

מהלכת רובינשטיין עד ספר רובינשטיין – על פירושו העדכני של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת

אביגדור קלגסבלד*

סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת קובע את העקרונות שבבסיסה של שיטת הבחירות לכנסת, וכן כי "אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת". המאמר דן בפירוש הראוי לדיבור "לשנות" שבסעיף 4, ומציע פירוש עדכני העולה בקנה אחד עם המינוח של "המהפכה החוקתית" ועם הפסיקה החוקתית בדבר פסקת ההגבלה השיפוטית (פסק-דין מופז). לפי הצעה זו ראוי לשנות את פירושו של "לשנות" שבסעיף 4 מהפירוש המקובל כיום (הכולל גם שינוי וגם פגיעה) לפירוש הרמוני ביחס לחוקה הישראלית החדשה (הכולל שינוי בלבד).

מבוא

פרק א: מרובינשטיין ועד מופז

פרק ב: לפירושו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת

1. "לשנות" פירושו "גם לשנות וגם לפגוע"

2. "לשנות" פירושו "לפגוע"

3. הגישה המוצעת – "לשנות" פירושו "לשנות"

פרק ג: עוד על הפירוש המוצע

הערת-סיום – עוד על "ככה לא בונים חוקה"

מבוא

בשנת 1982 עתר חבר-הכנסת אמנון רובינשטיין לבג"ץ נגד תוקפו של תיקון לחוק מימון מפלגות שהתקבל בכנסת בעקבות הבחירות לכנסת העשירית. אותו תיקון לחוק מימון

* תודה רבה (לפי סדר א"ב) לליאב אורגד, לברק מדינה ולירום רבין. תודה גם לחברי מערכת משפט ועסקים אורי הראל, מתן סלע ואליעד שולמוביץ.

מפלגות תיקן את תקרת ההוצאות המותרת בבחירות והחיל אותה למפרע גם על הוצאות הבחירות לכנסת העשירית. רובינשטיין (באמצעות פרקליטו מישאל חשין) טען כי התיקון לחוק הבחירות סותר את עקרון השוויון בבחירות שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, ולכן הוא חסר תוקף.¹ בג"ץ קיבל את טענתו של רובינשטיין, וקבע כי התחולה למפרע של התיקון לחוק מימון מפלגות פגעה בציפיות ראויות להגנה של מפלגות שפעלו כדין, כפי שהיה בעת הבחירות, ולכן הפרה את עקרון השוויון בבחירות.² הלכת רובינשטיין הרחיבה את תחולתו של עקרון השוויון בבחירות, והוליקה לתוצאה הנדירה של פסילת חוק של הכנסת מחמת סתירה בינו לבין הוראה של חוק-יסוד.

הלכת רובינשטיין נהפכה לתרומה נוספת של אמנון רובינשטיין למשפט החוקתי של מדינת-ישראל. רובינשטיין, אשר ספרו משמש כבר יותר מארבעה עשורים כספר-היסוד של המשפט החוקתי בישראל, לא רק תיאר את המשפט החוקתי, אלא גם יצר אותו: בכתיבה אקדמית, בכתיבה פובליציסטית, בהצעות של חוקים וחוקי-יסוד, וכאמור – אף בעתירות לבג"ץ. אני מקדיש רשימה זו לאמנון, שזכיתי לעבוד איתו וליהנות מהנחייתו בעבודת הדוקטורט שלי.

סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת קובע את מאפייניה של שיטת הבחירות לכנסת, ומוסיף כי "אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת". השאלה שרשימה זו מבקשת לדון בה היא שאלת אופן פירושו של הדיבור "לשנות" בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. שאלה זו מתעוררת לנוכח התפיסה העדכנית של הדיבור "לשנות" בהקשר של חוקי-יסוד – תפיסה הנובעת מן "המהפכה החוקתית" – והשפעתה האפשרית של תפיסה זו על פירושו של הדיבור "לשנות" שבסעיף 4, אשר כונן שנים רבות לפניו.

פרק א: מרובינשטיין ועד מופז

התפיסה העדכנית מבחינה בין שני סוגי סתירה לחוקי-יסוד: סתירה מסוג "שינוי" וסתירה מסוג "פגיעה". ברשימה קודמת עמדתי על הבחנה זו:

"חוק-יסוד ניתן לסתור בשתי דרכים: בדרך של שינוי ובדרך של פגיעה. שינוי מביא לשינוי הנורמה החוקתית עצמה. הוא פוגע בה 'בחזית רחבה', 'בעניין מרכזי'. לאחריו, הנורמה החוקתית אינה עוד כשהייתה. היא שונה שוני 'עקרוני'. שינוי הוא 'צמצומה או הרחבתה, הוספה עליה או ביטולה' של הנורמה

1 לפי ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת, "הכנסת תיבחר בבחירות כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות ויחסיות, לפי חוק הבחירות לכנסת; אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת" (להלן: סעיף 4).

2 בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 152-153 (1983).

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

ברק מדגים את ההבחנה באמצעות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. הפיכת הבחירות לאזוריות היא שינוי, שכן היא משנה את עקרון ה'ארציות' הקבוע בסעיף 4. לעומת זאת, חוק מימון בחירות או חוק תעמולת בחירות, הסוטים מעקרון השוויון בבחירות, הם פגיעה משום שהם רק סוטים מעקרון ה'שוות' שבסעיף 4 לעניין מסוים, מבלי לשנותו. לאחר השינוי עקרון ה'ארציות' אינו עוד כשהיה. לאחר הפגיעה עקרון השוויון בבחירות נותר בעינו (אם כי בתחום של מימון או תעמולה – פרישתו השתנתה).³

תפיסה זו נובעת מן ההבחנה שנקבעה בחוק-היסוד ה'חדשים' בין "שינוי" לבין "פגיעה". כך, למשל, חוק-יסוד: חופש העיסוק מבחין בין שינוי, שיהיה תקף רק אם ייעשה בחוק-יסוד שיתקבל על-ידי רוב חברי-הכנסת,⁴ לבין פגיעה בזכויות המוגנות בחוק-היסוד, שתהיה תקפה רק אם תיעשה בחוק ובהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה.⁵ הבחנה זו לא התקיימה בחוק-היסוד המשוריינים שכווננו לפני המהפכה החוקתית, אשר חלקם נקטו את הדיבור "שינוי" ככולל, ככל הנראה, הן שינוי והן פגיעה.⁶ לכן החיל בית-המשפט העליון את הוראת השריון שבסעיף 4 (אשר נוקטת לשון "אין לשנות") על חוקים שפגעו בו ולא שינו אותו. כך, בכל המקרים שבהם פסל בית-המשפט חוקים מן הטעם שהם סתרו את עקרון השוויון בבחירות שבסעיף 4 – עניין ברגמן,⁷ עניין אגודת דרך ארץ,⁸ עניין לאור⁹ ועניין רובינשטיין¹⁰ – דובר בחוקים

3 אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד" הפרקליט מח 293, 294–293 (2006).

4 ס' 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

5 ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

6 ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 45 לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 45 לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 44 לחוק-יסוד: הממשלה; ס' 33(ג) לחוק-יסוד: משק המדינה; ס' 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל. הפירוש המוצע ברשימה זו לדיבור "לשנות" שבסעיף 4 יפה גם לכל יתר חוקי-היסוד והסעיפים בחוקי-היסוד אשר משוריינים באמצעות "אין לשנות" בלבד, ככל שניתן "לפגוע" בהם וככל שפגיעה כזו כפופה לפסקת הגבלה שיפוטית – ראו להלן ה"ש 34.

7 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969).

8 בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1981).

9 בג"ץ 142/89 תנועת לאור – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990).

10 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2.

שפגעו בסעיף 4 ולא שינו אותו.¹¹

בצד ההבחנה בין שינוי לבין פגיעה שיצרו חוקי-היסוד ה"חדשים", באה המהפכה החוקתית שנסמכה עליהם ויצרה כללי משחק חדשים בכל הנוגע ביחס שבין חוקים לבין חוקי-יסוד. בראש ובראשונה נקבע – להבדיל מן המצב עד אז – כי לחוקי-היסוד יש מעמד נורמטיבי עדיף על זה של חוקים, מעמד כשל חוקה. לכן ניתן לשנות חוקי-יסוד רק בחוקי-יסוד אחר; חוק אינו יכול לשנות חוקי-יסוד, שכן הוא נמצא ברובד נורמטיבי נמוך יותר.¹²

לא כן לגבי פגיעה. אכן, מבחינה אנליטית היה נכון לומר כי אם חוק יכול בכלל לפגוע בחוקי-יסוד, כי-אז הוא יכול לעשות זאת רק על-פי הסמכה בחוקי-יסוד. מסקנה זו מתחייבת לכאורה מעליונותם הנורמטיבית של חוקי-היסוד: ממש כשם שחוק אינו יכול לשנות חוקי-יסוד, כך חוק אינו יכול לפגוע בחוקי-יסוד, אלא אם כן – לכל-היותר – קיימת בחוקי-יסוד הסמכה לעשות כן.¹³ אולם ההיסטוריה החוקתית של מדינת-ישראל לא החלה במהפכה החוקתית, ועד אליה כבר נוצרה תפיסה מבוססת שלפיה חוק יכול לפגוע בחוקי-יסוד גם ללא הסמכה מפורשת בחוקי-יסוד.¹⁴ שינוי בתפיסה מבוססת זו היה עלול להוביל לכך שבהעדר הסמכה לפגיעה היו פגיעות בחוקי-יסוד מתקבלות בדרך של שינוי (על-ידי כינון או תיקון של חוקי-יסוד), דבר שהיה מעמיס הוראות שוליות על החוקה הישראלית ופוגע בערכם החוקתי של חוקי-היסוד.¹⁵ בוויכוח שניטש בשאלה זו הייתה גישתי כי חוק רגיל יכול לפגוע בחוקי-יסוד – אם כי לא לשנותו, כמובן – גם ללא הסמכה בחוקי-יסוד.¹⁶ תוצאה זו יוצרת סימטריה בין חוקי-היסוד ה"חדשים" לבין חוקי-היסוד שקדמו להם, בלי כל צורך בהתערבות הכנסת. גישה זו הייתה – ואולי נותרה – שנויה במחלוקת,¹⁷ אם כי קיבלה תמיכה משמעותית בזמן שחלף מאז.¹⁸

עם זאת, מובן כי כוחו של חוק לפגוע בחוקי-יסוד אינו יכול להיות בלתי-מוגבל. התורה החוקתית מחייבת קביעת הגבלות לגבי כוח החקיקה ככל שהדברים אמורים

11 אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 183 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט).

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

13 שם, בעמ' 296–299.

14 שם, בעמ' 408–409; קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 295–296.

15 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 408–409; אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א: עקרונות יסוד 104 (מהדורה שישית, 2005).

16 קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 296–297.

17 אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו 305, 307 (2003); הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א 59, 62–65 (2004).

18 ראו, למשל, בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פס' 14–15 לפסק-דינו של השופט לוי (טרם פורסם, 19.11.2009); רע"א 9041/05 "אמרי חיים" עמותה רשומה נ' ויזל, פס' 14 לפסק-דינו של השופט מרזל (לא פורסם, 30.1.2006); בג"ץ 1435/03 פלונית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, 539–540 (2003).

משפט ואדם – משפט ועסקים יד, תשע"ב פירושו העדכני של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת

בפגיעה בהוראה חוקתית.¹⁹ הפתרון שנמצא לכך בחוקי-היסוד ה"חדשים" הוא בדמות פסקת ההגבלה, הקובעת כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עונה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".²⁰ כדי להתגבר על הקושי של העדר פסקה כזו בחוקי-היסוד ה"ישנים", וכדי ליצור סימטריה חוקתית, החל בית-המשפט העליון לפתח "פסקת הגבלה שיפוטית", שבהתאם לה ייבחן תוקפם של חוקים הפוגעים בחוקי-יסוד "ישנים".²¹

בפסק-דין מופז²² החיל בית-המשפט העליון את פסקת ההגבלה השיפוטית גם על סעיף 4,²³ אשר על-פי התפיסה הקיימת משוריין בשריון פורמלי גם מפני חוק פוגע. לפי הלכה זו, חוק הפוגע בחוק-יסוד שמשוריין בשריון פורמלי יהיה תקף אף אם לא התקבל ברוב הדרוש, ובלבד שהתקבל בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה השיפוטית. פסק-דין זה שינה את התפיסה המסורתית שלפיה אין בכוחם של עקרונות כלשהם – חשובים ככל שיהיו, לרבות אלה הקבועים בפסקת ההגבלה – כדי להכשיר חוק הפוגע בעקרון השוויון בבחירות:

"נסיגה' זו מעקרון השוויון יכולה להיעשות, רק אם אותם עקרונות חשובים אחרים מוצאים את ביטולם בחוק, המתקבל על-ידי רוב חברי הכנסת, שאם לא כן, יד עקרון השוויון על העליונה."²⁴

משהתפזר העשן מעל הלכת מופז, התברר כי למעשה סעיף 4 משוריין מפני פגיעה בשני סוגי שריון, וכי די בהתגברות על אחד מהם להביא לידי פגיעה תקפה בעקרון השוויון בבחירות: הסוג האחד, בהתאם לגישה המסורתית, הוא שריון פורמלי ("ברוב של חברי הכנסת"), אשר נגזר כאמור מקריאת הדיבור "לשנות" ככולל גם פגיעה; ואילו הסוג האחר הוא שריון חדש – שריון מהותי בדמות פסקת ההגבלה השיפוטית. ברשימה שפרסמתי לפני כחמש שנים ביקרתי שריון כפול זה שיצרה הלכת מופז.²⁵ טענתי שם כי הלכה זו סותרת את תכליתו של סעיף 4 כפי שהוא נתפס באופן מסורתי בפסיקה ובספרות עד אותו מועד. עמדתי שם גם על התדירות הנמוכה של התמודדות עם

19 כלל זה נובע מעליונותה הנורמטיבית של החוקה. ראו, למשל, עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 296–299.

20 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

21 בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003); קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 297–302.

22 ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003).

23 לניסיון מוקדם (ושונה) להחיל פסקת הגבלה שיפוטית על סעיף 4 ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57 (1996).

24 עניין אגודת דרך ארץ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 13–14.

25 קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 302–305.

שאלות חוקתיות בישראל, וכתוצאה מכך אף הערתי כי "תדירות ההתמודדות עם שאלות חוקתיות בישראל אינה מחייבת ודאות מידית".²⁶ עם זאת, גם אני לא שיערתי כי יחלפו חמש שנים שבהן לא הפסיקה ולא הספרות יתמודדו עם הלכה מרחיקת-לכת זו, אשר משמעותה חורגת מגבולות פירושו של סעיף 4 ומכניסה שינוי מהותי בחוקה הישראלית המתפתחת.

לנוכח זאת הגעתי למסקנה כי ניתוח המצב החוקתי העכשווי חייב להיעשות על יסוד ההנחה שהלכת מופז (אשר התקבלה פה אחד על-ידי הרכב מורחב ביותר של אחד-עשר שופטים) תהווה עתה חלק חשוב במארג החוקתי שלנו. תפיסה כזו מחייבת מחשבה מחודשת על כללי המשחק החוקתיים שנהגו עד אליה. בראש ובראשונה היא מחייבת מחשבה מחודשת על פירושו העדכני של סעיף 4 עצמו.

פרק ב: לפירושו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת

ברשימה זו נדון בשלוש אפשרויות לפירוש הדיבור "לשנות" בסעיף 4: לפי הגישה הראשונה, "לשנות" בסעיף 4 פירושו "גם לשנות וגם לפגוע"; לפי הגישה השנייה, "לשנות" בסעיף 4 פירושו "לפגוע"; לפי הגישה השלישית, "לשנות" בסעיף 4 פירושו "לשנות". נבאר ונדון בכל אחת מהשיטות.

1. "לשנות" פירושו "גם לשנות וגם לפגוע"

גישה זו הובעה על-ידי הנשיא שמגר בעניין **בנק המזרחי**.²⁷ לפי גישה זו, פשיטא שפירושו של "לשנות" הוא – בראש ובראשונה – לשנות. אלא שנוסף על כך יש להחיל את הדיבור "לשנות" גם על "לפגוע". מסקנה זו נסמכת בעיקר על ההיסטוריה החוקתית של סעיף 4 עצמו: בכל המקרים שבהם נידון סעיף 4 בפסיקת בית-המשפט העליון, הוא נידון בהקשר של השאלה אם חוק מסוים פוגע בסעיף 4, שאם כן – הוא חסר תוקף אלא אם כן הוא התקבל ברוב הדרוש כדי "לשנות" אותו ("ברוב של חברי הכנסת"). כך, בכל המקרים שבהם נקבע כי חוק הוא חסר תוקף משום שהוא התיימר "לשנות" את סעיף 4 מבלי שהוא התקבל "ברוב של חברי-הכנסת", דובר בחוק שביקש לפגוע, ולא לשנות: עניין **ברגמן** עסק בחוק שפגע בעקרון השוויון בבחירות משום שהוא קבע הסדר מימון בחירות לא-שוויוני;²⁸ עניין **אגודת דרך ארץ** עסק בחוק שפגע בעקרון השוויון בבחירות

26 שם, בעמ' 314.

27 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 276. גישה זו הובעה, כמוכן, בטרם נקבעה הלכת מופז, לעיל ה"ש 22.

28 עניין **ברגמן**, לעיל ה"ש 7.

מכיוון שהוא קבע הסדר לא-שוויוני בנוגע לזמני שידור של תעמולת בחירות;²⁹ ואילו עניין לאור³⁰ ועניין רובינשטיין³¹ עסקו בחוקים שפגעו בעקרון השוויון בבחירות מפני שהם אישרו למפרע – וממילא באופן לא-שוויוני – חריגה מימונית. בכל המקרים האלה לא ביקשו החוקים שנידונו לשנות את עקרון השוויון בבחירות, אלא רק לפגוע בו. למרות זאת קבע בית-המשפט העליון כי הם חסרי תוקף מכיוון שהם לא עמדו בתנאי הנדרש על-מנת "לשנות" את סעיף 4 ("ברוב של חברי הכנסת"). השופט שמגר תיאר את ההכרעה לכלול ב"לשנות" גם את "לפגוע" כקריאה מכללא של פסקת התגברות לתוך סעיף 4.³² לפי גישה זו, כדי לשנות את סעיף 4 יש צורך בחוק-יסוד שיתקבל "ברוב של חברי הכנסת", ואילו כדי לפגוע בסעיף 4 יש צורך בחוק שיתקבל "ברוב של חברי הכנסת" (או לפי הלכת מופז – בחוק שיתקבל בהתאם לדרישות של פסקת ההגבלה השיפוטית). זו, כנראה, ההלכה הנוהגת. בעבר תמכתי בגישה זו.³³

2. "לשנות" פירושו "לפגוע"

גישה זו הובעה על-ידי השופט ברק בעניין בנק המזרחי (שוב, כמובן, בטרם נקבעה הלכת מופז).³⁴ לפי גישה זו, הדיבור "לשנות" מתייחס דווקא "לפגיעה בשיטת

29 עניין אגודת דרך ארץ, לעיל ה"ש 8.

30 עניין תנועת לאור, לעיל ה"ש 9.

31 עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2.

32 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 275.

33 קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 309.

34 לאחר סיום כתיבתה של רשימה זו הפנה אותי ברק מדינה לפרק העוסק בפסקת ההגבלה בספרו האחרון של אהרן ברק **מידחיות במשפט**, לעיל ה"ש 11. מן הדברים האמורים שם, בעמ' 184–186, נראה כי ברק שינה מגישתו דלעיל, וכי עתה הוא מצדד בגישה המוצעת גם ברשימה זו. כפי שמובא שם, בעמ' 182, עמדתו של ברק היא כי "הדיון בפסקאות הגבלה מפורשות ומשתמעות חלה רק כאשר נפגעת זכות חוקתית".

הדיון בשאלת תחולתה של פסקת ההגבלה השיפוטית חורג מהיקפה של רשימה זו. כאן נוכל רק להדגים את השאלה, כמתאבן לדיון שיומו יגיע. חוק-יסוד: הממשלה משוריין מפני שינוי בלבד. ס' 44 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "אין לשנות חוק-יסוד זה אלא ברוב חברי הכנסת". ס' 2 לחוק-יסוד: הממשלה קובע כי "מקום מושבה של הממשלה הוא ירושלים". נניח שהכנסת מבקשת לקבל חוק העוסק בהנחיות למצב חירום, ומבקשת לקבוע בו, בין היתר, כי אם הממשלה תראה כי מצב החירום מחייב זאת, יועתק מקום מושבם של מוסדות השלטון למקום שתקבע הממשלה למשך תקופה שתחייב ממצב החירום. קביעה זו סותרת, בין היתר, את ס' 2 לחוק-יסוד: הממשלה. דוגמה נוספת וקרובה יותר היא אילו נקבע כי חוק להפרטת בתי-סוהר סותר את ס' 1 לחוק-יסוד: הממשלה (השוו עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 18). אם נאמר כי זהו "שינוי", כ-אז לא יהיה אפשר לקבלו אלא בחוק-יסוד או באמצעות הסמכה בחוק-יסוד; אם נאמר כי זו "פגיעה", כ- אז תתעורר השאלה בדבר תוכן ההגבלה החלה על חוק הפוגע בהוראה משטרית בחוק-יסוד (שכן לפי הפירוש המוצע ברשימה זו, דרישת הרוב המיוחס חלה רק על שינוי, להבדיל מפגיעה).

ההכרעה בסיווגה של הנורמה האמורה אינה פשוטה, אולם היא נראית מתחייבת, שכן ההתפתחות שחלה בתורה החוקתית של ישראל (לרבות בשאלה הנידונה ברשימה זו) אינה מצדיקה עוד את

הבחירות... ולא [ל]שינוי שיטת הבחירות עצמה".³⁵ לפי גישה זו, כדי לשנות את סעיף 4 יש צורך בחוק-יסוד אשר די שיתקבל ברוב רגיל, ואילו כדי לפגוע בסעיף 4 יש צורך בחוק שיתקבל "ברוב של חברי הכנסת" (או לפי הלכת מופז – בחוק שיתקבל בהתאם לדרישות של פסקת ההגבלה השיפוטית).³⁶ לגישה זו התנגדתי,³⁷ ועודני מתנגד, באשר היא יוצרת חוסר אחידות וחוסר הרמוניה בין חוקי-היסוד השונים: חוקי-היסוד ה"חדשים" מייחדים את הדיבור "לשנות" לשינוי, ואילו לפי שיטת ברק, בסעיף 4 "לשנות" יהיה דווקא לפגוע. בהעדר התערבות מכוננת, בלבול מינוחי זה עלול להשתרש ולסכל יצירת תורה פרשנית שלמה והרמונית לחוקי-היסוד. נוסף על כך, לפי גישה זו יהיה קל יותר לשנות את סעיף 4, על-ידי כינוי החוק בשם "חוק-יסוד" וקבלתו בלי צורך ברוב מיוחס,³⁸ מאשר לפגוע בו, תוך עמידה בדרישת "רוב של חברי הכנסת" (או לפי הלכת מופז – תוך עמידה בתנאיה של פסקת ההגבלה השיפוטית).

3. הגישה המוצעת – "לשנות" פירושו "לשנות"

הגישה המוצעת יוצאת מנקודת ההנחה שהלכת מופז נהפכה לחלק מן המשפט החוקתי שלנו. לנוכח נקודת מוצא זו אין עוד כל היגיון לפרש את סעיף 4 כאילו הוא כולל שני סוגי שריון שונים כתנאי ל"פגיעה" בסעיף – גם שריון פורמלי ("ברוב של חברי הכנסת") וגם שריון מהותי (לפי הלכת מופז – עמידה בתנאיה של פסקת ההגבלה השיפוטית). אכן:

"אין כל הגיון לקבוע, מחד גיסא, כי אין לשנות את חוק היסוד אלא בדרך פורמלית מיוחדת (שריון פורמלי), ולקבוע לצד הסדר זה כי מאידך גיסא,

הותרת ההלכה הנוהגת (שלפיה "לשנות" פירושו גם לשנות וגם לפגוע) על כנה, וזאת גם כאשר מדובר בחוק-יסוד או בסעיף בחוק-יסוד שהם בעלי אופי משטרי. יש לכך כמה טעמים, שחלקם נידונו ברשימה זו, וכאן נציג טעם נוסף: שאלת הגבלת הפגיעה בהוראה של חוק-יסוד תתעורר בדרך-כלל לגבי חוק-יסוד שאינו משוריין כלל, שכן מספרם של חוקי-היסוד הבלתי-משוריינים הוא רב יותר (כגון חוק-יסוד: השפיטה, חוק-יסוד: מבקר המדינה, הוראה בלתי-משוריית בחוק-יסוד: הכנסת וכיוצא בהם). בנסיבות אלה לא יהיה אפשר להכריע בשאלה האמורה על יסוד פירוש הדיבור "לשנות", אשר אינו מופיע כלל, כאמור, ברוב חוקי-היסוד ה"ישנים". להערות נוספות בנושא זה ראו, למשל, קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 300–301; עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 18, פס' 16–17 לפסק-דינו של השופט לוי; אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 352–353 (2004) (להלן: ברק שופט בחברה דמוקרטית).

35 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 12, בעמ' 407.

36 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 51–52 (1994) (להלן: ברק פרשנות במשפט).

37 קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 310.

38 כך, למשל, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התקבל ברוב של 32 חברי-כנסת בעד, 21 נגד ונמנע אחד; וחוק-יסוד: חופש העיסוק התקבל ברוב של 23 חברי-כנסת ללא מתנגדים או נמנעים.

ניתן לשנות אותו הסדר בחוק רגיל המקיים אמות מידה מסוימות (שריון מהותי).³⁹

לכן, בהנחה שהלכת מופז אכן נהפכה לחלק מהמשפט החוקתי הישראלי, עדיף לפרש את סעיף 4 בדרך שתתאים ותשלב אותו במסגרת החוקתית העדכנית. לפי גישה זו, כדי לשנות את סעיף 4 יש צורך בחוק-יסוד שיתקבל ב"רוב של חברי הכנסת", ואילו כדי לפגוע בסעיף 4, לפי הלכת מופז, יש צורך בחוק שיתקבל בהתאם לדרישות של פסקת ההגבלה השיפוטית. לפי גישה זו, הדיבור "לשנות" שבסעיף 4 ישנה את הפירוש ההיסטורי והנוהג שלו, ויתפרש מעתה בהרמוניה לחוק-היסוד ה"חדשים" – לשנות, להבדיל מלפגוע. לפי פירוש זה, ממש כשם שהדרך היחידה לשנות את חוק-יסוד: חופש העיסוק היא "בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת",⁴⁰ כך גם סעיף 4; וממש כשם שהדרך היחידה לפגוע בחוק-יסוד: חופש העיסוק היא בחוק שיתקבל בהתאם לתנאייה של פסקת ההגבלה החרוטה,⁴¹ כך גם הדרך היחידה לפגוע בסעיף 4 היא בחוק שיתקבל בהתאם לתנאייה של פסקת ההגבלה השיפוטית. נובע מכך כי – בניגוד למה שהיה מקובל עד כה – לא יהיה עוד בכוחו של חוק שיתקבל "ברוב של חברי הכנסת" כדי לפגוע בסעיף 4; חוק שיתיימר לעשות כן יהיה חסר תוקף (אלא אם כן יעמוד גם בתנאייה של פסקת ההגבלה השיפוטית). אם יתקבל פירוש זה, הדרך היחידה לפגוע בסעיף 4 תהיה בחוק שיתקבל בהתאם לתנאייה של פסקת ההגבלה השיפוטית. אם החוק לא יענה על תנאים אלה, לא יהיה אפשר עוד להכשירו, גם לא אם יתקבל "ברוב של חברי הכנסת". קבלת פירוש זה תוביל, כמובן, לשינוי ההלכה הנוהגת, שלפיה חוק הפוגע בסעיף 4 שהתקבל "ברוב של חברי הכנסת" הוא תקף.⁴²

יתרונותיו של פירוש זה גלויים: הוא יוצר הרמוניה חוקתית ומחיל את כללי המהפכה החוקתית על חוקי-היסוד ה"ישנים". מעתה גם בסעיף 4 – "לשנות" הוא לשנות.

39 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 36, בעמ' 56. לא כל שכן הסדר שלפיו התנאים אינם חלופיים, אלא מצטברים: הועלתה אפשרות לפרש את הלכת מופז באופן שכדי לפגוע בסעיף 4 יש צורך גם ברוב מיוחס ("רוב של חברי הכנסת") וגם בעמידה בתנאייה של פסקת ההגבלה. בכך אין כל היגיון: אם קיימת הצדקה עניינית לפגיעה בסעיף 4, אין כל טעם לחייב אותה לעמוד גם בדרישה פורמלית (של רוב מיוחס), ולהפך. שריון מהותי ושריון פורמלי הם דרכי שריון שונות (שנועדו לצרכים שונים), והם חליפיים, ולא מצטברים.

40 ס' 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

41 ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

42 ראו עניין רובינשטיין, לעיל ה"ש 2; עניין ברגמן, לעיל ה"ש 7; עניין אגודת דרך ארץ, לעיל ה"ש 8; ועניין תנועת לאר"ר, לעיל ה"ש 9.

פרק ג: עוד על הפירוש המוצע

ברשימה קודמת סברתי כי עדיף שהרמוניה חוקתית תושג באמצעות התאמת כללי המהפכה החוקתית לכללים החלים על סתירתו של סעיף 4⁴³ כעת הגעתי למסקנה כי בהנחה שהלכת מופז אכן נהפכה לחלק מן המשפט החוקתי הישראלי, ובהנחה שהביקורת שנמתחה עליה לא תוביל לשינויה, עדיף לנקוט את הדרך ההפוכה: להתאים את הכללים החלים על סתירתו של סעיף 4 לכללי המהפכה החוקתית. התבססותה של הלכת מופז מחייבת מחשבה מחודשת על הכללים החלים על סתירה של חוקי-יסוד, ובראש ובראשונה על סתירה של סעיף 4.

לכן, לפי הצעה זו, ממש כשם שניתן לשנות כל סעיף אחר בחוקי-היסוד רק באמצעות חוקי-יסוד שיתקבל ברוב שנקבע לשינויו – כך גם סעיף 4⁴⁴; וממש כשם שניתן לפגוע בכל סעיף אחר בחוקי-היסוד רק באמצעות חוק שיתקבל בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה השיפוטית או החרותה – כך גם סעיף 4.

ברשימה קודמת סברתי כי אם תישאר בתוקפה הגישה שלפיה ניתן לפגוע בסעיף 4 גם בחוק שיתקבל "ברוב של חברי הכנסת", כי-אז יהיה אפשר להחיל תפיסה זו גם על חוקי-יסוד "ישנים" אחרים, המשוריינים מפני שינוי בלבד, ואולי אף על חוקי-יסוד "חדשים", המבחינים בין שינוי לבין פגיעה.⁴⁵ התפיסה שעמדה ביסודה של סברה זו הייתה שאם כללי השינוי (הרוב המיוחס) אכן חלים גם על פגיעה בחוקי-היסוד, בדרך של "קל וחומר", כפי שהיה נהוג לסבור לגבי סעיף 4, כי-אז ניתן לפגוע באותם חוקי-יסוד בחוק שיתקבל ברוב המיוחס הדרוש לשם שינויים. איני סבור עוד כך.

כפי שהסביר השופט שמגר כאשר דן בפירוש הנכון של סעיף 4 לאחר המהפכה החוקתית, פירוש המחיל את "לשנות" גם על פגיעה מהווה, למעשה, יצירה של פסקת התגברות (override) שיפוטית.⁴⁶ אני סבור עתה כי אי-אפשר להצדיק גישה פרשנית כזו. פסקת התגברות מתירה לפגוע בחוקי-יסוד שלא בהתאם לתנאיה של פסקת ההגבלה לתקופה מוגבלת בלבד,⁴⁷ באמצעות אמירה מפורשת ורוב מיוחס. היא טעונה הוראה

43 קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 310.

44 אף שסעיף 4 אינו מציין שיש צורך דווקא בחוקי-יסוד שיתקבל "ברוב של חברי הכנסת", המהפכה החוקתית מחייבת ששינוי של כל חוקי-יסוד ייעשה בחוקי-יסוד (ולא בחוק), ובדרך זו יש להבין גם את סעיף 4 וכן סעיפים מקבילים בחוקי-יסוד "ישנים" אחרים שלא הקפידו על ההבחנה המינוחית בין "חוק" לבין "חוקי-יסוד". השוו קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, 311–312. ראו גם ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 184–185.

45 קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 310–311.

46 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 275. השוו: Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c. 33 (U.K.) (להלן: הצ'רטר הקנדי). לרקע כללי ראו: Lorraine Eisenstat Weinrib, *Learning to Live with the Override*, 35 MCGILL L.J. 541 (1990).

47 ראו הצ'רטר הקנדי, לעיל ה"ש 46, ס' 33(4), שבו נקבע כי תוקפה של פסקת "על-אף האמור" הוא

מפורשת ואינה ניתנת להסקה. לכן, ממש כשם שאי-אפשר לקרוא הוראה של שריון פורמלי לתוך חוקי-היסוד שאינם כוללים אותה (כגון הדרישה ששינוי ייעשה ברוב מיוחס), כך גם אי-אפשר לקרוא פסקת התגברות פורמלית לתוך חוקי-היסוד שאינם כוללים אותה. ממש כשם שאי-אפשר לקרוא פסקת התגברות מחוק-היסוד היחיד שבו היא מופיעה – חוק-יסוד: חופש העיסוק – אל חוק-יסוד אחר הכולל פסקת הגבלה, כגון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,⁴⁸ כך בוודאי אי-אפשר לקרוא לתוך חוקי-יסוד שמוגנים מפני שינוי בלבד ואשר אינם כוללים פסקת הגבלה. אכן, פסקת ההתגברות "אינה בעלת תחולה כללית".⁴⁹ תחולתה מוגבלת אך ורק להוראות החוקתיות עליהן הוחלה במפורש.

זאת ועוד, בשנים האחרונות נידון פעמים מספר הרעיון לכלול פסקת התגברות כללית בחוקי-היסוד, שלפיה יהיה אפשר לפגוע בכל חוקי-יסוד באמירה מפורשת וברוב מיוחס, וזאת אף אם הפגיעה אינה עונה על תנאיה של פסקת ההגבלה.⁵⁰ רעיון זה שנוי במחלוקת,⁵¹ אך עצם הדיון בו ממחיש את הצורך בהוראה מפורשת בחוקי-היסוד שמבקשים להכפיפם לפסקת התגברות.

תוצאתה של הפרשנות המוצעת ברשימה זו מעוררת קושי: מדוע יהיה אפשר לשנות חוקי-יסוד לא בהתאם לכלליה של פסקת ההגבלה – בחוק-יסוד אחר, עם או בלי רוב מיוחס, לפי העניין – אך לא יהיה אפשר לפגוע בחוקי-יסוד לא בהתאם לכלליה של פסקת ההגבלה, אף לא אם החוק הפוגע זכה ברוב המיוחס הנדרש כדי "לשנות" אותו חוקי-יסוד? אולם ניתן להצדיק ואף לחזק תוצאה זו.

שינוי חוקי-יסוד, הנעשה בחוקי-יסוד (עם או בלי רוב מיוחס, לפי העניין), מבטא את סמכותה של הרשות המכוננת לשנות את החוקה. אכן, רצוי שגם שינוי כזה לא ייעשה באופן קוניונקטורלי, ויבטא הסכמה חברתית רחבה. לכן רצוי להגביל גם את הרשות המכוננת בדרישה פורמלית המבטיחה זאת, כגון דרישה לרוב מיוחס. המצב שונה לגבי

חמש שנים מיום שהחוק נחקק; ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, הקובע כי תוקפו של החוק הוא רק ארבע שנים מיום שנחקק, ואף נדרש בו "רוב של חברי הכנסת", בעוד בקנדה די ברוב רגיל. ראו גם ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 635–636.

48 יותר מכך, חוק שהתקבל בהתאם לפסקת ההתגברות שבחוקי-יסוד: חופש העיסוק אינו חסין מבחינת חוקתיותו לפי חוקי-יסוד אחר, כגון חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו בג"ץ 4676/94 **מיטראל בע"מ נ' כנסת ישראל**, פ"ד נ(5) 15, 29–30 (1996); ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 635.

49 ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 218.

50 ועדת חוקה חוק ומשפט **חוקה בהסכמה רחבה**, פרק 8 ס' 6 (2006) www.huka.gov.il/wiki/index.php.

51 ברק **פרשנות במשפט**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 218; ברק **שופט בחברה דמוקרטית**, לעיל ה"ש 34, בעמ' 328; משה כהן-אליה "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה" **משפט וממשל** י 521, 569 (2007); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 103; רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 136 (1997); גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" **מחקרי משפט** יט 461, 479–483 (2003); גרשון גונטובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" **עיוני משפט** כב 129, 159–170 (1999).

חוק המבקש לפגוע בחוק-יסוד. חוק הוא מוצר נורמטיבי המצוי בדרגה נמוכה מזו של חוק-יסוד. לכן יש צורך שהפגיעה תיעשה "בהתאם לחוקה", כלומר, בהתאם לעקרונות חוקתיים מאזנים, כגון בהתאם לתנאים של פסקת ההגבלה. מגבלה זו עדיפה על מגבלה של שריון פורמלי – אשר תאפשר לרשות המחוקקת לפגוע בחוקה ללא כל הצדקה מהותית, כגון שהחוק הפוגע יתקבל ברוב מיוחס – שכן היא מתירה את הפגיעה רק בתנאי שהפגיעה מאזנת באופן מהותי בין העיקרון החוקתי לבין זכויות ואינטרסים נוגדים. לכן תוצאה אשר מגבילה פגיעה בחוק-יסוד בקיום דרישות מהותיות ושוללת את האפשרות לפגוע בחוק-יסוד באמצעות קיום דרישה צורנית גרידא מגשימה בצורה טובה יותר את התפיסה של מדרג נורמטיבי ואת החריגות של פגיעה בחוקה באמצעות חוק. ולהפך: אין כל הצדקה שעמידה בדרישה פורמלית גרידא "תגונן" על פגיעה בזכות

חוקתית גם מקום שפגיעה זו "אינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה".⁵² אי-אפשר לגזור גזרה שווה מיצירת פסקת הגבלה שיפוטית ליצירת פסקת התגברות שיפוטית, שכן "השוני ביניהן הוא רב".⁵³ בעוד התפיסה שלפיה חוק רגיל יכול, בכפוף לתנאים מסוימים, לפגוע בחוק-יסוד היא רעיון מקובל בשיטה החוקתית שלנו, פסקת התגברות היא חריג. לפי המסורת החוקתית שלנו, חוק יכול לפגוע בכל חוק-יסוד, ובלבד שהוא עומד בתנאים מהותיים מאזנים המונעים פגיעה בלתי-מידתית בהוראה החוקתית. אכן, "פיסקת ההגבלה נותנת ביטוי לדמוקרטיה במובנה הפורמלי והמהותי גם יחד".⁵⁴ לכן קיימת הצדקה מלאה לפיתוח פסקת הגבלה שיפוטית – פיתוח הדומה לפיתוח שיפוט מוכר של תנאים מאזנים לעקרונות חוקתיים הקבועים בחוקה השותקת לגבי הגבלתם.⁵⁵ לעומת זאת, פסקת התגברות קיימת רק בחוק-יסוד אחד – חוק-יסוד: חופש העיסוק;⁵⁶ ונעדרת אפילו מתאמו החוקתי – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסקת התגברות זו מותנית בתנאים פורמליים בלבד: "על אף האמור" ורוב מיוחס. אכן, "לעומת פסקת ההגבלה, פסקת התגברות נותנת ביטוי לדמוקרטיה במובנה הפורמלי".⁵⁷ היא מאפשרת להתגבר על תנאי האיזון החוקתיים באמצעות רוב פוליטי בלבד, ללא כל הצדקה עניינית. לכן אין כל הצדקה – ואין גם כל תקדים מוכר – לפיתוח פסקת התגברות שיפוטית, כזו המתירה לחוק לפגוע בחוק-יסוד אם הוא עומד בתנאים הפורמליים הנדרשים לשינויו של אותו חוק-יסוד.

דברים אלה אמורים, על-דרך קל וחומר, לגבי יצירה של פסקת התגברות שיפוטית במסגרת המשפט החוקתי בישראל. על פסקת התגברות כזו לא יחולו המגבלות הקבועות בפסקת התגברות החרותה: אמירה מפורשת ותקופת תחולה מוגבלת. לכן, אם תתקבל

52 עניין מישראל, לעיל ה"ש 48, בעמ' 26.

53 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 11, בעמ' 217.

54 שם.

55 אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3, 31–32 (2004); ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 34, בעמ' 351–353; ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 11, בעמ' 173–177.

56 ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

57 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 11, בעמ' 217.

גישה זו, חוק שיתקבל ברוב המיוחס הקבוע בחוק-היסוד יוכל לפגוע בחוק-היסוד גם לתקופה בלתי-מוגבלת, וגם אם נחקק בהיסח-הדעת, ללא כוונה לפגוע בחוק-היסוד, שכן הוא אינו טעון אמירת "על אף האמור"⁵⁸.

זאת ועוד, גישה כזו אך תגדיל את הפער הקיים – והבלתי-רצוי – בין חוק-היסוד המשוריינים לבין חוק-היסוד הבלתי-משוריינים, ותיצור תוצאה משונה, שלא לומר אבסורדית: חוק יוכל לפגוע בחוק-היסוד הבלתי-משוריינים רק אם יעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה השיפוטית או החרוטה, אולם חוק יוכל לפגוע בחוק-היסוד המשוריינים גם אם לא יעמוד בתנאיה של פסקת ההגבלה השיפוטית או החרוטה, ובלבד שיעמוד בדרישת השריון שבחוק-היסוד המשורייני. כך נמצא, למעשה, כי השריון המכוון להקשות את השינוי של חוק-היסוד המשורייני, בהשוואה לשינוי של חוק-יסוד בלתי-משורייני, מקל את הפגיעה בחוק-היסוד המשורייני, בהשוואה לפגיעה בחוק-יסוד בלתי-משורייני.

ברשימה קודמת דנתי גם בסיכון הטמון בגישה המוצעת ברשימה זו.⁵⁹ אכן, אם הכנסת תבקש לפגוע בעקרון השוויון בבחירות באמצעות חוק שאינו תואם את כלליה של פסקת ההגבלה, היא לא תוכל לעשות כן, אף לא אם החוק יתקבל "ברוב של חברי הכנסת". כתוצאה מכך קיים חשש שהכנסת תכנה את החוק בשם "חוק-יסוד", ותקבלו ברוב המיוחס הדרוש לקבלתו. מכיוון שאיני סבור שיש בכוחה של ביקורת שיפוטית לפסול עקיפה של תנאיה של פסקת ההגבלה באמצעות הפעלה של הסמכות המכוננת,⁶⁰ אין מנוס מלסמוך על הריסון העצמי של הכנסת, על הביקורת הציבורית וגם – כמו במקרה של סעיף 4 עצמו – על דרישת הרוב המיוחס. פתרון זה עדיף על מתן אפשרות לרשות מחוקקת לפגוע בחוק-יסוד רק בדרך של הפעלת רוב פוליטי, ולא בדרך של עמידה בתנאי האיזון המהותיים הקבועים בפסקת ההגבלה השיפוטית או החרוטה.

58 ראו גם ס' 46 סיפא לחוק-יסוד: הכנסת (החל גם על סעיף 4): "לענין סעיף זה 'שינוי' – בין מפורש ובין **משתמע**". יש שמזהים – לדעתי, בטעות – את השינוי ה"מפורש" עם המונח "שינוי" העדכני ואת השינוי "במשתמע" עם המונח "פגיעה" העדכני. ראו, למשל, ק' קליין "על סמנטיקה ושלטון החוק – הרהורים וערעורים על בג"צ 60/77 י' רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת" **משפטים** ט 79 (1978). אילו זה היה פירושו הנכון של ס' 46, היה בכך כדי להציב קושי בדרכו של הפירוש המוצע ברשימה זו, שכן במקרה כזה, לפי ס' 46, "לשנות" היה כולל "לפגוע". אולם אין כל קשר הכרחי בין המונחים הללו. אומנם, בדרך-כלל שינוי נעשה במפורש ופגיעה נעשית במשתמע, אולם גם שינוי יכול להיעשות במשתמע (כגון שינוי חוק-יסוד בחוק-יסוד אחר ואף באותו חוק-יסוד שאותו מבקשים לשנות, באופן שהשינוי יהיה "מוסק") וגם פגיעה יכולה להיעשות במפורש (למשל, בחוק הנוקט לשון "על אף האמור" ועומד בתנאיה של פסקת ההגבלה). כך, שינוי לחוד ובמפורש לחוד; פגיעה לחוד ובמשתמע לחוד.

59 קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 309.

60 שם, בעמ' 306.

הערת-סיום – עוד על "ככה לא בונים חוקה"

החוקה הישראלית מתפתחת בצעדי צב. התפתחותה אינה רק איטית, אלא גם מקרית וספורדית, בפסיקה מזדמנת של בית-המשפט העליון. התפתחות איטית זו נובעת גם מכך שלאחרונה בית-המשפט העליון אינו שש לפתח את החוקה הישראלית, ואף שנקרות בדרכו הזדמנויות-פז לעשות כן, הוא נמנע מכך במודע ובמכוון. כך, בעניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נמנע בית-המשפט העליון מלדון בשורה של שאלות חוקתיות חשובות שהתעוררו ונידונו שם, מהטעם ש"אין מתחייבת הכרעה בשאלת אופן הפעלת הביקורת השיפוטית ביחס לחקיקה רגילה הסותרת חוק יסוד משטרי כחוק יסוד: הממשלה"⁶¹. גם בעניין בראון נמנע בית-המשפט העליון מלדון בשורה ארוכה של שאלות חוקתיות חשובות שהתעוררו ונידונו שם, מהטעם ש"משאירים אנו בצריך עיון את אפשרות החלתו של מבחן מהותי לזיהוי חוקי יסוד, ואיננו רואים לנכון להכריע בשאלת תחולתה, או היקף תחולתה, של דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי בישראל. הכרעה בשני עניינים אלה אינה נחוצה במקרה שלפנינו, ונקווה שלא ניזקק לה בעתיד"⁶².

61 עניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 18, פס' 63 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. השאלות החוקתיות החשובות שנטענו ואשר היה אפשר להכריע בהן בעניין זה הן, בין היתר, אם חוק יכול לפגוע כדין בחוק-יסוד "שותק" (לתיאור המחלוקת בשאלה זו ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 297–298); אם ניתן לפגוע בחוק-יסוד משטרי (שאינו עוסק בזכויות אדם), ואם כן – אם פגיעה כזו חייבת לעמוד בתנאיה של פסקת הגבלה שיפוטית (לתיאור המחלוקת בשאלה זו ראו לעיל ה"ש 34; קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 300–301); ומה תוכנה של פסקת הגבלה שיפוטית במקרה כזה. ראו גם ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 11, בעמ' 178.

62 בג"ץ 4908/10 בראון נ' כנסת ישראל, פס' 35 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (טרם פורסם, 7.4.2011). באותו עניין נידון תוקפו של חוק-יסוד: הוראת שעה, שקבע כי תקציב המדינה לשנים 2011–2012 יהיה תקציב דר-שנתי. הוראה זו סתרה את הוראות חוק-יסוד: משק המדינה, הקובעות כי התקציב יהיה חד-שנתי. הנשיאה ביניש יצאה מתוך הנחה שלפיה "חוק יסוד הוראת השעה משנה את ההסדר החוקתי הנוגע לתקציב המדינה" (שם, פס' 15 לפסק-דינה; ראו גם שם, פס' 5, 28 ו-29 לפסק-דינה), ובעקבותיה הניחו זאת גם השופטים האחרים שהביעו את דעתם באותו עניין (ראו שם, פס' 2 ו-3 לפסק-דינה של השופטת נאור, ופס' ב, ג ו-ז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין). אולם לדעתי, הנחה זו הייתה שגויה. הסתירה בין חוק-יסוד: הוראת שעה לבין חוק-יסוד: משק המדינה לא הייתה שינוי, אלא פגיעה – גם לאחריה העיקרון שבחוק-יסוד: משק המדינה (תקציב חד-שנתי) נותר בעינו, וחוק-יסוד: הוראת שעה רק סטה ממנו לתקופה מסוימת (לשנים 2011–2012), שלאחריה יחזור לנהוג העיקרון שבחוק-יסוד: משק המדינה (ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 293–294). לכל-הפחות מתעוררת שאלה קשה אם מדובר בשינוי או בפגיעה (ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 294 הערה 13). אם אכן מדובר בפגיעה, כי-אז היה מקום להעלות לדיון שאלות חוקתיות חשובות נוספות, ובראשן אם יש בכוחו של חוק-יסוד לפגוע בחוק-יסוד אחר (ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 306; ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 36, בעמ' 567–568, 646). ייתכן גם שאילו הייתה הכנסת ערה להבחנה זו, היה אפשר לקבל את הוראת-השעה בחוק רגיל

עמדתי היא כי בשיטה חוקתית בעייתית כמו זו של ישראל, שבה עיצוב של חוקה צעירה ורעועה מסור לבית-המשפט העליון, נדרשת מגמה שיפוטית עקבית ורצופה לגיבושה של החוקה, תוך ניצול הזדמנויות (שאינן שכיחות) כגון אלה שהתעוררו באותם עניינים.⁶³ במציאות החוקתית הישראלית, העובדה שהכרעה חוקתית מסוימת "אינה מתחייבת" או "אינה נחוצה" אינה יכולה ואינה צריכה לשמש טעם לאי-ניצול הזדמנויות הולמות להמשך הפיתוח החוקתי ולליבון ולפתרון של שאלות חוקתיות בלתי-פתורות. אולי להפך: "אין רע בקידום רעיונות ראשוניים גם בדרך של אמרות אגב."⁶⁴ להימנעות מניצול הזדמנויות אלה יש מחיר כבד של סטגנציה חוקתית וכישלון נמשך בהטמעת עצם קיומה של חוקה, עקרונית ומעמדה.

רשימה זו ביקשה להדגים את הצורך – והבעייתיות – בהתאמת כללי המשחק לשינויים החוקתיים, וביצירת הרמוניה פרשנית ומסגרת מעודכנת וברורה לדיון בשאלות הכרוכות בסתירה לחוק-יסוד בכלל, ולסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת בפרט. עיקרה הוא במסר שמהלכת רובינשטיין עד ספר רובינשטיין חל שינוי חוקתי המחייב חשיבה מחודשת.

(בהנחה שהיא עולה בקנה אחד עם פסקת ההגבלה השיפוטית, ובהנחה שזו חלה על פגיעה בהוראה משטרית בחוק-יסוד).

63 החמצת הזדמנויות אלה צורמת במיוחד מכיוון ששני העניינים הללו נידונו לפני הרכבים מורחבים מאוד (עניין המרכז האקרמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 18 – לפני תשעה שופטים; ועניין בר-און, לעיל ה"ש 62 – לפני שבעה שופטים), אשר הולמים פיתוח וליבון של נושאים חוקתיים תקדימיים.

64 קלגסבלד, לעיל ה"ש 3, בעמ' 314. כך, ההלכות העקרוניות בפסק-הדין החוקתי היסודי – עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 12 – נקבעו כולן כאוביטר דיקטום. ראו גרעון ספיר המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד 83–94 (2010).

