

שריון וחוקה – פסק-דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל

מאת

אריאל בנדור*

התפיסה הרווחת – הן בקרב המצדדים ב"מהפכה החוקתית" והן בקרב המסתייגים ממנה – היא שפסק-הדין בעניין ברגמן נ' שר האוצר, עולם המושגים האציל עליו הפסיקה בדבר חוקי-היסוד שניתנה בשנים הסמוכות לאחריו עברו-מן העולם עם מתן פסק-הדין בעניין בנק המזרחי נ' מגדל. רשימה זו מבקשת להטיל ספק בהנחה זו, להראות כי רבים משופטי בית המשפט העליון כיום מתקשים להשתחרר מהעולם המושגי של פסק-דין ברגמן, שבישראל נתפס עדיין כמגלם אב טיפוס של מחשבה חוקתית, ולעמוד על כך שצל זה של פסק-דין ברגמן עלול להעיב על פיתוח המשפט החוקתי של ישראל ולהובילו לכיוונים שאינם רצויים. הרשימה מראה כיצד הובלעה בפסק-דין ברגמן – בלא ליבון תיאורטי ותחת מסווה של הימנעות מדיון בשאלות החוקתיות המהותיות לגופן – תורה חוקתית מהותית, המבוססת על שריון ולא על עליונותם של חוקי-היסוד, וכיצד החזקה תורה זו בפסק-דין שניתנה בשנים הסמוכות לאור מתן פסק-דין ברגמן. בהמשך עומדת הרשימה על המקום המרכזי של שיח השריון גם לאחר "מהפכה החוקתית"; ובסופה היא עוסקת בבעייתיות הכרוכה בביסוס המשפט החוקתי הישראלי על תורה של שריון ולא על תורה של עליונות חוקי-היסוד.

א. פתח-דבר. ב. תורת השריון בפסק-דין ברגמן. ג. תורת השריון בפסק-דין בנק המזרחי. ד. תורת השריון לעומת התורה בדבר עליונות חוקי-היסוד. ה. סוף דבר.

א. פתח-דבר

1. בפסק-הדין בעניין בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי¹ ציין השופט יצחק זמיר, כי "המהפכה החוקתית לא התחוללה עכשיו, כשנחקקו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. היא

* מדצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. טיוטת הרשימה הוצגה בכנס "30 שנה להלכת ברגמן – זמנים בחשיבה חוקתית בישראל", שנערך בחודש נובמבר 1999 מטעם הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי למשתתפי הכנס, וכן לעלי ולצברגר ולמשתתפי הסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה על הערותיהם לטיוטת הרשימה.

1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט' (4) 221, 468.

התחילה לפני שנות דור, בפרשת ברגמן". למרות דברים אלה, תפיסה רווחת – הן בקרב המצדדים ב"מהפכה החוקתית"² והן בקרב המסתייגים ממנה³ – היא שפסק-הדין בעניין ברגמן נ' שר האוצר,⁴ עולם המושגים האוצל עליו והפסיקה בדבר חוקי-היסוד שניתנה בשנים הסמוכות לאחריו עברו מן העולם עם מתן פסק-דין בנק המזרחי.

רשימה זאת מבקשת להטיל ספק בהנחה האמורה. אומנם, פסילת החוק בפסק-דין ברגמן, במוצהר לא הסתמכה על כל תיאוריה בדבר מעמדם של חוקי-היסוד והיחס בינם לבין חוקים.⁵ ואילו פסק-דין בנק המזרחי גדוש – ולדעת רבים אף גדוש יתר על המידה⁶ – בתיאוריות שונות ומתחרות בדבר מעמדם של חוקי-היסוד והביקורת השיפוטית עליהם. לכאורה – להוציא, במידת-מה, גישתו של השופט מישאל חשין – מגלמות מרבית הגישות שבפסק-דין בנק המזרחי "מהפכה חוקתית" לעומת הפסיקה בעניין ברגמן והפסיקה שניתנה בסמוך לה. למרות זאת, הרושם הוא כי רבים משופטי בית-המשפט העליון כיום מתקשים להשתחרר מן העולם המושגי של פסק-דין ברגמן, הנתפס עדיין בישראל כמגלם אב-טיפוס של מחשבה חוקתית.

2. בפסק-דין ברגמן ובפסיקה שניתנה בשנים הסמוכות לאחריו ייחס בית-המשפט חשיבות מכרעת – גם אם לא ניתן לכך בסיס תיאורטי – לשאלת "השיריון". ההתמקדות בשאלה זאת וריכוז השיח החוקתי סביבה, שקשה למצוא להם מקבילים בעולם, לא תמו עם הפסיקה בעניין בנק המזרחי. בית-המשפט אף הוסיף ופיתח הבחנות בין חוקי-היסוד המשוריינים שיריון פורמלי, כאלה המשוריינים שיריון מהותי, וכאלה שאינם משוריינים כלל. הבחנות אלה מצויות במידה רבה במוקד הפסיקה החוקתית הקיימת. לא זו אף זאת: לאחרונה, אומנם באימרת-אגב, הביע בית-המשפט העליון דעה, כי עשוי להיות מקום להכיר גם בתוקף של הוראות שיריון מהותי הכלולות בחוק "רגיל".⁷

- 2 ראו, למשל, דוד קרצמר, "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם", משפטים כח 359, 373 (תשנ"ז).
- 3 ראו, למשל, יאב דותן, "חוקה למדינת ישראל" – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאור המהפכה החוקתית", משפטים כח 149, 172–176 (תשנ"ז).
- 4 בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693.
- 5 בית-המשפט נימק זאת בכך, ש'הייעץ המשפטי לממשלה פטר אותנו מלהיכנס לעבי הקורה הזאת', ובכך "שמטעמים מובנים תובעות הבעיות המהותיות אשר העמדו לפנינו בדיון זה [כלומר, שאלת התיישבותו של החוק הנדון שם עם עקרון שוויון הבחירות לכנסת] פתרון דחוף, ובדיוור השאלות החוקתיות המוקדמות היה מצריך דיון ממושך בפני עצמו". ראו פסק-דין ברגמן, הערה 4 לעיל, בעמ' 696.
- 6 ראו, למשל, רות גביון, "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", משפטים כח 21, 144–147 (תשנ"ז); עלי וצברגר, "הסמכות המכוננת בישראל", משפט וממשל ג 679, 680–686 (תשנ"ז); קרצמר, הערה 2 לעיל, בעמ' 373; חיים ה' סהן, "אבישר ז'ל והגינות לאי"ס", משפטים לא 415, 416–417, הערה 2 (תשס"א).
- 7 בג"צ 1438/98 התנועה המסחרית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג (5) 337.

3. דעתי היא, כי צל זה של פסק-דין ברגמן, שפסיקת בית-המשפט העליון מתקשה להשתחרר ממנו והממשיך לאצול על חלקים ניכרים של השיח החוקתי הישראלי בכללותו, עלול להעיב על פיתוח המשפט החוקתי שלנו ולהובילו לכיוונים שאינם רצויים. ברשימה זאת אנסה להראות, כי התפיסה המוצהרת בפסק-דין בנק המזרחי, בדבר עליונות נורמטיבית של חוקי-יסוד על-פני חוקים, מתקשה להתיישב עם תיאוריה חוקתית המבוססת על עליונות נורמטיבית של נורמות מעצם היותן משוריינות, פורמלית או מהותית. מעליונותם של חוקי-יסוד מתבקש, כי חוקי-יסוד, בתור שכאלה, משוריינים מהותית. כלומר, חוקים אינם יכולים לשנות חוקי-יסוד או לסתור אותם. מכאן עולה, כי חוקי-יסוד בתור שכאלה – ולא-דווקא חוקי-היסוד על זכויות-האדם או ההוראות בחוקי-יסוד שלשינוי נדרש רוב מיוחס – עליונים על-פני חוקים. ואילו חוקים, "משוריינים" פורמלית או מהותית ככל שיהיו, אינם עליונים, ולמרות האמור בהם אין מניעה מלשנותם או מלסתור אותם בכל חוק. בפרק ב' לרשימה אבקש להראות כיצד הובלעה בפסק-דין ברגמן – כאמור, בלא ליבון תיאורטי, ותחת מסווה של הימנעות מדיון בשאלות החוקתיות המהותיות לגופן – תורה חוקתית מהותית המבוססת על שיריון ולא על עליונות חוקי-יסוד, וכיצד תוצקה תורה זו בפסק-דין שניתנו בשנים הסמוכות לאחר מתן פסק-דין ברגמן. בפרק ג' אעמוד על המקום המרכזי של שיח ה"שיריון" גם לאחר "המהפכה החוקתית" – הן בפסק-דין בנק המזרחי, והן בפסיקה ובספרות בעניינים חוקתיים שבאו בעקבותיו. בפרק ד' אדון בבעייתיות הכרוכה בביסוס המשפט החוקתי הישראלי על תורה של שיריון ולא על תורה של עליונות חוקי-יסוד – בוודאי כביטוייה בתורת האסיפה המכוננת, שבה תמכו רבים מן השופטים, וככל הנראה גם כביטוייה בתורתו של הנשיא מאיר שמגר בדבר ריבונות הכנסת לקבוע נורמות מדרגות שונות.⁸ ברשימה זאת לא אתמקד במקור הסמכות של הכנסת לקבוע נורמות בעלות מעמד מיוחד או בעצם ההצדקה של ההכרה בכוח הכנסת לקבוע נורמות כאלה בכלל או בכוחה לקבוע נורמות כאלה בהליכים הזהים בעיקרם להליכי החקיקה של חוקים וברוב פשוט.⁹

8. אמת ניתנת להיאמר, כי דבר זה אינו חד-משמעי לחלוטין. שכן, לכאורה, אין זה מן הנמנע שתורה המבוססת על סמכות בלתי-מוגבלת של הכנסת תכיד בכוח הכנסת להעניק עליונות – בדרך של שיריון, פורמלי או מהותי – גם לחוקים. כך גם סבר הנשיא ברק. ראו פסק-דין בנק המזרחי, הערה 1 לעיל, בעמ' 410. עם זאת, הנשיא שמגר הסעים, "כי המחוקק הראשי הוא מקור הסמכות העליון בתחום החקיקה והוא מוסמך לחוקק חוקים שדרגתם בהיררכיה של הסמכויות נבדלת זו מזו: הוא מוסמך לחוקק חקיקה חוקתית והוא מוסמך לחוקק חקיקה רגילה", שם, בעמ' 271, וכן כי "חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו ... אינו משוריין, כמודו כרוב מניינם של חוקי היסוד ורוב ההוראות שבתוכם. אין בכך כדי לגרוע ממעמדם הפורמאלי והנורמאטיבי של חוקי היסוד בתור שכאלה", שם, בעמ' 324. לאור זאת קבע הנשיא שמגר, כי "ניתן לנקוט מעתה ואילך אמת מידה חקיקתית אחידה, אשר לפיה אין עוד שינוי של חוק יסוד כלשהו אלא בחוק יסוד", שם, בעמ' 272.

9. לדיון בסוגייה זאת ראו אריאל בנדר, "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד", ספר ברנזון ב' 119, בעיקר 126–145 (תש"ס).

שכן, תורה חוקתית המבוססת על שיריון היא בעייתית הן מבחינתן של תפיסות התומכות בכוח כזה של הכנסת, בין אם מקורו בהיותה האסיפה המכוננת ובין אם מקורו בהיותה מוסד בעל סמכויות חקיקה בלתי-מוגבלות, והן מבחינתן של תפיסות המסתייגות מהכרה בכוח הכנסת – כוחה בכלל, או כוחה ברוב פשוט – לקבוע נורמות שיכללו את כוח החקיקה שלה ועל-כל-פנים מ"מתן חוקה בדרך פסיקת בית-המשפט".¹⁰ בין כך ובין כך, דומה כי בשלב זה, לנוכח ההשלמה המסתמנת של הכנסת והמשלה עם "המהפכה החוקתית",¹¹ שהפחיתה עד מאוד מן המשמעות המעשית של חילוקי-הדעות החריפים שהופגנו בפסק-דין בנק המזרחי,¹² ישנה חשיבות מיוחדת לכיווני ההתפתחות של תורת-המשפט הישראלית בדבר אמות-המידה לזיהוין של נורמות עליונות.

10 כביסוד של הנשיא לשעבר של בית-המשפט העליון, משה לנדוי. ראו משה לנדוי, "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט", משפט וממשל ג 697 (תשנ"ו). ראו גם גביון, הערה 6 לעיל.

11 ראיות לכך אפשר למצוא, בין השאר, באלה. ראשית, הכנסת לא חוקקה מאז "המהפכה החוקתית" ועד עתה כל חוק-יסוד המבקש לפגוע במעמד חוק-יסוד לעומת חוקים או בסמכות הביקורת השיפוטית על התאמת חוקים לחוק-יסוד. "פסקת ההתגברות" שבסעיף 8 לחוק-יסוד: תופש העיסוק, שנקבעה בו בשנת 1994, אינה פוגעת בעליונות חוק-יסוד זה על-פני חוקים, ואף מאששת אותה בכך שמן האמור בה עולה שככלל, חוק שאינו תואם את "פסקת ההתגברות" שבסעיף 4 לא יהיה תקף אלא לתקופה שלא תעלה על ארבע שנים, ואף זאת רק אם התקבל ברוב חברי הכנסת (כנדרש לחיקון חוק-היסוד) עצמו וצוין בו במפורש כי הוא תקף למרות האמור בחוק-היסוד. שנית, בשני המקרים שבהם בית-המשפט העליון קבע שחוקים פסולים בשל אי-התאמה לדרישות חוק-היסוד על זכויות-האדם תיקנה הכנסת את החוקים בהתאם להנחיות בית-המשפט. ראו, בעקבות בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 – חוק הסדרת העיסוק בייצור השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון מס' 4), תשנ"ח-1998, ס"ח 250. לציון בדבריהם שצורפו להצעת החוק כי החוק המוצע תואם את האמור בפסק-הדין ראו ה"ח תשנ"ח 82. ובעקבות בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 – חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 36), חת"ש"ס-2000, ס"ח 152. לדבריהם שצורפו להצעת החוק ראו ה"ח תש"ס 247. שלישית, הכנסת הקימה מערכת מיוחדת לבדיקת החוקתיות של הצעות חוק. לתיאור המערכת ראו אמנון רובינשטיין, "הכנסת וחוק-היסוד על זכויות האדם", משפט וממשל ה 339, 357-351 (תש"ס). לכך שהקמתה של מערכת זאת מעידה על הכרה בחובה להתאים את החוקים לדרישות חוק-היסוד. ראו שם, בעמ' 358.

12 השופט מישאל חשין, שבפסק-דין בנק המזרחי חלק על עמיתיו כאשר פסק כי חוק-יסוד הם ביסודם חוקים (ולא פורקים של חוקה), והכנסת יכולה לסטות מהם בחוקים ספציפיים יותר, ובלבד שתצוין בחוק הספציפי שהאמור בו בא לסייג חוק-יסוד, הצטרף לשאר השופטים בשני פסקי-הדין שבהם פסל עד כה בית-המשפט העליון חוקים שסתרו את חוק-היסוד בדבר זכויות-האדם. ראו פסק-דין לשכת מנהלי השקעות, הערה 11 לעיל; פסק-דין צמח, הערה 11 לעיל. עד כה הכנסת לא חוקקה חוק שבו נכתב כי האמור בו תקף למרות חוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו. לנוכח גישת הרוב בבית-המשפט העליון, שממנה משתמע כי לסייג כזה אין ערך, ספק אם הכנסת תעשה זאת. ממילא, המחלוקת הצפויה בעתיד יתמקדו ככל הנראה בזיהוי אמות-המידה לקביעת נורמות

ב. תורת השיריון בפסק-דין ברגמן

4. בפסק-דין ברגמן מצא בית-המשפט העליון, כי סעיף 6 לחוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורות), תשכ"ט-1969 (להלן: חוק המימון), אינו מתיישב עם עקרון שוויון הבחירות הקבוע בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.¹³ עם זאת, בית-המשפט – בעקבות העותר עצמו¹⁴ – לא סבר כי חוק המימון פסול בשל כך בלבד, אלא פסל אותו משום שהתקבל ברוב הפחות מרוב חברי הכנסת. זאת, לאור השילוב בין האמור בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, כי "אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת", לבין האמור בסעיף 46 לחוק-היסוד, כי בהקשר הנדון, "שינוי" – בין מפורש ובין משתמע.

פסק-הדין לא התבסס על היות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת כלול בחוק-יסוד. אומנם, בית-המשפט ציין בלקוניות, במנותו את השאלות החוקתיות אשר "היו עשויות להתעורר" אלמלא "פטר" היועץ המשפטי לממשלה את בית-המשפט מלדון בהן, את "מעמדם של חוקי היסוד".¹⁵ עם זאת, בית-המשפט ציין, שבפניו עומדת "השאלה אם קיימה הכנסת הלכה למעשה הגבלה שהטילה על עצמה, בדרך של 'שריון' של הוראת חוק",¹⁶ וכי כנגד חוק המימון נטען "שהוא נוגד הוראת חוק 'משוריינת'".¹⁷ משמצא בית-המשפט שהוראת חוק המימון הנדונה נוגדת את שוויון הבחירות לפי סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, פסק שהכנסת "יכולה לחזור ולחוקק את הוראות המימון שבחוק המימון, למרות חוסר השוויון שבהן, אם ימצא להן הרוב הדרוש לפי סעיפים 4 ו-46 של חוק-היסוד".¹⁸

5. מכל אלה עולה, כי פסילת חוק המימון בפסק-דין ברגמן לא התבססה על תפיסה בדבר עליונות חוק-יסוד (או עליונות סעיפים משוריינים בחוק-יסוד) על-פני חוקים.¹⁹ נראה, כי פסק-דין ברגמן מבוסס על תפיסה – ולפחות הנחה, בכפיפות לשאלת השפיטות שלא הוכרעה – כי יש תוקף להוראה משוריינת "פורמאלית" בחוק (לרבות חוק-יסוד), כלומר להוראה שנאמר בה כי אין לשנותה, במפורש או במשתמע, אלא ברוב מיוחד.

משפטיזת עליונות, ולא בעצם קיומן של נורמות כאלה. ראו גם קרצמר, הערה 2 לעיל, בעמ' 374.

13. ראו פסק-דין ברגמן, הערה 4 לעיל, בעמ' 697-700.

14. ראו שם, סיכום טענות העותר בעמ' 695-696.

15. שם, בעמ' 696.

16. שם.

17. שם, בעמ' 699.

18. שם, בעמ' 700.

19. אך ראו קרצמר, הערה 2 לעיל, בע' 364-367.

דומה, כי רק כך ניתן להסביר את הפרשנות המובלעת בפסק־דין ברגמן של סעיף 6 לחוק המימון כמשנה במשתמע את סעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת. אפשר לראות נורמה ספציפית הסותרת נורמה כללית כשינוי במשתמע של הנורמה הכללית מקום בו לשתי הנורמות דרגה שווה בפירמיות הנורמות. מנגד, לא מקובל, ואף לא סביר, לראות נורמה בדרגה נמוכה הסותרת נורמה בדרגה גבוהה כ"שינוי במשתמע" של הנורמה הגבוהה. כך, למשל, אין להניח כי בית־המשפט היה מוכן להכיר בתיקון לתקנון הכנסת – שאין חולקים על כך שדרגתו הנורמטיבית נופלת מזו של חוק²⁰ – שהיה סותר את שיטת הבחירות הקבועה בסעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת כשינוי במשתמע של סעיף 4, אפילו התיקון לתקנון היה מתקבל ברוב חברי־הכנסת.

6. פרשנות פסק־דין ברגמן כמבוסס, לפחות לכאורה, על הכרה בשיריון חוקים (לרבות חוקי־יסוד) ולא על הכרה בעליונות חוקי־יסוד על־פני חוקים, מתאשרת על־ידי פסיקה שניתנה בשנים הסמוכות לאחר פסק־דין ברגמן על־ידי השופטים שפסקו בעניין ברגמן או על־ידי שופטים אחרים בני דורם.

שכן, בפסיקה זאת, מקום בו טענו העותרים – שלא כמו ברגמן – שחוקי־יסוד שונים במהותם או בדרגתם הנורמטיבית מחוקים, וכי לכן לא ניתן לשנות חוקי־יסוד או לסוות מהוראותיו בחוק, דחה בית־המשפט העליון את הטענות באופן פסקני ולקוני, כפי שנהוג לעשות לגבי טענות שבית־המשפט רואה כמופרכות על־פניהן. כך, למשל, נפסק שאין אחיזה לטענה "ששינוי משתמע לפי סעיף 46, סיפא [לחוק־יסוד: הכנסת], חייב להיעשות בדרך חקיקת חוקי־יסוד"²¹; כי "אין כל אסמכתה לכך שלא ניתן לשנות חוקי־יסוד אלא על־ידי חוק שהכנסת כינתה אותו כחוקי־יסוד, שהעניין הוא עניין שבסמנטיקה בלבד"²²; וכי "אין חוק יסוד: הממשלה עדיף על חוק התקנים. להיפך, דבר היותו של חוק התקנים חוק מיוחד לעומת חוק יסוד: הממשלה שהוא חוק כללי, מקנה עדיפות לחוק המיוחד על פני החוק הכללי"²³.

ג. תורת השיריון בפסק־דין בנק המזרחי

7. פסק־דין בנק המזרחי, להבדיל מפסק־דין ברגמן, כולל דיונים מפורטים ומנומקים בשאלות של תיאוריה. מרבית השופטים בפסק־דין בנק המזרחי – במותב שדן בעניין

20 ראו אריאל בנדור, "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת", משפטים כב 571 (תשנ"ד).
 21 בג"צ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794, 796. שניים מבין חברי המותב שפסקו בעניין זה – הנשיא שמעון אגרנט והשופט משה לנדוי – היו חברים במותב בפסק־דין ברגמן.
 22 בג"צ 60/77 רסלר נ' יושב־ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא(2) 556, 560.
 23 ע"פ 107/73 "נגב" – תחנת שידור לאומיביל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 640, 642.
 פסק־הדין נכתב על־ידי השופט צבי ברנזון, שהיה חבר במותב בפסק־דין ברגמן.

השתתפו תשעה שופטים – התייחסו במידות שונות של פירוט לשאלת המקור של כוח הכנסת לכבול עצמה. שבעה שופטים – הנשיאים מאיר שמגר ואהרן ברק, והשופטים דב לוין, יצחק זמיר, אליהו מצא, גבריאל כך, וצבי טל – הביעו דעה, כי הכנסת רשאית לכבול עצמה בחוקי-יסוד, בהיותם של חוקי-יסוד בעלי מעמד עליון במדרג הנורמטיבי. הנשיאים שמגר וברק אף ציינו במפורש, כי אין לשנות חוקי-יסוד אלא בחוקי-יסוד.²⁴ לנוכח הצטרפותם של השופטים דב לוין,²⁵ מצא²⁶ וזמיר²⁷ לדעת הנשיא ברק, כי הכנסת מקבלת חוקי-יסוד מכוח סמכותה כאסיפה המכוננת ולא בהיותה הרשות המחוקקת,²⁸ נראה, שהלכה למעשה זכתה גם הדעה האחרונה לתמיכת הרוב. היחיד מבין השופטים בפסק-דין בנק המזרחי שהביע התנגדות לדעות אלה היה השופט מישאל חשין.

8. לנוכח ההכרה במעמדם העליון של חוקי-יסוד בתור שכאלה, ניתן היה לצפות שבית-המשפט יזנח את שיח השיריון – מורשת פסק-דין ברגמן – וימירו בשיח החוקתי המקובל, המניח עליונות נורמות חוקתיות על-פני נורמות אחרות. עליונות זאת מביאה להעדפת נורמות חוקתיות על-פני נורמות מסוגים אחרים במקרים של סתירה ביניהן. אך לא כך היה.

בפסק-דין בנק המזרחי השאיר הנשיא ברק תחילה בצריך-עיון את השאלה, האם חוק יכול לפגוע בהסדרים הקבועים בחוקי-יסוד שאינו מתיר פגיעה כזאת במפורש. הנשיא ברק הוסיף וציין, בנימה בולטת של אהדה, כי "ניתן היה לפסוק כי בהיעדר הוראת שריון ניתן לפגוע בהסדריו של חוק יסוד באמצעות חוק רגיל, ובלבד שהפגיעה תהא מפורשת. בכך ניתן היה, מחד גיסא, להמשיך ולהבליט את מעמדו הנורמאטיבי העליון של חוק היסוד, ומאידך גיסא, ניתן היה לשמור על ההבחנה הראויה בין חוק יסוד הקובע הוראת שריון לבין חוק יסוד השותק בעניין זה".²⁹ בהמשך פסק-הדין הרחיק הנשיא ברק לכת אף יותר, וקבע בפסקנות:

כדי להעניק תוקף חוקתי לפגיעה באמצעות חוק רגיל בהסדר הקבוע בחוק יסוד משוריין נדרשת הוראה מפורשת בחוק היסוד. שתיקת חוק היסוד מונעת פגיעה זו. בכך מתבלט ההבדל החוקתי בין חוק יסוד משוריין לבין חוק יסוד שאינו משוריין. שניהם חוקי יסוד. שניהם מצויים ברמה נורמאטיבית עליונה. עם זאת, קיים ביניהם שוני. הסדריו של חוק

24 ראו פסק-דין בנק המזרחי, הערה 1 לעיל, בעמ' 276, 321, 351 (הנשיא שמגר); 408-406 (הנשיא ברק).

25 ראו שם, בעמ' 468.

26 ראו שם, בעמ' 577.

27 ראו שם, בעמ' 471.

28 לדעה זו הצטרפה בפסיקה מאוחרת גם השופטת דליה דורנר. ראו פסק-דין לשכת מנהלי השקעות, הערה 11 לעיל, בעמ' 418.

29 פסק-דין בנק המזרחי, הערה 1 לעיל, בעמ' 409 (ההדגשה הוספה).

יסוד משוריין אינם ניתנים לפגיעה בחוק רגיל, אלא אם כן החוק הרגיל מקיים את דרישת השריון. לעומת זאת, הסדריו של חוק יסוד לא משוריין (שותק) ניתנים לפגיעה בחוק רגיל. הבחנה זו בין חוקי היסוד השונים תיעלם, כמובן, שעה שכל חוקי היסוד ישוריינו.³⁰

הנשיא שמגר ציין אומנם, כי "מן הדין לקבוע כי 'פגיעה' בחוק יסוד לא תיעשה אלא על-ידי חוק יסוד או מכוח הוראה מסמיכה שבו",³¹ אך בסיכום פסק-דינו הבהיר כי "אין פוגעים בהוראה הכלולה באחד משני חוקי היסוד הנ"ל [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק], אלא בחוק יסוד או מכוחו. מן הנכון לאמץ עיקרון זה לגבי כל חוקי היסוד".³² מדברים אלה עולה, ככל הנראה, כי המניעה לפגוע באמצעות חוק בהוראות הכלולות בחוק-יסוד היא בבחינת דין ראוי בלבד – להבדילו מדין קיים – ככל שהדברים אמורים בחוקי-היסוד שאינם על זכויות-האדם.

כידוע, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שנדון בפסק-דין בנק המזרחי, אין הוראת "שיריון פורמלי" כדוגמת זו שנדונה בפסק-דין ברגמן, הקובעת שאין לשנות את חוק-היסוד אלא ברוב מיוחס. בכל זאת הסעים בית-המשפט העליון את קיומו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו של "שיריון מהותי", שיסודו בפסקת ההגבלה שבסעיף 33.8 שיריון מהותי הוגדר על-ידי הנשיא ברק כמצב בו "חוק יסוד קובע כי חוק אינו רשאי לפגוע בהוראותיו אלא בהתקיים תנאי מהות מסוימים".³⁴ הגדרה זו צרה מדי, שכן, על-פיה ספק אם פסקת ההגבלה עצמה היא בגדר שיריון מהותי.³⁵ הגדרה מדויקת יותר לשיריון מהותי, התופסת את פסקת ההגבלה, הינה: קביעה מפורשת המגבילה את תוכנם של חוקים.

בית-המשפט העליון ביסס אפוא את העליונות של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על-פני חוקים לא על היותו חוק-יסוד, אלא על ההוראה המפורשת שנכללה בו המטילה מגבלות על תוכן חוקים הפוגעים בזכויות-האדם.

30 שם, בעמ' 409–410 (ההדגשה הוספה).

31 שם, בעמ' 299.

32 שם, בעמ' 351.

33 כן ציינה ההוראה המקבילה שבסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. ראו שם, בעמ' 409. קיום שריון מהותי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק הבלט גם בספרות. ראו, בין השאר, יהודית קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: ביזגריה של מאבק כוח", משפט וממשל א 323, 369–371 (תשנ"ג); אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל 402–408 (מהדורה חמישית, תשנ"ו).

34 פסק-דין בנק המזרחי, הערה 1 לעיל, בעמ' 409.

35 פסקת ההגבלה היא חלק אינטגרלי מן הסדר של הגנה על זכויות-היסוד. חוק הפוגע בזכות המקיים את תנאי פסקת ההגבלה אינו פוגע בחוק-היסוד אלא תואם אותו. לדין מפורט ראו בנדור, הערה 9 לעיל, בעמ' 158–160.

9. עד כה לא קבע בית-המשפט העליון אלא את בטלותם של חוקים שסתרו הוראות משוריינות של חוק-יסוד. בפסק-דין אחד, שבו נתבקש בית-המשפט לפסול חוק עקב התנגשותו עם חוק-יסוד: הממשלה נכתב, כי "עדיין לא נפסקה הלכה כי בית-המשפט מוסמך לבטל חוק הנוגד את חוק-יסוד: הממשלה".³⁶ עם זאת, העתירה נדחתה בפסק-דין קצר למדי משום שבית-המשפט מצא שהחוק שנדון שם לא סתר את חוק-היסוד.³⁷

10. מורשת פסק-דין ברגמן עשויה להסביר את הימנעותם של שופטים רבים מלהזיק לחוק-יסוד שאינם משוריינים גם בפסיקה בעניינים חוקתיים שאינה עוסקת בתוקף חוקים אלא בפירושם.

דוגמה מובהקת – לא יחידה – לפסיקה קונסטיטוציונית המתעלמת כמעט כליל מחוק-יסוד רלוואנטיים היא פסק-הדין בעניין רובינשטיין ג' שר הביטחון.³⁸ בפסק-דין זה קבע בית-המשפט העליון, כי מתן שיטתי של דחיית שירות בצה"ל לתלמידי ישיבות אינו בסמכות שר-הביטחון, וכי עניין זה טעון הסדרה מפורשת בחוק של הכנסת. בפוסקו כך, בית-המשפט הסתמך על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,³⁹ שזיקתו לסוגייה קלושה למדי. בית-המשפט לא התייחס כלל לחוק-יסוד: הצבא, והתייחס בחטף בלבד לחוק-יסוד: הכנסת ולחוק-יסוד: הממשלה. אילו בית-המשפט היה מפנים את מעמדם החוקתי של חוק-יסוד אלה, הדעת נותנת שהוא היה הופך אותם לעמוד-התווך של פסק-הדין. כך סעיף 4 לחוק-יסוד: הצבא, שבו נקבע כי "החובה לשרת בצבא והגיוס לצבא יהיו כפי שנקבע בחוק או מכוחו".⁴⁰ אפשר, כי עיגון לקוני בחוק אינו מספק את הדרישה של סעיף 4 כי ההסדרים יהיו "מכוחו" של חוק. כלומר, על החוק לקבוע את ההסדרים הראשוניים, ואילו בנורמות הנקבעות על-פיו צריכים להיכלל הסדרי ביצוע משניים בלבד.⁴¹ ככל שהדבר אפשרי, יש לפרש חוקים קיימים כעומדים בדרישה זאת. וכך גם, ואף ביתר שאת, סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת, המורה כי "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה", וסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, הקובע כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". שני סעיפים אלה עשויים לשמש כבסיס לתורה חוקתית מחייבת בדבר הקצאת התפקידים בין רשויות השלטון השונות.⁴²

36 בג"ץ 102/99 משגב ג' הכנסת (סרם פרסם; ניתן בתאריך 17.1.99), בסעיף 7.

37 עם זאת, במקרה אחר, שבו תקפה העותרת תיקון שנעשה בחוק-יסוד: הממשלה עצמו, בין השאר בטענה כי הכנסת לא הייתה מוסמכת לעגן בחוק-יסוד – להבדילו מחוק רגיל – את ההוראות שנכללו בתיקון, דחה בית-המשפט העליון את העתירה לגופה. ראו בג"ץ 5160/99 התנועה למען איסוף השלטון בישראל ג' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92.

38 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין ג' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481.

39 ראו שם, בעמ' 521–524.

40 לדיון בסעיף זה ראו מרדכי קרמניצר ואריאל בנדור, חוק-יסוד: הצבא 67–73 (פירוש לחוק-היסוד בעריכת יצחק זמיר, תש"ס).

41 ראו שם, בעמ' 68–69.

42 ראו אריאל בנדור, "חוק-היסוד כבסיס לחוקה – הצעה לחוקת ישראל", משפט וממשל ה' 15, 17 (תש"ס).

מסעיפים אלה עשוי להשתמע, שהכנסת, כרשות המחוקקת, מוגבלת בהעברה לממשלה של סמכויות שבמהותן הן של חקיקה ראשית, ובמקביל מוגבלת בנטילה לעצמה של סמכויות ביצוע מובהקות.⁴³ למרות זאת, בפסק-הדין הם הוזכרו בחטף בלבד. והעיקר: הם יוחסו בו ל"תקופה הראשונה" של המשפט הישראלי, שבה האיסור על העברת סמכויות חקיקה עקרוניות לרשות המבצעת היה "הנחיה" שהכנסת הייתה רשאית לסטות ממנה.⁴⁴ "הנחיה" זו הפכה מחייבת, כך נפסק, רק עם קבלת חוקי-היסוד בדבר זכויות-האדם.

עם זאת, למגמה להחזיק במורשת פסק-דין ברגמן, שאינה מייחסת מעמד חוקתי עליון לחוקי-יסוד בתור שכאלה, ישנם יוצאים-מן-הכלל. כך, בדונו בשאלה אם ראש-הממשלה רשאי להשתמש בסעיף 39(ב) לחוקי-יסוד: הממשלה – שאינו כולל שיריון "מהותי" מפורש – על-מנת להעביר לשר אחד סמכות שחוק "רגיל" העניק לשני שרים יחדיו, ציין בית-המשפט העליון, מפי הנשיא ברק:

נקודת המוצא הינה בהוראת סעיף 39(ב) לחוקי-יסוד: הממשלה. הוראה זו מצויה ברמה חוקתית על-חוקית. ... היא מסמיכה, ברמה חוקתית, את ראש-הממשלה, באישור הכנסת, להעביר סמכויות הנתונות לשר, והמעוגנות בחקיקה "רגילה", לשר אחר. העברה זו אפשרית היא, חרף העובדה שהיא אינה מתיישבת עם המבנה של החוק ה"רגיל" ועם סדרי הסמכויות הקבועות בו. אכן, הכללים הפרשניים הקובעים פתרון של סתירות בין נורמות שוות מעמד אינם חלים ביחסים בין חוק יסוד לחוק "רגיל". הכלל שלפיו נורמה מאוחרת גוברת על נורמה מוקדמת ... והכלל שלפיו נורמה מיוחדת גוברת על נורמה כללית ... חלים לעניין סתירות בין נורמות משפטיות שוות מעמד. הם אינם חלים ביחסים שבין חוק יסוד לחוק רגיל. ביחסים שבין חוק יסוד לחוק רגיל חל הכלל שלפיו נורמה עליונה גוברת על נורמה תחתונה.⁴⁵

11. להשלמת התמונה יש לבחון את עמדת בית-המשפט העליון בדבר כוחה של הכנסת לשריין חוקים "רגילים". שכן, צירוף של הכרה בעליונות הנורמטיבית רק של חוקי-יסוד ששוריינו עם הכרה בתוקף הוראות המבקשות לשריין חוקים שקול, הלכה למעשה, להתנערות מן התורה המוצהרת שביסוד פסק-דין בנק המזרחי, שעל-פיה חוקי-יסוד שונים באופן מהותי מחוקים וכל אחת מן הנורמות משתייכת לדרג אחר בפירמידת הנורמות. בצירוף האמור יש היצמדות לתפיסת פסק-דין ברגמן ופסקי-הדין שניתנו בשנים הסמוכות לאחריו, הגזרת עליונות של נורמה מעצם שיריונה על-ידי הכנסת.

43 ראו גם להלן, בסעיף 12.

44 ראו פסק-דין חבינשטיין, העדה 38 לעיל, בעמ' 520.

45 בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש-הממשלה, פ"ד נב(5) 206, 209.

במדינות אחרות, שיריון של חוקים "רגילים" אינו מקובל. אומנם, בארצות-הברית נקבעו דרישות לקבלת חוקים פיסקליים מסוימים ברוב מיוחס (supermajority). חוקתיותן של דרישות אלה שנויה במחלוקת.⁴⁶ אך הוויכוח בארצות-הברית סב בעיקרו על השאלה הפרשנית, אם ההוראות הרלוואנטיות בחוקה האמריקנית מסמיכות את הקונגרס לקבוע לעצמו כללי הכרעה של רוב מיוחס.

בפסק-דין בגמון המזרחי השאיר הנשיא ברק בצריך-עיון את שאלת התוקף של "הוראת בכילה" – כלומר, שיריון פורמלי או מהותי – בחוק "רגיל".⁴⁷ לדבריו, "אין תורת הסמכות המכוננת כשלעצמה נותנת תשובה לשאלה אם בכוחה של הכנסת, העושה שימוש בסמכותה המחוקקת, לכבול או להגביל את השימוש העתידי בסמכות זו".⁴⁸ עם זאת, אפשר שברק רמז על הסתייגותו משיריון חוקים, בכותבו כי "הכרה בכבילה עצמית של סמכות החקיקה הרגילה מונעת מהרוב של היום לשנות מהסדרים של יום-יום שנקבעו בעבר. הכרה בה מחייבת מתן תשובה לשאלה, מהו הציוד להעניק לדור אחד את הכוח להכתיב את דרכי ההתנהגות היומיומית של הדור האחר?"⁴⁹

12. והנה, זה לא מכבר ציין בית-המשפט העליון באמרת-אגב, מפי השופט יצחק זמיר שלדבריו הסכימה השופטת דורית ביניש, כי "אין לשלול את האפשרות שגם במשבצת של חוקים יהיה חוק מעל חוק", וכי "אפשר שזה המצב, כמצב מיוחד במינו, ביחס שבין חוק תקציב שנתי לבין חוק יסודות התקציב. ואם כך, אפשר גם שבית המשפט מוסמך לפסול הוראה בחוק תקציב שנתי אם היא סותרת הוראה בחוק יסודות התקציב". זאת, בעיקר, משום ש"חוק יסודות התקציב אמור, על פי טבעו, לחול בצורה מחייבת על חוקי התקציב השנתיים".⁵⁰ ואם לא תוכר עליונותו עליהם – מה הועילו חכמים בתקנתם? על-כן עשוי בית-המשפט לפסול הוראה בחוק תקציב שנתי שתקבע הקצאה של "כספים

46 ראו Bruce Ackerman et al., "An open Letter to Congressman Gingrich," 104 *Yale L.J.* 1539 (1995); J. O. McGinnis and M. B. Rappaport, "The Constitutionality of Supermajority Rules: A Defense," 105 *Yale L.J.* 483 (1995); J. Rubinfeld, "Rights of Passage: Majority Rule in Congress," 46 *Duke L.J.* 73 (1996); J. O. McGinnis & M. B. Rappaport, "The Rights of Legislators and the Wrongs of Interpretation: A Further Defense of the Constitutionality of Legislative Supermajority Rules," 47 *Duke L.J.* 327 (1997); J. O. McGinnis & M. B. Rappaport, "Supermajority Rules as a Constitutional Solution," 40 *W'm & Mary L. Rev.* 365 (1999); E. Garrett, "A Fiscal Constitution with Supermajority Voting Rules," 40 *W'm & Mary L. Rev.* 471 (1999); J. O. McGinnis & M. M. B. Rappaport, "Still a Solution: In Further Support of Spending Supermajority Rules," 40 *W'm & Mary L. Rev.* 527 (1999).

47 פסק-דין בגמון המזרחי, הערה 1 לעיל, בעמ' 410-411.

48 שם, בעמ' 410.

49 שם.

50 פסק-דין התנועה המסודרת, הערה 7 לעיל, בסעיף 14 לפסק-הדין של השופט זמיר.

ייחודיים" מפאת הסתירה שבינה לבין סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985, שבו נקבע, בין השאר, כי "הוצאות הממשלה לצורך תמיכה במוסדות ציבור ייקבעו בכל סעיף תקציב בסכום כולל לכל סוג של מוסדות ציבור" (סעיף 3א(ג)), וכי "הסכום שנקבע בסעיף תקציב לסוג של מוסדות ציבור יחולק בין מוסדות הנמנים עם אותו סוג לפי מבחנים שוויוניים" (סעיף 3א(ד)). השופט זמיר אף לא התנה אפשרות זאת בכך שהכנסת לא תציין בחוק התקציב השנתי בלשון מפורשת, שהאמור בו תקף למרות חוק יסודות התקציב.⁵¹ ובלשון אחרת – שאומנם לא ננקטה על-ידי בית-המשפט, אך דומה שהוא כיוון אליה – מקור העליונות של חוק יסודות התקציב, שהוא חוק "רגיל", הוא בכך שחוק זה זיכה עצמו בשיריון מהותי כמלוא מובנו, ושיריון זה תופס.

לא למותר לציין, שאפשר להגיע לאותה תוצאה שבית-המשפט נטה לתמוך בה בפסק-דין זה – איסור על הכנסת לקבוצה בחוקי התקציב הקצבות של כספים ייחודיים – בדרך שונה מזו שהציע השופט זמיר. דרך זו אינה מבוססת על העדפת חוק אחד על-פני חוק אחר בשל הוראת שיריון מהותי שנכללה בחוק הראשון, אלא על העדפת חוקי-יסוד על-פני חוק. כאמור, הוראות סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה וסעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת עשויות לשמש בסיס לתורה חוקתית של הקצאת סמכויות בין רשויות השלטון.⁵² על-פי תורה כזאת, כשם שאסור לרשות המחוקקת להטיל על הרשות המבצעת סמכויות חקיקה עקרוניות, כך גם אסור לה ליטול לעצמה ענייני ביצוע מובהקים.⁵³ הממשלה אינה כפופה בכל דבר ועניין לרשות המחוקקת, אלא שתיהן יונקות את סמכותן מן האסיפה המכוננת, הקובעת את הקצאת הסמכויות ביניהן, לרבות סמכויות של פיקוח הדדי.⁵⁴ קבלת החלטות אינדיבידואליות בדבר הקצאת כספי תמיכות לגופים ספציפיים אלה ואחרים אינה בתחומה של הרשות המחוקקת. ממילא יש מקום לשקול פסילה של הוראת חוק מסוג זה, וזאת בין אם היא כלולה בחוק התקציב השנתי ובין אם היא כלולה בחוק אחר כלשהו.

הגישה שהופגנה בבג"צ התנועה המסורתית, אם תשתרש, תהווה סגירת המעגל שנפתח בפסק-דין בריגמן. המשפט החוקתי הישראלי יתבסס – להלכה, ולא רק למעשה – על תורה של שיריון ולא על מידרג גורמטיבי ברור, שבו מקומם של חוקי-יסוד מעל חוקים, ואילו בהתנגשות בין חוקים לבין עצמם מכריעים כללי הפרשנות המקובלים, שעל-פיהם מועדף חוק ספציפי ומאוחר על-פני חוק כללי ומוקדם.

51 לעומת השופט זמיר, ציין השופט חשין, שהוסיף נימוקים משלו, שלדעתו יגבר חוק התקציב השנתי על חוק יסודות התקציב אם בחוק התקציב השנתי יאמר במפורש כי תקפו הוא למרות האמור בחוק יסודות התקציב. ראו שם, בסעיפים 8 ו-11 לפסקה-הדין של השופט חשין.

52 ראו לעיל, בסעיף 10.

53 השו, בארצות-הברית, *J.N.S. v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

54 השו פסק-דין אבני, הערה 45 לעיל, בעמ' 209 (הדברים המצוטטים לעיל, בטקסט להערה 45).

ד. תורת השיריון לעומת התורה בדבר עליונות חוקי-יסוד

13. אין קושי רב לדחות תיאוריה שתבקש לתת נפקות מלאה לעצם רצונה של הרשות המחוקקת לשריין – פורמלית או מהותית – דבר-חקיקה שלה בעניינים של יום-יום. כבילה עצמית של סמכות החקיקה הרגילה פוגעת היא-עצמה בריבונות המחוקק, ועלולה לסכל את יכולת הרוב להכריע בכל עת בעניינים שהדמוקרטיה מוסרת להכרעתו. שכן, על-פי גישה כזאת יוכל רוב פוליטי מזדמן לנצל את מעמדו כדי למנוע שינוי של מדיניות פוליטית שבה יתמוך רוב עתידי.⁵⁵

14. גישה אפשרית אחרת, שלכאורה כוח-השכנוע שלה ועוצמתה רבים יותר, היא כי לצורך רכישת עליונות נורמטיבית על-פני חוק תידרש הוראה לעמוד באופן מצטבר בתנאים הנגזרים משתי התורות גם יחד. כלומר, על ההוראה להיות מעוגנת בחוק-יסוד, ובנוסף לכך להיות משוריינת. בעצם הכללת הוראה בחוק-יסוד אין כדי להעניק לה עליונות נורמטיבית ולמנוע סטייה ממנה או פגיעה בה בחוק, אלא על הכנסת לממש את הפוטנציאל שבידיה, ולתת ביטוי מפורש לכוונתה להגביל את כוח חקיקתה.⁵⁶ ייתכן כי גישה כזאת – ככל שהדברים אמורים בפגיעה נקודתית בהוראת חוק-יסוד, להבדילה משינוי מהותי של חוק-היסוד – נרמזה בפסק-דין בנק המזרחי על-ידי הנשיאים שמגר⁵⁷ וברק.⁵⁸ גישה זו אפשר לתמוך בשורה של נימוקים.

ראשית, אין מקום לכפות על הכנסת להפעיל את כוחותיה החוקתיים באופן שיגביל בעתיד את כוח החקיקה שלה. גם אם בידי הכנסת נתונה סמכות חוקתית, הרי שראוי, במיוחד לנוכח הספק בדבר מודעות חברי-הכנסת להבחנות בין כוחותיהם השונים וההזירות הנדרשת בפרשנות חוקתית, לעמוד על קיום אינדיקציה מפורשת בחוק-היסוד לכוונת הכנסת להקנות לו עליונות על-פני חוקים.

שנית, הוראות רבות בחוקי-היסוד הקיימים גדושות, כך נטען, בפרטי-פרטים, שאינם הולמים חוקה ובוודאי אינם מתאימים להיחשב עליונים על-פני חוקים מן השורה. שלישית, ייחוס מעמד נורמטיבי עליון גם לחוקי-יסוד שלא זכו לכל שיריון יקנה להם

55. ראו קצמר, הערה 2 לעיל, בעמ' 364–365.

56. ראו שם, בעמ' 365–367.

57. ראו פסק-דין בנק המזרחי, הערה 1 לעיל, דברי הנשיא שמגר בעמ' 319: "אין אנו רשאים להעניק לחוקה מעמד של עליונות נורמטיבית מושלמת ללא עיגון הדבר ברצון הכנסת". הנשיא שמגר דן באופן יסודי ומפורט בנוסחו ובתולדותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולא הסתפק במעמדו כחוק-יסוד, ורק בעקבות דיון זה הגיע למסקנה, כי "לפנינו נדבק של המערכת החוקתית הישראלית, ששיוכו למדג הנורמטיבי החוקתי בא לביטוי מוחשי בהגבלה שהוא מטיל על חקיקה אודת". שם.

58. ראו דברי הנשיא ברק בפסק-דין בנק המזרחי, הערה 1 לעיל, שצוטטו לעיל, בסמיכות להערה 31.

במקרים רבים מעמד שיעלה אף על מעמדם של חוקי-יסוד משוריינים. שכן, בעוד הוראות השיריון קובעות לא אחת תנאים שבהתקיימם ניתן לפגוע בהוראות חוקי-היסוד בחוק, הרי שבהעדר הוראת שיריון לא ניתן לפגוע בחוק בהוראות חוקי-יסוד בכלל. רביעית, הקניה גורפת של מעמד חוקתי לחוקי-יסוד מורכבים ורבי פרטים, כגון חוקי-יסוד: הממשלה, עלולה לפגוע במידת הגמישות שרצוי להעניק להם.

15. סיעונים אלה, בעיקרם אינם משכנעים. הרושם הוא כי ביסוד רבים מהם עומדת הנחת המבוקש, כאילו חוקי-יסוד אינם אלא חוקים. זהו צלו של פסק-דין ברגמן, שעדיין אופף את השיח החוקתי הישראלי.

מבט רענן בחוקי-היסוד הקיימים – וענייני בהקשר זה מתמקד דווקא בחוקי-היסוד שקדמו לחוקי-היסוד בדבר זכויות-האדם – מגלה, כי בניגוד לרושם העולה מן הסיעונים המקובלים, רובם המכריע של חוקי-היסוד עוסקים בסוגיות חוקתיות מובהקות, מנוסחים בתמציתיות, ודנים בהיבטים עקרוניים בלבד של הסוגיות המוסדרות בהם.⁵⁹ כאלה הם חוקי-יסוד: מקרקעי ישראל, חוקי-יסוד: משק המדינה, חוקי-יסוד: הצבא, חוקי-יסוד: ירושלים בירת ישראל, חוקי-יסוד: השפיטה, חוקי-יסוד: מבקר המדינה, חוקי-יסוד: חופש העיסוק, וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו. גם הוראות רבות בחוקי-יסוד: הכנסת מנוסחות בתמציתיות רבה, לעתים אולי רבה מדי.⁶⁰ נראה, כי מבין אחד-עשר חוקי-היסוד הקיימים, רק שניים – חוקי-יסוד: נשיא המדינה וחוקי-יסוד: הממשלה – מתאפיינים באופן מובהק בפרטנות ובהוראות טכניות רבות. לכך יש להוסיף, שבמיוחד בסוגיות הנוגעות לבחירתן של רשויות השלטון-המרכזיות – הכנסת והממשלה – יש חשיבות, ועל-כלי-פנים לגיטימיות, גם לעיגון בחוקה של פרטים טכניים או פרוצדורליים מסוימים, ולא של עקרונות-יסוד בלבד. זאת לאור הערך הסמלי שבפירוט היבטים טכניים, כגון החיוב בשבועות-אמונים ולשון השבועות, והצורך לצמצם את כוחו של רוב מזדמן של חברי-הכנסת לשנות בחקיקה רגילה את "כללי המשחק", באופן שיהלום את האינטרסים של הרוב באותה עת או אף יסייע בהנצחת שלטונו.

זאת ועוד: חוקי-היסוד גדושים בהוראות "מתנשאות", הטיפוסיות לחוקה והמעידות על תכלית אובייקטיבית לשמש נורמות חוקתיות. כאלה הן, למשל, בחוקי-יסוד: הכנסת הוראות סעיפים 5א, 14, 17, 18, 19, 20(ג), 20(ד), 35 ו-44;⁶¹ בחוקי-יסוד: מבקר

59. ראו בנדור, הערה 42 לעיל, בעמ' 17–18.

60. כגון הוראות הסתומה של סעיף 17 לחוקי-יסוד: הכנסת, המורה: "לתכרי הכנסת תהיה חסינות; פרטים ייקבעו בחוק". ראו אמנון רובינשטיין ודענן הר-זהב, חוקי-יסוד: הכנסת 76–77 (פירוש לחוקי-היסוד בעריכת יצחק זמיר, תשנ"ג).

61. סעיפים אלה מטילים חובה לחוקק חוקים בעניין דרכי התאגדותן ורישומן של מפלגות ותנאים להגשת רשימת מועמדים לכנסת, סדרי ישיבת הפתיחה של הכנסת (והנדרשים לבטא את אופיה של מדינת ישראל ומורשתה), חסינות חברי-הכנסת ובנייני הכנסת, פרטים בדבר סמכות הכנסת להעביר מן התפקיד או להשעות מכהונה את יושבי-ראש הכנסת וסגניו ולקבוע סייגים לכהונתם, וחובה לכלול בחוק על ותפוזות הכנסת הודאה על מועד הבחירות לכנסת שלאחריה, איסור – החל

המדינה הוראות סעיפים 7, 11, 12, 13 ו-14;⁶² בחוק-יסוד: משק המדינה הוראת סעיף 3;⁶³ בחוק-יסוד: הצבא הוראות סעיפים 4, 5;⁶⁴ ובחוק-יסוד: השפיטה הוראות סעיפים 10, 13, 15(ה), 16, 18, 19, 23 ו-24.⁶⁵

גם הוראות רבות בחוק-יסוד שאינן פונות בלשון מפורשת לרשות המחוקקת ומורות לה אילו חוקים עליה לחוקק, תובעות ממהותן להתפרש כהוראות חוקה, שאין לסטות מהן בחוקים. כך, למשל, האם מתקבל על הדעת, כי תוכר סטייה בחוק מהוראות סעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת בדבר העילות למניעת השתתפות רשימות מועמדים בבחירות לכנסת? והאם סביר, כי יוכר תוקפו של חוק שיחורג, ולו חריגה קלה, מן ההסדרים בדבר הצבעות אמון או אי-אמון של הכנסת בממשלה הקבועים בחוק-יסוד: הממשלה?

בסופו של דבר, אופיין החוקתי של גורמות תלוי במקרים רבים בנקודת-המבט הפרשנית של הקוראים. הוראות הכלולות בחוק-יסוד המתפרש כאילו היה חוק מן השורה עשויות לרכוש משמעות שונה לחלוטין בהתפרשן כחלק מחוקה.⁶⁶ אכן, בישראל, אין לפי שעה הוראה מפורשת בדבר עליונות חוק-היסוד. בכך אין כדי לגרוע מן המעמד הנורמטיבי העל-חוקי הנתון לחוק-יסוד מעצם מהותם. מעמד זה אינו "כפוי" על הכנסת. התכלית להקנותו לחוק-היסוד משתמעת ממכלול הוראותיהם. על רקע זה, ההבחנה בין

"על אף האמור בכל דין אחר" – לשטת את חוק-היסוד באמצעות תקנות שעת-חירום, וכן תובה לקבוע את סדרי העבודה של הכנסת – בחוק או בזקנון.

62 סעיפים אלה מטילים חובה לחוקק חוקים בעניין סדרי הבחירה של מבקרי-המדינה, הודכים והסייגים לחובת מבקרי-המדינה להגיש לכנסת דינים-וחשבונות וחוזת-דעת בתחום תפקידיו ולפרסמם, סדרי ההעברה מכהונה של מבקרי-המדינה והאופן והתקופה של מלוי מקומם, ולחוקק חוק או לקבוע החלטה בעניין משכורתו של מבקרי-המדינה ותשלומים אחרים שישולמו לו.

63 הסעיף מחייב לקבוע את תקציב המדינה בחוק, וקובע פרטים בדבר תוכן חוק התקציב וסדרי התגשה של הצעת החוק.

64 סעיפים אלה מטילים חובה לקבוע בחוק או מכוחו את החובה לשרת בצבא והגיוס לצבא, ואת הסמכות להוציא הוראות ופקודות המחייבות בצבא.

65 סעיפים אלה מחייבים לקבוע בחוק הוראות בדבר העילות לדין משמעתי של שופטים, דרכי הקבילה, הרכב המותב, הסמכויות של בית-הדין המשמעתי ואמצעי המשמעת שהוא רשאי להטיל, סמכויות של בית-המשפט העליון שלא נקבעו בחוק-היסוד עצמו, הקמתם, סמכויותיהם, מקום מושבם ואזורי שיפוטם של בתי-משפט מחוזיים, בתי-משפט שלום ובתי-משפט אחרים, עילות ודרכים לקיום דיון נוסף בפסקי-דין של בית-המשפט העליון, עילות ודרכים למשפט חוזר, דרכי הבחירה של חברי הוועדה לבחירת שופטים ומשך כהונתם, כשרויות לכהונת שופטים לדרגותיהם, דרכי מינוים של נשיאי בתי-המשפט וסגניהם, הדרכים וההלכים לסיום הכהונה של שופטים, הדרכים למינוי שופטים למינוי לכהונה בפועל בבית-משפט אחר ולהעברתם לבית-משפט במקום אחר, הליכי ההשעיה של שופטים, מספר החברים במותבי בתי-המשפט, דרכי הקביעה של השופטים שידונו בתיקים השונים, ולקבוע בחוק או בהחלטה של הכנסת את משכורותיהם של שופטים ותשלומים אחרים שישולמו להם. כן מפורטים עניינים שבהם יקבעו הוראות לפי חוק, כלומר, עניינים שבהם חובה לחוקק חוקי הסמכה.

66 ראו בנדוד, הערה 42 לעיל, בעמ' 17.

סוגים שונים של תוראות בחוקי-יסוד לצורך הכרה בעליונותן של אלה וכפירה בעליונות אחרות נראית מלאכותית ומיותרת. לא ניתן, ואף אין זה רצוי, לבחון את מחשבותיהם הכמוסות של חברי-הכנסת אלה ואחרים בעת שהצביעו על חוקי-היסוד. חוקי-היסוד התקבלו במסגרת הסמכות החוקתית של הכנסת. הם עוסקים בעיקרם בעניינים חוקתיים. סגנונם חוקתי ברובו. מכל אלה מתבקשת מסקנה, כי חוקי-יסוד בתור שכאלה "משוריינים מהותית". כלומר, חוקה כי אין לפגוע בהם בחוק. חוקה זו אינה מוחלטת. היא עשויה, כמובן, לסגת מקום בו חוקי-יסוד מאפשר על-פי לשונו לססות בחוק מהסדר הקבוע בו.

גם הטענה, שהכרה בחוקי-יסוד כמשוריינים מהותית בתור שכאלה עשויה להפוך לנחותים דווקא את חוקי-היסוד שזכו לשיריון מפורש, אינה משכנעת. שכן, רבות מהוראות שיריון מפורשות אלה אינן נוגעות למעמדו של חוקי-היסוד אלא להיקפם ומהותם של ההסדרים הכלולים בו. סלו, למשל, את פסקות ההגבלה בחוקי-היסוד בדבר זכויות-האדם. פסקות אלה אינן מסייגות את חוקי-היסוד, אלא את הזכויות הקבועות בהם. הזכויות אינן מוחלטות, לא משום שחוקי-היסוד משוריינים שיריון חלקי, אלא משום שהכנסת סברה שלא ראוי להעניק זכויות בלתי-מסויגות. חוק העומד בדרישות פסקת ההגבלה אינו פוגע בחוקי-היסוד, אלא מגשים בנאמנות את תוכנו ורוחו.⁶⁷

ה. סוף-דבר

16. אין זה מן הנמנע, שהשית החוקתי השכיח כיום בישראל, שבמרכזו השיריון, נובע משגרת מחשבה שהופנמה בעקבות פסק-דין ברגמן. ייתכן, כי דווקא היעדר ליבון תיאורטי או הנמקה חוקתית מהותית בפסק-דין ברגמן לגישת השיריון שביסודו תרמו להטמעתה של גישה זאת אצל משפטנים רבים בישראל, כביכול מדובר במובן-מאליו. מגישה זאת מן הראוי להשתחרר. שיריון הוא תוצאת החוקה ולא מקור לחוקה. אכן, בשלב זה המשפט החוקתי הישראלי הינו שברירי וחשוף למניפולציות. עם סכנות אלה יש להתמודד מבלי לערער את יסודות המחשבה החוקתית. לפסק-דין ברגמן היה תפקיד היסטורי חשוב. הוא לא היה – ואף לא התיימר להיות – מורה-נבוכים תיאורטי.

67 ראו גם הערה 35 לעיל.