

## איך כל זה התחיל: פסק-דין ברגמן – התגובות הראשונות

מאת

### קלוד קליין<sup>1</sup>

נאמו של יושב-ראש הכנסת, מר ריבלין, ביום 22 במאי 2003, אודות "הסכנה לדמוקרטיה" הנובעת כדבריו מהפעלת הביקורת השיפוטית על חוקי הכנסת, סוגר מעגל שהחל עוד ב-1969, כאשר בית-המשפט העליון העז בפעם הראשונה להכריז על חוק כסותר הוראה משוריינת בחוק יסוד בפרשת ברגמן<sup>2</sup>.

לכאורה פסק-הדין בבג"ץ ברגמן נפל כרעם ביום בהיר, באותו יום קיץ בירושלים ב-3.7.1969. אלא שצריך לזכור כי למן קבלתו של חוק היסוד הראשון, הוא חוק-יסוד: הכנסת, התנהל ויכוח מעניין מעל דפי העיתונות המקצועית באשר למעמדו. ויכוח זה ארך 11 שנים<sup>3</sup>. עם המתדיינים נמנה גם ד"ר אמנון רובינשטיין (כתוארו אז) שפרסם את המהדורה הראשונה של ספרו המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל זמן קצר בלבד לפני מתן פסק-הדין בבג"ץ ברגמן. הוא הדין לגבי המאמרים של ד"ר לחובסקי, שבהם שולל המחבר את עליונותם של חוקי היסוד<sup>4</sup>.

ברצוני להוסיף עדות נוספת. במהלך שנת 1968/69, כלומר בטרם ניתן פסק-הדין בבג"ץ ברגמן ביולי 1969, נערך משפט מבוים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, שהייתה אז בגבעת רם. האמת היא שאינני זוכר את פסק-הדין שניתן במשפט

- 1 דיקן המכללה האקדמית למשפטים.
- 2 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (להלן – בג"ץ ברגמן). פסק-הדין נכתב על-ידי השופט מ' לנדוי. ארבעה שופטים נוספים הצטרפו לדעתו.
- 3 ראו, למשל, את המאמר של מ' שטרנברג "חוק יסוד הכנסת – חוק נוסף או נדבך משפטי עליון" מולד טז (1958) 284; ניתן למוצאו גם בספרו מ' שטרנברג מבחר מאמרים (תשנ"ח) 123. ראו גם ב' אקצין "חוקי יסוד וחוקים משוריינים בישראל" הפרקליט יז (תשכ"א) 230, עמ' 230-243; אשר פורסם גם בסוגיות במשפט ובמדינאות (מאגנס, תשכ"ו).
- 4 בעיקר מאמרו: E. Likhovski "Can the Knesset adopt a Constitution which will be the 'Supreme Law of the Land'?" 4 *Isr. L. Rev.* (1969) 61

המבויס, אך אני זוכר בוודאות שהייתה סביבו התעניינות גדולה. ציבור רב הגיע למקום וחיכה להכרעת הדין בקוצר רוח. בין השופטים ישב פרופ' בנימין אקצין, שלגישתו עוד אשוב בהמשך.

באותה תקופה הוויכוח העיקרי התנהל סביב שאלה אחת: כלום הוראת השריון מחייבת את הכנסת? אמנון רובינשטיין ענה על שאלה זו בחיוב בכותבו: "חוק יסוד: הכנסת הוא ביטוי נאמן של סמכותה המכוננת של הכנסת"<sup>5</sup>, אך הוסיף מיד "...לעומת זאת, מפוקפק מעמדם של חוקי היסוד האחרים. חוק יסוד: מקרקעי ישראל וחוק יסוד: נשיא המדינה..."<sup>6</sup>.

עוד הוסיף רובינשטיין, כנראה ברגע האחרון, הערה לגבי חוק-יסוד: הממשלה שהתקבל בחודש אוגוסט 1968. וכך הוא כותב:

"הוא הדין [כלומר מעמדו המפוקפק – ק' ק'] בחוק יסוד: הממשלה, שהובא בפני הכנסת השישית על ידי הממשלה. אך בחוק זה יש סעיף כובל ומעמידו מעל לחקיקה הרגילה"<sup>7</sup>.

רובינשטיין הוסיף כקריטריון לקביעת מעמדו העליון של חוק יסוד קריטריון שנשכח בינתיים: הוא בודק את הפרוצדורה שהביאה לקבלתו של חוק היסוד, כלומר אם הגורם היוזם הנו לפי החלטת הררי (המטילה כידוע על ועדת החוקה, חוק ומשפט את המשימה להכין חוקה למדינה), או שמא היוזמה באה מהממשלה.

לאזכורים האלה רציתי להוסיף את מאמרי הראשון בארץ<sup>8</sup>. המאמר נכתב לפני מתן פסק-הדין בבג"ץ ברגמן. כתבתי שם בין היתר:

"לדעתנו יש לקבוע דין אחד לכל חוקי היסוד בין שסעיפיהם שוריינו ובין אם לאו. כולם יצאו מלפני הכנסת בפועלה כרשות מכוננת מקורית"<sup>9</sup>.

על הרקע הזה בא פסק-הדין בבג"ץ ברגמן. השאלה שרציתי להתרכז בה כעת היא: כיצד התקבל פסק-הדין, הן בציבור הרחב והן בקרב המשפטנים. לצורך כך אסתמך על העיתונות הכללית ועל העיתונות המקצועית בהתאמה.

5 א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה ראשונה, 1969), 170.  
 6 שם.  
 7 שם, עמ' 171.  
 8 ק' קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב (תש"ל-תשל"א) 51, עמ' 51-56.  
 9 שם, עמ' 55.

### א. העיתונות היומית

נבדקו כמה עיתונים, ביניהם: למרחב; הארץ; מעריב; על המשמר; ידיעות אחרונות. עיתונים אחדים (ידיעות אחרונות, מעריב, הארץ) פרסמו יותר ממאמר אחד במשך השבוע שלאחר מתן פסק-הדין, לעתים מפרי עטם של מומחים. הגדיל לעשות עיתון ידיעות אחרונות אשר פרסם ביום שישי, ה-11.7.1969 מאמר פרשנות די ארוך מפרי עטו של מר יצחק אולשן, נשיא בית-המשפט העליון בדימוס (ששימש אז גם כיושב-ראש מועצת העיתונות). מעניין לציין כי המאמר הוצג (על-ידי מערכת העיתון) כמאמר על חוק מימון הבחירות ולא על פסק-הדין. כאילו הסוגיה החשובה הייתה חוק המימון ולא סמכות הבג"ץ לפסול חוק. ואמנם, מר אולשן מצליח לכתוב מאמר מרתק על סוגיית המימון, בלי להביע עמדה ברורה לגבי פסק-הדין ואף מציין כי הוא עצמו בין המפקקים בתוקפו החקיקתי של חוק-יסוד: הכנסת<sup>10</sup>.

הארץ מקדיש מקום נכבד לבג"ץ ברגמן. ב-4.7.1969 אנו מוצאים מאמר ראשון מאת מר י' רוזנטל ז"ל. וכך הוא כותב:

"איש מבין חברי הכנסת, לרבות שוללי חוק המימון, לא ציפה להפיכת הצו על-תנאי להחלטי, ולא כל שכן לתמימות דעים בקרב חמשת השופטים שישבו בדין... יוזמי החוק, שבעיצובו כלל לא השתתפה או התערבה הממשלה, הביעו תמיהה על פסק הדין. כמה משפטנים שביניהם הרחיקו לכת, עד כדי גילוי רוגז על בית המשפט, גם בשל עצם קביעת סמכותו לפסילת חוק, ובשל הפירוש שנתן למונחים: בחירות כלליות ושוות שבחוק יסוד: הכנסת... משמעות פסק הדין כפולה:

אפילו במדינה בעלת חוקה נוקשה כארה"ב, לא היתה מובנת מאליה סמכות הרשות השופטת ללכת 'אל מאחורי חוק' – שנתקבל פורמלית כדין, על ידי הרשות המחוקקת ונחתם ופורסם כדין – ולבדוק את חוקיותו, עד כדי מציאת זכות לפסלו כמפר החוקה.

המונח 'שווה' (בחירות) פורש עד עתה כנוגע לבוחרים עצמם בלבד, לפי המסורת של מונח זה, בייחוד באירופה, כלומר: לכל בוחר קול אחד, ללא הבדל גיל, מין, השכלה, רכוש וכו'. עתה החיל ביהמ"ש העליון את המונח הזה גם על מבקשי קולות הבוחר<sup>11</sup>.

10 י' אולשן "חוק מימון הבחירות אנטי דמוקרטי" ידיעות אחרונות (11.7.1969).

11 י' רוזנטל "הצעת חוק מימון חדשה תוגש לכנסת ביום ב" הארץ (4.7.1969).

במאמר המערכת שהתפרסם באותו היום ההתייחסות לפסק-הדין היא כפוסק "הלכה בעלת חשיבות עליונה במעלה". תחת הכותרת "חוק לא חוקי, שוויון לא שווה" טוען הכותב:

"בפעם הראשונה בתולדות בית המשפט הישראלי קבע בית המשפט כי יש לו סמכות להצהיר על בטלותו של חוק שקיבלה הכנסת... בית המשפט קבע את סמכותו בשל קיומם של שני סוגי חוקים בישראל: הסוג האחד כולל את מעשי החקיקה הרגילים והשוטפים הנחקקים ע"י הכנסת מכוח סמכותה כבית מחוקקים רגיל. הסוג השני כולל חוקי יסוד שיש להם מעמד מיוחד והניתנים מכוח סמכותה של הכנסת כיורשת סמכותה של האספה המכוננת... קביעת סמכותו של בית המשפט העליון לבדוק חוקים לאור חוקי יסוד מחזקת עקרון קונסטיטוציוני ראשון במעלה, מגבילה את סמכותה הכל יכולה של הכנסת ופותחת פתח להגנה משפטית על זכויות מיעוטים בפני הרוב"<sup>12</sup>.

כך פתרה מערכת העיתון, בקלות מפליאה, שאלות שמערכת המשפט התחבטה בהן עוד שנים ארוכות.  
משמעות רחבה יותר נתפסה במאמרים נוספים. למשל, במאמר מערכת של עיתון מעריב מיום 6.7.1969 נכתב:

"גם בחוגי הממשלה וגם בחוגי הכנסת נשמעה תרעומת על החלטת בית המשפט העליון שפסק, בהרכב חמישה שופטים, כי החוק למימון בחירות שנתקבל בכנסת נוגד את חוק היסוד של הכנסת והבחירות ופסל את תוקפו... אך זוהי הפעם הראשונה, שביהמ"ש העליון אינו מסתפק בהשמעת ביקורת על חוק או על אחד מסעיפיו, אלא פוסל אותו מעיקרו ומבטלו. זוהי סטייה ניכרת, ממש מהפכנית, מהנוהג שנהג עד כה בית המשפט ולדעתנו – סטייה שיש לברך עליה... אין אנו תמימי דעים עם הטוענים, שהחלטת בית המשפט, שאגב חבריו נבחרים ע"י ועדה, המורכבת ע"י הכנסת, יש בה משום פגיעה בסוברניות של הכנסת ובסמכות התחיקתית שאין למעלה הימנה... בהעדר ב"ד קונסטיטוציוני או מעין מועצת המדינה הפוסקת בעניני חוקה וחקיקה, אין מוסד מתאים יותר מביהמ"ש העליון להשגיח מצד אחד על כשרות החקיקה, במסגרת חוקי היסוד ומצד שני – להגן על האזרח מפני חקיקה מעוותת".

12 "חוק לא חוקי, שוויון לא שווה" הארץ 4.7.1969.

גם עיתון על המשמר מברך על פסק-הדין:

"בית המשפט בישראל הוא משפט צדק ובלתי תלוי לחלוטין. עלינו לקבל באהדה את התערבותו ומסקנתו שכן פסק דינו מבצר את אושיות המשטר הדמוקרטי ומוסדותיו המחוקקים"<sup>13</sup>.

הדבר שונה ביחס לחברי הכנסת שהציגו אף הם מעל דפי העיתונים את דעתם בנוגע לפסק-הדין. הדעות היו כרגיל חלוקות אך התחושה הרווחת הייתה של "מבוכה". היו שהציגו ביקורת חריפה: חבר הכנסת קרגמן טען כי "לא היה כל מקום להתערבות בית המשפט בעניין הזה של חקיקה. אם בית המשפט משגיח על הכנסת, מי משגיח על בית המשפט?"<sup>14</sup>. חבר הכנסת יוחנן בדר מיקד הביקורת והציג "חורים" בפסק-הדין והם בכל הנוגע לסוגיית השפיטות; לפירוש שבית המשפט נתן למושג השוויון; ולמעמדו של התובע<sup>15</sup>.

אכן כידוע יש "חורים" בפסק-הדין בבג"ץ ברגמן. עוד נחזור לנושא. שבוע לאחר פרסומו של פסק-הדין תוקף עיתון מעריב, במאמר פרי עטו של ה' יוסטוס, את חברי הכנסת המבקרים את פסק-הדין:

"אין בית המשפט בא לערער על סמכויותיה וריבונותה של הכנסת... כל מה שהוא בא לעשות הוא לשמור ולבצר את מעמדם של חוקי היסוד שלה... האמנם אפשר לשלול מבית המשפט הגבוה לצדק את הזכות לבחון את חוקיותו של חוק לאורו של חוק בעל מעמד עליון?"<sup>16</sup>.

הכותב מציג השוואה בין סמכותו של בית-המשפט הישראלי לבין סמכותו של בית-המשפט האמריקני לביקורת שיפוטית על החוק לאורה של החוקה:

"אף החוקה של ארה"ב לא קבעה כי הרשות לפרשה נתונה בידי בית המשפט העליון אבל זכות זו נתונה בידי וריבונותה של הרשות המחוקקת בארה"ב לא נפגמה בשל כך... ורק אצלנו מהווה הדבר סכנה...".

אולי ניתן לראות בדברים השוואה מרומזת של פסק-הדין בבג"ץ ברגמן לפסק-הדין המפורסם בעניין *Marbury v. Madison*<sup>17</sup>, אשר כידוע ביסס את סמכותו של בית-המשפט

13 מ' לויט "פסק דין המחזק את הדמוקרטיה" על המשמר (8.7.1969).

14 י' צוריאל "בג"צ קובע: החוק למימון בחירות פסול – מבוכה רבה בקרב הסיעות בכנסת" מעריב (4.7.1969).

15 א' עמיקם "ח"כ בדר מגלה 'חורים' בפסה"ד נגד חוק מימון מפלגות" ידיעות אחרונות (8.7.1969).

16 ה' יוסטוס "במערכות המימון" מעריב (11.7.1969).

17 *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

העליון האמריקני לביקורת שיפוטית. למרות המרחק העצום שבין השניים ההשוואה לארצות-הברית חוזרת גם במאמרים נוספים<sup>18</sup>.

דיון מפורט בהיבט הקונסטיטוציוני של פסק-הדין אנו מוצאים בדברים שנכתבו על-ידי א' אחי-רות<sup>19</sup>. המאמר מתחיל בהפניה לתורת הפרדת הרשויות של מונטסקיה וממשיך בניתוח כמה אספקטים של פסק-הדין, כמו למשל אותם הדברים שהושארו בצריך עיון. המאמר מציג דעות שונות בשאלה מניין שואב בית-המשפט העליון סמכות לבטל דבר חקיקה של הרשות המחוקקת, ביניהן גישתו של ד"ר יהושע פרוידנהיים לקוחה מספרו השלטון במדינת ישראל: "מובן מאליו שנבצר מבית הדין הגבוה לצדק להוציא במסגרת זו פסק דין המבטל חוק, פקודה וכו' כבלתי קונסטיטוציוניים, בית הדין הגבוה לצדק יכול רק להימנע מלהשתמש בחוק הפסול במקרה הניתן להכרעתו ואין ביכולתו ליטול ממנו את התוקף החוקי ולאסור את הפעלתו במקרים אחרים". המאמר דן גם בשאלת מעמדם של חוקי היסוד ובניגוד לכותבים האחרים שצינתי לעיל אינו מצדד בגישה שבה נקט בית-המשפט או ליתר דיוק בגישה שיוחסה לבית-המשפט:

"אין לחוק יסוד מידת עליונות ותקפות רמה יותר מאשר לחוק רגיל הנעדר איצטלה שמית זו... כל עוד אין חוקה שרירה בישראל ריבונות הכנסת ריבונות מוחלטת... ואין לבית המשפט סמכות לפסול חוקים".

מר גדעון רייכר כותב בנימה אחרת לגמרי. מדבריו ברגמן מצטייר כגיבור.

"כך חולל אזרח קטן מהפכה בחייה הדמוקרטיים של ישראל, בכוח יוזמתו הפרטית החזיר לאחור את גלגלי התחיקה רבת העוצמה של הכנסת ומנע בשלב זה בעד המפלגות היושבות בכנסת מלקבל נתח מכספי משלם המיסים"<sup>20</sup>.

מטבע הדברים מודגש נושא המימון ולא חשיבותו הקונסטיטוציונית של פסק-הדין. זווית הראייה האישית הזאת מתחזקת לאחר שמעריב מגלה, ביום 6.7.1969 כי לד"ר אהרון ברגמן (שכמה מאתנו הספיקו להכירו) "אין שום אינטרס אישי בכל המלחמה הזאת"<sup>21</sup>. לכתבה, המוקדשת כולה לתיאור דמותו ופועלו של ברגמן, נופח הירואי:

18 ראו לעיל, הערה 12; "רוזנטל" הצעת חוק מימון חדשה תוגש לכנסת ביום ב" הארץ (4.7.1969); "י אולשן" חוק מימון הבחירות – אנטי דמוקרטי ידיעות אחרונות (11.7.1969); א' אחי-רות "הרשות השיפוטית מול הרשות המחוקקת" למרחב (11.7.1969).

19 ש.ם.

20 ג' רייכר "אזרח יצא למלחמה בחוק למימון הבחירות וניצח" ידיעות אחרונות (9.7.1969).

21 ש' הון "מה הריץ את ד"ר ברגמן?" מעריב (6.7.1969).

ברגמן הוא "יחיד נגד הממסד" הלוחם במלחמה "שנראתה לכתחילה דון קישוטית מובהקת" וכל זאת למען "עקרון הצדק".

גם עיתון הארץ מציג לקוראיו את "האיש שגרם לפסילת חוק המימון"<sup>22</sup> ומגלה מהיכן שאב ברגמן השראתו – פרשה דומה שנדונה בבית-המשפט העליון בגרמניה, שם נולד וגדל.

לסיכום הכתיבה בעיתונות היומית בימים שלאחר מתן פסק-הדין נוכל לומר כי הכתיבה מהססת, כהרגלה, בין העניין הפיקנטי יותר – כלומר מימון הבחירות שהפך לימים למימון המפלגות – לבין הניתוח הרציני יותר לגבי השלכותיו של פסק-הדין על המערכת הקונסטיטוציונית במובנה הרחב.

שונה כמובן הוא מצבה של הכתיבה המדעית, כלומר הכתיבה בעיתונות המקצועית.

## ב. הכתיבה המדעית

כאן התמונה אחרת לגמרי. פסק-הדין הפך ללחם חי – בג"ץ ברגמן סיפק לנו מזון טוב למשך שנים רבות!

על רקע זה אתחיל ואתייחס לתגובתו של בעל השמחה העיקרי – אינני מתכוון לד"ר ברגמן אלא לשופט לנדוי. ממצאו המסויג של השופט לנדוי כלפי הפרשנות של פסק-הדין ידועה לנו היטב. אך האמת חייבת להיאמר: כבר בשנת 1972 השמיע השופט לנדוי את הסתייגותו ופרסם רשימה על ספרו של ד"ר א' לחובסקי – *Israel's Parliament: The Law of The Knesset*

"...אני משער שעיקרי הדברים על נושא חשוב זה כבר היו בכתובים עם המחבר, כאשר בא פסק הדין של בית המשפט העליון בענין ברגמן נ. שר האוצר, כמו רוח פרצים שהפכה את היוצרות... דומני שתוך כדי כך מפריז המחבר – כמו אחרים לפניו – בהערכת חשיבותו של פסק דין זה כפוסק הלכות, להבדיל מחשיבותו להמרצת המחשבה על בעיות שהגיעה העת לפתרן. בית המשפט העליון לא פסק בשאלות היסוד שעשויות היו להתעורר לפניו, אילו הטוענים היו מעמידים אותן על הפרק. אפשר להתווכח על כך אם בית המשפט היה חייב לדון בהן על פי יוזמתו, אך אין לקרוא אל תוכו מה שאין בו, דהיינו הכרעות בשאלות יסוד אלה. למשל, בעמ' 67 אנו קוראים כי 'נראה הדבר שבהחלטת בית המשפט (בענין ברגמן) כרוכה הנחה רחבה הרבה יותר, שבית המשפט יכול להפוך על פיה חקיקה של הכנסת שהוא רואה אותה כסותרת את רעיונות

22 ר' כסלו "עו"ד ד"ר א. א. ברגמן: החלטת בג"צ – ניצחון לדמוקרטיה" הארץ (6.7.1969).

היסוד של אופיו הדמוקרטי של שיטת הממשל'. לא אדע מנין נשאבה הערכה מפליגה זו של אותו פסק דין, על מה שנאמר בו ומה שמשמעת ממנו. למיטב הבנתי לא חרג בית המשפט מעולם ממסגרת התפקיד המוטל עליו, לפרש חקיקת הכנסת. יותר קולע, איפוא, הסיכום המופיע בעמ' 79 כי 'ברור, אפילו אחרי ההחלטה בפרשת ברגמן, שהכנסת מוסמכת לחוקק (א) בכל ענין בדרך הקבועה בסדרי החקיקה שלה. (ב) שכנראה אין לתקוף את תוקפה של תחיקה אשר נתקבלה כך בשום בית משפט. אבל (ג) שהכנסת יכולה להיות קשורה בדרישות דיוניות מיוחדות של הליכי החקיקה שנקבעו על ידי קודמותיה'. גם כאן הייתי מסייג את הדברים בהערה שפסק דין ברגמן לא פסק הלכה לגבי (ג), כי הוא לא נדרש לעשות כן. עם זאת יש הגיון רב בסברה, שאם הכנסת קובעת בחוק יסוד את הצורך ברוב מיוחד לשינוי הוראה שבאותו חוק יסוד, הרי שעל כל פנים כוונתה של אותה כנסת היא שרצונה לא יושם לאל על ידי כנסת יותר מאוחרת, בדרך התעלמות מחוק מפורש שהוחק על ידי קודמתה בצורה המיוחדת של חוק יסוד. יציבות המשטר החוקתי מחייב את כיבוד רצונה של כנסת קודמת, אשר הובע כך, גם מעבר לתקופת כהונתה"<sup>23</sup>.

אין מה להוסיף כמובן, זולת הערה לגבי ספרו של ד"ר לחובסקי: זה נכתב כמובן הרבה קודם, אך הגיע לדפוס לאחר פרסום פסק-הדין. מכאן שהדיון אודות "ברגמן" נראה מאולץ במקצת. על הגישה המאוד מסויגת הזאת חוזר השופט לנדוי במאמרו הידוע<sup>24</sup>. הוא מסביר כי אכן בית-המשפט העליון הוא המתאים למלא את התפקיד של פיקוח על פעולות הפרלמנט, אך מדגיש:

"המדובר אינו בעניינים בהם כרוכים שיקולים פוליטיים אלא בהפעלת הוראות מסגרת מכאניות בדרך הפרשנות המשפטית עליה אמונים בתי המשפט מטבע ברייתם".

לנדוי חוזר ומבהיר את שפסק בבג"ץ ברגמן:

"היתה זו מלאכה שלא הצריכה שום נקיטת עמדה בעניינים השנויים במחלוקת מדינית או אידיאולוגית, כי הרי מושג השוויון הוא מושג מתאר, שאינו שלעצמו בעל תוכן ערכי".

23 משפטים ד (תשל"ב-תשל"ג) 213.

24 מ' לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" הפרקליט כז (תשל"א-תשל"ב) 30.



וקובע:

"חשיבותו העיקרית של פסק דין זה לצורך הבירור החוקתי הוא לא במה שנפסק אלא בכך שהוא הבליט בצורה חריפה שתקופת הביניים אשר החלה בהחלטה משנת 1950 אינה יכולה להימשך עוד לאורך ימים והגיע הזמן לקבלת הכרעות מפורשות וחד משמעיות..."

ואף מזהיר:

"יבוא יום ושאלות אלה תעלינה מחדש בפני בית המשפט והפעם אולי יראה בית המשפט הכרח לעצמו לפסוק בהן..."

המאמרים הראשונים שפורסמו אודות פסק-הדין בבג"ץ ברגמן הופיעו ב-*Israel Law Review* בצירוף תרגום לאנגלית של ההחלטה (דבר שמעיד על החשיבות שייחסו לה). למעשה מדובר ב-3 מחברים ש"התנדבו" לכתוב (פרופ' בנימין אקצין, מר פטר אלמן וקלוד קליין). הביקורת של המחברים ברורה<sup>25</sup>. שוב עולים ה"חורים" (כלשונו של חבר הכנסת בדר): שאלת השפיטות, כוחה של הכנסת לכבול עצמה להחלטות קודמות ומעמדם החוקתי של חוקי היסוד. בכל הסוגיות הללו לא דן בית המשפט ותשובתו להן היא מרומזת בלבד. אביא קטע מדבריו של פרופ' אקצין:

"While the Court's conclusion seem to be perfectly justified and went as far as they could in the circumstances, the reasoning in its decision shows serious flaws. Some of them have been spelled out in Mr. Elman's and Dr. Klein's comments. Others seem to have sprung from the Court's unwillingness to look for help to the very thorough discussion of the issues by several Israeli scholars, notably Messrs. Sterenberg, Akzin, Klinghoffer, Likhovski and Rubinstein. The dignity of the Court would not have suffered if the opinion-writing judge had taken a look at academic writing in a case where precedents offer little or no guidance. I believe this dignity would rather have been enhanced, and the decision gained in persuasiveness"<sup>26</sup>.

זהו הקו המנחה בביקורת שנשמעה מיד עם מתן פסק-הדין ועד היום, הגם שהיום הנושא הזה כבר איננו רלוונטי.

<sup>25</sup> "Judicial Review of Statute" 4 *Isr. L. Rev.* (1969) 559

<sup>26</sup> שם, עמ' 577.

אבקש גם להזכיר הערה של השופט זוסמן אשר ישב בדיון, במאמרו<sup>27</sup>. השופט זוסמן מתייחס לעניין השפיטות כפי שהוא מוזכר בפסק-הדין, וכך הוא כותב בהערת שוליים:

"הדיבור 'שפיט' שגם בית המשפט השתמש בו בהקשר זה בבג"צ 98/69, אינו משמש למעשה לתיאור הבעיה. אומרים על ענין שהוא אינו שפיט, כאשר בית המשפט מושך ידו ממנו מאין אפשרות לפסוק בו על פי קנה מידה משפטי. כאן ניתן היה לפסוק בענין על פי קנה-מידה כזה, אך השאלה היתה, אם רשאי בית המשפט לעשות כן. לא היתה זאת שאלה של שפיטות, אלא של כוח השיפוט, ראה Baker v. Carr, 369 U.S. 186"<sup>28</sup>.

בקורויו אני רוצה להזכיר גם מאמר מפרי עטו של העותר ד"ר א' ברגמן<sup>29</sup>. מעניין לציין כי העותר עצמו דוגל בגישה מינימליסטית שלפיה בית-המשפט דן אך ורק בטענה פרוצדורלית:

"Logically, the rules must necessarily be prior to the legislator – prior, it may be said, both in time and in precedence to the legislative will. This has nothing to do with the problem of immediate parliamentary sovereignty; 'the law is supreme when it prescribes the conditions which must be fulfilled to make a law'. On the question what may be done by such a law, Parliament is supreme over the law. Accordingly, the Supreme Court dealt only with a question of fact: whether Parliament had validly voted in favor of the law. The Knesset could have passed the Bill if the special majority of votes had been cast in favor. This procedural question – whether its vote did result in the requisite majority – had nothing to do with parliamentary sovereignty"<sup>30</sup>.

נוסף על כך, דווקא הוא אינו מעלה טענה נגד בית-המשפט על התחמקות מלדון בשאלות העולות מהפרשה:

"The Supreme Court has been criticized because it did not tackle the issue of justiciability. But this question did not arise in this case –

27 י' זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג (תשל"א-תשל"ב) 213.

28 שם, הערה 5, עמ' 217.

29 A.A. Bergman "The Supremacy of the Knesset" 6 *Isr. L. Rev.* (1971) 117.

30 שם, עמ' 117-118.

whether or not the Attorney General 'waived' the plea of lack justiciability<sup>31</sup>.

והוא מוסיף בהמשך:

"As long as Israel's constitutional law, with its doctrine of Parliament sovereignty, is based on English law, there was no need to discuss justiciability<sup>32</sup>.

כך גם ביחס לשאלת יכולתה של הכנסת לכבול עצמה להחלטותיה:

"In this case before the Supreme Court, the question whether 'entrenched clauses' actually override Parliament's sovereign legislative power – whether Parliament by 'entrenching a provision in its Acts' can bind its successors to proceed within the rules laid down for such change – had no relevancy; the problem simply did not arise<sup>33</sup>.

ובכלל, ברגמן עצמו נוטה לייחס יותר חשיבות לשאלת המימון עצמה – השאלה שהטרידה אותו בפתחת מאבקו – מאשר לשאלות הקונסטיטוציוניות שעלו לדיון. נכתבו כמובן דברים נוספים. אזכיר את מאמרו של ד"ר נפתלי א' הורנשטיין, המביע גם הוא ביקורת על הדברים שלא נאמרו בפסק-הדין:

"המשפטן נשאר עם רגש של תסכול על שום שלא ניתן פתרון לבעיה קונסטיטוציונית בעלת חשיבות ממדרגה ראשונה, על אף זאת שגם לדעתו של בית המשפט עצמו, עמדה בפתח העיניים בענין שבפניו<sup>34</sup>.

המאמר מציג תזה מקורית שלפיה הכנסת הייתה מסוגלת לשריין את חוק-היסוד: הכנסת, אך כל שריון מאוחר הוא חסר תוקף. הטענה היא כי עד לקבלת חוק-היסוד: הכנסת הייתה בידי הכנסת סמכות מכוננת, אולם חוק היסוד שינה את פני הדברים: "בית נבחרים – כן, אספה מכוננת – לא עוד". לכן רק השריון שבסעיף 4 לחוק-היסוד: הכנסת הוא בעל תוקף; שריונים מאוחרים יותר אינם תקפים ומעמדם של חוקי היסוד הוא כשל חוקים רגילים עד אשר יוקם גוף שיכהן כאספה מכוננת.

31 ש.ם.

32 ש.ם, עמ' 121.

33 ש.ם, עמ' 120.

34 א' הורנשטיין "שריון הוראות בחוק יסוד" הפרקליט כה (תשכ"ט-תש"ל) 648.

כמו כן אזכיר את מאמרו של ד"ר יעקב צמח<sup>35</sup> המתייחס לפסק-הדין בבג"ץ ברגמן השני<sup>36</sup>.

"בלי תופים ובלי מחולות פורסם פסק דין חדש המעורר את בעיית פיקוח בית המשפט הגבוה לצדק על חוקיות חוק 'רגיל' של הכנסת הסותר חוק יסוד 'משוריין', זהו ברגמן נגד שר האוצר. העתירה נדחתה, ובית המשפט סירב לפסול את החוק. בכל זאת, ראוי פסק דין לעיון לאור הדרך שבה הלך בית המשפט בדונו בבעיית יסוד זו. בית המשפט, לא דחה את הטענה בדבר פסלות חוק הכנסת על הסף, אלא בדק אותה לגופה: פירש את החוק הרגיל ומצא שלמעשה אין הוא סותר את חוק היסוד, ולכן לא התערב"<sup>37</sup>.

הכותב ראה בפסק-הדין אזהרה למחוקק, שיעור באזרחות טובה. לדבריו בית-המשפט רצה להוציא את המחוקק משאננותו<sup>38</sup> – משימה קשה לכל הדעות, שלא ברור אם עלתה בידו, וללמדו פרק בהלכות השוויון, "ציפור נפשה של הדמוקרטיה". הוא תומך בגישה שנקט בית המשפט, בהתעלמו משאלות של שפיטות ועליונות הכנסת: אלה מתגמדות לאור ההגנה על השוויון.

"...מצווה על בית המשפט להתערב ולתת סעד ולא לבזבז את זמנו לריק בבירור בעיית שפיטות הסוגיה או אי שפיטותה. וזה בדיוק מה שעשה בית המשפט בברגמן, וטוב עשה"<sup>39</sup>.

היו גם כאלה שהתעקשו שלא להצטרף למחול הסוחר את פסק-הדין אל לב השאלה הקונסטיטוציונית. ביניהם ניתן לציין את מיכאל שפטלר ששנה לאחר מתן פסק-הדין כתב:

"דעתי היא כי לכנסת יש כיום רק פונקציה אחת – פונקציה של רשות מחוקקת בלבד. לכנסת ריבונות בלתי מוגבלת ואין לה סמכות לכבול ידי עצמה או כנסות מאוחרות יותר. כל נסיון להגביל את סמכותה של הכנסת לשנות חוקי המדינה בדרך הרגילה אינה מתיישבת עם המבנה החוקתי של מדינת ישראל ועם ריבונות הכנסת"<sup>40</sup>.

35 י' צמח "כיצד נוסדת סמכות שיפוט קונסטיטוציונית?" הפרקליט כט (תשל"ד-תשל"ה) 515  
 36 בג"ץ 231/73 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כז(2) 785.  
 37 צמח (לעיל, הערה 35).  
 38 כך גם לנדוי במאמרו (לעיל, הערה 24), עמ' 31.  
 39 ראו לעיל, הערה 36, עמ' 524.  
 40 מ' שפטלר "הרהורים בשאלות קונסטיטוציוניות" הפרקליט כו (תשל"ל) 6, עמ' 8-9.

לטענתו, הביקורת השיפוטית על הרשות המחוקקת יכולה להמשיך ולהיעשות בהתאם לדרך שסלל בית-המשפט העליון בפסק-דין ירדור<sup>41</sup>. וכך גם בעניין חוק המימון:

"ישנן זכויות שאינן כתובות על ספר. הדמוקרטיה היא יסוד המשטר החברתי שלנו ואחד מרעיונות היסוד של משטר דמוקרטי הוא ללא ספק עיקרן של בחירות שוות וסיכויים שווים. חוק המימון מנוגד לעיקרון זה ולכן הוא פסול".

גם כאן אינני מתייחס לכל הכתובים בתקופה הזאת. רציתי להדגיש את הדברים העיקריים. נדמה לי שהמסקנות ברורות: ראשית, הייתה מעט ביקורת על תוצאת פסק-הדין; שנית, נמתחה ביקורת על ה"חורים", כלומר על הפגמים המתודולוגיים שבפסק-הדין; שלישית, שאלת הסעיפים הלא משוריינים כמעט ולא נבדקה (כך גם במהדורה השנייה של ספרו של פרופ' רובינשטיין שפורסמה בשנת 1974). לצד הסכמה ברורה בעניין העליונות של הסעיפים המשוריינים אנו מוצאים עמדה בלתי מחייבת ולא ברורה באשר למעמד הסעיפים הלא משוריינים<sup>42</sup>.

סך הכול התגובות לפסק-הדין בבג"ץ ברגמן משקפות את הבלבול שהוא גרם. אין ספק שפסק-דין זה מהווה מפנה כמעט מהפכני למרות הנאמר בו, ולא דווקא בגלל הנאמר בו. הלכת ברגמן נשארה זמן מה בודדת. עברו למעלה מ-30 שנה, התקבלו חוקי היסוד המהווים את המהפכה החוקתית (ב-1992), התקבל פסק-הדין בע"א בנק המזרחי (ב-1995)<sup>43</sup>, הכול נראה רחוק ומרוחק. למרות זאת פסק-הדין בבג"ץ ברגמן עומד, לצערי, עדיין איתן. עבודה חלוצית, כה חלוצית עד שמחברו מתכחש לו. עדיין יש לומר: הכול התחיל ב-1969. הפרובלמטיקה של הביקורת השיפוטית נמצאת שם כל כולה. פסק-הדין בבג"ץ ברגמן הינו במידה רבה יותר נחשוני מפסק-הדין בע"א בנק המזרחי. זאת הסיבה שמצאתי עניין בבדיקת הסיבה העתונאית שלו.

הלכות היוצאות מתחת ידם של השופטים חיות לעתים את חייהן באופן עצמאי. נושא הביקורת השיפוטית על חוקיותם של החוקים נמצא למעשה רק בתחילתו. עד היום (2003) הפגין בית-המשפט העליון ריסון עצמי מבורך בתחום זה (שלא כמו בתחומים אחרים), כמו למשל בביקורת השיפוטית הכללית על מעשה המינהל, אך למרות זאת נמתחה עליו ביקורת קשה, כפי שהזכרתי בתחילה. היה זה חשוב, ואולי אף

41 ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד יט(3) 365.

42 א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה שנייה, תשל"ד), 271.

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

מעניין, לחזור לתחילת דרכה של הביקורת השיפוטית שכן אז (1969) כמו היום, ההליך לא תמיד הובן.  
אגב, אי הבנה כזאת מתגלה גם במדינות אחרות. מסתבר שפרלמנטים לא אוהבים (בלשון המעטה) את הביקורת של הרשות השופטת. ביקורת זאת היא חלק אינטגרלי של הדמוקרטיה המודרנית, ואין בלתי.  
יבורך בית המשפט העליון שהעז לסלול את הדרך חרף התנאים הקשים.