

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 6652/96

בפני: כבוד השופט א' גולדברג  
כבוד השופט י' זמיר  
כבוד השופטת ד' ביניש

העותרת: האגודה לזכויות האזרח

נגד

המשיב: שר הפנים

תאריך הישיבה: ד' באדר תשנ"ח (2.3.98)

בשם העותרת: עו"ד ע' שקולניקוב

בשם המשיב: עו"ד ע' פוגלמן

### פסק-דין

השופט א' גולדברג:

הרקע לעתירה

1. בעתירה זו נתבקשנו לקבוע כי שורה ארוכה של סעיפים בפקודת העיתונות, 1933 (להלן: **פקודת העיתונות**) וכן תקנה 94 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: **תקנה 94**), בטלים מיום 10.3.96, או לחלופין מיום 17.9.96, כיוון שהם עומדים בסתירה לחוק יסוד: חופש העיסוק (להלן: **חוק היסוד**). פקודת העיתונות עוסקת, בין היתר, בדרישות רישוי לשם הדפסת עיתונים והוצאתם לאור ובדרישות רישוי לשם החזקת בית דפוס. עיקרה של תקנה 94 בצורך בהיתר של הממונה על המחוז להוצאה לאור של עיתון.

ההיסטוריה החקיקתית של חוק יסוד: חופש העיסוק

2. ביום 3.3.92 התקבל בכנסת חוק היסוד, בגירסתו הראשונה (ס"ח 1387, התשנ"ב, עמ' 114 מיום 12.3.92). סעיף 6 לחוק יסוד זה קבע, בין היתר, כי "הוראות חיקוק שהיו בתוקף ערב תחילתו של חוק יסוד

זה, והן עומדות בסתירה להוראותיו, יעמדו בתוקפן עד תום שנתיים מיום תחילתו של חוק-יסוד זה" (להלן : תקופת שימור הדינים הראשונה).

3. לקראת תום תקופת שימור הדינים הראשונה, התקבל בכנסת (ביום 9.3.94) חוק היסוד הנוכחי (ס"ח 1454, התשנ"ד, עמ' 90) אשר ביטל את חוק היסוד הקודם וקבע בסעיף 10, כי:

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

חוק היסוד פורסם ביום 10.3.94, ולפיכך פקעה תקופת שימור הדינים הנוספת בת השנתיים (להלן: תקופת שימור הדינים השניה) ביום 10.3.96.

ביום 30.10.96, התקבל בכנסת חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון) (פורסם בס"ח 1602, התשנ"ז, עמ' 4, ביום 7.11.96), אשר תיקן את סעיף 10 לחוק היסוד והאריך את תקופת שימור הדינים השניה, בקובעו, כי:

"בסעיף 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, במקום 'עד תום שנתיים' יבוא 'עד תום ארבע שנים'".

בהתאם לתיקון האמור, הוארכה תקופת שימור הדינים השניה, רטרואקטיבית, עד ליום 10.3.98 (להלן : תקופת שימור הדינים השלישית).

4. ביום 18.3.98, שמונה ימים לאחר סיום תקופת שימור הדינים השלישית, קיבלה הכנסת את חוק-יסוד: חופש העיסוק (תיקון מס' 2) (ס"ח 1662, התשנ"ח, שפורסם ביום 19.3.98). תיקון זה קבע:

"בסעיף 10 לחוק-היסוד במקום 'עד תום ארבע שנים מיום תחילתו של חוק-יסוד זה' יבוא 'עד יום א' בניסן התשס"ב (14 במרס 2002)".

5. עוד ראוי לציין (מטעם שיובהר בהמשך), כי ביום 26.2.96 קיבלה הכנסת את חוק התפזרות הכנסת השלוש-עשרה, התשנ"ו-1996, לפיו התפזרה הכנסת לפני גמר כהונתה. הבחירות לכנסת הארבע-עשרה התקיימו ביום 29.5.96, וביום 17.6.96 התכנסה לראשונה הכנסת הארבע-עשרה.

6. עתירה זו נוגעת לשני פרקי זמן עיקריים. הראשון נוגע לתקופה שבין 10.3.96 ל- 7.11.96 (שכן ביום 10.3.96 הסתיימה תקופת שימור הדינים השניה, אשר הוארכה רטרואקטיבית רק ביום 7.11.96). פרק הזמן השני הוא זה שבין יום 10.3.98 ובין יום 19.3.98. אף בתקופה זו פקעה תקופת שימור הדינים, אשר הוארכה תשעה ימים לאחר מכן על-ידי הכנסת באופן רטרואקטיבי.

#### טענות העותרת

7. לגישת העותרת, הסעיפים בדברי החקיקה נשוא עתירה זו (בפקודת העיתונות ותקנה 94) עומדים בסתירה לזכות לחופש העיסוק ולחופש הביטוי, אשר הוכרו כזכויות יסוד. עוד גורסת העותרת, כי הפגיעה האמורה בזכויות יסוד אלה, הינה לתכלית לא ראויה ובמידה העולה על הנדרש. כן טוענת העותרת, כי בפרקי הזמן בהם לא חל סעיף שימור הדינים, בטלו מאליהן הוראות הדין המפורטות בעתירה.

8. טענה נוספת אותה מעלה העותרת הינה, כי תיקון לחוק יסוד אשר נעשה באופן רטרואקטיבי, אינו תופש. שכן, לא ניתן לחוקק חוק יסוד למפרע.

9. מוסיפה וטוענת העותרת, כי דין התיקונים בחוק היסוד להיפסל לאור פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

#### טענות המשיב

10. אין בטענות המשיב התייחסות אל מול התשתית המשפטית הרחבה שהציגה העותרת בדבר הפגיעה של דברי החקיקה הנדונים בחופש העיסוק, ובאי עמידתם בפסקת ההגבלה של חוק היסוד. טענות המשיב נוגעות למישורים אחרים.

11. טענתו הראשונה של המשיב, אשר הינה מעין טענת סף, היא כי על בית המשפט לקיים ביקורת חוקתית אך ורק בהקשר קונקרטי, אשר אינו קיים במקרה זה.

12. עוד טוען המשיב, לתחולה של סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת, הקובע:

"כל חיקוק שתוקפו היה פוקע תוך שני החודשים האחרונים לתקופת כהונתה של הכנסת היוצאת, או תוך ארבעה חודשים לאחר שהכנסת החליטה להתפזר, או תוך שלושת החודשים הראשונים לתקופת כהונתה של הכנסת הנכנסת - יעמוד בתוקפו עד תום שלושת החודשים האמורים".

היות והכנסת התפזרה ביום 26.2.96, כשבועיים ימים לפני המועד הקבוע לפקיעת תקופת שימור הדינים השניה, עומדת, על פי הטענה, הוראת שימור הדינים בתוקפה, לפחות עד ליום 17.9.96, שהוא יום סיום התקופה בת שלושת החודשים, אשר במהלכה עומדים חוקים בתוקפם מכוח סעיף 38 לחוק יסוד: הכנסת.

13. טענה נוספת, אשר מעלה המשיב הינה כי שיטת המשפט הישראלית אינה מכירה ב"בטלות אוטומטית" של חוקים. בטלות אוטומטית עומדת בסתירה בולטת לתכלית החוקתית שבבסיס תיקון חוק היסוד, אשר הינה שמירת תוקפם של כל החיקוקים אשר קדמו לחוק היסוד.

14. טענה אחרונה, אשר מעלה המשיב, הינה כי אל לו לבית המשפט להתערב בסוגיית הפגיעה בחופש העיסוק כל עוד פועלת וועדה ציבורית לבדיקת ההסדרים החוקיים של העיתונות בישראל.

#### הדרשות בית המשפט לעתירה שאינה קונקרטי

15. לעניין דחיית הטענה הראשונה של המשיב ככל שהיא נוגעת לזכות העמידה, די אם אפנה לדבריו של הנשיא שמגר בע"א 621/93 (בנק המזרחי נ' מגדל, פ"ד מט(4) 221, 349-350) כי:

"... הן אצלנו והן באנגליה ובארה"ב הורחבה בתקופתנו זכות העמידה והיא הוענקה בניסיונות מוגדרות גם למי שאינו נפגע במישרין מפעלה של הרשות (ראה אצלנו בג"צ 852/86 אלון ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מא(2) 3; בג"צ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 356, בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 589; וראה גם - H.W.R. WADE, ADMINISTRATIVE LAW, OXFORD, 5TH. ED. (583) 1982; ד"ר זאב סגל זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק פפירוס - אוניברסיטת תל-אביב, הוצאה שניה (1993))" (ההדגשות לעיל ולהלן הן שלי, אלא אם צויין אחרת - א.ג.).

וכן לדבריו של השופט זמיר בבג"צ 2148/94 (גלברט ואח' נ' יושב ראש ועדת החקירה לבדיקת

אירוע הטבח בחברון ואח', פ"ד מח(3) 573, 579):

"כידוע, בית משפט זה פתח את שערו בפני עתירות ציבוריות, בעניינים שיש להם חשיבות לשלטון החוק, אפילו אין לעותרים עניין אישי בעתירה. אני סבור כי התפתחות זאת טובה וחשובה. יש בה צורך בעיקר לגבי עניינים בהם אין בנמצא עותר בעל עניין אישי. אלה הם עניינים בהם רשות ציבורית קיבלה החלטה, או עומדת לקבל החלטה, שיש לה השלכה על הציבור הרחב, ועל העיקרון של שלטון החוק, ועם

זאת אין בה נגיעה ישירה לאדם מסוים או לקבוצה מוגדרת של בני אדם".

ואילו לדרישת הקונקרטיזציה אפנה לדנג"צ 4110/92 (יאב הס נ' שר הביטחון, פ"ד מח(2) 811), שם כבר הכרענו, כי לא מן ההכרח הוא תמיד כי עתירה תהא מלווה בתשתית עובדתית קונקרטית מעבר לפרשנותה של הוראה העומדת לדיון.

### שאלת בטלות החקיקה מאליה

16. אין מחלוקת, כי היו שני פרקי זמן, אשר במהלכם לא חלה הוראת שימור הדינים, והוראה זו הוחלה רק במועדים מאוחרים יותר באופן רטרואקטיבי. ואילו למחלוקת שבין הצדדים הנוגעת להגדרה המדויקת של פרקי זמן אלה (לעניין טענת המשיבה ביחס לתחולת סעיף 38 לחוק יסוד : הכנסת), אין נפקות לגופו של עניין. שכן, אורך התקופה בה לא חלה הוראת שימור הדינים, בין שמדובר בשבעה חודשים ובין שמדובר בחודש, אינה משנה את העובדה, שבפרק זמן מסוים לא הייתה הוראת שימור הדינים בתוקף. ברור הוא כי הכנסת האריכה את תחולת הוראת שימור הדינים באופן רטרואקטיבי בשני המועדים האמורים. מכאן שחוזרת טענת העותרת, כי בשל פקיעת תחולת הוראות השימור וכתוצאה מן הפגיעה של הדינים המצויינים בעתירה בחופש העיסוק, בטלים דינים אלה מאליהם.

17. פרופ' ברק בספרו פרשנות במשפט (כרך שלישי - פרשנות חוקתית, נבו, 1994, עמ' 720-730) מציג שלושה מודלים אפשריים לבחינת מעמדו של חוק הפוגע שלא כדין בזכות אדם מוגנת: מודל הבטלות המוחלטת, מודל הנפסדות ומודל הבטלות היחסית (המודלים האמורים מקורם ב - O. Field, The Effect of an Unconstitutional Statute, (1935) 2-8).

על פי **מודל הבטלות המוחלטת** (המכונה על-ידי Field - **The void ab initio theory**) דבר חקיקה הנוגד את החוקה, ובענייננו - הנוגד את חוק היסוד, הוא בטל ומבוטל (void). לדבר החקיקה לא היה מעולם תוקף והוא בטל מאליו, כאשר הביטול השיפוטי של החוק פועל למפרע מרגע החקיקה. לפי גישה זו, כאשר בית המשפט קובע שחוק נוגד את החוקה, הוא רק מצהיר על מצב קיים. הוא אינו יוצר מציאות חדשה ופסק דינו הוא דקלרטיבי ולא קונסטיטוטיבי.

על פי **מודל הנפסדות** (המכונה על-ידי Field - **Presumption of validity theory**), חוק שחוקק על-ידי המחוקק לעולם קבוע ותקף. אולם לאור אי חוקתיותו הוא נפסד, כלומר ניתן לביטול על-ידי קביעה של בית המשפט. כל עוד לא אמר בית המשפט את דברו, דבר החקיקה תקף. כאשר האורגן המוסמך (בית המשפט) מבטל חוק, זוהי פעולה קונסטיטוטיובית. הביטול יכול להיות רטרוספקטיבי, אקטיבי, או פרוספקטיבי - הכל כמוסדר בנורמות החוקתיות של שיטת המשפט. לגישה זו, מוסמך בית המשפט המבטל חוק, לקבוע את תוצאת הביטול.

### **מודל הבטלות היחסית** (המכונה על-ידי Field - **The case to case theory**) הינו מודל

ביניים בין שני המודלים שנזכרו. על פי מודל זה יש להתחשב במהותה של אי החוקיות ובנסיבות העניין. לעתים אי החוקיות היא כה יסודית, עד כי ניתן לומר כי החוק אינו יותר מ"פיסת נייר", והוא יהא בטל ומבוטל גם ללא כל צורך בהכרזה שיפוטית. במקרים אחרים, בהם עשויה הבטלות להיות שנויה במחלוקת (וכך הוא במרבית המקרים), נדרשת פעולת ביטול כדי לסיים את תוקפו הנורמטיבי של החוק. ביטול יכול להיות רטרוספקטיבי, אקטיבי, או פרוספקטיבי. ההחלטה תיעשה תוך התחשבות בהסתמכות על דבר החקיקה הלא חוקתי ובהיקף הציפיות הסבירות שהוא יצר. לפי גישה זו, ייתכן כי חוק יוכרז כבטל לצורך מערכת עובדות אחת, אך יוכר כתקף למערכת נסיבות אחרת.

### **המודל לבטלות חקיקה - מבט משווה**

18. נקודת המוצא במשפט האמריקאי הינה כי חוק לא חוקתי, בין אם פדרלי ובין אם מדינתי, אינו חוק כלל ועיקר, והוא בטל מעיקרו לכל עניין ודבר. ניתן לראות את יישומה של גישה זו כבר בפסק הדין הנודע בעניין **Marbury v. Madison** [Marbury v. Madison, 1 Cranch 137, 2 L.ed. 60(1803)], שניתן בשנת 1803 והניח את הבסיס לסמכות בתי המשפט בארצות הברית לפסול חקיקה. בפסק הדין קבע נשיא בית המשפט העליון האמריקאי באותה העת, השופט Marshall, כי :  
 "A law repugnant to the constitution is void" (pp.178).

משמעות מושג הבטלות המוחלטת במשפט האמריקאי התבררה בפסק הדין בעניין **Norton v. Norton** [Norton v. Norton, 118 U.S. 425, 6 Sup. Ct. Rep. 1121, 30 L. Ed. 178 (1886)] בו קבע השופט Field:

"An unconstitutional statute is not a law ; it confers no rights ; it imposes no duties ; it affords no protection ; it creates no office ; it is, in legal contemplation, as inoperative as though it had never been passed". (pp.186).

יהיה זה נכון לומר כי מאותו פסק דין ואילך, הדוקטרינה לפיה חוק לא חוקתי בטל מעיקרו וכאילו לא חוקק מעולם, הינה הדוקטרינה המסורתית והשלטת בבתי המשפט האמריקאים (ראו O. Field, The Effect of an Unconstitutional Statute, 2 (1935)). גם כיום, הגישה של בטלות מוחלטת הינה הגישה השלטת, כפי שעולה ממספר פסקי דין חדשים, אשר ניתנו בערכאות שונות. דוגמא עדכנית לכך ניתן למצוא, בין היתר, בפסק דינו של בית המשפט העליון במדינת נברסקה בעניין **Murphy**, אשר קבע כי חוק הסותר את חוקתה של מדינת נברסקה הינו בטל מעיקרו ולא ניתן לאכיפה [State ex rel. Stenberg v. Murphy, ] (1995) 247 Neb. 358, 527 N.W. 2d. 185 :

"Consequently, the provision of § 81 - 1417 which requires that the membership of the commission include a district court judge violates the distribution of powers clause found in Neb. Const. Art. II, § 1, and is thus void and unenforceable". (pp.194).

דוגמא נוספת מן העת האחרונה, המשקפת מגמה זו ניתן לראות בפסיקתו של בית המשפט העליון של דרום דקוטה בעניין **Weeger**, אשר קבע כי חוק אשר עמד בסתירה לתיקון הארבעה עשר לחוקה האמריקאית בטל מעיקרו [Weeger v. Bakeberg, 527 N.W. 2d. 676 ( S.D. 1995 )] :

"A statute found to be unconstitutional is void from its beginning and is to be treated as if it never existed" (pp. 678).

19. אלא שעל אף האמור, קיימים במשפט האמריקאי חריגים למודל הבטלות המוחלטת. מקום בו חוק, אשר הינו בר תוקף תקופה מסוימת, מוכרז כלא חוקתי, עולות לעתים שאלות הנוגעות לזכויות אשר נבעו מן החוק, וביחס לקביעות קודמות אשר נעשו על-פי החוק העומד בפני בטלות. לעתים, קשה להצדיק במקרים מעין אלה ולאור תוצאות אפשריות מהכרזת בטלות, את החלת המודל של הבטלות המוחלטת. בניסיון להתמודד עם קושי זה, אין הפסיקה האמריקאית קוהרנטית בסוגייה של החלת מודל הבטלות המוחלטת במקרה בו נפגעות זכויות אשר ניקנו מכוח החוק הלא חוקתי. במקרים מסוימים קבעו בתי המשפט, כי למרות קיומן של זכויות שנקנו מכוח החוק, החוק בטל (ראו עניין **Murphy** לעיל). במקרים אחרים נפסק כי החוק אינו בטל מאליו, תוך יישומם של כללים אחרים, ספציפיים, למקרה הנדון. דוגמא לחריג זה ניתן לראות בפסק דינו של בית המשפט

העליון של צפון קרולינה בעניין **Ingram** ] 301 N.C. ] American Mfrs. Mut. Ins. Co. v. Ingram, 138, 271 S.E.2d. 46 (1980). השאלה שעלתה בפסק הדין, הייתה האם חברת ביטוח יכולה להתנער

מחוזי ביטוח, אשר נעשו בהתאם לחוק אשר הוכרז כלא חוקתי. בית המשפט פסק כי :

"It is a rule of statutory construction that a statute declared unconstitutional is void *ab initio* and has no effect" (pp.51).

אך בהמשכו של פסק הדין מצוין החריג ממודל הבטלות המוחלטת:

"A court may employ the rule that a statute is presumed valid until declared invalid ; or, in a case - by - case analysis, an unconstitutional statute may be given some effect" (pp. 51).

החריג בפסק דין זה, המרמז על צורך לבחון כל מקרה לגופו ולהחליט על פי נסיבותיו, דומה מאוד

בהגיון הטמון בו למודל הבטלות היחסית, אך זאת ללא אימוצו המפורש של מודל זה.

גם בית המשפט העליון האמריקאי הכיר בחריגים מעין זה בפסק הדין בעניין **Baxter** ] Chicot

County Drainage District v. Baxter State Bank, 308 U.S. 371, 374 60 S.Ct. 317,

((1940)) בקבעו:

"It is quite clear, however, that such broad statements as to the effect of a determination of unconstitutionality must be taken with qualifications. The actual existence of a statute, prior to such a determination, is an operative fact and may have consequences which cannot justly be ignored. The past cannot always be erased by a new judicial declaration. The effect of the subsequent ruling as to invalidity may have to be considered in various aspects - with respect to particular relations, individual and corporate, and particular conduct, private and official" (pp. 318-319).



דוגמא נוספת לחריג ממודל הבטלות המוחלטת ניתן לראות בפסק דינו של בית המשפט העליון של

Ethics Com'n of State of Okl. V. Cullison, 850 P.2d ] **Cullison** בעניין, אוקלהומה, מדינת

(Okla 1993) 1069] אשר קבע כי:

"When an invalid statute involves both a compulsion of statutory duties by public officials and such officials rely on the well-known presumptive validity of statutes then a court may make the ruling on the statute prospective in effect" (pp. 1079).

בפסיקה האמריקאית קיימים חריגים נוספים לא מעטים, למודל הבטלות המוחלטת (ראו : American Jurisprudence 2d, 16A, pp. 92-93, fn 56-68), אך לענייננו חשוב עצם קיומם של חריגים, וכי המודל מיושם בגמישות מסוימת ולא בצורה המתעלמת מתוכן החוק וממשמעותה של פסילת החוק על-ידי בית המשפט.

20. סעיף 52(1) ל - Constitution Act, 1982, הקנדי, הידוע בכינויו "The supremacy clause", קובע:

"The constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the constitution is to the extent of the inconsistency, of no force or effect".

סעיף 52(1) חוקק רק בשנת 1982, אך הוא מתאר עקרון אשר היה תמיד חלק מן המשפט החוקתי הקנדי, המשקף את מודל הבטלות המוחלטת (ליישום גישה זו בפסיקה הקנדית ראו Hogg, Constitutional Law of Canada, (1992) 1241-1254 ופסקי הדין המפורטים שם; Magnet, Constitutional Law of Canada, (1993) 49-51 ופסקי הדין המפורטים שם).

תחילת המגמה לשינוי בגישה זו ניתן לראות בשנת 1985 בעניין מניטובה Re Manitoba Language Rights, [1985] 1 S.C.R 721. סעיף 23 לחוקתה של הפרובינציה מניטובה (אשר התקבלה בשנת 1870) קובע כי כל חוקי הפרובינציה חייבים להיחקק בשתי שפות - אנגלית וצרפתית. בשנת 1890 התקבל חוק

רגיל בפרובינציה, אשר קבע כי ניתן לחוקק את חוקי הפרובינציה באנגלית בלבד, ומאז חוקקו כל חוקי הפרובינציה בשפה האנגלית בלבד. משהובא העניין בפני בית המשפט העליון בקנדה, נקבע כי החוק משנת 1890 הינו לא חוקתי וכי כל החקיקה של מניטובה אשר חוקקה לאחר שנת 1890 באנגלית בלבד - אינה חוקתית אף היא. לאור האמור בסעיף 52(1) היתה המשמעות הצפויה של הכרזת אי החוקתיות של החקיקה כי היא בטלה. אך החלטה מעין זו, הייתה משאירה את הפרובינציה כמעט בלא חקיקה. משעמד בית המשפט העליון על בעייתיות זו חרג בהחלטתו מן האמור בסעיף 52(1) בקבעו:

"ii) All acts of the Manitoba legislature that were not printed and published in both the English and French languages are, and always have been, invalid and of no force and effect ;  
 iii) All acts of the Manitoba legislature which would currently be in force were it not for their constitutional defect ... are deemed to have temporary validity and force and effect from the date of this judgment to the expiry of the minimum period required for translation, re-enactment, printing and publishing.  
 iv) Rights, obligations and any other effects which have arisen under current acts, and purportedly repealed or spent acts, of the legislature of Manitoba ... are deemed temporarily to have been, and to continue to be, valid, and of force and effect until the expiry of the minimum period required for translation, re-enactment, printing and publishing" (pp. 780).

משמעות החלטה זו של בית המשפט העליון הקנדי, הינה חריגה מן הפרשנות הלשונית הצרה של סעיף 52(1) האמור, וממודל הבטלות המוחלטת המאומץ בו, תוך אימוץ מודל לפיו החוקים אשר דינם אמור להיות בטלות, יקבלו תוקף זמני עד לתרגומם, חקיקתם מחדש ופרסומם ברבים. בנמקם את החלטתם הסבירו השופטים כי הפתרון שקיבלו מחוייב לשם שמירה על שלטון החוק. מצד אחד עמד הצורך להכיר בעליונות החוקה, ומנגד הצורך כי בפרובינציה תהיה מערכת חוקים כלשהי. הפתרון אשר התקבל, יישב בין שני הצרכים באופן מיטבי, במטרה לשמור על שלטון החוק (ראו עמ' 747 והלאה בפסק הדין).

21. הפתרון האמור לעיל בעניין **Manitoba** הוחל בשני מקרים דומים ובמערכת נסיבות דומה מאוד בשנים 1988 ו-1990 בפרובינציות Saskatchewan ו- Alberta [1988] 1 S.C.R. ] R. v. Mercure [1988] 1 S.C.R. 1103 ; R. v. Paquette [1990] S.C.R. 1103]. פתרון דומה הוחל אף בעניין Sinclair v. Sinclair [1992] 1 S.C.R. 579]. אם כי נראה כי במקרה זה הדוקטרינה האמורה, הוחלה במצב של איום פחות קיצוני על שלטון החוק מן המצבים המאוזכרים לעיל. במקרה זה אוחדו שתי רשויות מקומיות בקוויבק,

מכוח חוק שחוקק כנדרש, הן באנגלית והן בצרפתית. אלא שכל הצווים, התקנות, והפרסומים אשר נעשו לצורך איחוד הרשויות המקומיות נעשו בשפה הצרפתית בלבד בניגוד לחוקה של פרובינציית קוויבק. בהכרעת הדין קבע בית המשפט העליון בקנדה:

"All of the instruments in question were printed and published in the French language only, or were not officially published at all. Clearly, therefore, the requirements of s. 133 were not complied with. It follows that all of them are, and have always been, nullities and of no legal force and effect. One cannot ignore, however, that, *de facto*, a new city of Royun-Noranda has been in existence since 1986 ... It would be wrong to throw the affairs of the citizens of Royun and Noranda into a state of chaos ... This is an appropriate case for this court to exercise its suspensive power by declaring that the instruments in this appeal, while invalid for non-compliance with s. 133 of the constitution act, 1867, shall continue in force for a period of time in order to permit the National Assembly to take what steps it sees fit to remedy the constitutional defects. The period of time shall be for one year from the date of this judgment" (pp. 593).

הוזה אומר, גם במקרים אשר הסכנה הנשקפת לשלטון החוק, חמורה פחות מזו אשר נשקפה במקרה **Manitoba**, ראה בית המשפט העליון הקנדי מקום לחרוג מן ההוראה המפורשת בחוקה, לפיה בטלה החקיקה מאליה ולמצוא פתרון המתאים לנסיבות המקרה.

22. אם ניתן לומר, כי המודלים המיושמים במשפט האמריקאי והקנדי דומים, ועיקרם מסתכם בהחלת מודל הבטלות המוחלטת והחריגים לו, הרי שבאירופה ברורים הדברים פחות (לסקירה נרחבת ראו: א' ברק, שם בעמ' 726-730).

### המודל לבטלות חקיקה - הניסיון במשפט הישראלי

23. בחינת חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינה מספקת תשובה לשאלה איזה מן המודלים האמורים חל אצלנו. פסקאות ההגבלה בשני חוקי היסוד (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק) מציבות מבחנים ערכיים לאופן בה תיבחן החקיקה שלאחר חוקי היסוד, אשר כנגדה נטענת הטענה כי היא פוגעת בזכויות היסוד המוגנות בחוקי היסוד. אולם לא מוזכר בפסקאות ההגבלה אופן ביטול החקיקה על-ידי בית המשפט ונפקות ההכרזה על חוק כעל חוק לא חוקתי. אף מלשון

סעיפי שימור הדינים בשני חוקי היסוד (סעיף 10 לחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, וסעיף 10 לחוק יסוד : חופש העיסוק) לא ניתן ללמוד דבר על המודל הראוי למשפט הישראלי.

24. בבש"פ 6654/93 (בינקין נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 290, 293) העיר המשנה לנשיא (כתוארו אז) א' ברק, בהערת אגב, כי:

"חוק רגיל הנחקק לאחר מועד כניסתו של חוק היסוד לתוקף, הפוגע בזכות יסוד, ואשר אינו מקיים את דרישותיה של "פסקת ההגבלה" (סעיף 8 לחוק היסוד) הוא חוק לא חוקתי. בית המשפט רשאי ליתן תרופה בגינו. אחת מאותן התרופות היא הכרזת בטלות, תוך קביעת מועד הבטלות (רטואקטיבי, אקטיבי, פרוספקטיבי)."

25. פסק הדין בעניין בינקין עוסק, בשונה מן המקרה שלנו, בחוק אשר נחקק לאחר חוק היסוד, אך לענייננו חשובה האמירה, כי תרופת הבטלות הינה רק אחת מן התרופות האפשריות, אשר בית המשפט רשאי ליתן.

בבג"צ 1715/97 (לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, דינים עליון, נב, 709; להלן : מנהלי

תיקי השקעות) נאמר, כי הוראות המעבר הקבועות בסעיף 48 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה - 1995, אינן מידתיות וכי:

"כל עוד לא תתוקן המידתיות על ידי הוראות מעבר חדשות מתבקשת הצהרה כי הוראות המעבר שבחוק תיקי השקעות - בכל הנוגע לחובת הבחינות של מנהלים של תיקי השקעות - הן בטלות. בספרות ההשוואתית קיימות דעות שונות באשר למהותה של בטלות זו ובאשר להשפעתה על פעולות שנעשו לפני הכרזת הבטלות (ראה א' ברק, פרשנות במשפט, 720 (כרך שלישי, 1995)). נוכל להשאיר שאלות אלה בצריך עיון, שכן אין הן מתעוררות בעתירה שלפנינו" (סעיף 67 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

ובהמשך:

"הנה כי כן, הסדר הבחינות המוטלות על העוסקים הישנים - בין עוסקים טריים ובין עוסקים ותיקים - כתנאי לקבלת רשיון על ידם, אינו מידתי, ועל כן בטל" (סעיף 68 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

אלא שבפסק הדין האמור, מצא בית המשפט לנכון להשהות באופן זמני את הכרזת הבטלות בקובעו,

כי:

"אכן, ביטול חובת הבחינות לעוסקים ישנים יוצר 'חלל חקיקתי' המעורר בעיות לא פשוטות. כל אלה מצדיקים הכרה בתקופת ביניים, אשר בה יעמדו הוראות המעבר - ועמן ההוראות בדבר חובת הבחינות - בתוקף, כדי שהכנסת תוכל לגבש את עמדתה תוך זמן סביר. כיצד ניתן להבטיח תקופת ביניים זו? התשובה הינה כי בצד ההצהרה כי הוראות המעבר בכל הנוגע לבחינות בטלות - אשר בעקבותיה תבוא ההצהרה על ביטול חובת הבחינות לעוסקים הישנים (למעט הבחינה באתיקה מקצועית) - נוסף ונקבע כי כניסתן לתוקף של הצהרותינו אלה תושעה עד ליום 31.12.1997 (ועד בכלל). נמצא, כי עד ל-31.12.1997 (ועד בכלל) הוראות המעבר ממשיכות לעמוד בתוקפן וחובת הבחינות של העוסקים הישנים ממשיכה אף היא לעמוד בתוקף, כפוף כמובן, להסדר הביניים אליו הגיעו הצדדים. השעיה זו תאפשר לכנסת לקבוע את עמדתה באשר להוראות המעבר בכל הנוגע לבחינות" (סעיף 69 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

אף בעניין מנהלי תיקי השקעות, לא עלה הצורך לקבוע איזה משלושת המודלים חל בשיטת המשפט הישראלי, אם כי לאחר הכרזת הבטלות, הושהתה ההכרזה, בדומה לאשר נעשה לאחרונה במשפט הקנדי (ראה סקירת המשפט הקנדי לעיל וסעיף 69 לפסק דינו של הנשיא ברק בעניין מנהלי תיקי השקעות).

26. מקור אנלוגי נוסף במשפט הישראלי, הינו תפיסת הבטלות במשפט המינהלי. ביחס למקור זה נאמר כי: "בעתיד הלא רחוק, השאלה של תוצאות ההפרה החוקתית תעלה על המדוכה השיפוטית גם בישראל. ראוי כי כאשר תבוא שאלה זו לדיון, המשפט המנהלי יוכל לשמש מקור השראה, ולא מבוכה" (ד' ברק - ארז, "בטלות יחסית ושיקול דעת שיפוטי", משפטים, תשנ"ה, 519, 523). המשפט המינהלי המסורתי הכיר בשתי תוצאות אפשריות של פעולות משפטיות פגומות: בטלות ונפסדות (ראו למשל: ע"א 790/77 אורט ואח' נ' הפול לביטוח חובה בע"מ ואח', פ"ד לד(2) 285, 290-291; י' זמיר, השפיטה בעניינים מנהליים (תשמ"ב) 22). אולם במהלך השנים התפתחה התפישה לפיה הבטלות אינה ערך מוחלט. בפסק הדין בע"פ 768/80 (שפירא ושות' חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337); ובד"נ 12/81 (שפירא ושות' חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 645) הסתמן שינוי בגישת בית המשפט ובמשמעות מושג הבטלות ועוצב מודל הבטלות היחסית, המוחל מאז בתחום המשפט המינהלי (ראו למשל: ע"פ 866/95 אהרון סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793).

27. השאלה איזה משלושת המודלים האמורים חלים במשפט הישראלי, לא הוכרעה בבירור, ודומני, כי גם בעתירה זו אין צורך להכריע בה, מהטעמים שיובאו להלן.

## פקודת העיתונות ותקנה 94 לאור מודל הבטלות המוחלטת

28. מסקירת המשפט המשווה עולה, כי גם למודל הבטלות המוחלטת יש פנים שונות והוא לובש צורות שונות בשיטות משפט שונות. אף אחת משיטות המשפט המיישמות את מודל הבטלות המוחלטת, אינה מיישמת אותו במובנו "הטהור" וכל אחת מהן מגדירה חריגים מן הצורך בקביעה של בטלות.

29. אם נאמץ, לצורך הדיון, את המודל של הבטלות המוחלטת, כפי שהוא מיושם במשפט האמריקאי, לא יחייב הדבר מסקנה כי דין העתירה להתקבל. במשפט האמריקאי חל חריג לבטלות, במקרים בהם תביא הבטלות לפגיעה בזכויות אשר "נקנו" מכוח החוק הלא חוקתי. אלא שחריג זה לא מתקיים במקרה שלנו, כשפקודת העיתונות ותקנה 94 רק מגבילות את רכישתן של זכויות (תוך אימוץ הנחת עבודה בלבד, כי הן אכן פוגעות בחופש העיסוק), ובמקביל הן מקנות סמכויות לנושאי תפקידים. החריג למודל הבטלות המוחלטת, המוביל לתוצאה כי הדינים המפורטים בעתירה יעמדו על כנם, נובע ממקור אחר, כפי שיובהר להלן.

30. אין מחלוקת בין הצדדים, כי הוראות שימור הדינים הוארכו, אף אם נעשה הדבר באיחור ולאחר שפקעו ההוראות אותן תיקנו. כתוצאה מן האיחור בחקיקת הוראות שימור הדינים נוצר מצב בו פקע תוקפה של ההוראה ודינים עמדו בסתירה לחוק היסוד, כשאינן סעיף חוקתי ה"מגן" עליהם. לאחר פרק זמן מסוים תוקן חוק היסוד, והדינים האמורים שוב נמצאו חוסים תחת הגנת חוק היסוד עצמו. דומה הדבר למצב בו חוק לא חוקתי קיבל תוקף כתוצאה מתיקון מאוחר של החוקה.

ניתן להבחין בפסיקה האמריקאית במספר גישות שונות בסוגייה זו. לפי גישה אחת, לא ניתן ליתן תוקף לחקיקה הסותרת חוקה, על-ידי תיקון מאוחר יותר של החוקה, אלא אם כן תיקון החוקה מאשר את תוקף החוק באופן מפורש. ברוח זו קבע בית המשפט העליון של מדינת ניו-המפשייר בעניין:

Trustees of Phillips Exeter Academy v. Exeter, [90 N.H. 472, 27 A.2d 569 (1940) ]:

"The adoption of the state constitution had no retroactive effect to validate a void act of the General Assembly. So far as the Assembly acted in excess of power, the constitution was inoperative to bestow on it more or greater power than it had when it thus acted " (pp. 528).

ברוח דומה אף פסק בית המשפט העליון של מדינת מיסורי בעניין **Armco Steel v. ] Armco**

City of Kansas City, Mo. 883 S.W.2d. 3, (Mo. Banc 1994)

"An unconstitutional statute is not validated by a subsequent constitutional amendment, except, possibly, where the latter ratifies and confirms it ... Without express ratification and confirmation, the statute must be reenacted" (pp.7).

אלא שגם הדוגלים בגישה זו מצאו לה חריגים. המלומד האמריקאי Field התייחס לכך, תוך שהוא

מדגיש את כוחו של יצירת האקט החוקתי לעומת כוחו של המחוקק הרגיל (בעמ' 293 לספרו הנ"ל) :

"It should be clear that, as stated earlier in this section, the void ab initio doctrine is not conclusive. The constituent power may call a spade a spade, or it may call a spade a hoe, and a hoe it will be thereafter, so far as law is concerned. So those making or changing constitutions may revive an invalid statute by saying that it is revived...".

דוגמא ליישום גישה, המאפשרת החיאה של חקיקה קודמת אשר עמדה בסתירה לחוקה, ניתן

לראות בפסק דינו של בית המשפט העליון של מדינת ניו-מקסיקו בעניין **Fellows v. Shultz**, 81 ] **Fellows**

[N.M. 496, 469 P.2d. 141 (1970)]. בית המשפט חזר על נקודת המוצא של הגישה האמורה בקבעו:

"It is a well-established rule of constitutional law that an unconstitutional statute is wholly void from the time of its enactment and is not validated by a subsequent constitutional change which would allow the enactment of such a statute" (pp. 146-147).

אלא שבית המשפט סייג את הכלל וקבע חריג, לפיו:

"Under certain very limited circumstances, constitutional amendments have been held to validate prior unconstitutional statutes. Where the constitutional amendment expressly or impliedly ratifies or confirms the unconstitutional statute, it has been held to validate the statute, provided that such validation does not impair the obligations of a contract or divest vested rights" (pp. 147).

משמעות הדברים הינה, כי גם לגישה המחמירה, לפיה לא ניתן ליתן תוקף לחוק לא חוקתי על-ידי תיקון החוקה, יש חריגים במקרים בהם נאמר מפורשות, או נרמז כי תיקון החוקה מחייה את החוק. בעניין **Fellows** קבע בית המשפט כי לא הייתה החייאה מפורשת או נרמזת של חוק. אך לענייננו ישנה חשיבות בעיקר לאופן הבחינה אם אכן הוחיה החוקה, כפי שניתן ללמוד מיישומו בהמשך פסק הדין :

"We do not find any attempted implied ratification of the amendment to ... Its language is prospective only, and not retrospective. Further, as previously noted, the amendment speaks in terms of .... This distinction reinforces our determination that the amendment did not impliedly ratify ..." (pp. 147).

מפסק הדין עולה, כי יש לבחון את התיקון לחוקה, אם ניתן להבין ממנו על תחולתו הרטרואספקטיבית, או שמא התכוון המחוקק ליתן לו רק תחולה פרוספקטיבית. בנוסף, יש לבחון את לשון החוק עצמו ככלי פרשני, בניסיון לדלות ממנו אם יש בו רמז להחייאה של חקיקה קודמת, הסותרת את התיקון לחוקה. בנוגע לאופן בו יש לבצע את ההליך הפרשני האמור כתב Field (בעמ' 293 לספרו הנ"ל) :

"Some writers have sought to explain them (the cases - א.ג.) by saying that the element of interpretation, based upon the intention of those framing the constitutional amendment, whether expressed or derived from surrounding circumstances, is decisive".

וממשיך הוא ומפרט את גישתו בסוגיית אופן הפרשנות הראוי:

"It is submitted that the rule should be that in the absence of evident intent, to revive a prior invalid statute, the statute should be deemed not to have been



revived ... The only rule of interpretation which should be stressed here, and which is incorporated in the rule as it is stated above, should be that intention to revive must be expressed in so many words before the courts will consider that result to have been achieved without legislative re-enactment".

מדברים אלה עולה כי בבחינת פרשנותו של התיקון החוקתי יש לבחון בראש ובראשונה את כוונת המחוקק, בין אם זו נגלית מפורשות, ובין אם היא מוסקת מן הנסיבות, אך כוונה זו, ראוי כי תעוגן בדרך כלשהי בפרשנות מילולית של התיקון לחוקה.

31. מבחן זה הינו המחמיר ביותר לבחינת החייאת חקיקה פוגעת על ידי תיקון חוקתי הנעשה בדיעבד. אלא, שגם לפי מבחן זה, דין החקיקה הנדונה בעתירה זו להמשיך ולעמוד על כנה. מלשון סעיף שימור הדינים, על גלגולי נוסחו השונים, עולה כוונה ברורה של רטרוספקטיביות, אשר יש לפרשה כנכנסת לחריג עליו עמדנו. בכך הוחיו סעיפי החוק אשר עמדו (אם עמדו) תקופה מסוימת בניגוד לחוק היסוד. שתי ההוראות הרלבנטיות לענייננו (אשר חוקקו לאחר פקיעת תקופת שימור הדינים) הן הוראות שימור הדינים בנוסחן משנת 1996 ומשנת 1998. הוראת שימור הדינים משנת 1996 קובעת, כי הוראות החוק הסותרות "יעמדו בתוקפן עד תום ארבע שנים מיום תחילתו של חוק יסוד זה". מנוסח החוק עולה החלה מפורשת של שימור הדינים, מיום תחילת החוק, דהיינו מיום ידוע בעבר ועד למועד עתידי כלשהו - ארבע שנים לאחר מכן. נוסח זה מעיד ללא ספק על כוונה רטרוספקטיבית. חיזוק לכוונה זו מצוי בדברי ההסבר לתיקון החוק (ה"ח 2549, התשנ"ו, עמ' 842) מהם ניתן ללמוד על הכוונה להחלה רטרוספקטיבית של התיקון:

"מצב חדש זה, יחד עם העיקרון הפרשני הקבוע בסיפה של סעיף 10, יש בהם כדי להשיג את המטרה שביסוד חוק היסוד, מבלי ליצור מצב בלתי רצוי של אי וודאות לגבי חקיקה שחוקקה לפני שחוק היסוד חוקק והגיע לתודעת הציבור והמחוקק".

משהביע המחוקק את רצונו המפורש, לא לשנות חקיקה שחוקקה לפני חקיקת חוק היסוד (למעט מתן פרשנות שונה לחקיקה זו), יש ליתן משקל לכוונה זו בהליך פרשנות התיקון. לפיכך, דומני כי תיקון זה נכנס למסגרת החריג עליו עמדנו, לפיו תיקון חוקה מאוחר (בענייננו: חוק יסוד), יכול להחיות חקיקה רגילה העומדת בסתירה לחוקה (חוק היסוד) עובר לתיקונה.

32. גם התיקון האחרון של הוראת שימור הדינים, מיום 18.3.98, הקובע כי ההוראות הסותרות "יעמדו בתוקפן עד יום א' בניסן התשס"ב (14 במרס 2002)" אינו מאפשר פרשנות אחרת, שאינה רטרואפקטיביות. פרשנות שונה, לפיה תחולת ההוראה פרוספקטיבית בלבד, תרוקן את התיקון מתוכו. שכן, החוקים האמורים לחסות תחת כנפי הוראת שימור הדינים בטלים מאליהם (לפי דגם הבטלות המוחלטת), ובאין חקיקה הזקוקה להגנת הסעיף עד לתאריך הקבוע בו אין תועלת בתיקון. חיזוק לפרשנות זו ניתן למצוא בדברי ההסבר לתיקון לחוק היסוד (ה"ח 2692, התשנ"ח, עמ' 264) בהם נאמר כי:

"אשר על כן, ועל מנת לקבוע אמת מידה אחידה בחוקי היסוד מוצע לקבוע הוראה של 'שמירת דינים' גם בחוק יסוד: חופש העיסוק, ולפיה תוקפו של הדין הקודם ימשיך להישמר".

לפיכך, גם אם יאומץ המודל הקיצוני, הוא מודל הבטלות המוחלטת, יחד עם הגישה המחמירה בסוגיית החייאת חוקים לא חוקתיים על-ידי תיקון החוקה (חוק היסוד), ייכנס גם התיקון האחרון לחוק היסוד למסגרת החריג.

33. הגישה המתוארת לעיל הינה הקיצונית והחריפה, כשלצידה קיימת במשפט האמריקאי גישה מרוככת (שאינה רואה צורך לנתחה), לפיה יכול תיקון חוקתי להחיות חקיקה אשר הייתה בטלה, כתוצאה מכך שסתרה את החוקה, עובר להכנסת התיקון [ראו: State ex. Rel. Hoffman v. Powel, 118 Fla. 296, 159 So. 508 (1935); Hammond v. Clark, 136 Ga. 313, 71 S.E. 479 (1911); Fontenot v. Young, 128 La. 20, 54 So. 408 (1911); Housh v. Anderson, 128 Fla. 713, 175 So. 521 (1937)]. גישה דומה מאמץ פרופ' ברק בספרו (שם עמ' 753-754) לפיה:

"ומה הדין אם עניינו של חוק פלוני לא הגיע כלל לבית המשפט בטרם בא השינוי החוקתי, ושאלת חוקתיותו מתעוררת לראשונה לאחר התיקון החוקתי? ... דומה שפתרון השאלה מותנה ביחס בין הגוף שערך את השינוי החוקתי לבין הגוף המחוקק. אם אלה שני גופים שונים, כי אז נוטה אני להשקפה כי לא די בשינוי החוקתי כדי להכשיר את החקיקה הלא חוקתית. יש לחזור ולחוקק אותה. לעומת זאת, אם הגוף אשר הביא לשינוי החוקתי והגוף המחוקק הם אותו גוף - אצלנו: הכנסת - כי אז דרישה של חזרה על החקיקה נראית לי דרישה עקרה".

34. סבורני, כי גם יישום המודל הקנדי, יוביל למסקנה כי המקרה הנדון ייכנס לחריג של מודל הבטלות המוחלטת. בית המשפט העליון בקנדה ראה לנכון לחרוג ממודל הבטלות המוחלטת, במקרים בהם עלול

להיפגע שלטון החוק כתוצאה מהחלת מודל הבטלות המוחלטת. הכרזה כמבוקש בעתירה זו, אשר משתמע ממנה, כי כל החוקים הנמצאים בספר החוקים, אשר פוגעים בחופש העיסוק, בטלים מאליהם, עלולה לגרום תוצאות קשות. הכרזה אשר כזאת תגרור בטלות מאליה של כל הסדרי הרישוי המסדירים את העיסוק במקצועות שונים, ובטלות כל סעיפי החוק והתקנות המגבילים את חופש העיסוק, ומכאן לפגיעה חמורה בוודאות החוק, אשר המחוקק (בחקיקת הוראת שימור הדינים) ראה לנכון להימנע ממנה בסייגו באופן מפורש את תחולת חוק היסוד.

פקודת העיתונות ותקנה 94 לאור מודל הבטלות היחסית ומודל הנפסדות

35. לגישת פרופ' ברק (שם בעמ' 724), "השוני בין מודל הנפסדות לבין מודל הבטלות היחסית אינו גדול, והוא בא לידי ביטוי במקרים שוליים שאינם מציאותיים". כן הוא סוקר (בעמ' 770) את היקף הסעדים הנתונים לבית המשפט:

"עקרונית, עומדים לרשות בית המשפט שלושה סוגים של סעדים : הסוג הראשון הוא של סעדים אשר נועדו להביא לידי כך שהחוק הלא חוקתי יפעל באופן חוקתי. הרחבת היקפו של דבר החקיקה (ה - reading in) היא תרופה ראויה. כמו כן, הכרזה כי החוק 'עדיין' חוקתי אף היא נכללת בקבוצת סעדים זו. הסוג השני של סעדים מבוסס על ההנחה כי החוק אינו חוקתי מבלי שהדבר גורר הכרזת בטלות. במרכזם של סעדים אלה עומדת הכרזת אי החוקתיות ללא תוצאת הבטלות. הסוג השלישי והעשיר ביותר מתייחס לסעדים, המכריזים על דבר החקיקה הלא חוקתי כבטל, תוך הפרדת החלק החוקתי מהחלק הלא חוקתי. במסגרתה של קבוצה שלישית זו של סעדים (הכרזת בטלות) קיימות אפשרויות שונות, הקשורות רובן ככולן בשאלה אם הבטלות היא למפרע (ex tunc), מעת ההכרזה (ex nunc), או בתאריך עתידי (בטלות פרוספקטיבית). ההכרזה יכולה לבטל את ההוראה מיום חקיקתה, מיום כינונה של החוקה, ממועד ההכרזה או מכל מועד אחר (בעבר או בעתיד). התחולה בזמן של ההכרזה נתונה לשיקול דעת שיפוטי. אם ההכרזה על הבטלות פועלת, מבחינת הזמן, למפרע מיום החקיקה, יש לעצב סעדים בכל הנוגע לעניינים שכבר נסתיימו, בין אם הם הגיעו לבית המשפט (במסגרת סוגיית 'מעשה בית דין') ובין אם לאו" (ההדגשות במקור - א.ג.).

36. המקרה שלפנינו אינו נמנה עם המקרים בהם יהיה שוני ביישום שני המודלים, ועל פי כל אחד מהם אין מקום להכריז על החיקוקים האמורים כבטלים.

**מודל הנפסדות יוצא מנקודת הנחה כי החוק שחוקק על-ידי הכנסת תקף, אך הוא ניתן לביטול על-ידי**

בית המשפט. קביעת תוצאות הביטול נתונה אף היא בידי בית המשפט. כוונת המחוקק המפורשת בעניינים הייתה להאריך את תקופת שימור הדינים. לאור נקודת המוצא של מודל זה כי החוק תקף, היה על העותרת

להראות טעם ראוי למסקנה הפוכה, וטעם כזה אינו בנמצא, מלבד העובדה כי המחוקק התרשל, וחרג מן המועדים להארכת הוראות שימור הדינים. אוסיף, כי גם אם היה מקום לחרוג מהנחת המוצא האמורה, נכון היה לקבוע כי הסעד הינו זה שמביא לידי כך שהחיקוקים הלא חוקתיים יפעלו באופן חוקתי.

37. נקודת המוצא של **מודל הבטלות היחסית** שונה מזו של מודל הנפסדות. בעוד שמודל הנפסדות מניח מלכתחילה את תקינות החוק, בודק מודל הבטלות היחסית כל מקרה לגופו, ובוחן את מהות אי החוקתיות בנסיבות העניין. אכן, הייתה רשלנות בפעולת המחוקק, ומשך שני פרקי זמן עמדו החיקוקים הנבחנים (על פי ההנחה) בסתירה לחוק היסוד, אך עדיין מוטל על בית המשפט לבחון את המקרה לגופו ולבחור בסעד הראוי. מכאן, שאף אם היה מקום למסקנה כי הייתה פגיעה חוקתית, הרי שבכל מקרה, ולאור נסיבות המקרה, היה מקום לבחור סעד אשר יביא לכך, שהחיקה הנדונה תפעל באופן חוקתי. אלא שבמקרה דנן גם סעד זה מיותר, כשאינו מקום להחיל סעד זה אשר כבר ניתן על-ידי המחוקק. מקום בו קבע המחוקק מפורשות באמצעות תיקון סעיף שימור הדינים בחוק היסוד, כי נשמר תוקפה של החיקה הישנה הסותרת את חוק היסוד וכי החוק הינו חוקתי, מה טעם יש במתן סעד כזה על-ידי של בית המשפט? הצהרת תוקף אשר תינתן, אינה עדיפה על-פני הצהרת תוקף מפורשת מטעם המחוקק, בתקנו את חוק היסוד. סעד מעין זה יהיה מיותר ולא נחוץ אל מול הבעת הרצון המפורשת של המחוקק.

סיכום של דבר

38. בחינת המצב החוקתי הנדון בהתאם לשלושת המודלים העיקריים לבחינת בטלות חקיקה כתוצאה מהיותה סותרת חוק יסוד, מובילה למסקנה זהה. החקיקה הנדונה נכנסת לחריגים המוכרים של מודל הבטלות המוחלטת, וגם על פי שני המודלים האחרים (נפסדות ובטלות יחסית) אין מקום לקביעה כי החקיקה בטלה.

הנחת העבודה בבחינת הסוגייה האמורה הייתה, כי החקיקה הנבחנת אמנם פוגעת בחופש העיסוק, אולם לאור התוצאה אליה הגעתי כי דין החקיקה הנדונה להישאר בתוקפה, איני רואה צורך לבחון את החקיקה לגופה, ואם אכן היא פוגעת בזכות לחופש העיסוק.

39. מהטעמים האמורים דין העתירה להידחות. אין צו להוצאות.

**השופט י' זמיר:**

אני מסכים עם השופט גולדברג כי פקודת העתונות ותקנה 94 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, עדיין קיימות ותקפות, בניגוד לדעת העותרת. הן קיימות ותקפות גם אם הן נוגדות את חופש העיסוק, ואף אם אין הן עומדות בתנאים של סעיף 4 (פיסקת ההגבלה) בחוק-יסוד: חופש העיסוק, וזאת מכוח סעיף 10 (הוראת שימור הדינים) בחוק-יסוד זה. אף שפקודת העתונות ותקנה 94 לתקנות ההגנה עמדו זמן מה חשופות, ללא הגנה של הוראת שימור הדינים, באה הוראה זאת, לאחר זמן, ושימרה אותן כפי שהן למפרע.

כמו כן אני מסכים עם השופט גולדברג כי תוצאה זאת מתחייבת לפי כל אחד משלושת המודלים האפשריים: מודל הבטלות המוחלטת, מודל הנפסדות ומודל הבטלות היחסית. לכן, כדברי השופט גולדברג, אין הכרח לבחור, במקרה שלפנינו, בין המודלים השונים.

עם זאת, אני מבקש להביע דעתי כי ראוי להעדיף, בין שלושת המודלים האפשריים, את מודל הבטלות היחסית. זוהי גם דעתו של פרופ' א' ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי: פרשנות חוקתית (1994), 724-726.

כפי שהשופט גולדברג הראה, הפסיקה בארצות הברית והפסיקה בקנדה הסתבכו בשאלת המודל הראוי שלא לצורך ולא לטובה. הן ראו עצמן נאלצות, לפי תורת הפרשנות, לבחור במודל הבטלות המוחלטת, ואחר כך ראו עצמן נאלצות, בשל לחץ המציאות, לחרוג ממודל זה. בעצם, הן נוהגות במודל הבטלות היחסית כאילו הוא הידועה בציבור: באופן רשמי הן נשואות למודל הבטלות המוחלטת אך באופן מעשי הן חיות עם מודל הבטלות היחסית. אין צורך ואין טעם שגם אנחנו נסתבך בדרך דומה. מוטב שנבחר מלכתחילה, באופן גלוי ורשמי, במודל הבטלות היחסית.

לפי מודל הבטלות המוחלטת, אם קיים ניגוד בין חוק לבין חוק-יסוד, החוק בטל מיסודו, באופן אוטומטי, למפרע מיום שנחקק, גם אם הניגוד לא נתגלה אלא כעבור שנים, לאחר שהכל נהגו על פיו כאילו הוא חוק כשר ותקף. אכן, זהו מודל יפה מבחינה הגיונית. אך את חיי המשפט מעצב בעיקר, לא ההגיון, אלא הנסיון. הנסיון של ארה"ב וקנדה מלמד כי מודל הבטלות המוחלטת, בהיותו נוקשה וחד, הוא מודל בלתי-אפשרי, אם מתייחסים אליו בכנות. הוא מערער את הבטחון המשפטי. הוא יכול להרוס את הסדר החברתי. מבחינה מעשית, אי-אפשר לחיות עם מודל כזה, יפה ככל שיהיה.

המקרה שלפנינו הוא דוגמה מאלפת. אם העותרים צודקים בטענתם, לא רק פקודת העתונות ותקנה 94 לתקנות ההגנה בטלות בשל פגיעה בחופש העיסוק, אלא גם מספר עצום ורב של חוקים, תקנות וצווים למיניהם. למשל, המשק בישראל בנוי במידה רבה על חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957, ועל מאות צווים שהוצאו מכוח חוק זה. אלו צווים בטלים, משום שהם פוגעים בחופש העיסוק, ואלו עדיין תקפים, אם משום שאינם פוגעים בחופש העיסוק ואם משום שהם עומדים בתנאים של פסקת ההגבלה? לא זו בלבד שאיש אינו יכול להשיב על כך, ואיש לא ידע איך לנהוג בעסקו, אלא שהבירור של שאלה זאת, היא לבדה, יספיק כדי להעסיק את בית המשפט עד שיבוא אליהו. מצב כזה הוא, בבירור, גזירה שהציבור אינו יכול לעמוד בה.

לעומת זאת, מודל הבטלות היחסית הוא מודל גמיש. הוא מאפשר לבחור, בכל מקרה ומקרה, בתוצאה המתאימה ביותר לנסיבות המקרה, מבטלות מוחלטת ועד תוקף מלא. כיוון שהוא גמיש כל כך, הוא בולע בקרבו, מבחינה מעשית, גם את מודל הבטלות המוחלטת ואת מודל הנפסדות. הוא מאפשר להשתמש בזה או בזה, או לא בזה ולא בזה, לפי הצורך. במקרים קיצוניים ביותר, מודל הבטלות היחסית מאפשר לקבוע כי חוק, הנוגד חוק-יסוד, בטל מיסודו למפרע. כך, לדוגמה, כאשר מסמך מתיימר להיות חוק אך מתברר כי הוא לא עבר שלוש קריאות בכנסת, או כאשר חוק פוגע בזכות יסוד באופן חמור, מעוות ובולט כל כך שגם הדיוט יבין שחוק כזה אינו חוק. אך, מבחינה מעשית, קשה לתאר, במציאות שלנו, מקרים כאלה. בדרך כלל, החוק יהיה תקף ומחייב עד שבית המשפט יפסוק אחרת: שום אדם אינו רשאי לעשות דין לעצמו, ולפטור עצמו מעולו של חוק, רק משום שלדעתו החוק נוגד חוק-יסוד. אם וכאשר בית המשפט יפסוק שחוק נוגד חוק-יסוד, הוא יהיה רשאי להצהיר כי החוק בטל, ולקבוע אם הבטלות תהיה רטרואקטיבית, ולא בהכרח מיום חקיקת החוק, אקטיבית או פרוספקטיבית ממועד שייקבע, הכל לפי נסיבות המקרה. בית המשפט יהיה רשאי אף לפסוק כי בנסיבות המקרה החוק, אף שהוא נוגד חוק-יסוד, יעמוד בתוקפו, בתנאים שייקבעו או ללא תנאים.

מודל הבטלות היחסית דחק לאחורנה את רגליהם של מודל הבטלות המוחלטת ומודל הנפסדות מתחום דיני המינהל הציבורי. בתחום זה נפסק כי יש להבחין, לצורך החלטה בשאלת התוקף של תקנות והחלטות מינהליות, בין הפגם לבין הסעד. לפי מודל הבטלות המוחלטת, פגם של חוסר סמכות היה גורר סעד של בטלות. ואילו לפי מודל הבטלות היחסית, פגם של חוסר סמכות יכול להוביל לסעד של בטלות, אך לא בהכרח כך. הכל תלוי בנסיבות המקרה: הצדדים, העיתוי, החומרה, הנפקות, ועוד. ראו, לדוגמה, ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(1) 793, 815-817. אין סיבה הגיונית שתורת המשפט תעשה הבדל, לעניין זה, בין נורמות משפטיות לפי דרגתן: שתורת הבטלות היחסית תחול על תקנה או החלטה מינהלית הנוגדת חוק, ואילו תורה אחרת תחול על חוק הנוגד חוק-יסוד. ההרמוניה המשפטית, שהיא ערך חשוב, מחייבת שתורת הבטלות היחסית תחול על כל הנורמות המשפטיות.

בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק אין דבר או חצי דבר המונע בעדנו לבחור במודל הבטלות היחסית. אני סובר שכך ראוי לבחור. כך סבור גם המשיב. אפילו העותרת מסכימה כי ראוי להעדיף את מודל הבטלות היחסית. אולם, לדעת העותרת, לפי מודל זה יש לפסוק כי פקודת העתונות ותקנה 94 לתקנות ההגנה בטלות ומבוטלות. לכך אין אני מסכים.

אני מסכים עם השופט גולדברג כי לפי מודל הבטלות היחסית יש לדחות את העתירה, והייתי מבסס את פסק הדין, הקובע זאת, רק על מודל זה.

#### ש ו פ ט

השופט ד' ביניש:

מסכימה אני עם מסקנתו של השופט גולדברג בדבר תקפותן של הוראות פקודת העתונות ותקנה 94 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ומסכימה אני לנתוחו, לפיו דין העתירה להדחות לפי כל אחד מה מהמודלים האפשריים. מטעם זה אין הענין שלפנינו מחייב הכרעה בשאלה מהו המודל המועדף. חברי השופט זמיר ראה להביע דעתו כי יש לתת עדיפות למודל הבטלות היחסית אשר קנה לו שביתה בשיטתנו בדיני המנהל הציבורי (עמדתי על כך בבג"ץ 816/98 רוח נ' שר הדתות (טרם פורסם)). משנקט השופט זמיר עמדה בשאלה זו, איני רואה עצמי פטורה מלהתייחס לדברים ולהוסיף כי מצטרפת אני לדעתו.

אף אני סבורה כי הנימוקים המצדיקים העדפת מודל הבטלות היחסית בתחום הביקורת השיפוטית על המנהל נכונים שבעתיים כשאנו מצויים בתחום החוקתי. השימוש במודל הבטלות היחסית, יש בו במידה רבה כדי להוציא את העוקף מהבעייתיות והמורכבות הכרוכים בקביעה כי חוק נוגד חוק יסוד. מודל זה מאפשר התאמת התוצאה המתבקשת מהקביעה האמורה לטיבה של אי החוקיות ולנסיבותיה, ועשוי לתת פתרון מתאים למצבים קשים שהצהרה על אי חוקיותו של חוק יוצרת.

מכל מקום, מצטרפת אני למסקנה כי דין העתירה להדחות גם על פי מודל זה.

#### ש ו פ ט ת

הוחלט לדחות את העתירה, בלי צו להוצאות.

ניתן היום, ו' בתמוז תשנ"ח (30.6.98).

שופט ת

שופט

שופט

העתק מתאים למקור  
שמריהו כהן - מזכיר ראשי  
D04.96066520