

בשווי רכושו של אדם, לרבות פגיעה בחיובים כספיים למיניהם, היא פגיעה בקניין, נמצא כי החוקים הפוגעים בקניין רבים מני ספור; בית המשפט עלול לשקוע ראשו ורובו בבדיקת החוקיות של כל חוק כזה, שמא, בין היתר, הוא פוגע בקניין מעבר למידה הדרושה; והמחוקק יתקשה למלא את תפקידו כראוי. ככל שיורחב ההיקף של הקניין כזכות חוקתית, כך, יש לחשוש, תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זאת. ועל כך ניתן לומר: תפסת מרובה לא תפסת. לפיכך די לי, לצורך הכרעה בעניין שלפנינו, להניח כי החוק המתקן פוגע בזכות הקניין. גם על יסוד הנחה זאת איני רואה מקום לפסול את החוק המתקן, שכן העובדות והטענות שהוצגו לפני בית המשפט, אין בהן יסוד לומר כי החוק אינו מקיים את הדרישות של פסקת ההגבלה.

5. הנשיא ברק מסכם את ההלכה, ככל שהיא דרושה להכרעה בעניין שלפנינו, בפסקה 108 לפסק הדין שנתן. סיכום זה מקובל עליי. לפיכך מקובלת עליי גם התוצאה שאליה הגיעו הנשיא שמגר, הנשיא ברק ויתר חבריי להרכב זה.

השופט מ' חשין: דעתי היא כדעת חבריי, הנשיא שמגר והנשיא ברק. דעתי היא כדעתם, כי החוק המתקן, עלה בידו לעבור מחסומים שהציב לפניו [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), וכי אין עוד להידרש לנושא החוקיות-החוקתיות של אותו חוק.

2. חבריי, הנשיא שמגר והנשיא ברק, הניפו חרמש ומגל, ולא הניחום מדיהם עד רדת יום בקוצרם בשדה חוקי היסוד. אך מעט לקט, שכחה ופאה הותירו אחריהם. מתוכם אמרתי אאסוף אל חיקי שתיים-שלוש שיבולים, אותן אטחן ומהן אופה את פתי שלי.

סוגיית יסוד אחת שחבריי נדרשים לה באריכות - תוך שנחלקים הם בדעותיהם - היא בנושא סמכותה של הכנסת לחוקק חוקה (נוקשה) למדינה; אם תרצה: בשאלת כוחה של הכנסת "לכבול" את סמכותה לחקיקה לעתיד לבוא על דרך "שריון" של חוקים (שריון פורמאלי או כבילה מהותית). מסקנת חבריי - שנייהם כאחד - היא זו, שאכן עומד לה לכנסת כוחה לשריין חוקים שהיא מחוקקת - קרי: להגביל את סמכותה לעתיד במלאכת החקיקה - אלא שדרכם למסקנתם היא שונה. ומתוך שדרכם שונה, אין חבריי מסכימים אף בשאלת תחום התפרסות כוחה של הכנסת לשריון חוקים.

3. אפתח באומרי כי לדעתי אין קנויה לה לכנסת סמכות לכונן חוקה, כמשמעות מושג ה"כינון" ומושג ה"חוקה" בפסקי הדין של חבריי. יתר-על-כן: ספק גדול בעיניי אם תיאוריה המקנה לכנסת סמכות של כינון חוקה ראוייה היא לנו, בזמננו ובמקומנו. אכן, סבור אני כי עומדת לה לכנסת סמכותה להטיל על עצמה מגבלות לחקיקה לעתיד לבוא - בגדרים ובסייגים שנפרט ונפרש להלן - ובמובן זה משיקה דעתי לדעת חבריי. אך מתוך שתחנת המוצא למסעי שונה מתחנות המוצא של חבריי, מגיע אני אל מחוזות שונים מאלה שחבריי מגיעים אליהם.

4. חילוקי הדעות שנתגלעו בינינו בעניין הסמכות המכוננת של הכנסת ובשאלת

"ריבונות" הכנסת, הינם כולם בבחינת אימרות אגב. לעניינה של הכרעת-דין במשפט שלפנינו לא נתגלעו בינינו כל חילוקי-דעות. מה עבר עליי אפוא שעומד אני להיות לטורח על הציבור ולצרף אימרת אגב (ארוכה) לאימרות אגב של חבריי? אקדים אפוא ואודיע את טעמי לדבר.

5. ראשית לכול, דעתי היא כי שאלת סמכותה של הכנסת להגביל את עצמה (בחוקה או בחוק) הינה השאלה החשובה ביותר שעלתה לפנינו במשפט הנוכחי, ובחשיבותה עולה היא עשרת מונים על כל שאר שאלות שהציגו עצמן לפנינו. בהשוותי את זו עם אלו אומר, כי זו מן הנפילים, ואלו - בהשוואה - מקטני ארץ.

יתר-על-כן: דומני כי למיום היות בית המשפט העליון לישראל - למיום היווסדו ועד עתה - לא עלתה לפניו שאלה גדולה וחשובה כשאלת סמכותה המכוננת של הכנסת לחוקק חוקה לישראל, כשאלה אם ניתנה חוקה לישראל, ולו מגילות-מגילות. אכן, גם עתה לא עלתה השאלה לפנינו להכרעה בה לגופה, והרי כולנו נסכים כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - וכמותו חוק-יסוד: חופש העיסוק - נחקקו כדין ובסמכות.

ואולם לגופה נישאת היא השאלה מכל שאר שאלות העולות לפנינו, ולו אגב אורחא, והרי היא נפיל שבנפילים. שאלת החוקה - ועמה שאלת בעל הסמכות לחוקק חוקה - שתי השאלות כאחת קרובות הן במאוד אל "הנורמה הבסיסית" של שיטת המשפט בישראל.

עניין לנו בשאלה המצויה ביסודה של שיטת המשפט בישראל, לא פחות. ובעומדנו לפני שאלה כה נעלה, נתקשה שלא לומר בה דברים אחדים.

6. שנית, והוא עיקר שבעיקר: מחר-מחרתיים, כי תקבל הכנסת חוק - או חוק יסוד בנושא של חוקה - ויאימר בו בחוק או בחוק היסוד כי לא ניתן יהיה לשנותו אלא ברוב של שבעים או ברוב של שמונים מחברי הכנסת (או ברוב של תשעים או ברוב של מאה), דינו של שריון זה מה יהא: האם יתפוס ויחייב - ככתבו וכלשונו - והכנסת לא תוכל לשנות את החוק (או את חוק היסוד) אלא באותו רוב מיוחד שנקבע בחוק? או שמא אחרת נאמר: אותה הוראת חוק המגבילה את כוחה של הכנסת לחקיקה לעתיד לבוא, משולה היא כחרס הנשבר, ורוח חיים אין בה אך באשר אומרת היא להגביל את סמכות הכנסת לחקיקה בדרך שהיא מגבילה אותה? אליא דחברי, הנשיא ברק, תתפוס המגבלה בשלמותה ובלא כל סייג אם אך תבוא בחוק יסוד, באשר מעשה החקיקה הוא בסמכותה המכוננת של הכנסת: החוק (החוקה) הוא "חוק יסוד", ותוכנו של החוק נסב על נושאי חוקה (עיקרי יסוד של המדינה, מיבנה הרשויות, יחסי הרשויות ביניהן לבין עצמן וזכויות הפרט). זו אף דעתו של חברי, הנשיא שמגר, הגם שיש בדבריו רמזים להגבלה כלשהי על סמכותה של הכנסת (ראו פסקה 35 לפסק-דינו).

ואילו אני אומר, כי הוראת הרוב המיוחס (מעין הוראות הרוב שהבאנו למעלה) -

הוראה האומרת להגביל את כוחה של הכנסת לשנות את החוק - הוראה זו לא תתפוס מעיקרה, בהיות הכנסת נעדרת סמכות לחוקקה. הוראת חוק זו, לדעתי, הינה אנטי-דמוקרטית בעליל: הוראת חוק היא המשליטה את המיעוט על הרוב, הוראת חוק היא שהעם לא הסמיך את נציגיו לחקוק. יתרה מזאת: חוק מעין זה - בהיעדר חוקה של אמת - אני רואה בו סכנה אמיתית וקרובה לדמוקרטיה בישראל, גם להלכה גם למעשה, ואכלה בו את אשפתי.

7. על כל אלה נוסף ונדבר להלן, ובמקום זה לא ביקשנו אלא להסביר על שום מה ולמה רואים אנו את נושא סמכותה של הכנסת לחוקק חוקה (נוקשה) - אם תרצו: לחוקק חוקים משוריינים - כנושא הנעלה על כל הנושאים הנדונים שלפנינו. ואלו הן שיבולים מעט שאטחן.

8. וזו תהא דרכנו שלהלן: בראשית נבדוק את שאלת סמכותה המכוננת של הכנסת, לאמור, את נושא סמכותה של הכנסת לחוקק חוקה. בפרק זה נסביר מדוע זה, לדעתנו, אין לה לכנסת סמכות מכוננת, ומדוע זה אין בכוחה של הכנסת לחוקק חוקה (נוקשה) לישראל. באותו הקשר נסיף ונאמר דברים על הסכנות הטמונות בסמכות מכוננת או בריבונות בלתי מוגבלת כי נכיר לכנסת על דרך ההלכה, בלא שנושא זה עמד להכרעתו של העם ולבחינתן של דעות על הטובות ועל הרעות שסמכות לכונן חוקה מקפלת בתוכה.

משגניע למסקנה זו נסיף ונשאל את עצמנו: בהיעדרה של סמכות מכוננת, האם קנתה הכנסת, מעיקרו של דין, סמכות לחוקק חוקים "משוריינים"? במקום זה נתווה את דרכנו, ונסביר מדוע זה, לדעתנו, אכן קנתה הכנסת סמכות לחוקק חוקים משוריינים, ומה הן מגבלות סמכותה זו.

נפתח אפוא בנושא סמכותה המכוננת של הכנסת.

הסמכות המכוננת - ההיית או חלמתי חלום?

9. כיצד נזהה סמכות למתן חוקה? כיצד נדע אם ניתנה סמכות לכונן חוקה, ואם ניתנה סמכות - מי הוא בעל סמכות? כיצד נדע אם כוננה החוקה ואם נורמה פלונית נורמה של חוקה היא? שאלת זיהויו של בעל הסמכות לכונן חוקה והשאלה אם נורמה פלונית הינה נורמה של חוקה, שתי שאלות אלו כרוכות ואחוזות הן זו בזו עד לבלי הפרד, והשתיים היו לאחדים. בעל סמכות לכונן חוקה מכונן חוקה, ונורמה שיצאה מלפני אותו בעל סמכות בכוונה כי תהיה נורמה של חוקה הינה נורמה של חוקה.

וביודענו כי חוקה מחזיקה את נורמות העל של המדינה - נורמות שאף הרשות המחוקקת תרכיץ ראשה לפנייהן ותשתחוה להן - מסקנה נגזרת מאליה היא, שלמצער לעיין קיומה של סמכות לכונן חוקה, ולעניין זיהויו של בעל הסמכות לכונן חוקה, לא יעלה ולו צל ספק: לא על קיום הסמכות ולא על זיהויו בעל הסמכות. הדבר למד מעניינו, והמאריך יחסיר.

הנה כך נתחייב עם ישראל בחוקתו הראשונה. בתחילה חויב העם להיטהר לקראת קבלת החוקה:

"ויאמר ה' אל-משה לך אל-העם וקדשתם היום ומחר וכיבסו שמלותם: והיו נכנים ליום השלשי כי ביום השלשי ירד ה' לעיני כל-העם על-הר סיני:

.....

וירד משה מן-ההר אל-העם ויקדש את-העם וכבסו שמלתם: ויאמר אל-העם היו נכונים לשלשת ימים אל-תגשו אל-אשה." (שמות, יט, י-יא; יד-טו [ד]).

שלושה ימים(לא פחות, אך גם לא יותר) ממתין העם לקבלת החוקה, וביום השלישי מתחיל הטקס נורא ההוד:

"ויהי ביום השלישי בהית הבקר ויהי קלת וברקים וענן כבד על-ההר וקול שפר חזק מאד ויחרד כל-העם אשר במחנה: ויוצא משה את-העם לקראת האלהים מן-המחנה ויתיצבו בתחתית ההר: והר סיני עשן כלו מפני אשר ירד עליו ה' באש ויעל עשנו כעשן הכבשן ויחרד כל-ההר מאד: ויהי קול השופר הולך וחזק מאד משה ידבר והאלהים יעננו בקול: וירד ה' על-הר סיני אל-ראש ההר ויקרא ה' למשה אל-ראש ההר ויעל משה" (שמות, יט, טז-כ [ד]).

קולות וברקים וענן כבד, וקול שופר חזק מאוד. הנה הוא ה' יורד על ההר באש והר סיני עשן כולו, עשנו כעשן הכבשן, וקול השופר הולך וחזק מאוד: "משה ידבר והאלהים יעננו בקול". ואחרי כל אלה בא דבר החוקה: אנוכי ה' אלוהיך. הנה הוא מעמד הר סיני, מעמד נורא הוד של קבלת התורה, טקס הענקתה של חוקה לישראל: אין ספק מי הוא נותן החוקה, אין ספק בסמכותו של נותן החוקה, אין ספק מה לשון החוקה, אין ספק כי חוקה היא הניתנת. אין חולקים על סמכות, אין חולקים על לשון, אין חולקים על מתן תורה.

ויש אומרים אחרת:

"אמר ר' אבהו בשם ר' יוחנן: כשנתן הקדוש-ברוך-הוא את-התורה צפו לא צייץ, עוף לא פרח, שור לא געה, אופנים לא עפו, שרפים לא אמרו קדוש, הים לא נזדעזע, הבריות לא דברו, אלא העולם שותק ומחריש - ויצא הקול: 'אנוכי ה' אלוהיך'." (שמות, רבה, כט [ה]).

זו תורה של קולות וברקים וענן כבד וקול שופר גדול וזו תורה של דממה דקה.

אכן, זו דרכה של חוקה, זו הייתה למיטב ידיעתי דרכן של חוקות בכל ההיסטוריה האנושית. וכדבר הכתוב על הלוחות הראשונים (שמות, לב, טז [ד]):

"והלחת מעשה אלהים המה והמכתב מכתב אלהים הוא חרות על-הלחת".

בעבר הייתה זו אצבע האלוהים שחרתה חוקה על אבן. בימינו יד אדם היא הכותבת והכתב הוא בדם-ואש-ותמרות-עשן. ואם לא כך כי אז באש-ותמרות-עשן. ואם גם לא כך כי אז בתמרות-עשן.

10. יום מתן חוקה הוא יום חג ומועד. הכול יודעים כי הנה עומד בעל הסמכות לחוקק חוקה, כי הנה עומדת חוקה להינתן, הנה ניתנה חוקה. ו"חוקה ניתנת במודעות מלאה", ברצון העם לקבל עליו עול חוקה ולו על דרך של "כפה עליהם הר כגיגית".

בימינו אלה נידרש אולי למשאל עם, לאסיפה מכוונת שנתייחדה לייעודה ואשר עליה הוטלה המשימה לחבר חוקה, ואפשר לדרך אחרת. עיקר הוא שנדע בבירור את אשר עומד לפנינו. שאלת הסמכות ליתן חוקה אינה "עוד שאלה" משפטית הצורכת פתרון. שאלת השאלות היא. והרי על מתן חוקה ייאמר: "היום הזה נהיית לעם" (דברים, כז, ט [ג]). ובלשון חולין נאמר: היום זכיתם בנורמה הנעלה מכל שאר נורמות, נורמה שהיא כה נעלה עד שרק הנורמה הבסיסית תגדל ממנה. היעלה על הדעת כי יתעורר צורך משפטי להוכיח באותות ובמופתים היסטוריים ומשפטיים כי גוף פלוני קנה סמכות ליתן חוקה לעם או נתן חוקה לעם? שמענו על סוגיית פירושה של חוקה; שמענו על סוגיית סמכותו - או אי-סמכותו - של בית-משפט לפסול חוקים הסותרים דברה של חוקה. אפשר קוצר המשיג הוא, אך לא שמענו עד הנה על ויכוח אם גוף פלוני קנה סמכות (היסטורית ומשפטית) על-פי דין ליתן חוקה לעם. בוודאי לא שמענו על שאלה זו כשאלה משפטית הניתנת להכרעתו של בית-משפט. די לנו - די והותר - בשאלות הנדרשות בפירושו של חוק ובפירושה של חוקה. נצפה, למצער, כי עצם הסמכות ליתן חוקה לא יימצא חולק עליו. חילוקי הדעות בשאלה זו, הם עצמם, יש בהם כדי להעיד מה קשה היא המסקנה שהכנסת דהאינדא מחזיקה בסמכות מכוונת.

11. חברי, הנשיא שמגר, וחברי, הנשיא ברק, כל אחד מהם לעצמו ובדרכו, רואים סמכות לכנסת לחקיקתה של חוקה. הנשיא שמגר מייסד את סמכות כנסת על עיקר שהוא מכנה ריבונותה הבלתי מוגבלת של הכנסת. הנשיא ברק מצדו בונה את סמכותה המכוונת של הכנסת על שלושה עמודים ("מודלים") אלה: אחד, עמוד הרציפות החוקתית למן האסיפה המכוונת הכנסת הראשונה; שניים, עמוד כלל ההכרה ותפיסות היסוד של הקהילה בישראל; ושלושה, עמוד "הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית" של שיטת המשפט בישראל. דרכו של הנשיא שמגר שונה אפוא מדרכו של הנשיא ברק, ודרכו של הנשיא ברק מתפצלת לשלוש דרכי משנה שאינן בנויות על אותו תוואי. ואולם עיון בכתובים מקרוב ילמדנו - בלא ערעור ופקפוק - כי בכל מסעם אל

יעדם נושאים חבריי בצקלונם את דוקטרינת הרציפות החוקתית למן האסיפה המכוננת הכנסת הראשונה, והיא ביסוד מסקנתם. לשון אחר: כל העמודים שמציבים חבריי ואשר עליהם מתנוסס בניין סמכותה המכוננת של הכנסת דהאידינא, כולם תוקעים עצמם בסמכותה המכוננת של האסיפה המכוננת הכנסת הראשונה, וברציפות החוקתית מאז האסיפה המכוננת הכנסת הראשונה ועד לכנסת של היום. ואם זה עיקר שבעיקרים - ואכן עיקר שבעיקרים הוא - אך טבעי הוא שנבקש לפתוח בו את מסענו שלנו.

אלו הן אפוא השאלות שנציב לפנינו: האחת, האם קנתה האסיפה המכוננת הכנסת הראשונה סמכות לכונן חוקה לישראל? והשנית: בהנחה שאכן קנתה - האם הורישתה סמכות זו לכנסות שבאו לאחריה?

על דבר כינונה של "האסיפה המכוננת"

12. ההכרזה על הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל - היא מדינת ישראל - הייתה ביום ה' באייר תש"ח, 14.5.48. חלקה האופרטיבי של ההכרזה מצוי באמצעה, ובו שני חלקי משנה. חלק משנה אחד, הראשון שבשניים, אומר וזו לשונו:

"לפיכך נתכנסנו, אנו חברי מועצת העם, נציגי הישוב העברי והתנועה הציונית, ביום סיום המנדט הבריטי על ארץ-ישראל, ובתוקף זכותנו הטבעית וההיסטורית ועל יסוד החלטת עצרת האומות המאוחדות אנו מכריזים בזאת על הקמת מדינה יהודית בארץ-ישראל, היא מדינת ישראל".

בחלק משנה זה טמונה "הנורמה הבסיסית" של המדינה: ההכרה בזכותם של "חברי מועצת העם, נציגי הישוב העברי והתנועה הציונית" להכריז על הקמת המדינה ולקבוע נורמות מחייבות לעם בישראל. חלק המשנה השני, והוא עיקר לענייננו עתה, קובע וזו לשונו:

"אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר 1- באוקטובר 1948 - תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם ישראל".

חלקה זה של ההכרזה אומר כמה וכמה דברים באשר למוסדותיה המרכזיים של המדינה, וכולם מצויים ברום פיסגת הנורמות של המדינה. ענייננו עתה הוא באותה "האסיפה המכוננת הנבחרת" שההכרזה מדברת בה. נקרב מבטנו אל זו ונדע, כי המדובר

אינו אלא בגוף ביניים קצר ימים, ומשימתו בחייו אחת היא: לקבוע חוקה למדינה, חוקה שתכלול (בין השאר, כנראה) הוראות לבחירתם ולהקמתם של "השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה". מועצת המדינה הזמנית והממשלה הזמנית (בתוארן הקודם):

מועצת העם ומינהלת העם) אמורות הן להמשיך בפעילותן כמוסדותיה המרכזיים של המדינה, והאסיפה המכוננת אמורה לפעול במקביל לשתי אלו ולמלא את משימתה האחת והיחידה: לקבוע חוקה לישראל ובזמן קצר הנמדד בחודשים ספורים. משתיכתב החוקה (והאסיפה המכוננת תחדל מהתקיים); משייערכו על פיה בחירות ל"שלטונות הנבחרים והסדירים"; ומשיוקמו אותם שלטונות נבחרים וסדירים; רק אז תחדלנה מועצת המדינה והממשלה הזמנית מפעול, והסמכויות כולן תהיינה בידי אותם שלטונות נבחרים וסדירים.

חשובים לענייננו, בעיקר, שניים אלה: אחד, ייחודה של האסיפה המכוננת למשימתה; ושניים, סיום פעילותה של האסיפה המכוננת תוך זמן קצר וקצוב שניתן לה. בשני נושאים אלה נאמר עתה מילים אחדות.

13. אשר לייחודה של האסיפה המכוננת למשימתה: כוונת ההכרזה על הקמת המדינה עולה מאליה: האסיפה המכוננת - בתורת שכזו - אינה אמורה להיות אבר קבוע בגופה של המדינה, רשות מרשויות המדינה הסדירות. נהפוך הוא: האסיפה המכוננת אמורה לפעול בנפרד ובנבדל מרשויות המדינה האחרות, במקביל לרשויות המדינה האחרות;

רשויות ומועצות המדינה והממשלה הזמנית אמורות ללכת בדרכן ולמלא את תפקידיהן שלהן, ובה בעת - ובדרכה שלה - אמורה האסיפה המכוננת לפעול להשגת מטרתה שלה.

ומשימתה של האסיפה המכוננת, משימתה האחת ואין בלתי: כתיבת חוקה למדינה.

ואכן, כך ראו את הדברים בזמנו. הבחירות לאסיפה המכוננת היו ביום 25.1.49. יום קודם לכן - ביום 24.1.49 - הרצה אורי ידן, ראש מחלקת החקיקה במשרד המשפטים, על הבחירות שלמחרת היום. וכה אמר ידן בהרצאתו (ספר אורי ידן, בעמ' 82):

"מחר תתקיימה הבחירות לאסיפה המכוננת של מדינת ישראל, הבחירות הראשונות מאז הקמת המדינה, והחובות ביותר למשך תקופה ארוכה. כי לא פרלמנט רגיל הולכים אנו לבחור, אחד מרבים שיבואו אחר-כך בזה אחר זה כדי לחוקק חוקים בענינים שונים של חיינו השוטפים, אלא פרלמנט מיוחד במינו, יחיד בחשיבותו, באשר עליו להעניק למדינה חוק דגול אחד שיעמוד ימים רבים כמסד לכל חיייה הדמוקרטיים, הלוא הוא חוקת היסוד, הקונסטיטוציה.

הפרלמנטים העתידיים לבוא במרוצת הזמן, בחירתם תהיה על פי חוקת יסוד זו שיוחלט עליה באסיפה המכוננת. החוקה תקבע אחת לתמיד את עיקרי הבחירות, כגון זכות הבחירה הפעילה (האקטיבית) והסבילה (הפסיבית),

שיטת הבחירות, חישוב תוצאותיהן ומספר הצירים, ותיצור על ידי זה מסגרת מוכנה מראש לבחירות שתיערכנה מפקידה לפקידה כל עוד החוקה תעמוד בתקפה".

מילים קצרות אלו הן תמצית דברים שאמרנו למעלה, ומה לנו שנוסיף.

ומכאן תיגזרנה מסקנות נוספות. כך, למשל, הואיל והאסיפה המכוננת לא נועדה אלא לכתיבתה של חוקה - הא ותו לא: לכתוב חוקה ולהיעלם - ממילא אמורה הייתה היא להיות נעדרת אינטרסים משל עצמה בתוכנה של החוקה. השוו קרפ, במאמרה הנ"ל, בעמ' 328. יתר-על-כן: בייחודה לייעודה אמורה הייתה האסיפה המכוננת לקנות לעצמה פרספקטיבה ראויה על היסודות שינו את החוקה - משוחררת, כביכול, מטרדות היום-יום - להיות מצוידת במבט פנורמי רחב הרואה אל למרחוק והמביא במניין אינטרסים ארוכי טווח של המדינה ושל הפרט.

ואשר לזמן הקצר שהוקצב לה לאסיפה המכוננת לכתיבתה של החוקה: על-פי עצם טיבה אמורה חוקה להיכתב תוך זמן קצר יחסית. אין הכרח שזמן זה יימדד בימים, בשבועות או בחודשים, אך בה בעת לא ידענו בימינו על חוקה הנכתבת חמישים שנה.

דומני שלו נאמר להם לחברי מועצת העם כי לאחר ארבעים ושבע שנים טרם יסתיים מפעל החוקה, כי אז היו מניפים יד בתנועת ביטול כאומרים: "מה פתאום", בוודאי לא לכך נתכוונו. ואפשר היו מוסיפים ואומרים: הקצבנו לכתיבתה של חוקה ארבעה חודשים וחצי (למן יום ה-14.5.48 ועד ליום 1.10.48). בנסיבות שנוצרו ניתן להוסיף לתקופה זו חודשים נוספים, אפשר אף שנים אחדות. אך ארבעים ושבע שנים בוודאי חורגות הן מכל מידה שניתן להעלות על הדעת. כך היו אומרים כמשוער מייסדי המדינה, וזו אף דרכו של עולם בכתיבתה של חוקה. נזכור כי חוקה נכתבת, ואמורה היא להיכתב, בשעת רצון, בהיבקע השמים ואדם יביע משאלתו, בעת מפנה חשוב בחייו של עם. וכדבריו של דוד בן-גוריון בכנסת (בדיון על החוקה):

"מעמד הר-סיני לא מתרחש בכל יום. היה לנו מעמד גדול, היסטורי, לפני עשרים ושנים חודש. בהיסטוריה של ארבעת אלפים שנה לא היו לנו הרבה מעמדים כאלה.

איני חושב שזהו המעמד ההיסטורי האחרון שלנו. אני מאמין שעוד צפוי לנו מעמד גדול. איני אומר כמעמד הר-סיני, או כמעמד יסוד המדינה, זאת איני יודע. אפס ייתכן עוד מעמד גדול, ואולי עוד נשמע הקול המדבר מתוך האש - 'במסות, באותות, במופתים, ובמלחמה, וביד חזקה, ובזרוע נטויה, ובמוראים גדולים', ויפתח שוב פרק חדש וגדול בתולדותינו.

עד אז - עשה נעשה מלאכתנו יום-יום באמונה, בענווה, ובהתמדה ובלי רתיעה. נעשה מלאכת הבטחון, העליה והתיישבות וכל החוקים הגדולים והקטנים הדרושים לכך" (ד"כ 4 (תש"י) 820)

אכן, חוקה תינתן על צומת דרכים במהלכה של אומה. צומת המשתרע על פני חמישים שנה אינו כלל צומת. חלל שנבעה בין כוונה מראש לבין ביצוע - שמא נאמר:

אי-ביצוע - בדיעבד, כמוהו כחריגה מסמכות המפקיעה מעשה אל מחוץ לזירת הפעילות. ואולם כאן הקדמנו אחרית לראשית.

14. נעצור קמעא בדרכנו ונתבונן סביבנו. במקביל לאסיפה המכוננת אמורה הייתה לפעול - במדינה שזוה עתה קמה - מועצת מדינה זמנית, היא מועצת העם קודם ששינתה את שמה ואם ההכרזה לא הגדירה את סמכויותיה של מועצת המדינה, עשה כן המנשר שהוצא בה בעת עם ההכרזה - ביום 14.5.48 - והוסיפה ועשתה זאת [פקודת סדרי השלטון והמשפט](#), אשר נתפרסמה ביום 21.5.48, אך ניתן לה תוקף מלמפרע, למיום 15.5.48. סעיף 1 למנשר קבע כי "מועצת המדינה הזמנית היא הרשות המחוקקת", ועל אותן מילים עצמן חזרה הוראת [סעיף 7\(א\) לפקודת סדרי השלטון והמשפט](#).

כך נתייצבו (נורמטיבית) שני גופים: מועצת המדינה הזמנית כרשות מחוקקת, ובצדה האסיפה המכוננת - שטרם באה לעולם - כמי שאמורה הייתה לכתוב חוקה למדינה. וכלשונו של פרופסור אורי ידין (בספר אורי ידין, בעמ' 81-80):

"לפי הכרזת העצמאות היו מועצת המדינה הזמנית והממשלה הזמנית ממשיכים לכהן ולפעול לא רק עד לבחירת האסיפה המכוננת אלא עד להקמת השלטונות החדשים על פי החוקה החדשה. תפקידה של האספה המכוננת היה מצטמצם לעיבוד החוקה ואישורה, ותפקידי החקיקה השוטפת היו נשארים בידי מועצת המדינה הזמנית עד לאחר גמר כהונתה של האספה המכוננת. עד אותו מועד היו קיימים שני המוסדות זה על יד זה, והממשלה הזמנית היתה מכהנת בהרכבה הנוכחי עד אחרי הבחירות לפרלמנט הקבוע על פי החוקה החדשה."

15. נמשיך עתה ותאר מעט אירועים שאירעו ומעשי חקיקה שנעשו, ולאחר מכן ננסה לפרשם ולבארם. כפי שראינו, אסיפה מכוננת כמשמעה בהכרזה אמורה הייתה להיות גוף קולגיאלי שמשיתנו האחת והיחידה כתיבתה של חוקה. ואולם אסיפה מכוננת כהוראתה וכמשמעה בהכרזה על הקמת המדינה לא פעלה מעולם. היה זה ביום 14.1.49 - אחד-עשר ימים קודם הבחירות לאסיפה המכוננת - שמועצת המדינה הזמנית פירסמה את פקודת המעבר לאסיפה המכוננת, [ובסעיף 3](#) לפקודה נקבע כך באשר לסמכויותיה של האסיפה המכוננת:

3. לאסיפה המכוננת יהיו כל הסמכויות שהעניק החוק האסיפה "סמכויות למועצת-המדינה הזמנית, כל עוד לא החליטה האסיפה המכוננת המכוננת בענין זה".

מלכתחילה - כפי שראינו - תכנונו חברי מועצת העם שהאסיפה המכוננת תכתוב חוקה; כי על-פי אותה חוקה ייבחרו המוסדות הסדירים של המדינה; וכי עד להתכנס המוסדות הסדירים תמשיך מועצת המדינה בתפקידה, לאמור, בתפקיד החקיקה. והנה כאן, בפקודת המעבר לאסיפה המכוננת, נתחולל שינוי: האסיפה המכוננת אמורה מעתה לא אך לכתוב חוקה למדינה, אלא להוסיף ולהחזיק אף בסמכויותיה של מועצת המדינה הזמנית, קרי, בתפקיד החקיקה. שני תפקידים הוטלו עליה על האסיפה המכוננת: תפקיד כתיבתה של חוקה המדינה ותפקיד חקיקתם של חוקים. גוף אחד ולראשו שני כתרים.

16. נוסף ונזכיר באותו הקשר, שבהתאסף הרשות המכוננת אמורה הייתה מועצת מדינה הזמנית להתפזר ולהיעלם. וכדבר סעיף 1 לפקודת המעבר לאסיפה המכוננת:

"המשך 1. מועצת-המדינה הזמנית תוסיף לכהן עד התאסף האסיפה המכוננת כהונתה של מדינת ישראל; בהתאסף האסיפה המכוננת תתפזר מועצת-המדינה מועצת- הזמנית ותחדל מלהתקיים".
המדינה הזמנית

ואמנם, משקנתה האסיפה המכוננת את סמכויות החקיקה של מועצת המדינה הזמנית - בנוסף לסמכויותיה כ"אסיפה מכוננת" - מה צורך היה עוד בגוף נוסף בעל סמכויות מקבילות לחקיקה? מכאן ההוראה על דבר חדילתה של מועצת המדינה הזמנית.

17. מועצת המדינה הזמנית חקקה את פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת, והבחירות נערכו כסדרן. אלא שהאסיפה המכוננת - למצער, בשמה - לא האריכה ימים. ביום ה-14.2.49 נתכנסה האסיפה המכוננת לישיבתה הראשונה, וכעבור יומיים - ביום ה-16.2.49 - חוקקה את חוק המעבר. סעיף 1 לאותו חוק גזר עליה על שמה של "האסיפה המכוננת". וכלשונו:

1. לבית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא 'הכנסת'. לאסיפה בית שם המכוננת ייקרא 'הכנסת הראשונה'. לציר האסיפה המכוננת ייקרא המחוקקים 'חבר הכנסת'." וחבריו

הנה כי כן, נעלמה ואיננה "האסיפה המכוננת" ותחתיה באה "הכנסת הראשונה".

18. הכנסת הראשונה - היא "האסיפה המכוננת" ככינויה בתחילת דרכה - לא כתבה חוקה לישראל. ויכוחים ערים ניטשו בה סביב השאלה אם תחקוק חוקה - ומה חוקה תחקוק, אם תחקוק - ולסוף נתקבלה החלטה שנודעה בכינויה כ"החלטת הררי" - על שם מציעה, חבר הכנסת יזהר הררי. על החלטה זו, ועל משמעותה, נוסף ונדבר להלן, ולענייננו עתה נאמר אך זאת, שהחלטת הררי דחתה למעשה - באין מועד קבוע - קבלתה של חוקה. באותה החלטה אין עוד מדברים על "חוקה" אלא על "חוקי יסוד", בשונה מחוקה. כך היה עד למועד סיום כהונתה של הכנסת הראשונה, ודבר לא נשתנה לאחר מכן: לא בכנסת השנייה, לא בכנסת השלישית ולא באף כנסת שלאחריהן. ועד עצם היום הזה.

19. עד כאן - ציוני דרך אחדים במעשי החקיקה שהיו. נעבור מכאן לפירוש הדברים ולניתוחם.

הכנסת כמחזיקה בסמכות מכוננת; שריונם של חוקים

20. ענייננו עתה הוא בשאלה אם מחזיקה הכנסת דהאידינא בסמכות מכוננת - לאמור: בסמכות לחוקק חוקה פורמאלית לישראל - ולעניין זה חשוב שנבחין ונבדיל בין שני אלה: בין שאלת סמכותה של הכנסת להפעיל סמכויות של אסיפה מכוננת - קרי: סמכויות לחקיקתה של חוקה - לבין שאלת סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים משוריינים. לא הרי סמכות זו כהרי סמכות זו, ולא בהכרח נוכל ללמוד מסמכות אחת לרעותה. אכן, סמכות מכוננת לחקיקת חוקה עשויה לכלול, על דרך העיקרון, כוח לחוקק חוקי חוקה משוריינים, ואפשר בכוח זה עיקר. ואולם היסק זה הוא חד-סיטרי.

לשון אחר: סמכות לחוקק חוקים משוריינים אין היא משמיעה, כשהיא לעצמה, סמכות לכנסת כרשות מכוננת. אפשר שהכנסת תקנה סמכות לחוקק חוקים משוריינים, וסמכות כוננת לא תהיה לה. כפי שנסביר בפרוטרוט להלן, זו אמנם דעתנו: הכנסת קנתה סמכות לחוקק חוקים משוריינים - במגבלות מסוימות - אך נעדרת היא סמכות של רשות מכוננת.

נבחין אפוא בין הדברים, ונקפיד על ההבחנה. ענייננו עתה, כאמור, אין הוא בסמכותה של הכנסת לחוקק חוקים משוריינים. ענייננו עתה אחד הוא, לאמור, בשאלה אם קנתה הכנסת סמכות מכוננת לחקיקתה של חוקה.

הנשמר רצף של סמכות "האסיפה המכוננת" בין הכנסת

הראשונה לבין הכנסות שלאחריה

21. השאלה התיכונה שלענייננו היא, כאמור, אם מחזיקה הכנסת כיום בסמכות מכוננת - קרי: בסמכות שקנתה האסיפה המכוננת המקורית - בצד סמכותה כמחוקקת מן המניין. דעתי שלי היא, כי סמכותה של הכנסת כאסיפה מכוננת פקעה זה כבר, ולבירור זה ניפנה עתה.

22. הייתה זו הכרזת המדינה אשר קבעה כי תוקם "האסיפה המכוננת הנבחרת" לכתיבתה של חוקה לישראל. כפי שראינו, בסמוך לפני בחירתה של האסיפה המכוננת הוסיפה מועצת המדינה הזמנית והחליטה כי כל הסמכויות שהעניק החוק לה עצמה (למועצת המדינה) יהיו לאסיפה המכוננת, כל עוד לא החליטה האסיפה המכוננת החליטה אחרת בעניין זה (סעיף 3 לפקודת המעבר לאסיפה המכוננת). בכך קנתה האסיפה המכוננת סמכויות רגילות של חקיקה - בירושה ממועצת המדינה הזמנית - ובצדן נשארו כשהיו סמכויותיה לכתיבתה של חוקה לישראל. האסיפה המכוננת קמה ונהייתה, ולא יימצאו חולקים כי מעיקרה ומתחילתה החזיקה היא גם בסמכות של "כינון" - קרי: חקיקתה של חוקה פורמאלית - גם בסמכות של חקיקה: סמכות בצד סמכות. סמכות כינון שקנתה האסיפה המכוננת - גם על כך נסכים - לא נגרע ממנה כהוא זה אף שמיד עם כינוסה הפכה את שמה ל"הכנסת הראשונה".

לו הייתה אותה אסיפה מכוננת - כנסת ראשונה כותבת חוקה פורמאלית לישראל, הסכמתי שמעשה היה מעשה וחוקתה הייתה חוקה. ואולם לא כך היה. הכנסת הראשונה נתפזרה וחוקה פורמאלית לא כתבה. כנסת שנייה גם היא לא כתבה חוקה (פורמאלית), וכך כל כנסות שהיו מאז ועד עצם היום הזה. והשאלה מתבקשת מאליה: המחזיקה היא הכנסת כיום בסמכותה המקורית של "האסיפה המכוננת" לכתיבתה של חוקה פורמאלית? בשאלה זו נחלקו הדעות, והיא השאלה שלפנינו.

23. התיאוריות המכירות לכנסת דהאידינא סמכות לכוון חוקה תולדות עצמן, כפי שראינו לעיל, בשני אלה: אחד, בסמכותה של האסיפה המכוננת לכוון חוקה, ושניים, בקיומו של רצף של סמכות לכוון חוקה בין האסיפה המכוננת - שהסבה את שמה ל"הכנסת הראשונה" - לבין הכנסות שבאו לאחריה. כולנו ידענו והסכמנו כי האסיפה המכוננת - הכנסת הראשונה קנתה סמכות של "אסיפה מכוננת" - קרי: סמכות לכוון חוקה - והשאלה אינה אלא אם הורשה סמכות זו לכנסת השנייה. ואמנם, התומכים בתיאוריית הסמכות הכפולה של הכנסת (כיום) מצביעים על דברי חוק שאמרו לשמר סמכויות ולהעבירן מדור אל דור, בשלמותן וכמות שהן, מאסיפה מכוננת - כנסת ראשונה אל כנסת שנייה, מכנסת שנייה אל כנסת שלישית וכן הלאה עד לימינו אלה.

ראו: רובינשטיין, בספרו הנ"ל (מהדורה 4), בעמ' 447 ואילך; קליין, במאמרו הנ"ל, במשפטים ב; קליין, במאמרו הנ"ל, המשפט א; ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך ג, בעמ' 43.

ואלה הם דברי החוק. בתחילה הייתה זו [פקודת המעבר לאסיפה המכוננת](#), אשר קבעה [בסעיף 3](#) בה כך:

"סמכויות 3. לאסיפה המכוננת יהיו כל הסמכויות שהעניק החוק האסיפה למועצת-המדינה הזמנית, כל עוד לא החליטה האסיפה המכוננת המכוננת החלטה אחרת בענין זה".

כך קנתה האסיפה המכוננת את סמכויות החקיקה של מועצת המדינה הזמנית, בצד סמכויותיה לכתיבת חוקה לישראל.

"האסיפה המכוננת" הסבה את שמה ל"הכנסת הראשונה" (כדבר [סעיף 1 לחוק המעבר](#)), ולקראת סיום כהונתה חקקה את [חוק המעבר לכנסת השנייה](#). [סעיף 5](#) לחוק זה האחרון קבע לאמור:

"סמכויות 5. לכנסת השניה ולחבריה יהיו כל הסמכויות, הזכויות והחובות וכו' של שהיו לכנסת הראשונה ולחבריה." הכנסת השניה וחבריה

הוסיף וקבע [סעיף 9](#) לאותו חוק:

"התאמת 9. כל מקום בחוק שמדובר באסיפה המכוננת או בכנסת הראשונה חוקים ייקרא, מיום כינוס הכנסת השניה, כאילו המדובר בכנסת השניה, אם אין כוונה אחרת משתמעת מגופו של ענין".

ואם הוראות חוק אלו דיברו אך על נושא העברת סמכויות בין כנסת ראשונה לבין כנסת שנייה, בא [סעיף 10](#) לאותו חוק וקבע נורמה כללית לעניינה של העברת סמכויות:

"תחולה 10. חוק זה יחול, בשינויים המחוייבים לפני הענין, גם על המעבר לכנסת השלישית ולכל כנסת שלאחריה, כל עוד לא קיבלה הכנסת חוק אחר בדברים הנידונים בחוק זה".

הנה כי כן, כך אומרים לנו התומכים בתורת שני הכתרים: "האסיפה המכוננת" קנתה סמכות לחוקק חוקה פורמאלית לישראל, ועל כך אין חולקים. לאחר מכן נחקקו הוראות חוק אלו שלפנינו - כל אחת מהן בשעתה ובמקומה - ואלו הוסיפו והעבירו אותה סמכות מכנסת אל כנסת ועד לכנסת של היום. כתר החקיקה - ועמו כתר של כינון - השניים כמו עברו מאב אל בנו, והרי כנסת של היום קושרת לראשה כתר של מחוקק וכתר שרשות מכוננת החזיקה בו לפני כחמישים שנים. האומנם כך?

24. טיעון זה אחוז בספקות לא קלים. השאלה אם סמכות עברה מאדם לאדם או מגוף אל גוף - לרצונם של מעבירי הסמכות - נחלקת לשתי שאלות נפרדות. השאלה האחת היא, אם האדם או הגוף מעבירי הסמכות נתכוונו להעביר לזולתם את הסמכות שבה מדובר, והשאלה השנייה היא, אם אותה סמכות ניתנת הייתה, על-פי טיבה, להיות מועברת; אם תרצה: אם מעביר הסמכות רשאי ומוסמך היה להעבירה לזולתו. רק בהתקיים שני תנאים אלה - בה בעת - רק אז נהיה רשאים לומר כי סמכות עברה מיד אל יד. לענייננו שלנו נאמר, כי שומה עלינו להשיב על שתי שאלות נפרדות אלו:

השאלה האחת היא, האם נתכוונה הכנסת הראשונה להוריש לכנסת שלאחריה את סמכותה לחוקק חוקה, והשאלה השנית היא, האם רשאית ומוסמכת הייתה הכנסת הראשונה להוריש לכנסת שלאחריה סמכות זו, לאמור: אם החזיקה הכנסת הראשונה בידה כוח להוריש את סמכותה, או: אם סמכותה לכונן ניתנת הייתה, מעיקרה, להורשה. עיון בדברים מקרוב ילמדנו כי שני ראשים אלה בהעברתה של סמכות, ספק אם נתקיימו בעניינה של האסיפה המכוננת. ואולם לענייננו עתה נעמוד על הראש השני שעניינו כוחה של האסיפה המכוננת להוריש את סמכות הכינון לכנסות שתבואנה לאחריה.

25. גם אם אמרנו כי הוראות החוק, על פניהן, ביקשו להעביר סמכויות - כמות שהן - מכנסת אל כנסת, עדיין שאלה היא אילו סמכויות יכולה הייתה האסיפה המכוננת ויכולות ומוסמכות היו כל כנסות שהיו - ושיהיו - להעביר אישה אל רעותה. שהרי כולנו נסכים כי אין אדם יכול להעביר לחברו אלא סמכות שהוא רשאי ומוסמך להעביר; ואילו אם אין ה"מעביר" רשאי ומוסמך להעביר, פשוט הוא שכוונתו להעביר אין בה כדי להועיל.

ואכן, דעתי שלי היא, שבהתפזר האסיפה המכוננת - היא הכנסת הראשונה - וחוקה לישראל לא כתבה, פקעה זכותה של הכנסת לכתוב חוקה כדבר ההכרזה על הקמת המדינה.

רצף שנשמר בידי אותן הוראות מעבר שציטטנו אין הוא אלא בנושאי חקיקה בלבד אך לא בנושאי חוקה.

26. כיום מכהנת הכנסת השלוש-עשרה. כנסות ישראל רדפו - ותרדופנה - האחת את רעותה, וכל כנסת היא כקודמתה. אחת, יחידה ומיוחדת הייתה "האסיפה המכוננת", היא "הכנסת הראשונה". כנסת של היום - היא הכנסת השלוש-עשרה - מקור סמכותה הוא בכנסת של אתמול, בכנסת השתיים-עשרה, וכנסת של אתמול מקור סמכותה הוא בכנסת של שלשום. כך נמשיך במסענו לאחור עד הגיענו אל "הכנסת הראשונה". כאן נעצור קמעא, נסיר אדרת מעל "הכנסת הראשונה" והנה לפנינו "האסיפה המכוננת". הליכה נוספת לאחור לא תהיה עוד בשעטה - כהליכה שקדמה לה - שכן "האסיפה המכוננת", שלא כשאר כנסות, הייתה בבחינת "בת-אלים". מקורה לא היה בכנסת שקדמה לה אלא במחשבתם של מחוללי המדינה. מועצת העם היא שהכריזה על הקמת המדינה, היא שקבעה אלו מוסדות יקמו, היא שהגתה את "האסיפה המכוננת", והיא שייעדה לה את תפקידה הראשון: לחוקק חוקה לישראל. ההכרה בסמכותה של מועצת העם לקבוע כל אלה מקומה הוא אל מעבר לשיטת המשפט בישראל והיא "הנורמה הבסיסית" לקיומו (המשפטי) כמדינה.

27. נזכור ונזכיר, כי אותה "אסיפה מכוננת" - על-פי קביעתה של מועצת העם בהכרזה על הקמת המדינה - אמורה הייתה לסיים כתיבתה של חוקה תוך מספר חודשים זעום; לכתוב - ולהיעלם. אכן, אחת, יחידה ומיוחדת. משידענו כל אלה, נוסף ונדע כי ייעודה של "האסיפה המכוננת" לכתבתה של חוקה היה ייעוד אישי וחד-פעמי.

סמכותה של האסיפה המכוננת לכתוב חוקה לא ניתן היה לראותה כזכות קניין הניתנת להעברה לרצון בעליה. הייתה זו מעין נאמנות שמועצת העם אמרה להפקיד בידי הרשות המכוננת, ונאמנות - כידוע - אין מעבירים מיד אל יד לרצונו של הנאמן. אכן, בלכתו אל הקלפי לבחור את "האסיפה המכוננת" - כהוראת פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת - אמר העם לבחור "אסיפה מכוננת" שתפקידה הוא לכתוב חוקה לישראל.

האסיפה המכוננת אמורה הייתה, אמנם, להחזיק גם בסמכויות רגילות של חקיקה; ואולם סמכויות אלו עמדו לעצמן, ועיקר תפקידה נשאר כשהיה, הכול על-פי דברו של מי שמקיים בגופו את "הנורמה הבסיסית". לכאורה אפוא לא קנתה האסיפה המכוננת

סמכות להעביר את סמכותה המכוננת לאחר. ראו והשוו: NIMMER, SUPRA, AT 1240-1239. אני מסכים לדבריו של פרופסור נימר, ואוסיף עליהם כפי שאפרש גם להלן.

28. אכן, כלל יסוד הוא במשפט - מקורו בשכל הישר - ששליחות אינה ניתנת להעברה; אין השליח עושה שליח: DELEGATUS NON POTEST DELEGARE. ראו, למשל ע"פ 74/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' הורנשטיין [61]. אמון שנתתי באדם, אין אותו אמון ניתן, על-פי עצם טיבו, להעברה. שליח אינו רשאי לבקש מאחר - שלא על דעת השולח - כי יבצע את דבר השליחות (ראו סעיף 16 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965: "אין שלוח עושה שלוח לנושא שליחותו אלא אם הורשה לכך במפורש, או מכללא..."). יש דברים שהם אישיים לאדם, ואת אלה אין לו לאדם לא כוח ולא סמכות להעבירם לאחר. השוו ע"א 549/75 פלונים נ' היועץ המשפטי לממשלה [62], בעמ' 465-466. "האסיפה המכוננת"

נתכוננה על-פי דברה של מועצת העם, ואמורה הייתה להיות - על-פי דין - שלוחתו של העם לכתיבתה של חוקה. לאחר מכן בחר אמנם העם באסיפה המכוננת - על-פי חוק שחקקה מועצת המדינה הזמנית - כשלוחתו המפורשת לכתיבתה של חוקה. כך חקקה מועצת העם וכך בחר העם. ואולם לא מועצת העם ולא העם - לא זו ולא זה - לא הסמיכו את האסיפה המכוננת להעביר סמכותה לאחר. תואר אצילות כי יעניק המלך לפלוני, יהפוך אותו פלוני אציל בין אצילים. ואולם תואר של אצילות לא יעבור לאחר בין החיים, ואף לא בירושה אלא אם נולד כתואר העובר בירושה. אציל אין בכוחו להעביר לאחר תואר אצילות שזכה בו, והרי התואר דבק בו, ורק בו. כך אציל וכך האסיפה המכוננת, שלא היה בכוחה להעביר לכנסת השנייה סמכות שמקורה באמון אישי שזכתה בו מבוחריה. והדברים פשוטים.

29. בסמכותה כרשות מכוננת לא קנתה הכנסת הראשונה כוח - אליבא דכולי עלמא - אלא לחוקק חוקה בלבד. הא ותו לא. אכן, רשות נעלה הייתה האסיפה המכוננת - בדברי חוק נעלים אמורה הייתה להעסיק את עצמה - אך סמכות זו לא קנתה אלא לחוקק חוקה בלבד. האסיפה המכוננת אפשר הייתה "כול יכולה", אך "אסיפה מכוננת כול יכולה" הייתה, לאמור, "כול יכולה" - אך בתחום המוגדר של חקיקת חוקה בלבד. היא לא הייתה "כול יכולה" בתחומים אחרים, לרבות לא בתחום של העברת סמכויותיה לאחר. סמכות להעברת סמכות לא ניתנה לה, "סמכות טבעית" להעביר מסמכויותיה לאחר לא הוקנתה לה, ואף סמכות "להסדיר" את עצמה לעניין העברת סמכויותיה לא קנתה.

מי שנולד "חד-פעמי" ישאר "חד-פעמי". משל למה דמתה היא האסיפה המכוננת, למלכת הדבורים (מלכה-אם) היושבת כבוד על מקומה וייעודה בחייה הוא להטיל ביצים ועל דרך זה לקיים את דור הדבורים הבא. הישרדות על דרך רבייה היא הייעוד הטבעי של החי, וזה תפקידה של המלכה. תפקידה הוא חשוב עד למאוד - חשוב לאין ערוך מתפקידה של דבורה עמלה - אך תפקיד זה תפקידה שלה הוא, ולאחר לא תוכל להעבירו.

הכנסת הראשונה כרשות מכוננת, ייעודה האחד והיחיד היה כתיבתה של חוקה. סמכותה זו לא כללה בגדריה סמכות כי תאריך את כהונתה, כי תוריש את כוחה. האסיפה המכוננת - הכנסת הראשונה הייתה כמלכה, אך תואר זה ניתן רק לה ובלא שהוסמכה להעבירו לאחר.

30. חשיבות רבה אני מייחס לבחירות שהיו לאסיפה המכוננת. בלכתם אל הקלפי לבחירת האסיפה המכוננת, אמרו הבוחרים לבחור - על-פי דין - בגוף שיעניק חוקה לישראל. גם אם אמרנו כי בבחירות אלו ואחרות שהיו לכנסת זו או אחרת, העלו מפלגות את נושא חקיקתה של חוקה לישראל, הנה בזאת נשתנו הבחירות לאסיפה המכוננת מכל שאר בחירות שהיו לכנסת שלאחריה, שרק בבחירות אלו עמדה שאלת החוקה לעיונו של הבוחר כשאלה על-פי דין. האסיפה המכוננת יועדה מעיקרה לכתיבתה של חוקה, וממילא "ידעו" הבוחרים לאסיפה המכוננת כי עומדים הם לבחור גוף שיעסיק

עצמו בכתיבת חוקה. קו אופי זה מייחד את האסיפה המכוננת לעניינה, ומבדיל הוא אותה מכל שאר כנסות שעקבוה. אכן, הבחירות לאסיפה המכוננת, ורק הן - להבדילן מבחירות לכנסות שלאחריה - היו לבחירתו של גוף שיועד לכתיבתה של חוקה. משלא קיימה האסיפה המכוננת את ייעודה, זעמה האופוזיציה והטיחה בממשלה דברי כיבושין קשים. בדבריהם של אנשי האופוזיציה הושם דגש על דברי ההכרזה על הקמת המדינה, על טיבה של "האסיפה המכוננת", ובעיקר על הבחירות שהיו לאסיפה המכוננת: בחירות שהיו למטרת כתיבתה של חוקה. וכך, למשל, אמר חבר הכנסת מנחם בגין (ההדגשות כולן שלנו):

"אינני צריך להסתמך על הכרזת העצמאות, אני אסתמך על רצונו של העם, שבא לידי ביטוי בבחירות הכלליות. במה בחרנו? בבית-נבחרים? בפארלאמנט רגיל? בבית-מחוקקים רגיל? הלכנו כולנו לבחירות לאספה מכוננת, והמושג אספה מכוננת הוא מושג יורידי מובהק, מוגדר וידוע בכל העולם.

...

על זה עוד נתווכח. הלכנו לאספה המכוננת. זהו תרגום עברי, אולי לא טוב, של המלה הלועזית 'קונסטיטואנטה'. וקונסטיטואנטות היו בכל הארצות שבהן היו מלחמות שחרור. היה ידוע שהקונסטיטואנטות קיבלו חוקת-יסוד והתפזרו. על סמך חוקת-היסוד קמה הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת, הרשות השופטת, והתחילו חיי-המדינה הסדירים. על כן, החובה שהוטלה עליכם היא אחת: לחוקק חוקה, ואחר-כך להתפזר ולערוך בחירות חדשות.

השאלה אם תהליך החקיקה של החוקה יימשך שנה או שנתיים איננה מכרעת;

זוהי שאלה של זמן המתקבל על הדעת. אבל אתם, מה עשיתם? אתם הבטחתם לעם לקיים את המאנדאט שקיבלתם ממנו, ובלי לשאול את העם ועל-ידי רוב מיכאני של אנשי האסיפה המכוננת החלטתם לא לחוקק את החוקה ולקיים מצב שבו נותנים לשרים להשתולל כאוות נפשם.

...

...אם אתם רוצים לשנות את הדבר - אתם רשאים לעשות זאת, בתנאי אחד - שתשאלו את העם. העם בחר באסיפה המכוננת, כלומר הטיל על כולנו לחוקק חוקה למדינת-ישראל. אתם אינכם רוצים לחוקק חוקה, אולי משום גישה אימפולסיבית ואולי בגלל נימוק מחושב. בואו והתייצבו לפני העם והגידו לו: לא דרושה לנו חוקה, אין לנו השראת-רוח, איננו רוצים לחייב את הדורות הבאים, ועוד ועוד; ויחליט העם... כולכם הילכתם לבחירות לאסיפה המכוננת, בלי יוצא מן הכלל, ואף אחד מכם לא גילה לעם שלא תהיה חוקה.

לפיכך נדרוש מכם אחת משתי אלה: או שתמלאו את החובה שהעם הטיל עליכם לחוקק חוקה; או שתערכו משאל-עם שבו ישתתפו כל הבוחרים

בישראל, ורצונם הוא שיקבע מחדש את בעיות החוקה. כי חובתכם הראשונה היא לחוקק חוקה, והחובה הזאת מוטלת עליכם. אתם בעצמם אינכם רשאים לשנות את המאנדאט שלכם (ד"כ 4, בעמ' 739-740).

חבר-כנסת יוסף סרלין אמר דברים דומים:

"אנו נבחרנו כאספה מכוונת; ואותו בית ששינה את שמו מ'אספה מכוונת' ל'כנסת', הובטח לו שאין שינוי השם בא אלא לתפארת המליצה העברית. כאספה מכוונת הוטל עלינו תפקיד אחד ויסודי: לקבל ולתת חוקה לעם. ברגע שהאספה המכוונת הזאת המכנה את עצמה 'כנסת', הסתלקה והשתמטה, על-ידי רוב המפלגות היושבות בקואליציה, מלתת לעם חוקה, תם מועדה ופקעה סמכותה; ואי-אפשר לבוא לאחר שנתיים ולהציע לאותה אספה מכוונת שתכהן ככנסת עוד שנתיים. ברגע שהאספה המכוונת שהפכה לכנסת לא מילאה את תפקידה ואינה רוצה למלא את התפקיד של מתן חוקה לעם, היא מעלה באמון העם; ולא ייתכן שיביאו לה עכשיו שטר-ישיבה של עוד שנתיים בכנסת" (ד"כ 7 (תשי"א) 214).

וכן חבר-כנסת מאיר וילנר:

"לא ייתכן להמרות את רצון העם. הבטחנו לו כולנו בזמן הבחירות של הכנסת הזאת - הכנת חוקה. הכנסת הזאת נבחרה על ידי-העם כאספה מכוונת, כאספה המכוונת את המדינה, את יסודותיה, את חוקתה, ויחד עם זה היא מכוונת ומנהלת את המדינה בפעולות השוטפות. אין אנו פארלאמנט רגיל. אנו אספה מכוונת. כפי שזכור לכם בשעה שקבענו שם לאספה המכוונת שלנו ונקבע השם 'כנסת' - בא מיד התיקון שהכל קיבלו אותו, שזוהי הנסת הראשונה. זה בא להדגיש, כי לכנסת זו יש תפקיד מיוחד במינו, והוא - קביעת חוקה, והקאדנציה תימשך פחות זמן מאשר של פראלאמנט רגיל. זו ההתחייבות שלנו לפני הבחירות. זהו המושג של אסיפה מכוונת. זהו צורך של שינוי המצב הפוליטי, של שינוי הרכב האוכלוסיה - קבלת חוקה תוך שנה ועריכת בחירות חדשות הן צורך חיוני למדינה" (ד"כ 4, בעמ' 804).

וחבר-כנסת יעקב קליבנוב:

"בואו וראו, כמה פעמים במשך שנה שלמה הכריזו על האסיפה המכוונת וחוקת-היסוד - גם מנהלת העם, גם מועצת-המדינה הזמנית וגם הממשלה הזמנית, החל מההכרזה על העצמאות, הקמת הוועדה להכנת חוקת-היסוד במועצת-המדינה הזמנית, חוק הבחירות לאסיפה המכוונת, ההודעה הרשמית

על תוצאות הבחירות, וכלה ב**פקודת המעבר לאסיפה המכוננת**. האם אפשר להטיל ספק בדבר, כי בכל ההכרזות והפעולות האלה התכוונו לאסיפה מכוננת דוקא, ולא לבית-נבחרים רגיל, וראו את תפקידה העיקרי של האסיפה המכוננת בעיבוד חוקת-היסוד? נכון הדבר, שהבית הזה התכנס לפני שנה ושינה את שמו, כאילו מתוך רצון להגדיר אחרת את ייעודו ותפקידו וליהפך מאסיפה מכוננת לבית-מחוקקים רגיל. לצערנו, אין לנו אינסטאנציה יותר גבוהה, שבסמכותה לפסול את החלטת הבית הזה". (שם, בעמ' 826).

לא הבאנו דברים אלה כולם - ויש נוספים עליהם - אלא כדי להדגיש את ייחודה של האסיפה המכוננת לייעודה: שהיא, ורק היא, נתכוננה למתן חוקה לישראל, בין בהכרזה על הקמת המדינה בין בבחירות שהיו לאסיפה המכוננת. פיקדון זה שנתן העם בידי האסיפה המכוננת, לא ניתן היה להעברה לאחר, הואיל והעם לא הסמיך אותה להעביר את סמכותה לאחר.

31. פרופסור אמנון רובינשטיין היה מן הראשונים שכתבו על סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת; ראו RUBINSTEIN, 16 SCRIPTA HIEROSOLYMITANA SUPRA, AT 201 פרופסור רובינשטיין עמד על ייחודה של האסיפה המכוננת וכך אמר בספרו הנ"ל (מהדורה 4), בעמ' 449:

"טיעון אחר מסתמך על כך, כי סמכות מכוננת אינה זכות של בית-הנבחרים - אלא זכות של העם, המופקדת בידי האסיפה המכוננת. משזו מתפזרת מבלי לקבל חוקה, איבדה בכך את סמכותה; וכדי לחבר חוקה, יש לערוך בחירות לגוף מכונן חדש או להפנות את החוקה לאישורו של משאל עם. זהו נימוק כבד-משקל. גם לדעתנו, עניין כה חשוב כמו קבלת חוקה, ראוי שיקבל אישור על-ידי ציבור הבוחרים במשאל עם או על-ידי העמדת החוקה המוצעת כנושא בבחירות הכלליות לכנסת; אך מן הבחינה המשפטית מחייבת קשה לראות **הבדל בין הכנסת הראשונה** (האסיפה המכוננת) לבין הכנסות הבאות: בכולן היתה קיימת פונקציה כפולה זו. בחוקה את חוקי היסוד נתנה הכנסת גושפנקה רשמית לירושת הסמכות המכוננת".

נקרא נא דברי תשובה אלה בקפדנות. כשאני לעצמי, לא מצאתי בהם תשובה לטיעון שהרשות המכוננת - הכנסת הראשונה לא קנתה סמכות להוריש לכנסות שלאחריה את סמכותה המכוננת, סמכות שדבקה אך בה.

32. יתר-על-כן: התיאוריה הקושרת שני כתרים לראש של הכנסת (כיום) תמצא

עצמה במילכוד, ומוצא מן המילכוד לא ידעתי. על-פי תורת שני הכתרים, מחזיקה הכנסת בשני סוגי סמכויות: סמכות של "כינון" - כתיבתה של חוקה, וסמכות של חקיקה - כתיבתם של חוקים. בהתאם לעניין, לצורך ולרצון, עושה הכנסת - כרשות מכוונת - דבר חוקה, או עושה היא דבר-חוק, כרשות מחוקקת. סמכות הכינון - על-פי אותה תורה - נעלה היא על סמכות החקיקה, והכנסת בשבתה כ"אסיפה מכוונת" נעלה היא על הכנסת בשבתה כרשות מחוקקת.

בלא שנדבר עתה במלאכותיות של מבנה זה בכללו, נוסף ונאמר זאת: היו אלה חוקים מן המניין - חוקי מעבר - שבהם אמרה הכנסת להעביר את סמכויותיה מכנסת אל כנסת. חוקים, באשר הם, הינם מוצר של הכנסת כרשות מחוקקת, לאמור, כרשות נחותה לרשות המכוונת. וכאן תצרוכ בנו קושיה: כיצד זה שרשות "נחותה" - והיא הכנסת המחוקקת - מעבירה סמכויותיה של רשות נעלה - היא הרשות המכוונת - מרשות נעלה אחת לרשות נעלה שנייה? כיצד זה שמחוקק של חול מעביר סמכויות של מועד, סמכויות של מכונן? הנכיר סמכות לרשות מחוקקת מן המניין לעסוק בסמכויות של רשות מכוונת? היתגדל המשור על מניפו? אכן, כנסת של חול אין בכוחה לכונן אסיפה מכוונת, דהיינו: לחוקק חוק ובו ליצור סמכות-על לכנסת עצמה. המשור לא יתגדל על מניפו. ומה טובע לא יוכל להציל את נפשו על דרך משיית עצמו בציצית שער, כן לא תוכל הכנסת להסמיך גוף כי יכונן חוקה שהיא עצמה (הכנסת) תהיה כפופה לה. ואם אין בכוחה של הכנסת לכונן אסיפה מכוונת, האם לא נגזור מכך כי אין בכוחה להעביר את סמכותה של האסיפה המכוונת, לא אל עצמה ולא אל כל גוף אחר? שהרי העברת סמכות כמוה כיצירת סמכות בידי הגוף שהסמכות אמורה להיות מועברת אליו. נדע אפוא, שהכנסת כמחוקקת לא קנתה סמכות להעביר את סמכותה המכוונת מכנסת לכנסת.

נזכור עוד זאת, ש**חוק המעבר לכנסת השנייה** נחקק לאחר "החלטת הררי", לאמור, לאחר שהכנסת החליטה כי תחת חוקה אחת תחקוק "חקי יסוד": "החלטת הררי" היא מיום 13.6.50, ואילו **חוק המעבר לכנסת השנייה** נתפרסם ביום 12.4.51. מדוע זה אפוא לא ראתה הכנסת להעביר סמכות מכוונת-אסיפה מכוונת אחת אל כנסת-אסיפה מכוונת שלאחריה על דרך של "חוק יסוד", ולו כסמל וסימן כי פועלת היא כרשות מכוונת? ואל ישיבו לי שהכנסת לא הייתה ערה כל צורכה להבדל בין זה לבין זה, וכי אין לתפוס אותה בדבר של לא כלום. אכן, הכנסת לא הייתה ערה לדבר, משום שלא נצרכה להיות ערה לדבר שלא היה קיים כלל. מעיקרה לא הוסמכה הכנסת להעביר סמכות מכוונת, ופשוט גם שלא נתכוונה להעביר סמכות שלא ניתנת הייתה להעברה. למותר לומר שכוונה להעברה, באשר היא - גם לו הייתה - לא היה די בה.

נסכים אפוא לדבריו של שר המשפטים, ד"ר דב יוסף, באומרו דברים אלה מעל דוכן הכנסת:

"גם אינני סבור שיש חוק אשר עומד מעל לחוקק הרגיל". אין לנו שני מחוקקים. יש לנו רק הכנסת, ולדעתי אי-אפשר על-ידי חוק של הכנסת להגביל את זכותה לחוקק, ואם יש סעיף כזה בחוק כלשהו רשאית הכנסת, לדעתי, להחליט על-ידי רוב רגיל לבטל את הסעיף המגביל כביכול את זכותה.

...

ויש מעמד מיוחד ובלתי-רגיל לאסיפה מכוננת.

אולם, לאחר שבית-המחוקקים שלנו הוקם פי שהוקם, ולא קבענו לנו בראשית דרכנו חוקה כזאת, אין לדעתי אפשרות לשלול מן הכנסת להחליט על כל חוק כפי שתמצא לנכון. כשאנו בחרנו בכנסת הראשונה, קראנו לה 'אסיפה מכוננת', כדי ללכת בדרך שנקבעה בהחלטות או"ם. אבל החלטות אלו לא הוצאו לפועל, ולמעשה לא נהגנו בכנסת הראשונה כאסיפה מכוננת כלל וכלל. נהפוך הוא, פעלנו ככנסת רגילה וטיפלנו בכל אותם העניינים שכנסת רגילה מטפלת בהם. לא פעלנו כאסיפה מכוננת שתפקידה לערוך חוקה" (ד"כ 38 (תשכ"ד) בעמ' 789).

33. דברים שאמרנו משתלבים היטב בתפיסה המאפיינת שיטת משפט - כל שיטת משפט - כקובץ נורמות המוצאות כולן את צידוקן ב"נורמה בסיסית" אחת, הכולל כמשנתו של קלזן הגדול. רשות מכוננת אין בכוחה לכוון את עצמה. לקיומה נדרשת היא לנקודת משען שמקומה אל מעבר לשיטת המשפט הפוזיטיבית, והיא הנורמה הבסיסית. מתוך שהרשות המכוננת מתכוונת שלא מכוחה עצמה, ממילא אין בסמכותה להעביר את סמכותה לאחר. רק אותו כוח שהקים אותה - למשל: משאל עם - רק בכוחו הוא לאפשר העברת סמכותה של רשות מכוננת לגוף אחר. הנה ראייה, אם נדרשנו לראיה נוספת, מדוע זה לא הייתה האסיפה המכוננת רשאית ומוסמכת להעביר את סמכותה המכוננת. אכן, עם פיזור של הכנסת הראשונה - שנבחרה כאסיפה המכוננת - נעלמה עמה הסמכות המכוננת.

34. כפי שאמרנו לעיל, האסיפה המכוננת-הכנסת הראשונה נתייחדה מכל שאר כנסות שלאחריה, שרק לעניינה נקבע מפורשות בדין (בהכרזה על הקמת המדינה) כי תכונן חוקה לישראל. EX LEGE אפוא בחר העם באסיפה מכוננת לחקיקתה של חוקה. האסיפה המכוננת שלחה שורשיה אל תוכו של העם, וממנו ינקה היא במישורין את סמכותה. נלמד ונדע כי האסיפה המכוננת האמיתית - והייתה אסיפה מכוננת אמיתית אחת, ואחת בלבד - מוסמכת הייתה ליתן חוקה לעם, שלכך בחר בה העם. לא כן היו כנסות שלאחר הכנסת הראשונה (אשר שמה בלידתה היא "האסיפה המכוננת").

אכן, גם אם בבחירות שלכנסת השנייה ולכנסות שלאחריה עלתה שאלת החוקה בדרך זו או אחרת, לא הייתה זו אלא שאלה בין שאלות, ומפלגות כתבו במצעהן את שכתבו כדי לקנות לבם של בוחרים, כמקובל בבחירות מאז ומעולם, בארצנו ובכל העולם.

וידענו כולנו כי בבחירות שלכנסת השנייה ולכל כנסות שלאחריה, דיברו הכול על שלום ועל ביטחון, על מדיניות תקיפה ועל מדיניות מתונה, על פער עדתי ועל מיזוג גליות, על רווחת האדם ועל רמת החיים. נושא החוקה, מבחינת משקלו, הצטנע לו והצטנף בוליהן של פרוגרמות - גם אם קישט מצעים בראשם - וספק אם הבוחרים נתנו דעתם עליו בכובד ראש וברצינות. אכן, אין ללמוד דבר וחצי דבר על מנדט שנתן העם, כביכול, לכנסת השנייה ולכנסות שלאחריה לחקוק חוקה. אם כך ככלל, לא כל שכן שחלק מן המפלגות לא דיברו כלל במציעיהן על חוקה וחלק מהן התנגדו למתן חוקה לישראל. התפלגות הדעות בין המפלגות הייתה כה רבה, עד שקשה - קשה מאוד - להסיק מסקנה כי בחירות לכנסות שלאחר הכנסת הראשונה היו לעניינה של חוקה. נהפוך הוא.

לבנות חוקה על מצעים לבחירות - אם היו - דומני שיהא זה מרחיק לכת במאוד.

35. מדברים שלעיל נדע כי סמכותה של האסיפה המכוננת-הכנסת הראשונה לכונן חוקה לישראל לא עברה אל הכנסת השנייה ואל הכנסות שלאחריה: האסיפה המכוננת לא קנתה סמכות להעביר את סמכותה לזולתה, ואילו הכנסת כרשות מחוקקת - לאמור, כרשות נחותה לרשות המכוננת - אף היא לא הוסמכה להעביר את סמכותה המכוננת, לאמור, סמכות של רשות הנעלה עליה כרשות מחוקקת. עם פיזור של האסיפה המכוננת-הכנסת הראשונה פסה אפוא ועברה מן העולם הסמכות המקורית לחוקק חוקה לישראל.

גירסה זו של חדילת הסמכות המכוננת קנתה לה אחיזה - ואחיזה לא מעטה - בדבריהם של חברי-כנסת. כך, למשל, חבר מועצת המדינה הזמנית ז' ורהפטיג (יושב-ראש ועדת החוקה) סבר שהאסיפה המכוננת (אשר טרם נבחרה אותה עת) אחת ויחידה היא, וכי את סמכותה תשאב במישרין מן העם. ניתן ללמוד מדבריו כי לא יהיה ביכולתה של האסיפה המכוננת להעביר סמכותה לגוף אחר. ואלה היו דבריו (ההדגשות שלהלן כולן הן שלנו):

"ריבונותה של האסיפה המכוננת מקורה בעם, ברצון העם, ולא מועצת-המדינה נותנת לה ריבונות. מועצת-המדינה יכולה להעביר לאסיפה המכוננת רק מה שיש לה, לא יותר. בחוק ומשפט מקובל שאין מוסד אחד יכול להעביר למוסד אחר זכויות יותר משיש לו, ולכן יכולים אנו להעביר רק את הזכויות שיש לנו, ולא לקבוע לאסיפה המכוננת הסמכויות שאין לנו, - ואת יתר הסמכויות תקח האסיפה המכוננת בבחירות מן העם, ע"י זה שהחלטנו והודענו על בחירות לאסיפה המכוננת, נתנו את הכל בידי הציבור, וממנו מקבלת האסיפה המכוננת את ריבונותה. זכור-נא: כל יתר כנסול דמי" (דברי מועצת המדינה הזמנית מיום 13.1.49, בעמ' 10).

חבר-כנסת יוסף סרלין סבר שהכנסת השנייה ואלו שלאחריה אין ולא תהיה בידיהן סמכות מכוננת. ואלה היו דברים שאמר:

"...אנו נבחרנו כאספה מכוונת; ואותו בית ששינה את שמו מ'אספה מכוונת' ל'כנסת', הובטח לו שאין שינוי השם בא אלא לתפארת המליצה העברית. כאספה מכוונת הוטל עלינו תפקיד אחד ויסודי: לקבל ולתת חוקה לעם. ברגע שהאספה המכוונת הזאת המכנה את עצמה 'כנסת', הסתלקה והשתמטה, על-ידי רוב המפלגות היושבות בקואליציה, מלתת לעם חוקה, תם מועדה ופקעה סמכותה; ואי-אפשר לבוא לאחר שנתיים ולהציע לאותה אספה מכוונת שתכהן ככנסת עוד שנתיים. ברגע שהאספה המכוונת שהפכה לכנסת לא מילאה את תפקידה ואינה רוצה למלא את התפקיד של מתן חוקה לעם, היא מעלה באמון העם; ולא ייתכן שיביאו לה עכשיו שטר-ישיבה של עוד שנתיים בכנסת" (ד"כ 7, בעמ' 214).

על דעתו של חבר-כנסת מנחם בגין ניתן ללמוד מדברים אלה שאמר:

"... אני משוכנע - ובסוף דברי אני רוצה להביע את הכרתי - שיבוא יום ותיבחר על-ידי עמנו ממשלה אשר תקיים את ההבטחה הראשונה שניתנה לעם עם קום המדינה, לאמור: לבחור באסיפה מכוונת שתפקידה העיקרי בכל מדינה שקמה לתחיה הוא לתת חוקה לעם, ותתקבלה הערובות התחיקתיות לחירות האזרח ולחירות העם כולו..." (ד"כ 20 (תשט"ז) 2220).

גם חבר-כנסת אזניה סבר כי הכנסת אינה מחזיקה בסמכות של אסיפה מכוונת. וכך אמר (בשם הרוב בוועדת החוקה, חוק ומשפט):

"... נניח שיחליטו עכשיו בכנסת על סעיף כזה, שיקראו לו 43 או 44, ואחר כך יציע מישהו בכנסת הצעה לסדר-היום, לפי אותה הדרך הארוכה או הקצרה - אבל לא בדרך מקרה - יציע לבטל את הסעיף הזה המחייב רוב של שני שלישים, של 80 קול. הלא אנחנו איננו 'קונסטיטואנטה', ואילו היינו אסיפה מכוונת, צריכים היינו לקבל החלטה כזאת בסעיף כזה ברוב של שני שלישים. וכי חושבים אתם שיש איזה 'ראציו לגיס' שב-54 נגד 52 או ב-54 נגד 40 יחליטו על משהו שעליו יצטרכו להחליט בעתיד ברוב של 80? 54 נגד 40 לא יחייבו שרק 80 יוכלו לשנות את הסעיף. יתכנסו אחר-כך חברי הכנסת וברוב רגיל יבטלו את הסעיף הזה. זה אינו חוק קונסטיטוציוני במובן זה שאין לבטל בעזרת חוק אחר, באורח חוקי, סעיפים מסעיפיו" (ד"כ 23 (תשי"ח) 926).

וכן שר המשפטים, דב יוסף:

"גם אינני סבור שיש חוק אשר עומד 'מעל למחוקק הרגיל'. אין לנו שני מחוקקים. יש לנו רק הכנסת, ולדעתי אי-אפשר על-ידי חוק של הכנסת להגביל את זכותה לחוקק, ואם יש סעיף כזה בחוק כלשהו רשאית הכנסת, לדעתי, להחליט על-ידי רוב רגיל לבטל את הסעיף המגביל כביכול את זכותה.

משפטנים הבקאים בחוק קונסטיטוציוני טוענים כי אפשר להגביל בית-מחוקקים על-ידי קונסטיטוציה שנתקבלה לפני הקמת בית-המחוקקים על-ידי אסיפה המכוננת (CONSTITUENT ASSEMBLY בלעז), מפני שאסיפה מכוננת באה לקבוע כללים אשר לפיהם יקימו מדינה ויקבעו את דרכי ניהול ענייניה ואת עיקר תוכן חוקיה. אפשר לראות החלטת גוף כזה כמחייב בית-מחוקקים, כי זאת כוונת העם בהקימו אסיפה מכוננת כזאת.

...

ויש מעמד מיוחד ובלתי-רגיל לאסיפה מכוננת.

אולם, לאחר שבית-המחוקקים שלנו הוקם כפי שהוקם, ולא קבענו לנו בראשית דרכנו חוקה כזאת, אין לדעתי אפשרות לשלול מן הכנסת להחליט על כל חוק כפי שתמצא לנכון. כשאנו בחרנו בכנסת הראשונה, קראנו לה 'אסיפה מכוננת', כדי ללכת בדרך שנקבעה בהחלטות או"ם. אבל החלטות אלו לא הוצאו לפועל, ולמעשה לא נהגנו בכנסת הראשונה כאסיפה מכוננת כלל וכלל. נהפוך הוא, פעלנו ככנסת רגילה וטיפלנו בכל אותם העניינים שכנסת רגילה מטפלת בהם. לא פעלנו כאסיפה מכוננת שתפקידה לערוך חוקה" (ד"כ 38, בעמ' 789).

באותה דעה חבר-כנסת בנימין הלוי:

"אנו עכשיו כאילו מוסיפים לכל חוקי-היסוד - חוק-יסוד: הכנסת; חוק-יסוד: נשיא המדינה; חוק-יסוד: מקרקעי ישראל; חוק-יסוד: משק המדינה וכדומה - אנו מוסיפים להם סעיף האומר: חוק-יסוד זה שהתקבל בעבר לא יתוקן ולא יוכלו לסתור אותו ולא יוכנסו בו שינויים אלא ברוב של 61 חברי כנסת. איך אנו קובעים זאת? לא על-ידי רוב של 61 חברי כנסת אלא על-ידי רוב קטן מזה. יש כאן סתירה מניה וביה, אולי לא סתירה במובן משפטי-טכני אבל במובן מוסרי. מי נותן לגיטימציה לכך? איננו אסיפה מכוננת, איננו מחברים חוקה. בכנסת יושבים עכשיו פחות משני תריסרים של חברי כנסת. בנוכחות שני תריסרים של חברי כנסת או פחות מזה אנו מחיימים לכבול את ידי הכנסת התשיעית, הכנסת העשירית וכל כנסת שתבוא כדי שלא תוכלנה לשנות אלא ברוב מיוחד. אני חושב שאין לכך לגיטימציה, זה לא מעשי, זה לא הזמן לעשות כן. יש ספקות משפטיים אם כנסת כלשהי יכולה לעשות זאת" (ד"כ 78 (תשל"ז) 955).

מעניינים במיוחד דברים שאמר חבר-כנסת אמנון רובינשטיין, והוא מחסידיה המובהקים של תורת שני הכתרים. וכך אמר חבר-כנסת רובינשטיין בדבריו בכנסת:

"...היה ויכוח בכנסות קודמות, האם הכנסת יכולה כלל לשריין חוקים - כנגד שינויים ברוב רגיל, ונתקבלה, פחות או יותר, הדעה - וגם היא עדיין שנויה במחלוקת - שכאשר מדובר בתפקידה של הכנסת כרשות מכוננת - דהיינו כאשר היא פעלת כנותנת חוקה, כאשר היא מחוקקת פרק מהחוקה - היא יכולה לקבוע מעמד עליון לחוק מסוים" (ד"כ 99 (תשמ"ד) 2790).

אומר חבר-כנסת רובינשטיין ביושר לבב: הכנסת מוסמכת, לדעתי - בשבתה כרשות מכוננת - לחוקק חוק בעל מעמד-על, ואולם דעה זו "עדיין שנויה במחלוקת". ואם כך דיבר חבר-כנסת רובינשטיין - הוא פרופסור רובינשטיין - האין די בכך כדי שנדע כולנו כי הכנסת אינה בדעה אחת לעניינה של תורת שני הכתרים, כי דעת הכנסת נעה-נדה ואין היא עומדת יציבה על מקומה?

לא אמרנו, אף לא נאמר, כי דעת הכול הייתה - ותמיד - כי הסמכות המכוננת לא עברה מהאסיפה המכוננת לכנסות שלאחריה. היו שסברו כך, היו שסברו אחרת והיו ששתקו. התמונה הכוללת היא, שרחוקים אנו - רחוקים מאוד - ממסקנה כי לדעת חברי הכנסת לדורותיהם, סמכות מכוננת שהאסיפה המכוננת החזיקה בה עברה בירושת רצף אל הכנסות שלאחריה ועד לכנסת של היום.

36. שאלת הרצף החוקתי של הסמכות המכוננת אינה אלא שאלת משנה בשאלה רחבה ממנה, והיא: האם מחזיקה הכנסת דהאידינא - לאמיתם של דברים: כל כנסת שלאחרי הכנסת הראשונה - בסמכות לכוון חוקה? והנה, בפורסנו את השאלה הרחבה - והרי בה עניינו - ובשוטטנו בדברי הכנסת, נלמד ונדע כי חברי הכנסת לדורותיהם היו רחוקים כל השנים מקביעת עמדה אחת וחד-משמעית: הן בשאלה אם קנויה לה לכנסת סמכות מכוננת - בין כיורשתה וכממשיכת דרכה של האסיפה המכוננת ובין אחרת; הן באשר למעמדה של הכנסת כרשות מכוננת; הן בנושא קבלתה של חוקה; הן בשאלת כוחה של הכנסת לכבול את עצמה על דרך שריונם של חוקים; והן - בשאלות נלוות לשאלות אלו ובשאלות הנגזרות מהן. לכל פרופוזיציה בנושאים אלה תימצאנה כמה וכמה דעות שונות - ימה וקדמה, צפונה ונגבה - ואל בקעה אחת לא ייאספו. זאת המסקנה המתבקשת מקריאת הדברים, שלכנסת לא הייתה מעולם דעה אחת ויחידה באשר לסמכותה כאסיפה מכוננת. והשואל לדעת ה"כנסת" יזכה בתשובות הרבה, כדרכם של גוברין יהודאין. כך היה בכנסת הראשונה וכך בכל כנסת וכנסת שלאחריה.

יתר-על-כן: בקוראנו את דבריהם של חברי הכנסת לא נדע אם מביעים הם דעות שעניינן פירוש "משפטי", או אם מביעים הם דעות של אנשי מדינה ופוליטיקאים (הגם)

שהדעת נותנת כי גורם הפוליטיקה היה הגורם המכריע). על רקע זה נוכל להבין כיצד זה שהתומכים בממשלה הביעו דעה אחת, אנשי אופוזיציה הביעו דעה אחרת, וחברי-כנסת שומרי מצוות הביעו דעה משלהם. אכן, יש שחברי-כנסת אנשי משפט יסדו דבריהם על טעמי חוק ומשפט, אך אלה היו מעטים. ונזכור שגם אלה האחרונים ישבו בכנסת כנציגי מפלגות ולא כאנשי משפט.

ולבסוף: קריאה בדבריהם של חברי הכנסת תלמדנו כי שאלת סמכותה המכוננת של הכנסת מעורבת היא עד לבלי הכר בשאלת סמכותה של הכנסת לכבול את עצמה על דרך שריונם של חוקים. לשון אחר: חברי הכנסת מדברים חליפות על סמכותה המכוננת של הכנסת ועל כוחה לשריין חוקים של זכויות, כמו שני אלה היו אחד. עירוב זה של מין בשאינו מינו, למותר לומר, יש בו כדי להחליש במאוד את הסברה כי חברי הכנסת עצמם תמכו בקיום כוחה המכונן של הכנסת שעה שדיברו בסמכותה של הכנסת לכבול את עצמה.

37. נביא מקצת אמרות מדבריהם של חברי-כנסת לענייננו כאן (כל ההדגשות שלהלן הן שלנו).

הנה הם דבריו של חבר-כנסת חיים צדוק, משפטאי מובהק ולימים שר המשפטים:

"אשר לסיפה של סעיף 4, האומר כי 'אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת', דהיינו, לא ברוב רגיל של המצביעים, אלא ברוב מיוחד - אנו שללנו הוראה זו, לא רק משום שאנו שוללים את שיטת הבחירות הקיימת, אלא גם מטעם קונסטיטוציוני עקרוני, והוא: כי כל נסיון להגביל את סמכותה של הכנסת לשנות את חוקי המדינה בדרך הרגילה אינו מתיישב עם המבנה החוקתי של מדינת ישראל ועם ריבונות הכנסת.

אנו חיים במשטר של כנסת ריבונית, כלומר של בית מחוקקים אשר עם היותו מוגבל על ידי סייגים פסיים, מדיניים, ציבוריים ומוסריים, הוא כל-יכול ובלתי-מוגבל מבחינה חוקתית-משפטית. ניתן לומר שיש רק סייג חוקתי אחד לסמכותו הכל-יכולה של הפרלמנט הריבוני, סייג הנובע מעצם מהותו כפרלמנט ריבוני, והוא: שאין בכוחו לכבול את הפרלמנטים הריבוניים שיבואו אחריו.

מטעם זה אנו שוללים מעיקרה את ההוראה על רוב מיוחד שבסעיף 4, ומאותו טעם עצמו אנו שוללים גם את ההוראה שבסעיף 45, האומרת כי אין לשנות אותו סעיף או סעיף 44 אלא ברוב של 80 חברי כנסת.

נוסף על הבחינה הקונסטיטוציונית אציין עוד כי הסייג לסעיף 4, הדורש רוב של 61, נתקבל בזמנו ברוב של 56 נגד 54 קולות, והסייג לסעיף 45, הדורש

רוב של 80 חברי כנסת, נתקבל בזמנו ברוב של 43 נגד 40. דעתנו היתה ונשארה, שאין לרוב רגיל בכנסת זכות ציבורית או מוסרית לבנות חומת מגן של רוב מיוחד או רוב מיוחס סביב הוראת חוק שנתקבלה ברוב רגיל.

...אנו שוללים את החוק כולו, ועמדתנו העקרונית, שאין כנסת אחת יכולה לכבול ידיה של הכנסת הבאה אחריה, בעינה עומדת, והיא חלה מאליה גם על ההוראה התקנונית החדשה" (ד"כ 27 (תשי"ט) 2961).

וכה שח חבר-כנסת עקיבא גוברין:

"אדוני היושב-ראש, כנסת נכבדה. סיעת מפלגת פועלי ארץ ישראל חלקה וחולקת מבחינה ציבורית ומוסרית על הסעיף שנקבע בשעתו ב**חוק הכנסת**, בדבר הרוב הרוב המיוחס אשר נקבע לא על-ידי רוב מיוחס...

...

אנו מחזיקים בדעה כי הכנסת השלישית שקבעה את החוק הזה, את הסדר המקולקל הזה, קבעה אותו כאמור רק בזכות זו שהיא טענה - ומבחינה זאת טענה בצדק - כי היא ממשיכה את פעולתה של הכנסת הראשונה והשניה.

לכן תהיה לכנסת הרביעית הרשות החוקית, המוסרית והציבורית, לבטל ברוב רגיל, לפי רצון העם, סעיף שלדעתנו לא היה מוסרי ולא היה ציבורי - הסעיף של הרוב המיוחס ושיטת הבחירות הקיימת.

הסיעות השונות, אשר ברוב רגיל העבירו את הסעיף של הרוב המיוחס, מרגישות כנראה מה הם הלכי-הרוח בציבור, מה רבו החברים, גם בקרב סיעותיהם, הרואים מה חמור הנזק בשיטת הבחירות הקיימת, והם ניסו ומנסים באמצעות עוד חוק אחד למנוע אפילו בירור" (שם, בעמ' 2962).

וכך אמר חבר-כנסת בר-רב-האי:

"אם הכניסו את ההגבלה הזאת... הרי אין כוח במדינה שיכול לכבול את רצונו של הבית הזה; אין כוח בעולם שיכול להכתיב לבית הזה מה שיאמר הרוב בכנסת השישית והשביעית... את הסמכות הזאת אני שולל בהחלט. אנו חיים בתקופה שבה משתנים הדברים הרבה יותר מהר ממה שאנו משערים לעצמנו, ואי-אפשר היום לקבוע מתכונת לחיי הדור הבא ולחייב אותו לחיות לפי אותה מתכונת של חכמי הדור הזה, ואני בתוכם" (ד"כ 36 (תשכ"ג) 1044).

חבר-כנסת אזניה סבר, למשל, כי אין לה לכנסת סמכות לשריין חוקים ועל דרך זה לכבול את שיקול-דעתה. ואלה דברים שאמר לעניינו של **חוק-יסוד: נשיא המדינה**:

"עכשיו אני רוצה לעמוד על אי-אלה שאלות המתעוררות בקשר לחוק המוצע.

יורשה לי להגיד, בלי להיכנס לפרטי הדבר, שההצעה שהועלתה כאן, לתת חיסון של רוב מיוחד שיהא שדרוש לשינוי סעיפים מסוימים בחוק זה - אין לה משמעות בלי חוקה הקובעת, על יסוד זה שהיא עצמה נתקבלה ברוב מיוחד ואת העקרון של רוב מיוחד אשר אי-אפשר בלעדיו לשנותה; אין לה שום משמעות לגבי שום חוק. אני חושב שכאשר כתוב בחוק - גם אם הוא חוק יסוד - שדרוש רוב מיוחד, יכול לבוא חוק אחר של תיקון ולהציע לשנות זאת, ולגבי התיקון הזה אינני יודע מניין נלמד שדרוש לו רוב מיוחד. כלומר, בזה אני רוצה להגיד, שלפי דעתי אי-אפשר להשיג נוקשות של חוקי יסוד דרך החלון אם אין משיגים את הנוקשות של החוקה דרך הדלת. ואם אין נוקשות, לפי התפיסה הקונסטיטוציונית השוררת במדינת ישראל, הרי שום חיסון כאן לא יועיל" (שם, בעמ' 970).

וכן הם דבריו של חבר-כנסת ישראל ישעיהו-שרעבי:

"...אנחנו מדינת חוק. המשפט הישראלי פועל כתיקונו. בזה אין מי שיפקפק.

אך ספק אם משהו העניק לנו סמכות לכבול ידיהם ורצונם של נבחרים העם שיבואו אחרינו, על ידי חוקה נוקשה, משוריית ומיוחסת, ושדוקא הם לא יוכלו ליהנות מאותה זכות, שאנחנו עצמנו נהנים ממנה, להחליט ברוב רגיל מה שנראה להם כנכון וצודק ... במה אנו מיוחסים מהם ובמה זכותם פחותה מזכותנו.

הווה אומר, שלא זו בלבד שאין לנו פנאי, שאין אנו יכולים לומר לכנסת 'שמש בגבעון דום', לשם מאמץ חד-פעמי, כפי שמציע חבר-הכנסת קלינגהופר, עד שתעובד חוקה מגובשת ומיוחסת, אלא אף אין אנו יכולים ליטול לעצמנו סמכות מרחיקת לכת זו. ומי שרוצה סמכות כזו, יצטרך לבקש אותה ממקור הסמכות - העם עצמו" (שם, בעמ' 1037).

וחבר-כנסת דוד בר-רב-האי:

"מה שאני שולל ביסודו הוא שיש חוק מסויים אשר יכול לקשור מהיום דור שני, ... " (שם, בעמ' 1043).

דעתו של שר המשפטים ד"ר דב יוסף, הייתה נחרצת כי אין בכוחה של הכנסת לכבול את עצמה. ופעם אחת אמר דברים אלה:

"גם לא ברור לי על יסוד מה מניח חבר-הכנסת קלינגהופר שיכול הוא להציע שהצעת חוק זו תתקבל רק אם יצביעו בעדה שני שלישים של כל חברי הכנסת.

תקנות הכנסת אינן יודעות, כיום בכל אופן, שום הגבלה על זכותה

של הכנסת להחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה. ודבר זה אין בכוחו של חבר-הכנסת קלינגהופר לשנותו על-ידי שהוא כולל סעיף למטרה זו בהצעת החוק שלו. על כל פנים, כל עוד הצעת החוק שלו לא נתקבלה, היא בוודאי איננה חוק ומה שכתוב בתוכה איננו מחייב את הכנסת. הוזה אומר, שגם רוב רגיל של המצביעים אשר יצביעו בעד הצעתו יתנו להצבעה תוקף של חוק. ומה הצדק שעשירים מתוך שלושים חברים אשר יצביעו בעד הצעת חוק יוכלו, לפי הצעתו, לכבול את ידי הכנסת שתשב ותדון בענין החוק הזה כעבור חמש-עשרה שנה, ושאלו רוב של כל חברי הכנסת אז, שהם יהיו פי שלושה מעשרים, לא יוכלו לשנות ממה שנקבע בהצעת החוק שלו? ודבר שיכול להיקבע, כפי שאמרת, וכפי שהרבה חוקים אצלנו נקבעים, בהצבעה של 15, 18, 20 ו-22 חברי כנסת. באיזה הגיון ובאיזה יסוד מוסרי אפשר לבוא ולהגיד לכנסת:

הגבילו את עצמכם? מה ש-15 חברי כנסת יעשו כשיעבירו חוק כזה, יהיה קיים לעולם ועד, ואפילו 61 חברי כנסת לא יוכלו לבטלו. לפי איזה צדק, לפי איזו מוסריות? (ד"כ 38, בעמ' 789).

דעה מקורית, באותה דרך, השמיע יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר-כנסת משה אונא:

"אדוני היושב-ראש, כנסת נכבדה. שאלת הנוקשות של סעיפי החוקה שהעלו כאן חברי-הכנסת קלינגהופר וקושניר, ייתכן שיש לה חשיבות לגבי חוקים מסויימים, ואינני רוצה לכחד שאני חסיד של נוקשות בחוקים מסויימים, אבל במה דברים אמורים? - אם יש ענין מיוחד, ענין ממשי בעצם ההוראה. כמו למשל בחוק יסוד: הכנסת, כאשר אנחנו קובעים את שיטת הבחירות ורוצים להבטיח שלא בנקל נשנה זאת. אמנם צריך להיות ברור שגם שם יעילותה של הוראה כזו תמיד מאד מוגבלת, שהרי גם את הסעיף הזה אפשר לשנות על-ידי הצבעה רגילה בכנסת. אבל יש בזה משום ביטוי לכך שהכנסת רואה חשיבות מיוחדת בסעיף זה" (ד"כ 40 (תשכ"ד) 2025).

והגיב על כך שר המשפטים, דב יוסף:

"הכלל בכנסת עד היום, פרט למקרה אחד, היה שהכנסת מחליטה בכל ברוב קולות - ולפי עניות דעתי, זהו כלל חשוב ויש לשמור עליו. גם לגבי המקרה ההוא שהכנסת החליטה אחרת, כפי שכבר העיר יושב-ראש הוועדה, יש ספק, וספק לא קטן, בערכה של אותה הוראה בחוק" (שם, בעמ' 2025).

במקום אחר אמר חבר-כנסת ארי אנקוריון:

"אדוני היושב-ראש, אני אומר שעדיפה בעיני השיטה הבריטית, שלפיה החוקים כולם שווי-ערך, ואפשר ברוב רגיל לשנות כל חוק, אפילו חוק הקרוי קונסטיטוציוני..."

...לכל היותר - בוויכוח שיש כאן אצלנו לגבי העדיפות, כזאת או כזאת, שתיתן לחוק-יסוד זה או לכל חוק-יסוד - הייתי תובע מהכנסת, כשתבוא לשנות חוק-יסוד, שתהיה חייבת לתת דעתה על כך. זאת אומרת, כאשר היא תחוקק חוק והחוק עלול לפגוע באיזו הוראה שהיא של חוק-יסוד זה, תציין בכך שתאמר 'על אף האמור בחוק-יסוד זה, יהיה כך וכך'. זאת אומרת, שהכנסת תעשה מה שתעשה בידועין שהיא משנה משהו בחוק היסוד הקיים. אבל לא הייתי מגביל בכל מובן אחר שהוא את זכותה של הכנסת, של כל כנסת, לחוקק. במלים אחרות, אני גורס גמישות לעומת נוקשות.

...

אמרתי, אני מקבל את זאת, וטוב שתהיה לנו מגילת זכויות, אבל שתהיה בדיוק כמו אצל האנגלים; את מה שכלול בתוך המאגנה-כרתא, בתוך הצ'ארטר של הזכויות, ויכול פארלאמנט כלשהו לבוא ולשנות. שאלה אחרת היא אם הוא משנה או לא. אבל הוא יכול לשנות, ואיש אינו מעלה על דעת אפשרות אחרת.

אני חושב שאנו צריכים ללכת לפי הדוגמה הזאת ולא צריך להעמיד בספק את עבודתו של פארלאמנט, של כל פארלאמנט, של כל כנסת" (ד"כ 71 (תשל"ד) 2494-2495).

וזו הייתה דעתו של חבר הכנסת בנימין הלוי:

"במשפט העברי מצאתי שתי מימרות יפות לעניין זה. הראשונה: 'אין חבוש מתיר עצמו מבית-האסורים'. אם אנו כובלים את עצמנו נהיה בגדר חבושים בבית-האסורים ולא נוכל בעצמנו להתיר עצמנו אלא אם יבוא בית-המשפט ויאמר: כבלים אלה אינם תקפים. עקרון אחר של המשפט העברי: 'הפה שאסר הוא הפה שהתיר'. אם הכנסת אסרה על עצמה ברוב רגיל לתקן חוק-יסוד, אותה הכנסת בחוק רגיל יכולה להתיר מעצמה את הכבלים האלה. הצעת החוק הזאת עומדת בסתירה לעקרונות אלה. אין זה מן התבונה להיכנס לכבלים אלה" (ד"כ 78 (תשל"ז) 956).

וכן הם דברי חבר הכנסת דוד צבי-פנקס:

"כן יש חושבים, שהחוקה צריכה להיות בבחינת חוק מיוחס, שאי-אפשר או קשה יהיה לשנותו. הסבירו לנו את הדברים המקובלים בעמים אחרים בענין חוקה נוקשה וחוקה גמישה. אינני מתאר לעצמי שנוכל לקבל משהו מכל

המושגים האלה. אשר לחוקה נוקשה וחוקה מיוחסת, הריני נזכר בדבר הידוע לכולנו, שהיה בקונסטיטוציה של מלך טיפש - המלך אחשוורוש, שמלך על שבע ועשרים ומאה מדינה, מהודו ועד כוש. שם היתה קונסטיטוציה שאמרה: 'כתב אשר נכתב בשם המלך ונחתם בטבעת המלך אין להשיב'. האם אנחנו נקבל קונסטיטוציה 'מוצלחת' כזו שהייתה שם?

האם יעלה על הדעת שהבית הזה ימנע מעצמו, או מהבתים שיבואו אחריו, להחליט ולעשות את הדרוש ברגע הנכון? (ד"כ 5, בעמ' 1263).

הרבינו להביא מדבריהם של חברי הכנסת, ולו כדי להוכיח ולהיווכח כי דעת הכנסת לדורותיה לא הייתה אחת ויחידה. היו רבים, רבים וטובים, שסברו כי אין לה לכנסת סמכות מכוונת, וסברה זו אסור לנו שנעלים עינינו ממנה בבואנו להכריע בשאלה אם קנויה לה לכנסת דהאידינא סמכות מכוונת.

לעניינה של "החלטת הררי"

38. חברי רואים ב"החלטת הררי" אחת החוליות החשובות בשרשרת הבלתי פוסקת, לדעתם, שתחילתה בסמכותה של האסיפה המכוונת לחוקק חוקה וסופה (לעת הזו) בסמכותה של הכנסת דהאידינא לחוקק חוקה. אינני מסכים לדעתם. ראשית לכול, נזכור ש"החלטת הררי" אינה אלא החלטה, וקשה בעינינו כי נתלה סמכות לכינונה של חוקה על החלטה גרידא של הכנסת. שנית, קריאה בדברי הכנסת תלמדנו כי שבעים פנים לה "החלטת הררי", וכי כל חבר-כנסת נאחז בה להוכחת טיעון הרצוי והנוח לו מבחינה פוליטית. היטיב לתאר את המצב חבר-כנסת ניר-רפאלקס באומרו דברים אלה:

"כבוד היושב-ראש, כנסת נכבדה. חבר-הכנסת ישעיהו מצא לנחוץ לחזור לוויכוח שהתקיים בכנסת הראשונה במשך ארבעה חודשים, מתחילת פברואר 1950 עד 13 ביוני אותה שנה. חושבני שאם רוצים לחדש את הוויכוח אם יש צורך או אין צורך בחוקה במדינת ישראל, הרי לפחות צריך להביא לאחר זמן כה רב נימוקים חדשים שלא שמענו אותם לפני שלוש-עשרה שנה. הנימוק היחיד ששמענו עכשיו מפי חבר-הכנסת ישעיהו היה אותו נימוק ששמענו עשר או עשרים פעם בשעתו מפי ראש הממשלה, שאין לקשור את הדורות הבאים בחקיקת חוקה. בינתיים חלף דור אחד ויחלוף גם הדור השני, ואף פעם אי-אפשר יהיה לקשור את הדורות הבאים, ואף פעם לא תהיה לנו חוקה.

ענינו בשעתו ואנו חוזרים על אותה התשובה עכשיו, שקודם כל אין הכרח לקבל חוקה נוקשה. יש אפשרויות שונות במדינות שונות, דוגמת האפשרות של רביזיה בכל דור, או כל עשרים שנה. בדרך זו איננו קושרים את הדור הבא.

אותו ויכוח ישן נסתיים אז באותה החלטה אומללה של 13 ביוני (החלטת הררי - מ' ח'), שהיתה החלטת פשרה.

מספרים על אשה שבאה אל בעלה להתייעץ אתו - אילו נעליים לקנות: נעליים בעלות עקב גבוה, או נעליים בעלות עקב נמוך? אמר לה הבעל לקנות נעליים בעלות עקב גבוה. אמרה לו: בנעליים בעלות עקב גבוה אני עלולה חס ושלום לשבור את הרגל. אמר לה: קני נעליים בעלות עקב נמוך. על כך השיבה לו שאין זה מודרני. אמר לה: קני זוג נעליים, נעל אחת שיש לה עקב גבוה, נעל שנייה שיש לה עקב נמוך. אמרה לו: אהיה צולעת. הסביר לה: מה אפשר לעשות, זוהי פשרה, וכל פשרה - צולעת.

...

זאת היא פשרה של חבר-הכנסת הררי, שהיה בעד חוקה, כמו חברו, חבר-הכנסת רוזן - שר המשפטים דאז - שהחליטו כי זו היא הצורה הטובה ביותר: עקב אחד נמוך, עקב שני גבוה" (ד"כ 36, בעמ' 1039).

כך, למשל, אמר חבר-כנסת ישעיהו פורדר:

"הוויכוח נסתיים בפשרה: הוטל על ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת להכין הצעות של החוקים היסודיים ולהביא אותם לפני הכנסת פרקים-פרקים. הכוונה הברורה היתה, למלא את המסגרת הריקה ובמקום חוקה נוקשה לתת בכל זאת חוקי-יסוד במהירות האפשרית" (ד"כ 15 (תשי"ד) 73).

לאמור: "החלטת הררי" סתמה את הגולל על חוקה ותחתיה באו "חוקי יסוד", קרי: חוקים שאינם חוקה.

וכן הם דבריו של חבר-כנסת חנן רובין:

"כנסת נכבדה. כשאנו עוסקים בראשון מבין חוקי היסוד, אינני יכול להתחיל את דברי בדיון בלי לציין את העובדה שאין לנו חוקה, ואני חושש שאין לנו גם סיכויים שבקרוב תתקבל חוקה. מובן מאליו, שכל הבניין המלאכותי של חוקים שצריכים 'להשתלב' ל'התאגד' באחרית הימים לחוקה - כל אותה תיאוריה מלאכותית לא באה אלא להסתיר ולהסוות את העובדה החמורה שאין חוקה ואין רוצים בחוקה. אין רוצים בחוקה משלוש סיבות:

הסיבה הראשונה היא, שנוח לרוב החולף - פעם רוב זה ופעם רוב אחר בממשלה ובכנסת - שלא יהיה חוק בעל תואר של חוקה, המסדיר באופן יסודי את אופן עבודתם של מוסדות המדינה, המגדיר את משטרה החברתי; נוח לו לשנות את הדברים - ועל-ידי רוב פשוט - מדי פעם בפעם, בהתאם לצרכיו הרגועים" (שם, בעמ' 119).

חבר-כנסת הררי עצמו סבר כי "החלטת הררי" אין בה הכרע אם חוקה של ישראל תהיה חוקה מטריאלית או אם תהיה זו חוקה פורמאלית (משורינת). וכלשונו:

"בדיון הגדול שהיה בכנסת הראשונה, אם נחוץ או לא נחוץ לחוקק חוקה, נפלה ההכרעה שתהא חוקה למדינת-ישראל, אך כלל לא נפלה ההכרעה כיצד תהיה החוקה, ובמה תהיה עדיפותה על כל חוק אחר. לכן נדמה לי, שמוקדם במקצת לדבר כאן כאילו כבר הוחלט שלא יהיה רוב יחסי.

...

אמנם אני מנגד לרוב מיוחס, ומבחינה זאת אני מקבל את כל הנמקותיו של ראש הממשלה נגד רוב מיוחס, אבל אין זה אומר, שאם אין אנחנו מחליטים על רוב מיוחס, אנחנו מפקירים על-ידי כך את עליונותה של החוקה. יכול להיות רוב רגיל ויחד עם זה יכולה להיות דרישה, שהחוק יעבור פעמיים-שלוש במשך תקופה מסויימת. יכול להיות רוב רגיל בהגבלות מסויימות, הגבלות של זמן וכדומה, או למשל, מה שקבענו בבחירת נשיא המדינה, שבאותה ישיבה אינו יכול להתקיים דיון אחר, או שצריך לקבל הודעה מתי מתחיל הדיון וכו'" (שם, בעמ' 130).

חבר הכנסת ברוך אזניה אמר דברים אלה:

"אני מסכם דברי ואומר: אנו צריכים להחיש את חקיקת חוקי-היסוד. וחקיקה זו צריכה להיות על יסוד שלושה עקרונות: א) החוקה צריכה להיות גמישה ללא רוב מיוחס לשם שינויה, ערה להתפתחות האורגאנית של הדמוקרטיה, אשר תאפשר הכללת התפתחויות חדשות במציאות החוקתית, ללא מעצורים הנובעים מרוב מיוחס; ב) החוקה צריכה לכלול את העקרונות המוסכמים בנוגע לסדרי השלטון בישראל, מתוך העברת ההכרעה בעניינים השנויים במחלוקת לדיון בכל חוק הדין בסוגיות השנויות במחלוקת; ג) חוקי-היסוד צריכים להיות מנוסחים כך שיהוו בסופו של דבר יחידה תחיקתית אחת" (ד"כ 21 (תשי"ז) 9).

ואמר חבר-כנסת בנימין הלוי:

"בסיכומי של דבר אני הייתי מייעץ לומר שעדיין לא הוכשר הדור שלנו לתת לחוק-היסוד את המעמד העליון. הייתי מייעץ לחכות עד שיתחברו כל חוקי-היסוד בשלמותם לחוקת המדינה, ואז חוקת המדינה תתקבל ברוב גדול מאוד - רוב מיוחס, אני מניח - של יותר מ-61 קולות. אבל ללכת בדרך ההדרגתית, כפי

שאני מבין היטב את דרכו של שר המשפטים, ולהגיע לחקיקה שלמה - אני חושב שזה עתה קשה ועשוי לגרום כשלון בדרך, ומוטב להמשיך לחיות, כפי שחיינו מוועדת-הררי ועד היום, עד שתושלם המלאכה; עיון כולל בחוקי-היסוד, ניפוי, התאמה, תיקון וחקיקת חוקה שלמה - ורק אז לתת להם את המעמד "ד"כ 78, בעמ' 958).

וכן חבר-כנסת ניר רפאלקס (יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט):

"ההחלטה הזאת היתה כעין פשרה בין המצדדים בחוקה ובין שולליה, וככל פשרה לא יכלה להשביע את רצון אף צד, ותוצאות ההחלטה הזו היו כאלה, שכל צד מסביר את ההחלטה כאילו נתקבלה לשביעות רצונו הוא" (ד"כ 20 (תשט"ז) 2216).

ובמקום אחר:

"... כל זה נובע מן 'החטא הקדמון', מן ההחלטה שנתקבלה לפי הצעת חבר-הכנסת הררי, הצעה שדוגלים בה גם המצדדים בחוקה וגם המצדדים בלא-חוקה. אלא סומכים על החלק הראשון האומר שצריך לתת חוקה למדינת ישראל. ואלה סומכים על החלק האומר שצריך לתת אותה מגילות מגילות או פרקים פרקים. ופרקים פרקים הרי זה ענין לדורות" (ד"כ 21 (תשי"ז) 29).

וכן היו דבריו הבאים של חבר-כנסת ניר-רפאלקס בשם ועדת החוקה, חוק ומשפט:

"כבוד היושב-ראש, כנסת נכבדה, בדרך כלל בעולם כולו קיימות הן חוקות נוקשות והן חוקות גמישות. אין זאת הלכה שכל חוקה מוכרחה להיות נוקשה. יש טעם לכאן ויש טעם לכאן.

קודם כל איננו מקבלים פה חוקה; אנו מקבלים רק חוק-יסוד אחד, אשר יהווה פרק אחד בחוקה... אי אפשר איפוא לשריין את כל הסעיפים האלה של החוק ברוב של שני שלישים. יש טענות נגד חוקה נוקשה בכלל, וטוענים כי בעצם על-ידי חוקה נוקשה נותנים פריבילגיה למיעוט. אם אומרים שאפשר לשנות זאת רק ב-80 קולות, נניח ש-78 חברי הכנסת רוצים לשנות ו-42 אינם רוצים לשנות - אזי נותנים פריבילגיה מסויימת למיעוט. מפני זה יש מתנגדים לחוקה נוקשה... " (ד"כ 23, בעמ' 927).

וזה הייתה אף דעתו של שר המשפטים, פנחס רוזן:

"אין אני מתייחס מכך שאנחנו יכולים בתקופת כהונתה של כנסת זו להגיע לידי אותם חוקי-היסוד, אשר יצטרפו אחר כך, כפי שהוחלט ב-1950, לחוקה, לקונסטיטוציה.

כמובן, גם כשנעשה מלאכה זו, אף כשנגיע לצירוף המגילות לחוקה אחת, עוד לא פסקנו בשאלה הגדולה, שבה אולי הבית מחולק: אם החוקה תהיה נוקשה או חוקה גמישה; וכשאני מדבר כאן בשם הממשלה, לא אביע דעה אישית, אם כי דעתי האישית ידועה פחות או יותר" (ד"כ 28 (תש"ך) 586).

ונסיים בדבריו של ראש הממשלה דוד בן-גוריון שאמר כך (בדיון על נושא החוקה שנסיים ב"החלטת הררי"):

"הוויכוח העומד לפנינו הוא חוקה או חוקים, חוקת-יסוד כוללת ועליונה, או חוקי-יסוד הקובעים כשאר החוקים משטר המדינה והליכותיה ומגדירים זכויותיהם וחובותיהם של האזרחים" (ד"כ 4, בעמ' 812).

קיצורם של דברים: לא נוכל לומר - בשום פנים ואופן - כי החלטת הררי אינה אלא חוליה בשרשרת רצופה של סמכות מכוונת שעברה ונתגלגלה מן האסיפה המכוונת ועד לכנסת דהאידינא. נהפוך הוא. החלטת הררי הייתה מעין פשרה, וכדרכן של פשרות ראה בה כל אחד את שביקש לראות בה. המרב שניתן למצות מהחלטת הררי הוא זה, שתחת חוקה מעשה מיקשה תחוקק הכנסת "חוקי יסוד", וכי בבוא העת ייעשה לאיגודם של אותם חוקי יסוד ולהכנסתם תחת חופה אחת. אימתי ייעשה הדבר? כיצד ייעשה הדבר? מה יהיה מעמד הפורמאלי של חוקי היסוד? שאלות אלו ושאלות נלוות אליהן נותרו תלויות בחלל באין מענה. ואין פלא בדבר. החלטת הררי עיקרה היה להקפיד את המירוץ לחוקה פורמאלית ונוקשה. כוונתה לא הייתה לייסד הליכים לחקיקתה של חוקה. לא ייפלא הדבר בעינינו אפוא, ששאלת מעמדם הפורמאלי של חוקי היסוד לא הוכרע בה. שאלה זו לא הוכרע בה בכוונת מכוון. ראו עוד קרפ, במאמרה הנ"ל, בעמ' 337.

לפירושה של ההכרזה על הקמת המדינה: אסיפה מכוונת ו"חוקה" - מה הן?

חוקה פורמאלית וחוקה מטריאלית; האם ניתנה חוקה לישראל?

39. לצד טיעונים וראיות שהבאנו לעיל, יימצאו לנו סימנים נוספים לסברה כי כנסת של היום אינה מחזיקה בסמכות מכוונת. נעמוד בקצרה על כמה טיעונים בהקשר זה.

40. נזכיר בתחילה את שאלת פירושה של ההכרזה על הקמת המדינה. ההכרזה על הקמת המדינה הורתה אותנו על "האספה המכוונת הנבחרת" שתקבע "חוקה" למדינה.

בדברינו עד כה הנחנו כי פירוש המושג "האספה המכוננת הנבחרת" בצירופו למושג "חוקה", פירוש השניים הוא: גוף נבחר שמתפקידו לכוון את גופי המדינה ב"חוקה" מעשה מקשה ובעלת נוקשות פורמאלית. חוקה מעין זו לא נתקבלה כידוע עד היום, והשאלה אינה אלא אם בסמכותה של הכנסת דהידנא לקבל חוקה במתכונת זו שנחזתה.

41. יש יסוד לטענה כי כוונת ההכרזה במקורה הייתה לכינונה של חוקה פורמאלית ונוקשה. בהכרזה על הקמת המדינה אומרת מועצת העם לתקוע יתד לא אך ב"זכותנו הטבעית וההיסטורית" אלא גם ב"החלטת עצרת האומות המאוחדות", ועיון באותה החלטה עשוי ללמדנו (לדעת מקצת מלומדים) כי כוונת האו"ם הייתה לחוקה נוקשה ופורמאלית. ראו, למשל, רובינשטיין, בספרו הנ"ל (מהדורה 4), בעמ' 44. ואולם גם אם זו הייתה כוונת בראשית, לא חלף זמן רב עד שדרך המלך נתפצלה וממנה יצאו דרכי משנה רבות ושונות. ודומה כי לכל תיזה אפשרית ימצאו תומכים ומתנגדים.

גיוון הדעות הוא רב כדי מבוכה, עד שאמרנו לעצור בדרכנו ולתמוה בקול רם: בתתנו דעתנו לכל אלה, האומנם נוכל לפסוק כיום, ביד שלא תרעד, כי מוסמכת היא הכנסת - מכוחם של מסמכים שנעשו לפני כחמישים שנה - לחוקק חוקה נוקשה, חוקה שעל פיה ייפסלו חוקי כנסת משל היו תקנות החורגות מסמכות? אכן, דומני שחייבים אנו להסכים כי רק הוראת דין ברורה יהיה בכוחה להקנות לכנסת סמכות לחוקק חוקה שחוקים מן המניין ישתחוו לה, שהרי חוק כנסת אינו כצו שהוציאה רשות מקומית בנושא של ניקיון חצרות (מדברים אנו עתה בחריגת הכנסת מסמכות ולא בסמכותו של בית-משפט לפסול חוק שנחקק בחריגה מסמכות; סמכות זו האחרונה נדרשת היא מאליה כנגזרת מהגדרת ייעודה של הרשות השופטת ומעקרונן הפרדת הרשויות). בתתנו דעתנו למיגוון הדעות, האומנם נוכל כך לפסוק? ספק רב בעינינו. בהקשר זה נוסיף ונעיין במובאות שהבאנו מדבריהם של חברי הכנסת, והמעייין יידע ויבין.

42. אשר לגופה של ה"חוקה": מלכתחילה, כפי שאמרנו, קרוב להניח שכוונת ההכרזה על הקמת המדינה הייתה כי תיחקק חוקה פורמאלית ונוקשה. ואולם לא יצאה עת מרובה עד שנשמעו דעות אחרות אף הן. חוקת המדינה, כך אמרו האומרים, פירושה הוא, בעיקר, קובץ חוקים שענייני מוסדותיה המרכזיים של המדינה והיחסים בין אותם מוסדות, ביניהם לבין עצמם. "חוקה" אין לפרשה במשמעות הניתנת לה כיום - קרי: חוקה פורמאלית ונוקשה - אלא כקובץ חוקים בנושא פלוני. "חוקת השיפוט הצבאי" לא הייתה, כזכור, אלא תקנות שעת חירום שתוקפן הוארך, ובכל זאת קרויה הייתה "חוקה" (ראו: [תקנות-שעת-חרום \(חוקת השיפוט תש"ח\)](#), תש"ח-1948. תקנות אלו הוארכו מעת לעת בפקודות של מועצת המדינה הזמנית ובחוקי הכנסת). אף [חוק המעבר](#) - החוק הראשון שחוקקה האסיפה המכוננת - הכנסת הראשונה - כונה "חוקת המעבר".

כך, למשל, לאחר שהצעת [חוק המעבר](#) עברה קריאה ראשונה, מוצאים אנו את יושב-ראש הכנסת, חבר הכנסת שפרינצק, אומר לכנסת:

"...אני קובע, שקיימנו את חובת הקריאה הראשונה של חוקת-המעבר"
(ד"כ 1 (תש"ט) 16).

אף ראש הממשלה, דוד בן-גוריון, כינה את חוק המעבר כ"חוקת המעבר" (ראו, להלן). גם פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת כונתה "חוקת הבחירות לאסיפה המכוננת" - כך בפי יושב-ראש ועדת הבחירות, חבר הכנסת בר-רב-האי, וכך בפי שר הפנים, חבר הכנסת גרינבוים (ראו דברי מועצת המדינה הזמנית מיום 28.10.48, בעמ' 22).
והוסיף שר הפנים ואמר כי -

"אני רואה את עצמי רשאי לקבוע, שחוקה זו אינה נופלת מחוקת-בחירות במדינות אחרות. חוקה זו מבטיחה סדר בבחירות..."

מראי המקומות הינם רבים מספור, ונספק עצמנו בדוגמאות אלו שהבאנו. אכן, חוקה באותם ימים הייתה שם לא אך לחוקה פורמאלית אלא כינוי לקובץ חוקים בנושא פלוני, ובעיקר - לחוקים בעלי אופי קונסטיטוציוני (נוסיף ונעיר - והוא לימינו דווקא - כי בדברה על "אסיפה מכוננת" לא נתכוונה ההכרזה, כנראה, אלא לכינונם של המוסדות המרכזיים ולקביעת יחסייהם ההדדיים. ואמנם, על נושאים אלה נסבו עיקרי הדיונים שהיו בכנסת. ראוי לציין דברים אלה, הואיל וכיום נדד מרכז הכובד מנושא אחד למשנהו, ובדברנו כיום ב"חוקה" כוונתנו היא, בראש ובראשונה, לשריון זכויותיו וחירויותיו של הפרט).

43. מובן שעיקר אין הוא לא בנומנקלטורה ולא בטרמינולוגיה. עיקר הוא בכך שטשטוש הגבולות בין חוקה פורמאלית ונוקשה לבין חוקה מטריאלית וגמישה הביא להכרזות מפיהם של חברי-כנסת כי "חוקה" כהוראתה בהכרזה על הקמת המדינה - אף חוקה שאינה נהנית משריון במשמע. ואמנם, הקורא בדברי הכנסת יתרשם בנקל שחברי-כנסת רבים סברו כי התיבה "חוקה" משמיעה גם חוקה מטריאלית, חוקה שאינה משוריינת. המובאות הן רבות מספור ולא נטרח להביאן.

באותו הקשר השמיעונו חברי-כנסת - בהם ראש הממשלה, דוד בן-גוריון - לא אך כי "חוקה" בהכרזה על הקמת המדינה פירושה הוא חוקה מטריאלית, אלא כי הכנסת מילאה חובה שהוטלה עליה וזיכתה את העם בחוקה. ומתוך שהאסיפה המכוננת-הכנסת הראשונה מילאה חובתה לחוקק חוקה, ממילא לא נותר בידה דבר להוריש לכנסות שלאחריה. ואלה דברים אמר ראש הממשלה, דוד בן-גוריון:

"ואשר להכרזת העצמאות. בהכרזה זו נקבע שמועצת העם תפעל כמועצת-מדינה זמנית, ומינהלת העם - כממשלה זמנית, עד שיזמו שלטונות נבחרים וסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האסיפה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מאחד באוקטובר 1948. והנה נתקיימו

בחירות לאסיפה מכוננת ב-25 ליאנואר 1949. ב-16 לפברואר נתקבלה חוקת המעבר, ובהתאם לחוקה זו, שנקבעה אמנם זמן לא מעט לאחר 1 באוקטובר, הוקמו שלטונות נבחרים וסדירים של המדינה, וב-10 למאוס 1949 נתאשרה הממשלה הסדירה הראשונה על-ידי הכנסת בהתאם לחוקה" (ד"כ 4, בעמ' 813).

ראו עוד: ח' צדוק, "סדרי השלטון בישראל לאור המשפט החוקתי" סדרי שלטון ומשפט בישראל (המדפיס הממשלתי, בעריכת צ' זילביגר, תשי"ד) 49, LIKHOVSKI,³⁹
 .SUPRA, 4 IS. L. REV., AT 64-65.

באותה רוח דיבר חבר-כנסת ורהפטיג:

"תסלחו לי אם אשיב את התשובה של שלום עליכם: ראשית, מעולם לא התחייבנו (לחוקק חוקה - מ' ח') ושנית, אם התחייבנו כבר מילאנו את התחייבותנו; ונוסף לכך, אם התחייבנו בהכרזה זו (על הקמת המדינה - מ' ח') למתן חוקה - כבר ביטלנו התחייבותנו בתוקף החלטות מאוחרות יותר..."

...

ולשאלה השנייה - האם יש לנו כבר חוקה? אני חושב שיש לנו חוקה לפי אותה התחייבות המצויה בהכרזת העצמאות. ההתחייבות הזאת היא לא כלפי אר"ם, אלא שאנו נטלנו על צמנו התחייבות כזאת, שאינה קשורה להחלטת עצרת האר"ם, ואין אנו צריכים להבטיח תנאים שאינם ניתנים לשינוי על-ידי רוב רגיל, או שאינם ניתנים לשינוי בכלל. וחוקה כזאת כבר יש לנו, על-ידי זה שקיבלנו את **פקודת סדרי השלטון והמשפט**, את **חוק המעבר** ואת פקודת הבחירות לכנסת, אשר על-פיה נתקיימו הבחירות. חוקה פירושה מערכת החוקים המסדירים את עניני השלטון והמשפט במדינה. אצלנו קיימת מערכת חוקים כזאת, ואם כך - יש לנו חוקה.

במידה שיודעים את ההבדל בין חוקה כתובה וחוקה בלתי-כתובה, אפשר לומר שאין לנו חוקה כתובה. אבל כאשר מדברים על 'חוקה' באופן כללי, הרי זה כולל גם חוקה כתובה וגם חוקה בלתי-כתובה. המדע הקונסטיטוציוני מבדיל בין כמה סוגי חוקות, ובתוכם - בין 'חוקה כתובה' לבין 'חוקה בלתי-כתובה', אלא ששתיהן נקראות בשם 'חוקה'. אם נאמר בהכרזת העצמאות שעלינו לקבל חוקה, זאת אומרת שעלינו לעשות את הסידורים שיאפשרו שלטון סדיר במדינה. זאת עשינו. אמנם לא עשינו זאת ב-1 באוקטובר, מפני שהבחירות לכנסת התקיימו רק בינואר, אבל יש לנו שלטון סדיר במדינה, אם כי אפשר וצריך לשכללו. אבל אי-אפשר להגיד שאין לנו חוקה" (שם, בעמ' 729-730).

44. הארכנו להביא מדבריהם של חברי-כנסת. לא אמרנו - ולא נאמר - שאנו מסכימים עם דבריהם, כשם שלא אמרנו ולא נאמר כי איננו מסכימים עם דבריהם. כל שבכוונתנו לומר אינו אלא זה, כי רבות הן הדעות הרווחות בכנסת. על דברים שנאמרו בכנסת נאמר אנו: הפוך בה והפוך בה דכולא בה. לכנסת אין דעה אחת, ולא ממנה ניושע לפירושו של הדין. בהתבוננה בראי ניבטות ממנו אל הכנסת פנים רבות.

כיצד נדע באילו מן הפנים הרבות נבחר?

סיכום ביניים

45. נסכם את דברינו עד כה וכך נאמר: האסיפה המכוננת מראשית ימיה של המדינה קנתה סמכות "אישית" לכוונן חוקה למדינה, ולו קיימה את שצוותה לעשות כי אז זכינו בחוקה. ואולם האסיפה המכוננת לא כוננה חוקה, ולאחר שחדלה - עם פזורה של הכנסת הראשונה - נעלמה ואיננה אף הסמכות לכוונן חוקה. כנסות שבאו לאחר הכנסת הראשונה לא ירשו את סמכותה של האסיפה המכוננת. אף החלטת הררי לא היה בה ואין בה כדי לתמוך בסמכותה של הכנסת לכוונן חוקה. הוספנו וראינו כי חברי-כנסת רבים הביעו דעתם, במהלך השנים, כי אין לה לכנסת סמכות לכוונן חוקה.

הקנתה הכנסת סמכות לכוונן חוקה

שלא בירושה מן האסיפה המכוננת?

46. כפי שאמרנו בראשית דברינו, מייסדים חבריי את סמכותה של הכנסת לכונן חוקה למדינה על כמה וכמה עמודים. הוספנו ואמרנו עוד זאת, שבדיקה מדוקדקת תגלה לנו כי כל אחד מן העמודים סומך עצמו, במידה רבה או במידה רבה מאוד, על סמכותה המכוננת של האסיפה המכוננת ועל רצף הסמכות מאז האסיפה המכוננת ועד לכנסת של היום. עתה, שהגענו למסקנה כי סמכות שהייתה לה לאסיפה המכוננת לא עברה בירושה לכנסת שלאחר הכנסת הראשונה, דומה שמסקנה נדרשת מאליה היא כי אין לה לכנסת סמכות לכוונן חוקה.

47. ואולם כך גם אחרת. חבריי מדברים על הסמכות הבלתי מוגבלת של הכנסת; על כלל ההכרה של השיטה; ועל הפירוש הראוי למכלול ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל. כשאני לעצמי, אתקשה לייסד על עיקרים כלליים, מעורפלים וערטילאיים אלה סמכות אופרטיבית לכנסת לכוונן חוקה לישראל. הסימנים שחבריי מונים אין די בהם ואין הם אוצרים כוח, לדעתי, כדי לארוז בצקלונה של הכנסת סמכות כה מרחיקת לכת כסמכות לכוונן חוקה. לא אדע מניין קנתה הכנסת ריבונות בלתי מוגבלת. לא מצאתי ראיה מכרעת - או אף ראיה מספקת - לכך שתפיסתנו החברתית וההסכמה החברתית מעניקות לכנסת סמכות לכוונן חוקה; נהפוך הוא: חיפשתי אך לא נמצאה לי אמנה שנכרתה בין העם לבין הכנסת ואשר בה אמר העם להנות לכנסת סמכות לכוונן חוקה נוקשה. כן אינני סבור - כפי שאפרש עוד להלן - כי פירוש מעשי הכנסת עד כה מוליך אותנו בהכרח לעבר הכרה כי הכנסת מחזיקה בסמכות לכוונן חוקה.

דרך אגב: עובדה מוכחת היא, שהכנסת שינתה בעבר חוקי יסוד בחוקים מן המניין, לאמור, הכנסת לא ראתה חוקי יסוד כחוקים בעלי מעמד מיוחד לעצמם, כחוקים הנמנים עם חוקי חוקה שרק חוקי חוקה אף הם כוחם עמם לשנותם. הוא הדין בפסיקת בית המשפט העליון, שלא ראתה להבחין לענייננו כאן בין חוקי יסוד לבין חוקים רגילים (ראו האסמכתאות בפסקה 131 להלן). האינן בעובדה זו, באשר היא, כדי ללמד כי על-פי כלל ההכרה במשפט המדינה אין הבחנה משפטית מברעת בין חוקי יסוד לבין חוקים מן המניין? כי הפירוש הטוב ביותר להיסטוריה של שיטת המשפט בישראל הוא זה, שחוקי יסוד וחוקים מן המניין כולם כאחד מצויים על מישור נורמטיבי אחד?

ועל כל אלה, ככל שחבריי אומרים לייסד את סמכותה של הכנסת לכונן חוקה שלא על רצף חוקתי למן האסיפה המכוננת, מנתקים הם עצמם מכל המחברים והמלומדים, מתפיסות היסוד של חברי הכנסת, ומכל המקורות האחרים שעליהם ניתן להשתית את תורת הסמכות המכוננת. שכל המחברים והמלומדים וכל חברי הכנסת שדיברו על הכנסת כמחזיקה בסמכות מכוננת, השתיתו דבריהם על רצף חוקתי למן האסיפה המכוננת - האחת והיחידה - ועד לכנסת דהאידיא. ואילו חבריי בדבריהם עתה מנתקים עצמם מאותו רצף חוקתי. אם אלה הם פני הדברים, שוב אין חבריי יכולים עוד לסמוך, לא על מחברים ומלומדים, לא על דבריהם של חברי-כנסת ולא על כל מקור חוק או מקור הלכה אחר.

48. חברי, הנשיא ברק, אומר לחזק את הגירסה המקנה סמכות מכוננת לכנסת בהסתמכו על כתביהם של סופרים ומלומדים, ובקובעו כי רוב רובה של הקהילה המשפטית בישראל כך סובר. אינני סבור שיש בטיעון זה כדי לחזק את גירסת הסמכות המכוננת.

49. ראשית לכול, לא כל הסופרים והמחברים הינם בדעה אחת. לא כולם מסכימים לתורת שני הכתרים. בנוסף לפרופסור נימר ולד"ר לחובסקי, ראוי שנוסיף ונזכיר שמות של עוד מחברים, שופטים וסופרים חשובים הכופרים בתורת שני הכתרים. נזכיר, למשל, את השקפתו של פרופסור יצחק אנגלרד. וכך אומר הוא, בספרו הנ"ל, בעמ' 109-110:

"בית המשפט העליון הכיר ... בכוחה של הכנסת לכבול את עצמה. מהו הבסיס העיוני לכבילה עצמית זו? לפי גרסה אחת, הבסיס לכבילה העצמית של הכנסת מצוי בסמכותה לכהן לא רק בתור מחוקק, אלא גם בתור אסיפה מכוננת.

לדעתנו, הסבר זה, עליו סמך לאחרונה את ידו גם השופט ברק, הוא מלאכותי ואינו עומד לפני הביקורת (ההדגשה שלי - מ' ח'). יצירתו של מישור נורמטיבי גבוה יותר - על ידי אימוץ ההנחה כי חוקי היסוד הם בבחינת חוקה - אינה פותרת, לאמיתו של דבר - את הבעיה של שריון חוקי היסוד. אם הכנסת ממלאת גם את התפקיד של אסיפה מכוננת, מדוע לא תוכל לשנות בכל עת ברוב רגיל את חוק היסוד המשוריין, בהכרזה על עצמה כפועלת בתור אסיפה

מכוננת? כי סוף סוף בתור אסיפה מכוננת מעשי החקיקה של הכנסת הם שוב במישור של חוקה. לטענה זו ניתנה תשובה האומרת כי עם חקיקת חוק היסוד הראשון בדבר הכנסת, זה אשר קבע את הוראות השריון, הכנסת מיצתה את סמכותה בתור אסיפה מכוננת; מכאן, כי כיום אינה מוסמכת עוד לפעול כאסיפה מכוננת, אלא תפקידה הוא כשל מחוקק רגיל במישור נורמטיבי נמוך יותר. תשובה זו אינה תשובה, משום שהיא עדיין מניחה כי גוף עליון יכול לכבול את עצמו. כלומר, הרעיון כי הגוף המכונן ממצה את כוחו עם מעשה חקיקה מסוים, אינו דבר אחר מאשר קבלת העקרונות של כבילה עצמית, הפעם מוחלטת".

כמסתבר, זו גם דעתם של המלומדים שפירא וברכה, במאמרם הנ"ל. באותה דעה: שפטלר, במאמרו הנ"ל; הורנשטיין, במאמרו הנ"ל. דומה שזו אף דעתו של הנשיא לנדוי, במאמרו הנ"ל.

שנית, עיון בדברי אותם מלומדים ילמדנו בעליל כי רובם מספקים עצמם בחזרום על דברי מי שקדמו להם, בלא הסבר ובלא הנמקה, כמו המדובר בתורה האחת והיחידה שנכתבה, שנתקבלה ושנמסרה לנו למשמרת. האם אי פעם כך נפסקה הלכה בבית המשפט העליון, בנושא קונסטיטוציוני או בכל נושא אחר?

אשר-על-כן, הבו נדבר בטעמיהם של אותם מחברים ומלומדים ולא בשמותיהם, בגופם של דברים ולא בגופם של אנשי שם, במשקלם של טעמים ולא במספרם של מלומדים.

אמרת ועשיתי: עיינתי בדבריהם של המלומדים עיין היטב, הפכתי והפכתי בהם, ואומר בפנים גלויות ובפה מלא: לא נמצאו לי בכל אלה תשובות לקושיות שאני מעלה בדבריי: יש מן המלומדים - והם הרוב - שאינם נדרשים כלל לאותן קושיות, ויש מהם שתשובותיהם לקושיות אין הן תשובות ראויות. מכל מקום: כל המלומדים משתיתים את דבריהם על הרצף הקונסטיטוציוני שהיה, לדעתם, למן האסיפה המכוננת ועד לכנסת דהאידינא; ומשנמצא לנו שרצף זה אינו בנמצא, שוב אין בדברי אותם מלומדים כדי להיות לנו לעזר.

50. זאת ועוד: קשה לי להימנע מהתרשמות כי התומכים בתורת שני הכתרים נערבבו להם, למצער לחלק מן המלומדים, נושאי פרוגרמה בנושאי משפט, משפט רצוי במשפט מצוי. ומתוך ששואפים הם לכינונה של חוקה בישראל - חוקה שתשמור על היחיד מפני כוחו של השלטון - מחפשים הם דרך לעיגונה של חוקה כזו במשפט הקיים. רוחי עמהם:

גם אני אבקש חוקה לישראל - בנושא זכויות הפרט - והמקדים ישובת. אך דומני כי בראש ובראשונה חייב שיימצא לאותה חוקה עיגון של אמת - ועיגון בטוח - במשפט הקיים. נזכור כי חוקה פירושה פסילת חוקי כנסת החורגים מן החוקה; ועד שאסכים כי ניתן, אמנם, לפסול חוקי כנסת בהיותם חורגים מעקרונות יסוד הקבועים אף הם בחוקי הכנסת, אבקש למצוא משען בטוח לאותה סמכות מרחיקת לכת.

בסוף כל הסופות, אין זה דבר קל שכחמישים שנה לאחר קום המדינה נפסוק - כך, בעט קל - כי סמכות נתונה לה לכנסת לחוקק חוקה, וכנגזרת מכך: כי סמכות קנויה לו לבית-משפט לפסול חוקי כנסת אך באשר פוגעים הם בזכויות יסוד ששוריינו בחוקה.

אכן, סמכות של בית-משפט לפסול חוקי כנסת, רואה אני אותה כסמכות מובנית ונלמדת מאליה בסמכות לחוקק חוקי-על. השאלה אינה אלא אם קנתה הכנסת, אמנם, סמכות לחוקק חוקה.

51. בין שאר אסמכתאות מובאת דעתו של פרופסור בנימין אקצין, ומבקשים למצוא בה אסמכתא לתורת שני הכתרים. קראתי את מאמרו הנ"ל של פרופסור אקצין, ומצאתי בו סימוכין גם לתורת שני הכתרים גם לתורת הריבונות הבלתי מוגבלת של הכנסת.

פרופסור אקצין אינו מוצא סתירה בין שתי התורות, שהרי מדבר הוא נכבדות גם בזו גם בזו. האם ניתן להסתמך על פרופסור אקצין גם לכאן וגם לכאן? ואולם לא בכך עיקר.

52. כולנו נסכים כי שאלת סמכותה של הכנסת לחוקק חוקה לישראל, לאמור: סמכותה של הכנסת לכבול את ידיה בחוקים משוריינים - בין כאסיפה מכוונת בין אחרת - הינה שאלה נכבדה מכל נכבדה. לדעתי - ועמדתי על כך - זו השאלה הנכבדה ביותר שעלתה לפני בית-משפט בישראל מאז קם ונהיה. וכדי כך נכבדה היא השאלה, שמורה למשפט קונסטיטוציוני - וכמוהו מורה לתורת המשטרים - ראוי לו שידבר בה באחד השיעורים הראשונים שהוא מלמד. הייתי תלמידו של פרופסור אקצין שתי שנים:

בשנת הלימודים 1954 למדתי מפיו שיעור ב"תורת המשטרים", ובשנת הלימודים 1955 למדתי מפיו שיעור ב"משפט קונסטיטוציוני". והנה, בשיעורים אלה לא לימדנו פרופסור אקצין דבר וחצי-דבר על סמכותה של הכנסת לחוקק חוקה, כאסיפה מכוונת או אחרת. האם לא נלמד מכאן כי פרופסור אקצין סבר - אותה עת - כי אין הכנסת מחזיקה בסמכות של רשות מכוונת לחקיקתה של חוקה?

53. וכך גם באשר לדברים שאמר חבר-כנסת פרופסור הנס קלינגהופר. גם פרופסור קלינגהופר היה מורי, ובשנים 1958 ו-1959 שימשתי עוזר הוראה לו ב"משפט קונסטיטוציוני". וגם פרופסור קלינגהופר לא לימד דבר וחצי-דבר על סמכותה של הכנסת כרשות מכוונת לחוקק חוקה פורמאלית (כך היה אף בשיעורים ב"משפט מינהלי", שסמכותה של הכנסת כרשות מכוונת לא הוזכרה כלל מפי פרופסור קלינגהופר). שנים אלו כולן - שנות החמישים - היו קרובות מימינו אלה לאסיפה המכוונת ולכנסת הראשונה, והזיכרון ההיסטורי היה טרי יותר וטוב יותר. על-אף זאת, לא עלה על דעתם של המורים לתורת המשטרים ולמשפט קונסטיטוציוני - המורים בה"א הידיעה - דבר סמכותה של הכנסת כרשות מכוונת. גם על תיאוריית שני הכתרים לא שמעו, כנראה, ואף אנו לא שמענו מפיהם.

54. לא ביקשתי לומר שאדם אינו רשאי לשנות את דעתו. לא אמרתי ולא אומר כן. אף לא אומר שאדם אינו לומד כל העת, לומד ומרחיב דעתו. ואם שינו פרופסור אקצין ופרופסור קלינגהופר את דעתם - שינו דעתם או הרחיבו דעתם - יבורך משנה דעתו ומרחיב דעתו. ואולם, העובדה שנקפו שנים כה רבות מאז היות הכנסת הראשונה ועד שתורת שני הכתרים באה לאוויר העולם, היא עצמה מעידה על התורה, שאין היא אלא היפותיזה. הראינו כי היפותיזה זו לוקה בסתירות פנימיות, ואמרנו כי לדעתנו אין זה ראוי כי נאמצנה. קשה בעיניי שהיפותיזה זו, באשר היא, היא בכוחה להוליד סמכות לחקיקתה של חוקה ולביטול חוקי כנסת שיעמדו בניגוד לחוקה. לא כך בונים חוקה. לא בדרך זו קונה בית-משפט סמכות לביטול חוקים. חוץ מאשר אמירה כללית במאמרו הנ"ל של מר שטרנברג משנת 1958 (במולד), לא נולדה תיאוריית שני הכתרים אלא בשנות השישים (במאמרו הנ"ל של ד"ר רובינשטיין) ובשנות השבעים במאמרו הנ"ל של ד"ר קליין ובמקומות אחרים. ותורה זו לא קנתה שביתה לעצמה - בין מלומדים - אלא בשנים האחרונות ממש. נוסף ונזכיר כי גם בכנסת הושמעו דעות שונות על סמכותה זו של הכנסת כאסיפה מכוננת.

55. נמצא לנו אפוא זאת, שכעשרים שנה לאחר קום המדינה "נתגלתה" לפתע הסמכות לחוקק חוקה. ומשנתגלתה, נפלו מי שנפלו על התגלית כמוצאי שלל רב. הזו דרך לחוקק חוקה? והאם אין די בעצם הספק כדי שלא לאמץ את תורת שני הכתרים; אכן, היעלה על הדעת כי לאחר שינמנם כעשרים שנה, יקום אדם ממשכבו ויגלה בבוקר לא עבות כי כנסת ישראל מחזיקה בידה סמכות לחוקק חוקה? לא חוק עותמאני נידח גילינו ב-YOUNG - חוקה לישראל גילינו! הייתכן?!

56. יתר-על-כן: רשאי הוא מורה למשפטים להעלות תיאוריות כאשר יאבה, ולהרביץ תורה בתלמידיו בדרכו. החופש האקדמי כאוויר לנשימה הוא למורה באקדמיה, ומי יאמר לו מה תעשה. ואולם זו דרכו של מורה באקדמיה בדברו לתלמידיו: הנה אציג לפניכם תיאוריה-היפותיזה הנראית ראויה בעיניי. זה לדעתי פירושו של חוק, וכך ראוי הוא החוק שיפורש. בית המשפט העליון לא דן בה בסוגיה עדיין, וממילא לא נתן דעתו עליה. אני מקווה כי יום יבוא ובית המשפט העליון יאמץ לו היפותיזה זו כמשפט המדינה, כי כך ראוי לה וכך ראוי לנו. ואולם עד יבוא יום, הנה היא דעתי.

כך יציג מורה באקדמיה היפותיזה משפטית לפני תלמידיו, ואם כך יעשה יידעו תלמידיו את דרכם. ואת מכבדיי אכבד.

57. גם פסיקת בית המשפט העליון לא מצאתי בה יסוד לסמכותה המכוננת של הכנסת. בית המשפט העליון הכיר, למעשה, בסמכותה של הכנסת לשריין חוקים מפני שינוי בהם, ובסמכותו של בית המשפט העליון להכריז על בטלות חוק העומד בניגוד להוראותיו של חוק שכך שוריין. כך היה בפרשות ברגמן [15], אגודת דרך ארץ [19], רובינשטיין [20], לאור [21]. בתחילה - בפרשת ברגמן [15] - באה ההכרה על דרך של

"נעשה ונשמע", אך עם הזמן חדרה ההכרה כי אכן זה דין, וכיום לא עוד ימצאו חולקים: לא על סמכותה של הכנסת לשריין חוק בהעמדת דרישה של רוב מיוחד בן 61 חברי-כנסת לשינוי בו, ולא על סמכות בית-משפט להכריז על בטלות חוק שבתוכנו עומד הוא בניגוד להוראותיו של חוק משוריין ואשר לא הצביעו בעבורו 61 חברי-כנסת (השוו עוד פרשת רובינשטיין [20], בעמ' 147-148 מפי השופט ש' לוי). גם אני לא אפרוש מן הציבור. אני מסכים בלב שלם לפסיקת בית המשפט, ובחלקו השני של פסק-דיני אני מנסה להניח תשתית משפטית עליה תנוח הפסיקה. ואולם, למותר לומר כי אין בפסיקה זו כדי לחייב הכרה בקיומה של סמכות מכוונת בידי הכנסת. נהפוך הוא: חוץ מאשר אימרת אגב של חברי, השופט ברק (פרשת לאור' [21]; השוו עוד [בג"צ 761/86](#) מיעארי ואח' נ' יושב-ראש הכנסת ואח' [63]), בעמ' 873 מול אות השוליים ז), לא הזכיר בית המשפט באותן פרשות, ולו ברמז, את נושא הסמכות המכוונת כיסוד להכרעות הדין שעשה.

אשר לפסק הדין בפרשת כלל [37]. אכן, חברנו, השופט ד' לוי, מדבר בו על הכנסת "כרשות מכוונת". אלא שאמירה זו בא בלא כל הנמקה שהיא ובלא שהייתה כלל שנויה במחלוקת; ואילו שני השופטים האחרים שישבו עמו לדין לא הביעו דעה באשר לתורת שני הכתרים. קל וחומר אמורים הדברים בפסקי הדין האחרים שמזכיר חברי, הנשיא ברק.

נתקשה אפוא לומר כי בית המשפט העליון הכיר בקיומה של סמכות מכוונת. השאלה באה עדינו פתוחה. היא תישאר פתוחה גם לאחר פסק-דינו זה.

נזכיר ונזכור עוד זאת, שיש להבחין הבחן היטב בין שאלת סמכותה של הכנסת כרשות מכוונת נותנת חוקה לישראל, לבין סמכותה של הכנסת לשריין חוקים. לא הרי סמכות זו כהרי סמכות זו. גם אנו סבורים שיש לה לכנסת סמכות לשריין חוקים (במגבלות מסוימות), אך בה בעת סבורים אנו גם זאת, שאין לה לכנסת סמכות של רשות מכוונת. ראוי אפוא שלא נערב מין בשאינו מינו, ושלא נלמד משריון לחוקה.

58. ולבסוף: חוקי היסוד שחקקה הכנסת, גם בהם לא מצאתי חיזוק לתיאוריית הסמכות המכוונת או לתיאוריית הריבונות הבלתי מוגבלת. חוקי היסוד, כידוע, אינם אלא פרי לפשרת הררי, וכוונתה העיקרית של פשרה זו לא הייתה אלא לברוח מחקיקתה של חוקה. יתר-על-כן: חברי הכנסת עצמם נחלקו ביניהם לבין עצמם באשר לפועלה של החלטת הררי - רבים וטובים סברו, כפי שראינו, כי אין בה החלטה כדי לבקש חקיקתה של חוקה פורמאלית - ועל-כן לא אבין כיצד ניתן לראות בהחלטה זו תשתית לכינונה של חוקה נוקשה דווקא. החלטת הררי וכל שבא בעקבותיה אינם אלא משענת קנה רצוף לייסודה של סמכות לכוון חוקה. בוודאי כך לאחר פיזוריה של האסיפה המכוונת.

ואשר למעט מקצת הוראות שריון שבאו בחוקי היסוד (כגון [בחוק-יסוד: הכנסת](#)), אין להסיק מאלו על קיומה של סמכות מכוונת דווקא. אדרבא: עובדה מוכחת היא כי רוב רובן של הוראות חוקי היסוד לא שוריינן כלל, ועובדה זו באשר היא יש בה כדי להצביע דווקא לכיוון מסקנה כי הכנסת לדורותיה לא ראתה בהחלטת הררי יסוד לכינונה של חוקה נוקשה לאלתר (להבדילה מחוקה נוקשה שאפשר תבוא, ואפשר לא תבוא, לאחר סיום מפעל חוקי היסוד). ואשר לאותן הוראות שריון מעטות שנחקקו, לא מצאתי כי מקורן הוא דווקא בסמכות לכוונן חוקה. יתר-על-כן: בית המשפט העליון הכיר, הלכה למעשה, בכוחה של הכנסת לשריינן את סעיף 4 [לחוק-יסוד: הכנסת](#) (כך בפרשות ברגמן [15], אגודת דרך ארץ [19], רובינשטיין [20] ולאור"ר [21]), אך לא מצאתי כי ייסד את הכרעותיו על סמכותה המכוונת של הכנסת דווקא. הכנסת - וכמוהו בית המשפט העליון - סברו, ככל הנראה כי בהיותה מה שהיא כוחה של הכנסת עמה לשריינן חוקים, אך לא הסמכות המכוונת היא שנתנה חיות לסברה זו.

בין כך ובין אחרת, נתקשיתי להבין דרך הוכחה שלפיה קיומם של חוקי יסוד - או הוראות שריון בחוקי יסוד - מוכיחים, באשר הם, כי קנויה לה לכנסת סמכות לחקוק חוקי יסוד (קרי: לכוונן חוקה שהיא שוות ערך, כנטען, לחוקי יסוד) או לקבוע הוראות שריון בחוקי יסוד. דרך הוכחה זו מעלה אותנו על מסלול של מעגל קסם שהרי יש בהוכחה כדי הנחת המבוקש. לדעתנו, כפי שנראה להלן, יש יסוד משפטי איתן לסברה כי רשאית היא הכנסת לכבול את סמכותה בגדרים מסוימים, אך כך בלא שתידרש כלל לסמכות המכוונת. בחוקי היסוד נוסף ונדון עוד להלן.

קושיות נוספות על תורת שני הכתרים

(ובחלקן גם על תורת הריבונות הבלתי מוגבלת)

59. תורת שני הכתרים מעוררת מתוכה ובה קושיות (נוספות) שאינן ניתנות לפתרון על נקלה. קושיות אלו לא היו מתעוררות כלל לו חוקקה האסיפה המכוונת חוקה לישראל - כפי שצפתה ההכרזה על הקמת המדינה - ואולם משנתמשכו הדברים והלכו עד שהגענו לימינו אלה, הקושיות לוחצות ופתרון חד ונחרץ לא מצאנו להן.

60. למשל: אליבא דחברי, הנשיא ברק, מוסמכת היא הכנסת לחוקק חוקה פורמאלית ומשוריינת, ועד לחקיקתה של חוקה מעשה מיקשה מוסמכת היא הכנסת לחוקק חוקי חוקה משוריינים (כחוקי יסוד). בה בעת, מביע חברי קושי באשר לסמכות הכנסת לחוקק חוקים משוריינים שאינם חוקי יסוד, ובאשר לסמכות לחוקק חוקי יסוד בנושאים שאינם "נושאי חוקה". כך, למשל, בנושא [החוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים](#), ולעניין הקביעה בו כי רק רוב חברי הכנסת יהיה בסמכותם לשנותו. על נושא זה בכללו עומדים אנו במקום אחר, ועתה לא ביקשנו לעמוד אלא על ההבחנה בין "נושאי חוקה" לבין נושאים שאינם נושאי חוקה, שבראשונים ניתן, על-פי הדוקטרינה, לחוקק חוקי יסוד, ובאחרונים, כנטען, אין סמכות לחוקק חוקי יסוד.

לו נתנה האסיפה המכוננת חוקה לישראל, כי אז ידענו חוקת ישראל מהי על דרך עיון במסמך החוקה. ואולם עתה, שחוקה לא ניתנה לנו, כיצד נדע מה נושאים "ראוי" להם להיות בחוקה ומה נושאים אין זה ראוי לחוקה כי תכלול אותם (והכללתם בחוקה או בחוק יסוד יהווה "שימוש לרעה" בסמכות)? הכרעה בשאלה זו חשובה עד למאוד, שכן אם תאמר הכנסת לשריין חוק שאינו חוק חוקה - או שתקרא שם של "חוק יסוד" על חוק שאינו "ראוי" לכך - אפשר, על-פי הנטען, כי תחרוג במעשה זה סמכותה, ובית המשפט יוכל להכריז על אותו מעשה כבטל מעיקרו. ואולם: היעלה על הדעת כי בית המשפט הוא שיתווה מסגרות ל"חוקה ראוי", וכי על-פי אותן מסגרות יחליט איזה שריון חוקי הוא ואיזה שריון אינו חוקי?

הנה הוא, בתורת משל, אותו חוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים. אכן, חוק זה - על-פי מהותו - אין כוללים אותו בדרך כלל בחוקה. ואולם, האומנם נאמר כי בית-משפט הוא שיקבע מה ראוי לה לחוקה שתכלול - ומה אין ראוי לה לחוקה שתכלול - ומתוך שחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים אין הוא "ראוי" שייכלל בחוקה, יוסיף בית המשפט ויקבע כי שריונו נעשה שלא כדין ובחריגה מסמכות אך מטעם זה בלבד? איסור שתיית משקאות אלכוהוליים

(PROHIBITION) נכלל בתיקון לחוקת ארצות-הברית. כך ביקש "מחוקק החוקה" לעשות - וכרצונו עשה. חוק זה, אליבא דכולי עלמא, אין הוא ממשפחת חוקי חוקה. האם נאמר כי מתקן החוקה חרג מסמכותו? הגנה על נכסי הציבור, בימינו ובמקומנו, כיצד ניתן לומר עליה כי מקומה הוא אל מחוץ לחוקה? ומכל מקום: האומנם בית המשפט הוא שיקבע את גודלי החוקה? אכן, האמירה כי לעניינה של חקיקת חוקה מוגבלת הכנסת בסמכותה ל"נושאי חוקה" וכנגזרת מכך: כי בית המשפט הוא שיקבע איזה חוק יבוא בגן החוקה ואיזה חוק יתדפק על שער ואין פותח - ואם נכנס כי אז נגרשנו מן הגן;

אמירה זו, כשהיא לעצמה, יש בה כדי להצביע לא על סמכותה המוגבלת של הכנסת אלא על חולשתה של תורת שני הכתרים.

61. דוגמה נוספת: תורת שני הכתרים מלמדת אותנו כי הכנסת מחזיקה בשתי סמכויות, וכי סמכות של כנסת כמחוקקת אל לה לחרוג מנורמות שקבעה כנסת כרשות מכוננת. נורמה של חוקה ונורמה של חוק, השתיים מצויות על רמות שונות, ונורמה "נחותה" אסור לה שתחרוג מנורמה נעלה. ומכאן שאלה: נניח שהכנסת - בסמכותה המכוננת - מחוקקת חוק יסוד בנושא של חוקה, ומוסיפה היא ומשריינת אותו חוק בשריון פורמאלי, לאמור, קובעת היא כי אין לשנות את החוק אלא ברוב של 61 מחברי הכנסת. נוסף עתה ונניח, כי חוק מאוחר (אף הוא חוק יסוד) אומר לשנות את החוק שכך שורייין, אך בלא שהצביעו בעבורו 61 חברי כנסת. האם החוק המאוחר תקף, אם לאו? יאמרו לנו חסידי תורת שני הכתרים: החוק המאוחר בטל, ומטעם פשוט: משחרג החוק המאוחר מגדר ההרשאה של החוק המוקדם, מסקנה נדרשת היא שהחוק המאוחר בטל (השוו: ברק, פרשנות במשפט, כרך א, תורה הפרשנות הכללית (נבו, 199) 568; כרך ג הנ"ל, בעמ' 282). ועל כך נקשה: כיצד כך? והרי הכנסת כוננה את החוק השני בסמכותה כרשות מכוננת; בסמכותה זו אין הכנסת כפופה לכנסת שכוננה - כרשות

מכוננת - את החוק הראשון; והרי כלל יסוד הוא שהפה שאסר הוא הפה שיתיר. שריונו של החוק נועד, מתחילתו ומעיקרו, לחסנו מפני פעולת הכנסת כרשות מחוקקת; עתה, שידענו כי בכוננה את החוק השני פעלה הכנסת כרשות מכוננת, נסיף ונדע כי פעלה בסמכות. אם כך, האין אנו משחקים במילים ובקונסטרוקציות משפטיות ערטילאיות? ראו עוד והשוו: נימר, במאמרו הנ"ל; אנגלרד, בספרו הנ"ל (פיסקה 49 לעיל);

.LIKHOVSKI, SUPRA, 3 IS. L. REV., AT 358

על כך משיב לנו פרופסור קליין, וכמוהו פרופסור רובינשטיין, כי בחוקקה את החוק הראשון "מיצתה" הרשות המכוננת את סמכותה באותו נושא, וכי מאותה עת ואילך כפופה גם היא להוראת השריון (ראו, למשל: קליין, במאמרו הנ"ל, משפטים ב;

רובינשטיין, בספרו הנ"ל (מהדורה 4), בעמ' 450 ה"ש 13). מניין לקחו פרופסור קליין ופרופסור רובינשטיין דוקטרינה זו (דוקטרינת "הסמכות הנגזרת")? האין בדוקטרינה זו משום הנחת המבוקש? והרי הדוקטרינה כל כולה מיוסדת היא אך ורק על סברת החכמים. שאלה היא, והשאלה תידפק על דלתנו ולא תיתן לנו מנוח: הזו תורה שעל פיה קנתה הכנסת סמכות לחוקק חוקה? תשובתי היא בשלילה רבתי.

גם חברי, הנשיא ברק, נדרש לשאלה זו, וכך אומר הוא (בפיסקה 62 לפסק-דינו):

"בהפעילה את סמכותה המכוננת, רשאית הכנסת לכבול את השימוש העתידי בכוחה המכונן. דבר זה נובע מעצם התפקיד המכונן עצמו. תפקיד זה בא ליצור מסמך המעגן נורמות שאין לשנותן אלא בדרך מיוחדת. התפקיד המכונן נועד מעצם טבעו ליצור חזקה פורמאלית, שמשמעותה האינהרנטית היא קביעת הוראות בדבר דרכי שינוי החוקה, שאותן ניתן לשנות בדרך של מילוי

ההוראות האלה, שאם לא כן השינוי החוקתי אינו חוקתי (THE UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENT) אכן, כוחה של הכנסת - שעה שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת - לכבול את עצמה, ובכך 'לשרייף' את הוראותיה, נגזר מעצם ההסמכה לכינונה של חוקה פורמאלית".

אמירות אלו כולן הינן אמירות EX CATHEDRA, והצגתן היא כאקסיומה שלא נוכל להרהר אחריה. יתר-על-כן: בדיקתן מקרוב של אמירות אלו תלמדנו כי נעות הן על פסי "מעגל קסם" של הנחת המבוקש, וכניסוחן יש בהן מעין הגדרת IDEM PER

IDEM ואמנם: סמכות של רשות מכוננת לכבול רשות מחוקקת - ידענו והסכמנו; סמכות של רשות מכוננת לכבול רשות מכוננת - מניין באה זו? אכן, קושיה היא ותהי לקושיה.

ואמנם: צורך מובנה הוא בתורת שני הכתרים, כי הכנסת בסמכותה המכוננת רשאית ומוסמכת היא לכבול את סמכותה המכוננת. צורך מובנה זה מקורו באנומליה שתורת שני הכתרים מיוסדת עליה, אנומליה שלפיה רשות מכוננת חיה וקיימת כחמישים שנה

ואת מועד הסתלקותה מן העולם לא יידע איש. רשות מכוננת מן המניין, ימי שני חייה הינם קצובים, באותן שנים כותבת היא הצעת חוקה, ולסיום מובאת החוקה לאישור בדרך שנקבעה. כך בחוקה הנכתבת במגילה אחת וכך בחוקה הנכתבת מגילות-מגילות. שאלת הכבילה העצמית, או שאין היא מתעוררת כלל - על-פי עצם המבנה החוקתי לכתיבתה של חוקה - או שעלולה היא להתעורר אך לתקופה קצרה ומוגבלת, משך אותה תקופה שבה אמורה האסיפה המכוננת להתקיים ולתפקד (בהנחה שהאסיפה המכוננת והרשות המחוקקת חד הן). האנומליה בתורת שני הכתרים מקורה הוא בקיומו של אותו מלך שקשרו לראשו שני כתרים, אך בעיקר בהיוסף לכך כי ימי שני מלכותו של אותו מלך אין להן לא קיצבה ולא גבול.

אנומליה זו לא נפלה עלינו משמים. תורת שני הכתרים ועמה תורת הריבונות הבלתי מוגבלת יצורה קיימה. לו נתקיימה כוונתם המקורית של המכריזים על הקמת המדינה, לא הייתה מתעוררת בעיה של כבילה עצמית, על כל פנים לא לאורך שנים.

בראשית הייתה האסיפה המכוננת לעצמה - כל ייעודה לא היה אלא לכתוב חוקה - ושאלת הכבילה העצמית לא הייתה עולה כלל על סדר היום הלאומי. כך היה גם לעת הכנסת הראשונה-האסיפה המכוננת, ששנותיה אמורות היו - על-פי טיבם של דברים - להיות קצובות ומדודות. האנומליה נולדה עם "הארכת" חייה של הסמכות המכוננת ללא גבול. אנומליה זו הולידה מצדה צורך לקבוע כלל באשר לכבילה העצמית, ומכאן הדוקטרינה שעניינה הסמכות הנגזרת והדוקטרינה המכירה לסמכות המכוננת כוח לכבול

סמכות מכוננת שלעתידי. ואולם דוקטרינות אלו שמורים אותנו הן דוקטרינות EX CATHEDRA לאמור, כזה ראה וקדש. תחת אשר נראה באנומליה - דווקא בה - טעם להפרכתה של תורת שני הכתרים ותורת הריבונות הבלתי מוגבלת, רואים אנו צורך להמציא כלל נוסף ולראותו כבן לנורמה הבסיסית.

62. ובאותו הקשר. מה היה לה לכנסת הראשונה שלא חקקה חוקה, וכי מאז ועד היום אין חוקה לישראל? עיון בדברי הכנסת ילמדנו כי הטעם האמיתי לאי-קבלתה של חוקה היה בסירובן של המפלגות חברות הקואליציה לקבל חוק, כל אחת מהן מטעמיה שלה. כך היה באסיפה המכוננת, כך היה בכנסת השנייה וכך היה בכנסות שלאחריה.

ונשאלת מאליה שאלה: הימנעות זו מחקיקת חוקה - שמא נאמר: סירוב עיקש לחוקק חוקה - האין בו כדי ללמד דבר לענייננו?

63. גם אני סבור, כמוני כחבריי, כי ראויים אנו לחוקה וכי ראוייה חוקה לנו. יש רבים וטובים החושבים אחרת, וטעמיהם לדעתי כבדי משקל המה. בייחוד כך, שחקיקתה של חוקה היא מבחינות מסוימות דרך שאין חורים בה. ואולם, גם התומכים בקבלתה של חוקה ראוי להם שייזהרו בדרכם שמא יינגפו במכשולים, סמויים ושאינם סמויים. אדרבא: ייעשה מעשה ותתקבל חוקה. ואולם מעשה שיעשה יהיה כמעשה כל העמים: תנוסח חוקה ותובא למשאל עם; תתקבל חוקה בשש קריאות שתתפרסנה על פני שתי כנסות; ייעשה כל מעשה, ובלבד שתהא בו חריגה מהותית מדרכי החקיקה הרגילות

והעם יהיה מעורב בחקיקתה של החוקה. כל אלה מעשים לגיטימיים הם, וכולנו נסכים להם ונאהב אותם. ואולם אתנגד בכל כוחי כי נכיר סמכות לכנסת לחקוק חוקה על דרך פסיקה של בית המשפט, על דרך ניתוח משפטי של מסמך שזמנו לפני כארבעים ושבע שנים, על-פי תפיסות שנויות במחלוקת, תפיסות שלא קנו להן אחיזת סלע בחברה בישראל. והעם היכן הוא? וכי לא ראוי שנשאל את דעתו? אדרבא: נקרא לעם ונשאלה את פיו. רבקה אמנו לא ניתנה ליצחק אלא לאחר שנשאלה לדעתה ולרצונה: "נקרא לנערה(ה) ונשאלה את-פיה" (בראשית, כד, נו [ב]). אם כך ברבקה - לא כך יהא בעם ישראל כולו? אם ירצו העם ומנהיגיו בחוקה - תימצא הדרך אליה; אם לא ירצו - לא תכונן חוקה. כל שאינני מסכים לו הוא, כי תחוקק חוקה ואת פי העם לא שאלנו.

אכן, מה יסוד יימצא לנו לומר כי תפיסות היסוד של החברה בישראל מכירות לכנסת סמכות לחקוק חוקה? כיצד ידענו כי הקונסנסוס בישראל הוא שהכנסת מחזיקה בסמכות מכווננת? האם העם של היום העניק לשלוחיו בכנסת סמכות לכבול את העם של מחר ולו בענייני חוקה? ואם יאמרו לי: אכן כן, כך היה לפני ארבעים ושבע שנים, אף אני אשיב אמריי: מדברים אנו על העם של היום: האם נתן הוא לשלוחיו בכנסת סמכות לחוקק חוקה היום? אימתי נתן הוא מגדט לשלוחיו בכנסת לחוקק חוקה נוקשה לישראל?

64. בספרו הנ"ל, כרך ב, עומד פרופסור אקצין על נושא "כינון החוקה ושינוייה" (בעמ' 28 ואילך) ועל נושא "משמעותן החברתית של חוקות" (בעמ' 50 ואילך). המעיין בדברים ילמד ויידע, כי חוקה כהילכתה אמורה להיחקק ביד מי שיעודם הוא כתיבת חוקה והם "בעלי אוטוריטה העולה על אוטוריטת המוסדות המוסמכים לקבוע הוראות משפטיות אחרות" (שם, בעמ' 28), או "אוטוריטה שמייחסים לה מעמד מעל לתחום של ענייני שלטון ומשפט, וכל זאת תוך חגיגות מסוימת המדגישה את העמדה המיוחדת של החוקה" (שם). הנה היא האסיפה המכווננת האמיתית שנכונה בשנת 1949. אפשרות אחרת לכינונה של חוקה, כך מלמדנו פרופסור אקצין, תבוא על דרך שיתופו של העם, במשאל עם או אחרת. ובלשונו, שם, בעמ' 34:

"... קיימות מדינות רבות, בהן השתמר או הוכנס מחדש הליך של משאל-עם כהליך-של-חובה או כהליך מותר בנסיבות מיוחדות בקשר לקביעתן של אי-אלו נורמות; והנטייה היא להזדקק למשאל-עם בקשר לכינון חוקה ולשינוייה יותר מאשר בכל הקשר אחר. נטייה זו נובעת מן הרעיון שהחוקה - מכלול הנורמות בעלות האוטוריטה הגבוהה ביותר במדינה - ראוייה יותר מכל סוגי-נורמות אחרים להקבע במישרים ע"י אותו הגוף שבמדינה המתיימרת להיות דמוקרטית רואים בו את הריבון, ז.א. ע"י כלל האוכלוסיה המבוגרת. בשמשו גוף מכוון, מסייע העם הריבון לחוקה לקבל אופי של נורמה שתהא עדיפה על כל נורמות אחרות שלא נוצרו אלא ע"י שליחי הריבון. וכן כרוך השימוש, הנפוץ למדי, במשאל-עם בקשר לכינון החוקה, בתקוה שהשתתפות העם בקביעתה תהווה סימן-היכר בולט לשוני היסודי בינה לבין כל הנורמות האחרות ותגרום לכך שהשליטים ונושאי התפקידים

הציבוריים למיניהם יתייחסו אליה ביחס-כבוד מיוחד, בעוד שבתודעת המוני העם תגרור השתתפות זו הזדהות עם החוקה, שהם עצמם יצרוה, זיקה מיוחדת אליה, ונכונות להתגייס להגנתה בשעת הצורך. על רקע השיקולים הללו, מוצאים אנו מספר חוקות שקביעתן המקורית, לאחר הכנה ע"י גוף מתאים, נעשתה באישורו של משאל-עם".

ובהמשך, שם, בעמ' 35:

"במתכונת דמוקרטית מוכנה הצעת החוקה, גם כשהיא עתידה להיות מובאת לאישור משאל-עם, ע"י אספה מכוונת שנבחרה לפי אותה שיטת הבחירות בערך בה נהוג במדינה הנדונה לבחור נציגים למוסד המחוקק, או במקרה של מהפכה המרחיקה-לכת - לפי השיטה הנראית למחזיקי השלטון הזמניים.

האספה המכוונת משמשת בנסיבות אלו הן כמוסד להכנת החוקה והן, אם מתנהלת המדינה לפי המתכונת הפרלמנטרית, כמוסד מחוקק ומפקח על הממשלה. סמכויות השלטון העליונות מרוכזות כולן במקרה האחרון בידי אספה מכוונת זו, פרט לכך שאין היא מוצאת לנכון לקבוע סופית את החוקה ומשאירה תפקיד זה בידי העם".

אכן, יש דרכים נוספות לחקיקת חוקה - כגון שאותה רשות עצמה היא גם הרשות המחוקקת וגם הרשות המכוונת - אלא שדרכים אלו הן הנחותות בדרגה. ובלשונו של פרופסור אקצין, שם, בעמ' 37:

"הנסיון מלמד כי יש להתייחס בספקנות מסויימת ליעילותם של התחליפים האלה".

ובהמשך, שם:

"ודוקא כאן התעוררה השאלה, מדוע מגיעה לנורמה אחת שנקבעה ע"י הגוף המחוקק עדיפות על נורמות אחרות של אותו הגוף, או, כפי שהבעיה הוגדרה בשעתו - כיצד יכול מחוקק לחייב את עצמו או את המוסדות המחוקקים שיבואו אחריו. עצם הצגת השאלה בצורה זו מעמידה, כמובן, בספק את קיומה של חוקה פורמאלית כרבד-נורמות לפני עצמו ורומזת על כך שאין החוקה נבדלת הבל-של-ממש מן החקיקה הרגילה. במידה שמדינת ישראל צועדת לקראת כינון חוקה כחלק מתפקידיה הרגילים של הכנסת - המוסד המחוקק במדינה - עומדת הבעיה הזאת גם בפניה".

הוא שאמרנו אנו: לכינונה של חוקה כיום, ארבעים ושבע שנים לאחר הקמת המדינה, נדרשים אנו - ומכל בחינה שהיא: משפטית, ציבורית, מוסרית - ליותר, להרבה יותר, מאשר לקונסטרוקציה משפטית על דבר סמכותה של הכנסת דהאידינא לחוקק חוקה.

65. חברי, הנשיא ברק, מצייר באורח דרמטי משהו את דיוני הכנס בחוקי היסוד החדשים, ואומר הוא (בפיסקה 57 לפסק-דינו) כי דיוני הכנסת בחוקי היסוד נשאו אופי מיוחד במינו. ובלשונו:

"... הדיונים בכנסת בחוקי היסוד היו בעלי אופי מיוחד. הכנסת היתה מודעת כי היא רושמת פרק נוסף בחוקת המדינה. חברי הכנסת היו מודעים לכך שאין הם מחוקקים חוק רגיל, אלא חוק חוקתי בעל השלכות מרחיקות לכת וארוכות טווח על משפטה ועל אופייה של המדינה. הדיון היה חגיגי. בעת חקיקתם של חוקי היסוד היו הכול מודעים לחשיבות הרגע ולגודל השעה".

לא נכחד: היו אמנם חברי-כנסת אשר חשו תחושה של שליחות. היו אלה, בעיקרם של דברים, חברי-כנסת שעסקו בניסוחם של חוקי היסוד ומתוך כך חשו התרוממות רוח.

ואולם אלה היו מעטים, נער יספרם. רוב חברי הכנסת לא חשו אלא שעושים הם בשיגרת היום-יום. יום קבלת חוקי היסוד לא היה עבורם אלא עוד יום של חול. הנה כי כן, [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) - והוא חוק העולה בחשיבותו לאין שיעור על כל שאר חוקים בנושא זכויות האדם, לרבות על [חוק-יסוד: חופש העיסוק](#) - נתקבל בכנסת ברוב של 32 נגד 21 ונמנע אחד. פירוש: רק 54 חברי-כנסת הטריחו עצמם להיות נוכחים בכנסת בעת ההצבעה על החוק בעוד אשר 66 חברי-כנסת לא באו כלל להצבעה. דומני שיהיה זה מוגזם לומר כי הדיונים בכנסת "היו בעלי אופי מיוחד"; כי "הכל היו מודעים לחשיבות הרגע ולגודל השעה"; כי "הדיון היה חגיגי". תמהני אם 66 חברי-כנסת אשר נעדרו מן הדיון סברו כל אלה. ונזכור כי 66 חברי-כנסת מהווים למעלה מרוב מוחלט של חברי הכנסת. ראו עוד קרפ, במאמרה הנ"ל, בעמ' 326-328.

ואמר חבר הכנסת שבח וייס בקריאה הראשונה של הצעת [חוק-יסוד: חופש העיסוק](#):

"...אם חבר הכנסת אמנון רובינשטיין יצליח, חלקיקים-חלקיקים, פרודות-פרודות, לעבור לאטומים, ומן האטומים למערכת כוללת יותר, ואם זה לא ייצור בוקה ומבוקה ומבולקה, ויש שם איזה סדר, בדרך החצי-מחתרתית, חצי-לגיטימית, של הגנבת החוקה לסדר- יומה של מדינת ישראל - אנחנו נברך אותו על כך" (ד"כ 124 (תשנ"ב) 2596; (ההדגשה שלי - מ' ח').

חבר הכנסת שבח וייס סבר כי ראויים אנו לחוקה וכי חוקה ראויה לנו. אך נתקשה להאמין כי ראה את הדיון בכנסת כדיון חגיגי, כדיון היסטורי מרשים, כמעין יום מתן תורה.

66. לו נתקיימה אמנם תורת שני הכתרים או תורת הריבונות הבלתי מוגבלת, כי אז מצפים היינו כי תציג עצמה לפנינו במלוא הדרה כאומרת: הנני כי קראת לי. וכל הרואה יידע ויתפעם. אריה שלפנינו, וכי שומה עלינו לקבוץ ראיות ולהקים תורות ודוקטרינות להוכיח ולהיווכח כי אריה הוא? ואם כך באריה, לא כך יהיה בעצם קיומה של סמכות לכוון חוקה? אכן, דבר למד מעניינו הוא, צורך חוקתי מובנה הוא, כי סמכות שקנה גוף

פלוני לחוקק חוקה לא ימצאו חולקים עליה. כי אותה סמכות תציב עצמה לפנינו במלוא שיעור קומתה, וכל הרואה יידע לפני מי הוא עומד. והכול, בלא שנידרש להסברים ולפרשנויות ולדוקטרינות: מניין וכיצד ומדוע. כל אלה לא נתקיימו בסברה שלפיה קנתה הכנסת סמכות לכונן חוקה.

סמכות מכוונת ודרכנו במסע הדמוקרטיה

67. דומה כי תורת שני הכתרים - וכמוה תורת הריבונות הבלתי מוגבלת - יוצרות במשפט החוקתי של ישראל מערכת שטרם נודעה במדינות אחרות: אותו גוף עצמו, במשך קרוב לחמישים שנה לעבר - ועוד משך זמן אשר לא נדע לעתיד - אמור לשמש, כביכול, גם מחוקק רגיל גם מחוקק חוקה, ובלא שהוא נדרש לכל הליך חוצה לו או לכל גוף אחר. ואת פי העם לא שאלנו. הכך נבקש לבנות חוקה? הכך נאמר להקנות לבית-משפט סמכות לפסול חוקי כנסת? קשה בעיניי כי נרכיב תורות אלו עטרה לראשנו, כי על פיהן תקנה הכנסת סמכות לכבול את סמכותה, כי בית-משפט על מושבו יקנה סמכות לפול חוקי כנסת. אכן, עד שהכנסת תחזיק בסמכות לחוקק חוקה, נצפה כי תקנה סמכות כך לחוקק באורח מפורש, ברור וחד-משמעי. בנייתה של חוקה כיום על סמכות שקנתה האסיפה המכוונת לפני ארבעים ושבע שנים - בוודאי בהיעדר רצף חוקתי בין ראשית לבין אחרית - אין לקבלה, לא כל שכן שמדובר באותו גוף עצמו - באותה כנסת - האמור גם לחוקק חוקים גם לחוקק חוקה.

68. דומני שלא אטעה אם אומר, כי המבקשים להכיר בסמכותה של הכנסת שהאידינא לחוקק חוקה שאינה ניתנת לשינוי אלא ברוב מיוחד ומיוחס שלמעלה מ-61 חברי-כנסת (הוא הדין באלה המכירים בסמכותה של הכנסת לכבול עצמה במעשה החקיקה לעתיד לבוא על דרך של רוב מיוחד ומיוחס מעין זה), משווים נגד עיניהם חקיקה המשריינת זכויות וחירויות לפרט: חופש התנועה, חופש הביטוי, חירות ממעצר. ובראותנו כל אלה פחד ורחב לבבנו. הנה מה טוב ומה נעים. שמחתי באומרים לי תחזקנה זכויות האדם. נרחיב את חירויות הפרט, נצר את כוחות השלטון, ניטיב ליחיד ולכלל וירווח לנו. אשרי הגבר אשר יבטח בבית המשפט והיה בית המשפט מבטחו. חזקה עליו על בית המשפט כי ימצא את ה"איונים" הראויים בין יחידים, ביניהם לבין עצמם, בין פרט לבין כלל, בין היחיד לבין חברה. טוב לחסות בבית המשפט מבטוח בשליטים.

גם אם נכונים הם כל דברים אלה כולם - ונסכים כי נכונים הם - נזכור נא ונשמור כי חוקה אין עניינה אך בחירויות הפרט ובכבוד האדם; חלק נכבד מן החוקה - אפשר חלקה העיקרי - עניינו במוסדי השלטון, ברשויות השלטון, בכוחות ובסמכויות המוקצים לכל אחת מן הרשויות, אפשר ביחסי דת ומדינה אפשר בגבולות המדינה. כך, למשל, נניח שחוק יסוד יקבע כי תיערכנה בנפרד בחירות לרשות מחוקקת ולרשות מבצעת; כי בחירות תהיינה בדרך פלונית; כי הקצאת סמכויות בין אבריה של הרשות המבצעת העליונה - ראש ממשלה וממשלה - תהיה כך וכך; כי גבולות המדינה יהיו

אלה ואלה; וכי חוק יסוד זה לא ניתן יהיה לשנותו אלא ברוב של שמונים חברי-כנסת. במערך הכוחות הפנימי בישראל אפשר לא ניתן יהיה לשנות חוק זה שנים רבות מאוד, למרות שרוב העם ורוב מבין חברי הכנסת - ואפילו רוב כבוד - יאמר לשנותו. הנקבל זאת עלינו?

69. מאז קוממיות אין לנו מנוח, לא לעם ולא למדינה. הכרעות קשות ומכאיבות תוכפות עלינו. רישומיהן של אותן החלטות ניכרים בחיי היום-יום, ולעתיד פתרונים מה יבוא עלינו. שאלות הרוח גורל לפרט ולקהילה רודפות אותנו כל העת, ובקרב העם דעות והקפות שונות, מי בכה ומי בכה. נשווה נא עתה נגד עינינו שאלה פלונית שהעם מתייסר בה ומפולג בה, ונניח כי עולה הדבר בידי הממשלה, או בידי האופוזיציה, והכנסת מחוקקת חוק יסוד באותו נושא, בניגוד למחאות קשות של המתנגדים, מחאות של כנסת ומחאות של רחוב. הנושא הוא נושא חוקתי, והכנסת מוסיפה ומחליטה כי לא ניתן יהיה לשנות אותו חוק יסוד אלא ברוב של 80 חברי-כנסת. מובן שהחוק מתקבל ברוב רגיל, כמקובל בכנסת. למשל, ברוב שבו נתקבל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: ברוב של 32 נגד 21 ונמנע אחד, או ברוב שבו נתקבל חוק-יסוד: הממשלה (55 קולות בעד ו-22 קולות נגד).

והנה בא יום, והוא למחרת יום קבלתו של החוק, אפשר שבועיים לאחריו, אולי חודשיים, אולי שנה או שנתיים. הממשלה או האופוזיציה (לפי העניין), מבקשת לשנות את החוק. אך זאת אין בכוחה לעשות. בחוק החדש תומכים רק 70 חברי-כנסת, אולי 75 חברי-כנסת, אולי 61 חברי כנסת. אליבא דחברי החוק הוא חוק, שהרי חוק חוקה הוא, חוקה לישראל.

ואני אומר: לא ולא! לא יעלה על הדעת כי נציגיו של רוב העם יסברו כפי שיסברו, אך בבואם לשנות את חוק היסוד נמנע אותם מהשגת מבוקשם בהעמידנו על דרכם קונסטרוקציה משפטית של שי כתרם או של ריבונות בלתי מוגבלת. הכך נמנע מרוב - אף מרוב מאסיבי - לשנות את גורל העם? דומני כי מניעת הרוב שקולה כנגד הליך אנטי-דמוקרטי בעליל. אמרתי כמה וכמה פעמים, ולא אלאה מחזור על כך: לא זה הדרך לחוקק חוקה. אם ברצוננו להעמיד את העם לפני עובדה מוגמרת ואת פיו לא נשאל - זה אמנם הדרך. ואולם אם על דעת העם נאמר לפעול, נפנה נא אליו ונשאל את פיו כמעשה האסיפה המכוננת האמיתית שלפני ארבעים ושש שנים. אפשר ייעשה מעשה אחר, מעשה החורג באורח חוקתי בולט משיגרת החקיקה הרגילה, וגם אותו נאהב. אך אנא, אל נא נקבע עתה - לראשונה - הלכה משפטית המיוסדת על חוק שמשנת תשי"א (1951) ונכונן במו ידינו את הכנסת כרשות מכוננת לחקיקתה של חוקה נוקשה למדינה.

70. ואולם חמור מכך: בדוגמה שהבאנו לעיל אומרת כנסת של היום לקשור לא אך את שיקול-דעתן של הכנסות - זו של היום ואלו שתבואנה לאחריה - אלא את שיקול-דעתו של העם אף הוא. הנה כי כן, מלכתחילה לא נשאל העם של היום לדעתו,

לאמור: אם מסמך הוא את הכנסת לשריין אותו חוק יסוד כדי אי-יכולת לשנותו אלא ברוב של שמונים. עתה, משהועמד לפני מעשה עשוי, אומרים לנו לעם: אם ברצונך לשנות את החוק - אותו חוק שמעולם לא הסמכת את הכנסת לחוקק (לעניין הרוב המיוחד) - דע כי עליך הנטל לעשות מעשה. בבחירות שתבואנה כוון בחירתך כראוי, ולאחר שתתכנס כנסת חדשה קבץ שמונים חברי-כנסת וצא לקרב. ואולם עצה טובה זו לבוחר היא פשטנית שכן גם בבחירות שתבואנה יהיה העם מוגבל ביכולתו לשנות את החוק.

הנה הוא בוחר פלוני המתנגד לחוק בכל תוקף, אך בסיכום הכולל של השיקולים לכאן ולכאן מגיע הוא לכלל מסקנה כי ראוי להצביע בעבור מפלגה פלונית התומכת דווקא בחוק. מערכת שיקולים מעין זו של בוחר אינה יוצאת דופן, שכן קשה להניח כי בוחרים יכוונו הצבעתם אך לפי מצעים שיאמרו לשנות אותו חוק יסוד. העם הועמד אפוא לפני מעשה עשוי, והנטל שהוטל עליו לעשות לשינוי הינו כבד מנשוא: גם לעניין קיבוץ שמונים חברי-כנסת אל בקעה אחת גם לעניין בחירות לכנסת. ואם מערכת כוללת זו אין בה פגיעה בדמוקרטיה, פגיעה בדמוקרטיה מה היא - לא ידעתי.

71. יהיה אשר יהיה בארצות שמעבר לים (ובארצות שאינן מעבר לים), חזות מעין זו קשה היא במאוד, ואני רואה בה תופעה אנטי-דמוקרטית בעליל. אומר ואכריז בקול גדול: בהולכנו אל הקלפי לבחור בכנסת, מבקשים אנו כי הכנסת הנבחרת היא שתקבע את מערך חיינו, היא שחוקק נורמות שיסדירו את מהלכי האומה והפרט מעת לעת.

בהולכנו לבחירות לא הסמכנו את הכנסת כי תפרוק מעל שכמה סמכויות שהוענקו לה, כי תתנצל מכוחות חקיקה ותכבול את ידיה במעשה חקיקה לעתיד לבוא. שאל בוחר ויגידך אם ידע - אם שמע - על סמכותה של הכנסת לחוקק חוקה נוקשה למדינה, לאמור, חוקה הדורשת מעל 61 חברי-כנסת כדי שניתן יהיה לשנותה; דרוש אם לבד מאנשי משפט ועוד כמה וכמה אנשי רוח - שניים שלושה בסעיפיה פורייה - שמע "האיש מרחוב דיזנגוף" כי לפני כחמישים שנה קנתה הכנסת סמכות לחוקק חוקה כאמור; כי סמכות זו נמשכה והלכה בידה עד היום; וכי עתה מבקשת היא לממש את סמכותה לחוקק חוקה. וכי אני ידעתי זאת? וכי אתה ידעת זאת? וכי אתם ידעתם? וכך, כמו יש מאין בונים סמכות לכונן חוקה?

עקרון היסוד הדמוקרטי של שלטון הרוב - לענייננו: 61 חברי-כנסת - נעלה הוא בעיניי מכדי שאתעלם ממנו כאילו אין הוא עמנו. אכן כן: ניתן לסטות מעיקרון זה, אך זאת ביודעין, בכוונת מכוון, בנטילת אחריות, בחישוב מחושב, בהליך ראוי לחקיקת חוקה. וגם אם שישים ריבוא ביקשו חוקה לעצמם - אלו היינו אנו בשנת 1948 - הניתן לממש כוונה ורצון אלה כיום, ואנו חמש מאות ריבוא? "היתפאר גרזן על החצב בו אם-יתגדל המשורר על-מניפו"? (ישעיהו, י טו [1]). הגרזן לא יתפאר והמשורר לא

יתגדל. כך הכנסת, שבהיותה אך שלוחת בוחריה אסורה היא בחריגה מסמכות שהקנו לה הבוחרים, ואין היתר בידה להגביל את סמכותה במלאכת החקיקה בלא שקיבלה היתר מיוחד ומפורש לדבר. היתר מיוחד ומפורש לא נתנו בידה.

נוסיף ונאמר את המובן מאליו, שענייננו עתה אין הוא אלא בנושא הרוב הנדרש במשטר דמוקרטי. כולנו ידענו כי קיומו של רוב אין בו, כשהוא לעצמו, ערובה למשטר דמוקרטי תקין. תוכנו ומהותו של המשטר, בחירות אמת הנערכות מעת לעת, הפרדת כוחות בין הרשויות והגנה על זכויות הפרט, אף אלה, ועוד שכמותם, אברים חיוניים הם בגופו של משטר דמוקרטי ראוי. כל שאומרים אנו עתה אינו אלא זה,

שכלל הרוב הינו תנאי-בלעדיו-אין (CONDITIO SINE-QUA-NON) לעצם קיומו של משטר דמוקרטי (בהיעדרה של חוקה).

72. מדברים אנו על "הסכמה לאומית", על "תפיסות עומק" של החברה בישראל, על "אמנה חברתית". ואני אומר, כי אין הסכמה לאומית בישראל להכרה בסמכות הכנסת לכבול את שיקול-דעתה בשריון של למעלה מ-61 חברי-כנסת. אותם מקרים בודדים שנעשה בהם שריון מעין זה, היו בנושאים שאין עליהם מחלוקת והם מיסודי היסודות של הדמוקרטיה כפי שהיא נתפסת בישראל. לא ניתן להקיש מהם לא לעצם סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת ולא למקרים אחרים העשויים להיות שנויים במחלוקת עזה וקשה.

לא כל שכן שאותם עניינים לא עמדו מעולם לבחינה, לא לבחינה משפטית ולא לכל בחינה אחרת.

ואני אוסיף ואשאל: כיצד נדע מה היא תפיסתה של החברה בישראל כיום? הערכנו משאל עם? השאלנו את האיש ברחוב? הנפסק כי משאל עם לא נערוך, וכי אנו עצמנו נקבע כי סמכותה של הכנסת היא לחוקק חוקה? הייתכן? האם אין ענייננו כאן בשאיפות (ראויות) הדוחקות להגשים את עצמן?

ואם יאמרו לנו, כפי שאכן אומרים לנו: מה לכם שטוענים אתם להיתר מן העם לחקיקתה של חוקה? וכי "העם" מעסיק עצמו בשאלות חוק ומשפט, בשאלה אם קנתה הכנסת סמכות מכוננת אם לא? והרי המחלוקת האמיתית בינות פלגי העם אין היא נסבה על שאלה משפטית זו או אחרת אלא על תוכנה של החוקה. רק על תוכנה של החוקה נדרשת הסכמה לאומית, על תוכנה ולא על עצם הסמכות לכוננה. אל תטענו אפוא על נושא סמכותה של הכנסת; דברו על עיקריה של החוקה לגופה. התרסה זו כנגדנו לא נוכל להסכים לה, ומטעם פשוט: אם נקבל את תורת הסמכות המכוננת - או את תורת הריבונות הבלתי מוגבלת - ימצא לנו כי מיעוט שבעם יכול שיקבל חוק ב"שריון 80" ובלא שתהא "הסכמה לאומית" לתוכנו של אותו חוק. מה לי אפוא סמכות מכוננת מה לי תוכנה של חוקה, והרי השניים אינם אלא אחד. וחוקי יסוד המתקבלים בידי מיעוט שבעם - וכן דין רוב רובם של חוקי היסוד - בוודאי לא נוכל לומר עליהם כי זכו להסכמה לאומית (בוודאי לא מראש).

73. קשה להימנע מהתרשמות כי חסידי תורות שני הכתרים והריבונות הבלתי מוגבלת כך הם אומרים: לכנסת סמכות לחוקק חוקה כי ראוי שתהיה בידיה סמכות זו (ההסכמה החברתית וכולי). לשון אחר: תורות אלו מזינות הן עצמן לא מעט ברצון עז ולוחץ להחדיר משפט רצוי אל בינות משפט מצוי, להזריק דוקטרינה (ראויה לעצמה) אל תוך ורידיה של שיטת המשפט הנוהגת. הערגה והכמיהה לחוקה פורמאלית ונוקשה היא כה עמוקה וכה עזה, עד כי היפותיזה שמקורה במשאלת-לב הופכת מעשה קסם משפט מצוי - משאלת-לב היא המגשימה את עצמה - בלא בקרה קפדנית על סמכויות הרשויות המרכזיות במדינה ועל הקצאת סמכויות לכל רשות ורשות. למותר לומר כי בשאיפה - שאיפת אמת - לחוקה אין די לכינונה של סמכות ליתן חוקה. וההסכמה החברתית מניין תימצא לנו - לא ידעתי.

אני מסכים במלאם לדברים שאמרו בשנת 1972 המחברים שפירא וברכה, במאמרם הנ"ל. ואלה היו דבריהם, בעמ' 21-22:

"גם אם צודקים אלה הסוברים שלכנסת יש סמכות מכוונת, ספק אם רצוי כיום - כעשרים ושתיים שנים לאחר הבחירות לאסיפה המכוונת המקורית - לבסס את עליונותה הנורמטיבית של חוקה אפשרית על סמכותה המכוונת הנמשכת של הכנסת. כאמור, התשתית החברתית-מוסרית לעליונותה של חוקה מעוגנת בתחושת הציבור הרחב, שהחוקה היא פרי יצירתו ונובעת במישרין מרצונו. האם ניתן כיום לשכנע את הציבור בסבירות מתן תוקף נורמטיבי מיוחד לחוקה שתתקבל על ידי הכנסת השביעית - גוף שנבחר למעשה על מנת שיחוקק חוקים במתכונת המקובלת - אך ורק משום שהסמכות של האסיפה המכוונת, שנבחרה בדור שעבר, עברה לכנסת הנוכחית בדרך פורמלית זו או אחרת? בזכרנו גם, שקיימים ספקות משפטיים אם אמנם הועברה לכנסת הנוכחית הסמכות המכוונת, וכן שעלול להיווצר טשטוש תחומים בין שתי הכשירויות של אותה כנסת (היינו, בין תפקידה כרשות מחוקקת לבין מעמדה כרשות מכוונת), נראה לי כי אין להסתפק כיום באקט של קבלת חוקה על ידי הכנסת עצמה".

כך נאמרו דברים בשנת 1972. במשך 23 שנים שחלפו מאז בוודאי אך נתחזקו והלכו.

74. פתחו בשאלה: האסיפה המכוונת - ההיית או חלמתי חלום? אף אנו נשיב: לפני ארבעים ושבע שנים היית, אך היום אינך אלא חלום מתוק שגז.

סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים משוריינים

75. דעתנו היא שאין לה לכנסת סמכות מכוונת, סמכות לחוקק חוקה פורמאלית ונוקשה. תורת שני הכתרים - וכמוה תורת הריבונות הבלתי מוגבלת - אין להן

לשתיים אחיזה במשפט הארץ. הכנסת היא כנסת - פשוטה כמשמעה - וסמכותה היא לחקוק חוקים כדרכה מימים ימימה. ומכאן שאלה: עובדה מוכחת היא כי במהלך השנים חקקה הכנסת כמה חוקי יסוד (ולא רק חוקי יסוד) שאותם "שריינה" ו"חיסנה" מפני רוב רגיל. והשאלה תתייבב מאליה: האם בעשותה כן לא חרגה הכנסת מסמכותה (תוך שאנו מבחינים הבחן היטב בין סמכות לכוונן חוקה לבין שריונם של חוקים)? ואמנם: סמכות "מכוננת" לא קנתה הכנסת; הקנתה סמכות לחוקק חוקים משוריינים? חוק הקובע בגופו כי לא ניתן יהיה לשנותו, או לפגוע בו, אלא אם נתקבל ברוב חברי הכנסת - התופס הוא אותו שריון? האומנם לא תוכל הכנסת לשנות את החוק או לפגוע בו אלא אם יצביעו רוב חברי הכנסת בעד השינוי או הפגיעה? ואם קובע חוק בגופו כי לא ניתן יהיה לשנותו אלא ברוב של 70 או 80 חברי-כנסת? מה דינו של שריון זה? זו השאלה שנעסוק בה להלן.

76. לנוחות הדיון נפתח בהנחה המקובלת (מקובלת, אך בלתי נכונה, לדעתי, כפי שאוסף ואסביר להלן), כי כנסת ישראל - כמוה כפרלמנט של בריטניה - היא כול יכולה וכול מוסמכת לחקוק חוקים, היא תוכנו של החוק אשר יהא. ראו: [ע"א 450/70 רוגוזינסקי ואח' נ' מדינת ישראל](#) [64], בעמ' 136; [בג"צ 120/73](#) [41], בעמ' 759; פרשת קניאל [13], בעמ' 798; [בג"צ 889/86](#) כהן נ' שר העבודה והרווחה [65], בעמ' 546; פרשת לאור [21]; רובינשטיין, בספרו הנ"ל (מהדורה 4), בעמ' 135 ואילך, 461 ואילך. סמכות כול כוללת זו מכנים אותה לעתים "ריבונות" הכנסת (או "ריבונות" הפרלמנט). בהקשר זה נאמר על הפרלמנט בווסטמינסטר - על דרך ההיתול - כי מוסמך הוא לחקוק כל חוק חוץ מאשר להפוך אישה לגבר וגבר לאישה:

"IT IS FUNDAMENTAL PRINCIPLE WITH ENGLISH LAWYERS, THAT PARLIAMENT CAN DO EVERYTHING BUT MAKE A WOMAN A MAN, AND A MAN A WOMAN", (DICEY SUPRA, AT 41).

אמירה זו אינה מדויקת, כמובן. אם כוונת האומר היא, שאין בכוחו של הפרלמנט להפוך גבר לאישה ואישה לגבר - משמעם של דברים כפשוטם - וודאי שהדברים נכונים.

ואולם כך נעדרים הם כל משעות שהיא. שכן בה במידה אין בכוחו של הפרלמנט להזיז עיפרון מצדו האחד של השולחן אל צדו האחר. פרלמנט - בתורת כזה - אינו מעסיק עצמו כלל בעשייה פיזית, ואין בכוחו לעשות במישרין שינויים פיזיים בעולם הסובב אותנו. הפרלמנט אינו מעסיק עצמו אלא בנורמות ובעשייה נורמטיבית, ובתחום זה כוחו וסמכותו. אם כוונת האומר היא אפוא שהפרלמנט אינו "יכול" - מבחינה נורמטיבית - להפוך אישה לגבר וגבר לאישה, פשוט הוא שהאמירה אינה נכונה.

בעולמן המופלא של הנורמות - אותו עולם שאינו נתפס בחמשת החושים אך שולט הוא בחיינו - "יכולה" ומוסמכת היא הכנסת "להפוך" גבר לאישה ואישה לגבר. שאלה לעצמה היא אם אלה שהנורמות אמורות לחול עליהם יישמעו להן. שאלה זו למותר לומר היא מחוץ לתחומנו.

77. הכנסת הינה אפוא כול יכולה וכול מוסמכת לחקוק חוקים: יהא אשר יהא תוכנו של החוק, יהא אשר יהא תחום התפרסותו. חזרנו אפוא אל שאלה ראשונה: אם הכנסת היא, אמנם, כול מוסמכת (כול יכולה), האם כוח וסמכות אלה נותנים בידיה אף כוח וסמכות לחוקק חוקים משוריינים, קרי, להגביל את כוחה שלה ואת סמכותה שלה במעשה חקיקה? ושאלה זו ששואלים גדולים שאלנו אף אנו בהיותנו ילדים: האל כידוע הוא כול יכול. האם יוכל האל אפוא לברוא אבן שלא יוכל להרימה? אם יוכל לברוא אבן שכזו - ממילא אין הוא כול יכול, שהרי לאחר בריאתה של האבן לא יוכל להרימה, ואילו אם לא יוכל לברואה, שוב אין הוא כול יכול מעיקרם של דברים.

יימצא לנו אם כן שבין כך ובין כך, אותו אל כול יכול אין הוא לאמיתם של דברים כול יכול. ליישוב הפאראדוקס שומה עלינו לוותר באחד משני הקצוות: בבריאת האבן

או בהרמת האבן, וכך נאמר: או שהאל הוא כול יכול תמיד ולעולם (CONTINUING OMNIPOTENCE, בלשונו של הארט) - למעט לעניין כוחו שלו, שבו לא יוכל לקצץ; או

שהאל הוא כול יכול ובכוחו לקצץ גם בכוחו שלו ("SELF-EMBRACING OMNIPOTENCE, בלשונו של הארט), אלא שאם קיצץ שוב אין הוא עוד כול יכול. ראו והשוו: HART, "UNCERTAINTY IN THE RULE OF RECOGNITION" (SUPRA, AT 147-154; אנגלרד, בספרו הנ"ל, בעמ' 107-111).

78. וממשל אל נמשל: אם הכנסת היא כול מוסמכת - כהנחת המוצא לדיוננו עתה - המוסמכת היא להגביל (או לשלול) את סמכותה לשנות חוק שחוקקה? אם מוסמכת היא להגביל (או לשלול) את סמכותה, נמצא כי לאחר שעשתה שימוש בסמכותה להגבילה עצמית שוב אין היא עוד כול מוסמכת; ואילו אם אין היא מוסמכת להגביל (או לשלול) את סמכותה, נדע מלכתחילה כי אין היא כול מוסמכת. בין כך ובין כך, פתחנו בהנחת מוצא - על דבר היותה של הכנסת כול מוסמכת - ולסוף נמצאנו למדים כי הנחת המוצא הינה בלתי תקפה. פאראדוקס. ומה המוצא מן הסבך?

79. ראשית לכול נבקש שלא לדבר באל הכול יכול (או ב"כול יכול" אחר). האל עושה באשר הוא עושה, ואנו נעשה בשלנו. מעשיו אינם מעשינו, כוחו אינו כוחנו, זמנו אינו זמננו, עניינו אינו ענייננו. והדברים פשוטים: מתוך שהאל הוא כול יכול - כהנחת המוצא - ממילא אין חלים עליו חוקי היגיון התופסים בנו. המושג "כול יכול", באשר הוא, הינו מושג מטאפיזי, שהרי אם אמנם "כול יכול" הוא האל - משמעו כפשוטו - כי אז יכול הוא גם להיות וגם לא להיות, גם להיות היום ובה בעת להיות גם אתמול וגם מחר - וגם לא להיות באותם ימים - להיות גם לבן וגם לא לבן, גם בעל גוף ובעל דמות הגוף וגם מי שאין לו גוף ואין לו דמות הגוף. בנוסף לכל אלה יכול הוא ה"כול יכול" לגרום גם לאחר להיות ולא להיות, בה בעת, כל אחד מאלה. ואם יכול הוא האל כל אלה, מדוע לא יוכל - בה בעת - גם להגביל עצמו וגם שלא להגביל עצמו? אכן, לא נוכל לומר על האל כי "כול יכול" הוא, ובאותה נשימה להפטיר כי כפוף הוא לחוקי אנוש, לחוקי טבע המוכרים לנו, לחוקי היגיון ולחוקי דמוקרטיה. וכדבר "אדון עולם":

"והוא היה והוא הווה והוא יהיה"

"בלי ראשית בלי תכלית"

וכן כ"גדל":

"נמצא ואין עת אל מציאותו"

"נעלם וגם אין סוף לאחדותו"

"קדמון לכל דבר אשר נברא"

"ראשון ואין ראשית לראשיתו".

הנה זה במקום רחוק-רחוק שמעבר לאופק שוכן לו סלע: אלף מילין אורכו, אלף מילין רוחבו, אלף מילין גובהו. בכל אלף שנים באה לה ציפור-אגדה קטנה ומחדדת את מקורה הזעיר בסלע. מחדדת את מקורה ועפה לה לדרכה. ביום בו יישחק כל הסלע

כולו נדע כי עברה-חלפה שנייה מן הנצח (על-פי H. W. VAN LOON, THE STORY OF MANKIND: סיפור האנושות (כתבים, תרגום מאנגלית ש' שניצר, 1952)). ועל שנייה זו נבקש להחיל חוקי אנוש והיגיון של אנוש?

השמים שמים לה' וכנסת נתן לבני-אדם.

80. והקושיה על מקומה. המוסמכת היא הכנסת לכבול (או לשלול) את סמכותה שלעתיד לחקיקה, לאמור: שלאחר אותו חוק כובל סמכות (או שולל סמכות) לא תהיה עוד הכנסת כול מוסמכת כפי שהייתה עובר לחקיקתו? כדי להקל על הדיון לא נמשיל את פאראדוקס האבן על הכנסת, לאמור, לא נדבר בחוק האומר לשלול כל אפשרות לשנותו, והרי תחזית זו אינה רלוואנטית (והשלילה, לדעתנו, לא תתפוס). נדבר אך

בחוק האומר להגביל ולכבול את סמכותה של הכנת לעתיד לבוא (SELF-EMBRACING

כלשונו של הארט), ובשתי הדרכים המוכרות לנו: כבילה פרוצדורלית של רוב מיוחד (כגון שניתן לשנות חוק רק ברוב של חברי הכנסת - כדוגמת [חוק-יסוד: חופש העיסוק](#) - או ברוב נעלה אחר) וכבילה מהותית, כזו ש[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) מורה אותנו עליה, דהיינו: חיוב הכנסת בתוכן החקיקה אך בלא שריון פורמאלי. בדברינו להלן נבחין בין שתי הגבלות אלו, ובכל אחת מהן נדון לעצמה. נפתח בשאלת סמכותה של הכנסת לכבול את ידיה במלאכת החקיקה על דרך קביעה שחוק פלוני לא ניתן יהיה לשנותו אלא ברוב מיוחד (רוב חברי הכנסת או רוב מיוחס אחר).

לעניינה של כבילה פורמאלית

81. הבו נבחן את הסוגיה מבראשית. מעיקרה ובעיקרה נועדה הכנסת (כמוה ככל בית מחוקקים אחר), לקבוע נורמות התנהגות לאנשים ולגופים החיים והפועלים בחברה

בישראל (וזאת בצד תפקידים אחרים שיועדו לה, כגון פיקוח על פעילות הממשלה).

ובאמור האומרים כי הכנסת היא כול מוסמכת ("כול יכולה") כוונתם היא, בעיקר, לסמכותה הבלתי מוגבלת (לכאורה) של הכנסת - מבחינה משפטית - להנהיג בישראל משטר נורמאטיבי כנראה בעיניה (במיתחמים "מקובלים"). זו, כפי שאמרנו, תחנת המוצא לדיונו וממנה נמשך בדרכנו.

"התארגנות" הכנסת לפעילות

82. בקובעה נורמות לחברה בישראל, "שפת הדיבור" של הכנסת היא בחקיקתם של חוקים, והחוקים הם-הם הנורמות המחייבות. ואולם כיצד תפעיל הכנסת סמכותה במלאכתה זו של "חקיקת חוקים"? בהיותה גוף קולגיאלי בן מאה ועשרים חברים - כיצד "תחוקק"? כיצד ייאספו המחוקקים בעם לשיבה של חקיקה? באילו ימים ובאילו שעות? מה יהיה סדר ההליכים עד שהצעת חוק תהפוך "חוק"? ולאחר שנחקק - כיצד יובא חוק לידיעת הרבים? "כנסת" אינה אך מאה ועשרים חברים שנבחרו להיותם חברי-כנסת. כנסת היא מאה ועשרים נבחרים - הם, כמובן, עיקר - אך כל אלה ייעטפו בנורמות ובכללים רבים ושונים שיועודם ארגון עבודתה של הכנסת, כללים שייצרו וייצבו מנגנוני עבודה, למן דרכי העלאתה של הצעת חוק לפני מאה ועשרים החברים ועד להבאתו של "חוק" לידיעת עם ועדה. נדע מכאן, כי עד שיהא בכוחה לחוקק לאנשים ולגופים חוצה לכנסת, שומה על הכנסת להסדיר את דרכי פעילותה בביתה שלה.

התארגנות פנימית זו הינה כורח המציאות ותנאי מוקדם לפעילותה של הכנסת. קשות עצמך ואחר כך קשות אחרים (בבא מציעא, קז, ב [ז]). הד לכלל זה ימצא לנו בהוראת [סעיף 17\(א\) לחוק הפרשנות](#), תשמ"א-1981, שעניינו "סמכויות עזר": "הסמכה לעשות דבר או לדון בעניין פלוני או להכריע בו - משמעה גם הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק".

דברים שאמרנו נכונים הם לגבי כל גוף קולגיאלי (הוא הדין בבעל סמכות יחיד, בחברה ששלטון החוק, ולו במובנו הפורמאלי, שורר בה). כך הוא, למשל, דינם של בתי-משפט, וזה אף הטעם להחלתו של LEX FORI על דרכי ההליכים בבתי-משפט גם במקום שלגופם של דברים יחולו כללי מהות השאובים משיטת משפט זרה. ראו, למשל

A. V. DICEY AND J. H. C. MORRIS, THE CONFLICT OF LAWS (LONDON, 12TH ED., BY L. COLLINS, 1993), CH. 8, PP. 169. ראו עוד ד"ר א' לבונטין, על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה (מפעל השכפול, תשי"ז) 68-69. ובלשונו של פרופסור אביגדור לבונטין: "כל אורגניזם חייב להיות מאורגן בעצמו לפני שיוכל לארגן את סביבתו" ("הצעת חוק ברירת הדין: סוגיות פרוצדוראליות" ספר אורי ידין, בעמ' 100). וכך אומר פרופסור לבונטין (על פעילותם של בתי המשפט) שם:

"...ללא כללי הדיון והנוהל החלים בו, ועליו, שום בית משפט אינו בית משפט, ואינו מסוגל לפעול ככזה ... משפונים לבית משפט לטפל בענין

כלשהו, יש לקבל את בית המשפט כישות חיה ומתפקדת. כל אורגניזם חייב להיות מאורגן בעצמו לפני שיוכל לארגן את סביבתו. אף המנגנון השיפוטי כך. מבלי סדר העבודה הנוהג בו אין אפילו לזהות את בית המשפט. כללי הרכב ומינוי הם שמורים מי השופטים של ערכאה, ומי מהווים הרכב מסויים.

כללים אחרים, אף הם לא 'מהותיים', מורים היכן פועל בית המשפט, ומתי. כללים אחרים מורים כיצד נעשית הפנייה אל בית המשפט, כגון שהיא חייבת להיעשות בכתב דווקא, ובמספר עותקים שנקבע, ולהיות מוגשת ללשכה מסוימת בדרך מסוימת, בשעות עבודה מסוימות, וששיחה עם אחד השופטים ברחובה של עיר אינה בגדר הגשת תובענה.

דרכי הפעולה ודרכי ההפעלה, ובוודאי כללי ההרכב, של בית משפט אינם, איפוא, משהו נפרד מבית המשפט 'עצמו'; ואם אין מיישמים אותם - אין לומר שפונים אליו".

דברים הנאמרים על בית-משפט - בית-משפט כמוהו ככל גוף אחר האמור להכתיב נורמות במשפט לזולתו - יחולו על הכנסת ועל חקיקת הכנסת, בשינויים המחויבים מן העניין. הכנסת אמורה "לארגן" את החברה בישראל, וכמי שמקיימת מצווה של "קשוט עצמן תחילה" "תארגן" הכנסת בראשית את עצמה. רק ארגון זה יוכל להפוך גוף סטאטי לגוף דינאמי: אוסף של נבחרים עם יהפוך חבר אנשים הפועל על-פי כללים ותוכנה שנקבעו מראש, וקבוצת אנשים אמורפית תהפוך בת-יכולת למלא תפקידים ומשימות שהוטלו עליה. "ארגונו" של הגוף - הפרוצדורה שיאחז בה, דרכי ההליכים שייך בהם וכל הסובב את אלה - הינו משני וטפל לתפקידו העיקרי של הגוף; ואולם קריאה בשמו של הגוף - "הכנסת" - תכלול מאליה גם את חבר הנבחרים גם את דרכי ההליכים והאירגון שנקבעו לו. אין קיום ל"כנסת מחוקקת" בנפרד מהליכי החקיקה, למן תחילה ועד סוף. בלא דרכי הליכים ברורים וקבועים מראש לא תוכל הכנסת למלא את תפקידה.

83. "התארגנותה" של הכנסת לקראת מעשה החקיקה יכולה היא שתקבע - ואכן נקבעת היא - בדברי חוק שונים. כך, למשל, קובע [סעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת](#), כי "הכנסת תקבע את סדרי עבודתה" (ההדגשה שלי - מ' ח'); ובהמשך: "במידה מסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבע הכנסת בתקנון...". (מעניין להשוות הוראת חוק זו להוראת [סעיף 108 לחוק בתי המשפט](#) [נוסח משולב], בה קנה שר המשפטים סמכויות "להסדיר בתקנות סדרי דין את סדרי הדין והנוהג לפני בתי משפט, רשמים ולשכות הוצאה לפועל, במידה שלא נקבעו בחוק..."; ההדגשה שלי - מ' ח'). "סדרי עבודה" (כמוהם כ"סדרי הדין והנוהג"), יבואו בחלקם בחוק ובחלקם בחקיקת משנה ([בתקנון הכנסת](#) או בתקנות סדר הדין) לפי רום מעלתם ובהתאם למשקלם הסגולי: בעוד ש"סדרי עבודה" נעלים בחשיבות יבואו בחוק הנה "סדרי עבודה" נחותים (יחסית) בחשיבות ייכללו בתקנון.

"התארגנות" הכנסת לקראת מילוי משימותיה, אין היא כוללת אך "סדרי עבודה" טכניים משל היו תקנות סדר דין הנוהגות בבתי המשפט. בתחום ה"התארגנות" יבואו אף הסדרים המוצאים עצמם בחיקו של המשפט המהותי ממש, ובכל זאת מסווגים הם עצמם לאותו תחום של היערכות הכנסת לקראת מילוי תפקידיה. כך, למשל, נושא חסינותם של חברי הכנסת וחסינות בנייני הכנסת. כך, כמשל נוסף, נושא פירסומם של חוקים והקביעה כי תחילתו של חוק תהיה ביום פירסומו אלא אם נקבע בו מועד אחר לתחילת תוקף (כהוראת [סעיף 10\(א\) לפקודת סדרי השלטון והמשפט](#)). וכך, כאשר מחלצותיה עליה ותנועתה קלה, תצא הכנסת למשימת "ארגון" העולם שסביבה, לקבוע נורמות במשפט לאנשים ולגופים האמורים להישמע לדבר הכנסת.

נוסף ונאמר את המובן מאליו, כי מגבלות פרוצדורה בגדרי "התארגנותה" של הכנסת למילוי משימותיה העיקריות, אין בהן כל "כבילה" עצמית. ראשית לכול, אם ילך המחוקק בדרך שסלל לעצמו מראש, לא תיפגע כהוא זה סמכותו לחוקק, ובכל נושא שיאבה לחוקק. שנית, בכל מקרה יוכל המחוקק לשנות בכל עת מדרכי ההליכים שקבע לעצמו, וממילא ישתחרר מכבילה עצמית שלא הייתה כלל מעיקרה כבילה עצמית. ראו עוד והשוו הארט, בספרו הנ"ל, בעמ' 68-70.

ולבסוף: לא אמרנו - אף לא נאמר - כי לעולם נוכל להבדיל בנקל בין "פרוצדורה" - היא "התארגנות" הכנסת למילוי משימותיה - לבין "מהות". הבחנה זו שבין פרוצדורה לבין מהות עומדת היא לעצמה, וקשיים שהיא מציבה על דרך - ככל קלסיפיקציה במשפט - לא נדון בהם לעת הזו. השוו, למשל: הארט, בספרו הנ"ל, בעמ' 72-71.

R. ELLIOT, "RETHINKING MANNER AND FORM: FROM PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY TO CONSTITUTIONAL VALUES" 29 OSGOODE HALL L. J. (1991) 215; HOGG, SUPRA, CH. 12.

84. דרך אגב: במשפט האנגלי ובשיטות משפט של מדינות שגזרו עצמן מן האימפריה הבריטית, מכונים דרכי הליכים אלה במעשה החקיקה - "סדרי העבודה" של הרשות

המחוקקת - בכינוי "MANNER AND FORM". ביטוי זה נלקח מחוק בריטי הקרוי COLONIAL LAWS VALIDITY ACT, 1865, חוק שעניינו הוא, כשמו, במושבות האימפריה.

על-פי סעיף 5 לאותו חוק, קנו הרשויות המחוקקות של המושבות סמכו לתקן את הקונסטיטוציות שלהן, אך תנאי פלוני (בין השאר) הושם לסמכות התיקון, והוא, שהתיקון ייעשה:

IN SUCH MANNER AND FORM AS MAY FROM TIME TO TIME BE REQUIRED BY "ANY ACT OF PARLIAMENT, LETTERS PATENT, ORDER IN COUNCIL OR COLONIAL LAW FOR THE TIME BEING IN FORCE IN THE SAID COLONY".

פיסקה זו שבחוק הבריטי, בייחוד הביטוי "MANNER AND FORM", שימשה (ומשמשת) נושא מרכזי הן בפסיקה של אותן מדינות הן בכתביהם של מלומדים, ואף מלומדים בארץ עושים בה שימוש. כשאני לעצמי, אינני סבור שיהיה זה נכון כי אעשה שימוש - בוודאי לא שימוש מעשה מוכני - בביטוי שנשתרש בחקיקה ובהלכה של מדינות אחרות.

תכליתה ותחום פריסתה של ההוראה בחוק הבריטי אינם בהכרח אותה תכלית ואותו תחום התפרסות של "התארגנות" הכנסת שלנו. ומחשש שמא נבוא לכלל שגגה נעשה כמיטבנו

לעסוק בשלנו, בלא שנידרש לביטוי זה של "MANNER AND FORM" אשר אפשר נושא הוא בגופו סיגים שאינם לענייננו. ענייננו שלנו הוא ב"התארגנות" הכנסת, ואותו צורך של "התארגנות" - ובצדו עיקרי יסוד של שיטת המשפט - הם גם שיכתבו לנו את הגבולות, כפי שנראה עוד ונרחיב להלן (כך, למשל - ונדבר אך ברמז - יכול מי שטען כי החסינות שחברי הכנסת הקנו לעצמם חורגת אל מעבר לצורכי "התארגנותה" של הכנסת ופוגעת היא בעיקרי יסוד של שיטת המשפט. על מסקנות לא נדבר כמובן עתה).

יחד עם זאת, נוכל להיעזר, כמובן, ברעיונות שאחרים העלו לענייננו. ראו והשוו, למשל:

R.F.V. HEUSTON, ESSAYS IN CONSTITUTIONAL LAW (LONDON, 1961) 1 FF. ("SOVEREIGNTY"); HART, SUPRA, AT 67-69, 149-151; A.W. BRADLEY, "THE SOVEREIGNTY OF PARLIAMENT - IN PERPETUITY?" THE CHANGING CONSTITUTION

(OXFORD, ED. BY J. JOWELL AND D. OLIVER, 3RD ED. 1994) 79; G. MARSHALL, CONSTITUTIONAL THEORY (OXFORD, 1971) 35 FF. ("LEGISLATIVE POWER AND SOVEREIGNTY"); R. ELLIOT, SUPRA; HOGG, SUPRA, CH. 12 ("PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY"), AT 301 FF., ESP. PARA. 12.3 (B) ("MANNER AND FORM OF .FUTURE LAWS"); NIMMER, SUPRA, AT 1217

85. משקבעה הכנסת את הליכי החקיקה, לרבות את דרכי פירסומם של חוקים, שוב חייבת היא ללכת בדרך שכבשה לעצמה, עד אם תבטל במפורש את דרכי ההליכים ותוסיף ותקבע דרכי הליכים חדשים. כל זאת - לאמור: גם ביטולם של דרכי הליכים קודמים גם קביעתם של דרכי הליכים חדשים - תעשה הכנסת בהתאם לדרכי ההליכים הקבועים, דהיינו, דרכי ההליכים העומדים להתבטל. לשון אחר: הכנסת "כבולה" היא בפרוצדורה שנקבעה באשר להליכי החקיקה שנקבעו מראש. יכולה היא וזכאית היא הכנסת לשנות אותה פרוצדורה, ובלבד שהשינוי יעשה בדרך שנקבעה מראש. דברים אלה ידענו משכבר הימים. כך, למשל, הוראת [סעיף 15 לחוק הפרשנות](#), ולפיה:

"הסמכה להתקין תקנות או ליתן הוראת מינהל - משמעה גם הסמכה לתקן, לשנותן, להתלותן או לבטלן בדרך שהותקנו התקנות או ניתנה ההוראה" (ההדגשה שלי - מ' ח').

כך, כמשל נוסף, בנושא פירסומם של חוקים. דבר המחוקק כיום הוא, כי חוק חייב פירסום ברשומות וכי בלא פירסום לא יקום ולא יהיה חוק ([סעיף 10\(א\) לפקודת סדרי השלטון והמשפט](#); [סעיף 2\(ד\) לחוק המעבר](#)). נניח עתה כי ברצון הכנסת לחוקק חוק שייכנס לתוקף גם בלא פירסומו ברשומות. הכנסת לא יהיה בכוחה לחוקק "חוק" מעין

זה אלא אם נתפרסם קודם לכן חוק שנתן בידה סמכות "לחוקק" בלא פירסום. בלא חקיקתו ופירסומו של חוק (המתיר חקיקה באין פירסום) - ובהליך שיקדם להליך חקיקתו של החוק שלא יפורסם - אין כוח בידי הכנסת לחוקק באין פירסום. נורמה כי תקבל בכנסת - בדרכי ההליכים הרגילים (שלוש קריאות וכולי) - וייאמר בה כי תזכה לתוקף על-אף אי-פירסומה ברשומות, לא תזכה אותה נורמה בכול תוקף משפטי ושם של "חוק" לא יקורא עליה. הטעם לדבר פשוט: הכנסת היא (על-פי הנחה) כול מוסמכת באשר לתוכנו של "חוק", ובאשר לדרכי הליכים לחקיקתו של "חוק", אך אותה נורמה היפותטית אינה כלל חוק על-פי קביעתה של הכנסת היא עצמה. השכל הישר, הסדר הטוב והגיונם הפנימי של הדברים מחייבים מסקנה זו. "אפשר" גם אחרת, אך מסקנה שהסקנו נדרשת היא כמו מאלה. ראו והשוו פרופסור רובינשטיין, בספרו הנ"ל (מהדורה 4), בעמ' 472.

הנה זו נסיכות פלונית ובה שולט שלטון החוק (ולו באורח פורמאלי). כרוז הנסיך רכוב על סוס מתייצב בכיכר המרכזית בכל יום שני ובכל יום חמישי, בשעה חמש אחרי-הצהריים, פורס הוא מגילת קלף, וקורא הוא לבני הנסיכות הנאספים במקום את החוקים החדשים. אם יאבה הנסיך לשנות את ימי הפירסום, את שעות הפירסום או את מקום הפירסום, יהיה עליו להודיע על כך מראש, וכך יעשה במקום הפירסום השיגורי, בימי הפירסום המקובלים ובשעות שנקבעו מראש. וכרוז כי יתייצב בכיכר המרכזית, בלא אזהרה מוקדמת, ביום ראשון בשעה אחת-עשרה בבוקר, קריאתו לא תהיה קריאה ואפשר אף למניין לא יזכה החוק לא יהיה "חוק". שפת הדיבור של הכנסת היא ב"חוק", ו"חוק" ייקרא אך לדבר חוק שנתפרסם. אותה נורמה המתיימרת להיות תקפה על-אף אי-פירסומה, לא תהא כלל חוק על-פי הגדרתה של הכנסת היא עצמה.

לו אחרת אמרנו כי אז נגדו דברינו יסודות ראשוניים באירגונה של חברה; בוקה ומבוקה ומבולקה, וכדי ביזיון וקצף.

דוגמה נוספת. על-פי [תקנון הכנסת](#) חוק אינו חוק אלא אם קיבלה אותו הכנסת בשלוש (או בארבע) קריאות. והצעת חוק שזכתה אך לשתי קריאות בלבד, לא תצא מכלל הצעה ולא תהפוך חוק גם אם ייאמר בה עצמה כי הנה עומדת ההצעה להפוך "חוק" לאחר שתזכה בשתי קריאות בלבד. רק תיקון קודם מפורש (בתקנון או בחוק, לפי הצורך) אשר יתיר קבלת חוק בשתי קריאות בלבד, רק תיקון מעין זה יהיה בכוחו להפוך הצעת חוק ל"חוק" לאחר שתי קריאות בלבד. טעמים שהעלינו בענייניו של פירסום יחולו אף כאן, ומה לנו שנחזור עליהם.

86. אם נדמה את הכנסת ואת הליכי הכנסת למכונה ובה מנגנון הפעלה, נאמר כך: מכונה הפולטת בקבוקי משקה קל, לא תסכון לפליטתם של כרטיסי חניה אלא אם ישונה המנגנון שבתוכה; החילוף חייב שיעשה, כמובן, באורח מיוחד לפני שהמכונה תהיה כשרה למשימתה החדשה. קוסם שבקוסמים לא יוכל לפתוח מגרה נעולה במפתח הנמצא בתוכה של המגרה, וזריז שבזריזים לא יוכל לנעול מגרה ובה בעת להניח את המפתח

בתוכה של המגרה. מגרה לא תיפתח במפתח שאינו בן-זוג למנעול הקבוע בה; אך כל קטן יידע לפתוח אותה מגרה אם יימצא המפתח שיועד למנעול, או אם יוחלף המנעול להיותו בן-זוג למפתח. אלה חילופים חייבים שייעשו לעצמם, ורק עם סיומם יבוא מעשה פתיחתה של המגרה כסדר. אלו מכונות ומגירות ואלה הכנסת והליכי הכנסת,

וכאלו כן אלה. ראו עוד והשוו, למשל: הוג, בספרו הנ"ל, בעמ' 309 ואילך; P. A. JOSEPH, "CONSTITUTIONAL ENTRENCHMENT AND THE MMP REFERENDUM" 16. N. Z. U. (L. REV. (1994) 67.

הצבעה בכנסת; רוב מיוחד

87. נקרב עתה מבטנו אל נושא ההצבעה בכנסת, והרי בו עיקר ענייננו. נפתח בנושא הקוורום ונמשיך בדרכנו אל נושא ההצבעה. נוסיף ונזכיר בראשית, כי גם נושא הקוורום גם נושא ההצבעה שני הנושאים כאחד עניינם בהליכי "התארגנותה" של הכנסת, בקביעת המנגנונים שיאפשרו לכנסת לפעול, בתהליך שבו קושטת הכנסת עצמה קודם שהיא עומדת לקשוט אחרים לבר הכנסת.

88. אשר לכלל הקוורום. כלל הקוורום הוא כלל אופציונאלי: לעתים נקבע כלל של קוורום - בוואריאציות מוואריאציות שונות - ולעתים אין קובעים כל צורך בקוורום. בהתאם [לסעיף 20 לחוק הפרשנות](#) (קדם לו [סעיף 37](#) לפקודת הפרשנות [\[נוסח חדש\]](#)), "פעולה שהוטלה על מספר בני אדם כשרה אם נעשתה בידי רובם", וזו הנחת המוצא לדיון בפעילותו של כל גוף קולגיאלי (שאינו גוף שיפוטי או מעין-שיפוטי).

ראו, למשל, והשוו [בג"צ 7/55 ינוביץ ואח' נ' אור ואח' \[66\]](#), בעמ' 1255 ואילך. אכן, יש יסוד לטענה כי [חוק הפרשנות](#) אינו חל - מכוחו הוא - על [חוק-יסוד: הכנסת](#), אך ניתן לשער כי בהיעדר הוראה אחרת היה חל על הכנסת אותו כלל עצמו הקבוע [בחוק הפרשנות](#), מכוח ההיגיון הפנימי שבו ובהיותו משקף עיקרון דמוקרטי ראשוני של רוב. בין כך ובין אחרת, פטורים אנו מדיון בשאלה זו הואיל ומקרא מפורש הוא, [בסעיף 24 לחוק-יסוד: הכנסת](#) ("מנין"), כי "הכנסת תדון ותחליט בכל מספר חברים אם אין בחוק הוראה אחרת לענין זה". כלל זה של היעדר צורך בקוורום יתפוס כל עוד לא שונה, ואם יסרב יושב-ראש בישיבת הכנסת להעמיד להצבעה הצעת חוק אך בשל "היעדר קוורום", יחרוג ממילא מסמכותו והחלטתו הייתה כלא הייתה. לו נקבע כלל של קוורום, לא הייתה הכנסת מוסמכת לחוקק "חוק" אלא בהתקיים תנאי הקוורום (כל עוד לא שונה הכלל בהליך נפרד וקודם); והצעת חוק לא הייתה הופכת "חוק" גם לו נאמר בה שלעניינו של אותו "חוק" אין צורך בקוורום. אותו "חוק" לא היה כלל "חוק" אך באשר לא נתקבל בקוורום הנדרש. הברון מינכהאוזן לא יוכל להעלות את עצמו בשרוכי נעליו או להציל נפשו מטביעה תוך משיכה בציצית שער, והכנסת אינה מוסמכת (על-פי כלל הקוורום ההיפוטי) לחוקק "חוק" באין קוורום.

89. ומן הקוורום אל ההצבעה בכנסת. כלל היסוד נקבע בסעיף 25 לחוק-יסוד: הכנסת, ולפיו:

"רוב 25. הכנסת תחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה, כשהנמנעים אינם באים במנין המשתתפים בהצבעה; סדרי ההצבעה ייקבעו בתקנון; והכל כשאינן בחוק הוראה אחרת לענין זה".

אלה הם אפוא כללי ההצבעה הנוהגים בכנסת על-פי חוק-יסוד: הכנסת. הכנסת מחליטה על-פי כלל היסוד הדמוקרטי של רוב נגד מיעוט, ובמנין הקולות לא יבואו חברי-כנסת שלא התייצבו להצבעה וחברי-כנסת שנמנעו מהצבעה. רק מי שטרחו להתייצב להצבעה והצביעו בעד הצעה או נגדה, רק הם יובאו במנין, ועל מניין קולות המצביעים יחול כלל הרוב המקובל. נציין כי כללים אלה נהגו בכנסת משכבר הימים.

נוסיף עוד זאת, כי הוראה מעין זו - באשר לחיסור מי שלא השתתפו בהצבעה ובאשר למי שנמנעו מהצבעה - מקובלת בחקיקה בארץ ובשיטות משפט אחרות אף הן.

ואולם אין כל כורח אפריורי בקביעתה של הוראה זו דווקא. כך, למשל, לענינים של הנמנעים. לו קבע, למשל, כי נמנעים יבואו במנין המשתתפים, כי אז היה באותה קביעה - מיניה וביה - כדי לצרף נמנעים למחנה המתנגדים, ולמותר לומר שקביעת החוק כך או אחרת נודעת לה השפעה רבה על דרכי ההצבעה. כך באשר לנמנעים וכך באשר למי שלא נכחו כלל לעת הצבעה. ניתן לגוון את דרכי קביעתו של ה"רוב" על-פי שלושה משתנים אלה: דרישת קיומו של קוורום, והיחס אל נעדרים ואל נמנעים (על נושא רוב מיוחד, ובו עיקר עניינו, נדבר בסמוך). הנה כי כן, חיסורם של נעדרים ושל נמנעים ממנין הקולות בהצבעה - כדבר החוק כיום - יש בו כדי לחזק את הממשלה (בהניחנו כי הממשלה היא היוזמת, כעיקרון, החלטות בכנסת); ולהפך:

סיפוחם של נמנעים ושל נעדרים אל מחנה מי שמונים את קולותיהם, יש בו כדי לחזק את האופוזיציה (כיוון שלא הצביעו "בעד", ייספחו ממילא אל המתנגדים).
ראו עוד

והשוו: ENCYCLOPAEDIA OF THE SOCIAL SCIENCES (NEW YORK, 1953), VOL. 9, AT 55, 58, SUB. TIT. "MAJORITY RULE"; 59 AM JUR. 2D (ROCHESTER AND SAN FRANCISCO) PARAS. 8, 9. ראו עוד, למשל, ע"א 219/80 בית חלקיה, מושב עובדים להתישבות שיתופית בע"מ נ' אפרתי ואח' [67], בעמ' 521-522.

בהיעדרה של חוקה הקובעת אחרת רשאית ויכולה הכנסת לקבוע לעצמה כל צירוף שהוא בין המשתנים השונים - קוורום, נעדרים, נמנעים - וכל צירוף יתקבל כלגיטימי (מבחינה משפטית). אך סייג גדול אחד תלוי על סמכותה זו של הכנסת והוא העיקרון

הדמוקרטי. תהא אשר תהא הדרך בה נלך - לעניינו של קוורום ולעניינם של נעדרים ונמנעים - לעולם יהא עלינו לשמור על כלל היסוד הדמוקרטי של "רוב", וממנו לא נסטה לא הימין ולא השמאל. לשון אחר: ה"רוב" הוא בריח התיכון, הוא עקרון התשתית, וכל שאר כללים והוראות נעים סביבו ומשתחווים לו; ה"רוב" הוא - על דרך ההפלגה - בבחינת כל התורה כולה, ויתרת כללים אינם אלא בבחינת "פירושה" (איננו מדברים עתה בנושאי זכויות הפרט).

90. ביועדנו כי כלל התשתית של "רוב" הוא המשמש לנו ציר מרכזי - תחילה, אמצע וסוף - ייקל עלינו לבנות מודלים שונים לדרכי קביעתו של רוב במרחב התמרון המותר לנו. רשאים אנו לנוע בגדירת מיגוון של מודלים, עד אשר ניתקל בחומת הדמוקרטיה, ואותה לא נעבור. כך, למשל, אם ייקבע כי נמנעים יובאו במניין המשתתפים בהצבעה (ויימנו ממילא כמי שהצביעו "נגד"), יהיה בקביעה זו, כעיקרון, כדי להכביד על הממשלה וכדי לחייבה למספר תומכים גדול יותר בהצעתה. כך ניתן לעשות אף בנעדרים. ככל שנעלה בסולם - על דרך שיתופם של נמנעים ושל נעדרים במניין - כן יקשה על הממשלה וכן ייקל על האופוזיציה. כך נעלה בשלבי הסולם עד שנגיע אל ראשו. ובראש הסולם כך ייאמר: הכנסת תחליט ברוב דעות, כשהנעדרים והנמנעים יובאו במניין המשתתפים בהצבעה. הוראה זו שקולה כנגד אמירה כי נעדרים ונמנעים ייחשבו כמי שהצביעו נגד ההצעה (מתוך שלא הצביעו בעדה). ובהסרת המסכה מעל פנים נדע כי אותה הוראה שקולה כנגד קביעה כי החלטה בה מדובר לא תתקבל אלא אם תזכה ב-61 קולות של חברי הכנסת, לאמור, ברוב מוחלט של חברי הכנסת.

נוסיף ונדגיש, כי הוראת חוק מעין זו כמו נדרשת היא מעצמה, כהוראה שאינה חורגת מגדירת הפעילות הרגילה של הכנסת. כך יהיה, אם 61 הקולות יידרשו אך בעקיפין - לפי הדוגמה שהבאנו - ואם יידרשו במישרין, כהוראת [סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת](#).

בהשוואה להוראת הרוב הקבועה כיום [בסעיף 25 לחוק-יסוד: הכנסת](#), קביעת רוב של 61 לקבלתה של החלטה ניתן לסווגה כדרישת רוב "מיוחד" או "מיוחס". אין בלבנו דבר נגד התואר "מיוחד" או "מיוחס" - בשיגרת חיינו הולם התואר "מיוחד" רוב נדרש של 61 - ואולם בה בעת נוסיף ונדע כי גם אם ענייננו ברוב יוחד (או מיוחס) מדברים אנו בחוק שהכנסת מוסמכת ורשאית לחקוק במהלך פעילותה השיגרתית. ואמנם, הוראת חוק זו עומדת במגבלה הדמוקרטית המקובלת והלגיטימית של "רוב", ואין היא פולשת אל מעבר לתחום הלגיטימי והשיגרתית של פעילות הכנסת. אין זאת אלא שמדמים את ישיבת הכנסת לשיבה שבה נטלו חלק כל חבריה, והכול הצביעו בעד ההצעה או נגדה. ומה במקום זה יידרשו 61 קולות לקבלתה של ההצעה, כן יהיה במקרים אחרים אף הם. למותר לומר כי הוראת חוק מחמירה מעין זה שתארנו, יכולה שתבוא כהוראת חוק כללית - תחת הוראת [סעיף 25 לחוק-יסוד: הכנסת](#) - או לעניין מסוים בלבד, כהוראת הסיפה [לסעיף 25](#) ("והכל כשאינן בחוק הוראה אחרת לענין זה").

91. נרחיק לכת וכך נאמר: לא זו בלבד שדרישת רוב של 61 אין היא - על דרך העיקרון - יחידה ומיוחדת, אלא שדווקא בה תחנת המוצא לכל מסע של דמוקרטיה.

דרישת רוב של 61 (קרי: רוב מוחלט), לא זו בלבד שעולה היא בקנה אחד עם עקרון היסוד הדמוקרטי של רוב, אלא שהיא במרכז, בה עיקר, היא-היא העיקרון הדמוקרטי.

רוב אבסולוטי אין הוא - על דרכה של הדמוקרטיה - רוב "מיוחד" או רוב "מיוחס".

הוא-הוא הרוב ה"אמיתי", הרוב הנגזר מתוך העיקרון הדמוקרטי של רוב. חוק כי תקבל הכנסת, יהיה בו בחוק כדי לחייב את כל העם; ומתוך שאין אנו חיים במדינת אוטופיה, שבה מסכים כל העם - כאיש אחד - לחוקים העומדים להיחקק, ראוי הוא למצער כי רוב העם - קרי: רוב אבסולוטי של העם - יסכים עמהם. העם מביע דעתו באמצעות נציגיו, ועל-כן נבקש כי רוב אבסולוטי של נציגיו יסכים להטלת החיובים על העם. מי שמסכים חזקה עליו שיטרח ויצביע בעד. ואילו אם לא טרח ולא הצביע - בין משום שנמנע בין משום שלא התייצב להצבעה - אין זה רחוק להסיק כי מתנגד הוא להסדר המוצע. וכך שנינו: "רובו - ככולו": "רוב" שקול כנגד "כול"; "רוב" - כ"כול" דמי; במה דברים אמורים: ברוב מתוך כול, ורוב מתוך כול פירושו הוא -

בראש ובראשונה - רוב אבסולוטי. ראו עוד והשוו ENCYCLOPAEDIA OF THE SOCIAL SCIENCES, SUPRA, AT 55.

92. דברים ברוח זו השמיעו בכנסת חברי הכנסת רפאל ורוזנברג (בדיון על [חוק-יסוד: הכנסת](#)), וסברתי כי ראוי שאביאם. וכך אמר חבר הכנסת רפאל לענייני של רוב:

"... כשם שלא הייתי רוצה שרוב מקרי יוכל לשנות את ההחלטה שלנו שהיא החלטת הרוב, כך אינני רוצה שיהא צורך ברוב מיוחס מיוחד לשינוי ההחלטה.

גם בכך תהא משום שרירות מסויימת ומשום סילף דעת הרוב, כי אנו רואים בכל זאת כי יש חלק ניכר החותר לקראת השינוי.

אינני מסכים לכן עם המציעים לקבוע שני שלישים או רוב מיוחס אחר, אלא אני מציע 'רוב מתוך כל', שהוא, לפי הגדרת הרשב"א ופוסקים אחרים ההגדרה האמיתית לרוב. פירוש הדבר: רוב של כל חברי הכנסת, ולפי זה רק שישים-ואחד קולות יוכלו לשנותו.

(קריאה: גם זה רוב מיוחס)

לא, זה איננו רוב מיוחס. זהו רוב אמיתי, ולא רוב מקרי.

אני מציע לכנסת להוסיף כאן את התוספת האמרת, כי אין לשנות סעיף זה אלא ברוב של כל חברי הכנסת" (ד"כ 23, בעמ' 898).

וחבר הכנסת רוזנברג כך אמר:

"גברתי היושבת-ראש, חברי הכנסת. אני בא להוסיף ולהסביר מהו ההבדל בין ההצעה שאני מציע, שלפיה אין לשנות סעיף זה אלא ברוב של חברי הכנסת, לבין ההצעה האומרת, שאין לשנותו אלא ברוב של שני שלישים. אין הבעיה שלשני-שלישים דרוש רוב גדול ואילו לרוב חברי הכנסת דרוש רוב קטן יותר. הבעיה היא עקרונית. הכנסת קיבלה את החוק הזה ברוב, ברוב של חברי הכנסת, ומתקבל על הדעת וצודק שמה שנתקבל ברוב - יוכל להשתנות רק ברוב. הכנסת לא קיבלה את הסעיף הזה בשני שלישים, ואינני רואה הצדקה מדוע יהיו דרושים שני-שלישים כדי לשנותו.

איני מקבל את הגישה שלחוק קונסטיטוציוני דרוש רוב של שני-שלישים. יש מדינות בעלות קונסטיטוציה, ובהן יש סעיפים מיוחדים הקובעים כיצד לשנות אותה, ולאז דווקא בשני-שלישים, אלא בכל מיני דרכים. באנגליה אין חוקה, בדיוק כמו אצלנו, אלא יש שם חוקים קונסטיטוציוניים ואין שום צורך ברוב מיוחד במקרה שרוצים להכניס בהם שינויים.

...

אבל אני מסכים למה שנאמר כאן, וזוהי גישתנו, שאסור כי דבר עקרוני ישנתה על-ידי רוב מקרי. ומשום כך אנו אומרים: אין אנו בעד רוב מיוחד מבחינה עקרונית, בדרך כלל - חוץ מבנקודה אחת, שעוד נגיע אליה בסוף החוק, לגבי תקנות-שעת-חירום. אבל כאן ברור שמה שצריך להבטיח הוא רוב של הכנסת, פירושו: רוב המדינה. ואני הולך עכשיו לפי השיטה שנתקבלה, לפיה - אם נוקטים בשיטה של בחירות יחסיות - הרי רוב הכנסת פירושו רוב העם. לפי זה, אם שישים-ואחד חברי הכנסת, דהיינו רוב הכנסת המייצג את רוב העם, ירצו לשנות, ישנו. אם פחות מרוב העם, דהיינו פחות מששים-ואחד חברי הכנסת, ירצו לשנות, - כיון שאינם מייצגים את רוב העם, לא יוכלו לשנות. משום כך אנו מציעים לקבל את הסתייגותנו" (שם, בעמ' 898).

באותה רוח דובר אלינו חבר הכנסת רובינשטיין באומרו בכנסת בקריאה הראשונה של הצעת [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#):

"... 61 חברי הכנסת אינם שריון, אלא מכשיר שקיים בהרבה פרלמנטים, שנועד למנוע הצבעות מקריות. אבל בלי סעיף 10 החוק הזה יהיה חסר משמעות. לכן הסעיף הזה הוא גם כן סעיף מינימלי; הוא לא דורש, כמו בהצעת החוק שהגיש שר המשפטים, רוב של שני-שלישים, אלא רוב של 61. זה המינימום שמעבר לו אי-אפשר להתפשר, מפני שהרוב הזה של 61 נועד בעצם לקבוע, שלא יהיו חטיפת חוק ושינויו ברוב מקרי" (ד"כ 123 (תשנ"ב) 1236).

וכן אמר חבר הכנסת רובינשטיין בישיבת הכנסת בקריאה הראשונה של הצעת חוק-יסוד: [חופש העיסוק](#):

"אנחנו מציעים כאן, שאת החוק הזה אין לשנות אלא ברוב של חברי הכנסת. זה לא רוב משוריין. אין כאן שריון... הדרישה לרוב מוחלט, שהוא לא רוב משוריין, בעצם אומרת לכנסת דבר אחד: את לא יכולה לקבל חוק כזה ברוב מקרי, את צריכה לקבל זאת ברוב מוחלט של כלל החברים. אני רוצה להדגיש, שבהרבה סוכנויות ובהרבה הוראות שחלות על גופים אחרים, זהו בכלל הקוורום. הקוורום הוא רוב מוחלט. בכנסת אין הוראה כזאת, בצדק, משום שאחרת אפשר היה להיתקל יום-יום במכשולים, אבל הקביעה שלנו היא קביעה מינימליסטית צנועה לגמרי, לא דורשת שריון אלא רוב מוחלט" (ד"כ 124 (תשנ"ב) 2596).

וכן הם דבריו של חבר הכנסת רובינשטיין בישיבתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט:

"בכל הפרלמנטים בעולם יש הבדל בין רוב מיוחס, שהוא רוב של שני שלישים, כפי שהציע שר המשפטים, ובין רוב מוחלט. ההוראה הזאת נחשבת הוראת קוורום, היא לא נחשבת להוראת רוב מיוחס" (ישיבה מיום 9.3.92, בעמ' 53).

זו היא דמוקרטיה "אמיתית", דמוקרטיה בהדרה ובגאונה, דמוקרטיה של חג ומועד.

וזו עמדת הפתיחה: "רוב" הוא רוב מוחלט של חברי הבית. ומתוך שכולנו ידענו כי אילו ציפים שעל דרך, אילו ציפים ונוחות, מביאים אותנו לחסר - ולא מעט - מאותם הדר וגאון, ממילא מוצאים אנו עצמנו בדמוקרטיה של יום-יום, בדמוקרטיה של חולין. למבקש דוגמה, הנה היא לפנינו: [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) נתקבל ברוב של 32 בעד, 21 נגד ונמנע אחד. אחיו התאום, הלוא הוא [חוק-יסוד: חופש העיסוק](#) (הראשון), נתקבל ברוב של 23 חברי-כנסת, באין מתנגדים ובאין נמנעים. זו היא דמוקרטיה של חול, דמוקרטיה של שיגרה, ותמהני אם חברי הכנסת - הם עצמם - ראו בחוקי היסוד "מהפכה חוקתית" או כל מהפכה שהיא. ראו והשוו בנדור, במאמרו הנ"ל.

93. אילו ציפים של יום-יום, נוחות של חברי רשות מחוקקת, אלה וגורמים אחרים זולתם, מביאים למציאות של פשרה: לחיסור מן הרוב האבסולוטי - מאותו רוב הנגזר מן העיקרון הדמוקרטי - וכך נקבע כלל הנעדרים והנמנעים [בסעיף 25 לחוק-יסוד: הכנסת](#). ואולם, העובדה שכך ראינו להמעט מן העיקרון הדמוקרטי ה"טהור", אסור לה שתטוח את עינינו מראות כי הכלל, העיקרון, עניינו ברוב מוחלט, וכי רוב מוחלט הוא בתחילת כל התחילות. נדע מכל אלה, כי רוב של 61 חברי הכנסת הוא כלל הנלמד כמו מעצמו מעקרון הדמוקרטיה הבסיסי של רוב, וממילא כי אין בו "כבילה" עצמית שהכנסת מטילה על עצמה. בקובעה דרישה כי חוק פלוני לא ניתן יהיה לבטלו, לשנותו או לפגוע בו אלא ברוב של 61 חברי הכנסת, אין הכנסת מטילה כל "מגבלה" על סמכותה

לחקיקה, אין היא "כובלת" את כוחה לחקיקה. כל שעושה היא אינו אלא ליתן ביטוי ישיר ליסוד הרוב הנדרש מתוך עקרון הדמוקרטיה. עקרון הרוב - כפשוטו - פירושו הוא $50\%+1$ (N/2+1). בגוף בן 120 חברים "רוב" הוא 61 חברים. השוו עוד הארט, בספרו הנ"ל, בעמ' 68.

קביעת רוב מיוחד של 61 חברי-כנסת יש בה, כמובן, כדי למעט מיכולתו של חבר-כנסת להימנע מהצבעה או "להתקזז" בהצבעה, שהימנעות ו"קזוז" ייחשבו כהצבעת נגד. ואולם מתוך שלא נמצא לי כי יכולת ההימנעות או "ההתקזזות" בהצבעה מונה עצמה עם זכויות היסוד של נבחר הציבור - או עם זכויות הנבחר אף אם אין הן זכויות יסוד - אינני סבור שיש ב"כלל ה-61" כדי לפגוע או לפגום בכל עיקרון דמוקרטי בן חשיבות.

נוסיף אגב אורחא, כי קביעתו של רוב מיוחד חייבת שתמצא את מקומה בחוק דווקא, בעיקר משום שהמחוקק קבע מפורשות דרך לקביעתו של רוב, כאמור [בסעיף 25 לחוק-יסוד: הכנסת](#). מטעם זה לא אסכים לדעתו של חברי, הנשיא ברק, בקובעו כי "נראה לי, כי הכנסת רשאית - בדרך של שינוי התקנון - לקבוע כי קבלת חוק תעשה בדרך של רוב מיוחס" (ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך א, בעמ' 569).

94. למדנו לדעת עד כה, כי דרישת רוב של חברי-כנסת לביטולו של חוק פלוני, לשינויו או לפגיעה בו, עשויה שתבוא במהלך שיגרת העבודה של הכנסת, וכי אין בה כל ייחוד משפטי. אכן, רוב של 61 הינו רוב "מיוחד" בהשוואה לאותו רוב של 23 חברי-כנסת שהצביעו בעד קבלתו של [חוק-יסוד: חופש העיסוק](#) (הראשון). ואולם "ייחוד" זה אין בו כל רבותא מבחינת מעמדו החוקתי של החוק. לא ידענו על כל מניעה משפטית שהכנסת תקבל חוק ב"שריון 61", ולא מצאנו כל ייחוד משפטי בחוק מעין זה.

כך היא, למשל, קביעת השריון שבהוראת [סעיף 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים](#): "אין לשנות חוק זה ואין לגרוע מהתוספת אלא ברוב של חברי הכנסת". הוראת חוק זו לגיטימית היא בעיניי, ולדעתי רשאית הייתה הכנסת "לכבול" את סמכותה בקובעה שריון זה לחוק. ראו והשוו, למשל, קרפ, במאמרה הנ"ל.

לא הכול סוברים כך. כך, למשל, חברי, הנשיא ברק, מטיל ספק בכבילה העצמית שבחוק הנ"ל. להשקפתו, ככל הנראה, אין כבילה עצמית תופסת אלא בחוק יסוד, בעוד [שהחוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים](#) אין הוא חוק יסוד. ראו, למשל:

ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך א, בעמ' 569-568: כרך ג, בעמ' 274-276.

דעתו של חברי בספרו מוקשה בעיניי, ומשני טעמים תורתיים. ראשית לכול, לא ידעתי מה הוא, לדעת חברי, "חוק יסוד" שיוכל להכשיר כבילה עצמית כזו שבחוק [להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים](#). לו באו בכותרתו של חוק [להגנה על](#)

השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים שתי התיבות "חוק יסוד", האם היה בדבר כדי להכשיר את הכבילה העצמית? בין שנשיב על שאלה זו בחיוב בין שנשיב עליה בשלילה, גם תשובה זו גם תשובה זו לא יהיה כל אחת מן השתיים כדי לספק (אם נאמר כי יש בה בכותרת "חוק יסוד" כדי להכשיר, כי אז דומה עלינו שמשותעשים אנו במילים; ואילו אם נאמר שאין די בה בכותרת "חוק יסוד" האדם וחירותו, וכי דינו של השריון בטלות כמעשה שנעשה בחקיקה בסמכות, כי אז דומני שהרחקנו לכת מאוד בהקניית סמכות לבית-משפט, באין אסמכתא לדבר בדבר חוק חרות ומפורש).

ואשר לתוכנו של החוק: אם איסור על שתיית משקאות חריפים (PROHIBITION) יכול שימצא מקומו בחוקה, דומני שהשקעות הציבור אף הן משקפות אינטרס לגיטימי לחוקה (ולו הייתה הגנה זו נכללת ב"חוקה" מלכתחילה, האם היינו פוסלים אותה?). מכל מקום, מניין לו לבית המשפט סמכותו שלו להחליט מה ראוי שייכלל בחוקה, והכול כדי פסילת הוראת חוק של הכנסת? שנית, רשאית ומוסמכת היא הכנסת, לדעתי - בשיגרת העבודה הרגילה - לקבוע שריונו של חוק ברוב מוחלט של 61 חברי-כנסת, וממילא לא נמצא לי כל פגם בשריון שבחוק להגנה על **השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים**.

95. אוסיף בדרך אגב, כי מטעמים שהעליתי אתקשה להסכים לדבריו של חברי, השופט זמיר, כי הילכת ברגמן [15] חוללה "מהפכה" במשפט בישראל. אסכים, כמובן, כי היה בו במשפט ברגמן [15] חידוש גדל בפסיקתו של בית המשפט העליון: הייתה זו פעם ראשונה שבית-משפט פסל חוק של הכנסת, ובמעשה הפסילה הכיר בית המשפט, למעשה, גם בהיותו של ההליך בין-שיפוט גם בסמכותו של בית המשפט לפסול חוק של הכנסת. ואולם, מבחינת התורה הקונסטיטוציונית הכוללת, דומני שההכרעה ניתן לראותה כנדרשת מתוך סמכותה ה"פנימית" של הכנסת, לאמור, כנגזרת מסמכותה של הכנסת לכבול את סמכותה ולשריין חוק מפני רוב הפחות מ-61 חברי-כנסת.

96. האם רוב של 61 חברי-כנסת מציב גבול עליון לשריונו של חוק בגדרי ההליך הדמוקרטי? למשל: המוסמכת היא הכנסת לקבוע כי חוק יסוד פלוני לא ניתן יהיה לבטלו, לשנותו או לפגוע בהיקף תחולתו אלא ברוב של 70 או 80 מחברי הכנסת? (ואם 70 או 80 חברי-כנסת - מדוע לא 90 או 100?). הרשאית היא הכנסת לכבול את סמכותה שלה ולשריין כך חוק יסוד? לדעת עמיתי, הנשיא שמגר והנשיא ברק, רשאית היא הכנסת כך לחוקק. לפי השקפתי שלי, הכנסת לא קנתה סמכות כך לשריין חוק, ואם תעבור ותחקוק תחרוג מסמכותה. בפריסת טעמינו אין צורך שנאריך: נדרשים הם מתוך אותן הנמקות שהביאנו למסקנה כי רשאית היא הכנסת לקבוע רוב של חברי הכנסת לשינויו של חוק פלוני. קביעת מניין של 61 חבר-כנסת כתנאי לשינויו של חוק מותרת היא מעשה שיגרה, אך כאן מוצב הגבול העליון. ההליך הדמוקרטי הוא המכתיב ללא פשרות כלל זה, והוא כלל-בל-יעבור. דרישה כי תעמיד הכנסת לרוב בן 62 חברי-כנסת לשינויו של חוק, תחצה הדרישה את גבול המותר. מעבר לגבול ה-61 אין בכוחה של הכנסת לילך.

הערת אגב: ומה דין חוק שהכנסת קבעה כי אין לשנותו אלא ברוב של 80 קולות? כך, למשל, לפי הוראת [סעיף 9 לחוק-יסוד: הכנסת](#) (הוראה שהוספה [בחוק-יסוד: הממשלה](#) שלשנת תשנ"ב) אין בסמכות הכנסת להאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי-כנסת. הוא הדין בהוראות [הסעיפים 45 ו-44 לחוק-יסוד: הכנסת](#), לעניין כוחן של תקנות שעת חירום לשנות או להפקיע זמנית את [חוק-יסוד: הכנסת](#) ולעניין שינוי הוראת [סעיף 9 לחוק-יסוד: הכנסת](#). ניתן לטעון כי "הילכת ה-61" גוזרת כליה על הוראות שריון אלו, שהרי נדרש בהן רוב שריון שלמעלה מ-61 חברי-כנסת. ולא היא. לא גורנו כליה על אותן הוראות חוק, ואין לראותן כבטלות ומבוטלות. דעתי היא (לכאורה), כי נראה את החוק כמשוריין ב"שריון 61" ולו לפי הכלל של *UT RES MAGIS VALEAT QUAM PEREAT* לשון אחר: לא הבאנו לביטולן של אותן הוראות אלא להנמכת קומתן בלבד. אוסיף עוד ואומר, כי הוראות של "שריון 80" נקבעו עד הנה לעניינם של נושאים שאינם שניים כלל במחלוקת, וממילא קרוב להניח כי לא תעמודנה אי פעם במבחן משפטי. נקווה שלא יגיע היום לכך. מכל מקום, אין באותן הוראות כדי להוות ראיה לסמכותה המכוננת של הכנסת, ולו משום שאין אדם יכול לסייע את עצמו.

97. במערך החוקתי של ישראל כהיום הזה - ובאין סמכות חיה ונושמת לחוקק "חוקה" - קביעה כי לא ניתן יהיה לבטל חוק, לשנותו או לפגוע בו אלא ברוב של למעלה מ-61 קולות (61 <) - הינה קביעה אנטי-דמוקרטית בעליל. אורגן שלטון החי והמתפקד במשטר דמוקרטי - וכזו היא הכנסת - לא נכיר בסמכותו המשפטית לקבוע כלל אנטי-דמוקרטי מעין זה לגבי פעילותו שלו. כל עוד משטרנו הוא משטר דמוקרטי, עקרון הרוב הוא שישלוט בנו (בצדן של זכויות האזרח). אם כך דין, כי אז העמדת דרישה להסכמתם של 62 חברי-כנסת (ומעלה) לשינוי של חוק, פירושה הוא - לאמיתם של דברים - שלטון המיעוט וביטול עקרון שלטון הרוב. סמכות זו לא קנתה הכנסת, ואסור עלינו באיסור חמור כי נכיר לה סמכות מעין זו. אם נאמר כי מוסמכת היא הכנסת כך להגביל את סמכותה לשנות חוק - תכנה את מושבה כאשר תכנה: "אסיפה מכוננת" או אחרת; תכנה את סמכותה כאשר תכנה: "סמכות מכוננת" או אחרת; תקרא על החוק שם של "חוק יסוד" או כל שם אחר - נוסף ונדע כי הכרנו לכנסת סמכות לחוקק חוק שממנו לא תוכל לחזור בה (הלכה למעשה). התבונן בהיסטוריה הפרלמנטרית של ישראל ותדע כי מעטים הם חוקים שנתקבלו ברוב של 70 או של 80 חברי-כנסת. ואם כך תשריין הכנסת חוק פלוני, מה סיכוי יהיה לשנותו? רוב של אומה יעמוד פעור פה - ולשנות חוק לא יוכל. והמסבירים יסבירו לבני העם: אין אונים אתם, לעשות דבר לא תוכלו.

וניתן דעתנו לדבר: אליבא דאלה הסוברים אחרת מאתנו, מוסמכת היא הכנסת לקצץ בסמכותה לחקיקה ולקבוע כי לא ניתן יהיה לשנות חוק פלוני אלא ברוב של (למשל) 80 חברי-כנסת; וכך - גם אם החוק הקובע כך לא נתקבל אלא ברוב זעום של חברי הכנסת; עיין ערך [חוק-יסוד: חופש העיסוק](#) (הראשון); עיין ערך [חוק-יסוד: כבוד האדם](#)

והירותו. הייתכן? הנה כי כן, [סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת](#) - אותה הוראת חוק הנהיגה מ"שריון 80" - הוסף [לחוק-יסוד: הכנסת בחוק-יסוד: הממשלה](#) שלשנת תשנ"ב (חוק יסוד האמור להחליף את [חוק-יסוד: הממשלה](#) דהיום). והנה, אותו חוק יסוד עצמו נתקבל בכנסת ברוב של 55 קולו בעד ו-32 נגד (ד"כ 125 (תשנ"ב) 3863). הדבר מעלה מעצמו שאלה - משפטית ומוסרית-ציבורית - אם רוב של 55 חברי-כנסת ראוי שנכיר לו סמכות כי יקבע "שריון 80"; ובייחוד כך, ביודענו - בשים לב להרכבה של הכנסת מאז קום המדינה ועד לימינו אלה - כי מעטים הם חוקים שניתן לקבלם ברוב של 80. בנושא זה הארכנו - וביתר - ומה לנו שנוסיף.

אליבא דידי, אמנם, אין רבותא במספר חברי הכנסת שביקשו להגביל את סמכותה של הכנסת לחקיקה בעתיד. רוב רגיל כוחו עמו לשריין חוק לבלתי שנותו אלא ברוב של 61 חברי-כנסת ("רובו - ככולו"), ואולם גם רוב כביר אין בכוחו לשריין חוק לבלתי שנותו אלא ברוב של 62 (ומעלה) חברי-כנסת. במקרה זה האחרון, אפילו הצביעו בעד החוק המגביל כל חברי הכנסת כולם, גם אז אומר שהכנסת חרגה מסמכותה.

אכן, הכרה בכוחה של הכנסת לשלול מעצמה סמכות לשנות ברוב דמוקרטי - ברוב של 61 חברי-כנסת - חוק פלוני, מעלה חזות קשה.

98. עקרון המסד של הכרעת הרוב עשוי ללמדנו שני אלה: אחד, סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים, מובנה בה - כסמכות "טבעית" - כוחה לקבוע בחקיקה כי חוק פלוני לא ניתן יהיה לבטלו, לשנותו או לפגוע בהיקף תחולתו אלא אם תזכה ההצעה בתמיכתם של רוב ברי הכנסת, דהיינו, ב-61 מחברי הכנסת. אין צורך במקור דין לבר הכנסת כדי להקנות סמכות זו לכנסת: הסמכות טבועה בעצם קיומה כרשות מחוקקת עליונה וכנגזרת מן המשטר הדמוקרטי השורר בישראל. והמסקנה השנית: אותו עיקרון של הכרעת הרוב - הוא ולא אחר - יוסיף וילמדנו כי סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים, מובנית בה - מאליה - שלילת כוחה לקבוע בחקיקה כי חוק פלוני לא ניתן יהיה לבטלו, לשנותו או לפגוע בהיקף תחולתו אלא אם תזכה ההצעה בתמיכתם של יותר מ-61 מחברי הכנסת. רוב של 61 הוא הגבול העליון, ומעבר לו תחרוג הכנסת מסמכותה.

99. אין זו אלא דוגמה לסמכותה המוגבלת של הכנסת לחוקק לעצמה, להגדיר את כוחה שלה, לקבוע את סמכויותיה היא. דוגמאות נוספות לא תחסרנה. הנה דוגמה אחת:

כנסת פלונית מחוקקת חוק יסוד וקובעת בו כי תקופת כהונתה שלה עצמה תורחב בארבע שנים נוספות אל מעבר לארבע השנים שנקבעו [בסעיף 8 לחוק-יסוד: הכנסת](#) ("תקופת כהונתה של הכנסת תהיה ארבע שנים מיום היבחרה"). לשון אחר: כנסת פלונית נבחרה לארבע שנים והנה אומרת היא לכהן שמונה שנים תמימות. חוק זה, לדעתי, יהיה בלתי חוקי בעליל - מבחינה משפטית - ואפילו יצביעו עבורו כל מאה ועשרים חברי הכנסת אשר יאמרו להאריך את כהונתם שלהם). העם בחר בכנסת לארבע שנים בלבד. העם לא נתן ייפוי-כוח בידי הכנסת להאריך את תקופת כהונתה שלה עצמה

לארבע שנים נוספות (לא נדבר, כמובן, בשעת חירום ובהארכתה של תקופת כהונה לאותה שעת חירום. ראו והשוו [סעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת](#), כפי שהוסף [בחוק-יסוד: הממשלה](#) שלשנת תשנ"ב. הוראת חוק זו תחילתה ביום שייכנס לכהונתו ראש הממשלה שייבחר על-פי אותו חוק יסוד). וכדברו של דוד בן-גוריון בכנסת, לקראת הבחירות לכנסת השנייה:

"הכנסת צריכה להגיד לאיזו תקופה תיבחר הכנסת השניה, ואם נחליט שהתקופה היא לארבע שנים - לא תוכל הכנסת הבאה לשבת יותר מארבע שנים, כי מלכתחילה יבחר העם לארבע שנים" (ד"כ 8 (תשי"א) 1581).

ועוד: כנסת פלונית מבקשת לחקוק חוק שלפיו יצומצם מספר חברי הבית ויעמוד על תשעים חברים. תחולת החוק אמורה להיות לאלתר, ולפיו יסולקו מן הכנסת שלושים

חברים בהתאם להשתייכותם לסייעות (PRO RATA) דהיינו, אין "הפליה" בין הסייעות ואין השתלטות של רוב על מיעוט). נמצא לנו אפוא, כי העם בחר במאה ועשרים חברים - אלה ואלה - והנה באה הכנסת ומורדת במנדט שקיבלה מן העם. חוק מעין זה כי ייחקק, יהיה [החוק מעבר](#) לסמכותה של הנסת וערכו כחרס הנשבר. החוק לא יתפוס מבחינה משפטית.

מדוגמאות אלו שהבאנו - מהן ומאחרות זולתן - נדע כי יש בנמצא כוחות "נסתרים", כוחות הטבועים בעצם קיומה של הכנסת ואשר יש בהם כדי להגביל את סמכותה - סמכותה הבלתי מוגבלת, לכאורה - לחקוק חוקים. ניתן דעתנו כי מדברים אנו עתה בסמכויות הכנסת כמחוקקת לעצמה ולא כמחוקקת לזולתה, כתפקידה העיקרי.

לא נדבר בהגבלות "בנות משפט הטבע" החלות על סמכותה של הכנסת לחוקק לזולתה (כגון: "כל-הבן הילוד היארה תשליכהו וכל-הבת תחיון" שמות, א, כב [ד]) שלא בסמכות זו ענייננו כאן.

100. דברים שאמרנו אינם מקובלים על הכול. כך, למשל, בספרו הנ"ל, בעמ' 110-111, אומר פרופסור אנגלרד כך:

"...האם יכול מחוקק ראשי לכבול את עצמו? לדעתנו, התשובה היא חיובית ואין בה כל סתירה הגיונית. אין כל מניעה כי נורמה משפטית תתיחס לא רק להתנהגות מסוימת של אנשים, אלא לתקפותה של עצמה ולדרך שינויה. כפי שמחוקק יכול לקבוע את גבולות תחולתה של נורמה מבחינת הזמן והמקום, כך הוא יכול להורות כי הנורמה לא תשתנה אלא בהליך מיוחד, או על ידי גוף מיוחד. כן יכול הוא לקבוע כי נורמה מסוימת לא תבוטל ולא תשונה כלל, לא על ידו ולא אל [כך:] ידי גוף אחר. הוראה כזאת היא תקפה..."

לדעתו של פרופסור אנגלרד אפוא אין כל הבדל בין סמכותה של הכנסת לקבוע נורמות לעולם לבר הכנסת, לבין סמכותה לקבוע נורמות לעצמה. מכאן מסקנה, כי מחוקק ראשי - בהיותו מה שהוא - רשאי הוא לכבול את עצמו. דעתי שונה. לגירסתי, ייעודו של המחוקק הראשי הוא "לארגן" את העולם סביבו; כוחו "לארגן" את עצמו אינו אלא טפל ומשני, וממילא מוגבל הוא במטרותיו לאותה סמכות של "ארגון עצמי".

וגם אם אמרנו כי בתחום "ארגון" העולם אין סמכותו של המחוקק הראשי מוגבלת, לא נאמר כן באשר לסמכותו "לארגן" את עצמו, שלא לכך נוצר. סמכותו של מחוקק ראשי "לארגן" את עצמו משתרעת רק על אותו תחום האמור לאפשר לו לקבוע נורמות לזולתו;

כך ולא עוד. והכול, כמובן, בכפיפות לקיומה של חוקה הפורסת חופתה על כול.

101. כללם של דברים: בחוקה לעצמה - ועל עצמה - אין הכנסת בלתי מוגבלת, על-פי טבעם של דברים, בסמכותה ובכוחה. יש עקרונות-על - אם תרצה: עקרונות-מסד - הטבועים בעצם קיומה של הכנסת; יש תכונות אופי השוכנות בגנים של הכנסת - בהיותה מה שהיא - ומאותם עקרונות, מאותן תכונות, לא תוכל הכנסת להשתחרר. אותן תכונות הן-הן הכנסת. חד מאותם עקרונות הוא עקרון הרוב, ועיקרון זה ילמדנו כי מוסמכת היא הכנסת לכבול את סמכותה לשנות חוקים עד לכדי 61 חברי-כנסת. עד כאן - ולא עוד. אכן, עקרון הרוב - למעלה ולמטה - הינו מרכיב יסוד בשלטון החוק ובקיומו של משטר דמוקרטי. בלעדיו ייפרע עם ובהיעדרו לא תיכון ממלכה. איש לאוהליך ישראל. עקרת את שלטון הרוב מגופו של משטר וידעת כי נטלת את נשמתה של הדמוקרטיה. עקרון הרוב שולט בכנסת אף היא והוא בבחינת "גבוה מעל גבוה שומר".

שלטון החוק ישלט גם במחוקק. חוק כי תחקוק הכנסת - חוק הוא לישראל, ובלבד שלא יפגע בלכתה של הדמוקרטיה, בעקרון הרוב; והכול, כמובן, בכפוף להוראות חוקה שנתקבלה כדין.

102. דרך אגב: דיברנו על אותה הגבלה הטבועה בסמכותה של הכנסת לחוקק חוק שלא ניתן יהיה לשנותו אלא ברוב של למעלה מ-61 מחברי הכנסת. לא דיברנו באפשרויות הגבלה אחרות, כגון חוק התובע לשינוי משאל עם, או בהגבלות נוספות הנגזרות מאופי המשטר הדמוקרטי ומערכי יסוד בחברה בישראל. "הגבלות" אלו מעלות סוגיות העומדות לעצמן - בנושא משאל העם, למשל, פונה הכנסת אל העם, מקור סמכותה שלה - ולא נדון בהן.

103. ולסיום: בית המשפט העליון פסל עד כה כמה וכמה חוקי כנסת שחרגו מהוראת חוק משוריינת קודמת, אך בכל המקרים - בכולם עד לאחד - מדובר היה בהוראת חוק שמנעה שינוי בחוק אלא אם יצביעו בעבור השינוי רוב (61) חברי-כנסת. המדובר היה ב"שריון 61". הכרעות דין אלו מקובלות עליו במלואן, שכן עומדות הן במגבלות המשטר הדמוקרטי. הוא הדין במגבלות הקבועות כיום בחוקי היסוד החדשים. אבוא בריב אך ורק

עם הוראות חוק המתיימרות לאסור שינוי בחוק - או פגיעה בו - אלא אם יצביעו בעבור השינוי או הפגיעה 62 חברי-כנסת ומעלה. הוראות חוק כאלו - יהא נושאן אשר יהא - חותרות הן, לדעתי, תחת המשטר הדמוקרטי בישראל, ולא נוכל לקבלן כערכן על פניהן.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק

104. דיברנו עד כה על עקרונות יסוד בנושא סמכותה של הכנסת לכונן חוקה ולכבול את עצמה כבילה פורמאלית במלאכת החקיקה. הבה נקרב עתה מבטנו אל שני חוקי היסוד שלענייננו - חוק-יסוד: חופש העיסוק וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - וננסה ללמוד ולהבין דבר.

105. ראשית לכול, נדרשת הבחנה בין "שינוי" של חוק יסוד לבין "פגיעה" בחוק יסוד, ולו מן הטעם חוק-יסוד: חופש העיסוק הוא עצמו מבחין בין "שינוי" לבין "פגיעה" (חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נאצל ממנו). "שינוי" של חוק פירושו הוא שינוי היקף פריסתו של החוק מעיקרו. הטיפול בחוק הוא על דרך של "הנדסה גנטית", ובשינויים של גנים חוק שהיה שוב אין הוא חוק שיהיה. מן הצד האחר, "פגיעה" בחוק או בזכות יסוד, אין בה כדי לשנות את החוק ואת הזכות מעיקרם. אנו "פוגעים" בחוק, כופפים את העץ, ובתחומי פריסה מסוימים ומוגדרים אין כוחו לאחר ה"פגיעה" ככוחו לפני ה"פגיעה". ואולם עד כאן ולא עוד. דומה עם זאת, שבהבחנה בין "שינוי" לבין "פגיעה" יש ליתן את הדעת לעוצמת ה"פגיעה"; וככל שתעצם הפגיעה ותלך כן תקרב עצמה ל"שינוי". ויש ש"שינוי" יתחזה כ"פגיעה" בשמו ייקרא "פגיעה" אך במהותו יהיה הוא "שינוי". כאמור, מתוך חוקי היסוד עצמם נדרשת הבחנה זו שבין "שינוי" לבין "פגיעה", הבחנה סעיף 4 של חוק-יסוד: הכנסת לא נדרש לה (ומכאן ש"שינוי" באותו סעיף 4 כולל אף "פגיעה"). ממילא נלך אף אנו בדרך שסלל המחוקק לפנינו.

106. בצדה של ההבחנה בין "שינוי" לבין "פגיעה" נדרשים אנו להבחנה נוספת והיא: בין הוראת חוק שלפיה אומרת הכנסת לכבול את ידיה במלאכת החקיקה על דרך שריונו הפורמאלי של חוק, לאמור, קביעה כי חוק לא ניתן יהיה לשנותו, או לפגוע בו, אלא בהתקיים תנאים פורמאליים מסוימים (כגון, רוב מיוחד, משאל עם וכיוצא באלה), לבין הוראת חוק שלפיה אומרת הכנסת לכבול את ידיה במעשה החקיקה על דרך קביעות מהות מסוימות אך בלא שריונו הפורמאלי של אותן הוראות. כבילה פורמאלית תובעת טיפול בנפרד מכבילה מהותית, ואכן נדון בכל אחת מאלו לעצמה.

שתי קלסיפיקציות אלו - "שינוי" ו"פגיעה" מזה; כבילה פורמאלית וכבילה מהותית מזה - יוצרות ביניהן ארבע אפשרויות שונות, ובדברינו להלן נדון בעיקרי הדברים תוך הבחנה בין שני חוקי היסוד. נפתח את דברינו בחוק-יסוד: חופש העיסוק ונעבור לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חוק-יסוד: חופש העיסוק

107. חוק-יסוד: חופש העיסוק מדבר הן בהליכים ל"שינוי" החוק הן בהליכים ל"פגיעה" בו; ובין הוראותיו תימצאנה הן כבילה מהותית הן כבילה פורמאלית. נפתח בנושא השינוי ולאחריו נעבור לנושא הפגיעה.

שינוי חוק היסוד: שריון פורמאלי וכבילה מהותית

108. חוק-יסוד: חופש העיסוק קובע הוראת שריון פורמאלי של הוראותיו, וכלשון סעיף 7 לחוק:

"אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת".

הוראת חוק זו, שכותרתה היא "נוקשות", קובעת שני תנאים מצטברים לשינויו של חוק-יסוד: חופש העיסוק: האחד, השינוי לא יבוא אלא בחוק יסוד, והאחר, בעד השינוי אמורים להצביע רוב חברי הכנסת. חוק כי תחקוק הכנסת וייעדר אחד מאותם שני תנאים, לא יהא בכוחו של אותו חוק לשנות את חוק היסוד. חוק יסוד שנתקבל ברוב של פחות מ-61 מחברי הכנסת - וכמותו חוק שנתקבל ברוב של 61 מחברי הכנסת אך שלא כ"חוק יסוד" - גם זה וגם זה אין בכוח כל אחד מן השניים כדי לשנות מחוק היסוד. שאלה לעצמה היא, אם יוכר החוק כחוק תקף לכל עניין אחר שאין בו כדי לשנות את חוק היסוד, אך שאלה זו אינה לענייננו כאן.

העלה בידי הכנסת לכבול את סמכותה לעתיד לעניין שינוי חוק-יסוד: חופש העיסוק? לדעתי, אכן עלה הדבר בידה, וכבילתה היא כבילה. אשר לרוב הנדרש של 61 חברי-כנסת, על נושא זה הארכנו לדבר - אפשר הארכנו ביתר - ומה לנו שנוסף והיינו לטורח. אשר לקביעתו המפורשת של החוק כי שינויו של חוק-יסוד: חופש העיסוק לא יבוא אלא בחוק יסוד אף הוא, גם זו היא דרישה של דרכי הליכים, כמוה כדרישת הרוב. וכשם שהכנסת מוסמכת לקבוע רוב של 61 לשינויו של חוק היסוד - דרישה זו משייכת עצמה לדרכי הליכים ראויים לקבלתו של חוק, לפרוצדורה שאין בה משום הגבלה בלתי לגיטימית על סמכותה של הכנסת - כן דין הקביעה המפורשת כי שינויו של חוק היסוד לא יבוא אלא בחוק יסוד. תנאי מוקדם זה לחקיקתו של חוק יסוד מתקן, כמוהו כקביעתן של שלוש קריאות לקבלתו של חוק; ומה "חוק" שעבר אך שתי קריאות בלבד אינו כלל חוק - ואין בכוחו לשנות דין קיים, להעניק זכויות או לשלול זכויות ולהטיל חובות - כן דינו של חוק המתיימר לשנות מחוק היסוד אך הוא עצמו אינו "חוק יסוד" (או שלא זכה לרוב של 61 מחברי הכנסת). עד אשר תשונה הוראת סעיף 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק - ובדרך שנקבעה לשינויה - רק נורמה שתמלא במצטבר אחרי שתי הדרישות שבסעיף 7, יהיה בכוחה להביא לשינוי בחוק יסוד על-פי הפרוצדורה שקבעה הכנסת לעצמה. מובן ששינויו של סעיף 7 לחוק היסוד - בדרך שנקבעה לשינוי, לאמור, ברוב חברי הכנסת ובחוק-יסוד - עשוי לחולל שינוי בדרך שינוי זכות היסוד של חופש העיסוק.

109. עד כאן - שריונו הפורמאלי של חוק-יסוד: חופש העיסוק מפני שינוי. ומה על כבילה מהותית לעניינו של שינוי? סעיף 5 לחוק היסוד קובע, כמסתבר, כבילה מהותית. דבר המחוקק הוא - בסעיף 5 לחוק היסוד - כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב"; ומתוך שהכנסת היא "רשות מרשויות השלטון", פירוש החוק הוא, שהכנסת אף היא - כמוה כשאר רשויות השלטון - חייבת היא בכבודו של חופש העיסוק. חובה זו היא-היא הכבילה המהותית. ואולם הוראת סעיף 5 עניינה בדין המחייב כל עוד לא נתחולל שינוי בחוק היסוד (תוך מילוי שני התנאים הנדרשים לשינוי), ומכאן שדבר המחוקק אינו נוגע לעניינו של שינוי אלא בעקיפין. הכבילה המהותית מסתרת אפוא בתוככי השריון הפורמאלי. מעטה השריון הפורמאלי מכסה על הכבילה המהותית: הכבילה המהותית אינה אלא נגזרת מן השריון הפורמאלי ונחבאת היא בין קפלי.

פגיעה בחוק-יסוד: חופש העיסוק; שריון פורמאלי וכבילה מהותית

110. אשר לפגיעה בזכות היסוד של חופש העיסוק. עניינו כאן הוא בהוראות הסעיפים 4 ו-8 לחוק היסוד, הקובעים וזו לשונם:

"פגיעה
בחופש
העיסוק

4. אין פוגעים בחופש העיסוק אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."

"תוקפו
אף כשאינה של חוק

8. הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה של חוק בהתאם לסעיף 4, אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת חורג ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה; תוקפו של חוק כאמור יפקע בתום ארבע שנים מיום תחילתו, זולת אם נקבע בו מועד מוקדם יותר."

סעיף 4 לחוק היסוד קובע תנאי מהות אלה ואחרים לאפשרות "פגיעה" בחופש העיסוק (כבילת מהות). מוסיף סעיף 8 מצדו וקובע דרכי הליכים לחקיקתו של חוק הפוגע בחופש העיסוק, ולתקפותו - לתקופה מרבית של ארבע שנים - על-אף חריגתו מהוראות סעיף 4. שניים הם תנאים לסמכות הכנסת "לפגוע" בחוק-יסוד: חופש העיסוק

בלא שיתקיימו התנאים המנויים בסעיף 4 לחוק: האחד, חקיקת חוק (רגיל) שנקבל ברוב של חברי הכנסת, והשני, "נאמר בו בחוק במפורש שהוא תקף על אף האמור" **בחוק-יסוד: חופש העיסוק**. ייעדר אחד משני תנאים אלה, לא יהא בכוחו של החוק לחסר מחופש העיסוק. אלו דרכי הליכים שנקבעו לחקיקתו של חוק האומר לפגוע בחופש העיסוק (חוק שאינו מקיים תנאים מוקדמים שנקבעו בסעיף 4 לחוק היסוד), ועד אם תשנה הכנסת מן הפרוצדורה שקבעה, רק הליכה בדרך זו שנקבעה תניב חוק שבכוחו לפגוע בחופש העיסוק (אם אין הוא ממלא אחרי התנאים הקבועים בסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק). לטוען כי חוק מאוחר יהיה תקף בכל זאת, וכי בכוחו של חוק מאוחר לפגוע בחופש העיסוק אף אם לא ימלא אחרי אחד משני התנאים (למשל: חוק שנתקבל ברוב חברי הכנסת אך לא נאמר בו במפורש שהוא תקף על-אף האמור **בחוק-יסוד: חופש העיסוק**) - כך על-פי הכלל של LEX POSTERIOR DEROGAT LEGI PRIORI נשיב: אותו חוק מאוחר אינו כלל "חוק", אין הוא "LEX" מעיקרו, הואיל ולא נתקבל על-פי דרכי ההליכים שקבעה הכנסת מראש לקבלתו (וכמוהו כ"חוק" ש"נתקבל" בשתי קריאות בלבד).

111. בנושא זה של פגיעה בחופש העיסוק חוזר **חוק-יסוד: חופש העיסוק** על מתכונת דומה לזו שראינו בנושא השינוי. לעניינה של פגיעה קובע חוק היסוד מפורשות כבילה מהותית - כך בסעיף 4 לחוק היסוד, האוסר פגיעה בחופש העיסוק אלא בהתקיים תנאים מסוימים - אך גם כאן נחבאת הכבילה המהותית אל בין קפלי השריון הפורמאלי שבסעיף 8 לחוק. חוק הפוגע בחופש העיסוק והמקיים את תנאי סעיף 4, יהיה תקף - כאמור בסעיף 4 - ואילו חוק הפוגע בחופש העיסוק ואשר אינו מקיים את תנאי סעיף 4 יהיה תקף רק בהתקיים תנאי השריון המנויים בסעיף 8 לחוק היסוד. המחוקק טרח לקבוע הוראות מפורשות - בגופו של חוק - למקרה אחד ולמקרה אחר, ונושא הכבילה ממילא ייסוב את נושא הפרוצדורה ואת הוראת השריון הפורמאלי דווקא. ככל שיש בו **בחוק-יסוד: חופש העיסוק** מרחב מחיה לנושא הכבילה המהותית אף היא, נדבר ונדון בו להלן שעה שנעסוק **בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**.

חוק-יסוד: חופש העיסוק - לעניינם של תנאי שריון

112. ניתן דעתנו לדבר, והוא לענייננו עתה: התנאים שנקבעו בסעיפים 7 ו-8 **בחוק-יסוד: חופש העיסוק** - לעניין שינוי החוק ולעניין פגיעה בו - הינם כולם תנאי פרוצדורה. אין בהם עצמם כל מהות, כל תוכן, ועניינם אך בדרכי ההליכים בלבד: רוב מיוחד; שם של חוק (לעניינו של שינוי); הקביעה המפורשת "על אף" (לעניינה של פגיעה). דיברנו אריכות על נושא הרוב המיוחד, ולא נוסף. אשר לשני התנאים האחרים, ניתן לראות בהם מעין "נוסחות קסם" פרוצדורליות לחקיקה, משל היו מילות קסם שבהגיתן נפתחת מערת גנזים. במילים אין כל מהות משל עצמן, אך על-פי קביעת המחוקק מוליכות הן אלי חוק. ואם ל"נוסחות הקסם" אין מהות משל עצמן, הנה עצם הצורך בכתיבתן - "חוק יסוד" (בראשו של שינוי) ונוסחת ה"על אף" (באמצעו של

חוק פוגע) - אמור הוא להביא למודעות המחוקק את חשיבות מעשהו, את רצינות מעשה החקיקה, את האחריות שהוא נוטל על עצמו בשינוי חופש העיסוק או בפגיעה בו. אל יקום חבר-כנסת מחר-מחרתיים ויזעק: לא ידעתי, לא הבנתי, לא עלה על דעתי לשנות מחופש העיסוק או לפגוע בו. קבלתו של חוק יסוד (הפוגע בחופש העיסוק) אינה מעשה שיגרה, והאמירה המפורשת "חוק יסוד" או "על אף" מזקירה עצמה לעיני כל הטורח להתבונן. סוג זה של חוק אין לקבל אלא בדרכי הליכים שנקבעו. לשון אחר: רק דרכי הליכים שנקבעו - מילויים של תנאים אלה ואחרים, אחד לאחד - בכוחם להניב סוג זה של "חוק", חוק שבכוחו לשנות מחופש העיסוק או לפגוע בו.

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - פגיעה בזכויות אדם

ושינוי זכויות אדם

113. דיברנו עד כה בחוק-יסוד: חופש העיסוק על-פי הנוסחאות הקבועות בו. שלא כמותו, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מציג לפנינו טיפוס אחר של חיוב הכנסת בדרכי החקיקה: זו הפעם חיוב מהותי בלא שמתלווה אליו שריון פורמאלי אף הוא. נדון להלן במאוחד בנושא שינוי חוק היסוד ובנושא פגיעה בחוק היסוד.

114. בתחילתו - לאחר קביעת עקרונות היסוד ומטרת החוק - מונה חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו זכויות יסוד אלו ואחרות (זכויות יסוד המוגדרות בחלקן, משום מה, לא על דרך של זכויות מהות). לאחר תום מניינן, בסעיף 8 בו, מוסיף החוק וקובע איסור על פגיעה בזכויות המנויות בו. וכלשונו:

"פגיעה 8. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את בזכויות ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

מוסיף עליו וקובע סעיף 11 לחוק היסוד:

"תחולה 11. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".

כולנו נסכים כי "רשויות השלטון" הנזכרות בסעיף 11 לחוק, הכנסת נמנית עמהן; לא עוד, אלא שהוראת סעיף 11 לא נבראה מעיקרה אלא לכבודה של הכנסת. ואמנם:

"רשויות השלטון" האחרות - בתי המשפט, הממשלה וכל רשויות שלטון שתהיינה - פשוט הוא שבאות הן ב"רשויות השלטון", וגם לולא הוראת סעיף 11 לחוק היו הן חייבות בכבודו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זה שלטון החוק בפשטותו, והוא עמנו באשר אנו. הוראת סעיף 11 נועדה אפוא להודיענו באורח חגיגי ומחייב, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו פורס עצמו מפורשות על הרשות המחוקקת אף היא, והוא שלטון החוק ברשות המחוקקת. אכן, משקבע סעיף 8 לחוק היסוד כי אין ניתן לפגוע בזכויות יסוד שלפי החוק אלא בחוק המקיים תנאים אלה ואלה, הוראת סעיף 11 לחוק נדרשה היא כמו מאליה להשלמת הקביעה המהותית שבסעיף 8.

115. הכנסת אף היא חייבת אפוא בכבודן של זכויות היסוד המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובכל פעילויותיה, לרבות - נוסף ונאמר: בעיקר - בפעולות החקיקה. ובהולכנו כך בדרך תציג עצמה לפנינו שאלה. וכך נישאל: חיוב עצמי זה שהטילה הכנסת על עצמה, חיוב שלא לפגוע בזכויות יסוד אלא בהתמלא התנאים המנויים בסעיף 8 לחוק - "הוראת הגבלה" ככינויה - מה כוחה ועד היכן תחום שליטתה? במקום שאותה "הוראת הגבלה" חוסה בצלה של הוראת שריון פורמאלי - כדרכו של חוק-יסוד: חופש העיסוק - ידענו את התשובה: הוראת השריון תקבע, בדרכה נלך, ועל פיה נכריע. ואולם באין חופת שריון עליה - כדרכו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - "הוראת הגבלה", מי יגן עליה מפני שינויה או פגיעה בה?

נניח כי לאחר היות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מקבלת הכנסת חוק רגיל, ברוב רגיל; יש בו בחוק - הלכה למעשה - כדי "לפגוע" בזכויות יסוד הקבועות בחוק היסוד גופו; ובה בעת אין מתקיימים בו באותו חוק מאוחר התנאים הקבועים בסעיף 8 לחוק היסוד להכרה בו כחוק "חוקי". למשל: יש בו בחוק כדי לפגוע בזכות יסוד שלפי חוק היסוד במידה העולה על הנדרש. האם נכיר בחוק כבן-תוקף משפטי? האם נראה את החוק כ"חוקי" לכל דבר ועניין - כחוק שנעשה בסמכות, כחוק שעלה בידו לחסר מזכות היסוד שאמר לחסר ממנה? או שמא נאמר: החוק אינו "חוקי" ואין הוא תופס מעיקרו אך באשר אין הוא מקיים את הוראת הכנסת שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? לשון אחר: הגבלה מהותית שהטילה הכנסת על עצמה במלאכת החקיקה שלעתיד לבוא, מה היא משמעותה של הגבלה זו באין חומת שריון פורמאלי סביב לה (כדרכו של חוק-יסוד: חופש העיסוק)? כיצד נפרש את דבר חוק היסוד, ומה פועל משפטי יש לה להגבלה עצמית זו שאמרה הכנסת להגביל את עצמה?

ארבעה המה פתרונות המעמידים עצמם לפנינו, ואלה הם: הוראת סעיף 8 היא מוחלטת ואין אפשרות לסטות ממנה; הוראת סעיף 8 אין בה אלא הנחיה בלבד לחקיקה, וסטייה ממנה אין בה כדי להעלות או להוריד; הוראת סעיף 8 ניתן לסטות ממנה בחוק מאוחר, בין מפורש בין מכללא; הוראת סעיף 8 ניתן לסטות ממנה אך ורק מפורש (ואפשר רק בחוק יסוד). הבו נעבור על פתרונות אלה ונבחנם, אחד לאחד, כסדרם, הן

לעניין תכלית החוק (מישור הכוונה) הן לעניין כוחה של הכנסת להשיג אותה תכלית (מישור הסמכות). באותו נושא ראו עוד והשוו: קרפ, במאמרה הנ"ל; ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך ג, בעמ' 266 ואילך.

116. דרך פרשנות אחת להוראת סעיף 8 היא, שדבר המחוקק הוא נחרץ ומוחלט וכי אין אחריו ולא כלום. מאז היות החוק, אין רשות מרשויות השלטון רשאית לפגוע בזכות מזכויות האדם המנויות בחוק היסוד אלא אם תקיים מספר תנאים במצטבר, הכול כאמור בסעיף 8: תעשה זאת בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל; החוק נועד לתכלית ראויה; והחוק פוגע בזכות מזכויות האדם במידה שאינה עולה על הנדרש. והוראה זו שבסעיף 8 לחוק אינה ניתנת כלל לשינוי. פירוש זה - האומר, לכאורה, לברוא אבן שאינה ניתנת להזזה - אינו נטול טעם, ומצד תוכנו עולה הוא בקנה אחד עם אופיו של משטר דמוקרטי-ליברלי, משטר הראוי לנו ואשר אנו ראוים לו. למשל: זכות יסוד היא לאדם בישראל, שאין פוגעים בחייו או בכבודו, כדבר סעיף 2 לחוק היסוד. ומוסיף החוק וקובע, לפי אותו פירוש, שלאחר היו החוק אסור לפגוע בחייו או בכבודו של אדם אלא בחוק שנועד לתכלית ראויה וכולי. איסור זה הוא האבן, ואסרנא אסרי, ככתבו וכלשונו. כך נאה וכך יאה.

אם כך דין מצד תוכנו ותכליתו של החוק - מצד "כוונתו" המשוערת של המחוקק - נבקש אך לשווא מקור לסמכותה של הכנסת כך לכבול את כוחה בחקיקה לעתיד לבוא.

ראינו כי אין בכוחה של הכנסת לשים אזיקים על ידיה למעשה החקיקה אלא כדי הצבת רוב של 61 חברי-כנסת, ודרישה זו ראינו בה פרוצדורה ודרכי הליכים הנדרשים ממילא בכל מעשה של חקיקה (להבדילם מכבילת סמכות - האסורה, לדעתנו). ואם אין הכנסת מוסמכת לכבול עצמה במלאכת החקיקה על דרך הצבת דרישה לרוב של 62 חברי-כנסת ומעלה, לא כל שכן שאין היא רשאית לכבול את ידיה לצמיתות כדבר פירוש (אפשרי) זה לחוק. העם לא הסמיך את הכנסת להתנצל מסמכותה ולפרוק מעליה עול של חקיקה, וממילא נדחה מעל פנינו פירוש זה לסעיף 8 לחוק. הכנסת אין בסמכותה לברוא אבן שלא תוכל להרימה.

117. דרך פרשנות שנייה תגרוס - ובתוכנה דרך זו היא הקוטב המנוגד לדרך הפרשנות הראשונה - כי הוראת סעיף 8 (ועמה הוראת סעיף 11) לחוק היסוד לא נתכוונה אלא להדריך ולהנחות - להדריך ולהנחות ולא לחייב - את הכנסת בעשותה במלאכת החקיקה. הוראת סעיף 8 לחוק היא הוראה מנחה ומדריכה

(INSTRUCTIVE,)

(DIRECTIVE), להבדילה מהוראה מחייבת ומצווה, הוראה שהיא IMPERATIVE, MANDATORY

(להבחנה בין סוגי הוראות אלו ראו, למשל, [צ"א 87/50](#) ליבמן נ' ליפשיץ [68]). על-פי פירוש זה לחוק, הוראת סעיף 8 אינה אלא עצה טובה שהמחוקק משמיע באוזני עצמו, בבחינת: זו הדרך ראוי שתלך בה, נא ראו וראוי שכן תעשו (עצה טובה קא משמע לן). אם תלך בזו הדרך - מה טוב, ואולם גם אם לא תלך בה מעשך יהיה מעשה וחוק שתחוקק יהיה חוק.

דרך פרשנות זו, הגם שהיא אפשרית - בבחינת כוונתו של המחוקק - אין בה סבירות. אכן, יש שהוראה שבחוק תפורש כהוראת הנחיה, אך לא שמענו עד הנה שמחוקק יקבע לעצמו בחוק הנחיות לחקיקה. לא שמענו, ואף לא מצאנו סבירות בדרך זו של פרשנות. כך ככלל, ולא כל שכן שהוראת סעיף 8 מנוסחת באורח נחרץ, שאין פוגעים בזכויות שלפי חוק היסוד אלא בחוק (או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו). לשונו של סעיף 8 לחוק אינה לשון הנחיה והדרכה אלא לשון חיוב ומצווה, ולא נמצא לי טעם טוב שלא לפרש את דבר המחוקק כלשונו.

118. משדחינו מעלינו שתי אפשרויות קוטב אלו לפירושו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נותרו שתי דרכי פרשנות נוספות והן בתווך בין קוטב לקוטב: פירוש הסב את נושא הביטול מכללא ופירוש הסב את נושא הביטול המפורש. הבו נעמוד על שתי דרכים אלו בפרשנות, ונפתח בנושא הביטול מכללא.

119. כלל יסוד הוא שחוק חדש מסיג מפניו חוק שקדם לו: "וישן מפני חדש תוציאו" (ויקרא, כו, י [א]). בסתירה או באי-התאמה בין חוק מאוחר לבין חוק מוקדם, ידו של חוק מאוחר על העליונה, וחוק מוקדם ייבטל כדי הסתירה או אי ההתאמה (PRO TANTO: LEX POSTERIOR DEROGAT PRIORI). יסודו המהותי של הכלל הוא בעקרון יסוד, שהרשות בת הסמך - במקומנו: נציגי העם בבית הנבחרים - היא הקובעת מעת לעת את נורמות ההתנהגות הראויות לכלל ולפרט. קבע המחוקק היום נורמת התנהגות פלונית, פשוט הוא שביקש כי נורמה זו תשלוט, היא ולא אחרת. ואם עומדת נורמה של היום בסתירה לנורמה של אתמול, גם זה פשוט שנורמה של היום תגבר על נורמה של אתמול, כדי תחום התפרסותה של הנורמה החדשה. במשטר דמוקרטי כשלנו משולב כלל זה בכלל הנדרש מאופיו של המשטר, והוא, שדעת הרוב מכריעה.

והנה, במקום שנורמה של היום מבטלת מפורשות נורמה של אתמול, אין ניצבת לפנינו כל קושיה (ובלבד ששתי הנורמות מצויות על אותו מישור נורמטיבי: חוק כנגד חוק, תקנה כנגד תקנה וכולי). ואולם מה דין במקום שנורמה מאוחרת אינה מבטלת מפורשות נורמה שקדמה לה? על כך נאמר שני אלה: ראשית לכול, נעשה כמיטבנו ליישב את הנורמות זו עם זו, ננסה ולו במאמץ לשלב את ידי השתיים זו בזו ולהכניסן תחת חופה אחת. ואף נצא מגדרנו להשלים בין הצרות לכאורה. וכך נאמר אל עצמנו: לו ביקש המחוקק בנורמה של היום לבטל נורמה של אתמול, יכול היה להודיענו כוונתו זו במשיכת קולמוס קלה: לבטל במפורש את הנורמה הקודמת. משלא עשה כן, חזקה עליו שביקש כי גם נורמה של אתמול גם נורמה של היום ישלטו בנו, זו בצד זו. ואם זו הייתה כוונתו לכאורה - נעשה אנו כמיטבנו להוציאה מן הכוח אל הפועל על דרך הפרשנות, ולו באורח דחוק. ואולם, אם כלו כל הקצים, וכל דרכי מחשבה - אף פיתולי מחשבה - לא יעמדו לנו, או אז נאמר אל לבנו: ככל הנראה נשמטה מן המחוקק אותה סתירה שבין הנורמות; ומתוך שחזקה עלינו מצוותו היום - והיא נורמה של היום -

נסיק מכללא את כוונתו כי נורמה של אתמול תיבטל (כדי הסתירה). ניסחנו דברינו בלשון סובייקטיבית, ונוכל לנסחה בדרך אובייקטיבית, ליחסים שבין חוק לחוק ודרכי השתלבותם של חוקים מארג החקיקתי הכולל. הנה הוא ביטול מפורש, הנה הוא ביטול מכללא, והנה הוא היחס בינותם. ראו עוד והשוו ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך א, בעמ' 566 ואילך, והאסמכתאות שם.

120. נחזור על מקצת הדברים בלשון אחר, ונמשיך במסענו. הכלל הקובע כי חוק מאוחר גובר על חוק קודם לו, תופס, בראש ובראשונה, בהוראת ביטול מפורשת הנכללת בחוק המאוחר. המחוקק פירש את דעתו, ואנו נישמע לו שהרי לו נתכנו עלילות התחיקה. אותו היגיון עצמו החל על הוראת ביטול מפורשת שבחוק מאוחר, אותו היגיון עצמו יחול, לכאורה, גם באין הוראת ביטול מפורשת. המחוקק קבע בחוק המאוחר הסדר מסוים, ובמקום שאותו הסדר אינו מתיישב עם הסדר קודם, נלמד על כוונת מחוקק (הסדר החוק) מכללא כי הסדר מאוחר יבוא תחת הסדר קודם לו. ואולם, בעוד שביטולו המפורש של חוק קודם מחייב כמו מעצמו - בהיותו נגזר במישרין ממהותו של שלטון; ובמשטר דמוקרטי: בהיותו נגזר במישרין ממהותה של הדמוקרטיה - הנה בביטול מכללא נתלים אנו בכוונתו המשווערת של המחוקק (אם תרצה: בכוונה המיוחסת למחוקק), שהרי במפורש לא גילה את דעתו. מכאן: בעוד שחובתנו לכבד הוראת ביטול מפורשת נגזרת (במקומנו) במישרין מן האמנה החברתי הדמוקרטית, הפירוש לביטול מכללא נדרש לקונסטרוקציה של פרשנות המנסה להגיע עדי כוונתו של המחוקק (תכליתו של החוק). נדע מכאן, שלא הרי ביטול מכללא כהרי ביטול מפורש. ומכאן נדרש, לדעתי, אף שוני בטיפול, בביטול מפורש מכאן ובביטול מכללא מכאן.

121. הנה כי כן, חוק שיקבע בגופו - כך על דרך הסתם - כי הוראת ביטול מפורשת שתבוא בחוק מאוחר (ובמקום ששני החוקים מצויים על רמה נורמטיבית אחת), לא תהא בת-פועל ולא יהא בכוחה כדי לבטלו, קביעתו של החוק הקודם לא תתפוס מעיקרה, הואיל וסותרת היא את כלל החוק המאוחר, אם תרצה: את עיקרו של המשטר הדמוקרטי. מסקנה זו אחת היא ואין בלתי. לא נוכל לומר כן - באותה מידה של בטחה - באשר לביטול מכללא. כך, למשל, חוק שיקבע בגופו כי רק הוראת חוק מפורשת שבחוק מאוחר יהיה בה כדי להביא לביטולו (או לצימצום תחום פריסתו). לאמור:

הוראה בחוק פלוני הקובעת כי חוק מאוחר לא יראו אותו כמבטל אותו חוק פלוני, כולו או מקצתו, אלא אם תבוא על כך הוראה מפורשת בחוק המאוחר. אין זה ברור כלל ועיקר כי הוראת חוק זו המוקדמת בטלה היא מעיקרה או כי אין היא בת-פועל משפט.

נהפוך הוא: מתוך שבנושא של ביטול מכללא נתלים אנו בכוונה משוערת של המחוקק (או בכוונה המיוחסת למחוקק) - אם תרצה: במבנה של החוק ושל שיטת המשפט בכללה - תעמודנה שתי הוראות חוק אלו זו לעומת זו, והן כמתגרות זו בזו: מעבר מזה הוראה המשריינת עצמה מפני ביטול מכללא, ומעבר מזה הסדר האומר (במשמע) לבטל מכללא.

במקום זה כבר לא נוכל לומר, כך על דרך

הסתם, כי חוק מאוחר מבטל חוק מוקדם. שהרי מחוקק החוק המאוחר "ידע" על החוק המוקדם, ובשותלו את החוק החדש בגן המשפט - בו שתול החוק המשוריין, הקודם בזמן - מסתמא ביקש בחוק המאוחר, כמוהו כבחוק המוקדם, כי החוק הקודם יגבר; הא ראייה:

הוא לא ביטל מפורשות את ההסדר הקודם, אף שזו הפרוצדורה שקבע לעצמו לביטולו של החוק הקודם. מכל מקום, "כוונתו" של המחוקק כי הסדר של היום יבוא תחת הסדר של אתמול, על-אף אותו שריון שבהסדר של אתמול - אין היא נלמדת מאליה כבשאר ביטולים מכללא; והרי יש בו באותו שריון כדי לזעזע את מוסדי עקרון הביטול מכללא.

משל למה הדבר דומה, לאדם המבטיח כי לא יעשה כך וכך. לימים שוכח אותו אדם הבטחה שהבטיח, ועל-אף הבטחתו שלא יעשה כך וכך עושה הוא כך וכך. משמזכירים לו לאותו אדם כי הבטיח את שהבטיח, טופח הוא בכפו על מצחו ומפטיר: ברוך שומר הבטחתו. טעיתי, בוודאי שאומר אני לקיים הבטחתי שהבטחתי. מעשה שעשיתי אבקשכם שייראה כמו לא עשיתי. הריני חוזר בי ממעשיי והריני מחזיר דברים לקדמתם ולכמות שהיו. כך אותו אדם שהפר הבטחתו וכך הוא מחוקק, זה משל וזה נמשל. אכן, כלל הביטול מכללא - שלא ככלל הביטול המפורש - ניתן להסכים עליו וניתן לשנותו.

השאלה אינה אלא מה היא השקפתנו באשר לנושא הביטול מכללא.

דרך אגב: רמז לכך שכלל הביטול מכללא אינו כלל הלמד מעניינו ימצא לנו - גם זאת מכללא - בהוראת חוק מפורשת הבאה [בסעיף 2\(א\) לפקודת סדרי השלטון והמשפט](#) (הוראות נוספות), תש"ח-1948, ולפיה:

"פירוש 2. כדי להרחיק ספק נאמר בזה:

(א) כשהחוק אשר ניתן על ידי מועצת המדינה או על פיה סותר חוק שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר התש"ח (14 במאי 1948), רואים את החוק הקודם כמבוטל או מתוקן, גם כשאין בחוק החדש בטול או תקון מפורש של החוק הקודם."

הוראת חוק זו נועדה להבהיר ולחזק את הוראת [סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט](#), באשר ליחס בין חקיקה שלאחר המדינה ובין חקיקה שלפני המדינה (משפט שלפני המדינה "יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו ..."). כולנו נסכים כי הוראת חוק זו קובעת את המובן מאליו. ואולם כך נאמר בימינו אלה. ואילו באותם ימים סברו אחרת. העובדה שמחוקקים ראשונים מצאו לנכון

לחוקק הוראת חוק זו - ובלשונה - היא עצמה מעידה כמאה עדים שלא הרי ביטול מכללא כהרי ביטול מפורש. משידענו כך, נוסף ונד גם זאת, שאין הכרח אפרוירי, כביכול, כי כללים התופסים בביטול מפורש יתפסו בביטול מכללא אף הוא.

122. ומכאן לענייננו שלנו. נניח כי לאחר היות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מקבלת הכנסת חוק רגיל שיש בו כדי לשנות מכללא זכות או זכויות שלפי חוק היסוד - או חוק הפוגע מכללא בזכות או בזכויות אלו - בלא שאותו חוק מקיים אחר התנאים המוצבים בסעיף 8 לחוק היסוד (חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל וכולי). האם יחול "כלל החוק המאוחר", לאמור, האם נראה את החוק החדש כעומד על תלו ואילו את חוק היסוד כבטל כדי הסתירה או אי ההתאמה? או שמא נאמר: חוק יסוד נועד לו מעמד מיוחד, וחוק מאוחר לא יעמוד לו כוחו להאבד מכללא חלקים מחוק היסוד? לכאורה, יחול כלל "החוק המאוחר" - לענייננו של ביטול מכללא - אף על ענייננו כאן; ואולם רק לכאורה כך, והנה הם דברינו לעניין זה.

123. הוראת סעיף 11 לחוק היסוד היא, כפי שראינו, שכל רשויות השלטון - ובהן הכנסת - כולן כאחת חייבות הן בכבודו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חובת כיבוד זו חלה גם על הוראת סעיף 8 לחוק היסוד, הוראה הקובעת כי אין פוגעים בזכויות שלפי חוק היסוד - לא כל שכן שאין משנים מזכויות אלו - אלא חוק המקיים תנאים אלה ואחרים. ולא זו בלבד, אלא שהוראת סעיף 11 לחוק מכוונת היא פניה בראש ובראשונה אל הכנסת, וכמו נאמר בה כי "הכנסת חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". אם נוסף עתה ונאמר כי חוק מאוחר יש בכוחו לבטל מכללא הוראה זו על חובתה של הכנסת, מה בא להשמיענו סעיף 11 לחוק היסוד (בצירוף לסעיף 8 לחוק)? שאר רשויות שלטון הרי חייבות הן ממילא בכיבוד הזכויות שלפי חוק היסוד - חיוב הנגזר מעקרון שלטון החוק. ואם רשאית היא הכנסת ומוסמכת היא לבטל אף מכללא אותו חיוב שהטילה על עצמה, מה בא אותו חיוב מראש להשמיענו? מה טעם ראה החוק להטיל חיוב מפורש על הכנסת לכבד את הוראות חוק היסוד, אם בה בעת רשאית היא הכנסת (על-פי דרך הפרשנות המוצעת) לבטל אותו חיוב אף מכללא? והרי יכולה הייתה הכנסת לנהוג באותה דרך גם לולא הטיל עליה החוק חיוב מפורש?

לשון אחר: פירוש המתיר ביטול מכללא של אותו חיוב מפורש שנטלה הכנסת על עצמה, פירוש זה יש בו כדי לייתר אותו חיוב מפורש. המחוקק כמו דיבר לריק ודבריו היו כרוח השורקת. האם נאמר כי הוראת סעיף 11 לחוק היסוד לא באה להשמיענו אלא עצה טובה? פירוש זה כבר דחינו מעלינו, ונוסיף ונדחה אותו מעלינו גם כאן. אותו טעם עצמו נוכל להעלות אף לעניין פירושה של הוראת סעיף 8 לחוק, שאף בה יש כדי להטיל נטל על הכנסת.

אכן, אם נאמר להזריק חוכמה והיגיון בהוראת סעיף 11 (וכמוה בהוראת סעיף 8 לחוק היסוד), תידרש מאלה מסקנה כי חוק מאוחר לחוק היסוד לא יהיה בכוחו לבטל מכללא הוראות שבחוק היסוד. זו הייתה, כמסתבר, תכלית ההסדר מראש, ולא נמצאה לי מניעה כי כוונה זו תזכה לפועל משפטי, לא מבחינת עקרונות היסוד של הדמוקרטיה ולא מכל בחינה אחרת. אכן, "עקרון החוק המאוחר" לעניין ביטול מכללא, אין סבירות בהחלתו על ענייננו. החלת העיקרון "אפשרית" היא, כמובן, אך אין בה לא סבירות ולא היגיון. חובה שחוק ראה להטיל במפורש ובמפורט על הכנסת - לא עוד אלא חובה יוצאת דופן במיוחד - אין זה סביר ואין זה ראוי, לא בבחינתו של שלטון החוק ולא מכל בחינה אחרת, כי נוכל לטאטאה מעל פנינו מכללא, כמו אגב אורחא.

ראוי ונכון הוא - על דרך פירוש החוק - כי חיוב מפורש שכך הוטל, רק ביטול מפורש יוכל לו: אם לצמצם את תחום פריסתו אם להאבידו כליל.

124. זה הפירוש החלופי האפשרי להוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו: יכולה ורשאית היא הכנסת - על-פי דברה שלה - לפגוע בהוראה מהראות חוק היסוד, או לשנותה, רק אם תאמר כן מפורשות. כך ולא אחרת. החוק המאוחר יכול שיעשה שימוש בנוסחה של "על אף האמור" - או בכל נוסחה אחרת - ובלבד שתהיה נוסחה שוות ערך, דהיינו, נוסחה שתלמדנו כי הכנסת יודעת ומודעת היא - באורח חד-משמעי וללא שמץ פקפוק - כי אומרת היא לשנות מזכויות היסוד או לפגוע בהן, אף שאותו חוק (מאוחר) אינו מקיים אחרי התנאים שהכנסת עצמה העמידה בהוראת סעיף 8 לחוק היסוד. מתוך חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחייב את הכנסת לכבד זכויות יסוד המנויות בו - בהיקף פריסה כאמור בו, לרבות בסעיף 8 בו - נצפה כי חוק מאוחר יכריז על עצמו מפורשות כך: מלכתחילה חויבה הכנסת בכיבוד זכויות אלו ואחרות, ובהיקף פריסה זה ואחר; ניתן לה לכנסת היתר לפגוע באותן זכויות רק בהתקיים תנאים מסוימים, אלה הקבועים בסעיף 8 לחוק היסוד; על-אף כל אלה אני מבקש לפגוע בזכויות יסוד (או לשנות אותן) הגם שלא נתקיימו תנאי היסוד שנקבעו מראש.

אדרבא: יעמוד נציג ממשלה על דוכן הכנסת וכך יאמר: חובתי לכבד, ועל-אף זאת אין זה ראוי, לדעתי, כי אכבד. זו היא ידיעה, זו היא מודעות, כך היא נטילת אחריות, זה הביטול המפורש. ואני מאמין, כולנו נאמין, כי בפירושו כך של חוק היסוד תפחתנה פגיעות בלתי מבוקרות בזכויות היסוד, ואפשר לא תיוולדנה כלל.

בסעיף 8 חוק-יסוד: חופש העיסוק נאמר מפורשות, כפי שראינו, כי אין פוגעים בחופש העיסוק אלא אם באה הפגיעה בחוק הקובע "במפורש שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה". חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין, אמנם, הוראה מקבילה, אך לדעתנו נגזרת דרישה זו מאלה, כדבר הלמד מעניינו, מתוך החוק עצמו, אף באין הוראה מפורשת בו. ראו עוד והשוו: אלון, במאמרו הנ"ל, בעמ' 662; ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך א, בעמ' 562-563.

125. דעתנו היא אפוא זו, שלעניין שינויו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - הוא

הדין בפגיעה בו - נידרש אך להוראה מפורשת בחוק מאוחר לחוק היסוד. שינוי מכללא או פגיעה מכללא לא יהיה די בהם. במקום שכללי פרשנות "קלאסיים" לא יאצרו כוח ליישב הוראה הבאה בחוק היסוד עם הוראה מאוחרת לה - לאמור, יימצא לנו כי אכן יש סתירה בין שתי ההוראות - וההוראה המאוחרת אינה מבטלת מפורשות הוראה מהוראות חוק היסוד, נסיק כי הוראת חוק היסוד, אף שהיא ההוראה המוקדמת, ידה תהא על העליונה.

פירוש זה לחוק - פירוש הנדרש לדעתנו כדבר הלמד מעניינו, מתוכו של החוק ובו - ניתן להשיג עליו, אך לדעתנו יימצאו לו חיזוקים מכל עבריו. הברו נעמוד על כמה נושאים בהקשר זה.

126. היקש לענייננו נוכל ללמוד מן הכלל שחוק מאוחר וכללי לא יפגע בחוק מוקדם וספציפי: LEX POSTERIOR GENERALIS NON DEROGAT LEX SPECIALIS PRIORI

ידענו כי חוק מאוחר גובר על חוק מוקדם, ובכל זאת לימדנו, כי חוק מאוחר שתחומי פריסתו רחבים, גם אם סותר הוא חוק מוקדם שתחומי התפרסותו מצומצמים, לא נפרשו כחוק המבטל מכללא את החוק המוקדם. תוך מאמץ ליישב את הוראות שני החוקים אלו עם אלו; ותוך ניסיון לרדת לחקר תכלית החוק וכוונתו המשוערת של המחוקק; נאמר, כי מסתמא לא נתכוון החוק המאוחר לבטל את החוק (הספציפי) המוקדם. לו ביקש חוק מאוחר לבטל חוק מוקדם, כך נאמר, מצפים היינו כי יאמר כן מפורשות.

משלא אמר, נאמר אנו: החוק הספציפי הקודם בזמן ימשיך ויחיה במקומו (המצומצם), ואילו החוק הרחב המאוחר בזמן, ימשיך ויחיה בשאר תחומי פריסתו, למעט בתחומי (המצומצם) של החוק המוקדם בזמן. מעלים על המחוקק כי לא נתכוון לפגוע בחוק הקודם בזמן, שהרי לו נתכוון (כמשוער) כי אז היה מבטלו מפורשות. כך בסתירה בין חוק מאוחר כללי לבין חוק מוקדם מיוחד. להילכת הפרשנות בסתירה בין חוק מאוחר לבין חוק כללי ראו עוד והשוו ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך א, בעמ' 551 ואילך, 569 ואילך.

אותה מידה נמדוד ליחס בין חוק מוקדם המשריין עצמו מהותית מפני ביטול מכללא, ובין חוק מאוחר שנטען עליו כי ביטל מכללא את החוק הקודם לו בזמן. הנה זה חוק פלוני ובו הוראה שלפיה תמשכנה הוראותיו ותתקיימנה, אלא אם יבוא חוק מאוחר ויבטלן, כולן או מקצתן, במפורש. ורק כך. והנה בא חוק מאוחר, פירושו יעלה כי סותר הוא את הוראותיו של חוק פלוני, וביטול מפורש בו אין. על מערכת זו נאמר אנו: מעלים על המחוקק (בחוק המאוחר) כי לא "נתכוון" לפגוע בחוק הקודם בזמן, שהרי לו נתכוון (כנטען) כי אז היה מבטלו מפורשות. וההיקש: החוק הקודם הוא כאותו חוק מיוחד, ודין שיחול על חוק מיוחד יחול על חוק המשריין עצמו מפני ביטול מכללא. במובן מסוים רבה עוצמתו של החוק המשריין מעוצמתו של החוק המיוחד: שבנושא החוק המיוחד אין אנו מנסים לרדת אלא לחקר כוונתו של החוק המאוחר, ובבדיקתה של כוונה זו מגיעים אנו למסקנה שאנו מגיעים; ואילו בנושא החוק המוקדם המשריין עצמו, לומדים אנו על כוונת המחוקק גם מחוק מוקדם (במפורש) גם מחוק מאוחר (מכללא).

"כוונת המחוקק" נמשכת לה בקו ישר מחוק מוקדם ועד חוק מאוחר בלא שדרכה תיחסם באמצעה. נודה עם זאת שהאנלוגיה אינה מושלמת: שלעניינו של חוק מיוחד נותר לו - לחוק המאוחר - מרחב מחיה לבר תחום התפרסותו של החוק המוקדם, ואילו בעניינו, החוק המאוחר יהיה - כולו - כלא היה. אכן, לא נוכל להימלט ממסקנה כי בעניינו, מבקשים אנו לצמצם את תחום תחולתו של כלל הביטול מכללא, וההיקש ממילא אינו מושלם.

127. בקובענו דין שונה לביטול מפורש, מזה, ולביטול מכללא, מזה, אין אנו מורדים בכל עקרון יסוד של משטרנו הדמוקרטי או בעקרון תשתית של שיטת המשפט.

ואין בדברינו אף כל סתירה למושכלות יסוד של חשיבתנו המשפטית. הנה, למשל, חוק פלוני והוראת חוק מסוימת שבו קובעת מפורשות כי בסתירה בינה לבין הוראות אחרות באותו חוק עצמו, ידה תהא על העליונה. אין ספק כי נכבד את דבר החוק, ככתבו וכלשונו. הוא הדין בשני חוקים שנתקבלו כאחד, נתפרסמו כאחד, ובאחד מהם הוראת חוק כזו שהזכרנו למעלה. עניינו שונה, לכאורה, שהרי הנחנו כי חוק היסוד נתקבל תחילה ואילו החוק המאוחר - עליו נטען כי מבטל הוא מכללא חלקים בחוק היסוד - נתקבל לאחריו. ואולם רק לכאורה כך.

טעם הדבר הוא, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - לעניינו כאן - הינו חוק יחיד ומיוחד: בעוד אשר בחוקים "מן המניין" אומרת הכנסת "לארגן" את סביבתה - לקבוע נורמות התנהגות לאנשים ולגופים לבר הכנסת - הנה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אומרת הכנסת (בין השאר) "לארגן" את עצמה. ובהיותו מה שהוא, חוק היסוד כמוהו כחוק המלווה את הכנסת ואת חקיקת הכנסת: תמיד, בכל יום, ובכל עת ובכל שעה. חוק היסוד - על-פי עצם טיבו וטבעו - רואים אותו כמו נכלל הוא בכל חוק וחוק, אם תרצה: נספח הוא לכל חוק וחוק (או מהווה הוא הקדמה לכל חוק). נדייק עוד ונאמר, שכל חוק וחוק רואים אותו כמו שתול הוא ונטוע הוא בחוק היסוד, אל חוק היסוד שולח הוא שורשיו וממנו יונק הוא וניזון. והוא, בהיקש, כדין של זכויות האדם מן ההלכה, שרואים אותן כחלק בלתי נפרד מכל חוק וחוק.

חוקי היסוד נדמים הם לכללי פרשנות ההולכים יד ביד עם כל חוק וחוק, והרי הם בכל מקום ובכל שעה. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהיותו "מלווה חוק" - כל חוק - כתשתית וכמסד, רואים אותו כמו נחקק הוא בכל יום מחדש - עם כל חוק וחוק - בבחינת "המחדש בטובו בכל יום תמיד מעשה בראשית". אדם קם משנתו לחיים יום-יום (ומודה הוא לאלוה "שהחזרת בי נשמתִי"), וכן הוא חוק היסוד, שדינו כמו נחקק הוא כל יום מחדש. סימן לדבר הוא, שאין לו לחוק יסוד שנת חקיקתו. כל חוק, תמצא בצדו שנת חקיקתו - למניינו ולמניינם - ואילו חוק יסוד שנת חקיקתו אינה בצדו, כמו מעבר לזמן הוא. ללמדך שאין לו לחוק יסוד לא יום ולא שעה. עמנו הוא תמיד, כמו כוחו ותוקפו על-זמניים הם. ואם אלה הם מאפייניו של חוק היסוד, ממילא ניתן להעלות

עליו כי יש לראותו כמו נחקק הוא באחת עם כל חוק וחוק, לרבות עם אותו חוק ממרה האומר לסתור אותו מכללא.

היקש לענייננו - ואפשר למעלה מהיקש הוא - יימצא בהלכה, ששינוי העתים יכול שיביא לשינוי בתחומי התפרסותו של חוק על-פי תנאי המקום והזמן (לא כל שכן בעניינם של "מושגי-מסגרת"). וכלשונו של הנשיא זמורה בבג"צ [65/51](#) ז'בוטינסקי ואח' נ' נשיא מדינת ישראל [69], בעמ' 811:

"זהו כוחו של חוק חרות - המדבר לא בלשון קזואיסטית כי אם בלשון נורמטיבית - שהוא יוצר בזה כלים אשר יכולים להכיל גם תוכן שעדיין לא היה בנמצא בשעת מתן החוק".

וכן בלשונו של השופט ש' ז' חשין בבג"צ [180/52](#) יורשי אברהים דור ואח' נ' שר האוצר [70], בעמ' 911:

"... זה כוחו של חוק, שאינו מיועד לזמנו בלבד, ורק למטה המצומצמת והקרובה אשר היתה לנגד עיניו של המחוקק שעה שחקקו. וכל עוד יש בידו של המוסד האכזקוטיבי להשיג את המטרה אשר הוא משווה לנגד עיניו במסגרת החוק הקיים - ויהא זה חוק ישן שנועד לצרכים אחרים - אין לבוא בטענה עמו, שהוא משתמש בחוק לתנאי מציאות חדשים".

ראו עוד: ברק, בספרו הנ"ל, פרשנות במשפט, כרך ב, בעמ' 221-220, 270-267; כרך ג, בעמ' 530-528.

מכאן ההיקש המתבקש לאותה הוראת חוק מיוחדת המעידה על עצמה כי נעלה היא על כל שאר הוראות שבאותו חוק, וכמותו היקש לשני חוקים הנחקקים והמתפרסמים באותו יום ובאחד מהם הוראה המרוממת עצמה על כל שאר הוראות. ומתוך שאין מוקדם ומאוחר בתורה - כך נלמד ממהותו של חוק היסוד - כלל הביטול מכללא ייתש כוחו. בהיעדר אינדיקאציה אחרת - ואינדיקאציה אחרת לא נמצאה לי - אינני רואה טעם טוב על שום מה ולמה לא נכבד הוראת כבילה מפורשת התובעת ביטול מפורש. כך הוראת כבילה מפורשת - כזו שב**חוק-יסוד: חופש העיסוק** - וכך הוראת שריון הנדרשת מתוכו של **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**.

128. משהגענו עד הלום נוסף ונדע, כי הוראת הכבילה שב**חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** - כמוה כשריונו של **חוק-יסוד: חופש העיסוק** - נגזרת הא מפרוצדורה: כבילה היא כאשר לדרכי הליכים, ושינויו של החוק או פגיעה בו יכולים שייעשו בלא קשר לתוך ולמהות. ענייננו כאן הוא - כ**חוק-יסוד: חופש העיסוק** - בכללים של "התארגנות" הכנסת לקראת "ארגון" העולם לבר הכנסת, בהליכי "קשוט עצמך

תחילה". לשינויו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, או לפגיעה בו, נדרש הליך מיוחד - "נוסחת קסם" מעין אמירת "על אף האמור" - שילמדנו כי הכנסת ביקשה (בחוק המאוחד) במפורש ובמפגיע לשנות מהוראות חוק היסוד או לפגוע בהן.

בחוק-יסוד: חופש העיסוק נקבעה נוסחה נוקשה לאפשרות פגיעה בחופש העיסוק, מעין סדרת ויבראציות קוליות שרק בהגיתן תגול האבן מעל פתחה של מערת הגזים ("ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד זה..."). שלא כמותו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלעניינו מדברים אנו ברעיון של ביטול מפורש, בלא שניצמד לנוסחה מסוימת. ואולם המסגרת הרעיונית היא אותה מסגרת, והיסודות המזינים אותה הם אותם יסודות. ההיקש מחוק-יסוד: חופש העיסוק אל ענייננו עתה, יגרור אחריו מאליו כל אותן הנמקות שהבאנו ללגיטימיות של מעשה הכנסת בכבילת ידיה בחקיקה. אכן, כשם שרק שלוש קריאות עושות "חוק", כן היא דין התנאי לביול מפורש. הכנסת כמו מכריזה היא מראש כי חוק פלוני - לענייננו: שני חוקי היסוד, כל אחד מהם בדרכו שלו - לא יחול בו שינוי ולא ייפגע בידי חוק מאוחר אלא אם ייעשה הדבר מפורשות. קביעת הצורך לומר דברים במפורש הינה דרישה של דרכי הליכים כמוה כצורך בשלוש קריאות. דומני שזו אף דעתה של קרפ, במאמרה הנ"ל, בעמ' 324, 379-380.

129. מעניין להשוות הלכה שנתגבשה במשפט העברי בנושא דומה, אולי אף זהה. כלל הוא במשפט העברי ש"הילכתא כבתראי", לאמור, הלכה כאחרונים. אין צריך לומר

שזו הילכת ה-LEX POSTERIOR. המשפט העברי העדיף דברי אחרונים על דברי ראשונים, אף שמשקלם וסמכותם של ראשונים נחשבת היא לגדולה ולמכרעת ממשקלם ומסמכותם של אחרונים. טעמו של הכלל מסתבר מאליו, שעל דרך זה התאימה עצמה ההלכה לתנאי החיים המשתנים. ואולם לכלל זה נקבע יוצא, והוא (כלשונו של מ' אלון, המשפט העברי - תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו ("ל מאגנס, מהדורה 3, תשמ"ח) 238א:

"...אין הכלל 'הילכתא כבתראי' חל, אם האחרון פוסק את הדין בלא שראה את דברי הראשונים. ומשום כך קבעו הפוסקים, כי ההלכה כאחרון, רק אם הוא עוסק בדברי הראשון, דן בהם, ומוכיח בראיות המקובלות על בני דורו את נכונות דעתו המנוגדת לדברי הראשון".

ובהמשך, בעמ' 238ב:

"כך נתבסס ונתקבל עקרון הפסיקה הגדול שבמשפט העברי - 'הלכה כבתראי'.

אין להבין עיקרון זה, כאילו נתמעט על ידו אף משהו מן הערצה שייחסו הדורות המאוחרים לדורות הראשונים; אך הערצה זו היה בה כדי להניע את הפוסק המאוחר לעיין בכובד ראש, ביראה ובענוה בהחלטתו, שכן ידע שהוא דן בבעיה שכבר דנו בה ראשונים; אך משהגיע למסקנתו - נפסקה ההלכה כדבריו, ולא כדברי הראשונים".

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - כ"ראשוניים" דמי, וחוק מאוחר לחוק היסוד - כ"אחרונים". דברי ראשוניים לא ייסוגו מפני דברי אחרונים אלא אם אחרונים עיינו בדברי ראשוניים, ומטעמים מפורשים ומבוררים. ודברו של חוק היסוד לא ייסוג מפני חוק מאוחר לו אלא בביטול מפורש וברור. אכן, סדנא דארעא חד הוא.

"שינוי" או "פגיעה" - רק בחוק יסוד?

130. אמרנו כי חוק מאוחר ל**חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**, אין בכוחו לשנות זכויות שלפי חוק היסוד - או לפגוע באותן זכויות - אלא אם נאמר בו מפורשות, בלשון זו או אחרת, כי הוראותיו תחייבנה למרות האמור בחוק היסוד, כי כוונתו המפורשת היא לשנות מאותן זכויות או לפגוע בהן. **בחוק-יסוד: חופש העיסוק** נקבע תנאי זה מפורשות - בסעיף 8 בו - ואילו לעניינו של **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** למדנו על הצורך בקביעה מפורשת מעין זו מתוכו של החוק ומתוכנו. בהנחה שחוק מאוחר ל**חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** קובע אמנם מפורשות כי הוראותיו נועדו לשנות מהוראות חוק היסוד או לפגוע בהן, האם אותו חוק מאוחר חייב שיהיה חוק יסוד, או שמא נאמר כל חוק כוחו עמו לסטות מהוראת חוק היסוד?

131. בגופו של חוק היסוד אין כל הוראה כיצד ניתן לשנותו או לפגוע בו - אם בחוק רגיל ואם בחוק יסוד. **חוק-יסוד: חופש העיסוק** - תאומו לחיים של **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** - קובע, בסעיף 7 בו, כי שינוי בו לא ייעשה אלא בחוק יסוד.

האם נלמד מן הישר אל ההפוך, כי לעניינו של **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** די בחוק רגיל? והאם תתחזק מסקנה זו מתוך ההלכה שנתקבלה ואשר לפיה כל חוק בכוחו לפגוע בחוק אחר (ולו חוק יסוד הוא)? ראו: פרשת קניאל [13], בעמ' 796; פרשת רסלר [14], בעמ' 560; פרשת "נגב" [12], בעמ' 642; פרופסור רובינשטיין, בספרו הנ"ל (מהדורה 4), בעמ' 456-459; פרופסור אנגלרד, בספרו הנ"ל, בעמ' 111.

חבריי, הנשיא שמגר והנשיא ברק, סוברים - כל אחד מהם בדרכו ומטעמיו - כי אין לשנות חוק יסוד, או לפגוע בחוק יסוד, אלא בחוק יסוד או מכוחו של חוק יסוד, וכי כלל זה תופס **בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** הגם שלא נאמר בו כך. מן הצד האחר ניתן לטעון, כי אין הכרח מובנה ששינויו של חוק יסוד או פגיעה בו ייעשו בחוק יסוד דווקא; והוא, אם לא הורה אותנו המחוקק אחרת, כפי שהורנו אמנם בסעיף 7 ל**חוק-יסוד: חופש העיסוק**. ומשלא הורה אותנו המחוקק דבר על דרך שינויו של **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** או על דרך פגיעה בו - ששינוי בו או פגיעה בו ייעשו אך רק ודווקא בחוק יסוד - ממילא ניתן לומר כי אין אנו מצווים על כך.

לדעה זו האחרת, עיקר הוא במודעות הכנסת לשינוי שהיא עומדת לחולל בזכויות הקבועות **בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** - או לפגיעה בהן - ומכאן הצורך בהכרעה מפורשת על השינוי או על הפגיעה - בנוסחה זו או אחרת - על דרך של "למרות האמור". ובמקום שברור לקורא כי הכנסת הייתה מודעת במפורש למעשה, שוב אין הכרח הנובע מן השיטה להיותם של השינוי או הפגיעה נכללים בחוק יסוד דווקא.

דרך אגב: הקביעה הנדרשת מדברי חבריי, כי פגיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא תוכל לבוא אלא בחוק יסוד; כי חוק רגיל הפוגע בהוראה מהוראות אותו חוק יסוד לא יתפוס מעיקרו גם אם נאמר בו מפורשות שחקיקתו באה "על אף" האמור בחוק היסוד, וגם אם נתקבל ברוב מיוחס שבמיוחס; קביעה זו מביאה למסקנה מוזרה ביותר. משביקש המחוקק לשריין באורח פורמאלי את חוק-יסוד: חופש העיסוק מפני פגיעה בו, טרח וכלל בו הוראה הקובעת מפורשות כי אין לפגוע בהוראות אותו חוק יסוד אלא בהתקיים תנאים אלה ואחרים, הכול כאמור בסעיף 8 לחוק היסוד.

בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אין בנמצא הוראה מעין זו. המתבונן בשני חוקי היסוד זה בצד זה - יכול היה להסיק אפוא, כי חסינותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מפני פגיעה בו פחותה מחסינותו של חוק-יסוד: חופש העיסוק. עתה, משאומרים לנו כי אין לפגוע בחוק יסוד אלא בחוק יסוד (ובכפוף להוראות מיוחדות שבחוק יסוד), יימצא לנו, להפתעתנו, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כוחו דווקא רב מכוחו של חוק-יסוד: חופש העיסוק. נמצא לנו אפוא, כי חוק-יסוד: חופש העיסוק, שהמחוקק ביקש לשריינו מפני פגיעה בו, גם חוק רגיל יוכל לו כאמור בסעיף 8 לחוק היסוד; ואולם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלא זכה לכל שריין מפני פגיעה, רק חוק יסוד יוכל לפגוע בו. ומסקנה זו נדרשת בלא שתהא לה אחיזה בלשון החוק אלא על דרך פרשנות המשפטית בלבד. הדוקטרינה מעשה ידי ההלכה תגבר על הוראות חוק מפורשות. מוזר.

132. לשיטתי שלי, אין כל כורח דוקטרינרי להיותם של שינוי ופגיעה נכללים בחוק יסוד דווקא; נהפוך הוא. הגע בנפשך: הכנסת מקבלת חוק - על-פי כל כללי הנוהל והדיון - וטורחת היא לציין בו מפורשות כי בכוונתה לשנות מהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו או "לפגוע" בו (בין על דרך הנוסחה של "על אף האמור" ובין בכל דרך אחרת). הכול כסדרו ועל-פי נוהל מקובל. אלא שהחוק אין הוא חוק יסוד אלא חוק רגיל. ביודענו שהכנסת אחת היא, וכי היושבים בה הם אותם אנשים כל העת, הנוסיף ונאמר שהחוק היה כלא היה וכי הכנסת לא הועילה לשנות מהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? לו דובר בחוק-יסוד: חופש העיסוק, ידענו את התשובה: כל העם יודע ואף הכנסת מוזהרת מראש כי אין לשנות אותו חוק יסוד "אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת" (סעיף 7 לחוק היסוד); ומשלא נשמעה להוראת החקיקה - להכתיר את החוק המאוחר בכתר של "חוק יסוד" - פשוט הוא שהשינוי אינו כלל שינוי, ממש כשם ש"חוק" שנתקבל בשתי קריאות אינו "חוק".

ואולם מה על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלא נאמר בו כי רק חוק יסוד יש בכוחו לחולל בו שינויים או לפגוע בו? הרשאים אנו - הרשות השופטת - לשאת תנאים ממרחק ולשותלם בחוק היסוד? אכן, הקביעה כי אין משנים חוק יסוד אלא בחוק יסוד וכי אין פוגעים בחוק יסוד אלא בחוק יסוד, קביעה זו מושכת את הלב. אשאל את עצמי עם זאת, אם רשאים אנו להוסיף להוראות החוק דרישה שהחוק לא קבע מפורשות. אלא שאיני רואה שאלה זו כשאלה קרדינאלית.

על "המהפכה החוקתית"

133. בפסק-דינו מדבר חברי, הנשיא ברק, על "המהפכה החוקתית" שנתחוללה בכנסת בחודש מארס 1992, שעה שהכנסת העניקה למדינת ישראל "מגילת זכויות אדם חוקתית":

זכויות האדם בישראל "הפכו לזכויות חוקתיות"; ישראל הצטרפה "לקהילת המדינות

הדמוקרטיות ... אשר להן מגילת זכויות אדם (BILL OF RIGHTS) חוקתית"; "הפכנו להיות חלק ממהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים".

דברים אלה, הם ואחרים, יש בהם התרוממות הרוח ונשמה יתרה. ומתוך שאין שני נביאים מתנבאים בסגנון אחד, וכשאני לעצמי, לא כך הייתי מציג את חוקי היסוד שלשנת 1992.

134. אשר לחוקי היסוד שלשנת 1992, ספק גדול בלבי אם חברי הכנסת עצמם היו ערים ל"מהפכה" שהם מחוללים. הנה זה [חוק-יסוד: חופש העיסוק](#) נתקבל ברוב של 23 חברי-כנסת (באין מתנגדים ובאין נמנעים), ואילו [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) נתקבל ברוב של 32 בעד, 21 נגד ונמנע אחד. וראו עוד פסקה 65 לעיל.

יתר-על-כן: מושג ה"מהפכה" משמיע שינוי טראומטי בחייו של אדם, בחייה של אומה. שינוי מקצה אל קצה. כך הייתה מהפכת ירבעם בן-נבט, כך הייתה המהפכה הצרפתית, כך הייתה המהפכה הבולשוויקית. ואם אומרים לנו כי בחודש מארס 1992 חלה "מהפכה חוקתית" בנושא זכויות האדם, כמו מוסיף הדובר ומשמיע לנו כי באותו חודש חל שינוי עמוק - שינוי מקצה אל קצה - בזכויות האדם בישראל. כמו זכויות האדם בישראל ראו באותו יום אוויר עולם, כמו יצרה הכנסת יש מאין: "מהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים" הגיעה סוף-סוף גם אלינו. נלמד מכל אלה: אשרינו שגם אנו בישראל זכינו בזכויות אדם חוקתיות.

דעתי שונה, שכן כידוע לכול זכויות אדם היו בישראל גם קודם שנת 1992. ועל כל אלה אמרתי במקום אחר (פרשת גנימאת [38], בעמ' 401-399):

"הדוקטרינה שפיתח חברי, המשנה לנשיא, הולכת-סובבת את [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), כאשר הוא חוק יסוד שהוראותיו נחרתו בספר החוקים. עד היות חוק היסוד, כך אומר חברי, לא היו זכויות היסוד אלא פרי של הלכה, ואילו עתה, לא זו בלבד שאותן זכויות מצאו להן משכן בגופו של חוק חרות, אלא שהמחוקק אף הוסיף ורומם אותן, הושיבן על כס של מלכות והן במעלת זכויות על ... בהקשר זה של דין קיים, חוק יסוד וזכויות יסוד, ביקשתי להוסיף ולומר - והוא עיקר בעיניי. כשאני לעצמי, רואה אני את עיקר כוחן ועוצמתן של זכויות היסוד במהותן הפנימית, בהיותן 'בנות הטבע' - זכויות 'טבעיות' - זכויות המעידות על עצמן, זכויות שדבר קיומן אינו צורך לא

ביאור ולא פירוש: ראית אותן, שמעת עליהן, קראת אודותן, וידעת שהן עמנו. יכול שיתגלעו חילוקי דעות על שוליהן של אותן זכויות, על אותם מעגלים חיצוניים המרוחקים ממרכזן, ואולם באשר לליבתן לא יתעוררו חילוקי דעות בינותינו. בחברה שבה חיים אנו - במקומנו ובזמננו - כל העובר על פני הזכויות יידע ויבין ויסכים ...

.....

...זכויות-היסוד מפנימיותן מקרינות הן חום ועוצמה, והאור גנוז בחובן. מכאן אף נדע על שום מה ולמה נלך שבי - ומרצון - אחרי אמירות אלו ואחרות המבקשות לרומם אותן זכויות מעלה מעלה.

בדברנו עתה - ובעתיד - בחוקי היסוד ובזכויות היסוד, חשוב שנזכור ונדע כל אלה. ענווה וצניעות הינן מידות יפות אדם, ושופט הוא אדם. נישמר שמא יגבה ליבנו ושלא נאמר איש אל רעהו: בעוצם ידינו, בחוכמתנו ובתבונתנו עשינו כל זאת. ההיסטוריה של זכויות האדם לא החלה בחוקי היסוד. שופטי ישראל לדורותיהם הילכו יד ביד עם אותן זכויות והרי אותן זכויות הן עימנו מאז קוממיות. כך נולדו הילכות [בג"צ 1/49...; בג"צ 144/50](#) שייב...; בג"צ 79/53, 87 חברת 'קול העם'...; [בג"צ 7/48](#) אל-כרבוטלי...;

[בג"צ 337/81](#) מיטרני...; [ע"ב 2/84](#), 3 ניימן... ועוד הלכות רבות וטובות המלוות אותנו בדרכנו... ואותן הלכות, מעמד של חוק ניתן להן: כך ראו אותן הכל וכך פירשו אותן. ומתוך שלא חוק-היסוד ברא את זכויות היסוד, דומני שראוי לנו כי ננהג בענווה ובצניעות בטפלנו בדין קודם שטבל כל כולו באותן זכויות.

.....

אכן, לעתיד לבוא נזכיר את חוק-היסוד - נזכיר אותו ונסתמך עליו - כמסמך בו מאוגדות זכויות יסוד. ואולם נדע ונשמור שני אלה: אחד, כי אותן זכויות לא נולדו עם חוק היסוד, וכי חוק היסוד - בעיקרם של דברים - אמר אך לתת ביטוי חרות לזכויות 'טבעיות' שהיו קיימות לפניו. ושניים, כי את עוצמתן המוסרית והחברתית שואבות זכויות היסוד לא מחוק היסוד באשר הוא אלא מתוך עצמן - מן האור, מן העוצמה ומן החום הגנוזים בהן - והרי הן כאותו סנה הבוער באש ואיננו אוכל. והסנה עמנו מאז ומקדם. אחרים יאמרו, כי זכויות היסוד בנות הן להשקפתנו המוסרית והחברתית, ומכאן כוחן. בין כך ובין כך, עוצמה וכוח היו בהן בזכויות היסוד כבר לפני היות חוק היסוד, וגם באותה עת לא היה דבר ש'כפה' את בתי המשפט להחליט כפי שהחליטו - או שמנע אותם מהחליט אחרת. בבחינת מהותם של דברים, לא מצאתי מה נשתנה מאז ועד עתה, לאחר היות חוק היסוד".

זו הייתה דעתי באותו עניין, זו דעתי - ובמשנה עוצמה - כהיום הזה.

135. התווית "מהפכה" קשה בעיניי. וכי אמירה כי נתחולל "שינוי" במהלכה של שיטת המשפט - אין די בה? ואומר אני דברים אלה, משום שתוויות - כשהן לעצמן - יש בהן, לעתים, כדי להכות בסנוורים ולגרום למשאלות לב להגשים את עצמן. יתר-על-כן: גם אם אמרנו כי יש בהם בחוקי היסוד כדי לחולל שינויים חשובים מאוד בשיטת המשפט בישראל - ואכן כך נאמר - הנה המושג "מהפכה חוקתית" יש בו הרבה אל מעבר למושג השינוי. יש בו לא אך כדי להלהיב יתר על הראוי, אלא שבהוסיפו כוח ואנרגיה לעברה האחד של המשואה, גורע הוא בה בעת כוח ואנרגיה מעברה האחר, וד"ל. הכך ראוי לנו שנבנה חוקה?

החוק דובר אלינו בלשונו, ומשמיע הוא באוזנינו את שהוא משמיע. אני מסכים, כמוכן, שלאחר חוקי היסוד קנה בית המשפט סמכות לבקר חוקי כנסת ולהכריז על בטלותם - בשלמות או במקצת - במקום שפוגעים הם שלא כדין בזכויות יסוד או משנים הם מזכויות יסוד הקבועות בחוקי היסוד. ואולם עד כמה שנתחוללה "מהפכה" נדע בבוא הזמן. מושג "המהפכה התעשייתית" הוטבע שנים רבות לאחר אותה "מהפכה", והספירה למניינם גם היא לא החלה ביום מותו של ישו אלא לאחר כמה מאות שנים, על דרך הספירה לאחור ליום לידתו המשוער (שנקבע בטעות).

136. ולבסוף: דרכו של המשפט אינה דרך המהפכה אלא דרכו של סיפור בהמשכים (כדימויו של פרופסור דבורקין), דרך הרץ למרחקים ארוכים. החיים משתנים והולכים כל העת, ועמהם המשפט. משפט שלא יתאים עצמו לחיים כמוהו כמשפט נסוג אחר. שיטת המשפט ביחסה לחיים נדמית היא לשחקן העומד על בימה נעה ומסתובבת. אם לא ינוע השחקן כי אז ייעלם מעיני הקהל אל מאחורי הבימה. חייב הוא לנוע למצער בקצב תנועתה של הבימה ולו כדי שיישאר על מקומו, לא כל שכן אם ברצונו להתקדם. במקום שהבימה המסתובבת תגביר מהירותה לפתע והשחקן לא יגביר מהירותו אף הוא, ינוע-ינווד השחקן ואפשר אף אבד שיווי משקל. ואם יגביר השחקן מהירותו אל מעבר למהירותה של הבימה, גם אז עלול הוא להיעלם אל מאחורי הבימה. חוכמתנו שלנו - חוכמת המשפט - היא, שנדע להתאים מהירותנו לעולם סביבנו. אכן, כפי שאמרתי בפרשת גנימאת [38], בעמ' 401: "אט אט נלך, עקב בצד אגודל, בשופי תהא דרכנו, בשובה ונחת נפסע". וכדבר הנביא:

"בשובה ונחת תושעון בהשקט ובבטחה תהיה גבורתכם" (ישעיהו ל, טו [1]).

שתי שאלות נוספות שנדון בהן בקצרה

137. אמרנו בתחילת דברינו כי לא נדון אלא במקצת שאלות שעשויות היו להתעורר בעניין שלפנינו. נעמוד עתה על שתי שאלות נוספות, ונדון בהן אך בקצרה.

לנושא סמכות בתי המשפט לפסילת חוקי כנסת

138. חבריי הניחו תשתית עיונית לסמכותו של בית-משפט לפסילת חוקי כנסת, ואנוכי הוספתי עליהם במקצת. ועדיין תטרוד אותנו שאלה באשר למחזיקים בסמכות זו: האם יהיו אלה כל בתי המשפט בארץ לערכאותיהם, או שמא תיוחד הסמכות לבית המשפט העליון בלבד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק? חבריי לא נדרשו כלל לשאלה, ונוכל להסיק מדבריהם, ולו במשתמע, כי כל בתי המשפט בארץ - למקטון ועד גדול - כולם מוסמכים הם לפסול חוקים של כנסת. והוא כמעשה בית המשפט המחוזי בענייננו.

תוך שהשאלה לא הועלתה לפנינו להכרעה, לא אביע דעתי בה. אומר אך זאת, שיש יסוד איתן להשקפה כי סמכות פסילתם של חוקי כנסת ראויה היא שתהיה שמורה אך לבית המשפט הגבוה לצדק, לו בלבד, להוציא כל בתי המשפט האחרים כולם. אכן, המסורת המשפטית המקובלת עלינו - מסורת המשפט המקובל - מכירה סמכות לכל בתי המשפט להצהיר על דברי חוק כבטלים מעיקרם. ואולם במה היו דברים אמורים עד כה, בחקיקת משנה שנעשתה (לכאורה) על-פי [חוק הכנסת](#).

משהכרנו עתה לראשונה - כדבר הלכה - בסמכות של בתי-משפט לפסול חוק של כנסת, דומה כי זכאים אנו להוסיף ולקבוע איזו ערכאה תחזיק בסמכות של בדיקה ופסילה.

אכן, הקנקן שמסורת המשפט המקובל נתנה בידינו - הקניית סמכות פסילה לכל בית-משפט, בכל ערכאה - הינו צר מהכיל סמכות פסילתם של חוקי כנסת אף הם. מכל מקום, הדוקטרינה החלה על פסילתם של מעשי חקיקת משנה, בוודאי אין זה ראוי לה כי תחול מעשה מוכני על ענייננו שלנו אף הוא. כשאני לעצמי, דומה עליי כי טעמים כבדי משקל יתמכו בייחודה של הסמכות לבית המשפט הגבוה לצדק (תוך קביעת סדרי דין מתאימים להעברתן של שאלות חוקה מבתי משפט אחרים לבית המשפט הגבוה לצדק).

בדרך זו אף יוכל בית המשפט גבוה לצדק לבורר לעצמו שאלות הראויות, לדעתו, לדיון מיידית תוך דחיית נושאים אחרים לימים יבואו. ועוד נכוננו לנו עלילות.

לנושא נטל השכנוע בפסילתו של חוק

139. מי הוא שיישא בנטל השכנוע כי חוק פלוני פסול אך באשר פוגע הוא (כנטען) בזכות יסוד שהוכרה בחוק יסוד? דעתם של חבריי, הנשיא שמגר והנשיא ברק, אחת היא; וכמותם דעתו של חברנו, השופט ד' לוי. חבריי מבחינים בין שני שלבים, ואלה הם: השלב הראשון עניינו בשאלה אם נפגעה זכות יסוד כהגדרתה בחוק היסוד; למשל: אם

נפגעה זכות הקניין כהגדרתה **בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**. הנטל בשלב זה של ההליכים מוטל על הטוען לפגיעה. הנשיא ברק מוסיף ואומר כי בשלב זה של ההליכים תתפוס חזקת החוקתיות כפי שנפסקה בפרשת ברגמן [15], בעמ' 699. משהוכחה פגיעה בזכות יסוד, עוברים אנו לשלב ההליכים השני. בשלב הליכים זה תיבחן הטענה, כי על-אף הפגיעה בזכות היסוד תקף הוא החוק הואיל ועומד הוא בדרישותיה של פיסקת ההגבלה. בשלב זה מוטל נטל השכנוע על הצד האחר. עתה מוטל הנטל על הצד הטוען להיותו של החוק תקף. בדבריהם אלה הולכים חבריי, כמסתבר, בעקבות ההלכה שנפסקה

בקנדה, ראו: הוג, בספרו הנ"ל, פרק 35, בעמ' 851 ואילך (LIMITATION OF RIGHTS); OAKES [114].

140. נושא זה של נטל השכנוע אינו טעון הכרעה בעניינינו, שכן אליבא דכולי עלמא מדלג החוק המתקן על המשוכות המוצבות לפניו בסעיף 8 **לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו**. בהגיע יום תעמוד להכרעתנו גם שאלת הנטל, ונכריע בה כפי שנכריע. ולא אומר דברים שאומר אלא להעלות שיקולים שיש וראוי לדעת להעלותם באותה הכרעה.

141. חוות-דעתם של חבריי באשר לנטל השכנוע בשלב ההליכים הראשון ובשלב ההליכים השני - וכמוה ההלכה במשפט הקנדי - מציבה עצמה, כנראה, על שני עמודים אלה: העמוד האחד: ניתוח מבנהו הצורני של החוק; מעבר מזה, דרך הגדרתן של זכויות היסוד כפי שהוגדרו, ומעבר מזה - ההיתר שניתן למחוקק, בתנאים שנקבעו, לפגוע באותן זכויות. והעמוד האחר: מהותה של זכות היסוד - באשר זכות יסוד היא - ומהותה של הפגיעה בזכות היסוד. לאמור: עמוד של צורה ומבנה ובצדו עמוד של מהות.

ניתן דעתנו כי מדברים אנו עתה אך בנטל השכנוע בלבד, וכי אין אנו מדברים בפירושו של חוק היסוד: לא בתחום פריסתן של זכויות היסוד ולא בפירושה של פיסקת ההגבלה ובפירושה של התנאים המוצבים בה להכשרתו של חוק הפוגע בזכות יסוד.

הדברים מובנים מאליהם, אך מצאנו ורך לאומרם משום שנושאים אלה כולם נדונים בהלכה ובספרות בכריכה אחת; ומתוך שכל אחד מהם כופף עצמו למסגרת כללים שונה, ראוי הוא לדעתנו כי נבחין בין הדבקים שאינם דבקים.

142. אשר לכללים שקבעו חבריי בנושא נטל השכנוע. אודה ואתוודה: התלבטתי בהם לא מעט. ולאחר ששקלתי ביני לביני, כך וכך, הגעתי לכלל מסקנה - לעת הזו - כי ראויים הם אותם כללים, לכאורה, הן מצד עצמם הן בהשתלבם במערכת משפט הראיות

וחוקי היסוד בכללם (ראו והשוו, R. CROSS, ON EVIDENCE (LONDON, DUBLIN, EDINBURGH, 7TH ED., BY C. TAPPER, 1990) 120FF.)"ALLOCATION OF THE (BURDEN" ואולם ביקשתי כי נשקול הצבתו של סייג בצדו של נטל השכנוע בשלב ההליכים השני, והוא בנושא חזקת החוקתיות (PRESUMPTION OF REGULARITY), והוא בנושא חזקת החוקתיות (PRESUMPTION OF CONSTITUTIONALITY).

לענייננו עתה נקבל כי משהוכחה פגיעה בזכות יסוד ובעוברנו לשלב ההליכים השני - בגדריה של פסקת ההגבלה - נטל השכנוע הוא על הטוען כי החוק הוא חוקתי, לאמור, כי עומד הוא בתנאיה של פסקת ההגבלה. הסייג שאנו מבקשים לשקול אמור להוסיף ולקבוע - בשלב השני של ההליכים - כי בצאתו אל הדרך להיכנסו אל שדה פסקת ההגבלה, נצייד את החוק בחזקת חוקיות, לאמור, בהנחה לכאורה כי חוק שהכנסת מחוקקת אכן חוק חוקתי הוא. חזקה זו מקומה יהיה, כמובן, במסגרת הנטל להביא ראיות (הנטל מס' 2) להבדילו מנטל השכנוע (המוטל על רשות השלטון). דומני שדבריי דומים לדברים שאומר חברי, הנשיא שמגר, אם כי אין זהות בין השניים (ראו דברי הנשיא שמגר בפסקה 85 לפסק-דין). חברי, הנשיא ברק, קובע חזקת חוקתיות רק לשלב ההליכים הראשון, ועל כך אומר שני אלה: ראשית לכול, בשלב ההליכים הראשון חזקת החוקתיות חשיבותה אינה אלא חשיבות משנית, שהרי כללי הראיות הרגילים - שהמוציא מחברו עליו הראיה - יטילו ממילא את הנטל על הטוען כי נפגעה זכותו (השוו הוג, בספרו הנ"ל, בעמ' 857). שנית, לא ידעתי מה טעם לא תחול חזקת החוקתיות בשלב ההליכים השני. אכן, במשפט הקנדי נשמעה דעה כי חזקת החוקתיות לא תתפוס בשלב ההליכים השני במקום שהנושא הוא זכויות היסוד (ראו והשוו, למשל, שם, בעמ' 859, 860). ואולם, עד שנאמץ דעה זו ראוי שנדון בה לגופה ונשקול אותה לגופה. אפשר כי ההלכה בארץ שונה, וכי חזקת החוקתיות אמורה לחול, לכאורה, גם בשלב ההליכים השני. וכדבריו של השופט לנדוי בפרשת ברגמן [15], בעמ' 699:

"בבואנו עתה לבחון את חוק הממוזן... ברצוננו להקדים... ראשית, יש להעמיד את חוק הכנסת בחזקת כשרות, כפי שנתקבל. נטייתו הראשונית של בית-המשפט חייבת אפוא להיות לצד קיום החוק ולא לפסילתו גם כאשר טוענים נגדו שהוא נוגד הוראת חוק 'משוריינת'."

אכן, השאלה אם הלכה זו חלה על ענייננו במישרין וכמות שהיא, אינה פשוטה כל עיקר. יש בה פנים לכאן ולכאן, ולא נאריך. כל שברצוננו לומר אינו אלא זאת, שעד אשר נעלים את חזקת החוקתיות משלב ההליכים השני, ראוי שנדון ונעמיק בשאלה לגופה. דומני שזו אף דעתו של חברנו, השופט גולדברג.

143. יתר-על-כן: חקיקת משנה עומדת לה חזקת כשרות, לא כל שכן חקיקת משנה שעשתה ועדת כנסת או שאישרה אותה ועדת כנסת. ראו, למשל: [בג"צ 6290/93](#) זילכה נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות [71], בעמ' 637-639 ומראי המקומות שם;

[בג"צ 889/86](#) [65], בעמ' 543-544; [בג"צ 491/86](#) עיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' שר הפנים ואח' [72], בעמ' 770-771, 774; [בג"צ 73/85](#) [49], בעמ' 159; [בג"צ 89/83](#) [10], בעמ' 495-496; [בג"צ 356/83](#) לידור האגודה להגנת בעלי בתים, דירות ורכוש פרטי בישראל ואח' נ' שר הבינוי והשיכון ואח' [73], בעמ' 607; [בג"צ 108/70](#) מנור ואח' נ' שר האוצר [74], בעמ' 445.

ואם על חקיקת משנה כך ייאמר - על חקיקת כנסת לא כך ייאמר? והרי מעיקרם של דברים בחרנו את נציגינו לכנסת כדי שיאמרו לנו - ויקבעו בעבורנו - מה נורמות ראויות הן שתנהגנה את חיינו; קול המון כקול שדי (VOX POPULI VOX DEI), ונציגיו של עם - כעם דמי. ראו עוד: א' לבונטיץ, "יהדות ודמוקרטיה - היררוים אישיים" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 521. אכן, לא נדחק את הדברים אל קצה. לא אמרנו - ולא נאמר - כי הואיל וקול הכנסת הוא כקול העם, ממילא לא קנה בית המשפט סמכות לפסול [חוק כנסת](#) בהיותו חורג מחוקי היסוד. לו אמרנו כן, נדמים היינו בעינינו כמי ששפכו תוכו של קנקן ונמצאנו מחזיקים בידינו קנקן ריק. ואולם במלאכת האיזון העדינה - והיא אמנותנו ואמנותנו - דומה שעשוי להימצא מקום לחזקת החוקתיות גם בשלב ההליכים השני. וכחוכמתנו נעשה.

יתר-על-כן: מתוך שזכויות היסוד מנוסחות בחוקי היסוד באורח מוחלט ובלא סייגים, ייקל עליו על הטוען לפגיעה בזכות יסוד לעבור את המשוכה בשלב ההליכים הראשון. תופעה זו תחזור ותישנה כמעט לעניינו של כל חוק מחוקי הכנסת, שהרי בימינו ובמקומנו כמעט כל חוק - ומכל מקום: חוקים רבים - אמור לפגוע כך או כך בזכות יסוד זו או אחרת. יימצא לנו כי כמעט בכל הליך והליך נעבור היישר לשלב ההליכים השני, לאמור, להטלת הנטל על הטוען כי החוק נושא הדיון עומד במגבלות פסקת ההגבלה. לרקע כל אלה, אפשר ראוי שנקבע כי כל חוק יצא לדרך ובצקלוננו חזקת חוקתיות גם בשלב ההליכים השני. ואם לא תחול חזקת החוקתיות תמיד, ובאותה עוצמה, אפשר תחול החזקה לשיעורין ושלא באותה עוצמה? שאלות אלו כולן ראויות הן לעיון, והכרעתן לימים יבואו.

סוף דבר

144. סוף דבר יישמע והוא כתחילה: אצטרף להכרעתם של חבריי הנשיאים: הנשיא שמגר והנשיא ברק, ועמהם השופטים ד' לויץ, אליעזר גולדברג וזמיר. וכך אומר:

[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) הינו חוק נעלה על חוקים אחרים, וחוק כי יפגע בו בלא שיקיים תנאים מוקדמים שנקבעו, יהיה החוק כמו לא היה; בית המשפט העליון קנה סמכות לקבוע כי חוק פלוני נוגד את [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#), ולהכריז כי אותו חוק - ומאותו טעם - בטל הוא. ולבסוף: כי החוק המתקן נכנס אל שדה פסקת ההגבלה של [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#) ויצא ממנה בשלום.

השופט א' גולדברג: 1. חוק יסוד המעגן זכויות אדם, מטיבו וממהותו אינו חוק של חולין. חוק יסוד המצהיר על זכויות האדם נוגע לנשמת אפה של הוויה החברתית במדינה דמוקרטית. חוק יסוד המצהיר כי "מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א [לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](#)), אינו מעניק כבוד רק לאדם אלא גם למדינה.

על-כן, אך מובן כי חוק כזה נתפס בעיני "אזרח מן השורה" שזכויות האדם יקרות לו כחוק קונסטיטוציוני, במובנו הבסיסי.