תקציר פסק־הדין בעניין בנק המזרחי נ' מגדל (התיקון ל"חוק גל")*

העובדות

בית־המשפט העליון דן בהרכב של תשעה שופטים בשלושה ערעורים שעסקו בשאלת תוקפו של חוק ההסדרים במגזר החקלאי (תיקון), התשנ"ג-1993 (להלן: החוק המתקן) לאור הוראות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. החוק המתקן האריך את תוקפו של חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב-1992 ("חוק גל"), שנחקק לפני חוק־היסוד ושקבע שניתן למנות משקם לגופים חקלאיים. המשקם הוסמך לבחון את החובות של אותם גופים חקלאיים ולמחוק חלקים מהם. החוק המתקן אף העביר חובות נוספים לטיפול המשקם ואיפשר את מחיקתם. הנושים טענו שהחוק המתקן פוגע בזכות הקניין שלהם, המוגנת בסעיף 3 של חוק־היסוד, ואינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה (סעיף 8). הנושים ביקשו כי בית־המשפט יכריז על בטלותו.

עיקרי ההלכה שנקבעה בפסק־הדין (בניגוד לדעת המיעוט של השופט חשין)

הכנסת היא בעלת סמכות מכוננת, והיא רשאית לחוקק חוקי־יסוד. חוקי־היסוד נמצאים במעמד נורמטיבי עליון. חלק מחוקי־היסוד כוללים הוראות המשריינות את מעמדם. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אומנם אינו כולל הוראת שיריון פורמלית, אך הוא בעל עליונות נורמטיבית הנובעת מ"פיסקת ההגבלה" (סעיף 8) ומ"פיסקת הכיבוד" (סעיף 11).

בתוק רגיל, שאינו מקיים את תנאי פיסקת ההגבלה, אין לפגוע בזכויות המוגנות בתוק־היסוד. בית־המשפט הוא המוסמך לבחון אם חוק אכן עומד בתנאי פיסקת ההגבלה, ואם לא – להכריז על בטלותו. תיקון חוק הוא דין נפרד, שהוראת אי־התחולה בסעיף 10 אינה ישימה לגביו, וגם הוא נתון לביקורת בית־המשפט.

זכות הקניין המוגנת בסעיף 3 משתרעת גם על זכויות אובליגטוריות. אלא שלא כל הגבלה קלה על הקניין מהווה פגיעה בזכות הקניין. כשקיימת פגיעה עליה לעמוד בתנאי פיסקת ההגבלה:

---

* פסק־הדין - ע"א 6821/93 רע"א 1908/94, 3363 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח' (טרם פורסם) – נדון בחוברת זו בשתי רשימות. לנוחות הקוראים, להלן תקציר פסק־דין זה, שהוא מן הארוכים שניתנו על־ידי בית־המשפט העליון. התקציר נערך על־ידי חברי מערכת משפט וממשל איתן אטיה, עופר גראור, אבנר לושי ועדן ענבר.

nevo.co.il

א. פגיעה בחוק או לפי חוק מפורש.
ב. החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל – כמדינה יהודית ודמוקרטית.
ג. החוק נועד לתכלית ראויה – נדרשת מטרה חברתית חשובה.
ד. הפגיעה היא במידה שאינה עולה על הנדרש (מידתיות).

1. קיימת התאמה בין האמצעי שנבחר למטרה. 2. לא ניתן להגשים את המטרה על־ידי אמצעי אחר שפגיעתו פחותה. 3. התועלת לציבור שבהשגת התכלית מצדיקה את הנזק לפרט.

המבחן מגדיר "מיתחם הגבלה", שהבחירה בין האפשרויות השונות במסגרתו נתונה למחוקק.

נטל ההוכחה הוא דו־שלבי: 1. פגיעה בזכות – נטל השכנוע מוטל על הצד הטוען לפגיעה בזכות. נדרשת הוכחה על־פי מאזן ההסתברויות. 2. עמידה בתנאי פיסקת ההגבלה – נטל השכנוע מוטל על הצד הטוען לקיום תנאי פיסקת ההגבלה. עם זאת, לחוק הפוגע מיוחסת חזקת חוקיות, ולכן הצד האחר נושא בנטל הבאת הראיות לכך שמידת הפגיעה עולה על הנדרש וקיימות חלופות עדיפות.

על יסוד אמות מידה אלה נפסק כי החוק המתקן עומד בתנאי פיסקת ההגבלה.

הנשיא מ' שמגר

המשפט הישראלי, ככל שיטת משפט אחרת, מבוסס על מידרג נורמטיבי. בראשו עומדת החקיקה התוקתית, המתבטאת, בין היתר, בתוקי־היסוד שיאושרו בבוא היום לתוקה שלמה (לפי החלטת הרדי). מקור סמכותה של הכנסת לחוקק חקיקה חוקתית נעוץ באסיפה המכוננת. מבחינה היסטורית ומשפטית נתמוגו סמכויותיה של האסיפה המכוננת לתוך סמכות הכנסת ברשות מתוקקת ונשתמרו ברציפות עד היום. לפיכך, הכנסת היא המחוקק הריבון העליון. הכנסת מוסמכת לתוקק כל חוק, רגיל או חוקתי. היא מוסמכת לשריין את מעמדם הנורמטיבי העליון של חוקים חוקתיים. היא אף מוסמכת לתוקק תוקה שלמה, וראוי שתעשה כן.

היות שחוקי־היסוד מצויים בדרגה נורמטיבית גבוהה מזו של תוק רגיל, מן הראוי שחוק רגיל לא יגבר על הוראה חוקתית, אלא על־פי האמור באותה הוראה חוקתית או בחוק חוקתי כללי (דוגמת חוק־יסוד: החקיקה המוצע). כיום ישנם חוקי־יסוד שאינם מכילים הוראות האוסרות פגיעה בהם. מעמדם המיוחס הוא רק בגדר הרצוי והראוי. חוקי־יסוד אחרים כוללים הגבלות המשריינות, הלכה למעשה, את מעמדם הנורמטיבי העליון. לכאורה, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו איננו משוריין. אלא שעל־פי שמו זהו דבר חקיקה השייך לרובד הנורמטיבי העליון של השיטה. תוכנו אפילו מקנה לו מעמד חוקתי מיוחד בהשוואה לחוקי־היסוד "המוסדיים". מהותו החוקתית באה לידי ביטוי, בין היתר, בפיסקת ההגבלה (סעיף 8), בהוראת שמירת הדינים (סעיף 10), בהוראת הכיבוד (סעיף 11) ובהגנה המוקנית לו מפני חקיקת חירום (סעיף 12).

גישה חדשה וראויה בתפיסת המִדרג הנורמטיבי מחייבת לנקוט כבר מעתה אמת מידה חקיקתית אחידה. לפיה אין עוד לשגות חוק־יסוד כלשהו אלא בחוק־יסוד. "שינוי" לעניין זה כולל ביטול, תיקון, הוספה או גרִיעה מחוק־היסוד. עדיף שהשינוי יתיחס במישרין

nevo.co.il

להוראה שמשנים, אך אין הכרח בכך. כמו כן, אין צורך ברוב מיוחד של חברי הכנסת כדי לשנות חוק־יסוד, אלא אם הדבר נקבע במפורש באותו חוק־יסוד או בחוק־יסוד אחר המכיל הוראות כלליות בעניין שינוי חוקי־יסוד. הכנסת אף מוסמכת לתקן חוק־יסוד הפוגע בזכויות יסוד. מידת הפגיעה האפשרית והיקף הביקורת השיפוטית על כך מושארים בצריך עיון. מכל מקום, פגיעה בתוק רגיל בזכות יסוד מוגנת אפשרית רק אם מצויה בתוק־היסוד הוראה המסמיכה לתוקק חוק פוגע כאמור, ותוך קיומם של כל התנאים שנקבעו באותה הוראה. חוק רגיל אינו יכול לשנות זכות יסוד או לפגוע בה, שלא על־פי הכללים הקבועים בחוק־היסוד. אם כך, הכנסת אינה יכולה לתוקק תקיקה רגילה הפוגעת בזכות יסוד המוגנת בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא בגבולות פיסקת ההגבלה. זהו החידוש הגדול בחוק־היסוד, שכן, עד כה, ככלל, לא ניתן היה לפסול חקיקה ראשית בשל פגיעה בזכויות יסוד.

משמעות הדברים היא, שהכנסת מגבילה את עצמה בכל הנוגע לזכויות היסוד המעוגנות בחוקי־היסוד. סמכותה הבלתי מוגבלת של הכנסת מאפשרת לה גם לכבול את עצמה בדרך התקיקה. כבילת הכנסת אמנם מכרסמת בריבונותה, אך סמכות הכבילה חיונית ליצירת מבנה חוקתי תקין של הקניית מעמד משוריין ומיוחס לזכויות היסוד. עם זאת, יכולת הכבילה איננה בלתי מוגבלת. לעת עתה, ראוי שהתוויית גבולותיה תישאר בצריך עיון.

יישום שלטון החוק כולל את השמירה על מערכות הסמכות והמדרג הנורמטיבי. המערכת השיפוטית הינה כלי חשוב לקיומה של עליונות החוקה, הלכה למעשה, על מנת שלא תישאר בגדר מסמך מדיני הצהרתי גרידא. לאור הוראות חוק־יסוד: השפיטה, ובהעדר כל הוראה אחרת, אין שום גורם פרט לבית־המשפט היכול להכריע בתוקיות חוק, כך גם נעשה בעבר מאז פרשת ברגמן. מכאן שאם חוק רגיל סותר הוראה חוקתית, בית־המשפט מוסמך להעניק תרופות חוקתיות, כגון בטלות, בטלות חלקית ובטלות יחסית, במישור הזמן או במישור התחולה.

סעיף 10 של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, כי אין בחוק־היסוד כדי לפגוע בתוקף דין שהיה קיים ערב תחילתו. אלא שתיקון חוק, ככל הוראת חוק חדשה אחרת, הוא דין נפרד, שהוראת אי־התחולה שבסעיף 10 אינה ישימה לגביו.

סעיף 3 של חוק־היסוד מגן על זכות הקניין. "קניין" יש לפרש באופן רחב, כך שיעניק הגנה אפקטיבית, שכן המדובר בהוראה חוקתית. לצורך זה כולל המונח "קניין" גם שלילת זכויות אובליגטוריות. עם זאת, יש להיזהר מפני מצב בו יהפוך בית־המשפט לגורם המעצב באופן פעיל את המדיניות הכלכלית במשק. לפיכך יש לאמץ את הגישה הגרמנית, לפיה אין בית־המשפט מתערב אלא אם גישת המחוקק היא באופן ברור וגלוי כה שגויה, עד שלא ניתן לראות בה בסיס סביר לפעולה חקיקתית. המושג "פגיעה בקניין" מתייחס לאקטים חקיקתיים בעלי השלכות אישיות מהותיות. למשל, הפקעת רכושו של אדם ללא פיצויים נאותים, בשירות או תוך הפרה מהותית אחרת של זכויותיו. נטל השכנוע בדבר קיומה של פגיעה בקניין רובץ על מי שמעלה את הטענה, ועליו להוכיח את גירסתו על־פי מאזן ההסתברויות. בענייננו – הסדר משפטי בדבר מחיקת חובות בהיקף משמעותי מביא לנטילת רכוש מבעלי החוב, ועל כן נושא עמו אופי של פגיעה בקניין.

nevo.co.il

לאור הפגיעה בקניין יש לבחון אם החוק "המתקן" עומד בתנאי "פיסקת ההגבלה" (סעיף 8):

א. הפגיעה בחוק או לפי חוק – הגבלת זכות יסוד חייבת להתבסס על הוראה מפורשת בחוק, או על אקט הקיקתי הנסמך על סעיף הסמכה מפורש בחוק.

ב. החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל – על־פי סעיף 1 לחוק־היסוד ערכיה של מדינת ישראל הם ערכי מדינה יהודית ודמוקרטית. בעת בחינת ערכי המדינה יש להתמקד בבדיקה מהותית של החוק ולא בבדיקה כלכלית וענינית של כל פרט בו. כמו כן, אין לחפש פיתרון אופטימלי יחיד שרק הוא הולם את ערכי המדינה. בענייננו – הצלתו של ענף כלכלי הולמת את ערכיה של מדינת ישראל.

ג. החוק נועד לתכלית ראויה – על מנת להצדיק פגיעה בזכות, המטרה המבוקשת חייבת להיות חשובה וחיונית מבחינת זכויות האדם וערכי החברה.

ד. הפגיעה היא במידה שאינה עולה על הנדרש (מידתיות) – מדובר בשלוש דרישות מצטברות: 1. האמצעי צריך להיות קשור באופן מהותי לתכלית הראויה ("מבחן ההתאמה"). 2. האמצעי הינו בעל זיקה הגיונית לאותה תכלית. 3. אין אמצעי דומה או קרוב, שפגיעתו פחותה והוא נכלל בתוך מיתחם האפשרויות הסבירות, אשר יכול להביא להשגת התכלית.

נטל השכנוע לכך שהחוק הפוגע עומד בתנאי פיסקת ההגבלה מוטל על המדינה. אלא שהצד הטוען לפגיעה בזכות נושא בנטל הבאת הראיות לכך, שהפגיעה היא במידה העולה על הנדרש, וקיימות חלופות שפגיעתן פחותה.

התוצאה המתקבלת מהפעלת המבחנים הללו היא, שהחוק המתקן עומד בדרישות פיסקת ההגבלה, והפגיעה בקניין העולה ממנו הינה חוקתית.

הנשיא א' ברק

הכנסת חובשת שני כובעים: היא בעלת סמכויות חקיקה "רגילות" והיא הגוף המוסמך לכונן חוקה. ישנם שלושה מודלים לגבי מקור סמכותה של הכנסת לכונן חוקה:

1. רציפות חוקתית – האסיפה המכוננת היתה מוסמכת לקבל חוקה. סמכות זו לא נשללה ממנה לאחר שנוספו לה סמכויות חקיקה רגילות. מאותו זמן, הסמכות המכוננת מצויה ברציפות בידיה של כל כנסת. הסמכות המחוקקת והמכוננת נתונה לכנסת כאורגן, ולא להברית. לפיכך, כנסת מאוחרת איננה שלוח של כנסת קודמת.

2. כלל ההכרה – כלל ההכרה נקבע על־ידי בית־המשפט. הוא קובע כיצד נוצרות נורמות ומה מעמדן. כלל ההכרה של המדינה הוא, שלכנסת נתונה סמכות מכוננת ומחוקקת. באמצעות הסמכות המכוננת רשאית הכנסת להגביל את כוח החקיקה הרגיל שלה, ומעשה החוקה של הכנסת עומד מעל מעשה החקיקה שלה.

3. מכלול ההיסטוריה – הכנסת עצמה, מצעי המפלגות, הקהילייה המשפטית ובית־המשפט העליון הוכיחו לאורך השנים, שהכרה בסמכות המכוננת של הכנסת היא הפירוש המתאים ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של המדינה. פנייה מיוחדת לעם אינה האפשרות היחידה לגיבוש חוקה. מאז קום המדינה העם נשאל והשיב, כי הוא מעוניין בחוקה ובזכויות אדם חוקתיות. המחלוקת העיקרית בעם אינה לגבי סמכותה המכוננת של הכנסת, אלא באשר לתוכנה של החוקה.

nevo.co.il

המסקנה היא, שלמדינת ישראל יש חוקה בצלת עליונות נורמטיבית. החוקה בנויה פרקים-פרקים, וכל פרק נקרא "חוק־יסוד" (ההלטת הרדי). בכלל, הכנסת משתמשת בסמכותה המכוננת כשהיא נותנת לכך ביטוי חיצוני, ומכנה את הנורמה "חוק־יסוד". הכינוי אינו רק ענין פורמלי. זהו ביטוי מהותי להליך כינונה של החוקה. אין צורך להכריע כאן בשאלות אם קיימת תקיקה חוקתית גם לפני החלטת הררי, ומה דין הקיקה עתידית שתעשה שימוש לרעה בכינוי "חוק־יסוד".

בדרך כלל אין לכבול את כוחה של הכנסת כרשות מחוקקת לשנות את חוקיה. הגבלה כזו פוגעת בעקרון שלטון הרוב, שבלעדיו לא מתקיימת דמוקרטיה. אלא שבתחום זכויות היסוד אין קיום לדמוקרטיה "אמיתית" בלא הגבלת כוחו של הרוב. הבחירה בדמוקרטיה "אמיתית" ולא "פורמלית" נעשתה, באמור, בידי העם. לפיכך, בבוחה של הכנסת לקבוע שהוראות התוקה משוריינות בשיריון מהותי או פורמלי.

מעמדם הנורמטיבי העליון של חוקי־היסוד אינו מותנה בשיריון. מעמד זה מחייב לקבוע, שכעיקרון, רק חוק־יסוד יוכל לשנות חוק־יסוד קודם; אם כי בהעדר הוראת שיריון די בחוק־יסוד שנתקבל ברוב רגיל. חוק רגיל עשוי לשנות חוק־יסוד רק אם חוק־היסוד איפשר זאת במפורש. יתרה מכך, נדמה שחוק רגיל אינו יכול לפגוע בהסדריו של חוק־יסוד (אפילו שאינו משוריין), אלא אם חוק־היסוד קבע במפורש אחרת. אלא שהשאלה אינה מתעוררת כאן, משום שחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו כולל הוראות שיריון מהותיות. המדובר בפיסקת ההגבלה (סעיף 8), המגבילה הן את המחוקק והן את זכויות האדם, ופיסקת הכיבוד (סעיף 11), הקובעת שכוח החקיקה של המחוקק כפוף לחובתו לכבד את זכויות האדם. חוק רגיל יכול לפגוע בזכויות המוגנות על־ידי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו רק אם הוא מקיים את תנאי פיסקת ההגבלה. כל פגיעה אחרת הופכת את החוק לבלתי חוקתי. זו מהותה של המהפכה החוקתית שהתחוללה עם חקיקתם של חוקי־היסוד החדשים.

המסורת המשפטית בארצנו, ובמדינות נאורות אחרות, הינה שהתרופה לאי־חוקתיות של חוק הינה בטלותו, והסמכות להכריז על כך נתונה לבתי־המשפט. מסורת זו הוברה בפסק־דין ברגמן, והתמסדה עם השנים. היא מעוגנת גם בפיסקת הכיבוד (סעיף 11); שהרי גוף מחוץ לכנסת חייב לבחון אם היא כיבדה את הזכויות שלפי חוק־היסוד. גוף זה הינו בית־המשפט. הביקורת השיפוטית על החוקה נגזרת גם מהעקרונות של שלטון החוק (למעשה, שלטון החוקה) והפרדת הרשויות. כמו כן, הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוק היא דמוקרטית, אף ששופטים אינם עומדים לבחירה: פורמלית, הביקורת השיפוטית מאפשרת לבית־המשפט להגשים את עקרונות החוקה. מהותית, דמוקרטיה איננה רק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא גם שלטונם של ערכי היסוד וזכויות האדם שהוכרו בחוקה. סיכול רצונו של הרוב דהיום בשל עליונות התוקה וערכיה הוא עניין רציני, שחובה להפקידו בידי שופט מקצועי, אובייקטיבי ובלתי תלוי. יחד עם זאת, הרשות השופטת כולה מחויבת בהתאפקות מרבית בעת הפעלת הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוק.

טענה שחוק נוגד את הוראות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו תיבחן בשלושה שלבים:

1. פירוש החוק הפוגע וזכויות היסוד, כדי לבדוק אם אכן נפגעה זכות מוגנת.
2. בחינה אם החוק הפוגע מקיים את תנאי פיסקת ההגבלה.

nevo.co.il

3. קביעת הסעד החוקתי, שיכול להיות הכרזה על בטלות חוק או חלק ממנו. נטל ההוכחה הוא כפי שהובא בדברי הנשיא שמגר.

היקף זכויות היסוד ייקבע על־פי פרשנות מהותית וענינית, מתוך "מבט רחב". לפיכך, במישור החוקתי, "קניין" (סעיף 3) הוא כל אינטרס שיש לו ערך כלכלי. הקניין משתרע גם על חיובים וזכויות בעלות ערך רכושי שנרכשו על־פי המשפט הציבורי. עם זאת, לא כל הגבלה פעוטה על הקניין מהווה "פגיעה בקניין". האיזון הראוי ייקבע בעתיד לפי תפיסתה הייחודית של החברה הישראלית. בענייננו – התיקון מאפשר מחיקת חובות, ולכן הוא פוגע פגיעה של ממש בקניינם של הנושים.

תנאי פיסקת ההגבלה:

א. פגיעה בחוק או לפי חוק מפורש.

ב. החוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל – מדובר בערכי המדינה כמדינה יהודית, במובן המורשת היהודית והציונות, וכמדינה דמוקרטית. בענייננו – גישתו של הנשיא שמגר ראויה, פרט לכך שגם השיוויון הוא אחד מערכיה של מדינת ישראל (כפי שקבעו בתי־המשפט המחוזיים). אלא שהתסדרים במגזר החקלאי המשפחתי אינם מפלים לרעה מגזרים אחרים.

ג. החוק נועד לתכלית ראויה – ככלל, תכלית ראויה משרתת מטרה חברתית חשובה הרגישה לזכויות האדם. הבטחת שיקומם של חייבים מסוימים ומניעת התמוטטות מפעל חייהם מהווה תכלית ראויה.

ד. הפגיעה היא במידה שאינה עולה על הנדרש (מידתיות) – יש להפעיל שלושה מבחני משנה: 1. האם האמצעי מתאים להשגת המטרה ומוביל באופן רציונלי להגשמתה. 2. האם ניתן להשיג את המטרה על־ידי אמצעי אחר שפגיעתו בזכות המוגנת פחותה (זהו המבחן המרכזי). 3. יש לשקול את התועלת לציבור לעומת הנזק לפרט בהפעלת האמצעי שנבחר.

בסופו של דבר נוצר "מיתחם הגבלה". הבחירה בין האפשרויות השונות בגדר המיתחם נתונה למחוקק בלבד, ואין לדרוש ממנו בחירה אידיאלית. בית־המשפט לא יבחן אם החוק טוב, יעיל או מוצדק, אלא רק אם הוא חוקתי ונופל בגדר מיתחם ההגבלה. בענייננו – המקרה גבולי, אך נמצא במסגרת "מיתחם ההגבלה". הפגיעה בנושים אינה עולה על הנדרש, ולא נמצאו הסדרים חלופיים יעילים.

השופט ד' לוין

סמכותה של הכנסת לחוקק חקיקה על הוקית נובעת מכך שהיא גם רשות מכוננת. את עליונותם הנורמטיבית של חוקי־היסוד החדשים ניתן לבסס על פיסקות הכיבוד, שכן משמעותן היא, שכוח החקיקה של המחוקק כפוף לתובתו לכבד זכויות אדם.

נטל השכנוע מוטל על הטוען לפגיעה בזכות יסוד הוקתית מוגנת. עליו להוכיח פגיעה ממשית בזכות היסוד. משעמד בנטל, הוא מועבר למחוקק, הנדרש להוכיח שהפגיעה מקיימת את תנאי פיסקת ההגבלה. לעניין זה – אין לאמץ את חזקת התוקיות כדי להבטיח הגנה ראויה על זכויות היסוד. בעת בחינת הפגיעה בזכות יש לתת לה את מלוא המשמעות הערכית, על מנת לצמצם ככל האפשר את אפשרויות הפגיעה בה. מאידך גיסא, בעת

nevo.co.il

בחינת הצידוק לפגיעה רשאי בית־המשפט לגלות פתיחות וליברליות לתהליך התקיקה. הן הוראות החוק המקורי והן הוראות התוק המתקן פוגעים פגיעה של ממש בקניינם של הנושים. אלא שהפגיעה מקיימת את תנאי פיסקת ההגבלה.

השופט י' זמיר

המהפכה התוקתית החלה בפסק־דין ברגמן. חוקי־היסוד החדשים המשיכו בה, והוסיפו את הכבילה המהותית אל הכבילה הצורנית שהוכרה באותו פסק־דין. כותה של הכנסת לכבול את עצמה מבחינה צורנית ומהותית גובע ממעמדה כאסיפה מכוננת.

המשפט התוקתי קובע אורחות חיים, ולכן בית־המשפט חייב לנהוג זהירות בתחום זה. עליו לגבש הלכה בשאלות חוקתיות רק כאשר הדבר דרוש באופן התלטי לשם הכרעה במקרה הנדון. בענייננו – יש להיזהר מהרחבת היקפה של זכות הקניין כזכות חוקתית, שכן הדבר עלול לפגוע בעוצמת ההגנה עליה.

מבחינה ענייינית, אין גבול חד בין המשפט החוקתי והמינהלי. דרישת המידתיות כבר הותלה על רשויות מינהליות. לפיכך, ראוי שגם במשפט התוקתי היא תתבסס על אותו מבחן משולש: התאמה, צורך ומידתיות (כפי שקבע הנשיא ברק).

השופט א' גולדברג

הזכויות המעוגנות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הן זכויות חוקתיות על־תוקיות בעלות עליונות נורמטיבית. זכות הקניין המוגנת בחוק־היסוד היא זכות רחבה, המתפרשת גם על זכויות חוזיות.

הסמכות לקבוע אם חוק הוא תוקתי מסורה בידי בית־המשפט. אלא שעליו להעמיד לנגד עיניו את המבנה הקונסטיטוציוני של שיטתנו, המבוסס על הפרדה ואיזון בין הרשויות. בית־המשפט אינו משמש תחליף לדשות המחוקקת, ורק המחוקק מוסמך לבחור מבין כל האמצעים האפשריים את זה שיביא להגשמת תכליתה הראויה של התקיקה. כפועל יוצא מכך, יש להעמיד כל חוק בחוקת חוקיות. אולם, אם המחוקק חרג מסמכותו ולא עמד בתנאי פיסקת ההגבלה, מחויב בית־המשפט להכריז על החוק כבלתי חוקי.

מבחן המינון ("במידה שאינה עולה על הנדרש") אינו מתייחס לגודלה האבסולוטי של הפגיעה, אלא לגודל הפגיעה ביחס למתחייב מהשגת התכלית הראויה. לכן, בית־המשפט יכריז שחוק אינו עומד במבחן המינון רק אם יתברר, שנבחר אמצעי שמינון הפגיעה בו חורג באופן מפליג ממיתחם פגיעה סביר. בחקיקה כלכלית די בבסיס הגיוני לאמצעי הפוגע שנקט המחוקק, כדי למנוע את התערבותו של בית־המשפט.

חזקת החוקיות מטילה את נטל השכנוע על מי שטוען נגד תוקפו של התוק. נטל השכנוע הינו בעל משמעות רק לגבי מבחן המינון, וגם אז, בתנאי שהאיזון הוא בין מסכתות עובדתיות ולא בין ערכים בלבד. הצד הטוען נגד תוקפו של התוק נושא גם בנטל המשני של הבאת ראיות. עליו להראות שקיימת תלופה מסוימת וברורה המגשימה את התכלית הראויה, תוך פגיעה פחותה במידה ניכרת בזכות המוגנת. בענייננו – תכלית החוק המתקן ראויה, ולא הובאה אלטרנטיבה בעלת מינון שונה להגשמת אותה תכלית.

nevo.co.il

השופט א' מצא

הכנסת רשאית לכבול את עצמה, צורנית ומהותית, מכוח סמכותה המכוננת.

זכות הקניין התוקפת (סעיף 3) עשויה להשתרע גם על זכויות אובליגטוריות, אך הרחבת היקפה עלולה להחליש את עוצמת ההגנה עליה.

בשלב הראשון של הדיון, על הטוען לפגיעה בזכות יסוד מוגנת בעלת אופי כלכלי להוכיח את הפגיעה. לאחר מכן הנטל נחלק בין הצדדים. על המדינה לשכנע כי הפגיעה היא לתכלית ראויה, והאמצעי שנבחר מתאים להשגת אותה תכלית. הצד השני צריך להוכיח, שניתן היה לבחור באמצעי חלופי שפגיעתו פחותה. ייתכן שפגיעה בזכות יסוד שאופיה אינו כלכלי תטיל על המדינה את נטל השכנוע לגבי כל תנאי פיסקת ההגבלה.

השופט ג' בך

הכנסת מוסמכת לחוקק חוקי־יסוד המהווים את חוקת המדינה. בחוקי־היסוד יכולה הכנסת לכבול את עצמה הן מבחינה צורנית והן מבחינה מהותית.

חוקי־היסוד החדשים מעניקים לבית־המשפט סמכות לבטל חוקים הנוגדים אותם ואינם עומדים במבחני ההכשרה שנקבעו בהם. אלא שרק במקרים נדירים ויוצאי דופן ימצא בית־המשפט הצדקה לפסול חוק הנוגד את חוקי־היסוד הללו.

בשלב ההוכחה, נקודת המוצא היא שהחוק מוחזק כאילו התקבל כדין. לפיכך, הצד התוקף את החוק נושא במלוא הנטל להוכיח שהחוק בטל.

השופט צ' א' טל

חוקי־היסוד הינם בעלי מעמד נורמטיבי עליון, ולאורם נבחנת התקיפה הרגילה של הכנסת. לגבי נטל ההוכחה יש ללכת בדרכו של השופט מצא.

השופט מ' חשין

השאלה הגדולה והחשובה ביותר שעלתה לפני בית־המשפט העליון מיום היווסדו ועד עתה היא שאלת סמכותה של הכנסת לכונן חוקה. חוקה אמורה להיכתב בשעת רצון מיוחדת, המהווה מפנה חשוב בחייו של עם. חוקה אינה יכולה להיכתב לאורך שנים. לאור חשיבותה העליונה של החוקה, אסור שיהיה אפילו צל של ספק בשאלת קיומה של הסמכות ובשאלת זיהויו של בעל הסמכות לכונן חוקה. זה אינו המצב בארץ. סמכותה של האסיפה המכוננת (שהפכה לכנסת הראשונה) לכונן חוקה היתה מעין נאמנות, או שליחות, שהופקדה בידיה על־ידי העם, ולא ניתן היה להעבירה.

עם פיזורה של האסיפה המכוננת (הכנסת הראשונה) עברה מן העולם הסמכות המקורית לחוקק חוקה לישראל. גם החלטת הרארי, או גימוקים כלליים וערטילאיים אחרים, כגון: הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת, כלל ההכרה של השיטה, והפירוש הראוי למכלול ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל, אינם מקנים כיום לכנסת סמכות לכונן חוקה. העם הוא הגוף היחידי לו מוקנית סמכות לכונן חוקה במדינת ישראל. יש לכבד את דעת המתנגדים בעם לכינונה של חוקה. לכן חוקה יש לקבל במשאל עם, או בכל דרך אחרת

nevo.co.il

החורגת מהותית מדרכי החקיקה הרגילות, ומערבת את העם בתהליך. אין להקנות לכנסת סמכות לכונן חוקה על דרך פסיקה של בית־המשפט.

יש להבחין בין סמכותה של הכנסת לשריין חוקים מבחינה פורמלית ומהותית, לבין תיפקודה, כביכול, כדשות מכוננת. אין לערב מין בשאינו מינו, ואין ללמוד משיריון חוקים לעניין חוקה.

הוראת שיריון בחוק או בחוק־יסוד, הדורשת רוב מוחלט של 61 חברי כנסת לביטולו, לשינויו או לפגיעה בו, היא לגיטימית מבחינת "עקרון הרוב", שכן היא מהווה ביטוי לרצון לתביא להשתתפותם של כל חברי הכנסת בהצבעה. יש להתייחס אל הוראה כזו כהוראה במסגרת הארגון הפנימי של סדרי העבודה של הכנסת. הסמכות לחוקק הוראת שיריון היא סמכות טבועה של הכנסת, הנובעת מהיותה הרשות המחוקקת העליונה ומהמשטר הדמוקרטי השורר בישראל. מאידך גיסא, בשל העדר סמכות מכוננת לכנסת, הרי שהוראת שיריון בחוק או בחוק־יסוד הדורשת רוב מיוחס של יותר מ־61 חברי כנסת לביטולו, לשינויו או לפגיעה בו, הינה בטלה מעיקרה. הוראת חוק כזו משליטה את דעת המיעוט על הרוב והיא בעליל אנטי־דמוקרטית. העם לא הסמיך את נציגיו לחוקק הוראה כזו, אשר בהעדר חוקה של אמת, מהווה סכנה אמיתית וקרובה לדמוקרטיה בישראל.

חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מציג טיפוס אחר של כבילת הכנסת: כבילה מהותית ללא כל שיריון פורמלי. עם זאת, לכנסת אין סמכות לכבול את כות החקיקה העתידי שלה באופן מוחלט (היא אינה יכולה לברוא אבן שאין בכוחה להרים). לפיכך, אין לקבל את הגישה שפיסקת ההגבלה (סעיף 8) היא מותלטת ואין אפשרות לסטות ממנה. אין הכרת ששינוי או פגיעה בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו ייעשו דווקא בחוק־יסוד. גם חוק מאוחר, אשר אינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה, יוכל לפגוע בחוק־היסוד או לשנותו, אך רק אם הוא עושה כן באופן מפורש. העיקר הוא מודעות הכנסת לשינוי שהיא עומדת לחולל בזכויות הקבועות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואמירתה המפורשת בדבר השינוי או הפגיעה. זו היא דרישה הנוגעת להליך השינוי או הפגיעה, ולכן היא לגיטימית מבחינת סמכותה החוקתית של הכנסת.

כשהפגיעה או השינוי אינם מפורשים, יש לבחון אם החוק עומד בתנאי פיסקת ההגבלה. נטל ההוכחה הוא דו־שלבי (כפי שהציעו הנשיא שמגר והנשיא ברק).

חוקי־היסוד החדשים מקנים לבית־המשפט סמכות להכריז על בטלות מלאה או חלקית של חוקים הפוגעים שלא כדין בזכויות יסוד. יחד עם זאת, נדמה שראוי כי סמכות פסילתם של חוקי הכנסת תהיה שמורה אך ורק לבג"ץ. בענייננו – התוק המתקן עומד בתנאי פיסקת ההגבלה, ולכן אין מקום לפסילתו.

nevo.co.il