מהפכה חוקתית: האומנם?

יוסף מ' אדרעי*

א. מבוא. ב. מהפכה או התפתחות חוקתית: 1. האומנם מהפכה חוקתית? 2. חוקי־יסוד – מגילת זכויות האדם; 3. פיסקת ההגבלה. ג. כוח רב לרשות השופטת? על משפט מינהלי ומשפט קונסטיטוציוני ועקרון הפרדת הרשויות. ד. הערות בעניין *בנק המזרחי נ' מגדל*. ה. מקור כוחו של בית־המשפט העליון. 1. אסיפה מכוננת 1. תפקידיה של הכנסת וביצועיה; 2. אסיפה מכוננת נפרדת מהרשות המחוקקת. ז. סיכום.

א. מבוא

תקיקתם של שני חוקי־יסוד במרס 1992 היוותה ציון דרך חשוב במשפט הישראלי. בתקופה הקצרה שעברה מאז חקיקתם פורסמו מאמרים חשובים, בהם ניסו חוקרים וחוקרות להצביע על משמעות השינוי שחוקי־יסוד אלו הביאו לחברה הישראלית. בולט מכולם הוא הביטוי "מהפכה חוקתית" שהוצמד לתהליך חקיקתם של שני חוקי־יסוד אלה.[1]

לאור ההתפתחויות המואצות במישור המשפטי, החברתי והפוליטי חשבתי להציע התבוננות שונה במקצת; לעורר את השאלה, האומנם התחוללה מהפכה חוקתית במדינה ישראל, ואם כן – האם הכנסת היא שתוללה את המהפכה, והאם הדבר נתון בסמכותה? לאחר מסירת רשימה קצרה זו למערכת פורסם פסק־דינו של בית־המשפט העליון בנושא הידוע כ"תיקון לחוק גל".[2] הוות דעתם הארוכה של כלל שופטי בית־המשפט העליון שישבו בדין מעורדת קשיים לא מבוטלים. היקפו של פסק־הדין והנושאים החשובים בו מחייבים כמובן דיונים מעמיקים וארוכים יותר ממסגרת רשימה זו. אך פטור בלא כלום אי אפשר. על כן בסיומה של רשימה זו אגע – ולו רק בבחינת "בשולי הדברים" – במספר בעיות שפסק־הדין מעורר, הנוגעות במישרין לנושא הנדון כאן.

---

* פרופסור חבר בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1. א' ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 9.

2. ע"א 6821/93, רע"א 1908/94, 3363 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח' (טרם פורסם) (להלן: עניין בנק המזרחי נ' מגדל). לתמצית פסק־הדין ראו להלן בעמ' 669.

nevo.co.il

ב. מהפכה או התפתחות חוקתית

להערכתי הכינוי "מהפכה חוקתית" אינו מתאר נכונה את התהליך העובר על המשפט בישראל. מחד גיסא, *החברה הישראלית אוהזת זה מכבר בדעה*, כי קיימות זכויות יסוד בסיסיות החייבות להיות מוגנות גם מפני חקיקה; אך היא מתקשה להגיע לגיבושו של כלל פורמלי, עקב מתחים קשים שקיימים בה. מתחים אלה מקורם בסוגיות שונות לחלוטין מנושא זכויות היסוד (שלום וביטחון; דת ומדינה). מאידך גיסא, יש לזכור, כי גם חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, רחוק מלספק תשובות פורמליות תד־משמעיות. אין בו קביעות מפורשות "ברחל בתך הקטנה", בדבר סמכותה של רשות שיפוטית לפסול חוקים; אין בו שיריון המחסן אותו מפני שינויו או ביטולו. אם חוק־יסוד זה הוא מקור המהפכה החוקתית, זו *בהחלט מהפכה העומדת על כרעי תרנגולת*.

נכון יותר לקבוע, כי קיימת התפתחות חוקתית מתמשכת בתרבותו של העם הישראלי; ומדי פעם המחוקק הישראלי מוצא לנכון להפנים את ההתפתחות ולתרות אותה על ספר. אך היוצר הבלעדי של התרבות החוקתית אינו המחוקק, אלא הריבון הישראלי, קרי העם, באמצעות שליחיו ומבטאיו השונים.

לצורך הצגת התיזה הזו נבחן שתי שאלות משנה: האמנם התרחשה מהפכה (סטאטוטורית) חוקתית? השניה, מה מהות הכוח שנוצר ומה מידת רגישותו?

1. האומנם מהפכה חוקתית?

נקודת המוצא בהתבוננות שלי היא, כי אין מדובר במהפכה (רבולוציה) בתחום זכויות־העל המוכרות בחברה הישראלית, אלא בהתפתחות (אבולוציה) שיטתית, רצויה, צפויה ואולי אף בלתי נמנעת. *התפתחות שקצב התקדמותה תלוי בנתונים קיומיים, ביטחוניים וכלכליים*.

ניתן לזהות בתהליך גיבוש עצמאותנו שלושה שלבים: שלב המלחמה על הקיום, על השגת העצמאות המדינית והצבאית (השלב הביטחוני); שלב השגת העצמאות הכלכלית (השלב הכלכלי); והשלב המיועד לעצב את התרבות הישראלית ולגבשה (שלב גיבוש הערכים). השלב הראשון היה קשה במיוחד. הטראומה הלאומית והאתנית של השואה, שהשמידה שליש מן העם היהודי, הופנמה והתערבבה בתחושה וחששות, ששואה נוספת מאיימת על העם היהודי שהתקבץ בציון. האנרגיה הלאומית הופנתה בעיקרה להשגת העצמאות הלאומית, לשלב הביטחוני. שלב גיבוש הערכים נאלץ להמתין. גם השלב השני, הכלכלי, רחה את שלב גיבוש הערכים בישראל. אין צריך לומר, שבמהלך שני השלבים הראשונים לא קפאה התרבות הישראלית על שמריה. ערכי יסוד גובשו ופותחו. אולם הציבור בישראל חש כי טרם הגיעה השעה לפתוח במלחמת התרבות הכרוכה בשלב גיבוש הערכים, מלחמת תרבות שבסיומה יתהווה גיבוש לאומי, עדתי ותרבותי וייקבעו יחסי דת ומדינה, היחסים בין דתיים לחילוניים, היחסים בין יהודים לערבים והיחסים בין בני עדות שונות. ההתמודדות המזיתית בין הזרמים השונים של התנועה הציונית טרם הבשילה. על כן גיבשה החברה הישראלית אותם ערכים שבל הזרמים יכלו לחיות עמם בשלום. גולדו "הסטטוס קוו", לא כאידיאל אלא כפשרה הכרחית. חוקה כתובה, שסביבה

nevo.co.il

יכלו כל חלקי העם להתאחד, לא היתה אפשרית. תוקה שהיתה משקפת את ערכי היסוד של רוב הציבור היהודי־ציוני־חילוני היתה גורמת לקרע ופילוג שהיו מסכנים את שני השלבים הראשונים. עם זאת לא נמנעה החברה הישראלית מגיבוש עקרונות ברורים עם גוון של זכויות יסוד.

העדרה של חוקה כתובה לא מנע מבתי־המשפט בישראל להכריז על קיומן של זכויות יסוד חשובות, שזה שעמים רבים נאלצו להמתין עד אשר זכויות אלה יעוגנו בתוקות כתובות ופורמליות. הקושי העיקרי שנותר היה העדרה של חוקה כתובה, שתאפשר, בין היתר, לבתי־המשפט בישראל להעביר תחת שבט ביקורתם את מעשי החקיקה הראשית, העלולים לפגוע בזכויות אדם בסיסיות. ואולם, קושי היה זה ולא כשל. החברה הישראלית הגיעה כבר לבשלות ונכונות לאפשר לבית־המשפט העליון להעביר תחת שבט ביקורתו תוקפם של תוקים. להערכתי, התפתחות זו היתה מתרחשת גם ללא חקיקתם של חוקי־היסוד. אנסה לתאר את שהתרחש ואת המגמות וההתפתחויות הצפויות.

תחילה, כמה הנחות עיוניות:

ראשית: אין כל סיבה להניח, כי תיאוריית "היד הבלתי נראית" תקפה רק בתחום הכלכלה. היא ישימה, וכנראה נכונה, גם בתחום המדיני והתרבותי; עם נבון יקבל את ההחלטות האופטימליות אם יהיה בידו כל המידע. שנית: ביסוד המבנה החברתי מצויה אמנה חברתית, המושתתת, בין היתר, על עקרונות יסוד וערכים.[3] שלישית: הריבון בחברה הישראלית הוא העם. כדי לקיים את החיים בצוותא בהתאם לעקרונות היסוד וערכיו, ממנה הריבון רשויות שונות כדי לממש את רצונו. הרשויות העיקריות הן הרשות השופטת, הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. במקרים מסוימים ממונה גם הרשות המכוננת. כל אלה כפופים לרצונו של הריבון וחייבים לממש את מטרותיו. הם שלוחיו של הריבון, הם מוסמכים לפעול בשמו ובעבורו, אך אינם יכולים לחרוג מכתב השליחות.[4] כעניין של יעילות, ממוגה הרשות המחוקקת על חקיקת הנורמות המחייבות, הרשות השופטת – על־פירושן של הנורמות, שכלולן ופיתוחן, והרשות המבצעת – על עיצוב המדיניות בהתאם למטרות החברה והוצאתה אל הפועל. הרשות המכוננת, אם היא קיימת, נועדה לבטא עלי ספר, ואם תמצי לומר, בתוקה או בחוקי־יסוד, את ערכי היסוד ומטרותיה של החברה, את הקווים האדומים שאל להן לשלוש הרשויות האחרות לחצות.

3. אין בכוונתי ברשימה קצרה זו לגלוש לעומקם של דברים ואתפק במספר איזכורים: על עקרונות היסוד המינימליסטיים כמתווים חוקה דקלרטיבית ולא קונסטיטוטיבית ראו, למשל, אצל ת' ה' כהן, המשפט (תשנ"ב) 514, הגורס כי ההכרזה הבינלאומית בדבר זכויות האדם מהווה מקור משפטי מחייב בישראל, ואין חשיבות בעיניו אם מכוח חוק, מכוח הלכה פסוקה או מכוח משפט בינלאומי מנהגי. ראו גם R. Peck, **The Bill of Rights and the Politics of Interpretation** (St. Paul, 1992). על קיומן של זכויות טבעיות המונחות בבסיס כל אמנה חברתית ראו, למשל, אצל S. Freeman, "Constitutional Democracy and the Legimacy of Judicial Review", 9 **Law and Philosophy** (1990) 327.

4. רעיון דומה מעלה פרימן, שם, ומייחסו לג'והן לוק, שם בעמ' 349, הערה 21.

nevo.co.il

אך יש לזכור: חוקה פורמלית אינה ערובה לקיומם של ערכי יסוד, כפי שהעדרה של חוקה כתובה אינו מעיד על העדרם של ערכי יסוד בחברה.

ממילא ייתכנו מקרים שאחת מן הרשויות תטעה בהבנת רצונו של הריבון. כך ייתכן מצב שהרשות השופטת תטעה ותקבע נורמה מסוימת שאינה מקובלת על הריבון, והרשות המחוקקת תקבע נורמה סותרת באמצעות תיקון בחוק שישנה את החלטת הרשות השופטת. ייתכן גם מצב, שהרשות המחוקקת טועה, והרשות השופטת מוסמכת לתקן את הטעות באמצעות פסיקה המפרשת את החקיקה בהתאם לערכי היסוד של החברה הישראלית, ובהעדר ברירה, גם מוסמכת הרשות השופטת לבטל חוק כאמור אם אין אפשרות לתקן את המעוות בדרך של פרשנות, מילוי החסר או פיתוח המשפט.[5] ומכאן עולה מסקנה, כי משקלה של זכות היסוד אינו נגזר ממעמדה הפורמלי כי אם מאיכותה.

הנחה נוספת היא שחוקה כתובה אינה יוצרת את זכויות האדם אלא היא רק מכריזה עליהן. זכויות האדם נובעות בחברה דמוקרטית מעצם ומכוח הגדרת המושג חברה דמוקרטית: עוצמתן המוסרית והחברתית של זכויות האדם אינה נשאבת מטקסט חוקתי; היא נובעת מעצם הזכויות, מעצם השקפת החברה כחברה דמוקרטית, מעצם ההכרה בזכויות האדם כזכויות טבעיות.[6] ההתפתחות בישראל משמשת ביסוי לגישה זו.

החברה הישראלית מעצבת את הערכים הרצויים לה ומגבשת אותם לנורמות מחייבות בדרכים שונות. כך יש לראות את הכרזת העצמאות. כך יש לראות בהמשך הדרך את פסיקותיו של בית־המשפט העליון, החל מפרשת קול העם;[7] עבור בהערתו של הנשיא שמגר בעניין כהן,[8] ודבריו של השופט ברק בעניין לאו"ר.[9] כך גם גישתו של השופט ח' כהן, שבאה לידי ביטוי במאמרו על הנאמנות השלישית של השופט, המטילה חובה על שופט שלא לציית לחוקיו של מחוקק שרוחו רעה עליו, ולא לבצעם. "נמצא, הנאמנות לצדק עדיפה על הנאמנות לחוק, או ליתר דיוק: הנאמנות לעקרונות

5. א' ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט", הפרקליט לט (תש"ן) 267.

6. מ' לנדוי "חוקה כהוק עליון למדינת ישראל", הפרקליט כז (תשל"א) 30; א' ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי) – פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 36; ח' כהן, "פרשנות נאמנה – תלתא משמע", משפטים 1 (תשל"ז) 5; H. Arkes, **Beyond the Constitution** (Princeton, 1990) 245; R. Peck, **The Bill of Rights and the Politics of Interpretation** (St. Paul, 1992).

7. בג"צ 73/53, 87 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר־הפנים, פ"ד ז 871, 878.

8. בג"צ 889/86 כהן נ' שר העבורה והרווחה, פ"ד מא 540, 543.

9. בג"צ 142/89; 172/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב־ראש הכנסת ואח', פ"ד מד (3) 529, 551-554. על גישתו של ברק לפיתוחו של "משפט מקובל" קונסטיטוציוני בהעדר טקסט חוקתי כתוב ראו בין היתר א' ברק, "על החשיבה הקונסטיטוציונית", המשפט א (תשנ"ג) 45, 53-54.

המקודשים של הדמוקרטיה ושל חירויות האדם, דוהה תובת הנאמנות לחוקי דיכוי של מחוקק רודן".[10] וכך גם רשימתו של י' טל, הכופר בהנחה שהכנסת היא כל־יכולה.[11]

התופעה המרתקת היא, שתגובותיו של המחוקק הישראלי מתאפיינות בהפנמת הערכים לתוך החוק החרות. המשפט אינו אלא אספקלריה ממוקדת של החברה. ערכי יסוד של החברה הישראלית חייבים לבוא לביטוי בשיטה המשפטית. כאשר אין אפשרות לקבוע את הערכים בתוקה כתובה נוצר ואקום. אל הואקום הזה נשאבים כוחות אלטרנטיביים. הכוח המרכזי שהחברה הישראלית בחרה בו בדי להשלים את החסר הוא בית־המשפט העליון.[12] בית־המשפט העליון השתמש ב"סמכות הטבעית" – מושג עמום כשלעצמו, כשם שסמכותו של בית־המשפט העליון להשתמש בה עדיין לא הובהרה לחלוטין – כדי לקבוע, שיש לפרש את חוקיה של מדינת ישראל לאורם של עקרונות־על. הבסיס העיקרי לאישוש הסמכות הטבעית הזו היה העובדה, שהריבון הישראלי – קרי העם – אישר את קיומה של סמכות זו ואת סמכותו של בית־המשפט העליון להשתמש בה.

בית־המשפט העליון נוהג לומר, כי הוא יושב בתוך עמו. גם החלטותיו הקשות ביותר של בית־המשפט העליון מבטאות השקפה זו. כך, למשל ההחלטה בעניין המגורשים, שהתקבלה בהפתעה מסוימת בקרב בכירי המשפטנים, משתלבת עם גישה זו: כאשר ראש הרשות הצבאית מעיד בפני בית־המשפט העליון, באופן נדיר, כי לדעת גורמי הביטחון מרחפת סכנת קיום על החברה הישראלית – לאמור, הזכות העליונה לחיים עומדת בפני סכנה מוחשית – מושעות מקצת מזכויות היסוד (הנמוכות מהזכות לחיים במידרג זכויות היסוד) של אלה החשודים כי התחייבו להביא כיליון על החברה, עד יעבור זעם.

ואין לנו הוכחה טובה יותר לאישור שנותן העם־הריבון לקיומה של סמכותו של בית־המשפט להפנים לתוך השיטה המשפטית את ערכי היסוד, מאשר אישורה של הרשות המחוקקת לכך.[13] ואכן ב־1980 ההליט המחוקק הישראלי לעשות מעשה: להפנים לתוך

---

10. כהן (לעיל, הערה 6) 98: "במקום אחר הצעתי כסימן־היכר לחוקים 'רעים' כאלה, שבאים הם לשלול מאת אדם את חייו או חירותו או רכושו אך בשל גזעו, דתו, מינו, לשונו או דעותיו בלבד".

11. י' טל, "מחוקק כל יכול – האמנם?" עיוני משפט י (תשמ"ד) 361.

12. ראו את מחקרם המרתק של ג' ברוילי, א' יער־יוכטמן ו־ז' סגל, בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית (תשנ"ד).

13. מבט ציני יותר יציע את התיזה הבאה: כיון שחברי בית הנבחרים הבינו את המסרים שנשלחו אליהם מכיוונו של בית־המשפט העליון והסיקו, כי אכן קיימת מסגרת נורמטיבית המחייבת גם אותם – ראו דברי ח"כ מרידור: "בכל משטר דמוקרטי יש גבול למה [שלכנסת] מותר לעשות", ד"כ תשנ"ב 8873 – מיהרו וקבעו כשלב ראשון מעין מסגרת נורמטיבית מחייבת בחוקי־היסוד, ומשקבעו את המסגרת, חשבו להפקיע את סמכות קביעתה מן הציבור ומן הרשות השופטת, בבחינת הם שקובעים את כללי המשחק, ועל כן, בשלב מאוחר יותר יוכלו לצמצם את המגבלות הנורמטיביות שהם בעצמם קבעו, לבטלן ולהחלישן ככל שיעלה ברצונם. מבט ציני זה מעלה, אם כן, את האפשרות, שבתוקקם את חוקי־היסוד ביקשו חברי הכנסת להרחיב את סמכותם ולא לצמצמה.

הדין הסטאטוטורי את סמכויות הרשות השופטת שנחשבו ל"טבעיות", ולהופכן לסמכויות מעוגנות בחוק. על־פי השקפותי, חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, מבטא את העובדה, כי הרשות המתוקקת בישראל צירפה את קולה להשקפה, כי לבית־המשפט סמכות לפרש את החוקים, להשלים את החסר ולפתח את המשפט הישראלי בהתאם לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום המקובלים על החברה הישראלית.[14] ודוק: חוק־יסודות המשפט מדבר על עקרונות של "מורשת ישראל". ואולם לא מוכר לי אף משפטן או משפטנית רציניים שסוברים, כי את הביטוי "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" יש להבין כעקרונות דתיים של המרכיב היהודי בחברה הישראלית, או כפיתרונות הלכתיים המצויים במשפט העברי, ותו לא. מקובל היום להניח, כי הביטוי מתייחס לאותם עקרונות־על המקובלים על הציבור הנאור בישראל, עקרונות הומאניים שמקורם בתורת ישראל, עקרונות־העל בהם השתמשו נביאי ישראל, שופטיה ושופטותיה. עקרונות־העל המקובלים על הפילוסופים – יהודים ושאינם יהודים – המשפיעים על החברה הישראלית, על סופריה ומשורריה.

אמור מעתה: סמכותו של בית־המשפט העליון להפנים לתוך המשפט הישראלי עקרונות־על אינה עוד רק סמכות טבעית, כי אם גם סמכות סטאטוטורית מפורשת, שהרשות המתוקקת הביעה את דעתה החיובית ביחס אליה.

הסמכות הטבעית הזו לא נעצרת בכניסה לבניין הכנסת. היא מרחפת גם מעל הרשות המחוקקת. את מעשי הכנסת יש לא רק לפרש לאורם של עקרונות העל המקובלים בחברה הישראלית, כי אם גם לבקר את עצם קיומם. מעשה חקיקה שיסתור את עקרונות העל של החברה הישראלית לא יעבור את ביקורת בתי־המשפט. כך אחרי חקיקתם של חוקי־היסוד, וכך גם לפני חקיקתם.

הרעיון כי הרשות השיפוטית יכולה לבטל פעילות של הרשות המתוקקת במדינת ישראל גם בהעדר הוקה פורמלית, נראה בתחילת הדרך במעט בלתי נתפס: כשהחברה הישראלית היתה בראשית התגבשותה, במצב כלכלי רעוע וסכנת השמדה, שרויה בהחלט מוחשית, נראה היה לכלל הציבור כי יש צורך להתלכד סביב המכנה המשותף הפורמלי והמוחשי – קרי הכנסת. גם בית־המשפט העליון היה שותף לתחושה זו. כך נדחתה הגישה שניסתה לראות בהכרזת העצמאות מעין חוקה או חקיקת־על שחוקי המדינה הצעירה חייבים להתאים לה. וכך גם יכול השופט וסמן לדבר – בפרשת ירדור – על עקרונות־על שמחייבים פגיעה בזכויות האזרח, אם קיים חשש לחייהם של אזרחי המדינה. עם התגברות תחושת הביטחון הצבאי, המדיני והכלכלי מחד גיסא, והשיפור העצום בכמות המידע שיש בידי הציבור, מאידך גיסא, השתנתה האווירה. חקיקתו של חוק־יסוד: הכנסת העניקה לבית־המשפט העליון הזדמנות לבטא את ההשקפה, כי בסמכותו לבטל חוקים שחוקקה הכנסת, אם אין הם עומדים בדרישותיו (המשוריינות) של סעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת.

14. י' אדרעי, "חוק יסודות המשפט כמקור לאקטיביזם שיפוטי ולרפורמת מס שיפוטית", עיוני משפט יז (תשנ"ב) 597.

15. לעיל, הערות 8 ו-9.

16. לעיל, הערה 11.

התפתחות נוספת התרחשה בסוף שנות ה-80. בית־המשפט העליון אותת לרשות המחוקקת על האפשרות שלרשות השופטת יש "סמכות טבעית" לפסול חוקים שאינם מקיימים את אמות המידה הבסיסיות המקובלות בחברה הישראלית.[15] גם מאמרו של י' טל הוסיף נדבך בכיוון מחשבה זה.[16] סמכותה של הרשות השופטת הוברה לא רק כסמכות להשלים חסרים (Lacunae) ולפרש תיקים, כי אם גם לפתח את המשפט, להעדיף נורמה אחת על פני אחרת, ואף ליצור נורמות חדשות, אם הקיימות נמצאות בלתי מתאימות.[17] ושוב, הסמכות לפתח את המשפט לא נעצרת בתחומי המשפט הפרטי והמינהלי, כי אם קיימת גם בתחום הקונסטיטוציוני.

נראה כי המחוקק הישראלי החליט להפנים לתוך הדין הסטאטוטורי את הסמכויות שנחשבו ל"טבעיות" ולהופכן לסמכויות מעוגנות בחוקי־יסוד. כפי שחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, הפנים את הסמכויות הטבעיות לתוך מערכת החוק הסטאטוטורי, כך מלמדת גם חקיקתם של חוקי־היסוד השונים, ובעיקר חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי הכנסת הסכימה שיש לרשות השופטת סמכות לבקר את עצם חקיקתם של חוקים, והטמיעה סמכות זו. ואם בית־המשפט העליון חשש, כי ייראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס התברתי באשר לתפקידו של שופט בחברה הישראלית באה הכנסת וסימנה לבית־המשפט העליון את ההתפתחות בקונסנזוס החברתי. לא עוד סמכות טבעית, אלא סמכות משתמעת ומפורשת המקובלת על הציבור.

מכאן שחקיקתם של חוקי־היסוד מהווה הפנמה קונסטיטוציונית של אותם ערכים המקובלים בחברה הישראלית. התפתחות מרשימה יש כאן, אבולוציה חשובה ומרתקת – אך לא רבולוציה. מכאן למסקנה חשובה: כיון שאין מדובר במהפכה שבאה לביטוי בחקיקתם של חוקי־היסוד, אלא בהכרזה סטאטוטורית או קונסטיטוציונית – או אולי קודיפיקציה של "הסמכויות הטבעיות" של הרשות השיפוטית – הרי שלא ייתכן שסמכות טבעית, ההופכת לסמכות סטאטוטורית או קונסטיטוציונית, תיכלא לעד בסמכות הפורמלית. אין אפשרות, לדעתי, שאותן סמכויות טבעיות שהופנמו לתוך הדין הסטאטוטורי ניתנות לביטול, אם יחליט רוב מזדמן של הרשות המחוקקת לבטלן או לשנותן, באופן שהן ירוקנו מתוכנן הערכי.[18] טלו לדוגמא מקרה שבו רוב מקרי וקוניוקטורלי של חברי כנסת יסלף את המושג "כבוד האדם" ויגדירו, ב"חוק־יסוד" באופן בלתי מקובל על הציבור הישראלי, בהגדרה מעוותת שתביא לביטולו של העיקרון הקובע, כי אין פוגעים בכבודו של אדם באשר הוא אדם כי בצלם אלהים נברא. להערכתי מצב

17. ברק (לעיל, הערה 5).

18. יש לזכור, כי בישראל, בניגוד לדמוקרטיות רבות אחרות, הרשות המחוקקת מורכבת רק מבית אחד, אין לנו סנאט ואין לנו פרלמנט המורכב מבית עליון ובית תחתון. יש בכך חיסרון לא קטן. ראו למשל: W.T. Mayton, "The Possibilities of Collective Choice; Arrow's Therorem, Article I, and the Delegation of Legisltaive Power to Administrative Agencies", **Duke L. Jour.** (1986) 948-969.

19. ראו בין היתר את תיאורו העדין של א' כנדור ברשימתו "פגמים בחקיקת חוקי־היסוד", משפט וממשל ב (תשנ"ה) 443, בעיקר עמ' 447.

כזה, שבו הכנסת רשאית לבטל עקרון־על בחברה הישראלית תוך שימוש בשם המפורש "חוק־יסוד", אינו אפשרי.

יש לזכור, כי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו משוריין. אם נקבל את ההשקפה, כי מקור כוחו של בית־המשפט מצוי רק בחוק־היסוד, מי יתקע לידנו, שמחטף מביש[19] כפי שנעשה בכנסת בעת תיקונו של חוק־יסוד: כבוד האדם על־ידי יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט לצורך הרחבת ההגנה על זכויות האדם וכיבודן "ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל", לא יחזור על עצמו, הפעם על־ידי חברי כנסת שיבקשו לצמצם את ההגנה על זכויות האדם, או אפילו לבטלן? היעלה על הדעת שתיקון "חוק־יסוד" כלשהו, אשר יקבע הוראה שתאפשר כפייה של אמונה של קבוצה אחת – בין אם היא רוב בחברה הישראלית, ובין אם היא מיעוט – על קבוצה אחרת, יהפוך את ההוראה לעקרון־על המקובל על הריבון הישראלי? אינני חושב כך. לא הפה של הרשות המחוקקת הוא שהתיר או קבע את זכויות היסוד, לא הוא שיבטלן.

נסכם את גישתנו: הכנסת אינה רשות מכוננת. אין היא קובעת את עקרונות־העל בחברה הישראלית. סמכותה מוגבלת לא רק מכוח המגבלות שהיא מטילה על עצמה, אלא מכוח "כתב השליחות" שמינה אותה לחוקק חוקים – כתב שליחות המכיל מעצם הגדרתו קווים מנחים לחוקק "חוקים שאינם רעים", המחייב את הכנסת להיות מתוקק טוב.[20] חוקי־היסוד אינם חוקה, כי אם חוקים המבטאים את השקפתה של הרשות המתוקקת בדבר המגבלות שהיא נוטלת על עצמה; את עקרונות־העל שהיא סוברת שהם מרחפים מעל לחברה הישראלית; את הכרתה שחוקיה כפופים לביקורת שיפוטית.

ואולם אין לראות בכנסת אסיפה מכוננת. שהרי, אם ניתן לראות בכנסת אסיפה מכוננת המוסמכת לחוקק חוקים, האם ניתן להמשיך להחזיק בדעה, כי עדיין יש לבית־המשפט סמכות טבעית לבטל חוקים (קל וחומר חוקי־יסוד) העומדים בניגוד לעקרונות היסוד של החברה הישראלית? מסקנה שכזאת תולידך למסקנה נוספת, שסמכותו של בית־המשפט העליון גבוהה מסמכות האסיפה המכוננת. דומני ששתי מסקנות אלה קשות מאוד. וכך גם המסקנה, שהכנסת הנוכחית היא בעלת שתי כשרויות – מתוקקת ומכוננת.[21]

מכאן לנושא מהותם ושיריונם של חוקי־יסוד. פרופ' ברק מונה שלוש דרכים לזיהוי חוקי־יסוד: האחת מהותית, השנייה צורנית והשלישית מעורבת. דעת הרוב של בית־המשפט העליון בנושא התיקון ל"חוק גל" אימצה את הגישה שזיהוים של חוקי־היסוד הוא פורמלי־צורני, קרי, עצם הצמדת התיבה "יסוד" לחוק מספקת. לאור ההליכים וצורת ההצבעה על חוקי־היסוד, ובעיקר אופן תיקונו של סעיף 1 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו,[22] נראה לי כי טמון סיכון לא קטן בגישה זו. דוגמא נוספת מהווה גישתה של הכנסת עצמה לייחודם של חוקי־היסוד שלא שוריינו: מה ייחודו של חוק־יסוד: משק המדינה, אם עובר לחקיקתו נחקק גם חוק משק המדינה (הוראת שעה), תשל"ה-1975, אשר חתר תחת הנורמה שנקבעה בחוק־היסוד האמור?

20. כהן (לעיל, הערה 6).
21. על עיקרי הקושי ראו להלן, פיסקה ג.
22. לעיל, הערה 19 והטקסט שאליו היא מתייחסת.

nevo.co.il

מנגד, ניתן לראות חוקים "רגילים" שהם בעלי תוכן חוקתי מדרגה ראשונה: האין חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 מגלם נורמת־על בחברה הישראלית, למרות שצמד המלים "חוק־יסוד" לא צורף אליו? גם אם מקבלים את ההשקפה, שכינונם של חוקי־יסוד היא מלאכתה של האסיפה המכוננת,[23] הרי שזיהוי מעשית של הרשות המכוננת אינו קל וברור על פניו. זהו זיהוי על־פי מהות ההקיקה היוצאת מאותו מוסד התובש את שני הכובעים, זה של הרשות המכוננת וזה של הרשות המחוקקת. בחירת הכובע אולי לא נעשית במודע על־ידי חברי הכנסת, ועל כן אין לצפות מהם שיכריזו על בחירתם את הכובע; שתיקה מהווה הכרזה על חבישת כובע המחוקק, והוספת צמד המלים "חוק־יסוד" מהווה הכרזה על חבישת כובע המכונן. לדעתי אם אכן תתקבל ההשקפה, על־פיה זכויות היסוד באות לעולמנו המשפטי באמצעות חוקי־יסוד, ראוי שמלאכת זיהויים תתבצע על־פי מבחן מהותי. את מלאכת הזיהוי יש להשאיר בימים אלה בידי הריבון ונציגיו הנאמנים ברשות השופטת.[24] חוק השבות ודאי צריך להיחשב במדינה יהודית דמוקרטית כחוק־יסוד. חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988; סעיפים 1, 2, 14 ו-23 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, חוקי עבודה שמגינים על זכויות ילדים; ואפילו סעיף 245 לפקודת מס הכנסה – אלה ואחרים יש בהם "סימנים" שהם באו להגן על האדם מפני שרירות לבו של הרוב, ועל כן יש לראות בהם חוקי־יסוד מהותיים, שחוקים רגילים אינם יכולים לבטלם. חוקים שיפגעו בזכויות יסוד לא יהיו חסינים מפני ביקורת שיפוטית, גם אם יישאו את צמד המילים "חוק־יסוד". ביטולו של חוק־יסוד יהיה אפשרי רק על־ידי הריבון. רוח העם תקבע אימתי עבר הצורך להגן על זכות יסוד מסוימת. רוח העם תובל לבוא לידי ביטוי באמצעות הרשות המכוננת, או אף באמצעות הרשות השופטת. כל הקיקה אחרת שתעמוד בניגוד לרוח העם לא תצלח. ואין צריך לומר, כי הרשות האמורה לחוש את רוח העם וביוון נשיבתה היא, בסופו של דבר, הרשות השופטת.

מהדברים שהבאתי עד כה עלולה לעלות המסקנה, כי אין חשיבות לחקיקת חוקי־היסוד. ולא כן הוא. חשיבותם רבה. הם מעידים על כך, שגם חברי בית הנבחרים מסכימים ומקבלים עליהם את עול הריעיון של ביקורת שיפוטית על מעשיהם. מכאן ואילך אין תשש מהשאלה העלולה להיות מופנית לבית־המשפט, "מי שמך". אך מדובר בהכרה ובהסכמה ולא בעצם יצירת הסמכות, לא במקור הכוח ממנו שואבת הרשות השיפוטית את כוח ביקורתה.

23. ראו ק' קליין, "הרשות המכוננת בישראל", משפטים ב (תש"ל) 51; ק' קליין, "חוק־יסוד כבוד האדם וחירותו – הערכה נורמטיבית ראשונה", המשפט א (תשנ"ג) 123; הערותיו של ברק (לעיל, הערה 1) 18-19. וכן גישתו של הנשיא ברק בפיסקאות 5 ואילך של פסק־דינו בעניין בנק המזרחי נ' מגדל (לעיל, הערה 2). על הגישה החולקת, ראו בהמשך, פיסקה ג להלן.

24. ראו ברוילי, יער־יוכטמן וסגל (לעיל, הערה 12); וכן פרימן (לעיל, הערה 3).

2. תוקי־יסוד – מגילת זכויות האדם

המסקנה שיש כיום לרשות השופטת סמכות לבטל מעשי חקיקה של הכנסת מחייבת לנסות להתוות את היקפה ומהותה של סמכות זו. אין ספק כי מדובר בסמכות מרתיקת לכת. לא בקלות תחליט הרשות השופטת לבטל את רצונה של הרשות המחוקקת. אולם הצורך להסמיך רשות שיפוטית לבטל חוקים נובע מעקרונותיה של הדמוקרטיה המערבית המודרנית, בהבדל מהדמוקרטיה היוונית – שהושיטה לסוקרטס הזקן את כוס התרעלה עקב השמעת דברי כפירה – הדמוקרטיה המודרנית מבוססת על תפיסה של ליברליזם, ושואפת להכיר באוטונומיה של הרצון הפרטי כיסוד מרכזי של החברה והמשפט.[25] הדמוקרטיה המודרנית שמה את האדם היחיד במרכז ושואפת להגן על זכויות היסוד שלו. על כן מתרכזות מגילות זכויות בזכויות האדם ולא בזכויות הציבור. לציבור יש כלים לעמוד על זכויותיו – קיום בחירות והחלפת השלטון הנוקט מדיניות לא ראויה. לא כן האדם הבודד או קבוצת מיעוט, שאין בכוחם להשפיע על החלפת השלטון. לכן יש להעמיד את זכויות האזרח מעל לחקיקה רגילה; ופגיעה בזכויות האזרח מאפשרת ביקורת שיפוטית על חוקים. לכן נקבע, שתקיקה שאינה מוצדקת הפוגעת בזכויות היסוד של האזרח תוכרז כבטלה. החשש שמא ויוב הציבור ינסה לנצל את כוחו ולפגוע באדם הבודד, הוא שמביא להכרה, כי זכויות היסוד של האדם מוגנות גם כלפי חוקים שהרוב מנסה לחוקק באמצעים פרלמנטריים. לשון אחר: היכולת של הרשות השופטת להכריז על חוקים כבטלים נועדה להגן על היחיד מפני כוחו של הרוב.

איתור הצורך לאפשר לרשות השופטת להכריז על בטלותם של חוקים עוזר לנו להתוות את גבולות התערבותה של הרשות השופטת. האדם הבודד – ובכלל זה קבוצת מיעוט – זכאי להגנה מפני תקיקה. לא כן הציבור. הציבור אינו זקוק להגנת בית־המשפט מפני חקיקת חוקים הפוגעים בו, כל עוד תקיקתם של חוקים מתבצעת כשורה ובהתאם להליכי התקיקה החוקיים.

3. פיסקת ההגבלה

כאמור, השימוש בפיסקת הגבלה, כגון סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, עלול לסכל את הרציון המקורי בדבר ההגנה על זכויות האדם. אם העמדנו את היחיד והמיעוט כמי שראויים להגנה חוקתית, הרי שהתצדקה הסתמית, על־פיה טובת הכלל מצדיקה פגיעה בזכות יסוד, לא מספיקה. שהרי בכך עלולים לאפשר את שלילת ההגנה או צמצומה המשמעותי.[26] השאלה העומדת לדיון היא, מה סוג ה"הצדקה" שפיסקת ההגבלה מעניקה לפגיעה בזכות חוקתית. ההכרה שמדובר במערכת איזונים "פנימית" אינה מספקת. יש

25. כהן (לעיל, הערה 3) המשפט (תשנ"ב), בעיקר 512 ואילך; א' ברק, "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה", הפרקליט מ (תשנ"ג) 197, 201. וראו גם המקורות בהערה 6 לעיל.

26. כבר בבג"צ 399/85 כהנא ואח' נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255, הצביע השופט ברק על העדפתו הברורה, הניבעת מההבחנה בין "היקף הזכות" לבין "היקף ההגנה". וראו גם ברק (לעיל, הערה 6) 366.

לשקול אם מדובר במערכת אנכית או אפקית ולשקול דרכי כימות של הפגיעות והתרתן בהתאם למעמדן במידרג.

על־פי גישה זו יש לקבוע מידרג של זכויות אדם בהתאם להשיבותן. הצדקה "פנימית־אנכית" פירושה, כי פגיעה בזכות אדם חוקתית אפשרית ומותרת רק אם היא הדרך היחידה המגינה על זכות זהה לה באיכותה ובכמותה (וכמובן אם גדולה ממנה) של מספר גדול יותר של אנשים. וכן, פגיעה בזכות יסוד לא תהא מוצדקת אם היא מגינה על זכות יסוד נמוכה יותר במידרג האמור. הצדקה "פנימית־אפקית" פירושה, כי פגיעה בזכות אדם חוקתית אפשרית ומותרת אם הפגיעה תביא בעקבותיה הגנה על זכות זהה באיכותה למספר גדול יותר של בני אדם.

השאלה הכמותית של מספר הנפגעים והנהנים לא צריכה ולא יכולה, לדעתי, לשנות את מהות הזכות ואיכותה, ולא את מיקומה במידרג האמור. השאלה הכמותית של עצם הפגיעה ומשקלה צריכה לשמש שיקול מצומצם. כך למשל, פגיעה כמותית "קטנה" במספר גדול של אנשים עדיפה על פגיעה כמותית "גדולה" בקבוצה קטנה של אנשים, כשמדובר באותה זכות ובאותה "כמות" של פגיעה. הדוגמה הקלה ביותר להמחשת הדברים מצויה בפגיעה בקניין: אם יש צורך בהצלת מגזר כלכלי מסוים, ועלות ההצלה היא 100, אין להטיל את העלות על 10 אנשים, כשכל אחד מהם יישא בנטל של 10, אם ניתן להטיל את העלות על כלל החברים, למשל 200, כשכל אחד יישא בנטל של 0.5. לעומת זאת, אם ניתן להשיג תכלית ראויה כאשר הפגיעה בכל מרכיב מן הציבור המצומצם תהא שווה לפגיעה בכל אחד מן הציבור הרחב, ראוי יותר לפגוע בציבור המצומצם בלבד ("מידב האושר המצרפי").[27]

הנמקותיו של בית־המשפט העליון בעניין בנק המזרחי נ' מגדל, בקביעתו כי היתה פגיעה בזכות הקניין, וכן בהצדקות של פגיעה זו לנוכח דרישות פיסקת ההגבלה, ראויות לדיון מעמיק ונפרד.[28]

---

27. ראוי להדגיש, כי השקפה זו עלולה להתנגש עם השקפתה של פרופ' פ' רדאי במאמרה "הפרטת וכויות האדם והשימוש לרעה בכוח", משפטים כג (תשנ"ד) 21, בעמ' 52, שאומץ על־ידי הנשיא שמגר, בפיסקה 80 לפסק־דינו בעניין בנק המזרחי נ' מגדל (לעיל, הערה 2).

28. הדיון בשאלה אם נפגעה זכות קניין צריך להתחיל בבחינת ההנחות הבאות: האם לאדם היה קניין או שמא החזיק ברכוש של אחר; האם היתה נטילה של קניין; האם הנטילה היתה בבחינת פגיעה. רק בשלב השני עוברים להצדקות לפגיעה. הנשיא שמגר מציין, בין היתר, כי "יש בחקיקה שלפנינו השתקפות על ערבי חברה המאמינה באחריותה של המדינה לגורל אזרחיה, המטפחת את התחושה שאזרחי המדינה ערבים זה לזה" (ההדגשות הוספו). עם כל הכבוד, לא מצאתי בהמשך הנמקות משכנעות לקושי הבא: אם אזרחי המדינה ערבים זה לזה, מדוע לא כל הציבור ערב אלא רק ציבור מצומצם ומקרי? אם לציבור יש אינטרס לשמר את המגזר התקלאי, מדוע עלות המימון לא הוטלה על מי שנשיג את האינטרס שלו? הנימוק, שהסדרי פשיטת רגל קיימים אף הם מביאים לשמיטת חובות אינו משכנע אף הוא. כאשר אדם נכנס לטרנסקציה מסחרית הוא לוקח בחשבון את הסיכון שהצד השני ייקלע לקשיים ואף לפשיטת רגל, הוא מכמת את הסיכון – לשם כך נקבעו פנקסי החברות ופנקסי השיעבודים השונים כמסמכים פומביים – ולאור זה קובע את הסיכוי – את שיעור התשואה

ג. כוח רב לרשות השופטת? על משפט מינהלי ומשפט קונסטיטוציוני, ועקרון הפרדת הרשויות

האין חשש כי ההרהורים המועלים כאן יעניקו כוח רב מדי לרשות השופטת? שהרי על־פי הגישה המוצגת כאן, תוכל הרשות השופטת לקבוע מהו תוק־יסוד ומהו תוק רגיל; איזה מעשה חקיקה הוא מוגן ואיזה מעשה חקיקה ראוי לביטול או לצמצום. אינני סבור שחשש זה הוא משמעותי. שתי סיבות עיקריות לכך. האחת מקורה בתחימה מדויקת בין משפט מינהלי למשפט קונסטיטוציוני. השנייה, מקורה בכוחו של בית־המשפט העליון. אפרט בקיצור נמרץ את שתיהן.

ייתכן שהיה מקום, בתחילת הדרך, לפתח את המשפט החוקתי מתוך כללי המשפט המינהלי, אך מכאן לא נובע, כי יש צורך בביטול ההבדלים ביניהם. אפשר וצריך – גם לצורך חיזוק הביקורת השיפוטית – לשרטט במדויק את הקווים הדקים שבין שני תחומי משפט אלה. המשפט המינהלי עוסק בכללי המינהל, בעקרון חוקיות המינהל. המשפט הקונסטיטוציוני צריך להתמקד בהגנה על זכויות האדם הבודד, על זכויות המיעוט מפני עריצותו של הרוב. המשפט המינהלי נועד להגן על כלל הציבור מפני המינהל. המשפט החוקתי נועד להגן על היחיד או המיעוט מפני עריצות הרוב. סמכותה של הרשות השופטת לביטול חוקים נוגעת רק לאותם מקרים שבהם יש חשש ששלטון הרוב בבית הנבחרים יהפוך להיות ביטוי עריצות של הרוב כנגד המיעוט.

אין צריך לומר, כי השאלה אימתי נפגעת זכות יסוד של אדם או מיעוט ואימתי נפגעת זכות הציבור, עוסקת בתחימת הגבול "האפור" ותצטרך להידון בכל מקרה לגופו. אסתפק ואומר, כי זכותו של הציבור לממשלה טיבה, עם שרים, מנכ"לים ושגרירים נקיי כפיים, המקבלת התלטות נבונות וטובות וקובעת מדיניות ראויה, אינה מוגנת מפני הקיקה של הרשות המחוקקת הנבחרת.[29] זכותו של אדם לשוויון, לכבוד האדם וכיוצא באלה זכויות המצויות במגילות זכויות האדם, הן זכויות יסוד מוגנות גם מפני חקיקה.

ההכרה בהבדלים בין המשפט הקונסטיטוציוני לבין המשפט המינהלי נחוצה, לדעתי, כדי לשקם מחדש את עקרון הפרדת הרשויות ותיחומה המדויק של כל רשות. כפי שמציין רובינשטיין:

לה הוא מצפה. את הסיכון של התערבות המחוקק ביחסיו עם לקוחות מסויים אין הוא יכול לצפות; כשם שבחקיקה הנטולה קבוצות לחץ ואינטרסים, המוחקת חובות של לקוחות בשם האינטרס הציבורי, אינם צפויים ואינם נלקחים בחישוב סיכויי הרווח וההפסד. זהו סיכון לא ידוע, שאינו ניתן לכימות ועל כן ההיקס שערך הנשיא שמגר, עם כל הכבוד, אינו נקי מספקות, וראו בהמשך בסעיף ג.

29. גישה זו מתבקשת גם מכוח עיקרון כלכלי הקובע, כי להתמחות יש יתרונות: הממשלה והכנסת מומחיות במינהל ובחקיקה, הרשות השופטת מתמחה בחוק ומשפט, ולענייננו בהגנה על זכויותיו של הפרט. כל עוד אין פגיעה בפרט, לא יהא זה יעיל ורצוי שבית־משפט ייטול סמכויות של הערכת טיבה ואיכותה של מדיניות, וי־פקיע אותן מהרשויות שהתמחו בנושאים אלה.

nevo.co.il

> אחד הכללים, שעל שמירתו מצווים בתי־המשפט, הוא שלא להתערב בתחום, אשר מטבעו מסור בידי המינהל. כך התפתח הכלל, שאין בית־המשפט מתערב בשאלה של מדיניות ממשלתית, אלא יצטמצם בבדיקת חוקיות ביצועה של מדיניות זו. כלל זה, שיש חולקים עליו והיקפו לא ברור, מבטא את רתיעתו של בית־המשפט מפלישה לתחומה של הרשות המבצעת. אפשר לבסס רתיעה זו על עקרון הפרדת הרשויות; ...מושתתת הרתיעה גם על שיקולים מעשיים: א. אין בידי בית־המשפט הכלים והידע הדרושים להכרעה בשאלות כלכליות משקיות ומינהליות המצויות בתחום הרשות המבצעת והכרעה בהן תזקיק את בית־המשפט להעזר בשיקולים לאו דווקא משפטיים. ב. בתי־המשפט ערים לתוצאות אפשריות של התערבות יתירה מצידם העלולה לגרום לצמצום סמכותם על ידי תקיקה מתאימה. גורמים אלה גם הניעו בעבר את בתי־המשפט שלא להתערב בנושאים שמקורם בזירה פוליטית, בכנסת או בממשלה.[30]

נכון הוא שמאז בג"צ רסלר חלה בעיקרון זה שחיקה משמעותית,[31] אך נראה שבתי־המשפט ייזהרו מלהרחיב את השחיקה בתחומי המינהל, גם כשמדובר במדיניות המתבטאת במעשה חקיקה של הרשות המחוקקת, קרי, מדיניות שאושרה לכאורה על ידי הרשות המחוקקת.[32] מדיניות של מפלגה שזכתה בבחירות, ומיושמת באמצעות חקיקה ראשית שאינה פוגעת בזכויות יסוד של אדם, אינה ניתנת לביקורת שיפוטית, גם אם המטרה אינה נראית ראויה, אינה הולמת את ערכי מדינת ישראל וגם אם הגשמת המדיניות שנבחרה נעשית במידה העולה על הנדרש.

לדעתי, האיזון המתבקש בין שמירה והגנה על "מגילת זכויות האדם" לבין המגמה של הימנעות מהתערבות בנושאים שמקורם בזירה הפוליטית, חייב להיות ברור: חקיקה שנועדה לקדם מדיניות ושאינה פוגעת באחת מזכויות היסוד אינה נתונה לביקורת שיפוטית. וכבר אמרנו, כי זכותו של הציבור לממשלה טובה אינה ראויה להגנתו של בית־המשפט מפני חקיקה שנחקקה בהליכים תקינים; וכי חקיקה שאינה פוגעת בזכויות יסוד של אדם, אלא בכלל הציבור, אינה זקוקה להגנת הרשות השופטת כי אם להגנת הציבור.

לענייננו, לא נראה ראוי שהרשות השופטת תתערב בקלות ותבחן את המדיניות של הממשלה והכנסת הנבחרות כל אימת שנחקק חוק חדש מבוסס על מדיניות מסוימת. ראוי,

---

30. א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית מורחבת, תשנ"א), בעיקר בעמ' 356 והערות 44-46.

31. כפי שמציין רובינשטיין, שם, בהתייחסו לבג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מב (2) 441.

32. ראו בין היתר את דברי הנשיא שמגר, בפיסקה 80 לפסק־דינו בענין בנק המזרחי נ' מגדל (לעיל, הערה 2).

ואף חובה שהרשות השופטת תבקר ותפסול מדיניות וחוקים בלתי ראויים אך רק באותם מקרים שאותם החוקים עברו את מפתן הפגיעה בזכויות אדם.[33]

ד. הערות לעניין *בנק המזרחי נ' מגדל*

הבעיה העיקרית ששופטי הרוב עסקו בה היתה, האם הכנסת מוסמכת ומסוגלת להגביל את סמכותה. תשובת בית־המשפט העליון היתה חיובית. לדעתי, כפי שאנסה להרחיבה רק במקצת בהמשך, השאלה המקדמית המתעוררת היא, האם הכנסת היא שקובעת את היקף סמכותה, האם בהעדר חוקה הכנסת היא כל־יכולה. מבאן לשאלות הנובעות מן "האבטודד התיאולוגי" הידוע.[34] אם הכנסת קובעת את סמכותה? האם היא מוסמכת לקצץ בסמכותה? האם הכנסת רשאית להרחיב את סמכותה, אם תחליט לבטל את הקיצוץ האמור? מקריאת מרבית פסקי־הדין עולה הרושם, כי שופטי הרוב יצאו מנקודת הנחה שהכנסת היא כל־יכולה. היא קובעת את היקף סמכותה, היא מוסמכת לקצץ בסמכויותיה והיא מוסמכת להרחיבן. גישה אחת מרכזית בבית־המשפט סברה, כי הכנסת כמחוקק יכולה לקצץ בסמכויותיה. הגישה המרכזית השנייה הגיעה לכלל מסקנה, כי הכנסת פועלת בשתי כשרויות. הכנסת כאסיפה מכוננת יכולה לחוקק חוקה – באמצעות חוקי־יסוד – המקצצת ומגבילה את כוחה של הכנסת כמחוקקת. עוד נמצא בפסקי־הדין, כי מרבית השופטים נוטים לגישה, כי זכות הקניין היא זכות תוקפת מוגנת, אלא שהפגיעה שפגע בה התיקון ל"חוק גל" עומדת בדרישות פיסקת ההגבלה, ועל כן אין מקום לבטל אותו תיקון.

ברצוני להצביע על הספקות הבאים שנובעים מנקודת מוצא בסיסית, והיא הטעם והמטרה שבכינון חוקה במדינה דמוקרטית. דמוקרטיה מודרנית מבוססת על תפיסה חברתית של ליברליזם, ושואפת להכיר באוטונומיה של רצון הפרט כיסוד מרכזי של התברה והמשפט.[35] הדמוקרטיה המודרנית שמה את האדם היחיד במרכז ושואפת להגן על זכויות היסוד שלו. המתח שנוצר בתברה דמוקרטית בין הנבחרים לבין הבוחרים דומה למתח הקיים בכל מצב של שליחות (agency), בו קיים חשש שהשלוח יחרוג מן המסגרת שיועדה לו, או שינסה לנצל לרעה את האמון שניתן בו, או יעדיף את האינטרסים שלו על פני האינטרסים של השולח.[36] חברי בתי המחוקקים פועלים כדי לקדם אינטרסים צרים

33. א' ברק (לעיל, הערה 2), עורך הבחנה מעניינת בין פגיעה והגבלה בזכות יסוד, מחד גיסא, לבין ביטולה או שינויה מאידך גיסא. נראה לי שהבחנה זו אינה משפיעה על המשך הדיון ברשימה זו.

34. במקור: האם אלהים יכול ליצור אבן שהוא לא יכול להרים...

35. כהן (לעיל, הערה 6) 8-9, וכן בספרו המשפט (לעיל, הערה 3) בעיקר 512 ואילך; ברק (לעיל, הערה 25), 201.

36. השופט ברק התייחס לשאלה דומה בעניין חובת האמון של עובדי ציבור: "כלל יסוד הוא בשיטתנו המשפטית כי אסור לו לעובד ציבור להמצא במצב בו קיימת אפשרות ממשית של ניגוד ענינים (conflict of interest). לכלל זה מקורות מספר, אשר החשובים בהם הם כללי הצדק הטבעי מזה וכללי האמון מזה... על אחת כמה וכמה שקיימת אפשרות ממשית למשוא

nevo.co.il

וקצרי טווח.[37] לא מוגזם להניח, כי האינטרס המיידי של חבר בבית הנבחרים הוא להיבחר שנית, וכדי להצליח מטרתו היא לחלות את רצון שולחיו, מיידית ובכל מחיר. אינטרסים ארוכי טווח, שנובעים מראייה רחבה של "טובת כלל החברה לרבות היחיד או המיעוט" לא תמיד יעמדו לנגד עיניו של חבר בית הנבחרים. כדי למנוע פגיעות של הרוב ביחיד ובמיעוט יש צורך במסגרת נורמטיבית שתמנע מאותם חברי בתי המחוקקים לפעול בניגוד לעקרונות הבסיסיים.

לאור זאת ניתן לומר, כי מטרת החוקה היא לשרטט בבירור את תחומי סמכותה של הרשות המחוקקת; למנוע מהרוב לנצל את כוחו הרובני ולפגוע ביחיד ובמיעוט; למנוע מאירועים ארעיים לפגוע ב"אני מאמין" של החברה. זה תפקיד החוקה. לאמור, תפקיד החוקה הוא להגביל את חברי הכנסת; להבטיח כי פעולתם לא תושפע רק מאינטרסים קצרי טווח של פופוליזם, שנועד לחלות את רצון הרוב על חשבון זכויות יסוד של המיעוט. קולעים הדברים שכתב פרופ' יצחק זמיר:[38]

> הפרופסור בנימין אקצין אמר פעם שניתן להשוות חוקה למנעול. בשביל מה מתקין אדם מנעול על דלת ביתו? והרי אין צורך במנעול נגד צדיקים, שממילא לא יכנסו לבית לא שלהם, ואף אין תועלת במנעול נגד רשעים, שיהיו מוכנים לפרוץ את המנעול, אלא שרוב בני האדם אינם צדיקים ואינם רשעים, אלא אנשים בינוניים, ואלה צריכים את המנעול כדי שלא יהיה ספק בלבם אם מותר או אסור להם להכנס לבית זה ולהדרתיע אותם מן הנסיון להיכנס לאותו בית ללא רשות. כך אף החוקה שהיא דרושה לצורך הבהרה, הנחיה והרתעה של אנשי ציבור רגילים, בעיקר כדי שיימנעו מלפגוע ביורעין בתירויות האזרח.

פנים ולדעה משוחדת כאשר עובד ציבור משמש בעת ובעונה אחת בשני תפקידים, אשר בינהם קיימת אפשרות ממשית של ניגוד עניינים. ניגוד העניינים יוצר משוא פנים, והאפשרות הממשית לניגוד עניינים היא היוצרת אפשרות ממשית למשוא פנים...

את הכלל בדבר איסור על ניגוד עניינים ניתן לבסס אף בדרך נוספת. הדין מכיר בכך, כי במקרים מסוימים נתון אדם במצב של אמון (Loyalty) כלפי רעהו. זהו הדין ביחסים שבין שלוח לבין שולחו, בין המנהל לבין התאגיד, בין הנאמן לבין הנאמנות. רשימת מצבים זו אינה סגורה והיא 'קיימת במגוון רב של יחסים משפטיים'... נראה לי כי המשותף למצבים אלה הוא כי בידיו של אדם הופקד אינטרס של אחר אשר על הפעלתו הוא אמון... קיים חשש, כי כוח ללא פיקוח וריסון יביא לידי שימוש לרעה באותו כוח": בג"צ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פ"ת ג' מועצת עיריית פתח־תקוה ואח', פ"ד לד (2) 566, 569-570.

37. M. Granfield, "Changing Industries and Economic Performance", J.F. Weston (ed.) **Large Corporations in a Changing Society** (New York, 1974). וראו גם בהמשך, ליד הערות 46-47.

38. י' זמיר, "אתיקה בפוליטיקה", משפטים יז (תשמ"ז) 250, 268. ההדגשה הוספה.

חוששני שההכרה במעשי ידיה של הכנסת כחוקה פירושה שבית־המשפט העליון מעניק את הזכות לתליית המנעול לידי "אנשי ציבור רגילים". ברצותם ישימוהו, וברצותם להיכנס יסירוהו, וכך נמצא, שלעולם לא ייתשבו לפורצים. אם הכנסת היא זו הרשאית לחוקק את החוקה, הרי שחברי הכנסת הם התחול המופקד על השמנת; אם חברי הכנסת הם שמוסמכים לקבוע את ה"אני מאמין" הערכי של החברה, הוסר "מסך הבערות" מעיניהם. חבר כנסת נבחר לשמש ככהן, ומחליט בעצמו למלא תפקיד כנביא, לא יחדל מהיות כהן ולא יתחיל לחשוב ולפעול במושגים של נביא.[39]

אי אפשר להתייחס בכלים משפטיים פורמליים לשאלה, אם הכנסת היא אסיפה מכוננת, ואם תיאוריית "שני הכובעים" מקובלת ונכונה. אין צריך לומר, שלא דברי הכנסת ולא דברי הסבר להצעות החוק יכולים לשמש מקור המעיד על כוחה של הכנסת לכונן חוקה. מדובר בשאלה ערכית חברתית ופוליטית חשובה מאין כמותה. היא נוגעת לעקרונות יסוד של סוגיית "ניגוד האינטרסים", וקשה לקבל את ההשקפה כי יש לבחון אם הכנסת הנוכחית מוסמכת להתקין חוקה לישראל רק לנוכח ההיסטוריה התוקפית של האסיפה המכוננת, הכנסת הראשונה והכנסות הבאות אחריה. לא יועילו גם התחקות אחר כוונת המחוקק וראיות שונות מתוך דברי הכנסת, שהרי ברור שחלק ניכר מחברי הכנסת מבקשים להרחיב את סמכותם ולהבתיר עצמם כחברים גם באסיפה המכוננת. והחשש ששלטון הרוב ירמוס את זכויות המיעוט לא נחלש, גם אם נראה ברוב חברי הכנסת מי שמיועדים למגוע רמיסה שכזאת. בצורך מנסה הנשיא ברק למצוא תימוכין "תיצוניים" להשקפתו. עם כל הכבוד, קשה להשתכנע שתימוכין כאלה נמצאים – לא ברמה היורי־ספרודנטלית[40] ולא ברמת "משק כנפי ההיסטוריה", לא בהכרת הציבור־הריבון במהפכה החוקתית ולא בהעורכתו את חברי הכנסת.[41] במאמר מוסגר אוסיף ואומר, שגם הניתוח

39. ראו לעניין זה, בין היתר, R. Gavison, "The Controversy Over Israel's Bill of Rights", 15 **Israel Year Book of Human Rights** 113, 151-154.

40. ראו, למשל, את העדתו של ע' ולצברגר, "הסמכות המכוננת בישראל: שתי הערות אגב לאימרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש", להלן עמ' 679.

41. בפיסקה 17 לפסק־דינו של הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי נ' מגדל (לעיל, הערה 2) נכתב: "דומה שלא יכול להיות ספק, כי שאלת החוקה וחוקי היסוד עמדו על סדר היום הלאומי, נידונו בבחירות, והמפלגות השונות נקטו עמדה ברורה בעניין זה... די בכך שהעניין הובא לתודעת הציבור אשר נתן דעתו לשאלת החוקה". וכך, בפיסקה 44 מציין הנשיא ברק את התשתית "העובדתית" התומכת במסקנתו בדבר כוחה של הכנסת לכונן חוקה: "ההיסטוריה התוקפית, הבנת הכנסת את עצמה, תפיסת היסוד של מלומדים וסופרים, הבנתם של בוחרים שהלכו לבחירות השונות, הלכות ואמרות של שופטים ותגובת הכנסת עליהם" (כל ההדגשות הוספו). קשה למצוא ראיות התומכות במסקנות אלו. ייתכן אפילו כי האפיזודה התולפת של תנועת "חוקה לישראל", שהוקמה בקול תרועת רמה והתפוגגה תוך תקופה קצרה כאיד, מעידה אולי דווקא על מסקנה שונה. במאמרו על המהפכה החוקתית, מפרט פרופ' ברק (לעיל, הערה 1) את גישתו של פרופ' קלין בדבר תיאוריית שני הכובעים,

nevo.co.il

המשפטי הפורמלי לא מצביע בהכרח על מסקנת שופטי הרוב, כפי שמצליח להראות זאת השופט ד"ר חשין.

לטעמי, אין לקבל שהכנסת מוסמכת לחוקק חוקה. ייתכן שיש לה כוח לצמצם את סמכותה המקורית, אך ודאי שאין היא כל־יכולה וסמכותה המקורית הינה סמכות מוגבלת. סמכותה נגזרת מרצונו של הריבון שבחר בה. הריבון השולח הוא שמוסמך לחולל מהפכה חוקתית, ולא השלוח.

למרבה האירוניה, מהווה ההחלטה בפרשה הנדונה הוכחה, כי החששות בדבר נטיית הרוב לנצל את כוחו הרובני ולהשיג יתרונות על חשבון מיעוט או בודדים, אכן יתגשמו. אם זכות הקניין אכן הפכה להיות זכות חוקתית מוגנת[42] – ואין צריך לומר שיש ספקות אם החברה הישראלית אכן רואה את הדברים כך – ואם התוק המתקן אכן פגע בזכות הקניין של נושי חקלאים מסוימים – וגם בכך לא הכל תמימי דעים – הרי שמסקנת בית־המשפט העליון – שהפגיעה שפגע התיקון ל"חוק גל" אינה מהווה עילה לביטולו של התיקון, כיוון שהיא עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה כיוון שהתכלית למנוע קריסתו של המגזר החקלאי היא ראויה ו"אין אמצעי סביר קל הימנו לשם השגת התכלית הראויה",[43] נראה לי שתקנה זו מתטיאה, כאמור, עם כל הכבוד את מטרת כינונה של חוקה.

צאו וראו במה דברים אמורים, לשיטתו של בית־המשפט העליון: בנק הוא נושה, לא אהוד במיוחד בחברה הישראלית. חקלאים חייבים לו כספים. החקלאים במצוקה ואם ייאלצו לשלם את חובם, קרוב לוודאי שיתמוטטו וכל הענף החקלאי יעמוד בסכנה. לציבור הישראלי אינטרס עליון להגן על ענף החקלאות. בנסיבות העניין, ההגנה הזו עולה ממון רב. בפני הממשלה והמחוקק עמדה למעשה שאלה אחת פשוטה: מי יישא בנטל ההגנה על הענף? שלוש אפשרויות קיימות: האחת: החייבים – אפשרות שנדחתה על ידי המחוקק בגלל הרצון למנוע את קריסתם, ובגלל המסקנה, כי טובת הכלל מצדיקה תמיכה בהם. השנייה – כלל הציבור, באמצעות תקציב המדינה ומעדכת המסים. השלישית – ציבור הנושים של החקלאים, המהווה מיעוט קטן בחברה הישראלית. הכנסת החליטה לפגוע במיעוט כדי לספק את רצון הרוב, כדי להציל אינטרס חיוני לכלל הציבור בישראל, אך גם החליטה, שלא הציבור ישלם עבור המטרה שהציבור חפץ בהשגתה.[44]

ובדבר המעמד העליון של חוקי־היסוד על פני חוקים רגילים, והוא מעיר: "השקפה זו של פרופ' קליין ראויה לעיון מחדש. דומה שלא ניתן לה בעבר המשקל הראוי."

42. יש לזכור, כי לאור התוצאה אליה הגיע בית־המשפט העליון, הרי שמרבית הדברים שנקבעו בו מהווים "הערת אגב" ולא החלטה מחייבת.

43. כדברי הנשיא שמגר בפיסקה 84 לפסק־דינו בענייו בנק המזרחי נ' מגדל (לעיל, הערה 2), וראו בהמשך הערה 42.

44. מסביר הנשיא בדימוס שמגר בפיסקה 84 לפסק־דינו בעניין בנק המזרחי נ' מגדל, שם: "יש בחקיקה שבפנינו השתקפות של ערכי חברה המאמינה באחריותה של המדינה לגורל אזרחיה, המספחת את התחושה שאזרחי המדינה ערבים זה לה." אך נראה שתיאור זה אינו מדויק: אין מדובר בערבות של כלל אזרחי המדינה – האפשרות השנייה שהוזכרה לעיל – אלא הטלת נטל גדול על ציבור קטן. גם המשך דבריו של הנשיא שמגר, בדבר "המידה הדרושה", אינו

nevo.co.il

המסקנה אינה מעודדת: אם הפגיעה בציבור הנושים מהווה פגיעה בזכות חוקתית;[45] אם הפגיעה עומדת בתנאי דרישות סעיף ההגבלה, משמע, ש"החוקה הישראלית החדשה" מאפשרת לרוב הקואליציוני בכנסת לפגוע בזכויות חוקתיות מוגנות של מיעוט (לא אהוד במיוחד) לצורך סיפוק צורכי הרוב!

ה. מקור כוחו של בית־המשפט העליון

מחקרם של ברזילי, יער וסגל[46] מחזק את התחושה שכוחו של בית־המשפט העליון, כעומד בראש הרשות השיפוטית, מקורו ברוח העם. אין לרשות זו נייסות אלא חושים מחודדים. אובדן התושים או הקהייתם יחסלו את מעמדו של בית־המשפט. הריבון יחפש מבטאים אחרים שיגשימו את רצונו. ואולם יש להדגיש, כי אין מדובר ב"קול המון כקול שדי": מדובר ביחסים דו־סיטריים. הרשות השופטת אינה משמשת רק בתפקיד פסיבי של הבנת רוח העם, כי אם גם בתפקיד של מנהיגות רוחנית. הרשות השופטת קוראת וחשה את רוח העם אך גם מקרינה עליה, משפרת אותה ומנסה להעלותה לרמות גבוהות יותר. הרשות השופטת מסננת את הלכי הרוח, מתעלמת מן הרוחות הרעות ומרוממת את הטובות. הרשות השופטת בכשרותה הגבוהה ביותר מאתרת את עקרונות העל, את הנחות היסוד של האמנה החברתית עליה מושתת החברה. בהיותה בלתי תלויה לא ברצונו המיידי והפופוליסטי של הבוחר ולא ברשות הכבצעת, היא משמשת בתפקיד הנביא.

מכאן למסקנה הקושרת אותנו לתחילתה של הרשימה: תחילתו של עידן השלום הקיומי והכלכלי מסמנת את תחילתו של שלב ג'בוש הערכים בישראל, בו ישתתף רוב הציבור הישראלי בפעם הראשונה מאז הקמת המדינה. רוב הציבור הישראלי יוכל עתה להפנות את האנרגיה הטמונה בו ל"קרב תרבותי" זה. המאבקים עלולים לבוא לידי ביטוי, בין היתר, בניסיונות לתקיקה שמטרתה כפייה של אמונה ופולחן דתיים, ובניסיונות "נגדיים" של רוב הילוני לפגוע בחופש הפולחן והדת של המיעוט הדתי. קיומן של זכויות יסוד

מחוק את נסקנתו. שהרי אחד הקריטריונים שהוא מפנה אליהם הוא "הצעד אשר עליו מורה החוק אינו בר־השגה על ידי נקיטת אמצעי פחות בחומרתו. זאת אומרת, הצעד צריך להיות האמצעי הפחות פוגעני למען השגת תכליתו של החוק". האם האמצעי של הטלת נטל החובות על כלל הציבור לא היה בבחינת "צעד פחות פוגעני", כיוון שהיה מטיל נטל קטן יותר באופן שוויוני יותר על כל אדם, בעוד שהצעד שננקט הטיל נטל כבד מאוד על חלק קטן של הציבור? הנשיא ברק מסכים למבחן זה (פיסקה 105 לפסק־דינו), אך הוא מביע התלבטות קשה, ומסכים בסופו של דבר, כי "המקרה הוא גבולי וכי הוא נופל לאותו מתחם הקיקתי המאפשר למחוקק לעצב את ההסדר החקיקתי" (פיסקה 107).

45. כאמור לעיל, ספק אם היה מוצדק בכלל לראות בזכות הקניין זכות חוקתית; יתירה מזו, יש מקום לדון מחדש בשאלה האם החוק המתקן פגע בזכות הקניין, כיון שלהערכתנו, לא כל מה שנראה כזכות קניין הריהו קניין, ולא כל מה שנראה כפגיעה בזכות קניין אכן מהווה פגיעה כזאת. שאלות אלה מחייבות דיון נפרד.

46. ליעיל, הערה 12.

nevo.co.il

וביקורת שיפוטית ראויה על הכנסת יכולים למנוע ממאבק זה לגלוש לתחומים לא ראויים ולטשטש את מרכזיותם של ערכי־העל המקובלים על החברה הישראלית, וכן להבטיח את זכויותיו של המיעוט בישראל לחירות ולכבוד האדם.

מנגד, התלטתו של בית־המשפט העליון לראות בכנסת הנוכחית, וכנראה גם בבאות, אסיפה מכוננת או מחוקק שבידיו הכוח לכתוב את החוקה, עלולה לשחוק את עוצמתה החוקתית של החקיקה הנוכחית. ההחלטות הפוליטיות העומדות בפני הכנסת בנושאים קיומיים של שלום וויתור אפשרי על חלקים מהארץ עלולות לפתות את הכנסת לעשות ויתורים בנושאים חוקתיים. מגמת בית־המשפט העליון לסווג חוקי־יסוד רק על־פי המבחן הצורני־פורמלי עלולה להקל על תהליך בלתי רצוי זה ולשחוק את ההישגים החוקתיים שנשזרו בשיטת המשפט הישראלי באמצעות חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ו. אסיפה מכוננת

1. תפקידיה של הכנסת וביצועיה

ייתכן שרוב הפגמים והקשיים שהוזכרו ברשימה זו מקורם בהעדרו של מנגנון לקביעת עקרונות העל בחברה הישראלית. דרכי ההקיקה של חוקי־היסוד, המחטפים המוזרים שהתגלו[47] ושיתגלו בוודאי בעתיד – מעידים על עובדת יסוד ידועה: הכנסת, הטרודה בפתרונן של בעיות טקטיות, אינה מסוגלת להתפנות לדון ולהחליט בשאלות ערכיות ארוכות טווח. הכנסת פועלת במישור קצר טווח. חבריה עסוקים בהתמודדות עם בעיות עכשוויות ולא בגיבוש ערכים. חוקי הכנסת אמורים לבטא את ערכיה של החברה הישראלית, אך לא לגבשם. וראוי להדגיש: אין באמירות אלה כדי לפגום בהערכתנו את איכות עבודתה של הכנסת ויושרם הציבורי של חבריה. ברשימתו "**Changing Industries and Economic Performance**" מצביע M. Granfield על תיפקודם המסורתי, הבלתי נמנע, של פוליטיקאים הפועלים במסגרת הרשות המחוקקת.[48] הוא משווה את הגוף המחוקק ל"תנות" שהמלאי המצוי בה כולל מונופולים, העדפות ו"הסבות מיוחדות". הפוליטיקאים, על־פי ראייה מפוכחת זו, מוכרים סחורות אלו – באמצעות חקיקת חוקים – לכל המרבה במחיר, כפי שכל סוחר היה נוהג. אין בכך כל פסול; ואין מדובר בקבלת שוחד או כל פעילות עבריינית אחרת. מדובר למעשה במימוש הרצון המדרבן כל פוליטיקאי, לצבור כוח פוליטי באמצעים ידועים, כגון קבלת הבטחות להיבחר או תרומות לקרן הבחירות של הנבחר.[49] האינטרס העליון והמידי של כל פוליטקאי הוא להיבחר

47. ראו לעיל, הערה 19 והטקסט אליו היא מתייחסת.

48. לעיל, הערה 37.

49. המחשה מרתקת של המענה לעניין חקיקת מסים בארצות־הברית ראו למשל: R. Doernberg, F. McChensney, "On the Accelerating Rate and Decreasing Durability of Tax Reform", 71 **Minnesota L. R.** (1987) 913-962.

nevo.co.il

בבחירות הקרובות.[50] מטרות ארוכות טווח, ביסוסן וגיבוש ערכי יסוד אינם תפקידים המעניינים את חברי הרשות המחוקקת ואין הם עוסקים בהם הלכה למעשה. אין לחברי הרשות המחוקקת יכולת, רצון, זמן ומשאבים להתמודד עם תפקידים אלה. המשימות הללו מוטלות, להלכה ולמעשה, על גוף אחר – גוף שנועד לעצב את ערכי החברה, גוף הקובע את ערכי החברה ומנסח אותם לערכי־על. בלשונו של "אחד־העם": הגביא ולא הכהן.

2. אסיפה מכוננת נפרדת מהרשות המחוקקת

המושגים הידועים, כגון: "כהן ונביא", "טקטיקה ואסטרטגיה", "טווח קצר וטווח ארוך", "מסך הבערות" ו"תליית המנעול", מתארים מה שברור וידוע: ההפרדה בין שתי הפונקציות – זו שנועדה לעצב, לגבש ולנסח את ערכי־העל של החברה וזו המנסחת חוקים – מהויבת המציאות. הפיתרון המתבקש הוא פשוט: הקמת רשות נפרדת מן הכנסת,[51] שתעסוק בניסוחה של התוקה. לאסיפה זו ייבחרו נציגי העם שאין להם עניין בטיפול בבעיות פוליטיות שוטפות (איסור על חברי אסיפה זו להיבחר במשך שנים רבות לכנסת), שייבחרו על־ידי העם לצורך אחד בלבד – איתור, גיבוש וניסוח הערכים המקובלים בחברה הישראלית. כך נוהגות אומות מתוקנות. העובדה שהדבר לא נעשה מיד עם הקמת המדינה אין פירושה כי ההזדמנות הוחמצה לעד.[52] מדינת ישראל מתקרבת ליובל שנת החמישים שלה. 1998 תהווה הזדמנות נאותה לכונן אסיפה מכוננת, שמשימתה העיקרית תהא ניסוח חוקה ואישורה.

ו. סיכום

ברשימה קצרה זו ביקשתי להצביע על מגמות ההולכות ותופסות אחיזה בתורת המשפט הישראלי. נראה לי כי ראוי להאט את קצב התפתחות הדברים ולהצביע על מספר ספקות. ניסיתי להראות כי הריבון הישראלי, קרי העם, מבקש ליצור ביקורת שיפוטית על הרשות המחוקקת. הזרמים השונים בחברה הישראלית מתקשים עדיין להתגבר על המתחים הקיימים בה ולגשר על הפערים התרבותיים שביניהם, בעיקר בגלל בעיות של שלום וביטחון, ועל כן מתקשים לגבש חוקה פורמלית. העדרה של חוקה פורמלית אינו מונע את ההכרה בזכויות האדם. הרשות הסופטת תקיים את רצונו של הריבון, אם תמנע מהרשות המחוקקת פגיעות לא מוצדקות בזכויות האדם גם ללא הסמכה פורמלית. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מהווה מהפכה קונסטיטוציונית כי אם התפתחות תוקתית המונהגת מאז ראשית ימי המדינה על ידי בית־המשפט העליון, כמבטא את רצונו של הריבון בישראל. סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מהווה ביטוי להכרתה של

50. ראו בין היתר אצל B.H. Siegan, **Drafting Constitution for a Nation or Republic Emerging into Freedom** (1992) chap.6.

51. על יתרונותיה הבלתי מעורערים של הקמת שני בתי מחוקקים, לאו דווקא לצורכי חוקה, ראו מייטן (לעיל, הערה 18).

52. על גישה אחרת ראו למשל את השקפה של פרופ' בייזון (לעיל, הערה 39).

nevo.co.il

הכנסת בסמכותו הטבעית של בית־המשפט לבטל חוקים הנוגדים את ערכי היסוד של החברה הישראלית. ואולם, אין לדעתי לראות בכנסת אסיפה מכוננת, ואין לה הסמכות לתוקק חוקה, כשם שאין בכוחה לשלול את זכויות היסוד המקובלות על החברה הישראלית. מקוד סמכותו של בית־המשפט לבטל פגיעה בזכויות חוקתיות אינו תלוי ברצונה של הכנסת, ואין הכנסת יכולה לפגוע בסמכות טבעית זו. על אף אורכו של פסק־הדין של בית־המשפט העליון בעניין תוקפו של החוק המתקן ל"חוק גל", ולאור התוצאה אליה הגיעו כל שופטי בית־המשפט העליון, יש לראותו ברובו כהערת אגב, ולא כתקדים מחייב.

במקביל להכרה בסמכותו "הטבעית" של בית־המשפט העליון, יש צורך להתחיל להיערך לקראת בחירתו של בית נבחרים שמטרתו היחידה תהיה גיבוש הערכים המקובלים על החברה הישראלית כערכי־על, כעקרונות יסוד בחברת הישראלית.

nevo.co.il