

# החוקה של מדינת ישראל

אמנון רובינשטיין וברק מדינה\*

## א. מהותה של חוקה

"[אין להקיש מאותו] עקרון יסוד של ממשל רפובליקני, המכיר בזכות העם לשנות או לבטל את החוקה הקיימת כל אימת שימצא כי אינה עולה בקנה אחד עם אושרו... שכל אימת שתשתלט על רוב שולחיהם של נציגי העם נטייה חולפת המנוגדת למה שנאמר בחוקה הקיימת, ממילא תהיה לה הצדקה להפר את הדברים הללו... כל עוד לא ביטלו ולא שינו בני-העם, בחקיקה חגיגית וסמכותית, את הצורה המקובלת, היא מחייבת אותם כקיבוץ וכאנשים פרטיים; ושום הסתמכות על כל הנחה שהיא, או אפילו ידיעת רחשי לבר של העם, אינן יכולות לספק הצדקה לנציגיהם לסטות ממנה".<sup>1</sup>

- א. מהותה של חוקה
- ב. זיהוי החוקה: הנורמה הבסיסית
- ג. עקרונות יסוד חוקתיים בלתי כתובים
- ד. הפעלת "סמכות מכוונת" כתנאי ל"כבילה עצמית"
- ה. הסמכות המכוונת של הכנסת
  1. מבחן "משפטי-פורמלי": האם הכנסת "הוסמכה" לפעול כרשות מכוונת?
  2. מבחן "חברתי": האם "התודעה הלאומית" מכירה בסמכותה המכוונת של הכנסת?
  3. מבחן ערכי: האם רצוי כי לכנסת תהא סמכות מכוונת?
- ו. זיהוי חוקי-היסוד כתוצר של הפעלת הסמכות המכוונת
- ז. "עליונות" חוקי-היסוד על פני חקיקה "רגילה"
- ח. תוקפן של הוראות "נוקשות" בחוקי-היסוד והגבלת הסמכות המכוונת
  1. גבולות סמכות הכנסת לכבול עצמה

\* פרופ' רובינשטיין מכהן כדקן בית הספר למשפטים ע"ש רדזינר, המרכז הבינתחומי הרצליה; ד"ר מדינה הוא מרצה בכיר בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. מאמר זה מבוסס על פרק מתוך הספר א' רובינשטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה שישית), הצפוי להתפרסם ב-2003. אנו מודים ליוסי נחושתן, לאילן סבן וליובל שני על הערותיהם החשובות. תודה גם למעין גנור על העזרה במחקר.

1 א' המילטון, ג' מדיסון וג' גיי הפדרליסט (י' חזוני עורכת, תשס"ב) 391 (תורגם על ידי א' אמיר, פורסם במקור בשנת 1787).

2. המגבלות המוטלות על הפעלת הסמכות המכוננת של הכנסת

ט. הערות סיכום

מטרתו של חיבור זה לדון במעמדם של חוקי-היסוד כחוקה של מדינת ישראל. טענתו העיקרית היא כי ההכרה במעמד החוקתי של חוקי-היסוד התבססה על הכרעה ערכית, שלפיה ראוי להגביל את כוחה של הכנסת בדרך של החלת ביקורת שיפוטית על החקיקה, בצד ההערכה כי לשם השגת הכשר ציבורי לכך מוטב להסתמך על מגבלות שנקבעו על ידי הכנסת עצמה.

חוקה היא צירוף של עקרונות היסוד שעליהם מושתתת המדינה (או "העקרונות המכוננים" שלה, כפירושו המילולי של המונח constitution). המדובר בקביעת הגבולות של סמכות המדינה (ובכלל זה, היקף ההגנה על זכויות היסוד של האדם; התכליות שאותן רשאי השלטון לשאוף לקדם; והאמצעים שהשלטון רשאי לנקוט לשם קידום התכליות האמורות); בויהוי הגופים המוסמכים להפעיל את סמכויות המדינה (לרבות אופן הבחירה או המינוי של נושאי התפקידים; ואופן קבלת ההחלטות בכל אחד ממוסדות השלטון); ובהסדרת המעמד של הוראות החוקה עצמן.

מתוקף מהות זו של החוקה, מובן כי לכל מדינה יש חוקה: לכל מדינה יש מוסדות שלטוניים, בעלי סמכויות מסוימות; נוהגים בה הסדרים באשר לאופן הבחירה או המינוי של נושאי התפקידים השונים; וכדומה<sup>2</sup>. עם זאת, למדינות מסוימות – לפחות עד לחקיקת חוקי-היסוד בעניין זכויות האדם ועד לע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי<sup>3</sup>, שניתן ב-1995, מקובל היה לסבור כי בכללן גם מדינת ישראל – אין חוקה "פורמלית" (או "כתובה"), אלא חוקה "מהותית" בלבד. "חוקה מהותית" היא צירוף של עקרונות והסדרים שאינם קבועים במפורש במסמך מיוחד ונפרד. הם נובעים מתוך המציאות החברתית הקיימת ומתוך חוקי המדינה. לכך מכוונת האמידה הידועה של הנשיא אגרנט, שלפיה "את המשפט של עם" – כלומר את החוקה שלו – "יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו"<sup>4</sup>. "החוקה המהותית" אינה נוצרת על ידי "יד מכוונת" מזוהה וברורה, אלא בתהליך "טבעי" ו"רציף", הנמשך לאורך שנות קיומה של המדינה. לעומתה, "חוקה פורמלית" היא אוסף של עקרונות יסוד הקבועים במפורש, במסמך מיוחד (או במספר חוקים). "החוקה הפורמלית" נוצרת בהליך מכוון, כמועד מוגדר וברור, בפרוצדורה הניתנת

2 ראו, למשל: D. Dorner "Does Israel Have a Constitution?" 43 *St. Lou. L.J.* (1999) 1325.

3 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: עניין בנק המזרחי).

4 בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884.

לזיהוי. "חוקה פורמלית" נוצרת תוך הפעלה של סמכות המיועדת לכך, המכונה "סמכות מכוננת", בדרך כלל על ידי גוף מיוחד שנבחר לצורך זה.

תכליתה של החוקה הפורמלית היא להתוות את אופייה של המדינה. במישור הציבורי, עשוי להיות לה ערך חינוכי. היא עשויה לסייע להטמיע בציבור ערכים הנתפסים כערכי יסוד של החברה<sup>5</sup>. החוקה מבטאת הסכמה על "כללי המשחק" וערכי היסוד המשותפים. היא מבטאת את הנכונות של כל הקבוצות בחברה לקבל על עצמן "מסגרת משותפת שתאפשר מידה מסוימת של לכידות ושל אמון הדדי באזרחות המשותפת"<sup>6</sup>. במישור המשפטי, החוקה משמשת מקור מרכזי בפרשנות של מכלול הדין הנוהג במדינה. בנוסף, החוקה מבטאת את עקרון "שלטון החוק", שלפיו רשויות השלטון אינן כול יכולות. בהקשר זה, משמעות המונח "חוק" היא רחבה, ועניינה, למעשה, עקרונות היסוד של השיטה<sup>7</sup>. החוקה מורכבת מאותם הסדרים המהווים את מקור הסמכות של רשויות השלטון, והם גם הקובעים את מגבלות הסמכות. ממילא, החוקה (או התפיסה בדבר "שלטון החוק") עשויה להגביל אף את סמכויותיה של הרשות המחוקקת.

בהיבט זה עשוי להיווצר מתח בין "דמוקרטיה" לבין "חוקתיות": "דמוקרטיה" מבטאת, לפחות במובן הצר שלה, תפיסה של "צדק פרוצדורלי טהור" (כלומר, הכרעה

5 ראו ר' גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח (תשנ"ז) 21, 61: "למגילת-זכויות פורמלית ואחידה... חשיבות חינוכית רבה. מסמך כזה... מקל על ההפנמה, הלמידה וההזדהות עם ערכי זכויות האדם הקבועים בחוקה. מסמכים כאלה יכולים גם... לחדד את המודעות לקיומן של מגבלות מוסכמות על כוחות השלטון ולעודד דרישה ציבורית לכיבוד הנורמות החוקתיות". ראו גם ר' זמיר "מבוא – חוקי-היסוד בדרך לחוקה" פירוש לחוקי היסוד (ר' זמיר עורך, תשנ"ג, חוק-יסוד: הכנסת) 1, 11: "[חוקה פורמלית] לא תשנה את פני המדינה ולא תביא מזוור לחוליי החברה. עם זאת, חוקה [פורמלית] היא הכרח למדינה מתוקנת. מדינה ללא חוקה היא מדינה עם נכות. אפשר לדמות מדינה כזאת לגוף שמערכת החיסון שלו פגומה ולכן אין הוא מסוגל להגיב כראוי בשעת סכנה. ללא חוקה, הסכנה גדולה יותר. האפשרות והפיתוי של השלטון לפגוע בחירות ובשוויון, או בערכי יסוד אחרים כמו עצמאות הרשות השופטת, ממשיים יותר"; א' רוזן-צבי "חרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 689; א' בנדור "המעמד המשפטי של חוקי-יסוד" ספר ברנזון (א' ברק וח' ברנזון עורכים, תש"ס, כרך ב) 119, 128-130. ראו גם בש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(3) 365, 355 (להלן: עניין גנימאת) (השופט חשין): "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו... עשה להגברת המודעות לזכויות האדם... והזכירנו כי עלינו לשוות את זכויות האדם נגד עניינו כל העת".

6 ר' גביון וא' שפירא "מבוא" הפדרליסט, לעיל הערה 1, בע' לח.

7 מכאן גם ההצעה להשתמש במונח "מרות המשפט". ראו ל' שלף מרות המשפט ומהות המשטר (1996). במקור כוון הביטוי "שלטון החוק" למונח הצר של "חוק" (נורמה שקובעת הרשות המוסמכת לכך). הוא נועד לבטא את הרעיון שלפיו השליט אינו נושא המשרה אלא נורמות מופשטות ("non sub homine sed deo et lege", כלומר "לא תחת אדם כי אם תחת האל והחוק"). זהו העיקרון בדבר "משלה מוגבלת".

מסוימת היא צודקת בשל הדרך שבה התקבלה)<sup>8</sup>; ואילו "חוקתיות" עניינה החלת תפיסה של "צדק מהותי" (כלומר, הכרעה מסוימת היא צודקת בשל תוכנה). הקושי ביישום של "חוקתיות" נובע מחוסר הסכמה בין הפרטים באשר לתפיסת הצדק המהותי שלפיה יש לקבוע את התוכן של ההכרעות החברתיות הראיות. "דמוקרטיה" היא לפיכך דרך להתגבר על קושי זה, באמצעות הסכמה על פרוצדורה מסוימת לקבלת החלטות. בדמוקרטיה המודרנית, הפרוצדורה המוסכמת היא הליך החקיקה של הרשות המחוקקת, שחבריה נבחרים בבחירות כלליות. הגבלת כוחה של הרשות המחוקקת, מכוח העיקרון של "חוקתיות", משיבה אל כנה את בעיית חוסר ההסכמה בין הפרטים באשר לתפיסת הצדק המהותי.<sup>9</sup> היא מבטאת גם הגבלה של הדורות הבאים מכוח קביעותיו של הרוב בהווה.<sup>10</sup> כיצד ניתן אם כן ליישב את עקרון ה"חוקתיות" עם התפיסה האמורה של "דמוקרטיה"?

כפי שנראה מיד, המענה לקושי זה אינו פשוט, והוא משליך במידה מכרעת על הוויכוח בסוגיית תוכנה של החוקה של מדינת ישראל ובשאלת קיומה של "סמכות מכוננת". אך קודם שנפנה לכך, חשוב לתחום את היקפו של המתח בין "חוקתיות" ו"דמוקרטיה". למעשה, חלק מן המגבלות המוטלות מכוח החוקה על סמכותה של הרשות המחוקקת כלל אינן יוצרות מתח כאמור. ניתן להבחין בין שלושה סוגים של מגבלות בהקשר זה: הגבלות מסוג אחד הן אלה שתכליתן החלה תקינה של הליך ההכרעה הדמוקרטי עצמו. הן נועדו להבטיח כי נציגי הציבור לא ישתמשו לרעה בכוחם. הוצאת כוח ההכרעה בסוגיות אלה מידי של הרוב בבית המחוקקים אינה מבטאת אי-אמון בפרוצדורת ההכרעה הדמוקרטית, אלא, לכל היותר, אי-אמון (מסוים) בנבחרי הציבור.<sup>11</sup> ממילא, בנוגע להגבלות אלה אין מתעורר בעצמה רבה המתח שבין "דמוקרטיה" לבין "חוקתיות".

8 ראו בעניין זה: J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, 1971) 83-90; J. Waldron "Legislation, Authority, and Voting" 84 *Georgetown L.J.* (1996) 2185; "ד"ר העל-פי רוב?" סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית (ר' כהן-אלמגור עורך, תשנ"ט) 77, 85.

9 העקרונות החוקתיים אמנם נקבעים על ידי הציבור עצמו, ולפיכך ניתן לראות בהם גם ביטוי לערך של "דמוקרטיה". עם זאת, אין בהסבר זה כדי לספק הצדקה להגבלת הדורות הבאים.

10 משה רבנו הדגיש יסוד זה בנוגע לברית שנכרתה בין העם לבין אלוהיו: "אתם ניצבים היום כלכם לפני ה' אלהיכם... ולא אתכם לבדכם אנכי כורת את הברית הזאת... כי את אשר ישנו פה עמנו עומד היום לפני ה' אלוהינו ואת אשר איננו פה עמנו היום" (דברים, כט, ט-יד). הפרשנים עסקו לא אחת בשאלה "מי נתן כוח לדור המדבר שעמדו רגליהם על הר-סיני לחייב את אשר יקומו מאחריהם... עד שיחייבו אותם בכל דברי התורה והברית אשר כרתו?" י' אברבנאל פירוש לתורה כט.

11 להרגשת יסוד זה שבבסיס הגבלת כוחו של בית המחוקקים ראו: J.H. Ely *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, 1980). אצלנו מקובל לכנותן הגבלות המתייחסות לסמכויות הכנסת כ"מחוקקת-לעצמה". ראו עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 544-545 (השופט חשין); בג"צ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת (טרם פורסם), תקדין עליון 2002 (1) 779 (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון);

סוג שני של הגבלות הן אלה שנועדו לעגן את תוכנה של הפרוצדורה המוסכמת לקבלת החלטות, שהיא, כאמור, אבן היסוד של "דמוקרטיה" במובן האמור. הכוונה היא לקביעת דרך הבחירה של נציגי הציבור (שיטת הבחירות); לחלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון השונות (שיטת המשטר); ולקביעת הסדרים באשר לאופן קבלת ההכרעות בבית המחוקקים, ובכלל זה קביעת הרוב הדרוש לשם קבלת חוקים בהקשרים שונים. הצורך בהגבלת כוחו של בית המחוקקים לקבוע בעצמו את "פרוצדורת ההכרעה" נובע מן החשש משימוש לרעה בסמכות זו. כך, למשל, רוב מזדמן עלול לבקש להנציח את עמדתו בסוגיה מסוימת, באמצעות קביעה כי המצב הקיים (הסטטוס קוו) באותו עניין לא ישונה, אלא ברוב מיוחס כלשהו<sup>12</sup>. ייחוד הסמכות לקבוע כללי הכרעה למסגרת של חוקה עשוי להקטין חשש זה מפני שימוש לרעה בסמכות לקבוע את "כללי ההכרעה".

סוג שלישי – והבעייתי ביותר – של הגבלות על כוחה של הרשות המחוקקת מבטא קביעה של עקרונות יסוד מהותיים, המגבילים את תוכן ההכרעות שאותן בית המחוקקים רשאי לקבל. מדובר, בעיקר, במחויבות לאיזון ראוי בין האינטרס הציבורי לבין כבוד האדם וחירותו; ובערכים שענינם אופייה הציבורי של החברה. הגבלות אלה על סמכות החקיקה הן המעוררות את עיקר המתח שבין "דמוקרטיה" לבין "חוקתיות". הן מבטאות הכרה בכשלים אפשריים של פרוצדורת ההכרעה הדמוקרטית, והערכה כי יש לשאוף לתקנם באמצעות החלת מנגנון ביקורת עצמאי, בלתי דמוקרטי מבחינת הפרוצדורה שבה הוא מופעל, על תוצר ההכרעה של הרוב. לעתים מדובר באי-אמון בכוח השיפוט של הציבור בכללו<sup>13</sup>. כך הוא הדבר, למשל, כאשר נקבעים תנאים מסוימים לכשירות של מועמדים בבחירות (גיל מזערי, היעדר עבר פלילי, מספר תקופות כהונה מרבי וכדומה). במקרים אחרים החשש הוא מפני "עריצותו של הרוב", העלול להשתמש בכוח ההכרעה, המסור לו מתוקף הפרוצדורה הדמוקרטית, לשם פגיעה באינטרסים של המיעוט. עקרון ה"חוקתיות" נועד לתקן כשלים מובנים בפרוצדורת ההכרעה הדמוקרטית (למשל בשל ייצוג חסר של קבוצות שונות באוכלוסייה בהליך הפוליטי, קיומו של "רוב מובנה", השולל למעשה מקבוצה מסוימת את יכולת ההשפעה, וכדומה<sup>14</sup>). משום כך, הגבלות מסוג זה מסייגות – או

12 י' דותן "איסור 'החקיקה העצמית' כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים לא (תשס"א) 771; גביון, לעיל הערה 5, בע' 63-64.

13 לדין בחשש מפני שימוש לרעה בסמכות לקבוע כללי הכרעה ראו ב' מדינה גבולות הסמכות של הכנסת לקבוע הוראות שריון" משפט וממשל ו (תשס"ג) (עתיד להתפרסם).

14 לדין בטעמים להגבלה עצמית מסוג זה על חופש הבחירה של הציבור ראו, למשל: J. Elster, *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality* (Cambridge, 1984). ראו גם המקורות להלן הערה 202.

14 ראו בעניין זה, למשל, הר, לעיל הערה 8. ראו גם גביון, לעיל הערה 5, בע' 69, המציינת כי קביעת "מנגנוני-הגנה... שיקימו מסגרת משותפת ומוסכמת אשר תרציא עקרונות יסוד אל מתוך למשחק-הכוחות הפוליטי המזדמן" נחוצה במיוחד "ככל שישנם במדינה שטעים רבים יותר על בסיס לאומי או דתי, וככל שרבים בה מיעוטים 'כרוניים', אשר סיכוייהם להגיע למצב של רוב

משלימות – את עקרון ה"דמוקרטיזם", המשליך יהבו על פרוצדורת ההכרעה<sup>15</sup>. בעולם הדמוקרטי שלאחר מלחמת העולם השנייה, ובמיוחד בקהילה האירופית, נתחזקה מאוד הגישה שלפיה ראוי לשפוט חקיקה על פי כללים חוקתיים המגנים על זכויות האדם. האמונה ששררה החל מסוף המאה התשע-עשרה, בעיקר בהשפעתם של הפילוסופים הליברליים האנגלים, שלפיה הדמוקרטיה הפורמלית מספקת ערובה להגנה נאותה על זכויות האדם, קועקעה בעקבות הניסיון של המחצית הראשונה של המאה העשרים.

### ב. זיהוי החוקה: הנורמה הבסיסית

חוקה עשויה אם כן להגביל במידה ניכרת את כוחה של הרשות המחוקקת. השאלה המתבקשת היא כיצד נקבעות הוראות החוקה? מיהו הגוף המוסמך לקבוע את תוכנה של החוקה, כלומר הגוף שבידו "סמכות מכוננת"? ומיהו הגוף המוסמך לקבוע זאת, כלומר להכריז כי לגוף מסוים אכן "סמכות מכוננת"? בנוסף, יש לבחון אם הכרחית בכלל חוקה "פורמלית", כלומר אם נדרש להכיר בקיומה של "סמכות מכוננת" בידו של גוף כלשהו, כתנאי לקיומן של מגבלות על הרשות המחוקקת? או שמא ניתן להסתפק בהקשר זה גם בעקרונות יסוד בלתי כתובים, המהווים, כאמור, את החוקה ה"מהותית" של המדינה?

המענה לשאלות אלה הוא בעל חשיבות מכרעת. ההכרה בקיומה של "סמכות מכוננת" בידו של גוף כלשהו, או בכוחו של בית המשפט להסתמך על עקרונות בלתי כתובים כלשהם כבסיס לביקורת שיפוטית על פעילותן של רשויות השלטון, ובראשן הרשות המחוקקת, מעניקה לאותו גוף כוח רב. כפי שראינו, הוראות החוקה עשויות ליהנות מ"עליונות" על פני שאר הנורמות במערכת המשפטית, באופן שנורמה שאינה הולמת אותן אינה תקפה. בנוסף, הן עשויות להיות גם "נוקשות", כלומר ליהנות מ"שריון" מפני שינוין בפרוצדורה הדמוקרטית הרגילה.

אולם אין בנמצא מענה תאורטי קל וברור לשאלות האמורות. מעצם מהותה של החוקה, כאוסף של עקרונות "מכוננים", החוקה היא היוצרת את השיטה המשפטית.

ולהפעיל כוח שלטוני קטנים". ראו גם שם, בע' 113-115; ע' זלצברג וא' קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 489, 500; בנודר, לעיל הערה 5, בע' 128-129; דותן, לעיל הערה 11, בע' 783-788.

15 ראו, ברוח זו, י' דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים כח (תשנ"ז) 149, 152-157; גביון, לעיל הערה 5, בע' 44-45: "דמוקרטיה אינה מחייבת כי כל ההכרעות בחברה תתקבלנה בדרך של ההכרעה רוב... היציבות של דמוקרטיות [מובטחת]... על-ידי העובדה שמוסדות השלטון... אינם חורגים בפועל מכללי המסגרת המוסכמים המתחייבים על-ידי דמוקרטיה". עם זאת, גביון מדגישה כי העיקרון של דמוקרטיה מחייב כי "המרכיב החוקתי יהיה מוגבל ועיקר הפעילות השלטונית במדינה תיעשה ברמת הענפים הפוליטיים, האחראים ישירות בפני הבחורים". שם, בע' 46. ראו גם: F.I. Michelman, "Brennan and Democracy" 86 *Calif. L. Rev.* (1998) 399.

לפיכך, התשובה לשאלה מי מוסמך ליצור את החוקה אינה יכולה להיות "משפטית-פוזיטיביסטית". מענה "משפטי-פוזיטיביסטי" מבוסס על התפיסה כי נורמה מחייבת רק אם ניתנה ב"סמכות", כלומר ניתנה על ידי גורם המוסמך לקבוע נורמות משפטיות. אך אם החוקה היא מקור הסמכות הראשוני, שבו מתחילה "שרשרת ההסמכות", מובן כי תוקפה אינו יכול להיקבע בהסתמך על גורם קודם כלשהו, בעל תוקף משפטי מחייב, אשר העניק סמכות לקבוע אותה. כפי שציין הנשיא ברק, "כדי [לכונן חוקה] נדרשת... נקודת אחיזה ארכימדית, המצויה מחוץ לחוקה או לחוק, אשר מעניקה... את הסמכות לכונן חוקה"<sup>16</sup>. נקודת האחיזה הזו מכונה, בעקבות תורתו של Kelsen, "הנורמה הבסיסית"<sup>17</sup>. נורמה זו, כשלעצמה, אינה חלק מהמשפט ה"פוזיטיבי", שהרי אינה שואבת את תוקפה ממקור סמכות "משפטי" כלשהו. אולם היא המעניקה ביסוס משפטי לכל שאר הנורמות המשפטיות במדינה. תוכנה של הנורמה הבסיסית עשוי להיקבע על פי התפיסה המקובלת בציבור, על פי "התודעה הלאומית": "נקודת האחיזה [של החוקה] צריכה לינוק עצמה מהעם, אשר הריבונות שייכת לו"<sup>18</sup>.

למעשה, תוכנה של "הנורמה הבסיסית" יכול להיות משני סוגים: על פי תפיסה אחת (המזוהה כ"פוזיטיביסטית"), "הנורמה הבסיסית" קובעת הסדרים פרוצדורליים בלבד. היא קובעת מיהו הגוף המוסמך לקבוע את החוקה, כלומר מיהו הגוף שבידיו "סמכות מכוננת", ומהי הדרך לקביעה (ולשינוי) של הוראות החוקה. היא קובעת את "כללי ההכרה" (או "הזיהוי") של השיטה<sup>19</sup>, כלומר את התנאים (הפרוצדורליים) שיש לקיים כדי ליצור חוקה. לעומת זאת, על פי תפיסה שנייה, "הנורמה הבסיסית" עשויה לקבוע גם הסדרים מהותיים, כגון עקרון שלטון הרוב או החובה לכבד את זכויות היסוד של האדם. ההסדרים הנכללים ב"נורמה הבסיסית" הם בבחינת עקרונות יסוד של השיטה, המגבילים את הגוף שלו מוענקת סמכות החקיקה (או אפילו, לפי גישה מסוימת, את הגוף שלו מוענקת הסמכות המכוננת).

בשני המקרים זיהוי תוכנה של הנורמה הבסיסית אינו עניין פשוט. עם זאת, מובן כי הוא סבוך הרבה יותר בגישה השנייה. במסגרתה נדרש לזהות את העקרונות המהותיים שלפיהם מעוצבים "החיים הלאומיים". זוהי משימה קשה במיוחד בחברה שסועה דוגמת זו שבישראל, המצויה בתהליכי עיצוב, כך שטרם התגבשה הסכמה לאומית רחבה בנוגע לשורה של עקרונות יסוד. ממילא, קשה יותר לצפות לגיטימציה

16 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 356. ראו גם בנדור, לעיל הערה 5, בע' 135-136 (סמכות מכוננת מקורית היא, בהגדרה, סמכות שאינה מבוססת על נורמה מחייבת קודמת).

17 H. Kelsen *General Theory of Law and State* (Cambridge, 1961); H. Kelsen *Pure Theory of Law* (Berkeley, 1967). לדיון בתאוריה זו ראו י' אנגלרד מבוא לתורת המשפט (תשנ"א) 14-9, 31-39; ע' זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל – שתי הערות אגב לאימרות אגב, או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש" משפט וממשל 1 (תשנ"ו) 679.

18 ראו עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 356 (הנשיא ברק).

19 מונח זה (במקור: "rule of recognition") נטבע על ידי Hart. ראו: H.L.A. Hart *The Concept of Law* (Oxford, 2<sup>nd</sup> ed., 1994) 79-99, 100-123.

ציבורית להכרה במעמד ה"חוקתית" של עקרונות בלתי כתובים אלה ולהחלת ביקורת שיפוטית לקביעת תוקפה של החקיקה. לעומת זאת, במסגרת הגישה הראשונה כל שנדרש לזהות הוא מיהם המוסדות הנהנים מהכרה ציבורית רחבה כגופים המוסמכים לכונן חוקה – כלומר, מוסמכים לקבוע הוראות "עליונות" ו"נוקשות" – ומיהם אלה המוסמכים לפרש את החוקה ולאכוף את הוראותיה על רשויות השלטון השונות. ההכשר הציבורי ("לגיטימציה") למהלך כזה גדול במידה ניכרת.<sup>20</sup>

כפי שנראה מיד, בית המשפט העליון נקט דרך המשלבת בין שתי הגישות שתוארו: מצד אחד, בפסק הדין בעניין בנק המזרחי, שניתן ב-1995, נקבע כי לכנסת סמכות מכוונת, וכי היא מפעילה סמכות זו בכל עת שהיא מחוקקת חוקי-יסוד. חוקי-היסוד, כך נקבע, הם בעלי מעמד נורמטיבי עדיף על פני החקיקה ה"רגילה" של הכנסת, ויכולים להיות חסינים מפני שינוי בפרוצדורה הדמוקרטית הרגילה, אם הכנסת בוחרת לקבוע כך במפורש. לפי גישה זו "הנורמה הבסיסית של המדינה... הינה, כי מועצת המדינה הזמנית [והכנסת, שבאה בנעליה] היא המוסד החקיקתי העליון של המדינה"<sup>21</sup>. בית המשפט העליון הכריז בכך על "המהפכה החוקתית" (ויש האומרים כי אף יצר אותה), שכן הוא הכיר בקיומה של "חוקה פורמלית", מכוחה מוגבל כוח החקיקה של הכנסת, והוא כפוף לעקרונות יסוד מהותיים. אולם, מצד שני, בית המשפט מסתמך גם על עקרונות יסוד בלתי כתובים, כלומר על "החוקה המהותית". הוא עשה כן בעיקר לשם פרשנות החקיקה של הכנסת ולביקורת שיפוטית על תוקפם של מעשים שלטוניים מנהליים (כלומר, כאלה שאינם בגדר חקיקה ראשית של הכנסת); אך בהקשרים מסוימים (וספורים, יש להדגיש) החיל בית המשפט העליון ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת בהסתמך, למעשה, אף אם לא להלכה, על ה"חוקה המהותית" של המדינה. זאת ועוד, כפי שנראה בפירוט בהמשך, בפסק הדין בעניין בנק המזרחי ציין בית המשפט כי סמכותה של הכנסת כ"רשות מכוונת" אף היא עשויה להיות מוגבלת מכוח עקרונות יסוד מסוימים, ובהם עקרונות בלתי כתובים.

נראה כי יש בסיס לסברה כי ההכרה בכך שלכנסת מוקנית סמכות "מכוונת", וכי חוקי-היסוד הם החוקה הפורמלית של מדינת ישראל, התבססה, בעיקרה, על חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, במרס 1992. חקיקת חוק-יסוד זה הביאה לצמצום משמעותי של הפער בין מה שנתפס על ידי בית המשפט כ"חוקה המהותית" של ישראל, לבין ההוראות שנכללו בתשעה חוקי-היסוד שקיבלה הכנסת עד אז. החפיפה

20 ראו: D. Kretzmer "Judicial Review of Knesset Decisions" 8 *Tel-Aviv U. Stud. L.* 95 (1988); ד' קרצמר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח (תשנ"ו) 359, 382-385. לדין ביקורתי בטענה זו ראו דותן, לעיל הערה 15. כפי שציין Tribe, חוקה "פורמלית" אינה תנאי הכרחי – ואף אינה תנאי מספיק – להגבלת סמכותו של המחוקק. בסופו של דבר נובעת ההגבלה מן התפיסה המקובלת בציבור: L.H. Tribe "Five Reigning Myths about Constitutionalism and Judicial Review" *The Israel Academy of Sciences and Humanities* (1994) 12-14

21 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 359 (הנשיא ברק).



הרבה (אם כי לא המוחלטת) שהושגה בין "החוקה המהותית" לבין הוראות חוקי-היסוד, בצד ההערכה כי הקביעה כי כוחה של הכנסת (כרשות מחוקקת) מוגבל מכוח הוראות שקבעה הכנסת עצמה (כרשות מכוננת) תזכה להכשר ציבורי רב יותר מזה שהיה צפוי כאשר ההסתמכות היא על עקרונות בלתי כתובים, והן שהביאו למעשה להכרזה על ה"מהפכה החוקתית".

בחיבור זה נסקור את ההתפתחות הזו בעמדת בית המשפט העליון, ובעיקר את ההלכה הנוהגת כיום, כפי שנקבעה בפסק הדין בעניין בנק המזרחי, לפיה לכנסת מוקנית סמכות מכוננת, נוסף על סמכותה כרשות מחוקקת ("תורת שני הכובעים"). תחילה, ננסה להבהיר את הרלוונטיות של סוגיית ההכרה בסמכות מכוננת בידי הכנסת, וזאת בשני היבטים: ראשית, מדוע הגבלת סמכויות החקיקה של הכנסת צריכה להתבסס בהכרח על "חוקה כתובה", כלומר על הוראות הנקבעות במפורש על ידי "הרשות המכוננת" (כלומר, הכנסת עצמה)? שנית, אם אמנם הכנסת אינה מוגבלת אלא מכוח קביעותיה שלה, מדוע נדרשת לשם כך ההבחנה בין הוראות שהן תוצר הפעלתה של "סמכות מכוננת" לבין כאלה הנובעות מהפעלת סמכות חקיקה "רגילה"? ההכרעה בשני העניינים הללו אינה מובנת מאליה. כפי שנראה מיד, בעמדות השונות שבוטאו בפסק הדין בעניין בנק המזרחי, כמו גם בפסקי דין נוספים ובספרות המשפטית, ניתן למצוא הד לתפיסות שונות בהקשרים אלה. מעבר לכך, החשיבות של הדיון בשני עניינים אלה נובעת גם מן ההשפעה המכרעת שיש לו על המענה לשאלה העיקרית – האומנם מוקנית לכנסת סמכות מכוננת? – ולשאלות הנובעות ממנה (בין היתר, האם סמכותה ה"מכוננת" של הכנסת היא בלתי מוגבלת? אם כן, מהו התוכן של הגבלות אלה?).

### ג. עקרונות יסוד חוקתיים בלתי כתובים

כפי שראינו לעיל, לכל מדינה "חוקה מהותית". אלה הם "כללי המסגרת" של השיטה, הנובעים מתוך המציאות החברתית הקיימת. "כללי המסגרת" הללו עוסקים, בהכרח, בקביעת האופן שבו נוצרות נורמות משפטיות מחייבות בחברה, כלומר מיהו הגוף המוסמך לחוקק (או מיהו הגוף המוסמך לכונן חוקה, שבה ייקבע מי מוסמך לחוקק), באיזה אופן מתקבלות ההחלטות בגוף המחוקק (או ברשות המכוננת), וכדומה. לפי גישות מסוימות, שקיבלו חיזוק רב במציאות של המדינות הדמוקרטיות לאחר מלחמת העולם השנייה, "כללי המסגרת" הללו עוסקים גם בקביעת התוכן (או מתחם אפשרי של תכנים) של הנורמות המחייבות. השאלה היא, מהו המעמד המשפטי של "כללי המסגרת" הללו? האם בית המשפט אוכף אותם, במובן זה שהוא מכריז על בטלותם של מעשי חקיקה החורגים מהם?

התשובה לשאלה זו במשפט הישראלי אינה חד-משמעית. לפי גישה אחת, "באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של

חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משורייני<sup>22</sup>. עם זאת, בפועל נמנע לרוב בית המשפט מלעשות כן. הרתיעה מבוססת, בעיקרה, על שיקולים מוסדיים: זיהוי תוכנם המדויק של "כללי המסגרת" וקביעת האופן שבו ראוי ליישם במקרה נתון, עלולים להיות שנויים במחלוקת ציבורית. קביעה שיפוטית כי במקרה נתון חוגה הכנסת מסמכיותה עלולה להתפרש בציבור לאו דווקא כמילוי המשימה המוטלת על בית המשפט, "לחשוף את הערכי והבסיסי, תוך דחיית הארעי והחולף"<sup>23</sup>, אלא כניסיון לכפות את תפיסת עולמו של השופט, שכלל אינה מבטאת הסכמה לאומית רחבה. למעשה, ביסודה של הרתיעה מהחלת ביקורת שיפוטית מסוג זה נעוץ היעדרה של הסכמה לאומית באשר לתוכנם של עקרונות היסוד של החברה בישראל.

הערכה זו מבוססת על המתאם הקיים בין מידת הנכונות של בית המשפט לאכוף "כללי מסגרת" בלתי כתובים לבין היקפו של הקונסנסוס הציבורי בנוגע אליהם. כך, ניכרת נכונות רבה יחסית לאכוף את "כללי המסגרת" העוסקים בקביעת האופן שבו מתקבלות נורמות מחייבות, כללים שלגביהם קיימת הסכמה לאומית רחבה<sup>24</sup>. לעומת זאת, "כללי מסגרת" שעניינם עיגון של ערכי יסוד מהותיים שנויים במידה רבה במחלוקת בציבור, ואכן, בית המשפט נמנע מלאכוף אותם, והמתין לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לשם החלת ביקורת שיפוטית. נספור את הפסיקה בנושא באמצעות הבחנה בין שלושת סוגי הגבלות האפשריים על הרשות המחוקקת שהוגדרו לעיל.

הגבלות חוקתיות מסוג אחד הן אלה שתכליתן החלה תקינה של הליך ההכרעה הדמוקרטי עצמו. הן נועדו להבטיח כי נציגי הציבור לא ישתמשו לרעה בכוחם. זהו סוג הגבלות שאינו שנוי במחלוקת במידה רבה, ולפיכך בית המשפט נכון לאכוף אותו על הרשות המחוקקת במידה הרבה ביותר, אף אם אינו מעוגן במסמך חוקתי מפורש.

22 בג"צ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 554 (להלן: עניין תנועת לאו"ר) (השופט ברק). ראו, ברוח זו, ח'ה' כהן "פרשנות נאמנה – תלתא משמע" משפטים ז (תשל"ו) 5, 8-9: "הנאמנות לעקרונות המקורשים של דימוקרטיה ושל חירויות-האדם, דוחה חובת הנאמנות לתוקי-דיכוי של מחוקק רודן"; "טל "מחוקק כל יכול: האמנם? ביקורת ההלכה לפיה אין הגבלות לכוח החקיקה של הכנסת" עיוני משפט י (תשמ"ו) 361; דותן, לעיל הערה 15, בע' 156: "לבית-המשפט צריכה להיות סמכות אינהרנטית לחקן כשלים מובנים בשיטת הממשל הדמוקרטית, הפוגעים באפשרות להגשים את העקרונות המבססים את הרעיון הדמוקרטי עצמו"; "י דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח (תשנ"ז) 535, 540-544; י"מ' ארדעי "מהפכה חוקתית: האומנם?" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 453. לדיון בעניין תנועת לאו"ר, ולתמיכה באפשרות להכריז על בטלותם של חוקים מעליהם "מתנוסס דגל שחור" ראו ע' פרוש "אקטיביזם שיפוטי, פרויטיביזם משפטי ומשפט טבעי – השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל-יכולה" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 717.

23 בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 780 (השופט ברק) (להלן: עניין אפרת).

24 ברוח זו ניתן להסביר גם את הנכונות הרבה של הכנסת עצמה להסדיר סוגיות אלה בחוקי-היסוד.

ביטוי לכך ניתן בעמדתו של השופט חשין בעניין בנק המזרחי. כפי שנראה בהמשך, השופט חשין סבר שם, בדעת מיעוט, כי הכנסת אינה מוסמכת כלל "להגביל עצמה", שכן אין בידיה "סמכות מכוונת"; אולם הוא הדגיש כי אין נובעת מכך המסקנה כי הכנסת היא בלתי מוגבלת: "[כאשר] מדברים אנו... בסמכויות הכנסת כמחוקקת לעצמה ולא כמחוקקת לזולתה... יש בנמצא כוחות 'נסתרים', כוחות הטבועים בעצם קיומה של הכנסת ואשר יש בהם כדי להגביל את סמכותה"<sup>25</sup>. הכוונה היא, למשל, להגבלת כוחם של חברי הרשות המחוקקת להאריך את תקופת כהונתם אל מעבר לזו לה נבחרו<sup>26</sup>; הגבלת הסמכות של הרוב בבית הנבחרים להפסיק את כהונתם של מי שנמנים עם המיעוט<sup>27</sup>; הגבלות שתכליתן מניעת שימוש בכוח החקיקה כדי להעניק לחברי בית המחוקקים טובות הנאה אישיות<sup>28</sup>; ועוד<sup>29</sup>.

דוגמה אפשרית ליישום גישה זו היא בתחום הגבלת כוחה של הכנסת לקבוע הסדרים העלולים להשפיע על סיכויי הבחירה מחדש של רשימות המיוצגות בכנסת היוצאת. הכוונה בעיקר להסדרים הנוגעים להקצאת כספי מימון המפלגות וזמני השידור של תעמולת הבחירות. בהקשרים אלה הכריז בית המשפט בארבעה מקרים על חוקים של הכנסת כבטלים, לאור הפגיעה הנובעת מהם בעקרון השוויון בבחירות לכנסת<sup>30</sup>. דובר במקרים אלה בחוקים שמכוחם הועדפו רשימות המיוצגות כבר בכנסת או בחוקים שהגדילו, למפרע, את תקרת ההוצאות המותרות בגין תעמולת בחירות ואת המימון הציבורי שלה. אכן, בית המשפט לא נדרש להסתמך במקרים אלה על "עקרונות יסוד בלתי כתובים", לאור הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיה הבחירות לכנסת יהיו "שוות", וכי "אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת". יתר על כן, במקרים שבהם התקבלו חוקים מסוג זה ברוב הדרוש על פי סעיף 4, נמנע

- 25 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 545.
- 26 ראו שם, שם: חוק המאריך את תקופת כהונתה של כנסת פלוגית "יהיה בלתי חוקי בעליל... ואפילו יצביעו עבורו כל מאה ועשרים חברי-הכנסת (אשר יאמרו להאריך את כהונתם-שלהם)". לעמדה דומה בהקשר זה ראו: Kretzmer, *supra* note 20, at pp. 144-145. כיום מוסדר העניין בס' 9 לחוק-יסוד: הכנסת. לעומת זאת, בהקשר קרוב סרב בית המשפט להכיר בקיומן של מגבלות על סמכותה של הכנסת, המתליטה להתפור ולהקדים את הבחירות, כאשר למועד בו ייערכו הבחירות המוקדמות (מעבר למגבלות הקבועות בחוקי-היסוד): בג"צ 102/99 משגב נ' הכנסת (לא פורסם), תקדין עליון 1999(1) 536 (להלן: עניין משגב).
- 27 לגישתו של השופט חשין, אף חוק המצמצם את מספר חברי הכנסת ואשר מוחל באופן שוויוני על כל הסיעות הוא "מעבר לסמכותה של הכנסת" אם הוא מוחל לאלתר: עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 545.
- 28 ראו עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל הערה 11.
- 29 לדיון מפורט בהגבלות מסוג זה ראו דותן, לעיל הערה 11.
- 30 בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (להלן: עניין ברגמן הראשון); בג"צ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1; בג"צ 141/82 רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(3) 141; עניין תנועת לאו"ר, לעיל הערה 22. במקרה נוסף נפסלה מטעם דומה החלטה של ועדת הכספים של הכנסת: בג"צ 2060/91 כהן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מז(4) 319.

בית המשפט מלהכריז על בטלותם<sup>31</sup>. למרות זאת, ניתן לראות במקרים אלה ביטוי, ולו חלקי, לאכיפה של "מגבלות טבעיות" (או בלתי כתובות) על סמכותה של הכנסת. עמדה זו מבוססת על הטעם הבא: בארבעת פסקי הדין בהם הוכרו על בטלותם של ההסדרים שקבעה הכנסת בחוק הניח בית המשפט, כמובן מאליו, כי הוראת סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת אכן כובלת את הכנסת עצמה. כפי שנראה בהמשך, כאשר דובר בעקרונות יסוד מהותיים – הגנה על זכויות האדם – נדרשה (בעניין בנק המזרחי) הכרעה בשאלת קיומה של סמכות מכוונת בידי הכנסת, כתנאי להכרה בתוקפה המחייב של "הכבילה העצמית" הנובעת מהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעומת זאת, בארבעת המקרים שהוזכרו, בית המשפט התעלם, כאמור, מן השאלה מהו הבסיס להכרה בתוקפה של "כבילה עצמית" זו<sup>32</sup>. ניתן לטעון כי הדבר נבע ממהותן של ההגבלות הנובעות ממנה על כוחה של הכנסת<sup>33</sup>. חשוב להדגיש עם זאת, כי בצד הנכונות העקרונית לאכוף מגבלות בלתי כתובות מן הסוג הראשון, בפועל מגלה בית המשפט זהירות רבה גם במקרים כאלה.

נכונות מוגבלת עוד יותר לאכוף "כללי מסגרת" ניכרת בנוגע לכללים המבטאים הגבלות מן הסוג השני, דהיינו הגבלות שנועדו לעגן את תוכנה של הפרוצדורה המוסכמת לקבלת החלטות. עם זאת, גם כאן ניתן להפנות לשורה של אמירות המלמדות על נכונות עקרונית לעשות כן. כך, למשל, ברק ציין כי אם "הכנסת [תחוקק] חוק המבטל את הדמוקרטיה ומכוון משטר דיקטטורי... בית המשפט יוכל – מבחינתו של הקונסנזוס החברתי בישראל – להכריז על החוק כבטל... הכנסת אינה 'מוסמכת' לבטל את הדמוקרטיה"<sup>34</sup>. ביטוי מובהק לכך הוא פסק דינו של השופט חשין בעניין

31 ראו בג"צ 231/73 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כז(2) 785 (להלן: עניין ברגמן השני); בג"צ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794 (להלן: עניין קניאל); בג"צ 410/91 בלום נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מו(2) 201 (להלן: עניין בלום); בג"צ 4329/91 סער נ' ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (לא פורסם), תקדין עליין 1991(3) 547; וכן עמדת השופט ברק בעניין הנועת לאו"ר, לעיל הערה 22, בע' 534-554.

32 אחת הסיבות לכך היא עמדת פרקליטות המדינה, שהסכימה כי בית המשפט יבחן את העתירות לגופן. בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, ציין הנשיא ברק בהקשר זה כך: "אמת הדבר, בפסקי הדין הללו... לא השתמש בית המשפט ברטוריקה של סמכות מכוונת. אין ללמוד מפסקי-דין אלה שדווקא תורה זו עמדה לנגד עיניו. אך ברור שבית המשפט הכיר בעליונות הנורמטיבית של חוקי יסוד משוריינים". שם, בע' 387. ראו גם א' בנודר "שרית וחוקה – פסק-דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" משפטים לא (תשס"א) 821.

33 להערכה דומה ראו קרצמר, לעיל הערה 20, בע' 382-385; דותן, לעיל הערה 11, בע' 775-776. לשיטתו של השופט חשין, הסיבה לכך נעוצה בעובדה שהוראת ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת, המתנה את תוקפו של חוק הפוגע בעקרון השוויון בכך שרוב חברי הכנסת (כלומר, 61 חברי כנסת) הצביעו בעד החוק, אינה מבטאת "כבילה" אלא רק דרישת "קוורום". ראו עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 535-544 (לדין בסוגיה זו ראו להלן הערה 40). לעומת זאת, לשיטתו של השופט זמיר, "המהפכה החוקתית... התחילה... בפרשת ברגמן". עניין בנק המזרחי, שם, בע' 468.

34 א' ברק פורשנות במשפט (תשנ"ב), כרך א: תורת הפרשנות הכללית (632).

בנק המזרחי. לגישתו, כלל היסוד של השיטה – "כל התורה כולה" – הוא "כלל היסוד הדמוקרטי של רוב"<sup>35</sup>. לכן, "קביעה כי לא ניתן יהיה לבטל חוק, לשנותו או לפגוע בו אלא ברוב של למעלה מ-61 קולות... הינה קביעה אנטי-דמוקרטית בעליל", החורגת מסמכותה של הכנסת. "עיקרון של הכרעת הרוב – הוא ולא אחר – יוסיף וילמדנו כי סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים, מובנית בה – מאליה – שלילת כוחה לקבוע בחקיקה כי חוק פלוני לא ניתן יהיה לבטלו... אלא אם תזכה ההצעה [ברוב הגבוה מרוב מוחלט]"<sup>36</sup>. לשיטתו, "כל עוד משטרנו הוא משטר דמוקרטי, עקרון הרוב הוא שישלוט בנו"<sup>37</sup>. חשוב להדגיש כי אף שהשופט חשין נותר בדעת מיעוט באותה פרשה, נראה כי עמדתו בהקשר זה מבטאת את עמדת הרוב: הוא קבע כי אין להוראת "שריון" כאמור תוקף משום שלשיטתו "במעריך החוקתי של ישראל כהיום הזה אין [לכנסת] סמכות חיה ונושמת לחוקק 'חוקה'<sup>38</sup>. שופטי הרוב – פרט לנשיא שמגר – הסכימו למעשה לגישה זו, שכן הם ביססו את ההכרה בתוקפן של הוראות "שריון" בחוקי-היסוד על התפיסה כי לכנסת סמכות מכוונת (כלומר, "סמכות חיה ונושמת לחוקק חוקה"). ממילא, אף הם מסכימים לעמדה (או לפחות אינם שוללים אותה) כי הוראת "שריון" הכלולה בחוק "רגיל" אינה תקפה, מכוח עקרונות יסוד בלתי כתובים"<sup>39</sup>.

אגב, בהקשר זה טרם הוכרעה השאלה אם קביעה כי שינוי של הוראה מסוימת או פגיעה בה יהיו תקפים רק אם התקבלו בקולותיהם של רוב חברי הכנסת (כלומר, הצביעו בעד החוק לפחות 61 חברי כנסת) מהווה "שריון", ולפיכך אם היא נכללת בחוק "רגיל" התקפה היא, אם לאו"<sup>40</sup>. סוגיה קרובה היא בנוגע לתוקפה של קביעה

35 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 537.

36 שם, בע' 544.

37 שם, בע' 543.

38 שם, שם.

39 הנשיא ברק התייחס לכך במפורש בפסק דינו: "הצידוק [להכרה בתוקפה של הוראת כבילה] נגזר ממהותה של חוקה ומההיגיון המונח בבסיסה"; הצדקה כזו אינה קיימת בנוגע לחקיקה רגילה. שם, בע' 410. ייתכן כי מהלכת ברגמן הראשון, לעיל הערה 30, ניתן היה להסיק מסקנה שונה, שלפיה תוקפה של הוראת השריון אינו מוחזק בהכללתה בהוראה "חוקתית". לגישה זו ראו בנדר, לעיל הערה 32. ראו גם אנגלרד, לעיל הערה 17, בע' 110-111: "המתחוקק... יכול להורות כי הנורמה [שקבע] לא תשתנה אלא בהליך מיוחד, או על-ידי גוף מיוחד. כן יכול הוא לקבוע כי נורמה מסוימת לא תבוטל ולא תשונה כלל, לא על ידו ולא על-ידי גוף אחר. הוראה כזאת היא תקפה". לשיטתו של הנשיא שמגר, מכוח "ריבונותה הבלתי-מגובלת" מוקנית לכנסת "כל סמכות, לרבות של כבילת עצמה בדרך החקיקה". עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 289. ראו גם מ' שמגר "על סמכויות הכנסת בתחום החוקתי" משפטים כו (תשנ"ה) 3. עם זאת, הנשיא שמגר סייג את הדברים, ומגישתו עולה נכתנות עקרונית להכיר במגבלות המוטלות על סמכותה זו של הכנסת: "[סמכות] הכבילה איננה בלתי מגובלת. הדעת נותנת כי לכבילת בית המחוקקים יהיו גבולות". עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 293. נדון בתוכנן של מגבלות אלה בהמשך.

40 לשיטתו של השופט חשין, אין המדובר בשריון, אלא בדרישת "קוורום" בלבד, ולפיכך היא תקפה גם אם נכללה בחקיקה רגילה: עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 538. לעומתו סבר

כי שינוי של הוראה מסוימת או פגיעה בה יהיו תקפים רק אם נקבע במפורש בחוק המתקן כי יהיה תקף על אף האמור בחוק ה"משוריין"<sup>41</sup>. ביסודן של סוגיות אלה היקפו של עקרון היסוד – לו כפופה הכנסת (ב"כובעה" כרשות מחוקקת) – בדבר אופן קבלת ההחלטות על ידי הכנסת. נראה כי כוחה של הכנסת לקבוע (כרשות מחוקקת) הוראות מסוג זה מוגבל על פי הערכת עצמתו של החשש מפני שימוש לרעה בסמכות זו. בהתאם, יש לראות ברדישת רוב מקרב חברי הכנסת, "שריין", שאינו תקף. כלל הכרעה מסוג זה מחזק את הסטטוס קוו, שהרי מכוחו מונים את הנמנעים עם המתנגדים לשינויה של ההוראה המשורינת<sup>42</sup>. משום כך, החשש הוא כי הרוב בכנסת

הנשיא ברק – מבלי להכריע בעניין – כי אף רדישת רוב מקרב חברי הכנסת היא בבחינת שריין, שכן היא שוללת מחבר כנסת את הזכות להימנע. לגישתו, "שינוי שיטת הצבעה, באופן שנדרש רוב של כלל חברי הכנסת... מחייב לכאורה תורה חוקתית אשר תצדיק אותה". שם, בע' 411. בחוות דעת מיום 31.8.94 קבע היועץ המשפטי לממשלה, מ' בן-יאיר, כי למרות הספק בדבר התקפות של הוראת שריין מסוג זה הכלולה בחקיקה רגילה, אין זה ראוי להתעלם ממנה בעת קבלת חוק הפוגע בהוראת השריין (חוק לחיקון פקודת מס הכנסה (תיקון מס' 100), תשנ"ד-1994, שמכוחו הוטל מס על שוק ההון. החוק התקבל ברוב הדרוש על פי ס' 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור בכספים פיננסיים, תשמ"ד-1984) (תמיכתם של רוב חברי הכנסת). כך נעשה גם ביולי 2002, עת התקבל תיקון דומה לפקודת מס הכנסה. אגב, בהקשר זה יש להבחין בין שריין של החוק עצמו (כפי שנעשה בס' 3 לחוק להגנה על השקעות הציבור) לבין קביעה בחוק כי הממשלה רשאית לפעול בעניין מסוים אך ורק לאחר שהכנסת אישרה זאת בקולותיהם של רוב חברי הכנסת, בלא שהחוק הקובע זאת משוריין בפני שינויו (ובכלל זה, ביטול הדישה האמורה, ברוב רגיל). כך נעשה בחוק שריין שלילת זכות השיבה, תשס"א-2001 (שם נקבע בס' 2 כי "פליטים לא יחזרו לשטח מדינת ישראל אלא באישור של רוב חברי הכנסת"); ובחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט-1999 (שם נקבע בס' 2, בין היתר, כי "החלטת ממשלה לפיה המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח, טעונה אישור של הכנסת בהחלטה שתקבל ברוב חבריה"). במקרים מן הסוג האחרון, לא נראה כי יש קושי להכיר בתוקפן של הוראות אלה, כך שכל עוד לא בוטלה הוראת החוק הרלוונטית, אין הממשלה רשאית לפעול ללא הסכמת רוב חברי הכנסת.

41 לשיטתו של השופט חשין, אף קביעה כזו אינה מהווה "שריין". ראו עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 550-551: "עד אם תשנה הכנסת מן הפרוצדורה שקבעה, רק הליכה בדרך זו שנקבעה תניב חוק שבכוחו לפגוע [בזכות יסוד]... חוק מאותר [שאינו עומד בתנאים שנקבעו בחוק המוקדם] אינו כלל 'חוק'... הואיל ולא נתקבל על-פי דרכי ההליכים שקבעה הכנסת מראש לקבלתו"; בג"צ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נגנ(5) 337, 388-385 (להלן: עניין התנועה המסורתית). לגישה דומה ראו גם י' קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, 377-378; E. Likhovski "Can the Knesset Adopt a Constitution Which Will Be the 'Supreme Law of the Land'?" 4 *Isr. L. Rev.* (1969) 61.

42 לעמדה דומה ראו זלצברגר, לעיל הערה 17, בע' 695; ר"כ תשמ"ד 2790 (ח"כ א' רובינשטיין); מדינה, לעיל הערה 12. בס' 4(א) להצעת חוק-יסוד: החקיקה, ה"ח תשנ"ג 2167. הוצע לקבוע במפורש כי "חוק יתקבל במליאת הכנסת ברוב קולות של חברי הכנסת שהצביעו, והנמנעים לא יבואו במניין; והוא הדין המתקן חוק אחר או מבטלו, אף אם נקבעה בו דרישה לרוב מיוחד לשינויו". כאמור, לשיטתנו, הוראה זו נועדה לעגן במפורש עקרון יסוד שמכוחו מוגבל כבר כיום כוחה של הכנסת. עם זאת, אין לשלול על הסף אפשרות להכיר בכך כי בשנים האחרונות התגבש

יקבע דרישת רוב כאמור לשינוי הוראה מסוימת, לאו דווקא משום שהוא סבור כי זהו "כלל ההכרעה" הראוי באותה סוגיה, אלא מתוך שאיפה להנציח את הסטטוס קוו באותו עניין. מטעם דומה יש להטיל ספק בסמכותה של הכנסת לקבוע הוראת שריון המחייבת אישורו של תיקון לחוק מסוים באמצעות משאל עם<sup>43</sup>. לעומת זאת, נראה כי יש לתת תוקף לשריון המתבטא בצורך לציין במפורש את דבר הסטייה מהחוק הקודם<sup>44</sup>; או להוראה המחילה, באופן גורף, על כל דברי החקיקה של הכנסת (ולא בנוגע לחוק מסוים) דרישה למספר "קריאות" (הצבעות) שונה מזה הדרוש כיום לשם חקיקת חוק או קובעת דרישת "קוורום" (מניין חוקי) של חברי כנסת המשתתפים בהצבעה, כתנאי לקבלת חוק<sup>45</sup>.

לבסוף, המקרים הקשים ביותר הם אלה המתייחסים להגבלות מן הסוג השלישי – הגבלות על תוכנה של החקיקה, המבטאות עקרונות יסוד מהותיים, שאינם כתובים

"נוהג חוקתי" מחייב, שלפיו הכנסת מוסמכת לדרוש תמיכתם של רוב חברי הכנסת כתנאי לשינוי הוראה מסוימת.

43 השופט חשין נמנע מלהכריע בנוגע לתוקפה של הוראה מסוג זה. ראו עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 546. הוראה מסוג זה נקבעה בס' 3 לחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט-1999, אך לפי ס' 4 לחוק, תחילת הוראה זו רק "ביום תחילת תוקפו של חוק יסוד אשר יסדיר את עריכתו של משאל עם" (חוק-יסוד כזה טרם נחקק). הוראה שכזו תורמת לחיזוקו של הסטטוס קוו, משום שהפנייה אל עמדת הציבור נעשית רק כאשר הרוב בכנסת מבקש לסטות מן הסטטוס קוו. כך, בכל מקרה של חילוקי דעות בין הרוב בכנסת לבין הרוב בציבור, נותר המצב הקיים על כנו (שהרי אם הרוב בכנסת מבקש להותיר את הסטטוס קוו על כנו, עמדת הציבור אינה רלוונטית כלל). כמו כל כלל הכרעה המנציח סטטוס קוו מסוים, מתקיים גם כאן החשש מפני שימוש לרעה בכוחו של הרוב בכנסת, התומך במצב הקיים. יש לציין עם זאת, כי בחוק זה האישור במשאל עם נחוץ לשם הכרעה בעניין מסוים ולא לשם שינוי החוק עצמו. ראו לעיל הערה 40.

44 לעתים מחלת דרישה כזו כאמצעי פרשני. כך נעשה, למשל, לעניין הוראות חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951. ראו בג"צ 104/87 נבו נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 764; ולעניין ס' 46(ב) לחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957, שלפיו "כל מקום שהוראה בחוק זו סותרת הוראת כל חוק אחר, ההוראה שבחוק זה – עדיפה". ראו למשל, בג"צ 256/88 מדאנינוסט בע"מ נ' מנכ"ל משרד הבריאות, פ"ד מד(1) 19, 42.

45 באופן זה ניתן להשיב לקושי שהעלה ברק, שלפיו "אם תקנון הכנסת יכול לקבוע, כי חוק מתקבל בשלוש קריאות, מדוע אין הכנסת (הפועלת כמחוקק רגיל) יכולה לקבוע בחוק, כי חוק מתגבש רק מקום שמצוי רוב מיוחס?" א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך 2: פרשנות חוקתית) 50. ברק הוסיף שם כי אין לשלול את האפשרות כי בכוחה של הכנסת לקבוע כי "אין לחוקק חוק אלא אם מתקיימת דרישה לקוורום". שם, בע' 50 בהערת שוליים 73. כאמור, לשיטתנו ההבחנה היא בין קביעת שתכליתו עיגון של הסדר מסוים (המבטא סטטוס קוו כלשהו), ולגביהן מתקיים החשש מפני שימוש לרעה בסמכות לשנות את "כללי ההכרעה", לבין קביעות כלליות, שבהן החשש אינו קיים. בהקשר זה מתעוררת שאלת תוקפה של הוראה מסוג זו הקבועה בחוק-יסוד: משק המדינה (הצעות חוק והסתייגויות שבביצוען כרוכה עלות תקציבית) (הוראת שעה), תשס"ב-2002, שלפיה "הצעת חוק תקציבית", כלומר הצעת חוק שהוגשה שלא בידי הממשלה ולא ניתנה לה הסכמת הממשלה ואשר ביצועה כרוך בעלות תקציבית העולה על חמישה מיליון ש"ח בשנה", "לא תתקבל בכנסת אלא בקלותיהם של 50 חברי הכנסת לפחות". לדיון בהוראה זו ראו להלן הטקסט אליו נלווית הערה 207.

בספר החוקים (או שאינם כתובים בחוקי-היסוד). בעבר שלטה ללא עוררין הגישה הפוזיטיביסטית, שלפיה הנורמה הבסיסית אינה כוללת הגבלות תוכניות, ולפיכך שוללת אפשרות כזו לחלוטין. כך, למשל, בע"א 228/63 עזוז נ' עזר<sup>46</sup> נפסק כי "נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן ככל העולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת"<sup>47</sup>. אף כיום יש הרואים בגישה זו כזו הנכונה<sup>48</sup>. עם זאת, בשנים האחרונות הובעה גם נכונות עקרונית לסטות מכך, וזאת בעקבות התגברות ההגנה החוקתית על זכויות האדם בעולם כולו והתחושה כי במציאות הפוליטית הישראלית, ההליך הפוליטי אינו מבטיח בהכרח הגנה נאותה על זכויות האדם.

ברובד אחד, מוסכם כיום כי עקרונות היסוד המהותיים של המשטר – ובהם, עקרון הפרדת הרשויות, ההגנה על זכויות היסוד של האדם, ועוד – מהווים אמצעי חשוב בפרשנות של דברי חקיקה. פרשנות החקיקה מבוססת על ההנחה כי בצד התכלית הספציפית אותה נועד לקדם דבר חקיקה כלשהו, יש לו גם "תכלית כללית", שעניינה קידום ערכי היסוד של השיטה המשפטית<sup>49</sup>. בדרך זו אין מוגבל אמנם לכאורה כוחה של הכנסת, שהרי אין מדובר בהכרזה על בטלות של חוק. אך בפועל, מאפשרת גישה פרשנית זו לייחס לחקיקה מובן העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד, אף אם הוא מנוגד לכוונה הסובייקטיבית של המחוקק<sup>50</sup>. היא גם מבטאת במובהק תפיסה שלפיה "הנורמה הבסיסית" כוללת גם עקרונות מהותיים.

ברובד שני, הפסיקה עשירה באמירות המבטאות נכונות עקרונית להכיר במגבלות בלתי כתובות על כוחה של הכנסת, או לפחות הימנעות מדחייה של אפשרות לעשות כן. כך, למשל, בבג"צ 889/86 כהן נ' שר העבודה והרווחה נמנע הנשיא שמגר מלדחות את הטענה כי הוראת חוק הגורמת הפליה אינה תקפה<sup>51</sup>; בבג"צ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית ציין הנשיא ברק כי מדובר ב"שאלה

46 ע"א 228/63 עזוז נ' עזר, פ"ד יז 2541.

47 שם, כע' 2547 (השופט ברנזון). עוד ראו, למשל, בג"צ 188/63 כצול נ' שר הפנים, פ"ד יט (1) 337, 349; בג"צ 356/83 לידור האגודה בעלי החיים, דירות ורכוש פרטי בישראל נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד לח (1) 602; ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מ"י, פ"ד כו (1) 129, 136. עניין תנועת לאו"ר, לעיל הערה 22, בע' 555 (המשנה לנשיא אלון); ועוד.

48 ראו, למשל, אנגלרד, לעיל הערה 17, בע' 64-65. ראו גם: M.B. Nimmer "The Uses of Judicial Review in Israel's Quest for a Constitution" 70 *Colum. L. Rev.* (1970) 1217, 1224.

49 ראו א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ג, כרך ב: פרשנות החקיקה) 250-251, 417-475; בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב (2) 309, 329-330.

50 ראו, ברוח זו, א' מעוז "ריבונות הכנסת וביקורת שיפוטית" הפרקליט מג (1997) 25.

51 בג"צ 889/86 כהן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מא (2) 540, 543 (להלן: עניין כהן). ראו גם בג"צ 191/64 אלבו נ' שר הדתות, פ"ד יח (4) 603, 610.



קשה, וכי הוא מעדיף להימנע מלהכריע בה<sup>52</sup>; אף השופט חשין רמז כי אין לשלול את האפשרות להכיר ב"הגבלות" בנות משפט הטבע' החלות על סמכותה של הכנסת לחוקק<sup>53</sup>. הביטוי המובהק לגישה זו הוא פסק דינו של השופט ברק (כתוארו אז) בעניין תנועת לאו"ר. השופט ברק לא שלל, באופן עקרוני, את האפשרות להסתמך על עקרונות יסוד בלתי כתובים לשם הגבלת כוחה של הכנסת בהקשר זה<sup>54</sup>. עם זאת, הוא נמנע מכך, מטעם מוסדי בעיקרו: "על-פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו"<sup>55</sup>. ייתכן כי חקיקת חוקי-היסוד בעניין זכויות האדם וההלכה בעניין בנק המזרחי, שמכוחה הכיר בית המשפט בסמכותו שלו לאכוף את "כללי המסגרת" (הכתובים אמנם), הביאה לשינוי בהערכה זו באשר לתפיסה החברתית והמשפטית המקובלת גם באשר לכללים הבלתי כתובים<sup>56</sup>.

52 בג"צ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 802 (להלן: עניין ולנר). הנושא ברק הפנה שם לפסקי דין מניו-זילנד, שבהם נקבע כי גם בהיעדר חוקה או חוק-יסוד משוריינים, המחוקק כפוף לעקרונות יסוד מטרימים, וצ"ח כי "זהו שאלה לא פשוטה... מי ייתן ולא נצטרך לעולם להכריע בה". שם. מעניין לציין אגב כי כעשור קודם לכן, דגל אף השופט ברק בגישה השוללת הטלת מגבלות "בלתי כתובות" שכאלה. ראו בג"צ 761/86 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 873, 868 (להלן: עניין מיעארי); "ריבונות העם מוצאת את ביטוייה המרכזי בכוח החקיקה הראשית של הכנסת. מכאן 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".

53 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 545. ראו גם בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 541 (להלן: עניין רובינשטיין). שם ציין השופט חשין כך: "לא אכריע בשאלה... אם אף בכוחו של חוק הכנסת לפטור בני-ישיבה משירות בצבא. יימצאו מי שיאמרו... כי אף חוק הכנסת אין די בו... גם לכוחה של הכנסת הושמו גבולות"; וכן ע"א 3077/90 פלוגית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593: "[הכרעתן] של בית המשפט המחוזי נוגדת את עיקריו של משפט הטבע. משפט הטבע היה עמנו עוד לפני היות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומלווה הוא אותנו כאשר נלך". למעשה, בפסיקה לא נשללה אפילו האפשרות להגביל את כוחה של הכנסת כרשות מכוונת מכוח עקרונות בלתי כתובים. נדון באלה בנפרד, בהמשך.

54 ראו לעיל הערה 22 והטקסט אליו היא גלויות. במקרה אחר לא שלל הנושא ברק את האפשרות כי כוחו של המחוקק מוגבל מכוח "עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתיים עליהם", וזאת כאשר "הפגיעה [בעקרונות היסוד הללו] היא מוחותית וקשה": בג"צ 4676/94 מישראל בע"מ נ' כנסת ישראל, פ"ד טז(5) 15, 28 (להלן: עניין מישראל).

55 עניין תנועת לאו"ר, לעיל הערה 22, בע' 554. השופט ברק חזר על גישתו זו בעניין בלום, לעיל הערה 31, בע' 205.

56 ראו, ברובו זו, ברק, לעיל הערה 34, בע' 632: "[כיום] אין זה נוגד עוד את 'המצפון המשפטי' לטעון כי בחברה דמוקרטית, האמונה על הפרדת רשויות ועל שלטון החוק, לגיטימי הוא לרשות השופטת להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה". להערכה שונה ראו "ומי 'הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים' משפט וממשל א (תשנ"ג) 395, 408: [נספק אם] חל שינוי בקונסנזוס החברתי באשר לתפקידו וכוחו של השופט בחברה הישראלית... השאלה העיקרית בהקשר זה אינה סובבת על הלגיטימיות, אלא על התכונה".

הקושי המרכזי בהגבלת כוחו של המחוקק בהסתמך על עקרונות יסוד בלתי כתובים נובע מכך שזיהוי תוכנם של עקרונות אלה אינו עניין פשוט. אך, בית המשפט שב ומדגיש כי מדובר בעניין אובייקטיבי: על השופט "להבדיל הבדל היטב בין ה'אני מאמין' האישי שלו לבין ה'אני מאמין' של האומה"<sup>57</sup>; הוא אמור "לשקף את השקפותיה של החברה... [ולתת] ביטוי לערכיה של החוקה כפי שהם מובנים על-ידי התרבות והמסורת של העם בתנועתו על פני ההיסטוריה... האובייקטיביות השיפוטית מונחת ביסוד הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק"<sup>58</sup>. אלה הם ערכים המבטאים "תפיסות עומק של החברה המודרנית"<sup>59</sup>. ביסודה של גישה זו אין מונחת היזקקות לעקרונות של "מוסר אוניברסלי" או של "משפט הטבע". ההתחזקות אחר עקרונות מסוג זה – ובעיקר אחר התוצאה הנובעת מיישומם בנוגע למקרה קונקרטי – היא סבוכה, ותוצאותיה עשויות להיות שנויות במחלוקת<sup>60</sup>. ביסודה של הגישה האמורה התפיסה – המזוהה, בעיקר, עם כתיבתו של Dworkin – שלפיה עקרונות היסוד שלהם כפוף בית המחוקקים (כמו גם רשויות השלטון האחרות) הם אלה המסבירים בצורה הטובה ביותר ("best fit") את מכלול המשפט הקיים ואת המסורת והתרבות הלאומית<sup>61</sup>. עם זאת, המשימה "לחשוף את הערכי והבסיסי, תוך דחיית הארעי והחולף" אינה פשוטה כלל ועיקר. כך, למשל, האם שלילת האפשרות להחיל ביקורת שיפוטית (בכלל, או בנוגע לתחומים מסוימים) על חקיקת הכנסת חותרת תחת

57 עניין אפרת, לעיל הערה 23, בע' 782 (השופט ברק).

58 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 425 (הנשיא ברק).

59 שם, בע' 424 (הנשיא ברק).

60 ראו פרוש, לעיל הערה 22, בע' 732-735; אנגלרד, לעיל הערה 17, בע' 55-67. עם זאת, יש

הסבורים כי קיימים מספר עקרונות יסוד אוניברסליים שאינם שניים במחלוקת. עקרונות אלה עשויים לבטא את עקרון שלטון החוק, במובנו הרחב. ראו: L. Fuller "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart" 71 *Harv. L. Rev.* (1958) 630; J. Rawls, *supra* note 8, at pp. 55-60, 235-242; ואף עקרונות מוסריים כלליים, ראו: J. Finnis *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, 1980) 23-36, 281-290

כרך המוקדש לנושא זה: 46 *The American J. of Jurisprudence* (2001)

61 ראו: R. Dworkin "Hard Cases" 88 *Harv. L. Rev.* (1975) 1057, 1082-1108; ברק, לעיל

הערה 49, בע' 404-416. לביקורת על ההסתמכות על "האני מאמין של העם" כבסיס לזיהוי

עקרונות היסוד של השיטה ראו פרוש, לעיל הערה 22, בע' 740-742. אדרעי טען כי חוקה בלתי

כתובה אינה יכולה לבטא אלא את אותם "זכויות ועקרונות, שכל אדם בר-דעת מניח את קיומם

ושעליהם מושתתת הדמוקרטיה ומהם נגזר המשטר", כלומר עקרונות מוסריים "אוניברסליים".

לשיטתו, חוקה הכוללת "עקרונות וחכיות המעידים על בחירתה של חברה נתונה... חייבת להיות

כתובה... [נדרשת לשם כך] חוקה שתהליך קבלתה על העם הוא ברור וחד-משמעי". י"מ אדרעי

"על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיובית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג

זכויות האדם" משפטים כח (תשנ"ז) 461, 466-467. איננו שוחפים להערכה זו. במקום אחר ציין

אדרעי עצמו כי גם בלא חוקה כתובה, "את מעשי הכנסת יש לא רק לפרש לאורם של עקרונות

העל המקובלים בחברה הישראלית, כי אם גם לבקר את עצם קיומם". אדרעי, לעיל הערה 22,

בע' 458.

עקרונות היסוד של השיטה<sup>62</sup>? הקושי העיקרי הוא, שבמצב הקיים בישראל, השסועה במספר מישורים (בין היתר, השסוע היהודי-ערבי; השסוע הדתי-חילוני; ועוד<sup>63</sup>), נעדרת הסכמה לאומית רחבה באשר לתוכן של אמות המידה המהותיות לקבלת החלטות<sup>64</sup>. "הארעי והחולף" אינו אלא עמדת הרוב בציבור – כפי שהיא מבוססת על ידי הרוב בבית המחוקקים. ממילא, "דחיית הארעי והחולף" עלולה לבטא דחייה של הדמוקרטיה, כמנגנון לקבלת החלטות, לטובת הכרעה על פי אמות מידה מהותיות מסוימות<sup>65</sup>.

כנגד זאת עומדת ההכרה בכך כי הנורמה הבסיסית אינה קובעת אך ורק את הפרוצדורה לקבלת החלטות אלא גם עקרונות מהותיים מסוימים באשר לתכנים של ההכרעות החברתיות. זוהי ההכרה בכך ש"שלטון העם באמצעות נציגים אינו התכלית [של שיטת המשטר הדמוקרטית]. זוהי רק דרך להשגת התכלית. התכלית הראויה של החברה המאורגנת היא האדם... לצורך זה [על הדמוקרטיה] לטפח ערכי יסוד, שעליהם מתבססים כבוד האדם ורווחת האדם, ובעיקר החירות והשוויון"<sup>66</sup>.

62 לדיון בסוגיה זו ראו, למשל, עניין ולנר, לעיל הערה 52; וכן עניין בנק המרחי, לעיל הערה 3, בעיקר כע' 419-427.

63 ראו, למשל, ס' סמוחה "שסעים מעמדיים, ערתיים ולאומיים ודמוקרטיה בישראל" החברה הישראלית: היבטים ביקורתיים (א' רם עורך, 1993) 172.

64 להדגשת היעדרה של הסכמה לאומית רחבה, ולטענה כי בשל כך יש להימנע מלהחיל ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת (בין מכוח עקרונות כלליים ובין מכוח הכרה במעמד "חוקתי" של חוקי-היסוד) ראו גביוון, לעיל הערה 5, בע' 115-122. ראו גם: R. Gavison "What Belongs to a Constitution?" 13 *Constitutional Political Economy* (2002) 89, 97-101; "ההיבט הלא-דמוקרטי של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם" פוליטיקה 2 (תשנ"ט) 53. מאידך גיסא, דווקא בחברות שסועות, שבהן נהנית קבוצה אחת מרוב יציב, דוחק במיוחד הצורך בהגבלת כוחו של הרוב. כך, למשל, במסגרת הסכם בלפסט מ-1998 הנוגע לצפון אירלנד, נדרשה בריטניה להתחייב לאפשר החלת ביקורת שיפוטית על חוקים (כפי שאכן נעשה, מכוח אימרוץ האמנה האירופית על זכויות האדם. ראו להלן הערה 70). ראו גם גביוון ושפירא, לעיל הערה 6, בע' לט: "חוקה משותפת, שתיצור כללי משחק ומוסדות משותפים, חיונית לחברה הישראלית השסועה".

65 בהיעדר הסכמה לאומית באשר לתוכן של אמות מידה אלה ובאשר לאופן בו ראוי ליישמן במקרה נתון, החשש הוא כי החלת ביקורת שיפוטית על חוקים עלולה להיתפס כפגיעה בדמוקרטיה ולהביא לכן לערעור אמון הציבור בבית המשפט. ראו גביוון ושפירא, לעיל הערה 6, בע' מא; מ' הופנונג "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" משפטים כח (תשנ"ז) 211. ייתכן כי שונה היה הדבר לו הסתמך בית המשפט על הוראות ההכרזה על הקמת המדינה, מיד לאחר הקמת המדינה, כעוגן פורמלי לכך. לתמיכה באפשרות זו גם כיום ראו בנדור, לעיל הערה 5, בע' 142-145: "[מוטב לבסס את]. המגבלות המוטלת על הכנסת על העקרונות המחייבים שנקבעו על-ידי מייסדי המדינה פה אחד בהכרזת העצמאות... מאשר הסתמכות על ערכי יסוד ערטילאיים". לביקורת על רתיעה מהחלת ביקורת שיפוטית מחשש לאבדן אמון הציבור בשפיטה ראו ח'ה' כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" המשפט 14 (2002) 9.

66 זמיר, לעיל הערה 56, בע' 397.

עם זאת, כדי למלא את תפקידו, תוך ניסיון לשמר את אמון הציבור בו, בחר בית המשפט בדרך עקיפה: במקום להיזקק ישירות לעקרונות יסוד בלתי כתובים, הוא העדיף להסתמך על הוראות חוקי-היסוד, דהיינו על חקיקת הכנסת עצמה, המתפרשות כמבטאות עקרונות אלה<sup>67</sup>. "החוקה הפורמלית" הרי מבוססת, במידה רבה על "החוקה המהותית", כפי שהיא נתפסת על ידי מחבריה<sup>68</sup>. בוודאי כך במקרים שבהם החוקה נכתבת זמן רב לאחר כינון המדינה. לעתים אף ניתן לכך ביטוי מפורש בחוקה עצמה. כך נעשה ב"פסקת המטרה" בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 1א) ובחוק-יסוד: חופש העיסוק (סעיף 2), שם נקבע כי חוק-היסוד נועד "לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". במילים אחרות, חוק-היסוד נועד לעגן ב"חוקה פורמלית" את "החוקה המהותית" של המדינה. עיגון זה מחזק, כך ההנחה, את מעמדם של "כללי המסגרת" של השיטה, הן מכוח הביקורת הציבורית כלפי מעשים שלטוניים החורגים מהם, והן מכוח הלגיטימציה הציבורית לאכיפתם של "כללי המסגרת" באמצעות ביקורת שיפוטית. אגב, עיון במשפט המשווה מולך לתוצאה דומה: במדינות שבהן קיימת "חוקה כתובה", מעדיפים בדרך כלל בתי המשפט להחיל ביקורת שיפוטית תוך הסתמכות על ההוראות הכתובות של החוקה, אף אם הדבר מחייב פרשנות מרחיבה – הרבה מעבר לכוונה הסובייקטיבית של מחברי החוקה – של הוראותיה<sup>69</sup>. החלת ביקורת שיפוטית בהסתמך על עקרונות בלתי כתובים נותרת לכן, בעיקרו של דבר, נחלתן של המדינות שבהן אין חוקה כתובה<sup>70</sup>. חוק-יסוד:

67 להערכה דומה ראו קרצ'מר, לעיל הערה 20, שם.

68 ראו, למשל, בג"צ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206, 210 (הנשיא ברק): "בפרשנו חוק יסוד עלינו להגשים את תפקידה של הנורמה החוקתית. נורמה זו קובעת את סדרי השלטון והממשל. נורמה זו מעצבת את זכויות הפרט. מעצם טבעה, היא משקפת את תפיסות היסוד של החברה, המשפט והמשטר. היא נותנת ביטוי לתפיסותיה הפוליטיות הבסיסיות של המדינה". ראו גם עניין גנימאת, לעיל הערה 5, בע' 399 (השופט ששון): "הזכויות המוגנות על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא נולדו עם חוק-היסוד. חוק-היסוד... אמר אך לתת ביטוי חרות לזכויות 'טבעיות' שהיו קיימות לפניו. את עוצמתן המוסרית והחברתית שראבות זכויות-היסוד לא מחוק-היסוד באשר הוא אלא מתוך עצמן... זכויות-היסוד בנות הן להשקפתנו המוסרית והחברתית, ומכאן כוחן".

69 דותן רואה בכך חיסרון משמעותי של ההסתמכות על "חוקה כתובה" כבסיס להגבלת כוחו של הרוב: "מי שמבסס את הביקורת השיפוטית על קיומו ומעמדו של טקסט מסוים (ולא על בסיס של ניתוח עצמאי של ערכי השיטה), נותר בסופו של דבר תלוי באותו טקסט שהיה מוכן להשליך עליו את יחבו. הפה שהתיר לביית-המשפט לפעול הוא הפה שיכול גם לאסור ולהגביל את סמכות הביקורת": דותן, לעיל הערה 15, בע' 179.

70 דוגמה לכך היא ניר-זילנר, שם נקבע כי גם בהיעדר חוקה כתובה, כפוף בית המחוקקים לעקרונות יסוד מסוימים. ראו, למשל: *Frazer v. State Services Commission* [1984] 1 N.Z.L.R. 116, 121. באנגליה נמנעו בתי המשפט מלנקוט דרך זו, ורק עם אימוץ האמנה האירופית לזכויות האדם בחוק של הפרלמנט האנגלי (Human Right Act 1998) נפתחה הדרך לביקורת שיפוטית (מוגבלת) על החקיקה. ראו: D. Feldman "The Human Right Act 1998 and Constitutional Principles" 19 *Legal Stud.* (1999) 165 שינוי זה בא לא רק בעקבות הסכם בלפסט (ראו לעיל הערה 64), אלא גם בעקבות ההכרה כי הקונבנציות החוקתיות

כבוד האדם וחירותו פעל בישראל באופן הדומה לפעולתן של חוקות במדינות אחרות.<sup>71</sup>

השאלה המתבקשת היא, מדוע נדרש "העיגון הפורמלי" של "החוקה המהותית" להיעשות באמצעות הפעלת "סמכות מכוונת" דווקא? אם כל שנדרש לשם השגת הלגיטימציה הציבורית להכרה בקיומן של מגבלות על כוחה של הכנסת הוא הסתמכות על עקרונות "כתובים", מדוע אין די בחקיקה "רגילה" ונדרשת חקיקה "חוקתית"? לדין בסוגיה זו נפנה כעת.

#### ד. הפעלת "סמכות מכוונת" כתנאי ל"כבילה עצמית"

על פי גישתו של הנשיא שמגר בפסק הדין בעניין בנק המזרחי, כוחה של הכנסת לכבול עצמה אינו מותנה כלל בקיומה של "סמכות מכוונת" בידי הכנסת. לשיטתו, הכנסת היא בעלת "ריבונות בלתי-מוגבלת", ומכוחה מוקנית לה "כל סמכות, לרבות של כבילת עצמה בדרך החקיקה"<sup>72</sup>. פורמלית, ניתן לבסס עמדה מסוג זה על הסיפא של סעיף 25 לחוק-יסוד: הכנסת. בסעיף זה נקבע כך: "הכנסת תחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה, כשהנמנעים אינם באים במניין המשתתפים בהצבעה. סדרי ההצבעה ייקבעו בתקנון; והכל כשאין בחוק הוראה אחרת לעניין זה". הסיפא עשוי להתייחס לא רק לקביעת סדרי ההצבעה בתקנון, אלא אף לרישא, שעניינה הרוב בו יתקבלו החלטות בכנסת. אולם הכנסת היא שחוקקה את ההוראה האמורה, והרי השאלה אינה אם הכנסת רואה עצמה מוסמכת לכבול את כוחה שלה, אלא אם מוקנית לה סמכות שכזו.

לגישתו של הנשיא שמגר, לכנסת "סמכות בלתי מוגבלת", הכוללת גם את הסמכות "לשריין בחקיקה... ערכי יסוד של מדינת ישראל, ולכבול בכך את עצמה וכל כנסת שאחריה"<sup>73</sup>, בשל "מקור סמכותה": "היא נבחרת על-ידי העם, שהוא הריבון"<sup>74</sup>. עם זאת, ספק רב אם די בעובדה שהכנסת נבחרת על ידי העם כדי להקנות לה סמכות

J. Morison & S. Livingstone *Reshaping Public Power: Northern Ireland and the British Constitutional Crisis* (London, 1995)

71 ראו: D. Barak-Erez "From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective" 26 *Colum. Human Rights L. Rev.* (1995) 309

72 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 289. ראו גם שמגר, לעיל הערה 39. לגישה דומה ראו אנגלרד, לעיל הערה 17, בע' 110-111. נראה שזו גם העמדה בה דגל המשנה לנשיא אלון בפסק דינו בעניין תנועת לאו"ר, לעיל הערה 22, בע' 571. ברוב זו ניתן להסביר גם את גישתו של השופט זמיר בעניין התנועה המסורתית, לעיל הערה 41, בע' 355-358, שלפיה מוגבלת סמכות החקיקה של הכנסת – לפחות בנוגע לחוקי התקציב – מכוח הוראת השריין שבס' 3א לחוק יסודות התקציב, שאינו "חוק-יסוד" וממילא לא ניתן מכוח הפעלת "סמכות מכוונת".

73 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 289.

74 שם, בע' 270.

לכבילה עצמית. עובדה היא כי הפרלמנט האנגלי אינו רואה עצמו בעל סמכות של "כבילה עצמית" מסוג זה. יש לזכור כי סמכות ה"כבילה העצמית" היא רבת-עצמה. אין מדובר דווקא בכבילה "עצמית" של הכנסת. המדובר בניסיון של הרוב הנוכחי בכנסת לכבול את כוחו העתידי של הרוב בכנסת (גם בשאלות פוליטיות שוטפות) וממילא גם את רוב הציבור כולו.<sup>75</sup> בעיה זו תמורה במיוחד לאור העובדה שעל פי המצב הקיים (כל עוד לא התקבלה הצעת חוק-יסוד: החקיקה), הכנסת יכולה לקבוע הוראות שריון בכל רוב שהוא: די בכך שמקרב הנוכחים במליאה בעת ההצבעה רב מספר התומכים בהצעת החוק ממספר המתנגדים לה כדי שהוראת השריון תתקבל, וזאת אף אם התומכים בחוק מהווים מיעוט מקרב חברי הכנסת או אף מקרב המשתתפים בהצבעה.

ההכרה כי לכנסת סמכות בלתי מוגבלת כאמור יוצרת חשש מפני שימוש לרעה בסמכותה של הכנסת לקבוע הוראות "נוקשות", שכל תכליתו שאיפה להנציח מצב נתון כלשהו, שבו תומך הרוב בכנסת.<sup>76</sup> מטעם זה לא התקבלה בפסיקה עמדתו האמורה של הנשיא שמגר. התפיסה המקובלת היא כי הוראת חוק המתיימרת לכבול את כוחה של הכנסת היא תקפה רק אם הוראת ה"כבילה" היא תוצר הפעלתה של "סמכות מכוננת": "הצידוק [להכרה בתוקפה של הוראת כבילה] נגזר ממהותה של חוקה ומההיגיון המונח בבסיסה".<sup>77</sup> הצדקה כזו אינה קיימת בנוגע לחקיקה "רגילה": "הכרה בכבילה עצמית של סמכות החקיקה הרגילה... מחייבת תורה חוקתית אשר תצדיק אותה".<sup>78</sup> לפיכך, "רשאית הכנסת, כגוף מחוקק, לחוקק כל חוק, מבלי שתוגבל

75 לביקורת ברוח דומה על גישתו של הנשיא שמגר ראו ולצברגור, לעיל הערה 17, בע' 688-689. להערכה דומה של התוצאות הנובעות מהסמכותו של בית המחוקקים לקבוע הוראות חוקתיות משוריינות ראו: J. Elster "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process" 45 *Duke L.J.* (1995) 364; A. Arato "Dilemmas Arising from the Power to Create Constitutions in Eastern Europe" 14 *Cardozo L. Rev.* (1993) 661, 685: "Constitution making by working parliaments that enact fundamental law by qualified majorities alone will not be able to stay within even [the threshold beyond which the penetration of the constituent process by probable future political constellations of interests cannot go, indicated by the argument concerning the veil of ignorance]"

חשש מסוג זה חל, מכוח קל וחומר, במקרים שבהם – כמו אצלנו – קבלתן של הוראות "נוקשות" אף אינה טעונה רוב מיוחד כלשהו. ראו מדינה, לעיל הערה 12.

77 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 410 (הנשיא ברק). הסכימו לגישה זו השופט ר' לרין (שם), בע' 449-456, השופט זמיר (שם, בע' 468-469), השופט מצא (שם, בע' 577-578) וכנראה גם השופט טל (שם, בע' 588). ברוח זו נפסק בארצות-הברית כי הגבלת מספר תקופות הכהונה של נבחרי ציבור תקפה רק אם היא כלולה בחוקה, ולפיכך נשלל תוקפם של חוקים שבהם נקבעו הגבלות כאמור: *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995).

78 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 410 (הנשיא ברק).

על-ידי כנסת קודמת... אם מבקשים להגביל את כוחו של מחוקק מאוחר, יש לעשות כן תוך הפעלת סמכות מכוונת"<sup>79</sup>. ביסוד גישה זו אין עומדת התפיסה שלפיה הסמכות המכוונת בלתי מוגבלת<sup>80</sup>. ההכרה בכוח לקבוע הוראות כבילה אגב הפעלת סמכות מכוונת אינה עניין אקסיומטי<sup>81</sup>. היא נובעת מן ההערכה כי כאשר מדובר בהפעלת סמכות מכוונת קטן החשש מפני שימוש לרעה בסמכות הכבילה העצמית. הפעלת סמכות מכוונת מבטאת, בדרך כלל, כינון שיטה משפטית חדשה<sup>82</sup>. ההנחה היא כי הגוף המפעיל סמכות זו שואב את כוחו מהסכמה רחבה בציבור<sup>83</sup>. לרוב נלווה לכך הליך מיוחד, המבטא את אופייה המיוחד של הסמכות המופעלת. כאשר מתקיימים מאפיינים אלה יש יסוד סביר להערכה כי "חוקתיות" – במובן של קביעת הוראות נוקשות ועליונות – אינה סותרת את העיקרון הדמוקרטי בדבר שלטון עצמי, אלא דווקא מבטאת אותו. כאשר נקבעת חוקה ומקמת שיטה משפטית חדשה, פועלים הפרטים, במידה רבה, "מאתורי מסך בערות"<sup>84</sup>. בשלב זה טרם התקבלו הכרעות כלשהן, ואין סטטוס קוו שההכרעה

- 79 ברק, לעיל הערה 34, בע' 568-569. ראו עוד שם, בע' 554, 560, 563; א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, 19 בהערות שוליים 58. ראו, ברוח דומה, בנדרו, לעיל הערה 32, בע' 833-836. אגב, סוגיה דומה התעוררה בארצות-הברית. ב-1995 החליט בית הנבחרים לקבוע, במסגרת התקנון שלו, כי לשם קבלת חוק הכרוך בהעלאת שיעורי המס חידרש הסכמה של לפחות שלוש-חמישיות מן המצביעים בבית הנבחרים. נטען כי ההוראה אינה חוקתית. ראו, למשל: B. Ackerman et al. "An Open Letter to Congressman Gingrich" 104 *Yale L.J.* (1995) 1539; J.O. McGinnis & M.B. Rappaport "The Rights of Legislators and the Wrongs of Interpretation: A Further Defense of the Constitutional Principle of Legislative Supermajority Rules" 47 *Duke L.J.* (1997) 327, 344. עתירה לבית המשפט נגד חוקיותן של הוראות אלה נדחתה, בלא לדון בעניין לגופו. ראו: *Skaggs v. Carle*, 110 F.3d 831 (D.C. Cir., 1997).
- 80 לתפיסה זו ראו ק' קליין "בעקבות פסק-הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוונת בראי-בית-המשפט העליון" משפטים כח (תשנ"ז) 341.
- 81 ראו גביוון, לעיל הערה 5, בע' 124-128.
- 82 בלשונו של קליין, היא מופעלת או "בחלל (כמעט) ריק", שהרי היא "מכוונת": קליין, לעיל הערה 80, בע' 356. ראו גם ק' קליין "הסמכות המכוונת במדינת ישראל" משפטים כ (תש"ל) 51, 52; בנדרו, לעיל הערה 5, בע' 135-136.
- 83 לביטוי מובהק של תפיסה זו ראו: B. Ackerman *We The People: Foundations* (Cambridge, 1991) 131-162; B. Ackerman *We The People: Transformations* (Cambridge, 1998); וכן, ברוח דומה: J. Rawls *Political Liberalism* (New-York, 1993) 231-234; A.R. Amar "Of Sovereignty and Federalism" 96 *Yale L.J.* (1987) 1425; Michelman, *supra* note 15; R. Dworkin *Freedom's Law* (Cambridge, 1996); R.C. Post *Constitutional Domains* (Cambridge, 1995).
- 84 פרט פועל "מאתורי מסך בערות" ("behind a veil of ignorance") כאשר אינו יודע מה יהיה "מקומו בחברה" או מה תהיה עמדתו בסוגיות השנויות במחלוקת ציבורית, אך הוא מעריך כי קיים סיכוי (או סיכון) שווה כי לאחר שיוּרם "מסך הבערות", הוא ימצא עצמו בנעליו של כל אחד מן הפרטים בחברה. ראו: Rawls, *supra* note 8, at pp. 137, 195-196. ראו, ברוח זו, למשל, דותן, לעיל הערה 15, בע' 162: "[כאשר החוקה מכוונת בתקופה פורמטיבית] בא לידי ביטוי

מתייחסת אליו. משום כך, קביעת כללי הכרעה על ידי הרוב הרגיל אמורה לשקף, בעיקרו של דבר, את עמדתו בנוגע לשאלה מהו האופן בו ראוי להחליט בסוגיות מסוימות, ולא באשר לתוכן הראוי של ההכרעה.

בישראל, ההזדמנות לקבל חוקה ב"רגע המהפכני" של הקמת המדינה אמנם הוחמצה<sup>85</sup>; חרף זאת, נשמרת ההנחה (ויש שיאמרו הפיקציה) כי כאשר הכנסת מפעילה "סמכות מכוונת" – כלומר, כאשר היא מחוקקת "חוקי-יסוד" – קיימת מודעות לכך שאין מדובר בהכרעה במסגרת "פוליטיקה של יום-יום". אכן, אימוץ הסדרים חוקתיים בהליך מיוחד, שיאפשר לנתק בין ההשפעות של הפוליטיקה הרגילה ובין הפוליטיקה החוקתית, בוודאי צפוי להגביר את הסיכוי כי החוקה תשיג את יעדיה<sup>86</sup>. אולם על אף שמבחינה פורמלית, פרוצדורת ההצבעה זהה לחלוטין לזו המקובלת בנוגע לחקיקה רגילה, ההנחה היא כי קבלה ושינוי של חוק-יסוד מחייבת הסכמה ציבורית רחבה, וכי שינוי של חוק-יסוד אינו עניין שבשגרה. אכן, ההתגבשות של "תודעה לאומית" שכזו, בנוגע להליך הקבלה והתיקון של חוקי-היסוד טרם הושלמה. לא אחת מועלות טענות בדבר "הקלות הבלתי נסבלת של חקיקת חוקי-היסוד"<sup>87</sup> ושל שינויים. עם זאת, בשנים האחרונות גוברת והולכת המודעות – של הכנסת ושל הציבור כאחד – למעמד המיוחד של חקיקת חוקי-יסוד. בהליך החקיקה

'האני מאמין' של העם (או הקהילה הפוליטית)... נציגי העם... מתנהגים כמעמדים מסוג זה באופן שונה מאשר פוליטיקאים מפלגתיים רגילים. בשל גודל השעה... הם מאמצים 'מבט רחב' לגבי אינטרסים העמוקים של הקהילה שבה הם חיים... הם מודעים לכך, שהם מחוקקים לדורות הבאים... ולכן פעולתם נהנית מהיתרונות של 'מסך בורות' מבחינה זו שאין הם יודעים... כיצד ישיפנו מעשיהם על האינטרסים המידיים שלהם"; D. Mueller "Constitutional Democracy and Social Welfare" 87 *Q. J. Econ.* (1973) 60; D. Mueller *Constitutional Democracy* (New-York, 1996)

85 לדין בהחמצה היסטורית זו ראו א' ויתקון "המשפט בארץ מתפתחת" משפט ושיפוט (תשמ"א) 46, 39

86 ראו גביוון, לעיל הערה 5, בע' 70; אדרעי, לעיל הערה 61, בע' 467; J.M. Buchanan "How Can Constitutions Be Designed So that Politicians Who Seek to Serve 'Public Interest' Can Survive and Prosper?" 4 *Constitutional Political Economy* (1993) 1 זוהי גם עמדתו של השופט חשין. לשיטתו, "ניתן לסטות [מעקרון היסוד הדמוקרטי של שלטון הרוב אך ורק] בהליך ראוי לחקיקת חוקה... מדברים אנו על 'הסכמה לאומית', על 'תפיסות עומק' של החברה בישראל, על 'אמנה חברתית'". עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 524-525; "יום מתן חוקה הוא יום חג ומועד. הכל יודעים כי הנה עומד בעל הסמכות לחוקק חוקה... חוקה ניתנת במודעות מלאה; ברצון העם לקבל עלינו עול חוקה". שם, בע' 475.

87 א' בנדור "פגמים בחקיקת חוקי-היסוד" משפט וממשל ב (תשנ"ה) 443, 444-447. ראו גם בנדור, לעיל הערה 5, בע' 139-140; אדרעי, לעיל הערה 22, בע' 460; דותן, לעיל הערה 15, בע' 184-185. חקיקתו מחדש של חוק-יסוד: חופש העיסוק בשנת 1994 מהווה דוגמה מובהקת לכך. על נוסחו של חוק-היסוד הוסכם כחלק מהסכם קואליציוני בין סיעת העבודה לסיעת ש"ס, והוא היווה חלק מן המחיר אותו נכונה סיעת העבודה לשלם כדי לזכות בחמיכתה (שהתבטאה לבסוף בהימנעות בלבד) של סיעת ש"ס בהצבעה בכנסת לאישור הסכם השלום עם אש"ף. בכנסת החמש-עשרה נעשו ניסיונות לתקן מצב זה ולקבוע דרישת רוב מיוחד לחקיקת חוקי-יסוד, וזאת באמצעות חוקי-יסוד: החקיקה. ניסיונות אלה סוכלו בימתן של הסיעות הדתיות.



מוכנית ההכרה בצורך לבחון את התאמת החוק המוצע להוראות חוקי-היסוד<sup>88</sup>. גוברת גם המודעות לצורך להימנע משינוי חוקי-היסוד, בהתבסס על אינטרסים צרים וקצרי טווח. כך, למשל, זכו לביקורת ציבורית נוקבת התיקונים של חוקי-היסוד שהתקבלו עם כינון ממשלתו של אהוד ברק, ב-1999, עת אישרה הכנסת את תיקון סעיף 33 לחוק-יסוד: הממשלה ואת ביטול הגבלת מספר חברי הממשלה שהייתה קבועה בו, כדי לאפשר מינוי מספר גדול יותר של שרים<sup>89</sup>; ותיקון סעיף 8 לחוק-יסוד: הממשלה ב-2001, בסמוך לבחירות המיוחדות לראש הממשלה, שנועד לאפשר לבנימין נתניהו, שלא כיהן כחבר כנסת, להציג את מועמדותו בבחירות (אפשרות שלא מומשה בסופו של דבר). הביקורת הציבורית נגד תיקונים אלה, שלא כוונה דווקא לתוכנם של ההסדרים שנקבעו, עשויה לבטא התגבשות של הכרה ציבורית – אף אם לא משפטית-פורמלית – בנוקשות ממנה אמורים ליהנות חוקי-היסוד. ייתכן כי ניסיון זה ירתיע מפני שינויים תכופים וקוניגטורליים בחוקי-יסוד.

### ה. הסמכות המכוננת של הכנסת

התפיסה המקובלת כיום היא כי לכנסת "שני כובעים": רשות מחוקקת מזה, ורשות מכוננת מזה. הנורמות שקובעת הכנסת כרשות מכוננת ("חוקי-יסוד") הן בעלות מעמד "חוקתי", כלומר נמצאות בראש פירמידת הנורמות; ואילו הנורמות שקובעת הכנסת כרשות מחוקקת (חוקים "רגילים") כפופות לנורמות הנקבעות על ידי הרשות המכוננת. כלומר, כוחה של הכנסת, כרשות מחוקקת, מוגבל מכוח נורמות שקבעה היא עצמה, כרשות מכוננת. אין זו אמנם תופעה יוצאת דופן בעולם, שביית המחוקקים הוא גם בעל הסמכות המכוננת (לפחות ככל שמדובר בסמכות לתקן את החוקה)<sup>90</sup>. הייחוד הוא בכך שאין נהוגה כל פרוצדורה מיוחדת להפעלת הסמכות, ובעיקר בכך שעצם קיומה של סמכות זו בידי הכנסת איננו מובן מאליו ומוסכם על הכול, כך שנדרשה הכרעה שיפוטית, בפסק הדין בעניין בנק המזרחי, שכללה גם דעת מיעוט, לשם הכרה בה. מצב זה נובע מהתרחשויות מצערות בימיה הראשונים של המדינה, שביטלו את קיומה העצמאי של האסיפה המכוננת.

88 ראו בעניין זה א' רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה (תש"ס) 339.

89 ראו בעניין זה בג"צ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, פ"ד נג(4) 92 (להלן: עניין התנועה למען איכות השלטון). ראו גם להלן הערה 199.

90 כך הוא המצב בארצות סקנדינביה, הולנד, בלגיה, אוסטריה, גרמניה והודו. מדובר שם בסמכות שהוענקה מכוח החוקה – שהתקבלה בהליך נפרד, על ידי גוף מיוחד – לתקן את החוקה, בפרוצדורה השונה מהותית מהליך החקיקה הרגיל. לסקירה ראו: V.C. Jackson & M. Tushnet *Comparative Constitutional Law* (New-York, 1999) 251-454.

השאלה הקשה היא, מהו המבחן שלפיו יש להכריע אם לכנסת מוקנית סמכות מכוננת? בפסק הדין בעניין בנק המזרחי הוחלו שלושה מבחנים שונים: מבחן אחד הוא "משפטי-פורמלי" (או "פוזיטיביסטי"). הוא מבוסס על התפיסה כי לכנסת סמכות לקבוע נורמות חוקתיות משום שהיא הוסמכה לכך מכוח נורמה משפטית מחייבת; מבחן שני הוא "חברתי" במהותו. לפי מבחן זה, לכנסת סמכות מכוננת שכן היא נתפסת על ידי הציבור כבעלת סמכות שכזו, כלומר היא זוכה לאמון ציבורי לקבוע נורמות "עליונות" ו"נוקשות", והיא עצמה מתייחסת אל חוקי-היסוד כבעלי תכונות אלה. כפי שנראה מיד, היישום של כל אחד משני מבחנים אלה אינו מוליך לתוצאה חד-משמעית. בסופו של דבר, בלתי נמנעת ההתבססות על מבחן שלישי, שלפיו לכנסת מוקנית סמכות מכוננת אם רצוי, על פי הערכה ערכית, כי תהא לה סמכות כזו. הערכה זו מבוססת, בעיקרה, על בחינת התוכן של מעשי החקיקה המועמדים לזכות בהכרה כבעלי מעמד חוקתי. לכאורה, עיקר הדיון בפסק הדין בעניין בנק המזרחי מוקדש להחלה של שני המבחנים הראשונים; אולם, נראה כי דווקא המבחן השלישי הוא שעמד ביסוד הכרעותיהם של השופטים. נדון בכל אחד משלושת המבחנים הללו.

1. מבחן "משפטי-פורמלי": האם הכנסת "הוסמכה" לפעול כרשות מכוננת? על פי המבחן ה"משפטי-פורמלי", לכנסת סמכות לקבוע נורמות "חוקתיות" רק אם היא הוסמכה לכך על פי נורמה משפטית מחייבת. כדי ליישם מבחן זה, יש לחזור אל "נקודת ההתחלה", כלומר אל "הנורמה הראשונית" (או "הבסיסית"), שממנה מתחילה "שרשרת ההסמכות". נורמה זו היא אותה "נקודת אחיזה שמחוץ למחוקק... הצריכה לינוק עצמה מהעם"<sup>91</sup>. התפיסה המקובלת היא כי נקודת אחיזה זו היא הסמכת מועצת המדינה הזמנית, שנקבעה בהכרזה על הקמת המדינה, לקיים בחירות "לאסיפה המכוננת", שתהא הגוף המוסמך לכונן חוקה.

מועצת המדינה הזמנית אכן ארגנה את הבחירות לאסיפה המכוננת (אופן עריכת הבחירות הוסדר בפקודת הבחירות לאסיפה המכוננת, תש"ט-1948), ואף מינתה ועדה מיוחדת לענייני חוקה, שתפקידה היה "ריכוז, בירור וסידור ההצעות והחומר והכנת הצעת-חוקה שתוגש עם דעות והסתייגויות המיעוט שבועדה, כחומר לאסיפה המכוננת". מקובל לסבור כי האסיפה המכוננת "מעיקרה ומתחילתה" החזיקה בסמכות לכונן חוקה<sup>92</sup>.

91 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 356 (הנשיא ברק).

92 לעמדה זו הסכים גם השופט חשין, שסבר כי כיום אין מוקנית לכנסת סמכות מכוננת: "לו הייתה אותה אסיפה מכוננת – כנסת ראשונה כותבת חוקה פורמאלית לישראל, הסכמתי שמעשה היה מעשה וחוקתה הייתה חוקה". עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 482. עם זאת, במהלך הדיונים בכנסת הראשונה היו שהעלו ספקות אף בעניין זה. ראו פירוט אצל גביוון, לעיל הערה 5, בע' 77.

בניגוד למתוכנן על פי ההכרזה, מועצת המדינה הזמנית קבעה כי היא תתפור עם התכנס האסיפה המכוננת, וכי כל סמכויותיה של המועצה, ובכלל זה סמכותה כ"רשות מחוקקת", יועברו לאסיפה המכוננת (סעיפים 1 ו-3 לפקודת המעבר לאסיפה המכוננת, תש"ט-1949). האסיפה המכוננת עצמה הסתפקה בהפעלת סמכותה כרשות מחוקקת, ונמנעה מלכונן חוקה. תחת זאת, נקבעו שלושה הסדרים מרכזיים, שתוצאתם אחת: האסיפה המכוננת הפכה מגוף שאמור היה להיות, לכאורה, חד-פעמי במהותו, ושעיקר תכליתו כינון חוקה, ואשר רק לפיה יוקמו מוסדות השלטון "הנבחרים והסדירים של המדינה", לגוף שהוא עצמו נמנה עם אותם מוסדות "סדירים", מעין חוליה ראשונה בשרשרת. שלושת ההסדרים האמורים הם אלה: ראשית, בסעיף 1 לחוק המעבר, תש"ט-1949, שנחקק מיד עם כינוסה של האסיפה המכוננת, נקבע כי "לבית המחוקקים במדינת ישראל ייקרא 'הכנסת'. לאסיפה המכוננת ייקרא 'הכנסת הראשונה'"; שנית, ביום 13.6.1950 החליטה מליאת הכנסת הראשונה – שלא בדרך של חקיקת חוק, אלא בהחלטה (שנודעה בשם "החלטת הררי"), שתוקפה הצהרתי בלבד – כי "החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים, באופן שכל אחד מהם יהווה חוק-יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת... וכל הפרקים יחד יתאגרו לחוקת המדינה"<sup>93</sup>; ושלישית, זמן קצר בטרם התפזרה קבעה הכנסת הראשונה את חוק המעבר לכנסת השנייה, תשי"א-1951, ובו קבעה כי "לכנסת השנייה... יהיו כל הסמכויות... שהיו לכנסת הראשונה"<sup>94</sup> וכי הוראה זו תחול "גם על המעבר לכנסת השלישית ולכל כנסת שלאחריה"<sup>95</sup>. האסיפה המכוננת (או, "הכנסת הראשונה") אמנם לא קבעה במפורש כי לכנסות הבאות תהא סמכות מכוננת<sup>96</sup>; אולם שלושת ההסדרים שתוארו מבטאים את שאיפתה להפוך את מלאכת כינון החוקה לתהליך נמשך, המוטל על מוסד של קבע – הכנסת<sup>97</sup>. התקווה הייתה, כך נראה, כי עם חלוף השנים ניתן יהיה לגבש הסכמה לאומית רחבה באשר לנושאים השונים האמורים להיות מוסדרים בחוקה<sup>98</sup>. הכנסות הבאות אכן ראו עצמן מוסמכות לשאת במלאכת כינון החוקה.

93 ד"כ תשי" 1743. לדיון ברקע ההיסטורי של "החלטת הררי", ראו: R. Gavison "The Controversy over Israel's Bill of Rights" 15 *Israel Yb. of Human Rights* (1985) 113.

94 ס' 5 לחוק המעבר לכנסת השנייה.

95 ס' 10 לחוק המעבר לכנסת השנייה.

96 הצעתם של מספר חברי כנסת לקבוע במפורש בחוק המעבר לכנסת השנייה כי "תפקידה של הכנסת השנייה הוא לתת למדינת ישראל חוקת-יסוד" לא התקבלה, בין בשל הסברה כי "הירושה התחוקתית של הכנסת הראשונה... עוברת באופן אוטומטי" (ד"כ תשי"א 1579) ובין בשל ההתנגדות לעצם כינונה של חוקה באותה עת. ראו שם, בע' 1576-1579.

97 ברוח זו נקבע בס' 1 לחוק המעבר כי "לציר האסיפה המכוננת ייקרא 'חבר הכנסת'", ולא "חבר הכנסת הראשונה" דווקא.

98 לעומת זאת, היו שראו ב"החלטת הררי" משגה היסטורי. ראו, למשל, ויתקין לעיל הערה 85, בע' 75: "אילו נתקבלה חוקה אפשר היה לראות בה מידה של נכונות מצד הגורמים המתאבקים על השלטון במדינה... לקבל על עצמם עולו של סדר משפטי בסיסי, שאינו ניתן לשינוי לפי

הכנסת השנייה עסקה בהכנתו של הפרק הראשון בחוקה – חוק-יסוד: הכנסת<sup>99</sup>. בסופו של דבר נתקבל חוק-יסוד: הכנסת בכנסת השלישית, ומאז המשיכה הכנסת במלאכת חקיקת חוקי-היסוד – אחד-עשר חוקי-יסוד בסך הכול.

השאלה היא, האומנם מוקנית לכנסת, כגוף של קבע, הסמכות המכוננת? (בצדה נדרשת הכרעה גם בשאלה, מהו מעמדם של "חוקי-היסוד", בטרם התאגדו לכלל חוקה. נדון בשאלה זו בנפרד, בהמשך). נראה כי בעשרים השנים הראשונות מאז הקמת המדינה, הנטייה הייתה להשוות את מעמד הכנסת לזה של הפרלמנט האנגלי. ניסיונות אקדמיים בודדים להצביע על קיומה של סמכות מכוננת שוטפת ועל הסמכות הנובעת ממנה להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת<sup>100</sup> לא אומצו בפסיקה או בנוהגי הכנסת. אולם גישה זו השתנתה בהדרגה, ונהפכה בפסק הדין בעניין בנק המזרחי. לפי עמדת הנשיא ברק, שזכתה לתמיכת רוב השופטים, אכן "עברה" הסמכות המכוננת מן האסיפה המכוננת (הכנסת הראשונה) ל"כנסת", כמוסד של קבע<sup>101</sup>. השופט חשין נותר בעמדת מיעוט, בקביעתו כי הכנסת הראשונה כלל לא התכוונה להעביר את הסמכות המכוננת לכנסות הבאות<sup>102</sup>, וכי היא בכל מקרה לא הייתה מוסמכת לעשות כן.

הקונוקטורה היום-יומית. ואין זו אלא בשעות ההתרוממות הנדירות... שמשימה זו ניתנת לביצוע... אלה הימים, שבהם 'מורגש' הצורך יותר משהוא 'מובן' לקדם בחוק את זכויותיו הגדולות של האדם ולהבטיח לו חופש מפני העריצות".

99 הצעת חוק-יסוד (הכנסת), ה"ח תשי"ד 18. ההצעה עברה בקריאה ראשונה בכנסת השנייה. ראו ד"כ תשי"ד 57. החוק הוצג על ידי יושב ראש ועדת המשנה לחוקי-יסוד כ"חוק ראשון מפרקי החוקה המוגש לכנסת". שם, בע' 58.

100 ראו: A. Rubinstein "Israel's Piecemeal Constitution" *Scripta Hierosolymitana* – *Studies in Israel Legislative Problems* (Jerusalem, G. Tedeschi & U. Yadin eds., 201 (1966). ראו גם קליין, לעיל הערה 82.

101 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 359-366; או בניסוח אחר, הסמכות המכוננת הוענקה, מלכתחילה, לכנסת כמוסד של קבע, ולא ל"כנסת הראשונה" דווקא. שם, בע' 393 (הנשיא ברק). לפי גישה זו, חוק המעבר לכנסת השנייה "לא היה נחוץ כלל... והוא בעל אופי הצהרתי [בלבד]". שם, שם. אף הנשיא שמגר הסכים לכך. שם, בע' 282. לעמדה דומה ראו ה' קלינגהופר "הקמת מדינת ישראל – סקירה היסטורית-חוקתית" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, תשנ"ג) 53, 75; בנדרו, לעיל הערה 5, בע' 134: "סמכותה של הכנסת כאספה המכוננת נובעת ישירות... מהכרזת העצמאות".

102 השופט חשין קבע כי יש לייחס משקל לעובדה שהעברת הסמכות הנובעת נעשתה בחוק "רגיל" – חוק המעבר לכנסת השנייה – ולא ב"חוק-יסוד": "כיצד זה שרשות נחותה – והיא הכנסת המזוקקת – מעבירה סמכויותיה של רשות נעלה – היא הרשות המכוננת – מרשות נעלה אחת לרשות נעלה שניה? ... אכן, הכנסת לא הייתה ערה לדבר, משום... שלא נתכוונה לעביר סמכות [זו]". עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 490. טענה אחרת התבססה על לשון ס' 1 לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיו הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה, בלא לציין במפורש כי היא גם האסיפה המכוננת. על פי ס' 10 לחוק המעבר לכנסת השנייה, החוק – והעברת הסמכויות הנובעת ממנו – יהויל רק "כל עוד לא קיבלה הכנסת חוק אחר בדברים הנדונים בחוק זה". חקיקת חוק-יסוד: הכנסת מהווה "חוק אחר" שכזה, ובהיעדר הסמכה מפורשת כאסיפה מכוננת, איבדה הכנסת סמכות זו. ראו ג' הורנשטיין "שריין הוראות בחוקי יסוד" הפרקליט כה (תשכ"ט) 648,

אך כיצד יש לקבוע אם הכנסת הראשונה הייתה "מוסמכת" להעביר את סמכותה המכוננת? שאלה זו אינה יכולה להיות מוכרעת בלא להיזקק למבחן אמפירי – האם "תפיסות היסוד של החברה בישראל" מכירות בסמכות להעביר את הכוח לחבר חוקה לכנסות הבאות; ולמבחן ערכי – האם ראוי להכיר בהעברת הסמכות. הנשיא ברק והשופט חשין מודעים לכך: השופט חשין שלל את כוחה של הכנסת הראשונה להעביר את סמכותה המכוננת בהתבסס על הערכה כי אין זה ראוי להכיר בהעברה שכזו: "יעודה של 'האסיפה המכוננת' לכתובתה של חוקה היה ייעוד אישי וחד-פעמי. סמכותה של האסיפה המכוננת לכתוב חוקה [אינה ניתנת להעברה]. הייתה זו מעין נאמנות שמועצת העם אמרה להפקיד בידי הרשות המכוננת, ונאמנות... אין מעבירים מיד אל יד לרצונו של הנאמן"<sup>103</sup>; ואילו הנשיא ברק ציין כי הכרעתו, שלפיה לכנסת

653; מ' שפטר "הרהורים בשאלות קונסטיטוציוניות" הפרקליט כו (תשל"ו) 6; שמגר, לעיל הערה 39, בע' 5. ספק רב, בענייננו, אם ניתן אמנם ללמוד בדרך משתמעת שכזו על כוונת הכנסת לוותר על סמכות כה יסודית. למעשה, חקיקת חוק-יסוד: הכנסת עצמו נעשתה, כאמור לעיל, מתוך ההנחה כי בכך מופעלת הסמכות המכוננת עצמה. הכנסת רואה עצמה מוסמכת לכונן חוקה וכפופה להוראות חוקי-היסוד. בס' 1 (א) להצעת חוק-יסוד: החקיקה הוצע לקבוע במפורש כי לכנסת נתונות "סמכויותיה של האסיפה המכוננת". בגדר טען בהקשר זה כי הכנסת כלל לא הייתה מוסמכת לשלול מעצמה את הסמכות לכונן חוקה, שכן היא "כפופה להוראות המוסד המשפטי הראשוני שמתוכנן נבחרה", כלומר ההכרזה על הקמת המדינה: בגדר, לעיל הערה 5, בע' 136. בארצות-הברית נדונה לא אחת שאלה קרובה: האם סמכויותיה של "constitutional convention", העשויה להתכנס לשם תיקון החוקה האמריקאית, מוגבלות לדין באותם נושאים לשם החליט הקונגרס לכנסה? ראו בעניין זה: C.L. Black Jr. "Amending the Constitution: A Letter to a Congressman" 82 *Yale L.J.* (1972) 189; W.E. Dellinger "The Recurring Question of the 'Limited' Constitutional Convention" 88 *Yale L.J.* (1979) 1623; M.S. Paulsen "A General Theory of Article V: The Constitutional Lessons of the Twenty-Seventh Amendment" 103 *Yale L.J.* (1993) 677. פסק בית המשפט כי אסיפה שכונסה לשם תיקון החוקה רשאית לפעול אך ורק בנושאים שנקבעו בהחלטת הקונגרס מכוחה כונסה האסיפה (ולפיכך נפסל תיקון לחוקה שקבע גיל פרישה לשופטים ונקבע כי ההוראה המקורית, בדבר כהונה לכל החיים, נותרת בתוקפה). לתיאור הפסיקה בעניין ראו: I. Gomez "Declaring Unconstitutional A Constitutional Amendment: The Argentine Judiciary Forges Ahead" 31 *U. Miami Inter-Am. L. Rev.* (2000) 93.

103 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 485. לשיטתו של השופט חשין, כדי לחבר חוקה "בימינו אלה, נידרש אולי למישאל עם, לאסיפה מכוננת שנתייחדה ליעודה ואשר עליה הוטלה המשימה לחבר חוקה, ואפשר לדרך אחרת". שם, בע' 475. לטעון דומה ראו: Nimmer, *supra* note 48, at pp. 1239-1240; מ' לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 697; "י כהן מי מפחד ממדינה יהודית? (תשס"א). יש לציין עם זאת, כי דבקות בגישה מעין זו יוצרת קושי בדבר מקור הסמכות לקבוע את הבחירות לאסיפה המכוננת החדשה. ראו גם גישתו של גוברמן, שלפיה השימוש בסמכותה המכוננת של הכנסת חייב להיעשות כ"רוב מסיבי", אשר בלעדיו "הכנסת אינה יכולה להיות אסיפה מכוננת": ש' גוברמן "סמכותו של בית המשפט לבטל חוקים" רפורמה קונסטיטוציונית בישראל והשלכותיה – כנס שנערך בחודש יוני 1994 (תשנ"ה) 76, 79. מבחינה מעשית, בחירתו של גוף נפרד, שיכהן כ"אסיפה מכוננת", אינה צפויה ליצור גוף השונה בהרכבו מן הכנסת, הן מבחינה סיעתית הן מבחינה אישית.

השנייה אכן הוענקה הסמכות המכוננת, מבוססת על הערכת "תפיסות היסוד של החברה הישראלית... באשר לכינונה של חוקה ובאשר לסמכות הכנסת ליתן חוקה לישראל"<sup>104</sup>, תוך שהוא מודה כי "אילו התעוררה השאלה לפני בית המשפט העליון עם תחילת כהונתה של הכנסת השנייה, ניתן היה להחליט בה לכאן ולכאן... [ניתן היה לטעון כין] האסיפה המכוננת [אינה] 'מוסמכת' להעביר מסמכותה"<sup>105</sup>.

כלומר, המבחן המוחל בפועל אינו זה הפורמלי. חלק ניכר מפסק הדין של הנשיא ברק מזה ושל השופט חשין מזה מוקדש לדיון בשאלה כיצד תפסו העם והכנסת עצמה את סמכויותיה של הכנסת השנייה ושל הכנסות שכאו אחריה. כאמור, גם לפי העמדה המכירה בקיומה של סמכות מכוננת בידי הכנסת, סמכות זו אינה נובעת אך ורק מחוק המעבר לכנסת השנייה עצמו (בדיוק כשם שסמכותה של הכנסת לחוקק חוקים אינה נובעת ממנו). הסמכות נובעת מן ההכרה בכך כי התודעה הלאומית היא כי לכנסת, כגוף של קבע, מוענקת סמכות זו. חוק המעבר לכנסת השנייה הוא בוודאי גורם חשוב בעיצוב תודעה זו; אך אין די בו, כשלעצמו, כדי לבססה.<sup>106</sup>

2. מבחן "חברתי": האם "התודעה הלאומית" מכירה בסמכותה המכוננת של הכנסת?

כאמור, המבחן אשר ליישמו מוקדש עיקר הדיון בפסק הדין בעניין בנק המזרחי הוא זה של "התודעה הלאומית": האם הציבור רואה בכנסת כגוף המוסמך לקבוע נורמות "חוקתיות"? כפי שציין הנשיא ברק, "העם הוא הקובע – על-פי תפיסתו החברתית במהלך ההיסטוריה שלו – בידי מי הסמכות העליונה במדינה... בית המשפט נותן ביטוי לקביעה חברתית זו [על פין] מכלול ההווה הלאומית... קיומה של חוקה אינו עניין לוגי אלא תופעה חברתית"<sup>107</sup>.

ראינו כבר לעיל, כי גוף שבידו סמכות מכוננת הוא בעל עצמה רבה. בידי לקבוע נורמות "עליונות". הוא הקובע למעשה את "כללי המשחק" של השיטה: אילו מחלוקות יוכרעו על פי הפרוצדורה הדמוקרטית (הכרעת הרוב), ואילו מחלוקות יוכרעו בהתאם לעקרונות מהותיים. הכרעותיה של הרשות המכוננת כובלות את כוחו של הרוב, הן כיום והן בעתיד. ממילא, תנאי להכרה בקיומה של סמכות מכוננת בידיה

104 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 367.

105 שם, בע' 366. בהודמנות אחרת אף הביע הנשיא ברק את הדעה כי מן הראוי שחוקי-היסוד יאושרו במשאל עם. ראו א' ברק "ירק ביהמ"ש העליון מוסמך לבטל את חוקי הכנסת" ידיעות אחרונות 21.12.1995.

106 ראו, ברזח דומה, זלצברגר, לעיל הערה 17, בע' 689-690. הנשיא ברק ציין זאת במפורש: "אפילו אם לא היתה אסיפה מכוננת כלל, עדיין קמה ועומדת השאלה... האם המשפט הישראלי היום מכיר בסמכותה של הכנסת ליתן חוקה לישראל? על שאלה זו [אני משיב] בחיוב... [וזאת בהתבסס על] התשתית 'העובדתית' [ועל]... הבנתה של הקהילייה הישראלית היום". עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 395. לעומת זאת, השופט חשין סבר כי ביסוד מסקנת הרוב עומדת "דוקטרינת הרציפות החוקתית" דוקא (כלומר, המבחן הפורמלי). שם, בע' 476.

107 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 391.

של הכנסת היא הסכמה לאומית רחבה לעצם קיומה של הסמכות<sup>108</sup>. תנאי זה מתממש אם החוקה מתקבלת בפרוצדורה המבטאת תמיכה רחבה בתוכנה<sup>109</sup>; אך הוא עשוי להתקיים גם בלעדיה, זאת אם הציבור מכיר בלגיטימיות של קביעת הוראות "עליונות" ו"נוקשות" על ידי הכנסת, כלומר "התודעה הלאומית" רואה בכנסת כמי שמוסמכת לכבול את כוחה שלה, ואת כוחן של הכנסות שיבואו אחריה, ולכן גם את כוחו של הציבור עצמו. כאמור, לשיטתו של הנשיא ברק, תנאי זה אכן מתקיים: "תפיסות היסוד של החברה בישראל היום – המהוות ביטוי של הניסיון הלאומי כולו – הנן כי הכנסת נתפסת בתודעה הלאומית שלנו כגוף המוסמך ליתן חוקה לישראל... תודעה זו גובשה בהכרזת העצמאות... היא הפכה לחלק מהתרבות הפוליטית שלנו"<sup>110</sup>. גישתו היא כי "בתודעה החברתית והמשפטית של הקהילה הישראלית טבועה עמוק התפיסה כי הכנסת היא המוסמכת ליתן חוקה לישראל"<sup>111</sup>. עמדתו זו של הנשיא ברק מבוססת על סקירה של מצעי המפלגות לקראת הבחירות לכנסת השנייה ואילך; על תיאור תפיסת הכנסת את עצמה, כפי שהיא משתקפת בחקיקת חוקי-היסוד ומהתבטאויות של חברי הכנסת<sup>112</sup>; על עמדתם של "חכמי המשפט", המבטאת את "תפיסות היסוד של הקהילה המשפטית"; ועל פסיקה קודמת של בית המשפט העליון. עם זאת, כמו בנוגע למכתן הראשון, אף כאן מסקנה זו אינה היחידה האפשרית. הנשיא ברק עצמו הודה כי "בית המשפט מפרש את 'העובדות החברתיות'<sup>113</sup>. מטבע הדברים, פרשנות זו אינה חד-משמעית. ואכן, כנגד כל אחת מן הראיות שהביא הנשיא ברק להוכחת עמדתו באשר ל"תודעה הלאומית", הביא השופט חשין ראיות המוליכות לכיוון ההפוך<sup>114</sup>. לשיטתו, עצם קיומם של "חילוקי הדעות [בשאלת קיומה של סמכות מכוונת בידי הכנסת], הם-עצמם, יש בהם כדי להעיד מה קשה היא המסקנה שהכנסת דהאידינא מחזיקה בסמכות מכוונת"<sup>115</sup>. סמכות מכוונת אמורה לזכות להכרה כה רחבה, עד שהיא מובנת מאליה<sup>116</sup>.

108 להדגשת יסוד זה ראו גביוון, לעיל הערה 5, בע' 70-72. המחברת מדגישה שם כי "היכולת של חוקה למלא את הפונקציות הפוליטיות שלה תלוייה במידה רבה בכך שהיא מבוססת על הסכמה רחבה".

109 ראו המקורות שהזכרו לעיל הערה 103.

110 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 357.

111 שם, בע' 390.

112 בין היתר, הנשיא ברק מדגים זאת באמצעות חקיקת חוק-יסוד: הכנסת על ידי הכנסת השלישית: "איש לא העלה על דעתו, כי הכנסת השלישית אינה מוסמכת לקבל חוקה. הכל ראו בדיוני הכנסת (השלישית) משום ביצוע תפקידה על-פי 'החלטת הררי'". שם, בע' 370-372. ראו עוד שם, בע' 370-383.

113 שם, בע' 391.

114 ראו שם, בע' 491-515.

115 שם, בע' 475.

116 "היעלה על הדעת כי יתעורר צורך משפטי להוכיח באוחות ובמופתים היסטוריים ומשפטיים כי גוף פלוני קנה סמכות ליתן חוקה לעם או נתן חוקה לעם? ... לא שמענו עד הנה על ירכוח [שכזה]". שם, שם. ראו גם שם, בע' 518-522. לביקורת דומה על המסקנה שאליה הגיע הנשיא

להערכתנו, המוסכמה הציבורית היא כי הכנסת אמנם מוסמכת לקבוע הוראות "חוקתיות" (ונוהגה של הכנסת עצמה הוא ראייה טובה לכך<sup>117</sup>), אך סמכות זו אינה בלתי מוגבלת. המוסכמה החברתית היא כי הכנסת היא הגוף המוסמך לקבוע את שיטת הבחירות לכנסת; היא המוסמכת לקבוע את שיטת המשטר; היא המוסמכת לקבוע על הזכות לבחור ועל הזכות להיבחר. כך, למשל, מתקבלת כמובנת מאליה ההכרעה של הרוב בכנסת כי הציבור לא יוכל לבחור לכנסת אנשים בעלי מאפיינים מסוימים, כגון מי שגילו פחות מעשרים ואחת שנה או מי שהוא בעל עבר פלילי מסוים. הקונסנזוס בציבור הוא כי הרוב (הרגיל) בכנסת מוסמך לקבוע את "כללי המשחק". מכאן נובעת גם המסקנה כי המוסכמה החברתית היא כי הרוב בכנסת מוסמך לקבוע כי עניינים מסוימים יוכרעו ברוב מיוחס; או כי עניינים מסוימים לא יוכרעו על ידי הכנסת אלא בדרך אחרת, למשל באמצעות קיום משאל עם. אין כל הבדל עקרוני בין הגבלת כוחו של הרוב בציבור מתוקף קביעה של הרוב בכנסת כי אדם מסוים לא יוכל להיות מועמד לכנסת, וזאת על יסוד "העדפות מסדר שני" כלשהן של הרוב בכנסת, לבין הגבלת כוחו של הרוב בכנסת עצמה, מתוקף קביעת כלל הכרעה על-דוּבִי. ההכרה הציבורית בכוחה של הכנסת להכריע בעניינים מן הסוג הראשון מלמדת על הכרה דומה בכוחה גם בנוגע לעניינים מן הסוג השני. עם זאת, התפיסה החברתית היא כי סמכות ה"שריון" מוגבלת אך ורק להסדרים המבטאים את תפיסות היסוד של החברה. הכנסת אינה נתפסת כגוף המוסמך לעגן כל הסדר שהרוב בכנסת תומך בו כיום<sup>118</sup>. מוסכמה זו מבטאת אי-אמון בכנסת, וחשש מפני שימוש לרעה בסמכותה לקבוע הוראות שריון, שיחייבו דורות עתידיים<sup>119</sup>.

- ברק ראו זלצברג, לעיל הערה 17, בע' 693: "הנשיא ברק לא מצליח, לדעתי, להראות שקיומה ומהותה של סמכותה המכוננת של הכנסת הפכו בישראל לעובדה חברתית [של ממש, המקובלת על האדם ברוחב]". כפי שמציינת גביון, נראה כי ברק עצמו, בכתיבתו האקדמית זמן קצר לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נמנע מלהכריע בשאלה אם מוקנית לכנסת סמכות מכוננת, וציין במפורש כי הדין שהוא עורך מבוסס על הנחה בלבד כי זהו אכן המצב: גביון, לעיל הערה 5, בע' 96-103 (ההתייחסות היא, בין היתר, אל ברק, לעיל הערה 79).
- 117 כפי שציין הנשיא ברק, "כל פעם שחוק יסוד הוצג לקריאה טרומית או ראשונה בפני מליאת הכנסת, הודגש כי מונח לפני מליאת הכנסת פרק נוסף בחוק המדינה": עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 404. ראו בהקשר זה גם רובינשטיין, לעיל הערה 88, בעניין נוהגה של הכנסת לבחון, במסגרת הליך החקיקה, את התאמת הצעות החוק הנדונות להוראות חוקי-היסוד.
- 118 נרחיב בעניין זה בהמשך, במסגרת הדין בהגבלות המוטלות על הפעלת הסמכות המכוננת על ידי הכנסת.
- 119 לחיבור תוצאות סקרים מהם עולה מידת אמון נמוכה בכנסת ראו ג' ברזילי ואח' בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית (תשנ"ד) 69, 74 (תמיכה של כשלוש-רבעים מן הנשאלים בפיקוח שיפוטי על הכנסת, המשקפת, לדעת עורכי המחקר, "את החשד הקיים בציבור הישראלי כלפי המפלגות והכנסת"); י' פרס וא' יער-יוכטמן בין הסכמה למחלוקת – דמוקרטיה ביטחון ושלוש בתודעה הישראלית (תשנ"ח) 58-59.



למעשה, עד תחילת שנות התשעים גילה הרוב בכנסת רתיעה ניכרת מקביעת הוראות שתכליתן עיגון של הכרעות חברתיות מסוימות<sup>120</sup>. מגמה זו נבעה, כך ניתן לשער, מאילוצים פוליטיים, כמו גם מן ההערכה שקביעת הוראות שריון חייבת להיעשות בהסכמה רחבה. בהיעדרה של הסכמה רחבה לתוכנם של ההסדרים החברתיים השונים, שריונם מפני שינוי בעתיד נתפס כמהלך בלתי לגיטימי מבחינה ציבורית. זוהי תפיסה העשויה ללמד על ההערכה של חברי הכנסת עצמם כי ההכרה הציבורית בהם כבעלי סמכות לקבוע הוראות "חוקתיות" היא מוגבלת למדי<sup>121</sup>. השינוי במגמה זו חל רק במהלך שנות התשעים, והוא הואץ בעקבות פסק הדין בעניין בנק המזרחי. על בסיס זה ניתן להבין את הניסיונות התכופים בשנים האחרונות לשריין הכרעות חברתיות ספציפיות, דוגמת החלת המשפט הישראלי על שטחים שנכבשו במלחמה<sup>122</sup>.

### 3. מבחן ערכי: האם רצוי כי לכנסת תהא סמכות מכוונת?

שיקול עיקרי שעליו התבססה ההכרעה בעניין בנק המזרחי בסוגיית סמכותה המכוונת של הכנסת הוא העמדה בשאלה אם רצוי כי תוענק סמכות שכזו לכנסת. עמדת הרוב, שלפיה מוקנית לכנסת סמכות מכוונת, התבססה בעיקרה על השאיפה להעניק מעמד "חוקתי" לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; בעוד עמדת המיעוט, שלפיה אין מוקנית לכנסת סמכות מכוונת, מבטאת חשש מפני שימוש לרעה בכוחה של הכנסת לקבוע "כללי הכרעה על-רוביים".

120 להערכה דומה באשר לתפיסת הכנסת ראו גביון, לעיל הערה 5, בע' 81. החריג היחיד כמעט למגמה זו היה השריון של ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת, העוסק בשיטת הבחירות לכנסת. בחוק-יסוד: הכנסת נקבע גם שריון של ס' 44, אך כאן אין מדובר בעיגון של הכרעה מסוימת, אלא בחסינותו של חוק-היסוד מפני שינוי באמצעות תקנות לשעת חירום. גם עצם החקיקה של חוק-יסוד, בלא הוראות "שריון", התמקדה בתחומים של קביעת שיטת המשטר, שבהם נתפסת הכנסת כגוף המוסמך לקבוע את ההסדרים המחייבים.

121 ביטוי למגמה זו הוא יחסה של הכנסת לסוגיית הגבלת הזכות להיבחר. הגבלת זכותן של רשימות להשתתף בבחירות לכנסת בשל תוכנם של ההסדרים החברתיים שאותם הן מבקשות לקדם היא הוראה "חוקתית" מובהקת: הגבלת הזכות להיבחר מרשימות המבקשות לשנות את אופייה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, משריינת למעשה את אופייה זה של המדינה. חרף העובדה שסוגייה זו עלתה לדין ציבורי כבר ב-1965, בעקבות ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (להלן: עניין ירדור), נמנעה הכנסת מלקבוע הסדר כלשהו בעניין, עד שממש אולצה לעשות כן כעשרים שנה מאוחר יותר, בעקבות ע"ב 2/84 נימון נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 (להלן: עניין נימון).

122 ראו חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט-1999; וס' 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, שבו נקבע כי אין לשנות את ההסדר שנקבע בס' 6 לחוק-היסוד, שלפיו אין להעביר לגורם זר "כל סמכות המתייחסת לתחום לירושלים", אלא בחוק-יסוד שנתקבל בתמיכת רוב חברי הכנסת.

נתייחס תחילה לעמדת הרוב. כפי שכבר ראינו לעיל, במקום לאכוף באופן ישיר את "החוקה המהותית" של מדינת ישראל, ובפרט, את החלק שעניינו עקרונות היסוד של המדינה, ובהם ההגנה על זכויות האדם ועקרון הפרדת הרשויות, העדיף בית המשפט העליון להסתמך על הסדר שקבעה הכנסת ("חוקה כתובה"). לשם כך, נדרש להכיר במעמדו ה"חוקתי" (או ה"על-חוקי") של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעליו ניתן להסתמך – כפי שאכן נעשה בפועל – כמקור לחלק ניכר מעקרונות היסוד של המדינה. הענקת מעמד "חוקתי" לחוק-יסוד זה חייבה להכיר בסמכותה של הכנסת לקבוע הוראות "חוקתיות", כלומר בסמכותה המכוננת. הן הנשיא שמגר והן הנשיא ברק ציינו במפורש כי הם סבורים כי התוצאה שאליה הגיעו היא ראויה: "לטעמי, הכנסת מוסמכת לחוקק לא רק חוקי-יסוד אלא גם חוקה שלמה. אני אף סבור שראוי שתעשה כך ואני תומך בכך בכל לב" (הנשיא שמגר)<sup>123</sup>; "דמוקרטיה 'אמיתית' מכירה בכוחה של חוקה – פרי הסמכות המכוננת – לשריין את ערכי היסוד של השיטה ואת זכויות האדם הבסיסיות, בפני כוחו של הרוב. הגבלה כזו... אינה פוגעת בדמוקרטיה אלא היא מהווה את הגשמתה במלואה" (הנשיא ברק)<sup>124</sup>. הנשיא ברק ציין אמנם שהכרעתו כי לכנסת סמכות מכוננת נקבעת "לא משום ששש אני אלי חוקה... [אלא משום ש]זהו, לפי מיטב הכרתי המקצועית, ועל בסיס מיטב ניסיוני להיות אובייקטיבי – המבנה החוקתי וההבנה החוקתית שלנו כיום"<sup>125</sup>. אך בסמוך לכך הוא מדגיש כי אם לא תוכר סמכותה המכוננת של הכנסת, ייתקל כינון החוקה בבעיות קשות, שכן לא יאה גורם המוסמך לכונן חוקה, באופן המבטא בבירור את התפיסה כי כינון חוקה הוא מהלך חינוכי<sup>126</sup>.

ההערכה כי בבסיס ההכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת השאיפה להעניק מעמד חוקתי להגנה על זכויות היסוד של האדם דווקא (או, באופן רחב יותר, לעקרונות היסוד של השיטה) מבוססת גם על העיתוי של השינוי שחל בגישת בית המשפט העליון. עד לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ב-1992, נמנע בית המשפט העליון מלהכיר במפורש בסמכותה המכוננת של הכנסת. כפי שכבר הוזכר לעיל, בפסקי הדין שבהם נאכפה הוראת השריון הקבועה בסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, נמנע

123 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 286.

124 שם, בע' 398. לגישה דומה ראו בנדור, לעיל הערה 5, בע' 127-128: "קיומן ותפקודן של חוקה ואספה מכוננת הן סממן מובהק של מדינות דמוקרטיות... מן הראוי, שבת-המשפט בישראל, בפרשנותם, יראו לנגד עיניהם את המודל הדמוקרטי הנהוג, הפועל בהצלחה ברוב המדינות שבהן הוא חל. בהיעדר טעמים מיוחדים המצדיקים סטייה ממודל זה, על בת-המשפט להניח כי תכלית הנורמות החוקתיות בישראל היא לקיים במדינה משטר דמוקרטי על-פי תוכנו המקובל והשכיח". ראוי לציין כי במעמד זו תומך רוב רובו של הציבור בישראל.

125 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 392.

126 ראו שם, בע' 392. השופט חשין ביקר משום כך את שופטי הרוב: "קשה לי להימנע מהתרשמות כי התומכים בתורת שני הכתרים, נתערבבו להם... משפט רצוי במשפט מצוי. ומתוך ששואפים הם לכינונה של חוקה בישראל... מחפשים הם דרך לעיגולה של חוקה כזו במשפט הקיים". שם, בע' 511.

בית המשפט מלייחס להוראה זו מעמד "חוקתי" ומלהכיר בסמכותה המכוננת של הכנסת. יתר על כן, במספר מקרים קבע בית המשפט במפורש כי חוקי-היסוד אינם בעלי מעמד נורמטיבי גבוה יותר מאשר חקיקה "רגילה" של הכנסת<sup>127</sup>. החריג היחיד כמעט לכך הוא בפסק דינו של השופט ברק בעניין תנועת לאו"ר, שאף שם לא נקבע באופן חד-משמעי כי חוקי-היסוד הם בעלי מעמד חוקתי<sup>128</sup>. השינוי בגישתו של בית המשפט העליון התרחש רק לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (חוק-יסוד: חופש העיסוק)<sup>129</sup> והגיע לשיאו בפסק הדין בעניין בנק המזרחי, ב-1995. רמז לקשר שבין חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין ההכרה בסמכותה המכוננת של הכנסת ניתן למצוא בדברים הבאים של הנשיא ברק: "ביקשנו לתת לעצמנו חוקה, אשר תגביל את כוח הרוב כדי לקיים ערכי יסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית... אכן, במספר מדינות... מתפתחת את אט ההכרה, כי ישנם מספר ערכי יסוד אשר גם ללא חוקה כתובה אין המחוקק יכול לבטלן... אנו, אין לנו צורך להרחיק

127 ראו ע"פ 107/73 "נגב" – תחנת שירות לאוטומוביל בע"מ נ' מ"י, פ"ד (כח) 640, 642 (הוראותיו של חוק התקנים, תשי"ג-1963, כחוק המסדיר נושא מיוחד, גוברות על הוראות חוק-יסוד: הממשלה, שהוא בבחינת "חוק כללי"); עניין קניאל, לעיל הערה 31, בע' 797 (אין מניעה לשנות באמצעות חוק "רגיל", ולו במשתמע, הוראה הקבועה בחוק-יסוד); בג"צ 60/77 רסלר נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא(2) 556, 560: "אין כל אסמכתא לכך שלא ניתן לשנות חוק-יסוד אלא עלי-ידי חוק שהכנסת כינתה אותו כחוק-יסוד, שהעניין הוא עניין שבסמנטיקה בלבד". ראו גם גביוון, לעיל הערה 5, בע' 90-91. עם זאת, בבג"צ 119/80 הכהן נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(4) 281, 283, ציין השופט ברק כי שאלת תוקפה של חקיקה רגילה הסותרת הוראה בחוק-יסוד "אינה [קלה] כלל ועיקר", וכי יש להשאירה ב"צריך עיון".

128 נקבע שם כי "שריון" נס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת] תופס בשיטתנו, שכן מכירים אנו בסמכותה של הכנסת לפעול כרשות מכוננת, ולהכין חוקי-יסוד אשר יהיו את פרקיה השונים של חוקת המדינה" (ההדגשה שלנו – א.ר. וב.מ.); עניין תנועת לאו"ר, לעיל הערה 22, בע' 539. ראו גם עניין מינארי, לעיל הערה 52, בע' 873, שם ציין השופט ברק כי "כוחה של הכנסת לחוקק כל חוק הנראה לה, ורק מגבלות שהוטלו עליה על-ידי הפעלת כוחה של הכנסת כרשות מכוננת – מגבלות המצאוות כיום ביטוין העיקרי בחוקי היסוד המשוריינים – יכולות למנוע ממנה מלפעול כרצונה... אם הכנסת חוקקה חוק-יסוד בעל הוראת שריון, על בית המשפט לבחון אם הוראת חוק רגילה מאוחרת תואמת את ההוראה המשוריינת, אם לא... זוהי חובתו כמי שמוטל עליו לשמור על שלטון החוק ועל מתן תוקף להוראותיה של שיטתנו המשפטית, הנותנת עדיפות להוראות חוק-יסוד משוריינות, פרי כוחה של הכנסת כגוף מכונן".

129 ראו, למשל, בג"צ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 463-464: "בחודש מרץ 1992 נפל דבר ביסודות המשפט בישראל. נתקבלו ותכנסו לתוקף שני חוקי היסוד המגדירים ומבססים בממד וברמה חוקתיים זכויות יסוד של האזרח... שני חוקי יסוד אלה עמדו לדין בכנסת ישראל, כרשות מכוננת" (השופט ד' לוי); ע"א 239/92 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' משיח, פ"ד מח(2) 66, 71-72 (השופט ד' לוי); בג"צ 4746/92 G.P.S. Agro Exports L.T.D. נ' שר החקלאות, פ"ד מח(5) 243, 259 (השופט מצא); בג"צ 1225/94 "בוק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 678-681 (השופט שטרסברג-כהן); בש"פ 6654/93 בינקין נ' מ"י, פ"ד מח(1) 290; עניין גימאת, לעיל הערה 5; בג"צ 5394/92 הופרט נ' "יד ושם" רשות זיכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 393.

לכת. יש לנו טקסט חוקתי. יש לנו היסטוריה לאומית של הכרה בערכי יסוד העומדים מעל לחקיקה הרגילה. כל שנדרש הוא הכרה שיפוטית בחוקתיות החוק [הכוונה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו]. הכרה זו אנו נותנים לו כיום"<sup>130</sup>.

הגישה השוללת את ההכרה בסמכות המכוננת של הכנסת מבוססת אף היא על עמדה באשר לשאלה אם רצוי כי סמכות כזו תוקנה לכנסת. עמדתם של שוללי ההכרה בסמכות מכוננת בידי הכנסת מבוססת על החשש מפני שימוש לרעה בסמכות זו. חששם הוא כי תוכנה של החוקה המתגבשת אינו משקף – ובעיקר, אינו צפוי לשקף בעתיד, מעת שתוכר סמכותה המכוננת של הכנסת – הסכמה לאומית רחבה. עמד על כך השופט חשין: "המבקשים להכיר בסמכותה של הכנסת [כרשות מכוננת]... משווים נגד עיניהם חקיקה המשריינת זכויות וחירויות לפרט... [אולם], נזכור נא ונשמור כי חוקה אין עניינה אך בחירויות הפרט ובכבוד האדם; [חוקה עשויה לעסוק גם] ביחסי דת ומדינה [ו]... בגבולות המדינה"<sup>131</sup>. הבחירה בדוגמאות אלה אינה מקרית כמובן: הראשונה לקוחה מן ההסכם הקואליציוני שנכרת ב-1994 בין מפלגת העבודה לש"ס, שלפיו אמור היה להתקבל תיקון לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שמכוחו יעוגן הסטטוס קוו בענייני דת ויזכה למעמד "חוקתי"<sup>132</sup>; והדוגמה השנייה התממשה עם תיקון חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, שלפיו אין להעביר לגורם זר "כל סמכות המתייחסת לתחום לירושלים", אלא בחוק-יסוד שנתקבל בתמיכת רוב חברי-הכנסת<sup>133</sup>. חששו של השופט חשין הוא כי הסמכת הכנסת "לכבול עצמה" (מכוח ההכרה בה כ"רשות מכוננת"), מעבר לקביעת רוב מוחלט כרוב הדרוש לשינוי חוק-

130 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 399. ראו גם א' ברק "החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד" הפרקליט מג (1997) 5.

131 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 522.

132 נוסח ההסכם הובא בפסק הדין בעניין ולגר, לעיל הערה 52, בע' 770-773. נקבע שם כי לס' 10 לחוק-היסוד יוספו ההוראות הבאות: "(ב) אין בחוק זה כדי לפגוע בתוקפו של דין בענייני דת, שהיה קיים ערב תחילתו של חוק יסוד זה ובאה להגן על אורח חייו של הציבור הדתי ורגשותיו; (ג) אין לפגוע בדין בענייני דת ואין לשנות סעיף קטן (ב) אלא בחוק שנתקבל בכל שלבי החקיקה, ברוב של חברי הכנסת; (ד) לא יהיה תוקף לחקיקה חדשה בענייני דת העומדת בסתירה לחוק יסוד זה, אלא בחוק שנתקבל בכל שלבי ההצבעה במליאת הכנסת, ברוב של חברי הכנסת". ראו גם הצעת חוק-יסוד: הדין בענייני דת, שעברה בקריאה מוקדמת ב-1996, בה הוצע, בין היתר, לעגן את הסטטוס קוו בענייני דת, להעניק עליונות לקביעות של מועצת הרבנות הראשית ולשריין את החוק המוצע באופן מוחלט, שימנע כל שינוי שלו בעתיד. ההצעה עברה בקריאה מוקדמת בכנסת, בינואר 1996. ראו ד"כ תשנ"ו 3652-3655. לסקירה של ניסיונות דומים ראו דותן, לעיל הערה 15, בע' 197-199. ניסיונות אלה נכשלו עד כה, גם בשל התנגדות פנימית בתוך העבודה והליכוד לצעדים מרחיקי לכת מסוג זה. מובן עם זאת כי אין ערובה כי התנגדות זו תתמיד.

133 סעיפים 6 ו-7 לחוק-היסוד. התיקון התקבל בדצמבר 2000. ראו גם חוק סררי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) תשנ"ט-1999. לביקורת על מגמה זו ראו גביוון, לעיל הערה 5, בע' 121: "חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל [הוא דוגמה להסדר] שמבחינה ציבורית ופוליטית אסור... לשריינו". ראו גם: *Gavison, supra note 64*.

יסוד, עלולה להעניק מעמד "חוקתי" – ועמו הוראות "נוקשות" – להסדרים ביחס לסוגיות שבהן "העם מתייסר... ומפולג", ולהביא לכן לפגיעה קשה בהליך הדמוקרטי הראוי לקבלת הכרעות בסוגיות מסוג זה<sup>134</sup>. עמדה זו אף זכתה לתמיכה בספרות המשפטית. כך, למשל, טוענת גביון כי "החשש הוא, כי המחוקק הרגיל, במסגרת תן-וקח של חקיקה רגילה, ישריין ויקבע עקרונות מסגרת על בסיס אינטרסים צרים ומצבים קוניקטורליים"<sup>135</sup>. לכך נוסף גם החשש של פגיעה במעמדו של בית המשפט, האמור לאכוף הסדרים "חוקתיים" שאינם מבטאים בהכרח הסכמה לאומית רחבה<sup>136</sup>. למעשה, ניתן להגדיר את גדר המחלוקת כך: שני המחנות מכירים, מצד אחד, בחשיבות של הענקת מעמד "חוקתי" להגנה על זכויות היסוד של האדם, ובצורך להכיר בסמכות המכוננת של הכנסת כדי לעשות כן; מצד שני, מוסכם גם כי הכרה בכך שלכנסת סמכות מכוננת, המופעלת בהליך רגיל, במסגרת "פוליטיקה של יום-יום", כרוכה בסיכון שהרוב בכנסת ישתמש לרעה בסמכותה. הכנסת עלולה לסווג סוגיות מסוימות כ"חוקתיות", כלומר ככאלה המוכרעות שלא באמצעות הפרוצדורה הדמוקרטית, אף שאין הן בגדר "עקרונות יסוד" המבטאים הסכמה ציבורית רחבה

- 134 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 523.
- 135 גביון, לעיל הערה 5, בע' 120. גביון מצינת כי "מכיוון שהחוקה אמורה להיות מסמך מלך, ראוי שנאמץ כללים ומסגרות של חכמי החברה, או לפחות חברי הקבוצות העיקריות בה, ויכלול להרגיש שייכות אליהם. המהלך החוקתי הנוכחי אינו מבטיח את כל אלה. להפך: הניסיון שהצטבר מאז שנת 1992 מעורר דאגה לא מעטה". שם, בע' 29. לשיתחה, "החוקה המתגבשת היא בעיקרה מפעל של גורמי אליטות ברוב היהודי החילוני, שיש להם עניין בחיזוק זהותה של ישראל כמדינת לאום-יהודית, שיש לה זיקה תרבותית ומדינית לתרבות המערבית ולא-ידיאלים שלה. תהליך קביעת ההסדרים החוקתיים אינו כולל התייחסות מבנית לצורכיהם, לשאיפותיהם ולמאוריהם של קבוצות-המיעוט הגדולות". שם, בע' 119. עוד ראו שם, בע' 127-128. לעמדה דומה ראו: R. Hirschl "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions" 25 *Law & Soc. Inquiry* (2000) 91, 106-115. ראו גם דותן, לעיל הערה 15, בע' 183: "מי ש'מכונן' 'חוקה' באמצעות מחטפים פרלמנטריים אינו צריך להתפלא... כאשר מתברר לו כי עליו לעמוד על המשמר כדי להגן על אותה 'חוקה' בפני מחטפים פוליטיים נגדיים", שם, בע' 200; אדרעי, לעיל הערה 22, בע' 466-467; גביון ושפירא, לעיל הערה 6, בע' מת. בכל הכבוד, איננו סבורים כי יש דוברים אלה כדי לתאר נכונה את המהלך הממושך שקדם לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. למעשה, שיקף החוק פשרה (קשה) בין הגורמים השונים, ובטרם הובאה הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית, היא זכתה לתמיכה של כמעט כל הסיעות בכנסת. לחיזור מפורט ראו רובינשטיין, לעיל הערה 88, בע' 339-351.
- 136 ראו גביון, לעיל הערה 5, בע' 72. ראו גם אבנון, לעיל הערה 64; M. Mandel "Democracy and the New Constitutionalism in Israel" 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 259 על ערכי היסוד של החברה, אין זה לגיטימי להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת); מ' לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" הפרקליט כו (תשל"א) 30; דברי השופט מ' לנדוי ברב-שיח: "חוקה לישראל – האם ומתי?" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 27. כוחן של טענות מסוג זה יפה גם לגבי מדינות אחרות שבחוקותיהן נקבעה סמכות לביקורת שיפוטית על חוקים, וכוחן יפה שבעתיים לגבי מוצעת אירופה, המחילה סמכות שיפוט על מדינתה, באמצעות בית המשפט האירופי לזכויות אדם, המחיל את עקרונות אמנת רומא ברבר זכויות האדם על המדינות החברות.

ו"תפיסות עומק" של החברה. המחלוקת היא בהערכת עצמתו של הסיכון האמור ובשאלה אם ראוי לשאת בו, לשם השגת היעד של הכרה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כ"מגילת זכויות היסוד של האדם". על פי גישת הרוב, ניתן יהיה להתמודד עם הסיכון האמור באמצעות החלת ביקורת שיפוטית על אופן השימוש שתעשה הכנסת בסמכותה המכוננת. ואכן, ההלכה היא כי סמכותה של הכנסת כ"רשות מכוננת" היא מוגבלת. בהמשך ננסה להתוות את הגבולות של סמכות זו<sup>137</sup>. לכך נוספת ההנחה – או שמא התקווה – כי תגבש הכרה ציבורית בצורך להימנע משימוש לרעה בסמכות המכוננת<sup>138</sup>. לעומת זאת, השופט חשין סבר כי בית המשפט יתקשה להתמודד כראוי עם המשימה לבקר את השימוש של הכנסת בסמכות המכוננת, בהיעדר אמות מידה ברורות לקביעה מהו שימוש "ראוי" בסמכות המכוננת ומה איננו כזה<sup>139</sup>. חשש זה ייעלם כאשר תסיים הכנסת את מלאכת כינון החוקה ותקבע את דרכי השינוי שלה.

חשוב לשים לב כי הנכונות להכיר בקיומן של מגבלות על הסמכות המכוננת של הכנסת מעידה כי ההכרה בסמכות המכוננת של הכנסת אינה מבוססת על שני המבחנים הראשוניים שתוארו לעיל. ביסוד ההיזקקות למבחן הפורמלי, שעניינו בבחינה אם מדובר בהוראה "חוקתית", התפיסה שלפיה הסמכות המכוננת היא, בהגדרה, בלתי מוגבלת. מכוחה ניתן להחליט בכל רוב; לשריין כל הוראה; ולקבוע כל הוראת שריון, לרבות נוקשות מוחלטת<sup>140</sup>. הנכונות של עמדת הרוב בעניין בנק המזרחי להכיר בקיומן של מגבלות על הסמכות המכוננת, ובכלל זה מגבלות "בלתי כתובות", מעידה כי הבסיס להכרה בסמכות המכוננת של הכנסת אינו זה הפוזיטיביסטי הפורמלי. הדברים דומים בנוגע למבחן השני, המבוסס על התפיסה המקובלת בציבור, שלפיה מוקנית לכנסת סמכות מכוננת. שופטי הרוב משקיעים

137 ראו להלן פרק ח.

138 השופט בך דימה את החשש מפני שימוש לרעה בסמכות המכוננת לחששות היפותטיים, דוגמת סירוב של יושב ראש הכנסת לאפשר למפקד הטקס בערב יום העצמאות להתחיל בטקס, סירוב של נשיא המדינה או של ראש הממשלה לחתום על חוק שנתקבל בכנסת, וכדומה. לשיטתו, "ההשוכה הפשוטה לשאלות כאלה היא, כי ישנם דברים מסוימים, אשר יש להניח כי במשטר דמוקרטי תקין פשוט לא יקרו. ואם חס וחלילה, בצורה בלתי סבירה, בכל זאת יתרחשו, גם אז יימצאו פתרונות לכך במשטר דמוקרטי או במישור השיפוטי או במישור ממלכתי אחר". עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 583. כאמור, הנשיא ברק נמנע מלהתבסס על תקנות מסוג זה, אלא הכין את התשתית להגבלת סמכות הכבילה העצמית של הכנסת. בכך פעל הנשיא ברק בהתאם לקווים המנחים שקבע בעניין אחר: "אין מגבשים עקרונות יסוד ממלכתיים על בסיס הנחות, כי הכול יתנהל כשורה. נהפוך הוא: כל המבנה הקונסטטוציוני מבוסס על ההנחה, כי דברים עשויים שלא להתנהל כשורה, ועל-כן יש להציב גבולות וגדרות". בג"צ 428/86 ברילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 606.

139 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 516: "היעלה על הדעת כי בית המשפט הוא שיתווה מסגרות לחוקה ראוי, וכי על-פי אותן מסגרות יחליט איזה שריון חוקי הוא ואיזה שריון אינו חוקי?".

140 לגישה זו ראו קליין, לעיל הערה 80.

מאמץ ניכר בניסיון להפיג את החשש מפני שימוש לרעה בכוחה של הכנסת "לכבול עצמה". במובן זה, ניתן לראות בפסק הדין בעניין בנק המזרחי כניסיון של בית המשפט ליזום מהלך חברתי של הענקת לגיטימציה לכנסת לקבוע הוראות "חוקתיות". אולם הנכונות של בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על אופן השימוש של הכנסת בסמכות המכוננת מעידה כי בית המשפט העליון עצמו – כמוהו כציבור הרחב – אינו נותן אמון בלתי מוגבל בכנסת, כי לא תעשה שימוש לרעה בכוח הכבילה שלה. הקביעה של בית המשפט העליון כי הוא עשוי להחיל ביקורת שיפוטית על התוכן של הוראות השריון, משמעה הענקת מובן מוגבל להכרה בקיומה של "סמכות מכוננת" בידי הכנסת<sup>141</sup>. למעשה, בית המשפט מכיר בסמכותה של הכנסת לקבוע הוראות "חוקתיות", שיהנו מ"עליונות" ומ"נוקשות", אך זאת בכפוף לפיקוח שיחיל בנוגע לתוכן של הוראות אלה ולמידת הנוקשות שתוקנה להן.

### ו. זיהוי חוקי-היסוד כתוצר של הפעלת הסמכות המכוננת

ההכרה בקיומה של סמכות מכוננת בידי הכנסת איננה סוף פסוק. בנוסף לה, נדרשה הכרעה בשאלה כיצד יש לזהות את תוצר ההפעלה של סמכות זו. בפסק הדין בעניין בנק המזרחי נפסק כי מלאכת הזיהוי נעשית על פי מבחן פורמלי: אחד-עשר החוקים הנושאים את הכותרת "חוק-יסוד"<sup>142</sup> הם תוצרי הפעלתה של הסמכות המכוננת: "הכנסת משתמשת בסמכותה המכוננת... כאשר היא נותנת ביטוי חיצוני לכך בשם הנורמה ורואה בו 'חוק יסוד' (ללא ציון שנת החקיקה)"<sup>143</sup>. כמו כן, נפסק כי חוקי-היסוד, העתידים לשמש כ"פרקים" בחוקה, הם בעלי מעמד "חוקתי" מעת חקיקתם, וזאת אף בטרם התאגדו לכלל חוקת המדינה כמתוכנן על פי "החלטת הררי". ההכרה במעמד זה של חוקי-היסוד הוליכה לשתי תוצאות עיקריות: האחת, הוכר מעמד נורמטיבי עדיף של מכלול ההסדרים הקבועים בחוקי-היסוד על פני חקיקה "רגילה" ("עליונות"); והשנייה, הוכר תוקפן של הוראות שריון הכלולות בחוקי-היסוד ("נוקשות"). בטרם נרדן במשמעות של תוצאות אלה, חשוב להדגיש כי ההכרה

141 להערכה רומה ראו זלצברגר, לעיל הערה 17, בע' 688-689.

142 חוק-יסוד: הכנסת (נוסחו המקורי התקבל בתשי"ח); חוק-יסוד: מקרקעי ישראל (תש"ך); חוק-יסוד: נשיא המדינה (תשכ"ד); חוק-יסוד: הממשלה (תשכ"ח, הוחלף בתשנ"ב וכתשס"א); חוק-יסוד: משק המדינה (תשל"ה); חוק-יסוד: הצבא (תשל"ו); חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תש"ם); חוק-יסוד: השפיטה (תשמ"ד); חוק-יסוד: מבקר המדינה (תשמ"ח); חוק-יסוד: חופש העיסוק (תשנ"ב, הוחלף בתשנ"ד); וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (תשנ"ב). אגב, בניגוד להחלטת הררי, יזמת חקיקת חוקי-היסוד אינה מסורה באופן בלעדי לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. בפועל הוצעו חוקי-יסוד שונים על ידי הממשלה או כהצעות חוק פרטיות. מציאות זו זכתה להכרה של נשיאות הכנסת, בהחלטה מיום 29.1.1963.

143 בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 403 (הנשיא ברק).

בחוקי-היסוד כבעלי מעמד "חוקתי" אינה מובנת מאליה, וזאת אף בהינתן ההנחה כי לכנסת אכן מוקנית "סמכות מכוננת".

ניתן להצביע על מספר קשיים בהקשר זה. במישור הפורמלי, בצד הסתמכות מעורפלת על "החלטת הררי", הכנסת עצמה מעולם לא קבעה במפורש – בהליך חקיקה בעל תוקף מחייב – כי היא מבקשת להעניק לחוקי-היסוד מעמד "חוקתי", במובנים האמורים של "עליונות" ושל "נוקשות". הנוסח של "החלטת הררי" אינו חד-משמעי בהקשר זה. כזכור, נקבע שם כי "החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים באופן שכל אחד מהם יהווה חוק-יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחד יתאגדו לחוקת המדינה". מצד אחד, השימוש בביטוי "חוק-יסודי בפני עצמו" עשוי לרמוז לכוונה להעניק לחוקי-היסוד מעמד "חוקתי", עוד בטרם התאגדו לכלל חוקה; אך מצד שני, מן הסיפא של ההחלטה עשויה להשתמע מסקנה הפוכה<sup>144</sup>. יתרה מזאת, גם תוכנם של חוקי-היסוד אינו מוליך למסקנה חד-משמעית באשר לכוונותיה של הכנסת בעניין: ראשית, לא אחת נעשה שימוש בכינוי "חוק-יסוד" על אף שהחוק, על פי תוכנו, אינו מתאים להיות פרק בחוקה. לשון החוק ה"חוקתית" הנה לשון קצרה, המנוסחת במילים כלליות. כאשר יש צורך בפרטים, משאיר זאת החוק ה"חוקתי" לחוקים הרגילים, מתוך הנחה שהוא עומד מעל לחקיקה השוטפת<sup>145</sup>. בפועל, בצד עיגון של מספר עקרונות יסוד, כמקובל בנוגע לחוקה<sup>146</sup>, כוללים חוקי-היסוד גם שורה ארוכה של

144 בהתאם לכך טען זמיר כי משום ש"עדיין לא הגענו לשלב בו נסתיימה העבודה של הכנת הפרקים, [חוקי-היסוד] לא הובאו לכנסת ולא אוגדו לחוקה", אין הם בעלי מעמד "חוקתי": זמיר, לעיל הערה 5, בע' 15. ראו גם ב' אקצין "חוקי-יסוד וחוקים משוריינים בישראל" הפרקליט יז (1961) 230, 233; י'ה קלינגהופר "מגילת זכויות האדם – הקיפאון בחקיקה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (זמיר עורך, תשנ"ג) 137, 138. עם זאת, המציאות בעניין זה השתנתה: הכנסת רואה עצמה ככולה בחקיקתה לחוקי-היסוד; והתקוה שחוקי-היסוד יאוגדו לכלל חוקה פורמלית הולכת ומתרחקת.

145 ראו בעניין זה א' ברק "פרשנותם של חוקי-היסוד" משפטים כב (תשנ"ג) 31, 39-40: "המעין בחוקה או בחוקים חוקתיים נוכח לדעת, כי יחסית לחוקים אחרים יש בהם יותר מונחים 'עוממים' מאשר בטקסטים חוקיים אחרים. בטקסט חוקתי יש 'מושגי שסתום' ומושגים בעלי 'הוראות פתוחות'... אלה הן 'הכללות מלכותיות' (majestic generalities)". החוקה, כך ידע כבר גפוליאון, חייבת להיות "courte et obscure". ראו גם זמיר, לעיל הערה 5, בע' 13: "טבעה של חוקה שהיא צריכה לקבוע עקרונות יסוד, בעלי אופי כללי, בלשון קצרה ובנוסח מתנשא. היא עומדת מעל החוקים, והחוקים אמורים לשרת אותה, ולהשלים פרטים חסרים. אין זה עניין בעל ערך צורני, אלא עניין בעל חשיבות מהותית. ניסוח רחב של עקרונות כלליים מעניק לבית המשפט גמישות בפירוש, הנדרשת כדי להתאים את הוראות החוקה לצרכים המשתנים, בלי שיהיה צורך לחקן אותה לעתים קרובות, ובכך לפגוע במעמדה. נוסף לכך, ניסוח כזה מקנה לחוקה הילה של מסמך-על, עקרונות והגיגי, וכתוצאה גם מגדיל את המשקל החברתי ומחזק את הערך החינוכי של החוקה".

146 דוגמאות בולטות לכך הן הוראות שונות בחוקי-היסוד: הכנסת, כגון: "לחברי הכנסת תהיה חסינות; פרטים יקבעו בחוק" (סעיף 17 לחוק-היסוד), או "לבנייני הכנסת תהיה חסינות; פרטים יקבעו בחוק" (סעיף 18 לחוק-היסוד); הוראות שונות בחוקי-היסוד: הממשלה; חוק-היסוד: מבקר



הסדרים ספציפיים<sup>147</sup>; שנית, מלבד חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, והוראות ספורות בחוק-יסוד אחרים – שעליהן נעמד בהמשך – נמנעה הכנסת מכלול בחוק-היסוד לשון המבטאת את עליונות חוקי-היסוד על החקיקה הרגילה, או יומרה להסדיר את תוכנה של חקיקת הכנסת<sup>148</sup>; לבסוף, הכנסת נמנעה מלקבוע הליכי חקיקה מיוחדים בנוגע לחוקי-היסוד.

במישור המהותי, ההכרה בכך כי מכלול ההוראות הכלולות בחוקי-היסוד הן בעלות מעמד "חוקתי", ולכן נהנות מ"עליונות" על פני החקיקה הרגילה ומ"נוקשות", עלולה להיות בלתי רצויה. כאמור, חלק בלתי מבוטל של ההסדרים הקבועים בחוקי-היסוד אינם מבטאים "עקרונות יסוד", הזוכים להסכמה ציבורית רחבה<sup>149</sup>.

חרף הקשיים האמורים, בחר בית המשפט להכיר במכלול ההוראות הקבועות בחוקי-היסוד כתוצר הפעלתה של הסמכות המכוננת של הכנסת. בבסיס גישה זו התפיסה כי נדרש לקבוע מבחן קל ופשוט ליישום לזיהוי ההוראות ה"חוקתיות", ובכך לקדם ערכי ודאות ורציבות<sup>150</sup>. כמו כן, יש לזכור כי מבחינה מעשית, ההכרה במעמד

המדינה; חוק-יסוד: השפיטה; ובעיקר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, שבהם קבעה הכנסת את ערכיה של מדינת ישראל.

147 ראו ד' מרידור "עיקרים בהצעת חוק-יסוד: החקיקה" משפט וממשל א (תשנ"ג) 387, 390: "המעין בחוקי-היסוד הקיימים נוכח לדעת, כי מוסדרים בהם לא רק עניינים קונסטיטוציוניים יסודיים"; זמיר, לעיל הערה 5, בע' 14-15: רבים מחוקי היסוד "פוסלים... מלמלא את הייעוד שנקבע להם בהחלטת הררי, קרי לשמש פרקים שיתאגדו לחוקת המדינה... לכל היותר אפשר לראות אותם כטיטוטות לפרקי חוקה". לעמדה שונה ראו א' בנדור "חוקי-היסוד כבסיס לחוקה – הצעה לחוקת ישראל" משפט וממשל ה (תש"ס) 15; בנדור, לעיל הערה 32, בע' 834-835. הכנסת עצמה הפרידה, במידה מסוימת, בין ההוראות המהותיות לבין אלה הקובעות הסדרים מפורטים בנוגע לסוגיות שונות המסודרות בחוק-יסוד: הכנסת ובחוק-יסוד: הממשלה (כגון הסדרים בדבר חסינות חברי הכנסת, אופן עריכת הבחירות ועוד). במסגרת חקיקת חוק-יסוד: הממשלה החדש, ב-2001, הוצאו מחוק-היסוד הוראות שבהן קבועים הסדרים מפורטים, והועברו לחוק חדש – חוק הממשלה, תשס"א-2001.

148 כדוגמה לחוק-יסוד שאינו מאופיין, על פי תוכנו, כ"חוקתי" בגין היעדר קביעת עיקרון מנחה כלשהו, ניתן להביא את חוק-יסוד: מקרקעי ישראל. סעיף 1 לחוק אוסר על העברת הבעלות במקרקעי ישראל; סעיף 2 קובע, כי "סעיף 1 לא יחול על סוגי מקרקעין וסוגי עסקאות שנקבעו לעניין זה בחוק". כלומר, חוק-היסוד לא מגביל את המחוקק, מלבד הדרישה כי חריגה מן ההסדר הקבוע בס' 1 תיעשה בחוק.

149 ראו, למשל, גביוון, לעיל הערה 5, בע' 120: "חוקי-היסוד כוללים פרטים רבים שאינם הולמים חוק... שריונם עלול להביא לנוקשות מיותרת של הסדרים קיימים".

150 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 406 (הנשיא ברק): "מבחן צורני זה – השימוש כדיבור 'חוק-יסוד' – הוא פשוט להפעלה. הוא מעניק בטחון וודאות", ומכאן יתורנו. ראו גם ברק, לעיל הערה 79, בע' 19-20. ראו, ברוח זו, קליין, לעיל הערה 80, בע' 353: "הדוגל בסמכות מכוננת כמקור סמכות לחקיקתם של חוקי-יסוד חייב גם לדגול בגישה פורמלית או פורמליסטית לגבי אמצעי הזיהוי של הנורמות הנהגות מעליונות נורמטיבית". לגישתו, "נורמה הניתנת על-ידי הסמכות המכוננת מכונה 'חוק-יסוד', ואין נורמה עליונה שאיננה (מכונה) 'חוק-יסוד'". ראו גם: C. Klein *Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant* (Paris, 1996). לשיטתו של בנדור, "הכנסת אינה מוסמכת להפעיל את סמכותה כאספה המכוננת על ידי חקיקת חוק. חקיקת

החוקתי של חוקי-היסוד, שמשמעה, כפי שנראה מיד, כי אין לשנות הסדר הקבוע בחוק-יסוד אלא בחוק-יסוד, אינה גוררת נוקשות "חזקה" במיוחד של הסדרים אלה. כאמור, הליך החקיקה של חוקי-היסוד אינו מחייב פרוצדורה מיוחדת כלשהי, וכל שנדרש לשם תיקון חוק-יסוד שאינו משוריין הוא חקיקת חוק שבכותרתו מופיע הביטוי "חוק-יסוד". רק עם התגבשות ההכרה הציבורית בהכרח לשמור על מידה מסוימת של יציבות ההסדרים הקבועים בחוקי-היסוד, הופכת מגבלה זו לאפקטיבית.

כאמור, הנימוק המוצהר להחלתו של מבחן הזיהוי ה"צורני" – האם מדובר בחוק שבכותרתו הביטוי "חוק-יסוד" – הוא השאיפה לקדם ודאות ויציבות. עם זאת, ייתכן כי הבסיס לכך הוא בתכלית שעמדה בבסיס עצם ההכרה בסמכות המכוננת של הכנסת – הגבלת סמכותה של הכנסת מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לשם השגת יעד זה לא ניתן היה להסתפק בהצהרה כי לכנסת סמכות מכוננת, תוך הסמכתה לקבוע בעצמה אם יש לראות בחוקי-היסוד שכבר נחקקו כ"חוקה", אם לאו. הקשיים הרבים שקדמו לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והפשרות שנדרשו כדי לקדם את חקיקתו, יצרו יסוד סביר להניח כי הימנעות מהכרה במעמד "חוקתי" של חוקי-היסוד עלולה להביא לדחייה ממושכת נוספת בהענקת "חוקה כתובה" לישראל. מאידך גיסא, להסתפקות במבחן ה"צורני" האמור לזיהוי תוצר הפעלתה של הסמכות המכוננת – הן כתנאי מספיק והן כתנאי הכרחי – מחיר בלתי מבוטל. מצד אחד, כאמור לעיל, משמעות הדבר הכרה ב"עליונות" של כל ההוראות הקבועות בחוקי-היסוד, לרבות אלה שאינן מתאימות לכך מבחינת מהותן; והכרה באפשרות "לשריין" כל הסדר שהוא, ובלבד שהוא נכלל במסגרת חוק-יסוד. מצד שני, ההחלה של המבחן הצורני שוללת הכרה במעמד החוקתי של מספר חוקים, המבטאים עקרונות יסוד של השיטה, אך לא זכו לכותרת "חוק-יסוד", ובהם: חוק השבות, תשי"א-1950; הוראות מסוימות בחוק יסודות התקציב, תשמ"ה-1985; חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951; והוראות מסוימות בחלק המקדמי לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (עקרון החוקיות, איסור על ענישה למפרע, הגבלות על ענישה לפי חקיקת משנה, ועוד<sup>151</sup>).

חסרונות אלה של ההסתפקות במבחן ה"צורני" הביאו לנסיגה מסוימת ממנו. באשר למישור הראשון, בעניין בנק המזרחי לא שלל בית המשפט את האפשרות שלא להכיר במעמד "חוקתי" של הוראות מסוימות הקבועות בחוקי-היסוד, באופן שאין זה ברור כי הכללת הוראה בחוק-יסוד מהווה תנאי מספיק להכרה במעמד החוקתי

חוקים היא דרך שיוחדה [על-ידי מועצת העם, בפקודת המעבר לאסיפה המכוננת] להפעלת סמכותה של הכנסת כרשות המחוקקת". בנדור, לעיל הערה 5, בע' 139. בבסיס עמדה זו, הטענה הנכונה כשלעצמה, כי מועצת העם הייתה בעלת "הסמכות המכוננת המקורית". אולם, אין זה ברור מהו הבסיס לקביעה כי פקודת המעבר לאסיפה המכוננת אכן מבטאת הפעלה של סמכות זו דווקא.

151 ראו בהקשר זה דנ"פ 4603/97 משולם נ' מ"י, פ"ד נא(3) 160, שם נקבע כי ניתן לעגן את עקרון החוקיות הן בזכות המהותית של כל אדם לכבוד ולחירות, והן ביסודותיה של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

שלה<sup>152</sup>. הנשיא שמגר ציין כי "ראוי לקבוע מספר קווים מנחים לחקיקה חוקתית עתידה, שהרי גם אם מפקידים את חקיקת החוקה בידי רשות מכוונת, עדיין נותרת בעינה השאלה מהו הקו שתנקוט בזיהוי הנושאים הראויים להיכלל בחוקה, ומה שיטת החקיקה והמיון המהותי שתנקוט"<sup>153</sup>. התוצאה עשויה להיות הימנעות מהכרה ב"עליונות" של הוראה הכלולה בחוק-יסוד על פני הוראה (מאוזרת או מיוחדת) הכלולה בחוק "רגיל"; או הימנעות ממתן תוקף להוראת "שיוון" הקבועה בחוק-יסוד<sup>154</sup>.

באופן דומה כאשר למישור השני. בפסיקה ניכרת נכונות מסוימת להעניק מעמד מיוחד, מעין "מעמד ביניים", לחוקים שהוזכרו, שבהם מעוגנים עקרונות יסוד של השיטה, אף שאינם "חוקי-יסוד"<sup>155</sup>. כך, נקבע באמרת אגב בעניין התנועה המסורתית,

152 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 406 (הנשיא ברק): "מה דין חקיקה עתידה של הכנסת, אשר תעשה 'שימוש לרעה' בדיבור 'חוק יסוד' תוך שתצמיד אותו לחקיקה רגילה שבינה לבין חוקה אין ולא כלום? שאלה זו איננה פשוטה כלל ועיקר... אני מבקש להשאיר [אותה] בצריך עיון". בספרו ציין ברק במפורש כי "אין לשלול] אפשרות של ביקורת שיפוטית על החוקיות בשימוש בכותרת 'חוק-יסוד', ועל החוקיות שבהצמדתו של דיבור זה לחוק שעל-פי תוכנו אינו חלק מפרקיה של החוקה". ברק, לעיל הערה 45, בע' 283; ראו גם ברק, לעיל הערה 34, בע' 557 בהערת שוליים 73: "חוק הוא חוק-יסוד אם על-פי מהותו ותוכנו הוא קובע הוראות חוקתיות" (ההדגשה שלנו – א.ר. וב.מ.); וכן עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל הערה 89, בע' 95 (השופט דורנר): "השאלה אם הכנסת מוסמכת לכלול בחוק יסוד נורמות שאינן חוקתיות מבחינת נושאן אינה פשוטה, ובית-משפט זה העדיף להשאירה בצריך עיון". ראו גם ארדעי, לעיל הערה 22, בע' 460-459. לביקורת על גישה זו ראו פסק דינו של השופט חשין בעניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 516; קליין, לעיל הערה 80, בע' 353: "הדוגל בסמכות מכוונת כמקור סמכות לחקיקתם של חוקי-יסוד, חייב גם לדגול בגישה פורמלית או פורמליסטית לגבי אמצעי היהוי של הנורמות הנהנות מעליונות נורמטיבית... נורמה הניתנת על-ידי הסמכות המכוונת מכונה 'חוק-יסוד', ואין נורמה עליונה שאיננה (מכונה) 'חוק-יסוד'".

153 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 294. הנשיא שמגר מנה ארבעה "קווים מנחים" כאמור: החוקה דנה בעקרונות יסוד, שהנם בעלי מעמד מנחה כלפי מעשים שלטוניים אחרים; נוסחו של חוק-היסוד מעיד על מעמדו הנורמטיבי המיוחד; לשונו תמציתית ומופשטת; ותכליתו של חוק-היסוד לשנות מציאות נורמטיבית מסוימת. ראו שם, בע' 295-296. ראו, ברוח זו, גם בנדור, לעיל הערה 5, בע' 140-141.

154 לדין באפשרות האחרונה ראו להלן בפרק ח.

155 הנשיא ברק ציין בהקשר זה כי הוא "נוטה לרעה כי קיימת חקיקה חוקתית – פרי הסמכות המכוונת – גם לפני החלטת הררי [ונאשר מטבע הדברים, אינה מכונה 'חוק-יסוד']". עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 406 (הכונה, בעיקר, לחוק המעבר). בספרו ציין ברק כי בגדר החוקים "החוקתיים" ניתן לכלול, בין השאר, את ההכרזה על הקמת המדינה, פקודת סודי השלטון והמשפט, חוק המעבר, חוק השבות וחוק שיווי זכויות האישה, ולו לצורכי פרשנות: "לצרכים פרשניים יש לראות בהוראות אלה נורמות חוקתיות] הן נהנות מעוצמה מהותית... לאור מעמדן המהותי הרם, וחרף שלילת מעמדם העל-חוקי, יש להעניק להן פרשנות חוקתית". ברק, לעיל הערה 45, בע' 64-65. הנשיא שמגר קבע כי "חוק השבות וחוק שיווי זכויות האישה שהוזקו על-ידי הכנסת הראשונה... [הם] בעלי אופי חוקתי מובהק [וייתכן כי] הם חלק מן החקיקה החוקתית שלנו". עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 294. אגב, חוק השבות נחקק שלושה שבועות לאחר החלטת הררי, ובכנסת הוחלט במכוון, לאחר דיון, שלא לכנותו "חוק-

כי סעיף 3א לחוק יסודות התקציב, שלפיו התקצוב הציבורי יוקצה על פי מבחנים שוויוניים, הוא בעל מעמד נורמטיבי עדיף על פני חוקי תקציב שנתיים, ולפיכך "אפשר שבית המשפט מוסמך לפסול הוראה בחוק תקציב שנתי אם היא סותרת הוראה בחוק יסודות התקציב"<sup>156</sup>. השופט חשין ציין במפורש כי לשיטתו, מבחינת תוכנה, הוראת סעיף 3א לחוק יסודות התקציב "שוות-משקל היא להוראות שבחוק יסוד או בחוקה"<sup>157</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>158</sup>. בהקשר אחר ציין המשנה לנשיא אלון, בהערת אגב, כי יש לראות בחוק השבות, המצהיר על קיומה של זכותו של כל יהודי לשבות, כבלתי ניתן לשינוי<sup>159</sup>. חוק שיווי זכויות האישה כולל הוראה המתמירת להעניק לו עליונות על פני הוראות חוק אחרות<sup>160</sup>.

156 יסוד" או לקבוע בו הוראת שריון. ראו ד"כ תשי" 2036. לתמיכה באפשרות להכיר בחוקים נוספים כבעלי מעמד "חוקתי" ראו גם אדרעי, לעיל הערה 22, בע' 461.  
157 עניין התנועה המסורתית, לעיל הערה 41, בע' 355-358 (השופט זמיר). עמדה זו מבוססת על ההפיסה שלפיה "חוק יסודות התקציב אמור, על פי טבעו, לחול בצורה מחייבת על חוקי התקציב השנתיים. הדבר עולה בבירור מהוראות שונות בחוק, שאין בהן תכלית או חרעלת אלא אם יחולו בצורה מחייבת על חוקי התקציב השנתיים". שם, שם. ראו גם בג"צ 7142/97 מועצת תנועות-הנוער בישראל נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נב(3) 433, 438 (השופט חשין): "חוק יסודות התקציב [עניינין]... בנורמות כלליות שיעודו להיותן מוטמעות בכל חוק תקציב שייחזק בעתיד". יש להדגיש עם זאת כי השופט זמיר ביסס את הכרעתו בדבר עליונותו של חוק יסודות התקציב על פני חוקי תקציב שנתיים לא רק על מעמדו המיוחד של החוק הראשון אלא גם על המעמד החריג של חוקי התקציב. ראו בעניין זה ס' נבות "הערה על מעמדם הנורמטיבי של חוקי התקציב: בעקבות בג"צ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות" המשפט ו (תשס"א) 123.

157 עניין התנועה המסורתית, לעיל הערה 41, בע' 388.  
158 ראו שם, בע' 358. לעומתו קבע השופט חשין כי "חוק תקציב שנתי בכוחו לסטות מהוראה שבהוראות חוק היסודות אם אך יאמר בו במפורש כך". שם, בע' 386.

159 ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221, 263, 276: "[זכותו של כל יהודי לשבות] קדמה להקמת מדינת ישראל, [ו]שהיא הקימה ובנתה את מדינת ישראל... [לכן] המדינה אינה רשאית ואינה יכולה למנוע הימנו מימוש זכות משפטית זו" (הדברים נאמרו בנוגע לפרשנות של ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת, באשר לזכותה של רשימה הקוראת לביטול חוק השבות להשתתף בבחירות).

160 ראו, למשל, ס' 1א(א) לחוק שיווי זכויות האישה, שלפיו "כל הוראת חוק המפלה לרעה את האישה... אין נהגים לפיה". עם זאת, בס' 7א(א) הובהר במפורש כי "אין בהוראות חוק זה [כפי שתוקנו בתש"ס]... כדי לפגוע... בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של [התיקון לחוק]". הפרשנות המקובלת של הוראת ס' 1א לחוק היא כי ניתן לסטות מהאיסור להפלות נשים לרעה רק בהוראה מפורשת בחוק אחר. ראו לעיל הערה 44. ניסיונות לחוקק חוק זה כחוק-יסוד, שנעשו בכנסת החמש-עשרה, לא צלחו.

## ז. "עליונות" חוקי-היסוד על פני חקיקה "רגילה"

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 (ובוודאי 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-יסוד<sup>161</sup>. משום כך, כדי לסטות מהסדר הקבוע בחוק-יסוד, על הכנסת לחוקק את החוקון במסגרת חוק-יסוד<sup>162</sup>. בהתאם לכך הכריז בית המשפט על בטלותן של הוראות שונות בחקיקה, שסתרו את האמור בחוקי-היסוד<sup>163</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>164</sup>; או לתוכנה של החקיקה (כגון,

161 ראו עניין אבני, לעיל הערה 68, בע' 209 (הנשיא ברק): "ביטויים בחוק יסוד יש להגדיר בחוק-יסוד. ביטויים בחוק 'רגיל' כופים לחוק היסוד, וממילא אינם יכולים להגדיר את היקף פריסתו של חוק יסוד... ניתן להיעזר בהוראות של חוק הפרשנות, עד כמה שהן משקפות תרבות משפטית המשותפת לקהיליה המשפטית הישראלית. סיוע זה יהא בעל אופי כללי ולא טכני". שם, בע' 211.

162 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 406 (הנשיא ברק): "בכינונו של חוק יסוד אנו מצויים בדרגה הנורמטיבית הגבוהה ביותר. מחבקש 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, בע' 274-276 (הנשיא שמגר). לתמיכה בכישה זו ראו בנדור, לעיל הערה 5, בע' 146-154.

163 בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (להלן: עניין לשכת מנהלי ההשקעות), (הכרזה על בטלות הוראה הפוגעת בחופש העיסוק); בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (להלן: עניין צמח), (הכרזה על בטלות הוראה הפוגעת בחירות ממעצר במסגרת השיפוט הצבאי); בג"צ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נונ(3) 640 (בטלותו של חוק מכוחו הוענקו רישיונות שידור לתחנות רדיו שפעלו ללא רישיון חמש שנים לפחות, בלא מכרז, לאור הפגיעה בחופש העיסוק של מתחורים בכוח). ראו גם בג"צ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה (טרם פורסם), שם נקבע כי אין בכוח חוק (סעיף 137 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969) לשלול את סמכות בית המשפט הגבוה לצדק, "היונקת חיותה מהוראת [סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה [שהיא] הוראה חוקתית-על-חוקית". כך גם בג"צ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים (טרם פורסם), שם נקבע כי אין בכוח חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000 לשלול את סמכותו בג"צ.

164 הוראות מסוג זה נקבעו בס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ובחוק-יסוד: הכנסת, בס' 4 (שיטת הבחירות לכנסת), ס' 9א (תקופת כהונה מרבית של הכנסת), וס' 34 (התפוזרות הכנסת לפני גמר תקופת כהונתה). דרישת הרוב מחלת בנוגע לכל אחת משלוש הקריאות שבהן מתקבל החוק (אך לא בנוגע לקריאת המוקדמת או לדחיית הסתייגויות להצעה, בקריאה השנייה). ראו להלן הערה 214.

חוק הפוגע בזכות יסוד המוגנת על פי חוק-יסוד יהיה תקף רק אם הפגיעה היא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש<sup>165</sup>. הכרה ב"עליונות" של חוקי-היסוד על פני חקיקה רגילה משמעה הכרה בתוקפן של הגבלות אלה על סמכות החקיקה של הכנסת, ואכיפתן על ידי בית המשפט.

עקב כך נוצרה תוצאה הנראית במבט ראשון פרדוקסלית: כפי שכבר הוזכר לעיל, עד לפסק הדין בעניין בנק המזרחי (שניתן ב-1995), ההלכה הייתה כי מכלול ההוראות שאינן משוריינות הקבועות בחוקי-היסוד, אינן בעלות מעמד נורמטיבי שונה מזה של החקיקה ה"רגילה"<sup>166</sup>. "עליונות" הוענקה רק למספר מצומצם של הוראות בחוקי-היסוד, שבהן נקבעה הוראה שהיה מקובל לכנות "שריון", כלומר הוראה המגבילה במפורש את סמכותה של הכנסת<sup>167</sup>. לפיכך, נוצרו שני סוגים של הוראות הכלולות בחוקי-יסוד: הוראות ש"אינן משוריינות", כלומר ניתן לסטות מהן כפי שניתן לסטות מכל חוק אחר; והוראות "משוריינות", שמהן ניתן לסטות רק בתנאים מיוחדים (בדרך כלל רוב מיוחס). והנה, בעקבות ההלכה שנקבעה בעניין בנק המזרחי, התהפכו היוצרות: כאמור, נקבע שם כי ככלל, המחוקק ה"רגיל" אינו מוסמך לסטות מהוראה הקבועה בחוק-יסוד<sup>168</sup>; המחוקק ה"רגיל" רשאי לעשות כן רק אם הוסמך לכך במפורש בחוק-יסוד, כלומר אם נכללה בחוק-היסוד מה שבעבר כונה "הוראת

165 הוראות מסוג זה נקבעו בס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק (פגיעה בזכות המוגנת על פי חוקי-יסוד אלה אפשרית רק בחוק "ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה [ואם הפגיעה היא] במידה שאינה עולה על הנדרש"); ובס' 9א (א) לחוק-יסוד: הכנסת (הכנסת רשאית לחוקק חוק המאריך את תקופת כהונתה רק "אם נתקיימו נסיבות מיוחדות המונעות עריכת בחירות בעתן; תקופת ההארכה לא תעלה על הזמן המתחייב מהנסיבות האמורות"). לבחירה בין שתי הדרכים להגביל את סמכות החקיקה של הכנסת חשיבות לעניין מידת המעורבות השיפוטית הנדרשת לשם אכיפת המגבלות.

166 ראו פסקי הדין שהוזכרו לעיל בהערה 127. לביקורת על הלכה זו ראו, למשל, ק' קליין "על סמנטיקה ושלטון החוק – הרהורים וצערורים על בג"צ 60/77 רסלר נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת" משפטים ט (תשל"ח) 79; אקצין, לעיל הערה 144, בע' 237.

167 העיקרית שבהן היא זו הקבועה בס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת, בדבר אופיין של הבחירות לכנסת, ובכלל זה היותן "שוות". ראו פסקי הדין שאוזכרו לעיל בהערה 30. כך, למשל, ניסח השופט ברק את ההלכה בפסק הדין (שניתן ב-1986) בעניין מיעארי, לעיל הערה 52, בע' 873: "כוחה של הכנסת לחוקק כל חוק הנראה לה, ורק מגבלות שהוטלו עליה על-ידי הפעלת כוחה של הכנסת כרשות מכוננת – מגבלות המוצאות כיום ביטוין העיקרי בחוקי היסוד המשוריינים – יכולות למנוע ממנה מלפעול כרצונה... אם הכנסת חוקקה חוק-יסוד בעל הוראת שריון, על בית המשפט לבחון אם הוראת חוק רגילה מאחזרת תואמת את ההוראה המשוריינת, אם לאו" (ההדגשות שלנו – א.ר. וב.מ.) מכאן גם החשיבות הרבה שיוחסה ל"שריון" של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מפני שינוי ברוב רגיל. ראו הדיון בהצעה (שנדחתה) להוסיף לחוק-היסוד את סעיף הנוקשות (לאחר שזה נמחק ממנו במהלך הקריאה השנייה, על חודו של קול, בהצבעה על חוק-היסוד המקורי, ב-1992): ד"כ תשנ"ג, ישיבה מיום 2.8.93.

168 הנשיא ברק ציין כי הוא "מודע... לכך כי בעבר שוננו חוקי יסוד בחקיקה רגילה. אינני מבקש לפגוע בתוקפו של שינוי זה, שנתמך בפסיקתו של בית-משפט זה. על-כן, מה שנעשה בעבר יעמוד בעינו, אך מעתה ואילך אין לשנות חוק יסוד אלא בחוק יסוד". עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 407. ראו גם שם, בע' 274-276, 296-299, 321-324 (הנשיא שמגר).

שריון", שהרי זוהי הוראה הקובעת תנאים בהם מוסמך המחוקק ה"רגיל" לסטות מן האמור בחוק-היסוד. באופן זה, התהפך באחת מעמדן של ההוראות ה"משוריינות", והן הפכו, לכאורה, מוגנות פחות מפני פגיעה בהן לעומת ההוראות "שאינן משוריינות". ממילא מובן כי המינוח "שריון" אינו מתאים עוד להוראות מסוג זה (כפי שנראה בהמשך, יש לייחדו להוראות המטילות 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 בחוקי-היסוד הכוללים "פסקאות הגבלה" אינם מוגנים פחות או נחותים מהסדרים בחוקי-יסוד שאינם כוללים הוראות מעין אלה. הדבר נובע מן ההבחנה בין "פגיעה" בהסדר מסוים לבין "שינוי" שלו. על פי ההלכה שנקבעה בעניין בנק המזרחי, פועלה של "פסקת הגבלה" בהסמכת המחוקק ה"רגיל" לקבוע הסדרים שיש בהם אך ורק משום "פגיעה" בהסדר המוגן. על פי הגישה המקובלת, "פסקת הגבלה" אינה מסמיכה את הכנסת להביא ל"שינוי" הסדר הקבוע בחוק-יסוד באמצעות חוק "רגיל"<sup>169</sup>. לפיכך, מכלול ההוראות הקבועות בחוקי-היסוד – בין אלה ה"משוריינות" (כלומר, מוגנות באמצעות "פסקת הגבלה") ובין אלה ש"אינן משוריינות" – נהנות מ"עליונות" על פני החקיקה ה"רגילה", במובן זה שאין תוקף להוראה בחוק "רגיל" שיש בה משום שינוי של ההסדר הקבוע בחוק-יסוד.

מהותה של ההבחנה בין "פגיעה" לבין "שינוי" נגזרת מן התכלית שלשמה נקבעו "פסקאות הגבלה" בנוגע להסדרים מסוימים. נתייחס, למשל, ל"פסקת הגבלה" 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 שבו הכנסת מבקשת לפגוע בהסדר הקבוע בסעיף 8 לחוק-היסוד, שלפיו "תקופת כהונתה של הכנסת תהיה ארבע שנים מיום היבחרה". כנסת המבקשת להאריך את תקופת כהונתה אינה מבקשת לשנות את ההסדר העקרוני שנקבע בעניין. היא מבקשת לסטות ממנו בנסיבות מסוימות. חוק-היסוד מסמיך אותה לעשות כן, בחוק "רגיל", תוך קביעת התנאים לכך. לעומת זאת, אם הכנסת מבקשת לשנות את ההסדר מיסודו, כלומר לקבוע תנאים אחרים שבהם 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

169 לעתים נקבע במפורש בהוראת ה"שריון" כי שינוי חוק-היסוד ייעשה בחוק-יסוד בלבד. כך נעשה בס' 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ובס' 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל. אך גם במקרים שבהם לא נקבע כך במפורש (ובהם, ס' 44 לחוק-יסוד: הממשלה (משנת 2001), סעיפים 45 ו-45 א לחוק-יסוד: הכנסת וס' 3בג) לחוק-יסוד: משק המדינה) התרצאה זוהי. 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, לעיל הערה 3, בע' 407 (הנשיא ברק).

9א(א). סעיף 45א אמנם קובע כי שינוי של סעיף 9א יכול להיעשות "ברוב של שמונים חברי כנסת", בלא לחייב חקיקת חוק-יסוד לשם כך; אולם, לפי ההלכה הנוהגת כיום, הוראה זו מכוונת להגבלת סמכותה של הכנסת כרשות מכוננת, כלומר לאופן שבו היא יכולה לשנות, בחוק-יסוד, את ההסדר הקבוע בסעיף 9א(א)<sup>170</sup>. אין נובעת ממנו הסמכה לשנות את סעיף 9א(א) בחוק "רגיל". הדברים דומים בנוגע לסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. בסעיף זה מפורטים עקרונות שיטת הבחירות לכנסת, ובכללם היות הבחירות "שוות". נקבע שם כי "אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת", ולפי סעיף 46, "שינוי" לעניין זה, "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>171</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 שיתקבל ברוב המיוחס האמור.

מסקנה דומה תקפה גם בנוגע לסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ("פסקת ההגבלה"), שבהם נקבע כי פגיעה בזכויות המוגנות לפי חוקי-יסוד אלה תקפה רק אם נעשתה "בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה [ובתנאי שהפגיעה היא] במידה שאינה עולה על הנדרש". המסקנה האמורה חשובה במיוחד בנוגע לסעיף 8(א) לחוק-יסוד: חופש העיסוק ("פסקת ההתגברות"). נקבע שם כי "הוראת חוק הפוגעת בחופש העיסוק תהיה תקפה אף כשאינה בהתאם לסעיף 4 ["פסקת ההגבלה"]", אם נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור [בחוק-יסוד: חופש העיסוק]". פסקת ההתגברות "מאפשרת למחוקק להגשים באמצעות חקיקה יעדים חברתיים ופוליטיים, גם אם אלה פוגעים בחופש העיסוק והפגיעה אינה מקיימת את דרישותיה של פסקת ההגבלה"<sup>172</sup>. פסקת ההתגברות מכוונת לחוק "רגיל",

170 במסגרת הפעלת סמכות מכוננת, אין הכנסת מוגבלת מכוח הוראת הסיפא של ס' 9א(א) לחוק-יסוד הכנסת, בדבר קיום "נסיבות מיוחדות המונעות עריכת הבחירות בעיתן". ראו להלן פרק ח.

171 ראו עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 407 (הנשיא ברק): "[הוראת ס' 4] מתייחסת לפגיעה בשיטת הבחירות – כגון פגיעה בעקרון השוויון אשר נדונה בפרשת ברגמן ובנותיה – ולא בשינוי שיטת הבחירות עצמה. פשיטא, שאם בשינוי שיטת הבחירות מדובר – כגון מעבר מבחירות יחסיות לאזרחיות – יש צורך... בחוק יסוד, [שהתקבל] 'ברוב של חברי הכנסת' הנזכר בס' 4".

172 עניין מיטראל, לעיל הערה 54, בע' 26. ההשראה להכללת פסקת ההתגברות היא הוראה דומה הקבועה בס' 33 לצ'רטר הקנדי, אך שם תכליתה להעניק מרחב פעולה לפרובינציות (כלומר, להעניק חופש פעולה לקבוצות מיעוט), 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, לעיל הערה 45, בע' 633. אגב, מובן כי אין כל היגיון בקביעת הוראה מסוג זה בנוגע לזכות יסוד אחת בלבד – חופש העיסוק. כפי שציין



שמכווחו נפגעת האפשרות לממש זכות יסוד מסוימת. אין היא מכוונת לחוק שמכווחו מבקשים לשנות הסדר הקבוע בחוקי-היסוד, כגון לבטל את עצם ההגנה על זכות יסוד כלשהי או לשנות את התנאים שבהם ניתן לפגוע בזכויות מוגנות<sup>173</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 ה"רגיל" מוגבל גם כאשר הוא פועל בהתאם לתנאים הקבועים בפסקת ההתגברות, מכוח "עקרונות יסוד ומטרות אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם", וזאת כאשר מדובר ב"פגיעה מהותית וקשה" בהם<sup>174</sup>.

במילים אחרות, "פסקאות ההגבלה" מתייחסות להסדרים כלליים, המבטאים עקרונות יסוד, הקבועים בחוקי-היסוד. הן משקפות את ההכרה כי עקרונות היסוד הללו אינם מוחלטים, וכי בניסיונות מסוימות עשויה להידרש סטייה מהם. סטייה זו אין משמעה ביטול ההכרה בהסדרים אלה כמשקפים עקרונות יסוד של השיטה. "פגיעה היא מטבעה מותחמת וספציאלית, קרי נקודתית"<sup>175</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 בעקרון הכללי, באופן שהיה מביא לטשטוש ההבחנה בין עקרונות היסוד

ברק, "אם הפסקה [הוראת ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק] היא ראויה – האין מקום להרחיבה על כלל זכויות האדם? אם אינה ראויה – האין מקום לבטלה?". ברק, לעיל הערה 130, בע' 23.  
 173 ראו עניין מישראל, לעיל הערה 54, בע' 27-28 (הנשיא ברק): "אין לעשות שימוש בפסקת ההתגברות – ודין דומה חל גם לעניין פסקת ההגבלה – כדי ליתן תוקף 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' (ס' 7). אין להשיג תוצאה זו באמצעות פסקת ההתגברות. אכן, פסקת ההתגברות פועלת במסגרת חוק-יסוד: חופש העיסוק, ואין לאפשר מכוחה חקיקה המשנה את חוק היסוד".

174 שם, בע' 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, תוקפו של החוק מותנה בקיומם של שלושה תנאים מצטברים: "ראשית, הפגיעה בזכויות האדם האחרות היא תוצאה לוואי המתבקשת באופן טבעי מהפגיעה 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. כהתקיים שלושה תנאים אלה מתחייבת פרשנות – המשקיפה על ההוראות החוקתיות כאחדות, המבקשת להבטיח הרמוניה חוקתית – המעניקה לחוק החורג תוקף חוקתי מעבר לחוק-יסוד: חופש העיסוק. כל גישה פרשנית אחרת תרוקן את פסקת ההתגברות מתוכנה ותמנע שימוש אפקטיבי בה. פרשנות ראויה חייבת למנוע תוצאה זו". שם, בע' 30-31.

175 עניין בנק המרחי, לעיל הערה 3, בע' 275 (הנשיא שמגר). לדין בהבחנה בין "פגיעה" לבין "שינוי" ראו בנדור, לעיל הערה 5, בע' 149-152, הסבור כי "כל סטייה שאינה נקודתית מהסדר שבחוק-היסוד תיחשב כשינוי ההסדר", ולא רק כאשר מדובר ב"נורמה שתבקש לשנות ישירות את הטקסט של חוק-היסוד".

לבין המקרים החריגים שבהם אפשרית סטייה מהם<sup>176</sup>. ייחודם של ההסדרים הכלליים המוגנים מכוח "פסקאות הגבלה" הוא ההכרה באפשרות כי תיתכן סטייה מהם במקרים ספציפיים, בלא שינבע מכאן ויתור על ההסדר הכללי או שינוי שלו. לא כך כאשר מדובר בהסדרים ספציפיים הקבועים בחוקי-היסוד, שלגביהם אין נדרשות בדרך כלל "פסקאות הגבלה". משום כך גם קל יותר, מבחינה ציבורית, "לעכל" את מעמדן החוקתי של חוקי-היסוד.

טרם נקבעה הלכה בשאלה מה דינה של "פגיעה" בהסדר הקבוע בחוק-יסוד, שלגביו לא נקבעה "פסקת הגבלה", כלומר לא נקבעו במפורש התנאים שבהתקיים ניתן לסטות מן ההסדר – אך לא לשנותו – בחוק "רגיל"<sup>177</sup>. נראה כי הנטייה בפסיקה בהקשר זה היא להכשיר את הפגיעה אם היא נעשית במפורש, כלומר רק אם נקבע בחוק ה"רגיל" כי ההוראה הפוגעת תהא תקפה למרות האמור בחוק-היסוד<sup>178</sup>. הדרישה היא למעשה לכך שהמחוקק יבטא במפורש את מודעותו לכך שההסדר

176 ראו, ברוח זו, גביוון, לעיל הערה 5, בע' 121: "במקום להתקדם לקראת מצב של מיפוי וסינון, כך שחוקי-היסוד יכללו רק עקרונות, [עלולה הייתה להתרחש] הרחבת קבוצת חוקי-היסוד לכל החוקים... שיש חשש כי הם עומדים בסתירה לחוק יסודי!". ראו גם ברק, לעיל הערה 45, בע' 470-471.

177 ראו, למשל, עניין משגב, לעיל הערה 26, פסקה 7 לפסק דינו של השופט זמיר: "עדיין לא נפסקה הלכה כי בית המשפט מוסמך לבטל חוק הנוגד את חוק-יסוד: הממשלה".

178 הנשיא ברק נטה לדעה זו: "[ייתכן] כי בהיעדר הוראת שריון ניתן לפגוע בהסדריו של חוק יסוד באמצעות חוק רגיל, ובלבד שהפגיעה תהא מפורשת. בכך ניתן היה, מחו גיסא, להמשיך ולהבליט את מעמדו הנורמטיבי העליון של חוק היסוד, ומאידיך גיסא, ניתן היה לשמור על ההבחנה הראויה בין חוק יסוד הקובע הוראת שריון לבין חוק יסוד השותק בעניין זה". עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 409. עם זאת, הנשיא ברק נמנע מלהכריע בכך, שכן באותו מקרה נדונה פגיעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שבו כלולה כאמור "פסקת הגבלה". השופט חשין קבע כי זוהי הגישה הראויה, בנוגע למכלול ההוראות הקבועות בחוקי-היסוד (כלומר, לרבות אלה שלגביהן נקבעה "פסקת הגבלה"): "עיקר הוא במודעות הכנסת לשינוי שהיא עומדת לחולל בזכויות 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 שברור לקורא כי הכנסת הייתה מודעת במפורש למעשה, שוב אין הכרח הנובע מן השיטה להיותם של השינוי או הפגיעה נכללים בחוק יסוד דווקא". שם, בע' 563. ראו, ברוח דומה, מ' אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659, 662: "חוק הבא לשנות מהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [הכונה, נכונה, ל'פגיעה' בהן] צריך שיאמר בו: על אף האמור בחוק יסוד זה, או ביטוי אחר כיוצא בזה; אך הא ותו לא"; קרפ, לעיל הערה 41, בע' 375: "The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?" *Isr. L. Rev.* (1992) 238. השופט חשין נקט עמדה דומה בנוגע לס' 3א לחוק יסודות התקציב, בעניין התנועה המסורתית, לעיל הערה 41. גישות אלה אמנם אינן מבטאות את ההלכה בכל הקשור לשינוי חוק-יסוד, כאמור לעיל; עם זאת, ייתכן כי בכל הקשור לפגיעה בהסדר הקבוע בחוק-יסוד, לגביו לא נקבעה "פסקת הגבלה", ההלכה היא ברוח זו. לגישה שונה ראו בגורו, לעיל הערה 5, בע' 159-160.

שקבע פוגע בהסדר הקבוע בחוק-היסוד<sup>179</sup>. הסדר מסוג זה עשוי לצמצם עוד יותר את היקפו של הפרדוקס שהוזכר לעיל. בכל מקרה, גם אם תתקבל גישה שכזו, מובן כי תוקפו של החוק הפוגע יותנה גם בבחינת עצמת הפגיעה, כדי לוודא שאין מדובר בעצם בשינוי של חוק-היסוד<sup>180</sup>.

סיכומו של דבר: מכלול ההסדרים הקבועים בחוקי-היסוד נהנים מ"עליונות" על פני חקיקה רגילה. "עליונות" זו מתבטאת בעדיפות הניתנת להסדרים הקבועים בחוקי-היסוד במקרה של סתירה בינם לבין האמור בחקיקה רגילה. הוראה בחוק "רגיל" שאינה עולה בקנה אחד עם הסדר הקבוע בחוק-היסוד היא תקפה רק אם ניתן לראות בה כ"פוגעת" בלבד בהסדר שבחוק-היסוד, ולא כ"משנה" אותו; אם נקבעו תנאים בעניין בחוק-היסוד ("פסקת הגבלה"), תהא ההוראה הפוגעת תקפה רק אם התקבלה בהתאם לתנאים אלה; ובהיעדר תנאים כאמור בחוק-היסוד, אם נאמר בהוראה הפוגעת במפורש כי תהא תקפה אף שהיא פוגעת בחוק-היסוד.

אגב, סוגיה נפרדת היא אופן האכיפה של עליונות חוקי-היסוד. מנגנון עיקרי בהקשר זה, שבו לא נדון כאן, הוא החלת ביקורת שיפוטית. עם זאת, קיימים גם מנגנונים אחרים. ראשית, הוראות חוקי-היסוד צוברות בשנים האחרונות הכרה ציבורית כביטוי לערכי יסוד, שמהם אין רשאית הכנסת לסטות. עם התחזקות הכרה זו גוברת גם יעילותו של הפיקוח הציבורי על פעילות החקיקה של הכנסת<sup>181</sup>. שנית, בכנסת ובממשלה התגבש נוהל שמכוונו נבדקת התאמת הצעות החוק השונות להוראות חוקי-היסוד<sup>182</sup>. עובדה זו, הנסתרת מעין הציבור, חשובה לא פחות

179 כפי שציין בעניין זה השופט חשין, "אדרבא: יעמוד נציג ממשלה על דוכן הכנסת וכך יאמר: חובתי לכבד [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 תפחתנה פגיעות בלתי מבוקרות בזכויות היסוד, ואפשר לא תיולדנה כלל": עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 558.

180 חשוב להדגיש עוד כי כאשר נכללת בחוק-היסוד "פסקת הגבלה" – כפי שנעשה בחוקי-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 'רגיל' [הפוגע בזכות יסוד בלא לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה] התקבל ברוב 'רגילי' או 'מיוחס'. כן אין נפקא מינה אם חוק רגיל זה קובע במפורש כי הוא נחקק 'על אף האמור בחוק-היסוד: כבוד האדם וחירותו' או אינו קובע זאת": עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 306 (הנשיא שמגר). ראו גם בג"צ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד (מז) 485, 505 (להלן: עניין מיטראל הראשון).

181 גביון ציינה בהקשר זה כי "המבחן האמיתי [לקיומו של 'משטר חוקתי'] הוא, האם יש בשיטה 'מדרג נורמטיבי' שיש בו משום מגבלה אפקטיבית על כוח החקיקה של המחוקק העליון הרגילי?". גביון, לעיל הערה 5, בע' 39. ראו גם: Tribe, *supra* note 20.

182 על פי הנחיה שהוציא היועץ המשפטי לממשלה, י' חריש, ב-21.7.93, "כאשר מוכאת הצעת חקיקה מטעם הממשלה לדין בפני הממשלה או בפני ועדת השרים, תצורף לאותה הצעת חוות-דעת... בשאלת תוקפה של החקיקה המוצעת לאורם של חוקי היסוד". כך אכן נעשה גם בפועל, לרבות בדברי ההסדר הנלווים להצעות חוק שמגישה הממשלה. במערכת הייעוץ המשפטי של הכנסת מתקיימת מערכת נפרדת של בדיקת חוקתיותן של הצעות חוק. ביזמתה של עו"ד א'

מהביקורת השיפוטית ורחבה ממנה בהיקפה ובהשלכותיה הממשיות. הדבר גם משקף את העובדה שחרף הערכות מוקדמות ספקניות, הכנסת עצמה מודעת היטב ל"עליונות" חוקי-היסוד, והיא רואה עצמה מחויבת לכבד את הוראותיהם. שלישית, הכנסת מכבדת את הכרעותיו של בית המשפט באשר לשלילת תוקפן של הוראות בחקיקה שנקבעו כסותרות את האמור בחוקי-היסוד<sup>183</sup>. למעשה, גם תיקון חוק-יסוד: חופש העיסוק ב-1994 (באמצעות הוספה של "פסקת ההתגברות"), שנועד להכשיר את תוקפו של חוק יבוא בשר קפוא, תשנ"ד-1994, נעשה בעקבות הערה בעניין של בית המשפט העליון<sup>184</sup>.

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

מאפיין מרכזי של הוראות "חוקתיות" הוא האפשרות "לשריין" אותן, כלומר למנוע את שינוין באמצעות פרוצדורת ההכרעה הדמוקרטית הרגילה<sup>185</sup>. כפי שראינו לעיל, הפעלת סמכות מכוננת היא תנאי הכרחי להכרה בתוקפה של "כבילה עצמית"<sup>186</sup>. על פי ההלכה שנקבעה בעניין בנק המזרחי, רשאית הכנסת, "שעה שהיא מפעילה את

שניידר, לימים היועצת המשפטית של הכנסת, כפי שבוטאה בפנייתה מיום 5.10.94 אל הידען המשפטי לממשלה, התאמת יזמות החקיקה להוראות חוקי-היסוד נשקלת בכל שלבי החקיקה, לרבות בריונים בוועדה לאחר אישור הצעת החוק בקריאה ראשונה. הכנסת אמנם נמנעה מלעגן הסדר זה במפורש בחקנון, אך הוא הפך לנהוג קבוע במסגרת הדין בהצעות חוק בוועדות הכנסת. דוגמאות מובהקות לכך הן חקיקת חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996; וחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), תשנ"ו-1996. לסקירה מפורטת בעניין זה ראו רובינשטיין, לעיל הערה 88, בע' 351-357. נוהג זה שאומץ בכנסת – בהסכמה שקטה של חבריה – הוא יוצא דופן גם בנוגע לפרלמנטים במדינות בעלות חוקה. לדין בנוהג זה ראו גם א' כרמון "תהליכי החקיקה בעידן חוקי היסוד" שולחן עגול (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1995).

183 כאמור, עד כה הכריזו בית המשפט העליון על שלוש הוראות חוק כבטלות מחמת הפגיעה הנובעת מהן בזכויות יסוד מוגנות. בכל המקרים כיבדה הכנסת את פסיקתו זו של בית המשפט. כך, בעקבות פסק הדין בעניין לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל הערה 163, תוקן ס' 48 לחוק הסדרת העיסוק בייצוג השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995 (ראו הצעת חוק הסדרת העיסוק בייצוג השקעות ובניהול תיקי השקעות (תיקון מס' 2), תשנ"ח-1997, ה"ח 82); ובעקבות פסק הדין בעניין צמח, לעיל הערה 163, תוקנו ס' 234 וס' 237 לחוק השיפוט הצבאי, תשס"ו-1955 (ראו הצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון), תש"ס-2000, ה"ח 247).

184 עוד בטרם נחקק החוק העיר בית המשפט, בעניין מיטראל הראשון, לעיל הערה 180, כי הוא עשוי להכריז על בטלותו של החוק מכוח הוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק.

185 ראו גביון ושיפירא, לעיל הערה 6, בע' לט: "החוקה צריכה להתאפיין יציבות ובנוקשות, כך שקשה יהיה לשנות אותה... אם החוקה אינה נהנית מנוקשות, המיעוט יחשוש כי לאחר זמן, כאשר המכלול יתקבל כמובן מאליו... הרוב עלול להתפתות לתקן את החוקה כאופן שישפר אותה מנקודת מבטו. מנגוני הנוקשות מיעדים אפוא להגן על המיעוט ועל ציפיותו כי המכלול יישמר".

186 ראו לעיל פרק ד.

סמכותה המכוננת – לכבול את עצמה ובכך 'לשריין' את הוראותיה"<sup>187</sup>. גם בהקשר זה, כמו זה של "עלינונת", המבחן שנקבע בעניין בנק המזרחי הוא "צורני": הוראות שריון הן תקפות אם הן כלולות בחוקי-יסוד. ראינו כי שינוי של חוק-יסוד יכול להיעשות אך ורק בחוק-יסוד. לפיכך, הוראת שריון קובעת תנאים – בעיקר, רוב מיוחס – באשר לאופן שבו ניתן לשנות, בחוק-יסוד, הוראה הכלולה בחוק-יסוד. בהקשר זה מתעוררות שתי שאלות מרכזיות: האחת, מהם גבולות כוחה של הכנסת, כרשות מכוננת, לקבוע הוראות שריון? והשנייה, מהו היקף המגבלות המוטלות על הכנסת, כרשות מכוננת, הן מכוח הוראות השריון והן מכוח מקורות אחרים (ובהם, "פסקאות ההגבלה" ועקרונות יסוד בלתי כתובים)?

### 1. גבולות סמכות הכנסת לכבול עצמה

כאמור, ההלכה היא כי הוראות שריון שקובעת הכנסת בחוקי-יסוד הן תקפות. התפיסה היא כי "דבר זה נובע מעצם התפקיד המכונן עצמו [שתכליתו] ליצור מסמך המעגן נורמות שאין לשנותן אלא בדרך מיוחדת"<sup>188</sup>. עם זאת, בעניין בנק המזרחי, ובמספר מקרים נוספים, הבהיר בית המשפט כי סמכותה של הכנסת לקבוע את הוראות השריון אינה בלתי מוגבלת. יש כאן למעשה נכונות להגביל את הגבלת סמכות הכבילה העצמית של הכנסת, כך שקביעת הוראת הכבילה מכוח הפעלת סמכות מכוננת אינה מהווה תנאי מספיק להכרה בתוקפה של הוראה זו.

כוחה של הכנסת, כרשות מכוננת, לקבוע הוראת שריון, עשוי להיות מוגבל בשני היבטים: האחד, עצמת השריון; והשני, מהותו של ההסדר שלו מבקשים להקנות את השריון. כך, למשל, ציין הנשיא שמגר בפסק דינו בעניין בנק המזרחי, כי "סמכות [הכבילה איננה בלתי מוגבלת. הדעת נותנת כי לכבילת בית המחוקקים יהיו גבולות"<sup>189</sup>. הנשיא שמגר נמנע מלהתוות גבולות אלו, אך מעמדו נובע כי כאשר מדובר, למשל, בשריון באמצעות דרישת רוב מיוחס גבוה במיוחד, עשוי בית המשפט להכריז על השריון כחסר תוקף מחייב. הוא גם הדגיש כי "בכוחה של הכנסת... לשריין בחקיקה (בהיבט הצורני או התוכני) ערכי יסוד של מדינת ישראל"<sup>190</sup> (ההדגשות שלנו

187 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 408 (הנשיא ברק). ראו גם בנדוד, לעיל הערה 5, בע' 156-157.

188 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 408 (הנשיא ברק).

189 שם, בע' 293. לביקורת על גישה זו ראו קליין, לעיל הערה 80, בע' 353 בהערת שוליים 42: "גישות [לפיהן] יש להתייחס גם לתוכן ה'יתוצר' של הסמכות המכוננת, ולא רק לצורתו הפורמלית... אין מקובלות בעולם".

190 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 289. מדובר ב"ערכים אשר מתאפיינים בקונסנוס חברתי רחב". שם, שם, ראו גם שם, בע' 292: "המסורת החוקתית שלנו דגלה בטיעון כי הכנסת היא בעלת כוח לכבול את עצמה בסוגיות יסוד" (ההדגשה שלנו – א.ב. וב.מ.). בעניין ולנר, לעיל הערה 52, בהתייחסו לכוונה לכלול בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו שריון של הסטטוס קור בענייני דת, ציין הנשיא שמגר כך: "שריון ההגבלות שנקבעו בענייני דת על-ידי דרישת רוב מיוחס, מול אי-שריון תירויות היסוד של היחיד, הוא בעל משמעות של קביעת סולם ערכים

– א.ר. וב.מ.). הכוונה כנראה לכך שסמכות הכבילה משתרעת על עניינים מסוימים בלבד<sup>191</sup>. ברוח זו סברו גם מציעי הצעת חוק-יסוד: החקיקה, כי יש לקבוע תקופת ביניים, בת חמש שנים, שבה ניתן יהיה לשנות את חוקי-היסוד בקולותיהם של רוב חברי הכנסת, בטרם תיכנס לתוקף הוראת השריון הכללית המוצעת (שלפיה תידרש תמיכה של שני-שלישים מחברי הכנסת כדי לשנות כל הוראה הקבועה בחוק-יסוד). תקופת המעבר נועדה לאפשר להוציא מחוקי-היסוד "הוראות שאינן ראויות להגנה המיוחדת שניתנת להוראות חוקתיות"<sup>192</sup>.

עד כה נמנעה הכנסת משימוש מוגזם או בלתי סביר בסמכותה זו, ובית המשפט טרם הבהיר מה טיבן של הגבלות אלה על כוחה של הכנסת לקבוע, בחוק-יסוד, הוראות שריון. כפי שראינו לעיל, ביסודה של הנכונות להחיל ביקורת שיפוטית על הפעלת סמכות הכבילה, עומד החשש מפני שימוש לרעה בסמכותה זו של הכנסת, המופעלת בהליך רגיל. השאלה היא, מהי הדרך הנאותה להתמודד עם חשש זה? לפי גישה אחת, יש לעשות זאת באמצעות הקביעה כי הוראת שריון תהא תקפה רק אם היא עצמה התקבלה באותו רוב מיוחס הנדרש על פיה לשם סטייה מן ההסדר ה"משוריין"<sup>193</sup>. קביעה מסוג זה עשויה אמנם להקטין את החשש מפני שימוש לרעה בסמכות הכבילה. עם זאת, אין היא פותרת אותו. כך, למשל, אין היא מונעת את האפשרות לקבוע הוראת שריון "מהותית". גם מבחינה עקרונית יש בה קשיים: ראשית, אין בה כדי להצדיק הגבלה של הדרות הבאים. שנית, וזה העיקר, גישה זו

חוקתית... השאיפה להצבת איסורים משוריינים בענייני דת, כמוצא, בדרגה גבוהה יותר מן החירויות, אשר אין לגביהן הוראה מפורשת של שריון, היא בגדר היעדר איוון חוקתי נאות; כפועל יוצא מכך נגרע ממעמדן הראוי של החירויות בחברה דמוקרטית". שם, בע' 774-775. עם זאת, לאור העובדה שדובר אך ורק בהסדר מוצע, העדיף הנשיא שמגר להימנע מלקבוע עמדה נחרצת באשר לתגובה המשפטית הראויה ביחס אליו.

191 הרגשתו של יסוד זה עומדת גם בבסיס גישותיהם של השופטים גולדברג ובך. ראו עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 571-572 (השופט גולדברג) ובע' 579-583 (השופט בך). השופט בך ציין כי "אם באחד הימים יתקבל בכנסת חוק יסוד [משוריין]... אשר לגביו ייטען כי נעשה שימוש לרעה בסמכות המכוננת של הכנסת, וכי אין המדובר בחוק אשר בשל תוכנו ומשקלו הציבורי-ממלכתי מצדיק את השימוש בסמכות המיוחדת האמורה של הכנסת", עשוי בית המשפט לשלול את תוקפה של הוראת השריון. עוד ראו, ברוח דומה, קרצ'מר, לעיל הערה 20, בע' 377: "יש להחיל ביקורת שיפוטית על תוכנם של ההסדרים המשוריינים כאשר נעשה[ן] במובהק שימוש לרעה בסמכות לשריון הסדרים, דהיינו: שימוש בסמכות זו כדי לשרוין הסדרים שהם בכיורו הסדרים פוליטיים שוטפים, ולא הסדרים הראויים להיכלל בחוקה הפורמלית של המדינה". מכאן, לשיטתו, "ניתן לשרוין אך ורק הסדרים הנעשים מכוח סמכותה המכוננת של הכנסת. לסמכות זו שני מאפיינים: (1) מאפיין צורני...; (2) מאפיין מהותי, המתבטא בכך שאותם הסדרים אלה חייבים להיות בעלי אופי חוקתי". שם, בע' 376. ראו גם בנדור, לעיל הערה 5 לעיל, בע' 157-158.

192 מירדור, לעיל הערה 147, בע' 390.

193 ראו, למשל, גוברמן, לעיל הערה 103, בע' 79; בנדור, לעיל הערה 5, בע' 157-158; דברי ח"כ ח' צדוק, ד"כ תשי"ט ט 2961; וח"כ מ' רביץ וש' הלפרט, ד"כ תשנ"ב 3783. להצעה ברוח זו ראו גם: Arato, *supra* note 76, at pp. 684-686.

מבקשת למעשה להכתיב את הרוב הדרוש לשם קבלת "כלל הכרעה על-רובי". היא שוללת מן הציבור (באמצעות הכנסת) להחליט בעצמו מהו כלל ההכרעה הראוי, ובכלל זה מהו הכלל שלפיו יש לקבוע את כללי ההכרעה. כך, למשל, אם רוב חברי הכנסת סבורים כי ראוי לקבוע כלל הכרעה על-רובי כלשהו בעניין מסוים, אין זה ברור מהי ההצדקה להקנות כוח וטו בעניין זה למיעוט, המתנגד להחלת כלל ההכרעה שבו תומך הרוב. דרישה לתמיכה של רוב מיוחס בקביעת הוראת שריון מבטאת העדפה של הכרעה על פי רוב רגיל, ובכך יש משום כפייה של עמדה באשר לכלל ההכרעה הראוי.<sup>194</sup>

נראה כי ההכרעה בסוגיית סמכותה של הכנסת (כרשות מכוננת) לקבוע הוראות שריון צריכה להתבסס על הערכת תוכנה של התפיסה המקובלת בציבור בעניין זה. אין המדובר כאן בדרישה להסכמה פה אחד דווקא, אלא בהערכת תוכנה של "התודעה הלאומית"<sup>195</sup>. נראה, כפי שכבר הוזכר לעיל, כי המוסכמה הציבורית היא כי הכנסת אמנם מוסמכת לקבוע הוראות "שריון", אך סמכות זו אינה בלתי מוגבלת.<sup>196</sup> מוסכמה זו מבטאת את הצורך להתמודד עם החשש מפני שימוש לרעה של הכנסת בסמכותה לקבוע הוראות שריון. התמודדות זו נעשית באמצעות ההבחנה בין קביעת הוראת שריון, שכל תכליתה להנציח סטטוס קוו מסוים או הכרעה חברתית נתונה, לבין קביעת הוראת שריון המבטאת בחירה ב"כלל הכרעה" מסוים. במקרים מן הסוג הראשון החשש מפני שימוש לרעה בסמכות הכבילה הוא רב יותר. משום כך, אלה הם המקרים שבהם בלתי גמנעת ביקורת שיפוטית, לשם בחינה אם קיימת הצדקה מהותית להחלתה של הוראת השריון המסוימת.

במילים אחרות, היקפה של הביקורת השיפוטית על השימוש בסמכות הכבילה צריך להתבסס על בחינת תכליתה של הוראת השריון. גורם מרכזי בהקשר זה הוא היקף התחולה שלה: ככל שרחב טווח העניינים שעליו אמור להיות מוחל כלל ההכרעה שנקבע, כן רב הסיכוי שהכרעתו של חבר הכנסת תתבסס על ההעדפות מ"סדר שני" שלו (עמדתו בשאלה מהי הדרך שבה ראוי להכריע בסוגיות מן הסוג הנדון), ולא על העדפותיו מ"סדר ראשון" (עמדותיו בנוגע להסדרים חברתיים ספציפיים הקיימים כבר).<sup>197</sup> כך ניתן להסביר את ההכרה בכוחה של הכנסת לשריין

194 ליתר פירוט בעניין זה ראו מדינה, לעיל הערה 12.

195 לטיעון ברוח זו ראו: R. Dworkin *A Bill of Rights for Britain* (London, 1990) 27. נטען שם כי כדי שהאמנה האירופית לזכויות האדם תהפוך לבעלת מעמד "חוקתי" במשפט האנגלי, אין די באימוצה בחוק מפורש של הפרלמנט (כפי שאכן נעשה, בחוק מ-1998, שנכנס לתוקף בשנת 2000), אלא גם בקבלתה ככזו על ידי הציבור.

196 ראו לעיל פרק ה.2.

197 כך, למשל, כאשר חבר כנסת נדרש לשאלה אם יש לשריין את חוק רמת הגולן, צפויה הכרעתו להיות מושפעת, במידה מכרעת, מעמדתו בנוגע לסטטוס קוו. לעומת זאת, כאשר עליו להחליט באשר לכלל ההכרעה שלפיו יתקבלו כל ההחלטות בתחום יחסי החוץ של ישראל וביטחונה (וכן, אם נקבעת דרישה לרוב מיוחס, מה תהא התוצאה במקרה בו לא מושג רוב מיוחס שכזה), נחלשת

הוראות בעלות "סממנים ענייניים מסוימים (המבנה השלטוני, עקרונות וזכויות יסוד)", המצטיינות ב"מופשטות"<sup>198</sup>. המוסכמה החברתית מכירה בכוחה של הכנסת לקבוע כללי הכרעה מסוג זה, ולפיכך קביעתן זוכה לגיטימציה ציבורית (ובהתאם, הסטייה מהן, אף אם היא נעשית בהתאם לפרוצדורה שנקבעה, נתפסת כבלתי לגיטימית<sup>199</sup>). במקרים כאלה גם נחלש במידה ניכרת החשש מפני שימוש לרעה בכוחו של הרוב, ועמו נחלש הצורך בהחלת ביקורת שיפוטית על הוראות הכבילה. שונה הדבר כאשר מדובר בניסיון לשריין הכרעה חברתית נתונה, או כאשר כלל ההכרעה העל-רובי מוחל על מגזר צר של סוגיות, שלגביהן הסטטוס קוו הוא ברור. במקרה כזה המוסכמה החברתית – הנובעת מן החשש מפני שימוש לרעה בכוחו של הרוב – מחייבת דווקא הנחת מוצא הפוכה, השוללת את תוקפה של הוראת השריון. ניתן להכיר בתוקפה של הכבילה במקרה כזה אם יש הצדקה קונקרטית הן לעצם קביעתה, מבחינת הנושא המשוויין, והן לעצמת הכבילה הנובעת ממנה<sup>200</sup>.

אגב, חשוב להדגיש כי על פי הטיעון המובא כאן, מוסמך הרוב בכנסת לקבוע לא רק הוראות שריון; הוא מוסמך גם לקבוע כי עניינים שהוכרעו עד כה ברוב מיוחס יוכרעו מעתה ברוב רגיל, או בכל רוב אחר שייקבע. כך ניתן לפרש את דברי הנשיא שמגר בעניין בנק המזרחי, כי "בכוחה של הכנסת... לכבול... את עצמה וכל כנסת שאחריה, וזאת בכפיפות לסמכות שינוי או ביטול הכבילה בדרך הנקבעת על-ידי הכנסת"<sup>201</sup> (ההדגשות שלנו – א.ר. וב.מ.). בהתאם, כשם שבחינת תוקפה של הוראת שריון צריכה להיעשות על פי ההערכה אם מדובר בעיגון של הסדר ספציפי או בקביעת כלל הכרעה באותה סוגיה; כך גם בחינת תוקף הביטול של הוראת שריון

השפעת עמדתו בסוגיית המשך ריבונות ישראל ברמת הגולן על עמדתו בשאלה מהו כלל ההכרעה הראוי.

198 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 295 (הנשיא שמגר).

199 דוגמה לכך היא התגובה הציבורית ליזמה של ראש הממשלה א' ברק, לבטל את ההגבלה שנקבעה בס' 33(א) לחוק-יסוד: הממשלה, באשר למספר המרכי של שרים שיכהנו בממשלה, עם כינון ממשלתו ב-1999. הביקורת על ביטולה של ההגבלה התבססה, כך נראה, על ההערכה שמדובר כאן בהסדר שנקבע מאחורי "מסך של בערות", ואשר אין זה ראוי לשנותו בשל שיקולים שאינם משקפים עמדה עקרונית נגדו אלא בשל צרכים קואליציוניים. ראו בעניין זה עניין התנועה למען איכות השלטון, לעיל הערה 89, בע' 96, שם דחה אמנם בית המשפט את הטענה כי התיקון אינו תקף, אך ציין כי "אין זה רצוי שחוקי יסוד – המהווים פריים של חוקת המדינה – יתקבלו או יתוקנו לצורך סיפוק צורכי שעה קואליציוניים" (השופט דורנר). מצד שני, נמתחה ביקורת גם על עצם ההכללה, מלכתחילה, של הסדר מסוג זה בחוק-יסוד.

200 בהקשר זה יש להתחשב גם במניע של הרוב לקבלת כלל הכרעה שכזה. במקרים מסוימים, המניע עלול להיות השאיפה לשלול מקבוצה מסוימת בחברה – למשל, המגזר הערבי – את הזכות להשתתף בהכרעה. במקרים כאלה, דרישת הרוב המיוחס נועדה להסוות דרישה לרוב (רגיל) בקרב חברי הכנסת המייצגים את המגזר היהודי. לשם הקטנת החשש מפני שימוש לרעה שכזה בסמכות הנדונה, נדרש להגדיר את קבוצת ההחלטות שעליה יוחל כלל ההכרעה העל-רובי כך שיקטן המתאם בין המגזר הערבי לבין עמדה מסוימת בכל אחת מן ההחלטות הכלולות בקבוצה.

201 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 289.



צריכה להתבסס על ההבחנה בין ניסיון לעקוף את הכרעת הרוב באשר לכלל ההכרעה הראוי באותה סוגיה, לבין שימוש לגיטימי בכוחו של הרוב לקבוע כלל הכרעה חדש. גם כאן ראוי לציין כי עד כה נמנעה הכנסת מלשנות את כללי הכבילה שלא בהתאם לכללי הכבילה הקיימים.

נדגים, בקצרה, את אופן יישומה של אמת המידה המוצעת. נפתח בדוגמה שאינה מתייחסת אמנם ל"כבילה עצמית", אך עשויה לסייע להדגמת הטיעון: בסעיפים 6, 6א, ו-7 לחוק-יסוד: הכנסת נקבעו הגבלות באשר לזכות להיבחר לכנסת. מדובר, בין היתר, בהגבלות של גיל, עבר נקי מהרשעה בעברות מסוימות, ועוד. אלה הן הגבלות המוטלות על ציבור המצביעים, באשר למועמדים שאותם הוא רשאי לבחור לכנסת. האם אלה הן הגבלות מוצדקות? ניתן להשיב על כך בשני אופנים: אופן אחד הוא באמצעות דיון קונקרטי בהצדקה להטלת ההגבלות השונות, אשר עיקרו העדפות מ"סדר שני", פטרנליזם, השאיפה למנוע שחיתות, וכדומה<sup>202</sup>. אופן שני מתמקד בבחינת הלגיטימיות שבצעם הקביעה של הגבלות מסוג זה על ידי הרוב בכנסת. דיון מן הסוג הראשון מחייב הכרעה ערכית בין העדפות שונות מ"סדר שני". לעומת זאת, דיון מן הסוג השני אינו מחייב הכרעה ערכית מסוג זה. קביעת המגבלה היא לגיטימית אם מתברר כי היא אינה מכוונת נגד מועמד מסוים, אלא משקפת במידה רבה העדפות מ"סדר שני". כך נעשה בנוגע למגבלות שהוזכרו לעיל.

מובן כי המסקנה היא שונה אם מדובר בהחלת הגבלה על מי שכבר מכהן בתפקידו. במקרה כזה, בבסיס החלטתה עלולה לעמוד התנגדות לכהונתו בתפקיד של אדם מסוים, ולא עמדה עקרונית<sup>203</sup>. במקרה שכזה לא ניתן להימנע מבחינה מן הסוג הראשון – האומנם קיים אינטרס ציבורי המצדיק הטלת הגבלה כאמור על הזכות להיבחר. כך, למשל, בנוגע להגבלות הקבועות בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת. הגבלות אלה מתייחסות לתוכן המצע של רשימת מועמדים המבקשת להשתתף בבחירות (או של חבר בני אדם המבקש להירשם כמפלגה). מתקיים כאן חשש מפני שימוש לרעה בכוחו של הרוב בכנסת, כדי למנוע ממגזרים שונים בציבור ייצוג בכנסת. כאמור, אין משמעות הדבר, בהכרח, שיש לפסול תוקפן של הוראות מסוג זה. במקרה כזה יש לבחון אם ההגבלה שאותה בחר להטיל הרוב בכנסת היא מוצדקת. התפיסה המקובלת אצלנו היא כי אכן קיימת הצדקה מסוג זה. אך הנקודה החשובה היא כי בשונה מן ההגבלות שהוזכרו לעיל, זו שנקבעה בסעיף 7א לחוק-יסוד: הכנסת אינה יכולה ליהנות מהכרה א-פריורית שכזו.

202 לדיון מסוג זה ראו, למשל: E. Elhauge "Are Term Limits Undemocratic?" 64 *U. Chi. L. Rev.* (1998) 83; S. Holmes "Pre-Commitment and the Paradox of Democracy" ; *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge, J. Elster & R. Slagstad eds., 1988) Elster, *supra* note 13

203 ברוח דומה ניתן להסביר את הנוהג לקבוע כלל הכרעה אחד באשר להחלטת הכנסת על מינוי של אדם לתפקידים מסוימים וכלל הכרעה שונה – שבו נדרש רוב גדול יותר – באשר להחלטת להעבירו מתפקידו. כך נעשה, בין היתר, לגבי נשיא המדינה, מבקר המדינה ויושב ראש הכנסת.

מכאן לדוגמאות אחרות, העוסקות ישירות בהוראות שריון. כללית, יש להכיר בכוחה של הכנסת לשריין הסדרים שעניינם שיטת הבחירות, שיטת המשטר ואופן חלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון השונות, ולקבוע כי הסדרים אלה יהיו חסינים בפני שינוי בדרך של קביעת תקנות שעת חירום. מדובר בהסדרים שעניינם האופן שבו יינתן ביטוי לעמדות הציבור והאופן שבו יתקבלו החלטות בסוגיות קונקרטיות. שריון של הסדרים מסוג זה מפני שינויים ברוב רגיל הוא מקובל ולגיטימי לפי אמת המידה המוצעת, שכן בהם החשש מפני שימוש לרעה בכוחו של הרוב לשם הנצחה של הכרעות קונקרטיות, תוך פגיעה בכוחו של הרוב בעתיד לסטות מהם, איננו משמעותי בדרך כלל.<sup>204</sup>

שונים הם פני הדברים כאשר מדובר בעיגון של מדיניות מסוימת, למשל בתחום הכלכלי.<sup>205</sup> ככל שמדובר בכבילה "רופפת" (שבה כל שנדרש כדי להשתחרר ממנה היא חקיקה מפורשת), המבוססת על שאיפתו של הגורם הנוגע בדבר לשמור על אמינותו, מובן כי אין בה כל קושי. לא כך כאשר מדובר בכבילה "חזקה", שבה ההצהרה מעוגנת בהוראת שריון, המונעת מרוב רגיל בכנסת לשחרר את קובע המדיניות מהתחייבותו. מדובר כאן בניסיון לעגן הכרעה חברתית או פוליטית ספציפית באשר למדיניות מסוימת, כגון בדבר אופן חלוקת הנטל בין האזרחים, מידת השוויון בחלוקת העושר בחברה, וכדומה. הכנסת אינה יכולה להסתמך על המוסכמה הציבורית המכירה בכוחה לקבוע כללי הכרעה על-רוביים כדי להעניק למדיניות כלכלית מסוימת מעמד "חוקתי", החסין מפני שינוי עתידי ברוב רגיל.<sup>206</sup> מן ההכרח לערוך בהקשר זה איזון בין האינטרס להקנות אמינות להצהרות של קובעי המדיניות

204 עם זאת, מובן כי גם כאן עשויה להידרש ביקורת שיפוטית. דוגמה מובהקת לכך היא הביקורת השיפוטית המחלת לבחינה אם ההסדרים שקובעת הכנסת בעניין הבחירות אינם פוגעים בעקרונות השוויון, המעוגן בס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת. החוקים שהוכרו ככשלים מכוחה של הוראה זו מאופיינים בכך שהוחלו זמן קצר מאוד לפני הבחירות, ולעתים אף ניתן להם תוקף למפרע, לאחר שנודעו כבר תוצאות הבחירות. תוכנם שיקף העדפה ברורה של האינטרסים של הרשימות עמן נמנים נציגי המפלגות הגדולות או כלל אלה המיוצגות בכנסת היוצאת. ראו בעניין זה פסקי הדין שהוזכרו לעיל הערה 31; ובג"צ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57.

205 כך נעשה בישראל עם חקיקת חוק הפחתת הגירעון, תשנ"ב-1991, שבו נקבעו – על פי יזמה של הממשלה עצמה – הגבלות על היקף הגירעון בתקציב הממשלה בשנים הבאות; וכך נעשה עם חקיקת החוק להגנה על השקעות הציבור בישראל בנכסים פיננסיים, תשמ"ד-1984, שאף שריון מפני שינוי, בו נקבע – שוב, ביזמת הממשלה – כי אין להרע למפרע את התנאים של תכניות חיסכון שונות.

206 לטעון דומה ראו אדרעי, לעיל הערה 61, בע' 483-486. בהקשר קרוב נמתחה ביקורת על הפירוש שניתן בפסיקה בשנים האחרונות לזכות לחופש עיסוק, באופן המזהה אותה עם היעד של עידוד התחרות החופשית במשק, ומבטא לכן שריון של מדיניות כלכלית-חברתית מסוימת. ראו א' גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג (תש"ס) 229. ראו גם, בהקשר רחב יותר, ב' מדינה "חוקה כלכלית", הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות כלכלית" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל ופוליטיקה (א' בנדור וי' דותן עורכים, תשס"ג, עתיד להתפרסם).

לכין האינטרס שבהגנה על כוחו של הרוב בעתיד לשנות את המדיניות שנקבעה. נקודת איוון אפשרית היא הסתפקות בהטלת חובה לסטות במפורש מן החקיקה הקובעת מדיניות מסוימת, אך בלא לדרוש עמידה בהוראות הכבילה הכלולות בה (למשל באמצעות "פסקת התגברות" בנוסח זו המקובלת בקנדה או בנוסח סעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק).

חוק-יסוד: משק המדינה (הצעות חוק והסתייגויות שבביצוען כרוכה עלות תקציבית) (הוראת שעה), תשס"ב-2002 הוא דוגמה קרובה לכך. נקבע שם כי בתקופה שבה חל חוק-היסוד (בעת כתיבת שורות אלה, שנה אחת, המסתיימת ביולי 2003), "הצעת חוק תקציבית", כלומר הצעת חוק שהוגשה שלא בידי הממשלה ולא ניתנה לה הסכמת הממשלה ואשר ביצועה כרוך בעלות תקציבית העולה על חמישה מיליון ש"ח בשנה, "לא תתקבל בכנסת אלא בקולותיהם של 50 חברי הכנסת לפחות"<sup>207</sup>. מבחינת תוכנה של הוראה זו, יש בה משום עיגון של המצב הקיים בתחום שיעור ההוצאה הציבורית. לפיכך, לפי המבחן המוצע כאן, אין זה מובן מאליו כי הכנסת מוסמכת לקבוע הוראת שריון נוקשה של היקף ההוצאה הציבורית. עם זאת, ההסדר שנקבע בחוק-היסוד האמור אינו מבטא שריון: הוא אינו מונע שינוי של סעיפי ההוצאות בתקציב; הוא מאפשר להגדיל את ההוצאה הציבורית בכל רוב שהוא, אם ניתנת לכך תמיכת הממשלה; והרוב הדרוש לקבלת "הצעת חוק תקציבית" בלא הסכמת הממשלה הוא נמוך מ-61.

שריון ההוראות שמכוחן מוחל משפטה של המדינה בשטחים מסוימים<sup>208</sup> מהווה עיגון מובהק של סטטוס קוו מסוים. הוראת השריון מבטאת ניסיון לשמרו, ולאו דווקא העדפה מ"סדר שני", כאשר לאופן שבו ראוי להכריע בסוגיות מסוג זה. במילים אחרות, אין כאן קביעה של כלל הכרעה דווקא, אלא עיגון של הסדר פוליטי נתון. ממילא אין מדובר בעניין שבו נהנית הכנסת מסמכות בלתי מוגבלת, והחזקה צריכה להיות, כאמור לעיל, כי אין תוקף לשריון מסוג זה.

תחום מרכזי שבו נקבעו הוראות שריון הוא כמוכן ההגנה על זכויות היסוד של האדם. נראה כי יש להבחין בין סוגים שונים של זכויות. מצד אחד, ההגנה על זכויות דוגמת חופש הביטוי והזכויות הנגזרות ממנו, הזכות לפרטיות וזכויות אחרות, מבטאת קביעה של כלל הכרעה, ולכן היא לגיטימית<sup>209</sup>. מאידך גיסא, ההגנה על זכות דוגמת

207 עוד נקבע שם כי גם הסתייגות להצעת חוק הכרוכה בעלות תקציבית כאמור לא תתקבל בכנסת אלא בקולותיהם של חמישים חברי הכנסת לפחות.

208 דוגמה לכך היא חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל. אכן, יש חילוקי דעות מהותיים בשאלה אם הנושאים הטריטוריאליים הם חוקתיים אם לאו. לדעתנו, במדינה שבה גבולות הקבע טרם נקבעו, והם עניין למשא ומתן בינלאומי, אין זה מסוג העניינים הראויים לשריון חוקתי. לביקורת רומה ראו גביוון, לעיל הערה 5, בע' 120.

209 לטיעון קרוב ראו אדריעי, לעיל הערה 61. בהקשר קרוב ציינה גביוון כי "המהפך של 1977 יצר לראשונה מצב שבו זהות הכוחות הנמצאים בשלטון אינה ידועה מראש. במונח מסוים הוא יצר מעין 'מסך של כערה', שמאחוריו פוליטיקאים דנים בשאלת החוקה כלי ידיעה אם הם-עצמם

זכות הקניין עלולה להיות בעייתית בהקשר זה. אכן, הגנה כזו מקובלת במדינות רבות<sup>210</sup>. אולם היא עלולה לעגן סטטוס קוו מסוים, באופן שתמיכתם של חברי הכנסת ב"שריון" ההגנה על זכות הקניין תשקף את תמיכתם באופן חלוקה נתון של המשאבים בחברה, ולא דווקא את עמדתם העקרונית באשר לצורך להגן על זכויות קניין<sup>211</sup>. התוצאה היא כי לפי הנטען כאן, לכנסת (כרשות מכוננת) סמכות לקבוע כללי הכרעה על-רוביים (או "הוראות שריון") בחוקי-יסוד, אם אין הדבר מבטא עיגון של סטטוס קוו מסוים. תפיסה זו עשויה כמובן להשתנות אם יוחלו דרישות דיוניות אפקטיביות כתנאי לקביעת ההוראות שריון (למשל, אם תתקבל הצעת חוק-יסוד: החקיקה, שלפיה קבלתם של חוקי-יסוד ותיקונם ייעשו ברוב מיוחס של שני-שלישים מחברי הכנסת; או, אם תתקבל הצעה שהועלתה בכנסת החמש-עשרה, חוק-יסוד ייכנס לתוקף רק לאחר ארבע קריאות, כאשר הקריאה הרביעית תתקיים זמן רב יחסית לאחר הקריאה השלישית, ואולי אף בכנסת מאוחרת יותר). חשוב לזכור עם זאת כי ההכרעה בשאלה אם דרישות דיוניות מסוג זה מקטינות את הסיכון של שימוש לרעה בכוחו של הרוב לעגן סטטוס קוו מסוים תלויה לא רק בהליך הפורמלי הנדרש לקבלת הוראת שריון אלא גם במסורת החוקתית והפוליטית. האופן שבו נתפסות ההוראות החוקתיות בציבור ובעיקר מידת האמון הציבורי בהפעלת סמכות זו על ידי הכנסת הם בעלי חשיבות מכרעת. במילים אחרות, התנהגות הרוב בכנסת היא שתקבע, במידה רבה, את היקף סמכותו לכבול את עצמו.

2. המגבלות המוטלות על הפעלת הסמכות המכוננת של הכנסת התאוריה בדבר "סמכות מכוננת" קובעת כי הכנסת נהנית מריבונות בלתי מוגבלת כל עוד לא הופעלה "סמכות מכוננת מקורית". אולם מעת שהופעלה הסמכות ונקבע הסדר בעניין מסוים – ובכלל זה, נקבע האופן שבו ניתן לשנותו בעתיד – נותרת בידי הרשות המכוננת אך ורק "סמכות מכוננת נגזרת", התחומה מכוח ההסדרים שכבר נקבעו<sup>212</sup>. משום כך, כוחה של הכנסת, כרשות מכוננת, מוגבל, בראש ובראשונה, מכוח ההוראות הקבועות בחוקי-היסוד עצמם.

נמצאים בשלטון או באופוזיציה, בלי ידיעה אם הם רוב היכול להגן על זכויותי בדרך החקיקה עצמה או מיעוט הדרוש הגנה חוקתית מפני המחוקק". גביוון, לעיל הערה 5, בע' 116.

210 ראו, למשל: T. Allen *The Right to Property in Commonwealth Constitutions* (Cambridge, 2000); A.J. Van Der Walt *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* (Cape Town, 1999).

211 לגישה מסוג זה ראו א' גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 405; ארעני, לעיל הערה 61. הגדרה שונה של זכות הקניין – למשל זו המוצעת על ידי ח' דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר עורך, תשס"א) 96, שלפיה בעל זכות הקניין נושא גם ב"אחריות חברתית" – עשויה להוליך כמובן לתוצאה שונה באשר ללגיטימיות שבשריון זכות הקניין.

212 הסדרת נושא מסוים בחוקה אינה ממצה את הסמכות המכוננת המקורית בנוגע לנושאים אחרים. ראו קליין, לעיל הערה 80, בע' 357: "הסמכות המכוננת המקורית ממשכה להתקיים לגבי

כפי שראינו לעיל, הכנסת כפופה להוראות השריון ("פסקאות נוקשות") שנקבעו בחוקי-היסוד (וזאת בהנחה שהן תקפות, כאמור לעיל)<sup>213</sup>. הוראות שריון כלולות בנוגע למכלול הוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק, חוק-יסוד: הממשלה, והוראות מסוימות בחוק-יסוד: הכנסת ובחוק-יסוד: משק המדינה<sup>214</sup>. אין זה ברור אם הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נהנות משריון<sup>215</sup>. על פי הגישה שהתקבלה בפסיקה,

הנושאים שבהם עדיין לא נחקקו חוקי-יסוד, ואילו באותם הנושאים שבהם נחקקו כבר חוקי-היסוד, מצתה הכנסת את סמכותה המכוננת המקורית". ראו גם ק' קליין "הסמכות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב (תשל"ל) 51. לשיטתו של בנדרו, לכנסת סמכות מכוננת נגזרת בלבד, שכן הסמכות המכוננת המקורית, כלומר הסמכות שאינה מבוססת על נורמה קודמת, הייתה מסורה למועצת העם: בנדרו, לעיל הערה 5, בע' 134-136. השופט חשין ביקר גישה זו: "דוקטרינת 'הסמכות הנגזרת' [אינה אלא] הנחת המבוקש... המיוסדת אך ורק על סברת החכמים". אכן, מעת שבטלה האסיפה המכוננת, כל החלטה לגבי הסמכות המכוננת המקורית מעוררת בעיות. לדעתנו, הכלל בדבר הסמכות המכוננת הנגזרת תואם בצורה הטובה ביותר את הפרקטיקה של הכנסת ושל בית המשפט.

213 אגב, ראוי לשים לב בהקשר זה למנגנון "הכבילה הכפולה": בס' 45 וכן (כפי הנראה) בס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת, נקבע, כי לא רק שינוי של ההוראה המהותית ("המשוריינת") צריך שיעשה ברוב המיוחד שנקבע, אלא גם שינוי של ההגבלה עצמה ("ההוראה המשוריינת") צריך שיהיה כך. בהיעדר כבילה כפולה, נפקותה של ההגבלה מצטמצמת לדרישה כי השינוי יהיה במפורש: כדי לשנות את ההוראה המשוריינת, נדרש לשנות – אמנם גם ברוב רגיל, אך במפורש – את ההוראה המשוריינת. דוגמה מעניינת למשמעות של היעדר "כבילה כפולה" הנה החקיקה בדבר ההגנה על זכויות האדם בבריטניה ובניו-זילנד. חוקים אלה שוללים את תוקפם של חוקים הפוגעים שלא כדין בזכויות אדם, אולם הם עצמם אינם משוריינים מפני שינוי, ברוב רגיל. ראו, למשל: A. W. Bradley "The Sovereignty of Parliament in Perpetuity" *The Changing Constitution* (Cambridge, J. Jowell & D. Oliver eds., 1994). הדבר נעשה במכוון. ראו גם כהן, לעיל הערה 103, בע' 98-102.

214 מדובר בדרישה כי בחוק-היסוד המתקן יתמכו רוב חברי הכנסת. ראו ס' 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס' 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס' 44 לחוק-יסוד: הממשלה (מ-2001), סעיפים 4, 45 ו-44 לחוק-יסוד: הכנסת וס' 33(ג) לחוק-יסוד: משק המדינה. בס' 46 לחוק-יסוד: הכנסת ובס' 44(א) לחוק-יסוד: הממשלה נקבע כי הרוב המיוחד הנדרש לשינוי ההוראות המשוריינות "יהא דרוש להחלטות מליאת הכנסת בקריאה הראשונה, בקריאה השנייה ובקריאה השלישית". בחוקי-היסוד האחרים שבהם קבועות הוראות שריון אין פירוט בעניין, אך נראה כי הן יפורשו כמטילים דרישה זהה. אגב, ס' 46 תוקן בעקבות ההחלטה בעניין תנועת לאו"ר, לעיל הערה 22, שם נקבע (בהתייחס לנוסח קודם של הסעיף) כי גם בקריאה המוקדמת (המתקיימת כאשר מדובר בהצעת חוק פרטית) נדרש הרוב המיוחד. דחייתה של הסתייגות, במסגרת הקריאה השנייה, אינה חייבת להיעשות ברוב המיוחס, שהרי אינה מביאה לשינוי ההוראה המשוריינת: עניין ברגמן השני, לעיל הערה 31; גם הצעה לסדר להפסיק את הדיון בהצעת חוק אינה שייכת לתהליך השינוי, ולכן גם היא אינה טעונה רוב מיוחד: עניין קניאל, לעיל הערה 31, בע' 797; וכך גם החלטה בדבר החלת רציפות על הצעת חוק לחיקון חוק-יסוד משוריין (חזרת דעת של היועץ המשפטי לכנסת, צ' עבר, מיום 20.12.00).

215 בחוק-היסוד עצמו אין הוראת שריון. אולם ס' 1 לחוק-היסוד הוסף וס' 8 תוקן מכות התיקון לחוק-יסוד: חופש העיסוק, שהתקבל בתשנ"ד. לפיכך, הועלתה סברה כי הוראות אלה חוסות תחת הוראת השריון הקבועה בחוק-יסוד: חופש העיסוק. ראו ברק, לעיל הערה 45, בע' 54 הערת שוליים 90 ובע' 565-566; עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 309-310 (הגשיא שמגר); עניין ולנר, לעיל הערה 52, בע' 775 (הגשיא שמגר).

"שינוי של חוק היסוד באמצעות חוק יסוד אחר יכול שיהא מפורש ויכול שיהא משתמע"<sup>216</sup> (וזאת, בכפוף כמובן להוראות השריון). ספק אם ההכרה באפשרות של שינוי משתמע היא רצויה<sup>217</sup>.

השאלה היא, אם מוטלות מגבלות נוספות על כוחה של הכנסת לשנות הסדרים הקבועים בחוקי-היסוד? כך, למשל, האם ניתן לפגוע בזכות יסוד שלא בהתאם לתנאים הקבועים ב"פסקת ההגבלה" (סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק), באמצעות הכללת ההסדר הפוגע בחוק-יסוד? מצד אחד, התפיסה המקובלת היא כי תכליתה של "פסקת ההגבלה" לקבוע את התנאים שבהם יכול המחוקק ה"רגיל" לפגוע בזכויות יסוד המוגנות על פי חוקי-היסוד. לפיכך נפסק כי "פסקת ההגבלה" אינה מגבילה את כוחה של הרשות המכוננת לפגוע בזכויות מוגנות<sup>218</sup>.

מצד שני, בפסיקה לא נשללה האפשרות להכיר בקיומן של מגבלות "טבועות" על הפעלת הסמכות המכוננת, מכוח עקרונות יסוד של השיטה, ובכלל זה ההגנה על זכויות היסוד של האדם. ביטוי ראשון לכך ניתן על ידי השופט זוסמן בעניין ירדור, אשר ציטט בהסכמה מפסק דינו של בית המשפט העליון בגרמניה, שלפיו "ישנם כללים חוקתיים שהם כה יסודיים והם ביטוי של דין-על-חוקתי, עד כדי לקשור את מחוקק החוקה בכבודו ובעצמו"; והוסיף כי "אם בארץ בעלת חוקה כתובה כך, בארץ שאין לה חוקה כתובה על אחת כמה וכמה"<sup>219</sup>. בעניין בנק המזרחי ציין הנשיא שמגר

216 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 407 (הנשיא ברק). ברוח זו נקבע גם בס' 46 לחוק-יסוד: הכנסת ובס' 44 לחוק-יסוד: הממשלה (מ-2001).

217 לעומדה דומה ראו קליין, לעיל הערה 80, בע' 397-395.

218 בג"צ 1368/94 פורת נ' ממשלת ישראל (לא פורסם), תקדין עליון 1994(2) 117: "פסקת ההגבלה אינה מכוננת כלפי הכנסת המשנה חוקי יסוד כהליך החוקתי שנועד במיוחד לעניין זה. אכן, יש להבחין הבחן היטב בין פגיעה בזכות יסוד או הגבלה של זכות יסוד שאינם נגזרים משינוי חוק היסוד לבין פגיעה או הגבלה או שינוי של זכות יסוד בגדריו של שינוי חוק היסוד עצמו. חוקתיותו של העניין הראשון נקבעת על-פי תנאיה של פסקת ההגבלה. חוקתיותו של העניין השני מותנית בקיום התנאים שנקבעו בפסקת נוקשות החוק" (הנשיא ברק והשופטים חשין וזמיר). לגישתה של קרפ, יש לתת תוקף מסוים לפסקת ההגבלה גם כלפי הרשות המכוננת, וזאת ברך של דרישה כי סטייה ממנה תיעשה במפורש: קרפ, לעיל הערה 41, בע' 370 הערת שוליים 176. ברק שולל גישה זו: "אין כל צידוק להטיל 'מגבלות עצמיות' על הרשות המכוננת. זו קבעה את 'פסקת ההגבלה' ובכוחה לשנותה (במפורש או במשתמע, במישרין או בעקיפין)". ברק, לעיל הערה 45, בע' 281-282.

219 עניין ירדור, לעיל הערה 121, בע' 390 (הדברים נאמרו לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). הדברים כווננו למצב בו אין הסדר חקיקתי מפורש, ולפיכך ניתן לראות בכך, למרות הטרוריקה, כשימוש בעקרונות יסוד כאמצעי פרשני. ראו, ברוח זו, מ' לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ט) 292, 306-307. פרוש, לעיל הערה 22, בע' 729. לפי ס' 79(III) לחוקת גרמניה, העקרונות הבסיסיים של החוקה, ובהם דמוקרטיה, שלטון החוק, עקרון מדינת הרווחה, פדרליזם ושמיירה על הכבוד האנושי, אינם ניתנים לשינוי כלל, אף לא באמצעות תיקון חוקתי. ראו א' לימבך "תפקיד בית-המשפט החוקתי הפדרלי כשומר החוקה" משפטים כח (תשנ"ו) 5.

כי קיימים גבולות – שאת טיבם לא פירש – לכוחה של הכנסת "לפגוע בזכות יסוד, ויהיה זה אף על-ידי חקיקה בחוק יסוד"<sup>220</sup>. במספר מקרים נמנע הנשיא ברק מלשלול את האפשרות להחיל ביקורת שיפוטית על הוראה "חוקתית", ואף הפנה לתקדימים לכך במשפט המשווה<sup>221</sup>; ובעניין רובינשטיין העיר השופט חשין כי ייתכן ש"גם חוק-יסוד לא יסכון" לשם הכשרת הסדר מפלה (הענקת פטור לתלמידי ישיבות מחובת שירות בצבא)<sup>222</sup>. במקרה אחר אף הדגיש השופט חשין כי "חוקי היסוד אינם בפסגת הפירמידה... נעלים עליהם עקרונות-יסוד בחיינו, עקרונות שאף חוקי-היסוד יונקים מהם את חיותם... עקרונות אלה הם עיקרים במשפט הטבע ועיקרים בתורת הדמוקרטיה היהודית. אלה הם הגבוה מעל גבוה שומר". אלה הם הגנים היוצרים את חיינו... ערכים אלה – ערכים הקיימים לבר-חוק-היסוד – הם המזינים את חוק-היסוד ומהם חיותו של החוק"<sup>223</sup>. עם זאת, עד כה טרם נעשה שימוש בדרך זו. כפי שהדגיש הנשיא ברק, ההתערבות היא אפשרית רק כאשר מדובר ב"פגיעה... מהותית וקשה [ב]עקרונות יסוד ומטרת אשר כל המבנה החוקתי שלנו, לרבות חוקי היסוד עצמם, מושתתים עליהם"<sup>224</sup>.

השאלה טרם נפתרה, אך ברור כי מבחינה ציבורית יהיה קשה להשתית הצהרה בדבר בטלות חוק של הכנסת על עקרונות כלליים. ואכן, בסופו של דבר הגורם המכריע הוא התפיסה המקובלת בציבור. לא רק ההכרה בקיומה של סמכות מכוננת בידי הכנסת מבוססת על "התודעה הלאומית", אלא גם גבולותיה של סמכות זו נקבעים על פיה. כך, למשל, השופט ברק ציין כי אם "הכנסת [תחוקק] חוק המבטל את הדמוקרטיה ומכונן משטר דיקטטורי... בית-המשפט יוכל – מבחינתו של הקונסנזוס החברתי בישראל – להכריז על החוק כבטל... הכנסת אינה 'מוסמכת' לבטל את

220 עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 327.  
 221 ראו ברק, לעיל הערה 45, בע' 566-567, שם הוא נמנע מלשלול אפשרות "לקיים ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של שינוי (מבחינת המהות) [של] החוקה עצמה". לגישתו, "דבר מקובל וידוע הוא שחתי המשפט כודקים את חוקיותם של תיקוני חוקה. לא פעם נפסל תיקון חוקתי בהיותו לא חוקתי, וזאת... גם בעניינים של מהות". עניין בנק המזרחי, לעיל הערה 3, בע' 394.  
 הנשיא ברק הפנה בעניין זה לפסק דין של בית המשפט העליון של הודו, שבו נשלל תוקפו של תיקון חוקתי, אף שזה קיים את כל דרישות הצורה שנקבעו בחוקה. בעניין ולנו, לעיל הערה 52, בע' 802, ציין הנשיא כי "זוהי שאלה לא פשוטה, לא לעניין חוק 'רגיל' שאין מעליו חוקה, ולא לעניין תיקון בחוקה עצמה. מי ייתן ולא נצטרך לעולם להכריע בה". קרצ'מר הפנה בעניין דומה גם לפסק דין של בית המשפט החוקתי של דרום-אפריקה. קרצ'מר, לעיל הערה 20, בע' 377 בהערת שוליים 26.

222 עניין רובינשטיין, לעיל הערה 53, בע' 541.  
 223 ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629-630 (הדברים נאמרו לעניין הבטחת זכות הפנייה לערכאות).

224 עניין מיטראל, לעיל הערה 54, בע' 28-30. הדברים נאמרו בנוגע לאפשרות להכריז על בטלותו של חוק הפוגע בזכות יסוד בהתאם לתנאים שנקבעו בס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ("פסקת ההתגברות").

הדמוקרטיה"<sup>225</sup>. המסורת הציבורית היא העשויה להקנות להסדרים חוקתיים מסוימים – כתובים ואף בלתי כתובים – "נוקשות", מעבר לזו הקבועה במפורש בחוקי-היסוד<sup>226</sup>.

### ט. הערות סיכום

מסקנות הדיון הן לפיכך אלה: ראשית, הכנסת היא בעלת סמכות מכוונת, וזאת מכוח הסמכות לכונן חוקה שהוענקה בהכרזת העצמאות לאסיפה המכוונת, היא הכנסת הראשונה, מכוח ההכרה הציבורית בסמכותה זו של הכנסת ובעיקר מכוח התפיסה כי ההכרה בסמכותה המכוונת של הכנסת היא נחוצה כדי שניתן יהיה לעגן את עקרונות היסוד של המשטר. שנית, הפעלת הסמכות המכוונת נעשית באמצעות חקיקת חוקי-יסוד. חוקי-היסוד הם בעלי מעמד "חוקתי" מעת חקיקתם, וזאת אף בטרם התאגדו לכלל חוקת המדינה כמתוכנן על פי "החלטת הררי". שלישית, מתוקף מעמדם ה"חוקתי" של חוקי-היסוד, מכלול ההסדרים הקבועים בהם הם בעלי מעמד נורמטיבי עדיף על פני חקיקה "רגילה" ("עליונות"). "עליונות" זו מתבטאת בעדיפות הניתנת להסדרים הקבועים בחוקי-היסוד במקרה של סתירה בינם לבין האמור בחקיקה רגילה. הוראה בחוק "רגיל" שאינה עולה בקנה אחד עם הסדר הקבוע בחוק-יסוד היא תקפה רק אם ניתן לראות בה כ"פוגעת" בלבד בהסדר שבחוק-היסוד, ולא כ"משנה" אותו; אם נקבעו תנאים בעניין בחוק-היסוד ("פסקת הגבלה"), ההוראה הפוגעת תהא תקפה רק אם התקבלה בהתאם לתנאים אלה; ובהיעדר תנאים כאמור בחוק-היסוד, אם נאמר בהוראה הפוגעת במפורש כי תהא תקפה אף שהיא פוגעת בחוק-היסוד. רביעית,

225 ברק, לעיל הערה 34, בע' 632. ברוח זו טען בנדור, כי לכנסת סמכות מכוונת נגזרת בלבד, המוגבלת מכוח קביעתה של האסיפה המכוונת המקורית – מועצת העם – במסגרת ההכרזה על הקמת המדינה: "יש ערכים שגם האספה המכוונת כפופה להן. הכוונה היא... למושכלות יסוד המגלמות את המדינה עצמה, במובן זה שביטולן שקול לפירוקה של מדינת ישראל... ביטול המדינה אינו יכול להיעשות במסגרת משפטה. הוא דורש מהפכה, כלומר שינוי הנורמה הבסיסית". בנדור, לעיל הערה 5, בע' 142. ראו גם שם, בע' 132-136, 142-145.

226 ברוח זו טען רולס כי בית המשפט מוסמך לפסול תיקון לחוקה – אף אם התיקון התקבל בהתאם לתנאים הפורמליים הקבועים בחוקה – כאשר תוכנו של התיקון סוהו את המסורת הציבורית הנהוגת באותו הקשר: ראו: Rawls, *supra* note 83, at pp. 238-239. לשיטתו של רולס, המוסכמה החברתית הקיימת בארצות-הברית, באשר למחויבות להגנה על זכויות אדם הופכת את מגילת זכויות האדם לנוקשה, אף מעבר לנוקשות הפורמלית הקבועה בחוקה: "The Bill of Rights [is] entrenched in the sense of being validated by long historical practice... The successful practice of its ideas and principles over two centuries place restrictions on what can now count as [a valid] amendment", *ibid*, at p. 239 דומים ניתן לומר היום, לגבי החברה בישראל. אגב, Ackerman, מייצג מובהק של התפיסה שלפיה עליונותה של החוקה נובעת מהסכמתו לכך של העם, ושל ההכרה בכוחו של העם לשנות את החוקה, הגיע למסקנה הפוכה בהקשר זה. ראו: Ackerman (1991), *supra* note 83, at pp. 319-322.



המעמד ה"חוקתי" של חוקי-היסוד הוליך להכרה בתוקפן של הוראות שריון הכלולות בחוקי-היסוד ("נוקשות"). מתוקף כך, הוראה שלפיה אין לשנות הסדר מסוים אלא אם כן התקיימו תנאים מיוחדים (כגון רוב מיוחס או אישור במשאל עם) היא תקפה, אם היא כלולה בחוק-יסוד. לעומת זאת, הוראת נוקשות הקבועה בחוק "רגיל" אינה תקפה (אם כי דרישה לרוב מוחלט – תמיכה של לפחות 61 חברי כנסת – בשינוי החוק עשויה להיות תקפה). סמכות הכנסת לקבוע הוראות שריון בחוקי-יסוד אף היא עשויה להיות מוגבלת, אם ייעשה בה שימוש לרעה.

לסיכומה של הסוגיה הסבוכה שנדונה כאן ניתן לומר, כי לישראל יש חוקה. זו אמנם חוקה שאינה שלמה ואינה מושלמת, אך המדובר בחוקה שפרקיה – חוקי-היסוד – מכסים חלק ניכר מנושאי החוקות הפורמליות בדמוקרטיה אחרות. עיקרה ברור ומוסכם על הרוב בציבור, בכנסת ובבית המשפט. כמו כן, לאחר ויכוח רב-שנים על הצורך בחוקי-יסוד בעלי אופי חוקתי, נתקבלה הסכמה פוליטית – שבאה בעקבות הסכמה לאומית רחבה – באשר לצורך להשלים את מלאכת כינון החוקה, באמצעות חקיקת חוקי-יסוד נוספים<sup>227</sup>. קונסנזוס זה נוצר, במידה רבה, בעקבות הקפיצה הנחשנית שבוצעה עם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. חילוקי הדעות העזים שניטשו בכנסת החמש-עשרה, ואשר מנעו את קבלתם של חוקי-יסוד נוספים, עסקו, בעיקרו של דבר, בשאלה מי יהיה הגוף המוסמך לפרש את החוקה – וממילא, להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת – בית המשפט העליון או בית משפט מיוחד לחוקה. זוהי כמובן סוגיה יסודית. אולם יש חשיבות רבה לעובדה שחילוקי הדעות אינם מתייחסים עוד לעצם הצורך בחוקה כתובה או בסמכותה של הכנסת לכונן חוקה<sup>228</sup>. זוהי עובדה פוליטית בעלת חשיבות משפטית מובהקת.

אכן, חוקי-היסוד שכבר התקבלו אינם מסדירים את מכלול העניינים ה"חוקתיים". אין גם הסכמה באשר למתווה על פיו יתחברו חוקי-היסוד לגדר חוקה פורמלית אחת ובאשר לאופן קבלתה של חוקה זו (למשל, בדרך של משאל עם). אולם קשה לחלוק על העובדה כי בשנים שחלפו מאז נמנעה האסיפה המכוננת מלמלא את ייעודה, נעשתה בכנסת – ובעיקר בכנסת השתים-עשרה – עבודה רבה, שקידמה את כינון החוקה. עם זאת, כל עוד לא נפתרו סוגיות יסוד פוליטיות, כמו עניין חופש הדת

227 בהסכמים הקואליציוניים שמכוחם הוקמו ממשלות רבין (בכנסת השלוש-עשרה), נתניהו (בכנסת הארבע-עשרה) וברק (בחלק הראשון של תקופת הכהונה של הכנסת החמש-עשרה) נכללו הוראות בדבר מחויבות הסיעות השותפות לקואליציה לפעול להשלמת מלאכת החקיקה של חוקי-היסוד. לעומת זאת, בהסכם הקואליציוני מיום 6.3.01, שמכוחו הוקמה ממשלת שרון (בחלק השני של תקופת הכהונה של הכנסת החמש-עשרה) נקבע רק כי "חוקי-יסוד חדשים או כל שינוי בחוקי-היסוד הקיימים יוגשו ויחוקקו אך ורק בהסכמת כל סיעות הקואליציה", בלא שנקבעה מחויבות להשלמת מלאכת החקיקה. בחודש יולי 2002 מינתה ממשלת שרון ועדה ציבורית, בראשות "נאמן, להציע חוקי-יסוד חדשים להשלמת החוקה.

228 כפי שצינו בהקשר זה גביון ושפירא, לעיל הערה 6, בע' מט, "הניצחון של המהלך החוקתי [בארצות-הברית] היה תוצאה של הכרה משותפת בחינניות ההסכמה על כללי המשחק".

(ובכלל זה חופש הנישואין) והגדרת האופן בו מתבטא אופייה היהודי של המדינה, יהיה קשה, אם לא בלתי אפשרי, להשלים את החוקה של מדינת ישראל. בסופו של דבר, עניין זה של חוקי-היסוד והחוקה אינו עניין משפטי גרידא. החברה הישראלית, המושפעת מהליכיה הפנימיים ומגורמים חיצוניים, הפנימה את הלקח של המאה העשרים: דמוקרטיה ושלטון הרוב כשלעצמם אינם מבטיחים הגנה נאותה על זכויות האדם. חוקה פורמלית, המגבילה את כוח הרוב, והחלת ביקורת שיפוטית על חוקים, נחוצים לשם צמצום הסכנה לפגיעה בערכי היסוד של השיטה. ארצות-הברית הכירה בכך מזה זמן. מדינות אחרות, בעיקר מדינות מערב אירופה, הכירו בכך לאחר מוראות מלחמת העולם השנייה. כך, אנגליה וצרפת, שבעבר לא הכירו כלל במושגים של ביקורת שיפוטית על חוקים, מקבלות היום את הכרעות של בית משפט על-מדינתי – בית המשפט האירופי לזכויות האדם – בעניין כה רגיש. הרפובליקה הפדרלית של גרמניה, שזכר חוקת ויימר הנרמסת לא נעלם ממנה, משלבת חוק-יסוד (שחובר על ידי מעצמות הכיבוש) ובו הגנה על זכויות אדם, בית משפט לחוקה רב-עצמה ובית משפט אירופי. אלה הן התפתחויות דרמטיות, אשר השפיעו על הציבור בישראל ועל הכנסת, ואשר הולידו, בסופו של דבר, את חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם ואת ההכרה במעמד החוקתי של מכלול חוקי-היסוד.

אכן, ישראל נבדלת ממדינות המערב הדמוקרטיות בהיעדר הסכמה לאומית בנוגע לסוגיות יסוד מסוימות, ובהיעדר פרוצדורה נפרדת ומובטחת לכינון הסדרים חוקתיים. קשה לומר כי חברי הכנסת, המצביעים באורח שגרתי ותחת כללים של רוב רגיל, מודעים לכך שהם חובשים כובע של רשות מכוונת. זוהי תוצאה של סיבוך שנוצר בשחר ימיה של המדינה. הדרך להתירו היא השלמת חוקי-היסוד ואיחודם לכלל חוקה שלמה, שתאושר בהליך חגיגי של משאל עם; או, לכל הפחות, על ידי קבלת חוק-יסוד שיסדיר את דרכי החקיקה של חוקי-יסוד. בלא תהליכים אלה, ניוותר עם "הרע במיעוט": חוקה שאינה שלמה, אך חוקה המגנה באורח מלא על זכויות האדם החשובות ביותר ועם פיקוח שיפוטי מעולה ויעיל.