

פסקת הגבלה שיפוטית: על היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים

שרון וינטל*

תקציר

עקרונות חוקתיים מופשטים ממלאים תפקיד חיוני בכל מנגנון חוקתי – הן כהוראות-ליבה של החוקה הכתובה והן כעקרונות בלתי-כתובים אשר נגזרים מנוסחאות ההתארגנות המכוננות של אומה ומרחפים מעל פירמידת הנורמות. דווקא דרגת ההפשטה הגבוהה, שמהווה את מקור כוחם של עקרונות אלה (באשר היא מקנה להם משענת של הסכמה רחבה ויציבות), עלולה להיות בעוכריהם וליצור שתי תקלות אפשריות: תקלה אחת עניינה עיקרון חוקתי מופשט המכיל היתר כללי לכרסם בו באמצעות חוק רגיל, הנחזה כהיתר בלתי-מוגבל המאיים לרוקן את הנורמה העליונה מתוכן; והתקלה האחרת עניינה עיקרון חוקתי השותק ביחס לאפשרות הכרסום בו, הנחזה כעיקרון מוחלט המאיים ליצור גירעון דמוקרטי ולשחוק עקרונות חוקתיים מתנגשים.

תקלות אלה מוכרות במשפט המשווה ושכיחות בחוקי-היסוד, וההתמודדות המקובלת עימן היא באחת משתי דרכים: הכללה מפורשת של פסקת הגבלה בחוקה המתירה כרסום בעיקרון בתנאים המבטיחים לו היקף הגנה מיטבי; ובהעדרה של זו, אימוץ פסקת הגבלה שיפוטית הממלאת פונקציה חוקתית זהה. ניצנים של הרעיון בדבר פסקת הגבלה שיפוטית מופיעים בפסיקה ובספרות בישראל, אך נראה כי טרם התגבשה תורת הפעלה שיטתית המספקת מענה למכלול השאלות המתעוררות אגב השימוש בפתרון זה.

המאמר מציע להחיל את הכלי של פסקת הגבלה שיפוטית על כלל העקרונות החוקתיים המופשטים (הכתובים והבלתי-כתובים) – הן לשם חיזוק העיקרון במטרה למנוע את התקלה הראשונה, באמצעות קריאת איסור במשתמע לכרסם בעיקרון לא על-פי מבחניה של פסקת ההגבלה; והן לשם החלשת העיקרון במטרה למנוע את התקלה השנייה, באמצעות קריאת היתר במשתמע לכרסם בעיקרון על-פי מבחניה של פסקת ההגבלה. עוד מוצע במאמר להבחין בין שתי רמות של מבחנים בהחלת פסקת הגבלה שיפוטית בהתאם לסוג הביקורת השיפוטית המופעלת: ביקורת שיפוטית קונוונציונלית (שעניינה בחוק המכרסם בעיקרון חוקתי מופשט כתוב או בלתי-כתוב), שבה יוחלו מבחניה הרגילים של פסקת ההגבלה;

* דוקטור למשפטים, בית-הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. אני מודה למשתתפי כנס נתניה למשפט חוקי "על מגמת ההרחבה בשימוש בפסקת ההגבלה" (המכללה האקדמית נתניה, יוני 2013), לחברי הסמינר המחלקתי של בתי-הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה ובמכללת שערי משפט, למערכת כתב-העת מאוני משפט, לעורכת שרונה אהרוני-גולדנברג ולקוראת האנונימית על הערותיהם החשובות והמועילות.

וביקורת שיפוטית לא-קונוונציונלית (שעניינה באחד משניים – תיקון לחוקה המכרסם בעיקרון חוקתי מופשט המעוגן ב"פסקת נצחיות" או חוק המשקף הכרעה בעלת ממדים היסטוריים המכרסם בעיקרון חוקתי מופשט כתוב או בלתי-כתוב), שבה יוחלו מבחנים מיוחדים.

מבוא

א. פסקת הגבלה שיפוטית – הגדרה

1. "כלי לפרשנות החוקה הנעדר עיגון מפורש בטקסט..."
2. "...החל על כלל העקרונות החוקתיים המופשטים..."
 - (א) עקרונות חוקתיים במדרג ההפשטה של נורמות חוקתיות
 - (ב) מבחני הזיהוי לעיקרון חוקתי מופשט
 - (ג) זכויות האדם כעיקרון חוקתי מופשט
 - (ד) יחסיותו של העיקרון החוקתי המופשט כעיקרון חוקתי עצמאי
 - (ה) "מודל-הביניים" בהחלת פסקת הגבלה שיפוטית
3. "...המופעל משנקבע כי קיים כרסום ממשי (שאינו עולה כדי 'שינוי') בעיקרון חוקתי מופשט..."
4. "...לשם הכרעה בשאלה אם הנורמה העליונה מתירה או אוסרת במשתמע את הכרסום בעיקרון החוקתי"
 - ב. ההקשרים החוקתיים שבהם ייעשה שימוש בפסקת הגבלה שיפוטית
 1. כרסום בעיקרון חוקתי מופשט המכיל היתר כללי לכרסום בו
 - (א) הצגת הבעיה
 - (ב) הפתרון הפרשני של פסקת הגבלה שיפוטית
 - (ג) ההזדמנות שהוחמצה בבג"ץ תנועת דרור ישראל
 2. כרסום בעיקרון חוקתי מופשט השותק ביחס לאפשרות הכרסום בו
 - (א) הצגת הבעיה
 - (ב) הפתרון הפרשני של פסקת הגבלה שיפוטית
 - ג. שתי רמות בחינה בהחלת פסקת הגבלה שיפוטית
 1. ביקורת שיפוטית קונוונציונלית – המבחנים הרגילים
 - (א) חוק המכרסם בעיקרון חוקתי מופשט המעוגן בחוקה
 - (ב) חוק המכרסם בעיקרון חוקתי מופשט בלתי-כתוב
 2. ביקורת שיפוטית לא-קונוונציונלית – מבחנים מיוחדים
 - (א) תיקון לחוקה המכרסם ב"פסקת נצחיות"
 - (ב) חוק המשקף הכרעה היסטורית המכרסם בעיקרון חוקתי מופשט
 - ד. היחס בין פסקת הגבלה שיפוטית לבין שריון צורני בחוקי-היסוד
 1. תחולתו של השריון הצורני על כרסום המהווה לכל-היותר "פגיעה" – כיצד?
 2. הפרשנות המועדפת מבין שתי פרשנויות אפשריות

סיכום

מבוא

היצירה החוקתית של אומה מתאפיינת ברמת הפשטה גבוהה של הטקסט ושל הנורמה המשפטית המעוגנת בו. לנטייה אל המופשט יש כמה הסברים. ראשית, תהליך התגבשותה של אומה ועיצוב זהותה הוא תהליך אבולוציוני,¹ תהליך של ניסוי וטעייה, ולא תמיד ברור לחבריה מהו היעד הסופי הרצוי להם כקולקטיב. במצב כזה הותרת היצירה החוקתית ברמת הפשטה גבוהה, כאמצעי לדחיית ההכרעה החוקתית או לריכוכה, היא צעד מתבקש. שנית, ההטרונגניות של החברה האנושית מייצרת בקרב אומות מחלוקת תמידית, שיישובה עלול להיות חסר סיכוי או כרוך במחיר חברתי גבוה. גם כאן דחיית ההכרעה החוקתית או ריכוכה משרתים צורך חברתי.² שלישית, יצירה ברמת הפשטה גבוהה פועלת לחזק את החוקה הכתובה עצמה. רמת הפשטה הגבוהה מאפשרת לחוקה לשרוד בסביבה חברתית משתנה ולהמשיך לשרת את האומה במרוצת הדורות מבלי לערוך שינויים תכופים ומשמעותיים בטקסט.³ יציבות זו מחזקת את מעמדו של הטקסט החוקתי בקהילה הפוליטית, ברומה לטקסט הקנוני המקודש בקהילה הדתית.⁴

1 לתפיסת המנגנון החוקתי כמנגנון חברתי להסדרת התהליך האבולוציוני של אומה, תוך הבחנה בין מוטציות נורמטיביות שאינן מייקו (תוצרים של הרשות המחוקקת והמכוננת שיש בהם פוטנציאל להתפתחות) לבין מוטציות מסוכנות המאיימות על יסודות המפעל המשותף של חברה, ראו: Sharon Weintal, *The Challenge of Reconciling Constitutional Eternity Clauses with Popular Sovereignty: Toward Three-Track Democracy in Israel as a Universal Holistic Constitutional System and Theory*, 44 Isr. L. Rev. 449, 470–475, (2011) 495–496 (להלן: וינטל, *Three-Track Democracy to Recognize Unenumerated Constitutional Rights: The Israeli Story of a Judicial Mission with No Ammunition*, in ISRAEL CONSTITUTIONAL LAW IN THE MAKING 285, Unenumerated, 288–292 (Gideon Sapir, Daphne Barak-Erez & Aharon Barak eds., 2013) *(Constitutional Rights)*).

2 לרמת הפשטה הגבוהה ככלי להשגת פשרה לאומית לגבי העיקרון הכללי מבלי להיכנס ליישומיו מעוררי המחלוקת ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 126–127 (1994) (להלן: ברק פרשנות חוקתית). לתפיסה הרואה בהשתקת מחלוקת את אחת התכליות החברתיות המרכזיות של המנגנון החוקתי ראו: Stephen Holmes, *Gag Rules and the Politics of Omission*, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY 19 (Jon Elster & Rune Slagstad eds., 1988) משפטים לו 349, 393–409 (2007). בשנים האחרונות נעשו נסיונות להניע את היצירה החוקתית הישראלית ביחס לנוסחת "המדינה היהודית" מהמופשט אל הקונקרטי (ראו הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/3541/18, www.knesset.gov.il/privatelaw/data/18/3541.rtf; הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/1550/19, www.knesset.gov.il/privatelaw/data/19/1550.rtf). מובן שכל ניסיון כזה מעיר מתרדמתה (בחסות היצירה החוקתית המופשטת) את המחלוקת הבסיסית בחברה הישראלית השסועה, הפועלת לסכל את המהלך.

3 הרוגמה הקלסית ליציבות חוקתית היא ארצות-הברית. עיקריה של החוקה האמריקאית נותרו בעינם, בכפוף לעשרים ושבעה התיקונים שנעשו בה למן כינונה בשנת 1787. לא הרחק מאחור נמצאת נורווגיה, שחוקתה שוררת משנת 1814 ומשמרת את המבנה הבסיסי שלה ואת "פסקת הנצחיות" העתיקה שלה לאורך השנים. ראו: Eivind Smith, *Old and Protected? On the "Supra-Constitutional" Clause in the Constitution of Norway*, 44 Isr. L. Rev. 369, 369–372 (2011). לחוקה כמנגנון מסדיר התנהגות אנושית לטווח הארוך, ואשר נשען על לשון עמומה כדי לא להתיישן ולא ליהפך ללא-רלוונטי במרוצת הדורות, ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש" 2, בעמ' 127.

4 לאנלוגיה בין החוקה לבין הטקסט הקנוני של קהילה דתית מבחינת הפונקציה שהטקסט ממלא כבסיס לדיאלוג בין-דורי המבטיח את נאמנותה של הקהילה (הפוליטית או הדתית) ליסודות המסורת שלה (הפוליטית או הדתית) ראו: Michael J. Perry, *The Authority of Text, Tradition, and Reason: A Theory of Constitutional*

רביעית, רמת ההפשטה הגבוהה פועלת להקהות את המתח המובנה ביחסים שבין החוקה לדמוקרטיה, וזאת על-ידי הפחתת אפקט הכבילה של החוקה, על בעיות הלגיטימיות הכרוכות בו.⁵ ככל שרמת ההפשטה עולה כן גדל המרחב האוטונומי של נציגי הדור הנוכחי לקבל הכרעות פוליטיות גבוליות על בסיס הטענה כי הכרסום⁶ הנראה לעין בעיקרון החוקתי הוא כרסום מותר, שאינו חותר תחת התכליות שביסוד המשטר החוקתי ואינו מפר את נאמנותם של הנציגים לרצונה העמוק והדינמי של האומה.⁷ עם עליית קרנם של עקרונות חוקתיים מופשטים⁸ בשיטת המשפט משתנה מאזן

5 "Interpretation", 58 S. CAL. L. REV. 551, 557–564 (1985).

6 ניתן להצביע על שלוש בעיות לגיטימיות בשילוב המנגנון החוקתי במרחב הדמוקרטי, שבו שולט עקרון הכרעת הרוב: הבעיה הבסיסית היא בעיית הכבילה (the precommitment problem), הנעוצה בנטייה של המנגנון החוקתי לסטות מעקרון הכרעת הרוב בדמוקרטיה (ראו: Stephen Holmes, *Precommitment and the Paradox*); (of Democracy, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY 195 (Jon Elster & Rune Slagstad eds., 1988)); בעיה חמורה יותר היא בעיית הכבילה הבין-זמנית (the inter-temporal precommitment problem), המכונה גם בעיית "היד המתה" (the "dead hand" problem), אשר מתמקדת בכך שהסטייה מעקרון הכרעת הרוב נעשית לטמ הגנה על ערכים המשקפים את הרצון של דורות קודמים, ולא של הדור הנוכחי (ראו: Eric Parnes, *They*); *the People: A Third-Party Beneficiary Approach to Constitutional Interpretation*, 43 SANTA CLARA L. REV. 495, 500–502 (2003); Michael W. McConnell, *Textualism and Democratic Legitimacy: Textualism and the Dead Hand of the Past*, 66 GEO. WASH. L. REV. 1127, 1127 (1998); *the counter-majoritarian difficulty*), המתמקד באופיו האנטי-רובי (שאינו נבחר ואינו אחראי ישירות לפני הציבור) של הגוף האוכף את החוקה, אשר פועל בניגוד לרצון הזמני של הרוב (ראו: ALEXANDER BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AND THE BAR OF POLITICS* 16–23 (1962); Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346, 1348–1353 (2006)).

7 אני מעדיף את המונח "כרסום" בעיקרון חוקתי מופשט (על המונח "פגיעה", העלול להטעות), שכן מונח זה אינו "נושא בחובו גם מטען ערכי" (ראו חנן מלצר "צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית" משפט ועסקים יד 347, 375–376 (2012)) ואינו מצביע על סתירה הכרחית בין הנורמה התחתונה לנורמה החוקתית, כך שהוא משתרע על כל רמות ההתנגשות האפשריות בין חוק לבין חוק-יסוד: ברמה הראשונה, כרסום בנורמה החוקתית יכול להיות שולי, בבחינת "זוטי דברים", כך שהוא אינו עולה כרי "פגיעה" המבססת סתירה בין החוק לבין חוק-היסוד; ברמה השנייה, כרסום יכול שיהיה ממש, אך בעזרת שימוש בפסקת הגבלה שיפוטית ניתן לקבוע כי הנורמה החוקתית מתירה אותו במשתמע כך שהוא אינו מהווה עדיין "פגיעה"; ברמה השלישית, כרסום שאינו עומד במבחניה של פסקת ההגבלה השיפוטית עולה למצער כרי "פגיעה" המבססת סתירה בין החוק לבין חוק-היסוד; וברמה האחרונה, כרסום עמוק ונרחב עולה לעיתים כרי "שינוי" של חוק-היסוד.

8 על רעיון הנאמנות של חברי בית-המחוקקים לרצונה העמוק והדינמי של האומה (ל"נרטיב המכוון" שלה, כפי שיוגדר להלן בחלק א2א) בדמוקרטיה של שלושה מסלולים, כשיטה שבה סטייה מהותית ממסגרת זו מחייבת מסלול שלישי מיוחד ליצירה חוקתית מהפכנית (לצד מסלול החקיקה ומסלול היצירה החוקתית הרגילה), ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 470–475, 486–489; וינטל, *Unenumerated Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 288–295. לתפיסה דומה של מושג הנאמנות, המהווה גם הצדקה עצמאית לביקורת שיפוטית, ראו סווי נבות "חבר הכנסת כ'נאמן הציבור" משפטים לא 433, 465–486, 518–525 (2000); סווי נבות "הצעת החוקה: שלוש הערות על פרק הכנסת" משפט וממשל י 593, 624–632 (2007).

9 "עיקרון חוקתי מופשט" הוא כל נורמה בעלת מעמד נורמטיבי עליון בשיטת המשפט (בין שהיא כתובה בחוקה ובין שהיא אינה כתובה אך זוכה בהכרה), אשר מעגנת בדרגת הפשטה גבוהה ערך חברתי בעל חשיבות במערך החוקתי הכולל, בדרך-כלל ערך מכוון של אומה הנגזר מנוסחאות ההתארגנות המכוונות שלה (להגדרות של "ערך מכוון" ושל "נוסחת ההתארגנות מכוונת" ראו להלן חלק א2א) (למאמר). להבחנה המקובלת בין הוראות חוקתיות קונקרטיות (כללים – rules) לבין הוראות חוקתיות מופשטות (עקרונות – principles) ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 68–69; (1977) 14 RONALD DWORIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 44–50 (Julian Rivers trans., 2002); (להלן): (1986) ROBERT ALEX, *A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS*

הכוחות בחברה – מרכז הכוח נודד עתה מהרשות המכוננת, המנסחת אותם, אל בית- המשפט, אשר מפיה בהם חיים וקובע את היקף תחולתם במציאות החברתית.⁹ על בית- המשפט מוטלת עתה אחריות גדולה: עליו להבין את מקומם של עקרונות אלה במערך החוקתי הכולל, ולפרשם באופן שיגשים את התכליות שבבסיסו של המנגנון החוקתי.¹⁰ רק כך תובטח השתלבותה החלקה של החוקה במסגרת הדמוקרטית, ויימנעו מצבים של שימוש-יתר במנגנון החוקתי (שימוש החורג מתכליות אלה) שיש בו כדי ליצור גירעון דמוקרטי (democratic deficit).¹¹

Robert Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, 4 L. & (ALEXY, CONSTITUTIONAL RIGHTS Alec); (Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*: להלן) ETHICS HUMAN RTS. 21, 21–22 (2010) Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 72, 93–94 (2008–2009).

9 אומנם, עליית מעמדם של העקרונות החוקתיים המופשטים בשיטת המשפט הישראלית בעקבות המהפכה החוקתית משתלבת היטב בתיאורו של מאוטרנד בדבר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (ראו מנחם מאוטרנד "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט ז' 503, 525, 532–537, 343, 589–592 (1993)). עם זאת, נכון יותר לומר כי המתכון של עקרונות חוקתיים מופשטים הוא חלק מה-DNA של חוקות בעולם. זהו מתכון הכרחי להישרדותן ולהתפתחותן התקינה של חוקות, ואימוצו אינו מצביע בהכרח על נטישת ערכי הפורמליזם, אלא על הבנה כי כך יש לעצב מנגנון חוקתי בחברה דמוקרטית חופשית. 10 התכליות שבבסיסו של המנגנון החוקתי תלויות בתיאוריה החוקתית המאומצת בשיטת משפט נתונה לשם הגדרת תפקידו של המנגנון החוקתי בחברה. לטענה כי התיאוריה האולטימטיבית לשיטת המשפט הישראלית היא "דמוקרטיה של שלושה מסלולים" ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 467–475; וינטל, *Unenumerated Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 286–295. בדמוקרטיה של שלושה מסלולים המנגנון החוקתי מופעל על-ידי אורגנים של המדינה – "האספה המכוננת הנגזרת" (להבחנה בינה לבין "אספה מכוננת מקורית" כאורגן של האומה ראו להלן ה"ש 178) והרשות השופטת – הפועלים כנאמנים של האומה להסדרת התהליך האבולוציוני שלה בשני מישורים: במישור האחד, בשמירת ה-DNA של ההתארגנות ("נוסחאות ההתארגנות המכוננות" של האומה, כפי שיוגדרו להלן בחלק 2א) מפני מוטציות נורמטיביות שעלולות לסכן את התפתחותה התקינה (באמצעות חסימת שני מסלולי החקיקה המתקיימים בכנסת מפני תוצרים נורמטיביים אלה); במישור האחר, בהבטחת סביבה חופשית שבה חברי האומה יכולים לבטא מחדש את רצונם העמוק, אף אם מדובר בקפיצה מהפכנית (הסדרת אפשרות הפעלתו של מסלול שלישי מחוץ לכנסת), כל עוד אין הם מאיינים את היסודות האוניוורסליים במפעלם המשותף, המשפקים את השלב האחרון באבולוציה של אומות.

11 מקובל להשתמש במונח "גירעון דמוקרטי" (democratic deficit) לציון מצבי שחיקה בלגיטימיות הדמוקרטית בפעולתה של זרוע שלטונית במגוון של הקשרים. לשימוש המקובל במונח בהתייחס למוסדות האיחוד האירופי, המושלים בהעדר ייפוי-כוח ישיר מאזרחי המדינות החברות, ראו, למשל: Stephen C. Sieberson, *The Treaty of Lisbon and Its Impact on the European Union's Democratic Deficit*, 14 COLUM. J. EUR. L. 445, 447 (2007–2008). לשימוש במונח בהתייחס לממשלות-מעבר ראו רבקה ווייל "תקופת בין השמשות: על סמכויותיה של ממשלת-מעבר" משפט וממשל יג 167, 173–177 (2011). לשימוש במונח בהתייחס לכשלים בהליכי חקיקה הנוטים להשתיק קבוצות מוחלשות ולהעצים את קולם של בעלי אינטרס ראו אמנון רייכמן "הגירעון הדמוקרטי וחוקתיות התוכנית הכלכלית" עבודה, חברה ומשפט י' 307, 316–317, 320 (2004). לשימוש במונח בהתייחס לחסמים אשר מפריעים להפעלת המסלול השלישי בדמוקרטיה של שלושה מסלולים, ומונעים בכך אומה מלבטא את רצונה להחליף נוסחת התארגנות פרטיקולרית, ראו וינטל, *Unenumerated Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 297. לשימוש במונח כביקורת על רעיון הכבילה העצמית של המחוקק כבסיס לחוקה ראו: Rivka Weill, *Hybrid Constitutionalism: The Israeli Case for Judicial Review*: and Why We Should Care, 30 BERKELEY J. INT'L L. 349, 361–362 (2012). כמאמר זה אני משתמש במונח כדי לתאר מצבים שבהם הכבילה עצמה (דהיינו, עיגון עיקרון מופשט בחוקה) ניתנת להצדקה, אך שימוש-יתר בהוראה, החורג מהתכליות שביסוד החוקה, עלול להוביל לכבילת-יתר של הרוב בבית-המחוקקים באופן הפוגע בעקרון הכרעת הרוב (ראו להלן ליד ה"ש 67–69). נראה כי בית-המשפט העליון בישראל מודע לחשש זה ונוקט משנה זהירות בהפעלת המנגנון החוקתי, ויעיד על כך מספרן המצומצם של הוראות החוק שנפסלו עד

רמת ההפשטה הגבוהה של הנורמה המשפטית המעוגנת בחוקה היא קרקע פורייה לשתי תקלות חמורות בפעולתו של המנגנון החוקתי: תקלה אחת נובעת מקיומו של היתר כללי לכרסם בעיקרון חוקתי מופשט, העלול ליהפך להיתר בלתי-מוגבל (carte blanche) באופן המאיים לרוקן מתוכן את הנורמה העליונה החשובה;¹² התקלה האחרת נובעת מקיומו של עיקרון חוקתי מופשט השותק ביחס לאפשרות הכרסום בו, באופן העלול להתפרש כהסדר שלילי שיש בו כדי להפוך אותו לעיקרון מוחלט, תוך כבילת-יתר של המחוקק והתעלמות מעקרונות חוקתיים מתנגשים.¹³ במאמר זה יצאתי לבחון אם ובאילו מקרים יש להשתמש בכלי של פסקת הגבלה שיפוטית¹⁴ לשם התמודדות עם תקלות אלה. מסקנתי היא כי כלי פרשני זה הוא כלי חיוני בארגז הכלים של הפרשן החוקתי לקביעת היקף ההגנה הראוי על כלל העקרונות החוקתיים המופשטים (אלה המעוגנים בחוקי-היסוד ואלה הבלתי-כתובים), וכי יש להפעילו בשני מישורים: במישור האחד – לחיזוק עיקרון המכיל היתר כללי לכרסם בו (הנחזה כהיתר בלתי-מוגבל המרוקן את העיקרון מתוכו), באמצעות קריאה אל תוכו של איסור במשתמע לכרסם בו לא על-פי מבחניה של פסקת ההגבלה; ובמישור האחר – להחלשת עיקרון השותק ביחס לאפשרות הכרסום בו (הנחזה כעיקרון מוחלט באופן היוצר גירעון דמוקרטי ומתעלם

- כה למן המהפכה החוקתית. עמדה על כך הנשיאה ביניש בפרשת הפרטת בתי-הכלא (בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פס" 14 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 19.11.2009) (להלן: פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים)).
- 12 לעיקרון חוקתי מופשט המכיל היתר כללי לכרסם בו באמצעות חוק רגיל ראו ס' 5, 6, 24, 7 ו-25 לחוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69; ס' 33, 34 ו-35 לחוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158; ס' 1 ו-2 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל, ס"ח התש"ך 56; ס' 6 לחוק-יסוד: הצבא, ס"ח התשל"ד 154; ס' 3, 12 ו-13 לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78. לעיקרון חוקתי המכיל היתר כללי פחות לכרסם בו ראו ס' 9 לחוק-יסוד: הכנסת. סעיף זה, האוסר את הארכת תקופת הכהונה של הכנסת באמצעות חוק רגיל, מכיל מבחן כלשהו להערכת הכרסום ("תקופת ההארכה לא תעלה על הזמן המתחייב מהנסיבות האמורות"). אף שההיתר בס' 9 מכיל מעין מבחן של מידתיות, אין סיבה שלא יוחלו על חוק הרוחה את פיורדה של הכנסת כל מבחניה של פסקת ההגבלה במסגרת החלתה של פסקת הגבלה שיפוטית.
- 13 לעיקרון חוקתי השותק ביחס לאפשרות הכרסום בו באמצעות חוק רגיל ראו ס' 1, 2, 3, 4, 5 ו-6 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח התש"ם 186; ס' 1, 4, 8, 17, 18, 27, 28 ו-37 לחוק-יסוד: הכנסת (לתפיסתי, כפי שיתבהר בהמשך, השריון הצורני בס' 4 לחוק-יסוד זה – "אלא ברוב של חברי הכנסת" – מתפקד הן כ"פסקת נוקשות" ביחס למסלול של "שינוי" חוק-היסוד והן כ"פסקת התגברות" ביחס למסלול של "פגיעה" בו, ולא כהיתר כללי לכרסום, כך שהעקרונות המעוגנים בו יסווגו כעקרונות השותקים ביחס לאפשרות הכרסום בהם באמצעות חוק רגיל); ס' 1 ו-6 לחוק-יסוד: מבקר המדינה, ס"ח התשמ"ח 30; ס' 1, 3, 4, 30 ו-32 לחוק-יסוד: הממשלה; ס' 1 ו-4 לחוק-יסוד: הצבא (לעמדה שלפיה סעיף הצהרתי דוגמת ס' 1 לחוק-יסוד זה עשוי להוות עיקרון חוקתי בעל משמעות נורמטיבית נרחבת ראו מלצר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 352-356); ס' 7, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23 ו-24 לחוק-יסוד: השפיטה (ברומה לס' 17 ו-18 לחוק-יסוד: הכנסת ולס' 4 לחוק-יסוד: הצבא, לתפיסתי, כפי שיתבהר בהמשך, עקרונות חוקתיים מופשטים המותירים את הפירוט שלהם לחוק – דוגמת העיקרון בדבר עצמאותה של הרשות השופטת, המעוגן בס' 7 לחוק-יסוד: השפיטה, המגן מפני סיום כהונתו של שופט לא על-פי העילות המנויות בסעיף, ומולו ס' 23(4) לחוק-יסוד: השפיטה, הקובע כי התנאים וההליכים לסיום כהונתו של שופט יפורטו בחוק – יש לסווג כעקרונות חוקתיים השותקים ביחס לאפשרות הכרסום בהם, ולא ככאלה הכוללים היתר כללי לכרסם בהם).
- 14 הביטוי "פסקת הגבלה שיפוטית" הוא המונח המקובל שבו השתמשה הפסיקה (ראו להלן ה"ש 16). למונח הקולע "פסקת הגבלה משתמעת" ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (173-186 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט); אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" (צפוי להתפרסם בספר מצא) (להלן: ברק "פסקת הגבלה משתמעת").

מעקרונות חוקתיים מתנגשים), באמצעות קריאה אל תוכו של היתר במשתמע לכרסם בו על-פי מבחניה של פסקת ההגבלה.

בפרק א אגדיר את הכלי המכונה "פסקת הגבלה שיפוטית" באופן המבהיר את השימוש הנכון בו: מהותו (כלי לדיוק הביקורת השיפוטית המתבססת על עיקרון חוקתי מופשט), גבולות השימוש בו (חל על עקרונות חוקתיים מופשטים בלבד), עיתוי השימוש בו (בשלב השני של הבחינה החוקתית, לאחר שהוכח כרסום ממשי בעיקרון) והתוצאה המשפטית של החלטה (הבחנה בין כרסום מותר בהוראה החוקתית לבין כרסום אסור בה). **בפרק ב** אדון ביתר פירוט בהקשרים החוקתיים המרכזיים שבהם יחול הכלי הפרשני של פסקת ההגבלה השיפוטית: החלה על עיקרון חוקתי מופשט המכיל היתר כללי לכרסם בו, והחלה על עיקרון חוקתי מופשט השותק ביחס לאפשרות הכרסום בו. **בפרק ג** אדון במבחנים שעל פסקת הגבלה שיפוטית לכלול, תוך הבחנה בין שתי רמות בחינה: ביקורת שיפוטית קונוונציונלית, שבמסגרתה השופט בוחן חקיקה רגילה המכרסמת בעיקרון חוקתי מופשט (כתוב או בלתי-כתוב); וביקורת שיפוטית לא-קונוונציונלית, שבמסגרתה השופט בוחן תיקון לחוקה המכרסם בעיקרון חוקתי מופשט המעוגן ב"פסקת נצחיות" או חוק רגיל המשקף הכרעה היסטורית של האומה המכרסם בעיקרון חוקתי מופשט. **בפרק ד** אעסוק בשאלות המשפטיות הנוגעות ביחס שבין פסקת ההגבלה השיפוטית לבין השריון הצורני בחוקי-היסוד (הדרישה לקבלת החוק המכרסם ברוב מוחלט או מיוחס של חברי-הכנסת).

מאמר זה אינו הראשון שעוסק בכלי של פסקת הגבלה שיפוטית,¹⁵ אשר נידון גם בפסיקה,¹⁶ אולם ניתן למצוא בו חידושים במגוון נושאים: ראשית, בהגדרת המושג "עיקרון חוקתי מופשט" (לרבות עיצוב מבחנים לזיהוי הוראות מיוחדות אלה בחוקי-היסוד) ובמיקומו על מדרג ההפשטה הנורמטיבית בין נוסחת התארגנות מכווננת של אומה לבין כלל חוקתי קונקרטי; שנית, בהצעה להחיל את פסקת ההגבלה השיפוטית רק על עקרונות חוקתיים מופשטים בחוקי-היסוד; שלישית, בהצעה להחיל את פסקת ההגבלה השיפוטית על עקרונות חוקתיים מופשטים שאינם קרובים רעיונית לזכויות האדם; רביעית, בהעמדת סכנת הגירעון הדמוקרטי במוקד המהלך לפיתוחה של פסקת ההגבלה השיפוטית; חמישית, בהתייחסות ביקורתית ראשונה לפסיקה בפרשת תנועת

15 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 351–353 (2004); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 104–108 (2005); אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוקי-יסוד" הפרקליט מח 293, 299–297 (2006); ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 173–186; ברק "פסקת הגבלה משתמעת", לעיל ה"ש 14.

16 בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, פס' 11–12 לפסק-דינו של השופט זמיר ופסק-דינו של הנשיא ברק (1996); ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נ(3) 793, פס' 9–17 לפסק-דינו של השופט מצא (2003); בג"ץ 1435/03 פלוגית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529, פס' 13 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2003); בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 53 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006); פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, פס' 16 לפסק-דינו של השופט לוי; רע"א 9041/05 "אמרי חיים" עמותה רשומה נ' ויזל, פס' 14 לפסק-דינו של הרשם מרזל (פורסם בנבו, 30.1.2006). (להלן: פרשת "אמרי חיים"); עפ"ג (מחוזי ים) 10–04–42206 מדינת ישראל נ' מלכה, פס' 9–13 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 26.5.2011).

דרור ישראל,¹⁷ שמהווה החמצה של הזדמנות-פז לשימוש נכון בכלי פרשני זה; שיטת, בעיצוב מבחנים מיוחדים לפסקת הגבלה שיפוטית שתידרש בהפעלת ביקורת שיפוטית לא-קוננוציונלית, דהיינו, הן בבחינת חוקתיותו של תיקון לחוקה המכרסם ב"פסקת נצחיות" והן בבחינת חוקתיותו של חוק רגיל המשקף הכרעה לאומית בעלת מימד היסטורי; שביעית, בניתוח הרצוי של כרסום בעיקרון החוקתי המופשט של שוויון בכחירות הן בשלב הראשון והן בשלב השני של הבחינה החוקתית.

א. פסקת הגבלה שיפוטית – הגדרה

1. "כלי לפרשנות החוקה הנעדר עיגון מפורש בטקסט..."

פסקאות הגבלה הינן מכשיר חיוני בכל חוקה המסייע לפרשן החוקתי לדייק בהפעלת הביקורת השיפוטית. הן מנחות את הפרשן כיצד לברור, מבין קשת של מקרים שבהם נורמה תחתונה מכרסמת כרסום ממשי בעיקרון חוקתי מופשט, את אלה המצדיקים את פסילתה של הראשונה בשם התכליות שביסוד המנגנון החוקתי. פסקאות הגבלה מבטאות שאיפה לחשיבה חוקתית שיטתית, שתיצור מסורת משפטית קוהרנטית בתחום זה ותקדם ודאות משפטית, אשר תקל על רשויות השלטון לכוון את מעשיהן ברוח החוקה. אולם דיוק בהפעלת הביקורת השיפוטית הוא בראש ובראשונה חובה חוקתית להעניק לעיקרון החוקתי את היקף ההגנה הראוי לו במערך החוקתי הכולל – לא פחות (באופן המאיים לרוקן מתוכן את העיקרון החשוב) ולא יותר (באופן המאיים ליצור כבילת-יתר של המחוקק וגירעון דמוקרטי או להביא לידי התעלמות מעיקרון חוקתי מתנגש הראוי אף הוא להגנה).

פסקת הגבלה שיפוטית כשמה כן היא: היא דומה לפסקת ההגבלה הרגילה,¹⁸ אלא שהשופט מחיל אותה ללא עיגון מפורש שלה בטקסט החוקתי. הן פסקת ההגבלה הרגילה והן פסקת ההגבלה השיפוטית מהוות הנחיה לפרשן החוקתי כיצד לזהות כרסומים בעיקרון חוקתי מופשט המצדיקים תגובה של המנגנון החוקתי, אלא שבעוד הראשונה מהווה הנחיה היררכית מפורשת ממכונן החוקה אל הפרשן החוקתי, האחרונה מהווה הנחיה עצמית משתמעת שהשופט מפנה לעצמו לצורך הפעלה שיטתית ומדויקת של הביקורת השיפוטית.¹⁹

17 בג"ץ 729/10 תנועת דרור ישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.5.2012).
 18 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90. על פסקת ההגבלה השיפוטית ככלי פרשני ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 173–181.
 19 המינוח המבחין בין "הנחיה עצמית" לבין "הנחיה היררכית" בפרשנות חוקתית שואב השראה מהבחנה דומה ביחס להנחיות מנהליות. ראו בג"ץ 2908/05 אלסנע נ' מינהל מקרקעי ישראל, פס' 7–12 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 12.10.2008); יואב דותן הנחיות מנהליות 36–37 (1996). האנלוגיה להנחיות יפה בענייננו שכן בית-המשפט החוקתי עשוי לסטות במקרים המתאימים מהנחיה זו אם הוא סבור כי ראוי להוסיף מבחנים לפסקת ההגבלה שעיצבה הרשות המכוננת (להוספת מבחני המידתיות בהעדר עיגון בטקסט ראו להלן ה"ש 128, 131 ו-133) או להימנע מהחלתה כחלק מהדוקטרינה של "חוסר שפיטות חוקתית" (לחשיבה ברוח זו ראו להלן חלק ג2(ב) למאמר).

החלת פסקת הגבלה שיפוטית היא מהלך פרשני הכרחי למניעת תקלה חמורה בפעולתו של המנגנון החוקתי (הנעוצה במתן הגנת-חֶסֶר או הגנת-יתר לעיקרון חוקתי מופשט), יאה אשר יהא לבושו המשפטי של מהלך זה: כלי פרשני חיצוני לחוקה שהפרשן החוקתי מחיל בבואו להעריך את עוצמת הסתירה בין נורמה תחתונה לבין עיקרון חוקתי מופשט; הוראה משתמעת שיש לראותה כמעוגנת בחוקה עצמה; או פעולה של השלמת חֶסֶר (לקונה) בחוקה. עם זאת, אף אני, כפרופ' אהרן ברק, סבור כי הלבוש המשפטי האלגנטי ביותר להחלת פסקת הגבלה שיפוטית הוא קריאה במשתמע, אל תוך הוראה בחוקה, של יסוד חיוני לפעולתה התקינה, כאילו היה כתוב שם תמיד בדיו-סתרים.²⁰ קריאה במשתמע של יסוד חיוני אל תוך הוראה חוקתית עולה בקנה אחד הן עם התכלית הסובייקטיבית של הרשות המכוננת (חזקה כי זו לא התכוונה ליצור מוצר חוקתי פגום, קרי, חסר אפקטיביות או בעל אפקטיביות מוגזמת)²¹ והן עם התכלית האובייקטיבית שאמורה להנחותה (חזקה כי זו התכוונה ליצור מוצר חוקתי המשפר את ההגנה על עקרונות-היסוד הבלתי-כתובים, ולא כזה החותר תחתיהם).²²

ניתן לבקר את המהלך בטענה כי ההתערבות השיפוטית בהחלת פסקת הגבלה שיפוטית חוצה את הקו המפריד בין קריאה במשתמע אל תוך הוראה חוקתית לבין פעולה של השלמת חֶסֶר בחוקה (לקונה), שהיא כבר מהלך שאינו לגיטימי. על ביקורת כזו ניתן להשיב בכמה מישורים. ראשית, נראה כי הקו לא נחצה – החלת פסקת הגבלה

20 לשימוש בדמייו של דיו נסתר להמחשת הרעיון של הוראה משתמעת ראו אהרן ברק "התיקון לחוקה שאינו חוקתי" ספר גבריאל בן 361, 378 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011) (להלן: ברק "התיקון לחוקה שאינו חוקתי"); ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 80–82; ברק "פסקת הגבלה משתמעת", לעיל ה"ש 14.

21 לרעיון של חזקת האפקטיביות בפרשנות החוקה ראו: Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 174 (1803) (להלן: פרשת Marbury): "It cannot be presumed that any clause in the constitution is intended to be without effect..." חזקה זו, שלפיה אין להניח כוונה של הרשות המכוננת לשלול את האפקטיביות של הוראה שהיא עצמה קבעה בחוקה, פועלת להחלת פסקת הגבלה שיפוטית על הקטגוריה של עיקרון חוקתי הכולל היתר כללי לכרסם בו באמצעות חוק רגיל, המאיים לשלול ממנו אפקטיביות. למסקנה דומה ראו את עמדתו של הנשיא ברק בפרשת פלוגיט, לעיל ה"ש 16, פס' 13 לפסק-דינו. ניתן לנסח וריאציה הפוכה של החזקה, חזקת האפקטיביות היחסית, המתאימה להחלת פסקת הגבלת בקטגוריה השנייה – זו של עיקרון חוקתי השותק ביחס לאפשרות הכרסום בו. לפי חזקה זו, אין להניח כוונה של הרשות המכוננת להפוך הוראה בחוקה לאפקטיבית באופן מוחלט, תוך כבילת-יתר של המחוקק היוצרת גירעון דמוקרטי.

22 חזקת החוקתיות של חוק מניחה התאמה בין חוק לבין חוקי-היסוד (ראו, למשל, פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, פס' 14 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש), כך שתכליתו של כל חוק לקדם את העקרונות המעוגנים בחוקי-היסוד, ולא לחתור תחתיהם. עם זאת, בשיטה משפטית שבה עקרונות-היסוד הבלתי-כתובים מרחפים מעל פירמית הנורמות הכתובות (ראו להלן ה"ש 38 ו-39) ניתן לקבוע גם את חזקת החוקתיות של חוקי-היסוד, המניחה כי כל הוראה בחוקי-היסוד התכוונה לעגן את עקרונות-היסוד הבלתי-כתובים, ולא לחתור תחתיהם, וכי היא מתאימה למערך החוקתי הכולל. לעקרונות-היסוד כתכלית האובייקטיבית לפרשנות החוקה ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 161–172. חזקה זו תומכת בהחלת פסקת הגבלה שיפוטית בשתי הקטגוריות גס-יחד: אין להניח כי בעגנה היתר כללי לכרסם בעיקרון חוקתי ביקשה הרשות המכוננת לרוקן מתוכן הוראת-ליבה בחוקה, תוך פגיעה בהיקף ההגנה של החוקה הכתובה על עקרונות-היסוד הבלתי-כתובים; ובאותה מידה אין להניח כי בשותקה ביחס לאפשרות הכרסום בעיקרון חוקתי ביקשה הרשות המכוננת להביא לידי כבילת-יתר המכרסמת בעיקרון הבלתי-כתוב (ואולי הכתוב – ראו להלן ה"ש 172) של הכרעת הרוב בדמוקרטיה, כמורגם בעקרונות בלתי-כתובים אחרים שהמחוקק עשוי לבקש לקדם בחוק, גם אם תוך כרסום מסוים בעיקרון הכתוב.

שיפוטית אינה מוסיפה דבר לתוכן המהותי של החוקה, והיא כולה פרשנות של עיקרון חוקתי שכבר נמצא בה.²³ שנית, אף אם נחצה הקו ולפנינו השלמת חֶסֶר בחוקה, נראה כי ההסתייגויות הכלליות לקיומה של סמכות שיפוטית כזו ביחס לחוקי-היסוד אינן תקפות לענייננו. הסתייגות אחת נוגעת בכך שהסמכות השיפוטית להשלמת חֶסֶר קבועה בחוק רגיל,²⁴ ואין בכוחה של הרשות המחוקקת להסמיך את בית-המשפט לפעול בתחום החוקתי, המסור לסמכותה של הרשות המכוננת.²⁵ עם זאת, באותה מידה אין בכוחה של הרשות המחוקקת ליצור הסדר שלילי בתחום החוקתי, החוסם הכרה בסמכות להשלים חֶסֶר בחוקה.²⁶ הסתייגות שנייה נוגעת באופיו של המפעל החוקתי בישראל כמפעל הדרגתי וחלקי שטרם הסתיים, ולפיכך חֶסֶר לכאורה בחוקי-היסוד משקף יותר את השלב הבוסרי שבו המפעל הישראלי מצוי, ולא חֶסֶר אמיתי בחוקה.²⁷ אולם קריאת פסקת הגבלה שיפוטית אינה מתעלמת מכך; ההשלמה במקרה זה נועדה לצייד עיקרון חוקתי שכבר קיים בחוקי-היסוד ביסוד חיוני המבטיח את השתלבות התקינה במערך החוקתי הכולל. הסתייגות אחרונה נוגעת בשאלה אם הכרה בסמכות ההשלמה תואמת את "המסורת המשפטית" שלנו או אם ניתן לעגנה ב"תפיסות היסוד החוקתיות

- 23 במקום אחר טענתי כי הקו המפריד בין קריאה במשתמע אל תוך הוראות החוק בדרך של פרשנות לבין פעולה של השלמת חֶסֶר הוא קו דק (או בלשונו של השופט חשין ברע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד (2) 45, 74 (1996): "הבדל דק-דק הוא, דק-מכל-דק, דק-על-דק-עד-אין-נדבך"), ואף אם נראה בכל פעולות אלה השלמת חֶסֶר (לקונה) בחוקי-היסוד, לבית-משפט הפועל בדמוקרטיה של שלושה מסלולים (ראו לעיל ה"ש 1, 7 ו-10) יש סמכות לעשות כן. ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בה"ש 21 ו-77.
- 24 ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, ס"ח 163.
- 25 לדוקטרינת "שני הכובעים" או "שני הכתרים", המכירה בכך שהכנסת משמשת הן כרשות מחוקקת והן כרשות מכוננת, ראו את פסק-דינו של הנשיא ברק בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי).
- 26 בצדק ציין אהרן ברק כי לסמכות ההשלמה שבחוק יסודות המשפט אין השלכה לענייננו, והיא אינה חוסמת הכרה עקרונית בסמכותו של בית-המשפט להשלים חֶסֶר בתחום החוקתי. ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 83.
- 27 להסתייגות זו ביחס לסמכות להשלים חֶסֶר במגילת הזכויות המעוגנת בחוקי-היסוד ראו שם, בעמ' 84. להסתייגות זו ביחס לפרשנות מרחיבה של זכות שעוגנה בחוקי-היסוד באופן המכליל רשימה נכבדה של זכויות בלתי-מנויות, המובילה למסקנה כי יש לאמץ "מודל צר" לשרטוט היקפה הפנימי של הזכות לכבוד האדם המכיר רק "זכויות-בנות" שהפגיעה בהן עולה כדי השפלה, ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת דורנר (1995); עע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, פס' 7-9 לפסק-דינה של השופטת דורנר (1996). להסתייגות דומה הנשענת על אופיים של תהליכי העיגון של זכויות האדם בחוקי-היסוד כ"תהליכי הפשרה והאטומיזציה", המהווים גורם שאין להתעלם ממנו בשרטוט היקפם הפנימי של הזכויות, ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257, 304-314 (1997). משקלה של הסתייגות זו פוחת באופן משמעותי בדמוקרטיה של שלושה מסלולים: במערך החוקתי של דמוקרטיה של שלושה מסלולים, המתאים לישראל (ראו לעיל ה"ש 1, 7 ו-10), לבית-המשפט יש תפקיד כנאמן של האומה השומר על הנרטיב המכונן שלה. בתפקידו זה הוא אינו אמור לכבד את מחדליו של אורגן אחר של המדינה – המשמש אף הוא נאמן של האומה (הכנסת כ"אספה מכוננת נגזרת" – ראו להלן ה"ש 178) – בכל הקשור למתן הגנה אפקטיבית, במסגרת מפעל חוקי-היסוד, מפני כרסום מחוסר סמכות בנוסחאות ההתארגנות המכוננות של האומה על-ידי חברי-הכנסת עצמם. לפיכך כל אימת שבית-המשפט נתקל בחֶסֶר בחוקי-היסוד המפריע לו במילוי תפקידו, בסמכותו למלאו (ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, ה"ש 21 ו-77) או למצער להכיר בעיקרון חוקתי בלתי-כתוב הכולל את ידיה של הכנסת (ראו וינטל, *Unenumerated Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 295-297).

המשותפות כיום לקהילייה המשפטית הישראלית".²⁸ נראה כי אף ביחס להחלת פסקת הגבלה שיפוטית על עיקרון חוקתי מופשט המכיל היתר כללי לכרסם בו – החלה שתוצאתה היא הרחבת היקפה של הביקורת השיפוטית על חקיקה של הכנסת – כבר עברה הקהילייה המשפטית כברת-דרך ארוכה מאז הושמעה ההסתייגות.²⁹

שלישית, פעולה שיפוטית כזו – בין שנקטלג אותה כפעולה של קריאת הוראה במשתמע אל תוך החוקה ובין שנראה בה השלמת חֶסֶר בחוקה – אינה חריגה בנוף הפסיקה החוקתית בעולם. בתי-המשפט האוכפים את החוקה פעלו בדרך דומה פעמים רבות במצבים שבהם הימנעות שיפוטית הייתה מאיימת על פעולתו התקינה של המנגנון החוקתי או מותירה הוראה חוקתית בסתירה לכאורה למבנה הבסיסי של החוקה. כך, למשל, בדמוקרטיה של שלושה מסלולים, שבה הפרלמנט נתפס כבעל סמכות מוגבלת הנובעת ממעמדו כנאמן של האומה,³⁰ נקראה פסקת הגבלה שיפוטית אל תוך "פסקת הנוקשות", כך שיחולו מבחנים מהותיים על שינוי החוקה המחייבים כל תיקון לחוקה להתאים ל"מבנה הבסיסי" שלה.³¹ כך גם קראו בתי-משפט אל תוך החוקה "פסקת עליונות שיפוטית", כדי למנוע מצב שבו המנגנון החוקתי יהיה חסר שיניים ותיפגע האפקטיביות שלו,³² וכן "פסקת עליונות חזקה שיפוטית",³³ המעניקה ל"פסקת נצחיות"

28 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 140–143. להסתייגות דומה, הנוגעת ברמת הבשלות של החברה והקהילייה המשפטית למהלך שיפוטי של פסילת חוק עקב סתירה בינו לבין עקרונות-יסוד בלתי-כתובים, ראו בג"ץ 142/89 תנועת לאור נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מר(3) 529, פס' 25–30 לפסק-דינו של השופט ברק (1990) (להלן: פרשת לאור).

29 לחלק מהדוגמאות לפסילת הוראת חוק בשל סתירה לעיקרון חוקתי המעוגן במפורש בחוקי-היסוד בתחום זכויות האדם ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005); פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11; בש"פ 8823/07 פלוני נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2010); בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012); בג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 16.9.2013).

30 לעיל ה"ש 1, 7 ו-10.

31 "פסקת הנוקשות" היא הוראה בחוקה המגדירה את דרך שינוי החוקה, והיא כוללת בדרך-כלל מבחנים צורניים בלבד, כגון דרישת רוב מיוחס בפרלמנט או דרישה שהשינוי יאושר במשאל-עם. לקריאה במשתמע של פסקת הגבלה שיפוטית אל תוך "פסקת הנוקשות" על-ידי בית-המשפט העליון בהודו, באופן המחייב כל תיקון לחוקה לעמוד גם במבחנים מהותיים ולהתאים ל"מבנה הבסיסי" של החוקה, ראו להלן ה"ש 39.

32 "פסקת עליונות" היא הוראה בחוקה המכירה בעליונות הנורמטיבית של הוראות החוקה, ובדרך-כלל גם בסמכות של בית-המשפט החוקתי להצהיר על בטלותו של כל חוק העומד בסתירה לחוקה. החלת "פסקת עליונות שיפוטית" היא מהלך של קריאה במשתמע אל תוך החוקה (בהעדר קביעה מפורשת ברוח זו) של "פסקת עליונות". לקריאת "פסקת עליונות שיפוטית" אל תוך החוקה האמריקאית, כדי להכפיף את הקונגרס לחוקה, ראו פרשת *Marbury*, לעיל ה"ש 21. לקריאת דומה אל תוך חוקי-היסוד בישראל ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פסק-דינו של הנשיא שמגר ופסק-דינו של הנשיא ברק.

33 "פסקת עליונות חזקה" היא הוראה בחוקה המכירה בעליונות הנורמטיבית החזקה של הוראה מיוחדת בחוקה המכונה "פסקת נצחיות" (להגדרה ראו להלן ה"ש 34) הן על כל חוק והן על תיקונים מאוחרים לחוקה, כמרגם בסמכותו של בית-המשפט להצהיר על בטלותו של תיקון לחוקה העומד בסתירה ל"פסקת נצחיות". החלת "פסקת עליונות חזקה שיפוטית" היא מהלך של קריאה במשתמע אל תוך החוקה (בהעדר קביעה מפורשת ברוח זו) של "פסקת עליונות חזקה". מהלך כזה הוא צעד מתבקש בשיטה המכילה "פסקאות נצחיות" בחוקה. ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 456–459. לסקירה השוואתית של מהלכים שיפוטיים אלה ראו ברק "התיקון לחוקה שאינו חוקתי", לעיל ה"ש 20, בעמ' 363–372; Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Migration and Success of a Constitutional Idea*, 61 Am. J. Comp. L.

בחוקה³⁴ עליונות נורמטיבית על תיקונים לחוקה. גם בית-המשפט העליון בישראל קרא אל תוך סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת מבחני פסילה קפדניים שאין להם זכר בלשון הסעיף, וזאת כדי להפחית את המתח בין ההוראה החוקתית לבין עקרונות-היסוד של משטר דמוקרטי.³⁵ הכרה בפסקת הגבלה שיפוטית אינה שונה במהותה ממהלכים שיפוטיים אלה, ובהשוואה אליהם במדרג האקטיביזם השיפוטי נראה כי היא משתרכת בתחתית המדרג.

2. "...החל על כלל העקרונות החוקתיים המופשטים..."

(א) עקרונות חוקתיים במדרג ההפשטה של הנורמות החוקתיות

עקרונות חוקתיים מופשטים הם חלק מה-DNA של חוקות בעולם, וממלאים את המשפט החוקתי על כל רבדיו: הם חלק מהצהרות עצמאות או מהצהרות על זכויות אשר קודמות לכינון החוקה ועשויות לזכות במעמד חוקתי;³⁶ הם חלק מרכזי של החוקה הכתובה;³⁷

(2013) 657, 670–713 (להלן: רונאי, *Unconstitutional Constitutional Amendments*).

34 "פסקת נצחיות" היא כל הסדר חוקתי המשריין נוסחת התארגנות מכוננת של אומה (להגדרה ראו להלן חלק א2) (א) למאמר) או עיקרון חוקתי מופשט הנגזר ממנה מפני כרסום על-ידי תיקון מאוחר לחוקה. לסקירה מפורטת על "פסקאות נצחיות" בחוקה ראו שרון וינטל "פסקאות נצחיות" בחוקה – הסטנדרט הנורמטיבי המחמיר בכינון סדר חוקתי חדש (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2005); וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 456–463; רונאי, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, לעיל ה"ש 33, בעמ' 661–670. לאימוץ המונח "פסקאות נצחיות" בחוקה ראו בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פס' 32 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 7.4.2011).

35 מבחני פסילה אלה מהווים פסקת הגבלה שיפוטית המסייעת לפרשן החוקתי לברור מבין המקרים שבהם רשימת מועמדים (או מועמד יחיד) חותרת תחת ערכי-היסוד את אלה המצדיקים פסילה שלה (או של המועמד היחיד), כך שמהלך הפסילה לא יכרסם יתר על המידה בעקרונות החוקתיים המתנגשים, קרי, בזכויות-היסוד הדמוקרטיות המעורבות בעניין. למבחני הפסילה הקפדניים שנקראו במשתמע אל תוך ס' 7 לחוק-יסוד: הכנסת ראו ע"ב 1/88 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177 (1988); א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נו(4) 1 (2003); ע"ב 561/09 בל"ד נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-18 (פורסם בנבו, 7.3.2011); א"ב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע עשרה נ' זועבי (פורסם בנבו, 20.8.2013).

36 כך, יש הטוענים כי ההפניה להכרזה על הקמת מדינת-ישראל ב"פסקת עקרונות-היסוד" (ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 1 לחוק-יסוד: חופש העיסוק) מקנה לזכויות המוזכרות במגילה מעמד של זכויות חוקתיות. ראו בג"ץ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, פס' 26–27 לפסק-דינו של השופט ד' לוי (1994); פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 29, פס' 9–10 לפסק-דינו של השופט לוי. כך גם לגבי הצהרת זכויות האדם והאזרח הצרפתית (Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789), במהלך דרמטי שיש המכנים *available at* http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf, אשר נוסחה לאחר המהפכה הצרפתית כצעד מקדים לניסוח החוקה, וכיום מוזכרת במבוא לחוקה (1958), (Const. Preamble (Fr.)) המועצה החוקתית הצרפתית (Conseil constitutionnel), במהלך דרמטי שיש המכנים אותו "מהפכה שיפוטית" (ראו: Alec Stone Sweet, *Juridical Coup d'Etat and the Problem of Authority*, 8 GERMAN L.J. 915 (2007) Denis Baranger, *The Language of Eternity: Judicial Review of the Amending Power in France (or the Absence Thereof)*, 44 Isr. L. Rev. 389, 410–412 (2011).

37 לעקרונות חוקתיים מופשטים בחוקי-היסוד ראו לעיל ה"ש 12 ו-13. עשרת התיקונים הראשונים בחוקה האמריקאית, הידועים כמגילת הזכויות, וכן התיקון הארבעה-עשר, המחיל עקרונות אלה על המדינות, גדושים

ולדעת רבים, הם מרחפים תמידית מעל לפירמידת הנורמות, אף ללא עוגן טקסטואלי,³⁸ ומכפיפים אליהם את הוראותיה של החוקה הכתובה וכן כל תיקון מאוחר שלה כחלק מדוקטרינת "התיקון לחוקה שאינו חוקתי".³⁹ עם זאת, עקרונות אלה אינם מייצגים את

בעקרונות חוקתיים מופשטים (U.S. Const. amend. I-X & XIV) (להלן: חוקת ארצות-הברית)), כגון עקרון ההליך הנאות ("due process of law") שבתיקונים החמישי והארבעה-עשר, אשר נהפך ל"מושג-שסתום" חוקתי לעיגון זכויות שאינן מנויות לכאורה בחוקה (ראו, למשל: Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (להלן: פרשת Roe)); עקרון ההגנה השווה של החוקים ("equal protection of the laws"), המנוי בתיקון הארבעה-עשר; ועקרון הפרדת הדת מהמדינה ("establishment of religion"), הקבוע בתיקון הראשון לחוקת ארצות-הברית. חוק-היסוד הגרמני גדוש אף הוא בעקרונות חוקתיים מופשטים, שחלקם זוכים אף בהגנה ברמות "פסקת נצחיות", המחסנת אותם מפני תיקון לחוקה-היסוד. ראו: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Grundgesetz], May 23, 1949, BGBl. I, art. 79 § 3 [GG] [Basic Law], (להלן: חוק-היסוד הגרמני). עם עקרונות אלה נמנים, בין היתר, העיקרון בדבר ייצוגן של המדינות (Länders) בבית-המחוקקים, כחלק מנוסחת ההתארגנות הפדרלית, והעיקרון בדבר המחויבות לכבוד האדם. הפרויקט החוקתי של דרום-אפריקה נשען כולו על חוקה זמנית המכילה, בנוסף הרביעי שלה, עקרונות חוקתיים מופשטים ונצחיים, – דוגמת המחויבות למשטר דמוקרטי, להפרדת רשויות, להגנה על זכויות האדם, לשמירה על הגיוון הלשוני והתרבותי ועוד – שהחוקה הקבועה חייבת לכבד, בכפוף לאישור של בית-המשפט החוקתי (S. Afr. (Interim) Const., 1993, art. 71 & 4 (74, sched. Certification of) the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (4) SA 744 (CC)).

38 בית-המשפט העליון הישראלי רמז פעמים רבות כי עומדת לרשותו דוקטרינת "עקרונות-היסוד הבלתי-כתובים", המאפשרת להכיר בעליונותם של עקרונות חוקתיים מופשטים ובלתי-כתובים על חוק של הכנסת. ראו פרשת לאור, לעיל ה"ש 28, פס' 25–30 לפסק-דינו של השופט ברק; פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 97–99 לפסק-דינו של השופט חשין; בג"ץ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד (5) 15, פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא ברק (1996) (להלן: פרשת מישראל); ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליה תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, פס' 31–32 לפסק-דינו של השופט חשין (1997); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פס' 72–74 לפסק-דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006); פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת חיות; פרשת בר-און, לעיל ה"ש 34, פס' 31–34 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. לגישת המיעוט המפורסמת שהציעה לבטל חוק של הכנסת ("חוק טל") על בסיס סתירה בינו לבין עקרונות-היסוד ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל, פס' 9–11, 27–30, 47–52, 68 ו-74 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין. לעמדות ספקניות יותר ראו פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, פס' 29 לפסק-דינה של השופטת נאור ופס' 18–20 לפסק-דינו של השופט לוי; בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 11–12 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 11.1.2012). שימושים נוספים שנעשו בישראל ברעיון עקרונות-היסוד הבלתי-כתובים כוללים הכרה בזכויות "שאינן כתובות על ספר" (דברי השופט לנדוי בבג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415 (1962); וראו גם, בין היתר, בג"ץ 1/49 בדזנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); בג"ץ 73/53 "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953); בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד (לד) 294 (1980)) וכן הכרה בסמכות שלטונית להגביל השתתפות בבחירות מבלי שקיימת לכך הסמכה מפורשת בחוק (ראו ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965)). השוו לפסיקתו של בית-המשפט החוקתי בגרמניה בפרשת Lüth (BVerfGE 7, 198 (1958)). שבה הכיר בית-המשפט בקיום מערכת של ערכים חוקתיים (הכוללים את זכויות האדם) המחלחלים לכל תחומי המשפט, לרבות לתחום המשפט הפרטי. תפיסה זו דומה לתהליך הקונסטיטוציונליזציה שעבר המשפט הישראלי בעקבות המהפכה החוקתית, ראו אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיני)" מחקרי משפט יג 5 (1996).

39 הרעיון שלפיו "תיקון" לחוקה הוא מושג מוגבל מטבעו שאין בכוחו להביא לידי כינונה של חוקה חדשה – מהלך המחייב התגלות מחודשת וישירה של הריבון (האומה) – הועלה לראשונה על-ידי קרל שמיט: "The authority to undertake constitutional amendments resides in the framework of the constitution, is established through it, and does not extend beyond it. This authority does not include the power to establish a new constitution..." CARL SCHMITT, CONSTITUTIONAL THEORY 74 (Jeffrey Seitzer trans., 2008). Unconstitutional Constitutional. ראו רוזנא, יובא למדינות רבות. ראו רוזנא, יובא למדינות רבות.

רמת ההפשטה הגבוהה ביותר, אלא מהווים דרגת-ביניים בין נוסחאות ההתארגנות המכוננות של אומה לבין הכללים הקונקרטיים המיישמים את העיקרון בחוקה או בחוק.

נוסחת התארגנות מכוננת של אומה נוגעת בהיגיון הבסיסי שחיבר אנשים חופשיים להתארגנות משותפת במסגרת מדינית, ובמתכון שאימצו לעצמם כדי שמפעלם המשותף יצליח ויגשים את המטרות שבבסיסו.⁴⁰ נוסחת התארגנות מכוננת יכולה להיות פרטיקולרית או אוניוורסלית: נוסחת התארגנות פרטיקולרית של אומה (דוגמת "מדינה יהודית" או "רפובליקה חילונית צרפתית") היא נוסחה מכוננת אשר מגדירה את זהותה של האומה ואת המתכון שלה לשימור האחדות הפוליטית הבסיסית בין חבריה, אך משקפת שלב בוסרי – או למצער שנוי במחלוקת – באבולוציה של אומות;⁴¹ לעומתה, נוסחת התארגנות אוניוורסלית של אומה (דוגמת "המדינה המודרנית" או "השיטה הדמוקרטית") היא נוסחה מכוננת ככל התארגנות אנושית חופשית, המשקפת את השלב האחרון באבולוציה של אומות, אשר כל סטייה מהותית מהגיונה הפנימי היא בהכרח

Amendments, לעיל ה"ש 33, בעמ' 670–713. בין היתר אומץ הרעיון על-ידי בית-המשפט העליון ההודי כפתחו את הדוקטרינה המפורסמת של "המבנה הבסיסי" של החוקה (the basic structure doctrine), שלפיה אין בכוחו של "תיקון" לחוקה לפגוע במבנה הבסיסי שלה, המכיל עקרונות חוקתיים מופשטים אשר אינם כתובים בהכרח בחוקה אך נובעים מההיגיון הפנימי שלה. ראו: *Golak Nath v. State of Punjab*, A.I.R. 1967 S.C. 1643; *Kesavananda Bharati Sirpadagalvaru v. State of Keala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461; *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*, A.I.R. 1980 S.C. 1789; *Mathew Abrahams, Judicial Role in Constitutional Amendment in India: The Basic Structure Doctrine*, in *THE CREATION AND AMENDMENT OF CONSTITUTION NORMS* 195 (Mads Andenas ed., 2000). לאפשרות קליטתה של הדוקטרינה בישראל באופן שמוגבל לתיקון המכרסם בליבת הנוסחה "יהודית ודמוקרטית" ראו ברק "התיקון לחוקה שאינו חוקתי", לעיל ה"ש 20, בעמ' 379–380. לתפיסה דומה המאפשרת לפסול תיקון לחוקה אם הוא מייצר מוטציה נורמטיבית המסכנת את נוסחאות ההתארגנות המכוננות שאימצה האומה, או אם יש בו כדי לפגוע בתפקודה התקין של המערכת החוקתית כדמוקרטיה של שלושה מסלולים, ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 489–492. וכן את הדיון להלן בחלק 2א (א) למאמר. לאחרונה שקלה הנשיאה ביניש את אימוצה של הדוקטרינה בישראל (ראו פרשת בר-און, לעיל ה"ש 34, פס' 32 לפסק-דינה), אך הותירה שאלה זו ב"צריך עיון" לנוכח מסקנתה כי התיקון שנידון באותו מקרה אינו עומד בסתירה לליבת הנוסחה "יהודית ודמוקרטית".

40 נוסחאות מכוננות אלה יכול שיוזכרו בחוקה הכתובה (ראו, למשל, ס' 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ס' 7 לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 120(1) לחוק-היסוד הגרמני (*The Federal Republic of Germany is a democratic and social federal state*); ס' 1 לחוקה של צרפת (1958 CONST. art.); ויכול שהן יהיו "נתון קונסטטיוציוני" בלתי-כתוב (ראו את דבריו של הנשיא אגרנט בפרשת ירדור, לעיל ה"ש 38, בעמ' 386).

41 לתפיסת ה"חוקה" כביטוי לכוח של "אחדות פוליטית" (או של אומה) לבטא את רצונה ראו SCHMITT, לעיל ה"ש 39, בעמ' 75–81, 109–111, 126–128. מודל הלאומיות שאומה מאמצת במטרה לקיים את "האחדות הפוליטית" שעליה נשענת ההתארגנות הוא בבחינת נוסחת התארגנות פרטיקולרית, שכן כל המודלים החלים באומות העולם שנויים במחלוקת מוסרית. כך, למשל, מודל "מדינת הלאום היהודי" כופה ניכור חריף על אזרחיה הלא-יהודים, ומודל "הלאומיות האזרחית הרפובליקאית" (דוגמת צרפת וטורקיה) מתעלם לחלוטין מזהותן הנבדלת של קהילות תרבותיות בקרבה התובעות הכרה. למהותה הזמנית ותלוית-הנסיבות של נוסחת התארגנות פרטיקולרית של אומה ראו אילן סבן "הזכויות הקיבוציות של המיעוט הערבי-פלסטיני: היש, האין ותחום הטאבו" עיני משפט כו 241, 315 (2002). דוגמה נוספת היא "החוקה הכלכלית" שאומה מאמצת – לאופייה הפרטיקולרי של חוקה זו, התלוי במהותה של הקהילה הספציפית, ראו ברק מדינה "חוקה כלכלית", הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות כלכלית" ספר יצחק זמיר – על משפט, ממלח וחרבה 583, 588–586 (יואב רותן ויראיל בנדור עורכים, 2005).

נפילה לאחור בררכה של האומה לקדמה ולשגשוג.⁴² נוסחאות ההתארגנות המכוננות של אומה חשופות לתהליך אבולוציוני של התאמה למציאות החברתית המשתנה, המעצב אותן עד לצורתן כדור הנוכחי. הנרטיב המכונן של אומה הוא למעשה תמצית הביוגרפיה שלה, הסוקרת את האבולוציה שעברו נוסחאות אלה למן כינונה, עת הוחלו לראשונה, דרך אירועים היסטוריים שהובילו להבנה מחודשת שלהן, ועד לצורתן כיום. היות שאומה היא אישיות משפטית הנמצאת בתהליך מתמיד של שינוי, הנרטיב המכונן שלה הוא לעולם דינמי, ועשוי להשתנות בהתאם ליצירה של כל דור ודור, עם כתיבתו של פרק חדש בסיפור הקולקטיבי של האומה.⁴³ תקפותן של נוסחאות ההתארגנות המכוננות כנורמה חוקתית כתובה או בלתי-כתובה במערכת המשפט של אומה נתונה נגזרת מ"הנורמה הבסיסית" (שאותה יש להניח כבסיס למערכת הנורמטיבית כולה) ולפיה יש לכבד את רצונם הקולקטיבי החופשי של חברי אומה להתארגן במסגרת מדינית ולעצב את זהותה (ואת זכותם להתארגן מחדש מדי תקופה, כל עוד נשמר היסוד החופשי של ההתארגנות).⁴⁴ העקרונות החוקתיים המופשטים מהווים את החוליה הבאה בשרשרת ההפשטה הנורמטיבית, אשר מתחילה

42 ההבחנה בין נוסחת התארגנות אוניורסלית לבין נוסחת התארגנות פרטיקולרית היא הבחנה מרכזית בדמוקרטיה של שלושה מסלולים (ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 492–495; וינטל, *Unenumerated Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 291–292, והשוו: Thomas C. Grey, *Do We Have an Unwritten Constitution*, 27 STAN. L. REV. 703, 709 (1975)). המסלול השלישי, המכיר בסמכותם הטבעית של חברי האומה להתחיל במיזם חדש תוך שבירת יסודותיו של המשטר החוקתי הנוכחי, חל רק ביחס לנוסחת התארגנות פרטיקולרית, שכן פריצת נוסחה אוניורסלית היא בהכרח נסיגה בדרכה של אומה להתפתחות ולשגשוג. לפיכך אפילו "לאספה מכוננת מקורית" (ראו להלן ה"ש 178) אין סמכות להציע לאומה טיוטת חוקה אשר מחזירה את חברה ל"מצב הטבע" תוך חתירה תחת יסודותיה של המדינה המוררנית (ראו: THOMAS HOBBES, *LEVIATHAN* 86–129 (rev. student ed., Richard Tuck ed., 1996); JOHN LOCKE, *SECOND TREATISE ON GOVERNMENT* 287–300, 348–371 (a critical edition with an Introduction and Apparatus Criticus, by Peter Laslett, 1960) או משעברת אותם בניגוד ליסודותיה של השיטה הדמוקרטית. לאנלוגיה בין המסקנה הנורמטיבית השוללת את האוטונומיה של חברי האומה לבחור בשעבוד קולקטיבי לבין המסקנה הנורמטיבית הנובעת מפרדוקס העבד האוטונומי של מיל (ג'ון סטיוארט מיל על החירות 193 (אריה סימון מתרגם, 1980)) ראו פרשת יאסין, לעיל ה"ש 23, פס' 20–24 לפסק-דינו של הנשיא ברק; Gregory H. Fox & George Note, *Intolerant Democracies*, 36 HARV. INT'L. L.J. 1, 16–17 (1995).

43 להרחבה על הנרטיב המכונן ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 465–466, 489–492; וינטל, *Unenumerated Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 290–291. השוו לרעיון המיתוס המכונן ("the founding myth"), הפועל לקיים את הלגיטימיות של החוקה כביטוי לרצון הקולקטיבי של האומה: Ulrich K. Preuss, *The Implications of "Eternity Clauses": The German Experience*, 44 ISR. L. REV. 429, 444–445 (2011) (להלן: Preuss, *The Implications of "Eternity Clauses"*). לאימוץ המונח "נרטיב מכונן" כמקור השראה לפרשנות החוקה ראו את דבריו של השופט לוי בפרשת גלאון, לעיל ה"ש 38, פס' 10 לפסק-דינו. לאימוץ המהות של מושג הנרטיב המכונן הדינמי ("תפיסות היסוד של החברה, בתנועה על פני ההיסטוריה") ראו את דבריו של הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 81 לפסק-דינו; בפרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 38, פס' 24 לפסק-דינו; ובבג"ץ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793, פס' 10 לפסק-דינו (1989).

44 לתיאור "הנורמה הבסיסית" כנורמה שתקפותה אינה ניתנת להוכחה באמצעות נורמה אחרת במערכת, אלא שיש להניחה כאקסיומה, שאם לא כן אי-אפשר לקיים את המערכת הנורמטיבית כולה, ראו: HANS KELSEN, *GENERAL THEORY OF LAW AND STATE* 110–111 (Anders Wedberg trans., 1945); (KELSEN, *PURE THEORY OF LAW* 193–195 (M. Knight trans., 1967)); HANS KELSEN, *PURE THEORY OF LAW* 97–99 (2nd ed. 1980).

כאמור ב"נורמה הבסיסית" ונמשכת בנוסחאות ההתארגנות המכוונות. העקרונות החוקתיים פורטים את נוסחאות ההתארגנות המכוונות לערכים קונקרטיים יותר (אם כי מופשטים עדיין) – ערכיה המכוונים של האומה⁴⁵ – אשר נגזרים מנוסחאות אלה ומעוגנים בחוקה למניעת כרסום בהגיון הפנימי של הנוסחאות. טלו, למשל, את עקרון השוויון בבחירות⁴⁶ – עיקרון מופשט זה מעגן בתוכו את הערך המכוון של מחויבות לקיום בחירות חופשיות והוגנות, ערך שההגנה עליו חיונית לשמירת נוסחת ההתארגנות המכוונת "דמוקרטיה חופשית", כפי שהתפתחה עד לימינו. טלו גם את העקרונות החוקתיים הנוגעים בהקמתו ובפעולתו של צה"ל – עקרונות אלה מעגנים ערכים מכוונים המבטיחים את שימורן של שלוש נוסחאות ההתארגנות המכוונות של האומה הישראלית: ראשית, העיקרון בדבר קיומו של צה"ל ככוח צבאי אחד הפועל מטעם הריבון, שאין בלתו, מעגן את הערך המכוון בדבר המונופול של הריבון על הפעלת הכוח בחברה, שהינו ערך חיוני להבטחתה של נוסחת "המדינה המודרנית";⁴⁷ שנית, עקרון כפיפותו של צה"ל לממשלה מעגן את הערך שלפיו מקור הכוח האמיתי בדמוקרטיה נטוע בעם עצמו (ולא בשלטון או בצבא), המושל באמצעות נציגיו ובאמצעות ממשלה נבחרת, שהינו ערך חיוני להבטחת נוסחת "הדמוקרטיה החופשית";⁴⁸ שלישית, אופיו של צה"ל כצבא מגן של העם היהודי – שאינו מוזכר במפורש בחוק-היסוד אך ניתן לקריאה במשמעות⁴⁹ – מעגן את הערך המכוון של "לעולם לא עוד", הנוגע במחויבות ליכולת הגנה עצמאית ללא תלות באחרים, שהינו ערך המבטיח את הנוסחה "מדינה יהודית", אשר אחת מתכליות-היסוד שלה היא הקמת בית לאומי ומקלט בטוח לעם היהודי.

החוליה האחרונה והנחותה יותר בשרשרת ההפשטה הנורמטיבית היא החוליה של הכללים המהווים יישום של עיקרון חוקתי מופשט. טלו, למשל, את העיקרון בדבר זכות

45 לאימוץ המונח "ערכים מכוונים" ראו את דבריו של השופט לוי בפרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, פס' 20 לפסק-דינו; ובפרשת גלאון, לעיל ה"ש 38, פס' 9-12 לפסק-דינו. למונח המקובל "ערכי-יסוד" ראו, למשל, את דבריו של הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 47 לפסק-דינו. למונח "ערכי-עומק" ראו את דבריו של המשנה לנשיא חשין בפרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 38, פס' 10 לפסק-דינו.

46 ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

47 ס' 1 ו-6 לחוק-יסוד: הצבא. ערך מכוון זה – בדבר המונופול שיש לריבון על השימוש בכוח פיזי במדינה המודרנית, כאישיות המשפטית היחידה הנהנית מלגיטימיות (שמקורה ברעיון "האמנה החברתית") בהפעלת כוח כלפי האזרחים – היווה גם את הבסיס הרעיוני לפסילת הפרשתם של בתי-הכלא. ראו פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, פס' 23 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת ארבל, פסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, פס' 4 ו-12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה, פס' 29 לפסק-דינה של השופטת נאור ופס' 2 לפסק-דינה של השופטת חיות. לגישה ספקנית יותר באשר לאפשרות ההסתמכות על ההוגים של רעיון המדינה המודרנית והאמנה החברתית ראו שם, פס' 12-13 לפסק-דינו של השופט לוי. לשיח ההוראה בדבר בלעדיותו של צה"ל להיותה של המדינה דמוקרטית ליברלית (כנוסחה הכוללת את נוסחת "המדינה המודרנית") ראו מלצר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 353.

48 ס' 2 לחוק-יסוד: הצבא. לעיקרון זה כעיקרון הנגזר מהיותה של ישראל מדינה דמוקרטית ראו מלצר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 353.

49 לקריאת עקרונותיה של מדינה יהודית אל תוך חוק-יסוד: הצבא ראו מלצר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 354-356. לתפיסת צה"ל כצבא מגן של העם היהודי וכעיקרון-יסוד של המדינה היהודית ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 38, פס' 16-18 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין.

השבות של יהודים: 50 נוסחת ההתארגנות הפרטיקולרית "מדינה יהודית" משענה את המפעל המשותף של האומה על אחדות פוליטית צרה בתוך העם היהודי פנימה (מבלי להבחין בין היהודים בישראל לבין יהודי התפוצות); 51 ממנה נגזר עיקרון חוקתי מופשט בדבר זכותם של יהודים לשוב למולדתם ולהצטרף אל האומה; וממנו נגזר הכלל התומך ברעיון השבות, הכולל את זכותם של בני משפחתו של יהודי, שאינם יהודים בעצמם, לשוב איתו. 52

כל עוד שרשרת ההפשטה הנורמטיבית של הנורמות החוקתיות שזורה באופן הדוק, כך שהכלל החוקתי מהווה יישום של עיקרון חוקתי מופשט הנגזר באופן טבעי ומתבקש מנוסחת התארגנות מכוונת של האומה, לפנינו מערך חוקתי תקין. 53 לעומת זאת, אם הקשרים בשרשרת ההפשטה היו חלשים מלכתחילה או נחלשו בתנועתה של האומה על ציר הזמן, ואולי אף ניתקו בשל מוטציה נורמטיבית הסוטה באופן מהותי מהנרטיב המכוון (במקרה של סתירה ממשית בין הכלל לבין העיקרון או בין העיקרון לבין נוסחת ההתארגנות המכוונת של האומה), אזי הפרשן החוקתי ניצב בפניו אתגר משמעותי. נראה כי הפרשן החוקתי הישראלי כבר מתכוון ליום סגריר בעיצובן של כמה דוקטרינות שבכוון להתמודד עם תקלה חוקתית בשזירת שרשרת ההפשטה הנורמטיבית: דוקטרינת "כלל הזיהוי" 54 ודוקטרינת "השימוש לרעה", 55 שבכוון להנמיך את קומתה הנורמטיבית

50 חוק השבות, התש"י-1950, ס"ח 159, הוא אומנם חוק רגיל, אך ניתן לומר כי הוא מבטא עיקרון חוקתי ממדרגה ראשונה הנוגע בליבה של נוסחת ההתארגנות הפרטיקולרית "מדינה יהודית". ראו, למשל, את גישתו של הנשיא שמגר (פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 37), המרמזות כי ניתן לתפוס את חוק השבות – על בסיס כלל זיהוי המחיל בחינה מהותית, ולא רק צורנית – כחוק-יסוד ממש, ולא אך כחוק בעל תוכן חוקתי. במובן מסוים, תפיסת עקרון השבות של יהודים כזכות "מעין-טבעית" שקדמה למדינה (ראו את דבריו של ראש הממשלה בן-גוריון לפני הכנסת – ד"כ 6, 2036-2037 (התש"י); ע"ב 2/88 בן-שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221, פס' 7 לפסק-דינו של השופט אלון (1989)), כעקרון-יסוד שעליו עומדת הציונות כולה (ראו בג"ץ 10226/08 זבידובסקי נ' שר הפנים, פס' ג-1 לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בבנו, 2.10.2008)). וכיסוד מיסודותיה של המדינה היהודית, אשר השולל אותו עלול ליפול תחת הסדר הפסילה שבס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת (ראו פרשת טיבי, לעיל ה"ש 35, פס' 11-13 לפסק-דינו של הנשיא ברק; אריאל בנדר "זכות המועמדות בבחירות לכנסת" משפטים יח 269, 276 (1988)), מעמידה עיקרון זה אף מעל לחוקי-היסוד, באופן המאפשר לפסול הוראה בחוק-יסוד המכרסמת בעיקרון זה (ראו לעיל ה"ש 38 ר-39).

51 החתירה לאחדות עם יהודי התפוצות היא יסוד מרכזי בהכרזה על הקמת מדינת-ישראל: "מדינת ישראל תהא פתוחה לעלייה יהודית ולקיבוץ גלויות..." לסכנת ההתפוררות של האחדות הפוליטית בעם היהודי, שעליה נשען המפעל המשותף של האומה, ראו ע"א 630/70 סמרינ נ' מדינת ישראל, פ"ד כ(ו) 197, 221-222 (1972).

52 ס' 4א לחוק השבות.

53 לנוכח ההכרה המתגברת בעליונותם הנורמטיבית של עקרונות-היסוד הבלתי-כתובים (ראו לעיל ה"ש 38 ר-39), נראה כי המערכת הנורמטיבית הישראלית נעה ממערכת נורמטיבית דינמית ("dynamic system of norms"), שבה תקפות הנורמה תלויה בעיקר בסמכותה של הרשות המתקינה אותה, למערכת נורמטיבית משולבת דינמית-סטטית, שבה תקפות הנורמה תלויה גם בהתאמתה התוכנית לנורמות עליונות ממנה בשרשרת ההפשטה הנורמטיבית, המגיעה עד לרצונה העמוק של האומה או לנרטיב המכוון שלה. להבחנה בין השיטות הנורמטיביות ראו Kelsen, General Theory, לעיל ה"ש 44, בעמ' 195-198. Kelsen, Pure Theory; 114-112, לעיל ה"ש 44, בעמ' 112-114.

54 מבחן הזיהוי המשולב לנורמות חוקתיות, שקבע הנשיא שמגר (פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 37-38), כולל בחינה מהותית בשתי רמות: ראשית, בחינת עיסוקה של הנורמה במטריה חוקתית בעלת נגיעה בעקרונות-היסוד; שנית, השתלבות של הנורמה במערך החוקתי הכולל. מבחן מהותי זה מחייב את הנורמה החוקתית להיות חלק חשוב (גם אם לא חיוני) בשרשרת ההפשטה הנורמטיבית המגיעה עד לנוסחת ההתארגנות המכוונת של האומה, וכמובן לא לעמוד בניגוד להיגיון הפנימי שלה.

55 גם מבחן הזיהוי הצורני של הנשיא ברק (פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 55-58) – שמתמקד בכותרת

של נורמה אשר אך מתחזה לנורמה חוקתית; ולצידן דוקטרינת "עקרונות-היסוד הבלתי-כתובים" ודוקטרינת "התיקון לחוקה שאינו חוקתי", שבכוחן אף לפסול את הנורמה החוקתית כבלתי-מתיישבת עם המבנה הבסיסי של החוקה הישראלית.⁵⁶

(ב) מבחני הזיהוי לעיקרון חוקתי מופשט

היסוד השני בהגדרה של פסקת הגבלה שיפוטית הנידון כאן מניח כי השימוש בה מוצדק לנוכח קיומם של עקרונות חוקתיים מופשטים כתובים או בלתי-כתובים בשיטת המשפט, אשר אינם יכולים לתפקד כראוי במערך החוקתי הכולל ללא עזרתה.⁵⁷ קשר זה מזמין מהלך של זיהוי או ברירה של העקרונות החוקתיים המופשטים מבין כלל הוראות החוקה.

נשאלת השאלה אם מבחני הזיהוי לנורמה חוקתית שעוצבו בפסיקה יפים גם לזיהוי עיקרון חוקתי מופשט. פשיטא שאין בכוחו של המבחן הצורני שעיצב הנשיא ברק, הבוחן את עצם השימוש של הכנסת בסמכותה המכוננת,⁵⁸ לברור מבין ההוראות בחוקי-היסוד את ההוראות המיוחדות המהוות עיקרון חוקתי מופשט. נראה כי המבחן המתאים הוא מבחן משולב צורני-מהותי: מבחינה צורנית, עיקרון חוקתי מופשט חייב להיות מנוסח בכלליות וברמת הפשטה גבוהה (מבלי לספק הנחיה לפרשן החוקתי באשר לסוג הכרסומים המותרים בו), ולהשתרע על מגוון רחב של כרסומים פוטנציאליים (שבאופיים מהווים לכל-היותר "פגיעה" ואינם עולים בהכרח כדי "שינוי"). מבחינה מהותית, עיקרון חוקתי מופשט חייב להיות הוראה אשר נגזרת באופן טבעי ומתבקש מנוסחת התארגנות מכוננת של האומה (כך שנוצרת שרשרת הפשטה הדוקה המחברת בין הנוסחה לבין ההוראה החוקתית) או למצער מעגנת ערך חברתי בעל חשיבות במערך החוקתי הכולל. הבחינה הצורנית והבחינה המהותית חייבות לחול במצטבר: אין די במבחן הראשון, שכן נתקשה לראות הוראה אשר מנוסחת בכלליות ומתאפיינת בהיקף השתרעות רחב אך אינה עוסקת כלל במטריה חוקתית כעיקרון חוקתי מופשט,⁵⁹ ואף ספק אם ניתן לראותה ככלל כנורמה עליונה בשיטת המשפט;⁶⁰ באותה מידה אין די במבחן השני, שכן הוראה

⁵⁶ "חוקי-יסוד" ובהעדרה של שנת החקיקה, ואשר קיימת נטייה לאמצו בפסיקה מאוחרת יותר (ראו פרשת בר-און, לעיל ה"ש 34, פס' 10–29 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש) – הותיר יסוד מהותי ב"צריך עיון", והוא דוקטרינת "השימוש לרעה" בסמכות המכוננת. דוקטרינה זו מאפשרת לבית-המשפט לקבוע כי נורמה חוקתית אשר אינה מהווה חלק משרשרת ההפשטה הנורמטיבית או אינה משתלבת במבנה הבסיסי של החוקה הישראלית אינה נורמה חוקתית למעשה, וניתן להתייחס אליה כאל חוק רגיל.

⁵⁷ לדוקטרינות אלה ראו לעיל ה"ש 38 ו-39.
⁵⁸ להרחבה על הבעיות הכרוכות ברמת הפשטה הגבוהה של העקרונות החוקתיים המופשטים, המחייבות הפעלה של פסקת הגבלה שיפוטית, ראו להלן פרק ב למאמר.

⁵⁹ למבחן הזיהוי הצורני של הנשיא ברק ראו לעיל ה"ש 55.

⁶⁰ טלו, למשל, הוראה המעגנת בחוקה את העיקרון "אין פוגעים בהגינות בספורט". ברי כי אף שמתקיים כאן המבחן הצורני, אין מדובר בעיקרון חוקתי מופשט על-פי המבחן המשולב הצורני-מהותי.

⁶¹ לדוקטרינות המאפשרות את הנמכת קומתה של נורמה אשר אך מתחזה לנורמה חוקתית ראו לעיל ה"ש 54 ו-55.

יכולה לעסוק במטריה חוקתית ולהיות קשורה בטבורה לשרשרת ההפשטה הנורמטיבית המגיעה עד לנוסחת התארגנות מכוננת של האומה, ועדיין ניסוחה הקונקרטי והיקף השתרעותה הצר יהפכו כל כרסום פוטנציאלי בה ל"שינוי" של ההוראה,⁶¹ באופן שיתר את הכלי הפרשני של פסקת הגבלה השיפוטית החל על כרסומים המהווים לכל-היותר "פגיעה".⁶²

(ג) זכויות האדם כעיקרון חוקתי מופשט

זכויות האדם המעוגנות בחוקה מתפקדות כעיקרון חוקתי מופשט לכל דבר ועניין: הוראה המעגנת זכות-יסוד של הפרט היא הוראה אשר מנוסחת בדרך-כלל בדרגת הפשטה גבוהה ומשתרעת על תחום רחב של כרסומים פוטנציאליים שאינם עולים בהכרח כדי "שינוי" ההוראה (המבחן הצורני); כמו-כן, זוהי הוראה חוקתית המהווה חוליה חשובה בשרשרת ההפשטה הנורמטיבית המגיעה עד לנוסחאות ההתארגנות האוניורסליות "מדינה מודרנית"⁶³ ו"דמוקרטיה חופשית",⁶⁴ ולטעמי גם עד לנוסחת ההתארגנות

61 טלו, למשל, את הסעיף המגדיר את הרכבה של הוועדה לבחירת שופטים (ס' 4 לחוק-יסוד: השיטה). אף שבמבחן המהותי ניתן לבסס קשר הרוק בשרשרת ההפשטה הנורמטיבית בין ההסדר לבין העיקרון המופשט בדבר עצמאותה של הרשות השופטת ונוסחת ההתארגנות המכוננת "מדינה דמוקרטית חופשית", ניסוחו הספציפי של ההסדר מצדיק את ראייתו ככלל חוקתי, ולא כעיקרון חוקתי מופשט, שכן כל כרסום בו מהווה "שינוי" של ההוראה, ואין אפשרות להכיר בהיתר במשתמע לכרסום באמצעות פסקת הגבלה שיפוטית. לדוגמאות נוספות להוראה חוקתית קונקרטית בחוקי-היסוד ראו להלן ה"ש 75.

62 להלן ה"ש 76.

63 נראה כי לצד גזירת זכותו של הפרט לא להיות נתון במאסר בכלא פרטי מהזכות החוקתית לחירות אישית ומהזכות לכבוד האדם (פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, פס' 20–39 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש, פס' 3–7 לפסק-דינה של השופטת ארבל, פסק-דינו של השופט גרוניס ופס' 14–19 לפסק-דינה של השופטת נאור), היה אפשר לדבר גם על זכות בלתי-מנויה לא להיות חשוף להפעלת כוח פרטית, אשר נגזרת מנוסחת "המדינה המודרנית" הנשענת על רעיון האמנה החברתית, ושלללת הפעלת כוח לא על-ידי הריבון המורשה לכך באמנה (ראו Hobbes, לעיל ה"ש 42, בעמ' 86–129; Locke, לעיל ה"ש 42, בעמ' 287–300, 348–371). אכן, לא בכדי פסקי-הדין של השופטים מתבססים על הגות זו (ראו פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, פס' 23 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת ארבל, פסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, פס' 4 ו-12 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה, פס' 29 לפסק-דינה של השופטת נאור ופס' 2 לפסק-דינה של השופטת חיות; לגישה ספקנית יותר באשר לאפשרות ההסתמכות על הגות זו ראו שם, פס' 12–13 לפסק-דינו של השופט לוי).

64 הספקות לגבי עיגון זכויות בחוקה נוגע בזכויות שפרשנות רחבה שלהן מביאה לידי התרופפות הקשר לנוסחאות ההתארגנות המכוננות של האומה בשרשרת ההפשטה הנורמטיבית. כך, למשל, מתעורר ויכוח לגבי פרשנות רחבה של הזכויות הכלכליות בחוקי-היסוד (ראו יואב דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח 535 (1997); אייל גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג 229 (2000)), אלא אם כן תאמר כי נוסחת "הכלכלה החופשית", המעניקה הזדמנות לפרט לפעול בשוק ולמקסם את עושרו על בסיס תחרות כלכלית הוגנת, נהפכה אף היא במשך השנים לנוסחה מכוננת המשקפת את הרצון העמוק הדינמי של האומה הישראלית. כך גם באשר לפרשנות מרחיבה של הזכות לכבוד האדם באופן שמכליל בה זכויות חברתיות. לגישתו הזהירה של בית-המשפט הישראלי, המצמצמת את ההכרה בזכויות החברתיות כזכויות חוקתיות לגרעין הזכות הנוגע ב"זכות למינימום של קיום אנושי", ראו בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פס' 12–16 לפסק-דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 12.12.2005) (להלן: פרשת עמותת מחויבות); פרשת חסן, לעיל ה"ש 29, פס' 33–44 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. לגישה מרחיבה יותר, הקושרת את המושג "כבוד האדם" עם "תנאי מחיה נאותים", ראו פרשת עמותת מחויבות, לעיל, פס' 3–1 לפסק-דינו של השופט לוי.

הפרטיקולרית "מדינה יהודית"⁶⁵ (המבחן המהותי).

אין תמה, אפוא, שמכונן חוקי-היסוד צייד את ההוראות המעגנות את זכויות-היסוד של הפרט בפסקת הגבלה מפורשת המבטיחה לעיקרון החוקתי המופשט את היקף ההגנה הראוי לו. אחת הטענות המרכזיות במאמר זה היא כי הטיפול החוקתי שהעניק מכונן חוקי-היסוד לזכויות האדם הולם את כלל העקרונות החוקתיים המופשטים בחוקי-היסוד.⁶⁶

(ד) יחסיותו של העיקרון החוקתי המופשט כעיקרון חוקתי עצמאי

פסקת ההגבלה השיפוטית היא מכשיר חיוני להבטחת יחסיותם של העקרונות החוקתיים המופשטים, שהיא עיקרון חוקתי עצמאי משתי סיבות מרכזיות. ראשית, הכרה ביחסיותם של העקרונות החוקתיים המופשטים נדרשת לשם כיבוד העיקרון החוקתי של הכרעת הרוב. עקרון הכרעת הרוב הוא עקרון-יסוד בדמוקרטיה,⁶⁷ המביא לידי ביטוי את החירות הפוליטית של אזרחי המדינה לפעול באמצעות נציגיהם לקבלת ההכרעות הפוליטיות שיעצבו את חיהם.⁶⁸ כיבוד עיקרון זה מחייב פרשנות חוקתית המתייחסת ברצינות לסכנת הגידוען הדמוקרטי, שמקורו בכבילת-יתר של נציגי העם בגוף המחוקק מלקבל את ההכרעה הפוליטית הרצויה להם אף שהתכליות שביסוד המנגנון החוקתי אינן מצדיקות

65 הרעיון של גזירת זכויות-היסוד של הפרט מנוסחת ההתארגנות המכוננת "מדינה יהודית" נשמע אוקסימורון, שכן האסוציאציה הראשונית שלנו ביחס לזכויות האדם היא אוניוורסלית, ואילו המדינה היהודית היא מפעל פרטיקולרי מובהק הנשען על אחדות פוליטית צרה בתוך העם היהודי. עם זאת, אחדות פוליטית צרה זו שעליה נשען ההסדר החוקתי כולו – המחברת את הזרמים השונים ביהדות לכלל אומה אחת – אינה בת-קיימא ללא הכרה במגוון זכויות, כגון חופש הביטוי וחופש הדת לזרמים השונים, החופש מדת, הזכות לשוויון (המבטיחה יחס שווה של דאגה וכבוד לכל זרם), הזכות לאוטונומיה קהילתית (כל עוד היא אינה חותרת תחת המפעל המשותף) ועוד. במקום אחר הצעתי – לנוכח הקושי לגזור את זכותם של המשרתים בצבא לשוויון הן מנוסחת ההתארגנות "דמוקרטית חופשית" והן מהמונח החוקתי "כבוד האדם" – לגזור זכות זו, שעמדה במוקד הפרשות שעסקו בחוקתיותו של "חוק טל" (ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 38; פרשת רסלר, לעיל ה"ש 29), מנוסחת "המדינה היהודית". ראו וינטל, *Unenumerated Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 297–301. השוו להבחנה של קרל שמיט שלפיה קיומה של אחדות פוליטית (political unity) היא תנאי מוקדם ליצירת חוקה ולליגיטימיות של ההסדר החוקתי כולו (SCHMITT, לעיל ה"ש 39, בעמ' 126–127), כך שהעקרונות המבטיחים את קיומה של אחדות זו הם עקרונות חוקתיים בשיטת משפט נתונה.

66 למבחניה של פסקת ההגבלה המפורשת ראו ס' 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וס' 4 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק. לדין מפורט בהתאמתם של מבחנים אלה לפסקת הגבלה שיפוטית החלה על כלל העקרונות החוקתיים המופשטים, ועל המקרים שבהם נכון לעצב מבחנים ייחודיים, ראו להלן פרק ג למאמר.

67 ראו לעניין זה את גישתו של השופט חשין בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 69–71 ו-89–99 לפסק-דינו.

68 קיים ויכוח על הבסיס המוסרי של עקרון הכרעת הרוב, שעשוי להשפיע על מעמדו החוקתי: מצד אחד, יש הטוענים כי כלל הכרעת הרוב משקף את הערך הליברלי של שוויון בהקצאת הכוח לקבל החלטות פוליטיות בחברה, וכן מהווה פשרה הוגנת, בהיותו כלל ניטרלי שאינו נוקט אפריורית העדפה פרטית כזו או אחרת (ראו אנדרה מרמר "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133, 144–152 (1997)); מצד אחר, יש הרואים בכלל הכרעת הרוב פשרה מוסרית מטעמי יעילות, שדווקא מפירה את השוויון המהותי בהקצאת הכוח לקבל הכרעות פוליטיות בחברה, שכן מיעוט בחברה שסועה עלול למצוא את עצמו עם כוח אפסי להשפיע על התליכי קבלת ההחלטות (ראו עלי ולצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" משפט וממשל ד 489, 501 (1998)).

מניעה כזו.⁶⁹ שנית, ההכרה ביחסיותם של העקרונות החוקתיים המופשטים נדרשת גם בהתחשב בכך שהעיקרון לעולם אינו ניצב לבדו, אלא מהווה חלק ממערך חוקתי כולל, ובמערך מורכב, הכולל כמה נוסחאות התארגנות מכוננות של אומה ("יהודית" מול "דמוקרטית", לדוגמה), נגזרים עקרונות שונים, אשר לא אחת עומדים בסתירה זה לזה. היחסיות במובן זה היא החתירה להרמוניה חוקתית המשלבת עקרונות שונים במערך חוקתי אחד, במיוחד כאשר מדובר בעקרונות חוקתיים שווי-מעמד בקרבם לנוסחת ההתארגנות המכוננת בשרשרת ההפשטה הנורמטיבית. עמד על כך הנשיא ברק בעניין פלונית:

"פומביות הדיון היא עקרון יסוד של כל משטר דמוקרטי... עם זאת כמו מרבית העקרונות שעליהם בנוי המשטר הדמוקרטי והמשפט הנוהג בו, אין לראות בפומביות הדיון עיקרון מוחלט. זהו עיקרון יחסי. עליו לסגת לעתים מפני זכויות ואינטרסים נוגדים. אחד מאותם זכויות ואינטרסים הוא הפרטיות."⁷⁰

שוויון המעמד של עקרונות חוקתיים מופשטים מחייב איזון אפקטי, ומזמין ויתור הדדי ונסיגה הדדית לשם הבטחת הליכה של כל אחד מהעקרונות המתנגשים. בנקודה זו ממש נכנסת לתמונה פסקת הגבלה השיפוטית, הפועלת להחזיר במשתמע את הכרסום בכל אחד מעקרונות אלה בדרך ליצירת מתחם של כרסום הדדי מותר ברמה התת-חוקתית, המאפשר את שילובם יחדיו במערך חוקתי אחד.⁷¹

69 תיאוריות חוקתיות מוניסטיות מעמידות את עקרון הכרעת הרוב במקום של כבוד, ואת החלטת המחוקקים כביטוי העליון של רצון העם בדמוקרטיה. לפיכך כל סטייה מעיקרון זה בהפעלת המנגנון החוקתי לוקה בקושי האנטי-רובי (ראו BICKEL, לעיל ה"ש 5, בעמ' 16–23; Waldron, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1348–1353), מכרסמת בעקרון האחידות (accountability) של הנבחרים (ראו: Neal Riemer, *The Case for Bare Majority Rule*, 62 (1951) 20–21 (Ethics)) ומחייבת הצדקה מיוחדת, כגון תיקון כשלים בהליך גיבושה של הכרעת הרוב המהווים "כשל שוק" בשוק הפוליטי (ראו: JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW*, 102–103, 87–88) או תיקון כשלים בתוכנה של הכרעת הרוב המהווים הפרה של הצינוי המוסרי של דמוקרטיה מהותית לנטיט כלפי אזרחיה "חט שווה של דאגה וכבוד" (ראו: RONALD DWORKIN, *FREEDOM'S LAW*, 7–19 (1996) *The Moral Reading of the American Constitution*). לעומת זאת, בתיאוריה דואליסטית, הפוליטיקה הרגילה ("normal lawmaking") בבית המחוקקים נתפסת כביטוי נחות – הנשלט על-ידי אינטרסים צרים וקצרי-טווח – של הרצון הקולקטיבי, ואילו הפוליטיקה החוקתית ("higher lawmaking") מצליחה לזקק טוב יותר את הרצון האותנטי והישיר של העם (ראו: BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS*, 6–16, 266–294 (1991)). גם בדמוקרטיה של שלושה מסלולים יש נטייה להנמיך את המעמד הנורמטיבי של הכרעת הרוב הרגילה: היות שכל אורגן של המדינה משמש במקביל גם נאמן של האומה (כאישיות משפטית עליונה יותר), לנרטיב המכונן הדינמי של האומה יש עליונות על הכרעת הרוב הרגילה בבית-המחוקקים (ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 470–489; וינטל, *Unenumerated Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 287–289).

70 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 16, פס' 7 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

71 בנקודה זו נחלקו השופטים בפרשת פלונית (לעיל ה"ש 16), שעסקה בהתנגשות בין פומביות הדיון לבין הזכות לפרטיות: לגישתה של השופטת דורנר, בהתנגשות זו יחול כלל "בפירת הדינים", המעדיף את הנורמה הספציפית (פומביות בבתי-משפט) על הנורמה הכללית (פרטיות בכל תחומי החיים) (ראו שם, פסק-דינה של השופטת דורנר); לעומת זאת, לגישתו של הנשיא ברק – שהיא הגישה העדיפה על-פי תפיסתו – עקרונות חוקתיים מתנגשים צריכים להתקיים זה לצד זה, ועל הפרשן לשאוף לשילובם ההרמוני במערך חוקתי אחד (ראו שם, פס' 7–14 לפסק-דינו של הנשיא ברק; ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 68–69). לתמיכה נוספת ברעיון של מתחם הכרסום ההדדי המותר בעקרונות חוקתיים מתנגשים ראו סווי נבות "חופש הביטוי של חבר הכנסת והזכות לשם טוב" (משפטים מ 67, 97–110 (2010)).

לנוכח מציאות חוקתית זו של עקרונות מתנגשים המתחככים זה בזה, נוהגים לתאר עקרונות חוקתיים מופשטים (להבדיל מכללים קונקרטיים) כאידיאל שניתן רק להתקרב אל הגשמתו בדרגות שונות של קרבה. עמד על כך פרופ' אהרן ברק: "הכלל מציב גבול – שלעתיים הוא עמום – בין מותר לאסור. העקרונות, לעומת זאת, מציבים אידיאל. אל האידיאל ניתן להתקרב בדרגות שונות של עוצמה. מכאן, שאם כלל פלוני נוגד כלל אלמוני, הראשון מפנה את הדרך לשני, שכן אותה פעולה אינה יכולה להיות גם מותרת וגם אסורה באותה שיטת משפט. לעומת זאת, כאשר עיקרון מסוים נוגד את רעהו, יכולים השניים לדור בשיטה זה בצד זה, מתוך שכל אחד מהם יקוים בעוצמה פחותה."⁷²

תיאור דומה מופיע גם אצל פרופ' Robert Alexy:

"If a rule is valid and applicable, it is definitively required that exactly what it demands be done... By contrast, principles are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the factual and legal possibilities at hand. Thus, principles are optimization requirements. As such, they are characterized by the fact that they can be satisfied to varying degrees..."⁷³

פסקת ההגבלה השיפוטית היא הכלי הפרשני המאפשר לקבוע אם בחוק נתון התרחקנו יתר על המידה מהגשמת האידיאל המעוגן בחוקה בעבור עקרונות, ערכים ומטרות חברתיות שאין בכוחם להצדיק נסיגה זו.

(ה) "מודל-הביניים" בהחלת פסקת הגבלה שיפוטית

היסוד השני בהגדרת פסקת ההגבלה השיפוטית הנידון כאן מציע למעשה "מודל-ביניים" בהחלתה: מחד גיסא, הוא דוחה "מודל צר" המגביל את ההחלה רק לעקרונות חוקתיים הקרובים רעיונית לזכויות האדם; מאידך גיסא, הוא דוחה "מודל רחב" המרחיב את ההחלה לכלל ההוראות בחוקי-היסוד. "מודל-הביניים" מציע להחיל את פסקת ההגבלה השיפוטית רק על עקרונות חוקתיים מופשטים העומדים במבחני הזיהוי שנידונו לעיל. ל"מודל-הביניים" יש יתרונות ניכרים: ראשית, אל מול "המודל הצר", התקלות החוקתיות הנובעות מרמת ההפשטה הגבוהה (ריקון מתוכן של הוראת-ליבה בחוקה כתוצאה מקיומו של היתר כללי לכרסם בעיקרון, מחד גיסא, וגירעון דמוקרטי ופגיעה בעקרונות חוקתיים מתנגשים כתוצאה מהעדרו של היתר לכרסם בעיקרון, מאידך גיסא) משותפות לכלל העקרונות החוקתיים המופשטים, כך שאין מקום לייחד את ההחלה רק

72 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 68–69.

73 Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 21. לתיאור דומה של עקרונות חוקתיים ראו ALEXY, *CONSTITUTIONAL RIGHTS*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 47–48.

לעקרונות הקרובים רעיונית לזכויות האדם דווקא.⁷⁴ שנית, אל מול "המודל הרחב", ניתן לקבוע כי "מודל-הביניים" מדויק יותר, ומתאים את התרופה הפרשנית החרגה של פסקת הגבלה שיפוטית (המחייבת קריאה במשתמע אל תוך הוראות החוקה ואולי אף פעולה של השלמת חסר בחוקה) רק להוראות בחוקה שלגביהן הטיפול ישים ומתאים. מחד גיסא, מקום שההוראה החוקתית היא הוראה חוקתית קונקרטית וברורה (מהווה כלל חוקתי, ולא עיקרון חוקתי מופשט),⁷⁵ כל כרסום מהווה בהכרח "שינוי" של חוק-היסוד הנבחן מבעד למשקפיה של "פסקת הנוקשות", כך שהטיפול באמצעות התרופה הפרשנית של פסקת הגבלה שיפוטית – שנועדה לטפל בכרסומים בחוק-היסוד העולים לכל-היותר כדי "פגיעה"⁷⁶ – אינו ישים. מאידך גיסא, כאשר מדובר בהוראה מופשטת אך כזו שאינה חשובה מספיק להיחשב עיקרון חוקתי (מבחינת מקומה בשרשרת ההפשטה הנורמטיבית), הטיפול המיוחד של פסקת הגבלה השיפוטית אינו מתאים, ונכון יותר לשקול את הנמכת קומתה מכוח הדוקטרינות של "כלל הזיהוי" או "השימוש לרעה" לשם מניעת גירעון דמוקרטי מצדם עיגונה הרחב בחוקה. שלישיית, ובאופן כללי, למודל זה יש יתרון ניכר ביצירת הרמוניה בין חוקי-היסוד בדרך לשילובם במערך חוקתי אחד כולל,⁷⁷ כפי שהתכוונה הכנסת במקור.⁷⁸ בדרך זו ייבחנו כל העקרונות החוקתיים המופשטים שבחוקי-היסוד באופן דומה, בשלושה שלבים: בשלב הראשון, אבחון רמת הכרסום בעיקרון החוקתי (כפי שאפרט מייד); בשלב השני, החלת פסקת הגבלה רגילה או פסקת הגבלה שיפוטית לשם הכרעה בשאלה אם הנורמה העליונה מתירה (במפורש או במשתמע) או אוסרת (במפורש או במשתמע) את הכרסום בה; ובשלב השלישי, דיון בסעד החוקתי במקרה שהנורמה העליונה שוללת את הכרסום בה.⁷⁹

74 כך, למשל, הנוסח האחרון של הצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, המעגנת עקרונות חוקתיים שאינם קרובים רעיונית לזכויות האדם, כולל פסקת הגבלה וזה לזו המגינה על זכויות האדם (ראו ס' 15 להצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/1550/19, www.knesset.gov.il/privatelaw/, (data/19/1550.rtf).

75 להבחנה בין כללים קונקרטיים לבין עקרונות מופשטים ראו לעיל ה"ש 8. להוראות חוקתיות קונקרטיות ראו, למשל, ההוראה בדבר מספר החברים בכנסת (ס' 3 לחוק-יסוד: הכנסת); ההוראה בדבר מקום מושבה של הכנסת (ס' 2 לחוק-יסוד: הכנסת); ההוראה בדבר הגיל המקנה זכות לבחור או להיבחר (ס' 5 ו-6 לחוק-יסוד: הכנסת); ההוראה בדבר מקום הולדתו של נשיא ארצות-הברית וגילו המינימלי (ס' 2(1) לחוקת ארצות-הברית). ביחס להוראות אלה אין טעם במבחנים להערכת רמת הכרסום בהוראה, שכן כל כרסום בהוראה הקונקרטית מהווה בהכרח "שינוי" של ההוראה החוקתית, שייבחן תחת "פסקת הנוקשות".

76 להבחנה בין "פגיעה" לבין "שינוי" ראו להלן ה"ש 107 ו-108. לפסיקה שנמנעה מהחלת פסקת הגבלה על "שינוי" ראו בג"ץ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(4) 913 (1994).

77 על השאיפה להרמוניה חוקתית בין הוראותיה השונות של החוקה, ועל גבולותיה של שאיפה זו, ראו פרשת מיטראל, לעיל ה"ש 38, פס' 19 – 20 לפסק-הדין; ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 175 – 178; ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 15, בעמ' 352 – 353; קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד", לעיל ה"ש 15, בעמ' 301 – 300.

78 בהחלטת הררי הביעה הכנסת את כוונתה ליצור חוקי-יסוד כפרקים שישתלבו בחוקה עתידית – ראו ד"כ 5, 1743 (התש"ז).

79 הבחינה התלת-שלבית מוטמעת עמוק בתחום חוקי-היסוד המעגנים את זכויות האדם. ראו, בין היתר, פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 29, פס' 56 לפסק-הדין; פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 38, פס' 21 לפסק-דינו של הנשיא ברק; פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, פס' 16 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש; בג"ץ 2442/11 טנגר נ' יו"ר הכנסת, פס' 23 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו).

האם ל"מודל-הביניים" יש אחיזה בפסיקה ובספרות? ייאמר מייד כי החלת פסקת ההגבלה השיפוטית על עקרון השוויון בבחירות בפסיקתו של בית-המשפט העליון⁸⁰ אינה מוכיחה עדיין את האפשרות להחלה החורגת מגבולותיהן של זכויות האדם, וזאת לנוכח הקרבה הרעיונית של עיקרון זה לזכויות האדם, עד כדי אפשרות לדבר על זכות לשוויון בבחירות.⁸¹

הסתייגות מהרחבת השימוש בפסקת הגבלה שיפוטית מעבר לתחומים הנוגעים בזכויות באדם, אם כי מבלי לבטל אפשרות זו, השמיע פרופ' אהרן ברק – "אכן, עם העמדתם של חוקי-היסוד כולם – ולא רק אלה הדנים בזכויות האדם – על רמה חוקתית-על-חוקית, מתחייבת ההכרה בפסקאות הגבלה שיפוטיות בכל אותם המקרים שבהם חוקי היסוד הללו קובעים זכויות אדם... כאשר ההסדר החוקתי אינו נוגע כלל לזכויות אדם אין כל סיבה להניח מראש קיומה של פסקת הגבלה שיפוטית ויש לבחון כל מקרה לגופו."⁸²

בכתביה מאוחרת יותר חוזר ברק על הצעתו לבחון לגופו כל הסדר שאינו עוסק בזכויות האדם, אך זאת מנקודת מוצא הקובעת חזקה כי יש לקיים את ההסדרים המוסדיים או המשטריים בחוקה מבלי להתיר במשתמע (באמצעות החלת פסקת הגבלה שיפוטית) כרסום בהסדרים אלה באמצעות חוק רגיל.⁸³ לטעמי, לא המטריה החוקתית (זכויות אדם לעומת הסדרים מוסדיים או משטריים) קובעת את נקודת המוצא, אלא מאפייניה של ההוראה החוקתית. כל עוד הסדר מוסדי או משטרי מתנהג במערך החוקתי הכולל כעיקרון חוקתי מופשט (כפי שזוהה לעיל במבחן המשולב הצורני-המהותי⁸⁴), בדומה לזכויות האדם, הוא ראוי לטיפול חוקתי זהה.

טלו, למשל, את עקרון רציפות הממשלה המעוגן בחוק-יסוד: הממשלה,⁸⁵ שניתן לראותו כעיקרון חוקתי מופשט (מנוסח בכלליות ומשתרע על קשת רחבה של כרסומים פוטנציאליים המהווים לכל-היותר "פגיעה"; וכן קשור בקשר הדוק, בשרשרת ההפשטה הנורמטיבית, לנוסחאות ההתארגנות המכוננות "מדינה מודרנית" ו"מדינה דמוקרטית", השוללות מצב של ריק שלטוני או נסיגה של הריבון מניהול העניינים). אף שמבחינה פורמלית סמכויותיה של ממשלת-מעבר זהות לסמכויותיה של ממשלה רגילה, קבעה

2013.6.26); פרשת אדם, לעיל ה"ש 29, פס' 68-69 לפסק-דינה של השופטת ארבל. החלת מתודה מבוססת זו על יתר העקרונות החוקתיים המופשטים שבחוקי-היסוד תחזק את ההרמוניה החוקתית הפנימית של המפעל החוקתי הישראלי.

80 פרשת הופנונג, לעיל ה"ש 16, פס' 11-12 לפסק-דינו של השופט זמיר ופסק-דינו של הנשיא ברק; פרשת מופז, לעיל ה"ש 16, פס' 9-17 לפסק-דינו של השופט מצא.

81 אהרן ברק מניח כי ההוראה בדבר עקרון השוויון בבחירות עניינה גם בזכות לבחור ולהיבחר הנתונה לכל אדם, ומשכך אין היא חורגת מגבולות ספרו, העוסק בזכויות. ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 182.

82 ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 15, בעמ' 352-353. השוו להצעתו של ברק להחיל את פסקת ההגבלה השיפוטית על עקרון פומביות הדיון, שאינו מהווה זכות אדם קלסית. ראו פרשת פלונית, לעיל ה"ש 16, פסק-דינו של הנשיא ברק.

83 ברק "פסקת הגבלה משתמעת", לעיל ה"ש 14.

84 ראו לעיל חלק א(ב) למאמר.

85 ס' 30 לחוק-יסוד: הממשלה.

הפסיקה כי עליה להפעיל את שיקול-דעתה תוך איזון סביר בין שני שיקולים מרכזיים מתנגשים: מחד גיסא, הצורך הטבעי לנהוג בריסון (כמי שלוקה בגירעון דמוקרטי ובכעייט נציג מוגברת);⁸⁶ ומאידך גיסא, הצורך לפעול למילוי הצרכים הציבוריים הדחופים (כמי שנושאת עדיין בתפקיד ציבורי וחייבת בנאמנות לציבור).⁸⁷ עתה נניח כי המחוקק מבקש לתרגם הלכה זו, הנוגעת גם במינויים בתקופת המעבר,⁸⁸ לכלל משפטי המעוגן בחוק, כך שייאסר על הממשלה לבצע רשימה מצומצמת של מינויים רגישים בשירות הציבורי שיפורטו בתוספת לחוק, וכהונתם של המכהנים בתפקידים אלה תוארך באופן אוטומטי עד לכינון ממשלה חדשה. עלינו לשאול את עצמנו אם חקיקה ראויה כזו תחייב התערבות של הרשות המכוננת והסדרה בחוק-יסוד. הנשיא ברק רומז בפרשת וייס כי צמצום סמכויותיה של ממשלת-מעבר אפשרי, אך יחייב שימוש בכובעה המכונן של הכנסת.⁸⁹ לגישתו של מאמר זה, היות שמדובר כאמור בעיקרון חוקתי מופשט, והיות שנראה כי מדובר בכרסום מתוחם (תחולתו מוגבלת לרשימה מצומצמת של מינויים רגישים) שאינו עולה כדי "שינוי",⁹⁰ ניתן להשתמש בפסקת הגבלה שיפוטית ולקבוע כי העיקרון החוקתי מתיר במשתמע את הכרסום האמור.

לדוגמה נוספת טלו את סעיף 1 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, הקובע בחגיגות ובאופן הנחזה כמחלט כי "ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל". האם נכון לקבוע כי הכנסת בכובעה המחוקק אינה מוסמכת לאשר הסכם שלום עם הפלסטינים שעליו חתמה הממשלה הכולל פשרה מסוימת בירושלים, גם מקום שההסכם אינו פוגע באופן מהותי בעיקרון החוקתי כי ירושלים היא בירת ישראל לנוכח זיקתה למורשת ההיסטורית והתרבותית של העם היהודי? האם רק תיקון לחוק-היסוד, בכובעה המכונן של הכנסת, יכול להכשיר את המהלך? על כך מאמר זה משיב בשלילה, על בסיס הרעיון בדבר תחולתה של פסקת הגבלה שיפוטית על עקרונות חוקתיים מופשטים, ונראה כי תשובה זו עולה בקנה אחד עם חוק-יסוד: משאל עם, המניח את כוחה של הכנסת לאשר הסכם כזה (מבלי לתקן בהכרח את חוקי-היסוד) ברוב של שמונים מחבריה או ברוב מוחלט שלה בכפוף לאישור במשאל-עם.⁹¹

תמיכה גורפת ב"מודל-הביניים" הביע השופט לוי, המציע להחיל את פסקת הגבלה השיפוטית בכל מקום שבו מדובר ב"ערכים חוקתיים" (ובלשון מאמר זה – עקרונות חוקתיים מופשטים המעגנים את ערכיה המכוננים של האומה או למצער ערכים חברתיים

86 לגירעון הדמוקרטי (שחיקה בלגיטימיות הדמוקרטית) ולכעייט הנציג (חשש מוגבר לפעולה משיקולים זרים) בפעולתן של ממשלות-מעבר ראו ווייל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 173–181.

87 בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455, פס' 8–16 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2001). להצעה לפרשנות חדשה, המתבססת על אמת-המידה של "פעולות שוטפות", ראו ווייל, לעיל ה"ש 11, בעמ' 214–223.

88 בג"ץ 9577/02 סיעת המפד"ל המפלגה הדתית לאומית המזרחי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נז(1) 710 (2002); בג"ץ 8815/05 לנדשטיין נ' שפיגלר (פורסם בנבו, 26.12.2005).

89 פרשת וייס, לעיל ה"ש 87, פס' 6 לפסק-דינו של הנשיא ברק: "כמוכן, הכנסת כרשות מכוננת רשאית, תוך בחינת הסוגיה על כל היבטיה, לצמצם את סמכויותיה של ממשלה יוצאת אם היא תמצא זאת לנכון..."

90 להבחנה בין "פגיעה" לבין "שינוי" ראו להלן ה"ש 107 ו-108.

91 ס' 1 (א) לחוק-יסוד: משאל עם, ס"ח התשע"ד 400.

בעלי חשיבות במערך החוקתי הכולל):

"כשלעצמי, הואיל וסבורני כי עקרון הכבילה משתרע על כל אותם ערכים שהכנסת סברה כי ראוי להגן עליהם מפניו של רוב חולף, מחד גיסא, וכי שום עקרון אינו מוחלט כי אם יחסי, מאידך גיסא, לא ראיתי מקום לעריכתה של אבחנה בין ערכים הקשורים בזכויות אדם לבין ערכי-מהות אחרים. מוכן הייתי להניח כי פסקת הגבלה, כדמותה השגורה במשפטנו החוקתי, כוחה יהא יפה בהתווית גבולותיה של ההגנה על כל אותם ערכים חוקתיים, לאמור – גם על ערכים חוקתיים המבטאים אינטרס ציבורי חשוב שאין ענינו בזכויות."⁹²

עמדה דומה השמיעה פרופ' דפנה ברק-ארו לגבי בחינה חוקתית אפשרית של ההפרטה ככרסום בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה:

"גם אם תתקבל העמדה שלפיה יוזמת הפרטה מסוימת היא בתחומו של הגרעין הביצועי, וכי גרעין זה אסור להפרטה לפי חוק-יסוד: הממשלה, יהיה צריך עדיין להתמודד עם השאלה אם ניתן לחרוג מן הנורמה החוקתית תוך עמידה בדרישותיה של פסקת ההגבלה השיפוטית..."⁹³

גם העמדות שהושמעו בפרשות מלכה ו"אמרי חיים", ביחס להחלת פסקת הגבלה שיפוטית על כרסום בזכות הערעור על פסק-דין של בית-משפט בערכאה הראשונה, המעוגנת בסעיף 17 לחוק-יסוד: השפיטה, מחזקות את עמדת המאמר בנקודה זו.⁹⁴ אף אם זכות כזו בהליך הפלילי יכולה להיחשב זכות אדם – הנגזרת מהזכות להליך פלילי הוגן או אף מהזכות לחירות אישית⁹⁵ – עיגונה הרחב בחוק-היסוד מצביע כי לפנינו עיקרון חוקתי העוסק בהגינות הדיון המשפטי במובנה הרחב, החורג מתחום זכויות האדם.

3. "...המופעל משנקבע כי קיים כרסום ממשי (שאינו עולה כדי 'שינוי') בעיקרון חוקתי מופשט..."

הבחינה החוקתית מבחינה הבחן היטב בין השלב הראשון, העוסק בשרטוט ההיקף הפנימי של העיקרון החוקתי או הזכות החוקתית ובמיקום הגיאומטרי של הכרסום השלטוני במרחב מוגן זה (תוך הבחנה בין כרסום בליבת העיקרון לבין כרסום בפריפריה שלו),

92 פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, פס' 16 לפסק-דינו של השופט לוי.

93 דפנה ברק-ארו "המשפט הציבורי של ההפרטה: מודלים, נורמות ואתגרים" עיוני משפט ל 461, 495 (2008).

94 פרשת מלכה, לעיל ה"ש 16, פס' 10 לפסק-הדין; פרשת "אמרי חיים", לעיל ה"ש 16, פס' 14 להחלטתו של הרשם מרזל. להצעה להחיל פסקת הגבלה שיפוטית על סמכותו של בג"ץ להעניק סעד מן הצדק (ס' 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה), כך שיתאפשר לחוק לכרסם בעקרונות הצדק בתנאיה של הפסקה, ראו אמנון רייכמן "גשרון צר מאוד: חוקה, צדק, יושר וסעד – בעקבות פרשת 'הפורום לדי-קיום בנגב'" משפטים לז 701, 737 (2007). נראה שפסקת הגבלה שיפוטית צריכה לאפשר לכרסם בסמכותו של בג"ץ להעניק "סעד למען הצדק", שבה עוסק העיקרון החוקתי המופשט המעוגן בס' 15(ג), ולא בעקרונות הצדק עצמם, שאינם מעוגנים בסעיף זה.

95 על האפשרות שמגבלות דיוניות ייתפסו כפגיעה בזכות לחירות אישית ראו פרשת שטנגר, לעיל ה"ש 79, פס' 25–28 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

לבין השלב השני, הבוחן את היקף ההגנה הראוי על העיקרון החוקתי או הזכות החוקתית אל מול עקרונות, ערכים ומטרות חברתיות המצדיקים לכאורה את הכרסום בו.⁹⁶ פסקת ההגבלה השיפוטית, כמו פסקת ההגבלה הרגילה, מניחה כי הטענה בדבר כרסום בעיקרון חוקתי מופשט צלחה את השלב הראשון של הבחינה, דהיינו, הוכח כרסום ממשי ("אין פוגעים") בהיבט הכלול בהיקף הפנימי של העיקרון ("בזכויות המוגנות בחוק היסוד"). בצדק הסתייג הנשיא ברק בפרשת הופנונג משימוש בפסקת הגבלה שיפוטית בשלב הראשון של הבחינה החוקתית (אם כי ספק אם זו הייתה כוונתו של השופט זמיר שהציע את השימוש בכלי):

"חברי, השופט זמיר, מעלה רעיון מעניין באשר להבנת עקרון השוויון בחוק-יסוד: הכנסת. על-פי גישתו, פגיעה בשוויון (המהותי) תתרחש רק אם החוק הפוגע אינו מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. יש בהצעתו של חברי משום פיתוח פיסקת הגבלה שיפוטית, מקום שחוק היסוד אינו קובע הוראה מפורשת בעניין זה... רעיונו של חברי, השופט זמיר, הוא אפוא רעיון מעניין וחשוב. עם זאת, אין הוא רעיון פשוט. בדרך כלל פיסקת הגבלה אינה מגדירה את היקפה של הזכות הנפגעת, אלא את היקף ההגנה הניתנת לזכות החוקתית."⁹⁷

טלו, למשל, את העיקרון החוקתי המופשט של שוויון בבחירות, המעוגן בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. השלב הראשון של הבחינה החוקתית ביחס לעיקרון זה מערב הן שאלות הנוגעות בשרטוט היקפו הפנימי של העיקרון החוקתי (דוגמת השאלה אם העיקרון חל גם על מועמד יחיד או רק על רשימות)⁹⁸ והשאלה אם העיקרון חל גם על הבחירות המוקדמות במפלגות או רק על בחירות לכנסת⁹⁹ והן שאלות בדבר הנסיבות המקימות כרסום ממשי בו (כגון השאלה אם מדובר בהפליה או בהבחנה לגיטימית)¹⁰⁰ ושאלת היתכנותו של כרסום בעיקרון לאחר שהבחירות כבר תמו¹⁰¹). בכל השאלות האלה פסקת ההגבלה השיפוטית אינה יכולה לסייע.

96 ראו, למשל, פרשת חסן, לעיל ה"ש 29, פס' 24 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש; פרשת שטנגר, לעיל ה"ש 79, פס' 24 לפסק-דינו של הנשיא גרוניס.

97 פרשת הופנונג, לעיל ה"ש 16, פסק-דינו של הנשיא ברק. ראו גם ברק "פסקת הגבלה משתמעת", לעיל ה"ש 14.

98 שאלה זו התעוררה בפרשת מופז (לעיל ה"ש 16) ביחס לתקופת הצינון הקבועה בחוק החלה על רמטכ"ל שסיים את שירותו בצה"ל. בית-המשפט בחר לא להכריע בשאלה זו, שכן מסקנתו הייתה כי אף אם שוויון כלפי המועמד היחיד נכלל בהיקפו הפנימי של עקרון השוויון בבחירות, חוק-היסוד מתיר במשתמע כרסום בעיקרון תוך שימוש במבחניה של פסקת ההגבלה השיפוטית. ראו שם, פס' 9–17 לפסק-הדין.

99 שאלה זו התעוררה בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485 (1996). השופט גולדברג סבר כי עקרון השוויון בבחירות, המעוגן בס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת, אינו חל על הבחירות המוקדמות (שם, פס' 12 לפסק-דינו); השופט חישן סבר אחרת לנוכח אופיו של עקרון השוויון בעיקרון כללי בשיטת המשפט (שם, פס' 11–20 לפסק-דינו); והשופט זמיר בחר לא להכריע בסוגיה זו לנוכח מסקנתו כי ממילא לא הוכח כרסום ממשי בעיקרון זה (שם, פס' 4 לפסק-דינו).

100 למבחני "השוויון המהותי" בהקשר של שוויון בסיכויים להיבחר, המבחינים בין הפליה לבין הבחנה לגיטימית, ראו בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השירות, פ"ד לה(4) 1, פסק-דינו של השופט ברק (1981). לגישת המיעוט, המציעה להחיל בחינה פורמלית טכנית, ראו שם, פסק-דינו של השופט שמגר.

101 נקבע כי פגיעה בשוויון יתכן אף לאחר הבחירות, אם משנים למפרע את כללי המשחק. ראו בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141, פסק-דינו של השופט ש' לוי (1983).

כך, למשל, קביעת קו הגבול בין הבחנה לגיטימית החיה בשלום ובהרמוניה עם העיקרון החוקתי של שוויון בבחירות לבין הפליה המכרסמת בו תיעשה על-פי המבחנים שעוצבו בפסיקה לשאלה זו (בשלב הראשון של הבחינה החוקתית), ולא על-פי מבחניה של פסקת הגבלה שיפוטית (בשלב השני של הבחינה החוקתית). בדרך-כלל יחול במקרים אלה המבחן האריסטוטלי, המציג שתי שאלות-משנה:¹⁰² שאלת קיומו של "שוני רלוונטי" הקשור בזיקה ישירה לתכלית החלוקה, כך שיש הצדקה ליצירת קבוצות-שוויון נפרדות ולהענקת יחס שונה לכל קבוצה;¹⁰³ ושאלת קיומו של "פער סביר" בין קבוצות-השוויון הנפרדות בהתחשב בשונות הבסיסית ביניהן.¹⁰⁴ בהערת-אגב אציין כי לדידי הבחנה לגיטימית ביחס לעיקרון השוויון בבחירות תיתכן רק כאשר החלוקה לקבוצות-השוויון משרתת את התכליות שביסוד סעיף 4 עצמו – דהיינו, הבטחת תחרות פוליטית חופשית והוגנת כחלק ממשטר דמוקרטי תקין – כך שניתן לקבוע בצורה החלטית כי אין כל כרסום בערך המוגן בעיקרון החוקתי. לעומת זאת, כאשר החלוקה לקבוצות-שוויון משרתת מטרה חיצונית לסעיף 4 (כגון צינור בכירים בצבא לשמירת הממלכתיות והא-פוליטיות של הצבא¹⁰⁵), יש טעם בחזקה של כרסום ממשי בעיקרון החוקתי המאפשרת לצלוח באופן מידי את השלב הראשון, וזאת לצורך העמדת התכלית החיצונית במבחן "התכלית הראויה" של פסקת ההגבלה השיפוטית – בחינה אשר לא תתקיים אם נסתפק במקרה כזה במבחן האריסטוטלי.¹⁰⁶

פסקת ההגבלה השיפוטית אינה יכולה לסייע בשתי משימות פרשניות נוספות ששייכות לשלב הראשון בבחינה החוקתית, ואשר נוגעות בזיהוי הקצוות הקיצוניים על המדרג של רמת הכרסום. המשימה האחת, בקצה העליון של מדרג הכרסום, היא זיהוי כרסום החוצה את רף ה"פגיעה", כך שניתן לראותו כ"שינוי" עקיף של חוק-היסוד.

102 ב"הבחנה חשודה" בבסיסה – למשל, שלילת מימון המפלגות למפלגות המייצגות את המיעוט הערבי – ניתן לטעון כי המבחן האריסטוטלי מיותר, וכי די בהבחנה על בסיס חשוד לצליחת השלב הראשון של הבחינה החוקתית, ועיקר הדין צריך להתקיים בשלב השני, שבו יחולו מבחניה של פסקת ההגבלה השיפוטית. לגישה זו ביחס ל"הבחנה חשודה" ראו פרשת מילר, לעיל ה"ש 27, פסק-דינה של השופטת דורנר; בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד (1) 258, פס' 19-32 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2000); ע"ע"מ 343/09 הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים, פס' 53-59 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 14.9.2010).

103 למבחן "השוני הרלוונטי" לתכלית החלוקה (המצדיק יצירת קבוצות-שוויון נפרדות) כחלק מהמבחן האריסטוטלי ראו פרשת אגודת דרך ארץ, לעיל ה"ש 100, פסק-דינו של השופט ברק; פרשת מילר, לעיל ה"ש 27, פס' 12-16 לפסק-דינו של השופט מצא; בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות, פס' 34-40 לפסק-דינה של הנשיאה בניש (פורסם בנבו, 14.6.2010); בג"ץ 6407/06 טיקוצקי נ' שר האוצר, פס' 34-42 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 23.9.2007).

104 למבחן "הפער הסביר" (בין קבוצות-השוויון הנפרדות) כחלק מהמבחן האריסטוטלי ראו פרשת אגודת דרך ארץ, לעיל ה"ש 100, פסק-דינו של השופט ברק; פרשת טיקוצקי, לעיל ה"ש 103, פס' 43 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

105 ראו פרשת מופז, לעיל ה"ש 16.

106 השוו לגישה הרואה בעצם קיומה של "הבחנה חשודה" פגיעה חוקתית המצדיקה מעבר לשלב השני של הבחינה החוקתית (ראו לעיל ה"ש 102), באופן המבטיח בחינה של תכלית החלוקה – אשר באופן עקרוני הייתה יכולה לבסס חלוקה לקבוצות-שוויון נפרדות תחת המבחן האריסטוטלי – מבעד למשקפי "התכלית הראויה" שבפסקת ההגבלה.

המבחנים המופיעים בפסיקה בהקשר זה, כמבחן "החריג הכולע את הכלל"¹⁰⁷ או מבחן "כיפוף הענף" המביא לידי שבירתו,¹⁰⁸ שייכים לשלב הראשון של הבחינה החוקתית, שכן מסקנה כי ענייננו ב"שינוי" מעבירה אותנו למשטר של "פסקת הנוקשות",¹⁰⁹ ומייתרת את השלב השני הנוגע בהחלת פסקת ההגבלה (הרגילה או השיפוטית).¹¹⁰ המשימה האחרת, בקצה התחתון של מדרג הכרסום, היא זיהוי כרסום הנופל מתחת לרף של "כרסום ממשי" בחוק-היסוד, עד כדי כך שניתן לראותו כ"זוטי דברים" או כ"עניין של מה-בכך".¹¹¹ כרסום כזה אינו חוצה את השלב הראשון של הבחינה החוקתית, ופסקת ההגבלה (הרגילה או השיפוטית) שוב אינה נכנסת לפעולה.

4. "...לשם הכרעה בשאלה אם הנורמה העליונה מתירה או אוסרת במשתמע את הכרסום בעיקרון החוקתי"

פסקת ההגבלה השיפוטית נועדה לחול בשני מצבים: לצורך קריאה פרשנית של איסור במשתמע של כרסום שאינו עומד במבחניה (בקטגוריה של עיקרון חוקתי מופשט המכיל

107 מבחן "החריג הכולע את הכלל" (ראו פרשת תנועת דרוו ישראל, לעיל ה"ש 17, פס' 24–40 לפסק-הדין) מניח כי "פגיעה" מהווה חריג מתוחם ונקודתי לכלל המעוגן בחוקה, ואילו "שינוי" מהווה כרסום שהיקף השתרעותו נרחב עד כדי כך שניתן לקבוע כי החריג בלע את הכלל, משל היה המחוקק נוטל את העט שבו הרשות המכוננת נוהגת לכתוב בחוקה, ומתיימר, בחוסר סמכות, לנסח מחדש את העיקרון החוקתי. ראו גם פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 27 לפסק-דינו של הנשיא שמגר. להבחנה בין הגבלת הזכות החוקתית לבין שינויה ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 133–135.

108 מבחן "כיפוף הענף" (או "העץ" בלשונו של השופט חשין) המביא לידי שבירתו מניח כי המעבר מ"פגיעה" ל"שינוי" תלוי לא רק בהיקף השתרעותו של הכרסום בעיקרון החוקתי (כרסום מתוחם לעומת נרחב), אלא גם בעוצמת הכיפוף של העיקרון החוקתי. לפיכך, אפילו כרסום המהווה חריג נקודתי ומתוחם לעיקרון החוקתי יכול להיחשב "שינוי" עקיף של חוק-היסוד, אם עוצמת הכרסום (הכיפוף) גבוהה במיוחד ומשפיעה על ליבת העיקרון (מביאה לידי שבירת הענף). ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 105 לפסק-דינו של השופט חשין. שאלה יפה היא אם שבירת הענף יכולה להתרחש באפקט מצטבר של כרסומים בחוקים שונים של הכנסת המכרסמים בעיקרון החוקתי, עד שהכרסום האחרון הוא בבחינת "מלאה הסאה". לאפקט מצטבר של הוראות שונות באתור חוק לעניין מידתיות הפגיעה ראו פרשת פלוני, לעיל ה"ש 29, פס' 26–33 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ריבלין, פס' 7–8 לפסק-דינה של השופטת נאור ופס' 3–6 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

109 למהותה של "פסקת נוקשות" ראו לעיל ה"ש 31. בחוק-היסוד יש שני סוגים של פסקת נוקשות: "פסקת נוקשות מפורשת", הקיימת בכל חוק-היסוד המכיל שריון צורני המתייחס ל"שינוי" חוק-היסוד ברוב מוחלט או מיוחס של חברי-הכנסת (ראו, למשל, ס' 7 לחוק-היסוד: חופש העיסוק; ס' 7 לחוק-היסוד: ירושלים בירת ישראל; ס' 4, 45 ו-44 לחוק-היסוד: הכנסת; ס' 44 לחוק-היסוד: הממשלה); ו"פסקת נוקשות משתמע", שיש לקרוא אל תוך הוראותיו של כל חוק-היסוד, ואשר עניינה בדרישה כי "שינוי" של חוק-היסוד ייעשה בתיקון לחוק-היסוד או בחוק-היסוד אחר (ולא בחוק רגיל) – דרישה הנובעת מהמערך החוקתי הישראלי ומדוקטרינת הסמכות המכוננת של הכנסת (ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 65 לפסק-דינו של הנשיא שמגר ופס' 63 לפסק-דינו של הנשיא ברק).

110 ראו פרשת פורת, לעיל ה"ש 76; ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 184.

111 לדוקטרינה של "זוטי דברים" או "עניין של מה-בכך" ראו, למשל, פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 87 לפסק-דינו של הנשיא ברק ופס' 18 לפסק-דינו של השופט ד' לוין; פרשת הופנונג, לעיל ה"ש 16, פס' 11 לפסק-דינו של השופט זמיר; בג"ץ 2791/03 קירש נ' ראש המטה הכללי של הצבא, פ"ד נו" 359, פס' 9–8 לפסק-דינו של השופט טירקל (2003); בג"ץ 6976/04 עמותת "תנו לחיות לחיות" נ' שר החקלאות, פס' 9–10 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 1.9.2005); ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 469; ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, 137–139; מלצר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 375–376.

היתר כללי לכרסם בו); ולצורך קריאה פרשנית של היתר במשתמע לכרסום העומד במבחניה (בקטגוריה של עיקרון חוקתי מופשט השותק ביחס לאפשרות הכרסום בו). כאמור, פסקת ההגבלה השיפוטית נכנסת לפעולה רק לאחר שהחוק החשוד כבלתי-חוקתי עבר את המשוכות של השלב הראשון של הבחינה החוקתית (תוך שימוש בכלים פרשניים אחרים), כלומר: הוכח כי החוק מכרסם בהיבט הכלול בהיקפו הפנימי של העיקרון החוקתי המופשט; הוכח כי הכרסום הוא כרסום ממשי שאינו נופל בקטגוריה של "זוטי דברים"; ולבסוף, הוכח כי הכרסום מוגבל בהיקפו ואינו עולה כדי "שינוי" של חוק-יסוד. כאן מתחיל השלב השני של הבחינה החוקתית: עתה, בדומה לפסקת ההגבלה הרגילה, פסקת ההגבלה השיפוטית מסוגלת לספק הבחנה בין כרסום בעייתי מבחינה חוקתית (שאינו עומד במבחניה) – כזה שמבסס סתירה בין החוק המכרסם לבין חוק-היסוד, ואשר בהעדר "פסקת התגברות" דינו להתבטל – לבין כרסום מותר (העומד במבחניה), שהמסקנה הפרשנית לגביו היא כי הנורמה העליונה מתירה אותו במשתמע, כך שאין כל סתירה בינו לבין חוק-היסוד ואין כל סיבה משפטית להכריז על בטלותו.

ב. ההקשרים החוקתיים שבהם ייעשה שימוש בפסקת הגבלה שיפוטית

1. כרסום בעיקרון חוקתי מופשט המכיל היתר כללי לכרסם בו

(א) הצגת הבעיה

התופעה של עיקרון חוקתי מופשט המכיל היתר כללי ובלתי-מוגבל (carte blanche) לכרסם בו בחוק רגיל היא תופעה רווחת בעולם החוקתי בכלל ובחוק-היסוד בפרט. ניתן להניח כי מכווני החוקה ביקשו להדגיש את יחסיותו של העיקרון, אך אין להניח כי הם ביקשו לקבוע מעין "פסקת התגברות כללית" המאפשרת לכל חוק להתגבר ללא תנאי על ההוראה החוקתית ולמעשה מרוקנת אותה מכל תוכן.¹¹² נראה כי מדובר בתקלה חוקתית הנעוצה בהעדרם של מבחנים כלשהם לתחימת ההיתר שיגדירו כרסום ראוי מהו. חוקי-היסוד מכילים דוגמאות רבות למבנה של עיקרון חוקתי מופשט המכיל היתר כללי ובלתי-מוגבל לכרסם בו בחוק רגיל. כך, למשל, סעיף 5 לחוק-יסוד: הכנסת קובע כי "כל אזרח ישראלי בן שמונה עשרה שנה ומעלה זכאי לבחור לכנסת, אם בית משפט לא שלל ממנו זכות זו על פי חוק..."; וסעיף 6(א) קובע כי "כל אזרח ישראלי... זכאי להיבחר לכנסת, זולת אם בית משפט שלל ממנו זכות זו על פי חוק...".¹¹³ מצב כזה הוא בבחינת אנומליה חוקתית שבה נורמה עליונה העוסקת בזכויות הבסיסיות ביותר בחברה

112 לחוקת האפקטיביות בפרשנות החוקה ראו לעיל ה"ש 21. פרשנות שלפיה היתר כללי לכרסם בחוק-יסוד באמצעות חוק רגיל משמש מעין "פסקת התגברות כללית" (המאפשרת לחוק להתגבר על חוק-היסוד ללא עמידה בתנאים כלשהם) מרוקנת את העיקרון החוקתי המעוגן בחוק-היסוד מכל תוכן ושוללת את האפקטיביות שלו.

113 לדוגמאות נוספות ראו לעיל ה"ש 12.

דמוקרטית מתירה לנורמה תחתונה להסמיך את בית-המשפט לכרסם בה מבלי לקבוע מבחנים מהותיים להצדקת הכרסום, באופן המאיים לרוקן מתוכן את העיקרון החוקתי החשוב המעגן את הערך המכונן של בחירות חופשיות והוגנות. דוגמה נוספת הנוגעת בערך זה היא "תקופת הצינון" של בעלי תפקידים ציבוריים מיוחדים שנידונה בפרשת מופז¹¹⁴ – הסדר המכרסם אף הוא בזכות להיבחר לכנסת.¹¹⁵ גם כאן הנורמה החוקתית אינה קובעת דבר לגבי תקופת הצינון, ונשאלת השאלה אם ניתן להשלים עם מצב שבו הנורמה העליונה נעשית הפקר, כך שהמחוקק רשאי לכרסם כרצונו בעיקרון החוקתי באמצעות קביעת תקופות צינון שנראות על פניהן מוגזמות ואשר מהוות כרסום עמוק בזכות להיבחר – כזה שאפילו המטרה החברתית החשובה של שמירת אופי "ממלכתי מקצועי וא-פוליטי" של הצבא או של המנהל הציבורי אינה יכולה להצדיק.¹¹⁶

הסדרים אחרים בחוקי-היסוד קשים יותר לסיווג: סוג אחד של הסדרים עוסק בעקרונות חוקתיים מופשטים שצמודה אליהם הוראה של שריון צורני ("אלא ברוב של חברי הכנסת"), המתפרשת כחלה גם על כרסום המהווה לכל-היותר "פגיעה" בחוק-היסוד.¹¹⁷ השאלה אם הסדרים אלה שייכים לענייננו תלויה בהבנתנו לגבי תפקודו של השריון הצורני, שעליה ארחיב בהמשך. בשלב זה אציין כי אני רואה בשריון צורני זה "פסקת התגברות" המאפשרת לכנסת להכשיר כרסום בעייתי בעיקרון החוקתי, בדומה ל"פסקת ההתגברות" בחוק-יסוד: חופש העיסוק.¹¹⁸ לפיכך יש לסווג הסדרים אלה לקטגוריה השנייה (שתידון להלן בתת-פרק 2 לפרק זה), קרי, כעיקרון חוקתי מופשט השותק ביחס לאפשרות הכרסום בו, ולא כעיקרון חוקתי הכולל היתר כללי – בלתי-מוגבל מבחינה תוכנית ומוגבל מבחינה צורנית – לכרסם בו באמצעות חוק רגיל.¹¹⁹ סוג אחר של הסדרים הקשים לסיווג הם עקרונות חוקתיים מופשטים המזמינים את המחוקק להסדיר את דרגת ההפשטה הנורמטיבית הנמוכה יותר באמצעות קביעת כללים המיישמים את העיקרון. כך, למשל, סעיף 17 לחוק-יסוד: הכנסת קובע כי "לחברי הכנסת תהיה חסינות; פרטים ייקבעו בחוק"; וסעיף 18 קובע כי "לבניני הכנסת תהיה חסינות; פרטים ייקבעו בחוק". על-פי תפיסתי, נכון יותר לסווג הסדרים אלה לקטגוריה השנייה של עיקרון חוקתי שותק. אין לקרוא את הסיפא של "פרטים ייקבעו בחוק" כהיתר מפורש ובלתי-מוגבל

114 פרשת מופז, לעיל ה"ש 16.

115 ס' 7 לחוק-יסוד: הכנסת. הסעיף קובע כי תקופות הצינון של בעלי תפקידים ציבוריים מיוחדים ייקבעו בחוק רגיל: "אלה לא יהיו מועמדים לכנסת... זולת אם חדלו לכהן במשרה או בתפקיד כאמור לפני המועד להגשת רשימות המועמדים לכנסת, ואם נקבע בחוק מועד מוקדם מזה, לפני המועד האמור".

116 להיבט זה בהתייחסות לרעה החולה של המינויים הפוליטיים ראו בג"ץ 154/98 הסדרות העובדים הכללית נ' מדינת ישראל, פ"ד (נב) 111, פס" 4 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1998).

117 לתחולתו של השריון הצורני גם על כרסום המהווה לכל-היותר "פגיעה", ולא רק על "שינוי", ראו להלן תת-פרק 17 למאמר.

118 ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

119 לסיווג דומה של ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת כעיקרון חוקתי השותק ביחס לאפשרות הכרסום בו בחוק רגיל, אך למסקנה שונה ביחס להיקף תחולתו של השריון הצורני, המציעה לפרשו כ"פסקת נוקשות" בלבד, כך שהוא אינו חל כלל במסלול העוסק בכרסום העולה לכל-היותר כדי "פגיעה" בחוק-היסוד, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 184–186.

לכרסם בעיקרון החוקתי, אלא כהיתר למחוקק לפרוט את העיקרון המופשט לכללים קונקרטיים בדרגת הפשטה נמוכה יותר וברמה התת-חוקתית.¹²⁰

(ב) הפתרון הפרשני של פסקת הגבלה שיפוטית

הבעיה שהצגנו לעיל מתארת מחדל חוקתי שבו נורמה עליונה חשובה ביותר נעשית הפקר כתוצאה מאי-הגבלת ההיתר המובנה בה המאפשר לכרסם בה באמצעות נורמה תחתונה יותר. אל מול מחדל חוקתי זה ייתכנו שתי תגובות פרשניות של בית-המשפט האוכף את החוקה: האחת, שאינה רצויה, היא השלמה עם החֶסֶר בחוקה, על ההשלכות הקשות שלו לגבי מעמדו של העיקרון החוקתי החשוב; והאחרת היא פעולה פרשנית לטיפול בחֶסֶר באמצעות קריאה במשתמע של פסקת הגבלה שיפוטית אל תוך ההוראה החוקתית. החלת פסקת הגבלה שיפוטית היא מהלך פרשני מובהק שיש בו כדי לחשוף את התכלית שמאחורי ההיתר הכללי לכרסם בעיקרון החוקתי: תחת פרשנות ההופכת את העיקרון החוקתי החשוב להפקר – להוראה חוקתית חסרת אפקטיביות¹²¹ הכפופה באופן מוחלט לחסדיו של המחוקק – מאומצת פרשנות הקוראת אל תוך היתר הכרסום איסור במשתמע לכרסם בעיקרון לא על-פי מבחניה של פסקת ההגבלה.

טלו, למשל, את ההסדר החוקתי הנוגע בעקרון פומביות הדיון: "בית משפט ידון בפומבי, זולת אם נקבע אחרת בחוק או אם בית המשפט הורה אחרת לפי חוק."¹²² הנשיא ברק בפרשת פלונית¹²³ מניח כי במקרה כזה תחול פסקת הגבלה שיפוטית, ומבטל את האפשרות שבכוחו של המחוקק לכרסם בעיקרון החוקתי ללא הגבלה, ככל העולה על דעתו:

"אכן, סעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה, המכיר בפומביות, מוסיף וקובע כי זו מוכרת 'זולת אם נקבע אחרת בחוק'. חוק רגיל הקובע אחרת אינו חופשי לקבוע כל הסדר שיעלה על דעת המחוקק. עליו להיות לתכלית ראויה; עליו לקיים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; עליו להיות מידתי..."¹²⁴

כך גם נהג בית-המשפט החוקתי בגרמניה ביחס לפרשנות של זכויות האדם המעוגנות בחוק-היסוד. בעוד בישראל כלל הזכויות כפופות לפסקת הגבלה כללית ואחידה, בגרמניה לכל זכות יש הסדר ייחודי ופסקת הגבלה משלה. חלק מהסדרים אלה מנוסחים בהתאמה מלאה לקטגוריה שבה עסקינן, דהיינו, כעיקרון חוקתי מופשט המכיל היתר

120 כך גם מציע ברק לסווג את היסוד הקבוע בס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת – "לפי חוק הבחירות לכנסת" (הדומה ליסוד "פרטים ייקבעו בחוק") – כהסמכת המחוקק להסדיר את דרגת ההפשטה הנמוכה יותר של העיקרון החוקתי בחוק רגיל, ולא כהיתר לכרסם בעיקרון החוקתי. ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 185.

121 לחוקת האפקטיביות של ההוראה החוקתית ראו לעיל ה"ש 21.

122 ס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה.

123 פרשת פלונית, לעיל ה"ש 16.

124 שם, פס' 13 לפסק-דינו של הנשיא ברק. ראו גם ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 180 – 182.

כללי לכרסם בו באמצעות חוק רגיל;¹²⁵ ואילו הסדרים אחרים מכילים פסקת הגבלה חלקית המתייחסת אך לתכלית החברתית שבכוחה להצדיק כרסום בזכות.¹²⁶ גם "פסקת ההגבלה הכללית" שבחוק-היסוד הגרמני¹²⁷ אינה מוסיפה הרבה על פסקאות ההגבלה המיוחדות שאינן מזכירות את הדרישה האולטימטיבית של המידתיות. עם זאת, עובדה זו לא מנעה את בית-המשפט החוקתי מלהחיל פסקת הגבלה שיפוטית שלפיה על כל ההסדרים העוסקים בזכויות האדם יחולו מבחני המידתיות, כך שההוראה תפורש כאוסרת במשתמע כרסום בזכות חוקתית שאינו עומד במבחנים אלה.¹²⁸

גם כאשר קיימת בחוקה פסקת הגבלה כתובה שמפורטת יותר מהיתר כללי לכרסם בחוק, בית-המשפט נדרש לא אחת לקרוא אל תוכה מבחנים נוספים שאינם מופיעים בה, כדי להעניק לעיקרון החוקתי המופשט את היקף ההגנה הראוי לו: כך נהג בית-המשפט העליון בקנדה בפרשת *Oakes*¹²⁹ המפורסמת, כאשר קרא אל תוך פסקת ההגבלה העמומה בצ'רטר הקנדי ("reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in" "a free and democratic society"¹³⁰) את שלושת מבחני המידתיות המוכרים לנו; כך נהג בית-הדין האירופי לזכויות אדם, בהעדר כל זכר למבחני מידתיות באמנה האירופית לזכויות אדם;¹³¹ וכך נהג גם בית-המשפט העליון הישראלי כאשר קרא את המבחנים הללו אל תוך פסקת ההגבלה הישראלית, אם כי לשונה של זו האחרונה ("ובמידה שאינה עולה על הנדרש") מרמזת על היות מבחני המידתיות חלק אינטגרלי של פסקת ההגבלה.¹³² מהלכים שיפוטיים אלה של אימוץ מבחני המידתיות כמעין "פסקת הגבלה שיפוטית גלובלית" לבחינת רמת הכרסום של חוק בזכויות האדם (כעיקרון חוקתי

125 ראו, למשל, ס' 2(2), 8 ו-12 לחוק-היסוד הגרמני.

126 ראו, למשל, ס' 1(2) 5- לחוק-היסוד הגרמני.

127 "פסקת ההגבלה הכללית" (ס' 19 לחוק-היסוד הגרמני) דורשת, נוסף על הדרישות ב"פסקאות ההגבלה המיוחדות" הצמודות לזכויות, כי הפגיעה תהיה בחוק בעל תחולה כללית ("such law must apply generally"), וכי בכל מקרה לא תיפגע מהותה של הזכות ("In no case may the essence of a basic right be affected").

128 להחלת עקרון המידתיות כחלק מפסקת הגבלה שיפוטית בפרשנותו של חוק-היסוד הגרמני ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 228-230; SABINE MICHALOWSKI & LORNA WOODS, GERMAN CONSTITUTIONAL LAW: THE PROTECTION OF CIVIL LIBERTIES 81-85 (1999); Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence*, 57 U. TORONTO L.J. 383, 384-387 (2007). הסבר מפורט ראשון להחלת המידתיות הופיע בפרשה הידועה המכונה *Pharmacy Case*, שעסקה בעיקרון החוקתי ברבר חופש העיסוק (ס' 12 לחוק-היסוד הגרמני), המכיל היתר כללי לכרסם בו בחוק ("...may be regulated by or pursuant to a law (BVerfGE 7, 377 (1958)).

129 *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 (Can.).

130 CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS § 1

131 האמנה האירופית לזכויות אדם אומנם אינה מזכירה את מבחני המידתיות במפורש, אך חלק מפסקאות ההגבלה הצמודות לזכויות מרמזות על הדרישה ("No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other (than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 222, art. 9-11 לפסיקה של בית-הדין האירופי שקראה אל תוך האמנה פסקת הגבלה שיפוטית המחילה את מבחני המידתיות ראו *Sweet & Mathews*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 145-152.

132 גם בישראל, כמו בגרמניה, נקלטה עילת המידתיות תחילה במשפט המנהלי (ראו, למשל, בג"ץ 3477/95 בן עטיה נ' שר החינוך והספורט, פ"ד מט(5) 1, פסק-דינו של הנשיא ברק (1995)), ולאחר-מכן, באופן טבעי, עברה אל המשפט החוקתי (פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 93-99 לפסק-דינו של הנשיא ברק).

מופשט)¹³³ – ככלי הכרחי לפרשנות החוקה שאינו תלוי ברמת המפורשות של אזכור מבחנים אלה בפסקת הגבלה כתובה – אינם שונים במהותם מהמוצע במאמר זה ביחס לכלל העקרונות החוקתיים המופשטים.

(ג) ההזדמנות שהוחמזה בכג"ץ תנועת דרור ישראל

פרשת תנועת דרור ישראל¹³⁴, שהזדמנה לפתחו של בית-המשפט העליון, היוותה הזדמנות-פז להחלה נכונה של פסקת הגבלה שיפוטית בקטגוריה של עיקרון חוקתי מופשט המכיל היתר כללי לכרסם בו באמצעות חוק רגיל, אלא שהזדמנות זו הוחמזה. הפרשה עסקה ברפורמת הקרקעות שאפשרה לחוכרים של אדמות מדינה ליהפך לבעלים בקרקע, באופן שמכרסם בעיקרון החוקתי המופשט בדבר אי-העברת בעלות המדינה באדמות המולדת. ההסדר החוקתי מעוגן בחוק-יסוד: מקרקעי ישראל:

"1. מקרקעי ישראל, והם המקרקעין בישראל של המדינה, של רשות הפיתוח או של הקרן הקימת לישראל, הבעלות בהם לא תועבר, אם כמכר ואם בדרך אחרת.

2. סעיף 1 לא יחול על סוגי מקרקעין וסוגי עסקאות שנקבעו לענין זה בחוק."¹³⁵

התנאי המוקדם להחלה של פסקת הגבלה שיפוטית הוא קביעה כי לפנינו עיקרון חוקתי מופשט הנופל באחת הקטגוריות המצדיקות שימוש בכלי פרשני זה. המקרה שלפנינו צולח תנאי זה על-נקלה. ראשית, נראה כי לפנינו עיקרון חוקתי מופשט העומד במבחן המשולב: מבחינה צורנית, מדובר באיסור חוקתי המנוסח בכלליות ("הבעלות בהם לא תועבר") ומשתרע על קשת רחבה של כרסומים פוטנציאליים המהווים לכל-היותר "פגיעה" בעיקרון החוקתי; ומבחינה מהותית, העיקרון קשור בקשר הדוק לשרשרת ההפשטה הנורמטיבית המגיעה עד לנוסחת ההתארגנות המכוננת "מדינה יהודית"¹³⁶.

133 לתנועה הגלובלית של קריאת מבחני המידתיות אל תוך ההוראות החוקתיות והאמנות הבין-לאומיות המעגנות את זכויות האדם, כעיקרון חוקתי מופשט, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 232–261 Sweet & Mathews, לעיל ה"ש 8, בעמ' 112–159. להצגת תנועה זו כמעבר מתרבות של סמכות ("culture of authority") לתרבות של הצדקה ("culture of justification") ראו: Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, 59 Am. J. Comp. L. 463, 474–482 (2013).

134 פרשת תנועת דרור ישראל, לעיל ה"ש 17.

135 ס' 1 ו-2 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל.

136 את הויקה לנוסחת ההתארגנות המכוננת "מדינה יהודית" ניתן לבסס באופן הבא: נוסחה זו מאמצת את מודל הלאומיות של "מדינת הלאום" כמודל המשעין את המפעל המשותף של האומה על האחדות הפוליטית הצרה בתוך קבוצת הלאום היהודית פנימה (השוו לפרויקט הרפובליקאי הצרפתי החותר לטיפוח לאום משותף לכלל אזרחי המדינה – "מדינת כל אזרחיה"; לאחדות הפוליטית הבסיסית שרצונה הקולקטיבי מכונן את החוקה ומהווה תנאי ללגיטימיות שלה ראו SCHMITT, לעיל ה"ש 39, בעמ' 126–127). אחדות פוליטית זו נובעת מהמורשת ההיסטורית והתרבותית המשותפת של חברי הקבוצה, וממשיכה להישען עליה, כך שטיפוח ושימור של מורשת זו הוא מפתח לשמירת רמת הסולידריות הגבוהה בין חברי הקבוצה ולהצלחת מפעלם המשותף. מכיוון שכך, אומה המתארגנת על-פי נוסחה זו אינה אדישה או ניטרלית לזוהת המרחב הציבורי במדינה (לאידיאל הניטרליות של המדינה בורם החשיבה של "הליברליזם הפוליטי" (political liberalism) ראו: CHARLES E. LARMORE, *PATTERNS OF MORAL COMPLEXITY* 40–66 (1987); Bruce Ackerman, *Political Liberalism*, 91 J. Phil. 364, 364–371 (1994); לעמדה ספקנית ביחס לאידיאל הניטרליות, במיוחד בהקשר הישראלי, ראו רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטיה: זוהת פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט 631, 650–652

שנית, מבחינת הסיווג, לפנינו עיקרון המכיל היתר כללי (הנחזה כבלתי-מוגבל) לכרסם בו, המאיים לרוקן אותו מכל תוכן, ואין נפקא מינה בכך שהיתר הכרסום נמצא בסעיף נפרד (ס' 2' המצוטט לעיל), ולא – כמו במקרה הרגיל – בסיפא של הסעיף המעגן את העיקרון החוקתי (ס' 1' המצוטט לעיל). זהו מקרה קלסי שבו פסקת ההגבלה השיפוטית אמורה לחול, כדי לקרוא פנימה איסור במשתמע של כרסומים בעייתיים (שאינם עומדים במבחניה) ולמנוע את התקלה החוקתית המאיימת לעשות את העיקרון החוקתי הפקר. אולם לפני החלתה של פסקת ההגבלה השיפוטית יש לברר עדיין שלוש סוגיות השייכות לשלב הראשון של הבחינה החוקתית. ראשית, בית-המשפט ישאל את עצמו אם החוק הנידון מכרסם בהיבט הכלול בהיקפו הפנימי של העיקרון החוקתי המופשט. משימה פרשנית זו קלה בענייננו, שכן העברת בעלות מלאה באדמת מדינה לידיים פרטיות בוודאי מכרסמת בעיקרון האוסר את העברת הבעלות. שנית, בית-המשפט ישאל את עצמו אם מדובר בכרסום ממשי או ב"זוטי דברים", כדוקטרינה המהווה חסם שיש בו כדי לקטוע באיבה את הבחינה החוקתית. גם כאן משימתנו קלה, שכן שמונה מאות אלף דונם (בשתי פעימות) המהווים כארבעה אחוזים משטחן הכולל של קרקעות המדינה – ואחוז ניכר הרבה יותר מהקרקע הפנויה לבנייה – אינם בגדר כרסום שולי בעיקרון החוקתי. שלישית, עולה השאלה אם הכרסום עולה כדי "שינוי" של חוק-היסוד, המעביר אותנו למסלול אחר של בחינה הנשלט על-ידי "פסקת הנוקשות", ולא פסקת ההגבלה (הרגילה או השיפוטית).¹³⁷ בית-המשפט מייחד לשאלה זו דיון נכבד – המחזק את תשובתנו לשאלה הקודמת שלפיה מדובר בכרסום ממשי ורציני שיש לבחון בבחינה חוקתית מלאה – ומגיע למסקנה כי אין מדובר בכרסום העולה כדי "שינוי" של איסור העברת הבעלות הקבוע בסעיף 1 לחוק-היסוד.¹³⁸

בשלב זה של הבחינה החוקתית, ולאחר שהתקיימו כל התנאים המוקדמים להחלת פסקת ההגבלה השיפוטית, היינו מצפים שבית-המשפט יעשה שימוש בכלי פרשני זה כדי לתחום את גבולות ההיתר שבסעיף 2 לחוק-היסוד, ולוודא כי הכרסום נעשה בחוק ההולם את ערכיה של המדינה כמדינה יהודית, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. הנשיאה ביניש, שכתבה את פסק-הדין המרכזי בפרשה, סברה כי החריג שבסעיף 2 מתיר כרסום בעיקרון החוקתי המעוגן בסעיף 1, וכל עוד אנו בגדרו של החריג (אין מדובר במצב של "חריג הכולע את הכלל", לנוכח היקפה המוגבל של העברת הבעלות),

(1995), אלא רואה במרחב הציבורי זירה חיונית לטיפוחה ולשימורה של המורשת המשותפת (למעמד הבכורה של השפה העברית והמורשת היהודית במרחב הציבורי, כחלק מייסודותיה של המדינה היהודית, ראו פרשת טיבי, לעיל ה"ש 35). לפיכך שימור השליטה של האומה בעיצוב המרחב הציבורי כאמור בס' 1 לחוק-היסוד: מקרקעי ישראל – למעט במרחבים שבהם נשמרת אוטונומיה למיעוטים לאומיים (על זכותם של מיעוטים לאוטונומיה קהילתית וגבולותיה ראו איל בנבנשתי "נפרד אבל שווה" בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים עיוני משפט כא 769, 775–787 (1998)) – הוא עיקרון חוקתי מופשט. השוו לגישתה של הנשיאה ביניש, המצדיקה את העיקרון על בסיס הזיקה ההיסטורית של עם-ישראל לארץ-ישראל ועל בסיס המשמעות הסמלית של האחיזה בקרקע במורשת היהודית (פרשת תנועת דרוו ישראל, לעיל ה"ש 17, פס' 26 לפסק-דינה).

137 ראו פרשת פורת, לעיל ה"ש 76.

138 פרשת תנועת דרוו ישראל, לעיל ה"ש 17, פס' 34–40 לפסק-הדין.

אין סתירה בין החוק לבין חוק-היסוד הן ברמה של "שינוי" והן ברמה של "פגיעה".¹³⁹ מסקנה זו, לדידה של הנשיאה, מאפשרת להותיר את השאלה של שימוש בפסקת ההגבלה השיפוטית ב"צריך עיון", על בסיס ההנחה – השגויה לתפיסת מאמר זה – כי פסקת ההגבלה השיפוטית היא מכשיר הנכנס לפעולה ביחס לחוק שכבר נקבע לגביו כי הוא עומד בסתירה לחוק-היסוד ברמה של "פגיעה".¹⁴⁰

בראי קביעותיו של מאמר זה, דרך ניתוח זו שגויה בכמה מובנים (אף שהדרך המוצעת כאן הייתה מובילה כנראה לאותה תוצאה שאליה הגיעה הנשיאה). ראשית, מבחן "החריג הבולע את הכלל" הוא מבחן המתאים להבחנה בין כרסום העולה כדי "שינוי" לבין כרסום המהווה לכל-היותר "פגיעה", ואינו מתאים להבחנה בין כרסום שחוק-היסוד מתיר לבין כרסום שהוא אוסר במשתמע, המהווים שניהם כרסומים מתוחמים המהווים לכל-היותר "פגיעה". שנית, שמירת פסקת ההגבלה השיפוטית במחסנים ליום סגריר, שבו יתברר כי החוק עומד בסתירה לחוק-היסוד ברמה של "פגיעה", מחמיצה את כל הרעיון של שימוש בכלי פרשני זה. כאמור לעיל, מבחניה של כל פסקת הגבלה, לרבות פסקת ההגבלה השיפוטית, נוסחו כדי להבחין בין שני סוגים של כרסום ממשי בעיקרון החוקתי המופשט: כרסום שאינו בעייתי מבחינה חוקתית (עומד במבחניה), שאותו הנורמה החוקתית מתירה במפורש (פסקת ההגבלה הרגילה) או במשתמע (פסקת ההגבלה השיפוטית) ואשר אינו מהווה אפילו "פגיעה" בנורמה החוקתית; ומולו כרסום בעייתי (אינו עומד במבחניה) העומד בסתירה לחוק-היסוד לפחות ברמה של "פגיעה", שאותו הנורמה החוקתית אוסרת במפורש (שתיקת העיקרון החוקתי באשר לאפשרות הכרסום בו) או במשתמע (החלת פסקת הגבלה שיפוטית על היתר כללי לכרסום), ואשר בהעדרה של "פסקת התגברות" בחוק-היסוד דינו להתבטל. שלישית, נכונותה של הנשיאה להחיל "מעין פסקת הגבלה" מצומצמת, הדורשת רק כי הכרסום בעיקרון החוקתי ייעשה "בחוק" ו"לעניין סוגים מסוימים של עסקאות ולעניין סוגים מסוימים של מקרקעין" – עם אפשרות להוסיף תנאים נוספים באמצעות פרשנות של חוק-היסוד, כגון ההגבלה ל"קרקע עירונית", הנובעת מהתכלית הסובייקטיבית של ההוראה – אינה ברורה.¹⁴¹ אם בפסקת הגבלה עסקינן, מדוע לא להחיל את מבחניה הרגילים, כפי שנעשה בהקשרים אחרים, לשם השגת הרמוניה חוקתית? האין זה נכון לומר כי גם כרסום בעיקרון חוקתי מופשט – שאינו עוסק בזכויות אדם – חייב להלום את ערכיה של מדינת-ישראל, להגשים תכלית ראויה ולהיות מידתית? אם כן, במה עקרון הבעלות על קרקעות המולדת נבדל מעקרון פומביות הדיון, בעל המבנה החוקתי הרומה (עיקרון המכיל היתר כללי לכרסום בו בחוק רגיל), שלגביו הוצע להחיל את מבחניה של פסקת ההגבלה הרגילה?¹⁴²

139 שם, פס' 41–42 לפסק-הדין.

140 שם, פס' 44 לפסק-הדין: "עוד יצוין כי הואיל ולא מצאנו כי תיקון 7 חורג מן הדרך שהותוותה בחוק היסוד, אין אנו רואים צורך להיוקק לשאלה האם יש מקום להחיל פסקת הגבלה שיפוטית לניתוח פגיעה בחוק היסוד."

141 שם, פס' 42 לפסק-הדין.

142 פרשת פלוגית, לעיל ה"ש 16, פסק-דינו של הנשיא ברק.

2. כרסום בעיקרון חוקתי מופשט השותק ביחס לאפשרות הכרסום בו

(א) הצגת הבעיה

פרשנות חוקתית שתביא לידי הגנה הרמטית על עקרונות חוקתיים מופשטים, ותתעלם מהעיקרון החוקתי העצמאי בדבר יחסיותם של העקרונות החוקתיים,¹⁴³ תוליד תקלה חוקתית קשה בכמה מישורים. ראשית, יהיה בכך כדי להוביל לכבילת-יתר של המחוקק (ובמקרה הישראלי – של הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת), אשר אינה מכבדת את העיקרון החוקתי העצמאי של הכרעת הרוב בדמוקרטיה – שיש הצדקה לסטות ממנו רק לשם הגשמת התכליות שביסוד המנגנון החוקתי (בחינה שאינה מתקיימת בתפיסה של עיקרון חוקתי מוחלט) – ומעוררת את בעיות הלגיטימיות הרגילות בהצדקה של חוקות בחברה דמוקרטית.¹⁴⁴ ניתן אומנם לטעון כי אין כאן גירעון דמוקרטי אמיתי, שכן המחוקק הישראלי מחזיק גם בסמכות המכוננת, ובכוחו לפרוץ את המגבלה החוקתית ולהגשים את רצונו. עם זאת, משימת הכוונון העדין (fine tuning) של חוקות בדרך של פרשנות (כך שיגבילו את המחוקק במידה הראויה, ולא יותר מכך) חייבת להתעלם מאפשרותו של המחוקק עצמו לשנות את החוקה, שאם לא כן מהר מאוד יתעוררו הבעיות האחרות שיפורטו מיד, והמבנה החוקתי המקובל של עקרונות חוקתיים מופשטים יקרוס אל תוך הסדרים פרטניים שאינם ראויים לחוקה. שנית, פרשנות חוקתית כזו טומנת בחובה הפרה של החובה החוקתית לכבד את העקרונות החוקתיים המתנגשים באותו עיקרון הנחזה כמוחלט, ופגיעה בהרמוניה החוקתית, המחייבת חיים בצוותא של עקרונות חוקתיים שונים העלולים להתנגש בהקשרים שונים.¹⁴⁵ שלישית, מצב זה יביא לידי כך שכל חריג לעיקרון המופשט יצטרך להיות מובא לכנסת כתיקון לחוק-היסוד, מהלך שיוליד חוקי-יסוד עמוסי סעיפים, הבנויים טלאי על טלאי, תוך פגיעה במבנה החוקתי המקובל של עקרונות חוקתיים מופשטים.¹⁴⁶ רביעית, מצב כזה יוביל לאנומליה של חוקי-יסוד בלתי-משוריינים המשוריינים באופן מוחלט, בניגוד לכוונת המכונן ובניגוד להגיגון החוקתי.¹⁴⁷

143 ראו לעיל חלק 2א(ד) למאמר.

144 לעקרון הכרעת הרוב כעקרון-יסוד בדמוקרטיה ראו לעיל ה"ש 67–69. לבעיות הלגיטימיות בהצדקה של חוקות בחברה דמוקרטית ראו לעיל ה"ש 5 ו-11.

145 למהותו של עיקרון חוקתי מופשט כאדיאל שאינו ניתן להגשמה מלאה ומחייב פשרה ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 68–69, ALEXI, CONSTITUTIONAL RIGHTS, לעיל ה"ש 8, בעמ' 47–48; Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 8, בעמ' 21.

146 ראו את דבריו של חבר-הכנסת זרח ורהפטיג (ד"כ 29, 1924–1925 (התש"ד)) המצוטטים על-ידי הנשיאה בנייש בפסק-דינה בפרשת תנועת דרוו ישראל, לעיל ה"ש 17, פס" 30 לפסק-הדין. ראו גם קלגסבלד "סתירה לחוקי-יסוד", לעיל ה"ש 15, בעמ' 300–301.

147 לתיאור דומה של האנומליה של חוקי-יסוד שאינם משוריינים הנהפכים למשוריינים באופן מוחלט מפני "פגיעה" ראו הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א 59, 65 (2004) (להלן: סומר "סוגיות פתוחות"); רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 104–107; ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 178–179.

(ב) הפתרון הפרשני של פסקת הגבלה שיפוטית

בעוד החלה של פסקת הגבלה שיפוטית בקטגוריה הקודמת (על עיקרון חוקתי מופשט המכיל היתר כללי לכרסם בו) פועלת לחיזוקו של העיקרון החוקתי ולצמצום החופש של המחוקק לכרסם בו, החלתה בקטגוריה הנדרונה כעת פועלת בכיוון ההפוך, קרי, דווקא לצמצום תחולתו של העיקרון החוקתי ולהרחבת החופש של המחוקק לקבל את ההכרעה הפוליטית הרצויה לו. לפיכך הביקורת הפבלובית נגד בית-המשפט, שלפיה במהלכים פרשניים אלה הוא פועל כמכונן החוקה (המוסיף לה את שאין בה) תוך הפעלת חקיקה שיפוטית ("legislating from the bench")¹⁴⁸ לשם העצמת כוחו שלו על-חשבון מי שנבחרו לייצג את העם, צריכה להידחות כאן על הסף.

החלת פסקת הגבלה השיפוטית בקטגוריה זו מהווה התפתחות אבולוציונית הכרחית של המפעל החוקתי בישראל – חידוש פרשני שהוא החוליה החסרה בגישתו של שמגר בפרשת בנק המזרחי, אשר אילו היה ידוע בזמנו, היה הופך אותה כבר אז לגישה השלטת, תוך שהקשיים הטמונים בה נמוגים מניה וביה. כזכור, לגישתו של שמגר, "פגיעה" בחוק-יסוד יכולה להיעשות רק אם קיים היתר מפורש לכך בחוק-היסוד.¹⁴⁹ כפועל יוצא מכך, חוק-יסוד שאינו משוריין (כלומר, שאינו מכיל פסקת הגבלה מפורשת) נהפך למעשה למשוריין באופן מוחלט, כך שכל כרסום ממשי בו אפשרי רק בחוק-יסוד. הפתרון נמצא בחיבור המושלם בין גישתו הבעייתית של שמגר – אך הרצויה מבחינה חוקתית, בהעניקה עליונות נורמטיבית כללית לכלל חוקי-היסוד – לבין ההמצאה הפרשנית המתבקשת ברמות פסקת הגבלה השיפוטית. עתה, כאשר פסקת הגבלה השיפוטית לרשותו, היה הנשיא שמגר יכול להכריז כי חוק-יסוד שאינו משוריין יכול להתיר כרסום בו גם במשתמע, בתהליך פרשני שבו הנורמה התחתונה מעומתת עם מבחניה של הפסקה ועומדת בהם בהצלחה, ובא למערך החוקתי הישראלי הלא-משוריין גואל.

המצאה פרשנית זו הכשירה את הקרקע גם לנשיא ברק לחזור בו מעמדתו בפרשת בנק המזרחי – שלפיה חוק-יסוד שאינו משוריין אינו מוגן מפני "פגיעה" על-ידי חוק רגיל¹⁵⁰ – ולהצטרף למחנהו של שמגר. בפרשת חרות הידועה ביצע ברק את התפנית,¹⁵¹

148 הביטוי "legislating from the bench" הוא מונח מקובל לתיאור קשת של האשמות המופנות תדיר כלפי בית-המשפט העליון בארצות-הברית, לרבות האשמה בחקיקה שיפוטית. ראו, למשל: Bruce G. Peabody, *Legislating from the Bench: A Definition and a Defense*, 11 LEWIS & CLARK L. REV. 185, 194–211 (2007).

149 גישתו של הנשיא שמגר (פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 65 לפסק-דינו) – שאליה הצטרף בהמשך הנשיא ברק (בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נו" 750, פס' 3–5 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2003) (להלן: פרשת חרות); אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים 3, 31–32 (להלן: ברק "המהפכה החוקתית")) – היא כי אין "לפגוע" בחוק-יסוד אלא על-פי היתר מפורש בחוק-היסוד. פרופ' אהרן ברק, בכתובתו המאוחרת, מציע כי "פגיעה" תתאפשר הן על-פי היתר מפורש והן על-פי היתר משתמע באמצעות החלת פסקת הגבלה שיפוטית (ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 173–186; ברק "פסקת הגבלה משתמעת", לעיל ה"ש 14).

150 הנשיא ברק הותיר ב"צירוף עיון" את הדרישה כי ה"פגיעה" תיעשה במפורש. ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 64–65 לפסק-דינו.

151 לחשיבותה של תפנית זו בתהליך האבולוציה של המפעל החוקתי הישראלי, עד כדי תיאורה כ"מהפכה חוקתית"

בצטטו בהסכמה את גישתו של שמגר, ובהוסיפו לה את היסוד המשלים ההכרחי של פסקת ההגבלה השיפוטית:

"חוק יסוד הוא פרק מחוקתה של המדינה. הוא פרי סמכותה המכוננת של הכנסת. בכינונו של חוק יסוד אנו מצויים בדרגה הנורמטיבית הגבוהה ביותר. מתבקש מכך, כי אין לשנות חוק יסוד או הוראה מהוראותיו אלא בחוק יסוד... בדומה, אין בכוחו של חוק רגיל לפגוע בהוראת חוק יסוד אלא אם כן הדבר מתאפשר על-ידי פיסקת ההגבלה (ראו בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת...)."¹⁵²

הנשיא ברק אינו נוקט אומנם את השם המפורש "פסקת הגבלה שיפוטית", אולם הוא מפנה לפרשת הופנונג, שבה נידונה האפשרות להחיל פסקת הגבלה שיפוטית על סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

והנה, לאחר שהשתכנעו כי חיבור גישתו של שמגר עם הכלי הפרשני של פסקת ההגבלה השיפוטית יוצר זיווג מושלם, המביא את המערך החוקתי של חוקי-היסוד אל חוף מבטחים,¹⁵³ הציע בשלב מסוים פרופ' אהרן ברק לחזור לגישתו המקורית של שמגר ולדרוש כי כרסום בחוק-יסוד ייעשה אך ורק על-סמך היתר מפורש בחוק-היסוד,¹⁵⁴ מה שמחזיר אותנו לבעייתיות שבגישתו של שמגר. בכתיבה מאוחרת יותר חזר בו ברק ונקט את הגישה המתבקשת שלפיה כרסום של חוק בחוק-יסוד יכול שייעשה גם על-סמך היתר משתמע בחוק-היסוד, שיימצא באמצעות קריאת פסקת הגבלה שיפוטית אל תוך ההוראה החוקתית.¹⁵⁵

לאחרונה, בפרשת תנועת דרור ישראל, הפנתה הנשיאה ביניש כתף קרה לרעיון של שילוב גישתו של שמגר עם פסקת ההגבלה השיפוטית. בהתייחסה לעיקרון החוקתי המופשט של איסור העברת הבעלות בקרקעות המדינה (סעיף 1 לחוק-יסוד: מקרקעי ישראל), גרסה הנשיאה כי בהעדר היתר מפורש לכרסם בעיקרון החוקתי (דוגמת זה הקבוע בסעיף 2 לחוק-היסוד) – דהיינו, אילו דובר בקטגוריה של עיקרון חוקתי מופשט השותק ביחס לאפשרות הכרסום בו – היה כל כרסום מהווה לפחות "פגיעה" העומדת בסתירה לעיקרון, וזאת תוך שהיא מתעלמת מהאפשרות להחיל את פסקת ההגבלה השיפוטית, אשר תתיר במשתמע את הכרסום.¹⁵⁶ דווקא בתחום הסעדים לפגיעה בזכות החוקתית, כמשתקף מהלכת יששכרוב המפורסמת, לא ראתה השופטת ביניש בשתיקתו

כפני עצמה, ראו אריאל בנדר "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט ומשל ו 305, 306–307 (2003).

152 פרשת חרות, לעיל ה"ש 149, פס' 4 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

153 זוהי גם העמדה הרצויה לפי רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 104–108.

154 ברק "מהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 149, בעמ' 31–32. כך מבין את ברק גם סומר "סוגיות פתוחות", לעיל ה"ש 147, בעמ' 62–65.

155 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 178–179; ברק "פסקת הגבלה משתמעת", לעיל ה"ש 14. עוד קודם לכן הציעו רובינשטיין ומדינה ובהמשך גם קלגסבלד – ברוח מאמר זה – להחיל את הכלי של פסקת הגבלה שיפוטית על כלל חוקי-היסוד השותקים ביחס לאפשרות הפגיעה בהם, אם כי מבלי להבחין בין הוראה קונקרטית בחוק-היסוד, המהווה "כלל חוקתי", לבין "עיקרון חוקתי מופשט" (כהגדרת מאמר זה). ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 104–108; קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד", לעיל ה"ש 15, בעמ' 297–299.

156 פרשת תנועת דרור ישראל, לעיל ה"ש 17, פס' 41 לפסק-הדין.

של חוק-היסוד אינדיקציה להסדר שלילי, ולא היססה להשלים את חוק-היסוד, תוך שהיא קובעת את דוקטרינת הפסילה הפסיקתית כסעד חוקתי לפגיעה בזכות להליך פלילי הוגן. דבריה של השופטת ביניש שנביא כאן יפים גם לעניין החלתה של פסקת הגבלה שיפוטית, ולכל מקום שבו הותרת החסר בחוקה תוביל לעיקור האפקטיביות שלה או לתקלה חמורה בפעולתה התקינה:

"חוקי היסוד בדבר זכויות האדם אינם קובעים כל הוראה בדבר תרופות או סעדים בגין פגיעה בזכויות המוגנות במסגרתם. את שתיקתו של חוק היסוד בעניין זה אין לפרש כהסדר שלילי. כידוע, סעיף 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי תכליתו של חוק היסוד הינה 'להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'. בלא סעדים בגין הפרת הזכויות המוגנות במסגרת חוק היסוד, תתרוקן ממשמעותה התכלית שעניינה הגנה על זכויות אלה."¹⁵⁷ בהיקש למושא מאמר זה, אין להבין את שתיקת העיקרון החוקתי המופשט כהסדר שלילי ביחס לאפשרות הכרסום בו בחוק רגיל, שכן בלא הכרה בהיתר במשתמע לכרסום תיגרם תקלה חוקתית חמורה, שעל הפרשן החוקתי למנוע באמצעות אימוצה של פסקת הגבלה שיפוטית.¹⁵⁸

חיזוק לגישתו של מאמר זה, התומכת בהחלת פסקת הגבלה שיפוטית בחוק-היסוד בקטגוריה של עיקרון חוקתי מופשט השותק ביחס לאפשרות הכרסום בו, ניתן למצוא בגישתו של השופט לוי בהתייחסו לעיקרון המעוגן בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה. אף שעיקרון מופשט זה אינו כולל היתר מפורש לכרסום בו, נראה כי השופט לוי נכון להחיל עליו פסקת הגבלה שיפוטית,¹⁵⁹ והסיבה היחידה לכך שהמהלך נותר ברמה התיאורטית בלבד נעוצה בעמדתו של בית-המשפט שלפיה ההצהרה בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה היא כללית מדי ואינה מתאימה לבחינה חוקתית של סוגיית ההפרטה.¹⁶⁰ במבט השוואתי, השפיטה החוקתית המורכבת בארצות-הברית, שהתפתחה לכלל קטגוריות שונות של בחינה המתירות לחוק של המדינות או של הקונגרס לכרסום בחוקה,¹⁶¹ היא כולה פסקת הגבלה שיפוטית שהתפתחה בסביבה של מגילת זכויות,

157 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461, פס' 52 לפסק-דינה של השופטת ביניש (2006).

158 למסקנה דומה, שלפיה אין להבין שתיקה של חוק-יסוד המעגן זכות-יסוד כהסדר שלילי ביחס לאפשרות הפגיעה בו בחוק רגיל, ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 178.

159 פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, פס' 16 לפסק-דינו של השופט לוי. ראו גם ברק-ארז, לעיל ה"ש 93, בעמ' 495.

160 פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, פס' 17 לפסק-דינו של השופט לוי.

161 הבחינה הקפדנית (strict scrutiny), ביחס לזכויות-יסוד ול"הבחנה חשודה", דורשת כי הכרסום בעיקרון החוקתי ייעשה להגשמת "compelling governmental interests" (ראו, למשל, פרשת Roe, לעיל ה"ש 37, בעמ' 152 – 156; Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618, 634 (1969); Regents of Univ. of Cal. v. Bakke, 438 U.S. 265, 311–313 (1978) וינוסח באופן שמקיים את הדרישה של "narrowly tailored", המבטיחה את הזיקה הקרובה למטרה (ראו: Richard H. Fallon, Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, U.C.L.A. L. Rev. 1267, 1326–1333 (2006–2007)). דרגת-הביניים של הבחינה (intermediate scrutiny), ביחס ל"הבחנה מעין-חשודה" כלפי נשים, מסתפקת ב-"important governmental objectives" ובזיקה ברמה של "substantially related" (ראו, למשל: (Craig v. Boren, 429 U.S. 190, 197 (1976)). דרגת הבחינה המקילה (deferential scrutiny), ביחס לזכויות

שחלקה מנוסח כעקרונות חוקתיים מופשטים אשר שותקים ביחס לאפשרות הכרוסום בהם בחוק או אף נוקטים לשון קטגורית השוללת כל כרוסום בהם.¹⁶² בשני המקרים כאחד הפנים בית-המשפט העליון את יחסיותם של העקרונות החוקתיים המופשטים במגילת הזכויות, והחיל פסקת הגבלה שיפוטית שבכוחה להתיר במשתמע את הכרוסום בעיקרון החוקתי.¹⁶³

ג. שתי רמות בחינה בהחלת פסקת הגבלה שיפוטית

1. ביקורת שיפוטית קונוונציונלית – המבחנים הרגילים

(א) חוק המכרסם בעיקרון חוקתי מופשט המעוגן בחוקה

השאלה הניצבת בפרק זה היא אילו מבחנים יש לעצב בעבור פסקת ההגבלה השיפוטית כדי שכלי פרשני זה ימלא את ייעודו. לטעמי, כל עוד אנו עוסקים בביקורת שיפוטית קונוונציונלית שעניינה בחינת הכרוסום של חוק בעיקרון חוקתי מופשט המעוגן בחוקה במפורש או במשתמע, פסקת ההגבלה השיפוטית תעוצב באופן דומה לפסקת ההגבלה הרגילה שבחוקי-היסוד.¹⁶⁴

מסקנה זו נשענת על ההכרה כי פסקת ההגבלה הרגילה עוצבה בצורה מושלמת למילוי ייעודה החוקתי – להעניק לעיקרון החוקתי המופשט את היקף ההגנה הראוי לו ולמנוע מצבים של הגנת-חֶסֶר או הגנת-יתר. נקל לראות כי חוק אשר מכרסם כרוסום ממשי בעיקרון חוקתי מופשט אך עושה זאת באופן ש"הולם את ערכיה של מדינת ישראל" (משתלב בשרשרת ההפשטה הנורמטיבית באופן שאינו מפריע להגשמת נוסחאות ההתארגנות המכוננות של האומה), "לתכלית ראויה" (מתחשב בעקרונות חוקתיים מתנגשים או במטרות חברתיות חשובות שהתחשבות בהן משקפת אף היא עיקרון חוקתי בדבר כוחו של הרוב הדמוקרטי לקדמן) ו"במידה שאינה עולה על הנדרש" (תוך צמצום הכרוסום בעיקרון החוקתי למינימום ההכרחי להגנה על אותם ערכים אחרים) – אינו

כלכליות או ל"הבחנה שאינה חשובה", דורשת אך "legitimate governmental objectives" וזיקה ברמה של "rationally related" (ראו, למשל: Williamson v. Lee Optical Co., 348 U.S. 483, 487-489 (1955); Orleans v. Dukes, 472 U.S. 297 (1976)).

162 לעיתים העיקרון החוקתי המופשט אינו מסתפק בשתיקה, אלא אף נוקט לשון האוסרת כרוסום קטגורית, וגם אז החיל בית-המשפט פסקת הגבלה שיפוטית המתירה במשתמע כרוסום העומד במבחניה. ראו, למשל, את הלשון הקטגורית של התיקון הארבעה-עשר לחוקת ארצות-הברית ("...nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws" או את לשון התיקון הראשון לחוקה ("Congress shall make no law respecting an establishment of religion...").

163 להחלת הבחינה הקפדנית כפסקת הגבלה שיפוטית החלה על התיקון הראשון לצורך התרת כרוסום בחופש הביטוי, הנחזה כעיקרון מוחלט, ראו, למשל: NAACP v. Button, 371 U.S. 415, 438 (1963). לסקירה מלאה של הבחינה הקפדנית ראו Fallon, לעיל ה"ש 161, בעמ' 1273-1284, 1315-1330.

164 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

מקים מבחינה מהותית עילה חוקתית לפסילתו. מסקנה זו תקפה לכלל העקרונות החוקתיים המופשטים המעוגנים בחוקי-היסוד במפורש או במשתמע. אם פסקת ההגבלה הרגילה מתאימה באופן מושלם לקביעת היקף ההגנה הראוי לזכויות האדם, ואם זכויות האדם עצמן מתפקדות בחוקה כעיקרון חוקתי מופשט,¹⁶⁵ אזי ככל שמדובר בעיקרון חוקתי מופשט אחר הזהה לזכויות האדם במעמדו בשרשרת ההפשטה הנורמטיבית ובהתנהגותו במערך החוקתי הכולל, פסקת ההגבלה השיפוטית שתתאים לו תהיה זהה בתוכנה לפסקת ההגבלה הרגילה.¹⁶⁶

בשלב מסוים הציע פרופ' אהרן ברק¹⁶⁷ – הצעה שממנה חזר בהמשך¹⁶⁸ – לעשות שימוש במבחנים אחרים, אשר דורשים כי למטרת החוק ימצא עיגון בחוקי-היסוד דווקא¹⁶⁹ ומשמטים את מבחן ההלימה לערכיה של מדינת-ישראל. לטעמי, אין מקום לסטייה ממבחניה של פסקת ההגבלה הרגילה, וזאת מכמה סיבות. ראשית, שתיים מהבעיות המרכזיות בגישתו של שמגר, היוצרת עקרונות חוקתיים מוחלטים, הן כבילת-היתר של המחוקק והתעלמות מעקרונות חוקתיים מתנגשים. הצעתו של ברק מטפלת באחרונה אך מזניחה את הראשונה: אומנם עתה יש אפשרות לכרסם בעיקרון החוקתי לשם התחשבות במטרות המעוגנות בחוקי-היסוד, כך שתינתן הגנה ראויה לעקרונות חוקתיים מתנגשים המעוגנים בחוקי-היסוד, אך אין עדיין ערובה למניעת כבילת-היתר. נראה כי גם כרסום בעיקרון החוקתי המופשט לשם הגשמת תכלית שהינה חיצונית לחוקי-היסוד – אך שמהווה עדיין מטרה ציבורית חשובה מנקודת-מבטה של חברה הרגישה לזכויות אדם¹⁷⁰ – עשוי להיתפס ככרסום שאינו בעייתי מבחינה חוקתית (אם הוא עומד ביתר מבחינה של פסקת ההגבלה), כך שפסילתו יוצרת בהכרח כבילת-היתר וגירעון דמוקרטי (בטווח הקצר), ומייצרת תמריץ בלתי-רצוי לשנות את החוקה ולהוסיף לה הסדרים פרטניים המכרסמים בעיקרון החוקתי המופשט (בטווח הארוך יותר). שנית, אף אם נקבל את הדרישה של ברק, החופש של המחוקק לקדם מטרה ציבורית חשובה (שדרגת חשיבותה תיקבע בהתאם למיקומו של הכרסום – בגרעינו של העיקרון או בפריפריה שלו) מבלי לכרסם יתר על המידה בהוראות החוקה הוא חלק מעיקרון הכרעת הרוב בדמוקרטיה, המהווה עיקרון חוקתי עצמאי¹⁷¹ המעוגן במפורש או במשתמע בחוקי-

165 ראו לעיל חלק א(ג) למאמר.

166 כך גם סברו השופטים שהציעו שימוש בכלי זה. לסקירת הפסיקה ראו לעיל ה"ש 16.

167 ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 178–179.

168 ברק "פסקת הגבלה משתמעת", לעיל ה"ש 14.

169 ברק לומד דרישה זו מהמשפט המשווה הגרמני (ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 175–176), ויש לה גם אחיזה מסוימת במשפט החוקתי האמריקאי (ראו Fallon, לעיל ה"ש 161, בעמ' 1321–1325), אך נראה שבעניין זה נכון לפתח את פסקת ההגבלה השיפוטית כיצירה חוקתית ישראלית מקורית. גם במשפט החוקתי הגרמני דרישה זו אינה חלה תמיד – למשל, ביחס לחופש הפעולה של הפרט כחלק מהזכות לפיתוח האישיות, המעוגנת בס' (1)2 לחוקי-היסוד הגרמני "Everybody has the right to the free development of his personality", וביחס לזכות לפרטיות, המעוגנת אף היא בסעיף זה (זכות הפרט לשלוט בהצגתו לעולם כחלק מזכותו לפיתוח האישיות). ראו Michalowski & Woods, לעיל ה"ש 128, בעמ' 111–114, 126–133.

170 למבחן התוכני של התכלית בפסקת ההגבלה הרגילה ראו, למשל, פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 38, פס' 50–56 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

171 ראו לעיל חלק א(ד) למאמר.

היסוד.¹⁷² שלישית, אם פסקת ההגבלה הרגילה אכן מעוצבת בשלמות להגשמת ייעודה, ואם אנו שואפים להרמוניה בפרשנותם של חוקי-היסוד,¹⁷³ אזי נתקשה להצדיק החלה של מבחנים שונים בהחילנו פסקת הגבלה שיפוטית על עקרונות חוקתיים מופשטים המתנהגים באופן דומה לזכויות האדם במערך החוקתי הכולל.

(ב) חוק המכרסם בעיקרון חוקתי מופשט בלתי-כתוב

ומה הדין ביחס לעיקרון חוקתי מופשט שאינו מעוגן בחוקה במפורש או במשמע, כך שהוא מהווה עיקרון בלתי-כתוב? נראה כי משזכה עיקרון כזה בהכרה בשיטת המשפט – ובהתעלם מהוויכוח על עצם הלגיטימיות של הכרה כזו¹⁷⁴ – הוא מתנהג בדומה לעיקרון חוקתי מופשט המעוגן בחוקה, וראוי לפיכך להיקף הגנה דומה. אם, כפי שנטען לעיל, פסקת ההגבלה הרגילה מעוצבת בשלמות למילוי ייעודה החוקתי בקביעת היקף ההגנה הראוי לעקרונות חוקתיים מופשטים, אזי אין מקום להבחנה בין אלה המעוגנים בחוקה לבין אלה הזוכים בהכרה במערכת המשפט כעקרונות-יסוד בלתי-כתובים.¹⁷⁵ ניתן לטעון כי על בית-המשפט לגלות ריסון מוגבר בבואו להפעיל ביקורת שיפוטית על-סמך עקרונות בלתי-כתובים. עם זאת, מכיוון שהמטריה החוקתית זהה (בשני המקרים מדובר בביקורת שיפוטית קונוונציונלית של חוק המכרסם בעיקרון חוקתי מופשט), אני סבור כי הריסון המתבקש בסוגיה זו צריך למצוא את ביטויו בגדר המבחנים הרגילים (למשל, בהרחבת מתחם המידתיות), ולא בעיצוב מבחנים מיוחדים שאינם מתאימים למטריה.

172 עקרון הכרעת הרוב נלמד במשתמע מהוראות שונות בחוקי-היסוד (ראו ס' 4, 5, 6 ו-25 לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 3, 4 ו-28 לחוק-יסוד: הממשלה) ומנוסחת ההתארגנות המכוננת "מדינה דמוקרטית", שיש לה ביטוי מפורש בחוקי-היסוד (ראו ס' 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת), כך שניתן לומר שהוא עיקרון כתוב.

173 לשאיפה להרמוניה פנימית בין הוראות חוקי-היסוד ראו לעיל ה"ש 77.

174 הכרה בעקרונות-יסוד בלתי-כתובים תלויה בתיאוריה החוקתית המאמצת בשיטת המשפט להגדרת תפקידו של המנגנון החוקתי בחברה. להכרה בזכויות בלתי-מנויות בחוקה בדמוקרטיה של שלושה מסלולים, כשיטה וכתיאוריה שבמסגרתן בית-המשפט החוקתי פועל כנאמן של האומה לשמירת נוסחאות ההתארגנות המכוננות שלה מפני מוטציות נורמטיביות מתוצרת המחוקק, ראו וינטל, *Unenumerated Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 295–297. לנכונות להכיר בעקרונות-יסוד בלתי-כתובים בפסיקה ראו לעיל ה"ש 38.

175 לפעם היחידה שבה הופעלה ביקורת שיפוטית כלפי חוק המכרסם בעקרונות-יסוד בלתי-כתובים ראו פרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 38, פסק-דינו של המשנה לנשיא חשין. במקום אחר עסקתי בניתוח פסיקתו של חשין ביחס לשלב הראשון בבחינה החוקתית – רהיינו, ביחס לשאלה אם "חוק טל" מכרסם בעקרונות החוקתיים הנגזרים מנוסחת ההתארגנות המכוננת "מדינה יהודית דמוקרטית" (ראו וינטל, *Unenumerated Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 299–301) – ולא אחזור על כך כאן. עתה פנינו לשלב השני של הבחינה החוקתית. נראה כי אף אם חשין צודק בניתוח השלב הראשון לכל אורכו, אין בכך די; עקרונות בלתי-כתובים אלה – כמו כל עיקרון חוקתי מופשט – אינם עקרונות מוחלטים, ובהעדר פסקת הגבלה שיפוטית בפסק-דינו נתקשה לקבוע אם הם מתירים או שוללים את הכרסום הטמון ב"חוק טל".

2. ביקורת שיפוטית לא-קוננוציונלית – מבחנים מיוחדים

(א) תיקון לחוקה המכרסם ב"פסקת נצחיות"

התקלה החוקתית הנובעת מעיקרון חוקתי מופשט השותק ביחס לאפשרות הכרסום בו עלולה להחמיר עשרות מונים בשיטת משפט המעגנת את העיקרון ב"פסקת נצחיות" השוללת כל אפשרות לשינוי בתיקון לחוקה;¹⁷⁶ עתה, לא זו בלבד שעלולה להתרחש כבילה מוגזמת ובלתי-מוצדקת של הרשות המחוקקת, בד בבד עלולה להתרחש כבילה דומה בפעולתה של הרשות המכוננת. הכרה בקיומה של "פסקת נצחיות" בשיטת משפט נתונה מזמינה ביקורת שיפוטית תוכנית על תיקונים לחוקה העומדים לכאורה בסתירה לה,¹⁷⁷ וכל זאת מבלי שהרשות המכוננת ("האספה המכוננת הנגזרת")¹⁷⁸ יכולה להגיב על הפסיקה.¹⁷⁹ לחסימה של תיקון לחוקה יש משמעות דרמטית, שכן עתה מפלטו היחיד של הרוב הדמוקרטי הוא במסלול השלישי בדמוקרטיה של שלושה מסלולים, המיועד לחקיקה חוקתית מהפכנית, ויש לזכור כי מדובר במסלול קשה במיוחד להפעלה השמור לרגעים חוקתיים מיוחדים בחייה של אומה.¹⁸⁰

- 176 להרחבה על "פסקאות נצחיות" בחוקה ראו לעיל ה"ש 34.
- 177 על המהלך המתבקש של הכרה בדוקטרינה של "התיקון לחוקה שאינו חוקתי" – המסמיכה את בית-המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית תוכנית על תיקונים לחוקה – במערכת חוקתית המכילה "פסקת נצחיות מפורשת" בהוראות החוקה ראו לעיל ה"ש 33 ו-39.
- 178 ההבחנה בין "אספה מכוננת נגזרת", המפעילה "סמכות מכוננת נגזרת" אשר מעוגנת במסמך החוקתי עצמו (constituted power) או משתמעת ממנו, לבין "אספה מכוננת מקורית", המפעילה "סמכות מכוננת מקורית" (constituent power) המעוגנת בכוח הטבעי של האומה החופשית לבטא את רצונה, היא הבחנה מרכזית בדמוקרטיה של שלושה מסלולים (ראו לעיל ה"ש 1, 7 ו-10). "אספה מכוננת נגזרת" מוסמכת לפעול אך ורק בשני המסלולים הראשונים בדמוקרטיה של שלושה מסלולים (חקיקה רגילה וחקיקה חוקתית רגילה – שתיהן בנאמנות לנרטיב המכונן הדינמי של האומה); לעומת זאת, "אספה מכוננת מקורית" מוסמכת להציע לאומה טיוטת חוקה מהפכנית שיש בה כדי לפרוץ את הנרטיב המכונן שלה ביחס לנוסחת התארגנות פרטיקולרית. להבחנה זו בספרות, אם כי במשמעויות מגוונות, ראו קלוד קליין "הסמכות המכוננת בראי בית המשפט העליון" משפטים כח 341, 355–358 (1997); אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-היסוד" ספר ברנזון כרך ב – בני סברה 119, 132–136 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000) (להלן: בנדור "המעמד המשפטי"); SCHMITT, לעיל ה"ש 39, בעמ' 126–128; Preuss, *The Implications of "Eternity Clauses"*, לעיל ה"ש 43, בעמ' 440–445 EMMANUEL J. SIEYÈS, *POLITICAL WRITINGS* 93, 136 (Michael Sonenscher trans., 2003); Ulrich K., 445 Preuss, *Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relations between Constituent Power and the Constitution*, in *CONSTITUTIONALISM, IDENTITY, DIFFERENCE AND LEGITIMACY: THEORETICAL PERSPECTIVES* 143, 144–145 (Michel Rosenfeld ed., 1994); Denis Baranger, *The Language of Eternity: Judicial Review of the Amending Power in France (or the Absence Thereof)*, 44 *ISR. L. REV.* 389, 400–402 (2011); Richard S. Kay, *Constituent Authority*, 59 *AM. J. COMP. L.* 715, 717–722 (2011).
- 179 השוו לביקורת שיפוטית על חקיקה רגילה, המאפשרת לרשות המכוננת להגיב על הפסיקה בהפעלת הפרוצדורה לתיקון החוקה, כחלק מהדיאלוג הקונסטיטוציוני בין הרשויות תחת המשטר של חוקי-היסוד (ראו יאב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח 149, 187–200 (1997)). עם זאת, אפשרות התגובה אינה נחמטת לחלוטין; בדמוקרטיה של שלושה מסלולים – וביחס לנוסחת התארגנות פרטיקולרית ("מדינה יהודית") – תיתכן תגובה של האומה עצמה בדרך של הפעלת המסלול השלישי לצורך התארגנותה מחדש (ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 478–489).
- 180 על העקרונות להפעלתו של המסלול השלישי, המיועד לחקיקה חוקתית מהפכנית, ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 478–489.

ניתן לטעון כי ישראל פטורה מדאגות אלה לנוכח העדרה של "פסקת נצחיות מפורשת" בחוקי-היסוד, ולא היא. ראשית, החוקה הישראלית כוללת לתפיסתי "פסקת נצחיות משתמעת", בדמות סעיף 7א לחוקי-יסוד: הכנסת. סעיף זה אינו עוסק אומנם ישירות בהגבלת הסמכות לתקן את חוקי-היסוד, אולם לנוכח העובדה שהכנסת משמשת "אספה מכוננת נגזרת"¹⁸¹ ובהינתן ששעריה נסגרים (עקרונית, אף שבפועל הפעלת החסם נדירה) בפני אלה המבקשים לקדם שינוי חוקתי מהפכני (לפרוץ את הנרטיב המכונן של האומה), במשתמע קיימת מגבלה חוקתית בשיטה הישראלית בנוגע לקידום תיקונים לחוקה שאינם מכבדים את נוסחאות ההתארגנות המכוננות של האומה, בדומה לשיטה שבה "פסקת נצחיות מפורשת" מגינה על נוסחאות אלה.¹⁸² שנית, סכנת הכבילה המוגזמת של הרשות המכוננת אורבת גם לשופטינו בירושלים, המתחבטים בהחלת "פסקאות נצחיות שיפוטיות" – דוקטרינות שיפוטיות המכירות בסמכותו של בית-המשפט להעמיד תיקון לחוקה בביקורת שיפוטית תוכנית, בדומה לסמכות זו במערכת המכילה "פסקת נצחיות מפורשת".¹⁸³

הכרה בזכותו של כל דור לכתוב את הפרק הייחודי שלו בתולדותיה של האומה מבלי להפעיל את המסלול השלישי המייגע של חקיקה חוקתית מהפכנית, והצורך למנוע גירעון דמוקרטי חריף,¹⁸⁴ מחייבים התאמה של הבחינה החוקתית של תיקון לחוקה המכרסם ב"פסקת נצחיות" להקשרה המיוחד: בשלב הראשון של הבחינה החוקתית תידרש פגיעה גרעינית¹⁸⁵ בעיקרון חוקתי או בנוסחת התארגנות מכוננת של האומה,

181 על-פי תפיסתי, הכנסת – כל כנסת – משמשת "אספה מכוננת נגזרת" המפעילה "סמכות מכוננת נגזרת" (ראו לעיל ה"ש 178), הטבועה במוסד הכנסת בשל אופיו המוגבל של כל פרלמנט בדמוקרטיה של שלושה מסלולים (ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 486–489). ככל "סמכות טבועה" או "סמכות-עור", גם ההכרה בסמכות המכוננת של הכנסת נדרשת כדי לסייע לה במילוי תפקידה ולהבטיח – באמצעות חקיקת נורמות עליונות בשיטה (חוקי-יסוד) – כי חבריה שלה לא יחרגו מסמכותם המוגבלת כנאמני האומה הכפופים לנרטיב המכונן שלה (ראו לעיל ה"ש 7; וינטל, *Unenumerated Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 294–295). לסמכותה המוגבלת של הכנסת כמאפיין הטבוע בה ראו פרשת ירדור, לעיל ה"ש 38, פסק-דינו של הנשיא אגרנט, וכן את דבריו של הנשיא ברק בפרשת התנועה לאיכות השלטון, לעיל ה"ש 38, פס' 74 לפסק-דינו: "על כן, יש מקום לתפיסה כי חוק או חוקי-יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הסמיך לכך את הכנסת שלנו". ראו גם שם, פס' 9–11 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין. לתפיסה דומה ראו בנדור "המעמד המשפטי", לעיל ה"ש 178, בעמ' 132–136.

182 להרחבה על מהותו של ס' 7א לחוקי-יסוד: הכנסת כ"פסקת נצחיות משתמעת" ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 467–470; וינטל, *Unenumerated Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 292–293.

183 על "פסקאות נצחיות שיפוטיות" ראו לעיל ה"ש 38 ו-39; וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 460–463.

184 ראו לעיל ה"ש 5 ו-11. להחמרה המיוחדת של בעיות אלה בשיטה המכילה "פסקת נצחיות" בחוקה ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 464–466.

185 ההבחנה בין הגרעין של עיקרון חוקתי מופשט לבין הפרופריה שלו נהפכת בשנים האחרונות לבעלת השפעה מכרעת בהתפתחות המשפט החוקתי הישראלי, במיוחד בתחום ההגנה על זכויות האדם. ראו, למשל, פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 16, פס' 43–45, 61 ו-121 לפסק-דינו של המשנה לנשיא חשין, פס' 103–104 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פס' 10 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן, פס' 17 לפסק-דינה של השופטת נאור ופס' 8 לפסק-דינו של השופט ריבלין; ר"ע 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פס' 16–36 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש ופסק-דינו של השופט רנציג' (פורסם בנבו, 6.3.2012).

כך שפגיעה שאינה גרעינית לא תחצה שלב זה של הבחינה.¹⁸⁶ בשלב השני של הבחינה החוקתית בתי-המשפט מחויבים לקרוא אל תוך "פסקת הנצחיות" (המפורשת או השיפוטית) פסקת הגבלה שיפוטית מיוחדת, המאפשרת להתיר במשתמע את הכרסום הגלום בתיקון לחוקה תוך הותרת מרחב גדול יותר של טעות לרשות המכוננת. מבלי לקבוע מסמרות באשר לניסוחה של פסקה זו, עליה לאפשר לתיקונים לחוקי-היסוד לכרסם בעיקרון חוקתי מופשט – ואף בנוסחת ההתארגנות המכוננת של האומה בדרגת ההפשטה העליונה יותר – כל עוד ניתן לשלב את התיקון, ולו בדוחק, במערך החוקתי הכולל. השתלבות בדוחק של מוטציה נורמטיבית (תיקון לחוקה החשוד כבלתי-חוקתי) במערך החוקתי תיתכן בהתקיים שתי דרישות מצטברות: ראשית, אין בה – בטווח הקצר – כדי לפרוץ לחלוטין את הנרטיב המכונן של האומה, במובן זה שבמבחן "היום למחרת" נתעורר עדיין למדינה יהודית ודמוקרטית;¹⁸⁷ שנית, יש בה – למצער בטווח הארוך – פוטנציאל להוביל להתפתחות חיובית במפעל המשותף של האומה (אף אם בטווח הקצר היא מכרסמת בנוסחאות ההתארגנות המכוננות של האומה, ובעיני המתבונן יש בכך נסיגה זמנית בנתיב של האומה לקדמה ולשגשוג),¹⁸⁸ עד כדי כך שניתן לומר כי לא הופרה חובת הנאמנות של הכנסת כ"אספה מכוננת נגזרת" המשמשת אורגן של המדינה ונאמן של האומה,¹⁸⁹ וכי אילו הציעה "אספה מכוננת מקורית" הסדר דומה בטיטוט חוקה שניסחה בעבור האומה (כחלק מהמסלול השלישי), קיימת אפשרות סבירה שהאומה הייתה מאשרת זאת ישירות (במשאל-עם או בבחירות הנסבות על אישור התיקון החשוד).¹⁹⁰

186 לדרישה של פגיעה בליבתן של נוסחאות ההתארגנות המכוננות של האומה ("מדינה יהודית" ו"מדינה דמוקרטית") לצורך הפעלת דוקטרינת "התיקון לחוקה שאינו חוקתי" ראו ברק "התיקון לחוקה שאינו חוקתי", לעיל ה"ש 20, בעמ' 378; פרשת בר-און, לעיל ה"ש 34, פס' 32 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש.

187 השוו למבחן המחמיר שהנשיא ברק מחיל בתחום פסילת המפלגות – שניתן לכנותו "מבחן 'היום למחרת'" – הבוחן את השאלה אם נתעורר עדיין למדינה יהודית ודמוקרטית אם יעלה בידה של המפלגה להגשים את הפרוגרמה הפוליטית שלה. ראו פרשת יאסין, לעיל ה"ש 23, פס' 20 לפסק-דינו. באנלוגיה לענייננו ניתן לשאול אם נתעורר עדיין למדינה יהודית ודמוקרטית (אף אם כזו הנמצאת בנסיגה מסוימת בחזית של אחת מהנוסחאות המכוננות שלה) למחרת אישור התיקון החשוד בכנסת.

188 דרישה זו מייסדת מעין "דוקטרינת בשלות", החלה ברמה הנורמטיבית הגבוהה יותר, לבחינת חוקתיותו של תיקון לחוקה כחלק מדוקטרינת "התיקון לחוקה שאינו חוקתי". לפיכך במצב שבו לא ברור עדיין אם יישום התיקון יוביל לנסיגה אמיתית וקבועה בהתפתחותן התקינה של נוסחאות ההתארגנות המכוננות של האומה, ניתן לדחות את העיסוק בסוגיה למועד מאוחר יותר. ל"דוקטרינת הבשלות" הרגילה בבחינת חוקתיותו של חוק רגיל ראו בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי אורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר, פס' 25–33 לפסק-דינה של השופטת נאור ופסקי-הדין של הנשיאה ביניש ושל המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 5.1.2012); בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון הישראלי נ' מדינת ישראל, פס' 11–21 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין ופסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 5.12.2012) (להלן: פרשת איגוד הנאמנים); רונן פוליאק "בשלות יחסית: ביקורת שיפוטית חוקתית יישומית או מופשטת" עיוני משפט 45 (2014).

189 ראו לעיל ה"ש 178. ל"פירמידת האישיות המשפטית" בחברה חופשית, המאומצת בדמוקרטיה של שלושה מסלולים, כך שכל אורגן של המדינה משמש נאמן של האומה ואילו האחרונה משמשת נאמן של האדם שרצונו החופשי מכונן אותה, ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 464–466; וינטל, *Unenumerated Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 290.

190 לדיון חלקי בבחינה המהותית של תיקונים לחוקה ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 489–496.

(ב) חוק המשקף הכרעה היסטורית המכרסם בעיקרון חוקתי מופשט

לדידי, פסקת ההגבלה השיפוטית המיוחדת, שעיקריה נידונו לעיל, יפה לא רק לבחינת תיקונים לחוקה אל מול "פסקאות נצחיות", אלא אף לבחינת הכרעות פוליטיות ברמה התת-חוקתית בעלות מימד היסטורי בחייה של האומה. לגבי החלטות אלה חייב להישמר העיקרון כי לכל דור יש החופש לפעול באמצעות נציגיו במסלול החקיקה הרגילה (המסלול הראשון בדמוקרטיה של שלושה מסלולים) לכתיבת הפרק המיוחד שלו בסיפור הקולקטיבי, מבלי שיהיה בהכרח צורך לתקן את החוקה בתחומים שאינם מתאימים להסדרה חוקתית (המסלול השני) או לכנס "אספה מכוננת מקורית" שתסייע לאומה לבטא את רצונה החדש ישירות (המסלול השלישי).¹⁹¹ הכרעות פוליטיות בעלות מימד היסטורי בחייה של האומה מצדיקות תגובה מרוככת של המנגנון החוקתי מכמה סיבות. ראשית, עוצמת הגירעון הדמוקרטי הפוטנציאלי גדולה במיוחד במצבים אלה, שכן ככל שגוברת חשיבותה של ההכרעה לעתידה של האומה כן גובר הגירעון הדמוקרטי שייגרם אם תיחסם דרכו של הרוב לא בצדק.¹⁹² שנית, בהכרעות כאלה אמון הציבור בבית-המשפט מוטל על כף המאזניים, וטוב יעשו השופטים אם יאמצו את מידת הצניעות, ולא יתיימרו לעצור בגופם את גלגלי ההיסטוריה. שלישית, סכנת הטעות השיפוטית במצבים אלה גדולה במיוחד.¹⁹³ רביעית, יש עניינים שאינם מתאימים להסדרה בחוקה, ואין לחייב בכך את המחוקק. לא היינו רוצים לראות חוק-יסוד: אישור הסכם אוסלו או חוק-יסוד: ההתנתקות מחבל עזה. חמישית, עם חקיקתו של חוק-יסוד: משאל עם, לפחות חלק מההכרעות ההיסטוריות הללו יחייבו משאל-עם או לחלופין רוב של שמונים חברי-כנסת, וככל שהערבות הפרוצדורליות מתחזקות כן מרחב ההתערבות המהותית של בית-המשפט עשוי להצטמצם.

לפיכך הכרעות פוליטיות בעלות מימד היסטורי בחייה של האומה – בסדר-גודל של התנתקות מחבל עזה, הסכם-קבע עתידי עם הפלסטינים, סיפוח כולל של השטחים המוחזקים בתפיסה לוחמתית, הצטרפות מלאה לאיחוד האירופי וכיוצא באלה – צריכות להיבחן מהותית מבעד לפריזמה הגמישה של פסקת הגבלה שיפוטית מיוחדת, שתבחן את התאמתן, ולו בדוחק, לנרטיב המכונן של האומה, ולא דרך הפריזמה הצרה והנוקשה של פסקת ההגבלה הרגילה, שהשימוש בה יפה לכרסום שגרתי בזכות-יסוד או בעיקרון חוקתי.¹⁹⁴ וכיצד ייעשה המעבר ממסלול הבחינה החוקתית הרגילה למסלול

191 ראו שם, בעמ' 489–492. על הזכות של כל דור לכתוב את הפרק הייחודי שלו בסיפור המשותף של האומה, כפי שהיא מופיעה במשנתו של השופט לוי, ראו פרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, פס' 19–20 לפסק-דין; פרשת גלאון, לעיל ה"ש 38, פס' 9–12 לפסק-דין.

192 בהיבט של סכנת הגירעון הדמוקרטי ברי כי אין דומה התערבות שיפוטית המונעת את הרוב מלהחיל מבחנים על מנהלי השקעות מנוסים (בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997)) להתערבות החוסמת את תהליך ההתנתקות (פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 29).

193 לגישות שונות ביחס לסכנת הטעות השיפוטית ראו פרשת עדאלה, לעיל ה"ש 16, פס' 21 לפסק-דין של הנשיא ברק ופס' 8–11 לפסק-דין של השופט גרוניס.

194 ניתן להבחין בין התערבות בהכרעה ההיסטורית עצמה לבין התערבות בפרטיה, שבה יחולו המבחנים הרגילים. כך, למשל, ניתן להבחין בין בחינת עצם ההחלטה להתנתק מחבל עזה לבין בחינת הסדרי הפיצוי (פרשת

המיוחד? לטעמי, הדרך האלגנטית היא באמצעות המשך פיתוחה של דוקטרינת העדר השפיטות החוקתית, שבכוחה לחסום את הבחינה במסלול הרגיל ולהפנות לבחינה במסלול המיוחד.¹⁹⁵

ד. היחס בין פסקת הגבלה שיפוטית לבין שריון צורני בחוק-היסוד

1. תחולתו של השריון הצורני על כרסום המהווה לכל-היותר "פגיעה" – כיצד?

אומנם הלשון המקובלת של השריון הצורני – "אין לשנות"¹⁹⁶ – הייתה יכולה להתפרש כ"פסקת נוקשות" החלה רק ב"שינוי" של חוק-יסוד, אלא שחלק משריונים אלה הוכנסו לחוקי-היסוד בטרם נודעה חשיבות כה רבה להבחנה בין "שינוי" לבין "פגיעה" (כפי שבאה לידי ביטוי בהוראותיו של חוק-יסוד: חופש העיסוק¹⁹⁷), ובתי-המשפט החילו את השריון הצורני בעבר גם על מקרים מובהקים של לכל-היותר "פגיעה" בעקרון השוויון בבחירות¹⁹⁸ – מהלך שזכה באישור בפרשת בנק המזרחי.¹⁹⁹ פרו' אהרן ברק, בכתביה המאוחרת יותר, מציע לפרש הוראה זו כחלה על "שינוי" בלבד – דהיינו, אך כ"פסקת נוקשות" – וזאת לנוכח מרכזיותה של ההוראה החוקתית;²⁰⁰ ולהצעתו זו הצטרף לאחרונה גם ד"ר אביגדור קלגסבלד.²⁰¹ עם זאת, אני סבור כי שינוי כזה – המהווה תפנית חדה בהבנת השריון הצורני על-ידי הפסיקה ועל-ידי הכנסת לאורך שנים – אינו נדרש, וזאת לנוכח חשיבותו של העיקרון החוקתי. כך, אף אם השריון הצורני יפורש כ"פסקת התגברות", כמוצע כאן, התגברות בחוק רגיל היא לעולם מוגבלת, וחייבת להלום את המבנה הבסיסי של חוקי-היסוד (להלום את ערכיה של מדינה דמוקרטית שבחירות חופשיות והוגנות הן בבחינת ערך מכוון שלה), שאם לא כן החוק המתיימר להתגבר ייחשב "שינוי", וזה יכול להיעשות אך ורק בחוק-יסוד,²⁰² שאף הוא עצמו כפוף למגבלות של עקרונות-היסוד הבלתי-כתובים.²⁰³ אמרו מעתה: שריון צורני יפורש

המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 29), ובאותו אופן ניתן להבחין בין בחינת ההכרעה לבנות גדר בליבה של המולדת ההיסטורית לבין בחינת התואי הספציפי של הגדר (ראו בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004)).

195 לניצניה של דוקטרינה זו בפסיקה ראו פרשת גלאון, לעיל ה"ש 38, פס' 2-11 ו-18-23 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; פרשת איגוד הנאמנים, לעיל ה"ש 188, פס' 13 ו-18-19 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

196 ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 44(א) לחוק-יסוד: הממשלה.

197 ס' 4 ו-7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. ראו פרשת פורת, לעיל ה"ש 76.

198 בג"ץ 98/69 ברמגן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969); פרשת אגודת דרך ארץ, לעיל ה"ש 100; פרשת רובינשטיין, לעיל ה"ש 101.

199 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 25, פס' 27 לפסק-דינו של הנשיא שמגר ופס' 61 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

200 ברק מידתית במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 184-186.

201 אביגדור קלגסבלד "מהלכת רובינשטיין עד ספר רובינשטיין – על פירושו הערכני של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת" משפט ועסקים יד 183, 190-195 (2012) (להלן: קלגסבלד "פירושו הערכני של סעיף 4").

202 להגבלת כוחה של "פסקת ההתגברות" להכשיר חוק העומד בניגוד לערכיה של מדינת-ישראל ראו פרשת מיטרל, לעיל ה"ש 38, פס' 16 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

203 ראו לעיל ה"ש 38 ו-39.

כחל אף על "פגיעה" אם מתקיימים בו המאפיינים המתקיימים בשריון הצורני שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת (ובהעדר מאפיין מסוים – העניין נתון לפרשנות):²⁰⁴ ראשית, השריון הצורני נקבע בחוק-היסוד בטרם נחקק חוק-יסוד: חופש העיסוק; שנית, "שינוי" מוגדר בחוק-היסוד "בין במפורש ובין במשתמע";²⁰⁵ ושלישית, כותרת הסעיף אינה "נוקשות", וכן לא נקבע במפורש כי אין לשנות את חוק-היסוד אלא בחוק-יסוד, שאז ברור שענייננו ב"פסקת נוקשות".²⁰⁶

2. הפרשנות המועדפת מבין שתי פרשנויות אפשריות

בשאלת היחס בין פסקת הגבלה שיפוטית לבין שריון צורני המתפרש כחל על "פגיעה" בחוק-יסוד קיימות שתי פרשנויות אפשריות: הפרשנות האחת היא כי שתי הדרישות חלות במצטבר, כך שחוק המכרסם בעיקרון חוקתי מופשט מצמוד לו שריון צורני חייב לעמוד במבחניה של פסקת ההגבלה השיפוטית וגם להתקבל – בכל מקרה, ללא קשר לתוצאת הבחינה המהותית – ברוב שהשריון דורש.²⁰⁷ לעומת זאת, לפי הפרשנות האחרת, פסקת ההגבלה השיפוטית חלה ככלי פרשני מקדמי הקובע את תחולתו של השריון הצורני. לפי פרשנות זו, אם החוק עומד במבחניה, אזי אין כלל סתירה בין החוק לבין חוק-היסוד (חוק-היסוד יפורש כמתיר במשתמע את הכרסום), ואין חובה לעמוד בדרישות השריון הצורני; ואילו אם החוק אינו עומד במבחניה, קיימת סתירה לפחות

204 לגישה רחבה יותר (שממנה חזר הכותב בהמשך – ראו בהערות-שוליים זו), המציעה להחיל אוטומטית את דרישת השריון הצורני על "פגיעה" בכל מקום בחוק-היסוד שבו נכתב כי "אין לשנות", ראו קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד", לעיל ה"ש 15, בעמ' 308–310. הכותב הציע בזמנו להרחיב גישה זו אפילו על חוק-היסוד היודעים להבחין הבחן היטב בין "שינוי" לבין "פגיעה", כחוק-יסוד: חופש העיסוק (שם, בעמ' 310–311). נראה כי הצעה כזו מתעלמת מההבחנה הכרוה בין המסלולים שיצר מכונן חוק-היסוד עצמו, כמו-גם דורשת הליך מיוחד לאישור תקפותו של חוק שאינו עומד כלל בסתירה לחוק-היסוד (עומד במבחניה של פסקת ההגבלה השיפוטית), בניגוד לרעיון של "פסקת התגברות" (ס' 8 לחוק-היסוד: חופש העיסוק). בהמשך חזר בו הכותב, ועתה הוא מאמץ את הצעת ברק המאוחרת (ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 14, בעמ' 184–186). להצעתו לקרוא "אין לשנות" כחל אך ורק על "שינוי" ראו קלגסבלד "פירושו הערכני של סעיף 4", לעיל ה"ש 201, בעמ' 190–195.

205 ס' 46 לחוק-יסוד: הכנסת; ס' 44(א) לחוק-יסוד: הממשלה.

206 השוו בין ס' 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (שבו מופיעה כותרת של "נוקשות" ונקבע במפורש כי אין לשנות "אלא בחוק יסוד") לבין ס' 3(ב) לחוק-יסוד: משק המדינה (שבו אין כלל כותרת הנוגעת בשריון הצורני, ולא נקבע במפורש כי שינוי ייעשה בחוק-יסוד דווקא, אלא "ברוב של חברי הכנסת").

207 לפרשנות זו טענו העותרים בפרשת המרכז האקדמי למשפט ועסקים, לעיל ה"ש 11, כך שהפרטה המכרסמת בס' 1 לחוק-יסוד: הממשלה צריכה לעמוד הן בפסקת הגבלה שיפוטית והן בשריון הצורני שבס' 44(א) לחוק-היסוד (ראו שם, פס' 3 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש). בית-המשפט לא נזקק לשאלה פרשנית זו לנוכח מסקנתו כי החוק אינו חוקתי מפאת סתירתו לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מה שמאפשר להותיר ב"צרון עיון" את השאלה אם ס' 1 לחוק-יסוד: הממשלה הינו דקלרטיבי וכללי מכדי להוות בסיס לבחינה חוקתית של שאלת הפרטה (ראו שם, פס' 63 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש). זוהי גם העמדה המועדפת על קלגסבלד, בכתיבתו המוקדמת, המבקר את פסק-הדין בפרשת מופז (לעיל ה"ש 16) על שלא דרש, נוסף על פסקת ההגבלה השיפוטית, גם עמידה בדרישת השריון הצורני (ראו קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד", לעיל ה"ש 15, בעמ' 304–305). קלגסבלד, בכתיבתו המאוחרת, כבר מציע להחיל את השריון הצורני על "שינוי" בלבד, כך שעתה במסלול של "פגיעה" לא תחול כלל דרישת הרוב המיוחד (קלגסבלד "פירושו הערכני של סעיף 4", לעיל ה"ש 201, בעמ' 190–195).

ברמה של "פגיעה", ורק אז קמה חובה להעביר את החוק ברוב המיוחד של השריון הצורני, המתפקד כ"פסקת התגברות".

בשלב זה של המאמר כבר ברור כי לפרשנות השנייה יש עדיפות ברורה לתפיסתי. ראשית, אגב הדיון בלגיטימיות של השימוש בכלי של פסקת הגבלה שיפוטית ציינתי כי יש להבחין בין שימוש לגיטימי בכלי זה ככלי פרשני למניעת תקלה חוקתית לבין שימוש בכלים פרשניים לכאורה כדי להוסיף לחוקה עקרונות שאינם מעוגנים בה או כדי לחזק את הוראותיה מעבר למה שעלה בידה של הרשות המכוננת.²⁰⁸ הפרשנות הראשונה מוסיפה שריון מהותי להוראה החוקתית (נוסף על השריון הצורני) – שריון שאינו קיים בה; לעומת זאת, הפרשנות השנייה משתמשת בפסקת ההגבלה השיפוטית ככלי פרשני אמיתי לקביעת היקף תחולתו של השריון הצורני. שנית, כאמור לעיל, כוחה האמיתי של פסקת הגבלה שיפוטית הוא במיון כרסומים בעקרונות חוקתיים מופשטים, תוך הבחנה בין כרסום שאינו בעייתי מבחינה חוקתית (עומד במבחניה של הפסקה) – כלומר, אינו עולה כדי סתירה לחוק-היסוד אפילו ברמה של "פגיעה" – לבין כרסום בעייתי (שאינו עומד במבחניה של הפסקה), המהווה סתירה לפחות ברמה של "פגיעה", אשר בהעדר "פסקת התגברות" דינו להתבטל. לפי הפרשנות הראשונה, גם במצב שבו מבחינה חוקתית אין כל סתירה בין החוק לבין חוק-היסוד, מן הראוי להטריח את חברי-הכנסת למליאה, לבטל את כל הקיזוזים ולגייס את כל השורות, והכל כדי לעמוד בדרישת השריון הצורני. פרשנות כזו אינה ראויה.²⁰⁹ שלישית, הפרשנות השנייה מקדמת הרמוניה חוקתית בין חוקי-היסוד,²¹⁰ כך שעל כלל העקרונות החוקתיים המופשטים בחוקי-היסוד תחול בחינה חוקתית דומה בשלב השני של הבחינה – הערכת הבעייתיות של הכרסום בעיקרון החוקתי מבעד למשקפיה של פסקת ההגבלה (הרגילה או השיפוטית); ובמקרה שהכרסום אכן בעייתי ועולה כדי "פגיעה", בחינת האפשרות להפעיל "פסקת התגברות", אם קיימת כזו בחוק-היסוד.²¹¹ רביעית, הפרשנות השנייה אומצה בפרשת מופז על-ידי אחד-עשר שופטים, שכן השופט מצא, שכתב את פסק-הדין, מוכן להניח כי קיים כרסום בעקרון השוויון בבחירות, ובעזרת פסקת הגבלה שיפוטית מגיע למסקנה כי הכרסום אינו חורג מגדרו של חוק-היסוד: הכנסת (אינו מהווה סתירה לו אפילו ברמה של "פגיעה"), כך שאין חובה לקבלו ברוב של חברי-הכנסת בשלוש הקריאות (אין חובה להפעיל "פסקת התגברות").²¹²

208 ראו לעיל תת-פרק 11.

209 בעניין זה צריך לשאול את קלגסבלד, בכתובתו המוקדמת, כיצד הבנתו דאו כי השריון הצורני החל על "פגיעה" משמש "פסקת התגברות" (קלגסבלד "סתירה לחוק-היסוד", לעיל ה"ש 15, בעמ' 308–310) מתיישבת עם מסקנתו כי דרישת הרוב בשריון הצורני צריכה לחול גם על חוק המכרסם בחוק-היסוד באופן שעומד במבחניה של פסקת ההגבלה (שם, בעמ' 304–305). צא ולמד כי "פסקת התגברות" נועדה לחול על כרסומים חוקתיים בעייתיים שאינם עומדים במבחניה של פסקת ההגבלה (ראו ס' 8 לחוק-היסוד: חופש העיסוק).

210 לשאיפה להרמוניה חוקתית ולגבולותיה ראו לעיל ה"ש 77.

211 הפרשנות השנייה יוצרת הרמוניה בין "פסקת התגברות" שבחוק-היסוד: חופש העיסוק (ס' 8 לחוק-היסוד) לבין השריון הצורני שבחוק-היסוד: הכנסת (ס' 4 לחוק-היסוד).

212 פרשת מופז, לעיל ה"ש 16, פס' 16–17 לפסק-דינו של השופט מצא.

סיכום

מאמר זה שייך לגל השני של הכתיבה בתחום המשפט החוקתי הישראלי. בעוד הגל הראשון עסק בוויכוח על עצם הלגיטימיות של המהפכה החוקתית ובשאלה הבסיסית אם יש לישראל חוקה,²¹³ הגל השני מניח כי הוויכוח בגל הראשון הוכרע לטובת מצדדי החוקה או למצער כי ניתן לאחוז בחבל בשני קצותיו – גם להמשיך להתווכח על הלגיטימיות של המפעל החוקתי הישראלי כאילו אין חוקה, וגם להמשיך לפתח את החוקה כאילו אין ויכוח על עצם היותה חוקה.

פיתוח המפעל החוקתי כרוך בהבנת הבעיות הקיימות בו במצבו האבולוציוני הנוכחי המפריעות לתפקודם של חוקי-היסוד כחוקה לכל דבר ועניין. מאמר זה מזהה שתי תקלות חמורות בחוקי-היסוד – המוכרות לנו במשפט ההשוואתי – המפריעות לפעילותם התקינה כחוקה: קיומם של עקרונות חוקתיים מופשטים חשובים ביותר המכילים היתר כללי לכרסם בהם בחוק רגיל באופן המאיים לרוקן אותם מכל תוכן; וקיומם של עקרונות חוקתיים מופשטים השותקים ביחס לאפשרות הכרסום בהם באופן העלול להפוך אותם לעקרונות מוחלטים, תוך כבילת-יתר של הכנסת כרשות מחוקקת באופן היוצר גירעון דמוקרטי, ותוך פגיעה בהרמוניה החוקתית המחייבת התחשבות בעקרונות חוקתיים מתנגשים.

התרופה למחלות חוקתיות אלה היא פסקת הגבלה שיפוטית, כיסוד חיוני שיש לקרוא במשתמע אל תוך ההוראה החוקתית לשם תפקודה התקין. בית-המשפט העליון כבר פיתח תרופה זו, והיא נמצאת על המדפים זמינה לשימוש בעתיד,²¹⁴ אלא שכמו בכל תרופה, שימוש במינון שאינו מתאים – שימוש-חסר,²¹⁵ שימוש-יתר²¹⁶ או שימוש על בסיס אבחון שגוי²¹⁷ – עלול לפגוע בהצלחת הטיפול. מאמר זה מנסה לאבחן את הבעיה ולהציע את הטיפול המיטבי בתרופה של פסקת הגבלה השיפוטית, כך שהעקרונות החוקתיים המופשטים בחוקי-היסוד יזכו בהיקף ההגנה הראוי להם מבחינה חוקתית, ומפעל חוקי-היסוד כולו יגשים את ייעודו – לשקף בנאמנות את רצונה העמוק של האומה לכוון ולשמר מדינה מודרנית, דמוקרטית ויהודית (הנרטיב המכוון הדינמי), אך זאת מבלי לכבול יתר על המידה את הכנסת בכובעה המחוקקת ובכובעה המכוון (המסלול הראשון והמסלול השני, בהתאמה), ועד להתגלות מחודשת של רצון האומה (פריצת

213 לדוגמאות של הגל הראשון הביקורתי ראו משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג 697 (1996); רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997); יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט'" מאזני משפט ה 125 (2006).

214 ראו לעיל ה"ש 16.

215 ראו לעיל בחלק ב(ג) את ביקורתו של מאמר זה על עמדתה של הנשיאה ביניש.

216 ראו לעיל בתת-פרק 2ד את ביקורתו של מאמר זה על הפרשנות בשאלת היחס בין פסקת הגבלה השיפוטית לבין השריון הצורני המחילה דרישות אלה במצטבר.

217 ראו לעיל בתת-פרקים 2א ו-3א למאמר את הדיון באבחון המצדיק שימוש בתרופה של פסקת הגבלה השיפוטית – כרסום ממשי (שאינו מהווה "זוטי דברים") בעיקרון חוקתי מופשט (בכלל העקרונות החוקתיים המופשטים, ולא רק בכאלה העוסקים בזכויות האדם) שאינו עולה כדי "שינוי" עקיף של חוקי-היסוד.

הנרטיב) באמצעות הפעלת המסלול השלישי במערך החוקתי של ישראל כדמוקרטיה של שלושה מסלולים.²¹⁸

218 לישראל כדמוקרטיה של שלושה מסלולים ראו וינטל, *Three-Track Democracy*, לעיל ה"ש 1; וינטל, *Unenumerated Constitutional Rights*, לעיל ה"ש 1.