ואילן סבן "זכויות האדם ונטילת סיכונים" משפטים 90 (2009).

81 משנה, אבות ב, טז.