

המהפכה החוקתית – בת מצווה*

אהרן ברק**

ברשימה זו בוחן נשיא בית-המשפט העליון, השופט אהרן ברק, את המהפכה החוקתית – מהותה, התפתחותה והשלכותיה. תחילה הוא מגדיר מושגיות זו, תוך שהוא מציין כי את המהפכה חוללה הכנסת. הוא מנתח את הביקורת על המושגיות של "מהפכה חוקתית" ומשיב למבקרים. הוא עומד על מהותה של המהפכה, שבמסגרתה הוענק לזכויות האדם מעמד חוקתי על-חוקי, והוגבל כוחה הכל-יכול של הכנסת.

עיקר הרשימה מוקדש לתוצאותיה של המהפכה החוקתית ולבחינת השפעתה על המשפט ועל החברה בישראל. במסגרת זו נערכת הבחנה בין תוצאות המהפכה בתחום המשפט לבין תוצאותיה הלב-משפטיות. בכל הנוגע לתוצאותיה המשפטיות, נערך דיון, בין היתר, בהגשמת הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק, בקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי ובפיתוח הפרשנות של חוקה וחוק. כן נידון מעמדם של חוקי-היסוד שאינם עוסקים בזכויות האדם, ובשאלת זכויות-היסוד המוגנות בחוקי-היסוד. בכל הנוגע לתוצאות הלב-משפטיות של המהפכה, נידונות, בין היתר, הפנמתה של המהפכה החוקתית על-ידי הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת, והשפעתה על החברה הישראלית (בתחום עריכת-הדין ובתחום השיח הציבורי). כמו-כן נערכת הערכה של המהפכה תוך בחינת המאזן בין יתרונותיה לחסרונותיה. בסיומה של הרשימה בוחן הנשיא אהרן ברק את השפעותיה הצפויות של המהפכה החוקתית מתוך מבט קדימה אל העתיד.

* רשימה זו מעלה על הכתב, בשינויים המתבקשים בשל המעבר מהרצאה בעל-פה לטקסט בכתב, דברים שנשאתי בכנס שהתקיים במרכז הבינתחומי הרצליה, ב-19.3.2002, במלאת עשר שנים למהפכה החוקתית. בפתח דבריי בירכתי את המרכז הבינתחומי על יוזמתו, והדגשתי את תרומתם החשובה של נשיא המרכז אוריאל רייכמן ושל אמנון רובינשטיין (או חבר-כנסת) לקידום רעיון החוקה לישראל. מאז נאמרו הדברים ועד להעלאתם על הכתב חלפו שנתיים נוספות, וההתפתחויות שהתרחשו בזמן זה הובאו אף הן בחשבון. תודתי נתונה ליגאל מרזל ולגרשון גונטובניק על הערותיהם לרשימה זו.

** נשיא בית-המשפט העליון.

פרק א: המהפכה החוקתית

1. כינון חוקי-היסוד
2. מהותה של המהפכה החוקתית
3. המהפכה החוקתית – הסכמה וביקורת
4. מי חולל את המהפכה החוקתית?

פרק ב: מבט לאחור

1. הציפייה לשינוי משפטי וחברתי
 2. השינויים בהלכה השיפוטית
 - (א) ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק
 - (ב) שיעורה של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק
 - (ג) מעמדם של חוקי-היסוד שאינם עוסקים בזכויות האדם
 - (ד) הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי
 - (ה) פרשנות חוקתית
 - (ו) פרשנות חקיקתית
 - (ז) הזכויות הכלולות בחוקי-היסוד: הזכויות "ללא שם"
 - (ח) זכויות אדם חוקתיות והמשפט הפרטי
 - (ט) ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית
 - (י) סיכום השינויים בהלכה השיפוטית
 3. השינויים ברשויות השלטון
 - (א) השינויים ברשות המחוקקת
 - (ב) השינויים ברשות המבצעת
 4. השינויים בחברה
 - (א) השינויים בעריכת-הדין
 - (ב) השינויים בשיח הציבורי
 - (ג) הפנמת המהפכה החוקתית
 5. הערכת המהפכה החוקתית
- פרק ג: מבט קדימה

פרק א: המהפכה החוקתית

1. כינון חוקי-היסוד

שתיים-עשרה שנים חלפו מאז כוננו¹ חוקי-יסוד: חופש העיסוק² (ביום 12.3.1992) וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו³ (ביום 25.3.1992). סמוך לאחר קבלתם בכנסת הובעה הדעה כי עם כינונם של חוקי-יסוד אלה התרחשה בישראל מהפכה חוקתית.⁴ "זכות היוצרים" לשימוש פומבי בביטוי "מהפכה חוקתית" נתונה כנראה לקלוד קליין, אשר ציין, ברשימה שפרסם בעיתון מעריב ב-27.3.1992,⁵ כי עם חקיקתם של שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם התחוללה "המהפכה החוקתית השקטה". חודש לאחר-מכן, בדברים שנשא בטקס השבעת שופטים ביום 27.4.1992, התייחס שר המשפטים דן מרידור לשני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם שקיבלה הכנסת, בציינו:⁶

"וזהו לא רק תחילתה של דרך חדשה שהמשכה יבוא, אל נכון, בכנסת הבאה. זוהי מהפיכה קונסטיטוציונית של ממש. מעתה תהיינה זכויותיו של האדם במדינה, שפורטו בחוקי יסוד אלה, מוגנות לא רק נגד הרשות המבצעת או נגד מחוקק המשנה. בכך אין כמעט כל חדש. מעתה תהיינה זכויות אלה מוגנות אף נגד חקיקה שרירותית של הכנסת עצמה."

- 1 אני משתמש בתיבה "כינון", ולא "חקיקה", שכן יש להבחין בין קבלתו של חוקי-יסוד, המהווה חלק מהחוקה, לבין קבלתו של חוק רגיל. השימוש בדיבור "חקיקה" לענייניו של חוקי-יסוד – הנגזר מעצם השימוש במילה "חוק" בצירוף "חוקי-יסוד" – גרם וממשיך לגרום קשיים רבים, שמן הראוי לעשות הכל להקטנתם.
- 2 חוקי-יסוד: חופש העיסוק המקורי בוטל וכונן מחדש ב-10.3.1994; ראו ס"ח התשנ"ד 90.
- 3 חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 130.
- 4 דוד קרצמר כינה את השינוי "מיני-מהפכה" – ראו: David Kretzmer "The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?" 26 *Isr. L. Rev.* (1992) 238, 242 ("[T]he two new basic laws have introduced a mini-revolution into Israeli constitutional law by providing a sound basis for judicial review of legislation on grounds that it is inconsistent with human rights").
- 5 קלוד קליין "המהפכה החוקתית השקטה" מעריב 27.3.1992. בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים נערך ביום 6.4.1992 רב-שיח על חוקי-היסוד שהתקבלו. אחת מכותרות הרב-שיח הייתה "המהפכה החוקתית השקטה". ראו "האביב החוקתי של הכנסת ה-12" הלשכה 16 (1992) 14.
- 6 דן מרידור לקט דברים מתוך נאומים שנשא שר המשפטים דן מרידור 1988–1992 (1992) 18.

אותה גישה עצמה מצאה ביטוי בדברים שאמרתי (ב-18.5.1992) באוניברסיטת חיפה:⁷

"לא הכל מודעים לכך, אך לאחרונה התחוללה מהפיכה בישראל. זוהי מהפיכה חוקתית, אשר הכנסת - כגוף מכונן - גרמה. במרץ 1992 חוקקו חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק... מכוחה של חקיקת יסוד זו, הפכו זכויות האדם בישראל - בדומה למצב בארצות-הברית, קנדה ומדינות רבות אחרות - לנורמות משפטיות בעלות מעמד חוקתי עדיף... זכויות היסוד ההלכתיות הפכו עם חקיקתם של חוקי היסוד לזכויות 'כתובות על ספר'. הן מחייבות מעתה לא רק את האזרחים והתושבים, ולא רק את רשויות המינהל, כגון הממשלה והרשויות המקומיות. הן מחייבות מעתה את הכנסת עצמה. מעל הכנסת כרשות מחוקקת עומדת הכנסת כרשות מכוננת, ומעל לחוק הרגיל של הכנסת עומדים שני חוקי-היסוד. הריבונות היא של העם, והעליונות היא של חוקי-היסוד. חוק של הכנסת אין בכוחו עוד לפגוע בזכויות היסוד הנזכרות, אלא אם כן הוא הוחק לתכלית ראויה, במידה שאינה עולה על הנדרש, והוא הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית... מעתה, בית-המשפט יוכל לא רק לפרש חוק הנוגד את עקרונות היסוד, אלא גם להצהיר על בטלותו. בכך העניק העם לשופטיו מכשיר רב עצמה. עתה שנתן לנו העם את הכלים - נעשה את המלאכה."

רבים משתמשים מאז בביטוי "מהפכה חוקתית". יש המבקרים ביטוי זה ויש המסכימים לו. מהי אותה מהפכה חוקתית ומהן תוצאותיה?

2. מהותה של המהפכה החוקתית

המהפכה החוקתית, כפי שהשתמשים בדיבור זה מבינים אותו, נוגעת במעמדן הנורמטיבי של זכויות האדם בישראל.⁸ זכויות אלה הוכרו כמובן בישראל עוד לפני כינונם של שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם: חלקן הקטן הוכר בדברי חקיקה, כגון חוק שיווי זכויות

7 אהרן ברק "המהפיכה החוקתית" בתוך מבחר כתבים (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000, כרך א) 349 (להלן: ברק, מבחר כתבים). ראו גם אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ג-1992) 9. רשימה זו התפרסמה בסוף ספטמבר 1992.

8 כיום המהפכה החוקתית משתרעת על דבר מעמדם של כל חוקי-היסוד, ולא רק של חוקי-היסוד העוסקים בזכויות האדם. ראו להלן בסעיף 2(ג).

האשה, התשי"א-1951, חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, וזכויות הגאשם בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982; וחלקן העיקרי הוכר בפסיקה ענפה של בתי-המשפט בישראל, ובראשם בית-המשפט העליון.⁹ פסיקה זו ראתה בזכויות אדם אלה חלק מהמשפט המקובל הישראלי. הן אופיינו כזכויות הלכתיות "שאינן כתובות על ספר".¹⁰ על-פי המבחן החוקתי ששרר בישראל לפני המהפכה החוקתית, היה בכוחו של חוק לפגוע בזכויות האדם (החוקקות או ההלכתיות), ובלבד שהפגיעה בוטאה באופן מפורש.¹¹ אכן, על-פי המבחן החוקתי ששרר באותה עת, היה המחוקק "כל-יכול",¹² "ובכוחו לחוקק כל חוק ולמלא תוכן כעולה על רוחו".¹³ ביטוי יפה לכך נתן השופט שניאור זלמן חשין, כאשר הגדיר את היקפה של הזכות לחופש העיסוק:¹⁴

"כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק."

על-פי גישה זו, חירותו של האדם מוכרת כל עוד היא "אינה אסורה מטעם החוק". נקבע אומנם כי רק איסור מפורש יש בכוחו לפגוע בחירות,¹⁵ אך במקום שאיסור מפורש כזה קיים, זכות האדם נסוגה. נסיונות שנעשו לשנות מציאות נורמטיבית זו, בדרך של הכפפה הלכתית של החקיקה לזכויות האדם, נכשלו.¹⁶

- 9 על מעמדן של זכויות האדם בישראל לפני המהפכה החוקתית, ראו: זאב סגל דמוקרטיה ישראלית (תשמ"ח) 238; אמנון רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית, תשנ"א-1991) 701.
- 10 השופט לגדי בבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי ואח', פ"ד טו 2407, 2415.
- 11 ראו בבג"ץ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח', פ"ד לו(3) 337 (להלן: עניין מיטרני).
- 12 ראו דברי השופט זוסמן בבג"ץ 163/57 לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד יב 1041, 1079 ("רשאי המחוקק הכל-יכול להתיר את הפגיעה באזרח ללא דין וללא דין..."), וכן את דברי השופט חיים כהן בבג"ץ 120/73 טוביס ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד כז(1) 757, 759 ("גזירת המחוקק היא, ואם היא גורמת להפליות, הרי הפליות חקוקות ועל כן כשרות ולא פסולות הן"). לביקורת גישה זו לפני המהפכה החוקתית, ראו יוהר טל "מחוקק כל-יכול – האמנם? עיוני משפט י (תשמ"ד) 361.
- 13 השופט ברנזון בע"א 228/63 עוזו נ' עזר, פ"ד יז 2541, 2547. ראו גם בבג"ץ 188/63 בצול ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד יט(1) 337, 349.
- 14 בג"ץ 1/49 כדרנו ואח' נ' שר-המשטרה ואח', פ"ד ב 80, 82.
- 15 ראו עניין מיטרני, לעיל הערה 11.
- 16 בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד מד(3) 529, 554 (להלן: עניין לאו"ר).

במציאות נורמטיבית זו חל שינוי עם כינונם של שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם.¹⁷ לזכויות האדם הקבועות בשני חוקי-היסוד אלה ניתן מעמד חוקתי על-חוקי. כוחה של הכנסת לפגוע בזכויות אלה – לא בדרך של שינוי בחוק-היסוד עצמו¹⁸ – הוגבל. נקבע כי פגיעה בזכויות האדם הינה חוקתית רק אם החוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה,¹⁹ שעל-פיה החוק²⁰ הפוגע בזכויות האדם הולם את ערכיה של מדינת-ישראל,²¹ נועד לתכלית ראויה,²² ופגיעתו בזכות האדם אינה עולה על הנדרש.²³ חוק של

17 על ההיסטוריה של כינון שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, ראו יהודית קרפ "חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ג-1992) 323.

18 שאלה יפה היא אם אין מוטלות הגבלות על כוחה של הכנסת, כרשות מכוננת, לשנות את זכויות האדם. לסוגיה זו, ראו אהרן ברק פרשנות במשפט – כרך שלישי: פרשנות חוקתית (1994) 566.

19 הביטוי "פסקת ההגבלה" הינו תרגום של הביטוי האנגלי "limitation clause", המקובל בספרות החוקתית-ההשוואתית. על היקפה של פסקת ההגבלה במשפט הישראלי והמשווה, ראו שם, בעמ' 473. ספר זה נכתב בטרם נפסקה ההלכה בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט(4) 221 (להלן: עניין בנק המזרחי).

20 במקור קבע חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו בפסקת ההגבלה כי ההגבלה על זכות אדם צריכה להיות "בחוק". בחוקי-היסוד: חופש העיסוק המקורי נאמר כי ההגבלה יכולה להיות גם "על-פי חוק". עם כינונו מחדש של חוקי-היסוד: חופש העיסוק, בשנת 1994, נקבעה הוראה, המשותפת לשני חוקי-היסוד, שלפיה ההגבלה יכולה להיות "לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". לפירושה של הוראה זו, ראו ברק, לעיל הערה 18, בעמ' 560. ראו גם אורן גול "פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' משפט וממשל ד (תשנ"ח-1998) 381.

21 בפסקת ההגבלה עצמה נאמר כי הפגיעה צריכה להלום "את ערכיה של מדינת ישראל". לא נאמר בה אומנם כי ערכים אלה הינם ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית, אך עם זה, הנני סבור כי זה הפירוש הנכון של הדיבור "ערכיה של מדינת-ישראל". דבר זה מתבקש מהוראת סעיף 1א לחוק-היסוד, שלפיה מטרתו של חוקי-היסוד "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוקי-היסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". על משמעות הדיבור "ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", ראו: ברק, לעיל הערה 18, בעמ' 328; אשר מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 547; אריאל רוזן-צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, גיבור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל?" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 479; דות גביוון "מדינה יהודית ודמוקרטית: אתגרים וסיכונים" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוגן שמיר עורכים, תשנ"ח) 213.

22 על מהותה של התכלית הראויה, ראו ברק, לעיל הערה 18, בעמ' 518.

23 רבות נכתב על מהותה של פסקת ההגבלה. ראו: ברק, לעיל הערה 18, בעמ' 473; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, 1996, כרך ב) 975; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר

הכנסת²⁴ – היא הרוב שבו התקבל אשר יהא – הפוגע בזכויות האדם המיוגנות בשני חוקי-היסוד ואשר אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה – ובמקרה של פגיעה בחופש העיסוק, אינו ממלא את דרישותיה של פסקת ההתגברות²⁵ – הינו חוק לא-חוקתי, וכל בית-משפט מוסמך להצהיר על כך. אפילו ייאמר בחוק במפורש כי הוא נחקק על-אף האמור בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו,²⁶ לא תהא לאמירה זו היכולת להתגבר על חוק-היסוד, העומד במדרג נורמטיבי גבוה ממנו. כדי לפגוע בזכויות אדם המוגנות בשני חוקי-היסוד מבלי לקיים את הדרישות הקבועות לכך בחוקי-היסוד עצמם, נדרש שינוי חוקתי, כלומר, שינוי בחוקי-היסוד עצמם.²⁷ לשם כך נדרש כי השינוי ייעשה באמצעות חוק-היסוד, ונדרש – לעניין שינוי חוק-היסוד: חופש העיסוק – רוב של חברי-הכנסת.²⁸ את חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן לשנות ברוב רגיל. שינויים אלה אינם כפופים לפסקת ההגבלה או לפסקת ההתגברות.²⁹

ואח', פ"ד נא(4) 367 (להלן: עניין לשכת מנהלי השקעות); ע"פ 4424/98 סילגרו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 546–551 (להלן: עניין סילגרו).

24 שאלה יפה היא אם ניתן לפגוע בזכות אדם מוגנת על-ידי הלכות המשפט המקובל הישראלי. האם סמכותו הטבעית של בית-המשפט (כגון הסמכות להטיל הוצאות – ראו על"ע 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי-הדין תל-אביב-יפו, פ"ד מונ(3) 397) – ממשיכה לעמוד בעינה גם כאשר היא פוגעת בזכות אדם מוגנת (כגון זכות הקניין)? הניתן לפגוע בישראל בזכות אדם מוגנת מכוח המנהג הבינלאומי הנכלל בגדר המשפט המקובל הישראלי? לדעתי, יש לפרש את הדיבור "חוק" בצירוף "חוק-היסוד" בדומה למובן שניתן לו בעברית במסגרת הצירוף "שלטון החוק", קרי, במובן של "משפט". שלילתה של פרשנות זו תשפיע קשות על כוחו של המשפט המקובל "נוסח ישראל". המשפט המשווה מפרש את הדיבור "prescribed by law", המופיע בפסקות ההגבלה, ככולל גם משפט מקובל; ראו ברק, לעיל הערה 18, בעמ' 505. הדיבור "חוק" בצירוף "חוק-היסוד" אינו צריך להתפרש על-פי המובן שניתן לו בחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302, שכן חוק רגיל אינו יכול לקבוע את מובנם המחייב של מונחים בחוק-היסוד.

25 סעיף 8 לחוק-היסוד: חופש העיסוק.

26 לא כן לעניין כוחה של אמירה זו ("על-אף האמור") לפגוע בחופש העיסוק. כוח זה נקבע במפורש בפסקת ההתגברות (סעיף 8) בחוק-היסוד: חופש העיסוק.

27 ראו עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 19.

28 סעיף 7 לחוק-היסוד: חופש העיסוק ("אין לשנות חוק-היסוד זה אלא בחוק-היסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת").

29 ראו להלן הטקסט הנלווה להערה 128 ואילך. פסקת ההגבלה ופסקת ההתגברות עוסקות בחוק המבקש לפגוע בזכות-היסוד מוגנת. אין הן עוסקות בחוק-היסוד המבקש לפגוע בחוק-היסוד אחר. אכן, פסקות אלה עוסקות בפגיעה בזכות מוגנת על-ידי גורמה נמוכה יותר מחוק-היסוד, אולם אם הפגיעה נעשית על-ידי חוק-היסוד, היא אינה מתבטלת בשל העיגון שניתן לה בחוק-היסוד עצמו. כאשר חוק-היסוד מאוחר פוגע בזכות-היסוד מוגנת, זו

הנה כי כן, המהפכה החוקתית מתבטאת בשינוי מעמדן החוקתי של זכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד. ניתן להן מעמד חוקתי על-חוקי, ונקבעה עליונותן הנורמטיבית. כוחה הכל-יכול של הכנסת הוגבל אפוא: הוטלו הגבלות על כוח החקיקה שלה, והוכר במשתמע כוחו של בית-משפט להצהיר על בטלותו של חוק הפוגע לא כדין בזכות אדם הקבועה בחוק-היסוד. על המהפכה חוקתית זו עמדתי בעניין בנק המזרחי, בציני: ³⁰

"המהפיכה החוקתית התחוללה בכנסת במרץ 1992. הכנסת העניקה למדינת ישראל מגילת זכויות אדם חוקתית... היא יצרה נורמה חוקתית על-חוקית. במדרג 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... המהפיכה החוקתית בתחום זכויות האדם בנויה על אדני ההלכה הפסוקה... בלא התשתית ההילכתית, לא ניתן היה לקיים את השינוי החוקתי... בלא זכויות אדם הלכתיות, לא היו מוכרות אצלנו זכויות אדם חוקתיות... המהפיכה החוקתית אינה מתבטאת אפוא בעצם ההכרה בקיומן של זכויות האדם. הכרה זו קיימת בישראל על בסיס הפסיקה, מימים ימימה. המהפיכה החוקתית מתבטאת בשינוי מעמדן החוקתי של זכויות האדם... חוק רגיל הפוגע בזכות חוקתית המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בלא לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, והקובע - במפורש או במשתמע - כי הוא מכוון לפגוע בזכות האדם, אינו חוקתי, ובית המשפט יצהיר על בטלותו. זהו שורש השינוי החוקתי. כדבר הזה לא היה בעבר."

במסגרת הכנסת השטים-עשרה והשלוש-עשרה פעלו רבים להצלחתה של המהפכה החוקתית. במיוחד יש לציין את שר המשפטים דן מרידור, אשר הניח על שולחן הממשלה הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם. ³¹ הייתה זו הצעה מקיפה שביקשה להעניק לישראל מגילת זכויות אדם בעלת עוצמה חוקתית על-חוקית. הצעה זו נתקלה בקשיים קואליציוניים ולא הוגשה לכנסת. על רקע זה פעל חבר-הכנסת אמנון רובינשטיין, שיש לראות בו את אבי המהפכה החוקתית. תחילה הוא ביקש לאמץ את הצעתו של השר דן מרידור כהצעת-חוק פרטית משלו. ³² כאשר התברר כי להצעה זו אין סיכוי להתקבל בכנסת, גזר מתוכה

פגיעה המתרחשת ברמה נורמטיבית וזה לזו של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, ועליכן אין תחולה להגבלות הפנימיות שנקבעו בחוקי-יסוד אלה.

30 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 19, בעמ' 353, 354. ראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 23, בעמ' 913.

31 ראו אצל רובינשטיין ומדינה, שם, בעמ' 913.

32 הצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם, ה"ח התש"ן 443.

חבר-הכנסת רובינשטיין חמש הצעות-חוק; הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,³³ הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק³⁴ (שתי אלה הוגשו בכנסת השתיים-עשרה), הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות,³⁵ הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט³⁶ והצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות³⁷ (שהוגשו על-ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת כהצעות משלה בכנסת השלוש-עשרה). שתי ההצעות הראשונות נידונו בוועדת החוקה חוק ומשפט, שבראשה עמד חבר-הכנסת אוריאל לין. אלמלא מנהיגותו, לא היו ההצעות עוברות את הליכי הכינון. הוועדה הקדישה ישיבות רבות להצעות אלה. תרומה רבה תרם בהקשר זה חבר-הכנסת יצחק לוי, אשר בזכות רגישותו המיוחדת לנושאים של דת ומדינה נכללו תיקונים מספר שנועדו לשמור על הסטטוס-קוו הקיים בעניין זה.³⁸ חברי-כנסת אלה, יחד עם רבים אחרים, הביאו לידי הצלחתה של המהפכה החוקתית. מובן שמהפכה זו לא הייתה מתרחשת אלמלא פעולתם של חברי-כנסת בכנסות קודמות, אשר הקדישו ממרצם ומומנם להעלאת מעמדן של זכויות האדם למעמד חוקתי על-חוקי. בהקשר זה מן הראוי להזכיר את חבר-הכנסת יצחק-הנס קלינגהופר, אשר פרסם הצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם;³⁹ ואת חברי-הכנסת בנימין הלוי, שולמית אלוני ויורם ארידור, אשר עמדו בראש ועדות-משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, וביקשו, כל אחד בדרכו, לקדם את מפעל חוקי-היסוד.

3. המהפכה החוקתית – הסכמה וביקורת

תיאור השינוי החוקתי שחוללו חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם כמהפכה חוקתית התקבל, בעיקרו של דבר, בהסכמה. הספרות⁴⁰ והפסיקה⁴¹ העריכו את עומק השינוי שהתחולל, וראו בו מהפכה חוקתית של ממש. עם זה, לא הכל מסכימים לכך – יש המעלים ספק, ויש

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

34 הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק, ה"ח התשנ"ב 102.

35 הצעת חוק-יסוד: חופש הביטוי וההתאגדות, ה"ח התשנ"ד 325.

36 הצעת חוק-יסוד: זכויות במשפט, ה"ח התשנ"ד 324.

37 הצעת חוק-יסוד: זכויות חברתיות, ה"ח התשנ"ד 326.

38 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 23, בעמ' 916.

39 הצעת חוק-יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, ד"כ 38 (תשכ"ד) 798-802.

40 ראו, למשל: אהרן יורן "המהפיכה החוקתית במיסוי בישראל" משפטים כג (תשנ"ד) 55; אוריאל לין "חוקי-היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" המשפט ה (2000) 267; הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפיכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ו) 257; גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיוני משפט כב (תשנ"ט-ש"ס) 129. ראו גם: Ran Hirschl "Israel's Constitutional Revolution" 46 *Am. J. Com. Law* (1998) 427.

41 ראו, למשל: עניין סילגדו, לעיל הערה 23, בעמ' 539; בג"ץ 2390/96 קרסיק ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד (נה"ט) 625, 712 (להלן: עניין קרסיק).

המביעים אף התנגדות.⁴² יש הגורסים כי המציאות הנורמטיבית החדשה, כפי שתיארתי לעיל, אכן התרחשה, אך אין זה נכון לכנות זאת "מהפכה". לשיטתם, יש להסתפק בתיאור התופעה החדשה כשינוי. עם ביקורת זו אין לי מחלוקת של ממש, שכן בעיניי זהו ויכוח לשוני גרידא.

השופט זמיר כתב בעניין בנק המזרחי כי אכן התרחשה מהפכה חוקתית, אך זו "התחילה לפני שנות דור, בפרשת ברגמן".⁴³ על-פי גישתו של השופט זמיר, המהפכה החוקתית של עניין ברגמן "היתה, כדרך של מהפכות מוצלחות, רק שלב ראשון בתהליך מורכב וממושך. היא סללה את הדרך לשלב השני של המהפכה שנפתח, לפני שלוש שנים בערך, על ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק. שלב זה, אף שמבחינה מעשית חשיבותו עולה לאין שעור על חשיבותו של השלב הראשון, מבחינה עיונית אין בו פריצת דרך".⁴⁴ אף גישה זו אני מוכן לקבל, תוך קביעה שהשלב הראשון במהפכה החוקתית נפתח עם כינונו של חוק-יסוד: הכנסת, כפי שפורש בעניין ברגמן,⁴⁵ ואילו השלב השני נפתח עם כינונם של שני חוקי-היסוד, כפי שפורשו על-ידי בית-המשפט העליון בעניין בנק המזרחי. כמו השופט יצחק זמיר, אף אנוכי סבור כי לא הרי השלב הראשון כהרי השלב השני. אף בעיניי, שלב שני זה חשוב יותר מבחינה מעשית מהשלב הראשון.

ביקורת מסוג אחר היא זו של השופט מישאל חשין בעניין בנק המזרחי. השופט חשין מצוין כי "התווית 'מהפכה' קשה בעיני, וכי אמירה כי נתחולל 'שינוי' במהלכה של שיטת המשפט – אין די בה?".⁴⁶ אכן, אילו הייתה מקובלת עלי גישתו של השופט חשין – שלפיה שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם אינם במדרג נורמטיבי עליון, מעל לחקיקה הרגילה, וכל שיש בהם הוא קביעה צורנית באשר לדרכי השינוי של חקיקה המצויה ברמה נורמטיבית של חוק רגיל⁴⁷ – אזי הייתי סבור כמוהו כי לא התרחשה מהפכה חוקתית, וכי

42 ספק הובע על-ידי אלון; ראו מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב (תשנ"ו) 253, 256. להתנגדות, ראו יואש מייזלר "מהמהפכה החוקתית" – עשור וקצת אחרי: הדין והחשבון" תרבות דמוקרטית (תשס"ג-2003) 131.

43 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 19, בעמ' 468. פסק-הדין שהשופט זמיר מפנה אליו הוא בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג(1) 693 (להלן: עניין ברגמן).

44 עניין בנק המזרחי, שם, בעמ' 468.

45 השופט לנדוי, שכתב את פסק-הדין בעניין ברגמן, אינו רואה בו מקור נורמטיבי לעליונותם של חוקי-היסוד בכלל או של חוקי-היסוד המשוריינים בפרט. ראו משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל", הפרקליט כו (תשל"א) 30. הרשימה מופיעה גם בספר לנדוי (אהרן ברק ואליעזר מזוז עורכים, תשנ"ה, כרך א) 37. על חשיבותו של עניין ברגמן, ראו דוד קרצמר "מברגמן וקול העם לבנק המזרחי" משפטים כח (תשנ"ז) 359; אריאל בנדור "שריון וחוקה – פסק דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" משפטים לא (תשס"א) 821.

46 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 19, בעמ' 567.

47 לטיעונים שלפיהם אין להכיר בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק בישראל – אם בשל

כל שניצב לפנינו הוא אך שינוי חקיקתי.⁴⁸ אך את נכונותו של הדיבור "מהפכה חוקתית" יש להעריך על-פי מהותו של השינוי שהתחולל. אם אני אכן צודק בתיאור השינוי שהתחולל – ותיאור זה הרי מבטא את דעת הרוב בעניין בנק המזרחי – אזי אני רואה בו שינוי מרכזי ומרחיק-לכת עד כדי כך שראוי להכתירו בתואר "מהפכה חוקתית". השופט חשין מציין בעניין בנק המזרחי כי:⁴⁹

"אם אומרים לנו כי בחודש מארס 1992 חלה 'מהפיכה חוקתית' בנושא זכויות האדם, כמו מוסיף הדובר ומשמיע לנו כי באותו חודש הל שינוי עמוק – שינוי מקצה אל קצה – בזכויות האדם בישראל, כמו זכויות האדם בישראל ראו באותו יום אוויר עולם, כמו יצרה הכנסת יש מאין... דעתי שונה, שכן כידוע לכול זכויות אדם היו בישראל גם קודם שנת 1992."

אכן, הנני גורס כי במרס 1992 התרחשה מהפכה חוקתית שכן אני סבור כי "באותו חודש הל שינוי עמוק – שינוי מקצה אל קצה – בזכויות האדם בישראל". שינוי זה לא התבטא ביצירה של זכויות יש מאין, זכויות אדם חקיקתיות והלכתיות הוכרו גם בעבר. יתר על כן, מספרן רב ממספר הזכויות שהוכרו בחוקי-היסוד, והיקפן לעיתים רחב יותר.⁵⁰ השינוי התבטא בהעלאת מעמדן החוקתית של הזכויות למעמד חוקתי על-חוקי. אני סבור כי הדיבור "מהפכה חוקתית" מצביע בהכרח על יצירה של זכויות חדשות שלא היו מוכרות בעבר. גם בהעלאת מעמדן של זכויות קיימות ממעמד נורמטיבי של חוק או של הלכה פסוקה למעמד נורמטיבי חוקתי על-חוקי יש לראות מהפכה חוקתית.

טיעונים משפטיים ואם בשל טיעונים מתחום מדע המדינה – ולתשובות להם, ראו, בין היתר: יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'מהפיכה החוקתית'" משפטים כח (תשנ"ז) 149, 158; גביון, לעיל הערה 21.

48 אלון, לעיל הערה 42, מותח ביקורת על הדיבור "מהפכה חוקתית". לדעתו, עם קבלתם של שני חוקי-היסוד "גפל דבר במערכת המשפטית בישראל" (שם, בעמ' 253), אולם אין זו מהפכה חוקתית. אלון סבור כי אין לזכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד מעמד חוקתי על-חוקי, וכי בית-המשפט אינו רשאי לבטל חוק הנוגד את חוקי-היסוד, אם כי עליו לפרשו לאורם. אילו הייתה גישה זו מקובלת על בית-המשפט העליון, הייתי סבור, כמו השופט אלון, כי לא התרחשה מהפכה חוקתית. יצוין כי המאמר נכתב לפני שניתן פסק-הדין בעניין בנק המזרחי.

49 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 19, בעמ' 565.

50 למשל, חופש העיסוק ההלכתי הינו זכותו של כל אדם, ואילו חופש העיסוק בחוקי-יסוד: חופש העיסוק אינו זכותו של כל אדם, אלא רק של אורת או תושב. הזכות ההלכתית – הממשיכה לעמוד בעינה – הינה רחבה יותר אם כן מהזכות החוקתית העל-חוקית.

רות גביוון מבקרת אף היא את השימוש בדיבור "מהפכה חוקתית".⁵¹ כמו השופט מישאל חשין, גם רות גביוון סבורה כי אין לכנסת סמכות מכוננת, והיא אינה מאמצת את תורת המדרג הנורמטיבי. מכאן מסקנתה כי לא התרחשה מהפכה חוקתית, אם כי התרחש שינוי חשוב. לדבריה, ייתכן כי בעתיד, במרחק של שנים, נשקיף על שני חוקי-היסוד כאל תחילתה של מהפכה, אולם המהפכה תהא בהתפתחות, ולא בעצם חקיקתם של חוקי-היסוד. גביוון מציינת לעניין זה כי אפיון השינוי כ"מהפכה חוקתית" מניב הישגים מספר, אולם חסרונותיו עולים על יתרונותיו, ומכל מקום, הוא אינו משקף מצב מצוי ואף לא מצב רצוי. בהערכת ביקורתה של גביוון, נקודת המוצא היא הערכת מהותו של השינוי. גביוון מציינת כי "אם אכן עברנו ב-1992 משיטה של עליונות המחוקק (בחריג של סעיף אחד) לשיטה שיש בה עליונות של כל החוקרים החוקתיים – ובהתאם לכך גם ביקורת שיפוטית מלאה על חקיקה ראשית – הרי זו מהפיכה".⁵² לדעתי, זה בעיקרו השינוי שהתרחש, ועל-כן מוצדק לכנותו "מהפכה חוקתית". גביוון שוללת מסקנה זו. זו המחלוקת העיקרית בינינו. אמת, עד לפסק-הדין בעניין בנק המזרחי היה אפשר לטעון, כפי שטוענת גביוון, כי חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם לא חוללו כל מהפכה חוקתית, לא בגדרי המשפט המצוי ולא בגדרי המשפט הרצוי, אולם טענה זו אינה נכונה עוד לאחר פסק-הדין בעניין בנק המזרחי. פסק-דין זה קבע כי חוקי-היסוד מצויים ברמה נורמטיבית גבוהה יותר מחקיקה רגילה. ניתן לומר כי הפסק מוטעה וכי ראוי לשנותו, אך אין זה ראוי להתעלם ממקומו במשפט הפוזיטיבי של מדינת-ישראל. גם אם טוענים כי האמור בו הינו אמרת-אגב, אין לומר זאת על שלושת פסקי-הדין שניתנו לאחריו ואשר בהם הכריז בית-המשפט על ביטולן של הוראות חוק הנוגדות את זכויות האדם המעוצבות בשני חוקי-היסוד.⁵³ אכן, תיאור המצב הקיים תוך התעלמות מפסקי-הדין של בית-המשפט העליון אינו תיאור נכון של המציאות הנורמטיבית הקיימת, וממילא הוא חוטא להערכת השינוי שחוללו חוקי-היסוד במשפט הישראלי.

הנשיא (בדימוס) משה לנדוי סבור אף הוא כי שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם לא הביאו עימם מהפכה חוקתית.⁵⁴ עם זה, גישתו שונה מזו של השופט מישאל חשין ושל רות

51 ראו, בעיקר, רות גביוון "המהפיכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח (1997) 21.

52 שם, בעמ' 132.

53 ראו: עניין לשכת מנהלי השקעות, לעיל הערה 23; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון ואח', פ"ד נג(5) 241 (להלן: עניין צמח); בג"ץ 1030/99 ח"כ אורון ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד נו(5) 640 (להלן: עניין אורון).

54 ראו משה לנדוי "מחשבות על המהפיכה החוקתית" משפטים כו (1996) 419 (דברים שנאמרו ביום 20.9.1995, בטרם ניתן פסק-הדין בעניין בנק המזרחי, ביום 9.11.1995). לביקורת פסק-הדין בעניין בנק המזרחי, ראו משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג (תשנ"ו-1996) 697 (להלן: לנדוי, מתן חוקה לישראל).

גביון. נקודת המוצא של הנשיא לנדוי היא שהכנסת מסוגלת לקבל חוקה לישראל. הוא אף מציע לה חלופות אחדות בעניין זה, ומדגיש שעתה הגיעה העת שהכנסת תאמר את דברה. וכך הוא כותב:⁵⁵

“מעלה חשובה יש לפסק הדין, שהוא מבהיר, שבכל הנוגע ליחסי הגומלין בין הכנסת לבית המשפט הגיעה המדינה לפרשת דרכים. המכשלה הזאת חייבת לחזור עכשיו לכנסת. אין לנו גוף אחר היכול להביע את רצון העם, ואל לה לכנסת להתחמק עוד מאחריותה ומחובתה להגיד דברה בלשון החוק, באופן שאינו משתמע לשתי פנים. זמן רב מדי חלף מאז נתגלה הצורך הזה ועתה, אחרי מתן פסק-הדין המונח לפנינו; דוחקת השעה יותר מאי-פעם. לצורך זה יש להחיש את הדין בהצעות חוקי-יסוד: החקיקה הממתינות לבירור מעמיק בכנסת.”

המחלוקת שלי עם הנשיא משה לנדוי אינה דומה אפוא למחלוקת שלי עם השופט מישאל חשין או עם רות גביון. הנשיא לנדוי – כמו הנשיא מאיר שמגר וכמוני – גורס כי לכנסת ניתנה הסמכות ליצור “חוקה כחוק עליון”,⁵⁶ וכי בכוחה להגשים מהפכה חוקתית, ואילו השופט מישאל חשין ורות גביון אינם מכירים בסמכותה זו של הכנסת. הנה כי כן, המחלוקת שלי עם הנשיא לנדוי אינה בשאלה העקרונית אם הכנסת אכן מסוגלת ליצור חוקה כחוק עליון, אלא בשאלה אם הכנסת הביעה, הלכה למעשה, את רצונה לחוקק חוקה כחוק עליון. עמדתו היא כי “הסימנים” השונים לרצון זה – שעליהם עמד הנשיא מאיר שמגר ואשר עליהם עמדתי גם אני בעניין בנק המזרחי – אינם מספיקים. לטענתו, ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק צריכה לנבוע מהוראה מפורשת בחוקי-יסוד, ואין להסיקה בדרך של פרשנות שיפוטית. בכך, לדעתי, שוגה הנשיא משה לנדוי. שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם טומנים בחובם רשימה ארוכה של “סימנים” המצביעים על כך כי הסמכות הנתונה לכנסת לכוונן חוקה הוצאה מהכוח אל הפועל. ואם כך הדבר, אין כל הבדל מהותי בין סמכותו של בית-המשפט העליון להכיר – בדרך של פרשנות שיפוטית של חוקי-היסוד – בקיומה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק לבין סמכותו של בית-המשפט העליון האמריקאי להכיר בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק בארצות-הברית.⁵⁷ בשני המקרים, הבסיס לביקורת השיפוטית אינו בעליונות השיפוטית, אלא בעליונותם של החוקה וחוקי-היסוד. לא בתי-המשפט (האמריקאי והישראלי) נתנו חוקה למדינותיהם. זו ניתנה על-ידי הגופים המוסמכים לכך. על כל פנים, על הנשיא משה לנדוי להניח, כמשפט מצוי, כי זה הדין בישראל כל עוד הכנסת אינה משנה אותו בחוקי-יסוד. מדוע משפט מצוי זה אינו מהווה “מהפכה חוקתית”?

55 שם, בעמ' 710.

56 שם, בעמ' 699.

57 ראו עניין *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

4. מי חולל את המהפכה החוקתית?

המהפכה החוקתית הינה מעשה ידיה של הכנסת. באשר לתיאוריה המונחת ביסוד כוחה זה של הכנסת הובעו בעניין בנק המזרחי שתי השקפות: האחת, מפי הנשיא מאיר שמגר,⁵⁸ שעל-פיה הכנסת הינה כל-יכולה, ועל-כן בכוחה גם ליצור מדרג גורמטיבי שלפיו היא מגבילה את כוחה-היא; והאחרת, השקפתי שלי, שלפיה בעת כינון חוקי-יסוד, הכנסת פועלת ב"כובעה" כרשות מכוננת, וכוחה זה מאפשר לה להגביל את כוחה שלה כרשות מחוקקת. ברשימתי זו לא אעמוד על השוני בין שתי השקפות אלה. אנתח את מהותה של המהפכה החוקתית על-פי תפיסתי שלי, מבלי לפגוע, כמובן, בכוחה של התיאוריה הנוגדת. על-פי השקפתי – ובעניין זה אין שוני בינה לבין גישתו של הנשיא מאיר שמגר – "הגוף המהפכני, אשר ביצע את המהפיכה, היתה הכנסת עצמה. המהפיכה בוצעה על פי הכללים והדינים הקובעים את כללי המהפיכה. היתה זו 'מהפיכה חוקתית' חוקתית".⁵⁹ היטיב להבין זאת חברי-הכנסת אוריאל לין, מי שעמד בראש ועדת החוקה חוק ומשפט אשר קידמה את כינונם של שני חוקי-יסוד בדבר זכויות האדם:⁶⁰

"חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק מהווים ללא ספק מהפיכה חוקתית. זו היתה הפעם הראשונה שכנסת ישראל העמידה את חוקי-היסוד מעשה ידיה מעל לחוקים רגילים וקבעה כי תקפות של חוק רגיל תיבחן על פי המבחנים המפורטים בחוקי-היסוד. היא פרשה הגנה חוקתית על זכויות היסוד של הפרט וקבעה כי כל מעשה חקיקה איזה שהוא, כולל חוקי הכנסת, אינו יכול לפגוע בזכויות יסוד אלה אלא אם עמד במבחנים הנקובים בסעיף ההגבלה החוקתית. כך הוצבו זכויות היסוד של הפרט בראש הפירמידה של מערכת המשפט בישראל. מערכת

58 את השקפתו זו הציג הנשיא שמגר עוד לפני עניין בנק המזרחי; ראו מאיר שמגר "על סמכויות הכנסת בתחום החוקתי" משפטים כו (1995) 3.

59 אהרן ברק "החוק של ישראל: עבר, הווה ועתיד" הפרקליט מג (תשנ"ז) 5; ברק, מבחר כתבים, לעיל הערה 7, בעמ' 355, 367.

60 לין, לעיל הערה 40. ראו גם אוריאל לין "חוק יסוד: קונסנסוס" הארץ 27.11.1998: 5; "האם חוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק הם בבחינת 'מהפיכה חוקתית', כהגדרתו של נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק? לדעתי, התשובה חיובית... החידוש נבע מכך שזכויות היסוד של הפרט הוגדרו בראשונה בחוק חרות והוצבו בראש הפירמידה של מערכת המשפט בישראל; מערכת החוקים כולה הוכפפה לערכי היסוד של חוקים אלה. בראשונה נקבע כי מידת תקפותה של מערכת החוק בישראל – חקיקת משנה ואף חוקי הכנסת – תיבחן על פי התאמה לחירויות הפרט כמוגדר בחוקי היסוד. העובדה כי הכנסת במו ידיה העניקה לבית המשפט העליון את כוח הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת מגלמת את המהפיכה החוקתית".

המשפט כולה הוכפפה לערכי היסוד של חוקים אלה. הכנסת במו ידיה הטילה מגבלות על כוח החקיקה הלא מוגבל שלה. מהפיכה חוקתית זו היא מעשה מודע ומכוון של כנסת ישראל עצמה."

ובמקום אחר הוא כתב:⁶¹

"המהפיכה החוקתית' בישראל החלה כאשר הכנסת השלימה במרס 1992 את חקיקת חוק-יסוד: חופש העיסוק ולאחריו את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו."

הנסיבות להגשים את המהפכה החוקתית באמצעות בתי-המשפט לא עלו יפה. חרף אמרות-אגב אשר השאירו את השאלה בצריך עיון,⁶² סירב בית-המשפט העליון ליטול על עצמו תפקיד זה. באחת הפרשות שקדמו לשני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם נטען לפני בית-המשפט העליון כי חקיקה נוגדת את עקרון השוויון ומטעם זה היא בטלה, וכי על בית-המשפט להכריז על כך. דחיתי טענה זו, בצייני:⁶³

"על-פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו... כך אנו נוהגים זה למעלה מארבעים שנה. היא משקפת את ההסכמה החברתית בישראל, והיא נהנית מקונצנזוס של הציבור הנאור... אין זה ראוי, כי נסטה מגישתנו המקובלת והמשקפת את המסורת

61 אוריאל לין "מבוא" בתוך חוקי היסוד של מדינת ישראל (משה נסים עורך, 2003) 4.

62 ראו: דברי השופט זוסמן בע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 389, 390 ("השופט חייב לפסוק גם על-פי הלכות דין שאינן כתובות בספר החוקים, והן עומדות לא רק מעל חוק רגיל אלא אפילו מעל החוקה, שאפילו הוראותיה נדחות מפניהן אם אינן מתיישבות עמן... אם בארץ בעלת חוקה כתובה כך, בארץ שאין לה חוקה כתובה על אחת כמה וכמה"); דברי השופט זוסמן בבג"ץ 130/66 שגב נ' בית-הדין הרבני האזורי, צפת, פ"ד כא(2) 505, 515 ("לא נטען לפנינו שסעיף 2 הנ"ל מתבטל מפני מצוותה של הכרזת העצמאות, ולפיכך נמנע אני מלדון בשאלה זו"); ודברי הנשיא שמגר בבג"ץ 889/86 כהן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מא(2) 540, 543 ("איני רואה צורך לדון כאן בשאלה החוקתית הרחבה, אם הביקורת השיפוטית של בית משפט זה משתרעת גם על החקיקה הראשית של הכנסת, מעבר לביקורת בקשר להוראות החקיקות המשוריינות שבחוק-היסוד").

63 עניין לאור, לעיל הערה 16, בעמ' 554. ראו גם עדי פרוש "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי – השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכלי-יכולה" עיוני משפט יז

המשפטית-פוליטית שלנו, ואין זה ראוי, כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק – שאינו סותר הוראה משוריינת בחוק-יסוד – והנוגדת עקרונות יסוד של השיטה. אם נעשה כן, ניראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית. תפיסת החברה הישראלית את התפקיד השיפוטי אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה מרחיקת לכת זו. נראה לי כי תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על ידי העם ונציגיו הנבחרים.”

ציינתי באותה פרשה כי ריסון עצמי זה של בית-המשפט אינו נגזר מעקרונות-היסוד הקשורים לריבונות המחוקק, לשלטון החוק, להפרדת הרשויות או לדמוקרטיה.⁶⁴ הדגשתי כי ריסון עצמי זה גובע מתפיסתה של החברה הישראלית כי העמדתן של זכויות האדם על בסיס חוקתי על-חוקי צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על-ידי הכנסת. בכך ביטאתי את התפיסה כי החברה הישראלית רואה במפעל חוקי-היסוד את המסלול המשפטי לכינונה של חוקה בישראל. אם ייפסק מהלך זה כליל, והחברה הישראלית תזנח את מפעל חוקי-היסוד, שאלה זו עשויה להתעורר מחדש. כיום אין צורך כזה שכן הכנסת עשתה מעשה,⁶⁵ ובשני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם העמידה את זכויות האדם ברמה חוקתית על-חוקית. אכן, גישתי זו לא התבססה על תפיסה כי בהעדר חוקה כתובה המצויה מעל לחוקים הרגילים אין מקום לביקורת שיפוטית. מקובל עליי כי עשויים להיות מצבים שבהם תידרש ביקורת שיפוטית גם בהעדר חוקה כתובה⁶⁶ או אף באשר להוראות אותה חוקה. גישתי הייתה כי מצבים אלה לא התקיימו בישראל באותה עת, ולכן לא היה כל צידוק לא להמתין להמשך פעולתו של מפעל חוקי-היסוד. הנה כי כן, הכנסת היא זו שחוללה את המהפכה החוקתית. בלעדיה לא הייתה המהפכה החוקתית מתרחשת בשנת 1992. פעולתה המכוננת באותה עת הייתה תנאי חיוני לקיומה של המהפכה החוקתית. עם זה, לא היה זה תנאי מספיק. המהפכה החוקתית לא הייתה מתרחשת בשנת 1992 אילו לא הכיר בית-המשפט בכוחה של הכנסת לכונן חוקה,

717 (1993). ראו עניין לאור, שם, בעמ' 554, וכך טל, לעיל הערה 12, בעמ' 361. ראו גם דותן, לעיל הערה 47, בעמ' 156.

65 לאחר שניסיון להסדיר את הסוגיה באמצעות חוקי-יסוד: החקיקה (הצעת חוקי-יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ב 147) נכשל. באותה הצעה נקבע כי חוק הסותר "עקרון מעקרונות היסוד של מדינת ישראל" הינו בטל (סעיף 35(ה) להצעת חוקי-היסוד). הצעה זו הושפעה מעניין לאור. ראו דן מרידור "עיקרים בהצעת חוק יסוד: החקיקה" משפט וממשל א (תשנ"ג-1992) 387. ההצעה לא הובאה לקריאה ראשונה.

66 ראו דותן, לעיל הערה 47, בעמ' 152.

ואילולא קבע כי הכנסת הוציאה את כוחה זה מהכוח אל הפועל, עמדתי על כך בעניין בנק המזרחי:⁶⁷

"בחוקקה את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הביעה הכנסת את עמדתה באשר למעמד המשפטי-חוקתי העליון של שני חוקי היסוד 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."

אכן, המהפכה החוקתית התאפשרה בשנת 1992 בזכות שיתוף-הפעולה בין הרשות המכוננת והרשות השופטת. כל אחת משתי הרשויות הללו לא יכלה להוליד מהפכה זו בפעולתה שלה בלבד. רק איחוד הכוחות בין הכנסת לבין בית-המשפט הוביל למהפכה החוקתית. מכאן מרכזיותו של עניין בנק המזרחי. בזכותה של פרשה זו – ובזכותם של כמה פסקי-דין שניתנו לאחריתה⁶⁸ – הוכרה המהפכה החוקתית. בלעדיהם היא לא הייתה מתממשת. לשם המחשה, טלו את תשעת חוקי-היסוד שכווננו לפני שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם.⁶⁹ גם הם ביטוי לכוחה של הכנסת לכוונן חוקה.⁷⁰ עם זה, הם לא יצרו מהפכה חוקתית בעת כינונם שכן בית-המשפט העליון לא ראה בהם נורמות חוקתיות על-חוקיות, אלא התייחס אליהם כאל חוקים רגילים.⁷¹ אילו גישתו של בית-המשפט העליון הייתה שונה, היה ניתן לראות בחוקי-יסוד: הכנסת כמי שתולל את המהפכה החוקתית; אך דבר זה לא התרחש, ובית-המשפט העליון לא תפס את הוראות חוקי-היסוד, פרט להוראה משוריינת בחוקי-יסוד,⁷² כמצויות ברמה חוקתית על-חוקית. מצב-דברים זה נגרם בשל

67 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 19, בעמ' 353.

68 ראו לעיל הערה 53.

69 חוקי-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69; חוקי-יסוד: מקרקעי ישראל, ס"ח התש"ך 56; חוקי-יסוד: נשיא המדינה, ס"ח התשכ"ד 118; חוקי-יסוד: הממשלה, ס"ח התשנ"ב 214; חוקי-יסוד: משק המדינה, ס"ח התשל"ה 206; חוקי-יסוד: הצבא, ס"ח התשל"ו 154; חוקי-יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח התש"ם 186; חוקי-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78; חוקי-יסוד: מבקר המדינה, ס"ח התשמ"ח 30.

70 ראו להלן בסעיף ב(ג).

71 ראו: בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים ואח', פ"ד כג(1) 794; ע"פ 107/73 "נגב" – תחנת שירות לאוטומובילים בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 640; בג"ץ 60/77 רסלר נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ואח', פ"ד לא(2) 556.

72 ראו עניין ברגמן, לעיל הערה 43, ובעקבותיו בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ ואח' נ' רשות השירות ואח', פ"ד לה(4) 1; בג"ץ 141/82 רובינשטיין ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד לונ(3) 141; עניין לארר, לעיל הערה 16.

העדר שיתוף-הפעולה – החיוני לקיומה של מהפכה חוקתית – בין הכנסת לבין בית-המשפט העליון. הוא הדין בהכרזת העצמאות.⁷³ בית-המשפט העליון פסק, באחד מפסקי-הדין הראשונים שניתנו לאחר הקמת המדינה, כי הכרזת העצמאות "אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם".⁷⁴ בכך נשללה האפשרות לראות כבר בהכרזת העצמאות את הנורמה החוקתית העל-חוקית של מדינת-ישראל. כשלעצמי, איני מבקר את בית-המשפט העליון על פסיקתו זו. אני מניח כי בשנת 1948 הייתי פוסק כמוהם. עם זה, יש להכיר בכך שדוגמות אלה, ודוגמות אחרות במשפט המשווה,⁷⁵ מעידות כי לשם שכלולה של מהפכה חוקתית נדרש שיתוף-פעולה בין

גם הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת לא הייתה מקבלת את מעמדה החוקתי העל-חוקי אילולא נקבע הדבר בעניין ברגמן. בצדק ציין השופט זמיר, בעניין בנק המזרחי, כי תחילתה של המהפכה החוקתית בפרשת ברגמן. עם זה, הייתה זו מהפכה זוטא בלבד, שכן היא הוגבלה רק להוראה שנהנית משריון פורמלי. הנשיא לנדוי סבור כי אין לראות בעניין ברגמן בסיס לעליונותה של הוראת השריון; ראו לנדוי, לעיל הערה 45. הנמקתו אינה משכנעת כלל ועיקר. אמת, בעניין ברגמן ביקש בית-המשפט העליון להשאיר בצריך עיון את היחס בין חוק-יסוד משריון לחוק רגיל. עם זה, מה שנשאר בצריך עיון הוא ההנמקה, ולא התוצאה. תוצאתו של פסק-הדין הייתה מתן צו האוסר על שר האוצר לפעול על-פי הוראת חוק שלא קיימה את מצוותו של השריון בחוק-היסוד. כן נקבע בפסק-הדין כי הכנסת יכולה לתקן את המצב רק בדרך שהוראת השריון קובעת. בכך ניתנה, הלכה למעשה, עליונות להוראה המשריינת. העדרה של הנמקה אינו פוגע בהחלטתו הביצועית של הפסק ובצורך לפסוק כמוהו במקרים דומים שבהם מתעוררת הוראה משריינת. יש להצטער על כך שלא ניתנה הנמקה לתוצאה שאליה הגיע בית-המשפט. אילו ניתנה הנמקה, ועל-פי אופייה ותוכנה, ייתכן שהיה ניתן לראות בעניין ברגמן את שיתוף-הפעולה השיפוטי שהוליד כבר אז את המהפכה החוקתית שחוללה הכנסת בחוק-יסוד: הכנסת ובכל חוקי-היסוד שלאחריו.

73 על ההיסטוריה של הכרזה זו, ראו יורם שחר "הטיוטות המוקדמות של הכרזת העצמאות" עיוני משפט כו (2002) 523; יזהר טל "הכרזת העצמאות – עיון היסטורי פרשני" משפט וממשל ו (תשס"ג-2003) 551.

74 בג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85, 89 (הנשיא משה זמורה). ראו גם דברי השופט ברנזון בע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129, 135 ("כאשר קיימת הוראת חוק מפורשת של הכנסת, שאינה משאירה מקום לשום ספק, יש ללכת על-פיה, הגם שאינה עולה בקנה אחד עם אחד העקרונות שבהכרזת העצמאות").

75 ראו, למשל, הניסיון הקנדי עם ה"Canadian Bill of Rights". להיסטוריה זו, ראו: Peter W. Hogg *Constitutional Law of Canada* (Toronto, 4th ed., 1997) 789. להונגרי, ראו: Andras Sajo "Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary" 15 *Oxford J. Law and Society* (1995) 253; וכן אור בסוק "עשור לימהפכה החוקתית" – בחינת התהליך החוקתי בישראל דרך פריזמה היסטורית השוואתית" משפט וממשל ו (תשס"ג-2003) 451.

הרשות המכוננת לבין הרשות השופטת – הראשונה מניחה את המסד; השנייה מממשת אותו.

על רקע זה אין ביכולתי להסכים עם הנשיא לנדוי, המתריע כי גישתי מוליכה למצב שבו חוקה ניתנת לישראל בדרך של פסיקת בית-המשפט.⁷⁶ על-פי השקפתו, "החוקה, כפי שהיא תוארה על ידי הנשיא ברק, היא היחידה בעולם שנוצרה באמרי פיו של בית המשפט".⁷⁷ ניתן כמובן למתוח ביקורת על עניין בנק המזרחי, אך תהא זו התעלמות ממפעל חוקי-היסוד אם נבקש לייחס לבתי-המשפט מתן חוקה לישראל בדרך של פסיקה. בצדק העיר חבר-הכנסת אוריאל לין לגבי הצגת בתי-המשפט כמי שנתנו לנו את החוקה:⁷⁸

"אם כך הוא, מהם, אם כן, חוקי-היסוד? אבק נייר? חוקים רגילים? סתם הצהרות חוקתיות נחמדות? האם אין הם פרי החלטת הררי של הכנסת הראשונה[?]. ... מתקשה אני להבין איך אפשר כיום להטיל ספק כי חוקי-היסוד, בפרט נוכח חקיקתם בשנת 1992 של חוקי-יסוד: הממשלה, חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק, הם החוקה הכתובה של מדינת ישראל."

אך מעבר לכך, תהא זו התעלמות מעמדתם של בתי-המשפט, אשר סירבו ליתן חוקה לישראל אך ורק בדרך של פסיקה, וביקשו להמתין בעניין זה לכנסת עצמה שתאמר את דברה. והכנסת אמרה את דברה. בית-המשפט הקשיב לכנסת ונתן תוקף לדברה. אין בכך העלאה של בית-המשפט מעל הכנסת (כטענתו של הנשיא לנדוי).⁷⁹ יש בכך שיתוף-פעולה פורה בין הכנסת כרשות מכוננת – העומדת מעל לשלוש הרשויות האחרות (המחוקקת, המבצעת והשופטת) – לבין בית-המשפט. בצדק ציין אריאל בנדור כי פסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין בנק המזרחי "אינו בגדר 'מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט' יותר מכפי שהפרשנות הקודמת היתה בגדר 'שלילת חוקה מישראל בדרך פסיקת בית המשפט'".⁸⁰

76 לנדוי, מתן חוקה לישראל, לעיל הערה 54.
77 משה לנדוי בתוך "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלש שנים" המשפט ה (2000) 249, 254. (הרב שיח התקיים ב'26-28 בנובמבר 1998).
78 לין, לעיל הערה 61, בעמ' 269.
79 לנדוי, לעיל הערה 77, שם.
80 אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" ספר ברנזון (2000, כרך ב) 119, 128.

פרק ב: מבט לאחור

1. הציפייה לשינוי משפטי וחברתי

מאז התחוללה המהפכה החוקתית חלפו שנים-עשרה שנים. מה הייתה השפעתה על המשפט והחברה בישראל? האם התחולל בעקבותיה שינוי במשפט ובחברה בישראל? ברשימה שפרסמתי סמוך לאחר כינונם של שני חוקי-היסוד – ועוד בטרם נפסק הדין בעניין בנק המזרחי – ציינתי:⁸¹

"הזמן שעבר מאז החקיקה קצר מכדי לראות את מלוא ההשלכות החברתיות, הפוליטיות והמשפטיות של שני חוקי-היסוד אלה, אך משוכנע אני כי השפעתם תהיה מכרעת על החברה הישראלית ועל שיטת המשפט בישראל. המשפט הישראלי לאחר מרץ 1992 – מועד כניסתם לתוקף של שני חוקי-היסוד – שונה באופן מהותי מזה שהתקיים לפני כן. התפקיד השיפוטי לבש לבוש חדש. לשופטים, ובעיקר שופטי בית-המשפט העליון, הוענק מכשיר רב-עוצמה, אשר בכוחו לשנות את פני החברה הישראלית."

האם אכן שונו פניו של המשפט הישראלי ופניה של החברה הישראלית? האם שונה תפקידו של בית-המשפט בחברה הישראלית? באותה רשימה כתבתי כי "אם עד כה ניתן לשופטים 'נשק קונבנציונלי' לטיפול בחקיקה בדרך הפרשנות וליצירת משפט מקובל בישראל, הרי עתה ניתן לשופטים 'נשק לא קונבנציונלי' המאפשר ביטול של דבר חקיקה שאינו מקיים את דרישות חוקי-היסוד... בכך העניק העם לשופטיו מכשיר רב-עוצמה. עתה, שנתן לנו העם את הכלים – נעשה את המלאכה".⁸² האם נעשתה המלאכה? ברשימה שפרסמתי שנה לאחר כינונם של שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, ציינתי כי "בצד המהפיכה החוקתית נדרשת גם מהפיכה מחשבתית... הגנו מצויים בנקודת מפנה. ניתן להפכה מנוף לשינוי פני החברה הישראלית".⁸³ האם חל שינוי מחשבתי? האם שונו פני

81 אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ג-1992) 9, 15.

82 שם, בעמ' 34-35. על הדימוי של נשק לא-קונבנציונלי, ראו גם: אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ד) 271, 288; ברק, מבחר כתבים, לעיל הערה 7, בעמ' 442.

83 אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ג-1992) 253, 271, 272.

החברה הישראלית? במסגרת השינוי החברתי הדגשתי את הקשיים המיוחדים שהשופטים ניצבים לפניהם:⁸⁴

“האחריות המוטלת עלינו, שופטי דור המדבר, היא קשה. אנחנו התחנכנו על ברכי ההסדר החדש. הוא חלק מהקונסטיטוציה הנפשית שלנו. אנחנו תרמנו את הליקו – כחוליה בשרשרת העשייה השיפוטית – בגיבושו של הדין הפלילי הישן. עתה אנו נדרשים לשנות את הכיוון שבגיבושו היתה לנו תרומה מסוימת. שינוי מחשבתי זה אינו פשוט כלל ועיקר. יש בו, במובן מסויים, יסוד טרגי; הצורך שלך להרוס את המבנים שאתה בעצמך בנית.”

האם מבנים ישנים אלה אכן נהרסו? ברשימה אחרת ציינתי כי בעקבות שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ובעקבות עניין בנק המזרחי, “הפוליטיקה הישראלית הפכה לפוליטיקה חוקתית.”⁸⁵ האם הייתה לכך השלכה על הפוליטיקה הישראלית? בהזדמנויות אחדות חזרתי וצינתי כי “יש לנו כבר היום חוקה. חוקתנו העכשווית והקיימת הם חוקי היסוד.”⁸⁶ האם גישה זו התקבלה בשיח הפוליטי והחברתי בישראל? האם המשפטן הישראלי, איש הציבור הישראלי ובני החברה הישראלית חשים שיש להם חוקה? הדגשתי פעמים מספר כי הוראות החוקה שלנו בדבר זכויות האדם “הן המלט העשוי לאחד את כל חלקי הציבור הישראלי. האם אך חלום הוא לצפות לכך, שהמהפיכה החוקתית תגרור אחריה מהפיכה חברתית, אשר תעשה אותנו לחברה טובה יותר?”⁸⁷ האם שימשו זכויות האדם מלט לגיבושה של החברה הישראלית? האם התרחשה אותה מהפכה חברתית? ציינתי באחת הרשימות – עוד בטרם נפסק הדין בעניין בנק המזרחי – כי המהפכה החוקתית יצרה סיכונים וסיכויים. לעניין הסיכונים ציינתי:⁸⁸

“הסיכון הוא במשבר לגיטימיות, אשר מקורו בצורת החקיקה של חוקי היסוד. לא קדמה להם הכנה מספקת של הציבור. המהפיכה החוקתית

84 אהרן ברק “הקונסטיטוציונליזציה של מערכות המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)” מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5 (להלן: ברק, הקונסטיטוציונליזציה של מערכות המשפט); ברק, מבחר כתבים, לעיל הערה 7, בעמ' 455, 482.

85 ברק, מבחר כתבים, לעיל הערה 7, בעמ' 367.

86 שם, בעמ' 368, 485; אהרן ברק “החוקה הכלכלית של מדינת ישראל” משפט וממשל ד (תשנ"ח-1988) 357.

87 ברק, מבחר כתבים, לעיל הערה 7, בעמ' 374.

88 ברק, מבחר כתבים, לעיל הערה 7, בעמ' 401, 415-416. על הסיכונים והסיכויים עמדתי גם שם, בעמ' 442.

התרחשה בשקט, כמעט בהחבא. דבר זה עשוי ליצור תחושה, כאילו בית-המשפט מגביל שלא כדין את כוח השלטון; כאילו בית-המשפט נטל לעצמו סמכויות לא לו. הדבר עשוי לפגוע באמון הציבור בשפיטה.

ובאשר לסיכויים ציינתי:⁸⁹

"מקווה אני כי המהפיכה החוקתית תביא להבנה מעמיקה יותר במהות של הדמוקרטיה ובמהותן של זכויות האדם."

האם התממשו הסיכונים והסיכויים? האם נפגעה הלגיטימיות של בתי-המשפט? האם יש הבנה טובה יותר באשר לתפקידם בחברה שלנו? האם אנו מבינים את הדמוקרטיה טוב יותר? הבעתי באותה רשימה את התקווה "כי השינויים החוקתיים יופנמו, וכי הם ישפיעו על שינוי בתרבות המשפטית והפוליטית שלנו".⁹⁰ האם התגשמה תקווה זו? האם התרבות המשפטית והפוליטית שלנו שונתה? בהבהירי את כבוד האדם כזכות חוקתית, ציינתי באחת הרשימות:⁹¹

"חשיבותו של ערך זה הוא בהיותו גורם מגשר בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית, ובהיותו גורם מאחד ומגבש את בני החברה הישראלית, על כל גווניה, לבני חברה אחת, אשר על דגלה חרוט כבוד האדם."

האם מילא הערך של כבוד האדם את התקוות שתלו בו? האם היווה גורם מאחד ומגשר בחברה שלנו? שני חוקי-היסוד הוסיפו לערכים החוקתיים של מדינת-ישראל את "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".⁹² האם מילאו ערכים חוקתיים אלה תפקיד חשוב בהתפתחות המשפט הישראלי? חזרתי וציינתי בכמה רשימות כי המהפכה החוקתית יצרה קונסטרוקציונליזציה של מערכות המשפט בישראל.⁹³ האם התממש הדבר? התשובות על שאלות אלה הינן מורכבות. הזמן שחלף מאז התרחשה המהפכה החוקתית אינו רב, והתמונה אינה פשוטה כלל ועיקר. חרף זאת אבקש לבחון את השינויים שהתרחשו בעקבות המהפכה החוקתית, תוך הבחנה בין השינויים בתחום ההלכה השיפוטית לבין השינויים ברשויות השלטון האחרות ובחברה בישראל.

89 שם, שם.

90 שם, בעמ' 416.

91 שם, בעמ' 442. על אותו רעיון ראו אהרן ברק "בית המשפט העליון וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו" המשפט ב (תשנ"ד) 4, 6.

92 סעיף 1א לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 2 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק.

93 ראו, למשל, ברק, הקונסטרוקציונליזציה של מערכות המשפט, לעיל הערה 84.

2. השינויים בהלכה השיפוטית

(א) ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק

שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, כפי שפורשו בעניין בנק המזרחי, הניחו את הבסיס לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק בישראל בתחום זכויות האדם המוגנות בחוקי-היסוד. בעניין בנק המזרחי היו הדברים אמרת-אגב. הם נהפכו להלכה מחייבת בשלושה פסקי-דין חשובים, שבהם הכריז בית-המשפט על בטלותן של הוראות בשלושה חוקים אשר פגעו בזכות אדם מוגנת ולא מילאו את הדרישות של פסקת ההגבלה.⁹⁴ ביקורת שיפוטית זו נהפכה לחלק בלתי-נפרד ממערכת חיי המשפט בישראל.

נשמעו קולות שלפיהם לא הייתה זו כוונתם של חברי-הכנסת שהשתתפו בתהליך חקיקתם של שני חוקי-היסוד כי תקינים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק.⁹⁵ ביקורת זו אינה ראויה משני טעמים: ראשית, היא נוגדת את העובדות. הלכה למעשה היה ברור לרבים מחברי-הכנסת שהשתתפו בדיונים בוועדת החוקה חוק ומשפט ובמליאה כי עם קבלתם של שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם יוענק לזכויות האדם מעמד חוקתי על-חוקי שילווה ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק.⁹⁶ ראוי לציין בהקשר זה דברים שכתב חברי-הכנסת אוריאל לין, מי שהיה באותה עת יושב-ראש ועדת החוקה חוק ומשפט, ומן הדמויות הבולטות שהולידו את המהפכה החוקתית. כותב חברי-הכנסת לין:⁹⁷

94 ראו לעיל הערה 53.

95 ראו דברי חברי-הכנסת מיכאל איתן, יושב-ראש ועדת החוקה חוק ומשפט, בישיבת הוועדה מיום 17.7.2002, פרוטוקול מס' 509. על עמדתו בעת כינונם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, ראו דבריו בעת הדיון בקריאה השנייה של הצעת חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו, ה"ח התשנ"ב 60.

96 ראו, למשל, את דבריו של חברי-הכנסת יצחק לוי בוועדת החוקה חוק ומשפט: "אם חוק נישואין וגירושין יעמוד מול החוק הזה, אפשר יהיה לטעון שהוא לא הולם מדינה דמוקרטית. לאסור על אדם שהוא כהן נישואים עם גרושה, אילו הייתי שופט ואילו לא הייתי אדם מאמין, הייתי אומר שזה לא הולם מדינה דמוקרטית. העניין הזה יעלה להרכב של תשעה שופטים. זה יקעקע דברים שאנחנו רואים בהם יסודות של מדינה יהודית אף כי הינה מדינת חוק חילונית. אנחנו הולכים על חבל דק. יש לנו חוקים מסויימים שמתאימים למדינה יהודית וישראל היא מדינה דמוקרטית. אנחנו תמיד נעים בשני צירים – מדינה יהודית ומדינה דמוקרטית" (פרוטוקול דיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 1.7.1992, בעמ' 15). לפתרון הקושי שעליו עמד חברי-הכנסת לוי נקבעה הוראה בדבר שמירת דינים, ונקבע כי מטרתם של חוקי-היסוד לעגן בחוקי-היסוד את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

97 לין, לעיל הערה 40, בעמ' 275, 277. אותה גישה הציג חברי-הכנסת לין סמוך לאחר כינונם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם – ראו אוריאל לין "תשתית לחוקה כתובה בישראל" המשפט א (תשנ"ג) 81, 87 ("על אף העדר סעיף השריון, לחוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו

"לא היה חבר בוועדת החוקה שהשתתף בדיונים ולא היה מודע לכך כי שני חוקי היסוד מעניקים למערכת בתי המשפט את סמכות הביקורת השיפוטית על כל דבר חקיקה הפוגע בזכויות יסוד שעל פי חוקים אלה, כולל חוקים רגילים של הכנסת עצמה... הוויכוח לא היה אם בית המשפט יכול לבטל את תוקפו של חוק רגיל, אלא האם להעניק את כוח הביקורת השיפוטית רק לבית המשפט העליון או למערכת בתי המשפט כולה. ההכרעה היתה בעד מערכת המשפט כולה. כוונת המחוקק היתה ליצור זכויות יסוד מוגנות. לסעיף ההגבלה אשר על פי מבחניו צריך לבחון תוקפו של חוק רגיל אין כל ממשות משפטית אם נעדר ממנו כוח הביקורת השיפוטית."

אמת, היו חברי הכנסת שלא הסכימו לקיומה של ביקורת זו, ואף הביעו בפומבי את עמדתם,⁹⁸ אולם גישתם – אשר הייתה ידועה לחברי הכנסת האחרים – לא התקבלה. האמת ההיסטורית היא כי רוב חברי הכנסת ידעו על מה הם מצביעים, שכן קודם לקבלתם של חוקי יסוד אלה נערך דיון יסודי ומעמיק בכנסת שהתבסס על קונסנזוס רחב בכנסת.⁹⁹ שנית, שאלה פרשנית חשובה היא עד כמה כוונתם של "האבות המייסדים" מכרעת בפרשנותה של חוקה.¹⁰⁰ הדעה הרווחת עתה בארצות הברית – הן על השופטים השמרניים (דוגמת השופט Scalia)¹⁰¹ הן על השופטים הליברליים (כגון השופט Brennan)¹⁰² – היא כי

מעמד עליון לעומת חוקים רגילים". ראו גם לין, לעיל הערה 61 ("העובדה כי הכנסת כמו ידיה העניקה לבית המשפט העליון את כוח הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת מגלמת את המהפיכה החוקתית... לחברי הוועדה לא היה כל ספק כי בהעדר מבחן הביקורת השיפוטית אין כל ערך לחוק יסוד בתור שכזה ואין הוא מובדל מחוק רגיל אחר... הוועדה גם היטיבה להבין כי עבודתה בתחום זכויות הפרט תוכל להיות מושלמת רק באמצעות מערכת המשפט בישראל".

98 ראו דברי חברי הכנסת מיכאל איתן, יושב ראש ועדת החוקה חוק ומשפט, בישיבת הוועדה מיום 17.7.2002, פרוטוקול מס' 509.

99 ראו לין, לעיל הערה 40, בעמ' 272 ("אין דבר הרחוק יותר מן האמת והמקומם אותי יותר מאשר לקרוא דברי ביקורת בהם נטען כי החוקים כאילו התקבלו ב'היתבא', או כאילו היה זה פרי של 'מחטף חקיקתי'... הביקורת כאילו חוקים אלה לא התקבלו בהליך חקיקה מסודר היא בלתי הוגנת בעליל... יש בה אפילו מידה של בורות בהבנת הליכי החקיקה בכלל ובהכרת הליכי החקיקה של חוקים אלה בפרט"). ראו גם קרפ, לעיל הערה 17.

100 לניתוח שאלה זו, ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003) 453. ראו גם: Aharon Barak "Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy" 116 *Harv. L. Rev.* (2002) 16.

101 ראו: Antonin Scalia *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (Princeton, NJ, 1997) 37.

102 ראו: William J. Brennan "Construing the Constitution" 19 *U. C. Davies L. Rev.* (1985) 1.

אין ליתן לכוונתם של האבות המייסדים משקל נכבד. זו גם הדעה הרווחת בקנדה,¹⁰³ בגרמניה¹⁰⁴ ובאוסטרליה.¹⁰⁵ לא זה המקום לבחון שאלה זו לעומקה. אדגיש רק כי אף אם ניתן לכוונה זו משקל מכריע, נמצא כי היא תומכת בגישתה של המהפכה החוקתית. מובן שהביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק מעוררת שאלות חשובות.¹⁰⁶ אלה היו מתעוררות גם אילו הייתה בחוקי-היסוד הוראה מפורשת – כפי שאכן הוצעה בכמה הצעות חוקי-יסוד: החקיקה – המכירה בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. ביסוד שאלות אלה מונח הקושי לקבל מצב שבו החוקה מגבילה את המחוקק ואינה מאפשרת לו – כנציגה של העם – להגשים את רצונו. זו הדילמה של ה-Counter-Majoritarianism, אשר נידונה בהרחבה בארצות-הברית.¹⁰⁷ ברשימות אחדות עמדתי על שאלה זו, תוך הצגת עמדתי העיונית.¹⁰⁸ די אם אומר שלשאלות אלה יש בישראל אופי תיאורטי גרידא. הרוב הפרלמנטרי בהווה יכול לשנות את רוב ההוראות של חוקי-היסוד ברוב של חברי-הכנסת. שום בעיה אמיתית של Counter-Majoritarianism אינה מתעוררת, ויש להצטער על כך שמחלוקות בעניין זה בשיטות משפט אחדות – שבהן השינויים בחוקה הינם קשים ולמעשה בלתי-אפשריים – מיובאים לישראל.¹⁰⁹

103 ראו: Bertha Wilson "Decision-Making in the Supreme Court" 36 *U. Toronto L. J.* (1986) 227, 247.

104 בעניין עונש מאסר-עולם: 45 *Bverf GE* 187 (1977) ראו: Donald P. Kommers *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham & London, 2nd ed., 1997) 307.

105 ראו: Michael Kirby "Constitutional Interpretation and Original Intent: A Form of Ancestor Worship" 24 *Melb. U. L. Rev.* (2000) 1.

106 ראו ברק, לעיל הערה 100.

107 ביטוי מובהק לדילמה זו נתן Alexander Bickel – ראו: Alexander M. Bickel *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Indianapolis, Laurence H. Tribe *American* 1962). מאו היא נידונה בהרחבה בארצות-הברית – ראו: *Constitutional Law* (3rd ed., 2000) 302. השאלה מטרידה פחות את קנדה ומדינות אירופה – ראו ברק, לעיל הערה 100, בעמ' 48.

108 ראו בעיקר: אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" משפט וממשל ג (תשנ"ז-1996) 403; ברק, מבחר כתבים, לעיל הערה 7, בעמ' 293; וכן ברק, לעיל הערה 100. ראו גם יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים" משפט וממשל א (תשנ"ג-1992) 395. רבים חלוקים עליו בעניין זה – ראו: מנחם הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" משפטים כח (תשנ"ז) 211; אנדרה מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ז-1997) 133. לביקורת הביקורת ולביקורת נוספת, ראו עלי זלצברג ואלכסנדר קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים" משפט וממשל ד (תשנ"ח-1998) 489. ראו עוד אשר מעוז "ריבונות הכנסת וביקורת שיפוטית" הפרקליט מג (תשנ"ז) 25.

109 בנדור, לעיל הערה 80, בעמ' 127.

(ב) שיעורה של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק

מאז התרחשה המהפכה החוקתית ועד לכתבתן של שורות אלה הכריזו כאמור בית-המשפט העליון על בטלותן של שלוש הוראות חוק בשלושה חוקים.¹¹⁰ אין ספק כי בהשוואה למדינות אחרות שבהן קיימת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק,¹¹¹ שיעור הביקורת השיפוטית בישראל אינו רב. עם זה, קשה להסיק מכך מסקנות ברורות, וזאת מארבעה טעמים עיקריים: ראשית, מטבע הדברים עבר זמן-מה עד שהקהילייה המשפטית הפנימה את המהפכה החוקתית ולמדה לדעת כי עומד לרשותה אמצעי חדש שלא ידעה כמותו בעבר. גם היקפה של המהפכה החוקתית התבהר אך לאיטו. עניין לנו בתהליך שהבשלתו נמשכת זמן ניכר, ואין להתפלא אפוא שמספר הפניות לבתי-המשפט בדבר חוקתיותו של חוק אינו רב. שנית, בשתיים-עשרה השנים הראשונות שלאחר המהפכה החוקתית עמדה בתוקף ההוראה בדבר שמירת הדינים - הן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹¹² הן בחוק-יסוד: חופש העיסוק.¹¹³ מראש צומצמה אם כן האפשרות לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק רק לחקיקה שהתקבלה בכנסת לאחר המהפכה החוקתית,¹¹⁴ ובקבלתה של חקיקה זו לאחר המהפכה החוקתית נהגה הכנסת בזהירות רבה, ועשתה כל מאמץ לא לפגוע בזכויות האדם שניתן להן מעמד חוקתי על-חוקי בחוק-היסוד. מראש הצטמצמו אפוא האפשרויות לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. שלישית, חוק-היסוד בדבר

110 ראו לעיל הערה 53.

111 בבדיקה שערכנו מצאנו כי בתקופה המקבילה (1992-2002) הכריזו בית-המשפט העליון של ארצות-הברית על בטלותן של חמישים וחמש הוראות חוק, ובית-המשפט החוקתי של גרמניה הכריז באותה תקופה על בטלותן של מאה וארבע הוראות חוק.

112 סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד."

113 סעיף 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; "הוראות חיקוק שאלמלא חוק-יסוד זה או חוק-היסוד שבוטל כאמור בסעיף 9, היו תקפות ערב תחילתו של חוק-היסוד זה יעמדו בתוקפן עד תום שנתיים מיום תחילתו של חוק-היסוד זה, אם לא בוטלו קודם לכן, ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק-היסוד זה." הוראה זו שונתה פעמיים כדי לשמור על הדין הישן. התיקון האחרון שמר על הדין הישן עד יום א בניסן התשס"ב (14.3.2002). בהוראה זו לא תל כל שינוי. במודע נמנעה הממשלה מהגשת הצעה לתיקון ההוראה. נמצא כי למן יום 14.3.2002, כל הדין הקודם עומד לביקורת שיפוטית במסגרת חוק-היסוד: חופש העיסוק. לעיתים דין קודם פוגע הן בחופש העיסוק הן באחת הזכויות המוגנות בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו. במצב-דברים זה תהא ביקורת שיפוטית רק בהקשר של חוק-היסוד: חופש העיסוק; השוו בג"ץ 4676/94 מיטראל ואח' בע"מ נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד ג(5) 1.

114 ההוראה בדבר שמירת הדין הישן קשה היא. חוקה נועדה בראש ובראשונה לבחון את הדין הישן. ברוב-רובן של החוקות המודרניות אין שמירה על הדין הישן. בישראל הוכנסה הוראה באשר לשמירת הדין הישן כדי לאפשר הסכמה בכנסת ושיתוף-פעולה של חלק מהמפלגות הדתיות; ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 23, בעמ' 916.

זכויות האדם מעניקים מעמד חוקתי על-חוקי לזכויות אדם ספורות בלבד. רוב זכויות האדם נשארו במעמד שהיה להן לפני המהפכה החוקתית,¹¹⁵ ולפיכך אין אפשרות לביקורת שיפוטית בגינן. רביעית, את מספרם של פסקי-הדין שביטלו הוראות בחקיקה יש להשוות לסך כל פסקי-הדין שבהם התבקש בית-המשפט העליון לבטל הוראת חוק. השוואה זו תעלה כי מספרם של המקרים שבהם התבקשה ביקורת שיפוטית הינו מועט ביותר. נראה אפוא שאין להסיק על האקטיביזם השיפוטי בישראל משיעורה של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק בחלוף עשור למהפכה החוקתית. "המדגם" קטן מדי והתקופה קצרה מדי, וכל הכללה באשר לכיווני הביקורת השיפוטית הינה בגדר ניחוש בלבד. כל שניתן לומר הוא שבית-המשפט העליון בישראל נוהג, באשר לביקורת שיפוטית, על-פי מידת הריסון הראויה המתבקשת מכך שעניין לנו בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. לא הרי ביקורת שיפוטית על חוקיות של חקיקת-משנה לנוכח החקיקה הראשית כהרי ביקורת שיפוטית על חוקתיות של חקיקה ראשית לנוכח חוקי-יסוד. השוני בסוג החקיקה מחייב שוני בהתייחסות.¹¹⁶ בצדק ציין השופט יצחק זמיר:¹¹⁷

"בית המשפט חייב כבוד לחוק כביטוי של רצון העם. 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."

בית-המשפט העליון נהג כך. הוא בחן את שאלת חוקתיות החוק בזהירות רבה: הוא הכיר בחוקת החוקתיות;¹¹⁸ הוא נמנע מלבטל חוק אם פגיעתו בזכויות האדם הינה זניחה או מזערית, ודרש כי הפגיעה תהא בולטת ומשמעותית;¹¹⁹ והוא נתן משקל מיוחד לזמניותו

115 התיקון השיעי לחוקת ארצות-הברית קובע כי קביעתן של זכויות אדם ברמה חוקתית אין בה משום פגיעה בזכויות האדם שלא נכללו בחוקה. בישראל אין הוראה מקבילה בחוקי-היסוד, אולם אין בכך ולא כלום. ברור לכל כי ההסדר החיובי באשר לזכויות האדם בחוקי-היסוד לא יצר הסדר שלילי באשר לזכויות האדם שאינן קבועות בחוקי-היסוד. אלה ממשיכות במעמדם הקודם (כחוק או כהלכה פסוקה). מעבר לכך, זכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד אינן מהוות הסדר שלילי לפיתוח זכויות אלה כחלק מהמשפט המקובל שלנו. פיתוח זה עשוי להכיר בזכויות אלה בהיקף רחב יותר מזה המוכר בחוקי-היסוד. למשל, חופש העיסוק נקבע בחוקי-יסוד; חופש העיסוק כזכותו של כל אזרח או תושב, אך אין כל מגיעה שההלכה תכיר בזכותו של כל אדם לחופש העיסוק.

116 ראו בנדור, לעיל הערה 80, בעמ' 177. המחבר מותח ביקורת על גישה זו.

117 בג"ץ 3434/96 הופנונג ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד (3) 57, 67 (להלן: עניין הופנונג).

118 ראו: עניין צמח, לעיל הערה 53, בעמ' 267-269; בג"ץ 4513/97 עראר נ' שר הפנים ואח', פ"ד (4) 26, 40.

119 ראו עניין הופנונג, לעיל הערה 117.

של חוק הפוגע בזכויות האדם.¹²⁰ כמו־כן נפסק כי בית־המשפט אינו צריך לעורר שאלה חוקתית מיוזמתו שלו, וכי הוא לא יפסוק בה "אלא אם כן הדבר דרוש באופן החלטי (absolutely necessary) לצורך הכרעה בעניין".¹²¹ לבסוף, תמיד הועדפה פרשנות של חוק בהתאם לחוק־היסוד על פירוש המוליך לסתירה בין החוק לבין חוק־היסוד.¹²²

(ג) מעמדם של חוקי־היסוד שאינם עוסקים בזכויות האדם

חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי־יסוד: חופש העיסוק עוסקים בזכויות האדם. עניין בנק המזרחי עסק אף הוא בשני חוקי־יסוד אלה. על רקע זה מתעוררת השאלה מה מעמדם החוקתי של תשעת חוקי־היסוד האחרים.¹²³ את הבסיס הנורמטיבי לתשובה על שאלה זו ניתן למצוא בעניין בנק המזרחי. בפרשה זו נקבע כי חוקי־יסוד מהווה נורמה משפטית חוקתית על־חוקית. הנשיא מאיר שמגר ביסס מסקנתו זו על כוחה הבלתי־מוגבל של הכנסת (הגישה המוניסטית). על־פי גישה זו, מכותה הבלתי־מוגבל של הכנסת נגזרת סמכותה לקבוע הוראות חוקתיות על־חוקיות.¹²⁴ אני ביססתי מסקנה זו על הבחנה בין סמכותה המכוננת של הכנסת לבין סמכותה המחוקקת (הגישה הדואלית – תורת שני הכובעים).¹²⁵ על־פי גישה זו, הכנסת, כרשות מכוננת, מכוננת חוקי־יסוד אשר מצויים במדרג נורמטיבי שהינו עליון על דברי החקיקה שהיא מתוקקת כרשות מחוקקת. מה משתמע מגישות אלה לגבי מעמדם של תשעת חוקי־היסוד שכוננו לפני חוקי־היסוד על זכויות האדם? על־פי גישתי שלי – ורק עליה אני עומד עתה¹²⁶ – כל חוקי־יסוד מצוי ברמה חוקתית על־חוקית. בתארה את פעולתה כיצירת "חוקי־יסוד", נתנה הכנסת

120 ראו בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר ואח', פ"ד מח(5) 441, 486; בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי ואח' נ' הכנסת ואח', פ"ד נ(3) 485, 494 (להלן: עניין מרכז השלטון המקומי); בג"ץ 24/04 רסלר נ' כנסת ישראל ואח', פ"ד נו(2) 699, 713.

121 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 19, בעמ' 350 (הנשיא שמגר).

122 ראו דברי השופט מישאל חשין בבג"ץ 5503/94 סגל ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח', פ"ד נא(4) 529, 548, ובבג"ץ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 524. 123 לשאלה זו, ראו בנדור, לעיל הערה 80; אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות" משפט וממשל ו (תשס"ג-2003) 305.

124 את גישתו זו הציג הנשיא שמגר עוד לפני עניין בנק המזרחי – ראו שמגר, לעיל הערה 58. 125 את גישתי זו הצגתי בספרי על פרשנות חוקתית עוד בטרם נפסק הדין בעניין בנק המזרחי – ראו ברק, לעיל הערה 18, בעמ' 43. על תיאוריית הרשות המכוננת עמד קלוד קליין בכמה מאמרים, אשר השפיעו על גישתי שלי. ראו קלוד קליין "הרשות המכוננת בישראל" משפטים ב (תשל"ו) 51; קלוד קליין "רוב מיוחד ושינוי במשתמע" הפרקליט כח (תשל"ב) 563.

126 ראו הרהבה לעיל בתחילת תת־פרק 4.

ביטוי לכך שהיא פועלת כרשות מכוננת, וכי היא יוצרת את הנורמה העליונה בשיטת המשפט.¹²⁷

מכאן מתבקשות כמה מסקנות: ראשית, אין משנים חוק-יסוד אלא באמצעות חוק-יסוד אחר.¹²⁸ מכיוון ששני חוקי-יסוד מצויים על מדרג נורמטיבי זהה, אפשר שהשינוי יהיה מפורש, ואפשר שהוא יהיה משתמע (או "מכללא"). שאלה יפה היא אם חוק-יסוד יכול לקבוע במפורש כי ניתן לשנותו בחוק רגיל.¹²⁹ תשובה על שאלה זו מחייבת התמודדות עם השאלה אם מוטלות הגבלות על כוחה של הכנסת כרשות מכוננת. אני מבקש להשאיר שאלות אלה בצריך עיון. שנית, חוק-יסוד יכול לקבוע כי שינויו בחוק-יסוד ייעשה רק בהתקיים תנאים מסוימים (צורניים או מהותיים). למשל, חוק-יסוד יכול לקבוע כי אין לשנותו אלא ברוב של שבעים חברי-כנסת.¹³⁰ הוראה זו תופסת גם אם חוק-יסוד זה התקבל ברוב רגיל של חברי-הכנסת. בכך באה לידי ביטוי סמכותה המכוננת של הכנסת, הקובעת דרכים לשינוי החוקה. שלישית, חוק רגיל – יהא הרוב שבו התקבל אשר יהא – לא רק שאינו יכול לשנות חוק-יסוד, אלא אף אינו יכול לפגוע נקודתית בהסדר הקבוע בחוק-יסוד מבלי לבקש לשנותו.¹³¹ עם זה, פגיעה כזו אפשרית – ואינה מעוררת קושי חוקתי – אם חוק-היסוד מתיר זאת במפורש. חוק-היסוד רשאי, כמובן, לקבוע תנאים (של צורה או מהות) שעל חוק רגיל לקיים כדי שיוכל לפגוע בהסדר הקבוע בחוק-היסוד. אולם גם אם לא נקבעו תנאים כאלה, וכל שנקבע הוא שניתן לפגוע בהסדר המעוגן בחוק-היסוד בחקיקה רגילה, חקיקה זו חייבת להתאים למבנה החוקתי הכללי.¹³² התאמה זו תיקבע

127 על-פי גישתי, רק אם החוק כונה חוק-יסוד הוא מצוי ברמה חוקתית עליונה, וכל מה שמצוי בחוק-יסוד מצוי ברמה חוקתית עליונה. דומה כי גישתו המוניסטית של הנשיא שמגר עשויה להביא לתוצאות שונות.

128 מסקנה זו משותפת לגישה המוניסטית ולגישה הדואליסטית. היא עוברת כחוט-השני בפסק-הדין של הנשיא שמגר בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 19, בעמ' 272, 274, 296, ובפסק-דין שלי, שם, בעמ' 406.

129 השאלה הועלתה על-ידי בנדור, לעיל הערה 80.

130 גישה זו אינה מקובלת על השופט מישאל חשין בעניין בנק המזרחי. היא מתבקשת מהגישות המוניסטית והדואליסטית גם-יחד.

131 על ההבחנה בין שינוי חוק-יסוד לבין פגיעה בהוראותיו עמד הנשיא שמגר בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 19, בעמ' 274.

132 כפי שמלמד הניסיון הגרמני – ראו: David P. Currie *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (Chicago, 1994) 309. פנינה להב ודוד קרצמר מתחו ביקורת קשה על הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח, ה"ח התשל"ג 448, שכן היא אפשרה להגביל זכויות אדם מסוימות בחקיקה בלא כל הדרכה באשר לתוכנה של חקיקה זו. לטענתם, "הגבלות זכות 'על-פי חוק' מרוקנות מתוכן את הרעיון של מסגרת חוקתית מנחה של עקרונות". ראו פנינה להב ודוד קרצמר "מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים" משפטים ז (1976) 154, 172. ביקורת זו אינה במקומה. גם כאשר חוקה קובעת כי זכות אדם פלונית ניתנת לפגיעה בחוק – כפי שאכן

על-ידי "פסקות הגבלה" שיפוטיות אשר ייקבעו מזמן לזמן.¹³³ הוראה מפורשת בחוק רגיל הפוגעת בהסדר המעוגן בחוק-יסוד "על אף האמור בחוק-היסוד" תופסת רק אם יש הסמכה לכך בחוק-היסוד עצמו.¹³⁴

ההתפתחויות שהתרחשו בשנים-עשרה השנים שחלפו ביססו את מעמדם של כל חוקי-היסוד ברוח שלוש המסקנות שעליהן עמדתי, המתבקשות ממעמדה של הכנסת כרשות מכוננת, שעליו עמדתי בעניין בנק המזרחי.¹³⁵ אכן, בכמה פסקי-דין נקבע כי כל חוקי-היסוד כולם – ולא רק חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם – מצויים ברמה חוקתית על-חוקית. על-כן נפסק, למשל, כי חוק-היסוד: הממשלה,¹³⁶ חוק-היסוד: השפיטה¹³⁷ וחוק-היסוד:

קובעת החוקה הגרמנית, למשל, בכמה הוראות הקשורות לזכויות אדם – אין משמעות הדבר שהחוק רשאי לקבוע כל הסדר. עקרונות-היסוד של החוקה, ובמרכזם עקרון המידתיות, מגבילים את כוחו של החוק לפגוע בזכות האדם המוגנת. ראו: Kommers, *supra* note 104, at p. 46.

133 כפי שהניסיון האמריקאי מלמד. ניסיון זה מרחיק-לכת שכן בארצות-הברית נקבעו "פסקות הגבלה" שיפוטיות גם במקום שזכות אדם נוסחה באופן מוחלט, מבלי להוכיח כלל אפשרות של הגבלה בחוק. ראו, למשל, את הפסיקה הענפה סביב התיקון הראשון לחוקת ארצות-הברית, שלפיו: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or the press" ראו: Laurence H. Tribe *American Constitutional Law* (2nd ed., 1988) 785.

134 הוראה כזו (פסקת התגברות) קיימת בסעיף 8 לחוק-היסוד: חופש העיסוק. בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו אין הוראה דומה, ועל-כן אין לפגוע בזכות הקבועה בו אלא אם כן מתקיימים התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה (סעיף 8). חוק רגיל שייקבע בו כי הוא "על אף האמור בחוק-היסוד", ואשר אינו מקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה, אינו חוקתי ויש להצהיר על בטלותו, אפילו יתקבל על-ידי כל חברי-הכנסת. בעניין בנק המזרחי השארתי שאלה זו בצריך עיון ולעיל הערה 19, בעמ' 409. בכך טעיתי. גישתי הדואליסטית מחייבת תשובה ברורה כי בהעדר הוראת הסמכה בחוק-היסוד – בין חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו ובין כל חוקי-היסוד אחר – אין חוק רגיל יכול לפגוע בהסדר הקבוע בחוק-היסוד, אף אם החוק הרגיל קובע במפורש כי הוא "על אף האמור בחוק-היסוד". ראו: בנדור, לעיל הערה 45; בנדור, לעיל הערה 80, בעמ' 158.

135 לדעתי, אין לראות בפסיקה זו "מהפכה חוקתית" נוספת, כפי שסבור בנדור, לעיל הערה 123. לדעתי, אין היא אלא פיתוח של המהפכה החוקתית המקודרת ומיצוי הגיונה הפנימי.

136 ראו בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד נו(5) 206 (להלן: עניין אבני).
137 ראו: רע"א 3007/02 יצחק ואח' נ' מוזס ואח', פ"ד נו(6) 592; בג"ץ 2208/02 סלאמה ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950 (להלן: עניין סלאמה); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו(1) 750 (להלן: עניין חרות); בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדרו קיום בנגב" ואח' נ' משרד התשתיות ואח', פ"ד נו(2) 102.

הכנסת¹³⁸ מצויים ברמה חוקתית על-חוקית. הם מצויים ברמה נורמטיבית שווה לשני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, והכללים הרגילים החלים ביחסים בין נורמות שוות-מעמד חלים גם ביחסים בין חוקי-היסוד, בינם לבין עצמם. הפסיקה המשיכה בגישה כי חוק רגיל אינו יכול לשנות¹³⁹ ואינו יכול לפגוע¹⁴⁰ בהסדר הקבוע בחוק-היסוד.¹⁴¹ עמדתי על כך באחת הפרשות, בצייני:¹⁴²

"הכללים הפרשניים הקובעים פתרון של סתירות בין נורמות שוות מעמד אינם חלים ביחסים בין חוק יסוד לחוק רגיל. הכלל שלפיו נורמה מאוחרת גוברת על נורמה מוקדמת... והכלל שלפיו נורמה מיוחדת גוברת על נורמה כללית... חלים לענין סתירות בין נורמות משפטיות שוות מעמד. הם אינם חלים ביחסים שבין חוק יסוד לחוק רגיל. ביחסים שבין חוק יסוד לחוק רגיל חל הכלל שלפיו נורמה עליונה גוברת על נורמה תחתונה."

פגיעה בהסדר הקבוע בחוק-היסוד אפשרית רק אם קיימת בחוק-היסוד הוראה המאפשרת זאת ורק אם הפגיעה מקיימת את תנאיה.¹⁴³ גוסף על כך, החוק הפוגע צריך להתפרש על רקע המבנה החוקתי הכולל, ועל-כן יש מקום לדרוש כי הוא יקיים את ערכיה של מדינת-ישראל, כי תהא לו תכלית ראויה וכי פגיעתו בהסדר שבחוק-היסוד לא תהא מעבר למידה הדרושה.¹⁴⁴

138 כל חוק-היסוד: הכנסת, ולא רק הוראת סעיף 4 שבו; ראו ע"ב 92/03 שאול מופז ואח' נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה ואח', פ"ד (נז) 793 (להלן: עניין מופז).

139 עניין סלאמה, לעיל הערה 137, בעמ' 953 ("אין דבר חקיקה רגיל – בין שנחקק לפני כינונו של חוק היסוד ובין שהוחק לאחר מכן – יכול לשנות מהוראות חוק היסוד... על כן דבר חקיקה המעניק לבית-משפט אחר סמכות בעניינים שבית-המשפט הגבוה לצדק הוסמך לדון בהם בחוק-היסוד: השפיטה אינו יכול לשנות את סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק").

140 עניין חרות, לעיל הערה 137, בעמ' 756 ("אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראת חוק יסוד אלא אם כן הדבר מתאפשר על-ידי פסקת ההגבלה").

141 חוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח התשמ"א 302, אינו חל על פירוש מונחים בחוק-היסוד; ראו עניין אבני, לעיל הערה 136, בעמ' 211.

142 עניין אבני, שם, בעמ' 209.

143 עניין אבני, שם, שם ("אין מגיעה לכך שחוק היסוד יקבע כי בהתקיים תנאים מסויימים, בכוחה של הוראת חוק רגילה לפגוע בהסדרים הקבועים בחוק יסוד. פסקת ההגבלה שבחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-היסוד: חופש העיסוק קובעת הוראה ברוח זו").

144 ראו: עניין הרפנונג, לעיל הערה 117, בעמ' 70 (השופט יצחק זמיר) ובעמ' 75 (השופט אהרן ברק); עניין מופז, לעיל הערה 138, בפסקה 17 לפסק-דינו של השופט אליהו מצא.

(ד) הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי

המהפכה החוקתית הביאה לידי קונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי.¹⁴⁵ על מהותה של קונסטיטוציונליזציה זו עמדתי באחת הפרשות, בצייני:¹⁴⁶

"משמעותה של קונסטיטוציונליזציה זו היא, כי כל ענף משפטי וכל נורמה משפטית מושפעים מההסדרים החוקתיים בדבר זכויות האדם. זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן על כל ענפי המשפט ומשפיעות על כל הנורמות המשפטיות."

ובעניין בנק המזרחי ציינתי:¹⁴⁷

"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."

אכן, קונסטיטוציונליזציה של המשפט עניינה בכך שכל ענף משפטי וכל נורמה משפטית צריכים להתאים את עצמם להסדרים החוקתיים. כל ענף משפטי צריך לשנות את מושגי-היסוד ואת תפיסות-היסוד על-מנת להתאים את עצמו להסדר החוקתי החדש. אם בעבר נגזרו זכויות האדם מההסדרים (החוקים או ההלכתיים) בענפי המשפט השונים, מעתה ייגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות.¹⁴⁸ אכן, משמעותן של

145 ראו פסק-דיןי בבג"ץ 3914/92 לב ואח' נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו ואח', פ"ד מחנ(2) 491, 502 (להלן: עניין לב) ("זכויות האדם החוקתיות הן חלק של המשפט החוקתי והן מכוונות, בראש ובראשונה, כנגד רשויות השלטון. עם זאת, הן מקרינות עצמן (במישרין או בעקיפין) לכל ענפי המשפט, ובכך יוצרות קונסטיטוציונליזציה של המשפט").

146 כש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421 (להלן: עניין גנימאת).
147 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 19, בעמ' 447. ראו גם: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 522 ("בעקבות שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם והפירוש שניתן להם בפרשת בנק המזרחי המאוחד התרחשה קונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי... זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן (במישרין או בעקיפין) לכל ענפי המשפט"); עניין קרסיק, לעיל הערה 41, בעמ' 712; עניין סילגדו, לעיל הערה 23, בעמ' 539.

148 ראו ברק, הקונסטיטוציונליזציה של מערכות המשפט, לעיל הערה 84; ברק, מבחר כתבים, לעיל הערה 7, בעמ' 455. ראו גם להלן בסעיף 4(ב).

המהפכה החוקתית ושל הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הנובעת ממנה היא שנקבע איוון חדש בין חירותם של הפרטים בינם לבין עצמם ובינם לבין כוחו של השלטון. עמדתי על כך בעניין גנימאת, בצייני:¹⁴⁹

"עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הותוו יחסי גומלין חדשים בין הפרט לבין הפרטים האחרים, ובין הפרט לבין הכלל. נוצר איוון חדש שבין הפרט לבין השלטון... אכן, חוקי היסוד יוצרים איוון חדש בין זכויות הפרט בינו לבין עצמו ובינו לבין טובת הכלל... נוצר קשר פנימי שאין לנתקו בין זכויות האדם לבין האינטרס הציבורי המצדיק הגבלתן. הזכות וההגבלה עליה יונקים ממקור משותף."

האם הורגשה קונסטיטוציונליזציה זו הלכה למעשה? מה השפעתה בפועל על ענפי המשפט השונים? תשובה על שאלות אלה מחייבת, כמובן, מחקר יסודי בכל ענף משפטי בנפרד. מהספרות המשפטית הרבה שפורסמה על מהותה של המהפכה החוקתית ותוצאותיה,¹⁵⁰ ניתן ללמוד כי המומחים לענפי המשפט השונים אכן הפנימו את הקונסטיטוציונליזציה של הענף המשפטי שהם מתמחים בו, וביקשו להראות אילו שינויים עשויים להתרחש בדין הקיים בעקבות קונסטיטוציונליזציה זו. כך הדבר, למשל, במשפט הפלילי,¹⁵¹ בדיני העבודה,¹⁵²

149 עניין גנימאת, לעיל הערה 146, בעמ' 413.

150 ראו, בין היתר: משפטים כח; עיוני משפט יט(3); מחקרי משפט יג(1).

151 ראו: ברק, לעיל הערה 148; דליה דורנר "השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני מעצרים" משפט וממשל ד (תשנ"ז-1997) 13; יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות אדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה-1995) 64; עמנואל גרוס "הזכויות החוקתיות של הקרבן – מחקר השוואתי" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 419; עדנה ארבל "המהפיכה החוקתית במשפט הפלילי – האיוון שבין זכויות הנאשם לבין זכויות קרבנותיו" ספר שמגר (2003, כרך ב) 255; רינת קיטאי "הניגוד בין חוקת המסוכנות שבחוק המעצרים לבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מז (תשס"ב) 282; Mordechai Kremnitzer "Constitutional Law and Criminal Law" 27 *Isr. L. Rev.* (1993) 27; Eliahu Harnon "The Impact of the Basic Law: Human Dignity and Liberty on the Law of Criminal Procedure and Evidence" 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 678; Mordechai Kremnitzer "Constitutionalization of Criminal Law: A Realistic View" 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 720.

152 ראו: רות בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד (תשנ"ד) 27; פרנסס רדאי "חוקתיוציה של דיני העבודה" שנתון משפט העבודה ד (תשנ"ד) 151; מנחם גולדברג "חופש העיסוק: מזכות יסוד לחוק יסוד" הפרקליט מא (תשנ"ד) 291.

בדיני המשפחה,¹⁵³ בסדר הדין האזרחי,¹⁵⁴ במשפט המנהלי,¹⁵⁵ בדיני המיסים,¹⁵⁶ בדיני הקניין¹⁵⁷ ובענפים רבים אחרים של המשפט הישראלי. על-פי הבנתי שלי, אכן הייתה כאמור הפנמה של הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי בענפי המשפט השונים. הפנמה זו לא הצטמצמה רק להיבטים התיאורטיים, אלא היו לה גם השלכות מעשיות. על היקפן של אלה ניתן לעמוד מתוך עיון בכל אחד מענפי המשפט הישראלי. בחינה זו חורגת ממסגרתה של רשימה זו.

(ה) פרשנות חוקתית

בית-המשפט העליון עסק בהלכות פרשנות מיום היווסדו. לשפוט משמעותו לפרש. במסגרת זו ניתן ביטוי, מדי פעם, למהותו של הטקסט המתפרש ולהשפעתו על שיטת הפרשנות החלה לגביו. בהקשר זה ניתן מעמד מיוחד לטקסטים משפטיים בעלי אופי חוקתי. היטיב להביע זאת ממלא-מקום הנשיא שמעון אגרנט, בפרשו את הוראת סעיף 6 בחוק המעבר, התש"ט-1949 – חוק שקדם להחלטת הררי ולהחלטה על מפעל חוקי-היסוד – הדנה בסמכות הנשיא לחון עבריינים ולהקל את עונשם:¹⁵⁸

“בשים לב לתכנון הקונסטיטוציוני המובהק של החוק האמור, ובהתחשב במגמה שמאחורי הניסוח המקוצר והכללי של הסמכויות המוזכרות בו,

153 ראו רות הלפרין-קדרי “דיני משפחה אורחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה” מחקרי משפט יו (תשס"ב) 105.
154 ראו: שי שגב “על היחס שבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין תקנות סדר הדין האזרחי בכלל והסעדים הזמניים בפרט” המשפט ב (1994) 968; דודי שורץ “מגמות התפתחות בסדר הדין האזרחי” ספר השנה של המשפט הישראלי תשנ"ז (1997) 417.
155 ראו: Baruch Bracha “Constitutional Upgrading of Human Rights in Israel: The Impact on Administrative Law” 3 *U. Pa. J. Const. L.* (2001) 581.
156 ראו: יורן, לעיל הערה 40; יצחק הדרי “נורמת המידתיות וביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקי המס” הפרקליט מו (תשס"ב) 11.
157 ראו: יהושע ויסמן “הגנה חוקתית לקניין” הפרקליט מב (תשנ"ה-תשנ"ו) 258; אהרן יורן “היקף ההגנה החוקתית על הקניין וההתערבות השיפוטית בחקיקה כלכלית” משפטים כח (תשנ"ו) 443; יוסף מ' אדרעי “על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיונית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם” משפטים כח (תשנ"ז) 461; יואב דותן “המעמד החוקתי של זכות הקניין” משפטים כח (תשנ"ז) 535; אסף פוזנר “חוק גל כמשל – ההגנה על זכות הקניין” משפטים כח (תשנ"ז) 581; אוריאל פרוקצ'יה “הגנה חוקתית על הקניין בראי התיאוריה הכלכלית” משפטים כח (תשנ"ז) 621; אייל גרוס “זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו” עיוני משפט כא (תשנ"ח) 405.
158 ד"ר 13/60 היועץ המשפטי לממשלה ג' מתאנה, פ"ד טו 430, 442.

הריני סבור, שהדרך לפרש את אלה האחרונות אינה חייבת להיות זו של מתן פירוש מצמצם דוקא. בזמנו הזהיר זקן השופטים האמריקני John Marshall שיש להביא בחשבון, שעה שבאים לפרש חוק זה או אחר מחוקת ארצות-הברית, כי 'it is a ...constitution we are expounding' משמעות האימרה הזאת היא... כי כאשר הענין נוגע במסמך הקובע את מסגרת השלטון במדינה, על בית-המשפט להשקיף מתוך 'מבט רחב'... על הסמכויות האמורות בו."

גישה זו הוחלה במלוא כוחה על פירושם של חוקי-היסוד, המהווים את חוקתה של מדינת-ישראל.¹⁵⁹ הדגשתי כי "הוראות יסוד יש לפרש מתוך 'מבט רחב'... ומתוך הבנה כי עניין לנו בהוראה הקובעת אורחות חיים. לא הרי פירושה של הוראה רגילה כהרי פירושה של הוראת יסוד חוקתית... עניין לנו בניסיון אנושי, החייב להתאים עצמו למציאות חיים משתנה. אם אמרנו על חוק רגיל, כי אין הוא מבצר הנכבש בעזרת מילון אלא עטיפה לרעיון חקיקתי חיי... הרי על אחת כמה וכמה שגישה זו צריכה להדריכנו לעניין פירושן של הוראות בעלות אופי חוקתי".¹⁶⁰ בפרשה אחרת, שבה נידונה סמכות החנינה של הנשיא הקבועה בחוק-יסוד: נשיא המדינה, הדגשתי כי "חקיקה קונסטיטוציונית חייבת להתפרש על רקע מבנה השיטה כולה. חוק הוא 'יצור החי בסביבתו'... ו'סביבתו' של חוק קונסטיטוציוני היא, בין השאר, החוקים הקונסטיטוציוניים האחרים, הקובעים את מהותו של המשטר. 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'".¹⁶¹ בפרשה נוספת, אשר דנה בזכות לפרטיות הקבועה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ציינתי כי "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'".¹⁶² בעניין בנק המזרחי עצמו ציינתי:¹⁶³

"היקפה של הזכות נקבע בפרשנותה. זוהי פרשנות חוקתית. היא רגישה לאופיו המיוחד של המסמך המתפרש... הפרשנות החוקתית נעשית על-פי המידה של התכלית החוקתית... התכלית החוקתית נלמדת מהלשון,

159 ראו אהרן ברק "פרשנותם של חוקי-היסוד" משפטים כב (תשנ"ג) 13.

160 ע"ב 2/84 ניימן ואח' ג' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 306 (להלן: עניין ניימן).

161 בג"ץ 428/86 ברזילי ג' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ(3) 505, 595.

162 בג"ץ 2481/93 דיין ג' מפקד מחוז ירושלים ואח', פ"ד מת(2) 456, 470 (להלן: עניין דיין).

163 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 19, בעמ' 429-430.

מההיסטוריה, מהתרבות ומעקרונות היסוד. הוראה חוקתית לא הוחקה בחלל חוקתי, והיא איננה מתפתחת באינקובטור חוקתי. היא מהווה חלק מהחיים עצמם... פרשנות חוקתית חייבת להתבסס על אחרות 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..."

גישה זו שימשה לפירושה של כל חוקי היסוד השונים. כך, למשל, כאשר התעורר הצורך לפרש הוראה בחוקי יסוד: הממשלה, הדגשתי:¹⁶⁴

"בפרשנו חוקי יסוד עלינו להגשים את תפקידה של הנורמה החוקתית. נורמה זו קובעת את סדרי השלטון והממשל. נורמה זו מעצבת את זכויות הפרט. מעצם טבעה, היא משקפת את תפיסות היסוד של החברה, המשפט והמשטר. היא גותנת ביטוי לתפיסותיה הפוליטיות הבסיסיות של המדינה. היא מניחה את היסוד לערכיה החברתיים. היא קובעת את שאיפותיה ומגמותיה. בפרשנותו של טקסט חוקתי יש לתת ביטוי לאופי מיוחד זה של הטקסט."

אכן, חוקי היסוד מהווים מערכת נורמטיבית חוקתית על-חוקית, ויש לפרשם באופן שיבטא את מעמדם זה. אמת, חוק "רגיל" וחוקי יסוד מתפרשים שניהם על-פי תכליתם. עם זה, לא הרי דרך קביעת תכליתו של חוק "רגיל" כהרי דרך קביעת תכליתו של חוקי יסוד. כך, למשל, בפרשנותו של חוק רגיל יש ליתן משקל כבד יותר לכוונת היוצרים מאשר בפרשנותו של חוקי יסוד. בית המשפט העליון נקט גישה זו הלכה למעשה. למשל, כאשר נבחנו הוראותיו של סעיף 7 לחוקי יסוד: הכנסת (מי לא יהא מועמד)¹⁶⁵ והוראותיו של סעיף 7א לחוקי יסוד: הכנסת (מניעת השתתפות בבחירות),¹⁶⁶ התרכזו בית המשפט בערכיה האובייקטיביים של שיטת המשפט הישראלית. כך נהג בית המשפט גם כאשר פירש את הזכות לכבוד האדם,¹⁶⁷ את זכות הקניין¹⁶⁸ ואת זכויות היסוד האחרות.¹⁶⁹

164 עניין אבני, לעיל הערה 136, בעמ' 210.

165 עניין מופז, לעיל הערה 138.

166 ראו א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' ח"כ טיבי, פ"ד נו(4) 1 (להלן: עניין ועדת הבחירות המרכזית).

167 ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87; רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו ואח', פ"ד נה(3) 360, 375 (להלן: עניין גמזו).

168 עניין קרסיק, לעיל הערה 41; ע"א 5546/97 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה קריית-אטא ואח' נ' הולצמן ואח', פ"ד נה(4) 629 (להלן: עניין הולצמן); ע"א 119/01 פרץ אקונס ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 817.

169 בש"פ 6654/93 בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290, 293; ע"פ 6182/98 שינבין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1) 625, 658 (להלן: עניין שינבין).

(ו) פרשנות חוקתית

המהפכה החוקתית השפיעה על פרשנותם של החוקים. חוק, בלשונו של השופט יואל זוסמן, הינו "יצור החי בסביבתו".¹⁷⁰ "סביבתו" של החוק כוללת את ערכי-היסוד המאפיינים את שיטת המשפט.¹⁷¹ שינוי בערכי-היסוד מוליך לשינוי ב"סביבתו" של החוק, ומכאן גם לשינוי בהבנתו. שינוי כזה התחולל עם המהפכה החוקתית. מעמדן של זכויות האדם שנקבעו בחוקי-היסוד שונה – ניתן להן מעמד-על. שינוי זה השפיע על פרשנותם של החוקים הפוגעים בזכויות האדם הקבועות בחוקי-היסוד. השפעה זו מתבטאת בעיקר בהבנת תכליתם הכללית של חוקים אלה.¹⁷² ובהפעלת שיקול-הדעת השלטוני המעוגן בהם. אכן, "עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הותוו יחסי גומלין חדשים בין הפרט לבין הפרטים האחרים, ובין הפרט לבין הכלל. נוצר איזון חדש בין הפרט לבין השלטון... העלאת מעמדם של זכויות האדם מחד גיסא, וצמצום היקף השיקולים העשוי לפגוע בהן מאידך גיסא, יוצרים מעצם טבעם יחסי גומלין חדשים ונקודות איזון חדשות בין זכויות האדם לבין הפגיעה בהן".¹⁷³ נקודות איזון חדשות אלה קובעות תכליות כלליות חדשות, ואלה עשויות ליצוק מובן חדש לדין.

אכן, כל דבר חקיקה שחוקק לאחר כינונם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם מתפרש על רקעם. תכליתו הכללית היא בהגשמת האיזון הראוי בין הפרט לבין הכלל, כפי שהוא עולה מחוקי-היסוד. בכך מושגת הרמוניה נורמטיבית בשיטת המשפט כולה. בכך ניתן גם ביטוי לגישה הפרשנית המבקשת למנוע ניגוד בין החוקה – קרי, חוקי-היסוד – לבין החקיקה. "השאיפה של הפרשן [היא – א' ב'] לפרש הוראת חוק כתואמת את החוקה".¹⁷⁴ זו הגישה שבית-המשפט העליון נוקט, ובכך הוא מגשים את תוצאותיה של המהפכה החוקתית.

האם גישה פרשנית זו חלה גם לעניין חוקים שנחקקו לפני כינונם של שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם? תשובה חיובית על שאלה זו ניתנה בחוקי-היסוד בכל הנוגע ליחס בין חקיקה קודמת להוראות חוקי-יסוד: חופש העיסוק. בחוקי-יסוד זה נקבע במפורש כי פירושה של החקיקה הקודמת "ייעשה ברוח הוראות חוקי-יסוד זה".¹⁷⁵ אך מהי התשובה על שאלה זו בכל הנוגע ליחס בין חקיקה שקדמה לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין הוראותיו של חוקי-יסוד זה? שאלה זו מתעוררת לבוכח ההוראה בדבר "שמירת דינים" הקבועה בחוק-היסוד, שלפיה:¹⁷⁶

170 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים ואח', פ"ד (2) 477, 517.

171 ראו: בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז(1)

749, 764; ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה, פ"ד (2) 70, 75.

172 על התכלית הכללית של כל חוק, ראו ברק, לעיל הערה 100, בעמ' 195.

173 עניין גנימאת, לעיל הערה 146, בעמ' 412, 414.

174 בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השירור ואח', פ"ד (2) 793, 810.

175 סעיף 10 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק.

176 סעיף 10 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

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

האם שמירת תוקפה של החקיקה הקודמת גוררת אחריה שמירת המובן של החקיקה הקודמת? שאלה זו התעוררה בכמה פסקי-דין, הדעה שהובעה על-ידי רוב שופטי בית-המשפט העליון היא כי שמירת התוקף אינה גוררת אחריה שמירת המובן.¹⁷⁷ דעה מסתייגת הובעה על-ידי השופט מישאל חשין.¹⁷⁸ ציינתי בעניין גנימאת כי ”הקפאת תוקפו של דין ישן אינה שקולה כנגד הקפאת מובנו. המובן עשוי להשתנות עם השינויים 'בסביבה' החוקתית והחקיקתית. גורם מכריע 'בסביבה' זו מהווה חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.”¹⁷⁹ אכן, המפרש הוראה אתת בחוק-יסוד מפרש את חוק-היסוד כולו; המפרש חוק-יסוד אחד מפרש את כל חוקי-היסוד; המפרש את חוקי-היסוד מפרש את החקיקה כולה. הכל עומד במערך של כלים שלובים. אמת, תכליתה הסובייקטיבית של החקיקה הקודמת לא השתנתה. זהו נתון היסטורי שאינו משתנה עם הזמן, אף אם הבנתנו אותו עשויה להשתנות. לא כן תכליתו האובייקטיבית של דבר החקיקה. זו משתנה עם הזמן. היא משקפת ערכי-יסוד, ואלה משתנים עם השנים. עמדתי על כך באחת הפרשות, שבה נידון פירושה של פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הצבור), 1943 על רקע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו;¹⁸⁰

”תכלית שהייתה מתגבשת בתקופת המנדט אינה זהה לתכלית שבית-המשפט היה מגבש אותה לאחר קום המדינה... תכלית שהייתה מתגבשת עם קום המדינה אינה זהה לתכלית שבית-משפט היה מגבשה בחלוף חמישים שנות עצמאות. הבנתנו את הלשון ואת ההיסטוריה (התכלית הספציפית) משתנה עם חלוף הזמן. תפיסתנו את ערכי היסוד של השיטה (התכלית הכללית) משתנה עם שינוי הזמנים. ההבנה שאנו מבינים את הסובב אותנו משתנה כל העת, ועמה משתנה תפיסתנו באשר לתכליתה של החקיקה... גורם מרכזי המביא לשינוי בהבנת לשון החוק הוא שינוי חוקתי. המסגרת החוקתית החדשה גוררת אחריה קונסטיטוציונליזציה של כל מערכות המשפט... משמעותה היא שהיא מעלה ערכים חדשים או נותנת להם משקל חדש. נוצר איזון חדש בין הערכים הכלליים המתנגשים. כך בדרך-כלל. כך במיוחד כאשר השינוי החוקתי הוא במתן מעמד חוקתי לזכויות אדם. שינוי זה יוצר מסגרת

177 ראו: עניין גנימאת, לעיל הערה 146, בעמ' 411; רע"א 3323/98 זקן נ' קצין התגמולים, פ"ד 50(5), 577, 585; עניין הולצמן, לעיל הערה 168, בעמ' 642.

178 ראו עניין גנימאת, לעיל הערה 146, בעמ' 388.

179 שם, בעמ' 411.

180 עניין קרסיק, לעיל הערה 41, בעמ' 711, 712.

נורמטיבית חדשה למעמדן של זכויות האדם. כתוצאה מכך נוצר איזון חדש בין זכויות האדם לבין צורכי הציבור. מתרחשת 'מהפכה חוקתית'... במסגרת איזון חדש זה עשוי לחול שינוי בתכליתם של החוקים הקודמים. תכלית שלא היה ניתן לגבשה בטרם הוחקו חוקי היסוד ניתנת לגיבוש לאחר הקיקתם של חוקי היסוד."

אכן, עם כינונם של חוקי-היסוד החדשים בדבר זכויות האדם השתנה המרחב הנורמטיבי שלנו. "אי אפשר עוד לאחר הקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם לחשוב על תכליתה הכללית של החקיקה באותו אופן שבו חשבנו על כך לפני הקיקתם של חוקי היסוד. עולמנו הנורמטיבי השתנה, צורת החשיבה שלנו השתנתה (במודע או שלא במודע)".¹⁸¹

גישה זו משקפת את עמדתו של בית-המשפט לעניין פירושם של חוקים שונים הפוגעים בזכויות האדם המוגנות בחוקי-היסוד. כך לעניין חקיקה הפוגעת בזכות הקניין,¹⁸² בחופש ממעצר, מאסר והסגרה,¹⁸³ בכבוד האדם¹⁸⁴ ובפרטיות.¹⁸⁵ ברוח דומה נפסק כי חל שינוי בהפעלת שיקול-הרעה השיפוטי מאז כוננו שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. למשל, המעמד החוקתי החדש של זכות התנועה הוביל לעיון מחדש ולשינוי של שיקול-הרעה השיפוטי במתן צו עיכוב יציאה מהארץ.¹⁸⁶ כן נבחן לאור חוקי-היסוד שיקול-הרעה של הרשויות המנהליות. כך, למשל, נבחן שיקול-דעתו של שר התחבורה לסגור רחוב לתנועה מטעמים של מניעת חילול השבת על-פי פסקת ההגבלה בחוקי-היסוד; כבוד האדם וחירותו.¹⁸⁷

עם זה, מן הראוי להדגיש כי השינויים ההלכתיים בהבנת הדין הקודם אינם רבים. ברבים מן המקרים אין מתבקשת כלל תוצאה פרשנית חדשה, שכן גם בעבר ניתן משקל ראוי לזכויות האדם בפירושו של הדין הקודם. עם זה, במקום שמתבקש שינוי בפרשנות, אין להימנע ממנו. בעניין זה מוטלת עלינו – כשופטיה של מדינת-ישראל לאחר המהפכה החוקתית – אחריות כבדה. עמדתי על כך בעניין גנימאת, בציני:¹⁸⁸

"אחריות כבדה מוטלת עלינו, כדור השופטים הראשון לאחר הקיקתם של

181 שם, בעמ' 712.

182 עניין הולצמן, לעיל הערה 168.

183 ראו: עניין גנימאת, לעיל הערה 146; עניין שינבין, לעיל הערה 169.

184 ראו עניין גמזו, לעיל הערה 167.

185 ראו עניין דיין, לעיל הערה 162.

186 ראו עניין לב, לעיל הערה 145.

187 ראו: בש"א 4459/94 סלומזנוב ואח' נ' שרבני ואח', פ"ד מט(3) 479; בג"ץ 5016/96 ליאור

חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1.

188 עניין גנימאת, לעיל הערה 146, בעמ' 421.

חוקי היסוד. עלינו להעניק פרשנות מאוזנת לחוקי היסוד, ולהשפעתם על הדין הישן והחדש. טעות, ולו קטנה, שלנו היום עשויה להוות בכייה לדורות."

(ז) הזכויות הכלולות בחוקי-היסוד: הזכויות "ללא שם"

בעניין בנק המזרחי נבחנה הזכות לקניין. זכות זו מוכרת במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁸⁹ בעניין מנהלי השקעות¹⁹⁰ נידון חופש העיסוק, המוזכר במפורש בחוק-יסוד. אך מה דינן של זכויות אדם שהוכרו לפני המהפכה החוקתית ואשר אינן נזכרות במפורש בחוקי-היסוד? למשל, מה דינן של הזכות לשוויון ושל הזכות לחופש הביטוי? זכויות אלה ממשיכות בוודאי לחול כחלק מהמשפט המקובל שלנו. אך האם ניתן לומר כי הן כלולות בחוקי-היסוד ובכך ניתן להן מעמד חוקתי על-חוקי? שאלה זו טרם הוכרעה בפסיקתו של בית-המשפט העליון. שופטים שונים הביעו בעניין זה דעות שונות,¹⁹¹ מבלי שנפלה הכרעה. מצב-דברים זה מכביד ביותר. מהותן של הזכויות החוקתיות הינה בעלת חשיבות חוקתית מכרעת, ויש להצטער על כך שבית-המשפט העליון טרם אמר את דברו בעניין זה. דעתי בעניין זה היא כי הזכות לכבוד האדם כוללת גם את איסור ההפליה¹⁹² ואת חופש הביטוי.¹⁹³ כן יש לגזור מכבוד האדם רמת-סף של קיום בכבוד,¹⁹⁴ שאמורה לבוא לידי ביטוי בקיום זכויות חברתיות בסיסיות אחדות. עם זה, אין לכלול במסגרת הזכות

189 סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

190 עניין לשכת מנהלי השקעות, לעיל הערה 23.

191 ראו סומר, לעיל הערה 40.

192 ראו בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל נ' דגילוביץ ואח', פ"ד מח(5) 749, 760. זו גם דעתו של השופט תאודור אור – ראו בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 353, 360. השופטת דליה דורנר קבעה כי רק הפליה שיש בה השפלה, כגון הפלייתיה של אישה באשר היא אישה, כלולה בכבוד האדם – ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מט(4) 94, 113.

193 ראו: ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 520 (להלן: עניין חברת קדישא); עניין דין, לעיל הערה 162, בעמ' 468; בג"ץ 4112/99 עדאלה ואח' נ' עיריית תל-אביב-יפו ואח', פ"ד נו(5) 393, 414. זו גם דעתם של השופט אליהו מצא ודליה דורנר – ראו ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136.

194 ראו רע"א 4905/98 פרופ' יוסף גמזו נ' נעמה ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 375 ("כבודו של האדם כולל בתוכו... הגנה על מינימום הקיום האנושי... אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים הוא אדם שכבודו כאדם נפגע"); בג"ץ 4128/02 ארם טבע ודין אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 16.3.2004).

לכבוד האדם את כל הזכויות האזרחיות, הפוליטיות והחברתיות המוכרות במשפט המקובל שלנו או במשפט המשווה. כבוד האדם אינו כל היפה והטוב שבחיים. יש להימנע מצמצום יתר אך גם מהרחבת יתר. עמדתי על כך באחת הפרשות שבה נידונה השאלה אם הזכות לאיכות סביבה נאותה מהווה חלק מכבוד האדם:¹⁹⁵

"לדעתי התשובה הינה בשלילה. פרשנות חוקתית של הזכות לכבוד חייבת לקבוע את מידותיה החוקתיות. אין לצמצמה אך לעיגויים ולהשפלה, שכן בכך נחטיא את התכלית המונחת ביסודה; אין להרחיבה באופן שכל זכות אדם תיכלל בה, שכן בכך נייתר את כל זכויות האדם האחרות הקבועות בחוקי היסוד. פרשנותה הראויה של הזכות לכבוד צריכה לנווט עצמה בין שני הקצוות... במסגרת זו איני רואה כל אפשרות פרשנית 'לדחוס' לתוך הזכות לכבוד את הזכות לאיכות סביבה ראויה. אכן, אם הזכות לאיכות סביבה ראויה כלולה בכבוד האדם, כי אז כל זכויות האדם הפוליטיות, האזרחיות, החברתיות והכלכליות נכללות בה. לא זו הדרך לפרשנות חוקתית ראויה. אמת, הפרשנות החוקתית אינה פדנטית; אינה לגליסטית; אמת, הפרשנות החוקתית נעשית מתוך 'מבט רחב'... אך הפרשנות החוקתית היא פרשנות משפטית; היא חלק מתורת הפרשנות שלנו. תורה זו אינה אומרת כי הטקסט הוא כחומר ביד היוצר; תורה זו אינה קובעת כי ניתן לדחוס לתוך לשון חוק היסוד את כל שנראה ראוי ורצוי. גם לפרשנות יש גבולות. קביעה פרשנית כי הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה זכות אדם לאיכות סביבה ראויה חורגת מגבול הפרשנות. אכן, המבקש להכיר בזכות חוקתית לאיכות סביבה ראויה כחלק מחוקי היסוד צריך לשכנע את הכנסת לעשות כן."

קו הגבול טרם נקבע על-ידי בית-המשפט העליון. תריסר שנות מהפכה חוקתית לא הספיקו לפתירת שאלות-מפתח אלה. לא למותר לציין כי טרם הוכרעו גם שאלות-מפתח הקשורות להיקפן של זכויות האדם הקבועות במפורש בחוקי-היסוד. בעניין זה אך החל המסע החוקתי.

(ה) זכויות אדם חוקתיות והמשפט הפרטי

כלפי מי זכויות האדם החוקתיות מופנות? מיהו ה"חייב" על-פיהן? הרשויות השלטוניות הינן בוודאי חייבות עיקריות. זכויות האדם התגבשו כדי להבטיח את חירותו של הפרט מול הכלל, המיוצג על-ידי הרשות השלטונית. אך האם זכויות האדם החוקתיות מעניקות לפרט אחד זכויות כלפי פרט אחר? האם תחולתן של זכויות האדם החוקתיות הינה אנכית בלבד (הפרט כלפי השלטון) או גם אופקית (פרט אחד כלפי פרט אחר)? היש לזכויות

195 עניין אדם טבע ודין, שם.

האדם החוקתיות תחולה לא רק כלפי הצד האחר (המדינה), אלא גם כלפי צד שלישי (פרט אחר)? שאלות אלה מתעוררות כמובן בכל שיטת משפט שיש בה זכויות אדם, בין חוקתיות ובין הלכתיות. התשובה על שאלות אלה ניתנת בדיני המשפט הפרטי (החקיקתי וההלכתי), אשר קובעים איזון ראוי בין זכותם של הפרטים, בינם לבין עצמם. דיני החוזים, דיני הנוקין, דיני הקניין ושאר ענפי המשפט הפרטי אינם אלא ביטוי לאיזון של שיטת המשפט בין זכויות האדם של הפרטים השונים, בינן לבין עצמן.

השאלה מתחדדת כאשר לצד המשפט הפרטי, המשקף את האיזון ההיסטורי בין זכויות האדם השונות, קם מבנה של זכויות אדם בעלות תוקף חוקתי. מה השפעתן של זכויות חוקתיות אלה על מערכות היחסים בין הפרטים לבין עצמם, כפי שאלה מגובשות בדיני המשפט הפרטי? האם הזכות לכבוד, לקניין, לפרטיות ולחופש עיסוק, הקבועות בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, מעניקות לפרט אחד זכות כלפי פרט אחר? היכול ראובן, שהתחייב לא להתחרות בעסקי מעסיקו שמעון לאחר שיפרוש מעבודתו אצל שמעון, לטעון כי התחייבותו זו נוגדת את חופש העיסוק שלו (המובטח בחוקי היסוד: חופש העיסוק) ועל-כן אינה בתוקף?

שאלות אלה, אשר התעוררו בשיטות משפט רבות, התעוררו גם אצלנו לאחר המהפכה החוקתית.¹⁹⁶ גישתו העקרונית של בית המשפט העליון הייתה זו: זכויות האדם החוקתיות תלות במישרין כלפי רשויות השלטון. "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוקי היסוד זה".¹⁹⁷ עם זה, יש להן לזכויות האדם החוקתיות תחולה עקיפה במשפט הפרטי. תחולה עקיפה זו מתגשמת באמצעות מושגי השסתום של המשפט הפרטי, כגון סבירות, התרשלות, תום-לב ותקנת הציבור. למשל, חוזה להגבלת חופש העיסוק עשוי להיפסל מכוח דיני החוזה הפסול¹⁹⁸ בהיותו נוגד את תקנת הציבור.¹⁹⁹ מקום שאין מושג שסתום מתאים, על המשפט הפרטי למלא את החסר.

למן המהפכה החוקתית התגבשה התפיסה כי ערכי היסוד של המשפט הישראלי בכלל, וערכי היסוד כפי שהם עולים מחוקי היסוד בפרט, חלים במשפט הפרטי. עם זה, אין זו תחולה ישירה, המקנה לפרט אחד זכות כלפי פרט אחר מכוח חוקי היסוד. זוהי תחולה עקיפה, המקנה לפרט אחד זכות כלפי פרט אחר על-פי המשפט הפרטי, אשר "קולט" את הערכים והזכויות הקבועים בחוקי היסוד. "קליטה" זו נעשית באמצעות הכלים שהמשפט הפרטי מקיים – ובהעדרם, באמצעות כלים שעליו להקים – ובמרכזם מושגי השסתום של

196 ראו ברק, לעיל הערה 18, בעמ' 649. ראו גם: Aharon Barak "Constitutional Human Rights and Private Law" in *Human Rights in Private Law* (Oxford, Daniel Friedman & Daphne Barak-Erez eds., 2001) 13.

197 סעיף 11 לחוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו. הוראה דומה מופיעה בסעיף 5 לחוקי היסוד: חופש העיסוק.

198 סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח התשל"ג 118.

199 ראו ע"א 6601/96 AES SYSTEM INC. נ' סער ואח', פ"ד נד(3) 850.

המשפט הפרטי.²⁰⁰ ודוק: בהזרמתן של זכויות האדם החוקתיות מחוקי-היסוד אל המשפט הפרטי, באמצעות מושגי השסתום, חלה בזכויות האדם תמורה. "חובתו של השלטון לקיים זכויות אדם אינה זהה בתוכנה לחובתו של הפרט לקיים זכויות אדם. ברור כי חובתו של השלטון חמורה היא יותר, וההגנה על זכויות היסוד כלפיו היא מקיפה יותר. עם זאת, גם כל פרט חייב בכיבוד זכויות היסוד של הפרט האחר."²⁰¹

(ט) ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית

מרכיב מרכזי של המהפכה החוקתית הוא המעמד החוקתי שניתן לערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי:²⁰²

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

אכן, "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" מהווים מרכיב מרכזי של המהפכה החוקתית.²⁰³ ישראל אינה רק מדינה דמוקרטית; היא גם מדינה יהודית. "רבות הן המדינות הדמוקרטיות. רק אחת מהן היא יהודית. אכן, טעם קיומה של מדינת ישראל הוא בהיותה מדינה יהודית. אופי זה מרכזי הוא לקיומה."²⁰⁴ ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית מהווים על-כך אמות-מידה לקביעת היקפן של זכויות האדם ושל ההגבלות שניתן להטיל עליהן. יש להם גם השפעה מעבר לתחומים אלה: הם משפיעים ללא ספק על זכויות האדם המצויות מחוץ לחוקי-היסוד; הם משפיעים על ההסדרים הקבועים בחוקי-היסוד כולם ובגורמות המשפטיות (של המשפט הפרטי והציבורי) שמחוץ להם; הם גם השפיעו על ניסוחן של הוראות בחוקי-יסוד: הכנסת באשר למניעת השתתפות בבחירות.²⁰⁵ מהותה של הניסוח החוקתית "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" התעוררה פעמים מספר למן המהפכה החוקתית. אנו מצויים עדיין בתחילת הדרך בהבנת צירוף מושגי מורכב זה. למשל, בעניין קעדאן²⁰⁶ נפסק כי ערכיה של

200 ראו: עניין חברת קדישא, לעיל הערה 193; דג"ץ 4191/97 רקנט ואח' נ' בית-הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד נד(5) 330, 362.

201 עניין חברת קדישא, לעיל הערה 193, בעמ' 530.

202 סעיף 1א לחוק-היסוד. הוראה דומה מצויה בסעיף 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. על-פיה, "חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

203 לביטוח צירוף מושגי זה, ראו: ברק, לעיל הערה 18, בעמ' 323; אהרן ברק "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" בתוך מבחר כתבים, לעיל הערה 7, בעמ' 445. הספרות בסוגיה זו רבה ומקיפה.

204 עניין ועדת הבחירות המרכזית, לעיל הערה 166, בעמ' 21.

205 ראו סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת.

206 בג"ץ 6698/95 קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד(1) 258.

מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית אינם מאפשרים הפליה על בסיס דת ולאום. נקבע כי איסור ההפליה וחובת השוויון נגזרים הן מאופייה של ישראל כמדינה יהודית הן מאופייה כמדינה דמוקרטית. הודגש כי "אין, איפוא, כל סתירה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין שוויון גמור בין כל אזרחיה. נהפוך הוא: שוויון הזכויות בין כל בני האדם בישראל, תהא דתם אשר תהא ותהא לאומיותם אשר תהא – נגזר מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".²⁰⁷

(י) סיכום השינויים בהלכה השיפוטית

בחינת השפעתה של המהפכה החוקתית על ההלכה השיפוטית מובילה אותי למסקנה כי המהפכה החוקתית היכתה בה שורשים עמוקים. בית המשפט העליון הפנים את המהפכה החוקתית ונתן לה ביטוי באותם עניינים אשר הובאו לפניו. הוא עשה כן בזהירות ובמידתיות. המהפכה החוקתית לא הובילה לביטול גורף של חקיקה או לשינוי מהפכני בפירוש שניתן לה ולהלכה הפסוקה שקדמו לה. הביטחון והוודאות במשפט נשמרו. עם זה, פותחו הכלים השיפוטיים אשר אפשרו את בחינתו של הדין הקיים ואת פיתוחו ברוח המהפכה החוקתית. דוגמה טובה לכך היא זכות הקניין. זכות זו הוכרה כזכות יסוד גם לפני המהפכה החוקתית. אולם משהוכרה כזכות חוקתית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בחן בית המשפט לאורה את חוקתיותה של חקיקה חדשה ואת המובן שניתן לחקיקה הקודמת. בעניין קרסיק²⁰⁸ גידון פירושה של פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הצבור), 1943. נבחנה השאלה אם יש מקום לבטל הפקעה לצורכי ציבור אם המקרקעין שהופקעו שוב אינם משמשים לצורכי ציבור. הדגשתי בפסק-דיני כי "גישתנו לתכליתה של פקודת ההפקעות שונה היא מהגישה אליה לפני חמישים שנה או שלשים שנה. השינוי המרכזי התרחש עם חקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק זה העניק מעמד חוקתי-על-חוקי לזכות הקניין של הבעלים המקורי. באיזון בין זכות הקניין של הבעלים המקורי לבין צורכי הכלל חל שינוי. שינוי זה אינו משפיע על תוקפה של פקודת ההפקעות. תוקפה של פקודת ההפקעות נשמר. אך שינוי זה מוביל לשינוי בהבנתה של פקודת הקרקעות. הוא מתבטא בהבנתנו החדשה את תכליתה של פקודת ההפקעות. הוא מוביל להתחשבות גוברת בזכויותיו של הבעלים המקורי".²⁰⁹ על רקע זה פסקנו – תוך סטייה מהלכות שנפסקו בעבר – כי אם המטרה הציבורית אשר שימשה בסיס להפקעת מקרקעין על-פי פקודת ההפקעות חדלה להתקיים, ההפקעה מתבטלת.

השפעה זו של המהפכה החוקתית אינה מוגבלת כמוכן אך לדלת אמותיו של בית-המשפט העליון. היא השפיעה על כלל מערכות השיפוט בישראל. בתי-משפט השלום

207 שם, בעמ' 282.

208 עניין קרסיק, לעיל הערה 41.

209 שם, בעמ' 711.

ובתי-המשפט המחוזיים הרבו להסתמך על חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם.²¹⁰ כן השפיעו חוקים אלה על בתי-הדין לעבודה,²¹¹ על בתי-הדין הצבאיים,²¹² ובמידה מסוימת גם על בתי-הדין הרבניים.²¹³ השפעה זו על מערכות השיפוט לא התבטאה בריבוי מקרים של הכרזה על בטלותם של חוקים הנוגדים את חוקי-היסוד. בעניין זה ניתן להצביע על שלושה מקרים בלבד.²¹⁴ עיקר ההשפעה הייתה על הפירוש שנתנו השופטים והדיינים לדברי החקיקה שעל-פיהם דנו. אכן, הרשות השופטת הפנימה את השינויים החוקתיים. הם הבסיס לפרשנותה של החקיקה כולה. הם המסד שעליו מתפתח המשפט המקובל שלנו.

3. השינויים ברשויות השלטון

(א) השינויים ברשות המחוקקת

הכנסת התייחסה אל השינויים החוקתיים ברצינות רבה. המהפכה החוקתית הופנמה בעבודת הכנסת. חקיקה חדשה שנידונה בכנסת נבחנת על-ידיה לאור חוקי-היסוד. ועדות הכנסת מקבלות ייעוץ משפטי באשר להתאמתה של חקיקה מוצעת לחוקי-היסוד. אחת הסיבות למיעוט של הכרעות שיפוטיות המבטלות חוקים בשל אי-התאמתם לחוקי-היסוד נעוצה בזוהרות הרבה שהכנסת נוקטת בעת חקיקתם של חוקים העלולים לפגוע בזכות חוקתית על-חוקית. לעיתים אף נקבע במפורש בלשון החוק כי מטרתו של החוק היא להגן על זכות חוקתית על-חוקית²¹⁵ (כגון כבוד האדם, פרטיות) או לשמור עליה.²¹⁶ למשל,

210 בדיקה במאגרי המידע העלתה כי בקרוב ל-5% מכלל פסקי-הדין של בתי-משפט השלום והמחוזי הוכירו במפורש את אחד מחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. שיעור המקרים שבהם נשמעו בעניין זה טענות מפי הצדדים הינו בוודאי גדול יותר.

211 ב-2% מכלל פסקי-הדין של בתי-הדין לעבודה אוזכרו חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם.

212 ביותר מ-9% מפסקי-הדין של בתי-הדין הצבאיים אוזכרו חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם.

213 ראו, למשל, פסקי-הדין של בית-הדין הרבני הגדול בתיק מס' 00B621530-64-1 מיום 4.3.1998 (לא פורסם), ובתיק מס' 056483290-21-1 מיום 18.11.1998 (לא פורסם).

214 ראו את פסק-דינה הראשוני של השופטת הניה שטיין, אשר פסקה את הדין בבית-המשפט המחוזי בעניין בנק המזרחי; את פסק-הדין בת"א 2252/91 שירותי אשראי מסחרי (ישראל) בע"מ נ' גבעת יואב – מושב עובדים, פ"מ תשנ"ד(3) 243; ואת פסק-דינו של השופט דוד רוון בת"פ(ת"א) 4696/01 מדינת ישראל נ' הנדלמן, דינים שלום כג 151.

215 ראו: סעיף 1 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח התשנ"ו 327 ("חוק זה מטרתו לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו"); סעיף 1 לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998, ס"ח התשנ"ח 166 ("חוק זה מטרתו לאסור הטרדה מינית כדי להגן על כבודו של האדם, על חירותו ועל פרטיותו, וכדי לקדם שוויון בין המינים"); סעיף 1 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח התשס"א 183 ("חוק זה מטרתו לקבוע את זכויותיו של נפגע עבירה ולהגן על כבודו כאדם, בלי לפגוע בזכויותיהם על פי דין של חשודים, נאשמים ונידונים").

216 ראו סעיף 1(ו) לחוק העובדים הסוציאליים, התשנ"ו-1996, ס"ח התשנ"ו 152 ("מטרת חוק

סעיף 1 בחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, קובע כי "זכויותיהם של אנשים עם מוגבלות ומחויבותה של החברה בישראל לזכויות אלה, מושתתות על ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם שנברא בצלם ועל עקרון כבוד הבריות". גם בהעדר הוראה מפורשת בעניין זה, החוקה הפרשנית היא, כמובן, שכל דבר חקיקה מבקש להגשים את הערכים והעקרונות הקבועים בחוקי-היסוד, ולהגן על הזכויות הקבועות בהם ולא לפגוע בהן מעבר לנדרש בפסקת ההגבלה.

בשניים מבין שלושת המקרים שבהם נקבע כי הוראה בחוק אינה חוקתית, ועל-כן בטלה, חזר העניין לכנסת, אשר חוקקה את ההוראה מחדש תוך ניסיון להסיר הפגם שהביא לידי ביטולה. למשל, לאחר פסק-הדין בעניין לשכת מנהלי השקעות,²¹⁷ תוקן החוק ונקבעו הסדרי מעבר חדשים.²¹⁸ באופן דומה, לאחר פסק-דין בעניין צמח,²¹⁹ תוקן חוק השיפוט הצבאי, ונקבעו תקופות חדשות למעצר על-ידי קצין-שיפוט.²²⁰ זהו ביטוי בולט להפנמתה של המהפכה החוקתית. הוא מהווה גם דוגמה יפה לדיאלוג הראוי בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת.²²¹

ביטוי נוסף להפנמת המהפכה החוקתית על-ידי הכנסת ניתן למצוא באיפוק הרב שגילתה הכנסת בחקיקתם של חוקים "על אף האמור" בחוק-יסוד: תופש העיסוק. אף שפסקת ההתגברות אפשרה לכנסת לחוקק חוקים הפוגעים בחופש העיסוק מבלי לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה,²²² לא עשתה הכנסת שימוש בסמכותה זו אלא פעם אחת בלבד.²²³ בכך יש ביטוי לבגרות חוקתית ולהפנמתה של המהפכה החוקתית.

השפעתה של המהפכה החוקתית על הכנסת מתבטאת כמובן בנסיוגות לחוקק חוקי-יסוד חדשים ולתקן את חוקי-היסוד הקיימים. הדיון בהשלמתו של מפעל החוקה נערך כולו על רקע המהפכה החוקתית. היא השפיעה בוודאי על סיעות מסוימות בכנסת שאינן

זה היא להסדיר את העיסוק במקצוע העבודה הסוציאלית לשם: (1) קידום רווחת הפרט והחברה בישראל תוך שמירה על כבוד האדם ועקרון השוויון"; סעיף 1(ב) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, ס"ח התשנ"ו 338 ("מעצרו ועיכובו של אדם יהיו בדרך שתבטיח שמירה מירבית על כבוד האדם ועל זכויותיו").

217 עניין לשכת מנהלי השקעות, לעיל הערה 23.

218 ראו סעיף 48 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995, ס"ח התשנ"א 416, אשר הוחלף בסעיף 48 חדש באמצעות סעיף 1 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון מס' 4), התשנ"ח-1998, ס"ח התשנ"ח 250.

219 עניין צמח, לעיל הערה 53.

220 ראו סעיף 234(א) לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח התשט"ו 171, כפי שתוקן בסעיף 1 לחוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 36), התש"ס-2000, ס"ח התש"ס 152.

221 על הדיאלוג בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת, ראו ברק, לעיל הערה 100, בעמ' 133.

222 ראו סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

223 ראו סעיף 5 לחוק יבוא בשר קפוא, התשנ"ד-1994, ס"ח התשנ"ד 104 ("תוקפו של חוק זה הוא על אף האמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק").

ששות לקדם את השלמת המפעל בשל המהפכה החוקתית, כמו־גם על סיעות אחרות המבקשות לקדמה דווקא בשל המהפכה החוקתית. היא עוררה את השאלה מיהו הגורם השיפוטי שיש להפקיד בידי את הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק, היש מקום להקים בית־משפט נפרד לחוקה או שמא יש להפקיד תפקיד זה בידי המערכת הרגילה של בתי־המשפט?²²⁴ ואם הביקורת השיפוטית תופקד בידי המערכת הרגילה, היש להעניק סמכות זו לכל בית־משפט או בית־דין או שיש להפקידה רק בידי בית־המשפט העליון?²²⁵ ואם היא תופקד בידי בית־המשפט העליון, היש מקום לשנות את דרך מינוי השופטים ואת קביעת ההרכבים בו?²²⁶ הדיון בשאלות אלה חורג ממסגרתה של רשימה זו. לענייננו חשוב לציין כי המהפכה החוקתית תרמה לעצם הדיון בשאלות אלה. אני רואה בכך תרומה חיובית. יתר על כן, מפעל החוקה אינו יכול להימשך אך בדלת אמות הכנסת. הוא מחייב דיון ציבורי נרחב ופתוח. המהפכה החוקתית תרמה לקידומו של דיון זה. היא הציבה את המערך הנורמטיבי ואת השיקולים החברתיים, המשפטיים והפוליטיים אשר במסגרתם ראוי לו לדיון הציבורי להיערך.

המהפכה החוקתית לא פגעה במעמדה של הכנסת.²²⁷ נהפוך הוא: היא הכירה בכוחה של הכנסת, כרשות מכווננת, לקבוע את חוקתה של מדינת־ישראל, ואף שמרה על כוחה זה של הכנסת מפני פגיעות. אכן, כאשר בית־המשפט מכריז על בטלותו של חוק בשל ניגוד לחוק־יסוד, אין הוא פוגע במעמדה של הכנסת. אדרבא, הוא נותן בכך ביטוי לעליונותה של הכנסת כרשות מכווננת, ולכפיפותה של כל רשות שלטונית לעליונות זו. עם זה, יש להכיר בכך שהמהפכה החוקתית הבהירה כי התפיסה האנגלית בדבר "ריבונות הפרלמנט" אינה תופסת עוד בישראל. הריבונות היא של העם, והעליונות היא של החוקה (חוקי־היסוד) ושל האורגן המכוון אותה, כלומר, הכנסת כרשות מכווננת. הכנסת כרשות מחוקקת אינה עליונה, והריבונות אינה שלה. זה המצב בכל דמוקרטיה חוקתית; זה המצב

224 ראו אהרן ברק "בית־המשפט העליון כבית־משפט לחוקה" משפט וממשל ו (תשס"ג) 2003) 315. ראו גם הצעת חוק־יסוד: בית המשפט לחוקה (הצעת חוק/72052, חוברת מס' 1875), אשר הוגשה כהצעת־חוק פרטית על־ידי חברי־הכנסת אליעזר כהן, אביגדור ליברמן, מיכאל גודלמן ויורי שטרן, ביום ט בסיוון התש"ס, 12.6.2000. עותק נמצא בכתובת: <http://www.knesset.gov.il/privateLaw/data/15/1875.rtf> (25.6.2004).

225 ראו אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים: צנטרליסטית או דה־צנטרליסטית" (אמור להתפרסם במשפט וממשל ח (2005)); הצעת חוק בתי המשפט [נוסח משולב] (תיקון – סמכות ביטול חוק), התשס"ג-2003.

226 בעניין זה הוגשו כמה הצעות־חוק פרטיות בכנסת השש־עשרה. ראו, למשל: הצעת חוק־יסוד: השפיטה (תיקון – הרחבת הועדה לבחירת שופטים) (חברת־הכנסת מרינה סולודקין); הצעת חוק־יסוד: השפיטה (תיקון – הועדה לבחירת שופטים) (חברת־הכנסת מיכאל איתן); הצעת חוק־יסוד: השפיטה (תיקון – קביעת הוועדה למינוי שופטים לבית המשפט העליון) (חברת־הכנסת יולי תמיר).

227 ראו: אהרן ברק "הפרלמנט ובית־המשפט העליון – מבט לעתיד" הפרקליט מה (תש"ס) 5; אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ומעמד הכנסת" הפרקליט מז (תשס"ג) 5.

בקנדה ובארצות-הברית, בהודו ובדרום-אפריקה, באיטליה ובגרמניה. זה המצב בכל שיטת משפט שקיימות בה חוקה וביקורת שיפוטית. זה המצב שהכנסת עצמה – אשר חוללה את המהפכה החוקתית – ביקשה לקיימו. רצונה (כרשות מכוננת) הוגשם. אכן, אין לקיים דמוקרטיה חוקתית ועליונות חוקתית בצד ריבונות פרלמנטרית. האחד מוציא את האחר. ישראל בחרה בדרך העליונות החוקתית. הננו דמוקרטיה חוקתית. לנוכח בחירה זו – בחירה שבחרה הכנסת עצמה, כאספה מכוננת – אין לבוא חשבון עם בתי-המשפט על שבכוחם לבטל חוקים של הכנסת הפוגעים בחוקה שלנו.

האם בכוחה של הכנסת ליתן חוקה לישראל? תשובתה של המהפכה החוקתית היא חיובית. הכנסת, כרשות מכוננת, היא אורגן של המדינה המוסמך להשלים את מפעל חוקי-היסוד ולהופכו לחוקתה של המדינה. בכוחה גם להפסיק את מפעל חוקי-היסוד ולעבור במישורין להכנת חוקה לישראל. בכך יסתיים כוחה המכונן של הכנסת; בכך יתחיל מצב רגיל של שינויים חוקתיים על-פי הוראות החוקה. אם ייקבע כי השינויים בחוקה ייעשו על-ידי הכנסת עצמה, תמשיך הכנסת לפעול לא רק במישור החקיקה, אלא גם במישור החוקה. במצב-דברים זה ידמה כוחה של הכנסת בעתיד (כמי שמוסמכת לשנות את החוקה) לכותה כיום (כמי שמוסמכת לכונן חוקה חדשה). עם זה, אין זהות בין שני תפקידים אלה. הכנסת כרשות מכוננת יוצרת יש מאין; הכנסת כרשות מתקנת פועלת במסגרת היש ומבקשת לתקנו. לא הרי זה כהרי זה, ולא הרי ההגבלות המוטלות על זו כהרי ההגבלות המוטלות על זו.

(ב) השינויים ברשות המבצעת

המהפכה החוקתית מורגשת היטב בהתנהלותה של הרשות המבצעת. הצעות-חוק המתגבשות אצלה נעשות על רקע המבנה החוקתי החדש; חקיקת-המשנה מתחשבת בזכויות האדם ובהגבלות עליהן, כפי שהן קבועות בחוקי-היסוד; ובמשרד המשפטים נבחן הדין שקדם לחוקי-היסוד, במאמץ לאתר הוראות חוק נוגדות אשר תוקפן נשמר אך תוכנן אינו ראוי.

הפרקליטים המופיעים מטעם המדינה בבתי-המשפט מודעים היטב למהפכה החוקתית. הם מגבשים את טיעוניהם המשפטיים על יסוד מהפכה זו, ולא תוך התעלמות ממנה. הוא הדין ביועצים המשפטיים במשרדי הממשלה השונים. הם הפנימו את המהפכה החוקתית, וחוות-הדעת שהם נותנים לשרים ולפקידים נערכות על בסיס המהפכה החוקתית.

במבט לאחור נראה כי הרשות המבצעת הטמיעה את המהפכה החוקתית יותר מכל גוף שלטוני אחר במדינה, פרט לבתי-המשפט עצמם.²²⁸ היא מודעת לחשיבותן של זכויות האדם ולהגבלה עליהן. היא מבקשת למצוא איוון חדש בין הפרט לכלל, אשר יגן על זכות הפרט כראוי, ועם זה יגשים את טובת הכלל. ביטוי מובהק לכך הוא העובדה שבשנת 2002 – לאחר כמה פעמים קודמות שבהן הוארך תוקפו של הדין הישן שקדם לכינונו של חוקי-יסוד:

228 ראו אליקים רובינשטיין נתיבי ממשל ומשפט: סוגיות במשפט הציבורי בישראל (2003).

חופש העיסוק – לא התבקשה הארכה נוספת. כיום כל הדין הקודם לחוקי־יסוד זה אינו נהנה עוד מהגנה חוקתית, ועליו לקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה. בחלוף כעשר שנים למהפכה החוקתית השכילה הרשות המבצעת להבין כי אין עוד צורך בשמירת הדין הישן וכי הדמוקרטיה הישראלית יכולה להתמודד עם שאלת חוקתיותו של דין זה. לפנינו ביטוי יפה להפנמתה של המהפכה החוקתית על־ידי הרשות המבצעת.

במסגרת הרשות המבצעת יש לציין שני גורמים אשר הפנימו במיוחד את המהפכה החוקתית: האחד הוא צבא ההגנה לישראל ביחסיו עם חייליו;²²⁹ והאחר הוא משרד החינוך, התרבות והספורט, שבמסגרתו נעשו פעולות רחבות־היקף להתדרת המודעות לזכויות האדם בקרב תלמידי בתי־הספר בפרט ובקרב הציבור הצעיר בכלל.²³⁰

4. השינויים בחברה

(א) השינויים בעריכת־הדין

עורכי־הדין בישראל הפנימו אט־אט את המהפכה החוקתית ותוצאותיה. יותר ויותר נשמעים בבתי־המשפט טיעונים משפטיים המתבססים על חוקי־היסוד. לעיתים הטיעונים אינם מבוססים כלל, ואין בהם אלא זריקת סיסמה לחללו של אולם, אך לעיתים הם מבוססים כראוי ומעוררים שאלה חוקתיות. תופעה זו הינה טבעית. היא מתרחשת בכל מקרה שבו חל שינוי במסגרת הנורמטיבית. עד שהשינוי מופנם ועד שגבולותיו נקבעים על־ידי בית־המשפט העליון, קיים חוסר ודאות אשר מעלה טיעונים רבים, שרובם אינם ראויים. בעניין זה אין לבוא חשבון עם עורכי־הדין.²³¹ הם עושים את מלאכתם ופועלים במסגרת הנורמטיבית בהתאם למצבה בעת הנתונה, ואנו השופטים – אל יהא ליבנו גס בטיעונים חוקתיים מופרכים. הזמן יעשה את שלו: עורכי־הדין יפנימו את המסגרות הנורמטיביות החדשות, והטיעונים יצומצמו למסגרות הקיימות ולצורך לשנותן. עמדתי על כך בעניין גנימאת, בציני:²³²

“בימים אלה מרבים הפרקליטים בהעלאת טענות בדבר השפעותיו (הפרשניות) של חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו. ריבוי הטענות אינו

229 ראו אייל נון “המגבלות החוקתיות של הצבא בישראל” משפט וצבא 13 (התשנ”ט) 79; דליה דורנר “המשפט הצבאי בראי חוקי היסוד” משפט וצבא 14 (התש”ס) 78; אריה אבריאל “אודות בג”ץ המעצרים” משפט וצבא 16 (התשס”ג) 463; איתי הרמלין “כבודו של החייל – על הרישום הפלילי בבתי־הדין הצבאיים” הפרקליט מה (תש”ס) 365.

230 ראו, למשל, חנה אדן להיות אזרחים בישראל: במדינה יהודית ודמוקרטית – ספר אזרחות לתלמידים בחטיבה העליונה בבית הספר הכללי והדתי (התש”ס). הנושא המרכזי בשנות הלימודים תשנ”ט ותש”ס היה “הזכות לכבוד והחובה לכבוד”.

231 אך ראו עניין מרכז השלטון המקומי, לעיל הערה 120, בעמ’ 496 (השופט יצחק זמיר).

232 עניין גנימאת, לעיל הערה 146, בעמ’ 420.

מוסיף לביטחון המשפטי. עם זאת, אין הוא גורע ממנו. הביטחון המשפטי אינו נמדד על-פי כמות הטיעונים הגשמעים בדבר השפעותיו (הפרשניות) של חוק היסוד על הדין הישן. הביטחון המשפטי ייקבע על-פי פרשנותו המוסמכת של בית-משפט זה באשר למעמדו של חוקי היסוד ולהשפעתם על הדין החדש והישן. אך טבעי הוא כי בתחילת הדרך, ובסמיכות לאחר חקיקתם של חוקי היסוד, קיים ערפל מטוים, והתמונה הנורמאטיבית אינה ברורה. זוכרים אנו עדיין את חוסר הבהירות שעקרון תום הלב - שנקבע בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 - הכניס לשיטתנו. לא עבר זמן רב והתמונה הנורמאטיבית הובהרה. הערפל הוסר. כך יהא בוודאי גם לעניין השפעתו של חוק היסוד על החקיקה (הישנה והחדשה). אכן, אסור שמצב הדברים המעורפל במידת מה כיום וריבוי הטיעונים באשר להשפעותיהם האפשריות של חוקי היסוד יביא את השופטים לצמצם את היקף התחולה של חוקי היסוד."

מאז נכתבו דברים אלה (ב'1995.6.4) התבהרה התמונה הנורמטיבית במידה רבה. הטיעונים נעשו ממוקדים יותר וראויים יותר. חוסר הביטחון פחת בהרבה.

(ב) השינויים בשיח הציבורי

זכויות האדם הוכרו בישראל גם לפני המהפכה החוקתית. עם זה, הסמכות השלטונית - אם מצאה את ביטויה הברור, המפורש והחד-משמעי בדבר החקיקה - יכלה תמיד להתגבר על זכויות האדם. כתוצאה מכך, ובשל גורמים חברתיים שונים הקשורים להיסטוריה של ישראל, למעבר ממלחמת שחרור לעצמאות, למעמדו של שיקולי הביטחון בהווייתה וכיוצא בהם, לא שלט בישראל שיח של זכויות. הרטוריקה הייתה בעיקרה זו של סמכות שלטונית, אשר פירושה הראוי על רקע ערכי המדינה הכיר בזכויות האדם. בכל אלה חוללה המהפכה החוקתית שינוי יסודי. שוב אין הכוח השלטוני שולט בזכויות האדם. הן הכוח השלטוני והן הזכויות מעוגנות עתה בחוקי-היסוד. אין הזכות נחותה מן הזכות. הכוח והזכות יונקים את חיותם מאותו מקור עצמו - חוקי-היסוד - ומפירושו הראוי. עמדתו על כך בעניין גנימאת:²³³

"עם חקיקתם של חוקי היסוד חל שינוי קונספטואלי. זכויות האדם שוב אינן נגזרות מפרשנותו של דבר חקיקה. פרשנותו של דבר חקיקה ועצם תוקפו חייבים לכבד את זכויות האדם שבחוקי היסוד ואת האיזון שבינן לבין עצמן ובינן לבין האינטרס הציבורי. שינוי זה קשור גם ברטוריקה המשפטית. בעבר פתחנו רטוריקה של סמכות, כוח ושיקול-דעת שלטוני,

233 שם, בעמ' 414.

אשר מהם נגזרו, בדרך פרשנית, הזכויות השונות. לאור חוקי היסוד עלינו לפתוח עתה ברטוריקה של זכויות וחירויות, אשר לאורן יש לקבוע את תוקפם והיקפם של הסמכות, הכוח ושיקול הדעת השלטוני. לא הכוח השלטוני באיזונו הראוי הוא שיקבע את זכויות האדם, אלא זכויות האדם באיזונן הראוי הן שתקבענה את הכוח השלטוני. אכן, חל שינוי בנקודת המבט. זו אינה אך מהחוק החוצה אל עבר זכויות האדם, אלא מזכויות האדם החוקתיות פנימה, לעבר מובנו של כל חוק וחוק.²³⁴

אין לעבור, כמובן, מקיצוניות לקיצוניות. המהפכה החוקתית אינה מתאפיינת במעבר מהכוח השלטוני לזכות האדם. אין לדבר כעת, בעקבות המהפכה החוקתית, אך ורק על זכויות. דיבור על זכויות בלבד הינו סתור בתוכו. אם לכל יש אך זכויות, אין לכל זכויות כלל. כנגד הזכות עומדת החובה; זכותו של האחד היא חובתו של האחר. לפרט בדמוקרטיה חוקתית יש לא רק זכויות כלפי הרשות הציבורית, אלא גם חובות כלפיה.²³⁵ אכן, בדמוקרטיה החוקתית יש לנו עניין בזכויות ובחובות גם יחד, תוך איזון ראוי ביניהן. השאלה אינה רק "מה מגיע לי", אלא גם "מה מוטל עליי". עם זה, מעמדה של הזכות הועלה. אין היא אך פרי של הוראת החוק או ההלכה הפסוקה. היא פרי הוראתיה של החוקה עצמה. היא מעוגנת ברמה הנורמטיבית העליונה ביותר. באותה רמה עצמה מעוגן גם כוח השלטון. בה מעוצב הכוח להגביל את זכויות האדם. שוב אין לנו עניין בכוח שלטוני המצוי ברמה נורמטיבית גבוהה יותר מזכויות האדם המגבילות אותו. עניין לנו עתה בכוח שלטוני היונק את כוחו מאותו מקור נורמטיבי שזכויות האדם יונקות ממנו את כוחן.

השינוי המשפטי הוביל לשינוי רטורי. אנו עדים יותר ויותר לשיח של זכויות. חלקים הולכים וגוברים של בני החברה הישראלית מנסחים את טיעוניהם במונחים של זכויות חוקתיות; יותר ויותר חודרת ההכרה כי כוחו של השלטון מוגבל, וכי עליו לכבד את זכויות האדם החוקתיות. התלמיד והמורה, החולה והרופא, העובד והמעביד, הסטודנט והפרופסור – כל אחד מאלה, ורבים רבים אחרים, מגסחים את טיעוניהם האחד כלפי האחר, וכולם כלפי רשויות השלטון (המדינה, הרשות המקומית), במונחים של זכויות חוקתיות. אט־אט חודרת הדמוקרטיה החוקתית אל השיח הציבורי; אט־אט גוברת ההכרה כי השלטון אינו כלי־כוח; אט־אט מחלחלת התפיסה כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן־חורין".²³⁵

השינוי בשיח הציבורי משפיע גם על הבנתה של הדמוקרטיה הישראלית. בעבר נתפסה זו, כך נראה לי, בהיבטה הפורמלי בלבד. דמוקרטיה הובנה כשיטת משטר שבה נערכות בחירות כסדרן, העם בוחר את נציגיו, ואלה עושים כרצונם בהצבעת רוב. בעקבות המהפכה החוקתית גברה ההבנה כי הדמוקרטיה אינה רק דמוקרטיה פורמלית, וכי בצד

234 ראו בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר המכס והמע"מ ואח', פ"ד (1) 289.

235 סעיף 1 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 1 לחוק־יסוד: חופש העיסוק.

הדמוקרטיה הפורמלית מונחת הדמוקרטיה המהותית. משמעותה של זו היא שלטונם של ערכי-יסוד, תפיסות-יסוד וזכויות-יסוד, אשר גם הרוב אינו יכול ליטול אותן מהפרט או מהמיעוט. אכן, גברה ההכרה באשר למורכבותה של הדמוקרטיה; גברה ההבנה כי הדמוקרטיה הינה עשירה ורבת-פנים, כי אין להשקיף עליה מנקודת-מבט חד-ממדית, וכי היא מבוססת הן על שלטון הרוב והן על שלטון של ערכים וזכויות שהרוב כפוף להם. עמדתו על כך באחת הפרשות, בציני כי מאפייניה של הדמוקרטיה²³⁶ –

”מבוססים לדעתנו על הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם, ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון החוק ורשות שופטת עצמאית.”

נראה לי כי גישה זו לדמוקרטיה משותפת כיום לרוב בני החברה הישראלית. רובנו מבינים כי שלטון החוק אינו רק חוקיות השלטון, אלא גם שלטונם של החוקים המאזנים כראוי בין הפרט לכלל.²³⁷

בצד הבנתה המעמיקה יותר של הדמוקרטיה ניתן להבחין בהבנה טובה יותר של ייחודה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. צמד מונחים זה – יהודית ודמוקרטית – נקלט עמוקות בתודעתו של הציבור הישראלי. ”יהודית ודמוקרטית” נהפך לצירוף מושגי מרכזי בשיח הציבורי. יום-יום אנו שומעים כי ערכיה של ישראל הם ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. דומה כי זוג מושגים זה – יהודי ודמוקרטי – נתפס בשיח הציבורי בישראל כתאומי סיאם שאין להפריד ביניהם. ישראל אינה רק מדינה יהודית; ישראל אינה רק מדינה דמוקרטית; ישראל הינה מדינה יהודית ודמוקרטית גם-יחד. הבנה זו של ייחודה של ישראל נגרם במישרין בעקבות המהפכה החוקתית.

האם השתרשה הגישה כי לישראל יש חוקה, הם חוקי-היסוד? קשה להשיב על שאלה זו. המשפטנים מודעים כמובן למעמד החוקתי העל-חוקי של חוקי-היסוד. על-פי השקפתם שלהם, יש לנו חוקה. עם זה, דומה כי הציבור הרחב טרם הפנים את המציאות הנורמטיבית שלפיה יש לנו כבר, עכשיו ועתה, חוקה. אמת, החוקה הינה חלקית ולעיתים פגומה, אך היא חיה וקיימת. העדרה של הפנמה מלאה כי לישראל יש חוקה נגרם, בין היתר, בשל הביקורת שהושמעה על המהפכה החוקתית, אשר לא הבחינה בין ביקורת הדין הקיים (שלפיו יש חוקה) לבין תיאור מציאות רצויה (שלפיו אין חוקה). גם הסיסמה ”חוקה בהסכמה” העבירה מסר שלפיו אין לנו עדיין חוקה. על כך אני מצר. ציפיתי כי בתלוף עשר שנים ויותר למהפכה החוקתית יפנימו הכל בשיח הציבורי את דבר קיומה של החוקה הישראלית.

236 עניין ועדת הבחירות המרכזית, לעיל הערה 166, בעמ' 23.

237 ראו אהרן ברק ”שלטון החוק ועליונות החוקה” בתוך מבחר כתבים, לעיל הערה 7, בעמ'

(ג) הפנמת המהפכה החוקתית

האם הופנמה המהפכה החוקתית על-ידי בני החברה הישראלית? האם הרטוריקה נהפכה לפרקטיקה? מתן תשובה לשאלה זו מחייב עריכתם של מחקרי-שדה, אני עצמי לא ערכתי מחקרים כאלה, ואני מצר על כך. עם זה, אני מקווה כי המומחים לכך יערכו מחקרים אלה, אשר נודעת להם חשיבות מרובה. תשובתי שלי מתבססת, מעצם טבעה, רק על התרשמות כמסתכל מן הצד. התרשמותי היא שתהליך ההפנמה של המהפכה החוקתית נמצא בעיצומו. הרטוריקה מתחילה להשפיע על הפרקטיקה. בוודאי כך הדבר ביחסים בין הפרט לבין רשויות השלטון. הפנמתה של המהפכה החוקתית על-ידי הכנסת, הממשלה ובתי-המשפט משפיעה כמובן במישרין על זכותו וחובתו של הפרט כלפי השלטון.

האם הופנמה המהפכה החוקתית ביחסים שבין בני החברה הישראלית, בינם לבין עצמם? האם כבוד האדם ממלא ביחסים אלה מעמד של בכורה? האם גברה הסובלנות בין בני החברה? האם הוכר הצורך בשמירת השוויון בין בני-האדם בישראל? האם הופנמה מרכזיותו של חופש הביטוי, חופש התנועה והחירות האישית? אין בידי תשובה על שאלות אלה. כל שאני יכול לבטא הוא תחושות ותקוות. אני סבור כי זכויות האדם החוקתיות השפיעו על היחסים בין בני-האדם בחברה הישראלית; אני סבור שגברה ההכרה בחשיבותו של כבוד האדם; אני סבור שגברה המודעות לצורך בשוויון בין כל בני החברה הישראלית. לא פעם אני נשאל אם קיים סיכון שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יבוטל על-ידי הכנסת, ונחזור למצב שלפני המהפכה החוקתית. היש סכנה למהפכת-נגד של הכנסת? תשובתי היא כי על-פי הבנתי את השינויים בחברה הישראלית, ההסתברות למהלך כגון זה הינה קטנה ביותר. חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם החוקתיות נהפכו לחלק מחיינו. שוב לא נוכל בלעדיהם, ושום גורם פוליטי לא יציע לבטלם. המהפכה החוקתית שהתרחשה בשנת 1992 הינה נתון שהסיכוי לשנותו קטן. ההסתברות של מהפכת-נגד חוקתית הינה נמוכה.

5. הערכת המהפכה החוקתית

שאלת-המפתח היא, כמובן, אם המהפכה החוקתית מילאה את התקוות שרבים תלו בה. האם יתרונותיה עולים על חסרונותיה? תשובתי היא כי לא כל תקוותינו מולאו. עם זה, רבות מהן התגשמו. במאזן של רווח והפסד, הרווח עולה על ההפסד. פניה הנורמטיביים של ישראל שוננו. חדלנו מלהיות דמוקרטיה פרלמנטרית; נהפכנו לדמוקרטיה חוקתית. הדבר נותן אותותיו בפעולותיהן של הכנסת והממשלה. הדבר נותן אותותיו בהבנה טובה יותר של התפקיד השיפוטי ושל מעמדה של הרשות השופטת במסגרת שילוש הרשויות. הציבור רגיש יותר לזכויותיו. הזכויות עצמן מורגשות יותר ויותר. כבוד האדם ושוויונו, חירות האדם והיותו בן-חורין – זכויות אלה, ורבות אחרות, חדרו לא רק לשית הציבורי, אלא גם לפעילות השלטונית. הם לא רק רטוריקה, אלא גם פרקטיקה. הכנסת שואפת לא לחוקק חוקים הפוגעים בזכויות אדם מעבר למידה הדרושה. כאשר היא נכשלת בכך,

קיימת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, מבלי שהדבר נתפס על-ידי רוב הציבור כפעילות לא-דמוקרטית. חלה התעוררות לעניין הזכויות החברתיות; גברה ההבנה באשר לשוויון בין בני-האדם בכלל וכן בין גברים לנשים, בין יהודים לערבים ובין בני העדות השונות; מורגש יותר ויותר הצורך להשלים את מפעל חוקי-היסוד; ויש הבנה רבה יותר ביחס לייחודנו כמדינה יהודית ודמוקרטית, אשר שומרת על מהותנו היהודית ומקיימת שוויון בין כל אזרחיה. הננו אפוא גם מדינה יהודית וגם מדינת כל אזרחיה, ואין בין שני אלה סתירה שאינה ניתנת לגישור.²³⁸

האם התגשמו כל תקוותינו? על כך אני משיב בשלילה: קיוויתי כי בחלוף עשר שנים ויותר מהמהפכה החוקתית כבר יושלם מפעל חוקי-היסוד ותהא לנו חוקה ראויה שתכיר במגוון רחב של זכויות אזרחיות וחברתיות – תקווה זו לא התגשמה; קיוויתי כי לא יוטל עוד ספק בלגיטימיות של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק – תקווה זו לא התגשמה במלואה; קיוויתי שהמחוקק יבטל, בפעולתו-הוא, חוקים ישנים שאינם מתיישבים עם חוקי-היסוד החדשים – הדבר לא נעשה; קיוויתי שכבוד האדם ייהפך לערך-יסוד שיאחד את בני החברה הישראלית – הדבר לא התרחש; קיוויתי שהסובלנות שלנו כלפי זולתנו תגבר – הדבר לא קרה.

שאלה יפה היא מה גרם לכך שלא כל התקוות שתלינו במהפכה החוקתית התגשמו. שאלה זו קשה היא. אציין, עם זה, כי המצב הבטחוני הקשה שהמדינה שרויה בו מקשה את הגשמתה של המהפכה החוקתית. קיים חשש אצל חלק מהציבור כי בין זכויות הפרט לבין בטחון הכלל קיים ניגוד שאינו ניתן לגישור. חשש זה אינו מבוסס. חוקה אינה מרשם להתאבדות, וזכויות אדם אינן במה לכיליון לאומי.²³⁹ עם זה, החשש הבטחוני בוודאי תרם לכך שהמהפכה החוקתית לא הוגשמה במלואה. גם אופן הגשמתה של המהפכה החוקתית תרם לכך שמפעלה לא הושלם. אמת, בכנסת עצמה נערכו דיונים חשובים ומלאי-עניין, אך אלה הוגבלו לוועדת החוקה, חוק ומשפט. הכנסת לא השכילה – בשעה שהכינה והוציאה מהכוח אל הפועל את המהפכה החוקתית – לשותף בה ביד רחבה את הציבור. לפני כינונם של חוקי-היסוד לא נערך דיון ציבורי רחב דיו בדבר מהותם, תוכנם וחיוניותם. דיון ציבורי זה מתקיים, בהיקף מוגבל, לאחר המהפכה החוקתית, אולם היה ראוי שיתקיים לפני. זאת ועוד, חששם של גורמים שונים במדינה מביקורת שיפוטית של בית-המשפט העליון על חוקתיות החוק עיכב את הגשמתה של החוקה. חשש זה אינו מבוסס. בית-המשפט פועל באופן אובייקטיבי ומגן על זכותו של כל אדם וכל מי עושה, תהא עמדתו החברתית והפוליטית אשר תהא. למרבה הצער, דבר זה טרם הופנם דיו. טרם הופנמה

238 ראו רע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות ואח', פ"ד (2) 529, 549; עניין ועדת הבחירות המרכזית, לעיל הערה 166, בעמ' 22.

239 ראו עניין ניימן, לעיל הערה 160, בעמ' 310 ("חוקה אינה מרשם להתאבדות וזכויות האזרח אינן במה לכיליון לאומי... את חוקיו של עם יש לפרש על בסיס ההנחה, כי מבקש הוא להמשיך ולהתקיים. זכויות האזרח יונקות מקיומה של המדינה, ואין להפכן קרדום לחיסולה").

ההבנה כי אותם שופטים הפועלים באובייקטיביות וללא הפליה בין דעות פוליטיות שונות ביחסים בין בני החברה, בינם לבין עצמם, פועלים באותו אופן גם ביחסים שבין הפרטים השונים לבין השלטון. עדיין מתרוצץ מקסם-השווא של בית-משפט פוליטי, וטרם חדרה ההכרה כי הרוב של היום הוא המיעוט של מחר, וכי בית-משפט פוליטי הינו אסון לערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

פרק ג: מבט קדימה

ומה באשר לעתיד? המפתח נמצא בידי הכנסת. עליה להשלים את מפעל החוקה. יש לכונן חוקי-יסוד חדשים, אשר החשובים שביניהם הם חוקי-יסוד: שבות, אשר יעלה את חוק השבות, התש"י-1950, לדרגה חוקתית על-חוקית; וחוקי-יסוד: התקיקה, אשר יקבע את אופן קבלתם של חוקי-יסוד חדשים ואת אופן תיקונם של חוקי-יסוד קיימים, וכן יקבע אם ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק תיעשה על-ידי בית-המשפט העליון או על-ידי כל בית-משפט בישראל (תוך שלילת הרעיון של בית-משפט לחוקה). כן יש להשלים את מגילת זכויות האדם שלנו – יש לקבוע במפורש זכויות שמטעמים שונים לא הוזכרו במפורש, ביניהן שוויון, חופש ביטוי, חופש אספה ושאר הזכויות האזרחיות שאינן כלולות עדיין במסגרת חוקי-היסוד. כן ראוי לכונן פרק על זכויות חברתיות,²⁴⁰ תוך קביעת פסקות הגבלה המאפיינות את הזכויות השונות.²⁴¹ עם סיומו של מפעל חוקי-היסוד יש לאחד את כל חוקי-היסוד למסמך אחד אשר יכונה "חוקה", תוך סריקת הוראותיו והוצאת אלה מביניהן שראויות להיות מעוגנות בחוק רגיל, ולא בחוקה. אף שאין צורך פורמלי בכך, הנני סבור כי ראוי להציג את החוקה לאישור העם בדרך שתמצא ראויה. עם קבלת החוקה יבטלו חוקי-היסוד, ומפעל חוקי-היסוד יגיע לסיומו. שינויים בחוקה ייעשו מכוח הוראה מפורשת בה העוסקת בשינויים חוקתיים, ולא באמצעות חוקי-יסוד חדשים. מה הסיכוי להשלמתו של מפעל החוקה? איני יודע. כל שאני יודע הוא כי חמישים ושש שנים חלפו מאז קבעה הכרזת העצמאות כי תיכון חוקה בישראל.²⁴² זהו זמן ארוך מדי.

240 ראו אהרן ברק "הקדמה" בתוך זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

241 דוגמה לכך עשויות לשמש פסקות ההגבלה שבחוקתה הקבועה של דרום-אפריקה: סעיפים 23 (יחסי עבודה), 24 (איכות הסביבה), 26 (שיכון), 27 (בריאות, מזון, מים וביטחון סוציאלי).

242 הכרזת העצמאות קובעת: "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

הגיעה העת להשלים את המלאכה. לדעתי השלמה זו חיונית. בעניין זה יש להימנע מתמימות ומציניות גם-יחד. הימנעות מתמימות משמעותה שיש להכיר בכך שגם אם תתקבל חוקה ראויה, אין בכך כדי להבטיח חיים ציבוריים ראויים. לא פעם קיים פער בין הרצוי למצוי, בין הדין למציאות. הימנעות מציניות משמעותה שקיומה של חוקה משפיע על המציאות החברתית. דברים שבלא חוקה היו נעשים, נמנעת עשייתם בשל החוקה. אכן, הגישה הראויה היא ריאליזם מתון. חוקה חשובה לישראל. עם זה, אין לקבלה בכל מחיר. עדיף המצב הקיים על חוקה גרועה. אך חוקה טובה עדיפה על המצב הקיים, שבו יש לנו חוקה, אך היא נכה בשל הפגמים הרבים שבה. פגמים אלה מתבטאים, בין היתר, בכך שלא כל העניינים שיש להסדירם בחוקה מוצאים את מקומם בחוקי-היסוד; בכך שניתן לקבל חוקי-יסוד חדשים ולשנות חוקי-יסוד קיימים בקלות יתרה (ברוב המקרים די ברוב רגיל של המשתתפים בהצבעה); ובכך שאין הוראה מפורשת בעניין הביקורת השיפוטית, דבר המאפשר העלאת טיעונים מוטעים באשר ללגיטימיות של הביקורת השיפוטית. כל זה יימנע אם תכונן חוקה ראויה.

בצד פעולתה של הכנסת, וכל עוד היא לא הושלמה, ימשיכו בוודאי בתי-המשפט במתן פרשנות ראויה להוראות של חוקי-היסוד. בכך הם יגשימו את תפקידם: הגנה על חוקי-היסוד ועל הערכים החוקתיים הקבועים בהם.²⁴³ אכן, השופטים הינם שומרי החוקה. תפקידם להגן עליה, לפתחה ולפרשה באופן המגשים את תכליותיה. הם מילאו את תפקידם זה עד עתה. הם יעשו כן גם בעתיד.

והמציאות החברתית עד או – מה יהא עליה? תקוותי היא כי ההישגים שהושגו עד עתה יעמדו בעינם, וכי תתרחש הפנמה נוספת של המהפכה החוקתית: שהחינוך לאורחות יוגבר; שהנוער יפנים את המעמד החדש של זכויות הפרט ושל צורכי הכלל; שהפוליטיקה הישראלית תפנים את המעבר מדמוקרטיה פרלמנטרית לדמוקרטיה חוקתית; שכבוד האדם ישמש גורם המאחד את כולנו; ושערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ימצאו את ביטויים המעשי בחיי היומיום, תוך הבטחת צביונה היהודי של המדינה ושוויון הזכויות של כל אזרחיה.

1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם ישראל".

243 ראו ברק, לעיל הערה 100.