חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

דיני חוקה – חוקי יסוד

תוכן ענינים

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 2 | [Go](#Seif0" \o "עקרונות יסוד חוק יסוד: חופש העיסוק תשנד 1994) | עקרונות יסוד | סעיף 1 |
| 2 | [Go](#Seif1" \o "מטרה) | מטרה | סעיף 1א |
| 2 | [Go](#Seif2" \o "שמירה על החיים הגוף, והכבוד) | שמירה על החיים הגוף, והכבוד | סעיף 2 |
| 2 | [Go](#Seif3" \o "שמירה על הקנין) | שמירה על הקנין | סעיף 3 |
| 2 | [Go](#Seif4" \o "הגנה על החיים, הגוף והכבוד) | הגנה על החיים, הגוף והכבוד | סעיף 4 |
| 2 | [Go](#Seif5" \o "חירות אישית) | חירות אישית | סעיף 5 |
| 2 | [Go](#Seif6" \o "יציאה מישראל וכניסה אליה) | יציאה מישראל וכניסה אליה | סעיף 6 |
| 2 | [Go](#Seif7" \o "פרטיות וצנעת הפרט) | פרטיות וצנעת הפרט | סעיף 7 |
| 2 | [Go](#Seif8" \o "פגיעה בזכויות חוק יסוד: חופש העיסוק תשנד 1994) | פגיעה בזכויות | סעיף 8 |
| 2 | [Go](#Seif9" \o "סייג לגבי כוחות הבטחון) | סייג לגבי כוחות הבטחון | סעיף 9 |
| 2 | [Go](#Seif10" \o "שמירת דינים) | שמירת דינים | סעיף 10 |
| 2 | [Go](#Seif11" \o "תחולה) | תחולה | סעיף 11 |
| 2 | [Go](#Seif12" \o "יציבות החוק) | יציבות החוק | סעיף 12 |

חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו[[1]](#footnote-1)\*

1. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

עקרונות יסוד

(תיקון מס' 1)

תשנ"ד-1994

מיום 10.3.1994

**תיקון מס' 1**

[ס"ח תשנ"ד מס' 1454](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1454.pdf) מיום 10.3.1994 עמ' 90 ([ה"ח 2250](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2250.pdf))

**הוספת סעיף 1**

1א. חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

מטרה

(תיקון מס' 1)

תשנ"ד-1994

מיום 10.3.1994

**תיקון מס' 1**

[ס"ח תשנ"ד מס' 1454](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1454.pdf) מיום 10.3.1994 עמ' 90 ([ה"ח 2250](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2250.pdf))

~~1.~~ 1א. חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

2. אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם.

שמירה על החיים הגוף, והכבוד

3. אין פוגעים בקנינו של אדם.

שמירה על הקנין

4. כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו.

הגנה על החיים, הגוף והכבוד

5. אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת.

חירות אישית

6. (א) כל אדם חופשי לצאת מישראל.

יציאה מישראל וכניסה אליה

(ב) כל אזרח ישראלי הנמצא בחוץ לארץ זכאי להיכנס לישראל.

7. (א) כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו.

פרטיות וצנעת הפרט

(ב) אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו.

(ג) אין עורכים חיפוש ברשות היחיד של אדם, על גופו, בגופו או בכליו.

(ד) אין פוגעים בסוד שיחו של אדם, בכתביו או ברשומותיו.

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

פגיעה בזכויות

(תיקון מס' 1)

תשנ"ד-1994

מיום 10.3.1994

**תיקון**

[ס"ח תשנ"ד מס' 1454](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1454.pdf) מיום 10.3.1994 עמ' 90 ([ה"ח 2250](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2250.pdf))

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

9. אין מגבילים זכויות שלפי חוק-יסוד זה של המשרתים בצבא-הגנה לישראל, במשטרת ישראל, בשירות בתי הסוהר ובארגוני הבטחון האחרים של המדינה, ואין מתנים על זכויות אלה, אלא לפי חוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש ממהותו ומאופיו של השירות.

סייג לגבי כוחות הבטחון

10. אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד.

שמירת דינים

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

תחולה

12. אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תקפו או לקבוע בו תנאים; ואולם בשעה שקיים במדינה מצב של חירום בתוקף הכרזה לפי סעיף 9 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, מותר להתקין תקנות שעת-חירום מכוח הסעיף האמור שיהא בהן כדי לשלול או להגביל זכויות לפי חוק-יסוד זה, ובלבד שהשלילה או ההגבלה יהיו לתכלית ראויה ולתקופה ובמידה שלא יעלו על הנדרש.

יציבות החוק

יצחק שמיר דב שילנסקי

ראש הממשלה יושב ראש הכנסת

חיים הרצוג

נשיא המדינה

חוק-יסוד: חופש העיסוק

דיני חוקה – חוקי יסוד

תוכן ענינים

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 2 | [Go](#Seif0" \o "עקרונות יסוד) | עקרונות יסוד | סעיף 1 |
| 2 | [Go](#Seif1" \o "מטרה) | מטרה | סעיף 2 |
| 2 | [Go](#Seif2" \o "חופש העיסוק) | חופש העיסוק | סעיף 3 |
| 2 | [Go](#Seif3" \o "פגיעה בחופש העיסוק) | פגיעה בחופש העיסוק | סעיף 4 |
| 2 | [Go](#Seif4" \o "תחולה) | תחולה | סעיף 5 |
| 2 | [Go](#Seif5" \o "יציבות) | יציבות | סעיף 6 |
| 2 | [Go](#Seif6" \o "נוקשות) | נוקשות | סעיף 7 |
| 2 | [Go](#Seif7" \o "תוקפו של חוק חורג) | תוקפו של חוק חורג | סעיף 8 |
| 2 | [Go](#Seif8" \o "ביטול) | ביטול | סעיף 9 |
| 2 | [Go](#Seif9" \o "הוראת שעה חוק תשנז 1996) | הוראת שעה | סעיף 10 |
| 3 | [Go](#Seif10" \o "תיקון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו) | תיקון חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו | סעיף 11 |

חוק-יסוד: חופש העיסוק[[2]](#footnote-2)\*

1. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

עקרונות יסוד

2. חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש העיסוק כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

מטרה

3. כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד.

חופש העיסוק

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

פגיעה בחופש העיסוק

5. כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את חופש העיסוק של כל אזרח או תושב.

תחולה

6. אין בכוחן של תקנות-שעת-חירום לשנות חוק-יסוד זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים.

יציבות

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

נוקשות

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

תוקפו של חוק חורג

(ב) ההוראה בדבר פקיעת תוקף, כאמור בסעיף קטן (א), לא תחול על חוק שהתקבל לפני תום שנה ממועד תחילתו של חוק-יסוד זה.

(תיקון מס' 2)   
תשנ"ח-1998

מיום 19.3.1998

**תיקון מס' 2**

[ס"ח תשנ"ח מס' 1662](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1662.pdf) מיום 19.3.1998 עמ' 178 ([ה"ח 2692](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2692.pdf))

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

(ב) ההוראה בדבר פקיעת תוקף, כאמור בסעיף קטן (א), לא תחול על חוק שהתקבל לפני תום שנה ממועד תחילתו של חוק-יסוד זה.

9. חוק-יסוד: חופש העיסוק - בטל.

ביטול

10. הוראות חיקוק שאלמלא חוק-יסוד זה או חוק-היסוד שבוטל כאמור בסעיף 9, היו תקפות ערב תחילתו של חוק-יסוד זה יעמדו בתוקפן עד יום א' בניסן תשס"ב (14 במרס 2002), אם לא בוטלו קודם לכן, ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק-יסוד זה.

הוראת שעה

(תיקון מס' 1)   
תשנ"ז-1996

(תיקון מס' 2)   
תשנ"ח-1998

מיום 7.11.1996

**תיקון מס' 1**

[ס"ח תשנ"ז מס' 1602](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1602.pdf) מיום 7.11.1996 עמ' 4 ([ה"ח 2549](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2549.pdf))

10. הוראות חיקוק שאלמלא חוק-יסוד זה או חוק-היסוד שבוטל כאמור בסעיף 9, היו תקפות ערב תחילתו של חוק-יסוד זה יעמדו בתוקפן עד תום ~~שנתיים~~ ארבע שנים מיום תחילתו של חוק יסוד זה, אם לא בוטלו קודם לכן, ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק-יסוד זה.

מיום 19.3.1998

**תיקון מס' 2**

[ס"ח תשנ"ח מס' 1662](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1662.pdf) מיום 19.3.1998 עמ' 178 ([ה"ח 2692](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2692.pdf))

10. הוראות חיקוק שאלמלא חוק-יסוד זה או חוק-היסוד שבוטל כאמור בסעיף 9, היו תקפות ערב תחילתו של חוק-יסוד זה יעמדו בתוקפן ~~עד תום ארבע שנים מיום תחילתו של חוק יסוד זה~~ עד יום א' בניסן תשס"ב (14 במרס 2002), אם לא בוטלו קודם לכן, ואולם פירושן של ההוראות האמורות ייעשה ברוח הוראות חוק-יסוד זה.

11. בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

תיקון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

(1) סעיף 1 יסומן 1א ולפניו יבוא:

"עקרונות יסוד

1. זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל."

(2) בסעיף 8, בסופו יבוא: "או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

יצחק רבין

ראש הממשלה

עזר וייצמן שבח וייס

נשיא המדינה יושב ראש הכנסת

**רוגוזינסקי נ' מ"י**

עמוד 129-137

ערעור אזרחי מס' 450/70

1. אילן רוגוזינסקי

2. יעל צחורי

3. דני שפוני

4. תמי שפוני

נגד

מדינת ישראל

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

[12.5.71, 10.12.71]

לפני מ"מ הנשיא (זוסמן), והשופטים ברנזון, מני, עציוני, י' כהן

[דבר המלך במועצה, 1922](http://www.nevo.co.il/law/70296) [חא"י, כרך ג, ע' 2736], סימנים [46](http://www.nevo.co.il/law/70296/46), [51](http://www.nevo.co.il/law/70296/51) (כפי שסומן ותוקן ב-1939 [תוס"ב 898, ע' 381], תוקן ב-תש"ך-1960 [סה"ח 317, ע' 96, 99], וב-תשכ"ה-1965 [סה"ח 446, ע' 63, 82]), [83](http://www.nevo.co.il/law/70296/83) (כפי שתוקן ב-1939 [כנ"ל]) - [חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953](http://www.nevo.co.il/law/73178) [סה"ח 134, ע' 165], סעיפים [1](http://www.nevo.co.il/law/73178/1), [2](http://www.nevo.co.il/law/73178/2), [4](http://www.nevo.co.il/law/73178/4), [5](http://www.nevo.co.il/law/73178/5), [9](http://www.nevo.co.il/law/73178/9) - [חוק השבות](http://www.nevo.co.il/law/72231), תש"י-1950 [סה"ח 51, ע' 159] - [חוק מרשם האוכלוסין](http://www.nevo.co.il/law/72938), תשכ"ה-1965 [סה"ח 466, ע' 270] - [פקודת נישואין וגירושין (רישום](http://www.nevo.co.il/law/73177)) [חא"י, כרך ב, פרק פח, ע' 876], סעיף [2](http://www.nevo.co.il/law/73177/2).

מיני-רציו:

\* מקורות המשפט הישראלי – הכרזת העצמאות – תוקפה

\* משפחה – נישואין – נישואין אזרחיים

\* משפט חוקתי – זכויות הפרט – חופש המצפון

\* משפט חוקתי – חקיקה – הכרזת העצמאות

\* פרשנות – דין – דבר המלך במועצה

\* פרשנות – דין – כללי פרשנות

המערערים, שני זוגות חברי קיבוצים, טוענים כי על-סמך טכס נישואין פרט שערכו כרתו הצדדים ביניהם ברית נישואין אזרחיים, לפי המשפט המקובל האנגלי, החל, לטענתם, במקרה זה, בהיותם חסרי אמונה דתית.

בית-המשפט העליון פסק:

א. (1) כאשר ברור, מעל לכל ספק, רצונו של המחוקק למסור לשיפוטם של בתי-הדין הדתיים היהודיים עניני הנישואין והגירושין של יהודים ושנישואין וגירושין אלו ייערכו לפי דין תורה, על בתי-המשפט לכבד רצון זה ולתת לו תוקף, אף אם אינו עולה בקנה אחד עם העקרון של חופש המצפון שבהכרזת העצמאות או בסימן 83 לדבר המלך במועצה.

(2) סימן 83 לדבר המלך במועצה מכפיף את חופש המצפון של הפרט לצורך לשמור על הסדר הציבורי והמוסר.

(3) הוראה מהוראות דבר המלך במועצה אינה יכולה להיות למכשול על דרך חקיקתה של הכנסת, או לעמוד בפני חקיקה זו.

(4) הכרזת העצמאות איננה בגדר חוקה שחוקי המדינה כפופים לה או שיש בה כדי להשפיע על קיומו או ביטולו של חוק המדינה.

(5) כאשר קיימת הוראת חוק מפורשת של הכנסת, שאינה משאירה מקום לשום ספק, יש ללכת על-פיה, הגם שאינה עולה בקנה אחד עם אחד מהעקרונות שבהכרזת העצמאות.

ב. (1) נוכח ההוראה המפורשת של חוק שיפוט בתי-דין רבניים בדבר שיפוטם הייחודי של בתי-דין אלה בעניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל, לא יועיל למערערים, ברצונם להתנער משיפוט זה, היותם חסרי אמונה דתית ורצונם להיראות כלא-יהודים מבחינה דתית.

(2) המונח "יהודי" בחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין) פירושו יהודי לפי מבחני ההלכה של דיני ישראל.

(3) "דין תורה" בסעיף 2 לחוק הנ"ל כולל לא רק את התורה שבכתב אלא את מכלול ההלכות באישות המצויות בדיני ישראל.

פסקי-דין ישראליים שאוזכרו:

[1] [בג"צ 72/62](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2072/62) - אוסוולד רופאיזן נגדשר הפנים;

פד"י, כרך טז, ע' 2428, 2437, 2440.

[2] [בג"צ 359/66](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20359/66) - בנימין גיתיה נגד הרבנות הראשית והמועצה הדתית, ירושלים; פד"י, כרך כב (1), ע' 290, 298, 301, 306.

[3] [בג"צ 58/68](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2058/68) - בנימין שליט בשמו ובשם ילדיו נגד שר הפנים ו-פקיד הרישום; פד"י, כרך כג (2), ע' 477, 513.

[4] [בג"צ 143/62](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20143/62) - הנריט אננה קטרינה פונק שלזינגר נגד שר הפנים;

פד"י, כרך יז, ע' 225, 250.

[5] [בג"צ 301/63](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20301/63) - מרים שטרייט נגד הרב הראשי לישראל, ו-4 אח';

פד"י, כרך יח (1), ע' 598, 629.

[6] [בג"צ 80/63](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2080/63) - שניצה גורפינקל ו-ירחמיאל חקלאי נגד שר הפנים;

פד"י, כרך יז, ע' 2048, 2061, 2069, 2070.

[7] [בג"צ 132/66-](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20132/66)130, 158 - חיים שגב; עוזי רייכרט נגד בית-הדין הרבני והרבנות הראשית לצפת;

פד"י, כרך כא (2), ע' 505, 526, 551, 532-533, 540.

[8] [בג"צ 10/48](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2010/48) - צבי זיו נגד הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב (יהושע גוברניק), ואח': פד"י, כרך א, ע' 85, 89;

פי"ם, כרך א, ע' 33, 36.

[9] [ע"פ 112/50](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%20112/50) - גד בן יצחק יוסיפוף נגדה יועץ המשפטי לממשלה:

פד"י, כרך ה, ע' 481, 487; פי"ם, כרך ד, ע' 166.

[10] [בג"צ 73/53](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2073/53), 87/53 - חברת "קול העם" בע"מ; עתון "אל אתיחאד" נגד שר הפנים: פד"י, כרך ז, ע' 871, 884; פי"ם, כרך יג, ע' 423.

[11] [בג"צ 51/69](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2051/69), [המ' 379/69](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=המ%20379/69) - אלקנה רודניצקי נגד בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, ואח', פד"י, כרך כד (1), ע' 704, 712.

[12] [בג"צ 54/55](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2054/55) - אריה רוזנצוייג נגד יו"ר ההוצל"פ, ירושלים, ו-2 אח': פד"י, כרך ט, ע' 1542; פי"ם, כרך כ, ע' 335.

[13] [ע"ב 1/65](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עב%201/65) - יעקב ירדור נגד יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית; פד"י, כרך יט (3), ע' 365, 386.

[14] [בג"צ 147/70](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20147/70) - זיגי שטדרמן, ואח' נגד שר הפנים;

פד"י, כרך כד (1), ע' 766, 770.

[15] [ע"א 238/53 - אהרן כהן ו-בלה בוסליק נגד היועץ המשפטי לממשלה: פד"י,כ](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%20238/53&Pvol=כ)רך ח, ע' 4, 51; פי"ם, כרך יד, ע' 278.

פסקי-דין של בתי-המשפט המחוזיים הישראליים שאוזכרו:

[16] תי"א 671/64 + 670 + 669, חיפה - עדה רוט, ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלה; פי"ם מחוזיים, כרך מז, ע' 106, 113.

הערות:

1. לענין שיש לציבור בעריכת נישואין כחוק, עיין [ע"פ 208/53](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%20208/53) - דוד גנור נגד היועץ המשפטי לממשלה: פד"י, כרך ח, ע' 833; פי"ם, כרך טז, ע' 81.

2. (א) להישענו על הכרזת העצמאות, עיין [ע"א 72/48](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%2072/48) - חנה גולדשטיין לבית וולנברג נגד רוזה גולדשטיין, ואח': פד"י, כרך ב, ע' 104; פי"ם, כרך א, ע' 193.

(ב) לתקפה המשפטי של הכרזת העצמאות, עיין ד"ר א' [רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/links/books/?link=המשפט%20הקונסטיטוציוני%20של%20מדינת%20ישראל), ע' 7 ואילך.

3. לפירוש חוק, עיין [ע"א 222/64](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%20222/64), 280/64, 282/64 - "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ, נגד מדינת ישראל, ואח'; פד"י, כרך יח (4), ע' 291, 296-297 והערה 4 שם.

ערעור ברשות על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל-אביב-יפו (השופט י' שילה), מיום 30.6.70. ב-תימ"א 4082/70, 4083/70, לפיו הועברו בקשות המערערים למתן פסק-דין הצהרתי לשיפוט בית-הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, מחוסר סמכות. הערעור נדחה.

ש' מינצר - בשם המערערים;

גב' פ' אלבק, סגן בכיר לפרקליט המדינה - בשם המשיבה

פסק-דין

השופט ברנזון: המערערים הם שני זוגות של גבר ואשה, חברי קיבוצים של השומר הצעיר, אזרי המדינה ותושביה. כל אחד משני הזוגות קיים טכס נישואין פרטי בנוכחות שני עדים, שבו אמר הגבר לאשה: "הרי את לי לאשה", והאשה השיבה ואמרה:

"הרי אתה אישי"; ושניהם חתמו על הצהרה ברוח זו, שקויימה על-ידי שני העדים.

הטענה היא כי על-סמך הטכס הזה, כרתו הצדדים ביניהם ברית נישואין אזרחיים דפי המשפט המקובל האנגלי, החל במקרה זה.

כל כך למה? הצדדים מעידים על עצמם שהם חסרי אמונה דתית, ובתור שכאלה אין, לטענתם, המשפט האזרחי הישראלי מחיל עליהם שום משפט דתי בעניני נישואין וגירושין. כיון שכך. הרי שמכוח [סימן 46](http://www.nevo.co.il/law/70296/46) ל[דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל](http://www.nevo.co.il/law/70296), משפטם האישי הוא המשפט המקובל האנגלי ונישואיהם תופשים כדין. לפיכך ביקשו מבית-המשפט המחוזי לתת פסק-דין הצהרתי כי עקב טכסי הנישואין הנ"ל, כל אחד משני הזוגות הוא זוג נשוי.

בית-המשפט המחוזי החליט כי לענין חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, המערערים הם יהודים, ובהיות ענינים ענין נישואין הנופל בגדרו של [סעיף 1](http://www.nevo.co.il/law/73178/1) לחוק, השיפוט הוא בידי בית-הדין הרבני. בהתאם לכך העביר בית-המשפט את הענין לבית-הדין הרבני באזור תל-אביב.

המערערים מודים שנולדו לאמהות יהודיות, ושלא קיבלו עליהם כל דת אחרת מחוץ ליהדות. עקב זאת, מסכימים הם. כי הן לפי ההלכה היהודית והן לפי [חוק השבות](http://www.nevo.co.il/law/72231) הם "יהודים". אף-על-פי-כן, טוענים הם, כי בהיותם חסרי אמונה דתית, אין הם נחשבים ליהודים לענין חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין). משום כך, בעניני הנישואין שלהם הם אינם כפופים לשיפוט דתי והסמכות היא בידי בית-המשפט המחוזי.

מר מינצר היה מוכן להסכים, שהחוק חל גם על "יהודי" במובן ההלכה, אף שאינו שומר מצוות הדת, ובלבד שאינו כופר בדת, בכל דת. לעומת זה, מי שמעיד על עצמו שהוא חסר-אמונה דתית, אי-אפשר לשייכו בעל כרחו לאיזו דת שהיא ולהטיל עליו מרותו של שיפוט דתי בניגוד למצפונו. לדעתו, בעניני המעמד האישי דן החוק הישראלי רק באנשים המשתייכים לדת או לעדה כלשהי, ומשאיר פירצה לגבי אנשים חסרי אמונה דתית. את הפירצה הזאת יש למלא על-ידי [סימן 46](http://www.nevo.co.il/law/70296/46) לדבר המלך במועצה על-ידי החלת המשפט המקבל האנגלי עליהם, המכיר, לדעתו, בנישואין אזרחיים כאלה שנערכו כאן, בשינויים המחוייבים לפי תנאי הארץ ותושביה. לחיזוק דעתו, הוא מביא את דברי השופט זילברג בספרו "המעמד האישי בישראל", ע' 261; שם נאמר:

"אם יימצא במשפט המקובל גופו מוסד מקביל לאחד מעניני המעמד האישי המנויים בסימן [51](http://www.nevo.co.il/law/70296/51) (לדבר המלך במועצתו), אפשר יהא - כך סבור אני - להכניסו לחוק המקומי דרך סימן 16" ולהחיל אותו על אזרח שאין לו חוק אישי משלו, בשל היותו בן בלי עדה כנ"ל."

והוא הדין, מוסיף מר מינצר ואומר, לגבי אזרח שאץ לו חוק אישי משלו, בשל היותו בן בלי דת. על אדם בזה אין שיפוט לשום בית-דין דתי וממילא הסמכות היא בידי בתי-המשפט האזרחיים.

עד כמה שידוע לי, השאלה המתעוררת כאן - באם אדם, אשר לפי דיני ההלכה היהודית נחשב ליהודי, אלא שהוא מעיד על עצמו שהוא חסר אמונה דתית ואינו משתייך לשום דת, כפוף בעניני נישואין וגירושין לשיפוטו הייחודי של בית-הדין הרבני לפי [סעיף 1](http://www.nevo.co.il/law/73178/1) לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין) - לא עמדה במישרין לדיון עד כה. לגבי השאלה מי הוא יהודי לענין חוק זה, נאמרו לא אחת על-ידי שופטים של בית-משפט זה דברים ברורים ומפורשים, אם כי לא תמיד כשהיו דרושים ישירות לענינים שעמדו שם לדיון. בענין רופאיזן ([בג"צ 72/62](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2072/62), [1]), נתעוררה השאלה אם אדם שנולד יהודי והמיר את דתו ייחשב ליהודי לפי [חוק השבות](http://www.nevo.co.il/law/72231), תש"י-1950. כניסוחו באותו זמן שלא הכיל הגדרה של המונח "יהודי". בהבדילו בין משמעות המונח "יהודי" בחוק זה ובין משמעותו בחוק שיפוט בתי-דין רבניים, אמר השופט זילברג, כי "האחרון מובנו דתי, כהוראה המוקצית לו בדיני ישראל.....";

והוסיף לאמור:

"חוק שיפוט בתי-דין רבניים בא להרחיב את סמכות הרבנים, וידוע הדבר..... כי סמכות זו נתבקשה וניתנה כדי להרחיב את חלותו - על יהודים - של הדין הדתי היהודי. מכאן כי גם השאלה: מי הוא יהודי, מוכרחה להיפתר אף היא לפי דיני ישראל. כי אם יכריע בה איזה שהוא שיקול אחר - חיצוני, חילוני, לבר-הלכתי - שוב לא יחולו כאן דיני ישראל" (שם, [1], בע' 237).

דעה זו היתה נחלת כל חמשת השופטים שישבו באותו משפט, לרבות השופט ח' כהן שהיה אמנם במיעוט לגבי השאלה מי הוא יהודי לענין [חוק השבות](http://www.nevo.co.il/law/72231), אבל גם הוא סבר, כי:

"החוק בישראל הוא, שאין דיני הדתות קובעים אלא בענין נישואין וגירושין בלבד" (שם, [1], בע' 2440).

הנשיא (אגרנט) היה גם הוא בדעה זו בענין גיתיה ([בג"צ 359/66](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20359/66), [2]), שנגע לשאלת יהדותם של הפלאשים לענין נישואין וגירושין; וכמוהו הביעו השופטים לנדוי וויתקון את דעתם לאמור:

"על-פי רצון הכנסת חייבת יהדותם (של העותר לענין נישואין וגירושין) להתברר בהתאם לדין תורה;"

"השאלה מי הוא יהודי לצורך חוק שיפוט בתי-דין רבניים היא ענין שבהלכה, וגם בית-משפט זה צריך לדון בענין זה לפי ההלכה" (שם, [2], בע' 298, 301).

ושוב בענין שליט ([בג"צ 58/68](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2058/68), [3], בע' 513), הביא השופט זוסמן את הדוגמה הבאה כאנטיתיזה לשאלה את מי יש לרשום כיהודי לפי [חוק מרשם האוכלוסין](http://www.nevo.co.il/law/72938), תשכ"ה-1965:

"כאשר אתה שואל, מי הוא יהודי לצורך חוק שיפוט בתי-דין רבניים, אתה משווה לנגד עיניך כי ענינו של החוק סמכותו של בית-דין דתי, הדן על-פי ההלכה, ועל כרחך אתה אומר שיהודי הוא, מי שבית-הדין רואה אותו כיהודי על-פי אותה הלכה שלפיה הוא דן....."

במלים אחרות, "הדין הולך אחר הדיין" ([בג"צ 143/62](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20143/62), [4], בע' 250). במקרה כזה, "הדין הדתי שהוחל על יהודי מכוח סעיף 1 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), אינו חל על שומרי מצווה בלבד". הוא חל על כל אדם הנחשב ליהודי על-ידי בית-הדין הדתי הדן בענינו, "יהיו אשר יהיו השקפותיו הדתיות או הלא-דתיות" (ענין שטרייט, [בג"צ 301/63](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20301/63), [5], בע' 629) לעניננו, יש להדגיש את המלים האחרונות: "יהיו אשר יהיו השקפותיו..... הלא דתיות".

העולה מכל זה הוא, כי המונח "יהודי" בחוק שיפוט בתי-דין רבניים פירושו יהודי לפי מבחני ההלכה של דיני ישראל. הפירוש הזה מתחייב מתוך מהות החוק ומטרתו, שהוא להעניק סמכות שיפוט לבתי-הדין הרבניים בענינים מסויימים הנוגעים ליהודים; ומובן מאליו כי בית-דין רבני יפעל לפי ההלכה של דיני ישראל, שהוא הדין שלו, אף כשזה לא נאמר במפורש בחוק. לא-כל-שכן כשזה נאמר במפורש בחוק, שהרי [סעיף 2](http://www.nevo.co.il/law/73178/2) מורה, כי -

"נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על-פי דין תורה."

"דין תורה". כפי שכבר נפסק פעמים רבות, כולל לא רק את התורה שבכתב, אלא "כל אותו מכלול של הלכות באישות המצויות בדיני ישראל":

[בג"צ 80/63](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2080/63), [6], בע' 2061; [בג"צ 132/66-13](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20132/66-13)0, 158, [7], בע' 526;

[בג"צ 359/66](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20359/66), [2], בע' 306.

נותר עדיין ענין "חופש הדת והמצפון", שמר מינצר עושהו יסוד מוסד לטענתו, שאין להטיל על אדם חסר אמונה דתית משפט דתי ושיפוט דתי בניגוד להכרתו ולמצפונו. בכך סומך הוא על [סימן 83](http://www.nevo.co.il/law/70296/83) ל[דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל](http://www.nevo.co.il/law/70296), המבטיח לכל האנשים בישראל הנאה מחופש מצפון מוחלט. ועל האמור בהכרזה על הקמת מדינת ישראל כי לכל אזרחי המדינה יובטח חופש דת ומצפון.

חופש הדת כולל, כידוע, גם החופש שלא להשתייך לשום דת ([בג"צ 132/66-13](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20132/66-13)0, 158, [7], בע' 551) אינני סבור שהמערערים יכולים לטעון כי חופש זה אינו מובטח להם הלכה למעשה. עובדה היא, שהם מודיעים בראש חוצות שהם בני בלי דת ואין איש אומר להם: "חדלו" או כופה עליהם את מצוותיה של איזו דת שהיא. מאידך, חופש המצפון הוא מושג יותר רחב מחופש הדת. הוא נעוץ במידה רבה בהכרתו האישית של כל אדם והיסוד הסובייקטיבי הוא עיקר. לפיכך, לו היו ההוראות הנדונות בדבר חופש המצפון בגדר חוק עילאי שחוקי המדינה כפופים לו, אפשר היה אולי לטעון שחיובו של כופר בדת להזדקק לשיפוטו של בית-דין דתי ולעבור טכס בעל אופי דתי-מסורתי, הנוגד את הכרתו ומצפונו - מהווה פגיעה בחופש המצפון שלו.

ואולם, [סימן 83](http://www.nevo.co.il/law/70296/83) לדבר המלך במועצה הוא עצמו מכפיף את חופש המצפון של הפרט לצורך לשמור על הסדר הציבורי והמוסר. והעיקר, הוראה מהוראות דבר המלך במועצה אינה יכולה להיות למכשול על דרך חקיקתה של הכנסת, או לעמוד בפני חקיקה זו - שהיא עדיפה על כל דבר חקיקה מנדטורי. ואשר להכרזת העצמאות, הלכה פסוקה היא שזו איננה בגדר חוקה שחוקי המדינה כפופים לה או שיש בה כדי להשפיע על קיומו או ביטולו של חוק המדינה. לא אחת נאמר, כי הכרזת העצמאות אמנם "מבטאת את חזון העם ואת האני מאמין שלו", אבל אין לה תוקף של חוק. תקפה המשפטי הוא בכך, שיש לפרש כל הוראת חוק לאורה ועד כמה שאפשר בהתאמה עם עקרונותיה המנחים ולא בניגוד להם. ברם, כאשר קיימת הוראת חוק מפורשת של הכנסת, שאינה משאירה מקום לשום ספק, יש ללכת על-פיה, הגם שאינה עולה בקנה אחד עם אחד העקרונות שבהכרזת העצמאות: ראה [בג"צ 10/48](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2010/48), [8], בע' 89 (פי"ם, בע' 36); [ע"פ 112/50](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עפ%20112/50), [9], בע' 487; [בג"צ 73/53](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2073/53), 87/53, [10], בע' 884.

בענין גורפינקל וחקלאי ([בג"צ 80/63](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2080/63), [6]), בדונו בשאלת חופש המצפון בקשר לנישואי כהן וגרושה, אמר השופט לנדוי (בע' 2069):

"מדינתנו מבטיחה לכל אזרחיה את חופש המצפון. המבקשים אינם שומרים את מצוות הדת. ולפי חוק המדינה הם חפשיים לעשות כן..... הם מוצאים עצמם נוכח איסור שכולו דתי פולחני,..... הטלת איסור כזה על אדם שאינו מאמין, קשה ליישבה עם חופש המצפון וחופש הפעולה הכרוך בו."

מאידך, בדונו באותה שלה בענין רודניצקי ([בג"צ 51/69](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2051/69), [11], אמר השופט לנדוי את הדברים הבאים ביחס לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין):

"כמו שנרמז ב-[בג"צ 54/55](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%2054/55), [12], היה החוק משנת תשי"ג על הסעיף 2 שבו תולדת פשרה. הוא לא בא לפגוע בחופש המצפון, המובטח לכל אזרח במדינתנו ולכפות קיום מצוות דתיות על הציבור הבלתי-דתי."

יהיה הדבר כאשר יהיה, ברור על-כל-פנים כי חוק המדינה אשר מסר את עניני הנישואין והגירושין של יהודים בישראל, אזרחי המדינה או תושביה, לשיפוטם של בתי-הדין הרבניים, והורה שנישואין וגירושין כאלה ייערכו לפי דין תורה, עדיף על עקרון חופש המצפון, כשם שכל הוראת חוק מפורשת אחרת גוברת על כל דבר אחר האמור בהכרזת העצמאות.

מר מינצר מבקש מאתנו ללמוד מהדוגמה של ארצות-הברית. הוא אומר: "מדינת ישראל היא מדינת חוק דמוקרטית וערכי היסוד שלה מחייבים במידה שווה את כל רשויות המדינה ומכאן זכותו - יתר-על-כן חובתו של בית-משפט זה לפסול כל חוק המפר ומחלל ערכים אלה. גם בארצות-הברית אין כל הוראת חוה מפורשת המסמיכה את בית-המשפט

העליון לפסול את חוקי הקונגרס והמדיניות. בית-המשפט שם ייחס לעצמו סמכות זו מתוך גישה דומה לגישה שאני טוען לה ותרם תרומה עצומה לדמוקרטיה האמריקאית".

חושבני שהדוגמה אינה דוגמה ואין אנו יכולים ללמוד ממנה מאומה.

בארצות-הברית, כאשר עמדו זה מול זו חוק וחוקה, ברור היה שהחוקה עדיפה ובית-המשפט רק נתן ביטוי מעשי להלכה ברורה זו. אצלנו, השאלה היא חוק הכנסת מול הכרזת העצמאות, וזו כמבואר לעיל אין לה תוקף של חוק, לא-כל-שכן שאין לה תוקף של חוקה בעלת תוקף עילאי הגוברת על כל חוק רגיל. כאשר ברור, מעל לכל ספק, רצונו של המחוקק למסור לשיפוטם של בתי-הדין הדתיים היהודיים עניני הנישואין והגירושין של יהודים ושנישואין וגירושין אלו ייערכו לפי דין תורה, ולא לפי דין אחר, על בתי-המשפט לכבד רצון זה ולתת לו תוקף, אף אם אינו עולה בקנה אחד עם העקרון של חופש המצפון שבהכרזת העצמאות או בסימן [83](http://www.nevo.co.il/law/70296/83) לדבר המלך במועצה.

אמת נכון הדבר, כפי שנאמר ב-[ע"ב 1/65](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עב%201/65), [13], בע' 386, כי כל רשויות המדינה חייבות לפעול ברוח הכרזת העצמאות ולהימנע עד כמה שאפשר מעשיית מעשה העומד בניגוד לה. כן יש לפרש חוק, עד כמה שאפשר, בהתאמה עם הכרזת העצמאות ולא בניגוד לה. יחד עם זאת, לא פחות ברור הדבר, כי הכנסת בתורת הרשות המחוקקת של המדינה היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק הנראה לה, והוא הקובע את משפט המדינה.

מר מינצר אף הרחיק לכת וטען, כי ישנם ערכי יסוד בסיסיים בחיי מדינה, שהגם שאינם כתובים בחוקה או בספר החוקים של המדינה, הם מהווים "נורמות על-חוקתיות" שבכוחן לפסול כל דבר חוק שאינו מתיישב עמהן. מתוך כך, יכול בית-המשפט לפסול חוק הנוגד ערך יסוד עילאי, וחופש המצפון וזכות ההגדרה העצמית הם כאלה. בקשר לכך, מזכיר מר מינצר כי בענין שגב ([בג"צ 132/66-13](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20132/66-13)0, 158, [7], הנ"ל, בע' 551) נמנע השופט זוסמן מלדון בטענה כי [סעיף 2](http://www.nevo.co.il/law/73178/2) לחוק שיפוט בתי-דין רבניים מתבטל מפני מצוותה של הכרזת העצמאות רק משום שלא נטענה. באותו ענין אמר השופט זוסמן גם את הדברים הבאים:

"מדינת ישראל אינה מולדתם של מקצת היהודי בלבד. היא מולדתם של יהודים 'דתיים' ו'לא-דתיים' כאחד. על כולם חזקה הוראת סעיף 2 הנ"ל, כי נישואיהם ייערכו בישראל על-פי דין תורה. אך לאור הדברים האמורים בסעיף 2 של פסק-דיני, אין להרחיב משמעותה של הוראה זו, אלא מן הראוי להתחשב גם בהשקפתו של אדם שאינו חפץ להתייצב בפני רשות דתית. דת היא ענין שבאמונה, והיא מעלה את נפשו של אדם מאמין. מה טעם התייצבותו של אדם שאינו מאמין בפני רשות דתית?"

הפסוק הקובע בציטוט הנ"ל הוא שעל היהודים כולם, דתיים ולא-דתיים כאחד, לקבל על עצמם את עולו של [סעיף 2](http://www.nevo.co.il/law/73178/2) לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), כי נישואיהם ייערכו בישראל על-פי דין תורה. כל השאר הוא רעיונות או הרהורים, נכונים כשלעצמם, אבל אתם קובעים הלכה.

הזכות להגדרה עצמית, שמר מינצר טוען לה על-סמך חופש המצפון, משמעותה המעשית היא, שרק אותם האנשים המוכנים מרצונם החפשי להירתם בעול השיפוט הדתי, יהיו כפופים לו. כלומר, הברירה בידי כל אדם מן היישוב, שהוא יהודי לפי ההלכה:

רוצה - מכיר הוא בשיפוט הדתי ונכנס בעולו; אינו רוצה - אינו מכיר. אפשרות זו היתה אולי טובה וראויה לו המחוקק רצה בה, אבל הוא גילה את דעתו אחרת. הכנסת ראתה לנכון, באותו חוק עצמו, להבחין בין שלוש אפשרויות: שיפוט ייחודי מחייב של בית-הדין הרבני בעניני נישואין וגירושין של יהודים, אף שלא ברצונם של הצדדים; שיפוט בעניני מזונות וחליצה, לפי [סעיפים 4](http://www.nevo.co.il/law/73178/4) ו-[5](http://www.nevo.co.il/law/73178/5) של החוק לפי רצון אחד הצדדים; ושיפוט בענינים אחרים של המעמד האישי של יהודים לפי [סעיף 9](http://www.nevo.co.il/law/73178/9) של החוק, בתנאי שכל הצדדים הנוגעים בדבר הסכימו לכך. מה לעשות והחוק ייחד לבתי-הדין הרבניים עניני נישואין וגירושין של יהודים. אזרחי הארץ או תושביה. ולא השאיר להם כל ברירה של "הגדרה עצמית"?

המבחן הסובייקטיבי, שהמערערים דוגלים בו, עלול להכניס אי-בהירות בשטח דיני הנישואין, שבו יש גם לציבור בכללותו ענין מיוחד. חשיבות מיוחדת זו מחייבת שמירה על כללים ועקרונות אובייקטיביים, אשר לפיהם ניתן יהיה לדעת ולקבוע מה הן הזכויות והחובות של בני-הזוג זה כלפי זה ומה זכויותיהם וחובותיהם כלפי הציבור בתורת זוג נשוי או לא-נשוי. זכות ההגדרה העצמית בשאלות הדת והלאום, כבודה במקומה מונח. ואולם. כפי שאמר השופט ח' כהן בדונו בענין שטדרמן ([בג"צ 147/70](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20147/70), [14], בע' 770) בשאלת הלאום היהודי: "זכות זו מתבטלת ונדחית מפני הוראה מפורשת של החוק". הוא הדין כאן: נוכח ההוראה המפורשת של חוק שיפוט בתי-הדין הרבניים בדבר שיפוטם הייחודי של בתי-דין אלה בעניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל, לא יועיל למערערים, ברצונם להתנער משיפוט זה.

היותם חסרי אמונה דתית ורצונם להיראות כלא-יהודים מבחינה דתית. אף פניה לבית-משפט אזרחי למתן פסק-דין הצהרתי על קיום טכסי נישואין לפי דיני ישראל שלא בפני רב, נדחתה על-ידי בית-המשפט מחוסר סמכות, בהיות הטכס חלק מעניני נישואין שהם, כאמור. בסמכותם הייחודית של בתי-הדין הרבניים (ראה תי"א 671/64 + 670 + 669, חיפה, [16]).

מ"מ הנשיא (זוסמן): אני מסכים.

השופט מני: אני מסכים.

השופט עציוני: עם כל ההבנה שיש לי לטענה המצפונית של העותרים, הרי מתקומם אני בכל לבי נגד עצם הרעיון להקריב על מזבח זה של חופש המצפון את עקרון אחידות המבחן האובייקטיבי של מיהו יהודי ולהחליפו במין יצור חדש של "אישיות מפוצלת יהודית". לצורך חוק אחד הינך יהודי ולצורך חוק שני אינך יהודי, וכל זה לפי בחירתך!

**בנק המזרחי**

ערעור אזרחי מס' 6821/93

רשות ערעור אזרחי מס' 1908/94

רשות ערעור אזרחי מס' 3363/94

בנק המזרחי המאוחד בע"מ

נגד

.1מגדל כפר שיתופי

.2בוסתן הגליל כפר שיתופי

.3הדר עם כפר שיתופי בע"מ

.4אל-על אגודה חקלאית בע"מ [ע"א 6821/93](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%206821/93).1גבעת יואב – מושב עובדים להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ

.2אהוד אהרונוב

.3אריה אוהד

.4אברהם גור

.5עמירם יפהר

.6צבי יצחקי

.7סימנה עמרם

.8אילן סלע

.9רון רזון

.10דוד סיני

נגד

.1שירותי אשראי מסחרי (ישראל) בע"מ

.2היועץ המשפטי לממשלה [רע"א 1908/94](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעא%201908/94).1דליה נחמיאס

.2מנחם נחמיאס

נגד

כפר ביאליק כפר שיתופי בע"מ [רע"א 3363/94](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=רעא%203363/94)

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

[9.11.95]

לפני הנשיא לשעבר מ' שמגר, הנשיא א' ברק והשופטים ד' לוין

,ג' בך, א' גולדברג, א' מצא, מ' חשין, י' זמיר, צ' א' טל [חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/158_007.htm) (תיקון), תשנ"ג-1993, ס"ח 178סעיף 1-[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm), ס"ח תשנ"ב 150, סעיפים 1, 1א, 2, 3, 5,8, 10, 11, 12- חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, תשנ"ב-1992, ס"ח 118, סעיפים 1(המונחים "חוב", "חוב בסיסי", "חוב כולל", "חוב מס", "היום הקובע"), 7, 7(ב)(1), 11, 12, 15, 16, 17, 19(א), 20, 20(ב)(3)(א), 21, 22, תוספת ראשונה, תוספת שניה, תוספת שלישית – הצעת חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, תשנ"ב-1991, ה"ח 92- הצעת חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי (תיקון), תשנ"ג-1993, ה"ח 292- [חוק-יסוד: הכנסת](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/190_001.htm), ס"ח תשי"ח 69, סעיפים 4, 8, 9א, 9א(א), 19, 21(ג), 24, 25, 34, 44, 45, 45א –

מיני-רציו:

\* משפט חוקתי – זכויות הפרט – זכות הקניין

\* משפט חוקתי – חוקי יסוד – מעמדם

\* משפט חוקתי – חוקי יסוד – שינויים

\* משפט חוקתי – כנסת – מעמדה

\* משפט חוקתי – כנסת – ריבונות הכנסת

\* משפט חוקתי – שלטון החוק – ביקורת שיפוטית

\* פרשנות – דין – כללי פרשנות

\* פרשנות – מונחים – קניין

[חוק-יסוד: חופש העיסוק](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/145_002.htm), ס"ח תשנ"ב 114- [פקודת הפרשנות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/p197_001.htm) [נוסח חדש], נ"ח 2, סעיפים 16(4), 37- [תקנון הכנסת](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/190_022.htm), י"פ תשכ"ח 2590- [חוק-יסוד: השפיטה](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/055_053.htm), ס"ח תשמ"ד 78, סעיפים 10, 17, 22- [חוק גמלאות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/064_001.htm) לנושאי-משרה ברשויות השלטון, תשכ"ט-1969, ס"ח 98, סעיף 1­[פקודת סדרי השלטון והמשפט](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/319_001.htm), תש"ח-1948, ע"ר תוס' א 1, סעיפים 2(ב), 7(א), 9, 9(ב), 10(א), 11- [חוק המעבר](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/319_007.htm), תש"ט-1949, ס"ח 1, סעיפים 1, 2(א), 2(ד) ­חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח תשנ"ב 214, סעיפים 50(ג), 50(ד), 56, 56(א), 59- [חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים](http://www.nevo.co.il/links/law/?link=חוק%20הפיקוח%20על%20מצרכים%20ושירותים) (תיקון מס' 18), תש"ן-1990, ס"ח 170- חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90, סעיפים 1, 4, 5, 7, 8, 11- [חוק הכנסת](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/190_065.htm) (מספר החברים בועדות), תשנ"ד-1994, ס"ח 140- [חוק הבחירות לכנסת](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/190_026.htm) [נוסח משולב], תשכ"ט-1969, ס"ח 103, סעיף 86(ה) – [חוק בתי המשפט [נוסח משולב]](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/055_002.htm), תשמ"ד-1984, ס"ח 198, סעיפים 64, 108- [חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/190_044.htm) בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת), תשכ"ט-1969, ס"ח 48- פקודת המעבר לאסיפה המכוננת, תש"ט-1949, ע"ר תוס' א 105, סעיפים 1, 3- [חוק השבות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/189_001.htm), תש"י-1950, ס"ח 159- [חוק שיווי זכויות האשה](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/317_004.htm), תשי"א-1951, ס"ח 248- פקודת הבחירות לאסיפה המכוננת, תש"ט-1948, ע"ר תוס' א 52, סעיפים 1, 2(ד), 3- חוק המעבר לכנסת השניה, תשי"א-1951, ס"ח 104, סעיפים 1, 5, 6, 9, 10- [חוק-יסוד: משק המדינה](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/297_001.htm), ס"ח תשל"ה 206, סעיפים 3, 7- חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח תשכ"ח 226, סעיף 42- [חוק-יסוד: נשיא המדינה](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/316_001.htm), ס"ח תשכ"ד 118, סעיף 25- [חוק מימון מפלגות](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/236_001.htm), תשל"ג-1973, ס"ח 52- חוק הבחירות לכנסת (אישור תקפם של חוקים), תשכ"ט-1969, ס"ח 204- [חוק התקנים](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/232_001.htm), תשי"ג-1953, ס"ח [30- הצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח תשל"ו 135- הצעת חוק-יסוד: החקיקה,](http://www.nevo.co.il/links/kitveyet/?Author=%20&MaamarName=הצעת%20חוק-יסוד:%20החקיקה)

עמודים 353-358

הנורמאטיבי שנוצר עומדים שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם מעל לחקיקה הרגילה. סתירה בין האמור באחד משני חוקי היסוד לבין האמור בחוק רגיל גוררת אחריה בטלותו של החוק הסותר.

.2בחוקקה את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הביעה הכנסת את עמדתה באשר למעמדם המשפטי-חוקתי העליון של שני חוקי יסוד בדבר זכויות האדם. היום מביע בית המשפט העליון את עמדתו המשפטית המאשרת מעמד חוקתי עליון זה. בכך משתלבת הזרוע החקיקתית עם הזרוע השיפוטית. החוליה המכוננת משתלבת בחוליה השופטת. קמה השרשרת החוקתית בדבר חוקתיות החוקה בכלל וחוקתיות זכויות האד הקבועות בחוקי היסוד בפרט. אין זו יצירת יש מאין. הכנסת לא יצרה יש מאין. היא חוקקה את שני חוקי היסוד בהפעילה את סמכותה המכוננת, סמכות הנתונה לה, וזאת על רקע הכרזת העצמאות, כינונה של האסיפה המכוננת, החלטת הררי, ועשרה חוקי יסוד אשר הכנסת חוקקה מאז 1958ועד לחקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ([חוק-יסוד: הכנסת](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/190_001.htm); [חוק-יסוד: מקרקעי ישראל](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/286_040.htm); [חוק-יסוד נשיא המדינה](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/316_001.htm); חוק-יסוד: הממשלה הישן והחדש; [חוק-יסוד: משק המדינה](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/297_001.htm); [חוק-יסוד: הצבא](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/P199_001.htm); [חוק-יסוד: ירושלים](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/182_001.htm) בירת ישראל; [חוק-יסוד: השפיטה](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/055_053.htm); [חוק-יסוד: מבקר המדינה](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/195_011.htm)). בית המשפט העליון לא יצר יש מאין. פסיקתנו היום משתלבת בפסיקתנו מאז פרשת ברגמן [15]. רק לפני כשנה נתנו ביטוי לכוחה זה של הכנסת (ראה [בג"צ 726/94](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20726/94), 878כלל חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' שר האוצר ואח' (להלן – פרשת כלל [37]). היום אנחנו ממשיכים באותה דרך.

.3המהפכה החוקתית בתחום זכויות האדם בנויה על אדני ההלכה הפסוקה. הכנסת, בהפעילה את סמכותה המכוננת, אימצה מספר זכויות אדם הילכתיות והעניקה להן מעמד חוקתי על-חוקי. בלא התשתית ההילכתית, לא ניתן היה לקיים את השינוי החוקתי.

"לא היינו מגיעים כיום לעוצמת מעמדן של זכויות האדם בישראל, לולא הבסיס האיתן שהניחו להם השופטים אשר קדמו לנו" ([בש"פ 537/95](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בשפ 537/95) גנימאת נ' מדינת ישראל (להלן – פרשת גנימאת [38], בעמ' 414). בלא תרומתה של ההלכה הפסוקה, לא ניתן היה לעצב את המבנה החוקתי בתחום זכויות האדם. בלא זכויות אדם הילכתיות, לא היו מוכרות אצלנו זכויות אדם חוקתיות. בלא דמוקרטיה ישראלית בעבר אין קיום לדמוקרטיה ישראלית חוקתית בהווה או בעתיד. הנה כי כן, המהפכה החוקתית בתחום זכויות האדם היא פרי ההתפתחות ההילכתית בהגנה על זכויות האדם. על המסד ההילכתי הוקם המבנה החוקתי. בכך ניתן ביטוי מובהק לאותו "שיתוף פעולה נמשך והולך" (מ' [אגרנט, "תרומתה של הרשות השופטת](http://www.nevo.co.il/links/kitveyet/?Author=אגרנט&MaamarName=תרומתה%20של%20הרשות%20השופטת) למפעל החקיקה" עיוני משפט י (תשמ"ד-מ"ה) 233) בין בית המשפט לכנסת. זאת ועוד: את הדין החוקתי החדש יש לפרש על רקע כלל הניסיון הלאומי. את זכויות האדם החוקתיות יש לפרש על רקע הדין ההילכתי הישן. דין זה אינו מאבד אפוא את כוחו. הוא ממשיך להיות מקור להשראה פרשנית לפירוש זכויות האדם החוקתיות.

.4המהפכה החוקתית אינה מתבטאת אפוא בעצם ההכרה בקיומן של זכויות האדם. הכרה זו קיימת בישראל על בסיס הפסיקה, מימים ימימה. המהפכה החוקתית מתבטאת בשינוי מעמדן החוקתי של זכויות האדם; המהפכה החוקתית מתבטאת במתן מעמד חוקתי ל"עקרונות יסוד", שלפיהם "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין..."; המהפכה החוקתית מתבטאת בקביעה כי זכויות האדם "יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל" (סעיף 1ל[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm); סעיף 1ל[חוק-יסוד: חופש העיסוק](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/145_002.htm)); המהפכה החוקתית מתבטאת בכך שניתן מעמד חוקתי לקביעה כי יש להגן על כבוד האדם וחירותו, "כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" (סעיף 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראה גם סעיף 2ל[חוק-יסוד: חופש העיסוק](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/145_002.htm)). אכן, שוב אין לאדם בישראל אך זכויות הילכתיות "שאינן כתובות על ספר" (כלשונו של השופט לנדוי ב[בג"צ 243/62](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20243/62) אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי ואח' [39], בעמ' 2415). הן הפכו לזכויות חוקתיות החרוטות על דפי החוקה, והנהנות מעליונות נורמאטיבית. חוק רגיל הפוגע בזכות חוקתית בלא שיהלום את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, בלא שיהא לתכלית ראויה, ובלא שיהא במידה הדרושה, הוא חוק לא חוקתי, ועל-כן ניתן להצהיר על בטלותו. חוק רגיל הפוגע בזכות חוקתית המוגנת ב[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm) בלא לקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה והקובע – אם במפורש ואם במשתמע – כי הוא מכוון לפגוע בזכות האדם, אינו חוקתי, ובית המשפט יצהיר על בטלותו. זהו שורש השינוי החוקתי. כדבר הזה לא היה בעבר. עד כה שררה בישראל ההשקפה כי "רשאי המחוקק הכל-יכול להתיר את הפגיעה באזרח ללא דין וללא דיין..." (השופט זוסמן בבג"צ 163/57לובין נ' עירית ת"א-יפו [40], בעמ' 1079); "גזירת המחוקק היא, ואם היא גורמת להפליות, הרי הפליות חקוקות ועל-כן כשרות ולא פסולות הן" (השופט ח' כהן ב[בג"צ 120/73](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=בגץ%20120/73) טוביס ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' [41], בעמ' 359). סיכם זאת השופט ברנזון, בקובעו:

"...נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של [חוק הכנסת](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/190_065.htm) או של הוראה בחוק הכנסת שנעשה כדין על יסוד נימוק זה או אחר..." ([ע"א 228/63](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%20228/63) [18], בעמ' 2547).

בהשקפה חוקתית זו חל שינוי. הכנסת, בהפעילה את סמכויות החקיקה שלה, שוב אינה כול יכולה. על כוח החקיקה שלה בתחום זכויות האדם הוטלו מגבלות על-ידי הכנסת, תוך שזו עשתה שם כך שימוש בסמכויותיה המכוננות. זהו השינוי החוקתי הבסיסי. לראשונה קבעה הכנסת, במרץ 1992, מיגוון של זכויות אדם חוקתיות, המגבילות את כוח החקיקה של הכנסת, והמתנות פגיעה בהן בהגשמת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לראשונה מצהיר בית המשפט העליון על התוקף החוקתי העל-חוקי של קביעת הכנסת. לאור ראשוניות זו ובשל הדעות השונות בעניין זה, ועל רקע פסק דינו המקיף של חברי, הנשיא שמגר, מן הראוי הוא כי אעמוד על מספר שאלות שהתעוררו לפנינו, תוך ניסיון להשיב עליהן. דרך הילוכי תהא זו: בחלק הראשון של פסק-דיני אדון במבנה החוקתי. במסגרת חלק זה אדון בשאלה אם מוסמכת הכנסת להעניק חוקה לישראל. אשיב על שאלה זו בחיוב, שכן הכנסת אינה רק בעלת סמכות מחוקקת, אלא היא גם בעלת סמכות להעניק חוקה לישראל, כלומר, בעלת סמכות מכוננת. אעבור במסגרת חלק זה לבחינת השאלה כיצד הכנסת עושה שימוש בסמכותה המכוננת והאם בפועל נעשה שימוש בסמכות זו שעה שהכנסת חוקקה את שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. אשיב על כך בחיוב. אבחן את מעמדם הנורמאטיבי של שני חוקי היסוד הללו ואת יחסם לחקיקה הרגילה. אסיים את הדיון במסגרת החוקתית בשאלה אם קיימת ביקור שיפוטית על חוקתיות החקיקה הרגילה לאור שני חוקי היסוד. אשיב בחיוב על שאלה זו. בחלק השני של פסק-דיני אתמקד ב[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm). אפתח בבחינה החוקתית הנגזרת ממנו. אעמוד בקצרה על היקפן של הזכויות המוגנות ואתמקד בעיקר בהיקפה של זכות הקניין, אשר לפגיעה בה טוענים התובעים. אבחן את כוחה של הכנסת לפגוע בזכויות המוגנות, תוך ניתוחה של פיסקת ההגבלה. בחלק השלישי והאחרון של פסק-דיני אבחן אם החוק המתקן פוגע בזכות אדם חוקתית מוגנת. אשיב על שאלה זו בחיוב. על רקע זה אבחן אם נתקיימו בחוק הפוגע הדרישות של פיסקת ההגבלה. גם על שאלה זו אשיב בחיוב.

ב. המבנה החוקתי

.1מקור סמכותה של הכנסת להעניק חוקה לישראל

א. תורת הסמכות המכוננת

.5שאלת המפתח הינה, כמובן, אם לכנסת נתונה הסמכות ליתן חוקה לישראל (סמכות מכוננת), ואם כן מהו מקור כוחה זה של הכנסת. בעניין זה הצביע הנשיא שמגר על מספר השקפות. הבחירה ביניהן אינה נחוצה לצורך הכרעת הדין בערעור שלפנינו. על-כן אביע את עמדתי בעניין זה. על-פי הגישה הנראית לי כראויה, נתונה לכנסת הסמכות ליתן חוקה לישראל. מקור כוחה של הכנסת הוא בנתון החוקתי המרכזי, שלפיו נתונה לכנסת הסמכות המכוננת, כלומר הסמכות ליתן חוקה לישראל. סמכות זו אין הכנסת יוצרת לעצמה. אין היא ניתנת לכנסת מכוח חוק-יסוד או חוק שהכנסת חוקקה.

כדי לקבוע חוקה, המצויה ברמה נורמאטיבית עליונה על חוק, נדרשת לכנסת נקודת אחיזה ארכימדית, המצויה מחוץ לחוקה או לחוק, אשר מעניקה לה את הסמכות לכונן חוקה. החוקה אינה יכולה ליצור את הסמכות שתיצור אותה. חוק אינו יכול ליצור חוקה אשר החוק כפוף לה. החוק אינו יכול ליצור את הסמכות שתיצור אותו. מעשה חוקה מחייב תמיד נקודת אחיזה שמחוץ לגוף המחוקק. נקודת אחיזה זו צריכה לינוק עצמה מהעם, אשר הריבונות שייכת לו. אכן, ביסוד תורת הסמכות המכוננת של הכנסת עומדת התפיסה כי סמכותה המכוננת של הכנסת באה לה מהריבון, כלומר מהעם. מכוח סמכות מכוננת זו מעניקה הכנסת חוקה לישראל (בדמות חוקי היסוד). מכוחם של אלה ניתנה לכנסת הסמכות לחוקק חוקים "רגילים" וכן להפעיל סמכויות אחרות (כגון, פיקוח על הממשלה). אכן, יש לה לכנסת מספר "כובעים" או "כתרים", ובהם כתר הסמכות המכוננת – מכוחו מכוננת החוקה (חוקי היסוד) – וכתר הסמכות המחוקקת ­מכוחו נחקקים החוקים. לביסוסה של גישה זו ניתן לנקוט שלושה מודלים משפטיים. די בכל אחד מהם כדי לבסס את תורת הסמכות המכוננת. העובדה ששלוש הקונסטרוקציות מובילות כולן לאותה תוצאה מעניקה לה משנה תוקף. אפתח בהצגה קצרה של כל אחד משלושת המודלים הללו. לאחר מכן אביא את הנתונים החוקתיים שמהם יונקים מודלים אלה.

ב. הצגת שלושת המודלים

.1הסמכות המכוננת נגזרת מהנורמה הבסיסית

.6המודל הראשון סומך עצמו על הרציפות החוקתית. על פיו, הנורמה הבסיסית (ה- grundnormלפי שיטת קלזן: 193kelsen, supra, at) של ישראל הינה כי מועצת המדינה הזמנית היא הרשות העליונה של מדינת ישראל (ראה קלינגהופר, במאמרו הנ"ל, "הקמת מדינת ישראל: סקירה היסטורית-חוקתית", בעמ' 74). מועצת המדינה הזמנית הורתה בהכרזת העצמאות כי תיקבע חוקה "על-ידי האסיפה המכוננת הנבחרת". כן קבעה מועצת המדינה הזמנית (ב[פקודת סדרי השלטון והמשפט](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/319_001.htm)) כי היא הרשות המחוקקת. האסיפה המכוננת נבחרה (ביום 25.1.49). עם כינונה נתפזרה מועצת המדינה הזמנית. סמכויותיה עברו לאסיפה המכוננת (פקודת המעבר לאסיפה המכוננת). לאסיפה המכוננת היו, איפוא, שתי סמכויות עיקריות: היא בעלת הסמכות המכוננת והיא בעלת הסמכות המחוקקת. לאותו גוף ניתנו שתי פונקציות – שני "כתרים" או "כובעים" – זו המכונת (להעניק חוקה לישראל) וזו המחוקקת (לחוקק חוקים "רגילים"). תופעה זו – לפיה הסמכות המכוננת והסמכות המחוקקת נתונות לאותו גוף – מקובלת היא ביותר (ראה: אקצין, בספרו הנ"ל, בעמ' 35; קליין, במאמרו הנ"ל, משפטים ב, בעמ' 52). האסיפה המכוננת קבעה (ב[חוק המעבר](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/319_007.htm)) כי -

"... לבית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא 'הכנסת'. לאסיפה המכוננת ייקרא 'הכנסת הראשונה'. לציר האסיפה המכוננת ייקרא 'חבר הכנסת'" (סעיף 1).

הכנסת הראשונה (היא האסיפה המכוננת) הקדישה זמן ניכר לדיון על החוקה.

הדיונים הסתיימו בהחלטת פשרה ("החלטת הררי"), לפיה:

"הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק-יסודי לפני עצמו. הפרקים יובאו לפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה" (ד"כ 5, בעמ' 1743).

לקראת פיזורה של הכנסת הראשונה קבעה הכנסת כי כל סמכויותיה יועברו לכל הכנסות שלאחריה ([חוק המעבר](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/319_007.htm) לכנסת השנייה). למניעת כל ספק הודגש כי העברה זו כוללת גם את הסמכות של האסיפה המכוננת (ראה סעיף 9). הכנסת השנייה עסקה בהכנתו של חוק-יסוד (הכנסת). היא לא ספיקה לכונן אותו. רק בכנסת השלישית כונן חוק היסוד הראשון, הוא [חוק-יסוד: הכנסת](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/190_001.htm). מאז כוננו חוקי היסוד על-ידי הכנסות השונות. מסקירה תמציתית זו מסיק המודל הראשון את המסקנה, כי סמכותה המכוננת של האסיפה המכוננת (הכנסת הראשונה) מצויה ברציפות בידה של כל כנסת.

.2הסמכות המכוננת נגזרת מכלל ההכרה של השיטה

.7המודל השני המבסס את סמכותה המכוננת של הכנסת אינו סומך עצמו על הרציפות החוקתית. הוא בוחן את המבנה החוקתי הקיים בזמן נתון. הוא מבוסס על תורתו של פרופ' הארט (hart). פרופ' הארט מבחין בין נורמות ראשוניות לנורמות משניות. הנורמות המשניות קובעות כיצד נוצרים הכללים הראשוניים, כיצד ניתן לשנות וכיצד מוכרעים סכסוכים לגביהם. בגדרן של הנורמות המשניות תופס מעמד בכורה "כלל ההכרה" (ה-rule of recognition; ראה 100hart, supra, at). כלל זה קובע כיצד נוצרות הנורמות הראשוניות, מהו מעמדן הנורמאטיבי, מיהי הנורמה העליונה ומיהי הנורמה התחתונה. כלל ההכרה נקבע על-ידי בית המשפט. בית המשפט אינו יוצר יש מאין. הוא משקף את התפיסה של הקהילה על דבר דרכי יצירתן של נורמות (לרבות נורמות חוקתיות) במסגרתה. על-פי גישה זו, יש לקבוע כי כלל ההכרה של מדינת ישראל הינו כי לכנסת נתונה סמכות מכוננת ומחוקקת גם יחד. קביעה זו אינה משקפת עמדה שיפוטית סובייקטיבית. היא משקפת עמדה אובייקטיבית בדבר "מערכת החיים הלאומיים" של מדינת ישראל (השופט אגרנט בבג"צ 73, 87[4], בעמ' 884). תפיסות היסוד של החברה בישראל היום – המהוות ביטוי של הניסיון הלאומי כולו – הינן כי הכנסת נתפסת בתודעה הלאומית שלנו כגוף המוסמך ליתן חוקה לישראל. תודעה זו ראשיתה בטרם הקמת המדינה, ובהכנות למתן חוקה. תודעה זו גובשה בהכרזת העצמאות. היא קרמה עור וגידים בבחירות לאסיפה המכוננת. היא התגבשה בתפיסה החברתית-משפטית כי הכנסת היא בעלת הסמכות המכוננת.

היא הפכה לחלק מהתרבות הפוליטית שלנו. על יסוד כל אלה באים היום שופטי בית המשפט העליון וקובעים כי על-פי כלל ההכרה של מדינת ישראל, נתונה לכנסת סמכות מכוננת ומחוקקת; וכי הכנסת מוסמכת, בעשותה שימוש בסמכותה המכוננת, להגביל את כוח החקיקה הרגיל שלה; כי מעשה החוקה של הכנסת עומד מעל מעשה החקיקה שלה. המסע ההיסטורי ­שעליו עומד המודל הראשון – הוא מרכיב חשוב גם במודל השני. חוקתיות וחוקה אינן רק מסמכים פורמאליים. הן אינן רק משפט. הן פרי חוויה לאומית. הן חברה חינוך ותרבות. הן משקפות ניסיון לאומי. הניסיון הלאומי שלנו, בהסתכלותו הכוללת היום, הינו כי לכנסת הסמכות לכונן חוקה.

.3הסמכות המכוננת היא הפירוש הטוב ביותר להיסטוריה החברתית והמשפטית

.8המודל השלישי לביסוס סמכותה המכוננת של הכנסת אף הוא מודל אמפירי. הוא שואל, מהו הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של שיטה נתונה בזמן נתון. זהו המודל של פרופ' דבורקין (ראה:,r. M dworkin R. M. Dworkin, a bill of rights for;(1986,cambridge) law's empire ( 1990,london) britainעל-פי מודל זה, לגוף פלוני (כגון הפרלמנט) הסמכות להעניק חוקה למדינה, אם מסקנה זו היא הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של אותה מדינה. בהפעילנו מודל זה בישראל, דומה כי הפירוש המתאים (fit) ביותר של מכלול ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל מאז הקמתה הינו כי לכנסת הסמכות לכונן חוקה לישראל. הנתונים המבססים זאת הם אותם נתונים שעליהם מתבסס המודל הראשון והשני. אכן, הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה החוקתית שלנו איננו שהכנסת השחיתה זמנה לריק שעה שעסקה זה למעלה מארבעים שנה בכינון החוקה; הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה החוקתית שלנו איננו שחלק מסעפי השריון השונים בחוקי היסוד אינם תופסים; הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה החוקתית שלנו איננו שפסקי הדין השונים שעסקו במעמדם החוקתי של חוקי היסוד החטיאו את המטרה. נהפוך הוא: המפרש את ההיסטוריה החברתית המשפטית שלנו, דרכיה ומסורתה, כפי שהיא משתקפת לפנינו היום – על רקע מגילת העצמאות, כינונה של האסיפה המכוננת, החלטת הררי, בחירות אשר במהלכן חזרו המפלגות וציינו כי הן מבקשות לכונן חוקה לישראל, חקיקתם של שנים-עשר חוקי יסוד הכוללים הוראות שריון וכבילה, פסיקתם של בתי המשפט ותגובת הכנסת אליה, ועמדת הקהילייה המשפטית – יגיע למסקנה כי הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה שלנו הינו כי לכנסת נתונה סמכות מכוננת. הפירוש הטוב ביותר לכוחה של הכנסת לקבוע כי אין לשנות חוק-יסוד אלא בחוק-יסוד, וכי אין לפגוע בהסדרים המעוגנים בחוקי היסוד אלא בחוק שנתקבל ברוב פלוני (רוב של חברי הכנסת או רוב גדול מזה) או בחוק שמקיים דרישות של מהות שנתונה לכנסת סמכות מכוננת, שמכוחה היא מוסמכת ליצור נורמה חוקתית עליונה, הכובלת את דרכי שינויה והמשריינת עצמה מפני חקיקה רגילה. אכן, הפירוש הטוב ביותר של מכלול ההיסטוריה המשפטית-חברתית של מדינת ישראל הינו, כי בתודעה החברתית והמשפטית של הקהילייה הישראלית טבועה עמוק התפיסה כי הכנסת היא המוסמכת ליתן חוקה לישראל. זהו חלק מהתרבות הפוליטית שלנו. זהו הפירוש הטוב ביותר של ההיסטוריה המשפטית החברתית שלנו מקום המדינה ועד היום.

עמוד 447-448

סיכומם של דברים

108. הגעתי אפוא למסקנות הבאות: ראשית, כי [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm) הוא בעל מעמד חוקתי על-חוקי; כי ניתן להגיע לתוצאה זו בדרכים שונות, שההכרעה בהן אינה דרושה בערעור זה, אם כי הדרך הנראית לי כראויה ביותר היא זו המכירה בסמכותה של הכנסת להעניק חוקה לישראל, המצויה ברמה הנורמאטיבית העליונה ביותר (סמכות מכוננת); כי חוק יסוד זה מהווה נורמה עליונה, אשר לאורה תיבחן חוקתיותו של חוק "רגיל" הפוגע בזכות אדם חוקתית המעוגנת בו וכי אין לשנות חוק יסוד זה אלא בחוק יסוד. שנית, כי חוק "רגיל" שהכנסת מקבלת (יהא הרוב לכך אשר יהא) אינו יכול לפגוע בזכות אדם המוגנת בחוק היסוד, אלא אם כן הוא מקיים את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. אם החוק "הרגיל" אינו מקיים דרישות אלה, הוא לא חוקתי, בין שנאמר בו במפורש כי הוא מבקש לפגוע בזכות אדם מוגנת בחוק היסוד, ובין שהפגיעה משתמעת. שלישית, כי בית המשפט בישראל הוא בעל סמכות לביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. עליו לבחון (בשלב הראשון) אם חוק "רגיל" (שנתקבל לאחר חקיקתו של חוק היסוד) פוגע בזכות אדם מוגנת. ועליו לקבוע (בשלב השני) אם הפגיעה מקיימת את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. אם בית המשפט יגיע למסקנה כי זכות היסוד נפגעה בלא שנתקיימו דרישותיה של פיסקת ההגבלה, בכוחו ליתן סעדים חוקתיים, ובהם הכרזה על בטלותו של החוק (או חלק ממנו). רביעית, כי הוראת חוק-יסוד: כבוד האם וחירותו, שלפיה "אין פוגעים בקנינו של אדם", מתפרשת באופן שבגדרי הקניין נופלים גם חיובים (אובליגטוריים), ועל-כן דבר חקיקה המפחית את זכותו של הנושה פוגע בקניינו. חמישית, כי פיסקת ההגבלה - בדרישתה כי החוק פוגע בזכות האדם במידה שאינה עולה על הנדרש - מעגנת מבחן של מידתיות, הבנוי על שלושה מבחני משנה: קשר ראציונאלי, צורך ומידתיות (במובן הצר), תוך הכרה במרחב תמרון חקיקתי של המחוקק. לבסוף, כי בערעורים שלפנינו נחה דעתנו כי הפגיעה בקניינם של הנושים קיימה את דרישותיה של פיסקת ההגבלה.

סוף דבר

109. עם חקיקתו של [חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm) התרחשה מהפכה חוקתית במעמדן של זכויות האדם בישראל. מספר זכויות הפכו לזכויות חוקתיות על-חוקיות.

הפוליטיקה הישראלית הפכה, בכל הנוגע לזכויות האדם, לפוליטיקה חוקתית. התרחשה קונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי. זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן לכל ענפי המשפט (הציבורי והפרטי) ומשפיעות על מהותם. אם בעבר נגזרו זכויות האדם מההסדרים בענפי המשפט השונים, הרי מעתה ייגזרו ענפי המשפט השונים מזכויות האדם החוקתיות. אך מעבר לכך: חל שינוי ברטוריקה החוקתית. אם, בעבר, הרטוריקה המשפטית התמקדה סמכות, בכוח ובשיקול הדעת (החקיקתי, המינהלי והשיפוטי), הרי מעתה נעבור לרטוריקה של זכויות וחירויות. לא הכוח השלטוני באיזונו הראוי הוא שיקבע את זכות האדם, אלא זכויות האדם, באיזונן הראוי, הן שתקבענה את הכוח השלטוני. שינוי חוקתי זה נעשה על-ידי הכנסת, אשר הטילה מגבלות על עצמה ועל הרשויות השלטוניות האחרות. כל אלה מטילים אחריות כבדה על כל רשויות השלטון, החייבות לכבד את זכויות האדם. מצויים אנו בתקופת מעבר לא קלה של הסתגלות למבנה החוקתי החדש. קיימת אי-ודאות וקיימים חששות. ניצבים סיכונים, אשר על חלקם עמד חברי, הנשיא שמגר. אכן, נדרשת התאפקות מרבית של הרשות השופטת. עליה להבין כראוי את תפקידה במדינה דמוקרטית. תפקיד זה אינו כרוך בקביעת המדיניות החברתית של המדינה. הרשות השופטת אינה קובעת את סדרי העדיפויות הלאומיים.

התפקיד השיפוטי הוא בפיקוח על חוקיותה של המדיניות שהגורמים הפוליטיים קובעים. תפקיד השופט הוא בשמירה קפדנית על האיזון העדין בין שלטון הרוב לבין ערכי היסוד וזכויות האדם. תפקיד השופט הוא בשמירה על החוקה ובהגנה על זכויות האדם. אמת, להכרעה החוקתית השלכות פוליטיות. עם זאת, היא אינה נעשית מתוך שיקולים פוליטים. שיקוליו של השופט הם משפטיים-חוקתיים. אני משוכנע כי במשך הזמן נגבש לעצמנו, כרשות שופטת, אמות מידה להפעלת שיקול-דעתנו החוקתי. חוסר הוודאות יקטן. החששות יפחתו. בגיבוש הניסיון השיפוטי שלנו נפעל באובייקטיביות, בענווה ובמלוא האומץ השיפוטי הנדרש. איננו הראשונים שעמדו במבחנים דומים. כשם שמדינות אחרות עמדו בכך, יש להניח כי גם אנו נוכל לקשיים, וכי בסופו של דבר הדמוקרטיה הישראלית תצא מחוזקת. אכן, נוצר סיכוי כי השינוי החוקתי יופנם. כי זכויות האדם יהפכו ללחם חוקם של כל נערה ונער וכי המודעות לזכויות - לזכויות הילד, הנכה, הקשיש, החולה, העובד, המיעוט והאישה - תגבר, וכן כי נהיה רגישים יותר לזכויות האדם באשר הוא אדם. הסיכוי הוא בהשתתת השלטון על החוק, ולא בהשתתת החוק על השלטון. הסיכוי הוא בהגברת מודעותה של הכנסת לתפקידה החוקתי ובחיזוק הוקרת העם למעמדה המרכזי כמעניקה חוקה לישראל.

הסיכוי הוא בהכרה בתפקידו החוקתי של בית המשפט כשומר החוקה, כמאזן בין ערכים חוקתיים הקבועים בחוקה וכמפקח על חוקיות פעולותיהן של הרשויות השלטוניות.

הסיכוי הוא בהעלאת קרן זכויות האדם ובקירוב הלבבות בין בני אדם, שכולם נבראו בצלם הבורא.

השופט ד' לוין: 1. עיינתי בכובד ראש ובעניין רב בחוות הדעת המלומדות, המעמיקות, הנרחבות והמאלפות של הנשיא שמגר ושל הנשיא ברק, המתייחסות ביסודיות לכל הסוגיות החשובות והעקרוניות אשר עלו לדיון בהליך שלפנינו. דומה שאם אבקש להוסיף ולסקור בהרחבה את הרקע העובדתי ואת התשתית המשפטית בשאלות שבמחלוקת, אמצא "מכניס תבן לעופריים", והרי אין בכך טעם.

2. את משנתי הסדורה בעניין [חוק-יסוד חופש העיסוק](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/145_002.htm) ו[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law_html/law01/184_001.htm) ואת עמדתי באשר למעמד החוקתי "העל-חוקי" של חוקים אלה ולמקומם המרכזי בחוקת ישראל המתגבשת פרקים פרקים, הבהרתי בהרחבה ובפירוט בפסק-דיני בפרשת כלל [37]. בכל הסוגיות העקרוניות והערכיות, ההתייחסות לחוקי היסוד והפן החוקתי שבהם, הצטרפו חבריי להרכב, השופטת שטרסברג-כהן והשופט טל, לדעתי. הם חלקו עליי רק במסקנה לעניין המידתיות של החקיקה בנסיבות אותו מקרה.

1. \* פורסם [ס"ח תשנ"ב מס' 1391](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1391.pdf) מיום 25.3.1992 עמ' 150 ([ה"ח תשנ"ב מס' 2086](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2086.pdf) עמ' 60).

   תוקן [ס"ח תשנ"ד מס' 1454](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1454.pdf) מיום 10.3.1994 עמ' 90 ([ה"ח תשנ"ד מס' 2250](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2250.pdf) עמ' 289) – תיקון מס' 1 בסעיף 11 לחוק יסוד: חופש העיסוק, תשנ"ד-1994. [↑](#footnote-ref-1)
2. \* פורסם [ס"ח תשנ"ד מס' 1454](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1454.pdf) מיום 10.3.1994 עמ' 90 ([ה"ח תשנ"ד מס' 2250](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2250.pdf) עמ' 289).

   תוקן [ס"ח תשנ"ז מס' 1602](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1602.pdf) מיום 7.11.1996 עמ' 4 ([ה"ח תשנ"ו מס' 2549](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2549.pdf) עמ' 841) – תיקון מס' 1.

   [ס"ח תשנ"ח מס' 1662](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-1662.pdf) מיום 19.3.1998 עמ' 178 ([ה"ח תשנ"ח מס' 2692](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-2692.pdf) עמ' 263) – תיקון מס' 2. [↑](#footnote-ref-2)