

בזכות הריסון השיפוטי בתחום החוקתי

הלל סומר*

מאמר זה מציג טענה שלפיה על בית-המשפט העליון בישראל לרסן את עצמו יותר בתחום הביקורת השיפוטית החוקתית. יודגש: אין מדובר בהגבלת כוחו של בית-המשפט על-ידי חקיקה של הכנסת, אלא בריסון עצמי שיקבע בית-המשפט העליון לעצמו, וזאת בתחומים שבהם בית-המשפט עצמו הוא שהרחיב את יריעת עיסוקו.

המאמר מציג שתי קטגוריות של מקרים שבהם אטען כי היה עדיף אילו ריסן בית-המשפט את עצמו. קבוצת המקרים הראשונה היא בתחום הפרשנות החוקתית. המאמר טוען כי בית-המשפט צריך לרסן את עצמו בפרשנות שתוצאתה סותרת באופן מובהק את כוונתו הידועה של המכונן, לפחות באותם מצבים שבהם שקל המכונן באופן מפורש את האפשרות שבית-המשפט מבקש להחיל ודחה אותה במפורש, ובהתקיים תנאים נוספים.

קבוצת המקרים השנייה עוסקת בהגבלות העצמיות שעל בית-המשפט לנקוט בטרם יקבע את ביטולו של חוק של הכנסת. המאמר בודק את שימושתם ויישומם של "כללי אשוונדר" (Ashwander Rules), אשר פותחו למטרה זו במשפט האמריקאי. המאמר מראה כי הכללים אינם משמשים באופן שוטף את בית-המשפט העליון בישראל, וכי קיימות החלטות של בית-המשפט העליון העומדות בניגוד לכללים אלה.

מבוא

- פרק א: על (אי-)כיבוד כוונתו המפורשת של המכונן בפרשנות חוקתית
1. דוגמה ראשונה – סעיף שמירת הדינים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו
 2. דוגמה שנייה – השוויון כזכות חוקתית על-חוקתית

* מרצה בכיר, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתי לעמיתי גיא זיידמן וליאב אורגד על הערות מועילות. תודתי גם על ההערות המצוינות של חברי מערכת משפט ועסקים ליעד טז, נגה סלומון ומתן סלע.

3. דוגמה שלישית – שדרוגו של כלל ההסדרים הראשוניים לאחר

שהשדרוג נדחה על-ידי הרשות המכוננת

4. סיכום-ביניים

פרק ב: (אי-)יישום כללי אשוונדר בישראל

סיכום

מבוא

רשימה זו נכתבת כחלק מהכרך המיוחד של **משפט ועסקים** המוקדש לכבודו של פרופ' אמנון רובינשטיין. מעטים השפיעו על המשפט החוקתי הישראלי כפי שעשה רובינשטיין. תרומתו של רובינשטיין למשפט הישראלי מגיעה מכמה כיוונים שונים. שני החשובים מביניהם, לדעתי, הם ספרו המונומנטלי על המשפט החוקתי של מדינת-ישראל, שהינו הספר המרכזי בתחום המשפט החוקתי כבר שלושה עשורים;¹ ותרומתו הפרלמנטרית, ששיאה העברת חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם בשנת 1992.²

תרומתו של רובינשטיין לכינון חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם הייתה מכרעת. כאשר זיהה חבר-הכנסת רובינשטיין את הסיכוי הנמוך לקבלת הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם, שהגיש בשנת 1990 שר המשפטים דאז דן מרידור בממשלה,³ הוא הגיש את הצעת שר המשפטים, מילה במילה, כהצעת חוק פרטית.⁴ בהמשך, משלא צלחה דרך פעולה זו להעברת מגילת הזכויות המלאה, יזם רובינשטיין את הגישה שזכתה בכינוי "אטומיזציה", שבמסגרתה הוא הגיש כמה הצעות חוק-יסוד שבכל אחת מהן זכות או כמה זכויות מתוך רשימת הזכויות הארוכה שבהצעת חוק-יסוד: זכויות האדם הממשלתית.⁵ חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהיו שניים מבין ה"אטומים" שאותם שיגר רובינשטיין כחלק מתהליך האטומיזציה, התקבלו בשלהי הכנסת השתים-עשרה, ונהפכו למעשה לתשתיתה של "המהפכה החוקתית".⁶

1 בגרסתו הנוכחית: אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** (מהדורה שישית, 2005).

2 כפי שניזכר אף ברשימה זו, לרובינשטיין יש תרומות נוספות, כגון מעמדו כעותר ציבורי בעתירות חשובות.

3 ראו דן מרידור "עיקרים בהצעת חוק-יסוד: החקיקה" **משפט וממשל** א 387 (1993).

4 ראו את דברי ההסבר להצעות החוק הפרטיות: ד"כ 115, 444 (התש"ן) (הצעת חוק-יסוד: זכויות היסוד של האדם: "נוסחה של הצעת החוק הוא העתק מילולי של הצעתו של שר המשפטים כפי שפורסמה בציבור. חקיקת חוק זה מתעכבת במשך שנים רבות מפאת מחלוקת קואליציונית"); ד"כ 121, 3365 (התשנ"א) (הצעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו).

5 ראו יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א 323, 338–340 (1993).

6 לתיאור מפורט יותר של ההיסטוריה החקיקתית של חוקי-היסוד של שנת 1992 ראו הלל סומר

בנאום הפרישה שלו מן הכנסת, בתום קריירה פוליטית מפוארת שנמשכה יותר מחצי יובל,⁷ אמר רובינשטיין, בין היתר, את הדברים הבאים:

“לציבור הפוליטי יש צרה אחת, גם לנו בכנסת וגם לכל המערכת הפוליטית, ואולי גם לחברה הישראלית, שאנחנו לא יודעים מה זה שימוש מרוסן בכוח. יש כוח – משתמשים בו עד הסוף. זה נכון, לממשלה, לכנסת, לפעמים אפילו גם לבתי משפט. צריך לדעת להשתמש בכוח במידה מרוסנת. זה הסוד של חיים בצוותא בדמוקרטיה ליברלית.”⁸

דבריו אלה של רובינשטיין אינם מפתיעים ביחס לרשות המבצעת והמחוקקת. אולם הקריאה שלפיה גם בתי-משפט צריכים להשתמש בכוח במידה מרוסנת אינה שגרתית, ובמיוחד אינה נשמעת הרבה מפי פוליטיקאים הנמצאים בלב הקונסנזוס – מעמד שרובינשטיין רכש בפוליטיקה הישראלית.

אני סבור שהדברים הללו של רובינשטיין נכונים וחשובים. נקודת המוצא של רשימה זו, לפיכך, היא הטענה שבית-המשפט העליון בישראל צריך לרסן את עצמו יותר לפחות בתחום חשוב אחד – תחום הביקורת השיפוטית החוקתית. **יודגש: אין מדובר בהגבלת כוחו של בית-המשפט על-ידי חקיקה של הכנסת,**⁹ אלא בריסון עצמי שיקבע בית-המשפט העליון לעצמו, וזאת בתחומים שבהם בית-המשפט עצמו הוא שהרחיב את יריעת עיסוקו.

חשוב לציין בהקשר זה, כפי שהרחבתי במקום אחר, כי –

⁷ “הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית” **משפטים** כח 257 (1997) והמקורות המובאים שם.

⁸ לפעילותו הפרלמנטרית, הממשלתית והציבורית של אמנון רובינשטיין ראו אתר הכנסת www.knesset.gov.il/mk/heb/mk.asp?mk_individual_id_t=113 וכן אתרו האישי amnonrabinstein.com.

⁹ פרוטוקול ישיבה מס' 348 של הכנסת ה-15, 9591 (29.10.2002) (ההדגשה הוספה). תודתי לעמיתי ליאב אורגד שהביא את הדברים לתשומת-ליבי.

⁹ ראו עומר שפירא “על שפיטות, ביקורת שיפוטית וריסון שיפוטי: צעדים לשיקום האמון בבית-המשפט העליון” **משפט ועסקים** יא 193 (2009). להצעות להגבלת כוחו של בית-המשפט העליון ראו, למשל, הצעת חוק-יסוד השפיטה (תיקון – סמכויות בית המשפט הגבוה לצדק) (ח"כ יעקב כץ, הצעת חוק פ/18/3416, הונחה ביום 25.7.2011, הכנסת ה-18), המבקשת לקבוע כי בעניינים בטחוניים יוכל בית-המשפט הגבוה לצדק להעניק רק סעד הצהרתי; הצעת חוק-יסוד השפיטה (תיקון – עותר ציבורי) (ח"כ דני דנון וח"כ יריב לוין, הצעת חוק פ/18/3134, הונחה ביום 30.3.2011, הכנסת ה-18), המבקשת להגביל עתירות ציבוריות לבית-המשפט הגבוה לצדק; הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – ביקורת שיפוטית על תוקפו של חוק) (ח"כ יעקב כץ ואח', הצעת חוק פ/18/2056, הונחה ביום 2.2.2010, הכנסת ה-18), המבקשת לאפשר לכנסת לקיים חוק שנפסל כבלתי-חוקתי לתקופת-ביניים של חמש שנים בכל פעם.

"אף שהמהפכה החוקתית מקורה בפעולת הכנסת, הרי גבולותיה הורחבו לאין שיעור בסדרה של החלטות מדיניות שיפוטית של בית המשפט העליון. בית המשפט העליון הוא שהרחיב את רשימת הזכויות הכלולות במונח 'כבוד האדם' בניגוד לכוונה המקורית של מכוני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בית המשפט העליון הוא שקבע (בניגוד לפסיקה קודמת) כי חוק 'רגיל' אינו יכול לשנות חוק-יסוד – גם ביחס לחוק-יסוד שלא הכילו כל מגבלה כזו; בית המשפט העליון הוא שקבע מאוחר יותר כי חוק גם אינו יכול 'לפגוע' (שלא על דרך שינוי) בהוראה של חוק-יסוד שלא בהתאם להוראות פסקת ההגבלה; בית המשפט העליון הוא שצמצם משמעותית את הוראת 'שמירת הדינים' שנקבעה במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על ידי קביעה – מנוגדת לכוונת המכונן – שיש לפרש את החקיקה הקיימת באופן המשנה אותה למעשה 'ברוח חוק-היסוד'; והוא שקבע כי חקיקתו של 'חוק מיטיב' מבטלת למעשה את שמירת הדינים. בעקבות סדרת החלטות שיפוטיות, המהפכה החוקתית בהיקפה ובצורתה הנוכחיים, רחבה אפוא כמה מונים מזו שחזו יוזמי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו."¹⁰

בבואנו לבקש מבית-המשפט העליון לשקול ריסון עצמי, יש להצביע על דוגמות קונקרטיות שבהן השתמש בית-המשפט בכוחו העצום באופן בלתי-מרוסן. לצורך רשימה זו נבחרו אפוא שתי קטגוריות של מקרים שבהם אטען כי היה עדיף אילו ריסון בית-המשפט את עצמו.

קבוצת המקרים הראשונה היא בתחום הפרשנות החוקתית. הפרשנות החוקתית מצויה, כמובן, בגדר סמכותו של בית-המשפט העליון, ואין חולק על כך. טענתי היא כי בית-המשפט צריך לרסן את עצמו בשימוש במכשיר הפרשנות אם הוא מוביל לתוצאה אשר **סותרת באופן מובהק את כוונתו של המכונן, לפחות באותם מצבים שבהם שקל המכונן באופן מפורש את האפשרות שבית-המשפט מבקש להחיל ודחה אותה במפורש**, ובלבד שלא חל שינוי נסיבות קיצוני ולא חלף זמן ניכר למן מעשה הכינון. חלק א של הרשימה יציג כמה מקרים כאלה שבהם בחר בית-המשפט העליון בישראל להתעלם מתוצאות ההליך בכנסת ומחלופות שנדחו במפורש במהלך הדיונים בה, ולמעשה לשנות את התוצר החוקתי שיצא מהרשות המכוננת הישראלית.

קבוצת המקרים השנייה שבה על בית-המשפט לשקול לדעתי ריסון עצמי היא כאשר עומדת על הפרק **קביעה בדבר בטלותו או ביטולו של חוק של הכנסת**. בצדק הגדיר הנשיא בדימוס של בית-המשפט העליון, אהרן ברק, את ביטולו של חוק עקב אי-קיום דרישותיהם של חוקי-היסוד כ"נשק לא קונבנציונלי".¹¹ כשם שאנו מצפים שכל מי

10 הלל סומר "ריצ'רד פוזנר על אהרן ברק: 'דברים שרואים משם – לא רואים מכאן'?" הפרקליט מט 523, 529–530 (2007) (הערות-השוליים בקטע המצוטט הושמטו מטעמי קיצור).

11 אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א 9, 34 (1992) (להלן: ברק

שברשותו נשק לא-קונוונציונלי צבאי יגלה ריסון בטרם יפעילו, כך צריך להיות אף לגבי נשק לא-קונוונציונלי שיפוטי.

אכן, בבית-המשפט העליון הפדרלי האמריקאי – ערש הביקורת החוקתית על חוקי הפרלמנט – גובשה סדרת כללים המבטאת את הריסון השיפוטי בפסילת חוקים במיטבו. כללים אלה רוכזו על-ידי השופט ברנדייס (Brandeis) בפסק-הדין בעניין *Ashwander*,¹² וזכו בהתאם בכינוי "כללי אשוונדר" (Ashwander Rules). בתחילה היה נדמה כי כללים אלה "יעשו עלייה", לאחר שאוזכרו באהדה בפסק-הדין בעניין **בנק המזרחי**,¹³ הלא הוא פסק-הדין שהגדיר את התשתית לביקורת השיפוטית בנוסח ישראל. אולם כפי שיראה החלק השני של רשימה זו, לא זו בלבד שהכללים אינם משמשים באופן שוטף את בית-המשפט העליון בישראל כרסן מפני התערבות שיפוטית, החלטות מספר של בית-המשפט העליון עומדות בניגוד לכללים אלה.

הריסון המסוים המוצע במאמר זה מוצדק לטעמי כשלעצמו, בשל ההיגיון הפנימי שלו. אולם מעבר לכך, מכיוון שאין זה סוד שבית-המשפט העליון נמצא בשנים האחרונות במרכזו של ויכוח ציבורי סוער, הריסון המוצע יאפשר, לדעתי, להקטין את החיכוך ולהפיג את הטענות – המוצדקות בחלקן – כלפי האקטיביזם של בית-המשפט.

פרק א: על (אי-)כיבוד כוונתו המפורשת של המכונן בפרשנות חוקתית

אין בכוונתי להיכנס במאמר זה לגוב האריות העולמי של הוויכוחים העקרוניים בדבר השיטה הראויה לפרשנות חוקתית בכלל ובדבר מקומה של ההיסטוריה החקיקתית בפרשנות זו בפרט.¹⁴ בהקשר של הקריאה לריסון שיפוטי, טיעוני ברשימה זו מצומצם

¹² "המהפכה החוקתית"; אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" **משפט וממשל** א 253, 272 (1993); אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **הפרקליט** מא 271, 288–289 (1994).

¹³ *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288 (1936) (להלן: עניין *Ashwander*).
¹⁴ ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין **בנק המזרחי**).

¹⁴ לסוגיות אלה ראו, למשל: David S. Law & David Zaring, *Law versus Ideology: The Supreme Court and the Use of Legislative History*, 51 WM. & MARY L. REV. 1653 (2010); Earl Maltz, *Some New Thoughts on an Old Problem – The Role of the Intent of the Framers in Constitutional Theory*, 63 B.U. L. REV. 811 (1983); H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 HARV. L. REV. 885, 902–913 (1985); Thomas B. Colby & Peter J. Smith, *Living Originalism*, 59 DUKE L.J. 239, 241–242 (2009–2011); William H. Rehnquist, *Notion of a Living Constitution*, 54 TEX. L. REV. 693 (1975–1976); Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. CINN. L. REV. 849, 852–856 (1988–1989). רשימה זו אינה מתיימרת להיות ממצה.

ומוגדר הרבה יותר. לגישתי, מקום שהרשות המכוננת התלבטה באופן מפורש בעת מעשה הכינון בין שתי חלופות, ובחירה לבסוף באחת מהן, אין זה ראוי שבית-המשפט ינווט אל האפשרות האחרת, שנדחתה על-ידי המכונן, בדרך של פרשנות חוקתית, אלא אם כן התקיים אחד או יותר משלושת התנאים הבאים:

1. ההיסטוריה החקיקתית אינה חד-משמעית, ואי-אפשר ללמוד ממנה באופן ברור כי הגוף המכונן אכן שקל את האפשרות שבית-המשפט מבקש להנהיג אך דחה אותה;
2. חלף זמן רב למן מעשה הכינון;
3. חל שינוי נסיבות קיצוני למן הכינון.

בבסיס הטעון עומד הצורך שבית-המשפט יכבד את הרשות המכוננת ואת כוונותיה הברורות במעשה הכינון. כאשר ההיסטוריה החקיקתית אינה ברורה (התנאי הראשון מתקיים), קשה לראות בהתעלמות של בית-המשפט מההיסטוריה החקיקתית משום חוסר כבוד כלפי המכונן. כאשר חלף זמן רב למן מעשה הכינון (התנאי השני מתקיים) או כאשר חל שינוי נסיבות קיצוני למן הכינון (התנאי השלישי מתקיים), ניתן להצדיק ביתר קלות סטייה מכוונת הגוף המכונן. כאשר אף לא אחד משלושת התנאים מתקיים, מתחייב ריסון שיפוטי שימנע פרשנות המנוגדת לכוונת הרשות המכוננת.

שופטים אמריקאים בני-זמננו התומכים בהתנתקות מהפרשנות ה"מקורית" בארצות הברית – זו של "האבות המייסדים" – ניצבים בפני משימה קלה יותר משופט ישראלי המעוניין לפסוק באופן שונה מכוונתם המפורשת של המכוננים בישראל בחוקי-היסוד של שנת 1992, וזאת בשל חלוף יותר ממאתיים שנה בין מועד כינונה של החוקה האמריקאית לבין הדיונים המתרחשים בימים אלה. בארצות-הברית מתקיים לא רק התנאי של חלוף תקופה ארוכה, אלא גם התנאי של שינוי נסיבות קיצוני. במאתיים שנים אלה התרחשו בארצות-הברית שינויים דרמטיים, כגון ביטול העבדות והענקת זכויות אזרח לכלל האזרחים. שינויים אלה עשויים להצדיק סטייה ניכרת מן "הכוונה המקורית של האבות המייסדים", אשר לא בהכרח חזו את השינויים הללו, ואשר ניסחו את החוקה כאשר מצב הדברים היה שונה באופן מהותי.

אולם אם טרם חלף זמן רב, ואם לא השתנו הנסיבות באופן ניכר, יש בהתעלמות מהכוונה הברורה (באותם מקרים שבהם היא ברורה) משום פגיעה ברשות המכוננת ובחלוקת הסמכויות שבין הרשויות. טיעון זה מתייחס, באופן עקרוני, לכלל החקיקה. אולם אני סבור כי הוא נכון אף ביתר שאת למהפכה החוקתית בנוסח ישראל, אשר התבססה, יותר מדברי חקיקה אחרים, על תהליכים משמעותיים של פשרה פרלמנטרית.¹⁵ במצבים אלה קיימת טענה שאי-כיבודה של הפשרה הפרלמנטרית על-ידי

15 לתהליך הפשרה ראו סומר, לעיל ה"ש 6, פרק 2; קרפ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 340 ("פשרה פוליטית זו לא היתה פשרה מתודית או טקטית בלבד. היא ביטאה פשרה שבמהות"). בהביאו את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לקריאות השנייה והשלישית בכנסת, אמר יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר-הכנסת אוריאל לין: "החוק הזה הוכן, מתוך הבנה שעלינו ליצור הסכמה רחבה של כל סיעות הבית. היינו מודעים לכך, שאין אנחנו יכולים להעביר חוק-יסוד, שמעגן את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אם לא נגיע להסכמה רחבה של כל סיעות הבית... והיו פה

בית-המשפט העליון יוצר "אפקט מקפא" ביחס לפשרות פרלמנטריות עתידיות, עד כדי עצירת השלמתו של תהליך כינון החוקה.¹⁶ אולם בדיקתנו מעלה כי בית-המשפט אינו נוקט ריסון עצמי בפרשנות החוקתית. הוא מתעלם מההיסטוריה החקיקתית גם מקום שהיא ברורה, וזאת אף שלא חלף זמן רב למן מעשה הכינון ולא חל שינוי נסיבות קיצוני שעשוי להצדיק סטייה מההיסטוריה החקיקתית. נמחיש את הטענה בדבר אופן פעולתו של בית-המשפט בעזרת שתי דוגמות מפורטות והפניה לדוגמה שלישית שבה עסקנו במקומות אחרים.

1. דוגמה ראשונה – סעיף שמירת הדינים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

בנוסח של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שהוגש מלכתחילה לכנסת נכללה הוראת שמירת דינים, שלפיה אין בתוקפו של חוק-היסוד כדי לפגוע בחוקים קיימים. הוראה זו עברה את תהליכי הכינון, ונהפכה לחלק מחוק-היסוד.¹⁷ בהצעת החוק נכללה גם הוראה שלפיה פירושן של הוראות הדין הקיים – זה שאינו מתבטל הודות לשמירת הדינים – ייעשה לאור עקרונותיו של חוק-היסוד החדש,¹⁸ אולם הוראה זו הוסרה בנוסח שהתקבל לבסוף. הנוסח שהוצע ולא התקבל בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו דמה לזה שנכלל בסופו של דבר בחוק-יסוד: חופש העיסוק.¹⁹

עניין שמירת הדינים היווה נקודה מרכזית במשא-ומתן סביב חוק-היסוד, וכתוצאה מההחלטה האסטרטגית להגיע לפשרה, הוסרה מהצעת חוק-היסוד, בעת הכנתה לקריאות השנייה והשלישית, ההוראה בדבר פרשנות החקיקה הקיימת "לאור עקרונות חוק-היסוד", והושארה שמירת הדינים. לצורך הדיון חשוב להדגיש כי אין מדובר בפעולה פרלמנטרית שנעשתה מבלי משים. יהודית קרפ מציינת כי אחד ממרכיביה של הפשרה הפוליטית היה "לחוק-היסוד ולעקרונות האמורים בו לא תהיה השפעה על דין, שהיה בתוקף ערב חקיקתו, הן לעניין תקפו והן לעניין פרשנותו".²⁰ חבר-הכנסת מרדכי וירשובסקי ויתר, בדיון בוועדת החוקה, על הסתייגות מפורשת לעניין הפרשנות, אף זאת כחלק מהפשרה הפוליטית.²¹ הדברים גם הובהרו בשפה שאינה משתמעת לשני פנים על-ידי יושב-ראש ועדת החוקה אוריאל לין, שדיבר על החלטה מודעת לשמור על הסטטוס-קוו:

ויתורים מפליגים לעומת כל חוקה המקובלת בעולם, כי רצינו להגיע לאותה הסכמה כללית שאכן הגענו אליה". ד"כ 125, 3782–3783 (התשנ"ב).

16 ראו להלן ליד ה"ש 65.

17 ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב.

18 הצעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ה"ח התשנ"ב 60.

19 חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ב 114 (בוטל על-ידי חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90, שהכיל סעיף זהה – ראו ס' 10 לחוק-היסוד).

20 קרפ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 344.

21 שם, בעמ' 343, ה"ש 76.

“מעבר לזה, גם הורדנו את ההוראה האומרת, שצריך לפרש את הדין הקיים לאור עקרונות חוק זה. אמרנו: **סטטוס־קוו מוחלט**, והיו פה ויתורים מפליגים לעומת כל חוקה המקובלת בעולם, כי רצינו להגיע לאותה הסכמה כללית שאכן הגענו אליה.”²²

ההיסטוריה החוקתית ברורה אפוא – החלטה מודעת לבחור ב“סטטוס־קוו מוחלט”, ובמסגרת זו גם החלטה מודעת לדחות את האפשרות לסטות מהסטטוס־קוו המוחלט בכלים של פרשנות שיפוטית. אולם בית־המשפט החליט – שנים ספורות בלבד לאחר שהתקבל חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובלא כל שינוי נסיבות נראה לעין – להתעלם מההיסטוריה החוקתית הברורה כשמש ולקבל החלטה הפוכה ממנה, שלפיה פרשנותם של חוקים שקדמו לחוק־היסוד תיעשה ברוח חוק־היסוד. מכאן שמשמעותם של חוקים קודמים עשויה להשתנות כתוצאה ישירה מכינונו של חוק־היסוד, וזאת בניגוד מוחלט להחלטה המודעת של הרשות המכוננת, שהתקבלה בתום תהליך של פשרה.

הדבר היה בפרשת **גנימאת**,²³ שבה עמדה לדיון פרשנותו של סעיף 21א(א) (1) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.²⁴ הסעיף, בנוסחו דאז, קבע כאחת מעילות המעצר “חשש לשלום הציבור”, אולם סעיף 21א(ד) לחוק קבע כי “חומרת העבירה כשלעצמה לא תהווה עילה למעצר אלא במקרים המנויים בסעיף קטן (א)(2)”. המדינה טענה כי לנוכח ריבוי העבירות של גנבת רכב, אשר נהפכה ל“מכת מדינה” של ממש, ניתן ליצור, בדרך של פרשנות מרחיבה, “עילת מעצר שמטרתה הרתעת עבריינים בעבירות שאינן נימנות עם העבירות שלגביהן הכיר החוק בעילת מעצר הנסמכת על חומרת העבירה כשלעצמה”, וזאת במסגרת עילת המעצר של “חשש לשלום הציבור”. ראוי לציין, ברקע הדברים, כי השאלה המשפטית הספציפית שעמדה לדיון בפרשת **גנימאת**, באשר לפרשנותו הראויה של חוק סדר הדין הפלילי ביחס לעילת מעצר הנובעת מהיותה של עבירה “מכת מדינה”, הייתה נתונה עד אותה עת במחלוקת חריפה בין שופטי בית־המשפט העליון.²⁵

22 ד"כ 125, 3780–3783 (התשנ"ב) (ההדגשות הוספו). ראו גם קרפ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 342–344. לדעה נוגדת ראו אשר מעוז “משפט חוקתי: המהפכה החוקתית” **ספר השנה של המשפט בישראל** 215, 240 ואילך (אריאל רוזן-צבי עורך, התשנ"ו).

23 בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355 (1995) (להלן: עניין **גנימאת**). פסק־הדין בעניין **גנימאת** הציף את הסוגיה בצורה מפורשת, אולם קדמו לו התבטאויות בפסיקה שתוצאתן דומה. התבטאויות אלה נסקרו שם, בפס' 19 לפסק־דינו של השופט חשין ובפס' 13 לפסק־דינו של המשנה לנשיא ברק. ראו גם יצחק אנגלרד **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ס' 1–13** (מהדורה שנייה, 1995).

24 חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43, כפי שתוקן בחוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9), התשמ"ח-1988, ס"ח 184. בינתיים הוסדרו דיני המעצר מחדש בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996, ס"ח 338.

25 לתיאור המחלוקת ראו את פסק־דינו של השופט מצא בדנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589 (1995) (להלן: דנ"פ **גנימאת**).

הנשיא ברק הוביל את הקו שלפיו פרשנותו של החוק הישן, השמור בשמירת דינים, צריכה להיעשות באופן שונה לאור חוק-היסוד. פסק-הדין של הנשיא בוחר להתעלם מההיסטוריה החוקתית הברורה שלפיה בחר המכונן במודע לא לקבוע כי פירושן של הוראות הדין השמורות על-פי סעיף 10 לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו ייעשה ברוח חוק-היסוד. לנוכח בקיאותו העצומה של ברק בנושאים אלה, ולנוכח קיומה של דעת המיעוט של השופט חשין, אשר בוודאי הייתה מונחת לפני הנשיא ברק, ניתן לשער כי התעלמותו זו מההיסטוריה הכינונית אינה נובעת מאי-הכרתה.

במקום להסיק מבחירתו המודעת של המכונן להשמיט מחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו את ההוראה המקבילה המופיעה בחוק-היסוד: חופש העיסוק,²⁶ שבה נקבע במפורש כי פירוש הדין השמור ייעשה ברוח הוראותיו של חוק-היסוד, ברק עורך מעין היקש מחוק-היסוד: חופש העיסוק. ההתעלמות מהסדר השלילי שאליה כיוונה הרשות המכוננת, ועריכת ההיקש מהחוק שבו בחר המכונן במודע אחרת, מובילות כמובן לתוצאה ההפוכה מזו שכיוון אליה הסדר השלילי:

“על-כן, יש לו, לחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, השפעה פרשנית על הדין הישן. אמת, חוק היסוד אינו יכול לשנות את תוקפו של הדין הישן. אך חוק-היסוד צריך להשפיע על מובנו של הדין הישן. ביטוי למגמה (פרשנית) זו ניתן בחוק-היסוד: חופש העיסוק, אשר קובע כי פירושו של הדין הישן ייעשה ברוח הוראות חוק-היסוד זה” (סעיף 10). הוא הדין לעניין השפעתו (הפרשנית) של חוק-

26 הוראת שמירת הדינים שבס' 6 לחוק-היסוד: חופש העיסוק הייתה מלכתחילה הוראה חלשה מזו שנכללה בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו. נוסף על ההבדל בנושא פרשנותו של הדין השמור, מושא דיונו, הוראת שמירת הדינים של חוק-היסוד: חופש העיסוק נקבעה מלכתחילה כהוראה זמנית, למשך שנתיים בלבד, אם כי היא הוארכה פעמים מספר עד שפקעה לבסוף בשנת 2002, עשור לאחר כינונו של חוק-היסוד הראשוני ושמונה שנים לאחר המועד המקורי שנקבע לפקיעתה. לקראת תום תקופת שימור הדינים הראשונה התקבל בכנסת, ביום 9.3.1994, חוק-היסוד הנוכחי, אשר ביטל את חוק-היסוד הקודם וקבע בס' 10 תקופה חדשה של שנתיים נוספות לשמירת הדינים. חוק-היסוד החדש פורסם ביום 10.3.1994, ולפיכך פקעה תקופת שימור הדינים הנוספת בת השנתיים ביום 10.3.1996. ביום 30.10.1996 התקבל בכנסת חוק-היסוד: חופש העיסוק (תיקון מס' 1), ס"ח התשנ"ז 4, אשר תיקן את סעיף 10 לחוק-היסוד והאריך את תקופת שימור הדינים השנייה, בקובעו כי “בסעיף 10 לחוק-היסוד: חופש העיסוק, במקום ‘עד תום שנתיים’ יבוא ‘עד תום ארבע שנים’”. בהתאם לתיקון האמור, הוארכה תקופת שימור הדינים השנייה, רטרואקטיבית, עד ליום 10.3.1998. ביום 18.3.1998, שמונה ימים לאחר סיום תקופת שימור הדינים השלישית, קיבלה הכנסת את חוק-היסוד: חופש העיסוק (תיקון מס' 2), ס"ח התשנ"ח 178. תיקון זה קבע כי “בסעיף 10 לחוק-היסוד במקום ‘עד תום ארבע שנים מיום תחילתו של חוק-היסוד זה’ יבוא ‘עד יום א' בניסן התשס"ב (14 במרס 2002)’”. במרס 2002, במלאת עשר שנים לחוק-היסוד: חופש העיסוק המקורי, לא הוארכה עוד שמירת הדינים. הוראת שמירת הדינים של חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו, לעומת זאת, היא בעלת אופי קבוע.

יסוד: כבוד האדם וחירותו על פרשנותו של הדין הישן. פרשנותו של הדין הישן צריכה להיעשות ברוח הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁷

תוצאת ניתוח זה, אליבא דברק, היא כפולה, ומכתיבה הכרעות שונות מהסטטוס-קוו שלפני חוק-היסוד באותם מקרים שבהם קיים שיקול-דעת פרשני:

"ראשית, בקביעת התכלית החקיקתית המונחת ביסוד דבר חקיקה (ישן) יש ליתן משקל חדש ומוגבר לזכויות היסוד הקבועות בחוק-היסוד. שנית, בהפעלת שיקול-דעת שלטוני, המעוגן בדין הישן, יש לתת משקל חדש ומוגבר לאופי החוקתי של זכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד."²⁸

גם המשנה לנשיא ברק וגם השופטת דורנר הפנו את הזרקור אל סעיף 11 לחוק-היסוד, שבו נקבעה חובתן של כל רשויות השלטון לכבד את הזכויות המעוגנות בחוק-היסוד. אליבא דשופטת דורנר, "חובה זו, הנגזרת מסעיף 11 לחוק היסוד, חלה ללא ספק גם לעניין פירוש חוקים שתוקפם נשמר לפי סעיף 10 והפעלת שיקול-דעת מכוחם."²⁹ מאלפת בהקשר זה הערתו של המשנה לנשיא ברק, ביישמו את הכלל המאפשר (או מחייב) את פירוש הדין השמור ברוח חוק-היסוד החדשים, שלפיה:

"בחינה פרשנית חדשה של הדין הישן לאור חוק-היסוד החדשים אפשרית בכל אותם המקרים שבהם מובנו של החוק הישן לא התבסס אך ורק על כוונתם הסובייקטיבית של מעצבי החוק. בכל אותם המקרים שבהם מובנו של החוק הישן מתבסס על תכליתו האובייקטיבית של החוק ועל האיזון האובייקטיבי בין ערכים לבין עקרונות מתחרים, ניתן להעניק לו מובן חדש על רקע האיזון החדש שבין הערכים לעקרונות, כפי שהוא משתקף בחוק-היסוד בדבר זכויות האדם."³⁰

דומה כי עמדה זו מעוררת קושי לוגי מסוים. כוונה סובייקטיבית של מעצבי חוק ספציפי ראויה, לפי עמדה זו, לכיבוד הגובר על הבחינה הפרשנית החדשה. אולם מה על כוונתם הסובייקטיבית של מעצבי חוק-היסוד שהתנגדה לפרשנות חדשה של הדין הישן לאור חוק-היסוד? מדוע אין כוונתם הסובייקטיבית של המכוננים ראויה לכיבוד? על שאלה זו לא ניתנה תשובה.

27 עניין גנימאת, לעיל ה"ש 23, פס' 9 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק. המשנה לנשיא ברק חוזר על הדברים בפס' 18 לפסק-דינו, באומרו כי "הוראה מפורשת בעניין זה מצויה בחוק-יסוד: חופש העיסוק (סעיף 10), ודין פרשני דומה מתבקש מאליו לעניין פירוש ברוח הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".

28 שם, פס' 10 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק.

29 שם, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת דורנר.

30 שם, פס' 13 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק.

דעת המיעוט של השופט חשין בפרשת **גנימאת** ביקשה לכבד את ההיסטוריה החקיקתית ואת לשונו של סעיף 10 לחוק היסוד כפי שהתקבל בסופו של דבר.

"כל דברים שאומר חוק היסוד, כל זכויות שהוא מקנה וסייגים שהוא קובע, לא נועדו אלא לעתיד לבוא ולחוקים שייחקקו בעתיד. ואילו לעניינו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד, 'תוקפו' של אותו דין יישאר כשהיה, ואין בהוראת חוק היסוד כדי לפגוע בו. התיבה 'תוקפו' (של דין) אין עניינה, לכאורה, אך ב'להיות או לחדול'. לשון אחר: הוראת שמירתו של הדין הקיים אין עניינה אך בשאלה אם הדין הקיים ימשיך ויתקיים או אם יתבטל וייעלם. שמירת תוקפו של דין פירושה הוא, לכאורה: המשך קיומו של הדין כמות שהיה."³¹

עניין **גנימאת** עמד גם לדיון נוסף לפני הרכב מורחב של בית המשפט העליון, שכלל שבעה שופטים, ביניהם שני נשיאים.³² פסק-הדין בדיון הנוסף ניתן ימים אחדים לאחר פסק-הדין המהפכני בעניין **בנק המזרחי**.³³ הפעם כבר היו השופטים ערים בהכרח לסתירה שבין עמדת הרוב לבין ההיסטוריה הכינונית, ובפועל היה בפסק-הדין רוב גדול אשר הניח כי חוק היסוד משנה את פרשנותה של החקיקה השמורה בשמירת דינים. אף על-פי-כן, מעטים בלבד מבין השופטים בחרו להתייחס לסוגיה במישרין, ומעטים עוד יותר בחרו להתמודד עם ההיסטוריה החוקתית הברורה. אכן, הנשיא ברק, בקובעו כי רוב שופטי ההרכב תומכים בפירושו של חוק "ישן" לאורו של חוק היסוד, מודה כי חלקם עושים זאת באמרת-אגב.³⁴

לנוכח חשיבותו של פסק-הדין בדנ"פ **גנימאת** בכל הנוגע בכיטולה למעשה של החלטה מודעת של הכנסת, חשוב להראות כי אצל חלק מהשופטים אין מדובר אפילו באמרת-אגב (שהיא אמירה מפורשת, אף שהיא אינה חלק הכרחי בפסק-הדין הספציפי), אלא רק במסקנה משתמעת. משום כך נפרט את הדרכים השונות שבהן בחרו השופטים להתמודד (או ברוב המקרים – לא להתמודד) עם הבעיה. מכיוון שהסוגיה הוצבה באופן מפורש על-ידי השופט חשין, דומני (מבלי שיש בידי מידע בדוק כלשהו) כי רוב השופטים בחרו לא להתעמת באופן מפורש עם ההיסטוריה החקיקתית הברורה, אלא להתעלם מהשאלה באופן אלגנטי.

השופט מצא, שכתב את פסק-הדין הראשון בדיון הנוסף, הכריע בעניין שלפניו בהתאם לפרשנות של החוק שעמד לפניו, ולפיכך לא ראה צורך להרחיב בשאלת

31 שם, פס' 18 לפסק-דינו של השופט חשין.

32 דנ"פ **גנימאת**, לעיל ה"ש 25. ההרכב כלל את הנשיא לשעבר מאיר שמגר, בפסק-דין שפרסם לאחר פרישתו, ואת הנשיא המכהן דאז אהרן ברק.

33 פסק-הדין בעניין **בנק המזרחי** ניתן ב-9 בנובמבר 1995, ואילו פסק-הדין בדנ"פ **גנימאת** ניתן ב-12 בנובמבר 1995. שני פסקי-הדין ניתנו (בהתאם למועדים שנקבעו מראש) ימים ספורים לאחר הרצח הטראומטי של ראש הממשלה יצחק רבין – דבר שהקטין את הדיון הציבורי והתקשורתי בהם עם נתינתם, בשל הסערה שבה הייתה המדינה נתונה.

34 דנ"פ **גנימאת**, לעיל ה"ש 25, פס' 6 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

השפעתו של חוק-היסוד.³⁵

הנשיא לשעבר שמגר קבע כי אין לשנות את פרשנותו של חוק סדר הדין הפלילי לגבי מעצרים לאור כינונו של חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם קביעתו זו של הנשיא שמגר אינה מבוססת על שמירת דינים מלאה הנובעת מההיסטוריה הכינונית של חוק-היסוד, אלא על בחינה של חוק-היסוד הלכה למעשה ומסקנה כי אין בו כדי לשנות את הפרשנות במקרה הנידון. שמגר קובע כי גם קודם לחוק-היסוד היה איזון בין זכויותיהם של הפרט החשוד או הנאשם לבין זכותה של החברה וזכותם של הקורבנות להיות מוגנים. הוא מדגיש כי חוק-היסוד בא לשפר את ההגנה לא רק על זכויות העבריינים, אלא גם על אלה של החברה כולה.³⁶ מעמדתו זו של הנשיא שמגר עולה (באופן משתמע) כי חוק-היסוד יכול עקרונית לשנות את הפרשנות של חוקים קודמים השמורה בשמירת דינים, אלא שבנסיבותיו של המקרה הנידון תוכנו של חוק-היסוד אינו מכתוב (לדעת שמגר) פרשנות אחרת של החוק הרגיל הספציפי.

עמדה דומה, שלפיה חוק-היסוד יכול לשנות את מרחב הפרשנות שקדם לו, עולה מחוות-הדעת הנפרדות של השופטים גולדברג ושרטרברג-כהן. לעניינו של מאמר זה, הנקודה החשובה היא שכמו בפסק-דינו של הנשיא שמגר, גם בפסקי-הדין הנפרדים של השופטים הללו העמדה עולה באופן משתמע בלבד, מבלי לדון במפורש בסעיף 10 לחוק-היסוד.³⁷

השופט חשין, בפסק-דינו בדיון הנוסף, חוזר על עמדתו מהדיון המקורי, אשר התבססה על סעיף 10 לחוק-היסוד, שאותו הוא מתאר כ"ברור ומפורש":³⁸

"דעתי היא זו, ש'שמירת דינים' (כלשון הערת השוליים) ושמירת 'תוקף' – כלשון חוק היסוד בגופו – פירושן הוא כפשוטן: מה שהיה הוא, כעיקרון, מה שהיה... לשון בני אדם היא, בני אדם מן היישוב. והאמירה כי חוק היסוד אין בו

35 שם, פס' 14 לפסק-דינו של השופט מצא.

36 שם, פס' 3-4 לפסק-דינו של הנשיא לשעבר שמגר: "חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו נושא עמו בשורה חוקתית חקוקה לכל פרט בחברה, אולם בשורה זו נועדה לכל החברה ולא רק לעבריינים שבה. קורבן העבירה בפועל ובכוח וכל אורח תמים-דרך זכאים הגנה על כבודם ועל חירותם מפני פחד, אימה ופגיעה, לא פחות מן הנאשם. זכותה של אישה שלא לשוב ולהיות מושא למכות ולהשפלות אינה פחותה מזכות בעלה המכה לחירותו. זכותה של צעירה הנעה לתומה בדרכים שלא להיות קורבן לאונס נוסף, אינה פחותה מזכות הנאשם שלא להיעצר."

37 שם, פס' 3 לפסק-דינו של השופט גולדברג: "בעוד שקודם לחוק היסוד היה בידי הפרשן לבחור באחת מן הפרשנויות הלגיטימיות שנתן בית-משפט זה לסעיף 21א(2), הרי שאחרי חוק היסוד אין עוד מקום להעדיף פרשנות המעמידה את עילת המעצר טרם הרשעה על הצורך במעצר הרתעתי, או על הבטחתו של אמון הציבור באפקטיביות של המשפט הפלילי. מרחב הבחירה הפרשנית שהיה לפרשן בעבר נצטמצם עתה מכוח חוק היסוד, ואין הוא חופשי עוד להעדיף פרשנות שרוח חוק היסוד אינה שורה עליה." גם השופט שטרסברג-כהן קבעה כי נקודת המוצא לפרשנות משתנה בעקבות כינונו של חוק-היסוד, ואף היא נמנעה מלדון במפורש במשמעותו של סעיף 10 לחוק-היסוד. שם, פס' 2-6 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

38 שם, פס' 7 לפסק-דינו של השופט חשין.

'כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד', פירושה הוא בלשון בני אדם: דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד ימשיך במהלך חייו כמימים ימימה... או אחרת: 'תוקפו' של חוק עניינו, למיטב הבנתי, ב'תוכנו' של חוק. ובקובעו כי חוק היסוד אין בו כדי לפגוע בתוקפו של דין קיים, כמו אמר לנו המחוקק כך: הנה זה נתתי לכם היום חוק יסוד והוא על מכוננו. לעתיד לבוא, חוק יסוד זה הוא שיורה אתכם הדרך, וכמוהו כעמוד האש וכעמוד הענן. ואשר לעבר, נעמיד את חוק היסוד אל מול דין של עבר, חוק יסוד אל מול חוק, תוכן אל מול תוכן. גם אם יהיו סתירה או אי-התאמה בין חוק היסוד לבין דין של עבר; וגם אם ימצא לנו כי חוק היסוד תובע איזוני אינטרסים שונים מן הדין הקיים; גם כך וגם כך, דין של עבר יישאר כשהיה. גבולות ממלכת הדין הישן יישארו כשהיו.³⁹

חשין אינו מסתפק בציטוטה של ההיסטוריה החוקתית, ומוסיף הערה חשובה לגבי הרציונל שעמד לפני המכונן:

"תכליתה של שמירת התוקף מגלה עצמה בבירור: המחוקק חשש ממהפכות סמויות, משינויים בלתי צפויים, מ'התאמות דין' בלתי נראות. את כל אלה לא שיער ואת שיעורם לא מדד ולא שקל. כדי להבטיח את יציבות הדין – אם תרצה: את יכולתו לשלוט בדין מראש – קבע המחוקק הוראה שעניינה שמירת תוקף. ואם אמנם ביקש המחוקק לשמר דין של עבר כמות שהוא (על הכוח לשנותו מתוכו ובו) – ונראה בבירור כי זו הייתה כוונתו – מה יכול היה לעשות עוד, לומר עוד, ולא עשה ואמר? ואנו, את החוק נכבד ולדברנו נישמע."⁴⁰

הנשיא ברק אינו מתפלמס בדיון הנוסף באופן מפורש עם עמדתו של השופט חשין, אשר נסמכה כאמור על ההיסטוריה החוקתית. הוא עוקף עמדה זו על-ידי שימוש ב"תכלית האובייקטיבית" כמכשיר הפרשני העיקרי, וככלי שבגדרו מאזנים ערכים ואינטרסים מתנגשים.

"וכאן פועל חוק היסוד את פעולתו הפרשנית. מכוחו עשוי להינתן משקל שונה ממה שניתן בעבר לערכים ולאינטרסים הקבועים בו. כתוצאה מכך עשויה להשתנות נקודת האיזון בין אינטרסים וערכים הקובעים את תכליתו האובייקטיבית של החוק. בעקבות זאת משתנה התכלית האובייקטיבית עצמה. בשל כך משתנה התכלית הסופית (פרי האיזון בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית) של דבר החקיקה. כך מתייצב לפנינו דבר החקיקה הישן

39 שם, פס' 7-8 לפסק-דינו של השופט חשין.

40 שם, פס' 11 לפסק-דינו של השופט חשין.

במובנו החדש. דבר החקיקה לא שנה, אך מובנו שונה. נשמר תוקפו של הדין הישן, אך שונה היקף פריסתו.⁴¹

פסק-הדין בדיון הנוסף בעניין גנימאת נחתם באופן חריג למדי. סופו של פסק-הדין מכיל מעין "סיכום" של הלכות (להבדיל מסיכום של הקביעה האופרטיבית בתיק הספציפי בלבד, כמקובל). במסגרת זו – וכאמור, באופן שאינו מקובל, בגוף פסק-הדין, המנוסח על-ידי השופטים עצמם (בניגוד לתקצירים, הנערכים על-ידי מערכת חיצונית) – נוסחה פסקה המייצרת הלכה חדה בסוגיה מושא דיונו, אשר הסיכום שבה חד בהרבה מפסקי-הדין המפורטים של השופטים שישבו בדין:

"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נודעת לו השפעה על פרשנותם של דיני המעצר הקיימים, ובכלל זה על פרשנות יסודותיה של עילת המעצר הנדונה. לדעת השופט חשין יש לפרש חקיקה קודמת לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בהשראת חוק היסוד."⁴²

פסיקה זו, שהכתה שורשים בפסיקת בית-המשפט העליון תוך הסתמכות על עניין גנימאת,⁴³ מנוגדת, כאמור, לכוונת המכונן המפורשת שהייתה חלק מהפשרה הפוליטית שאפשרה את כינונו של חוק-היסוד.

2. דוגמה שנייה – השוויון כזכות חוקתית על-חוקית

דוגמה שנייה היא כמובן הזכויות הבלתי-מנויות, ובראשן השוויון. בדוגמה זו לא נאריך, שכן הרחבנו עליה במקומות אחרים.⁴⁴ להלן נסכמה בקיצור נמרץ, לצורך יישום הטיעון במאמר זה.

הזכות לשוויון נכללה ברוב הצעות החוקה וההצעות לחוק-יסוד, לרבות זו שממנה צמח לבסוף חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם מציעי חוק-היסוד נאלצו לוותר על

41 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט ברק.

42 שם, בעמ' 655. בשולי הדברים נעיר כי משפט הסיכום לעמדתו של השופט חשין אינו משקף את עמדתו של השופט חשין במלואה, וזאת בלשון המעטה. רק בדוחק ניתן למצוא בדבריו של השופט חשין תימוכין לעמדה שלפיה כאשר קיימים כמה פירושים אפשריים לחוק הישן כשלעצמו, אזי ניתן עקרונית לבחור מביניהם תוך התחשבות בחוק-היסוד (שם, פס' 12 לפסק-דינו של השופט חשין). אולם עמדתו של השופט חשין הינה בעיקרה כמתואר בטקסט ליד ה"ש 39–40 לעיל. תודתי לעורך הלשוני של כתב-העת משפט ועסקים גיא פרמינגר על הערה חשובה זו.

43 לדוגמות אחדות מן העת האחרונה ראו, למשל, בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים (טרם פורסם, 20.12.2010); ע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 28.4.2010); בג"ץ 1475/10 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 14.4.2010).

44 ראו סומר, לעיל ה"ש 6; הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א 59 (2004).

הכללת עקרון השוויון בחוק בשל התנגדותן של המפלגות הדתיות.⁴⁵ גם כאן אין מדובר בהשמטה מבלי משים, שכן בדיונים בכנסת הועלה הנושא באופן מפורש מאין כמוהו. חברי-כנסת אחדים טענו נגד אי-הכללתה של הזכות לשוויון במסגרת חוק-היסוד, הן במסגרת הדיון בקריאה הראשונה⁴⁶ והן במסגרת הדיון בקריאות השנייה והשלישית,⁴⁷ ומציע הצעת חוק-היסוד, חבר-הכנסת אמנון רובינשטיין, אף אמר כי –

“אין כאן סעיף שוויון כללי, נכון, מכיוון שסעיף השוויון הכללי הזה היה אבן הנגף, המכשלה שבגללה אי אפשר היה לקבל את הצעת החוק הכוללנית.”⁴⁸

אין ספק אפוא, כפי שכתבה גם יהודית קרפ, כי העדרו של סעיף השוויון אינו בשגת שכחה, וכי ההסכמה הפוליטית – פרי הפשרה שהולידה את החוק – הייתה לחוקקו מבלי שיכלול סעיף בדבר הזכות לשוויון.⁴⁹ אם ניישם את הטיעון במאמר זה לגבי עקרון השוויון, נוכל לומר בבירור כי ההיסטוריה החקיקתית מצביעה במפורש – ולא רק בדרך של שתיקה שפרשנותה משתמעת לשני פנים – על “כוונת המחוקק” לא לכלול אותו בחוק-היסוד.

אולם בתהליך הדרגתי, שנמשך על-פני כמה פסקי-דין,⁵⁰ קבע בית-המשפט העליון כי חלקה המכריע של הזכות לשוויון כלול בפועל במסגרת “כבוד האדם”, וכך הועלה השוויון, בניגוד לכוונת הכנסת, לדרגת זכות חוקתית על-חוקית.

אם בתחילתו של התהליך הוגבלה הכללת השוויון בכבוד האדם (לצורך העלאתו לדרגת זכות חוקתית על-חוקית) לסוגים מסוימים פגיעות בשוויון המהוות השפלה – כגון “...הפליה לרעה על רקע קבוצתי, ובתוכם הפליה מחמת מין, כמו גם הפליה מחמת גזע”⁵¹ – הנה בפרשת התנועה לאיכות השלטון נ’ הכנסת⁵² נעשה צעד משמעותי נוסף, והיקפו של השוויון הכלול בכבוד האדם הורחב כך שיכלול גם “הפליה שאין עימה

45 ראו קרפ, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 336–338; אוריאל לין “תשתית לחוקה כתובה בישראל” המשפט א 81, 86–87 (1993); קלוד קליין “חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – הערכה נורמטיבית ראשונה” המשפט א 123, 124–123 (1993).

46 ד”כ 123, 1241 (התשנ”ב), ח”כ שולמית אלוני; ד”כ 123, 1244 (התשנ”ב), ח”כ משה שחל.

47 “אני הייתי רוצה לראות בחוק הזה הכרזה האומרת, שכל בני-האדם שווים, שיש שוויון בפני החוק... כל בני-האדם הם בני-חורין ושווים.” ד”כ 125, 3786 (התשנ”ב), ח”כ מרדכי וירשובסקי.

48 ד”כ 124, 1532 (התשנ”ב). עם זאת יצוין כי חבר-הכנסת רובינשטיין אמר גם כי “ההצעה הזאת, בתוכה, טומנת בחובה את רעיון השוויון בכל מה שנוגע לכבוד האדם וחירותו”. הכללת רעיון השוויון כחלק מכבוד האדם וחירותו תידון להלן.

49 קרפ, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 346.

50 תחילתו של התהליך מתוארת בפרוטרוט במאמרי על הזכויות הבלתי-מנויות: סומר, לעיל ה”ש 6, בעמ’ 277–281. ראו גם בג”ץ 453,454/94 שדולת הנשים נ’ ממשלת ישראל, פ”ד מח(5) 501, 522–526 (1994); בג”ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע”מ נ’ דנילוביץ, פ”ד מח(5) 749, 760 (1994); בג”ץ 4541/94 מילר נ’ שר הביטחון, פ”ד מט(4) 94 (1995).

51 עניין מילר, שם, בעמ’ 132.

52 בג”ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ’ כנסת ישראל, פ”ד סא(1) 619 (2006).

השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית.⁵³

אף שהנשיא ברק שב וקובע כי הזכות לשוויון אינה נכללת במלוא היקפה בגדרו של כבוד האדם, בפועל רובה המוחלט של הזכות לשוויון, לפחות בהקשרים שבהם היא מתעוררת במציאות, כלול בכבוד האדם. על-מנת להיווכח בכך, די להתבונן על הציטוט של השופט חיים כהן ז"ל שאותו מביא הנשיא ברק⁵⁴ כאסמכתה לקביעתו בדבר ההיקף הראוי של השוויון הכלול בכבוד האדם:

“הכבוד האסור בפגיעה והזכאי להגנה אינו רק שמו הטוב של האדם, כי אם גם מעמדו כשווה בין שווים. הפגיעה בכבודו אינה רק בהוצאת שם רע או בעלבונות ובגידופים, אלא גם בהפלייה וקיפוח, במשוא-פנים ובהתייחסות גזענית או משפילה. ההגנה על כבוד האדם אינה רק באיסור לשון הרע, כי אם גם בהבטחת שוויונו בזכויות ובסיכויים, ובמניעת הפלייה כלשהי מחמת מין, דת, גזע, לשון, דעה, השתייכות פוליטית או חברתית, ייחוס משפחתי, מקור אתני, רכוש או השכלה.”⁵⁵

קשה להעלות על הדעת היבטים משמעותיים של הזכות לשוויון ולהעדר הפליה, כפי שהיא מתעוררת בהקשר המשפטי, אשר לא ייכללו בעקבות הדברים שלעיל בזכות החוקתית העל-חוקית לכבוד האדם.⁵⁶

53 שם, פס' 38 לפסק-דינו של הנשיא ברק. בפס' 40 לפסק-דינו קובע הנשיא ברק כי “מודל הביניים”, כפי שהוא הגדירו בציטוט דלעיל, הוא “המודל הראוי, להבניית היחס בין כבוד האדם כזכות חוקתית לבין השוויון”.

54 שם.

55 חיים כהן “ערכיה של מדינה יהודית ודימוקרטיה – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו” **הפרקליט ספר היובל** 9, 32 (1993).

56 שאלה אחת שנתרה פתוחה בהקשר זה היא שאלת יכולתו של תאגיד לטעון – כפי שאדם פרטי יכול לטעון – כי הפלייתו (פגיעה בשוויון) תהווה פגיעה חוקתית, כחלק מזכותו של התאגיד ל”כבוד האדם” (ככל שהיא קיימת). בשאלה הפרשנית אם “הדיבור ‘אדם’ בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חל גם על תאגיד מהמשפט הפרטי” פסק בית-המשפט העליון, מפי הנשיא ברק, כי “התשובה הפרשנית היא בחיוב. ‘אדם’ בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו רק בן-אדם. הדיבור ‘אדם’ בחוק היסוד כולל גם אישיות משפטית שאינה בן-אדם, ובלבד שמהותה של הזכות המוענקת בחוק היסוד וטבעה של האישיות המשפטית שאינה אדם, עולים בקנה אחד עם מסקנה זו”. בג”ץ 4593/05 **בנק המזרחי המאוחד בע”מ נ’ ראש הממשלה**, פס’ 10 לפסק-הדין (לא פורסם, 20.9.2006). את עמדתו בנושא זה סיכם הנשיא ברק בהרצאה שנשא ביום-עיון בנושא דיני תאגידים, באומרו: “אני עקבי בעמדה הבסיסית שלי, שאפשר לגזור מכבוד האדם את הזכות לשוויון. אבל ככל שמדובר בשוויון תאגידי, הזכות לא עומדת. צריך לעשות זאת דרך הרמות מסך”. איתי הר אור “אהרון ברק: זכויות תת-חוקתיות נתונות גם לתאגידים; שוויון לא” **כלכליסט** 7.6.2010 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3407156,00.html.

הנשיא ברק אף מציין במפורש כי "חוק-יסוד זה אינו כולל זכות עצמאית ונפרדת אשר כותרתה 'שוויון'".⁵⁷ אולם, בכל הכבוד, השאלה הרלוונטית אינה אם חוק-היסוד כולל זכות עצמאית ונפרדת כזו, אלא אם הרשות המכוננת קבעה באופן ברור כי הזכות לשוויון לא תועלה, באמצעות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לדרגת זכות חוקתית על-חוקית. כמתואר לעיל, כך עולה בבירור מן ההיסטוריה החקיקתית, ובא-התקיים שני התנאים האחרים שאותם הצענו – חלוף זמן ממושך למן מעשה הכינון ושינוי מהותי בנסיבות למן מעשה הכינון – היה על בית-המשפט לכבד את רצונו הברור של המכונן ואת הפשרה הפוליטית הגלומה בו.

3. דוגמה שלישית – שדרוגו של כלל ההסדרים הראשוניים לאחר שהשדרוג נדחה על-ידי הרשות המכוננת

הדוגמה שבה נסיים פרק זה היא הדוגמה של "ההסדרים הראשוניים", אשר קיבלה שדרוג חשוב בפסק-הדין בעניין רובינשטיין נ' שר הביטחון.⁵⁸ דוקטרינת ההסדרים הראשוניים קובעת כדלקמן:

"...מכוח עקרון שלטון החוק ראוי הוא, כי 'הסדרים ראשוניים' ייקבעו בחקיקה הראשית ובמפורש, ושלא תוענק הסמכה כללית למחוקק המשנה לקבוע בעצמו את ההסדרים הראשוניים."⁵⁹

בפרשת רובינשטיין קובע בית-המשפט העליון כי עם חקיקתם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, ובעקבות המהפכה החוקתית שהתרחשה כתוצאה מקבלתם, חל שינוי במעמדו של כלל ההסדרים הראשוניים, והוא התחזק⁶⁰ באופן המחייב את חיזוקה של החזקה הפרשנית שלפיה המחוקק לא התכוון להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע הסדרים ראשוניים.

אלא שמן ההיסטוריה החקיקתית עולה כי הכנסת דווקא דחתה באופן מודע את שדרוגו של כלל ההסדרים הראשוניים בחוקי-היסוד. כך, בעת הדיון בחוק-יסוד: חופש העיסוק בנוסחו משנת תשנ"ד, שבמהלך חקיקתו נעשה גם "מקצה שיפורים" לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ציין שר המשפטים דוד ליבאי כי המשנה לנשיא בית-המשפט העליון (כתוארו אז) אהרן ברק הציע, במכתב רשמי ששלח ליושב-ראש ועדת

57 עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 52, פס' 29 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
58 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998). פסק-הדין מביא לידי ביטוי את תרומתו הנוספת של פרופ' רובינשטיין למשפט החוקתי הישראלי – מעבר לתרומותיו כמחוקק, כשר, כפרופסור למשפט חוקתי וכמחבר ספרים מרכזיים בו – הפעם כעותר ציבורי.
59 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 502 (1988). לדיון מקיף בכלל ובטעמיו ראו עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 58, פס' 19–23 לפסק-דינו של הנשיא ברק.
60 שם, פס' 31 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

החוקה ולשר המשפטים, להחליף את הביטוי "בחוק או לפי חוק" בפסקת ההגבלה, משום שבמדינה דמוקרטית –

"אין לאפשר לחקיקת משנה לקבוע הסדרים ראשוניים הפוגעים בזכות יסוד. מדינה שערכיה דמוקרטיים אינה מאפשרת למחוקק הראשי להשתחרר מתפקיד החקיקה תוך שניתנת יד חופשית למחוקק המשנה, לרוב הרשות המבצעת, לפגוע בזכות אדם מוגנת ללא כל הכוונה מהמחוקק הראשי..."⁶¹

שר המשפטים ציין כי "גישה זו והשקפה זו של פרופסור ברק, כפי שהיא מפורשת במכתבו, מקובלת על הממשלה", וכי ועדת השרים לענייני חקיקה החליטה לפיכך להחליף את הביטוי "לפי חוק" שבהצעת הממשלה בביטוי "בתקנות הבאות לבצע הסדרים הקבועים בחוק", שכן "באופן זה יהיה ברור שניתן להתקין תקנות שיש בהן הגבלה של חופש העיסוק, ובלבד שהתקנות הותקנו מכוחו של חוק לבצע נושא או הסדרים ראשוניים שנקבעו בחקיקה הראשית".⁶²

אלא שבהמשך הדרך שינתה הממשלה את טעמה ואת הנוסח שהביאה לכנסת, ובסופו של דבר לא התקבל שינוי הנוסח בכנסת. אורן גזל מציג באופן משכנע את ההיסטוריה הכינונית המעידה על החלטה מודעת לא לקבע חיזוק משמעותי לכלל ההסדרים הראשוניים במסגרת חוקי-היסוד, כמו-גם את הטעמים המהותיים והדוגמות מהמשפט המשווה התומכים בעמדה שבה בחרה בסופו של דבר הרשות המכוננת.⁶³ מכאן שהרשות המכוננת בחרה, לאחר שהנושא הוצב לפניו במפורש, לא לחזק את כלל ההסדרים הראשוניים במסגרת חוקי-היסוד, ולא לקבוע כי בתקנות ניתן רק ליישם הסדרים שנקבעו בחוק. עובדה זו לא הפריעה לבית-המשפט העליון, כאמור, לפסוק בדיוק את ההפך, קרי, כי בחוקי-היסוד יש חיזוק משמעותי לכלל ההסדרים הראשוניים, וכי אי-אפשר להכיר בתקנות אם הן אינן מיועדות ליישום של הסדר (ראשוני) הקבוע בחוק.

פסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין רובינשטיין מתעלם אפוא מההיסטוריה הכינונית המפורשת, אף שלא חלף זמן משמעותי למן התרחשותה וגם לא חל כל שינוי נסיבות מהותי שיש בו כדי להצדיק פרשנות הפוכה מזו שנקטה הרשות המכוננת במודע, לאחר שהתבקשה, במפורש, לעשות אחרת על-ידי אהרן ברק.⁶⁴ גם במקרה זה אין פסק-הדין מתמודד עם ההיסטוריה הכינונית, למרות מודעות מלאה אליה.

61 ד"כ 135, 4327 (התשנ"ד).

62 שם, בעמ' 4328.

63 אורן גזל "פגיעה בזכויות-יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'" משפט וממשל ד 381 (1998).

64 לפנייתו המפורטת של ברק במכתבים אל יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ואל שר המשפטים ראו אהרן ברק "על התיקונים בחוקי-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 545 (1994).

4. סיכום ביניים

כפי ששלוש הדוגמות דלעיל ממחישות, בית-המשפט העליון אינו מהסס לפסוק בניגוד לכוונת המכונן המפורשת הנלמדת מההיסטוריה הכינונית, וזאת מבלי שחלף זמן רב למן מעשה הכינון ומבלי שמועלית על-ידי בית-המשפט טענה בדבר שינוי נסיבות קיצוני כלשהו. בית-המשפט גם אינו מתעמת עם ההיסטוריה הכינונית באופן ישיר, אלא מעדיף לעקוף אותה באמצעות כלים העומדים לרשותו, ובראשם המרחב העצום של הפרשנות. ייתכן שבהתעלמות זו יש משום תבונה פוליטית, אולם היא מקשה מציאת צידוק כלשהו (שאוילי קיים) לסטייה מכוונתם של המכוננים שהובעה באופן ברור רק זמן קצר קודם לכן.

החשש מפני הפרשנות שבית-המשפט העליון נוקט הוביל באופן ישיר לעצירת התהליך של השלמת החוקה. יותר מפוליטיקאי חרדי אחד הכריז כי יתנגד לכל חוק-יסוד נוסף, בלי קשר לתוכנו. היה אף מי שאמר כי גם אם יובאו עשרת הדברות כחוק-יסוד, יתנגדו לו המפלגות החרדיות, עקב חששן מפני האופן שבו בית-המשפט מפרש כל טקסט שהוא.⁶⁵ דומני כי פרשנותו של בית-המשפט בהקשר זה, המנוגדת באופן מפורש לפשרה הפוליטית שהושגה, מהווה אבן-נגף משמעותית בתהליך השלמתה של החוקה, ופוגעת באמון בבית-המשפט העליון, במיוחד בקרב ציבורים מסוימים.

פרק ב: (אי-)יישום כללי אשוונדר בישראל

הביקורת השיפוטית שתוצאתה ביטול חוקים של הרשות המחוקקת היא "נשק לא קונבנציונלי", כהגדרתו של הנשיא ברק.⁶⁶ כדברי השופט זמיר:

"מי שמופקד על נשק כזה מחויב באיפוק מרבי. אוי לסמכות שאין עמה אחריות. צריך להיות ברור לכל בר-דעת שבית המשפט אינו אמור לעשות שימוש בסמכותו לבטל חוק, אלא במקרה בולט של פגיעה מהותית בזכויות יסוד או בערכים בסיסיים."⁶⁷

65 האמירה יוחסה לשר אריה דרעי. ראו את עדותו של חבר-הכנסת עמיר פרץ: "אריה דרעי אמר לי בזו הלשון... גם אם תביא חוק-יסוד ותכתוב את עשרת הדיברות, אנחנו נהיה נגד... אבל במקרה הזה הפרשנות... אני לא מוכן להפקיר את הפרשנות בידי בג"ץ." ד"כ התשע"ב 79–80, www.knesset.gov.il/plenum/data/04469911.doc. האמירה יוחסה גם לחבר-הכנסת שלמה בניזרי. ראו יואב דותן "האם ישראל צריכה בית-משפט לחוקה?" משפט וממשל ה'117, ה"ש 4 (2000).

66 ברק "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 11.

67 בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996).

בפסיקה בארצות-הברית – ערש הביקורת השיפוטית – התפתחה בהקשר זה סדרה של שבעה כללים, המכונים "כללי אשוונדר". כללים אלה, שנוסחו על-ידי השופט ברנדייס (Brandeis) בפסק-הדין בעניין *Ashwander*⁶⁸ כסיכום של הפסיקה הקודמת,⁶⁹ מהווים הגבלות עצמיות של בית-המשפט העליון האמריקאי בבואו לפסול חקיקה של הקונגרס כלא-חוקתית. בעניין **בנק המזרחי** הזכיר הנשיא שמגר לחיוב את כללי אשוונדר, באומרו כי הם "ראויים לשמש גם אותנו כחומר למחשבה, תוך סינון והתאמה עצמאיים", וכי "הגישה העקרונית שבאה לידי ביטוי בכללים והרוח הנושבת מהם ראויים, כאמור, לתשומת-לב ולמחשבה, כי הניסיון שנצבר במקומות אחרים, בתחום אשר עליו מדובר כאן, יכול להיות לנו לעזר".⁷⁰

אלא שלמרות הופעתם בפסק-הדין בעניין **בנק המזרחי**, שהניח את התשתית להפעלת סמכותו של בית-המשפט העליון בתחום הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת, לא הופיעו עוד הכללים בפסיקה הישראלית העוסקת בביקורת שיפוטית, לבד מאזכורים ספורים שניתן למנותם על אצבעות כף-יד אחת.⁷¹ עיון בכללים מלמד כי הלכה למעשה

68 עניין *Ashwander*, לעיל ה"ש 12. מעניין שאף בארצות-הברית נשמעת לאחרונה ביקורת שלפיה בית-המשפט העליון הפדרלי סוטה מכללי אשוונדר. ראו, למשל: Lyle Denniston, *Term Review: A More Activist Court*, SCOTUSBLOG (June 30, 2011), www.scotusblog.com/2011/06/term-review-a-more-activist-court. למעשה, גם בעבר היו מחברים שטענו כי בית-המשפט אינו מכבד תמיד את כללי אשוונדר. ראו, למשל: Lisa A. Kloppenberg, *Avoiding Constitutional Questions*, 35 B.C. L. REV. 1003 (1994). במקביל קיימת כמובן ביקורת גם על הכללים עצמם. ראו, למשל: Frederick Schauer, *Ashwander Revisited*, SUP. CT. REV. 71 (1995).

69 עניין *Ashwander*, לעיל ה"ש 12, מובאות אסמכתות מפורטות מפסיקה אמריקאית קודמת לכל אחד מהכללים המסוכמים. ראו גם: *Rescue Army v. Municipal Court of Los Angeles*, 331 U.S. 549 (1947). לתמיכה בריסון השיפוטי ראו גם: ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 34–110 (2d ed. 1986).

70 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 349–350. במאמר שפורסם כשנה לאחר מתן פסק-הדין בעניין **בנק המזרחי** כתב הנשיא (אז כבר בדימוס) שמגר: "איני רואה לנכון לאמץ, בשלב זה, את כל הכללים כמקשה אחת, אך אני סבור שמן הראוי שהרוח הנושבת מהם תשמש אצלנו כחומר למחשבה." מאיר שמגר "מגמות במשפט" **עיוני משפט** כ 5, 12 (1996). על עיון במקורות זרים בכלל ובפסיקה אמריקאית בפרט ראו ד"ר 29/84 **קוסי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ**, פ"ד לח(4) 505 (1984). מעניין שלמרות מרכזיותו של פסק-הדין בעניין *Ashwander* בנושא הביקורת השיפוטית, והתמקדותו ביחס שבין ביקורת שיפוטית לבין פרשנות חוקתית, הוא אינו נזכר אצל אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית (1994).

71 בג"ץ 5503/94 **סגל נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נא(4) 529, 548 (1997) (השופט חשין); בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, 542 (2006) (השופט ריבלין); בג"ץ 9098/01 **גניס נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נט(4) 241, 286 (2004) (השופט ריבלין); עניין **רובינשטיין**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 524 (הנשיא ברק). מעניין שבמקרה זה הנשיא ברק מתייחס לכללי אשוונדר באופן חיובי.

הם אינם מיושמים בישראל. במאמר זה נעשה ניסיון ראשון לבחון את יישומם של העקרונות שמאחורי כללי אשוונדר בישראל.⁷²

הכלל הראשון מבין שבעת הכללים הוא שבית-המשפט לא ידון בטענות בדבר חוקתיותו של חוק אלא כאשר הן עולות במסגרת סכסוך משפטי אמיתי וחיוני. בית-המשפט לא יאפשר לצד שהפסיד בוויכוח הפרלמנטרי להעביר את שאלת החוקתיות להכרעת בית-המשפט. משמעות הכלל היא מניעת תקיפה ישירה של החוק על-ידי חברי-הכנסת, והשאת תקיפתו רק למי שנפגע ממנו. למעשה, כלל זה מיישם, בהקשר של הביקורת השיפוטית, את דוקטרינת "זכות העמידה" בכלל – אשר במשך השנים מוסמסה בישראל כמעט לחלוטין⁷³ – ואת העיקרון שאין להעניק זכות עמידה מיוחדת לחברי-כנסת בפרט.⁷⁴

חברי-הכנסת בישראל מרבים לעתור לבית-המשפט הגבוה לצדק, וחברי-כנסת של האופוזיציה הנכשלים במאבקים פרלמנטריים מעבירים את הזירה כדבר שבשגרה לבית-המשפט העליון. כך היה, למשל, בפרשת **אורון**,⁷⁵ שבה הצד שהפסיד בוויכוח הפרלמנטרי על הלגיטימציה של ערוץ 7 העביר את המאבק לזירה המשפטית, ואף הצליח לשנות בה את התוצאה.⁷⁶ גם פרשת **גלאון**,⁷⁷ שעסקה בחוק האזרחות, היא דוגמה של עתירה שהוגשה על-ידי הצד שהפסיד בוויכוח הפרלמנטרי, וכך גם פרשת **רסלר**, שעסקה בביטולו של "חוק טל".⁷⁸ גם הדיון לגופו של עניין בפרשת **רובינשטיין** הינו למעשה דיון המנוגד לכלל הראשון מבין כללי אשוונדר. כאשר זוכרים כי אחת ממטרותיהם של כללי אשוונדר היא לשמר את מערכת היחסים המורכבת שבין רשויות השלטון, יש חשיבות רבה לכלל ראשון זה, אשר פועל במישורין להשגתה של מטרה זו. גבולותיה של זכות העמידה הישראלית הורחבו בתהליך שיפוטי עקבי לאורך ארבעת העשורים האחרונים, והיא כיום אחת הרחבות בעולם.⁷⁹ מבלי להיכנס כרגע לוויכוח

72 חלק מכללי אשוונדר נוסחו במקור כמתייחסים לדרך בחינתה של "שאלה חוקתית" באופן כללי, וחלק נוסחו כמתייחסים ספציפית לביקורת שיפוטית. הדיון בשאלה אם ראוי לאמץ את כללי אשוונדר לדיונים חוקתיים בכלל חורג מתחומיה של רשימה זו, וחופף במידה מסוימת את הדיון הרחב יותר באקטיביזם שיפוטי. בהקשר של רשימה זו מוצע ליישם את כללי אשוונדר העוסקים בשאלות חוקתיות בכלל רק בהקשר של ביקורת שיפוטית. לניתוח של כללי אשוונדר ראו Kloppenberg, לעיל ה"ש 68.

73 זאב סגל **זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק** (מהדורה שנייה, 1993); בג"ץ 1/81 שירן נ' **רשות השידור**, פ"ד לה (3) 365 (1981); בג"ץ 2148/94 **גלברט נ' יושב ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון**, פ"ד מח (3) 573 (1994).

74 שלמה לוין "האם יש זכות עמידה לזכות העמידה?" **הפרקליט** ט 453 (1990).

75 בג"ץ 1030/99 **אורון נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נו (3) 640 (2002).

76 יצוין כי חלק מהעותרים בפרשה זו היו אומנם חברי-כנסת מן האופוזיציה, אולם במקביל הוגשה גם עתירה של נפגע ישיר – תחנת רדיו אזרית חוקית.

77 בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה** (טרם פורסם, 11.1.2012).

78 בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל** (טרם פורסם, 21.2.2012). עם העותרים נמנו ארבעה חברי-כנסת.

79 סגל, לעיל ה"ש 73.

הכללי בנושא זכות העמידה,⁸⁰ ייתכן שהיה ראוי להגבילה לצורך יישומו של הכלל הראשון מבין כללי אשוונדר, המהווה תרומה לאיזון העדין שבין הרשויות במצב הלא-שגרתי של הכרזת הרשות השופטת כי פעולה של הרשות המחוקקת הייתה בלתי-חוקתית. אכן, הוראה הדורשת זכות עמידה במובנה הקלסי נכללה במפורש בהצעות השונות לחוק-יסוד: החקיקה.⁸¹ אולם היה אפשר להגיע לאותה תוצאה באמצעות ריסון שיפוטי. כפי שנראה להלן, גם הכלל החמישי מבין כללי אשוונדר עוסק בזכות העמידה, ואף הוא מתנגד להרחבתה באופן הקיים כיום בישראל.

הכלל השני של כללי אשוונדר הוא שבית-המשפט לא יעורר שאלה של חוקתיות בטרם יעלה הצורך להכריע בשאלה. בית-המשפט לא יכריע בשאלה בעלת אופי חוקתי אלא אם כן הדבר דרוש לחלוטין (absolutely necessary) לצורך הכרעה בעניין. לכאורה, כלל זה חל גם בישראל. בלשונו של הנשיא ברק, "גישתנו השיפוטית הינה שלא להכריע בשאלת תוקפו של חוק אלא אם כן הדבר חיוני לצורך ההכרעה בעניין".⁸² משמעותו של כלל זה היא, בין היתר, שאמירה בדבר חוקתיותו של חוק לא תבוא בדרך של אמרת-אגב (obiter dictum). אולם כלל זה לא קיים, למשל, בפרשת **מיטראל** הראשונה,⁸³ שבה העיר בית-המשפט באמרת-אגב, אשר לא הייתה נחוצה כלל לצורך הכרעה בהליך שלפניו, כי עם סיום תקופת שמירת הדינים לא יהיה אפשר למנוע מהעותרת קבלת רישיון לייבא בשר לא-כשר.⁸⁴ אמרת-האגב פתחה תהליך של תיקון חוק-יסוד: חופש העיסוק, ובשלב מסוים אף היה חשש לביטולו של חוק-היסוד עקב פגיעתו, לנוכח אמרת-האגב, בסטטוס-קוו בענייני דת ומדינה. מעניין שהנשיא ברק התבטא לימים כי אינו בטוח שהחקיקה שנידונה בעניין **מיטראל** לא הייתה עומדת בתנאיה של פסקת ההגבלה,⁸⁵ ואם כך, היא לא הייתה נפסלת בשל חוק-יסוד: חופש העיסוק, והיה נחסך הצורך להחליף את חוק-היסוד ולהוסיף לו את פסקת ההתגברות. כלל זה גם אמור למנוע בדרך-כלל את הדיון בעתירות תיאורטיות, המעלות שאלות כלליות שאינן קשורות למקרה מסוים. עם זאת, קיימים חריגים לאי-הדיון בעתירות

80 לביקורת מנומקת על הרחבת זכות העמידה ראו יהושע (שוקי) שגב "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" **הפרקליט** מח 499 (2006). ראו גם אסתר ברק "זכות העמידה בעתירה הציבורית: מבחניה ובעיותיה" **עיוני משפט** טז 391 (1991); לוי, לעיל ה"ש 74.

81 ס' 12 (ב) להצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ו 133 ("לא יעורר על תקפו של חוק אלא מי שנפגע ממנו"); ס' 14 (א) להצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשל"ח 326 ("לא ישיג אדם על תקפו של חוק אלא אם נפגע במישרין ממנו"); ס' 35 (ה) להצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ב 147 ("לא ישיג אדם על תקפו של חוק או על תקפה של הוראה שבו אלא אם נפגע מהם במישרין"; השגה כאמור יכול שתוגש גם בידי היועץ המשפטי לממשלה").

82 בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, 413 (1997) (להלן: **עניין לשכת מנהלי ההשקעות**).

83 בג"ץ 3872/93 **מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה**, פ"ד מז(5) 485 (1993).

84 הערתו של בית-המשפט התייחסה לצו שהיווה חקיקת-משנה, אולם ההנמקה התייחסה ל"חקיקה" – מונח הכולל גם חקיקה ראשית.

85 ראו את דבריו בפרוטוקול ישיבה מס' 208 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (29.4.2004).

תיאורטיות, ובראשם החריג – הקיים הן בישראל והן בארצות-הברית – שלפיו ניתן לדרון בעתירה תיאורטית אם היא משקפת פרקטיקה חוזרת, העלולה לחמוק כל פעם מביקורת שיפוטית עקב היהפכותה המהירה לתיאורטית.⁸⁶

דוגמה לסוג נוסף של מקרים שבהם ניתן לטעון לאי-קיומו של כלל זה היא פרשת הפרטתם של בית-הסוהר.⁸⁷ בפרשה זו עמדה לדיון השאלה אם הפרטת תפעולו המלא של בית-סוהר מהווה פגיעה בכבוד האדם באופן המצדיק את פסילת החוק שאפשר אותה. דעת הרוב השיבה על שאלה זו בחיוב, וביטלה את ההפרטה כחמש שנים לאחר חקיקתו של החוק שאפשר אותה, וזמן קצר לפני תחילת הפעלתו של בית-הסוהר. דעת המיעוט של השופט אדמונד לוי ביקשה להמתין ולבחון את שאלת הפגיעה בכבוד במציאות, לאחר שבית-הסוהר יופעל.

הכלל השלישי הוא שבית-המשפט לא ינסח כלל חוקתי באופן רחב יותר מן הנדרש על-ידי העובדות הספציפיות שלגביהן יש ליישם את הכלל. משמעותו של כלל זה היא שפסקי-הדין החוקתיים צריכים להימנע מליהפך למאמרים עקרוניים המסדירים סוגיה מעבר למה שנדרש לצורך העניין שלפני בית-המשפט, ולהסתפק בניסוח הכללים באופן המתבקש לצורך ההכרעה הקונקרטית. דומני שאין צורך להרבות באסמכתות על-מנת לקבוע שכלל זה אינו מתקיים בפסיקתו החוקתית של בית-המשפט העליון בישראל. כמו כללים אחרים, מטרתו של כלל זה היא למזער את היקפן של המחלוקות בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת, מתוך אמונה שהחיכוך, כשלעצמו, גורם נזק. הרחבת חזית המחלוקות כאשר אין מקפידים על הכלל מגבירה את החיכוך ומגדילה בהתאם את הנזק.

הכלל הרביעי הוא שבית-המשפט לא יחליט בבעיה חוקתית, אף אם היא מועלת כיאות, אם יש גם טעם אחר אשר על יסודו ניתן להכריע בעניין נושא הדיון. אם ניתן להכריע במחלוקת על-פי שני טעמים חלופיים, האחד חוקתי והאחר מעוגן בפרשנות

86 הדוגמה הקלסית במשפט האמריקאי היא פסק-הדין הידוע *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). מדינת טקסס, שחקיקה שלה עמדה לביקורת בפרשה זו, טענה כי אין צורך לדרון בפרשה מכיוון שהתובעת כבר ילדה את תינוקה. השופט בלקמון (Blackmun) קבע כי היריון נמשך תקופה קצרה מכדי לאפשר השלמת הליך מלא, כולל הליכי ערעור, ולפיכך ניתן לדרון בעניין אף שהוא נהפך לתיאורטי. הנמקה דומה ניתנה בישראל בבג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד (5) 241, 250 (1999): "כזה הוא המקרה הנדון. הוא מעלה שאלה חשובה, הנוגעת לעקרונות היסוד של שלטון החוק, היא שאלת הסמכות לפגוע בחירות האישית בדרך של מעצר שאינו שיפוטי. השאלה עולה חדשות לבקרים, שנה אחר שנה, לגבי חיילים רבים, לדברי המשיבים קרוב ל-10,000 חיילים מדי שנה. אולם שאלה זאת היא בעלת אורך חיים קצר: היא עולה כאשר חייל נעצר על ידי שוטר צבאי... יוצא, איפוא, שאם בית המשפט לא יהיה מוכן לדרון בשאלת החוקיות של המעצר, רק משום שבינתיים החייל שוחרר והעתירה נעשתה תיאורטית, הוא לא יוכל לדרון בשאלה זאת לעולם... זוהי תוצאה חמורה. היא אינה מתיישבת עם שלטון החוק. כדי למנוע תוצאה כזאת, צריך בית המשפט לדרון בשאלת החוקיות של המעצר אף לאחר שהשאלה חדלה להיות אקטואלית." ראו גם בש"פ 8823/07 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 11.2.2010), שבו הורחב הכלל גם לתקיפת-עקיפין על תוקפו של חוק במסגרת הליך שנעשה תיאורטי.

87 בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר** (טרם פורסם, 19.11.2009).

החוק או בעקרונות כלליים של המשפט, יחליט בית-המשפט רק על יסוד נימוק מן הסוג השני.

לכאורה, כלל זה מקובל על בית-המשפט בישראל, הקובע כי "אל הביקורת החוקתית – שהיא בגדר 'נשק יום הדין' – יש לפנות רק כאשר כלו כל הקצין".⁸⁸ אכן, בית-המשפט נוקט גישה זו פעמים רבות, כמו בפרשת גניס עצמה, אולם לא תמיד. דוגמה לאי-הפעלתו של כלל זה מצויה בעניין לשכת מנהלי ההשקעות. בפרשה זו, לאחר שהגיע למסקנה כי הוראת החוק היא בלתי-חוקתית לכאורה, קבע בית-המשפט כדלקמן:

"כן מבקשים אנו להשאיר בצריך עיון את השאלה, אם ניתן לקבוע הסדר חדש ומידתי בעניין הבחינות של העוסקים הישנים באמצעות תקנות חדשות שיותקנו על פי סעיפים 8(ד) ו-8(ה) לחוק תיקי השקעות. התשובה על שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. היא לא התעוררה בפנינו, ולא שמענו לגביה טיעונים. נשאירה איפוא בצריך עיון."⁸⁹

הפעלה נכונה של הכלל הייתה מחייבת שקילה של הפתרון החלופי שהושאר בצריך עיון, ורק אילו נקבע כי הדרך האמורה אינה פתוחה, היה אפשר להגיע לפסלות החוק. אלא שפרשת לשכת מנהלי ההשקעות היוותה הזדמנות-פז לבית-המשפט העליון לקבע את סמכותו לפסול חוק של הכנסת, באשר היא נסבה סביב דבר חקיקה לא-חשוב ובלתי-שנוי במחלוקת, ובית-המשפט לא רצה להחמיץ הזדמנות זו.⁹⁰

הכלל החמישי מחזק אף הוא את דוקטרינת "זכות העמידה", וקובע כי בית-המשפט לא ידון בחוקתיותו של חוק אם התובענה מוגשת על-ידי מי שאינו מראה כי הוא נפגע אישית מן החוק. במסגרת זו נדחתה אף עתירתה של אחת ממדינות ארצות-הברית, בשם אזרחיה, להכריז על חוק פדרלי כבלתי-חוקתי.⁹¹ מכאן שעתירות לפסילת חוקתיותם של חוקים המוגשות על-ידי גופים – דוגמת האגודה לזכויות האזרח, הוועד הציבורי נגד עינויים או התנועה לאיכות השלטון – לא יוכלו להתברר.

נושא זה עלה לדיון במישרין בעתירתה של האגודה לזכויות האזרח להכריז כי

88 עניין גניס, לעיל ה"ש 71, בעמ' 286. גם בעניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 58, בעמ' 524 קובע הנשיא ברק כי "אף אנו נקטנו גישה זו, תוך אימוץ הילכת *Ashwander*... היא ההלכה הקובעת כי יש לעשות כל מאמץ פרשני לגיטימי, כדי למנוע בטלותו של חוק... כמוכן, ניתן יהא לנקוט גישה זו רק אם לשון החוק מאפשרת פירוש מצמצם זה. אין לאנוס את לשון החוק ואין לעוות את כללי הפרשנות".

89 עניין לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 82, בעמ' 414–415.

90 אגב, כלל זה מכללי אשוונדר נדחה באופן מפורש על-ידי בית-המשפט הגבוה לערעורים בהונג-קונג: Mok Charles v. Tam Wai Ho, [2010] 13 H.K.C.F.A.R. 762, 793 (C.F.I.), available at legalref.judiciary.gov.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=74259&currpage=T ("And however all of that may be, it has not been our practice to avoid deciding a constitutional point just because there is available some other way in

.which to dispose of the appeal")

91 Commonwealth of Massachusetts v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923).

סעיפים שונים בפקודת העיתונות ובתקנות ההגנה המנדטוריות בטלים, באשר הם סותרים את חוק-יסוד: חופש העיסוק.⁹² בפרשה זו טענה המדינה כי "על בית המשפט לקיים ביקורת חוקתית אך ורק בהקשר קונקרטי, אשר אינו קיים במקרה זה",⁹³ אולם השופט גולדברג דחה את הטענה, ובחר ליישם את הכללים המבטלים למעשה את הדרישה לזכות עמידה במשפט המנהלי גם על עתירות לביקורת שיפוטית.⁹⁴ כאמור לעיל, יישום כללי אשוונדר היה מחייב הקשחה של כללי זכות העמידה כאשר מדובר בביקורת שיפוטית שתוצאתה האפשרית היא ביטול חוק של הכנסת, וזאת בלי קשר הכרחי לשאלה הכללית של זכות העמידה.

הכלל השישי הוא שמי שנהנה מיתרונותיו של חוק מסוים לא יוכל לבקש מבית-המשפט לדון בחוקתיותו של אותו חוק. כדוגמה ניתן להביא את פסק-הדין האמריקאי בעניין *Wall v. Parrot Silver & Copper Co.*,⁹⁵ שבו נדחתה תובענה נגד חוקתיותו של חוק משהסתבר כי העותרים הגישו תביעה שעילתה באותו חוק שאת ביטולו ביקשו. למעשה, כלל זה הוא קונקרטיזציה של עקרון ההשתק, אשר מצוי במשפט הישראלי ומסור לשיקול-דעתו של בית-המשפט. לא מצאנו דוגמות מן הניסיון הישראלי בתחום הביקורת השיפוטית שבהן עמד הכלל למבחן.

הכלל השביעי והאחרון הוא שלפני הפעלת ביקורת שיפוטית יבדוק תחילה בית-המשפט אם ניתן לאתר פרשנות סבירה של החוק המותקף שתאפשר להימנע מפסילתו. כלל זה יושם על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת **זנדברג נ' רשות השידור**.⁹⁶ פרשה זו היוותה לגול מאוחר של הליכים משפטיים שבהם נקבע כי רשות השידור גבתה מהאזרחים אגרה בסכום גבוה מזה שהיה מותר לה לגבות.⁹⁷ בעקבות קביעה זו חוקקה הכנסת חוק רטרואקטיבי שאשרר בדיעבד את האגרה כפי שנגבתה על-ידי רשות השידור (להלן: חוק התשריר).⁹⁸ העותר לא קבל על תשלום האגרה עצמה (אשר הוכשרה כאמור בחוק התשריר), אלא על תשלומי "תוספת אגרה", קנסות פיגורים והפרשי הצמדה, שבהם ראה פגיעה בקניין. בית-המשפט בחר לפרש את חוק התשריר כך שהוא אינו חל על קנסות הפיגורים, אף שההגעה לפרשנות זו לא הייתה פשוטה, וזאת במטרה להימנע מהצורך בפסילת חוק.⁹⁹

92 בג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117 (1998).

93 שם, בעמ' 123.

94 שם, בעמ' 124–125.

95 *Wall v. Parrot silver & Copper Co.*, 244 U.S. 407 (1917).

96 בג"ץ 4562/92 **זנדברג נ' רשות השידור**, פ"ד נ(2) 793 (1996).

97 ע"א 474/89 **קריב נ' רשות השידור**, פ"ד מו(3) 374 (1992).

98 חוק רשות השידור (אישור תקפן של אגרות רדיו וטלוויזיה), התשנ"ג-1992, ס"ח 1403.

99 "נדרש מאמץ פרשני ניכר על-מנת להגיע למסקנה שאליה הגעתי. מאמץ זה ראוי הוא. הוא משקף את עמדתנו, כי עדיף להגיע לצמצום היקפו של חוק בדרך פרשנות, על פני הצורך להגיע לאותו צמצום עצמו בדרך של הכרזת חלק מחוק כבטל בהיותו נוגד להוראת חוק יסוד. עמדה זו מבוססת, כפי שראינו, על הרצון להבטיח אחדות חוקתית ועל התפיסה הבסיסית, כי עדיפה פרשנות סבירה של חוק על פני הכרעה בשאלת חוקתיותו." עניין **זנדברג**, לעיל ה"ש 96, בעמ' 814.

דוגמה נוספת הממחישה את הכלל השביעי היא דעת המיעוט של השופט נאור בפרשת פלוני.¹⁰⁰ בעניין זה קבעו שופטי הרוב כי סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006 – אשר אפשר לקיים דיון בהארכת מעצר של חשוד בעבירות ביטחון ללא נוכחותו של החשוד – אינו חוקתי. השופט נאור הציעה להשיג חלק מן התוצאה המתבקשת על-ידי פרשנות הדורשת "ודאות קרובה" לכך שנוכחות העצור בדיון בבית-המשפט תסכל מניעת פגיעה בחיי אדם. פרשנות כזו עדיפה לדעתה על ביטול החוק. בסופו של דבר הגיעה השופט נאור למסקנה כי אי-אפשר להימנע מביטול החוק, אולם דרך מחשבתה והנמקתה היו על-פי הכלל השביעי של כללי אשוונדר.¹⁰¹

לסיכום, חלק ניכר מכללי אשוונדר אינם מיושמים במלואם במשפט הישראלי, וחלקם נדחו בו במפורש. כללי אשוונדר הינם כללים שגם במקורם, בארצות-הברית, פותחו על-ידי הרשות השופטת לצורך הגבלת שימושה של רשות זו בכוחה לפסול חקיקה של הקונגרס. היה ראוי, לדעתי, שיחד עם אימוצה של דוקטרינת הביקורת השיפוטית על חקיקת הפרלמנט, יאמץ בית-המשפט העליון גם את כללי הריסון שנלוו לדוקטרינה בארץ מוצאה. הנהגת הביקורת השיפוטית בעוצמה העולה על זו הנהוגה אף בארצות-הברית, וזאת בלא דיון ציבורי ופוליטי הולם, פוגעת אף היא באמון בבית-המשפט, ומספקת תחמושת למקטרגים עליו.

אין אני טוען כי חובה על בית-המשפט לאמץ את כללי אשוונדר כלשונם ובלא כל התאמה למציאות הישראלית. יפים לעניין זה דברי הנשיא שמגר שהובאו לעיל, שלפיהם הכללים "ראויים לשמש גם אותנו כחומר למחשבה, תוך סינון והתאמה עצמאיים".¹⁰² השימוש בכללי אשוונדר מוצדק, ברוב המקרים, לנוכח הניסיון האמריקאי הנרחב ביצירת ביקורת שיפוטית יעילה, מחד גיסא, ומקובלת מבחינה פוליטית וציבורית, מאידך גיסא. כללי אשוונדר נועדו, בין היתר, לצמצם את החיכוך בין הרשויות העלול לנבוע מקביעה שיפוטית בדבר אי-חוקתיותה של החלטה של רשות אחרת.¹⁰³ כאשר ניסח את הכללים, סיים השופט ברנדייס את דבריו באזהרה הבאה:

"One branch of the government cannot encroach on the domain of another without danger. The safety of our institutions depends in no small degree on a strict observance of this salutary rule."¹⁰⁴

100 עניין פלוני, לעיל ה"ש 86.

101 שם, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת נאור.

102 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 13, פס' 88 לפסק-דינו של הנשיא לשעבר שמגר.

103 FCC v. Fox Television Stations, Inc., 129 S. Ct. 1800, 1840 (2009) ("and thereby diminishes the friction between the branches that judicial holdings of unconstitutionality might otherwise generate").

104 עניין Ashwander, לעיל ה"ש 12, בעמ' 355. הדברים הינם ציטוט מתוך פסק-דין קודם: Sinking-Fund Cases, 99 U.S. 700, 718 (1878).

דומני כי אזהרה זו אכן ראוי שתשמע, וכי השנים האחרונות מלמדות כי הרשות המחוקקת מגיבה על תחושתה שהרשות השופטת מתערבת יתר על המידה בתחומה שלה. התערבות של הרשות השופטת בתחומים שבהם לפי כללי אשוונדר אָל לה להתערב מחזקת את התחושה הזו.

סיכום

בעת פרסום רשימה זו, בית-המשפט העליון עומד בעין הסערה. בכנסת נידונות הצעות חוק שחלקן מיועדות להגביל את סמכויותיו¹⁰⁵ וחלקן מיועדות להשפיע על הרכבו.¹⁰⁶ הביקורת על בית-המשפט העליון, המגיעה בימים אלה לשיאים חדשים, נמשכת כבר יותר משני עשורים.¹⁰⁷ התקווה שהביקורת תיעלם עם הזמן – נכזבה.¹⁰⁸ הביקורת הולכת ומתגברת, ואמון הציבור בבית-המשפט הולך ונשחק.¹⁰⁹ חלק מן הביקורת נובע במישרין מהאקטיביזם של בית-המשפט, שיש הרואים

105 ראו את הצעות החוק המצוינות לעיל בה"ש 9. ראו גם תומר זרחין "ביניש: פוליטיקאים מנהלים מסע הסתה נגד שופטי העליון" **הארץ** 2.12.2011 www.haaretz.co.il/news/politics/1.1581302; ברק רביד ויהונתן ליס "רה"מ דוחה ההצעה לצמצם עתירות: מתנגד לכל חוק שיגביל את בית המשפט" **הארץ** 11.11.2011 www.haaretz.co.il/news/law/1.157625726.

106 הצעת חוק נציגי לשכת עורכי הדין לוועדות המינויים לנושאי משרה שיפוטית (תיקוני חקיקה), התשע"ב-2011, ה"ח 419; הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 66) (תקופת כהונה מוערית כתנאי לבחירת נשיא בית המשפט העליון), התשע"ב-2011, ה"ח 412. ראו גם יהונתן ליס "הבחישה בבית המשפט העליון: רשימת החוקים של חברי הכנסת בשנה האחרונה" **הארץ** 17.11.2011 www.haaretz.co.il/magazine/democracy-under-attack/1.1567750.

107 ראו, למשל, ראובן ריבלין "מיהו הריבון? – מהפיכה חוקתית או הפיכה שלטונית" **News1** 22.5.2003 www.news1.co.il/Archive/003-D-2694-00.html; שחר אילן "אזהרות בעיתונות החרדית מ'פסיקה עוינת נגד דתיים מצד שופטים נקמניים'" **הארץ** 30.8.1996 ("בג"ץ אינו פרה קדושה, אלא פרה משוגעת"); שחר אילן "ביטאוני החרדים נאבקים ביניהם על הבכורה במלחמה נגד ביהמ"ש העליון" **הארץ** 30.8.1996.

108 בכתבה שפורסמה בשנת 1995, עם כניסתו של הנשיא ברק לתפקיד נשיא בית-המשפט העליון, צוטט הנשיא ברק כמי שאמר לבני משפחתו בערך כך: "אני יהודי טראגי, משום שבעוד עשר שנים, כשאפרוש, הכל ייראה אחרת. הדברים שאני נלחם עליהם היום יהיו מובנים מאליהם: שיש שיקול דעת שיפוטי; שצריכים לבקר את הכנסת; שיש מהפכה חוקתית; ששני חוקי היסוד, כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק, הם מגילת זכויות ישראלית. הכל יהיה מובן מאליו. אבל היום שופכים את דמי." דליה שחורי "ברק בעליון" **הארץ** 11.8.1995.

109 ראו תומר זרחין "דו"ח חושף: ירידה חדה באמון הציבור במערכת בתי המשפט" **הארץ** 22.6.2010 www.haaretz.co.il/news/law/1.1208174 (מחקר שנערך באוניברסיטת חיפה במשך עשור חושף שחיקה דרמטית בדימויה של מערכת החוק בעיני הציבור בישראל. רק 36% מהמגור היהודי הכללי (שאינם מתנחלים או חרדים) הביעו בשנת 2010 אמון בכתב-המשפט, לעומת 61% בשנת 2000).

אותו כמופרז.¹¹⁰ כאשר בית-המשפט מבטל בחירה מודעת של הרשות המכוננת, כפי שהדגמנו בחלק הראשון של רשימה זו, הוא פוגע באמון הציבור בו בכלל ובאמון הרשות המחוקקת בו בפרט; וכאשר בית-המשפט מתערב בנושאים חוקתיים במקומות שבהם היה אפשר וראוי לחפש פתרון אחר (ברוח כללי אשוונדר), שוב נפגע האמון במוסד חשוב זה.

אין אני מתפלמס במאמר זה לגבי עצם סמכותו של בית-המשפט העליון לקבל החלטות כפי שקיבל בנושאים המתוארים במאמר זה. זו שאלה נכבדת, אבל אני מסתפק במישור צנוע יותר, הוא מישור שיקול-הדעת. הריסון שאני קורא לו הוא ריסון עצמי. הבהרה נוספת: אין מדובר במקרים שבהם בית-המשפט מבקש לקבוע כי בחירתה של הכנסת אינה לגיטימית מבחינה חוקתית, אלא במקרים שבהם הכנסת בחרה אחת מבין שתי חלופות חוקתיות שנשקלו על-ידיה, ובית-המשפט מוביל כעבור זמן קצר, בהכרעה שיפוטית, אל החלופה האחרת.

מכיוון שמדובר בריסון שבשיקול-דעת, ייתכן שבית-המשפט בוחר במודע לנהוג אחרת. במקרים אלה יש לי דרישה אחת והערה תוצאתית אחת. הדרישה היא שבית-המשפט יעשה זאת בגלוי, ולא בהיחבא. האופן שבו עשו זאת השופטים, כפי שתואר לעיל, בפסק-הדין בעניין גנימאת – שבו בחרו רוב השופטים לפעול במודע באופן הפוך מבחירה טרייה יחסית של הכנסת, ועשו זאת כמעט בהיחבא ומבלי להתמודד עם הקשיים הניכרים שעמדו בדרכם – אינו נכון בעיניי. ייתכן בהחלט שיש מצבים שבהם על בית-המשפט לנקוט עמדה אקטיביסטית מסוג זה, אבל עליו לעשות זאת בגלוי.

ההערה התוצאתית היא שכאשר בית-המשפט בוחר, במסגרת שיקול-הדעת שלו, להוביל לתוצאה שונה מתוצאה לגיטימית שהכנסת בחרה במודע, אל לו להתפלא על ביקורת המוטחת בו, על ירידה באמון הציבור בו ועל נסיונם של גורמים פוליטיים להביא לידי שינוי באמצעים חקיקתיים. הוא הדין לגבי התעלמותו של בית-המשפט העליון מרוב כללי אשוונדר. התעלמות זו לא נעשתה אפילו תוך דיון פתוח בכללים ובשינויים שצריך אולי לעשות בהם על-מנת ליישם במציאות הישראלית. בית-המשפט פשוט "שכח" את הכללים הללו, המהווים חלק משמעותי ומאזן בהפעלתה של הביקורת השיפוטית. גם התעלמות זו מובילה, למרבה הצער, לפגיעה באמון בבית-המשפט, ובהמשך – ליוזמות חקיקה נגדו.

כפי שאמר רובינשטיין, שמדבריו ציטטנו במבוא: "צריך לדעת להשתמש בכוח במידה מרוסנת. זה הסוד של חיים בצוותא בדמוקרטיה ליברלית."

110 אוולין גורדון "אקטיביזם שיפוטי והדיון שאיננו" תכלת 3, 44 (1998).