

חוקי-היסוד כבסיס לחוקה - הצעה לחוקת ישראל

אריאל בנדור*

1. בהחלטה שקיבלה הכנסת בשנת 1950 ("החלטת הררי") נאמר:

הכנסת הראשונה מטילה על ועדת חוקה, 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.

בהתאם להחלטה זו קיבלה הכנסת עד עתה אחד-עשר חוקי-יסוד. חוקי-יסוד אלה מסדירים את רוב הסוגיות החוקתיות. בשנים האחרונות, בעקבות "המהפכה החוקתית" שבקבלת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוקי-יסוד: חופש העיסוק, התבססה בפסיקת בית-המשפט העליון התפיסה כי "חוקי-יסוד אינו 'חוק' כלל, אלא הוא מהווה חוקה"¹, וכי בחוקי-היסוד הכנסת "העניקה חוקה לישראל"². אגב כך שבה לכותרות סדר-היום הציבורי

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1. דברי הנשיא אהרן ברק בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: ע"א בנק המזרחי), עמ' 402.
2. שם, 403. אמנם, ספק אם הקהילה המשפטית בישראל - לרבות שופטים אחדים של בית-המשפט העליון - השליטה באופן מלא עם מהותם החוקתית של חוקי-יסוד כתור שכאלה, להבדילם משני חוקי-היסוד בדבר זכויות-האדם (שאף מכונים לעתים "חוקי-היסוד" סתם). כך, למשל, בבג"ץ 102/99 משגב נ' הכנסת (טרם פורסם) ציין השופט יצחק זמיר בסעיף 7, באמרת-אגב, כי "כבר נפסקה הלכה כי בית המשפט מוסמך לבטל חוק הנוגד את חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו או את חוקי-יסוד: חופש העיסוק. אך עדיין לא נפסקה הלכה כי בית המשפט מוסמך לבטל חוק הנוגד את חוקי-יסוד: הממשלה". אך הפסיקה בע"א בנק המזרחי

בישראל שאלת כינונה של חוקה שלמה. השאלה אם כינון חוקה – מבלי להסתפק בחוקי-היסוד במתכונתם הקיימת – הוא רצוי, היא שאלה פוליטית במובן הרחב, שלא אדון בה כאן.³ ההערות שלהלן עוסקות בשאלת האפשרות להשלים את החוקה בדרך שנקבעה בהחלטת הררי, בדבר "איגוד" חוקי-היסוד הקיימים, להבדילה מניסוח החוקה מחדש. דעתי, שאנמקה בקצרה, היא, שחוקי-היסוד הקיימים עשויים לשמש בסיס לחוקה, כלשונוה וכרוחה של החלטת הררי.

2. עוד לפני שנות-דור נטען כלפי חוקי-היסוד, כי הם לוקים ב"שמרנות, במובן הבלתי-חיובי של המושג ... צילום המצב הקיים על מגרעותיו ... אין בהם שינוי, אין בהם משב רוח".⁴ עוד נטען, כי חוקי-היסוד נוסחו בלשון ארוכה, אפורה ויובשנית; כי הם גדושים בפרטי-פרטים שאינם הולמים הוראות חוקתיות; כי תוכנם הוא לעתים קרובות העתקה של הוראות שהיו כלולות בחוקים "רגילים"; וכי הסרות בהם הוראות המיועדות להיות לב החוקה, ובעיקר הוראות המעגנות רבות מזכויות-היסוד המרכזיות, והוראות כלליות בדבר תיקון חוקי-יסוד, חקיקת חוקים, וביקורת – שיפוטית או אחרת – עליהם.⁵ והמסקנה היא, כי "לכשתבוא השעה וניתן יהיה לכנס את חוקי-היסוד, עדיין יידרשו הרבה עבודה, חוכמה וזמן כדי להכשיר אותם כפרקים בחוקה".⁶

(לעיל, הערה 1) בעיקרה אינה מבוססת על הבחנה בין שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם ובין שאר חוקי-היסוד. הדין הוא הנכון: הדיון בפסק-הדין מתמקד בחוקי-היסוד בכללותם. מסקנת בית-המשפט (ולפחות דעתם של שמונה מתוך תשעת השופטים שישבו לדין), כי אפשר לפסול חוקים שאינם עולים בקנה אחד עם חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם – שאף יושמה בפסיקה מאוחרת – מבוססת על הכרה במהותם החוקתית ובעליונותם של חוקי-היסוד בתור שכאלה. אף אם אפשר למצוא דרך להבחין בין חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוקי-יסוד: חופש העיסוק, ובין שאר חוקי-היסוד לצורך ביקורת שיפוטית או לכל צורך אחר – הרי שבפסיקה הקיימת אין יסוד להבחנה כזאת.

3. לשאלה קרובה, של חיוניות חוקה לשיטת-ממשל דמוקרטית והשפעת הזיקה בין חוקה ובין דמוקרטיה על מעמד המשפטי של חוקי-יסוד, ראו אריאל בנדור, "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד", ספר ברנזון (כרך ב, עתיד להופיע), פרק ב במאמר.

4. יצחק זמיר, דברים בסימפוזיון מתאריך 26 באפריל 1976 בנושא חוקי-יסוד: החקיקה, ספר ברקת (האגודה הישראלית לבעיות הפרלמנטריות, תשל"ז) 301, עמ' 301-302.

5. ראו בין השאר יצחק זמיר, "הביקורת השיפוטית על חוקים", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 395, עמ' 402-403; אליקים רובינשטיין, "חוקי-יסוד: הממשלה במתכונתו המקורית – הלכה למעשה", משפט וממשל ג (תשנ"ה-תשנ"ו) 571, עמ' 576-577; אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ז), 375-376.

6. יצחק זמיר, "מבוא – חוקי-היסוד בדרך לחוקה", בתוך: אמנון רובינשטיין ורענן הר-זהב (עורכים), חוקי-יסוד: הכנסת (פירוש לחוקי-היסוד בעריכת יצחק זמיר, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ג) 11, עמ' 13-14.

הגם שלביקורת זאת יסוד מסוים, הרי שעיון מחודש בחוקי-היסוד הקיימים - כל אחד מהם בנפרד וכולם כמכלול - מלמד, כי הביקורת מוגזמת במידה רבה ושהגשמתה העקרונית של החלטת הררי כי חוקי-היסוד "יתאגדו לחוקת המדינה" היא אפשרית.

3. ראשית, אופיה החוקתי של הוראה תלוי פעמים רבות בנקודת-המבט הפרשנית של הקוראים. הוראות הכלולות בחוק או בחוקי-יסוד המתפרש כאילו היה חוק מן השורה עשויות לרכוש משמעות שונה לחלוטין בהתפרשן כחלק מחוקה.

כך, למשל, לאמור בסעיף 1 לחוקי-יסוד: הכנסת, כי "הכנסת היא בית-הנבחרים של המדינה"; ובסעיף 1 לחוקי-יסוד: הממשלה, כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה" - לא ניתנה עד עתה משמעות מעשית של ממש. סעיפים אלה נתפסו כהצהרות פורמליות בלבד, שאינן נושאות מסר נורמטיבי קונקרטי. אך למעשה, עם ההפנמה של מעמד החוקתי של חוקי-היסוד שבהם הן כלולות, אצור בהוראות אלה יסוד לתורה חוקתית מחייבת של הפרדת רשויות⁷ בנוסח הדוקטרינה האמריקנית בדבר איסור אצילה (nondelegation)⁸, על-פי תורה כזאת, הכנסת תהיה עשויה להיות מנועה מלחוקק חוקים שיסמיכו את הממשלה לעסוק בחקיקה בתחומים שאינם הולמים הסדרה על-ידי הרשות המבצעת, כמו גם חוקים שיתערבו בלא הצדקה בסמכות המבצעת הנתונה לממשלה.

דוגמא נוספת לחיים החדשים שבהם עשויות לזכות הוראות חוקי-יסוד עם הפנמת מעמדן החוקתי עשויים לשמש אחדים מסעיפיו של חוקי-יסוד: הצבא. מכוח חוקי-יסוד זה ייתכנו בין השאר הגבלות על התפקידים שיהיה מותר להטיל - ואפילו ייעשה הדבר בחוק - על צה"ל או על המשרתים בו, והגבלות על הכוח לקבוע בחוק את סמכויותיהם באשר לצה"ל של הממשלה, שרי-הביטחון וראש המטה-הכללי.⁹

4. שנית, בניגוד לרושם העולה מן הטיעונים המקובלים, רובם המכריע של חוקי-היסוד מנוסחים בתמציתיות ודנים בהיבטים עקרוניים בלבד של הסוגיות המוסדרות בהם. כאלה הם חוקי-יסוד: מקרקעי ישראל, חוקי-יסוד: משק המדינה, חוקי-יסוד: הצבא, חוקי-יסוד: ירושלים בירת ישראל, חוקי-יסוד: השפיטה, חוקי-יסוד: מבקר המדינה, חוקי-יסוד: חופש העיסוק, וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם הוראות רבות בחוקי-יסוד: הכנסת מנוסחות

7. ייתכן כי רמו לכך אפשר למצוא בבג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון (טרם פורסם), שם דן הנשיא ברק, בסעיף 28 לפסק-דינו, בתפקיד הפרשני של העיקרון בדבר הפרדת הרשויות "תוך הפרדה בין סמכות הכנסת כפי שהיא מוצאת ביטוי בחוקי-יסוד: הכנסת וסמכות הממשלה כפי שהיא מוצאת ביטוי בחוקי-יסוד: הממשלה" (ההדגשות הוספו).

8. לדוקטרינה זו ראו: Stephen G. Breyer, Richard B. Stewart, Cass R. Sunstein, and Matthew L. Spitzer, *Administrative Law and Regulatory Policy* (4th ed., Aspen Law & Business, New York, 1998), 39-70.

9. ראו מרדכי קרמיצר ואריאל בנדור, חוקי-יסוד: הצבא (פירוש לחוקי-היסוד בעריכת יצחק ומיר, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, עתיד להופיע).

בתמציתיות רבה, לעתים אולי רבה מדי.¹⁰ מבין אחד-עשר חוקי-היסוד הקיימים, רק שניים – חוקי-יסוד: נשיא המדינה, וחוקי-יסוד: הממשלה – מתאפיינים באופן מובהק בפרטנות ובהוראות טכניות רבות.

5. שלישית, במיוחד בסוגיות הנוגעות לבחירתן של רשויות-השלטון המרכזיות – הכנסת והממשלה – ישנן חשיבות, ועל-כל-פנים לגיטימיות, גם לעיגון בחוקה של פרטים "טכניים" מסוימים, ולא של עקרונות בלבד. זאת בשל הערך הסמלי שבפירוט היבטים טקסיים, כגון החיוב בשבועות-אמונים ולשון השבועות, ובמיוחד בשל הצורך לצמצם את כוחו של רוב מזדמן של חברי-הכנסת לשנות בחקיקה רגילה את "כללי המשחק", באופן שיהלום את צרכיו הקוניונקטורליים של הרוב באותה עת או אף יסייע בהנצחת שלטונו. כך, למשל, מספר חברי-הכנסת הרשאים להציע מועמד בבחירות לראש-הממשלה, הקבוע בסעיף 9(א) של חוקי-יסוד: הממשלה, הוא לכאורה פרט טכני, מקרי וסתמי למדי, שאין בו כל קדושה. בעת כתיבת שורות אלה עומד המספר על עשרה חברי-הכנסת. באותה מידה אפשר היה לקבוע שהמספר יהיה שמונה-עשר, או שנים-עשר, או שלא יהיה מספר מזערי כלל. מה טעם יש בעיגון מספר חברי-הכנסת הרשאים להציע מועמד בבחירות לראש-הממשלה בנורמה המשפטית העליונה של ישראל, תוך שריונו והערמת קשיים על שינויו?¹¹ התשובה היא, שהשלטון הנבחר מעת לעת צריך להיות כפוף לאילוצים שמכתיבה שיטת הממשל, גם בפרטים שמידת עקרוניותם פחותה; ואילו שיטת הממשל, ככלל, לא צריכה להיות כפופה לאילוציו הקוניונקטורליים של השלטון. כדבריו של השופט מישאל חשין, יש ויש טעם להטיל הגבלות חוקתיות על סמכות הכנסת "לחוקק לעצמה, להגדיר את כוחה שלה, לקבוע את סמכויותיה היא".¹² כללי המשחק יכולים להיות אלה ויכולים גם להיות אחרים, אך עליהם להיקבע לפני המשחק, ולא להיות נתונים בקלות לשינוי במהלכו רק כדי להתאימם לאינטרסים של השחקנים שבידיהם יתרון באותה עת. על-כן היה מקום לביקורת על ביטול מספר השרים המרבי שהיה קבוע בחוקי-יסוד: הממשלה – ביטול שנעשה מטעמים של נוחות קואליציונית. כדברי בית-המשפט העליון: "ככלל, אין זה רצוי שחוקי-יסוד – המהווים פרקים של חוקת המדינה – יתקבלו או יתוקנו לצורך סיפוק צרכי-שעה קואליציוניים".¹³ בכך שהוראות רבות

10. כגון הוראתו הסתומה של סעיף 17 לחוקי-יסוד: הכנסת, המורה: "לחברי הכנסת תהיה חסינות; פרטים ייקבעו בחוק". ראו אמנון רובינשטיין ורענן הר-זהב, חוקי-יסוד: הכנסת (פירוש לחוקי-היסוד בעריכת יצחק זמיר, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ג), 76-77.

11. לעניין מספר השרים בממשלה, השוו זמיר (לעיל, הערה 4), 402-403.

12. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 1), 544.

13. בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט (טרם פורסם), בסעיף 7 (דברי השופט דליה דורנר).

בחוקי-היסוד המשטריים התקבלו ככל הנראה מתוך הנחה שלא יהיה קושי לתקן¹⁴ אין כדי לשלול את איגודן לחוקה ואת שריון. כאמור, לא מספר חברי-הכנסת הרשאים להציע מועמדים לראשות-הממשלה עיקר, אלא יציבותה של שיטת המשטר, הגינותה ועוורונה לאינטרסים של מפלגות או מועמדים מסוימים אלה ואחרים.

גם חוקות של מדינות אחרות כוללות לא אחת הוראות פרטניות, במיוחד בסוגיות הנוגעות לשיטת המשטר, אך גם בנושאים אחרים. דוגמא מובהקת לחוקה כזאת היא החוקה של ארצות-הברית. מוסדרים בה בין השאר הגיל ומספר שנות האזרחות המינימליים הנדרשים מחברי בית-הנבחרים¹⁵ והסינט¹⁶; רישום הדיונים בקונגרס, פרסומם ושיעור הנוכחים בישיבה שלפי דרישתם תקום הצבעה שמיית¹⁷; סמכויות הקונגרס, לרבות בעניין קביעת עונשים על זיוף שטר-החוב והמטבע של ארצות-הברית¹⁸; ייסוד בתי-דואר ודרכי-דואר¹⁹ והבטחת זכויות-יוצרים²⁰; איסור על הענקת תוארי-אצולה על-ידי ממשל ארצות-הברית²¹ או על-ידי המדינות²²; פירוט הליך בחירת הנשיא באמצעות אלקטורים²³; שכר הנשיא²⁴; ונוסח שבועת-האמונים שימסור²⁵. הוראות אלה ורבות אחרות בחוקת ארצות-הברית אינן מעידות על טהרנות של נסחי החוקה ומתקניה לקבוע בה עקרונות נשגבים בלבד. הכללתן בחוקה של הוראות פרטניות מסוימות, שחלקן הפכו במרוצת השנים ביזאריות למדי, לא גרעה ממעמדה כמסמך-על, שלו ייעוד סמלי ופרקטי מרכזי בתרבות האמריקנית, בפרט, ובתרבות המערבית, בכלל.

6. רביעית, בעבר התקבל חוקי-יסוד מפורט עקב חשש להיתקלות בקשיים פוליטיים לחוקק חוקים שיידרשו להפעלת ההסדרים העקרוניים שבחוקי-היסוד.²⁶ עם איגוד חוקי-היסוד לחוקה אפשר יהיה שלא לכלול בחוקה הוראות שאינן מתאימות לכך – בין אם מלכתחילה היתה הצדקה לעיגון בחוקי-יסוד בין לאו – ולהותירן במעמד של חוק "דגיל".

14. ראו זמיר (לעיל, הערה 4), 402.

15. ראו חוקת ארצות-הברית, סעיף 1, פסקה 2.2.

16. שם, סעיף 1, פסקה 3.3.

17. שם, סעיף 1, פסקה 5.3.

18. שם, סעיף 1, פסקה 8.6.

19. שם, סעיף 1, פסקה 8.7.

20. שם, סעיף 1, פסקה 8.8.

21. שם, סעיף 1, פסקה 9.8.

22. שם, סעיף 1, פסקה 10.1.

23. שם, סעיף 2, פסקה 1.2, כפי שתוקנה בתיקון ה-12.

24. שם, סעיף 2, פסקה 1.6.

25. ראו שם, סעיף 2, פסקה 1.7.

26. ראו ראיון עם חברי-הכנסת אוריאל לין, משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 165, עמ' 171-

172.

7. המישית, בעובדה שהניסוח של הוראות מסוימות בחוקי-היסוד אינו מופת לאלגנטיות ולחן לא יהיה כדי להציב מכשול רציני בפני איגודם של חוקי-היסוד לחוקה. בעבר הבעתי חשש מפני תקלות שעלול לגרום ניסוח רשלני וחפוז של חוקי-היסוד.²⁷ אך הניסיון שהצטבר בינתיים – במיוחד באשר לחוקי-היסוד בדבר זכויות-האדם – הוכיח, כי דווקא המעמד החוקתי של חוקי-היסוד זיכה אותם בגישה פרשנית "שאינה טכנית אלא גמישה; ... שאינה לגליסטית או פדנטית אלא מהותית ועניינית".²⁸ אכן, יש ערך סמלי וחינוכי לניסוח החוקה. עם זאת, הפרשנות הניתנת לנורמות חוקתיות מקנה בדרך-כלל משקל מזערי לדקויות לשון וניסוח.

כך, למשל, התורה המורכבת בדבר המידתיות, העומדת במוקד ההגנה על זכויות האדם, נסמכת על מלים מועטות ב"פסקות ההגבלה" שבחוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו, ובחוקי-היסוד: חופש העיסוק, שפרשנות דווקנית שלהן היתה מתקשה לשאת את מלוא יסודות התורה.²⁹ ההבדלים התמוהים בין גוסחי פסקות ההגבלה הכלליות ופסקת ההגבלה הנוגעת למשרתים בכותות-הביטחון³⁰ לא הביאו לפירושים שונים שלהן. גם השיבוש בניסוחם של סעיפי המטרה בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם³¹ לא גרר כשלעצמו תוצאות מעשיות בלתי-רצויות.

זאת ועוד: איגודם של חוקי-היסוד לחוקה יספק הזדמנות נאותה לסגנון הוראותיהם ולהעמקת האלמנטים הסמליים, ואף החגיגיים, הרצויים לחוקה.

8. שישית, ההשלמות הנדרשות לחוקי-היסוד הקיימים אינן רבות. מלבד הוראות מסגרת, כדוגמת ההוראות בדבר עקרונות-היסוד והמטרה שבחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם והוראה בדבר עליונות החוקה על-פני כל דין, ההשלמה החיונית היחידה היא הוראות כלליות בדבר ההליכים לתיקון החוקה. במסגרת זאת אפשר לשקול איסור מוחלט על ביטול סעיפים מסוימים של החוקה או תיקונם, קביעה של הליכים מיוחדים לתיקון או לביטול של סעיפים אחרים והכללה של הסדר כללי בעניין "חוקים חורגים", כמו הוראת סעיף 8 לחוקי-היסוד: חופש העיסוק הקיים. בהקשר זה תיתכן הוראת-מעבר בדבר דינם של דברי-חקיקה הסותרים את החוקה שהתקבלו כדין לפנייה. כן רצוי לעגן בחוקה את עיקרי

27. ראו אריאל בנדור, "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד", משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 443, עמ' 444-447.

28. ע"א בנק המזרחי (לעיל, הערה 1), 430.

29. דרישת המידתיות נסמכת על הקביעה בסעיף 8 לחוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו, ובסעיף 4 לחוקי-היסוד: חופש העיסוק, כי מותר לפגוע בזכויות הקבועות בחוקי-היסוד אלה רק "במידה שאינה עולה על הנדרש". בית-המשפט העליון קבע, כי המידתיות תיקבע לפי שלושה מבחנים שונים, המוחלים באופן מצטבר. אלה הם מבחני ההתאמה, הפגיעה הפחותה והיחסיות. ראו בין השאר בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד נא (4) 367, עמ' 384-385.

30. ראו בנדור (לעיל, הערה 27), 449-451.

31. שם, 448-449.

ההליכים לחקיקת חוקים, הקבועים כיום בתקנון הכנסת, ואף הסדרים בסיסיים בדבר חקיקת-משנה, לרבות ביקורת פרלמנטרית עליה. במידת האפשר מן הראוי להוסיף ולפרט את הסמכויות והתפקידים של הכנסת ושל הממשלה. עם זאת, דומה כי אפשר לדחות את הטיפול בסוגיה סבוכה זאת ולהותיר את הסדרתה לתיקונים עתידיים לחוקה, כך שלא ייגרמו בעטיה עיכובים בכינונה. כן יש לשקול הכללה של עיקרי חוק השבות, שמקומם בחוקה, ושל הוראה בעניין קביעת הגבולות.

נותרו שתי הסוגיות הקונטרוברסאליות של הגנה על זכויות-יסוד שאינן קבועות בחוקי-היסוד הקיימים, ובתוכן חופש הביטוי, החופש בענייני דת ומצפון, הזכות לשוויון ולזכויות חברתיות, וההליכים לביקורת על קיום החוקה, לרבות ביקורת על חוקתיותם של חוקים.

שאלת מהותן של הזכויות הראויות להגנה חוקתית היא שאלה פוליטית מובהקת. העובדה שבחוקי-היסוד הקיימים נקבעו זכויות מסוימות בלבד ולא זכויות אחרות אינה מקרית. היא משקפת הכרעה - וליתר דיוק: פשרה - פוליטית,³² ולא ליקוי משפטי "מקצועי". האם בכך שלפי שעה לא התגבש בחברה הישראלית קונסנסוס לעיגון בחוקה של זכויות-יסוד מסוימות ישנה הצדקה לעיכוב של איגוד חוקי-היסוד לחוקה? ישנם הסוברים שכן, בעיקר בשל המסר הסמלי שבכינון חוקה בלא לעגן בה את הבסיסיות שבזכויות האדם ולנוכח חשש כי הדבר ינציח מעמד נחות של זכויות אלה ואף יגרור פגיעה במעמדן הקיים. אני איני סובר כך. הכנסת אינה מחוקקת - ולא-כל-שכן אינה מכוננת - על-ידי הימנעות מהסדרה.³³ זאת ועוד: נראה, כי כאשר פגיעה בזכות שלא נקבעה בחוק-יסוד גוררת פגיעה בזכויות שנקבעו בו ובתוכן הזכות לכבוד, אפשר יהיה לספק תרופה חוקתית כנגד הפגיעה אף לפי גישות המסתייגות מפרשנות כל-כוללת של הזכויות הקבועות בחוקי-היסוד.³⁴ דומה כי הניסיון עד כה מלמד, כי בכך שבחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק, הקיימים נקבעו רק חלק מזכויות האדם, לא היה כדי לפגוע בשאר הזכויות ולא מן הנמנע כי מעמדן אף נתחזק. המסקנה היא, כי גם אם לא תתגבש הסכמה לאומית בדבר עיגון בחוקה של מכלול זכויות-היסוד של האדם, לא יהיה בכך - לא מבחינה "מקצועית", ולדעתי, אף לא על יסוד שיקולים של הבטחת מעמדן של זכויות-האדם - כדי להצדיק עיכוב של איגוד חוקי-היסוד לחוקה.

באשר לשאלת הביקורת על קיום הוראות החוקה, דעתי היא כי המצב הקיים - שבו, בהיעדר הוראה אחרת, אין מוגנופול למוסד יחיד על דיון בשאלות חוקתיות; ואילו כוח ההכרעה הסופית נתון בידי בית-המשפט העליון - הוא המצב הראוי. על-כל-פנים, גם

32. ראו יהודית קרפ, "חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כוח", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 323; הלל סומר, "הזכויות הבלתי-מנויות - על היקפה של המהפכה החוקתית", משפטים כח (תשנ"ז) 257.

33. ראו בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ (3) 505, עמ' 620-621.

34. ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט (4) 94, עמ' 131-133; ע"א 4409/94 גולן נ' שירות בתי הסהר, פ"ד נ (4) 136, עמ' 190-192. והשוו בג"ץ 4676/94 מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד נ (5) 15.

אם אפשר לתמוך בהסדרים אחרים, כגון הסמכה של בית-המשפט העליון או של גוף אחר לשמש ערכאה בעלת כוח-שיפוט ייחודי בעניינים חוקתיים,³⁵ הרי שאיגוד חוקי-היסוד לחוקה אינו מותנה בהסדר מפורש של הסוגיה. בהיעדר הסדר כזה, ימשיך לחול המצב הקיים.

הבחירה הישירה של ראש-הממשלה, הקבועה בחוקי-יסוד: הממשלה, כפי שהתקבל מחדש בתשנ"ב, נתונה בשנים האחרונות במחלוקת פוליטית ומקצועית עזה. הגם ששינויים חוקתיים תכופים הם בלתי-רצויים ומוזיקים, וההסדר הקיים אף נראה לי כמשקף כיוון עקרוני רצוי,³⁶ כינון חוקה עשוי לשמש הזדמנות לגיטימית לבחינה-מחדש של דרך בחירת ראש-הממשלה. עם זאת, ספק אם מן הראוי שעניין זה – שהוויכוח שהוא מעורר עשוי להתמשך שנים רבות – יעכב את הכינון. אם תושג הסכמה רחבה בדבר שינוי השיטה הקיימת, אפשר יהיה לתת לה ביטוי גם בעתיד, על-ידי תיקון החוקה.

9. הטיוטה שלהלן, שהכנתי לקראת כנס בנושא "יובל וחוקה – כינון חוקה למדינת ישראל לאחר 'המהפכה החוקתית'", שהתקיים ב-17 ביוני 1998 מטעם הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה, מבקשת להדגים כיצד עשויה להיראות חוקה שתתבסס, בהתאם להחלטת הררי, על חוקי-היסוד.

על ההסדרים הקבועים בחוקי-היסוד הקיימים הוספתי בין השאר את עיקרי חוק השבות, הוראה בעניין קביעת הגבולות והוראות בתחומי זכויות האדם והחקיקה המבוססות על הצעות חוקי-יסוד שהגישה הממשלה. ציינתי את מקורו של כל סעיף המבוסס על הוראה בחוקי-יסוד או בחוק קיים. השמטתי הוראות שאינן חוקתיות באופיין, בין משום שאינן מבקשות להיות עליונות בין משום שאינן מתאימות לחוקה מבחינת נושאן או בהיותן ספציפיות מדי.

טיוטה זאת אינה מבטאת בהכרח את דעתי בדבר תוכנה הראוי של החוקה, אלא את האמור בחוקי-היסוד ובהצעות חוקי-היסוד הקיימים. עם זאת, בעניינים מסוימים – שבהם אין הסדר בחוקי-היסוד או בהצעות האמורות, או שההסדרים הכלולים בהם אינם מתאימים לחוקה – הוספתי הוראות חדשות, במידת האפשר ברוח חוקי-היסוד הקיימים. ראו בעיקר סעיפים 1, 2, 11, ו-116-123.

השופט (בדימוס) חיים ה' כהן הוסיף הערות, שעיקר עניינן התוכן המהותי של ההוראות שבטיוטה.

35. ראו זאב סגל, "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים – הסמכות להכריז על אי-חוקתיות חקיקה – למי?", משפטים כח (תשנ"ז) 239.

36. ראו אריאל בנדור, "נגד ביטול הבחירה הישירה של ראש הממשלה", משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 11.