

איסור "החקיקה העצמית" כמגבלה חוקתית בפסיקת בית המשפט העליון

מאת

יואב זיתן *

עקרונות חוקתיים מטא-טקסטואליים הם עקרונות שבית המשפט משתמש בהם להכרעות בתחום המשפט החוקתי, מבלי שלעקרונות אלו יהיה ביטוי מפורש בטקסט נורמטיבי, קאנוני ומחייב (כגון חוקה או חוק יסוד). למרות שבית המשפט העליון אימץ בעשור האחרון תפיסה חוקתית טקסטואלית, המבוססת בעיקרה על פרשנות רחבה של חוקי היסוד החדשים, עדיין באים לידי ביטוי בפסיקתו עקרונות חוקתיים מטא-טקסטואליים. אחד העקרונות הללו הוא העיקרון של "הכנסת מחוקקת כשלעצמה", שפותח על ידי השופט מישאל חשין בפסק דינו בעניין בנק המזרחי ובפסקי דין נוספים. על פי עיקרון זה, קיימות מגבלות חוקתיות על כוחה של הכנסת לחוקק חוקים הנוגעים לאינטרסים שלה עצמה ושל חבריה, וקיימת הצדקה מיוחדת להתערבות שיפוטית במקרים כאלו.

מטרת המאמר היא לבחון את תפיסת "הכנסת המחוקקת לעצמה" כפי שהיא מופיעה בפסיקת בית המשפט, ולנתח את בסיסה הרעיוניים, את צידוקה, ואת השפעותיה האפשריות על סוגיות בתחום המשפט החוקתי. הטענה המרכזית שנוצגת היא שגזירת התפיסה מעיקרון היסוד של דמוקרטיה אינה מאפשרת להסיק ממנו חלק מהמסקנות שבית המשפט ביקש לגזור ממנה. לעומת זאת, ניתן לייחס את תפיסת "הכנסת מחוקקת לעצמה" לעקרונות יסוד אחרים של משטרנו, ובראשם עיקרון הפרדת הרשויות. בדרך זו תושג עקביות רעיונית שתאפשר להרחיב את תפיסת הכנסת המחוקקת לעצמה, ולהחילה על סוגיות נוספות במשפטנו החוקתי.

א. מבוא: חוקה – טקסט ועקרונות מטא-טקסטואליים. ב. הכנסת מחוקקת לעצמה – הצגת הרעיון. ג. מסגרת הדיון – אימתי הכנסת "מחוקקת לעצמה". ד. הכנסת מחוקקת לעצמה – טיעונים הנגזרים מעיקרון הדמוקרטיה. 1. הדמוקרטיה – חקיקה עצמית כשוללת פגיעה חמורה בעקרונות השוויון והאוטונומיה של הפרט ובחירויותיו

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית. המאמר מבוסס על דרצאה במסגרת הכנס "30 שנה להלכת ברגמן – דרמים בחשיבה החוקתית בישראל" שנערך בנובמבר 1999 על ידי הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. תודתי נתונה לשופט מישאל חשין על הערותיו המועילות לסיכום הדרצאה, וכן לדרק מדינה על הערותיו המועילות לסיכום המאמר. האחריות לטקסט היא, כמובן, עליי בלבד.

הבסיסיות; 2. דמוקרטיה – חקיקה עצמית כפגיעה בעיקרי המנדט שלפיו נבחרה הכנסת; 3. דמוקרטיה – חקיקה היצרת כשל אינהדנטי במנגנון התיקון הדמוקרטי; 4. הכנסת כמחוקקת לעצמה – טיעונים אחרים. 1. איסור ניגוד העניינים; 2. הפרדת הרשויות; 3. איסור חקיקה עצמית – שאלות נוספות. 4. סיכום.

א. מבוא: חוקה – טקסט ועקרונות מטא-טקסטואליים

העשור הראשון לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחוק יסוד: חופש העיסוק קרב לסיומו. אולם, דומה כי הוויכוח שבא בעקבות חקיקה זו – האם חוקי יסוד אלו אכן היוו "מהפכה חוקתית" שבעקבותיה יש לישראל חוקה כתובה – רחוק מסיומו. בצד העמדה המוצהרת והברורה לכאורה, שהוצגה על ידי שמונה שופטי הרוב בפרשת בנק המזרחי המאוחד¹ והובילה לפסילתם, הלכה למעשה, של שני חוקים שחוקקה הכנסת,² קיים זרם מתמיד ועקשני של "ספקני חוקה". אלה מטילים ספק הן בתוקף הטענה האמפירית, שלפיה כיום יש לישראל חוקה המסמיכה את בתי המשפט לפסול חוקים של הכנסת, והן בתוקפה של הטענה הנורמטיבית, שלפיה "המהפכה" של 1992 אכן תורמת לקידום הערכים הליברליים של חירויות הפרט בישראל.³

ואולם, תהא עמדתנו בדבר תוקפו, מעמדו ותוכנו של הטקסט החוקתי בישראל אשר תהא, דומה כי קיימת הכרה בכך שבמשפטנו החוקתי קיימים כמה עקרונות חוקתיים מטא-טקסטואליים, קרי: כאלה שקיומם ותוקפם אינו שואב בהכרח את כוחו ואינו תלוי בתוכנו של טקסט חוקתי כלשהו (ובכל אופן, אינו תלוי בטקסט החוקתי החלקי הקיים אצלנו היום).⁴ כך, למשל, בתי המשפט מכירים במעמדו החוקתי המרכזי והעצמאי של

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

2 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, טרם פורסם (ניתן ביום 14.10.1999). עמדת הרוב בפסק הדין בנק המזרחי זכתה לתמיכה גם בקרב אנשי אקדמיה לא מעטים. ראו, למשל, קלוד קליין, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – הערכה נורמטיבית ראשונית", המשפט א 123 (תשנ"ג); אמנון רובינשטיין וסרק מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל 369 (מהדורה חמישית, תשנ"ו).

3 מנחם אלון, "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?", מחקר משפט יב 253 (תשנ"ו); משה לנדוי, "מחשבות על המהפכה החוקתית", משפטים כו 419 (תשנ"ו); רות גביוון, "המהפכה החוקתית תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", משפטים כז 21 (תשנ"ו); יוסף אדדעי, "מהפכה חוקתית: האומנם?", משפט וממשל ג 453 (תשנ"ו); יואב דותן, "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'", משפטים כח 149 (תשנ"ו).

4 למעשה, גם בשיטה משפטית שבה אין עודדן על מעמדו העליון של הטקסט החוקתי, חייבים להיות אי אלו עקרונות בסיסיים שהטקסט עצמו אינו יכול להעניק להם את תוקפם. כך למשל, עצם העיקרון המעניק לחוקה את עליונותה אינו יכול, ולו מבחינה אנליטית, לשאוב את כוחו

עיקרון השוויון במשפטנו, וזאת על אף שהכנסת בחרה שלא לכלול עיקרון זה בחקיקת היסוד שהתקבלה בשנת 1992, ושהיקף ההגנה שממנה הוא נהנה בחקיקה זו רחוק מלהיות ברור.⁵ בהתאם, הטענה שלפיה סמכויות החקיקה של הכנסת מוגבלות בכל הנוגע ליכולתה לפגוע פגיעה אנושה בעיקרי השיטה הדמוקרטית ובחירויות היסוד הבסיסיות של הפרט, הועלתה במשפטנו טרם חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם, ויש לה תימוכין גם בפסיקתם של אלה שאינם מוכנים לייחס תוקף על-חוקתי לאותם חוקי יסוד.⁶

מהחוקה עצמה. לא זה המקום לדון בשלל התיאוריות היורספרונדנטאליות השונות בשאלה זו, בדבר בסיס התוקף של השיטה המשפטית ושורש מעמדם של עקרונות שאינם מעוגנים במסגרת הנורמות הפוזיטיביות של אותה שיטה.

5 אין חלק על העובדה כי עיקרון השוויון הוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"צ 98/69 ברנמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698, ואין חלק כי עיקרון השוויון מחייב כל גוף ציבורי במדינה וכי הוא "צריך להנחות גם את הרשות המחוקקת" (בג"צ 1113/99 עדאלה נ' השר לענייני דתות, טרם פורסם (ניתן ביום 18.4.2000), בסעיף 3 לפסק הדין). השאלה היא רק האם עיקרון השוויון מעוגן בחקיקת היסוד החדשה, ובמיוחד במסגרת המונה "בבד האדם", כך שחקיקה הסותרת את עיקרון השוויון עשויה להיפסל במקרים מסוימים בהיותה נוגדת את דרישות חקיקת היסוד. רובינשטיין ומדינה קובעים כי "רוב הפוסקים והמלומדים סבורים כי עיקרון השוויון אכן זכה לעיגון נורמטיבי בחקיקת היסוד החדשה"; ראו רובינשטיין ומדינה, הערה 2 לעיל, בעמ' 275 הערה 17, וראו, למשל, גם בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 501, 526 (השופט מצא); בג"צ 5394/92 חופר נ' ייד ושם, פ"ד מז(3) 353, 362–363; בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 110, 133–131 ואמכתאות נוספות אצל רובינשטיין ומדינה, שם. לאחרונה חזר וקבע הנשיא ברק, באמרת אגב, כי הוא היה מוכן לבחון אם חוק רגיל פוגע בעיקרון השוויון שלא כדין ובניגוד להוראות פיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ראו פרשת עדאלה, לעיל.

6 ראו בג"צ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ודוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 551–554, שם דן השופט ברק מבלי להכריע בשאלה של סמכותו של בית המשפט לפסול חוק הנוגד את "עקרונות היסוד של השיטה" גם בהיעדר חוקה; פסק הדין של חשין בפרשת בגד המורח, הערה 1 לעיל, בעמ' 545 מל ה; וכן בג"צ 4676/94 מישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נד(5) 15, 28; בג"צ 3627/97 רובינשטיין נ' שר הבטחון, פ"ד נב(5) 481, 541 (השופט חשין). לביטוי נוסף לקיומו של עיקרון-על חוקתי, שיכול להוות בסיס לפסילת חקיקה רגילה למרות שאינה מעוגן בחוק יסוד, ראו בג"צ 1348/98 התנועה המסחרית נ' השר לענייני דתות, טרם פורסם (ניתן ביום 7.10.1999). ניתן כמובן להתנגד מעיקרא לעצם האפשרות שבית משפט יוכל לפסול חקיקה על סמך עקרונות חוקתיים שאינם מעוגנים בטקסט חוקתי ברור ומוסכם, אולם להתנגדות זו ניתן לענות – בהקשר של הרשימה הנוכחית – בשלוש תשובות, שכל אחת מהן מצויה ברמה אחרת של הדיון. ראשית, גם בשיטות שבהן קיימת חוקה פורמלית עשויים להתעורר ויכוחים בנוגע לשאלות יסוד הנוגעות לפרשנות החוקה, ואלה מוכרעים לא פעם, בסופו של דבר, על סמך היקקות לעקרונות ותפיסות שהם מטא-טקסטואליים במידה רבה. כך, למשל, אין בחוקה האמריקנית כל סעיף המקנה לבתי המשפט סמכות לפסול חוקים לא-חוקתיים שמקבלים בתי המחוקקים. הסמכות להתערבות כזו "נלקחה" על ידי בתי המשפט בפסק הדין הידוע בענין *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) והשאלה הייתה נתונה במחלוקת חריפה

מטרתה של הרשימה הנוכחית היא לדון באחד מאותם עקרונות חוקתיים שהועלו בפסיקת בית המשפט העליון ושאינן להם עיגון ישיר בטקסט החוקתי. כוונתי לעיקרון שלפיו בית המשפט רשאי להתערב ולפסול חקיקה שבה מבקשת הכנסת לשנות הסדרים הנוגעים לה עצמה או לאינטרסים של החברים המכהנים בה. בפסק הדין בעניין בנק המזרחי כינה השופט חשין חקיקה מסוג זה כמצב שבו "הכנסת מחוקקת לעצמה"; לאחר מכן נדון העיקרון ויושם בפסק דין גוסף של השופט חשין.⁷ רעיון "הכנסת כמחוקקת לעצמה" הוא חידוש רעיוני חשוב בחשיבה החוקתית בישראל: הוא מספק הסבר מעניין ועקבי לקו הפסיקה החוקתי שהתפתח בארץ בעקבות פסק הדין ברגמן, שבו נפסלה חקיקה של הכנסת על ידי בית המשפט העליון. לכן, לדעתי, יש לתפיסה המגולמת בו פוטנציאל השפעה רב היקף על המשפט החוקתי שלנו. למרות זאת, למיטב ידיעתי, לא זכה עיקרון זה להתייחסות אקדמית מסודרת. מטרתה של רשימה זו היא למלא את החסר ולבחון את העיקרון מכל היבטיו.

ב. הכנסת כמחוקקת לעצמה – הצגת הרעיון

בפסק דינו בעניין בנק המזרחי קבע השופט חשין:

מדוגמאות אלו שהבאנו – מהן ומאחרות זולתן – נדע כי יש בנמצא כוחות "נסתרים", כוחות הטבועים בעצם קיומה של הכנסת ואשר יש בהם כדי להגביל את סמכותה – סמכותה הבלתי מוגבלת, לכאורה – לחוק חוקים. ניתן דעתנו כי מדברים אנו עתה בסמכויות הכנסת כמחוקקת לעצמה ולא כמחוקקת לזולתה, כתפקידה העיקרי. לא נדבר בהגבלות 'בנות משפט הטבע' החלות על סמכותה של הכנסת לחוקק לזולתה.⁸

מדברים אלה עולה, כי לשיטתו של השופט חשין קיימות מגבלות על כוחות החקיקה של הכנסת, כאלו שאינן תלויות בקיומה של חוקה כתובה, והן מתייחסות במיוחד למצבים שבהם חקיקת הכנסת נוגעת לסמכויותיה שלה או לאינטרסים של אלה המכהנים

בין בתי המשפט לקונגרס במשך תקופה ארוכה לאחר מתן פסק דין זה. שנית, אפילו נמכר כי יש מקום להתנגד לשימוש מעשי נרחב בתפיסת מטא-טקסטואליות עמומות בשיטה שבה קיימת חוקה פורמלית מפורטת, הדי דומה כי בשיטה שלנו, החסרה מסמך חוקתי כזה, יש להתנגדות כזו משקל מועט יותר. לבסוף, כאמור בטקסט, הלכה למעשה, בית המשפט אצלנו פיתח עקרונות מטא-טקסטואליים כאלו, ולכן יש מקום לבדוק באופן מדויק את תוכנם וצידוקיהם, ובכך עוסקת רשימה זו.

7 עניין בנק המזרחי, הערה 1 לעיל, בעמ' 544–546. בג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 509 מול ד-י, שגם בו היה השופט חשין בדעת מיעוט.

8 עניין בנק המזרחי, הערה 1 לעיל, בעמ' 545 מול ד-ה (ההדגשה במקור).

בה בזמן הליך החקיקה.⁹ השופט חשין מבחין בין מגבלות אלה לבין מגבלות אחרות שעשויות לחול על הכנסת מכוה עקרונות בסיסיים של חירויות הפרט (שאותן הוא מכנה מגבלות "בנות משפט הטבע").

על אף שרעיון הגבלת החקיקה העצמית של הכנסת, בכינויו זה, הועלה לראשונה בפסק דינו של השופט חשין בעניין בנק המזרחי, הרי שאלוהא דשופט חשין, הלכה למעשה הנחתה תפיסה זו בעבר את בית המשפט העליון בפסקי דין רבים שבהם התערב ופסל חקיקה של הכנסת. במלים אחרות: לדעת השופט חשין, המקרים של שנות ה־70' וה־80', שבהם היה בית המשפט העליון מוכן להתערב ולפסול חקיקה של הכנסת היו, רובם ככולם, מקרים שבהם הכנסת חוקקה חוקים שנגעו "לעצמה" – ולכן היה בית המשפט מוכן להתערב ולפסול את מעשה החקיקה. כדבריו:

עד הנה הכריז בית המשפט כמה וכמה פעמים, כי חוק כנסת פלוני בטל הוא מעיקרו אך באשר פוגע הוא בעקרון השוויון שבסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. כך היה בפרשת ברגמן וכך בפרשת דרך ארץ [בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1] וכך בפרשת רובינשטיין [בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לו(3) 141], כך בפרשת תנועת לאו"ר, כך בפרשת כהן [בג"ץ 2060/91 כהן נ' יו"ד הכנסת, פ"ד מז(4) 319]. בחינה מקרוב של פרשות אלו תגלה לנו כי ברובן חוקקה הכנסת על-פי אותו דגם. הדגם הוא, שהכנסת קבעה נורמות לעצמה (מימון, זמני שידור), ובקובעה נורמות שקבעה עשתה היא מעשה הפליה על דרך הענקת הטבות לחבריה ושלילת הטבות ממי שאינם חבריה.¹⁰

דומה כי דברים אלו עשויים להסביר ולהוסיף לחשיבות של הדיון בעיקרון המגבלות על החקיקה העצמית של הכנסת. המדובר בעיקרון שעשוי לא רק להצדיק התערבות שיפוטית לפסילת חקיקה של הכנסת בעתיד, גם בהעדר עיגון חוקי טקסטואלי, אלא שהוא גם מספק הסבר עקבי לפסיקה החוקתית של בית המשפט העליון במשך השנים, מאז הלכת ברגמן. ההסבר שמציג השופט חשין למקרים שבהם התערב בית המשפט העליון לפסילת חוקים של הכנסת בתקופה שקדמה לחוקי היסוד החדשים הוא חדשני, ובעיקר שונה משתי התיזות העיקריות האחרות שבאמצעותן הסבירו שופטים ופרשנים את התערבות בית המשפט בחקיקת הכנסת. התפיסה שהייתה מקובלת על שופטי בית המשפט העליון בתקופה שקדמה ל"מהפכה החוקתית", וזו התיזה הראשונה, ראתה את התערבות בית המשפט כמבוססת על פרשנות דווקנית וצרה של סעיפים מסוימים בחוקי

9 ראו שם, עמ' 544 מול ו-1: "אין זו אלא דוגמא לסמכותה המוגבלת של הכנסת לחוקק לעצמה, להגדיר את כוחה שלה, לקבוע את סמכויותיה היא" (והדגשות במקור).

10 בג"צ מרכז השלטון המקומי, העדה 7 לעיל, בעמ' 509 מול ד-ה (והדגשות במקור).

היסוד – ובראשם סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת – שהם ורק הם הקנו לבית המשפט סמכות לפסול חקיקה של הכנסת שעמדה בניגוד למצוות המחוקק עצמו, המפורשת בסעיף השריון.¹¹ לעומת זאת, הגישה שקנתה לה אחיזה אצל מרבית שופטי בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין בנק המזרחי – וזו התיזה השנייה – ביססה את סמכותו של בית המשפט לפסול חקיקה של הכנסת על העיקרון החוקתי הכללי שלפיו חוקי היסוד נהנים מעליונות נורמטיבית אינהרנטית על פני חקיקה רגילה של הכנסת.¹²

ההסבר שהציע השופט חשין לפסקי הדין שבהם הכיר בית המשפט בסמכותו לפסול חקיקה של הכנסת שונה משתי התיאוריות הללו. מצד אחד שולל השופט חשין – ולדעתו בצדק – את הניסיון של דעת הרוב בעניין בנק המזרחי לגזור מההיסטוריה החוקתית ומהפסיקה שקדמה ל-1992 עיקרון שממנו נובעת עליונות חוקתית אינהרנטית וכוללת לחוקי יסוד על פני חקיקה רגילה.¹³ במקום זאת הוא הציע הסבר עיוני עקבי ואותנטי לפסקי הדין שבהם בית המשפט נדרש בעבר לפסול חקיקה של הכנסת.

מצד שני, ההסבר של השופט חשין לפסיקה זו חורג מהגישה הטקסטואלית הדווקנית שאפיינה את הפסיקה של שנות ה-70 וה-80, ומציע עיקרון כללי שלפיו אפשר להסביר את עמדתו החוקתית של בית המשפט העליון באותם שנים. זהו עיקרון שהפעלתו כלל אינה מותנית בקיומו של טקסט חוקתי מסמך. במלים אחרות: בעוד שהשופט לנדוי ועמיתיו הגבילו את האפשרות לפסול חקיקה של הכנסת בהתאם למה שנבקע בטקסט של חוקי היסוד עצמם, הרי עיקרון "הכנסת מחוקקת לעצמה" שהציע השופט חשין כלל אינו מותנה בקיום טקסט מסמך שכזה. לשיטתו, המקרה של הפרת עיקרון השוויון במימון הבחירות בפסק דין ברגמן אינו אלא מקרה פרטי של עיקרון כללי יותר, שניתן ליישם אותו גם בהקשר לחקיקה אחרת של הכנסת שתפגע באותו עיקרון, בין אם יש סעיף כלשהו בחוק יסוד המסדיר את הנושא ובין אם לאו. כמובן זה, עמדתו של השופט חשין מהווה חידוש מרחיק-לכת בחשיבה החוקתית שלנו, שיש בו לא רק עניין תיאורטי אלא גם חשיבות מעשית פוטנציאלית ניכרת.

קביעתו של חשין כיחס למגבלות על כוחה של הכנסת לחוקק "לעצמה" מעוררת שתי

11 בג"צ 60/77 וסלד נ' יו"ד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא(2) 556, 559-560; בג"צ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כו(1) 794; ע"פ 107/73 נגב נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 640, 642, וראו דותן, הערה 3 לעיל, בעמ' 166-168.

12 הכל כאמור בסעיף 108 לפסק דינו של הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, הערה 1 לעיל, בעמ' 447, שמד בית השופטים הצטרפו אליו.

13 ראו סעיפים 24 ואילך לפסק דינו של השופט חשין בעניין בנק המזרחי. העקרה ההיסטורית של הנשיא ברק מובאת בעמ' 358-384 לפסק דינו בעניין בנק המזרחי, וראו גם דותן, הערה 3 לעיל, בעמ' 173-174. השוו בעניין זה לקלוד קליין, "פסק דין ברגמן – התגובות הראשונות", ודצאה שניתנה במסגרת הכנס: 30 שנה להלכת ברגמן – דומים בחשיבה החוקתית בישראל, שנערך באוניברסיטה העברית בנובמבר 1999.

שאלות: הראשונה – בדבר הביסוס הרעיוני שעליו נשען עיקרון חוקתי זה, והשנייה – בדבר תוכנו של העיקרון ובדבר היקף המגבלות החלות על הכנסת בהקשר זה. לשאלה הראשונה, התיאורטית, יש חשיבות רבה, משום שהתשובה שניתן לה עשויה להשפיע על התשובה שנוכל לתת לשאלה השנייה, המעשית.

השופט חשין עצמו נותן תשובות מפורטות למדי לשתי השאלות בפסק דינו בעניין בנק המזרחי. באשר לביסוס הרעיוני לקיום המגבלה של "חקיקה עצמית", דומה שהשופט חשין גזור אותה מעיקרון היסוד של השיטה הדמוקרטית. מסקנה זו מתבקשת מכך שהשופט חשין מעלה את תפיסת ההגבלה על חקיקה עצמית מיד לאחר דיון ארוך ומפורט למדי בשאלת סמכותה של הכנסת לשריין את חוקיה ברוב הגדול מ-61 חברי כנסת, ובסופו של אותו דיון הוא מגיע למסקנה שהכנסת חסרה סמכות לקבוע שריון כזה בשל העיקרון הדמוקרטי הבסיסי של הכרעה על פי רוב.¹⁴ לאחר ניתוח העיקרון הדמוקרטי קובע השופט חשין כי חוסר היכולת לשריין חקיקה כנגד שינוי עתידי ברוב של חברי הכנסת אינו אלא דוגמא פרטית לעיקרון ההגבלה על חקיקה עצמית.¹⁵ את תוכנה והיקף התפרסותה של המגבלה על חקיקה עצמית של הכנסת מדגים השופט חשין בעזרת שורה של מקרים פרטיים המשמשים לו כדוגמאות, שחלקן מובאות בפסק הדין בנק המזרחי וחלקן מובאות בדונו באותו עיקרון בפסיקה מאוחרת יותר.¹⁶

בהמשך הרשימה בכוונתי לבחון את שאלת הביסוס הרעיוני של רעיון הגבלת החקיקה העצמית, כמו גם את היקף התפרסותו ואת ההשפעות שעשויות להיות לו על המשפט החוקתי שלנו. טענתי המרכזית היא, שבעוד שניתן לגזור את העיקרון בדבר הגבלת סמכות החקיקה העצמית ממובנים שונים של עיקרון הדמוקרטיה, הרי החשיבות והעוצמה של עיקרון זה, ועיקר הפוטנציאל המחדש שיש בו, סמונים דווקא בייחוס הרעיון לשני עקרונות יסוד אחרים של שיטתנו החוקתית, שאינם מוזכרים ישירות על ידי השופט חשין בהקשר זה: איסור ניגוד העניינים ועיקרון הפרדת הרשויות. במישור העיוני, הניתוח של איסור החקיקה העצמית בהקשרים אלה יסייע להבהיר את מהות העיקרון ולהבחין בינו לבין עקרונות אחרים שעשויים להיות בסיס להגבלת סמכות החקיקה של הכנסת. מבחינה מעשית, תפיסה כזו תאפשר, לטענתי, לפתח ולשכלל את הפוטנציאל שניתן לעשות בו לצורכי הביקורת השיפוטית, ובכך להוסיף מרכיב ייחודי, חדשני וחשוב למשפט החוקתי שלנו.

14 ראו עניין בנק המזרחי, הערה 1 לעיל, בעמ' 544 מול ד-ה. עם זאת, הדרישה להכרעה על פי רוב אינה הפרמטר הבלעדי של עקרונות הדמוקרטיה שעליו מבסס חשין את איסור החקיקה העצמית. פרמטרים נוספים שמועלים על ידו בהקשר זה ידונו בפרק ד להלן, וראו במיוחד סקסט הערה 26 להלן.

15 שם, מול ו.

16 ראו פרק ג להלן.

ג. מסגרת הדיון – אימתי הכנסת "מחוקקת לעצמה"

לצורך הצבת תשתית הדיון אביא כעת שש דוגמאות למצבים שבהם הכנסת מחוקקת – לכאורה – לעצמה. אלה הן דוגמאות שכבר נדונו בפסיקת בית המשפט העליון, מקצתן במישורין בהקשר לבקשת צו שיפוטי ומקצתן בעקיפין במסגרת חוות דעת של שופטים שונים בפסקי הדין של בית המשפט העליון בעבר, אם כי העובדות הנכללות בחלק מהן "הוקצנו" על ידי לצורך הכהירות והמובהקות של הדיון.

(א) הכנסת מחוקקת חוק שלפיו הבחירות שמייעדות להחליף אותה יידחו בארבע שנים, כך שהכנסת שחוקקה את החוק תכהן שמונה שנים במקום ארבע (להלן: "חוק לביטול הבחירות").¹⁷

(ב) הכנסת מחוקקת חוק שלפיו יצומצם לאלתר מספר חברי הבית ל-90, תוך שמירה על הפרופורציה הסיעתית (להלן: "חוק להקטנת מספר חברי הכנסת").¹⁸

(ג) הכנסת מחליטה, באמצעות תיקון לחוק הבחירות, על הגדלת מימון הבחירות לכנסת לסיעות המכהנות בה, באופן המגדיל את הפער בינן לבין סיעות שאינן מכהנות (להלן: "חוק להגדלת פערי מימון").¹⁹

(ד) הכנסת מחוקקת חוק לפיו ייאסר על חברי כנסת המכהנים כראשי ערים להמשיך בכהונתם עם בחירתם לכנסת, אך מחילה את החוק האמור רק על חברי כנסת חדשים ולא על חברי הכנסת המכהנים בה בעת קבלת החוק (להלן: "חוק להענקת עדיפות בבחירות לחברי כנסת מכהנים").²⁰

(ה) הכנסת מחליטה להגדיל את שכר חברי הבית ב-150%.²¹

17 דוגמא המובאת במקרה שאיסור החקיקה העצמית יחול עליו על ידי חשין בפסק הדין בנק המזרחי, הערה 1 לעיל, מול 1.

18 גם דוגמא זו מובאת על ידי חשין כמצב שבו יתערב בית המשפט מכוח אותו עיקרון, שם, בעמ' 545 מול ג.

19 זהו המצב שנדון בפרשת ברנמן, הערה 5 לעיל. חשין מתאר את התערבות בית המשפט בענין ברנמן כתוצר של חזלת עיקרון איסור ההגבלה העצמית, ראו בג"ץ מרכז השלטון המקומי, הערה 7 לעיל, בעמ' 509 מול ה.

20 המקרה שנדון בג"ץ מרכז השלטון המקומי.

21 הדוגמא אינה מופיעה בפסק דין של חשין בעניין בנק המזרחי, אך ללא ספק מהווה דוגמא ל"חקיקה עצמית" של הכנסת. דומה כי בית המשפט העליון בכלל, והשופט חשין בפרט, מגלים חומרה יתרה בהתייחסותם לניסיונות של חברי הכנסת לשפר, באמצעות שימוש בסמכותם, את תנאי השכר שלהם ושאר הטבות הברוכות במילוי תפקידם. לאחרונה באה לידי ביטוי גישה זו בשתי עתירות שהוגשו בפני בג"ץ. בבג"ץ 3706/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל ג' ועדת הכנסת, הוצא צו על תנאי כנגד ועדת הכנסת והכנסת בגין ההחלטה לאשר מענק הסתגלות שלא ארבע משכורות גם לחברי הכנסת ה-14 שלא כיהנו בה מתחילתה אלא הצטרפו אליה לאחר מכן (בג"ץ 3706/99, צו על תנאי מיום 4.6.1999). בעקבות הוצאת הצו על תנאי הודיעה ועדת הכנסת לבית המשפט כי היא מבטלת את ההחלטה המקורית, וכי גזירות הכנסת מתכוונות לדרוש מאותם חברי

(ו) הכנסת משריינת חוק שחוקקה כך שיידרש רוב של 80 חברי כנסת כדי לשנותו.²²

בחרתי לנתח את מהותו ואת היקף התפרשותו של איסור החקיקה העצמית באמצעות הצגת הבסיסים הרעיוניים האפשריים לאיסור, ובחינה של מידת תקפותם והשפעתם על כל אחד מהמקרים שתוארו בדוגמאות. כלומר: בהנחה שהמקרים המובאים לעיל מהווים ביטוי נאמן ומקיף למדי למקרים שבהם היו בתי המשפט מוכנים להכיר ברלבנסיות של תחולת האיסור, יש מקום לבדוק האם ובאיזו מידה הרציונלות החלופיים של העיקרון מתקיימים בכל אחד מהמקרים הללו, ומה הם יחסי הגומלין ביניהם בכל אחד מהמקרים. אני מכיר בכך שמתודולוגיה כזו של ניתוח חשופה לסכנה מסוימת של מעגליות, משום שהמקרים המוצגים בדוגמאות מהווים מרכיבים שבאמצעותם מוגדר איסור החקיקה העצמית, מחד גיסא, ואילו הניתוח עצמו מתייחס, בין היתר, למידת התחולה והרלבנסיות של האיסור לגבי אותם מקרים עצמם – מאידך גיסא. למרות זאת בחרתי במתודולוגיה הזו. ראשית, משום שרעיון איסור החקיקה העצמית הוצג על ידי השופט חשין בעיקר דרך דיון במקרים פרטיים, ולמיטב ידיעתי לא קיים כל מקור אחר להתחקות אחר השורשים הרעיוניים של אותו עיקרון. שנית, משום שמטרתה של רשימה זו היא בראש וראשונה לתאר, לבחון ולהסביר את עמדת בתי המשפט בנוגע לעיקרון האמור. אשר על כן העדפתי לנסות ולגזור את מהות העיקרון וגבולותיו בדרך של "היזון חוזר", תוך הדרגה בין מקרים פרטיים שונים לבין עקרונות חוקתיים כלליים, על פני ניסיון לגזור באופן דדוקטיבי את איסור החקיקה העצמית מעיקרון חוקתי מופשט כלשהו, ומבלי לקשר את הדיון באופן ישיר למקרים שנדונו בפסקי הדין.

ד. הכנסת כמחוקקת לעצמה – טיעונים הנגזרים מעיקרון הדמוקרטיה

כידוע, מונח "העיקרון הדמוקרטי" הוא מונח רחב, שיכול להכיל טיעונים רבים, שונים ונפרדים זה מזה. לצורך הדיון הנוכחי רצוי להבחין בין כמה מונחים נפרדים של הדמוקרטיה, כולם בעלי משמעות מבחינת ניתוח המצבים שבהם הכנסת מחוקקת לעצמה.

כנסת שקיבלו כספים על פיה להשיב את הכספים לכנסת (בג"צ 3706/99 התנועה לאיכות השלטון נ' ועדת הכנסת, פסק דין מיום 3.9.2000). בבג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת הוציא בג"ץ צו על תנאי כנגד ועדת הכנסת והכנסת כנגד החלטה להעלות את שיעור הפנסיה של חברי כנסת של חברי הכנסת ה-14, שפוזרה טרם מועדה, לשיעור שהיה מגיע להם על פי הדין הדגיל לו סיימה הכנסת את כהונת ארבע שנותיה במועד (בג"ץ 971/99, החלטה מיום 28.6.1999). הדין בעתירה זו טרם נסתיים. בשני המקרים הביע בית המשפט את מורת רוחו הגלויה מהחלטות הכנסת ועדת הכנסת, והפעיל עליה לחץ לביטולן. בשניהם היה חשין חבר בדרכב בית המשפט.

22 מקרה שנדון, כאמור, על ידי חשין בפסק הדין בעניין במק המוזרחי כהפדה של העיקרון.

1. דמוקרטיה – חקיקה עצמית כשוללת פגיעה חמורה בעקרונות השוויון והאוטונומיה של הפרט ובחירויותיו הבסיסיות

העקרונות של שוויון מהותי בחירויות הפוליטיות, והשמירה על זכויות היסוד של הפרט וכבוד האדם שלו, עומדים בבסיס שיטת הממשל בישראל כמו בכל דמוקרטיה ליברלית אחרת.²³ הפגיעה בעקרונות אלו עשויה להוות צידוק להתערבות בית המשפט ולפסילת הפעולה הפוגעת, גם במצבים שבהם הפעולה מעוגנת בחקיקה של הכנסת. ואכן, תפיסה זו של הגנה על חירויות היסוד של הפרט כנגד פעולה שלטונית היא העומדת ביסוד חקיקת חוקי היסוד החדשים וביסוד הדוקטרינה השיפוטית שלפיה יכול בית המשפט להגן על החירויות גם באמצעות פסילת חקיקה של הכנסת. אולם, הקשר בין עקרונות יסוד אלו לבין הדוקטרינה של הכנסת המחוקקת לעצמה הוא רופף למדי. אכן, חקיקה עצמית של הכנסת עלולה, במקרים מסוימים, לפגוע בחירויות היסוד הפוליטיות הבסיסיות. זהו המצב, למשל, במקרה (א), שבו הכנסת "בוחרת את עצמה" לכהונה נוספת של ארבע שנים, ופוגעת קשות בחירויות היסוד לבחור ולהיבחר. אולם, אם כל מטרתה של דוקטרינת איסור ההגבלה העצמית היא למנוע פגיעות כוסות כאלו בחירויות היסוד הפוליטיות הבסיסיות, דומה שהיא מיותרת. השופט חשין עצמו דן בהקשר זה בדוקטרינה אחרת שאותה הוא מכנה הגבלות "בנות משפט הטבע" על כוחות החקיקה של הכנסת. איסור החקיקה העצמית הוא רחב הרבה יותר ושאפתני הרבה יותר מאשר דוקטרינה שמסתפקת בהגבלת כוחות החקיקה של הפרלמנט כאשר הוא בא לפגוע בחירויות היסוד הבסיסיות ביותר של האזרח. חקיקה עצמית עשויה להתקיים גם כאשר חירויות האזרח אינן נפגעות כלל, או כאשר הפגיעה בהן היא קלה ורחוקה. זהו, למשל, המצב בדוגמא (ה), שבה הגדלת שכר חברי הבית אינה קשורה לחירויות האזרח, וגם בדוגמאות (ג) ו-(ד), המתאייחסות אמנם להפרת שוויון הסיכויים בבחירות, אך הקשר שלהן לפגיעה ישירה בחירויות האזרח הוא קלוש למדי.²⁴

אין להסיק מניתוח זה התנגדות לקו שהנחה את בית המשפט העליון במשך שנות ה-70

23 הטענה בטקסט קודם בין העקרונות של ההגנה על חירויות הפרט הבסיסיות לבין הדמוקרטיה. קיימים כמובן סיעונים חשובים אחרים הנוגעים בהגנה על חירויות הפרט, זאת במנותק מהשאלה של הפגיעה של הגבלה על החירויות על פעולת המערכת הפוליטית הדמוקרטית, כגון סיעונים מוסריים פילוסופיים וכיו"ב. ראו בעניין זה Carlos Santiago Nino, *The Ethics of Human Rights* 129-185 (1991).

24 ראו בעניין זה דברי השופט זמיר בבג"צ מרכז השלטון המקומי, הערה 7 לעיל, בעמ' 497. בצדק הוא קובע כי אפילו יש במצב שנדון שם הפרה של עיקרון השוויון, הדי מדובר בהפרה קלה, שמנקודת הראות של חוקי היסוד בעניין חירויות הפרט אינה מצדיקה התערבות שיפוטית לפסילת חוק של הכנסת. בד בבד, ייתכנו מקרים שבהם קיימת פגיעה חמורה בחירויות הפרט הבסיסיות, אך אין הם מקימים עילה להתערבות על פי הדוקטרינה של איסור החקיקה העצמית. למשל, חוק שיפוע באופן חמור בזכויות הפרטן הדתי של סקטור מסוים באוכלוסיה.

וה'80 בפרשנות רחבה ובלתי מתפשרת של דרישת השוויון בבחירות המעוגנת בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת; אך יש לזכור, כי אותה גישה הייתה מבוססת על הסקסס של חוק היסוד עצמו, בעוד שהדוקטרינה של "הכנסת כמחוקקת לעצמה" מתיימרת לחול על מצבים שבהם הכנסת אינה פועלת בניגוד לחוק שחוקקה בעבר צובכל זאת יצדיקו בהם מצדדי הגישה פסילה של חקיקה ראשית. דומה, שהתערבות לפסילת חוק על ידי בית המשפט, בהיעדר ביסוס חוקתי טקסטואלי, איננה יכולה להעשות רק על סמך הטענות שהחקיקה נשוא הדיון מפרה (ולו הפרה קלה ביותר) את שוויון הסיכויים בבחירות לכנסת. כך או כך, מבחינת המצבים שעליהם הוא עשוי לחול, הטענות של ההגבלה על חקיקה עצמית אינו זהה ואינו חופף לטענות בדבר הפרת השוויון המהותי או לטענות בדבר פגיעה בחירויות היסוד של האזרח.

2. דמוקרטיה – חקיקה עצמית כפגיעה בעיקרי המנדט שלפיו נבחרה הכנסת

כדי להבהיר את המובן של הטענות נבחן את דוגמא (ב). הכנסת, לפי טענות של השופט חשין, איננה רשאית לחוקק חוק שיפחית אד-הוק את מספר חבריה מ-120 החברים שנבחרו ל-90. זאת, גם בהנחה שההפחתה במספר החברים תיעשה ללא פגיעה בייצוג של כל הסיעות, היינו: באופן שוויוני. חקיקה מסוג זה נתפסת כחקיקה שבה הכנסת "מחוקקת לעצמה" מבחינה זו שהכנסת "עושה דין לעצמה" ומשנה את סדרי היסוד של השיטה שעל פיה היא עצמה נבחרה. אולם, אם אין כאן פגיעה בשוויון,²⁵ וגם לא פגיעה בחירויות הפרט הבסיסיות – מהו הבסיס להתערבות בית המשפט בחקיקה כזו? התשובה האפשרית לכך היא שהציבור בחר "כנסת" שמונה 120 חברים, והכנסת חסרה – אינה רגשית – סמכות לשנות את עיקרי ההסדרים שעל פיהם היא עצמה נבחרה. אכן, דומה שטענה זו היא הבסיס העיקרי לתפיסתו של השופט חשין בדבר איסור החקיקה העצמית.²⁶ אולם, בחינה יסודית של רציונל כזה לאיסור מעוררת שאלות הן בדבר צידוקי הטענה עצמה והן בדבר היכולת לבסס עליה את איסור החקיקה העצמית. מדברי השופט חשין בפסק הדין עולה, לכאורה, כי יהיה מוכן להתערב ולפסול חוק שיקטין את מספר חברי הכנסת רק כאשר מדובר בחוק שייושם באופן מיידי על הכנסת

25 ניתן לטעון שכל חקיקה כזו מהווה פגיעה מסוימת בשוויון הייצוג, משום שהיא פוגעת יותר בסיעות קטנות מאשר בסיעות הגדולות, כלומר: השמידה על הייצוג היחסי אינה יכולה לכסות על הפגיעה המחלטת בכוח הפוליטי של סיעות מסוימות עקב השינוי. אני מתעלם מהטענות הנה לצורך הדיון בטקסט, שכן הטענות של חשין מכוונות להצדיק התערבות שיפוטית לפסילת חקיקה כזו גם בהנחה שאינה פוגעת בשוויון בייצוג.

26 דומה, כי מבל הרציונליות הדמוקרטית הנדונים אצל השופט חשין לעיקרון הגבלת החקיקה העצמית, הטענות האמור הוא הבסיס הדומיננטי ביותר. השופט חשין מדבר על העם הבחר את הכנסת בבחירות דמוקרטיות בתור "מקור סמכותה של הכנסת", ומכאן הוא גוזר את היעדר כוחה של הכנסת לחרוג מסמכותה. ראו, למשל, דבריו בעניין בנק תמזרחי, העדה 1 לעיל, בעמ' 544 ו-545 מול ג.

המכנה צמח – להבדיל מחוק שבו תקבע הכנסת כי יוחל רק מכאן ולהבא, כלומר: לאחר הבחירות לכנסת הבאה.²⁷ במלים אחרות: השופט חשין אינו מערער על סמכותה של הכנסת לקבוע בחקיקה את מספר חבריה, אלא רק שולל חקיקה כזו שתיושם אד-הוק. אם כך הוא הדבר, מהו הבסיס הרעיוני של עמדה זו? השופט חשין אינו מעניק תשובה ישירה לשאלה זו, אך ניתן להעלות בהקשר זה שתי תשובות אפשריות.

האפשרות האחת היא כי לכנסת אסור לחוקק חוק שיקטין אד-הוק את מספר חבריה משום שיהיה בכך כדי לפגוע פגיעה קשה בהנחות היסוד של הבוחרים שבחרו אותה ובציפיותיהם. זהו הסבר שמתיישב היטב עם ההקשר הדמוקרטי שבו העלה השופט חשין את הדוגמא. לפי קו חשיבה זה, חוק שבו הכנסת "שולחת הביתה" לאלתר 30 מחבריה מפר את המנדט שעל פיו בחר בה הציבור. בחינה של הסבר זה מעלה כמה סימני שאלה: נניח, למשל, כי האפשרות להקטין את מספר חברי הכנסת ל-90 נדונה באופן בולט במערכת הבחירות שקדמה לבחירתה של אותה כנסת ואף זכתה לעיגון במצען של שתי המפלגות הגדולות. במקרה כזה, קשה לומר שחקיקתו של חוק שיישם את מה שהובטח במערכת הבחירות מהווה הפרה של המנדט של הכנסת כלפי בוחריה, ואולי ההיפך הוא הנכון. זאת ועוד: אפילו הפרה הכנסת בחקיקה כזו את ציפיות הבוחרים, הרי אין בעובדה זו כשלעצמה כדי להצדיק את התערבות בית המשפט לפסילת החקיקה, משום שניתן לטעון שאין בחקיקה כזו – בהנחה שאינה פוגעת בשוויון הסיכויים בבחירות שלאחר מכן – כדי למנוע מהבוחרים לשוב ולשנות, באמצעות ההליכים הדמוקרטיים המקובלים, את מה ששינו חברי הכנסת.²⁸

אפשרות אחרת להסביר את עמדתו של חשין ביחס לדוגמא זו היא לומר שהכנסת איננה מוסמכת לשנות אד-הוק את ההסדרים הבסיסיים שמכוחם ועל פיהם היא פועלת, בין אם מכוח מגבלה בעלת אופי לוגי ובין אם מכוח שיקולי מדיניות מסוימים. האפשרות שהכנסת איננה מסוגלת – מבחינה לוגית – לשנות את "סדרי ארגונה", מבלי שהשינוי עצמו יעמוד בדרישות הדיוניות של הסדרים הקיימים עובר לשינוי, נדונה בהרחבה בפסק דינו של חשין בעניין בנק המזרחי, ותואמת את עמדתו הכללית לגבי המגבלות החלות על כוחה של הכנסת. אולם, הדיון במגבלה כזו מופיע בפסק הדין בחלק העוסק ב"התארגנות" הכנסת לפעילות, ולא ברור הקשר שלו לאיסור החקיקה העצמית.²⁹

27 שודי הוא טורח לציין מפורשות כי מדובר בהחלת החוק המקטין את מספר חברי הכנסת לאלתר. ראו שם, בעמ' 545 מל ג.

28 השווה דיון בסעיף 3 להלן. הדברים הללו יפים גם לגיתוח שאלת הפרת המנדט על בסיס הדוגמאות האחרות שנדונות כאן, כגון דוגמא (ד) בדבר הענקת עדיפות לחברי כנסת מכהנים ודוגמא (ה) בדבר העלאת שכרם של חברי הכנסת. על פני הדברים, אלו הן דוגמאות מובהקות לכך שהכנסת "מחוקקת לעצמה"; אולם כלל לא ברור שיש במקרים אלו הפרה של המנדט שעל פיו נבחרה הכנסת, ובכל אופן אין מדובר בהפרה אינהרנטית (כזו שאינה תלויה כלל בעובדות הסיטואציה הקונקרטית הנדונה), ואין מדובר במצב שבו התערבות בית המשפט מתחייבת עקב היעדרה או עקב פגיעה פטאלית באפשרות התיקון של המעוות באמצעים הדמוקרטיים המקובלים. ראו פרשת בנק המזרחי, השרה 1 לעיל, בעמ' 530–535 לפסק הדין, במיוחד סעיפים 85 ו-86.

להצבת מגבלה כזו גם אין קשר ישיר לדיון בעיקרון הדמוקרטי ובטענה של הפרת המנדט של הכנסת בבחירות. במלים אחרות: קביעתו של חשין בדבר הצורך ששינוי דרכי הפעולה של הכנסת לא ייעשה אד-הוק איננה מובאת בפסק הדין כטענה הנובעת מעיקרון הדמוקרטיה ומסוגיית קיום המנדט, אלא כעיקרון כללי בעל תוקף לוגי החל על דרכי ההתארגנות של כל גוף באשר הוא.³⁰

את ההתנגדות לכך שהכנסת תשנה אד-הוק את ההסדרים המרכזיים הנוגעים לדרכי פעולתה ניתן להצדיק גם בנימוקי מדיניות כבדי משקל. נימוק כזה עשוי להתייחס לצורך לשמור על יציבות חוקתית, שתפגע קשות אם הכנסת תוכל לשנות אד-הוק הסדרים מרכזיים הנוגעים לדרכי פעולתה. טיעון נוסף עשוי להצביע על הצורך בכך ששינוי הסדרים חוקתיים מרכזיים הנוגעים לדרכי פעולתה של הכנסת ייעשה בתנאים של "מסך בערות", קרי: תוך שמירה על כך שהשינוי בהסדרים הבסיסיים הנוגעים לדרכי הפעולה של הכנסת לא ייעשה מתוך שיקולים הנוגעים לרצון של גורם כלשהו להשיג רווח פוליטי בשווה הקצר כתוצאה מעריכת השינוי. נימוקי מדיניות אלו הם כבדי משקל, והם עשויים לתמוך בהתערבות שיפוטית במקרה של ניסיון להקטנה אד-הוק של מספר חברי הכנסת, כמו גם במקרים אחרים שבהם תנסה הכנסת לשנות הסדרים מרכזיים הנוגעים לדרכי פעולתה באמצעות חקיקה אד-הוק.³¹ אולם, לנימוקים אלו אין קשר ישיר לאיסור החקיקה העצמית, בהנחה שאנו רואים את האיסור כנובע מהטיעון הדמוקרטי. לעומת זאת ניתן לקשר בין הטיעונים הללו לבין רציונלות אפשריים אחרים של איסור החקיקה העצמית, כגון איסור ניגוד העניינים ועיקרון הפרדת הרשויות שידונו להלן.

3. דמוקרטיה – חקיקה היוצרת כשל אינהרנטי במנגנון התיקון הדמוקרטי

לפי קו טיעון זה יש הצדקה להתערבות שיפוטית בפעולות של המחוקק כאשר החקיקה פוגעת בעיקרי השיטה הדמוקרטית באופן שיש בו כדי למנוע או להשפיע לרעה על האפשרות להחזיר את הגלגל לאחור באמצעים הדמוקרטיים המקובלים. במלים אחרות: אין הצדקה להתערבות שיפוטית כאשר מנגנוני התיקון הרגילים של הדמוקרטיה

30 ראו שם, בעמ' 530 מל ו-1: "דברים שאמרו נכונים הם לגבי כל גוף קולגיאלי (הוא הדין בבעל סמכות יחיד, בחברה ששלטון החוק, ולו במובנו הפורמלי, שורר בה)".

31 להצגה מפורטת של טיעון כזה ראו ברק מדינה, "בחירת תוקפן של הוראות שריון בחקיקה לפי אבות-מידה מזהית" (נייד עמדה שהוצג בסמינר המחלקתי של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית ביום 10.3.2000). דוגמא אפשרית למגבלה הליכית כזו היא קביעת הדרישה שכל שינוי בשיטת הבחירות של הכנסת יחול רק על הכנסת שתיבחר לאחר הכנסת הבאה, היינו: שהשינוי לא ישפיע באופן ישיר על סיכוייהם של חברי הכנסת המכהנים להיבחר מחדש בבחירות שייערכו עם סיום כהונתם. הצבת דרישה כזו – על כל המשמעויות המעשיות המורכבות שלה – תבטיח לכאורה שהסדרי הבחירות לכנסת ייקבעו תחת "מסך בערות", באופן שלא אפשר לחברי הכנסת לחשב ודשונים אינסטרטגיים וקצרי טווח הקשורים לשאיפותיהם האישיות. השווה הדין בסעיף ה.1 להלן.

ממשיכים לפעול. אולם, כאשר הפעולה הרובנית של המחוקק שוללת או מצמצמת את האפשרות העתידית של המנגנון הדמוקרטי לשנות את מה שנקבע, אזי מוצדקת ההתערבות השיפוטית לפסילת החקיקה: במקרים כאלה לא ניתן לסעון שאם הציבור מתנגד לשינוי הוא יוכל תמיד להביע את דעתו, שכן החקיקה העומדת לדיון מכוונת למנוע ממנו או להגביל את אפשרותו לעשות כן.³²

הסיעון של פגיעה במנגנוני התיקון הדמוקרטיים יכול להסביר היטב את הצורך בהתערבות שיפוטית לפסילת החקיקה במצב (א) (ביטול בחירות) בדוגמאות שהבאנו, וגם במצבים (ג) (הגדלת פערים במימון בחירות) ו-(ד) (הענקת יתרון הכהונה הכפולה לחברי כנסת מכהנים). במצבים אחרונים אלה, הפגיעה באפשרות של מי שמתנגד להמשך שלטונה של הכנסת הנוכחית להביס אותה באמצעות בחירות אמנם אינה פטאלית כמו במקרה (א), אולם הן הקטנת מימון הבחירות לסיעות שנמצאות מחוץ לכנסת (מצב (ג)) והן הענקת יתרון כפל הכהונה לחברי כנסת המכהנים כיום (מצב (ד)) מהווים פגיעה בעיקרון השוויון בבחירות, באופן המעניק ליורצי ההסדר המפלה סיכוי עדיף להיבחר מחדש, ומקטין את סיכוייהם של המתנגדים להסדר להביא לניצחון עמדתם בדרך של בחירות דמוקרטיות. כלומר: גם במצבים (ג) ו-(ד) נוצר כשל במנגנוני התיקון משום שלא ניתן לומר – ללא כחל ושרק – כי "אם הציבור מתנגד להסדר – הוא יכול להביע דעתו באמצעות הבחירות", וזאת משום שהחקיקה עצמה מגבילה את סיכויי המתנגדים ומחלישה את כוחם הפוליטי להתחרות בתחרות הוגנת ושווה במסגרת אותן בחירות. מכאן, שיש כאן פגיעה במנגנון התיקון הדמוקרטי: לאלו המכהנים היום בעמדות הכוח אין אינטרס להעמיד את החקיקה למבחן דמוקרטי שוויוני, שהרי הם עצמם נהנים מההסדר המפלה, ואילו לאלו שאינם מצויים בעמדות הכוח אין יכולת מעשית להביא לשינוי אותם הסדרים באמצעים הדמוקרטיים המקובלים, או שיכולתם המעשית מוחלשת. הכשל (או המכשלה שהושמה בפני מנגנון התיקון הדמוקרטי) מצדיקים במצבים כאלה את התערבות בית המשפט.

האם הרציונל של התערבות לתיקון כשל במנגנוני התיקון הדמוקרטיים תקף גם במצב (ו), שבו הכנסת משריינת חקיקה מסוימת באופן ששינוי אותה חקיקה יצריך רוב של 80 חברי כנסת? התשובה לשאלה זו איננה פשוטה כפי שניתן לכאורה להסיק מתווה דעתו של השופט חשין בעניין בנק המזרחי. אין ספק, שעל פני הדברים, שריון חקיקה ברוב של יותר מ-61 קולות פוגע באפשרות לשנות בעתיד את אותה חקיקה בדרך דמוקרטית רובנית. בכך מנציח הרוב הקיים בכנסת במועד החקיקה המשריינת את ערכיו המחזתיים וכופה אותם על הרוב שאולי יבקש לשנות אותם בנקודת זמן מאוחרת יותר. ואכן, קביעה זו היא הבסיס לאחד הטיעונים המרכזיים נגד הלגיטימיות של חוקה בכלל בדמוקרטיה,

32 זהו סיעון מס' בספרות המשפטית הנגזרת לשאלת הלגיטימציה של התערבות שיפוטית לפסילת חקיקה רובנית. ראו, למשל, John Hart Ely, *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review* (1980).

סיעון הידוע בשם "הכשל הבין זמני".³³ עם זאת, התוקף של סיעון זה מנקודת המבט של הסיעון בדבר כשלים במנגנוני התיקון הדמוקרטיים הוא חלש באופן משמעותי כשמדובר במצב (ו) (שריון הסדר מהותי כלשהו) לעומת מצבים (א), (ג) ואפילו (ד). הסיבה לכך היא, שבעוד שהכשלים במנגנון התיקון בחקיקה באותם מצבים מתייחסים ישירות להסדרי השינוי הדמוקרטי העתידי עצמם, הרי שבמקרה של שריון חקיקה מהותית, צמצום מנגנון התיקון הוא רק פרמטר משני של ההסדר המהותי, וההשפעה שלו על מנגנוני השינוי היא עקיפה בלבד.

כדי להדגים את טענתי אבחן זה בצד זה את ארבעת המצבים (א), (ג), (ד) ו-(ו) על פי המבחן הבא: האם ובאיזו מידה פוגע ההסדר החקיקתי בכל מצב באפשרות של מפלגה פלוגנית, שחרתה על דגלה את שינוי ההסדר, להביא לביטולו בדרך הדמוקרטית המקובלת של בחירות. מובן, שבמצב (א) (דחיית בחירות) הפגיעה היא פטאלית – אותה מפלגה לא תוכל להתחרות בבחירות משום שלא יהיו בחירות אלא בתום שמונה שנים לכהונת הכנסת (בהנחה שבמצב כזה הכנסת המכהנת לא תחליט לדחות את סיום כהונתה בארבע שנים נוספות, כפי שנוהגים שליטים בלתי דמוקרטיים לעשות מדי פעם). כך גם נפגעים קשות סיכוייה של אותה מפלגה לתקוף את הסדר הקיים במצב (ג) (הגדלת פערי מימון): הבחירות אמנם מתקיימות במועדן, אך סיכוייה להצליח בהן קטנים יותר משום שהחקיקה של הכנסת המכהנת פוגעת באפשרות שלה ליהנות ממימון בחירות, ומציבה אותה בנחיתות אינהרגסית ביחס למפלגות המכהנות, הנהנות מאותו הסדר עצמו. גם במצב (ד) (עדיפות בבחירות לחברי כנסת מכהנים) מתבקשת מסקנה דומה. אכן, ההפליה הנובעת מההסדר החקיקתי שנוצר על ידי הכנסת המכהנת היא אולי קטנה בעוצמתה יחסית למצבים (א) ו-(ג), אך היא מתייחסת ישירות אל הבחירות עצמן ואל סיכויי ההיבחרות של מי שמבקש להתחרות בכנסת המכהנת. לא זה המצב בדוגמא (ו) (שריון חקיקה). כאן, המפלגה שחרתה על דגלה את ביטול ההסדר המהותי המשוויין תוכל להתחרות ללא הפרעה בבחירות שוות. אכן, ניתן לטעון, שככל שהדבר נוגע לסיכוייה להביא לשינוי ההסדר היא סובלת מנחיתות, שכן אפילו תזכה במספר המושבים שיינתנו לה בבחירות חופשיות ושוות, עדיין הקולות שתקבל יהיו "שונים פחות" בעת ההצבעה על ביטול החוק המשוויין, משום שהיא נדרשת להשיג יותר מרוב רגיל כדי לבטל את אותו הסדר. אולם, יש לזכור כי הנחיתות של אותה מפלגה תהיה מוגבלת אך ורק בנוגע לחוק המשוויין, בעוד שאפשרותה המעשית להיבחר לא נפגעה.³⁴

33 ראו Bruce A. Ackerman, "The Storrs Lectures – Discovering the Constitution," 93 Yale L.J. 1013, 1049 (1984). וכן חתן, הערה 3 לעיל, בעמ' 157–159.

34 כנגד הסיעון המובא בטקסט ניתן להעלות את הסיעון הבא: מבחינתה של מפלגה הזוהרת על מצעה את שינוי של הסדר חוקי מסרים – לא תועיל לה האפשרות שקיבלה סיכוי שווה בבחירות, ואף הצליחה לקבל מספר מושבים משמעותי בכנסת, אם היא נתקלת במחסום של הרוב המיוחס בבואה לנסות ולהביא לשינוי אותו הסדר. אולם, מגבלה על האפשרות של מקסדור מסרים או של בעלי דעה מסיימת לשלוח את נציגיהם בכנסת היא חמורה הרבה יותר ממגבלה הנוגעת לאפשרות השינוי של הסדר מסרים. זאת, משום ששנציגות משמעותית בכנסת מעניקה לנציגי המפלגה מנוף

זאת ועוד: קיימים שני שיקולים מעשיים נוספים המחזקים לדעתי את ההבחנה בין חקיקה המיועדת לפגוע בשוויון הסיכויים להיבחר לבין חקיקה המשריינת הסדר מהותי כלשהו ברוב מיוחד. השיקול הראשון קשור לשאלת הנטל בפנייה לעזרת בית המשפט. יש לשים לב, שבמקרים (א), (ג) ו-(ד) מי שייאלץ לפנות לבית המשפט הוא תמיד הצד שנפגע מהחקיקה המפלה; כלומר: המפלגה הלא מיוצגת היא שתיאלץ לפנות לבית המשפט כדי שיגן על המיעוט שסבל מחקיקה מפלה של הרוב, המיועדת להנציח את מעמדו כמיעוט מופלה. במקרים אלה הימנעות של בית המשפט מהתערבות פירושה מתן גושפנקא לחקיקה הפוגעת בעיקרון שוויון הסיכויים, וסתימת הגולל על סיכוייו של הגורם המופלה לרעה לזכות בייצוג פוליטי.

לא זהו המצב בדוגמא (1). כאן, לאחר שתיבחר המפלגה (או ההרכב המפלגתי) המיועד לשנות את ההסדר המשוריין, ותזכה לרוב (אמנם רוב רגיל) בבית המחוקקים, היא תחוקק חוק שיתיימר לשנות או לבטל את ההסדר המשוריין. לאחר קבלת החוק הזה, מי שייאלץ לפנות לבית המשפט הוא דווקא הצד שנהנה מהפגיעה בשוויון הסיכויים, והוא שיהיה תלוי בהחלטתו של בית המשפט בכל הנוגע לתוקף של הוראת השריון. במקרה כזה, הימנעות של בית המשפט מהתערבות תוביל למעשה לתוצאה של ביטול ההעדפה הפוגעת בשוויון הסיכויים (על פי קו הטיעון של הכשל הבין-זמני).

לשיקול האמור מצטרף השיקול השני הקשור אליו, והוא השיקול האסטרטגי-מעשי, הקשור לעמדתו האפשרית של בית המשפט בסיטואציה מעין זו. טענתי היא כי במצב כזה, שבו מי שנכשל ואיבד את אמונו של הציבור בבחירות דמוקרטיות, תוקף הסדר חקיקתי שהתקבל על פי עמדת הרוב הנוכחי ומבקש לשנות הסדר משוריין שאינו נהנה כיום עוד מתמיכת הציבור – עמדתו של בית המשפט כלל איננה מובנת מאליה וצפויה. אם ההסדר המשוריין יתייחס לעקרונות דמוקרטיים בסיסיים או לחירויות הפרט, סביר להניח שבית המשפט לא יתקשה לקבל את העתירה ולפסול את החקיקה הפוגעת בעקרונות אלו על סמך הפגיעה בהסדר המשוריין. מצב שונה יהא אם השריון יתייחס לנושא מדיני, כלכלי או חברתי מהותי. במצבים מעין אלה, בית המשפט יודע היטב כי מתן תוקף להוראה המשוריינת משמעו חתירה כנגד רצון הרוב, כפי שקיבל תוקף בבחירות דמוקרטיות. אני מתקשה להאמין כי בסיטואציה כזו יבחר בית המשפט להעדיף את ההוראה המשוריינת על פני הרצון הברור של הרוב הדמוקרטי, וזאת על רקע המציאות החוקתית הרעועה שלנו ובהעדר טקסט חוקתי אוטוריטיבי ואחיד הנהנה מקונצנזוס רחב ומושרש.³⁵ ההיסטוריה מוכיחה כי במצבים כאלו יש לבתי המשפט מגוון

רב עוצמה להביא לשינויים חברתיים באמצעות יצירת קואליציות, הפעלת דעת הקהל וכיו"ב. במלים אחרות: הדינמיקה של החיים הפוליטיים מצביעה, לדעתי, על כך שמחסומים פורמליים הכרוכים בהסדרים סטטוטוריים מסוימים הם בעלי עוצמה פחותה בהרבה ממחסומים הנוגעים לעצם שיטת הייצוג הפוליטית.

35 והשוו למדינה, הערה 31 לעיל.

רחב של סכניקות הימנעות ו"דרכי נסיגה"; למעשה, הרטוריקה החוקתית של בית המשפט העליון בעניין בנק המזרחי כבר מכילה כמה דרכים כאלה.³⁶

לסיום הדיון בחלק זה אבקש להדגים את טענתי בדבר ההבדל בין מצב (ו) לבין מצבים אחרים של פגיעה במנגנוני התיקון הדמוקרטיים, תוך שימוש במינוח של השופט חשין עצמו. כאשר הכנסת המכהנת פוגעת בסיכויי המפלגות או בסיכויי המועמדים המתחרים באמצעות חקיקה, אנו יכולים לומר כי היא "מחוקקת לעצמה" ולטובתם (האישית או המפלגתית) של מי שכרגע מצויים בעמדת הכוח – והכל כדי להבטיח את בחירתם מחדש או כדי להעניק להם יתרון בלתי-שוויוני במסגרת בחירות עתידיות. לעומת זאת, כאשר הכנסת משריינת חקיקה מהותית כלשהי, קשה לומר שהיא מחוקקת לעצמה. נכון יותר לומר כי היא "מחוקקת לערכיה", או "לטובת עמדת הציבור שבחר בה". שריון חקיקה מהותית מיועד להנציח את שליטתה של עמדה מסוימת ולא את שליטתה של מפלגה מסוימת, ולדעתי זהו הבדל שאין להקל ראש בחשיבותו.

מכאן מתבקשות אפוא שתי מסקנות. ראשית, חקיקה של הכנסת, המשריינת הסדר מהותי מסוים ברוב של יותר מ-61 חברי כנסת אכן מעוררת בעיות קשות במישור היחסיים שבין חוקה לדמוקרטיה, אך הפגיעה שהיא יוצרת במנגנוני התיקון הדמוקרטיים היא – עקרונית – פחות חריפה ביחס למקרים שבהם החקיקה עוסקת ישירות במנגנוני התיקון הדמוקרטיים עצמם (קרי: בבחירות ובכל הכרוך בדרכי הפעולה הפוליטית בדמוקרטיה). שנית, אין זהות בין הצידוק החוקתי להתערבות שיפוטית במקרה של חקיקה הפוגעת במנגנוני התיקון הדמוקרטיים, לבין הסיעון בדבר איסור החקיקה העצמית. זאת, משום שקיימים מקרים שבהם הכנסת עשויה לחוקק חקיקה אינטרסנטית, העוסקת באינטרסים של חברי הבית או של הסיעות המשתתפות בהליך החקיקה, אך חקיקה כזו איננה יוצרת כשל אינהרנטי החוסם או מגביל באופן משמעותי את האפשרות לתיקונו במסגרת ההליך הדמוקרטי עצמו, ומצדיק, לכן, התערבות שיפוטית. דוגמאות למקרים כאלו הן מקרה (ד) – שבו פגיעת החקיקה במנגנוני התיקון הדמוקרטיים היא חלשה, ומקרה (ה) – העלאת שכר חברי הבית, שבו אין כלל פגיעה באפשרות להחזרת המצב לקדמותו

36 לעניין סכניקות הימנעות שונות שבתי המשפט – ובכללם בית המשפט העליון – נהגים להפעיל במקרים שבהם קיימת התנגשות חזיתית בין מה שמבקש על ידי העותרים לבין עמדות רובניות חזקות הנפוצות בציבור, ראו יאב דותן, "עתידה כללית ופוליטיקה שיפוטית בבית המשפט הגבוה לצדק", עיוני משפט כ 93 (תשנ"ו). לגבי הטכניקות שעשויות לאפשר לבית המשפט העליון שלא להכיד בתוקף של הוראה משוריינת בחוק יסוד ראו דבריו של הנשיא ס'ק בעניין בנק המזרחי, הערה 1 לעיל, בעמ' 406, המשאיד את האפשרות של "שימוש לרעה" בכוח המכוון של הכנסת "בצורך עיון"; כן ראו דברי הנשיא שמגר באותו פסק דין, שעל פיהם המבחן לזיהוי חוק יסוד הוא מבחן משולב שבית המשפט צריך להפעיל (שם, בעמ' 294–296), וכן קביעת השופט כ' בפסק הדין, שלפיה החשש מפני שימוש לרעה בסמכות הכבילה הוא סכנה שניתן יהיה להתמודד עמה בבוא העת "במישור השיפוט או במישור ממלכתי אחר" (שם, בעמ' 583). להצעה לגבי המתכונת האפשרית של הגבלות על כוח המכוון של הכנסת כדי למנוע "הנצחה" של הסדרים מהותיים מסוימים באמצעות שריון חקיקת יסוד ראו מדינה, הערה 31 לעיל.

באמצעים דמוקרטיים. בשני המקרים הללו מדובר באופן מובהק במקרים של חקיקה עצמית של הכנסת, הנוגעת לאינטרסים הישירים של החברים המכהנים בה, ושהדיון באיסור החקיקה העצמית חייב להתייחס אליהם.

הניסיון לגזור את איסור החקיקה העצמית מהעיקרון הדמוקרטי, על שלל מובניו, לא צלח באופן מלא. דומה כי ההגבלות על החקיקה העצמית של הכנסת אינן יכולות להתבסס באופן מלא על הרציונל הדמוקרטי. יש מקום אפוא לבחון את היחס בין איסור החקיקה העצמית לבין עקרונות אחרים של משפטנו החוקתי.

ה. הכנסת כמחוקקת לעצמה – טיעונים אחרים

1. איסור ניגוד העניינים

המושג "חקיקה עצמית" מתייחס למצבים שבהם גוף כלשהו – במקרה הנדון כאן: הכנסת – עוסק ומכריע בעניינים הנוגעים לסמכויותיו, לגבולות כוחו, לדרכי פעולתו וגם לתנאי הכהונה של חבריו. על פני הדברים, העיסוק של גורם כלשהו, במסגרת תפקיד רשמי, בנושאים הנוגעים "לעצמו" מתקשר לדיון בעיקרון האוסר ניגוד עניינים. הכלל האוסר ניגוד עניינים הוא עיקרון יסודי במשפטנו ויש לו השפעות גם על דרכי פעולתה של הכנסת. למרות שהיקף תחולתם של כללי הצדק הטבעי על הליכי חקיקה ראשית וחוקים מלהיות ברורים,³⁷ אין חולק שהיבטים מסוימים של עיקרון ניגוד העניינים חלים גם על הכנסת ועל חברי הכנסת, גם אם מדובר בפעולתם כמחוקקים ראשיים. כך, למשל, אוסרים כללי האתיקה על חברי כנסת להשתתף בדיונים או ליזום הצעות בנושאים שלגביהם יש להם "ענין אישי".³⁸ העיקרון של איסור ניגוד העניינים הוא גם הרציונל העיקרי המבסס את הוראות החוק האוסרות על חברי הכנסת לעסוק בעיסוקים נוספים, לייצג גופים שונים בפני הכנסת או לכהן בגופים שונים.³⁹ זאת ועוד: מקצת

37 ככלל, עקרונות הצדק הטבעי אינם חלים על הליכי חקיקה, לדבות חקיקה מנהלית, באותה מידה שהם חלים על הליכים שיפוטיים ומנהליים; ראו בג"צ 3/58 דימן נ' חר הפנים, פ"ד יב 1493, 1509. הכנסת אינה כפופה לחובה כללית של שמירת גורמים איגודוידואליים המעוניינים בהליך החקיקה; ראו בג"צ 975/89 נימרודי לנד דיוולופמנט נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מה (3) 154, 158-157. להיקף ותחולה של איסור ניגוד העניינים על הליכי חקיקה בכנסת ראו להלן.

38 סעיף 5 לכללי האתיקה של חברי הכנסת, התשמ"ד-1983, המוצאים מטח סעיף 13 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התש"א-1951. ראו גם דובינשטיין ומדינה, הערה 2 לעיל, בעמ' 499.

39 ראו סעיף 13 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התש"א-1951 וכן שי ניצן, "ניגוד עניינים של חברי כנסת", משפטים כ 457 (תשנ"א). עם זאת ברור, כי היקף האיסור של ניגוד העניינים לגבי חברי כנסת הוא קטן בהשוואה לפקדי ציבור שאינם נבחרים, שכן אין פסול בכך שחברי כנסת – במסגרת פעולתם הפירלמנטרית – פעלים לייצוג סקטורים או קבוצות

מהדוגמאות הנדונות כאן בהקשר לאיסור החקיקה העצמית מעוררות לכאורה שאלות של ניגוד עניינים. זהו בוודאי המצב בדוגמא (ה) – החלטה להעלות את שכר חברי הבית, וגם בדוגמא (ד) – הענקת יתרון כהונה כפולה בבחירות לחלק מחברי הבית המכהנים. ניתן לסעון, כי גם דוגמא (א) – דחיית בחירות – מעוררת שאלות של ניגוד עניינים, שכן לחברי הכנסת המקבלים חקיקה כזו יש אינטרס אישי בכך שהכנסת לא תתפור. למרות כל זאת, ספק אם ניתן לגזור את איסור החקיקה העצמית מעיקרון ניגוד העניינים, וברי שכללי ניגוד העניינים אינם יכולים להעניק בסיס לאיסור החקיקה העצמית במלוא היקפו.

ניגוד עניינים הוא ביסודו כלל שנועד למנוע מצב שבו אדם מסוים, המכהן בתפקיד פלוני, יקבל במסגרת תפקידו החלטה שבה יש לו אינטרס אישי או מוסדי שעשוי לגרום לו לפעול תחת שיקולים שאינם תואמים את אלו המתחייבים מתפקידו. איסור החקיקה העצמית מתייחס בעיקרו לפעולתו של מוסד, הלא הוא הכנסת, ולפעולות שאותו מוסד נוקט ביחס לעצמו. השאלה שמעורר איסור החקיקה העצמית היא מהו המוסד שראוי שיקבל החלטות מסוימות ובאילו תנאים (או תחת אלו מגבלות) על ההחלטות להתקבל, ולא מיהם האנשים או האורגנים של אותו מוסד הרשאים לקבל החלטות בשמו ומהם האינטרסים הנוגדים שלהם ביחס לאותן החלטות. אכן, כאשר מוסד כלשהו מקבל את הסמכות להכריע הכרעות בנוגע לדרכי פעולתו וליחסיו עם מוסדות אחרים, יכול הדבר להשפיע גם על האינטרסים האישיים של חברים באותו מוסד, אך בכך אין רבותא. כל חוק או החלטה שהכנסת מקבלת עשויים להשפיע באופן זה או אחר על האינטרסים האישיים של חבר כנסת מסוים, ולהוליך בחלק מהמקרים למצב של ניגוד עניינים, וזאת אף מבלי שתהיה להם נגיעה כלשהי לדרכי פעולתה של הכנסת או להיקף כוחותיה. כך, למשל, "יהיה, במקרה של חקיקה המשנה את שיעור המס על חברי סקטור מסוים (למשל: חברי קיבוץ או בעלי מקרקעין), ועשויה להשפיע על כיסם של חברי כנסת שהם חברי קיבוץ או בעלי קרקעות, ולכן ליצור סיטואציה של ניגוד עניינים.⁴⁰ במקרה כזה לא מדובר בחקיקה עצמית של הכנסת, וכך גם במצב שבו הכנסת דנה בהצעת חוק לבטל את קיומו של מוסד ממלכתי כלשהו, שקרוב משפחה של חבר כנסת אחד או בן מפלגתו ומקורבו הפוליטי של חבר כנסת אחר מכהנים בהנהלתו או עומדים בראשו.

מצד שני, ברור שיש מצבים – שאותם מנינו בפתח הרשימה כשייכים ל"חקיקה עצמית" – שבהם שאלת ניגוד העניינים מתעוררת לכאורה בצורה חריפה הרבה יותר מאשר בדוגמאות אלו. כאשר חברי הכנסת מחליטים על העלאת שכרם, על הארכת

אינטרס מסוימות מקרב בחוריהם, מבלי שיש עליהם חובה (לפחות לא חובה משפטית) לפעול תמיד לטובת "אינטרס הציבור" הכללי. ראו שם, בעמ' 464–465.

40 אם כי שאלת היקפו של האיסור הפוזיטיבי על ניגוד עניינים במצבים כאלה וחוקה מלחית פשוטה. כללי האתיקה אינם אוסרים על חברי הכנסת להשתתף בהצבעות הנוגעות לעניינם האישי כאשר מדובר בהצבעות שבמליאה, להבדיל מהצבעה בוועדות, התרת השתתפות בהצבעות כאלו עשויה להתבקש מהטענה שלחברי כנסת ונבחר ציבור – בניגוד לפקדי מנהל – מותר ואולי אף חובה היא לפעול לטובת סקטורים שונים בציבור שאליהם הם משתייכים; ראו הערה 39 לעיל.

כהונתם או על שיפור עמדת הזינוק שלהם ביחס למועמדים אחרים שאינם מכהנים בכנסת בבחירות שפתח, הרי הם עצמם פועלים כקבוצת אינטרס, ואז נוצר ניגוד בין חובתם הממלכתית והמוסדית כמחוקקים לבין האינטרסים הנוגדים שלהם כחברים ב"איגוד מקצועי", שכל מטרתו לקדם את האינטרסים של חבריו.⁴¹ אולם, למרות זאת נדמה, כי הדיון בסיטואציות כאלו במסגרת הדיון באיסור ניגוד העניינים לא יכול למצות את הדיון בהם. ראשית, איסור ניגוד העניינים מכון בעיקרו לבחון ולטפל במתחים הנוגעים ליחס בין תפקידו של חבר הכנסת לבין אינטרסים של אותו חבר כנסת שהם "חיצוניים" לתפקידו כחבר כנסת (בין אם מדובר באינטרסים כספיים, משפחתיים או מוסדיים).⁴² לעומת זאת, כאשר חברי הכנסת עוסקים במשכורותיהם, במשך כהונתם או בסיכוייהם להיבחר מחדש, אין בנמצא אינטרסים "חיצוניים" כאלו. שנית, כפי שנאמר, איסור החקיקה העצמית מתייחס בראש וראשונה לכנסת, יותר מאשר לחברי הכנסת. במלים אחרות: כאשר חברי הכנסת מחוקקים חוק או מקבלים החלטה הנוגעים לפריבילגיות של עצמם כחברי כנסת, ייתכן שיש מקום לבחון את פעולתם דרך המשקפיים של איסור ניגוד העניינים;⁴³ אולם, בפעולה כזו קשה לומר כי הכנסת מחוקקת לעצמה. יותר מדויק

41 אחד הרציונלות של איסור ניגוד העניינים הוא הרציונל של נאמנות ושל חובתו של השלוח לשלוחו (ראו בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד כה(1) 325, 331, וניצן, הערה 39 לעיל, בעמ' 460). ניתן לטעון, שכאשר חברי הכנסת – נציגי הציבור – מחוקקים חוקים שנועדו לטובת עצמם, הם מועלים בחובתם כלפי בוחריהם, הובעה הקדוה "בעיית הנציג" מתעוררת במלוא היקפה (והשוו הדיון בפרק 2.7 לעיל). עם זאת, היחסים בין הטיעון של ניגוד העניינים מחד גיסא לבין טענות של הפרת המנדט מאידך גיסא הם מורכבים ואינם חד-חד ערכיים. זאת, אם משום שהרציונל של הפרת המנדט הוא רק אחד הטעמים לכלל של ניגוד העניינים (ראו ניצן, הערה 39 לעיל), ואם משום שלא כל טענה של ניגוד עניינים מצביעה בהכרח על מצב של הפרת השליחות. כך, למשל, התשובה לשאלה האם כאשר חברי הכנסת מעלים את שטרם הם מועלים באופן הבחור תלויה בשאלה האמפירית של מה שהובטח על ידי חברי הכנסת לציבור הבחורים. חברי הכנסת גם זכלו לטעון שהעלאת השטרם הם פועלים לטובת חברי הכנסת בכללם (גם אלו שיבוא אחריהם) ולטובת עתידו של מוסד הכנסת, ולא רק לטובתם האישית.

42 ייתכנו, עקרונית, מצבים שבהם נוצר ניגוד עניינים (מוסדי) בין שני תפקידים שחבר כנסת מסיים עשוי למלא, ואז לא קיימים אינטרסים שהם "חיצוניים" לתפקיד חבר הכנסת. עם זאת דומה כי מבחינת איסור ניגוד העניינים מצבים אלה הם במידה רבה פריפריאליים. ספק אם מצבים של ניגוד עניינים "מוסדי-פנימי" כזה מצדיק, למשל, התערבות שיפוטית בהסרעת הכנסת בהתחשב בדוקטרינה הכללית שעל פיה התערבות שיפוטית מחייבת פגיעה חמורה ב"מרקם החיים הפרלמנטריים" (בג"צ 652/81 שריד נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197, 204; בג"צ 73/85 סיעת כ"נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 161–162; רובינשטיין ומדינה, הערה 2 לעיל, בעמ' 433 ואילך).

43 אחד הבסיסים להתנגדות להתערבות שיפוטית במצבים שכגון חברי הכנסת פועלים כ"איגוד מקצועי" לטובת האינטרסים הקטוריאליים שלהם, הוא שכמו כל גוסר ציבור אחד הם כפופים למבחנו של הבחור. אולם, טענה זו רחוקה מלהיות משכנעת. הניסיון מוכיח שחברי פרלמנטים מיטיבים לעקוף את "המכשלות" הקשורות לעיקרון "הדיווחיות הדמוקרטית", כאשר הם באים

לומר, מנקודת הראות של איסור ניגוד העניינים, שחברי הכנסת מחוקקים לעצמם. ההבדל, למרות דקותו, הוא בעל חשיבות, שתובהר להלן במהלך דיונו.⁴⁴

2. הפרדת הרשויות

עיקרון הפרדת הרשויות נחשב לאחד מעקרונות היסוד של המשפט החוקתי בישראל ובדמוקרסיות ליברליות אחרות. מתכונתו ההיסטורית המקורית של העיקרון תבעה אמנם הפרדה פונקציונלית מלאה בין שלוש הרשויות, מצב שאינו מתקיים בשום מדינה מודרנית;⁴⁵ עם זאת, גרסתו העדכנית יותר – העוסקת ב"בלמים ואיזונים" – נתפסת כאבן יסוד של מבנים חוקתיים מודרניים.⁴⁶ הרציונל המרכזי של דרישת הפרדת הרשויות הוא החשש מפני ריכוז כוח מוגזם ובלתי מבוקר בידיו של גורם ממשלי כלשהו. חשש זה הוביל להצדקה העיונית לכך שכל כוח וכל סמכות יהיו נתונים תמיד לביקורת של גורם בלתי תלוי, והרשויות יקיימו ביניהן מערכת דינמית של בקרה הדדית. ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים היא תוצר טבעי כמעט של דרישה זו, ואכן, הביקורת השיפוטית

לדאוג לאינטרסים העצמיים שלהם. הסדרים מסוג זה נעשים לא פעם סחרי חדרים, תוך שכל המעורבים בדבר דואגים ל"ייצוג שווה" (קרי: לחלוקת אשמה שווה במקרה הצורך) בין המפלגות השונות, באופן שמקשה מאוד על האפשרות להפוך את הנושא לקרדוס שניתן לחפור בו בעילות במערכת הבחירות, לכשתתקיים. במלים אחרות: ניתן לדבר בהקשר זה של מצבים מסוג של דוגמא (ה) (תוך להעלאת שכם של חברי הכנסת) על מצב שבו הנציגים המכהנים יוצרים מעין "קרסל" ומסכימים להוריד את הנושא מסדר היום של התחרות הפוליטית, לתועלתם ההדדית ועל חשבון קופת הציבור שבזר בהם. לעניין היכולת של קבוצות אליטות ליצור שינופי פעולה שיבטיחו שנושאים מסוימים לא יעלו כלל על סדר היום הציבורי ראו Peter Bachrach & Morton S. Baratz, "Two Faces of Power," in *The Bias of Pluralism* 51 (William E. Connolly ed., 1969).

טלו, למשל, מצב שבו חקיקה אינטרסנטית כזו של הכנסת מכילה בתוכה הגבלה שעל פיה ייהנו מפירות החקיקה רק חברי כנסת בכנסת הבאות (ולא בדיל מחברי הכנסת שמכהנים בכנסת שקיבלה את אותה חקיקה). במצב כזה ניתן לטעון שכלל לא קיים ניגוד עניינים בחקיקה של חברי הכנסת המעורבים בחקיקה (ובכל מקרה, העוצמה של ניגוד העניינים נחלשת במידה משמעותית). למרות זאת, חקיקה כזו תיחשב לחקיקה "עצמית" במישור המוסדי, ולדעתי תעורר את השאלה של איסור החקיקה העצמית.

ראו M. J. C. Vile, *Constitutionalism and Separation of Power* 318 (1967); Thomas O. Sergeantich, "The Contemporary Debate about Legislative Executive Separation of Power," 72 *Cornell L. Rev.* 430 (1987).

מאידך גיסא יש המערערים – במישור האמפירי – על תוקף הטענה בדבר קיומם של בלמים ואיזונים, במיוחד בכל הנוגע ליכולת של הרשות המחוקקת והשופטת להגביל ולבקר בעילות את פעולות הממשלה. ראו Vile, הערה 45 לעיל, בעמ' 340 ואילך; D. J. Galligan, *Discretionary Powers* 231-232 (1986). ראו גם יואב חזן, הנחיות מינהליות 311 (תשנ"ו).

נתפסת – הן במדינות שלהן יש חוקה כתובה והן אצלנו, במיוחד בהעדר חוקה פורמלית מלאה כזו – כפועל יוצא של תפיסת הפרדת הרשויות.⁴⁷

מאידך גיסא דומה כי במציאות הישראלית, ובהעדר חוקה כתובה המסדירה את דרכי הביקורת השיפוטית ומגבלותיה, קיימים סיעונים כבדי משקל נגד התערבות שיפוטית נרחבת לפסילת חקיקה של הכנסת. סיעונים אלה מכוונים בראש וראשונה לשאלת הלגיטימציה של התערבות שיפוטית בהכרעות של המוסד הנבחר והמייצג את הציבור, בהעדר חוקה פורמלית המעניקה לבית המשפט סמכות התערבות ברורה. כמו כן, מתעוררת הטענה כי ביקורת שיפוטית על הכרעות של המחוקק תהפוך בעצמה לכוון שאין לגביו ביקורת ומגבלה.⁴⁸

הסיעונים בעד ונגד ביקורת שיפוטית בהעדר חוקה פורמלית הם ידועים, ולפיכך לא יידונו במסגרת זו;⁴⁹ כל שצריך לומר במסגרת הדיון הנוכחי הוא שקיימים סוגים מסוימים של החלטות ופעולות של הכנסת שלגביהם יש טעמים מיוחדים בעד ביקורת שיפוטית. אין ספק, כי המקרים שבהם "הכנסת מחוקקת לעצמה" נמנים בין המקרים הללו, שבהם פיקוח שיפוטי על חקיקת הכנסת – בין אם ניתן לבית המשפט מנדט מפורש באמצעות חוק יסוד ובין אם לאו – הוא לא רק ראוי אלא לטעמי גם מתחייב.⁵⁰ זאת, משום שקיימים טעמים מצטברים שונים, ההופכים חקיקה "עצמית" כזו לחקיקה הנושאת עמה סכנה מוגברת לשימוש לרעה בכוח בלתי מרוסן מחד גיסא, ואילו היכולת של מנגנונים חלופיים לביקורת השיפוטית להתמודד עם סכנה זו היא מוגבלת במיוחד, מאידך גיסא. ראשית יש לזכור, כי נקודת המוצא של דיונונו היא שלא קיימת הגבלה פורמלית כוללת על כוח החקיקה של הכנסת, ובכל אופן, גם כאשר קיימת הגבלה כזו, הרי הפנסת עצמה היא המוסמכת – באמצעות חוקי יסוד – להגדיר ולקבוע אם בכלל יהיו מגבלות על כוחה ומה יהיה היקפן.⁵¹

47 ראו עניין לאור, הערה 6 לעיל, בעמ' 555; בג"צ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים על פי סעיף 11 לחוק תגמולים לנפגעי פעולות איבה, פ"ד מה(5) 445, 450; רובינשטיין ומדינה, הערה 2 לעיל, בעמ' 331–332, 347–359.

48 אם כי הגישה המקובלת על בתי המשפט עצמם גורסת כי סכנה זו היא מוגבלת ביותר בהתחשב בתולדות האהרנסט של דרשות השופטת, שלה "אין חרב ואין ארנק", כדברי הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, הערה 1 לעיל, בעמ' 427.

49 ראו אסמכתאות בהערה 3 לעיל.

50 סוגים אחרים של החלטות כאלו הן, למשל, החלטות שבהן עומדות בסכנה חירויות היסוד של הפרט או החירויות של מעוט שיש סכנה שהדוב יפעיל את כוחו נגדו. ראו דותן, הערה 3 לעיל, בעמ' 152–157 והאסמכתאות שם.

51 הדיון כאן יוצא מנקודת הנחה שתוקף האיסור על חקיקה עצמית איננו מתנה בקיומו של טקסט חוקתי כלשהו המסמיך את בית המשפט להתערב במעשי חקיקה של הכנסת, ובכל אופן, גם אם קיים טקסט מסמיך כלשהו, הרי זהו טקסט שתלוי הלכה למעשה במעשי החקיקה של הכנסת עצמה – ולכן לא ניתן להסתמך בו כמקור בלעדי להגדרת תחומי התערבותו של בית המשפט במעשי הכנסת. זו, בכל אופן, הייתה הנחתו של השופט חשין בפסק דינו בעניין בנק המזרחי.

שנית, כאשר הכנסת מחוקקת לעצמה, היא עוסקת בפועל ובאופן ישיר בקביעת גבולות כוחה. במילים אחרות: בחקיקה שבה הכנסת מגדירה את גבולות כוחה או את דרכי היבחרותה ופעולתה בא לידי ביטוי חריף היעדרה של מגבלה חוקתית פורמלית וכוללת על כוחה של הכנסת, שכן בקבלה חקיקה כזו עוסקת הכנסת בפועל בהתוויית סמכויותיה, כוחותיה ודרכי פעולתה.

שלישית, ובהתאם, חקיקה שבה הכנסת מחוקקת לעצמה היא חקיקה בעייתית משום שיש לכנסת "אינטרס מוסדי" ישיר ומיידית בתוכן החקיקה (וזאת בנוסף או במנותק מהאינטרס האישי האפשרי של חברי הבית, או מהאינטרס הסיעתי של הסיעות המכהנות, בתוכן של אותה חקיקה). במילים אחרות: בהנחה שלכנסת – כמו לכל גורם אחר במערכת חוקתית נתון – יש אינטרסים הכרוכים ב"תחרות" כוחות עם מוסדות מתחרים, הרי שבחקיקה הנוגעת לגבולות כוחה של הכנסת, א-פריורי לא ניתן לצפות מהכנסת להתעלם מהאינטרס המוסדי שלה בעיצוב תוכן החקיקה. הכנסת "קרובה אצל עצמה" בעניינים כאלו. במובן זה חקיקה הנוגעת לכנסת עצמה שונה מכל סוג אחר של חקיקה שהכנסת מקבלת ורגישה יותר לסכנה של שימוש לרעה בכוח. זאת ועוד: בהנחה שבשיטה החוקתית שלנו הכנסת מוסמכת בדרך כלל לקבוע את גבולות כוחם של מוסדות מרכזיים אחרים במשטרנו החוקתי, שכאמור, מנקודת הראות של הכנסת עשויים להיחשב כמתחרים בכוחה שלה, מתבקשת אותה מסקנה גם לגבי חקיקה של הכנסת העוסקת בגבולות סמכותם של אותם מוסדות (בראש וראשונה המוסדות המרכזיים של הרשות המבצעת ושל הרשות השופטת).⁵²

רביעית, כאשר הכנסת מחוקקת לעצמה אוי המנגנונים החלופיים לעיקרון הפרדת הרשויות ולביקורת השיפוטית משותקים או לפחות מנוטרלים חלקית, והכוונה בראש וראשונה למנגנון הייצוגיות הדמוקרטית. במצבים של חקיקה עצמית, המנגנון הדמוקרטי הייצוגי מנוטרל או לפחות מוחלש באופן משמעותי מכוח אחת משתי הסיבות הבאות – או שתיהן גם יחד: הסיבה הראשונה היא שבחלק ניכר מהמצבים הנזכרים בגדר החקיקה העצמית, יש לאותה חקיקה השפעה נגטיבית ומשתקת על עצם האפקטיביות של מנגנון הייצוג הדמוקרטי עצמו. זה המצב בדוגמא (א) – דחיית בחירות, בדוגמא (ג) – מימון בחירות ובדוגמא (ד) – העדפה בבחירות, ואולי גם בדוגמא (ו) – שריון חקיקה.⁵³ הסיבה השנייה היא שמנגנון הייצוג הדמוקרטי תלוי לא רק בקיום בחירות חופשיות בתנאים שווים, אלא גם בקיום ויכוח ממשי ואפקטיבי בין סיעות יריבות על נושאי החקיקה הרלבנטיים. אולם, במקרים של חקיקה עצמית העוסקת באינטרסים המוסדיים של הכנסת, מנגנון היריבות הסיעתי עשוי להיות מנוטרל כליל או מוחלש ביותר כתוצאה מהסכמה על "חלוקת שלל" בין הכוחות המרכזיים בפרלמנט. זה, למשל,

52 במובן מסוים, הרציונל הנדון כאן חופף את הרציונל של ניגוד עניינים מוסדי; אולם, כפי שאמרת בסעיף הקודם, המגבלות המקובלות של עיקרון ניגוד העניינים אינן מאפשרות להחיל אותו באופן ישיר על הכנסת כמוסד. ראו הטקסט שליד הערה 43 לעיל.

53 ראו הדיון בסעיף 3.7 לעיל.

המצב השכיח בסיטואציות של מימון בחירות (דוגמא (ג)), הענקת העדפה לחברי הכנסת מכהנים (דוגמא (ד)) ושיפור תנאי השכר וכיו"ב של חברי הכנסת. המסקנות המתבקשות מניתוח זה הן שיש הצדקה – בשיטת המשפט והממשל שלנו – לקיומה של ביקורת שיפוטית אינסטנסיבית על פעולות חקיקה ועל החלטות של הכנסת המהוות "חקיקה עצמית". ביקורת כזו מעצם מהותה איננה יכולה להיות מבוססת באופן בלעדי על טקסט "חוקתי" מסמך, אם מבחינת עצם הלגיטימציה שלה ואם מבחינת היקפה ותכניה, וזאת משום שתוכנו של כל טקסט כזה נקבע אצלנו על ידי הכנסת עצמה. אין נחמה גדולה בעובדה שתוכני הטקסט האמור ייקבעו על ידי הכנסת "בכובעה המכונן". הצידוק העיקרי לגישה כזו מתייחס לעיקרון היסוד של הפרדת הרשויות, שמטרתו היא מניעת אפשרות של ריכוז כוח מוגזם ובלתי מוגבל בידיה של רשות מסוימת. מכוח עיקרון זה נובע כי לא ייתכן מצב שבו לאחת הרשויות – במקרה זה, הרשות המחוקקת – תינתן סמכות בלעדית לקבוע בעצמה, וללא כל מגבלה ברורה, את גבולות סמכויותיה וכוחותיה.

ו. איסור החקיקה העצמית – שאלות נוספות

הגישה שמוצגת כאן מותירה לא מעט התנגדויות אפשריות ושאלות פתוחות ביחס לאופני היישום העתידיים של איסור החקיקה העצמית. ראשית ניתן לסעון, כי מדובר בדוקטרינה עמומה, שאין לה כאמור עיגון טקסטואלי ברור (למעט פסקי הדין של בית המשפט העליון עצמו). לכן, יטען הטוען, יקשה על בתי המשפט ליישם באופן אפקטיבי את העיקרון, והיישום עלול לגרור בעיות בדבר מידת הלגיטימציה הציבורית שממנה תיחנה ההתערבות השיפוטית. לסענה זו ניתן להשיב כי עקרונות חוקתיים, גם כשהם מעוגנים בטקסט פורמלי, הם מטיבם רחבים ועמומים. לכן, בכל מקרה יש לבית המשפט מרווח פעולה ניכר, ומוטלת עליו האחריות לצקת תוכן לתוך אותם עקרונות. באשר לשאלת הלגיטימציה, אין לכתוד כי במצב הקיים כיום בישראל סובלים בתי המשפט, ובראשם בית המשפט העליון, מבעיה של חוסר לגיטימציה (לפחות מצד חלק מהציבור) בעת שהם מפעילים סמכות ביקורת חוקתית. אין ספק כי בעיה זו עלולה להתריף אם בתי המשפט ייסו לבסס את פעולתם על עקרונות מטא-טקסטואליים. מאידך גיסא דומה, כי מי שבוחר את שש הדוגמאות שנדונו לאורך הרשימה, יתקשה להשתכנע כי ההתערבות השיפוטית במקרים כאלה תיצור בעיה מיוחדת של לגיטימציה, והניסיון מוכיח כי דווקא במקרים מעין אלו (כגון התערבות בג"ץ בהחלטת הכנסת להעלות באופן דרסטי את שכר חברי הכנסת) לא התעוררה התנגדות ציבורית יוצאת דופן בעוצמתה.⁵⁴

54 ראו, למשל, השרה 21 לעיל. למעשה, הבעיה של לגיטימציה ציבורית קיימת במלוא חריפותה דווקא באותם מקרים שבהם בית המשפט מגן על חירויות הפרט של קטצות מעוים כנגד צעדים חבניים. ראו בעניין זה רות גביון, מדרכי קרמניצר ויואב דותן, אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ 224–223 (תש"ס).

שאלה שנייה המתעוררת בהקשר זה היא מהו טיבו של איסור החקיקה העצמית: האם המדובר באיסור טוטאלי על הכנסת לחוקק בענייניה שלה, או שמא מדובר רק בהגבלה "דכה" יותר, שאינה מחייבת התערבות שיפוטית בכל מצב שבו הכנסת מחוקקת לעצמה? מבחינת עמדתו של השופט חשין בפסקי הדין שבו מוצג איסור החקיקה העצמי עולה, כי האיסור על הכנסת לחוקק לעצמה אינו בהכרח איסור טוטאלי. כך, לדוגמא, לא כל החלטה של הכנסת, שיש לה השפעה כלשהי על גבולות סמכותה של הכנסת, תיחשב לפסולה על פניה מבחינה חוקתית. עם זאת, מדוקסרינת החקיקה העצמית עולה שכל חקיקה שבה הכנסת עוסקת בענייניה שלה תיבחן באופן דקדקני וקפדני על ידי בית המשפט, וכל חריגה מהסטנדרטים שיעוצבו בפסיקה תגרור התערבות שיפוטית. כידוע, ככלל בית המשפט נוקט זהירות רבה בבואו לבחון את חוקיותה של חקיקת הכנסת, ומתערב רק במקרים שבהם קיימת הפרה בוטה של עקרונות חוקתיים מצד המחוקק.⁵⁵ אין סיבה להניח כי בית המשפט צריך לנטוש גישה זהירה זו בבואו ליישם את איסור החקיקה העצמית.

הדיון בשאלת טיבו של איסור החקיקה העצמית כרוך בשאלה שלישית, והיא מהם הקריטריונים והסטנדרטים שעל פיהם תופעל דוקסרינת איסור החקיקה העצמית? התשובה לשאלה זו היא מורכבת, וחורגת לפיכך ממסגרת הרשימה הנוכחית. בפרק הקודם של הרשימה טענתי כי הביסוס העיוני לאיסור החקיקה העצמית מקורו, בראש וראשונה, בדוקסרינת הפרדת הרשויות; עם זאת, דוקסרינת הפרדת הרשויות כשלעצמה אינה יכול לספק קני-מידה מפורטים ליישומים האפשריים השונים של האיסור.⁵⁶ בית המשפט יצטרך למצוא את דרכו בעניין זה, בהדרגה, ואגב יישום העקרונות והדוקסרינות החוקתיים המוכרים לו על מקרים ספציפיים שיבואו לפניו. דומה, כי שש הדוגמאות המפורטות שנדונו במסגרת הרשימה מתוות קווים מנחים, ולו גם באופן אינדוקטיבי, לתפיסה שעשויה להנחות את בית המשפט בעניין זה בעתיד.

ז. סיכום

משמעו של העיקרון כי הכנסת איננה רשאית "לחוקק לעצמה" הוא, שקיימות במשפטנו החוקתי מגבלות, שאינן בהכרח מעוגנות בטקסט חוקתי פורמלי כדוגמת חוק יסוד, שעל פיהן חקיקה של הכנסת עלולה להיפסל אם היא מכוונת או מונעת מתוך שאיפה של הכנסת לעצב מחדש את גבולות סמכותה, לשנות באופן דרסטי את דרכי בחירתה או את

55 ראו למשל דברי הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, הערה 1 לעיל, בעמ' 438; דברי השופט זמיר בבג"ץ מרכז השלטון המקומי, הערה 7 לעיל, בעמ' 496.

56 דברים דומים ניתן לומר גם בהנחה שנבסס את איסור החקיקה העצמית על עיקרון הדמוקרטיה או על הכלל כנגד ניגוד עניינים.

פעולתה, או לייחס לדבר החקיקה הרלבנטי מעמד חוקתי שתהיה לו השפעה דרסטית על יחסיה עם הרשויות האחרות או על היכולת של הציבור לפעול לשינוי התוצאות של דבר החקיקה באמצעים הדמוקרטיים המקובלים.

התפיסה של איסור החקיקה העצמית הוצגה לראשונה על ידי השופט חשין בפסק דינו בעניין בנק המזרחי. השופט חשין אמנם פיתח את תפיסתו על בסיס נקודת המוצא של הלכת ברגמן, אך אין ספק כי לעמדתו – אם תאומץ על ידי בתי המשפט לעתיד לבוא – יש השלכות מסוימות החורגות בהרבה מאותה עמדה פסיקתית מסורתית שהתפתחה במהלך שנות ה-70 וה-80 בעקבות אותה הלכה. בעוד שהשופט נדודי וחבריו לכס השיפוט ביססו את ההתערבות השיפוטית במעשי החקיקה של הכנסת על פרשנות זהירה, דווקנית וצרה של נוסח חוקי היסוד (ובעיקר סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת), ביסס השופט חשין את עמדתו על תפיסה חוקתית רחבה, שאינה קשורה ישירות להסמכה טקסטואלית מטעם הכנסת עצמה אלא על ניתוח מושגי ועקרוני של מהותה של הכנסת כאורגן דמוקרטי ייצוגי.

ברשימה זו ביקשתי להתחקות אחר צידוקים רעיוניים אפשריים לאיסור החקיקה העצמית, תוך החלת צידוקים אפשריים שונים מבין עקרונות היסוד של שיטתנו החוקתית על דוגמאות פרטיות למקרים שבהם, לשיטתו של השופט חשין, נכנס לפעולה העיקרון של איסור החקיקה העצמית. הצבעתי על כך שבניגוד לסברתו של השופט חשין, לא ניתן לכאורה לגזור ולבסס באופן מלא את איסור החקיקה העצמית מהעיקרון הדמוקרטי, על שלל מובניו, וטענתי כי קיימים עקרונות אחרים במשפטנו החוקתי, ובמיוחד עיקרון הפרדת הרשויות, שיש בהם כדי לעצב ולהשפיע במידה לא פחותה על פיתוחו הפוטנציאלי ויישומו של איסור החקיקה העצמית.