

## הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים

יצחק זמיר\*

הצעת חוק-יסוד: החקיקה<sup>1</sup> מסמיכה את בית-המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט לעניינים חוקתיים, לפסוק כי אין תוקף לתוק (או להוראה בחוק) באחת מאלה: אם החוק סותר חוק-יסוד והוא לא נתקבל ברוב של שני שלישים מחברי הכנסת, או לא נאמר בו במפורש כי הוא תקף אף שהוא סותר את חוק-היסוד, או אם החוק סותר עיקרון מעקרונות היסוד של מדינת ישראל (סעיפים 5, 35). הצעה זאת טומנת בקרבה חידושים חשובים אחרים. מצד אחד, היא מעניקה לכל חוקי-היסוד מעמד על-חוקי, המאפשר לבית-המשפט העליון להפעיל ביקורת שיפוטית על כל החוקים לאור חוקי-היסוד כולם. מן הצד השני, היא מפקידה את הביקורת השיפוטית על חוקיות החוקים בידי בית-המשפט העליון בלבד, בשבתו כבית-משפט לעניינים חוקתיים.

ההצעה לאפשר ביקורת שיפוטית על חוקיות החוקים מעוררת שלוש שאלות עיקריות. ראשית, האם באופן עקרוני ראוי לאפשר ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים? שנית, אם אמנם ראוי לאפשר ביקורת כזאת, מה הן העילות הראויות לביקורת? ושלישית, באיזו דרך ראוי להפעיל את הביקורת? ארון בשאלות אלה כסדרן.

### א. ההתנגדות לביקורת השיפוטית על חוקיות החוקים

ההצעה לאפשר ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים אינה חדשה. היא נכללה כבר בשנת 1975 בהצעה הראשונה לחוק-יסוד: חקיקה.<sup>2</sup> היא חזרה והופיעה בהצעה השנייה לחוק-יסוד: חקיקה.<sup>3</sup> היא מופיעה עכשיו, פעם נוספת, בהצעה השלישית של חוק-יסוד: החקיקה.<sup>4</sup>

\* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1. ה"ח תשנ"ב, 147.

2. ה"ח תשל"ו, 133.

3. ה"ח התשל"ח, 326. על הצעת חוק זאת נערך בכנסת "דיון בין משפטנים על מהות החוק המוצע והצורך בו", שנתמשך על פני ישיבות אחדות, מיום 26.1.1982 ועד יום 23.3.1982, ופורסם מטעם הכנסת בחוברת משוכפלת תחת הכותרת "חוק יסוד: החקיקה".

4. הצעת חוק זאת לא עברה אפילו קריאה ראשונה בכנסת, בעיקר בשל התנגדות תקיפה של הסיעות הדתיות, שהתמקדה באפשרות של ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים.

ההצעה עוררה התנגדות מיד כשיצאה לאוויר העולם.<sup>5</sup> ההתנגדות מלווה אותה מאז ועד היום. מוקד ההתנגדות מצוי, כנראה, בקרב חברי הכנסת. אך יש להם שותפים נכבדים, ובהם אף שופטים.

לכאורה, ניתן להתעלם מן ההתנגדות, שהרי בפועל בית-המשפט כבר פסל, לפני שנים רבות, חוקים שסותרו חוק-יסוד.<sup>6</sup> אולם בית-המשפט נמנע עד כה מן הדיון המפורש, ולכן אף לא פסק הלכה מפורשת בשאלת סמכותו לבקר את חוקיותם של חוקים. לא זו בלבד. בפועל, עד כה לא פסל בית-המשפט אלא חוקים שעמדו בניגוד לעקרון השוויון בבחירות לכנסת, כפי שנקבע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. אמנם אפשר ואף ראוי להכליל ולומר, כי בית-המשפט יהיה בוודאי מוכן גם לבקר את החוקיות של חוקים העומדים בניגוד להוראות משוריינות אחרות בחוקי-יסוד. אך גם כך הביקורת השיפוטית על חוקיות החוקים עדיין מוגבלת לגיזרה צרה, ואפשר לומר כי אין היא אלא חריג.<sup>7</sup> ואילו עכשיו באה הצעת חוק-יסוד: החקיקה ומבקשת להפוך את החריג לכלל. אין תימה, לכן, שהיא מעוררת לחיים את ההתנגדות הרדומה לעצם העיקרון של ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים. לא יהיה זה גבון לזלזל בעוצמת ההתנגדות: עובדה שההתנגדות הצליחה לקבור את הצעת החוק זו הפעם השלישית, בעודה באיבה. מן הראוי, אם כך, להתמודד עם טעמי ההתנגדות.

שני טעמים עיקריים מפרנסים את ההתנגדות לביקורת השיפוטית על חוקיותם של חוקים. הטעם הראשון הוא, שהביקורת השיפוטית על חוקיות החוקים פוגעת ברשות המחוקקת, וכפועל יוצא היא פוגעת גם בדמוקרטיה. הטעם השני הוא, שביקורת כזאת עלולה לפגוע גם ברשות השופטת.

- 
- לפיכך, הצעת חוק זאת, וכן גם הדיון הציבורי על ההצעה, אינם אלא מבוא להצעת החוק הרביעית בנושא זה, שאף אם תתמהמה - בוא תבוא.
5. ראה, לדוגמא, י"ר הכנסת ישראל ישעיהו, "השגות על מגמותיה של הצעת חוק-יסוד: החקיקה", ספר ברקת (ירושלים תשל"ז), 279.
6. בג"צ 98/69 ברנמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג (1) 693. ראה עוד על הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים בישראל, א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית מורחבת, תשנ"א), 455 ואילך. ראה גם A. Shapira, (1983), 405-462 "Judicial Review without a Constitution: The Israeli Paradox", 56 Temple Law Quarterly (1983), 405-462
7. לאחרונה נתקבלו בכנסת שלושה חוקי-יסוד נוספים שהוראותיהם מוגנות בדרכים שונות, ובין היתר על-ידי שריון, ואלה הם: חוק-יסוד: תופש העיסוק (ס"ח התשנ"ב, 114), חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (ס"ח התשנ"ב, 150) וחוק-יסוד: הממשלה (ס"ח התשנ"ג, 214). ההגנה המוקנית לחוקי-יסוד אלה, מאפשרת לבית-המשפט לבקר ולפסול חוקים לאור חוקי-יסוד אלה. ראה א' ברק, "המהפכה התוקנית: זכויות אדם מוגנות", משפט וממשל א' (תשנ"ב), 9. בכך התרחבה במידה ניכרת הגיזרה של ביקורת שיפוטית על חוקיות חוקים, אך עדיין ניתן לראות בה חריג.

**(1) הפגיעה ברשות המחוקקת**

הפגיעה של הביקורת השיפוטית ברשות המחוקקת ברורה. הביקורת מגבילה את הריבונות. כיום, כפי שאמר השופט ברנזון, "הכנסת היא ריבונית בחקיקת חוקים ... בית-המשפט יכול רק לפרש חוק הכנסת ולא להעמיד בסימן שאלה תוקפו של חוק ונכונות הדברים האמורים בו".<sup>8</sup> רק טבעי הדבר שיהיו בכנסת חברים שיתנגדו להגבלה של ריבונות זו. וכי מי יגביל מרצון את כוחו? אולם ההתנגדות מתבססת גם על עיקרון: ריבונות הכנסת מייצגת את שלטון העם, ושלטון העם הוא עיקר הדמוקרטיה. מכאן הטענה כי הביקורת השיפוטית על חוקיות החוקים, שיש בה כדי לפסול חוקים המבטאים את רצון העם, סותרת את מהות הדמוקרטיה. אחד מחברי הכנסת נתן לאחרונה ביטוי קיצוני לטענה זאת, באמרו כי המשמעות האמיתית של הצעת חוק-יסוד: החקיקה היא חיטול הדמוקרטיה, והעברת מקור הסמכות מן העם לאוליגרכיה של שופטי בית-המשפט העליון.<sup>9</sup>

אולם טענה זאת משקפת תפיסה שטחית ומוטעית של הדמוקרטיה. הדמוקרטיה, במשמעות האמתית שלה, אינה גורסת ריבונות מוחלטת של רצון העם באמצעות נציגיו בבית הנבחרים. שלטון העם באמצעות נציגיו אינו תכליתי בפני עצמה. זוהי רק דרך להשגת תכלית. התכלית הראויה של החברה המאורגנת היא האדם. הדמוקרטיה, כצורת ארגון של החברה, אמורה לשרת תכלית זאת. לצורך זה עליה לטפח ערכי יסוד, שעליהם מתבססים כבוד האדם ורווחת האדם, ובעיקר החירות והשוויון. היא עושה זאת, בהכרח, באמצעות המכשיר של שלטון הרוב. המבחן האמתי של הדמוקרטיה הוא, באיזו מידה היא מצליחה, באמצעות המכשיר של שלטון הרוב, לקדם את ערכי היסוד של החברה. הניסיון האנושי מלמד כי הדמוקרטיה מצליחה, יותר מכל משטר אחר, לקיים ולקדם את החירות והשוויון. משום כך היא עדיפה על משטרים אחרים. אולם הניסיון האנושי מוסיף ומלמד כי גם הדמוקרטיה עלולה להיכשל בדרכה, ושלטון הרוב עלול להסיט אותה מתכליתה. הכוח, שטבעו להשחית, עלול להשחית גם את בית הנבחרים. הרוב בבית הנבחרים עלול לעשות שימוש לרעה בכוחו כדי לשרת אינטרס כיתתי או צורך זמני. הוא עלול, כמו גולם שקם על יוצרו, לקעקע את ערכי היסוד שאותם הוא נועד לשרת. לפיכך, צריך לשים סייג ורסן לשלטון הרוב. החוקה היא רסן. היא מסייגת את שלטון הרוב כדי להבטיח שלא יחטיא את מטרתו. היא מגבילה את המכשיר כדי לשרת את התכלית. בכך היא משרתת את המהות האמיתית של הדמוקרטיה.

הגוף המתאים ביותר לבקר את בית הנבחרים, על-מנת שיקיים את ערכי היסוד כנדרש, הוא בית-המשפט. דרך המינוי של השופטים, העצמאות המוענקת להם, ההכשרה והניסיון המקצועי, הריחוק מן האינטרסים הכיתתיים והצרכים השוטפים, כל אלה מכשירים את בית-המשפט לאזן כראוי בין החלטת הרוב בבית הנבחרים לבין ערכי היסוד של החברה, ולפסול חוקים המפרים בצורה מהותית את האזון הראוי. אכן, דמוקרטיה מובהקת, כמו בארה"ב, הולכות בדרך זאת כבר זמן רב. בתקופה האחרונה בולטת תנועה

8. בג"צ 188/63 בצול ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד יט (1) 337, 349.

9. ח"כ מיכאל איתן, "דבר", 15.1.1992.

של דמוקרטיה נוספות, לרבות דמוקרטיה ותיקות במערב אירופה, המתקדמות באותו כיוון. זהו ביטוי לתפיסה הרווחת של ריסונים ואיזונים במערכת השלטון. כיום אפשר כבר לומר כי הביקורת השיפוטית על חוקיותם של חוקים היא מרכיב מקובל של הדמוקרטיה. אמור מעתה, הצעת חוק-יסוד: החקיקה, כשהיא מעניקה סמכות לבית-המשפט לבקר את חוקיותם של חוקים לאור חוקי-היסוד, אינה פוגעת בעקרון הדמוקרטיה, אלא להיפך, היא מגשימה עיקרון זה, בדרך מקובלת על דמוקרטיה ברחבי העולם.

## (2) הפגיעה ברשות השופטת

טעם שני, התומך בהתנגדות לביקורת השיפוטית על חוקיותם של חוקים, הוא החשש שביקורת כזאת תפגע ברשות השופטת. החשש הוא שפסילת חוקים, משום שהם נוגדים זכויות אדם או ערכי יסוד אחרים, תגרור את בית-המשפט לזירה שנרונים בה עניינים השנויים במחלוקת פוליטית. הכרעה בעניינים כאלה, שיש בה משום נקיטת עמדה המקובלת על צד אחד במחלוקת, עשויה להיראות הכרעה פוליטית. בכך כרוכה סכנה, הקרויה לעתים בשם משפטיזציה של הפוליטיקה, והיא עלולה לגרור אל סכנה המוכרת בשם פוליטיזציה של השפיטה. התוצאה עלולה להיות שהרשות המחוקקת והרשות המבצעת, כיוון שהן עשויות לראות עצמן נפגעות מהכרעות של בית-המשפט, יפעלו כדי להשפיע על הפסיקה בכיוון הנראה להן. הדבר יכול להיעשות בעיקר בשלב של מינוי שופטים. בשלב זה יכולות הרשות המחוקקת והרשות המבצעת לערב שיקולים של השקפה או נטייה פוליטית בהליך של מינוי שופטים.<sup>10</sup>

אכן, אין ספק שסכנה כזאת קיימת ומאיימת על המעמד של בית-המשפט. בהקשר זה מובאת לעתים הדוגמה של ארצות-הברית. בארצות-הברית, כידוע, בית-המשפט מוסמך לפסול חוקים הנוגדים זכויות יסוד וערכי יסוד שנקבעו בחוקה. סמכות זאת גוררת את

10. ראה מ' לנדוי, "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל", הפרקליט כז (תשל"א) 30. השופט לנדוי אינו מתנגד לעליונות של הוראות חוק הקובעות את המסגרת והמבנה של השלטון (להן הוא קורא הוראות פורמליות), ולביקורת השיפוטית ביחס להוראות אלה; אך הוא מתנגד בתוקף לעליונות של הוראות חוק הקובעות עקרונות יסוד (בלשונו עקרונות "אידיאולוגיים") או את חירויות האזרח (להן הוא קורא הוראות מהותיות), ולביקורת השיפוטית ביחס להוראות אלה. לדעתו, מושג "השוויון" בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, שעליו נתבסס פסק הדין במשפט ברגמן נ' שר האוצר, (לעיל, הערה 6), "הוא מושג מתאר, שאינו כשלעצמו בעל תוכן ערכי" (שם, 33), ולפיכך אין מקום להתנגד לביקורת שיפוטית על יסוד מושג זה. אולם, לדעתי, מושג "השוויון" הינו ביסודו מושג ערכי, והפסיקה המאוחרת אף אומרת זאת במפורש. ראה לדוגמה בג"צ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לו (3) 17. ניתן ללמוד מכאן כי ההבחנה בין הוראות "פורמליות" לבין הוראות "מהותיות" אינה חדה, וכי גם ביקורת שיפוטית על הוראות "פורמליות" עשויה לגלוש לשאלות "מהותיות". עם זאת, ברור כי בדרך כלל הוראות בדבר המבנה והסמכויות של רשויות השלטון קלות יותר לביקורת שיפוטית ומסוכנות פחות למעמד של בית-המשפט.

בית-המשפט לעימות עם עמדות של הממשל ושל הקונגרס. התוצאה היא שגם הממשל וגם הקונגרס, שיש להם תפקיד פעיל במינוי השופטים, מערבים במינוי שיקולים פוליטיים או מעין-פוליטיים.

אולם כנגד הצורך להגן על המעמד של בית-המשפט עומד הצורך לרסן את המחוקק. במצב זה צריך לעמת את הסכנות, הסכנה לבית-המשפט כנגד הסכנה לערכי היסוד, ולאזן בין האינטרסים המתנגשים. לדעתי, באיזון האינטרסים גובר הצורך בריסון המחוקק. המעמד של בית-המשפט, לרבות העצמאות שלו, הם ללא ספק ערך ונכס מן המדרגה הראשונה. עם זאת, אין זה בבחינת עושר השמור לבעליו לטובתו. המעמד של בית-המשפט חשוב כל-כך, כדי שישמש אותו במילוי התפקיד החברתי שלו בדרך הטובה ביותר. התפקיד הזה כולל בין היתר, ואולי אף בראש וראשונה, הגנה על ערכי היסוד של החברה, כמו כבוד האדם וחירות האדם, מפני התנכלות ופגיעה על-ידי השלטון. אין זה נכון להעמיד את המעמד של בית-המשפט כתכלית בפני עצמה, שצריך לשמור עליה מכל משמר, אפילו במחיר של ויתור על העיקר, כלומר, על תפקידו של בית-המשפט להגן על האדם.

לצורך מילוי תפקידו שומה על בית-המשפט גם לחשוף עצמו לסכנה. אמנם, בכל מקרה הוא צריך לנהוג בתבונה ובוהירות, ולא לחשוף עצמו לסכנה מיותרת או סכנה גדולה מדי. עליו לשקול את הנסיבות של המקרה ולאזן בין הסכנה לבין המשימה. עם זאת, דומה כי הסכנה המאיימת על בית-המשפט, אם יוטל עליו לבדוק חוקיות של חוקים לאור חוקי-יסוד הקובעים את זכויות האדם וערכי יסוד נוספים, אינה גדולה ביותר. מכל מקום, אין היא גדולה עד כדי כך שתצדיק את בית-המשפט אם יפטור עצמו מן התפקיד לבקר ולפסול חוקי עוול או חוקים שרירותיים אחרים.

הניסיון של מדינות אחרות עשוי ללמד ולעודד. הנה, לדוגמא, ארה"ב או צרפת. בארה"ב בית-המשפט העליון בודק את חוקיות החוקים לאור החוקה מזה מאתיים שנה, ובצרפת בית-המשפט לחוקה בודק מראש את ההתאמה של חוקים לחוקה מזה שנים לא רבות. בשתי המדינות מעורב, בדרכים שונות, מרכיב פוליטי במינוי השופטים. בשתי המדינות אין רואים בכך פסול. ואפילו מוצאים לכך צידוק, ומכל מקום אין רואים בכך טעם מספיק לשלול את הביקורת השיפוטית על חוקים. אמנם בישראל רווחת הדעה שיש פסול בכל השפעה פוליטית על הרשות השופטת, לרבות בהליך המינוי של השופטים. אבל, לדעתי, גם מנקודת הראות שלנו, אם אנחנו בודקים את השירות החברתי של בתי-המשפט במדינות בהן בית-המשפט מוסמך לבקר את חוקיות החוקים, בתמורה למחיר של מעורבות פוליטית מסוימת, ברור כי המחיר כדאי והמאזן חיובי.

במסגרת המאזן יש להוסיף גם את ביצור המעמד של בית-המשפט עצמו, כפועל יוצא של הסמכות לבקר את חוקיות החוקים. ראשית, סביר לצפות שהפעלת הסמכות ופסילת חוקים הפוגעים ללא הצדקה בזכויות האדם, יגבירו את היוקרה של בית-המשפט ויחזקו את מעמדו בקרב הציבור. שנית, בית-המשפט יוכל גם להגן על עצמו מפני חוקים הפוגעים בסמכותו או במעמדו, כפי שנקבעו או ייקבעו בחוק-יסוד, בעוד שכיום הוא יעמוד חסר אונים נגד חוק אשר, לדוגמא, יקצץ בסמכותו.

נוסף לכך, גם כאשר תוענק לבית-המשפט סמכות לבקר את חוקיותם של חוקים לאור חוקי-היסוד, אין זו תוצאה הכרחית שהפוליטיזציה של השפיטה תגבר. הפיתוי למעורבות פוליטית במינוי שופטים ניצב גם כיום בפני הכנסת והממשלה: הייצוג של הכנסת והממשלה בוועדה למינוי שופטים פותח בפניהם אפשרות למעורבות כזאת, ומפעם לפעם בית-המשפט נותן להם, כביכול, עילה להתערב כדי להוסיב בבית-המשפט העליון שופטים כלבבם. הנה, לדוגמא, ההחלטה העקרונית של בית-המשפט העליון, מלפני שנות דור, לפיה הוא מוסמך לפסול חוקים הסותרים את עקרון השוויון בבחירות לכנסת. השוויון, כפי שבית-המשפט פסק, אינו עיקרון מכני אלא מושג ערכי. בית-המשפט הפעיל ערך זה כדי לפסול, בין היתר, חוקים שהעניקו כסף רב למפלגות הגדולות שהיו במצוקה כספית גדולה. אלה היו פסקי-דין, לא רק אמצעים, אלא גם, לכאורה, מסוכנים. אבל למעשה, פסילת החוקים לא פגעה כלל ועיקר במעמדו של בית-המשפט. הניסיון מלמד שבית-המשפט העליון מפעיל את סמכותו לבקר עניינים שלטוניים בתבונה ובאיפוק הראוי. חוקה עליו שגם בעתיד יהיה מוכן, מצד אחד, ליטול על עצמו סיכונים מחושבים, כדי להגן על ערכי היסוד, ומן הצד השני יהיה מודע לקו האדום של ההתערבות השיפוטית. לדעתו, בחשבון כולל, היתרונות הצפויים מן הביקורת השיפוטית על חוקיות החוקים, בתנאים המיוחדים של ישראל, גוברים באופן ברור על כל חיסרון או סכנה הכרוכים בביקורת כזאת.<sup>11</sup>

### ב. עילות הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים

הצעת חוק-יסוד: החקיקה קובעת (בסעיף 35) שלוש עילות לביקורת על חוקיות חוק (לרבות הוראה בחוק), ואלה הן:  
 (1) החוק לא נתקבל ברוב הדרוש לקבלתו;  
 (2) החוק סותר חוק-יסוד ולא נאמר בו במפורש שהוא תקף על אף האמור באותו חוק-יסוד;  
 (3) החוק סותר עיקרון מעקרונות היסוד של מדינת ישראל.  
 אבחון בקצרה כל אחת מעילות אלה.

#### (1) החוק לא נתקבל ברוב הדרוש לקבלתו

סעיף 35 להצעת חוק-יסוד: החקיקה מאפשר לבית-המשפט לקבוע כי אין תוקף לחוק שלא נתקבל ברוב הנדרש, בלי להתייחס כלל לתוכן החוק, בשני מצבים: ראשית, אם החוק לא נתקבל בהתאם לנדרש בסעיף 5(ב) להצעת החוק, כלומר, אם לא נתקבל "ברוב קולות חברי הכנסת שהצביעו, והנמנעים לא יבואו במניין".<sup>12</sup>

11. ראה גם א' ברק, "על החשיבה הקונסטיטוציונית", המשפט, כתב-עת של בית-הספר למשפטים, המכללה למינהל, גליון 1 (פברואר 1992), 10, 13.

12. הוראה זאת חוזרת על ההוראה הקיימת בסעיף 25 לחוק-יסוד: הכנסת. יתכן שגם כיום נתונה הסמכות לבית-המשפט להצהיר כי חוק שלא נתקבל ברוב כנדרש אינו חוק או,

שנית, בחוק-יסוד, להבדיל מחוק רגיל, אם הוא לא נתקבל כנדרש בסעיף 5(ג) להצעת החוק, כלומר, "בקולות של שני שלישים מחברי הכנסת" (קרי, 80 מחברי הכנסת).<sup>13,14</sup> נוסף לכך, הצעת החוק מאפשרת לבית-המשפט לפסול חוק שלא נתקבל ברוב הנדרש תוך התייחסות לתוכן החוק, ההצעה אומרת (בסעיף 5(ד)) כי "חוק לא יסתור חוק-יסוד וולת אם התקבל במליאת הכנסת בקולות של שני שלישים מחברי הכנסת...". הוראה זאת מקנה לכל חוקי-היסוד מעמד של חוקה, קרי, שריון מפני פגיעה באמצעות הליכי חקיקה רגילים.<sup>15</sup> זהו שריון עבה. השריון של רוב חברי הכנסת הוכיח עצמו: במציאות של ישראל אין זה קל לפרוץ אותו. קל-וחומר כך בשריון של שני שלישים מחברי הכנסת. שריון יעיל מקובל באומות העולם, ויש בו הגיון וצורך כדי להגן על ערכי היסוד של החברה, כמו חירויות האדם, או על אבני היסוד של מבנה המשטר, כגון, החובה לערוך בחירות לעתים מזומנות או עצמאות הרשות השופטת. לשון אחר, השריון נדרש ומוצדק להגנת העיקר, להבדיל מן הטפל. שני טעמים תומכים בהגנה כזאת. ראשון, כמובן, העיקר

לשון אחר, אין לו תוקף. ראה אמרת אגב של השופט ברק בבג"צ 975/89 Nimrodi Land Development Ltd. נ' ירד הכנסת, פ"ד מה (3) 154, 157.

13. סעיף 5(ה) מוסיף וקובע כי הרוב המיוחד נדרש "בכל שלוש הקריאות של החוק במליאת הכנסת". מכאן השאלה אם רוב זה נדרש גם בקריאה הטרוםית של הצעת חוק פרטית. השווה בג"צ 142/89 תנועת לאו"ר לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד (3) 529. דומה, לאור הניסוח של סעיף 5(ה), כי התשובה שלילית.

14. מסתבר כי הוראה זאת חלה על כל חוק הנושא את הכותרת של חוק-יסוד. יש טעם בדבר, שכן חוק כזה נהנה מן ההגנה המוענקת לחוקי-יסוד בסעיף 5(ג) וסעיף 5(ד) להצעת החוק, כלומר, שחוק אחר אינו יכול לבטלו, לתקנו או לסותרו אלא אם נתקבל בכנסת ברוב של שני שלישים מחברי הכנסת. עם זאת, שאלה היא אם ראוי, במקרה שחוק-יסוד לא נתקבל ברוב של שני שלישים, לפסוק כי אין שום תוקף לחוק כזה. לדעתי, ניתן וראוי לומר, על דרך הפרשנות, כי חוק המתיימר להיות חוק-יסוד, והוא לא נתקבל ברוב הנדרש של שני שלישים מחברי הכנסת, אין לו תוקף כחוק-יסוד, אך עדיין יש לו תוקף כחוק רגיל. פירושו של דבר, שבמקרה כזה התיבה "יסוד" כאילו תימחק משם החוק, והוא לא יהנה מן ההגנה המוענקת לחוק-יסוד.

15. כידוע, שריון זה מוקנה כיום, לפי סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, לשיטת הבחירות לכנסת. היעילות של השריון הוכחה כאשר בית-המשפט פסל חוקים אשר סתרו את עקרון השוויון בבחירות, כפי שנקבע בסעיף זה, משום שלא נתקבלו ברוב הנדרש. ראה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (לעיל, הערה 6, בעמ' 456. השוני הבולט בין השריון המוענק בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת לבין השריון המוצע כעת בהצעת חוק-יסוד: החקיקה נעוץ בשיעור הרוב הנדרש. סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת דורש "רוב של חברי הכנסת", ואילו סעיף 5(ד) של הצעת חוק-יסוד: החקיקה דורש "קולות של שני שלישים מחברי הכנסת". הרוב של שני שלישים אינו בגדר חידוש מוחלט. סעיף 44 לחוק-יסוד: הכנסת, המשריין חוק-יסוד זה מפני תקנות-שעת-חירום, מוסיף בסעיף 45 ומונע פגיעה בשריון זה "אלא ברוב של שמונים חברי כנסת".

חשוב מן הספלי, ולכן ראוי להגנת יתר. שני, ככל שמדובר בערכי היסוד, ערכים אלה מנוסחים בדרך כלל במונחים רחבים וגמישים, שהם בהכרח גם עמומים. חופש הביטוי, לדוגמא, הוא נוסחה הניתנת לפירושים רבים, מהם צרים ומהם רחבים. הסמכות לבחור בפירוש המחייב, בתוך מרחב הפרשנות הגדול, מוקנית לבית-המשפט. בידי הסמכות להקנות לנוסחה, המבטאת את הערך, משמעות ההולמת את הצרכים וההשקפות של כל עת. כיוון שכך, אין הכרח להיזקק לעתים קרובות להליך הקשה של שינוי נוסחה משוריינת באמצעות חקיקה מיוחדת. מגילת הזכויות בחוקת ארה"ב, למשל, היא דוגמא טובה.

מן הצד השני, אין צורך, וגם אין זה מקובל, להגן באמצעות שריון על פרטים שאינם בגדר עיקר. להיפך, שריון של פרטים כאלה עלול להזיק. פרטים צריכים שינוי לעתים מוזמנות, עם שינוי הנסיבות, ונדרשת גמישות כדי שניתן יהיה להתאים את הפרטים לנסיבות.

מבחינה זאת, הצעת חוק-יסוד: החקיקה היא, לדעתי, בבחינת תפסת מרובה. היא עוספת בשריון עבה את כל ההוראות בכל חוקי-היסוד, אף שכיום חוקי-היסוד מלאים וגדושים פרטים ופרטי-פרטים, שיש להם מקום בחוקים רגילים אך לא בחוקה. אמנם, לפי החלטת הררי משנת 1950, חוקי-היסוד נועדו לשמש פרקים בחוקה. אולם בפועל, עד מהרה נתקבלה הרעה שהמעמד של חוקי-היסוד אינו שונה, לכל צורך מעשי, מן המעמד של חוק רגיל, ובהתאם ניתן לתקן חוק-יסוד כאילו הוא חוק רגיל. כיוון שכך, נוסחו חוקי-היסוד, מבחינת ההבחנה בין עיקר לטפל, כאילו הם חוקים רגילים. אם ניתן לתקן חוק-יסוד כמו חוק רגיל, מדוע לטרוח ולחלק נושא אחד, למשל הממשלה, לשני חוקים, כלומר, חוק-יסוד שיכלול רק עיקרים וחוק רגיל שיכלול פרטים? התוצאה היא שרוב חוקי-היסוד גדושים פרטים, מהם פרטים הנוגעים לארגון ומבנה, שאין בהם שום קדושה או עיקרון.<sup>16</sup>

אין תימה שחוקי-היסוד תוקנו לעתים מוזמנות כמו חוקים רגילים. הנה, לדוגמא, חוק-יסוד: הממשלה. חוק זה, שנחקק בשנת 1968, תוקן מאז 7 פעמים. סעיף 5 לחוק זה, שעניינו "הרכב וכשירות", תוקן 4 פעמים. כך, למשל, נקבע באחד התיקונים, כדי לספק צורך פוליטי שהזמן גרמו, כי אפשר שלראש הממשלה יהיו שני סגנים (ולא אחד בלבד), וכי אפשר שאחד השרים ימונה ממלא-מקום לראש הממשלה. לאחרונה נתקבל חוק-יסוד: הממשלה, שחי בינתיים בצילו של חוק-יסוד: הממשלה משנת 1968, ותחילתו נדחתה עד לאחר שתיבחר הכנסת ה-17. גם חוק-יסוד זה גדוש פרטים, שאין להם מקום בחוקה. כך, לדוגמא, הוא קובע (בסעיף 33) כי לא יהיו בממשלה יותר מ-18 שרים. האם ראוי

16. חריג בולט לכך הוא חוק-יסוד: מבקר המדינה משנת 1988. חוק-יסוד זה קצר ומתרכז בעיקרים הנוגעים למוסד המבקר, ואת הפרטים המרובים הקשורים לתפקודו של המוסד המבקר הוא מניח לחוק רגיל וארוך, הלא הוא חוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 [נוסח משולב]. זוהי, לדעתי, דוגמא ראויה ליחס הראוי בין חוק-יסוד לבין חוק רגיל. דוגמא זאת תוכל להנחות את מנסחי החוקה בכוא הזמן.

17. ס"ח התשנ"ב, 214, סעיף 63.



לשריין הוראה מעין זאת כפי שמשריינים את חירות האדם, ולמנוע אפשרות לשנות אותה בחוק, אלא אם החוק נתקבל ברוב של שני שלישים מחברי הכנסת? והרי מחסום כזה הינו, בתנאים הקיימים בישראל, מחסום בלתי-עביר בזמנים כתיקנם, בהם מתפקדת ממשלה רגילה, להבדיל מממשלת אחדות-לאומית.

הקושי הטמון בשריון הוראות מעין אלה כפול ומכופל, משום שהוראות מבניות או ארגוניות כאלה חסרות את העמימות והגמישות המאפיינות את ההוראות הערכיות, כמו ההוראות הקובעות את חירויות האדם. לפיכך, כוחו של בית-המשפט להתאים את ההוראות לצרכים לגיטימיים שהזמן גרמם, מוגבל ביותר.

נראה שהנסח של הצעת חוק-יסוד: החקיקה היה מודע לקושי זה. הוא הוסיף לסעיף 29 להצעה, הקובע "הוראות מעבר", את סעיף-קטן (ה), הנושא את הכותרת "הצעת ברירה"<sup>18</sup>. וזו לשונו של סעיף-קטן 29(ה): "בתקופה של חמש שנים מיום תחילתו של חוק-יסוד זה יראו בסעיף 5(ג) ו-ו(ד) כאילו נאמר במקום שני שלישים מחברי הכנסת – 'רוב חברי הכנסת'".

ייתכן שהמטרה של סעיף-קטן 29(ה), או לפחות אחת המטרות, היא להקל על ניפוי חוקי-היסוד הקיימים, כך שבתום התקופה של חמש שנים לא יישארו בהם אלא הוראות עקרוניות הראויות לחוקה משוריינת, להבדיל מפרטים הגודשים כיום את חוקי-היסוד. המטרה ראויה באופן עקרוני. עם זאת, עדיין קשה להבין מדוע ראוי להעניק, לפתע פתאום, שריון כבד להוראות שוליות של חוקי-היסוד, באופן המונע תיקון של הוראות אלה (או העברתן מחוק-היסוד אל חוק רגיל), אלא באמצעות חוק שנתקבל ברוב חברי הכנסת. שריון של רוב חברי הכנסת, אף שהוא קל יותר משריון של שני שלישים, עדיין עלול להכביד מאד על הניפוי של חוקי-היסוד, שזו מלאכה קשה וממושכת בפני עצמה, עד כדי כך שימנע את סיום המלאכה בתקופה הקצובה של חמש שנים.

מעבר לכך, לדעתי יש מקום לשקול גם אפשרות של שריון דיפרנציאלי של ההוראות בחוקי-היסוד, בהתאם למהות של כל הוראה. הוראות הקובעות את חירויות האדם, והוראות אחרות המגינות על ערכים בסיסיים, כמו עצמאות הרשות השופטת, ראויות לשריון המירבי. אולם הוראות אחרות בחוקי-היסוד די יהיה להן בשריון קל יותר, קרי, בדרישה של רוב חברי הכנסת להבדיל מרוב של שני שלישים מחברי הכנסת.<sup>19</sup>

## (2) סתירה שאינה מפורשת

סעיף 35 להצעת חוק-יסוד: החקיקה קובע עילה נוספת לביקורת החוקיות של חוקים: "הם סותרים חוק-יסוד ולא נאמר בהם במפורש שתקפם הוא על אף האמור

18. הנסח, שלא פעם הוא נותן דברי הסבר אשר אינם דרושים ואינם מסבירים, נמנע הפעם מלהסביר כותרת זאת. האם פירושה שהנסח אינו רואה צורך בסעיף-קטן זה, ואף-על-פי כן הוא מוכן לכלול אותו בנוסח החוק, אם תבוא דרישה על כך מצד הכנסת?

19. שריון דיפרנציאלי כזה קיים גם כיום. חוק-יסוד: הכנסת מעניק בסעיף 4 הגנה של רוב חברי הכנסת לשיטת הבחירות לכנסת, ובסעיף 45 הוא מעניק הגנה של שני שלישים מחברי הכנסת מפני פגיעה של תקנות-שעת-חירום בחוק-יסוד זה.

בחוק-היסוד.<sup>20</sup> לשון אחר, אין די בכך שחוק, הסותר חוק-יסוד, נתקבל ברוב הנדרש, אלא צריך, נוסף לכך, שייאמר בו במפורש כי הוא יעמוד בתוקפו על אף הסתירה לחוק-היסוד. אם החוק הסותר אינו כולל הוראה מפורשת זאת, יוכל בית-המשפט לפסוק כי החוק, אף שנתקבל ברוב הנדרש, אינו תקף (או, אולי, כי אין בכוחו לסתור חוק-יסוד).

הדעה שאין זה ראוי כי חוק יוכל לסתור חוק-יסוד, אלא אם הדבר נקבע בו במפורש, הושמעה כבר לפני שנים על-ידי פרופ' קלוד קליין.<sup>21</sup> אולם דעה זאת לא נתקבלה, לא על-ידי המחוקק ואף לא על-ידי בית-המשפט.<sup>22</sup>

עכשיו אימץ אותה משרד המשפטים וכלל אותה בהצעת חוק-יסוד: החקיקה. בדברי ההסבר לסעיף 5(ד) להצעת החוק ניתן הטעם לכך: "דרישת סעיף קטן (ד) באה להבטיח שהכנסת, בקבלה חוק הסותר חוק-יסוד, תעשה זאת בודעין שיש בו סתירה כזאת. בחוק המתקן חוק-יסוד קיימת מודעות זו בלאו הכי; לכן מוגבלת הדרישה רק לגבי חוק סותר. הדרישה שבסעיף קטן זה עשויה להכביד על קבלתם של חוקים 'סותרים' ולפעול בכך לחיזוק חוקי-היסוד."

הכוונה אכן טובה, אך שאלה היא אם התוצאה גם היא טובה. אין ספק כי הדרישה שהסתירה תהיה מפורשת מתוקת את חוקי-היסוד, כשם שאין ספק שאפשר היה להוסיף ולחוק אותם עוד יותר, כגון, על-ידי דרישה של פסק-זמן מינימלי בין הקריאה השנייה והשלישית. אולם כל דרישה כזאת, כנגד היתרון של חיזוק חוקי-היסוד, גובה מחיר בתחום אחר. השאלה היא אם המחיר כדאי. בכל מקרה כזה יש לבדוק את היתרון כנגד החיסרון, ועל יסוד המאזן להחליט אם ראוי להוסיף ולחוק את חוקי-היסוד.

מהו מחיר הררישה שהסתירה בין חוק לבין חוק-יסוד תהיה מפורשת? דרישה כזאת עלולה לפגוע בוודאות ובביטחון המשפטיים, שאף הם ערכי יסוד של שיטת המשפט. הטעם לכך הוא שזכויות האדם וערכי יסוד אחרים המעוגנים בחוקי-היסוד מנוסחים בהכרח בלשון כללית ועמומה. לפיכך קשה לא פעם, ולעתים אף אי-אפשר, לומר בביטחון אם חוק מסוים סותר חוק-יסוד. לא זו בלבד. אפשר שלפי ההשקפה המקובלת בזמן חקיקת החוק, לא תהיה סתירה בינו לבין חוק-היסוד, אולם לאחר שנים, עם שינוי התנאים וההשקפות, תיווצר סתירה כזאת. לדוגמא, העיקרון של שוויון, כפי שהניסיון מלמד, הוא עיקרון דינמי, המתפתח ומשתנה עם הזמן. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כדוגמא נוספת, מעניק הגנה (בסעיף 2) ל"כבודו של אדם באשר הוא אדם" וכן (בסעיף 7) "לפרטיות

20. הוראה זאת היא פועל יוצא של ההוראה בסעיף 5(ד) להצעת חוק זאת, האומרת כך: "חוק

לא יסתור חוק-יסוד זולת אם התקבל במליאת הכנסת בקולות של שני שלישים מחברי

הכנסת ונאמר בו במפורש שתקפו הוא על אף האמור בחוק-היסוד."

21. ק' קליין, "רוב מיוחד ושינוי במשפט", הפרקליט כח (תשל"ב) 563.

22. ראה סעיף 46 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע כי שינוי הסעיפים המשוריינים מתייחס

לשינוי "בין מפורש ובין משתמע". ראה גם בג"צ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים ואחי,

פ"ד כז (1) 794. עם זאת, השופט ברק סבור כי "עוצמה רבה סמוגה בהשקפתו של פרופ'

קליין": א' ברק, פרשנות כמשפט (התשנ"ב), כרך ראשון, 561. ראה גם שם, 563.

ולצנעת חייו" של כל אדם. בחוקים רבים שהכנסת תחוקק יהיה מקום לספק האם החוק סותר ערכים אלה או אחרים, לפי ההשקפה הרווחת בעת החקיקה או לפי ההשקפה שתפתח במשך הזמן.

התוצאה של ספק כזה עלולה להיות שהכנסת תוסיף בכל מקרה כזה, ליתר ביטחון, הוראה שהחוק יעמוד בתוקפו אף אם יש בו סתירה לחוק-יסוד. הנסח של הצעת החוק צפוי לומר בדברי ההסבר, כי אמנם החוק המוצע אינו סותר חוק-יסוד, אך בכדי למנוע ספק מוטב לחוק את החוק שהמחוקק חפץ ביקרו, ולהוסיף את נוסחת הקסם האומרת שהחוק יעמוד בתוקפו אף אם בית-משפט מסוים ימצא באחד הימים, שסתירה כזאת קיימת. הממשלה, שתידרש למאמץ מיוחד כדי לגייס רוב של שני שלישים מחברי הכנסת, כאשר ברור לכל כי המאמץ נדרש כדי לאפשר סתירה בין החוק המוצע לבין חוק-יסוד, לא תתקשה להוסיף לחוק המוצע הוראה מפורשת, האומרת שהחוק יהיה תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה או אחר. אם הוראה כזאת תתווסף מעשה שגרה לחוקים הדורשים רוב של שני שלישים, ההגנה של הוראה כזאת עשויה להתגלות כהגנה מדומה. יתירה מזאת, הוראה כזאת, אם תתנוסס על פני חוקים רבים, רק כדי לסלק ספק, לא תוסיף כבוד לספר החוקים. מן הצד השני, במקרים רבים, בהם ההוראה לא תתווסף לחוק, ינקר כל הזמן ספק בדבר תוקפו של החוק.

בסיכום, השריון המוצע לחוקי-היסוד, באמצעות דרישת רוב של שני שלישים, הוא שריון חזק, במיוחד בתנאים הפוליטיים של ישראל. דומה כי ניתן להסתפק בשריון זה, מבחינת ההגנה הראויה לחוקי-היסוד.

### 3) החוק סותר עיקרון מעקרונות היסוד של מדינת ישראל

העילה השלישית והאחרונה לביקורת על חוקיותו של חוק, לפי סעיף 35(ה) להצעת החוק, היא הסתירה לעקרונות היסוד של מדינת ישראל. מה הם עקרונות אלה? על כך אין תשובה מוסמכת לא בהצעת החוק ואף לא במקור אחר. אמנם, לאחר שהצעת החוק גובשה, נתקבל בכנסת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>23</sup> חוק-יסוד זה קובע (בסעיף 1) כי מטרתו להגן על "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". אולם, היהדות והדמוקרטיה הם עולם ומלואו, ואין לך ערך טוב שאינו נכלל בהם. כיוון שכך, אין זה ברור מה הם, לצרכים משפטיים, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. יתירה מזאת, גם אין זה ברור שקיימת חפיפה מלאה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לבין עקרונות היסוד של מדינת ישראל, לפי הצעת חוק-יסוד: החקיקה. אפשר לטעון כי עקרונות היסוד של מדינת ישראל כוללים את העקרונות של מדינה יהודית ודמוקרטית, ונוספו להם עקרונות אחרים, שמהותם עדיין לא הובהרה. במילה, עקרונות היסוד של מדינת ישראל הוא ביטוי עמום מאד, יותר מביטויים עמומים אחרים המופיעים כרגיל בחוקות, כגון, שוויון או חופש הביטוי.

23. ס"ח התשנ"ב, 150.

עקרונות אלה, שעדיין אין להם דמות וגבול, מקבלים בהצעת החוק הגנה שאין לה שיעור, בעצם הגנה מוחלטת. לפי לשון ההצעה, אסור שחוק יסתור עיקרון מעקרונות היסוד של מדינת ישראל, ואין שום דרך לגבור על אסור זה. רוב של שני שלישים של חברי הכנסת, ואפילו הצבעה של כל חברי הכנסת פה-אחד, לרבות הוראה מפורשת המתירה את הסתירה, לא יועילו לתת תוקף לחוק הסותר עיקרון מעקרונות היסוד של המדינה. עקרונות אלה מקבלים, כביכול, קדושה כאילו הם תורה למשה מסיני.

התוצאה של קידוש עקרונות היסוד של המדינה מוגזמת עד כדי אבסורד. ראשית, אין זה מקובל להעניק לערך כלשהו שריון מוחלט, המונע כל אפשרות של סטייה או שינוי. את הערכים הקבועים בחוקת ארה"ב, כגון חופש הביטוי, קשה מאד לסייג או לתקן, אך הדבר אינו בלתי-אפשרי: בהליך מורכב וממושך אפשר לחוקק תיקון לחוקה המסייג את חופש הביטוי. ניתן לומר כי שום חוקה אין לה קיום לאורך זמן, ואולי אף אין לה צידוק, אם אין בה אפשרות של תיקון ושינוי. ואילו הצעת חוק-יסוד: החקיקה מקנה שריון מוחלט, המונע כל שינוי, למערכת של עקרונות יסוד שלא פורטו ולא נודעו.

יתירה מזאת. השריון המוחלט יוצר, כמדומה, גם סתירה פנימית. כאמור, חוק יכול לסתור הוראה של חוק-יסוד אם נתקבל ברוב של שני שלישים ואם הסתירה מפורשת. בהתאם לכך, חוק יכול, למשל, לסתור את ההוראה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המקנה לאדם זכות להגנה על חייו, גופו וכבודו, אם הסתירה נתקבלה, בהוראה מפורשת, ברוב הנדרש. אולם, ההגנה על חייו, גופו וכבודו של אדם מהווה ללא ספק גם עיקרון מעקרונות היסוד של המדינה. אם כך, אין שום אפשרות לסתור הוראה זאת.

גם אין טעם להבחין לעניין זה בין עקרונות יסוד המעוגנים בחוקי-יסוד לבין עקרונות יסוד שאינם מעוגנים בחוקי-יסוד, כגון, חירות ההפגנה או חירות ההתאגדות. הבחנה כזאת תיתן עדיפות לעקרונות יסוד שאינם מעוגנים בחוקי-יסוד, אפילו הם בעלי משקל ערכי מועט יותר מעקרונות יסוד המעוגנים בחוקי-יסוד. לדוגמא, הבחנה כזאת תיתן עדיפות לחירות ההתאגדות, שאינה מעוגנת בחוק-יסוד, על פני זכותו של אדם להגנה על חייו, גופו וכבודו.

זאת ועוד. אפילו היתה ההגנה המוקנית לעקרונות היסוד של מדינת ישראל וזה להגנה הניתנת לחוקי-היסוד, כך שניתן היה לסתור עקרונות כאלה באמצעות חוק שנתקבל ברוב מיוחד, עדיין קשה היה להשלים עם חידוש זה. במדינות העולם מקובל כי ההגנה שחוקה מקנה לעקרונות יסוד מוגבלת לעקרונות ידועים, המפורטים בחוקה, כגון השוויון, חופש הביטוי וחירויות נוספות שהחוקה מפרטת. אין זה מקובל להקנות הגנה לעקרונות שאינם ידועים. הגנה רחבה וסתומה לעקרונות שלא פורטו מטילה על בית-המשפט אחריות כבדה מאד, בלי שהוא יוכל לעגן את הכרעותיו ולהגן על עצמו, באמצעות הוראות החוקה המפרטות את העקרונות. אחריות כזאת כרוכה בבעיות קשות מאד, במישור העיוני ובמישור המעשי גם יחד.<sup>24</sup> האם, למשל, שלמות הארץ היא עיקרון כזה? או, אולי, נישואין כדת משה וישראל? ברור שאין הסכמה כללית בשאלה מה הם עקרונות היסוד של המדינה. אם בית-המשפט יידרש להכריע בשאלת תוקפו של חוק לאור עקרונות

24 ראה "אנגלרד, מבוא לתורת המשפט (תשנ"א), 63-66.

היסוד, הוא עלול להיסחף למערבולת של מחלוקת בשאלה מה הם עקרונות אלה, ולהחשף לביקורת בדבר נטיות אישיות של השופטים. אכן, בית-המשפט נוהג מאז ומתמיד לקבוע את ערכי היסוד של המדינה ולהסתייע בהם לצורך פרשנות החוק. אולם יש הבדל גדול, לעניין זה, בין פרשנות חוק לבין ביטול חוק. כאשר בית-משפט מסתייע בערכי היסוד לצורך פרשנות חוק, הוא אמור להיות נאמן לחוק, ואם פרשנותו אינה מקובלת על המחוקק, המחוקק רשאי תמיד להתערב ולחוקק חוק חדש שיבהיר את כוונתו. לא כך כאשר בית-המשפט פוסל חוק, משום שלדעתו החוק סותר עיקרון מעקרונות היסוד, בניגוד לדעתו של המחוקק. במחלוקת בין המחוקק לבין בית-המשפט בשאלה מה הם עקרונות היסוד, ובשאלה אם חוק סותר עיקרון מעקרונות היסוד, כאשר עקרונות אלה לא נקבעו בחוקה, צפוי בית-המשפט למצוא עצמו בעמדה של נחיתות. בית-המשפט זקוק למצפן שינחה אותו במים עמוקים ועוגן שיגן עליו בעת סערה. עקרונות היסוד יכולים לשמש מצפן ועוגן לצורך פירוש חוק. אין בהם כדי לשמש לא מצפן ולא עוגן כאשר בית-המשפט נקלע לסערה בעקבות ביטול חוק.

אכן, הרעיון להקנות סמכות כזאת לבית-המשפט לא נולד אצל הנסח של הצעת חוק-יסוד: החקיקה, אלא נשאב מבית-המשפט עצמו. זה לא מכבר, במשפט תנועת לאויד נגד יושב-ראש הכנסת<sup>25</sup> אמר השופט ברק, באמרת אגב, כי "באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין, אין כל דבר אקסיומטי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו. בפסילת חוק על-ידי בית-המשפט בשל פגיעתו הקשה בעקרונות יסוד אין משום פגיעה בעקרון ריבונות המחוקק, שכן הריבונות היא לעולם מוגבלת..." אולם, השופט ברק מיהר להבהיר כי באופן מעשי, במצב הקיים, אין זה ראוי שבית-המשפט יטול לעצמו סמכות כזאת. "הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות - בשלב זה של חיינו הלאומיים - על-ידי העם ונציגיו הנבחרים".<sup>26</sup>

משרד המשפטים הרים את הכפפה, כביכול, והציע להעניק סמכות כזאת לבית-המשפט.<sup>27,28</sup> אולם, לדעתי, הצעה זאת תופסת מרובה, ולכן אין היא ראויה. הדרך הראויה היא, כפי שמקובל באומות העולם, לקבוע בחוק-על את עקרונות היסוד של

25. בג"צ 142/89, פ"ד מד (3) 529, 554.

26. שם.

27. קיים הבדל מסוים בין הלשון בה נקט השופט ברק לבין הלשון בה נקטה הצעת החוק. השופט ברק דיבר על עקרונות היסוד של "השיטה", ואילו הצעת החוק דיברה על עקרונות היסוד של "מדינת ישראל". אולם דומה כי אין, ומכל מקום לא צריך להיות, הבדל מהותי ביניהם.

28. נראה כי הצעת החוק ריככה את עמדתו של השופט ברק וקירבת אותו, מן הבחינה המעשית, לאפשרות שבית-המשפט יפסול חוק הסותר עיקרון מעקרונות היסוד של השיטה. ראה א' ברק, פרשנות במשפט (לעיל, הערה 22), 633: "דומה שלאחר הצעת חוק זו [כלומר, הצעת חוק-יסוד: החקיקה], אין זה נוגד עוד את 'המצפון המשפטי' לטעון כי

החברה. פירוט העקרונות דרוש לצורכי חינוך והסברה, להכוונה של הרשות המחוקקת ורשויות אחרות, לרבות בית-המשפט עצמו, לביטחון המשפטי וגם להגנה על בית-המשפט. אכן, דומה שמשרד המשפטים הבין זאת וביקש ללכת בדרך המקובלת והבדוקה, ובהתאם לכך גיבש והציע, ביוני 1991, הצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם. רק לאחר שנתברר לשר המשפטים כי אילוצים פוליטיים מסכלים כל סיכוי לקידום הצעה זאת, גובשה ההצעה לאפשר ביקורת על חוקיות החוקים לאור עקרונות היסוד של המדינה, כתחליף לביקורת לאור זכויות היסוד של האדם.

בינתיים נפל דבר בישראל, והכנסת אימצה הצעות חוק פרטיות של ח"כ אמנון רובינשטיין, וחוקקה את חוק-יסוד: חופש העיסוק<sup>29</sup> ואת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>30</sup> חוקי-יסוד אלה נותנים מעמד על-חוקי לחלק מזכויות היסוד של האדם ומאפשרים ביקורת שיפוטית, אם-כי מוגבלת, על חוקים הסותרים זכויות אלה. כיום יש סיכוי לעגן בחוק-יסוד זכויות נוספות, אף אם לא את כולן. מכל מקום, לדעתי, חקיקת חוקי-יסוד אלה שמטה לחלוטין את הקרקע מתחת להוראה שבהצעת חוק-יסוד: החקיקה, המאפשרת ביקורת שיפוטית על חוקים לאור "עקרונות היסוד של מדינת ישראל".

### ג. הדרך לביקורת השיפוטית על חוקיות החוקים

הצעת חוק-יסוד: החקיקה מתווה (בסעיף 35) דרך אחת ויחידה לביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים: הביקורת באמצעות בית-המשפט לחוקה.<sup>31</sup> שתי דרכים ראשיות נהוגות לעניין זה בעולם. הדרך האחת, הנוהגת לדוגמא בארה"ב, מסמיכה כל בית-משפט לדון ולהחליט אם חוק נוגד את החוקה. ההחלטה שחוק נוגד את החוקה, ולפיכך אין לו תוקף, מתקבלת בדרך כלל אגב דיון במשפט כלשהו (פלילי, אזרחי או מינהלי), בו מעלה אחד הצדדים טענה נגד חוקיותו של חוק. הליך כזה דומה להליך בו

בחברה דמוקרטית, האמונה על הפרדת רשויות ועל שלטון חוק, לגיטימי הוא לרשות השופטת להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה. לדעתי, אין יסוד מספיק להסיק מהצעת החוק כי הל שינוי בקונצנווס החברתי באשר לתפקידו וכוחו של השופט בחברה הישראלית. מכל מקום, השאלה העיקרית בהקשר זה אינה סובבת על הלגיטימיות, אלא על התבונה, בפסילת חוקים הסותרים את עקרונות היסוד, בלי שעקרונות אלה יהיו מעוגנים בחוקה.

29. ס"ח התשנ"ב, 114.

30. ס"ח התשנ"ב, 150.

31. סעיף 35 להצעת החוק קובע כי "אין משיגים על תקפו של חוק או על תקפה של הוראה שבו, ורשות שיפוטית לא תדון בשאלת תקפם, אלא מן הסעמים ובדרכים האמורים בסעיף זה." דברי ההסבר לסעיף-קטן זה מוסיפים ומבהירים כי הדרך הקבועה בהצעה היא, אכן, "הדרך היחידה לתקוף את כוחו המחייב של חוק."

טוען אחד הצדדים כי תקנה נוגדת חוק ולפיכך אין לה תוקף. בשני המקרים בית-המשפט של הערכאה הראשונה נדרש להכריע בשאלת החוקיות של החוק או התקנה, לפי העניין, לצורך העניין הנדון בפניו.

הדרך השניה נוהגת במדינות אירופה, בהן צרפת, גרמניה ואיטליה. במדינות אלה הוקמו בתי-משפט מיוחדים לחוקה. בתי-משפט אלה מוסמכים לדון בשאלות חוקתיות בלבד, ורק הם מוסמכים לדון ולהחליט אם קיימת סתירה בין חוק (או, לעתים, הצעת חוק) לבין החוקה. אלה הם בתי-משפט מיוחדים במינם, לא רק מבחינת הסמכות, אלא גם מבחינת ההרכב: מקובל כי לבית-המשפט לחוקה מתמנים לא רק שופטים מקצועיים, אלא גם אנשי ציבור מתחומים שונים, ובהם גם פוליטיקאים.

בישראל, כידוע, אין בית-משפט נפרד, כפי שמקובל במדינות אירופה, לא לעניינים מינהליים ולא לעניינים חוקתיים. המערכת השיפוטית בישראל מצטיינת, בו בזמן, בריכוזיות גבוהה ובביזור נרחב. מצד אחד, המערכת ריכוזית, שכן בראש המערכת עומד בית-משפט אחד ויחיד, הלא הוא בית-המשפט העליון, שכל הערכאות השיפוטיות כפופות לו. מן הצד השני, בתי-המשפט הנמוכים במערכת זאת נהנים מסמכות רחבה לדון ולהכריע גם בעניינים מינהליים וגם בעניינים חוקתיים. אכן, עד כה לא נדונה הטענה בדבר חוקיותו של חוק, כלומר, הטענה שחוק מסוים נוגד את דרישת השוויון בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, אלא בבית-המשפט העליון. אך באופן עקרוני, אין מניעה להעלות טענה זאת ולקבל הכרעה, גם בבית-משפט מחוזי או בבית-משפט השלום. בדומה לכך, כל בית-משפט מוסמך עכשיו לדון ולהכריע בשאלה אם חוק חדש סותר את חוק-יסוד: חופש העיסוק או את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אם טענה זאת תועלה במסגרת עניין אזרחי או עניין פלילי המצוי בסמכותו של בית-המשפט. כך, לדוגמא, בית-המשפט לעניינים מקומיים יוכל, במסגרת דיון באישום לפי חוק מסוים, לפסוק כי אותו חוק סותר את חוק-יסוד: חופש העיסוק, ובהתאם לכך לזכות את הנאשם. דרך זאת תואמת את הדרך הנוהגת בארה"ב.

אולם הצעת חוק-יסוד: החקיקה מבקשת לסטות מדרך זאת, ולאמץ דרך-ביניים, בין הדרך הנוהגת בארה"ב ובין הדרך הנוהגת במדינות אירופה. כאמור, בדרך המוצעת יוקם בית-משפט מיוחד לחוקה, ורק הוא יהיה מוסמך לדון ולהכריע בשאלת חוקיותו של חוק. עם זאת, בפועל לא יהיה זה בית-משפט חדש ונפרד, הפוגע בריכוזיות ובאחידות של המערכת השיפוטית, אלא בית-המשפט העליון בהרכב מיוחד. לפי סעיף 35 להצעה, "בית-המשפט העליון ישב גם כבית-משפט לעניינים חוקתיים ובשבתו כאמור ידון בתשעה שופטים או במספר בלתי זוגי גדול יותר, כפי שיוורה נשיא בית-המשפט העליון."

לפי הצעת החוק, ניתן יהיה להעלות את הטענה כי חוק מסוים נוגד, למשל, את חוק-יסוד: חופש העיסוק, בפני כל בית-משפט, לרבות בית-המשפט לעניינים מקומיים. בית-המשפט רשאי לדחות את הטענה, אם לדעתו (לאחר דיון) אין ספק (הווה אומר, אין ספק מהותי) בשאלת תוקפו של החוק, אם-כי החלטתו בעניין זה תהיה, כמובן, כפופה לערעור כמו בכל עניין אחר. אולם, אם לדעת בית-המשפט נותר ספק מהותי בדבר תוקפו של החוק, ואין בידו להכריע בעניין שבפניו בלי שיותר הספק, שומה עליו להעביר את

שאלת תוקפו של החוק אל בית-המשפט לעניינים חוקתיים. הצעת החוק מוסיפה ומפרטת (בסעיפים 35 ו-36) את סדרי הדיון (לרבות זכות העמידה) במקרה כזה. השאלה החשובה בהקשר זה היא, אם הדרך המוצעת עדיפה על הדרך הקיימת, לפיה כל בית-משפט מוסמך להכריע בשאלת תוקפו של כל חוק. לדרך המוצעת שני יתרונות עיקריים, הנותנים לה, כנראה, עדיפות על הדרך הקיימת. ראשית, הדעת נותנת שבית-משפט נמוך, אילו ניתנה לו הסמכות לפסוק כי אין תוקף לחוק, היה מהסס, בדרך כלל, לפסוק כך, והיה נוטה להעביר את האחריות להחלטה כזאת אל בית-משפט לערעורים. גם כאשר בית-משפט נמוך היה מקבל על עצמו לפסוק כי אין תוקף לחוק, הדעת נותנת כי הדבר היה מגיע בדרך של ערעור אל בית-המשפט העליון. אם כך, עדיף לקצר את הדרך, גם כדי לחסוך זמן שיפוטי וגם כדי לחזק את הביטחון המשפטי, ולהביא לידי הכרעה מהירה ככל שניתן בשאלת תוקפו של החוק על-ידי בית-המשפט העליון (בשבתו כבית-משפט לעניינים חוקתיים).

שנית, ההכרעה בשאלת תוקפו של חוק היא, בדרך כלל, הכרעה קשה מבחינה משפטית ורגישה מבחינה חברתית. כך הדבר בעיקר באותם מקרים בהם ההכרעה מתבססת לא על טענה טכנית (כמו רוב חסר), אלא על טענה ערכית (כגון, שהחוק סותר את ערך השוויון או אחת מחירויות האדם). הכרעה כזאת, השוללת תוקפו של חוק, עלולה ליצור עימות של ממש בין בית-המשפט לבין בית הנבחרים, וחמור מזה – בין בית-המשפט לבין הציבור הרחב. לפיכך, הכרעה כזאת מחייבת גם שיקול-דעת ברמה הגבוהה ביותר וגם יוקרה מירבית. מכאן שרצוי לייחר את הסמכות לפסול חוק לבית-המשפט העליון.<sup>32</sup>

הצורך להחליט אם להקים בית-משפט לעניינים חוקתיים, בדרך המוצעת או בדרך דומה, נעשה עכשיו צורך מעשי ודחוף. רחיית ההחלטה ללכת בדרך זאת, פירושה בפועל החלטה ללכת בדרך השנייה, כלומר, הענקת סמכות לכל בית-משפט לפסוק בשאלת תוקפם של חוקים. בהעדר החלטה, סביר הדבר שלא יארך הזמן עד שבית-משפט של ערכאה ראשונה יפסוק כי הוראת חוק מסוימת נוגדת את חוק-יסוד: חופש העיסוק או את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. די שבית-המשפט יפסוק כך פעמים אחדות כדי שנתרגל למצב זה, ואז אפשר מאד, כפי שקורה לעתים מזומנות, שהמצוי יגבר על הרצוי.

32. השופט ברק הביע תמיכה בדרך זאת. ראה א' ברק, "יסודותיה של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת", ספר ברקת (לעיל, הערה 5), 286.