הסמכות המכוננת בישראל

שתי הערות אגב לאימרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש

עלי זלצברגר*

א. מבוא. ב. על האבחנה בין אוביטר דיקטום לבין רציו דסידנדי ודוקטרינת הפרדת הרשויות: 1. התופעה; 2. ניתוח התופעה. ג. אופן טיפולו של בית־המשפט בשאלת סמכותה המכוננת של הכנסת – פורמליזם או ערכים: 1. השאלה; 2. גישתו של הנשיא שמגר; 3. גישתו של הנשיא ברק; 4. גישתו של השופט חשין. ד. סיכום.

א. מבוא

פסק־הדין בעניין חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון) התשנ"ג 1993,[1] הידוע יותר בכינוי "התיקון לחוק גל" (להלן: פסק־הדין), יכול להיות משול למטאור שנפל בחלל המשפט הישראלי, והוא משאיר אחריו שובל של שאלות ונושאים לריון אין ספור, חלקן שאלות "נפיל-שבנפילים", כלשונו של השופט חשין[2] – שאלות יסוד בתורת המשפט הכללית והישראלית ובתורת המדינה הכללית והישראלית. ברשימה זו אחרוג ממנהג רווח של רשימות ביקורת מלומדות על פסקי־דין, אשר משתרעות על פני יותר עמודים ממספר עמודי פסק־הדין המבוקר (אם כי במקרה הנוכחי קשה להתחרות ב־519 עמודי ההוצאה הראשונה של פסק־דינו של בית־המשפט העליון) ואצמצם את עצמי לשתי נקודות בלבד, מתוך מספר רב של שאלות שמעלה פסק־הדין. אשמור לעתיד את זכותי להרחיב בשאר הנושאים המגרים עד מאוד לדיון.

הנקודה הראשונה המשנית, שברצוני להעלות היא מעמדו החדש של האוביטר במשפטנו והשלכותיו. הנקודה המרכזית שבה אדון אינה בלתי קשורה לנקודה הראשונה. היא מתמקדת באופן הטיפול בשאלת מעמדה המכונן של הכנסת, כפי שבא לידי ביטוי בפסק־הדין.

---

* מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח' (טרם פורסם). לתקציר פסק־הדין ראו לעיל, עמ' 669.

2. סעיף 5 לפסק־דינו של השופט חשין. בשל ריבוי גירסאות מודפסות לפסק־הדין, ובשל כך שסדר פודטמה גירסת הפ"ד, ההפניות יהיו למספרי הסעיפים בפסקי־הדין של השופטים.

nevo.co.il

ב. על האבחנה בין אוביטר דיקטום לבין רציו דסידנדי ודוקטרינת הפרדת הרשויות

1. התופעה

כל תשעת השופטים שישבו לדין בפסק־דין גל היו תמימי דעים, כי חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפתי (תיקון), התשנ"ג-1993, עומד בתנאים של סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, דהיינו, מדובר בחוק החולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה והוא לא פוגע בזכויות המוקנות בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו במידה שאינה עולה על הנדרש. קביעה זו כוללת, על־פי כל המבחנים האפשריים בתורת המשפט, את הרציו דסידנדי (ratio decidendi) של פסק־הדין, כתבתי במתכוון "כוללת... את הרציו דסידנדי", מכיון שניתן להתווכח האם הרציו הוא אף יותר מצומצם מקביעה זו.[3]

מכאן שהדיון בשאלה, האם חוק גל והתיקון שלו פוגעים בזכות הקניין המוגנת על־פי סעיף 3 לחוק־היסוד (ובמסגרתה שאלת המשנה – האם מחיקת חיובים כוללת פגיעה בקניין), לא היתה זקוקה להכרעה. לא כל שכן השאלות לגבי דינו של חוק הפוגע שלא על־פי פיסקת ההגבלה בזכות המוקנית בחוק היסוד (הרי הוכרע, שאין בתיקון לחוק המדובר פגיעה שכזו), או דינו של חוק המשנה את חוק היסוד, או סמכותה של הכנסת לכבול את עצמה, או סמכותה המכוננת או ריבונותה של הכנסת. הדיון במיגוון שאלות אלו הינו אוביטר שבאוביטר ובית־המשפט לא היה מחויב לדון בהן כלל.

חמש מאות ותשעה־עשר עמודים מודפסים כולל פסק־הדין, ורק 62 מהם עוסקים בשאלה שבית־המשפט העליון היה צריך לתת דעתו עליה כדי להגיע להכרעה בערעור. שאר 457 העמודים בפסק־הדין הם בגדר אימרות אגב. עובדה זו היתה ידועה היטב לשופטים שישבו בדין, וחלקם מאזכרים אותה במפורש ומנסים לתרץ, מדוע בכל זאת מצא לנכון להתייחס לשאלות אלו. כך למשל קובע השופט חשין:

> חילוקי הדעות שנתגלעו ביניבו בעניין הסמכות המכוננת של הכנסת ובשאלת "ריבונות" הכנסת, הינם כולם בבחינת אימרות אגב. לעניינה של הכרעת־דין במשפט שלפנייבו לא נתגלעו ביניבו כל חילוקי דעות. מה עבר עלי איפוא שעומד אני להיות לטורח על הציבור ולצדף אימרת־אגב (ארוכה) לאימרות־אגב של חבריי? אקדים איפוא ואודיע את טעמי לדבר.
> ראשית לכל, דעתי היא כי שאלת סמכותה של הכנסת להגביל את עצמה (בחוקה או בחוק) הינה השאלה התשובה ביותר שעלתה לפנינו במשפט הנוכחי, ובחשיבותה עולה היא עשרת מונים על

3. וראו לעניין זה על התיאוריות השונות לקביעת הרציו דסידנדי של פסק־דין: A.L. Goodhart, "Determining the Ratio Decidendi of a Case", in **Essays in Jurisprudence and the Common Law** (1931); J. Raz, **The Authority of Law** (Oxford, 1979), Ch. 10.

nevo.co.il

> כל שאר השאלות שהציגו עצמן לפנינו. בהשוותי את זו עם אלו אומר, כי זו מן הנפילים, ואלו – בהשוואה – מקטני ארץ.
> יתר על כן, דומני כי מיום היות בית־המשפט העליון לישראל – למיום הווסדו ועד עתה – לא עלתה לפניו שאלה גדולה וחשובה כשאלת סמכותה המכוננת של הכנסת לחוקק חוקה לישראל, כשאלה אם ניתנה חוקה לישראל, ולו מגילות וכויות... ובעומדינו לפני שאלה כה נעלה, נתקשה שלא לומר בה דברים אחדים.
> שנית, והוא עיקר־שבעיקר: מחר־מתרתיים, כי תקבל הכנסת חוק – או חוק־יסוד בנושא של חוקה – ויאמר בו בחוק או בחוק־היסוד כי לא ניתן יהיה לשנותו אלא ברוב... דינו של שריון זה מה יהא...[4]

יגעתי ולא מצאתי מה ההיגיון העומד מאחורי דברים אלו. אם שאלות קיומה או העדרה של סמכות מכוננת לכנסת ויכולתה לכבול עצמה הן שאלות מפתח רבות חשיבות בתורת המשפט ובתורת המדינה הישראלית (ולכך אני אכן מסכים), אזי דווקא בגלל עובדה זו היה על השופטים לכבוש את יצרם ולדחות את הדיון בשאלות אלו למקרה שהן אכן יתעוררו לפניו במלוא חריפותן ורצינותן. כידוע, בדברי אגב אין על השופטים אותה מידה של אחריות המוטלת עליהם בבואם לפרט נימוקים לגבי סוגיות שבהן ההכרעה חיונית, ולכן גם מקובל העיקרון, שדברי אגב אינם בגדרו המחייב של פסק־הדין. אם כך, מה היה טעם לטפל בהרחבה בשאלות אלו?

גם דברי הנשיא ברק לטוגיית עצם הטיפול בשאלות אלו אינה משכנעים. כותב הנשיא:

> שאלת המפתח הינה, כמובן, אם לכנסת נתונה הסמכות ליתן חוקה לישראל (סמכות מכוננת), ואם כן מהו מקור כוחה זה של הכנסת. בעניין זה הצביע הנשיא שמגר על מספר השקפות. הבחירה ביניהן אינה נחוצה לצורך הכרעת הדין בערעור שלפנינו. אביע, על כן, את עמדתי בעניין זה...[5]

השופט זמיר קובע, כי

> בתחום המשפט החוקתי נדרש בית־המשפט להלך בזהירות רבה במיוחד כדי שלא ימעד... ראוי להתקדם בדרך עקב בצד אגודל. קפיצת הדרך עלולה למוטט את היציבות שהיא חיונית להתקדמות.[6]

---

4. סעיף 5 לפסק־דינו של השופט חשין.
5. סעיף 5 לפסק־דינו של הנשיא ברק.
6. סעיף 3 לפסק־דינו של השופט זמיר.

nevo.co.il

ולאחר דברים אלו, ודברי שבח לדרך המינימליסטית בה הלך בית־המשפט בפרשת ברגמן, כותב השופט זמיר:

> אף־על־פי כן, לא אוכל להתעלם מכך שהמחלוקת פרצה אל פני השטח, ופסק־דין זה מציג דעות שונות בשאלות יסוד של המשפט החוקתי. דעות אלה, אף אלה שהן רק אמירות אגב, עשויות להשפיע על התפתחות ההלכה. במצב זה נודעת חשיבות רבה למשקל התמיכה בדעה זו או זו. לפיכך אני רואה מקום להביע גם את דעתי...[8]

דברי השופט זמיר, דומה שמשרטטים תמונה של מעין דילמת האסיר. אי התייחסות שלו לשאלות החוקתיות תביאו למצב גרוע יותר מהמצב שבו הוא, כחבריו, יתייחס לשאלות, אך עדיף בעיניו המצב בו לא היה טיפול בשאלות אלו כלל. דע עקא, ששופטי בית־המשפט העליון, שלא כאסירים הניצבים בפני הדילמה הקלאסית – להודות או שלא להודות – יכולים "לתאם גירסאות" ולהחליט בצוותא, שעדיף להשאיר סוגיות מסוימות, שאינן דורשות הכרעה, להתייחסות מקיפה עתידית.

הערות דומות לגבי שאלות שאינן זקוקות להכרעה בפסק־הדין, אך מתבקשת בהן נקיטת עמדה על־ידי בית־המשפט, נאמרו גם על־ידי השופטים גולדברג[9] ומצא.[10] השופטים בך וטל, לעומת זאת, מצהירים כי אינם מתכוונים להתייחס למחלוקות ולשאלות שאינן דורשות הכרעה.[11] השופט בך אף מנסה לתת הסבר, מדוע שותפיו להרכב מאריכים באימרות אגב:

> כנראה בשל תחושתם את השיבותו הרבה של אירוע זה, מבחינת ההיסטוריה המשפטית, החוקתית והשיפוטית של מדינת ישראל... דנו חלק מחברי בפירוט רב אף בנושאים אשר ההכרעה בהם איננה נחוצה לצורך מתן פסק־דיננו בערעורים אלה. אמנם ציינו אחדים מחברי בפסק־דינם, כי הפסיקה המחייבת בנקודות האמורות אינה דרושה, וכי לכן מוכנים הם להשאיר את ההכרעה בנושאים אלה ב"צריך עיון", אך משבכל זאת הבהירו את עמדתם בסוגיות האמורות, הביעו חברים אחדים להרכב את דעתם התולקת בנדון.

---

7. בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693. אל פרשה זו מתייחס השופט זמיר בפתח דבריו, בסעיף 1 לפסק־דינו.
8. סעיף 4 לפסק־דינו של השופט זמיר.
9. סעיף 1 לפסק־דינו של השופט גולדברג.
10. הפיסקה הראשונה לפסק־הדין של השופט מצא.
11. השופט בך בסעיף 2 לפסק־דינו והשופט סל בפיסקה השנייה של פסק־דינו.

nevo.co.il

> דבר זה עורר את הרצון הטבעי של השופטים שהשאירו נושאים אלו ב"צריך עיון" להבהיר את עמדתם הלכאורית הנוספת.
> האמת ניתנת להאמר, כי מדובר בנושאים מרתקים, המושכים את הלב והדעה, הן במישור המשפטי בכלל ובמישור המשפט-התוקתי בפרט, והן במישור הממלכתי, הציבורי כללי והפילוסופי. הפיתוי לנתח סוגיות אלה בפרוטרוט הוא איפוא גדול. עם זאת, החלטתי לכשעצמי, לעמוד בפני פיתוי זה ולהגביל את העדותי לאותם נושאים הנראים בעיניי חיוניים למתן החלטתנו הספציפית לעניין ערעורים אלה.[12]

דברים כדורבנות, אך בשורה הבאה לפסק־דינו מיישר השופט בך קו עם עמיתיו ומגלה קונפורמיות להסברו הפסיכו-סוציולוגי, בהצהרת עמדתו לעניין שאלת סמכותה של הכנסת לכבול את עצמה...[13]

2. ניתוח התופעה

הארכתי בציטוט של דברי השופטים הדנים בשאלה מדוע לדון, לא רק משום שהם מקרישים לשאלה מקדמית זו מקום רב, ולא רק משום שנדמה לי כי טיעוניהם מדוע מוצדק להתייחס לשאלות אגב אינם משכנעים, אלא גם משום שמסתמן בפסק־הדין נדבך נוסף של חידוש בסגנון ההנמקה השיפוטית של בית־המשפט העליון שלנו, סגנון הכולל "פסיכואנליזה" שיפוטית עצמית. סגנון זה, המלווה במודעות עצמית גבוהה, חורג הן מסגנון ההנמקה הפורמליסטי האנגלי המסורתי, הן מסגנון ההנמקה הלקוני הקונטיננטלי, אך גם מסגנון ההנמקה האמריקני, שהיוריספודנציה שלו משפיעה בעשורים האחרונים על תורת המשפט הישראלית. בכך נמתח קו גבול מסוים בין תוכן ההחלטות השיפוטיות ותפישת התפקיד השיפוטי מבחינת מידת החדשנות, האקטיביות ואף השימוש בערכים במסגרתם, מחד גיסא, לבין סגנון הכתיבה השיפוטית, מאידך גיסא. בעוד שבתפישת התפקיד השיפוטי, למשל, אנו מתקרבים למודל האמריקני, אין הדבר כך בנוגע לסגנון הכתיבה השיפוטית. אני מהסס אם לקבוע, שבסגנון החדשני הישראלי יש משהו מוכר מאוד ממורשתנו היהודית. ודי אלן אולי לא היה עושה זאת אחרת.[14]

אך הנקודה הרצינית יותר בהקשר זה קשורה למעמדו החדש של האוביטר במשפטנו. תפקידו ומשקלו של האוביטר בפסק־הדין בעניין התיקון לחוק גל אינו תופעה ייחודית או יוצאת דופן בפסיקת בית־המשפט העליון בשנים האחרונות. הוא מסמל אולי את שיאה

---

12. סעיף 2 לפסק־הדין של השופט בך.
13. סעיף 3 שם.
14. פן אחר של סגנון הכתיבה השיפוטית, שדווקא לא עולה בפסק־הדין הנ"ל, אך גם הוא תופעה מיוחדת לשופטינו, הוא מידת השימוש ברגשות ובביטויים רגשיים בפסקי־הדין, נושא זה מצריך ניתוח נפרד.

nevo.co.il

של מגמה.[15] מגמה זו משתלבת במאפיינים אחרים של השתנות הסגנון השיפוטי בעשורים האחרונים, בינהם ירידת הפורמליזם ועליית הערכים בפסיקת בית־המשפט העליון,[16] וכן עליית האקטיביזם השיפוטי.[17] אלו מגמות דומות, אך חשוב להדגיש שאינן מגמות זהות. השתנות ההכרעה וההנמקה המשפטית מכיוון פורמליסטי לכיוון ערכי, ואף מידת האקטיביזם השיפוטי, אינן מתייחסות להיקף וזהות השאלות שמטופלות על־ידי השופטים, אלא לאופן הטיפול בשאלות[18] ולמידת נכונותו של בית־המשפט להיכנס לעובי הקורה בשאלות אלו, ובעיקר למידת נכונותו להתערב בהחלטות רשויות שלטוניות אחרות.[19] עליית משקל של דברי האגב בפסיקה קשורה פחות לתוכן ומהות הטיפול בשאלות שונות במסגרת ההכרעה המשפטית, ויותר להיקף השאלות שהשופטים מוצאים לנכון לטפל בהן. כפי שאנסה להראות בחלקם השני של דברי, כשם שתיתכן התייחסות ערכית ואפילו אקטיביסטית לשאלות מצומצמות שבהן תשובות חיוניות כדי להגיע להכרעה, כך תיתכן התייחסות פורמליסטית ולא אקטיביסטית לשאלות שאינן דורשות הכרעה. בדומה למודעות העצמית בסגנון הכתיבה, נדמה לי שגם בעניין תפקידו ומשקלו של האוביטר, בניגוד למידת האקטיביזם ולרמת הכתיבה הערכית, אין בשיטות משפט אחרות תקדים למה שעושה בית־המשפט העליון שלנו, כולל בסגנון השיפוטי האמריקני, שהפך לבעל השפעה דומיננטית על שופטינו. חידוש ייתודי זה, על כן, מחייב התייחסות.

כמי שמתעניין בקשר שבין המשפט למדינה ובין תורת המשפט לתורת המדינה, חשוב לי להדגיש הבדלים אלו בין פורמליזם, אקטיביזם ומעמד האוביטר. הבדלים אלו מקבלים משנה חשיבות אם מסתכלים על הפעילות השיפוטית בפרספקטיבה של דוקטרינת הפרדת הרשויות. רעיון הפרדת הרשויות עוסק בחלוקה של סמכויות הכרעה חברתיות בין גופים שלטוניים שונים ובקשר ביניהם. על כן, בעוד שרעיון הפרדת הרשויות יהיה אדיש בשאלת הפורמליזם מול הערכים, שכן אין לו עניין לנתח איך צריכה ליפול הכרעה חברתית, לאחר שסמכות ההכרעה הוקצאה לרשות אחת או לרשויות אחדות במשותף, שאלת מידת האקטיביזם השיפוטי הרצויה דווקא תאיר מחלוקת מעניינת במסגרת

15. מגמה זו זכתה לביקורת עוד בשנת 1982 על־ידי הנשיא בדימוס משה לנדוי במאמרו "מגמות בפסיקת בית־המשפט העליון", משפטים יב (תשנ"א-תשנ"ב) 500, 503-504.

16. ראו מ' מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועלית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג).

17. ראו כרך יז של כתב־העת עיוני משפט (תשנ"ב).

18. ראו הגדרתו של מאוטנר את הפורמליזם המשפטי (לעיל הערה 16) 13-16, ואת סגנון ההכרעה הערכית, שם, 33-40, 45-51.

19. על אקטיביזם שיפוטי ראו מאוטנר, שם, 108; א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 213 ("לצרכי שלי אני מגדיר שופט אקטיבי כשופט הבוחר, מבין מכלול האפשרויות הפתוחות בפניו אותה אפשרות המשנה את הדין הקיים יותר מכל אפשרות אחרת..."). הגדרתו של פרופסור זמיר המרחיבה יחסית את המונח אקטיביזם שיפוטי קרובה יותר למתן משקל יתר לאימרות אגב, אך גם היא מתמקדת במידת הרפורמה במצב המשפטי הקיים ולא במרחב השאלות בו מטפל השופט. ראו י' זמיר, "אקטיביזם שיפוטי – ההחלטה להתליט", עיוני משפט יו (תשנ"ב) 647.

nevo.co.il

דוקטרינת הפרדת הרשויות. המחלוקת הינה בין שתי גירסאות של הפרדת רשויות, שמשתמעת מהן התייחסות שונה למידת האקטיביזם השיפוטי הרצויה. הפרדת רשויות טהורה, או הפרדה נוסח גדרות ותומות, תתנגד לאקטיביזם שיפוטי, שכן היא קוראת לאי התערבות של רשות אחת ב"טריטוריה" של רשויות אחרות; הפרדת רשויות נוסח איזונים ובקרות תתמוך באקטיביזם שיפוטי.[20] לוואריאציה האחרונה של הפרדת רשויות מטיפים בשנים האחרונות הנשיא בדימוס של בית־המשפט העליון, השופט שמגר, והנשיא הנוכחי של בית־המשפט, השופט ברק.[21]

לעומת זאת, בשאלת רציות הפיכת האוביטר למסר השיפוטי המרכזי יהיו שתי הגירסאות של דוקטרינת הפרדת הרשויות תמימות דעים, ולא באדישותן; שתיהן תתנגדנה למגמה זו. הגירסא השמרנית – הטהורה – של הפרדת רשויות קובעת, כי לכל אחת משלוש הרשויות תפקיד פונקציונלי שונה: תפקידה של הרשות המחוקקת הוא ליצור נורמות, תפקידה של הרשות המבצעת להחיל את הנורמות ותפקיד הרשות השופטת להכרי"ע בסכסוכים ולבחון האם החלת הנורמות נעשתה כדין – וכי אין רשות אחת מוסמכת לבצע את הפונקציות של רשויות אחרות. גירסא זו תתנגד לשימוש בדברי אגב, כיון שדברי אגב אינם בגדר הפונקציה של הכרעה בסכסוכים ומטרתם הינה יצירת נורמות או מתן הערת אזהרה לקראת יצירת נורמות.[22] בכך, על־פי גישה זו, יש הסגת גבולה של הרשות המחוקקת. הגירסא ה"פרוגרסיבית" של הפרדת רשויות – זו של הפרדה נוסח איזונים ובקרות – מכירה בכך שכל אחת מהרשויות למעשה מבצעת גם את הפונקציות של הרשויות האחרות. על־פי גישה זו טוב שאין מונופול של רשויות שלטוניות על כל אחת מהפונקציות השלטוניות, כיוון שמונופול, מטבעו גורם לתוצאות לא יעילות. הכרעות חברתיות טובות הן תוצאה של שותפות בהכרעה של רשויות שלטוניות אחדות המפקחות ומאזנות זו את זו. במסגרת זו יש הכרה גם בלגיטימיות של חקיקה שיפוטית.

אבל לגיטימיות זו נובעת מכך, שאופן מילוי הפונקציה החקיקתית על־ידי הרשות השופטת שונה מהאופן בו פועלת הרשות המחוקקת, כשם שאופן המעורבות של הרשות המבצעת בפונקציה השיפוטית צריך להיות שונה מאופן הפעילות של בתי־המשפט.[23] החקיקה השיפוטית מוצדקת רק אם היא אינצידנטלית להכרעה בסכסוך,[24] כמו שהשפעת

20. לפירוט המודלים השונים של הפרדת רשויות ראו ע' זלצברגר, "היועץ המשפטי לממשלה ודוקטרינת הפרדת הרשויות", יתפרסם בפלילים.

21. ראו ברק (לעיל, הערה 19) 277-281, וכן בג"צ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441, 462; בג"צ 852/86 אלוני ואח' נ' שר המשפטים, פ"ד מא (2) 1, 38.

22. על תפקידן הנורמטיבי של אימרות אגב ראו ברק ואח' (לעיל, הערה 19) 151-152.

23. מעורבות זו היא לגיטימית כאשר היא נעשית, למשל, באמצעות השפעה על הליך המינוי של שופטים, השפעה על תקציבי הרשות השופטת, אך לא על־ידי השפעה ישירה על הכרעות שיפוטיות.

24. ראו לעניין זה התייחסותו של השופט ברק – הדוגל בגירסא הפרוגרסיבית של הפרדת רשויות – לחקיקה שיפוטית (לעיל, הערה 19) 149, 162 ("השופט מחוקק אינצידנטלית לשפיטתו ורק לצדביה שלה"), 242-261.

הממשלה על הפעילות השיפוטית אינה לגיטימית, אם היא על דרך מעורבות בסכסוכים ספציפיים הנדונים בבתי־המשפט. על־פי גישה זו, על כן, השימוש באימרות אגב כדי ליצור נורמות, גם אם מדובר בתרומה לוודאות וליציבות הדין, אינה לגיטימית.

ניתן לנטות ולנתח, מדוע נהגו כפי שנהגו השופטים בפסק־הדין בעניין התיקון לחוק גל, ומקובלות עלי כמה מההבחנות שציטטתי מדברי השופטים עצמם. ייתכן, למשל, שמשהורכב הרכב כה גדול ולא שגרתי לדון בערעור, לא הרגישו השופטים שהם יכולים לצאת ידי חובתם בפסק־דין קצר הקובע, כי התוק עומד בפיסקת ההגבלה ועל כן דין הערעורים להתקבל. ייתכן כי הנשיא היוצא, שהיה זה לו אחד מפסקי־הדין האחרונים, רצה להשאיר את מורשתו כתובה בספרי הפ"ד, ואימרותיו גררו גם את שאר השופטים. ייתכן גם כי השופטים ביקשו בכנות לתרום לוודאות ולבהירות הדין (אם כי ניתן להתווכח, למשל, אם קביעתם בנוגע לפגיעה של התיקון לחוק גל בוכות הקניין תורמת לוודאות הדין – למשל בשאלת הגדרת זכות הקניין החוקתית). תהא הסיבה אשר תהא (ואולי הדיון בה מחייב מסקנות לענייניים שלא דנתי בהם כאן, כמו גודל ההרכבים של בית־המשפט, פרוצדורות עבודתו ועוד), מסקנתי הנורמטיבית הינה, כי בהפיכת אימרות האגב למסר העיקרי של פסק־הדין חרג בית־המשפט העליון שלנו מתפקידו. מסקנה זו מובילה אותי לדון באופן הטיפול של בית־המשפט באחת השאלות המרכזיות שבהן חרג מתפקידו.

ג. אופן טיפולו של בית־המשפט בשאלת סמכותה המכוננת של הכנסת – פורמליזם או ערכים

1. השאלה

אחת מהשאלות שנידונו בפסק־הדין בעניין התיקון לחוק גל כאוביטר דיקטום היא שאלת סמכותה המכוננת של הכנסת, או סמכותה של הכנסת לחוקק נורמות חוקתיות – במדרגה נורמטיבית גבוהה ממדרגתם הנורמטיבית של חוקים – סמכות, שאם תוכר, תאפשר לכנסת להגביל את עצמה. למעשה אין זו רק אחת השאלות כי אם השאלה הנכבדה ביותר שנדונה בפסק־הדין, ויפה לשוב לדברי השופט חשין, שתיאר שאלה זו באלו המלים: "מיום היות בית־המשפט העליון לישראל – למיום היווסדו ועד עתה – לא עלתה לפניו שאלה גדולה וחשובה כשאלת סמכותה המכוננת של הכנסת לחוקק חוקה לישראל,"[25] לשאלה זו הקדישו השופטים (ובעיקר הנשיאים שמגר וברק והשופט חשין) למעלה מ-350 עמודים בפסק־הדין.

כל השופטים (למעט השופט טל שלא התייחס לסוגיה) הסכימו כי הכנסת מוסמכת לכבול את עצמה. השופט חשין בעמדת יחיד גרס, כי יכולתה של הכנסת לכבול עצמה מוגבלת לכבילה מפני שינוי או ביטול חוק על־ידי פחות מ-61 חברי כנסת (דהיינו, כי הכנסת לא מוסמכת לכבול עצמה לרוב גדול יותר מ-50% של חבריה) וכי אפשרות הכבילה אין משמעה כי לכנסת יש סמכות מכוננת או סמכות להתקין נורמות של חוקה. במלים אחרות, אין לכנסת סמכויות כאלו, אליבא השופט חשין. שאר השופטים היו בדעה,

25. סעיף 5 לפסק־דינו של השופט חשין.

nevo.co.il

כי לכנסת יש סמכות לתוקק נורמות חוקתיות – שמצויות במדרג נורמטיבי מעל חוקים. רובם קיבלו לעניין זה את הניתוח של הנשיא ברק – "תורת שני הכובעים", על־פיה לכנסת יש נוסף לסמכותה המחוקקת גם סמכות מכוננת, וככזו היא הגוף המוסמך להתקין חוקה לישראל. הנשיא שמגר, לעומת זאת, דוחה את "תורת שני הכובעים" ומאמץ את תורת הדיבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת, על־פיה רשאית הכנסת ליצור נורמות במדרגות נורמטיביות שונות מכוח סמכותה הכל־יכולה.

אומר מיד, כי אף אחת מהגישות בפסק־הדין אינה משכנעת אותי. אני משתמש במכוון במונה "אינה משכנעת" מכיון שאין אני אומר שאף אחת מהגישות אינה מקובלת עלי או אינה רצויה וסוגיה זו תושאר ב"צריך עיון". מבקש אני לומר, כי אף אחד מהשופטים לא הצלית, לדעתי, להביא טיעונים סיסטמטיים וקוהרנטיים ונימוקים משכנעים בוכות גישתו. עובדה זו כשלעצמה צריכה להוביל למסקנה, כי שאלת השאלות עדיין פתוחה. יש לה גם השלכות לאופי ההנמקה המשפטית בפסק־הדין – לפורמליזם מול ערכים. אנסה, במספר מלים, לבסס את הטיעון כי אף אחת מהגישות אינה משכנעת.

2. גישתו של הנשיא שמגר

הנשיא שמגר, כאמור, טוען לטובת הגישה המוניסטית, על־פיה הכנסת היא ריבונית וכל־יכולה. כשם שהכנסת מוסמכת לחוקק חקיקת משנה אשר כפופה לחוקיה שלה, כך הכנסת מוסמכת לחוקק נורמות חוקתיות אשר תכפפנה להוראותיהן את החוקים שהכנסת מחוקקת. בכך מבקש הנשיא שמגר לקבל את התיאור הקלזיאני של המשפט כפירמידת נורמות, אך בו בזמן לדחות את הפירמידה הנוספת – שהינה חלק בלתי נפרד מתיאור זה – פירמידת הרשויות.[26] על בסיס תיזה זו מפותחת תורה שלמה הכוללת פירוט של המדרג הנורמטיבי, מבחנים להבחנה בין סוגי הנורמות השונות,[27] היחס בין הנורמות, ההבחנה בין פגיעה לשינוי, ועוד. במסגרת תורה זו גם קובע הנשיא שמגר, כי חלק מההלכות החוקתיות החשובות של בית־המשפט העליון בעבר – למשל, ההלכה כי שינוי חוק־יסוד יכול להיעשות גם בחוק רגיל וגם במשתמע, אם התמלאה דרישת הרוב הנדרש[28] – אינן נכונות.

הנשיא שמגר מבסס את גישתו על כוחה הריבוני – הבלתי מוגבל – של הכנסת.[29] עם

---

26. הנשיא שמגר דוחה במפורש את תורת הפירמידות המוסדיות, שמציע פרופ' בנימין אקצין על בסיס תורתו של קלזן (תורת המשטרים, 1966), "לפיה כל מדרג נורמטיבי של סמכות החקיקה מקביל באופן ייחודי ובלעדי אך ורק למוסד אחד": סעיף 21 לפסק־דינו של הנשיא שמגר (ההדגשות במקור).
27. סעיפים 37-38 לפסק־דינו של הנשיא שמגר.
28. הלכה שנקבעה בבג"צ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז (1) 794, וחזרו עליה לא אחת, למשל בבג"צ 107/73 נגב תחנת שירות לאוטומובילים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (1) 640.
29. ראו סעיף 32(ד) לפסק־דינו של הנשיא שמגר, תחת כותרת המשנה "תורת הדיבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת".

nevo.co.il

זאת, הוא מהסס לקבוע באופן בלתי מסויג, כי הריבון במדינת ישראל הוא הכנסת. הוא מסייג עצמו, לכן, בקובעו את הפרופוזיציה הבאה: במשמעות הלקוחה מהמשפט הבינלאומי הפומבי, הריבון הוא העם: "הכנסת היא 'ריבונית', קרי עצמאית ועליונה, במובן זה שלפי תפיסתי אין רשות, מחוקקת או אחרת, הגוברת עליה בכוחה ובסמכויותיה. הטעם לכך נעוץ במקור סמכותה. היא נבחרת על־ידי העם, שהוא באמור הריבון."[30] הפרופוזיציה הזו אינה ברורה.

פרופוזיציה שעל־פיה הכנסת היא הריבון – ברורה היא, וממנה ניתן היה להסיק כי אכן הכנסת בהיותה הריבון הינה כל־יכולה ומוסמכת לחוקק במדרגות נורמטיביות שונות (אם כי שאלת כבילתה העצמית במדרגה הנורמטיבית הגבוהה ביותר נשארת עדיין פתוחה לאור הפרדוקס שנוצר מהקביעה שהכנסת היא כל־יכולה, מחד גיסא, ומהמשמעות של הכבילה – כי הכנסת אינה כל־יכולה להשתחרר מכבליה, מאידך גיסא).[31] פרופוזיציה חלופית, על־פיה העם הוא הריבון ולכנסת יש אותן סמכויות אשר העם מסר לה (זוהי הפרופוזיציה שעומדת ביסוד תורת שני הכובעים המוצעת על־ידי הנשיא ברק), גם היא ברורה. ממנה יש להסיק, כי הכנסת אינה כל־יכולה וכל סמכויותיה נשאבות ממה שנמסר לה על־ידי העם – הריבון. הנשיא שמגר בחר בפרופוזיציה שלישית, שמטשטשת את ההבדלים החשובים בין ראיית העם כריבון לבין ראיית הכנסת ככזה. הנשיא שמגר קובע בציטטה שהובאה למעלה, כי ריבונותה וסמכותה הכל־יכולה של הכנסת נובעות מהעובדה, כי היא נבחרה על־ידי העם. אך לא ברור מדוע עובדה זו – בחירתה של הכנסת על־ידי העם – הופכת את סמכויותיה לכל־יכולות. האם בחירתו של נשיא ארצות הברית על־ידי העם הופכת את סמכויותיו לכל־יכולות? האם היבחרותו של ראש ממשלתנו בבחירות האחרונות על־ידי העם הפכה אותו לבעל סמכויות כאלו? חסרות בהסבר זה תוליות חשובות שיורדות לשורשים הערכיים של המושגים דמוקרטיה, הצבעת רוב, שלטון של נציגים ועוד.

זאת ועוד, לאחר קביעותיו אלו (ובהתעלם מהפרדוקס שבקביעות, כי הכנסת כל־יכולה וכי הכנסת מוסמכת לכבול את עצמה) מעריר הנשיא שמגר בעצמו על התיזה, כי הכנסת היא ריבונית וכל־יכולה. כך הוא קובע, כי "הכבילה איננה בלתי מוגבלת. הדעת נותנת כי לכבילת בית המחוקקים יהיו גבולות".[32] ואף מוסיף, "שאלה המושארת בצריך עיון היא מה המידה בה רשאית הכנסת, בין כאסיפה מכוננת ובין כרשות מחוקקת מונוליטית, לפגוע בזכות יסוד ויהיה זה אף על־ידי תקיקה בחוק־יסוד, ומה היקפה של

30. סעיף 23 שם. הסתייגות זו לגבי הדואליות במשמעות המושג ריבונות, באה לאחר שבהצעת התיזה המוניסטית (המתחדה בתיזה הדואלית של שני כובעים), בהדצאה "על סמכויות הכנסת בתחום החוקתי" משפטים כו (תשנ"ה) 3, דיבר הנשיא שמגר על תיזה זו כנובעת מכך שהכנסת היא ריבונית וכל־יכולה.

31. ראו לעניין זה גם את ביקורתו של השופט חשין אודות היכולת של הכל יכול לברוא אבן שאין ביכולתו להרים: סעיף 77 לפסק־הדין של השופט חשין.

32. סעיף 35 לפסק־דינו של הנשיא שמגר.

הביקורת השיפוטית על כך."[33] אם הכנסת היא ריבונית, כיצד זה ייתכן שיש גבולות ליכולת החקיקה שלה? אם הכנסת אינה ריבונית, מדוע עלינו לקבל את הגבולות שמרמז עליהם הנשיא שמגר? שוב אנו נותרים בציפייה להסבר מגומק ומשכנע, הסבר שאינו בנמצא.

3. גישתו של הנשיא ברק

התיזה המתחרה, הטוענת לסמכותה של הכנסת לתוקק נורמות חוקתיות, הינה ותיקה יותר.[34] בפסק־הדין היא מפורטת על־ידי הנשיא ברק, אליו מצטרפים השופטים דב לוין,[35] זמיר[36] ומצא.[37] נקודת המוצא של הנשיא ברק היא כי הריבונות שייכת לעם ולכן קיומה של סמכות מכוננת לכנסת היא שאלה שאינה יכולה להיענות על־ידי מעשיה של הכנסת עצמה. כותב הנשיא ברק: "כדי לקבוע חוקה, המצויה ברמה נורמטיבית עליונה על חוק, נדרשת לכנסת נקודת אחיזה ארכימדית המצויה מחוץ לחוקה או לחוק אשר מעניקה לה את הסמכות לכונן חוקה... נקודת אחיזה זו צריכה לינוק עצמה מהעם, אשר הריבונות שייכת לו."[38] שאלת המפתח, על כן, היא האם העם הריבוני מסר לכנסת את הסמכות המכוננת. הנשיא ברק מחפש את התשובה לשאלה זו בשלוש מהתודות המובילות של המשפט – התיאוריות של הנס קלזן, ה' ל' א' הארט ורונלד דבורקין – ומוצא בכל אחת מהן תשובה חיובית לשאלה. לטעמי, את התשובה לשאלת המפתח הזו חיפש הנשיא ברק במקום הלא נכון. תשובה לשאלה זו יכולה להימצא בתיאוריה של המדינה או בפילוסופיה פוליטית, ולא בתורת המשפט. אפרט.

תיאוריית המשפט של קלזן אינה מתיימרת לתת תשובה לשאלה מסוג זה. הרעיון המרכזי של קלזן, שמצוי בתודעתו של כל משפטן באמצעות תיאורו את המשפט כפירמידה של נורמות, הוא כי המשפט הינו קונספציה טהורה, במובן זה שאין לו קשר עיוני עם המוסר, עם ערכים פוליטיים או חברתיים.[39] הצהרות משפטיות אינן זהות להצהרות מוסריות או פוליטיות, אך גם לא להצהרות עובדתיות. מדובר בקטיגוריה מיוחדת העומדת בפני עצמה. אחד המאפיינים המעניינים של המשפט, אומר קלזן, הוא שהוא מסדיר את עצם יצידתו שלו – יצירת נורמות משפטיות נשלטת על־ידי נורמות משפטיות. זוהי טהורותו של המשפט. הנורמה המשפטית הגבוהה ביותר הינה החוקה. מעליה נמצאית הנורמה הבסיסית המסמיכה את הרשות המכוננת להתקין חוקה, אך נורמה זו כבר אינה נורמה משפטית, כיון שאין היא נוצרת על־ידי נורמה אחרת. הנורמה

33. הטיפא של סעיף 66 שם.
34. ראו ק' קליין, "הרשות המכוננת בישראל", משפטים ב (תש"ל) 51.
35. ראו סעיף 5 לפסק־דינו של השופט דב לוין.
36. סעיף 4 לפסק־דינו של השופט זמיר.
37. הפיסקה הראשונה בפסק־דינו של השופט מצא.
38. סעיף 5 (א) לפסק־דינו של הנשיא ברק.
39. ראו H. Kelsen, **The Pure Theory of Law** (Berkeley, 1967) p. 1.

nevo.co.il

הבסיסית, לצורך תורת המשפט של קלזן, היא מטא-משפטית, היא היפותיזה או אקסיומה או פיקציה.[40]

בדי לתת תשובה לשאלה האם לכנסת סמכות מכוננת, יש לבחון את הנורמה הבסיסית של מדינת ישראל. התיאוריה של קלזן, כאמור, לא עוסקת בשאלת יצירתה ותוכנה של הנורמה הבסיסית, ובמכוון – כדי לנתק את המשפט מפילוסופיה פוליטית או מפוליטיקה או מכוח. כך משאירה התיאוריה מקום לתיאוריה של מערכת כמערכת משפט במדינה בה מקובלת פילוסופיה פוליטית דמוקרטית, אך גם במדינה בה שוררת תפיסה טוטאליטרית. התיאוריה הקלזיאנית רק קובעת, שהמבחן למיהותה של הנורמה הבסיסית, במקרה של נורמות בסיסיות מתחרות, הינו מבחן האפקטיביות.[41] והרי בית־המשפט העליון הוא שמבקש בפסק־הדין לקבוע, במונחים הקלזיאניים, את הנורמה הבסיסית על־ידי ההכרעה בדבר האפקטיביות של מעשה הכנסת בבילתה העצמית. שימוש בתורה של קלזן לצורך כך הוא כמעט שימוש טאוטולוגי, או בבחינת מעגל שוטה, שהרי בית־המשפט לא יכול ליצור אפקטיביות ולזהות אותה בעת ובעונה אחת.

במלים אחרות, בתיאוריה של קלזן לא ניתן למצוא תשובה לשאלה מי היא הרשות המכוננת, שכן תשובה זו מציה בנורמה הבסיסית אשר מציה מחוץ לעולם המשפט, נורמה בסיסית שעל־פיה הכנסת הנוכחית היא רשות מכוננת אפשרית, כמו גם נורמה בסיסית שעל־פיה רק הכנסת הראשונה היתה רשות מכוננת. יתר על כן, קביעתו של הנשיא ברק כי "הנורמה הבסיסית... של ישראל הינה כי מועצת המדינה הזמנית היא הרשות העליונה של מדינת ישראל",[42] לא רק ששנויה במחלוקת, ועל כן מבחן האפקטיביות הקלזיאני לא בהכרח תומך בה, אלא שהיא גם לא אומרת לנו מאומה לגבי קיומה או העדרה של סמכות מכוננת בידי הכנסת הנוכחית.

תאוריית המשפט של דבורקין היא במובנים רבים קוטבית לזו של קלזן. אצל דבורקין אין הפרדה בין המשפט, הפוליטיקה והפילוסופיה הפוליטית. המשפט, אומר דבורקין, הוא הפרשנות הטובה ביותר של ההיסטוריה המשפטית של אותה מדינה. הפרשנות הטובה ביותר היא זו המציגה את המשפט באור המוסרי החזק ביותר.[43] השאלה האם לכנסת יש סמכות מכוננת היא, בניגוד לגישת קלזן, שאלה משפטית. התשובה עליה מונחית על־ידי הפרשנות הטובה ביותר של ההיסטוריה המשפטית הישראלית. אך הפרשנות הטובה ביותר אינה עניין היסטורי אלא עניין מוסרי, עניין של פילוסופיה פוליטית. לבחון האם יש לכנסת סמכות מכוננת, פירושו לבחון האם ראוי שתהיה לכנסת סמכות מכוננת. כותב

---

40. שם, 199-205. "....if we ask for the reason of the validity of the historically first constitution, then the answer can only be (if we leave aside God or 'nature') that the validity of this constitution – the assumption that it is a binding norm – must be presupposed..." (p. 200) וראו גם J. Harris, **Law and Legal Science** (Oxford, 1979) 78-79.

41. קלזן (לעיל, הערה 39) 211-214.

42. סעיף 6 לפסק־דינו של הנשיא ברק.

43. R. Dworkin, **Law's Empire** (Cambridge, 1986) 255-256.

דבורקין על השופט האידיאלי שלו הרקולס:

> So Hercules is driven, by the project, to a process of reasoning that is like the process of the self-conscious chess referee. He must develop a theory of the constitution. In the shape of a complex set of principles and policies that justify that sceme of government, just as the chess referee is driven to develop a theory about the character of his game. He must develop that theory by referring alternatively to political philosophy and institutional detail. He must generate possible theories justifying different aspects of the scheme and test the theories against the broader institution.[44]

הנשיא ברק קובע, כי "הפירוש המתאים (fit) ביותר של מכלול ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל מאז הקמתה הנה כי לכנסת הסמכות לכונן חוקה לישראל".[45] אך נימוקיו מדוע זהו הפירוש הטוב ביותר הינם נימוקים היסטוריים או נימוקים המסתמכים על "התודעה החברתית והמשפטית של הקהילייה הישראלית".[46] אלו נימוקים שאולי מתאימים לתורת המשפט של הארט, אך לא לזו של דבורקין. שהרי רונלד דבורקין מדבר במפורש על הפרשנות, אשר

> shows the community's structure of institutions and decisions – its public standart as a whole – in a better light from a standpoint of **political morality**.[47]

תשובות לשאלה בדבר סמכותה המכוננת של הכנסת יכולות להינתן, אליבא דדבורקין, רק לאור תפישה פילוסופית פוליטית משכנעת באשר למטרות המדינה, מטרות הממשל המרכזי ומהותה של החוקה, דיון בכל אלו לא מצוי בפסק־הדין.[48]

---

44. R. Dworkin, **Taking Rights Seriously** (Cambridge, 1977) 107.
45. סעיף 8 לפסק־דינו של הנשיא ברק.
46. שם, בסיפא של הסעיף.
47. דבורקין (לעיל, הערה 43) 255. ההדגשה הוספה.
48. מעניין לציין, שדווקא בשאלת הביקורת השיפוטית מפרט הנשיא ברק טיעונים מהתחום הנורמטיבי (סעיפים 78-81 לפסק־הדין). אך גם אם נשתכנע מטיעונים אלו, שזו אכן הפרשנות המציגה את ההיסטוריה המשפטית שלנו באור המוסרי החזק ביותר, אין בהם כדי לקדמנו בשאלת סמכותה המכוננת של הכנסת. ניתן אפילו לטעון, שמדברי הנשיא ברק בנוגע לביקורת שיפוטית עולות בדיוק מסקנות הפוכות לשאלת הסמכות המכוננת, שהרי עולה מטיעונים אלו, כי חוקה אינה ביטוי לרצון הרוב אלא מעין חוזה חברתי קונסנזואלי,

nevo.co.il

תיאוריית המשפט של הרברט הארט היא זו שיכולה להיות לעזר הרב ביותר לגישתו של הנשיא ברק בדבר סמכותה המכוננת של הכנסת. ויהוי הנורמות המשפטיות, על־פי הארט, נעשה על־פי כלל ההכרה (rule of recognition). כלל זה דומה לנורמה הבסיסית של קלזן במובן זה, שהוא מצוי בראש המערכת המשפטית וקובע מה משתייך למשפט ומה מצוי מחוצה לו. אך בניגוד לתיאוריה הקלזיאנית, כלל ההכרה הוא נורמה משפטית ולא מטא־משפטית, כיון שמתקיימים לגביו שני המבחנים של נורמה משפטית: הוא מקיים את ההיבט החיצוני – מתנהגים על־פיו – ואת ההיבט הפנימי – מקבלים אותו כסטנדרט נורמטיבי.[49] בניגוד לתיאוריה של דבורקין, המבחן למיהותו של כלל ההכרה הינו מבחן פוזיטיבי – נוהג – לא מבחן נורמטיבי. במלים אחרות, אליבא דהארט, השאלה האם לכנסת סמכות מכוננת היא שאלה אמפירית: האם רוב האוכלוסייה מכיר בסמכות זו ובנפקויותיה.

עמודים רבים בפסק־הדין מוקדשים לאישוש הטענה, כי רוב האוכלוסיה בישראל מכיר בסמכותה המכוננת של הכנסת. הדבר נעשה על־ידי תיאור מפורט של ההיסטוריה החוקתית שלנו מהכרזת העצמאות ועד הלום,[50] תיאור תפישת הכנסת את עצמה כבעלת סמכות מכוננת,[51] תיאור הכרתם של סופרים ומחברים בסמכות המכוננת של הכנסת,[52] וסקידת פסיקת בית־המשפט העליון.[53] אך גם בנתיב זה קשה להשתכנע מעל כל ספק, מה קובע כלל ההכרה של מערכת המשפט הישראלית לגבי סמכותה המכוננת של הכנסת. ראשית, העובדה ששני שופטים – הנשיא שמגר והשופט חשין – חולקים על קיומה של סמכות מכוננת לכנסת, והשופט חשין אף מתבסס לצורך כך על ניתות היסטורי דומה לזה של השופט ברק, מערערת במידת מה את המסקנה החד משמעית, כי סמכות זו מקובלת מעל לכל עוררין בקהילייה המשפטית ככלל ההכרה שלנו. שנית, ערעור על מסקנה זו נובע גם מהעובדה, שבפסק־הדין הנוכחי, ומפי הנשיא ברק בעצמו, הלכות קודמות שנוגעות לפרשנות סמכותה "המכוננת" של הכנסת ומושרשות בהיסטוריה החוקתית שלנו מועמדות בסימן שאלה. כך, למשל, קובע הנשיא ברק, כי בניגוד להלכות קודמות של בית־המשפט העליון לא ניתן לשנות חוק־יסוד אלא בחוק־יסוד.[54] כיצד שינוי הלכות אלו מתיישב עם הרציו של כלל ההכרה ההארטיאני? שלישית, מספר השאלות המושארות בפסק־הדין בצריך עיון, כמו השאלה ההשובה בדבר זיהוי חוקי־היסוד – על־פי צורה או מהות[55] – מערער אף הוא את המסקנה שהנשיא ברק חותר אליה.

והרי הפרשנות הרואה בכנסת הנוכחית אספה מכוננת נותנת ביטוי דווקא לרעיון החוקה כרצון הרוב.

49. H.L.A Hart, **The Concept of Law** (Oxford, 1961) 97-108.
50. סעיפים 9-18 לפסק־דינו של הנשיא ברק.
51. סעיפים 19-31 שם.
52. סעיפים 32-34 שם.
53. סעיפים 35-37 שם.
54. סעיף 60 שם. זוהי גם גישתו של הנשיא שמגר. ראו סעיף 26 לפסק־דינו של הנשיא שמגר.
55. ראו התייחסותו של הנשיא שמגר לשאלה זו בסעיפים 37-38 לפסק־דינו, והתייחסותו הנוגדת של הנשיא ברק בסעיפים 34(ג), 55 ו 58 לפסק־דינו.

nevo.co.il

מעבר לכך, ומעבר לקהילייה המשפטית או "הציבור הנאור", אינני בטוח כלל ועיקר שהציבור הרחב מודע לשאלות אלו ומכיר בסמכותה המכוננת של הכנסת – הכרה שעולה כדי תנאיו של הרברט הארט לזיהוי כלל ההכרה. יש לזכור כי הדגש בתורתו של הארט הוא, כי כלל ההכרה כה ברור ומובן עד כי הוא הופך לעובדה חברתית של ממש, המקובלת על האדם ברחוב, בדומה לכך שאין עוררין על כך שאורכו של מוט המטר בפאריז הינו מטר אחד.[56] הנשיא ברק לא מצליח, לדעתי, להראות שקיומה ומהותה של סמכותה המכוננת של הכנסת הפכו בישראל לעובדה חברתית שכזו, באותו אופן, למשל, שהאמריקנים רואים את תוקפם ואת כפיפותם של חוקי הקונגרס להוראותיה.

המסקנה המתבקשת בסיכום של סקירת שלוש התיאוריות של תורת המשפט היא, ששלושת הנתיבים אינם מסייעים להכרעה בשאלה: חוקה לישראל – על־ידי מי. התיאוריה של קלון אינה מתיימרת לדון בשאלה זו, יישום התיאוריה של הארט אינו מניב תשובה ברורה לשאלה, ותורתו של דבורקין מספקת רק מסגרת נורמטיבית שיש למלאה בתכנים מתחום הפילוסופיה הפוליטית, אשר לא מצויים בפסק־הדין. הייתי שמח, על כן, שהניתוח של השופט ברק ייתפש כהזמנה לדיון בשאלה ולא כנעילת הדלת עליו.

4. גישתו של השופט חשין

מן הראוי להתעכב במספר מלים גם על דעת ה"מיעוט" של השופט חשין, אשר בהנמקותיה נוגעת – אך רק נוגעת – בתובנות (insights) מתחום הפילוסופיה הפוליטית. השופט חשין גורס, כי לכנסת אין סמכות מכוננת ולמרינת ישראל אין חוקה. חוקה ניתנת, הוא קובע, במעמד חגיגי של "קולות וברקים וענן כבד וקול שופר גדול" ולא ב"קול

56. ראוי לציין, כי גם רונלד דבורקין, במניפסט שכתב ובו קריאה לבריטים לאמץ את האמנה האירופית לזכויות האדם לתוך משפטם המוניציפלי כמגילת זכויות – מניפסט המצוטט על־ידי השופט ברק בסעיף 45 לפסק־דינו – קובע כי אימוץ המגילה בצורה של נורמה במדרג נורמטיבי גבוה מחוקי הפרלמנט (שמשמעותו – כבילה עצמית של הפרלמנט) מותנה לא רק באקט חקיקתי של הפרלמנט אלא גם בקבלה על־ידי הציבור כולו ("understood and accepted by the public as a whole"). בהעדר קבלה שכזו, ממליץ דבורקין לפרלמנט הבריטי לאמץ את האמנה במשפט המוניציפלי מבלי להקנות לה מעמד נורמטיבי עדיף על חקיקת הפרלמנט, מה שהוא מכנה – "weak form of incorparation". ראו R. Dworkin, **A Bill of Rights for Britain** (London, 1990) 27. גם מחקר אמפירי על חוקות העולם (המצוטט על־ידי הנשיא ברק בסעיף 52 לפסק־דינו) קובע בסיכום, שהצלחתה של חוקה כתובה מותנית ב-"atmosphere of acceptance of constitutional principles among that country's people- that transcends the mere words that are put on paper. Without that spirit of acceptance, no document can long survive": R. Ludwikoski and W. Fox Jr, **The Beginning of the Constitutional Era - A Bicentennial Comparative Analysis of the First Modern Constitutions** (The Catholic University of America Press, 1993) 201.

nevo.co.il

דממה דקה",[57] ששותפים לו 54 חברי כנסת בלבד.[58] לכנסת אין כלל סמכות לתת תוקף. גם אם היתה לכנסת הראשונה סמכות כזו, הוא מוסיף, היא לא יכלה להעבידה לכנסות הבאות, ולהן אין סמכות מכוננת מכל מקור אחר.[60] עם זאת, מקבל השופט חשין את פסיקות העבר של בית־המשפט העליון אשר הכירו בכוחה של הכנסת לכבול את עצמה,[61] שכן כבילה זו (לגביה התבקש בית־המשפט להכריע) היתה מוגבלת לרוב של 61 חברי כנסת. לפי גישתו, הכנסת מחויבת לעיקרון הדמוקרטי של קבלת החלטות ברוב קולות. יש לה פרוגטיבה לקבוע כללים לגבי קבלת החלטות במסגרת עקרון הרוב – קוורום, ודרך ספירת הנעדרים והנמנעים. כשם שנקבע, במסגרת זו, כי החלטות הכנסת בדרך כלל מתקבלות על־פי רוב הנוכחים בהצבעה, כך יש לכנסת סמכות לקבוע, כי החלטות מסוימות חייבות להתקבל ברוב של 61 קולות. גם אם יש בכך כבילה עצמית, היא לגיטימית, שכן הינה במסגרת העיקרון הדמוקרטי של רוב קולות.[62]

גם על גישתו של השופט חשין עלי לחלוק, וכאן לא רק על מסגרת הטיעון אלא גם על תוכנו. אסתפק בציון שתי נקודות ביקורת. ראשית, הדיון של השופט חשין מתבסס על ניתוח נורמטיבי של המושג דמוקרטיה וזיהויו עם כלל הכרעה קולקטיבי של רוב דעות. מכיון שהשופט חשין בחר לטפל בנושא מכיוון נורמטיבי, היה עליו להסביר מדוע הרעיון הדמוקרטי מתמצה בהכרעת רוב. למעשה, הרעיון הדמוקרטי האתונאי המקורי ריבר על הסכמה פה אחד ככלל ההכרעה המוצדק בשיטה דמוקרטית. אבל בגלל שכלל הכרעה זה קשה ליישום יום יומי (עקב הקושי והעלות הגבוהה להגיע להכרעה קונסנזואלית) התפשרה השיטה הדמוקרטית על כלל הכרעה של רוב פשוט, אשר נתפש כרע במיעוטו,[63] יש הגודסים (ואני ביניהם), כי אין הצדקה נורמטיבית לעקרון הכרעה

57. סעיף 9 לפסק־דינו של השופט חשין.
58. סעיף 65 שם.
59. ראו סעיפים 21-45 שם.
60. סעיפים 46-58 שם.
61. סעיף 57 שם.
62. סעיפים 87-103 שם.
63. הדמוקרטיה הקלאסית של אתונה ראתה את ההכרעה פה אחד כהליך ההכרעה הדמוקרטי המוצדק שטביא לידי ביטוי את האינטרס המשותף. הכרעה בהצבעת רוב נתפשה כחוסר ברירה, כאשר לא ניתן להגיע לפשרה קונסנזואלית. רוב ההחלטות הציבוריות לא הועמדו להצבעת רוב שכזו. על מודל הדמוקרטיה האתונאית ראו: D. Held, **Models of Democracy** (Oxford, 1987), ch. 1. גם באנגליה של המאה ה-17 היתה מקובלת הנחה, שניתן להגיע להחלטות חברתיות על בסיס של הטוב המשותף (common good) תוך שימוש בכלל הכרעה קונסנזואלי. אכן, רוב ההחלטות של הפרלמנט התקבלו פה אחד. ראו: M. Kishlanski, "The Emergence of Adversary politics in the Long Parliament", 49 ***Jour. of Modern History*** (1977) 617 לניתוח נורמטיבי של כלל הסכמה פה אחד ראו גם זלצברגר, "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט", **משפטים** כב (תשנ"ג) 261, 292-298.

תברתית המושתת על רוב דעות. מדוע החלטה המתקבלת על־ידי 51% מהקולות עדיפה על החלטה המתקבלת על־ידי 60% או החלטה המתקבלת על־ידי 40%? עקרון הרוב הפשוט פופולרי כל כך מסיבות טכניות – זהו כלל ההכרעה השוויוני הוול ביותר. כללי הכרעה הדורשים רוב גדול יותר יקרים יותר להפעלה, וכללי רוב הדורשים רוב קטן יותר מביאים לתוצאות לא יציבות.

מי שמחזיק בעמדה כזו אינו גורס בהכרח שאין לקבל החלטות ברוב קולות, אלא שלכלל הרוב הפשוט יש הצדקה נורמטיבית רק כאשר רוב זה מקבל מנדט להחליט על־ידי הסכמה כללית. השכלול הדמוקרטי המודרני הוא, שלא זו בלבד שהרוב מקבל הסמכה על־ידי הסמכה פה אחד אלא רוב זה תחום על־ידי אותה הסכמה – שהביטוי המשפטי שלה הוא החוקה – הקובעת גבולות לרצון הרוב ומגינה על המיעוט מפני עריצותו של הרוב. במסגרת הנורמטיבית הזו לא מתקבל על הדעת שרוב קולות הגוף הנבחר מקבל חוקה כיון שהחוקה היא זו שמסמיכה את הגוף הנבחר לקבל החלטות ברוב קולות. כך גם לא יתכן, על־פי גישה זו, מצב שבו רוב מקרי הקטן מ־50% של הגוף הנבחר כובל את הגוף המקבל החלטות לשינוי ההחלטה, גם אם הכבילה היא רק ב־51%, שהרי ההליך הדמוקרטי הוא בדיוק הפוך – הרוב הגדול יותר או הסכמה פה אחד היא המאצילה את סמכות ההחלטה לרוב קטן יותר.

ראוי לציין, כי גישה נורמטיבית זו שמתמקדת בפונקציה המהותית של חוקה ולגיטימיות הכרעת הרוב, שעמה כאמור אני מסכים, דוחה הן את גישותיהם של שופטי הרוב בפסק־הדין והן את גישתו של השופט חשין.

זאת ועוד, גם אם נצא מנקודת המוצא הנורמטיבית של השופט חשין, כי העיקרון הדמוקרטי המוצדק הינו החלטת רוב, עדיין לא ברור מדוע רוב של פחות מ־50% מהגוף המחליט יכול לכבול את הגוף המחליט, כך שהחלטותיו לא יינתנו לשינוי בפחות מ־51% מתברי הגוף המחליט, ומה ההבדל העיוני בין כבילה כזו לבין כבילה של יותר מ־51%. שהרי אם מה שגורס הרוב הינו ההחלטה החברתית המוצדקת (justified), הרי בהעדר רוב יש להשאיר את הסטטוס קוו על כנו. נניח מצב שבו יש שוויון דעות בין חברי הגוף הנבחר. במצב זה כיון שאין רוב יש הצדקה להישאר בסטטוס קוו. אם מספר מצביעים שהוא פחות מ־50% של הגוף המחליט משנה את הסטטוס קוו ומשריין שינוי זה הרי שהתקבענו על החלטה שאינה מוצדקת על־פי עקרון הרוב עצמו. במובן זה אין הבדל מהותי בין כבילה של 61 חברי כנסת ובין כבילה גדולה יותר.

בדברי האחרונים באתי בשערייה של מהות הוויכוח הפילוסופי־פוליטי בנוגע לחוקה, תפקידיה ודרך קבלתה. והרי בהערות קצרות אלו ביקשתי לעצמי לא להיכנס לגופו של הוויכוח, אלא רק להראות מדוע עמדות השופטים בפסק־הדין אינן מספקות ואינן משכנעות. למרות אריכות הטיעונים והמובאות הרבות, נראה לי כי לפחות עמדות שופטי הרוב הן פורמליסטיות בעיקרן בניסיונן לבנות בכל מחיר מבנה אנליטי, שמארגן את הנורמות החדשות במערכת הבנויה על־פי הגיון פנימי, אופקי ואנכי,[64] וכל זאת מבלי

64. מאוטנר (לעיל, הערה 16) 14.

לבסס מערכת חדשה זו על הערכים המתאימים, שיש לשאוב מכתבים של פילוסופיה פוליטית ולא מכתיבה משפטית. אוכל, איפוא, לעצור בנקודה זו.

ד. סיכום

מי שפרויקט החוקה יקר ללבו ולפילוסופיה הפוליטית שלו יעדיף ודאי חוקה הדומה יותר לחוקה האמריקנית, שמחזיקה מעמד זה למעלה ממאתיים שנה עם 27 תיקונים בלבד, על פני החוקה הפולנית – אף היא אחת החוקות הכתובות הראשונות – שכוננה ב-1791 והחזיקה מעמד שנה אחת בלבד.[65] כדי שחוקתנו העתידית תתבסס ותאריך ימים צריך הליך קבלתה להיות שונה מהאופן שבו הוא מתבצע היום.

לא באופן מקרי בחרתי ברשימה קצרה זו לטפל בשני נושאים בלבד, מתוך אין ספור השאלות המרתקות שעולות מפסק־הדין בעניין התיקון לחוק גל. גם רזון ההתייחסות שלי לגופה המהותי של דילמת הסמכות המכוננת של הכנסת אינו מקרי. מי שקיבל את טענותי, כי (א) התייחסותו של בית־המשפט העליון לשאלת הסמכות המכוננת של הכנסת אינה התייחסות משכנעת ומספקת, וכי (ב) התייחסות זו היתה כאוביטר שבאוביטר, יוכל להסיק, כי שאלת השאלות – סמכותה המכוננת של הכנסת, או, מי מוסמך לכונן חוקה למדינת ישראל – נשארה עדיין פתוחה, וכי היא מזמינה דיון מעמיק, רציני וערכי לפני ההכרעה.

רמזתי כאן גם, לדעתי, לגופו של הויכוח, כי כיון שחוקה אמורה ליצג את החוזה החברתי המשקף הסכמה פה אחד, והוא הוא שמסמיך את הרוב לקבל הכרעות חברתיות קולקטיביות ומציב לרוב גם מגבלות, הרי שאין זה מוצדק לראות בתוקי־היסוד שהתקבלו ברוב רגיל של חברי הכנסת חלק מהחוקה שלנו. דווקא הכרזת העצמאות המשקפת הסכמה מקיר לקיר עונה הרבה יותר על הגדרתה המהותית של חוקה. אך על גישה זו אשתדל להרחיב במסגרת שונה.

אין מלים טובות יותר לסיום רשימה קצרה זו מציטוט דבריו של הנשיא ברק בפסק־הדין:

> אינני טוען כי ההתפתחות החוקתית בישראל היא אידאלית. ניתן היה להסדיר את מפעל החוקה בדרך אחרת. היה מקום לקיום "סמינריון לאומי" על תוכן החוקה ופרטיה; היה מקום להגביר את התודעה הציבורית והדיון הציבורי...[66]

אם תרמתי בהערותי לפתיחה מחודשת של הדיון ולעריכת סמינריון לאומי בשאלת חוקה לישראל ואם חוקה – על־ידי מי, באתי על שכרי.

---

65. לודוויקוסקי ופוקס (לעיל, הערה 56).

66. סעיף 49 לפסק־דינו של הנשיא ברק.

nevo.co.il