

סעיף 3א לחוק יסודות התקציב היא "שוות-משקל להוראות שבחוק-יסוד או בחוקה".<sup>164</sup> השופט זמיר ציין כי הוא נוטה לסבור כי אין לסטות מהוראות מסוימות בחוק יסודות התקציב. אלא באמצעות תיקון מפורש של חוק זה עצמו; הוראה מפורשת בחוק תקציב שנתי כלשהו לא תועיל.<sup>165</sup> בהקשר אחר ציין המשנה לנשיא אלו, בהערת אגב, כי יש לראות בחוק השבות, המצהיר על קיומה של זכותו של כל יהודי לשבות, כבלתי ניתן לשנינו.<sup>166</sup> חוק שיווי זכויות האישה כולל הוראה המתמיימת להעניק לו עליונות על-פני הוראות חוק אחרות.<sup>167</sup>

4. "עליונות" חוקי-היסוד על פני חקיקה "רגילה"

2.37 על-פי ההלכה שנקבעה בעניין בנק המזרחי, מכלול ההוראות הכלולות בחוקי-היסוד הן "עליונות", כלומר הן בעלות מעמד נורמטיבי עדיף על פני החקיקה ה"רגילה" של הכנסת (ובורדאי על-פני נורמות אחרות, דוגמת חקיקת משנה). העליונות מתבטאת בשני אופנים עיקריים: האחד הוא כללי, בכל מקרה של סתירה בין הוראה הכלולה בחוק-יסוד לבין הוראה הכלולה בחוק "רגיל", גוברת ההוראה הקבועה בחוק-

הנער ישראל נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נב(3) 438 (השופט השני): "חוק יסודות התקציב [עניינו]... בנורמות כלליות שיעודו להיות מוסמעות ככל חוק תקציב שייחזק בעתיד". יש להדגיש, עם זאת, כי השופט זמיר ביסס את הכרעו כדבר עליונותו של חוק יסודות התקציב על פני חוקי תקציב שנתיים לא רק על מעמדו המיוחד של החוק הראשון, אלא גם על המעמד הדיגי של חוקי התקציב. ראו בעניין זה ס' נבות "הערה על מעמד הנורמטיבי של חוקי התקציב" המשפט 1 (תסס"א) 123.

164. עניין התניעה המסורתית, הערה 43 לעיל, בעמ' 388.

165. ראו שם, בעמ' 358. לעומתו קבע השופט חשין כי "חוק תקציב שנתי בכוחו לסטות מהוראה שבהוראות חוק היסודות אם אך ייאמר בו במפורש כך"; שם, בעמ' 386.

166. ע"ב 2/88 כן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, [נהיא שהקימה ובנתה את מדינת] [וכותו של כל יהודי לשבות] קדמה להקמת מדינת ישראל, [נהיא שהקימה ובנתה את מדינת] ישראל... [לכן] המדינה אינה רשאית לשלול זכות יסוד זו" (הדברים נאמרו ביחס לפרשנות של סעיף 7 לחוק-יסוד: הכנסת, כאשר לזכותה של רשימה, הקוראת לביטול חוק השבות, להשתתף בבחירות). ביחס למעמדו של חוק השבות ראו גם בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים (טרם פורסם), שם ציין הנשיא ברק (בסעיף 18 לפסק הדין) כי "חוק השבות הוא אחד מהחשובים שבחוקיה של ישראל, אם לא החשוב שבהם. אף שאין הוא יחוק-יסוד" בצורתו הוא בוודאי חוק יסודי במהותו... הוא היסודי בחוקים כולם".

167. ראו, למשל, סעיף 1(א) לחוק. לפיו "כל הוראת חוק המפלה לרעה את האישה... אין נוהגים לפיה" עם זאת, בסעיף 7א(א1) הוכרז במפורש כי "אין בהוראות חוק זה [כפי שהוקנו בתש"ס] כדי לפגוע בחוקפו של דין שווה קיים ערב חילתו של [התיקון לחוק]". הפרשנות המקובלת של הוראת סעיף 7א לחוק היא, כי ניתן לסטות מהאיסור להפלות גישם לרעה רק בהוראה מפורשת בחוק אחר. ראו הערה 46 לעיל. נסינות לחוק חוק זה בחוק-יסוד, שנעשו בכנסת החמש-עשרה, לא צלחו.

יסוד.<sup>168</sup> (אלא אם נקבע במפורש אחרת בחוק-היסוד).<sup>169</sup> משום כך, כדי לסטות מהסדר הקבוע בחוק-יסוד, על הכנסת לחוקק את התיקון במסגרת חוק-יסוד.<sup>170</sup> בתאם לכך הכריז בית המשפט על בטלותן של הוראות שונות בחקיקה, שסתרו את האמור בחוקי-היסוד.<sup>171</sup>

עניינו של הביטוי השני לעליונות חוקי-היסוד הוא תוקפן של הוראות הקובעות תנאים מיוחדים, שרק בהתקיימם ניתן לסטות מן האמור בחוקי-היסוד. אלה הן הגבלות על כוחה של הכנסת כרשות מחוקקת. ההגבלות עשויות להתייחס לאופן קבלת חקיקה כאמור (כגון הרוב הדרוש לקבלת החוק או דרישה כי תיכלל בו אמירה מפורשת, כי יהיה תקף על-אף האמור בחוק-היסוד);<sup>172</sup> או לתוכנה של החקיקה (כגון חוק הפוגע

168. ראו עיין אבני, הערה 71 לעיל, בעמ' 209 (הנשיא ברק): "הכלל לפיו נורמה מאוחרת גוברת על נורמה מוקדמת... והכלל לפיו נורמה מיוחדת גוברת על נורמה כללית... חלים לענין סמירות בין נורמות משפטיות שוות מעמד. הם אינם חלים ביחסים בין חוק-יסוד לחוק רגיל. ביחסים בין חוק-יסוד לחוק רגיל חל הכלל לפיו נורמה עליונה גוברת על נורמה תחתונה". בן נקבע שם כי "אין הוראה בחוק 'רגיל' ונכלל זה חוק הפרשנות יכולה להגדיר ביטויים בחוק-יסוד, אלא אם כן יש הסמכה לכך בחוק היסוד עצמו. ביטויים בחוק-יסוד יש להגדיר בחוק-יסוד. ביטויים בחוק 'רגיל' כופים לחוק היסוד, וממילא אינם יכולים להגדיר את היקף פרישתו של חוק-יסוד... ניתן להיעזר בהוראות של חוק הפרשנות, עד כמה שחן משקפות תרבות משפטית המשותפת לקהילייה המשפטית הישראלית. סידע זה יהא בעל אופי כללי ולא ספני"; שם, בעמ' 211.

169. כך, למשל, נקבע ב"פסקת ההתגברות" (סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק) (ראו הערות 180 ו-181 להלן): בפסקת "שימור הדינים" (סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) ובסעיף 3 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תק"ן).

170. עניין בנק המזרחי, הערה 12 לעיל, בעמ' 406 (הנשיא ברק): "בינינו של חוק-יסוד אנו מצויים בדרגה נורמטיבית הגבוהה ביותר. מתבקש מכך, כי אין לשנות חוק-יסוד או הוראה מהוראותיו אלא בחוק-יסוד. ניתן יהא לשנות חוק-יסוד בחוק רגיל רק אם חוק היסוד יקבע זאת במפורש". ראו גם שם, בעמ' 274-276 (הנשיא שמגר). לתמיכה בגישה זו ראו בנדור, הערה 6 לעיל, בעמ' 146-154.

171. בג"ץ 1715/97 לשכת מהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (הכרזה על בטלות הוראה הפוגעת בחופש העיסוק); בב"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (הכרזה על בטלות הוראה הפוגעת בחירות ממעצר במסגרת השיפוט הצבאי); בג"ץ 1030/99 אורון נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(3) 640 (בטלותו של חוק, שמכוחו הוענקו רישיונות שידור לתחנת רדיו שפעלו ללא רישיון חמש שנים לפחות. בלא מכרז, לאור הפגיעה בחופש העיסוק של מתחרים בכוח). ראו גם עיין חיות, הערה 156 לעיל, שם נקבע כי אין בכוחה של הוראה בחוק (סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת [נסח משולב]), תשכ"ט-1969) לשלול את סמכותו של בית המשפט הגבוה לדק, "היוקת חייתה מהוראת [סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה [שהיא] הוראה חוקית-על-חוקית".

172. הוראות מסוג זה נקבעו בסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ובחוק-יסוד: הכנסת, בסעיפים 4 (שיטת הבחירות לכנסת), 9א (תקופת כהונה מרבית של הכנסת) ו-34 (התפירת הכנסת לפני גמר תקופת כהונתה). דרישת הרוב מוחלטת ביחס לכל אחת משלוש הקריאות בהן מתקבל החוק (אך לא ביחס לקיימת המקדמת או לדחיית הסתייגויות להצעה בקריאה השנייה). ראו הערה 230 להלן.

בזכות יסוד המוגנת על-פי חוק-יסוד יהיה תקף, רק אם הפגיעה היא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הגדרה.<sup>173</sup> הכרה ב"עליונות" של חוק-היסוד על-פני חקיקה רגילה, משמעה הכרה בחוקפן של הגבלות אלה על סמכות החקיקה של הכנסת, ואכיפתן על-ידי בית המשפט.

2.38 עקב כך נוצרה תוצאה הגריאת במבט ראשון פרדוקסלית: כפי שכבר הוזכר לעיל, עד לפסק הדין בעניין פנק המזרחי (שניתן ב-1995) הייתה ההלכה כי ההוראות הקבועות בחוק-היסוד, אשר אינן "משוריינות", אינן בעלות מעמד נורמטיבי שונה מזה של החקיקה ה"רגילה".<sup>174</sup> "עליונות" הוענקה רק למספר מצומצם של הוראות בחוק-היסוד, בהן נקבעה הוראה אותה מקובל היה לכנות "שריון", כלומר הוראה המגבילה במפורש את סמכותה של הכנסת.<sup>175</sup> לפיכך נוצרו שני סוגים של הוראות הכלולות בחוק-היסוד: הוראות ש"אינן משוריינות", כלומר ניתן לסטות מהן כפי שניתן לסטות מכל חוק אחר; והוראות "משוריינות", מהן ניתן לסטות רק בתנאים מיוחדים

173. הוראות מסוג זה נקבעו בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; בסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק (פגיעה בזכות המוגנת על-פי חוק-יסוד אלא אפשרית רק בחוק "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה (ואם הפגיעה היא) במידה שאינה עולה על הגדרה"); ובסעיף 9א לחוק-יסוד: הכנסת (הכנסת רשאית לחוקק חוק המאריך את תקופת כהונתה רק "אם נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן; תקופת הארכה לא תעלה על הזמן המתקיים מהנסיבות האמורות"). לבחירה בין שתי הדרכים להגביל את סמכות החקיקה של הכנסת חשיבות לעניין מידת המערבות השיטתית הנדרשת לשם אכיפת המגבלות.

174. ראו פסקי-הדין שהוזכרו בהערה 131 לעיל. לביקורת על הלכה זו, ראו, למשל, ק' קליין "על סמנטיקה ושלטון החוק - הרדורים ונעדרים על בניצ' 60/77 סלר נ' יושבי-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת" משפטים ט (תשל"ח); 79; אקצין, הערה 54 לעיל, בעמ' 237.

175. העיקרית שבהן היא זו הקבועה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, בדבר אופיין של הבחירות לכנסת, ובכלל זה היותן "שוות". ראו פסקי-הדין שאושרו בהערה 32 לעיל. כך, למשל, ניסח השופט בדק את ההלכה בפסק-הדין בעניין מינארי, הערה 54 לעיל (שניתן ב-1986), בעמ' 873: "כוחה של הכנסת לחוקק כל חוק הנראה לה, ורק מגבלות שהוטלו עליה על-ידי הפעלת כוחה של הכנסת כרשות מכוונת - מגבלות המוצאות כיום ביטויין העיקרי בחוקי היסוד המשוריינים - יכולות למנוע ממנה מלפעול כרצונה...". אם הכנסת חוקקת חוק-יסוד בעל הוראת שריון, על בית המשפט לבחון אם הוראת חוק רגילה מאוחרת תואמת את ההוראה המשוריינת, אם לאו" (ההדגשות הוספו). מכאן גם ההשערה הבהירה שיוחסה ל"שריון" של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מפני שניווי ברוב רגיל. ראו הדין בהצעה להוסיף לחוק-היסוד את סעיף הנוקשות (לאחר שזה נמחק ממנו במהלך הקריאה השנייה על חודו של קול בהצבעה על חוק-היסוד המקורי ב-24.3.2004, שהוכנה על-ידי ועדת נאמן, זו הוצע לקבוע בחוק-היסוד הצעת חוק-יסוד: החקיקה, מיום 2004.3.24, שהוכנה על-ידי ועדת נאמן. כי "חוק שהיה קיים ערב החילתו של חוק-היסוד: החקיקה, יעמוד בחוקפן אף אם הוא סותר חוק-יסוד שהיה קיים ערב החילתו של חוק-יסוד זה, אלא אם נקבע בחוק-היסוד האמור כי שניווי או פגיעה בזכויות. לפני יהיו בתנאים שנקבעו בלבד, והחוק הסותר אינו עומד בתנאים אלה" (סעיף 22ב) (לחוק-הצעת חוק-היסוד).

(בדרך כלל רוב מיוחס). והנה בעקבות הלכת בנק המזרחי התהפכו היעירות: כאמור, נקבע שם כי ככלל אין המחוקק ה"רגיל" מוסמך לסטות מהוראה הקבועה בחוק-יסוד;<sup>176</sup> המחוקק ה"רגיל" רשא לעשות כן, רק אם הוסמך לכך במפורש בחוק-היסוד, כלומר אם נכללה בחוק-היסוד מה שבעבר כונה "הוראת שריון", שהיה זוהי הוראה הקובעת תנאים בהם מוסמך המחוקק ה"רגיל" לסטות מן האמור בחוק-היסוד. באופן זה התהפך באחת מעמדין של ההוראות ה"משוריינות", והן הפכו לכאורה מוגנות פחות מפני פגיעה בהן לעומת ההוראות "שאין משוריינות". ממילא מובן כי המינוח "שריון" אינו מתאים עוד להוראות מסוג זה (כפי שנראה בהמשך, יש לייחדו להוראות המסילות מגבלות על האפשרות לשנות בחוק-יסוד הסדרים מסוימים). המינוח המקובל כיום להוראות אלה הוא "פסקאות הגבלה", כלומר הוראות המגבילות את כוחה של הכנסת כרשות מחוקקת.

למעשה הסדרים בחוק-היסוד, הכוללים "פסקאות הגבלה", אינם מוגנים פחות או גותרים מהסדרים בחוק-היסוד שאינם כוללים הוראות מעין אלה. הדבר נובע מן האבחנה בין "פגיעה" בהסדר מסוים לבין "שינוי" שלו ומהחלתן של "פסקאות הגבלה" שיפוטיית.

2.39 על-פי ההלכה שנקבעה בעניין בנק המזרחי, "פסקת הגבלה" נועדה להסמיך את המחוקק ה"רגיל" לקבוע הסדרים, שיש בהם אך ורק משום "פגיעה" בהסדר המוגן מכוחה. על-פי הגישה המקובלת אין "פסקת הגבלה" מסמיכה את הכנסת להביא ל"שינוי" הסדר הקבוע בחוק-יסוד באמצעות חוק "רגיל".<sup>177</sup> לפיכך מכלול ההוראות הקבועות בחוק-היסוד - בין אלה ה"משוריינות" (כלומר, מוגנות באמצעות "פסקת הגבלה") ובין אלה שאינן משוריינות" - נהנות מ"עליונות" על-פני החקיקה ה"רגילה" במובן זה, שאין חוקף להוראה בחוק "רגיל", שיש בה משום שינוי של ההסדר הקבוע בחוק-היסוד.

176. הנשיא בדק ציין כי הוא "מודע... לכך, כי בעבר שונו חוקי יסוד בחקיקה רגילה. אינו מבקש לפגוע בחוקפן של שינוי זה, שנחמד כפסקי-הדין של בית משפט זה. על כן, מה שנעשה בעבר יעמוד בעינו. אך מעתה ואילך - אין לשנות חוק-יסוד אלא בחוק-היסוד". עניין בנק המזרחי, הערה 12 לעיל, בעמ' 407. ראו גם שם, בעמ' 274-276, ר' 299-296, והנשיא (שמוג').

177. לעתים נקבע במפורש בהוראת ה"שריון", כי שינוי חוק-היסוד ייעשה בחוק-יסוד בלבד. כך נעשה בסעיף 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ובסעיף 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל. אך גם במקרים בהם לא נקבע כך במפורש (ובהם סעיף 44 לחוק-יסוד: הממשלה (מ'2001), סעיפים 45 ו-44 לחוק-יסוד: הכנסת, וסעיף 3בג) לחוק-היסוד: משק המדינה) התוצאה והה. כדי לסטות מכלל זה, כך נקבע, "יש לקבוע... הוראה מפורשת בחוק-היסוד, תוך שזו תקבע במפורש כי עניינה אינו רק פגיעה בהסדריו של חוק היסוד... אלא שינויו של חוק-היסוד". עניין בנק המזרחי, הערה 12 לעיל, בעמ' 407 (הנשיא בדק).

2.40. מהותה של האבחנה בין "פגיעה" לבין "שינוי" נגזרת מן התכלית, לשמה נקבעו "פסקאות הגבלה" ביחס להסדרים מסוימים. נתייחס, למשל, ל"פסקת ההגבלה" הכלולה בסעיף 9א(א) לחוק-יסוד: הכנסת. נקבע שם כי "הכנסת לא תאריך את תקופת כהונתה אלא בחוק שנתקבל ברוב של שמונים חברי הכנסת ואם נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעיתן". הוראה זו היא "פסקת הגבלה". עניינה במצב בו הכנסת מבקשת לפגוע בהסדר הקבוע בסעיף 8 לחוק-היסוד, לפיו "תקופת כהונתה של הכנסת תהיה ארבע שנים שנים מיום היבחרה". כנסת המבקשת להאריך את תקופת כהונתה אינה מבקשת לשנות את ההסדר העקרוני שנקבע בעניין. היא מבקשת לסטות ממנו במסגרת מסוימות. חוק-היסוד מסמך אותו לעשות כן בחוק "רגיל", תוך קביעת התנאים לכך. לעומת זאת, אם הכנסת מבקשת לשנות את ההסדר מיסודו, כלומר לקבוע תנאים אחרים בהם היא מוסמכת להאריך את תקופת כהונתה, אין היא יכולה להסתמך בעניין על ההוראה האמורה. בהקשר זה נקבעה הוראה אחרת, סעיף 45 לחוק-היסוד, שעניינה נוקשותו של ההסדר הקבוע בסעיף 9א. סעיף 45 אמנם רק קובע כי שינוי של סעיף 9א יכול להיעשות "ברוב של שמונים חברי-כנסת"; אולם לפי ההלכה הנוהגת כיום מכוונת הוראה זו להגבלת סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת, כלומר לאופן בו היא יכולה לשנות בחוק-יסוד את ההסדר הקבוע בסעיף 9א.<sup>178</sup> אין נובעת ממנו הסמכה לשנות את סעיף 9א בחוק "רגיל".

הדברים דומים ביחס לסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. בסעיף זה מפורטים עקרונות שיטת הבחירות לכנסת, ובכללם היותן "שוות". נקבע שם כי "אין לשנות סעיף זה אלא ברוב של חברי הכנסת", ולפי סעיף 46, "שינוי" לעניין זה הוא "בין מפורש ובין משתמע". הוראה זו היא בעלת שני מובנים: ראשית, היא קובעת "שריון" (או "נוקשות") של שיטת הבחירות לכנסת. אם מבקשים לשנות את שיטת הבחירות, יש לעשות כן בחוק-יסוד, שהתקבל בקולותיהם של רוב חברי הכנסת.<sup>179</sup> שנית, היא קובעת "פסקת הגבלה". אם הכנסת מבקשת לקבוע הסדר ספציפי, שיש בו משום "פגיעה" באחד מעקרונות שיטת הבחירות, למשל בעקרון השוויון, עליה לעשות כן בחוק שהתקבל ברוב המיוחס האמור.

מסקנה דומה תקפה גם ביחס לסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ("פסקאות ההגבלה"), בהם נקבע כי פגיעה בזכויות המוגנות לפי חוק-יסוד אלה היא תקפה, רק אם נעשתה "בחוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה [ובתנאי שהפגיעה היא] במידה שאינה עולה על

178. במסגרת הפעלת סמכות מכוננת אין הכנסת מוגבלת מכוח הוראת הסיפה של סעיף 9א בדבר קיום "נסיבות מיוחדות המונעות עריכת הבחירות בעיתן". ראו סעיפים 2.46-2.57 להלן.

179. ראו עניין בנק המוחי, הערה 12 לעיל, בעמ' 407 (הנשיא ברק): "הוראת סעיף 4 מתייחסת לפגיעה בשיטת הבחירות - כגון פגיעה בעקרון השוויון אשר נודנה בפרשת ברגמן ובנוחיה - ולא בשינוי שיטת הבחירות עצמה. פשיטא שאם בשינוי שיטת הבחירות מותר - כגון מעבר מבחירות 'חסיתי לאזוריות - יש צורך... בחוק-יסוד, [שהתקבל] ברוב של חברי-הכנסת הנזכר בסעיף 4".

הנדרש". המסקנה האמורה חשובה במיוחד ביחס לסעיף 8א(א) לחוק-יסוד: חופש העיסוק ("פסקת ההתגברות"). נקבע שם כי "הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה כהתאם לסעיף 4 [פסקת ההגבלה]". אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי-הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוק-יסוד: חופש העיסוק". מטרתה של פסקת ההתגברות "לאפשר למחוקק להגשים את יעדיו החברתיים והפוליטיים, גם אם אלה פוגעים בחופש העיסוק והפגיעה אינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה".<sup>180</sup> פסקת ההתגברות מכוונת לחוק "רגיל", שמכוחו נפגעת האפשרות לממש זכות יסוד מסוימת. אין היא מכוונת לחוק, שמכוחו מבקשים לשנות הסדר הקבוע בחוק-היסוד, כגון לבטל את עצם ההגנה על זכות יסוד כלשהי או לשנות את התנאים בהם ניתן לפגוע בזכויות מוגנות.<sup>181</sup> מקרים מסוג זה מוסדרים ב"פסקת הנוקשות", כלומר בסעיף 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. אגב, בית המשפט לא שלל את האפשרות, כי כוחו של המחוקק מוגבל גם כאשר הוא פועל בהתאם לתנאים הקבועים בפסקת ההתגברות מכוח "עקרונות יסוד ומטרת אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמו, מושתתים עליהם", וזאת כאשר מדובר ב"פגיעה מהותית וקשה" בהם.<sup>182</sup>

180. עניין מישראל, הערה 57 לעיל, בעמ' 26. ראו גם ספיר, הערה 68 לעיל; ג. גונדובניק "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 129. ההרעה להכללת פסקת ההתגברות היא הוראה דומה הקבועה בסעיף 33 לצירטר מקנדי, אך שם תכליתה להעניק מרחב פעולה לפרובינציאליות (כלומר, להעניק חופש פעולה לקבוצות מיטוט) - בעוד אצלנו היא מאפשרת לכנסת עצמה, כרשות מחוקקת, לסטות מן ההגבלות שהוטלו עליה מכוח חוק-היסוד (כלומר, להעניק חופש פעולה לרוב, להגביל את חירות הפרט). ראו בהקשר זה ברק, הערה 47 לעיל, בעמ' 633. אגב, מובן כי אין כל היגיון בקביעת הוראה מסוג זה ביחס לזכות יסוד אחת בלבד - חופש העיסוק. כפי שציין ברק, "אם הפסקה [הוראת סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק] היא ראויה - האין מקום להרחיבה על כלל זכויות האדם? אם אינה ראויה - האין מקום לבטלה?"; ברק, הערה 134 לעיל, בעמ' 23. בתזכיר הצעת חוק-יסוד: החקיקה, מיום 24.3.2004, שהוכנה על-ידי ועדת נאמן, הוצע לקבוע כי אם נפסק כי חוק אינו תקף משום שהוא סותר הוראה של חוק-יסוד, "עמוד החוק הסותר בחוקו חרף הסתירה אם קבעה הכנסת כמפורש, בחוק שהתקבל ברוב של שבעים חברי הכנסת בקריאה השלישית, לאחר שהונח בפניה פסק דינו של בית המשפט העליון, כי החוק האמור יהיה תקף על אף האמור בחוק-היסוד" (סעיף 11א) להצעה.

181. ראו עניין מישראל, הערה 57 לעיל, בעמ' 27-28 (הנשיא ברק): "אין לעשות שימוש בפסקת ההתגברות - ודין דומה חל גם לעניין פסקת ההגבלה - כדי ליתן חוקף לחוק השולל או מבטל כליל את חופש העיסוק כזכות חוקתית בישראל. שלילת חופש העיסוק כזכות חוקתית יכולה להיעשות רק בדרך של שינוי חוק היסוד עצמו, כלומר 'בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת' (סעיף 7). אין להשיג תוצאה זו באמצעות פסקת ההתגברות. אכן, פסקת ההתגברות פועלת במסגרת חוק-יסוד: חופש העיסוק, ואין לאפשר מכווחת חקיקה המשנה את חוק היסוד".

182. עניין מישראל, הערה 57 לעיל, בעמ' 28 (הנשיא ברק). עוד נקבע שם כי אם מדובר בחוק העומד בתנאי פסקת ההתגברות (הקבועה, כאמור, רק בחוק-יסוד: חופש העיסוק), אך פוגע גם בזכויות המוגנות מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, חוקפו של החוק מותנה בקיומם של שלושה תנאים מצטברים: "ראשית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאה לוואי המתבקשת באופן טבעי

לכן, שהמחוקק יבטא במפורש את מודעותו לכך שהסדר שקבע פוגע בהסדר הקבוע בחוק היסוד;<sup>187</sup> אולם בשנים האחרונות מתגבשת בפסיקה גישה שונה, ולפיה יש לפרש את הוראות חוקי-היסוד כאילו נכללו בהן פסקאות הגבלה (וליצור בכך "פסקאות הגבלה שיפוטיות"), ולכתוב אם חקיקה, הפוגעת בהוראות חוקי-היסוד, עומדת בתנאים הנובעים מ"פסקת ההגבלה השיפוטית" הללונית.

ביטוי ראשון לגישה זו ניתן בעניין הופנונג, בהתייחס לחוק הפוגע בהוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, לפיה הבחירות לכנסת יהיו "שוות"<sup>188</sup> כאמור לעיל, לפי לשונה של הוראה זו, "פסקת ההגבלה" הקבועה בה מאפשרת לכנסת לחוקק חוק הפוגע בעקרון השוויון, רק אם החוק התקבל בקולותיהם של רוב חברי הכנסת; אולם לגישתו של השופט זמיר, אין מתחייבת מכאן המסקנה כי יש לשלול את תוקפה של כל הוראת

בין חוק יסוד הקובע הוראת שריון לבין חוק-יסוד השותק בעניין זה": עניין בנק המרחי, הערה 12 לעיל, בעמ' 409. עם זאת נמנע הנשיא ביק מלהכריע בכך, שכן באותו מקרה נדונה פגיעה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בו כלולה כאמור "פסקת הגבלה". השופט חשין קבע כי זוהי הגישה הראויה ביחס למכלול ההוראות הקבועות בחוקי-היסוד (כלומר, לרבות אלה לגביהן נקבעה "פסקת הגבלה"): "עיקר הוא במודעות הכנסת לשינוי שהיא עומדת לחולל בזכותיות הקבועות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו] – או לפגיעה בהן – ומכאן הצורך בהכרעה מפורשת על השינוי או על הפגיעה – בנוסחה זו או אחרת – על דרך של 'למרות האמור'. ובמקום שכרוך לקורא כי הכנסת הייתה מודעת במפורש למעשה, שוב אין הכרח הנובע מן השיטה להיותם של השינוי או הפגיעה נכללים בחוק יסוד דווקא"; שם, בעמ' 563-564. ראו, ברוב דומה, מ' אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוקי-היסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג), 659, 662; "חוק הבט לשנות מהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (הכוונה כנראה, ל"פגיעה" בהן – א"ר ריב"מ) צריך שיאמר בו: על אף האמור בחוק יסוד זה, או ביטוי אחר כיצא בה, אך הוא ותו לא"; קרפ, הערה 43 לעיל, בעמ' 375; *D. Kretzmer "The New Basic Laws: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?" 26 Isr. L. Rev. (1992) 238* השופט חשין נקט עמדה דומה ביחס לסיני, 33 לחוק יסודות התקציב בעניין התנועה המסורתית, הערה 43 לעיל. חשוב להדגיש עוד כי כאשר נכללת בחוק-היסוד "פסקת הגבלה" – כפי שעשתה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ההלכה היא כי פגיעה בזכות יסוד, המוגנת על-פי חוק היסוד שלא בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה, אינה תקפה, אף אם נעשתה "במפורש"; "אין נפקא מינה אם חוק יגיל", הפוגע בזכות יסוד בלא לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה] התקבל ברוב יוגיל" או מיוחס". כן אין נפקא מינה אם חוק יגיל, זה קובע במפורש כי הוא תקף על אף האמור בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, או אינו קובע זאת"; עניין בנק המרחי, הערה 12 לעיל, בעמ' 305 (הנשיא שמגר). ראו גם בג"צ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר החוץ, פ"ד (5) 505, 485.

187. כפי שציין בעניין זה השופט חשין, "אדבא: יעמוד נציג ממשלה על דוכן הכנסת ויבטא יאמר: חרבהי לכלב [את ההסדר הקבוע בחוק-היסוד], ועל-אף זאת אין זה ראוי, לדעתי, כי אכבד. זו היא ידיעה, זו היא מודעות, כך היא נטילת אחריות, זה הביטול המפורש... בפירושו כך של חוק היסוד התחנתה פגיעות בלתי מבוקרות בזכותיות היסוד, ואפשר לא תיוולדת כלל"; עניין בנק המרחי, הערה 12 לעיל, בעמ' 558.

188. לדיון בהוראה זו ראו טעמים 8.7-8.9-8.10 להלן.

2.41 במילים אחרות, "פסקאות ההגבלה" מתייחסות להסדרים כלליים, המבטאים עקרונות יסוד, הקבועים בחוקי-היסוד. הן משקפות את ההכרה כי עקרונות היסוד הללו אינם מוחלטים, וכי בנסיבות מסוימות עשויה להידרש סטייה מהם. סטייה זו אין משמעה ביטול ההכרה בהסדרים אלא כמשקפים עקרונות יסוד של השיטה. "פגיעה" היא מטבעה מתחומת ונקודתית.<sup>183</sup> הסמכת המחוקק ה"רגיל" לסטות, בתנאים מסוימים, מעקרונות היסוד נועדה דווקא לשמר את מעמדם ככאלה. אלמלא כן, נדרשת הייתה קביעה בחוק-יסוד של כל הסדר, שיש בו משום פגיעה מסוימת בעיקרון הכללי, באופן שהיה מביא לטשטוש האבחנה בין עקרונות היסוד לבין המקרים החריגים בהם אפשרית סטייה מהם.<sup>184</sup> ייחודם של ההסדרים הכלליים המוגנים מכוח "פסקאות הגבלה" הוא ההכרה באפשרות כי יתכן סטייה מהם במקרים ספציפיים, בלא שיבצע מכאן ויתור על ההסדר הכללי או שינוי שלו. לא כך כאשר מדובר בהסדרים ספציפיים הקבועים בחוקי-היסוד, לגביהם אין נדרשות בדרך כלל "פסקאות הגבלה". משום כך גם קל יותר, מבחינה ציבורית, "לעכל" את מעמדם החוקתי של חוקי-היסוד.

2.42 באשר ל"פגיעה" בהסדר הקבוע בחוק-יסוד, שלגביו לא נקבעה "פסקת הגבלה" כלומר לא נקבעו במפורש התנאים שבהתקיימם ניתן לסטות מן ההסדר, אך לא לשנותו, בחוק "ריגיל" – טרם נפסקה הלכה חד-משמעית.<sup>185</sup> בעבר הוצע להכשיר את הפגיעה אם היא נעשית במפורש, כלומר רק אם נקבע בחוק ה"ריגיל" כי ההוראה הפוגעת תהא תקפה למרות האמור בחוק היסוד.<sup>186</sup> לפי גישה זו, הדרגישה היא למעשה

הפגיעה בחופש העיסוק; שנית, הפגיעה בחופש העיסוק היא הפגיעה העיקרית ואילו הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא משנית. שלישית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות, כשלעצמה, אינה בעלת עוצמה ממשית. בהתקלים שלושה תנאים אלה מתחייבת פרשנות – המשקפת על ההוראות החוקיות כאחרות, והמבקשת להבטיח הרמוניה חוקית – המעניקה לחוק החורג חוקתי מעבר לחוק-יסוד: חופש העיסוק. כל גישה פרשנית אחרת תרוקן את פסקת ההתגברות מתוכנה ותימנע שימוש אפקטיבי בה. פרשנות ראויה הייתה למונח תוצאה זו: שם, בעמ' 30.

183. עניין בנק המרחי, הערה 12 לעיל, בעמ' 275 (הנשיא שמגר). לדיון באבחנה בין "פגיעה" לבין "שינוי" ראו בנדר, הערה 6 לעיל, בעמ' 149-152, הסבור כי "כל סטייה שאינה נקודתית מהסדר שבחוק-יסוד תחשב כשינוי ההסדר", ולא רק כאשר מדובר ב"גורמה, שתבקש לשנות ישירות את הטקסט של חוק-היסוד".

184. ראו, ברח"ז, גביון, הערה 6 לעיל, בעמ' 121: "במקום להתקים לקראת מצב של מניין וסניון, כך שחוקי-היסוד יכללו רק עקרונות, [עלולה הייתה להתרחש] היחבת קביעת חוקי-היסוד לכל החוקים... שיש חשש כי הם עומדים בסתירה לחוק-יסוד". ראו גם ביק, הערה 47 לעיל, בעמ' 471-470.

185. ראו, למשל, בג"צ 102/99 משגב נ' הנפסח (לא פורסם), שם ציין השופט זמיר (בסעיף 7 לפסק דינו), כי "עדיין לא נפסקה הלכה כי בית-המשפט מוסמך לבטל חוק הנוגח את חוק-יסוד: הממשלה".

186. הנשיא ביק נטה לדעה זו: "ייחוסן כי בהיעדר הוראת שריון, ניתן לפגוע בהסדריו של חוק-יסוד באמצעות חוק רגיל, ולכלי שהפגיעה תהא מפורשת. בכך ניתן היה, מחד גיסא, להמשיך ולהבליט את מעמדו הנורמטיבי העליון של חוק-היסוד, ומאידך גיסא, ניתן היה לשמור על ההבחנה הראויה

חוק הפוגעת בעקרון השוויון בבחירות, אשר לא התקבלה ברוב כאמור: "השוויון בבחירות הוא ערך מרכזי והוא ראוי להגנה מרבית, כמו החשובים שבערכים החוקתיים, כגון זכויות היסוד של האדם, כמו חירות האדם וכבוד האדם. אך דומה כי השוויון אינו צריך הגנה מוחלטת, מעבר להגנה המוקנית לזכויות היסוד של האדם, שכן גם השוויון, כמו זכויות היסוד של האדם, אינו בגדר זכות מוחלטת. ... יש מקום לומר כי פגיעה בשוויון המוחות, בהקשר של הבחירות לכנסת, היא פגיעה בשוויון הסיכויים שאינה עומדת במבחן המשולש הנקבוע בפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו]: ערכי המדינה, תכלית ראוייה ומידתיות. פרשנות כזאת תביא הרמוניה ראוייה, שהפרשן שואף אליה, בקרב החוקים הקובעים את הערכים החוקתיים".<sup>189</sup>

2.43 גישה זו יושמה ככמה הקשרים. דוגמה אחת היא הפרשנות שניתנה בפסיקה להוראות חוק, המתיימרות לשלול את הסמכות להחיל ביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות שונות (למשל, באמצעות הקביעה כי החלטה מסוימת תהא "סופית"). הוראות אלה אינן עולות בקנה אחד עם הוראת סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, המעניקה לבית המשפט הגבוה לצדק סמכות לרדן בכל "העניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק...". בסעיף 15(ג) לא נקבעה פסקת הגבלה, אך בית המשפט פירש הוראה זו באופן היוצר "פסקת הגבלה להחיל ביקורת שיפוטית, אך בית המשפט כאמור אינו שוללת את סמכותו של בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית, אך יש בהן כדי להוביל לצמצום היקף הביקורת השיפוטית ועילות ההתערבות בהחלטה שלטונית".<sup>190</sup> פסקת ההגבלה השיפוטית, המוחלת במקרים מסוג זה, היא כי המחוקק אינו רשאי אמונם לשלול לחלוטין את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק להחיל

189. בג"צ 3434/96 הפוגנז נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד (ג) 70, 57, ראו גם שפ, בעמ' 75 (הגשיא ברק): "על-פי גישתו [של השופט זמיר], פגיעה בשוויון (המהותי) תתרחש רק אם החוק הפוגע אינו מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. יש בהצעתו של חברי מושם פיתוח פסקת הגבלה שיפוטית, מקום שחוק היסוד אינו קובע הוראה מפורשת בעניין זה. בדרך דומה נטק בית המשפט העליון של ארצות-הברית. ה-Bill of Rights האמריקני כולל מספר זכויות – כגון חופש הביטוי וחופש הדת – המוגדרות כמזימים מוחלטים, ואין בהן כל פסקת הגבלה. בית המשפט העליון לא היסס לפתח פסקאות הגבלה שיפוטיות, ובכך הפך את הזכויות המוחלטות לזכויות יחסיות". ראו גם ברק, הערה 2 לעיל, בעמ' 351-353.

190. בג"צ 6654/98 הלפרין נ' פקידת הבחירות לעיריית הרצליה, פ"ד (ג) 348, 349, 8290/03 אלחלים נ' יושב-ראש ועדת הבחירות לנכנסת (לא פורסם); בג"צ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד (ג) 950, רב"ג"ץ 8071/01 יעקוביביץ' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (ג) 121, ראו בעניין זה סעיפים 4.9-8.14-8.17 להלן. ראו גם בג"צ 3511/02 עמותת הסורים לדר-ימים כנגד נ' משרד התשתיות, פ"ד (ג) 102, שם נקבע כי בסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק "להורות על מתן צו הביניים הדחוף המבוקש, אך בהנחה שדיני התכנון והבנייה אינם מאפשרים זאת". ראו בהקשר זה סעיף 3.29 להלן.

ביקורת שיפוטית על כל החלטה שלטונית שהיא, אך הוא רשאי להגביל את עילות הביקורת השיפוטית, ולכן גם את היקפה של הביקורת בנסיבות בהן קיימת חשיבות מיוחדת להבטחת ספיות ההחלטה, למשל בכל הקשור להליכי הבחירות.<sup>191</sup>

דוגמה שנייה ליישום גישה זו ניתנה בעניין מופז, שם נדונה חוקתיותה של הגבלה שנקבעה בסעיף 56(א1) לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969, על זכותם של קציני צבא בכירים להיבחר לכנסת בטום חלפה "תקופת צינון". בית המשפט הכיר בכך שהוראה זו פוגעת בהוראה הכללית הקבועה בסעיף 6 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובעת את הזכות להיבחר; ואולם נקבע כי אין בכך כדי לשלול את תוקפה של שלילת הזכות להיבחר שנקבעה בחוק הבחירות לכנסת, משום שזו סבירה ומידתית, כלומר היא עומדת בתנאיה של "פסקת ההגבלה השיפוטית" שיש לקרוא לחוק-יסוד: הכנסת.<sup>192</sup> השופט מצא קבע שם כי "מבחינה המשולש של פסקת ההגבלה [שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו] נתפס בהכרחו השיפוטית ככלי ראוי לבחינת חוקתיותו של חוק. משהפך לאחד מעקרונות היסוד של שיטתו החוקתית רשאי בית-המשפט להפעילו גם בהיעדרה של פסקת הגבלה בחוק היסוד שלאורו נבחן החוק העומד לביקורתו".<sup>193</sup>

יש הרואים בהחלת גישה זו מושם "מהפכה חוקתית שנייה".<sup>194</sup> איננו שותפים להערכה זו. הגישה האמורה היא תוצאה בלתי נמנעת של ההכרה בעליונותו של כלל חוקי היסוד, שנקבעה כבר בפרשת בנק המזרחי. החלטה של "פסקאות הגבלה שיפוטיות" נדרשת כדי למנוע את התוצאה הבלתי סבירה, לפיה הוראות בחוק-יסוד, לגביהן נקבעה פסקת הגבלה מפורשת, יהיו מוגנות פחות מהוראות לגביהן לא נקבעה הוראה כאמור.

191. ראו בעניין זה בפירוט בסעיפים 8.14-8.17 להלן. לפי גישה אחרת, אשר לדעתנו אינה רצויה, תנאי להכרה בכוחה של הכנסת לפגוע בהוראה הקבועה בחוק-יסוד, בכפוף לסייגים הנובעים מהחלטה של פסקת הגבלה שיפוטית, היא הסמכה מפורשת לכך בחוק-היסוד עצמו. כלומר, לפי גישה זו, החלטה של פסקת הגבלה שיפוטית תיעשה רק כאשר בחוק-היסוד כלולה הסמכה לפגוע בהוראותיו בחוק רגיל. זו, כך נראה, הגישה העולה מפסק הדין של הגשיא ברק בעניין חרות, הערה 171 לעיל. ראו גם ברק, הערה 23 לעיל, בעמ' 30-33; ה' סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" מפשט ונסיגים א (תשס"ה) 62-65, גישה זו מעניקה מעמד עדיף להוראות שבחוק-יסוד, לגביהן לא נקבעו פסקאות הגבלה, ללא הצדקה. ואכן, בספרו האחרון הכיר הגשיא ברק בכוחה של הכנסת לפגוע, בחקיקה רגילה, בהסדר הקבוע בחוק-יסוד, אך כלא הסמכה מפורשת לכך בחוק-היסוד, בכפוף לפסקת הגבלה שיפוטית (ברק, הערה 2 לעיל, בעמ' 351-353). הגשיא ברק נמנע שם מלהזכיר את פסיקתו בעניין חרות, באופן היוצר אי-בהירות כאשר להלכה בהקשר זה.

192. עניין מופז, הערה 156 לעיל. ראו סעיף 8.34 להלן.

193. עניין מופז, הערה 156 לעיל, בעמ' 811.

194. ראו א' בנדר "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו (תשס"ג) 305; א' רייכמן "ככה לא

בונים חוקה" עורך הדין 35 (2003) 42.

עבודה זו, הנסמכת מעין הציבור, תשובה לא פחות מהביקורת השיפוטית, ורחבה ממנה בהיקפה ובהשלכותיה הממשיות. הדבר גם משקף את העובדה, שדרך הערכות מוקדמות ספקניות מודעת הכנסת עצמה היטב ל"עליונות" חוקי-היסוד, והיא רואה עצמה מחויבת לכבד את הוראותיהם. שלישיית, הכנסת מכבדת את הכרעותיו של בית המשפט כאשר לשלילת תוקפן של הוראות בחקיקה, שנקבעו כסותרות את האמור בחוקי-היסוד.<sup>198</sup> למעשה גם תיקון חוקי-יסוד: חופש העיסוק, ב-1994 (כאמצעות הספה של "פסקת ההתגברות"), שנועד להכשיר את תוקפו של חוק יבוא כשר קפוא, תשנ"ד-1994, נעשה בעקבות הערה בעניין של בית המשפט העליון.<sup>199</sup>

ח. תוקפן של הוראות "נוקשות" בחוקי-היסוד והגבלת הסמכות הממונת

2.46 מאפיין מרכזי של הוראות "חוקתיות" הוא האפשרות "לשריין" אותן, כלומר למנוע את שינוין באמצעות פרוצדורת ההכרעה הדמוקרטית הרגילה.<sup>200</sup> כפי שראינו לעיל, הפעלת סמכות ממונת היא תנאי הכרחי להכרה בתוקפה של "כבילה עצמית".<sup>201</sup> על-פי ההלכה שנקבעה בעניין בנק המזרחי, הכנסת רשאית, "שעה שהיא מפעילה את סמכותה הממונת, לכבול את כוחה המזוין לשנות את חוקי-היסוד, וכך ליצור 'נוקשות' להוראותיה החוקתיות".<sup>202</sup> גם בהקשר זה, כמו זה של "עליונות", המבחן

בתקנון הכנסת נוהל מיוחד לדיון בטענה, כי הצעת חוק סותרת הוראה הקבועה בחוק-יסוד. ההצעה לא אומצה (ראו פרוטוקול ישיבה מיום 28.3.95 של ועדת הכנסת וועדת החוקה, חוק ומשפט). ראו בהקשר זה גם סעיף 18.10 להלן.  
 198. כאמור, עד כה הכריז בית המשפט העליון על שלוש הוראות חוק כבטלות מחמת הפגיעה, הנובעת מן בובריות יסוד מוגנות. ככל המקרים כיבדה הכנסת את פסקתו זו של בית המשפט. כך, בעקבות פסק-הדין בעניין לשכת מגהלי, ההשקעות, הערה 171 לעיל, תוקן סעיף 48 לחוק הסדרת הייעוץ בייעוץ השקעות וביהיול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995 (ראו הצעת חוק הסדרת הייעוץ השקעות וביהיול תיקי השקעות (תיקון מס' 2), התשנ"ח-1997, ה"ח 82); ובעקבות פסק-הדין בעניין צמח, הערה 171 לעיל, תוקנו סעיפים 234 ו-237 לחוק השיפוט הצבאי, תשס"ו-1955 (ראו הצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון), תש"ס-2000, ה"ח 247).  
 199. עוד בטרם נחקק החוק העיר בית המשפט בעניין מיטראל, הערה 57 לעיל, כי הוא עשוי להכריז על בטלותו של החוק מבח הוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק.  
 200. ראו גביוון ושפירא, הערה 7 לעיל, בעמ' לט: "החוקה צריכה להתאפיין ביציבות ונוקשות, כך שקשה יהיה לשנות אותה... אם החוקה אינה נהנית מנוקשות, המיעוט תישושי כי לאחר זמן, כאשר המכלול יחקה כמות מאליו... הרוב עלול להתפתח לתקן את החוקה באופן שישר אותה מנוקת מבטו. מנגוני הנוקשות מועדים אפוא להגן על המיעוט ועל ציפיותיו כי המכלול יישמר". ראו גם Fikier, הערה 14 לעיל. לעומת זאת, ההתנגדות לנוקשות היא שעמדה ביסוד עמדתו של ראש הממשלה, ד"ר בן גוריון, כנגד כינון חוקה. ראו ש. אהרונוסן "חוקה לישראל – הדגם הבריטי של דוד בן-גוריון" פוליטיקה 2 (תשנ"ט) 9.  
 201. ראו סעיפים 2.9-2.10 ו-2.18-2.14 לעיל.  
 202. עניין בנק המזרחי, הערה 12 לעיל, בעמ' 408 (הנשיא ברק). ראו גם בנדור, הערה 6 לעיל, בעמ'

2.44 סיכמו של דבר: מכלול ההסדרים הקבועים בחוקי-היסוד נהנים מ"עליונות" על פני חקיקה רגילה. "עליונות" זו מתבטאת בעדיפות, הניתנת לסדרים הקבועים בחוקי-היסוד במקרה של סתירה בינם לבין האמור בחקיקה רגילה. הוראה בחוק "רגיל", שאינה עולה בקנה אחד עם הסדר הקבוע בחוקי-יסוד, היא תקפה רק אם ניתן לראות בה כ"פוגעת" בלבד בהסדר שבחוקי-היסוד, ולא כ"משנה" אותו; אם נקבעו תנאים בעניין בחוקי-היסוד ("פסקת הגבלה"), ההוראה הפוגעת תהא תקפה רק אם התקבלה בהתאם לתנאים אלה; ובהיעדר תנאים כאמור בחוקי-היסוד תהא ההוראה הפוגעת תקפה, רק אם היא עומדת בתנאים שנקבעו בפסיקה בהתאם לעקרונות היסוד של השיטה ("פסקת הגבלה שיפוטית").

2.45 סוגיה נפרדת היא אופן האכיפה של עליונות חוקי-היסוד. מנגנון עיקרי בהקשר זה, בו נדון בפרק 4, הוא החלת ביקורת שיפוטית.<sup>195</sup> עם זאת קיימים גם מנגנונים אחרים. ראשית, הוראות חוקי-היסוד צוברות בשנים האחרונות הכרה ציבורית כביטוי לערכי יסוד, מהם אין רשאית הכנסת לסטות. עם התחזקות הכרה זו גוברת גם יעילותו של הפיקוח הציבורי על פעילות החקיקה של הכנסת.<sup>196</sup> שנית, ככנסת ובממשלה התגבש נוהל, מכוון נברקת התאמת הצעות החוק השונות להוראות חוקי-היסוד.<sup>197</sup>

195. ראו סעיפים 4.64-4.70 להלן.  
 196. גביוון ציינה בהקשר זה כי "המבחן האמיתי [לקיומו של "משטר חוקתי"] הוא אם יש כשיטה 'מדרג גורמטיבי' שיש בו משום מגבלה אפקטיבית על כוח החקיקה של המחוקק העליון הרגיל"; גביוון, הערה 6 לעיל, בעמ' 39. ראו גם Tribe, הערה 21 לעיל. להדגשת החשיבות של חוקה אך בלא אכיפה כדרך של ביקורת שיפוטית ראו L. Sager "The Domain of Constitutional Justice" in L. Alexander ed., 1998) 235; M. Tushnet *Constitutionalism: Philosophical Foundations* (L. Alexander ed., 1999); F.I. Michelman "The Constitution, Taking the Constitution away from the Courts" 1 *Oxford Int'l J. of Const. L.* (2003) 13.  
 197. על-פי הנחיה שהוציא היועץ המשפטי לממשלה, "חריש", כ-21.7.93, "כאשר מובאת הצעת חקיקה מטעם הממשלה לדיון בפני הממשלה או בפני ועדת השרים, תצורף לאותה הצעה לרבות בכדי בשאלת תוקפה של החקיקה המוצעת לאורם של חוקי היסוד". כך אכן נעשה גם בפעיל, לרבות בכדי הסדר הגלויים להצעות חוק שמגישו הממשלה. במערכת הייעוץ המשפטי של הכנסת מתקיימת מערכת נפרדת של בדיקת חוקיותו של הצעות חוק. ביזמתה של עו"ד א' שניידר, לימים היועצת המשפטית של הכנסת, כפי שבטאה בפנייה מיום 5.10.94 אל היועץ המשפטי לממשלה, התאמת יוזמות החקיקה להוראות חוקי-היסוד נשקלת בכל שלבי החקיקה, לרבות בדינים בתקנה, אך הוא אישרו הצעת החוק בקריאה ראשונה. הכנסת אמנם נמנעה מלעגן הסדר זה במפורש בחקונה, אך הוא הפך לנוהל קבוע במסגרת הדיון בהצעות חוק בוועדות הכנסת. דוגמאות מובהקות לכך הן חקיקת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996; חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), תשנ"ו-1996. לסקירה מפורטת בעניין זה ראו רובינשטיין, הערה 94 לעיל, בעמ' 351-357. נוהג זה שאומץ בכנסת – בהסכמה שקטה של חבריה – הוא יוצא דופן גם ביחס לפרלמנטים במדינות בעלות חוקה. לדיון בנוהג זה ראו גם א. כרמון (מנחה) חולפי החקיקה בעידן חוקי היסוד – שולחן עגול (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1995). ב-1994 הציע ח"כ ח' מירום לעגן