

## החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד\*

מאת אהרן ברק\*\*

### הקדמה

החוקה היא מכלול הנורמות המשפטיות הקובעות את האורגנים המרכזיים של המשטר – כגון הנשיא, הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת – ואת סמכויותיהם ויחסיהם ההדדיים. כן קובעת החוקה לרוב את זכויות היסוד של האדם (ה-Bill of Rights של החוקה). על-פי הגדרה זו – שהיא מטריאלית (מהותית) בגישה – לכל מדינה יש חוקה. אכן, כאשר האנגלים מדברים על החוקה שלהם הם מתייחסים להגדרה מטריאלית זו של החוקה. אך לחוקה יש משמעות נוספת. חוקה היא מסמך מיוחד (או מערכת מסמכים מיוחדים) המרכזים בחובם את החוקה המטריאלית, כלומר את מבנה האורגנים וסמכויותיהם ואת זכויות היסוד של האדם. זוהי חוקה במובנה הפורמאלי. למוכן זה של חוקה מתייחסים כל אלה האומרים כי לארצות-הברית וקנדה יש חוקה וכי לאנגליה אין חוקה. עדיין במסגרת החוקה הפורמאלית – ורק אליה אפנה היום – מקובל להבחין בין חוקה נוקשה לבין חוקה גמישה. חוקה היא נוקשה, כאשר חוק "רגיל" של המחוקק אין בכוחו לשנותה. חוקה היא גמישה, כאשר ניתן לשנותה בחוק רגיל. מידת הנוקשות של החוקה – כלומר מידת קשיות שינויה או רכות השינוי – משתנה ממדינה למדינה. כך, למשל, לעתים נדרש רוב מיוחס של הגוף שבכוחו לשנות החוקה (אוסטריה, צרפת); לעתים נדרשת הצבעה חוזרת בפרקי זמן שונים (שוודיה); ולעתים נדרש משאל עם (שווייץ). לעתים, יש להוראותיה של אותה חוקה מידת גמישות שונה. כך, למשל, לעתים קובעת חוקה שהוראות מסוימות – כגון, המשטר הרפובליקאי (איטליה, ספרד, גרמניה) או הפדרטיבי (ארצות-הברית, לגבי הסנט), או זכויות אדם מסוימות (גרמניה – כבוד האדם) – אינן ניתנות לשינוי כלל. הוראות אחרות ניתנות לשינוי, בדרכים שקשיותן או רכותן משתנה מעניין לעניין. חוקה נוקשה היא רכה במיוחד, כאשר הרוב הנדרש לשינויה, או לשינוי הוראה מהוראותיה, הוא הרוב הרגיל הנדרש לשינוי חוקים. חוקה מאבדת כליל את נוקשותה והופכת לחוקה גמישה, כאשר דבר חקיקה רגיל יכול לשנותה. לעתים, חוק אינו מבקש לשנות את החוקה. עם זאת, הוא מבקש לפגוע בהוראה מהוראותיה. כך, למשל, החוקה קובעת כי לכל אדם מובטחת זכות הקניין. חוק פלוני מבקש לקבוע כי בתנאים מסוימים – כגון צורכי ציבור – ניתן להפקיע קניין של פרט. החוק לא מבקש לשנות מעיקרון השמירה על הקניין. הוא מבקש, עם זאת, לפגוע באותו עיקרון בסוג מסויים של מקרים. כאשר החוקה הפורמאלית היא גמישה, מסוגל חוק רגיל לשנות את החוקה. ממילא הוא מסוגל גם לפגוע בהוראותיה. כאשר החוקה הפורמאלית היא נוקשה, חוק רגיל אינו מסוגל לשנות מהוראות החוקה. חוק רגיל גם אינו מסוגל לפגוע בהוראות החוקה. עם זאת, לעתים קרובות מורגש הצורך לפגוע בהוראות חוקתיות, מבלי לשנותן. כך, למשל, מוכר חופש הביטוי, אך מורגש הצורך לפגוע בחופש הביטוי כדי

\* דברים בהרצאת זכרון (ביום 28.5.96) לאהרן קציר

\*\* נשיא בית-המשפט העליון

לשמור על פרטיות, שם טוב, או בטחון המדינה. כדי לאפשר פגיעה בערך חוקתי, יש צורך בהיתר חוקתי. אכן, הוראותיה של החוקה הפורמאלית הנוקשה כוללות לעתים הוראות חוקתיות מיוחדות, המאפשרות לחוק רגיל לפגוע בעניין חוקתי בהתקיים נסיבות מיוחדות. אלה הן "פסקאות הגבלה" (ה"limitation clauses"). אין בכך משום ביטול נוקשותה של החוקה. החוקה נשארת נוקשה. חוק רגיל אינו יכול לשנותה. אך חוק רגיל יכול – אם יש לכך הסמכה בחוקה בפסקת הגבלה – לפגוע בהוראה מהוראותיה. בכך בא לידי ביטוי האופי היחסי של זכויות האדם. אין הן מוחלטות. הפרט אינו שוכן באי בודד. הוא חלק מחברה. עליו להתחשב בפרטים אחרים. יש להגשים יעדים לאומיים. כל אלה מוצאים את ביטויים החוקתי בכוחו של חוק רגיל לפגוע בזכות חוקתית מוגנת כדי להגשים את זכויות הפרטים האחרים או אינטרס ציבורי ראוי. כך, למשל, חוקת ארצות-הברית מגינה בתיקון הראשון על חופש הביטוי. חוק של הקונגרס אינו יכול לשנות את התיקון הראשון לחוקה. נדרש לשם כך שינוי חוקתי, כאמור בסעיף 5 לחוקת ארצות-הברית. עם זאת, הקונגרס מוסמך לחוקק את חוק הסודות הרשמיים, האוסר על פרסום סודות מדינה. חקיקה זו אינה פוגעת בנוקשותה של החוקה האמריקנית.

מושגיות נוספת הנחוצה לנו, היא זו הבוחנת את מעמדן השונה של הנורמות המשפטיות השונות במדרג הנורמטיבי. אכן, לא כל הנורמות המשפטיות הן בעלות עוצמה נורמטיבית שווה. קיים מדרג נורמטיבי. אנו מבחינים בין נורמה גבוהה לנורמה נמוכה. חוק הוא נורמה גבוהה ביחס לתקנה. נורמה היא עליונה, כאשר היא עומדת בראש המדרג הנורמטיבי, כלומר, אין מעליה נורמה משפטית אחרת.

מקובל להניח כי במדינה בה קיימת חוקה פורמאלית נוקשה, הנורמה המעוגנת בחוקה, הנורמה החוקתית, היא הנורמה העליונה במדינה. הנחה זו אינה נקייה מספיקות. קיים זרם עקבי של מחשבה (משפט הטבע), הגורס כי ישנן זכויות אדם מסוימות שגם חוקה פורמאלית נוקשה כפופה להן. ישנו זרם נוסף של מחשבה לפיו ישנם אינטרסים מסויימים של השיטה, כגון קיום המדינה ואופיה הדמוקרטי, שגם החוקה עצמה כפופה להם. אניח לשאלה זו, ולא אדון בה עוד היום. כאשר אדבר על עליונות החוקה, תהא זו תמיד עליונות המניחה בצריך עיון את בעיית הנורמות העל-חוקתיות עליהן עמדת. כפוף לעניין זה, התפיסה החוקתית הינה כי החוקה הפורמאלית הנוקשה היא הנורמה המשפטית הגבוהה ביותר, כלומר, העליונה. כאשר החוקה הפורמאלית היא גמישה – כלומר, כאשר חוק רגיל יכול לשנותה – החוקה והחוק המשנה אותה מצויים על מדרגה נורמטיבית דומה, ולעתים גם זהה. כאשר חוקה פורמאלית נוקשה מסמיכה חוק רגיל לפגוע בהוראותיה, אין אותו חוק רגיל הופך לבעל עליונות נורמטיבית. הוא נשאר נורמה משפטית נמוכה ביחס לחוקה. חוקתיותה של הנורמה הפוגעת נובעת מהוראות החוקה עצמה. כך, למשל, כאשר החוקה קובעת כי ניתן לפגוע בחופש הביטוי – במסגרת חוקים בדבר איסון לשון הרע – כדי להגן על השם הטוב, אין בכך הפיכת החוקים בדבר איסור לשון הרע לחלק מהחוקה. רמתם הנורמטיבית של חוקי לשון הרע אינה עליונה. הם נשארים ברמה נורמטיבית של חוק "רגיל". עם זאת, חוק רגיל זה הוא חוקתי חרף פגיעתו בחופש הביטוי. חוקתיותו של החוק נגזרת מכך שיש בחוקה היתר לפגוע בחופש הביטוי, כדי להגן על ערכים אחרים הראויים להגנה.

המושגיות האחרונה אליה אני מבקש להפנות היא זו של תוצאות הסתירה בין נורמה חוקתית עליונה לחוק הסותר אותה. ברוב המדינות בהן נוהגת חוקה פורמאלית נוקשה, כאשר חוק סותר את החוקה, החוק נפגם, כגון שהוא בטל (void) או נפסד (voidable). מכיוון שהפגם הוא נורמטיבי (ולא פיזי) נדרש גוף אשר יקבע את דבר הפגימה. אין להניח כי הגוף אשר יצהיר על הפגימה (הבטלות) הוא אותו גוף (מחוקק) שיצר אותה. ההצהרה על הפגם ותוצאותיו צריכה להיות בידיו של גוף עצמאי, המנותק מהמחוקק, מקובל כי זהו גוף שיפוטי.

קיימת, איפוא, ביקורת שיפוטית על דבר חוקתיות החוק: Judicial review of legislative action. לעתים רחוקות הביקורת השיפוטית מופעלת כבר בשלב הקודם לפרסומו של החוק, זהו המצב בצרפת. לפנינו מצב של Judicial preview of legislative action. לרוב הביקורת השיפוטית היא מאוחרת לפרסום החוק, זהו המצב בארצות-הברית, קנדה, גרמניה, איטליה ורוב רובן של המדינות בהן נוהגת חוקה פורמאלית נוקשה. אך יתכן מצב דברים – והוא קיים, למשל, בהולנד – בו חוק אינו יכול (מוסמך) לשנות את החוקה, אך אינה מוכרת ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. הסנקציה על הפרת הוראות החוקה אינה משפטית (הצהרת בטלות על-ידי בית-משפט) אלא פוליטית (לא נצביע בעד מפלגות שגרמו לחקיקת חוק המפר החוקה). בית-משפט חייב לפעול על-פי החוק הנוגד את החוקה. אין הוא מוסמך להצהיר על בטלות החוק. כאשר חוקה מבקשת לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, היא קובעת לרוב בעניין זה הוראה מפורשת (כגון – גרמניה וקנדה). כאשר חוקה מבקשת שלא לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, היא קובעת בעניין זה הוראה מפורשת (כגון הולנד). בעיות פרשניות קשות מתעוררות כאשר החוקה שותקת בדבר הביקורת השיפוטית. האם השתיקה מתפרשת כהכרה בקיום ביקורת שיפוטית או כהיעדרה (או שלילתה). דבר זה תלוי הוא במסורת ובתרבות המשפטית של שיטת המשפט. כך, למשל חוקתה של ארצות-הברית שותקת בדבר הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית החליט עוד ב-1803 בפרשת *Marbury v. Madison* – כי שתיקת החוקה צריכה להתפרש כהכרה בקיומה של ביקורת שיפוטית. מאז שוב אין עניין זה שנוי במחלוקת בארצות-הברית.

על רקע מושגיות זו מבקש אני להציג בפניכם את התיזה שלי בדבר חוקה לישראל, והיא זו: ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. יש לנו חוקה (פורמאלית) נוקשה. אלה הם חוקי-היסוד שלנו. חוק רגיל של הכנסת אינו יכול לשנות את החוקה שלנו. הוא רשאי לפגוע בה רק אם יש בעניין זה הוראה מפורשת בחוקתנו. הוראות כאלה אכן קיימות במספר חוקי-יסוד. נוקשותה של חוקתנו היא רכה. לעתים רכה מאוד. החוקה שלנו היא הנורמה העליונה במדינה. כאשר חוק נוגד את החוקה שלנו, החוק נפגם. למרות שתיקתה של החוקה שלנו באשר לביקורת השיפוטית, קיימת אצלנו ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. בית-המשפט מוסמך להכריז על בטלות החוק. החוקה שלנו אינה שלמה. חסרים בה פרקים מסויימים. נדרשים תיקונים ושיפורים. חסרונם אינו פוגע בתיוה האמורה, כלומר, אינו פוגע במעמדו החוקתי-על-חוקי של החלק הקיים של החוקה שלנו.

אפתח בסקירה קצרה על ההיסטוריה החוקתית שלנו. אעבור לניתוח המצב הקיים. אצביע על הבעיות הפתוחות הדורשות הכרעה, בכל אלה לא אבחן השאלה, אם חוקה פורמאלית נוקשה היא רצויה. האם רצוי הוא שהעבר יוכל לכבול את

ההווה? האם רצוי הוא שערכים מסויימים, כגון זכויות אדם, יוצאו מהישג ידו של הרוב הרגיל בהווה? אני, איפוא, כי נפלה הכרעה פוליטית אצלנו כי אנו מבקשים חוקה לעצמנו. השאלה שאעסוק בה הינה, עד כמה הצלחנו להשיג את מבוקשנו.

### סקירה היסטורית: חוקי היסוד עד 1992

בה' באייר תש"ח ניתנה ההכרזה על הקמתה של מדינת ישראל. מגילת העצמאות, קבעה, בין השאר:

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

מגילת העצמאות הזתה, איפוא, קיומה של חוקה. אין מחלוקת כי זו חוקה פורמאלית. חוקה זו צריכה להיקבע על-ידי האסיפה המכוננת. האסיפה המכוננת צריכה להיבחר לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948. בשל מלחמת השחרור לא קויימה ההבטחה שבהכרזת העצמאות במלואה. עם זאת, ב-25 בינואר 1949 נערכו הבחירות לאסיפה המכוננת. אסיפה מכוננת אכן נבחרה. במקביל התפזרה מועצת המדינה הזמנית, והעבירה את כל סמכויותיה לאסיפה המכוננת. צעד זה היה טבעי, שכן מועצת המדינה הזמנית לא נבחרה בבחירות כלליות, ולא היה זה ראוי שהיא תמשיך בפעולות חקיקה בלי לגיטימציה פורמאלית של העם. האסיפה המכוננת הפכה איפוא לבעלת תפקיד כפול. היא בעלת הסמכות המכוננת, ומתפקידה לכוון חוקה; היא בעלת הסמכות המחוקקת, שהועברה אליה ממועצת המדינה הזמנית. עם תחילת פעולתה של האסיפה המכוננת היא החליטה כי לאסיפה המכוננת ייקרא "הכנסת הראשונה", ולציר האסיפה המכוננת ייקרא "חבר כנסת". במהלך חייה של האסיפה המכוננת - היא הכנסת הראשונה - התנהלו ויכוחים סוערים באשר לחוקה. מפא"י התנגדה לכינונה של חוקה. האופוזיציה העיקרית, חרות, תמכה בכך. בסופו של דבר נמצאה פשרה. יוזם הפשרה היה חבר הכנסת יזהר הררי. זו "החלטת הררי". וזו לשון ההחלטה (מה-13 ליוני 1950):

"הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק-יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה".

החלטת הפשרה שאירה מספר אופציות פתוחות. מהד גיסא, נתקבל העיקרון כי תהיה חוקה פורמאלית, ולא ייסתם הגולל על רעיון החוקה. מאידך גיסא, נתקבל העיקרון כי החוקה לא תכונן מיד וכמגילה אחת, אלא פרקים פרקים, המשתרעים על רצף של זמן.

הכנסת הראשונה התפזרה בלא שכוון אף הפרק הראשון בחוקה. עם זאת החליטה הכנסת הראשונה, בדבר חקיקה, כי "לכנסת השנייה ולחבריה יהיו כל הסמכויות, הזכויות והחובות שהיה לכנסת הראשונה ולחבריה". כן נקבע במפורש כי "כל מקום בחוק שמדובר באסיפה המכוננת או בכנסת הראשונה ייקרא, מיום

כינוס הכנסת השניה, כאילו המדובר בכנסת השניה". כמו כן נקבע כי הסדר זה יהול גם "על המעבר לכנסת השלישית ולכל כנסת שלאחריה". הכנסת השניה עסקה בהכנתו של הפרק הראשון בחוקת המדינה, הוא חוקי-יסוד: הכנסת. היא לא הספיקה לכונן פרק זה. משימה זו הוגשמה על-ידי הכנסת השלישית. זו כוננה את חוקי-יסוד: הכנסת.

נעצור לרגע קט בחוקי-יסוד: הכנסת, אשר נתקבל בכנסת השלישית. לא נקבעה בו כל הוראה כללית באשר לנוקשותו. לא נקבע בו דבר בשאלה, אם חוק רגיל יכול לשנותו או לפגוע בהוראותיו. עם זאת, באחת מהוראותיו נקבע ההסדר הבא. זהו סעיף 4 לחוקי-יסוד: הכנסת, הקובע:

"הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת. אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת".

הוראה אחרת בחוקי-יסוד: הכנסת (סעיף 44) קבעה כי:

"על אף האמור בכל דין אחר, אין בכוהן של תקנות שעת חירום לשנות חוק זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים".

וכן נקבע (בסעיף 45) כי:

"אין לשנות סעיף 44 או סעיף זה, אלא ברוב של שמונים חברי כנסת".

האם עלינו להסיק מהוראות אלה – שכונו הוראות שריון פורמאליות – כי שאר חלקיו של חוקי-יסוד: הכנסת ניתנים לשינוי בחקיקה רגילה? האם הוראת השריון תופסת, דהיינו היכולה הכנסת להגביל את כוח החקיקה שלה? מה הדין אם חוק רגיל, שנתקבל ברוב רגיל – ולא ברוב חברי הכנסת – מבקש לשנות את שיטת הבחירות. האם החוק בטל? מי יחליט בכך? לשון אחרת – מה דין ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק בישראל? שאלות אלה, ורבות אחרות, נשארו פתוחות לאחר חקיקתו של חוקי-יסוד: הכנסת.

הכנסת הרביעית חוקקה את חוקי-יסוד: מקרקעי ישראל. בכנסת החמישית חוקק חוקי-יסוד: נשיא המדינה. נעצור כאן לרגע את תיאור הגשמת פרקיה של החוקה, ונעבור לבית-המשפט. בעיית מעמדו של חוקי-היסוד התעוררה בבית-המשפט העליון לראשונה ב-1969. אותה שנה חוקקה הכנסת חוק מימון מפלגות, על-פיו ניתן מימון ציבורי למפלגות המיוצגות בכנסת היוצאת. לא ניתן מימון למפלגות חדשות. החוק נתקבל ברוב רגיל. נטען בפני בית-המשפט העליון בפרשת ברגמן נ' שר האוצר כי חוק זה פוגע בעיקרון השוויון הקבוע בסעיף 4 לחוקי-יסוד: הכנסת, שכן הוא מפלה מפלגה חדשה בהשוואה למפלגה המיוצגת בכנסת השישית. בית-המשפט קבע כי אכן עיקרון השוויון – שפורש כשוויון הזדמנויות, ולא רק שקול אחד לכל אחד – הופר על-ידי החוק. בית-המשפט הורה לשר האוצר – עליו הוטל הביצוע של חוק המימון – שלא לפעול על-פי חוק המימון, אלא אם כן זה יחוקק מחדש ברוב מיוחד או שתוכנו יהיה שונה ותואם את עיקרון השוויון. בית-המשפט ציין כי בהחלטתו זו אין הוא מבקש להכריע במעמד חוקי-היסוד, בכוחה של הוראת השריון ובשאלת הביקורת השיפוטית. הפסק לא הכריע, במישור העיוני, בשאלות השונות, אך הלכה למעשה נתן הפסק תוקף להוראת השריון ויצר תקדים של ביקורת שיפוטית. בשלושה פסקי-דין נוספים – בשנים 1981, 1982, ו-1989 – בית-המשפט העליון הצהיר כי חוק "רגיל" של הכנסת, שנתקבל ברוב "רגיל", הסותר את הוראת השוויון בחוקי-יסוד: הכנסת,

בטל. בכל הפסיקה הזאת לא נעשה כל ניסיון להתמודד עם הבעיות העקרוניות עליהן עמדתי. פסיקה נוספת בשנים אלה עסקה בהוראות הלא משוריינות של חוקי-היסוד – והן רוב רובן של ההוראות. באשר לאלה נקבע, כי חוק רגיל של הכנסת יכול לשנותן, בין במפורש ובין במשתמע. נוצרה איפוא הבחנה בין הוראות משוריינות בחוקי-היסוד – אותן אין לשנות אלא על-פי האמור בהוראת השריון – לבין הוראות לא משוריינות – והן הרוב – בחוקי-היסוד, שדינן כדין חקיקה רגילה. ניתן איפוא לומר, כי הפסיקה התייחסה להוראות המשוריינות כנורמות עליונות, כחלק מחוקה פורמאלית נוקשה. לעומת זאת, שאר ההוראות של חוקי-היסוד – והן הרוב – נתפסו כחוקה פורמאלית גמישה.

אמשיך בתיאור ההתפתחות בכנסת. לאחר חוקי-היסוד: נשיא המדינה, חוקקה הכנסת עד 1992 תשעה חוקי-היסוד והם: בנוסף לחוקי-היסוד: הכנסת, חוקי-היסוד: מקרקעי ישראל; חוקי-היסוד: הנשיא; חוקי-היסוד: הממשלה (נתקבל ב-1968); חוקי-היסוד: משק המדינה (נתקבל ב-1975); חוקי-היסוד: הצבא (נתקבל ב-1976); חוקי-היסוד: ירושלים בירת ישראל (נתקבל ב-1980); חוקי-היסוד: השפיטה (נתקבל ב-1984); וחוקי-היסוד: מבקר המדינה (נתקבל ב-1988). בכל חוקי-היסוד אלה, אין הוראת שריון.

ניתן, איפוא, לסכם התפתחות היסטורית זו עד 1992 במסקנה כי ההוראות המשוריינות הבודדות בחוקי-היסוד: הכנסת הן חוקה פורמאלית נוקשה, ואילו שאר ההוראות של חוקי-היסוד הן חוקה פורמאלית גמישה.

#### חוקי היסוד בשנים 1992–1996

מאז חקיקתו של חוקי-היסוד: הכנסת (ב-1958) נעשו עבודות הכנה רבות להכנת חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. הצעות בדבר פרק על זכויות אדם הונחו כבר על שולחנה של מועצת המדינה הזמנית. עם זאת, חקיקה בעניין זה לא קודמה. ב-1964 הגיש ח"כ פרופ' קלינגהופר הצעת חוקי-היסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם לכנסת החמישית. הממשלה התנגדה, וההצעה נפלה. עברו מספר שנים. האווירה הציבורית השתנתה. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השביעית, בראשותו של ח"כ בנימין הלוי, המשיכה בעבודה על זכויות האדם. העבודה נמשכה בכנסת השמינית. עתה עמד בראש הוועדה המשנה ח"כ ארידור. בכנסת העשירית חידש ח"כ רובינשטיין את הצעת קלינגהופר. ועדת משנה, בראשותו של ח"כ שולמית אלוני, דנה בהצעה, אך לכלל חקיקה לא הגיעו הדברים. הדיונים נמשכו בכנסת האחת-עשרה. בכנסת השתיים-עשרה חל שינוי. הפעם הגיש שר המשפטים, דן מרידור, הצעה ממשלתית בהצעת חוקי-היסוד: זכויות האדם. גם הצעה זו לא קודמה. ח"כ רובינשטיין אימץ את הצעת שר המשפטים והניחה כהצעה משלו. גורלה של הצעה זו לא שפר בכנסת השתיים-עשרה. על רקע זה נקט ח"כ רובינשטיין בצעד מעניין: הוא "שלף" מתוך הצעת הממשלה מספר זכויות והגישן כהצעות חוקי-היסוד נפרדות. הוא קיווה כי ניתן יהיה לכוון אותן זכויות אדם עליהן אין מחלוקת. הפעם עלה הנסיון יפה. בשלהי הכנסת השתיים-עשרה – במרץ 1992 – כוננה הכנסת שני חוקי-היסוד חדשים, העוסקים בזכויות אדם. חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-היסוד: חופש העיסוק. במרץ 1994 בוטל חוקי-היסוד: חופש העיסוק וחוקק מחדש. אותה שנה כונן גם מחדש חוקי-היסוד: הממשלה, אשר ביטל את חוקי-היסוד הקודם וקבע חוקי-היסוד חדש, אשר נכנס לתוקפו עם הבחירות

לכנסת הארבע-עשרה. החידוש העיקרי כאן הוא בבחירה ישירה של ראש הממשלה. כן תוקן חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנסיונות להעביר בכנסת את שאר פרקי מגילת זכויות האדם לא צלחו עד היום. כן לא עלה יפה גורלה של הצעת חוק-יסוד: החקיקה, אשר נועדה לקבוע דרכי הכינון של חוקי-היסוד, שריון כולל לכולם, וכן היחס בין חוק-יסוד לחוק רגיל.

שני חוקי-היסוד החדשים בדבר זכויות האדם קבעו מספר זכויות אדם, והן: חופש עיסוק, כבוד האדם וחירותו, קניין, תנועה לישראל וממנה, חירות ממאסר, מעצר והסגרה, פרטיות. זכויות אלה נקבעו במונחים "מוחלטים", כגון: "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם"; "אין פוגעים בקניינו של אדם"; "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". עם זאת, נקבעה פסקת הגבלה כללית, לפיה:

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

זהו שריון מהותי של חוקי-היסוד בפני חקיקה רגילה - היא הרוב בו נתקבלה אשר היא - הפוגעת בזכות אדם מוגנת ואינה מקיימת את הדרישות בדבר תכלית ראויה ואמצעים ראויים.

בנוסף לכך נקבע בחוק-יסוד: חופש העיסוק כי "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת". זהו שריון פורמאלי של כל חוק-היסוד. חוק רגיל - היא הרוב בו נתקבל אשר היא - אין בכוחו לשנות את חוק-היסוד. רק חוק-יסוד יכול לשנות חוק-יסוד זה. אף כאן נדרש רוב מיוחד של רוב חברי הכנסת (לפחות 61 מצביעים בעד החוק). הוראה דומה הוכללה בהצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. היא נפלה - ברוב של 28 נגד 27 - בקריאה השנייה. חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו אינו כולל, איפוא, הוראה באשר לדרכי שינויו. עם זאת, יש בו כאמור פסקת הגבלה בדבר איסור על פגיעה בזכות אדם הקבועה בו, אלא אם כן הפגיעה היא בחוק, שנועד לתכלית ראויה, והפגיעה אינה מעבר למידה הדרושה.

הוראה נוספת אליה אבקש להפנות את תשומת הלב - והיא חידוש בכל חקיקת היסוד שלנו - היא זו המצויה בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ורק בו. וזו לשון ההוראה (סעיף 8):

"הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4 [פסקת ההגבלה] אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, וזאת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר".

הוראה זו הושפעה מהוראה מקבילה המצויה בצ'רטר הקנדי על זכויות וחירויות. היא מכונה Override - פסקת התגברות. היא קובעת כי ניתן לפגוע בחופש העיסוק בלא לקיים את פסקת ההגבלה - כלומר, לתכלית שאינה ראויה או באמצעים שהם מעבר למידה הדרושה - אם החוק מתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש שהוא תקף "על אף האמור" (Notwithstanding) בחוק היסוד. חוק זה הוא זמני והוא יפקע לאחר ארבע שנים. הכנסת עשתה פעם אחת שימוש בהוראה זו, בהקשר של איסור יבוא בשר לא כשר. היה חשש כי חוק כזה

פוגע בחופש העיסוק ואינו מקיים את הוראות פסקת ההגבלה. הוא הוחק על כן עם הוראת "על אף האמור" הכלולה בו. בכך ניתן לחוק זה תוקף לארבע שנים. שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם קבעו הוראה כללית לפיה "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוקי היסוד זה". כן נקבעה הוראה כללית לפיה "זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". הוראה כללית אחרת היא זו הקובעת כי חוקי היסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם והירותו - ועל חופש העיסוק - כדי לעגן בחוקי היסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לבסוף, בשני חוקי היסוד יש הוראות בדבר היחס בין חוקי היסוד לבין החקיקה הרגילה הקודמת להם. הוראות אלה אינן זהות בשני חוקי היסוד. חוקי היסוד: כבוד האדם והירותו קבע (בסעיף 10) כי אין בחוקי היסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוקי היסוד. משמעות הדבר הינה כי כל החקיקה הישנה, עד מרץ 1992, אינה נפגעת על ידי הוראות חוקי היסוד. רק חקיקה חדשה כפופה להוראות החוקתיות הקבועות בו. חוקי היסוד: חופש העיסוק קבע הסדר אחר. נאמר בו כי תוקפה של החקיקה הישנה נשמר לשנתיים. משהלפו השנתיים, תוקן חוקי היסוד: חופש העיסוק וניתנה אורכה לשנתיים נוספות. במרץ 1996 פקעה אורכה זו. רק בסוף אוקטובר הוראה ההוראה לשנתיים נוספות, עד מרץ 1998.

#### פרשת בנק המזרחי המאוחד בע"מ

כינונם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם יצרה מציאות נורמטיבית חדשה. לראשונה בהיסטוריה של כינון החוקה בישראל נקבע שריון פורמלי לפיו אין לשנות חוקי היסוד - הוא חוקי היסוד: חופש העיסוק - אלא בחוקי היסוד וברוב מיוחד. כוכור, חוקי היסוד: הכנסת איפשר שינוי שיטת הבחירות ברוב מיוחד, אך מבלי שנקבע במפורש שנדרש לכך חוקי היסוד. בית המשפט פרש זאת כמאפשר שינוי בחקיקה רגילה וכי החוק מבקש כי במקום שאין שריון פורמלי ניתן יהיה לשנות את חוקי היסוד ברוב רגיל. זאת ועוד: לראשונה בהיסטוריה של כינון החוקה בישראל נקבע שריון מהותי. בעבר היה רק שריון פורמלי, כלומר, כבילה של כוח הכנסת לשנות את חוקי היסוד אלא ברוב מסויים. היתה זו כבילה או שריון צורני בלבד. עתה נקבע לראשונה שריון מהותי, לפיו חקיקה רגילה לא רק שאינה יכולה לשנות את חוקי היסוד, אלא אף אינה יכולה לפגוע בזכות המעוגנת בו, בלא לקיים דרישות מסויימות של תוכן, שעיקרן תכלית ראויה ואמצעים ראויים. לבסוף, לראשונה בהיסטוריה של כינון החוקה בישראל נקבע כי כל רשות מרשויות השלטון - משמע הן הרשות המחוקקת, הן הרשות המבצעת והן הרשות השופטת - חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוקי היסוד זה. לראשונה נקבע גם הסדר מעבר באשר לתוקפו של הדין הישן.

מהי המשמעות המשפטית המתבקשת משינויים אלה? האם חקיקתם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם היא נקודת מפנה בסוגיית כינון החוקה בישראל? שאלה זו התעוררה בפני בית המשפט העליון ב־1995, בפרשת בנק המזרחי המאוחד בע"מ. כאן נבחנה השאלה אם חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), התשנ"ג-1993 - הידוע כחוק המתקן את חוק גל - מתיישב עם חוקי היסוד: כבוד האדם והירותו, ואם לא, מה התוצאה הנובעת מכך. חוק גל



המקורי נחקק לפני מרץ 1992, ועל כן תוקפו לא עמד לבחינה. אך התיקון לחוק גל נעשה ב־1993, ועל כן ההוראה בדבר שמירת תוקפו של הדין הישן לא הגנה על התיקון. הטענה היתה כי התיקון פוגע בקניינם של נושים – שזכותם כלפי חייבים מהמגזר החקלאי־משפחתי מופחתת – וכי פגיעה זו אינה מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה, כלומר שאין היא עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל, אין היא לתכלית ראויה ופגיעתה בזכות הקניין של הנושים היא מעבר למידה הדרושה.

הערעור נשמע בפני הרכב של תשעה שופטים. פה אחד הוחלט כי הפגיעה בזכות הקניין מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה. עם זאת, בית־המשפט העליון ניצל הזדמנות ראשונית זו להבהרת התמונה החוקתית. בעניינים עקרוניים אלה לא היתה אחידות דעות. אחד השופטים – השופט חשין – סבר כי חוק־יסוד אינו אלא חוק רגיל. אין הוא מצוי על רמה נורמטיבית עליונה לחוק רגיל. על־פי גישתו, האסיפה המכוננת שנבחרה לכונן חוקה לישראל לא עשתה כן, והכנסת של היום אינה משמשת כאסיפה מכוננת. המבקשים לכונן חוקה בישראל, צריכים לחזור אל העם, ולבקש את הסכמתו המפורשת.

שאר שמונת השופטים לא קיבלו עמדה זו. הם קבעו כי חוק־יסוד הוא הנורמה העליונה בישראל, כלומר אין נורמה מעליו. הם הוסיפו וקבעו כי לשם שינויו של חוק־יסוד – של כל חוק־יסוד – נדרשת נורמה מאותה רמה נורמטיבית, כלומר חוק־יסוד. חוק רגיל – יהא הרוב בו נתקבל אשר יהא – אין בכוחו לשנות חוק־יסוד, אלא אם כן חוק־היסוד קובע זאת במפורש. על כן, אין לשנות את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אלא בחוק־יסוד. הוא הדין בכל חוק־יסוד אחר, אף אם אין בו הוראה מפורשת בעניין זה. זאת ועוד: חוק רגיל אינו יכול לפגוע בהסדר הקבוע בחוק־יסוד, אלא אם כן יש הוראה בעניין זה בחוק־היסוד. הפסיקה הישנה בעניין זה – לפיה בהיעדר הוראת שריון פורמאלי חוק רגיל יכול לשנות ולפגוע בהסדר הקבוע בחוק־יסוד – בוטלה.

אעצור כאן לרגע קט. מה היתה ההנמקה של בית־המשפט, בהגיעו למסקנה זו? בעניין זה נחלקו הדעות. הנשיא שמגר ביסס את הנמקתו על תורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת. על־פי גישתו, הכנסת היא הרשות המחוקקת העליונה בישראל. אין היא מוגבלת בסמכויותיה, פרט לאותן הגבלות שקבעה לעצמה. מכוח ריבונותה הבלתי מוגבלת של הכנסת היא מוסמכת ליצור נורמות משפטיות שונות בעלות מדרג שונה. היא הפעילה סמכותה זו, ובחוקקה את חוק־היסוד היא יצרה נורמה חוקתית עליונה. אמת, נורמות עליונות אלה מגבילות את כוחה של הכנסת לשנותן – בדרשן צורה מיוחדת של חוק־יסוד, או רוב מיוחס (שריון פורמאלי) – ואף מגבילות את כוחה של הכנסת לחוקק חקיקה הפוגעת בהן (שריון מהותי), אך הגבלה זו תופסת, שכן מריבונותה הבלתי מוגבלת של הכנסת מתבקש גם כוחה לכבול את עצמה. כותב הנשיא שמגר:

”והו מעין פרדוקס חוקתי קלאסי של ריבונות המחוקק: בהנחה שהכנסת היא ריבונית, הרי שהיא רשאית לעשות כל פעולה, לרבות כבילתה של הכנסת. במלים אחרות, כבילת הכנסת מכרסמת בריבונות הכנסת. אולם, תוצאה זו היא פרי מעשיה של הכנסת עצמה. היא המחוקקת והיא הכובלת תוך כדי כך, והיא המוסמכת להסיר הכבלים בדרכים שקבעה לעצמה.”

גישה זו נראתה לי קשה. על־פי עמדתי אין הכנסת עצמה יכולה להעניק

לעצמה סמכות לחוקק חוקה שתיצור את הכנסת עצמה אשר תוכל לאחר מכן להגביל את סמכותה. ציינתי כי לדעתי, כדי לקבוע חוקה, המצויה ברמה נורמטיבית עליונה, נדרשת לכנסת נקודת אחיזה ארכימדית המצויה מחוץ לחוקה או מחוץ לנורמה המעניקה לכנסת את הסמכות לכונן חוקה. לדעתי, החוקה אינה יכולה ליצור את הסמכות שתיצור אותה. חוק אינו יכול ליצור חוקה אשר החוק כפוף לה. מעשה חוקה מחייב תמיד נקודת אחיזה שמחוץ לגוף שמכונן את החוקה. נקודת אחיזה זו צריכה לינוק עצמה מהעם, אשר הריבונות שייכת לו.

על רקע זה ביססתי את גישתי שלי, אותה כיניתי כתורת הסמכות המכוננת, או תורת שני הכובעים. על־פיה הריבונות היא של העם. העם העניק לכנסת את הסמכות לכונן חוקה. בצד סמכות מכוננת זו נתונה לכנסת גם סמכות אחרת, והיא הסמכות לחוקק חוקים רגילים. יש לה לכנסת מספר "כובעים" או "כתרים", ובהם כתר הסמכות המכוננת – מכוחו היא מכוננת חוקה; וכתר הסמכות המחוקקת – מכוחו נחקקים החוקים הרגילים. באותו גוף ארגוני – הכנסת – מתרכזות איפוא גם סמכויות כינון החוקה ושינויה וגם סמכות החקיקה הרגילה. זוהי, אגב, תופעה ידועה ומקובלת שאותו גוף עצמו – כגון הפרלמנט הגרמני או האסיפה הלאומית הצרפתית – מוסמכת לשנות חוקה ולחוקק חוקים רגילים.

מהיכן באה לה לכנסת סמכותה המכוננת? בעניין זה הצבעתי על שלושה מודלים שונים, אשר כל אחד מהם מוביל למסקנה האחת והיחידה, לפיה הכנסת בישראל היא בעלת הסמכות המכוננת. המודל האחד הוא המודל הקלזניאני – על שמו של פרופ' קלזן (Kelsen). קלזן פיתח את מושג הנורמה הבסיסית (ה־Grundnorm). זוהי נורמה לבר־משפטית הקובעת את המקור לנורמה העליונה בשיטה.

על־פי תפיסה זו הנורמה הבסיסית בישראל הינה כי מועצת המדינה הזמנית היא הרשות העליונה. מועצת המדינה הזמנית הורתה בהכרזת העצמאות כי תקבע חוקה "על־ידי האסיפה המכוננת הנבחרת". כן קבעה מועצת המדינה הזמנית – בפקודה הראשונה שהוציאה בתש"ח – כי היא הרשות המחוקקת. האסיפה המכוננת נבחרה (ביום 25.1.49), עם כינונה נתפורה מועצת המדינה הזמנית. סמכויותיה עברו לאסיפה המכוננת. לאסיפה המכוננת היו, איפוא, שתי סמכויות עיקריות: היא בעלת הסמכות המכוננת והיא בעלת הסמכות המחוקקת. האסיפה המכוננת – היא הכנסת הראשונה – העבירה את סמכויותיה לכל הכנסות שלאחריה. סמכות זו כוללת גם את הסמכות המכוננת. הנה כי כן, סמכותה המכוננת של הכנסת באה לה מסמכותה המכוננת של הכנסת הראשונה. מצויה רציפות חוקתית, אשר שורשיה הם בנתון לבר־משפטי והיא הנורמה העליונה של מבנה השיטה המשפטית הישראלית. הכנסת עושה שימוש בסמכותה המכוננת כאשר היא מכוננת חוק־יסוד. מכאן מעמדם הנורמטיבי העליון של חוק־היסוד.

מודל שני עליו סמכתי את השקפתי אינו מבוסס על הרציפות החוקתית. הוא בוחן את המבנה החוקתי הקיים בזמן נתון. הוא מבוסס על תורתו של פרופ' הארט (Hart). פרופ' הארט מבחין בין גורמות ראשוניות וגורמות משניות. הנורמות המשניות קובעות כיצד נוצרים הכללים הראשוניים, כיצד ניתן לשנותם וכיצד מוכרעים סכסוכים לגביהם. בגדרן של הנורמות המשניות תופס מעמד בכורה "כלל ההכרה" (ה־Rule of recognition). כלל זה קובע כיצד נוצרות הנורמות הראשוניות, מהו מעמדם הנורמטיבי, מי היא הנורמה העליונה ומי היא הנורמה

התחלונה. כלל ההכרה נקבע על-ידי בית-המשפט. בית-המשפט אינו יוצר יש מאין. הוא משקף את התפיסה של הקהילה על דבר דרכי יצירתן של נורמות (לרבות נורמות חוקתיות) במסגרתה. על-פי גישה זו, יש לקבוע כי כלל ההכרה של מדינת ישראל הינו, כי לכנסת נתונה סמכות מכוונת ומחוקקת גם יחד. קביעה זו אינה משקפת עמדה שיפוטית סובייקטיבית. היא משקפת עמדה אובייקטיבית בדבר "מערכת החיים הלאומיים" של מדינת ישראל. תפיסות היסוד של החברה בישראל היום – המהוות ביטוי של הנסיון הלאומי כולו – הינן כי הכנסת נתפסת בתודעה הלאומית שלנו כגוף המוסמך ליתן חוקה לישראל. תודעה זו ראשיתה בטרם הקמת המדינה, ובהכנות למתן חוקה. תודעה זו גובשה בהכרות העצמאות. היא קרמה עור וגידים בבחירות לאסיפה המכוננת. היא התגבשה בתפיסה החברתית-משפטית כי הכנסת היא בעלת הסמכות המכוונת. היא הפכה לחלק מהתרבות הפוליטית שלנו. על יסוד כל אלה באים היום שופטי בית-המשפט העליון וקובעים כי על-פי כלל ההכרה של מדינת ישראל, נתונה לכנסת סמכות מכוונת ומחוקקת; וכי הכנסת מוסמכת, בעשותה שימוש בסמכותה המכוונת, להגביל את כוח החקיקה הרגיל שלה; וכי מעשה החוקה של הכנסת עומד מעל מעשה החקיקה שלה. המסע ההיסטורי – עליו עומד המודל הראשון – הוא מרכיב חשוב גם במודל השני. חוקתיות וחוקה אינן רק מסמכים פורמאליים. הן אינן רק משפט. הן פרי הוויה לאומית. הן חברה ותרבות. הן משקפות נסיון לאומי. הנסיון הלאומי שלנו, בהסתכלותו הכוללת היום, הינו כי לכנסת הסמכות לכונן חוקה.

לא הסתפקתי בשני מודלים אלה – אם כי לדעתי די בכל אחד מהם. הוספתי מודל שלישי. זהו מודל אמפירי. הוא שואל, מהו הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של שיטה נתונה בזמן נתון. זהו המודל של פרופ' דבורקין (Dworkin). על-פי מודל זה, לגוף פלוני (כגון הפרלמנט) הסמכות להעניק חוקה למדינה, אם מסקנה זו היא הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של אותה מדינה. בהפעילנו מודל זה בישראל, דומה כי הפירוש המתאים (fit) ביותר של מכלול ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל מאז הקמתה הינה כי לכנסת הסמכות לכונן חוקה לישראל. הנתונים המבססים זאת הם אותם נתונים עליהם מתבססים המודל הראשון והשני. אכן, הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה החוקתית שלנו איננו שהכנסת השחיתה זמנה לדיק שעה שעסקה למעלה מארבעים שנה בכינון החוקה; הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה החוקתית שלנו, איננו שחלק מסעיפי השריון השונים בחוקי-היסוד אינם תופסים; הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה החוקתית שלנו, איננו שפסקי-הדין השונים שעסקו במעמד החוקתי של חוקי-היסוד – כגון פרשת ברגמן והבאים אחריה – החטיאו את המטרה. נהפוך הוא: המפרש את ההיסטוריה החברתית והמשפטית שלנו, דרכיה ומסורתה, כפי שהיא משתקפת בפנינו היום – על רקע מגילת העצמאות, כינונה של האסיפה המכוונת, החלטת הררי, בחירות אשר במהלכן חזרו המפלגות וציינו כי הן מבקשות לכונן חוקה לישראל, חקיקתם של שנים-עשר חוקי-יסוד, הכוללים הוראות שריון וכבילה, פסיקתם של בתי המשפט ותגובת הכנסת אליה, ועמדת הקהילה המשפטית – יגיע למסקנה כי הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה שלנו הינו כי לכנסת נתונה סמכות מכוונת. הפירוש הטוב ביותר לכוחה של הכנסת לקבוע כי אין לשנות חוקי-יסוד אלא בחוקי-יסוד, וכי אין לפגוע בהסדרים המעוגנים בחוקי-היסוד אלא בחוק שנתקבל ברוב פלוני

(רוב של חברי הכנסת או רוב גדול יותר) או בחוק שמקיים דרישות של מהות, הוא שנתונה לכנסת סמכות מכוונת, מכוחה היא מוסמכת ליצור נורמה חוקתית עליונה, הכובלת את דרכי שינוייה, והמשריינת עצמה מפני חקיקה רגילה. אכן, הפירוש הטוב ביותר של מכלול ההיסטוריה המשפטית-חברתית של מדינת ישראל הינו, כי בתודעה החברתית והמשפטית של הקהילה הישראלית טבועה עמוק התפיסה כי הכנסת היא המוסמכת ליתן חוקה לישראל. זהו חלק מהתרבות הפוליטית שלנו. זהו הפירוש הטוב ביותר של ההיסטוריה המשפטית והחברתית שלנו מקום המדינה ועד היום.

שלושת המודלים אינם יונקים חיותם מריבונות הכנסת. ריבונות הכנסת – או נכון יותר עליונותה – יונקת כוחה ממודלים אלה. שלושת המודלים הם לבר-משפטיים. הם סומכים עצמם על נקודת אחיזה ארכימדית שהיא חיצונית למעשה החוקה. דבר זה נראה לי הכרחי. כוחה העליון של החוקה האמריקנית אינו נובע מכוח הוראותיה. הוא נובע מתפיסה לבר-משפטית אשר העניקה סמכותה לאסיפה המכוונת אשר נתכנסה בפילדלפיה, לכוונן חוקה.

שלושת המודלים אינם פרי תפיסה סובייקטיבית של השופט. הם אינם נובעים מרצונו הפרטי להכיר או לא להכיר בקיומה של חוקה לישראל. הם פרי הפרשנות האובייקטיבית של ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל. הם תוצאה של תנועת ההכרה החוקתית של הקהילה הישראלית על פני ההיסטוריה המשפטית הקצרה שלנו. הם פרי הבנתן של העובדות החברתיות עליהן בנוי משטרה של מדינת ישראל. כל אלה הם הנתונים החוקתיים מהם יונקים שלושת המודלים – כל אחד לפי תפיסתו שלו – את היותם. בהמשך פסק-דיני הקדשתי עמודים רבים לבדיקת נתונים חוקתיים אלה. הקדשתי מקום רחב לבחינת הרציפות החוקתית. עסקתי בתפיסתה של הכנסת את עצמה. זהו נתון אמפירי, המשמש לבית-המשפט לביסוס מסקנתו המשפטית, על-פי כל אחד משלושת המודלים. בחנתי את תפיסתם של מחברים וסופרים. זהו נתון חשוב, שכן הוא משקף את תפיסותיה של הקהילה הישראלית את דבר כוחה של הכנסת ליתן חוקה לישראל. בחנתי את פסיקת בית-המשפט העליון.

לעמדתי שלי בדבר הסמכות המכוונת של הכנסת הצטרפו השופטים ד' לוי, מצא וזמיר. השופטים בך וגולדברג קבעו שאין הם מבקשים להכריע בין גישת הריבונות הבלתי מוגבלת לבין גישת הסמכות המכוונת, שכן הדבר אינו חיוני להכרעה. השופט טל ביקש אף הוא להשאיר השאלה פתוחה, אם כי בפרשה קודמת הוא הצטרף לשופט ד' לוי, שהביע בה עמדה התומכת במודל הסמכות המכוונת.

נראה איפוא כי ניתן לומר בביטחה, כי עמדת בית-המשפט העליון הינה כי הכנסת מוסמכת לכוונן חוקה; כי היא עושה כן באמצעות חוקי-היסוד; כי אין לשנות חוקי-יסוד אלא בחוקי-יסוד, ועל-פי רוב הקבוע בחוק-היסוד; כי אין לפגוע בחוק בהסדר הקבוע בחוקי-יסוד אלא אם כן חוקי-יסוד מאפשר זאת. עדיין לא בחנתי את השאלה בדבר ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק (בעיית ה-Judicial review of legislative action). האם מאחורי גישת בית-המשפט בפרשת בנק המזרחי המאוחד בע"מ עומדת הסנקציה של בטלות החוק הנוגד, או שמא אלה הם אך כללים של המשחק הפוליטי? כפי שצינתי, אין כל הוראה בדבר ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק בחוקי-היסוד. מה משתמע משתיקה זו?

לסוגיה זו הקדשתי חלק ניכר מפסק-דיני בפרשת בנק המזרחי המאוחד

בע"מ. ציינתי כי לאור שתיקתם של חוקי-היסוד, הפתרון לשאלה מצוי בתרבות המשפטית ובמסורת המשפטית של שיטת המשפט. הוא נקבע על-פי "כלל ההכרעה" (Rule of adjudication) של אותה שיטת משפט. המסורת המשפטית של עם והתרבות של שיטת משפט עשויות להביא למסקנה, כי שתיקת החוקה גוררת אחריה את המסקנה כי חוק הנוגד את החוקה הוא בטל, וכי ההכרעה בקיומו של הניגוד אינה נתונה בידי המחוקק אלא בידי בית-המשפט. בהקשר זה הבאתי את הנסיון האמריקני. כפי שציינתי, בחוקתה של ארצות-הברית אין כל הוראה בדבר תוצאות הסתירה בין חוק של הקונגרס לבין החוקה. אין גם כל הוראה בדבר סמכות בית-המשפט להכריז על בטלות החוק. עם זאת, המסורת המשפטית האמריקנית – מאז ניתן ב-1803 פסק הדין בפרשת *Marbury v. Madison* – הינה, כי חוק הפוגע בהוראות החוקה הוא בטל, וכל בית-משפט מוסמך להכריז על כך. נשיא בית-המשפט העליון האמריקני, השופט מרשל, הדגיש כי החוקה נועדה להגביל את המחוקק. מתן משמעות להגבלה זו אפשרית רק אם חוק רגיל לא יוכל להתגבר על החוקה. אין דרך ביניים – או שהחוקה עליונה ולא ניתן לשנותה או לפגוע בה באמצעים רגילים, או שהינה כחוק רגיל, אשר המחוקק יכול לשנותה כאוות נפשו. מאז אותה פרשה, אין איש מפקפק עוד בארצות-הברית כי חוק הנוגד את החוקה בטל, וכי זהו תפקידו של בית-המשפט – תוך פרשנות החוקה והחוק – לקבוע את קיום הסתירה ותוצאותיה. כך נוצרה תורת הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק (Judicial review of constitutionality). תורה זו היא אבן מרכזית במסד החוקתי האמריקני.

הנסיון האמריקני בעניין הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק פרץ את גבולותיה של אמריקה. הוא השפיע על החשיבה החוקתית בעולם כולו. הוא שולט בהסדרים החוקתיים שנתקבלו לאחר מלחמת העולם השנייה. הוא התקבל כקו מנחה בכל המדינות של הגוש המזרחי לאחר השחרור מהשליטה הרוסית. דומה, כי זו תרומתה המרכזית של החשיבה החוקתית האמריקאית למחשבה החוקתית האוניברסלית. במדינות רבות לאחר מלחמת העולם השנייה, נקבעו בעניין זה הוראות מפורשות בחוקה (כגון גרמניה, יפן, איטליה, אירלנד, אוסטרליה, קפריסין, הודו, טורקיה). אך גם במדינות שבחוקותיהן אין הוראה מפורשת – והן חלק מהתרבות המשפטית של המשפט המקובל האנגלי – נתקבלה ההשקפה כי חוק לא חוקתי הוא בטל, ובית-המשפט מוסמך להכריז על כך. כך הוא הדין בדרום אפריקה, באוסטרליה, בסיירה ליאונה ובמדינות רבות אחרות.

על רקע זה בחנתי את המסורת המשפטית שלנו. הגעתי למסקנה כי מסורת זו מחייבת את המסקנה כי התרופה על אי-חוקתיות החוק היא בטלותו, וכי הסמכות לקבוע את דבר אי-החוקתיות נתונה לבית-המשפט. הכרה במסקנה זו נתקבלה בישראל בפרשת ברגמן ובפסיקה שלאחריה. בהמשך פסק-דיני עמדתו על הטעמים הפילוסופיים והחברתיים המונחים ביסוד הביקורת השיפוטית ועל הצידוק בהנהגתה. הצבעתי על כך כי ביקורת שיפוטית משרתת את שלטון החוק ואת עיקרון הפרדת הרשויות. היא תואמת את הדמוקרטיה, והיא מהווה חלק אינטגרלי ממהות הדמוקרטיה. אכן, הדמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא גם שלטונם של ערכי יסוד וזכויות האדם כפי שנתגבשו בחוקה. דמוקרטיה היא איזון עדין בין שלטון הרוב לבין ערכי היסוד של החברה השולטים על הרוב. דמוקרטיה אינה רק דמוקרטיה "פורמאלית" (שעניינה תהליך הבחירה בו שולט הרוב).

דמוקרטיה היא גם דמוקרטיה "מהותית" (שעניינה הגנה על ערכים מסויימים, כגון שלטון החוק, עצמאות השפיטה וזכויות האדם). אכן, כאשר הרוב שולל זכויות אדם מהמיעוט, הוא פוגע בדמוקרטיה. כאשר שופטים מפרשים את הוראות החוקה, ומבטלים לאורך חוקים פוגעים, הם נותנים ביטוי לערכי היסוד של החברה, כפי שאלה התגבשו במהלך ההיסטוריה של אותה חברה. בכך הם שומרים על הדמוקרטיה החוקתית, ומקיימים את האיזון העדין עליה היא מושתתת. טול מהדמוקרטיה החוקתית את שלטונם של ערכי היסוד ופגעת בעצם קיומה. הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק מאפשרת לחברה להיות כנה עם עצמה, ולכבד את תפיסותיה הבסיסיות. זהו הבסיס ללגיטימיות המהותית של הביקורת השיפוטית. זהו גם הבסיס האמיתי לעיקרון החוקתיות עצמו. אנו כפופים לחוקה שכוננה בעבר, משום שהיא משקפת תפיסות עומק של החברה המודרנית. במובן זה ניתן לומר כי כל דור ודור מכונן מחדש את החוקה. אכן, באמצעות הביקורת השיפוטית, אנו נאמנים לערכי היסוד שהטלנו על עצמנו בעבר, המשקפים את מהותנו בהווה, ואשר ידריכו אותנו בהתפתחותנו הלאומית כחברה בעתיד. אין פלא, איפוא, כי הביקורת השיפוטית התפתחה לאחרונה. מרבית המדינות הדמוקרטיות הנאורות מקיימות ביקורת שיפוטית. קשה לתאר כיום את ארצות הברית, קנדה, גרמניה, יפן, ספרד, איטליה, דרום אפריקה ומדינות רבות אחרות, בלא ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. המאה העשרים היא המאה של הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. בכך ניתנת משמעות של ממש לעיקרון החוקתיות, לדמוקרטיה החוקתית, ולאיוון הראוי בין שלטון הרוב לבין זכויות האדם, בין כלל לפרט. ניתן לומר, כי הטוען לחוסר הדמוקרטיה של הביקורת השיפוטית, טוען לחוסר הדמוקרטיה של החוקה עצמה. הגורס חוסר דמוקרטיה בביקורת שיפוטית, גורס גם חוסר דמוקרטיה בהגנה על זכויות האדם. הטוען לחוסר דמוקרטיה של הביקורת השיפוטית טוען, איפוא, כי הגנה על זכויות הפרט כנגד הכלל, אינה דמוקרטית. אכן, אופיה הדמוקרטי של מדינה לא נקבע על-פי האופי הייצוגי של כל אחת מזרועותיה, אלא על-פי האופי הדמוקרטי של המשטר כולו.

אכן, ביקורת שיפוטית מבטאת את ערכיה של החוקה. באמצעותה השופט מגשים את ערכיה של החברה בה הוא חי. הוא משקף את תפיסות היסוד של החברה, בתנועתה על פני ההיסטוריה. דווקא השופט – שאינו חייב לעמוד לבחירה חדשות לבקרים – הנהנה מעצמאות שיפוטית, ראוי לתפקיד זה. דווקא משום שהשופט אינו נבחר על-ידי העם במישרין, ואינו מציג בפניו מצע פוליטי, או חברתי, הוא מסוגל לתת ביטוי לתפיסות העומק של החברה, מבלי שיושפע מרוחות שעה חולפות. לשם כך עליו לפעול באובייקטיביות שיפוטית, עליו לשקף את השקפותיה של החברה, גם אם אלו אינן השקפותיו שלו. על השופט לשקף את האמונות ארוכות-הטווח של החברה. עליו להימנע מלהטיל על החברה את אמונותיו הפרטיות. דרישה זו לאובייקטיביות מטילה נטל כבד על השופט. עליו להיות מסוגל להבחין בין הרצוי האישי לבין המצוי החברתי. עליו ליצור מחיצה ברורה בין השקפותיו כפרט לבין תפיסותיו כשופט. עליו להיות מסוגל להכיר בכך שיתכן ודעותיו האישיות אינן נחלתו של הציבור הרחב. עליו להיות ביקורתי כלפי עצמו, ומרוסן כלפי עמדותיו. עליו לכבד את הכבלים הקושרים אותו כשופט.

אכן, הצהרה על בטלותו של חוק הנוגד חוקה הוא עניין רציני. יש בו משום

סיכול רצונו של הרוב ההיום. הצידוק לכך הוא בעליונות החוקה וערכיה. צידוק זה פועל מקום שהשופט נותן ביטוי לערכיה של החוקה, כפי שהם מובנים על-ידי התרבות והמסורת של העם בתנועתו על פני ההיסטוריה. צידוק זה אינו פועל כאשר שופט נותן ביטוי להשקפותיו הסובייקטיביות. אכן, האובייקטיביות השיפוטית מונחת ביסוד הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק. רק שופט מקצועי, הסופג במשך שנים רבות את הצורך להבטיח אובייקטיביות שיפוטית, והנהנה מאי תלות גמורה, יכול להגשים משימה כבדה זו. חינוכו של השופט המקצועי, נסיונו והתרבות המשפטית בה הוא חי הפנימו בו את ערכי העצמאות, אי התלות והיכולת להבחין בין ההשקפה האישית לבין דרישות התפקיד. אין כשופט המקצועי, המודע למגבלות המוטלות עליו בחברה דמוקרטית. רק שופט, אשר על-פי תפיסתו השפיטה אינה תפקיד אלא דרך חיים, יוכל למלא תפקיד זה. רק שופט שכל חינוכו מביא אותו להשיבה מופשטת, שביסודה עומד ההגיון ולא הכוח, משקל הטיעון ולא זהות הטוען, יוכל להגשים תפקיד זה. רק שופט החי יום יום את המתח שבין העיקרון המופשט לבין הפעלתו בחיי המעשה כלפי בשר ודם, העומד בפניו, יוכל לעמוד במשימה קשה זו. לשם כל אלה נדרשת רשות שיפוטית, עצמאית ובלתי תלויה, הצומחת מהעם, המשקפת את הקונסנסוס התברתי הבסיסי, אך שאינה נבחרת כל מספר שנים, כפי שחברי הכנסת עומדים לבחירה. אכן, אין לו לשופט, לא חרב ולא ארנק. כל שיש לו הם עצמאות ואי תלות. לחם חוקו הינם חוקי היסוד. ביניהם הוא מאזן באופן אובייקטיבי. אין הוא מחפש כוח. אין הוא תאב שלטון. אין הוא מבקש להטיל השקפתו האישית על החברה. הוא מבקש אך לעשות צדק במסגרת המשפט, ולעשות משפט שהוא צודק. מאז הקמתה של מדינת ישראל, עמד בית המשפט העליון – עימו החברה הישראלית כולה – כמבצר הדמוקרטיה הישראלית. בית המשפט העליון הוא מגן הדמוקרטיה. תפקיד זה מקבל משנה תוקף עם חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. סביב זכויות האדם ניבנו חומות מגן נוספות. על שמירתן מופקד בית המשפט. עליו הוטל התפקיד החוקתי לשמור על תפיסות היסוד וערכי היסוד של החברה הישראלית, כפי שהם מצאו ביטוי בחוקי היסוד. עליו לאזן בין עקרונות היסוד של החברה הישראלית (כפי שהם מבוטאים בחוקי היסוד) לבין צורכי הטווח הקצר של היומיום (כפי שהם מבוטאים בחקיקה הרגילה). עליו הוטלה המשימה לחשוף את הערכי והבסיסי, תוך דחיית הארעי והחולף.

#### המהפיכה החוקתית

על רקע דברי עד כה, מקווה אני כי תהיו שותפים לדעתי כי שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם גררו אחריהם מהפיכה חוקתית. אמת, גם בעבר הוכרו בישראל זכויות האדם. המהפיכה החוקתית אינה מתבטאת בעצם ההכרה בקיומן של זכויות אדם בישראל. המהפיכה החוקתית מתבטאת בשינוי מעמדן החוקתי של זכויות האדם. הן הפכו להיות לזכויות בעלות מעמד חוקתי-על-חוקי. הן נהגות מעליונות נורמטיבית. חוק רגיל הפוגע בזכות חוקתית בלא שיהלום את ערכיה של מדינת ישראל, בלא שיהיה לתכלית ראויה ובלא שיהא במידה הראויה, הוא חוק לא חוקתי, וניתן להצהיר על בטלותו. זהו שורש השינוי החוקתי. כדבר הזה לא היה בעבר. בעבר רשאי היה המחוקק הרגיל לשנות ולפגוע בכל זכות אדם, בלא כל הגבלה שהיא. בכך חל שינוי. הכנסת, בהפעילה את סמכויות החקיקה שלה, שוב



אינה כל יכולה. על כוח החקיקה שלה בתחום זכויות האדם הוטלו מגבלות. אך מעבר לכך: חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הביאו לקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי. זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן לכל ענפי המשפט, ומשפיעות על מהותם. כל ענף משפטי וכל נורמה משפטית צריכים להתאים עצמם להסדרים החוקתיים. אם בעבר נגזרו זכויות האדם מההסדרים בענפי המשפט השונים, הרי מעתה ייגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות. קחו, למשל, את זכויות הנאשם במשפט הפלילי. עד עתה נגזרו זכויות אלה מהוראות החקיקה הרגילה בדבר סדר הדין הפלילי. מעתה ייגזרו סדרי הדין הפלילי מזכויות האדם המוגנות בדבר ההליך הפלילי. אכן, אם בעבר הרטוריקה המשפטית התמקדה בסמכות, בכוח ובשיקול הדעת (החקיקתי, המינהלי והשיפוטי), הרי מעתה נעבור לרטוריקה של זכויות וחירויות. לא הכוח השלטוני באיזונו הראוי הוא שיקבע את זכויות האדם, אלא זכויות האדם באיזון הראוי, הן שתקבענה את הכוח השלטוני. זהו שינוי חוקתי בסיסי. זוהי מהפיכה חוקתית. מהפיכה זו היתה מהפיכה שקטה. הגוף המהפכני, אשר ביצע את המהפיכה, היתה הכנסת עצמה. המהפיכה בוצעה על-פי הכללים וההדינים הקובעים את כללי המהפיכה. היתה זו "מהפיכה חוקתית" חוקתית.

עם פסק-דינו בפרשת בנק המזרחי המאוחד בע"מ הועמקה מהפיכה זו. לא רק זכויות האדם מוגנות ברמה חוקתית-על-חוקית. כל הסדר המעוגן בחוקי-יסוד מקבל מעמד חוקתי-על-חוקי. הפוליטיקה הישראלית הפכה לפוליטיקה חוקתית. לדבר השלכות חשובות על רשויות השלטון, על שדה המשפט ועל התרבות החברתית בכלל.

אפתח בהיבט רטורי. נהגנו לומר כי החוקה שלנו היא "בדרך". כי היא נעשית פרקים פרקים, ורק עם האחדות למסמך אחד, בעתיד, תעמוד בפנינו חוקה. עלינו לשנות מרטוריקה זו. היא אינה משקפת את המציאות הנורמטיבית. יש לנו כבר היום חוקה.

חוקתנו העכשווית והקיימת הם חוקי-היסוד. זו חוקה פורמאלית ונוקשה. אין לשנות את החוקה על-ידי חוק רגיל, יהא הרוב בו נתקבל אשר יהא. קיימת בישראל ביקורת שיפוטית בדבר חוקתיות החוק. אמת, חוקתנו הנוקשה היא רכה, במידת נוקשותה. רק מעטות מהוראותיה ניתנות לשינוי רק ברוב מיוחד. אך חרף זאת, זו חוקה, ככל חוקה פורמאלית נוקשה. חוק רגיל – יהא הרוב בו נתקבל אשר יהא – אינו יכול לשנותה. נדרש לשם כך חוקי-יסוד. איננו נתונים במצב בו עלינו לכונן בעתיד חוקה. החוקה בישראל היא מציאות נורמטיבית קיימת. אמת, חוקתנו אינה שלמה. חסרים בה הסדרים שונים. כך, למשל, מספר זכויות אדם אינן מצויות בה. במובן זה ניתן לומר כי החוקה היא חלקית, אך אין בחלקיות זו כדי להשפיע על תוקפה הנורמטיבי של החוקה. רבות הן החוקות שכווננו כחלקיות במקורן והושלמו במשך השנים. כך, למשל, החוקה האמריקנית המקורית לא כללה את זכויות האדם. ה־Bill of rights כונן מאוחר יותר. מספר חוקות הן חלקיות במקורן, ולא הושלמו כלל. כך, למשל, הטקסט של החוקה הצרפתית של הרפובליקה החמישית לא כולל פרק על זכויות אדם. היה זה בית-המשפט החוקתי הצרפתי שהסיק את חוקתיות זכויות האדם בדרך פרשנית, מתוך המבוא לחוקה המפנה להצהרה על זכויות האדם מ-1789. עלינו להכיר, להבין ולהפנים את האמת הפשוטה: יש לנו, כעת ועכשיו, חוקה. אנחנו דמוקרטיה חוקתית. איננו



"חוקה בדרך". הננו בדרכה של חוקה. כל עוד לא הושלם המהלך החוקתי, נהיה עדים לצירופם של חוקי-יסוד חדשים. עם השלמת המפעל, יהא מקום להפסיק לעסוק בחוקי-יסוד; יהא מקום לדבר על חוקה בלבד ועל דרכים חוקתיות לשינויה. הביטוי חוקי-יסוד עשוי להטעות, שכן הוא נותן תחושה של "חוק רגיל" בעל תוכן יסודי – ולא היא. חוקי-יסוד אינו חוק. הדינים החלים על חוקים, לרבות פרשנותם, אינם חלים על חוקי-יסוד. הכנסת אינה מחוקקת אותו, אלא מכוננת אותו. חוקי-יסוד הוא חוקה. הדינים החלים על חוקה ופרשנותה חלים על חוקי-יסוד.

עם המהפיכה החוקתית שלנו חל שינוי במעמדה ובכוחה של הכנסת. עליה לפעול במסגרות החוקתיות שהיא עצמה (כרשות מכוננת) קבעה. כמוכן הכנסת מעולם לא היתה ריבונית, שכן הריבוניות היא של העם. השינוי החוקתי אשר התרחש לא פגע, איפוא, בריבוניות הכנסת. הוא השפיע, עם זאת, על עליונותה. העליונות שוב אינה של הכנסת אלא של החוקה. הכנסת אינה חופשית לחוקק כל חוק שתחפוץ. עליה להימנע מחקיקתם של חוקים לא חוקתיים. עליה להימנע מפגיעה בזכויות אדם מוגנות, אם פגיעה זו אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל, או אם פגיעה זו לא נועדה לתכלית ראויה, או אם פגיעה זו היא מעבר למידה הדרושה. אכן, הפוליטיקה הישראלית הפכה לפוליטיקה קונסטיטוציונית. אין בכך הנמכת קומתה של הכנסת. הרי הכנסת היא זו שיצרה את המהפיכה החוקתית עצמה. אין בכך הורדת קרנו של המחוקק הרגיל. במדינה דמוקרטית-חוקתית המחוקק הרגיל חייב לפעול בגדרה של החוקה, מבלי שהדבר נתפס כדבר הפוגע במעמדו. האם משהו טוען ברצינות כי לקונגרס האמריקני, או לפרלמנט הקנדי או הגרמני, יש מעמד נחות? אכן, עניין לנו בשינוי חוקתי המצריך שינוי תרבותי. עלינו להתרגל לרעיון שאין גופים "כל יכולים", שכולם מוגבלים. במסגרת תרבות פוליטית-משפטית זו, ניתן מקום של כבוד לכנסת ולנבחרי העם. הם מחוקקים את החוקים, האפשרויות העומדות לרשותם הן רבות ומגוונות. עוד לא נשמעה הטענה כי קיומה של חוקה ושל זכויות אדם, הופכת את תפקיד המחוקק למכני. נהפוך הוא: עליו לקדם חקיקה למען צרכי הכלל והפרט. פסקת ההגבלה, המגבילה את כוחו של המחוקק ואת כוחן של זכויות האדם גם יחד, מעניקה מרחב תימרון רחב למחוקק. רבות הן התכליות הראויות, ורבות הן המידות הראויות, אשר במסגרתן יכול המחוקק לפעול. אכן, ברוב רובם של המקרים, מצויות מספר חלופות חקיקתיות, המקיימות כולן את דרישותיה של פסקת ההגבלה. ברוב רובם של המקרים, מצויות מספר תוכניות חברתיות אשר ניתן לבצען באופן חוקתי. הבחירה בין האפשרויות החברתיות היא של המחוקק. זהו מרחב התימרון החוקתי שלו. זהו כוח העיצוב החברתי הנתון לו. זוהי האחריות החברתית המוטלת עליו, אשר חקיקת חוקי היסוד אינה מסירה ממנו.

המהפיכה החוקתית שלנו הביאה גם לשינוי במעמדה של הרשות המבצעת. הרשות המבצעת חייבת לפעול במסגרות חוקתיות. שוב אין היא חופשית להציע לכנסת כל הצעת חוק שבכוחו של הרוב הפרלמנטרי שברשותה להעביר. אכן, צרכיה הפוליטיים של הממשלה חייבים להתחשב בהסדרים החוקתיים השונים. הפוליטיקה צריכה להתחשב במבנה החוקתי. היא צריכה לכבד את זכויות האדם המוגנות, בכך אין פגיעה במעמדה של הממשלה. בכך אין החלשתה של הממשלה. האם משהו טוען ברצינות כי הנשיא האמריקני חלש שכן הוא חייב לכבד את ה"Bill of rights" האמריקני? האם משהו טוען ברצינות כי הנשיא הצרפתי חלש,

מכיוון שהוא חייב לכבד את ההצהרה על זכויות האדם מ-1789, המהווה חלק מהחוקה של הרפובליקה החמישית? האם מישוהו טוען ברצינות כי הקנצלר הגרמני חלש מכיוון שחוקי היסוד הגרמני (ה-Grundgesetz) מגביל את הרשות המבצעת ומונע ממנה פגיעה בזכויות אדם מוגנות שלא על-פי האמור בפסקאות ההגבלה הגרמניות? אכן, זכויות אדם חוקתיות אינן מחלישות את הרשות המבצעת. הן מבוססות על ההנחה כי הרשות המבצעת היא חזקה. הן מבקשות להגן על זכויות האדם מפני עוצמה זו. הן מבקשות לקיים את כוחה של הרשות המבצעת, תוך הגנה על זכויות האדם.

המהפיכה החוקתית הביאה לשינוי במעמדה של הרשות השופטת. אחריות כבדה הוטלה עליה. עליה לבחון אם חקיקה רגילה היא חוקתית. עליה להכריז על בטלות חקיקה לא חוקתית. לשם כך עליה לפרש את חוקי היסוד. פעילות פרשנית היא טבעית לשופט. זהו לחם חוקו. עם זאת, הפעילות השיפוטית החוקתית היא בעלת מימד מיוחד. הטקסט החוקתי הוא עמום. מהו כבוד האדם? האם שיוויון הוא חלק מהכבוד? מהי זכות קניין? מהי פרטיות? מתי תכלית היא ראויה? מתי חקיקה הפוגעת בזכויות אדם היא מעבר למידה הדרושה? לשם מתן מובן לטקסט העמום, על השופט להתחשב בעקרונות היסוד. כבר ראינו את פסקת עקרונות היסוד, הקובעת כי:

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

וכבר ראינו את פסקת המטרה, הקובעת:

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

התחשבות בערכים מופשטים אלה - אשר במרכזם עומדים ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית - מטילה על השופט תפקיד קשה. עליו להיות מודע לערכי היסוד של העם. ערכים אלה מצויים לעתים קרובות בהתנגשות. עליו לאזן בין הערכים המתנגשים. עליו לעשות כן באובייקטיביות שיפוטית. לא את ערכיו הסובייקטיביים ישקף השופט, אלא את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בעשותו כן, יפעל השופט על-פי תפיסות היסוד של הציבור בישראל. בכך הוא יתן ביטוי למצפון הציבורי הכללי, לקונצנזוס החברתי, לאתיקה המשפטית, לעקרונות היסוד ולשיכנוע ההערכתי של החברה הישראלית באשר להתנהגות ראויה ובלתי ראויה. פרשנותו החוקתית, אסור לה שתהא פורמליסטית-פדנטית. היא צריכה להיעשות מתוך מבט רחב. מי שיפרש חוקה כמו שהוא מפרש צוואה, עשוי להפוך את חוקת המדינה לצוואתה. חוקה היא מסמך חי, ופרשנותה צריכה לתת לה אותו מובן המשקף את תפישותיה של החברה בה היא פועלת, ואת "האני-מאמין" שלה. פרשנות חוקתית צריכה להשקיף על הטקסט החוקתי מתוך ההווה. עליה לחבר אותו אל העבר, ועליה לתת ביטוי להמשכיות ההיסטורית ולתפיסות היסוד המודרניות, והכל מתוך רצון להגיע לאחדות ולהרמוניה חוקתית. פרשנות מתוך מבט רחב היא פרשנות שבה מתבסס הפרשן על לשון, על היסטוריה, על פילוסופיה, על הגיון ועל משפט גם יחד. אך מעבר לכך, הטלת מגבלות חוקתיות על הפוליטיקה, מכניסה את הרשות השופטת, מטבע הדברים, לעין הסערה הפוליטית. כדי לבצע את תפקידה

מתרחקת הרשות השופטת מכל שיקול פוליטי. אמת, להכרעותיה השלכות פוליטיות, אך הכרעותיה אינן נעשות משיקולים פוליטיים. שיקוליה הם משפטיים-חוקתיים. גם אם כל המידע החברתי שהיה בפני המחוקק יוצג בפני בית-המשפט, השימוש בו על-ידי בית-המשפט יהא שונה מהשימוש בו על-ידי המחוקק. בית-המשפט לא יבחן את תבונתו של ההסדר, אלא את חוקיותו. בית-המשפט יתעניין אך בשאלה, אם ההסדר החקיקתי מאזן בצורה ראויה בין הערכים והאינטרסים השונים. איזון זה נעשה ברמה הערכית, והוא פרי תפיסותיה של החברה הישראלית באשר לבסיס עקרונותיה. לשם הגשמה ראויה של תפקידה זה יש לחוק את עצמאותה של הרשות השופטת.

### עתיד

המהפכה החוקתית היא מאחורינו. יש לבו חוקה. עם זאת, חוקתנו אינה שלמה. יש בה אנומליות. נדרשים תיקונים והשלמות. אעמוד על מספר עניינים: ראשית, חלק מחוקי-היסוד נהנים מנוקשות רכה מאוד. את מרבית חוקי-היסוד ניתן לשנות בחוקי-יסוד שנתקבל ברוב רגיל. יש הסבורים כי מצב זה אינו ראוי. על-פי גישה זו, מטרת החוקה אינה מוגשמת, אם רוב רגיל של הכנסת (כרשות מכוננת) יכול לשנותה. אמת, השינוי אינו נעשה על-ידי המחוקק הרגיל אלא על-ידי האסיפה המכוננת. אך בישראל שני אלה מעוגנים, מהבחינה הפרסונלית, באותו גוף. קל מדי אצלנו - על-פי השקפה זו - להחליף כובע. יש להגביר המחיצה בין החקיקה הרגילה לבין הכינון החוקתי. יש צורך, איפוא, לשקול שריון פורמאלי של כל חוקי-היסוד, תוך קביעת הרוב המיוחס הראוי; שנית, לא כל פרקי החוקה הושלמו. יש עניינים שצריך להוסיפם. כך, למשל, יש הסבורים כי יש להוסיף זכויות אדם חשובות שאינן מאוזכרות במפורש. על-פי גישה זו, אין לתאר חוקה בלי איזכור מפורש של שיויון, חופש ביטוי והתאגדות, חופש היצירה המדעית וכיוצא בהם זכויות פוליטיות וחברתיות של הפרט. כן יש להוסיף - לפי גישה זו - פרק על זכויות הנאשם והחשוד; שלישית, פסקת ההתגברות קיימת בישראל רק לעניין חופש העיסוק. יש מקום לשקול, אם יש הגיון בכך. אם הפסקה ראויה - האין מקום להרחיבה על כלל זכויות האדם? אם אינה ראויה - האין מקום לבטלה? רביעית, יש מקום לשקול מחדש את היחס בין החקיקה הישנה לבין חוקי-היסוד. יש מקום לטענה, לפיה ראוי הוא לפתוח את כל החקיקה - ישנה כחדשה - לבחינה חוקתית וביקורת שיפוטית. ראוי הוא - לפי גישה זו - שהמחוקק עצמו יעשה את פעולת הניפוי הראשונית הדרושה, ויבטל חוקים ישנים שהוא עצמו גורס, כי אינם מתיישבים עם החוקה; לבסוף, יש מקום לשקול אם אין זה ראוי - עם סיום המהלך החוקתי כולו - להעמיד את החוקה כולה לבחינה מחודשת של העם. אין הדבר נחוץ, וחוקתנו קיימת, עומדת ומוכרת. עם זאת, כדי להגביר את הקשר המהותי בין העם לחוקתו, ניתן לשקול פנייה מחודשת לעם ליתן הכרתו ואמונו בחוקתו.

## סוף דבר

למדינת ישראל יש חוקה. היא קיימת עתה. אין זו חוקה לעתיד לבוא. זו חוקה בהווה. אין זו חוקה שלמה. היא מאריכה השלמות. אך הבסיס החוקתי הונח. התשתית החוקתית קיימת. בצד השינויים הטקסטואליים נדרשים שינויים הכרטיים. נדרשת מודעות גדולה יותר של הציבור למבנה החוקתי שלנו. המהפיכה החוקתית נוצרה וקיימת למען כל פרט ופרט. נוצר איזון חדש בין הכלל והפרט בישראל. מן הראוי הוא כי בני הציבור יפנימו את המבנה החוקתי, ויהפכו אותו לחלק משיגרת חייהם. מן הראוי שנושאי המשרה בשלטון יפנימו את המבנה הבסיסי, המושתת על ריבונות העם, ועל שלוש רשויות שוות מעמד, אשר ביניהן יש מחסום של איזון ובלימה. מעמד הרשות השופטת במערך רשויות זה אינו פרי אימפריאליזם שיפוטי. הוא פרי ההכרה כי אם מבקשים ליתן עליונות לחוקה ולזכויות האדם שבה, יש להפקיד את פרשנות החוקה והכרזה על בטלות חוק נוגד לה בידי רשות שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה. מעמד זה של השפיטה אינו מיוחד לישראל. הוא קיים במרבית הדמוקרטיות המודרניות בהן מקובלת דמוקרטיה חוקתית. לשם שמירה על מעמד זה יש צורך באמון הציבור בשופטיו. אין זו הסכמה לכל פסקי-הדין. אין זו הימנעות מביקורת, ולו הנוקבת ביותר. זהו אמון בטוהר השיקולים. זהו אמון כי השופט אינו צד למאבק הכוחות, וכי לא על כוחו נאבק השופט, אלא על שלטון המשפט ושלטון החוקה הוא נאבק. אך מעל לכל, נדרשת הפנמה גדולה יותר על-ידי הציבור בישראל של תוכן החוקה, ובעיקר של זכויות האדם המוכרות על ידה. הוראות החוקה – בדבר כבוד האדם וחירותו, ובדבר היותו בן-חורין – הן המלט העשוי לאחד את כל חלקי הציבור הישראלי. רבים העניינים המפרידים בינינו. מדוע לא נתלכד סביב המאחד אותנו? כולנו נבראנו בצלם הבורא. זוהי אחת מתרומותיה החשובות של היהדות לתרבות האנושית. מדוע לא יהפכו זכויות האדם – ובמרכזן כבוד האדם – לגורם המאחד את החברה הישראלית, על כל גווניה, לבני חברה אחת, אשר על דגלה תרוות זכויות אדם? שמאל וימין, דתיים וחילוניים, יהודים וערבים – כולנו עם אחד אשר כבוד האדם וחירותו חרות על דגלו. האם אך חלום הוא לצפות לכך, שהמהפיכה החוקתית תגרור אחריה מהפיכה חברתית, אשר תעשה אותנו לחברה טובה יותר? היש סיכוי נעלה יותר?