

סיפורם של חוקי-היסוד

אמנון רובינשטיין*

מדוע דווקא בשנת 1992 צלח הניסיון להעביר בכנסת את חוקי-היסוד על זכויות האדם, אף שכל הנסיונות הקודמים לעשות זאת נכשלו? לאורך השנים הושמעה ביקורת רבה על הליך החקיקה של חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-היסוד: חופש העיסוק. חלק מהביקורות מבקשות לענות על שאלה זו בטענה כי חברי-הכנסת לא הבינו כלל את משמעות החוקים, ולא הבינו את כוחם של חוקי-היסוד להעניק לביית-המשפט סמכות ביקורת שיפוטית על חוקיה של הכנסת. עם זאת, הסתכלות מעמיקה יותר על הליך החקיקה, תוך בחינה יסודית ורחבה שלו, מציגה תמונה אחרת. תמונה זו מראה בבירור כי לא הייתה זאת הצבעה מקרית. חוקי-היסוד התקבלו בכנסת לאחר דיונים רבים ומפורטים, תוך הבנה מלאה של חברי-הכנסת בדבר הביקורת השיפוטית והשפעתה העתידית.

המאמר סוקר את הליך חקיקתם של חוקי-היסוד תוך בחינת הפרוטוקולים הרבים של דיוני המליאה והעבודה הרבה שנעשתה בוועדות הכנסת, בחינת הפרוטוקולים של ועדת השרים בראשות דן מרידור, שישבה לא פחות משבע-עשרה פגישות ודנה בנושא הביקורת השיפוטית והזכויות החוקתיות, בחינת המשא-ומתן העיקש שניהלו חברי-הכנסת מהסיעות השונות מתוך מטרה להיערך לביקורת השיפוטית המוענקת על-ידי חוקי-היסוד, ובחינת הסיקור התקשורתי וחשיפת הציבור להליך שהתנהל. בדרך זו המאמר מציג את התמונה הרחבה, תוך הצגת עובדות ברורות העולות מבחינת ההליך ובמיוחד מנסיונו האישי של יוזם הצעות החוק – פרופ' אמנון רובינשטיין.

* אני מודה לעוזרי הנאמן אסף וייס על עזרתו המסורה באיסוף החומר ובכתיבת מאמר זה. כמו-כן ברצוני להודות לעוזרי הנאמן יצחק פשה, שעזר לי באיסוף החומר על הליכי הכנסת השונים שליוו את חוקי-היסוד בשתי כנסות. תודה מיוחדת מגיעה לשר דן מרידור על עזרתו ותורמתו למאמר זה, ובעיקר על שהפנה את תשומת-ליבי לדיוניה של ועדת השרים לענייני חקיקה.

מבוא

פרק א :	הליך חקיקתם של חוקי-היסוד – ביקורות
פרק ב :	הרקע הפוליטי
פרק ג :	המשא-ומתן לפשרה והאישים שתרמו לתהליך החקיקה
פרק ד :	הצעת מרידור והדיונים בממשלה
פרק ה :	גודל התמיכה הפרלמנטרית
פרק ו :	עניין הביקורת השיפוטית
	סיכום

מבוא

איך אירע הדבר שבשנת 1992, בימי הכנסת השתים-עשרה, העבירה הכנסת חוקי-יסוד על זכויות האדם לאחר שכל הנסיונות הקודמים לעשות זאת נכשלו? התשובה לכך אינה פשוטה, שכן היא מורכבת מתהליכים פוליטיים, מתכונות אישיות של המעורבים בדבר ומנימוקים משפטיים. התשובה לשאלה זו חשובה שכן מאז נחקקו חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק הועלו טיעונים שונים המבקשים לענות עליה. חלק מהטיעונים גורסים כי הסיבה לחקיקתם של חוקי-היסוד נובעת מהמצב הפוליטי ששרר באותה תקופה; חלקם מסבירים כי התשובה היא הליך חקיקה מהיר ללא דיון מהותי אמיתי; וחלק מהטיעונים אף גורסים כי נעשה "מחטף" חקיקתי, תוך ניצול "הבנתם החלקית" של חברי-הכנסת.¹ טיעונים אלה מחייבים התייחסות, שכן חלקם יורדים לשורש הלגיטימיות של חוקי-היסוד ומבקשים לקעקע את השפעתם. במאמר זה אבקש לנסות להסביר את הגורמים השונים שהובילו לחקיקתם של חוקי-היסוד ולהוכיח כי לא הייתה זו הצבעה מקרית. חוקי-היסוד התקבלו בכנסת לאחר הליך דיונים מלא, תוך הבנה מלאה של חברי-הכנסת בדבר משמעותו של הליך החקיקה. הבנה זו באה לידי ביטוי בעיקר במכשולים שהציבו חברי הסייעות השונות בפני הצעות החוק ובפשרות

1 פרופ' גדעון ספיר מרפז את כל הטענות שהועלו לארבע תזות, אשר לטענתו, "ייתכן שכולן, או לפחות חלק מהן" מסבירות את הגורם לחקיקתם של חוקי-היסוד. אחת התזות מעלה את הסברה כי חברי-הכנסת הוטעו והולכו שולל על-ידי יוזמי החוק. בשל חשיבותה ומשמעותיותה הקשות של תזה זו, אסור שביסוסה ייעשה בנקל. חקיקתם של חוקי-היסוד לא התרחשה בישיבה אחת בלבד, שבה ייתכן שחברי-כנסת פלוני לא הבין את משמעות החוקים, אלא עברה הליך ארוך של דיונים רבים, ויכוחים, התייעצויות עם נציגי ציבור ופשרות רבות. על-כן יש לבחון את הליך החקיקה במלואו ולנסות להבין ממכלול הדברים את הלך-הרוח והבנתם של חברי-הכנסת. מחקר מעמיק יותר של הפרוטוקולים, של קטעי העיתונות שפורסמו, של הצעות החוק השונות שהוגשו ושל הפשרות שהושגו משמיט מתזה זו את בסיסה העובדתי, מציג תמונה ברורה של הבנה מלאה בדבר משמעותם של החוקים, ומצביע על רצונם של רוב חברי-הכנסת להעניק מעמד חוקתי על-חוקי לשני חוקי-היסוד. להרחבה ראו גדעון ספיר **המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד** 59–85 (2010).

שהושגו על-מנת להתגבר על מכשולים אלה. פשרות אלה הושגו בדיוק בשל אותו איום של הענקת סמכות ביקורת שיפוטית לבית-המשפט שהיה טמון בחוקי-היסוד. בין הפשרות הללו ניתן למצוא את הוצאת סעיף חופש התנועה מהצעת החוק, את מחיקת סעיף השוויון ממנה, וכמובן את הכללת סעיף שמירת הדינים, שהיווה מבחינת חברי-הכנסת הדתיים קיבוע של "נצחונות עבר" בשל החשש שהביקורת השיפוטית תופעל גם על דינים אלה.

פרק א: הליך חקיקתם של חוקי-היסוד – ביקורות

מאז נחקקו חוקי-היסוד בשנת 1992 ניסו רבים לענות על השאלה מדוע דווקא אז צלח הניסיון להעביר את חוקי-היסוד העוסקים בזכויות אדם, לאחר שבמשך שנים ארוכות נכשלו הצעות רבות. חלק מההשערות שנכתבו מותחות ביקורת על הליך החקיקה עצמו, וטוענות כי היה זה פגם בהליך שהוביל לחקיקת החוקים. חלק ממשמיעי הביקורת גורסים כי חוקי-היסוד שהתקבלו בשנת 1992 לא התכוונו להעניק לבית-המשפט סמכות ביקורת שיפוטית, וכי הוא זה שבפרשת **בנק המזרחי**² נטל סמכות זו לעצמו. על-פי משמיעי הביקורת, חברי-הכנסת לא הבינו את המשמעות החוקתית של חוקי-היסוד, אם משום שהוטעו ואם בשל העדרו של דיון ציבורי מעמיק בנושא. במאמר זה אתייחס לארבע טענות:

1. **טעות/הטעיה** – הטענה הראשונה יורדת לסוף דעתם של חברי-הכנסת בעת הליך חקיקתם של החוקים. על-פי טענה זו, לאורך הליך החקיקה לא הבינו חברי-הכנסת כלל כי יש בכוחם של חוקי-היסוד להעניק לבית-המשפט סמכות ביקורת שיפוטית על חוקיה של הכנסת. העדר הבנה זה יצר לכאורה מצב של "מחטף" שבו עברו חוקי-היסוד ללא דיון רציני ומהותי בכנסת.³ מחזיקי הדעה טוענים כי הסיבה להעדר ההבנה של חברי-הכנסת נעוצה באחת מביני שתי אפשרויות: האחת, חברי-הכנסת פשוט טעו בהבנת משמעותם של חוקי-היסוד; והאחרת, הם הוטעו במכוון על-ידי יוזמי החוק. על-פי האפשרות השנייה, חוקי-היסוד נוסחו בכוונה תחילה בניסוח "עמום",⁴ על-מנת לנצל את "היתרון הגדול"⁵ של יוזמי החוק בהבנתם המשפטית על חברי-הכנסת האחרים. טענת הטעות/ההטעיה גם מבקשת להעניק תשובה לשאלה כיצד צלח הניסיון להעביר את חוקי-היסוד דווקא בשנת 1992 לאחר שכל הנסיגות הקודמים לעשות זאת נכשלו, שהרי אם מקבלים את הטענה שחברי-הכנסת

2 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).

3 רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 93 (1997).

4 זאב סגל "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים" **המשפט** ה 249, 254 (2000).

5 ספיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 75.

לא הבינו כלל את משמעות החוקים, ניתן להבין בקלות מדוע הם לא טרפדו את הצעות החוק כשם שטרפדו את ההצעות הקודמות. טענת הטעות/ההטעיה היא טענה קשה וחשובה ביותר. אם מקבלים את הטענה, אזי הכנסת לא התכוונה כלל לחוקק את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק וכך להעניק לביט-המשפט סמכות ביקורת שיפוטית על חוקיה. עם זאת, בחינה מעמיקה של הליך החקיקה מראה כי טענה זו משוללת כל יסוד. כפי שאציג בהמשך, קריאה מעמיקה של הפרוטוקולים של דיוני המליאה ושל הדיונים בוועדות השונות, בחינת המכשולים שהציבו חברי-הכנסת והפשרות שהושגו בעקבותיהם, הבנת הרקע הפוליטי לחקיקה ובחינת התבטאויותיהם של חברי-הכנסת בזמן הליך החקיקה ואחריו מובילות למסקנה אחת ברורה – חברי-הכנסת הבינו באופן מלא את משמעותם של חוקי-היסוד, ואף פעלו בהתאם להבנה זו.

2. **גודל התמיכה** – טענה משמעותית המועלית נגד הליך החקיקה וקבלתם של חוקי-היסוד היא שהם התקבלו על-ידי מיעוט של חברי-הכנסת. טענה זו בנויה ברובה על הקריאות השנייה והשלישית של חוק-יסוד: חופש העיסוק, שבהן נכחו 23 חברי-כנסת בלבד,⁶ ועל הקריאות השנייה והשלישית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבהן נכחו 54 חברי-כנסת.⁷ מגודל התמיכה עולות שתי שאלות: האחת, האם ראוי שחוקים משוריינים יתקבלו בפחות מהרוב הנדרש כדי לשנותם? והאחרת, האם מספרם הנמוך של חברי-הכנסת שנכחו בהצבעה מעיד על העדר הבנה של חברי-הכנסת בדבר משמעות החוקים? בהמשך אנסה להשיב על השאלה השנייה ולהראות כי מיעוט הנוכחים בהצבעות הנ"ל לא נבע מהעדר הבנה של חברי-הכנסת לגבי משמעות החוקים, אלא מנסיבותיהן של ההצבעות – העובדה שהן התקיימו בימי הפריימריז לקראת הבחירות לכנסת השלוש-עשרה. יתר על כן, כאשר בוחרים את כלל ההצבעות שעברו חוקי-היסוד בנושא זכויות האדם לאורך הליך חקיקתם, ניתן לראות בבירור כי הן חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והן חוק-יסוד: חופש העיסוק זכו בתמיכה רחבה ביותר של רוב חברי-הכנסת.

3. **השמטת סעיף הביקורת השיפוטית מהצעת החוק המקורית** – על-פי טענה זו, כאשר משווים בין חוקי-היסוד של שנת 1992 לבין הצעת "חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם", הן זו שהוגשה לממשלה על-ידי שר המשפטים דן מרידור והן זו שהוגשה על-ידי לקריאה מוקדמת ואשר ממנה נגזרו בסופו של דבר חוקי-היסוד שהתקבלו, בולט לעין העדרו של סעיף הביקורת השיפוטית, אשר הופיע במפורש בהצעת החוק הכוללת אך הושמט מחוק-יסוד: חופש העיסוק ומחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השמטה זו, כך נטען, מעידה כי הכנסת נמנעה במפורש מלהעניק סמכות ביקורת שיפוטית מכוח חוקי-היסוד.⁸ עם זאת, כפי שאראה בהמשך, בחינה מהותית של

6 ד"כ 125, 3393 (התשנ"ב).

7 ד"כ 125, 3793 (התשנ"ב).

8 משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקה בית-המשפט" **משפט וממשל** ג 697, 705 (1996).

הפרוטוקולים השונים מעלה מסקנה אחת ברורה – כוונתם של יוזמי החוק ותומכיו הייתה להעניק סמכות ביקורת שיפוטית, הנובעת מפסקת ההגבלה.

4. **העדר דיון ציבורי** – טענה זו מבקרת את הליך החקיקה של חוקי-היסוד מתוך תפיסה שלפיה הדרך הראויה לקבל חוקה בישראל היא, בין שאר הדברים, לקיים דיון ציבורי נרחב בה במטרה לגבש הסכמה רחבה בעניינה.⁹ על-פי הטענה, הליך חקיקתם של חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק לא היה הליך ראוי משום שלא התקיים דיון ציבורי נרחב לגביהם. חלק אף קושרים את טענת העדר הדיון הציבורי לטענת הטעות/ההטעה, וטוענים כי העדר הדיון הציבורי והתעלמות התקשורת מאירוע החקיקה הוא ההוכחה לכך שחברי-הכנסת לא הבינו את המשמעות האמיתית של החוקים והצביעו מתוך תפיסה שגויה.¹⁰ הטענה בדבר העדר דיון ציבורי נכונה באופן חלקי. אכן, נראה כי הליך החקיקה של חוקי-היסוד בדבר כבוד האדם וחירותו ובדבר חופש העיסוק עבר תוך התעלמות מוחלטת כמעט של התקשורת ועל-כן גם של הציבור הרחב. נראה כי התקשורת בחרה לעסוק יותר בהצעת חוקי-יסוד: הממשלה, אשר עסקה במעבר לשיטת הבחירה הישירה של ראש הממשלה, והתעלמה מההצעות בנושא זכויות האדם, בין היתר בשל ההנחה שאין סיכוי שהצעות אלה יעברו ויהיו לחוק. עם זאת, המסקנה הישירה אינה בהכרח שחברי-הכנסת לא הבינו את גודל המשמעות של הצעות אלה, אלא פשיטא – העדר עניין של התקשורת בהצעות הנ"ל. לאורך כל הליך החקיקה הוציאה ועדת החוקה, חוק ומשפט הודעות לעיתונות בנוגע לדיונים המתנהלים; הדיונים במליאה ובוועדות היו גלויים לתקשורת ולציבור; ואף היו כמה חברי-כנסת, ביניהם אנוכי, שהתראיינו בתקשורת והסבירו בצורה שאינה משתמעת לשני פנים את משמעותם של חוקי-היסוד. העדר העניין התקשורתי בהצעות לא נבע מהעדר דיון מהותי בכנסת, אלא מבחירה של התקשורת להתמקד בנושאים אחרים, ביניהם שינוי שיטת הבחירות, ולהתעלם מהדיונים בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם.

אם אכן לא הוטעו חברי-הכנסת בנוגע להשלכותיהם של חוקי-היסוד, ואם הבינו את משמעות חקיקתם והתכוונו להעניק סמכות ביקורת שיפוטית על חוקיה של הכנסת, אזי מדוע באמת צלח הניסיון בשנת 1992 אף שכל הנסיונות שקדמו לו נכשלו? במאמר זה אנסה לענות על שאלה זו. תחילה חשוב להבין את הנסיבות הפוליטיות שעל רקען עברו חוקי-היסוד בנושא זכויות האדם. הבנת המציאות הפוליטית הייחודית ששררה באותה תקופה מספקת מענה חלקי לשאלה מדוע דווקא בשנת 1992 הבשילו התנאים לקבלת החוקים. על-מנת להראות כי חברי-הכנסת הבינו את משמעות החוקים, חשוב לבחון את המכשולים השונים שהם הציבו בפני חקיקתם ואת הפשרות שהושגו, וכן לבחון את סוגיית גודל התמיכה שבה זכו חוקי-היסוד. לבסוף אבקש להשיב על הטענה כי העדר סעיף מפורש המעניק סמכות ביקורת שיפוטית מוכיח כי הכנסת לא התכוונה להעניקה,

9 שם, בעמ' 704; גביוון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 70.

10 ספיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 76.

ולהראות כי חברי-הכנסת הבינו שעניין הביקורת השיפוטית אינו נשען אך ורק על סעיף מפורש או על השריון הפורמלי, אלא נובע באופן ישיר מפסקת ההגבלה.

פרק ב: הרקע הפוליטי

הגורם הפוליטי בהליך החקיקה חשוב מאין כמותו בהבנת הסיבות שתרמו למעבר החוקים בכנסת. התהליך כולו החל בשנת 1989, כאשר שר המשפטים דן מרידור הביא לפני הממשלה הצעת חוק מקפת – "חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם". הצעת החוק הוגשה לממשלה בעת כהונתה של ממשלת אחדות לאומית, שכללה את "הליכוד" ו"העבודה". מכיוון שמיידי בעת תחילת הדיונים בממשלה הסתבר שמטילי הווטו המסורתיים – הדתיים והחרדים – יתנגדו להצעת החוק, מיהרתי להעתיקה כמעט מילה במילה ולהגישה לכנסת לקריאה מוקדמת, כגיבוי פרלמנטרי למקרה שהווטו בממשלה יצליח.¹¹ ההצעה שהוגשה לכנסת לקריאה זו כללה הוראה מפורשת על ביקורת שיפוטית, ולא כללה הגדרה של המדינה כ"יהודית ודמוקרטית". למרות זאת היא עברה בכנסת ב-15.11.1989 ברוב מרשים ביותר של 53 חברי-כנסת נגד 19 מתנגדים ו-4 נמנעים,¹² אך עד שוועדת החוקה, חוק ומשפט התכנסה לדון בהצעה, התרחש מהפך בזירה הפוליטית בעקבות מה שכונה "התרגיל המסריח".

"התרגיל המסריח" היה תמרון פוליטי שמטרתו הייתה להפיל את ממשלת האחדות בראשותו של יצחק שמיר ולהקים במקומה ממשלת שמאל-חרדים. לאחר דחיית יוזמת השלום של מזכיר המדינה של ארצות-הברית ג'יימס בייקר על-ידי ראש הממשלה יצחק שמיר, תכננה מפלגת "העבודה", בראשות השר שמעון פרס ובשיתוף מפלגת ש"ס, להפיל את הממשלה בהצבעת אי-אמון. כתגובה על מהלך זה, פיטר יצחק שמיר את שמעון פרס (שר האוצר דאז), וכתוצאה מכך התפטרו מהממשלה כל שריה של סיעת "העבודה". בין מפלגת "העבודה" למפלגת "הליכוד" נוצר קרע עמוק. שני הצדדים ניצלו מסיבות-עיתונאים רבות על-מנת לגנות את המפלגה האחרת ולהטיל בה דופי. כחלק מקרע זה החל תהליך של "חיזור" אחר המפלגות הדתיות, אשר היוו את לשון-המאזניים בהצבעת אי-האמון. "חיזור" זה הגיע לשיאו בהבטחה שנתן פרס לארבעת חבריה של סיעת "אגודת ישראל" לתת להם שני תיקים בממשלה ו-69 מיליון ש"ח לחינוך החרדי תמורת השתתפותן בקואליציה שלו. ב-15 במאי 1990 הצביעה הכנסת אי-אמון בממשלה, וממשלתו של שמיר נפלה. הצבעת אי-האמון עברה בשל היעדרותם

11 הצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם, התש"ן-1989, ד"כ 115, 443-444 (התש"ן).

12 הצעת החוק כללה פסקת הגבלה (בס' 19) והוראות לגבי ביקורת שיפוטית (בס' 24). ד"כ 115, 412 (התש"ן).

של חברי סיעת ש"ס מההצבעה, בהוראת הרב עובדיה יוסף.¹³ כך, לראשונה בישראל, נפלה ממשלה בהצבעת אי-אמון של הכנסת.

הציבור הישראלי לא נשאר אדיש למשבר הפוליטי העמוק והגיב בהפגנות המוניות ובשביתות-רעב. דרישות המפגינים כללו, בין היתר, שינוי של שיטת הממשל בישראל, הגבלת יכולתם של חברי-הכנסת לערוך ממפלגתם וניסוח חוקה ישראלית. לאחר נפילת הממשלה הטיל נשיא המדינה דאז חיים הרצוג את מלאכת הרכבת הממשלה על שמעון פרס. במהלך המשא-ומתן שניהל פרס נחתמו הסכמים קואליציוניים קיצוניים, שנבעו מכוחן הרב של המפלגות הדתיות כלשונות-מאזניים. במסגרת זו חתם פרס עם מפלגת "אגודת ישראל" על הסכם שבו התחייבה מפלגת "העבודה" להקפיא את חקיקת "חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם" ולא לחוקק חוקים שונים המפרים לכאורה את הסטטוס-קוו בענייני דת.

למרות ההסכמים שנחתמו וההבטחות שניתנו, לא הצליח פרס לזכות בתמיכת הכנסת. בדיון סוער שבו היה אמור להציג את ממשלתו ולזכות באמון הכנסת, ערקו חברי-כנסת מהקואליציה שהייתה עתידה לקום. לבסוף הודיע פרס לנשיא כי לא עלה בידו להרכיב ממשלה, ומלאכת ההרכבה הוטלה על יצחק שמיר. גם שמיר, כמו פרס, נדרש להבטיח הבטחות מפליגות למפלגות הדתיות, שכללו הפרות של הסטטוס-קוו בענייני דת. לבסוף הקים שמיר ממשלת ימין צרה, והמערכת הפוליטית נותרה במשבר עמוק. ממשלת הימין הצרה שקמה סבלה לאורך חייה מחוסר יציבות קואליציונית. שיאו של זה הגיע לאחר ועידת מדריד, שהיוותה פריצת-דרך מדינית ביחסי ישראל והפלסטינים. בעקבות הוועידה פרשו מהקואליציה המפלגות "צומת", "התחיה" ו"מולדת".¹⁴

"התרגיל המסריח" זכור כנקודת השפל של הפוליטיקה הישראלית. שתי המפלגות הגדולות ("העבודה" ו"הליכוד") עסקו לאורכו בתכנונים פוליטיים ירודים, שמטרתם הסופית הייתה קבלת השלטון. כה עמוק היה משבר האמון בין הציבור לנבחריה, שהציבור יצא בסיסמה "נמאסתם", ובסופו של דבר אף הביא לידי שינויה של שיטת הבחירות בישראל. את המסע הציבורי ארגנה תנועת "חוקה לישראל", שבראשה עמד אוריאל רייכמן, ואשר שילבה תביעה לשינוי שיטת השלטון עם תביעה להנהגת פרק על זכויות האדם במסגרת החוקה. הלחץ הציבורי הגיע לשיאו בהפגנת עם המונית שהתקיימה בכיכר מלכי ישראל ואשר השתתפו בה, על-פי ההערכות, כמאתיים וחמישים אלף איש. לאחר הפגנת המונים זו, שהייתה אחת ההפגנות הגדולות בתולדות המדינה

13 באותה תקופה לא היה צורך ברוב של 61 חברי-כנסת להפלת הממשלה, אלא די היה ברוב יחסי. ראו ס' 24 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשכ"ח 540.

14 להרחבה על "התרגיל המסריח" ראו דני קורן ובוועז שפירא **קואליציות – הפוליטיקה הישראלית: 50 שנים – 100 אירועים** 332–341 (1997); גרעון אלון **בחירה ישירה – המאבקים והדרמה אשר הולידו בישראל את הבחירה הישירה של ראש הממשלה** 62–86 (1995); דני קורן **זמן באפור – ממשלות האחרות הלאומית 1984–1990** 227–246 (עמנואל לוטם עורך ומתרגם, 1994); אמנון רובינשטיין **וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך א – עקרונות יסוד 23–29 (2005).

באותה תקופה, החלו חברי-הכנסת להרגיש את הלחץ הציבורי הגובר ולהפנים את הדרישות לשינוי שיטת השלטון ולהנהגת פרק על זכויות האדם בחוקה.¹⁵ ממשלת שמיר החדשה הייתה כאמור ממשלה חלשה וחסרת שליטה בקואליציה שממנה הורכבה. כתוצאה מכך שררה בכנסת מעין אנרכייה, שאפשרה לחברים יחידים בה למרוד בממשלה ולהוביל לשינויים מהפכניים בנושאים חוקתיים. תוצאת "התרגיל המסריח" הייתה אפוא שהממשלה התבססה על שותפות בין הימין לבין המפלגות הדתיות והחרדיות, והאחדות הלאומית ירדה לטמיון. לתהליך זה היו שתי השפעות מנוגדות על היכולת להעביר חקיקת-יסוד בעניין זכויות אדם. **מחד גיסא**, הווטו הדתי-החרדי בממשלה התחזק לאין שיעור, והיה קשה להאמין שבמצב זה תתאפשר חקיקה כלשהי בעניין זכויות האדם. בהסכם הקואליציוני שנחתם ב-8.6.1990, ואשר על-פיו קמה הממשלה החדשה לאחר פרישת המערך, נאמר במפורש:

"הצעות חוקי-יסוד היוזמים על-ידי הממשלה או ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, יתקבלו בהסכמת הסיעות המשתתפות בקואליציה."¹⁶

כך נסתם הגולל על יוזמתו של שר המשפטים לחוק חוקי-יסוד כוללני על זכויות האדם בישראל.

מאידך גיסא, "התרגיל המסריח" פגע בצמרת הפוליטית – ביוקרתה ובאמינותה – והקטין כאמור את יכולת הממשלה לשלוט בחברי-הכנסת. "סחר הסוסים" שקדם להקמת הממשלה פגע קשות במעמד של ראשי המפלגות, החליש (כפי שראינו) את המשמעת הקואליציונית והמפלגתית, ופתח פתח של תקווה להעברת החוק למרות ההסכם הקואליציוני האמור וחרף ההתנגדות של הממשלה והעומד בראשה. משום כך, מייד אחרי הקמת הממשלה החדשה התחלתי לנהל באופן אישי משא-ומתן עם כל המפלגות המיוצגות בוועדת החוקה, חוק ומשפט, ובראש ובראשונה עם המפד"ל, יהדות התורה וש"ס, במגמה להגיע עימן להסכמה כלשהי שתאפשר את קבלת הצעת החוק למרות חסימתה בממשלה. התקיימו עשרות פגישות – כולן לא-מתועדות – שבהן הסתבר לי שדווקא בכנסת ייתכן שניתן להתגבר על ההתנגדות בממשלה. בשיחות אלה הוברר לי גם שבין נציגי המפלגות יש המבינים את חשיבות העניין, ומוכנים לא לקבל בנושא זה דין משמעת מפלגתית ללא ערעור.

תהליך נוסף תרם לתמיכה בשריון זכויות האדם בחוקי-יסוד – בשנים שקדמו לתהליך חקיקתם של חוקי-היסוד השתתפו חברי-כנסת רבים כמשקיפים בגופים אירופיים מגוונים, שם נוכחו לדעת כיצד ביקורת שיפוטית על חוקים הולכת וכובשת את העולם הדמוקרטי. אכן, כפי שמוכיח מחקר חדשני, משנת 1946 ועד שנת 2006 גדל באופן דרמטי – מ-25% ל-82% – שיעור המדינות שיש בחוקותיהן הסמכה מפורשת לביקורת

15 להרחבה ראו גיא בכור **חוקה לישראל – סיפורו של מאבק** 149–155 (1996).

16 ס' 5.2 (2) להסכם הקואליציוני שנחתם בתאריך 8.6.1990, ניתן לצפייה באתר הכנסת – www.knesset.gov.il/Tqi/knesset/Knesset12/html/19900611@19900611504@504.html

שיפוטית של חוקים. רוב ההסמכות האלה הוכנסו לחוקת האלה לפני 1992 – שנת הרפורמה החוקתית בכנסת. אם מוסיפים על כך מדינות שבהן נהוגה ביקורת שיפוטית בפועל חרף אי-הסמכה בחוקה, מגיעים לנתון מדהים: מספרן של המדינות שמתקיימת בהן ביקורת שיפוטית עלה מ-35% בשנת 1946 ל-87% (!) בשנת 2006.¹⁷ זהו תהליך משמעותי עד כדי כך שחברי-הכנסת לא יכלו להתעלם ממנו. יש לשער שרבים מהם לא רצו לבודד את ישראל מהעולם הדמוקרטי ולהמשיך להיחשב מדינה נכה מבחינת זכויות האדם בקהילה האירופית.

המשמעת הקואליציונית הרופפת ששררה בכנסת, הלחץ הציבורי המתגבר לכינון חוקה ישראלית והמגמה ההולכת ומתחזקת במדינות המערב בנושא הביקורת השיפוטית היוו קרקע פורייה להליך חקיקתם של חוקי-היסוד, והיו בין הגורמים שאפשרו את הצלחתו במקום שבו הצעות קודמות נכשלו.

פרק ג: המשא-ומתן לפשרה והאישים שתורמו לתהליך החקיקה

נוסף על הרקע הפוליטי ולמצב ששרר בכנסת באותה תקופה, חלק גדול מהסיבות להצלחת החקיקה נבע מהאישים שהיו מעורבים בה, מהמשא-ומתן שנוהל ומהפשרות שהושגו. בראש רשימת האישים שתורמו לתהליך קבלת החוקים עמד יושב-ראש הוועדה חברי-הכנסת אוריאל לין, אשר הבין מייד את חשיבותו והיה מוכן לקיים דיונים ארוכים ומקיפים כדי להשיג תמיכה מרבית בהצעת החוק. בלעדיו היה קשה להעביר את החוקים. אך גם חברי ועדה אחרים השתתפו במאמץ: חברי-הכנסת דוד ליבאי עמד בראש המאמץ לשכנע את מפלגתו – "העבודה" – לתמוך בחקיקה, והצליח בכך; חברי-הכנסת יואש צידון, איש "צומת", היה לעזר רב כתומך נלהב ביוזמתו; נציג המפד"ל, חברי-הכנסת הרב יצחק לוי, היה הפתעה גדולה מבחינתו כאשר לא השיב את פני ריקם, דרש שניכנס למשא-ומתן על ניסוחי-פשרה, והבטיח כי פשרה מכובדת תזכה בתמיכתו; חברי-הכנסת הרב אברהם רביץ, נציג "יהדות התורה", התנגד לכל שריון שייקבע בחוק, אך לא שלל אפשרות של משא-ומתן עימי, ובלבד שלא ייפגעו אינטרסים דתיים קיימים; וחברי-הכנסת ראובן (רובי) ריבלין, שהתנדב לשוחח מטעמי עם הרב שך – שהיה מכר של משפחתו – והצליח להסיר את התנגדותו לעצם הרעיון של חוקי-יסוד בנושא זכויות אדם.

מטבע הדברים, המשא-ומתן לפשרות אפשריות לא היה קל, ומלכתחילה הבינותי כי נושא אחד שהיה קבוע בהצעת מרידור ואשר היה יקר לי מכל – השוויון – הוא מבחינת הדתיים "ייהרג ואל יעבור". כל נסיונותי להסביר לנושא זה הוא ה"אני מאמין" שלי לא

David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 17 99 CAL. L. REV. 1163 (2011). תודה לד"ר ליאב אורגד על שהפנה את תשומת-ליבי למחקר חשוב ומעניין זה.

הועילו. חברי הכנסת הדתיים חששו מאוד משלוש תוצאות: שעקב סעיף השוויון יפסול בית-המשפט העליון את חוק השבות;¹⁸ שעניין הפטור משירות צבאי לתלמידי ישיבות יבוטל; והגרוע מכל מבחינתם – שהזרמים הלא-אורתודוקסיים בישראל יזכו במעמד שווה לזה הניתן לרבנות האורתודוקסית. היה ברור אפוא כי דרושה פשרה עם הסיעות הדתיות, וכי בהעדרה יאיימו המפד"ל והמפלגות החרדיות בפירוק הממשלה, ואיום זה יטרף את היוזמה.

כדי להתגבר על חילוקי-הדעות, העליתי את הרעיון לפצל את הצעת החוק לארבע הצעות נפרדות, שכל אחת מהן תעסוק במטרה אחרת – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק-יסוד: חופש העיסוק, חוק-יסוד: חופש הביטוי וחוק-יסוד: חופש ההתאגדות. לפיצול זה היו שתי השפעות חיוביות: ראשית, היה קל יותר למפלגות הדתיות "לבלוע" הצעת חוק מוגבלת בהיקפה במקום מגילת זכויות מקיפה; ושנית, השמטת סעיף השוויון הייתה נסבלת יותר מבחינתי כאשר דובר בחוק-יסוד העוסקים בזכויות אדם ספציפיות, ולא במגילת זכויות בסגנון הצ'רטר הקנדי או האמנה האירופית. לאחר-מכן באה הפשרה של הגדרת המדינה כ"יהודית ודמוקרטית". המילה "יהודית" הוספה כמענה לחשש מפני ביטול חוק השבות וכמשקל-נגד למילה "דמוקרטית", ובכך תרמה לביטול התנגדותם של הדתיים והחרדים. מבחינתי לא היה בפשרה זו קושי אידיאולוגי, שהרי זו הייתה למעשה הסיסמה של "שלום עכשיו". במשך שנים הלא טענה התנועה שכדי לשמור על ישראל כיהודית וכדמוקרטית יש להימנע מלספח את השטחים הכבושים, שכן סיפוח כזה ייצור רוב ערבי בכנסת או לחלופין יוביל לשלילת זכות ההצבעה מהפלסטינים.¹⁹ אמת הדבר, מקומה של הגדרה זו אינו בחקיקת זכויות האדם, אלא במבוא לחוקה; אך מכיוון שחזון החוקה היה חלום רחוק, לא התנגדתי להכללת ההגדרה בארבעת החוקים שפוצלו מתוך הצעת החוק המקורית. זאת, מתוך מחשבה שבבוא היום שבו תהיה חוקה מלאה לישראל, תועתק ההגדרה מחוקים אלה אל המבוא לחוקה.²⁰

השילוב של הבנת חשיבות הנושא על-ידי האישים המעורבים, פיצול ההצעה המקפת לארבע הצעות מצומצמות יותר והכנסת הגדרתה של המדינה כ"יהודית ודמוקרטית" תרם רבות להצלחת המהלך החקיקתי. פשרות אחרות הושגו במהלך הדיונים הרבים והארוכים שקיימה ועדת החוקה, חוק ומשפט במהלך 1992, כפי שנראה בהמשך.

18 לא הצלחתי להפיג חשש זה – שהיה מלכתחילה חשש-שווא – בהצביעי על עמדתו של בית-המשפט העליון בנושא חוק השבות, אך חשש זה הוליד בסופו של דבר את התיקון לחוק-היסוד בשנת 1994, שבה הוכנסה ההפניה להכרזת-העצמאות – הפניה שבה תמך חברי-הכנסת יצחק לוי, שכן ההכרזה כוללת הכרה בזכות לשבות ובקיבוץ הגלויות. מכל מקום, עינינו הרואות כי מלכתחילה חששו נציגי המפלגות הדתיות מהחלטות אפשריות של בית-המשפט העליון – עובדה המפריכה מכל וכל את הטענה שעניין הביקורת השיפוטית לא היה לנגד עיניה של הכנסת כאשר חוקקה את שני חוקי-היסוד.

19 אמנון רובינשטיין "המקרה המוזר של הדמוקרטיה היהודית" תכלת 41, 78 (2010).

20 כפי שאכן הוצע על-ידי ליאב אורגד ועל-ידיי. ראו אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "המבוא לחוקה ומעמדו המשפטי – המקרה של ישראל" המשפט 79 (2007).

פרק ד: הצעת מרידור והדיונים בממשלה

הדיונים על חוקי-היסוד לא החלו בשנת 1992, אלא קדמה להם היסטוריה ארוכה של דיונים והצעות חוק. במשך השנים נידונו הצעות שונות של חוקי-יסוד בנושא זכויות אדם בגלגולים רבים. לאורך הדיונים נידונו הסעיפים השונים – שחלקם מופיעים ללא שינויים מהותיים בחוקי-היסוד של שנת 1992 – וסוגיית הביקורת השיפוטית הנובעת מהם עלתה בדיונים אלה במפורש. כאמור, חוקי-היסוד מהווים שני חלקים מהצעת מרידור, אשר פוצלה על-ידי לארבעה חוקי-יסוד נפרדים – חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוקי-יסוד: חופש העיסוק, חוקי-יסוד: חופש הביטוי וחוקי-יסוד: חופש ההתאגדות. פיצול זה סלל את הדרך לחקיקתם של חוקי-היסוד, אך מבחינה מהותית היה דמיון רב בין החוקים המפוצלים לבין "ההצעה-האם" שזם מרידור.

בדיונים השונים שהתקיימו בממשלה ובוועדת השרים על הצעת החוק של מרידור עלה במפורש נושא הביקורת השיפוטית, וניתן לראות כי זה השפיע באופן משמעותי על ניסוחה של הצעה זו. סקירה קצרה של הדיונים בדרג הממשלתי תבהיר עניין זה. ב-9.4.1989 הביא שר המשפטים דן מרידור לדיון בישיבת הממשלה את הצעת "חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם", וביקש להעבירה לדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה ואכיפת חוק. מרידור הציג את ההצעה ואמר: "יש לנו הרבה חוקי יסוד שנוספו אחד על השני ובעצם, חסרים שני חוקים: חוק יסוד זכויות האדם וחוק יסוד החקיקה. אלה השניים העיקריים, כדי להשלים למעשה את מגילת החוקה." בהתייחסו לביקורת השיפוטית, ציין מרידור במפורש כי "הצענו גם להקים את המנגנון בבית המשפט העליון, שבו תיבדקנה טענות על כך, שחוק איננו תואם את חוק היסוד".²¹ לאחר דיון בממשלה שבו עלה נושא הסטטוס-קוו והחשש מפני פגיעה בו, העבירה הממשלה את הצעת החוק לדיון בוועדת השרים.²²

ועדת השרים דנה בהצעת החוק במשך כחצי שנה, קיימה לא פחות משבע-עשרה ישיבות בנושא, ודנה בכל סעיף וסעיף להצעה. שני סעיפים חשובים הופיעו בהצעת החוק והסדירו את עניין הביקורת השיפוטית. האחד היה סעיף 19 להצעת החוק, המוכר כיום כ"פסקת ההגבלה". סעיף זה עיגן את נושא הביקורת השיפוטית בקובעו:

19. פגיעה בזכויות יסוד – כיצד

אין פוגעים בזכויות יסוד של האדם אלא בחוק ההולם מדינה דמוקרטית ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

השני היה סעיף 24 להצעת החוק, אשר הסדיר את הפרוצדורה שבה תיעשה ביקורת שיפוטית זו:

21 פרוטוקול של ישיבת הממשלה ה-22 מיום 9.4.1989, בעמ' 25–27.
22 החלטה מס' 370 של הממשלה ה-22 "הצעת חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם" (9.4.1989).

24. תיקון חוק-יסוד: השפיטה

בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה סעיף קטן (ד) יסומן (י), ולפניו יבוא:

(ד) בית המשפט העליון ישוב גם כבית-המשפט לחוקה, ובשבתו כאמור ידון בשבעה שופטים או במספר בלתי זוגי גדול יותר, כפי שיורה נשיא בית-המשפט העליון.

(ה) כל אדם רשאי להשיג לפני בית-המשפט לחוקה על תוקפו של חוק או על תוקפה של הוראה שבו, מן הטעם שהחוק לא נתקבל ברוב הדרוש לקבלתו או שלא נתקיימו בו כל הוראותיו של סעיף 19 לחוק יסוד: זכויות היסוד של האדם..."

עיון בפרוטוקולים של דיוני ועדת השרים מעלה במפורש כי עניין הביקורת השיפוטית היה ברור לכולם, וחזר שוב ושוב בדיונים השונים. כך, לדוגמה, כבר בישיבה הראשונה שהתקיימה בתאריך 10.4.1989, ביקש שר הפנים אריה דרעי:

"אני היחיד שאיננו משפטן פה, תסביר לי עוד פעם את סעיף 24."

מרדור השיב והסביר:

"סעיף זה אומר, שאפשר לתקוף חוק שהתקבל בטענה שאיננו תואם או סותר או פוגע בזכויות היסוד על פי חוק היסוד הזה... אדם שנפגע... יכול ללכת לבית-המשפט לחוקה, או לבית המשפט העליון קודם, ולהגיד שהחוק הזה שהוא נפגע ממנו אינו תואם, ולבקש לקבוע שהוא בטל – או החוק או איזו הוראה בו."²³

בישיבה בתאריך 1.5.1989 התייחס השר אהוד אולמרט להגבלות החקיקה שחוק-יסוד זה יוצר, ואמר:

"כל מטרתו של חוק יסוד מן הסוג הזה זה למנוע אפשרות שהכנסת תחוקק חוקים מסוימים."²⁴

ב-19.6.1989 הקשה שר הפנים דרעי וביקש שיובהר לו עניין שמירת הדינים. חששו היה כי סעיף 19 להצעת החוק עלול לגרום לביטול חוקים קיימים:

"אם כך הבינותי נכון, שסעיף 19 מתכוון גם לחוקים קיימים. לפי מה שאני הבנתי מדברי יו"ר הוועדה, הוא חושש (מכך), ולכן נקבעו הסייגים כפי שהם מנוסחים בסעיף 20 לגבי חוקים קיימים [הכוונה לחוקים שחוקקו עובר לחוק-

23 פרוטוקול ועדת השרים לענייני חקיקה ואכיפת חוק (10.4.1989).

24 פרוטוקול ועדת השרים לענייני חקיקה ואכיפת חוק (1.5.1989).

היסוד ואשר נהנו מהגנתו של סעיף שמירת הדינים – א' ר', שהיות והם לא הולמים... מדינה דמוקרטית או הם עולים על הנדרש [מבחינת מידתיות הפגיעה שלהם – א' ר'], לכן הוא טרח לכתוב את הסייגים האלה בסעיפים 20 ו-21 כדי שבסעיף 19 בית המשפט לחוקה כשיידרש יתמודד עם הסוגיה הזאת. אני אומר רק מה אני הבנתי מהדברים כאן."

לאחר הסבר מפורט של השר מרידור על סעיפי שמירת הדינים שבסעיף 20, שאל השר דרעי:

"סעיף 19 מדבר על חוק רק לעתיד לבוא?"

ונענה על-ידי מרידור:

"רק לעתיד."

אך חששו של דרעי לא הופג, והוא דאג שמא סעיף 19, אשר כלל את פסקת ההגבלה, עלול למנוע חקיקה דתית עתידית:

"לגבי המשמעות עד כמה שאני מבין, המשמעות של סעיף 19 שהוא יוצר מצב שכל חוק שקשור בחקיקה דתית לא יתקבל בכנסת."

על כך השיב השר מרידור:

"אם הוא הולם מדינה דמוקרטית הוא יתקבל."

היועץ המשפטי לממשלה, יוסף חריש, ניסה להפיג את חששו של השר דרעי ואמר:

"אני מבקש להבהיר. סעיף 19 אין בו שום מקום לחשש שאתה חושש. אנחנו בסעיפים הקודמים קבענו אבני יסוד לגבי זכויות האדם. אבל כיוון שאנחנו יודעים את צרכי החיים, ואנחנו יודעים שלפעמים יש ויש צורך או לשלול או להגביל, ולפעמים אפילו החיים כולם, והערך העליון הוא הערך של חיים, ידענו שעשויה לבוא הכנסת כמחוקק ולרצות בחוק לגרוע מאותן זכויות. רצינו להטיל מגבלות לעתיד לבוא על המחוקק, שלא יהיו לגעת באותם ערכי יסוד שקבענו קודם, אלא בחוקים צדיקים – זה לא כתוב כך, אילו יכולנו להשתמש במליצה היינו אומרים את הביטוי העברי, היהודי: חוקים צדיקים. יש חוקים ויש חוקים צדיקים, ורק בחוקים צדיקים והנוסח שכתבתי לי: שרק כמשפט ורק לצרכים שהתכלית הראויה מצדיקה, אין גורעים אלא כמשפט ובחוק ההולם מדינה נאורה ודמוקרטית, ואף במידה הנדרשת. זאת אומרת, לעולם לא יוכל המחוקק לבוא רק

משום שיש לו הכוח לחוקק לגעת כהוא זה באותן זכויות, אני תמה איך זה פוגע בחוקים דתיים, הלא זה בדיוק תואם את החוקים הדתיים. מנין שואבים העקרונות אם לא ממורשתנו, מבלי שאנחנו שמים על כך את הדגש.²⁵

גם עניין מעמדם הנורמטיבי של חוקי-היסוד נידון בדיונים. בישיבה שהתקיימה ב-16.4.1989 ציין השר משה שחל ("העבודה"):

"לא די בכך שנכתוב או נחוקק חוק שאנחנו נקבל אותו כעוד חוק בספר החוקים... היה צורך לתת מעמד נורמטיבי עדיף לחוק היסוד. וכדי לעשות זאת קיימות שתי אפשרויות או שתי תשובות שחייבים להשיב עליהן. צריכה להיות ביקורת שיפוטית, וצריך להיות הליך שבא לשריין את החוק הזה, ולתת לו עדיפות על חוקים רגילים. בלי שני אלה עם כל הכבוד, אני יכול להסתפק במגילת העצמאות."²⁶

גם בישיבה שהתקיימה ב-3.7.1989 חזר השר מרידור וציין:

"רוב הדברים והזכויות הללו נקבעו כבר. אנחנו קובעים היום חוקה."²⁷

כאמור, היעדרותו של סעיף 24 מחוקי-היסוד שנחקקו בשנת 1992 מעלה טענה כי מקור הביקורת השיפוטית היה בסעיף זה, והעדרו מעיד כי הכנסת לא ביקשה להעניק סמכות של ביקורת שיפוטית על חוקיה. עם זאת, בחינת הסעיפים מראה כי סעיף 19 הוא הקובע את עקרון הביקורת השיפוטית, בעוד סעיף 24 רק קובע את המנגנון להפעלת ביקורת זו. גם ועדת השרים הייתה מודעת להבחנה זו, ובישיבה מתאריך 24.7.1989 חידד וציין השר מרידור:

"מה היה קורה לולא הכנסנו כאן את סעיף 24? לולא הכנסנו סעיף זה היה מצב שישנו חוק יסוד שקובע קביעה שהיא נורמטיבית גבוהה יותר מהחוקים האחרים, והחוקים האחרים צריכים להיות מתאימים לה, ואנחנו לא קובעים שום מנגנון מה יקרה אם הכנסת תחוקק חוק שסותר את חוק היסוד. אם אנחנו לא קובעים שום מנגנון מה יקרה אם הכנסת תחוקק שסותר את חוק היסוד. אם אנחנו לא קובעים אני מניח... שכל שופט בבית משפט שלום, מחוזי ועליון, רשם של בית משפט בהוצאה לפועל יכול להודיע שחוקי הכנסת אינם תקפים בעיניו."²⁸

25 פרוטוקול ועדת השרים לענייני חקיקה ואכיפת חוק (19.6.1989).

26 פרוטוקול ועדת השרים לענייני חקיקה ואכיפת חוק (16.4.1989).

27 פרוטוקול ועדת השרים לענייני חקיקה ואכיפת חוק (3.7.1989).

28 פרוטוקול ועדת השרים לענייני חקיקה ואכיפת חוק (24.7.1989).

גם בתאריך 7.8.1989 התייחס השר מרידור לסעיף 19 ואמר:

"סעיף 19 הוא הקובע שהכנסת אינה רשאית לחוקק חוקים הפוגעים אלא בדרך מסוימת."

השר פרופ' אבנר חי שאקי הביע באותה ישיבה את הסתייגותו מעניין הביקורת השיפוטית, ותהה:

"האם באמת אפשר לומר שהכנסת הזאת והעם בשלים לכך שיהיה מוסד-על, שלמעשה יעמוד מעל הכנסת ויכריע בסוגיות שהוא לא נבחר להן והעם לא ראה בו מעולם את המכריע בשאלות אלו."²⁹

הצעת החוק של השר מרידור ירדה משולחן הדיונים לאחר נפילתה של ממשלת האחדות הלאומית. כחלק מהמשא-ומתן להקמת הקואליציה השנייה של שמיר נחתם הסכם קואליציוני בין סיעת "הליכוד" לבין חברותיה בקואליציה, ובו נקבע, כאמור, כי הצעות חוקי-יסוד יתקבלו בהסכמת הסיעות המשתתפות בקואליציה. כמו-כן, על-פי הסכם-מסגרת לשיתוף-פעולה שנחתם בין "הליכוד" לבין חברי-הכנסת היחיד הרב אליעזר מזרחי, נקבע כי –

"חוק זכויות האדם לא יוגש אלא בהסכמה ובתיאום בין הסיעות הליכוד וחבר הכנסת מזרחי."³⁰

כך נקברה סופית הצעת החוק של שר המשפטים ונותרה הצעת החוק שלי, שעברה כזכור בקריאה המוקדמת, אם כי מדיוניה של ועדת השרים עלה החשד שהגוש הדתי-החרדי ממילא לא היה מאפשר להעביר את הצעת החוק של מרידור. הדיונים בוועדת השרים ממחישים דבר חשוב: במשך שבע-עשרה ישיבות דנו השרים בתוכנה של הצעת החוק וביקשו למצוא דרך להתמודד עם הביקורת השיפוטית שנובעת מסעיף 19, ולהגבילה לפי המנגנון שבסעיף 24. לאחר שנטלתי את הצעת החוק של מרידור ופיצלתי לארבעה חלקים, ירד סעיף 24 מהנוסח הסופי של שני חוקי-היסוד שהתקבלו והועבר לחוק-יסוד: החקיקה, שהיה אמור לבוא בעקבותיהם. העברה זו נבעה משתי סיבות, שאציגן בהמשך.

29 פרוטוקול ועדת השרים לענייני חקיקה ואכיפת חוק (7.8.1989).

30 ס' 22 להסכם-המסגרת לשיתוף-פעולה, ניתן לצפייה באתר הכנסת – ראו ה"ש 16 לעיל. הסכם זה בין מפלגת השלטון לבין חברי-כנסת יחיד קבע למעשה שדעתו של חברי-הכנסת היחיד גוברת על הרוב המכריע של הכנסת, אשר הצביע, כפי שראינו, ברוב של 53 נגד 19 בעד הצעת החוק שיוזמתי ואשר הלכה בעקבות הצעת החוק הממשלתית. קשה לתאר אירוע סמלי יותר לניוונו של שיטת הממשל בישראל – זו אשר אימצה שיטת בחירות יחסיות המולידה תוצאות כל-כך לא-יחסיות.

פרק ה: גודל התמיכה הפרלמנטרית

אחת הטענות המשמעותיות שהושמעו נגד חוקי-היסוד היא שהם התקבלו במיעוט חברי-כנסת נוכחים וברוב קטן. אכן, בהעדרו המוזר של חוק-יסוד: החקיקה, כל רוב – אפילו זעיר – יכול להעביר חוקי-יסוד, וזאת גם כאשר במליאה נוכח מספר קטן של חברי-כנסת. אך זה אינו המקרה של שני חוקי-היסוד. אלה התקבלו לאחר שורה של הצבעות – במליאה ובוועדה – ואין כל ספק שרוב סיעות הבית וחבריו תמכו בהם.

כאמור, תהליך החקיקה החל ב-15.11.1989, לפני "התרגיל המסריח", כאשר הגשתי את חוק-יסוד זכויות האדם המלא לקריאה מוקדמת, והוא התקבל ברוב של 53 נגד 19 ו-4 נמנעים.³¹ זהו רוב חריג בכנסת שבמליאתה מצויים בדרך-כלל רק חלק מחבריה, לעיתים קרובות פחות מ-50%, ועובדה היא שהמתנגדים – כל המחנה הדתי-חרדי – לא הצליחו להגיע לשישית מחברי הבית.

הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר הוגשה לאחר שפוצל החוק לארבע הצעות חוק, עברה בנוכחות מספר חברי-כנסת קטן יותר. הרוב לא התייחס ברצינות ליוזמתי, שכן ההנחה הכללית הייתה שגורלה יהיה כגורל קודמותיה, ושהיא תיגנוז בטרם תגיע לקריאות השנייה והשלישית. הקריאה הטרוםית עברה ב-30.4.1991 ברוב של 13 כנגד 0 מתנגדים או נמנעים.³² בקריאה הראשונה, שהתקיימה ב-24.12.1991, כאשר כבר החלה מסתמנת פשרה בעניין ניסוח החוק, ונראָה כי למרות התנגדות הממשלה יש סיכוי כלשהו לקבלת החוק, עברה הצעת החוק ברוב של 40 כנגד 12 מתנגדים ונמנע אחד.³³

בינתיים, הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק עברה ב-8.5.1991 בקריאה המוקדמת ברוב של 15 וללא מתנגדים ונמנעים,³⁴ וכן בקריאה הראשונה ב-28.1.1992 ברוב של 22 נגד 15.³⁵ בקריאות השנייה והשלישית, שהתקיימו ב-3.3.1992, עברה ההצעה ברוב של 23, ללא מתנגדים או נמנעים.³⁶ זאת, אף שהיה בחוק סעיף שריון שקבע כי אין לשנותו אלא ברוב של חברי-הכנסת – נתון אשר באותם ימים התפרש כמבטיח ביקורת שיפוטית.³⁷

ב-17.3.1992 עבר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בקריאה שלישית, ברוב של 32 מול 21 ועם נמנע אחד.³⁸ לראשונה קיבלו מתנגדי החוק יותר מ-20 קולות, והסעיף לגבי שריון החוק נפל על חודו של קול – קולו של חבר-הכנסת צ'רלי ביטון, אשר שינה את

31 ד"כ 115, 412 (התש"ן).

32 ד"כ 121, 3309 (התשנ"א).

33 ד"כ 124, 1532 (התשנ"ב).

34 ד"כ 121, 3486 (התשנ"א).

35 ד"כ 124, 2610–2611 (התשנ"ב).

36 ד"כ 125, 3393 (התשנ"ב).

37 ראו להלן ה"ש 45 והטקסט שלידה.

38 ד"כ 125, 3793 (התשנ"ב).

הצבעתו לאחר שהוכרזו התוצאות. בהצבעה זו עלה בכירור עניין התנגדותם של כמה חברי־כנסת מ"הליכוד" לביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת, ומשום כך הצטרפו אלה להתנגדותם של חברי־הכנסת החרדים, אשר באה לידי ביטוי בהצבעתם אף שהושגו כל הפשרות הנדרשות עימם.

בהצבעה זו השתתפו בסך־הכל 54 חברי־כנסת, אך מספר נמוך יחסית זה נבע מנסיבות ההצבעה. זו נערכה זמן קצר לפני הבחירות לכנסת השלוש־עשרה, שהתקיימו ב־23.6.1992, ועל־כן רבים מחברי־הכנסת מ"העבודה" ומ"הליכוד" התקזזו זה עם זה כדי להשתתף בתעמולת הפריימריז. גם רבים אחרים שהיו בעד החוק נעדרו מהבניין מבלי להתקזז, ביודעם כי החוק הובא למליאה עם הסכמה בין־מפלגתית שהושגה בוועדת החוקה, חוק ומשפט. הסכמה זו הקטינה את מידת נכונותם של חברי־כנסת רבים להישאר בבניין בשעה שגורלם נחרץ באספות מפלגתיות המתקיימות מחוץ לו. אזכור לעובדה זו מצוי בדבריו של שר המשפטים דן מרידור, אשר הסכים לטענה כי "חוקים כאלה ראוי לקבל ברוב גדול של היושבים בבית", אך הוסיף:

"עשרות הח"כים הנוכחים בהצבעה נובעים מכך שהם 'מקווזים' זה בזה בין שתי סיעות גדולות, שאין ביניהן, או לפחות בחלקן ניגוד בנושא זה."³⁹

אכן, החוק הובא בהסכמתם של נציגי הסיעות בוועדת החוקה, חוק ומשפט, ולכן הסכמה זו עוררה קיזוזים כמקובל בכנסת, בעיקר בתקופת פריימריז. סיבה נוספת למיעוט המצביעים היא שבבוקרו של ה־17.3.1992 ביקש ממני יושב־ראש הכנסת דב שילנסקי לדחות את ההצבעה על החוק ולקיימה רק לאחר ההצבעה על התיקונים לחוק הערבות, שאותה יזם חבר־הכנסת שמעון שיטרית. הנימוק היה שתיקוני חוק הערבות חשובים לחבר־הכנסת שיטרית כחלק ממסע הבחירות שלו, וכי אין שום בעיה בשינוי סדר ההצבעה. אני, בחולשתי, הסכמתי להצעה, אך התנתי זאת בכך שחבר־הכנסת שיטרית ידאג לכך שחברי סיעתו יישארו להצבעה על חוקי־היסוד. בהצבעה על תיקוני חוק הערבות השתתפו שישה־עשר חברי־כנסת מ"העבודה", ומייד לאחריה החלו חלקם לעזוב את אולם המליאה. בראותי זאת רצתי אל דלת היציאה בניסיון לחסום את יציאתם ולהזכיר להם את הבטחתם להישאר להצבעה (זו גם הסיבה לעובדה שלא נאמתי בדיון החשוב שהתקיים בהצעת חוק־היסוד שיזמתי), אך הכל היה לשווא. חברי־כנסת מ"העבודה" עזבו את המליאה, ובהצבעה על חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו השתתפו רק שבעה מחברי סיעת "העבודה". אילו רק אחד מהעוזבים היה מסכים להישאר, הייתה נופלת ההסתייגות לגבי שריון החוק, וחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמו אחיו על חופש העיסוק, היה משוריין. אחד הנימוקים של היוצאים היה ש"הכל בלאו הכי כבר מוסכם". כך "תרמתי" במו ידי להקטנת התמיכה בחוק שיזמתי.

39 ד"כ 125, 3789 (התשנ"ב).

יתר על כן, אילו נשאר חברי סיעת "העבודה" שהצביעו בעד הצעת חוק הערכות, הייתה הצעת חוק היסוד עוברת כשבמליאה נוכח רוב מוחלט של חברי הכנסת.⁴⁰ את העדות החזקה ביותר לכך שרוב חברי הכנסת תמכו בחוק היסוד ניתן להסיק מהשינויים שעליהם הצביעה הכנסת בשנת 1994. שינויים אלה, שהעמיקו את מעמדם הליברלי של חוקי היסוד בהכניסם את ההפניה להכרזת העצמאות, נידונו כבר לאחר שנשיא בית המשפט העליון, פרופ' אהרן ברק, הצהיר בפומבי כי מדובר ב"מהפכה חוקתית", ולאחר שגם העיתונות עמדה – אם כי באיחור – על חשיבותם ומשמעותם של שני חוקים אלה. למרות זאת נחקקו אלה למעשה מחדש ברוב של 82 נגד 11 עם נמנע אחד בקריאה הראשונה (ב-15.2.1994)⁴¹ וברוב של 67 נגד 9 בקריאות השנייה והשלישית (ב-9.3.1994).⁴² זהו רוב מסיבי, אשר גדול מן הרוב שבו קיבלו מדינות אחרות חוקים דומים.⁴³ קשה למצוא בדברי הכנסת הצבעות מהותיות – למעט הצבעות שבהן נדרש רוב מוחלט – שעברו ברוב כמו זה שקיבלו שני חוקים אלה. אם מביאים בחשבון את כל ההצבעות שהתקיימו בכנסת בנושא זה, כולל ההצבעה הראשונה בקריאה המוקדמת על החוק הלא-מפוצל, מגיעים לתשעה סיבוכים של הצבעות (ההצבעה בקריאה המוקדמת על הצעת החוק הכוללנית, שלוש הצבעות על שני חוקי היסוד המפוצלים ושתי הצבעות על התיקונים של 1994). כרגיל בכנסת, נתוני הרוב והמיעוט משתנים בהתאם ליום ולשעה שבהם ההצבעה נערכת וכן בהתאם לפעילות המפלגתית המתקיימת באותה עת, בעיקר ערב בחירות. בתשעת הסיבוכים נע הרוב שהצביע בעד חוקי היסוד בין 11 ל-82, ואילו ההתנגדות להם נעה בין 0 ל-21 מתנגדים. בחישובי ממוצעים הצביעו בתשעת הסיבוכים האלה 38.5 חברי כנסת בעד ההצעות, לעומת 9.6 חברי כנסת בלבד – פחות מעשירית הבית! – שהצביעו נגדן.

40 בסך-הכל עזבו את המליאה תשעה מחברי סיעת העבודה לפני ההצבעה על הצעת החוק.

41 ד"כ 135, 4555 (התשנ"ד).

42 ד"כ 136, 5439 (התשנ"ד).

43 קשה להשוות הליכי קבלת חוקה במדינות אחרות לתהליך הישראלי יוצא-הדופן. עם זאת, יצוין כי אישור חוקת ארצות-הברית על-ידי המדינות התקבל גם הוא ברוב לא-מרשים. החוקה שהתקבלה בפילדלפיה אושרה על-ידי האספה של מסצ'וסטס ברוב של 19 בלבד מבין 355 חבריה; בפנסילוניה היה רוב של 46 נגד 23, ובניו-המפשייר – 57 נגד 46. קטן עוד יותר היה הרוב שבו אישרו שתי מדינות את הצעת החוקה בסיבוב נוסף, לאחר שנמנעו מאישור זה בסיבוב הראשון. בוורג'יניה, שהייתה מבחינות רבות מנהיגת המהלכים החוקתיים, אושרה ההצעה ברוב זעום של 10 מתוך 168 חבריה, ובמדינת ניו-יורק ניתן האישור – בליווי הדרישה שתיוקו זכויות האדם יצורפו אליה – בתמיכתם של 30 נגד 2. ראו: THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA: ANALYSIS AND INTERPRETATION 1–30 (Norman J. Small & Lester S. Jayson eds., 1964). הרוב שבו התקבלו שני חוקי היסוד בעניין זכויות האדם מרשים מבחינה נוספת: בדרך-כלל חוקות מתקבלות בימים הנקראים "רגע היסטורי", כגון הקמת מדינה חדשה או שינוי רדיקלי במשטר, כפי שקרה בגרמניה וביפן לאחר מלחמת-העולם השנייה, וכפי שקרה בדרום-אפריקה כאשר בוטל משטר האפרטהייד והתרחש המעבר למשטר ליברלי. לעומת זאת, ההצבעה על חוקי היסוד אירעה שנים רבות לאחר שהרגע ההיסטורי הוחמץ. בהתחשב בעובדה זו, הרוב מרשים ביותר.

לסיכום עניין זה ייאמר כי במסכת חקיקה ממושכת זו התרחשו הצבעות רבות, שברובן תמך רוב גדול במה שכונה מאוחר יותר "מהפכה חוקתית". מי שסוקר מסכת זו של הצבעות חייב להגיע למסקנה אחת: היה בכנסת במהלך השנים 1989–1994, ובתקופת כהונתן של שתי כנסות (השתיים-עשרה והשלוש-עשרה), רוב מסיבי למען חקיקת חוק-יסוד בעניין זכויות האדם, שיעמוד מעל לחקיקה הרגילה ויאפשר ביקורת שיפוטית על חקיקה נוגדת. ביטול הסעיף בדבר שריון החוק בקריאה השלישית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – שנעשה עקב שינוי הצבעתו של חבר-כנסת יחיד מטעמים אישיים (מבעד לנגד),⁴⁴ לאחר שהודעה כבר התוצאה החיובית של ההצבעה – הוא אירוע שאין לייחס לו משקל מוסרי וציבורי. הנוכחות הדלה במליאה הייתה תוצאה מקרית שנבעה מתקופת הפריימריז, מחולשה אישית שלי (שהסכמתי לשינוי סדר-היום) ומהפרה בוטה של התחייבות מצד סיעת "העבודה". מעניינות במיוחד ההצבעות בשנים 1989 ו-1994, שבהן הביעה הכנסת ברוב מסיבי את תמיכתה בחוקי-היסוד המגינים על זכויות האדם באמצעות ביקורת שיפוטית. העובדה שרוב כזה הושג נגד עמדת הממשלה והעומד בראשה היא – עד כמה שידיעתי משגת – יחידה בהיסטוריה.

פרק ו: עניין הביקורת השיפוטית

כאמור, אין להתעלם מנימוק אחד הפוגע בטענה שבית-המשפט קנה זכות לביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת מכוח שני חוקי-היסוד. הכוונה היא להשוואה בין שני חוקי-יסוד אלה לבין הצעת "חוק יסוד: זכויות היסוד של האדם", אשר עברה בקריאה מוקדמת במליאה והייתה העתק מלא כמעט של הצעת החוק של שר המשפטים. בהצעת החוק המלאה הוזכר מפורשות עניין הביקורת השיפוטית באמצעות בית-המשפט העליון, ואילו בשני החוקים אין שום סעיף מפורש על ביקורת שיפוטית. להשמטה זו שתי סיבות: ראשית, שני החוקים נחקקו בתקופה שבה ההשקפה הכללית של חברי ועדת החוקה ושל חברי-כנסת רבים הייתה שאם יש שריון פורמלי של חוק – דהיינו, שאין לבטלו או לשנותו ברוב רגיל – אזי קיימת ביקורת שיפוטית, וזאת על-פי ההלכה שהתגבשה בפסק-דין ברגמן.⁴⁵ מכיוון שבשני החוקים היו סעיפי שריון

44 מעניין שחבר-הכנסת צ'רלי ביטון דווקא תמך בשריון החוק כאשר עלתה הצעת חוק-יסוד: חופש העיסוק לקריאה הראשונה בתאריך 28.1.1992, באומרו כי "זהו חוק המשריין זכות יסוד בכל משטר דמוקרטי, וטוב מאוד שיהיה לנו חוק כזה, ושטוב שהוא יהיה משוריין". ראו ד"כ 124, 2601 (התשנ"ב).

45 פסק-הדין בחן את תוקפו של ס' 6 לחוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת), התשכ"ט-1969, בשל היותו סותר את עקרון השוויון שבס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת. ס' 4 לחוק-היסוד הוא סעיף משוריין, ונדרש רוב של חברי-כנסת על-מנת לשנותו. בדיון אם בבחינת הפגיעה בס' 4 מוקנית לבית-המשפט סמכות ביקורת שיפוטית, פסק בית-המשפט כי כשירותו המשפטית של דבר חקיקה היא דבר שפיט לפני בית-המשפט, וכי הוא יכול להפעיל ביקורת

כאלה – ואיש לא העלה בדעתו את שעמד להתרחש עקב שינוי הצבעתו של חבר-הכנסת צ'רלי ביטון בעת הקריאות השנייה והשלישית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – סברתי שעניין הביקורת השיפוטית נגרר ובא לעולם על-ידי שריוני החוקים. שנית, במגעים בין הסיעות סוכם שעניין דפוסי הביקורת השיפוטית יושארו לחוק-יסוד החקיקה, שהיה מונח אז על שולחן הכנסת והסדיר עניין זה לגבי כל חוקי-היסוד.⁴⁶ אכן, כוונתי וכוונת תומכי החוק הייתה ברורה: תהיה ביקורת שיפוטית לפי חוקים אלה. העניין עלה במפורש בכל גלגולי החוקים. בדיקת הדיונים בוועדה ובמליאה מצביעה על כך. כבר בישיבה הראשונה של ועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא זה, שהתקיימה בתאריך 1.7.1991, ציין יושב-הראש אוריאל לין כי הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יוצרת מצב –

”שכל בית משפט יוכל לקבוע שהוראת חוק היא לא תקפה משום שהיא פוגעת בזכויות יסוד שנקבעו בחוק זה. זה המצב המשפטי לפי ההצעה שלפנינו.”⁴⁷

השפעת הביקורת השיפוטית עלתה גם בהקשר של בטחון המדינה. במהלך הדיון בוועדה שאל אוריאל לין את פרופ' יצחק זמיר:

”אם יתקבל סעיף זה [הכוונה לפסקת ההגבלה – א' ר'], האם אין הוא עלול לגרום לכך שיבוטלו תקנות שעת-חירום כלשהן או חוקים אחרים?”⁴⁸

פרופ' זמיר השיב:

”יכול להיות שהוראה מסוימת, בין בתקנות שעת חירום ובין בחוק אחר, איננה מתיישבת עם הוראת סעיף זה מפני שהיא במידה 'שעולה על הנדרש'. אבל אם בית משפט חושב שהיא פוגעת במידה 'שעולה על הנדרש', אינני יודע אם היא ראויה להגנה.”⁴⁹

הסתייגותי שלי בנוגע לביקורת השיפוטית הייתה בכיוון אחר: הצעתי להגביל את סמכות הביקורת לבית-המשפט העליון בלבד, ואף ציינתי כי –

שיפוטית במקרים של פגיעה בחוק משוריין. בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 696 (1969).

46 בתאריך 13.1.1992 הגיש שר המשפטים דן מרידור לממשלה את הצעת חוק-יסוד: החקיקה. ס' 35 – 36 להצעה הסדירו ביקורת שיפוטית על-ידי בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לעניינים חוקתיים. ראו הצעת חוק יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ב 147.

47 פרוטוקול ישיבה מס' 275 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 12 (1.7.1991).

48 שם, בעמ' 9.

49 שם.

"בית המשפט המחוזי חייב להעביר את העניין לבית המשפט העליון. אני לא מוכן שבית משפט שלום יפסוק שחוק של הכנסת הוא לא קונסטיטוציוני."⁵⁰

אך עניין זה הושאר כאמור לחוק-יסוד: החקיקה, שהיה אמור לבוא בעקבות שני חוקי זכויות האדם.

בישיבה נוספת, שנערכה ב-5.2.1992, ציין פרופ' נחום רקובר:

"כאן מוצעת אפילו אפשרות של ביטול תוקפו של חוק משום שאינו תואם את מה שנקבע בחוק הזה."⁵¹

בישיבה זו אף נשאלתי מפורשות על-ידי יושב-הראש אוריאל לין:

"אבל אם חוק רגיל יבוא ויסתור את הנאמר מפורשות בסעיף זה [הכוונה לסעיף 8, פסקת ההגבלה – א' ר'], אותו חוק שיחוקק בעתיד יתבטל. זו הכוונה?"⁵²

תשובתי הייתה:

"בוודאי. אפשר להבהיר זאת במשפט נוסף בסעיף 8, אם כי לדעתי סעיף 8 בנוסח המונח לפנינו כבר אומר זאת."⁵³

זו הייתה הודעה מפורשת על כך שהביקורת השיפוטית נובעת לא רק משריון החוק, אלא גם מסעיף ההגבלה.

כתוצאה מנושא הביקורת השיפוטית, שעל-פי חוקים אלה הייתה עתידה להסמיך את בית-המשפט העליון – ואולי אף בתי-משפט אחרים – לבחון את חוקי הכנסת, העלו חברי-הכנסת הדתיים כמה חששות. אחד מהם היה עניין חופש התנועה. החשש היה שהענקת חופש תנועה בתוך מדינת-ישראל עלולה להוביל לכך שבית-המשפט העליון יבטל חקיקה או תקנות המונעות תחבורה ציבורית בשבת, וכי חופש התנועה יאפשר לכל אדם תנועה בשבת באזורי מגורים של דתיים. בדיון הוועדה שנערך בתאריך 5.2.1992 אמר יצחק לוי:

"יש בחוק כמה סעיפים היכולים לפגוע בחוקים הנוגעים לעניינים הדתיים, וזה אחד מהם. אנו נתמוך בחוק אם הדברים האלה יובטחו, גם לגבי העבר וגם לגבי העתיד."⁵⁴

50 שם, בעמ' 12.

51 פרוטוקול ישיבה מס' 342 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 9–10 (5.2.1992).

52 שם.

53 שם.

בהמשך הוא אף אמר מפורשות:

”אנשים יפנו לבג”ץ. אני רוצה לשמור על חוקים קיימים.”⁵⁵

בישיבה שנערכה ב־9.3.1992 העלה חבר־הכנסת שמואל הלפרט את הנושא ואמר:

”משמעות הסעיף הזה [הכוונה לסעיף 5(א) להצעת החוק, שהעניק חופש תנועה בתוך ישראל – א' ר'] היא שאדם יוכל לנסוע בשבת במאה־שערים ובבני־ברק, ברחובות שכיום הם סגורים לתנועה בשבת. אם יתקבל החוק הזה, חייבים יהיו לפתוח אותם לתנועה בשבת כי החוק הזה אומר במפורש כי כל אדם חופשי לנוע בארץ כרצונו.”⁵⁶

לאחר דיונים רבים בנוגע לחופש התנועה הציע אוריאל לין למחוק את סעיף 5(א), והצעתו התקבלה. עניין חשוב זה ירד אפוא בעיקר בשל החשש מתוצאת הביקורת השיפוטית.

חשש עיקרי נוסף מעניין הביקורת השיפוטית נגע בחקיקה הדתית שכבר הייתה קיימת, ובעיקר בדיני נישואין וגירושין על־פי דין תורה. בשל הביקורת השיפוטית שהייתה עתידה להיות מוענקה לבית־המשפט, חששו חברי־הכנסת הדתיים כי חקיקת עבר דתית עתידה להיפסל, וביקשו לקבע ”נצחונות עבר”. בתאריך 1.7.1991, במהלך דיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט, אמר יצחק לוי:

”אם חוק נישואין וגירושין יעמוד מול החוק הזה אפשר יהיה לטעון שהוא לא הולם מדינה דמוקרטית... זה יקעקע דברים שאנחנו רואים בהם יסודות של מדינה יהודית אף כי הינה מדינה חילונית.”⁵⁷

ב־25.2.1992 הוא שב וציין:

”החוק הזה יכול למנוע חקיקה דתית עתידית, וזו בעיה גדולה... , כאשר נבוא בהצעת חקיקה כלשהי שנוגעת לנושא דתי, יוכלו על פי סעיף זה לפגוע בחקיקה הזאת או לבטל אותה.”

על טענה זו ענית:

54 שם, בעמ' 15.

55 שם, בעמ' 16.

56 פרוטוקול ישיבה מס' 356 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־12, 31 (9.3.1992).

57 ראו לעיל ה"ש 47, בעמ' 15.

"חקיקה דתית לא צריכה לפגוע בכבוד האדם וחירותו."⁵⁸

בתאריך 9.3.1992 נכח בישיבה שר המשפטים דן מרידור והסביר את הסיבה לסעיף שמירת הדינים – שהיה קיים גם בהצעתו המקורית – באומרו:

"הדאגה היא פן ישבש החוק הזה חוקים קיימים... כל החוקים שנקראים חוקים דתיים מתקיימים וגוברים על החוק הזה. זה שימור בחקיקה של הסטטוס קוו הדתי. אם זה טוב ואם לא טוב, זאת פשרה, הרבה אנשים מצד שמאל של המפלגה הפוליטית כועסים על זה, הותקפת רבות בעיתונים על הסעיף הזה."⁵⁹

הנה כי כן, עינינו הרואות: עניין הביקורת השיפוטית היה לנגד עיניה של הוועדה בדיוניה בנושאים אלה.

נושא הביקורת השיפוטית עלה במפורש גם בישיבות המליאה השונות. בתאריך 10.12.1991 נערכה ישיבה שבה נידון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בקריאה ראשונה. חבר-הכנסת יצחק לוי התייחס לסעיף שמירת דינים ושאל:

"מה יהיה עם חקיקה עתידית בנושאים דתיים? האם החוק הזה קובע שמה שקיים – קיים, ומכאן ואילך לא תהיה חקיקה דתית? כיוון שמטבע הדברים יהיו תמיד אנשים שיבואו ויגידו, החקיקה הדתית סותרת את כבוד האדם ואת חירות האדם."

בהקשר של חופש התנועה ציין חבר-הכנסת לוי:

"מה עם שבת? יבוא אדם על סמך חוק-יסוד זה ויתבע את משרד התחבורה או את המדינה ויגיד, יש לי חוק-יסוד שכפי שאמרנו, הפרשנות שלו היא מעל לכל הפרשנות לחוקים האחרים – יש לי חוק-יסוד שאני חופשי לנוע בארץ כרצוני... מדוע אתם מגבילים אותי? מדוע אינכם מאפשרים לי?"⁶⁰

בהמשך הדיון על חקיקה דתית עתידית התפרץ חבר-הכנסת מיכאל איתן ואמר:

"בלונדון, בלי חוקה פסלו."⁶¹ (הכוונה, כנראה, לפסיקה אנגלית ליברלית בנושא זה.)

58 פרוטוקול ישיבה מס' 351 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 18 (25.2.1992).

59 ראו לעיל ה"ש 56, בעמ' 41.

60 ד"כ 123, 1238 (התשנ"ב).

61 ד"כ 123, 1239 (התשנ"ב).

חבר-הכנסת שבח וייס התייחס למעמדו הנורמטיבי של חוק-היסוד ואמר:

"אני הייתי רוצה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוק אוניברסאלי... מעל למדינה. מין חוק שהוא מעל המדינה, עד כמה שאפשר, כשכולנו יודעים שמדינה מגבילה וכן הלאה; משהו מרוח הקודש החוקתית השורה על העולם החופשי."⁶²

גם אני התייחסתי בדיון זה באופן מפורש לנושא הביקורת השיפוטית, ובהתייחסות לסעיף השריון שבחוק אמרתי:

"הסעיף האחרון הוא... ביקורת שיפוטית ראשונה במעלה."⁶³

מיכאל איתן אף הדגיש את המשמעות המעשית של עניין הביקורת השיפוטית ושאל:

"איך יכול להיות שאנחנו נעביר חוק כזה כאן בכנסת בלי לשים לב לכך, שמאחורי העניין הזה עומדת אוזורפציה – לקיחת סמכויות של הכנסת והמחוקק והעברתן לבית-המשפט העליון? כי מה אומר סעיף 7 [כיום סעיף 8, פסקת ההגבלה – א' ר'] – שים לב היטב למהות שלו. סעיף 7 אומר, שמהיום והלאה כל חוק שהכנסת תחוקק, ניתן יהיה לפסול אותו בנימוק שהחוק הזה פוגע בחוק-יסוד ומי שיטען את זה ילך לבית-המשפט הגבוה לצדק, או לבית-המשפט שתפקידו יהיה לפסול את החוקים שאנחנו מחוקקים, ומול כולנו, כמחוקקים, יעמדו שלושה או חמישה שופטים עליונים, והם יקבעו שהחוק שאנחנו חוקקנו אינו תקף. למה? – כי הוא עומד בסתירה לחוק-יסוד."

בתגובה עניתי:

"כל מהותה של חוקה היא לתת פיקוח מעל חוקי הכנסת."⁶⁴

דברים אלה לא נאמרו בחדרי-חדרים או בשיחות פרטיות, אלא במליאת הכנסת ובאופן ברור. אף-על-פי-כן קיבלה הכנסת את הצעת החוק.

גם בהליך חקיקתו של חוק-יסוד: חופש העיסוק היה עניין הביקורת השיפוטית ברור לכל. עוד בקריאה הראשונה של החוק, ב-28.1.1992, ציין חבר-הכנסת דוד ליבאי:

62 ד"כ 123, 1243 (התשנ"ב).

63 שם.

64 ד"כ 123, 1247 (התשנ"ב).

"בחקיקת חוק-יסוד זה נקבל על עצמנו בכנסת, ונטיל על הממשלה הגבלה, שלא לפגוע במעשה חקיקה או במעשה שלטוני בחופש העיסוק, אלא לפי חוק של הכנסת, שבא לשרת את הכלל."⁶⁵

חבר-הכנסת אליקים העצני אף התריע:

"רוצים להגניב חוקה כתובה, אשר תגביל את הכנסת מלחוקק חוקים הנוגדים עקרונות מסוימים, ומי יהיה הפוסק העליון? – בית המשפט."⁶⁶

ב-3.3.1992, בישיבת המליאה שבה התקבל חוק-יסוד: חופש העיסוק, עלתה הסתייגותו של חבר-הכנסת יצחק לוי מסעיף שריון החוק. בתגובה על הסתייגות זו ציין אוריאל לין:

"אם נקבל אותה – לא עשינו דבר, משום שמשמעות הדבר, שבכל חוק רגיל אפשר יהיה בעתיד לסתור את נורמת היסוד הטבועה בחוק זה."⁶⁷

היה זה, כאמור, בתקופה שבה שלטה הלכת ברגמן. בדיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט עלה נושא הביקורת השיפוטית של חוק-יסוד: חופש העיסוק. ב-17.2.1992 ציין נציג משרד המשפטים שלמה גוברמן:

"אם הכוונה היא – ועל זה הייתי מאד ממליץ – שחוק היסוד יהיה בנוי כך שאם איזו כנסת תרצה לחוקק חוק ולאסור על חופש עיסוק מסוים, לצמצם את חופש העיסוק, כי אז אותו חוק יהיה בלתי חוקי ובית המשפט יכריז על כך בהחלטותיו. דהיינו, בית המשפט יפסול את החקיקה של הכנסת."⁶⁸

הליך חקיקתם של חוקי-היסוד לא נסתר מעיני הציבור הרחב, וחלק אף ביקשו להביע עמדה לגביהם. כך, לדוגמה, בתאריך 22.12.1991 – תקופת הדיונים בוועדה – שלח שופט בית-משפט השלום בבאר-שבע מכתב ליושב-ראש הוועדה אוריאל לין ה"מתריע" בפניו על עניין הביקורת השיפוטית שחוק-היסוד מעניק לבית-המשפט העליון. גם האגודה לזכויות האדם בישראל שלחה באותו תאריך מכתב שבו ביקשה לתמוך בחוק ולהשתתף בדיוני הוועדה. נוסף על כך, הוועד המרכזי של לשכת עורכי-הדין, שהתבקש להופיע לפני הוועדה ולהציג את התייחסותו לחוקי-היסוד, שלח ב-4.2.1992, באמצעות נציג, חוות-דעת כתובה שהתייחסה לביקורת השיפוטית.

65 ד"כ 124, 2605 (התשנ"ב).

66 ד"כ 124, 2606 (התשנ"ב).

67 ד"כ 125, 3392 (התשנ"ב).

68 פרוטוקול ישיבה מס' 347 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 30 (17.2.1992).

גם בתקשורת הייתה התייחסות, אם כי מועטה, לחקיקת חוקי-היסוד. בתאריך 4.3.1992 פרסם עיתון **הארץ** את סדר-יומה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, וציין כי הוועדה תדון בהצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶⁹ כמו-כן, יום לאחר חקיקת חוק-יסוד: חופש העיסוק יצא העיתון בכתבה גדולה שכותרתה "חוקים שהתקבלו: אושר חוק יסוד חופש העיסוק". בכתבה זו רואיינתי וציינתי באופן שאינו משתמע לשני פנים:

"בפעם הראשונה מעמידה הכנסת זכויות אדם מעל לחקיקה הרגילה, ומאפשרת לבתי המשפט לבדוק את חוקיותו של חוק של הכנסת לאורו של חוק היסוד."⁷⁰

אמירה זו לא נאמרה בפגישה אישית עם חבר-כנסת פלוני, בישיבת ועדה או אפילו במליאת הכנסת, אלא פורסמה באחד משלושת העיתונים הגדולים בארץ. דברים אלה היו חשופים לעיני כל קורא כשבועיים לפני הקריאות השנייה והשלישית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין ספק שגם אם נפל פגם בהבנתם של חברי-הכנסת בנוגע לעובדה שחוק-היסוד מעניק סמכות ביקורת שיפוטית על חוקיה של הכנסת, כעת היה הדבר ברור לכולם. גם אם קודם לכן לא הבינו חברי-הכנסת את עניין הביקורת השיפוטית, מדוע הם העבירו את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כשבועיים אחרי אמירה פומבית זו? ניתן אם כן לראות כי הדברים היו ברורים לכל, וחברי-הכנסת הבינו בדיוק את משמעותם של חוקי-היסוד.

גם לאחר קבלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו פורסמה כתבה בעיתון **הארץ** שכותרתה "הכנסת אישרה את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". בכתבה זו הבעתי את מורת רוחי על היעדרותם של חברי סיעת "העבודה" מההצבעה, ואמרתי "במקום להיות נוכחים בהצבעה על חוק שהוא בסיס לחוקה עתידית, הם בחרו לרדוף אחרי קולות בוחריהם לקראת הפריימריס".⁷¹ באותה כתבה גם התייחסתי לקבלת ההסתייגות על סעיף השריון, וציינתי כי "למרות קבלת ההסתייגות לא תוכל הכנסת לקבל בעתיד חוקים הנוגדים את החוק החשוב הזה, אלא אם כן תשנה הכנסת במפורש את חוק היסוד ותקבע כי רצונה הוא לפגוע בזכויות האדם, כפי שפורטו בחוק".⁷²

עניין הביקורת השיפוטית הוזכר במפורש גם בשנת 1994, כאשר החוקים נחקקו למעשה מחדש, לאחר שכבר הייתה מחלוקת פומבית לגביהם ולפני פסק-הדין בפרשת **בנק המזרחי**.⁷³ בישיבת המליאה בתאריך 9.3.1994, שבה התקבל התיקון לחוק-יסוד: חופש העיסוק בקריאות השנייה והשלישית, הזכיר יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר-הכנסת דוד צוקר, לחברי המליאה כי "הדיון היום נערך כאשר אנחנו יושבים כאספה מכוננת", ובהמשך ציין:

69 גרעון אלון וצבי זרחיה "על סדר היום" **הארץ** 4.3.1992. א4.

70 גרעון אלון וצבי זרחיה "חוקים שהתקבלו: אושר חוק יסוד חופש העיסוק" **הארץ** 4.3.1992 א4 (ההדגשה הוספה).

71 גרעון אלון "הכנסת אישרה את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הארץ** 18.3.1992. א8.

72 שם.

73 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2.

"עכשיו באופן מפורש – מוסמך בית המשפט העליון בפועל, גם אם לא בכתוב, לבטל חוקים שאינם עולים בקנה אחד, או שאינם הולמים את חוק-יסוד: חופש העיסוק."⁷⁴

חבר-הכנסת דן מרידור שיבח את ראש הממשלה ואת חברי סיעת ש"ס וציין:

"לא חשוב מה הם אומרים על המערכת המשפטית, חשוב שהם נתנו לה היום סמכות לבטל חוקי כנסת."⁷⁵

יתר על כן, בקריאות השנייה והשלישית של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו העלה חבר-הכנסת איתן, בקריאות-ביניים חריפות וקשות, את עניין הביקורת השיפוטית, באופן שלא היה חבר-כנסת אחד במליאה שלא היה מודע למשמעות ההצבעה, ואף-על-פי-כן עבר החוק גם משוכה זו, אף אם ללא שריון פורמלי, כאמור. להלן עובדה מכרעת נוספת: למן שנת 1992 לא הוגשה לכנסת הצעת חוק שתכליתה לבטל או לשנות את שני חוקי-היסוד או לקבוע בהם איסור ביקורת שיפוטית. יש כאן תהליך ארוך של חקיקה ברורה והשלמה ממושכת עימה, אם כי ייתכן שאין השלמה עם תוכנה של התערבות זו ועם פרשנותו של בית-המשפט.⁷⁶ האמת קיצונית אף יותר: בעקבות קבלתם של חוקי-היסוד בעניין זכויות האדם, החלה הכנסת לברוק, באמצעות היעוץ המשפטי שלה, את התאמתן של הצעות חוק לחוקי-היסוד, ובדרך זו היא מפעילה ביקורת פרלמנטרית עצמית על הצעות החוק.⁷⁷

74 ד"כ 136, 5362 (התשנ"ד).

75 ד"כ 136, 5414 (התשנ"ד).

76 ראו את דבריו של חבר-הכנסת חיים רמון כפי שמביא אותם ספיר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 128: "חברי הכנסת, אני רוצה להזכיר לחברי הבית כיצד חוקקנו בשלהי הכנסת השתיים-עשרה את חוקי-היסוד. אני הייתי אז יושב-ראש סיעת העבודה, היתה התפוררות די גדולה של סיעת הליכוד והדברים היו די תלויים בנו. חבר הכנסת אמנון רובינשטיין בא ואמר לנו, שהוא מבקש שנעביר את העניין על דעת הסיעות הדתיות. ההבטחה שלו היתה, שהחוקים הללו יעברו תוך שמירת הסטאטוס-קוו. אפילו חבר הכנסת אמנון רובינשטיין, בוודאי לא אני – לא חשבנו שתהא פרשנות כפי שבית-המשפט פירש ושעל-פי החוק הוא רשאי לפרש [ההדרגה הוספה]. אני קורא למהפכה החוקתית הזאת: מהפכה חוקתית באקראי, כי המחוקק לא התכוון לה. בית-המשפט העליון היה רשאי לעשות זאת, ומבחינתו בדין עשה זאת, ואז נתקלנו בבעיה. כל הבעיה של ייבוא בשר לא כשר לארץ נבעה מהפרשנות של בית-המשפט העליון. כאשר חוקק חוק-יסוד: חופש העיסוק, מחוקקיו ואלה שעסקו בחקיקה לא העלו על הדעת שזאת תהיה הפרשנות." מדבריו של חבר-הכנסת רמון ניתן לראות כי לא עניין הביקורת השיפוטית היה מושא הוויכוח, אלא האופן שבו פירש והפעיל אותה בית-המשפט העליון. חשוב להבחין בין עניין הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית לבין אופן הפעלתה. חוקי-היסוד העניקו לבית-המשפט במכוון סמכות להפעיל ביקורת שיפוטית. עם זאת, קיימת ביקורת רבה על אופן הפעלתה של סמכות זו ועל הפרשנות הרחבה שהוענקה לה על-ידי בית-המשפט.

77 דוגמה טובה לכך היא חוות-דעתו של היועץ המשפטי של הכנסת, איל ינון, בדבר חוקתיותו של החוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011, אשר ניתנה תוך כדי הליך

דרישת ההתאמה לחוקי-היסוד יוצאת מתוך הנחה שמדובר בחוקים חוקתיים העומדים מעל לחקיקה הרגילה.⁷⁸

יש המתעקשים כי למרות כל זאת, לא הוכנסה הביקורת השיפוטית בדרך ברורה וחדה. לכאורה, לטענה זו יש יסוד-מה, שכן בסופו של דבר מנגנון הפעלתה של הביקורת השיפוטית לא אוזכר במפורש בשום חוק. אך כאשר משווים פרשה זו למקרים אחרים שבהם לא ניתנה סמכות מפורשת לבתי-המשפט לבדוק את חוקיותם של חוקים, המקרה הישראלי מתברר כמקרה קל.

המקרה הקלסי הוא כמובן עניין *Marbury v. Madison*, שבו נטל לעצמו בית-המשפט העליון האמריקאי סמכות זו אף שזכרה לא בא בחוקה עצמה.⁷⁹ אין זו תופעה יחידה: במאמר שפרסמתי לפני שנים רבות, ואשר הקדים את פסק-הדין בפרשת **בנק המזרחי**⁸⁰ בעשרים ותשע שנים, ביטאתי את הרעיון שלפיו גם בית-המשפט העליון הישראלי רשאי להכריז על בטלותו של חוק הסותר חוקי-יסוד, והבהרתי כי אין ללמוד דבר בעניין זה מהמשפט האנגלי, שכן אין בו מסמך חוקתי עליון שלאורו ניתן לשפוט חקיקה רגילה. לעומת זאת הצבעתי על שורה של פסקי-דין של מועצת המלך אשר קבעה סמכות מסוג זה לגבי דומיניונים (אוסטרליה, ציילון (כשמה אז) ודרום-אפריקה), שאכן הפעילו ביקורת שיפוטית על חוקים.⁸¹ היה זה, כך הסברתי, סימן-היכר של הגישה האנגלית-אמריקאית – גישת ה-Common Law – שאין נזקקים תמיד להסמכה מפורשת, וכי מקום שקיים דין צומחת גם סמכות שיפוט, על משקל האמרה הלטינית "ubi jus ibi remedium" ("מקום שיש זכות יש סעד"). בשנים האחרונות חצה רעיון זה את תעלת למנש והגיע גם לאירופה הקונטיננטלית. סמכותו של בית-המשפט האירופי – ה-ECJ – היושב בלוקסמבורג ודן בנושאים משפטיים של האיחוד האירופי – הוגדרה בסעיף 177 של אמנת האיחוד האירופי, וכיום היא מוגדרת בסעיף 9F לאמנת ליסבון (המנסח מחדש את העיקרון שהותווה בסעיף 177 לאמנת האיחוד האירופי):

חקיקתו של החוק וקבעה כי הצעת החוק נמצאת על "סף האי-חוקתיות ויתכן ואף מעבר אליו". ראו "הצעת חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011" (חוות-דעת של היועץ המשפטי לכנסת, 10.7.2011).

78 אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" **משפט וממשל** ה' 350, 339 (1999).

79 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (U.S. 1803). ארצות-הברית וישראל אינן היחידות שאימצו ביקורת שיפוטית כזו. במאמרם של Law & Versteeg, לעיל ה"ש 17, מוזכרות גם אוסטרליה, דנמרק, פינלנד, שוודיה, איסלנד, נורווגיה, סינגפור וטונגה כמדינות שיש בהן ביקורת שיפוטית ללא הסמכה מפורשת בחוקה.

80 פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 2.

81 Amnon Rubinstein, *Israel's Piecemeal Constitution*, 16 SCRIPTA HIEROSOLYMITANA 201 (1966).

"It [The Court of Justice] shall ensure that in the interpretation and application of the treaties the law is observed."⁸²

בסעיפים אלה אין מילה על ביקורת שיפוטית על חוקיהן של המדינות החברות. למרות זאת, בפסק-דין *Costa v. E.N.E.L.* פסק בית-המשפט האירופי כי בהצטרפן אל הקהילה האירופית הגבילו המדינות החברות את ריבונותן וקיבלו את עליונותו של משפט הקהילה על משפטן המקומי.⁸³ אף שרבים התקוממו נגד צעד זה, ואף שבאותה תקופה היו מדינות חברות שבהן לא הייתה נהוגה כלל ביקורת שיפוטית על חוקים,⁸⁴ בסופו של דבר הוא התקבל.⁸⁵

ייתכן שהמקרה הקיצוני ביותר התרחש בצרפת: בשנת 1971, כאשר מועצת החוקה של הרפובליקה החמישית ביטלה לראשונה חוק הנוגד את החוקה, היא עשתה זאת בהסתמך על המבוא לחוקה של הרפובליקה הרביעית – מבוא שלא היה תקף לצורך ביקורת שיפוטית בתקופתה של אותה רפובליקה.⁸⁶ ביקורת זו בדקה גם את התאמתם של חוקים לזכויות האדם כהגדרתם במבוא לחוקה של הרפובליקה הרביעית. מבוא זה אזכר את ההצהרה לזכויות האדם משנת 1789, וכך התאפשרה ביקורת משפטית של חוקים לאורה של הצהרה זו. צרפת התמודדה רבות עם שאלת זכות הפנייה למועצה החוקתית. בראשית דרכה יכלו לפנות אליה רק ארבעה גורמים: נשיא הרפובליקה, ראש הממשלה, יושב-ראש האספה הלאומית ויושב-ראש הסנט.⁸⁷ אך במרס 2010 הורחבה הגישה למועצת החוקה, וצרפת – בניגוד מוחלט למסורתה הארוכה נגד "ממשל של

Treaty of Lisbon Amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the 82
European Communities, Dec. 13, 2007, 2007 O.J. 1, 23 (C 306)

.Case 6/64 *Costa v. E.N.E.L.*, E.C.R. 585 (1964) 83

84 דוגמה למדינה כזו היא הולנד. ס' 120 לחוקה ההולנדית קובע: "The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts" שיפוטית על-ידי בתי-המשפט על חוקי הפרלמנט ההולנדי. החל בשנות התשעים החלה מגמה חדשה בהולנד אשר קוראת לתיקון הסעיף בחוקה ולהפעלת ביקורת שיפוטית מוגבלת אשר תגן על זכויות אדם. שינוי זה נבע מן ההבנה כי יש ליצור איזון כוחות בין הפרלמנט לבין בית-המשפט, וכי לא כדאי לרכז את כל הכוח בידיו של הפרלמנט. בשנת 2002 הוגשה הצעת חוק פרטית המבקשת לתקן את ס' 120 לחוקה ולהפעיל ביקורת שיפוטית על מספר מצומצם של זכויות-יסוד. הצעת החוק עברה בשני בתי הפרלמנט בהולנד, אך על-מנת שתוכל להיכנס כתיקון לחוקה, היא צריכה לעבור הצבעות נוספות, ברוב של שני שלישים, לאחר קיום בחירות כלליות. להרחבה ראו: GERHARD VAN DER SCHYFF, *JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATION: A COMPARATIVE STUDY OF THE UNITED KINGDOM, THE NETHERLANDS AND SOUTH AFRICA* 22–23 (2010)

85 ליאור זמר ושרון פרדו "הרהורים על אקטיביזם שיפוטי: מקרה בית-המשפט האירופי" **משפט ועסקים** 203 (2007).

86 Liav Orgad *The Preamble in Constitutional Interpretation*, 8 INT'L J. CONST. L., 714–738 (2010); קלוד קליין "ביקורת על חוקתיותם של חוקים בצרפת" **עיוני משפט** ב 711 (1972).

87 קלוד קליין "ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים בצרפת – התפתחויות חדשות" **עיוני משפט** ה 60 (1976).

שופטים" – הנהיגה ביקורת שיפוטית על חוקים גם לפי פנייה של בעל-דין, וגם נתנה קדימות לבדיקת חוקיותם של החוקים לפי החוקה הצרפתית על בדיקתם לאור אמנות אירופיות ובין-לאומיות.⁸⁸ כאן אומנם מדובר בהסמכה ישירה שנקבעה בחוק, אך עצם העובדה שצרפת – שהייתה כה עקבית בהתנגדותה לביקורת שיפוטית על חוקי האספה הלאומית – שינתה כיוון לעבר השיטה האמריקאית מעידה כי יש צורך חברתי ופוליטי בביקורת מעין זו.

סיכום

כפי שניתן לראות לאורכו של מאמר זה, נושא הביקורת השיפוטית היה ידוע לחברי-הכנסת מיומו הראשון של הליך החקיקה. לא רק שחברי-הכנסת הבינו את נושא הביקורת השיפוטית, הוא אף היווה סיבה לקושי ולמכשולים שבפניהם ניצבה חקיקתם של חוקי-היסוד. בשל חששם של חברי-הכנסת הדתיים מהביקורת השיפוטית הושגו פשרות בנושאים כגון חופש התנועה, סעיף שמירת הדינים וכדומה. ללא פשרות אלה לא היו חוקי-היסוד מצליחים לעבור בהצבעות הכנסת, וגורלם היה כגורלן של כל ההצעות שקדמו להם. לא בכדי אמר שר המשפטים (דאז) דן מרידור בטקס השבעת שופטים שנערך בתאריך 27.4.1992 – רק חודש לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – את הדברים הבאים:

"עתה נשא פירות ראשונים המאבק, שנוהל בשנים האחרונות, לחקיקת זכויות היסוד של האדם בחוקי יסוד של המדינה. כך קיבלה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ואת חוק יסוד: חופש העיסוק... זוהי מהפכה קונסטיטוציונית של ממש... מעתה תהיינה זכויות אלה מוגנות אף נגד חקיקה שרירותית של הכנסת עצמה... זו הפעם הכנסת, בסמכותה כממשיכת האסיפה המכוננת, המחוקקת

88 1958 French Const. art. 61-1, modified by Constitutional Act No. 2008-724 (23.7.2008); Institutional Act No. 2009-1523 (10.12.2009). החוקה הצרפתית זמינה לצפייה באתר מועצת החוקה: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/constiution_anglais_oct2009.pdf. להרחבה על הרפורמה והתיקונים בחוקה הצרפתית ראו: Emily B. Kanstroom, *Sans-Papiers, Sans Recourse? Challenging Recent Immigration*; Gerald L. Neuman, *Anti-Ashwander, Constitutional Litigation as a First Resort in France*, 43 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 15 (2010). ניומן מבהיר במאמרו את הרקע הפוליטי לתפנית זו, ומסביר כי הכוונה הייתה לתת עדיפות לחוקה הצרפתית ולזכויות האדם שנכללו בהצהרה על זכויות האדם והאזרח משנת 1789 ואשר נכללו בעקיפין בחוקה.

חוקי יסוד, הגבילה בחוק יסוד את כוחה של הכנסת כמחוקקת ראשית ואסרה עליה לפגוע בזכויות היסוד המוגנות...⁸⁹

חוקי-היסוד, בגלגוליהם השונים, עברו הליך חקיקה ארוך מאוד לאורך שתי כנסות שונות. לאורך כל הליך חקיקה זה עלה נושא הביקורת השיפוטית שוב ושוב בדיונים השונים: בדיוני המליאה, בדיוניהן של ועדות הכנסת השונות, בדיוניה של ועדת השרים וכולי. כמרכן אי-אפשר להתעלם מהעובדה שעד היום – עשרים שנה לאחר חקיקתם של חוקי-היסוד – לא ביטלה הכנסת את עניין הביקורת השיפוטית המוענקת על-ידיהם. לאמיתו של דבר מתעוררות שלוש שאלות בהקשר שלנו: (א) האם התכוונה הכנסת לחוקק חוקי-יסוד בעלי אופי חוקתי? (ב) האם רצתה הכנסת לאפשר ביקורת שיפוטית על חוקיה? (ג) האם היא הייתה רשאית לעשות זאת? תשובתי לשתי השאלות הראשונות היא חיובית, כפי שניסיתי להוכיח, ובאשר לשאלה השלישית, פסק-הדין שניתן בפרשת **בנק המזרחי** הכריע בעניין זה ברוב דעות, כנגד דעתו החולקת של השופט חשין, ואילו אני הבעתי את דעתי החיובית במאמר שפורסם עשרים ותשע שנים לפני אותו פסק-דין. איני עוסק במאמר זה בשאלה השלישית, אשר הוכרעה ברוב דעות על-ידי בית-המשפט העליון. האמת היא ש"החלטת הררי" שקיבלה האספה המכוננת – דהיינו, הכנסת הראשונה – בשנת 1950, לגבי סמכותה כנותנת חוקה, מעמיד אותנו כיום במצב קשה, שכן עלינו לבחור בין שתי חלופות בעייתיות. האחת היא להכיר בסמכותה הכפולה של הכנסת – כפרלמנט רגיל וכאספה מכוננת נמשכת – וזאת בהעדר חוק או פרוצדורה המסדירים את ההבחנה בין השניים. דרך זו בעייתית ביותר בשל העובדה שמדובר בסמכות מכוננת נמשכת, ואז מתעוררת שאלת-יסוד, שהעלה פרופ' דניאל פרידמן, כיצד אספה מכוננת קבועה יכולה לכבול את עצמה בדרך כלשהי.⁹⁰ הדרך השנייה היא לבחור אספה מכוננת חדשה, שתורכב ככל הנראה מאותם נציגי מפלגות שלא נבחרו לכנסת ואשר יהיו בה כל הפגמים של המערכת הפוליטית הקיימת, בלי הניסיון המצטבר של חברי-הכנסת. פתרון מיטבי לקושי זה יכול להיות, כמובן, השלמה של החוקה – כולל הוראות לגבי תיקונה ושינויה וסיום תפקידה המכונן של הכנסת – והבאתה לאישור סופי באמצעות משאל-עם. הצרה היא שפתרון זה אינו אפשרי כיום מבחינה פוליטית, וגם לא נראה אפשרי בעתיד הנראה לעין. ייתכן שיש גם פתרון ביניים: לצרף לכנסת נציגים נוספים – כגון ראשי רשויות מקומיות ודקנים של פקולטות למשפטים – ולראות בגוף מורחב זה אספה מכוננת. פתרון זה ראוי יותר בעיניי מבחירה חדשה של אספה מכוננת, אך ספק אם ניתן להעבירו בכנסת. נראה אם כן שנגזר עלינו לחיות עם המצב הקשה שהולידה החלטת הררי בשנת 1950.

89 דברים שנשא השר מרידור בטקס השבעת שופטים שנערך במשכן נשיא המדינה ביום 27.4.1992.

90 ראו פרק א למאמרו של דניאל פרידמן "היש לישראל חוקה ומי כותב אותה?" בכרך זה.

