

תוכן

מבוא	3
1. האם למדינת ישראל יש חוקה?	4
1.1 מהי חוקה?	4
1.2 המעמד המשפטי של החוקה	5
1.3 המהלך החוקתי בקליפת אגוז	6
1.4 חוק יסוד הכנסת ובג"ץ ברגמן	9
1.5 פרשת לאו"ר נגד הכנסת	11
2. המהפכה החוקתית	14
2.1 פרשת בנק המזרחי	14
2.2 שלושת הסוגיות העיקריות בפרשת בנק במזרחי	15
2.3 סיכום ההלכות של מזרחי	17
3. שלבי הבחינה החוקתית לאחר המהפכה החוקתית	18
3.1 האם הפגיעה היא כדין? מבחני פסקת ההגבלה	18
4.2 פסקת ההתגברות שבחוק חופש העיסוק	20
4.2.1 תנאי פסקת ההתגברות	21
4.3 התעצמות הביקורת השיפוטית ופסילת חוקים הנוגדים את מבחני פסקת ההגבלה	22
5. סיכום ומסקנות	24
6. ביבליוגרפיה	26

מבוא

בימים אלה, בטרם הכניסה מערכת הבחירות את מדינת ישראל לסבבים אינסופיים, ניצבת מלחמה של ממש בין מערכת המשפט לבין נבחרי הציבור האמונים על הנהגת המדינה. מלחמה זו, שהחלה בהצהרותיה של שרת המשפטים לשעבר, איילת שקד, ובאף בצעדים פרקטיים שביצעה (כגון מינוי שופטים שמרניים התואמים את תפיסתה ואת עקרון הפרדת הרשויות) נמצאת באיבה.

במסגרת עבודת מחקר זו אבחן את מערך הכוחות בין שני הניצים: מן הצד האחד של הזירה ניצבת הרשות המחוקקת אשר הוסמכה על ידי הציבור להנהיג אותה ומן הצד השני ניצבת מערכת המשפט. במסגרת עבודה זו אבחן האם אכן נשמרה הפרדת הרשויות שבמסגרתה כל צד אמון על חלקו בשמירה של משטר דמוקרטי או שמא התחוללה מהפכה שמחייבת ריסון של הביקורת השיפוטית שמופעלת חדשות לבקרים על עבודתם של נבחרי הציבור.

לשם כך אעמוד על התהליך שעברה מדינת ישראל, החל מיום הקמתה ועד יום זה.

במסגרת הפרק הראשון לעבודה זו אבחן את השאלה המהותית, זו שהובילה למעשה למהפכה החוקתית שהקנתה לבית המשפט את היכולת להטיל ביקורת שיפוטית נוקבת על עבודתם של נבחרי הציבור ולהביא לפסילת חוקים שאינם תואמים את העקרונות שעליהם נבנתה מדינת ישראל. במסגרת פרק אבחן האם ישנה חוקה למדינת ישראל, מה היה מעמדו של חוק היסוד הראשון שנחקק אי שם בשנות ה-50 ואת פסקי הדין שהיוו הניצנים לתחילת ההפיכה.

במסגרת הפרק השני אבחן את המהלך שזכה לכינוי המפורסם ביותר בתולדות המשפט הישראלי, המהפכה החוקתית, בהובלתו ובהנהגתו של נשיא בית המשפט העליון בדימוס, אהרון ברק. במסגרת פרק זה אבחן את השתלשלות האירועים ופסקי הדין עד לפסק הדין המכריע, בנק המזרחי, אשר לאחריו שינתה מערכת המשפט את פניה, ואולי אף את כל המשטר הדמוקרטי בישראל.

במסגרת הפרק השלישי לעבודת מחקר זו אבחן את הכלים אשר באמצעות בית המשפט מטיל ביקורת שיפוטית נוקבת כלפי עבודתם של נבחרי הציבור ואבחן את המתח שבין שתי הרשויות בעבודתם ובעיקר כיצד הדברים מתנהלים ומהו הליך "הבדיקה" שמבצע בית המשפט העליון בטרם הוא נותן תוקף לחוקים אשר נחקקים על ידי נבחרי הציבור, לרבות הפרשנות המרחיקה לכת של בית המשפט והתוספות הפרשניות השונות אשר מטשטשות את עקרון הפרדת הרשויות ומעניקות לרשות השופטת סמכויות אשר מלכתחילה היו נתונות אך ורק לרשות המחוקקת.

1. האם למדינת ישראל יש חוקה?

אחת השאלות החשובות ביותר בתולדות המשפט הישראלי, ואולי הדיון (יש אף יכנו זאת כויכוח עיקש) העמוק ביותר בין שני האייקונים הגדולים ביותר שכינה בבית המשפט העליון, הנשיא בדימוס אהרון ברק ומישאל חשין ז"ל, הייתה האם למדינת ישראל יש חוקה.

שאלה זו קרדינלית לבירור במסגרת עבודת מחקר זו שכן ההתנגשות המתמדת בין הסמכויות שהוקנו לבית המחוקקים הישראלי לבין הרשות השופטת, שבין תפקידיה החשובים ביותר, מעבר להיותה מערכת לאכיפת החוקים, היא עצם היותה אמצעי ביקורת וריסון לשלטון, להגן על אזרחי המדינה מפני הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, ולהבטיח את חירויות האדם ואת השמירה על המשטר הדמוקרטי.

1.1 מהי חוקה?

ישנם שני סוגי חוקה במדינות השונות:

א. **חוקה פורמאלית** - המאפיין הבולט של מערכות המשפט במדינות המערב השונות הוא כינונה של חוקה מפורשת, מסמך פורמאלי, כתוב. אחת הדוגמאות הבולטות ביותר היא חוקת ארצות הברית ומדינות חזקות באיחוד האירופי כדוגמת גרמניה. מסמך זה למעשה משמש קו מנחה לשאר החוקים אשר אין ביכולתו של המחוקק לסתור אותו.

לחוקה הפורמלית מספר מאפיינים בולטים: מדובר במסמך חגיגי, המתקבל ברגעים חגיגיים, בדרך כלל מיד לאחר הכרזת עצמאות או ברגע היסטורי של סיום מלחמה (גרמניה - בסוף מלחמת העולם השנייה), בתום מהפכה (החוקה האמריקאית והצרפתית), פירוק של אימפריות (כשהאימפריה הבריטית התפרקה הרבה מדינות קיבלו חוקה).

לחוקה פורמאלית יש עליונות משפטית, ההוראות שמצויות בה הן לרוב עליונות של פני כל ההוראות המשפטיות האחרות. מאפיין נוסף הוא שהן יציבות לאורך זמן (קשה לשנותן), ההנחה היא שמדובר במסמך שאמור לשרוד שנים רבות (החוקה האמריקאית - למעלה מ-200 שנה).

הנוסח - לרוב החוקה הפורמאלית כתובה בצורה לקונית ומעורפלת, המטרה היא שאפשר יהיה לפרש אותה ולהתאימה לרוח הזמן ולשינויים המתרחשים מעת לעת. אין זה אומר שניתן לשנות את החוקה עצמה אולם היותה מעורפלת מאפשרת את הגמישות המתבקשת.

ב. **חוקה מטריאלית** - הוראות הנוגעות למשטר המדינה ומצויות בכל מיני חוקים או הסדרים משפטיים או מוסכמות משפטיות המפוזרות במערכת המשפט ולא במסמך אחד או בסדרה של מסמכים בצורה מסודרת. לדוג' אנגליה. הנשיא ברק גורס שלישאל יש חוקה פורמאלית מאז 1992, במהלך שזכה לכינוי "המהפכה החוקתית" בפרשת בנק המזרחי¹. הנשיא ברק חזר וטען כי עצם חיקוקו של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו², מהווה את המפנה הגדול ביותר בתולדות המשפט הישראלי, כזו שהציבה את האדם ואת כבודו, על שלל זכויותיו הנגזרות, כזו שמכתיבה את מערכת המשפט כולה, לרבות החוקים השונים אותם מחוקקים בית הנבחרים.³

מנגד, ניצבת הדעה אשר גורסת אחרת וטוענת כי לישראל אין חוקה ולא תהיה חוקה שכן בעת כינונה של

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

² חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992 (להלן: "חוק יסוד כבוד האדם")

³ אהרון ברק, שלטון החוק ועליונות החוקה, משפט וממשל ה', תש"ס, עמ' 375