

# סתירה לחוקייסוד

אביגדור קלגסבלד\*

- א. מבוא
- ב. סתירה לחוקייסוד – סתירה מסוג שינוי וסתירה מסוג פגיעה
- ג. סתירה לחוקייסוד והמהפכה החוקתית
- ד. סתירה לחוקייסוד ופסקת ההגבלה
  1. פסקת ההגבלה פורשת כנפיים – הלכת חרות
  2. פסקת ההגבלה מגביהה עוף – הלכת מופז
- ה. סתירה לחוקייסוד באמצעות פגיעה בחוקייסוד אחר
  1. סתירה לחוקייסוד המשוריין מפני שינוי בלבד
  2. סתירה לחוקייסוד באמצעות תקנות לשעת חירום
  - ח. הערת סיום – על "ככה לא בונים חוקה"

## א. מבוא

בשנת 1982 כתבתי בפתחת עבודת המוסמך שלי בנושא חוקייסוד כי "ספורה של החוקה הישראלית הוא ספורה של נערה חסרת מזל: היא החטיאה את שעת הכושר להיוולד בלידה נורמלית. סבלה ילדות קשה"<sup>1</sup>. כעת היא בגרה. האם שפר גורלה? עשר שנים לאחר פסק הדין בן 367 עמודי הפ"ד בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מוגדל כפר שיתופי<sup>2</sup> נותרו שאלות יסודיות הקשורות בחוקייסוד בלתי פתורות. רשימה זו עוסקת בכמה סוגיות עדכניות הנוגעות לסתירה (שינוי ופגיעה) לחוקייסוד. סוגיות אלה נדונו בשנים האחרונות בפסיקה (לקונית וחסרת התלבטות) של בית המשפט העליון ואף בספרות המשפטית. במידה רבה הן נותרו בלתי פתורות. רשימה זו מבקשת להציג סוגיות אלה, לדון בקצרה בדילמות העיקריות הקשורות בהן ולהציע פתרונות.

## ב. סתירה לחוקייסוד – סתירה מסוג שינוי וסתירה מסוג פגיעה

חוקייסוד ניתן לסתור בשתי דרכים: בדרך של שינוי ובדרך של פגיעה. שינוי מביא לשינוי הנורמה החוקתית עצמה. הוא פוגע בה "בחזית רחבה", "בעניין מרכזי"<sup>3</sup>. לאחריו, הנורמה החוקתית אינה עוד כשהייתה. היא שונה שונה "עקרונות"<sup>4</sup>. שינוי הוא "צמצומה או הרחבתה, הוספה עליה או ביטולה" של הנורמה

\* תודה רבה (לפי סדר א"ב) ליונתן אבן, לבעז אוקון, לליאב אורגר, לברק מדינה, ליגאל מרזל, להלל סומר ולירום רבין.

1 א' קלגסבלד חוקי היסוד – לקראת חוקה בתובה בישראל (חיבור לשם קבלת התואר מוסמך במשפטים, תשמ"ב) 5.

2 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מוגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: עניין בנק המזרחי).

3 א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית) 567-568.

4 שם, בע' 646.

החוקתית.<sup>5</sup> הוא מכוון לשנות את הנורמה החוקתית "מעיקרה".<sup>6</sup> לעומת זאת, פגיעה אינה מביאה לשינוי הנורמה החוקתית אלא רק לסטייה ממנה לעניין מסוים, למגזר מסוים, לתקופה מסוימת וכיו"ב. לאחריה, הנורמה החוקתית נותרה כשהייתה. לא חל בה שינוי (אם כי היקפה השתנה לעניין מסוים, למגזר מסוים, לתקופה מסוימת וכיו"ב). היא "הוגבלה".<sup>7</sup> פגיעה "אינה מכוונת לשנות את תחומיה"<sup>8</sup> של הנורמה החוקתית. "פגיעה היא מטבעה מותחמת וספציאלית, קרי נקודתית".<sup>9</sup> היא "מבוססת על המשך קיומה של זכות אדם במלוא היקפה, ועל 'הגבלה' או 'פגיעה' המתיישבת עם קיום נמשך זה".<sup>10</sup>

ברק מדגים את ההבחנה באמצעות סעיף 4 לחוקי־יסוד: הכנסת. הפיכת הבחירות לאזוריות היא שינוי, שכן היא משנה את עקרון ה"ארציות" הקבוע בסעיף 4. לעומת זאת, חוק מימון בחירות או חוק תעמולת בחירות, הסוטים מעקרון השוויון בבחירות, הם פגיעה משום שהם רק סוטים מעקרון ה"שוות" שבסעיף 4 לעניין מסוים, מבלי לשנותו. לאחר השינוי עקרון ה"ארציות" אינו עוד כשהיה. לאחר הפגיעה עקרון השוויון בבחירות נותר בעינו (אם כי בתחום של מימון או תעמולה – פרישתו השתנתה).<sup>11</sup>

ההבחנה בין שינוי לבין פגיעה היא מהותית. היא עניין של מידה ושל דרגה. היא תוצאה של הכרעה בשאלה אם הנורמה החוקתית אינה עוד כשהייתה (שאו מדובר בשינוי) או שמא נותרה בתוקפה ורק סטו ממנה (שאו מדובר בפגיעה). המבחן הוא מבחן תוכני, לא טכני או פרוצדורלי. כך, תיתכן סתירה הנראית לכאורה כפגיעה אך בפועל אינה אלא שינוי. טול לדוגמה הוראה שלפיה בבחירות לכנסת יהיו לנשים שני קולות ולגברים קול אחד. הוראה זו אינה משנה את עקרון השוויון בבחירות מבחינה טכנית או פרוצדורלית, אך היא שונה מסטייה ממנו בעניין מימון או בעניין תעמולה. הוראה זו משמיטה את הבסיס המינימלי לעקרון השוויון ("קול אחד לכל אחד") ולכן – מבחינה מהותית – יש לראות בה שינוי ולא פגיעה. סתירה זו נחזית להיות "נקודתית" אך היא "עקרונית".<sup>12</sup> דוגמה אפשרית אחרת היא הוראה המשנה את עקרון השוויון בשינוי זמני – כגון רק בבחירות לכנסת התשע־עשרה – אך מקנה לכנסת אפשרות להאריכה ללא הגבלה. אף זו הוראה הנראית לכאורה כפגיעה – משום שהיא סוטה מהעיקרון החוקתי רק לתקופה מסוימת ואינה משנה את העיקרון החוקתי עצמו – אך ההסמכה להאריכה מקנה לה ממד של שינוי ממש.<sup>13</sup>

5 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 274.

6 ברק, לעיל הערה 3, בע' 471.

7 שם, בע' 612.

8 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 230.

9 שם, בע' 275; ברק, לעיל הערה 3, בע' 48.

10 ברק, לעיל הערה 3, בע' 471.

11 שם, בע' 52–53.

12 ראו א' קלגסבלד "א' ברק, פרשנות חוקתית" הפרקליט מב (תשנ"ה) 219, 222.

13 דוגמה אחרונה זו אינה נקייה מספקות. מחד גיסא, ניתן לטעון כי מלכתחילה שינוי זמני של העיקרון החוקתי הוא שינוי ולא פגיעה, שכן באותה תקופה הנורמה החוקתית כלל לא תחול ותיחשב כמבוטלת. מאידך גיסא, ניתן לטעון כי הסמכות להאריך אינה הופכת את ההוראה לשינוי, אלא רק השימוש בפועל בסמכות זו יעשה זאת.

### ג. סתירה לחוקייסוד והמהפכה החוקתית

המהפכה החוקתית חידדה את ההבחנה הטרמינולוגית בין שינוי לבין פגיעה. חוקי יסוד: חופש העיסוק מכיל הבחנה ברורה בין שינוי (שיהיה תקף רק אם ייעשה בחוקייסוד וברוב חברי הכנסת)<sup>14</sup> לבין פגיעה (בזכויות המוגנות בחוקייסוד, שתהיה תקפה רק אם תיעשה בחוק ובהתאם לתנאי פסקת ההגבלה).<sup>15</sup> גם חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו מכיר בהבחנה זו, אם כי הוא מתייחס במפורש רק לפגיעה (בזכויות המוגנות בחוקייסוד, שתהיה תקפה רק אם תיעשה בחוק ובהתאם לתנאי פסקת ההגבלה).<sup>16, 17</sup>

הבחנה זו הייתה מעורפלת קודם למהפכה החוקתית, וזאת משום שפסיקת בית המשפט השוותה בין מעמדם של חוקייסוד למעמדם של חוקים רגילים, ובשל כך ביטלה את הנפקות של ההבחנה בין שינוי לבין פגיעה: לפי פסיקה זו, ניתן היה גם לשנות חוקייסוד וגם לפגוע בו באמצעות חוק רגיל, גם במשתמע.<sup>18</sup> לכן גם הסעיפים המשוריינים (בשריון פורמלי) בחוקייסוד של טרום המהפכה החוקתית לא הבחינו בין שני סוגי הסתירה לחוקייסוד, או לפחות לא הבחינו ביניהם בהתאם לטרמינולוגיה הקיימת. כך, סעיף 4 לחוקייסוד: הכנסת קובע כי "אין לשנות סעיף זה אלא ברוב חברי הכנסת" (ההדגשה שלי – א.ק.). פסיקת בית המשפט העליון החילה הוראה זו בראש ובראשונה על חוקים שפגעו בסעיף 4 ולא שינו אותו. כך, למשל, כל החוקים שנפסלו עקב סתירה לסעיף 4 שלא זכתה לרוב המיוחס הקבוע בו כללו סתירה מסוג פגיעה ולא מסוג שינוי. הכוונה לחוקים שנדרונו כבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר,<sup>19</sup> כבג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור<sup>20</sup> ובכג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת,<sup>21</sup> שלא שינו את עקרון השוויון בבחירות אלא רק פגעו בו.<sup>22</sup> בפסק הדין בעניין בנק המזרחי קבע בית המשפט העליון, כמעט פה אחד, כי לא ניתן לשנות חוקייסוד אלא באמצעות חוקייסוד אחר, כלומר לא ניתן לשנות חוקייסוד באמצעות חוק רגיל. בית המשפט העליון ביסס קביעה זו על המדרג הנורמטיבי השונה של חוקייסוד וחוקים רגילים. חוקייסוד מצויים במדרג נורמטיבי גבוה יותר מזה של חוקים אחרים. הם נמצאים בשלב גבוה יותר

14 ס' 7 לחוקייסוד: חופש העיסוק.

15 שם, בס' 4.

16 ס' 8 לחוקייסוד: כבוד האדם וחירותו.

17 באופן אנטורדי, דווקא העובדה ששריון השינוי הושמט מחוקייסוד: כבוד האדם וחירותו במהלך הקריאה השנייה, שימשה וזו עיקרי למהפכה החוקתית. הטעם לכך היה בצורך למצוא פתרון למצב שבו חוקייסוד משורייני מפני פגיעה אך אינו משורייני מפני שינוי (לרבות מפני שינוי פסקת ההגבלה עצמה, גם בחוק עתיד רגיל, ואף במשתמע); ראו ברק, לעיל הערה 3, בע' 266 ואילך.

18 כבג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כו(1) 794; ע"א 107/73 "נגב" – תחנת שירות לאוטומובילים בע"מ נ' מ"י, פ"ד כח(1) 640; כבג"ץ 60/77 רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לבחירות, פ"ד לא(2) 556.

19 כבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693.

20 כבג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (להלן: עניין דרך ארץ).

21 כבג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (להלן: עניין רובינשטיין).

22 לדיון נרחב בהחלת "לשנות" על "לפגוע" ראו להלן פרק ו'.

כפירמידת הנורמות של המשפט הישראלי. לכן מובן שחוק רגיל – המצוי בדרגה נורמטיבית נמוכה יותר – אינו יכול עוד לשנות חוקי־יסוד. רק חוקי־יסוד אחר – נורמה באותו מדרג נורמטיבי, המדרג הגבוה ביותר – יכול לשנות חוקי־יסוד. בכך נתן בית המשפט העליון ביטוי למהפכה החוקתית – העלאת חוקי־היסוד לדרגה נורמטיבית על־חוקית. בכך גם ביטל בית המשפט העליון את הפסיקה רבת־שנים שהשוותה בין מעמדם של חוקי־יסוד לבין מעמדם של חוקים רגילים, ואפשרה שינוי חוקי־יסוד באמצעות חוק רגיל, גם במשתמע.<sup>23</sup>

מאז פסק הדין בעניין בנק המזרחי הוסר אפוא כל ספק באשר לדרך לשינוי חוקי־יסוד. מחוקי־יסוד או מהוראות בהם הקובעים במפורש שניתן לשנותם רק באמצעות חוקי־יסוד<sup>24</sup> אין להסיק על דרך ההיפוך לגבי חוקי־יסוד אחרים, בין חוקי־יסוד משוריינים<sup>25</sup> ובין חוקי־יסוד סתם. הוראה כזו היא דקלרטיבית בלבד. גם חוקי־יסוד שלא נאמר בו דבר לגבי שינויו, ניתן לשנותו רק באמצעות חוק יסוד ולא באמצעות חוק רגיל. גם חוקי־יסוד שנאמר בו שניתן לשנותו ברוב מיוחס, ניתן לשנותו רק באמצעות חוקי־יסוד (ברוב המיוחס) ולא באמצעות חוק רגיל.

כלל זה חל על כל חוקי־היסוד כולם – גם אלה שקדמו למהפכה החוקתית וגם אלה שהדין הקודם אפשר את שינוים באמצעות חוק רגיל. כך, למשל, השתנה עתה גם הפירוש של סעיף 4 לחוקי־יסוד: הכנסת. עתה לא ניתן לשנותו רק ברוב המיוחס הקבוע בסעיף, אלא יש צורך ששינוי זה ייעשה בחוקי־יסוד, שאחרת הוא יהיה חסר תוקף גם אם התקבל ברוב הדרוש.<sup>26</sup>

והיפוכם של דברים בפגיעה בחוקי־יסוד. פסק הדין בעניין בנק המזרחי לא פתר שאלה זו והותירה לוטה בערפל. בפסק הדין עצמו הוצגו שתי תפיסות בסיסיות. הגישה האחת – גישתו של הנשיא לשעבר שמגר – היא כי ממש כשם שאין לשנות חוקי־יסוד אלא בחוקי־יסוד, כך לא ניתן לפגוע בחוקי־יסוד אלא בחוק יסוד או מכוחו. לשיטת שמגר, המדרג הנורמטיבי השונה של חוקי־יסוד ושל חוקים רגילים שולל את האפשרות שחוק רגיל יפגע בחוקי־יסוד אלא אם כן חוק היסוד עצמו הסמיך חוק רגיל לפגוע בו. לכן, להבדיל משינוי, פגיעה יכולה להיעשות גם בחוק רגיל, אך זאת רק מכוח הסמכה מפורשת לכך בחוקי־היסוד עצמו. בהיעדר הסמכה מפורשת בחוקי־היסוד עצמו לפגוע בו באמצעות חוק רגיל, פירמידת הנורמות מחייבת שנורמה נמוכה יותר, חוק רגיל, לא תפגע כך סתם בנורמה עליונה יותר, חוקי־יסוד.<sup>27</sup>

הגישה האחרת – גישת הנשיא ברק – מביאה בחשבון את האפשרות שחוק רגיל יפגע בחוקי־יסוד גם ללא הסמכה מפורשת לכך בחוקי־היסוד עצמו. גישת ברק מביאה בחשבון את המצב החוקתי הקיים, שלפיו אף אחד מחוקי־היסוד שהתקבלו לפני המהפכה החוקתית אינו כולל הסמכה מפורשת לפגוע בו

23 ראו לעיל הערה 18.

24 ס' 7 לחוקי־יסוד: חופש העיסוק; ס' 7 לחוקי־יסוד: ירושלים בירת ישראל.

25 ס' 44 לחוקי־יסוד: הממשלה; ס' 33 לחוקי־יסוד: משק המדינה; ס' 4, 46 לחוקי־יסוד: הכנסת.

26 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 276, 407.

27 שם, בע' 296–299.

באמצעות חוק רגיל. גישה זו מתחשבת בכך שהמשמעות המעשית של גישת שמגר עלולה להיות שכל פגיעה במרבית חוקי־היסוד הקיימים תיעשה באמצעות חוקי־סוד, תופעה מזיקה ומיותרת המפחיתה מערכם של חוקי־היסוד עצמם.<sup>28</sup> גישה זו מתחשבת בכך שהמסורת החוקתית של מדינת ישראל מקבלת פגיעה בחוקי־סוד באמצעות חוקים רגילים. כך, למשל, כל הפגיעות הידועות בעקרון השוויון בבחירות שבסעיף 4 לחוקי־סוד: הכנסת נעשו בחוקים רגילים בלא הסמכה לכך בחוקי־היסוד עצמו. לפי גישה זו, יצרה פסיקת בית המשפט העליון חוקה חוקתית "הפוכה", שלפיה בכוחם של חוקים רגילים לפגוע בחוקי־סוד אף ללא הסמכה מפורשת לכך. ברק השאיר בצריך עיון פתרון אפשרי שלפיו חוק רגיל יוכל לפגוע בחוקי־סוד (בלתי משורייני) ובלבד שייאמר בו במפורש שתוקפו הוא על אף האמור בחוקי־היסוד, כלומר – במפורש בלבד, לא במשמע.<sup>29</sup>

## ד. סתירה לחוקי־סוד ופסקת ההגבלה

### 1. פסקת ההגבלה פורשת כנפיים – הלכת חרות<sup>30</sup>

שתי גישות אלה כאחת זנחו בהלכה החדשה של בית המשפט העליון בעניין חרות. באותו עניין נדון תוקפו של סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב), תשכ"ט–1969 (להלן: "חוק הבחירות לכנסת"), הקובע פסקת סופיות בקשר להחלטות ועדות הבחירות וממלאי תפקידים בהן. בית המשפט קבע כי עד כמה שסעיף זה מתיימר להגביל את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, הוא חסר נפקות, שכן בית המשפט שואב את סמכותו מחוקי־סוד: השפיטה. בית המשפט ציין כי "אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראת חוק יסוד, אלא אם כן הדבר מתאפשר על ידי פסקת ההגבלה".<sup>31</sup>

לדעתי יש להבין את קביעת בית המשפט העליון כך שגם אם חוקי־היסוד אינו מכיל הסמכה מפורשת לפגוע בו באמצעות חוק רגיל, בכל זאת חוק רגיל יכול לפגוע בו ובלבד שיעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.<sup>32</sup> במילים אחרות, בין שחוקי־היסוד מכיל פסקת הגבלה מפורשת (כגון חוקי־סוד: חופש העיסוק או חוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו), בין שחוקי־היסוד מכיל הסמכה לפגוע בו בחוק ללא תנאים נוספים כלשהם ובין שחוקי־היסוד אינו מכיל הסמכה לפגוע בו בחוק (חוקי־סוד "שותק") – לכל המצבים האלה דין אחד: חוק רגיל יכול לפגוע בחוקי־סוד ובלבד שיעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.<sup>33</sup> כלומר מחוקי־סוד המכיל פסקת הגבלה

28 א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (מהרורה שיטת, תשס"ה) 104.

29 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 408–409. לגישה זו ראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 28, בע' 104 הערת שוליים 186.

30 בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הששי עשרה, פ"ד נז(1) 750 (להלן: עניין חרות או הלכת חרות).

31 שם, בע' 756; ראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 28, בע' 106–107.

32 הכוונה לפסקת הגבלה שיפוטית שתעוצב בהתאם לעניין הגדון; ראו א' ברק שופט בחברה דמוקרטית (תשנ"ד) 353.

33 ראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 28, בע' 106–107.

מפורשת לא ניתן ללמוד על דרך השלילה לגבי חוקי־יסוד המכיל סתם הסמכה לפגוע בו בחוק, ומחוקי־יסוד המכיל הסמכה לפגוע בו בחוק לא ניתן ללמוד על דרך השלילה לגבי חוקי־יסוד שאינו מכיל כל הסמכה לפגוע בו. בכל אחד מהמקרים, חוק רגיל יכול לפגוע בחוקי־יסוד ובלבד שיעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.

בהקשר זה יוער כי מספר מחברים הסיקו מעניין חרות וממאמרו האחרון של ברק,<sup>34</sup> כי חוק רגיל אינו יכול לפגוע בחוקי־יסוד אלא אם כן חוקי־יסוד כולל הסמכה מפורשת לפגוע בו בחוק רגיל, כגון פסקת ההגבלה. לפי גישה זו, בחוק יסוד שאינו כולל הסמכה כזו (חוקי־יסוד "שותק"), ניתן לפגוע רק בחוקי־יסוד אך לא בחוק רגיל. גישות אלה נובעות מקריאה שונה של עניין חרות<sup>35</sup> ושל מאמרו של ברק.<sup>36</sup> גם מחברים אלה מסכימים כי תוצאה זו אינה רצויה, שכן היא "מעמידה חוקי־יסוד אלה, החסרים פסקת ההגבלה, במצב מוגן יותר מזה של חוקי־יסוד שיש בהם פסקת ההגבלה".<sup>37</sup>

טענה אפשרית אחרת כנגד הפירוש שאני מציע היא כי בפסק הדין בעניין חרות בית המשפט כלל לא בחן את השאלה אם הוראת חוק שנדרונה שם מקיימת את תנאי פסקת ההגבלה, ולכן פוגעת כדין – לפירושי את הלכת חרות – בסמכויות בית המשפט העליון הקבועות בחוקי־יסוד: השפיטה. קשה להשיב על תהיה זו. ייתכן שבית המשפט העליון הניח כמובן מאליו שקיצוץ בסמכויותיו שלו אינו יכול כלל לקיים את תנאי פסקת ההגבלה; ייתכן שבית המשפט נמנע מלבחון שאלה זו משום שניתן היה להכריע בעניין חרות בדרך שאינה חוקתית –

34 א' ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א (תשס"ד) 3.  
 35 בנדור סבור כי הקביעה בעניין חרות שלפיה "אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראות חוק יסוד, אלא אם כן הרבר מתאפשר על ידי פסקת ההגבלה", מהווה ביטול של דבריו המנוגדים של ברק בעניין בנק המזרחי, שלפיה "הסדריו של חוק יסוד לא משורייני (שותק) ניתנים לפגיעה בחוק רגיל". ראו א' בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו (תשס"ג) 305, 306–307. ואולם לשיטתו של ברק, האמירה האחרונה עדיין נכונה, אלא שחוק כזה צריך להתקבל בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה. השינוי בעמדתו של ברק אינה באשר לאפשרות של חוק לפגוע בחוקי־יסוד שותק, אלא באשר לתנאים לכך – עמידה בתנאי פסקת ההגבלה, כאשר בפגיעה מפורשת אין די.

36 סומר מבסס את מסקנתו על ציטוט של ברק שלפיו טעה כשהותר את השאלה בצריך עיון בפסק הדין בעניין בנק המזרחי, וכי "בהעדר הוראת הסמכה בחוק היסוד [...] אין חוק רגיל יכול לפגוע בהסדר הקבוע בחוקי־יסוד, אף אם החוק הרגיל קובע במפורש כי הוא 'על אף האמור בחוק היסוד'". ראו ה' סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א (תשס"ד) 59, 64–65. ואולם דבריו המצוטטים של ברק מוסבים על פסקת ההתגברות ולא על פסקת ההגבלה. אכן, בעניין בנק המזרחי הותר ברק בצריך עיון את השאלה אם חוק הפוגע במפורש בחוקי־יסוד תקף גם בהיעדר הסמכה מפורשת. מגישה זו ברק מסתייג עתה. לשיטתו (החדשה), לא ניתן ליצור פסקת התגברות שיפוטית, אך ניתן ליצור פסקת הגבלה שיפוטית. לכן חוק הפוגע במפורש אינו תקף, אך חוק הפוגע בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה הוא תקף. עם זאת, אני מסכים עם סומר כי דרך הניסוח של כמה אמירות אחרות של ברק במאמר זה עלולה להוליך למסקנה זו: ראו ברק, לעיל הערה 34, בע' 33, טקסט נלווה להערות שוליים 143–144, וכן בע' 31, טקסט נלווה להערות שוליים 131–132.

37 סומר, לעיל הערה 36, בע' 65.

באמצעים פרשניים מקובלים.<sup>38</sup> עוד ניתן לטעון כנגד הפירוש שאני מציע שהלכת חרות מהווה המשך לפסיקה קודמת – בין מפורשת<sup>39</sup> ובין משתמעת<sup>40</sup> – שלפיה יש צורך בהסמכה מפורשת בחוקייסוד על מנת שחוק רגיל יוכל לפגוע בו. ואולם, לדעתי, אין לקשור בין פסקי דין אלה לבין הלכת חרות. פסקי דין אלה קודמים להלכת חרות ואינם נסמכים על אותם עקרונות.<sup>41</sup> כך, כנגד טענות אלה ניתן לציין כי האסמכתא שמביא ברק בתמיכה לקביעתו כי אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראת חוקייסוד, אלא אם כן הדבר מתאפשר על ידי פסקת ההגבלה היא בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת.<sup>42</sup> באותו עניין, הציע השופט זמיר דרך התואמת את הפירוש שהצעתי: הוא כחן אם חוק רגיל פגע בהוראותיו של חוקייסוד "שותק" – סעיף 4 לחוקייסוד: הכנסת<sup>43</sup> – והיה מוכן להכשירו גם מטעם זה.<sup>44</sup> יתר על כן, בפסק דין מופז,<sup>45</sup> שניתן לאחר פסק הדין בעניין חרות, בית המשפט העליון – בהרכב של אהרע"ש שופטים – פעל בדרך התואמת את הפירוש שהצעתי: שוב, בדומה לעניין הופנונג, קבע השופט מצא כי חוק רגיל הפוגע באותו חוקייסוד "שותק" תקף משום שהוא מקיים את תנאי פסקת ההגבלה. השופט מצא כחן את החוק שנדרון שם לפי מבחני פסקת ההגבלה, ומשמצא כי הוא עומד בהם קבע כי החוק תקף.<sup>46</sup> פסק הדין בעניין מופז מאשר את תקפות דרך הפירוש שהצעתי: חוק יכול לפגוע גם בהוראותיו של חוקייסוד "שותק", ובלבד שהוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

- 38 ראו עניין חרות, לעיל הערה 30, בע' 756. גישה פרשנית כזו ננקטה גם בתחומים דומים, כגון פסקאות סופיות; בג"ץ 6654/98 הלפרין נ' פקודת הבחירות לעיריית הרצליה, פ"ד נב(5) 348; רע"א 5515/95 מ"י נ' אברהמי, פ"ד נא(3) 280; בג"ץ 294/89 המופד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים, פ"ד מה(5) 445; בג"ץ 181/69 סובר נ' בית הדין לערעורים לביטוח לאומי, פ"ד יט(2) 563; בג"ץ 176/54 יהושע נ' ועדת ערעור, פ"ד ט 617; גישה פרשנית עדכנית יכולה להסתמך גם על זכות הגישה לערכאות; ראו י' רבין "זכות הגישה לערכאות; מזכות רגילה לזכות חוקתית" המשפט ה (תשס"א) 217.
- 39 ראו בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה – בנימין נתניהו, פ"ד נב(5) 207, 209 (להלן: עניין אבני).
- 40 כגון בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לרו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נו(2) 102; ואולי גם בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950 (להלן: עניין סלאמה); בג"ץ 8071/01 יעקובוביץ נ' הי"מ, פ"ד נו(1) 121, 128. ראו גם בג"ץ 6654/98, לעיל הערה 38, בע' 361.
- 41 כך, ברק מתאר את עניין סלאמה, לעיל הערה 40, כדוגמה לשינוי ולא לפגיעה, ולכן ממילא לא היה מקום לברוק אם חוק שהתיימר לשנות חוקייסוד עולה בקנה אחד עם פסקת ההגבלה שכן שינוי יכול להיעשות רק באמצעות חוקייסוד. ברק, לעיל הערה 34, בע' 33 הערת שוליים 139. ראו גם דבריו בבג"ץ 8071/01, לעיל הערה 40. ראו גם להלן טקסט נלווה להערות 48–50.
- 42 בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57 (להלן: עניין הופנונג).
- 43 ס' 4 לחוקייסוד: הכנסת "שותק" לעניין פגיעה אך לא לעניין שינוי; ראו גם להלן פרק ו'.
- 44 אם כי הסוגיה נותרה בצידך עיון. ראו בעיקר דבריו בעניין הופנונג, לעיל הערה 42, בע' 69–70.
- 45 בג"ץ 92/03 מופז נ' יושביראש ועדת הבחירות לכנסת השיעשרה, פ"ד נו(3) 793 (להלן: עניין מופז או הלכת מופז).
- 46 ראו להלן פרק ד2.

ניתן לנסות וליישב בין טענות נוגדות אלה. לפי גישה אחת, "מתחייבת הכרה בפסקאות הגבלה שיפוטיות בכל אותם מקרים שבהם חוקי היסוד הללו קובעים זכויות אדם",<sup>47</sup> ואילו "כאשר ההסדר החוקתי אינו נוגע כלל לזכויות אדם אין כל סיבה להניח מראש קיומה של פסקת הגבלה שיפוטית ויש לבחון כל מקרה לגופו".<sup>48</sup> אם עניין חרות נתפס כעוסק בסמכות בג"ץ (ולא בזכויות יסוד),<sup>49</sup> הרי שגישה זו מבהירה מדוע בעניין חרות לא החיל בית המשפט פסקת הגבלה שיפוטית (שכן עניין חרות עסק בסמכות בג"ץ ולא בזכויות אדם) ומדוע בעניין הופנזונג ובעניין מופז החיל בית המשפט העליון פסקת הגבלה שיפוטית (שכן עניין הופנזונג ועניין מופז עסקו בזכות לשוויון בבחירות).

גישה זו מעוררת שאלה קודמת – האם בכלל תיתכן פגיעה בהוראה בחוק יסוד שאיננה זכות אדם? ניתן לטעון כי כל סתירה של הוראה בחוק יסוד שאיננה זכות אדם היא שינוי ולא פגיעה. כך, למשל, ניתן לטעון כי סתירה להוראה בחוק יסוד העוסקת בסמכות בג"ץ היא שינוי של סמכות בג"ץ, וכי בהקשר זה לא ניתן כלל לדבר על פגיעה. לפי גישה זו, ההוראה שנדרגה בעניין חרות היא שינוי ולא פגיעה, ואילו דבריו של ברק בעניין תנאי הפגיעה בחוק יסוד הם אמרת אגב שאין לה תחולה על עניין חרות עצמו.<sup>50</sup> לגישה זו עיגון משמעוטי גם בדברים שנאמרו בעניין חרות<sup>51</sup> עצמו וגם בפסק הדין בעניין סלאמה.<sup>52</sup> שאלה זו חורגת מתחומיה של רשימה זו משום שהרשימה יוצאת מתוך נקודת הנחה שתיתכן פגיעה גם בהוראה בחוק יסוד שאיננה זכות אדם. הנחה זו מבוססת על הלשון הכוללנית של הדיון בפגיעה בחוק יסוד, הן בפסיקה והן בספרות המשפטית.<sup>53</sup> כאן אעיר רק כי קבלת טענה זו תביא לכך שכל סתירה להוראה בחוק יסוד שאיננה זכות אדם תהיה חייבת להיעשות בחוק יסוד דווקא. תוצאה זו תעמיס הוראות רבות ושוליות על החוקה הישראלית ותפגע בערכים חוקתיים חשובים ובכללם החוקה כמבטאת נורמות כלליות ועקרוניות, הערך החינוכי של החוקה

47 ברק, לעיל הערה 32, בע' 352.

48 שב, בע' 353.

49 אף שעניין חרות מעורר שאלה של פגיעה בזכות הגישה לערכאות; ראו המקורות לעיל בהערה 38.

50 ניתן לטעון, ללא קשר לגישה זו, כי ההוראה שנדרגה בעניין חרות היא שינוי ולא סתירה, וזאת משום שהיא שוללת לחלוטין את סמכות בג"ץ לגבי ועדות הבחירות וממלאי תפקידים בהן. קשה לקבל טענה זו שכן הוראה זו שוללת לחלוטין את סמכות בג"ץ רק במגזר ספציפי ומצומצם, ואין כל הברל בין הוראה כזו לבין הוראה השוללת לחלוטין את תחולתו של עקרון השוויון בבחירות במגזר ספציפי ומסוים, כגון חלוקת זמני שידור תעמולת בחירות.

51 "מכוחה של פסיקה זו ושקבעה כי הוראת ס' 137 לחוק הבחירות לכנסת מחסן מפני כל ביקורת שיפוטית, לרבות של בג"ץ – כך טען לפנינו באיכות הפרקליטות – דין העתירה להיראות. אין בידינו לקבל טענה זו. סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק יונקת היותה מהוראת חוק יסוד: השפיטה (ס' 15). היא מעוגנת, אפוא, בהוראה חוקתית-על-חוקית. אין בכוחה של הוראת חוק לשנות מהוראותיו של חוק יסוד" (ההרגשה שלי – א.ק.). עניין חרות, לעיל הערה 30, בע' 755.

52 עניין סלאמה, לעיל הערה 40; ראו גם לעיל הערה 41.

53 ברק, לעיל הערה 3, בע' 51–52 (בנושא פגיעה בשיטת הבחירות לכנסת); ברק, לעיל הערה 34, בע' 31–32.

ועוד. לכן נראה מוצדק להתיר גם פגיעה בהוראה בחוקייסוד שאיננה זכות אדם באמצעות חוק רגיל. ייתכן גם שמסקנה זו היא בבחינת קל וחומר מהכלל החל על הוראה בחוקייסוד בנושא זכויות אדם. גם אם זו המסקנה, נותרת שאלה אם וכיצד להחיל על פגיעה כזו פסקת הגבלה שיפוטית או הגבלה אחרת, שכן קשה לקבל תוצאה שלפיה חוק רגיל יוכל לפגוע בהוראה בחוקייסוד שאיננה זכות אדם ללא מגבלות כלשהן. גם גישות אלה מחזקות את פירושי המוצע להלכת חרות. החלת פסקת ההגבלה על כל חוקייסוד ויצירת כלל אחיד שלפיו חוק יכול לפגוע בחוקייסוד אם הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה היא בעיניי פיתוח מוצלח של המהפכה החוקתית. פסיקה זו יצרה הרמוניה חוקתית. היא יצרה מצב שבו קיימים כללי סתירה – כללי שינוי וכללי פגיעה – אחידים, החלים באותה מידה על חוקייסוד של המהפכה החוקתית ועל חוקייסוד שקדמו להם. היא יצרה "מבנה חוקתי כללי".<sup>54</sup>

אכן, לכאורה, הצבת חוקייסוד בראש פירמידת הנורמות, מעל לחוקים רגילים, עלולה לגרום מסקנה כי בהיעדר הסמכה מפורשת, נורמה נמוכה יותר, חוק, אינה יכולה לפגוע בנורמה שמעליה – חוקייסוד.<sup>55</sup> ואולם בסביבה החוקתית של ישראל אין כל הצדקה להסיק מסקנה זו. הרוב המכריע של חוקייסוד התקבל קודם למהפכה החוקתית. כל חוקייסוד הללו הם חוקייסוד "שותקים". הניסיון הוכיח כי לא ניתן לצפות שהכנסת תעשה פעולת התאמה חוקתית של הדרכים לסתירת חוקייסוד. המהפכה החוקתית הרחיקה את הכנסת מעיסוק כלשהו בחוקייסוד, לא כל שכן מעיסוק בצומת הרגיש של היחסים בין הכנסת לבין בית המשפט. לא סביר לצפות שהכנסת תכונן עתה, בכל אחד מחוקייסוד הקודמים, את פסקת ההגבלה, שכל נפקותה היא בהגבלת סמכות החקיקה של הכנסת עצמה. לכן, אם לא ניתן יהיה לפגוע בחוקייסוד "שותק" באמצעות חוק רגיל העומד בתנאי פסקת ההגבלה, הרי הפגיעות לא יימנעו אלא יובאו כתיקונים לחוקייסוד עצמם.<sup>56</sup> כך יתמלאו חוקייסוד בהוראות שוליות וזניחות שמקומן בחקיקה רגילה. הוראות אלה יפגעו באופי ובמעמד של חוקייסוד ובערכים אחרים, כגון הערך החינוכי, הקשורים בהם. זאת ועוד, הכללת הפגיעות בחוקייסוד עצמם תייתר את הצורך להתאימן לתנאי פסקת ההגבלה. לכן הכנסת תהיה חופשית לקבל פגיעות בחוקייסוד שאינן עומדות בסטנדרט חוקתי הולם.<sup>57</sup> הכרה בסמכותה של הכנסת לפגוע בחוקייסוד "שותק" באמצעות חוק רגיל שיתקבל בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה מבטיחה את התאמת הפגיעות לסטנדרט החוקתי האמור ולכן מובילה לפגיעה פחותה בחוקייסוד.

54 ברק, לעיל הערה 32, בע' 79.

55 ראו למשל בנדור, לעיל הערה 35, בע' 307.

56 עמדתי היא כי לא ניתן לשלול את זכותה של הכנסת כרשות מכוננת להכליל פגיעה "נקודתית" בחוקייסוד, ולא ניתן להטיל עליה חובה לכלול פגיעות נקודתיות בחוק רגיל דווקא. הכנסת כרשות מכוננת רשאית לכלול את החריגים או את הפגיעות בנורמות חוקתיות גם בחוקייסוד, הן מלכתחילה עם כינונו והן באמצעות תיקון לחוקייסוד קיים. ראו בעניין זה ברק, לעיל הערה 3, בע' 567–568. ראו גם להלן פרק ה'.

57 בכפוף לאיסור החריג של "תיקון חוקתי בלתי חוקתי", שם, בע' 566–567; ראו גם להלן פרק ו'.

החלה רטרוספקטיבית זו של הכללים החוקתיים הפכה את החוקה הישראלית לא רק לעליונה נורמטיבית אלא גם לראשונה בזמן. פסיקת בית המשפט העליון תוכל עתה לבחון את תוקפם של חוקים שהתקבלו לפני המהפכה החוקתית לאורם של חוקי־יסוד שהתקבלו לפני המהפכה החוקתית.<sup>58</sup> אכן, בעת שנחקקו אותם חוקים לא היה בידי המחוקק לדאוג להתאמתם לתנאי פסקת ההגבלה, פשוט משום שאלה לא היו קיימים עדיין. אין בכך כדי לשלול פיתוח שיפוטי חיובי זה. בעקבות פסיקת בית המשפט העליון, עתה "אין מוקדם ומאוחר בחוקה". החוקה הישראלית פועלת עתה כאילו התקבלה מלכתחילה, וכל החוקים ייבחנו לפיה. הלכת חרות יצרה אפוא "פיסקת הגבלה אחידה",<sup>59</sup> החלה על החוקה הישראלית כולה. להתפתחות זו חריג משונה: דווקא חוקים שהתקבלו לפני המהפכה החוקתית ואשר פוגעים בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה – דווקא הם יעמדו בתוקפם. הטעם לכך הוא שחוקים אלה מוגנים על ידי פסקת שמירת הדינים הקבועה בחוקי־יסוד זה.<sup>60</sup> כך נוצר מצב שבו חוקי יסוד ששימשו בסיס למהפכה החוקתית מוגן פחות מאשר חוקי־היסוד שקדמו לו. זהו חלק מן המחיר של ההתפתחות החריגה של החוקה הישראלית. אין בכך כדי לשנות את ההערכה כי הלכת חרות חיוקה את המבנה החוקתי וקידמה תפיסה של חוקה הרמונית ושלמה.

## 2. פסקת ההגבלה מגביהה עוף – הלכת מופז

הלכת מופז מהווה צעד אחד נוסף, וגדול, מעבר להלכת חרות. הלכת מופז החילה את הלכת חרות על סעיף משוריין בשריון פורמלי.<sup>61</sup> בעניין מופז נדון תוקפו של חוק הפוגע בסעיף 4 לחוקי־יסוד: הכנסת. כידוע, סעיף 4 קובע את שיטת הבחירות לכנסת ("כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות"). סעיף 4 משוריין בשריון פורמלי: "אין לשנות סעיף זה אלא ברוב חברי הכנסת". באותו עניין נדון תיקון לחוק הבחירות לכנסת שהוסיף הוראת צינון (ארוכה יותר), שחלה רק על קצינים ועל מפקדים בכירים במערכות הביטחון אך לא על טעוני צינון אחרים דוגמת אלה המנויים בסעיף 7 לחוקי־יסוד: הכנסת. נטען כי חוק זה אינו תקף, שכן הוא פוגע בעקרון השוויון בבחירות הקבוע בסעיף 4 ולא התקבל ברוב הקבוע בו.

58 א' רייכמן "ככה לא בונים חוקה" עורך הדין 35 (2002) 42.

59 ראו ברק, לעיל הערה 3, בע' 481–486.

60 ס' 10 לחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו. לסעיף זה שפקע ראו ס' 10 לחוקי־יסוד: חופש העיסוק. ראו גם ברק, לעיל הערה 3, בע' 560–561; ברק, לעיל הערה 34, בע' 28 הערות שוליים 113–114.

61 רובינשטיין ומדינה מתארים את הלכת מופז כהמשך של הלכת חרות, שכן, לשיטתם, בעניין מופז אושר תוקפו של חוק פוגע בס' 6 לחוקי־יסוד: הכנסת מהטעם שהוא התקבל בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה. ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 28, בע' 107. אולם חשיבותו של עניין מופז היא בכך שהוא אישר את תוקפו של חוק הפוגע בס' 4 לחוקי־יסוד: הכנסת – שהוא סעיף משוריין בשריון פורמלי – מהטעם שהתקבל בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה.

השופט מצא קבע כי גם בהנחה שהחוק פוגע בעקרון השוויון בכחירות, בכל זאת אין לומר שפגיעתו חורגת מגדרו של חוקי־יסוד: הכנסת, שכן אם החוק הפוגע התקבל בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה, הרי הוא "חוקתי" ואינו מצריך רוב מיוחס. בפסק הדין, שהתקבל פה אחד בקולות אחד־עשר משופטי בית המשפט העליון, נאמר כי:

"מבחנה המשולש של פסקת ההגבלה האמורה נתפס בהכרתנו השיפוטית ככלי ראוי לבחינת חוקתיותו של חוק. משהפך לאחד מעקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית רשאי בית המשפט להפעילו גם בהיעדרה של פסקת הגבלה בחוק היסוד שלאורו נבחן חוק העומד לביקורתו".<sup>62</sup>

חשוב להדגיש: בית המשפט לא השתמש בפסקת ההגבלה כתנאי לעצם קיומה של פגיעה בשוויון בבחירות כמובנה בסעיף 4 לחוקי־יסוד: הכנסת,<sup>63</sup> אלא כתנאי הפודה פגיעה בשוויון בבחירות כמובנה בסעיף 4 לחוקי־יסוד: הכנסת, לאחר שזו כבר נקבעה. כך, השופט מצא בחן תחילה אם החוק פוגע בעקרון השוויון בבחירות בין קצינים ומפקדים בכירים במערכות הביטחון לבין בעלי תפקידים אחרים הטעונים תקופת צינון. בעקבות זאת קבע השופט מצא כי:

"החלת כלל זה (הכלל של "שונות רלוונטית") על פרשתנו הובילנו למסקנה, כי בהסדר הצינון המחמיר, שחוק הבחירות החיל על שכבת הקצינים והמפקדים היותר בכירים במערכות הביטחון, אין משום פגיעה בשוויון. אך גם בהניחי שהסדר הצינון האמור פוגע בשוויון, אין לדעת יסוד לומר שפגיעתו חורגת מגדרו של חוק־יסוד: הכנסת וזאת משום שהוא עולה בקנה אחד עם תנאי פסקת ההגבלה" (ההדגשה שלי – א.ק.).<sup>64</sup>

לכן החידוש בהלכת מופז הוא בכך שעד אליה כל פגיעה<sup>65</sup> בעקרון השוויון בבחירות חייבה רוב מיוחס, ואילו לפי הלכת מופז רק פגיעה "לא חוקתית" בעקרון השוויון בבחירות – כלומר רק פגיעה שאינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה – מחייבת רוב מיוחס.

62 עניין מופז, לעיל הערה 45, בע' 811.

63 כלומר, לצורך קביעה שפגיעה בשוויון בבחירות עומדת בתנאי פסקת ההגבלה כלל אינה פגיעה בשוויון בבחירות (כגון שאינה פגיעה מהותית או במובן אחר שאינה מקיימת את הפגיעה בשוויון בבחירות). השוו: S. Baer "Equality: The Jurisprudence of the German Constitutional Court" 5 *Colum. J.Eur.L.* (1999) 249.

64 עניין מופז, לעיל הערה 45, בע' 811.

65 הכוונה לפגיעה "ממשית", "משמעותית", "מהותית וניכרת"; ראו למשל ברק, לעיל הערה 3, בע' 469; עניין הופנונג, לעיל הערה 42, בע' 68; עניין דרך ארץ, לעיל הערה 20, בע' 14; עניין רובינשטיין, לעיל הערה 21, בע' 151.

לדעתי, הלכת מופז אינה הלכה מוצלחת.<sup>66</sup> הטעם לכך הוא שסעיף 4 מעמיד את עקרון השוויון בבחירות כעיקרון עליון שרק רוב מיוחס יכול לגבור עליו. התפיסה שעומדת בבסיס סעיף 4 היא כי כל עיקרון מאזן אפשרי נסוג מפני עקרון השוויון בבחירות. אכן, "גם השוויון, כמו זכויות היסוד של האדם, אינו בגדר זכות מוחלטת".<sup>67</sup> ואולם סעיף 4 קובע כי הדרך היחידה לאזן עיקרון זה מול עקרונות אחרים ולהביא לידי ביטוי את יחסיותו, היא באמצעות רוב מיוחס. סעיף 4 משוריין בשריון פורמלי. שריון פורמלי אינו עוסק במהות אלא בפרוצדורה. הוא אינו מתעניין בתוכנו של החוק הפוגע אלא בדרך שבה התקבל:

"משמע ניתן לשנות את האמור בסעיף ובלבד שרוב חברי הכנסת (קרי למעלה משישים) יתנו קולם לכך. לעניין זה אין נפקא מינה אם המדובר בסטייה קלה או בסטייה רבתי מן העיקרון שהונח בסעיף 4, כי בהתירו תיקון שנתקבל ברוב מיוחס, לא קבע המחוקק סייג באשר למהותו או להיקפו הענייני של התיקון האפשרי".<sup>68</sup>

לכן עקרונות חשובים אחרים – ובכלל זה עקרונות פסקת ההגבלה – אינם יכולים לפגוע בעקרון השוויון בבחירות אלא אם כן זכו לרוב מיוחס:

"נסיגה זו מעקרון השוויון יכולה להיעשות רק אם אותם עקרונות חשובים מוצאים את ביטויים בחוק המתקבל על ידי רוב חברי הכנסת, שאם לא כן, יד עקרון השוויון על העליונה".<sup>69</sup>

תוצאתה של הלכת מופז היא שייתכן שחוק יפגע בעקרון השוויון בבחירות ובכל זאת יהיה תקף (משום שהוא תואם את תנאי פסקת ההגבלה). לפי הלכת מופז, פגיעה בעקרון השוויון בבחירות, העולה בקנה אחד עם תנאי פסקת ההגבלה, כלל אינה פגיעה בשוויון בבחירות. היא באה "בגדרו". תוצאה זו מנוגדת לתפיסת היסוד של סעיף 4, שתכליתה להגן מפני כל פגיעה בשוויון בבחירות. העדפת ערכים אחרים, כגון ערכי פסקת ההגבלה, על פני עקרון השוויון בבחירות מחטיאה את מטרתו של סעיף 4, שכן היא מעמידה ערכים אלה מעל עקרון השוויון בבחירות, במובן זה שאם הם מתקיימים – עקרון השוויון בבחירות נסוג מפניהם כליל. הוראת הצינון שנדרונה בעניין מופז תוכיח. באותו עניין נטען כי הוראה זו פוגעת בשוויון שבין קצינים ומפקדים בכירים במערכות הביטחון לבין טעוני צינון אחרים. בית המשפט העליון קבע כי ההוראה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה משום שהיא עומדת בתנאי של הלימת ערכיה של מדינת ישראל, היא נועדה לתכלית ראויה (שמירת האופי הבלתי תלוי של הפיקוד הבכיר במערכות הביטחון) והיא מידתית (תקופה של שישה חודשים מידתית להשגת תכלית

66 אציין כי ייצגתי את העותר בעניין מופז. אני מקווה שדעתי לא הושפעה מכך.

67 עניין הופנונג, לעיל הערה 42, בע' 70.

68 בג"ץ 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד (מב) (4) 177, 184.

69 עניין דרך ארץ, לעיל הערה 20, בע' 13-14.

הצינון). ואולם השאלה החשובה מנקודת המבט של סעיף 4 היא שאלה שונה בתכלית, שכלל לא נדונה: האם הוראה זו פוגעת בשוויון בבחירות משום שהיא חלה רק על קצינים ועל מפקדים בכירים במערכות הביטחון אך לא על טעוני צינון אחרים.

אכן, מנקודת המבט של סעיף 4 אין זה משנה כלל אם הפגיעה היא "סבירה" – כלומר עולה בקנה אחד עם תנאי פסקת ההגבלה. השאלה היא אם היא פוגעת בשוויון בבחירות:

"יתכן והזמן הוא סביר על פי קריטריונים כלשהם של סבירות, אך אין הוא יוצר שוויון על פי כללי השוויון. שוויון וסבירות אינם היינו הך".<sup>70</sup>

כך גם "אין לערכב בין המושגים של שוויון, צדק וסבירות שאינם חופפים ואינם דריוואטיביים אלא מושגים ערכיים שונים".<sup>71</sup> סעיף 4 העמיד את עקרון השוויון כערך עליון, שאין לאזן בינו לבין ערכים אחרים. על עקרון השוויון בבחירות ניתן להתגבר רק בדרך אחת – ברוב מיוחס. גם פגיעה בשוויון בבחירות שעולה בקנה אחד עם תנאי פסקת ההגבלה טעונה רוב מיוחס. בהתאם, גם ההפך נכון: חוק הפוגע בעקרון השוויון בבחירות אשר זכה לרוב מיוחס יהיה תקף, אף אם אינו עולה בקנה אחד עם תנאי פסקת ההגבלה.<sup>72</sup>

כך, הלכת מופז יצרה "טשטוש" בין שני סוגי שריון שונים, הסותרים זה את זה:

"אין כל הגיון לקבוע, מחד גיסא, כי אין לשנות את חוק היסוד אלא בדרך פורמלית מיוחדת (שריון פורמלי), ולקבוע לצד הסדר זה כי מאידך גיסא, ניתן לשנות אותו הסדר בחוק רגיל המקיים אמות מידה מסוימות (שריון מהותי)".<sup>73</sup>

לכן הלכת מופז החלישה את עקרון השוויון בבחירות, והיא מנוגדת לתכליתו של סעיף 4.<sup>74</sup>

70 שם, בע' 17.

71 עניין רובינשטיין, לעיל הערה 21, בע' 158.

72 ייתכן מצב שבו חוק הפוגע בעקרון השוויון בבחירות יהיה טעון גם רוב מיוחס וגם עמידה בתנאי פסקת ההגבלה. זהו מצב שבו חוק פוגע בעקרון השוויון בבחירות ואף פוגע בפגיעה ממשית ועיקרית (העונה על הקריטריונים שנקבעו בבג"ץ 4676/94 מישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, לצורך הכרה בפגיעה כפולה) בעקרון השוויון המוגן בחוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו. לפי גישה זו, חוק השולל זכות בחירה מאזרחים ערבים לא יוכל להיות תקף גם אם יתקבל בקולות רוב חברי הכנסת, וזאת משום שהוא אינו תואם את תנאי פסקת ההגבלה.

73 ברק, לעיל הערה 3, בע' 56.

74 עוד ניתן לטעון כי ס' 4 לחוקי־סוד: הכנסת אינו עוסק בזכויות אדם אלא בשיטת הבחירות לכנסת (ראו למשל פסק הדין של השופטת דורנר בבג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 44 ואילך), וכי "כאשר ההסדר החוקתי אינו נוגע כלל לזכויות אדם אין כל סיבה להניח מראש קיומה של פיסקת הגבלה שיפוטית ויש לבחון כל מקרה לגופו". ברק, לעיל הערה 32, בע' 353. ראו גם לעיל הטקסט הנלווה להערות 46–49.

## ה. סתירה לחוקייסוד באמצעות פגיעה בחוקייסוד אחר

האם יש בכוחו של חוקייסוד לפגוע בחוקייסוד אחר? נטען כי ייתכן שחוקייסוד יכול רק לשנות חוקייסוד אחר אך לא לפגוע בו. לפי טענה זו, פגיעה בחוקייסוד יכולה להיעשות רק בחוק רגיל אך לא בחוקייסוד. כך, חוקייסוד המתיימר לפגוע בחוקייסוד אחר הוא חסר תוקף, שכן "הכנסת כרשות מכוונת מוסמכת לעסוק בהסדרים עקרוניים בלבד. הסדרים נקודתיים צריכים להעשות על ידי הכנסת כרשות מחוקקת, והייבים לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה או להעשות במסגרת פסקת ההתגברות".<sup>75</sup> קשה לקבל גישה זו. אין כל הצדקה להגביל את הסמכות המכוונת של הכנסת מבחינה תוכנית, לפחות כל עוד מדובר בהסדר של מטריה חוקתית, כגון זכויות האדם, מבנה המשטר, עקרונות היסוד וכיו"ב. ממש כשם שהכנסת רשאית לכונן מלכתחילה חוקייסוד הכולל הן את ההסדר העקרוני והן את החריגים (הנקודתיים) לו, כגון חוקייסוד המסדיר הן את זכויות היסוד והן את הפגיעות המותרות בהן, כך הכנסת רשאית לתקן חוקייסוד קיים ולכלול בו פגיעות נקודתיות. אכן, כאשר מדובר בתיקון של חוקייסוד, אילו אותן פגיעות ממש היו מתקבלות בחוק רגיל, הן היו חייבות לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. אין בכך כדי לפגוע בסמכותה של הכנסת לכלול פגיעות גם בחוקייסוד עצמם, ובכלל זה פגיעות שאינן עולות בקנה אחד עם תנאי פסקת ההגבלה. אין בהכללת פגיעות כאלה בחוקייסוד עצמם משום "עקיפה" של פסקת ההגבלה, שכן ההגבלות הקבועות בפסקת ההגבלה חלות על הכנסת כרשות מחוקקת ולא על הכנסת כרשות מכוונת. לכן ממש כשם שאין כל מגבלה תוכנית על כינון מלכתחילה של חוקייסוד הכולל פגיעות, כך אין מגבלה תוכנית על תיקון חוקייסוד והכללת הפגיעות בחוקייסוד עצמו או על הכללת הפגיעות בחוקייסוד אחר. לכן לא רק שהכנסת רשאית לכלול פגיעות בחוקייסוד, אלא גם פגיעות אלה אינן צריכות לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.<sup>76</sup>

עם זאת, לדעתי, דינו של חוקייסוד הפוגע בחוקייסוד אחר כדין שינוי. הטעם לכך הוא שחוקייסוד הפוגע בחוקייסוד אחר יוצר נורמה חוקתית חדשה. הרוב המכריע של הנורמות החוקתיות אינו משוריין מפני שינוי, ולכן ברוב המכריע של המקרים אין לשאלה זו כל נפקות. כך, למשל, חוקייסוד שיפגע בחוקייסוד: כבוד האדם וחירותו יהיה תקף, שהרי אם ניתן לשנות חוקייסוד זה באמצעות חוקייסוד אחר, קל וחומר שניתן לפגוע בו באמצעות חוקייסוד אחר. אך מה הדין במקרה שבו חוקייסוד הנפגע משוריין מפני שינוי (כגון חוקייסוד: הממשלה)? לדעתי, במקרה כזה על חוקייסוד הפוגע לעמוד בתנאי השריון. הטעם לכך הוא שחוקייסוד הפוגע קובע נורמה חוקתית חדשה, הסותרת, גם אם על דרך פגיעה, חוקייסוד משוריין. בעקבות קבלת חוקייסוד זה תיווצר נורמה חוקתית חדשה – הנורמה המקורית שבחוקייסוד המשוריין בצירוף הנורמה החוקתית החדשה הפוגעת בה. לכן פגיעה בחוקייסוד, כמוה כשינוי הנורמה

75 ברק מותיר שאלה זו בצריך עיון. ראו ברק, לעיל הערה 3, בע' 567-568, 646.  
76 ראו גם שם, בע' 282-283; ברק, לעיל הערה 34, בע' 9; בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(5) 913. לריכוז אסמכתאות מוקדמות בסוגיה זו ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 28, בע' 119 הערת שוליים 234.

החוקתית עצמה, כלומר זו סתירה מסוג שינוי. לכן במקרה שבו שינוי חוקייסוד מצריך רוב מיוחס, חוקייהסוד הפוגע בו מצריך את אותו רוב מיוחס. כך ניתן גם להבין את דברי הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, שלפיהם:

"שינוי של חוק היסוד באמצעות חוק יסוד אחר יכול שיהא מפורש ויכול שיהא משתמע. אכן, שני חוקי יסוד מצויים על אותה רמה נורמטיבית, ועל כן יחולו עליהם הכללים בדבר יחסים בין שתי נורמות שוות מעמד".<sup>77</sup>

ניתן להדגים תוצאה זו בדרך פשוטה: טול לדוגמה פגיעה בחוקייסוד שהתקבלה כתיקון לסעיף הנפגע עצמו (כגון סטייה מעקרון השוויון בבחירות בכל הקשור למימון מפלגות, שהתקבלה כתיקון לסעיף 4 לחוקייסוד: הכנסת). פגיעה כזו בוודאי תיחשב שינוי (שכן היא משנה את הנורמה החוקתית שבסעיף 4 עצמו). אין כל הצדקה שדינה של הוראה זו יהיה שונה אם תתקבל במסגרת חוק יסוד חדש (כגון חוקייסוד: המפלגות), הפוגע בחוקייסוד אחר (בדוגמה זו – בסעיף 4 לחוקייסוד: הכנסת).

גישה זו עולה בקנה אחד עם דעתי שלפיה אין לראות בחוקייסוד הפוגע בחוקייסוד אחר משום עקיפה של פסקת ההגבלה. חוקייסוד כזה פטור מסייגיה התוכניים של פסקת ההגבלה, אך הוא כפוף להוראות השריון מפני שינוי של חוקי היסוד שבו הוא פוגע. גישה זו מבטיחה שחוקייסוד הפוגע בחוקייסוד אחר לא יהיה פטור מכל מגבלה שהיא, שאחרת ייווצר לכנסת פיתוי חזק להתחמק ממגבלות מהותיות וצורניות גם יחד ולכלול פגיעות בחוקייסוד דווקא בחוקייסוד אחר. תוצאה כזו תעמיס הוראות שוליות וטפלות על חוקייהסוד ותפגע בערכים חוקתיים חשובים, ובכללם הערך החינוכי של החוקה.

מסקנה זו מתיישבת ממילא עם התפיסה שלפיה סעיפי "אין לשנות" משריינים גם מפני פגיעה.<sup>78</sup> גם כאן מסקנה זו יפה באשר לחוקייסוד המבחין בין "אין לשנות" (שריון פורמלי) לבין "אין לפגוע" (פסקת הגבלה). כך, למשל, חוקי יסוד הפוגע בחוקייסוד: חופש העיסוק פטור מלמלא אחר תנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוקייהסוד, אך חייב להתקבל ברוב המיוחס הקבוע בסעיף 7 לחוקי היסוד, ואילו חוקייהסוד הפוגע בסעיף 4 לחוקייסוד: הכנסת פטור מלמלא אחר תנאי פסקת הגבלה אך חייב להתקבל ברוב המיוחס הקבוע בו.

77 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 407.

78 ראו להלן פרק ו'. לכאורה התוצאה משונה: חוק פוגע הוא תקף לא רק אם הוא עומד בדרישת השריון הפורמלי אלא גם אם הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה; חוקייהסוד פוגע תקף רק אם הוא עומד בדרישת השריון הפורמלי, ואם לא – הוא אינו תקף גם אם הוא "עומד" בתנאי פסקת ההגבלה (שכן פסקת ההגבלה אינה חלה על חוקייסוד). ואולם תוצאה זו מתבקשת ממעמד העל-חוקי של חוקייהסוד: גם שינוי של חוקייהסוד (באמצעות חוקייהסוד) תקף רק אם הוא עומד בתנאי השריון הפורמלי.

## ו. סתירה לחוקי־יסוד המשוריינ מפני שינוי בלבד

חוקי־היסוד החדשים מבחינים בין סתירה בדרך של שינוי לבין סתירה בדרך של פגיעה. חוקי־יסוד: חופש העיסוק משוריינ מפני שינוי,<sup>79</sup> והזכויות לפיו משוריינות מפני פגיעה;<sup>80</sup> חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו משוריינ מפני שינוי, אך הזכויות לפיו משוריינות מפני פגיעה.<sup>81</sup> לעומת זאת, חלק מחוקי־היסוד האחרים – הקודמים למהפכה החוקתית – או סעיפים מסוימים בהם משוריינים רק מפני שינוי: הוראה בחוקי־יסוד שלפיה "אין לשנות חוקי־יסוד זה אלא ברוב חברי הכנסת"<sup>82</sup> או הוראה בחוקי־יסוד שלפיה "אין לשנות סעיף זה אלא ברוב חברי הכנסת".<sup>83</sup> האם ניתן לפגוע בחוקי־יסוד כזה או בהוראה כזו שלא בהתאם לתנאי השריון הפורמלי, כלומר ללא הרוב המיוחס?

התשובה לכך היא חיובית. פגיעה בחוקי־יסוד כזה או בהוראה כזו תיעשה לפי הכללים הרגילים – כלומר בהתאם לפסקת ההגבלה. על פגיעה כזו תחול הלכת מופז, שלפיה פגיעה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה היא "חוקתית" והיא "בגדרם" – או אינה "חורגת מגדרם" – של החוק או ההוראה המשוריינים מפני שינוי.

ואולם מה דין פגיעה שלא התקבלה בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה? כאן ניתן לנקוט שתי גישות שונות:<sup>84</sup> האחת, כי אם פגיעה שאינה בהתאם לפסקת ההגבלה תתקבל ברוב המיוחס הקבוע בחוקי־היסוד המשוריינ בשריון פורמלי או בהוראה בחוקי־היסוד המשוריינת בשריון פורמלי, היא תהיה תקפה. האחרת, כי פגיעה שאינה בהתאם לפסקת ההגבלה לא תהיה תקפה אף אם תתקבל ברוב המיוחס הקבוע בחוקי־היסוד המשוריינ או בהוראה בחוקי־היסוד המשוריינת בשריון פורמלי.

ההכרעה בין שתי גישות אלה אינה פשוטה. היא תלויה בפירוש הדיבור "לשנות" כאשר הוא מופיע לברו, ללא הוראה משלימה בדבר פגיעה. לפי הגישה האחת, במקרה כזה "לשנות" כולל "לפגוע". גישה זו רואה בהחלת "לשנות" גם על "לפגוע" מסקנה פרשנית, בדרך של קל וחומר. גישה זו נסמכת גם על המסורת החוקתית של ישראל שראתה בנוסח כזה גם שריון מפני פגיעה. בעיקר אמורים הרברים בפרשנות המסורתית של סעיף 4 לחוקי־יסוד: הכנסת, שלפיה חוק פוגע שאינו עומד בדרישות השריון הפורמלי שבסעיף 4, אינו תקף. כך, למשל, כל המקרים שבהם נפסל חוק שסתר את סעיף 4 – עניין ברגמן, עניין דרך ארץ,

79 ס' 7 לחוקי־יסוד: חופש העיסוק.

80 שם, בס' 4.

81 ס' 8 לחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו.

82 ס' 44 לחוקי־יסוד: הממשלה.

83 ס' 33 לחוקי־יסוד: משק המדינה; ס' 4 לחוקי־יסוד: הכנסת; ס' 45 לחוקי־יסוד: הכנסת; ראו גם ס' 7 לחוקי־יסוד: ירושלים בירת ישראל.

84 תיתכן גם גישה שלישית, שלפיה חוק פוגע לא יהיה תקף אלא אם כן יעמוד בתנאי פסקת ההגבלה, וזאת אפילו התקבל ברוב המיוחס הנדרש כדי "לשנות" את חוקי־היסוד. גישה זו אינה מתקבלת על הדעת: היא מכבירה על פגיעה יותר מאשר על שינוי. לפיה, שינוי טעון רק רוב מיוחס, ואילו פגיעה טעונה גם רוב מיוחס וגם עמידה בתנאי פסקת ההגבלה. יתר על כן, חוק פוגע שעומד בתנאי פסקת ההגבלה תקף גם אם לא התקבל ברוב המיוחס הדרוש כדי "לשנות". גישה זו אף מנוגדת ללשונם של סעיפי השריון.

עניין רובינשטיין הם מקרים של חוק פוגע בסעיף 4. מכך ניתן להסיק כי הדיבור "לשנות" כולל "לפגוע".

לפי הגישה האחרת, המהפכה החוקתית מחייבת שינוי פרשני לדיבור "לשנות". דיבור זה מיוחד עתה, לאחר המהפכה החוקתית, לשינוי ולא לפגיעה. שינוי ייעשה לפי תנאי "אין לשנות", ואילו פגיעה, שאינה "לשנות", אינה מוסדרת בסעיף כזה, והיא תיעשה לפי הכללים הרגילים החלים על פגיעה – לפי תנאי פסקת ההגבלה בלבד. גישה זו יוצרת התאמה בין חוקייסוד של המהפכה החוקתית לבין חוקייסוד שקדמו להם, שכן היא מייחדת את הדיבור "לשנות" רק לשינוי אך לא לפגיעה.

גישה זאת היא שעדיף לפרש את הדיבור "לשנות" ככולל את "לפגוע" בכנינת מרובה המכיל את המעט, או להגיע למסקנה זו בדרך של היקש בקל וחומר. אם הכנסת רשאית לשנות חוקייסוד ברוב מיוחס, יש לאפשר לה גם לפגוע בחוקייסוד באותו רוב מיוחס. אם די ברוב מיוחס כדי להכניס שינוי של ממש בנורמה החוקתית, די בו גם כדי לסטות ממנה בלבד. אכן, אין להתעלם מכך שהשינוי צריך להיעשות בחוקייסוד ואילו הפגיעה יכולה להיעשות בחוק. ואולם במציאות הישראלית רב החשש שאם הכנסת לא תוכל להעביר חוק פוגע ברוב מיוחס, היא תקבל את אותה פגיעה באמצעות חוקייסוד או תיקון לחוקייסוד. ניתן לטעון כי העמדת הכנסת מול הצורך לקבל חוקייסוד תהווה מכשול נוסף – חוץ־משפטי – בפני תוצאה כזו, אך ספק בעיניי אם למחסום זה תהיה משמעות מעשית ממשי. התוצאה עלולה להיות העמסת חוקייסוד בהוראות פוגעות שמקומן בחקיקה רגילה, ובעקבות זאת נזק למעמד ולאפקט של החוקה הישראלית.

גישה זו עולה בקנה אחד עם הרציונל של פסקת התגברות,<sup>85</sup> המאפשרת לחוק רגיל לפגוע בהוראת חוקייסוד באמצעות רוב מיוחס. מסקנה זו מתיישבת גם עם המסורת החוקתית של ישראל, שכן בית המשפט העליון פירש מאז ומתמיד את הדיבור "לשנות" שבסעיף 4 לחוקייסוד: הכנסת כחל גם על חוק פוגע. בית המשפט העליון ממשיך לדגול בתפיסה זו גם אחרי המהפכה החוקתית. בעניין בנק המזרחי מתאר הנשיא לשעבר שמגר את ההכרעה להחיל את דרישת השריון שבסעיף 4 גם על חוק פוגע כמסקנה במשתמע (בקל וחומר) שלפיה סעיף 4 כולל "מעין פסקת התגברות":

"פיסקת ההתגברות שבסיפה לסעיף 4 הנ"ל מאפשרת פגיעה בערך

המוגן, בתנאי שהדבר ייעשה ברוב מיוחס".<sup>86</sup>

שמגר מתאר הכרעה שיפוטית זו כהכרעה מודעת, כאילו בית המשפט "הרחיב בכך את הוראות הסיפה לסעיף 4 הנ"ל וכלל את 'הפגיעה' ב'שינוי' אשר בו מדבר חוק היסוד".<sup>87</sup> שמגר מוסיף כי לטעמו "פעל בית המשפט בעניין זה כדין ובמסגרת סמכויותיו".

85 ס' 8 לחוקייסוד: חופש העיסוק.

86 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 275.

87 שם, בע' 276.

הנשיא ברק נוקט גישה שונה, המוליכה לאותה תוצאה. לשיטתו יש לתת לדיבור "לשנות" שבסעיף 4 פרשנות ייחודית שלפיה "הוראה זו מתייחסת לפגיעה בשיטת הבחירות [...] ולא בשינוי שיטת הבחירות עצמה".<sup>88</sup> ברק מציע פרשנות זו גם לחוקי־יסוד אחרים הכוללים הוראת "לשנות".<sup>89</sup> גישתו של ברק אינה נראית לי כלל, שכן היא יוצרת בלבול טרמינולוגי מיותר. לכל היותר, את הדיבור "לשנות" ניתן לפרש כחל גם על פגיעה אך לא כחל בראש ובראשונה על פגיעה. פרשנות כזו אף יוצרת הפרדה טרמינולוגית מזיקה בין חוקי־היסוד של המהפכה החוקתית לבין חוקי־היסוד שקדמו לה. בחוקי־היסוד של המהפכה החוקתית, "לשנות" מוסב על שינוי. אין כל הצדקה שבחוקי־היסוד הקודמים להם "לשנות" יהיה מוסב על פגיעה, ולא על שינוי. סעיף 4 אינו דן בשאלה באמצעות איזו נורמה יש לשנות (בחוקי־יסוד בלבד או גם בחוק רגיל), אלא רק באיזה רוב יש לשנות (ברוב חברי הכנסת). לכן אין כל קושי לקבוע שלעניין "לשנות" שבסעיף 4 יחולו כללי השינוי הרגילים – באמצעות חוקי־יסוד בלבד – וזאת ברוב המיוחס הקבוע בסעיף 4.

יהא אשר יהא מקורה של תפיסה זו, נראה שלפחות בנוגע לסעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת היא מקובלת על בית המשפט העליון גם לאחר המהפכה החוקתית. כך, למשל, אילו סבור היה בית המשפט ש"לשנות" אינו כולל "לפגוע", הוא היה פטור מלהתלבט בשאלות שהעלה בפסקי הדין בעניין מופז ובעניין הופנונג. גישה זו יפה גם ליתר סעיפי "אין לשנות". המסקנה הפרשנית שהציע השופט שמגר בעניין בנק המזרחי יכולה לחול על כל חוקי־היסוד וההוראות בחוקי־היסוד שבהם נקבע כי על מנת "לשנותם" יש צורך ברוב מיוחס. לפי פרשנות זו, ניתן לפגוע בחוקי־יסוד כזה או בהוראה כזו גם בחוק רגיל – שאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה – ובלבד שיתקבל ברוב המיוחס הקבוע בחוקי־היסוד או בהוראה שבו, שבהם פוגע אותו חוק רגיל.<sup>90</sup>

האם מסקנה זו נכונה גם לגבי חוקי־יסוד המבחין בין "אין לשנות" (שריון פורמלי) לבין "אין לפגוע" (פסקת הגבלה), כגון חוקי־יסוד: חופש העיסוק? לכאורה, התשובה היא שלילית: חוק פוגע שאינו מקיים את תנאי פסקת ההגבלה לא יהיה תקף גם אם התקבל ברוב המיוחס הקבוע בסעיף "אין לשנות". ואולם ספק בעיניי אם מסקנה זו היא הכרחית או מוצדקת. לאור הלכת חרות והלכת מופז, אין הבדל בין חוקי־יסוד המבחין במפורש בין "אין לשנות" (שריון פורמלי) ו"אין לפגוע" (פסקת הגבלה) לבין חוקי־יסוד הכולל הוראת "אין לשנות" בלבד. הפסיקה האמורה קראה סעיף "אין לפגוע" לתוך חוקי־היסוד כולם, גם לתוך חוקי־היסוד הכוללים הוראת "אין לשנות בלבד". הפסיקה האמורה קבעה, לפי פירושי, שגם חוקי־יסוד "שותק" ניתן לפגיעה באמצעות חוק רגיל העומד בתנאי

88 שם, בע' 407.

89 ברק, לעיל הערה 3, בע' 51–52.

90 לכאורה התוצאה משונה: בחוקי־יסוד שאינו משוריין ניתן לפגוע רק בהתאם לכללי פסקת ההגבלה; בחוקי־יסוד משוריין ניתן לפגוע גם בהתאם לכללי פסקת ההגבלה וגם בהתאם לכללי השריון הפורמלי שלא בהתאם לכללי פסקת ההגבלה. ואולם תוצאה זו מתייבט מאופיו של השריון הפורמלי, שאינו מתעניין בתוכנו של החוק הפוגע אלא רק בדרך קבלתו.

פסקת ההגבלה. דין פסקת הגבלה זו, שהיא יצירת הפסיקה, כדין פסקת הגבלה מפורשת. לכן דעתי היא כי גם חוק הפוגע בחוקי־יסוד המבחין בין שינוי לפגיעה, אשר אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה, יהיה תקף אם יתקבל ברוב המיוחס הקבוע בסעיף "אין לשנות" שבחוקי־יסוד המבחין. תוצאה זו יוצרת הרמוניה חוקתית בין חוקי־יסוד החדשים לבין חוקי־יסוד של טרום המהפכה החוקתית.

## ז. סתירה לחוקי־יסוד באמצעות תקנות לשעת חירום

חלק מחוקי־יסוד משוריינים מפני שינוי באמצעות תקנות לשעת חירום במונח זה שקבועה בהם הוראה שלפיה אין בכוחן של תקנות לשעת חירום לפגוע בהם.<sup>91</sup> חלק מסעיפי השריון משוריינים אף הם מפני שינוי במונח זה שעל מנת לשנותם יש צורך ברוב מיוחס.<sup>92</sup> דומני שהמהפכה החוקתית מצדיקה מחשבה מחודשת בשאלת סתירת חוקי־יסוד באמצעות תקנות לשעת חירום.<sup>93</sup> סעיף 39(ג) לחוקי־יסוד: הממשלה קובע כי:

"תקנות שעת חירום כוחן יפה לשנות כל חוק, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים, וכן להטיל או להגדיל מסים ותשלומי חובה אחרים, והכל זולת אם אין הוראה אחרת בחוק".

לפי התפיסה המקובלת במשפט החוקתי הישראלי, "חוק" הוא דבר חקיקה של הכנסת.<sup>94</sup> עתה, לאחר המהפכה החוקתית, חוקי־יסוד אינם עוד בגדר "חוק". הם אינם דבר חקיקה של הכנסת, אלא דבר כינון של הכנסת. הם לא ניתנים מכוח הסמכות המחוקקת של הכנסת, אלא מכוח הסמכות המכוננת של הכנסת. לכן נראה כי, כפשוטם של דברים, ממילא אין בכוחן של תקנות לשעת חירום לסתור חוקי־יסוד.

אכן, הגדרות "חוק" שבחוקים האמורים אינן חלות על הדיבור "חוק" כאשר הוא מופיע בחוקי־יסוד, שכן "הוראה בחוק 'רגיל' יכולה להגדיר ביטויים בחוק יסוד, אלא אם כן יש הסמכה לכך בחוק היסוד עצמו. ביטויים בחוק יסוד יש להגדיר בחוק יסוד [...] חוק רגיל אינו קובע את פירושו של חוק יסוד, כשם שחקיקת משנה אינה קובעת את פרשנותה של חקיקה ראשית".<sup>95</sup> יתר על כן, המסורת החוקתית של ישראל העמידה את חוקי־יסוד כנורמות הניתנות לשינוי

91 ראו ס' 25 לחוקי־יסוד: נשיא המדינה; ס' 22 לחוקי־יסוד: השפיטה.

92 ראו ס' 45, 46 לחוקי־יסוד: הכנסת; ס' 41 ו-44 לחוקי־יסוד: הממשלה.

93 סעיפים אלה נוקטים נוסח אחר: "על אף האמור בכל דין אחר, אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוקי־יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים". נוסח זה חל על כל סתירה לחוקי־יסוד, בין שינוי ובין פגיעה, וזאת משום שגם כאן "לשנות" כולל "לפגוע"; ראו לעיל פרק ו', וגם משום שהדיבור "לקבוע בו תנאים" חל גם על פגיעה. הוא הדין בריבור "לשלול או להגביל" שבס' 12 לחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו, הכולל גם שינוי וגם פגיעה.

94 ס' 2(א) לחוק המעבר, תש"ט-1949; ס' 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], נ"ח תשי"ד; ס' 3 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981.

95 עניין אבני, לעיל הערה 39, בע' 211.

באמצעות תקנות לשעת חירום. לעניין זה, אך לא רק לעניין זה, חוקי־היסוד של טרום המהפכה החוקתית כינו את עצמם בשם "חוק", וזאת גם בסעיפים המגנים על חוקי־היסוד הללו מפני שינוי באמצעות תקנות לשעת חירום.<sup>96</sup> גישה פרשנית חדשה תייתר לחלוטין את סעיפי השריון מפני תקנות לשעת חירום ואת סעיפי השריון של סעיפי שריון אלה. לפי גישה זו, גם חוקי־יסוד שלא שוריינו מפני שינוי באמצעות תקנות לשעת חירום אינו ניתן לסתירה באמצעות תקנות לשעת חירום. למרות זאת דומני כי יש להעדיף תפיסה פרשנית זו. תפיסה זו מתחייבת מן המהפכה החוקתית. היא עולה בקנה אחד עם העליונות הנורמטיבית של חוקי־היסוד. היא נובעת ממעמדם העל־חוקי. אין כל הצדקה עניינית לכך שתקנות לשעת חירום ישנו נורמות חוקתיות. תקנות שעת חירום הן "סמכות חקיקה" של הממשלה.<sup>97</sup> לכן ביחסים בינם לבין חוקים רגילים פועל, לכל היותר, הכלל המקובל בדבר חוק מאוחר הסותר חוק מוקדם. הפסיקה אף התנתה את תוקפן של תקנות לשעת חירום המכוונות לשנות חוק רגיל של הכנסת בכך שהן תעמודנה בתנאי פסקת ההגבלה.<sup>98</sup> קל וחומר אין להכיר באפשרות שתקנות לשעת חירום יוכלו לשנות חוקי־יסוד, המצוי ברובד נורמטיבי עליון לחקיקה רגילה. לכל היותר מוצדק להחיל על היחסים בין תקנות לשעת חירום לבין חוקי־יסוד את אותם כללים החלים על היחסים בין חוקים לבין חוקי־יסוד. לכן מוצע לשקול פיתוח הלכתי, דומה במהותו לפיתוח ההלכתי בעניין חרות, שלפיו תקנות לשעת חירום יוכלו לפגוע בחוקי־יסוד, אך לא לשנות חוקי־יסוד, וזאת בהתאם לתנאי פסקת הגבלה שיפוטית. כך תושג סימטריה בין סמכות החקיקה של הכנסת לבין "סמכות החקיקה" האמורה של הממשלה.<sup>99</sup> גישה זו מתבקשת גם נוכח העובדה שתקנות לשעת חירום ניתנות להארכה באמצעות חוק,<sup>100</sup> ותקנות לשעת חירום כאלה, שהוארכו בחוק, יוסיפו לעמוד בתוקפן גם לאחר שחדל מצב החירום להתקיים.<sup>101</sup> לכן אם נניח לתקנות לשעת חירום לשנות חוקי־יסוד, אנו עלולים להימצא מנציחים שינוי לחוקי־יסוד באמצעות חוק רגיל.<sup>102</sup>

- 96 ראו "לשנות חוק זה" בס' 44 לחוקי־יסוד: הכנסת; בס' 25 לחוקי־יסוד: נשיא המדינה; ובס' 22 לחוקי־יסוד: השפיטה. השוו "לשנות חוק יסוד זה" בס' 41 לחוקי־יסוד: הממשלה; בס' 6 לחוק־יסוד: חופש העיסוק; ובס' 12 לחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו (ההדגשות שלי – א.ק.).
- 97 בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317; בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763; המנשר ס' 1, ע"ד 1, ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948), בע' 5; רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 27, בע' 944; י' ה' קלינגהופר "על תקנות שעת חירום בישראל" ספר יובל לפנחם רוזן (ח' כהן עורך, תשכ"ב) 86, 88; א' ידין "על תקנות שעת חירום" ספר אורי ידין (א' ברק וט' שפניץ עורכים, תש"ז, כרך א) 111, 113.
- 98 בג"ץ 2994/90, לעיל הערה 97, בע' 321; בג"ץ 6971/98, לעיל הערה 97, בע' 779–780.
- 99 אך ראו מ' כהן "מעשי טלאים בדיני החירום" משפטים כט (תשנ"ט) 623, 668 ואילך.
- 100 ס' 1039 לחוקי־יסוד: הממשלה.
- 101 ס' 39 לחוקי־יסוד: הממשלה.
- 102 אם כי ניתן לפרש את הוראת ס' 39 לחוקי־יסוד: הממשלה כך שהארכה של תקנות לשעת חירום הסותרות חוקי־יסוד ניתנת להיעשות רק בחוקי־יסוד ולא בחוק רגיל. פרשנות כזו יכולה להסתמך על כך שלפי גישה זו, ממילא הריבור "חוק" בס' 39 כולל גם חוקי־יסוד ואינו מתייחס כלל לדרכי סתירתם של חוק או חוקי־יסוד, גם לא לסתירה על דרך הארכה של תקנות לשעת חירום, ולכן כללי הסתירה לחוקי־יסוד נותרים הכללים הרגילים.

גישה זו תואמת גם את ההיסטוריה החקיקתית. סעיף 39(א) לחוקי־סוד: הממשלה החדש הוא העתק מדויק של סעיף 50(ג) לחוקי־סוד: הממשלה הקודם,<sup>103</sup> שהוא העתק מדויק של הסעיף המקורי – סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח–1948. העתקה זו נעשתה כאשר התקבל חוקי־סוד: הממשלה בנוסחו הקודם – בשנת 1992 – כאשר כל סעיפי ההגנה מפני שינוי חוקי־הסוד האמורים באמצעות תקנות לשעת חירום כבר היו בתוקף. הפקודה עצמה לא יכלה להסמיך תקנות לשעת חירום לשנות חוקי־סוד, שכן "פקודה היא 'חוק' של מועצת המדינה הזמנית" (ההרגשה שלי – א.ק.).<sup>104</sup> הדיבור "חוק" בסעיף 9 פורש בהתאם להגדרות הסטטוטוריות האמורות, כלומר, כדבר חקיקה של הכנסת, ולכן, לכאורה, ממילא לא חל על חוקי־סוד. אין כל סיבה להניח שפירוש הדיבור "חוק" בהקשר זה השתנה עם העתקתו לחוקי־סוד: הממשלה בנוסחו הקודם. זאת ועוד, הדיבור "חוק" כדיבור שחל על דבר חקיקה של הכנסת משקף "תרבות משפטית המשותפת לקהילה המשפטית הישראלית",<sup>105</sup> ולכן מוצדק להחילו על הדיבור "חוק" גם כשהוא מופיע בחוקי־סוד.

אכן, מצב חירום, יכול שיצדיק סתירה לחוקי־סוד, אך זאת ניתן יהיה לעשות באמצעות פגיעה בהם, כאשר פסקת ההגבלה עצמה מאפשרת התחשבות מאוזנת בצרכיו של מצב חירום כזה. בהקשר זה אין לשכוח כי פסקת שימור הדינים שבחוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו הותירה בתוקף סמכויות חירום קונקרטיות נוספות של הממשלה, לרבות ובעיקר תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945, חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט–1979, חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח–1957 ופקודת מניעת טרור, תש"ח–1948,<sup>106</sup> כך שאין לחשוש שהממשלה תיוותר חסרת אמצעים הולמים בעקבות הפירוש המוצע כאן.

הפרשנות המוצעת תיטול כל נפקות מסעיפי השריון מפני שינוי באמצעות תקנות לשעת חירום הקיימים היום בחוקי־הסוד. פרשנות זו תעורר שאלה לגבי פירוש הנכון ואולי גם לעניין תוקפו של סעיף 12 לחוקי־סוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>107</sup> למרות זאת נראה שפרשנות זו עדיפה על פרשנות החושפת חלק ניכר מחוקי־הסוד לסתירה באמצעות תקנות לשעת חירום.

103 ס' 50(ג) לחוקי־סוד: הממשלה, ס"ח תשנ"ב 214.

104 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 2, בע' 269.

105 ראו עניין אבני, לעיל הערה 39, בע' 211.

106 ראו כהן, לעיל הערה 99, 638–641; רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 28, 967 ואילך.

107 ברור שסעיף זה כיוון לכך שתקנות שעת חירום יוכלו לפגוע בחוקי־הסוד עצמו בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה. ואולם ס' 39(ד) לחוקי־סוד: הממשלה קובע כי "אין בכוחן של תקנות שעת־חירום [...] להתיר פגיעה בכבוד האדם". כיוון שחוקי־סוד: הממשלה הוא גם חוקי־סוד מאוחר וגם חוקי־סוד משוריין בשריון פורמלי, הרי ככל שס' 12 מתיימר להתיר פגיעה בכבוד האדם, הוא חסר תוקף. דרך אחרת היא לקרוא את פסקת ההגבלה גם על הוראת ס' 39(ד) ולומר כי גם תקנות שעת־חירום יכולות להתיר פגיעה בכבוד האדם אם היא עולה בקנה אחד עם עקרונות פסקת ההגבלה כקבוע בס' 12 עצמו; ראו גם רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 28, בע' 953.

## ה. הערת סיום – על "ככה לא בונים חוקה"

בניגוד למחברים אחרים,<sup>108</sup> איני דן את פסקי הדין החוקתיים הקצרים והבלתי מנומקים לכף חובה דווקא. אני רואה בהם גם יתרונות. יש בהם חזרה לכתיבה בנוסח "Common Law", לפיתוח הלכתי של עקב בצד אגודל, להימנעות ממלל מיותר ומקבע שקשה לסטות ממנו, להתאימו ולשנותו מאוחר יותר. יש בהם חזרה לכתיבה זהירה הקוראת לביקורת ולדיון, כתיבה בסגנון של ניסיון וטעיה ותיקון. כשם שבעניין אבני נקבע, ללא הנמקה, כי לצורך פגיעה יש צורך בהסמכה מפורשת, כך בעניין חרות נקבע – לפי פירושי, ושוב, ללא הנמקה – כי אין צורך בהסמכה מפורשת, ודי בעמידה בתנאי פסקת ההגבלה. לכן אין רע בקידום רעיונות ראשוניים גם בדרך של אמרות אגב.<sup>109</sup> בדרך זו הפסיקה החוקתית החדשה העמידה שאלות רבות לדיון ציבורי. הדיון בהם נערך עתה, בעקבות אותה פסיקה. עדות לכך משמשים המאמרים של רייכמן,<sup>110</sup> בנדור,<sup>111</sup> סומר,<sup>112</sup> של ברק עצמו,<sup>113</sup> מאמר זה ואחרים, הכוללים הערכות וביקורת של ההתפתחויות החוקתיות החדשות. ל"דיאלוג קונסטיטוציוני" זה יש שותפים נוספים, כגון הכנסת.<sup>114</sup> דווקא משום שפסיקה זו מקצרת ומותירה שאלות בלתי פתורות סופית, היא מותירה פתח ללימוד ולהסקת מסקנות.

תדירות ההתמודדות עם שאלות חוקתיות בישראל אינה מחייבת ודאות מידית. כך, כמעט שלוש שנים לאחר שניתנה, הלכת חרות טרם התלבנה סופית. כך, בית המשפט העליון המתין כמעט שבע שנים עד שהפך את הדיון שנתר בצריך עיון בעניין הופנונג להלכה פסוקה בעניין מופז. לכן אין כל רע בפסק זמן בין העלאת רעיונות חוקתיים לבין קיבועם הסופי.

אכן, באופן אידיאלי, "שינוי מעמד נורמטיבי מחייב דיון ציבורי ומקצועי [...]. שיח הבוחן את ההשלכות המשפטיות והחברתיות כולן של מהפיכה בסדר גודל שכזה".<sup>115</sup> לא אלה חיייה של חוקה ה"נבנית על המים". הניסיון החוקתי של ישראל הוכיח כי המתנה לדיון ציבורי ומקצועי אינה מוליכה לקידום החוקה. רק פסיקה של בית המשפט העליון, המפתחת את החוקה מתוך הניסיון הנצבר ומותירה דלת פתוחה לשינויים בעקבות אותה פסיקה, מוליכה להתפתחות חוקתית.

108 רייכמן, לעיל הערה 57, בע' 43; סומר, לעיל הערה 36, בע' 77–79.

109 ראו סומר, לעיל הערה 36, בע' 78.

110 רייכמן, לעיל הערה 57.

111 בנדור, לעיל הערה 35.

112 סומר, לעיל הערה 36.

113 ברק, לעיל הערה 34; רייכמן, לעיל הערה 57.

114 ג' גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפיכה החוקתית" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 129, 157 ואילך.

115 רייכמן, לעיל הערה 57, בע' 43.