



פורום המרצות והמרצים למשפטים
ومحاضري القانون من أجل الديمقراطية
The Israeli Law Professors' Forum
for Democracy

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 9 בנושא סמכות הכנסת לשנות חוקי יסוד

הופץ ביום 7.2.2023*

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה - קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות - רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, ולפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה. בנייר עמדה זה אנו בוחנים את השאלה האם כוחו של הרוב הקואליציוני בכנסת הינו בלתי-מוגבל. אנו דוחים את הטענה שלפיה די בכך שהכנסת תכנה הסדר כלשהו "חוק-יסוד", כדי שתוקנה לה הסמכות לקרוא לאור לילה ולחושך יום, להרשיע צדיק ולהצדיק רשע. אנו מראים כי הדין הוא שכוחה של הכנסת מוגבל, ואם תחרוג מגבולות סמכותה – וכך יקרה אם תאומץ ההצעה של חה"כ לוי ורוטמן לחיסול עצמאות הרשות השופטת ולשלילת האפשרות לבצע ביקורת שיפוטית על חוקים המתקראים חוקי יסוד – לא יהיה תוקף לחקיקה כזו. אנו מראים כי הסמכות לקבוע את כללי המשחק מוגבלת משני היבטים עיקריים: האחד אמפירי, הדרישה להסכמה לאומית רחבה, בכנסת ובציבור, שהיא תנאי לתיקון הכללים הקיימים שתכליתו הסרת מגבלות שמוטלות על רשויות השלטון; והשני עקרוני, הדרישה שתיקונים של חוקי היסוד יעלו בקנה אחד, מבחינת תוכנם, עם עקרונות יסוד של השיטה הדמוקרטית.

אנו סבורים התיקונים המוצעים נהנים אמנם מתמיכת הרוב המזדמן בכנסת, אולם הם חותרים תחת עקרונות היסוד של הדמוקרטיה ואינו זוכה להסכמה ציבורית רחבה, ולכן לכנסת אין כלל סמכות לחוקקם.

* אנחנו, חברות וחברים בפורום מרצות ומרצים למען הדמוקרטיה, בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידינו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניינן מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה מטעמנו: <https://lawprofssforum.wixsite.com/home>.
עקבו אחרינו בטוויטר <https://twitter.com/lawprofssforum>. ליצירת קשר lawprofssforum@gmail.com.

"השאלה אם יש לעשות לשם חיסול המדינה ושליטת ריבונותה ואם לאו – שאלה זו אינה יכולה לעלות כלל על סדר יומ[ה] [של הכנסת], שהרי עצם הצגתה נוגדת את רצון העם השוכן בציון, את חזונו ואת האני מאמין שלו" [הנשיא אגרנט, פסק דין ירדור]¹

"אנחנו נעשה את אשר על ליבנו, בלי מגבלות" [יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ח"כ שמחה רוטמן, ערוץ הכנסת, 29.1.23]

הדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת ביוזמות החקיקה של שר המשפטים ושל יו"ר הוועדה מבוסס על ההנחה שמבחינה משפטית, כוחו של הרוב הקואליציוני בלתי-מוגבל. די בכך שהכנסת תכנה הסדר כלשהו "חוק-יסוד", כדי שתוקנה לה הסמכות לקרוא לאור לילה ולחושך יום, להרשיע צדיק ולהצדיק רשע. זוהי הנחה שגויה. הדין הוא שכוחה של הכנסת מוגבל, ואם תחרוג מגבולות סמכותה – וכך יקרה אם תאומץ ההצעה של חה"כ לוי ורוטמן לחיסול עצמאות הרשות השופטת – לא יהיה תוקף לחקיקה כזו. גם סעיף שלפיו בג"ץ אינו רשאי להכריז על בטלות הוראה בחוק-יסוד יחרוג בעצמו מסמכות הכנסת ולכן יהיה חסר תוקף.

בתמצית, הבסיס להלכה זו הוא ההבחנה בין הכרעות חברתיות במסגרת "כללי המשחק" לבין קביעת "כללי המשחק" עצמם. הכללים נועדו להסדיר את פעולתן של רשויות השלטון; לאור כך, הקביעה של הכללים הללו כפופה למגבלות, שתוקפן נובע מעצם קיומה של הסמכות לקבוע את "כללי המשחק". עיקרן של המגבלות הללו הוא שילוב של שני היבטים: האחד אמפירי, הדרישה להסכמה לאומית רחבה, בכנסת ובציבור, שהיא תנאי לתיקון הכללים הקיימים שתכליתו הסרת מגבלות שמוטלות על רשויות השלטון; והשני עקרוני, הדרישה שתיקונים של חוקי היסוד יעלו בקנה אחד, מבחינת תוכנם, עם עקרונות יסוד של השיטה הדמוקרטית. סמכותה של הכנסת נובעת מעקרונות היסוד הללו, והם גם אלה שתוחמים את היקף הסמכות של הכנסת.

הדיון שמובא להלן נועד לבסס את הטעון הזה, תחילה במישור העקרוני הכללי (פרק א') ולאחר בהתייחס לסמכות הכנסת, תוך התייחסות למשמעותה של "המהפכה החוקתית" של 1992-1995 (פרק ב') ולבסוף בעניין ההצעות הנדונות כעת (פרק ג').

א. כלל הזיהוי של נורמות חוקתיות

דמוקרטיה היא שיטת משטר שתכליתה הגנה על זכויות האדם. ביסוד השיטה הדמוקרטית מונחת העמדה שהערובה העיקרית לכך שהמדינה תפעל להגן על זכויות האדם היא ביזור סמכויות והפרדת הרשויות. הימנעות מהענקת כוח בלתי-מוגבל לגורם כלשהו, אדם או מוסד, היא ליבת השיטה המכונה דמוקרטיה. נדבך חשוב בהשגת היעד הזה הוא מסירת סמכות הכרעה בסוגיות חברתיות למי שעומדים לבחירה תקופתית על-ידי הציבור. זהו הכלל שלפיו "הרוב (בציבור) קובע". אבל זהו כלל חלקי, שהרי הוא אינו מסדיר את מכלול השאלות הטעונות הכרעה. נחוץ לקבוע מהם "כללי המשחק": מתי נערכות הבחירות (ומה קורה אם הכנסת מתיימרת לבטלן), מהי שיטת המשטר, מהו היקף שיקול הדעת שמסור לנבחר הציבור לקבוע הכרעות חברתיות ומהו אופן היישום של החובה לכבד זכויות אדם ושל עקרונות היסוד בדבר שלטון החוק והפרדת רשויות; וצריך לקבוע גם

¹ ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 387 (הנשיא אגרנט).

את הכללים בדבר כללי המשחק עצמם: מי קובע מהם כללי המשחק (למשל, האם זה עניין לרוב רגיל או שנדרש רוב מיוחד) ומי אוסף ציות להם.

כללי המשחק מכונים "חוקה". החוקה כוללת לרוב רכיב "כתוב", שהוא אוסף כללים שהוחלט עליו בדרך מיוחדת ואשר קיימת הסכמה לאומית רחבה שהוא החוקה; ולצד זאת, גם רכיב "לא כתוב", שעניינו פרשנות החוקה הכתובה והשלמת חסרים בה. האתגר הוא להכריע מהו היקף הסמכות לקבוע מהו תוכן החוקה, הכתובה והבלתי-כתובה. הדילמה היא זו: מצד אחד, החוקה נועדה להגביל את הכנסת ואת הממשלה, ואם לרוב הקואליציוני סמכות בלתי-מוגבלת לשנותה כרצונו, יש חשש ממשי שהחוקה לא תשיג את יעדה. מצד שני, תוכן החוקה יכול להיות שנוי במחלוקת סבירה, וכשם שהכרעות חברתיות קונקרטיות אמורות להיות מוכרעות על-ידי הציבור, באמצעות נציגיו, כך גם ההכרעה מה יהיו כללי המשחק, כלומר מה תוכנו.

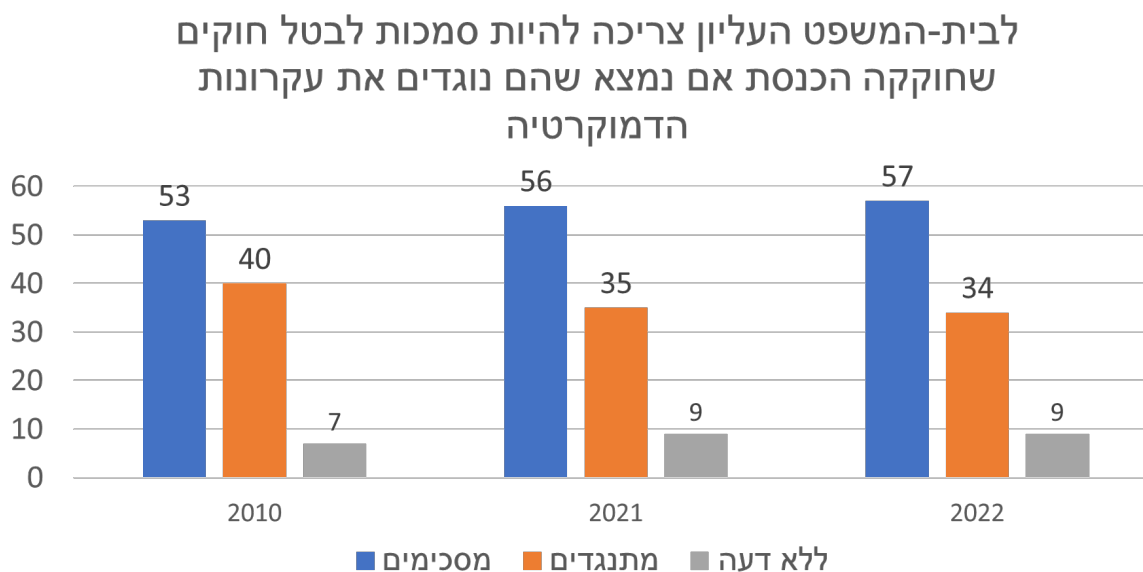
פתרון חלקי לדילמה מושג באמצעות הליך מיוחד לקביעת חוקה כתובה. זה הליך שנועד להבטיח שהחוקה ותקונים לה נעשים על יסוד שיקולים עקרוניים כלליים ולא על סמך אינטרסים צרים. השאיפה היא שההחלטה תעשה באופן שמדמה החלטה "מאחורי מסך בערות", כלומר הכרעה בלי לדעת בוודאות אם כלל מסוים יטיב עם אינטרסים של מקבל ההחלטה (או של הציבור שהוא מייצג) או יפגע בהם. נדרשת הסכמה על כללי המשחק הבסיסיים, שאינה תלויה בשאלה אם אדם או קבוצה ייהנו ממגבלה שכלולה בהם או דווקא יוגבלו על ידה. המדובר בדרישה לרוב גדול לאישור התיקון לחוקה במשאל עם, או בהליך מיוחד בבית המחוקקים, ברוב גדול במיוחד. אך כיצד נקבעת החוקה הבלתי כתובה, כלומר פירוש החוקה הכתובה והשלמת חסרים בה? שאלה זו רלוונטית במיוחד במקרה הישראלי, שבו אין חוקה כתובה (מעמד חוקי היסוד יוסבר להלן).

נקודת המוצא של הדיון אמורה להיות מובנת מאליה, אף שנראה שרבים מיוזמי המהלך הנוכחי בוחרים להתעלם ממנה: העמדה שלפיה לכנסת, ואף לרוב מינימאלי של 61 חברי-כנסת, הסמכות לקבוע נורמות חוקתיות ללא כל הגבלה, ובכלל זה הסמכות לשלול ביקורת שיפוטית על עצם הקביעה הזו (באמצעות קביעה בחוק-יסוד שהוראה שנכללת בחוק-יסוד חסינה מביקורת שיפוטית), היא עמדה שטעונה הצדקה. היא אינה מוכחת מעצמה. התשובה המקובלת בקרב יוזמי המהלך הנוכחי היא שהכנסת מוסמכת לקבוע את "כללי המשחק" כרצונה, וללא כל הגבלה, משום שסמכות זו נובעת מן העיקרון שלפיו "הרוב קובע". הרוב בכנסת מוגבל אך ורק, כך הטענה, מכוח מגבלות שהוא עצמו בחר להטיל על עצמו, וממילא, בכוחו גם להסיר את המגבלות הללו, ברוח הכלל התלמודי שלפיו "הפה שאסר הוא הפה ש[רשאי ל]התיר" (בבלי, כתובות, כב, ע"א), לגבי הכנסת עצמה, ולהפך לגבי הסמכות לביקורת שיפוטית. אבל זו תשובה שאין בה אלא הנחת המבוקש. כזכור, השאלה הטעונה בירור היא מהם "כללי המשחק" ומי מוסמך לקבוע אותם, והטענה האמורה מניחה שהכלל הוא "הרוב (בכנסת) קובע", ללא כל הסבר מדוע זהו הכלל ואין בלתו. נחוץ כאן טיעון מהותי, מהו הכלל שמוחל בשיטה המשפטית שלנו, טיעון שמתייחס להיבט עובדתי (הסכמה לאומית רחבה לכלל שלפיו יש לפעול) ולהיבט המוסרי (ראוי שזה יהיה הכלל שלפיו פועלים).

הטענה הבסיסית בעד עקרון "הכרעת הרוב" היא שאין הסכמה חברתית באשר לתוכן של המגבלות שראוי להטיל על רשויות השלטון. אולם, הטענה שהדרך לפתור את אי ההסכמה הזו היא באמצעות הסתמכות בלעדית על הכלל שלפיו הרוב קובע, כך שכוחו של הרוב בלתי מוגבל אלא אם בחר מפורשות להגביל עצמו, היא שגויה ולו מן הטעם הפשוט שאין זה נכון שיש הסכמה לאומית רחבה לכך שזהו הכלל הראוי. רבים סבורים שיש סוגיות שבהן אופן ההכרעה הרצוי אינו הכרעת הרוב, למשל, הקביעה באילו נסיבות מותר לפגוע בחופש הביטוי של אדם, בחופש הדת שלו ובהיבטים רבים אחרים שמוכרים כזכויות אדם, כמו גם בסוגיות אחרות, למשל בעניין

ויתור על או החלת ריבונות המדינה בשטח מסוים. עקרון הכרעת הרוב אינו עקרון ניטרלי. הוא מבטא תפיסות צדק מסוימות, בדבר תועלתנות והעדפת אינטרסים של הקבוצה על פני אלה של היחיד.² בכל אלה קיימים חילוקי דעות בחברה. נוסף על-כך, קשה להניח שקיימת תמיכה ציבורית נרחבת בעמדה שבכוחה של הכנסת להחליט ככל העולה על רוחה בעניינים הקשורים לכלל הרוב עצמו, למשל להחליט שתקופת כהונתה של כנסת מסוימת תוארך לפי שיקול דעתם של חברי הכנסת.³

ביטוי לכך ניתן בנתונים הבאים, שהם עיבוד לנתונים שנמצאו בסקר מדד הדמוקרטיה 2022 שפרסם המכון הישראלי לדמוקרטיה:⁴



משמעות הדבר היא שגם אם אין הסכמה רחבה על תוכןן של המגבלות שראוי להטיל על כוחו של הרוב, אין זה נכון שיש הסכמה על כך שאין להכיר בקיומן של מגבלות כלשהן על כוחו של הרוב. משום כך, הכלל שלפיו "הרוב קובע" אינו פותר את בעיית אי ההסכמה בחברה. בלתי נמנעת כאן קביעת נקודת מוצא נורמטיבית כלשהי, נקודת התחלה של הדיון. נקודת המוצא היא שיש לקבוע את גבולות סמכותה של הכנסת להגדיר את "כללי המשחק" על יסוד האקסיומה, שהיא כאמור ליבת השיטה המכונה דמוקרטיה, שלפיה יש להימנע מהענקת כוח בלתי-מוגבל לגורם כלשהו, אדם או מוסד.

החוקה הבלתי-כתובה, ובכללה הנורמה שמסדירה את אופן הקביעה של נורמות בעלות מעמד חוקתי, כלומר נורמות שמגבילות את רשויות השלטון, היא **פרויקט משותף**, תוצאה של שלושה מקורות בו-זמנית: מקור פורמאלי (החלטות של גופים נבחרים), מקור חברתי (התפיסות המקובלות בציבור) ומקור מוסרי-תבוני (היקף הסמכות שנובע מעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית). שלושת המקורות הללו הם הבסיס להכרה

² למשל, דוד הד "על-פי רוב?" **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** 77 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 1999).

³ למשל, אהרן ברק **פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית** 632 (1992): "אם] הכנסת [תחוקק] חוק המבטל את הדמוקרטיה [...] בית-המשפט יוכל – מבחינתו של הקונסנזוס החברתי בישראל – להכריז על החוק כבטל. [...] הכנסת אינה 'מוסמכת' לבטל את הדמוקרטיה".

⁴ המכון הישראלי לדמוקרטיה, מדד הדמוקרטיה הישראלית 2022, עמ' 49. זמין ב[בא](#).

בסמכותה של הכנסת והם גם הבסיס לקביעת גבולותיה של סמכות זו. התוקף של שני הראשונים נובע מזכות ההשתתפות של הציבור בהכרעות, ובכלל זה בקביעת כללי המשחק.

המקור הפורמלי הוא הכרעת הרוב בכנסת, בחקיקת חוקי-יסוד; המקור השני הוא עמדות הציבור, כלומר איתור הסכמה לאומית רחבה באשר לשאלה מה תוכנה של החוקה הבלתי כתובה שלנו, ובכלל זה מהן סמכויותיו של הרוב בכנסת לקבוע את "כללי המשחק". המקור השלישי נובע מהכרעה תבונית-מוסרית, אם כלל כלשהו שהכנסת מבקשת לקבוע עולה בקנה אחד עם עקרונות הדמוקרטיה. הפרשנות החוקתית, ובכלל זה קביעת התוקף של תיקון לחוק-יסוד, נקבעת לפי כל שלושת הגורמים הללו יחדיו.

גישה זו, באשר ל"כלל הזיהוי" בשיטה המשפטית, משותפת לתפיסות שמקובל לכוונן "שמרניות" ולכאלה שמסווגות "ליברליות". היא מבטאת הכרה בחשיבות של שילוב שני המקורות, זה המבטא את הסכמת הציבור וזה המוסרי-תבוני, בקביעת "כללי המשחק" המשטריים.⁵ במינוח המקובל כיום, זוהי הדרישה ל"הכשר דמוקרטי", שלפיה פרשנות חוקתית, ובכלל זה קביעת הסמכות לקבוע תיקון חוקתי, היא לגיטימית רק אם היא זוכה להכשר פורמאלי-דיוני, להכשר חברתי ולהכשר מוסרי-נורמטיבי.⁶

פרשנות החוקה הבלתי-כתובה, ובכלל זה גבולות הסמכות לקבוע תיקון חוקתי, מבוססת על מקבילית כוחות, שכוללת שני רכיבים: האחד, המידה שבה הנורמה הנדונה מבטאת הסכמה לאומית רחבה (בכנסת ובציבור); והשני, המידה שבה הנורמה עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של דמוקרטיה. למשל, בכוחה של הכנסת לקבוע את שיטת הבחירות ואת שיטת המשטר, כל עוד זו נעשית בהסכמה רחבה בכנסת ואינה חורגת מעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית. לא כך כאשר ההחלטה מבוססת רק על ההעדפות של רוב קואליציוני מזדמן ותוכנה חורג מעקרונות היסוד. במקרים אלה, גדל משקלם של שני המקורות האחרים, דבר שעלול להוביל לפסילת חוק (ואף חוק-יסוד). מקרים מסוג זה שנדונו בפסיקה הם, למשל, כאשר הרוב בכנסת קבע כללים מפלים לעניין מימון מפלגות,⁷ לעניין העלאה של אחוז החסימה,⁸ שלילת סמכותה של הכנסת לפקח על הממשלה באמצעות הקביעה שתקציב המדינה יאושר מראש לשנתיים,⁹ וכך גם לעניין הניסיון למנוע את פיזור הכנסת והקדמת הבחירות אף שלא נחקק חוק תקציב.¹⁰ יתר על-כן, במקרים קיצוניים, גם תמיכה נרחבת של הכנסת ואף של הציבור לא תועיל להכיר בתוקפם של הסדרים מסוימים. אלה הסדרים שחותרים תחת הבסיס של השיטה הדמוקרטית, ובכללם: זכות ההשתתפות השווה בבחירות, עקרון הפרדת הרשויות והחובה לכבד את זכויות האדם.

הגבלת כוחה של הכנסת נחוצה לשם הגדלת הסיכוי שהשלטון יפעל לשם מימוש התכליות לשמן הוענקו לו סמכויותיו. הרוב עלול להעדיף את האינטרסים הצרים של חבריו על חשבון בני קבוצות מיעוט וכדי להבטיח את

⁵ למשל, Garry Wills, *The Convenient State*, in AMERICAN CONSERVATIVE THOUGHT IN THE TWENTIETH CENTURY 7, 23, 28 (WILLIAM F. BUCKLEY, JR. ED., 1970).

⁶ למשל, JACK M. BALKIN, LIVING ORIGINALISM 64–69 (2011); Richard H. Fallon Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787 (2005).

⁷ בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, כג(1) 693 (1969), שם הוכרז על בטלותו של חוק "רגיל".

⁸ בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה (12.03.2015), שם הוחלט, בדעת רוב, שלא להכריז על בטלותו של התיקון לחוק הבחירות לכנסת, לאחר שנמצא שהעלאת אחוז החסימה שנדונה שם אינה פוגעת בייצוג בכנסת של הקבוצות השונות בחברה.

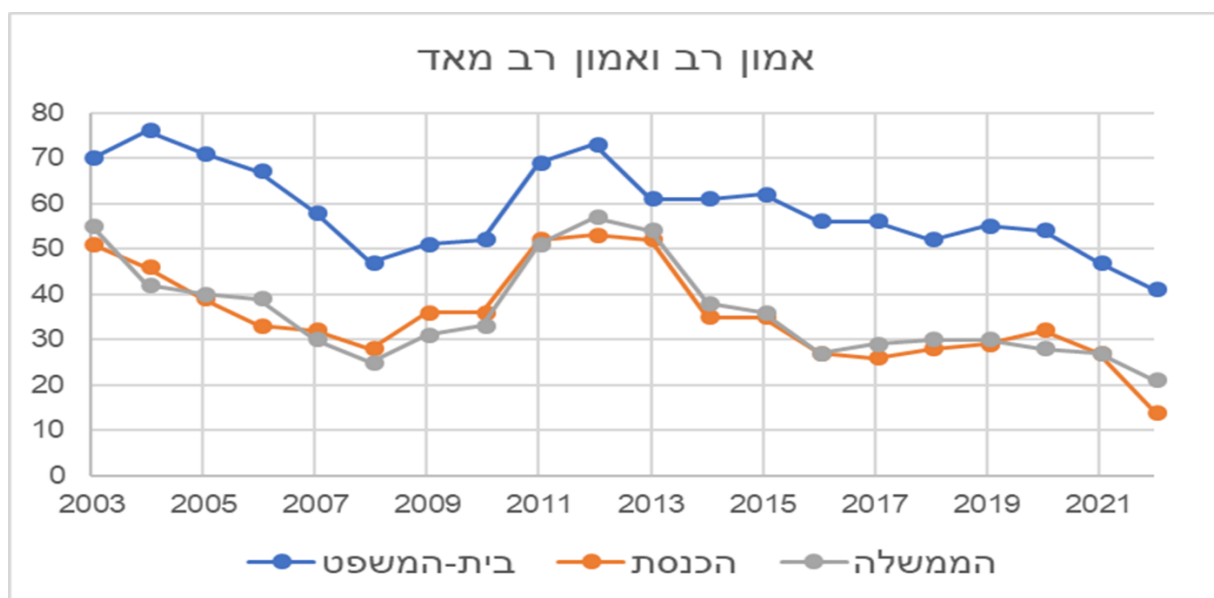
⁹ בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, סד(3) 275 (2011); בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (6.9.2017), שם ציין בית-המשפט כי חזרה על פרקטיקה כזו עלולה להביא להכרזה על בטלות התיקון לחוק-יסוד.

¹⁰ בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (23.05.2021).

המשך שלטונו. בוודאי כך בחברה שסועה, שיש בה קבוצות תרבותיות נבדלות, שביניהן מידה לא מבוטלת של עוינות. כמעט כל הדמוקרטיה בעולם, לרבות מדינות שיש להן תרבות פוליטית דמוקרטית מפותחת, מכירות בצורך בהגבלת כוחו של הרוב, באמצעות קביעת הגבלות בחוקה כתובה וקביעת הסדרים מיוחדים לשם תיקון החוקה, כך שרוב רגיל לא יוכל לעשות את המגבלות פלסטר. בישראל, שבה אין חוקה כתובה ואין הסדרים מפורשים בדבר האופן שבו קובעים חוקה ומתקנים אותה, המגבלות נובעות מן החוקה הבלתי-כתובה. הן מבטאות התחשבות בעמדת הרוב בכנסת אך גם בעמדת הציבור בכללו ובמידת ההתאמה שבין הנורמות שמבקשים לקבוע לבין עקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית.

הכרעה נוספת שנחוצה היא באשר לזהותו של הגורם שראוי שתהא בידיו הסמכות לאכוף ציות ל"כללי המשחק", ובכלל זה הסמכות לקבוע אם הכנסת חרגה מסמכותה לקבוע את "כללי המשחק". בעניין זה, אין די בהערכה אם בית-המשפט הוא מוסד מתאים לכך או לא. ההכרעה הנחוצה היא מיהו המוסד המתאים ביותר לכך מבין החלופות הרלוונטיות, כלומר בית-המשפט או הכנסת עצמה. ההכרעה הנחוצה היא מיהו המוסד שזוכה למידה הרבה ביותר של אמון הציבור, כעניין אמפירי, ומיהו המוסד שראוי, מבחינת הערכה רציונלית, לתת בו אמון.

במישור האמפירי, עמדות הציבור בישראל מבטאות אמון רב יותר בבית-המשפט העליון מאשר בכנסת ובממשלה. אף שניכרת בשנים האחרונות ירידה באמון הציבור בבית-המשפט, הירידה באמון הציבור בכנסת (ובממשלה) תלולה לא פחות, והתוצאה היא שמירת הפער הניכר באמון הציבור בבית-המשפט לעומת המוסדות הפוליטיים. פער זה נשמר לאורך כל השנים, ללא קשר לזהות הפוליטית של הממשלה והקואליציה בכנסת, והיא נותרה ברמה גבוהה גם לאחר "המהפכה החוקתית". הנה דוגמה לביסוס הערכה זו, מתוך סקר מדד הדמוקרטיה 2022, שפרסם המכון הישראלי לדמוקרטיה:¹¹



¹¹ מדד הדמוקרטיה הישראלית 2022, לעיל ה"ש 4, עמ' 70.

גם ניתוח רציונלי מוליד למסקנה שיש להעדיף את מסירת האכיפה של הציות למגבלות שמוטלות על הכנסת בקביעת תיקונים לחוקי היסוד בית-המשפט. קיים אמנם חשש שבית המשפט יפעיל את סמכויות הפיקוח שלו באופן מוטה ושלא למטרות לשמן הוענקה לו הסמכות. אולם, ההערכה המקובלת בכמעט כל הדמוקרטיה בעולם היא שהסיכון שנשקף מבית המשפט נופל עשרת מונים מן הסיכון שנשקף מרשויות השלטון ומכוחו של הרוב בציבור.¹² בהיבט זה, העובדה שהשופטים אינם עומדים לבחירת הציבור היא דווקא יתרון ולא חסרון. השופטים אינם צריכים להתאים את עמדותיהם לעמדות אנטי-ליברליות שיש להן לעיתים תמיכה בקרב הציבור או לפעול לקידום אינטרסים צרים של ציבור מסוים, כדי להבטיח את בחירתם מחדש. עוד יש להתחשב בהקשר זה בתרבות השיפוטית, שמחייבת הנמקה על יסוד שיקולים תבוניים ולא על יסוד הכרעה שרירותית, תוך מחויבות לעקביות, ובביקורת הציבורית לה כפופים השופטים. גורם חשוב בהערכת הסיכון שנשקף משימוש לרעה בסמכות הביקורת השיפוטית הוא העובדה שהשופטים אינם אמונים בדרך כלל על ההכרעות החברתיות עצמן, כלומר על הקביעה באיזה אופן יש לפגוע בזכויות כדי לקדם אינטרס ציבורי או כיצד להקצות משאבים ציבוריים ואף אינם קובעים את "כללי המשחק" עצמם. הביקורת השיפוטית תוחמת את גבולות ההכרעות המותרות, והיא מותירה מרחב ניכר של שיקול דעת לרשויות השלטון לבחור בין החלופות השונות.

החלת ביקורת שיפוטית על קביעת "כללי המשחק" היא אכן עניין חריג לעומת המקובל בעולם. אך זהו היבט שמתחייב מכך שגם הסמכות שלגביה מוחלת הביקורת השיפוטית היא חריגה לעומת המקובל בעולם – חקיקה בהליך רגיל בבית-המחוקקים, בלא דרישת רוב מיוחס או הגבלה אחרת. בנסיבות כאלה, האיזון הנדרש הוא בהחלת מקבילית הכוחות שתוארה לעיל: סמכות הכנסת לקבוע הוראות בחוקי-יסוד היא נרחבת יותר ככל שהיא נעשית בהסכמה רחבה בכנסת, מעבר לרוב הקואליציוני, ומשקפת הסכמה רחבה בציבור להוראות שמבקשים לקבוע, וככל שאין בה סתירה לעקרונות יסוד של דמוקרטיה.

ב. סמכויות הכנסת כרשות מכוננת

יישום התפיסה שתוארה באשר לסמכויותיה של הכנסת לקבוע נורמות חוקתיות מחייב להבחין בין סמכויותיה של האסיפה המכוננת המקורית, שנבחרה ב-1949, לבין הסמכות של הכנסת שבאו אחריה. הסמכות של האסיפה המכוננת המקורית היתה רחבה מאד, על יסוד כל שלושת המקורות שצוינו. הסמכות הנרחבת נבעה מכך שהאסיפה הוסמכה לחבר חוקה מכוח הכרזת העצמאות, מסמך שמוכר כמקור הסמכות העיקרי, הנורמה הבסיסית, של המשפט הישראלי. הסמכות הנרחבת של האסיפה המכוננת המקורית עולה גם מכך שהיא נבחרה במיוחד לשם מטרת קביעת החוקה הכתובה, ברגע המכונן של הקמת המדינה, ולאור ההליך שבו החוקה אמורה היתה להיות מאושרת. מכאן שגוף זה זכה להכשר פורמאלי, מכוח ההסמכה לחבר חוקה שנקבעה בהכרזת העצמאות; להכשר חברתי, שהתבטאה בהסכמה לאומית רחבה לכך שזהו הגוף שמוסמך לקבוע את החוקה; ולהכשר מוסרי, שכן התנאים שבהם היא אמורה היתה לקבוע את החוקה שיקפו דרך ראויה לכינון חוקה. על יסוד כך, סמכותה של האסיפה המכוננת המקורית היתה רחבה מאד, אם כי גם כאן, אין מדובר בהכרח בסמכות בלתי-מוגבלת, בשל שילוב של גורמים: ראשית, הכרזת העצמאות עצמה, מקור הסמכות, הציבה גבולות באשר לעקרונות היסוד שלפיהם תפעל מדינת ישראל; שנית, התכנית המקורית, שלפיה האסיפה המכוננת תפעל מחוץ לפוליטיקה הרגילה לא התממשה כידוע, משהחלט, בסמוך לפני הבחירות, שגוף זה יכהן בו-זמנית גם כרשות מחוקקת; ולבסוף, אחת הסיבות שהועלו בזמנו להחלטת האסיפה המכוננת שלא לחבר חוקה היתה העובדה

¹² דיון רב-השפעה בסוגיה זו, שבו נטבע האפיון של הביקורת השיפוטית כ"אנטי-רובנית" (counter-majoritarian) הוא הספר (ALEXANDER BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH (1962).

שבאותה עת, 1949, רבים ממי שצפויים היו להפוך לאזרחי ישראל, פליטים יהודים, טרם הגיעו לארץ וההערכה היתה שיש ספק אם ניתן להצדיק נורמטיבית קביעה של החוקה בלא השתתפותם בהחלטה. שילוב הגורמים הללו עשוי היה להצדיק הכרה בקיומן של מגבלות משפטיות על תוכנה של החוקה שרשאית היתה הכנסת לקבוע. האסיפה המכוננת המקורית נמנעה כאמור מלחבר חוקה, והעדיפה לקבוע שהכנסת, בית המחוקקים הרגיל, תהיה מוסמכת לחוקק חוקי-יסוד שיהיו פרקים בחוקה העתידית ("החלטת הררי"). הכנסת לא קבעה מנגנון מיוחד כלשהו לחקיקת חוקי-יסוד, שיבטיח שהם מבטאים הסכמה לאומית רחבה, ואף לא הבהירה מה יהיה מעמדם של חוקי-היסוד הללו עד אשר "יתאגדו" לחוקה הכתובה של המדינה. בנסיבות אלה, הסמכות שמסורה לכנסת לקבוע נורמות חוקתיות היא מוגבלת. היקף המגבלות מושפע משילוב הגורמים שתוארו: ככל שקביעת חוקי-יסוד נעשית ברוב רגיל, בלא גיבוש הסכמה לאומית רחבה, בכנסת ומחוצה לה, וככל שתוכנם של ההסדרים שמבקשים לקבוע בחוק יסוד אינו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה, כך מצומצם יותר כוחה של הכנסת לקבוע הוראות בחוקי-היסוד.

טענה נפוצה היא כי פסק הדין בעניין **בנק מזרחי**, משנת 1995, היווה שינוי חוקתי עמוק בישראל, והוא נעשה בהחלטה שיפוטית וללא כל הליך חוקתי; לפי טענה זו, אם בית המשפט רשאי היה לחולל שינוי כה עמוק במערך החוקתי הישראלי, ודאי שהכנסת יכולה לעשות כן. טענה זו שגויה מראשה ועד סופה. היא התבססה על שלושת מקורות ההכשר הדמוקרטי שתוארו לעיל: פסק-הדין, שבו נקבע כי לחוקי היסוד, ובכללם חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מעמד חוקתי, התבסס על הכשר פורמאלי לכך, קרי החלטתה של הכנסת עצמה, על הכשר חברתי, לאור התפיסה החברתית הנוהגת שלפיה בכוחה של הכנסת לכבול עצמה מכוח החובה לכבד זכויות האדם ובסמכותו של בית-המשפט לאכוף מגבלה זו שקבעה הכנסת, ועל הכשר מוסרי, שכן עקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית תומכים במתן מעמד חוקתי לזכויות אדם.

לפי הלכת **בנק המזרחי** חוקי היסוד, בעלי מעמד חוקתי. לפחות עד לאותה עת, בשנת 1995, חקיקת חוקי-היסוד אופיינה בכך שהיא נעשתה בהסכמה רחבה, בכנסת ובציבור (למשל, בהצבעה בקריאה שלישית על חוקי-יסוד: הכנסת, שנחקק בשנת 1958, תמכו בחוק 96 חברי-כנסת, ללא מתנגדים), והוראות חוקי-היסוד עלו בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית. מכאן ההכרה בכך שהוראות אלה מבטאות מימוש של סמכות הכנסת לקבוע את "כללי המשחק" ומכאן ההכרה בכך שחוקי-היסוד הם בעלי "מעמד חוקתי", כלומר הוראות שגוברות על האמור בחקיקה "רגילה". הדברים תקפים גם לגבי חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולפיו מעשה שלטוני שפוגע בכבוד האדם ובזכויות אחרות שמנויות שם תקף רק אם הוא מבוסס על הסמכה מפורשת בחוק, הפגיעה בזכות נועדה לתכלית ראויה והיא מידתית. חוקי-היסוד נחקקו ב-1992, בהתנגדות של 21 חברי כנסת (ובתמיכתם של 32). החלת מקבילית הכוחות שתוארה לעיל מלמדת שההכרה בתוקפה של הנורמה החוקתית הזו היא מוצדקת. כעניין עובדתי, חוקי-היסוד נחקקו בהסכמה רחבה בכנסת, שהושגה בזכות פשרה, לאחר קרוב לשלוש שנות דיונים.¹³ על ההסכמה הרחבה מעיד גם מספר המתנגדים הזעום (21 בקריאה השלישית ורק 10 בקריאה הראשונה), כך שמספר התומכים היה רב בהרבה מאלה שהשתתפו בפועל בהצבעה. מבין המצביעים בעד חוק היסוד היו נציגים מסיעות שמאל, מרכז וימין (כולל הליכוד והמפד"ל), ונציגי המפלגות החרדיות היו שותפים לניסוח החקיקה. עדות להסכמה הציבורית הרחבה ניתנה גם במספר התומכים בתיקון החוק ב-1994, לצד חקיקתו מחדש של חוק יסוד: חופש העיסוק, עת הצביעו בעד התיקון בקריאה הראשונה 82 חברי-כנסת,

¹³ להרחבה ראו אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" **משפט ואדם – משפט ועסקים** יד 79 (2012); אוריאל לין **לידתה של מהפכה** (2017).

כנגד 11 מתנגדים, וברוב של 67 מול 9 בלבד בקריאה השנייה והשלישית. לכך נוספת העובדה שהמדובר בנורמה שנועדה להגביל את כוחן של הממשלה והכנסת, לא להעצים את כוחן, ולפיכך אין חשש לגביהן שהיא מבטאת שימוש לרעה בסמכותה של הכנסת לקבוע "כללי משחק". בנוסף לכל אלה, ובוזר העיקר, המדובר בהסדר שעולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה. החובה לכבד את זכויות האדם מוכרת בכל דמוקרטיה ליברלית, והקביעה של סמכות לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת כדי לאכוף את החובה הזו גם היא עניין מקובל ונפוץ מאד.¹⁴

חוקי-היסוד הם בעלי מעמד חוקתי, כלומר, משהוכר תוקפם, הם מגבילים את כוחה של הכנסת כרשות מחוקקת. אולם, אין נובעת מכאן המסקנה שכוחה של הכנסת לחוקק חוקי-יסוד הוא בלתי מוגבל. בית-המשפט נמנע מלהכיר בחוקי היסוד כ"חוקה הכתובה" של ישראל.¹⁵ ביסוד ההכרה בכך שתוקפה של הוראה שקבועה בחוקה הכתובה נובעת כמעט אך ורק מן ההליך שבו נקבעה, כך שעמידה בדרישות ההליכיות לתיקון החוקה מספיקה כמעט תמיד כדי להכיר בתוקפו של התיקון. בית-המשפט נמנע מלהכיר בחוקי היסוד כחוקה כתובה בשל בהיעדר הליכי חקיקה מיוחדים, שיבטיחו שחוקי היסוד ייקבעו באופן שמבטא הסכמה לאומית רחבה, מחוץ למה שכינתה רות גביוון "פוליטיקה רגילה".¹⁶ הגישה העולה מן הפסיקה בדבר גבולות כוחה של הכנסת בחקיקת חוקי-יסוד מבטאת במידה רבה הכרה בכך שחוקי היסוד הם רק "מעין חוקה",¹⁷ כך שתיקונים להם אינם חסינים מביקורת שיפוטית. מכאן ההבחנה החשובה שבין ההכרה במעמדם של חוקי היסוד כלפי הרשות המחוקקת – מעת שהוכר תוקפה של הוראה בחוק-יסוד, יש לה מעמד חוקתי, שמגביל את כוחה של הרשות המחוקקת – לבין ההימנעות מהכרה בחוקי היסוד כחוקה כתובה. ההשלכה של ההבחנה הזו היא שתיקונים לחוקי יסוד אינם "תיקונים לחוקה", וגם אם הם עומדים בדרישת הרוב הדרוש לחקיקתם, שהוא לכל היותר רוב של 61 חברי-כנסת, תוקפם מוגבל אם לאור תוכנם הם סותרים את עקרונות היסוד של הדמוקרטיה ואינם משקפים הסכמה לאומית רחבה.

המגבלות שנקבעו בפסיקה באשר להיקף הסמכות של הכנסת לקבוע הוראות בחוקי-יסוד משקפות את האפיון שהובא לעיל. המדובר בעיקרו של דבר בשני סוגים של דוקטרינות, שההבדל ביניהן אינו רב: שימוש לרעה בסמכות המכוונת ותיקון חוקתי לא חוקתי. הדוקטרינה בדבר שימוש לרעה בסמכות המכוונת עוסקת בעיקרה במצבים שבהם נקבעת הוראה בחוק-יסוד שתכליתה העיקרית היא קידום אינטרסים צרים של הרוב בכנסת שחוקק את ההסדר. המקרה הטיפוסי הוא קביעת פטור מתחולתו של הסדר כללי שקבוע בחוק-יסוד, כך שלא יחול בעניין שבו לממשלה ולרוב הקואליציוני בכנסת אינטרס שלא יחול. כך היה, למשל, לעניין הפטור ממגבלת

¹⁴ ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221 (1995)

¹⁵ עניין **בנק המזרחי**, פס' 66 לפסק דינו של הנשיא שמגר. בפסיקה מאוחרת יש לא מעט אמירות ברוח זו, למשל, דני"פ 5852/10 **מדינת ישראל נ' שמש**, פ"ד סה(2) 377, פס' 31 לפסק-דינו של השופט דנציגר (2012): "המאפיין את התפתחות זכויות האדם בשיטתנו המשפטית, לאור העיכוב בהשלמת מפעל חוקי היסוד בהתאם להחלטת הררי [...] הוא היעדר חוקה כתובה". ראו גם מנחם מאוטנר **הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו** 118 (2019): "מהבחינה הדוקטרינלית, בשנים שלאחר פסק דין בנק המזרחי אימץ בית המשפט העליון את עמדתו של שמגר ודחה את עמדתו של ברק [...] ונמנע בעקבות מלטעון שהוא מפעיל חוקה הקיימת כביכול במשפט הישראלי"; רבקה וייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנט של חוקת הכלאיים הישראלית" עיוני משפט לח 501, 514–515 (2016); ברק מדינה "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ודמוקרטיה ליברלית עיוני משפט מד 5 (2021). לגישה שונה ראו עמדת הנשיא ברק בעניין **בנק המזרחי**, פס' 54: "הכנסת היא בעלת סמכות מכוונת. מכוחה היא העניקה חוקה לישראל. היא עשתה כן פרקים פרקים, על פי 'החלטת הררי'. כל אחד מחוקי היסוד הוא פרק בחוקתה של מדינת ישראל. [...] אכן, יש למדינת ישראל חוקה. אלה הם חוקי היסוד".

¹⁶ רות גביוון "המהפכה החוקתית: תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 71 (1997).

¹⁷ ראו עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 9, פס' א' לפסק-דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

מספר השרים בממשלה,¹⁸ הפטור מן הצורך באישור התקציב מדי שנה (באמצעות חקיקת חוק תקציב דו-שנתי)¹⁹ ובקביעת פטור מפיזור הכנסת ומהקדמת הבחירות אף שלא אושר התקציב השנתי.²⁰ ביסודה של דוקטרינה זו העמדה שקביעת פטור מתחולתה של נורמה כללית, אף אם היא נעשית בחוק-יסוד, וברוב הקואליציוני, חורגת מסמכותה של הכנסת.²¹

לפי הדוקטרינה בדבר שימוש לרעה בסמכות המכוננת, שנקבעה בפרשת **שפיר**, הכנסת חורגת מסמכותה כאשר מתקיים לפחות אחד מן המאפיינים הבאים: ההסדר שנקבע הוא זמני במהותו, כלומר אינו כללי (ההסדר חל רק בנסיבות שתחומות באופן שאין לו הצדקה עקרונית); אינו יציב (משך התחולה מוגבל בזמן); או כאשר מדובר בהסדר שאינו עולה בקנה אחד עם מארג הנורמות החוקתיות, ותכליתו העיקרית היא לפטור את הממשלה ואת הרוב הקואליציוני מתחולתן של מגבלות חוקתיות קיימות. החלופה השלישית היא העיקרית כאן. עניינה מקרים שבהם התיקון לחוק-יסוד סותר חזיתית את עקרונות היסוד של השיטה, כפי שהם מעוגנים בחוק-היסוד הקיימים.

דוגמה אחת לכך היא הדיון בעניין חקיקת תקציב דו-שנתי. בפסיקה בנושא זה היתה מחלוקת בין השופטים אם הוראה זו סותרת עקרונות יסוד דמוקרטיים, אך הוסכם כי אם יש בכך הפרה של עקרונות כאלה, תיקון לחוק היסוד שקובע זאת הוא בטל, משום שהוא חורג מסמכותה של הכנסת. כך השופטים שסברו שיש כאן פגיעה בעקרונות היסוד;²² אך גם אלה שסברו אחרת הכירו בכך כי אילו מצאו שהוראה זו מפרה עקרונות יסוד של דמוקרטיה, לא היה לה תוקף אף אילו היתה נקבעה בהסדר כללי ויציב, ולא כהוראת שעה.²³ ההערכה הנחוצה היא מהי "מידת הפגיעה של חוק היסוד [...] בעקרונות משטריים ובזכויות יסוד אחרות".²⁴ חקיקת חוק תקציב דו-שנתי, ככל שיש בה הפרה של עקרונות יסוד של השיטה, אינה תקפה, אם אין מתקיים לגביה השילוב של הסכמה לאומית רחבה, שחורגת מתמיכת חברי הקואליציה בלבד, עם מנגנונים חלופיים שנועדו להקנות לכנסת סמכות פיקוח נאותה על הממשלה.

¹⁸ בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92 (1999); בג"ץ 3234/15 יש עתיד נ' יושב-ראש הכנסת (9.7.2015).

¹⁹ עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 9; עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 9.

²⁰ עניין **שפיר**, לעיל ה"ש 10.

²¹ שם, פסי' 37 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

²² עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 9, פסי' ל"ה לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "עמדנו בהקשרנו על החשיבות העצומה שבפיקוח פרלמנטרי שנתי על תקציב המדינה ועל היותו כלי מרכזי לפיקוח הכנסת על הממשלה, במיוחד כאשר עסקינן ביכולת של חברי כנסת מסיעות האופוזיציה והציבור אותו הם מייצגים, או אף חברי כנסת מן הקואליציה, להשפיע על סוגיות של מדיניות וקביעת סדרי עדיפויות חברתיים וכלכליים; מכאן ברי, כי חריגה מעיקרון זה, גם כאשר מדובר בתיקון חוקתי 'אמיתי' – של קבע – ולא על דרך של הוראת שעה, צריך שתיעשה, אם בכלל, בהירות גדולה מאוד, מבלי לסתור את עקרונותינו הדמוקרטיים ומבלי לפגוע בפגיעה קיצונית בזכות הציבור, באמצעות נבחריו בבית המחוקקים, לקחת חלק בעיצוב תקציב המדינה ובפיקוח הפרלמנטרי".

²³ עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 9, פסי' 4 לפסק-הדין של השופט הנדל: "[אילו נקבע הסדר של] מעבר לתקציב ארבע-שנתי, ההופך את אישור התקציב להצבעת אמון חד פעמית בממשלה", היה בכך חריגה מסמכות הכנסת ולפיכך "אין להסכים" עמו. ראו גם עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 9, פסי' 4 לפסק-דינה של השופטת נאור: "המקרה שלפנינו נוגע למרקם היחסים בין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת. אין המדובר בפגיעה בזכויות אדם, ואין המדובר גם לטעמי בפגיעה בעקרונות יסוד משטריים".

²⁴ עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 9, פסי' 24 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. ראו גם עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 9, פסי' ל' לפסק-דינו של המשנה לנשיאה (בדימי) רובינשטיין: "כמו כל כוח שלטוני, גם סמכותה של הרשות המכוננת, צריך שתופעל בתום לב ומשיקולים ענייניים, ובשם התכלית שבעטיה ניתנה הסמכות. [...] במקום שמזוהה שימוש לרעה בכוח הרוב בטכסט חוקתי, נסוג הצורך הפוליטי מפני 'הליבה החוקתית' ו'קדושתה', חשיבותה המשפטית והערכית".

גישה דומה מוחלת במסגרת הדוקטרינה בדבר תיקון חוקתי לא-חוקתי, שבה הדגש הוא כל כולו על בחינת התאמת התיקון לחוק-יסוד ל"מארג החוקתי" הקיים. עד כה נמנע אמנם בית-המשפט מלקבוע מפורשות כי הסדר בחוק-יסוד הוא בטל על יסוד דוקטרינה זו, אך בה בעת הקפיד להבהיר כי אינו שולל אפשרות כזו.²⁵ לפי גישה זו, "[במסגרת] דוקטרינת התיקון החוקתי הלא חוקתי" השאלה הנשאלת [...] היא אם הולמת חקיקת היסוד את שיטת המשטר ואת ערכי היסוד שבגרעינה".²⁶ בית-המשפט שב וקבע כי "קיימים עקרונות יסוד, העומדים בבסיס קיומנו כחברה ומדינה, אשר פגיעה בהם תעורר שאלות קשות של סמכות ובכלל זה ספקות אם בשינוי החוקה מדובר או בכינונה של חוקה חדשה. במקרה כזה [...] יידרש בית המשפט להכריע האם הכנסת חרזה מסמכותה המכוננת ופגיעה ביסודות בסיסיים של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית".²⁷ הדין הוא "אין ביכולתה של הכנסת בכובעה כרשות מכוננת כדי לשלול בחוק יסוד את עצם היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית".²⁸ גם אהרן ברק, בכתבתו האקדמית, סבר שכוחה של הכנסת כרשות מכוננת מוגבל, מכוח "עקרונות יסוד וערכי היסוד של המבנה החוקתי שלנו" ועקרונות הכרזת העצמאות.²⁹

ג. התכנית המוצעת חורגת מסמכותה של הכנסת

יישום ההלכה שתוארה לעיל מוליך למסקנה שהכנסת אינה מוסמכת לחוקק את התיקונים הנדונים בימים אלה לחוקי היסוד. לפי התכנית המוצעת, יצומצם באופן ניכר היקף הביקורת השיפוטית על הכנסת ועל הממשלה, באמצעות שילוב של צעדים שעיקרם פוליטיזציה של הליך בחירת השופטים, שלילת הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, הגבלת הביקורת השיפוטית על חקיקה באמצעות ביטול האפשרות לתקיפה עקיפה של חקיקה ודרישת תמיכה של מספר רב במיוחד של שופטים בבית-המשפט העליון לביטול חוק, הסמכת הכנסת לבטל הכרעה שיפוטית בדבר בטלות חקיקה (פסקת התגברות), צמצום חובתה של הממשלה לפעול בסבירות, לשם קידום האינטרס הציבורי, ועוד. אלה הם שינויים יסודיים ב"כללי המשחק", שמשמעותם הרחבה ניכרת של סמכויות הכנסת והממשלה.

חקיקת כל אחד מן ההסדרים הללו בנפרד, ובוודאי בהצטרפם יחד, מבטאת חריגה של הכנסת מסמכותה ואין לה תוקף גם אם היא נכללת בהוראה שכותרתה חוק-יסוד. ההסדרים הללו נעדרי הכשר דמוקרטי, בהתייחס

²⁵ שם, פס' ל"ה לפסק-דינו של המשנה לנשיאה (בדימי) רובינשטיין: "אין באמור ללמד, כי כל תיקון קבע לחוק היסוד [...] בהכרח יעמוד חוקתי, גם אם לא אטע מסמרות. [...] אם ימצא בית משפט זה כי תיקון שנעשה לחוק היסוד פוגע בצורה חמורה במשטר הדמוקרטי, אין לשלול את האפשרות [...] כי הדבר יוביל למסקנה החריגה שמדובר בתיקון חוקתי שאינו חוקתי ולכן יש לפסלו. [...] ככל שהרשות המכוננת אינה נוקטת היא עצמה ריסון של ממש בבואה לתקן את עקרונותיה החוקתיים של המדינה, נכונותו של בית המשפט לבקרה – רחבה יותר, גם אם ברי כי עדיין תהא מצומצמת מהביקורת אותה נוקט בית המשפט כלפי חקיקה במעמד נורמטיבי רגיל, שגם היא מצומצמת מעיקרא"; שם, פס' 3 לפסק-דינו של השופט גיבוראן: "ככל רשויות השלטון, מחויב בית משפט זה [...] להכריע בסוגיות המובאות לפניו לאור ערכי היסוד הראויים למשטר דמוקרטי חוקתי, יהיו הם כתובים עלי ספר או לאו"; עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 9, פס' 34 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש; שם, פס' 36 לפסק-דינה של השופטת חיות; ועוד.

²⁶ עניין **המרכז האקדמי**, לעיל ה"ש 9, פס' 5 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה (בדימי) גיבוראן.

²⁷ עניין **בר-און**, לעיל ה"ש 9, פס' 34 לפסק-דינה של הנשיאה ביניש. ראו גם עניין **בן מאיר**, לעיל ה"ש 9, פס' 4 לפסק-דינו של השופט סולברג: "ביקורת שיפוטית על חוקתיות תיקון לחוקה מתמקדת [...] בשאלה אם שינוי היקפן של זכויות היסוד, נעשה תוך פגיעה בעקרונות על-חוקתיים".

²⁸ בג"ץ 5555/18 **חסון נ' כנסת ישראל**, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה חיות (08.07.2021).

²⁹ אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" **ספר גבריאל בך** 361, 379 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בך עורכים, 2011); אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוננת" **ICON-S-IL Blog** (22.3.2020). ראו, ברוח דומה, אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" **ספר ברנזון** כרך שני 119, 134–136 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

לכל שלושת המקורות הנחוצים לביסוס הכשר כזה: ראשית, מסתמן שבתיקונים המוצעים ייתמכו אך ורק חברי הקואליציה, וזאת בהיעדר כל מגעים לפשרה ולכונות להתנות את החקיקה בסף מינימום מסוים של תומכים מקרב חברי הכנסת שאינם חברי הקואליציה. שנית, הביטול למעשה של מוסד הביקורת השיפוטית לא רק שאינו זוכה לתמיכה ציבורית רחבה אלא שהוא מעורר התנגדות גדולה מאד. אפילו אם סקרי דעת הקהל, שמהם עולה שרוב הציבור מתנגד לרפורמה, אינם מדויקים, ובפועל גם בציבור הרחב, כמו בכנסת, הקולות שקולים פחות או יותר, אין בתמיכה של לכל היותר מחצית הציבור בלבד בשינויים המוצעים כדי להספיק. תנאי הכרחי לשינוי כל-כך יסודי של "כללי המשחק", שצפויות לו השלכות ארוכות טווח ובמגוון תחומי החיים, הוא קביעתו ברוב מכריע של חברי הכנסת, תוך גיבוש הסכמה לאומית רחבה, יסודות שלחלוטין נעדרים כאן. אם הרוב בכנסת יבקש ליישם נורמה כזו, יהיה עליו להשיג לשם כך מידה רבה במיוחד של הכשר ציבורי. משמעות הדבר שידרש כינון חוקה שלמה, בהליך שיכלול בחירות מיוחדות לאסיפה מכוננת, שתידרש לחבר חוקה בהסכמה רחבה ולהביאה לאישור למשאל עם.

לכך נוסף היסוד המוסרי-תבוני. אפילו היתה מושגת תמיכה ציבורית נרחבת בשינויים המוצעים, לא היה בכך כדי להספיק כדי להקנות לכנסת סמכות לפגוע ביסודות הבסיסיים של המשטר הדמוקרטי. כוחו של הרוב בכנסת לקבוע נורמות חברתיות מותנה בכך שהנורמות שהוא קובע עולות בקנה אחד עם מקור הסמכות של הרוב, שעניינו תפיסות היסוד של משטר דמוקרטי. ההסדרים המוצעים מפרים את ליבת המשטר הדמוקרטי, עקרון ביזור הסמכויות. הם עלולים להקנות לממשלה, מכוח שליטתה בכנסת, כוח בלתי מוגבל. משום כך, ההסדרים המוצעים אינם זוכים להכשר מוסרי וממילא גם לא להכשר דמוקרטי.

התכנית שנדונה כעת משמעותה שלילת הסמכות לביקורת שיפוטית על החלטות הממשלה והכנסת, והצרה ניכרת של העצמאות השיפוטית. בצד ההתנגדות הציבורית הנרחבת לתכנית המוצעת, השוללת ממנה את ההכשר החברתי שלה, היא גם סותרת חזיתית את עקרון היסוד של הדמוקרטיה, ביזור הכוח, ומכאן נשלל ממנה גם ההכשר המוסרי-תבוני. החומרה שבכך רבה במיוחד בנסיבות המיוחדות של ישראל: היעדר "חוקה כתובה" שמשוריינת מפני שינוי ברוב קואליציוני רגיל; השליטה המוחלטת של הממשלה בכנסת; היעדר מנגנוני פיקוח יעילים אחרים על הרוב הקואליציוני; והשע העמוק בין יהודים לפלסטינים, שבגיננו יש סכנה ממשית להחרפת הפגיעה בזכויות המיעוט בלא ביקורת שיפוטית עצמאית. **ההסדר המוצע אמנם נהנה מתמיכת הרוב המזדמן בכנסת, אולם הוא חותר תחת עקרונות היסוד של הדמוקרטיה ואינו זוכה להסכמה ציבורית רחבה, ולכן לכנסת אין כלל סמכות לחוקקו. לעניין זה, לא תועיל גם קביעה בחוק-יסוד שלבית-המשפט אין סמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, בדיוק כפי שלא היתה מועילה הוראה בחוק-יסוד שלפיה לא יתקיימו יותר בחירות לכנסת או שביית-המשפט הגבוה לצדק מבוטל. סמכויותיה של הכנסת אינן נקבעות עצמאית על-ידי הרוב הקואליציוני. סמכויות הכנסת הן תוצאה של שילוב גורמים שקובעים את עצם קיומה של הסמכות ואת גבולותיה, ואין בכוחה של הכנסת לחרוג מסמכויות אלה.**

מסמך זה נכתב על ידי:

פרופ' ברק מדינה, האוניברסיטה העברית

ד"ר אורי אהרונוסון, אוניברסיטת בר-אילן

פרופ' דוד אנוך, האוניברסיטה העברית

פרופ' מנחם בן-ששון, האוניברסיטה העברית

ד"ר לימור יהודה, האוניברסיטה העברית

פרופ' צבי כהנא, המרכז האקדמי אונו

פרופ' סנדי קדר, אוניברסיטת חיפה