חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח

יהודית קרפ*

מוקדש באהבה לזכרו של טורי ורבי שמעון אגרנט
ז"ל, אדם ושופט דגול שאלמלי מפעל חייו לקידום
זכויות האדם בישראל, ואלמלי המורשת שהנחילנו
– אפשר שמאמר זה לא יכול היה להכתב.

א. הקדמה. ב. הפשרה המהפכנית – על המתח שבין מסמך פוליטי למסמך משפטי: 1. חוק-היסוד כמהפכה חוקתית; 2. החוק כפשרה; 3. המתח שבין הפוליטי למשפטי; 4. חוקה כאוטוביוגרפיה של יחסי כוח; 5. מטרת החיבור – בחינת המתח שבין הפוליטי למשפטי; 6. ניתוח החוק כחלק מן השיטה המשפטית. **ג. התהליך הפוליטי – טיבה של ההסכמה:** 1. טיב המחלוקת הפוליטית; 2. הדרך לפשרה; 3. ה"אטומיזציה" של זכויות היסוד; 4. נוסחת ה"דמוקרטיה היהודית"; 5. ההבנה הפוליטית. **ד. מעמדו של עקרון השוויון:** 1. הערכו של סעיף השוויון; 2. עיגונו של עקרון השוויון מכוח סעיף המטרה; 3. עיגונו של עקרון השוויון כמובנה בערך כבוד האדם; 4. עיגונו של עקרון השוויון מכוח תביעתן העצמית של זכויות היסוד; 5. עליונותו הנורמטיבית של סעיף השוויון; 6. עקרון השוויון ורצון המחוקק; 7. רצון המחוקק נסוג מפני תכלית החוק. **ה. מעמדן הנורמטיבי של זכויות היסוד – סמכות בית-המשפט לבטל חוקים:** 1. שתיקת המחוקק בשאלת המעמד הנורמטיבי; 2. המעמד הנורמטיבי בראי ההיסטוריה החקיקתית; 3. העדר שריון פורמלי וסמכות בית-המשפט; 4. השריון הנורמטיבי וסמכות בית-המשפט; 5. התיזוקים לקביעת העליונות הנורמטיבית; 6. השריון הנורמטיבי ודוקטרינת ריבונות-המחוקק; 7. שריונו הנורמטיבי של חוק-היסוד; 8. **האיזון: עליונות נורמטיבית בצל ריבונות המחוקק. ו. חוק חכם ונבון ממחוקקו.**

* המשנה ליועץ המשפטי לממשלה.

א. הקדמה

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהוגדר – יחד עם חוק-יסוד: חופש העיסוק – כחוק הנושא בשורתה של מהפכה חוקתית, נתקבל לאחר מאבק פוליטי ממושך והוא פרי פשרה פוליטית, שגובשה על רקע מאבקי כוח. מטרת המאמר היא לבחון את המתח שבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כמסמך פוליטי לבין החוק כמסמך משפטי ולנסות לברר האם מבטא החוק כמסמך משפטי את כוונת מחולליו בשדה הפוליטי. המתח שבין הפוליטי והמשפטי ייבחן על רקע ההיסטוריה החקיקתית ועל רקע השיטה המשפטית ובהיבט כפול: מקומו של עקרון השוויון בין הזכויות, המעוגנות בחוק-היסוד, ומעמדו הנורמטיבי של חוק-היסוד בהיבט של סמכות בית-המשפט לבטל חוקים שאינם מתיישבים עמו. המסקנה העולה מן המאמר היא כי קיימת אפשרות של פער בין ההבנה הפוליטית המסתברת לבין התוצאה המשפטית, כשהיא מתפרשת על בסיס תפישה פרשנית תכליתית.

לעניין עקרון השוויון – מסקנה זו נובעת מן ההערכה, שעל אף שאי-הכללתו בחוק-היסוד היתה חלק מן הפשרה הפוליטית – ניתן לראותו כמעוגן בחוק היסוד וכשואב מעליונותו הנורמטיבית, בין מכוח סעיף המטרה שבחוק-היסוד, בין כחלק בלתי נפרד מערך כבוד האדם, בין מכוח תביעתן העצמית של זכויות היסוד, המעוגנות בחוק-היסוד, ובין מכוחם המצטבר של כל אלה. לעניין מעמדו הנורמטיבי של חוק-היסוד – נובעת מסקנת הפער האפשרי שבין הפוליטי למשפטי מההערכה, שעל אף שכחלק מן הפשרה הפוליטית לא נכלל בחוק-היסוד סעיף, המסמיך את בתי-המשפט לפסול חוקים העומדים בסתירה לו – הרי שסמכות זו נתונה בידי בתי-המשפט מכוח פרשנותו המשפטית של חוק-היסוד ולאור הוראת שריון משתמעת שבו.

עם זאת, נראה שיש יותר מקום לסברה, לאור דוקטרינת ריבונות המחוקק, שעליונות נורמטיבית זו של חוק-היסוד אינה עליונות מוחלטת, אלא עליונות יחסית בלבד. אין משמעותה שלילה מוחלטת של כוחו של המחוקק לגבור על חוק-היסוד ולסתור אותו. כשם ששריון פורמלי אינו מגביל את המחוקק בתוכן חקיקתו, אלא בהליכי השינוי בלבד (דרישת רוב מיוחד), כך גם השריון המשתמע, יש בו כדי להגביל את המחוקק בפרוצדורה של השינוי בלבד, דהיינו, בתנאי של אמירת מתוקק מפורשת לעניין רצונו לגבור על חוק-היסוד. בית-המשפט מוסמך לבחון את תוקפם של חוקים לאורו של חוק-היסוד, רק כל עוד לא אמר המחוקק אמירה מפורשת, שלחוק הסותר יהיה תוקף על אף האמור בחוק-היסוד. נראה, אפוא, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבש לבוש שונה במידת-מה מזה שתיכן לו עושהו. מבחינת היקף הזכויות המעוגנות בו – יש בחוק-היסוד יותר ממה שהיה בכוונתו המשוערת של מתוקקו לתת. מבחינת מאזן הכוחות שבין הרשות השופטת לרשות המתוקקת – מגלם חוק-היסוד פשרה: לבית-המשפט נתונה אמנם הסמכות לפסוק בדבר פסלותו של חוק, אולם סמכות זו מוגבלת ומסתיימת נוכח אמירה מפורשת של המחוקק בדבר רצונו לסטות מחוק-היסוד. כוחו של השריון, הנובע מפיסקת ההגבלה שבחוק, לרסן את המחוקק הוא כוח יחסי בלבד.

במאזן הסופי – יד הרשות המחוקקת היא על העליונה. ואף-על-פי-כן מהווה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ציון דרך חוקתי חשוב: ממנו פינה וממנו יתד לסמכותו

של בית-המשפט לפסול חוקים, שאינם מתיישבים עם ערכי היסוד של השיטה, כפי שמצאו את ביטויים בחוק-היסוד.

ב. הפשרה המהפכנית – על המתח שבין מסמך פוליטי למסמך משפטי

1. חוק-היסוד כמהפכה חוקתית

בחודש מרץ 1992, ימחי אדר א' ואדר ב' בשנת התשנ"ב, תוקקה הכנסת את חוק-יסוד: חופש העיסוק,[1] ואת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.[2] לא הרבו בשמחה בחדשי אדר אלה לרגל קבלתם של חוקי-היסוד, לא בכנסת ולא באמצעי התקשורת. הדממה הדקה שליוותה את חקיקתם, כמו לא צפנה את בשורת לידתם של חוקים, שעתידים היו להיות מוגדרים כמהפכה חוקתית בישראל.

משנחקקו החוקים אמר השופט ברק:[3]

> לא הכל מודעים לכך, אך לאחרונה התחוללה מהפכה בישראל. זוהי מהפכה חוקתית, אשר הכנסת – כגוף מכונן – גרמה... מכותה של חקיקת-יסוד זו, הפכו זכויות האדם בישראל – בדומה למצב בארצות הברית, קנדה ומדינות רבות אחרות – לנורמות משפטיות בעלות מעמד חוקתי עדיף... זכויות היסוד ההלכתיות הפכו עם חקיקתם של חוקי-היסוד לזכויות "כתובות על ספר". הן מחייבות מעתה לא רק את האורתים והתושבים,[4] ולא רק את רשויות המינהל, כגון הממשלה והרשויות המקומיות. הן מחייבות מעתה את הכנסת עצמה. מעל הכנסת כרשות מחוקקת עומדת הכנסת כרשות מכוננת, ומעל לתוק הרגיל של הכנסת עומדים שני חוקי-היסוד... מעתה, בית-המשפט יוכל לא רק לפרש תוק הנוגד את עקרונות היסוד, אלא גם להצהיר על בטלותו.[5]

1. נתקבל בכנסת ביום כ"ח באדר א' התשנ"ב (3.3.92). פורסם ס"ח התשנ"ב 114; ה"ח התשנ"ב 102.
2. נתקבל בכנסת ביום י"ב באדר ב' התשנ"ב (17.3.92). ס"ח התשנ"ב 150; ה"ח התשנ"ב 60.
3. דברים בטקס קבלת דוקטור של כבוד באוניברסיטת חיפה מיום 18.5.92 (לא פורסמו); וכן א' ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", **משפט וממשל** א (תשנ"ב), 9 (להלן: "המהפכה החוקתית").
4. לשאלת תחולתם של חוקי-היסוד הנרונים על הפרט, בהבדל מתחולתם על רשויות המדינה – ראו הערה 185 להלן.
5. להערכת התוקים כמהפכה חוקתית ראו גם דברי השופט אלון בבש"פ 2169/92 **פוויסה נ' מדינת ישראל** מיום 8.5.92 (טרם פורסם) ודברי השופטים אלון וברק בע"א 294/91 **חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום** פ"ד מו (2) 464; להלן עניין **קסטנבאום**; D. Kretzmer, "The New Basic Laws on Human Rights: A Mini – Revolution in

שר המשפטים ד' מרידור אמר, בסמוך לאחר קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:[6]

> נראה, אפוא, כי המאבק, המתנהל שנים רבות להקיקת זכויות האדם, לא רק כנגד רשויות המינהל אלא אף כנגד הרשות המחוקקת – במסדה שאף היא תוגבל ותוכפף לזכויות אלה – נשא פירות, שיש לברך עליהם. אני סבור, שזו אכן דרך חשובה ביותר, שכמוה לא היתה מאז הקמת המדינה.[7]

2. החוק כפשרה

אך דומה שימי קבלת חוקי-היסוד בכנסת לא ימי מהפכה היו, אף לא ימי התרוממות והתעלות;[8] ימי קטנות היו, ימים של מאבקים ופשרות. הקולות, שעלו מן הכנסת בעת הדיונים בחוק, ספק אם יש בהם כדי להעיד על מורעותם של חברי הכנסת לחלקם ולשותפותם בתהליך של מהפכה חוקתית. שר המשפטים ד' מרידור אכן הגדיר את החוק כחשוב מאד[9] ויו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ח"כ א' לין, דיבר בבשורה לעם

Israel Constitutional Law?" 26 **Isr. L. Rev.** (1992) 238.

6. דברים בסימפוזיון על *חוק-יסוד: החקיקה*, שנערך ביום 7.4.92 בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה (פורסמו בחוברת זו).

7. ראו גם דברי שר המשפטים ד' מרידור כמצוטט אצל א' ברק, לעיל הערה 3 עמ' 12-13.

8. R. Gabizon, "The Controversy Over Israel's Bill of Rights": 15 **Israel Year Book on Human Rights**, 113, 152.

"Thus, it is not surprising that bills of rights are enacted in "revolutionary" moments in the history of nations. Only in such moments can representatives be expected to transcend their narrow interests and vote, in a way, against these interests."

בסיכום הערכתה בדבר הסיכוי שתחוקק מגילת זכויות אדם בישראל אומרת המחברת:

"... Today it would seem almost strange to conduct arguments about the basic premises of the state in the midst of 'normal' politics. It appears that the unique opportunity for a bill of rights has passed, at least for now... Israel needs another moment of national elation".

(שם, בעמ' 4-153).

וראה גם א' ויתקון, "המשפט בארץ מתפתחת", **ספר היובל לשנחס רחן** (תשכ"ב) 66, 75:

"...ואין זו אלא בשעות ההתרוממות והנדירות... שמשימה זו ניתנת לביצוע... אלה וימים שבהם מורגש הצורך יותר משהוא "מובן" לקדש בחוק את זכויותיו הגדולות של האדם ולהבטיח לו חופש מפני העריצות".

9. קריאה ראשונה, ד"כ התשנ"ב בעמ' 1530-1; קריאה שניה ושלישית ד"כ התשנ"ב עמ' 3789.

ישראל.[10] אך ניכרים יותר דברי חברי הכנסת, שהביעו את כאב החלקיות וההשלמה עם פשרה בשם ה"קונסנזוס" הלאומי.[11] כך תואר החוק כחוק של יאוש, חוק של זכויות אדם לעניים, ונסיגה גדולה;[12] חוק שהוא מעט מאד, מצער ומסוכן;[13] כחצי פרוסת לחם בידו של עני;[14] כאחיזת עיניים, כתוק מעוקר ומסורס;[15] חוק שהוא "קצת בהריון עם החוקה

10. ד"כ התשנ"ב בעמ' 3788.

11. ח"כ א' לין, קריאה שניה ושלישית, ד"כ התשנ"ב בעמ' 3782: "החוק הזה הוכן בהבנה שעלינו ליצור הסכמה רחבה של כל סיעות הבית. היינו מודעים לכך, שאין אנו יכולים להעביר חוק-יסוד, שמעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם לא נגיע להסכמה רחבה של כל סיעות הבית". ובהמשך: "היו פה ויתורים מפליגים לעומת כל חוקה שמקובלת בעולם, כי רצינו להגיע לאותה הסכמה כללית שאכן הגענו אליה". (שם, בעמ' 3783). וכן דברי שר המשפטים (שם, בעמ' 3788) ודברי מציע ההצעה ח"כ א' רובינשטין (קריאה ראשונה, ד"כ התשנ"ב בעמ' 1236; קריאה שניה, ד"כ התשנ"ב בעמ' 3789).

כך אמר גם ח"כ י' קלינגהופר בעת הדיונים באחד מגלגוליה הקודמים של ההצעה: "...צריך לצאת מתוך מידה מינימלית של קונסנזוס בעם על-מנת שחקיקה קונסטיטוציונית תהיה רלוואנטית, אחרת אתה מעלה על הנייר משהו שאין לו סיכוי להתקיים במערכת המשפט". (דיון ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 6.12.82, פרסום הכנסת "דיוני הוועדה לחוק-יסוד הכנסת העשירית" 7).

ביטוי מסוים להסכמה ניתן למצוא בעובדה שכל חברי הכנסת, למעט ח"כ א' רביץ וש' הלפרט, הסירו את הסתייגויותיהם לחוק בעת ההצבעות. אולם מיעוט המשתתפים בהצבעה וכן הרוב המצומצם שבו התקבל החוק בקריאה השלישית (32 בעד, 21 נגד ונמנע אחד) – ספק אם יש בהן כדי להעיד על הסכמה רחבה. גם תוק-יסוד: תופש העיסוק נתקבל במיעוט משתתפים (בעד החוק הצביעו בקריאה השלישית 23 חברי כנסת, ללא מתנגדים או נמנעים).

12. ח"כ ש' אלוני, קריאה ראשונה, ד"כ התשנ"ב בעמ' 1240-1241: "זה חוק של יאוש, זה תוק של זכויות אדם לעניים... אנחנו מתרתקים ממה שאימצה מדינת ישראל הן במגילת העצמאות והן בקווי היסוד של הממשלה הראשונה... אנחנו בנסיגה גדולה... זו הצעה של יאוש לצורך הצלה". וכן ח"כ מ' שחל (שם, בעמ' 1244), שהגדיר את החוק כ"תוק לאביונים".

13. ח"כ מ' וירשובסקי, ד"כ התשנ"ב בעמ' 1242.

14. ח"כ מ' נפאע, ד"כ התשנ"ב בעמ' 1245.

15. ח"כ צ' ביטון: "...זה זכויות אדם לירמאים שמכינים את עצמם לבחירות הבאות... כל חוק בנושא זכויות האדם מעלה מיד חשדם והתנגדותם של הדתיים, השמרנים, הימניים והטרנספריסטים... הגישה הבטחוניסטית הממארת, שכופפת כל דבר לשיקול ביטחון, שמעניקה זכויות בערכון מוגבל בתנאי שהביטחון קודם לכל... הלחץ והצורך להביא לחקיקה כלשהי בנושא זכויות האדם היסודיות עלולים לגרום לכך, שיחקק חוק-יסוד שיביא להרעת המצב מבחינה חוקתית בגלל סייגים וניסוחים של פשרות ואיזונים...

וקצת בהריון עם תקנות לשעת-חירום"[16] וכצעד קטן מדי,[17] אפילו מציע ההצעה, ח"כ א' רובינשטיין, הציגה כהצעה שאינו שלם עמה והיא "צנועה ומינימלסיטית".[18]

3. המתח שבין הפוליטי למשפטי

השגיות שאפיינה את יחסם של חברי הכנסת לחוק-היסוד עובר לקבלתו, מעוררת, מטבע הדברים, שאלות ותמיהות: האם היו חברי הכנסת מודעים להשלכות המשפטיות החוקתיות מרחיקות הלכת של הסכמתם הפוליטית? האם סברו שפשרות, שעשו בשם *ההסכמה הכללית*, הצמיחו חוק בעל משמעות מוגבלת וצנועה והרחיקו את עידן המהפכה? או אפשר שסברו שמהפכה זו, אם היא מתרחשת, השתיקה ומיתון הדיבור יפים לה? האם המינוריות שעלתה מדבריהם של דוברים מבין חברי הכנסת משקפת אי-נוחות מפשרה חסרת בשורה שהושגה, או שמא יש כה להצידד על "מסך בורות",[19] שמאחוריו פעלו בהערכת תוצאתה של אותה פשרה? ואולי מלכתחילה לא כוונה "ההסכמה הכללית" –

והסכנות הרובצות לפתחו של חוק כזה הן סכנות גדולות ועצומות... כולו מעוקר ומסודם מוגבל ועלוב, הוא נתון לחסדי תקנות שעת חירום וכפוף לשיקולים של ערכיה של המדינה כמדינה יהודית. חוק המקדש את כל החוקים הרעים והתקנות הפסולות שנעשו עד היום ונותן להם כעת חותמת של כשרות לכל דבר". וקריאה ראשונה, ד"כ התשנ"ב בעמ' 1528).

16. ח"כ ג' כהן, ד"כ התשנ"ב בעמ' 1529.

17. ח"כ י' ביילין, ד"כ התשנ"ב בעמ' 1530.

18. קריאה טרומית, ד"כ התש"ן בעמ' 403. דברים אלה נאמרו בעת הקריאה הטרומית של הצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם, שהיתה הצעה שלמה יותר מהצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר שימשה בסיס לחוק הנדון.

19. במובן הרולסייני אכן היה "מסך בורות" מסוים, שכן החוק נתקבל דווקא בתקופה של ערב בחירות ולא ניתן היה לצפות בוודאות את תוצאותיהן. ר' גביזון (לעיל, הערה 8, בעמ' 152) כותבת:

"Under a veil of ignorance" a large majority (with the exception of the religious parties) would have favoured a bill of rights. Laws, however, are not passed under a veil of ignorence".

וכן היא כותבת:

"Principles of justice, just as the answer of desirability of a constitution are best devised when people do not know how they themselves fare...". (שם, ה"ש 122)

המונח "מסך הבורות" אומץ בידי ר' גביזון לעניין תקיקה קונסטיטוציונית ממשנתו של Rowels בספרו Theory of Justice (1971) במשמעות ההחלסה הצודקת, חסרת הפניות, המתקבלת במצב של חוסר ידיעת המחליט בדבר השפעת התוצאות עליו. אני מצדי שואלת את הביטוי בהקשר זה במשמעות הדווקנית של בורות: אי-ידיעת המשמעויות וההשלכות המשפטיות של המעשה הפוליטי. אי-ידיעה זו נובעת לאו דווקא מהעדר השכלה משפטית אלא גם מכך שהנפקויות המשפטיות האפשריות אינן חד-משמעיות, ועשויות

כהסכמה פוליטית – אלא ל"ניסוח שכל חלקי הבית יסכימו לו, אלא שכל אחד אולי יכניס תוכן אחר בביטוי המילולי של הנוסח... וכל אחד יבין אותו לפי דרכו"?[20]

שאלות אלו מקבלות מימד ועומק על רקע הוויכוח עתיק היומין בין פוליטיקאים למשפטנים, ואפשר גם שבין פוליטיקאים-משפטנים לבין עצמם, בשאלת "בית הגידול" הנבון והמתאים להתהוותה של חוקה. עוד בטרם הקמת המדינה, כשנערכו המוסדות שבדרך להבין את החקיקה העתידה, קבע רב יוסף, יו"ר המועצה המשפטית[21] כי: "שאלת חוקה לא תידון על-ידי מועצה משפטית, אלא על ידי גוף פוליטי מורכב לאו דוקא ממשפטנים".[22]

עמדה זו לא היתה מקובלת על הסתדרות עורכי הדין העבריים באי". זו אמנם הסכימה כי רוב השאלות, שהחוקה היסורית צריכה לדון בהן, הן שאלות פוליטיות, שאין להסתדרות זכות או רצון להתערב בהן. עם זאת סברה הסתדרות עורכי הדין, שכיוון שהחוקה תדון גם בשאלות משפטיות – מטוגלים רק עורכי דין ושופטים להציע הצעות קונקרטיות לניסוחן.[23] עמדת עורכי הדין לא התקבלה. תפקיד ניסוח החוקה לא ניתן בידי המועצה המשפטית וחבריה, אנשי המשפט.

בעת הדיון בכנסת על הדין וחשבון של ועדת החוקה, חוק ומשפט בדבר חוקת המדינה, אמר ח"כ ד' בר רב האי: "...טוב נעשה אם נראה ויכוח זה לא כסמינר מדעי וגם לא

להיות נתונות במחלוקת אף בין המשפטנים לבין עצמם. ייתכן, אפוא, למרות הנתתה של ר' גביזון, שחוקים אכן עשויים להיות נחקקים מאחורי מסך הבורות.

20. ח"כ ד' בר רב האי בעת הדיון על הדין וחשבון של ועדת החוקה, חוק ומשפט בדבר חוקת המדינה (ד"כ תש"י בעמ' 726). ולפני כן אמר: "אחד מגדולי המשפט האנגלי אמר כי לשון בני האדם היא בר"כ מגומגמת ובלתי מושלמת, אבל יחד עם זאת היא גמישה למדי, שתמצא ביטוי וצורה לכל מחשבה משותפת. גמישות זו נותנת אפשרות להכניס לתוכה כללים, שחלקים שונים מן הבית הזה הסכימו להם, אבל כל אחד יכניס לתוך הכללים האלה תוכן אחר, וכל אחד יבין אותם לפי דרכו" (שם בעמ' 725).

21. י' קרפ, "המועצה המשפטית – ראשית עלילות חקיקה", ספר ידין (תש"ן, כרך ב') 209.

22. פרוטוקול ישיבת המועצה המשפטית מיום 5.1.48, תיק גנזך המדינה חטיבה 41 מס' 41/132.

23. תזכיר מ' דונקלבלום, יו"ר הסתדרות עורכי הדין ליו"ר הנהלת הסוכנות (לעיל הערה 21). כך סבר אז גם י"ש שפירא – היועץ המשפטי של ועדת המצב, ולימים – שר המשפטים, שבמכתבו לדר' דב יוסף מיום 23.1.48 כתב: "כמובן שזה נושא פוליטי יותר מאשר משפטי, אולם אין כל אפשרות להימלט מניסוח משפטי מדויק. גם חוקות שנוסחו על-ידי טובי היודיסטים שבארצותיהם לא תמיד ביטאו את אשר רצו המנסחים לומר... אם-כי אני יכול לשער שמדינאים נוטים באופן טבעי לדחות ככל האפשר את ההכרח להתחייב לפרינציפ זה או אחר, בסופו של דבר יהיו מוכרחים לכתוב את החוקה ברגע האחרון ואין צריך לומר שהניסוח מתוך פזיזות עלול להיות בכיה לדורות" (תיק גנזך המדינה, חטיבה 41 מס' 41/134).

כוויכוח משפטי בלבד, כי אם כהתמודדות של כוחות ציבוריים, התמודדות שתתנהל מתוך שיקולים פוליטיים".[24] ויכוח זה בין משפטנים לפוליטיקאים, כשם שהיה ויכוח על כיבוש עמדות כוח והשפעה, היה גם ויכוח על הבנת מהותה וטיבה של חוקה. האם החוקה היא מסמך "פוליטי", שאין בו אלא השתקפותן של ההסכמות שגברו במאבקי כוח ושל הרצונות שהביאו להסכמות אלה – והכל בו נכפף לאלו? האם החוקה היא מסמך "משפטי", בחינת חי הנושא את עצמו במנותק מחבל טבורו הפוליטי, ועמו – בנוסף לתכונותיו המולדות – גם תכונות נרכשות, שערכן מוסף לסך כל ההסכמים והרצונות הנטועים בו? האם המושג חוקה מתיישב מעיקרו עם רעיון השניות וההפרדה שבין הפוליטי למשפטי?

ואולי חוקה – מעצם טיבה – אינה אלא מאזן המתח הנסבל שבין המעשה הפוליטי לבין המחשבה המשפטית?

4. חוקה כאוטוביוגרפיה של יחסי כוח

דומה שהתשובה לשאלות אלה נעוצה אי-שם ביחסי הגומלין שבין הגיונה של חוקה לבין יחסי הכוחות שהביאו לגיבושה. "A constitution is the autobiography of a power relationship" כתב המלומד פיינר.[25] ואפשר שלא נתכוון לכך בלבד שהחוקה משקפת את יחסי הכוחות בין האזרח לגופי המדינה, המגולמים במוסדות הפוליטיים, ובין המוסדות לבין עצמם, כפי שנקבעו בחוקה. שהרי חוקה – ומגילת זכויות אדם בכללה – אינה מסמך גרידא, פוליטי או משפטי, הקובע יחסי כוחות. חוקה היא בעיקרו של דבר תהליך, תהליך של התהוות, לידה וצמיחה. וסיפור התהוותה, לידתה וצמיחתה של חוקה אחוז גם בפרק של יחסי הכוחות הפוליטיים, התברתיים והתרבותיים שהיפרו אותה, והמאבקים, הנצחונות וההפסדים, ההסכמות, הפשרות והאיזונים שהיו ערש לידתה. חוקה – ומגילת זכויות אדם בפרט – היא לא רק אוטוביוגרפיה של יחסי הגומלין ומאבקי הכוח שבין המחוקק, מולידה, לבין הרשות השופטת שהיא רחמה ובית גידולה. חוקה היא גם רישום המתח שבין השקפת עולם פוליטית להשקפת עולם משפטית, החוברים יחד ומתרוצצים במסמך אחד.

ראיית החוקה כאוטוביוגרפיה של יחסי כוח והמתח המצוי בה בין השקפת עולם פוליטית להשקפת עולם משפטית אוצלים גם על ההתבוננות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק שבמהותו הוא פרק בחוקה. התבוננות זו היא נושא עיסוקו של חיבור זה.

5. מטרת החיבור – בחינת המתח שבין הפוליטי למשפטי

מן ההיבטים העיוניים המופשטים של שאלת המתח שבין הפוליטי למשפטי עולות השאלות הקונקרטיות לעניין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. האם מגלם החוק פער בין הבנה פוליטית להבנה משפטית? האם, כמסמך משפטי, מבטא החוק את כוונת מחולליו בשרה הפוליטי? האם ישפיעו טיבו הפוליטי של המסמך וכוונות יוצריו על פרשנותו

24. ד"כ תש"ד בעמ' 725 ו-727.

25. H. Finer "Theory and Practice of Modern Government", (London, Revised ed., 1949) 116.

כמסמך משפטי? האם, בסופו של חשבון, הצמיתו ההסכמה והפשרה חוק בעל משמעות מוגבלת וצנועה או – חוק שיש בו פריצת דרך חוקתית?

סיפור המאבק הפוליטי והמשפטי סביב חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק נירקם שנים רבות גם במשרד המשפטים, שהיה שותף פעיל בתהליכי ההכנה והדיונים של הצעות החוק, על כל גלגוליהן.[26] תבנית נוסחם של שני חוקי-יסוד אלה, כפי שנחקקו, נוצקה למעשה בבית היוצר של משרד המשפטים.[27]

26. משרד המשפטים היה שותף פעיל (בניצוחו של דר' א' ירין ז"ל), בגיבוש נוסח הצעת ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת השביעית, בראשות ח"כ ב' הלוי (ה"ת תשל"ג 1448): ליוזם את דיוני הועדה בכנסת השמינית ואת דיוני ועדת המשנה בראשותה של ח"כ ש' אלוני בכנסת ה-10 וה-11 וגיבש נוסחאות אלטרנטיביות – במקביל לדיוניה; ולבסוף – בכנסת השתים עשרה ניסח, ביוזמת שר המשפטים ד' מרידור, את המודל המשפטי, שעליו בנויים למעשה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק (להלן – הצעת משרד המשפטים).

27. א' רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (תשנ"א) 706. בדברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם כתב המציע ח"כ א' רובינשטיין: "נוסחה של הצעת החוק הוא העתק מילולי של הצעתו של שר המשפטים, כפי שפורסמה בציבור. חקיקת חוק זה מתעכבת במשך שנים רבות מפאת מחלוקת קואליציונית" (ד"כ התשי"ן 444, נספחות). בדברי ההסבר להצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כתב המציע: "נוסח הצעת החוק מושתת על הצעת המגיש, שהועברה בדיון מוקדם לוועדת החוקה, חוק ומשפט ב-15 בנובמבר 1989 ושהיתה זהה לנוסח הצעת החוק שהגיש שר המשפטים דן מרידור לממשלה" (ד"כ התשנ"א 3366, נספחות).

דברים זהים אמר ח"כ א' רובינשטיין בעת הקריאה הטרומית של הצעתו הראשונה (ד"כ מיום תש"ן בעמ' 3-402), בעת הקריאה הטרומית של הצעתו השניה (ד"כ התשנ"א בעמ' 3309) ובקריאה ראשונה (ד"כ התשנ"ב בעמ' 1236). וראו גם שר המשפטים (ד"כ התשנ"ב בעמ' 1530) וח"כ א' לין בקריאה שניה (ד"כ התשנ"ב בעמ' 3788). שר המשפטים ד' מרידור היה פעיל בגיבוש הפשרה שנתקבלה בוועדת החוקה, חוק ומשפט (שם בעמ' 3789). הוא הדין לעניין חוק-יסוד: חופש העיסוק (ח"כ א' רובינשטיין ד"כ התשנ"א בעמ' 3485).

בניסוח הצעת משרד המשפטים השתתפו שר המשפטים, היועץ המשפטי לממשלה – י' חריש, מר ש' גוברמן – המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, הגב' ד' ביניש – פרקליטת המדינה, ח' קלוגמן – מנכ"ל משרד המשפטים, י' אליאסוף – משנה ליועץ המשפטי לממשלה (יעוץ), וכותבת חיבור זה.

עיקר השינוי בהצעה היה בבחירת נוסחת המודל ה"קנדי", שהיא נוסחה פתוחה לעניין הגדרת הזכויות ומרכזת בסעיף אחד את הסייגים להן, ללא פירוט סייגים ספציפיים לעניין כל זכות. (לביקורת על הנוסחות הקודמות ראו פ' להב וד' קרצ'מר, "מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?" **משפטים** ז (תשל"ו) 154; פ' להב וד' קרצ'מר, "מי מפחד מזכויות אבסולוטיות – תשובה לד"ר שילה", **משפטים** ו (541). המודל המוצע שונה לא רק מן הנוסחות שקדמו לו, אלא גם

כמי שהיתה שנים רבות אצל האבנים בתהליך הארוך והממושך של הניסיון לגבש את הנוסח המשפטי של מגילת זכויות האדם בישראל, אני מבקשת להעלות הרהורים משלי בשאלת המתח שבין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כמסמך משפטי לבין החוק כמסמך פוליטי. מטרת חיבורי היא לבחון מתח זה בשני ההיבטים הבאים:[28]

1. היקף הזכויות המעוגנות בחוק-היסוד, ומקומו של עקרון השוויון ביניהן.
2. מעמדו הנורמטיבי של חוק-היסוד וסמכות בית-המשפט לבטל חוקים שאינם מתיישבים עמו.

6. ניתוח החוק כחלק מן השיטה המשפטית

ייאמר מלכתחילה, כי ניתוח סיבו ומשמעותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אי-אפשר לו שייעשה על-פי הכתוב בו בלבד, שהרי "כל דבר חקיקה מהווה חלק אינטגרלי משיטה כוללת".[29] "מעשי חקיקה בכלל, והוראות חוק יסודיות בפרט, אינם מעשה חד-פעמי המנותק מההוויה הכללית. החוק קורם עור וגידים במסגרת שיטה פוליטית ומשפטית נתונה. הוא מהווה לבנה אחת ממבנה כולל, המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט..."[30]

אל מלאכת הבחינה יש להביא, אפוא, לא רק את נוסח החוק ואת ההיסטוריה החקיקתית שלו, אלא גם את מורשת הפסיקה העשירה של הזכויות "שאינן כתובות על ספר".[31] פסיקה זו עיגנה במשפט המדינה את זכויות היסוד של האדם ואת ערכי היסוד של השיטה, ועשתה אותם "מעין 'מטריה נורמטיבית', הפרושה על דברי החקיקה כולם".[32]

מנוסחת האמנה האירופית לזכויות האדם ורומיה, שבנוסף לסעיף סייגים כללי היא כוללת גם עילות פגיעה ספציפיות הצמודות לזכויות השונות.

בן ההצעה שונה מקודמותיה גם באי-הצבת סייג לסעיף השוויון ובקביעת נוסחה כללית לביטוי ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית דמוקרטית מתוך אימוץ עקרונות הכרזת העצמאות.

28. יודגש כי היבטים אלה אינם ממצים את כלל מרכיבי המתח, אולם מצע חיבור זה קצר מהשתרע על מרכיבים אלה, כמו שאלת פרשנותם של חוקים שקדמו לחוק-היסוד, הזיאליות הערכית: היהודית-הדמוקרטית, ותחולת החוק על הפרט.

29. בג"צ 953/87, 1/88 **פורז נ' ר' עיריית ת"א-יפו ואח'**, פ"ד מב (2) 309, 328 (להלן: עניין פורז).

30. ע"ב 3,2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת ה-11 ואח'**, פ"ד לט (2), 225, 307 (להלן: עניין פורז).

31. בג"צ 1/49 **בז'רנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב 80. על מקומה של ההלכה החוקתית בפרשנות חוק-יסוד ראו א' ברק, "פרשנותם של חוקי-היסוד", **משפטים** כב (תשנ"ג), 31, 43-44, 53.

32. א' ברק, לעיל הערה 3, 10 והאסמכתאות שם; א' ברק, לעיל, הערה 31, 36; ע"פ 677/83

פסיקה זו היא גם שהגדירה את אופיה ודמותה של המדינה כמדינה דמוקרטית יהודית,[33] והיא אשר קבעה וביססה את מקומו, תפקידו וכוחו של בית-המשפט בהשלטת זכויות היסוד ובקביעת התוקף הנורמטיבי של רבדי חקיקה.[34] פסיקה זו היא הקרקע ותיא הדשן שיצמיחו את גידולי פרשנותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ויקבעו את טיבו ואת השלכותיו.

מורשת פסיקה זו היא גם נקודת המשען שעל-פיה ייבחנו תוצאותיו המשפטיות של הסכם הפשרה הפוליטי, שהצמיח את החוק הנדון.

ג. התהליך הפוליטי – טיבה של ההסכמה

1. טיב המחלוקת הפוליטית

במהלך ההיסטוריה שלה ירדה המדינה נסיונות מספר לגבש את חוקת זכויות האדם.[35]

בורוכוב נ' יפת, פ"ד ל"ט (3), 205, 217 (להלן: עניין בורוכוב; להלן: עניין פורז, לעיל הערה 29; לעיל, א' רובינשטיין הערה 27, שער שביעי; ע' שפירא, "בית-המשפט העליון כמגן זכויות הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר של ניירת?", עיוני משפט ג (תשל"ג-ל"ד) 625.

33. א' רובינשטיין, לעיל הערה 27, פרקים ששי עד שמיני.

34. בג"צ 142/89, 172 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יו"ר הכנסת (להלן: עניין לאו"ר), פ"ד מד (3) 529.

35. לפירוט ההצעות והשתלשלות הטיפול בהם – א' רובינשטיין, לעיל הערה 27, 704-707. להשלמת סקירה זו יש להוסיף כי לאחר שהצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם של ח"כ רובינשטיין לא הובאה לקריאה ראשונה, הגיש המציע את הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנדונה בקריאה טרומית ב-30.4.91 (ד"כ התשנ"א 9-3308; נספחות 6-3365), בקריאה ראשונה בימים 10.12.91 (ד"כ התשנ"ב 1255-1249) ו-24.12.91 (ד"כ התשנ"ב 32-1527) ובקריאה שניה ושלישית ביום 17.3.92 (ד"כ התשנ"ב 93-3781; נספחות 3-3922). עוד יש להוכיר כי גם ח"כ ש' אלוני שבה והציעה בשם מספר חברי כנסת את הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם, שהיתה הצעת ועדתה. הצעה זו נדונה בכנסת ב-15.11.89 (ד"כ התש"ן 401-402; נספחות 441-443) והומרה מסדר היום על-פי הצעת שר המשפטים בשם הממשלה, בנימוק שהיא משנה את הסטטוס קוו. לעומת זאת הודיע שר המשפטים בשם הממשלה, כי הממשלה משאירה תופש הצבעה לעניין הצעתו של ח"כ א' רובינשטיין, שנדונה בקריאה טרומית באותו יום (ד"כ התש"ן 405).

עוד יש להזכיר בהקשר זה הצעות "קדמוניות", ששימשו בסיס להתייחסות, אם כי לא נדונו ככאלה בכנסת, והן הצעותיהם של דר' יהודה ליאו כהן, שנוסחה פורסם טעם מועצת המדינה הזמנית, פרופ' ב' אקצין, חיים כהן, וח"כ ארזי ואת הצעת "חוקה למדינת ישראל" (שגובשה בידי פרופ' א' רייכמן ופרופסורים אחרים והידועה כ"הצעת הפרופסורים").

לפירוט ראו גם המבוא ל"חוק-יסוד: זכויות האדם, דיוני הוועדה לחוקי יסוד בכנסת

מאז הפיכת האסיפה המכוננת לכנסת הראשונה[36] ועם החלטת הרדי (מיום 13 ביוני 1950) לקבוע את החוקה פרקים פרקים,[37] ניתנה תקיקת זכויות האדם ליוזמת הממשלה, ועדת החוקה, חוק ומשפט וחברי הכנסת.[38] בעוד שבין אקדמאים נסב הוויכוח סביב סמכותה של הכנסת לפעול כרשות מכוננת,[39] הרי שהכנסת ראתה עצמה, הלכה למעשה, כיורשתה של האסיפה המכוננת וחוקקה בהתאם.[40] הוויכוחים בכנסת סביב מגילת הזכויות נסבו בעיקרם לא על ענייני סמכות עיוניים, אלא על השאלה האם יש מקום לחוקק מגילת זכויות והאם כשדה השעה לכך. הדיונים על ההצעות השונות לא התמקדו אף בשאלת ויהוי זכויות היסוד של האדם ותוכנן.[41]

36. העשירית" **פרטום הכנסת** (תשמ"ד); ר' גביזון, לעיל הערה 8.

37. **סעיף 1 לחוק המעבר, תש"ט-1949.**

38. **ד"כ תש"י 1743.**

ראוי לציין כי הממשלה לא יזמה הצעה משלה ואף לא תמכה בהצעות חברי הכנסת או ועדת החוקה. גם שר המשפטים ד' מרידור לא קיבל אישור הממשלה להצעה שיזם. הדברים אמורים בעמדת הממשלה, בהבדל מפעולות משרד המשפטים (הערות 26 ו-27 לעיל) ומעמדותיהם האישיות של שרי המשפטים השונים, שרובם תמכו ביוזמות החקיקה בתחום זה. תריג לעניין זה היא עמדת הממשלה לעניין חוק-יסוד: חופש העיסוק, בו תמכה הממשלה (הודעת שר המשפטים, ד"כ התשנ"ב, 3390) ולעניין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לגבין הודיע שר המשפטים, בשם הממשלה, שהממשלה משאירה חופש הצבעה ואינה קובעת עמדה לחבריה ולחברי הקואליציה כיצד להצביע (ד"כ התש"ן עמ' 405).

39. על שאלת סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת ועל מעמד חוקי-היסוד: א' רובינשטיין, לעיל הערה 27, עמ' 5-44 ופרק חמישה עשר והאסמכתאות שם; ר' גביזון, לעיל הערה 8; א' ברק, לעיל הערה 3; ק' קלין, "הרשות המכוננת בישראל", **משפטים** ב (תש"ל) 51; ק' קלין, "A New Era in Israel's Constitutional Law" 6 Isr. L. Rev. (1971) 376
ק' קלין, "על סמנטיקה ושלטון החוק", **משפטים** ט (תשל"ט) 79; ק' קלין, "רוב מיוחד ושינוי במשתמע", **המרקליט** כח (תשל"ג), 563; D. Kretzmer, "Judicial Review of Knesset Decisions" (1988) 8 **T.A.U. Studies in Law**, 95

40. החלטת הרדי מיום 13.6.50 (לעיל הערה 37); החלטת הכנסת הששית שוועדת החוקה, חוק ומשפט תשב גם כוועדת משנה להכנת חוקי-יסוד כדי לקדם ולזרז קבלת חוקה; א' רובינשטיין, הערה 27 לעיל: "בחוקקה את חוקי-היסוד נתנה הכנסת גושפנקא רשמית לירושת הסמכות המכוננת. המציאות המשפטית, שנתקבלה ע"י הכנסת וע"י בית-המשפט העליון מאשרת זאת" (שם, בעמ' 449). וראו דברי יו"ר ועדת החוקה בעת שהציג את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כחוק שהוכן "בוועדת החוקה, ואני מדגיש הפעם: בוועדת החוקה, זאת אומרת ועדת החוקה, חוק ומשפט בתוקף היותה ועדת החוקה של כנסת ישראל" (ד"כ התשנ"ב עמ' 3782).

41. אם כי שלא בוויכוח, הוכרעה עד כה למעשה שאלת היקף הזכויות בדרך של אי-הכללתן של זכויות חברתיות סוציאליות ותרבותיות במגילת הזכויות. ההצעות המוקדמות של

למן הקמת המדינה, וכך גם ערב חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, סבה המחלוקת הפוליטית על שלושה נושאים עיקריים:[42] 1. השפעת מגילת הזכויות על ה"סטטוס קוו" בענייני דת ועל דמותה של המדינה כמדינה יהודית; 2. מעמדן הנורמטיבי של זכויות היסוד, וזאת משני היבטים: היבט היחס שבין מגילת זכויות האדם לבין חקיקה אחרת של הכנסת – שנחקקה בעבר או העתידה להחקק, והיבט סמכותו של בית-המשפט לבטל חוקים, שאינם מתיישבים עם מגילת הזכויות; 3. שמירת ה"סטטוס קוו" בעניין החקיקה ה"בטחונית", ובכללה תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 והחשש מפגיעתה של חוקת זכויות ביכולת ההתמודדות של המדינה עם בעיות הביטחון שלה.[43]

נושא המחלוקת המרכזי היה המאבק על אופיה היהודי של המדינה. אסטרטגיית המאבק, שנקטו נציגי המפלגות הדתיות, השתרעה על כמה חזיתות. החזית האחת, במישור הרעיוני המופשט, היתה התנגדותם העקרונית לחוקה חילונית. נימוקם היה שהחוקה מיותרת, שכן תורת ישראל היא חוקתנו, ושמכל מקום טרם כשרה השעה לחוקקה. בצד המעשי מצאה חזית זו את ביטוייה בלחצים פוליטיים ובהסכמים קואליציוניים, שתכליתם סיכול החקיקה.

חזית אחרת היתה הדרישה ל"סטטוס קוו" חקיקתי, שמשמעותו מתן חסינות כוללת לכל הדינים, שקדמו לחוק-היסוד, ולחקיקה "יהודית" בכללם – מפני השפעתו של

פרופ' י' קלינגהופר, פרופ' אקצין, חיים כהן וח"כ ארזי וכן גם הצעת החוקה למדינת ישראל של קבוצת הפרופסורים כללו גם זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות. הצעת ח"כ א' רובינשטיין, שאימצה את הצעת פרופ' קלינגהופר (1975), לא כללה זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות, וכך גם כל ההצעות, שנדונו מאז וכן הצעת משרד המשפטים.

לנושא זכויות האדם החברתיות והסוציאליות: ראו מ' אטלן, "זכויות האדם והאזרח בישראל" – מקראה (הוצאת האגודה לזכויות האזרח בישראל, 1991), **משפטים** כב (תשנ"ג) 251.

בשלב ההגנות של מאמר זה התלה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, בברכתו של שר המשפטים ד' ליבאי, לדון בנוסח הצעה, המגבשת זכויות אלה כחלק מהחצעה הכללית של חוק-יסוד: זכויות האדם, שהוועדה עוסקת בניסוחה החל מראשית ימיה של הכנסת ה-13.

42. לדיון מפורט במחלוקות – ר' גביזון, לעיל הערה 8; "רב שיח בנושא חוקה לישראל – האם ומתי", **עיוני משפט** יא (התשמ"ט) 17; דיוני הכנסת משנת 1950 בדין וחשבון של ועדת החוקה, חוק ומשפט על דיוניה בשאלת חוקת המדינה בימים 1, 7, 13 ו-20 בפברואר; 2 ו-8 במאי, 6 ו-13 ביוני (ד"כ תש"י 4 ו-5).

43. בעניין זה קשה, למעשה, לדבר במחלוקת פוליטית אמיתית. היתה הסכמה שיש לתת בידי הממשלה את הכלים הדרושים לחקיקת חירום, הסכמה שחצתה קווים פוליטיים. ואם ניתן להצביע על שוני בגישות, לא היה זה – לדעתי – אלא שוני בדרגה ובשיטה. אם בחרתי להזכיר נושא זה כנושא שבמחלוקת, הרי זה משום השפעתו הבלתי מבוטלת על הפשרה הפוליטית שנתנה "חסינות" לחקיקת העבר מפני השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חוק-היסוד.[44] עמדה זו מצאה ביטוי גם בהתנגדות לכל נוסחות החקיקה שהציעו לשמר את דיני העבר לתקופה קצובה בלבד.[45] בנוסף לנוסחת שימור הדינים הועלו גם נוסחות המשמרות באופן מיותר את חקיקת המעמד האישי – בין זו שנחקקה בעבר ובין זו שלעתיד – מפני השפעתו של החוק.[46]

החזית הקונקרטית ביותר, בה ניטשו הקרבות המרים ביותר, היתה סביב נוסחת סעיף השוויון. מלכתחילה סבב המאבק על דרישת נציגי המפלגות הדתיות לקבוע בצד סעיף השוויון את שוברו, המוציא מגדר הפליה את חוק השבות[47] וכל חקיקה אחרת הנובעת מאופייה היהודי של המדינה.[48] דרישה זו עוררה התנגדות בשל עמימות הנוסח המתייחס לאופיה היהודי של המדינה, היקפו ומשמעותו הקיצונית.[49] המתנגדים טענו שחוק השבות אינו מבטא עיקרון מפלה[50] ומקומו בחוקה אין צריך שיהיה בפרק על זכויות יסוד.

---

44. הנוסחות השונות של שימור הדינים יידונו להלן בפרק ה'. יש לציין כי לעניין זה חברו שיקולים שבשימור התקיקה הדתית עם שיקולים של מדיניות משפטית, כמו החשש לאנדרלמוסיה ולאי-ודאות בדרכי המשפט, החשש לגורלו של חוק השבות והרצון להגן על חקיקת הביטחון הקיימת. לעניין זה מטשטשות ההבחנות בין נושאי הציר של המחלוקת הפוליטית.

45. כמו סעיף 36 להצעת ועדת אלוני, שהגבילה את שימור הדינים ל-3 שנים (ד"כ התש"ן, נספחות, עמ' 443). ראוי לציין שעל-פי חוק-יסוד: חופש העיסוק (סעיף 6) חסינים הדינים הקודמים לתקופה של שנתיים בלבד.

46. הצעות משרד המשפטים כללו מספר גרסאות: "חוק-יסוד זה אינו חל על דיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין" ונוסח רחב יותר: "חוק-יסוד זה אינו חל על דיני המעמד האישי". הסתייגות ח"כ א' רביץ, שלא נתקבלה בקריאה שניה ושלישית, אמרה: "האמור בחוק זה לא יפגע בחוקים או בתקנות הבאים לענין את מורשת ישראל בספר החוקים או בתקנות של מדינת ישראל" (ד"כ התשנ"ב, נספחות, עמ' 3923).

47. ראו סעיף 2(ג) להצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח (ה"ח תשל"ג 448); טע' 38 בהצעתו של ח"כ ה' קלינגהופר סייג את סעיף השוויון בקביעה כי אין בו "כדי לפגוע בכל דין הבא להגן על אשה באשר היא אשה" או לגרוע "מהוראות הקובעות את זכותם של יהודים לעלות לישראל או מכל דין המקנה זכויות, חובות או כשרות לתפקידים ציבוריים כאזרחות הישראלית". גם כעיפים 7(ג') ו-(ד') להצעת "חוקה למדינת ישראל" (הצעת הפרופסורים) קובעים לסעיף השוויון סייג לעניין חוק השבות ולעניין אזרחות, וכן הצעות חיים כהן והצעת ח"כ ארוי.

48. בסעיף השוויון לפי ההצעה מ-1973 נאמר כי אין בו לפגוע..."בכל הוראת חוק הנובעת ממהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית". כך גם באחת מהגירסאות הישנות של משרד המשפטים: "הוראת דין הנובעת מהיות מדינת ישראל מדינתו של העם היהודי אין בה משום הפליה". (נובמבר 1985).

49. א' דוברושטיין, לעיל הערה 27, 705.

50. א' רובינשטיין, לעיל הערה 27, כרך א' 306-7. ראו סעיף 1(ד) לאמנת האו"ם הבינלאומית לחיסול כל צורות ההפליה הגזעית משנת 1960 (נכנסה לתוקף בישראל ב-3.1.79).

ההתנגדות נבעה גם מהניגוד המשתמע בין יהדותה של המדינה להיותה מדינה דמוקרטית,[51] ניגוד המשתמע מעצם הצורך לעשות את יהדות המדינה סייג לסעיף השוויון. בעיקר טענו המתנגדים, שהסייג המתייחס לאופייה היהודי של המדינה יציג את המגילה כמגילת זכויות הרוב, מגילה עדתית "אתנוגרפית", שהאוניברסליות ממנה והלאה.[52] הוויכוח סביב סעיף השוויון היה אבן הנגף הבולטת ביותר בדרכה של החקיקה.

שאלות יסוד אלה,[53] ובעיקר נושא יהדותה של המדינה, הציבו בין בעלי המחלוקת תהום, שלכאורה אינה ניתנת לגישור. אמנם המוסכמה הפוליטית היתה והינה, כי לא ניתן לחוקק חוקה, אלא בהסכמה רחבה.[54] אולם המכנה המשותף, שניתן היה להשיג בהסכמה משותפת בזו, לא עלה לכאורה בקנה אחד עם הציפיות האלמנטריות מחוקת זכויות האדם.

הוויכוח שנמשך לאורך השנים לא נשא אופי של סמינר מדעי ואף לא היה ויכוח משפטי בעיקרו, אלא שיקף התמודדות של כוחות ציבוריים, שהתנהלה מתוך שיקולים ועמדות כוח פוליטיים. הקושי לגשר על פני הקטבים הפוליטיים הוליד פשרה פוליטית, בדמותה של החלטת הרבי,[55] שדיברה לא בתכנים, אלא בהליכים ובסדר זמנים: "חוקה הבנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק יסודי בפני עצמו" וכולם יתאגדו יחד לחוקת המדינה – "במידה שהוועדה תסיים את עבודתה". נוסח ההחלטה מעיד על מקבליה שעניינם היה בדחיית הקץ וכי השלמת המלאכה הועמדה בספק בעצם אמירתה של ההחלטה. יש הגורסים שהחלטת פשרה זו היתה למעשה החלטה קולקטיבית שלא לחוקק חוקה, והיא שנשאה את זרעי מחדל ארבעים השנה של אי-חקיקתה של חוקת זכויות האזרח בישראל.[56]

2. הדרך לפשרה

המאבק הפוליטי ערב חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שיקף גם הוא בעיקרו את בסיסי המחלוקת הפוליטית המתוארים לעיל. המייחד את התהליכים, שיתוארו להלן ואשר הביאו בסופו של דבר לחקיקתו של החוק, היה לא בשינוי הלבבות של בעלי

51. א' רובינשטיין, לעיל הערה 27, 45-55 ו-705.

52. ח"כ ש' אלוני ד"כ התשנ"ב בעמ' 1241.

53. הנושאים הנזכרים נמנו כאן אגב ניתוח ההנמקות הפוליטיות הגלויות. אין צריך לומר שמאחורי הנמקות אלה עמדו גם שיקולים שיסודם בהסתייגותו הטבעית של השלטון להטיל מגבלות על עצמו ובמאבק הכוחות בין הממשלה והכנסת לבין הרשות השופטת. ראוי לציין כי סלע המחלוקת לא נסב סביב עיקרים קונסטיטוציוניים של מבני גופי המדינה והפרדת הרשויות, אלא אך ורק סביב נושא מגילת זכויות האזרח.

54. לעיל הערה 11.

55. לעיל הערה 37.

56. א' רובינשטיין, לעיל הערה 27, 447: "עם כל היותה החלטת פשרה, אחראית החלטה זו לכך, שעד היום הזה אין לישראל חוקה, ומי יודע אם באותם ימים לא הוחמצה שעה, שלא במהרה תחזור"; ר' גביזון (לעיל הערה 8, 147) סבורה כי למעשה היתה זו החלטה קולקטיבית, שלא לחוקק חוקה.

המחלוקת, אלא בדינמיקה של ההליכה לקראת הפשרה, דינמיקה שאיפשרה את פריצת הדרך.

פריצת הדרך לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נמצאה לבסוף מכותן של שתי נוסחות: נוסחת ה"אטומיזציה" של זכויות היסוד ונוסחת "הדמוקרטיה היהודית." כל אחת מהנוסחות כוונה להשיג תוצאות פוליטיות ספציפיות הנובעות ממנה, ושתיהן יחד כוונו להבטית את ההסכמה הפוליטית, שלפיה לא יפגע חוק-היסוד בכל דרך שהיא ב"מטטוס קוו".

3. "האטומיזציה" של זכויות היסוד

אולי אירוניה של ההיסטוריה היא שרעיון כתיבת החוקה "פרקים-פרקים", שנועד מלכתחילה, על-פי החלטת הרצי, לדחות ללא מועד את גזירתה של חוקת זכויות, דווקא הוא זה ששימש מודל ואמצעי לורז ולקדם את חקיקתה. גירסת "פרקים-פרקים" שונה מזו שעמדה לנגד עיני מנסחי החלטת הרצי ומקבליה, היא שעמדה לשוניה ולמשניה לדלג על מכשולים ולגשר על הפערים. ובמקום שהחקיקה "פרקים-פרקים" תשמש אמצעי מעכב עד להשגת ההסכמה המיוחלת, הפכה השיטה אמצעי לשבירת הקיפאון, להשגת הסכמה, ולוירוז החקיקה.

במצב דברים, שבו לא יכול היה שר המשפטים ד' מרידור לקדם בממשלה את טיוטת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם, שיזם וקידם את ניסוחה במשרד המשפטים, ואילו הצעתו של ח"כ א' רובינשטיין, שהיתה העתקה מילולית של הטיוטה האמורה ועברה בכנסת קריאה טרומית – לא הגיעה, מטעמים פוליטיים, לדיון בוועדה,[57] – הגה ח"כ א' רובינשטיין את רעיון ה"אטומיזציה" של הצעתו. מטרת הפירוק לגורמים היתה לקדם למעמר של חוק-יסוד אותם פלחי זכויות שניתן היה לקבל עליהם הסכמה לאומית רחבה, ולדלג על המכשולים של אותם סעיפי ההצעה, שהיו בליבה של המחלוקת הפוליטית.[58] לא

57. לעיל הערות 26 ו-27.

58. דברי ח"כ א' רובינשטיין בקריאה ראשונה של חוק היסוד: "אין זה טוד, שהצעת החוק הזו באה על רקע היסטורי מסוים, והרקע ההיסטורי הוא שחוק-יסוד: זכויות האדם, שנתקבל כאן בכנסת בקריאה מוקדמת ב-15בנובמבר 1989, מצא לו קבורה לא מכובדת בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת עקב הסבמים קואליציוניים של שני צידי הבית, של הליבוד ושל המערך, ומאז ועד היום לא קיימה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת אף לא דיון אחד בהצעת חוק זו. הצעת החוק הזאת לא באה במקומו של אותו חוק. להיפך, אני מצהיר בפירוש על כך, שכוונתי היא לדלג על המכשולים ולעקוף את המוקשים שמנעו את קבלת הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם. אני לא אומר שאני שלם עם הטקטיקה הזאת. אני הייתי רוצה חוק אחר לגמרי. אבל אני חושב שמוטב לקבל הצעת חוק המשריינת את זכויות האדם למקוטע'ן מאשר לוותר על השריון הזה כולו. מוטב להתפשר מאשר להריס ידיים. ואכן, זוהי הצעת פשרה. היא נוגעת אך ורק לזכות אדם אחת, מכל זכויות האדם..." (ד"כ התשנ"ב בעמ' 1235).

עוד "פרקים פרקים", אלא "פסוקים-פסוקים",[59] או "פרודות-פרודות",[60] כשכל פרודה דנה בזכות יסוד אחרת.[61]

היה מי שכינה את המעשה הפוליטי הזה "חקיקה קונסטיטוציונית בנוסח גרילה"[62] והגדירו כ-"דרך חצי מחתרתית, חצי לגיטימית של הגנבת חוקה לטדד יומה של מדינת ישראל."[63] לא כולם רוו נחת ממנו. היה מי שהשמיע חשש שהשיטה תצמית "בוקה ומבוקה ומבולקה".[64]

---

59. ח"כ ש' וייס, קריאה ראשונה, ד"כ התשנ"ב בעמ' 1243.

60. ח"כ ש' וייס לעניין חוק-יסוד: חופש העיסוק, קריאה ראשונה, ד"כ התשנ"ב, בעמ' 2596.

61. בהתאם לכך הגיש ח"כ א' רובינשטיין ארבע הצעות חוק וחן: חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק-יסוד: חופש העיסוק, חוק-יסוד: חופש ההפגנה וחוק-יסוד: חופש הביטוי. שתי האחרונות סרם עברו קריאה ראשונה (ח"כ א' רובינשטיין ד"כ התשנ"ב בעמ' 2596). ארבע ההצעות לא הוגשו כהצעה אחת כדי למנוע מצב בו התנגדות לאחר הפרקים תעצור את מהלך חקיקתם של האחרים (ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 16.12.91 בנושא חוק-יסוד: חופש העיסוק).
נפלו מכלל סעיפי ההצעה המקורית של המציע (ומשרד המשפטים) בנוסף לסעיפי השוויון, חופש הדת, חופש התנועה, חופש הביטוי וחופש ההפגנה, שהושמטו על תקן "הפלה" פוליטית, גם סעיף חופש היצירה והמחקר המדעי, הכשרות המשפטית, הזכות לפנות לרשויות שיפוטיות, חוקת הזכאות בפלילים ועקרון חוקיות הענישה בפלילים.

62. ח"כ ש' וייס, לעיל הערה 59.

63. ח"כ ש' וייס, קריאה ראשונה, חוק-יסוד: חופש העיסוק (ד"כ התשנ"ב בעמ' 2596): "עצם השיטה שבה ח"כ א' רובינשטיין... מנסה 'להגניב' את החוקה, מצביעה על שגגה כוללת בתחום חקיקת חוקה בישראל".

64. ח"כ ש' וייס, לעיל הערה 63: "אם ח"כ א' רובינשטיין יצליח, חלקיקים-חלקיקים, פרודות-פרודות, לעבור לאטומים ומן האטומים למערכת כוללת יותר, ואם זה לא ייצור בוקה-ומבוקה-ומבולקה, ויש שם איזה סדר, בדרך החצי מחתרתית, חצי לגיטימית של הגנבת חוקה לסדר יומה של מדינת ישראל – אנחנו נבדך אותו על כך".
מסתבר שהיה יסוד לחשש. שיטת ה"אטומיזציה" של זכויות האדם הצמיחה עד כה שני חוקי-יסוד, שהסדריהם הבסיסיים אינם תואמים הן לעניין שריון, הן לעניין שיגוי בתקנות-שעת-חירום, הן לעניין שימור תוקפם של חוקים קודמים והן לעניין הנחיות פרשנות. ראו א' ברק (לעיל הערה 3, בעמ' 14). נראה שהבדלים אלה עתידים לעורר קשיי פרשנות, בעיקר בשאלת מעמדו הנורמטיבי של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובשאלת פרשנות תנאי הגבלתן של זכויות. עוד ראוי לציין כי שיטת הפיצול הביאה בעקיפין גם למחיקתו מנוסח משרד המשפטים של הסעיף המבטיח מפני שימוש לרעה בזכויות יסוד, ואשר קבע: "אין לעשות שימוש בזכות שבחוק זה במטרה לפגוע בקיום המדינה, במשטר הדמוקרטי או לדכא זכויות אדם". הסעיף, שנוסח במשרד המשפטים כסעיף כללי שעניינו ה"דמוקרטיה המתגוננת", נכלל בנוסח הצעתו של ח"כ רובינשטיין כפי שהוגשה

אולם רובם ראו בה, כשלעצמה, חלק מן הפשרה הפוליטית המוצדקת, אשר תשבור את הקיפאון.[65]

למותר לומר כי פשרה פוליטית זו לא היתה פשרה מתודית או טקסטית בלבד. היא ביטאה פשרה שבמהות. ביטויה של פשרה זו אמור היה להיות, בסופו של התהליך הפוליטי, בשני אלה: (1) בהצרת היקף הזכויות המוגנות: תהליך ה"אטומיזציה" יועד ונוצל לניסרול ההצעה ממרכיביה הבעייתיים. החיבור מחדש של ה"אטומים" לתאי ההצעות החדשות לא כלל את סעיף השוויון, את סעיף חופש האמונה והדת, ובסופה של הדרך, גם את חופש התנועה בתוך המדינה, במובן זכותו של האדם לנוע בארץ כרצונו ולבחור בה את מקום מגוריו.[66] (2) באי-הכללתו בתוק של הסעיף המקנה לבית-המשפט סמכות ביקורת שיפוטית לקביעת תוקפם של חוקים הסותרים את חוק-היסוד. גם פשרה זו היא פרי סיווג מחודש של סעיפי ההצעה המקורית, במסגרת "האטומיזציה" של ההצעה הרחבה וחלוקתה לפרקים.

לקריאה הטרומית (ד"כ התשנ"א, נספחות, עמ' 3366) אולם נמחק בוועדת התוקה, חוק ומשפט (ישיבה מיום 1.7.91), כנראה מתוך הסברה שמקומו בהצעה לעניין חופש ההתאגדות בלבד. הסעיף בדבר חופש היצירה והמחקר המדעי נמחק מההצעה מתוך הסברה שמקומו בפרק על חופש הביטוי (ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 1.7.91). השמטתו של הסעיף מוסברת גם בהצהרת המציע, לפיה התחייב להבהיר שחופש היצירה וחופש המחקר המדעי אין משמעותם חופש הפירסום הפורנוגרפי ודברי תועבה או פגיעה ברגשות דת (קריאה טרומית, ד"כ התשנ"א, עמ' 3309). סעיף 4 לחוק, המדבר בזכות להגנה על ערכי יסוד כסיסיים, אינו כולל את ההגנה על הקניין, אולי משום שסעיף השמירה על הקניין (סעיף 3) נכלל בהצעה בשלב מאוחר, אגב דיון בוועדה. כך נוצר שוני בין הזכות לחיים, לשלמות הגוף ולכבוד לבין הזכות לקניינים.

65. לעיל הערה 58. וכן דברי ח"כ א' רובינשטיין לעניין חוק-יסוד: חופש העיסוק: "מוסד מערכת של חוקי-יסוד נפרדים שלגביהם, כך אני מאמין, יש הסכמה בבית מאשר העדר כל שריון על זכויות האדם במדינת ישראל". (ד"כ התשנ"ב בעמ' 2595).

ועוד: "אין ספק שהמחשבה...שלפיה באין חוקה יש מקום לנסות לחוקק פרק פרק של חוק-יסוד, לפחות בנושאים שאנו יכולים להסכים עליהם ולמצוא לגביהם חזית רחבה של תומכים בתוך הכנסת היא מחשבה נכונה... נכון יעשה כל מי שייקח לעצמו פרק שניתן להשיג סביבו קונסנסוס ויביא אותו לכלל חקיקה". (ח"כ ח' מירום, שם עמ' 2599-2600). וראו גם דברי שר המשפטים בקריאה הטרומית של חוק-יסוד: חופש העיסוק (ר"כ התשנ"א, עמ' 5843).

66. החלטת ועדת חוקה מיום 9.3.72. ויתורים אלה נעשו כדי להבהיר מעבר לכלל חשש אפשרי שאין בכוונת המציעים לפגוע בסטטוס קוו הדתי (א' רובינשטיין, ד"כ התשנ"ב בעמ' 1236). שאלת הנסיעה בשבת בשכונות דתיות ובאיזור בית-כנסת הועלתה בידי נציגי המפלגות הדתיות כנגד הסעיף הדן בתופש התנועה. המציע אף התחייב כלפי המפלגות הדתיות להצהיר כי חופש התנועה אין פירושו חופש כניסה ברכב לשכונות דתיות, מקום שהדבר אסור בגלל אופי המקום וצביון התושבים (קריאה טרומית ד"כ

4. נוסחת ה"דמוקרטיה היהודית"

הוויכוח סביב סעיף השוויון וכריכת יהדותה של המדינה בו היה, כאמור, אבן הנגף העיקרית בדרכה של החקיקה. הצעת משרד המשפטים, ובעקבותיה - הצעת ח"כ א' רובינשטיין[67] ביקשה לנתק את סעיף השוויון משאלת יהדותה של המדינה. עמדת שר המשפטים ד' מרידור היתה שנושא יהדותה של המדינה אין ענייננו כלל לפרק וכויות האדם. אף-על-פי-כן הציגה ההצעה נוסחת פשרה בסעיף כללי, הדן בעקרונות יסוד והקובע כי "זכויות היסוד יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".[68] ההפניה לעקרונות שבהכרזת העצמאות נראתה למציעים עדיפה על הכרזה בדבר יהדותה של המדינה, שכן ההכרזה מדברת בהקשר אחד הן ביהדות המדינה והן בשוויון זכויות ויש בה פירוט תכנים קונקרטיים של הערכים האמורים.[69] אולם הצעת פשרה זו לא הביאה להסכמה המבוקשת. אפשר שלא נתקבלה, משום שהשאירה את קביעת אופייה היהודי של המדינה להכרזה, שלא קיבלה תוקף של חוק.[70] אפשר שלא נתקבלה, משום החלשותה של ההסכמה הכללית על עקרונותיה של ההכרזה.[71]

מכל מקום ניתן לראות בהצעה ציון דרך במסלול של ניתוק הדיקה שבין סעיף השוויון לאופייה היהודי של המדינה. הפתרון, שאיפשר בסופו של דבר את פריצת הדרך לחקיקתו

התשנ"א, בעמ' 3309). התופש לבחור מקום מגורים העלה גם את השאלה של האפשרות לשמור על ייחודן הדתי של שכונות. נראה שסעיף חופש הקניין, שלא נכלל באופן מקורי בהצעתו של ח"כ א' רובינשטיין, הוסף כדי להפיס את הדעת אף בעניין זה (ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 5.2.92).

67. לעיל הערה 27.

68. נוסחו המלא של הסעיף המוצע הוא: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין וזן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל". ח"כ מ' וירשובסקי בהסתייגותו לסעיף 1 לחוק-היסוד דיבר כ"ערכיה של מדינת ישראל על-פי מגילת העצמאות", אך ויתר על הסתייגותו (ד"כ התשנ"ב, נספחות, עמ' 3922).

קדם לסעיף זה נוסח בעייתי יותר, שלפיו: "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על שלשה אלה: (1) ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין; (2) היות מדינת ישראל מדינתו של העם היהודי; (3) היות מדינת ישראל מדינה דמוקרטית". בצד סעיף כללי זה נשמר בהצעה הסטטוס קוו הדתי בסעיף הקובע כי תוק-היסוד אינו חל על דיני איסור והיתר לנישואים וגירושין.

69. ההכרזה האומרת: "אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל", קובעת בנשימה אחת גם ש"מדינת ישראל תהא פתוחה לעלית יהודית ולקיבוץ גלויות", גם שהמדינה "תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל", וגם "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין, חבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות..."

70. על הכרזת העצמאות - א' רובינשטיין, לעיל הערה 27, פרק ראשון.

71. ר' גביזון, לעיל הערה 8, עמ' 153.

של החוק, אכן נמצא, תוך ניתוק הויקה האמורה, בנוסחה הקבועה בסעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא סעיף המטרה. נושא יהדותה של המדינה הועתק מסעיף השוויון לסעיף מטרה כללי, המדבר במטרה "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

ההסכמה על נוסח סעיף 1 האמור נתגבשה, משהוצג בוועדת החוקה, חוק ומשפט נוסח אלטרנטיבי המשמיט את התנאי לפיו חוק, הפוגע בזכות יסוד, צריך שיהלום מדינה דמוקרטית, תנאי שהיה לב ליבה של ההצעה.[72] הרצון להציל תנאי זה – ולו במחיר של הצמדתו לעיקרון של יהדות המדינה – נפגש ברצון נציגי המפלגות הדתיות לעגן בחוק, באופן מפורש, את אופייה היהודי של המדינה כערך מערכיה. מפגש הרצונות הנבדלים של הצורך להציל – מצד אחד – את אחד העיקרים היסודיים של ההצעה: הבטחת אופייה הדמוקרטי של השיטה, והשאיפה – מן הצד השני – לעגן במפורש בחוק את אופייה היהודי של המדינה כערך מערכיה, הוליד את הפשרה ואת המוצא.

שני המחנות הפיקו תועלת ושניהם קיבלו על עצמם סיכון. התועלת למחנה התומכים בחקיקתה של מגילת זכויות מצויה בכך, שהנוסח המוסכם אינו עושה את יהדותה של המדינה סייג מפורש לערכי הדמוקרטיה או לערך השוויון. נוסח זה, במירקמו הפתוח, מאפשר פרשנות שקולה ומאזנת, המבטאת שילוב של ערכים שהוא נכס צאן ברזל של המדינה מבוח הכרזות העצמאות שלה. התועלת לנציגי המפלגות הדתיות היא בעיגון ערכיה של המדינה כמדינה יהודית בחוק זכויות היסוד. העיגון בחוק עשוי להתפרש כסייג משתמע לזכויות אלה וכבלם כנגד ערכית ה"פרוצים" של הדמוקרטיה. שני המחנות לקחו על עצמם סיכון שבאי הידיעה כיצד יפרש בית-המשפט את סעיף המטרה.

בסופו של תהליך, מצאה הפשרה הפוליטית בנושא אופייה היהודי של המדינה את ביטוייה בשניים אלה: (1) **בקביעה מפורשת בחוק המצהירה על יהדותה של המדינה בהקשר של שמירת זכויות האדם** והמציבה לעניין זה את ערכיה של המדינה כמדינה יהודית בצד ערכיה כמדינה דמוקרטית.[73] (2) **בשריון ה"סטטוס קוו" של החקיקה "היהודית"**, באמצעות הפתרון הגורף של אי הכפפתם של דינים קודמים להוראותיו של חוק-היסוד, בין לעניין

72. ישיבות ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 1.7.91 ו-15.7.91. אפשרות זו נצטיירה כריאלית לא רק בגלל עמדת נציגי המפלגות הדתיות, אלא גם בשל חששות שהובעו מפני המלים "מדינה דמוקרטית", שהן מלים עמומות ועשויות להקנות לבית-המשפט סמכות רחבה ביותר של פרשנות.

73. סעיף 1 לחוק-היסוד. בסעיף זה עוגנו לראשונה בחוק ערכיה של המדינה כמדינה יהודית. חוקים אחרים המדברים ביהדות המדינה אינם דנים ביהדותה כערך מערכיה. כך, סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת, הדן בהגבלת רשימת מועמדים, מדבר ב"מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי". סעיף 5 לחוק המפלגות, התשנ"ב-1992 קובע איסור לרשום מפלגה אם יש במטרותיה או במעשיה "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית", עד כה לא הבחינה הפסיקה בין הנוסחים השונים.

תקפות[74] ובין לעניין פרשנות. הפיסקה שהוזפיעה בהצעת החוק,[75] ואשר לפיה "הוראותיו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של החוק, יפורשו ברוח חוק-היסוד", הושמטה בעת הדיונים בוועדה.[76] השמטה זו באה כמחוות הבטחה וכדי להסיר ספק ספיקא – שאין בכוונת המציעים לפגוע, כהוא זה, בסטטוס קוו בענייני דת ויהדות.[77]

ההצהרות, שהושמעו מעל בימת הכנסת במהלכם של הליכי החקיקה מלמדות על הסכמה פוליטית לשמר את ה"סטטוס קוו" הדתי ולנסח את חוק-היסוד באופן שסטטוס זה אכן יישמר. הליכי החקיקה היו מכוונים – בהיבט הפוליטי - לקיים את ההסכמה ולתת ביטוי להבנות שהושגו.

5. ההבנה הפוליטית

על רקע המחלוקת הפוליטית ותהליכי החקיקה ולאור פשט הכתוב ומה שאינו כתוב בחוק-היסוד ניתן ללמוד, לכאורה, כי גברה יד ההבנות הפוליטיות שכוונו לאלה: (1) הזכויות המעוגנות בחוק-היסוד יהיו אלה בלבד המפורטות בו. עקרון השוויון – השנוי במחלוקת – כמו גם חופש האמונה והדת, חופש התנועה וחופש היצירה והמחקר המדעי לא יעוגנו בו. (2) לא יוקם בית-משפט לחוקה אשר יוסמך לקבוע בטלותם של חוקים; הביקורת השיפוטית על חוקיותם של חוקים לא תעוגן בחוק. (3) חוק-היסוד לא יהיה

---

74. סעיף 10 לחוק קובע: "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין, שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". זאת – לעומת סעיף 6 בחוק-יסוד: חופש העיסוק, לפיו ניתנים חוקים סותרים לביטול לאחר שנתיים מכניסת חוק-היסוד לתוקף. הסעיף לא נכלל בהצעתו המקורית של ח"כ א' רובינשטיין (ד"כ התשנ"א, עמ' 3365-6) והוסף לקראת הקריאה הראשונה (ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 15.7.91).
שאלת השפעתו של חוק-היסוד על החקיקה ה"יהודית" העתידה נשארה פתוחה. החוק אינו כולל סעיף המקיים כל חקיקה דתית באשר היא, והסתייגות חברי כנסת ממפלגות דתיות להכללת סעיף כזה לא נתקבלה (לעיל הערה 46).
נשאלת גם השאלה, ולאו-דווקא בהקשר של חקיקה "יהודית", כיצד תתפרש חקיקה חדשה, המתקנת דינים קיימים. האם יפרש בית-המשפט את סעיף שימור הדינים כחל גם על תיקוניהם, או יקבע שסעיף 10 לחוק-היסוד צופה אל פני העבר בלבד ולכן תיקוניהם של דינים שמורים הם בגדר חוקים חדשים, הכפופים לעקרונות חוק-היסוד.

75. ה"ת התשנ"ב 60.

76. ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 9.3.72. ח"כ מ' וירשובסקי ויתר – למען ההסכמה הרחבה – על הסתייגותו להחזיר את פיסקת הפרשנות לחוק וכן על כל הסתייגויותיו האחרות (ד"כ התשנ"ב). יש לומר כי ספק אם אכן יש בהשמטת פיסקת הפרשנות כדי לשנות מפטיקתו המושרשת של בית-המשפט, לפיה יתפרש כל חוק ברוח עקרונות היסוד של השיטה.

77. אופיינית הצהרתו של ח"כ א' רובינשטיין, לפיה אין להצעת החוק "דבר עם הנושאים השנויים במחלוקת בנושאי דת ומדינה בכלל ובנושא נישואין וגירושין בפרט, לא על-פי משמה ולא על-פי דרשה ולא על-פי משמעויותיה. אבל אם בכל זאת יתברר שיש רגליים

משוריין שריון פורמלי,[78] (4) לחוק-היסוד ולעקרונות האמורים בו לא תהיה השפעה על דין, שהיה בתוקף ערב חקיקתו, הן לעניין תקפו והן לעניין פרשנותו.[79] (5) אופייה היהודי של המדינה יעוגן בחוק לצד אופייה הדמוקרטי.[80]

ייאמר מלכתחילה, כי המדובר במסקנה לכאורית בלבד, העולה מן התהליכים הפוליטיים. ניתוח עובדתי של תהליכים אלה להלן יעלה כי יש ספקות באשר ליכולת להגיע למסקנה חד-משמעית בעניין זה. אף-על-פי-כן נוסה דעתי למסקנה כי אלה אכן היו ההבנות הפוליטיות ומכאן נקודת המוצא לדיון.

בהמשך אנסה לבחון את השאלה האם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמסמך משפטי אכן מביא לידי ביטוי תואם הבנות פוליטיות משוערות אלה. הבדיקה תיוחד לשאלת היקף הזכויות המעוגנות בחוק-היסוד ומקומו של עקרון השוויון ביניהן, ולשאלת מעמדו הנורמטיבי של חוק-היסוד ומכות בית-המשפט לפסול חוקים הסותרים אותו.[81] מסקנתי תהיה, כי משנולד החוק ומשנתגבשה אמירתו ונתגדרו תכניו – לבש ישות משלו, השיל את שלייתו והפך להיות יצור עצמאי, שאינו ניזון עוד מרצונם הפוליטי של מחוקקיו.

לחשש, הרי אני אומר כאן: נמצא דרך להבהיר את העניין הזה..." (קריאה ראשונה, ד"כ התשנ"א בעמ' 1236). ההבהרות נעשו, כמוסבר לעיל, בעיקר בדרך השמטת סעיפים בעייתיים כמו סעיף השוויון, חופש התנועה, חופש המחקר והיצירה וסעיף הפרשנות. על ההליך אמר שר המשפטים ד' מרידור: "אנחנו עומדים היום עם הצעה מצומצמת הרבה יותר, שהושגה... מתוך רצון להגיע להסכמה רחבה מאד, גם מתוך ויתור על עניינים, שלדעתי אפשר היה לעמוד עליהם עוד..." (ד"כ התשנ"ב עמ' 3788). וראו לעיל הערה 66. יצויין כי כמות הוויתורים עמדה ביתר ישר למידת חוסר נכונותם של נציגי המפלגות הדתיות לסמוך על עקרון יחסיות הזכויות ועל פסיקת בית-המשפט.

78. מסקנה זו – אף שהיא חד-משמעית מבחינת התוצאה – אינה נקייה מספק לעניין ההסכמה הפוליטית המקורית. נפילת סעיף השריון היתה פרי נסיבות, שהיתה בהן יותר יד המקרה מאשר כוונה מכוונת.

הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כללה הוראה בדבר נוקשות החוק (סעיף 13). בעקבות הסתייגות של חברי הכנסת א' רבין וש' הלפרט נפל סעיף זה. ראוי לציין כי בהצבעה הראשונה לא נתקבלה ההסתייגות האמורה (הצבעה שקולה של 27 חברי כנסת בעד ו-27 נגד). לאחר מניין קולות ההצבעה, שינה ח"כ צ' ביטון את הצבעתו והצביע בעד ההסתייגות, שהתקבלה על חודו של קול (27 בעד ו-26 נגד).

79. לעיל הערות 74 ו-76.

80. סעיף 1 לחוק.

81. מקוצר המצע לא יידונו כאן סוגיות הניגעות להשפעת חוק-היסוד על דינים שהיו בתוקף ערב חקיקתו, לפרשנות חוקים בכלל ולמשמעות עיגון אופייה היהודי של המדינה בחוק-יסוד. כולן סוגיות נכבדות שיש מקום להרחיב את הדיבור בהן.

ד. מעמדו של עקרון השוויון

1. העדרו של סעיף השוויון

ההצעות השונות לחקיקת זכויות היסוד של האדם התאפיינו בפירוט מכלול של זכויות, המפורטות הן בתוקותיהן של מדינות והן באמנות בינלאומיות, הדנות בהן.[82] ההבדלים העקרוניים בין ההצעות השונות היו בעיקר בשאלת הכללתן של זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות בין זכויות האדם, וכן במידת הפירוט והפירוש של זכויות האדם ושל דרכי הגבלתן.[83]

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מונה מספר מוגבל של זכויות והן: השמירה וההגנה על החיים הגוף והכבוד,[84] הקניין,[85] החירות האישית,[86] הזכות לצאת לישראל ולהיכנס אליה,[87] הפרטיות וצנעת הפרט.[88] סעיף השוויון אינו נמנה בין זכויות אלה. מציעו של

---

82. בעיקר ההצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948, האמנה האירופית על זכויות האדם (אמנת רומא 1950), אמנת האו"ם בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966 והאמנה על זכויות כלכליות וחברתיות (שתי האחרונות נכנסו לתוקף בישראל בתאריך 3.1.92), האמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית משנת 1960 (הערה 50 לעיל), האמנה נגד עינויים (נכנסה לתוקף בישראל בתאריך 2.11.92), האמנה לביעור כל צורות ההפליה נגד נשים (נכנסה לתוקף בישראל בתאריך 2.11.91), האמנה לזכויות הילד (נכנסה לתוקף בישראל ביום 2.11.91). כן ראו הצהרת הפרלמנט האירופי בדבר זכויות יסוד וחירויות יסוד משנת 1989. וראו על חוק-יסוד: זכויות האזרח, מחקר משווה שהוזמן בידי הכנסת, חוקר ראשי ד"ר ק' קליין (ירושלים, תשל"ב, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, האוניברסיטה העברית בירושלים).

83. לעיל הערה 41. גם בהצעות שכללו רק את זכויות האדם היה מגוון גישות לעניין היקף הזכויות הכלול בהן וגישתן להגדרת הזכויות. לא כל ההצעות כללו זכויות כמו הזכות לפיתוח האישיות, זכות מפני פגיעה בשם הטוב, החופש מעינויים ומעבדות, איסור עונש מוות, חופש החוזים, בחירת מקום מגורים. לא בכולן כללה הגדרת החירות את הזכות הן לעשייה והן להימנעות. עוד היו הבדלים בקביעת דרגות הפירוס של הזכויות (כמו לעניין החירות האישית וזכויות נאשמים) ודרכי הגבלתן. אין בכוונתו של חיבור זה להיכנס להשוואה מפורטת בין ההצעות. לביקורת: פ' להב וד' קרצ'מר, לעיל הערה 27.

84. סעיפים 2 ו-4, מעניין לציין כי ההצעה, כפי שהונשה לקריאה הטרומית, לא כללה את סעיף הזכות להגנה על החיים והגוף, אלא רק הצהרה בדבר העיקרון של קדושת החיים.

85. סעיף 3. סעיף השמירה על הקניין לא נכלל בהצעת החוק והוסף בוועדה בשלב ההכנה לקריאה שניה ושלישית (לעיל הערה 66).

86. סעיף 5.

87. סעיף 6. הסעיף במקורו היה סעיף כללי של חופש התנועה, שכלל גם את החופש לנוע בארץ ולבחור בה מקום מגורים. הנוסח סוייג כדי להגיע להסכמה (לעיל הערה 66).

88. סעיף 7.

חוק-היסוד העיד עליו, שהוא נוגע "אך ורק לזכות אחת מכל זכויות האדם... וכותו של האדם לחייו, לחירותו, לכבודו... הזכות שבעצם היהדות נתנה לעולם, שאדם נברא בצלם"...[89]

סעיף השוויון אינו חלק מחוק-היסוד, וכמוסבר לעיל[90] – העדרו אינו בשגגת שכחה. הרעיון לחוקק מגילת זכויות "פרקים-פרקים" לא בא אלא כדי לעקוף את מכשול סעיף השוויון, שהיה סלע המחלוקת שעליו נסב הוויכוח על אופייה היהודי של המדינה. ההסכמה הפוליטית היתה, כאמור, לחוקק חוק שלא יכלול את סעיף השוויון.[91] בעת שהציג את החוק במליאת הכנסת בקריאה השניה, מנה יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט את הזכויות הכלולות בו, אחת לאחת, וסעיף השוויון לא נכלל בהן.[92] בדיון בהצעת החוק טענו חברי הכנסת כלפי חסרונו של סעיף השוויון.[93] אף מציע ההצעה, בהשיבו לטוענים, אמר: "אין כאן סעיף שוויון כללי, נכון, מכיוון שסעיף השוויון הכללי הזה היה אבן הנגף, המכשלה שבגללה אי-אפשר לקבל את הצעת החוק הכוללנית".[94] נראה אפוא, שהמגמה הפוליטית היתה שלא לדון בעקרון השוויון במסגרת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומכאן גם שלא לתת לו את התוקף הנורמטיבי שניתן לזכויות אחרות במסגרתו של החוק.[95]

נשאלת אפוא השאלה האם קיימות זהות וחפיפה בין כוונה פוליטית פרסיקולרית זו לבין דבר החוק?[96] ווהי שאלה של פרשנות, שעניינה קביעת תחום התפרשותה של נורמה משפטית וקביעת היקפה ותחום תלותה. בית-המשפט הוא שיכריע בה, כשהטטרה החקיקתית ותכלית החקיקה לנגד עיניו.[97]

---

89. ח"כ א' רובינשטיין, ד"כ התשנ"ב 1235.

90. פרק ג' לעיל.

91. מעניין לציין כי גם בקנדה היה סעיף השוויון סלע המחלוקת בחקיקת מגילת הזכויות, בהיותו בעל הפוטנציאל הממשי ביותר לשמש עילה לביטול חוקים. הפשרה שנמצאה שם היתה בדחיית מועד כניסתו לתוקף של סעיף השוויון לשלוש שנים (סעיף 32(2) ל-Constitution Act, 1982). המטרה היתה לאפשר למחוקק לבחון את החוקים ולהתאימם לחוקה.
ראו P.W. Hogg. Constitutional Law of Canada (Sec. Ed. 1985), 797
גם בארה"ב נתאשרה החוקה (בשנת 1791), כשהיא כוללת הכרה בעבדות. רק בתיקון ה-14 בשנת 1868 בוטלה שם העבדות.

92. ד"כ התשנ"ב עמ' 3783.
ח"כ ש' אלוני, ד"כ התשנ"א עמ' 1241; ח"כ וירשובסקי, ד"כ התשנ"ב עמ' 3786.

93. ח"כ א' רובינשטיין, ד"כ התשנ"ב בעמ' 1532. עם זאת אמר המציע בהקשר זה כי ההצעה

94. טומנת בחובה את רעיון השוויון בכל הנוגע לכבוד האדם וחירותו.
שאלת התוקף הנורמטיבי של הזכויות תידון להלן בפרק ה'.

95. להבחנה בין מטרת המחוקק לבין "דבר החוק", הנקבע על-פי תכלית החוק כאמצעי

96. לפרשנותו: א' ברק, "כוונת המחוקק כציאות או דמיון", הפרקליט לו (תשמ"ה) 165, 179, שם, 172.

בהמשך אנסה לבסס את הסברה שלפיה עקרון השוויון, אף שאינו נימנה במפורש בין הזכויות, מעוגן גם הוא בחוק-היסוד ומעמדו החוקתי הוא כמעמדן של הזכויות המפורטות בו. לפי סברה זו, מצוי עקרון השוויון בחוק-היסוד ונטמע בין הוראותיו, בין על דרך האינקורפורציה של הערכים הדמוקרטיים-היהודיים שעוגנו בסעיף המטרה שבו, בין כפן האחוז במהותו של ערך כבוד האדם וחירותו, שהוא לב ליבו של החוק, בין מכוח תביעתן העצמית של זכויות האדם המוגנות בו ובין מכוחם המצטבר של כל אלה. כפי שיוסבר להלן, אפשר שמכוח אותם עקרונות עוגנו בחוק-היסוד כלל זכויות האדם, אף אלו שלא נימנו בו במפורש, שהרי כולן עד אחת יונקות חיותן מעקרון כבוד האדם וחירותו, והן נימנות עם ערכיה הדמוקרטיים-היהודיים של המדינה. אולם הדיון שלהלן יתמקד בעקרון השוויון משום ייחוד שבו, המחזק את קיומו הנורמטיבי בחוק-היסוד לעומת זכויות אחרות.

2. עיגונו של עקרון השוויון מכוח סעיף המטרה

שאלת התפרשותה של נורמה היא שאלה פרשנית, הנלמדת בראש וראשונה מתכליתה של הנורמה ומהמטרה החקיקתית שלה.[98] תכליתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבעה במפורש בסעיף 1, הוא סעיף המטרה, הקובע: "חוק-יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, **כדי** לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". (הדגשה שלי י.ק.) בפנינו הצהרה אותנטית של המחוקק, בסעיף מטרה, שקיומו נדיר בחקיקת הכנסת.

מנוסח הסעיף עולה מטרה רחבה והיא "לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". ההגנה על כבוד האדם וחירותו הינה לעניין זה – כהצהרת המחוקק עצמו – אמצעי להשגת תכלית רחבה יותר ואינה מטרה סופית, העומדת בפני עצמה. שהרי המטרה, כפי שהצהיר עליה המחוקק אינה "להגן על כבוד האדם וחירותו" סתם, אלא להגן **כדי לעגן** בחוק-יסוד את ערכיה של המדינה. ולא ערכים של כבוד האדם וחירותו סתם, אלא ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. כלל ערכיה כולם.

מהצהרה אותנטית זו של המחוקק על תכלית החוק משתמע, שמאו תקיקתו אכן מעוגנים ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית בחוק-יסוד, עם כל המשתמע מכך בהיבט המעמד הנורמטיבי ובהיבט הכפיפות לכללים, הקבועים לעניין זה, בחוק-היסוד עצמו. סעיף 1 לחוק-היסוד יש לו, כך נראה, חיות משל עצמו,וכוחו נמשך והולך מכוח אמירתו המפורשת של המחוקק גם מעבר לתחומיה של ההגנה על כבוד האדם וחירותו, גם מעבר לתחומיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אל מרחב כלל ערכיה הדמוקרטיים והיהודיים של המדינה, בין שמקורם בחוק-היסוד האמור ובין שמקורם מחוץ לו.

---

97. שם, 169-170; א' ברק **פרשנות במשפט – תורת הפרשנות הכללית** (תשנ"ב) (להלן: **פרשנות במשפט**) שער שלישי, פרק שלישי. א' ברק **שיקול דעת שיפוטי** (תשמ"ז) (להלן: **שיקול דעת שיפוטי**) 353-359.

השוויון,[99] שהוגדר כ"נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו"[100] הוא בוודאי ערך-יסוד של מדינת ישראל הדמוקרטית. השוויון הוא ערך בלתי נפרד מערכי הדמוקרטיה והוא קשור ואחוז בה. את עיקרון השוויון תיאר השופט אגרנט[101] כעיקרון "אשר המשפט של כל מדינה דמוקרטית שואף, מטעמים של צדק והגינות, להמחישו", ואילו השופט ברק אמר: "עצם אופייה הדמוקרטי של המדינה (כ)מחייב את התגשמותו של עיקרון השוויון על מהותו של האדם השואף לשוויון ועל המסורת הלאומית שלנו".[102] וכך גם נקבע כי עקרון השוויון בין המינים מתבקש "מעצם אופייה הדמוקרטי של המדינה מזה ומסבעו של היתיר – מזה".[103] ערך השוויון אחוז ודבוק גם במשמעותו של שלטון החוק הראוי, שהוא מסממניה המאפיינים של הדמוקרטיה. על שלטון החוק הראוי אמר בית-המשפט: "משמעותו של זה בראש ובראשונה שוויון, שוויון בהפעלת החוק ובשימוש בו. אין שלטון החוק קיים אם מפלים בין שווים".[104]

הדברים שלעיל נאמרו לעניין ערכיה של ישראל כמדינה דמוקרטית. ואין נגרע מהם כהוא זה גם בדיון על בסיס ערכיה המשולבים של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. שאין לנו ביטוי מובהק יותר ומוסמך יותר לשילוב ערכים אלה מביטויים בהכרזת העצמאות,[105] המבטאת את חזון העם ואת "האני מאמין" של מדינת ישראל.[106] ואין לנו מיזוג נאה יותר וברור יותר של ערך השוויון עם ערכיה של המדינה כמדינה יהודית כמיזוג שנתמזגו אלה בהכרזת העצמאות. אין ספק שהכרזת העצמאות תשמש נדבך יסודי וחשוב לפרשנותו ולפיתוחו של תוק-יסוד: בבוד האדם וחירותו ולפרשנות

---

99. על עקרון השוויון ותחולתו בישראל ראו א' רובינשטיין, לעיל הערה 27, 290-342 והאסמכתאות שם; ת' כהן המשפט (תשנ"ב), 107-114; א' ברק **שיקול דעת שיפוטי**, לעיל הערה 98 בעמ' 98, 335; י' בנקלר, "אי-הפליה בדיור: תחולה, היקף וסעדים", **עיתי משפט** טז (התשנ"א) 131, דר' כ' שלו, "על שוויון, שונות והפליית מין" (עתיד להתפרסם **בספר לנדוי**); י' ספיר, "ישום עקרון השוויון בפסיקת בית-המשפט הגבוה לצדק", **הפרקליט** לז (תשמ"ז) 143; בג"צ 3954/91 **אגבריה ואח' נ' שר החינוך והתרבות ואח'** (טרם פורסם).

100. השופט לנדוי בג"צ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כ"ג (1), 693 בעמ' 698 (להלן: עניין **ברגמן**) וכן בג"צ 637/89 "**חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר ואח'** פ"ד מו (2) 191 (להלן: עניין "**חוקה לישראל**").

101. ד"נ 10/69 **בורונובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל ואח'**, פ"ד כה (1) 7, 35.

102. עניין **פורז**, לעיל הערה 29, בעמ' 332.

103. שם, בעמ' 333.

104. השופט ברק בג"צ 428/86, 431, 446, 448, 463 בשג"צ 320/86 **ברזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'**, פ"ד מ (3) 505, 622 וכן השופט שמגר, שם, בעמ' 554 (להלן: עניין **ברזילי**). הערות 69 ו-70 לעיל.

105. כהגדרה שהגדירת השופט אגרנט בבג"צ 73/53 "**קול העם" נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871; ע"ב 1/65 **ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הששית**, פ"ד יט (3) 365, 396.

ולפיתוחם של המלים "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית",[107] המצויות בסעיף 1 שבו. אין ספק גם שהכרזת העצמאות תשמש מקור למלא את המלים "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" בתוכן של ערך השוויון.[108]

איפיון השוויון כמצוי בגדרי התכלית החקיקתית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובמסגרת המלים "ערכיה של מדינת ישראל" – אין בו, לכאורה, כל רבותא. שהרי עוד טרם חקיקתו של חוק-היסוד הוכר השוויון כערך יסוד של השיטה המשפטית שלנו, ערך שלאורו יש לפרש חוקים,[109] שתזקה לגביו שאין המחוקק מתכוון לפגוע בו במעשה חקיקתו,[110] ואשר יחד עם שאר עקרונות יסוד, מהווה את המטרה החקיקתית שאותה מבקש החוק להגשים.[111] וכמאמר בית-המשפט:

> עקרון השוויון הוא מעקרונות היסוד של משפטנו... אף שאיננו כתוב על ספר, כלומר אינו מהווה חלק מחוקה כתובה ונוקשה – הרי הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו... כל דבר חקיקה מתפרש באופן שתכליתו הינה להגשים שוויון בין אדם לבין חברו ולא להפלות ביניהם.[112]

---

107. הכרזת העצמאות מונה פעמים מספר את עובדת היות המדינה מדינה יהודית, מאפיינת את המדינה כמדינה הפתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות וממזגת עקרונות אוניברסליים של חירות, צדק ושלום עם ערכי מורשת נביאי ישראל. וראה השופט מ' אלון בעניין **ניימן**, לעיל הערה 30; השופט מ' אלון בש"פ 2169/92 **סוויסה נ' מ.י.** מיום 21.5.92 (טרם פורסם) (להלן: עניין **סוויסה**); בש"פ 3734/92 **מדינת ישראל נ' עזאזמי** מיום 30.9.92 (טרם פורסם) (להלן: עניין **עזאזמי**); מ' אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" (עתיד להתפרסם **בספר לנדוי**, תשנ"ג); ע"ב 1/88 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים עשרה**, פ"ד מב (4) 177, 189 (הנשיא מ' שמגר).

108. מכות האמור בה כי מדינת ישראל ..."תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין"... וראו עניין **פורז**, לעיל הערה 29, 332.

109. א' ברק **שיקול דעת שיפוטי**, לעיל הערה 89, 89 והאסמכתאות שם; א' ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הויקה אל עקרונות היסוד", **ספר וסמן** (תשמ"ד) 71 בעמ' 88; עניין "**חוקה לישראל**" לעיל הערה 100; בג"צ 153/87 **שקריאל נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מב (2) 221 (להלן: עניין **שקריאל**); בג"צ 104/87 **נבו נ' ביה"ד הארצי לעבודה ואח'**, פ"ד מד (4) 749, 763; עניין **לאו"ר**, לעיל הערה 34; עניין **פורז**, לעיל הערה 29; בג"צ 114/78 **בורקאן נ' שר האוצר**, פ"ד לב (2) 800, 806.

110. עניין **פורז**, לעיל הערה 29, 331; בג"צ 301/63 **שטרייט נ' הרב הראשי לישראל**, פ"ד יח 598, 612.

111. עניין **בורוכוב**, לעיל הערה 32; עניין **פורז**, לעיל הערה 29, 322.

112. עניין "**חוקה לישראל**", לעיל הערה 100; בג"צ 507/81 **חב' אבו חצירה ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לה (4) 561, 585.

השוויון הוא בין העקרונות המקובלים, ש"אין צורך לשוב ולחזור עליהם בכל חוק וחוק, אלא מהווים הם מעין 'מטריה נורמטיבית' הפרושה מעל דברי החקיקה כולם..."[113] ואם לגבי חוק סתם – מתפרשת תכליתו, על סמך חזקות בעלות תחולה כללית, כבאה להגשים את עקרונות היסוד של השיטה ועקרון השוויון בכללם – קל-וחומר שחוק-יסוד, שעניינו זכויות יסוד – יתפרש כבא להגשים עקרונות אלה, אף בלא סעיף תכלית מפורש. על-אחת-כמה-וכמה יתפרש החוק כבא להגשים את עקרון השוויון, כשתכליתו הפרטיקולרית מוצהרת במפורש בידי המחוקק כבאה להגשים עקרונות אלה.

בקביעה כי ערך השוויון מצוי בין ערכיה של מדינת ישראל, האמורים בסעיף 1 לחוק-היסוד, אין, אפוא, כל רבותא. הרבותא היא, לדעתי, במעמד התוקתי המיוחד שקיבל ערך השוויון מעת שנחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עיגונם של ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית בחוק-יסוד משמיע מגופו הענקת תוקף נורמטיבי מיוחר לערכים אלה, שערך השוויון בכללם. תוקף נורמטיבי מיוחד זה הוא התוקף המשתמע מעצם עיגונם בחוק-יסוד, והוא התוקף המשתמע מאותן הוראות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שמהן נבנה מעמדו הנורמטיבי המיוחד.

ואף זאת ניתן לומר: משעה שנחקק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והוצהרה התכלית הפרטיקולרית לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – חדלו הערכים המגולמים בהכרזת העצמאות, כערכיה של המדינה היהודית והדמוקרטית, להיות ערכי פרשנות בלבד לחוקי המדינה והפכו להיות ערכים המעוגנים בחוק-יסוד, עם כל המשתמע מכך. הכרזת העצמאות נשארה, אולי, מסמך משפטי שאין לו תוקף של חוק קונסטיטוציוני ה"פוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם".[114] אולם הערכים האמורים בה נשאבו ממנה אל חוק-היסוד בצינור סעיף 1 שבו, להיות חלק מחוק-היסוד עצמו ולקבל את מעמדם החוקתי הראוי, אשר לאורו, כפי שיוסבר בהמשך, יש לבחון תוקפם של חוקים.

ניתן, אפוא, לומר כי הזכות לשוויון הפכה להיות זכות מהזכויות המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מכות העברתה לחוק-היסוד באמצעות צינור הערכים שבסעיף 1 שבו.[115]

ואולי אירוניה של מעשה חקיקה יש כאן, שאותו סעיף 1, שנועד – במעשה הפוליטי –

---

113. עניין **בורוכוב**, לעיל הערה 32, 217-218; עניין **פורז**, לעיל הערה 29 בעמ' 330; ע"א 165/82 **קיבוץ חצור נ' פקיד השומה, רחובות**, פ"ד לט (2) 70; א' ברק, לעיל הערה 96, עמ' 186 (להלן: עניין **קיבוץ חצור**, לעיל).

114. בג"צ 10/48 **זיו נ' גוברניק**, פ"ד א 85, 89.

115. זוהי הכללה על דרך האינקורפורציה. ניתן להשוותה לאינקורפורציה, באמצעות סעיף ה-Due Process שבתיקון 14, של התיקונים 1 עד 10, כדי להחילם במדינות ארה"ב והאינקורפורציה של סעיף השוויון כן המדינות אל חוקי הפדרציה באמצעות התיקון החמישי של התוקה. ראו Hogg לעיל הערה 91, 670-671, והערת שוליים 105 שם.

להיות מעין תחליף לסיוג עקרון השוויון בסייג יהרותה של המדינה[116] – הוא זה הנותן לעקרון השוויון משנה תוקף חוקתי.

3. עיגונו של עקרון השוויון כמובנה בערך כבוד האדם

עקרון השוויון טמון לא רק בין ערכיו הכלליים של חוק-היסוד, אלא גם בערך המפורש של כבוד האדם, שהוא ליבו של חוק-היסוד.

יסודו של ערך כבוד האדם הוא בגישה הפילוסופית והמוסרית, האחוזה ברעיון היבראו של האדם בצלם אלוקים, והמשכו בתיאוריות ליברליות, שנותקו מנורמת הבסיס הדתית, והשמות דגש במרכזיותו של הפרט. ענייננו של הערך אינו בכבוד האישי של האדם אלא בכבודו האנושי, בכבודו באשר הוא אדם. הביטוי "כבוד האדם" הוא ביטוי עמום, שטרם גובש במלאכת פרשנות וגדרי תכניו טרם תוחמו. ערך כבוד האדם, כפי שפורש בפסיקה עד כה, נוגע לתחומים רבים, דבוק בהקשרים שונים "וממנו נגזרות רבות מהזכויות האחרות".[117] על-פי הפסיקה מבטא הערך הגנה על מכלול אינטרסים. כך, למשל, הצורך

---

116. פרק ג' לעיל.

117. עניין **קסטנבאום**, לעיל הערה 3. פסה"ד עוסק בכבוד האדם בהקשר של חופש המצפון, הביטוי והמחשבה, ובאופן קונקרטי בזכות הפרט לבחור כיתוב על מצבת יקיריו ובערך הסובלנות; בג"צ 399/85 **כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח'**, פ"ד מא (3) 255 (להלן: עניין **כהנא**); וכן בג"צ 114/86 **וייל נ' מדינת ישראל ואח'**, פ"ד מא (3) 477 (להלן: עניין **וייל**); בג"צ 153/83 **לוי ואח' נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל**, פ"ד לח (2) 393, 407; בג"צ 411/89 **תנועת נאמני הר הבית וארץ ישראל ואח' נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים**, פ"ד מג (2) 17, 21 – בהקשר של חופש הביטוי, ההפגנה והתהלוכה; עניין **פורז**, לעיל הערה 29, עמ' 330 – אזכור כבוד האדם בין ערכי היסוד המקובלים; ע"פ 3640/92, 3632 **גבאי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם); ד"נ 9/83 **ביה"ד הצבאי לערעורים ואח' נ' משה ויעקנין**, פ"ד מב (3) 837 בעמ' 856 – בהקשר של הגנה על שלמות גופו של אדם וההגנה על כבודו מפני עבירות כמו אינוס ובהשוואה לפגיעה בפרטיות; כ"ש 298/86, 368 **ציטרין ואח' נ' בית-הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז ת"א ואח'**, פ"ד מא (2) 337, 359 – בהקשר של איזון אינטרסים שהם תנאי לקיומה של חברה מתורבתת השומרת על כבוד האדם ועל זכויותיו; עניין **סויסה**, לעיל הערה 107, בש"פ 4014/92 **ששון נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם); עניין **עזאזמי**, לעיל הערה 107; בג"צ 546-540/84 **מוסטפה יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביהודה ושומרון**, פ"ד מ (1) 567, 573; ע"א 4/82 (כ"ש 904/82) **מרינת ישראל נ' תמיר**, פ"ד לז (3) 201, 205; בג"צ 355/79, 370, 391, 373 **קטלן ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח'**, פ"ד לד (3) 294, 298, 305 ו-306 (להלן: עניין **קטלן**) בהקשר של זכויות אסירים ועצורים: מעצר ואלטרנטיבות למעצר, תנאי כליאה, קיום יחסי אישות, סיפוק צרכי אנוש בסיסיים וסדרי אנוש תרבותיים של אופן סיפוק צרכים אלה, טיפול רפואי, ביצוע תוקן בעצור בלא הסכמתו ושלא מסעמים רפואיים; ע"א 214/89 **אבנרי ואח' נ' שפירא ואח'**, פ"ד מג (3) 840 בהקשר של שמו הטוב של אדם.

להביא להגשמתו האישית של האדם ולשלמות אישיותו "מקשר את חופש הביטוי אל כבוד האדם ואל תירויות אחרות, כגון חירות המצפון והדת".[118] קיום זכויות אדם באשר הוא אדם שנברא בצלם מקשר את כבוד האדם עם זכות היסוד שלו לשלומו הגופני והנפשי ולטיפוק צרכיו הבסיסיים.[119] עקרון השוויון אחוז גם הוא, לאוד טיבו ומהותו, בערך כבוד האדם: "ואין לך מידה טובה ומקובלת ממידת היסוד של כבוד האדם", אמר מ"מ הנשיא ח' כהן, "חברה חופשית ונאורה נבדלת מן החברה הפראית או העשוקה במידת הכבוד, שמודדים לו לאדם באשר הוא אדם. הדבר בא לידי ביטוי קלסי ונשגב בלשון המשנה: "לפיכך נברא אדם יחיד,ללמדך שכל המאבד נפש אחת מעלה עליו הכתוב כאילו איבד עולם מלא וכל המקיים נפש אחת מעלה עליו הכתוב כאילו קיים עולם מלא; ומפני שלום הבריות, שלא יאמר אדם לחברו, אבא גדול מאבין"...[120]

ביטוי ממצה לקשר שבין כבוד האדם והשוויון מצוי באימרה הבאה: "בן עזאי אומר, יש כלל גדול מזה, והוא 'זה ספר תולדות אדם' (ספרא קדושים, ד'). הכלל הגדול ביותר – אליבא דבן עזאי – מצוי בהמשך הפסוק שהזכיר לאמור:'ביום ברוא אלהים אדם בדמות אלהים עשה אותו' (בראשית ה, א'): כל אדם נברא בצלם אלוהים, ובצלמו ובדמותו כולם שווים".[121] על הקשר בין כבוד האדם לבין השוויון עמד גם בית-המשפט העליון:

> הצורך להבטיח שוויון הוא טבעי לאדם...תחושת חוסר השוויון היא מהקשה שבתחושות. היא פוגעת בבוחות המאחדים את החברה. היא פוגעת בזהותו העצמית של האדם.[122]

נראה, אם כך, לטעון כי משבא המחוקק להגן על ערך כבוד האדם ועיגנו בחוק-יסוד – עיגן עמו גם את הפן הבלתי נפרד הימנו: את ערך השוויון.

4. עיגונו של עקרון השוויון מכוח תביעתן העצמית של זכויות היסוד

את עקרון השוויון ניתן לראות כחלק בלתי נפרד מחוק-היסוד גם משום טמיעתו בכל זכות וזכות הנזכרת בו ומשום המשקל המצטבר של "הנובחות הנורמטיבית" שלו בזכויות אלה.[123] רוצה לומר: אין אדם מוגן בגופו, בחייו או בכבודו, בקניינו, בצנעת הפרט שלו או בחירותו האישית – אלא אם הגנה זו ניתנת לו על בסיס שוויון. אין אדם מוגן באופן מלא, כל עוד זולתו מוגן יותר בזכויותיו. סברה זו נובעת מן ההנחה לפיה זכויות היסוד

---

118. עניין **כהנא**. לעיל הערה 117, 273 ו-293.

119. עניין וייל, לעיל הערה 117.

120. סנהדרין ד', הוא. צוטט בעניין קטלן, לעיל הערה 117, 305.

121. ח' כהן, לעיל הערה 99, עמ' 109.

122. השופט א' ברק, בעניין סורח, לעיל הערה 29, 332.

123. בדומה לכך הסיק בית-המשפט העליון בארה"ב את קיומה של הזכות לפרטיות מתוך שהרכיבה מכלול חלקיה המצויים ב"אזורי האפלולית היתסית" של זכויות אחרות. השופט דגלס: Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965)

של האדם מוקנות לו לא מכוחו של השלטון אלא מעצם בריאתו. הנחה זו, מטיבה, אינה מכירה בזכות הכפופה להפליה. וכמאמר הנשיא מ' שמגר:

> ביטויו העיקרי של שלטון החוק הוא בכך שהוא אינו שלטונם של אנשים... אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות, השוות לכל ואשר מחייבות את הכל בצורה זהה. העיצוב של הגדרת הזכות ואף הכללתה בחוק אינם סוף פסוק מבחינת יצירתה של ההגנה היעילה, כי קיומה של הזכות אינו מובא בכך למיצוי. ההגשמה של הזכויות, הלכה למעשה, מתבטאת בכיבודן על ידי הפעלתן למעשה, באופן שווה וללא הפליה פסולה. ערכו וכוחו של החוק המעניק זכויות הוא בכך, שהזכויות הקבועות בו אינן רק בגדר רעיון מופשט, נאה ברוחו ובמגמתו אלא בכך שהוא מופעל לפי אמות מידה של שוויון בין שווים, שאין סוטים ממנו בעטיים של טעמים פסולים.[124]

5. עליונותו הנורמטיבית של עקרון השוויון

יש מקום, אם כן, לומר כי עקרון השוויון הפך להיות זכות מעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הן מכוח מטרתו הספציפית של החוק – כמבואר בסעיף המטרה – הן כחלק מעקרון כבוד האדם וחירותו, הן מכוח מהותן ותביעתן העצמית של זכויות היסוד והן מכוחם המצטבר של כל אלה. מכוח עיגון זה הועמד השוויון ברמה חוקתית של ערך המוגן בחוק-יסוד. מכוח עיגון זה יש לקרוא את סעיף 8 לחוק, הקובע מגבלות לפגיעה ב"זכויות שלפי חוק-יסוד זה", כמדבר גם בזכות לשוויון.[125] התנאים לפגיעה בזכויות שלפי החוק, המהווים את התבחינים לבחינת חוקיותם של חוקים, יתולו, אפוא, גם לעניין פגיעה בזכות לשוויון. מן הצד השני, יהיה עקרון השוויון בין אמות המבחן להלימתו של חוק הפוגע בזכויות את ערכיה של המדינה, כאמור באותו סעיף.

אם אכן כך הוא – הרי שמעתה ערך השוויון אינו עוד עיקרון פרשני בלבד, לפיו חזקה הניתנת לסתירה היא, שתכלית כל חוק להגשימו. ערך השוויון הפך גם הוא, יחד עם ערכי כבוד האדם וחירותו, להיות נקודת משען נורמטיבית לבחינת תוקפם של חוקים.

וראו א' ברק **שיקול דעת**, לעיל הערה 98 עמ' 329 ה"ש 54. סעיפים 6, 1-7 לחוק מדברים בזכותו של **כל אדם** (ודוק – בהבדל "מכל אזרח" שבסעיף 6(ב)). לפי התפישה הגורסת שחוק-היסוד מעגן את זכויות היסוד באופן חלקי בלבד – אפשר – אם-כי לא הכרחי – שעיגונה של הזכות לשוויון, על-פי בסיס עיגון זה, יהא גם הוא חלקי בלבד.

124. **עניין ניימן**, לעיל הערה 30, 261-262. מציע ההצעה סבר אף הוא כי ההצעה סומנת בחובה את רעיון השוויון בכל הנוגע לכבוד האדם וחירותו, ראה, לעיל הערה 94.

125. סעיף 8 נוקט אמנם לשון "זכויות שלפי חוק-יסוד זה" אולם נראה שאין מקום להבחין בין השוויון כערך יסוד לבין השוויון בזכות יסוד ולתלות מסקנות פרשניות על בסיס הבחנה זו.

בהתנגשות שבין עקרון השוויון לבין דבר המחוקק שאין בו שוויון – עשוי האיזון להשתנות ועשויה מעתה יד השוויון לגבור על דבר המחוקק.[126]

פרשנות זו, מתבקשת לא רק מהגיון החוק, מרוחו וממהותו אלא גם מהשאיפה להרמוניה חקיקתית.[127] ההנחה שעם חקיקת חוק-היסוד נתפלגו זכויות האדם, אלה הכתובות על ספר ועל-פיהן יישק חוק ואלה שאינן כתובות על ספר והן נקודות משען פרשניות בלבד – מעוררת שאלות לא קלות. האם בצד נוסחת האיזון הקבועה בחוק ימשיכו לתול נוסחות איזון שיפוטיות? האם תשפיע ההתפלגות על תוכנן של נוסחות האיזון בהתנגשות שבין זכות כתובה על ספר לבין זכות שאינה כתובה? האם תיקבע היררכיה שונה של עדיפויות בין הזכויות? האם תשונה טבלת ההתכים האופקיים והאנכיים במעשה האיזון השיפוטי לעומת המתכונת שנקבעה בפסיקה? מה היחס שבין הביטויים בעלי המירקם הפתוח שבחוק-היסוד לבין הזכויות שאינן כתובות על ספר – כפי שפיתחן בית-המשפט?[128]

יהיו אשר יהיו התשובות לשאלות אלה, דומה שהעמדת השוויון והזכויות המפורשות בחוק-היסוד על מישורי תקיפות נורמטיבית שונים, במקרה של התנגשות ביניהם, עלולה בסופו של דבר לפגוע בזכויות המוגנות עצמן ולהוליך מעגל שוטה.

6. עקרון השוויון ורצון המחוקק

(א) השאלה הפרשנית

הבהרנו לעיל, כי התכלית הפרסיקולרית של החוק ולשונו, בעלת המירקם הפתוח והאופי המופשט, אכן מתיישבת עם פרשנות המעגנת את עקרון השוויון בחוק-היסוד. מן הצד השני, ראינו כי החוק נחקק כפשרה בין בעלי מחלוקת פוליטית. פשרה זו כללה, כך נראה, את אי-הכללתו של סעיף השוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואכן, לשונה של הנורמה, כפשוטה, אינה מדברת בשוויון ואינה מונה את השוויון בין זכויות היסוד המוגנות בחוק. לכאורה נראה לטעון כי שתיקה זו של המחוקק והרקע ההיסטורי-הפוליטי שלה משמיעים הסדר שלילי. כן ניתן לטעון כי את תכני החוק ואת גדרי התפרשותו יש

126. בהבדל מעניין **חוקה לישראל**, לעיל הערה 100, בו קבע השופט א' ברק כי בהתנגשות שבין "שלטון החוק", במובן הכפיפות להוראת החוק לבין השוויון – יד "שלטון החוק" על העליונה.

127. א' ברק, לעיל הערה 31; בג"צ 174/85 **חסן נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יו"ש**, פ"ד לט (3) 245, 248; עניין **מורה**, לעיל הערה 29, 334-335. כך למשל, עשויה להתעורר שאלת היחס שבין חוק-היסוד לבין סעיף 1 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, הקובע: "דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית, וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה באשר היא אשה, לכל פעולת משפטית, אין נוהגים לפיה". מהי הוראה מפלה באותו חוק? האם יחולו אמות המידה של חוק-היסוד או כל הפליה תביא לנפקות הבטלות? הכללת השוויון תחת קורת גג חוק-היסוד עשויה לצקת תוכן נורמטיבי מותאם גם בסעיף זה.

128. כל אלה הן שאלות נכבדות המצדיקות עיון ודיון נפרדים ובוודאי עוד רבות ייאמר בהן.

לקבוע תוך התייחסות לרצון הפוליטי המקורי ולפסיכולוגיה ההיסטורית של יוצר הנורמה, כפי שהם עולים מההיסטוריה החקיקתית של החוק. לפנינו, אפוא, שאלה פרשנית שיסודה בהתנגשות אפשרית בין תכליתו הלכאורית של חוק-היסוד לבין מה שנראה, לכאורה, כרצונו של המחוקק. שאלה זו תוכרע בהתאם לעקרונות פרשנות כלליים. אמנם, מן הפסיקה אין עולה הסכמה לעניין המודל הפרשני שיש לבור בפרשנותם של חוקים וכל שכן בפרשנותה של חוקה.

לעניין פרשנותם של חוקים מסתמנת, כנראה, התפישה הפרשנית התכליתית, כגישה הפרשנית המקובלת ביותר בישראל.[129] לפי גישה זו תהא פרשנותה של נורמה חקוקה לפי המטרה והתכלית הגלומים בה. תכליתה של הנורמה החקוקה ומטרתה נלמדות, ראשית דבר, מלשונה של הנורמה עצמה. אך הלשון איננה המקור היחיד ממנו ניתן לשאוב את מטרות החקיקה. ניתן להיזקק לראיות אמינות על מטרות החקיקה גם מחוץ ללשון החוק.[130] בין המקורות אשר מותר לפנות אליהם לשם חשיפת תכלית החקיקה נמנית גם ההיסטוריה החקיקתית בכלל וההיסטוריה הפרלמנטרית בפרט.[131] הגישה המכירה

---

129. התפישה הפרשנית התכליתית גם היא רבת-פנים ומחלוקות. מבין הגישות השונות נראית בעיניי, כגישה הראויה לפרשנותה של חוקה, תפישת הביניים של השופט א' ברק, המשלבת תפישות אובייקטיביות וסובייקטיביות גם יחד כאמצעי לחשוף את תכליתו של חוק (א' ברק **פרשנות**, לעיל הערה 89, כרך א' פרק שלישי עמ' 215-216, 263 ו-375. על השיטה הפרשנית התכליתית ראו שם, שער שלישי, פרק שלישי); א' ברק, לעיל הערה 31, 40-41; השופט י' זוסמן ע"א 481/73 **רחנברג, עו"ד מנהל עזבון אלזה ברגמן נ' שטטל**, פ"ד כט (1) 505, 516; השופט א' ברק בעניין **לאו"ר**, לעיל הערה 34, 544.
הדיון שלהלן מבוסס על תפישת הביניים האמורה של הגישה הפרשנית התכליתית והיא תתייחד לפרשנותה של ההוקה. מקוצר המצע לא נבחנה השאלה האם מסקנות המאמר עומדות גם לפי תפישה פרשנית אחרת.

130. א' ברק, לעיל הערה 96, עמ' 174-177. ראו שם, גם לעניין המחלוקת בין השופטים י' זוסמן וא' ברק בשאלת המשמעויות השונות של "מטרת החקיקה" ו"כוונת המחוקק", הצורך לחפש אחר כוונת המחוקק מתוך הנורמה עצמה, ההזקקות למטרה התקיקתית מתוץ ללשון החוק, מקום שלשון זו ברורה וההסתמכות על ראיה תיצונית ללשון החוק כשלשון החוק אינה מעלה ספק או תוסר וראות.

131. עניין **לאו"ר**, לעיל הערה 34, 544; עניין **קיבוץ חצור**, לעיל הערה 113, 74-75; עניין **ברזילי**, לעיל הערה 104, שם הסתייע השופט א' ברק בדברי חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת כדי לתמוך את עמדתו; עניין **שקריאל**, לעיל הערה 109. לעניין זה יש להבחין הבחן היטב בין תכלית החוק לבין תכלית המחוקק או כוונת המחוקק, בין דבר המחוקק לבין רצון המחוקק ולא חד הם:
"... השופט מבקש לדעת מההיסטוריה התקיקתית נתונים על תכלית החקיקה. אין הוא מבקש לדעת ממנה את דבר התפישות הפרשניות של חברי הכנסת וביצד הם הבינו או פרשו מושג או ביטוי או כיצד הם היו פותרים את הבעיה המשפטית הניצבת לפני

בפרשנות על-פי כוונת המחוקק כפרשנות לגיטימית,[132] מניחה מאליה את אפשרות ייחוסה של כוונה למוסד המחוקק[133], בין שכוונתו מזוהה על-פי תיאוריית הכוונה

השופט...בצדק ציין חברי, המשנה לנשיא השופט אלון כי 'מצווים היינו לפרשו לפי דבר המחוקק ולא לפי רצון המחוקק'... אכן, אנו מחפשים את תכלית החוק ולא את כוונתם של מחוקקיו. אנו עוסקים באנליזה של החוק ולא בפסיכואנליזה של המחוקק... עם זאת הפסיכואנליזה של המחוקק ורצון המחוקק עשויים ללמד על התכלית המונחת ביסוד החוק"... (ענין **לאורית**, לעיל הערה 34, 544).

132. לענין פרשנות לפי כוונת המחוקק ראו א' ברק **פרשנות**, לעיל הערה 98, כרך א' 335, 339-341, 356-1; א' ברק, לעיל הערה 96; א' ברק **שיקול דעת**, לעיל הערה 98, 91 1-352; א' ברק, לעיל הערה 31; א' מרמור, "כוונת המחוקק וסמכות החוק", **עיוני משפט** טז (תשנ"א) 593; ח' כהן,"חומר הכנה", **ספר ידין** (תש"ן, כרך ב') 96; א' ידין, "ושוב על פירוש חוקי הכנסת", **הפרקליט** כו 358;

G.C. Mac Callum - Legislative Intent, 75 **Yale Law Journal** (1965-6) 754; R. Dworkin - The Forum of Principle, 56 N.Y. **University L.R.** (1981) 469.

133. המחלוקת בין משפטנים לענין כוונת המחוקק נעה בקשת החל בספקנים גמורים, הטוענים שמושג כוונת המחוקק ריק מתוכן ולא ניתן להיזקק לו, אפילו ראוי לעשות כן, וכלה באלה הרואים בכוונת המחוקק מקור לגיטימי יחיד לפרשנות חוקים. לדעת ח' כהן כל כוונה המיוחסת למחוקק היא פיקציה בעלמא וכוונת המחוקק היא בלתי דלוואנטית לפרשנות החוק. לדעת א' ברק הפניה להיסטוריה התקיקתית מותרת לא רק כשלשון החוק אינה ברורה, אלא בכל מקרה. עמדת א' מרמור היא שהפרשנות על-פי הכוונה אינה בלתי סבירה אך יישומה טוגבל למדי.

א' מרמור (לעיל הערה 132, עמ' 597) יוצא מהנחה שמערכת הכללים או הקונוונציות, שמכוחה מתייחסים לפעולות פסוימות של המחוקק כאל פעולות חקיקה, אינה מאפשרת לנו לייחס כוונה למחוקק בתור שכזה, בהבדל ממקרה של תאגידים ששם הכללים מכוונים לא רק את מה שייחשב לפעולת התאגיד, אלא גם את מה שייחשב לכוונתו. א' ברק (לעיל הערה 96, עמ' 180) טובר שכשם שתורת האורגאנים, שלפיה מהים את כוונתו של תאגיד, היא נורמה משפטית, כך גם זיהוי כוונת המחוקק היא ענין לנורמה משפטית ומכוח נורמה זו ניתן להסתמך על עבודות הכנה, דברים שנאמרו בכנסת וכו'. א' ידין (לעיל הערה 132, עמ' 360) סבר שלחומר הכנה יש ערך פרשני מועט ביותר. דעתו של ח' כהן (לעיל הערה 132, עמ' 83) היא שחומר ההכנה פסול כמקור מחייב לפרשנות, אם-כי יש בו כדי לשמש לחיזוק טענות. חומר הכנה לפי גישה זו אינו מקור משפטי אלא טענה בלבד. יש להבחין במחלוקת זו בין שאלת המקור המשפטי להסתמכות על היסטוריה תקיקתית, מקור שניתן למצאו בכללי הפרשנות עצמם, לבין המשקל והמשמעות שיש לתת למקור זה. במלים אחרות ובאנלוגיה לדיני ראיות – יש להבחין במחלוקת זו בין שאלת הקבילות לשאלת המשקל והאמינות.

המוסדית של המחוקק[134] ובין שהיא מזוהה לפי התיאוריה של מודל הרוב.[135]

אולם ההכרה בכוונת המחוקק כאמצעי פרשנות לגיטימי אין בה, כשלעצמה, להכריע בשאלה שהיא נושא עניינגו. קודמות להכרעה שתי שאלות סף. האחת, והיא שאלה עובדתית, עניינה במידת האחיזה שניתן למצוא במציאות הפוליטית-הפרלמנטרית להנחה, שהיתה למחוקק כוונה שלא לכלול את סעיף השוויון בין הזכויות המשוריינות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השאלה השנייה – עניינה במדיניות משפטית: האם – בהנחה שאכן ברורה וגלויה כוונת המחוקק – מן הראוי להיזקק לכוונה זו בפרשנות חוק-היסוד, ומהו המשקל שיש לייחס לכוונה זו. זוהי שאלה הנוגעת לפרשנות הנורמטיבית שיש לתת לחוק-היסוד שהוא נושא עניינגו.

(ב) השאלה העובדתית

נוסחת ה"אטומיזציה" של הזכויות, ההצהרות הכלליות ברבר הפשרה וההסכמה, שאליהן הגיעו בעלי המחלוקת, לחוקק בו רק אותן זכויות שאינן שנויות במחלוקת, הצהרות הביקורת של חברי הכנסת על אי-הכללתו של סעיף שוויון מפורש[136] והעובדה שהשוויון אכן לא פורט בין הזכויות המוגנות – מובילים, במידה רבה של שכנוע, למסקנה ש"הכוונה המקורית" של המחוקק היתה שלא לכלול את הזכות לשוויון בין הזכויות המעוגנות בחוק-היסוד. עם זאת ולמען שלימות הדיון יש מקום לנקוט סייג של זהירות בקבלת המסקנה האמורה כתיאור חד-משמעי של כוונת המחוקק, בין שזו נבחנת לפי מבחן הכוונה המוסדית, ובין לפי "מודל הרוב". הספק עולה מעצם היות החוק תוצאה של מאבקי כוח וכניעות הדדיות. השיקולים הפוליטיים, שהינחו את המצביעים בתהליכי קבלת החוק בכנסת, לא היה להם בהכרח דבר עם הגיון החוק במובנו הפרשני-המשפטי.

בשל אופייה של המחלוקת, אין זה רחוק מן הדעת גם שהטקטיקה הפוליטית היתה של "אחד בפה ואחד בלב", דבר המקשה גם הוא על קביעת מימצאים ברבר כוונה משוערת של המחוקק. ניתן לחשוב כי מה שהנחה את חברי הכנסת בהצבעתם היו שיקולים של לחצים פוליטיים יותר מאשר חשיבה מבוררת באשר למדיניות ולתוצאה. מסיבות אלה, קשה, אולי, לדבר בוודאות על קו מקשר או על מכנה משותף, שהדריך את הדוברים ואת המצביעים בעת חקיקתו של החוק, ובדרך-כלל, ובשאלת העדרו של סעיף השוויון בפרט.

---

134. א' ברק, לעיל הערה 96, 180-181. הכוונה המוסדית נלמדת ממציאות פוליטית-פרלמנטרית, מדברים שנאמרו בכנסת ובוועדותיה, מהצעות החוק, מנאומים, מדוחות ומהצעות וכן מהאינטרסים והמטרות שהיו ביסוד הפשרה הפוליטית.

135. א' מרמור (לעיל, הערה 132). במודל הרוב מוסקת כוונת המחוקק מתוך הדעה המשותפת, או זהות הדעות או הדמיון בדעות של חברי הגוף המחוקק ומהקשר שביניהם בפעולת החקיקה של חוק פלוני. במלים אחרות – כוונת המחוקק לפי מודל הרוב ניתנת לזיהוי "כשרוב חברי בית המחוקקים שותפים לכוונה מסוימת בקשר לחוק שחוקקו". (שם, 597).

136. לעיל הערה 93.

137. לעיל הערה 94; ח"כ ש' אלוני, לעיל הערה 93: "אני מקוה שבית-המשפט יפרש את

אפשר שהתומכים בחוק תמכו בו משום ההנחה שהחלל בעניין סעיף השוויון יתמלא בידי בית-המשפט מכוח פרשנות או יצירה שיפוטית, הסומכת עצמה על עקרונות היסוד של השיטה,[137] ואילו המתנגדים לחוק ראו להתנגד גם מתוך ההערכה שערך השוויון נכלל בו. אם אכן כך - ניתן לטעון - תהא הכוונה המשותפת - במשמעות של הנתת התוצאות המסתברות מן החוק - מצויה דווקא בסברה כי חוק-היסוד כולל גם את רעיון השוויון. עד כאן מקור הספק, אולם סבירה יותר ההנחה לפיה לא ידעו חברי הכנסת כלל וכלל[138] את השלכותיה של פסיקה פרשנית עניפה, שהפכה את השוויון ל'מטריה נורמטיבית', המשובצת בלב תכליתו של כל דבר חקיקה ואשר כל התוקים בפרשנותם כפופים לה.[139] פשטו של מה שנאמר ומה שנעשה מעיר יותר על הנחה משותפת לפיה אי-הכללת סעיף השוויון תתפרש כמוציאה אותו מגדר חוק-היסוד.

(ג) הפרשנות הנורמטיבית

המסקנה העובדתית בדבר כוונתו של המחוקק שלא לכלול בחוק-היסוד את סעיף השוויון - מוליכה לשאלה, האם ראוי לו לפרשן חוק-היסוד להיזקק לכוונה שלא לתת מעמד חוקתי לערך השוויון ומה משקל יש לתת לכוונה כזאת. ענייננו, ועניינו של הפרשן הוא מציאת נקודת האיזון בהתנגשות האפשרית שבין "פרשנות נורמטיבית" ל"פרשנות היסטורית"[140] המתחרות ביניהן בפרשנותה של חוקה. בהעדרה של חוקה בישראל טרם גובשו כללי פרשנות שיצביעו על הדרך, שיש ללכת בה בצומת התנגשות אפשרית כזו. אמצעי הפרשנות החכליתית, כמו גם הוויכוח לגבי אופיו ומהותו, פותחו מתוך התייחסות לפרשנותם של חוקים רגילים ולא על רקע פרשנותה של חוקה. בעניין אחרון זה טרם אמר בית-המשפט את דברו המבורר. אולם, באנלוגיה למסתמן לעניין תכליתם הפרשנית של חוקים - ייתכן שאף כאן ראוי לומר שיש לראות בפרשנות על-פי כוונת המחוקק פרשנות מדרג משני, שאינה גוברת בתחרות על מקורות פרשנות אחרים, המשמשים בקביעת תכלית החוק. על-פי אותה אנלוגיה אין תכלית החוק עולה מחקרי-הלב של יוצרי מסמך חוקתי, אלא "מן הפרשנות החוקתית הרחבה, כפי שמתחייב, של מלות החוק על-פי מטרתן הגלויה, מן הרקע וההתפתחות המשפטית, מן האנלוגיה החוקתית ומאפייניה של שיטת המשפט ושל התפישות החוקתיות שלנו".[141]

במאזן הכללי של הגורמים, שמהם נוונה הפרשנות בדבר תכלית החקיקה - נראה שאין ליחס לכוונת יוצרי החוקה משקל מכריע,[142] בהתנגשות שבין אמצעי הפרשנות

הרעיון של כבוד האדם וחירותו לא לפי מנות, כי כבוד האדם וחירותו אינם ניתנים לחלוקה ואינם ניתנים לפי מוצא, גזע, דת ומין".

138. לעיל הערה 19.

139. לעיל הערה 32.

140. ח' כהן, לעיל הערה 132, עמ' 90.

141. הנשיא מ' שמגר בעניין **ברזילי**, עמ' 560; א' ברק, הערה 31 לעיל, 41-42.

142. א' ברק, **שיקול דעת**, לעיל הערה 98, עמ' 331; א' ברק, לעיל הערה 31, עמ' 41-42. ראוי לציין שבעניינו מדובר במקרה חריג בפרשנות חוקתית, שהרי שאלת כוונת המחוקק

ההיסטורית לבין האמצעי ההגיוני והאמצעי הפונקציונלי (הטלאולוגי), במצב דברים של נייסרליות האמצעי המילולי תגבר, כך ראוי לומר גם לעניין פרשנותה של חוקה, ידם של אמצעי הפרשנות ההגיוני והפונקציונלי.[143] נראה שכך יש לומר משום הויקה הישירה והמהותית שבין חוקה לבין השאיפה להגשים ערכים ועקרונות של השיטה המשפטית. נראה שכך ראוי לומר ביתר תוקף לעניין פרשנותו של חוק-יסוד, כשתגיונו של החוק התכלית המיוחדת שלו, כפי שהיא באה לידי בהצהרה אותנטית של המחוקק, מתיישבים עם החוקה הכללית של תכלית החוקים כולם: להגשים ערכים ועקרונות של שיטתנו המשפטית. החוקה הכללית של תכלית ערכים ועקרונות אלה[144] חלה ברבר-חקיקה חוקתי כדבר המסתבר מעצם עניינו.

(ד) שתיקת המחוקק

הטענה שיש לתת תוקף פרשני לשתיקתו של המחוקק[145] גם היא טענה פרשנית־מילולית", הסומכת על "כוונת המחוקק", וגם היא תימרד לפי אותה מידה. עיקרה של טענה זו הוא, ששתיקתו של המחוקק לעניין ערך השוויון מגלה את כוונתו המבורדת שלא לכלול ערך זה בין הערכים המוגנים בחוק-היסוד ולכן יש להסיק מן

מתעוררת כאן לא לאחר שנים, אלא בסמוך ובתכוף לחקיקה. עם זאת, דומה שאין בכך כדי לשנות מהעיקרון הנורמטיבי הפרשני הכללי העוסק בכוונת המחוקק. וראו גם עניין **לאו"ד**, לעיל הערה 34, עמ' 544; עניין **ברזילי**, לעיל הערה 104, עמ' 619; עניין **קיבוץ חצור**, לעיל הערה 113, עמ' 74-75; בג"צ 142/89, 172 הערה 34 לעיל, 544; א' ידין, לעיל הערה 132 עמ' 360.

וכך אומר גם Hogg בספרו:

"The usefulness of the legislative history of the constitution act, 1982 should not be exaggerated. The process of enactment was a long and complex one, involving many participants and it is obviously unsafe to rely on the opinions of any one individual as capturing the intent of all participants. Individual opinions may occasionally be suggestive, but they are never conclusive".

(לעיל הערה 91, עמ' 344).

לא למותר לציין בהקשר זה את האסכולה הגורסת, כי אין כל משקל לכוונה המקורית של המחוקק וכי הפרשנות הטקסטואלית האובייקטיבית – היא בלבד הקובעת. אולם דיוננו, כאמור, אינו יוצא מנקודת מוצא זו.

143. על האמצעים בפרשנות, ראו א' ברק **פרשנות הערה** 89 לעיל, 152-158.

144. א' ברק הערה 31 לעיל.

145. על העמדות השונות באשר לתוקף הפרשני של שתיקת המחוקק: א' ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה, פרשנות, השלמה חסר ופיתוח המשפט", **הפרקליט** לט (תש"ן) 267, 274-275; א' ברק **שיקול דעת** הערה 98 לעיל, 113; א' ברק **פרשנות** הערה 98 לעיל, 429 ו-463-469; ע' שפירא, "שתיקת המחוקק – כלל של פרשנות הוקים?", **הפרקליט** כא (תשכ"ח), 293.

השתיקה על קיומו של הסדר שלילי. נראה שגם לעניין זה תחול התפיסה לפיה "מורה הדרך לפרשנותה של שתיקה בחוק החרות היא בתפיסות התוקתיות וביסודות המשפט".[146] דברים אלה, שנאמרו על שתיקתו של המחוקק בחוק רגיל, על אחת כמה וכמה שהם יאים לחוק שענייננו הבסיסי הוא תפיסות חוקתיות ויסודות המשפט.

ואכן, בית-המשפט לא פירש את העדרה של חוקה כתובה ומגילת זכויות אדם כהסדר שלילי, ולא הסיק את המסקנות הפרשניות מכך שהמחוקק התעלם מהדרישה לחוקק את חוק זכויות האדם בישראל וגמנע מעשות כן בשל מחלוקות פוליטיות: "בית המשפט לא שאל את עצמו כל עיקר אם אמנם יש פה "חוסר הסדר" שאפשר למלאו, או "הסדר שלילי" שמן הגמנע למלא: מכוח הדמוקרטיה השוררת בישראל הניח בית-משפט קיומה של חוקה בלתי כתובה... שדרך פרשנותה יוכל למלא את אשר החסיר המחוקק... כך הכיר בית-המשפט הלכה למעשה בקיום חופש הדיבור והעתונות וחופש הדת והאמונה ואף הכנים למשפט הישראלי עקרונות חוקתיים מחייבים כמו כבוד הבריות, שוויון בין בני אדם ואיסורי הפלייה"...[147] נראה, אפוא, שהפרשנות החוקתית לא תייחס לשתיקת המחוקק משמעות מכרעת, וזאת - כך נראה - אף אם שתיקה זו אינה סתמית אלא מכוונת. שתיקה כשלעצמה אינה בהכרת הסדר שלילי. גם השתיקה המכוונת תיבחן על-פי הגיונו של החוק ותכלית חקיקתו.

לאור הגיונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף המטרה שבו, יקשה לומר שבשתיקתו חוקק המחוקק כלל נזדמטיבי, הדוחק את מעמדו של ערך השוויון ומציבו כנחות לעומת זכויות יסוד אחרות של האדם.

7. רצון המחוקק נסוג מפני תכלית החוק

הגה כי כן, דומה כי עין הפשרה הפוליטית שהצמיח את הפתרון של "הדילוג על מכשול" ערך השוויון, לא הניב פרי משפטי למאכל. תכלית חוק-היסוד והמדיניות המשפטית הספציפית המותווית בו איגן מתיישבות עם העדר מעמד חוקתי לסעיף השוויון. כוונת המחוקק - מה גם שזו אינה ודאית ומבוררת - עשויה לסגת מפני דבר החוק.

הדברים אמורים בערך השוויון. אולם ברות האמור לעיל, אפשר גם שמכוח אותם העקרונות הועלו כלל וכויות האדם למעמד חוקתי כתוב, אף שלא נימנו במפורש בחוק-היסוד האמור. שהרי ניתן לראות את כולן כיונקות תיותן מעקרון כבוד האדם וחירותו. וכולן הן בחוקת ערכיה של המדינה. אם אכן כך יפרש בית-המשפט - העתיד יוכית. הפרשנות המותווית לעיל, שהיא פרשנות רחבה של סעיף המטרה, יאה לפרשנות של חוקה. אך אפשר גם שעקרון השוויון, בהיותו מעין נורמת-על, הדבוקה בכל זבות

---

146. הנשיא שמגר, ב"ש 298/86, 368 ציטרין ואח' נ' בית-הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז ת"א, פ"ד מא (2) 335 בעמ' 355. בעניין זה יצר בית-המשפט יצירה שיפוטית, יש מאין, בדמות התיסרון העיתונאי, במטרה לבסס את חופש הביטוי.

147. ת' כהן, לעיל הערה 99, עמ' 223. דברים אלה נאמרו, אמנם, על רקע גישתו הכללית של אומרם, לפיה כוונת המחוקק אינה רלוואנטית לפרשנות החוק (לעיל הערות 132 ו-133), אך הם נכונים לענייננו ללא זיקה לגישה הפרשנית של אומרם.

מזכויות היסוד, ומעין מעטפת העוטפת את גרעינה, יידון כבעל מעמד מיוחד לעומת אותן זכויות היסוד האחרות שאינן מפורטות בחוק-היסוד.[148]

עם זאת יש להדגיש כי הכללתו של עקרון השוויון כעקרון-על אין משמעותה פגיעה מיניה-וביה בסטטוס קוו של החקיקה הדתית. ערך השוויון יאוזן גם הוא בין שאר ערכיה של המדינה כמדינה יהודית-דמוקרטית.[149]

ה. מעמדן הנורמטיבי של זכויות היסוד – סמכות בית-המשפט לבטל חוקים

1. שתיקת המחוקק בשאלת המעמד הנורמטיבי

שאלת הנפקות המשפטית של שתיקת המחוקק עולה גם בסוגיית מעמדן הנורמטיבי של זכויות היסוד, המוגנות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהעדר סעיף בחוק-היסוד המסדיר את סוגיית הביקורת השיפוטית על חוקים - מעלה שתיקת המחוקק גם את שאלת סמכותו של בית-המשפט לבטל חוקים העומדים בסתירה לחוק-היסוד. בחינת המתח הנחזה שבין "רצון המחוקק" לבין כוונת החוק בסוגייה זו מעלה שאלות מורכבות וקשות, שהתשובה להן אינה חד-משמעית כלל ועיקר. על פני הדברים, חסר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כל סממן מקובל ומוכר, שיש בו כדי להעיד כי היה בכוונת המחוקק לעשותו חוק-על, הנהנה ממעמד חוקתי עדיף, ואשר יש בו כדי לקבוע את תוקפם של חוקים העומדים בסתירה לו. החוק אמנם נקרא חוק-יסוד ויש בו סעיף מטרה המעיד על תכליתו, אך אלה, כשלעצמם – כפי שיוסבר להלן – אין די בהם כדי לרומם את החוק על-פני חוקים אחרים.

אין בחוק-היסוד סעיף הקובע במפורש את עליונותו על-פני חוקים אחרים.[150] אין בו

---

148. א' ברק במאמרו (לעיל הערה 3) כותב: "מכוחה של מהפכה חוקתית זו חל שינוי מהותי במעמדן של חלק מזכויות היסוד של האדם בישראל". (שם, 12) וכן: "חוקי-היסוד שנתקבלו אינם משתרעים על מלוא העניינים החייבים המדר בחקיקה הנוגעת לזכויות האדם". (שם, 13).

149. השקפה זו מבוססת על הנחתי, שסעיף 1 לחוק יתפרש כמציב ערכים יהודיים ובכללם ערכים דתיים, כבעלי משקלות שיש לשקלם כנגד משקלותיהם של ערכים דמוקרטיים, המתמודדים על האיזון.

150. לעומת סעיף 52(1) של ה-Constitution Act, 1982, הקנדי, הקובע כלהלן:

"The constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the constitution is, to the extent of the inconstistacy, of no force or effect."

מגילת הזכויות היא חלק מהחוקה של קנדה. סעיף 52(1) משמש בקנדה בסיס לפיקוח השיפוטי על החקיקה.

פסקה 2 בסעיף 6 לחוקת ארה"ב קובעת:

"This constitution... shall be the supreme law of the land; and the judges in every

גם סעיף הקובע את בטלותו של חוק, הסותר את הוראותיו,[151] אין בחוק-היסוד הוראת שריון, המגינה על קביעותיו מפני שינוי מקרי והקובעת דרכים נוקשות לשינויו או

sate shall be bound thereby, any thing in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding".

לעניין המתלוקת בין ה' וקסלר לל' סרייב בשאלה האם סעיף זה בחוקה הוא הבסיס לביטולם של חוקים פדרליים הסותרים את החוק - ראו L.H. Tribe, American Constitutinal Law (The Foundation Press 1978) 21.

151. הערה 150 לעיל, וראו גם סעיף 5(ד') בהצעת חוק-יסוד: החקיקה (ה"ח התשנ"ב 147). נראה שהעדרו של סעיף בטלות בחוק-היסוד הוא תוצר לוואי של התפתחות ההיסטוריה החקיקתית הנוגעת לשמירת הדינים, שהיו בתוקף עד"ב קבלתו של החוק (סעיף 10).

את מכלול ההצעות בעניין סעיף הבטלות ניתן למיין לארבע קטגוריות עיקריות: א. סעיפי פטלות מוחלטים, החלים הן על חקיקת העבר והן על החקיקה העתידית. כך: סעיף 72 להצעת ח"כ ה' קלינגהופר משנת 1963 וסעיף 53 להצעת ח"כ רובינשטיין (ת"ת תשמ"ג 111) קבעו: "לא יהיה דין סותר הוראותיו של חוק זה".

סעיף 35 להצעת ב' אקצין: "כל דין, הוראה ופעולה מטעמה של רשות ציבורית כלשהי... העומדים בניגוד לאחת הוכויות והחובות הנקובות בפרק זה, יהיו בטלים במידה שהם נוגדים אותן...". וכן סע' 108(א) לאותה הצעה: "כל חוק וכל דין העומדים בתקפם ערב כניסת החוקה הזאת לתוקפה ימשיכו לעמוד בתקפם, במידה שאין בהם משום סתירה להוראות החוקה".

ב. הוראות מצורבות, הכוללות שימור חקיקת העבר אף במקרה של סתירה והתייחסות לפטלות חקיקה עתידית. כך: המודל בסע' 10(ב) ו-(ג) להצעת חוק-יסוד: זכויות האדם והאזרח (ה"ת תשל"ג 448): "הוראת חוק שנתקבלה אחרי תחילתו של חוק-יסוד זה והיא סותרת הוראה שבו - בטלה. חוק-יסוד זה אינו גורע מתקפו של חוק שנתקבל לפני תחילתו". ובווריאציה של משדד המשפטים לאותה הצעה: "הוראת חוק שנתקבלה אחרי תחילתו של חוק-יסוד זה והיא סותרת הוראה שבו - בטלה, זולת אם פורש בה שתחול על-אף האמור בחוק-יסוד זה" או: "זולת אם נתקבלה ברוב של שני שלישים ופורש בה שתחול על-אף האמור בחוק-היסוד".

ג. הוראות הקובעות בטלות חקיקת עבר סותרת לאחר חלוף פרק זמן קבוע. זאת - כדי לתת למחוקק הזדמנות לתקן חקיקה ולמנוע פטילתה. מודל זה לא כלל בדרך כלל הוראה כללית לעניין בטלות חקיקה עתידית סותרת, אולי מתוך הנחה שהדבר מיותר, שכן הוא משתמע מאליו מהקביעות לעניין דיני העבר. זה המודל שלפיו נתקן סעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, הקובע: "הוראות חיקוק, שהיו בתוקף ערב תחילתו של חוק זה והן עומדות בסתירה להוראותיו יעמדו בתקפן עד תום שנתיים מיום תחילתו של חוק זה"...

כך גם סעיף 36 להצעת ועדת אלוני, שקבע תקופת 3 שנים (ד"כ תש"ן, נספחות, עמ' 443) וכן סעיף 206 להצעת חוקה לישראל (הכולל גם הוראה כללית של בטלות חוקים).

ד. סעיפים המשמרים את חקיקת העבר ללא סייג ואין בהם התייחסות לעניין בטלות חקיקה עתידית סותרת. סעיפים אלה הם תוצאה של "אטומיזציה" של הצעות מקיפות

לביטולו (להלן – שריון פורמלי).[152] עקרונותיו של החוק כפופים לשינוי בתקנות-שעת-חירום.[153] כן אין בחוק-היסוד הוראה הנותנת לגיטימיות מפורשת לביקורת השיפוטית והמסמיכה את בית-המשפט להכריז על בטלותו של חוק העומד בסתירה לו.

יותר, שכללו גם סעיפים לעניין פסלות חוקים, סעיפים שלא נכללו במסגרת הבניה מחדש. זהו המודל שלפיו נחקק סעיף 10 לחוק-יסוד: זכויות-האדם, הקובע: "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". לעניין זה מעניין לציין הצעת וריאציה שהגיש משרד המשפטים לוועדת אלוני, לפיה נשמרים דיני העבר, אולם: "הוראה שבדין, שנתקבלה לפני הקמת המדינה והיא סותרת הוראה מהוראות חוק-יסוד זה, לא יהיה לה עוד תוקף".

למודלים אלה נלוו גם הצעות מפורשות לשמר חקיקת עבר וחקיקת עתיד הנוגעות לענייני דת, מפני השפעתו של חוק-היסוד (הצעת משרד המשפטים וכן הסתייגויות ח"כ א' רביץ וש' הלפרט לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לעיל הערה 46).

הן הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק והן ההצעה הטרומית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא כללו לא סעיף בטלות ולא סעיף שימור דינים. הסעיפים לעניין שימור דינים בחוקים אלה הוספו בעת הדיון בוועדה.

152. לעומת פרק המישי ל-Constitution Act הקנדי משנת 1982 וסעיף 5 לחוקת ארה"ב. ראו גם סעיפים 4 ו-45 לחוק-יסוד: הכנסת וסעיף 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. ההצעות לעניין שריון מגילת הזכויות נבדלו זו מזו בעיקר, אך לא רק, ברוב הנדרש. כך: נדרשת רוב של שני שלישים מחברי הכנסת נכללה בהצעת ח"כ י' קלינגהופר (סע' 73), בהצעת ח"כ א' רובינשטיין מ-1983 (סע' 55), הצעת משרד המשפטים וכנ"ל בהצעות ח"כ א' רובינשטיין (סע' 23) ובהצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק (ה"ת התשנ"ב 102). רוב זה נדרש גם בסעיף 5(ג) לה"ת יסוד: החקיקה (ה"ח התשנ"ב 147) ובסעיף 205 להצעת חוקה לישראל. הצעת ועדת אלוני דיברה ברוב של שבעים חברי כנסת (סע' 35) ואילו חוק-יסוד: חופש העיסוק (סע' 5), והצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סע' 10, ה"ת תשנ"ב 60) מדברים ברוב של חברי הכנסת. הצעת חוק זכויות האדם והאזרח של ועדת החוקה משנת (1973) לא כללה הוראת שריון.

בנוסחו, כפי שהוכן לקריאה שניה ושלישית, כלל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו את הוראת סעיף 13 כדלקמן: "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי כנסת". על נפילתו של סעיף זה ראו הערה 78 לעיל.

153. הרישא לסעיף 12 לחוק קובעת, אמנם, כי: "אין בכוחן של תקנות-שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים". אולם בהמשך נקבע כי במצב חירום (מצב הקיום ה"נורמלי" של מדינת ישראל) "מותר להתקין תקנות-שעת-חירום... שיהיה בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה...". סעיף 4 בחוק-יסוד: חופש העיסוק, לעומת זאת, אינו כולל סייג דומה, וקביעתו כי "אין בכוחן של תקנות שעת חירום לשנות חוק זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים" – גורפת.

ראוי לציין כי לפי הצעת משרד המשפטים, כפי שאומצה בידי ח"כ א' רובינשטיין בסעיף

בהעדר הוראות כאלה וכיוצא באלה ניתן, לכאורה, להסיק שאין כוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יפה לשמש אמת-מבחן לתוקפם של חוקים ואין תוקפו כלפי חוקים אלא תוקף פרשני, שלאורו הם יפורשו. שתיקתו של המחוקק בעניין זה עשויה, לכאורה, להשמיע הערך כוונה לשנות אף מן המצב המשפטי הקיים, לפיו אין בית-המשפט מפעיל את הביקורת השיפוטית לבחינת תוקפם של חוקים (שאינם משוריינים). עיגון הוכויות בחוק-היסוד, לפי הנחה זו, אינו אלא צילומה בחוק של אותה "מטריה נורמטיבית", שפרש בית-המשפט מעל החוקים כולם, כדי שיחסו בצילם הפרשני של עקרונותיה מכוח הנחה, הניתנת לסתירה, שכך רצונו של המחוקק.

מסקנה זו עשויה למצוא חיזוק מה בעובדה שחוק-יסוד: חופש העיסוק, שנתקבל כשבועיים קודם לקבלתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא חוק משוריין שריון פורמלי[154] ונקבעה בו במפורש בטלותם של חוקים, העומדים בסתירה לו.[155] גם העובדה

---

21 להצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם (לעיל הערות 26 ו-27) הוגבל כוחן של תקנות-שעת-חירום לפגוע בזכויות מוגדרות בלבד: חופש התנועה, חופש הביטוי, הפרטיות, הקניין, העיסוק, האסיפה וההתאגדות. לפי הצעה זו לא היה בכוחן של תקנות-שעת-חירום לפגוע בעקרון השוויון, שלמות הגוף וכבוד האדם, החירות האישית, חופש האמונה והדת, היציאה והמחקר, הכשרות המשפטית, הזכות לפנות לערכאות, חזקת הזכאות בדין ועקרון החוקיות בפלילים.

נראה לי, שיסודו של סעיף 12, כפי שנתקבל, בשגגה שנפלה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בהבנת תוכן הצעת משרד המשפטים. בישיבת הוועדה מיום 1.7.91 סוכם לאמץ את נוסח משרד המשפטים לעניין תקנות-שעת-חירום ולהתאימו לסעיפי הצעת חוק-היסוד. מהדיון עולה שחברי הוועדה סברו שהנוסח משקף את הצעת משרד המשפטים, ולא היא. תיקון מסוים לעניין זה מצוי בסעיף 50(ד) לחוק-יסוד: הממשלה, התשנ"ב-1992 (ס"ח התשנ"ב 214), שתחילתו החל בבחירות לכנסת הארבע-עשרה. הסעיף קובע: "אין בכוחן של תקנות-שעת-חירום למנוע פנייה לערכאות, לקביע ענישה למפרע **או להתיר פגיעה בכבוד האדם**". היחס בין סעיף זה לסעיף 12 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (שנתקק יום לפניו) לא הובהר בידי המחוקק, אולם ניתן להניח שכתוק מאוחר – תגבר אמירתו של חוק-יסוד: הממשלה (משיכנס לתקפו). ועדיין נשאלת השאלה מה תכנה של הגבלה זו המשמרת מפני פגיעה בכבוד האדם לעומת כלל ערכי היסוד הנמנים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולעומת זכויות היסוד האחרות "שאינן כתובות עלי ספר".

וראו סעיף 12(ב) להצעת חוק-יסוד: החקיקה (ה"ח התשנ"ב 147) הקובע כי ..."לא תפגע תקנת-שעת-חירום בזכות יסוד של האדם אלא באופן ההולם מדינת דמוקרטית הנמצאת במצב חירום".

154. לאור סעיף 5 שבו, הקובע: "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת". ראוי לציין כי הסעיף הנרון אינו מחייב רוב של חברי הכנסת בכל שלב משלבי התקיקה (לעומת סע' 46 לחוק-יסוד: הכנסת וסע' 5(ה) להצעת חוק-יסוד: התקיקה, התשנ"ב 147). כן לא נאמר שהרוב דרוש גם לשינוי במשתמע (לעומת סע' 46 הנ"ל).

155. סעיף 6 לחוק.

שהסעיף בהצעת משרד המשפטים, הדן בהשגה על תוקפם של חוקים בפני בית-משפט לחוקה,[156] הושמט מתוך הצעתו של ח"כ א' רובינשטיין במסגרת ה"אטומיזציה" של זכויות היסוד,[157] עשויה ללמד דבר. הצעת המציע לכלול מחדש סעיף זה נדחתה בידי ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת משיקולים שבפרוצדורה ובתוכן.[158]

2. המעמד הנורמטיבי בראי ההיסטוריה החקיקתית

מהדברים שנאמרו בכנסת קשה להסיק מסקנות לעניין הלך מחשבה, הסכמה או אחדות-דעים בסוגיית המעמד הנורמטיבי של חוק-היסוד וסמכות בית-המשפט לפסול חוקים שאינם מתיישבים עמו. קושי זה נובע לא רק מהבעיה האינהרנטית של ייחוס כוונה למחוקק כגוף על סמך דעותיהם של חברי הכנסת, בעיקר בסוגיות פוליטיות מורכבות. הקושי נובע גם – ובעיקר – מכך שהדיון בכנסת התנהל על בסיס הצעה שכללה סעיף שריון פורמלי,[159] שנפקותו המשפטית היא קיומה של סמכות ביקורת שיפוטית.[160] ניתן להניח כי הדברים, שאמרו חברי הכנסת לעניין תוקפו הנורמטיבי של החוק וסמכות בית-המשפט, נאמרו על בסיס ההנחה שסעיף זה יתקבל. עם זאת, ניתן גם לחשוב שלא כל הדוברים היו מודעים לזיקה שבין סעיף שריון לבין כוחו של בית-המשפט לבטל חוקים. אך גם בלא קושי מיוחד זה, קמת בעיית ייחוס הכוונה למחוקק מתוך השניות, דו-המשמעות, החלקת דברים ואי-דיוק במצג המשפטי, הניכרים מדבריהם של אחדים מחברי הכנסת, אשר התבטאו בסוגייה זו.

אין ספק שמעמדו הנורמטיבי של חוק-היסוד היה נושא לדיון בכנסת. היו חברי כנסת שגילו דעתם במפורש כי החוק המוצע מקנה לבית-המשפט את הסמכות לבטל חוקים, שאינם מתיישבים עם חוק-היסוד. חלקם העלו הנחה זו כעילה לביקורת החוק, חלקם – כעובדה המובנת מאליה והנובעת מעיקרו וממהותו של החוק. אולם היתה גם עמימות בהצגת החוק ומשמעותו לעניין חלוקת הכוחות בין המחוקק לבתי-המשפט. לעניין זה מאלפים חילופי הדברים הבאים בעת הקריאה השניה של החוק:[161]

יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט ח"כ א' לין: "אבל אנחנו לא מעבירים את המשקל לבית-המשפט העליון. אנחנו לא עושים כפי שהוצע בחוק-יסוד: החקיקה או בחוק-יסוד:

---

156. סע' 24 להצעת משרד המשפטים ולהצעת ח"כ א' רובינשטיין מ-1989. וראו גם סע' 35 להצעת חוק-יסוד: החקיקה (ה"ח התשנ"ב 149).

157. פרק ג' לעיל.

158. ישיבת הוועדה מיום 25.2.92. גם הצעת חוק-יסוד: חקיקה (ה"ח התשנ"ב 147) לא קודמה על דקע אי-הסכמות פוליטיות באשר לסעיף מקביל.

159. סע' 9 בהצעה לפני הקריאה הטרומית (ד"כ תשנ"א, נספחות, 3365-6) כלל דרישת רוב של שני שלישים של חברי הכנסת; סע' 10 להצעת החוק (ה"ח התשנ"ב, 60) כלל דרישת רוב רגיל של חברי הכנסת.

160. ראה, להלן, העדה 168.

161. ד"כ התשנ"ב, 3783.

זכויות האדם, שהוגשו בזמנם. אין מוקם בית-משפט לחוקה ואין מוקם בית-משפט לחוקה שמקבל כוח מיוחד לבטל חוקים."

ח"כ מ' איתן: "מה זה סעיף 8?"

ח"כ א' לין: "סעיף 8 אומר... שבן אפשר, לתכלית ראויה אם זה הולם את ערביה של מדינת ישראל... במרה שאינה עולה על הנדרש בחוק, לצמצם זכויות יסוד על-פי חוק זה."

ח"כ מ' איתן: "אבל אין ביטול חוקי הכנסת."

ח"כ א' העצני: "ומי יקבע? איפה הפרמטרים?"

ח"כ א' לין: "המחוקק קובע ובית-המשפט קובע. וזהי המערכת הקיימת היום ואין לך אחרת... גם היום בית משפט יכול לפרש חוקים."

ח"כ מ' איתן: "אבל לא לפסול חוקים."

ח"כ א' לין: "אין צורך לפסול חוקים. לא פוסלים חוק. החוק צריך להיעשות לתכלית ראויה, לא סתם חוק שרירותי ... באנו וקבענו באופן מפורש שהחוק לא פוגע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחולתו של חוק-היסוד... מעבר לזה גם הורדנו את ההוראה האומרת שצריך לפרש את הדין הקיים לאור עקרונות חוק זה. אמרנו סתם קוו מוחלט, והיו פה ויתורים מפליגים לעומת כל תוקה המקובלת בעולם..."

וכן אמר **ח"כ א' לין:**[162] "...הכוח לא הועבר למערכת בתי-המשפט. הכוח נשאר בבית הזה. ואם חלילה יסתבר מהניסיון עם החוק הזה שאנחנו טעינו והפרשנות הניתנת לחוק הזה אינה על-פי כוונתו האמיתית של המחוקק, יש בידי הכנסת הכוח לשנות את החוק." ועוד: "... אני מתנגד להקמת בית-משפט לחוקה, כי אני חושב שכאן אתה נותן את הכוח המפליג לקבוצה מצומצמת של שופטים, שפרשנותם היא זו שתקבע מחיקתם של חוקים בישראל. לא החוק הזה..."[163]

---

162. שם, בעמ' 3788.

163. דברים אחרונים אלה עשויים להתפרש כמכוונים רק לשאלת סמכות בית-משפט לחוקה לעומת סמכות כלל בתי-המשפט לפסול חוקים ולא לשאלה העקרונית של הסמכות לפסול. מעניינים גם הדברים שלהלן, שנאמרו בעת הקריאה הראשונה של החוק: **"ח"כ מ' איתן:** איך יכול להיות שאנחנו נעביר חוק כזה כאן בכנסת בלי לשים לב לכך, שמאחורי העניין הזה עומדת אווירפציה, לקיחת סמכויות של הכנסת והמחוקק והעברתן לבית-המשפט העליון?... סעיף 7 אומר, שמהיום והלאה כל חוק שהכנסת תחוקק, ניתן יהיה לפסול אותו בנימוק שהחוק הזה פוגע בחוק-יסוד. ומי שיטען את זה ילך לבית-המשפט הגבוה לצדק או לבית-משפט שתפקידו יהיו לפסול את החוקים שאנחנו מחוקקים, ומול כולנו, כמחוקקים, יעמדו שלשה או חמשה שופטים עליונים והם יקבעו שהחוק שאנחנו חוקקנו אינו תקף. למה? כי הוא עומד בסתירה לחוק-היסוד... אני מתקומם על מה שנעשה פה.

ח"כ א' רובינשטיין: כל מהותה של חוקה היא לתת פיקוח מעל חוקי הכנסת.

ח"כ מ' איתן: אבל אני מתקומם על הצורה שבה אנחנו מנהלים דיון כזה... מעבירים חוקים שיש להם משמעויות קונסטיטוציוניות מרחיקות לכת, ובאן בעצם על מה

לעומתו דיבר שר המשפטים ד' מרידור דברים מפורשים בזכות הצורך להגביל את המחוקק: "גם סמכותה של הכנסת לחוקק אינה בלתי מוגבלת, מפני שבכל משטר דמוקרטי יש גבול למה שמותר לרוב לעשות." שר המשפטים דיבר בחשיבותה של ההצעה "מפני שהיא קובעת איזון בין הרשויות בישראל והיא קובעת בהחלט תחום או גבול שמעבר לו אין לפגוע בזכויות האדם." בתגובה לדברי ח"כ מ' איתן לפיהם הכפפת הכנסת לבית-המשפט העליון אינה דמוקרטיה אלא "אוורפציה" של סמכויות, הסביר שר המשפטים:

> מי שמבין שדמוקרטיה, לפני בחירות ולפני שלטון הרוב היא דאגה לאותן זכויות שגם הרוב לא יוכל ליטול מהיחיד ושהיא צריכה לאזן את הכוח של הרוב על-ידי משטר של איזונים ובלמים, רק הוא מבין שאנחנו עוסקים בחוק שמחזק ומאשש את הדמוקרטיה בישראל ומאשש את האיזון בין הרשויות.[164]

מתווכחים? על איזה עניין סמנטי... אבל הוא לא שם לב שפה אנו פוגעים בבית הזה כבית מחוקקים. מה אנו עושים? אנו מטילים את המגבלות האלה מרצון... ועכשיו מה יעשו השופטים העליונים?... הפרשנות שלהם לא תהיה על-פי חוק... הם לא יוכלו לפעול על-פי הנמקות משפטיות. אתם נותנים להם לפסול חוק אם הם יגיעו למסקנה, שהחוק הזה הולם או אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל... זהו נוסח סופר פוליטי, זה מושג שרק אנשים שנבחרו ותמודדו בבחירות לכנסת, רק הם יכולים ורשאים לפרש אותו. מה מציעים פה? הם יחפשו ויקבעו שחוק מסוים לא יכול להיות, כי הוא נוגד את ערכיה של מדינת ישראל.

ח"כ א' רובינשטיין: כל חוקי-היסוד שעברו בכנסת, בארבע קריאות... נתנו סמכות בזאת לבדוק חוקים של הכנסת. אחרת אין משמעות לחוק-היסוד". (ד"כ התשנ"ב בעמ' 1247 וכן דברי ח"כ א' העצני, שם, בעמ' 1247-8).

נראה שאף בהנחה שדברי ח"כ א' רובינשטיין כוונו לחוק משוריין – לא דק פורתא כאמירתו הכוללנית, שהרי רק חוק-יסוד אחר, הוא חוק-יסוד: הכנסת והוא בלבד כלל סעיפי שריון שתקפם גם כלפי חוקי הכנסת. גם מדברי חברי הכנסת בעת הדיון בחוק בוועדת החוקה, חוק ומשפט (ישיבות הוועדה מימים 1.7.92 ו-5.2.92) עולה שרבים מהמשתתפים הניחו שתהא סמכות לבימ"ש לפסול חוקים.

164. קריאה שניה, ד"כ התשנ"ב בעמ' 3788. גם בקריאה הראשונה של החוק אמר שר המשפטים: "החוק הזה בא לחדש תידוש מעבר לפסיקה... הוא מתזיר לכנסת את כבודה בכך שהיא... קובעת הגנה גם מפני שרירות של חוק שתתקבל והוא סותר ופוגע בזכויות אדם..." (ד"כ התשנ"ב בעמ' 1531). הלך דעה זה של שר המשפטים מצא ביטוי גם בדברים שאמר לאחר קבלת החוק בטקס השבעת שופטים ביום 27.4.92: "אולם בה בעת הוטלה משימה נכבדה וחרשנית על בית-המשפט... לקבוע לא רק אם פעולת השלטון או תקנת מחוקק המשנה מנוגדות לזכויות יסוד אלה, אלא אף אם הכנסת עצמה פגעה בהן בחוקיה

3. העדר שריון פורמלי וסמכות בית-המשפט

תהא אשר תהא משמעות הדברים שנאמרו בכנסת, ואפילו נניח שהדברים נאמרו על בסיס ההנחה שהמדובר בחוק המשוריין שריון פורמלי – את התוקף הנורמטיבי של חוק-היסוד יש, מכל מקום, לבחון לאור העובדה שאין בו הוראת שריון פורמלי ועל רקע ההלכות המשפטיות, הקושרות בין הוראת שריון כזו לבין סמכות הביקורת השיפוטית של בית-המשפט ובטלותם של חוקים סותרים.[165]

אכן, העובדה שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מדבר בסמכות בית-המשפט לפסוק בדבר בטלותם של חוקים – אין בה, כשלעצמה, כדי להשמיע הסדר שלילי ההעדר סמכות כזו. כמו בתי-המשפט בארה"ב, בקנדה, או בדרום אפריקה[166]- גם בית-המשפט העליון בישראל נטל לעצמו ללא הסמכה מפורשת הסמכות להכריז על בטלותו של חוק. בישראל עשה כן בית-המשפט בהצהירו על בטלותו של חוק, הסותר חוק-יסוד משוריין ואשר לא נתקבל ברוב הנדרש על-פי חוק-היסוד.[167] בית-המשפט העליון קבע כי: "קיומה של הוראת שריון מניח ביקורת שיפוטית, וביקורת שיפוטית זו בכוחה לקבוע כי הוראת חוק, בין חוק "רגיל" ובין חוק-יסוד – שנתקבלה על-ידי רוב רגיל ולא על-ידי הרוב המיוחד הנדרש בהוראת השריון, בטלה היא ומבוטלת."[168]

פסיקת בית-המשפט בדבר סמכות הביקורת השיפוטית התמקדה עד כה בשאלת בחינתם של חוקים הסותרים חוק-יסוד, המשוריין שריון פורמלי, דהיינו שנקבע בו רוב מיוחד לשינויו או לביטולו. בית-המשפט קבע כי תוקפו הנורמטיבי של חוק-יסוד, שאינו משוריין שריון פורמלי הוא כתוקפו של כל חוק אחר, ומכאן שחוק מאוחר הסותר אותו – כוחו גובר, מכוח כללי ברירת הדין, החלים לעניין סתירה בין נורמות בעלות מעמד שווה.[169]

שיתקבלו פגיעה בלתי ראויה, פגיעה שלא כדין". ובסקס השבעת שופטים מיום 7.7.92 אמר השר: "לראשונה הוסמך בית-המשפט לקבוע את אי-חקיפותם של חוקים, הפוגעים שלא כדין בזכויות אדם אלה".

165. ראו א' ברק **פרשנות**, לעיל הערה 98, 556-563; א' ברק, לעיל הערה 3; א' רובינשטיין, לעיל הערה 27, 453-464.

166. בארה"ב: Marbury v. Madison (1803) 5 U.S. (1 Cranch), 13; בקנדה – R.v. Drybones (1970) S.C.R. 282, 301. בעניין זה היה מדובר בפסילת חוק לאור ה-Bill of Rights שלא היה מסמך בעל תוכן נורמטיבי עדיף. אף שהפסלות הקונקרטית היתה של חוק, שקדם למגילת הזכויות – הרי שבשאלת סמכות בית-המשפט לפסול חוקים ללא הסמכה מפורשת נחשב פסק-דין זה לפסק עקרוני. ראו Hogg, לעיל הערה 91, בעמ' 643-4. בדרום אפריקה – Minister of Interior v. Harris 1952 (4)S.A. 769.

167. עניין **ברגמן**, לעיל הערה 100; בג"צ 148/73 **קניאל נ' שר המשפטים**, פ"ד כו (1) 794 (להלן: עניין **קניאל**); עניין **לאו"ר**, לעיל הערה 34; בג"צ 141/82 **רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לז (3) 141.

168. עניין **לאו"ר**, לעיל הערה 34; א' ברק, **פרשנות**, לעיל הערה 98, 560.

169. עניין **קניאל**, לעיל הערה 167; בג"צ 107/73 **"נגב" – תחנת שרות לאוטומוביל בע"מ נ'**

השריון הפורמלי הוכר עד כה כסמן עליונותו של חוק, אשר קיומו מניח ביקורת שיפוטית. עליונות החוק בהקשר זה היא יחסית בלבד. עניינה ברובד פורמלי הדרוש לסתירתו של חוק-יסוד. חוק הסותר חוק-יסוד משוריין יהיה לו תוקף, ובלבד שנתקבל ברוב הנדרש.

בית-המשפט העליון לא ראה, עד כה, כעניין שבסמכותו לפסוק בדבר בטלותו של חוק בעילה שהוא סותר חוק-יסוד ככזה, או משום תוכנו הנוגד עקרונות יסוד של השיטה, בלא זיקה לשאלת הרוב שבו התקבל. לעניין זה נעה עמדת בית-המשפט בין שלילה מפורשת[170] לבין הנחה בצריך עיון[171] ולבין הנחת היסודות העקרוניים של סמכות זו עד שתכשר השעה מבחינת ההסכמה הציבורית ועמדת המחוקק.[172] ועד כה – טרם קבע בית-המשפט הלכה המניחה בקורת שיפוטית עקב קיומה בחוק של הוראת "שריון" מסוג אחר, שאינו השריון הפורמלי, המציב דרישת רוב מיוחד לשינויו או לביטולו של חוק.

המסקנה הלכאורית, הנובעת מניתוח זה היא, שבית-המשפט לא יטול לעצמו סמכות לבטל חוקים, הסותרים את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן כוחם הנורמטיבי הוא שווה ערך לכוחו של חוק-היסוד, שאינו משוריין שריון פורמלי.

4. השריון הנורמטיבי וסמכות בית-המשפט

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא החוק הראשון, שבו נקבעה הוראה מפורשת הכוללת תבחינים מהותיים המתייחסים לתוקים. הוראת סעיף 8 שבו,[173] היא פיסקת ההגבלה, קובעת תנאים שמן הדין שיתקיימו בחוק הפוגע בזכויות האמורות בחוק-היסוד. להוראה זו אין אח ורע בחקיקה הישראלית ופרשנותה והשלכותיה טרם נדונו בפסיקה.

מדינת ישראל, פ"ד כ"ח (1), 640; בג"צ 60/77 **רסלר נ' ירד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ואח'**, פ"ד לא (2), 556; א' ברק **פרשנות לעיל** הערה 98, 561.

170. ענין **פורז**, לעיל הערה 29, 334.

171. עמדת הנשיא מ' שמגר בבג"צ 889/86 **כהן נ' שר העבודה והרווחה** פ"ד מא (2) 540.

172. השופט א' ברק בעניין **לאו"ר**, לעיל הערה 34, 554 והפסיקה המצוטטת שם להארת העמדות השונות בנושא זה.

173. סעיף 8 קובע: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק המעלם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש". סעיף זה, הלקוח מנוסח משרד המשפטים, בנוי בעיקרו לפי דגם סעיף 1 לצ'רטר הקנדי, הקובע:

"The Canadian charter of rights and freedom guarantees the rights and freedom set out in its subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society".

סעיף זה הוא שוברו של השטד המגדיר את זכויות היסוד בדרגת כלליות גבוהה וגם הוא מדבר בלשון פתוחה וכללית. מטרתו לבטא נוסחת איזון בהתנגשות בין זכויות ובין זכויות ואינטרסים. בצד סעיף כללי זה עמד בהצעת משרד המשפטים גם הסעיף המבטא את ייחודה של מדינת ישראל והמכתיב פרשנות לפי עקרונותיה של הכרזת העצמאות. כיום יש לקרוא את סעיף 8 יחד עם סעיף 1 לחוק.

השופט א' ברק מציע בספרו ובמאמרו[174] לראות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – על אף שהוא נעדר שריון פורמלי – חוק בעל מעמד נורמטיבי מיוחד, מתוך שהוא רואה בפיסקת ההגבלה האמורה מעין הוראת שריון משתמעת (שתיקרא להלן שריון נורמטיבי, להבדיל מהשריון הפורמלי),[175] לפי משנה זו מוסמך עתה בית-המשפט, לראשונה, לבטל חוק הסותר חוק-יסוד, שאינו משוריין שריון פורמלי בשל אי-התאמה בתוכן ובלא דיקה לשאלת הרוב שבו נתקבל החוק. זאת, אלא אם החוק הסותר הוא חוק-יסוד[176] או – אם החוק הסותר הוא חוק רגיל - נקבע בו במפורש שתקפו חל על אף האמור בחוק-היסוד.[177]

נימוקיו של השופט ברק לטשנתו זו הריהם כתובים בספרו ובמאמרו,[178] משנתו – אין צריך לומר – שובה את הלב על אף קפיצת דרך שיש בה במושגי חשיבה

174. א' ברק, **פרשנות**, לעיל הערה 98, 562-563; א' ברק, לעיל הערה 3 20-22; וכן ד' קרצ'מר, לעיל הערה 5.

175. יש להבחין בין שריון "נורמטיבי", כזה הקבוע בסעיף 8, לבין הוראת שריון פורמלי. בעוד שהגנת סעיף 8 (השריון הנורמטיבי) חלה על הזכויות גופן ועליהן בלבד, מגינה הוראת השריון הפורמלי על כל ההסדרים הקבועים בחוק-היסוד, לרבות השריון הנורמטיבי, סעיף שמירת הדינים וסעיף יציבות החוק שבו. השריון הנורמטיבי בא להסדיר את ההריגים להגנה על הזכויות ואילו השריון הפורמלי בא להבטיח שתכלית החוק ועקרונות מדיניותו יישמרו ולא יהיו ניתנים לשינוי ברוב מקרי. בהעדר הוראת שריון פורמלי בחוק ניתן לשנות את הוראת השריון הנורמטיבי עצמה בחוק רגיל. כוחו של השריון הנורמטיבי יעמוד לו לביטול תוקפו של חוק הפוגע בזכויות היסוד, אך לא יעמוד לו לעניין ביטולו הוא גופו (אלא אם נאמר שבעצם ביטול סעיף 8 יש פגיעה בזכויות היסוד ולפיכך יש בכוחו של הסעיף לגונן על עצמו, או אם נאמר שחוק-יסוד כשלעצמו יש לו מעמד נורמטיבי מיוחד ולפיכך ביטול סעיף 8 אפשרי רק בחוק-יסוד או בחוק רגיל, הקובע במפורש שתוקפו על-אף האמור בחוק-היסוד).

176. א' ברק, לעיל הערה 3, 20. ניתן להרהר אחר סייג זה. גם חוק-יסוד (בין לגבי הגורסים שיש לו מעמד נורמטיבי עדיף על חוק רגיל מכוחה של הרשות המכוננת שהיא יוצרת הנורמה, וכל שכן לגבי הגורסים שאין לו תוקף נורמטיבי עדיף) הריהו בבחינת חוק שחל עליו האמור בסעיף 8 הנ"ל, וגם הוא צריך להלום את ערכיה של מדינת ישראל, להיות נועד לתכלית ראויה ופגיעתו אסור שתעלה על הנדרש. דומה שבפרשנות חוקה אין מקום להנחה שהרשות המכוננת מבטלת מכללא עיקרון חוקתי בסיסי, כזה האמור בסעיף 8. כעיקרון פרשני נראה שיש להעמיד אף את הרשות המכוננת בחזקת כוונתה לשמר את עקרונות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כל עוד לא אמרה אחרת במפורש. מכוח הנחת פרשנות זו ייתכן לומר שבהתנגשות שבין חוק-יסוד לחוק-יסוד המוגן בשריון "נורמטיבי" לא יתול כלל ברירת הדינים, לפיו יגבר המאוחר, אלא יגבר תוקפו של אותו חוק-יסוד שיש לו מעמד נורמטיבי עדיף. וראו דעת פרופ' י' זמיר בא' ברק, לעיל הערה 3, עמ' 21 בה"ש 70.

177. הערה 174 לעיל.

178. שם.

קונסטיטוציוניים. משנה זו היתה גם ביסוד חשיבתם של העושים אצל אבני החקיקה במשרד המשפטים. ואני – שעמהם – נראה לי להוסיף בכאן חיזוקים העולים מגוף החוק, לתמיכה בה. ועוד נראה לי להוסיף הרהורים באשר למשתמע ממשנה זו בהיבט הדוקטרינה של ריבונות המחוקק וכן באשר לדמיון שבין מעמדו הנורמטיבי של חוק-היסוד, לפי אחד מפניה של משנה זו, לבין המעמד הנורמטיבי של מגילת הזכויות הקנדית משנת 1982, והפתרון המצוי בה לשאלת ההתנגשות בין עקרון ריבונות המחוקק מצד אחד וסמכות בית-המשפט לקבוע בטלותם של חוקים מן הצד השני.

5. החיזוקים לקביעת העליונות הנורמטיבית

ייאמר מלכתחילה, כי החיזוקים העולים מגוף החוק לתמיכה בגישתו של א' ברק לפיה עניין לנו בחוק בעל עליונות נורמטיבית, נראים על פניהם סממנים של מבנה חקיקתי, שהיה מכוון להיות משוריין שריון פורמלי. אולם עתה, משנתקבל החוק ללא סעיף השריון הפורמלי, יש, לדעתי, לתת לסממנים אלה נפקות משפטית עצמאית.

מכוחה של נפקות משפטית זו מצטברים החיזוקים הבאים לתוקף הנורמטיבי המיוחד של חוק-היסוד: (1) סעיף 1 לחוק, הוא סעיף המטרה, מצהיר על תכלית המתוקק "לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". לעגן ב"חוק-יסוד" נאמר, ולא "לעגן בחוק" סתם. משמע המחוקק ביקש לתת לערכים אלה תוקף מיוחד על פני חוק רגיל, בדרך של עיגונם בחוק-יסוד דווקא. להצהרה זו ניתן לתת משמעות רק בהנחה שהמחוקק ייחס תוקף נורמטיבי מיוחד לחוק-היסוד. אין לאמירה זו משמעות בהנחה שתוקפו של חוק-יסוד (שאינו משורין שריון פורמלי) כתוקפו של חוק רגיל.

(2) סעיף 10 לחוק-היסוד קובע: "אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד". מכלל הלאו שבסעיף ניתן לכאורה לשמוע את ההן. אותה פגיעה, שמפניה משמר המחוקק את הדינים שקדמו לחוק, היא פגיעת בטלותם של חוקים הסותרים את חוק-היסוד. אלמלא הנחת הבסיס כי חוק הסותר את חוק-היסוד דינו בטלות – לא היה כלל צורך בסעיף שימור הדינים: שאין לך סעיף שימור דינים אלא כלפי סענה אפשרית של בטלות.

ואולם – יש לומר, כי לימוד זה אינו נקי מספקות. הפגיעה שסעיף 10 משמר מפניה היא בראש וראשונה פגיעת הכלל המקובל של ברירת הדין, לפיו חוק מאוחר מבטל גם מכללא חוק מוקדם העומד בסתירה לו.[179] יש, אפוא, לסעיף 10 משמעות מסרירה של כללי ברירת הדין ואין הוא משמיע בהכרח דבר לעניין תוקפם של חוקים עתידיים. תוקפם של אלה אמור להיגזר משאלת העליונות הנורמטיבית של חוק-היסוד; וחזרה שאלה למקומה.

אלא שדומה שמעצם הסטייה מכללי ברירת הדין, שמשמיע סעיף 10, יש ללמוד את ההיפוך לעניין חקיקה עתידה. שאם לא כן, נמצא חוק-היסוד מצהיר על עצמו מיניה וביה שאין כל נפקות לאמירותיו ועקרונותיו. שהרי מכלול החקיקה הקודמת הוצא במפורש מגדר השפעתו של חוק-היסוד, ואם נאמר שכזה הוא הכלל אף לגבי העתיד – מה הועיל

179. א' ברק, פרשנות, לעיל הערה 98, 542-565.

המחוקק בחקיקתו? המסקנה האפשרית, לפיה תיעלת המחוקק בחקיקתו היא בקביעת כללי פרשנות בלבד לעניין חקיקה עתידית, מעוררת גם היא שאלות. אם המדובר בכלל פרשני בלבד – מה צורך ראה המחוקק לשמר תוקף חוקים קיימים מפניו? והרי כלל פרשנות, כשלעצמו, אין בכוחו לפגוע בתוקפו של חוק. ואת, ועוד: אם בכלל פרשנות גרידא המדובר – חזקה על הרשות המכוננת שלא נתכוונה, אגב רצונה לעגן בחוק-יסוד את ערכי היסוד של המדינה, לגרוע ממעמדם הפרשני הנתון של ערכי יסוד אלה ולחסן את הדין הקיים מפני השפעתם.[180]

(3) גם סעיף 9 לחוק,[181] הקובע "פיסקת הגבלה" מיוחדת לעניין כוחות הביטחון, אין לו משמעות, אלא בהנחה שאי עמידה בתנאיה של פיסקת ההגבלה – דינה בטלות. ניתן אמנם לומר, שתכליתו של הסעיף היא לאפשר פגיעה בזכויות היסוד בחקיקת משנה (כמו פקודות הצבא) ולא בחוק דווקא – כמתחייב מסעיף 8 לחוק.

עיקרו של סעיף 9 – כך אפשר לומר – הוא בהגנה המיוחדת הניתנת בו לחקיקת המשנה של כוחות הביטחון ואין בו כדי להשמיע דבר לעניין בטלותם של חוקים. אולם סעיף 9 עצמו מחדש גם בקביעת תנאי הגבלה שונים מאלה האמורים בסעיף 8 לחוק, ואלה עשויים להיות מכוונים, ממילא, לא רק לחקיקת משנה אלא גם לחקיקה ראשית, שעניינה השירות בכוחות הביטחון. את הצורך באמירה מיוחדת זו של סעיף 9 אין ניתן להסביר, אלא על יסוד החשש מהשלכות בטלותם של חוקים העומדים בסתירה לאמור בפיסקת ההגבלה שבסעיף 8.

(4) המסד העיקרי, שעליו תומך השופט א' ברק את תפישתו בדבר מעמדו הנורמטיבי המיוחד של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא, כאמור, פיסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק. בספרו[182] אומר השופט א' ברק כי זוהי הוראה "המכוונת אל המחוקק הרגיל והמורה לו שלא לחוקק חוקים נוגדים... להוראה זו יש ליתן תוקף, שאם לא כן, מה טעם יש בהוראת חוק-היסוד כי 'אין פוגעים' בזכויות הקבועות בו אלא בחוק המקיים תנאים מסויימים?" את התוקף נותן השופט א' ברק במסקנת הבטלות של חוק סותר.[183]

יש להטעים כי סעיף 8, כשהוא לעצמו, אינו משמיע בהכרח פסלותו של מעשה חקיקה הסותר אותו. שהרי ניתן גם לפרשו כסעיף המכוון כלפי רשויות המינהל ואשר לאורו יבחן בית-המשפט את מעשיהן, וכסעיף המצהיר כי האזרח זכאי שלא להיפגע מן הרשויות

---

180. אם-כי ייתכן שמכחינת "רצון המחוקק" זו אכן היתה המטרה, לאור ביטול פיסקת הפרשנות לעניין דינים קודמים (לעיל פרק ג'). דומה שגם בנקודה זו מצוי המתח שבין החוק כמסמך פוליטי לבינו כמסמך משפטי. נראה שבתי-המשפט ימשיכו לפרש את חוקי העבר כדרך שפירשום עד כה: ברוח אותם ערכי יסוד שהם בבסיסו של התוק הנדון.

181. סעיף זה קובע: "אין מגבילים זכויות שלפי תוק-יסוד זה של המשרתים בצבא ההגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הביטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות".

182. א' ברק, **פרשנות**, לעיל הערה 98, עמ' 562.

183. שם, בעמ' 562-563.

בזכויות היסוד שלו, אלא אם חוק הסמיכן לכך. ניתן גם לפרשו כהוראה המדריכה המכוונת, אף שאינה מחייבת את המחוקק, מעין הנחת פרשנות בדבר מטרותיו.[184]

נראה שהסברה המעמידה את הוראת סעיף 8 בגדר חיוב המתוקק, סעונה חיזוק נוסף ממקור עצמאי לסעיף 8 עצמו. חיזוק זה ניתן, לדעתי, למצוא בשילוב של סעיף 8 האמור עם סעיף 11 לחוק. סעיף זה קובע: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".[185] את צירוף המלים "כל רשות מרשויות השלטון" יש לדעתי לקרוא ככולל גם את הרשות המחוקקת. הכנסת גם היא רשות שלטון, במובן היותה רשות מרשויות המדינה שהיא בעלת סמכויות שררה. את הביטוי רשות שלטון אין ראוי לפרש בהקשר דברים זה כמצומצם לרשות השלטונית המבצעת, אלא, בראי תכלית החוק – ראוי לראותו כמכוון לכל גוף שיש לו, מכוח סמכות השררה שלו, כוח להשפיע על זכויות היסוד של האדם.

---

184. גם המסקנה כי הסמכות לבטל חוקים נתונה לבית-המשפט אינה אקטיומת. ראה לעניין זה א' ברק, **פרשנות**, לעיל הערה 98, 556; ע' שפירא וב' ברכה, "המעמד החוקתי של זכויות הפרט", **עיוני משפט** ב (תשל"ב), 20. עם זאת, ולאחר שכבר מקובלת סמכותו של בית-המשפט לבטל חוק הסותר חוק-יסוד משוריין יש להניח שלגיטימיות זו של סמכותו תתפרש גם לעניין חוק-יסוד בעל שריון מסוג אחר.

185. סעיף זה, הלקוח מהצעת משרד המשפטים, נוסח על-פי דגם סעיף 32 של ה-Constitution Act, 1982 הקנדי, הקובע:

"32. (1) This charter applies

(a) To the parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of parliament... and

(b) To the legislature and government of each province...".

כוונת המנסחים במשרד המשפטים היתה להבהיר מצד אחד, כי מגילת הזכויות מחייבת את כל רשויות השלטון, לרבות המחוקק, וללמד – מן הצד השני – במשתמע, ומבלי לומר אמירה מפורשת לשלילה, את אי-תחולתו הישירה של החוק על הפרט. הכוונה לכלול את הכנסת ב"רשויות השלטון" מסתברת מזיקת הנוסח למודל הקנדי ומההסתמכות על סעיף 32 לצ'ארטר הקנדי כבסיס לניסוח הסעיף. הנוסח המקורי **דיבר** ב"כל רשויות המדינה" והוחלף ב"רשויות השלטון", כדי לכלול גם בעלי תפקיד שלטוני שאינם נמנים בהכרת על רשויות המדינה. פירוש זה מתחזק באמירותיו של שר המשפטים ד' מרידור לעניין הגבלת סמכותה של הכנסת והאיזון בין הרשויות בישראל (פרק ה' 2 לעיל).

שאלת תחולתו של חוק-היסוד על תחום המשפט הפרטי כמו, למשל, על חוזה בין פרטים – מחייבת התייחסות מפורטת, שאין מקומה כאן. בהקשר זה אומר רק כי המסקנה העולה מהפסיקה הקנדית היא אכן, שמגילת הזכויות אינה חלה על הפרט, אם אין לו תפקיד שלטוני. הדברים אינם ברורים עדיין ככל שמדובר בהתפתחות הפסיקה בישראל. בפסה"ד בעניין **קפטנבאום**, לעיל הערה 5 לעיל, סימן השופט א' ברק מגמה להחיל את עקרונות חוק-היסוד על הפרט, אמנם לא מכות תחולה ישירה ומיידית, אלא בעקיפין, באמצעות עקרונות כלליים בתחומי משפט שונים. וראו גם דב"ע נג/ 3-17 **טוני טועמה – טכנו**

המלה "רשות", כהגדרתה המילונית, משמעותה "ראשות, שררה, סמכות רשמית",[186] אין חולק על כך שהכנסת נמנית עם רשויות המדינה. גם היא "רשות" לעניין הפרדת הרשויות. אף המלה "שלטון" אינה מתייחדת מכוח עצמה לשלטון הרשות המבצעת בלבד. גם בכנסת מצוי השלטון. ואכן כך מצינו שהמושג "משטר פרלמנטרי" מוגדר כ"משטר מדיני – מלוכני או רפובליקני – בו ממוקד השלטון בפרלמנט"...[187]

הכנסת מחוייבת, אפוא, כמו כל רשות שלטון אחרת, לכבד את זכויות היסוד של האדם. כיבוד זכויות אלה משמעותו גם כיבוד זכותו של הפרט שלא להיפגע בזכויות היסוד המוקנות לו, אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. בראיה זו ניתן לראות את סעיף 8 עצמו כסעיף המקנה זכויות, והוא הולך ומתחזק מעצמו מכוח התנאים האמורים בו. צירוף הסעיפים 8 ו-11 לחוק-היסוד יש בו כדי לחזק את הרעה שלפיה חלה חובת כיבוד זכויות היסוד גם על הרשות המחוקקת ושפיסקת ההגבלה כוונה לפעול כמגבלה גם על כוחותיה וסמכויותיה של הכנסת.[188]

6. השריון הנורמטיבי ודוקטרינת ריבתות-המחוקק

הקביעה כי חוק-יסוד משוריין (בין שהשריון הוא פורמלי מכוח דרישת רוב מיוחד ובין שהוא נורמטיבי, מכוח הגבלות אחרות על המחוקק האמורות בו) גובר בתוקפו על חוק מאוחר הימנו, היא קביעה המתנגשת, לכאורה, עם הדוקטרינה הקונסטיטוציונית בדבר

גומי ליסיצקי בע"מ ואח' (מיום 21.12.92 טרם פורסם) (להלן: עניין סועמה). אפשרות התחולה העקיפה של חוק-היסוד ביחסים שבין פרטים לא נבחנה במשרד המשפטים ואף לא נדונה ככזו בכנסת. ניתן, אם כן, לראות את השאלה כשאלה פתוחה. נושא לדיון נפרד הוא גם שאלת תחולת החוק על תאגידים וכן שאלת תחולתו על בתי-המשפט.

186. מילון אבן שושן.

187. ערך "פרלמנט, משטר פרלמנטרי, פרלמנטריזם", **האנציקלופדיה העברית**, כרך כ"ח, 265; ח' צדוק, "סדרי השלטון בישראל לאור המשפט החוקתי", **סדרי שלטון ומשפט בישראל** (קובץ הרצאות, עורך צ' זילביגר, דפוס הממשלה, תשי"ד-1953), 40.

188. Hogg בספרו (לעיל הערה 91) כותב:

"The references in sec. 32 to "parliament" and "legislative" make clear that the charter operates as a limitation of those legislative bodies. Any stature enacted by either parliament or a legislative which is inconsistant with the charter will be outside the power of (ultra vires) the enacting body and will be invalid."

מעניינת לעניין זה הערת השוליים לאימרה זו (107):

"This result would follow even without the supermacy clause of S. 52(1), but that clause reinforces the ultra vires conclusion."

ריבונות המחוקק (Parliamentary Sovereignty) [189] שאומצה גם בפסיקה הישראלית.[190] על-פי דוקטרינה זו, לא רק שהמחוקק הוא כל-יכול בחקיקתו, חופשי בבחירת תכניה ואינו מסויג ברצונותיו לגביה, אלא גם – ובפועל יוצא מכך – אין בכוחו של המחוקק לכבול את ידי עצמו או את המחוקק יורשו לעניין חקיקה עתידית. בהעדרה של חוקה, המסדירה את המעמד הנורמטיבי ואת הירדכיית החשיבות של חוקים, יש מקום לסבור שתורה זו, על כל פניה והיבטיה, היא חלק ממשפט הארץ, אף שבתי-המשפט לא הפליגו בניתוחה. גם ההיתלות בסמכותה העליונה של הרשות המכוננת כמקור תוקף לשריון הפורמלי, שיש בו כבילת המחוקק, מעידה על ההנחה הבסיסית בדבר תחולתה של הדוקטרינה הנדונה.

ראיית חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כחוק על, שאין חוקים יכולים לעמוד בסתירה לו, עולה בקנה אחד עם ההשקפה לפיה כל חוק-יסוד, גם אם אינו משוריין, הוא בעל עליונות נורמטיבית על פני חוק רגיל, וואת – מכוח עליונותה של הרשות יוצרת הנורמה, היא הרשות המכוננת. עליונות מוסדית זו, היא שביסוד כוחה של הרשות המכוננת לכבול את ידי המחוקק הרגיל בחקיקתו.[191] חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נחקק מכוח סמכות הרשות המכוננת[192] ולפיכך מחייבים תנאיו את הכנסת ואת הכנסיות שאותריה.

אולם תיאוריית הסמכות המכוננת, שביסוד השקפה זו, והמסקנות הנובעות ממנה טרם קנו להן אחיזה של ממש במשפטנו, אלא לעניין השריון הפורמלי, המיוחס לרשות המכוננת. ההשקפה המקובלת, שמצאה ביטויה בפסיקה, היא דווקא זו, לפיה חוק-יסוד שאינו משוריין, אין לו מכוח עצמו עליונות נורמטיבית על פני חוק רגיל ועצם התקנתו בידי הרשות המכוננת אינה מקנה לו מעמד עדיף על פני חוקים אחרים.[193]

על רקע תפיסה תוקתית זו, המשווה חוק-יסוד לחוק רגיל בהיבט המעמד הנורמטיבי שלהם, קמה ועולה שאלת ההתנגשות האפשרית בין דוקטרינת ריבונות המחוקק לבין הגישה הפרשנית, לפיה כובל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו את הכנסת בחקיקתה. בהעדר שריון פורמלי ובהנחת קיומו של שריון נורמטיבי בלבד – מתעוררת שאלת תחולתו של עקרון ריבונות המחוקק לעניין תוקפו הנורמטיבי של חוק-יסוד. השאלה

---

189. כפי שנוסח בצורתו הקלסית בידי דייסי A.V. Dicey, The Law of the Constitution (10th ed., 1959), 39-40 וכן H.W.R. Wade, "The Basis of Legal Sovereignty" (1955) C.L.J. 172, 190; H.W.R. Wade, Constitutional Fundamentals (1980), 1.

190. ע"א 228/63 עזו נ' עזר, פ"ד י"ז 2541, 2547; בג"צ 188/63 בעול נ' שר הפנים, פ"ד יט (1) 337, 349; בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118, 135; א' רובינשטיין, לעיל הערה 27, 81; י' טל, "מחוקק הכל-יכול – האמנם?", עיוני משפט י (תשמ"ד) 361.

191. ק' קליין במאמרו, לעיל הערה 39; א' ברק, לעיל הערה 3.

192. הצורת יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לעיל הערה 40.

193. לעיל הערות 165 ו-167.

השעונה תשובה היא: בלא הסתמכות על כוחה המיוחד של הרשות המכוננת – מהו מקור כוחו של חוק-יסוד בר שריון נורמטיבי לחייב את הכנסת בהקיקתה?

שאלה זו, ככל הנראה, מרם נדונה בפסיקה באופן ישיר. היא הועלתה, בעקיפין וללא תשובה ישירה, במאמרו של א' ברק על "המהפכה החוקתית",[194] בו הביע את השקפתו, כי "רשות מכוננת מוסמכת, כנראה, לכבול את כוחה היא.[195] לעומת זאת ספק אם רשות מחוקקת – בלא הסמכה בחוק-יסוד – רשאית לכבול את כוחה היא"...[196]

העולה מן האמור הוא שחוק-יסוד יש בו כדי לכבול את ידי המחוקק רק על בסיס ההנחה בדבר כוחה המיוחד של הרשות המכוננת. הנחת כוח מיוחד זו קיימת, לדידו של המחבר, רק בחוק המשוריין שריון פורמלי. מנין, אפוא, כוחו הכובל של חוק-יסוד, שכוחו, על-פי ההשקפה המקובלת, הוא ככוח חוק רגיל? זוהי אכן הבעיה, שהעלה המחבר בכותבו: "אם תתקבל ההשקפה כי חוק-יסוד ניתן לשינוי או ביטול רק בחוק-יסוד, יהא בכך לפתור את השאלה שעוררתי. חוק הנוגד את חוק-היסוד יתבטל – תרף העדר הוראת שריון בחוק-היסוד – אלא אם כן החוק הנוגד נתקבל בחוק-יסוד... אך מה כוחו של חוק נוגד, אם ההשקפה המקובלת, לפיה ניתן לשנות או לבטל חוק-יסוד לא משוריין בחוק רגיל, תעמוד בעינה?"[197] התשובה לשאלה זו ניתנה בהיבט של התוצאה האפשרית במקרה סתירה בין חוק לבין חוק-היסוד הנדון. הבעייתיות המיוחדת של סוגיית ריבונות המחוקק לא נדונה בהקשר זה.[198]

לאחר שהגיע למסקנה כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מתייחד מחוק רגיל בשל פיסקת ההגבלה שלו, מציע המחבר שני פתרונות אפשריים לשאלת השלכתו הנורמטיבית המיוחדת של חוק-היסוד: "האחד – לפיו פיסקת ההגבלה היא במהותה הוראה המשריינת את חוק-היסוד בפני שינוי בדרך של חקיקה רגילה. פיסקת ההגבלה קובעת כי חוק רגיל, שאינו מקיים את התנאים של 'פיסקת ההגבלה' ...בטל, יהא הרוב שבו נתקבל אשר יהא. פתרון אפשרי שני הוא כי פיסקת ההגבלה שונה מהוראת שריון, ובהעדר שריון לחוק-היסוד, בכוחו של חוק רגיל לסתור כדין את זכויות היסוד. עם זאת, כדי ליתן תוקף "לפיסקת ההגבלה" חיוני כי החוק הסותר (יהא הרוב בו נתקבל אשר יהא) יקבע במפורש כי בא לסתור את חוק-היסוד."[199]

שני הפתרונות מוצעים, כאמור, על בסיס ההנחה המקובלת לפיה חוק-יסוד שאינו משוריין אינו שונה במעמדו ההירכי ממעמדו של חוק רגיל. שני הפתרונות המוצעים אינם סומכים על סמכות העל של הרשות המכוננת לביסוס מעמדו המיוחד של חוק-היסוד.

194. לעיל הערה 3.

195. יש להניח כי הכוונה לכוחה של הרשות המכוננת לכבול את הכנסת כרשות המתוקקת ולא לכבילת הרשות המכוננת את עצמה.

196. לעיל הערה 3, עמ' 19 בה"ש 58.

197. שם, 20-21.

198. המחבר מעלה את השאלה, אך מוסיף: "בחינתה של סוגיה סבוכה זו חורגת ממסגרתה של רשימה זו". שם, עמ' 19, בה"ש 58.

199. שם, עמ' 21-22; ד' קרצ'מר, לעיל הערה 5.

נפקותם של שני הפתרונות היא כבילת ידי המחוקק בחקיקתו. הפתרון הראשון – משמעותו כבילה מהותית, לעניין תוכן החקיקה. הפתרון השני – משמעותו כבילה פורמלית, המתייחסת לדרך החקיקה (הדרישה של אמירת מחוקק מפורשת לסתור). לעניין שני הפתרונות אין דיון בשאלת התנגשותם האפשרית עם עקרון ריבונות המחוקק. השאלה הכיצד יכול חוק, שמעמדו שווה ערך למעמד חוק רגיל, לכבול את מחוקק העתיד בחקיקתו – אין לה מענה נראה לעין בדיונו של המחבר. אין בדיון זה גם רמז להשקפה, לפיה אין דוקטרינת ריבונות המחוקק חלה בישראל.

נראה, שהתשובה לשאלה נושא עניינו עשויה להימצא מתוך התבוננות בגישות פרשניות, שנתחדשו לעניין תוכנה הנורמטיבי של סוגיית ריבונות המחוקק. דוקטרינת ריבונות המחוקק, שנגנסה טיפין-טיפין במהלך העשורים האחרונים על דרך של יצירת מבנים על-פרלמנטריים, פשטה מדים ישנים ולבשה צורות חדשות, המעוגנות ברעיונות של אפקטיביות פרקטית ופוליטית יותר מאשר בתיאוריות משפטיות.[200] הגישה השלטת עדיין לעניין עיקרון זה היא, ככל הנראה, הגישה לפיה יכול מחוקק לבטל או לשנות כל חוק ואין בכוחו של מחוקק לכבול את ידי המחוקק יורשו בשום עניין, יהא זה עניין של הליכי חקיקה או עניין של תוכן.[201] אך בצד גישה זו מסתמנת גם נטייה פרשנית, לפיה מוגבל עקרון ריבונות המחוקק לכבילה מהותית בלבד. הכלל לפיו אין מחוקק כבול בידי קודמו חל, אליבא דגישה זו, רק לעניין כבילה, הנוגעת לתוכנה של חקיקה עתידית. כך, יש להבחין בין חוק המתיימר לקבוע שהמחוקק לא יוכל לחוקק חוקים מסוימים, לבין חוק המתנה חקיקתם של חוקים בקיומה של פורמליות מסוימת, הנוגעת להליכי החקיקה (בהבדל מתוכנה). כבילה זו, המכונה כבילה של "צורה ואופן" ("Manner and Form") יש בה – לפי גישה זו – כדי לחייב גם את מחוקק העתיד, ובית-המשפט יאכפנה. חוק

200. G. Winterton, "The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy Re-Examined" 92 **L.Q.R.** (1976), 591; H.A. Hart, **The Concept of Law** (1961), 145-150; G. Winterton, "Parliamentary Supremacy and the Judiciary" 97 **L.Q.R.** (1981), 265; P. Mirfield, "Is the House of Lords Immortal" 95 **L.Q.R.** (1979), 386; T.R.S. Allan, "The Limits of Parliamentary Sovereignty" **Public Law** (1985), 614. שינוי הגישה מסתמך גם על פסיקת בתי-המשפט בארצות המשפט המקובל, לרבות פסיקתו של ה-Privy council, שתוצאתה מתן נפקות נורמטיבית לחוקים שקבעו הליכי חקיקה מיוחדים (כמו מושב משותף של שני בתי הפרלמנט, אישור ועק במשאל עם, אישור חוק בידי מושל או דרישת רוב מיוחד). ראו לעניין זה: **Harris v. Minister of Interior** 1952 2 S.A. 428; **Bribery Commissioner v. Ranasinghe** (1965) A.C. 172, J.C.; **Liyanage v. The Queen** (1967) A.C. 259; **Attorney General for New South Wales v. Trethow** (1932) A.C. 533, J.C. יש להדגיש כי פסקי-דין אלה מתייחסים בפועל לסעיפים כובלים המופיעים במסמך חוקתי, אך הגיונם אומץ לתמיכה בפרופוזיציה כללית. רמז לעניין זה ראו גם א' ברק **פרשנות**, לעיל הערה 98, 869.

201. א' רובינשטין, לעיל הערה 29, 447; א' ברק **פרשנות**, לעיל הערה 98, 568-569.

שיחוקק תוך התעלמות מדרישה של "צורה ואופן" ייחשב בידי בית-המשפט לחסר תוקף.

בדברים אלה כתב Hogg בספרו:[202] "Thus, while the federal parliament... cannot bind itself to the substance of future legislation it can bind itself as to manner and form of future legislation". כך, למשל, יהיו בני כוח מחייב לעתיד הוראות חוק, הקובעות דרישת רוב מיוחד לקבלתו של חוק או צורך באישור של משאל עם, או דרישת אמירה מפורשת של המחוקק לעניין מסוים.[203] כל אלה ייחשבו כמגבלה של "צורה ואופן", המתיישבת עם עקרון ריבונות המחוקק והתופסת כלפי כל חוק בעתיד.

ודוק, ניתן – לפי גירסה זו של ריבונות-המחוקק – לבטל מגבלה של "צורה ואופן" בחוק רגיל, המבטלה במפורש. אך אי-עמידה בתנאי המגבלה, על דרך "ביטול מכללא" שלה, אין לה – לפי הגישה האמורה – תוקף ודינה בטלות. שריון מטוג זה הוא, אפוא, בעל כוח יחסי בלבד. אין מחוקק יכול להתעלם ממנו ולבטלו במשתמע. כל עוד לא ביטל המחוקק במפורש דרישה של "צורה ואופן" הוא כפוף לה ומחויב על-פיה. אך ברצותו – הוא מבטלה באמירתו המפורשת, ובכך נשמרת ריבונותו.

גישה פרשנית זו של עקרון ריבונות המחוקק יש בה כדי לבסס תורתית את עליונתם הנורמטיבית היחסית של חוקים, המשוריינים שריון פורמלי, והקובעים דרישת "צורה ואופן" של רוב מסוים כתנאי לחקיקתם. תיאוריית הרשות המכוננת אינה בהכרח מקור כוחה האפקטיבי של הוראת שריון. מקור כוחה של הוראת שריון הוא גם בכוחו ובסמכותו של כל מחוקק לכבול עצמו בדרישה של "צורה ואופן",[204] כמתיישב עם עקרון ריבונות המחוקק וכל עוד אין בשריון כבילה בעניינים שבתוכן ובמהות.

---

202. לעיל הערה 91, 261-264; לעיל הערה 200;
A Bill of Rights for New Zealand, A White Paper (Government Printer) (Wallington, 1985), 53-58.

203. ראוי לציין כי יש מבין מלומדי המשפט החוקתי הקנדי הרואים בסעיף 2 ל-Bill of Rights הקנדי, שעיגן את זכויות האדם בכפוף לכוחו של המחוקק לקבוע במפורש שחוק יחול על-אף האמור בו – סעיף שריון, המקנה למגילת הזכויות עליונות נורמטיבית כלפי חוקים עתידיים סותרים. זאת – למרות שאין במגילת הזכויות הוראה הקובעת את עליונותה הנורמטיבית, אלא בהסתמך על הגישה לפיה התחייב המחוקק כלפי עצמו לחוקק בניגוד למגילת הזכויות רק בדרך מסוימת (צורה ואופן), והיא באמירה מפורשת לפיה "החוק יחול על אף האמור במגילת הזכויות". (Hogg, להלן הערה 91, 38 ו-R.v. Drybones (1970) S.C.R. 282; 640-644). יש לציין, אמנם, כי שאלת עליונותו של ה-Bill of Rights על חקיקה עתידית לא הוכרעה ישירות בידי בתי-המשפט הקנדיים, אך יש אמירות אגב התומכות ברעיון עליונותו כאמור.

204. תפישה זו שונה מהתשקפה המקובלת על מלומדים בארץ, לפיה חוק רגיל אינו יכול לשריין את עצמו מפני שינוי או ביטול בחוק מאוחר. א' רובינשטיין, לעיל הערה 27, 451 ת"ש 17; א' ברק, פרשנות, לעיל הערה 98, 568-569; א' ברק, לעיל הערה 3, 19 בה"ש 58.

7. שריונו הנורמטיבי של חוק-היסוד

האם ברוח זו ניתן גם לומר כי "פיסקת ההגבלה" בסעיף 8 שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא הגבלה של "אופן וצורה", שיש בכוחה לכבול את המחוקק ולכפוף חקיקה עתידית לכלליה, או שמא יש לומר שעניינו של הסעיף הוא בהגבלת "תוכנה" של חקיקה עתידה, ומשום כך אין לה להגבלה בוח של חיוב כלפי המחוקק, ובית-המשפט לא יאכפנה?

ספק אם ניתן לתת תשובה חד-משמעית לשאלה זו. התשובה תלויה במיקום קו הגבול שבין עניינים של תוכן לעניינים שבצורה.[205] ניתן להניח שעמידה בתנאי סעיף 8 הנדון אכן תכוון את תכנה של החקיקה העתידה כיוון של תוכן או מהות, במובן של שמירה על רוח הדמוקרטיה ועל עקרונות היסוד של השיטה. מן הצד השני ניתן לטעון, שאין הסעיף בא להכתיב תכנים ספציפיים שאין לסטות מהם, אלא ניתן לראות בו סעיף מסגרת, המתווה את האופן שבו ניתן לחוקק חוקים הפוגעים בזכויות. סעיף 8 הוא, לכאורה, סעיף בעל מירקם פתוח. אין הוא קובע תוכן קונקרטי, אלא תבחינים כלליים ואמות מידה להבחנה בין פגיעה אסורה בזכות יסוד לבין פגיעה מותרת. חוק-היסוד, כך ניתן לגרוס, אומר: ניתן לפגוע בזכויות אבל רק באופן שהחוק מתווה: רק באופן ההולם מדינה דמוקרטית, באופן המשרת תכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

אם כך נפרש את סעיף 8 האמור – ניתן להסיק כי ההשקפה, לפיה יש להוראתו נפקות גם כלפי חוקים בעתיד עולה בקנה אחד עם תיאוריית ריבונות המחוקק. אולם למסקנה זו נלווית בהכרח גם מסקנת לוואי והיא, שיש בכוחו של המחוקק לשנות את ההגבלה, אם יבחר לומר זאת במפורש. אך כל עוד לא נוטלה המגבלה באופן מפורש – יתן לה בית-המשפט נפקות, על דרך של ביטול חוק שאינו עומד בגידרה.

מסקנה זו תואמת במלואה את הפתרון השני מבין הפתרונות, שמציע א' ברק במאמרו הנזכר לעיל. על-פי אותו פתרון: "חוק רגיל אין בכוחו לסתור את הוראותיו של חוק-היסוד במשתמע. נמצא, כי אם הכנסת – כמחוקקת רגילה ולא כגוף מכונן – מבקשת לפגוע בזכויות לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הבוח בידה לעשות כן (ובכל רוב, שהרי חוק-היסוד אינו משוריין). עם זאת, על הכנסת לומר זאת במפורש, ביטול מכללא – לא יספיק. נמצא, כי 'פסקת ההגבלה', אף שאינה פועלת כהוראת שריון, פועלת כהוראה לפיה אין לשנות מהוראת חוק-היסוד, אלא בחוק הקובע במפורש כי הוא בא למרות האמור בחוק-היסוד".[206] מסקנה זו תואמת במלואה גם את השקפתו של א' ברק לפיה: "אכן, אילו קבע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו במפורש כי רק הוראה מפורשת ("על אף האמור בחוק-היסוד" או ניסוח דומה) בחוק רגיל (שנתקבל ברוב רגיל) בכוחה לפגוע בהוראותיו, היינו בוודאי נותנים תוקף לקביעה זו. קביעתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיה 'אין פוגעים בזכויות', שקולה כנגד קביעה מפורשת שכזו".[207]

---

205. Hogg, לעיל הערה 91, 264.

206. לעיל הערה 3, 22 וכן א' ברק, **פרשנות**, לעיל הערה 98, 562-563.

207. שם, 563.

המשוואה המוצגת, לפיה "אין פוגעים בזכויות" שווה ל"רק הוראה מפורשת... בחוק רגיל... בכוחה לפגוע" בזכויות, מגלמת תוצאה של כבילת "צורה ואופן". תוצאה זו מתיישבת עם תיאוריית ריבונות המחוקק, כפי פרשנותו המאוחרת.

לעומת זאת נראה כי האפשרות הראשונה, מבין האפשרויות שמציע א' ברק כפתרון לשאלת מעמדו הנורמטיבי של חוק-היסוד, היא האפשרות השוללת כליל סתירה בין חוק לבין פיסקת ההגבלה שבחוק-היסוד - מתנגשת חזיתית עם דוקטרינת ריבונות המחוקק. שהרי פתרון זה, שתוצאתו היא שריון מוחלט, מתמקד בתוכן ההוראה ולא בדרך הנדרשת לסתירתה. ומשמעותו היא כבילת המחוקק בעניין שבמהות. דוקטרינת ריבונות המחוקק, כאמור לעיל, לפי שתי תפישותיה, אינה מכירה בכוחו של המחוקק לכבול עצמו כבילה שבתוכן.

נראה, אם כן, שמבין שתי האפשרויות המוצעות בידי א' ברק במאמרו, שתיהן לגיטימיות בעיניו, יש להעדיף את האפשרות השניה, המכירה בשריון יחסי בלבד, והמתיישבת משום כך גם עם דוקטרינת ריבונות המחוקק.

מעניין לציין כי השריון היחסי הוא גם הפתרון החוקתי, שנבחר בקנדה (ובניו-זילנד) בסוגיית "עליונות המחוקק". על אף היות הצ'ארטר הקנדי חוק משוריין, הכולל סעיף מפורש, המדגיש את עליונותו הנורמטיבית,[208] משמיע הצ'ארטר, בקולו של סעיף 33(1) שבו, כי: "Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an act of parliament or of the legislature, as the case may be, that the act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this chapter."[209]

8. האיזון: עליונות נורמטיבית כצל ריבונות המחוקק

הינה כי כן, ניתן לומר שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, על אף שאין בו דרישת רוב פורמלי לשינויו, הוא חוק "משוריין" בשריון של "צורה ואופן". שריון זה, הגם שיש בו כדי להעמיד חוקים עתידים, הסותרים את חוק-היסוד, לביקורתו השיפוטית של בית-המשפט, עדיין יש בו כדי להשאיר - במאזן הכוחות שבין המחוקק ובתי-המשפט - את העליונות למחוקק: ברצותו - כופף עצמו המחוקק לעקרונות האמורים בחוק-היסוד; כרצותו - סוטה הוא מהם, ובלבד שתהיה סטייתו מפורשת וברורה. כל עוד לא ביטל המחוקק באופן מפורש את תנאי ההגבלה, יהא דין חוק שאינו עומד במבחנם - בטלות, ובתי-המשפט יאכפו מסקנת בטלות זו.

מכאן, שעל אף שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין בו סעיף הקובע את כוחו לגבור על חוק רגיל הסותר אותו, ואף שאין בו סעיף המסמיך את בית-המשפט לפסוק בדבר פסלותם של חוקים - עליונותו הנורמטיבית של החוק כלפי חוקים אחרים היא התוצאה,

---

208. סעיף 52 (1) של ה-Constitution Act, 1982.

209. תוקף ההכרזה לחמש שנים, אם לא נקבעה תקופה קצרה יותר, והיא ניתנת לחידוש: סעיף 33 (3) ו-(4). סעיף יחיד שאין החוקה מתירה לפגוע בו בדרך האמירה המפורשת הוא סעיף השוויון בין המינים.

שניתן להגיע אליה מתוך תפישת מכלולו של החוק. עליונות נורמטיבית זו משמעה, שבכוחו של בית-המשפט לפסול חוקים הסותרים את חוק-היסוד. ועם זאת, אין בכוחו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואין בכוחם של בתי-המשפט לגבור על רצון מפורש של המחוקק, ואפילו אם רצון זה הובע בחוק רגיל. אין בכוחו של בית-המשפט לקבוע בטלותו של חוק, אם נאמר בו במפורש כי יהיה לו תוקף על אף האמור בחוק-היסוד או אם הוא מבטל במפורש את פיסקת ההגבלה שבחוק-היסוד. בתי-המשפט וחוק-היסוד ייסוגו מפני רצונו המפורש של המחוקק.[210]

ו. חוק חכם ונבון ממחוקקו

בחיבורי ניסיתי לעקוב אחר המתח שבין הפוליטי למשפטי במסמך החוקתי, הנקרא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מסקנתי היתה כי אם היה רצונו הפוליטי של המחוקק לצמצם את היקף הזכויות המעוגנות בחוק-היסוד ולא לכלול בו את סעיף השוויון – ספק אם רצון זה נתגשם. עקרון השוויון, כך נראה, הפך להיות מכוח תפישת מכלולו של חוק-היסוד לחלק בלתי נפרד ממנו. כן היתה מסקנתי, שאם כוונה הפשרה הפוליטית לכך, שלא תינתן בידי בית-המשפט הסמכות לפסול חוק הסותר את חוק-היסוד, הרי שמכוח תפישת מכלולו של החוק ובכפוף לסייג הנובע מתיאוריית ריבונות המחוקק – מוסמך גם מוסמך בית-המשפט לעשות כן. מקוצר המצע לא דנתי בשאלת המתח שבין הפוליטי למשפטי בהיבטים אחרים, כגון פרשנותם של חוקים שקדמו לחוק-היסוד ברוח ערכי חוק-היסוד, משמעות הדואליות הערכית: היהודית-הדמוקרטית, ותחולת חוק-היסוד על הפרט. אפשר שבירורם של אלה עשוי גם הוא להוליך למסקנה שהתוצאה המשפטית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינה תופפת בהכרח את הכוונות הפוליטיות שהביאו לחקיקתו.

מאז חקיקתו נדון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו במספר פסקי-דין ובהיבטים שונים.[211] שאלת מעמדה הנורמטיבי של הוכות לשוויון ושאלת סמכות בית-המשפט לפסול חוקים, הסותרים את חוק-היסוד, שנדונו בחיבור זה, טרם הועמדו במבחן פסיקתו של בית-המשפט.

---

210. שאלה נפרדת היא מה תהיה התוצאה הנורמטיבית של חוק המשוריין בשני סוגי שריון. שאלה זו עולה כלפי ההשקפה לפיה שריון נורמטיבי הוא שריון מוחלט. שהרי בעוד שחוקים המשוריינים שריון פורמלי ניתן לסתור על-ידי גיוס הרוב הנדרש, חוקים המשוריינים גם שריון נורמטיבי אינם ניתנים לסתירה בדרך של גיוס הרוב הנדרש בלבד. זוהי שאלה שבוודאי עוד ייכתב עליה בהרחבה.

211. עניין **קסטנבאום**, לעיל הערה 5. באותו עניין עסק בית-המשפט בהצבת משוואת האיזון שבין ערך כבוד האדם לערך השפה העברית במדינה היהודית, בשאלת תחולתו של חוק-היסוד על הפרט ובשאלת מהות התכלית הדו-ערכית: היהודית-הדמוקרטית; בעניין **סוויסה** (לעיל הערה 107) ובעניין **עזאזמי**, לעיל (הערה 107), שנושאם הוא החירות האישית, נזקק השופט מ' אלון לחוק-היסוד כחוק מכריע בחילוקי הדעות בין השופטים בסוגיית מעצר עד תום ההליכים בעילה של חומרת העבירה ונזקק לסעיף המטרה

אין ספק שאנו מצויים עתה בתחילתה של דרך חדשה. חוקה אינה מסמך פוליטי-משפטי בלבד. *חוקה היא תהליך. חוקה היא התהוות. התפתחותה והתהוותה של החוקה ייזונו* – כך יש לקוות – הן מתהליכי חקיקה משלימים (הרחבת מכלול הזכויות המוגנות, הסדרה חוקתית של נושא הפיקוח השיפוטי על הוקים, שריון חוק-היסוד) והן מפסיקת בית-המשפט.

חוק-היסוד טעון מעצם טיבו במושגים עמומים ובלשון כללית. אלה מחייבים פרשנות ופיתוח משפטי. הביטויים בעלי המירקם הפתוח וכן הערכיות המשולבת היהודית-דמוקרטית – פותחים את הפתח ליצירה השיפוטית של בית-המשפט ולפיתוח העקרונות הכלליים.[212] הפרשנות והפיתוח המשפטי יצמחו מתוך המבט הרחב, המכוון עשייה בתוקים בעלי משמעות חוקתית[213] ועל רקע מבנה השיטה כולה ומתוך הרמוניה עם יסודות *המשטר החוקתי הקיים במדינה*.[214] כפי שהינחה בית-המשפט בעניין פירוש חוק קונסטיטוציוני:

> הוראת יסוד יש לפרש מתוך 'מבט רחב'... לא הרי פירושה של הוראה רגילה כהרי פירושה של הוראת יסוד חוקתית... אם אמרנו על חוק רגיל כי אין הוא מבצר הנכבש בעזרת מילון אלא עטיפה לרעיון חקיקתי חי... הרי על-אחת-כמה-וכמה שגישה זו צריכה להדריכנו לעניין פירושן של הוראות בעלות אופי חוקתי.[215]

בפרשנות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובפיתוחו המשפטי יונחה בית-המשפט – לראשונה – מכוח מצוות המחוקק בשתי אמות מידה: המבתן הדמוקרטי ההשוואתי[216]

ולתכליתו הרו-עדכית: היהודית-הדמוקרטית מתוך רצון לבסס את דיני המעצר על ערכי מורשת ישראל ועל ערכי מדינה דמוקרטית; בג"צ 2722/92 **מוחמד אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה** (מיום 14.6.92, מפי השופט מ' חשין, טרם פורסם), בעניין הריסת מבנה על-פי תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 – בו נדונו חופש הקניין וסעיף 8 לחוק כמצמצמים את שיקול-הדעת בהפעלת התקנה; תב"ע נב/8-4, תב"ע נב/7-14 **מדינת ישראל – ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י ואח'** (מיום 25.5.92 טרם פורסם) בו נדונה שאלת האיזון שבין חופש התנועה וזכות השביתה; תיק תשנ"ב/31807 **רשף המפרץ בע"מ – שגיא ישראל ואח'** (מיום 3.6.92, טרם פורסם) ועניין **סועמה** (לעיל (הערה 185) בהם נדון חוק-יסוד: חופש העיסוק בהיבט ההתנגשות בין חופש העיסוק לחיוב על-פי חוזה לשמידת סוד מקצועי.

212. א' ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה, פרשנות השלמת החסר ופיתוח המשפט", **הפרקליט** לט (תש"ן) 267, 275 ו-282.

213. עניין **ברזילי**, לעיל הערה 104, 521, 594-595.

214. מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", **משפטים** א (תשכ"ת-תשכ"ט) 292, 306.

215. השופט א' ברק בעניין **ניימן**, לעיל הערה 30, 306; א' ברק, לעיל הערה 31.

216. גם טרם חקיקתו של סעיף 8 האמור היה בית-המשפט אקלקטי בתיפוש אחרי המבחנים

והמבחן הערכי המשולב: היהודי-דמוקרטי, כמצוות שילובם של סעיפים 1 ו-8 בחוק. אפשר שמבחן משולב זה ייחד את הפסיקה הישראלית לעומת פסיקות של מדינות דמוקרטיות אחרות בתחום זכויות האדם. המבחן הדמוקרטי ההשוואתי אי-אפשר לו שייעשה בצורה מכנית. העובדה שפתרון מסוים של המתוקק הישראלי יהיה פתרון ישראלי מיוחד לעומת פתרונות שונים במדינות דמוקרטיות אחרות לא תהיה, כשלעצמה, עילה לפסילת הפתרון הייחודי הישראלי, ובלבד שהוא סביר על רקע המציאות הישראלית המיוחדת.[217] פרשנות ופיתוח משפט כאלה יהיו נאמנים – כך יש לסבור – לא לכוונה פרטיקולרית של המחוקק אלא לרוחו ולמסרתו של החוק ולחוקה שבה מעמידים אותו שהוא מחוקק צדק.[218]

לא ניתן לצפות בוודאות מה תהיה פסיקת בית-המשפט וביצד תתפתח על רקע התבחינים האמורים. קשה גם לחוות מה יתרקם מתוך המתח שבין המעשה הפוליטי לבין פיתוחו המשפטי. את אלה – העתיד ילמדנו דעת. מה שניתן להערכה בשלב זה של פריצת דרך היא נקודת ההתחלה. ולציון נקודת ההתחלה לעניין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, יאים, במשנה תוקף, הדברים הבאים מעטו של השופט ח' כהן:

> ...עם חקיקתו ניתק החוק מהליכי החקיקה ומתחיל חיים עצמאיים כחי הנושא את עצמו והסעון פרשנות וביצוע אך על-פי תכנו ולשונו שלו. עם חקיקת החוק נעשו המכינים והמציעים והמצביעים, בעלי חומר ההכנה, Functi Officio – נגמרה מלאכתם לחלוטין, ועקבותיהם ישארו אך היסטוריים בלבד. משל לתינוק שעם היוולדו נעשה אדם בפני עצמו, ובזכות עצמו, החי חייו שלו. העובדה שגם התינוק וגם החוק עלולים לשאת עמהם מחלות גנטיות, זה במבנה גופו וזה בסגנון לשונו, אינה גורעת מגיתוקם, זה מאמו וזה

הדמוקרטיים הראויים לאימוץ בישראל. לאחר חקיקת חוק-היסוד ניתן להניח שבית-המשפט ייטה לבחון פתרונות חוקתיים קונריים, שהרי את מודל מגילת הזכויות שלהם אימץ המחוקק הישראלי. יש גם להניח שלאור הצטרפותה של ישראל לאחרונה למכלול אמנות בינלאומיות שעניינן זכויות האדם – יקיש בית-המשפט גם מאמנות אלה לצורך פרשנות החוק הישראלי. אולם יש לחזור ולהדגיש את השוני בפורמולה שבין סעיפים 1 ו-8 בחוק-היסוד לבין סעיף 1 לצ'רטר הקנדי מצד אחד ובינם לבין נוסחת האמנות הבינלאומיות מצד שני.

217. לעניין פתרון קנדי ייחודי ראו **Southern Inc. v. The Queen** (Ont. S.C. Nov. 5/84). מעניין לציין כי ההסתמכות על מורשת ישראל לעניין מחלוקת השופטים בשאלת חומרת העבירה כעילה במעצר עד תום ההליכים שימשה לשופט אלון אסמכתא של פתרון, המקובל במדינות דמוקרטיות אחרות לעומת עמדת הפסיקה, המכירה בחומרת העבירה כעילה עצמאית, שהיא ככל הנראה מיוחדת לישראל (עניין **סוויסה**, לעיל הערה 107).

218. ח' כהן, "פרשנות נאמנה – תלתא משמעי", **משפטים** ז (1976), 5.

ממחוקקו. וכשם שאין נפקא מינה לדמות הילד מה חשבה ואמרה
הקיאה אמו בעת הריונה, כן אין נפקא מינה לדמות התוק, מה היה
חומר-הכנתו. ושאיפתה של כל אם שילדה יהיה יפה וחכם ממנה
כבר נתמלאה אצל המתוקק: אין לך תוק שאינו חכם ונבון יותר
ממתוקקו.[219]

219. ח' כהן **חומר הבנה** לעיל הערה 132, 98. הדברים נאמרו, אמנם, על רקע השקפתו העקרונית של המחבר, לפיה כוונת המחוקק אינה רלוואנטית כאמצעי פרשנות וכתמיכה לגישה פרשנית שהיא בעיקרה טקסטואלית-אובייקטיבית והם הובאו כאן בשל יופיים, ציוריותם והתאמתם לתיאור עצמאותו המשפטית של תוק-יטוד: כבוד האדם וחירותו, הנובעת גם מהגישה הפרשנית התכליתית המשולבת, שאומצה לצורך מאמר זה.